



İslâm Tıp Hukuku (Çağdaş Tıp Problemlerine İslâm'ın Getirdiği Hukukî Çözümler)

(Ahmet Ekşi, İstanbul: Ensar Yayınları, 2011, 267sayfa)

[ISBN: 9786055623951]

Emine GÜMÜŞ BÖKE*

Atıf/Citation: Böke, Emine Gümüş, "İslâm Tıp Hukuku (Çağdaş Tıp Problemlerine İslâm'ın Getirdiği Hukukî Çözümler)". *Düzce Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi [Journal of Düzce University Faculty of Theology]* 4/2 (Güz 2020), 216-222.

Öz

Ahmet Ekşi'nin ele aldığı "İslâm Tıp Hukuku" çalışması genelde tıbbî sorumluluk özelde ise insan sağlığının korunmasına dair bir incelemedir. Hem önemini hem de güncelliğini korumaya devam etmesi hasebiyle bu eser İslâm hukuk sahasında katkı sağlayan bir çalışmadır. Tıbbî müdahale ve ondan doğan hukukî sorumlulukları inceleyen yazar bu çalışmada Türk pozitif hukuku ve İslâm hukuku açısından konuyu mukayeseli olarak ele almıştır.

Anahtar Kelimeler: İslâm Hukuku, Türk Pozitif Hukuku, Tıp Hukuku, Tıbbî Müdahale, Hukukî Sorumluluk.

Abstract

The "Islamic Medical Law" study discussed by Ahmet Ekşi is an examination of medical responsibility in general and protection of human health in particular. This work is a contribution in the field of Islamic law, as it continues to be both important and up-to-date. Examining the medical intervention and the legal responsibilities arising from it, the author handled the subject comparatively in this study in terms of Turkish positive law and Islamic law.

Keywords: Islamic Law, Turkish Positive Law, Medical Law, Medical Intervention, Legal Liability.

* Dr. Öğr. Üyesi, Düzce Üniversitesi, İlahiyat Fakültesi, Fıkıh Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, [Assistant Professor, Düzce University, Faculty of Theology, Department of Fiqh], dr.eminegumus@hotmail.com, ORCID: 0000-0001-9648-8693.

Her insanın sahip olduğu vazgeçilmez, devredilemez nitelikte olan bazı hakları vardır. Hayat, sağlık ve beden bütünlüğü bu haklar arasında yer alır. Bu haklar her türlü müdahale ve saldırıya karşı din ve hukuk tarafından koruma altına alınmıştır. İslâm dini gerek kişisel açıdan gerekse toplumsal açıdan insan hayatının her merhalesine şekil ve yön verme iradesinde olan bir dindir. İnsanın işlerini en iyi şekilde yürütebilmesi ve sorumluluklarını yerine getirebilmesi için sağlık temel şarttır. Bu bakımdan gerek Kur'ân-ı Kerîm gerekse Hz. Peygamber sağlık konusu üzerinde önemle durmuştur. Sıhhati korumak, sıhhate zarar veren şeylerden sakınmak, helal olmayan arzu ve isteklerden uzak durmak genel prensiplerdir.

Müellifin ele aldığı “İslâm Tıp Hukuku” çalışması genelde tıbbî sorumluluk özelde ise insan sağlığının korunmasına dair bir incelemedir. İslâm hukuku kaynaklarında tıp ilmi öncelikle öğrenilmesi gereken ilimlerden sayılmıştır. Zira tıp ilmi sayesinde insan sağlığı korunabilmektedir. Bu nedenle İslâm hukukçuları, tıp ilmini öğrenmenin ve uygulamanın farz (farz-ı kifâye) olduğunu söylemişlerdir. Kur'ân-ı Kerîm’de hastalıklardan bahsedilmiş ve bu durum pek çok fikhî hükme konu teşkil etmiştir. Hz. Peygamber’in tıp ile ilgili hadislerinde de her hastalığın bir çaresinin olduğu hatırlatılarak tıbbî araştırmalar yapmak ve tedavi yollarına başvurmak teşvik edilmiştir. Temeli Asr-ı Saâdette atılan “Tıbb-î Nebevî” anlayışı tarihi süreç içerisinde gelişerek devam etmiştir. Bu çalışmada öncelikle önemli bir tarihi alt yapıya sahip olan bu tıbbî geleneğin hukukî yönü ön plana çıkarılarak incelenmesi amaçlanmıştır. Bununla beraber bu çalışmanın amaçları arasında tıbbî hukuk alanında ortaya çıkan yeni gelişmeler dikkate alınarak tıbbî müdahalenin sorumluluk hukuku açısından incelenmesi de yer almaktadır.

İnsan sağlığı ve bedeni normal durumlarda sözleşmelere konu olmayacak kadar mükerrem ve değerlidir. Ancak insan sağlığı ve bedeni üzerinde gerçekleşen tıbbî müdahalelerle insanın bu değeri bazen ihlal edilmektedir. Gerçekten de her gün basında, hekim hatası yüzünden pek çok sayıda insanın ya sakat kaldığını ya da hayatını kaybettiğini maalesef üzülerken okuyoruz. Hasta ve hasta yakınları çoğu kez hekim hatası iddiasında bulunurken hekimler de kesinlikle böyle bir şey olmadığını ileri sürmektedirler. Yanlış tedavi sonucunda hayatını veya bir organını kaybeden hastaya karşı hekimin sorumluluğu nedir? Hekimin yaptığı bir hatadan dolayı zarar gören hasta hangi durumlarda tazminat isteme hakkına sahiptir? İşte bu gibi sorular bugün İslâm hukukçuları tarafından cevap bekleyen sorulardan birkaçıdır. Bu çalışmada tıbbî müdahalelerde hekime ne gibi sorumluluklar terettüp ettiği tartışılmakla beraber taraflar arasındaki hukukî münasebetin tesbit edilmesi de bu çalışmanın en önemli amaçları arasında yer almaktadır.

Konuyla ilgili olarak yazar, İslâm ülkelerinde yapılan çalışmaların birçoğunda sorumluluğun ahlâki yönünün ön plana çıkarıldığını ifade etmiştir. Örneğin tıbbî sorumluluğun en önemli nedenlerinden biri olan “özen eksikliği ve sır saklama borcunun ihlali” gibi konular ahlakî sorumluluk kapsamında değerlendirilmiştir. Öyle ki tedavilerde elde edilen olumsuz sonuçlarının çoğu özen eksikliğinin yol açtığı ihmallerdir. Bununla beraber konunun daha çok

fıkıh kaynaklarında ceza hukuku bölümünde yer aldığı vurgulanmıştır. Dolayısıyla çağdaş çalışmaların çoğu ağırlıkta olarak konuyu ceza hukuku açısından ele almıştır. Tıbbî müdahaleden doğan sorumluluk anlayışının daha çok hukukî (medenî) sorumlulukla ilgisi olduğunu belirten yazar, konunun medenî sorumluluk açısından incelenmesinin daha fazla önem arz ettiğini ifade etmiştir. Yapılan bu çalışmada hekimle hasta arasındaki ilişki borçlar hukuku açısından ele alınmış olmakla beraber medenî sorumluluk öncelenmiştir. Türk pozitif hukuku ile mukayese edilerek yapılan bu çalışma akademik anlamda ilk çalışmalardan olmakla beraber kendisinden sonra yapılan çalışmalara da kaynak olması hasebiyle önem arz etmektedir.

Bu çalışma bir giriş ve üç bölümden oluşmaktadır.

Müellif, giriş bölümünde konunun amacı ve önemi, çalışmada başvuru kaynakları ve çalışmanın metodu hakkında bilgi vermiştir. Ayrıca burada yazar, İslâm dininin ve İslâmî hükümlerin temel kaynağı olan Kur'ân'ı Kerîm ve onun en güzel açıklaması konumunda bulunan sünnetin, yaşama hakkına temel bir insan hakkı olarak yaklaştığını vurgulamıştır. Bununla beraber tıp ilminin öncelikle öğrenilmesi gereken ilimlerden olduğunu belirterek sıhhati korumanın dinî bir ilke olduğu üzerinde önemle durmuştur.

Birinci bölüm "*Tıbbî Müdahale*" isimli başlığını taşımaktadır. Bu bölümde tıbbî müdahale kavramı, tıbbî müdahalenin hukuka uygunluğu için gerekli şartlar ve tıbbî müdahaleyle ihlâl edilen şahsiyet hakları ele alınmıştır. Tıpta yetkili ve uzman bir kişinin yani doktorun tedavi amacıyla gerçekleştirdiği her türlü faaliyet olarak tanımlanan "tıbbî müdahale"nin hukuka uygun kabul edilebilmesi için birtakım şartların bulunduğu belirtilmiştir. Bu şartlar; kanunî unsur, tıbbî müdahalenin uzman doktor tarafından yapılması, müdahalenin tıp ilminin kurallarına uygun olarak yapılması, tedavi amacına yönelik olması, sosyal ihtiyaç, hakkın kullanılması ve hastanın rızasıdır. Hastanın rızasının şart koşulmasının nedeni, insanların şahsiyet haklarının dokunulmazlığıdır. Şahsiyet hakları, şahsın daha çok manevî ve sosyal yönünü ilgilendiren haklardır. Tıbbî müdahaleyle ihlâl edilen şahsiyet haklarının, şahsın maddî-manevî varlık ve değerleriyle şahsi durumlarına sahip olabilme ve onları herkese karşı koruyabilme yetkisini ifade ettiği belirtilmiştir.

Şahsiyet hakları hususi haklardandır. Bu haklar şahsın bizzat kendi varlığının bütünlüğünü temin eder. Bunlar kişinin hayat, sağlık, vücut, ruhsal bütünlük gibi insan olmaktan kaynaklanan kişisel değerler ile isim, onur, saygınlık ve özel yaşam gibi toplum içinde yaşamasından kaynaklanan kişisel değerlerin bütünüdür. İslâm'da insan hayatının korunması ve kollanması için maddî ve manevî bütün tedbirler alınmıştır.

"*Tıbbî Müdahalelerin Sınıflandırılması*" isimli ikinci bölümde hukuka uygunluk bakımından ve icra yerine göre tıbbî müdahaleler olarak iki alt başlık şeklinde incelenmiştir. Hukuka uygun olan tıbbî müdahaleler en basit teşhis ve tedavi yönteminden başlayarak en ağır cerrahi müdahaleleri kapsayan geniş bir faaliyet alanına sahiptir. Tıbbî müdahale ile öncelikle kişilerin

bedensel, fiziksel veya psikolojik bir hastalığı, noksanlığı tedavi edilir. Bu mümkün olmadığı takdirde hastalığı hafifletme, acıları dindirme ve onları böyle bir rahatsızlıktan koruma yoluna gidilir. Bu bölümde müellif şu uygulamaların hukuka uygun müdahale olduğunu belirtmektedir:

-Tedavi amacına yönelik her tıbbî müdahale,

-Amaçlanan hedef insanlığın yararı için bilimsel yönden zorunlu olduğu ve tehlikenin ağırlığı ile sonuç mantıklı bir oran dâhilinde bulunduğu takdirde deneysel araştırma faaliyetleri,

-Kadın veya erkekteki bir rahatsızlık sebebiyle tabii ilişkiyle gebeliğin gerçekleşmemesi durumunda eşlerin yapay dölleme veya embriyon nakli denilen yardımcı üreme teknikleri yardımıyla tedavi olarak çocuk sahibi olmaları,

-Tıp ilminin kurallarına göre uzman doktor veya ehil sağlık memuru (sünnetçi) tarafından uygun ortamlarda velisinin izniyle çocuğun sünnet ettirilmesi,

-Cinayet davalarında gerçeği öğrenmek, gerekli koruyucu tedbirler almak üzere bulaşıcı bir hastalığın bulunup bulunmadığını anlamak gibi önemli gerekçelerle otopsi yapılması,

-Gerek canlı gerekse ölmüş kimselerden veya hayvanlardan tedavi maksadıyla belirli şartlar çerçevesinde organ ve doku alma ve bunları hasta veya yaralı kimselere nakletme,

-Kangren olan bir uzvun veya bir elde doğuştan var olan altıncı parmağı aldırma gibi sırf tedavi maksadıyla yapılan tıbbî müdahaleler,

-Tedavi amacına yönelik olarak protez ve benzeri yapay maddelerin insan vücuduna takılması veya insanın kendi vücudundan kopan bir parçasının yerine takılması,

-Zararlı patolojik (hastalık) dokunun uzaklaştırılmasında, kanamanın durdurulmasında veya ağrının giderilmesinde, müspet sonuçlar elde edecek fakat menfi sonuçları ortadan kaldıracak veya azaltacak teknikleri uygulayarak tedavide dağlamaya başvurma,

-Sağlığı korumak veya hastalıklara karşı dirençli olabilmek için hekimin önerdiği dengeli beslenme gibi tıbbî tedbirlere başvurma.

Şahsın en önemli haklarından olan hayat, sağlık ve beden bütünlüğü haklarıyla ilgili müdahaleler, hastalığın teşhisi, tedavisi veya hastalıktan korumak maksadıyla yapılır. Bununla beraber tıbbî müdahale niteliği taşımayan bir müdahale aynı zamanda hukuka aykırı kabul edilmektedir. Bu gibi durumlarda doktorun hareketi suç kapsamında değerlendirilir ve neticesinde cezalandırılır. Hastayı iyileştirme ve tedavi amacı taşımayan bir müdahale doktor tarafından yapılmış olsa bile tıbbî müdahale sayılmaz. Müellif burada zorunlu olmayan estetik ameliyatlarını, cinsiyet değişikliğine yönelik müdahaleleri, annenin hayatını kurtarma gibi tıbbî bir zaruret olmadığı halde kürtaj uygulamasını ve kısırlaştırmaya yönelik müdahaleleri sayarak

hukuka aykırı olduğunu belirtmiştir. Diğer taraftan İslâm hukukunun insana ve onun hayatına verdiği değere vurgu yaparak insan canına zarar veren her türlü tasarrufların yasak olduğunu ifade etmiştir.

Çalışmanın üçüncü bölümü ise “*Tıbbî Müdahalelerden Doğan Hukukî Sorumluluk*” başlığını taşımaktadır. Bölüm iki ana başlık altında alt başlıklar halinde incelenmiştir. Birinci başlıkta hekim ile hasta arasındaki ilişkinin hukukî niteliğine değinilmiştir. Burada müellif konuyla ilgili olarak hekim ile hasta arasında sözleşmeye dayalı olan ve sözleşmeye dayalı olmayan bir ilişkiden bahsetmektedir. Hekimin sorumluluğun tartışıldığı olayların pek çoğunda, hekim ile hastası arasında bir sözleşme ilişkisi vardır. Kural olarak hekim, hastayı, aralarında yaptıkları bir anlaşmaya istinaden tedavi eder. Bu nedenle doktorun sorumluluğu genelde sözleşmeye dayalı biri sorumluluktur. Klasik fıkıh literatüründe yer alan açıklamalarda, tedavi amacına yönelik faaliyette bulunan tabip, bezzağ (tedavi amacıyla vücuttan kan akıtan), haccam gibi kişilerin fiillerinden doğan sorumluluğun bir kısmının akdî sorumluluk olduğu görülmektedir. Çünkü bu kişiler mesleklerini bir sözleşmeye istinaden icra etmektedirler. Ancak İslâm tarihindeki uygulamalarda da hekim ile hasta arasında sözleşme ilişkisinin hukukî niteliğine yönelik bir açıklama bulunmamaktadır.

Ekşi, çalışmasında İslâm hukuku kaynaklarında hasta ile doktoru arasındaki kurulan hukukî ilişkinin özel bir isimle adlandırılmadığını belirtmektedir. Ancak hekim ve diğer sağlık personelinin müdahalelerinin hukukî sonuçlarının genelde icâre akdi bölümünde işlendiğini ifade etmektedir. Müellif bu bölümde hizmet, istisnâ, vekâlet ve cuâle akitlerini ele alarak konuyu incelemiştir. Hekim ile hasta arasında sözleşme olmaması halinde “vekâletsiz iş görme” ve “haksız fiil ilişkisi”nden bahsedilmektedir. Ayrıca ikinci başlık olan “*Hekimin Hukukî Sorumluluğunun Nedenleri*” içerisinde sorumluluk, akdî sorumluluk, akit dışı sorumluluk, sorumsuzluk anlaşması ve sorumluluğun sonuçları konuları ele alınmıştır. Kur’an ve sünnette sorumluluğun önemine değinen müellif burada akdin ihlalinin taraflara yüklediği vebale de dikkat çekmektedir. Sözleşmenin ihlali yanında onun kusurlu olması, sorumluluk hukuku bakımından kınanan bir davranış olarak nitelendirilmektedir.

İslâm hukukçuları, Peygamberimiz’in, tıp tahsili yapmayan kişinin bu mesleği icrasından doğacak zararlardan dolayı sorumlu olduğunu (İbn Mâce, “Tıb”, 16) ifade eden o hadisini gerekçe göstererek mesleki ehliyet ve yeterliliğe sahip olmayan doktorun verdiği zararı tazmin etmesi gerektiğini savunmuşlardır. Bir kısım hukukçular, doktorun sorumluluğunu, akit sorumluluğu kapsamında mütalaa ederken bazı hukukçular da kusur sorumluluğu kapsamında değerlendirmişlerdir. Diğer taraftan hastaya teşhis koyma, tanıya uygun tedavi yöntemi bulmak ve uygulamak hususunda sorumlu olan hekimler tedaviyi dikkat ve ihtimamla tıp biliminin kurallarına uygun bir şekilde yürütmelidir. Müellif, bu konuda İbn Kayyim el-Cevziyye’nin (ö. 751/1350) uzman bir doktorun, tedavisinde dikkat edeceği hususlar olarak verdiği bildirilere dikkat çekmiştir. Günümüz tıbbî müdahaleleri için de hâlâ geçerliliğini koruduğuna inanan

yazar, bildirileri bu bölümde detaylı olarak maddeler halinde ele almıştır. Ayrıca erkeklerin kadınları tedavi etmesi hususuna da değinilmiş ve konu fikhî açıdan incelenmiştir.

Hekimin hukukî sorumluluğu incelenirken üzerinde durulması gereken konulardan biri de meslek kusurudur. Meslek kusuru, tıp ilminin genel olarak tanınan kurallarının kusurlu bir ihlalini ifade eder. Diğer bir ifadeyle hekimin tıp bilimi ve uygulamasında gereken dikkat ve ihtimamı nazara almaması sebebiyle hata yapmaya sebebiyet vermesidir. Neticede kusurlu bir fiili ile başkasına zarar veren kimse, fiilinden ve doğurduğu sonuçlardan sorumludur. Sorumluluk hukukunda kusur, failin durumu dikkate alınarak, “kasıt” ve “ihmal” olmak üzere iki şekilde ele alınır. Hekimin hukukî sorumluluğun en önemli şartlarından biri de zarardır. Ancak sorumluluk sebebi olabilmesi için zarar hekimin sözleşmeye aykırı davranışı sonucu meydana gelmiş olmalıdır. Ayrıca sözleşmenin ihlali ile zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır.

Yazar, çalışmasında tıbbî müdahalelerde akit dışı sorumluluğu “vekâletsiz iş görme” ve “haksız fiil” olarak ele almaktadır. Diğer taraftan Borçlar Kanunu’nun 99. maddesinin 2. fıkrasından hareketle hekimlik sözleşmesinin sorumsuzluk anlaşmasına konu olup olmayacağı hususu tartışma konusu olduğunu belirten müellif hastanın can kaygısına düşmüş olması, manevî baskı ya da zorda kalma hali mevcut olabileceği için her durumda sorumsuzluk anlaşmasının geçersiz sayıldığı görüşünü savunmuştur.

Sorumluluğun sonuçları olarak ele alınan başlıkta ise maddî ve manevî tazminattan bahsedilmektedir. Maddî tazminat olarak diyet, erş, hükümet-i adl ve gurre konuları incelenmektedir. Hayata ve vücut bütünlüğüne karşı işlenen kasıtlı suçlarda mağdurun kısas yerine maddî tazminat istemesi sebebiyle bedel olarak; taksirli (hataen) işlenen aynı türden fiillerde ise asli ceza olara fail, mağdura veya öldürülenin yakınlarına diyet öder. Şahıs aleyhine işlenen aynı türden fiillerde ise asli ceza olarak fail, mağdura veya öldürülenin yakınlarına diyet öder. Şahıs aleyhine işlenen, yaralama ve sakat bırakma ile sonuçlanan müessir fiillerde fail, mağdura erş denilen mali bir bedel öder. İslâm hukukunda kişiye yönelik fiillerden doğan zararların bir başka tazminatı da hükümet-i adldır. Diğer taraftan cenine karşı bir cinayet işlenmesi halinde ise fail gurre denilen tazminat öder. Hayata ve vücut bütünlüğüne karşı işlenen suçlar sebebiyle manevi üzüntü ve kedere maruz kalan mağdurun uğradığı manevî zarar ise hükümet-i’l elem (manevî tazminat) denilen malî bedelle tazmin edilir.

Netice itibariyle doktorun hiçbir fiilinden sorumlu olmayacağını şart koşması geçersiz olduğu gibi hastanın da her türlü zarardan doktorun sorumlu olacağına dair ön anlaşması da geçersizdir. Ayrıca doktorun tıbbî müdahaleden kaynaklanan sorumluluğu, ihlal edilen hakkın çeşidine göre değişmektedir. Kusurlu olduğu ortaya çıkan doktorun müdahalesi, hastanın mal varlığında eksilmeye neden olmuş ise zararı telafi edici tazminat ödemekle yükümlü olur. Hastanın kişilik haklarını ihlal etmiş ise müeyyide doktorun kusuruna göre değişmektedir. Kusur ağır ise hem cezaî hem de medenî mesuliyet söz konusudur. Eğer kusur, ihmal ve dikkatsizlik

şeklinde ise yalnız medenî mesuliyet söz konusu olur. Konuyu mezhepler açısından mukayese eden yazar çağdaş hukukçuların görüşlerine de yer vermiştir.

Çalışmanın sonuç bölümünde yazar, tıpta her geçen gün yeni gelişmelerle karşılaştığını ve bu gelişmelerin birtakım sorunları da beraberinde getirdiğine vurgu yaparak İslâm hukukunun genel ilkeleri çerçevesinde bu sorunların çözümüne yönelik çalışmalar yapılması gerektiğini belirtmektedir. Eserin sonunda yazar kaynakça vererek çalışmayı tamamlamış bulunmaktadır. Hem önemi hem de güncelliğini korumaya devam etmesi hasebiyle bu eserin İslâm hukuk sahasında benzeri yeni çalışmalara kapı aralayacağını söyleyebiliriz. Ciddi bir emeğin ürünü olan bu çalışmanın Türk pozitif hukuku ile mukayese edilmiş olmakla birlikte, akademik bir üslup ve metotla telif edilmesi eserden istifadeyi önemli kılmaktadır. Ayrıca eser içerdiği konular itibariyle güncel dinî/tıbbî meseleler açısından alana katkı sağlamaktadır.

Kitapta bazı paragraflarda uzun cümleler kullanılmıştır. Bir kısım dipnotlarda ise kaynağın ilk geçtiği yerde şahısların tanıtılması eksik bırakılmıştır. Özverili bir çalışmanın neticesi olan bu eserin sonunda indekse yer verilmesi de kanaatimizce daha uygun olurdu.

Kaynakça

Ekşi, Ahmet. *İslâm Tıp Hukuku (Çağdaş Tıp Problemlerine İslâm'ın Getirdiği Hukukî Çözümler)*. İstanbul: Ensar Yayınları, 2011.

İbn Mâce, Muhammed b. Yezîd el-Kazvinî. *Sünen-i İbn Mâce*. İstanbul: Çağrı Yayınları, 1981.