

Hekim Uygulamaları ve Hukuki Sorumluluk^(*) (İslâm ve Türk Hukuku'nda)

Physician's Treatment and Legal Responsibility
(In Islamic and Turkish Law)

*Ahmet AKMAN^(**)*

Öz:

İnsanın Anayasalarda ve uluslararası sözleşmelerde garanti altına alınmış şekliyle en önemli hakkı, hayat hakkıdır. İnsanın maddî ve manevî varlığı, beden ve ruh sağlığı bütünlüğü içerisinde korunmalı ve sürdürülmelidir. Hastalık ise, hayat hakkını ortadan kaldırmıyacak en önemli tehditlerdendir. Bu hak üzerinde en etkili tasarruflarda bulunan hekim ile hasta arasındaki ilişki ve bunun sorumluluk boyutu gündeme gelmektedir. Sağlıklı bireylerden oluşan bir toplum meydana getirmek konusunda tıp ilminin gelişmesine paralel olarak, hukukun da bu alana müdahil olduğunu görmekteyiz.

İnsan hayatı, İslâm'da korunması gereken beş temel esastan birisidir. Bu da ancak insan sağlığına verilecek önemle gerçekte korunabilir. Bu noktada insanlık tarihi kadar eski olan hekim ve onun sorumluluğu devreye girmektedir. Hekim müdahalesinden zarar görmüş hastanın zararının karşılanması, hasta haklarının gelişimine paralel olarak gündeme gelmiştir. Gerekli eğitimleri almış, tedavi kısıtıyla ve özenle hastaya müdahalede bulunan hekimlerin sorumlu olmamaları Türk hukukunda olduğu kadar, İslâm hukukunda da temel hareket noktası olmuş, sorumlu olunması gereken durumlar ise giderek kusur sorumluluğu kavramıyla ilişkilendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler:

Hekim, Özen Borcu, Hasta ve Hakları, Haksız Fiil, Kusur.

^(*) Makale hakem dencisinden geçmiştir.
Makale geliş tarihi: 14.08.2018
Makale kabul tarihi: 26.10.2018

^(**) Dr. Öğr. Üyesi, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi, aakman@konya.edu.tr

Abstract:

The most important right a human being has is the right that is guaranteed and protected by constitutions and internationally recognized conventions. Illness is amongst the most severe threats that jeopardize human's right to live. This basic human right concerns the nature of the relationship between the patient and the physician and especially the latter's responsibility towards the former.

The preservation of human life, which is one of the fundamental objectives of Islam, can only be achieved by giving utmost importance to the protection of human health. This of course involves the role and responsibility of physician, an issue as old as human history. The question of compensation for the patients who suffer from the mal-treatments or wrong diagnoses of medical doctors becomes very crucial in the development of patients' rights. It is clearly spelled out in both the Turkish and the Islamic law that the doctors who, after having obtained their necessary medical education, have intervened in the treatment of their patients with the pure intention of curing and caring may not be held responsible for any negative consequence. The cases that involve a sort of responsibility, however, are linked with the concept of flaw.

Keywords:

Physician, Duty of Care, Patient and Patient Rights, Tort Law, Fault.

I. Hekim Uygulamaları (Tıbbi Müdahale Kavramı) Genel Bakış**A. Türk Hukukunda**

Kişinin en önemli hakkı Anayasalarda ve uluslararası sözleşmelerde garanti altına alınmış şekliyle hayat hakkıdır. Bu hakkı destekleyen ve besleyen en önemli unsurlar ise, beden ve ruh sağlığının sağlıklı ve normal işlevlerini yerine getirebiliyor olmasıdır. Kısacası bireyin maddi ve manevi varlığı, beden ve ruh sağlığı bütünlüğü içerisinde korunmalı ve sürdürülmelidir. Hastalık insanın hayat hakkını bertaraf edebilecek en önemli tehditler arasında yer alır. İnsanların sağlıklı yaşam ve hayat hakkının belli bir düzen içerisinde tutulması ihtiyacı, zaman içerisinde hasta haklarının ortaya çıkışına ve gelişmesine yol açmıştır. Bu da hasta hekim ilişkisini ve bunun sorumluluk boyutunu gündeme getirmiştir. Hasta, 01. 08. 1998 t. ve 23420 s.lı RG'de yayımlanan Hasta Hakları Yönetmeliği 4/b maddesinde "Sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan kimseyi ifade etmektedir." şeklinde tanımlanmıştır. Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi'nde de hekim seçimi ve bilgilendirilme başta olmak üzere hasta hakları kavramının esasları ortaya konulmuştur.¹

¹ ÖĞÜZ, Tufan / DURAL, Mustafa, Türk Özel Hukuku Kişiler Hukuku, İstanbul 2016, C. II, s. 106; YAVUZ İPEKYÜZ, Filiz, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul 2006, s. 11-12, 20; YILMAZ, Battal, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Adafet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara 2017, s. 12-13; HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara 2017, s. 37 vd.

Hasta-hekim ilişkisinin birçok ülkede Anayasal temelleri vardır. Ülkemizde de 1982 Anayasası'nda konu "*Kişinin Dokunulmazlığı, Maddî ve Manevî Varlığı*" başlığı altında "*Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz.*" (Anayasa, md.17) şeklinde düzenlenerek, kişi varlığının korunması teminat altına alınmıştır.² Hasta hakları, hukuki, felsefi, etik, politik ve sosyolojik yönleri olan bir kavramdır. Ayrıca hasta hekim ilişkisinin kişilik hakkı (TMK md.24) ve bedensel bütünlüğüne yönelik saldırılar (TBK md.56) kapsamında da değerlendirilmesi gerekir. Yapılan tıbbî müdahale kişilik hakkıyla kâbili telif ve kişiliğin devamlılığını sağlamaya yönelik olmalıdır.³

Tıbbın uğraş alanının insan bedeni ve ruhu olması hasebiyle, hekimlerin ve diğer sağlık hizmeti verenlerin yükümlülükleri göreceli olarak daha farklı olmaktadır. Hekim, insan sağlığı ve hastalıklarını tanımayı ve iyileştirmeyi kendine uğraş edinen yetkili meslek sahibi kişidir. Bu yetkili kişinin tedavi amacıyla gerçekleştirdiği faaliyetlere de tıbbî müdahale adı verilir.⁴ Tıbbî müdahale, hastalıkları hafifletmek, iyileştirmek veya önlemek için başvurulan bilimsel ve teknik faaliyetleri ifade eder.⁵ Hekimlik tabiatı gereği riskli bir meslek olduğu kabulünden yola çıkarak, her tıbbî girişimin, tıbbin kabul ettiği normal risk ve sapmaları çerçevesinde doğabilecek kötü sonuçlarının hekimi sorumlu kılmadığını kabul etmek gerekir. Hukukun şu andaki genel anlayışı çerçevesinde, hekimler ve diğer sağlık personeli, çalışmalarını "*izin verilen risk*" kavramı çerçevesinde yerine getirirler. İzin verilen risk'in tıbbî karşılığı "*komplikasyon*"dur. Komplikasyon; "*doğru yapılan işin istenmeyen sonucu*" olarak da tanımlanmaktadır. Hastadan alınacak rızanın kapsamına müdahale sonrası meydana gelebilecek muhtemel komplikasyonların da dahil edilmesi gerekir. Bu durumda borca aykırı bir davranış kapsamında değerlendirilmeye-

² YAVUZ İPEKYÜZ, Hekimlik Sözleşmesi, s. 6 vd.; ŞENOCAK, Zarife, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara 1998, s. 4, 37.

³ ÖGÜZ/DURAL, s. 108; ŞENOCAK, s. 68; YILMAZ, s. 8 vd., 51; HAKERİ, s. 290; Türkmen, Ali, Hasta ve Hekim Hukuku, Ankara 2013, s. 65 vd.; YAVUZ İPEKYÜZ, Hekimin Tazminat Sorumluluğu, DÜHFD, C. 20, S. 33, Yıl: 2015, s. 19; DEMİR, Mehmet, Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu, AÜHFD Yıl 2008, C. 57, S. 3, s. 231; UYGUR, Atiye, Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu, Ankara 2009, s. 27.

⁴ AYAN, Mehmet, Tıbbî Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 1991, s. 5.

⁵ KOCATÜRK, Utkan, Tıp Terimleri Sözlüğü, Ankara 2006, s. 470.

cektir. Tedavi bir bütün olarak değerlendirildiğinden özen borcunun bunlara da şamil olduğunun kabulü gerekir.⁸

Tıbbî müdahale tedavi ile ilgili bir kavramdır. Bu kavram esas itibariyle hastalıklardan korunma tedbirlerini, hastalığı belirlemeye yönelik teşhisi, hastalıktan sonraki bakımı da içine alacak şekilde hastalığın iyileştirilmesi, hafifletilmesi veya ortadan kaldırılması olarak ifade edilebilir. Hekim tarafından hastanın tedavi edilmesine yönelik ve hatta tedavi imkanı kalmayan ölümcül hastanın acılarının dindirilmesi gibi daha geniş alandaki her türlü faaliyet tıbbî müdahale tanımına girer.⁹ Geniş anlamda kişiye aşı yapılması da dahil olmak üzere, hastalığın teşhisi için gerekli tahlil ve klinik muayenelerin gerçekleştirilmesi, cerrahi müdahalelerde bulunulması, hastanın gözetim altında tutulması ve vak'a uygunsa rahsal hayatın düzenlenmesi tedavi faaliyetine dahildir.¹⁰ Tıbbî müdahalelerin yeterince denenmiş ve alışlagelmiş yerleşik yöntemlerle yapılması ve tıbbin öngördüğü esaslara teorik ve uygulama olarak uygunluğu önem arz eder. Bunun yanı sıra tedavi amacı olmayan sırf araştırma ve deneysel faaliyetler kişilik haklarına aykırılık teşkil etmektedir.¹¹

Hekimin yaptığı tıbbî müdahale ve yardımları hukuka uygun hâle getiren unsurlar, tıbbî müdahale kavramını açıklığa kavuşturmak bakımından önemlidir. Aksi halde bunlar ya tıbbî müdahale kavramına girmeyecek veya sorumluluk kapsamına dahil olacaklardır. Bu unsurlardan ilki, hekimin tıp sanatını uygulama hak ve yetkisine sahip olmasıdır. Hekime diploması, uzmanlık kazanımı ve ilgili prosedürlerin tamamlanması ile bu hak ve yetki sağlanmış olmaktadır.¹² İkincisi, tıbbî müdahalenin tedavi amacıyla ve tıp biliminin kurallarına uygun olarak yapılması ve hastanın muayene için onamının (belirlenmiş şekliyle rızasının), yapılacak her türlü diğer uygulama ve girişim için ise

⁸ YILMAZ, s. 50, 191; HAKERİ, s. 260; UYGUR, s. 300; GÖKCAN, Hasan Tahsin, Tıbbî Müdahaleden Doğan Hukukî ve Cezai Sorumluluk, Ankara 2017, s. 78; CAN, Ö. İsmail / ÖZKARA, Erdem / CAN, Muhammed, Yargıtay'da Karara Bağlanan Tıbbî Uygulama Hatası Dosyalarının Değerlendirilmesi, DEÜ Tıp Fak. Dergisi, C. 25, sy. 2, (Mayıs) 2011, s. 73.

⁹ AYAN, s. 5; YAVUZ İPEKYÜZ, Hekimlik Sözleşmesi, s. 103 vd.; TÜRKMEN, s. 40.

¹⁰ BAYRAKTAR, Köksal, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul 1972, s. 231; Bkz. 4. HD, 7. 3. 77, 6297/2541 YKD 1978, 906.

¹¹ OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), İstanbul 2016, s. 170; ÖĞÜZ / DURAL, s. 112.

¹² BELGESAY, M. Reşit, Tıbbî Mesuliyet, s. 155; AYAN, s. 7 vd.; YAVUZ İPEKYÜZ, Hekimlik Sözleşmesi, s. 17; YILMAZ, s. 3; HAKERİ, s. 189; MÜBÂREK, Kayı b. Muhammed, Mes'uliyeti-Tıbbiyye, BAE 2013/1434, s. 270, GÖKCAN, Tıbbî Müdahale, s. 188 vd.

aydınlatılmış onamının bulunmasıdır.¹¹ Ancak burada önemli bir nokta vardır. Uygulanacak somut tedavi ve müdahaleler konusunda hasta aydınlatılırken, ortaya çıkabilecek komplikasyonlar açısından da kendisine bilgi verilmelidir. Aksi halde aydınlatma yükümlülüğünün tam olarak yerine getirilmemesinden ötürü bir sorumluluğun ortaya çıkabilmesi mümkündür.¹² Kaldı ki, hastanın rızası alındığı ve tıbbi müdahale konusunda aydınlatıldığına ispat külfeti hekim ve hastaneye aittir. Hekim bu konuda kusursuz olduğunu ispat etmelidir.¹³

Genel anlamda sorumluluk hukuku bakımından borç doğduktan sonra borçlunun mal varlığı ile sorumlu olmasına "...ile sorumluluk", zararı tazmin yükümlülüğünü ifade eden sorumluluğa da "...den sorumluluk" adı verilir.¹⁴ Konumuzun sınırlandırılması bakımından bu çalışma kapsamında zaman zaman diğerine temas etsek de, İslâm ve Türk hukuku bakımından sonuncuyu esas almış bulunuyoruz. Yine makalemizin sınırları bakımından önem arz eden bir diğer husus, hekimlerin tıbbi faaliyetlerinin özel ve kamu hastaneleri bünyesinde veya bu kurumlarla irtibatlı ve ilişkili olarak meydana gelebileceği gibi, herhangi bir yere bağlı olmadan, serbest çalışan vasfıyla da olmasıdır.¹⁵ Makalemizde diğerlerine gerekmesi halinde kısa temaslarmız olmakla birlikte, serbest çalışan hekim esas alınmış bulunmaktadır.

B. İslâm Hukukunda

İslâm hukuk düşüncesinde de tıbbi müdahale konusu insanın şahsiyeti, onun maddî ve manevî varlıklarını ihtiva eden ve korunması gereken beş temel husustan (nefs-can-, akıl, din, mal, nesil) birkaçı ile irtibatlı olan önemli bir kavramdır. İslâm'da tedavi olmakla, insanın hayatı, ruhsal bütünlüğü, vücut bütünlüğü, şeref ve haysiyet gibi değerlerini koruma ve sağlık içerisinde

¹¹ AYAN, s. 10-12; ÖĞÜZ / DURAL, s. 106; YAVUZ İPEKYÖZ, Hekimlik Sözleşmesi, s. 27, 90; YAVUZ İPEKYÖZ, Hekimin Tazminat Sorumluluğu, s. 22.

¹² SEÇER, Öz, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 1, Haziran 2013, s. 120.

¹³ BELGESAY, s. 62; YAVUZ İPEKYÖZ, Hekimlik Sözleşmesi, s. 90 vd.; ŞENOCAK, s. 37 vd.; HAKERİ, s. 200 vd.; KAHRAMAN, ZAFER, Medeni Hukuk Bakımından Tıbbi Müdahaleye Hastanın Rızası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2016, C. VII, sy. 1, s. 492 vd.; ERSOY, Yüksel, Tıbbi Hatanın Hukukî ve Cezai Sonuçları, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2004, sy. 53, s. 184.

¹⁴ FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, İstanbul 1976, C. I, s. 19-20; TANDOĞAN, Halûk, Türk Mes'uliyet Hukuku, İstanbul 2010, s. 3; OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1, İstanbul 2016, s. 16-17.

¹⁵ YILMAZ, s. 257.

bulundurma arasında yakın ve olumlu bir ilişki vardır. Tıbbî müdahalelerin çoğunlukla bu unsurlardan bir ya da birkaçıyla etkileşim içerisine girmesi kaçınılmazdır. Haklı savaş hâli ve meşru müdafaa dışında hayat ve yaşama hakkının, herkes için dokunulmaması gereken haklardan olduğu konusunda birçok nas vardır.¹⁶ Makalemizde esasen ağırlıklı olarak İslâm hukukunda serbest çalışan hekim konusu Türk Borçlar Hukuku ile mukayeseli olarak ele alınmıştır. Diğer çalışma şekillerinde sorumluluk, mahiyeti itibariyle serbest çalışan hekime benzemekle beraber, hasta ile sorumluluk yönünden doğrudan muhatap olma hususunda farklılıklar ortaya çıkar.

Hekim, İslâm hukuku klasik literatüründe, Türk hukukuna benzer mahiyette, kendisine hukuk düzeni tarafından tıp mesleğini icra ederek, tıbbî müdahalelerde bulunma yetkisi tanınmış, insan sağlığı ile uğraşan ve hastalıkları tanımaya ve iyileştirmeye kendine uğraş edinen meslek sahibi olarak tanımlanmıştır.¹⁷ Hekim hastalıkları önlemekten başlayarak, tam anlamıyla tedaviye ve mümkün olmadığında hafifletmeye kadar geniş bir alan içerisinde hareket etmektedir.¹⁸ Hekimin mesleğinin gereği olan bilgi ve tecrübe ile donanımlı olması ve de tedavi amacıyla hareket etmesi doğal olarak aranır.¹⁹ Bu yönden gerekli nitelikleri haiz olmadan yapılacak bir müdahalenin tıbbî müdahaleden çok, haksız fiil olacağı telakkisi ortaya çıkar. Nitekim Hz. Peygamber (s.a.) "Tıp bilgisinden yoksun olduğu halde tedaviye kalkışan, tazmin sorumluluğu altındadır."²⁰ buyurmuştur. Tıbbî müdahaleyi sağlayan kişinin genel anlamda *tabib* olarak tanımlandığı, tedavi olmanın gerekliliği ve bunun da ehliyetli kişiler tarafından yapılması gerektiği üzerinde önemle durulmuştur.²¹ Tarihi dönemler itibariyle *dârüştifa*, *dârütıpp* ve benzer isimlerle tıp eğitimi veren

¹⁶ Bkz. el-Maide, 5/32, 45; el-Bakara, 2/178; el-İsra, 17/33; Buhârî, Diyâr, 6; Müslim, İmaret, 36; Tirmizî, Cihâd, 28.

¹⁷ İbn Kayyim, el-Cevziyye Muhammed b. Ebî Bekir, Zâdül-Meâd fî Hedyi Hayri'l-İbâd, Müessesetü'l-risâle, Beyrut 1415/1994, IV, 124; İbn Âbidîn, Muhammed Emin b. Ömer, Reddül-Muhâtar Alu'd-dürri'l-Muhâtar, Beyrut 1412/1992, I, 43, 44; EKŞİ, Ahmet, İslâm Tıp Hukuku, İstanbul 2011, s. 38; Muhammedî, Ali Muhammed Yusuf, Buhâsün Fikhiyyetün Fî Mesâilü Tıbbiyyetin Muâsıratin, Beyrut 1426/2005, s. 10-11.

¹⁸ İbn Kayyim, IV, 121, 145.

¹⁹ Üdeh, Abdulkâdir, el-Teşri'u'l-Cinâiyyi'l-İslâmî, Beyrut ty, I, 523; Mübârek, s. 50 vd.

²⁰ Ebû Dâvud, Diyâr 25; Nesâî, Kasâme, 38; İbn Mâce, Tıb, 16.

²¹ Şeyh Bedreddîn, Câmîu'l-Fusûleyn (Yargılama Usulüne Dair), (Editör: Hacı Yunus Apaydın), Ankara 2012, s. 1039; İbn Âbidîn, IV, 243; Mâverdi, Ali b. Muhammed b. Habîb, Ahkâmü's-Sultanîyye, Thk. Ahmed Câd, Dârü'l-Hadis, Kahire 1427/2006, s. 18; İbn Mâce, Tıp, I.

kurumlar var olmuştur.²² Tıp mesleğinin gerekli eğitim ve tecrübesine sahip kişilere, ehil ve uzman hekim olarak “*Tabîbü’l-hâzık*” tâbir edilmiştir.²³ Ehil olma şartının yanı sıra yetkili makamlardan izin alınması da hep aranmıştır.²⁴ İzni olmayan hekim *teaddî* (hukuka aykırılık) içerisinde kabul edilir.²⁵ Devletin bu izni verirken hekimlerin uygun ve gerekli imkan ve araçlara sahip olmasını da araması ve bu hususların sürekliliğinin denetim ve gözetiminin yapılması gereklidir. İslâm toplumlarında özellikle tarihi süreç içerisinde *hisbe*²⁶ ve günümüzde hekimlerin üst teşkilatları vasıtasıyla bu standartların denetlendiğini görüyoruz.²⁷

Bu nitelikleri haiz kişilerin hastayı tedavi kasdıyla hareket ediyor olması, hasta yahut yakınından izin alması hukuka uygunluk ölçütlerindedir. Aksi durumlar hukuki ve de cezai sorumluluğu meydana getirebilecektir.²⁸ Osmanlı uygulamasında belirtilen hukuka uygunluk sebeplerine sahip hekimlerin yapmış oldukları tıbbî müdahalelerden sorumlu olmayacaklarına dair birçok hakim kararı ve fetva mevcuttur.²⁹ Hatalı hekim uygulaması (*malpraktis*) olduğunda, Osmanlı’da yaygın kullanılmakta olan hastanın izin ve onayma dair

²² ZORLU, Tuncay, Süleymaniye Tıp Medresesi - II, Osmanlı Bilimi Araştırmaları, C. IV, sy. 1, 2002, s. 65 vd.

²³ İBN KAYYIM, IV, 130-132; BİLMEN, Ö. Nasuhî, Hukûk-ı İslâmiyye ve İstilâhât Fıkhiyye Kâması, İstanbul 1970, VI, 238; BÂR, Muhammed Ali / ŞEMSİ BAŞA, Hassan, Mes’ûliyyeti’l-Tabîb Beyne’l-Fikhi ve’l-Kanuni, Dâru’l-Kalem, 2. Baskı, Dimaşk 1429/2008, s. 52.

²⁴ Bkz. ZORLU, Süleyman Emre, Osmanlı Tıp Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 37 vd.

²⁵ İBN KÜDAME, Ebû Muhammed Muvaftâkuddîn Abdullah b. Ahmed, el-Muğnâ, Kahire 1388/1968, V, 398; İBN KAYYIM, IV, 124, 129; SEYYİD SÂBIK, Fikhu’s-Sünne, Dimaşk 1414/1993, III, 57; EBÜ ZEHRÂ, Muhammed, el-Cerime, Dâru’l-Fikri’l-Arabî, Kahire 1998, s. 349; MÜBÂREK, s. 270; GÂMİDÎ, Abdullâh b. Sâlim, Mes’ûliyyeti’l-Tabîbi’l-Miheniyye Dirâse Te’sîliyye Mukârene Beyne’s-Şer’iati’l-İslâmiyye ve’l-Kavânini’l-Mulsâri, Cidde 2000, s. 351; ZEYNÎ, Mahmud Muhammed, Mes’ûliyyeti’l-Enbba, Kahire 1993, s. 117; KAS-SİM, Pateri Nemie Jahn, Medical Negligence in Islamic Law, Arab Law Quarterly, Vol. 20, No. 4 (2006), s. 404, 406.; KİŞ. BELGESAY, s. 107.

²⁶ İslâm devletlerinde genel ahlâkı, kamu düzenini korumak ve denetlemekle görevli teşkilât. Bkz. KALLEK, Cengiz, Hisbe, DİA, XVIII, 133.

²⁷ SERAHSÎ, el-Mebsût, Beynat 1414/1993, I, 215; EKŞİ, s. 142.

²⁸ İBN KAYYIM, IV, 129; ÜDEH, I, 522, 523; ŞEYH BEDREDDİN, s. 930; SEYYİD SÂBIK, III, 57; AVCI, Mustafa, Osmanlı Ceza Hukuku Özel Hükümler, Konya 2014, s. 111; GEDİKLİ, E., Osmanlı Hukukunda Hekim Sorumluluğu ve XVII. Yüzyılda Ünlü Bir Fıkâh Cerrâhi, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, 2007 (Güz), sy. 4, s. 17, 18; AVCI, Mustafa, Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler, Konya 2014, s. 102-103; BİLMEN, VI, 238; MÜBÂREK, s. 271; ŞERE-FÜDDİN, Ahmed, el-Ahkâmü’s-Şer’iyye li’l-A’mali’s-Şer’iyye, Kuveyt 1403/1983, s. 43.

²⁹ FETÂVAL-HİNDİYYE, 2. Baskı, Dâru’l-Fikih, 1310, IV, 499; ZORLU, s. 217 vd.

belge niteliğindeki *rıza senetleri* hekimi sorumluluktan kurtarmamaktadır.⁷⁹ Rıza senetleri düzenlenirken hastalık hakkında hastanın kendisine ve yakınlarına şahitler huzurunda gerekli açıklama ve bilgilendirmeler yapılarak, aydınlatma sorumluluğu yerine getirilerek hastanın rızası sağlanmakta olup, bu durum irade dışı oluşabilecek istenmeyen durumlara (*komplikasyon*) karşı hekimin sorumluluğunu bertaraf edebilmektedir. Yoksa hatalı tıbbî tedaviye (*malpraktis*) karşı yapılmış bir sorumsuzluk anlaşması mahiyetinde değildir.⁸⁰ Osmanlı yargısına intikal etmiş 1741 tarihli bir hüccete konu olmuş malpraktis davasında yanlış diş çekimi sebebiyle *diyet* cezasına dış tıbbî maruz kalarak, sekiz kuruş ödemiş ve sonrasında hekimin zimmeti ibra ve iskât edilmiştir.⁸¹

Belirtilen vasıflara sahip kişilerin tıbbî müdahalesi esnasındaki zararların, diğer şartların da göz önünde bulundurulmasıyla tazmine tâbi tutulmaması esastır. Burada Mecelle'nin 91. maddesinde de yer aldığı şekliyle, "Cevâz-ı şer'i damâna münâfi olur" kuralı cari olur ve kamuna uygun hareket düşüncesiyle tazmin sorumluluğu gerektirmez. Cahil ve gerekli ehliyeti haiz olmayan hekim hem tazmin sorumluluğuna sahip kılınarak ve hem de mesleğinden men edilerek, toplumun diğer fertlerinin bu yüzden karşılaşacağı zararın önüne geçilmesi amaçlanmıştır.⁸² Hekimin yanı sıra yardımcı personel

⁷⁹ AVCI, Mustafa, Türk Hukuk Tarihi Dersleri, Konya 2014, s. 212; GEDİKLİ, s. 18; BARDAKOĞLU, A., İslam Hukukunda Doktor ve Diğer Sağlık Personelinin Hukuki Mesuliyeti, Kayseri 1982, s. 529; ZORLU, s. 219-220; ACIDUMAN, Ahmet, Türk Tıp Hukuku tarihinde Hekim-Hasta Arasında Hukuki Bir Belge: Rıza Senedi, 4. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara 2012, s. 51; GÖKTAŞ, Hamam, XIX. Yüzyılda Osmanlı Devleti'nde Hekim Hasta İlişkileri ve Diplomasız Hekimler, International Journal of History, Volume 6, Issue 6, p. 99-115, December 2014, s. 107 vd.; GÖKCAN, Tıbbî Müdahale, s. 201-202.

⁸⁰ DEMİR, Alpaslan, Konya Şer'iyeye Sicillerinde Rıza Senedi Örnekleri (1659-1749), History Studies, Samsun 2012, s. 32 vd.; TOK, Özen, Osmanlı Dönemi Hekim-Hasta İlişkileri, Osmanlı (Kadı Sicillerine Göre XVII. ve XVIII. Yüzyıllarda Kayseri Örneği), Turkish Studies, vol. 3-4, Summer 2008, s. 803; ACIDUMAN, s. 48, 49; GÖKCAN, Tıbbî Müdahale, s. 202.

⁸¹ TOK, s. 802; Aynı mahiyette farklı örnekler için bkz. AKGÜNDÜZ, A., Türk Dünyası Araştırmaları Vakfı İlim Hey'eti, Şer'iyeye Sicilleri, Mahiyeti, Toplu Katalogu ve Seçme Hükümler, Türk Dünyası Araştırmaları Vakfı, C. 1-II, İstanbul 1988, C. I, s. 224-225.

⁸² İBN KAYYİM, IV, 124, 127; DESÜKL, Şemsüddin Muhammed b. Ahmed, Hâşiyetü'l-Desükl ale's-Şerh'ül-Kebîr, ty., yy., IV, 355; İBN NÜCEYM, Zeynüddin b. İbrahim, el-Eşbâh ve'n-Nezâir, Dürü'l-Kütüb'ül-İlmiyye, Beyrut 1419/1999, s. 75; HASKEFİ, Aliüddin Muhammed b. Ali b. Muhammed, ed- Dürü'l-Muhtâr Şerhu Tenvir'ül-Ebsar ve Cami'ül-Bihar, Abdülmuham Halil İbrahim, Dürü'l-Kütüb'ül-İlmiyye, Beyrut 1423/2002, s. 605; İBN KUDÂME, V, 398; HARAŞL, Muhammed b. Abdillâh Ali, Şerhu Muhtasarı Halil, Beyrut ty. VIII, 110; İBN RÜŞD, Ebu'l-Velid Muhammed b. Ahmed el-Kurtûbî, Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesed, Kahire 1425/2004, IV, 200; EBÜ ZEHRÂ, s. 349; BÂR, Muhammed Ali / ŞEMŞİ BAŞA, Hassan, Mes'uliyetü'l-Tabîb Beyne'l-Fikhi ve'l-Kamûnî, Dırsık 1429/2008, s. 65 vd.; MÜBÂREK, s.

sayılan sağlık elemanlarının da yine aynı şekilde ehil ve seçimlerin meslekte yeterlilik ilkelerine uygun yapılması gereklidir. Bu seçimde özen noktasından hekimlere de sorumluluk düşmektedir. Sağlık mesleğinde daha geniş anlamda farklı özel ihtisas alanlarında faaliyet yürüten ve yaptıkları işin tıbbî müdahale kabul edildiği sünnetçi, hacamatçı, kan alıcı, sargıcı, dağılayıcı, ebe gibi meslekleri İslâm ve Osmanlı tıp tarihi literatüründe ve ilgili dönemlerin hukuki düzenlemelerinde görmek mümkündür.¹⁹⁴ Hekim ve diğer belirtilen uzmanların hastalarına yönelik hatalı tıbbî uygulamaları, gerçekleşen sonuca da bağlı olarak ayrıca muhtelif cezaları da gerektirebilecektir.¹⁹⁵ Osmanlı'da bu alanda 1871 tarihli *İdâre-i Umûmiyye-i Tıbbiye Nizamnâmesi* tâbiplik görev ve sorumlulukları bakımından detaylı düzenleme getirmiştir.¹⁹⁶

Tedavi dışında farklı amaçlarla yapılan müdahalelerin, sonuç ne olursa olsun tıbbî bir mesleğin icrası şeklinde görülemeyeceği ve ceza hukukunu da ayrıca ilgilendirmesi söz konusudur. Şafilerden bir rivayette hekim yapmaması gereken bir tasarrufla bulunursa kusurlu olarak kabul edilir ve ücret alamayacağı gibi tazmin sorumlusu da olur. Aksi durumda sorumluluğu olmayacaktır.¹⁹⁷

II. Hasta ile Hekim Arasındaki Hukuki İlişkinin Niteliği

A. Genel Olarak

Hekimin tıbbî uygulama sonucunda kusurlu olarak hastaya zarar vermesi halinde doğabilecek idari ve cezai sorumluluğun yanı sıra, özellikle serbest çalışan hekimi de ilgilendirmesi yönünden, hukuki sorumluluk kapsamında hastanın uğradığı zararın giderilmesine ilişkin de sorumluluğu söz konusu olabilecektir.¹⁹⁸ Sorumluluk bazen hekim ile hasta arasında meydana gelmiş ön

194; ŞEREFÜDDİN, s. 47; Avcı, Velid Hüveymil, *Dumânî'tü-Tabîbi fî 'ş-Şerâti'l-İslâmiyye ve'l-Kânûn, el-Mecelletü'l-Ürdüniyye fî'd-dirâsati'l-İslâmiyye*, 1427/2006, S. 2, s. 10 vd.

195 ÖZCAN, Tuhsin, *Fetvalar Işığında Osmanlı Esnafı*, İstanbul 2003, s. 170 vd; AYDIN, Erdem, 19. Yüzyılda Osmanlı Sağlık Teşkilatlanması, OTAM (Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi, 2004, sy. 15, s. 197 vd; GÖKTAŞ, s. 101 vd.

196 KARAFİ, Ebu'l-Abbâs Şihâbüddin Ahmed, *el-Fürûk*, II, 166; HARAŞİ, VIII, 111.

197 Bkz. *Düstür*, Tertib I, C. II, s. 800-803; AYDIN, 19. Yüzyılda Osmanlı Sağlık Teşkilatlanması, s. 196 vd.

198 ŞAFİİ, Ebü Abdillâh Muhammed b. İdris, *el-Ümm*, Beyrut 1410/1990, VI, 190; HARAŞİ, VIII, 17; KÂSÂNİ, Alaüddin Ebü Bekir b. Mesad, *Bedü'n-Senâi fî Tertibi'ş-Şerîi*, 2. Broş, *Düni'l-Kütübi'l-İlmiyye*, 1406/1986, VII, 305; EBÜ ZEHRÂ, s. 352-353; ÜDEH, I, 522; MÜBÂREK, s. 166.

199 Bkz. ÖZPINAR, Berna, *Tıbbî Müdahalede Köm Uygulanması Hukuki Sonuçları*, Ankara 2007, s. 77 vd.; DEMİR, s. 228, 229 vd.; BELGESAY, s. 60; ŞENOCAK, s. 6.

görüşmelerden kaynaklanabilir. "*Culpa in Contrahendo*" adı verilen, hukuki ilişki kurulması öncesinde yapılan görüşmelerin taraflara ve özellikle hekime yüklediği birtakım sorumluluklar söz konusudur. Hastanın hekimle paylaştığı sağlığına, malvarlığına ve diğer bazı özel durumlarına ilişkin öğrenilen bilgiler ve değerlerle ilgili olarak güvenin boşa çıkması durumu meydana gelebilir.³⁹ Hekimin bazı tehlikelere karşı hastayı uyarmaması hâlinde de bu türden bir sorumluluk söz konusu olabilecektir.⁴⁰ Türk Medeni Kanunu md.2 kapsamında dürüstlük kuralının özellikle gözetilmesinin gerektiği bu ilişki süreci sonucunda, güvenin boşa çıkmasına yol açacak çeşitli haller söz konusu olabilir. Çeşitli özensiz davranışlar, koruma yükümlerinin ihlali, diğer tarafın menfaatlerini gereği kadar dikkate almamak bunlardan bazılarıdır.⁴¹ Hekimin belli bir tedavi şekline ikna amacıyla hastalıkla ilgili yanıltıcı bilgi vermesi, hastayı çeşitli şekillerde oyalaması da bu kapsamda değerlendirilebilir.⁴²

Hekim ile hasta arasındaki sorumluluğu ortaya koyabilmek bakımından, iki taraf arasındaki ilişkinin hukuki boyutunu ve niteliğini ortaya koymak gerekir. Öncelikle ilişki kendi içerisinde farklılıklar olmak üzere bir sözleşmeden kaynaklanmış olabileceği gibi, bu ilişki sözleşme dışı bir nitelik de arz edebilir. Kabul edilecek her bir duruma göre, hukukun o ilişkiye yüklediği anlam ve doğal olarak sorumluluklar farklı olacaktır.⁴³

İslâm ve Türk hukuk sistemlerinde tıbbî müdahale hasta yahut kanuni temsilcisi izni ile yapılmışsa, taraflar arasında bir sözleşme ilişkisinin var olduğu anlaşılır. Tabiatıyla bu durumda ortaya çıkacak sorumluluğun sözleşmeye aykırılık esaslarına göre halledilmesi gerekir. Haksız fiil, hukuka aykırı fiillerle başkasına zarar vermeyi ifade eder. Haksız fiil ile maddi olarak mala ve cana verilen zararlar sonucunda, maddi tazminat ve söz konusu fiil aynı zamanda bir suç teşkil ediyorsa cezai yaptırımlar da söz konusu olabilir. Bu sorumluluğun kişilik haklarını ihlal ile hastaya bu yönde acı ve ıstırap yaşatarak

³⁹ EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara 2017, s. 1157; OĞUZMAN / ÖZ, s. 38; YAVUZ İPEKYÜZ, Hekimlik Sözleşmesi, s. 128; UYGUR, s. 21.

⁴⁰ AYAN, Mehmet, Tıbbî Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 1991, s. 49.

⁴¹ EREN, Borçlar Genel, s. 1165; DEMİRCİOĞLU, Hüriye Reyhan, Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk, Ankara 2009, 41 vd.; BAŞPINAR, Veyisel, Yekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarin, Bankanın) Özen Borcundan Sorumluluğu, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2004, s. 143; HAKERİ, s. 81.

⁴² ÖZDEMİR, Hayrunnisa, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 1, Haziran 2016, s. 37.

⁴³ AYAN, s. 49; TANDOĞAN, Türk Mes'uliyet Hukuku, s. 4-5.

zarara uğratması hâlinde ise, manevi zarar doğacaktır.⁴⁴ Hukuki sorumlulukta zaman içerisinde sorumluluk hukuku bakımından haksız fiilden, sözleşmeye aykırılık anlayışına doğru bir dönüşüm olmuştur.⁴⁵ Sözleşme ve haksız fiil sorumluluğu arasında bazı yönlerden temel farklılıklar vardır.⁴⁶

İslâm hukuk kaynaklarında konu haksız fiil kaynaklı örnek ve bunlar üzerinden açıklamalarla daha çok ele alınmıştır. Can ve beden bütünlüğü söz konusu olduğunda, haksız fiil olduğu kadar çoğu zaman ceza hukukunu ilgilendiren hususların da varlığı düşünülmektedir. Ancak izin varlığı hâlinde sözleşme ilişkisinin kabulü daha uygun görünmektedir.⁴⁷

B. Türk Hukukunda

1. Sözleşmeden Kaynaklı İlişki

Türk hukukunda hekim sorumluluğunda çoğunlukla sözleşmeden kaynaklı bir sorumluluk söz konusudur. Hekim ile hasta arasındaki ilişki genellikle daha önceden kurulmuş geçerli bir sözleşmeye dayanır. Diğer Borçlar Hukuku sözleşmeleri ile temelde benzerlikleri olmakla beraber, insanın sağlık ve vücut bütünlüğünü ilgilendiren yönü itibarıyla daha özellikli, bu durumu sebebiyle özen yükümlülüğü bakımından diğer sözleşme yükümlülüklerine göre daha dikkat edilmesi gereken bir mahiyet arz etmektedir.⁴⁸ Bu sözleşmelere hekimlik sözleşmesi veya tedavi sözleşmesi adı verilir. Hekimlik sözleşmeleri, muhtevası itibarıyla taraflar arasında eşit imkanların olmadığı, karşılıklı edim değişiminin bulunmadığı, güven ve özen özellikleri önde olan kendine has (*sui generis*) bir sözleşme türü olarak kabul edilebileceği gibi,⁴⁹ ilişkinin mahiyetine uygun olarak her olayda hukukten düzenlenmiş sözleşme tiplerine uygun olarak ele

⁴⁴ DAĞCI, Şamil, Fıkah, Muâmelât-Borçlar Hukuku-, Ankara Üniversitesi Uzaktan Eğitim Yayınları, Ankara, 2005, s. 175; AYDIN, M. Akif, Haksız Fiil, DİA, XV, s. 210-211; AVCI, Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 101-102; YILDIZ, Kemal, İslâm Sorumluluk Hukuku, İstanbul 2013, s. 138; BENLİ, Abdullah, İslâm Hukukunda Manevi Tazminat, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Kayseri 1997, s. 280; BÂR / ŞEMSİ BAŞA, s. 78; MAHMASANI, Subhî, Nazariyyetü'l-Âmmæ li'l-Mücebât ve'l-Ukûd fi's-Serâti'l-İslâmiyye, Beyrut 1403/1983, I, 154, 171; BAĞDADI, Ebû Muhammed Gânim, Mecma'u'd-Dinînât, s. 171.

⁴⁵ BELGESAY, s. 76; YAVUZ İPEKYÜZ, Hekimlik Sözleşmesi, s. 15.

⁴⁶ Bkz. KILIÇOĞLU, M. Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2017, s. 823-824.

⁴⁷ YAVUZ İPEKYÜZ, Hekimlik Sözleşmesi, s. 30, 47 vd.

⁴⁸ AYAN, s. 50; BELGESAY, s. 76; SEÇER, s. 120.

⁴⁹ ŞENOCAK, s. 27; UYGUR, s. 103; TOPUZ, Seçkin, Türk Hukukunda Vekalet Sözleşmesinde Vekilin Özen Borcu, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale 2001, s. 99.

alınması gerektiği de düşünülebilir.³⁰ Hekim ile hasta arasında meydana gelmiş olan hukuki sözleşme ilişkisinin temelinde bazı doktriner yaklaşımlar vardır. Bu bakımdan hizmet, eser ve vekâlet sözleşmeleri ile ilişkilendirilmektedir.³¹

a. Hizmet Sözleşmesi Yaklaşımı

Bu yaklaşıma göre; hasta ile hekim arasındaki ilişkiye bir hizmetin ifa edilmesi nazarıyla bakılmakta ve taraflara bu anlamda hukuki yükümlülükler düşmektedir. Hizmet sözleşmesi esasına göre hekim, belirli olan ve olmayan bir zaman için iş gücünü, ücret karşılığında işverene tahsis etmektedir. TBK md.393'e göre; "Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir." Bu tanımda bir işverene bağımlılık önem taşımakta, vekâlet ve eser sözleşmelerinden bu yönden ayrılmaktadır.³² Hekim hastayı iyileştirme işini sözleşmenin edimi olarak üstlenmiştir. İyileştirme amacı hastanın vücut bütünlüğüne müdahale söz konusu olduğundan, tek başına tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hâle getirmez.³³ Şayet hekim, bu edimi gereği gibi yerine getiremezse, sözleşme gereklerini yerine getirmemiş olur ve sorumluluğuna gidilir. Hasta da hizmet sözleşmesi gereği kendi edimi olan ücreti hekime ödeyecektir.³⁴ Sözleşmenin kuruma yapıldığı düşünülen durumlarda bu ücretin kuruma ödenmesi söz konusudur.

Hasta tedavi sürecinde hekimin yönlendirmelerine ve uygulamalarına uyma yükümlülüğü altındadır. Aksi takdirde hekimin sorumluluğu olmaz veya azalabilir.³⁵ Türk hukukunda kabul görmeyen hizmet sözleşmesi yaklaşımı, hastalık süresi ve bununla bağlantılı olarak hekimin süre öngörüsünün hukuki ilişkinin mahiyetine uymadığı eleştirisi almaktadır.³⁶ Hekim hastasını iyileştirmek amacıyla tedavi etmektedir. Yoksa iş gücünü hastasına tahsis etmiş değildir. Kurumsal olarak hekimin çalışmasını tahsis ettiği özel hastane ile olan ilişkisi, hizmet sözleşmesi niteliklerini taşımaktadır.³⁷

³⁰ YAVUZ İPEKYÖZ, Hekimlik Sözleşmesi, s. 73; DEMİR, s. 232 vd.

³¹ AYAN, s. 51; ŞENOCAK, s. 30; TÜRKMEN, s. 55.

³² TANDOĞAN, Hukuk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İstanbul 2010, C. II, 35-36; UYGUR, s. 97.

³³ ÖGÜZ / DURAL, s. 106; SEÇER, s. 120.

³⁴ YAVUZ İPEKYÖZ, Hekimlik Sözleşmesi, s. 152; ŞENOCAK, s. 19; YILMAZ, s. 33.

³⁵ SÜTLAŞ, Mustafa, Hasta ve Hasta Yakını Hakları, İstanbul 2000, s. 52; YAVUZ İPEKYÖZ, Hekimlik Sözleşmesi, s. 153.

³⁶ AYAN, s. 54; YAVUZ İPEKYÖZ, Hekimlik Sözleşmesi, s. 57; YILMAZ, s. 43; SEÇER, s. 115.

³⁷ ŞENOCAK, s. 20, 21; Krş. YILMAZ, s. 44-45, 251 vd.

b. Eser (İstisna) Sözleşmesi Yaklaşımı

TBK md.470'te; "Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir." şeklinde tanımlanmıştır. İki taraflı sözleşme olarak tarafların yükümlülükleri, bir eser vücuda getirilmesi ve karşılığında diğer tarafın da ücret ödemesinden oluşur. Hizmet sözleşmesinde olduğu gibi iş gücünün bir işverenin emrine tahsisi veya vekâlette olduğu gibi iş sahibi için bir işin görülmesi söz konusu değildir. Eser, iş sahibi adına ortaya çıkarılacak bir sonuç mahiyetindedir.³⁹ Normal hasta hekim ilişkisinde ortaya çıkması düşünülen sonucun önceden belli bir şekilde tanımlanması mümkün olmadığından, eser sözleşmesi olması da mümkün görünmemektedir. Ayrıca tedavinin sonucu, hekimin elinde olmayan sebeplere bağlı ve mahiyeti itibariyle objektif olarak taahhüt edilmeye elverişli değildir.⁴⁰ Hasta hekim arasında var olduğu kabul edilen bu sözleşmeye göre, hekim tedavi sonunda ortaya çıkaracağı sonucu taahhüt ederek işi yapmayı üstlenmesi gerekir. Hasta ve hekim arasındaki ilişkiye *eser (istisna)* sözleşmesi hükümlerinin uygulanması, sadece istisnai durumlarda söz konusu olmaktadır. Bu durumlar genellikle plastik cerrahideki bazı müdahaleler, laboratuvar sonucuna bağlı veya protez kullanılması gereken uygulamalar ile takma kol ve ayak gibi yapay organların takılmasını konu alan teknik muhtevalı üretim yükümlülükleri ve dişçilikte geçerli bazı iş türlerinde ortaya çıkabilmektedir.⁴¹ Bu görüş, sonucun garanti edilememesi ve komplikasyonları açıklamada yetersiz kalmaktadır.⁴² Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 05.04.1993 tarih ve E. 1993/131 K. 1993/2741 sayılı kararında plastik cerrahi ameliyatlarının bir eser sözleşmesi olduğunu ifade etmiştir.⁴³

³⁹ EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2017, s. 584; TANDOĞAN, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, II, 2, 35, 39; YAVUZ, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2014, s. 985; ZEVKLİLER, Aydın / GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2016, s. 490; GÜMÜŞ, M. Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2014, C. II, s. 10, 133-134.

⁴⁰ ŞENOCAK, s. 22, 24; YILMAZ, s. 34; UYGUR, s. 99 vd.

⁴¹ AYAN, s. 52-53, 55; YAVUZ İPEKYÜZ, Hekimlik Sözleşmesi, s. 63; YILMAZ, s. 41; HAKERLİ, s. 351; ZEYTİN, Zafar, Vekâlet ve Eser Sözleşmeleri Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahaleleri Konu Edinen Sözleşme İlişkilerinin Nitelendirilmesi, Tıp Hukuku Dergisi, Özel Sayı Tıp Hukukunun Güncel Sorunları Sempozyumu 2014, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Tıp Hukuku Araştırmalar Birimi Yayını, İstanbul 2014, C. 3, sy. 6, s. 110.

⁴² SEÇER, s. 116; AYDIN, Nizamettin, Hasta Haklarının Hukuki Boyutu ve Korunma Yolları, DÖSBD, Aralık 2008, sy. 22.

⁴³ http://www.ictihut/Yargitay_13_Hukuk_Dairesi_1993-131.php (E.T. 09. 09. 2018).

c. Vekâlet Sözleşmesi Yaklaşımı

İsviçre-Türk hukukunda hakim olan görüşe göre, hasta ile hekim arasında bir vekâlet ilişkisi söz konusudur. TBK md.502'de; "Vekâlet sözleşmesi, vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir." şeklinde tanımlanmıştır. Vekâlet sözleşmesi bir şemsiye veya torba iş görme sözleşmesi olarak, Türk Borçlar Kanunundaki vekâlete dair hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, kanunda düzenlenmemiş (*isimsiz*) iş görme sözleşmelerine de uygulanırlar (TBK md.502/II).⁴³ Bu kapsamda hasta, hekimin tedavi sürecindeki önerilerine katılarak hekimin yönlendirmesine uyacak, hekim de hastanın verdiği vekâlete dayanarak tıbbi imkanlar çerçevesinde ve hasta için iyi olduğuna inandığı tedaviyi yerine getirecektir. Sözleşme, hastayı sağlığına kavuşturmak için gerekli tıbbi müdahale yapmayı ihtiva eder. Hasta hekime başvurmakla tedavisi için genel bir talimat vermek, hekim de tıp bilimine uygun olarak onun tedavisini yapmakla yükümlüdür.⁴⁴

Türk hukukunda da doktrinde genelde kabul edilmiş⁴⁵ bu görüşe uygun olarak yapılmış tanımlarda sözleşme, hekimin hastasının menfaatine ve iradesine uygun olarak, tıp bilimi ve uzmanlığının öngördüğü esaslar çerçevesinde ve bir ücret karşılığında, bir teşhis koyarak ve buna uygun tedaviyi seçip uygulamayı, bir zaman kaydına bağlı olmaksızın ve sonucun elde edilmesi taahhüdü altına girmeksizin üstlenmesini öngörür. Genel hükümlere ve şekil serbestisine tâbi olan bu sözleşme tarafların açık ya da zımni irade beyanları ile kurulur. (TBK md.1/I-II)⁴⁶ Ücret vekâletin zorunlu unsurlarından değildir. Vekâlet akdi teorik anlamda genel olarak ücretsiz kabul edilir. Sözleşmede hüküm olması veya teâmül, ücretin varlığı konusunda belirleyicidir. Hekimlik ücret karşılığında iş görmenin caiz olduğu hallerden biridir (TBK md.502/III).⁴⁷ Hekim sözleşmenin ifası sırasında her hangi bir süreyle bağlı olmayıp, hastanın durumu ve hastalığın mahiyetine uygun olarak tedavi süresi uzayabilmektedir. Ayrıca hizmet sözleşmesinde olduğu gibi bir bağımlılık da söz

⁴³ EREN, Borçlar Özel, s. 706; AYAN, s. 54; DEMİR, s. 238.

⁴⁴ YAVUZ, s. 895; SENOCAK, s. 34; YILMAZ, s. 43, 201; HAKERİ, s. 314; Doğan, Cahid, Hukuksal Açıdan Hastanın Yükümlülükleri, ERÜHFD, C. XI, S. 2, (2016), s. 58.

⁴⁵ Bkz. AYAN, s. 54-55; SENOCAK, s. 25.

⁴⁶ UYGUR, s. 84; ÖZDEMİR, s. 45, 49; YILMAZ, s. 7, 91; DOĞAN, Hukuksal Açıdan Hastanın Yükümlülükleri, s. 55.

⁴⁷ SENOCAK, s. 24, 26; BAŞPINAR, s. 83; TANDOĞAN, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, II, 366; ZEVKİLİLER / GÖKYAYLA, s. 640; GÜMÜŞ, s. 129.

konusu değildir.⁶⁶ Hatta nispi de olsa bağımsızlık söz konusudur. Vekâlet sözleşmesinde müvekkilin talimat ve yönlendirmesi her zaman mümkün olmakla beraber, uzmanlık gerektiren, ayrıca acil ve tehlikeli durumlarda bu bağımsızlık daha da belirginleşir. Bu durumlarda konunun sorumluluğu etkileyen moral ve etik yönleri de bulunmaktadır.⁶⁷ Tedavi sözleşmesi ile hekimin nispi olarak bağımsız hareket edebilmesi, sözleşmenin vekâlet özelliğini ortaya çıkarmaktadır. Ayrıca hekimin hastasını iyileştirmeyi garanti edememesi ile de eser sözleşmesinden, belli bir süre sınırlı olmama niteliği ile de hizmet sözleşmesinden ayrılmakta ve vekâlet sözleşmesi nitelenmesine daha uygun görülmektedir.⁶⁸ Zira hekimin çalışma süresi üstlendiği işin mahiyetine bağlı olması gerekir. Ayrıca temelde azil (*işten elçektirme*) ve istifa etme (*çekilme*) imkanının taraflarda bulunması da, bu ilişkinin mahiyetini vekâlete uygun hâle getirmektedir.⁶⁹

Hasta, vekâlet ilişkisinin kendisine verdiği hak ve yetkileri kullanarak, vekâletten vazgeçmediği sürece, hekim hasta için uyguladığı tedaviyi belirleme ve uygulama serbestisine sahip olmaktadır. Hekim, hastaya uyguladığı tedavinin her aşamasında hastanın onayına başvurma yükümlülüğü altındadır.⁷⁰ Tedavi sürecinde hastaya hastalıkla ilgili herhangi bir tedaviyi dayatma ve zorla uygulama imkânı yoktur. Vekâlet sözleşmesi gereği hekim, "işçi gibi dikkat ve özenli davranışta bulunmak" zorundadır. (TBK md.396/1) Zira en hafif kusuru bile hukuki sorumluluğunu doğuracaktır. Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 06. 03. 2003 tarih, E. 2002/13959 ve K. 2003/2380 sayılı kararıyla, "Gerçekte de mesleki bir iş gören; doktor olan vekilden, ona güvenen müvekkil titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemekte haklıdır. Titiz, özen göstermeyen bir vekil. TBK 394/1 uyarınca vekâleti gereği ifa etmemiş sayılmalıdır." şeklinde hüküm tesis edilmiştir.⁷¹

⁶⁶ EREN, Borçlar Özel, s. 718; ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 634; YAVUZ İPEKYÜZ, Hekimlik Sözleşmesi, s. 68, 75; EKŞİ, s. 162; YILMAZ, s. 34-35; TANDOĞAN, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, II, 375-376; SÜTLAŞ, s. 53; UYGUR, s. 114.

⁶⁷ EKŞİ, s. 163-164; KARAMAN, Hüseyin, Abu Bakr Al-Razi (Rhazes) and Medical Ethics, Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi [2011] sayı: 30, s. 83; UYGUR, s. 107.

⁶⁸ SEÇER, s. 118.

⁶⁹ SENOCAK, s. 26, 27, 72; TANDOĞAN, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, II, 374, 377; HAKERİ, s. 349; ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 646; GÜMÜŞ, s. 133; TÜRE, M. Gökhan / TÜRE, Oğuzhan, Hekimin Hizmetten Çekilme Hakkı, TBB Dergisi 2017 (131), s. 301 vd. s. 295-346.

⁷⁰ SÜTLAŞ, s. 53, 54.

⁷¹ Bkz. YILMAZ, s. 123, 172; BAŞPINAR, s. 160-161, 255. (Karar için bkz. <http://www.hukuki.net/showfresd.php?42401-Hasta-Haklarının-İhlali-Yargıtay-Kararlari>, E. T. 09. 09. 2018).

Yargıtay'ın yerleşik kararlarına göre hekim "*en hafif*" kusurundan dâhi "*tam sorumlu*" olacağından, hastanın uğradığı zararların tamamını ödemek zorunda kalacaktır.⁷⁴ Şu kadar ki, hastanın da ihmalleri, hataları varsa onun kusura katılmı oranında tazminattan indirim yapılacaktır. Vekil iş görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden değil de, bu sonuca ulaşmak için yaptığı uğraşların özenle görülmemesinden sorumludur. Vekil vekâlet sözleşmesi ile esas olarak özen borcu altına girmiştir. Hekimin esas edim yükümü, özenle hareket etme yükümüdür.⁷⁵ Özen borcunun yerine getirilmediğini hasta ispat edecek, hekim de bu yerine getirmemede bir kusuru bulunmadığını kanıtlayarak sorumluluktan kurtulabilecektir.⁷⁶

Borçlar Kanununa uygun olarak vekâletten azil ve çekilme her zaman mümkündür.⁷⁷ Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 19. maddesi de sözleşmeden caymayı, tedaviyi bırakmayı, yapılmakta olan hizmetin önemi ile orantılı olarak bir takım şartlara bağlamıştır. Buna göre, "Doktor... mesleki ve kişisel nedenlerle tedaviyi bitirmeden hastayı bırakabilir. Ancak, tedaviye imkan verecek süreyi önceden hesaplayarak hastanın zamanında haberdar edilmesi zorunludur. Hastanın bırakılması durumunda hayatının tehlikeye düşmesi veya sağlığının zarar görmesi ihtimali varsa, başka bir meslektaş sağlanmadıkça hasta terk edilemez."⁷⁸

Bu yaklaşımlar dışında 1970'li yılların başında Amerika Birleşik Devletleri'nde verilen bazı mahkeme kararlarında hasta hekim ilişkisinin bir iş ve sözleşme ilişkisi olmadığı, aksine karşılıklı güvene dayanan farklı bir ilişki türü olduğuna dair kararlar ortaya çıkmıştır. Buna göre hasta, devlet tarafından yetkilendirilmiş kişiden (hekimden) yardım talep eder. Hekim de sorumlulukları çerçevesinde bu görevi yerine getirir.⁷⁹ Ayrıca bu anlayışa ben-

⁷⁴ Konu ile alakalı bir karar için bkz. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, E. 2011 / 6393, K. 2012 / 775, T. 23.1.2012. (www.kazanci.com, E. T. 05.11.2018).

⁷⁵ BAŞPINAR, s. 104, 127; TANDOĞAN, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, II, 416-422; ZEVLİLER / GÖKYAYLA, s. 650, 651; GÜMÜŞ, s. 164, 167 vd.; DEMİR, s. 243; TOPUZ, s. 103.

⁷⁶ TANDOĞAN, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, II, 432; DOĞAN, Hukuksal Açıdan Hastanın Yükümlülükleri, s. 72; ZEVLİLER / GÖKYAYLA, s. 652.

⁷⁷ YAVUZ, s. 1220; GÜMÜŞ, s. 128; AYAN, s. 161; YAVUZ İPEKYÜZ, Hekimlik Sözleşmesi, s. 161; TANDOĞAN, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, II, 619.

⁷⁸ Ayrıca bkz. TÜRE / TÜRE, s. 302.

⁷⁹ Bu konuda bkz. SERT, Gürkan, Hasta Hakları Uluslararası Bildirgeler ve Tıp Etiği Çerçevesinde, Babil Yayınları, İstanbul 2004, s. 63-64.

zer şekilde, sözleşmenin niteliğinin her bir tıbbî müdahale ihtiyacını göz önüne alarak, özel durum ve şartlara göre belirlenmesi gerektiği görüşü de ileri sürülmektedir.⁴⁴

2. Vekâletsiz İş Görme İlişkisi

TBK md.526'ya göre, "Vekâleti olmaksızın başkası hesabına iş gören, o işi sahibinin menfaatine ve varsayılan iradesine uygun olarak görmekle yükümlüdür." Hekimin hasta olan bir kişiye zaruri hallerde bakma zorunluluğu vardır. Zaruret içerisinde bulunan bir hastanın hayatını kurtarmak veya ağır bir zarara uğramasına engel olmak için sözleşme ilişkisi bulunmadığı bir durumda, hekimin hastaya müdahalesi söz konusu olabilmektedir. Bu halde meydana gelen sözleşme dışı ilişkiye uygulanacak kurallar vekâletsiz iş görme kurallarıdır. Bilincini yitirmiş bir hastaya müdahale etmek veya başlamış bir müdahaleyi genişletmek gerektiğinde böyle bir durum söz konusudur.⁴⁵ Burada hekim hastanın faydasına olacak şekilde, ancak onun iradesine dayanmayan bir eylem gerçekleştirmektedir. Burada iş sahibinin (hastanın) menfaati ve varsayılan iradesi önem arz eder. Hasta Hakları Yönetmeliği md.24/7'ye göre de hayati tehlikenin bulunduğu ve hastanın bilincinin olmadığı acil durumlarda, tıbbî müdahalede hastanın rızası aranmamaktadır.⁴⁶ TBK 527 ve devamı maddelerdeki düzenlemeye göre, vekâletsiz iş gören kural olarak aşırı özen göstermekle yükümlü ve her türlü ihmalinden sorumludur.⁴⁷ İş sahibinin bir zararla karşılaşmış olmasına ve zarar tehlikesine binaen yapılmışsa, sorumluluk daha hafif olarak değerlendirilir. İş sahibinin açık yasağına rağmen yapılmışsa iş gören beklenmeyen halde dâhi sorumlu olmaktadır.⁴⁸

3. Haksız Fiil İlişkisi

Hekim ile hasta arasında sözleşme ve vekâletsiz iş görme ilişkisinin bulunmadığı durumlarda, TBK 49. madde çerçevesinde haksız fiil sorumluluğu

⁴⁴ YAVUZ İPEKYÜZ, Hekimlik Sözleşmesi, s. 71.

⁴⁵ REYHANİ YÜKSEL, Sera, Hekimin Vekâletsiz İş Görmeden Doğan Sorumluluğu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2015, vol. 21 (2), s. 799. vd., SEÇER, s. 118.

⁴⁶ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 169; ÖĞÜZ / DURAL, s. 107; ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 676.

⁴⁷ TANDOĞAN, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, II, 682; ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 677; GÜMÜŞ, s. 233.

⁴⁸ AYAN, s. 60-61, 113; YAVUZ İPEKYÜZ, Hekimlik Sözleşmesi, s. 127; ŞENOCAK, s. 31, 103 vd.; UYGUR, s. 24; Bkz. TBK md.527.

söz konusu olabilmektedir. Hukuka aykırı ve kusurlu davranış ile başkasına zarar verilmemesi esastır.⁶⁵ Hekimin hasta üzerinde deney uygulaması ve kişisel sebeplerle hastasına zarar vermesi örnek gösterilebilir.⁶⁶ Hekim, mesleğinin yükümlülükleri dahilinde olmak üzere acil olaylarda ilk yardım görevinden kaçınmış olabilir.⁶⁷ Bu durumlarda haksız fiile ilişkin kural ve prosedürler devreye girebilecektir.

Taraflar arasında geçerli bir hekimlik sözleşmesi ilişkisi olsa dâhi, haksız fiil sorumluluğu meydana gelebilir. Hastanın bedensel bütünlüğüne müdahale teşkil eden mahiyeti sebebiyle, var olan hekimlik sözleşmesine aykırı şekilde zarar verici olan davranış, aynı zamanda haksız fiil teşkil eder. Bu durumda akdi ve akit dışı sorumluluk yarışır ve hasta kendi tercihiyle bağlı olarak bunlardan herhangi birine dayanabilir.⁶⁸ Bu durum var olan hekimlik sözleşmesi sınırlarının aşılması hâlinde de meydana gelebilir. Sözleşme ve haksız fiil sorumluluğu, zamanaşımı, yardımcı kişilerden dolayı sorumluluk ve kusurun ispat yükü bakımından farklı hükümlere tâbidir.⁶⁹ Sözleşmeden kaynaklı sorumlulukta, hekim, yardımcılarının kusurundan mutlak surette sorumlu iken, haksız fiil sorumluluğunda hekim kendine yöneltebilecek bir kusur bulunmadığı ispatla kurtulabilir.⁷⁰ Haksız fiil sorumluluğunda sorumluluk şartları objektif olarak ortaya konulabildiği halde, sözleşme sorumluluğundaki ölçü sübjektiftir. Hekimin kişisel kabiliyetine göre kendinden beklenilmeyen her hareketi kusur kabul edilir. Haksız fiil sorumluluğunda kural olarak sorumluluğu iddia eden hasta kusuru ispat eder. Sözleşmeye dayanıldığında ise, hekim iddia edilen zararın meydana gelmesinde kendi kusuru olmadığını ispat etmesi gerekir.⁷¹ Sözleşmenin varlığı hâlinde hekim istediği zaman tedaviyi

⁶⁵ BELGESAY, s. 77.

⁶⁶ AYAN, s. 61; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 170; ÖĞÜZ / DURAL, s. 112; YILMAZ, s. 97.

⁶⁷ ŞENOCAK, s. 12; SİNDEL, Ece, Hekimin Haksız Fiil Sorumluluğu, Temiz Hukuk Dergisi, C. 11, sy. 119, Temmuz 2016, s. 248.

⁶⁸ AYAN, s. 62; BELGESAY, s. 109; SEÇER, s. 119; GÖKCAN, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, s. 1083; KRŞ. BİLMEN, III, 313.

⁶⁹ AYAN, s. 62; HAKERİ, s. 352, 414; ŞENOCAK, s. 12, 14, 16, 109; EREN, Borçlar Genel, s. 540; KILIÇOĞLU, s. 823-824; YAVUZ İPEKYÜZ, Hekimlik Sözleşmesi, s. 125, 127; YAVUZ İPEKYÜZ, Hekimin Tazminat Sorumluluğu, s. 24; UYGUR, s. 25, 346; YILMAZ, s. 330.

⁷⁰ BELGESAY, s. 139; YAVUZ İPEKYÜZ, Hekimlik Sözleşmesi, s. 95, 126; ŞENOCAK, s. 15, 99; YILMAZ, s. 180 vd, 187; BAŞPINAR, s. 212; TANDOĞAN, Türk Mes'uliyet Hukuku, s. 107, 120-121, 450.

⁷¹ BELGESAY, s. 129; ERSOY, Tıbbi Hatanın Hukuki ve Cezai Sonuçları, s. 183.

birakamaz, sözleşme hükümlerine uyması gerekir. Zamanaşımı süreleri de, haksız fiilde iki yıl, sözleşmede on yıl olmak üzere farklıdır. Vekâlet sözleşmelerinde bu süre beş yıldır. (TBK md.72, 146, 147/V)⁶²

Haksız fiil ile akdî sorumluluk arasında gerçekte mahiyet değil, derece itibariyle farklılık vardır. Her iki halde tıp biliminin gereklerine uygun davranma yükümlülüğü söz konusudur.⁶³ Bu yükümlülüğe aykırılık, her iki halde de sorumluluk doğurur. Bu noktada her iki sorumluluğa dayanma imkanı olan hastanın tercihi rol oynar. Hastanın rızası olduğu hallerde, hekim açıkça kanuna aykırı davranmamışsa, haksız fiil sorumluluğu değil, sözleşme sorumluluğu öne çıkar. Hekim üstlendiği görevi özenle yapmamasından sorumlu olur. Özen eksikliği genellikle hatalı tıbbi uygulama (*malpraktis*) olarak ortaya çıkar.⁶⁴ Hastanın tedaviye rızası kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu için, kural, sınırlı ehliyetsiz de olsa bizzat kendisi tarafından beyan edilmesinin gerektiğidir. Hasta temyiz gücüne sahip değilse, rızanın yasal temsilci tarafından açıklanması gerekir.⁶⁵ Hastanın rızası açık olabileceği gibi, ameliyat masasına yatmak gibi zımni de olabilmektedir. Büyük ameliyatlarda bu iradenin yazılı olması gerekir.⁶⁶ Müdahalenin tehlikeli olduğu durumda rızanın zımni değil, açık ve müdahalenin yapılmasından önce alınması sorumluluk açısından uygun olmaktadır.⁶⁷

B. İslâm Hukukunda

1. Sözleşme İlişkisi

İslâm hukukunda da hekim ile hasta arasında ortaya çıkacak sorumluluğun temelinde, ilişkinin sözleşmeye dayalı olup olmadığı önem arz eder. Genel yaklaşım hekim hasta arasındaki ilişkisinin genelinde sözleşmenin var olduğudur. Sözleşmeye dayalı olan hekim hasta ilişkisi iki tarafa da borç yükler. Sözleşmeler yazılı yahut yazılı olmayan bir tarzda sözlü bir şekilde, iradelerin uyuşması esasına göre kurulur.⁶⁸

⁶² Bkz. BELGESAY, s. 78, 79 vd.; TANDOĞAN, Türk Mes'uliyet Hukuku, s. 533; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 248; ÖĞÜZ / DURAL, s. 158; KILIÇOĞLU, s. 609; BAŞPINAR, s. 281; HAKERİ, s. 424; GÖKCAN, Tıbbi Müdahale, s. 1093 vd.

⁶³ YILMAZ, s. 7, 332; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 170; ÖĞÜZ / DURAL, s. 112.

⁶⁴ BELGESAY, s. 76, 83; YILMAZ, s. 50; HAKERİ, s. 386 vd.; UYGUR, s. 294.

⁶⁵ ÖĞÜZ / DURAL, s. 106-107; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 95; Bkz. Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun, md.70.

⁶⁶ Bkz. Tababet ve Şuabatı San'atlarının İcrası Hakkında Kanun, md.70.

⁶⁷ BELGESAY, s. 128; ŞENOCAK, s. 43; YILMAZ, s. 49; UYGUR, s. 184; KAHRAMAN, s. 485.

⁶⁸ DAĞCI, s. 173; GÄMİDİ, s. 179.

Geçmiş uygulamalarda, tedavi yaptığı bilinen ehil tâbip ve diğer sağlık mesleğine sahip olanlardan kan alıcı, sünnetçi, sargıcı, dağılayıcı, ebelere sağlık ihtiyacı dolayısıyla başvurularla akdi bir ilişki kurulmuş olmaktadır.¹⁹⁸ Hekim hasta ilişkilerinde kadıların da müdahil olduğu çeşitli örneklerle uygulamada rastlamak mümkündür.¹⁹⁹ Bu ilişkinin hukuki niteliğinin kendine özgü olduğu düşüncesi dahil olmak üzere, farklı sözleşmelerle de ilişkilendirilmiştir. İslâm hukuk kaynaklarında daha çok *icâre* kapsamında ele alınan, hizmet sözleşmesine yakın kabul edilebilecek bir mahiyetin olduğunu görüyoruz.²⁰⁰ İbni Abbas (r.a.)'tan "*Rasulullah hacamat oldu ve ücretini verdi.*" rivayeti *icâre* kabulünü desteklemektedir.²⁰¹ Hekimliğin, hizmet sözleşmesi olarak, *icâre* akdi kapsamında emeğin kiralanması olarak ele alınması mümkün görünmektedir.²⁰² Hekim burada kendisinden belli bir hizmet istenen ve belli bir işverene bağlı olmayarak çalışan *ecîr-i müsterek*²⁰³ addedilmektedir.²⁰⁴ Başka kişilerin işlerini de taahhüt edebilen ve insanların emeğinden istifade etmede ortak bir vasfa sahip olduğu *ecîr-i müsterek*in sorumluluğu, belli bir işverene bağlı olarak çalışan *ecîr-i hasa* göre daha ağır olarak, taksir veya teaddisi (*kusur veya hukuka aykırılık*) olup olmamasına bakılmaksızın, kendi fiiliyle sebep olduğu zarar ve hasarın tamamına şamildir.²⁰⁵ Mecelle'ye göre; "*Ecîr'in teaddisi müstecîrin sarahaten ya dalâleten emrine muhalif amel ve hareket etmesidir.*"²⁰⁶ Hekim de *taksir ve teaddisi* olmadığını ispat ederse, meydana gelen zarar bir özre, komplikasyona ve kendi kusuru dışında, bir sebebe dayanmış olacak

¹⁹⁸ SERAHSI, XVI, 10; MERĞİNÂNİ, Ebû'l-Hasen Burhanüddin Ali b. Ebi Bekir, el-Hidâyetü fi Şerhi Bidâyetü'l-Mühtedî, (Tbk. Talal Yusuf), C. I-IV, Beyrut ty., III, 243.

¹⁹⁹ AKGÜNDÜZ, Şer'iye Sicilleri, I, 224, 225.

²⁰⁰ İBNÜ'L-HÜMÂM, Kemâlüddin Muhammed b. Abdülvâhîd, Fetvâ'l-Kadîr, IX, 121, 122; GÂMİDİ, s. 180.

²⁰¹ ŞİNKİTİ, Muhammed el-Emin b. Muhammed el-Muhtâr el-Cekeri, Ahkâmü'l-Cirâbeti'l-Tibbiyyeti ve'l-Âsarü'l-Müteretibetü Aleyha, 2. Baskı, Cidde 1994/1415, s. 599.

²⁰² ÇEKER, Fıkıh Dersleri, s. 156; BİLMEN, VI, 180, 181; ZUHAYLÎ, Vehbe, el-Fıkhu'l-İslâmî ve Edilletihü, 3. Baskı, Dimaşk 1409/1989, IV, 781.

²⁰³ BARDAKOĞLU, Ali, *icâre*, DİA, XXI, 384; Mecelle, md.422.

²⁰⁴ EKŞİ, s. 153; ÖZEN, Şükrü, İslâm Hukukuna Göre Yanlış Tedavide Sorumluluk, 38. Uluslararası Tıp Tarihi Kongresi Bildiri Kitabı, Ankara 2005, s. 738; BİLMEN, VI, 238.

²⁰⁵ İBN RÜŞD, IV, 17; SEMERKANDİ, Ebü Bekr Alişekânî Muhammed b. Ahmed, Tuhtetü'l-Fukahâ, Beyrut 1414/1993, II, 352; İBN ÂBİDİN, VI, 67; FETÂVÂ-YI KÂDİRÂN, II, 341-342; Bkz. Mecelle, md.610 ve 611; BARDAKOĞLU, *icâre*, DİA, XXI, 386; YILDIZ, İslâm Sorumluluk Hukuku, s. 90 vd.

²⁰⁶ Mecelle, md.608.

ve sorumlu olmayacaktır.¹⁰⁸ Komplikasyonlardan sorumlu olmak için tıbbî müdahalenin haksız fiil şeklinde olması, izin alınmamış ve bir görevin ifası şeklinde de olmaması gerekir.¹⁰⁹ Hekimin belli bir şahsın münhasır doktoru olarak çalışması hâli *ecir-i has* olarak değerlendirilebilir ve sorumluluğu da bu vasfa uygun olarak farklılaştırır.¹¹⁰ Kendi mesaisini işverene tahsisle ücrete hak kazanan *ecir-i hastan* farklı olarak, *ecir-i müşterek* işi tamamlayınca ücrete hak kazanır.¹¹¹

Hekimin tedavi amacıyla ve kendisine kusur izafe edilemeyecek müdahaleleri sorumluluk gerektirmez.¹¹² Çünkü "*Cevâz-ı şer'î zamâna münâfidir.*"¹¹³ Osmanlı hukuku uygulaması da bu anlayışa göre şekillenmiştir. Bu konuda bir örneğe temas edilebilir: "...nâm hekim mahzarında ikrâr ve takrîr-i kelâm idüp benim hayam debe olmağla bana za'af târî olup mezbûr (hekim) Dimitri'nin husûs-ı mezbûrda mahâreti olduğı beyne'n-nâs mütevâtir ve şâyi' olmağın ben dahî mürâca'at eyledim, zikr olunan hayam ...ne vecihle eyü olması mümkün olursa mübâşeret eylesün maraz-ı mezbûrdan biemrillah-i te'âlâ ifâkat müyesser olursa febihâ ücretini edâ eyleyem eğer bana ecel târî olup vefât idersem fevtime müte'allık akrabâ ve ta'allukâtımdan ve hükkâm-ı zevî'l-ihtirâm tarafından Dimitri (hekim) rencide olunmaya..."¹¹⁴ Burada belli bir uzmanlık alanında ehil olan hekimin sorumsuzluğu hususunda yapılan bir anlaşma kapsamında, hekimin kusurundan kaynaklanmayan zararlardan sorumlu tutulmamasının hukuki gerekçelerini bulmak mümkündür. Hekim hastasına doğru tedavi uygulamak ve gerekli özeni göstermekle görevini yerine getirmiş olur. Hekimin hastasını mutlaka iyileştirme yükümlülüğü yoktur.¹¹⁵

¹⁰⁸ SEMERKANDÎ, II, 353; BILMEN, III, 113, VI, 232, 237; ÖZEN, s. 739; YACOUB, Ahmed Abdel Aziz, *The Fiqh of Medicine: Responses in Islamic Jurisprudence to Developments in Medical Science*, London 2001, s. 128; Mecelle, md.607, 609.

¹⁰⁹ ÖZEN, s. 740; YACOUB, s. 128.

¹¹⁰ ZORLU, s. 252; Bkz. Mecelle, md.610.

¹¹¹ EL-MERGINÂNÎ, el-Hidâye, III, 242, 244; HATİB eş-ŞİRBİNÎ, Şemsüddin Muhammed b. Ahmed, *Muğni'l-Muhtâc İla Ma'rifeti Meani Elfazı'l-Minhac*, 1415/1994, III, 478, 479; SEY-YİD ŞERİF CÜRCÂNÎ, *Ta'rifât, Eclri Müşterek mad*, s. 13; Mecelle, md.424, 425.

¹¹² DESÜKÎ, IV, 355; ZEYNÎ, s. 113, 114; ŞEREFÜDDİN, s. 84; KASSİM, s. 402-403.

¹¹³ ZUHAYLÎ, *Nazarîyyetü'd-Damân ev Ahkâmü'l-Mesulîyyetü'l-Medeniyye f'l-Fikhi'l-İslâmî*, Dimaşk 1998, s. 27; Mecelle, md.91; ALÎ HAYDAR EFENDÎ, *Dürrü'l-Hükkâm Şerhu Mecelle'l-İhtikâm*, İstanbul 1330, I, 193; AKTAN, Hamza, *Damân, DİA*, VIII, 452.

¹¹⁴ KONYA KADI SİCİLİ (1080-1081/1669-1670) Defter 14, Haz. Fatih Küçük / Prof. Dr. İzzet SAK, Konya 2014, s. 198, 201, 217.

¹¹⁵ Bkz. ZERKA, M. Ahmed, *el-F'lü'l-Dâr ve'd-Damanü fihî*, Dimaşk 1409/1988, s. 30.

Ecir-i müsterek kendisine bırakılan mal hakkında *dâimin* değil, *emin* vasfını haiz olarak sadece *taksir* ve *teaddisinden* dolayı sorumludur.¹¹⁶ Hekim de kendisine emanet edilen hastadan bu şekilde sorumlu olmaktadır. Sözleşme kapsamındaki ilişkide hekim sözleşmede yer alan yükümlülüklerini yerine getirmeyerek, kusurlu ve hukuka aykırı hareket etmişse sorumlu olmaktadır. Bu aykırılık *mübâsereten* (doğrudan zararlı bir fiille) veya *tesebbübten* (zarara sebebiyet veren bir fiille) kusurlu bir şekilde meydana gelebileceği gibi, olumlu ve olumsuz bir hareketle de meydana gelebilir.¹¹⁷ Hekim sorumluluğu her hâlikarda sorumlu olunacağı şeklindeki sorumluluk ve garanti anlaşmasına da konu olmamaktadır.¹¹⁸ Hekim hasta ilişkisi sadece tedavi sözleşmesi mahiyetinde olduğunda genel *icâre* hukuku kapsamında hizmet sözleşmesi, protez benzeri ortopedik ve dişçilik imalatı olması durumunda ise *eser (istisna)* sözleşmesine yakın olduğu düşünülebilir.¹¹⁹

Türk hukukundaki belli bir neticenin taahhüdüne elverişli hekimlik sözleşmelerinin *eser* sözleşmesine konu olabilmesi gibi, İslâm hukukunda da *eser (istisna)* sözleşmesi yine sınırlı ve istisnai hâllere münhasır olarak söz konusu edilebilir. Belli bir bedel karşılığında bir meslek ve sanat sahibiyle bir eşya yaptırmak üzere yapılan, *icâp* ve *kabulle* bağlayıcı olarak kurulan sözleşmeye *istisna akdi* denir.¹²⁰ İş ve malzeme (*hammadde*) sanatkardan olmak üzere anlaşılır.¹²¹ İş yapan sadece emeğini ortaya koyduğu durumlarda *icâre-i âdemî* kapsamında "*icâre*" sözleşmesi olarak değerlendirilecektir.¹²² Bu sözleşmenin *eser (istisna)* nitelikli olması, mahiyeti itibarıyla hekimin yapmış olduğu tedavi sözleşmesinin sahip olduğu genel vasfı itibarıyla uymamaktadır. Ancak özellikle diş hekimlerinin tedavi dışında protez gibi, belli bir sonuca yönelik taahhüt muhtevalı hekim faaliyetleri bu kapsama girebilir. Normal

¹¹⁶ İBN KUDÂME, V, 390; İBN ÂBİDİN, VI, 624; FETÂVA'L-BEZZÂZİYE, V, 86-87; MÂVERDÎ, s. 262; BAĞDADÎ, s. 28, 54; Mecelle, md.607.

¹¹⁷ SERAHSÎ, XV, 104; İBN RÜŞD, IV, 200; KARÂFÎ, II, 166; SENHÜRÎ, Abdürrezzak, Mesâdirü'l-Hak fi'l-Fikri'l-İslâmî, Beyrut 1954, VI, 87; ALİ el-HAFİF, ed-Damân fi'l-Fikri'l-İslâmî, 1971, I, 74, 75; ZUHAYLÎ, Damân, s. 166; GÂMİDÎ, s. 77, 191, 225; ŞEREFÜDDİN, s. 59; KASSİM, s. 406; Mecelle, md.887, 888.

¹¹⁸ HASKEFÎ, s. 583; İBN ÂBİDİN, VI, 69; BİLMEN, VI, 217; ZUHAYLÎ, el-Fikhu'l-İslâmî, IV, 771, 772; KARAMAN, Mukayeseli İslâm Hukuku, İstanbul 1982, II, 423; BAĞDADÎ, Mecmau'd-Damânât, s. 47, 48, 54; Krş. ŞENOCAK, s. 94 vd; ÖZEN, s. 738-739.

¹¹⁹ Bkz. EKŞİ, s. 168.

¹²⁰ ÇEKER, İslâm Hukukunda Akidler, Konya 2014, s. 141; ÇALIŞKAN, İbrahim, İstisna Akidinin Mahiyeti ve Unsurları, AÜİFD, XXXI (1989), s. 349.

¹²¹ ÇALIŞKAN, s. 363, 364; CİN / AKGÜNDÜZ, Türk Hukuk Tarihi, s. 663; Mecelle, md.391.

¹²² BARDAKOĞLU, Ali, İcâre, DİA, XXI, 384; KARAMAN, İslâm Hukuku, II, 423; ÇEKER, İslâm Hukukunda Akidler, s. 145; GEDİKLİ, s. 23; Mecelle, md.562 vd.

tedavi sözleşmeleri sonucun garanti edilmemesi ve bağlayıcılık noktasından *istisna* sözleşmelerinden farklıdır. Tedavi sözleşmeleri her türlü sonuca açık olmakta ve hastanın bünyesi ve dış şartlar da sonuca etki etmektedirler. İstisna sözleşmesinde ise süreç değil, sonuç taahhüt edilir.¹²¹

Ortada geçerli irade beyanlarına tâbi olarak sahih bir şekilde teşekkül etmiş sözleşmeden kaynaklı sorumluluk hâlinin ortaya çıkması için, var olan bir sözleşmeye aykırılık gerekir. Taraflardan hastanın temel ediminin ücret ödemesi olmakta,¹²² buna aykırılık hâlinin meydana gelebilmesi için hekim tarafından edimin tam olarak yerine getirildiği halde ücretin ödenmemiş olması gerekir. İcâre sözleşmesi kaynaklı ücret yükümlülüğüne aykırılık, onun geç yahut hiç ödenmemesi şeklinde gerçekleşir. Bu durumda genel hükümlere istinaden ücret alacağına tazmini cihetine gidilir. Hekimin yükümlülüğü ise bir anlamda sonuçlandırma borcu niteliğinde olmayıp, gayret sarf etme borcu özelliği göstermesi sebebiyle, sorumluluk durumunun buna uygun takdir edilmesi gerekir.¹²³

Sözleşme ile hekimin muayene neticesinde teşhis ve uygun tedavi yöntemlerini uygulaması ve süreç içerisinde buna özen göstermesi gerekir. Türk hukukunda da özen gösterme hekim sözleşmeleri için özel önemi haizdir.¹²⁴ Hekim tıp ilminin kabul ettiği güncel seviyeye uygun teorik ve pratik kurallara uyması gerekir. Buna aykırı davranışlarla yanlış ilaç tedavisi ve uygulaması yapması sorumluluğuna gerektirir.¹²⁵ Osmanlı hukukunda hekimin özen göstermesi gereken hususları detaylı olarak, özellikle vakıf hastanelerindeki vakfiyelerde görmek mümkündür. Uygun ilacı vermek, hastaları dikkatlice muayene ve kontrol etmek, hastalığın seyrini izlemek ve hastalarla münasip şekilde muhatap olmak, hastayı aydınlatma ve hastanın talep ve talimatlarını dikkate almak bunlar arasında sayılabilir.¹²⁶ Özen gösterme

¹²¹ KÂSÂNÎ, IV, 211; BARDAKOĞLU, Afi, İslam Hukukunda Doktor ve Diğer Sağlık Personelinin Hukuki Mesuliyeti, s. 528; BELGESAY, s. 76; ÇALIŞKAN, s. 363; AKTAN, Hamza, İstisna, DİA, XXIII, 395.

¹²² SERAHSÎ, XII, 83; MEVSİLÎ, el-İhtiyâr li Ta'îlî'î-Muhtar, V, 43.

¹²³ SENHÜRÎ, VI, 106; BÂR / ŞEMSİ BAŞA, s. 109; GÂMİDÎ, s. 352; AKMAN, Ahmet, İslam Hukukunda Akdî Mesuliyet, Basılmamış Doktora Tezi, İstanbul 1992, s. 298 vd.

¹²⁴ YILMAZ, s. 192, 196.

¹²⁵ İBN KAYYİM, IV, 121, 128; HARAŞÎ, VIII, 111; DESÜKÎ, IV, 28; İBN ÂBİDİN, VI, 68; FETÂVA'L-HİNDİYYE, V, 54; ÜDEH, I, 521, 522; ŞİNKİTÎ, s. 473.

¹²⁶ YILMAZ, C. / YILMAZ, N., Osmanlı Hastahane Yönetimlikleri: Vakfiyelerde Osmanlı Dürüşü Filan Osmanlılarda Sağlık I, Ed. YILMAZ / YILMAZ, s. 51 vd; SONGUR, H. / SAYGIN, T., Şifahaneden Hastaneye: Sağlık Kuruluşlarının Değişimine Genel Bir Bakış, SDÜSBED, yıl, 2014/1, sy. 19, s. 206-207.

borcu içerisinde sözleşmeden kaynaklanan borçların hekim tarafından eksiksiz ve tam olarak yerine getirilmesinin yanı sıra, sağlamaya çalıştığı netice- nin gerçekleşmesi için gereken bütün tedbirleri de almış olması gerekir. Bu tedbirlere rağmen hekimin elinde olmayan, çevre şartları ve hastanın bün- yesinden kaynaklanan sebeplerle iyileşme gerçekleşmeyebilir.¹²⁹ Bu konu- da gereken hassasiyetin sınırı itibariyle Hanefî ve Mâlikî hukukçuların, di- ğerlerine nazaran hekimin yükümlülüğünde daha esnek olduğunu görürüz. Mâlikîlerde sorumluluk için ayrıca *teaddî* aranırken, Hanefîlerde sözleşme ile üstlenilen yükümlülüğün yerine getirilmesi noktasında, objektif olarak yapılması gerekenleri yapan hekim, meydana gelen olumsuz sonuçtan sor- rumlu tutulmayacaktır. Mâlikîlerde ayrıca kamu otoritesi izni de alınma- sı sorumlu olmamak için gereklidir.¹³⁰ Şafîilerde hastadan alınan açık veya zımni rıza ile birlikte hastanın iyileşmesine yönelik iyi niyetli özen, fahiş bir hatanın olmayışı ile birlikte hekimin sorumluluğuna gidilmez. Hanbelîlerde benzer görüşleri görmek mümkündür.¹³¹

Esas itibariyle hekimlerin yaptıkları işlerin mahiyeti gereği tehlikeli ve riskli olmasından dolayı, benzetildikleri *ecîr-i müşterek*ten farklı olarak hata ile verdikleri zararlardan sorumlu tutulmazlar. Burada konunun insan oluşu, tıbbî müdahalenin aciliyeti ve tehlike arz etmesi ile sonuçlarının önceden tahminindeki zorluk bu farklılaşmayı gerekli kılmıştır.¹³² Tıbbî müdahale ile sonuç arasındaki nedensellik (*illiyet bağı*) de çoğu zaman kolay bilinebilir özellikte olmamaktadır. Hekimlerin tedavi için kullanılan materyaller konu- sunda ve genel anlamda mesleklerinde bilgili ve tecrübeli (*hâzık*), tedavilerin mutad olarak tıp biliminin kabul ettiği sınırlar içerisinde cereyan etmesi ve de tıbbî uygulamada önceden izin ve onayların alınmış olması kaydıyla *ecîr-i müşterek*'ten farklı olarak kendi fiillerinden doğan zararlardan kusurlu olmadıkça ve belirli şartlar oluşmadıkça sorumlu olmayacakları genel kabulü

¹²⁹ İBN ÂBİDİN, VI, 69; İBN KUDÂME, V, 401; KÂSÂNÎ, IV, 211; ŞEREFÜDDİN, s. 53.

¹³⁰ DESÛKÎ, IV, 28; HARAŞÎ, VIII, 15, 16; REMLÎ, Ebû Abdillâh Şemsüddin Muhammed, Nihâyetü'l-Muhîce ill Şerhi'l-Minhâc, Beyrut 1404/1984, VIII, 35; İBN FERHÛN, İbrahim b. Ali b. Muhammed, Tebsiratü'l-Hükkâm il Usûl'i-Akdiyeti ve Menâhicü'l-Ahkâm, Mısır 1406/1986, II, 327, 340; İBN RÛŞD, IV, 18; SEYYİD SÂBİK, III, 58; ÜDEH, I, 521; KAYA, Ali, İslâm Hukukuna Göre Hekimin Tıbbî Müdahaleden Doğan Hukukî ve Cezâî Sorumluluğu, İslâmî Araştırmalar Dergisi, Cilt: 17, Sayı: 4, Ankara 2004, s. 301-302; MÜBÂREK, s. 162 vd.; KARAMAN, İslâm Hukuku, II, 423, 424.

¹³¹ İBN KAYYİM, IV, 130; ÜDEH, I, 521, 522; ŞİNKİTÎ, s. 253-254.

¹³² SENHÛRÎ, VI, 104-105; ZUHAYLÎ, el-Fıkhu'l-İslâmî, IV, 771.

vardır.¹²⁵ Bu şartlara aykırılık, örneğin tıp biliminin gerektirdiği formasyondan yoksunluk hâlinde meydana gelen zarardan sorumluluk söz konusu olacaktır.¹²⁶ Tabibin yetkin (*hâzık*) olması hâlinde şartlar gereği hastanın izni alınmamış olduğunda dâhi hekimlik sanatının diğer gereklerini de yerine getirmiş olmak şartıyla sorumluluk doğmayacağı ileri sürülmüştür.¹²⁷

İslâm hukukunda uzman bir hekimle geçerli bir sözleşme ve tıp ilminin gereklerine uygun müdahale dışında ehliyetli hastanın yahut yerine göre hasta yakınının rıza ve onayı önem arz eder.¹²⁸ İzin ve onay dikkate alındığında bir vekâlet sözleşmesi olması da ihtimal olarak ortaya çıkmaktadır. "*İzin ve icâzet tevkildir.*"¹²⁹ kuralı da bu düşünceyi kuvvetlendirmektedir. Sürenin hastalığa göre değişiklik gösterebilmesi ve *sonuçlandırma yerine gayret sarf etme* ve *özen gösterme* borcunun baskın oluşu, akdî ilişkiyi aslında vekâlete yaklaştırmaktadır. Ancak hekime ücret verilmesi ve vekâlette ücretin şart olmayışı, bu ilişkiyi vekâletten uzaklaştırdığı düşünülebilse de, ücretin örfen ve sözleşme gereği mümkün olduğunu, ancak hizmet sözleşmesinde olduğu kadar da baskın olmadığını görüyoruz.¹³⁰

Vekâlette müvekkilin vekâlet konusu üzerindeki var olan tasarruf yetkisinin devam etmesi ve vekilin müvekkilin talimatlarına fazlaca açık oluşu da hekim hasta ilişkisine uymadığı düşünülmektedir.¹³¹ Hukuki olarak asılın kendisinin bizzat yapamayacağı ve ehliyetinin bulunmadığı işler vekâlet ilişkisi

¹²⁵ SEMERKANDÎ, II, 353; KÂSÂNÎ, VII, 305; HASKEFÎ, s. 583; İBNÜ'L-HÜMÂM, IX, 127; MERGİNÂNÎ, el-Hidâyetü Fi Şerhi Bidâyetü'l-Mübeccid, III, 243; REMLÎ, VIII, 35; HARAŞÎ, VIII, 115; ŞEYH BEDREDDİN, s. 929; FETÂVÂ'L-BEZZÂZİYE, V, 89; BAĞDÂDÎ, Mecmua'd-Damîniât, s. 47; BARDAKOĞLU, İcâre, DİA, XXI, 386; BELGESAY, s. 107; ZERKA, F'î'ü'd-Dür, s. 30; ŞİNKİTÎ, s. 115; MÜBÂREK, s. 163; GÂMİDÎ, s. 189-190; ŞEREFÜDDİN, s. 40 vd.

¹²⁶ Bkz. EBÜ DÂVÛD, Diyât, 25; en-NEŞÂL, KASÂME, 38; İBN MÂCE, Tıp, 16; Ayrıca bkz. GÂMİDÎ, s. 353-354; YACOUB, s. 129 vd.

¹²⁷ İBN KAYYIM, IV, 130; KÂSÂNÎ, VII, 305; REMLÎ, VIII, 35; KASSİM, s. 404-405.

¹²⁸ İBN KAYYIM, IV, 130; SERAHSÎ, XVI, 14; ÜDEH, I, 522; MÜBÂREK, s. 37; ŞEREFÜDDİN, s. 50-51; ŞİNKİTÎ, s. 250-251.

¹²⁹ Mecelle, md.1452.

¹³⁰ Mecelle, md.1467; ARAZ, Yunus, İslâm Hukuku Açısından Menfaat ve Menfaat İçerikli Bazı Tasarruflar, İLTED, Erzurum 2016/2, sy: 46, s. 103; ÖRSTEN ESİRGEN, Seda, Mecelle ve Fransız Medeni Kanunu Çerçevesinde Vekâlet Sözleşmesi, Ankara Barosu Dergisi, 2013/1, s. 181.

¹³¹ EKŞİ, s. 160-161; AYBAKAN, Bilal, İslâm Hukukunda Vekâlet Sözleşmesi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1990, s. 28 vd., Krş. TANDOĞAN, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, II, 438.

ile yürütülür hâle gelmez.¹³⁸ Türk hukukunda da ücret vekâlette zorunlu değildir. Sözleşme veya teâmül varsa vekil, ücrete hak kazanabilmektedir.¹³⁹ Türk hukukunda olduğu gibi azil ve çekilme vekâlet sözleşmesinde ve hekim-hasta ilişkisinin mahiyetinde mevcuttur.¹⁴⁰ Mâlikîlerde ücretli vekâlet, hizmet akdi gibi bağlayıcıdır. Müvekkilin vekili azletme hakkı mutlak olmayıp, vekâlete başkasının hakkının taalluk ettiği durumlarda, hak sahibinin izmine bağlıdır.¹⁴¹

2. Vekâletsiz İş Görme

Vekâletsiz iş görme ilişkisi bakımından ortaya çıkabilecek hukuki sorumluluk, öncelikle ortada geçerli bir hekimlik sözleşmesi bulunmadığı veya var olan sözleşmenin düzenlemediği bir hususla ilgili tıbbî müdahale olduğunda ortaya çıkar. Haksız fiil sorumluluğundan farkı, hastanın menfaatine olduğu ve onun bu müdahale ile iyileşeceği düşüncesinde yatar. Burada hastanın bu yönde izin ve iradesi bulunmamaktadır. İslâm hukukunda bu türden tasarruflar *fuzulî* akdi çerçevesinde ele alınmıştır. Hukuken temsil kabiliyeti bulunmayan bir kişinin, burada hekimin hastaya yönelik hukuki sonuç doğurabilecek tasarrufları söz konusu olmaktadır.¹⁴²

Öncesinde bir sözleşme olmak kaydıyla hekim kendisine verilen sınırlı konu ve zaman itibarıyla aşmış da olabilir. Sözleşmede başlangıçta olmayan bir alanda hastanın yararına olacağını düşündüğü tıbbî müdahalelerde bulunmaktadır. Bu tasarrufun âkibeti konusunda, geçersiz olduğunu ileri süren Şafîiler dışında, Hanefî ve Mâlikîlerin çoğunluğu *mevkîf* bir sözleşme olduğu ifade etmişlerdir.¹⁴³ Sonradan icazet verilmesi ile baştan itibaren geçerli bir vekâlet telakkisi ile sözleşme geçerli hâle gelir.¹⁴⁴

Uygulamada vekâletsiz iş görme daha çok zaruri ve acil durumlarda ortaya çıkabilmektedir. Örneğin bir kaza sonucunda bilincini yitirmiş acil bir vak'a için olduğu kadar, hukuk sistemlerinin genel olarak tanıdığı bulaşıcı ve

¹³⁸ KÂSÂNÎ, VII, 236; BELGESAY, s. 73; Mecelle, md.1457; ALİ HAYDAR EFENDİ, III, 815.

¹³⁹ TBK md.502/III; Kıy. Mecelle md.1467, 563; AYBAKAN, Vekâlet Sözleşmesi, s. 66, 67.

¹⁴⁰ Mecelle, md.1521, 1522; TBK md.512; ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 670-672; ÖRSTEN ESİRGİN, s. 382; AYBAKAN, Vekâlet Sözleşmesi, s. 70 vd.

¹⁴¹ AYBAKAN, Vekâlet Sözleşmesi, s. 72; AYBAKAN, Vekâlet, DİA, XXXXIII, s. 4.

¹⁴² EKŞİ, s. 169; Bkz. Mecelle, md.112; KARAMAN, İslâm Hukuku, II, 278, 307, 465; MÜBÂREK, s. 213.

¹⁴³ SUYŪTÎ, Celâlüddin Abdurrahman, el-Eshbûh ve'n-Nezâir, Beyrut 1403/1983, s. 285, 286; Bkz. APAYDIN, H. Yunus, Mevkuf, DİA, XXIX, 439.

¹⁴⁴ KÂSÂNÎ, VI, 28; Mecelle, md.1453.

salgın hastalıklara müdahale hakkı ile tıbbî müdahalenin genişletilmesi durumu zarureten ortaya çıktığında, hasta ve yakınlarının iznini de almak imkanı bulunmadığında devreye girebilmektedir. Zaruri durumlarda daha büyük bir zararı önlemek için bir müdahale söz konusudur. Bu durumlarda olumlu yönde *mefrûz* bir rızanın varlığı ve salgın hastalık örneğinde olduğu gibi kamu düzeni bakımından hukuka uygunluğu düşünülür.¹⁴⁷ Ancak bazı durumlarda hastanın izin ve rızası alınma imkanı varken alınmamış, hastanın kendisine uygulanmasını istemediği bir tedavi onun iradesi dışında uygulanmış olabilir. Hekimin bu durumda emanet vasfı ortadan kalkar ve sonuçtan bağımsız olarak hekimin kusurlu olduğu kabul edilir.¹⁴⁸ Hekimin hasta lehine bir tedavi yaptığı ve hastanın haklı bir sebebe dayanmadığı iddiası dinlenmez. Ayrıca hekimin yapmış olduğu tıbbî müdahale rızasız olabileceği gibi, var olduğu düşünülen rıza da ahlaka, adaba ve kamu düzenine aykırı olabilir. Bütün bu durumlarda hekimin vekâletsiz iş görmeden kaynaklanan sorumluluğu söz konusu olacaktır.¹⁴⁹

3. Haksız Fiil

Haksız fiil sebebiyle hekim-hasta ilişkisinde görülen sorumluluk, taraflar arasında geçerli bir sözleşmenin olmaması hâlinde görülür. Sözleşme bulunmadığı ve vekâletsiz iş görme şartları da oluşmadığı, hasta veya yakınlarının izninin de söz konusu olmadığı ve hastanın zarar gördüğü bir müdahalenin hekim tarafından yapılmış olması hâlinde, kişinin mal, can ve vücut bütünlüğüne zarar vermenin karşılığını bulması gerekir. Hukukun emrettiği ve buna aykırı hareket sonucunda doğan yükümlülüğün ihlal edilmesi, bazı hallerde ceza hukuku ihlali ile birlikte veya ayrı olarak haksız fiil de oluşturur.¹⁵⁰

Başkasına zarar vermek olmadığı gibi, ortada bir zarar varsa bunun da giderilmesi genel bir hukuk prensibidir.¹⁵¹ Ortada bir sözleşme olmadığı halde, sırf zarar verme kasdıyla hekimlik vasfının kullanılması ve tedavi amacı bulunmayan hekim uygulamaları ceza sorumluluğu yanında haksız fiil sorumluluğu

¹⁴⁷ ZEYNİ, M. Abdülaziz, Mesuliyetü'l-Enbba, İskenderiye 1993, s. 189; ŞİNKİTİ, s. 262; BELGESAY, s. 104; Kırş. GÖKCAN, Tıbbî Müdahale, s. 243.

¹⁴⁸ GÂMİDİ, s. 348-349; BAĞDÂDİ, Mecma'u'd-Damîni, s. 48.

¹⁴⁹ EKŞİ, s. 171; Kırş. YAVUZ İPEKYÜZ, Hekimin Tazminat Sorumluluğu, s. 22.

¹⁵⁰ KARAMAN, İslâm Hukuku, II, 469, 484 vd.; ESER, Ercan, İslâm Hukukunda Haksız fiil ve Haksız Fiilden Doğan Sorumluluk, Basılmamış Doktora Tezi, Ankara 2007, s. 55-56; AVCI, Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 31; DAĞCI, s. 175.

¹⁵¹ ZERKA, Fı'ih'd-Dâr, s. 60, 61; MÜBÂREK, s. 31-32; KASSİM, s. 401; Mecelle, md. 19 ve 20.

ile de karşılaşır.¹⁷⁵ Bu sorumluluğun, ortada bir sözleşme olmasına rağmen, sözleşmeyi aşan ya da sözleşmede düzenlenmemiş alanlara taşması hâlinde ayrıca haksız fiil sorumluluğu da olacaktır.¹⁷⁶ Yine hekimlik vasfına ve ilgili uzmanlık alanında yeterli bilgi ve tecrübeye sahip olmayanlar ya da hekimlik mesleğini yapmaktan men edilenler tarafından yapılan müdahaleler de, esasen gerçek anlamda tıbbî müdahalede bulunamayacakları için, doğrudan haksız fiil sorumluluğu ile muhatap olacaklardır.¹⁷⁷ Haksız fiilde hukuka aykırı bir fiil ve bu fiilin tazmin sorumluluğunu doğuracak şekilde zararlı bir sonucun meydana gelmesi gerekir. Bu haksız fiilin doğurduğu zararın tazmini için hukuka uygunluk hallerinden birinin bulunmaması, hekimin kusurlu olması ve de fiil ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekir. Bu şartların oluştuğu durumlarda hukukun tazmin sorumluluğuna gidilmesi gerekecektir.¹⁷⁸

III. Sorumluluğun Gerçekleşmesi

Hukuki sorumluluk bir kişinin hukuka aykırı davranışları nedeniyle ortaya çıkan ve başkalarına verilen zararın tazminini sağlayan bir sorumluluktur.¹⁷⁹ Borçlar Hukuku kapsamında özel hukuk sorumluluğu; ya açık veya zımni bir sözleşmeden meydana gelir. Burada zarara yol açan olan sorumluluk bir sözleşmenin taraflarınca hiç yahut eksik veya gereği gibi uygulanmaması ile oluşur.¹⁸⁰ Diğer bir sorumluluk kaynağı ise, sözleşme dışı kusura dayanan vekâletsiz iş görme ve haksız fiilden kaynaklanan sorumluluk halleridir. Bazen de sorumluluk objektif sorumlulukta olduğu gibi kamandan kaynaklanır.¹⁸¹

Bu hukuka aykırı davranışlar var olan bir sözleşmeye açıkça aykırılık şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, sözleşme dışı nedenlerden de kaynaklanabilir. Hekimin tıbbî uygulamaları da yine aynı şekilde sözleşme içi ve dışı sebeplerle ortaya çıkabilmekte ve varsa hastanın görmüş olduğu zararların

¹⁷⁵ HARAŞİ, VIII, 111; İBN KAYYİM, IV, 124; KARÂFİ, II, 166; MÜBÂREK, s. 151 vd.; ŞEREFÜDDİN, s. 56-57.

¹⁷⁶ ZEYNİ, s. 112.

¹⁷⁷ EBÜ ZEHRA, s. 349, 351; MÜBÂREK, s. 272.

¹⁷⁸ SENHÜRİ, Mesâdir, VI, 90, 124 vd.; ATAR, Fabretin, İslâm Yargılama Hukukunun Esasları, İstanbul 2017, s. 232; AYDIN, M. Akif, İttif, DİA, XXIII, s. 467.

¹⁷⁹ EREN, Borçlar Genel, s. 544.

¹⁸⁰ ŞENOCAK, s. 9.

¹⁸¹ BELGESAY, s. 59, 75; AŞÇIOĞLU, Çetin, Tıbbî Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar, Doktorların, Devletin ve Özel Hastanelerin Sorumluluğu (Cezai ve Hukuki), Y. K. Y., Ankara 1993, s. 15; YAVUZ İPEKYÜZ, Hekimlik Sözleşmesi, s. 15; TANDOĞAN, Türk Mes'uliyet Hukuku, s. 97 vd.; YILDIZ, İslâm Sorumluluk Hukuku, s. 26, 27.

giderilmesini hedeflemektedir. İslâm hukukunda zararın giderilmesinin temel kaide olması itibarıyla,¹⁵⁷ zarar verenin karşı tarafın uğradığı zararı tazmin etmesi gerekir. Bu konuda sorumluluk çoğunlukla hekimedir. Ancak bazen hekimin tazmin yükümlülüğünü azaltan veya ortadan kaldıran, zarar gören hastanın kusurlu hareketleri ve de tıbbî müdahaleye katılan veya etkileyen diğer kişi ve kurumların sorumlu olduğu da görülmektedir.¹⁵⁸

A. Sözleşme Kapsamında Sorumluluk

Bütün hekimlerin hastalarına karşı tıp biliminin elverdiği ölçüde gerekli özeni göstermek zorunda olduklarından dolayı, hekim, bağımsız çalışan ya-
hut kamu/özel hastane görevlisi olsun hastaya karşı sorumlulukları yönün-
den temel bir fark yoktur. Hasta ile özel hastane arasında sözleşme ilişkisi
olduğundan, sözleşmeden kaynaklı tazminat talebine ilk muhatap olan özel
hastane olmaktadır. Zarara uğradığını iddia eden hasta, kural olarak davasını
bu kuruma açacak, kurumun doktor ile olan sözleşme ilişkine uygun olarak
rücû mekanizmasını hastane işletecektir.¹⁵⁹ Kamu hastanesi ile hasta arasın-
daki ilişki ise sözleşme olmayıp, kamu hizmetinden yararlanan kişi sıfatıyla
ve kamu hukuku ilişkisi içerisinde sorumluluk meydana gelecektir. İdare hu-
kuku kuralları uygulanarak hizmet ve şahsi kusur konusu aydınlatılacaktır.¹⁶⁰
Hekimleri hastanın uğradığı zarardan sorumlu tutabilmek için bazı koşulların
oluşması gerekmektedir. Bunları "*hekimin yükümlülükleri*" başlığı altında
toplamak mümkündür.¹⁶¹ Sözleşmeye aykırılık sözleşmeyi ifa etmemek veya
gereği gibi ifa etmemek şeklinde ortaya çıkar.¹⁶² Sözleşmeden kaynaklanan
teşhis ve tedavi gibi temel borçların yanı sıra, sorumluluğun söz konusu ola-
bileceği ve bu temel yükümlülüklerin yerine getirilmesine hizmet eden aydın-
latma, sadakat, yüksek özen göstermek, sır saklama, aldatmama, yanıltmama
ve arşivleme gibi yan borçlar da söz konusudur.¹⁶³

¹⁵⁷ Bkz. Mecelle, md.20, 31.

¹⁵⁸ EKŞİ, s. 176.

¹⁵⁹ BELGESAY, s. 142; YILMAZ, s. 45 vd., 215, 239; DEMİR, s. 233, 238 vd.; TANDOĞAN, Türk Mes'uliyet Hukuku, s. 123; HAKERİ, s. 353; FEYZİOĞLU, s. 632, 635 vd.

¹⁶⁰ FEYZİOĞLU, s. 632; HAKERİ, s. 356, 362; TÜRKMEN, s. 59.

¹⁶¹ TÜRKMEN, s. 79 vd.

¹⁶² ŞENOCAK, Hekimin Sorumluluğu, s. 10.

¹⁶³ AYAN, s. 64 vd.; BELGESAY, s. 116, 145; TANDOĞAN, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, II, 453; GÜMÜŞ, s. 155; YAVUZ İPEKYÜZ, Hekimlik Sözleşmesi, s. 76 vd., 112; HAKERİ, s. 343; ŞENOCAK, s. 44; YILMAZ, s. 73 vd., 85; UYGUR, s. 234 vd.; SEÇER, s. 134.

Hekimin sözleşmeden kaynaklanan borcu öz olarak hastalığı teşhis etmek ve buna uygun olarak hastayı tedavi etmektir. Tedaviden amaç, öncelikle onun iyileşmesini ve eski sağlığına kavuşmasını sağlamaktır. Bunun yapısal olarak ne kadar imkan dahilinde olduğu önem arz eder. Tedavide, hastalığı kontrol altına almak, bu hastalıktan kaynaklanan acıları dindirmek veya en aza indirmek öncelikli amaçtır. Eğer hastalık sürekli izlenmesi ve denetim altında tutulması gereken rahatsızlıklardan ise, hekimin görevi hastalığın doğru teşhis ve tanısını yapmak, hastanın bedensel yapısını her yönüyle incelemek ve tedavinin olası yan etkilerini belirlemek, daha sonra tedaviye başladığında hastalığın ve tedavinin seyrini düzenli ve sürekli izlemek, kayıtlarını tutmak, hastayı bilgilendirmek ve bütün bu tedavi süresince yüksek özen göstermektir.¹⁶⁶

Hekim ile hasta arasındaki ilişkinin vekâlet sözleşmesi olarak nitelenmesine göre, vekilin göstermekle yükümlü olduğu özenin ölçüsü, (TBK md.506/III) maddesiyle açıklanmaktadır. Benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış, vekilin özen borcundan doğan sorumluluğun tespitinde ölçü olarak alınır.¹⁶⁷ Hekim de, hekimlik sözleşmesi yükümlülüklerini yerine getirirken, tıp bilimi ve uygulamasında genel kabul görmüş, kendisine yol gösterecek esasları bilmek zorundadır. Hekimin teşhis, tedavi ve aydınlatma görevini yerine getirirken hep özenli hareket etmesi gerekir. Hastanın serbest karar verebilecek seviyede kendi durumu hakkında bilgi sahibi olması hekim tarafından sağlanmalıdır.¹⁶⁸ Yüksek özen gereklerinden biri olarak, hekim, özellikle uzmanlık alanındaki yeni tedavi yöntemlerini ve gelişmeleri izlemek, sürekli kendini yenilemek, bunların denenmiş ve doğruluğu kanıtlanmış olanlarını uygulamak, yanlışlığı tespit edilmiş eski tedavi yöntemlerinden kaçınmak zorundadır.¹⁶⁹

B. Haksız Fiil Kapsamında Sorumluluk

Sözleşmenin ihlali, hekimin sözleşmeden doğan borçlarına aykırı hareketi ile meydana gelir. Haksız fiil sorumluluğunda sözleşmeye aykırılığın yerini hukuka aykırı davranış alır.¹⁷⁰ Hukuk düzeninin kişileri zarardan koru-

¹⁶⁶ ÖĞÜZ / DURAL, s. 108, 110-111; YAVUZ İPEKYÖZ, Hekimlik Sözleşmesi, s. 75 vd., 108; HAKERİ, s. 332 vd.; UYGUR, s. 214; Kny. İBN KAYYIM, IV, 129, 130.

¹⁶⁷ YAVUZ, s. 1193; ZEVLİLER / GÖKYAYLA, s. 663.

¹⁶⁸ ÖĞÜZ / DURAL, s. 108; SEÇER, s. 121-122.

¹⁶⁹ BELGESAY, s. 103, 104; ÖĞÜZ / DURAL, s. 113; YILMAZ, s. 54 vd.; DEMİR, s. 240; UYGUR, s. 145; TOPUZ, s. 104 vd.; MÖBÂREK, s. 179.

¹⁷⁰ TANDOĞAN, Türk Mes'uliyet Hukuku, s. 17.

mayı amaçlayan, herkese yönelik emir ve yasaklarını ihlal hukuka aykırılık teşkil eder. Hukuka aykırılığın giderilebileceği haller kanunda belirtilmiştir. Bunlar; zarar görenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılmasıdır.¹⁷¹ Hukuk başkasına zarar vermeyi yasaklar. Haksız fiil bir kimsenin hukuken yapmaya mecbur olduğu şeyi yapmaması veya yapması gereken bir şeyi yapmasıdır. Hekim bu sorumlulukta hukuka aykırı hareket etmek suretiyle hastasının kişi ve mal varlığı değerlerine zarar vermektedir. Örneğin hekimin açtığı bir yarayı kapamadan veya mikrop kapmaması için gerekli tedbirleri almadan sadece kapatmış olması bir haksız fiildir. Hastanın rızası bulunduğu haldeki müdahale haksız fiil olmamasına rağmen, örneğin bu durumda yapılan işne istenmeyen bir sonuç doğurmuşsa bu haksız bir zarardır. Zira rıza bu sonuca yönelik değildir. Ancak bu halde sorumluluğun gerçekleşmesi için kusurun varlığı gerekir. Rıza bazen tedavinin elde olmayan ve doğal sonucu olan halleri de kapsadığı varsayılmaktadır.¹⁷²

Çoğu zaman hekim sorumluluğunda sözleşmeye aykırılık hallerinde de hukuka aykırılık unsuru ortaya çıkarak haksız fiil sorumluluğunun da gerçekleştiği görülür. Burada her iki sorumluluk yarışmaktadır. Bunlardan biri yahut ikisine dayanarak hekimin sorumluluğuna gidilebilir.¹⁷³ Sözleşmenin ihlalinde olduğu gibi haksız fiil sorumluluğunda hukuka aykırılığı ispat yükü davacı hastanın üzerindedir.¹⁷⁴ Sözleşme ve hukuka aykırılık temeli üzerinde, öncelikle sözleşmeden kaynaklanan bir borcun ve haksız fiile sebep olan bir fiilin varlığı ile borca ve hukuka aykırılık unsurlarına ilaveten üç esaslı unsur daha hem sözleşmeye aykırılık ve hem de haksız fiil sorumluluğunda ortaya çıkar. Bunlar; kusur, zarar ve illiyettir. Çalışmamızı bu tasnife uygun olarak ele alacağız.¹⁷⁵ Her bir unsuru sözleşmeye aykırılık bakımından ele alacağız. Belirtilen hükümler kural olarak mahiyeti itibarıyla uygun düştükçe her iki duruma da uygulanabilmektedir. Ancak farklılıklar oldukça bunlara temas edilecektir.

¹⁷¹ TMK md.24/II; TBK md.63.

¹⁷² BELGESAY, s. 84, 85; YILMAZ, s. 275-276.

¹⁷³ TANDOĞAN, Türk Mes'uliyet Hukuku, s. 529, 531 vd.; YAVUZ İPEKYÜZ, Hekimin Tazminat Sorumluluğu, s. 54.

¹⁷⁴ AYAN, s. 116, 117; YILMAZ, s. 179; GÖKCAN, Tıbbi Müdahale, s. 1078-1079.

¹⁷⁵ TANDOĞAN, Türk Mes'uliyet Hukuku, s. 11, 415, 416; FEYZİOĞLU, s. 471; TÜRKMEN, s. 123-124.

1. Kusur

TBK'na göre (md.98/I), borçlu her türlü kusurundan sorumludur. Kusur, önlenmesi mümkün, sözleşmeye aykırı bir hareket ve hukuk düzenince kınanabilen davranıştır.¹²⁶ Ayrıca başka türlü davranma imkanı varken ve bu şekilde davranma zorunlu iken o şekilde davranmamaktır. Kusur, olması gereken davranışta gösterilen irade eksikliğidir. Benzer durum ve şartlarda beklenen ortalama davranış biçiminden sapmadır. Aynı şartlardaki benzer kişilerden ortalama davranış şeklinde objektif ve de hekimin bireysel anlamda sorumluluk ehliyetini ifade eden, zarara sebebiyet veren davranışın hekime isnat edilebilmesi ile alakalı subjektif yönü vardır.¹²⁷ Kusurlu hekim hukuka aykırı sonucu istememiş olmakla beraber, hukuka aykırı davranıştan kaçınmak için iradesini yeter derecede kullanmamıştır. Hekimin sorumlu olmasının ilk şartı onun tedavi sözleşmesini kusurlu olarak ihlal etmiş olmasıdır. Bu noktada kusursuz sorumluluk değil, kusura dayalı sorumluluğun esas alınması gerekir.¹²⁸

Türk hukukunda ve uygulamada, hekimlerin kusurluluğunun özel bir değerlendirmeye tâbi tutulmadığı, hekimlerin de tıpkı diğer kişiler gibi her türlü kusurları ile verdikleri zararlardan sorumlu oldukları görüşü hakimdir. Hekimler hastalığın teşhisi, gerekli ilaçların verilmesi, cerrahi müdahalelerin yapılması, hastanın devamlı olarak gözetilmesi konularında her türlü kusurlarından sorumludurlar. Hekim en ağır kusur niteliğini taşıyan kast yanında, ihmâl, tedbirsizlik, meslek ve sanatta acemilik, tıp alanında bilgisizlik hallerinde de kusurlu sayılmaktadır. İhmâl kavramı içerisinde yer alan meslek hatası (*malpraktis*) ise, meslek alanı içinde olan hafif de olsa bütün kusurları içine alan bir sorumluluktur. Hekimin özen borcu çerçevesi içerisinde ele alınan meslek hatası; gerekli özeni göstermemesi, yapması gereken uygulamayı yapmaması, gerekli tedaviyi seçmek ve uygulamaktan kaçınması, uzmanlık alanı dışında uygulamada bulunması ve bilgi, beceri eksikliği sonucunda hastayı zarara uğratması olarak ifade edilebilir.¹²⁹

Sorumluluk için sadece haksız fiilin varlığı yetmez, kusurun varlığı da gerekir. Kusur, haksız fiilin, söz konusu hukuka aykırı fiili yapana isnat edilebilmesidir. Bu yönden fail ancak kasten veya önleyebilecek iken, ihmali se-

¹²⁶ TANDOĞAN, Türk Mes'uliyet Hukuku, s. 416, 417; OĞUZMAN / ÖZ, s. 405.

¹²⁷ YAVUZ İPEKYÜZ, Hekimlik Sözleşmesi, s. 131; BAŞPINAR, s. 211;

¹²⁸ BELGESAY, s. 76; AYAN, s. 100; YAVUZ İPEKYÜZ, Hekimlik Sözleşmesi, s. 122.

¹²⁹ YAVUZ İPEKYÜZ, Hekimin Tazminat Sorumluluğu, s. 34; GÜMÜŞ, s. 160; UYGUR, s. 292.

bebiyle önleyemediği zarardan sorumludur.¹⁴⁰ Hekimin davranışlarında kusur, kendisinden beklenen gerekli özeni (dikkat ve ihtimam) ve sadakat borcunu eksik veya hiç yerine getirmemesi durumunda ortaya çıkar (TBK md.396).¹⁴¹ Kusurun tespitinde objektif ölçü esas alınır. Diğer bir ifade ile ölçü, objektif olarak mesleğin gereklerini ve standartlarını bilmek ve uygulamaktır.¹⁴²

Hekimin genel olarak tıp biliminin kabul edilmiş kurallarına uymaması ile bunlara aykırı şekilde tedavi yöntemi uygulamış olması ve tıbbî özen yükümlülüğünü ihlal etmesi hâlinde mesleki kusur içerisinde bulunduğu kabul edilir. Gösterilmesi gereken özen o esnada geçerli olan tıbbî standarda uygun davranmaktır.¹⁴³ Hekimin aynı şartlar altında ortalama bir hekimin göstereceği davranıştan sapmaması beklenir. Objektif olarak bu sapma ortaya konulduğunda artık kusurun ispatı hasta üzerinde olmamaktadır. Tıp biliminin genel olarak tanınmış, kabul edilmiş kurallarını tespit etmek esasen kolay olmamaktadır. Bu bilim dalının hızlı geliştiği göz önünde bulundurulursa, henüz yeterince yaygınlığa kavuşmamış uygulamalar söz konusu olduğunda, bunun diğer geleneksel yöntemlere nazaran hastaya avantaj sağladığı konusunda ikna edici kanıtların varlığı gerekir.¹⁴⁴

Sorumluluk hukukunda *kast* ve *ihmal* olarak kusur iki temel üzerinden ele alınmaktadır.

a. Kast

Kast, hukuka aykırı olarak meydana gelmiş olan sonucun borçlu tarafından bilerek istenmesidir. Kasıttan önce hukuka aykırı netice görülür ve olması arzu edilir.¹⁴⁵ Kast, kusurun en ağır derecesidir. Kast, failin hukuka aykırı sonucu tasavvur ettiğini (bu sonucun bilincinde olduğunu) ve bu sonucu istediğini ifade eder.¹⁴⁶ Hekim müdahalenin haksız bir sonuç meydana getireceğini düşünmüş, ancak ihtimal verdiği bu sonuca kayıtsız kalmışsa da kasıtlı sorumluluğu vardır. Çünkü kusurlu olarak bazı sonuçları öngörmüş ve kayıtsız kalarak başka sonuçların doğmasına yol açmıştır. Burada bazı ted-

¹⁴⁰ BELGESAY, s. 85.

¹⁴¹ TANDOĞAN, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, II, 407; YAVUZ, s. 900; ZEVLİLER / GÖKYAYLA, s. 653.

¹⁴² YAVUZ İPEKYÜZ, Hekimlik Sözleşmesi, s. 102, 103 vd; YILMAZ, s. 72, 79.

¹⁴³ YILMAZ, s. 172 vd; HAKERİ, s. 70; SEÇER, s. 130; SINDEL, s. 250.

¹⁴⁴ AYAN, s. 109; YILMAZ, s. 179; TANDOĞAN, Türk Mes'uliyet Hukuku, s. 421.

¹⁴⁵ TANDOĞAN, Türk Mes'uliyet Hukuku, s. 46.

¹⁴⁶ FEYZİOĞLU, s. 479.

birler alınmış ise, ihmal sorumluluğuna gidilebilir.¹⁸⁷ Hekim sorumluluğunda uygulamada genellikle kasıtlı davranışlardan ziyade ihmali sorumluluk ön plandadır. Ancak çeşitli kişisel sebeplerle gereksiz yere tedavi süresinin uzatılması yahut ekonomik sebeplerle kasta dayalı sorumluluk hallerinin görülebilmesi de mümkündür. Bu durumun ispatı bunu iddia eden hastaya düşer.¹⁸⁸

b. İhmal

İhmal ise, failin hukuka aykırı sonucu arzu etmemesine rağmen, bu sonucun meydana gelmemesi için iradesini yeter derecede kullanmamak, hal ve şartların gerektirdiği dikkati ve özeni göstermemektir. İhmalin ölçüsü objektiftir. Orta seviyede makul bir kişinin alabileceği tedbirlere göre takdir edilir. Ancak hal ve şartlar da gösterilecek ihtimam ve özenin belirlenmesinde rol oynar.¹⁸⁹ Hekim, kusurlu sonucun meydana gelmesinde hâlin gerektirdiği ve elinde olan tedbirleri almayarak, zararlı sonucun kendisine isnat edilmesine sebep olur. İhmali davranışlar olumlu ya da olumsuz olabilmektedir.¹⁹⁰ Hekimler de diğer meslek sahipleri gibi, mesleki faaliyetlerinin hukuki ve teknik bilgilerine sahip olmaları gerekir. Hekim uygulamaları sadece mala değil, doğrudan doğruya kişilerin hayatlarına, sıhhatlerine de zarar verebildiğinden, hekimlerin diğer kişilerden çok daha titiz davranmaları zorunlu görülmektedir. İhmal tıbbi müdahalede dikkatsizlik ve alınması gerekli tedbirlerin alınmaması şeklinde ortaya çıkabilir. İhmalde objektif ölçü kullanılması esas olmakla birlikte, her olayın farklı özen ihtiyacını doğurduğunu da hesaba katmak gerekir. Sahip olduğu imkanları gelişmiş bir hastane ortamı ile bu şekilde olmayan bir ortamda gösterilmesi gereken özen aynı olmamaktadır. Bu şartları da gözetenek ortalama bir hekimin aynı şartlardaki davranışı ölçü alınmalıdır. Tedavi uygulamasında işin tehlikelilik vasfı arttıkça gösterilecek özenin de artırılması gerekir. Hekim tarafından istenmeyen sonucun bizzat öngörülmüş olması değil, objektif öngörülebilirlik esas alınmalıdır.¹⁹¹

İhmal de kendi içerisinde ağır ve hafif olmak üzere ikiye ayrılır. Ağır ihmal, ortalama vasıflara sahip bir insanın aynı şartlarda olması gereken en basit tedbirin alınmaması durumu ifade eder. Hafif ihmal ise, dik-

¹⁸⁷ BELGESAY, s. 85, 86; YAVUZ İPEKYÜZ, Hekimlik Sözleşmesi, s. 132; YILMAZ, s. 154, 167; YAVUZ İPEKYÜZ, Hekimin Tazminat Sorumluluğu, s. 31.

¹⁸⁸ AYAN, s. 102; ŞENOCAK, s. 80; BAŞPINAR, s. 213.

¹⁸⁹ ŞENOCAK, s. 81; YILMAZ, s. 168; HAKERİ, s. 416.

¹⁹⁰ BELGESAY, s. 86, 93 vd.

¹⁹¹ AYAN, s. 102, 103; YAVUZ İPEKYÜZ, Hekimlik Sözleşmesi, s. 134; TANDOĞAN, Türk Mes'uliyet Hukuku, s. 50.

katli kişilerin göstermesi gereken özenin bulunmadığını ifade eder. Bu iki tür arasındaki fark sorumluluğun ortaya çıkışında değil, sözleşmeye dayalı olsun veya olmasın tazminat miktarının belirlenmesinde ortaya çıkar.¹⁶⁵ Sözleşmeden kaynaklı sorumlulukta hekimin kusurlu olduğu varsayılır ve kusurlu olmadığını ispat yükü hekim üzerindedir.¹⁶⁷

Sözleşme dışı sorumlulukta da esasen hekim kusurlu bir davranışla hastasını zarara uğratmaktadır. Hekim hukuka aykırı sonucu bilerek ve isteyerek hareket eder veya gerekli özeni göstermez. Buradaki özendeki ortalama bir hekimin göstereceği özen esastır.¹⁶⁶ Sözleşme dışı sorumlulukta en önemli fark kusurun ispatında görülür. Haksız fiil sorumluluğunda kusurun ispatı hasta üzerindedir.¹⁶⁸

2. Zarar

Zarar malvarlığında ve hukuk tarafından korunan değerlerde irade dışı meydana gelen azalmadır.¹⁶⁹ Zarar verici olayın gerçekleşmemiş olması hâline nazaran meydana gelmiş farkı ifade eder. Bu zararın tazminatla giderilmesi gerekir. Zarar ile tazminat kavramlarının bu anlamda karıştırılmaması gerekir.¹⁷⁰ Zararın türleri vardır. Maddî zarar, fiili olabileceği gibi, kâr mahrumiyeti şeklinde de ortaya çıkabilir. Sözleşmenin ifa edilememiş olması dolayısıyla oluşan müspet zarar ile sözleşmenin feshedilmesi durumunda kazanılmış olmasından dolayı oluşacak menfi zararları da kapsamı mümkündür.¹⁷¹ Fiili zararlar içerisinde, zarar görenin aktifinin azalması ve pasifinin artmasına yol açan ve kusurlu fiil nedeniyle meydana gelen teşhis, ameliyat, ilaç gibi tedavi giderleri, çalışma gücü kaybı zararları, destekten yoksun kalma zararları, ölüm nedeniyle oluşan diğer maddî zararlar zikredilebilir.¹⁷² Hekimin kusurlu tıbbî

¹⁶⁵ AYAN, s. 103 ŞENOCAK, s. 82.

¹⁶⁶ AYAN, s. 104; YAVUZ İPEKYÜZ, Hekimlik Sözleşmesi, s. 134; TANDOĞAN, Türk Mes'uliyet Hukuku, s. 62; FEYZİOĞLU, s. 480-481.

¹⁶⁷ HAKERİ, s. 302.

¹⁶⁸ AYAN, s. 117; BELGESAY, s. 129; YAVUZ İPEKYÜZ, Hekimlik Sözleşmesi, s. 123; ŞENOCAK, s. 88; YILMAZ, s. 291; TANDOĞAN, Türk Mes'uliyet Hukuku, s. 252.

¹⁶⁹ EREN, Boyunlar Genel, s. 546; TANDOĞAN, Türk Mes'uliyet Hukuku, s. 63.

¹⁷⁰ FEYZİOĞLU, s. 472.

¹⁷¹ TANDOĞAN, Türk Mes'uliyet Hukuku, s. 64-65, 424, 426; OĞUZMAN / ÖZ, s. 384; HAKERİ, s. 419; BAŞPINAR, s. 251.

¹⁷² YILMAZ, s. 126-127, 310, 311; YAVUZ İPEKYÜZ, Hekimin Tazminat Sorumluluğu, s. 35; DEMİR, s. 248; UYGUR, s. 331; GÖKCAN, Hasın Tahsin, Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku, Ankara 2016, s. 648 vd.; FEYZİOĞLU, s. 597 vd. (konuyla ilgili yargı kararları için bkz. s. 864-866).

müdahalesi sebebiyle ikinci bir ameliyat bedeli ödemek durumunda kalan ve buna ilişkin tedavi masrafları ortaya çıkan hasta mal varlığının fiilen azalması şeklinde bir zarara uğramış demektir.²⁹⁰ Tedavi giderleri, çalışma gücü kaybı, yakınının ölümü nedeniyle cenaze masrafları ve destekten yoksun kalma, bu kabilden maddi zararlar.²⁹¹ Hastanın ölmesi veya bedensel zarara uğraması durumlarında, TBK 53 ve 54. maddelerin öngördüğü zararların ispatı hâlinde karşılanması gerekir.²⁹²

Hekimin tıbbi müdahalesi ile hasta ayrıca manevi acı ve ızdırap hissetmiş de olabilir. Hastanın kişilik hakları ve manevi değerlerinde objektif olarak eksilme ve kayıp meydana gelmiştir. Manevi zararda kusurlu hekime bir tazminat ödetirilmek suretiyle çekilen acı ve ızdırapların hafifletilmesi amaçlanmaktadır. Burada hastanın kişilik değerlerinde, örneğin sırlarının ifşasında olduğu gibi, iradesi dışında bir zarar meydana gelmiştir. Tıbbi uygulama sonrası vücut bütünlüğünde iradesi dışında kişilik haklarını zedeleyen sonuçlar meydana gelmiş de olabilir. Maddi ve/veya manevi zararın ispat eden hasta uğradığı zararların tazminini isteyebilir. TBK md.56 ve 58 uyarınca, manevi zararın kapsamı ve yoğunluğu ile alakalı hâkimin yapacağı değerlendirme önem taşımaktadır. Burada da ölüm yahut ağır bedensel zararlar manevi tazminata hükmedilmesi gerekebilir.²⁹³ Sözleşme içi ve dışı her iki sorumlulukta da zarar konusunda ispat yükü hastanın üzerindedir.²⁹⁴ Sözleşmenin ihlali yahut haksız fiilde hukuka aykırılığa rağmen ortada hasta bakımından bir zarar meydana gelmemişse hekimin sorumluluğuna gidilmez.

3. Uygun İliyet Bağı

Hekimin sözleşmeden kaynaklanan borçlarının ihlali ve hukuka aykırı fiili ile meydana gelen zarar arasında uygun bir bağı varlığı gereklidir. Zarar bu ihlal sebebiyle meydana gelmelidir. Bu şekilde meydana gelen sebep sonuç ilişkisi-

²⁹⁰ BAŞPINAR, s. 251.

²⁹¹ KILIÇOĞLU, s. 527; GÖKCAN, Haksız Fiil, s. 705 vd.; YAVUZ İPEKYÜZ, Hekimin Tazminat Sorumluluğu, s. 35.

²⁹² KILIÇOĞLU, s. 529-532; GÖKCAN, Haksız Fiil, s. 704-705.

²⁹³ OĞUZMAN / ÖZ, s. 392; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 252; ÖĞÜZ / DURAL; s. 158-159; YAVUZ İPEKYÜZ, Hekimin Tazminat Sorumluluğu, s. 36.

²⁹⁴ AYAN, s. 110, 118; BELGESAY, s. 61, 116, 126; YAVUZ İPEKYÜZ, Hekimlik Sözleşmesi, s. 137, 149; SENOCAK, s. 10, 76; YILMAZ, s. 129, 180, 291, 313; TANDOĞAN, Türk Mes'uliyet Hukuku, s. 261-262, 330; HAKERİ, s. 422-424; Krş. ARAZ, Yunus, İslâm Hukukunda Manevi Zararların Mali Tazmini, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, V (2016), s. 130; FEYZİOĞLU, s. 587-588.

sine illiyet bağı denmektedir. Bu aykırılık objektif olarak bu sonucu sağlamaya ve normal hayat tecrübelerine göre zarar meydana getirmeye elverişli değilse, illiyet bağı bulunmadığından hekimin sorumlu tutulacağı bir zararın varlığından da söz edilemez.²⁹⁵ Bu illiyet bağı mücbir sebep, üçüncü kişi ve zarar görenin ağır kusuru ile kesilebilir.²⁹⁶ İlliyet bağının ispatı her iki sorumlulukta da hasta üzerinedir. Hadiselerin olağan akışının bu sonucu doğurmaya elverişli ve yeterli olduğunun veya kuvvetli bir ihtimalin ispatı yeterlidir.²⁹⁷

C. İslâm Hukukunda

1. Sözleşme Kapsamında Sorumluluk

İslâm hukukunda hekimin sözleşmeye aykırılık sebebiyle sorumlu olabilmesi için ortada geçerli olan bir sözleşme hükmüne muhalefet edilmesi gerekir. Sözleşmeler taraflara bazı haklar yanında borçlar da yükler. Sözleşmedeki borçlar taraflarca ifa edilmişse ortada hukuki sorumluluk söz konusu olmaz. Taraflardan birinin sözleşmeden doğan borç ve yükümlülüklerini yerine getirmemesi hâlinde akdî sorumluluk meydana gelir.²⁹⁸ Sözleşmeden kaynaklanan sorumlulukların tespitinde yine sözleşmeden kaynaklanan borçların tespiti önem taşır. Bu konuda öncelikle sözleşmeye bakmak gerekir. Sözleşmenin gerektirdiği genel hükümler sözleşmede belirtilmemişse dâhi bağlayıcı olduğu kabul edilir. Bu tespit için örf ve âdet de önemli rol oynar. Genel ve özel olmak üzere sözleşmenin tamamı dikkate alınarak tespit edilen akdî yükümlülükler tarafların uymaması hâlinde, oluşan zarar, sebep olan tarafından giderilir.²⁹⁹ Hekimin sözleşmeden kaynaklı sorumluluğunda bu ilişkinin kurulmasından sonra ve sona ermeden, hekimin kusurlu hareketleri ile sözleşmeye aykırı hareket etmiş olması gerekir. Tedavi sürecinin sözleşme sonrası devam eden etkilerini bu noktada göz önünde bulundurmamak ve sözleşmeleri hasta haklarını gözetken bir düşünce ile yapmak, hasta hakları bakımından gerekli olabilir.³⁰⁰

²⁹⁵ YILMAZ, s. 131 vd.; DEMİR, s. 248; HAKERLİ, s. 418; YAVUZ İPEKYÜZ, Hekimin Tazminat Sorumluluğu, s. 37; TANDOĞAN, Türk Mes'uliyet Hukuku, s. 71 vd.; FEYZİOĞLU, s. 507.

²⁹⁶ TANDOĞAN, Türk Mes'uliyet Hukuku, s. 289, 328, 329; UYGUR, s. 345; FEYZİOĞLU, s. 533 vd.

²⁹⁷ AYAN, s. 113, 118; BELGEŞAY, s. 116; YAVUZ İPEKYÜZ, Hekimlik Sözleşmesi, s. 140, 141, 143; ŞENOCAK, s. 88 vd.; YILMAZ, s. 180, 291; BAŞPINAR, s. 210; TANDOĞAN, Türk Mes'uliyet Hukuku, s. 430.

²⁹⁸ AKMAN, s. 166 vd.

²⁹⁹ GÂMİDİ, s. 191.

³⁰⁰ Bkz. EKŞİ, s. 178; MÜBÂREK, s. 38.

Sözleşmeden kaynaklanan hekimin borç ve yükümlülükleri arasında teşhis, aydınlatma, tedavi, özen gösterme, sadakat ve sır saklama sayılabilir.²¹¹ Bu sayılan hususlarda tıbbi müdahalede esnasında kusurlu hareket edilmiş ise, hukuka aykırı hareketle sözleşme ihlal edilmiş sayılır.²¹² Hukuki sorumluluğun gerçekleşmesi ile hekim meydana gelen zararı *dâmin* (tazmin sorumlusu) olur.²¹³

Sözleşmeye aykırılığın gerçekleşmesi sonrası sorumluluk için üç temel unsurun da varlığını aramak gerekir. Bunlar; kusur, zarar, illiyet bağıdır. Bu unsurların hukuka aykırı bir fiile istinaden oluşacak haksız fiil sorumluluğu için de geçerli olduğunu ifade etmek gerekir.

a. Kusur

Kusur tazmin sorumluluğunun en temel unsurlarındandır. Hukuk düzeninin hoş görmediği şekilde davranarak, benzer durum ve şartlarda olması gereken ortalama bir davranışın sergilenmemesi ile zarara sebep olmaktır. Hukuka aykırılık sorumluluğunun objektif, kusur ise sübjektif yönünü gösterir. Yapılan tıbbi uygulamanın hastaya zarar vereceğini bilerek ve sonucu isteyerek tedaviye başlanır veya başlanmış uygulamaya devam edilirse kasıtlı hareket edilmiş olur.²¹⁴ Kusurlu bir şekilde sözleşmeye aykırı davranışla sorumluluğun ortaya çıkışı konusunda Türk hukukundaki teorik esaslarla İslâm hukuku benzerlik arz eder. Hatalı davranış kavramı olarak kusurlu davranış olarak da kullanılmaktadır.²¹⁵ Sonucun öngörülebilirliği ve istenmesi kasıt,²¹⁶ bunun istenmemesi ve fakat gerçekleşmemesi için yeterince özen gösterilmemesi ise ihmali oluşturur. İhmalde sakınılması mümkün ve genele göre bilinebilecek kusurlu bir hareket söz konusudur.²¹⁷ Kasıtlı yapılan hekim uygulamaları esa-

²¹¹ İBN KAYYİM, IV, 133; ŞİNKİTİ, s. 64; BÂR / ŞEMSİ BAŞA, s. 42; MÜBÂREK, s. 37, 253 vd.

²¹² EKŞİ, s. 179 vd.; BÂR / ŞEMSİ BAŞA, s. 70, 71; ŞEN, Yusuf, İslâm Hukûkuna Göre Sağlık Hizmetlerinde Mahremiyet Hakkı, EKEV Akademi Dergisi, Yıl: 19 Sayı: 61 (Kıy 2015), s. 439-440, 445; EBÜ İSMAIL, Hüda Ferac, İspâtü'l-Hatâ'i-Tıbbiyyi fi'l-Fikhi'l-İslâmî, Câmiatü'l-İslâmiyye, Gazze 2015, s. 20.

²¹³ BÂR / ŞEMSİ BAŞA, s. 97-98; ZUHAYLİ, Dâmin, s. 203 vd., 323, 324; Daman ve diğer kullanım şekilleri ve kavramlar için bkz. EKŞİ, s. 174; AKMAN, s. 187 vd.; ESER, s. 7 vd.

²¹⁴ ŞAFİİ, VI, 65; KAYA, s. 302; BÂR / ŞEMSİ BAŞA, s. 59, 75.

²¹⁵ EBÜ ZEHRA, s. 348-349; MAHMASÂNİ, I, 194; GÂMİDİ, s. 233, 235; Krş. ERSOY, L. Verda, Tıbbi Malpractice Medical Malpractice, Bulletin of Thoracic Surgery / Toraks Cerrahisi Bülteni, Mart 2014, Vol. 5, Issue 1, s. 31; TANDOĞAN, Türk Mes'uliyet Hukuku, s. 5, 6.

²¹⁶ ŞAFAK, Ah, Kasıt, DİA, XXIV, 559; MÜBÂREK, s. 153, 154.

²¹⁷ EBÜ ZEHRA, s. 345; MUHAMMED FEVZİ FEYZULLAH, Nazariyetü'd-Dâmin fi'l-fikhi'l-İslâmî'l-Âmm, Kuveyt 1983, s. 95.

sen hekimin mutad borcu olan hastasının iyileşmesi, eski sağlığına kavuşması veya durumunun daha iyi hâle getirilmesi görevlerine aykırılık olarak ortaya çıkar. Bu amaçlar dışında hekimin hastasını taammüden öldürme veya sakat bırakma kasdı taşıması yahut yüksek ücret alma veya farklı kişisel amaçlarla hareket etmesi ve bunun da objektif bir surette ispatı hâlinde kasta dayalı kusur ortaya çıkar.²²⁶ Bu nitelikteki müdahaleler hukuki sorumluluk yanında, ispat edilirse cezai sorumluluğu da gerektirecektir.²²⁷

İhmal bir işi gereği gibi yerine getirmemek, gevşeklik göstermek şeklinde de anlaşılabilir.²²⁸ İhmal göstererek yapılması gerekenin yapılmaması veya tam aksini anlatır.²²⁹ Bir yaralının tedavisinde bu şekilde ihmal gösteren hekim bundan sorumludur.²³⁰ Hekim uygulamalarında kasıtlı hareketlerden daha çok, ihmalden kaynaklanan sorumluluğun varlığı göze çarpar.²³¹ Tıbbî müdahale sonucu hastanın ölmesi şüphe telakkî edildiği için kısasa hükmedilmemiştir.²³² Tıbbî uygulamalarda belirli olan sınırın aşılması ihmali bir kusurdur.²³³ Hekim sorumluluğunda prensip, *teaddî* ve *taksir* sorumluluk sebebi sayılmasıdır. *Taksir*, ihmalde olduğu gibi özen eksikliği, *teaddî*, hukuka aykırılık olarak telakkî edilebilir.²³⁴ Kasıta daha çok olmak üzere her iki türde de ceza sorumluluğunu ortaya çıkaran durumlar söz konusu olabilmektedir.²³⁵

Hekimin tıbbin geldiği noktadaki ilmi seviyeye sahip olması, hastaya yanlış ilaç vermemesi, örneğin, yaralı yerin gereğinden fazla açılarak iltihabi sorunların büyümesine sebep olmaması gerekir. Bu durumların bazen teşhis ve bazen de tedavinin ilerleyen safhalarında ortaya çıktığı görülür. Belirtilen hususlara teşhis ve tedavi safhasında uymamak, fahiş hata olarak ağır ihmalin

²²⁶ ŞÂFİİ, *el-Ümm*, VI, 185-186, VIII, 123; İBN ÂBİDİN, VI, 69, 624; HARASÎ, VIII, 15; FETÂVÂ'L-BEZZÂZİYE, V, 89.

²²⁷ DESÜKÎ, IV, 252; ŞEYH BEDREDDİN, s. 930; ÜDEH, I, 521; Kry. DEMİR, s. 229.

²²⁸ KARAMAN, *İslâm Hukuku*, II, 502.

²²⁹ ALİ HAYDAR EFENDİ, I, 966-970; MÜBÂREK, s. 157.

²³⁰ AVCAN, s. 13-17.

²³¹ FEYZİOĞLU, s. 479.

²³² SERAHSÎ, XXVI, 125.

²³³ HASKEFÎ, s. 583; ŞEREFÜDDİN, s. 54.

²³⁴ KÂSÂNÎ, VII, 251; İBN KUDÂME, V, 398; İBN RÜŞD, IV, 16; AYDIN, M. Akif, *Türk Hukuk Tarihi*, İstanbul 2017, s. 391-392; ÇİN / AKGÜNDÜZ, *Türk Hukuk Tarihi*, İstanbul 2011, s. 662; MAHMASÂNÎ, I, 173; ZUHAYLÎ, *Damân*, s. 21-22; MÜBÂREK, s. 162 vd.; GÂMİDÎ, s. 391; ŞİNKÎTÎ, s. 451; ÖZEN, s. 740; *Mecelle*, md.607, 611.

²³⁵ GÂMİDÎ, s. 180.

varlığını ortaya çıkarır.²²⁸ Bunlara uyulmaması ile hatalı tedaviye (*malpraktis*) yol açan hekim, kusurlu hareket etmiş olur.²²⁹ Hukuka aykırılık halleri arasında özellikle hastanın izin ve onayının alınabildiği durumlarda bunun alınmaması vardır. İzin kendisinden veya duruma göre yakınlarından alınmaması veya alınan iznin dışına çıkılması sözleşmeye ve hukuka aykırılık oluşturacağından sorumluluğu gerektiren kusurlu hareket olarak kabul edilir.²³⁰

b. Zarar

Zarar sorumluluğunun unsurlarından bir diğeri olarak, varlığı hâlinde ancak tazmin sorumluluğu ortaya çıkar.²³¹ Zarar, meydana geldikten sonraki hâli ile önceki durum arasında, kişinin iradesi dışında malvarlığında ve vücut bütünlüğündeki kesin ve gerçekleşmiş eksilme ve aleyhteki farklılaşmayı ifade eder.²³² Sözleşmeye ve hukuka aykırılık olmasına rağmen ortada hastanın kendisi ve bazı hallerde yakınları için her hangi bir zarar söz konusu değilse, tazmini gereken de bir durum yoktur. Tıbbî uygulama sebebiyle mal varlığında bir azalma söz konusu ise, "*Zarar giderilir.*" ve "*Zarar bi kadri'l-ımkân def olunur.*"²³³ genel kuralları gereğince zararın giderilmesi gerekir. Zararın maddi olduğu kadar bedene ilişkin (*cismanî*) olması da mümkündür. Tıbbî müdahalede kasıt olduğunda meydana gelen zararlı sonuca göre *kısas* ve *ta'zir* cezaları, kasıt dışı meydana gelmiş cismanî zararlar ise *diyât*, *erş*, *hükümetü'l-ıadl* şeklinde maddi ve yerine göre manevi tazminata konu edilirler.²³⁴ Uğranılan zararın hasta tarafından ispat edilmesi ile diğer şartların da varlığı hâlinde hekimin tazmin sorumluluğu ortaya çıkacaktır. Hatalı tedavi sebebiyle hasta vefat etmişse, hekimin hasta yakınlarına yönelik ameliyat sonrası bakım ve

²²⁸ EBÜ ZEHRÂ, s. 350, 354; ÜDEH, I, 522; ZEYNİ, s. 119; FETÂVA'L-HİNDİYYE, VI, 34.

²²⁹ SERAHSİ, XVI, 13; ZEYNİ, s. 113-116.

²³⁰ ŞÂFİİ, el-Ümm, VI, 176; İBN KUDÂME, V, 398; İBN KAYYİM, IV, 130; İBNÜ'L-HÜMÂM, Fetuh'ü'l-Kadîr, IX, 127; HASKEFİ, s. 583; ÜDEH, I, 522; ÜSÂME, Abdullah Kayıd, el-Mes'uliyetü'l-Cinaiyye li'l-Et'ibba, Kahire 1990, s. 95.

²³¹ KARAMAN, İslâm Hukuku, II, 451.

²³² ALİ el-HAFİF, I, 46; ZUHAYLİ, Damân, s. 23, 96; SENHÜRİ, VI, 86, 118; ZERKA, el-Medhalü'l-Fıkhi'l-Âmm, Dimaşk 1425/2004, II, 971; BÂR / ŞEMSİ BAŞA, s. 78; GÂMİDİ, s. 180, 194, 195; AYBAKAN, Bilâl, Zarar, DİA, XXXIV, 133.

²³³ İBN NÜCEYM, s. 74; SUYUTİ, Eşbâh, s. 84; ZERKA, Fı'hu'd-Dâr, s. 189; Mecelle, md.20, 31.

²³⁴ Ceza ve hukuki tazminat bakımından ne ile sorumlu olacağı bu makalenin konusuna girmediğinden, geniş bilgi için bkz. MÜBÂREK, s. 306 vd., 344; SEYYİD SÂBİK, III, 57-58; GÂMİDİ, s. 299 vd., 313; ÜSÂME, s. 190-191; ZEYNİ, s. 114-115; KASSİM, s. 409-410; YACOB, s. 144 vd.; DAĞCI, Şamil, Hükümet-i Adl, DİA, XVIII, 463, 464.

gözetimde ağır ihmal gibi sebeplerle hukuki sorumluluğu olabileceği gibi, şartları varsa, cezai sorumluluk da doğabilecektir.²²⁹

Zararın varlığını hastanın ortaya koyması, hekimin ise kusursuz olduğunu ispat etmesi gerekir. Burada Mâlikîlerin aksine Hanefîlerde söz hastanın, ispat yükü hekimin üzerindedir.²³⁰ Zarar varsa, kusursuz olduğunu ispat edemeyen hekim zararın tazmini ile muhatap olur. Kusursuzluğun ortaya çıkması için öngörülemeyen bir durum olduğunun veya meydana geldiğinin uygun delillerle hekim tarafından ispatı gerekir.²³¹ Günümüzde tıp biliminin geldiği teşhis ve tedavi seviyesinde hekimin bilgi ve teknik araç ve imkan sahibi olması, sorumluluğun takdir ve ispatında rol oynayacaktır. Hekimin bu seviyede bilgi ve donanıma sahip olmasına rağmen, teşhis ve tedavi süreçleri hastayı iyileştirmeye kâfi gelmemişse, sorumluluğu da söz konusu değildir. Gerekli özeni göstermiş olduğunu, mesleki bilgisini ve tıbbın bilinen metodlarını kullandığını hekim gelişmiş imkanları ile ortaya koyabilecektir. Hekim hastaya doğru tedavi uygulamakla yükümlü olup, onu iyileştirme yükümlülüğünde değildir.²³²

c. İliyet Bağı

İliyet bağı hekim sorumluluğunda kusurlu fiil ve zarar arasındaki bağı ortaya koyması bakımından önemlidir. Hukuki sorumluluk için zarar tıbbî müdahalenin bir sonucu olmalı ve aralarında sebep-sonuç ilişkisi bulunmalıdır.²³³ Zarara başka bir sebebin, örneğin hekim uygulaması değil de, mevcut hastalığın etkisi ve ilerlemesiyle meydana gelen direnç kaybının yol açtığı ortaya konulabilirse, yahut hasta veya üçüncü şahısların kusuru zararın doğumunda etkili olmuşsa, bu iliyet bağı kesilecek ve hekim sorumlu olmayacaktır.²³⁴ Bu takdirde iliyet bağının varlığına delalet eden doğrudan zarar verme (*mübâşeret*) hâli ortada bulunmayacaktır.²³⁵ Sorumluluk için zarara sebep

²²⁹ KASSİM, s. 406.

²³⁰ İBN FERHÛN, II, 340; MÛBÂREK, s. 284-286; ATAR, İslâm Yargılama Hukukunun Usasları, s. 229, 230.

²³¹ SERAHSÎ, XV, 104; FETÂVÂ'L-BEZZÂZİVE, V, 89, 90; FETÂVÂ-Vİ KÂDİHÂN, II, 337 vd.; GÂMİDÎ, s. 268.

²³² KÂSÂNÎ, IV, 210; ŞİNKİTÎ, s. 486.

²³³ BÂR / ŞEMSİ BASA, s. 78-79.

²³⁴ ŞÂFİÎ, el-Ümm, VI, 172; KAHVEÇİ, Nuri, Mukayeseli İslâm Borçlar Hukuku (Şirketler İlaveli), İstanbul 2016, s. 221-222; KASSİM, s. 406-407.

²³⁵ KARAMAN, İslâm Hukuku, II, 490; ZUHAYLÎ, Dammân, s. 188, 189; ALİ HAYDAR EFENDÎ, I, 195; Kır. ŞENOCAK, s. 6-7.

olma -*tesebbüb*- hâline nazaran, *mübâzeret* hâli bazı istisnalar dışında³⁴² tazmin sorumluluğuna daha yakındır. *Mübâzeret* hâlinde diğerinden farklı olarak hukuki sorumluluk için kusur şart değildir.³⁴³

Tedavi sözleşmelerinde her türlü iyileşmeyi ve zarar vermemeyi garanti altına alan sözleşmeler ile hekimin kategorik olarak tamamen veya kısmen sorumluluğunu bertaraf eden sözleşmeler İslâm ve Türk hukuk sistemlerinde geçerli değildir.³⁴⁴ Hekimin tedavi etmesi görev olarak üzerine gerekli, vâcib bir husustur. Vâcib ise *selâmet* şartı ile takyit edilemez. Kusurlu olunduğunda sorumluluk da söz konusu olur.³⁴⁵ Ortada zarar varsa, bunun zarara uğrayan bakımından giderilmesi gerekir. Çünkü prensip olarak "*Zarar giderilir.*"³⁴⁶ Türk hukukundaki benzer yaklaşıma rağmen, sorumsuzluk anlaşmalarında kasat ve ağır ihmal geçerli değilken, hafif ihmalde hakim takdirî söz konusu olabilmektedir.³⁴⁷ Ayrıca İslâm hukukundaki yaklaşım, sözleşmede yaralan şartların meşru ve gerçekleştirilebilir olması ilkesi karşısında, bu şartlar sözleşmeyi ifsat edici boyutlarda olmadığında sözleşme değil, şartın geçersiz hâle geldiğidir.³⁴⁸ Hastanın, hayatın olağan akışına göre zarara hekimin davranışının sebep olduğunu ispat etmesi yeterlidir. Yoksa hastadan illiyet bağının varlığını ispat etmesi beklenmez.³⁴⁹

2. İslâm Hukukunda Haksız Fil

Haksız fil hekim sorumluluğu meydana getiren sözleşme dışı bir sorumluluktur. Burada taraflar arasında sözleşme ilişkisi ya baştan itibaren yoktur. Yahut var olan sözleşme ilişkisinin sınırları tıbbî müdahale esnasında aşı-

³⁴² ZERKA, *Fî'lî'd-Dâr*, s. 91 vd.

³⁴³ ZUHAYLÎ, *Damân*, s. 27; ALİ HAYDAR EFENDİ, I, 194-195; AYDIN, M. AKİF, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 392; ÖZDİREK, Recep, *İslâm Hukukunda İçilerin Verdiği Zararın Tazmini*, İstanbul 2009, s. 57-58; YILDIZ, *İslâm Sorumluluk Hukuku*, s. 73 vd.; KASSİM, s. 407; ZERKA, *Fî'lî'd-Dâr*, s. 74 vd.; Mecelle, md.92, 93.

³⁴⁴ KÂSÂNÎ, IV, 211; ŞEYH BEDREDDİN, s. 929; BİLMEN, VI, 217; ŞEREFÜDDİN, s. 52; BARDAKOĞLU, *İslâm Hukukunda Doktor ve Diğer Sağlık Personelinin Hukuki Mesuliyeti*, s. 529; KRŞ, YILMAZ, s. 385, 275; BAŞPINAR, s. 265; HAKERİ, s. 424; TBK md.115.

³⁴⁵ ŞAFİİ, VI, 190; İBN KAYYİM, IV, 128, 133; İBNÜ'L-HOMÂM, X, 260; İBN NUCEYM, s. 249; ÖDEH, s. 520; FETÂVA'L-HİNDİYYE, V, 355.

³⁴⁶ Mecelle, md.20.

³⁴⁷ GÜMÜŞ, s. 165; BAŞALP, Nülgün, *Sorumsuzluk Anlaşmaları*, XII Levha, İstanbul 2011, s. 285 vd.; ŞENOCAK, s. 95, 96; UYGUR, s. 361.

³⁴⁸ Bkz. KAŞIKÇI, Osman, *Eski Hukukumuzda Takyidi Şarta Bağlı İşlemler*, EÜHF, C. I, sy. 1, 1997, s. 226 vd.; ÖZDİREK, s. 331-332.

³⁴⁹ EKŞİ, s. 213.

miştir. Haksız fiil nedeniyle oluşan sorumluluk, zaruri ve acil durumlarda söz konusu olabildiği gibi, farklı kişisel sebeplerle ve emredici hukuk kurallarına aykırılıktan da meydana gelebilmektedir.²⁰⁰ Bu son halde hekim zarar vermek amacıyla bir tıbbî uygulama yürütmekte olup, meydana gelen zararlardan hukuki ve cezai olarak sorumludur.²⁰¹ Haklı olmayan sebeplerle ve yine zaruri, acil durumlarda tıbbî müdahaleden kaçınmakla da haksız fiil sorumluluğu meydana gelebilir.²⁰² Hekim ihmal göstererek hasta veya yakınlarının rızasını almamış ve tıbbî uygulama neticesinde bir zarar oluşmuşsa haksız fiil esasına dayalı tazmin sorumluluğu da doğal olarak söz konusu olacaktır. Tıbbî müdahalenin hukuka uygunluk sebeplerinden olan, hastanın aydınlatılmasına dayalı olarak alınması gereken rızanın bulunmaması, haksız fiil sorumluluğunun oluşumunda önem arz eder. Bu rıza açık olabileceği gibi zımni de olabilecektir.²⁰³ Rızanın geçerli olması için öncelikle rıza açıklamaya ehliyetin bulunması ve iradeyi sakatlayan hata, hile ve ikrah gibi durumlardan uzak olunması gerekir.²⁰⁴ Ancak uygun şartlarda başlayan bir tedavide hekimin karşılaşacağı acil ve zaruri durumlar hasta ve yakınlarından rızayı almayı mümkün kılmaz ise, bu takdirde tıbbî müdahaleye uygun irade var kabul edilerek devam edilmesi gerekir. Bulaşıcı hastalık olduğundaki tıbbî müdahale için de aynı prensip geçerlidir. Burada dayanak hukukun genel kuralları ve kanundur.²⁰⁵ Bu durumlarda tıp ilmi tarafından kabul edilen vasıfta bir müdahalenin, en elverişli şekilde tatbik edilmesi ve gecikmesinde daha ağır hayati durumların doğabileceğini de göz önünde bulundurmak gerekir.²⁰⁶

Diğer bir durum da sözleşme olmasına rağmen tedavi sürecinde gelişen şartlar sebebiyle, örneğin ameliyat esnasında, sözleşme dışı ve bunu aşan müdahalenin söz konusu olmasıdır. Hekim tedaviyi genişletme kararı almış, ancak bununla ilgili olarak imkanı olduğu halde hasta veya yakınlarına bilgi verip onaylarını almamıştır. Yahut gelişen acil ve önemli şartlar sebebiyle hasta ve yakınlarının rızasını alma imkanını bulamamıştır. Bütün bu hallerdeki sorumluluk sonuçları itibariyle farklılaşabilecektir. Bu son durumda varsayılan

²⁰⁰ ZERKA, *Fı'ih'd-Dür*, s. 59, 62.

²⁰¹ İBN RÜŞD, IV, 200, 202.

²⁰² MÜBÂREK, *Mes'uliyetü'l-Tıbbiyye*, s. 242, 243.

²⁰³ İBN KAYYİM, IV, 129; ŞİNKİTİ, s. 252; MÜBÂREK, s. 271; GÂMİDİ, s. 347; ZEYNİ, s. 117.

²⁰⁴ SERAHSİ, XVI, 14; MAHMASÂNİ, I, 176; ŞİNKİTİ, s. 253.

²⁰⁵ ŞİNKİTİ, s. 262.

²⁰⁶ EKŞİ, s. 56, 57.

rıza sebebiyle kusurluluğun ortadan kalktığı düşünülür. Hekimlik yapma vasfı olmayan yahut bu yetkisi elinden alınmış bir şahsın tıbbî uygulama yürütmesi söz konusu olmamalıdır. Eğer böyle bir durum varsa, yine haksız fiil sorumluluğuna gidilebilecektir.²⁷⁷

Sözleşmeye aykırı hareket ederek zarara sebebiyet verilmesine paralel olarak, sözleşme dışı sorumlulukta da en temel husus hukuka aykırılıktır. Haksız fiil sorumluluğunda ortada sözleşme dışı bir sorumluluk söz konusu olup, bunun da hukuka aykırı bir fiille gerçekleşmesi gerekir. Hekim hastaya hukuka aykırı olarak mal varlığı veya vücut bütünlüğüne yönelik bir zarar vermiştir. Hukuk düzeni başkalarına haksız yere zarar vermeyi tecviz etmez ve ona hukuki sonuçlar bağlar.²⁷⁸

a. Kusur

Kusur, hekimin haksız fiil sorumluluğundaki en temel unsurlardan birisidir. Hekim kusurlu (*kasıt ve ihmal*) hareketleri ile hastasının kişi ve mal varlığında bir zararın meydana gelmesine sebebiyet vermektedir. Sözleşme dışı haksız fiil sorumluluğunda tıp bilgisine sahip olmamak, tıp biliminin yerleşik kural ve usullerine uymamak ve gerekli özeni göstermemek kusurun varlığı için yeterlidir.²⁷⁹ Burada takdirdeki bir hatadan ziyade, doğrudan ve fiilen kusurlu bir uygulama söz konusudur.²⁸⁰ Hekimin haksız fiil sebebiyle sorumluluğuna gidebilmek için hastanın, hukuka aykırı haksız fiilden zarar gördüğünü ispat etmesi gerekir.²⁸¹ Buna karşılık hekimin de özen borcunu yerine getirdiği, tıp biliminin bilgi ve teknik imkanlarını bildiği ve bunları uyguladığı savunmasıyla sorumluluğu ortadan kalkabilecektir. Günümüzde hekimlerin sorumluluğu ile alakalı resmi otoritelerin koyduğu kural ve düzenlemeler açıklığa kavuşmuş olup, hukukten itibar edilmesi gerekli belgelerdir.²⁸² Hekimin hukuki sorumluluğunun doğması için kusur sorumluluğunun aranmasının altında, tedavinin bir görevin ifası şeklinde görülüyor ve de sosyal ihtiyaçtan kaynaklanıyor olması yatmaktadır. Yoksa tıbbî durumlara müdaha-

²⁷⁷ EBÜ ZEHRA, s. 349; KRŞ. BELGESAY, s. 71.

²⁷⁸ KÂSÂNÎ, VII, 233; İBN RÜŞD, IV, 200; EL-MEVSİLÎ, V, 22; SUYÛTÎ, s. 83, 86.

²⁷⁹ KARÂFÎ, IV, 29; MAHMAŞÂNÎ, I, 204; KARAMAN, İslâm Hukuku, II, 501; BİLMEH, VI, 237; BÂR / ŞEMSİ BAŞA, s. 52; MÜBÂREK, s. 172, 262, 263; ÜSÂME, s. 96; ŞEYH BEDREDDİN, s. 930.

²⁸⁰ İBN KAYYİM, IV, 128, 129; EBÜ ZEHRA, s. 350; KAHVEÇİ, s. 220.

²⁸¹ ZUHAYLÎ, Dümân, s. 270; EBÜ İSMÂİL, s. 61 vd.

²⁸² ZERKA, Fİ'İL'D-DÖC, s. 29-30.

lede bulunan hekimlerin her defasında sorumlu tutulması söz konusu olacak ve bu da hiç kimsenin bu mesleklere itibar etmemesi ve giderek kamunun yeterli sağlık hizmeti alamamasına yol açacaktır.²⁶⁷

b. Zarar

Zarar da yine haksız fiil sorumluluğunun bir diğer esaslı unsurudur. Tazmin sorumluluğu zararın varlığına bağlıdır. Herkes işlediği fiilin zararlı sonuçlarından sorumlu olması esastır.²⁶⁸ Haksız fiil sorumluluğunda hukuki sorumlulukla birlikte ve bazen de bundan bağımsız olarak cezai sorumluluk durumu da ortaya çıkabilmektedir.²⁶⁹

c. İliyet Bağ

İliyet bağı da yine sözleşme içi sorumlulukta olduğu gibi haksız fiil sorumluluğunda da aranan şartlardandır.²⁷⁰ Bu durumlarda hekim sorumluluğu da aynı şekilde etkilenecektir.²⁷¹ İliyet bağının bulunmaması veya kesilmesi hekim sorumluluğunu ortadan kaldırır. Hekimin hastasına verdiği zararın, haksız fiille olan nedensellik ilişkisini kurmanın zorluğu vardır.²⁷² Tıbbi müdahalelerde fiil ile zarar arasında başka bir sebebin girip girmediğinin belirlenmesi bu bakımdan önem arz eder. Hastanın ruhsal ve fiziki durumu, hastalığın geldiği safhanın ve normal tedavide kullanılan ilaçların diğer etkileri iliyet bağını etkiler. Bu sorumluluk ayrıca mücbir sebep, olağanüstü hal gibi zaruret hallerinde de ortadan kalkar. Üçüncü şahısların kusurlu olmaları hâlinde ise, sorumluluk hekim yerine bu şahıslar üzerine olacaktır.²⁷³

IV. Sonuç

Hekimin hukuki sorumluluğu, hekim vasfını haiz kişiler tarafından hastalar üzerinde tıbbi müdahalede bulunarak mesleğini icra ettiği esnadaki so-

²⁶⁷ ÜDEH, I, 521; BÂR / ŞEMSI BAŞA, s. 53; ŞEREFÜDDİN, s. 41; MÜBÂREK, s. 168-170; GÂMİDİ, s. 192; ÜSÂME, s. 93; ZORLU, s. 313; ZEYNİ, s. 116.

²⁶⁸ ALİ el-HAFİE, I, s. 40.

²⁶⁹ EBÜ ZEHRÂ, s. 349, 350; ABDÜLAZİZ, Musa Âmir, et-Ta'zir fî'l-Şeriat'i-İslâmiyye, Dâni'l-Fikri'l-Arabî, Kahire 1969, s. 293 vd.

²⁷⁰ YILDIZ, K., Mübâseret, DİA, XXXI, 429.

²⁷¹ KAYA, İslâm Hukukuna Göre Hekimin Tıbbî Müdahaleden Doğan Hukukî ve Cezâî Sorumluluğu, s. 305.

²⁷² KÂSÂNİ, IV, 211.

²⁷³ MAHMASÂNİ, I, 208; AYDIN, M. Akif, İtiâf, DİA, XXIII, 468; YILDIZ, Mübâseret, XXXI, 430.

rumluluklarını anlatır. Hekim hasta ilişkisi özellikle insanın vücut bütünlüğü, sıhhati ve ruhi durumlarına yönelik olmasından dolayı son derece hassas bir konudur. Tedavi olmak insan hayatında temel bir ihtiyaç olarak kabul edilir. Hekim hasta ilişkisinde hastanın elde etmeye çalıştığı, kendi sağlığıdır. Toplumda yeterli sayıda ve hukuk düzeninin kabul ettiği vasıfta hekimin bulunması, toplumun bir kısmı tarafından karşılanması gerekli bir vecibedir. Bu ilişkide zayıf durumda olan hastanın da çeşitli haklara sahip olması gerektiği, eski dönemlerden itibaren gündemde olan, son dönemlerde de hasta lehine gelişen bir konudur.

İslâm ve Türk hukuklarında tıbbî müdahalenin en temel hukuka uygunluk şartlarından biri, hasta ve duruma göre yakınlarından izin ve onay alınması ve diğeri ise hekimin gerekli özeni göstermesidir. Bu ilişkide her iki hukuk sisteminde hekimlerin birçok borç ve yükümlülüklerinden bahsedilebilir. Ancak işinin ehli uzman bir hekimin göstermesi gereken en temel borç *özen borcu* olmaktadır. Bu borca uygun hareket edilip edilmediği, hekimin sorumluluğunu belirlemede son derece önem arz eder. Sorumluluk hukuku bakımından *kusur sorumluluğu* anlayışı, giderek bütün alanlarda ve bu arada hekim sorumluluğunda da gelişme göstermiştir.

Türk hukukunda hasta ile hekim arasındaki sözleşmenin niteliğinin bas-
kın görüşe göre vekâlet olduğu ve sorumluluk için kusur ilkesinin esas alındığı kabul edilir. Kusura dayalı sorumlulukta kusurun varlığı ve bunun ortaya çıkış şekilleri, sorumluluğun ortaya çıkışı ve tazminata dönüşmesinde belirleyicidir. Kusur yönünden kasıtlı davranışlar bu ilişkide uygulamada ihmale göre daha az görülmekle birlikte, meydana geldiğinde aynı zamanda cezai sorumluluğu da yol açabilmektedir. İhmalin de ağır ve hafif ihmal olarak ortaya çıktığını görüyoruz. Hekim ile hasta arasındaki tanımlanan ilişkinin sözleşmeye dayanması veya haksız fiilden meydana gelmesi kusura dayanan sorumlulukta farklı tazmin sonuçları ve ispat külfetleri ortaya koymaktadır. Bir hekime tedavi düşüncesiyle müracaat eden hasta, kendi izin ve rızasıyla iradî ve akdî bir ilişki kurmaktadır.

İslâm hukukunda bu hukuki ilişkinin niteliği konusunda çeşitli görüşler olmakla birlikte, genel anlamda kişi emeğinin kiralanması şeklindeki *icâre* sözleşmesi kapsamında ele alınan ve belli bir işverene bağlı olmaksızın, emeğini birden çok kişiye sunan *ecîr-i müşterek* olarak kabulü mümkündür. Sahip olunan bu niteliğin sorumluluk yönü ise, *emanet* vasfı ağırlıkta olan ve özen

borcuna da özü itibarıyla uygun olan *gayret sarf etme borcu* hüviyetinde bir mahiyet arz eden sorumlulukla, hekim hastasını mutlak surette iyileştirmesi taahhüdü altına girmez. Sözleşmeden kaynaklanan sorumluluk bu anlayışa uygun olarak şekillenir. Normal şartlar ve müted usullere uygun gelişen, kasdın bulunmadığı hekim müdahalesi, sonuçları itibarıyla genellikle hekimin şahsına yönelik cezâî bir sorumluluk doğurmaz. İslâm hukukunda bu hallerde zarar gören hastanın zararları ise hukuki sorumluluk şartları kapsamında, hekimin belli yakınları (*âkilesi*) veya duruma göre devlet tarafından karşılanabilmektedir. Ayrıca hekim müdahalesinin tehlike arz eden mahiyeti ve görevin ifası olarak görülmesi ile sosyal ihtiyaç olgusu da sorumlulukta gözetilmesi gereken hususlardır. Hasta hekim arasındaki sözleşme ilişkisinden ortaya çıkan ve ihlal edildiğinde sözleşmeden kaynaklanan uyulmadığında sorumluluk yollarının işletilebileceği durumlar arasında, yukarıda belirtilenlere ilaveten, hastanın aydınlatılması, sadakat, sır ve mahremiyete riayet de sayılabilir.

İslâm hukukunda şartları oluşmuş bir haksız fiil sorumluluğunda hekim sorumlu tutulmaya daha yakındır. *Mübâşeret* (doğrudan) veya *tesebbüb* (zarara sebebiyet verme) meydana gelmiş, haksız fiil kapsamına girebilecek hekim müdahaleleri ile doğan zararın tazmini gerekir. *Mübâşeret* olan zarar verici davranışların doğuracağı hukuki sorumlulukta aranmamakla beraber, *tesebbüb* hallerinde zarara yönelik kusurun varlığı gerekir. Esasen hekim sorumluluğunda hukuki sorumluluk yanında ve hatta bazen ondan bağımsız olarak cezâî sorumluluğun gerçekleşebileceği durumlar da söz konusudur. İslâm hukukunda vücut bütünlüğüne ve hayat hakkına yönelik müdahale niteliği taşıyan, tedavi sözleşmesini ihlal eden veya haksız fiil teşkil eden kasıtlı hukuka aykırılık hallerinde, zarar olsun ya da olmasın hukuk düzeninin cezâî yaptırımları devreye girer. Zararın varlığı hâlinde ayrıca hukuki sorumluluğun da gerekeceği kuşkusuzdur. Konunun genellikle vücut bütünlüğüne yönelik olması dolayısıyla klasik İslâm hukuku literatüründe ve fetva kitaplarında hatalı öldürme ve yaralama ile bağlantılı olarak ceza ve hukuk sorumluluğu müşterekliğinde ele alınmış olduğunu görüyoruz. Doğal olarak müdahale kasta dayalı suç kapsamına girdiği durumlarda, müdahale, teknik anlamda tıbbî müdahale de olmamaktadır. Burada *kasas* yahut mağdur ve yakınlarının iradesine uygun olarak *dîyet*, kasıt dışındaki kusurlu hareketlerle vücut bütünlüğüne yönelik yaralama ve sakat bırakma hallerinde *ta'zir* kapsamında *ery* adı verilen ceza ile belirli şekillerde, yahut *hükümet-i adl* olarak yargılamada belirlenecek miktar ile tazmini cihetine gidilebilmektedir. Diğer mesleklerle

nazaran konusu insan sağlığı olması sebebiyle hekim sorumluluğu hassas bir konumdadır. Tamamen sorumlu olmayı bertaraf eden veya her türlü zararlı sonuçtan hekimi sorumlu tutan anlayışların uygun olmadığı kanaatindeyiz. Hekim sorumluluğunda özen borcunun ortaya konulduğu ölçüde sorumluluğun azalması, bunun yanı sıra tıp ilminin geldiği seviyeye uygun olarak bilgi, teknik donanım ve altyapının da sorumluluğun meydana gelmesinde etkili olması gerekmektedir. Ancak en gelişmiş hâliyle hasta haklarının da dikkate alınması, konuya önemli oranda ciddiyet ve disiplin getirecektir. Her iki pozisyonun da insan için olduğu noktasından hareketle, iki tarafın da hak ve sorumluluklarını hukukten telif etmek, gerekli ve önemli bir hassasiyet olacaktır.

Kaynakça

- ABDÜLAZİZ, Musa Âmir, *et-Ta'zir fi'ş-Şeriat'i-İslâmiyye*, Dürul-Fikri'l-Arabî, Kahire 1969.
- ACIDUMAN, Ahmet, *Türk Tıp Hukuku tarihinde Hekim-Hasta Arasında Hukuki Bir Belge: Rıza Senedi*, 4. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara 2012, s. 39-53.
- AKGÖNDÜZ, Ahmet / *Türk Dünyası Araştırmaları Vakfı İlim Hey'eti, Şer'îye Sicilleri, Mahiyeti, Toplu Kataloğu ve Seçme Hükümler*, Türk Dünyası Araştırmaları Vakfı, C. I-II, İstanbul 1988.
- AKMAN, Ahmet, *İslam Hukukunda Akdî Mesuliyet*, Basılmamış Doktora Tezi, İstanbul 1992.
- AKTAN, Hamza, *Damân, DİA*, VIII, s. 450-453.
- AKTAN, Hamza, *İstisna, DİA*, XXIII, s. 393-396.
- ALİ el-HAFİF, *ed-Damân fi'l-Fıkbi'l-İslâmî, Ma'hadi'l-Bühûs ve'd-Dirâsâti'l-İslâmiyye*, C. I-II, yy., 1971.
- ALİ HAYDAR EFENDİ (v. 1334/1915), *Dürrü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, C. I-IV, İstanbul 1330. (Dürrer).
- APAYDIN, Hacı Yunus, "Mevkuf", *DİA*, XXIX, s. 438-440.
- ARAZ, Y., *İslâm Hukukunda Manevi Zararların Mali Tazmini*, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, V (2016), s. 119-148.
- ARAZ, Yunus, *İslâm Hukuku Açısından Menfaat ve Menfaat İçerikli Bazı Tasarruflar*, İLTED, Erzurum 2016/2, sayı: 46, s. 81-129.
- ATAR, Fahrettin, *İslâm Yargılama Hukukunun Esasları*, İstanbul 2017.
- AVCAN, Velid Hüveymil, *Damânâtü't-Tabîbi fi'ş-Şeriat'i-İslâmiyye ve'l-Kânûn, el-Mecelletü'l-Ürdüniyye fi'd-Dirâsâti'l-İslâmiyye*, 1427/2006, sy. 2, s. 1-46.
- AVCI, M., *Osmanlı Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Konya 2014.
- AVCI, M., *Türk Hukuk Tarihi Dersleri*, Konya 2014.
- AVCI, Mustafa, *Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Konya 2014.
- AYAN, Mehmet, *Tıbbî Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*, Ankara 1991.
- AYBAKAN, B., *İslâm Hukukunda Vekâlet Sözleşmesi*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1990. (Vekâlet Sözleşmesi)
- AYBAKAN, B., *Zarar, DİA*, XXXIV, s. 130-134.
- AYBAKAN, Bilal, *Vekâlet, DİA*, XXXIII, s. 1-6.
- AYDIN, Erdem, *19. Yüzyılda Osmanlı Sağlık Teşkilatlanması*, OTAM, Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi, 2004, sy. 15, s. 185-207.

- AYDIN, M. Akif, Haksız Fül, DİA, XV, s. 210-211.
- AYDIN, M. Akif, İtlaf, DİA, XXIII, s. 466-469.
- AYDIN, M. Akif, Türk Hukuk Tarihi, 14. Baskı, İstanbul 2017.
- AYDIN, Nizamettin, Hasta Haklarının Hukuki Boyutu ve Korunma Yolları, DÜSBD, Aralık 2008, sy. 22.
- BAĞDÂDÎ, Ebû Muhammed Gânim b. Muhammed (v. 1032/1623), Mecma'u'd-Damânât, Dârü'l-Kitâbî'l-İslâmî, yy. ty.
- BÂR, Muhammed Ali / ŞEMSI BAŞA, Hassan, Mes'uliyetü't-Tabib Beyne'l-Fikhi ve'l-Kanuni, Dârü'l-Kalem, 2. Baskı, Dımaşk 1429/2008.
- BARDAKOĞLU, A., İcâre, DİA, XXI, s. 379-388.
- BARDAKOĞLU, Ali, İslâm Hukukunda Doktor ve Diğer Sağlık Personelinin Hukuki Mesuliyeti, Kayseri (Erciyes) Üniversitesi Gevher Nesibe Bilim Haftası ve Tıp Günleri, Kayseri 11-13 Mart 1982, s. 527-530.
- BAŞALP, Nilgün, Sorumsuzluk Anlaşmaları, İstanbul 2011.
- BAŞPINAR, Veysel, Vekilîn (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankaların) Özen Borcundan Sorumluluğu, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2004.
- BAYRAKTAR, Köksal, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul 1972.
- BELGESAY, M. Reşit, Tıbbî Mesuliyet, Esaslar - Tipik Vakaalar, Türk Tabipler Birliği Kanunu, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1954. (Tıbbî Mesuliyet)
- BENLİ, Abdullah, İslâm Hukukunda Manevi Tazminat, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Kayseri 1997.
- BERKİ, Ali Himmet, Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye), 2. Baskı, İstanbul 1979.
- BİLMEN, Ö. Nasuhi, Hukûk-ı İslâmiyye ve Istılâhâtı Fikhiyye Kâmusu, C. I-VIII, İstanbul 1970.
- BUHÂRÎ, Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmail (v. 256/869), Sahîhu'l-Buhârî, C. I-VIII, Dârü'l-Hilâfeti'l-İlmiyye, Mısır 1315.
- CAN, Ö. İsmail / ÖZKARA, Erdem / CAN, Muhammed, Yargıtay'da Karara Bağlanan Tıbbî Uygulama Hatası Dosyalarının Değerlendirilmesi, DEÜ Tıp Fak. Dergisi, C. 25, sy. 2, (Mayıs) 2011, s. 69-76.
- CİN, Halil / AKGÜNDÜZ, Ahmed, Türk Hukuk Tarihi, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul 2011.
- ÇALIŞKAN, İbrahim, İstisna' Akdinin Mahiyeti ve Unsurları, AÜİFD, XXXI (1989), s. 349-365.

- ÇEKER, O., İslâm Hukukunda Akidler, Konya 2014.
- ÇEKER, Orhan, Fıkıh Dersleri, 10. Baskı, Konya 2018.
- DAĞCI, Ş., Hükümet-i Adl, DİA, XVIII, s. 463-464.
- DAĞCI, Şamil, Fıkıh, Muamelat-Borçlar Hukuku-, Ankara, 2005.
- DEMİR, Alpaslan, Konya Şer'iyye Sicillerinde Rıza Senedi Örnekleri (1659-1749), History Studies, International Journal of History Academic Journal, Prof. Dr. Enver Konukçu Armağanı, Samsun 2012, s. 31-46.
- DEMİR, Mehmet, Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu, AÜHFYD Yıl 2008, C. 57, sy. 3, s. 225-252.
- DESÜKÎ, Şemsüddin Muhammed b. Ahmed (ö. 1230/1815), Hâşiyetü'd-Desûkî ale's-Şerhi'l-Kebîr, C. I-IV, ty., yy., (Hâşiye).
- DOĞAN, Cahid, Hukuksal Açıdan Hastanın Yükümlülükleri, ERÜHFYD, C. XI, sy. 2, (2016), s. 49-81.
- DÖSTÜR, I. Tertip, C. II, M. Âmiri, İstanbul 1289.
- EBÛ DÂVÛD, Süleyman b. Eş'as es-Sicistânî (ö. 275/888), Sünenü Ebi Davud, thk. Muhammed Muhyeddin Abdülhamid, nşr. Dâru'l-Hayâi's-Sünneti'n-Nebeviyye, C. I-IV (İkişer cilt), Beyrut ty.
- EBÛ İSMÂİL, Hüda Ferac, İspâtü'l-Hatâi't-Tıbbiyyi fi'l-Fikhi'l-İslâmî, Cûmiatü'l-İslâmiyye, Gazze 2015.
- EBÛ ZEHRÂ, Muhammed, el-Cerîme ve'l-Ukübe fi'l-Fikhi'l-İslâmî, Dâru'l-Fikri'l-Arabî, Kahire 1998.
- EBÛ'L-MEHÂSİN, Fahrüddin Hasen b. Mansûr b. Mahmûd el-Özkendî el-Fergânî (v. 592/1196), Fetâvâ-yı Kadîhân (Hâniye), (el-Fetâva'l-Hindîyye kenarı, 2. Baskı, Bulak 1310, C. I-III) (FETÂVÂ-YI KÂDİHÂN).
- EKŞİ, Ahmet, İslâm Tıp Hukuku, İstanbul 2011.
- EREN, F., Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2017. (Borçlar Özel)
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara 2017. (Borçlar Genel)
- ERSOY, L. Verda, Tıbbî Malpraktis Medical Malpractice, Bulletin of Thoracic Surgery / Toraks Cerrahisi Bülteni, Mart 2014, Vol. 5, Issue 1, p. 29-32.
- ERSOY, Yüksel, Tıbbî Hatanın Hukukî ve Cezâî Sonuçları, TBB Dergisi, sy. 53, 2004, s. 161-189.
- ESER, Ercan, İslâm Hukukunda haksız fiil ve haksız fiilden doğan sorumluluk, Basılmamış Doktora Tezi, Ankara 2007.
- FETÂVA'L-HİNDİYYE, (Heyet), C. I-VI, 2. Baskı, Dâru'l-Fikir, 1310.

- FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, İstanbul 1976.
- GÂMİDÎ, Abdullah b. Sâlim, Mes'ûliyyetü't-Tabîbi'l-Mihenîyye Dirâse Te'sîbiyye Mukârene Beyne's-Şer'iatü'l-İslâmiyye ve'l-Kavânini'l-Muâsıra, Dârü'l-Endülüs el-Hadra, Cidde 1418/2000.
- GEDİKLİ, Fethi, Osmanlı Hukukunda Hekim Sorumluluğu ve XVII. Yüzyılda Önlü Bir Fıtk Cerrahı, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, 2007 (Güz), sy. 4, s. 15-27.
- GÖKCAN, Hasan Tahsin, Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku, Güncellenmiş 4. Baskı, Ankara 2016. (Haksız Fiil)
- GÖKCAN, Hasan Tahsin, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara 2017. (Tıbbi Müdahale).
- GÖKTAŞ, Hanım, XIX. Yüzyılda Osmanlı Devleti'nde Hekim Hasta İlişkileri ve Diplomasız Hekimler, International Journal of History, Volume 6, Issue 6, December 2014, p. 99-115.
- GÖMÜŞ, M. Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı, C. II, İstanbul 2014.
- HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, Seçkin, Güncellenmiş 12. Baskı, Ankara 2017.
- HARASÎ, Muhammed b. Abdillâh Ali (v. 1101/1690), Şerhu Muhtasarı Halil, Dârü'l-Fikir, C. I-VIII, Beyrut ty.
- HASKEFÎ, Alîüddîn Muhammed b. Ali b. Muhammed ed-Dımaşkî (v. 1088/1677), ed-Dürri'l-Muhtâr Şerhu Tenviri'l-Ebsar ve Cami'i'l-Bihar, Abdülmunim Halil İbrahim, Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1423/2002. (Dürri).
- HATİB eş-ŞİRBİNÎ, Şemsüddin Muhammed b. Ahmed (v. 977/1570), Muğni'l-Muhtâc İla Ma'rifeti Meani Elfazü'l-Minhac, Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, I. Baskı, C. I-VI, yy., 1415/1994.
- İBN ÂBİDİN, Muhammed Emin b. Ömer b. Abdi'l-Aziz (v. 1252/1836), Reddü'l-Muhtâr Ala'd-Dürri'l-Muhtâr, Dârü'l-Fikir, 2. Baskı, C. I-VI, Beyrut 1412/1992.
- İBN FERHÛN, İbrahim b. Ali b. Muhammed (v. 799/1397), Tebsiratü'l-Hükkâm fi Usûli'l-Akdiyyeti ve Menâhici'l-Ahkâm, C. I-II, Mektebetü'l-Külliyâti'l-Ezheriyye, Mısır 1406/1986.
- İBN KAYYİM, el-Cevziyye Muhammed b. Ebi Bekir (v. 751/1350), Zâdü'l-Meâd fi Hedyi Hayri'l-İbâd, Müessesetü'r-Risâle, C. I-V, Beyrut 1415/1994. (Zâdü'l-Meâd).
- İBN KUDÂME, EBÛ Muhammed Muvaffakuddin Abdullah b. Ahmed (v. 620/1223), el-Muğni, Mektebetü'l-Kahire, C. I-X, Kahire 1388/1968.
- İBN MÂCE, Ebû Abdillâh Muhammed (v. 273/887), es-Sünen, Thk. Muhammed Fuad Abdülbaki, C. I-II, Kahire 1373/1953.

- İBN NÜCEYM, Zeynüddin b. İbrahim (v. 970/1563), el-Eşbâh ve'n-Nezâir, Dâri'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1419/1999.
- İBN RÜŞD, EBÜ'l-Velîd Muhammed b. Ahmed el-Kurtubî (v. 595/1198), Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid, Dâri'l-Hadis, C. I-IV, Kabire 1425/2004.
- İBNÜ'L-BEZZÂZÎ, Muhammed b. Şihab el-Hanefî (ö. 827/1423), el-Fetâvâ'l-Bezzâziyye (el-Fetâvâ'l-Hindiyye kenarı, 2. Baskı, Bulak 1310, IV-VI ciltler) (FETÂVÂ'L-BEZZÂZİYE).
- İBNÜ'L-HÜMÂM, Kemâlüddin Muhammed b. Abdülvâhid (v. 861/1457), Fethu'l-Kadir, Dâri'l-Fikr, yy. ty.
- KAHRAMAN, Zafer, Medeni Hukuk Bakımından Tıbbî Müdahaleye Hastanın Rızası, İÜHFD, Yıl 2016, C. VII, sy. 1, s. 479-509.
- KAHVEÇİ, Nuri, Mukayeseli İslâm Borçlar Hukuku (Şirketler İlaveli), 2. Baskı, İstanbul 2016.
- KALLEK, Cengiz, Hisbe, DİA, XVIII, s. 133-143
- KARÂFÎ, Ebu'l-Abbas Şihâbüddin Ahmed (v. 684/1285), el-Fürûk, C. I-IV, Âlemü'l-Kütüb, ty., yy.
- KARAMAN, Hayreddin, Mukayeseli İslâm Hukuku, C. I-II, İstanbul 1978, 1982.
- KARAMAN, Hüseyin, Abu Bakr Al-Razi (Rhazes) And Medical Ethics, Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi [2011] sayı: 30, s. 77-87.
- KÂSÂNÎ, Alaüddin Ebû Bekir b. Mesud (v. 587/1191), Bedâiu's-Sanâi fi Tertîbi's-Şerâi, 2. Baskı, C. I-VII, Dâri'l-Kütübi'l-İlmiyye, yy., 1406/1986.
- KASSİM, Puteri Nemie Jahn, Medical Negligence in Islamic Law, Arab Law Quarterly, Brill, Vol. 20, No. 4 (2006), s. 400-410.
- KAŞIKÇI, Osman, Eski Hukukumuzda Takyidi Şarta Bağlı İşlemler, EÜHFD, C. I, sy. 1, 1997, s. 207-244.
- KAYA, Ali, İslâm Hukukuna Göre Hekimin Tıbbî Müdahaleden Doğan Hukukî ve Cezaî Sorumluluğu, İslâmî Araştırmalar Dergisi, Cilt: 17, Sayı: 4, Ankara 2004, s. 295-307.
- KILIÇOĞLU, M. Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 21. Baskı, Ankara 2017.
- KOCATÜRK, Utkan, Tıp Terimleri Sözlüğü, Ankara 2006.
- KONYA KADI SİCİLİ (1080 - 1081 / 1669 - 1670) Defter 14, Haz. Fatih Küçük / Prof.Dr. İzzet Sak, Konya B. Şehir Bel., Konya 2014.
- MAHMASÂNÎ, Subhî, Nazariyyetü'l-Âmme li'l-Mücebât ve'l-Ukûd fiş-Serfati'l-İslâmiyye, Beyrut 1403/1983.

- MÂVERDÎ, Ali b. Muhammed b. Habîb (v. 450/1058), Ahkâmî's-Sultaniyye, Thk. Ahmed Câd, Dâri'î-Hadîs, Kahire 1427/2006.
- MERĞİNÂNÎ, Ebû'l-Hasen Burhanüddin Ali b. Ebi Bekir (v. 593/1197), el-Hidâyetü Fi Şerhi Bidâyetü'l-Mübtedî, (Thk. Talal Yusuf), Dâri' İhyai't-Türasi'l-Arabi, C. I-IV, Beyrut ty.
- MEVSİLÎ, Abdullah b. Mahmud Mevdûd (v. 683/1284), el-İhtiyâr li Ta'lîli'l-Muhtar, C. I-V, Çağrı Yay., İstanbul 1980.
- MUHAMMED FEVZÎ FEYZULLAH, Nazariyetü'd-Damân fi'l-fikhi'l-İslâmî'l-Âmm, Dâri't-Türâs, Kurveyt 1983.
- MUHAMMEDÎ, Ali Muhammed Yusuf, Bûhûsun Fıkhîyyetün Fi Mesâilî Tıbbîyyetin Muâsiratın, Dâri'î-Beşâiri'l-İslâmiyye, Beyrut 1426/2005. (Muhammed Yusuf, Mesâilî Tıbbîyye)
- MÛBÂREK, Kays b. Muhammed Âli eş-Şeyh, el-Mes'uliyetü't-Tıbbîyye, 3. Baskı, Dâri'î-İman, BAE 2013/1434.
- MÛSLİM, Ebû'l-Huseyin b. Haccâc el-Kuşeyri (ö. 261/874), Sahîb-u Müslim, thk. M. Fuad Abdulbaki, Dâri' İhyai't-Türasi'l-Arabi, I. Baskı, C. I-V, Beyrut 1375/1975.
- NESÂÎ, Ebû Abdîrrahmân Ahmed b. Şuayb b. Ali (ö. 303/915), Sünenü'n-Nesai, (Celâleddin es-Suyûtî Şerhli ve İmam es-Sindi Haşiyeli), Matbaaatü'l-Mısriyye, C. I-VIII, Kahire 1348h. / 1930.
- OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1, 14. Bası, İstanbul 2016.
- OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 16. Bası, İstanbul 2016.
- ÖĞÖZ, Tufan / DURAL, Mustafa, Türk Özel Hukuku Kişiler Hukuku, Cilt II, 17. Baskı, İstanbul 2016.
- ÖRSTEN ESİRGEN, Seda, Mecelle ve Fransız Medeni Kanunu Çerçevesinde Vekâlet Sözleşmesi, Ankara Barosu Dergisi, 2013/1, s. 167-184.
- ÖZCAN, Tahsin, Fetvalar Işığında Osmanlı Esnafta, İstanbul 2003.
- ÖZDEMİR, Hayrünisa, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 1, Haziran 2016, s. 33-81.
- ÖZDİREK, Recep, İslâm Hukukunda İşçilerin Verdiği Zararın Tazmini, İstanbul 2009.
- ÖZEN, Şükrü, İslâm Hukukuna Göre Yanlış Tedavide Sorumluluk, 38. Uluslararası Tıp Tarihi Kongresi Bildiri Kitabı, Editörler, Nil Sarı, Ali Haydar Bayat, Yeşim Özman, Mary İŞİN, C. I-II, Ankara 2005.

- REMLÎ, Ebû Abdillâh Şemsüddîn Muhammed (v. 1004/1596), Nihâyetü'l-Muhtâc ilâ Şerhi'l-Minhâc, Dârü'l-Fikir, Beyrut 1404/1984.
- REYHANİ YÜKSEL, Seru, Hekimin Vekâletsiz İş Görmeden Doğan Sorumluluğu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Mehmet Akif Aydın'a Armağan, 2015, vol. 21 (2), s. 793-804.
- SEÇER, Öz. Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 1, Haziran 2013, s. 107-148
- SEMERKANDÎ, Ebû Bekr Alâüddîn Muhammed b. Ahmed (v. 539/1144), Tuhfetü'l-Fukahâ, C. I-III, 2. Baskı, Dârü'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1414/1993.
- SENHÜRÎ, Abdürrezzak (v. 1971), Mesâdirü'l-Hak fi'l-Fıkhü'l-İslâmî, Dârü İhyâi Tûrisi'l-Arabî, Beyrut 1954. (Mesâdir).
- SERAHSÎ, Muhammed b. Ahmed (v. 483/1090), el-Mebsût, Dârü'l-Marife, C. I-XXXI, Beyrut 1414/1993.
- SERT, Gürkan, HASTA HAKLARI Uluslararası Bildirgeler ve Tıp Etiği Çerçevesinde, İstanbul 2004.
- SEYYİD SÂBİK, Fıkhü's-Sünne, Dârü'l-Fikr, C. I-III, Dımaşk 1414/1993.
- SEYYİD ŞERİF CÜRCÂNÎ, Ta'rifât, Tre. ve şerh Arif Erkan, İstanbul 1997.
- SİNDEL, Ece, Hekimin Haksız Fiil Sorumluluğu, Terazi Hukuk Dergisi, C. 11, sy. 119, Temmuz 2016, s. 243-255.
- SONGUR, H. / SAYGIN, T., Şifahaneden Hastaneye: Sağlık Kuruluşlarının Değişimine Genel Bir Bakış, SDÜSBED, yıl, 2014/1, sy. 19, s. 199-212.
- SUYÛTÎ, Celâlüddin Abdurrahman (v. 911/1505), el-Eşbâh ve'n-Nezâir, Beyrut 1403/1983.
- SÛTLAŞ, Mustafa, Hasta ve Hasta Yakını Hakları, İstanbul 2000.
- ŞAFİÎ, Ebû Abdillâh Muhammed b. İdris (v. 204/820), el-Ömm, Dârü'l-Marife, C. I-VIII, Beyrut 1410/1990.
- ŞEN, Yusuf, İslâm Hukûkuna Göre Sağlık Hizmetlerinde Mahremiyet Hakkı, EKEV Akademi Dergisi, Yıl: 19, Sayı: 61 (Kış 2015), s. 425-450.
- ŞENOCAK, Zarife, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, AÜHF Yay., Ankara 1998.
- ŞEREFÜDDİN, Ahmed, el-Ahkamü's-Şer'iyye li'l-A'mali's-Şer'iyye, Kuveyt 1403/1983.
- ŞEYH BEDREDDİN (v. 823/1420), Câmîü'l-Fusûleyn (Yargılama Usulüne Dair), (Ednör: Hacı Yunus APAYDIN), Kültür ve Turizm Bakanlığı Yay., Ankara 2012.
- ŞİNKİTÎ, Muhammed el-Ermin b. Muhammed el-Muhtâr el-Cekeni, Ahkamü'l-Ciraheti't-Tıbbiyyeti ve'l-Âsarü'l-Müterettibetü Aleyha, Mektebetü's-Sahabe, 2. Baskı, Cidde 1994/1415.

- TANDOĞAN, H., Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, İstanbul 2010.
- TANDOĞAN, Halûk, Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet), İstanbul 2010.
- TİRMİZİ, Ebu İsa Muhammed b. İsa (ö. 279/892), Sünenü'l-Tirmizi el-Camiu'Sahih, thk. Abdurrahman Muhammed Osman, nşr. Muhammed Abdülmuhsin el-Küteba, Matbaa-i Medeni, C. I-V, Kahire 1964
- TOK, Özen, "Osmanlı Dönemi Hekim-Hasta İlişkileri, Osmanlı (Kadı Sicillerine Göre XVII. ve XVIII. Yüzyıllarda Kayseri Örneği)", Turkish Studies International Periodical for the Languages, Literature and History of Turkish or Turkic, vol. 3-4, s. 788-805, Summer 2008.
- TOPUZ, Seçkin, Türk Hukukunda Vekâlet Sözleşmesinde Vekilin Özen Borcu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale 2001.
- TÜRE, M. Gökhan / TÜRE, Oğuzhan, Hekimin Hizmetten Çekilme Hakkı, TBB Dergisi 2017 (131), s. 295-346.
- TÜRKMEN, Ali, Hasta ve Hekim Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2013.
- ÜDEH, Abdulkâdir, et-Teşri'u'l-Cinâiyyi'l-İslâmi Mukarinen bi'l-Kânuni'l-Vaz'ı, C. I-II, Dârü'l-Kitâbi'l-Arabî, Beyrut ty. (Teşri'u'l-Cinâi)
- UYGUR, Atiye, Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu, Ankara 2009.
- ÜSAME, Abdullah Kayid, el-Mes'uliyetü'l-Cinaiyye li'l-Etubba, 2. Baskı, Dârü'l-Fikri'l-Arabî, Kahire 1990.
- YACOUB, Ahmed Abdel Aziz, The Fiqh of Medicine: Responses in Islamic Jurisprudence to Developments in Medical Science, Ta-Ha Publishers, London 2001.
- YAVUZ İPEKYÜZ, F., Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul 2006. (Hekimlik Sözleşmesi).
- YAVUZ İPEKYÜZ, Filiz, Hekimin Tazminat Sorumluluğu, DÜHFD, C. 20, sy. 33, yıl 2015, s. 19-61.
- YAVUZ, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yenilenmiş 10. Bası, İstanbul 2014.
- YILDIZ, K., Mübâşeret, DİA, XXXI, s. 429-430.
- YILDIZ, Kemal, İslâm Sorumluluk Hukuku, İFAV, İkinci Baskı, İstanbul 2013.
- YILMAZ, Battal, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, 3. Baskı, Ankara 2017.
- YILMAZ, C. / YILMAZ, N., "Osmanlı Hastahane Yönetmelikleri: Vakfiyelerde Osmanlı Dürüşşifüları" Osmanlılarda Sağlık I (Health in the Ottoman I), C. I-II, Ed. Yılmaz, C / Yılmaz, N., İstanbul 2006. s. 41-63.
- ZERKA, M. Ahmed el-Fi'lü'd-Dâr ve'd-Damânü fihî, Dârü'l-Kalem, Dimaşk 1409/1988. (Fi'lü'd-Dâr).

- ZERKA, M. Ahmed, el-Medhalû'l-Fikhi'l-Âmm, Dârü'l-Kalem, C. I-II, Dımaşk 1425/2004.
- ZEVKİLİLER, Aydın / GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 16. Bası, Ankara 2016.
- ZEYNÎ, Mahmud Muhammed Abdülaziz, Mes'uliyetü'l-Etbbâ, Müessesetü's-Sekâfe el-Camiyye, Kahire 1993.
- ZEYTİN, Zafer, Vekâlet ve Eser Sözleşmeleri Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahaleleri Konu Edinen Sözleşme İlişkilerinin Nitelendirilmesi, Tıp Hukuku Dergisi, Özel Sayı Tıp Hukukunun Güncel Sorunları Sempozyumu 24-25. 04. 2014, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Tıp Hukuku Araştırmalar Birimi Yayını, C. 3, sy. 6, İstanbul 2014.
- ZORLU, Süleyman Emre, Osmanlı Tıp Hukuku, Ankara 2017.
- ZORLU, Tuncay, Süleymaniye Tıp Medresesi - II, Osmanlı Bilimi Araştırmaları, C. IV, sy. 1, 2002, s. 65-98.
- ZUHAYLÎ, Vehbe, el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletühü, Dârü'l-Fikir, 3. Baskı, Dımaşk, 1409/1989.
- ZUHAYLÎ, Vehbe, Nazariyyetü'd-Damân ev Ahkâmü'l-Mesuliyeti'l-Medeniyye fi'l-Fikhi'l-İslâmî, Dârü'l-Fikir, Dımaşk 1998, (Damân)
- [http:// www. kazanci. com](http://www.kazanci.com)
- [http://www. hukuki. net/ictihat/Yargitay_13_Hukuk_Dairesi_1993-131. php](http://www.hukuki.net/ictihat/Yargitay_13_Hukuk_Dairesi_1993-131.php)
- [http://www. hukuki. net/showthread. php?42401-Hasta-Haklarinin-ihlali-Yargitay-Kararlari](http://www.hukuki.net/showthread. php?42401-Hasta-Haklarinin-ihlali-Yargitay-Kararlari)

