



İSTANBUL MEDENİYET ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

**Tıbbi Malpraktisten Kaynaklanan Hukuki Uyuşmazlıklarda
Tahkime Elverişlilik**

Yüksek Lisans Tezi
Neriman Sena Çarsancaklı Bayıcı

Eylül 2024



İSTANBUL MEDENİYET ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

**Tıbbi Malpraktisten Kaynaklanan Hukuki Uyuşmazlıklarda
Tahkime Elverişlilik**

Yüksek Lisans Tezi

Neriman Sena Çarsancaklı Bayıcı

Danışman

Dr. Öğr. Üyesi Dilek Aydemir

Eylül 2024

TEZ JÜRİSİ ONAYI

Neriman Sena Çarsancaklı tarafından hazırlanan “Tıbbi Malpraktisten Kaynaklanan Hukuki Uyuşmazlıklarda Tahkime Elverişlilik” başlıklı bu Yüksek Lisans Tezi, Özel Hukuk Anabilim Dalı’nda hazırlanmış ve jürimiz tarafından kabul edilmiştir.

JÜRİ ÜYELERİ

İMZA

Tez Danışmanı

Dr. Öğr. Üyesi Dilek Aydemir
İstanbul Medeniyet Üniversitesi

Üyeler:

Dr. Öğr. Üyesi Yakup Oruç
Sakarya Üniversitesi

Dr. Öğr. Üyesi Elif Irmak Büyük
Medeniyet Üniversitesi

Tez Savunma Tarihi: 10 / Eylül / 2024

BEYANLAR

Yazım ve Kaynak Gösterme Kılavuzu Beyanı

Danışmanlığımda yazılan bu tezin Chicago yazım ve kaynak gösterme kılavuzunda belirtilen kurallara uygun olarak yapılandırıldığı ve bu kılavuzun dipnot kaynak gösterme standartlarının bu tezde tutarlı olarak uygulandığı tarafımdan incelenerek teyit edilmiştir.

İmza

Dr. Öğr. Üyesi Dilek Aydemir

Etik İlkeler Sadakat Beyanı

Hazırladığım bu tezin tamamen kendi çalışmam olduğunu, akademik ve etik kuralları gözeterek çalıştığımı ve her alıntıya kaynak gösterdiğimi beyan ederim.

İmza

N. Sena Çarsancaklı Bayıcı

ÖZET

Tıbbi Malpraktisten Kaynaklanan Hukuki Uyuşmazlıklarda

Tahkime Elverişlilik

Neriman Sena Çarsancaklı Bayıcı

Yüksek Lisans Tezi, Özel Hukuk Anabilim Dalı

Danışman: Dr. Öğr. Üyesi Dilek Aydemir

Eylül 2024

Hemen her insanın ömrü süresince en az bir tıbbi müdahale deneyimi yaşamış olması kuvvetle muhtemeldir. Tıbbi müdahalenin, bunu uygulamaya yetkili kişi tarafından hatalı şekilde gerçekleştirmesi sonucu bir zararın doğması tıbbi malpraktis kavramını gündeme gelir. Tıbbi malpraktis, oldukça teknik bir alanda cereyan etmesi sebebiyle uyuşmazlıklarının çözüm mercii ve yöntemi hususunda çeşitli tartışmalar süregelmiştir.

6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile birlikte hekim ya da özel sağlık kurum veya kuruluşları ile hasta arasındaki ilişki bir tüketici ilişkisi kabul edilmiş, TKHK'ya eklenen 73/A maddesi ile de tüketici hukukundan doğan uyuşmazlıkların bir kısmı için arabuluculuk kurumuna başvuru dava şartı olarak kabul edilmiştir. Böylece tüketici ilişkisi olarak kabul edilen tıbbi malpraktisten doğan hukuki uyuşmazlıklar için mahkemelerde dava açılabilmesi için önce arabuluculuk kurumuna başvurulması zorunlu tutulmuştur.

Tahkim, tarafların aralarında çıkan ya da ileride çıkacak uyuşmazlıkların çözümünü devlet yargısı yerine tarafsız hakem ya da hakemlere bıraktıkları bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Türk hukuk sistemi içerisinde tıbbi malpraktisten kaynaklanan hukuki uyuşmazlıklar, uyuşmazlığın kamu düzenine ilişkin olması ve zayıf tarafın korunmasına ilişkin endişelere dayanarak henüz tahkime elverişli bir konu olarak kabul edilmemektedir. Tezimizde arabuluculuğa elverişli kabul edilen tıbbi malpraktise dayalı hukuki uyuşmazlıkların tahkime elverişli görülmemesine ilişkin yaklaşım, her iki kurumun koşulları mukayese edilerek, kamu düzeni kavramı ve zayıf tarafın korunması ilkesi irdelenerek eleştirilmiştir. Çalışmamızda ayrıca tahkim Türkiye'nin dünya pazarında hızla yükseldiği sağlık turizm alanında cereyan eden yabancı hastaların tarafı olduğu tıbbi malpraktise dayalı uyuşmazlıklar bakımından ele

alınmış, tıbbi malpraktisten doğan uyuşmazlıkların tahkime konu edildiği dünyadaki uygulamalar örnek verilerek irdelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Tahkime Elverişlilik, Tıbbi Malpraktis, Tıbbi Müdahale, Kamu Düzeni, Tahkim, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun

ABSTRACT

Arbitrability of Legal Disputes Arising from Medical Malpractice

Neriman Sena arsancaklı Bayıcı

Master's Thesis, Department of Private Law

Supervisor: Asst. Prof. Dilek Aydemir

September 2024

It is highly likely that almost every person will experience at least one medical intervention during their lifetime. If a medical intervention is performed incorrectly by a person authorized to carry it out, leading to harm, the concept of medical malpractice comes into play. Medical malpractice has been the subject of ongoing debates regarding the appropriate forum and method for resolving disputes, due to the highly technical nature of the field.

With the enactment of Consumer Protection Law (Law No. 6502), the relationship between doctors or private healthcare institutions and patients has been recognized as a consumer relationship. Article 73/A, added to the Consumer Protection Law, stipulates that resorting to mediation is a precondition for filing a lawsuit in certain disputes arising from consumer law. As a result, for legal disputes arising from medical malpractice, which is considered a consumer relationship, it is now mandatory to apply to a mediation institution before taking the case to court.

Arbitration is a dispute resolution method where the parties leave the resolution of their current or future disputes to impartial arbitrators instead of state judiciary. Within the Turkish legal system, legal disputes arising from medical malpractice have not yet been considered suitable for arbitration, due to concerns about public order and the protection of the weaker party. In this thesis, the approach that considers medical malpractice-related legal disputes, deemed suitable for mediation, as unsuitable for arbitration has been criticized by comparing the conditions of both institutions and analyzing the concepts of public order and the principle of protecting the weaker party.

Additionally, this study examines arbitration in the context of medical malpractice-related disputes involving foreign patients, which occur in the rapidly growing field of health tourism

in Turkey. The study also discusses global practices where medical malpractice disputes are subjected to arbitration, providing examples from different countries.

Keywords: Arbitrability, Medical Malpractice, Medical Intervention, Public Order, Arbitration, Alternative Dispute Resolution, Consumer Protection Law.

ÖNSÖZ

“Tıbbi Malpraktisten Kaynaklanan Hukuki Uyuşmazlıklarda Tahkime Elverişlilik” başlıklı bu tez çalışması İstanbul Medeniyet Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Programı kapsamında kaleme alınmıştır.

Çalışmamız; insan var olduğu sürece mevcudiyetini sürdürecektir olan hastalık ile hastalığa şifa arama döngüsünde ortaya çıkan hukuki ilişkilerin nitelendirilmesinden başlamış, bu ilişki kapsamında vuku bulan hatalı tıbbi müdahalelerden doğacak hukuki uyuşmazlıkların çözümünü yine tarihi kadim zamanlara dayanan bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olan tahkim içerisinde bulma çerçevesinde tamamlanmıştır.

Tez yazım sürecimin; kaynaklara erişimimin oldukça güç olduğu bir yerde yaşadığım bir zaman dilimine denk gelmesine rağmen bu çalışmaya olan heyecanını daima muhafaza ederek benden desteğini esirgemeyen saygıdeğer danışmanım Dr. Öğr. Üyesi Dilek Aydemir hocama teşekkürü borç bilirim.

Gerek hayat gerekse akademi yolculuğuma kıymetli tavsiyeleri ve rehberliği ile şevk katan Doç. Dr. Mehmet Yalçın Yılmaz’a hassaten hürmetle teşekkür ederim.

Yüksek lisans sürecimin başından beri değerli zamanını cömertçe paylaşarak tecrübelerini benden esirgemeyen saygıdeğer hocam Prof. Dr. İbrahim Subaşı’ya minnetimi ifade etmek isterim.

Bana mesleki tecrübesiyle yaptığı kılavuzluk yanında her adımımı erdemlilik ölçüsüne göre atmamı öğütleyen ve öğreten sevgili babacığım Av. Şadi Çarsancaklı’ya, esas âleme rücu etse de sevgisini, manevi desteğini her zaman hissettiğim canım dedeciğim M. Arslan Çarsancaklı’ya, kıymetli babannem Neriman Çarsancaklı’ya, her başarımda rolü olan anneciğim Sevinç Çarsancaklı’ya, çok sayıda kaynağı tarayıp bana ulaştıran Elif Nur başta olmak üzere kardeşlerime, duaları ile başladığım bu çalışmanın neticesini görmeye ömrü vefa etmeyen, neşesi ve munis karakterinin özlemini ömür boyu yaşayacağım sevgili teyzem merhum Yurdanur Demir’e ve tüm aileme sevgi ve şükranlarımı iletme isterim.

Torunlarından ilgi ve sevgilerini esirgemeyerek bu çalışmanın manevi yükünü hafifleten anneciğime, babacığime, kayınvalidem Tülay Bayıcı ve kayınpederim Mehmet Zeki Bayıcı'ya hürmet ve minnetimi ifade etmeyi borç bilirim.

Tüm bu süreçte mesleki bilgisini ve desteğini benden esirgemeyen sevgili eşim, yol arkadaşım Dr. Bedirhan Buğra Bayıcı'ya yürekten teşekkür ederim.

İhtiyaç duyduğu anne ilgisini hayatının ilk senelerinde bu çalışma ile paylaşmak durumunda kalan en minik ama en kuvvetli motivasyon kaynağım, göz ışığım, sevgili kızım Leyl Glce'ye kalbimin en nazenin yerinden sızan sevgi ile teşekkür ederim.

İÇİNDEKİLER

TEZ JÜRİSİ ONAYI.....	i
BEYANLAR.....	ii
ÖZET	iii
ABSTRACT	v
ÖNSÖZ	vii
İÇİNDEKİLER.....	ix
KISALTMALAR LİSTESİ	xiii
GİRİŞ.....	1

BÖLÜM I

HASTA-HEKİM VE HASTA-ÖZEL SAĞLIK KURULUŞU ARASINDAKİ İLİŞKİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

1. TEŞHİS VE TEDAVİDE TARAFLAR	3
1.1. Genel Olarak	3
1.2. Hasta	4
1.3. Hekim.....	5
1.4. Özel Sağlık Kurum ve Kuruluşları	7
2. HEKİMİN VE ÖZEL SAĞLIK KURUM VE KURULUŞLARININ SÖZLEŞMESEL SORUMLULUKLARI	9
2.1. Genel Olarak	9
2.2. Bağımsız Çalışan Hekimlerin Sözleşmesel Sorumlulukları	10
2.2.1. Hizmet Sözleşmesine Dayalı Sorumluluk	13
2.2.2. Eser Sözleşmesine Dayalı Sorumluluk.....	15
2.2.3. Vekalet Sözleşmesine Dayalı Sorumluluk	17
2.3. Özel Sağlık Kuruluşlarında Çalışan Hekimlerin Sözleşmesel Sorumlulukları	19
2.3.1. Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi	21
2.3.1.1. Hekimlik Sözleşmesi Olmaksızın Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi	21
2.3.1.2. Hekimlik Sözleşmesi İlaveli Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi	22
2.3.2. Bölünmüş Hastaneye Kabul Sözleşmesi	23

2.4. Haksız Fiil Sorumluluğu	23
2.5. Vekâletsiz İş Görme Sebebiyle Sorumluluk	25

BÖLÜM II

TIBBİ MALPRAKTİS KAVRAMI VE TIBBİ MALPRAKTİSTEN

KAYNAKLANAN HUKUKİ UYUŞMAZLIKLAR

1. TIBBİ MÜDAHALE VE İLİŞKİLİ KAVRAMLAR	29
1.1. Tıbbi Müdahale Tanımı	29
1.2. Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygun Olması.....	31
1.2.1. Tıbbi Müdahalenin Tıp Mesleğini Kanunen Yetkili Kişi Tarafından İcrası	33
1.2.2. Hastanın Aydınlatılmış Onamının Alınması	34
1.2.3. Endikasyon	38
1.2.4. Müdahalenin Tıp Bilimi Güncel Verilerine Uygun Olması	40
2. TIBBİ MALPRAKTİS VE KOMPLİKASYON.....	41
2.1. Komplikasyon	41
2.2. Tıbbi Malpraktis Tanımı	43
2.3. Tıbbi Malpraktis- Komplikasyon Ayırımı	44
3. TIBBİ MALPRAKTASTAN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLAR.....	45
3.1. Tıbbi Malpraktis Kaynaklı Hukuki Uyuşmazlıklar	45
3.2. Tıbbi Malpraktis Kaynaklı Cezai Uyuşmazlıklar	45
3.3. Tıbbi Malpraktis Kaynaklı İdari Uyuşmazlıklar.....	47
4. TIBBİ MALPRAKTİSTEN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARDA GÖREVLİ MAHKEMELER VE ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI.....	48
4.1. Devlet Yargısı	48
4.1.1. Tıbbi Malpraktis Uyuşmazlıklarında Görevli Mahkeme.....	48
4.1.2. Sözleşmesel Sorumluluk Halinde Görevli Mahkeme.....	49
4.1.3. Haksız Fiil Sorumluluğu Halinde Görevli Mahkeme.....	52
4.1.4. Vekaletsiz İş Görme Halinde Görevli Mahkeme	55
4.1.5. Hekimlerin Zorunlu Mesleki Sigortaları Sebebiyle Sigorta Şirketlerinin Uyuşmazlığın Tarafı Olması	55
4.2. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları.....	59
4.2.1 Genel Olarak Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları	59
4.2.2. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Tanımları.....	60
4.2.2.1. Müzakere (Negotiation)	60
4.2.2.2. Kısa Duruşma (Mini Trial)	61

4.2.2.3. Vakıa Saptaması (Fact-Finding)	62
4.2.2.4. Uzlaştırma (Settlement)	63
4.2.2.5. Arabuluculuk (Mediation)	63
4.2.2.6. Tahkim (Arbitration).....	66
4.2.2.7. Arabuluculuk-Tahkim (Med-Arb)	67

BÖLÜM III

TIBBİ MALPRAKTİSTEN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARDA TAHKİM YARGILAMASI

1. TAHKİMİN GENEL ESASLARI VE TÜRK HUKUKUNDA MİLLİ TAHKİM	71
1.1. Genel İtibariyle Tahkim.....	71
1.2. Milli (İç) Tahkim – Milletlerarası Tahkim	72
1.3. Mecburi Tahkim – İhtiyari Tahkim	74
1.4. Kurumsal Tahkim – Ad Hoc (Arızî) Tahkim	75
1.5. Vicahi Tahkim - Çevrimiçi Tahkim.....	76
2. TAHKİM ANLAŞMASI.....	77
2.1. Tahkim Anlaşmasının Tanımı ve Şekli Şartları.....	77
3. TIBBİ MALPRAKTİS DAVALARINDA TAHKİME ELVERİŞLİLİK	79
3.1. Tahkime Elverişlilik Kavramı	79
3.1.1. Objektif Tahkime Elverişlilik.....	81
3.1.2. Subjektif Tahkime Elverişlilik.....	84
3.2. Tahkime Elverişlilik Kriterleri.....	85
3.2.1. Mevzuat ile Getirilen Kriterler	85
3.2.1.1. Taşınmazın Aynına İlişkin Olmama Kriteri	85
3.2.1.2. Tarafların Uyuşmazlık Konusu Üzerinde Serbestçe Tasarruf Edebilme Kriteri	89
3.2.2. Tahkime Elverişliliği Belirleyen Sair Hususlar.....	92
3.2.2.1. Tahkime Elverişlilik ve Kamu Düzeni İlişkisi.....	92
3.3. Tahkime Elverişsizliğin Denetimi ve Neticeleri.....	95
4. TIBBİ MALPRAKTİSTEN KAYNAKLANAN HUKUKİ UYUŞMAZLIKLARIN TAHKİME ELVERİŞLİLİĞİ.....	98
4.1. Tüketici Mahkemelerinin Görevli Olduğu Hukuki Uyuşmazlıkların Tahkim Yargılamasına Konu Olması.....	98
4.1.1. Tüketici Hakem Heyetlerinin Tahkim Yargılaması Bakımından Değerlendirilmesi	100

4.1.2. Tüketici Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk Uygulamasının Tahkime Elverişlilik Bağlamında Değerlendirilmesi	101
4.2. Türk Yargısının Tüketici Uyuşmazlıklarında Tahkime Elverişliliğe İlişkin Yaklaşımı ve Eleştirilerimiz.....	104
4.3. Hastaneye Kabul Sözleşmesi İçerisinde Yer Alan Tahkim Klotunun Genel İşlem Koşulları ve Tahkime Elverişlilik Bakımından Değerlendirilmesi	108
5. TIBBİ MALPRAKTİSTEN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARDA TAHKİM YARGILAMASINA İLİŞKİN ÇEKİNCELER VE ÖNERİLER	112
5.1. Kamu Düzenine İlişkin Çekinceler.....	112
5.2. Tüketici Kavramının Güncel Tanım ve Algılanışına İlişkin Değerlendirmeler	113
6. TÜRKİYE’DE SAĞLIK TURİZMİ KAPSAMINDA CEREYAN EDEN TIBBİ MALPRAKTİSE DAYALI HUKUKİ UYUŞMAZLIKLAR VE TAHKİM.....	116
6.1. Türkiye’de Sağlık Turizmi.....	116
6.2. Sağlık Turizmi ve Tıbbi Malpraktise Dayalı Hukuki Uyuşmazlıklar.....	118
6.3. Sağlık Turizmi ve Tahkim Yargılaması.....	120
7. TIBBİ MALPRAKTİSTEN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARIN TAHKİM YARGILAMASIYLA ÇÖZÜMÜNE İLİŞKİN DÜNYA HUKUKUNDAN ÖRNEKLER	121
7.1. Amerika Birleşik Devletleri.....	121
7.2. Meksika.....	123
7.3. Çin Halk Cumhuriyeti.....	126
SONUÇ	129
KAYNAKÇA.....	135

KISALTMALAR LİSTESİ

a.g.e.	: Adı geçen eser
a.g.m.	: Adı geçen makale
a.g.t.	: Adı geçen tez
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
Colum. L. Rev.	: Columbia Law Review
CONAMED	: Comisión Nacional de Arbitraje Médico
Dn.	: Dipnot
DÜHFD	: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Esas	: Esas
E.T.	: Erişim tarihi
Ed.	: Editör
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HHY	: Hasta Hakları Yönetmeliği
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUAK	: 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu
HUAKY	: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği
HUMK	: 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
Karar	: Karar
madde	: Madde
MTK	: 4684 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu
MİHDER	: Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
RG	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
T.	: Tarih

TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TŞSTİDK	: Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun
UNCITRAL	: United Nations Commission on International Trade Law
Y.	: Yıl

GİRİŞ

Tıbbi malpraktis; sağlık hizmetinin var olduğu hemen her yer ve zaman diliminde bahis konusu olan ve gerek somut olayın gerçekleşme biçimi, gerekse somut olayda vuku bulan zarara ilişkin sorumluluğun tespiti bakımından üzerinde çok yönlü tartışmaların cereyan ettiği bir kavramdır. En yalın ifade ile “tıbbi meslek kusuru” olarak tanımlanabilecek tıbbi malpraktis, ancak bir zararın oluşması halinde ortaya çıkacak bir olgu olup, zararın oluşumunda kusuru olan ile zarara uğrayan arasında kuvvetle muhtemel cereyan edecek bir uyumsuzluğun potansiyelini taşır.

En kadim uyumsuzluk çözüm yollarından birisi olan tahkim, uzlaşma kültürünün benimsendiği toplumlar başta olmak üzere, tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de ehemmiyeti ve işlevselliği gün geçtikçe daha fazla anlaşılmakta ve ihtilafların çözüme ulaştırılması için başvurulacak bir çözüm yöntemidir.

Tıbbi malpraktisten kaynaklanan hukuki uyumsuzluklarda zarara uğrayan hastanın tazminat talebini hatalı tıbbi müdahaleyi gerçekleştiren hekime ya da hekimin çalıştığı özel sağlık kurum kuruluşuna yöneltmesi durumunda taraflar arasındaki hekimlik sözleşmesi vekalet sözleşmesi niteliğini haizdir. Vekalet sözleşmeleri ise tüketici işlemini tanımlayan TKHK m.3/f.1-1 bendi içerisinde sayılmış ve bir tüketici işlemi olarak nitelendirilmiştir

22.07.2020 tarihinde kabul edilen 7251 sayılı Kanun’un 59.maddesi ile TKHK’ya 73/A maddesi eklenerek tüketici hukukundan doğan bazı uyumsuzluklar bakımından dava şartı arabuluculuk kurumu kabul edilmiştir. Tıbbi malpraktisten kaynaklanan hukuki uyumsuzlukların çözümü için arabuluculuk kurumu elverişli kabul edilmektedir. Tahkim ise buna ilişkin somut bir hukuki engel bulunmamasına rağmen henüz bu uyumsuzlukların çözümü için başvurulabilecek bir yol olarak görülmemektedir.

Tezin ilk bölümü, teşhis ve tedavi süreçleri ile buradaki tarafların tanımlanması, ayrıca hekim ve özel sağlık kuruluşlarının sözleşmesel sorumluluklarının belirlenmesine ayrılmıştır.

İkinci bölümde tıbbi malpraktis kavramı tanımlanarak tıbbi malpraktisten kaynaklanan hukuki uyumsuzluklar ile bu uyumsuzluklarda görevli mahkemeler belirtilmiş, uyumsuzluk çözüm noktasında alternatif uyumsuzluk çözüm yolları incelenmiştir.

Tezin üçüncü bölümü öncelikle tahkim yargılamasının çeşitleri ve tahkim yargılamasının ön koşulu olan tahkim anlaşması incelemesine ayrılmış, devamında tezin çekirdek kısmı olan tıbbi malpraktisten kaynaklanan hukuki uyuşmazlıkların tahkime elverişliliği meselesi ele alınmıştır. Üçüncü bölümde; tahkime elverişlilik, bir tahkim yargılaması türü olarak da ele alınan tüketici hakem heyetleri ve tüketici uyuşmazlıklarında uygulanan zorunlu arabuluculuk kurumu açısından mukayeseli olarak incelenmiş, Türk yargısının tahkime elverişliliğe ilişkin yaklaşımı irdelenmiş ve eleştirilmiş, ülkemiz hukukunda tahkime elverişlilikte en belirgin şekilde öne çıkan kriter olan kamu düzenine ilişkin çekinceler ortaya koyularak bu çekincelerin dayandırıldığı sebepler sorgulanmış ve bu hususta öneriler geliştirilmiştir. Ayrıca bu bölümde ayrı bir başlık altında ülkemizin özellikle son yıllarda öne çıkmakta olduğu sağlık turizmi alanı sınırları içinde gerçekleşecek tıbbi malpraktis kaynaklı hukuki uyuşmazlıklar için de tahkim yargılamasının işlevselliğine işaret edilmiş, son başlıkta ise tıbbi malpraktis sebepli hukuki uyuşmazlıklarda tahkim uygulamasının dünyadaki örnekleri incelenerek ülkemizde tatbiki mümkün görülen uygulamalara ilişkin bilgi verilmiş ve bu doğrultuda uyarlanabilirlikleri göz önüne alınarak öneriler sunulmuştur.

BÖLÜM I

HASTA-HEKİM VE HASTA-ÖZEL SAĞLIK KURULUŞU ARASINDAKİ İLİŞKİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

1. TEŞHİS VE TEDAVİDE TARAFLAR

1.1. Genel Olarak

Kainatta var olan her canlının müşterek ve temel içgüdüğü hayatta kalmadır. Bu güdü doğrultusunda yaşamını devam ettirebilmek için tehlikelerden kaçınma, beslenme, güvenli barınak/sığınak bulma gibi davranışlar esasen bu içgüdüye dayanır. Diğer canlılar için tüm bu hayatta kalmaya yönelik davranışlar yalnızca içgüdü düzeyinde kalmışken; insan, bu davranışları bilinci önderliğinde sistematik şekilde geliştirmiştir. İnsan, sağlık bütünlüğünü bozan yaralanma ve hastalık halleri ile yaşamı sona erdiren ölüm olgusu karşısında, zamanının imkânı ölçüsünde, çeşitli önlem ve müdahalelerden oluşan davranışlar bütünü oluşturmuştur. Bu davranışlar da sağlık hizmetinin temelini atmıştır. Bu noktada sağlık hizmetlerinin insanlık tarihi ile eş zamanlı başladığı söylenebilir¹.

İnsan sağlığı ve tedavi yöntemlerine dair kat edilen yol ne kadar uzun, bugün gelinen nokta teknolojinin gücü ile ne derece gelişmiş olursa olsun, bugünkü anlamlarını birebir karşılamasa da tıbbi müdahalenin tarafları değişmemiştir. Nitekim tıp tarihçisi Victor Robinson, tıp bilimini, “tarih öncesi çağlarda duyduğu acı sebebiyle ormanda çılgılığı yankılanan insan ilk hasta, çağrıya koşan kişi de ilk hekim” kabulü ile başlatır².

İnsanlık tarihinin en eski zamanlarında yaralanan yahut hastalanan, bir tıbbi müdahaleye ihtiyaç duyan ilk insanı ilk hasta, onun sağlığına kavuşması için müdahalede bulunan insanları ilk sağlık hizmeti mensupları olarak kabul edebiliriz³.

¹ Recep Akdur, *Sağlık Sektörü “Temel Kavramlar, Türkiye ve Avrupa Birliği’nde Durum ve Türkiye’nin Birliğe Uyum”* 2.bs (Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 2006), 2.

² Hafize Öztürk Türkmen, “Tarihsel Olarak Kadın Şifacılık”, *Mersin Üniversitesi Tıp Fakültesi Lokman Hekim Tıp Tarihi ve Folklorik Tıp Dergisi* 1, sy 2 (t.y.): 21; Tolga Ersoy, *Tıp-Tarih-Metafor* (Ankara: Ötüken Yayınevi, 1996), 38 vd.; Serkan Çınarlı ve Aykut Cemil Aykın, *Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğu*, 1. bs (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), 275.

³ Akdur, a.g.e., 2.

1.2. Hasta

Hastalık kavramı; insanın olduğu her yer, her zaman, her kültürde var olmuşsa da algılanış bakımından farklılık göstermiştir. Öyle ki, aynı zamanda yaşamakta olan iki topluluktan biri bir hastalığı ‘hastalık’ olarak kabul ediyorken; aynı hastalık, diğer toplumun hastalık algılayışında karşılık bulmayabilmektedir⁴. Toplumlarda hastalığı ele alış şekli ile tercih edilen tedavi yöntemi o toplumun kültürüne dair ipuçları verir. Bu açıdan sağlık ve hastalık kavramlarının, kültürleri birbirine en yakın olan toplumlarda dahi farklılıklar olduğu göz önüne alındığında, hastalık tanımının da göreceli olduğu söylenebilir⁵.

Dünya Sağlık Örgütü’nün 1948 tarihli Anayasası⁶ sağlık kavramını: “Sadece hastalık ve sakatlığın olmayışı değil, bedence, ruhça ve sosyal yönden tam iyilik hali.” olarak tanımlamıştır. Dünya Sağlık Örgütü’nün sağlık yaklaşımından yola çıkılırsa, sağlığın çok yönlü bir yaklaşım gerektiren kavram olduğu görülmektedir. Örnek vermek gerekirse; belli bir hastalık tanısı almış, daha sonra bu hastalığa yönelik tedavisi tamamlanarak şifa bulmuş hastanın, ruhsal ve sosyal ilişkilerindeki hâli değerlendirilmeden sağlıklı olup olmadığının tespit edilmesi mümkün olmayacaktır.

Hasta Hakları Yönetmeliği’nde⁷ ise hasta: “Sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan kimsedir.” (HHY md 4/b) Bu anlamda hasta, sağlık hizmetinin alıcı tarafındadır. Her ne kadar sağlık kuruluşları ya da hekimlere çoğunlukla bir hastalık şüphesi taşıyan kişiler ‘hasta’ sıfatı ile başvurursa da; genel bir tarama yahut kişisel şartlarında risk barındıran ya da sadece önleyici muayene olmak için bir hekim kontrolünden geçmek isteyen kişiler de hekimlerin karşısına hasta olarak gelmektedirler.

Bazı hallerde hasta yakını da hekimin karşısındaki taraf olabilmektedir. Örneğin, tıbbi müdahaleye rıza verme yetkisi esasen rıza gösterilecek hakkın sahibine aitse de⁸ hastanın rıza gösterdiği tıbbi müdahalenin haricinde yahut daha kapsamlı bir müdahale gerektirdiği hallerde hastanın uyandırılarak rızasını alma imkanının olmadığı hallerde hasta yakının rızası geçerli kabul edilir. Yahut yetişkin hastanın bilincinin kapalı olması ya da akıl hastalığı gibi nedenlerden dolayı rıza ehliyeti yok ise rıza yakınından alınabilir.

⁴ Akdur, a.g.e., 11.

⁵ Melike Kaplan, “Kültürel Bir İnşa Süreci olarak Sağlık: Kavramsal ve Tarihsel Bir Bakış”, *Dört Öge*, sy 10 (2016), 11-18.

⁶ World Health Organization, “Constitution of the World Health Organization”, <https://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/EN/constitution-en.pdf> (E.T. 01.03.2024)

⁷ Hasta Hakları Yönetmeliği (HHY) 01.08.1998 Tarih, 23420 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan yönetmelik.

⁸ Hakan Hakeri, *Tıp Hukuku (2 Cilt)*, 26.Baskı, c. Cilt I: Genel Hükümler (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024), 528.

Mevzuatta hasta yakınına ilişkin bir tanım bulunmamaktadır. Hasta yakını kavramı kapsamlı olarak ele alındığında hastanın yasal mirasçılarının başlayarak sosyal yaşam içerisinde yakın ilişkide olduğu kişiler de dahil olmak üzere geniş bir grup insana tekabül etmektedir. Ne var ki hekimler, hastanın güvenliği bakımından hasta yakını olarak muhatap oldukları kişilerin iyiniyetli olup olmadıklarını tayin etme imkanına sahip olmadıkları için, öncelikli olarak hastanın yasal mirasçıları ve kanuni temsilcileri hasta yakını olarak kabul edilecektir. Mevzuatta da açık bir tanım olmadığından, hasta yakını belirlenirken hastanın bilinç durumu, hukuki tanımlamalar ve hekimin hasta yararına olacak kararı saptaması gibi etkenler yekûn olarak değerlendirilmelidir⁹.

1.3. Hekim

Hekimlerin modern manada sorumluluğunun başlangıcı Hipokrat öncülüğünde Antik Yunan'da, hekimliğin kilise ile ayrılarak halk için sorgulanması mümkün olmayan bir sır olmaktan çıkmasına tekabül eder¹⁰. Eski dönem hekimlerinin uygulamaları ile modern tıp uygulamaları son derece farklı olsa da hekimler için her dönemde esas amaç aynıdır: Hastayı sıhhatine kavuşturmak. Bu bağlamda hekimler uzun yıllar boyunca daimî olarak gelişen yöntemlerle, Hipokrat'a atfedilen meşhur "Primum non nocere" (Önce zarar verme) kuralı ışığında hastalara yönelik teşhis ve tedavide bulunmuş ve bulunmaktadır¹¹.

Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un¹² 1. maddesi: "Türkiye Cumhuriyeti dâhilinde tababet icra ve herhangi surette olursa olsun hasta tedavi edebilmek için tıp fakültesinden diploma sahibi olmak şarttır." hükmünü amirdir. Bu düzenlemeye göre hekimliğin icrası için öncelikli koşul tıp fakültesi mezunu olmaktır. Yine aynı kanunun 1.maddesi, "Türkiye Cumhuriyeti dâhilinde tababet icra ve herhangi surette olursa olsun hasta tedavi edebilmek için Türkiye Darülfüunu Tıp Fakültesinden Diploma Sahibi olmak ve Türk bulunmak şarttır." düzenlemesi ile yabancıların Türkiye'de hekimlik mesleğini icra edebilmesi için Türk vatandaşlığı şartını aramaktaydı. Ne var ki bu koşul, 11.10.2011 tarih ve 663 sayılı

⁹ "Hukuken hasta yakını hastanın yasal mirasçıları ile kanuni temsilcileridir. Bu noktada Organ ve Doku Nakli Kanunu'nun 14.maddesindeki sıralama esas alınabilir. Buna göre öncelikle eşi, sonra sırasıyla reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisi; bunlar da yoksa yanında bulunan herhangi birinin rızası yeterli olur" Hakan Hakeri, Cilt I: Genel Hükümler:532. Hasta yakını kavramına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Yuzarsif Selçuk Coşkun, "Tıp Hukukunda Hasta Yakını", *Leges Hukuk Dergisi*, sy 154-155-156 (Aralık 2022), 79-102. <https://www.legesdergi.com/makale/606>.

¹⁰ Filiz Yavuz İpekyüz, *Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi*, 1. bs (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006), 121.

¹¹ Köksal Bayraktar, "Tıp Etik Kurallarının Hukuka Etkisi", içinde *Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk - Alman Tıp Hukuku Sempozyumu* (Ankara, 2008), 25.

¹² RG T. 14.04.1928, S. 863. Bahsi geçen kanun bundan sonra TŞSTİDK olarak anılacaktır.

Kanun Hükmünde Kararname¹³ ile kaldırılmış olup, yabancıların Türkiye’de hekimlik yapabilmelerinin önü açılmıştır.

Özel Hastaneler Yönetmeliği’nin¹⁴ ek 5.maddesinin (k) bendi uyarınca da Sağlık Bakanlığı’ndan izin alınması kaydı ile özel hastanelerde yabancı hekim ve hekim dışı personelin çalışabileceği düzenlenmiştir. Ayrıca Tıpta ve Diş Hekimliğinde Uzmanlık Yönetmeliği’nin¹⁵ 14. maddesinde, belirli şartların karşılanması hâlinde yabancı uyrukluların Türkiye’de tıp hekimliği uzmanlık eğitimi alabilmelerini sağlayan düzenleme mevcuttur.

Hekimler bir özel sağlık kurum ya da kuruluşunda bağımsız şekilde çalışabileceği gibi kendi muayenehanelerinde bağımsız şekilde de mesleklerini icra edebilirler. 23/04/2015 tarihine dek hekimlerin özel sağlık kurum/kuruluşu ile iş ilişkisi, tıpkı diğer sağlık personelleri ile olduğu gibi, hizmet akdine dayalıydı ve hekimler işçi statüsünde istihdam edilmekteydi. 23/04/2015 tarihinde ise 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’na ilave edilen ek 10. Maddesi¹⁶ ile beraber hekim istihdamı için bir yol daha açılmış oldu: Özel Sağlık kurum/kuruluşları; kendi kârlarını arttırmak, işveren sıfatı ile sahip oldukları yükümlülüklerden kurtulmak, hastaya yönelik sorumlulukların azaltılması gibi sebeplerle hekimlerden şirket kurmalarını ve hizmet faturası kesmelerini, akabinde hizmet ücretlerini bu faturaya mukabil ödemeyi teklif etmektedirler¹⁷.

¹³ 02.11.2011 tarih ve 28103 sayılı RG’de yayımlanmıştır.

¹⁴ RG 27.03.2002/24708.

¹⁵ RG 03.09.2022/31942.

¹⁶ 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nun Ek 10.maddesi; “Kurumla sözleşmeli özel sağlık hizmeti sunucuları tarafından Kuruma bildirilen hekimlerden Kurumca belirlenen yüzdelik oran içerisinde kalan ve sözleşme kapsamı branşlarda fiilen hizmet sunan sağlık hizmet sunucusu bünyesindeki hekimlerle sınırlı olmak üzere,

a) İl Sağlık Müdürlüklerinden çalışma izni almak suretiyle ve 11/4/1928 tarihli ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanuna aykırı olmayacak şekilde sözleşme ile çalıştırmış oldukları hekimlerden aynı zamanda fatura karşılığı hizmet alımı yaparak,

b) Bir iş sözleşmesine tabi olmamakla birlikte, İl Sağlık Müdürlüklerinden çalışma izni almak suretiyle ve 1219 sayılı Kanuna aykırı olmayacak şekilde hekimlerden fatura karşılığı hizmet alımı yaparak, genel sağlık sigortası kapsamındaki kişilere vermiş oldukları sağlık hizmetlerini Kurumca belirlenmiş usul ve esaslara uygun olarak fatura etmeleri hâlinde, verilmiş olan sağlık hizmetlerinin bedeli Kurum tarafından karşılanır.

Şirket ortağı olan veya mesleğini serbest olarak icra eden hekimler ile tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olan kişiler, özel hukuk kişileri ve/veya vakıf üniversitelerine ait sağlık kurum ve kuruluşları bünyesinde hizmet vermeleri hâlinde sözleşmelerinde aksine bir hüküm bulunmadıkça bu Kanunun 4’üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında sigortalı sayılır. Ancak, bu maddenin yayımı tarihinden önce 4’üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı olarak çalışılan sürelerle ilişkin haklar saklıdır.”

¹⁷ Bu konu “Hasta-Hekim ve Hasta-Özel Sağlık Kurum/Kuruluşu Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği” başlığı altında genişletilecektir.

1.4. Özel Sağlık Kurum ve Kuruluşları

Sağlık hakkı, uluslararası hukuk çerçevesinde korunan temel insani haklardandır. Bu hak birçok uluslararası metinde zikredilmişse de açık ve noksansız bir tanımı yapılmamıştır¹⁸. Dünya Sağlık Örgütü Anayasası'nda yer alan “*Mümkün olan en yüksek sağlık standardına sahip olmak; ırkı, dini, politik, inancı, ekonomik ve sosyal durumu gözetilmeksizin, her insanın temel haklarından biridir.*” hükmü açık bir sağlık hakkı tanımı içermese de bu hakkın amacını ve esas koşulunu en iyi şekilde gösteren düzenlemelerden biridir. Bu düzenlemeden de yola çıkarak genel itibarıyla sağlık hakkının; bireyin hem fiziksel hem de sosyal anlamda iyi olma halinin devamlılığı için lazım gelen en iyi sağlık şartlarını talep etme hakkı¹⁹ olarak tanımlanabilir²⁰.

İnsanlar; hastalık halleri, doğum, kaza, yaşlılığa bağlı sağlık sorunları gibi çeşitli sebeplere bağlı olarak hekim muayenesi ya da tedavi gibi sağlık hizmetlerine ihtiyaç duymakta ve bu hizmetlerden faydalanmak suretiyle sıhate kavuşabilmektedirler²¹.

Sağlık hizmetinin tam manasıyla amaca uygun sunulması Devletin bir yükümlülüğüdür²². Sağlık hakkı ve sağlık hizmeti gerek uluslararası gerekse ulusal mevzuat kapsamında düzenlenmekte ve korunmaktadır²³. Ülkemizde sağlık hizmeti, AY md.56/f.4 uyarınca kamu ve özel sağlık kurum ve kuruluşları vasıtasıyla sunulmaktadır. Sağlık hizmeti ister kamu ister özel sağlık kurum ve kuruluşu tarafından sunulsun, her iki halde de sağlık hizmeti kamu hizmeti

¹⁸ Örnek vermek gerekirse: İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (İHEB) m.25/2'ye göre her şahsın gerek kendisi gerekse ailesi için, yiyecek, giyim, mesken, tıbbi bakım, gerekli sosyal hizmetler dahil olmak üzere sağlığı ve refahını temin edecek uygun bir hayat seviyesine ve işsizlik, hastalık, sakatlık, dulluk, ihtiyarlık veya geçim imkanlarından iradesi dışında mahrum bırakacak diğer hallerde güvenliğe hakkı vardır. Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin “Sağlık Hizmetlerinden Adil Şekilde Yararlanma” başlıklı 3. maddesine göre taraflar, sağlığa duyulan ihtiyaçları ve kullanılabilir kaynakları göz önüne alarak, kendi egemenlik alanlarında, uygun nitelikteki sağlık hizmetlerinden adil bir şekilde yararlanılmasını sağlayacak uygun önlemleri alacaklardır.

¹⁹ Şule Özsoy Boyunsuz, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Kapsamında Sağlık Hakkı”, *Güncel Hukuk* 4, sy 124 (Nisan 2014): 52; Korkut Kanadoğlu ve Kutluhan Bozkurt, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uluslararası Hukuk Ekseninde Sağlık Hakkı”, İçinde *Prof. Dr. Metin Günday Armağanı*, c. 1 (Ankara: Atılım Üniversitesi Yayınları, 2020), 575.

²⁰ Ertunç Mega vd., “Türkiye’de Tıbbi Yardımla Üreme Tedavisine Erişim ve Üreme Hakları”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 8, sy 1 (30 Haziran 2021): 273-294; Dr. Hakife Aktaş Belek, *Sağlık Hukuku Açısından Göçmenlerin İş-Barınma Ve Sağlık Hakkı (Ulusal Ve Uluslararası Boyutuyla)*, 1. bs (Ankara: Astana Yayınları, 2023), 35.

²¹ Ömer Faruk Batirel, “Sağlık Hizmetleri ve Devlet Politikası”, *MÜ İİBF Dergisi* 3 (1986) s. 171; Mehmet Cerrah, “Özel Sağlık Kurumlarının Kuruluşu ve Hukuki Sorumluluğu” (Doktora tezi, İstanbul Medipol Üniversitesi, 2023), 10.

²² Metin Bayram, “Sağlık Hakkı”, *Sağlık Akademisyenleri Dergisi* 4, sy 1 (01 Ocak 2017): 46-50, <https://doi.org/10.5455/sad.13-1489085317>.

²³ Sinem Bayram Demir, “İdare Hukuku Açısından Sağlık Hakkı ve Sağlık Hizmeti”, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, sy 1 (Nisan 2020), 455.

niteliğini haizdir²⁴. Yani, bağımsız çalışan hekimler ile özel sağlık kurum ve kuruluşları kamu kuruluşları değillerse de sundukları hizmet bir anlamda kamu hizmetidir²⁵ ve sundukları hizmet de kamu otoritesince denetlenip gözetlenmektedir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi, 663 Sayılı KHK'nın bazı maddelerinin iptaline yönelik yapılan başvuruya ilişkin kararında; KHK'nın 27. Maddesinin 2.fıkrasının (ğ) bendinde yer alan 'yaptırma' sözcüğünün Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu'nun görev alanına giren belli işleri özel hukuk kişileri eliyle yaptırma imkanı sağlayarak Anayasa'nın 2., 7., 56. ve 123. maddelerine aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle iptali istemine ilişkin incelemede; "Anayasa'nın 56. maddesindeki '*devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler. Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir.*' hükmü ile devletin asıl görevinin, 'düzenleme ve denetleme' olduğu, sağlık hizmetleri alanında devlete yüklenmiş olan bu görevlerin yerine getirilmesinde 'kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal yardım kurumlarından' yararlanılacak şeklinde anlaşılabacağı belirtilmiştir. Bu itibarla, sağlık alanındaki hizmetlerin mutlaka klasik idari usullere göre, bizzat idare tarafından ve idarenin kendi personeli eliyle yürütülmesi gerektiğine dair anayasal bir zorunluluk bulunmadığı" hükmü verilmiştir²⁶.

Özel sağlık kurum ve kuruluşları denildiğinde; özel hastaneler, özel tıp merkezleri, doktorların muayenahaneleri gibi gerçek kişiler yahut özel hukuk tüzel kişileri tarafından işletilen özel sağlık hizmeti sunucuları anlaşılmalıdır²⁷. Özel sağlık kurum ve kuruluşları, sundukları sağlık hizmetinin kapsam ve kalitesi nispetinde özel sağlık kurumu ve özel sağlık kuruluşu olarak ayrıma gitmektedir. Buna göre donanım bakımından daha kapsamlı, ileri seviyede ve yataklı hizmet²⁸ sunanlar özel sağlık kurumu, hastalara ayakta teşhis ve tedavi hizmeti sunan diğerleri ise özel sağlık kuruluşu olarak tanımlanmaktadır²⁹. Bu bakımdan özel sağlık kurumları için özel hastaneler; özel sağlık kuruluşları için ise özel tıp merkezleri, özel poliklinikler, doktor muayenahaneleri örnek gösterilebilir³⁰.

²⁴ Zafer Zeytin, "Tedavi İlişkinde Hekimin Türk Hukukuna Göre Hukuki (Tazminat) Sorumluluğu", içinde *Roche Sağlık Hukuku Günleri - Tebliğler* - (İstanbul: Deniz Ofset Matbaacılık ve Ambalaj Sanayi, 2007), 103.

²⁵ Reşat Atabek, "Hastanelerin Sorumluluğu", *İstanbul Barosu Dergisi* 60, sy 10-11-12 (1986): 628-650.

²⁶ Anayasa Mahkemesi 14.02.2013 Tarih, 2011/150 E. 2013/30 K. Sayılı Kararı.

²⁷ Hamza Bayındır, "Özel Sağlık Kurumları Kapsamında Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Korunması" (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi, 2019), 32.

²⁸ Hayrunnisa Özdemir, *Sağlık Hukuku Alanında Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2017), 58.

²⁹ Özdemir, *Teşhis ve Tedavi*, 51.

³⁰ Bayındır, a.g.t., 33.

2. HEKİMİN VE ÖZEL SAĞLIK KURUM VE KURULUŞLARININ SÖZLEŞMESEL SORUMLULUKLARI

2.1. Genel Olarak

Borç; borçlu kişiyi, alacaklı kişiye karşı bir edimi yerine getirme (bir şey verme, yapma, yapmama) yükümlülüğü altına sokan hukuki bağ olarak adlandırılır³¹. Bu bağın kaynağı çoğunlukla sözleşmelerdir³². Özel sağlık kurum ya da kuruluşunda yahut kendi özel muayenehanelerinde mesleklerini icra eden hekimlerin, hasta-hekim ilişkisi kapsamında hastalarına karşı üstlendikleri borç, teşhis ve tedavi edimidir. Bu borcun ifasına yönelik gündeme gelecek sorumluluk halleri hekim ile hasta arasındaki ilişkinin niteliğine göre farklılık gösterecektir.

Hastanın tedavisi hekimle hasta arasındaki bir hukuki ilişki kapsamında gerçekleştirilir³³. Bağımsız çalışan bir hekim ile hastası arasında hekimin sorumluluğu bakımından “sözleşme ilişkisi”, “vekaletsiz işgörmeye ilişkisi” ve “haksız fiil ilişkisi” olmak üzere üç ayrı hukuki ilişki biçimi doğabilir³⁴. Hekimin hastasına karşı sözleşmesel sorumluluğunun doğumu için söz konusu sözleşmenin hekim tarafından ihlal edilmiş olması; TBK m.112’de düzenlendiği gibi “borcun ya hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi” aranır³⁵.

İstisnai hallerde dahi olsa, hasta ile hekim arasında henüz bir sözleşme ilişki kurulmamışken sözleşme müzakeresi sırasında hekimin hastanın sağlığı açısından önem arz edecek uyarıları yapmaması halinde “culpa in contrahendo” sorumluluğu doğabilir. Örneğin, hekime muayene olmaya gitmek üzere yola çıkan hastanın esasen hareket etmemesi ya da seyahate çıkmaması gerektiği bir durumda hekimin bu hususta hastaya uyarıda bulunmaması neticesinde hastanın

³¹ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 14. bs (Ankara: Yetkin Yayınları, 2012), 21; M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 16. bs, c. 1 (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018), 3; Gökhan Antalya, *Marmara Hukuk Yorumu Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: V/1,1*, 2. bs (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 57; Erol Cansel ve Çağlar Özel, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt:1*, 2. bs, c. 1 (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017), 38; Mehmet Ayan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 11. bs (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), 29.

³² M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2018, 1:3; Mehmet Ayan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 31.

³³ Zariye Şenocak, “Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 50, sy 4 (2001): 65.

³⁴ Mehmet Ayan, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk* (Ankara: Kazancı Hukuk Yayınları, 1991), 49; Zariye Şenocak, *Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1998), 17 vd.; Hakan Hakeri, *Tıp Hukuku (2 Cilt)*, 26.Baskı, c. Cilt II: Özel Hükümler (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024), 1169; Yılmaz Yörem, “Hekimin Hatalı Tıbbi Uygulamaya Bağlı Hukuki Sorumluluğu”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 11, sy 39 (2019): 134; Mehmet Demir, “Hekimin sözleşmeden doğan sorumluluğu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 57, sy 3 (2008): 226.

³⁵ Mehmet Demir, “Hekimin sözleşmeden doğan sorumluluğu”, 238; Öz Seçer, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, sy 1 (2013): 110.

sağlığının tehlikeye girmesi ya da ölmesi gibi hallerde bu sorumluluk gündeme gelecektir³⁶. Ne var ki bu gibi haller istisnai hallerden sayıldığından tez çalışmamızda ayrı bir başlık altında değerlendirilmeyecektir.

Tıbbi faaliyetlere ilişkin çok sayıda yasal düzenleme mevcutken hekimin sorumluluğuna dair özel bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır. Bu yokluk elbette hekimlerin hukuki sorumluluklarının olmadığı manasını taşımamaktadır. Bu hususta belirli bir kanuni düzenleme olmaması, hekim ile hastaları arasında vaki olacak ilişkinin hukuki mahiyeti ve tıbbi müdahalelerden kaynaklanan sorumluluğun belirlenebilmesi noktasında çok yönlü bir irdelemeye ihtiyaç duyulmasına sebebiyet vermektedir.

Tıpkı mesleğini bağımsız olarak icra eden hekimler ile hastaları arasında olduğu gibi, özel hastanelerle hastalar arasında da sorumluluğa kaynak olarak “sözleşme ilişkisi”, “vekaletsiz iş görme” ve “haksız fiil” olmak üzere üç ayrı hukuki ilişki gösterilebilir.

2.2. Bağımsız Çalışan Hekimlerin Sözleşmesel Sorumlulukları

Hastanın tanı ve tedavi hizmeti alma maksadıyla hekime başvurması ve hekimin de hastanın tedavisini üstlenmesiyle hasta ile hekim arasında bir sözleşme ilişkisi kurulur. Bu anlamda hekim sorumluluğu tartışmasının olduğu olayların çoğunda hasta ile hekim arasında da bu sözleşme ilişkisinin var olduğu söylenebilir³⁷.

Kural olarak hekim, hastasını aralarında var olan bir akde dayanarak tedavi etmektedir. Bu sözleşme doktrinde “hekimlik sözleşmesi”, “tedavi sözleşmesi”³⁸ ya da “teşhis ve tedavi sözleşmesi”³⁹ olarak adlandırılmaktadır. Esasen aynı sözleşmeye işaret eden bu adlandırmalar içerisinde sözleşmenin mahiyeti göz önüne alındığında tarafımızca en uygun düşen isimlendirme “hekimlik sözleşmesi” olacaktır. Zira çalışmamızda ayrıca inceleneceği üzere, serbest çalışan hekim ile hasta arasında bir vekalet ilişkisi bulunmakta olup, vekalet ilişkisinde hekim hastasına iyileştirme garantisi verme ile yükümlü değildir⁴⁰. Dahası hekimin “şifa

³⁶ Ayan, *Tıbbi Müdahale*, 49; Firdevs Arslan, “Hekimin Sorumluluğunun Belirlenmesi Bakımından Hekim ile Hasta Arasındaki İlişkinin Hukuki Mahiyeti”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 26, sy 1 (Haziran 2020): 137, <https://doi.org/10.33433/maruhad.695558>; Mehmet Demir, “Hekimin Hukuksal Sorumluluğunun Kaynakları ve Özel Hastane - Kamu Hastanesi Ayrımı.”, içinde *Prof. Dr. Ali Naim İNAN’ a Armağan*, 1. bs (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009), 266.

³⁷ Ahmet Ekşi, “İslam Hukukunda Hekim ile Hasta Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği”, *Tıp Hukuku Dergisi*, sy 2 (Ekim 2012) 29.

³⁸ Ayan, *Tıbbi Müdahale*, 49 vd., Hakeri, *Tıp Hukuku Özel Hükümler*, 1170.

³⁹ Özdemir, *Teşhis ve Tedavi*, 30.

⁴⁰ Bahri Yalçınkaya ve Burhan Atalık, “Hekimin Cezai Sorumluluğunda Kusur Türünün Belirlenmesi”, *Tıp Hukuku Dergisi*, sy 23 (Nisan 2023): 166.

garantisi verme yasağı”⁴¹ vardır. İlaç, ameliyat vb. yöntemler ile hastalığı iyileştirme anlamına gelen⁴² *tedavi* olgusu, hekim ile hasta arasında akdedilen sözleşmenin niteliği ile birebir örtüşmemektedir. Dolayısıyla isimleriyle hekimin iyileştirme ya da tedavi garantisi verdiğine yönelik intiba uyandıran “tedavi sözleşmesi” ya da “teşhis ve tedavi sözleşmesi” yerine “hekimlik sözleşmesi” kullanımı tarafımızca söz konusu akit için daha yerinde olacaktır.

Hekimlik sözleşmesi, bağımsız çalışan hekim ile hastasının yahut hastanın kanuni temsilcisinin arasında akdedilen, tarafların aralarında kararlaştırdığı yahut bilahare kararlaştıracığı belirli bir bedel karşılığında⁴³ hekimin tıbbi teşhis ve tedavi edimini yerine getirme yükümlülüğü altına girdiği atipik yani kanunda düzenlenmemiş bir iş görme sözleşmesi olarak tanımlanabilir⁴⁴.

Hekim ile hastası arasındaki ilişkinin esas dayanağı aradaki güven bağı olup, diğer birçok hukuki ilişkiye nazaran güven olgusunun ağırlığı oldukça fazladır⁴⁵. Bu anlamda hekim, sözleşme bünyesinde hasta-hekim ilişkisine özel olarak kendisinden yüksek güven, özen, merhamet gibi insani duygulara ilişkin beklentinin daha fazla olması sebebiyle asli edimlerinin yanında yan edimler de yüklenmektedir⁴⁶.

Hekimlik sözleşmesinde hekimin bağımsız olması ile kastedilen, hekimin mesleki faaliyetinin icrasını kendi nam ve hesabına işlettiği muayenehanede gerçekleştirmesi yahut bir özel poliklinik, dal ve tıp merkezi ya da hastane gibi özel sağlık kurum ve kuruluşunu işletiyor olmasıdır⁴⁷. Bu bakımdan hasta ile hekim arasında kurulacak hukuki ilişki, hekimin görevini nerede icra ettiğine göre bir ayrıma tabi olacaktır.

⁴¹ “Şifa garantisi yasağı” kavramı için bkz. Hakan Hakeri, *Tıp Hukuku*, 10. bs (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015), 152.

⁴² <https://kelimeler.gen.tr/tedavi-nedir-ne-demek-296892>. (E.T.:21.02.2024)

⁴³ Bedel unsurunun hekimlik sözleşmesi için esas unsur olmadığı, taraflarca bir bedel kararlaştırılması hallerde sözleşmenin tam iki tarafa borç yükleyeceği; fakat bedelin kararlaştırılmamış olması ihtimalinde hekimlik sözleşmesinin eksik iki taraflı sözleşme olarak kabul edilmesi yönündeki görüş için bkz. Nihan Koyuncu Aktaş, *Hekimin Özen Borcuna Aykırılıktan Doğan Sözleşmesel Sorumluluğu*, 1. bs (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2020), 47-49.

⁴⁴ Mehmet Demir, “Hekimin sözleşmeden doğan sorumluluğu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 57, sy 3 (2008): 225-252.

⁴⁵ Sabah Altay, “Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu Bakımından Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rıza”, içinde *IV. Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi*, Ed. Hamit İ. Hancı, Yener Ünver, 1. Baskı (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018), 407-421.

⁴⁶ Bahsedilen edimler, TBK’da yer alan borçluya ait yükümlülükler haricinde hekime yüklenen mesleğinin özelliklerine dayalı yükümlülüklerdir. Bu yükümlülükler yasal dayanağını 23240 sayılı Hasta Hakları Yönetmeliği ve 10436 sayılı Tıbbi Deontoloji Tüzüğü hükümlerinden almaktadır. Firdevs Arslan, “Hekimin Sorumluluğunun Belirlenmesi Bakımından Hekim ile Hasta Arasındaki İlişkinin Hukuki Mahiyeti”; Murat Alkanat, “Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk”, *Sürekli Tıp Eğitimi Dergisi* 11, sy 5 (2002): 177.

⁴⁷ Demir, a.g.e., 233.

Hekimin bir kamu hastanesinde görevini icra etmesi halinde hastalarıyla arasındaki ilişki kamu hukukunu ilgilendirecektir⁴⁸. Hastanın özel bir hastaneye başvurarak hekimin tıbbi müdahalesi ile birlikte başkaca hizmetleri bir bütün halinde talep etmesi durumunda ise hekim ile hasta arasında bir hekimlik sözleşmesi akdedilmeyecektir.

Hekimlik sözleşmesinin, hastanın hekime başvurması ve hekimin de hastayı kabul etmesi yahut muayene etmeyi reddetmemesi neticesinde kurulduğu kabul edilir⁴⁹. Bu sözleşme rızâî sözleşmelerden olup, geçerliliği için bir şekil şartı öngörülmemiştir⁵⁰.

Hekimlerin sözleşmesel sorumluluklarının doğabilmesi; hasta ile hekim arasında akdedilmiş bir sözleşmenin varlığı, sözleşme ihlali, kusur, zarar, sözleşme ihlali ile zarar arasında illiyet bağı olmak üzere beş koşulun gerçekleşmesi ile mümkündür⁵¹.

İleride detaylı açıklayacağımız üzere, belli bazı özellik arz eden durumlar hariç olmak üzere hekim ile hasta arasında kurulan sözleşme ilişkisinin kural olarak vekalet sözleşmesine dayandığı kabul edilir⁵². TBK m. 503 düzenlemesi de: “*Kendisine bir işin görülmesi önerilen kişi, bu işi görme konusunda resmî sîfata sahipse veya işin yapılması mesleğinin gereği ise ya da bu gibi işleri kabul edeceğini duyurmuşsa, bu öneri onun tarafından hemen reddedilmedikçe, vekâlet sözleşmesi kurulmuş sayılır.*” hükmünü amir olup, vekalet sözleşmesinin tarafı olan hekimin kendisine başvuran hastayı reddetmemesinin, yani susmasının da sözleşmenin kurulması için yeterli olacağını söylemektedir.

Hekimlik sözleşmesine uygulanacak hükümlerin belirlenmesi hususunda farklı görüşler ortaya çıkmıştır. İlk ayırım, sözleşmenin kendi has yani sui generis bir sözleşme mi yoksa kanunda özel olarak düzenlenen sözleşme çeşitlerinden birine ilişkin hükümlere tabi olacak bir sözleşme mi olduğu noktasındadır.

Sözleşmenin sui generis bir sözleşme olduğunu savunanlar; hekimin uzmanlığı sebebiyle güçlü konumda olmasının sözleşmenin taraflarının eşit olmaması sonucunu doğuracağını ve hekimlik sözleşmesinin insanların en hassas alanına ilişkin olmasından dolayı insani duyguların diğer tüm sözleşme türlerine kıyasen yoğunluklu olduğunu, tüm bu sebeplerin de hekimlik

⁴⁸ Serkan Çınarlı ve Murat Bildir, “Tüketici Kanununa Göre Tıbbi Uygulamadan Doğan Davalarda Yargı Öncesi Zorunlu Arabuluculuk Sisteminin Uygulanabilirliği Sorunu”, *Tıp Hukuku Dergisi*, sy 18 (t.y.): 244.

⁴⁹ Yavuz İpekyüz, a.g.e., 50.

⁵⁰ Demir, a.g.e., 236.

⁵¹ Alkanat, a.g.m., 177.

⁵² Özdemir, *Teşhis ve Tedavi*, 52.

sözleşmesini kanunda özel olarak düzenlenmiş diğer sözleşmelerden ayıracağı görüşündedirler⁵³.

Hekimlik sözleşmesinin tipik yani kanunda düzenlenmiş sözleşmelerden birinin hükümlerine tabi olması gerektiğini savunanlar üç ayrı sözleşme tipini bahse konu etmişlerdir. Bu sözleşmeler, “hizmet sözleşmesi”, “eser sözleşmesi” ve “vekalet sözleşmesi” dir⁵⁴. Hekimin sözleşmesel sorumlulukları bu sözleşmelerin kendilerine has özelliklerine göre ayrı ayrı incelenmelidir.

2.2.1. Hizmet Sözleşmesine Dayalı Sorumluluk

Hizmet sözleşmesi kanunda, “işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve iş verenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşme” olarak tanımlanmıştır⁵⁵. Kanuni tanımdan yola çıkıldığında sözleşmenin unsurlarının; bağımlılık ilişkisi, iş görme edimi ve ücret olduğu görülmektedir⁵⁶.

Hekimlik sözleşmesini, kanunda yer alan hizmet sözleşmesi hükümlerine tabi tutan çözüm yoluna Alman Hukukunda rastlanmaktadır. Alman Hukukundaki bu uygulamanın sebebi; bölümesinin ivazsız sözleşme olarak kabul edilmesi⁵⁷, hekimlik sözleşmesinde ise hekimin üstlendiği yükümlülüklerle mukabil bir bedel kararlaştırılmasıdır⁵⁸.

Bağımsız çalışan hekim her ne kadar tıbbi teşhis ve müdahalede bulunma edimini bedel karşılığında gerçekleştiriyorsa da taraflar arasında bir alt-üst ilişkisi ile bağımlılık bulunmaması⁵⁹ ve hekimin hastanın emir ve talimatları doğrultusunda hareket etmemesi⁶⁰, hekimlik sözleşmesini hizmet sözleşmesinden ayrı düşürmektedir.

⁵³ Hekimlik sözleşmesinin sui generis sözleşme olduğuna ilişkin görüş için bkz. Reşat Atabek ve Merih Sezen, “Hekimin Mesuliyeti”, *İstanbul Barosu Dergisi*, sy 2 (1954): 135-165.

⁵⁴ Ayan, *Tıbbi Müdahale*, 51; Mehmet Demir, “Hekimin sözleşmeden doğan sorumluluğu”, 226; Ayşe Betül Özcanoğlu Görkey, *Hekimlik Sözleşmesi Ve Hekimin Tazminat Sorumluluğu - Borçlar Hukuku Monografileri* -, 1. bs (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 34.

⁵⁵ TBK m. 393.

⁵⁶ Koyuncu Aktaş, a.g.e., 51.

⁵⁷ Alman Hukukunun dayandığı Roma Hukukunda vekillik onurlu bir iş olarak kabul edilip, karşılığında bir ücret beklentisine kapı açılmamıştır. Vekalet akdi dostluğa, sadakate, ahlaka dayandığı için vekilin iş görme karşılığında dava konusu edeceği bir alacağı olmamaktadır. Yalnızca şeref ücreti olarak adlandırılan bir başlangıç ücreti kabul edebilmekte ve fakat verilmemesi halinde bu ücreti dava konusu edememektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Koyuncu Aktaş, a.g.e., 52, dn.110.

⁵⁸ Ayan, *Tıbbi Müdahale*, 52.

⁵⁹ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 6. bs (Ankara: Yetkin Yayınları, 2018), 56; Mine Ercevahir, “Özel Hastaneye Kabul Sözleşmesi”, *İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, sy 13 (Eylül 2022): 449-490.

⁶⁰ Hekimin tıbbi faaliyetlerinin tayin ve icrasında hastanın emir ve talimatlarına bağlı olmamasına ilişkin bkz: 10436 sayılı Tıbbi Deontoloji Tüzüğü madde 6: “Tabip ve dış tabibi, sanat ve mesleğini icra ederken, hiç bir tesir ve nüfuza kapılmaksızın, vicdani ve mesleki kanaatine göre hareket eder. Tabip ve dış tabibi, tatbik edeceği tedaviyi tayinde serbesttir.”

Bir diğer ayırıcı husus ise işçi ile işveren arasındaki akdin belirli yahut belirlenmemiş bir süre için kurulmuş olmasıdır. Hekimin hasta için ayıracağı süreyi ancak işin mahiyeti belirleyecektir⁶¹.

Doktrinde, aile hekimliği uygulamasında hekimin sağlık durumlarının takip ve tedavisini üstlendiği ailelere belirli yahut belirsiz bir zaman için sağlık hizmeti sunmasının hasta-hekim ilişkisinde özellikli durum arz edeceği görüşü mevcuttur. Süre unsurunun belirginliği ve ağırlığı sebebiyle aile hekimliğinde kurulan sözleşmenin hizmet sözleşmesi niteliği taşıyacağı savunulmaktadır⁶². Ne var ki zaman unsurunun sağlandığı kabul edilmiş olsa dahi bağımlılık unsuru olmaksızın bir hizmet sözleşmesinin varlığından bahsetmek güç olacaktır⁶³. Bağımlılık tanımı ise yalnızca emir ve talimatları iş sahibinden almakla sınırlı olmayıp, iş görmenin işverene ait işyerinde gerçekleştirilmesi, işverenin sağlayacağı araç ve gereçleri kullanması gibi koşulları da içermektedir⁶⁴. Bu anlamda aile hekimliğinden sağlık hizmeti alan hastaların işveren sıfatı ile uyumsuz olduğu aşıkardır.

Aile hekimlerinin tıbbi müdahaleleri kamu hukuku kapsamında değerlendirilmektedir⁶⁵. Sağlık Bakanlığınca aile hekimliği merkezlerinde çalışmalarını üzerine görevlendirilen aile hekimlerinin kamu görevlisi oldukları hususunda tereddüt bulunmamaktadır. Sözleşmeli olarak aile hekimliği görevini icra eden hekimlerin de 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanunu'nun 3.maddesinin 3. ve 6. Fıkraları dikkate alındığında kamu görevlisi statüsünde sayılacakları açıktır⁶⁶. Bu sebeplerle, aile hekimlerini kamu görevlilerinin tabi olduğu hukuki rejimden ayrı tutmak mümkün olmayacaktır⁶⁷.

⁶¹ Ayan, *Tıbbi Müdahale*, 54.

⁶² Yavuz İpekyüz, a.g.e., 58; Arslan, a.g.m., 406. İsviçre Hukukunda da hekim ile hasta arasında kurulacak akit için vekalet sözleşmesi hükümleri uygulanması gerektiği düşüncesi hakimken, aile hekimliği sözleşmesinin (Hausarztvertrag) ise hizmet sözleşmesi hükümlerine tabi olacağı kabul edilmektedir. Bkz. Ayan, *Tıbbi Müdahale*, 53; Koyuncu Aktaş, a.g.e., 94 vd.

⁶³ Z. Şenocak, *Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1998), 20, Yavuz İpekyüz, a.g.e., 58; Arslan, a.g.m. 406.

⁶⁴ Şenocak, a.g.e., 20; Yavuz İpekyüz, a.g.e., 58; Arslan, a.g.m., 406.

⁶⁵ Arslan, a.g.m., 406.

⁶⁶ 5258 sayılı kanunun 3.maddesinin 3.fıkrası: “Sözleşmeli personel statüsünde çalışmakta iken aile hekimi ve aile sağlığı elemanı statüsüne geçenlerden önceki sözleşmeli personel statüsüne dönmek isteyenler, eski kurumlarındaki boş pozisyonlara öncelikle atanırlar ve bu madde kapsamındaki çalışmaları hizmet sürelerinde dikkate alınır”. Aynı kanunun 3. maddesinin 6. fıkrası “Sözleşmeli olarak çalışmaya başlayanların, daha önce bağlı oldukları sosyal güvenlik kuruluşlarıyla ilişkileri aynı şekilde devam ettirilir. Ancak, her türlü prim, kesenek ve kurum karşılıkları bu fıkra da belirtilen ücretlerden kesilerek ilgili sosyal güvenlik kuruluşuna aktarılır. Bunlar önceki durumları çerçevesinde tedavi yardımlarından yararlanmaya devam ederler”

⁶⁷ Ramazan Çağlayan, “Aile Sağlığı Merkezi Personelinin Hukuki Statüsü”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, sy 7 (2016): 405-406.

Tüm bu hususlar dikkate alındığında hekimlik sözleşmesini kanunda yer alan hizmet sözleşmesi hükümlerine tabi tutmanın, hekimlik sözleşmesinin yapısıyla bağdaşmayacağı sonucuna varılabilecektir.

2.2.2. Eser Sözleşmesine Dayalı Sorumluluk

Eser sözleşmesinin kanuni tanımı TBK m. 470’te “yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşme” olarak yapılmıştır.

Eser sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme türüdür⁶⁸. Eser sözleşmesinde tarafların borçlarına bakıldığında, yüklenici için bir eser meydana getirmek, iş sahibi için ise buna mukabil bir bedel ödemek olduğu görülmektedir⁶⁹. Yani, eser sözleşmesinin kurucu unsurlarından biri bir eserin inşasıdır⁷⁰. İş görme neticesinde bir sonuç (eser) taahhüdü eser sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden ayırmaktadır⁷¹.

Hekimlerin tıbbi müdahalelerine ilişkin netice garantisi vermeleri mümkün değildir. Zira hekim tıbbi müdahalesinde ne kadar özenli ve dikkatli olursa olsun, hastalığın seyri ve oluşabilecek muhtemel komplikasyonlara ilişkin hekimin kontrolü sınırlı olup, mesleki deneyimine ve literatür bilgisine dayanarak ancak bir bilimsel oran verebilecektir.

Bu anlamda sonuç taahhüdünde bulunulan ve iş görmeyen değil neticenin önemli olduğu⁷² eser sözleşmeleri, hekimin borcunun tıbbi teşhis ve tedavide bulunmak olduğu hekimlik sözleşmelerinden konu bakımından da ayrılmaktadır.

Doktrinde, kanunda yer alan eser sözleşmesi hükümlerinin hekimlik sözleşmesi için uygulama alanı bulamayacağına ilişkin bir fikir birliği mevcuttur⁷³.

Ne var ki; her ne kadar hekim tarafından gerçekleştirilse de tıbbi müdahalenin bir eser⁷⁴ inşasına yönelik olduğu istisnai hallerde, hasta ile hekim arasındaki ilişkiye eser sözleşmesi hükümleri uygulanacağı kabul edilir. Hekimin eserinden bahsedildiğinde, hekimin emeğiyle ortaya çıkan sanat ve özellikli beceri gerektiren netice anlaşılabilecektir⁷⁵. Bunlar genellikle uygulamaları

⁶⁸ Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 3. bs (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2018), 316; Cevdet Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 10. bs (İstanbul: Beta, 2014), 994.

⁶⁹ Yusuf Memiş, “Estetik Ameliyatlardan Doğan Hukuki Sorumluluk”, *Terazi Hukuk Dergisi* 11, sy 119 (2016): 177.

⁷⁰ Arslan, a.g.m., 407.

⁷¹ Koyuncu Aktaş, a.g.e., 55.

⁷² Koyuncu Aktaş, a.g.e., 55.

⁷³ Ayan, *Tıbbi Müdahale*, 52; Şenocak, a.g.e., 21, Koyuncu Aktaş, a.g.e., 55.

⁷⁴ Eser kavramına nelerin dahil edilebileceğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Cevdet Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 986; Filiz Yavuz İpekyüz, “Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi”, 2006, 60.

⁷⁵ Merve Gürcan, *Tıp Hukukunda Eser Sözleşmesi Estetik Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*, 2. bs (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 49.

oldukça yaygın olan; esasen tedavi gerektirecek yapısal yahut işlevsel bir bozulmanın olmadığı⁷⁶, güzelleşmeye yönelik estetik operasyonlar⁷⁷, ortopedistin protez kol ve bacak takması, diş hekimlerinin yalnızca köprü, kron, implant gibi işlemleri gerçekleştirmesi⁷⁸⁷⁹ ve dahi hekimin belsoğukluğu, frengi gibi hastalıkların kesin tedavisinin yükümlülüğü altına girmesi gibi halleri konu edindiği sözleşmelerdir⁸⁰. Bu hukuki ilişkide taahhüt edilen iş görmenin özenle yapılması değil, tıbbi müdahale sonucu ortaya çıkacak neticedir⁸¹. Sözleşmenin amacı ücret karşılığında bir eserin inşası olup, esaslı unsuru ise ücrettir⁸².

Doktrinde, estetik ameliyatların “yüksek kişisel karakteri ve taraflar arasındaki belirgin güven ilişkisi” sebebiyle vekalet sözleşmesi hükümlerine tabi olması gerektiği yönünde görüş de mevcuttur⁸³.

⁷⁶ Ece Çetintepe, “Estetik (Kozmetik) Cerrahi Müdahaleler Çerçevesinde Bağımsız Çalışan Plastik Cerrah ile Hasta Arasındaki Sözleşmenin Hukuki Niteliği”, *Tıp Hukuku Dergisi*, sy 23 (2023): 115-158.

⁷⁷ Gümüş; takma bacak, takma kol gibi protez organ takmaya yönelik işlemi eser sözleşmesi konusu görse de, estetik ameliyatları konu edinen sözleşmelerin vekalet sözleşmesi hükümlerine tabi olması gerektiği görüşündedir. Bkz. Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 422-423.

⁷⁸ Diş hekimlerinin yalnızca tedavi gerçekleştirdiği işlemler Alman Hukukunda hizmet sözleşmesi olarak kabul edilirken Türk ve İsviçre Hukukunda vekalet sözleşmesi hükümlerine tabi tutulur. Diş hekiminin hem tedavi hem protez gibi estetik niteliğindeki işlemleri üstlendiği sözleşmeler hem vekalet hem de eser sözleşmesine dair unsurları barındırır. Bu sözleşmelerin hukuki niteliği konusundaki görüşler için bkz. Ayan, *Tıbbi Müdahale*, 52.

⁷⁹ Yargıtay 15. HD, K.T. 20.12.1977, E. 3167, K. 2307: “...Diş protezi yapılması bir eser (istisna) sözleşmesidir. Eser sözleşmesinde müteahhit iş sahibinin verdiği, taahhüt ettiği bir ücret karşılığında bir şey yapımını üstlenmiş olur...”

⁸⁰ Mustafa Reşit Belgesay, *Tıbbi Mesuliyet* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1953), 76-77; Ayan, a.g.e., 52 vd.

⁸¹ Koyuncu Aktaş, a.g.e., 84; Memiş, a.g.m., 179.

⁸² Yavuz İpekyüz, a.g.e., 61; Çetin Aşçıoğlu, *Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 1993), 34.

⁸³ “Her şeyden önce, maddi olmayan bir sonuç, ancak mahiyeti bakımından bir çalışma sonucu olarak vaad edilmeye elverişli olduğu takdirde bir istisna sözleşmesinin konusunu oluşturabilir. Bir öğretim, dava veya tedavide belli başarılı bir sonuca erişilmesi, bu husus mahiyeti gereği tartılamayan ve yükümlülük altına girenin gücü dışında kalan faktörlere bağlı olduğundan, gerçekleştirileceğinin önceden yükümlenilebilmesine elverişli (versprechbar) değildir. Bu yüzden özel bir öğretim sözleşmesi, dişlerin veya bir hastalığın tedavisine, cerrahi bir ameliyata, hatta vücudun sağlığa kavuşturulması ile ilgili olmayan bir estetik ameliyata ilişkin sözleşmeler istisna sözleşmesi olarak nitelendirilemezler. Estetik ameliyat sınırda kalan bir hal olmakla birlikte, onda da cerrahi müdahalenin yüksek kişisel karakteri ve taraflar arasındaki belirgin güven ilişkisi dolayısıyla vekalet hükümleri uygulanmalıdır.” Bkz: Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 4. bs, c. 2 (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 1989), 21.

Yargıtay, hekimlerin hastalarında güzel bir görünüm elde etmeye matuf tıbbi müdahalelerini konu edinen hekimlik sözleşmelerinin eser sözleşmesi niteliğini haiz olacağı görüşündedir⁸⁴. Yargıtay'ın bu hususta istikrarlı uygulaması mevcuttur⁸⁵.

Doktrin ve Yargıtay'ın da üzerinde mutabık olduğu gibi, hekimlerin doğrudan tıbbi tedavi maksatlı tıbbi müdahaleleri için eser sözleşmesi hükümleri uygulanması mümkün değilken, belirli bir görünüme ilişkin netice taahhüdünde bulunarak gerçekleştirdikleri müdahaleler eser sözleşmesi sayılacaktır.

2.2.3. Vekalet Sözleşmesine Dayalı Sorumluluk

Türk Borçlar Kanunu'nun 502.maddesi vekalet sözleşmesini, *"...vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşme"* olarak tanımlamıştır. Kanundaki tanım vekalet sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden ayıran özelliklerine ışık tutmada yetersizdir. Doktrinde vekalet sözleşmesine ilişkin daha detaylı tanımlar yapılmıştır. Örneğin, *"Vekilin müvekkilinin iradesine ve niteliği itibari ile müvekkilinin yahut üçüncü kişinin menfaatine uygun olarak verilen işi görmeyi bu iş sonucunda ise elde edilecek menfaatin elde edilip edilmemesine bağlı olmaksızın yalnızca yapma borcunu yerine getirmesidir."*⁸⁶ yahut *"Vekalet, öyle bir akittir ki vekile müvekkilin menfaatine ve iradesine uygun olan bir sonuca yönelen bir iş görmeyi bir zaman kaydına tabi olmaksızın ve nispeten bağımsız olarak yapma borcunu sonucun elde edilememesi rizikosu ona ait olmamak üzere yükler."*⁸⁷ şeklinde vekalet akdinin kendine özgü hususiyetlerine de değinen tanımlamalar getirilmiştir.

İş görme sözleşmelerinden hizmet ve eser sözleşmeleri her zaman ivazlı iken vekalet sözleşmesinin ivazlı veya ivazsız olması mümkündür⁸⁸.

⁸⁴ Yargıtay 13. HD, T. 05.04.1993, E. 1993/131, K. 1993/2741: *"Davada dayanılan maddi olgu, burnun estetik ameliyat yapılmak suretiyle istenilen ve kararlaştırılan biçim ve şekle uygun güzel bir görünüm kazandırılmasıdır. Bu olgudan hareket edildiğinden böyle bir sözleşmede sonucun ortaya çıkması yönünden teminat verilerek borç altına girildiği, diğer bir anlatımla belli bir sonucun elde edilmesinin kararlaştırıldığı kuşku ve duraksamaya yer olmayacak şekilde açıktır. O nedenle, bu tip sözleşmenin eser sözleşmesi olarak kabul edilmesi halin icaplarına ve tarafların iradesine uygun düşeceğinin kabul edilmesi gerekir. Gerçekte de bu sözleşmedeki yükümlülük vekalet sözleşmesinin konusunu oluşturan bir iş görme niteliğinde değildir. Çünkü, burada vekalet akdindeki unsurların aksine çalışma sonunda; istenilen belli bir sonucun mutlaka elde edilmesi amacı güdülmektedir."*

⁸⁵ Estetik müdahalelere ilişkin: Yargıtay 15. HD., 1999/4007 E., 1999/3868 K., 03.11.1999 T.; Yargıtay 3. HD., 2015/9077 E., 2007/5945 K., 11.04.2016 T.; Saç ekimine ilişkin: Yargıtay 3. HD., 2012/22501 E., 2013/1065 K., 24.01.2013 T.

⁸⁶ Cevdet Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler*, 13. bs (Beta, 2014), 632; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s .

⁸⁷ Tandoğan, a.g.e., 2:356.

⁸⁸ İsmail Kayar, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku-Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri*, 11. bs (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 259.

Vekalet sözleşmesinin unsurları⁸⁹; tarafların mutabakatı, bir işin görülmesi, iş görmenin kanunda düzenlenmiş başka bir iş görme sözleşmenin konusu kapsamında olmaması, işin vekalet veren yararı ve iradesine uygun olarak görülmesi, vekilin iş görmesiyle başarılı neticeye ulaşamama rizikosunu üstlenmesi, vekilin süre kaydından bağımsız olarak iş görme borcu altına girmesidir⁹⁰.

Vekalet sözleşmesi ile eser sözleşmesini birbirinden ayıran en belirgin unsur, vekilin sonucun başarıya ulaşmaması rizikosundan azade şekilde iş görme yükümlülüğünü gerçekleştirmesidir⁹¹. Vekalet sözleşmesinde vekilin yükümlülüğü, iş görme edimini özenle yerine getirmek⁹² olup, neticenin gerçekleşmemesi onun sorumluluk alanında değildir.

Vekil, vekalet verenin talimat verme hakkı ile sınırlı olarak işini zaman, yer ve maddi açıdan istediği şekilde, bağımsızlıkla görebilir. Vekalet sözleşmesindeki bağımsızlık unsuru, bu sözleşmeyi, “*tabiyet ilişkisine dayalı iş görme*”nin yapısal unsur sayıldığı hizmet sözleşmesinden ayırmaktadır⁹³.

Doktrinde ve Yargıtay uygulamasında⁹⁴ hekim ve hasta arasındaki ilişkiden doğan sözleşme için çoğunlukla vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağı kabul edilir⁹⁵⁹⁶. Belirtmek gerekir ki, vekalet sözleşmesi özel hukuk alanı içinde doğan ve özel hukuk kurallarına tabi olan bir sözleşme olduğu için, bir kamu hastanesi ve burada memur olarak mesleğini icra eden hekim ile hastası arasındaki ilişki kamu hukuku alanına ilişkin bir ilişki olduğundan burada vekalet

⁸⁹ Ücret, vekalet sözleşmesinin zorunlu ve kanuni unsurlarından değildir. Ne var ki sözleşmede düzenlenmiş ise yahut teamül varlığı halinde vekil ücret isteme hakkını haiz olur. Bkz. Cevdet Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 1164; Hayrunnisa Özdemir vd., *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 1. bs (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 698.

⁹⁰ Özdemir vd., *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 700; Cevdet Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 1155 vd.

⁹¹ Koyuncu Aktaş, *a.g.e.*, 56.

⁹² Bkz. TBK m.506/2: “*vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekalet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür.*”

⁹³ Gümü, *a.g.e.*, 416.

⁹⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2002/13-1011 K. 2002/1047 T. 11.12.2002: “*Gerçekten de, B.K. nun 386/2. maddesi hükmü uyarınca, diğer iş görme sözleşmeleri hakkındaki yasal düzenlemelere tabi olmayan işlerde, vekalet hükümleri geçerlidir. Somut olayda olduğu gibi, özel özel hastane (ve onun tarafından istihdam edilen doktorlar) ile hasta arasındaki uyumsuzlukların vekalet sözleşmesine ilişkin hukuksal düzenlemelere göre çözülmesi gerektiği konusunda, öğretisi ve Yargıtay'ın istikrar kazanmış uygulaması arasında paralellik bulunmaktadır.*”

⁹⁵ Hakeri, *Tıp Hukuku Özel Hükümler*:1169; Ayan, *Tıbbi Müdahale*, 53; Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 2:360; Şenocak, *Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu*, 33 vd.; Yavuz İpekyüz, *Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi*, 2006, 65; Mustafa Alper Gümü, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 422; Özdemir, *Teşhis ve Tedavi*, 93.

⁹⁶ Aile hekimliği uygulamasının kendine özgü hususiyetleri sebebiyle hizmet sözleşmesi olarak değerlendirilmesi gerektiğine yönelik görüşlere “Hizmet Sözleşmesine Dayalı Sorumluluk” başlığı altında değinilmiştir.

sözleşmesi hükümleri uygulama alanı bulmayacaktır. Bu husus tez konumuzun kapsamı dışında olduğu için detaylarına girmeyeceğiz.

Hekim ile hastası arasında vaki sözleşmede hekimin hastasına tıbbi faaliyetinin neticesine ilişkin bir garanti vermemesi ve yalnızca iş görme edimini özenle yerine getirme ile yükümlü olması, kısaca sözleşmedeki baskın unsurun *iş görme* olması hekimlik sözleşmesini vekalet sözleşmesine yakınlaştırmaktadır. Ayrıca hekim ile hasta arasında tedavi sürecine ilişkin bir zamansal sınırlama olmaması ve hekimin sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini hastanın emir ve talimatlarına bağlı olmadan gerçekleştirmesi yani hekimin *nisbi bağımsızlığı* da hekimlik sözleşmesi ile vekalet sözleşmesinin örtüştüğü özelliklerdir.

Nitekim, hekimlik ve vekalet sözleşmelerinin unsurları arasında uyumsuzluk olması ihtimalinde dahi TBK m. 502/2’de yer alan “Vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan iş görme sözleşmelerine de uygulanır.” düzenlemesi gereği hekimin iş görme edimini içeren hekimlik sözleşmesi için kanundaki vekalet ilişkine ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır.

Kanaatimizce de yukarıda değindiğimiz tüm benzerlik ve bağdaşıma dayalı olarak hekimlik sözleşmesinin vekalet sözleşmesi hükümlerine tabi tutulması amaca uygun olacaktır.

2.3. Özel Sağlık Kuruluşlarında Çalışan Hekimlerin Sözleşmesel Sorumlulukları

Hekimler tıbbi müdahalelerini çoğunlukla hastane organizasyonu dahilinde gerçekleştirirler⁹⁷. Rahim tahliyesi⁹⁸, organ nakli⁹⁹ gibi özellikli tıbbi müdahalelerin ise gerekli araç, gereç ve personelin sağlandığı hastanelerde yapılması mecburidir¹⁰⁰.

Sağlık kuruluşları içinde toplum sağlığı merkezi, aile sağlığı merkezi, kamu hastanesi gibi kamu sağlık kuruluşlarında istihdam edilen hekimler ile ilgili hukuki uyumsuzluklar idare hukuku alanının konusu olduğu için tez çalışmamız kapsamında olmayacaktır.

Hastanın özel hastaneye tedavi maksadıyla başvurmasıyla hastane işleticisi (kısaca “hastane” olarak anılacaktır.) ile hasta arasında bir sözleşme ilişkisi vuku bulur. Hastanın tedavi sürecinde

⁹⁷ Ayan, *Tıbbi Müdahale*, 45.

⁹⁸ 7395 sayılı Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük m.6: “On haftayı geçen gebelikte, rahim tahliyesi, resmi yataklı tedavi kurumlarıyla özel hastanelerde yapılır.”; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m.99/6: “Kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması halinde....gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sona erdirilmesi gerekir.”

⁹⁹ Organ nakilleri ancak organ nakli merkezlerinde gerçekleştirilebilir. Organ nakli merkezi, 9 Aralık 2022 tarih ve 32038 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Organ Nakli Hizmetleri Yönetmeliği’nde: “Bakanlık tarafından yetkilendirilmiş, organ nakli yapabilme kapasitesini haiz hastane bünyesindeki ünit” olarak tanımlanmıştır.

¹⁰⁰ Ayan, *Tıbbi Müdahale*, 45.

yer alan hekim ve yardımcı sağlık personeli sözleşme tarafı değildir¹⁰¹. Bu sözleşmede hastanın “yatırılarak tedavisi”¹⁰² ile hastane işleticisinin tıbbi edimlerin yanında yedirip içirme, bakım gibi yan edimler yüklenmesi halinde sözleşmenin bir hastaneye kabul sözleşmesi olduğu anlaşılr¹⁰³. Özel hastanenin hastaneye kabul sözleşmesi çerçevesinde esas yükümlülüğü hastanın yatırılarak tedavisi, hastanın yükümlülüğü ise bedel ödenmesidir. Hastanın tedavisi dışında kalan yan edimler her durumda hastanenin yükümlülüğü altında iken, tedavi edimi, hastaneye kabul sözleşmesinin türüne göre hastane, hastanede çalışan hekim yahut hem hastane hem hastanenin hekiminin yükümlülüğü olabilir¹⁰⁴. Bu yükümlülüklerin yanında tedaviyi doğrudan gerçekleştiren hekim ve hastane; Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi Hususi Hastaneler Kanunu, Özel Hastaneler Tüzüğü, Hasta Hakları Yönetmeliği gibi düzenlemelerden doğan yükümlülüklerle de riayet etmek durumundadırlar¹⁰⁵.

Hastaneye kabul sözleşmesi kanunda düzenlemesi yapılmış bir sözleşme olmadığından isimsiz (atipik) bir sözleşme olarak ele alınır¹⁰⁶. Bu sözleşmede asıl gaye olan tıbbi tedavi edimi, barındırma, yedirme ve bakıma ilişkin diğer tali edimlerle bir aradadır. Asıl edim olan tıbbi tedavi bir iş görme edimi olduğundan doktrinde bu edimin tip yani vekalet sözleşmesi hükümlerine tabi olması,¹⁰⁷ diğer tali edimler için ise mahiyetlerine uygun düştüğü nispette ait oldukları hizmet, otelcilik, satım gibi sözleşme tipleri hükümlerinin kıyasen uygulanmasının uygun olacağı düşünülmektedir¹⁰⁸.

¹⁰¹ Hakan Hakeri, *Tıp Hukuku El Kitabı*, 24. bs (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 383.

¹⁰² Hastanenin hastayı yatırarak tedavi yükümlülüğü; hastanın yatırılması (banyo, giydirme, ısıtma, yatak hizmeti gibi), yeme içme, tıbbi müdahale öncesinde (ameliyat için gerekli testlerin yapılması gibi), tıbbi müdahalede gerekecek araç ve gereçlerin temini, tıbbi müdahale sonrasında (kontrol planı, kan, ilaç ve serum verilmesi gibi) gereken tüm hizmetleri kapsar. Bkz. Çetin Aşçıoğlu, *Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar*, 118; Gültezer Hatırnaz Erol, *Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları*, 6. bs (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 80.

¹⁰³ Gültezer Hatırnaz Erol, “Özel Hastaneler İle Hasta Arasında Kurulan Hastaneye Kabul Sözleşmeleri ve 21.09.2009 Tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı İncelemesi”, içinde *İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi ‘Sağlık Hukuku Makaleleri’* 10/17 Eylül 2011 Orhan Apaydın Konferans Salonu, İstanbul Barosu Yayınları (İstanbul, 2012), 191-220; Ayan, a.g.e., 131.

¹⁰⁴ Ayan, *Tıbbi Müdahale*, 131.

¹⁰⁵ Gültezer Hatırnaz Erol, *Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları*, 6. bs (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 80-81; Ayan, *Tıbbi Müdahale*, 131.

¹⁰⁶ Ercevaahir, “Özel Hastaneye Kabul Sözleşmesi”, 451; Fatma Candan Kavşat Metiner Ve Ali Akın Metiner, “Özel Hastane ve Hekimin Vekaletsiz İşgörmekten Doğan Sorumluluğu”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, sy 51 (Temmuz 2022): 426.

¹⁰⁷ Ayan, *Tıbbi Müdahale*, 143.

¹⁰⁸ Hatırnaz Erol, *Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları*, 93.

Hastaneye kabul sözleşmesi; (hekimlik sözleşmesi olmadan) tam hastaneye kabul sözleşmesi, hekimlik sözleşmesi ilaveli tam hastaneye kabul sözleşmesi ve bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesi olarak üç ayrı görünümde karşımıza çıkmaktadır¹⁰⁹.

Hekimin ya da hastanenin sorumluluk kapsamı da hastaneye tam kabul sözleşmesinin çeşidine göre değişiklik gösterecektir¹¹⁰.

2.3.1. Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi

Tam hastaneye kabul sözleşmesinin var olduğu hallerde hastanenin, tıbbi tedavi ile barınma, yedirme-içirme gibi hasta bakımına dair tüm sağlık hizmeti yükümlülüklerini taahhüt ettiği anlaşılır. Tedaviyi yürütecek hekimin seçimini kural olarak hastane yapmaktadır¹¹¹. Ne var ki, tarafların iradesi ya da somut olayın özellikleri doğrultusunda hastanenin başhekimini yahut hastane dışından bir hekim görevlendirilmesi de mümkün olabilecektir¹¹². Bu halde tıbbi tedavi edimine yönelik iki ayrı borç söz konusu olacağından tam hastaneye kabul sözleşmesi; *hekimlik sözleşmesi olmaksızın tam hastaneye kabul sözleşmesi*” ve *“hekimlik sözleşmesi ilaveli tam hastaneye kabul sözleşmesi”* olarak kendi içinde ayrıma gidebilir¹¹³.

2.3.1.1. Hekimlik Sözleşmesi Olmaksızın Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi

Bu sözleşmenin tarafları hastane ve hastadır, dolayısıyla yalnızca hastane ile hasta arasında bir sözleşme ilişkisi mevcuttur¹¹⁴. Hastane üstlendiği bu edimleri kendisine bağlı olarak çalışan hekimler ve diğer sağlık personelleri vasıtası ile yerine getirir. Bir diğer ifadeyle hastane, tedaviye yönelik tıbbi müdahalelerin ehil personeller eliyle gerçekleştirileceği taahhüdünü verir¹¹⁵. Hekim, hastane adı ve hesabına tedavi faaliyetlerini gerçekleştiren kişi olup, TBK.116’da düzenlenen ifa yardımcısı statüsündedir¹¹⁶.

¹⁰⁹ Hastaneye kabul sözleşmesi, Alman Hukukunda, tedavi yükümlülüğünün kimde olduğundan yola çıkılarak; *“tam hastaneye kabul sözleşmesi”*, *“bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesi”* ile *“hekimlik sözleşmesi ilaveli tam hastaneye kabul sözleşmesi”* olarak üç ayrı çeşitte incelenirken; İsviçre Hukukunda *“tam hastaneye kabul sözleşmesi”* ve *“bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesi”* olarak ikili ayrıma gidilir. Hukukumuzda ise hekimlik sözleşmeli ilaveli tam hastaneye kabul sözleşmesinin, tam hastaneye kabul sözleşmesinin bir alt başlığı olarak ele alınması gerektiği görüşü mevcuttur. Bkz. Ayan, a.g.e., 134. Buna dayalı olarak hukukumuzda *“tam hastaneye kabul sözleşmesi”* ile *“bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesi”* olmak üzere ikili ayrıma gidilmesinin uygun olacağı düşüncesi hakimdir. Hatırnaz Erol, a.g.e., 148; Ayan, a.g.e., 134.

¹¹⁰ Halil Akkanat, *Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Görünüm Tarzları ve Sorumluluk Düzeni*, Prof. Dr.Özer Seliçi’ye Armağan (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2006), 25; Ayan, a.g.e., 131.

¹¹¹ H. Akkanat, a.g.m., 28.

¹¹² Hatırnaz Erol, a.g.e., 148; Ayan, *Tıbbi Müdahale*, 134.

¹¹³ Ayan, *Tıbbi Müdahale*, 134; Hatırnaz Erol, a.g.e., 148.

¹¹⁴ Ayan, *Tıbbi Müdahale*, 135.

¹¹⁵ H. Akkanat, a.g.m., 27; Gökçe Şahin Candaş, “Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi Kapsamında Özel Hastanenin Hukuki Sorumluluğu” (İstanbul, İstanbul Üniversitesi, 2019), 19.

¹¹⁶ Ayan, *Tıbbi Müdahale*, 45; Hakeri, *Tıp Hukuku Özel Hükümler*:1177.

Hasta, sözleşmeden doğan yükümlülöklere dair talebini yalnızca hastaneye iletmektedir. Sözleşmenin ihlali halinde TBK'nın 112.maddesi uyarınca hastanenin sorumluluğuna gidilecektir¹¹⁷. Hastanın sözleşme ilişkisi yalnızca hastane ile olduğundan hekimin de sözleşmeye dayalı herhangi bir talebi olamayacak, örneğın bir bedel ödenmesini isteyemeyecektir¹¹⁸.

2.3.1.2. Hekimlik Sözleşmesi İlaveli Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi

Hastaneye tam kabul sözleşmesi, uygulamada nadiren de olsa, tedaviyi yürütecek hekimle akdedilen bir hekimlik sözleşmesinin de dahil olacağı şekilde kurulabilir¹¹⁹.

Bu sözleşme türünde hasta iki farklı sözleşmenin tarafı olmaktadır: Muhatabının hastane olduğu sözleşmede hastane, bedel ödenmesi karşılığında barınma, yedirme-içirme ve sair hastane bakımına ilişkin hizmetleri yüklenir. Diğer sözleşme ise tedaviyi yürütecek hekimle akdedilir¹²⁰. Tedavi ediminde hem hekim hem de hastane yükümlölük altına girdiğinden; hastane ve hekim arasında müteselsil borçlölük ilişkisi bulunduğú kabul edilir¹²¹. Dolayısıyla hasta, tedavi borcuna ilişkin olarak hastane ve hekimin sorumluluğuna ayrı yahut birlikte gidebilir¹²² Bu yolla hekim de tıbbi müdahalenin yapılmasına ilişkin müdahale hakkı elde eder¹²³. Nitekim hastanın da bu tür sözleşme ilişkisi içerisinde bulunma talebi genelde kabiliyetine, yetkinliğine itimat ettiğú bir hekimin tedavi sürecine katılmasına dair arzusuna dayanır¹²⁴.

Aşçıoğlu, hekimin bağımsız olarak gerçekleştirdiğú tıbbi müdahalesinden, hastanenin ise bu tıbbi müdahalenin neticesinden sorumlu olacağı görüşündedir. Hastanenin bu sorumluluğú TBK. m.128 düzenlemesine dayanmaktadır: “Üçüncü bir kişinin fiilini başkasına karşı üstlenen, bu fiilin gerçekleşmemesinden doğan zararı gidermekle yükümlüdür.”¹²⁵

Kendisiyle ayrıca sözleşme akdedilen hekimin tedaviye ilişkin sorumluluğunun oluşu, hastanenin (TBK. madde 116'dan kaynaklanan) yardımcı kişilerin fiillerinden doğan

¹¹⁷ Hatırnaz Erol, *a.g.e.*, 148.

¹¹⁸ Ayan, *Tıbbi Müdahale*, 136.

¹¹⁹ H. Akkanat, *a.g.m.*, 25-26; Hatırnaz Erol, *a.g.e.*, 150.

¹²⁰ H.Akkanat, *a.g.m.*, 35-36; Ayan, *Tıbbi Müdahale*, 136-137.

¹²¹ Ayan, *Tıbbi Müdahale*, 136.

¹²² Ayan, *Tıbbi Müdahale*, 137.

¹²³ Hatırnaz Erol, *a.g.e.*, 156.

¹²⁴ H.Akkanat, *a.g.m.*, 36.

¹²⁵ Aşçıoğlu, *a.g.e.*, 121; Hatırnaz Erol, *a.g.e.*, 157.

sorumluluğunun varlığına etki etmemektedir. Hekim, tedavi sözleşmesi ışığında tedavi borcunu doğrudan ifa ederken, hastaneye karşı ifa yardımcısı konumunu da korumaktadır¹²⁶.

2.3.2. Bölünmüş Hastaneye Kabul Sözleşmesi

Bünyesinde iki ayrı sözleşme ilişkisini barındıran bu hastaneye kabul sözleşmesi türünde hasta; tedaviyi yürütecek hekimle tıbbi müdahaleye ilişkin ayrı, hastaneyle ise yalnızca hastane bakım hizmetleri kapsamında ayrı bir sözleşme akdetmektedir¹²⁷.

Bölünmüş tam hastaneye kabul sözleşmesi, genelde hastanın serbest çalışan bir hekimle tıbbi tedaviye ilişkin anlaşma yapması; hekimin tıbbi müdahalesinin ve sonrasındaki bakım sürecinin bir hastane organizasyonunun fiziki imkanlarını gerektirmesi¹²⁸ sebebiyle de bir hastane ile barındırma, yeme-içme ve sair hastane bakımına yönelik hastaneye kabul sözleşmesi akdetmesi şeklinde ortaya çıkar¹²⁹.

Hastanın, hekim ve hastane ile ayrı ayrı sözleşme kurması ve hekimin de hastane ile herhangi bir hukuki ilişkisi bulunmaması, tarafların yalnızca yüklendikleri edimler nispetinde sorumluluğunun gündeme gelmesi neticesini doğurur. Bu tabloda hekim, hastaneye karşı ifa yardımcısı olarak değil, kendi edimini ifa eden bağımsız kişi olarak konumlanır¹³⁰.

2.4. Haksız Fiil Sorumluluğu

Borçlar Kanunumuz haksız fiili borç kaynaklarından birisi olarak sınıflandırır¹³¹. Bu tayin, Roma Hukuku sisteminde borç kaynakları olarak yer alan sözleşme ve haksız fiil ayrımına dayanır¹³².

TBK m. 49: “*Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.*” hükmünü amir olup, haksız fiilden kaynaklanan sorumluluğun tazminat borcuna kaynak olacağını düzenler¹³³.

¹²⁶ Ayan, *Tıbbi Müdahale*, 137; Hatırnaz Erol, *a.g.e.*, 151.

¹²⁷ Ayan, *Tıbbi Müdahale*, 137; H.Akkanat, *a.g.m.*, 38.

¹²⁸ H. Akkanat, *a.g.m.*, 38.

¹²⁹ Ayan, *Tıbbi Müdahale*, 137.

¹³⁰ Hatırnaz Erol, *a.g.e.*, 152.

¹³¹ M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 9. bs, c. 2 (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012), 1.

¹³² Türkan Rado, *Roma Hukuku Dersleri “Borçlar Hukuku”* (İstanbul, 1980), 49; İhsan Erdoğan, “Haksız Fiilde Kusurlu Sorumluluk ve Özellikle Kusur Unsuru”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi* 3, sy 1 (1990): 110.

¹³³ M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2012, 2:1.

Her ne kadar hekim ile hasta ilişkisi çoğunlukla akdedilen bir hekimlik sözleşmesine dayanıyor olsa da böyle bir sözleşmenin bulunmadığı ve vekaletsiz iş görme hükümlerinin uygulama şartlarının var olmadığı hallerde çözüm için haksız fiile ilişkin hükümlere başvurulur¹³⁴.

Tıbbi müdahaleler, en mühim kişilik haklarından olan vücut bütünlüğüne yönelik gerçekleştirilmektedir¹³⁵. Bu nedenle hekimlik sözleşmesine dayalı olarak gerçekleştirilen bir tıbbi müdahale için, sözleşme ihlaline sebep olacak davranışlar aynı zamanda haksız fiil olarak kabul edilecektir¹³⁶. Dolayısıyla sözleşmesel sorumluluk ile sözleşme dışı sorumluluğun yarışması söz konusudur¹³⁷. Bunun anlamı, hasta istediği sorumluluk esasına dayanarak dava açabilecektir: Sözleşmeye aykırılık hükümleri de TBK m. 49 ve devamındaki haksız fiil düzenlemeleri de uygulama alanı bulur.

Bir kişinin sorumluluğunun birden fazla sebebe dayandırılabilirdiği hallerde, yani hakların yarıştığı hallerde, zarar görenin hangi sorumluluk esasını dayanak noktası belirlemesi halinde zararını en iyi şekilde karşılayabileceği sorusu gündeme gelecektir. TBK m. 60, bu hususu “Sebeplerin Yarışması” başlığı altında: *“Bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayandırılabilir”* hâkim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir” şeklinde düzenlemiştir. Zarar görenin aksine yönelik bir arzusu bulunmadıkça hâkim zarar görenin subjektif hakkını en iyi şekilde himaye edecek¹³⁸ giderim yolunu uygulayacaktır.

Özünde bu iki sorumluluk çeşidi arasında yapısal bir ayrışma bulunmamaktadır¹³⁹. Ne var ki; yardımcı kişiler dolayısıyla sorumluluk, zamanaşımı süreleri ve ispat yükü açısından farklılıklar mevcuttur¹⁴⁰. Şöyle ki:

1. Zarara neden olan yardımcı kişinin sorumluluğu bakımından; hekimin işveren sıfatıyla haksız fiil sorumluluğu TBK madde 66’ya dayanırken¹⁴¹, arada geçerli bir akdi ilişkinin olması halinde TBK madde 116’ya dayanarak sözleşmeye aykırılık sebebiyle dava ikamesi mümkündür¹⁴².

¹³⁴ Ayan, *Tıbbi Müdahale*, 116.

¹³⁵ Altay, a.g.m., 408.

¹³⁶ Hatırnaz Erol, a.g.e., 450; Ayan, *Tıbbi Müdahale*, 116.

¹³⁷ Aşçıoğlu, a.g.e., 65; Yavuz İpekyüz, a.g.e., 125; Ayan, *Tıbbi Müdahale*, 116.

¹³⁸ Ahmet Cahit İyilikli, “Hukuk Yargılamasında Dava Sebebi Üzerine Bir İnceleme”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, sy 2 (2016): 150, <https://doi.org/10.21492/inuhfd.239822>.

¹³⁹ Hayrunnisa Özdemir, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, sy 1 (2016): 40.

¹⁴⁰ Özdemir, a.g.m., 40; Ayan, a.g.e., 62.

¹⁴¹ Hekim, TBK madde 66 kapsamında, mümkün olabilecek her türlü zararı önlemek için gerekli tedbirleri aldığı ispatıyla sorumluluktan kurtulabilir. Bkz. Yavuz İpekyüz, a.g.e., 127.

¹⁴² Yavuz İpekyüz, a.g.e., 125.

2. İspat yükü bakımından; haksız fiil sorumluluğunda zarar gören hasta, zararın tıbbi müdahalesi neticesinde oluştuğunu iddia ettiği hekimin kusurunu, hukuka aykırı davranışı, zararını ve illiyet bağıını ispatlamakla yükümlüdür¹⁴³.

Akdi sorumlulukta ise; sözleşmeyi ihlal eden hekimin kusurlu olduğu ön kabuldür¹⁴⁴. Hekim, kusuru olmadığını ispatla yükümlüdür¹⁴⁵.

3. Zamanaşımı süreleri bakımından; haksız fiile dayalı tazminat istemi TBK madde 72/1 düzenlemesine tabi olup: “*tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle*” zamanaşımına uğrayacaktır.

Sözleşme ihlaline dayalı açılan davalar, TBK madde 146’da yer alan: “*kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça her alacak on yıllık zamanaşımına tabidir.*” hükmü uyarınca 10 yıllık zamanaşımına tabi olacaklardır¹⁴⁶.

2.5. Vekâletsiz İş Görme Sebebiyle Sorumluluk

Hekimin sorumluluğunu doğuran bazı tıbbi müdahalelerde ya da tıbbi vakanın hususiyeti gereği hekim ile hasta arasında akdi bir ilişki kurulamamış olabilir¹⁴⁷. Bu durum genellikle hastanın açık muvafakatinin alınmasının mümkün olmadığı, dolayısıyla hastanın serbest iradesiyle sözleşme tarafı olamayacağı¹⁴⁸ acil müdahaleyi gerektiren hallerde karşımıza çıkar. Hekimin hastanın iradesine dayanmadan; ve fakat onun menfaatine (şifasına) yönelik gerçekleştirdiği tıbbi müdahaleler için “vekaletsiz iş görme” hükümlerinin uygulanacağı kabul edilir¹⁴⁹. Vekaletsiz iş görme TBK m.526’da düzenleme altına alınmış olup: “*vekaleti olmaksızın başkasının hesabına iş gören, o işi sahibinin menfaatine ve varsayılan iradesine uygun olarak görmekle yükümlüdür.*” hükmünü amirdir.

Vekaletsiz iş görme gerçek (caiz olan) vekaletsiz iş görme ve gerçek olmayan (caiz olmayan) vekaletsiz iş görme olarak ayrılmakta olup, hekimin sorumluluğu her ikisi için gündeme gelebilir¹⁵⁰. Caiz vekâletsiz iş görme, iş sahibinin işinin onun menfaatine veya varsayılan irade-

¹⁴³ Ayan, *Tıbbi Müdahale*, 62.

¹⁴⁴ Hatırnaz Erol, *a.g.e.*, 450.

¹⁴⁵ Akdi sorumlulukta hasta akdedilen sözleşmenin varlığını, zarar, sözleşme ihlalini ve ihlal ile zarar arasındaki illiyet bağıını ispatlamalıdır. Bkz. Ayan, *Tıbbi Müdahale*, 62.

¹⁴⁶ Uygulamada Yargıtay bu süreyi 5 yıl olarak kabul etmektedir. Hatırnaz Erol, *a.g.e.*, 450.

¹⁴⁷ Ayan, *Tıbbi Müdahale*, 60; Ali Türkmen, *Hasta ve Hekim Hukuku*, 2. bs (Ankara: Adalet Yayınevi, 2013), 55.

¹⁴⁸ Kural olarak iradesine başvurulamayan hastanın kanuni temsilcisi veya yakınları, hekimin vekaletsiz iş görmesini onaylama suretiyle ilişkiyi akdi bir ilişkiye dönüştürebilirler. Bkz. Yavuz İpekyüz, *a.g.e.*, 127.

¹⁴⁹ Ayan, *Tıbbi Müdahale*, 60.

¹⁵⁰ Mehmet Demir, “Hekimlik Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun Koşulları”, içinde *Ankara Barosu – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Kurultayı*, (Ankara, 2007), 153.

sine uygun bir biçimde görülmesi olarak tanımlanır¹⁵¹. Caiz olmayan vekaletsiz iş görmede ise iş sahibinin menfaatine aykırı yahut yasakladığı bir işin görülmesi söz konusudur. İş sahibinin icazet vermesi halinde vekalet sözleşmesi hükümleri uygulama alanı bulur¹⁵².

Caiz olan vekaletsiz iş görme hükümleri hekimin tıbbi müdahale için hastanın rızasını almasının mümkün olmadığı ve acil müdahalenin gerekli olduğu hallerde uygulanacaktır. Caiz olmayan vekâletsiz iş görme ise hekimin hastanın rızasını almaksızın hastaya acilen müdahale etmesi gereken bir durumda hastanın daha önceden açıkça reddettiği ya da tedavi için gerekliliği bulunmayan ve hekimin de bunu bildiği yahut bilmesi gerektiği koşulda hekim açısından söz konusu olacaktır¹⁵³.

Hekimler için vekaletsiz iş görme, hekimlerin *yasal yardım borcuna* dayalı olarak¹⁵⁴ hastaya müdahalede bulundukları zaruret hallerinde ve ameliyatlarda gündeme gelmektedir¹⁵⁵.

Hekim, acil hallerde, hayati tehlike yahut geri döndürülmesi zor, ağır bir zarar riski altında bulunan hastanın *muhtemel iradesi* dikkate alınarak zorunlu tıbbi müdahaleyi gerçekleştirmelidir¹⁵⁶. Tıbbi Deontoloji Yönetmeliği'nin 3.maddesi gereği hekim, vazifesi ve uzmanlığı ne olursa olsun gerekli bakımın sağlanamadığı acil vakalara mücbir sebep bulunmadıkça tıbbi müdahalede bulunmakla yükümlüdür. Ayrıca aynı Yönetmeliğin 18.maddesinde yer alan; hekimin acil yardım, resmi veya insani vazife ifa etmesi gerektiği durumlar hariç olmak üzere, mesleki veya şahsi sebeplerle hastaya bakmayı reddebileceğine dair düzenlemenin mefhumu muhalifinden, hekimin acil yardımı gerektiren vakalarda hastaya bakmaktan imtina edemeyeceği çıkarımı yapılabilecektir.

Hekimin vekaletsiz iş görmesinin en sık görüldüğü bir diğer durum ameliyatlarda hastanın bilinci kapalıyken rızasının alınamayacağı müdahalenin genişletilmesi halleridir. Ameliyat

¹⁵¹ Cevdet Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler*, 1360; Sera Reyhani Yüksel, "Hekimin Vekaletsiz İş Görmeden Doğan Sorumluluğu", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 21, sy 2 (2015): 797; Mehmet Demir, "Hekimin Hukuksal Sorumluluğunun Kaynakları ve Özel Hastane - Kamu Hastanesi Ayrımı.", 269; Şenocak, *Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu*, 102.

¹⁵² Cevdet Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen, a.g.e., 1370; Şenocak, a.g.e., 103.

¹⁵³ Şenocak, a.g.e., 106; Sera Reyhani Yüksel, "Hekimin Vekaletsiz İş Görmeden Doğan Sorumluluğu", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 21, sy 2 (2015): 799.

¹⁵⁴ Yavuz İpekyüz, a.g.e., 127.

¹⁵⁵ Hasta Hakları Yönetmeliği Madde 24/7: "*Hastanın rızasının alınamadığı hayati tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin kapalı olduğu acil durumlar ile hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumun varlığı halinde, hastaya tıbbi müdahalede bulunmak rızaya bağlı değildir. Bu durumda hastaya gerekli tıbbi müdahale yapılarak durum kayıt altına alınır.*"

Hasta Hakları Yönetmeliği madde 31/5: "*Hastaya tıbbi müdahalede bulunulurken yapılan işlemin genişletilmesi gereği doğduğunda müdahale genişletilmediği takdirde hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açabilecek tıbbi zaruret hâlinde rıza aranmaksızın tıbbi müdahale genişletilebilir.*"

¹⁵⁶ Şenocak, a.g.e., 104.

öncesinde kendisine uygulanacak tıbbi girişime ilişkin aydınlatılan ve onamı alınan hastaya uygulanacak tıbbi girişimin kapsamı, ameliyat esnasında öngörülme-yen riskli bir durum ya da tehlike arz eden yeni bir bulgu ile karşılaşılması halinde Hasta Hakları Yönetmeliği m.31 gereği rıza aranmaksızın genişletilebilir¹⁵⁷. Bu genişletme ancak hasta için hayati risk teşkil eden bir bulgunun varlığı halinde hukuka uygun olacaktır. Tıbbi müdahalenin kapsamının genişletilmesi için bazı şartların var olması aranır: Hastanın rızasının alınmasının müdahaleyi geciktirecek olması ve bunun hastanın hayatı için risk teşkil etmesi, zorunlu tıbbi girişimin hastanın ameliyat öncesinde rıza gösterdiği girişimden daha ağır risk barındırmaması ve yüksek mortalite riski olmadıkça önem teşkil eden organların alınmaması gerekir¹⁵⁸. Hekim, hastanın uyandırılarak rızasının alınması ve girişimin devamı için tekrar anestezi ile uyutulması ile hastanın göreceği muhtemel zararı gözeterek ve hastanın mefruz iradesinin bulunacağı hallerde ameliyata devam etmelidir¹⁵⁹.

TBK madde 527/1 fıkrası vekaletsiz iş görenin sorumluluğu bakımından önemli bir hükümdür. Zira Türk Hukuku'nda acil hallerde hekimin sorumluluğunun sınırları açıkça düzenlemediğinden bu madde acil müdahalede bulunan hekimin sorumluluğu yönünden uygulama alanı bulacaktır. Buna göre: “*Vekâletsiz iş gören, her türlü ihmalden sorumludur. Ancak, iş gören bu işi, iş sahibinin karşılaştığı zararı veya zarar tehlikesini gidermek üzere yapmışsa, sorumluluğu daha hafif olarak değerlendirilir.*” Görülmektedir ki, hekim acil müdahaleyi gerektiren halde hastanın varsayılan iradesine, menfaatine ve şifasına yönelik tıbbi girişimde bulunsada dahi hafif kusur dahil her türlü ihmalden sorumlu tutulmaktadır. İlgili düzenleme acil hal koşullarını yalnızca hâkimin hekim için hükmedeceği tazminat miktarında indirim yapma sebebi olarak belirlemiştir. Hülâsa, acil hallerdeki zorunluluk hali hekimin sorumluluğunu kaldırmamakta ve dahi azaltmamakta, yalnızca tazminatın indirilmesine bir sebep olarak ele alınmaktadır¹⁶⁰.

Acil hallerde hekimin müdahalesine ilişkin sorumluluğunun kısıtlanması hususu doktrinde tartışılmıştır. Bir görüşe göre; hekimin hafif kusurundan sorumlu tutulmaması, yani sorumluluğunun kasıt ve ağır ihmal hallerinden ibaret tutulmasının, Tıbbi Deontoloji Tüzüğü m.2/2’de hüküm altına alınan hekimin muayene ve tedavide azami dikkat ve ihtimamı gösterme yükümlülüğü ile bağdaşmayacaktır¹⁶¹.

¹⁵⁷ Ayan, *Tıbbi Müdahale*, 61; Hatırnaz Erol, *a.g.e.*, 187.

¹⁵⁸ Şenocak, *a.g.e.*, 105; Reyhani Yüksel, *a.g.m.*, 800.

¹⁵⁹ Koyuncu Aktaş, *a.g.e.*, 253.

¹⁶⁰ Koyuncu Aktaş, *a.g.e.*, 250.

¹⁶¹ Yavuz İpekyüz, *a.g.e.*, 128.

Bir diğerk görüş; hekimin vekâletsiz iş gören sıfatıyla vaziyet ettiğı acil haller ve ameliyatın kapsamının genişletilmesi hallerinde hastanın yüksek menfaati gözetilerek, pek muhtemel büyük bir tehlike bertaraf edildiğı için, bu müdahale çerçevesinde hekimin sorumluluğunun daha az takdir edilmesi gerektiğini söyler. Zira hastanın hayati ya da kalıcı hasar riskinin yüksek olduğu durumlarda dahi hekim bu sorumluluğa ilişkin endişesi sebebiyle tıbbi müdahaleyi yapma konusunda çekingen davranabilir, defansif tutum sergileyebilir¹⁶².

Kanaatimizce hekimin acil müdahalede bulunduğu hallerdeki sorumluluğı ayrıca ele alınmalıdır. Her ne kadar hekim hafif kusurundan da sorumlu tutulsa da hekimin hastanın zarar görmemesi ya da mevcut zararın artmaması için bulunduğu tıbbi girişimlere ilişkin daha önce etraflıca düşünme imkanının bulunmaması, mevcut tıbbi teknik ve müdahalenin aciliyeti gibi özel koşullar, hafif ihmalin kabulü için aranan özenin ölçütünde etkili olmalıdır¹⁶³.

Ayrıca, insan bünyesinin sınırlarını zorlayacak raddede yorgunluk hali gibi olağan hallerdeki performansını göstermesinin mümkün olmadığı koşulların da hekimin sorumluluğı konusunda ayrıca değerlendirilmesi gerektiğı kanaatindeyiz. Örneğın, yirmi dört saati aşkın süredir nöbet tutmuş, nöbet devri öncesinde de acil gelen bir vakada tıbbi müdahalede bulunan bir hekimden azami özen beklentisi adil ve akılcı olmayacaktır. Fiziksel ve bilişsel işlevlerin bozulduğu bir yorgunlukta hekimin tıbbi müdahalede ihtiyacı olan konsantrasyonun sağlanması mümkün değildir. Bilhassa nöbet sonrası yorgunluğun değil bir tıbbi müdahalenin, günlük olağan işlerin gerektirdiğı dikkati dahi vahim sonuçlar doğuracak raddede olumsuz etkilediğı bilinmektedir¹⁶⁴. Bu sebeple hekimden asgari özenin bile beklenemeyeceğı ağır koşullarda, hekimin kusurundan da bahsetmek mümkün olmayacaktır¹⁶⁵.

¹⁶² Şenocak, *Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğı*, 106; Reyhani Yüksel, a.g.m., 801.

¹⁶³ Koyuncu Aktaş, *Hekimin Özen Borcuna Aykırılıktan Doğan Sözleşmesel Sorumluluğı*, 251; Şenocak, *Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğı*, 106.

¹⁶⁴ Bkz. Kadın Doğum Kliniğı asistanı Dr. Rumeysa Berin Şen'in 36 saatlik nöbeti sonrasında yorgun şekilde araba kullanırken yol kenarında duran kamyonu arkadan çarparak yaşamını kaybetmesi: <https://medimagazin.com.tr/hekim/hekimlerin-36-saat-nobet-isyani-yorgun-doktorlar-oluyor-97773?sid=cba470431041cc7037ad4cd9aeb82ca0> (E.T.: 30.05.2024)

¹⁶⁵ Hakan Hakeri, "Tıp Hukukunda Malpraktis Komplikasyon Ayrımı", *Toraks Cerrahisi Bülteni* 5, sy 1 (2014): 26, <https://doi.org/DOI:10.5152/tcb.2014.003>.

BÖLÜM II

TIBBİ MALPRAKTİS KAVRAMI VE TIBBİ MALPRAKTİSTEN KAYNAKLANAN HUKUKİ UYUŞMAZLIKLAR

1. TIBBİ MÜDAHALE VE İLİŞKİLİ KAVRAMLAR

1.1. Tıbbi Müdahale Tanımı

Tıbbi müdahale kavramı Türk hukukundaki düzenlemelerde zikredilmişse de açık ve doğrudan bir tanımlamaya rastlamak güçtür. Tıbbi müdahalenin kavram olarak kullanıldığı ilk düzenlemelerden biri “Biyotıp Sözleşmesi” olarak bilinen Biyoloji Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesidir¹⁶⁶. Biyotıp Sözleşmesi’ne Ek Protokol’ün 2/3. Maddesinde “müdahale” kavramı: *“Bu protokolün amaçları bağlamında “müdahale” terimi, (ı) Bir fiziksel müdahaleyi ve (ıı) ilgili kişinin psikolojik sağlığı açısından risk taşıyan herhangi bir müdahaleyi içerir”* şeklinde tanımlanmıştır.

Tıp bilimi uygulamasına yönelik kanuni düzenleme olan, oldukça eski yürürlük tarihli TŞSTİDK için dahi tıbbi müdahale yeni bir kavramdır. TŞSTİDK’in 3.maddesine 02.01.2014 tarih ve 6514 sayılı kanun ile eklenen hükümde, tanımlama yapılmasa da, tıbbi müdahale kavramı yer almıştır¹⁶⁷.

08.05.2014 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Hasta Hakları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 2.maddesi ile Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 4.maddesine eklenen g bendinde tıbbi müdahale tanımlaması yapılmıştır. Bu düzenlemeye göre tıbbi müdahaleden, *“Tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan, sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili mesleki yükümlülükler ve*

¹⁶⁶ 20.04.2004 tarih ve 25439 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiş olan sözleşmenin 6. Ve 9.maddelerinde tıbbi müdahale kavramına yer verilmiştir:

Madde 6/1: “Aşağıda, 17 ve 20. maddelere tâbi olmak koşuluyla, muvafakat verme yeteneği bulunmayan bir kimse üzerinde tıbbî müdahale, sadece onun doğrudan yararı için yapılabilir.”

Madde 9: “Müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek bir durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbî müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekler göz önüne alınacaktır.”

¹⁶⁷ Madde 3 - (Ek fıkra: 2/1/2014–6514/20 md.): Türk Silâhlı Kuvvetlerinin muharip unsurlarından ve Emniyet Genel Müdürlüğü Özel Harekat Dairesi Başkanlığının merkez ve taşra teşkilatı personelinden, görevlendirilen ve ilgili eğitimi başarıyla tamamlayanlar, görev yaptıkları süre ve görevle sınırlı olmak üzere, sağlık personeli yokluğunda, sağlık hizmetine ulaşmaya kadar acil *tıbbi müdahaleleri* yapmaya yetkilidir. Söz konusu personelin yetki ve sorumlulukları ile bu fıkranın uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar, İçişleri Bakanlığı, Millî Savunma Bakanlığı ve Sağlık Bakanlığınca müştereken hazırlanacak yönetmelikle düzenlenir.

standartlara uygun olarak tıbbın sınırları içinde gerçekleştirilen fizikî ve ruhi girişimi” anlaşılmalıdır. Ne var ki, bu tanımlamada tıbbi müdahalenin ne anlama geldiğinden ziyade bir tıbbi müdahalenin hukuka uygun sayılması için gereken koşullardan bahsedilmiş¹⁶⁸ ve esasen tıbbi müdahale sayılacak estetik müdahaleler ve kürtaj gibi birçok girişim kapsam dışı bırakılmıştır¹⁶⁹.

Öğretide tıbbi müdahaleye ilişkin gerek kapsam gerek niteleme açısından oldukça farklı yorumlar yapılmıştır. Bu görüşler dikkat alındığında genel olarak tıbbi müdahalenin; yetkili sağlık çalışanı tarafından bir hastalığın, noksanlığın, rahatsızlığın ya da özürlü teşhisi, tedavisi, giderilmesi yahut önlenmesi ya da nüfus planlaması amacıyla kişinin ruh veya beden sağlığına yönelik gerçekleştirilen en basit teşhis ve tedavi yönteminden en komplike cerrahi işlemlere kadar her neviden girişim olarak tanımlanması mümkündür¹⁷⁰.

Tıbbi müdahaleler öğretilerde farklı başlıklara ayrılarak sınıflandırılmıştır. Ayan, tıbbi müdahaleleri; tıp alanında yaygın bir uygulamaya kavuşmuş olup olmamalarına göre, geleneksel tıbbi müdahaleler¹⁷¹ ve yeni tıbbi müdahaleler¹⁷²; icra ediliş tarzına göre, beden bütünlüğüne yönelik müdahaleler¹⁷³ ve beden bütünlüğüne dokunmamakla birlikte bedeni veya ruhi sağlığa yönelik müdahaleler¹⁷⁴; icra yerine göre ise tıbbi müdahaleleri, bağımsız çalışan bir hekim tarafından yapılan tıbbi müdahaleler ve hastanelerde yapılan tıbbi müdahaleler olmak üzere üç ayrı gruba ayırmıştır.

¹⁶⁸ Özge Yücel ve Gürkan Sert, *Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları Sağlık Hizmeti* | *Sağlık Hakkı ve Hasta Hakları Medeni Hukuk, Ceza Ve İdare Hukuku Yönünden Sorumluluk*, 3. bs (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 37.

¹⁶⁹ Hakan Hakeri, *Tıp Hukuku Genel Hükümler*, 162.

¹⁷⁰ Ayan, *Tıbbi Müdahale*, 5; Yavuz İpekyüz, “Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi”, 2006, 22; Özlem Yenerer Çakmut, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, 1. bs (Legal Yayıncılık, 2003), 24; Çetin Aşçıoğlu, *Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar*, 51; Hakan Hakeri, *Tıp Hukuku Genel Hükümler*, 161; Hatırnaz Erol, a.g.e., 168.

¹⁷¹ Geleneksel tıbbi müdahalelerin hukuki ve cezai sorumluluk doğurmaması açısından hukuka uygun olarak gerçekleştirilmesi; icraya yetkili kişi tarafından, hastanın rızası alınmak suretiyle ve tedavi amacına matuf olarak gerçekleştirilmesi gerekir. Ayan, *Tıbbi Müdahale*, 11.

¹⁷² Yeni tıbbi müdahaleler de kendi içerisinde deneysel araştırma faaliyetleri ve tedaviye yönelik araştırma faaliyetleri olarak ayrılır. Bu müdahalelerde geleneksel tıbbi müdahalelere nazaran hastaya yapılacak aydınlatmanın kapsam oldukça geniş olup hekimden beklenen özen de aynı doğrultuda artmaktadır. Ayan, *Tıbbi Müdahale*, 12.

¹⁷³ Kalp, safra kesesi, pankreas ameliyatı gibi cerrahi müdahale denildiğinde ilk akla gelen ameliyatlarda, sterilizasyon, gebeliğin sona erdirilmesi, cinsiyet değişimi gibi cinsel faaliyete ilişkin müdahaleler, organ aktarma ile estetik amaçlı müdahaleler beden bütünlüğüne yönelik tıbbi müdahalelere örnek gösterilebilir. Ayan, *Tıbbi Müdahale*, 16-35.

¹⁷⁴ Örnek olarak; psikoterapi gibi psikolojik tedavi faaliyetleri.

Savaş, tıbbi müdahaleleri, amaçlarına göre; eğitim amaçlı, önleme amaçlı¹⁷⁵, teşhis etme amaçlı¹⁷⁶, tedavi etme amaçlı¹⁷⁷, estetik tıbbi müdahaleler ve cinsiyet değişikliği müdahaleleri¹⁷⁸, iyilik halini devam ettirme ve toplumsal yaşama alıştırmaya amaçlı tıbbi müdahaleler olarak; uygulanma şekillerine göre, beden bütünlüğüne yönelik ve beden bütünlüğüne yönelik olmayan tıbbi müdahaleler; uygulayan kişinin özellikleri açısından tıbbi müdahaleler olarak ayırmaktadır¹⁷⁹.

1.2. Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygun Olması

Vücut bütünlüğü; dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez haklardan olan kişilik hakkı kapsamındaki en temel değerlerdendir¹⁸⁰. Anayasa'nın 17.maddesinin 2.fıkrası: “*Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz*” hükmünü amirdir. Anayasa ile koruma altına alınan vücut dokunulmazlığı hakkı, kişinin beden bütünlüğünün bir başkası ve kişinin kendi yaşamı üzerinde de tasarrufta bulunmasına izin verilmemesi sebebiyle¹⁸¹ kendisine karşı da korunması olarak tanımlanabilir¹⁸².

Tıbbi müdahale özel hukuk anlamında esas olarak hukuk sisteminde üst düzeyde koruma altına alınan¹⁸³ kişilik değerlerine aykırılık teşkil eder. Bu bakımdan tıbbi müdahale, TMK madde 23 ve TMK madde 24 düzenlemelerinin ihlali niteliğindedir¹⁸⁴. Ceza Hukuku yönünden ise insanın vücut bütünlüğüne yapılacak her tıbbi müdahale prensip olarak bedensel bütünlüğün ihlali olup,

¹⁷⁵ Aşı, serum gibi uygulamalar, doğum kontrol yöntemleri örnek gösterilebilir.

¹⁷⁶ Biyopsi uygulaması, laboratuvar tetkikleri örnek gösterilebilir.

¹⁷⁷ İlaçlı müdahaleler, cerrahi girişimler, fizik tedavi vb. uygulamalar örnek gösterilebilir.

¹⁷⁸ Cinsiyet değişikliği müdahalelerinin hukuka uygun olması için ruh sağlığı açısından gerekli görülmesi şarttır.

¹⁷⁹ Halide Savaş, *Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları -Tıbbi Malpraktis - Tıbbi Davaların Seyri ve Sonuçları*, 3. bs (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013), 27-28.

¹⁸⁰ Mehmet Ayan ve Nurşen Ayan, *Kişiler Hukuku*, 8. bs (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), 92; Sabah Altay, “Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu Bakımından Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rıza”, 407.

¹⁸¹ Aydın Zevkliler, “Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları (1982-1983 Öğretim Yılı Açılış Dersi Metni)”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, sy 1 (1983): 4; Yenerer Çakmut, *Tıbbi Müdahaleye Rıza*, 46; Burcu G. Özcan ve Çağlar Özel, “Kişilik Hakları - Hasta Hakları Bağlamında Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Çıkan Hukuki İlişkide Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rızaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler*”, *Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi* 10, sy 1 (2007): 51.

¹⁸² Zariye Şenocak, *Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu*, 37; Çakmut, *Tıbbi Müdahaleye Rıza*, 2; Burcu G. Özcan ve Çağlar Özel, “Kişilik Hakları - Hasta Hakları Bağlamında Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Çıkan Hukuki İlişkide Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rızaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler*”, 51.

¹⁸³ Elif Irmak Kılıç, “Tıbbi Müdahaleler Nedeniyle Hekimlere Açılan Tazminat Davalarında Usuli Sorunlar” (İstanbul Üniversitesi SBE.), 8.

¹⁸⁴ Öğretide bu maddelerle sağlanan korumanın 23.madde için “Kişiliğin, kişinin kendisine karşı korunması”, 24.madde için ise “Kişiliğin, başkasına karşı korunması” olduğu yorumu mevcuttur. Bkz. Bülent Köprülü, *Medeni Hukuk - Genel Prensipler - Kişinin Hukuku* (İstanbul, 1979), 282. Bir başka görüş ise 23.maddenin kişiliğin iç korunması olamayacağı, zira bu maddenin de kişiliğe dışarıdan yönelen, başka kişilerin sebep olduğu saldırılara karşı koruma getirdiğini söyler. Bkz. Zevkliler, *Kişilik Hakkına Saldırı*, 12.

yaralama suçunu oluşturacaktır¹⁸⁵. Bu müdahaleler gerçekleştiği andan itibaren hukuka aykırı kabul edilir; meğer ki bu hukuka aykırılık *hastanın rızası*, *hastanın üstün nitelikli yararına* yahut *üstün nitelikte kamu yararı* gibi hukuka aykırılığı ortadan kaldıran sebepler ile önlenmiş olsun¹⁸⁶.

Özünde hukuka aykırı nitelik taşıyan tıbbi müdahalelerin hukuka uygun kabul edilmesi ve tıbbi müdahaleyi gerçekleştirenlerin sorumluluğunun doğmaması için bazı şartların varlığı aranır¹⁸⁷.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartlarına ilişkin emsal niteliği taşıyan kararında¹⁸⁸ bu şartları; “*hekimin tıp mesleğini icraya kanunen yetkili olması, hastanın rızasının bulunması ve eylemin tıp biliminin objektif ve sübjektif sınırları içinde kalması*” şeklinde sıralamıştır.

Öğretide tıbbi müdahalenin unsurlarını “müdahalenin bir hekimce gerçekleştirilmesi” ve “doğrudan yahut dolaylı olarak tedavi amacına yönelmesi” olarak belirten görüş mevcuttur¹⁸⁹. Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu ise öğretide çoğunlukla dört ayrı şartın varlığına bağlı kılınmış olup, bu şartlar; tıbbi müdahalenin yetkili sağlık personeli tarafından icrası, aydınlatılmış hastanın rızası, endikasyon varlığı, tıp biliminin güncel verilerine uygun gerçekleştirilmesi olarak sayılmıştır¹⁹⁰.

Belirtmek gerekir ki; hastanın rızası, tıbbi müdahale için bir unsur değil, hukuka uygunluk sebebidir¹⁹¹. Zira tıbbi müdahaleler içinde hukuka uygunluk için hastanın rızasının aranmadığı tıbbi müdahaleler olduğu gibi, hukuka uygunluk nedeni içermeyen, rıza alınmaksızın icra edilen müdahaleler hukuka aykırı olsa da tıbbi müdahale niteliğini koruyabilmektedir¹⁹². Bunun

¹⁸⁵ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 187; Onur Kuru, “Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu: Endikasyon Şartı”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12, sy 2 (2021): 493; Çakmut, *Tıbbi Müdahaleye Rıza*, 106; Fulya Erlüle, *Türk Borçlar Kanunu’na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, t.y.), 129; Aysun Altunkaş, “Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Koşulları”, içinde *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi 11. Ulusal Sağlık Hukuku “Tıbbi Müdahalenin Hukuki Yansımaları” Sempozyumu*, Ed. Aysun Altunkaş, İpek Sevda Söğüt, Hamide Tacir, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015), 53.

¹⁸⁶ Cüneyt Çilingiroğlu, *Tıbbi Müdahaleye Rıza* (İstanbul: Filiz Kitabevi, t.y.), 36,37.

¹⁸⁷ Hakan Hakeri, *Tıp Hukuku (2 Cilt)*, 2024, Cilt I: Genel Hükümler:349; Gültezer Hatırnaz Erol, *a.g.e.*, 169; Yenerer Çakmut, *Tıbbi Müdahaleye Rıza*, 26.

¹⁸⁸ Yargıtay 4.Hukuk Dairesi 1976/6297 E. 1977/2541 K., 07.03.1977 tarihli karar.

¹⁸⁹ Ayan, *Tıbbi Müdahale*, 5.

¹⁹⁰ Sunay Akyıldız, *Sağlık Hukuku Rehberi*, 1. bs (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), 507; Aysun Altunkaş, “Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Koşulları”, 54; Ayça Çakal, *Türk Özel Hukukunda Tıbbi Müdahaleye Rıza*, 1. bs (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018), 24; Ayşe Betül Özcanoglu Görkey, *Hekimlik Sözleşmesi Ve Hekimin Tazminat Sorumluluğu - Borçlar Hukuku Monografileri* -, 18; Aslı Aydın, “Sağlık Alanında Vücut Korsanlığı ve Ceza Hukuku Sorumluluğu”, içinde *V. Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi*, 1. bs (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), 184.

¹⁹¹ Emel Badur, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller*, 1. bs (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017), 35; Savaş, *a.g.e.*, 30.

¹⁹² Badur, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller*, 35.

sebebi müdahalenin tıbbi olarak kabul edilebilmesi için hukuka uygunluğunun koşul olmamasıdır¹⁹³.

Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu için aranan, her biri kendi içerisinde özellik arz eden bu şartları inceleyecek olursak:

1.2.1. Tıbbi Müdahalenin Tıp Mesleğini Kanunen Yetkili Kişi Tarafından İcrası

Tıbbi müdahalenin tıp mesleğini icraya yasal olarak yetkilendirilmiş kişiler tarafından gerçekleştirilmesi gereklidir¹⁹⁴. Bu husus TŞSTİDK madde 1: “*Türkiye Cumhuriyeti dâhilinde tababet icra ve herhangi surette olursa olsun hasta tedavi edebilmek için tıp fakültesinden diploma sahibi olmak şarttır.*” ve ek madde 13: “*Tabipler ve dış tabipleri dışındaki sağlık meslek mensupları hastalıklarla ilgili doğrudan teşhiste bulunarak tedavi planlayamaz ve reçete yazamaz.*” hükümleri ve 6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu¹⁹⁵ ile kanuni düzenleme altına alınmıştır.

Bu düzenlemelere göre, kişinin hekimlik mesleğinin icra edilebilmesi için tıp fakültesinden mezun olarak hekimlik diplomasını alması gereklidir. Zira tıbbi müdahalenin, kişilerin vücut bütünlüğüne ve hatta yaşam hakkına dokunan mahiyeti sebebiyle, bu alanda eğitim almamış, yasal olarak yetkilendirilmemiş kişilerce gerçekleştirilmesi halinde bir zarar ortaya çıkması muhtemeldir. Bu alanda yetkinliği olmayan kişilerin gerçekleştireceği tıbbi faaliyetler sadece müdahalenin muhatabı olan hastanın değil, kamu sağlığını da tehlikeye atacaktır¹⁹⁶. Tıp fakültesi diploması şartının yanında hekimliğin icrası için aynı zamanda tabipler odasına kayıtlı olma¹⁹⁷ ve hekimlik mesleğinin icrasına geçici veya sürekli engel hali bulunmama koşulları aranır¹⁹⁸.

¹⁹³ Savaş, *a.g.e.*, 29.

¹⁹⁴ Hakeri, *Tıp Hukuku Genel Hükümler*:352; Cüneyt Çilingiroğlu, *Tıbbi Müdahaleye Rıza* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993), 18; Ayşe Betül Özcanoglu Görkey, *Hekimlik Sözleşmesi*, 18; Serkan Çınarlı ve Aykut Cemil Aykın, *Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğu*, 270; Hatırnaz Erol, *a.g.e.*, 170.

¹⁹⁵ 31.01.1953 tarih ve 8323 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

¹⁹⁶ Cüneyt Çilingiroğlu, *a.g.e.*, 16; Çakmut, *Tıbbi Müdahaleye Rıza*, 28.

¹⁹⁷ 6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu madde 7.

¹⁹⁸ Hasan Tahsin Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk - Doktrin ve Yargı Kararları Işığında Doktorlar, Dış Hekimleri ve Eczacılar İle Diğer Sağlık Mesleği Mensuplarının, Özel Hastaneler İle Devletin Sorumluluğu*, 4. bs (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 305; Hakeri, *Tıp Hukuku Genel Hükümler*:357 vd.; Çakmut, *Tıbbi Müdahaleye Rıza*, 29.

Tıbbi faaliyetlerde bulunma yetkisi prensip olarak hekimlere aittir¹⁹⁹²⁰⁰. TŞSTİDK’da tıbbi faaliyette bulunabilme yetkisini haiz kişiler sınırlı sayıda olacak şekilde sayılmış olup, bu kişiler; hekimler, diş hekimleri, ebeler, sağlık memurları, sünnetçiler²⁰¹, hastabakıcı hemşireler ve diş protez teknisyenleridir²⁰². Hekim dışındaki bu sayılan sağlık personellerinin tıbbi müdahaleleri hukuka aykırı olmayacaksa da yetki esasen hekimlerdedir ve söz konusu tıbbi müdahaleler hekimin kontrol ve denetiminde icra edilmelidir²⁰³.

1.2.2. Hastanın Aydınlatılmış Onamının Alınması

Hekim ile hastası arasında kurulan hekimlik sözleşmesinin vekalet sözleşmesi hükümlerine tabi tutulduğundan bahsetmiştik²⁰⁴. Vekalet sözleşmesinin taraflar arasında özel bir güven ilişkisi doğuran bir hukuki ilişki ürünü olması sebebiyle buradaki tarafların yapacağı açık bilgilendirmenin önemi diğer birçok hukuki ilişkiden daha fazla öne çıkmaktadır²⁰⁵.

Özü itibarıyla kişinin vücut bütünlüğüne yönelik hakların ihlali niteliğinde olan tıbbi müdahaleler, kişinin rızasının varlığı ile (hem özel hukuk hem de ceza hukuku bakımından) hukuka uygun hale gelir²⁰⁶. Verilen rızanın geçerliliği ise ancak hastanın tıbbi müdahaleye ilişkin usulüne uygun şekilde hekim tarafından aydınlatılmasına bağlıdır²⁰⁷. Aydınlatmanın

¹⁹⁹ Serkan Çınarlı ve Aykut Cemil Aykın, *Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğu*; Gençer Özdemir, *Tıbbi Müdahale Hatalarından Doğan Maddi Tazminat Sorumluluğu*, 1. bs (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 25; Hakan Hakeri, *Tıp Hukuku Genel Hükümler*: 351.

²⁰⁰ TŞSTİDK bu hususta istina norm niteliğinde düzenlemeler içerir. Bkz: TŞSTİDK madde 3/2: “Acil tıbbi yardım ve bakım ile sınırlı kalmak ve Sağlık Bakanlığına çıkarılacak yönetmeliğinde belirtilmek kaydıyla acil tıp teknikleri (...) hastaya müdahale edebilir, bu hususta lazım gelen iş ve işlemleri yapabilirler. Hastane öncesi acil tıbbi yardım veren personel özel tip kıyafet giyer.”

TŞSTİDK madde 3/son: “Türk Silahlı Kuvvetlerine yetiştirilen sıhhiye sınıfına mensup erbaş ve erler de, Türk Silahlı Kuvvetlerinde görev yaptıkları süre ve görevle sınırlı olmak üzere, küçük sıhhi işlemleri yapmaya yetkilidirler” Badur, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller*, 34.

²⁰¹ Sünnetçiler, 02.01.2014 tarih ve 6514 sayılı Kanun’un 20.maddesi ile kanun metninde yapılan değişiklik ile madde kapsamından çıkarılmaları dolayısıyla sağlık personeli sayılmamaktadırlar. Ancak sünnetçiler hakkındaki kanuni düzenlemeler sebebiyle sünnet hukuka uygun kabul edilir. Hakan Hakeri, *Tıp Hukuku (2 Cilt)*, 2024, Cilt I: Genel Hükümler:695.

²⁰² Genellikle köylerde o civardaki doğumları yaptırdığı için ebe olarak bilinen; fakat bu alanda bir eğitimi olmayan kişilerin müdahaleleri ve eczacıların enjeksiyon yapması gibi haller hukuka aykırılık teşkil edecektir. Bkz. Hakan Hakeri, *Tıp Hukuku*, 190.

²⁰³ Hakeri, *Tıp Hukuku Genel Hükümler*: 351; Serkan Çınarlı ve Aykut Cemil Aykın, *Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğu*, 270-271; Özdemir, *Tazminat Sorumluluğu*, 25; Hasan Tahsin Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk - Doktrin ve Yargı Kararları Işığında Doktorlar, Diş Hekimleri ve Eczacılar İle Diğer Sağlık Mesleği Mensuplarının, Özel Hastaneler İle Devletin Sorumluluğu*, 4. bs (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 53.

²⁰⁴ Bölüm 1 / 2.2.3 - Vekalet Dayalı Sorumluluk.

²⁰⁵ Şenocak, *Özel hukukta hekimin sorumluluğu*, 36; Hasan Seçkin Ozanoğlu, “Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 52, sy 3 (2003): 56.

²⁰⁶ Maral Törenli Çakıroğlu, “Acil Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam”, içinde *Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi*, 1. bs (Legal Yayıncılık, 2018), 115; Hakan Hakeri, *Tıp Hukuku (2 Cilt)*, 2024, Cilt I: Genel Hükümler:394; Şenocak, *Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu*, 37.

²⁰⁷ Altay, “Tıbbi Müdahalede Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğe Aykırı Davranışın Hukuki Sonuçları”, içinde *Sağlık Hukukunda Dünyadaki Son Gelişmeler (Roche Sağlık Hukuku Günleri)* (İstanbul,

yapılmadığı bir tıbbi müdahale her ne kadar tıp bilimi kurallarına uygun ve hatasız olarak gerçekleştirilmiş olsa dahi rızanın geçerli kabul edilmediği hallerde bir yaralama suçu meydana geleceği için hekimin sorumluluğu gündeme gelecektir²⁰⁸. Tıbbi müdahaleye ilişkin aydınlatma ve rıza unsuru, hasta için bir hak iken, hekim için yasal bir yükümlülüktür²⁰⁹. Biyotıp Sözleşmesi, 5.maddesindeki: *“Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir. Bu kişiye, önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilecektir.”* düzenlemesi ile hastanın müdahale öncesinde aydınlatılması ve onamının alınması gerekliliğine ilişkin hüküm içerir.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 15.maddesinde bilgilendirmenin içeriği ve kapsamına, 18.maddesinde ise usulüne yönelik hukuki düzenleme mevcuttur²¹⁰. Bu maddede sayılanlar, aydınlatmanın ve dolaylı olarak hastadan alınacak rızanın hukuki geçerliliği için varlığı aranan hususlardır. Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 26.maddesi de aydınlatmanın kapsamında yer alması gereken hususlara ilişkindir²¹¹.

2009), 221; Akyıldız, *Sağlık Hukuku Rehberi*, 278; Çilingiroğlu, *Rıza*, 57; Ayan, *Tıbbi Müdahale*, 71; Özcanoğlu Görkey, *Hekimlik Sözleşmesi*, 54; Çakmut, *Tıbbi Müdahaleye Rıza*, 224.

²⁰⁸ Muhammed Demirel vd., *İstanbul Tıp Hukuku Kitabı* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024), 87.

²⁰⁹ Akyıldız, *Sağlık Hukuku Rehberi*, 278.

²¹⁰ Bilgilendirmenin Kapsamı - HHY m.15: *“Hastaya;*

a) Hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği,

b) Tıbbi müdahalenin kim tarafından nerede, ne şekilde ve nasıl yapılacağı ile tahmini süresi,

c) Diğer tanı ve tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile hastanın sağlığı üzerindeki muhtemel etkileri,

ç) Muhtemel komplikasyonları,

d) Reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve riskleri,

e) Kullanılacak ilaçların önemli özellikleri,

f) Sağlığı için kritik olan yaşam tarzı önerileri,

g) Gerekğinde aynı konuda tıbbi yardıma nasıl ulaşabileceği,

hususlarında bilgi verilir.”

Bilgi Vermenin Usulü - HHY m.18: *“Bilgi, mümkün olduğunca sade şekilde, tereddüt ve şüpheye yer verilmeden, hastanın sosyal ve kültürel düzeyine uygun olarak anlayabileceği şekilde verilir. Hasta, tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık meslek mensubu tarafından tıbbi müdahale konusunda sözlü olarak bilgilendirilir. Bilgilendirme ve tıbbi müdahaleyi yapacak sağlık meslek mensubunun farklı olmasını zorunlu kılan durumlarda, bu duruma ilişkin hastaya açıklama yapılmak suretiyle bilgilendirme yeterliliğine sahip başka bir sağlık meslek mensubu tarafından bilgilendirme yapılabilir. Hastanın kendisinin bilgilendirilmesi esastır. Hastanın kendisi yerine bir başkasının bilgilendirilmesini talep etmesi halinde, bu talep kişinin imzası ile yazılı olarak kayıt altına alınmak kaydıyla sadece bilgilendirilmesi istenilen kişilere bilgi verilir. Hasta, aynı şikâyeti ile ilgili olarak bir başka hekimden de sağlık durumu hakkında ikinci bir görüş almayı talep edebilir. Acil durumlar dışında, bilgilendirme hastaya makul süre tanınarak yapılır. Bilgilendirme uygun ortamda ve hastanın mahremiyeti korunarak yapılır. Hastanın talebi halinde yapılacak işlemin bedeline ilişkin bilgiler sağlık hizmet sunucusunun ilgili birimleri tarafından verilir”*

²¹¹ Hekimlik Meslek Etiği Kuralları madde 26- *“Hekim hastasını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır. Yapılacak aydınlatma hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir uygunlukta olmalıdır. Bilgiler hasta tarafından anlaşılabilir biçimde verilmelidir. Hastanın dışında bilgilendirilecek kişileri, hasta kendisi*

Aydınlatma, hastanın neye rıza gösterdiğini açıkça anlayacağı nitelikte olmalıdır²¹². Bu nedenle aydınlatmanın hastanın sosyal hayat şartları ve kültürel düzeyine uygun şekilde yapılması icap eder²¹³. Tıbbi müdahalenin içeriği, nerede ne şekilde gerçekleştirileceği, içerdiği riskler ve bunların gerçekleşme olasılığı, tıbbi müdahaleden beklenen sonuçlar ve yararları, tıbbi tedavinin gerçekleştirilmemesi halinde ortaya çıkabilecek tablo, tıbbi müdahalede ve sonrasında kullanılacak ilaçlar hakkında ve hekimin uygulayacağı tıbbi müdahaleye alternatif başka tedavi seçenekleri var ise bunlara ilişkin bilgilendirme yapılması genel olarak geçerli bir aydınlatılmış onamda aranan bilgilendirmenin kapsamını oluşturur²¹⁴.

Hekimin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmeden gerçekleştireceği tıbbi müdahale hastanın kendi geleceğini belirleme hakkını ihlal edeceğinden hekimin sorumluluğunu doğurur²¹⁵. Özellikle ameliyat gibi cerrahi operasyonlarda geçerli bir aydınlatma ve rızanın bulunmaması halinde, her ne kadar hekimin müdahaledeki yegâne amacı hastanın şifası olsa da, hastanın sadece tıbbi girişime katlanmış olması dahi maddi ve manevi zarar olarak kabul edilebilir²¹⁶.

Aydınlatmanın tıbbi müdahale öncesinde yapılması gereklidir²¹⁷. Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü 2.Bölümdeki “*Hastalara Ait On Dört Hak*” başlığı altında yer alan “4. Rıza Hakkı” maddesi içerisinde; ameliyat ya da tedaviye ilişkin risk, yan etki, alternatif durumlar gibi bilgileri en az 24 saat öncesinde verilmesi gerektiği düzenlenmiştir.

Süre için kanunda belli bir zaman aralığı öngörülmemişse de Hasta Hakları Yönetmeliği’nde *makul süre* kavramı kullanılmıştır. Bu düzenleme doğrultusunda aydınlatmanın, hastanın tıbbi

belirler. Sağlıkla ilgili her türlü girişim, kişinin özgür ve aydınlatılmış onamı ile yapılabilir. Alınan onam, baskı, tehdit, eksik aydınlatma ya da kandırma yoluyla alındıysa geçersizdir. Acil durumlar ile, hastanın reşit olmaması veya bilincinin kapalı olduğu ya da karar veremeyeceği durumlarda yasal temsilcisinin izni alınır. Hekim temsilcisinin izin vermemesinin kötü niyete dayandığını düşünüyor ve bu durum hastanın yaşamını tehdit ediyorsa, durum adli mercilere bildirilerek izin alınmalıdır. Bunun mümkün olmaması durumunda, hekim başka bir meslektaşına danışmaya çalışır ya da yalnızca yaşamı kurtarmaya yönelik girişimlerde bulunur. Acil durumlarda müdahale etmek hekimin takdirindedir. Tedavisi yasalarla zorunlu kılınan hastalıklar toplum sağlığını tehdit ettiği için hasta veya yasal temsilcisinin aydınlatılmış onamı alınmasa da gerekli tedavi yapılır. Hasta vermiş olduğu aydınlatılmış onamı dilediği zaman geri alabilir.”

²¹² Hakeri, *Tıp Hukuku Genel Hükümler*:394; Demirel vd., *İstanbul Tıp*, 67; Hüseyin Cem Barlıoğlu, *Defansif Tıp Unsuru Olarak Tıbbi Malpraktis*, 3. bs (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 64.

²¹³ “Hekim, hastanın kültürel, toplumsal ve psikik durumunu göz önünde tutarak bilgilendirme yapmalıdır.” Köksal Bayraktar, *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu* (İstanbul, 1972), 128. Ayrıca Bkz. Yargıtay 3.HD, 9693 E. 9450 K. ve 04.10.2021 tarihli kararı.

²¹⁴ Mehmet Ayan, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk*, 71 vd.; Çetin Aşçıoğlu, *Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar*, 27; Yakup Oruç, Özgür Arıkan, ve Melike Yaman, “Hekimin Aydınlatma. Yükümlülüğü”, *Tıp Hukuku Dergisi* 7, sy 14 (2018): 224-36; Cüneyt Çilingiroğlu, *Tıbbi Müdahaleye Rıza*, 63 vd.

²¹⁵ Çakmut, “Tıpta Aydınlatma ve Rıza”, içinde *Roche Sağlık Hukuku Günleri - Tebliğler*, 1. bs (İstanbul: Deniz Ofset Matbaacılık ve Ambalaj Sanayi, 2007), 11; Şenocak, *Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu*, 44-45.

²¹⁶ Aşçıoğlu, a.g.e., 100; Hakeri, *Tıp Hukuku Genel Hükümler*:405.

²¹⁷ Demirel vd., *İstanbul Tıp*, 91; Subaşı, *Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü*, 60.

müdahale üzerine düşünüp karar kılabilceği, yakınları ile bu durumu değerlendirebileceği makul bir süre öncesinde yapılması uygun kabul edilebilir²¹⁸.

Aydınlatma ve rıza için herhangi bir şekil koşulu öngörülmemişse de²¹⁹, aydınlatmanın yapılıp onamın alındığının ispatı bakımından her ikisinin de yazılı belgeye dökülmüş olması hekimler için önemli bir dayanak olacaktır²²⁰. Zira Yargıtay, aydınlatma ve rızaya ilişkin ispat külfetinin hekime ait olduğu görüşündedir²²¹.

Aydınlatmanın matbu metne dökülmüş şekilde değil, hastaya özel şekilde yapılması beklenir²²². Uygulamada ise aydınlatma ve rıza, tıbbi müdahaleye ilişkin gerekli aydınlatmanın hekim tarafından yapıldığına dair matbu onam formları vasıtasıyla gerçekleştirilmektedir. Ne var ki, bu aydınlatma ve dolayısıyla hastanın rızası ispat açısından yetersizdir²²³.

Hastanın rızası, tıbbi müdahale öncesinde yahut en geç müdahale esnasında alınmalıdır²²⁴. Hastanın rıza açıklamasını müdahale sonrasında yapması bu müdahaleyi hukuka uygun hale getirmeyecektir. Diğer bir anlatımla, hekimin cezai sorumluluğu devam edecek, yalnızca hekimin tazminata ilişkin sorumluluktan kurtaracaktır²²⁵.

Hastanın rızasının geçerliliği ancak kendi vücudu üzerinde gerçekleştirilecek tıbbi müdahalenin mahiyeti ve neticelerini anlayabilecek idrak düzeyinde olmasına, yani rıza bildirimi için ehil olmasına bağlıdır²²⁶. Hasta Hakları Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair

²¹⁸ İlhan Subaşı, *Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü – Aydınlatılmış Onam – Tazminat Sorumluluğu*, 60; Mehmet Ayan, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk*, 83; Hakan Hakeri, *Tıp Hukuku (2 Cilt)*, 2024, Cilt I: Genel Hükümler:461; Çilingiroğlu, *a.g.e.*, 71; Ayşe Betül Özcanoglu Görkey, *Hekimlik Sözleşmesi Ve Hekimin Tazminat Sorumluluğu - Borçlar Hukuku Monografileri -*, 58.

²¹⁹ TŞSTİDK madde 70: “...Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır.” düzenlemesi ile büyük ameliyatlara ilişkin rızanın yazılı olmasını aramaktadır. Ayrıca TMK 23/3 hükmü, insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve naklini yazılı rızanın varlığı halinde mümkün kılmıştır. Nitekim, Bilgilendirilmiş Rıza Yönetmeliği Taslağı madde 10 düzenlemesi de: Küçük cerrahi müdahaleler, büyük cerrahi müdahaleler, üremeye ilişkin prosedürler (bazı durumlarda), organ bağışı, radyolojik tedavi, kanser için radyasyon tedavisi, elektrokonvulsiv tedavi, deney prosedürleri, kemoterapi, hastaya önemli derecede zarar verecek herhangi bir uygulama, HIV testi (Bazı durumlarda) hallerinde bilgilendirilmiş rıza formu içerisinde hastanın imzasının aranacağını söyler.

²²⁰ Hakeri, *Tıp Hukuku Genel Hükümler*:472; Özcanoglu Görkey, *Hekimlik Sözleşmesi*, 58; İlhan Subaşı, *Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü – Aydınlatılmış Onam – Tazminat Sorumluluğu*, 1. bs (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), 58.

²²¹ Bkz. Yargıtay 13. HD, 12837 E. 13884 K ve 20.11.2007 t.; Yargıtay 13. HD 10057 E. 13842 K. 19.10.2006 tarihli kararları.

²²² Hakeri, *Tıp Hukuku Genel Hükümler*:469; Subaşı, *Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü*, 169;

²²³ Hakeri, *Tıp Hukuku Genel Hükümler*:470; Çakal, *Türk Özel Hukukunda Tıbbi Müdahaleye Rıza*, 142.

²²⁴ Yenerer Çakmut, *Tıbbi Müdahaleye Rıza*, 225; İlhan Gülel, *Tıbbi Müdahalede Rıza*, 1. bs (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018), 156; Çilingiroğlu, *a.g.e.* 53.

²²⁵ Aşçıoğlu, *Tıbbi Yardım*, 39; Hakeri, *Tıp Hukuku Genel Hükümler*:528; İlhan Gülel, *Tıbbi Müdahalede Rıza*, 156; Yavuz İpekyüz, *a.g.e.*, 29.

²²⁶ Özdemir, *Teşhis ve Tedavi*, 125; Hakeri, *Tıp Hukuku Genel Hükümler*:530, Çakal, *Türk Özel Hukukunda Tıbbi Müdahaleye Rıza*, 172.

Yönetmelik²²⁷ ile HHY 4.madde devamında f bendi ile rıza vermeye ilişkin düzenlemeye gidilmiş ve “Yeterlik” başlığını taşıyan ilgili maddede rıza vermeye ehil olma hali, “*Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan onay verenin önerilen tıbbi müdahalede karşılaşılabileceği ya da reddettiğinde doğabilecek sonuçları makul bir şekilde anlama ve değerlendirme yeteneğine sahip olma hali*” olarak tanımlanmıştır.

Ayırt etme gücüne sahip olmayan kişilerin, yapılacak müdahalenin kişinin yararına olması şartıyla yasal temsilcilerinin rıza beyanında bulunabileceği kabul edilir²²⁸. TŞSTİDK 70.maddesi, “*Tabipler, dış tabipleri ve dışçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatını alırlar.*” Hükmüne göre de hastanın küçük veya kısıtlı olması halinde veli ya da vasi izni aranır²²⁹.

1.2.3. Endikasyon

Endikasyon, bir tıbbi girişimin tıp bilimi verilerine göre gerekli yahut zorunlu olmasını ifade eder²³⁰. Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olması için endikasyon varlığı şart olup, bu müdahalenin kanunen öngörülmüş amaçlar doğrultusunda olması gerekir²³¹. Tıbbi müdahaleyi meşru kılan amaçlar, bir hastalık tanısı koyma, tedavi, önleme, acıyı hafifletme ve dindirme ve nüfus planlaması olarak sayılmaktadır²³².

Endikasyona ilişkin mevzuattaki düzenlemelere bakılacak olursa:

Hasta Hakları Yönetmeliği madde 12: “Teşhis, tedavi veya korunma maksadı olmaksızın, ölüme veya hayati tehlikeye yol açabilecek veya vücut bütünlüğünü ihlal edebilecek veya akli veya bedeni mukavemeti azaltabilecek hiçbir şey yapılamaz ve talep de edilemez.”

HHY 5/d: “Tıbbi zorunluluklar ve kanunlarda yazılı haller dışında, rızası olmaksızın kişinin vücut bütünlüğüne ve diğer kişilik haklarına dokunulamaz.”

²²⁷ 8 Mayıs 2014 tarih ve 28994 sayılı RG’de yayımlanmıştır.

²²⁸ Hatırnaz Erol, a.g.e., 222; Özcanoglu Görkey, *Hekimlik Sözleşmesi*, 67; Hakeri, *Tıp Hukuku Genel Hükümler*:530; Şenocak, *Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu*, 38; Aşçıoğlu, *Tıbbi Yardım*, 26; Çakal, *Türk Özel Hukukunda Tıbbi Müdahaleye Rıza*, 172; Ayan, *Tıbbi Müdahale*, 11.

²²⁹ Aşçıoğlu, *Tıbbi Yardım*, 40; Hatırnaz Erol, a.g.e., 222.

²³⁰ Çakmut, “Tıpta Aydınlatma ve Rıza”, 5; Altunkaş, “Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Koşulları”, 60; Hakeri, *Tıp Hukuku Genel Hükümler*:682; Savaş, *Tıbbi Müdahale Hataları*, 40.

²³¹ Çakmut, “Tıpta Aydınlatma ve Rıza”, 5.

²³² Çilingiroğlu, *Tıbbi Müdahaleye Rıza*, 18,19; Altunkaş, “Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Koşulları”, 60; Savaş, *Tıbbi Müdahale Hataları*, 30.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi 13/3: “Tabip ve diş tabibi; teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın, hastanın arzusuna uyarak veya diğerk sebeplerle, akli veya bedeni mukavemetini azaltacak herhangi bir şey yapamaz.”

Üst norm olan Anayasa m. 17/2:“Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.” düzenlemesi, tıbbi müdahalenin onu meşru kılacak bir endikasyona dayanması gerektiğini ifade eder.

Yasal düzenlemeler her ne kadar tıbbi girişimin meşruluğı için tıbbi gerekliliğı işaret etse de endikasyon şartı ile yalnızca *tıbbi endikasyon* anlaşılmamalıdır. Tıbbi girişimlerin hukuka uygun olması için yalnızca tıbbi endikasyona dayanması gerektiğı yönündeki görüş değıřmiř²³³ ve özellikle modern cerrahinin gelişimiyle artık iyileştirme, tanı, ağrı dindirme gibi amaçları bulunmasa dahi *sosyal veya psikolojik endikasyona* dayanabileceğı kabul edilmektedir²³⁴. Bu anlamda sıkça gerçekleştirilen estetik ameliyatların, sünnet operasyonlarının, tıbbi zorunluluk olmaksızın yapılan sterilizasyon gibi girişimlerde aydınlatılmış hastanın rızasının, endikasyon yokluğunu doldurarak müdahaleyi hukuken meşru zemine taşıdığı savunulmaktadır²³⁵.

Hekimlerin tıbbi malpraktis davalarına karşı kendilerini koruma adına tıbben gerek olmadığı halde gerçekleştirilen tetkik ve müdahaleler, *pozitif defansif tıp* olarak değerlendirilmekte ve endikasyon eksikliğı sebebiyle hukuka aykırı kabul edilmektedir²³⁶.

Sonuç itibarıyla; endikasyonun hekimin müdahalesini hukuken meşru kılan bir unsur olması sebebiyle, tıbbi girişimin tıbbi, sosyal yahut psikolojik endikasyon dayanağı olmadan gerçekleşmesi halinde müdahale hukuka aykırı olacaktır²³⁷. Hiçbir endikasyonun var olmadığı durumda sadece kişinin rızasının mevcudiyeti, tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getirmeye yeterli olmayacaktır²³⁸²³⁹.

²³³ Işıl Güney Tunalı, *Hekimin Tıbbi Müdahalede Bulunma Yüğümlülüğünün Sınırları*, 1. bs (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), 338, dn.393.

²³⁴ Aysun Altunkaş, “Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Koşulları”, 61; Sunay Akyıldız, “Tıbbın Uygulanmasından Doğan Tazminat Davaları ve Temel Unsurları”, sy 1 (2012): 209; Hakan Hakeri, *Tıp Hukuku Genel Hükümler*:686.

²³⁵ Sunay Akyıldız, *Sağlık Hukuku Rehberi*, 261; Aysun Altunkaş, “Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Koşulları”, 61; Işıl Güney Tunalı, *Hekimin Tıbbi Müdahalede Bulunma Yüğümlülüğünün Sınırları*, 338 vd.; Serkan Çınarlı ve Aykut Cemil Aykın, *Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğu*, 274.

²³⁶ Hakeri, *Tıp Hukuku Genel Hükümler*:185.

²³⁷ Hakeri, Genel Hükümler:686; Tunalı, *Hekimin Tıbbi Müdahalede Bulunma Yüğümlülüğünün Sınırları*, 338; Serkan Çınarlı ve Aykut Cemil Aykın, *Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğu*, 275.

²³⁸ Hakeri, *Tıp Hukuku Genel Hükümler*:686; Tunalı, *Hekimin Tıbbi Müdahalede Bulunma Yüğümlülüğünün Sınırları*, 342.

²³⁹ Alman Yüksek Mahkemesi’nin “diş çekme” kararında; Muhammed Demirel vd., *İstanbul Tıp Hukuku Kitabı*, 111.

1.2.4. Müdahalenin Tıp Bilimi Güncel Verilerine Uygun Olması

Bir müdahalenin hukuka uygun tıbbi müdahale olarak kabulü, bunun tıp bilimi ve uygulamasının güncel verilerine yani tıbbi standarda uygun şekilde özenle icra edilmesi koşuluna bağlıdır²⁴⁰.

Hekim, hastada teşhis ettiği sağlık sorununun tedavisi için izleyeceği yöntemi serbestçe seçme hakkını haiz olduğu kabul edilse de bu serbestinin ölçütü tıp biliminin genel olarak kabul görmüş esaslarıdır²⁴¹. Tedavisinde öğreti ve pratikte kabul görmüş kaide ve yöntemlerden ayrılan hekim, bu tercihini objektif nedenlere dayandırabilmelidir²⁴².

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi madde 13 hükmü de hekimin tıbbi müdahalesinde tıp biliminin ilke ve kurallarına riayet etmesi gerekliliğini içerir.

Hekim, müdahalesi esnasında tıbbi standartlara riayet etmelidir²⁴³. “Güncel tıp biliminin bilgi birikim düzeyi ile bir tıbbi tedavinin amacına ulaşabilmesi için ve deneysel tıp alanında da kanıtlanıp, benimsenmiş olan deneyimlere dayalı mevcut durum” olarak tanımlanan²⁴⁴ tıbbi standart, hekimler için bir ölçüttür. Hekimin tıp bilimindeki gelişmeleri ve yenilikleri takip etmesi gerekir; fakat bu yükümlülüğü sınırsız ve katı şekilde kabul etmek doğru olmayacaktır. Zira, hekimlerin koşulları bulundukları ülke şartlarına, zamana, uzmanlık alanlarına göre değişim göstermektedir²⁴⁵.

Yargıtay da verdiği kararlarla hekimlerin tıbbi standardı takip etmesi gerektiğine işaret etmektedir: “Hekim tıbbi çalışmalarda bulunurken bazı mesleki şartları yerine getirmek, hastanın durumuna değer vermek ve geniş bir anlatımla tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamakla görevlidir.”²⁴⁶

²⁴⁰ Çakmut, *Tıbbi Müdahaleye Rıza*, 38; Çilingiroğlu, *a.g.e.*, 33; Ayan, *Tıbbi Müdahale*, 12; Savaş, *Tıbbi Müdahale Hataları*, 42.

²⁴¹ Hakeri, *Tıp Hukuku Genel Hükümler*:699; Çakmut, *Tıbbi Müdahaleye Rıza*, 38; Ayan, *Tıbbi Müdahale*, 12; Gültezer Hatırnaz Erol, *Özel Hastaneler*, 172.

²⁴² Selahattin Keyman, “Hekimin Cezai Sorumluluğu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 35, sy 1 (1978): 82.

²⁴³ Savaş, *Tıbbi Müdahale Hataları*, 42.

²⁴⁴ Zeynep Nur Subaşı, “Hekimin Tıbbi Takdir Yetkisi”, içinde *İv. Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi*, 1. bs (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018), 33.; Carsten, DÄBI 1989, A2431, 2432, L/U-LAUFS, §3, kn. 16, dn.38

²⁴⁵ Özlem Yenerer Çakmut, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, 38.

²⁴⁶ 4. HD, 29.06.1977, 2876/5612, Aşçıoğlu, *Tıbbi Yardım*, 83.; “Sol gözde tali glukom müşadade altında alınan ve acilen hastahaneye yatırılan davacıya uygulanan sıklodializ ameliyatının teşhis edilen hastalığa göre bütün dünyada uygulanan bir ameliyat şekli olduğu ve davacının sözüne iddia edildiği gibi yanlış enjeksiyon yapılmadığı ve ameliyat sırasında ve sonra yapılan müdahalelerin ilim ve fenne uygun bulunmasına...” Danıştay 12.D. 26.11.1967,3277, Aşçıoğlu, *Tıbbi Yardım*, 83,84

2. TIBBİ MALPRAKTİS VE KOMPLİKASYON

Malpraktis ile komplikasyon ayrımı hekimlerin hukuki sorumluluklarının tespiti bakımından hayati önemi haizdir. Bunun nedeni, hekimlerin tıbbi malpraktisin varlığı halinde sorumlulukları söz konusu iken komplikasyon halinde sorumlu olmayacaklarının kabulüne dayanmaktadır²⁴⁷.

2.1. Komplikasyon

Tıbbi girişimlerin her biri mahiyetleri itibariyle hastalar için belirli oranlarda risk taşımaktadırlar²⁴⁸. Hekimin ihmal ya da hatası olmaksızın, azami dikkat ve özene rağmen ortaya çıkabilecek zarara ilişkin riskler, tıbbi müdahalelerin olağan riskleri olarak kabul edilir²⁴⁹. Söz konusu bu riskler “*izin verilen risk*” sınırları dahilinde kalıyor ise komplikasyon olarak değerlendirilecektir²⁵⁰. En yalın haliyle komplikasyon, tıp bilimi verilerine uygun olarak hareket edilmesine ve gereken önlemler alınmasına rağmen, benzer başkaca tıbbi girişimlerde de vuku bulma ihtimali olan fakat hastanın sağlığı için göze alınan tıbbi girişim sonucu ortaya çıkan olumsuz durumlardır²⁵¹.

Modern hukuk sisteminde meslek icra edenlerin sorumluluğuna özgü hükümler öngörülmemekte, kusura dayalı genel sorumluluğa gidilmektedir²⁵². Buna dayalı olarak, hekimlik mesleğine ilişkin sorumluluk da kusurlu uygulama hatasından doğacak olup, meydana gelen bir *komplikasyon* hekimin sorumluluğuna sebebiyet vermeyecektir²⁵³.

Komplikasyon var ise tıbbi uygulama hatası ve hekimin yahut idarenin sorumluluğu bahis konusu olmaktan çıkmaktadır. Ne var ki, öngörülebilir bir komplikasyon, hekimin özen eksikliği sebebiyle öngörülmemiş, buna ilişkin hasta aydınlatılarak hastanın rızası alınmamış, tedbir alınmamış ve ortaya çıktığında da olumsuz etkilerini bertaraf etme adına gerekenler yapılmamış yahut eksik yapılmışsa burada hekimin kusurundan bahsedilecektir²⁵⁴.

²⁴⁷ Zeynep Özcan ve Ayşe Betül Özcanoglu Görkey, “Yargıtay İçtihatları Işığında Malpraktis Komplikasyon Ayrımına Bağlı İspat Sorunları”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 8, sy 16 (Aralık 2020): 289.

²⁴⁸ Fatih Birtok, “Tıbbi Müdahaleler Açısından Komplikasyon-Malpraktis Ayrımı”, *İstanbul Barosu Dergisi* 81, sy 5 (Eylül 2007): 2001; Özcan/Özcanoglu Görkey, *a.g.m.*, 289.

²⁴⁹ Hakeri, *Malpraktis-Komplikasyon*, 23; Özcan/Özcanoglu Görkey, *a.g.m.*, 295.

²⁵⁰ Birtok, *a.g.m.*, 2001.

²⁵¹ Gökcan, *a.g.e.*, 74; Aykut Cemil Aykın, “Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluk Şartları ve Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Zararlarda Tıbbi Uygulama Hatası - Komplikasyon Ayrımı”, *Terazi Hukuk Dergisi* 11, sy 119 (Temmuz 2016): 56-76.

²⁵² Aşçıoğlu, *Tıbbi Yardım*, 5; Hakeri, *Tıp Hukuku*, 613.

²⁵³ Hakeri, *Tıp Hukuku*, 613.

²⁵⁴ Hasan Tahsin Gökcan, *a.g.e.*, 546; Demir, “Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu”, 247.

Hekim ile hastası arasında büyük çoğunlukla bir vekalet sözleşmesi olduğu için²⁵⁵, hekim yalnızca iş görme edimini özenle yerine getirmekle yükümlü olup, neticenin elde edilip edilmemesinden sorumlu olmayacaktır²⁵⁶. Bu anlamda hekimin esas görevi hastayı mutlak şifaya kavuşturma değil, tıp biliminin kabul ettiği tedavi yöntemler doğrultusunda özenle iş görmektir²⁵⁷.

Oraya çıkan olumsuz durumun komplikasyon olması nedeniyle hekimin sorumluluğuna gidilmediği hallerde, komplikasyona yapılacak müdahale de sorumluluğun belirlenmesi açısından önemlidir. Komplikasyon yönetiminin başarılı olmadığı hallerde, komplikasyona yapılması gereken müdahaleler tıbbi standart çerçevesinde yapılmamış kabul edilip, hekimi bir malpraktis sorumluluğu ile karşı karşıya getirecektir²⁵⁸. Yani, komplikasyon sebebiyle hekime sorumluluk yöneltilemeyecek ve fakat komplikasyon yönetiminin başarısızlığı halinde sorumluluğu gündeme gelecektir²⁵⁹.

Hekimin, aydınlatma yükümlülüğünün gerektirdiği şekilde, hastada vuku bulması muhtemel komplikasyonlar hakkında hastayı bilgilendirmesi ve hastanın aydınlatılmış rızasını alması, bir komplikasyonun gerçekleşmesi ihtimalinde hekimi sorumluluktan kurtaracaktır²⁶⁰.

²⁵⁵ Bkz. Bölüm I/ 2/ 2.2.3.

²⁵⁶ Yargıtay 4.HD., 29.06.1967 T., 2876/5612 sayılı kararı şu şekildedir: “*Hekim tedavisini ya da ameliyatını deruhte ettiği hastayı yüzde yüz iyileştirme yükümlülüğü altında değildir. Bütün sorun, hekimin tıp kural ve gereklerine uygun davranıp davranmadığı yönünü tespit etmektir. Eğer bir hekim, tıp ilminin öngördüğü ve yapılmasını gerekli kıldığı kurallara ve tıbbi tedavi yöntemlerine uygun hareket etmiş ise artık eylem ve davranışının hukuka aykırılığı iddia edilemeyeceğinden, tedavi ve ameliyat sonucu hasta iyileşmemiş olsa dahi hekimin bundan sorumlu tutulması mümkün değildir.*”

²⁵⁷ Yargıtay 13. HD., 1994/8557 E., 1994/2138 K., 04.03.1994 T.: “*Dava temelini vekillik sözleşmesi oluşturduğunda asla duraksama söz konusu değildir. Eşdeyişle dava, davalı doktorların vekillik sözleşmesinden kaynaklanan özen borcuna aykırılık olgusuna dayanmaktadır (BK. m. 386,390)Vekil, işgörürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden değil de, bu sonuca ulaşmak için yaptığı uğraşların özenle görülmemesinden sorumludur. Vekilin sorumluluğu, genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır (BK. m. 390/II). Vekil, işçi gibi özenle davranmak zorunda olup hafif kusurundan bile sorumludur (BK. m. 321/I). O nedenle doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları (Hafif de olsa) sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Doktorlar, hastalarının zarar görmemesi için yalnız mesleki değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek zorundadırlar. Doktor, tıbbi çalışmalarda bulunurken bazı mesleki şartları yerine getirmek, hastanın durumuna değer vermek, tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamak, tedaviyi her türlü ihtiyat tedbirlerini alarak yapmak zorundadır. Doktor, ufak bir tereddüt gösteren durumlarda bu tereddüdü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada koruyucu tedbirler almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında seçim yaparken, hastanın özelliklerini göz önünde tutmalı, onu gereksiz risk altına sokmamalı, en emin yolu tercih etmelidir (Bkz. Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cild, Ank. 1982, Sh. 236 vd.) .Gerçekte de mesleki bir iş gören; doktor olan vekilden ona güvenen müvekkil titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemekte haklıdır. Titiz bir özen göstermeyen vekil BK. 394/I uyarınca vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır.*”

²⁵⁸ Özcan/Özcanoglu Görkey, a.g.m., 305.

²⁵⁹ Aykın, a.g.m, 56-76.

²⁶⁰ Pervin Somer, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, içinde *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası I.Sağlık Hukuku Sempozyumu* (İstanbul: On İki Levha Yayınları, (2011), 42.

2.2. Tıbbi Malpraktis Tanımı

Malpraktis, kelime olarak “kötü uygulama” anlamına gelmektedir²⁶¹. Tıbbi malpraktis ise en yalın haliyle, hekimin tıbbi müdahalelerinde ihmal, bilgisizlik, tecrübesizlik yahut beceri eksikliği sebebiyle yaptığı hatalara dayalı oluşan zarar olarak ifade edilebilir²⁶².

Türk Tabipler Birliği Meslek Etiği Kuralları madde 13 içerisinde malpraktis tanımı, “*Bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeniyle bir hastanın zarar görmesi "hekimliğin kötü uygulaması"* şeklinde yapılmıştır. Bu tanımlamada yer alan “ilgisizlik” ihmali davranış olarak ele alınacağı için, malpraktisin her zaman icrai hareketlere dayalı gerçekleşmeyeceği, ihmali davranışların da malpraktis olarak değerlendirilebileceği görülmektedir²⁶³. Özellikle, hekimin hastasını potansiyeli davacı olarak görmesi neticesinde kendisini muhtemel bir davadan korumaya yönelik hareket etmesi, söz gelimi; yapılması gerekli bir müdahaleyi riskli olması sebebiyle icradan kaçınması gibi defansif tıp davranışına yönelmesi de hekim açısından sorumluluk doğurmaktadır. *Pozitif defansif tıp* olarak adlandırılan; hekimin kendisini açılacak davalara karşı güvenli bir alanda tutmak için fazla korumacı ya da çekingen davranarak tanı ve tedavi için gereği olmayan tıbbi uygulamaları kullanması, endikasyonun yokluğu sebebiyle hukuka aykırılık oluşturacak; hastaya gerektiği halde müdahale etmekten kaçınmayı tanımlayan *negatif defansif tıp* durumlarında ise hekimin kast sebebiyle sorumlu tutulabilecektir²⁶⁴. Hekimin hastaya gerçekleştirdiği müdahale hatalı tıbbi uygulama olarak değerlendirilirse hekimin sorumluluğu taksir sorumluluğundan ibaret olacakken, defansif tıp uygulamasında hekimin kasti hareketi söz konusu olduğu için sorumluluğu da kast sorumluluğu olacaktır²⁶⁵.

Malpraktise sebep olan tıbbi hataların tasnifi başlıklar halinde şu şekilde yapılmaktadır²⁶⁶:

1. Sağlık Hizmeti Sürecindeki Hatalar: Bilgilendirme hatası, teşhis/tanı hatası, tedavi yöntemine ve uygulamasına dair hata, tedavi sonrası sağlık hizmetine dair hata

²⁶¹ Recep Gülşen, “Hekimin Malpraktisten Kaynaklanan Cezai Sorumluluğu”, *Tıp Hukuku Dergisi* 1, sy 1 (Nisan 2012): 44; Fahri Ovalı, “Tıbbi Malpraktis”, *Bursa Barosu Dergisi* 46, sy 116 (Haziran 2021): 51.

²⁶² Gülşen, a.g.m., 44; İ. Hamit Hancı, *Malpraktis (Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu)*, 3. bs (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2006), 30.

²⁶³ Barlıoğlu, a.g.m., 26; M. Gökhan Türe ve Oğuzhan Türe, “Hekimin Hizmetten Çekilme Hakkı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2017, 337.

²⁶⁴ Hakeri, *Genel Hükümler*:185.

²⁶⁵ Gökcan, a.g.e., 485; Hakeri, Genel Hükümler:185; Büşra Şahin ve Özgü Alçalı, “Defansif Tıp Kavramı ve Defansif Tıbbi Uygulamaların Hekimin Hukuki Sorumluluğu Kapsamında Değerlendirilmesi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 1, sy 41 (2020): 497.

²⁶⁶ Gökcan, a.g.e., 488.

2. Tedavi Hizmetinin Organizasyonuna İlişkin Hatalar: Sağlık kurumunun organizasyonu ile ilgili hatalar, tedavi hizmetinin organizasyonu ile ilgili hatalar, mekanik arızalar, tedavi sürecinde oluşan dolaylı zararlar.
3. Tedaviden kaçınma veya gecikme hataları.

Malpraktisin konusu olan suç yahut haksız fiil teşkil eden fiiller özünde hukuk düzeni içerisinde kabul gören “*genel davranış kuralları*”na, daha spesifik olarak da “*özen yükümlülüğü*”ne aykırılık teşkil eder²⁶⁷. Özen yükümlülüğünün tespiti açısından; uygulamada ihtisas eğitimi devam etmekte olan bir hekimin özen yükümlülüğünün belirlenmesinde, aynı alanda tecrübeli bir uzman hekimin bilgi-beceri durumu değil, asistan hekimle aynı şartlardaki bir başka asistan hekimin durumu ölçüt kabul edilmektedir²⁶⁸.

2.3. Tıbbi Malpraktis- Komplikasyon Ayrımı

Bir önceki başlık altında belirttiğimiz gibi, hekim “izin verilen risk” olarak kabul edilen alanda gerçekleşen komplikasyondan sorumlu olmazken; dikkatsizlik, özensizlik, tecrübe eksikliği gibi sebeplere dayalı hatalı tıbbi uygulama ile gerçekleşen malpraktis, hekimin sorumluluğunu doğuracaktır.

Hekime, tıbbi müdahalesi sebebiyle sorumluluk yüklenip yüklenemeyeceği hususundaki incelemede en belirleyici unsur kusur varlığıdır²⁶⁹. Hekimin tıbbi girişimi sonucu hastada oluşan zarar hekimin kusur içeren müdahalesiyle ortaya çıkmış olmalı ve hekimin kusuru ile oluşan zarar arasında illiyet bağı bulunmalıdır.

Hastada ortaya çıkan zararın bir komplikasyona dayanması durumunda şayet hekim üzerine düşen dikkat ve özen borcunu gereği gibi yerine getirmiş ise zarara ilişkin sorumluluğu bulunmayacağı için, hastanın oluşan zararın tazmini için bu zararın bir komplikasyon değil malpraktis sebepli olduğunu iddia etmesi söz konusu olabilir. Bu ihtimalde hekşm ya da hastane oluşan zararın tüm dikkat ve özene rağmen bilinmesi, öngörülmesi mümkün olmayan bir tıbbi komplikasyondan kaynaklandığını ispat etmesi gerekecektir²⁷⁰. Hekimin doğrudan doğruya bir malpraktis iddiası karşısında ise yaptığı tıbbi müdahalenin malpraktis niteliği taşımadığı, tıbbi

²⁶⁷ Gökcan, *a.g.e.*, 477.

²⁶⁸ Hakeri, *Özel Hükümler*:1217.

²⁶⁹ Nur Yücel Sarıbaş, *Hekimin Tıbbi Uygulama Hatalarından Doğan Hukuki Sorumluluğu*, 1. bs (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2021), 83.

²⁷⁰ Zeynep Özcan, “Malpraktis - Komplikasyon Ayrımının Önemi”, içinde *Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi (Aralık 14, 2018 Bezmialem Vakıf Üniversitesi Dragos Hastanesi)* (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2018), 210.

müdahale ile zarar arasında bir illiyet bağı bulunmadığı ve -şayet vaka özelinde bu iddia mümkün olabileceksen- ortada bir zarar olmadığı savunmasını yaparak bunu ispata çalışabilir²⁷¹.

3.TIBBİ MALPRAKTASTAN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLAR

Malpraktisin gerçekleşmesi halinde, buna bağlı vuku bulan uyuşmazlıkların hukuki, cezai yahut idari yönü oluşabilmektedir²⁷². Her biri oluşumu için birbirinden farklı koşulları gerektirdiği için ayrı başlıklar altında konuların özüne kısaca değinilmeye çalışılacaktır:

3.1. Tıbbi Malpraktis Kaynaklı Hukuki Uyuşmazlıklar

Hastanın herhangi bir sağlık kuruluşuna bağlı olmaksızın mesleğini serbestçe icra eden bir hekime başvurarak aralarında hekimlik sözleşmesi akdedildiği ilişki ve hastanın özel sağlık kuruluşuna başvurarak hastaneye kabul sözleşmesinin tarafı olduğu hukuki ilişkide hastanın malpraktis sebebiyle uğradığı zararın tazmini, malpraktisten kaynaklanan hukuki uyuşmazlık olarak kategorilendirilebilir.

Hastanın bağımsız çalışan hekime ya da özel sağlık kuruluşuna uğradığı zarar sebebiyle yönelteceği tazminat talepleri ile zarar gören hastanın, hekim yahut özel sağlık kurulu ile sigorta şirketleri arasındaki rücu sistemine dayalı başvurular malpraktisten kaynaklanan hukuki uyuşmazlıklardandır²⁷³.

3.2. Tıbbi Malpraktis Kaynaklı Cezai Uyuşmazlıklar

Hekimlerin faaliyet alanı esas olarak Anayasa ile dokunulmazlığı koruma altına alınmış olan vücut bütünlüğü olduğu ve tıbbi hizmetlerin her biri de kendi içerisinde belli oranda risk içerdiği için hekimlerin ceza sorumluluğu ile yan yana durması kaçınılmaz olmaktadır²⁷⁴.

Modern ceza hukuku, kusur sorumluluğunu, yani kimsenin kusursuz cezalandırılmayacağı ilkesini benimser²⁷⁵. Yalnızca neticeye dayalı bir sorumluluk kabul edilemez. Hukuk düzenini ihlal eden söz konusu haksız davranışın tespitinin ardından ortaya çıkan haksızlığın bir kusura dayanıp dayanmadığı incelenir²⁷⁶.

²⁷¹ Özcan, a.g.e. 211.

²⁷² Hafize Zülal Şaylan, “Tıbbi Malpraktisten Doğan Hukuki Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk” (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2022), 14.

²⁷³ Şaylan, a.g.t, 15.

²⁷⁴ Ceyda Ümit, “Hekimlerin Mesleklerinin Uygulanmasından Doğan Ceza Sorumluluğu”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, sy 32 (2017): 197.

²⁷⁵ Murat Volkan Dülger, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2. bs (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 82-83.

²⁷⁶ Ümit, a.g.m., 199.

Hekimin, aydınlatılarak rızası alınmış hastanın endikasyonuna uygun ve tıp bilimi güncel verileri doğrultusunda gerçekleştirdiği tıbbi müdahalenin ‘yaralama’ eyleminden ayrılacağından “Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygun Olması” başlığında bahsetmiştik. Tıbbi müdahaleyi hukuken meşru kılan bu koşullardan birinin yokluğunda ise, hekimin tıbbi müdahaleden dolayı ceza sorumluluğu doğar.

Hekimlerin tıbbi müdahalelerini şifa amacıyla gerçekleştirdikleri kabul edildiği için tıbbi girişimleri dolayısıyla kasten yaralama yahut kasten öldürme suçlarının faili olmaları çok istinai olarak rastlanabilecek ihtimallerdir; bu nedenle hekimlerin sorumluluğu daha ziyade taksirli eylemler bakımından gündeme gelmektedir²⁷⁷. Kısacası hekimlerin malpraktise dayalı ceza sorumluluğunun temelinde taksir kusuru bulunmaktadır²⁷⁸.

Uygulamada hekimlerin ceza sorumluluğunu genellikle taksirle öldürme ya da taksirle yaralama suçları doğurmakta, zaman zaman insan üzerinde deney ve deneme, çocuk düşürtme, kısırlaştırma, görevi ihmal gibi suçlar da söz konusu olabilmektedir²⁷⁹.

Hekimin tıp mesleğinin icrası dolayısıyla işleyebileceği suçların yanında, kişinin beden ve ruh sağlığı ile ilgili anormal bir durumu önlemeye, ortadan kaldırmaya, hafifletmeye yönelik tıbbî işlemlerin yapılması sırasında ortaya çıkabilecek suçlara da rastlanabilmektedir.

Kamu kurum ve kuruluşlarında görev yapan hekimlerin görevlerine ilişkin suçlar ve ceza soruşturmaları bakımından 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması hakkında Kanun uygulanmaktaydı²⁸⁰. Bu kanuna göre kamu kurum ve kuruluşlarında görevini icra eden hekimler hakkında idari mercii izni olmaksızın doğrudan soruşturma yapılarak dava açılması mümkün değildi. 27/05/2022 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanan 7406 sayılı kanun ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu’na getirilen Ek Madde 18 ile *Mesleki Sorumluluk Kurulu* (MSK) kurulmuştur. Artık kamu ya da özel sektördeki sağlık kurumları ve vakıf üniversitelerinde çalışan hekimler, dış hekimleri ve diğer sağlık personellerinin mesleklerini icra ederken gerçekleştirdikleri tıbbi faaliyetler sonucu ortaya çıkan uyuşmazlıklara ilişkin soruşturma yapılabilmesi için gereken soruşturma izni Sağlık Bakanlığı bünyesinde oluşturulan MSK tarafından verilecektir.

²⁷⁷ Hakeri, *Tıp Hukuku El Kitabı*, 473.

²⁷⁸ Bilge Nur Ürekli, “Malpraktis-Komplikasyon İlişkisi ve Hekimin Taksirli Eylem Sorumluluğu Bakımından Değerlendirilmesi”, içinde *İv. Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi*, Ed. İ. Hamit Hancı, Yener Ünver, 1. bs (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018), 421.

²⁷⁹ Hakan Hakeri, *Tıp Ceza Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024), 68.

²⁸⁰ Söz konusu Kanun halen yürürlüktedir; fakat sadece kamu kurum ve kuruluşlarında görev yapan sağlık personelinin tıbbi uygulamalarına ilişkin olmayan ceza soruşturmaları bakımından uygulanmaktadır.

3.3. Tıbbi Malpraktis Kaynaklı İdari Uyuşmazlıklar

Bir kamu kurum veya kuruluşuna sağlık hizmeti alma maksadıyla başvuran hasta ile idare arasında, özel hukuk hükümlerine tabi olmayan, idare hukuku rejim ve kurallarının uygulanacağı sağlık hizmet sunumuna ilişkin kamusal bir ilişki inşa olur²⁸¹.

İdare; insanların doğuştan kazandıkları, vazgeçilemez ve devredilemez haklarının başında yer alan sağlık hakkının²⁸² gereği gibi kullanılmasını ve tıbbi teşhis ve tedavi hizmetlerinin gerekli özen içinde yerine getirilmesini temin edecek tedbirleri almakla yükümlüdür²⁸³.

İdare, sağlık hizmetini sunarken; organizasyon eksikliği/hatası, tıbbi cihazların eksikliği yahut arızası, hekimin tıbbi teşhis ve tedavisinin hatalı oluşu, bakım, gözetim, denetim ve güvenlik önlemlerinin gereği gibi yükümlülüklerin yerine getirilmemesinden dolayı hasta açısından zarar meydana gelebilmekte ve idarenin sorumluluğunu doğurabilmektedir²⁸⁴. Bu örneklerde de görüleceği gibi, idarenin sorumluluğu organizasyona yani bizzat kendi idari hizmet kusuruna²⁸⁵ dayanabileceği gibi kamu görevlisi hekimin hatalı tıbbi müdahalesine de dayanabilir²⁸⁶.

Tıp hukuku açısından esas olan kusur sorumluluğu ise de, organizasyon sorumluluğunun bulunduğu yerde kusursuz sorumluluk da söz konusu olabilmektedir²⁸⁷.

Anayasa'nın 125.maddesinin son fıkrası idarenin sorumluluğuna ilişkindir: "idare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür." Aynı zamanda 129.maddenin 5.fıkrasındaki hüküm "Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir" şeklindedir. Keza Anayasa'nın 40.maddesinin 3.fıkrasına göre: "Kişinin, resmî görevliler tarafından vâki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili

²⁸¹ Metin Günday, *İdare Hukuku*, 10. bs (Ankara: İmaj Yayınevi, 2013), 341; Özge Yücel ve Gürkan Sert, "Sağlık Ve Tıp Hukukunda Sorumluluk Ve İnsan Hakları Sağlık Hizmeti | Sağlık Hakkı Ve Hasta Hakları Medeni Hukuk, Ceza Ve İdare Hukuku Yönünden Sorumluluk", 3. bs (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 337; Ayan, *Tıbbi Müdahale*, 172-173; Demir, "Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu", 229.

²⁸² AYM, 2012/103 E, 2013/105 T., 03.10.2013 T.

²⁸³ Atıla Erkal, "Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Sağlık Personelinin İstihdamı Nedeniyle İdarenin Mali Sorumluluğu", *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, sy 2 (Aralık 2021): 238.

²⁸⁴ Erkal, a.g.m., 239.

²⁸⁵ "İdarenin bir eyleminden dolayı zarar ortaya çıkmışsa ve kusurun kime ait olduğu tespit edilemiyorsa hizmet kusuru söz konusudur" Nagihan Aksel, *Salgın Hastalık (Pandemi) Döneminde Alınan İdari Tedbirlerden Dolayı İdarenin Sorumluluğu*, 1. bs (Ankara: Adalet Yayınevi, 2023), 40.

²⁸⁶ Aksel, a.g.e., 40

²⁸⁷ Hasan Can, "Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Organizasyon Sorumluluğu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, sy 161 (Ağustos 2022): 211.

görevliye rücu hakkı saklıdır.” Bu bakımdan idarenin sorumluluğu anayasal bir sorumluluktur. Bu düzenlemelere göre kamu görevlilerinin görevlerini ifa ederken meydana gelen zararlara dair davalar idare aleyhine açılacaktır; ancak idare aleyhine dava ikamesi için söz konusu fiilin hizmet kusuru sebebi olması gereklidir²⁸⁸.

7406 sayılı kanun ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu’na getirilen Ek Madde 18 ve devamındaki düzenlemelerle; görevlerini kamu kurum ve kuruluşları ve devlet üniversitelerinde icra eden hekim ve diş hekimleri ve diğer sağlık meslek mensuplarının mesleklerini ifa ederken yaptıkları muayene, teşhis ve tedaviye dair tıbbi müdahaleler nedeniyle idare tarafından ödenen tazminat sebebiyle ilgili hekim, diş hekimi ya da diğer sağlık personeline rücu edilip edilmeyeceğine, rücu edilecekse rücu miktarına, ilgilinin görevini kötüye kullanıp kullanmadığı ve kusurluluk hali gözetilmek suretiyle bir yıl içerisinde Mesleki Sorumluluk Kurulu tarafından karar verileceği düzenlenmiştir.

Hekimin hastaya yönelik fiilinin sağlık hizmeti kapsamında olmaması halinde yahut kasıtlı bir fiilin ya da suç teşkil eden bir durumun varlığı halinde idarenin tazminat sorumluluğu olmayacak, kamu personeli hekimin şahsi sorumluluğuna gidilerek tazminat davası açılabilecektir²⁸⁹.

4. TIBBİ MALPRAKTİSTEN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARDA GÖREVLİ MAHKEMELER VE ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI

4.1. Devlet Yargısı

4.1.1. Tıbbi Malpraktis Uyuşmazlıklarında Görevli Mahkeme

Bir davanın o yerdeki hüküm mahkemelerinden hangisi tarafından görüleceğini belirten *görev*²⁹⁰, malpraktis davalarında ayrıca incelenmesi gereken bir meseledir. Zira 28.05.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6502 sayılı TKHK ile yanlış teşhis ve tedaviden kaynaklanan tazminat davalarının görüleceği mahkemelere ilişkin yeni düzenleme gelmiş ve dava konusu hatalı tıbbi

²⁸⁸ Savaş, *a.g.e.*, 134, dn.227.

²⁸⁹ Hakan Hakeri, *Tıp Hukuku (2 Cilt)*, 2024, Cilt II: Özel Hükümler:1424; Oğuz Polat, *Tıbbi Uygulama Hataları*, 4. bs (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024), 289; Savaş, *a.g.e.*, 112, dn.195.

²⁹⁰ Baki Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku* (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2016), 87; Ejder Yılmaz, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Değiştirilmiş 2.Baskı* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2013), 867; Ömer Uğur Gençsan, *6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yorumu, Bilimsel Açıklama- Son İçtihatlar* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2013), 636.

teşhis ve tedavi olsa da davanın görüleceği mahkemelerde değişiklik gerçekleşmiştir²⁹¹. Bu bakımdan yanlış teşhis ve tedavinin; bağımsız çalışan bir hekim, kamu sağlık kurum ya da kuruluşunda yahut özel sağlık kurum ve kuruluşunda çalışan hekim eliyle gerçekleşmesi ya da zarara uğrayan hastanın zararın tazminini sigorta şirketinden talep etmesi ihtimallerinde davanın görüleceği mahkeme farklılaşacağı için her bir olasılığın ayrı ayrı ele alınması elzemdir. Çalışmamızın konusunun tıbbi malpraktisten kaynaklanan hukuki uyuşmazlıklara ilişkin olması nedeniyle kamu hastanelerinde tıbbi hizmet kusuru sonucu meydana gelen zararlara dayalı açılacak tam yargı davalarının idari yargıda görüleceği²⁹² bilgisini vermekle yetinerek, hasta ile hekim/özel sağlık kurum veya kuruluşları arasındaki özel hukuk ilişkilerine ilişkin görevli mahkeme ayrımlarını inceleyeceğiz.

4.1.2. Sözleşmesel Sorumluluk Halinde Görevli Mahkeme

Hekimin sorumluluğunun; hem pratikteki gereksinimler hem de tıbbi müdahalelerin hekim ve hasta arasındaki karşılıklı iradeye dayandığı görüşünün destek bularak önem kazanmasıyla sözleşme temeline oturtulduğundan ve hekim ile hasta arasındaki bu sözleşme ilişkisinin hukuki niteliğine en uygun olan sözleşme çeşidinin vekalet sözleşmesi olduğundan daha önce bahsetmiştik²⁹³.

Vekalet sözleşmeleri, tüketici işlemini²⁹⁴ tanımlayan TKHK m.3/f.1-l bendinde “mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlem” bir tüketici işlemi olarak nitelendirilmiştir²⁹⁵. Kanun koyucu tüketici işlemi için sadece bir tanımla yetinmemiş, sayma yoluna giderek bazı sözleşme çeşitlerinin tüketici işlemi niteliğinde olduğunun altını çizmiştir. Bu bakımdan, mesleki kaygı ile hareket eden hekim ile sağlık hizmeti talep eden tüketici

²⁹¹ 4077 sayılı TKHK öncesinde hastaneye kabul sözleşmeleri ile hekimlik sözleşmeleri çerçevesinde ortaya çıkan uyuşmazlıklarda görevli mahkeme, 6100 sayılı HMK m.2’de yer alan “*Dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığı haklarına ilişkin davalarla, şahıs varlığına ilişkin davalarda görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesidir.*” Hükmü gereği asliye hukuk mahkemeleriydi.

²⁹² Kamu personeli olan hekimin görevi ile bağlantılı olmayan kişisel kusuru söz konusu ise hekim haksız fiil hükümlerine göre sorumlu tutulacak, dava ise adli yargıda görülecektir.

²⁹³ Bkz: Bölüm I/2/2.2.3.

²⁹⁴ Çoğunlukla hastanın tıbbi müdahale gereksinimi mesleki yahut ticari amaçlara dayanmaz. Ne var ki bazı özel hallerde bu amaçlar da bir tıbbi müdahale sebebi olabilmektedir. Söz gelimi, bir dizi/film projesi için oyuncuya geçici mahiyette estetik ameliyat yaptırılması bu duruma örnek gösterilebilir. Bu gibi tıbbi müdahaleler TKHK çerçevesinde gerçekleştirilmiş bir hizmet olmayacaktır. Bkz. Gülşah Gözpınar Karan, “Hastaya Sunulan Ayıplı Hizmetten Sorumluluk”, *Terazi Hukuk Dergisi* 13, sy 143 (Temmuz 2018): 112-122.

²⁹⁵ Hakan Pekcanitez, *Pekcanitez Usul - Medeni Usul Hukuku*, Ed. Hakan Pekcanitez, Muhammet Özekes, Mine Akkan, Hülya Taş Korkmaz, 15. bs, c. 1 (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2017), 186-187.

konumundaki hastanın arasındaki sağlık hizmetine ilişkin hukuki ilişki bir tüketici işlemi olarak kabul edilmektedir²⁹⁶. Dolayısıyla hukuki niteliği itibariyle vekalet sözleşmesi niteliğini haiz olan hasta ile hekim arasındaki hukuki ilişki de TKHK kapsamında bir tüketici işlemidir²⁹⁷.

TKHK m.13/1’de “ayıplı hizmet” tanımı yapılmıştır. Buna göre: “Sözleşmede belirlenen süre içinde başlamaması veya taraflarca kararlaştırılmış olan ve objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşıyamaması nedeniyle sözleşmeye aykırı olan hizmettir.” Aynı maddenin 2.fıkrasında ise hangi neviden hizmetlerin ayıplı hizmet olarak kabul edileceği belirtilmiştir: “Hizmet sağlayıcısı tarafından bildirilen, internet portalında veya reklam ve ilanlarında yer alan özellikleri taşımayan ya da yararlanma amacı bakımından değerini veya tüketicinin ondan makul olarak beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren hizmetler ayıplıdır.” Bu düzenleme tıbbi müdahaleler bakımından ele alındığında, sağlık hizmetinde var olması beklenen niteliklerin ya da hizmeti sunan tarafından vaat edilen özelliklerin bulunmaması ayıplı hizmet sayılacaktır²⁹⁸. Aynı zamanda hizmetin belirlenen zamanda sunulmaması²⁹⁹, mesela hastaneye kabul sözleşmesi akdedilmiş olmasına rağmen tedavinin başlatılmaması ya da sözleşmede tarafların üzerinde mutabık kaldıkları biçimde ifa edilmemesi de hizmeti ayıplı kılmaktadır.

Tüketici, TKHK m.3/f.1-k bendinde, “*Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi*” olarak tanımlanmaktadır. TKHK’da yer alan bu tüketici işlemi ve tüketici tanımlarından yola çıkarak; hekimlik sözleşmesinin, hastaneye kabul sözleşmesinin yahut hasta haklarının ihlal edilmesi gibi hukuki uyuşmazlıklarda hasta, ayıplı hizmet alan tüketici olarak ele alınacaktır. Tıbbi müdahaleler bakımından tedavi hizmeti alan tüketicinin bir tüzel kişi olması ihtimal dahilinde olmayacaktır³⁰⁰. Tabiatıyla, *ayıplı* sunulan sağlık hizmeti için tüketicinin TKHK madde 15’te³⁰¹ yer alan seçimlik haklarından olan; ayıplı hizmetin

²⁹⁶ Hakan Pekcanitez, *Pekcanitez Usul* 1:186-87; İlhan Kara, (6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Hazırlanmış) *Tüketici Hukuku*, 2. bs (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 350. Ayrıca bkz. Yargıtay 13. HD, E. 2014/30305 E., 2014/35473 K. 13.11.2014 T.; Yargıtay 3. HD, 2015/17110 E., 2015/19069 K., 26.11.2015 T.

²⁹⁷ Yargıtay, hasta ile özel hastane arasındaki tedavi hizmetini vekalet sözleşmesi olarak değerlendirdiği için bu sağlık hizmetinin sunumuna ilişkin açılan tazminat davalarında görevli mahkemelerin tüketici mahkemeleri olması gerektiği görüşündedir. Bkz. 13.HD, 13.11.2014 T, 30305/35473.

²⁹⁸ Ayıplı hizmetin varlığı halinde tüketici hasta, TKHK’daki seçimlik hakların yanı sıra TBK m.112’de düzenlendiği şekilde tazminat hakkını kullanabilecektir.

²⁹⁹ Hicret Doğu, “Tüketici Hukuku’nda Ayıplı Hizmet ve Ayıplı Hizmetten Doğan Sorumluluk”, *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi*, sy Özel Sayı (Eylül 2023): 720.

³⁰⁰ Hasan Petek, “Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Uygulanması”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, sy 15 (2013): 977.

³⁰¹ TKHK madde 15: “(1) Hizmetin ayıplı ifa edildiği durumlarda tüketici, hizmetin yeniden görülmesi, hizmet sonucu ortaya çıkan eserin ücretsiz onarımı, ayıp oranında bedelden indirim veya sözleşmeden dönme haklarından birini sağlayıcıya karşı kullanmakta serbesttir. Sağlayıcı, tüketicinin tercih ettiği bu talebi yerine getirmekle yükümlüdür. Seçimlik hakların kullanılması nedeniyle ortaya çıkan tüm masraflar sağlayıcı

yeniden görülmesi, ayıp nispetinde bedelde indirim, ayıplı şekilde oluşturulan ürünün ücretsiz onarımı yahut sözleşmeden dönme seçeneklerden birini kullanması teorik olarak³⁰² mümkün olacaktır³⁰³. Ayrıca tüketicinin TKHK 11.maddede sayılı bu seçimlik haklardan biri ile beraber, 6098 sayılı TBK uyarınca tazminat da talep etmesinin mümkün olduğu hususu TKHK'nın 11.maddesinin 6.fikrasında düzenleme altına alınmıştır.

TKHK 73.maddesinin 1.fikrasında yer alan: “Tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin davalarda tüketici mahkemeleri görevlidir.” düzenlemesi ile tüketici mahkemelerinin görev alanı açıkça hüküm altına alınmıştır. Buna göre yukarıda detaylarıyla ele alınan özel hastaneler ya da bağımsız çalışan hekimler ile hastalar arasındaki hukuki ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlıklar tüketici mahkemeleri eliyle çözüme kavuşturulacaktır.

Tüketici mahkemelerinin baktığı uyuşmazlıklarda belirli miktar bakımından³⁰⁴ sınır öngörülmüş ve bu miktarın altında kalan uyuşmazlıkların tüketici hakem heyeti tarafından çözüme ulaştırılması yolunda düzenlemeye gidilmiştir³⁰⁵. Bu anlamda tüketici hakem heyetine başvuru³⁰⁶ kanunen zorunlu tutulmuş olup³⁰⁷, TKHK m.70/1 gereği de tüketici hakem

tarafından karşılanır. Tüketici, bu seçimlik haklarından biri ile birlikte Türk Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca tazminat da talep edebilir.

- (2) Ücretsiz onarım veya hizmetin yeniden görülmesinin sağlayıcı için orantısız güçlükleri beraberinde getirecek olması hâlinde tüketici bu hakları kullanamaz. Orantısızlığın tayininde hizmetin ayıpsız değeri, ayıbın önemi ve diğer seçimlik haklara başvurma hakkının tüketici açısından sorun teşkil edip etmeyeceği gibi hususlar dikkate alınır.
- (3) Tüketicinin sözleşmeden dönme veya ayıp oranında bedelden indirim hakkını seçtiği durumlarda, ödemiş olduğu bedelin tümü veya bedelden indirim yapılan tutar derhâl tüketiciye iade edilir.
- (4) Ücretsiz onarım veya hizmetin yeniden görülmesinin seçildiği hâllerde, hizmetin niteliği ve tüketicinin bu hizmetten yararlanma amacı dikkate alındığında, makul sayılabilecek bir süre içinde ve tüketici için ciddi sorunlar doğurmayacak şekilde bu talep sağlayıcı tarafından yerine getirilir. Her hâlükârda bu süre talebin sağlayıcıya yöneltilmesinden itibaren otuz iş gününü geçemez. Aksi takdirde tüketici diğer seçimlik haklarını kullanmakta serbesttir.”

³⁰² Tüketiciye verilen seçimlik haklardan bir kısmının hekim ile hasta arasında inşa olunan ilişkiye tam manasıyla intibakının mümkün görünmediğine ilişkin görüşte: Hastanın ayıplı hizmet niteliğindeki tıbbi müdahale neticesinde aynı hekime tekrar başvurmak istememesinin olağan karşılanacağı ve bu halde hizmetin yeniden görülmesini yahut ücretsiz onarım talep etme hakkı hasta açısından avantajlı bir seçenek olarak değerlendirilemeyeceği, sözleşmeden dönme imkanının olmadığı ve ayıp oranında bedelden indirim yolu için de ayıbın belirlenmesi noktasında sorunlarla karşılaşacağı ileri sürülmektedir. Bkz. Şaylan, a.g.t., 36; Gözpınar Karan, a.g.m., 121; Çağrı Ülker, “Hastaneye Kabul Sözleşmesine Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Hükümlerinin Uygulanması”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Dış Ticaret Üniversitesi Working Paper Series*, 7-8.

³⁰³ Gözpınar Karan, a.g.m., 112.

³⁰⁴ 2024 yılı için bu değer 104.000 Türk Lirasıdır. Tüketici Hakem Heyetlerine başvuru sınırı her sene değerlendirme oranına göre artırılmaktadır.

³⁰⁵ TKHK m. 68/1.

³⁰⁶ Tüketici hakem heyetlerine yapılacak başvurunun usulü, Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliği'nin (RG, 27.11.2014, S.29188) 11.maddesinde ele alınmıştır.

³⁰⁷ “...Mahkemece, dava değerinin 6502 Sayılı kanunun 68.maddesi gereğince Tüketici Sorunları Hakem Heyetine başvuruda bulunmasına zorunlu kılan miktarda olduğu ve bu miktar için mahkemeye dava

heyetlerinin verdiği kararlar taraflar için bağlayıcı olacaktır. Bu durumda, özel sağlık kurum veya kuruluşları bünyesinde yahut bağımsız olarak mesleğini icra eden hekimler tarafından vekalet veya eser sözleşmeleri kapsamında gerçekleştirdikleri tıbbi müdahalelere ilişkin ihtilaflarda, başvuru değeri tüketici hakem heyeti sınırının üstünde olan uyuşmazlıklarda tüketici mahkemeleri görevli olacaktır³⁰⁸.

TKHK m. 73/2 düzenlemesiyle tüketici davaları harçtan muaf tutulmuştur. Bu muafiyetin hastaların mahkemeye erişimini kolaylaştıracağı şüphesizdir³⁰⁹. Ne var ki, tezin ilerleyen bölümlerinde ele alınacağı üzere, hasta ile hekim arasındaki hukuki ilişkilerden kaynaklanan ihtilafların tüketici mahkemelerinde görülmesi doktrinde, bu ilişkinin tüketici hukuku mantığı ile örtüşmeyeceği ve nihayetinde burada görülecek davaların hakkaniyetli bir çözüme ulaştırılmasının mümkün olmaması gibi birçok gerekçeyle eleştirilmektedir³¹⁰.

4.1.3. Haksız Fiil Sorumluluğu Halinde Görevli Mahkeme

Başkalarının malvarlığı yahut şahıs varlığı değerlerine kusurlu ve hukuka aykırı davranışlarla zarar verilmesi olarak tanımlanan haksız fiiller³¹¹, hekim ya da hastane ile hasta arasında bir sözleşme ilişkisinin bulunmadığı hallerde genellikle karşımıza sorumluluk kaynağı olarak çıkar³¹².

TKHK hükümlerine göre bir uyuşmazlığın tüketici mahkemelerinde çözüme kavuşturulabilmesi için, uyuşmazlığın tarafları arasında kurulan (TKHK m. 3/1 düzenlemesinde yer aldığı gibi; eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere) her türlü sözleşme ve hukuki işlemi kapsayan tüketici işlemi

açılmasının yasa gereği mümkün olmadığı gerekçesiyle davanın dava şartı noksanlığı sebebiyle usulden reddine karar verilmesi gerekirken...” Yargıtay 13.HD, 07.04.2015 T., 9200/1097.

³⁰⁸ Gültezer Hatırnaz Erol, *Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları*, 584.

³⁰⁹ Şebnem Akipek Öcal, “Hasta ve Hekim Arasında Kurulan Sözleşmeler Bakımından Tüketicinin Korunması”, içinde *Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları* (Ankara, 2015), 298; Yıldız Abik, “Eczacıların Hukuki Sorumluluğu”, içinde *1. Uluslararası Katılımlı Ulusal Tıp Hukuku Kongresi (Vaka Tartışmalı)* (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2016), 343.

³¹⁰ Ahmet Nezih Kök, “Hekim-Hasta İlişkisi Tüketici Hukuku Anlayışı İle Bağdaşır Mı?”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, sy 5 (2015): 613 vd.; Yasemin Yılmaz, *Özel Hastane İşleticisinin Hastaneye Kabul Sözleşmesi Çerçevesinde Yürütülen Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Sorumluluğu*, 1.Baskı (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2019), 119; Çelik Ahmet Çelik, “Can Zararları Tüketici Yasasının Konusu Değildir. (Çevrimiçi)”, 2015, <http://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/can-zararlarituketici-yasasinin-konusu-degidir.htm>. (E.T. 05.05.2024)

³¹¹ Çağdaş Tosun, *Haksız Fiilden ve Sözleşmeden Doğan Sorumluluk Çerçevesinde Sebeplerin Yarışması (Tbk M.60)*, 1. bs (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 20; Ayan, *Borçlar Hukuku Genel Hüükümler*, 247.

³¹² Ayan, *Tıbbi Müdahale*, 61; Mehmet Demir, “Hekimin sözleşmeden doğan sorumluluğu”, 61; Sevdâ Yaşar Coşkun ve Munise Seray Göncü Döner, “Tıbbi Uygulama Kaynaklı Tüketici Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuğun Sigorta Şirketlerine Etkisi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 29, sy 4 (2021): 2937.

olarak nitelendirilen sözleşme ilişkisinin mevcudiyeti gerekmektedir³¹³. Hasta ile hekim ya da özel sağlık kurum/kuruluşu arasında haksız fiil ilişkisinin olduğu hallerde bir “tüketici sözleşmesinin” varlığından bahsedilemeyecektir. Şu hâlde *prensip olarak* haksız fiilden doğan ihtilaflara TKHK hükümlerinin uygulanması ve bu ihtilafların tüketici mahkemelerinde görülmesi mümkün olmamalıdır³¹⁴. Yargıtay’ın, taraflar arasında bir tüketici sözleşmesi bulunmaması ve ihtilafın doğduğu ilişkinin bir haksız fiil olması sebebiyle görevli mahkemenin Asliye Hukuk Mahkemesi olması gerektiğine ilişkin kararlarının³¹⁵ yanında, TKHK’nın uygulama sahasına haksız fiil sebepli uyuşmazlıkları da eklediği ve bu ihtilafların görüleceği mahkemenin tüketici mahkemeleri olduğuna ilişkin kararları da mevcuttur³¹⁶.

TKHK’nın 3. maddesinin 1 bendi dikkate alındığında, kamu sağlık kurum veya kuruluşlarında çalışan hekimler hariç olmak üzere, hekimlerin hastalara uyguladıkları tıbbi müdahalelerden kaynaklanan ilişkilerin tümü, gerek sözleşme gerekse sözleşme öncesi her uygulama tüketici işlemi niteliğinde olacaktır³¹⁷.

4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’unun³¹⁸ uygulanacağı sınırları belirten 2.maddesi “Bu Kanun, 1 inci maddede belirtilen amaçlarla mal ve hizmet piyasalarında tüketicinin taraflardan birini oluşturduğu her türlü tüketici işlemini kapsar” şeklindeyken; 6502 sayılı TKHK’daki çerçeve 2.maddede, “Bu Kanun, her türlü tüketici işlemi ile tüketiciye

³¹³ Seda Özmumcu, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Hükümleri ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde Tüketici Mahkemelerinin Görev Alanına Giren Uyuşmazlıklara Genel Bir Bakış”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16, sy Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan (Basım Yıl 2015): 867.

³¹⁴ Ünal Ertabak, “Tüketici Mahkemelerinde Çözülmesi Gereken İhtilaflar”, *Legal Hukuk Dergisi* 10, sy 115 (2012): 45 vd.; Seda Özmumcu, a.g.m., 867; Petek, a.g.m., 972; Mehmet Akif Tutumlu, *Tüketici Mahkemelerinin Görev ve Yetki Sınırları*, 1. bs (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2006), 162.

³¹⁵ “Taraflar arasında sözleşme ilişkisi bulunmadığından ve uyuşmazlığı doğuran asıl hukukî ilişki, “haksız fiil”den kaynaklandığından, eldeki davaya genel hükümlere göre Asliye Hukuk Mahkemesinde bakılması gerekir.” HGK, 17.02.2010, 4- 61/84.

³¹⁶ Yargıtay 13. HD. 04.02.2014 tarihli ve 2014/2956 E., 2014/2858 K. sayılı kararda: “Davacı vekili, davalı B... A.Ş.’nin kasiyer çalışanı olan öteki davalı Ş. O.’ın 19/10/2011 tarihinde 11 yaşında olan küçük A. A.’i ve arkadaşını hırsızlık yapmış olabileceği düşünce ve zannı altında tehditle mağaza arkasındaki kimsenin bulunmadığı bodruma indirmeye çalışarak onlara tokat atıp tartakladığını, çocukların bodruma inmek istememesi üzerine “aşağı inin kemiklerinizi kıracağım” şeklinde tehditte bulunduğunu, müvekkilinin arkadaşı E. nin o an yaşadığı korkuyla altını ıslatmış olduğunu, çocukların üzerinde bedeli ödenmemiş hiçbir malzeme çıkmamasına ve davalı işyerinden bir şey çaldıklarına dair hiçbir delil bulunmamasına rağmen suçsuz yere tehdit edilerek tartaklanmalarının küçüğün ruhi dünyasında ve bilinç altında oluşturduğu sarsıntı ve acının telafi edilemeyeceğini, küçüğün olaydan sonra geceleri uyuyamadığını ve ruh sağlığının bozulduğunu ileri sürerek, 15.000,00 TL manevi tazminatın 19/10/2011 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmesini istemiştir...Dava, davacının davalı şirkete ait mağazaya alış veriş için gittiği sırada hırsızlık yaptığından şüphelenilerek darp edilmesi ve tehdit edilmesi iddiasına dayalı tazminat isteğine ilişkin olup, uyuşmazlığın 4077 Sayılı yasa kapsamında kaldığı anlaşılmaktadır.” Ayrıca Bkz. 13. HD., 2013/4813 E., 2013/8708 K., T. 04.04.2013

³¹⁷ Seveda Yaşar Coşkun ve Munise Seray Göncü Döner, “Tıbbi Uygulama Kaynaklı Tüketici Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuğun Sigorta Şirketlerine Etkisi”, 2937.

³¹⁸ 08.03.1995 tarihli ve 22221 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Kanun.

yönelik uygulamaları kapsar.” olarak çizilmiştir. Bu iki hukuki düzenleme karşılaştırıldığında 4077 sayılı Kanun’un kapsamının “tüketici işlemini” ile sınırlı kalmışken; 6502 sayılı Kanun’da, tüketici işleminin yanında “tüketiciye yönelik uygulamaları”nın da çerçeve içine dahil edildiği görülmektedir³¹⁹. TKHK m.73/1’deki düzenlemede “tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin” davaların da tüketici mahkemelerinde görüleceği hüküm altına alınmıştır. 6502 sayılı Kanun kapsamına alına tüketiciye yönelik uygulamalara ilişkin değişikliğin gerekçesinde ise: “Bu hüküm ile özellikle bir hukuki işleme veya sözleşmeye dayanmayan, tüketiciye yönelik haksız ticari uygulamaların da Kanun kapsamında olduğu açıklığa kavuşturulmuş olmaktadır.” ifadelerine yer verilmiştir.

Bir alışveriş merkezinin otoparkına park edilmiş olan aracın boyasının çizilmesine ilişkin Yargıtay kararında³²⁰, söz konusu haksız eylemden dolayı ortaya çıkan uyuşmazlığın tüketici mahkemelerinde görülmesi gerektiği ifade edilmiştir³²¹. Doktrinde de “tüketiciye yönelik uygulamalar” ifadesinin tüketiciye yönelik her türlü hukuki fiili ve davranışı kast ettiği savunulmaktadır³²².

Yargıtay’ın bazı kararları ise haksız fiilden doğan ihtilafların TKHK kapsamında olmayıp, uyuşmazlıkların genel mahkemelerde görülmesi gerektiği yönündedir³²³.

Bu husustaki kanaatimiz, haksız fiile dayanan tıbbi müdahalelerde bir tüketici işleminden söz edilmesinin mümkün olmaması dolayısıyla Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un uygulama alanı bulamayacağı, görevli mahkemenin de tüketici mahkemeleri olamayacağı ve bu uyuşmazlıkların genel mahkemelerde çözüme ulaştırılması gerektiği görüşüyle³²⁴ aynı doğrultudadır.

³¹⁹ Murat Oruç, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Uygulama Alanının Eleştirisi”, içinde *2nd International Congress on Political, Economic and Social Studies (ICPESS)- Bildiriler Kitabı*, c. 1: Politik Araştırmalar (Sakarya: Beşköprü Yayınları, 2017), 81.

³²⁰ Yargıtay 13. HD., 2015/6703 E., 2015/7310 K. ve 10.03.2015 tarihli karar.

³²¹ Her ne kadar söz konusu kararda “tüketici işlemi”nden bahsediliyorsa da bu olayda bir hukuki işlem mevcut olmadığı için bu eylem “tüketiciye yönelik bir uygulama” kapsamında değerlendirilmelidir. Oruç, a.g.m., 87, dn. 42.

³²² Sezer Çabri, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, 2. bs (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021), 109; Füsün Nomer Ertan, “Tüketiciler Tarafından Açılan Haksız Rekabet Davalarında Görevli Mahkeme”, içinde *Prof.Dr.Hamdi Yasaman’a Armağan* (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2017), 455. Ayrıca bkz. YHGK, 2010/13-593 E., 2010/623 K., 01.12.2010 T. karar.

³²³ Bkz. Yargıtay 3. HD, 2018/5077 E., 2018/11339 K., 12.11.2018 T.; Yargıtay 4. HD, 2016/8186 E., 2018/2865 K., 10.04.2016 T. Sezer Çabri, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, 108.

³²⁴ Hasan Petek, “Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Uygulanması”, 972; Mehmet Akif Tutumlu, *Tüketici Yargılaması Hukuku- Görev – Yetki – Taraf Teşkili – İspat – Deliller – İslah – Hüküm – İnfaz*, 2. bs (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 195; Kübra Yerkaya, *Tüketici Mahkemelerinin Görev Alanı ve Yargılama Usulü*, 1. bs (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2018), 95; Hakan Hakeri, *Tıp Hukuku (2 Cilt)*, 2024, Cilt II: Özel Hükümler:1206.

4.1.4. Vekaletsiz İş Görme Halinde Görevli Mahkeme

Hekim yahut özel sağlık kurum/kuruluşu ile hasta arasında sorumluluğa dayanak teşkil etme bakımından, sözleşme ilişkisi ve haksız fiil haricinde vekaletsiz iş görmeden kaynaklanan bir hukuki ilişki mevcut olabileceğinden daha önce bahsetmiştik³²⁵.

Bir önceki başlık altında haksız fiile dayanan tıbbi müdahalelere ilişkin yaklaşım, vekaletsiz iş görmede de aynı olacaktır. Bu husustaki kanaatimiz de tıpkı haksız fiilde olduğu gibi, tıbbi müdahalelerde vekaletsiz iş görmeye dayalı uyuşmazlıkların genel mahkemeler yani Asliye Hukuk Mahkemeleri'nde çözüme ulaştırılmasının tutarlı ve amaca uygun olacağıdır.

4.1.5. Hekimlerin Zorunlu Mesleki Sigortaları Sebebiyle Sigorta Şirketlerinin Uyuşmazlığın Tarafı Olması

Hekimlik gibi mesleğini icra ederken ortaya çıkabilecek zararlar sebebiyle sorumluluğunun doğma riski yüksek olan mesleklerde, risk gerçekleştiğinde söz konusu zararı karşılayabilecek maddi gücün sağlanamaması söz konusu olabilir³²⁶. Bu amaca yönelik ortaya çıkan ve sorumluluk sahibi kişilere sigorta himayesi sağlayan bu sigorta türü sorumluluk sigortası olarak adlandırılır³²⁷. Sorumluluk sigortasında sigorta ettirenin sorumluluğu sonlanmamakta, yalnızca zararı karşılamaya ilişkin tazminat ödeme yükümlülüğü sigortacıya devrolunmaktadır³²⁸.

Mesleki sorumluluk sigortasına dair genel mahiyetteki ilk yasal düzenleme Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'dır³²⁹. 21.01.2010 tarih ve 5947 sayılı kanunun 8.maddesi ile 30.01.2010 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren TŞSTİDK'nın Ek 12.maddesi ile hekimlerin tıbbi kötü uygulamalara karşı mesleki sorumluluk sigortası³³⁰ yaptırmaları kanuni zorunluluk haline gelmiştir³³¹. Bu düzenlemenin ardından "Tıbbi Kötü

³²⁵ Bkz. Bölüm I/2/2.5.

³²⁶ Olcay Işık, "Hekimin Tazminat Sorumluluğuna İlişkin Bir Çözüm Önerisi: Sosyal Dayanışma İlkesi Işığında Munzam Sigorta Modeli", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 18, sy 213 (Mart 2023): 369.

³²⁷ Işıl Ulaş, *Sigorta Hukuku*, 3.Baskı (Ankara: Turhan Kitabevi, 2002), 569; Yasin Köse, *Hekimlik Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası*, 1. bs (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), 53.

³²⁸ Enver Alper Güvel ve Afıtap Öndaş Güvel, *Sigortacılık*, 6. bs (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012), 179; Yasin Köse, *Hekimlik Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası*, 53.

³²⁹ 16.03.2006 tarih ve 26110 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

³³⁰ Bu sigorta türü doktrin ve Yargıtay uygulamasında, "hekim sorumluluk sigortası", "tıbbi zorunlu sorumluluk sigortası", "zorunlu hekim mesleki sorumluluk sigortası", "zorunlu hekim sorumluluğu sigortası" gibi farklı isimlerle ifade edilebilmektedir.

³³¹ TŞSTİDK Ek Madde 12: "Kamu sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan tabipler, dış tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, tıbbi kötü uygulama nedeniyle kendilerinden talep edilebilecek zararlar ile kurumlarınca kendilerine yapılacak rüculara karşı sigorta yaptırmak zorundadır. Bu sigorta priminin yarısı kendileri tarafından, diğer yarısı döner sermayesi bulunan kurumlarda döner sermayeden, döner sermayesi bulunmayan kurumlarda kurum bütçelerinden ödenir.

Özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan veya mesleklerini serbest olarak icra eden tabip, dış tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, tıbbi kötü uygulama sebebi ile kişilere verebilecekleri zararlar

Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları” 21.07.2010 tarih ve 27648 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Hekimlerin zorunlu mesleki sorumluluk sigortasına ilişkin düzenlemede, kamu ve özel sağlık kurum veya kuruluşlarında çalışan ya da mesleklerini serbest olarak icra eden tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanların, tıbbi kötü uygulama nedeniyle diğer kişilere verebilecekleri zararlar ve buna dayalı olarak kendilerine yapılacak rücuları karşılaması için mesleki malî sorumluluk sigortası yaptırmakla yükümlü olacakları hükmüne yer verilmiştir. Bu kişilerden özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışanların sigortaları, çalıştıkları kurumlar tarafından yaptırılmak zorundadır. Kamu sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışanların ise sigorta priminin yarısı kendilerince, diğer yarısı ise döner sermayesi bulunan kurumlarda döner sermayeden, döner sermayesi bulunmayanlarda kurum bütçelerinden ödenir. Özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışanların primlerinin yarısı kendileri, yarısı kurumları tarafından, serbest çalışanların ise kendilerince ödenir.

Bu bakımdan mesleki sorumluluk sigortası; sigorta ettirenin yükümlülüğünün prim ödemek, sigortacının ise rizikonun gerçekleşmesi ihtimalinde tazminatı ödemek olduğu tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme türüdür³³².

TTK’nın Bildirim Yükümlülüğü başlığı altında düzenlediği 1475. maddesi, sigortalının sorumluluğunu gerektirecek olay gerçekleşmesi³³³ halinde bunu sigortacıya on gün içerisinde bildirmesi gerektiği hükmünü amirdir³³⁴. Bu bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi

ile bu sebeple kendilerine yapılacak rücuları karşılamak üzere mesleki malî sorumluluk sigortası yaptırmak zorundadır. Zorunlu mesleki malî sorumluluk sigortası, mesleklerini serbest olarak icra edenlerin kendileri, özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışanlar için ilgili özel sağlık kurum ve kuruluşları tarafından yaptırılır. Özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışanların sigorta primlerinin yarısı kendileri tarafından, yarısı istihdam edenlerce ödenir. İstihdam edenlerce ilgili sağlık çalışanı için ödenen sigorta primi, hiçbir isim altında ve hiçbir şekilde çalışanın maaş ve sair malî haklarından kesilemez, buna ilişkin hüküm ihtiva eden sözleşme yapılamaz. Zorunlu sigortalara ilişkin teminat tutarları ile uygulama usul ve esasları Sağlık Bakanlığının görüşü alınarak Hazine Müsteşarlığınca belirlenir.

Bu maddedeki zorunlu sigortalı yaptırmayanlara, mülki idare amirince sigortası yaptırılmayan her kişi için beşbin Türk Lirası idari para cezası verilir.”

³³² Didem Özkıdık, “Hekimin Mesleki Sorumluluk Sigortası”, *Ankara Barosu Dergisi*, sy 4 (2016): 253; Sevda Yaşar Coşkun ve Munise Seray Göncü Döner, “Tıbbi Uygulama Kaynaklı Tüketici Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arbuluculuğun Sigorta Şirketlerine Etkisi”, 2944.

³³³ Tıbbi Kötü uygulamaya İlişkin ZMSS Genel Şartları B.1.a düzenlemesine göre sigortalı hekimin tıbbi uygulama hatasına dayanarak tazminat talebinde bulunulduğunu öğrendiği an veya zarar gören hasta ve/veya hasta yakınının doğrudan sigortacıya başvurduğu an rizikonun gerçekleştiği an olarak kabul edilir.

³³⁴ TTK m.1475: “Sigortalı sorumluluğunu gerektirecek olayları, on gün içinde, sigortacıya bildirir. (2) Sigortalı kendisine yöneltilen istemi, aksi kararlaştırılmamışsa derhâl sigortacıya bildirir. Bu bildirim üzerine veya zarar görenin sigortacıya doğrudan başvurması hâlinde 1427 nci madde uygulanır. (3) Bildirim yükümlülüğünün ihlali hâlinde, 1446 ncı maddenin ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri kıyas yolu ile uygulanır.”

Tıbbi Kötü uygulamaya İlişkin ZMSS Genel Şartlar B.2.: “Sigorta ettiren, aşağıdaki hususları yerine getirmekle yükümlüdür: a) Haberdar olduğu andan itibaren rizikonun gerçekleştiğini derhal sigortacıya

yahut geciktirilmesi halinde TTK m.1446 gereği, ödenecek tazminat yahut bedelin artmasına sebep olunmuş ise kusurun ağırlığına göre tazminat ya da bedelde indirim yapılır³³⁵.

Hekimlerin mesleki sorumluluk sigortası niteliği itibari ile bir zarar sigortası, konusu itibari ile bir malvarlığı sigortası, ileride ortaya çıkması ve sigortalının malvarlığının borç kısmında meydana gelecek artışları karşıladığı için bir pasif sigortadır³³⁶. 6102 sayılı TTK'nın Sorumluluk Sigortaları başlığı altında düzenlenen m. 1478 hükmü gereği zarar gören, uğramış olduğu zararın tazmini için doğrudan sigorta şirketini muhatap kabul edebilecektir³³⁷³³⁸. Bu bakımdan hatalı tıbbi uygulamanın varlığı halinde hasta, esas borçlu olan hekime başvurmadan sigortacıya başvurabilecektir³³⁹. Zarar görenin açacağı dava eda davası niteliğini taşıyacaktır³⁴⁰.

Hastanın doğrudan sigortacıya dava açması ihtimalinde bu dava için görevli mahkemenin hangisi olduğuna ilişkin özel bir kanun hükmü bulunmadığı için bu husus tartışmalıdır.

Doktrindeki bazı yazarlara³⁴¹ göre, TTK'nın 140. ve devamındaki maddeleri sigorta hukukuna ilişkin hükümlere ilişkin olduğundan ve TTK m.4 de sigortadan doğan uyuşmazlıkların mutlak ticari dava niteliğinde olduğunu düzenlediği için bu hukuki uyuşmazlıklara dayalı davalar TTK m.5 gereği asliye ticaret mahkemelerinde görülmelidir.

Diğer görüş ise TKHK m.73 uyarınca tüketici işlemleri ve tüketiciye yönelik uygulamalardan doğacak uyuşmazlıklara ilişkin davalarda tüketici mahkemeleri görevli kılındığı ve sigorta

bildirmek, b) Sigortalının sorumluluğunu gerektirecek olayları, on gün içinde, sigortacıya bildirmek, c) Sigorta sözleşmesi yokmuş gibi, imkanları ölçüsünde zararın önlenmesi, azaltılması ve artmasının önlenmesi için gerekli her türlü önlemi almak ve bu amaçla sigortacı tarafından verilecek mesleki faaliyet dışındaki sigortacılıkla ilgili makul talimatlara uymak, ç) Sigortacının talebi üzerine, olayın ve zararın nedeni ile hangi hâl ve şartlar altında gerçekleştiğinin ve sonuçlarının tespitine; tazminat yükümlülüğü ve miktarı ile rücu hakkının kullanılmasına yarayacak, elde edilmesi mümkün bilgi ve belgeleri makul sürede vermek, d) Zarardan dolayı, dava yolu ile veya başka yollarla bir tazminat talebi karşısında kaldığı veya aleyhine cezai kovuşturmayla geçildiği hâllerde, durumdan sigortacıyı derhal haberdar etmek ve tazminat talebine ve cezai kovuşturmayla ilişkin olarak almış olduğu ihbarname, davetiye ve benzeri tüm belgeleri gecikmeksizin sigortacıya vermek, e) Sigorta konusu ile ilgili başka sigorta sözleşmesi varsa bunları sigortacıya bildirmek.”

³³⁵ TTK m.1446: “(1) Sigorta ettiren, rizikonun gerçekleştiğini öğrenince durumu gecikmeksizin sigortacıya bildirir. (2) Rizikonun gerçekleştiğine ilişkin bildirimin yapılmaması veya geç yapılması, ödenecek tazminatta veya bedelde artışa neden olmuşsa, kusurun ağırlığına göre, tazminattan veya bedelden indirim yoluna gidilir. (3) Sigortacı rizikonun gerçekleştiğini daha önce fiilen öğrenmişse, ikinci fıkra hükmünden yararlanamaz.”

³³⁶ Özkıdık, a.g.m. 247; Coşkun, *Sigorta Hukuku*, 400.

³³⁷ Zarar gören bu talebini icra takibi başlatma yahut tahkim yargılaması gibi dava harici bir yolla da talep edebilir. Bkz. İlknur Uluğ Cicim ve Nurdan Korkmaz, “Sorumluluk Sigortalarında Zarar Görenin Sigortacı Aleyhine Açtığı Davanın Medenî Usul Hukukuna Ait Bazı Hükümler Bakımından İncelenmesi”, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, sy 1 (Haziran 2020): 58.

³³⁸ TTK m.1478: “Zarar gören, uğradığı zararın sigorta bedeline kadar olan kısmının tazminini, sigorta sözleşmesi için geçerli zamanaşımı süresi içinde kalmak şartıyla, doğrudan sigortacıdan isteyebilir.”

³³⁹ Köse, *Hekimlik Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası*, 92; Şaylan, a.g.m., 21; M. Barış Günay, *Sigorta Hukuku*, 5. bs (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 219.

³⁴⁰ Köse, a.g.e., 163.

³⁴¹ Köse, a.g.e., 164; Görkem Şükür, *Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortalarında Riziko*, 1. bs (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 125; Ecehan Yeşilova Aras, *Sorumluluk Sigortalarında Zarar Görenin Doğrudan Dava Hakkı* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2013), 141.

sözleşmeleri de TKHK m.3 uyarınca tüketici için işlemi olarak kabul edildiği, zarar gören hasta da tüketici konumunda olduğu için bu ilişkiden doğacak uyuşmazlıkların görüleceği mahkemenin tüketici mahkemesi olması gerektiği yönündedir.

Hekim mesleki sorumluluk sigortası, hekim ya da özel hastane ile sigorta şirketi arasında akdedilen bir sözleşme olup, zarara uğrayan hasta bu sözleşmenin tarafı olarak yer almamaktadır³⁴².

Hekim mesleki sorumluluk sigortasının söz konusu olduğu uyuşmazlıkların tüketici mahkemesinde görülmesi gerektiği yönünde görüşe sahip olanların bir kısmı sözleşmenin tarafı olmayan zarara uğrayan hastanın doğrudan sigorta şirketine başvurabilmesini üçüncü kişi yararına sözleşme³⁴³ olarak tanımlamaktadır³⁴⁴. Diğer görüş ise, bu hakkın sorumluluk sigortası sözleşmesine üçüncü kişi yararına sözleşme niteliği vermeyeceğini, bunun bir kanundan doğan hak olduğunu söyler³⁴⁵.

Zarar görenin sahip olduğu doğrudan dava hakkının üçüncü kişi lehine sözleşme niteliği taşımadığı TTK m.1478'in gerekçesinde izah olunmuştur³⁴⁶. Gerekçeye göre de doğrudan dava hakkı kanundan doğmaktadır.

Tüm bu bilgiler doğrultusunda, hatalı tıbbi uygulama neticesinde zarara uğrayan hastanın zararını doğrudan sigorta şirketinden dava yoluyla talep etmesi halinde, söz konusu dava ticari

³⁴² Şaylan, a.g.t., 44; Şükür, Riziko, 63; Köse, a.g.e. 63.

³⁴³ TBK'nın 129.maddesi üçüncü kişi yararına sözleşmelere ilişkin bir düzenlemedir: “Kendi adına sözleşme yapan kişi, sözleşmeye üçüncü kişi yararına bir edim yükümlülüğü koydurmuşsa, edimin üçüncü kişiye ifa edilmesini isteyebilir. Üçüncü kişi veya üçüncü kişiye halef olanlar tarafların amacına veya örf ve âdete uygun düştüğü takdirde edimin ifasını isteyebilirler. Bu durumda, üçüncü kişi veya ona halef olanlar bu hakkı kullanmak istediklerini borçluya bildirdikten sonra, alacaklı borçluyu ibra edemeyeceği gibi, borcun nitelik ve kapsamını da değiştiremez.”

³⁴⁴ Demir, *Tıbbi Sorumluluk Hukuku*, 2. bs (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020), 511.

³⁴⁵ İlknur Uluğ Cicim ve Nurdan Korkmaz, “Sorumluluk Sigortalarında Zarar Görenin Sigortacı Aleyhine Açtığı Davanın Medenî Usul Hukukuna Ait Bazı Hükümler Bakımından İncelenmesi”, 59.

³⁴⁶ Şaylan, a.g.t., 45. TTK m.1478 hükmünün gerekçesi şu şekildedir: “Söz konusu madde ile zarar gören üçüncü kişinin doğrudan doğruya sigortacıya talep karşı talep ve dava hakkı düzenlenmiştir. 6762 sayılı Kanunun 1310 uncu maddesinde sadece yangın dolayısıyla sorumluluk sigortaları ile ilgili olarak doğrudan doğruya dava hakkı düzenlenmiştir. Ancak, söz konusu Kanun dışında da özellikle zorunlu sorumluluk sigortalarında, doğrudan doğruya talep ve dava hakkı kanunlarla (Karayolları Trafik Kanununda ve Borçlar Kanunu'nda olduğu gibi) ya da genel şartlarla kabul edilmiştir. Sorumluluk sigortalarında asıl amaç her ne kadar sigortalının üçüncü kişiye vermiş olduğu zarar nedeniyle ödeyeceği tazminata bağlı olarak mal varlığında meydana gelen azalmanın telafisi de bunun yan sonucu zarar görenin de bir an önce zararının giderilmesini ve sigortalının ödeme güçsüzlüğüne karşı üçüncü kişilerin korunmasıdır. Ayrıca, zarar görenin doğrudan doğruya sigortacıya başvurması da zarar veren durumundaki sigortalıyı rahatlatıcı bir etki yaratacak ve sigortalının da sorumluluk sigortası ile sağlanmak istediği amaca daha kolay ulaşmasını sağlayacaktır. Fakat getirilen düzenleme hiçbir şekilde sorumluluk sigortasını üçüncü kişi lehine sözleşme durumuna sokmaz. Zira, halen menfaati sigorta edilen bizzat sigortalının kendisidir.”

dava niteliğini haiz olup bu davanın asliye ticaret mahkemelerinde³⁴⁷ görülmesi gerekmektedir³⁴⁸.

Hekim mesleki sorumluluk sigortası, hekime yöneltilecek taleplere karşı hekimlere teminat sağlamaktaysa da bu teminat mutlak bir teminat niteliğinde değildir³⁴⁹. Bazı sınırlı sayıda durumlarda zararı tazmin eden sigortacı, sigortalısı olan hekime rücu edebilmektedir. Bu haller “Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları” içerisinde sayılmıştır³⁵⁰. Hekimlik zorunlu mali sorumluluk sigortasına dayalı bu rücu davasında hekimin mesleki amaçlarla hareket etmesi dolayısıyla görevli mahkeme asliye ticaret mahkemesi olacaktır³⁵¹.

Nitekim zarar gören hastanın doğrudan sigorta şirketine değil, sigortalı hekimin çalıştığı özel sağlık kurum/kuruluşuna başvurması ihtimalinde zarar özel sağlık kurum/kuruluşunca ödenecektir. Kurumun hekime rücu davası açması halinde de bu dava sigorta ilişkisine dayalı ticari dava niteliğinde olacak ve asliye ticaret mahkemelerinde görülecektir³⁵².

4.2. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları

4.2.1 Genel Olarak Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları

Uyuşmazlık, hukuki veçhesi bulunan ve dışa vurulmuş olan³⁵³ anlaşmazlıkları belirtmektedir³⁵⁴. Devletin en önemli işlevlerinden birisi bu uyuşmazlıklara çözüm

³⁴⁷ Bkz. Y 11. HD, 13.2.2017 T., 2017/270 E. ve 2017/765 K.; 11. HD, 5.12.2016 T., 2016/13640 E. ve 2016/9304 K.

³⁴⁸ 01.01.2019 tarihi itibarı ile TTK m. 5/A hükmüne göre dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuş olması bir dava şartıdır: “Bu Kanunun 4’üncü maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.

³⁴⁹ Cahit Damar, *Sigortacının Kanuni Halefiyeti Ve Rücu Hakkı*, 1. bs (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 239.

³⁵⁰ B.6. Sigortacının Sigortalıya Rücu Hakkı: “Sigorta ettirene başlıca şu nedenlerle rücu edilir:

a) Mesleki faaliyetin ifası sırasında sigortalı tarafından kasten sebep olunan her tür olay ile davranışları,
b) Sigortalı veya çalıştırdığı kişilerin, poliçe kapsamındaki mesleki faaliyeti ifa ederken alkol, uyuşturucu ya da narkotik maddelerin tesiri altında bulunması sonucunda meydana gelen olaylar,
c) Sigortalının talebi üzerine zeyilname yapılması gereken durumlarda sigortalının bu talepte bulunmaması halinde ödenen tazminatın eksik prim oranına denk gelen kısmı sigortalıya rücu edilir.”

³⁵¹ Hacı Kara, “Yargıtay ve Hakem Kararlarına Göre Hekimin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, sy 152 (2021): 276; Şaylan, a.g.t., 46.

³⁵² Damar, a.g.e., 261; Köse, a.g.e., 163.

³⁵³ Dışa yansıtma dava ikamesi, icra takibi yapılması yahut ihtar keşide edilmesi yahut sadece karşı tarafın durumdan haberdar olmasını sağlaması şeklinde gerçekleştirilebilir. Mustafa Göksu, *Temel Hukuk Dizisi Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Ve Tahkim (Thd) (Arabuluculuk – Uzlaştırma)*, 5. bs (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 15.

³⁵⁴ Göksu, a.g.e. 15.

getirilmesidir³⁵⁵. Devlet bu fonksiyonunu yargı organları aracılığıyla yerine getirmektedir³⁵⁶. Geleneksel olarak uyuşmazlık çözümü için başvurulmuş ilk ve esas kabul edilen yol devlet yargısıdır³⁵⁷. Ne var ki mahkemelerin kapasitesini aşan iş yükü, artan dava masrafları, yargılamanın makul sürede tamamlanamaması ve dolayısıyla adaletli çözümlere kavuşmanın güçleşmesi gibi sebeplerle alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri önem kazanmıştır³⁵⁸.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, dünyada bilinen adıyla Alternative Dispute Resolution (ADR), devlet yargısının daha etkin ve işlevsel olmasını sağlayan³⁵⁹, yargıya ilişkin anayasal kaidelerin somutlaşmasına yardımcı olan, tarafların devlet yargısının olumsuzluk teşkil eden yanlarına maruz kalmaması adına³⁶⁰ iradi yahut zorunlu olarak başvurdıkları uyuşmazlık çözümü fonksiyonuna sahip metotlardır³⁶¹. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine çeşitli tanımlar getirilmişse de en yalın haliyle “devlet yargısı dışında kalan uyuşmazlık çözüm yöntemleri” olarak ifade edilebilir³⁶².

4.2.2. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Tanımları

4.2.2.1. Müzakere (Negotiation)

Gündelik hayat pratiği içerisinde insanların birçok konuya ilişkin olarak müracaat ettikleri bir iletişim biçimi olan müzakere³⁶³, bilhassa aralarında iş ilişkisi olan gerçek veya tüzel kişilerin, bu ilişkiye dayalı olarak karşılaştıkları uyuşmazlıkların daha büyük boyutlara ulaşmadan ve ilişkilerini zedelemeyecek biçimde çözüme ulaşmasında da önemli rol oynamaktadır³⁶⁴.

³⁵⁵ Serkan Çınarlı ve Kerim Azak, “Karşılaştırmalı Hukuk Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Usulleri ve Ülkemizde Uygulanabilirliği”, *Terazi Hukuk Dergisi* 17, sy 187 (Mart 2022): 35.

³⁵⁶ Süha Tanrıver, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Ve Özellikle Arabuluculuk”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, sy 64 (2006): 152; Hakan Pekcanıtez, Oğuz Atalay, ve Muhammed Özekes, *Medeni Usul Hukuku - Ders Kitabı*, 11. bs (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2023), 613.

³⁵⁷ İbrahim Özbay, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Atatürk’ün 125. Doğum Yılına Armağan X*, sy 3-4 (2006): 459.

³⁵⁸ A. M. Guidry, “Alternative Dispute Resolution: Broadening The Use Through Louisiana Courts”, *Southern University Law Review* 2, sy 19 (1992): 406; Serpil Işık, “Mediation as an Alternative Dispute Resolution Method and Mediation Process in Turkish Law System: An Overview”, *Annales de la Faculté de Droit d’Istanbul* 48, sy 65 (2016): 60.

³⁵⁹ Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri yargının yerine geçme amacı taşımamakta olup, yargıya destek verici mahiyette tali bir çözüm usulüdür. Nitekim 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun gerekçesinde bu husus: “Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri aslında yargı sistemi ile rekabet içinde olmadığı gibi amaç yargısal yollara başvuru imkanını kaldırmak da değildir. Devlete ait olan yargı yetkisinin mutlak egemenliğe zarar vermeden uyuşmazlıkların daha basit ve kolay çözümü amaçlanmaktadır.” olarak ifade edilmiştir.

³⁶⁰ Cengiz Serhat Konuralp, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim” (Doktora tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011), 9.

³⁶¹ Tanrıver, *a.g.m.*, 154.

³⁶² Mustafa Serdar Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, 3. bs (Ankara: Yetkin Yayınları, 2013), 168.

³⁶³ Konuralp, *a.g.t.*, 23.

³⁶⁴ Ünsal Sığı, *Müzakere* (Ankara: Siyasal Kitabevi, 2018), 53.

Müzakere, en temel noktalarıyla, bir uyuşmazlık içerisinde iki yahut daha fazla taraf arasında, tarafların hepsinin üzerinde mutabık kalabilecekleri tatmin edici bir anlaşma zeminini bulabilmek adına çıkar ya da ihtiyaçların yer değiştirebildiği karşılıklı istişare sürecidir.

Özellikle Amerika Birleşik Devletleri'nde uyuşmazlıkların mahkemeye taşınmadan taraflar arasında çözümü noktasında müzakere önemli bir yerde bulunmaktadır³⁶⁵.

Müzakerenin diğer uyuşmazlık yöntemlerinden farklı olan özgün yanı, uyuşmazlığın çözümü için tarafsız bir üçüncü kişinin dahil olmaksızın, doğrudan doğruya uyuşmazlığın tarafları yahut onların vekillerince gerçekleştirilmesidir³⁶⁶.

Müzakere bir uyuşmazlığa yönelik olabileceği gibi bir hukuki işlem müzakeresi de olabilir. Örnek vermek gerekirse, taraflar arasında akdedilecek bir sözleşme öncesinde de müzakere süreci yürütülebilir. Uyuşmazlık müzakeresi ve hukuki işlem müzakeresi haricinde, avukatların dahil olduğu ve genellikle mahkeme ya da tahkim yargılamasına intikal etmesi muhtemel uyuşmazlıklar için uzlaşma müzakeresi gündeme gelebilir³⁶⁷.

Müzakere yöntemi ülkemizde alternatif uyuşmazlıklar denildiğinde ilk akla gelen metotlardan birisi değildir. Bunun nedeni olarak toplumumuzun uyuşmazlık çözüm yöntemi anlamında bir uzlaşma kültürünü benimsememiş olması gösterilebilir³⁶⁸.

4.2.2.2. Kısa Duruşma (Mini Trial)

Kısa duruşma, tarafsız ve bağımsız üçüncü kişi ile uyuşmazlık taraflarının temsilcilerinden (yöneticilerinden) müteşekkil bir kurulun söz konusu uyuşmazlık için bir çözüm geliştirmek üzere gizlilik içerisinde yapacağı tespit, inceleme ve değerlendirme gibi sorunu ele alış biçimlerini içeren alternatif çözüm yöntemidir³⁶⁹.

Bu yöntem bilhassa maddi ve mahiyeti bakımından büyük ölçekli, çetrefilli ticari uyuşmazlıklarda ortaya çıkmaktadır³⁷⁰.

³⁶⁵ Susan R. Patterson ve D. Grant Seabolt, *Essentials of Alternative Dispute Resolution*, 2nd Edition (Dallas: Pearson Publications Company, 2001); Konuralp, *a.g.t.*, 23.

³⁶⁶ Patterson ve Seabolt, *a.g.e.*, 21; Konuralp, *a.g.t.*, 24.

³⁶⁷ Mustafa Serdar Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, 5. bs (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 618-21.

³⁶⁸ Konuralp, *a.g.t.*, 23.

³⁶⁹ Tanrıver, "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Ve Özellikle Arabuluculuk", 164; Konuralp, *a.g.t.*, 16; Gülgün Ildır, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, 1. bs (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003), 108.

³⁷⁰ Konuralp, *a.g.t.*, 42; Beyza Saygın, "Türkiye'de Alternatif Uyuşmazlık Çözümüne Yeni Bir Yol: Med-Arb (Arabuluculuk-Tahkim)" (Yüksek Lisans Tezi, Bursa, Bursa Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2023), 16.

Tarafsız üçüncü kişinin kısa duruşma neticesinde vereceği kararlar esas olarak bağlayıcı değildir; fakat tarafların kısa yargılama anlaşmasıyla bunun aksini kararlaştırabilmesi mümkündür³⁷¹.

Kısa duruşma yöntemi, genellikle zamanının büyük bölümünü şirket yönetimine ayırması beklenen şirketlerin yüksek yönetici pozisyonundaki kişilerin, uyuşmazlığı çözüme kavuşturmak için kısa duruşma sürecine zaman ayırarak etkin olması gereken³⁷² ve tarafsız bir üçüncü kişinin de varlığını gerektiren bir çözüm yöntemi olması dolayısıyla *cost effective* bir çözüm yöntemi olduğu söylenemeyecektir. Bu nedenle kısa duruşma yöntemi iş çevreleri arasında geliştirilen³⁷³ ve bu anlamda dar bir alanda kullanılan bir yöntem olduğu çıkarımı yapılabilir.

4.2.2.3. Vakıa Saptaması (Fact-Finding)

Vakıa saptaması yöntemi, uyuşmazlığa esas teşkil eden maddi vakıaların tarafsız bir üçüncü kişi tarafından ele alınarak uyuşmazlığın tanımlanarak somut bir zemine oturtulmaya çalışıldığı bir yöntemdir³⁷⁴.

Vakıa saptayıcısı olarak seçilen tarafsız üçüncü kişi, tarafların bir mutabakat sağlayamadığı ve uyuşmazlığın doğduğu hallerde faaliyete geçerek bu uyuşmazlığın taraflar için hangi riskleri barındırabileceğine ilişkin bir rapor düzenler³⁷⁵.

Vakıa saptayıcısı raporda tespitlerin yanında bir çözüm önerisi sunmuş ise, taraflar esas olarak bu öneriyle bağlı değildir. Şayet taraflar vakıa saptayıcısının çözüm önerisinin bağlayıcı olacağı hususunda anlaşmışlar ve öneri maddi bir olguya ilişkin ise, burada artık dayanağı 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun³⁷⁶ 193.maddesi olan ve münhasır delil sözleşmesi niteliğini haiz hakem-bilirkişi sözleşmesinin varlığını kabul etmek gerekecektir³⁷⁷.

³⁷¹ Ildır, *a.g.e.*, 108; Tanrıver, *a.g.m.*, 164; Alper Uyumaz ve Kemal Erdoğan, “Aile Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 17, sy 1 (Haziran 2015): 128.

³⁷² Konuralp, *a.g.t.*, 45.

³⁷³ Ildır, *a.g.e.*, 108.

³⁷⁴ Ildır, *a.g.e.*, 78; Tanrıver, *a.g.m.*, 161; Alper Uyumaz, “Tüketici Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 20, sy 1 (2012): 109.

³⁷⁵ Gülgün Ildır, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, 79; Süha Tanrıver, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Ve Özellikle Arabuluculuk”, 162.

³⁷⁶ 12.01.2011 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

³⁷⁷ Tanrıver, *a.g.m.*, 162 dn.21.

4.2.2.4. Uzlaştırma (Settlement)

Uzlaştırma; aralarında uyuşmazlık çıkan taraflara objektif duruşu olan ve tarafsız bir üçüncü kişinin, somut olaya has hususiyet ve koşullara göre oluşturacağı çözüm önerilerini sunarak, tarafların bu çözüm önerileri üzerine müzakere etmesini, çözüm önerilerinden biri üzerinde uzlaşa sağlamasını hedefleyen bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir³⁷⁸.

Uzlaştırmada gaye, maddi gerçeği açığa çıkarmak yahut yargılamayla bir karara ulaşmak değil, uyuşmazlığın taraflarının işbirliği içerisinde bir netice elde etmeye çalışmalarıdır³⁷⁹.

Uzlaştırma süreci neticesinde bir çözüme kavuşulduğu durumda, bu çözüm yoluna ilişkin bir sözleşme hazırlanarak taraf ve vekillerinin imzası alınacaktır. Bu çözüm yolu taraflar açısından bağlayıcı değilse de, sözleşmenin ihlali halinde ihlal eden tarafa karşı sözleşme hukukundan doğan haklar kullanılabilir. Ayrıca, Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliği³⁸⁰’nin md.20/5 düzenlemesi; “*Şüphelinin, edimini yerine getirmemesi hâlinde uzlaştırma raporu veya uzlaşma belgesi, 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanununun 38 inci maddesinde yazılı ilâm mahiyetine haiz belgelerden sayılır.*” Hükümünü amir olup, bu hüküm gereğince edim alacaklısı tarafından edim borçlusu aleyhine ilamlı takip başlatılarak cebri icra yolu ile edimin yerine getirilmesi talep edilebilecektir³⁸¹.

Uzlaştırma, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun³⁸² 253 ila 255. Maddeleri arasında düzenleme altına alınmıştır. Uzlaştırma kurumuna Türk hukukunda genellikle ceza hukuku kapsamında başvurulması sebebiyle bu kavramın çoğunlukla ceza uyuşmazlıkları için kullanıldığı söylenebilir³⁸³.

4.2.2.5. Arabuluculuk (Mediation)

Alternatif uyuşmazlık yöntemleri arasında ilk akla gelen ve sıklıkla başvurulardan biri olan arabuluculuk; uyuşmazlığın taraflarının devlet mahkemelerine gitmeden tarafsız bir üçüncü

³⁷⁸ Tanrıver, *a.g.m.*,166.

³⁷⁹ Cumhur Şahin, “Ceza Muhakemesinde Uzlaşma”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, sy 1-2 (Prof. Dr. Süleyman ARSLAN’a ARMAĞAN) (1998): 222.

³⁸⁰ 05.08.2017 tarih ve 30145 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

³⁸¹ Hazal Ertemur, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Alternatif Bir Çözüm Yolu Olarak Uzlaştırma – Ceza Hukuku Monografileri –*, 1. bs (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 105.

³⁸² 17.12.2004 tarih ve 25673 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır. Bu Kanunda yer alan uzlaştırmaya ilişkin hükümler, 19.12.2006 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 5560 sayılı “Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun” ile yeniden düzenlenmiştir.

³⁸³ Mustafa Göksu, *Temel Hukuk Dizisi Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Ve Tahkim (Thd) (Arabuluculuk – Uzlaştırma)*, 97.

kişinin vasıtasıyla uyuşmazlık konusunu istişare ederek bir çözüme kavuşturmaya çalışma sürecini ifade etmektedir³⁸⁴.

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu içerisinde; “Sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretemediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi” olarak tanımlanmış ve soru işaretine yer bırakmayacak şekilde arabuluculuğun ne ifade ettiğini izah etmiştir.

Arabuluculuk bir yargılama faaliyeti olmadığı gibi arabulucu da bir hâkim yahut hakem değildir³⁸⁵. Nitekim arabulucu hangi tarafın haklı olduğuyla ilgilenmez ve tarafların sundukları delillere ilişkin bir kanaat oluşturmaz, oluşturmaz³⁸⁶.

Arabuluculuk faaliyetinin yürütüldüğü süreç içerisinde hem taraflar hem de arabulucunun faydalanması ve riayet etmesi gereken bazı ilkeler öngörülmüştür. Bu ilkelere göre arabuluculuk; gizlidir³⁸⁷, gönüllülük esasına dayalıdır³⁸⁸, taraflar eşit haklara sahiptir³⁸⁹, arabulucu tarafsız konumdadır³⁹⁰.

Arabuluculuk süreci sonunda taraflar anlaşmaya vardıkları, anlaşamadıkları yahut arabuluculuk sürecinin ne şekilde neticelendiğini bir tutanak (son tutanak) ile belgelendirir.

6325 sayılı Kanun’un 1.maddesinde yabancılık unsuru taşıyanlar da dahil olmak üzere ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde arabuluculuk yönteminin kullanılabileceği düzenlenmiştir³⁹¹. Kanun koyucu burada genel bir sınır çizmiş, hangi uyuşmazlıkların

³⁸⁴ İldır, *a.g.e.*, 88; Tanrıver, *a.g.m.*, 165; Mehmet Akif Tutumlu ve Özge Tutumlu, *Tüketici Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk*, 1. bs (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 19; Mustafa Serdar Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, 2022, 591.

³⁸⁵ Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, 2022, 594.; Mustafa Göksu, *Temel Hukuk Dizisi Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Ve Tahkim (Thd) (Arabuluculuk – Uzlaştırma)*, 31.

³⁸⁶ Mustafa Göksu, *Temel Hukuk Dizisi Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Ve Tahkim (Thd) (Arabuluculuk – Uzlaştırma)*, 31.

³⁸⁷ HUAK m.4.

³⁸⁸ HUAK m.3/1.

³⁸⁹ HUAK m.3/2.

³⁹⁰ 02.06.2018 tarih ve 30439 sayılı RG’de yayımlanan Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği (HUAKY) m.11.

³⁹¹ Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu md.1: “Bu Kanunun amacı, hukuk uyuşmazlıklarının arabuluculuk yoluyla çözümlenmesinde uygulanacak usul ve esasları düzenlemektir.

arabuluculuk yöntemi için elverişli olduğunu tahdidi olarak saymamıştır³⁹². Bu kapsamda hatalı tıbbi uygulamadan kaynaklanan uyuşmazlıkların da bu çerçeve içerisinde yer alacağı kabul edilmektedir³⁹³.

Taraflar arasında anlaşma gerçekleşirse anlaşma belgesi düzenlenerek taraflar ve arabulucu tarafından imzalanır. Bu anlaşmanın yazılı olması zorunlu değilse de yazılı olması hem ispat hem de icra edilebilirlik şerhi alınabilmesi³⁹⁴ açısından önem arz eder³⁹⁵. İcra edilebilirlik şerhi³⁹⁶ içeren anlaşma ilam niteliğinde bir belge olacaktır (HUAK m.18). Düzenlenecek bu belge bir sözleşme niteliğinde olacağı için sözleşmelere ilişkin genel hükümlere tabi olacaktır.

HUAK'ın yürürlüğe girdiği tarihte hukuk uyuşmazlıkları için ihtiyari arabuluculuk esas kabul edilmişse de kanun koyucu daha sonrasında zorunlu arabuluculuk düzenlemeleri ile istisnalar oluşturmuştur³⁹⁷. 7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanunun³⁹⁸ 23.maddesi ile HUAK 18/A eklenmiş; özel kanunlar bakımından ise 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun³⁹⁹ 3.maddesi, 7155 sayılı Kanun'un 20.maddesi ile Türk Ticaret Kanun m. 5/A düzenlemesi ve son olarak 7251 sayılı Kanun'un 59.maddesi ile bazı uyuşmazlıklar bakımından dava öncesi arabulucuya başvurma zorunluluğu kabul edilmiştir.

7251 sayılı Kanun'un 59.maddesi ile TKHK'ya 73/A maddesi eklenerek tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklar için dava yoluna gitmeden önce arabuluculuğa başvurulması zorunlu hale getirilmiştir. TKHK 73/A maddesi; *“Tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.”* şeklinde olup tüketici mahkemelerinin görev alanında olan uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabulucuya gidilmiş olmasını dava şartı olarak düzenlenmiştir.

(2) Bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanır. Şu kadar ki, aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir.”

³⁹² Ahmet Cemal Ruhi, Tuğçem Şahin ve Yasin Çelik, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Rehberi*, 1. bs (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018), 19.

³⁹³ Sunay Akyıldız, “Sağlıkta Arabuluculuk”, *Terazi Hukuk Dergisi* 9, sy 93 (Mayıs 2014): 53.

³⁹⁴ Dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuşsa anlaşmanın icra edilebilirliğine dair şerh, arabulucunun görev yaptığı yerdeki sulh hukuk mahkemesinden talep edilebilecektir. Şayet dava açıldıktan sonra başvurulmuşsa halinde anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh davanın görüldüğü mahkemeden talep edilebilecektir.

³⁹⁵ Ahmet Cemal Ruhi, Tuğçem Şahin, ve Yasin Çelik, *a.g.e.*, 70.

³⁹⁶ Taraflar avukatları ile birlikte arabuluculuk süreci içinde yer alırlar ise HUAK md.18/4 gereği; *“taraflar ve avukatları ile arabulucunun, ticari uyuşmazlıklar bakımından ise avukatlar ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesi, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılır.”*

³⁹⁷ Seyhan Selçuk, “Tüketici Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Dava Şartı”, *Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 8, sy 16 (Aralık 2020): 1185.

³⁹⁸ 19.12.2018 tarih ve 30630 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

³⁹⁹ 25.10.2017 tarih ve 30221 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

4.2.2.6. Tahkim (Arbitration)

Tahkim, taraflar arasında doğmuş yahut doğacak uyuşmazlıkların aralarında akdedilmiş bir sözleşme ya da kanun hükmü uyarınca devlet yargısı dışında tarafların seçtiği ya da kanunda belirtilmiş hakem ya da hakemlerce çözülmesidir⁴⁰⁰.

Tahkim faaliyetinin bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Bir görüş tahkimi mahkeme yargılaması dışında ayrı bir çözüm yöntemi olması dolayısıyla ADR yöntemleri arasında sayar⁴⁰¹. Diğer görüş ise tahkimin hakem tarafından verilen kararlarının bir mahkeme kararı gibi kesin ve bağlayıcı olması nedeniyle diğer ADR yöntemlerinden farklı olduğunu ve bu nedenle hem mahkeme yargılaması hem de ADR yöntemlerinin dışında ayrı bir kategoride bulunan bir çözüm yöntemi olduğunu ileri sürmektedir⁴⁰². Ayrıca uyuşmazlık taraflarının ADR yöntemlerini kararlaştırmış olması devlet yargısının genel yetkisini bertaraf etmiyor ve diğer tarafa bir itirazda bulunma hakkı vermiyorken, tahkim anlaşmasının varlığı halinde devlet mahkemelerinin yetkisinin ortadan kalkması tahkimin istisnai bir yargısal yol olduğu yönündeki görüşe destek verici nitelikte bir durum olarak ele alınmaktadır⁴⁰³.

Gerçekten de tahkim yargılaması öncelikli olarak hakem kararlarının kesin hüküm niteliği taşıması sebebiyle ADR yöntemlerinden bağlayıcılık bakımından ayrılmaktadır. Sözgelimi, arabulucu yahut uzlaştırmacı taraflar arasında vuku bulan uyuşmazlığı çözmemekte, tarafların bizzat kendilerinin çözmesine yardım etmektedirler. Tahkimde ise bir yargılama cereyan edecek ve tıpkı devlet yargılamasında olduğu gibi tarafları bağlayıcı ve maddi anlamda kesin hüküm niteliğini haiz bir karar ortaya çıkacaktır⁴⁰⁴. Hatta yargı kavramı kimi zaman hem devlet yargısını hem de tahkim yargılamasını kast edecek biçimde geniş bir çerçevede kullanılmaktadır⁴⁰⁵.

⁴⁰⁰ Diler Tamer, “İlkçapdan Bugüne Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim”, *Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi* 5, sy 2 (2016): 363; Mustafa Göksu, *Temel Hukuk Dizisi Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Ve Tahkim (Thd) (Arabuluculuk – Uzlaştırma)*, 129; International Chamber of Commerce, “Tahkim Kuralları & Arabuluculuk Kuralları” (Paris, France: ICC, Ekim 2023), Önsöz; Baki Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku*, 928.

⁴⁰¹ Pelin Baysal, “Chapter 43 - Turkey”, in *The International Arbitration Review*, 7. bs (London, UK: Law Business Research LTD, 2016), 526.

⁴⁰² Gülgün Ildır, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, 58; Süha Tanrıver, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Ve Özellikle Arabuluculuk”, 171; International Trade Center UNCTAD/WTO, “Arbitration and Alternative Dispute Resolution: How To Settle International Business Disputes”, Trade Law Series (Geneva: International Trade Center, 2001), 51.

⁴⁰³ Süha Tanrıver, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Ve Özellikle Arabuluculuk”, 153, dn.6.

⁴⁰⁴ Göksu, *Temel Hukuk Dizisi Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Ve Tahkim (Thd) (Arabuluculuk – Uzlaştırma)*, 130.

⁴⁰⁵ Göksu, *a.g.e.*, 130.

Tahkim yargılamasının genel esasları, hususiyetleri, ilgili hukuki düzenlemeler ve tahkim çeşitleri çalışmamızın ilerleyen kısımlarda geniş biçimde ele alınacaktır.

4.2.2.7. Arabuluculuk-Tahkim (Med-Arb)

Tahkim ve arabuluculuğu birleştiren bir mekanizmaya sahip “Med-Arb” yönteminde taraflar öncelikle arabuluculuğa başvurarak uyuşmazlıklarını çözmeye çalışırlar, uyuşmazlığın arabuluculuk ile çözüme kavuşulmaması ihtimalinde taraflar tahkim yoluna gitmektedirler⁴⁰⁶. Esas olarak bakıldığında med-arb anlaşmaları arabuluculuk koşuluna tabi tutulmuş tahkim anlaşmalarıdır⁴⁰⁷. Bu yöntemde tarafların arabuluculuk süreci içerisindeyken tahkimin nihai nokta oluşunun bilincinde olmaları, arabuluculuk sürecindeki adımlarını daha dikkatli ve özenli atmalarına sebebiyet vermektedir⁴⁰⁸. Med-Arb yöntemi, tahkimin bağlayıcı ve nihai kararı ile arabuluculuğun esnekliği ve verimliliğinin bir araya gelmesiyle her iki uyuşmazlık çözüm yollarının kendilerine has olumsuz yönlerini daha tahammül edilebilir hale getirerek uyuşmazlık çözüm süresini hafifletir⁴⁰⁹. Med- arb tarafların kendi iradelerine dayalı olarak seçebilecekleri bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir; med-arb taraflar için zorunlu bir yol olamaz⁴¹⁰.

Taraflar aralarında imzalayacakları uyuşmazlık çözümüne ilişkin anlaşmada, uyuşmazlık çıkması halinde öncelikli olarak arabuluculuğa başvurulacağını, arabuluculuk faaliyetinden olumlu bir netice alınamaması halinde hâlinde tahkim yargılamasına başvurulacağını kararlaştırabilir⁴¹¹. Bu anlaşma ayrı bir med-arb anlaşması şeklinde olabileceği gibi taraflar arasında başka bir anlaşmaya hüküm olarak da konulabilir⁴¹². Bu anlaşmalar basamaklı yahut çok aşamalı tahkim anlaşmaları olarak ifade edilmektedir.

Ayrıca, TTK m. 5/A düzenlemesi uyarınca bir ticari uyuşmazlığa yönelik mahkemede dava açılabilmesi için arabuluculuğa başvurulması gerekmektedir. Arabuluculuktan netice alınamaması halinde davacı taraf, arabuluculuğa başvurulduğunu fakat uzlaşa sağlanamadığına

⁴⁰⁶ Cemile Demir Gökyayla, “Arabuluculuk ve Tahkimi Bir Arada İçeren Uyuşmazlık Çözüm Yolu”, *İstanbul Hukuk Mecmuası* 77, sy 2 (2019): 579; Serkan Kaya, “Uyuşmazlıkların Çözümünde Hibrit Yöntem: Arabuluculuk-Tahkim (Med-Arb)”, *Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi* 17, sy 48 (2021): 225; Gülgün Ildır, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, 100; Brian A. Pappas, “Med-Arb and the Legalization of Alternative Dispute Resolution”, *Harvard Negotiation Law Review* 20, sy 57 (2015): 159.

⁴⁰⁷ Zeynep Ülkü Kahveci ve Yasin Ekmen, “Arabuluculuk-Tahkim (Med-Arb) ve ISTAC Kuralları”, içinde *Tahkim Yargılaması - Birinci Bölüm* -, 1. bs, c. Tahkim Okulları Serisi II (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2021), 222.

⁴⁰⁸ Pappas, *a.g.m.*, 159.

⁴⁰⁹ Pappas, *a.g.m.*, 167; Ildır, *a.g.e.*, 89.

⁴¹⁰ Zeynep Ülkü Kahveci ve Yasin Ekmen, “Arabuluculuk-Tahkim (Med-Arb) ve ISTAC Kuralları”, 220.

⁴¹¹ Gökyayla, *a.g.m.*, 592.

⁴¹² Zeynep Ülkü Kahveci ve Yasin Ekmen, “Arabuluculuk-Tahkim (Med-Arb) ve ISTAC Kuralları”, 222.

dair hazırlanacak son tutanağı mahkemeye ibraz edecektir. Tarafların uzlaşma sağlayamaması halinde arabulucunun taraflara mahkemeye gitmeden de ihtilaflarını çözebilecekleri yönünde bilgilendirme yaparak tarafları aralarında tahkim anlaşması yapmaya teşvik etmesi mümkündür⁴¹³. Böylece taraflar tahkim şartını uzlaşmama tutanaklarına ekleyerek uyuşmazlıklarını tahkim yolu ile çözecekleri hususunda anlaşabileceklerdir⁴¹⁴.

Çalışmamızın ilerleyen kısımlarında da belirteceğimiz üzere, tahkim milli ve milletlerarası tahkim olarak ayrıma tabi tutulmakta ve bu iki tahkim çeşidi için farklı kanunlar uygulanmaktadır. Milletlerarası tahkim 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununa (MTK)⁴¹⁵ tabidir. Kanunun 1.maddesi⁴¹⁶, yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıkların milletlerarası nitelikte olduğunu ve MTK'ya tabi olacağını düzenlemiştir. HMK m.407 hükmü ise, MTK çerçevesinde bir yabancılık unsuru taşımayan ve tahkim yerinin Türkiye olduğu uyuşmazlıklara ilişkin tahkimleri milli tahkim olarak nitelemekte ve milli tahkimi düzenlemektedir⁴¹⁷.

HUAK m.1/2 düzenlemesine bakıldığında, yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanacağı hükmünü amir olduğu görülmektedir. Taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümüne dair olan anlaşmada şayet arabuluculuk ve tahkim bir arada yer alıyor ise, söz konusu uyuşmazlık yabancılık unsuru taşısa da taşımasa da ilk olarak uygulanacak arabuluculuk faaliyeti HUAK hükümlerine tabi olacaktır⁴¹⁸. Tahkim yargılamasına başvuru haller yahut arabuluculuktan sonra başlayacak tahkim yargılamasında ise uyuşmazlığın yabancı unsurlu olup olmamasına göre uyuşmazlık için MTK yahut HMK hükümleri uygulanacaktır.

⁴¹³ Bkz. Arabuluculuk Etik Kuralları 5/6 maddesi: “Arabulucu, arabuluculuk sürecinde arabuluculuktan başka bir uyuşmazlık çözüm yöntemini yürütemez. Arabuluculuk mevzuatından kaynaklanan avantajları kullanmak amacıyla herhangi bir çözüm yolunu arabuluculuk olarak adlandıramaz. Ancak, arabulucu, gerekli ve uygun gördüğünde, taraflara uyuşmazlıklarını tahkim, tarafsız değerlendirme, danışmanlık veya diğer uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle çözmeyi düşünmelerini önerebilir.”

⁴¹⁴ Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 5. bs (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020), 19.

⁴¹⁵ 05.07.2001 tarih ve 24453 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

⁴¹⁶ MTK m.1: “Bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu Kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır.”

⁴¹⁷ HMK m.407: “Bu Kısımda yer alan hükümler, 21/6/2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun tanımladığı anlamda yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır.”

⁴¹⁸ Gökyayla, a.g.m., 583.

Med-Arb yöntemi ilk olarak İstanbul Tahkim Merkezi'nin (ISTAC) Kasım 2019'da yayımladığı Arabuluculuk-Tahkim Kuralları ile düzenleme altına alınmış ve böylece Türkiye bu konuda öncü konuma yerleşmiştir⁴¹⁹.

⁴¹⁹ ISTAC Arabuluculuk Tahkim Kuralları: <https://istac.org.tr/wp-content/uploads/2019/11/ISTAC-Arabuluculuk-Tahkim-Kurallar%C4%B1-Med-Arb.pdf> (E.T.15.06.2024)

BÖLÜM III

TIBBİ MALPRAKTİSTEN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARDA TAHKİM YARGILAMASI

1. TAHKİMİN GENEL ESASLARI VE TÜRK HUKUKUNDA MİLLİ TAHKİM

1.1. Genel İtibariyle Tahkim

Bir hukuki ilişkisi içerisinde olan taraflar mevcut ya da muhtemel bir uyuşmazlık için aralarında anlaşmak suretiyle bu anlaşmazlıklarının çözümünü hakem adı verilen kişi yahut kişilere bırakarak tahkim yolunu seçebilirler⁴²⁰. Seçilen hakem yahut hakemler, adeta bir devlet mahkemesi gibi yargılama yaparak karar (*award*) verirler. Bu nedenle hakemlerin yargılaması “hakem mahkemesi” kavramı ile de ifade edilmektedir⁴²¹.

Tarafların uyuşmazlıklarının hakemlerce çözümüne dair yaptıkları anlaşma olan tahkim; devlet tarafından denetlenen, hakemlerinin verecekleri kararları kesin hüküm niteliğinde olan ve tıpkı devlet mahkemelerinde verilen kararlar gibi icra edilebilir olan özel bir yargılamadır⁴²².

Tahkim anlaşmasının varlığına rağmen taraflardan birisi uyuşmazlığın çözümü için devlet yargısına başvurursa diğer taraf tahkim itirazında bulunabilecektir⁴²³.

Esas olarak devlet yargısı içerisinde de tahkimde de bir yargılama mevcuttur ve bu yargılama esnasında mahkeme hakimleri ile tahkim hakemleri bağımsız ve tarafsız olarak hareket ederler. Ne var ki mahkeme yargılaması ile tahkim yargılamasını birbirinden ayıran bazı temel farklılıklar vardır. Bunlardan ilki, uyuşmazlık taraflarının devlet mahkemelerinde davalarına bakacak hâkimi ya da mahkeme heyetini seçememeleridir⁴²⁴. Tahkimde ise tarafların hakemleri seçebilme özgürlükleri vardır. Bir diğer ayrım devlet mahkemelerinde yapılacak yargılama için yargılama usulü ve hangi maddi hukuk kurallarının uygulanacağı önceden belirli iken, tahkimde taraflar maddi hukuku da yargılama usulünü de seçme şansına sahiptirler⁴²⁵.

⁴²⁰ Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, ve Muhammer Özkes, *Medeni Usul Hukuku - Ders Kitabı*, 613; Ramazan Arslan vd., *Medeni Usul Hukuku*, 7. bs (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 821; Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku*, 2. bs, c. 2 (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 353; Baki Kuru ve Burak Aydın, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Uusul Hukuku - Ders Kitabı*, 4. bs (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020), 694; Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 5; Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 6. bs (Ankara: Savaş Yayınevi, 2020), 163; Mehmet Feridun İzgi, *Türk Hukukunda Tahkim Benzeri Uyuşmazlık Çözüm Yolları*, 1. bs (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2023), 129; Rasiğ Yeğengil, *Tahkim (L'arbitrage)* (Cezai Matbaası, 1974), 94.

⁴²¹ Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, ve Muhammer Özkes, *Medeni Usul Hukuku - Ders Kitabı*, 613; Ramazan Arslan vd., *Medeni Usul Hukuku*, 821.

⁴²² Pekcanitez, Atalay, ve Özkes, *a.g.e.*, 613.

⁴²³ Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 164.

⁴²⁴ Doğan, *a.g.e.*, 164.

⁴²⁵ Pekcanitez, Atalay, ve Özkes, 614.

Tahkimde gizlilik ilkesi esastır. Bu hususta MTK ve HMK’da ayrıca özel bir düzenleme mevcut değilse de uygulamada bu yönde eğilimin olduğu söylenebilir. İstanbul Tahkim Merkezi, İstanbul Ticaret Odası, TOBB Tahkim Divanı gibi kurumsal tahkim merkezleri kurallarında taraflar aksini kararlaştırmadıkça gizlilik ilkesinin geçerli olduğunu kabul etmektedir⁴²⁶.

Tahkim çeşitli kıstaslar dayanak alınarak farklı tasniflere tabi tutulmaktadır. Aşağıda tahkime ilişkin bu ayrımları inceleyeceğiz.

1.2. Milli (İç) Tahkim – Milletlerarası Tahkim

Tahkim, milletlerarası bir unsur içerip içermemesine göre milli (iç, yerli) tahkim ve milletlerarası tahkim olarak ayrılmaktadır.

Milli tahkim, bir ülkenin hukukuna göre milletlerarası özellik taşıyamayan ve o ülke hukukunda yargı erkinin bir ögesi olan tahkim çeşididir⁴²⁷.

Türk hukukunda milli tahkim HMK’nın 407 ila 444.maddeleri arasında düzenlenmiştir. HMK m.407 hükmü ile milli tahkimden ne anlaşılması gerektiği izah edilmiştir⁴²⁸. Bu bakımdan MTK çerçevesinde bünyesinde yabancılık unsuru barındırmayan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği ihtilaflar hakkında işler hale gelecek olan tahkim milli tahkim olarak anılacak ve HMK’nın tahkime ilişkin hükümlerine tabi olacaktır⁴²⁹. Tahkimin milli tahkim ve milletlerarası tahkim olarak ayrıma tabi tutulmasının önemi özellikle tahkim yargılaması neticesinde verilen kararın tenfiz ve uygulanması kısmında kendini gösterecektir⁴³⁰. Örnek vermek gerekirse, milli hakem kararlarının icra edilmesi için mahkemeden icra edilebilirlik şerhi alınması kâfi iken, yabancı hakem kararlarının ancak tenfiz edilmesi koşuluyla icrası mümkün hale gelebilir⁴³¹.

Milletlerarası tahkim kısaca birden fazla hukuk sistemi ile ilgili olan ve en az bir yabancılık unsuru içeren tahkim türü olarak tanımlanabilir⁴³². Tahkimin milletlerarası niteliği haiz olup olmadığının tespiti genellikle uyuşmazlık taraflarının statüleri ve uyuşmazlık konusuna ilişkin ölçütler ele alınarak yapılmaktadır⁴³³. İlk ölçüt uyuşmazlığın taraflarının ikametgahı, tabiiyeti,

⁴²⁶ Konuralp, *a.g.t.*, 166.

⁴²⁷ Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku*, 2:361; Mehmet Feridun İzgi, *Türk Hukukunda Tahkim Benzeri Uyuşmazlık Çözüm Yolları*, 141.

⁴²⁸ HMK m. 407: “Bu Kısımda yer alan hükümler, 21/6/2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun tanımladığı anlamda yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır.”

⁴²⁹ Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku*, 2:361.

⁴³⁰ Konuralp, *a.g.t.*, 146.

⁴³¹ Hacı Can ve Ekin Tuna, *Milletlerarası Tahkim Hukuku*, 1. bs (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 86.

⁴³² Mehmet Feridun İzgi, *Türk Hukukunda Tahkim Benzeri Uyuşmazlık Çözüm Yolları*, 141.

⁴³³ Feriha Bilge Tanrıbilir ve Banu Şit, “Milletlerarası Tahkim Müessesesi Ve Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 22, sy 2 (2011): 819.

işyerinin yahut tüzel kişiler için bilhassa idare merkezinin farklı ülkelerde bulunması sebebiyle tahkimin milletlerarası özellik taşıdığına ilişkindir. İkinci ölçüt uyuşmazlık konusunun yani temeldeki ilişkinin milletlerarası oluşu ile ilgilidir. Bu iki ölçüt milletlerarası özellik bakımından 21.06.1985 tarihli UNCITRAL Model Kanununda yer almış ve Model Kanunun 1/3 maddesinde⁴³⁴ bu iki kıstastan bir tanesinin sağlanıyor olması tahkimi milletlerarası özellik taşıması için yeterli kabul edilmiştir⁴³⁵.

Taraflar arasındaki uyuşmazlığın hangi hallerde yabancılik unsuru taşıyacağı hususu MTK ‘nın 2.maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre:

1. Tahkim anlaşmasının taraflarının yerleşim yeri, olağan oturma yeri yahut iş yerlerinin farklı devletlerde bulunuyor olması,
 2. Tarafların yerleşim yeri, olağan oturma yeri yahut iş yerlerinin;
 - a. Tahkim anlaşmasında belirtilen ya da bu anlaşmaya dayanarak tespit edilen hâllerde tahkim yerinden,
 - b. Esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği yerden ya da uyuşmazlık konusunun en çok bağlantılı olduğu yerden, başka bir devlette bulunması.
 3. Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşmeye taraf olan şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına göre yabancı sermaye getirmiş olması veya bu sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışından sermaye sağlanması amacıyla kredi ve/veya güvence sözleşmeleri yapılmasının gerekli olması.
 4. Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşme veya hukukî ilişkinin, bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçişini gerçekleştirmesi,
- şeklinde sayılan hallerin varlığı, uyuşmazlığın milletlerarası nitelik taşımasına sebebiyet verecektir.

Çalışmamızın konusu esas olarak milli tahkime ilişkin olsa da Türkiye’de gerçekleştirilen bazı hatalı tıbbi uygulamaların milletlerarası nitelikte olup olmadığı meselesinin irdelenmesi ile bu uyuşmazlığın taraflarının tahkim yoluna başvurma arzusunun nasıl şekilleneceği gibi hususlar

⁴³⁴ UNCITRAL Model Kanunu m.1/3: “Aşağıdaki durumlarda tahkim uluslararası nitelik taşır:
 (a) Bir tahkim anlaşmasının taraflarının bu anlaşmanın imzalanması sırasında farklı Devletlerde iş yerlerinin bulunması veya
 (b) Aşağıdaki yerlerden birinin tarafların iş yerlerinin bulunduğu Devletin dışında yer alması:
 (i) Tahkim anlaşmasında veya tahkim anlaşmasına uygun olarak belirlenmesi hâlinde tahkim yeri;
 (ii) Ticari ilişki yükümlülüklerinin önemli bir kısmının yerine getirileceği yer veya uyuşmazlık konusunun en yakından bağlantılı olduğu yer veya
 (c) Tarafların tahkim anlaşmasının konusunun birden fazla ülkeyle ilgili olduğunu açıkça kabul etmesi.”

⁴³⁵ Tanrıbilir ve Şit, a.g.m., 820.

bakımından milletlerarası tahkime ilişkin genel bilgilerin verilmesi ve yer yer milletlerarası tahkimin hususi özelliklerine de değinilmesinin konu bütünlüğü bakımından önem arz ettiği kanaatindeyiz.

1.3. Mecburi Tahkim – İhtiyari Tahkim

Tahkim, başvuruda tarafların iradesinin etkili olup olmamasına göre mecburi ve ihtiyari tahkim olarak ayrılmaktadır.

Tarafların aralarındaki hukuki ilişkiye dayalı ihtilafların çözümünü kendi iradeleri olmaksızın mecburi olarak hakem yahut hakem kuruluna bırakmasına mecburi tahkim denilmektedir⁴³⁶.

Tahkim prensip itibariyle taraf iradelerine dayalıdır, yani ihtiyaridir⁴³⁷ ve HMK (m.407-444’de) ve MTK’da düzenlemesi yapılmış olan tahkim de ihtiyari tahkimdir⁴³⁸. Mecburi tahkim istisna niteliğindedir ve ancak özel kanun hükümlerinin açıkça kendisine işaret ettiği hallerde işler hale gelmektedir⁴³⁹. Kanun koyucu bazı uyuşmazlıkların devlet mahkemeleri yerine tahkim yargılaması içerisinde çözümlenmesini zorunlu kılabilir⁴⁴⁰. Mecburi tahkimin varlığı halinde artık kişilerin iradesine bakılmaz ve mahkemeye başvuru imkânı yoktur⁴⁴¹.

Mecburi tahkimle ilgili örnek düzenlemelerden birisi spor federasyonlarının spor faaliyetlerinin yönetim ve disiplinine dair kararlarına karşı tahkim yolunu zorunlu tutulması⁴⁴² örnek gösterilebilir⁴⁴³. Tahkim kurulu kararları kesin nitelik arz etmekte olup bu kararlara karşı hiçbir yargı merciine başvuru yapılamamaktadır. Ayrıca tüketici hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların çözümü bakımından, belirli bir tutarın altındaki tüketici uyuşmazlıklarının çözümü için tüketici hakem heyetlerine başvurulmasının TKHK m.68/1 düzenlemesi uyarınca zorunlu tutulması, tüketici hakem heyetlerinin zorunlu bir tahkim organı işlevi üstlendiğini ortaya koymaktadır⁴⁴⁴. Diğer mecburi tahkim düzenlemelerine örnek olarak; 3039 sayılı Çeltik Ekim Kanunu m.14,

⁴³⁶ Baki Kuru ve Burak Aydın, *İstinâf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku - Ders Kitabı*, 694; Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku*, 2:353; Mehmet Feridun İzgi, *Türk Hukukunda Tahkim Benzeri Uyuşmazlık Çözüm Yolları*, 143.

⁴³⁷ Selçuk Öztekin, “Ulusal Tahkimde Uygulanacak Yargılama Usulü” (II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim”, İstanbul, 2009), 339.

⁴³⁸ Kuru ve Aydın, *a.g.e.*, 694; Hacı Can ve Ekin Tuna, *Milletlerarası Tahkim Hukuku*, 86.

⁴³⁹ Tanrıver, *a.g.e.*, 2:353; Kuru ve Aydın, *a.g.e.*, 694; Hacı Can ve Ekin Tuna, *Milletlerarası Tahkim Hukuku*, 87.

⁴⁴⁰ Mehmet Feridun İzgi, *Türk Hukukunda Tahkim Benzeri Uyuşmazlık Çözüm Yolları*, 143.

⁴⁴¹ Hacı Can ve Ekin Tuna, *Milletlerarası Tahkim Hukuku*, 87; Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku*, 2:354.

⁴⁴² 6214 Sayılı Kanun ile 2011 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile Anayasa’nın 59. maddesine şu hüküm eklenmiştir: “Spor federasyonlarının spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin kararlarına karşı ancak zorunlu tahkim yoluna başvurulabilir. Tahkim kurulu kararları kesin olup bu kararlara karşı hiçbir yargı merciine başvurulamaz.”

⁴⁴³ Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku*, 2:354.

⁴⁴⁴ Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku*, 2:355.

1512 sayılı Noterlik Kanunu m.49/4, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu m/42 son fıkra gösterilebilir⁴⁴⁵.

Mahkemece görülen bir davada taraflarca ileri sürülmesi dahi uyuşmazlığın mecburi tahkime tabi olduğu hususu mahkemece re'sen dikkate alınır.

1.4. Kurumsal Tahkim – Ad Hoc (Arızî) Tahkim

Belirli bir kurumun gözetim ve o kurumun kuralları çerçevesinde cereyan eden tahkim yargılaması kurumsal tahkim; bir kuruma bağlı olmaksızın gerçekleştirilen tahkim ise ad hoc yahut arızî tahkim olarak adlandırılmaktadır⁴⁴⁶.

Kurumsal tahkim, kuralları ve hakem seçim usulü daha önceden belirlenmiş olan ve bu nedenle ad hoc tahkime nispeten daha az esnekliğe sahip bir tahkim türüdür⁴⁴⁷. Burada uyuşmazlık süreci için belli kuralların yanında belirli bir organizasyon ile sekreterlik hizmeti de sunan daimî bir kurumun varlığı söz konusudur⁴⁴⁸.

Kurumsal tahkim için; ICC (International Chamber of Commerce-Milletlerarası Tahkim Odası), LCIA (London Court of Arbitration – Londra Tahkim Mahkemesi), DIS (Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit), WIPO (World Intellectual Property Organization), CAS (Court of Arbitration for Sport), İTOTAM (İstanbul Ticaret Odası Tahkim Merkezi), ISTAC (İstanbul Tahkim Merkezi) ve TOBB (Türkiye Odalar Borsalar Birliği) gibi kurumlar bünyesi ve denetiminde cereyan eden tahkimler gösterilebilir⁴⁴⁹.

Taraflar tahkim yargılamasının ağırlıklı olarak kendilerinin kontrolünde gerçekleşmesini istediklerinde ad hoc tahkim yoluna giderek; hakemleri, tahkim dili, yeri ve usulü ile uyuşmazlık esasına uygulanacak maddi hukuku kendileri belirler ve hakem ya da hakemlere

⁴⁴⁵ Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku*, 2:355.

⁴⁴⁶ Hakan Pekcanitez vd., *Pekcanitez Usul - Medeni Usul Hukuku III*, 15. bs, c. III (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2017), 2610-11; Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 6; Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku*, 2:357-59; Mehmet Feridun İzgi, *Türk Hukukunda Tahkim Benzeri Uyuşmazlık Çözüm Yolları*, 154; Mustafa Göksu, *Temel Hukuk Dizisi Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Ve Tahkim (Thd) (Arabuluculuk – Uzlaştırma)*, 131; Cemal Şanlı, Emre Esen, ve İnci Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 11. bs (İstanbul: Beta, 2024), 800.

⁴⁴⁷ Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 6; Mustafa Göksu, *Temel Hukuk Dizisi Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Ve Tahkim (Thd) (Arabuluculuk – Uzlaştırma)*, 131.

⁴⁴⁸ Mehmet Feridun İzgi, *Türk Hukukunda Tahkim Benzeri Uyuşmazlık Çözüm Yolları*, 154; Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku*, 2:357.

⁴⁴⁹ Hakan Pekcanitez vd., *Pekcanitez Usul - Medeni Usul Hukuku III*, III:2611.

uyuşmazlık çözümü için yetki verirler⁴⁵⁰. Bu yol ile muayyen bir uyuşmazlığa yönelik geçici olarak varlık kazanan bir tahkim söz konusudur⁴⁵¹.

Tarafların bu şekilde esnek hareket edebilme imkanının olması ad hoc tahkimin en önemli özelliğidir. Bu şekilde kurumsal tahkimdeki kısıtlamalara bağlı olmayacaklardır⁴⁵². Ayrıca ad hoc yargılamasında kurumsal tahkime nispeten tarafların uyuşmazlığına daha az kişi şahit olduğu için gizlilik bakımından da avantajlı konumdadır⁴⁵³. Ne var ki özellikle tarafların hakem seçimi hususunda anlaşmazlığa düşmeleri ihtimali ve kurumsal tahkimde olduğu gibi önceden belirlenmiş kuralların var olmaması sebebiyle tahkim usulüne ilişkin kuralların taraflarca belirlenmesinin zaman alıcı bir süreç oluşu⁴⁵⁴ gibi nedenler de ad hoc tahkim seçiminde birer risk olarak göz önünde bulundurulmalıdır.

1.5. Vicahi Tahkim - Çevrimiçi Tahkim

Tahkim yargılamasının klasik yöntemi yani yüz yüze duruşma ya da oturumlar şeklinde gerçekleştirilmesidir. Bu usul vicahi tahkim olarak da isimlendirilmektedir⁴⁵⁵. Ancak çeşitli nedenlerle taraflar, fiziksel bir mekân dışında, dijital platformlar vasıtasıyla bir araya geldikleri çevrimiçi duruşma yöntemini tercih edebilirler⁴⁵⁶.

Çevrimiçi duruşmalar tahkim yargılaması için yeni bir gündem değildir. Ancak özellikle Dünya Sağlık Örgütü'nün 11 Mart 2020 tarihinde Covid-19 salgını sebebiyle pandemi ilan etmesiyle tahkim yargılamasında çevrimiçi duruşmalar hiç olmadığı kadar uygulanır olmuştur. Bu doğrultuda 2021 yılında ICC Tahkim Kurallarının 26. Maddesinde değişiklik yapılarak çevrimiçi duruşmaya ilişkin düzenleme getirilmiştir. Buna göre hakem heyetine taraflara da danıştıktan sonra duruşmaların yüz yüze, telekonferans ya da telefon ile yahut amaca uygun başka iletişim araçları ile yapılması hususunda karar verme yetkisi tanınmıştır⁴⁵⁷.

⁴⁵⁰ Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 7; Mehmet Feridun İzgi, *Türk Hukukunda Tahkim Benzeri Uyuşmazlık Çözüm Yolları*, 153.

⁴⁵¹ Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku*, 2:358.

⁴⁵² Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 2611.

⁴⁵³ Konuralp, *a.g.t.*, 140.

⁴⁵⁴ Konuralp, *a.g.t.*, 141.

⁴⁵⁵ Hacı Can ve Ekin Tuna, *Milletlerarası Tahkim Hukuku*, 95.

⁴⁵⁶ Tahkim yargılamasında çevrimiçi duruşmalara ilişkin detaylı bilgi için bkz. Atike Eda Manav Özdemir ve Belkis Vural Çelenk, "Tahkimde Çevrimiçi Duruşmalar ve Çevrimiçi Duruşmaların Hukuki Dinlenilme Hakkı ve Tarafların Eşitliği İlkeleri Bağlamında Değerlendirilmesi", *Public and Private International Law Bulletin* 42, sy 1 (Haziran 2022): 209 vd.

⁴⁵⁷ ICC Tahkim Kuralları m.26/1: "Taraflardan biri talep ederse veya böyle bir talep olmaması halinde, hakem kurulu kendiliğinden tarafları dinlemeye karar verirse, bir duruşma yapılır. Hakem kurulu, duruşma yapılacağı zaman, önceden makul bir bildirimde bulunarak tarafları belirlediği gün ve yerde huzuruna çağırır. Hakem kurulu, taraflara danıştıktan sonra ve davanın ilgili olay ve koşullarına dayalı olarak duruşmaların

2. TAHKİM ANLAŞMASI

2.1. Tahkim Anlaşmasının Tanımı ve Şekli Şartları

Tarafların uyuşmazlıklarının çözümü için tahkim yoluna başvurmalarının başlıca koşulu aralarında tahkim yoluna ilişkin bir tahkim anlaşması bulunmasıdır⁴⁵⁸. Tahkim anlaşması, hem taraflarının tahkim yoluna gitme iradesinin somutlaştırılması misyonunu taşımakta hem de hakemlerin yargılama yetkilerine dayanak oluşturmaktadır⁴⁵⁹.

Tahkim anlaşması UNCITRAL Model Kanun m.7 içerisinde tanımlanmıştır⁴⁶⁰. Bu düzenlemeye göre tahkim anlaşması, sözleşme temelli olsun ya da olmasın, belirli bir hukuki ilişkiye dayalı doğmuş yahut ileride doğacak ihtilafların tahkim vasıtasıyla çözülmesine ilişkin yapılan anlaşmadır.

Tahkim anlaşması kavramı iç hukukumuzda HMK m.412/1 ve MTK m.4/1 hükümlerinde tanımlanmıştır. Bu maddelerdeki tahkim anlaşması tanımı UNCITRAL model kanundaki ile oldukça benzerdir. Buna göre tahkim anlaşması tarafların sözleşme yahut sözleşme harici bir hukuki ilişkiden doğan ya da ileride doğması muhtemel uyuşmazlıkların tamamı yahut bir kısmının çözümünü hakem ya da hakemlere bırakılması hususunda yaptıkları sözleşmedir⁴⁶¹.

Tahkim anlaşması uyuşmazlık öncesinde yahut uyuşmazlık cereyan ettikten sonra yapılabilir⁴⁶²; fakat tahkim anlaşmasının yapıldığı esnada taraflar arasında muayyen bir hukuki ilişki bulunmalıdır⁴⁶³. Bu hukuki ilişki bir sözleşmeye dayanabileceği gibi sözleşme harici bir

fiziki katılımla veya video konferans, telefon ya da diğer uygun iletişim araçları vasıtasıyla uzaktan gerçekleştirilmesine karar verebilir.”

⁴⁵⁸ Can Yöney, “Tahkim Anlaşması: Temel İlkeler”, içinde *Tahkim Anlaşması - Tahkim Okulu Paneller Serisi*, 1. bs, c. 1 (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2020), 3; Emre Esen, *Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili*, 1. bs (İstanbul: Beta, 2008), 8; Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 126.

⁴⁵⁹ Emre Esen, *Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili*, 8.

⁴⁶⁰ “UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 With amendments as adopted in 2006”, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf

⁴⁶¹ MTK m.4/1: “*Tahkim anlaşması, tarafların, sözleşmeden kaynaklansın veya kaynaklanmasın aralarında mevcut bir hukukî ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tümünün veya bazılarının tahkim yoluyla çözülmesi konusunda yaptıkları anlaşmadır. Tahkim anlaşması, asıl sözleşmeye konan tahkim şartı veya ayrı bir sözleşme ile yapılabilir.*”

HMK m.412/1: “*Tahkim sözleşmesi, tarafların, sözleşme veya sözleşme dışı bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tamamı veya bir kısmının çözümünün hakem veya hakem kuruluna bırakılması hususunda yaptıkları anlaşmadır.*”

⁴⁶² Mehmet Feridun İzgi, *Türk Hukukunda Tahkim Benzeri Uyuşmazlık Çözüm Yolları*, 132.

⁴⁶³ Nevhis Deren Yıldırım, *UNCITRAL Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları*, 1. bs (İstanbul: Alkim, 2004), 37; Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku*, 2:365; Mehmet Feridun İzgi, *Türk Hukukunda Tahkim Benzeri Uyuşmazlık Çözüm Yolları*, 365; Kemal Dayınlarlı, *(HUMK’da düzenlenen) İÇ TAHKİM* (Ankara: Dayınlarlı Hukuk Yayınları), 34; Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku*, 6. bs, c. 1-2 (İstanbul, 1997), 942.

sebepten de sadır olmuş olabilir⁴⁶⁴. Bu bakımdan tarafların uyuşmazlık kaynağının haksız fiil, sebepsiz zenginleşme ya da vekaletsiz iş görme olması hallerinde de taraflar aralarında bir tahkim anlaşması yaparak bu uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözülmesini kararlaştırabileceklerdir⁴⁶⁵.

Bir tahkim anlaşması bünyesinde pek çok unsur barındırabilir: Tahkimin yeri, dili, usule uygulanacak kurallar, süresi, hakemlerin seçim usulü gibi hususlar bu unsurlara örnek olarak verilebilir⁴⁶⁶. Bununla birlikte bu hususların kararlaştırılması taraf iradelerine bırakılmıştır; anlaşmada yer almaları zorunlu değildir. Tahkim anlaşmasında bulunması gereken yegâne koşul tarafların açık tahkim iradesidir⁴⁶⁷.

Hem HMK m.412/3 hem de MTK m.4/2 hükümleri tahkim anlaşmasının yazılı olarak yapılması şartını içerir⁴⁶⁸. Bu düzenlemelere göre yazılılık şartının karşılanmış sayılabilmesi için tahkim anlaşmasının taraflarca imzalanmış olan bir yazılı belgeye ya da taraflar arasında teati edilen mektup telgraf teleks faks gibi bir iletişim aracına yahut elektronik ortama geçirilmiş olması ya da dava dilekçesinde yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığı iddia edildiğinde davalının cevap dilekçesinde bu iddiaya itiraz etmemiş olması yeterli bulunmuştur. Görüldüğü üzere tahkim anlaşması için getirilen yazılılık şartının yerine getirilme koşulları kanuni düzenlemelerle genişletilmiş ve katı sınırlar içerisine hapsedilmemiştir.

⁴⁶⁴ Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 127; Hakan Pekcanitez vd., *Pekcanitez Usul - Medeni Usul Hukuku III*, III:2645; Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku*, 2:365; Can Yöney, “Tahkim Anlaşması: Temel İlkeler”, 6; Nevhis Deren Yıldırım, *UNCITRAL Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları*.

⁴⁶⁵ Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*; Hakan Pekcanitez vd., *Pekcanitez Usul - Medeni Usul Hukuku III*, III:2645; Can Yöney, “Tahkim Anlaşması: Temel İlkeler”, 6; Turgut Kalpsüz, *Türkiye’de Milletlerarası Tahkim* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2007), 34.

⁴⁶⁶ Can Yöney, “Tahkim Anlaşması: Temel İlkeler”, 5.

⁴⁶⁷ Mustafa Erkan, *Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2013), 44; Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 126; Işıl Özkan ve Bengül Kavlak, *Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Tahkim*, 1. bs (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024), 19; Nevhis Deren Yıldırım, *UNCITRAL Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları*, 35; Kemal Dayınlarlı, *(HUMK’da düzenlenen) İÇ TAHKİM*, 36.

⁴⁶⁸ HMK m.412/3: “Tahkim sözleşmesi yazılı şekilde yapılır. Yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılması için, tahkim sözleşmesinin taraflarca imzalanmış yazılı bir belgeye veya taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olması ya da dava dilekçesinde yazılı bir tahkim sözleşmesinin varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması yeterlidir. Asıl sözleşmenin bir parçası hâline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması hâlinde de tahkim sözleşmesi yapılmış sayılır.”
MTK m.4/2: “Tahkim anlaşması yazılı şekilde yapılır. Yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılması için, tahkim anlaşmasının taraflarca imzalanmış yazılı bir belgeye veya taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olması ya da dava dilekçesinde yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması gerekir. Asıl sözleşmenin bir parçası hâline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması hâlinde de geçerli bir tahkim anlaşması yapılmış sayılır.”

Tahkim anlaşmaları ancak reşit ve mümeyyiz kişilerce yapılabilir⁴⁶⁹. Tahkim anlaşmasının geçerli olabilmesi için tahkim anlaşmasını imzalayacak kişilerin, temsil olunan adına tahkim anlaşması yapabilmelerine dair hususi olarak yetkilendirilmiş olmaları gerekmektedir⁴⁷⁰. TBK m.504/3 ve HMK m.74 düzenlemeleri de temsilcinin temsil olunan adına tahkim anlaşması yapabilmesini özellikle ve açıkça yetkilendirilmiş olması koşuluna bağlamıştır⁴⁷¹. Özel olarak tahkim yapma yetkisi verilmemiş bir temsilci vasıtasıyla imzalanan esas sözleşme geçerli iken, temsilcinin özel yetkisinin yokluğu sebebiyle bu sözleşmedeki tahkim şartı geçersiz olacaktır⁴⁷². Yargıtay da özel olarak tahkim anlaşması yapmak üzere yetkilendirilmemiş temsilcinin akdetmiş olduğu tahkim anlaşmalarının geçerisiz olduğu görüşündedir⁴⁷³.

Anonim ve limited şirketleri temsil edenler organ sıfatıyla hareket ettikleri ve şirketin amacı ve işletme konusuna giren her türlü iş ile hukuki işlemi şirket adına yapabilmeleri nedeniyle özel olarak tahkim anlaşması için yetkilendirilmiş olmasalar dahi geçerli bir tahkim sözleşmesi akdedebileceklerdir⁴⁷⁴.

3. TIBBİ MALPRAKTİS DAVALARINDA TAHKİME ELVERİŞLİLİK

3.1. Tahkime Elverişlilik Kavramı

Tarafların aralarında doğmuş yahut ileride doğacak olan uyuşmazlıkların çözümüne yönelik tahkim yoluna başvurabilmelerinin en temel koşulu tarafların bu yöndeki uzlaşısı olduğundan bahsetmiştik⁴⁷⁵. Tarafların tahkime yönelik iradesinin yanında aralarında belirli bir hukuki ilişkinin ve uyuşmazlığın var olması, tarafların ehil olması, tahkim anlaşmasına uygulanacak

⁴⁶⁹ Hakan Pekcanitez vd., *Pekcanitez Usul - Medeni Usul Hukuku III*, III:2646.

⁴⁷⁰ Fatih Işık, “Tahkim Anlaşmasının Temsilci Vasıtasıyla Yapılması”, içinde *Tahkim Anlaşması - Tahkim Okulu Paneller Serisi*, 1. bs, c. 1 (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2020), 256.

⁴⁷¹ TBK m.504/3: “*Vekil, özel olarak yetkili kılınmadıkça dava açamaz, sulh olamaz, hakeme başvuramaz, iflas, iflasın ertelenmesi ve konkordato talep edemez, kambiyo taahhüdünde bulunamaz, bağışlama yapamaz, kefil olamaz, taşınmazı devredemez ve bir hak ile sınırlandıramaz.*”

HMK m.74: “*Açıkça yetki verilmemiş ise vekil; sulh olamaz, hâkimi reddedemez, davanın tamamını ıslah edemez, yemin teklif edemez, yemini kabul, iade veya reddedemez, başkasını tevkil edemez, haczi kaldıramaz, müvekkilinin iflasını isteyemez, tahkim ve hakem sözleşmesi yapamaz, konkordato veya sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılması teklifinde bulunamaz ve bunlara muvafakat veremez, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvuramaz, davadan veya kanun yollarından feragat edemez, karşı tarafı ibra ve davasını kabul edemez, yargılamanın iadesi yoluna gidemez, hâkimlerin fiilleri sebebiyle Devlet aleyhine tazminat davası açamaz, hangileri hakkında yetki verildiği açıklanmadıkça kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarla ilgili davaları açamaz ve takip edemez.*”

⁴⁷² Fatih Işık, “Tahkim Anlaşmasının Temsilci Vasıtasıyla Yapılması”, 258.

⁴⁷³ HGK, 2011/11-742 E., 22.02.2012 T.; Yargıtay 13.HD, 1993/2051E., 1993/3488 K., 22.04.1993 T.; Yargıtay 19 HD, 2007/380 E., 2007/5114 K., 21.05.2007 T.

⁴⁷⁴ Fatih Işık, “Tahkim Anlaşmasının Temsilci Vasıtasıyla Yapılması”, 264; Hakan Pekcanitez vd., *Pekcanitez Usul - Medeni Usul Hukuku III*, III:2650.

⁴⁷⁵ Bölüm III/2/2.1.

hukuk, tahkim anlaşmasının şekli ve tahkime elverişlilik, tahkim yargılaması kapısının anahtarı olan tahkim anlaşmasının ana unsurları olarak sayılabilir⁴⁷⁶.

Tahkime elverişlilik (*arbitrability*) en yalın ifade ile hangi ihtilafların devlet yargılaması ile hangilerinin tahkim yoluyla çözülebileceğini ifade eden bir kavramdır⁴⁷⁷.

Prensip olarak taraflar istedikleri her neviden uyuşmazlığın hakem ya da hakemler eliyle çözüme kavuşturulmasını kararlaştırabilirler⁴⁷⁸. Ne var ki her ne kadar tahkim, irade özgürlüğünün Borçlar Hukukundaki görünümü olan sözleşme serbestisi ilkesi⁴⁷⁹ ışığında cereyan eden⁴⁸⁰ ve devlet yargısına alternatif bir yol olarak kabul edilse de, çoğu ülke hukuku tahkim yargılamasına konu olabilecek hususlar için belirli sınırlar öngörmüştür. Ancak hangi konuların tahkime elverişli olup olmadığı hususunda genel kabul gören bir görüş ya da uluslararası bir düzenleme yoktur⁴⁸¹.

Türk Borçlar Kanunu m. 26 sözleşme serbestisine ilişkin olup, “Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler” hükmünü amirdir. TBK m.27’de ise; “Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür” sözleşme serbestisine ilişkin bir sınır vardır. Bu doğrultuda tahkim anlaşması da sözleşme olduğu için kanunun müsaade etmediği konular üzerine kaleme alınamayacaktır. Bu konulara ilişkin bir tahkim anlaşması akdedilmiş ise TBK m.27 uyarınca geçersiz olacaktır. Nitekim New York Sözleşmesi m.5, UNCITRAL Model Kanunu m.36 ve Avrupa Konvansiyonu m.6 da tahkime elverişli olarak kabul edilmeyen bir konuda tahkim yargılamasına başvurulmasını tanıma ve tenfiz engeli olarak düzenlenmiştir.

Devletler hangi uyuşmazlıkların tahkim yargılamasına konu olabileceğini kendi hukuki, kültürel ve ekonomik prensipleri doğrultusunda belirler⁴⁸². Bu bakımdan bir ülke için tahkime elverişli kabul edilen bir husus bir başka ülke için yalnızca devlet mahkemelerinde çözüme

⁴⁷⁶ Can Yöney, “Tahkim Anlaşması: Temel İlkeler”, 7.

⁴⁷⁷ Alan Redfern vd., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6th ed. (Oxford University Press, 2015), § 2.29; H.Akif Karaca, “Tahkime Elverişlilik: Rekabet, İflas ve Fikri Mülkiyet Hukuku Uyuşmazlıkları”, içinde *Tahkim Anlaşması - Tahkim Okulu Panelleri Serisi*, 1. bs, c. 1 (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2020), 394.

⁴⁷⁸ Alan Redfern vd., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, § 2.30; Burak Huysal, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010), 13.

⁴⁷⁹ Kübra Ercoşkun Şenol, “Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü Ve Bunun Genel Sınırı: TBK m. 27”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 74, sy 2 (Aralık 2016): 711.

⁴⁸⁰ Alan Redfern vd., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, § 2.15; Huysal, *a.g.e.*, 13.

⁴⁸¹ Gökçe Kurtulan, “Türk Hukukunda Tüketici Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 30, sy 131 (Temmuz 2017): 240.

⁴⁸² Alan Redfern vd., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, § 2.127.

ulaştırılabilecek bir mesele olabilir. Özellikle kamu düzeni anlayışı tahkim faaliyetine ilişkin yaklaşımı belirleyen önemli bir faktördür⁴⁸³. Bazı devletlerin tahkime elverişliliğe ilişkin yaklaşımlarına genel olarak bakılacak olursa:

- Bazı ülke hukukları irade serbestisi prensibi ışığında, tarafların üzerinde uzlaşma sağlayabileceği hususlarda tahkim anlaşması yapabileceğini kabul etmiştir. Bu ülkeler Türkiye, İsveç, Belçika olarak her neviden tahkim anlaşması ve iç tahkim için Almanya, Avusturya, İsviçre olarak sayılabilir⁴⁸⁴.
- Bazı ülkeler ise tahkime elverişliliği, ekonomik işlem ve ilişkilerden doğup doğmamasına göre belirlemektedir⁴⁸⁵. Bu anlayış mahkemelerin münhasır yetkisinin tahkim faaliyetini kısıtlayıcı mahiyeti ve hukuk sistemlerinin tarafların tahkim iradelerine müdahaleci tutumunu ortadan kaldırmıştır⁴⁸⁶.
- Son olarak bazı ülkeler tahkime elverişliliği muğlak ve yoruma çok açık kavramlarla ya da tahkime başvurulabilecek yahut başvurulamayacak hususları listeleme suretiyle sayma yoluna gitmektedirler: Fransa kamu düzeni kavramı ile kısıtlarken, İtalya tahkimin mümkün olmadığı hususları saymış ve daha sonra tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği konular sınırını da ayrıca kabul etmiştir⁴⁸⁷.

Görülmektedir ki ülke hukuklarının üzerinde topluca mutabık kaldığı bir tahkime elverişlilik anlayışı bulunmamaktadır.

Tahkime elverişlilik doktrinde objektif ve sübjektif tahkime elverişlilik olarak ayrıma tabi tutulmuştur⁴⁸⁸. Aşağıda bu ayrımın esaslarını incelemeye çalışacağız:

3.1.1. Objektif Tahkime Elverişlilik

Bir ihtilafın konu bakımında tahkime elverişli kabul edilmesi objektif tahkime elverişlilik olarak adlandırılmaktadır⁴⁸⁹. Her ihtilaf için tahkim yolunun açık olmaması nedeniyle objektif tahkime elverişlilik bir bakıma tahkim iradesinin sınırı olarak konumlandırılabilir⁴⁹⁰.

⁴⁸³ Kamu düzeni ve tahkime ilişkin bkz. Bölüm III/3/3.3.5.

⁴⁸⁴ Huysal, *a.g.e.*, 29.

⁴⁸⁵ Huysal, *a.g.e.*, 29.

⁴⁸⁶ Huysal, *a.g.e.*, 30.

⁴⁸⁷ Huysal, *a.g.e.*, 30.

⁴⁸⁸ Nevhis Deren Yıldırım, *UNCITRAL Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları*, 27; Burak Huysal, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik*, 14; Hakan Pekcanitez vd., *Pekcanitez Usul - Medeni Usul Hukuku III*, III:2636.

⁴⁸⁹ Hakan Pekcanitez vd., *Pekcanitez Usul - Medeni Usul Hukuku III*, III:2636; Burak Huysal, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik*, 15; Hacı Can ve Ekin Tuna, *Milletlerarası Tahkim Hukuku*, 39; Mustafa Erkan, *Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları*, 75.

⁴⁹⁰ Hacı Can ve Ekin Tuna, *Milletlerarası Tahkim Hukuku*, 39; Kurtulan, *a.g.m.*, 242.

Ülke hukukları, adeta bir mahkeme kararı gibi bağlayıcı kararları doğuran tahkim yargılamasını, kamuya sirayet gücü ve kamu düzenine ilişkin kaygılar sebebiyle bazı ihtilaflar bakımından çözüm mercii olmaktan men etmiştir⁴⁹¹. Bu bakımdan tarafların tahkim iradesi ile ülkelerin bu husustaki sınırlayıcı düzenlemeleri karşı karşıya gelmektedir. Bazı hallerde ise o ülke hukukunda zayıf konumda olarak addedilen grupların çıkarlarını koruma maksadıyla bu kişilerin dahil olduğu uyuşmazlıkların yalnızca devlet mahkemelerinde çözülebilmesi için tahkim yolunu kapatır. Devletler tahkim faaliyetine ilişkin müdahalesini hakem kararı verildikten sonra kararın iptal nedenlerini geniş tutma yolu ile de yapabilir⁴⁹².

Objektif tahkime elverişlilik ile ilişkili konular özellikle; ceza hukukuna ilişkin konular, boşanma⁴⁹³ ve soybağına ilişkin davalar gibi hâkimin re'sen araştırma ilkesinin bulunduğu ihtilaflar⁴⁹⁴, kira sözleşmesine ilişkin uyuşmazlıklar⁴⁹⁵, iş, fikri hak uyuşmazlıkları, rekabet ve ileriki bölümlerde de detaylarını inceleyeceğimiz üzere içinde birçok tartışma barındıran tüketici hukukuna ilişkin sözleşmeler olarak sayılabilir⁴⁹⁶.

Objektif tahkime elverişlilik hususunun uluslararası metinlerde ne şekilde yer aldığı incelendiğinde; 1923 tarihli Cenevre Protokolü'nün 1.maddesinde, “...ticari konularla ilgili sözleşmeler ya da tahkim yoluyla çözülmeye elverişli her türlü uyuşmazlıklardan doğan...”, New York Sözleşmesi md. II.1: “...muayyen bir hukuk münasebetinden aralarında doğmuş veya ileride doğabilecek, hakemlik yolu ile halledilmesi mümkün bir meseleye taalluk eden ihtilafların tamamını...”, New York Sözleşmesi md.V(2)(a): “Tanıma ve icra talebinin öne sürüldüğü memleketin kanununa göre ihtilaf mevzuunun hakemlik yolu ile halle elverişli bulunmaması” şeklinde düzenlemelerin olduğu görülmektedir. Ayrıca 1961 tarihli Cenevre

⁴⁹¹ Alan Redfern vd., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, § 2.126; Stavros Brekoulakis, “On Arbitrability: Persisting Misconceptions And New Areas Of Concern”, in *Arbitrability: International and Comparative Perspectives* (Hague: Kluwer Law, 2009), 23.

⁴⁹² Nevhis Deren Yıldırım, *UNCITRAL Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları*, 27.

⁴⁹³ Baki Kuru ve Burak Aydın, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku - Ders Kitabı*, 698; Hakan Pekcanitez vd., *Pekcanitez Usul - Medeni Usul Hukuku III*, III:2636.

⁴⁹⁴ Hakan Pekcanitez vd., *Pekcanitez Usul - Medeni Usul Hukuku III*, III:2636; Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 100.

⁴⁹⁵ Huysal, *a.g.e.*, 15.

⁴⁹⁶ Hakan Pekcanitez vd., *Pekcanitez Usul - Medeni Usul Hukuku III*, III:2637 vd.; Burak Huysal, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik*, 16.

Sözleşmesi md. IX, ICSID⁴⁹⁷ m.25⁴⁹⁸ ve UNCITRAL Model Kanun md.1(5)⁴⁹⁹ maddeleri de objektif tahkime elverişliliğe ilişkin düzenlemelerdir⁵⁰⁰.

Tahkime elverişliliğin tahkim anlaşmasının geçerliliğine tesiri hususunda doktrinde görüş ayrılıkları vardır: Bir görüşe göre, tahkime elverişsiz bir konunun tahkim yoluyla çözülmesine ilişkin bir anlaşma yapılmış ise bu tahkim anlaşması geçersiz olacaktır⁵⁰¹. Diğer görüş ise tahkime elverişliliğin tahkim anlaşmasının geçerliliğinden ayrı bir mesele olarak ele alınması gerektiğini söyler⁵⁰². Kurtulan’a göre bunun nedeni HMK m. 439⁵⁰³ ile MTK m.15⁵⁰⁴ düzenlemelerinde tahkim anlaşmasının geçerliliği ve tahkime elverişlilik ayrı koşullar olarak yer almış olmasıdır. Nomer’in bu husustaki görüşü şöyledir: Taraflar tahkim anlaşması ya da tahkim şartı ile tahkim iradelerine göstermişler ve borçlar hukuku hükümlerine tabi bir anlaşma oluşturmuşlardır. Tahkim usulünün özellikleri sebebiyle tahkim anlaşmalarının bazı özel kanuni koşullara tabi kılınması bu anlaşmayı borçlar hukuku hükümlerine tabi bir akit olmaktan çıkarmayacaktır. Tahkim anlaşması da diğer akitler gibi geçerlilik şartlarını haiz ise ortada muteber bir sözleşme olacaktır. Dolayısıyla hakem kararının, tahkim şartı ya da anlaşmasının kamu düzenine aykırılığı tahkim anlaşmasını bir sözleşme olarak geçersiz kılmayacaktır⁵⁰⁵.

Bu husustaki kanaatimiz, temeli bir tahkim anlaşması için olmazsa olmaz sayılan tek şart olan tarafların tahkim iradesine dayanan tahkim anlaşmasının geçerliliğini, ülkeden ülkeye ve hatta ülkelerin zaman içindeki tutum ve yorumlarına göre sınırları değişen tahkime elverişlilik meselesinden ayrı tutarak ele almak gerektiği yönündedir. Özellikle ceza hukuku gibi tarafların

⁴⁹⁷ Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkındaki Konvansiyon. RG. S.19830, 02.06.1988.

⁴⁹⁸ Bir ihtilafın ICSID tahkiminin konusu olabilmesi ancak bir yatırım uyuşmazlığının varlığına bağlıdır; bu zorunluluk da bir objektif tahkime elverişlilik koşulu olarak kabul edilmektedir. Huysal, *a.g.e.*, 16, dn.42.

⁴⁹⁹ UNCITRAL Model Kanun m.1(5): “*Bu kanun, belirli uyuşmazlıkların tahkime götürülemeyeceği veya yalnızca bu kanunun hükümleri dışındaki hükümler doğrultusunda tahkime sunulabileceği mucibince bu Devletin başka herhangi bir kanununu etkilemeyecektir.*”

⁵⁰⁰ Huysal, *a.g.e.*, 16.

⁵⁰¹ Huysal, *a.g.e.*, 14; Hacı Can ve Ekin Tuna, *Milletlerarası Tahkim Hukuku*, 39; Sibel Özel vd., *Milletlerarası Özel Hukuk*, 2. bs (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2023), 816.

⁵⁰² Kurtulan, *a.g.m.*, 242; Ergin Nomer, “Hakem Kararının Kamu Düzenine Aykırılığı ve Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 10, sy 1-2 (1990): 130.

⁵⁰³ HMK m.439: “(…) a) Tahkim sözleşmesinin taraflarından birinin ehliyetsiz ya da tahkim sözleşmesinin geçersiz olduğu, (...) g) Hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmadığı, (...) tespit edilirse hakem kararları iptal edilebilir.”

⁵⁰⁴ MTK m.15: “Hakem kararları aşağıdaki hallerde iptal edilebilir:

1. Başvuruyu yapan taraf; a) Tahkim anlaşmasının taraflarından birinin ehliyetsiz ya da tahkim anlaşmasının, tarafların anlaşmayı tâbi kıldıkları hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna göre geçersiz olduğunu, (...) ispat ederse veya,
2. Bölge adliye mahkemesince; a) Hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmadığı (...) tespit edilirse (...)”

⁵⁰⁵ Ergin Nomer, “Hakem Kararının Kamu Düzenine Aykırılığı ve Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 10, sy 1-2 (1990): 130.

üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği hususunda hemen herkesçe mutabık olunan alanların dışında kalan fikri haklar, rekabet hukuku, tüketici hukuku gibi özel hukuk alanlarında; söz konusu ülkenin o zamanki tahkime elverişlilik yorumu tahkim anlaşmasının icrasını engelliyor ise de tarafların tahkim iradesini ayakta tutmak gerektiği düşüncesindeyiz. Zira sözleşmenin geçerliliği ile icra kabiliyeti ayrı başlıklar incelenmesi gereken hususlardır.

Tahkime elverişlilik meselesi kanunlarda uyuşmazlığın konusu bakımından elverişlilik olarak yer almıştır. Bu nedenle çalışmamızda tahkime elverişlilik konusu objektif tahkime elverişlilik olarak ele alınmıştır.

3.1.2. Subjektif Tahkime Elverişlilik

Subjektif tahkime elverişlilik koşulu, kişilerin tahkim anlaşması ya da tahkim yargılamasının tarafı olup olamayacağına ilişkindir⁵⁰⁶. Kişilerin sözleşme yapmaya ehil kabul edilebilmesi için gerekli ehliyeti haiz olmaları şartı, genel bir hukuk kaidesidir. Tahkim anlaşmasına da usuli etkileri olan maddi hukuk sözleşmesi bağlamında bakıldığında bu anlaşmayı akdedebilmek için haklardan faydalanma ve hakları kullanma ehliyetini haiz olma şartıyla karşılaşılacaktır⁵⁰⁷. UNCITRAL Model Kanununun m.34/II/a düzenlemesi içinde de tahkim anlaşmasına ilişkin ehliyet konusundaki bir noksanlığın iptal nedeni olacağını açıkça zikredilmiştir⁵⁰⁸. Diğer hukuki düzenlemeler ise; New York Sözleşmesi m.II(3) ve V(2)(a)⁵⁰⁹, 1961 Cenevre Sözleşmesi m.II.1 ve IX.1(a)⁵¹⁰, UNCITRAL Model Kanun m.8(1) ve 36(1)(a) ile MTK m. 15/1.a hükümleri olmak üzere, tahkim anlaşmasının tarafı olabilmek için buna dair ehliyetin bulunması koşuluna ilişkin düzenlemelerdir.

⁵⁰⁶ Nevhis Deren Yıldırım, *UNCITRAL Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları*, 31; Burak Huysal, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik*, 18; Hakan Pekcanitez vd., *Pekcanitez Usul - Medeni Usul Hukuku III*, III:2636.

⁵⁰⁷ Nevhis Deren Yıldırım, *UNCITRAL Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları*, 31; Begüm Gedik, *Milletlerarası Hakem Kararlarının İptal Edilme Nedenlerinden Tahkim Anlaşmasının Geçersiz Olması*, 1. bs (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), 77.

⁵⁰⁸ Deren Yıldırım, *a.g.e.*, 31.

⁵⁰⁹ New York Sözleşmesi m.V(2)(a): “II. Maddede derpiş olunan anlaşmayı akdeden taraflar haklarında tatbiki gereken kanuna göre ehliyetsiz olur...”

⁵¹⁰ 1961 Cenevre Sözleşmesi m.II.1: “...haklarında tatbiki gereken kanun tarafından amme hukuku tüzel kişileri olarak vasıflandırılan tüzel kişiler muteber surette hakemlik anlaşmaları akdetme yetkisini haizdir.” M. IX.1(a): “Hakemlik anlaşması akdeden taraflar haklarında tatbiki gereken kanun gereğince ehliyetsiz iseler...”

3.2. Tahkime Elverişlilik Kriterleri

3.2.1. Mevzuat ile Getirilen Kriterler

Türk hukukunda tahkim, milletlerarası anlaşmalarla beraber türlü kanunlarla geniş ölçüde düzenleme altına alınan bir mevzuata sahiptir⁵¹¹. HMK'nın 407 ile 444.maddeleri ve MTK'da yer alan tahkim düzenlemeleri neredeyse aynı hükümleri içermektedir⁵¹². Tahkime elverişliliğe ilişkin ölçütler de HMK m. 408 ile MTK m. 1/IV hükümleri ile kanunlarda yer almış olup, her iki kanundaki düzenleme de birbirine paralellik göstermektedir.

Tahkime elverişliliğin her iki kanunda da tahkime elverişli olmayan uyuşmazlık konularının belirtilmesi suretiyle sınırlarının çizildiği görülmektedir. Buna bağlı olarak mevzuatta açıkça tahkime elverişli olmadığı ifade edilen uyuşmazlıklar dışındaki özel hukuk uyuşmazlıklarının prensip olarak tahkime elverişli olduğu kabul edilebilecektir⁵¹³.

Aşağıda HMK ve MTK'da yer alan tahkime elverişlilik kriterlerini inceleyeceğiz.

3.2.1.1. Taşınmazın Aynına İlişkin Olmama Kriteri

HMK öncesi yürürlükte olan HUMK, 518.maddesindeki “Yalnız iki tarafın arzularına tabi olmayan mesailde tahkim cereyan etmez” hükmünde yer alan tahkime elverişlilik düzenlemesinde taşınmaz aynına ilişkin bir kaide yer almamakta, yalnızca tarafların iradelerine tabi olmayan hususlar ele alınmaktaydı. Ne var ki kanuni bir düzenleme var olmasa da taşınmazların aynından doğan ihtilafların çözümü için tahkim yoluna gidilemeyeceğine ilişkin Yargıtay kararları söz konusuydu⁵¹⁴. Bununla beraber taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklar için tahkim yoluna gidilebileceğine ilişkin kararlar da mevcuttu⁵¹⁵.

HMK'nın yürürlüğe girmesi ile bu husustaki ikilik giderilmiş ve “Tahkime elverişlilik” başlıklı 408.maddesindeki: “Taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi

⁵¹¹ Nuray Ekşi, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim*, 2. bs (İstanbul: Beta, 2019), 1.

⁵¹² HMK'da 4686 sayılı MTK hükümlerinin kabulü ile milli ve milletlerarası tahkim hükümleri arasındaki farkın önlenmesi amaçlanmıştır. MTK'da, bazı istisna hükümler haricinde esasen 1985 tarihli Uncitral Model Kanunu'nu benimsemiş olduğundan, bu bakımdan Uncitral iç tahkim bakımından da benimsenmiştir. Hakan Pekcanitez, “Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı'nın Tanıtımı”, içinde *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirilmesi 8-9 Eylül 2006* (Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı V, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 123.), 30.

⁵¹³ Hakan Pekcanitez vd., *Pekcanitez Usul - Medeni Usul Hukuku III*, III:2632; Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 95.

⁵¹⁴ Nuray Ekşi, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim*, 51.; Burak Huysal, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik*, 213. Bkz. Yargıtay 15. HD., T. 23.09.2002, E. 2002/4321, K. 2002/4067; Yargıtay 15. HD, 4306 E., 5480 K., 13.12.1990 T.

⁵¹⁵ Turgut Kalpsüz, *Türkiye'de Milletlerarası Tahkim*, 119; Hakan Pekcanitez vd., *Pekcanitez Usul - Medeni Usul Hukuku III*, III:2642.

olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir” hüküm ile taşınmaz mallara ilişkin aynı haklardan kaynaklı ihtilaflar kanuni bir zemine oturtularak açıkça tahkim yargılamasına elverişli sayılmamıştır⁵¹⁶. Aynı doğrultuda MTK m. 1 / IV düzenlemesi de “Bu Kanun, Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin... uyuşmazlıklarda uygulanmaz.” Şeklindeki hükmü ile gayrimenkullere ilişkin ihtilaflara tahkim yolunun kapalı olması için iki ölçüt öngörölmüştür: Uyuşmazlık konusu taşınmazın Türkiye’de bulunması ve bu uyuşmazlığın taşınmaz üzerindeki aynı haklara ilişkin olması⁵¹⁷.

MTK’nın, üzerindeki aynı haklar tahkime konu olamayacak taşınmaz malları “Türkiye’de bulunanlar” olarak çerçevelemesi, doktrinde tahkime elverişlilik sınırına ilişkin de görüş ayrılığına sebebiyet vermiştir: Kanun’daki bu sınırlamanın tahkime elverişliliğe değil kanunun uygulama alanına ilişkin olduğu⁵¹⁸ ve Türkiye’de bulunmayan bir taşınmaza ilişkin uyuşmazlıklarda geçerli olmayacağı, diğer bir ifade ile Türkiye dışında bulunan bir taşınmaz ile ilgili bir uyuşmazlığın MTK m.1 uyarınca tahkime elverişsiz kabul edilemeyeceğine ilişkin görüşe⁵¹⁹ karşılık; MTK m.1 ve HMK m.408 düzenlemelerini birlikte ele alarak, Türkiye yahut Türkiye dışında bulunan tüm taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar için tahkim yolunun kapatıldığı savunulmaktadır⁵²⁰.

Aynı hak, bir eşya üzerinde hak sahibine doğrudan doğruya hakimiyet sağlayan ve bu hakkı ihlal eden herkese karşı ileri sürülebilen hak olarak tanımlanmaktadır⁵²¹. Aynı haklar; mülkiyet hakkı ve mülkiyet hakkına göre sahibine daha kısıtlı yetkiler veren sınırlı aynı haklar (rehin hakkı, taşınmaz yükü ve irtifak hakkı) olarak sayılmaktadır⁵²². Bu bakımdan “taşınmaz aynı” kavramı da taşınmazın mülkiyetini yahut üzerinde bulunan bir sınırlı aynı hakkı ifade etmektedir. Taşınmazın aynına yahut aynı hak sahipliğinde farklılığa sebebiyet verebilecek davalara örnek olarak tapu tescil, yolsuz tescilin silinmesi ve düzeltilmesi, taşınmaz üzerinde bulunan ipoteğe ilişkin davalar verilebilir ⁵²³. MTK ve HMK düzenlemeleri doğrultusunda bu

⁵¹⁶ Bu hususa ilişkin bkz. Yargıtay 15. HD., 1990/4306 E., 1990/5480 K., 13.12.1990 T.; Yargıtay 15. HD., 2011/4411 E., 2011/5792 K., 10.10.2011 tarihli kararlar.

⁵¹⁷ Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 405.

⁵¹⁸ Turgut Kalpsüz, *Türkiye’de Milletlerarası Tahkim*, 30.

⁵¹⁹ Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 406.

⁵²⁰ Ekşi, *a.g.e.*, 53. Ayrıca Kalpsüz, MTK m.1+4 düzenlemesinin tahkime elverişliliğe ilişkin bir düzenleme olmadığını, yalnızca kanunun kapsamına işaret ettiğini belirtmektedir.

⁵²¹ M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, ve Saibe Oktay - Özdemir, *Eşya Hukuku*, 19. bs (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2016), 4; Gökhan Antalya, *Marmara Hukuk Yorumu Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: V/1,1*, 90; Mehmet Ayan, *Eşya Hukuku – I (Zilyetlik Ve Tapu Sicili)*, 13. bs (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), 32; Eraslan Özkaya, *Eşya Hukuku*, 1. bs, c. I-A (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 33; Huriye Reyhan Demircioğlu A. Dilşad Keskin, *Temel Hukuk Dizisi - Medeni Hukuk – II (Thd) (Eşya Hukuku – Miras Hukuku)*, 3. bs (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 29.

⁵²² Mehmet Ayan, *Eşya Hukuku – I (Zilyetlik Ve Tapu Sicili)*, 49 vd.

⁵²³ İbrahim Ermenek Murat Atalı, *Medenî Usûl Hukuku*, 5. bs (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 97.

ayni haklara ilişkin uyuşmazlıklar tahkim yolu ile çözüme kavuşturulamayacaktır. Söz gelimi, Türkiye’de bulunan bir taşınmazın tapu iptali yahut tapu tesciline ilişkin bir ihtilaf için tahkim yoluna gidilemeyecektir⁵²⁴. Doktrinde taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklarda tarafların dava konusu üzerinde sulh ve kabul ile serbestçe tasarrufta bulunabilmeleri, yani bu uyuşmazlıkların tarafların arzusuna tabi olmaları sebebiyle tahkime elverişsiz kabul edilmesi eleştirilmektedir⁵²⁵.

Taşınmazın aynından doğan bir davanın doğrudan taşınmaz üzerindeki bir ayni hakka ilişkin olması yahut şahsi bir talep hakkına dayalı olarak taşınmaz üzerinde bir ayni hak değişikliği ya da ayni hak sahipliğinde bir değişiklik meydana getirecek bir dava olması mümkündür. Örnek vermek gerekirse, istihkak davası ayni dava iken önalım davası şahsi bir davadır fakat ayni hakta değişikliğe sebebiyet mahiyette bir davadır⁵²⁶.

Uyuşmazlık taşınmazın aynına, yani (TMK m.704 ve devamı) ve taşınmaz üzerindeki sınırlı ayni haklara (TMK m. 779 ve devamı) ilişkin değil ise bu uyuşmazlığın çözümü için tahkim yolu açık kabul edilir⁵²⁷. Özellikle milletlerarası uygulamada da sıkça görüldüğü üzere, bir taşınmazın inşasına yönelik akdedilen sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklar için tahkim yolu tercih edilmektedir⁵²⁸.

Müteahhidin arsa üzerine inşa edeceği binadaki bağımsız bölümlerin teslimine karşılık, arsa sahibinin de taşınmazdaki belirli payların mülkiyetini müteahhide devretmeyi taahhüt ettiği sözleşme türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri⁵²⁹, tahkime elverişlilik yönünden uyuşmazlık konusu dikkate alınarak incelenmektedir. Zira bu inşaat sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlıkların konusu inşaatın taahhüt edilen zamanda tamamlanamaması, cezai şart ya da haksız fesihten doğan tazminat taleplerine yönelik olduğunda çözüm için tahkime başvurulabilecektir⁵³⁰; ancak arsa sahibinin arsa yahut taşınmazın belirli bölümünün devrine yönelik edimi söz konusu olduğu için bu uyuşmazlık taşınmazın aynına ilişkin olması da

⁵²⁴ Yargıtay 15 HD. 2705/4439, 01.07.2008 T., Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 97.

⁵²⁵ Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, c. IV (İstanbul, 2001), 5947.

⁵²⁶ Dilek Aydemir Karademir, *Medeni Usul Hukukunda Mahkemelerin Yetkisi*, 2. bs (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), 314.

⁵²⁷ Hüseyin Afşin İlhan, *Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2016), 234; Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 97; Nuray Ekşi, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Tahkim*, 52; Harun Bulut, *Doktrin Ve Yargıtay İçtihatları Işığında Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 1. bs, c. 2 (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 2742.

⁵²⁸ Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 98.

⁵²⁹ Canan Ruhi Ahmet Cemal Ruhi, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Kaynaklanan Davalar (Güncel Yargıtay Kararları Işığında)*, 1. bs (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 27; Damla Okumuş Gülbenk, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Ayıplı İfadan Sorumluluğu*, 1. bs (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024), 17.

⁵³⁰ Bkz. Yargıtay 15 HD. 1581/1652, 23.03.2010 T.

mümkün olup, tahkime elverişlilik yönünden sözleşmedeki diğer uyuşmazlıklardan ayrılacaktır⁵³¹.

Yargıtay, aynı zamanda taşınmazın aynına ilişkin olmasa da, taşınmazların kira bedelinin tespitine ilişkin ihtilaflar için de tahkim yoluna gidilemeyeceği görüşündedir⁵³². Yargıtay'ın bu görüşü, kira sözleşmelerinde kiracının zayıf konumda oluşu ve kanun koyucunun bu nedenle kiracıyı koruma altına almak istemesi, bu korumanın da hakemler eliyle gerçekleştirilemeyeceğine ilişkin inanca dayanmaktadır⁵³³. Oysa hakem heyetince kiracının haklarının korunarak hüküm ve kurduğu kira bedeline ilişkin kararların da kamu düzenine aykırılık oluşturabilecek hiçbir yanı olmamasına rağmen sadece karar hakem eliyle verildiği için Yargıtay tarafından bozulduğu açıktır⁵³⁴.

Kira sözleşmeleri, hukukumuzda zayıf tarafı koruma saikiyle müdahaleci ve emredici kurallarla düzenlenen sözleşme türleri arasında yer almaktadır⁵³⁵. Sözleşmenin bir tarafının zayıf olarak kabul edildiği akitlerden doğacak uyuşmazlıkların tahkime elverişlilikleri zayıf tarafın iradelerini özgürce açığa vurabilecekleri ortama bağlı kılındığı söylenebilir⁵³⁶.

Yargıtay, taşınmaz kiralarna ilişkin uyuşmazlıkları; tek tarafın zayıf olması sebebiyle iradesinin de karşı tarafın güçlü konumu sebebiyle etkilenebileceği ve bu durumun da kamu düzenine tesir edecek bir eşitsizlik olduğuna yönelik inancı ve kira bedellerinin sınırlandırılması sebebiyle tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıklardan olmadığı kabulü ile tahkime elverişli kabul etmemektedir⁵³⁷. Doktrinde ise

⁵³¹ Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 99. Ayrıca bkz. Yargıtay 15. HD. E. 2004/1798 E., K. 2004/5076, “*Hakem tayini talep dilekçesinde, diğer taraf aleyhine hakem kurulunda açılacak davada, taraflar arasındaki gayrimenkul inşaat ve satış vaadi sözleşmesinin feshi ile tapu kaydı üzerindeki şerh ve takyidatların kaldırılması istemiyle dava açılacağından HUMK.nun 520. maddesi hükmünce karşı taraf hakeminin tayinine karar verilmesi istenilmiştir. Görülüyor ki, hakemde açılacak davada tapu kütüğündeki şerh ve takyidatların kaldırılmasının da istenileceği açıklanmıştır. Her ne kadar taraflar arasındaki sözleşmenin 10. maddesinde, bu sözleşmeyle ilgili ihtilafların tahkim yolu ile halledileceği kabul edilmiş ise de, tapu kütüğündeki şerh ve takyidatların terkinin işlemi kamu düzeniyle ilgili olduğundan açılacak davada hakemlerin görevli olduğu kabul edilemez. Ancak genel mahkemelerde dava açılabilir.*”

⁵³² Turgut Kalpsüz, *Milletlerarası Ticarete Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Halli* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1989), 359., Yargıtay'ın kira bedeli tespit davalarında tahkim yoluna başvurulamayacağı görüşü için bkz. Yargıtay 4 HD. 7792 E., 5764 K., 11.11.1965 T.

⁵³³ Cevdet Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler*, 591; Hatice Selin Pürselim, “*Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Kira Sözleşmelerinin Tahkime Elverişliliği*”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 27, sy 1 (Haziran 2021): 501. Yargıtay'ın kira sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların bu anlamda tahkime elverişsiz olduğuna ilişkin görüşleri için bkz. Yargıtay 6. HD. 375/5196, 03.11.1964 T., Yargıtay 6. HD. 3032/3170, 10.07.1970 T. Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 103.

⁵³⁴ Huysal, a.g.e., 134.

⁵³⁵ Huysal, a.g.e., 128.

⁵³⁶ Huysal, a.g.e., 128.

⁵³⁷ Huysal, a.g.e., 128. Bkz. Yargıtay 15. HD, 2007/2680 E., 2007/4137 K., 18.06.2007 T.; Yargıtay 3. HD. 2004/13018 E., 2004/13409 K., 02.12.2004 T. Kiracının yahut her iki tarafın da tacir olduğu, tacirin ticari

Yargıtay'ın bu görüşü eleştirilmekte, kira sözleşmelerinin taşınmazın aynına ilişkin olmaması sebebiyle tahkim yolunun kapatılması hukuka uygun görülmemektedir⁵³⁸. Kira bedelinin tahsiline ilişkin uyuşmazlıklarda ise Yargıtay, uyuşmazlığın çözümü için tahkim yargılamasına gidilebileceği görüşündedir⁵³⁹.

7445 sayılı İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun⁵⁴⁰, taşınmazın aynından kaynaklanan uyuşmazlıkların mahiyetinin belirlenmesi bakımından önem arz eden düzenlemeleri haizdir; zira bu kanun ile Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na 17/B maddesinin eklenmesi ve maddedeki açık *“Taşınmazın devrine veya taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasına ilişkin uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişlidir”* hükmü ile artık taşınmazın devrine yahut taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasına ilişkin uyuşmazlıklar 01.09.2023 tarihinden itibaren arabuluculuğa elverişli getirilmiştir. Bu düzenleme taşınmazın aynından kaynaklanan uyuşmazlıkların mahiyetinin belirlenmesi bakımından önemlidir. Bu neviden uyuşmazlıkların açıkça arabuluculuğa elverişli kabul edilmesi, bunların tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebildikleri konulardan olduğuna da işaret etmekte ve nitekim kanun teklifi de tarafların serbestçe tasarruf edebildikleri uyuşmazlıklardan olmasına işaret edilerek gerekçelendirilmiştir⁵⁴¹.

Kişilerin sahip oldukları taşınmazları serbestçe devredip üzerinde tasarrufta bulunabilmeleri mümkün⁵⁴² ve bu taşınmazlara ilişkin bir uyuşmazlığın mahkemeye taşınarak dava konusu olduğu ihtimalde ise tarafların kendi iradelerine dayanarak sulh, feragat, kabul ile uyuşmazlığı nihayete erdirebilmeleri olanaklı iken, taşınmazın aynından kaynaklanan uyuşmazlıklar için tahkim yolunun kapatılmış olması izahı güç bir kısıtlamadır.

3.2.1.2. Tarafların Uyuşmazlık Konusu Üzerinde Serbestçe Tasarruf Edebilme Kriteri

Tarafların üzerinde özgürce tasarrufta bulunabilecekleri uyuşmazlıklar, HMK'nın 408.maddesinde *“iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar”* olarak yer almış ve tahkime elverişsiz olarak sınıflandırılmıştır. İki tarafın iradesine tabi olmama ifadesi ile tam manası ile ne anlatılmak istendiği kanunda izah edilmemiştir⁵⁴³. Bu

faaliyetine ilişkin olan kira sözleşmeleri ise tahkime elverişli kabul edilmektedir. Bkz. Yargıtay 19 HD. 2004/5413 E., 2004/12656 K. 16.12.2006 T.

⁵³⁸ Huysal, *a.g.e.*, 138.

⁵³⁹ Yargıtay 6. HD, E. 2012/9681, K. 2013/1334, T. 30.01.2013.

⁵⁴⁰ RG T. 05.04.2023, S. 32154.

⁵⁴¹ Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu Tutanak Dergisi, Dönem:27, Yasama Yılı:6, 3'üncü Toplantı, https://www5.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon_tutanaklari.goruntule?pTutanakId=3125

⁵⁴² Mehmet Ayan, *Eşya Hukuku – Iı (Mülkiyet)*, 9. bs (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), 27.

⁵⁴³ Ekşi, *a.g.e.*, 53.

müphemiyet, iki tarafın iradesine tabi olmama ifadesi ile ne kastedilmiş olabileceğine ilişkin çeşitli görüşlerin doğumuna sebebiyet vermiştir.

İki tarafın iradesine tabi olmama şartı temel olarak tasarruf ilkesi çerçevesinde ele alınmaktadır. Tasarruf ilkesi, maddi hukuktaki irade özgürlüğü prensibinin medeni yargılamadaki yansımasıdır⁵⁴⁴. Yargılama sürecinde hâkimin harekete geçmesi ve yargılamanın yürütülmesi hususunda tarafların iradesi, tasarruf yetkisinin bir çehresi olarak varlık gösterir⁵⁴⁵. Bu anlamda tasarruf ilkesi doğrultusunda tarafın bir dava açma, onu takip etme veya sona erdirmeye konusunda irade serbestisi bulunmaktadır⁵⁴⁶. Tarafların uyuşmazlık konusu üzerinde serbestçe tasarruf edebilmesine dair ölçüt, tahkime elverişlilik bakımından geleneksel bir kriterdir⁵⁴⁷. Bu kriter esas olarak tarafların irade serbestisinin bulunduğu iş ya da işlemleri belirtmektedir⁵⁴⁸. Bireylerin ilişkilerini bizzat kendi hür iradeleri ile belirleme konusunda hukuk düzeninin kendilerine tanımış olduğu yetki olarak tanımlanan⁵⁴⁹ irade serbestisinin, bireylerin üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konuların belirlenmesi bakımından bir tayin noktası olduğu söylenebilir.

Öğretide iki tarafın arzusuna tabi olan konuların, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği⁵⁵⁰ ve bu doğrultuda da üzerinde sulh⁵⁵¹ olabileceği konular olduğu kabulü vardır⁵⁵². Nitekim HUAK m.1/II gerekçesine bakıldığında, serbestçe tasarruf edilebilirlik kavramının “sulh olmak suretiyle sona erdirilebilecek hukuk uyuşmazlıkları” olarak ifade edildiği görülmektedir⁵⁵³. Kuru, tarafların aralarında vuku bulmuş uyuşmazlık için serbestçe anlaşma yapabildikleri ve bu anlaşmanın bir mahkeme kararı gerekmeksizin geçerli olduğu durumlarda

⁵⁴⁴ M. Kamil Yıldırım, “Medeni Yargılama Hukukunda Hakimin Rolü”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 22, sy 3 (2016): 3031.

⁵⁴⁵ Murat Atalı, *Medenî Usûl Hukuku*, 46.

⁵⁴⁶ Bkz. HMK m. 24’ün Madde Gerekçesi [Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/574), Dönem: 23, Yasama Yılı: 3, Sıra Sayı No: 393.; Burcu Hendem, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Bakımından Tahkime Elverişlilik” (Doktora Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi SBE, 2023), 43.

⁵⁴⁷ Hacı Can ve Ekin Tuna, *Milletlerarası Tahkim Hukuku*, 40; Fatih Aydemir, *Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi*, 1. bs (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2017).

⁵⁴⁸ Huriye Reyhan Demircioğlu, “Aile Hukuku Uyuşmazlıkları Bakımından 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu nun Uygulanabilirliği”, *Adalet Akademisi Dergisi* 6, sy 23 (2015): 60.

⁵⁴⁹ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 16; Mehmet Ayan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 32.

⁵⁵⁰ Kemal Dayınlarlı, *(HUMK’da düzenlenen) İÇ TAHKİM*, 32; Nevhis Deren Yıldırım, *UNCITRAL Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları*, 28.

⁵⁵¹ HMK m.313/1: “Sulh, görülmekte olan bir davada, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı kısmen veya tamamen sona erdirmek amacıyla, mahkeme huzurunda yapmış oldukları bir sözleşmedir.”

⁵⁵² Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, IV:5945; Nuray Ekşi, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Tahkim*, 53; Fatih Aydemir, *Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi*, 238.

⁵⁵³ Huriye Reyhan Demircioğlu, “Aile Hukuku Uyuşmazlıkları Bakımından 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu nun Uygulanabilirliği”, 60 dn.45.

uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümlenmesi için başkaca hiçbir engelin bulunmadığını beyan etmiştir⁵⁵⁴.

Bazı yazarlarca iki tarafın iradelerine tabi olmayan işler, devletin kamu gücünü kullanmak suretiyle müeyyide uyguladığı durumlarla aynileştirilmekte ve tahkime elverişsiz olarak kabul edilmektedir⁵⁵⁵. Bu yaklaşım, tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamadığı ve sulh olamadıkları uyuşmazlıkları kamu düzenine ilişkin kabul etmektedir⁵⁵⁶. İki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerin kamu düzenine ilişkin kabul edildiği yol, aslında tasarruf edilebilirlik ve sulh olunabilecek işlerle kesişmekte olduğundan kanaatimce bu görüşler temelde aynı noktadan hareket etmektedir.

Türk hukuk sistemi, üzerinde serbestçe tasarruf edilebilen uyuşmazlıklara ilişkin tahkim sözleşmesinin mümkün kılmakta ve bu sistemin usul hukukundaki görünümü de sulh ve feragat gibi hukuki işlemlerin gerçekleştirilebildiği uyuşmazlıkların mahkeme haricinde üçüncü bir kişi yahut kişiler önünde de çözüme ulaştırılabilmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır⁵⁵⁷.

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin yakın tarihli bir kararı⁵⁵⁸; "Tahkim sözleşmesi, tarafların iradesine tabi olan uyuşmazlıklar için mümkündür (6100 sayılı HMK m. 408/I). Başka bir deyişle, tarafların dava konusu üzerinde kabul veya sulh yolu ile serbestçe tasarruf edemeyecekleri hallerde, tahkim mümkün değildir. Örneğin, boşanma ve ayrılık davaları, iflas davaları ve çekişmesiz yargı işleri için tahkim sözleşmesi yapılamaz." şeklinde olup, tarafların iradelerine tabi uyuşmazlıkları tarafların üzerinde sulh veya kabul ile serbestçe tasarruf edebildikleri uyuşmazlıklar olarak nitelendirmiştir.

Tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamaması; iradelerinin kamu düzenine dayalı olarak sınırlandırılması yahut uyuşmazlığın vasfı gereği taraf iradelerinden bağımsız olmasından kaynaklanabilir⁵⁵⁹. Örneğin idare hukuku yahut ceza hukuku kapsamında cereyan eden bir uyuşmazlık niteliği gereği taraf iradelerinden azade oluşu sebebiyle tahkime elverişsizdir.

⁵⁵⁴ Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, IV:5946.

⁵⁵⁵ Hüseyin Afşin İlhan, *Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği*, 210; Turgut Kalpsüz, *Türkiye'de Milletlerarası Tahkim*, 118.

⁵⁵⁶ Hakan Pekcanitez vd., *Pekcanitez Usul - Medeni Usul Hukuku III*; Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku*, 2:343; Mustafa Göksu, *Temel Hukuk Dizisi Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Ve Tahkim (Thd) (Arabuluculuk – Uzlaştırma)*, 138.

⁵⁵⁷ Huysal, a.g.e., 255. Ayrıca bkz. "Hukuki uyuşmazlıkların çözüm yeri, mahkemelerdir. Ancak, bir sözleşmenin tarafları, kamu düzenini ilgilendirmeyen ve arzularına bağlı olan konularda, aralarında çıkacak uyuşmazlıkların halli için tahkim yolunu seçebilirler" Yargıtay 11. HD, 2004/6686 E, 2005/3600 K. 12.04.2005 T.

⁵⁵⁸ Yargıtay 15. HD., 2019/3450 E., 2020/1932 K, 29.06.2020 T.

⁵⁵⁹ Doğan Ağırman, *Milli & Milletlerarası Tahkim*, 1. bs (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), 159.

3.2.2. Tahkime Elverişliliği Belirleyen Sair Hususlar

3.2.2.1. Tahkime Elverişlilik ve Kamu Düzeni İlişkisi

Tahkime elverişlilik meselesi; ilgili ülkenin siyasi, ekonomik politikaları ile; fakat en çok da kamu düzeni doğrultusunda şekillenerek belirlenir⁵⁶⁰. Bu nedenle kamu düzeni kavramı, tahkime elverişlilik konusu ele alındığında ilk akla gelen mefhumlardandır. Bu iki husus her ne kadar çoğunlukla birlikte anılsa ve bağlantılı olsa da birbirinden ayrı konulardır. Nitekim hem HMK⁵⁶¹ hem MTK⁵⁶², da hakem kararının iptal sebepleri olarak ayrı bentler altında düzenlenmişlerdir.

Tahkim, gücünü tarafların irade serbestisinden ve dolayısıyla sözleşme özgürlüğünde alan bir faaliyettir⁵⁶³. Esas olan tarafların iradelerine tabi ihtilaflar üzerinde tahkim yargılamasına gidebilmesidir. Yukarıda da değindiğimiz üzere; tarafların bu irade serbestisi, devletler tarafından kapsamı ve şiddeti değişiklik gösterse de mutlaka belirli ölçülerde sınırlamaya tabi tutulmuştur⁵⁶⁴.

Yargıtay da, “...Ancak, bir sözleşmenin tarafları, kamu düzenini ilgilendirmeyen ve arzularına bağlı olan konularda, aralarında çıkacak uyuşmazlıkların halli için tahkim yolunu seçebilir.” ifadeleri⁵⁶⁵ ve aynı yöndeki çeşitli kararları ile iki tarafın iradesine tabi olan konularda tahkim yolunun ancak kamu düzenine aykırı olmadığı hallerde açık olacağını belirtmiştir.

Kamu düzeni genel bir tanımla, bir toplumun belirli bir zaman dilimi içerisinde sosyal, siyasal ve ekonomik alanda hukuki veçhelerle esas yapısını oluşturan, kamu yararı ve vicdanını korumaya matuf kurallar bütünüdür⁵⁶⁶. Her ülkenin bir kamu düzeni vardır; fakat tam manası ile bir milletlerarası kamu düzeninden bahsetmek pek mümkün değildir; milletlerarası ilişkilerde kamu düzeninin milli kavramları kullanılır⁵⁶⁷. Milletlerarası bir ilişkide açılan bir kamu düzeni bahsi, iç hukukun bir amir hükmü ile karşılaşıldığını akıllara getirecektir. Normalde uygulanması beklenen milletlerarası özel hukuk kuralını bertaraf edecek olan bu

⁵⁶⁰ Alan Redfern vd., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, § 2.15; Ercüment Erdem, “Tahkim Anlaşması”, içinde *Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan* (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2017), 189.

⁵⁶¹ HMK m.439(2)(g) ve m.439(2)(ğ) düzenlemeleri.

⁵⁶² MTK m.15(A)(2)(a) ve m.15(A)(2)(b) düzenlemeleri.

⁵⁶³ Thomas E. Carbonneau, “The Exercise of Contract Freedom in the Making of Arbitration Agreement”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 36, p. 4 (October 2003): 1191.

⁵⁶⁴ Huysal, a.g.e., 93.

⁵⁶⁵ Yargıtay 11.HD, 2004/6686 E., 2005/3600 K., 12.04.2006 Tarihli karar.

⁵⁶⁶ Ahmet Cemal Ruhi, *Yargı Kararları Işığında Uluslararası Özel Hukukta Kamu Düzeni Müdahalesi ve Sonuçları* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 16.

⁵⁶⁷ François Knoepfler ve Philippe Schweizer, *Précis de droit international privé suisse* (Berne, 1990), 119.

kamu düzeni kavramı ile iki tarafın serbest iradelerine tabi konudaki tasarruflarının hayata geçmesini engelleyen kamu düzeni aynı kamu düzenidir⁵⁶⁸.

İç hukukta kamu düzeni, tarafların esasen yapmaya yetkili oldukları tasarruflar ile toplumun esas kaideleri arasında bir ihtilafın varlığında kendini gösterir⁵⁶⁹. Kamu düzeni de bu ihtilafı çözmeye ve hangi durumlarda bu esas kaidelerin tarafların tasarruflarından önde tutulacağını belirlemeye yarar⁵⁷⁰.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da bir kararında⁵⁷¹ kamu düzenine ilişkin; "...Kamu düzeni kavramı takdiri bir kavram olup sınırlarını kesin çizgilerle belirlemek mümkün değildir. Bu nedenle kamu düzeni benzer yönler olmakla birlikte, her ülkenin kendine özgü tarihsel, sosyal, ekonomik ve diğer koşulların oluşturduğu özel durumlar dikkate alınarak belirlenir. Başka bir deyişle bir durumun kamu düzeni ile ilgisi ülkenin sosyal ekonomik kültürel ve tarihsel gerçeklerine göre belirlenir; bu gerçekler durumun vazgeçilmezliğini, toplumsal yararını ve hukuk düzeninin korunmasına yönelik amacını ortaya koyuyorsa söz konusu durumun kamu düzeni ile ilgisi kabul edilmelidir" ifadelerine yer vermiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bir başka kararındaki⁵⁷² kamu düzeni yorumu; "... Yargıtay İçtihatları birleştirme Hukuk Genel Kurulunun 10.02.2012 tarihli ve 2010/1 E., 2012/1 K. sayılı kararında da belirtildiği üzere; kamu düzeninin müdahale alanı son derece geniş ve yoruma müsaittir. Türk kamu düzeninin ihlalini gerektirecek haller çoğunlukla emredici bir hükmün açıkça ihlali halinde düşünülecektir. Fakat her emredici hükmü ihlal eden bir yabancı kararın Türk kamu düzenine aykırı bulunduğunu söylemek olanaklı değildir. Zira ulusal hukuktaki kamu düzeni kavramı ile uluslararası özel hukuk alanındaki kamu düzeni kavramı birbirinden farklıdır. Ulusal hukuktaki kamu düzeninin çerçevesi, Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak prensiplere, medeni toplumların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerine toplumun medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine, insan hak ve özgürlüklerine aykırılık şeklinde çizilebilir." şeklinde olmuştur.

⁵⁶⁸ Kemal Dayınlarlı, *Milli-Milletlerarası Kamu Düzeni ve Tahkime Etkileri* (Ankara: Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 1994), 16.

⁵⁶⁹ Yılmaz Altuğ, "Amme İntizamı ve Tesirleri", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 27, sy 3 (1972): 372.

⁵⁷⁰ Kemal Dayınlarlı, *Milli-Milletlerarası Kamu Düzeni ve Tahkime Etkileri*, 17; Yılmaz Altuğ, "Amme İntizamı ve Tesirleri", 372.

⁵⁷¹ Yargıtay HGK 1990/3-527 E., 1990/627 K., 12.12.1990 tarihli kararı.

⁵⁷² Yargıtay HGK 2017/11-52 E., 2021/671 K., 03.06.2021 tarihli kararı.

Kamu düzeni sadece ülkeden ülkeye göre değil zamana göre de değişen ve bu nedenle kesin sınırlar çizilerek belirlenmeye çalışılması güç bir kavramdır. Devletler özellikle ahlaka, temel hak ve özgürlüklere aykırılıkların olduğu ya da olması muhtemel hallerde kamu düzenini etkileyecek uygulamalara müdahale etmektedir. Kamu düzeninin koşullara bağlı değişen tanım ve yorumlamalara sahip izafi bir mefhum oluşu, kamu düzenine aykırılık bakımından her olayın ayrı ayrı ele alınması gerekliliğini doğurur⁵⁷³.

Genellikle tahkim yeri, tahkim davası ile ilgilidir; fakat kimi zaman tarafsızlığı yahut başka sebeplerle bir başka devlet tahkim merkezi olarak seçilmiş olabilir. Bu gibi hallerde tahkim yeri devleti, ahlaki ya da hukuki gerekçelerle kendisini bağlamayan tahkim yargılamasında kendi devletinin kamu düzenini empoze edemeyecektir⁵⁷⁴. Bir devletin kamu düzeninin hakem kararı üzerinde müdahalede bulunabilmesi ancak o devlet ile tahkim arasında bir bağ kurulmuş olması halinde mümkündür⁵⁷⁵.

Yabancılik unsuru taşıyan olayda kanunlar ihtilafı kurallarını dikkate almadan bazı maddi kuralların devlet menfaati gereği doğrudan uygulanmasını temin eden müdahaleci kurallar⁵⁷⁶, kamu düzeninin korunması fikri ile sıkı bağlantılıdır⁵⁷⁷.

Tahkime elverişlilik hususuna kamu düzeni yönünden yaklaşırken özellikle kamu düzeninin değişken ve izafi yapısını özellikle göz önünde bulundurmak gerektiği kanaatindeyiz. Hukuk sistemini de etkileyen günlük hayat pratiğindeki parametrelerin sürekli değişim içinde olması ve dolayısıyla bireylerin ve toplumun ekonomik menfaatlerinin de dönüşümü kamu düzeninin sarsılmaz, esnemez, değişime tabi tutulmaz bir yapı olmayacağını hatırlatan etkenlerdir. Kamu düzeni, toplumun ihtiyaçları ile birlikte bir devinim içerisinde olduğunu kabul ve toplumun istek ve ihtiyaçlarının da aynı kalmayacağını, bunlara karşılık verebilmek için hukuk düzeninin de bu devinim içinde kendini yenilemesi gerektiği tartışma götürmeyecek bir gerçekliktir⁵⁷⁸.

⁵⁷³ Ahmet Cemal Ruhi, *Yargı Kararları Işığında Uluslararası Özel Hukukta Kamu Düzeni Müdahalesi Ve Sonuçları*, 24.

⁵⁷⁴ Kemal Dayınlarlı, *Milli-Milletlerarası Kamu Düzeni ve Tahkime Etkileri*, 79.

⁵⁷⁵ İsviçre’de görülen SGTM c. Bangladesh tahkim yargılamasında bu sorun irdelenmiştir. Hakem, Bangladeş devletini ad hoc mevzuatının Bangladeş devleti ve devlet şirketlerinin vecibelerinden kaçınmalarını temin ve diğer taraftaki SGTM şirketinin haklarını hakem heyetine sunmasını engellemekte olduğundan bu durumun İsviçre kamu düzenine aykırı bulunduğuna hükmetmiştir. Cenevre Kanton Mahkemesi de İsviçre ile tahkim davası arasında müdahaleye yetecek bağın olduğuna hükmetmiştir. Bu olayda SGTM ile Bangladeş arasındaki bu tahkim yargılamasının birkaç seneden beri İsviçre topraklarında yürütüldüğünü, milletlerarası ticari tahkim merkezi olarak İsviçre’nin itibarının da söz konusu kabul edildiğini belirtmek gerekir. Kemal Dayınlarlı, *Milli-Milletlerarası Kamu Düzeni ve Tahkime Etkileri*, 79.

⁵⁷⁶ Sibel Özel, “Milletlerarası Özel Hukukta Uygulanacak Hukukun Lex Fori Esasına Göre Belirlenmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 28, sy 2 (Aralık 2022): 967.

⁵⁷⁷ Huysal, a.g.e., 96.

⁵⁷⁸ Kemal Atasoy, *Sözleşme Özgürlüğünün Kamu Düzenine Aykırılık Sınırları*, 1. bs (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2020), 99.

Bu müdahaleci kuralların bir tahkim engeli olup olmayacağı meselesine ilişkin bazı düzenlemeler vardır. Tez çalışmamızın üst başlığı diyebileceğimiz tüketici hukuku da dahil olmak üzere rekabet, dış ticaret kuralları iflas, kira ve iş sözleşmeleri gibi düzenlemeler uygulamada üzerinde tartışmayı taşıyan ihtilaf alanlarıdır. Zayıf tarafın korunduğu bir alan olarak kabul edilen tüketici hukuku da müdahaleci hükümlerin kendini gösterdiği bir sahadır⁵⁷⁹. Burada tahkime elverişliliği etkileyen husus ise bu müdahaleci kuralların varlığı değil, konunun kamu düzenini ilgilendirmesidir⁵⁸⁰. Bu husus tüketici hukukunun tahkime elverişliliği konusunda ayrıca irdelenecektir.

Özel hukuk alanındaki tasarrufların kamu düzenini ihlal etmesi olasılığına karşı usul hukukunda çeşitli müeyyideler getirilmiştir⁵⁸¹.

3.3. Tahkime Elverişsizliğin Denetimi ve Neticeleri

Tarafların aralarındaki uyuşmazlığın çözümü için tahkim yoluna başvurulacağı hususunda anlaşmışlar ise bu anlaşma tarafları bağlayacaktır; yani artık uyuşmazlık çözümü için mahkemelere gidemeyeceklerdir⁵⁸². Tahkim anlaşmasına rağmen taraflardan birisi mahkemeye başvurmuş ve davalı bu tahkim itirazında bulunmamış ise mahkeme bu hususu re'sen incelemeyecek, davayı görmeye devam edecektir⁵⁸³.

Tahkim anlaşması ayrı bir sözleşme ile yapılacağı gibi taraflar arasındaki asıl sözleşmeye bir şart (kloz) şeklinde de eklenebilir⁵⁸⁴. Bu husus MTK m. 4/1 içinde, “*Tahkim anlaşması, asıl sözleşmeye konan tahkim şartı veya ayrı bir sözleşme ile yapılabilir.*” şeklinde, HMK m.412/2’de ise, “*Tahkim sözleşmesi, taraflar arasındaki sözleşmenin bir şartı veya ayrı bir sözleşme şeklinde yapılabilir.*” olarak düzenleme altına alınmıştır.

Tahkim şartının henüz taraflar arasında bir uyuşmazlık doğmadan önce, doğabilecek uyuşmazlıklar için tahkim yoluna gidileceğinin kararlaştırıldığı hallerde; tahkim anlaşmasının ise uyuşmazlık vuku bulduktan sonra tarafların bu uyuşmazlığın çözümü için tahkim yargılamasına başvurulacağı yönünde anlaştıkları durumlarda söz konusu olduğu

⁵⁷⁹ Huysal, a.g.e., 102.

⁵⁸⁰ Huysal, a.g.e., 102.

⁵⁸¹ Huysal, a.g.e., 200.

⁵⁸² Mustafa Göksu, *Temel Hukuk Dizisi Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Ve Tahkim (Thd) (Arabuluculuk – Uzlaştırma)*, 139.

⁵⁸³ Göksu, a.g.e., 139.

⁵⁸⁴ İzgi, a.g.e., 133; Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 132; Hakan Pekcanitez vd., *Pekcanitez Usul - Medeni Usul Hukuku III*, III:2651; Hüseyin Afşin İlhan, *Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği*, 6.

görülmektedir⁵⁸⁵. Uygulamada taraflar genellikle müstakil bir tahkim anlaşması yapmak yerine asıl sözleşme içerisine eklenmiş tahkim klozu vasıtasıyla tahkim iradelerini göstermektedirler⁵⁸⁶.

Asıl sözleşmedeki tahkim şartının asıl sözleşmeden ayrı bir anlaşma niteliği taşıdığı ve bağımsız olduğu kabul edilir⁵⁸⁷. Bu kabul “*ayrılabilirlik ilkesi*”ne dayanır⁵⁸⁸. Buna göre asıl sözleşmeye ilişkin bir geçersizlik iddiası söz konusu olduğunda bu iddialar hakemlerce karara bağlanacak ve asıl sözleşmenin geçersizlik iddiası tahkim şartını kendiliğinden geçersiz kılmayacaktır⁵⁸⁹. Bu husus HMK m.412/4 ve MTK m.4/4 içerisinde düzenlenmiştir⁵⁹⁰. Nitekim Yargıtay da tahkim şartının esas sözleşmeden ayrılabilirliğini ve bağımsız niteliğini açıkça kabul etmiştir: “*Tahkim sözleşmesi esas sözleşmeden bağımsız, ondan ayrı bir anlaşmadır. Tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden ayrılabilirliği, asıl sözleşmede yer alan tahkim klostarı içinde geçerlidir. Bu sebeple, tahkim klotunun geçerliliği, esas sözleşmenin geçerliliğine bağlı değildir. Asıl sözleşmenin geçersiz olması tahkim anlaşmasının geçerliliğini etkilemez.*”⁵⁹¹.

Ayrılabilirlik ilkesinin bir başka vechesi de *kompetenz-kompetenz* ilkesine ilişkindir. *Kompetenz-kompetenz* ilkesi en yakın hali ile hakemlerin kendi yetkilerine ilişkin karar vermesi olarak ifade edilebilir⁵⁹². MTK’nın 7(H) ve HMK’nın 422.maddeleri *kompetenz-kompetenz* ilkesi ile ilgilidir. Buna göre: “*Hakem veya hakem kurulu, tahkim anlaşmasının mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dahil olmak üzere, kendi yetkisi hakkında karar verebilir. Bu karar verilirken, bir sözleşmede yer alan tahkim şartı, sözleşmenin*

⁵⁸⁵ Salim Yunus Lokmanoğlu, “Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesinin Kurucu Unsurları ve Geçerlilik Şartları”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 11, sy 41 (2020): 354.

⁵⁸⁶ Hakan Pekcanitez vd., *Pekcanitez Usul - Medeni Usul Hukuku III*, III:2651; Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 132; Ali Selim Demirel, “Uygulamada Tahkim Anlaşması”, içinde *Tahkim Anlaşması - Tahkim Okulu Paneller Serisi*, c. 1 (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2020), 38.

⁵⁸⁷ Lokmanoğlu, *a.g.e.*, 353; Mustafa Serdar Özbek, “Tahkim Şartının Asıl Sözleşmeden Ayrılabilirliği İlkesinin Hukuki Sonuçları ve Sınırları”, *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi* 7, sy 1 (Mayıs 2020): 41; İlhan, *a.g.e.*, 5; Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku*, 1-2:946.

⁵⁸⁸ Adnan İnanc, “Tahkim Sözleşmesinin Ana Sözleşmeden Bağımsızlığı”, *İstanbul Barosu Dergisi* 91, sy 5 (Eylül 2017): 207; Mustafa Serdar Özbek, “Tahkim Şartının Asıl Sözleşmeden Ayrılabilirliği İlkesinin Hukuki Sonuçları ve Sınırları”, 50; Lokmanoğlu, *a.g.e.*, 354; Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 164.

⁵⁸⁹ Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 164; Ekin Çınar, “Ayrılabilirlik Prensibi ve Kompetenz- Kompetenz Kuralı Işığında Türk Mahkemelerin Tahkim Şartının Geçerliliğine İlişkin İncelemesinin Kapsamı”, içinde *Tahkim Anlaşması - Tahkim Okulu Paneller Serisi*, 1. bs, c. 1 (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2020.), 376.

⁵⁹⁰ MTK m.4/4: “*Tahkim anlaşmasına karşı, asıl sözleşmenin geçerli olmadığı veya tahkim anlaşmasının henüz doğmamış olan bir uyumsuzlığa ilişkin olduğu itirazında bulunulamaz.*”
HMK m.412/4: “*Tahkim sözleşmesine karşı, asıl sözleşmenin geçerli olmadığı veya tahkim sözleşmesinin henüz doğmamış olan bir uyumsuzlığa ilişkin olduğu itirazında bulunulamaz.*”

⁵⁹¹ Yargıtay 11.HD 2008/5901 E., 2010/3203 K. ve 23.03.2010 tarihli kararı.

⁵⁹² Işıl Egemen Demir, “Kompetenz-Kompetenz İlkesi ve Olumsuz Etkisi”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11, sy 1 (Haziran 2021): 257; Ekin Çınar, “Ayrılabilirlik Prensibi ve Kompetenz-Kompetenz Kuralı Işığında Türk Mahkemelerin Tahkim Şartının Geçerliliğine İlişkin İncelemesinin Kapsamı”, 379; Hakan Pekcanitez vd., *Pekcanitez Usul - Medeni Usul Hukuku III*, III:2678.

diğer hükümlerinden bağımsız olarak değerlendirilir. Hakem veya hakem kurulunun asıl sözleşmenin hükümsüzlüğüne karar vermesi, kendiliğinden tahkim anlaşmasının hükümsüzlüğü sonucunu doğurmaz.”

Bu ilkeler asıl sözleşmenin geçersiz sayıldığı hallerde tahkim şartının geçersiz hale gelmesine ya da tahkim şartındaki geçersizliğin asıl sözleşmeyi etkilemesine engel olması ve taraflardan birinin tahkim yargılamasını geciktirme maksadıyla yapabileceği yetki itirazından tahkim yargılamasını etkilenmeyecek bir koruma alanı inşa etmesi bakımından önem arz eder⁵⁹³. Bu ilke ışığında, yürütülmekte olan yahut yürütülecek tahkim yargılamasında uyuşmazlık konusunun tahkime elverişliliği hakemlerce değerlendirilebilecektir⁵⁹⁴.

Tarafların aralarındaki uyuşmazlığın çözümü için tahkim yoluna başvurulacağı hususunda anlaşmışlar ise bu anlaşma tarafları bağlayacaktır; yani artık uyuşmazlık çözümü için mahkemelere gidemeyeceklerdir⁵⁹⁵. Tahkim anlaşmasına rağmen taraflardan birisi mahkemeye başvurmuş ve davalı bu tahkim itirazında bulunmamış ise mahkeme bu hususu re'sen incelemeyecek, davayı görmeye devam edecektir⁵⁹⁶.

HMK'nın 439.maddesinin 2/g bendi, hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmadığı halleri hakem kararının iptal sebebi olarak düzenlemiştir. MTK'nın m.15-A-2-a düzenlemesi, HMK'daki ilgili düzenleme ile aynı olacak şekilde “*Hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmadığı*” durumları hakem kararının iptal sebebi olarak belirlemiştir.

Tahkim anlaşmasına konu olan ihtilafın tamamı tahkime elverişsiz değil ve geçersiz kabul edilen kısım diğer kısımlardan ayrılabilir halde ise, tahkim anlaşmasının kısmi geçersizliği söz konusu olacak ve hakemlerce tahkime elverişli kabul edilen kısım yönünden yargılama yapılarak tahkime elverişsiz kısım için yetkisizlik kararı verilecektir⁵⁹⁷.

Şayet tahkime elverişli olmadığı hususunda şüphe bulunmayan bir konu hakem ya da hakemler eliyle çözüme kavuşturulduysa HMK uyarınca bu husus hakem kararı için bir iptal sebebi olacaktır⁵⁹⁸.

⁵⁹³ Lokmanoğlu, *a.g.e.*, 355; Mustafa Serdar Özbek, “Tahkim Şartının Asıl Sözleşmeden Ayrılabilirliği İlkesinin Hukuki Sonuçları ve Sınırları”, 58.

⁵⁹⁴ Huysal, *a.g.e.*, 343.

⁵⁹⁵ Göksu, *a.g.e.*, 139.

⁵⁹⁶ Göksu, *a.g.e.*, 139.

⁵⁹⁷ Ağırman, *Milli & Milletlerarası Tahkim*, 160.

⁵⁹⁸ Hacı Can ve Ekin Tuna, *Milletlerarası Tahkim Hukuku*, 479.

MTK ve HMK’da düzenlenen iptal nedenleri, mahkemece re’sen gözetilmesi gerekenler ve taraflarca ispatlanması gerekenler olarak ayrılırlar⁵⁹⁹. Hakem ya da hakem kurulu kararına konu ihtilafın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olan konular arasında olmaması veya kararın kamu düzenine aykırılık yaratması hususları mahkemece re’sen gözetilerek iptal edilebilecektir. Yani, tahkime elverişsiz bir konuda tahkim yargılaması yapılmış ise, bu durum HMK m. 439/II-g’deki “*Hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmadığı...tespit edilirse, hakem kararları iptal edilebilir.*” Düzenlemesi uyarınca hakem ya da hakem kurulu kararının iptal sebeplerinden birisidir.

4. TIBBİ MALPRAKTİSTEN KAYNAKLANAN HUKUKİ UYUŞMAZLIKLARIN TAHKİME ELVERİŞLİLİĞİ

4.1. Tüketici Mahkemelerinin Görevli Olduğu Hukuki Uyuşmazlıkların Tahkim Yargılamasına Konu Olması

Tıbbi malpraktisten kaynaklanan hukuki uyuşmazlıklarda zarara uğrayan hastanın tazminat talebini hatalı tıbbi müdahaleyi gerçekleştiren hekime ya da hekimin çalıştığı özel sağlık kurum kuruluşuna yöneltmesi durumunda taraflar arasındaki hekimlik sözleşmesinin vekalet sözleşmesi niteliğini haiz olacağından bahsetmiştik⁶⁰⁰.

Vekalet sözleşmeleri de tüketici işlemini tanımlayan TKHK m.3/f.1-1 bendinde sayılmış ve bir tüketici işlemi olarak nitelendirilmiştir. Yargıtay da eski tarihli kararlarında özel hastanelerle yapılan sözleşmeleri tüketici işlemi olarak nitelendirmiyorken, görüş değişikliğine giderek; “...Somut olayda, davacılar, davalı hastanede çalışan diğer davalı doktor tarafından yapılan muayene sonucu tedavi için kullanılan ilacın vücutta meydana getirdiği zararlar sebebiyle maddi ve manevi zarara uğradıklarını ileri sürerek eldeki davayı açmıştır. Davacı ile davalı arasındaki ilişki vekalet sözleşmesi niteliğindedir ve dairemizin öteden beri değişmeyen uygulaması da bu yöndedir. Vekalet sözleşmesi ise 28.5.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6502 Sayılı yasa kapsamına alınmış olup, 28.5.2014 tarihinden önce açılan davalarda, açıldığı tarihte görevli olan mahkemeler görevlidir. Nitekim bu husus 6502 Sayılı Kanun’un geçici 1. maddesiyle çözüme bağlanmış durumdadır. Görevle ilgili düzenlemeler kamu düzenine dair olup taraflar ileri sürmese dahi yargılamanın her aşamasında resen gözetilir. Görevle ilgili hususlarda kazanılmış hak söz konusu olmaz. Mahkemece, davanın 6502 Sayılı Kanun’un

⁵⁹⁹ Hilmi Bolatoğlu, “Rekabet Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği” (Doktora Tezi, Ankara, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, 2018), 226.

⁶⁰⁰ Bkz. Bölüm I/2/2.2.3.

yürürlüğe girmesinden sonra 14.4.2015 tarihinde açıldığı ve bu bağlamda uyuşmazlığın çözümünde görevli mahkemenin Tüketici Mahkemesi olduğu gözetilerek Tüketici Mahkemeleri'ne görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.” bu uyuşmazlıkların çözümünde tüketici mahkemelerinin görevli olduğuna hükmetmiştir.

TKHK m.3/1 düzenlemesi çerçevesinde hatalı tıbbi müdahaleye ilişkin uyuşmazlıklarda zarar gören hasta “tüketici”, hekim ya da özel sağlık kurum/ kuruluşu ise “sağlayıcı” olarak konumlanacaktır⁶⁰¹.

Görevli mahkemenin tüketici mahkemeleri olduğu tıbbi malpraktise ilişkin uyuşmazlıklar bakımından HMK m.408 ve MTK m.1/4 düzenlemeleri dikkate alınarak tahkime elverişlilik meselesi incelendiğinde, tahkime elverişliliğe ilişkin en önemli koşul sayılan tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebildiği bir konu olması şartının sağlandığı görülmektedir. Yani, hastanın hekime ya da özel sağlık kurum/kuruluşuna hatalı tıbbi uygulama sebebiyle yönelteceği tazminat talepleri, üzerinde serbestçe tasarruf edilebilme anlamında tahkime elverişlidir.

Bir tarafın tacir diğer tarafın tüketici olduğu bir sözleşmede yer alacak tahkim şartının geçerli kabul edilmemesi; ya TKHK m5'te düzenlenen tek tarafının tüketici olduğu sözleşmelerdeki haksız şartlar çerçevesinde değerlendirilerek yahut sadece kamu düzenine ilişkin olması gerekçe gösterilerek geçersiz sayılmasına bağlıdır⁶⁰².

İstatistiki veriler, bir önceki seneden devreden dava sayısındaki artış oranı göz önüne alındığında ilk sırada tüketici mahkemelerinin geldiğini göstermektedir⁶⁰³. Bu durum tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklar için mahkeme yargılaması haricindeki çözüm yollarına olan ihtiyacı da göstermektedir. Hal böyleyken, tıbbi malpraktise ilişkin hukuki uyuşmazlıklar için de görevli olan tüketici mahkemelerinin yükünü, elverişlilik anlamında önünde somut bir engel bulunmayan tahkim yöntemi ile azaltmanın akılcı bir yol olacağı kuşkusuzdur.

⁶⁰¹ Yerkaya, a.g.e., 73.

⁶⁰² İlhan, a.g.e., 215.

⁶⁰³ Buğra Aydın, “Bireysel İş Uyuşmazlıkları ve Tahkim”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 21, sy 2 (2016): 840 dn.4.

4.1.1. Tüketici Hakem Heyetlerinin Tahkim Yargılaması Bakımından Değerlendirilmesi

Tüketici hakem heyeti (THH), ilk kez 1995 tarih ve 4077 sayılı mülga TKHK'nın kabulü ile hukuk sistemine dahil olmuştur⁶⁰⁴. Tüketici hakem heyetlerinin kurulmasının altında yatan en önemli düşünce, usûl ekonomisi ilkesinin tüketici uyuşmazlıklarına tatbikidir⁶⁰⁵. THH'lerin kurulmasındaki gaye de bu doğrultuda daha kısa sürede, mahkemelerdeki şekli kurallara bağlı olmadan, daha basit, daha ekonomik ve daha süratli bir şekilde tüketicinin hak aramasını sağlamaktır⁶⁰⁶.

Tüketici Hakem Heyetleri'nin hukuki statüsü tartışmalıdır⁶⁰⁷. Kuruluşu, başkan ve üyelerinin niteliği, statü ve atanma yöntemleri bir mahkeme niteliğinde olmadığını açıkça göstermektedir⁶⁰⁸.

Daha önceden de bahsettiğimiz üzere, THH'lere başvuru için belirli bir miktar sınır öngörülmüştür. Bu tutarın altında kalan tüketici uyuşmazlıklarını çözüme kavuşturabilmek için THH'lere başvuru zorunludur (TKHK m.68). Söz konusu sınırın altında kalan uyuşmazlıklar bakımından devlet yargısına yani tüketici mahkemelerine başvuru yasaklanmış olup, hak arama mercii olarak THH belirlenmiştir. Bu bakımdan, bizim de katıldığımız bir görüşe göre, THH'ler “zorunlu tahkim” mercii olarak değerlendirilebilecektir⁶⁰⁹. Değeri belirli bir sınırın altında kalan uyuşmazlıklar bakımından kendilerine başvurunun mecburi olması, bu uyuşmazlıkların doğrudan devlet yargısına taşınmasının mümkün olmaması, adeta bir yargı organı gibi belli bir hukuki çerçeve içerisinde karar oluşturma zorunluluğunun bulunması, karar oluşturma

⁶⁰⁴ Hakan Pekcanitez, “Tüketici Sorunları Hakem Heyeti”, *İzmir Barosu Dergisi*, sy 3 (Temmuz 1996): 40; İbrahim Ermenek, “Yargı Kararları Işığında Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Sorunlara İlişkin Çözüm Önerileri”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* XVII, sy 1-2 (2013): 565.

⁶⁰⁵ İlhan Kara, (6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Hazırlanmış) *Tüketici Hukuku*, 618; Pekcanitez, “Tüketici Sorunları Hakem Heyeti”, 41; Özümucu, a.g.e., 837 vd.

⁶⁰⁶ Pekcanitez, “Tüketici Sorunları Hakem Heyeti”, 41; Ömer Ulukapı, “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, sy 1-2 (Prof. Dr. M. Şakir BERKİ'ye ARMAĞAN) (1996): 79; Mehmet Akif Tutumlu, *Türk Hukuk Sisteminde Tüketici Hakem Heyetleri*, 2. bs (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), 41.

⁶⁰⁷ Tartışmalar için bkz. Bilgehan Yeşilova, “6502 Sayılı (Yeni) Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Tüketici Uyuşmazlıklarının Çözümü Usulü ve Yargılama Kuralları”, *Terazi Hukuk Dergisi* 9, sy 99 (Kasım 2014): 107-43; Pekcanitez, “Tüketici Sorunları Hakem Heyeti”; Ali Cem Budak, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Tüketici Hakem Heyetleri”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16, sy Özel Sayı (Temmuz 2014): 77-103.

⁶⁰⁸ Mehmet Akif Tutumlu, *Türk Hukuk Sisteminde Tüketici Hakem Heyetleri*, 35.

⁶⁰⁹ Ildır, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, 137; Mehmet Akif Tutumlu, *Türk Hukuk Sisteminde Tüketici Hakem Heyetleri*, 39; Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku*, 2:355; Mustafa Serdar Özbek, “Tüketici Hakem Heyetinin Görevine Giren Alacaklarla İlgili Olarak İlâmsız Takip Yapılamayacağına İlişkin Yargıtay Kararlarının Tahlili”, *MİHDER* 11, sy 31 (2015): 60; Önder Topal, “Tüketici Hakem Heyeti İle Özellikle Tüketici Hakem Heyeti Kararına İtiraz Yargılamasında İcranın Geri Bırakılması Üzerine Düşünceler”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 21, sy 1 (2024): 298; Aydın Zevkliler ve Murat Aydoğdu, *Tüketicinin Korunması Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004), 426.

sürecinde bilirkişiye başvuru gibi imkanlara sahip olması, verdiği kararlara⁶¹⁰ ilişkin ilamların icrasındaki hukuki rejime tabi kılınmış olması gibi özellikler tüketici hakem heyetlerinin “zorunlu tahkim organı” olarak görev aldığıının delilleri olarak gösterilebilecektir⁶¹¹.

4.1.2. Tüketici Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk Uygulamasının Tahkime Elverişlilik Bağlamında Değerlendirilmesi

22.07.2020 tarihinde kabul edilen 7251 sayılı Kanun’un 59.maddesi ile TKHK’ya 73/A maddesi eklenerek tüketici hukukundan doğan bazı uyuşmazlıklar bakımından dava şartı arabuluculuk kurumunun kabul edildiğine değinmiştik⁶¹².

TKHK’nın “Dava Şartı Arabuluculuk” başlıklı 73/A maddesi şu şekildedir:

“(1) Tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Şu kadar ki, aşağıda belirtilen hususlarda dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz:

- a) Tüketici hakem heyetinin görevi kapsamında olan uyuşmazlıklar
 - b) Tüketici hakem heyeti kararlarına yapılan itirazlar
 - c) 73 üncü maddenin altıncı fıkrasında belirtilen davalar
 - ç) 74 üncü maddede belirtilen davalar d) Tüketici işlemi mahiyetinde olan ve taşınmazın aynından doğan uyuşmazlıklar
- (2) 7/6/2012 tarihli ve 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun 18/A maddesinin onbirinci fıkrası tüketici aleyhine uygulanmaz.
- (3) Arabuluculuk faaliyeti sonunda taraflara ulaşılamaması, taraflar katılmadığı için görüşme yapılamaması veya tarafların anlaşmaları ya da anlaşamamaları hâlinde tüketicinin ödemesi gereken arabuluculuk ücreti, Adalet Bakanlığı bütçesinden karşılanır. Ancak belirtilen hâllerde

⁶¹⁰ Tüketici hakem heyetlerinin kararları kesin hüküm niteliğine sahip değilse de doğurduğu etki bakımından kesin hükümvârı oldukları söylenebilecektir. Zira tüketici hakem heyetinin karar verdiği bir uyuşmazlık hakkında genel mahkemelere başvuru yapılamayacak ve bu karar taraflar için bağlayıcı olacaktır (TKHK m. 70/1). THH kararları ilam niteliğinde bir belge olduğu için (TKHK m. 70/2), alacağı yerine getirilmeyen taraf bu alacağının icrası için ilamlı icra yoluna başvurabilir (TKHK m. 70/2). Bkz. Derya Buluttekın, “Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Tahkimin Değerlendirilmesi (HMK m. 407-444)”, *DÜHFD* 27, sy 46 (2022): 269 dn.67; Ali Cem Budak, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a Göre Tüketici Hakem Heyetleri”, 95.

⁶¹¹ Tanrıver, *a.g.e.*, 2:355.

⁶¹² Bkz. Bölüm II/4/4.2.2.5.

arabuluculuk ücreti, Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin eki Arabuluculuk Ücret Tarifesinin Birinci Kısımına göre iki saatlik ücret tutarını geçemez.

(4) Arabuluculuk faaliyeti sonunda açılan davanın tüketici lehine sonuçlanması hâlinde arabuluculuk ücreti, 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre davalıdan tahsil olunarak bütçeye gelir kaydedilir.”

Bu düzenleme uyarınca tüketici hakem heyetinin görev kapsamında kalan uyuşmazlıklar, tüketici hakem heyetinin verdiği kararlara yapılan itirazlar, tüketici işlemi niteliğinde ve taşınmazın aynından kaynaklanan uyuşmazlıklar hariç olmak üzere, görevli mahkemesi tüketici mahkemeleri olan uyuşmazlıklarda arabuluculuk kurumuna başvuru bir dava şartı olarak kabul edilmiştir.

HUAK m.1/2 düzenlemesi, tarafların ancak üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümünde arabuluculuk faaliyetine başvurabileceği hükmünü amirdir. Bu durumda tarafların üzerinde tasarruf edemeyecekleri uyuşmazlıklar için arabuluculuğa başvurmaları mümkün değildir. Tarafların üzerinde tasarruf edemeyecekleri uyuşmazlıklar, kamu düzeni kavramı ile yakın ilişki içerisindedir. Yani, mahkemelere her türlü uyuşmazlık için başvuru imkânı varken arabuluculuk kurumu ve tahkim yargılaması için uyuşmazlığın kamu düzenini ilgilendirmeyen ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir konuya ilişkin olması gerekmektedir⁶¹³. Bu husus arabuluculuk için HUAK m.1 içerisinde, “*yabancılik unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesi...*” şeklinde yer almıştır. Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konular maddenin gerekçesinde “*sulh olmak suretiyle sona erdirebilecekleri hukuk uyuşmazlıkları*” ifadesi ile tanımlanmıştır.

Daha önce de değindiğimiz üzere⁶¹⁴, kamu düzeni kavramı tahkime elverişlilik için önemli bir ölçüttür. Kamu düzenine aykırı kabul edilen uyuşmazlıklar tahkim yargılamasına konu olamazlar. Kamu düzenine ilişkin uyuşmazlıklar genel olarak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemediği uyuşmazlıklar ya da tarafların iradelerine tabi olsa da taraflardan birinin zayıf kabul edildiği uyuşmazlıklar olarak karşımıza çıkmaktadır⁶¹⁵.

Burada arabuluculuk kurumu için hatalı tıbbi uygulamaya ilişkin bir uyuşmazlık, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebildiği ve kamu düzeni anlamında bir endişe teşkil etmeyen bir

⁶¹³ Hakan Pekcanitez vd., *Pekcanitez Usul - Medeni Usul Hukuku III*, III:2829.

⁶¹⁴ Bkz. Bölüm III/3.2.4.

⁶¹⁵ Kurtulan, *a.g.m.*, 244.

ihtilaf olarak ele alınmaktadır. Taraflarının ve mahiyetinin birebir aynı olduğu tıbbi malpraktise dayalı bir ihtilaf, tahkim yargılaması söz konusu olduğunda tahkime elverişsiz kabul edilmektedir. Oysa ne taraflar, ne tarafların konumlanmaları ne de uyuşmazlığın özelliği değişmiştir. Burada tıbbi malpraktis sebepli uyuşmazlığa temeli olmayan suni gerekçelerle tahkim kurumunun kapısının kapatılmış olduğu görülmektedir.

Mülga 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un yürürlükte olduğu dönem içerisinde Yargıtay, Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un kamu düzenini muhafaza etme gayesi ile hazırlandığı fikriyle tüketici hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların ihtiyari tahkime elverişli olmadığına karar vermiş idi⁶¹⁶. Daha sonra yürürlüğe giren 6502 sayılı TKHK m.65/8 hükmü ile tüketici hakem heyetine başvuru zorunluluğu getirmesi tüketici uyuşmazlıklarının alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ve dahi zorunlu tahkime açık olacağını göstermiştir. Öncelikli olarak değinmek istediğimiz mesele, hastanın zayıf konumda kabul edilmesi mevzuudur. Bu tartışmanın özellikle serbest çalışan bir hekim ile tıbbi malpraktisten kaynaklanan bir uyuşmazlıkta karşı karşıya gelen hasta için önem arz ettiğini belirtmek isteriz.

Şu hususlar kanaatimizce tahkime elverişlilik ele alınırken bilhassa önde tutulmalıdır: Arabuluculuğa elverişlilik meselesinde ele alınan kamu düzeni ile tahkime elverişlilik meselesinde kırmızı çizgi olarak konumlanmış kamu düzeni aynı kavramlardır. Tıbbi malpraktis davalarında tüketici sıfatıyla yer alan hasta arabuluculuk kurumu içerisinde de “zayıf konumda” kabul edilmektedir. Buna rağmen hastanın bir hekim ya da sağlık kurum ya da kuruluşu karşısında müzakere sürecinin önem arz ettiği arabuluculuk sürecinde tüketici olarak yer alması arabuluculuğa elverişli kabul edilmektedir.

Bu noktada arabuluculuk sürecinde yer alması hususunda bir endişe duyulmayan ve hatta devlet yargısına başvurabilmesi için arabuluculuk kurumu bir dava şartı olarak karşısına çıkarılan (tüketici) hastanın, tahkim sürecine serbest iradesiyle dahil olması konusuna ilişkin hukuk sistemindeki yaklaşım farklılığına bakmak gerekecektir:

⁶¹⁶ “Tüketicinin korunmasını amaçlayan 4077 sayılı kanunun kamu düzeni ile ilgili özel bir kanun olması, bu yasanın 22. maddesi ile tüketici sorunları hakem heyeti olarak bir hakem heyeti oluşturulmasından, yasa koyucunun böylece zımnen özel tahkim yolunu kapadığı, 23.maddesindeki bu kanunun uygulaması ile ilgili her türlü ihtilafların tüketici mahkemelerinde görüleceği şeklindeki hükmünden, görevli mahkemenin yasa ile açıkça belirlendiği ve bu kanunun uygulanmasından çıkan ihtilafların mutlaka tüketici mahkemelerinde veya miktara göre tüketici hakem heyetlerinde bakılması gerektiği, tahkim yolu ile özel hakemler önünde görülemeyeceğinin kabulü gerekir....Somut olayda, taraflar arasındaki paket tur tatil sözleşmesinden doğan ihtilaf, 4077 sayılı kanunun 1, 2, 3/c-f ve 23.maddeleri nazara alındığında bu yasa kapsamında kalmakta ve ihtilafı çözmeye tüketici mahkemeleri görevli olduğundan, sözleşmedeki tahkim şartı geçersizdir. Uyuşmazlığın hakemler vasıtası ile çözümlenme olanağı yoktur.” Yargıtay 13.HD. 2008/3492 E., 2008/11120 K. ve 25.09.2008 tarihli karar.

Tahkim ve arabuluculuk her ne kadar birçok yönden benzeşse de arabuluculuk sürecinin bir yargılama içermemesi nedeniyle büyük bir noktada ayrılmaktadır. Tahkim bağlayıcı kararları olan bir yargılama sürecidir⁶¹⁷.

Hali hazırda hukuk sistemimiz tıbbi malpraktisten kaynaklanan hukuki uyuşmazlıkları arabuluculuğa elverişli kabul ediyorken, tüketici/hastanın zayıf konumda olması ve kamu düzenini etkilemesi sebebiyle tahkim yargılamasına elverişli saymamaktadır. Oysa tüketici/hasta, tıbbi malpraktisten kaynaklanan bir uyuşmazlık için dava şartı olarak sunulan arabuluculuk sürecinde de aynı konumda ve dahi bir alt başlıkta detaylı değerlendireceğimiz üzere, haklarının daha az korumaya sahip olduğu bir faaliyet içerisinde.

Bir alt başlıkta gerekçe ve düşüncelerimizi izah edeceğimiz üzere; tıbbi malpraktisten kaynaklanan uyuşmazlıkların arabuluculuk faaliyeti içerisinde yer alması mümkün kabul ediliyor ve dahi mahkemeye erişim için koşul olarak getiriliyorken, bu ihtilaflara tahkim yargılamasının kapılarının kapatılmasının talihsiz bir tutarsızlık olduğu kanaatindeyiz.

4.2. Türk Yargısının Tüketici Uyuşmazlıklarında Tahkime Elverişliliğe İlişkin Yaklaşımı ve Eleştirilerimiz

Teknolojinin de gelişimi ile birlikte gerek gerçek gerek tüzel kişiler arasında cereyan eden hukuki ilişkiler dünya çapında yaygınlaştıkça en köklü uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden olan tahkime olan ilgi de aynı oranda artmış, bu doğrultuda ülkelerin de tahkim yargılamasına olan müdahale eğilimi nispeten azalsa da belli bazı ihtilafların tahkim yolu ile çözüme ulaştırılması hala kısıtlamalara tabi tutulmaktadır⁶¹⁸. Yukarıda da farklı başlıklar altında değindiğimiz üzere, tüketici hukuku ülkemiz hukuk sistemi içerisinde tahkim yargılaması konusunda ihtiyatla yaklaşılacak bir alandır. Aşağıda sebeplerini izah edeceğimiz üzere, bu ihtiyatın suni endişelere dayanan, geleneksel anlayışın hem hukuki ilişkileri hem de ülkenin bizzat kendisini modern dünyanın gelişimine kapatan sakıncalı bir noktadan sadır olduğu düşüncesindeyiz.

Tek tarafın tüketici olduğu uyuşmazlıkların tahkime elverişsiz görülmesinin bir nedeni taraflar arasında akdedilen özleşmede yer alacak tahkim şartının TKHK m.5 düzenlemesindeki “haksız şart” olarak kabul edilerek geçersiz sayılması, diğer nedeni ise bu başlık altında değineceğimiz tüketicinin zayıf taraf kabul edilmesi ile bu uyuşmazlığın kamu düzenine ilişkin sayılmasıdır⁶¹⁹. Bu iki durum özellikle tahkime elverişlilik incelemesinde farklılaşır: Haksız şart incelemesi

⁶¹⁷ Mustafa Göksu, *Temel Hukuk Dizisi Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Ve Tahkim (Thd) (Arabuluculuk – Uzlaştırma)*, 130.

⁶¹⁸ Huysal, *a.g.e.*, 13.

⁶¹⁹ İlhan, *a.g.e.*, 215.

incelemenin zarar görenin itirazı üzerine yapılabilir; fakat kamu düzenine dayalı tahkime elverişsizlik incelemesi hâkim tarafından re'sen yapılabilir⁶²⁰.

Tahkime elverişlilik konusunda tüketicinin korunması gerekçesine ilişkin olarak; tüketicinin korunması görevinin esas itibarıyla mahkemeler ya da hakem heyeti üzerinde değil, maddi hukuk üzerinde olduğu, maddi hukukun da bunu tüketicinin korunması amacı ile hazırlanan mevzuat ile sağladığını söyleyen görüşe katılmaktayız⁶²¹.

Tüketiciyi koruyan mevzuatın şemsiyesi altında, tüketicinin tarafı olacağı bir tahkim yargılamasında; tüketicinin bulunduğu yerin tahkim yeri olarak kabul edilmesi, uyuşmazlık esasına tüketici mevzuatının etkin şekilde uygulanması, tahkim dilinin tüketicinin anlayabileceği bir dilin olarak seçilmesi⁶²², tüketici örgütleri gibi kuruluşların da sürece dahil olması ile hukuki destek sağlanması gibi önlemler ile tüketicinin korunmasına dayalı gelişen kamu düzenine ilişkin kaygılar da giderilecektir.

Burada mukayeselerle bu endişelerin niçin analitik düşünceden uzak, ezberlenmiş kalıplarla geliştirildiğini izah etmekte fayda var: Bir üst başlık altında arabuluculuk kurumunun tüketici hukukuna ve dolayısıyla tıbbi malpraktisten kaynaklanan hukuki uyuşmazlıklara elverişli olduğundan bahsetmiştik. Ne var ki tarafları ve mahiyeti birebir aynı olan tıbbi malpraktisten kaynaklanan ihtilaf, tahkim yargılamasına konu edilememektedir. Tahkim yargılamasının hususiyetlerine ilişkin detaylıca bilgilendirildiği, aydınlatıldığı belgelenmiş bir hasta, tahkim sürecinin kendisine sağlayacağı gizlilik, hızlılık gibi avantajlardan zayıf konumda olduğu ileri sürülerek mahrum bırakılırken, karşı tarafı aynı olan bir uyuşmazlıkta arabuluculuk sürecine dahil olmasının engellenmemesi ve dahi zorunlu tutulması bir çelişkidir.

Burada hastanın arabulucu önünde uzlaşma sağlanamaması halinde devlet yargısına başvuru imkanının olması gerekçesinin, arabuluculuk kurumunu tüketici/hastanın tarafı olduğu uyuşmazlık için elverişli kıldığı kabulü karşımıza çıkabilir. Bu noktada tahkimin uzun senelerden beri birçok ülkede güvenilir, öncelikli olarak tercih edilir, köklü bir yargılama merci olarak kabul edildiğini hatırlatmak gerekir. Uyuşmazlık taraflarının bir devlet yargısından mahrum kalması, adalete erişim noktasında bir noksanlığa sebebiyet vereceği düşüncesi temeli olmayan, anlaşılabilir bir yanılgıdır. Zira mahkemelerde üst üste yığılmış şekilde bekleyen bir dosyanın ve oldukça uzun süreceği artık kanıksanmış bir yargılamada taraf olmanın, çok daha süratle ve iş yoğunluğundan azade bir biçimde gerçekleştirilecek yargılamada yer almaktan

⁶²⁰ İlhan, *a.g.e.*, 216.

⁶²¹ Ekşi, *a.g.e.*, 51.

⁶²² Ekşi, *a.g.e.*, 51 .

daha koruyucu olacağı şüphelidir. Nitekim tahkim hakemlerinin de mahkeme hakimlerinden daha az güvenilir ya da yetkinlik bakımından geride olduğunu gösteren hiçbir istatistiki veri de bulunmamaktadır⁶²³.

Özellikle belirtmekte fayda var ki, arabuluculuk kurumundaki müzakere sürecinde yer alacak tüketici/hastanın, bir uzman hakem tarafından gerçekleştirilecek tahkim yargılamasında olduğundan daha avantajlı konumda olmayacağı bir gerçektir. Hukuk sistemimiz halihazırda tüketici/hastanın karşısında büyük bir zincir hastanenin yer aldığı arabuluculuk sürecindeki uzlaşının, hastanın hür iradesi ve menfaatlerinin tehlikeye girmeden gerçekleştiğini kabul etmekte ve arabuluculuk kurumunu tüketici/hastanın taraf olduğu uyuşmazlık bakımından elverişli olarak görmektedir. Oysa arabulucu, konumu gereği, tarafları yönlendiremez ve tarafların menfaatlerini gözeterek bir karar veremez⁶²⁴. Tıbbi malpraktisten kaynaklanan uyuşmazlığın konu olduğu bir tahkim yargılamasında ise tüketici/hasta, haklarının korunduğu kanuni düzenlemeler ışığında, uzman hakem ya da hakemler tarafından gerçekleştirilecek bir tahkim yargılamasının tarafı olacaktır. Ayrıca, tüketici/hastanın arabuluculuk müzakere sürecinde zayıf konumda olduğu kabulü varken, HUAK m.18/5 hükmü⁶²⁵ gereği, karşı taraf ile anlaşması halinde arabuluculuk sonuç anlaşması düzenlenecek ve artık aynı uyuşmazlığa ilişkin devlet yargısına başvuru imkânı kalmayacaktır.

Tüketicinin haklarını koruyabilmek için elinde güçlü hukuki enstrümanlar bulunan tahkim hakemlerine zayıf tarafı muhafaza hususunda kuşkuyla yaklaşılmışken, tüketici haklarını muhafaza için yeterli bir pozisyonda bulunduğu oldukça tartışmaya açık olan arabulucunun tüketiciyi bir hakem ya da hakem kurulundan daha iyi koruyabileceği düşüncesinin altında yatan gerekçeyi anlayabilmek kanaatimizce güçtür.

Sözleşmenin zayıf tarafının tahkim anlaşmasının tarafı olması söz konusu ise genellikle zayıf tarafın tahkime isteği dışında zorlanacağı, mecbur bırakılacağı inancı bulunmaktadır. Taraflardaki güç dengesinin ve özellikle pazarlık güçleri arasındaki farkın açık olduğu hallerde akitleşme fonksiyonunun da işlevsiz kalacağı, zayıf tarafın kendi aleyhine getirilecek hükümlere karşı koyma gücü olmayacağından adil bir yargılamaya da erişiminin güçleşeceği düşünülmektedir⁶²⁶. Ne var ki sözleşme ilişkilerinde taraflar arasında tam manası ile bir eşitlik

⁶²³ William W. Park, "Private Adjudicators and the Public Interest: The Expanding Scope of International Arbitration", *Brook. J. Int'l L* XII (1986): 638.

⁶²⁴ Serkan Odaman ve Eda Karaçöp, "İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk Müessesesinin Bugünü ve Geleceğine İlişkin Genel Bir Değerlendirme", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, sy 39 (2018): 47.

⁶²⁵ HUAK m.18/5: "Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılamaz."

⁶²⁶ Bolatoğlu, a.g.t., 21.

bulunduğunu söylemek de gerçeklerden uzak olacaktır; zira ticari işe dayalı bir sözleşme ilişkisinde de iki tarafın “basiretli tacir” olduğu hallerde dahi tek tarafın büyük bir dünya markası olduğu ihtimalde eşitlik olmayacak fakat anlaşmaları geçerli kabul edilecektir. Bu durumda sadece tahkim şartını eşitsizliğe dayanarak geçersiz kılmak tutarsızlık olacaktır⁶²⁷.

Türk yargısının mevcut tutumu, tahkim yargılamasına dahil olan zayıf tarafın haklarının koruma alanı dışında kalacağına dair bir ön kabulü içermektedir. Oysa zayıf tarafın korunması gerekçesine sığınarak tahkim yolunun daraltılması ve dahi kapatılması hukuki mesnetten yoksundur. Zira zayıf tarafın baskı altında imzaladığı tahkim sözleşmesine dayalı bir yargılama sürecinde dahi devlet yargısının sürece dahil olmasında hiçbir engel bulunmamakta ve zayıf tarafın hakları tahkim yargılamasında da etkin şekilde sağlanabilmektedir⁶²⁸. Nitekim böyle bir uyuşmazlık hakem kurulu önüne geldiğinde hakem kurulu da baskı altında imzalatılan tahkim sözleşmesinin geçersizliğine hükmederek davadan el çekeceğinden⁶²⁹, zayıf tarafın haklarının tehlikeye gireceği bir süreçten bahsetmek mümkün olmayacaktır.

Ayrıca belirli bir hukuki konumda yer alan herkesin aynı korumaya muhtaç olduğu algısının oldukça tartışmaya açık olduğuna işaret etmek gerekir. Söz gelimi, büyük bir holding ile bu holdingin CEO’su arasında akdedilecek iş sözleşmesinde yer alacak bir tahkim şartı CEO’nun bilgi eksikliğine mi, ekonomik anlamda korunmaya muhtaç oluşundan mı yoksa entelektüel zayıflığına mı dayanarak tahkim iradesi önemsensemeksizin geçersiz kabul edilecektir?

Değinilmesinde fayda olacak bir başka husus ise, tahkime elverişlilik kriterlerinde iki tarafın iradesine tâbi olmayan, yani tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği uyuşmazlıkların her birinin aynı çerçeve içerisinde değerlendirilmesidir. Gerçekten de tarafların üzerinde sulh olamayacağı ve kamu düzeni ile yakın ilişki içerisinde olan kasten adam öldürme, soybağının reddi yahut evliliğin butlanı gibi uyuşmazlıklar, tarafların iradesine tâbi olmayan uyuşmazlıklardandır ve bu nedenle tahkime elverişli değildir. Tüketici uyuşmazlıklarında ise kamu düzeni ile böyle yakın bir ilişki olmadığı ve kamu düzenine menfi anlamda tesir edecek güçte bir ilişki tesis edilmediği aşikardır.

Hakem kararlarının kamu düzenine ilişkin bir ihlal içermesi halinde denetimi mümkün iken henüz sözleşmelerin kuruluş aşamasında tahkim yolunun engellenmesinin devletin korumaya çalıştığı kamu düzenine gerçek anlamda bir faydası olmamaktadır⁶³⁰.

⁶²⁷ Bolatoğlu, *a.g.t.*, 22.

⁶²⁸ Bkz. Yargıtay 9. HD, 2007/28539 E., 2007/26478 K., 17.09.2007 T. Huysal, *a.g.e.*, 208.

⁶²⁹ Huysal, *a.g.e.*, 208.

⁶³⁰ Huysal, *a.g.e.*, 156.

Tüm bu hususlar değerlendirildiğinde tüketici hukukuna ilişkin ihtilafların tahkim yargılamasına konu olmasının önünde Yargıtay'ın tahkim faaliyetine olan ihtiyatlı ve güvensiz yaklaşımı haricinde bir engel bulunmadığı görülecektir⁶³¹. Yukarıda saydığımız koşullara sahip arabuluculuk sürecinde yer alan tüketici/hastayı 'koruma' saikiyle gelişmiş ülkelerde kaygılarla daraltılmadan önü açılan tahkim yargılamasından uzak tutmaya çalışmak ne yazık ki tahkim yargılamasında dünyanın ileri gelen ülkelerinden birisi olması için uzun yıllardır gayret gösteren hukukçuların emeklerini boşa çıkarmakta ve her bakımdan sağlıklı bir yargılama sürecinde var olmak isteyen herkesin adalete ilişkin arzusuna ket vurma manasına gelmektedir.

4.3. Hastaneye Kabul Sözleşmesi İçerisinde Yer Alan Tahkim Klotunun Genel İşlem Koşulları ve Tahkime Elverişlilik Bakımından Değerlendirilmesi

Türk Borçlar Kanunu esas olarak tarafların sözleşmenin inşasında karşılıklı görüşme yoluyla sözleşme içeriğini belirledikleri bireysel sözleşme modelini benimsemiştir⁶³². Sosyal ve ekonomik yaşamdaki değişim, müteşebbislerin müşterisiyle tek tek bir araya gelmesini gerektiren bireysel sözleşmelerin de konumunu değiştirmiştir. Bu nedenle günümüzde karşı tarafın bireysel koşullarına özel hazırlanan sözleşmeler yerine, çok sayıda kişiyle akdedilecek aynı neviden sözleşmelerde kullanılmak üzere örnek bir kalıp oluşturma yolu sıklıkla tercih edilmektedirler⁶³³. Genel işlem koşulları da bu tiptleştirilmiş sözleşme hükümleridir. Genel işlem koşullarının kullanıldığı sözleşmeler tip, formüler ya da iltihaki sözleşme olarak tanımlanır⁶³⁴. Şartların tek tarafça hazırlanmış olması, koşullar oluşturulurken çok sayıda sözleşmede yer alması amacının güdülmesi ve bireysel anlaşma konusu yapılmaması genel işlem koşullarının unsurları olarak sayılabilir⁶³⁵.

Genel işlem koşulları TBK'nın 20nci ilâ 25inci maddeleri arasında düzenlenmiştir. Genel işlem koşulunun tanımı 20.maddede, "Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak

⁶³¹ Kurtulan, *a.g.m.*, 253; Yeşilova, "6502 Sayılı (Yeni) Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Tüketici Uyuşmazlıklarının Çözümü Usulü ve Yargılama Kuralları", 118.

⁶³² Ayşe Havutçu, *Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması* (İzmir: Güncel Hukuk Yayınları, 2003), 1; Tuğçe Tuzcuoğlu, *Avrupa Birliği Normları ve 6098 S. TBK Hükümleri Işığında Genel İşlem Şartları*, 1. bs (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), 82; Şaban Kayıhan ve Mustafa Ünlütepe, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 6. bs (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018), 12; Mustafa Ünlütepe, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1. bs (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 69.

⁶³³ Havutçu, *a.g.e.*, 2; Şaban Kayıhan ve Mustafa Ünlütepe, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 144; Tuğçe Tuzcuoğlu, *Avrupa Birliği Normları ve 6098 S. TBK Hükümleri Işığında Genel İşlem Şartları*, 82.

⁶³⁴ Mustafa Ünlütepe, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 85; Tuğçe Tuzcuoğlu, *Avrupa Birliği Normları ve 6098 S. TBK Hükümleri Işığında Genel İşlem Şartları*, 82; Şaban Kayıhan ve Mustafa Ünlütepe, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 144.

⁶³⁵ Havutçu, *a.g.e.*, 74.

karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir.” şeklinde yapılmıştır. Bu koşulların sözleşme metni yahut ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli nitelendirmede önem arz etmez (TBK m.20/1, c.2) Aynı amaçla düzenlenen sözleşmelerin metinlerinin özdeş olmaması, bu sözleşmelerin hükümlerin, genel işlem koşulu sayılmasını engellemez (TBK m. 20/2). Genel işlem koşulları içeren sözleşmeye veya ayrı bir sözleşmeye konulan bu koşulların her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar, tek başına, onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmaz (TBK m.20/3). Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır (TBK m.21/1). Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır (TBK m.21/2).

Sözleşmenin tarafları esas itibariyle eşit sayılırlarken, sözleşmenin tek tarafça hazırlandığı ve diğer tarafa müzakere imkanının verilmediği hallerde sözleşmeyi hazırlayan kuvvetli, diğer taraf ise zayıf taraf olarak kabul edilir⁶³⁶. Bu nedenle sözleşmenin oluşturulmasında pazarlık gücünden yoksun olan tarafın korunması ve genel işlem koşullarının denetlenmesi ihtiyacı doğmuştur⁶³⁷. Kanun’da yer alan genel işlem şartlarının her birinin taraflarca tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtların da sözleşmedeki genel işlem şartlarını tek başına genel işlem şartı olmaktan çıkaramayacağına ilişkin düzenlemenin mefhumu muhalifinden “tarafların gerçekten üzerinde tartışarak kabul ettiği genel işlem şartlarının denetime tutulmayacağı” çıkarımı yapılabilir⁶³⁸. Genel işlem şartlarının denetimi; bağlayıcılığı yönünden bağlayıcılık denetimi, genel işlem koşullarının içeriğine ilişkin bir sınırlandırma gerekliliği yönünden içerik denetimi olarak ayrılmaktadır⁶³⁹.

MTK’da (m.4/3) tarafların bir hukuk seçimi yapmadıkları durumda Türk hukukunun uygulanacağı düzenlenmiştir; yani taraflar başkaca bir hukuk sistemini seçmedikleri takdirde söz konusu sözleşme TBK ve TKHK kapsamında olacak ve genel işlem koşulu olarak sözleşmede yer alan tahkim anlaşması da genel işlem koşulu denetimine tabi tutulacaktır.

⁶³⁶ Şaban Kayıhan ve Mustafa Ünlütepe, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 144.

⁶³⁷ Tuğçe Tuzcuoğlu, *Avrupa Birliği Normları ve 6098 S. TBK Hükümleri Işığında Genel İşlem Şartları*, 82; Abdüssamet Yılmaz, *Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı*, 1. bs (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015), 46.

⁶³⁸ Genel işlem koşullarının her iki tarafın iradesi ile oluşturulduğu çıkarımı sözleşme hükümlerinin birlikte belirlenme imkanının olduğu hallerde yapılabilir. Ayrıca genel işlem şartlarını diğer tarafa sunan tarafın bu şartlara konu olan meseleyi değiştirmeye açık olduğuna yönelik ciddi tavrının anlaşılabilir olması ve diğer tarafın da bu hususlara ilişkin bilgili olması beklenir. Tuzcuoğlu, *a.g.e.*, 85.

⁶³⁹ Tuzcuoğlu, *a.g.e.*, 132.

Genel işlem koşullarının tüketici hukukundaki görünümü haksız şartlar olarak ortaya çıkmıştır⁶⁴⁰. Genel işlem koşullarına bir sınır çizilmesi ve denetlenmesi ihtiyacı sebebiyle TKHK'nın 5.maddesinde⁶⁴¹ “Tüketici sözleşmelerindeki haksız şartlar” başlık altında kanuni düzenlemeye gidilmiştir. Sözleşmede yer alan bir hükmün TKHK'daki tanıma göre haksız şart olarak değerlendirilmesi, bu hükmün kesin hükümsüz olarak kabul edilmesine yol açarken sözleşmenin geri kalanı ayakta tutulacaktır⁶⁴².

Genel işlem koşulları sözleşmenin konusunu oluşturan hukuki ilişkinin hususiyetlerine ilişkin olacağı gibi bu koşulların bir tahkim iradesine de ev sahipliği yapabildiği görülmektedir. Tahkimin bir uyuşmazlık çözümü olarak hem yargılamanın cereyan ettiği yerler hem de dahil edilen uyuşmazlık konuları bakımından git gide yaygınlaşması ile sözleşmelerde kullanılmak yahut atıf yapılmak üzere standart tahkim kayıtları kullanılmaya başlanmıştır⁶⁴³. Tahkim sözleşmelerinin geçerliliğindeki en önemli husus tarafların tahkim kurmaya ilişkin iradesi olduğu için⁶⁴⁴ genel işlem koşulu olarak sözleşmede yer alan bir tahkim anlaşmasının geçerliliği de tahkim iradesinin varlığına bağlıdır. Tarafların tahkim yargılamasına başvurma yönünde gerçek iradesinin bulunmaması tahkim anlaşmasını geçersiz kılar⁶⁴⁵.

Genel işlem koşullarına tıp hukuku alanında nerelerde rastlanabileceği düşünüldüğünde akıllara öncelikli olarak hastaneye kabul sözleşmelerinin gelmesi olasıdır. Hastalar tıbbi tedavi hizmeti alma amacıyla hastanelere başvurduklarında genellikle karşılıklarına önceden matbu bir metin olarak hazırlanmış hastaneye kabul sözleşmeleri çıkmaktadır. Hastane ya da tıbbi müdahaleyi yapacak hekim ile hastanın sözleşmeyi akdetmeden önce sözleşme hükümleri üzerine yaptıkları bir müzakere süreçlerine pek rastlanmadığı için hastaneye kabul sözleşmeleri genel işlem şartı olarak değerlendirilecektir. Hekim yahut hastanenin tedaviden doğacak bir uyuşmazlığın çözümüne ilişkin sözleşmeye ekleyeceği bir tahkim şartının varlığı halinde genel işlem koşulu yahut tüketici hukuku açısından haksız şart olarak bu tahkim şartının geçerliliğinin değerlendirilmesi gerekecektir.

⁶⁴⁰ Genel işlem koşulları çok sayıda sözleşmede kullanılmak üzere hazırlanırken haksız şartlar için böyle bir zorunluluk bulunmaz. Bir kere kullanılmak için hazırlanan sözleşmede de haksız şart denetimi yapılabilir. Genel işlem koşulları ile haksız şart arasındaki farklılıklar için bkz. İlhan Kara, (6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Hazırlanmış) *Tüketici Hukuku*, 213.

⁶⁴¹ TKHK m.5: “Tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarıdır.”

⁶⁴² Kurtulan, a.g.m., 256.

⁶⁴³ Turgut Kalpsüz, “Tahkim Anlaşması”, *Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan*, c. 2 (İstanbul, 2003), 1038.

⁶⁴⁴ Burcu Zengin, “Tahkim Şartının, Genel İşlem Koşullarına İlişkin Kurallar Karşısındaki Durumu”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, sy 2 (Aralık 2013): 131.

⁶⁴⁵ Tuzcuoğlu, a.g.e.,131.

Tüketici ile akdedilmiş bir sözleşmede yer alan tahkim şartının TKHK çerçevesinde haksız şart olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği TKHK'daki haksız şart tanımına (TKHK m.5) göre belirlenmelidir. Buna göre tüketici ile müzakere edilmeden ve sözleşmenin tarafları arasındaki dengeyi iyi niyete aykırı düşecek şekilde zayıf konumdaki tüketici aleyhine bozan sözleşme hükümleri haksız şart sayılarak geçersiz kabul edilir⁶⁴⁶.

Tip sözleşmede yer alan tahkim klozunun genel işlem koşullarının özelliği gereği tüketici ile müzakere edilmeden konulduğu varsayıldığında, bu tahkim şartının haksız şart niteliğinde sayılıp sayılmayacağı tüketicinin aleyhine bir dengesizliğe sebebiyet vermesi ihtimaline göre şekillenecektir. Tüketicinin bir tahkim yargılamasına dahil olmasının tüketici için dezavantajlı bir durum olmadığı, bilakis haklarının korunduğu kanunlar çerçevesinde bir yargılama cereyan edeceği için hızlılık, uzman hakem tarafından gerçekleştirilmesi ve gizliliği gibi tahkimin devlet yargısına nispeten avantajlı olduğu hususlardan tüketicinin de istifade edeceğine dair kanaatimizden bahsetmiştik. Bu sebeple genel işlem koşullarında yer alan tahkim şartının da sadece tahkim şartı olması nedeniyle geçersiz kabul edilmemesi gerektiği görüşüne⁶⁴⁷ katılıyoruz. Ne var ki burada tahkim klozunun tüketicinin de tahkim iradesinin açıkça görülebileceği şekilde yer almasının ayrıca önem arz ettiğini belirtmek gerekir. Tahkim iradesi tahkim yargılaması için her durumda aranırken, genel işlem koşullarına dahil edilmiş bir tahkim klotu için tahkim iradesinin daha yüksek bir itina ile incelenmeye ihtiyaç duyacağı şüphesizdir. Uyuşmazlık vuku bulduktan sonra tüketici ile akdedilmiş bir tahkim anlaşmasının geçerli olduğu noktasında itirazın olmadığı söylenebilir⁶⁴⁸. Kanaatimizce uyuşmazlık ortaya çıkmadan önce tüketicinin çok yönlü şekilde bilgilendirilerek üzerinde konuşulma imkânı verilmiş bir tahkim anlaşmasının da geçerli olmasına engel teşkil edecek bir husus bulunmamaktadır⁶⁴⁹.

⁶⁴⁶ Zengin, *a.g.m.*, 141; Fırat Korkmaz, “Tüketici Sözleşmelerindeki Ek Şartlar Meselesinde Haksız Şartlar ve Genel İşlem Şartları”, *KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, sy 1 (Ocak 2019): 37.

⁶⁴⁷ Berk Demirkol, “Türk Hukukunda Genel İşlem Şartlarında Yer Alan Hukuk Seçimi, Yetki Anlaşması ve Tahkim Anlaşmalarının Hüküm Doğurması”, *Public and Private International Law Bulletin* 40, sy 2 (Aralık 2020): 1324.

⁶⁴⁸ Kurtulan, *a.g.m.*, 258.

⁶⁴⁹ 29011 sayılı 17.06.2014 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik EK-’in 1/(n) maddesi “Aşağıda yer alan sonuçları hedefleyen veya bu sonuçları doğuran şartlar haksız şarttır: Tüketicinin özellikle, hukuki düzenlemelerde öngörülmemiş bir hakeme müracaatını öngörmek, gösterebileceği delilleri ölçüsüz derecede sınırlandırmak veya mevcut hukuki düzen uyarınca diğer tarafta olan ispat külfetini tüketiciye yüklemek suretiyle tüketicinin mahkemeye gitme veya başka başvuru yollarını kullanma imkanını ortadan kaldıran veya sınırlandıran şartlar (...)”. Şeklinde ve “Özellikle hukuki düzenlemelerde öngörülmemiş bir hakeme müracaat” ifadeleriyle bir sınırlama getirilmişse de tahkim yoluna ilişkin genel bir yasaklama yoktur. Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 440. Ayrıca bkz. Kurtulan, *a.g.m.*, 257.

5. TIBBİ MALPRAKTİSTEN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARDA TAHKİM YARGILAMASINA İLİŞKİN ÇEKİNCELER VE ÖNERİLER

5.1. Kamu Düzenine İlişkin Çekinceler

Türk hukuk sisteminde tıbbi malpraktis sebepli ihtilafların tahkim yoluna açık olmadığı kabulünün arkasındaki öncelikli dayanak bu uyuşmazlıkların kamu düzenine ilişkin kaygılardır⁶⁵⁰.

Tahkime elverişlilik merceğinden bakıldığında tıbbi malpraktis uyuşmazlıklarında üzerinde en çok tartışma dönen kısım taraflarda güç eşitsizliği olmasıdır. Sağlık hizmeti sunan hekim ya da özel sağlık kurum ya da kuruluşunun güçlü, tüketici konumundaki hastanın ise zayıf olduğu kabulü vardır. Bu kabul özellikle sağlık hizmeti sunanın bağımsız bir hekim olduğu haller için isabeti oldukça tartışmalıdır; bir alt başlık altında bu kabule ilişkin doktrindeki eleştirilere yer verilmiştir.

Yargıtay, “Bir kuralın kamu düzeni ile ilgisi...ülkenin sosyal, ekonomik ve tarihsel gerçekliklerine göre belirlenmelidir. Diğer bir deyimle, özü edilen gerçekler kuralın vazgeçilmezliğini, toplumsal yararını ve hukuk düzeninin korunmasına yönelik amacını ortaya koyuyorsa, kuralın kamu düzeni için ilgisi kabul edilmelidir” şeklinde kamu düzeni ilintisine dair yaklaşıma sahiptir⁶⁵¹. Bu bakış açısından hareketle, bir uyuşmazlığın kamu düzenine ilişkin olması söz konusu olayda toplumsal bir çıkarın varlığını, başka bir deyişle toplumun ortak değerlerine ilişkin olmasını gerektirecektir⁶⁵². Böyle geniş etkili bir konu söz konusu olmadığında konunun kamu düzenini ilgilendirmedeği ve tahkime elverişli olduğu kabul edilecektir. Türk tahkim sistemi tahkimi serbestçe tasarruf edebileceği konular ve taşınmazın aynı haklarına ilişkin uyuşmazlıklar olarak sınırlamış ve her iki ölçüt kendi içerisinde de gerek olmayan sınırlandırma eleştirilerine sahip iken, kapsamı belli olmayan kamu düzeni ölçütünün eklenmesi tahkim sistemini henüz yargılama olmaksızın dahi kafa karıştırıcı ve ulaşılması güç kılmaktadır. Bu nedenle kanunen getirilen tahkime elverişlilik sınırına kamu düzenini ilgilendirme sınırını tahkime başvuru engeli olarak görmeyen ve dikkate almayan görüşe katılmaktayız⁶⁵³. Nitekim bu kamu düzeni sınırlaması açık bir yasal düzenlemeden değil, artık köhneleşmiş bir Yargıtay uygulamasından ileri gelmektedir.

⁶⁵⁰ Sibel Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri*, (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2008), 43.

⁶⁵¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 3-527 E., 627 K. 12.12.1990 T. (YKD. 1991/3, s. 326 vd.); Burak Huysal, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik*, 200.

⁶⁵² Huysal, *a.g.e.*, 200.

⁶⁵³ Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, IV:5951; Huysal, *a.g.e.*, 202.

Özellikle Mitsubishi kararında⁶⁵⁴ Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin geliştirdiği *second look* doktrini ile tahkime elverişlilik yaklaşımında uluslararası ölçekte bir değişim gerçekleşmiş ve hakemlerin devlet menfaatlerine ilişkin kuralları uygulayıp uygulamadıklarının iptal yahut tenfiz davalarında zaten mahkemelerce kontrol edildiğine dikkat çekerek, uyuşmazlığı daha başından tahkime elverişsiz kabul eden anlayıştan uzaklaşmıştır⁶⁵⁵. Yine bu yaklaşımla hakemlerin kamu düzenine ilişkin olan uyuşmazlıkları dahi çözemeyeceklerine ilişkin ön kabul ve güven sorununun tartışılmaya başlanmıştır⁶⁵⁶. Kamu düzeninden emredici kuralı ihlal edici mahiyetteki hakem kararının iptal edilebilmesi mümkün iken daha baştan tahkim yolunun kapatılmasını hukuka uygun bulmak mümkün değildir⁶⁵⁷.

Kamu düzeni her ülke ve zaman için farklı yorumlanacak bir kavram olsa da aynı zaman dilimi içerisinde cereyan eden, tarafları aynı hukuki nitelendirmelere sahip ve aynı mahiyetteki hukuki uyuşmazlıklarda farklı yaklaşım sergilendiğinde bir tutarsızlığa sebebiyet verilecektir.

Yukarıda müteaddit defalar değindiğimiz üzere, tarafları hekim ya da özel sağlık kurum/kuruluşu ile hasta olan tıbbi malpraktis uyuşmazlığının arabuluculuk faaliyeti içerisinde çözümlenmesi hukuken mümkündür, yani bu uyuşmazlık türü arabuluculuğa elverişlidir. Tüketici hukuku kapsamında değerlendirilen bu ilişki, belli istisnaları haricindeki tüketici uyuşmazlıkları için mahkemeye gitmeden önce arabuluculuğa başvuru zorunluluğuna tabi kılınmıştır. Aynı hukuki ilişkiden sadır olan aynı uyuşmazlığın çözümü için tahkim yöntemine ihtiyatla yaklaşılarak bu yolun engellenmesinin somut hukuki gerekçesi bulunmamaktadır.

5.2. Tüketici Kavramının Güncel Tanım ve Algılanışına İlişkin Değerlendirmeler

Hastanın bir tüketici olarak kabul edilmesi ve hasta-hekim ilişkisini tüketici hukuku sınırları içerisinde değerlendirmenin tıp etiği bakımından değerlendirildiğinde eleştiriye muhtaç olduğuna ilişkin düşüncelerimizden bahsetmiştik. 6502 Sayılı TKHK'daki tüketici tanımının çok geniş tutulması ile bir hukuki ilişki içerisinde bulunan birçok kişi tüketici sıfatını haiz olmuştur. Bu noktada her tüketicinin bir karine olarak zayıf kabul edilmesinin hem hukuki ilişkinin gelişiminde hem de muhtemel bir uyuşmazlık halinde uyuşmazlığın çözümü sürecinde analitik ve hakkaniyetli kararlara ulaşmayı engelleyeceği kanaatindeyiz. Söz gelimi, avukat-

⁶⁵⁴ Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth, 473 U.S. 614 (1985)

⁶⁵⁵ Hilmi Bolatoğlu, "Rekabet Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği", 18; Bilgehan Yeşilova, "Milletlerarası Tahkimin Hukuki Niteliği Üzerine Düşünceler ve Güncel Gelişmeler", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, sy 76 (2008): 143.

⁶⁵⁶ Bilgehan Yeşilova, "Milletlerarası Tahkimin Hukuki Niteliği Üzerine Düşünceler ve Güncel Gelişmeler", 143.

⁶⁵⁷ Bu husustaki eleştiriler için bkz. Sami Okay, "Navlun Mukavelelerinde Tahkim Şartı" (IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası: Tahkim, Ankara, 1965), 439.

müvekkil, doktor-hasta, terzi-müşteri arasındaki hukuki ilişkilerde; müvekkil, hasta ya da terzi müşterisinin hukuk sistemindeki babacan refleksli korumaya muhtaç olduğunu kabul etmek anlamlı değildir; zira ilişkinin karşı tarafındaki avukat, doktor, terzi 'güçlü' değildir⁶⁵⁸.

Nitekim standart form sözleşmede yer alsada dahi, tahkim şartının geçerliliği bakımından en önemli husus tahkime yönelik iradesidir. ABD Yüksek Mahkemesi, Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corporation⁶⁵⁹ davasında bir standart form sözleşmesi içerisinde yer alan tahkim şartı sebebiyle pazarlık güçlerinin eşit olmadığı, tahkimin de zayıf tarafı korumada devlet yargısına göre yetersiz kalan bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğuna dair yapılan tahkime elverişsizlik iddialarına karşı mahkeme, işçinin bilgili ve deneyimli bir çalışan olduğu ve iş sözleşmelerinin tümünde tarafların eşit olmayacağı ön kabulüne dayanarak tahkim anlaşmasının geçersiz kılınamayacağına yönelik hüküm kurmuştur⁶⁶⁰.

Serozan'ın halihazırda yürürlükte olan 6502 sayılı TKHK'a nispeten çok daha dar bir tüketici kapsamına ve dolayısıyla kanun uygulama alanına sahip 4077 sayılı Kanun için yaptığı eleştirisi⁶⁶¹ mühimdir:

“Tüketicinin korunmasının en ileri noktasına götürüldüğü Batı’da bile, yurttaşın mühendislere, mimarlara, muhasebecilere, avukatlara, sanatçılara, kalfalara, kunduracılara, boyacılara, otomobil tamircilerine, tesisatçılara, elektrikçilere, doktorlara ve benzeri iş edimi borçlularına karşı özel tüketiciyi koruma yasalarıyla korunmasına rastlanmaz; ancak tüketicinin turistik gezi düzenleyen seyahat acentelerine, özel eğitim kursları düzenleyen dershanelere ve bir de sigortacılara karşı özel yasalarla korunmasına rastlanır. Kimi kime karşı koruyacağını ayırdında olmayan yasa koyucumuzun böyle bir korumayı nasıl gerçekleştirebileceğini tutarlı bir biçimde planlaması kendisinden nasıl beklenebilirdi ki? Gerçekten, düpedüz gülünç bir hayalden ibarettir tüketicinin korunması kurallarının dışçılara, otomobil tamircilerine, lostra salonlarına, heykeltıraşlara, kalorifercilere, taksi şoförlerine karşı uygulanması.”

Ekonomik yönden tek tarafın zayıf olduğu tahkim sözleşmelerinin geçerliliği hususunda HMK ve MTK’da açık bir düzenleme bulunmamakta ve Yargıtay’ın zayıf taraf açısından oldukça korumacı tutumunun olduğu bilinse de, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 21.02.2018 tarihli kararı tek tarafın zayıf taraf olarak konumlandığı tahkim sözleşmelerine yaklaşımdaki esaslar bakımından önemlidir. Söz konusu karara konu olayda davacı, tahkim sözleşmesini ve

⁶⁵⁸ Murat Oruç, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Uygulama Alanının Eleştirisi”, 43.

⁶⁵⁹ Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corp., 500 U.S. 20 (1991)

⁶⁶⁰ Bkz. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/500/20/> (E.T.20.06.2024)

⁶⁶¹ Rona Serozan, “Tüketiciyi Koruma Yasasının Sözleşme Hukuku Alanındaki Düzenlemesinin Eleştirisi”, *Yasa Hukuk İçtihat ve Mevzuat Dergisi* 15, sy 173/4 (Mayıs 1996): 596-597.

sözleşmede belirlenen hakemi karşı taraf olan Turkcell'in ekonomik üstünlüğü karşısında kabule mecbur kaldığını ve bu nedenle tahkim sözleşmesinin geçerli kabul edilemeyeceğini öne sürmüştür. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin kararı şu şekildedir: *“Davacı vekili, müvekkili şirket ile davalı arasında 05/05/2000 tarihinde Turkcell Extra Sözleşmesi adı altında sözleşme yapıldığını, davalı tarafın Türkiye genelinde benzer firmalarla yaptığı sözleşmelerden daha farklı hükümlere havi bir sözleşme yaptığını ve müvekkiline daha farklı yükümlülükler yüklediği gibi müvekkiline daha farklı imkanlar sunduğunu, davalının sözleşmenin 4. maddesinin A1 maddesinde müvekkiline her ay için ayrı ayrı olmak üzere ayda 4500 USD reklam katkı payı ödemeyi üstlendiğini, sözleşmeye konu işletmenin 11/05/2010 tarihinde kapatıldığını, davalının 4500 USD miktarlı ödemeyi başlarda düzenli olarak yapsa da 05/12/2006 tarihinden sonraki ayların hiç birisinde bu ödeme mükellefiyetini yerine getirmedeğini, müvekkilinin davalıdan 2007 Ocak ayında söz konusu Şubesinin kapatıldığı 11/05/2010 tarihine kadar her ay için 4500 USD alacaklı olduğunun sabit olduğunu ileri sürerek 2007 Ocak ayına ilişkin 4500 USD'nin 31/01/2007 tarihinden itibaren faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, davacı ile müvekkili şirket arasındaki 05/05/2000 tarihli sözleşmede tahkim şartı bulunduğunu, davanın öncelikle görev yönünden reddi gerektiğini, müvekkili şirketin sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerinin tamamını yerine getirmiş olup davacıya herhangi bir borcu bulunmadığını savunarak davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.*

Mahkemece, tüm dosya kapsamına göre, davacı sözleşmenin tarafından tek yanlı olarak düzenlendiğini, davalının ekonomik üstünlüğü nedeniyle sözleşme hükümlerine nüfuz edemediğini, sözleşmede hakem olarak atanan kişi ile davalı arasında vekalet ilişkisi olduğunu, bu nedenle sözleşmedeki tahkim şartının geçerli olmadığını savunmuş ise de hakem olarak tayin edilen kişinin bu görevi yapmasında bir takım engeller olduğu iddiasının sözleşmedeki tahkim şartını tek başına geçersiz kılmaya yeterli olmadığı, davacı vekilinin taraflar arasında imzalanan sözleşmenin Türkiye genelinde davalının benzer firmalarla yaptığı tip sözleşmelerden farklı hükümler içerdiğini belirttiği, bu yönü ile taraflar arasında müzakere edilmiş olduğu gerekçesiyle tahkim ilk itirazının kabulü ile davanın usul yönünden reddine karar verilmiştir. Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir. Dosyadaki yazılara kararın dayandığı deliller ile gerektirici sebeplere göre, davacı vekilinin bütün temyiz itirazları yerinde değildir”

662.

⁶⁶² Yargıtay 11. HD, 2016/12162 E. 2018/1313 K., 21.02.2018 T.

Kararda, davacı tarafın sözleşmenin kurulması aşamasında sözleşmenin Türkiye genelindeki benzer şirketle yaptığı tip sözleşmelerden ayrılan hükümleri içerdiğini ve bu hükümlerin taraflar arasında müzakere edildiğinin anlaşılması nedeniyle ilk derece mahkemesinin tahkim sözleşmesinin geçersiz olmadığına ilişkin kararını onaylamıştır. Davacı, taraflar arasındaki tahkim sözleşmesinde ismen zikredilmiş olan hakem ile Turkcell arasında bir vekalet ilişkisi bulunduğunu iddia etmiş; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi ise, tahkim sözleşmesinde taraflarca hakem olarak belirlenen kişinin hakemlik görevini icra etmesine engel olarak gösterilen sebeplerin tahkim şartının geçersizliğine sebebiyet verecek yeterlilikte olmadığına karar vermiştir⁶⁶³. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin bu kararı tek tarafın sadece zayıf taraf olarak kabul edilmesi sebebiyle tahkim şartının geçersiz sayılamayacağına ilişkin olup, tahkime elverişliliğe ezberci tavırla yaklaşılmaması noktasında umut vericidir.

Tıbbi malpraktisten kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkime elverişli kabul edilmemesinin altındaki gerekçelerden biri olan zayıf tarafın korunması ilkesinin getirilecek düzenlemelerle karşılanabileceği kanaatindeyiz. Örnek olarak; hastanın tahkim anlaşması ya da hekimlik sözleşmesi yahut hastaneye kabul sözleşmesinde yer alacak bir tahkim klotunu imzalamadan önce tahkime ilişkin detaylıca bilgilendirilmesi ve ispat açısından bunun belgelendirilmesi, tahkim yargılamasının tarafı olacak tüketici/hastanın avukatla temsil zorunluluğunun getirilmesi, tahkim masrafları konusunda tıpkı arabuluculuk sürecindeki ve tüketici mahkemelerine başvurudaki masraflardan tüketicinin muaf tutulması gibi tahkim faaliyeti için de tüketiciyi koruyucu uygulamalar hayata geçirilerek, tahkim sözleşmesinin geçersiz olacağına ilişkin iddiaların isabet edebileceği bir himayesizlik ortamının önünü kapatacağı kanaatindeyiz.

6. TÜRKİYE'DE SAĞLIK TURİZMİ KAPSAMINDA CEREYAN EDEN TIBBİ MALPRAKTİSE DAYALI HUKUKİ UYUŞMAZLIKLAR VE TAHKİM

6.1. Türkiye'de Sağlık Turizmi

Dünyanın gitgide küçülüyor olması günümüzde artık birçok meseleye tesir eden bir fenomendir. Dünyadaki bu küreselleşme hareketi yediğimiz yiyecekler, aldığımız ilaçlar, giydiğimiz giyecekler gibi belli bir çerçeve içinde değerlendirilemeyecek kadar çeşitli birçok

⁶⁶³ Ekşi, *a.g.e.*, 95.

şeyin dünyanın bir diğer ucundan evimize kadar gelmesine yardımcı olarak günlük hayatımızı da bu gelişmeye kolayca adapte etmiştir.

Ülkelerin birbirinden farklı sağlık sistemlerine, teknolojiye ve deneyime sahip oluşu medikal anlamda ihtiyaç içinde olan hastaları da sağlık problemlerinin ya da estetik kaygılarının çaresini kendi ülkeleri yahut ikamet ettikleri yer dışında aramasına kapı açmıştır. İnsanların bu şekilde sağlık hizmetine ulaşma gayesiyle dahil oldukları turizm çeşidi sağlık turizmi, ikamet ettiği yer dışında sağlık hizmeti alan kişiler ise medikal turist ya da sağlık turisti olarak adlandırılmaktadır⁶⁶⁴.

Sağlık turizmi yalnızca sağlık problemine şifa arayan kişiler ile yani hastalarla sınırlı bir faaliyet değildir. Tedavi alma gayesiyle sağlık turisti olanların yanında sadece estetik operasyon, kişisel bakım, termal kaplıcalardan faydalanma gibi sebeplerle bu turizme dahil olanların sayısı hiç az değildir⁶⁶⁵.

Türkiye sağlık turizmi anlamında dünyada popülaritesi yükselen ülkelerden birisidir. Bilhassa estetik, diş hekimliği uygulamaları, göz ameliyatları, kardiyovasküler cerrahi operasyonları, tüp bebek uygulamaları, saç ekimi operasyonları gibi faaliyetlerde nispeten öncelikli olarak tercih edilen ülkelerden biri olduğu söylenebilir⁶⁶⁶. Türkiye'nin sağlık turizmi alanında avantajlı bir destinasyon olmasını sağlayan bazı etmenler vardır. Bunlar kısaca; Türkiye'deki doktorların sağlık sistemi ve -birçok olumsuz neticesi de olsa- oturmuş bazı toplumsal kabuller sonucu gördüğü günlük hasta sayısı diğer ülkedeki hekimlere nispeten kıyas kabul etmeyecek derecede fazla olması ve bu sebeple kısa zamanda fazla deneyim elde etmeleri, özellikle cerrahi branşlarda hususiyet arz eden işlemler gerçekleştiren hekimlerin olması, diğer ülkelere nispeten daha uygun fiyatla aynı operasyonların gerçekleştirilmesi, sağlık hizmetlerinin modern tesislerde ve üst teknoloji ürünü ekipmanlarla sunulması, özellikle özel sağlık kuruluşlarında

⁶⁶⁴ I. Glenn Cohen, *Patients With Passports - Medical Tourism, Law and Ethics* (New York: Oxford University Press, 2015), xv; Percivil M Carrera ve John FP Bridges, "Globalization and Healthcare: Understanding Health and Medical Tourism", *Expert Rev Pharmacoecon Outcomes Res* 6, sy 4 (2006): 447; Fulya İlçin Gönenç, "Hukuki ve Etik Boyutuyla Medikal Turizm", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 22, sy 3 (2016): 1174; Ayfer Uyanık, "Sağlık Turizmi Hukuku", *Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi*, sy 36 (Kasım 2015): 88; Sezgin Karma, *Sağlık Turizmi Kapsamında Hekimlerin Hukuki Sorumluluklarının Maddi Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Yönünden Değerlendirilmesi*, 1. bs (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), 21; Deniz Defne Kırılı Aydemir, "Uluslararası Sağlık Turizminin Türk Milletlerarası Özel Hukukun İlgili Maddeleri Kapsamında Değerlendirilmesi", *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, sy 2 (Aralık 2014): 81.

⁶⁶⁵ Karma, *a.g.e.*, 21-22.

⁶⁶⁶ Salih Haluk Özseri ve Özlem Karatana, "Sağlık Turizmi Açısından Türkiye'nin Durumu", *Kartal Eğitim ve Araştırma Hastanesi Tıp Dergisi* 24 (2013): 140; Sezgin Karma, *Sağlık Turizmi Kapsamında Hekimlerin Hukuki Sorumluluklarının Maddi Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Yönünden Değerlendirilmesi*, 33.

sağlık turistlerinin uzun süre beklemeक्सizin sağlık hizmetine erişebilmesi gibi sebepler sayılabilir⁶⁶⁷.

6.2. Sağlık Turizmi ve Tıbbi Malpraktise Dayalı Hukuki Uyuşmazlıklar

Sağlık turizmi faaliyeti çerçevesinde gerçekleşen hatalı tıbbi uygulamalar özellikle yabancılik unsurunun da işin içine girdiğı uluslararası sağlık turizminde çetrefilli durumlar ortaya çıkarmaktadır.

Sağlık turizmi içerisinde gerçekleşen ihtilaflara uygulanacak uluslararası bir sözleşme mevcut değildir. Bu sebeple ülkemize sağlık turizmi kapsamında gerçekleşen bir tıbbi malpraktise ilişkin uyuşmazlıklarda MÖHUK hükümleri uygulama alanı bulacaktır⁶⁶⁸.

Hekim yahut özel sağlık kurum/kuruluşunun sorumluluğunun kaynağı olarak; vekaletsiz iş görme, haksız fiil, sözleşmeye aykırılık yahut culpa in contrahendo sorumluluğunun karşımıza çıkabileceğinden bahsetmiştik⁶⁶⁹. Bu sebeplerden birine dayanarak açılacak davada uygulanacak hukukun tespiti için hukuki ilişkinin vasıflandırılması gerekecektir⁶⁷⁰. Davacının hatalı tıbbi uygulama sonucu uğradığı zararın müdahalenin gerçekleştirildiğı yerde mi yoksa etkilerinin ortaya çıktığı yerde mi dava edilmesi gerektiğı de vasıflandırma sonucuna göre belirlenecektir.

Sağlık turizmine dahil olan kişilerin genellikle tıbbi uygulamayı yapacak hekimi ve hastaneyi önceden seçerek, hatta çoğı zaman tur şirketlerinin de dahil olduğu organizasyonlarla geldikleri düşünüldüğünde, yapılacak operasyonlara ilişkin sözleşme prosedürleri olacak ve aralarındaki hukuki ilişki bir sözleşmeye dayanacaktır. Dolayısıyla tıbbi malpraktise dayalı taleplere ilişkin sorumluluk da sözleşme ilişkisi içerisinde olacaktır⁶⁷¹. Şayet ortada bir sözleşmesel ilişki değil de haksız fiil var ise burada milletlerarası hukukun haksız fiillere uygulamak üzere düzenlediğı *lex loci delicti* yani haksız fiilin vuku bulduğu yer⁶⁷² hukukunun uygulanması gerekecektir.

⁶⁶⁷ Hacı Ömer Tontuş, “Sağlık Turizmi Tanıtımı ve Sağlık Hizmetlerinin Pazarlanması İlkeleri Üzerine Değerlendirme”, *Journal of Multidisciplinary Academic Tourism* 3, sy 1 (2018): 84; Sezgin Karma, *Sağlık Turizmi Kapsamında Hekimlerin Hukuki Sorumluluklarının Maddi Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Yönünden Değerlendirilmesi*, 34.

⁶⁶⁸ Ayfer Uyanık, “Estetik Sağlık Turizmi Hukuku”, *Tıp Hukuku Dergisi*, sy 19 (2021): 25.

⁶⁶⁹ Bkz. Bölüm I/2/2.1.

⁶⁷⁰ Özlem Canbeldek Akın, “Uluslararası Sağlık Turizmi Kapsamında Sağlık Hizmeti Sunulmasına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti ve Doğrudan Uygulanan Kurallar”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 18, sy 217 (Aralık 2023): 1344; Deniz Defne Kırılı Aydemir, “Uluslararası Sağlık Turizminin Türk Milletlerarası Özel Hukukun İlgili Maddeleri Kapsamında Değerlendirilmesi”, 88.

⁶⁷¹ Kırılı Aydemir, *a.g.m.*, 88.

⁶⁷² Haksız fiilin meydana geldiğı yer olarak haksız fiilin gerçekleştiğı mi yoksa etkilerinin ortaya çıktığı yer mi kabul edilecek sorusu gündeme gelebilir. Örneğın A ülkede gerçekleşen yanlış tedaviye ilişkin dava eğer haksız fiilin gerçekleştiğı yeri esas alan bir ülke ise A ülkesinin hukuku, şayet zararın doğduğu ya da etkilerinin ortaya

Taraflar tıbbi müdahaleye ilişkin yapacakları sözleşmede ileride ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların hangi hukuk uygulanacağına yönelik hüküm koymuş olabilirler. Bu halde tarafların seçmiş olduğu hukuk irade serbestisi ilkesi ışığında uygulanacaktır⁶⁷³.

Sağlık turizmi içerisinde ortaya çıkan ihtilaflara ilişkin Türkiye’de açılacak davalarda HMK m.10 gereği sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesinde açılabilmesi vardır. Yetkiye ilişkin bu hüküm HMK m.6’da yer alan davalı kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesinde dava açılabilmesine ilişkin hükme alternatifir.

Burada söz konusu sözleşmelerin tüketici sözleşmesi olarak kabul edildiğinin göz önüne alınması gerekecektir. Bu durumda MÖHUK özel yetki hükmü getirmektedir: MÖHUK m. 45/1 gereği, tüketici sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda tüketicinin seçimine göre, tüketicinin yerleşim yeri veya mutad meskeni ya da karşı tarafın işyeri, yerleşim yeri veya mutad meskeni mahkemesi yetkili olacaktır⁶⁷⁴. Tüketicie karşı açılacak davalarda ise tüketicinin Türkiye’deki mutad meskeni mahkemesi yetkili kabul edilmektedir. Böylece tüketiciye karşı açılacak davalarda tüketicinin bilmediği yahut erişiminin zor olacağı mahkemelerde dava açılmasının önü kapatılmıştır⁶⁷⁵. Tüketici sözleşmeleri kapsamındaki yetkiler, yetki anlaşmasıyla bertaraf edilememektedir⁶⁷⁶.

MÖHUK m.24 düzenlemesi sözleşmeden kaynaklanan borç ilişkilerine ilişkin olup, bu ilişkinin tarafların açıkça seçtikleri hukuka tabi olacağı, seçim yapılmaması halinde hal ve şartlardan seçilen hukukun anlaşılabilir olduğu halde bu seçimin geçerli olacağı düzenlenmiştir. Yani, hasta ile sağlık hizmetini sunan kişi aralarındaki sözleşmeyi istedikleri hukuka tabi kılabilcek, hukuk seçimi yapmadıkları halde ise sözleşme ile en sıkı bağlantılı hukuk olarak hastanın sözleşmenin kuruluşu esnasındaki mutad meskeni hukuku, iş yeri hukuku, yerleşim eyeri hukuku ya da başka daha sıkı ilişki tespiti halinde ise bu hukukun uygulanacağı düzenlenmiştir.

Söz konusu hukuki ilişkinin bir tüketici ilişkisi olduğu göz önüne alındığında MÖHUK m.26/1 gereği tüketicinin mutad meskeninin emredici hükümleri saklı kalmak koşuluyla tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuku seçebilecekleri hükmü mevcuttur⁶⁷⁷. Seçim yapılmaması halinde tüketicinin mutad meskeni hukuku uygulama alanı bulacaktır. MÖHUK m.26/4 ise,

çıktığı yer hukukunu kabul eden bir ülkede dava açılıyorsa, zararın ortaya çıktığı ülkenin hukukunu uygulamak gerekecektir. Kırılı Aydemir, *a.g.m.*, 93.

⁶⁷³ Aysel Çelikel ve B. Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 17. bs (İstanbul: Beta, 2021), 380.

⁶⁷⁴ Cemal Şanlı, Emre Esen, ve İnci Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 624; Aysel Çelikel ve B. Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 638.

⁶⁷⁵ Aysel Çelikel ve B. Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 638.

⁶⁷⁶ Cemal Şanlı, Emre Esen, ve İnci Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 524.

⁶⁷⁷ Aysel Çelikel ve B. Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 424.

“Bu madde, paket turlar hariç, taşıma sözleşmeleri ve tüketiciye hizmetin onun mutad meskeninin bulunduğu ülkeden başka bir ülkede sağlanması zorunlu olan sözleşmelere uygulanmaz.” Hükmünü amirdir. Tüketicinin mutad meskeni dışındaki ülke dışında hizmet alması yani uluslararası sağlık turizminin söz konusu olması halinde genel kural olan MÖHUK m.24 devreye girecektir⁶⁷⁸. Uluslararası sağlık turizmi kapsamındaki sözleşmelerde taraflarca uygulanacak hukukun seçilmemiş olması durumunda MÖHUK m.24 uyarınca uygulanacak olan hukuk, sağlık hizmetini sunan hekimin yahut özel sağlık kurum/kuruluşunun işyeri hukukudur⁶⁷⁹.

6.3. Sağlık Turizmi ve Tahkim Yargılaması

Yabancı hastaların Türkiye’de sağlık turizmi kapsamında uygulanan tıbbi müdahaleler sebebiyle ortaya çıkabilecek zararlarda hastanın mahkeme yoluna başvurması, mahkemelerin mevcut aksaklıklarına ek olarak çok yönlü ele alınması gereken başkaca problemleri de getirmektedir. Yabancı hasta tıbbi malpraktisten kaynaklanan zararın tazmini için davayı kendi ülkesinde de Türkiye’de de açabilecekse de, bazı ülkelerde söz konusu hukuki olay ile daha sıkı ilişki içerisinde olan bir başka ülke mahkemesinin daha adaletli bir karara hükmedeceği gerekçesiyle kendi yetkisini reddedebilmektedir⁶⁸⁰. Davanın yabancı hastanın kendi ülkesinde açılıp, lehine sonuçlanması halinde kararın Türkiye’de icrası gerekeceğinden Türkiye’de davanın açılması hastaya kolaylık sağlayacaktır⁶⁸¹. Ne var ki davanın Türkiye’de açılması halinde yabancı hastanın davayı takip güçlüğü ve bir başka ülke mahkemesine güvensizlik duyması olasıdır.

Sağlık turizmi çerçevesinde cereyan eden tıbbi malpraktisten kaynaklanan ihtilaflarda tahkim yargılamasının özellikle tahkimin zaten çoğunlukla uluslararası nitelik arz eden uyuşmazlıklar bakımından deneyimlenen bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğu göz önüne alındığında öncelikli olarak düşünülmesi gereken bir yol olduğu kanaatindeyiz. Hastanın bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak arabuluculuk yoluna da başvurması mümkündür; fakat yabancı hastanın süreci uzatmadan, süratle ve bağlayıcı bir karar alma arzusu olması kuvvetle muhtemeldir. Bu durumda tahkim yargılaması hem uzman hakem eliyle gerçekleşecek,

⁶⁷⁸ Cemal Şanlı, Emre Esen, ve İnci Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 363; Aysel Çelikel ve B. Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 425.

⁶⁷⁹ Gülören Tekinalp ve Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, 11. bs (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011), 393; Özlem Canbeldek Akın, “Uluslararası Sağlık Turizmi Kapsamında Sağlık Hizmeti Sunulmasına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti ve Doğrudan Uygulanan Kurallar”, 1358.

⁶⁸⁰ Hakan Hakeri, *Tıp Hukuku (2 Cilt)*, 2024, Cilt I: Genel Hükümler:1119.

⁶⁸¹ Hakan Hakeri, Cilt I: Genel Hükümler:1119.

bağlayıcı karar ortaya çıkaracak bir yargılama olması, hem kararların tenfiz kolaylığı hem de hızlı işleyen mekanizması sebebiyle devlet mahkemeleri ya da arabuluculuk yoluna nispeten sağlık turizmi açısından daha tercihe şayan bir yol olarak görünmektedir⁶⁸².

Uluslararası sağlık turizmi doğası gereği değişken, “yerli” uyuşmazlıklara nispeten çok daha fazla dikkate alınması gereken unsur barındıran bir alandır. Devlet mahkemelerinin ise ağır iş yükü, duruşma tarihlerinin çok uzun zaman sonrasına verilmesiyle yargılamanın oldukça uzaması, niteliği birbirinden çok farklı hukuki uyuşmazlıkların aynı mahkemede görülmesine ve dolayısıyla belli bir alanda uzmanlaşmış hâkim yetişmesine imkân tanımayan hukuk sistemi sebebiyle zarara uğrayan sağlık turistine kendisinin adaletli bir karara erişebileceğine ilişkin güvenceyi sunmaya yarar niteliklerle donanık olmadığı söylenebilir.

Bir mahkeme kararı gücü ve etkisine sahip olan tahkim yargılaması, devlet yargısına nispeten uluslararası düzlemdeki bir probleme çok daha kolay tatbik edilebilir olduğu tartışılmazdır⁶⁸³. Bu uyuşmazlığın uluslararası sağlık turizmi çok hızlı değişen ve dikkate alınması gereken yeni etkenler ekleyerek ilerleyen bir alan olduğu⁶⁸⁴ göz önüne alındığında tahkim yargılamasının avantajlı konumu daha berrak şekilde görülebilecektir.

7. TIBBİ MALPRAKTİSTEN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARIN TAHKİM YARGILAMASIYLA ÇÖZÜMÜNE İLİŞKİN DÜNYA HUKUKUNDAN ÖRNEKLER

7.1. Amerika Birleşik Devletleri

Amerika Birleşik Devletleri son yıllarda malpraktis davalarını sayıca çok fazla olmaları ve ülkede üzerinde oldukça yüksek tansiyonlu tartışmaların dönmesi sebebiyle ayrı bir kriz alanı olarak ele almaktadır⁶⁸⁵. Hatalı tıbbi uygulamalar, kalp rahatsızlıkları ve kanserden sonra gelen ölüm sebebi olarak kayıtlara geçmiştir⁶⁸⁶.

Yapılan anketler halkın malpraktis davalarını bir zarar tazmini yolundan ziyade hekimlerin daha iyi hizmet sunmalarını sağlayan bir araç olarak gördüğünü göstermektedir. Öyle ki,

⁶⁸² Deth Sao, Amar Gupta, ve David A. Gantz, “Healthcare Disputes Across National Boundaries: The Potential For Arbitration”, *George Washington International Law Review* 42, sy 3 (2010): 476.

⁶⁸³ Martha Neil, “International Arbitration Has Become a Lucrative Field After Decades of Disfavor”, *American Bar Association* 88, sy 9 (Eylül 2002): 28.

⁶⁸⁴ Deth Sao, Amar Gupta, and David A. Gantz, *a.g.e.*, 497.

⁶⁸⁵ William M. Sage ve Rogan Kersh, *Medical Malpractice and the U.S. Health Care System*, 1. bs (New York: Cambridge University Press, 2006), 11.

⁶⁸⁶ <https://www.rosenbaumfirm.com/medical-malpractice-statistics.html> (E.T. 29.05.2024)

yapılan bir araştırma düşük risk barındıran uzmanlık alanlarındaki hekimlerin dahi %75'inin malpraktis iddiasıyla karşı karşıya kaldığını, yüksek riskli uzmanlık alanlardaki hekimler içinse bu oranın %99 oranına kadar ulaştığını ortaya çıkarmıştır⁶⁸⁷.

JCAHO raporu⁶⁸⁸, iyi işleyecek bir malpraktis sorumluluk sistemi inşası için; bir hatalı uygulama meydana gelmişse bunun zaman geçirilmeden hastaya açıklanması, hatalı tıbbi uygulamaya sebebiyet veren hekim veya sağlık kuruluşunca özür dilenmesi, gelecekte aynı hataların tekrarlanmaması için hatanın analiz ederek bir önleme çalışması yapmak, zaman geçirilmeksizin hastaya zararların tazmin edilmesine ilişkin öneri sunulması ve ihtilafın hızlı, adil ve etkili bir çözüme kavuşturmak için alternatif uyuşmazlık çözümlerine başvurulmasını öngörmüştür.

Son zamanlarda hekimlerin tıbbi girişim öncesinde hastalarına tıbbi girişime ilişkin iddialarına yönelik anlamsız, kazanma şansı olmasa dahi sadece “ya tutarsa” mantığı ile anlamsız iddialarla dava açmayacaklarına yönelik hükümler içeren tahkim anlaşması imzalattıklarına rastlanmaktadır. Bu gibi anlaşmalara bazı eyaletlerdeki mahkemeler sıcak bakmamakta, hukuki ağırlığını düşük olarak değerlendirmektedirler⁶⁸⁹.

ABD’de malpraktise dayalı uyuşmazlıklar tahkim yargılaması ile çözüme ulaştırıldığında hastanın alacağı tazminat miktarının devlet mahkemelerde alacağından bir miktar daha az olduğu gözlemlense de mağdur hasta tazminata hızlı kavuştuğu için bu miktar tolere edilebilir olarak değerlendirilmektedir. Bazı hastaneler de hastalara, acil olan vakalar hariç olmak üzere, malpraktis davası ikame etmeden önce arabuluculuğa başvurulacağına ilişkin anlaşma imzalatma yolunu tercih etmektedir. Hastaların istedikleri zaman arabuluculuk sürecini sonlandırabilmesinin ve devlet yargısına başvurabilmesinin, tahkimin buna imkân vermeyen bağlayıcı mekanizmasına kıyasen⁶⁹⁰, hastaların hastanelerini tercih etmesini kolaylaştırdığı düşünülerek bu sistemin getirilmiş olmaları muhtemeldir.

Hekimlik sözleşmeleri ve hastaneye kabul sözleşmelerinde tahkim anlaşmasına yer vermek suretiyle tıbbi uygulamaya dayalı ihtilafların çözümünde tahkim yolunu öngören hekim ve hastanelerin sayısı gün geçtikçe artmaktadır⁶⁹¹.

⁶⁸⁷ <https://www.nejm.org/doi/full/10.1056/NEJMsa1012370> (E.T. 29.05.2024)

⁶⁸⁸ Joint Commission on Accreditation of Healthcare Organizations (JCAHO), “Health Care at the Crossroads: Strategies for Improving the Medical Liability System and Preventing Patient Injury” (Comprehensive Accreditation Manual for Hospitals: The Official Handbook., Oakbrook Terrace, 2005).

⁶⁸⁹ William M. Sage ve Rogan Kersh, *Medical Malpractice and the U.S. Health Care System*, 26.

⁶⁹⁰ William M. Sage ve Rogan Kersh, *a.g.e.*, 206.

⁶⁹¹ Kenneth A. DeVille, “The Jury is Out: Pre-Dispute Binding Arbitration Agreements for Medical Malpractice Claims: Law, Ethics, And Prudence”, *The Journal of Legal Medicine* 28, sy 3 (2007): 333.

İhtilaf öncesi yapılan tahkim anlaşmaları, hasta ve hekimlerin jüri sisteminin olduğu mahkemelere erişimden feragat ettikleri ve taraflardan herhangi biri zarar görmeden yahut tedavi sözleşmesi kapsamında herhangi bir anlaşmazlık ortaya çıkmadan önce geri dönülemez bir şekilde tahkim yargılamasını kabul ettikleri sözleşmelerdir. Hatalı tıbbi uygulamaya dayalı şikâyet jüri yargılama yerine bir ya da birden fazla hakem tarafından karara bağlanır⁶⁹².

Uyuşmazlığın niteliği ve tahkim yargılamasının özellikleri birlikte dikkate alındığında tıbbi malpraktis davalarının tahkim faaliyeti ile çözüme kavuşturulduğu bu uygulamayı destekleyenler, daha fazla verimlilik, daha samimi ortamda gerçekleşecek yargılama ve irrasyonel jüri kararlarından kaçınma gibi sonuçların her iki taraf için de büyük faydalar sağlayacağı görüşündedirler⁶⁹³.

ABD’de tıbbi tedavi ya da daha geniş çerçevede sağlık hizmeti için önüne bir tahkim anlaşması getirilen hastaların %80’den fazlası bu anlaşmayı ihtilafsız imzalamaktadır⁶⁹⁴. Amerika’daki yargı sistemi de Türkiye’dekinin aksine tahkimi ve dahi tıbbi malpraktisten kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkimde çözümlenmesini teşvik edici tutum içindedir⁶⁹⁵. Nitekim ABD yargısının bir kararında, hastanın tıbbi müdahale öncesinde imzaladığı tahkim anlaşmasının, tıbbi uygulama neticesinde hayatını kaybeden hastanın ailesi tarafından kriz anında imzalandığı gerekçesiyle geçersiz olduğunu ve kamu düzenine aykırılık teşkil edeceği iddiasında bulunması üzerine, ticari ilişkilerde müflis bir tacirin tahkim anlaşması imzaladıktan sonra bu durumunu itiraz sebebi olarak öne sürmesi nasıl kabul edilemezse tahkimde de bu yönüyle kamu düzenine aykırılık teşkil edecek unsur bulunmadığına yönelik hüküm kurulmuştur⁶⁹⁶. Burada bir hastanın tacir gibi basiretli olmasının beklenmesinin adil olmayacağı, hastanın tahkim anlaşmasını imzalamadan önce tahkim yargılamasına yönelik ayrıntılı olarak bilgilendirildiğinin ve kendisine üzerinde düşünmek için makul bir süre verildiğinin sağlık hizmeti sunucusu tarafından ispatlanması gerektiği kanaatindeyiz.

7.2. Meksika

Meksika’da tıbbi malpraktise dayalı hukuki uyuşmazlıklar, mahkemelerin hekim-hasta ilişkilerini zedeleyen mekanizması sebebiyle tahkime dayalı alternatif çözüm sistemi

⁶⁹² Kenneth A. DeVille, 333.

⁶⁹³ DeVille, *a.g.m.*, 334.

⁶⁹⁴ Kenneth A. DeVille, 335; Esra Yıldız Üstün, “Malpraktis Davalarının Tahkime Elverişliliği: Çin Halk Cumhuriyeti ve Amerika Birleşik Devletleri Örneği”, *SÜHFD* 30, sy 3 (2022): 1765.

⁶⁹⁵ Esra Yıldız Üstün, “Malpraktis Davalarının Tahkime Elverişliliği: Çin Halk Cumhuriyeti ve Amerika Birleşik Devletleri Örneği”, 1766.

⁶⁹⁶ *Buraczynski v. Eyring*, 919 S.W.2d 314 (Tenn. 1996) Yıldız Üstün, *a.g.m.* 1767.

etkindir⁶⁹⁷. Meksika’da hekimlere karşı açılan dava sayılarının artması; toplumun hekimlerden gerçekçi olmayan performans sergilemelerine ilişkin beklentisi, hasta ile hekim arasındaki iletişim eksikliği ve hastaların artık tedaviler konusunda daha bilgili olmaları gösterilmektedir⁶⁹⁸.

Hekimler dava edilme korkusuyla yüksek meblağlı sigortaları almakta ve gerekmediği halde risk almamak için detaylı tanı ve teşhis prosedürleri ve konsültasyonlarla defansif tıbbi yönelmektedirler.

Ülkemizde olduğu gibi Meksika’da da hekimler risk oranının yüksek olduğu önemli uzmanlık alanlarını terk etmekte, kritik durumdaki hastaları tedaviden kaçınmakta ve aydınlatılmış onam, klinik kayıtları gibi tıbbi muayeneye ilişkin araçlara artık muhtemel bir davada kendilerini kurtaracak bir delil olarak yaklaşmaktadırlar⁶⁹⁹.

Hekim ile hasta arasındaki problemlerin kronikleşmemesi adına gergin mahkeme yargılaması süreçleri dışındaki çözüm yöntemlerine yönelme gerçekleşmiştir; arabuluculuk ve tahkim, bu uyuşmazlıkların çözümünü hızlandıracak, uzun yargılamalar sonucu artan masrafların önüne geçecektir. Meksika’daki tahkim faaliyetleri sonucunda hükmedilen tazminat miktarı devlet mahkemelerine nispeten az olsa da uyuşmazlığın süratli çözümü ve beklenmedik dava ve avukat masraflarının olmaması bu yolu cazip kılmaktadır⁷⁰⁰.

Meksika hükümeti Haziran 1996’da, bir kararname yayımlayarak tıbbi uygulama hatasına ilişkin ihtilaflarda hakemlik yapmak üzere, işlevsel olarak bağımsız ama Sağlık Bakanlığı bünyesinde “*Comisión Nacional de Arbitraje Medico*” isimli bir kurum kurmuştur⁷⁰¹. Bu kurumdaki tüm personel ve hakemlerin ücretlerinin tamamının devlet tarafından ödeneceği düzenlenmiştir. Bu kurumun temel amacı, hekimler ve hastalar arasındaki anlaşmazlıkların özel bir yargılamaya tabi tutulmasıdır.

İlgili cumhurbaşkanlığı kararnamesine göre Conamed, tarafların hakları ve yükümlülükleri hakkında bilgi sunma, tıbbi hizmetlerdeki olası aksaklıklarla ilgili şikayetleri alma, araştırma ve denetleme yetkisine de sahiptir. Bu kurumda gerçekleşecek yargılamada, hekimin tıbbi

⁶⁹⁷ Carlos Tena-Tamayo ve Julio Sotelo, “Malpractice in Mexico: Arbitration Not Litigation”, *BMJ* 331 (Ağustos 2005): 448.

⁶⁹⁸ S. Pit ve J. Cockburn, “Prescribing Behaviour In Clinical Practice: Patients’ Expectations and Doctors’ Perceptions of Patients’ Expectations: A Questionnaire Study.”, *BMJ*, sy 315 (Ağustos 1997): 520-3.

⁶⁹⁹ S. Pit ve J. Cockburn, “Prescribing Behaviour In Clinical Practice: Patients’ Expectations and Doctors’ Perceptions of Patients’ Expectations: A Questionnaire Study.”

⁷⁰⁰ Carlos Tena-Tamayo ve Julio Sotelo, *a.g.m.*, 449.

⁷⁰¹ Comisión Nacional de Arbitraje Médico (CONAMED) www.conamed.gob.mx

uygulanması ile oluşan zarar arasında illiyet bağı bulunur ve hekim sorumlu tutulursa, hekim oluşan zararı telafi etmekle yükümlü olacaktır.

Conamed'deki yargılama gizlilik ilkesi uygulanır. Hekim aleyhine bir şikâyet yapıldığında, kabul edilip edilmeyeceğine karar vermek için kurum tarafından hızlı bir ilk analiz yapılır.

Şikâyetin hatalı tıbbi uygulama nedeniyle değil de tıbbi müdahalenin reddedilmesi veya idari yetersizliğe dayanması halinde başvurulara uzman tavsiyesi sunmakla yetinilir.

Sanık hekimin görüşünü de içeren teknik ve tıbbi analizin ardından taraflar sürecin ilk kısmı olan uzlaşma/arabuluculuk aşamasına davet edilir. Bu kısımda uzlaşma sağlanırsa bir arabuluculuk anlaşması imzalanır. Sürecin başarısız olması durumunda ihtilaf tahkim yargılaması alanına intikal eder.

Conamed'de tahkim; tıbbi malpraktisten kaynaklanan uyuşmazlıklara ilişkin tahkim konusunda uzmanlaşmış hakemler, doktorlar ve avukatlar tarafından kapsamlı bir değerlendirme yapılarak ve her dava için emsal incelemesi yoluyla profesyonellerden oluşan bağımsız bir danışmanlık desteği ile gerçekleştirilir. Tıbbi malpraktis ile bağlantılı bir meslekten olmayan kişi sürece katılamaz. Hakemler çoğunlukla, Conamed akademik kurulu tarafından uzmanlıkları, akademik geçmişleri, tarafsızlıkları ve söz konusu tıp uzmanlığının ilgili dalındaki güncel bilgileri dikkate alınarak seçilen tıbbi kurum ve üniversitelerden akademisyenlerdir⁷⁰².

İhtilafların çözümlenmesinin yanı sıra Conamed, uyuşmazlıkları önleyici tedbirleri teşvik etmek amacıyla akademik kurullara ve tıbbi kurumlara şikâyetlerin sıklığı ve özellikleri konusunda tavsiyelerde bulunma hususunda da deneyim kazanmış bir kurumdur⁷⁰³.

Meksika'daki hasta-hekim ilişkisi, tıpkı ülkemizde olduğu gibi, hekimin egemen olduğu bir teşhis-tedavi sürecinden hastanın egemen olduğu bir sürece dönüşmüştür⁷⁰⁴. Öncesinde doktorlar hasta ile olan ilişkinin gücüne dayanarak tedavi hususunda daha özgüvenle ve cesaretle hareket ederken, hasta haklarının tedavinin kendisinden daha fazla önem kazanmaya başlaması ile bu motivasyon değişime uğramıştır⁷⁰⁵. Conamed'in bu bakımdan hasta-hekim ilişkisini en çalkantılı siyasi ve sosyal ortamda ile etkilenmeyecek bir hasta-hekim ittifakı kurmak noktasında da önemli bir rol üstlenmiş olduğu söylenebilir. Bir hasta teşhis veya tedavi sürecinde gerçekten yeterli bir şekilde ilgilenilmedi yahut bu şekilde ihmal edildiğini

⁷⁰² Carlos Tena-Tamayo ve Julio Sotelo, *a.g.m.*, 50.

⁷⁰³ Carlos Tena-Tamayo ve Julio Sotelo, *a.g.m.*, 50.

⁷⁰⁴ Juan Ramón de la Fuente, "The National Medical Arbitration Commission: 20 years", *Gaceta Médica de México*, 2016, 648.

⁷⁰⁵ Juan Ramón de la Fuente, *a.g.m.*, 648.

hissediyorsa, bazen şikayetçi hastanın tatmin olması için hekimin yapacağı iyi bir açıklama yeterli olmaktadır⁷⁰⁶. Conamed'in önemli bir rol oynadığı yer burasıdır: Mümkün olduğunda tarafları uzlaştırmakta, gerektiğinde yaptırım uygulamakta ve koşullar gerektirdiğinde suçsuzluğu tespit ederek buna yönelik karar vermek⁷⁰⁷.

Özellikle doğası gereği netice garantisi verilemeyecek müdahalelerin söz konusu olduğu cerrahi alanlarda gerçekleşen iyatrojenik hadiselerin mevcut siyasetin etkisinden uzakta, özerk, uzmanlarca değerlendirilen malpraktis olgusunun var olup olmadığının tespitine dair bir sürece tabi olması, bu uyuşmazlıkların hakikate uygun şekilde çözüme ulaştırılmasını sağlayacaktır.

Türk Hukuku için de ihtimamla seçilmiş uzman hakemlerin yargılamada yer aldığı, tüketici/hastanın fazla masraflardan ürkmeyeceği şekilde maddi olarak desteklenen bir tahkim kurumun, tıbbi malpraktis alanındaki çözüme muhtaç karmaşa için büyük bir çözüm noktası olacağı şüphesizdir. Bu bakımdan özellikle Conamed'de uygulanan med-arb yönteminin Türk hukuk sistemi içerisinde de uygulanabileceği ve Conamed'in kurumsal yapı ve işleyişinin model alınarak tıbbi malpraktise dayalı uyuşmazlıklar için bir tahkim merkezinin kurulabileceği düşünülmelidir. Türkiye'de halihazırda var olan deneyimli tahkim merkezlerinin tıbbi malpraktis konusunda uzman hakemler eliyle gerçekleşecek tahkim yargılamaları için kullanışlı hale getirilmesi de daha kolay ve yakın vadede daha imkân dahilinde sayılabilecek bir yol olabilecektir.

7.3. Çin Halk Cumhuriyeti

Çin Halk Cumhuriyeti'nin hukuk sisteminde tıbbi malpraktise dayalı hukuki ilişkilerin nitelendirilmesi Türk Hukuku ile benzeşmektedir. Çin Halk Cumhuriyeti'nde de hasta "tüketici" (*consumer*) olarak kabul edilmiş ve buna dayalı olarak hatalı tıbbi uygulamalardan kaynaklanan zararlar tüketicinin korunmasına ilişkin yasal düzenlemelerle tazmin edilmektedir⁷⁰⁸. Hasta ile hekim arasındaki ilişkinin bir mal-hizmet tedarikine dayalı sözleşme imişçesine tüketici hukuku kapsamında değerlendirilmesi tıpkı Türk doktrininde olduğu gibi Çin doktrininde de eleştirilmektedir⁷⁰⁹.

Çin yargısı, tıbbi malpraktis için devlet mahkemeleri haricindeki çözüm yollarına teşvik edici bir tutum içerisindedir. Tahkim Çin'de hatalı tıbbi uygulamalar için ilk akla gelen çözüm

⁷⁰⁶ Juan Ramón de la Fuente, *a.g.m.*, 650.

⁷⁰⁷ Juan Ramón de la Fuente, *a.g.m.*, 650.

⁷⁰⁸ Ergun Özsunay, "Kötü Tıp Uygulamalarından Kaynaklanan Sorunların Yargı Yerleri Dışında Çözümü", içinde *Tıp Sektöründe Tüketici Hukuku ve Uygulamaları* (7.Tüketici Hukuku Kongresi Sektörel Bazda Tüketici Hukuku Uygulamaları 2018, İstanbul: Aristo, 2018), 467.

⁷⁰⁹ Özsunay, *a.g.e.*, 467.

yollarından birisidir. Ne var ki son dönemde Çin'deki tahkim uygulaması tıbbi malpraktis uyuşmazlıkları açısından sorun teşkil etmeye başlamıştır. Bunun nedeni sağlık sisteminde var olan sorunların esasen doğrudan bir ilişkisi olmasa da tahkim faaliyetine yöneltilmesi olarak gösterilebilir. Hekimlerin hastalara şeffaf olmaması, hekimlerin özen yükümlülüklerini yerine getirmemeleri, sağlık hizmetleri kapsamında rüşvet talebi iddiaları bu sorunlara buna örnek olarak gösterilebilir⁷¹⁰. Çin'deki sağlık sistemine yönelik sağlık personellerine karşı gerçekleştirilen şiddet ve halkın daimî protestoları artık neredeyse uyuşmazlık çözüm sürecinin bir parçası olarak görülmektedir⁷¹¹.

Çin hükümetinin modern hukuk sistemi inşa etme yolunda sağlık hukukunda yaptığı değişimlerden biri de hekimlerin malpraktise ilişkin sorumluluğunun kalkmasıyla neticelenen düzenlemelerdir. Yargılamada karşısında zararın esas sorumlusu olduğunu düşündüğü hekim yerine sağlık kuruluşu yahut illiyet bağı var ise diğer sağlık çalışanlarını gören hasta ya da hasta yakınları hekimleri bireysel cezalandırma yoluna gitmeye başlamıştır. Hekimlere şiddeti de içeren protestolar yinao (*medical chaos*) olarak adlandırılmaktadır⁷¹². Çin'de tahkim anlaşmaları hastanın hastaneye başvurusu sırasında yapılan kayıta tahkim klozu şeklinde oluşturulmakta, hastaya tahkime ilişkin ayrıca bir bilgilendirme yapılmadığı bilinmektedir⁷¹³.

Hekimlerin defansif tıba yönelmesinin engellenmesi gayesiyle getirilen düzenleme hasta ile hekim arasında onarımı güç bir iletişim sorununa sebebiyet vermiştir.

⁷¹⁰ Yıldız Üstün, *a.g.m.*, 1761.

⁷¹¹ Benjamin L. Liebman, "Malpractice Mobs: Medical Dispute Resolution in China", *Colum. L. Rev.* 113 (2013): 187.

⁷¹² Benjamin L. Liebman, *a.g.m.*, 228.

⁷¹³ Yıldız Üstün, *a.g.m.*, 1763.

SONUÇ

Tıp bilimi çerçevesinde insan vücudu üzerinde gerçekleştirilen her türlü girişimi ifade eden tıbbi müdahale, bu müdahaleyi gerçekleştirmeye yetkili hekimin hatalı uygulaması ile hastada bir zarara sebebiyet vermiş ise tıbbi malpraktis kavramı ile karşılaşılacaktır.

Tıbbi malpraktis, gerek oluşum şartları, gerek ortaya çıkardığı zararın tazminine yönelik gerektirdiği çeşitli hukuki nitelendirmeler gerekse ihtilaflarının çözümü hususunda oldukça çetrefilli ve çok yönlü bakış açısını gerektiren bir konudur. Ülkemizde tıbbi malpraktisten kaynaklanan ihtilaflara uygulanmak üzere hazırlanan bir hukuki düzenleme mevcut değildir. Bu alandaki sorumluluk kusura dayalı genel sorumluluktur; yani hekimin sorumluluğu da kusurlu tıbbi uygulama hatasına dayanır. Şayet söz konusu zarar bir komplikasyon neticesinde ortaya çıkmışsa hekimin sorumluluğu doğmayacağı kabul edilir. Genel sorumluluk hükümleri, tıbbi malpraktise ilişkin uyuşmazlıkların mahiyeti itibariyle oldukça detaylı şekilde irdelemeye muhtaç olması sebebiyle yetersiz kalmaktadır. Tıp hukuku gerek öğreti gerekse yargı kararlarıyla daima yorumlarla şekillendirilme çabası için fazlaca kırılgan bir alandır. Bu nedenle tıbbi uygulama hatalarına yönelik mevzuatta ayrıca bir düzenleme ihtiyacının bulunduğu aşıkardır.

Hekim ve hasta arasındaki ilişkiden doğan sözleşme için çoğunlukla vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağı kabul edilir. Gerek Yargıtay'ın tutumu gerekse doktrindeki çoğunluk görüşü; özellikle estetik kaygılara yönelik olarak, bir netice vaadiyle gerçekleştirilen tıbbi girişimler için eser sözleşmesi hükümlerinin uygulama alanı bulacağı yönündedir. Hastanın sağlık hizmeti için bir sağlık kurum ya da kuruluşuna başvurması halinde ise hastaneye kabul sözleşmesi olarak adlandırılan sözleşme tipiyle karşılaşılır. Bu sözleşme hekimlik sözleşmesinin dahlinin olup olmamasına göre ayrı alt başlıklara ayrılmaktadır. Sözleşmesel ilişki haricinde hekimlerin sorumluluğu culpa in contrehendo sorumluluğuna, haksız fiile yahut vekaletsiz iş görmeye dayanabilir.

28.05.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6502 sayılı TKHK'nın tüketici işlemini tanımlayan m.3/f.1-1 bendinde vekalet sözleşmelerinin bir tüketici işlemi olduğu hükme bağlanmıştır. Mesleki kaygı ile hareket eden hekim ve sağlık hizmetinin alıcısı olan hasta arasındaki hukuki ilişki bir tüketici işlemidir. Bu tanımlama doğrultusunda hekim ve özel sağlık kurum ya da

kuruluşu tüketici işleminde sağlayıcı konumdayken, ticari yahut mesleki olmayan amaçlarla hareket eden kişi olarak tanımlanan tüketici sıfatını da hasta üstlenecektir.

TKHK ile yanlış teşhis ve tedaviden kaynaklanan tazminat davalarının görüleceği mahkeme değişiklik göstermiştir. Yanlış teşhis ve tedavinin; bağımsız çalışan bir hekim tarafından yahut özel sağlık kurum ve kuruluşunda çalışan hekim eliyle gerçekleştirilmesi ya da zarara uğrayan hastanın zararın tazminini sigorta şirketinden talep etmesi ihtimallerinde davanın görüleceği mahkeme farklılaşmaktadır.

TKHK m. 73/1 düzenlemesi ile tüketici mahkemelerinin görev alanı belirlenmiş olup, buna göre tüketici işlemi olarak tanımlanan özel hastaneler ya da bağımsız çalışan hekimler ile hastalar arasındaki hukuki ilişkiden doğacak hukuki uyuşmazlıklar için görevli mahkeme tüketici mahkemeleri olacaktır.

TKHK m. 68/1 uyarınca tüketici mahkemelerinin baktığı uyuşmazlıklarda değeri belirli miktarın altında kalan uyuşmazlıkların tüketici hakem heyeti tarafından çözüme ulaştırılmasının zorunlu olduğu düzenlenmiştir. Kanaatimiz burada bir kısım tüketici uyuşmazlıklarının tüketici hakem heyetin eliyle zorunlu tahkime tabi tutulduğu yönündedir.

Bir hukuki ilişki içerisindeki tarafların arasında çıkacak ihtilafların çözümü için başvurulacak öncelikli ve esas yol devlet yargılamasıdır. Ancak dava dosyalarının üst üste yığıldığı, duruşma tarihlerinin çok ileri zamanlara verildiği ve dolayısıyla dava sürelerinin uzadığı devlet mahkemelerindeki bunaltıcı iş yükünün her gün daha fazla artması ülkemizde alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine (ADR) verilen önemi ve ilgiyi artırmıştır. Alternatif uyuşmazlık çözümleri, tarafsız bir üçüncü kişinin söz konusu ihtilafı çözüme kavuşturmaya yardımcı olarak katkıda bulunduğu, gönüllülük esasına dayanan uyuşmazlık çözüm yollarıdır.

Mahkemelerin iş yükünün azaltılması ihtiyacı doğrultusunda 2012 yılında 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu yürürlüğe girmiştir. Bir ADR yöntemi olarak bazı ihtilaflar için ihtiyari olarak başvurulabilen arabuluculuk bazı ihtilaflar için ise devlet mahkemelerinde dava açmadan önce başvurulması zorunlu bir yol olarak düzenlenmiştir. TKHK m.73/A hükmü, kanunen istisna olarak belirlenenler hariç olmak üzere, tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklar için arabuluculuğu zorunlu kılmıştır. Tüketici hukuku kapsamında değerlendirilen tıbbi malpraktise ilişkin hukuki uyuşmazlıklarda hastanın hekime yahut özel sağlık kurum/kuruluşuna yönelik zararı tazmin talepleri de tüketici mahkemelerinde görüleceği için bu uyuşmazlıklar TKHK m.73/A uyarınca zorunlu arabuluculuk kapsamında

kabul edilmektedir. Bu anlamda Türk hukukunda tıbbi malpraktisten kaynaklanan uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olarak değerlendirildiği görülmektedir.

Bir hukuki ilişkisi içerisinde bulunan tarafların ortaya çıkacak yahut çıkmış olan belli uyuşmazlıkların çözümünü hakem ya da hakemlere bırakması ile tahkim anlaşması kurulur. Tahkimin bir alternatif çözüm yolu olup olmadığı tartışmalıdır. Kanaatimiz tahkimin adeta bir devlet yargısı gibi yargılama içermesi ve hakem kararlarının kesin hüküm teşkil etmesi sebebiyle alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden ayrı bir başlık altında incelenmesi gerektiğidir.

Arabuluculuk yalnızca kamu düzenine ilişkin olmayan ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği konularda gerçekleştirilebilir. Hatalı tıbbi müdahaleden kaynaklanan hukuki uyuşmazlıklar bu bakımdan arabuluculuk için elverişli kabul edilmektedir. Yine taraflarının hasta ve hekim yahut özel sağlık kurum/kuruluşu olduğu tıbbi malpraktise ilişkin hukuki uyuşmazlıklar için tahkim yargılaması elverişli görülmemektedir. Oysa hukuki uyuşmazlığın niteliğinde de bir sınır olarak kabul edilen kamu düzeninde de bir değişiklik olmamaktadır; bahsedilen kamu düzeni aynı kamu düzenidir. Tahkim alanında dünyada güvenilir bir tahkim merkezi olarak rol almak için gayret gösteren ülkemizin ilerlemesine menfi etkisi olacak bu çelişkili tutum yalnızca suni kaygılara dayanması sebebiyle eleştirilmektedir.

Tüketici uyuşmazlıklarından bazılarının tüketici hakem heyetlerine başvuru zorunluluğu ve arabulucuya başvuru şartı, tahkime elverişlilik meselesindeki tutumun isabetsizliğinin tespiti noktasında dayanak olabilecek uygulamalardır. Tüketici/hastanın haklarını korumak için yeterli hukuki enstrümanlara sahip olmamasına rağmen bir arabulucunun yöneteceği müzakere ortamından adil bir uzlaşının olabileceği kabulüne karşılık, alanında uzman hakemlerin seçilebileceği ve zayıf tarafı koruyucu kanunlar çerçevesinde gerçekleşecek tahkim yargılamasının tüketici/hastanın haklarını muhafaza etmekten aciz görülmesi irrasyonel bir çıkarımdır.

Tahkim, dünyanın git gide küçülmesi sonucu dünyanın iki ayrı ucundan hukuki ilişkiler inşa edilmesiyle önemi ve avantajı her geçen gün daha anlaşılan en eski uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden birisidir. Gelişmiş ülkeler başta olmak üzere birçok ülke tahkim yargılamasının kapsamını genişletme eğiliminde olup, kamu düzeninden olduğu tartışmasız olan alanlar için dahi elverişliliği tartışmaya açmaktadır.

Tıbbi müdahalelerden kaynaklanan uyuşmazlıklar, konusu insan sağlığı gibi en mahrem değerlerden sayılan bir alan içerisindedir. Bu anlamda hem kendi kişisel sağlık verilerinin

mevzu bahis olması sebebiyle hasta hem de mesleki yahut ticari itibarı sebebiyle hekim ya da hastane için uyuşmazlık detaylarının gizliliğinin diğer birçok hukuki uyuşmazlığa nispeten fazlaca önem arz ettiği şüphesizdir. HMK m.28 uyarınca mahkemelerdeki yargılamalar alenidir. Bu bağlamda gizlilik ilkesinin hâkim olduğu tahkim yargılamasının her iki taraf için de mahkeme yargılamasına göre tercihe şayan bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğu açıktır.

Kamu düzeni kavramının sınırları ülkeden ülkeye ve zamana göre değişen ve bu nedenle de kesin sınırlar çizilerek belirlenmeye çalışılması güç bir kavramdır. Devletler kamu düzenine olan etkiyi genel olarak ahlaka, temel hak ve özgürlüklere aykırılıkların olduğu ya da olması beklenen haller olarak kabul ederek bu uygulamalara müdahale etmektedir.

Bir konunun tahkime elverişliliğini tayin eden unsurlardan biri olan kamu düzeni, Türk hukuk sisteminde oldukça muhafazakâr bir yaklaşım sergilenen bir kavramdır. Yargıtay'ın tüketici işlemi kabul edilen tıbbi müdahalelerin tahkime elverişlilik konusunda sınır olarak öngördüğü kamu düzeni yorumu, toplumun güncel ihtiyaçlarına cevap vermekten uzaktır. Oysa kamu düzeni toplumun ihtiyaçları ve şartları ile sürekli değişim içinde olan bir mefhumdur. Tahkime elverişlilik bağlamında yapılan değerlendirmelerin kavramın izafiliği ve doğası gereği dönüşüme tabi yönü göz önüne alınmaksızın ezbere kalıplar içerisinde gerçekleştirilmesi, tarafların sözleşme özgürlüğünün hukuki bir dayanak olmadan kısıtlanmasıyla sonuçlanabilecektir. Tıbbi müdahaleden kaynaklanan hukuki uyuşmazlıkların çözümünün tahkim hakemleri eliyle gerçekleştirilmesinin kamu düzenine menfi etki doğuracak bir yönünün bulunmadığını, zayıf tarafın korumasız kalacağı bir faaliyet olmadığı, hastanın haklarını koruyacak hukuki yetkilere sahip olmayan bir arabulucu önünde gerçekleşecek uzlaşının kamu düzenine ilişkin olmadığı kabul ediliyor ise tahkimin hiçbir şüpheye mahal vermeden bu uyuşmazlıklar için elverişli olarak tanımlanması gerektiğini savunmaktayız.

Tahkim, özellikle Türkiye'nin son yıllarda dünya pazarında yükselerek popülaritesini artırdığı, yabancı hastalarla çeşitli hukuki ilişkileri içeren sağlık turizmi alanında oldukça gerekli ve faydalı bir çözüm yoludur. Zira yabancı hastaların tarafı olduğu hukuki ilişkilerdeki yabancılık unsurunun varlığı, tıbbi malpraktise dayalı uyuşmazlıkların uzmanlık gerektiren bir çözüm yoluna olan ihtiyacı, tarafların ihtilafa uygulanacak hukuku ve usulü seçimi konusundaki özgürlükleri intibak kabiliyeti yüksek olan tahkimi bu çetrefilli uyuşmazlık için en tercih edilebilir çözüm yolu olarak öne çıkarmaktadır.

Dünyada tahkime yönelik liberal bakış açısının ağırlık kazanmasıyla tıbbi malpraktisten kaynaklanan ihtilafların çözümünde de tahkimin ilk akla gelen çözüm yollarından biri olarak yer almaya başladığı olduğu gözlemlenmektedir. Bunda şüphesiz devlet yargısına göre çok

daha hızlı, spesifik bir alanda deneyimli ve uzman hakem seçiminin mümkün olması ve gizlilik prensibi etkili olmaktadır.

Türk hukuk sistemi içerisinde de tahkim, tıbbi malpraktisten kaynaklanan ihtilaflar açısından hukuki temelleri sağlam biçimde atılması gereken ve elverişliliğine ilişkin yorumunun rasyonel verilerle tekrar gözden geçirilmesi gereken faydalı bir yöntem olarak görülmelidir.

KAYNAKÇA

Abik, Yıldız. “Eczacıların Hukuki Sorumluluğu”. İçinde *1. Uluslararası Katılımlı Ulusal Tıp Hukuku Kongresi (Vaka Tartışmalı)*, 309-63. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2016.

Ağırman, Doğan. *Milli & Milletlerarası Tahkim*. 1. bs. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.

Akdur, Recep. *Sağlık Sektörü: “Temel Kavramlar, Türkiye ve Avrupa Birliği’nde Durum ve Türkiye’nin Birliğe Uyumı”*. 2. bs. Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 2006.

Akıncı, Ziya. *Milletlerarası Tahkim*. 5. bs. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020.

Akipek Öcal, Şebnem. “Hasta ve Hekim Arasında Kurulan Sözleşmeler Bakımından Tüketicinin Korunması”. İçinde *Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları*, 284-99. Ankara, 2015.

Akkanat, Halil. *Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Görünüm Tarzları ve Sorumluluk Düzeni, Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2006.

Aksel, Nagihan. *Salgın Hastalık (Pandemi) Döneminde Alınan İdari Tedbirlerden Dolayı İdarenin Sorumluluğu*. 1. bs. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.

Aktaş Belek, Hakife. *Sağlık Hukuku Açısından Göçmenlerin İş-Barınma Ve Sağlık Hakkı (Ulusal Ve Uluslararası Boyutuyla)*. 1. bs. Ankara: Astana Yayınları, 2023.

Akyıldız, Sunay. *Sağlık Hukuku Rehberi*. 1. bs. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.

Akyıldız, Sunay. “Sağlıkta Arabuluculuk”. *Terazi Hukuk Dergisi* 9, sy 93 (Mayıs 2014): 49-57.

Akyıldız, Sunay. “Tıbbın Uygulanmasından Doğan Tazminat Davaları ve Temel Unsurları”. *Tıp Hukuku Dergisi*, sy 1 (2012): 205-13.

Alkanat, Murat. “Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk”. *Sürekli Tıp Eğitimi Dergisi* 11, sy 5 (2002): 177-180.

Altay, Sabah. “Tıbbi Müdahalede Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğe Aykırı Davranışın Hukuki Sonuçları”. İçinde *Sağlık Hukukunda Dünyadaki Son Gelişmeler (Roche Sağlık Hukuku Günleri)*, 215 vd. İstanbul, 2009.

Altay, Sabah “Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu Bakımından Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rıza”. İçinde *IV. Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi*, 1. Baskı., 407-21. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.

Altuğ, Yılmaz. “Amme İntizamı ve Tesirleri”. *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 27, sy 3 (1972).

Altunkaş, Aysun. “Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Koşulları”. içinde *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi 11. Ulusal Sağlık Hukuku “Tıbbi Müdahalenin Hukuki Yansımaları” Sempozyumu*, 51-83. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015.

Antalya, Gökhan. *Marmara Hukuk Yorumu Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: V/1, 1. 2. bs.* Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.

Arslan, Firdevs. “Hekimin Sorumluluğunun Belirlenmesi Bakımından Hekim ile Hasta Arasındaki İlişkinin Hukuki Mahiyeti”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 26, sy 1 (Haziran 2020): 400-422. <https://doi.org/10.33433/maruhad.695558>.

Arslan, Ramazan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz, ve Emel Hanağası. *Medeni Usul Hukuku*. 7. bs. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.

Aşçıoğlu, Çetin. *Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar*. Ankara, 1993. (**Tıbbi Yardım**)

Atabek, Reşat. “Hastanelerin Sorumluluğu”. *İstanbul Barosu Dergisi* 60, sy 10-11-12 (1986): 628-50.

Atabek, Reşat ve Merih Sezen. “Hekimin Mesuliyeti”. *İstanbul Barosu Dergisi*, sy 2 (1954): 135-65.

Atasoy, Kemal. *Sözleşme Özgürlüğünün Kamu Düzenine Aykırılık Sınırları*. 1. bs. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2020.

Atalı, Murat, İbrahim Ermenek. *Medenî Usûl Hukuku*. 5. bs. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.

Ayan, Mehmet. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 11. bs. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.

Ayan, Mehmet. *Eşya Hukuku – I (Zilyetlik Ve Tapu Sicili)*. 13. bs. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.

Ayan, Mehmet. *Eşya Hukuku – II (Mülkiyet)*. 9. bs. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.

Ayan, Mehmet. *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk*. Ankara: Kazancı Hukuk Yayınları, 1991. (**Tıbbi Müdahale**)

Ayan, Mehmet ve Nurşen Ayan. *Kişiler Hukuku*. 8. bs. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.

Aydemir, Fahri. *Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi*. 1. bs. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2017.

Aydemir Karademir, Dilek. *Medeni Usul Hukukunda Mahkemelerin Yetkisi*. 2. bs. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.

Aydın, Aslı. “Sağlık Alanında Vücut Korsanlığı ve Ceza Hukuku Sorumluluğu”. İçinde *V. Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi*, 1. bs. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.

Aydın, Buğra. “Bireysel İş Uyuşmazlıkları ve Tahkim”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 21, sy 2 (2016): 839-863.

Aykın, Aykut Cemil. “Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluk Şartları ve Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Zararlarda Tıbbi Uygulama Hatası - Komplikasyon Ayrımı”. *Terazi Hukuk Dergisi* 11, sy 119 (Temmuz 2016): 56-76.

Badur, Emel. *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller*. 1. bs. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.

Barlıoğlu, Hüseyin Cem. *Defansif Tıp Unsuru Olarak Tıbbi Malpraktis*. 3. bs. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.

Batırel, Ömer Faruk. “Sağlık Hizmetleri ve Devlet Politikası”. *MÜ İİBF Dergisi* 3 (1986): 171-80.

Bayındır, Hamza. “Özel Sağlık Kurumları Kapsamında Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Korunması”. Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2019.

Bayraktar, Köksal. “Tıp Etik Kurallarının Hukuka Etkisi”. İçinde *Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk - Alman Tıp Hukuku Sempozyumu*, 20-33. Ankara, 2008.

Bayraktar, Köksal. *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu*. İstanbul, 1972. Bayraktar, Köksal.

Bayram Demir, Sinem. “İdare Hukuku Açısından Sağlık Hakkı ve Sağlık Hizmeti”. *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, sy 1 (Nisan 2020): 455-92.

Bayram, Metin. “Sağlık Hakkı”. *Sağlık Akademisyenleri Dergisi* 4, sy 1 (01 Ocak 2017): 46-50. <https://doi.org/10.5455/sad.13-1489085317>.

Baysal, Pelin. “Chapter 43 - Turkey”. İçinde *The International Arbitration Review*, 7. bs. London, UK: Law Business Research LTD, 2016.

Benjamin L. Liebman. “Malpractice Mobs: Medical Dispute Resolution in China”. *Colum. L. Rev.* 113 (2013): 181-264.

Birtek, Fatih. “Tıbbi Müdahaleler Açısından Komplikasyon-Malpraktis Ayrımı”. *İstanbul Barosu Dergisi* 81, sy 5 (Eylül 2007): 1937-2006.

Bolatoğlu, Hilmi. “Rekabet Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği”. Doktora Tezi, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, 2018.

Brekoulakis, Stavros. “On Arbitrability: Persisting Misconceptions And New Areas Of Concern”. İçinde *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*. Hague: Kluwer Law International, 2009.

Budak, Ali Cem. “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a Göre Tüketici Hakem Heyetleri”. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16, sy Özel Sayı (Temmuz 2014): 77-103.

Bulut, Harun. *Doktrin Ve Yargıtay İçtihatları Işığında Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*. 1. bs. C. 2. 2 c. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.

Buluttekin, Derya. “Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Tahkimin Değerlendirilmesi (HMK m. 407-444)”. *DÜHFD* 27, sy 46 (2022): 251-294.

Can, Hacı ve Ekin Tuna. *Milletlerarası Tahkim Hukuku*. 1. bs. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.

Can, Hasan. “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Organizasyon Sorumluluğu”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, sy 161 (Ağustos 2022): 183-224.

Canbeldek Akın, Özlem. “Uluslararası Sağlık Turizmi Kapsamında Sağlık Hizmeti Sunulmasına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti ve Doğrudan Uygulanan Kurallar”. *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 18, sy 217 (Aralık 2023): 1339-81.

Cansel, Erol ve Çağlar Özel. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt:1*. 2. bs. C. 1. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.

Carbonneau, Thomas E.. “The Exercise of Contract Freedom in the Making of Arbitration Agreement”. *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 36, sy 4 (Ekim 2003): 1189-1232.

Carrera, Percivil M ve John FP Bridges. “Globalization and Healthcare: Understanding Health and Medical Tourism”. *Expert Rev Pharmacoecon Outcomes Res* 6, sy 4 (2006).

Cerrah, Mehmet. “Özel Sağlık Kurumlarının Kuruluşu ve Hukuki Sorumluluğu”. Doktora tezi, İstanbul Medipol Üniversitesi, 2023.

Cohen I. Glenn. *Patients With Passports - Medical Tourism, Law and Ethics*. New York: Oxford University Press, 2015.

Coşkun, Mahmut. *Sigorta Hukuku*. 1. bs. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024.

Coşkun, Yuzarsif Selçuk. “Tıp Hukukunda Hasta Yakını”. *Leges Hukuk Dergisi*, sy 154-155-156 (Aralık 2022). <https://www.legesdergi.com/makale/606>.

Çabri, Sezer. *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*. 2. bs. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.

Çağlayan, Ramazan. “Aile Sağlığı Merkezi Personelinin Hukuki Statüsü”. *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, sy 7 (2016).

Çakal, Ayça. *Türk Özel Hukukunda Tıbbi Müdahaleye Rıza*. 1. bs. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.

Çelik, Ahmet Çelik. “Can Zararları Tüketici Yasasının Konusu Değildir. (Çevrimiçi)”, 2015. <http://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/can-zararlarituketici-yasasinin-konusu-degildir.htm>.

Çelikel, Aysel ve B. Bahadır Erdem. *Milletlerarası Özel Hukuk*. 17. bs. İstanbul: Beta, 2021.

Çetintepe, Ece. “Estetik (Kozmetik) Cerrahi Müdahaleler Çerçevesinde Bağımsız Çalışan Plastik Cerrah ile Hasta Arasındaki Sözleşmenin Hukuki Niteliği”. *Tıp Hukuku Dergisi*, sy 23 (2023): 115-158.

Çınar, Ekin. “Ayrılabilirlik Prensibi ve Kompetenz- Kompetenz Kuralı Işığında Türk Mahkemelerin Tahkim Şartının Geçerliliğine İlişkin İncelemesinin Kapsamı”. İçinde *Tahkim Anlaşması - Tahkim Okulu Paneller Serisi*, 1. bs, 1:375-90. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2020.

Çınarlı, Serkan ve Aykut Cemil Aykın. *Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğu*. 1. bs. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.

Çınarlı, Serkan ve Kerim Azak. “Karşılaştırmalı Hukuk Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Usulleri ve Ülkemizde Uygulanabilirliği”. *Terazi Hukuk Dergisi* 17, sy 187 (Mart 2022): 35-48.

Çınarlı, Serkan ve Murat Bildir. “Tüketici Kanununa Göre Tıbbi Uygulamadan Doğan Davalarda Yargı Öncesi Zorunlu Arabuluculuk Sisteminin Uygulanabilirliği Sorunu”. *Tıp Hukuku Dergisi*, sy 18 (t.y.): 231-256.

Çilingiroğlu, Cüneyt. *Tıbbi Müdahaleye Rıza*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993.

Damar, Cahit. *Sigortacının Kanuni Halefiyeti Ve Rücu Hakkı*. 1. bs. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.

Dayınlarlı, Kemal. *(HUMK’da düzenlenen) İÇ TAHKİM*. Ankara: Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 2004.

Dayınlarlı, Kemal. *Milli-Milletlerarası Kamu Düzeni ve Tahkime Etkileri*. Ankara: Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 1994.

Demir Gökyayla, Cemile. “Arabuluculuk ve Tahkimi Bir Arada İçeren Uyuşmazlık Çözüm Yolu”. *İstanbul Hukuk Mecmuası* 77, sy 2 (2019): 575-616.

Demir, Mehmet. “Hekimin Hukuksal Sorumluluğunun Kaynakları ve Özel Hastane - Kamu Hastanesi Ayrımı.” İçinde *Prof. Dr. Ali Naim İNAN’ a Armağan*, 1. bs. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009.

Demir, Mehmet. “Hekimin sözleşmeden doğan sorumluluğu”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 57, sy 3 (2008): 225-52.

Demir, Mehmet. “Hekimlik Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun Koşulları”. İçinde *Ankara Barosu – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Kurultayı*,. Ankara, 2007.

Demir, Mehmet. *Tıbbi Sorumluluk Hukuku*. 2. bs. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.

Demirel, Muhammed, Rahime Erbaş, Selvet Kesmen Kayacan, Sabah Mine Cangil, ve Didem Erkıyran. *İstanbul Tıp Hukuku Kitabı*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024.

Demircioğlu, Huriye Reyhan. “Aile Hukuku Uyuşmazlıkları Bakımından 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu nun Uygulanabilirliği”. *Adalet Akademisi Dergisi* 6, sy 23 (2015): 45-84.

Demirel, Ali Selim. “Uygulamada Tahkim Anlaşması”. İçinde *Tahkim Anlaşması - Tahkim Okulu Paneller Serisi*, C. 1. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2020.

De la Fuente, Juan Ramón. “The National Medical Arbitration Commission: 20 years”. *Gaceta Médica de México*, 2016.

Demirkol, Berk. “Türk Hukukunda Genel İşlem Şartlarında Yer Alan Hukuk Seçimi, Yetki Anlaşması ve Tahkim Anlaşmalarının Hüküm Doğurması”. *Public and Private International Law Bulletin* 40, sy 2 (Aralık 2020): 1313-50.

DeVille, Kenneth A.. “The Jury is Out: Pre-Dispute Binding Arbitration Agreements for Medical Malpractice Claims: Law, Ethics, And Prudence”. *The Journal of Legal Medicine* 28, sy 3 (2007).

Doğan, Vahit. *Milletlerarası Özel Hukuk*. 6. bs. Ankara: Savaş Yayınevi, 2020.

Doğu, Hicret. “Tüketici Hukuku’nda Ayıplı Hizmet ve Ayıplı Hizmetten Doğan Sorumluluk”. *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi*, sy Özel Sayı (Eylül 2023): 713-47.

Dülger, Murat Volkan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 2. bs. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.

Egemen Demir, Işıl. “Kompetenz-Kompetenz İlkesi ve Olumsuz Etkisi”. *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11, sy 1 (Haziran 2021): 255-88.

Ekşi, Ahmet. “İslam Hukukunda Hekim ile Hasta Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği”. *Tıp Hukuku Dergisi*, sy 2 (Ekim 2012): 27-46.

Ekşi, Nuray. *Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Tahkim*. 2. bs. İstanbul: Beta, 2019.

Enver Alper Güvel ve Afitap Öndaş Güvel. *Sigortacılık*. 6. bs. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012.

Ercevahir, Mine. “Özel Hastaneye Kabul Sözleşmesi”. *İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, sy 13 (Eylül 2022): 449-90.

Erdoğan, İhsan. “Haksız Fiilde Kusurlu Sorumluluk ve Özellikle Kusur Unsuru”. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi* 3, sy 1 (1990): 109-134.

Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 14. bs. Ankara: Yetkin Yayınları, 2012.

Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. 6. bs. Ankara: Yetkin Yayınları, 2018.

Erkan, Mustafa. *Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2013.

Erkal, Atila. “Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Sağlık Personelinin İstihdamı Nedeniyle İdarenin Mali Sorumluluğu”. *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, sy 2 (Aralık 2021): 235-271.

Ermenek, İbrahim. “Yargı Kararları Işığında Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Sorunlara İlişkin Çözüm Önerileri”. *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* XVII, sy 1-2 (2013): 563-630.

Ertabak, Ünal. “Tüketici Mahkemelerinde Çözülmesi Gereken İhtilaflar”. *Legal Hukuk Dergisi* 10, sy 115 (2012): 39-81.

Ertemur, Hazal. *Ceza Muhakemesi Hukukunda Alternatif Bir Çözüm Yolu Olarak Uzlaştırma – Ceza Hukuku Monografileri* –. 1. bs. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.

Ersoy, Tolga. *Tıp-Tarih-Metafor*. Ankara: Ötüken Yayınevi, 1996.

Ercoşkun Şenol, Kübra. “Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü Ve Bunun Genel Sınırı: TBK m. 27”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 74, sy 2 (Aralık 2016): 709-738.

Esen, Emre. *Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili*. 1. bs. İstanbul: Beta, 2008.

Fulya Erlüle. *Türk Borçlar Kanunu’na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Gedik, Begüm. *Milletlerarası Hakem Kararlarının İptal Edilme Nedenlerinden Tahkim Anlaşmasının Geçersiz Olması*. 1. bs. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.

Gençsan, Ömer Uğur. *6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yorumu, Bilimsel Açıklama-Son İhtihatlar*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2013.

Gökcan, Hasan Tahsin. *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk - Doktrin ve Yargı Kararları Işığında Doktorlar, Diş Hekimleri ve Eczacılar İle Diğer Sağlık Mesleği Mensuplarının, Özel Hastaneler İle Devletin Sorumluluğu*. 4. bs. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.

Göksu, Mustafa. *Temel Hukuk Dizisi Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Ve Tahkim (Thd) (Arbuluculuk – Uzlaştırma)*. 5. bs. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.

Gönenç, Fulya İlçin. “Hukuki ve Etik Boyutuyla Medikal Turizm”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 22, sy 3 (2016): 1173-1184.

Görkem Şükür., Görkem *Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortalarında Riziko*. 1. bs. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.

Gözpınar Karan, Gülşah. “Hastaya Sunulan Ayıplı Hizmetten Sorumluluk”. *Terazi Hukuk Dergisi* 13, sy 143 (Temmuz 2018): 112-122.

Guidry, A. M. “Alternative Dispute Resolution: Broadening The Use Through Louisiana Courts”. *Southern University Law Review* 2, sy 19 (1992): 403-420.

Gülgün Ildır, Gülgün. *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*. 1. bs. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003.

Gülel, İlhan. *Tıbbi Müdahalede Rıza*. 1. bs. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.

Gülşen, Recep. “Hekimin Malpraktisten Kaynaklanan Cezai Sorumluluğu”. *Tıp Hukuku Dergisi* 1, sy 1 (Nisan 2012): 43-67.

Gümüş, Mustafa Alper. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. 3. bs. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2018.

Günay, M. Barış. *Sigorta Hukuku*. 5. bs. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.

Günday, Metin. *İdare Hukuku*. 10. bs. Ankara: İmaj Yayınevi, 2013.

Güney Tunalı, Işıl. *Hekimin Tıbbi Müdahalede Bulunma Yükümlülüğünün Sınırları*. 1. bs. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.

Gürcan, Mehmet. *Tıp Hukukunda Eser Sözleşmesi Estetik Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*. 2. bs. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.

Hafize Zülal Şaylan, Hafize Zülal. “Tıbbi Malpraktisten Doğan Hukuki Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk”. Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2022.

Hakeri, Hakan. *Tıp Ceza Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024.

Hakeri, Hakan. *Tıp Hukuku*. 10. bs. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015.

Hakeri, Hakan. *Tıp Hukuku (2 Cilt)*. 26.Baskı. C. Cilt I: Genel Hükümler. II c. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024. **(Genel Hükümler)**

Hakeri, Hakan. *Tıp Hukuku (2 Cilt)*. 26.Baskı. C. Cilt II: Özel Hükümler. II c. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024. **(Özel Hükümler)**

Hakeri, Hakan. *Tıp Hukuku El Kitabı*. 24. bs. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.

Hakeri, Hakan. “Tıp Hukukunda Malpraktis Komplikasyon Ayrımı”. *Toraks Cerrahisi Bülteni* 5, sy 1 (2014): 23-28. <https://doi.org/DOI:10.5152/tcb.2014.003>.

Hancı, İ. Hamit. *Malpraktis (Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu)*. 3. bs. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2006.

Hatırnaz Erol, Gültezer. “Özel Hastaneler İle Hasta Arasında Kurulan Hastaneye Kabul Sözleşmeleri ve 21.09.2009 Tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı İncelemesi”. İçinde *İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi ‘Sağlık Hukuku Makaleleri’ 10/17 Eylül 2011 Orhan Apaydın Konferans Salonu*, İstanbul Barosu Yayınları., 191-220. İstanbul, 2012.

Hatırnaz Erol, Gültezer. *Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları*. 6. bs. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.

Havutçu, Ayşe. *Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması*. İzmir: Güncel Hukuk Yayınları, 2003.

Hendem, Burcu. “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Bakımından Tahkime Elverişlilik”. Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, 2023.

Huysal, Burak. *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010.

Imhoos, Christophe ve Herman Verbist. International Trade Center UNCTAD/WTO. "Arbitration and Alternative Dispute Resolution: How to Settle International Business Disputes". Trade Law Series. Geneva: International Trade Center, 2001.

International Chamber of Commerce. "Tahkim Kuralları & Arabuluculuk Kuralları". Paris, France: ICC, Ekim 2023.

Irmak Kılıç, Elif. "Tıbbi Müdahaleler Nedeniyle Hekimlere Açılan Tazminat Davalarında Usuli Sorunlar". İstanbul Üniversitesi SBE, 2014.

Işık, Fatih. "Tahkim Anlaşmasının Temsilci Vasıtasıyla Yapılması". İçinde *Tahkim Anlaşması - Tahkim Okulu Paneller Serisi*, 1. bs, 1:257-79. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2020.

Işık, Olcay. "Hekimin Tazminat Sorumluluğuna İlişkin Bir Çözüm Önerisi: Sosyal Dayanışma İlkesi Işığında Munzam Sigorta Modeli". *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 18, sy 213 (Mart 2023): 365-407.

Işık, Serpil. "Mediation as an Alternative Dispute Resolution Method and Mediation Process in Turkish Law System: An Overview". *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul* 48, sy 65 (2016): 55-87.

İlhan, Hüseyin Afşin. *Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.

İnanç, Adnan. "Tahkim Sözleşmesinin Ana Sözleşmeden Bağımsızlığı". *İstanbul Barosu Dergisi* 91, sy 5 (Eylül 2017): 203-212.

İyilikli, Ahmet Cahit. "Hukuk Yargılamasında Dava Sebebi Üzerine Bir İnceleme". *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, sy 2 (2016): 83-157. <https://doi.org/10.21492/inuhfd.239822>.

İzgi, Mehmet Feridun. *Türk Hukukunda Tahkim Benzeri Uyuşmazlık Çözüm Yolları*. 1. bs. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2023.

Joint Commission on Accreditation of Healthcare Organizations (JCAHO). "Health Care at the Crossroads: Strategies for Improving the Medical Liability System and Preventing Patient Injury". Oakbrook Terrace, 2005.

Koru, Onur. "Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu: Endikasyon Şartı". *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12, sy 2 (2021): 491-500.

Kahveci, Zeynep Ülkü ve Yasin Ekmen. "Arabuluculuk-Tahkim (Med-Arb) ve ISTAC Kuralları". İçinde *Tahkim Yargılaması - Birinci Bölüm* -, 1. bs. C. Tahkim Okulları Serisi II. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2021.

Kalpsüz, Turgut. "*Tahkim Anlaşması*", *Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan*. C. 2. İstanbul, 2003.

Kalpsüz, Turgut. *Milletlerarası Ticarete Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Halli*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1989.

Kalpsüz, Turgut. *Türkiye’de Milletlerarası Tahkim*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2007.

Kanadoğlu, Korkut ve Kutluhan Bozkurt. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ve Uluslararası Hukuk Ekseninde Sağlık Hakkı”. İçinde *Prof. Dr. Metin Günday Armağanı*, C. 1. Ankara: Atılım Üniversitesi Yayınları, 2020.

Kaplan, Melike. “Kültürel Bir İnşa Süreci olarak Sağlık: Kavramsal ve Tarihsel Bir Bakış”. *Dört Öge*, sy 10 (2016): 11-18.

Kara, Hacı. “Yargıtay Ve Hakem Kararlarına Göre Hekimin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, sy 152 (2021): 255-303.

Kara, İlhan. *(6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Hazırlanmış) Tüketici Hukuku*. 2. bs. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021

Karaca, H.Akif. “Tahkime Elverişlilik: Rekabet, İflas ve Fikri Mülkiyet Hukuku Uyuşmazlıkları”. İçinde *Tahkim Anlaşması - Tahkim Okulu Paneller Serisi*, 1. bs. C. 1. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2020.

Karaçöp, Eda, Serkan Odaman. “İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk Müessesesinin Bugünü ve Geleceğine İlişkin Genel Bir Değerlendirme”. *Sicil İş Hukuku Dergisi*, sy 39 (2018): 44-61.

Kavşat Metiner, Fatma Candan ve Ali Akın Metiner. “Özel Hastane Ve Hekimin Vekaletsiz İşgörmeden Doğan Sorumluluğu”. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, sy 51 (Temmuz 2022): 411-42.

Kaya, Serkan. “Uyuşmazlıkların Çözümünde Hibrit Yöntem: Arabuluculuk-Tahkim (Med-Arb)”. *Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi* 17, sy 48 (2021): 225-252.

Kayar, İsmail. *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku-Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri*. 11. bs. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.

Kayıhan, Şaban ve Mustafa Ünlütepe. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 6. bs. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.

Keskin, A. Dilşad ve Demircioğlu Huriye Reyhan,. *Temel Hukuk Dizisi - Medeni Hukuk – II (Thd) (Eşya Hukuku – Miras Hukuku)*. 3. bs. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.

Keyman, Selahattin. “Hekimin Cezai Sorumluluğu”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 35, sy 1 (1978): 57-89.

Kırlı Aydemir, Deniz Defne. “Uluslararası Sağlık Turizminin Türk Milletlerarası Özel Hukukun İlgili Maddeleri Kapsamında Değerlendirilmesi”. *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, sy 2 (Aralık 2014): 79-103.

Knoepfler, François ve Philippe Schweizer. *Précis de droit international privé suisse*. Berne, 1990.

Konuralp, Cengiz Serhat. “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim”. Doktora tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011.

Korkmaz, Fırat. “Tüketici Sözleşmelerindeki Ek Şartlar Meselesinde Haksız Şartlar ve Genel İşlem Şartları”. *KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, sy 1 (Ocak 2019): 31-49.

Koyuncu Aktaş, Nihan. *Hekimin Özen Borcuna Aykırılıktan Doğan Sözleşmesel Sorumluluğu*. 1. bs. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2020.

Kök, Ahmet Nezih. “Hekim-Hasta İlişkisi Tüketici Hukuku Anlayışı İle Bağdaşır Mı?” *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, sy 5 (2015): 605-616.

Köprülü, Bülent. *Medeni Hukuk - Genel Prensipler - Kişinin Hukuku*. İstanbul, 1979.

Köse, Yasin. *Hekimlik Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası*. 1. bs. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.

Kuru, Baki. *Hukuk Muhakemeleri Usulü*. C. IV. İstanbul, 2001.

Kuru, Baki. *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2016.

Kuru, Baki ve Burak Aydın. *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Uusul Hukuku - Ders Kitabı*. 4. bs. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.

Kurtulan, Gökçe. “Türk Hukukunda Tüketici Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 30, sy 131 (Temmuz 2017): 239-60.

Lokmanoğlu, Salim Yunus. “Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesinin Kurucu Unsurları ve Geçerlilik Şartları”. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 11, sy 41 (2020): 347-368.

Manav Özdemir, Atike Eda ve Belkıs Vural Çelenk. “Tahkimde Çevrimiçi Duruşmalar ve Çevrimiçi Duruşmaların Hukuki Dinlenilme Hakkı ve Tarafların Eşitliği İlkeleri Bağlamında Değerlendirilmesi”. *Public and Private International Law Bulletin* 42, sy 1 (Haziran 2022): 205-248,.

Mega, Ertunç, Özlem Çakmut, Gürkan Sert, Pinar Ata, ve Fulya İlçin Gönenç. “Türkiye’de Tıbbi Yardımla Üreme Tedavisine Erişim ve Üreme Hakları”. *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 8, sy 1 (30 Haziran 2021): 273-94.
<https://dergipark.org.tr/tr/pub/imuhfd/issue/62149/838378>.

Memiş, Yusuf. “Estetik Ameliyatlardan Doğan Hukuki Sorumluluk”. *Terazi Hukuk Dergisi* 11, sy 119 (2016).

Neil, Martha. “International Arbitration Has Become a Lucrative Field After Decades of Disfavor”. *American Bar Association* 88, sy 9 (Eylül 2002).

Nomer, Ergin. “Hakem Kararının Kamu Düzenine Aykırılığı ve Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği”. *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 10, sy 1-2 (1990): 129-131.

Nomer Ertan, Füsün. “Tüketiciler Tarafından Açılan Haksız Rekabet Davalarında Görevli Mahkeme”. İçinde *Prof.Dr.Hamdi Yasaman’a Armağan*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2017.

Oğuzman, M. Kemal ve M. Turgut Öz. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 9. bs. C. 2. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012.

Oğuzman, M. Kemal. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 16. bs. C. 1. 2 c. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018.

Oğuzman, M. Kemal, Özer Seliçi, ve Saibe Oktay - Özdemir. *Eşya Hukuku*. 19. bs. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2016.

Okay, Sami. “Navlun Mukavelelerinde Tahkim Şartı”, 425 vd. Ankara, 1965.

Okumuş Gülbenk, Damla. *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Ayıplı İfadan Sorumluluğu*. 1. bs. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024.

Oruç, Murat. “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Uygulama Alanının Eleştirisi”. İçinde *2nd International Congress on Political, Economic and Social Studies (ICPESS)- Bildiriler Kitabı*, C. 1: Politik Araştırmalar. Sakarya: Beşköprü Yayınları, 2017.

Oruç, Yakup, Özgür Arıkan, ve Melike Yaman. “Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”. *Tıp Hukuku Dergisi* 7, sy 14 (2018): 224-236.

Ovalı, Fahri. “Tıbbi Malpraktis”. *Bursa Barosu Dergisi* 46, sy 116 (Haziran 2021): 51-56.

Ozanoğlu, Hasan Seçkin. “Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 52, sy 3 (2003): 55-77.

Özbay, İbrahim. “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri”. *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Atatürk’ün 125.Doğum Yılına Armağan X*, sy 3-4 (2006).

Özbek, Mustafa Serdar. *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*. 3. bs. Ankara: Yetkin Yayınları, 2013.

Özbek, Mustafa Serdar. *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*. 5. bs. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.

Özbek, Mustafa Serdar. “Tahkim Şartının Asıl Sözleşmeden Ayrılabilirliği İlkesinin Hukuki Sonuçları ve Sınırları”. *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi* 7, sy 1 (Mayıs 2020): 41-114.

Özbek, Mustafa Serdar. “Tüketici Hakem Heyetinin Görevine Giren Alacaklarla İlgili Olarak İlâmsız Takip Yapılamayacağına İlişkin Yargıtay Kararlarının Tahlili”. *MİHDER* 11, sy 31 (2015): 39-69.

Özcan, Burcu G. ve Çağlar Özel. “Kişilik Hakları - Hasta Hakları Bağlamında Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Çıkan Hukuki İlişkide Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rızaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler*”. *Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi* 10, sy 1 (2007): 49-73.

Özcan, Zeynep. “Malpraktis - Komplikasyon Ayırımının Önemi”. İçinde *Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi (Aralık 14, 2018 Bezmialem Vakıf Üniversitesi Dragos Hastanesi)*, 197-211. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2018.

Özcan, Zeynep ve Ayşe Betül Özcanoglu Görkey. “Yargıtay İçtihatları Işığında Malpraktis Komplikasyon Ayırımına Bağlı İspat Sorunları”. *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 8, sy 16 (Aralık 2020): 289-315.

Özcanoglu Görkey, Ayşe Betül. *Hekimlik Sözleşmesi Ve Hekimin Tazminat Sorumluluğu - Borçlar Hukuku Monografileri* -. 1. bs. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.

Özdemir, Gençer. *Tıbbi Müdahale Hatalarından Doğan Maddi Tazminat Sorumluluğu*. 1. bs. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.

Özdemir, Hayrunnisa. “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”. *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, sy 1 (2016): 33-81.

Özdemir, Hayrunnisa. *Sağlık Hukuku Alanında Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2017. **(Teşhis ve Tedavi)**

Özdemir, Hayrunnisa, Selin Sert Sütçü, Murat Doğan, Şebnem Akipek Öcal, M. Turgut Öz, Ebru Ceylan, Kemal Şenocak, ve Emre Cumalıoğlu. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. 1. bs. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.

Özel, Sibel. “Milletlerarası Özel Hukukta Uygulanacak Hukukun Lex Fori Esasına Göre Belirlenmesi”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 28, sy 2 (Aralık 2022): 962-78.

Özel, Sibel. *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri*,. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2008.

Özel, Sibel. Mustafa Erkan, Hatice Selin Pürselim, ve Hüseyin Akif Karaca. *Milletlerarası Özel Hukuk*. 2. bs. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2023.

Özkan, Işıl ve Bengül Kavlak. *Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Tahkim*. 1. bs. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024.

Özkaya, Eraslan. *Eşya Hukuku*. 1. bs. C. I-A. V c. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.

Ercüment Erdem. “Tahkim Anlaşması”. İçinde *Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2017.

Özkıdık, Didem. “Hekimin Mesleki Sorumluluk Sigortası”. *Ankara Barosu Dergisi*, sy 4 (2016).

Özsarı, Salih Haluk ve Özlem Karatana. “Sağlık Turizmi Açısından Türkiye’nin Durumu”. *Kartal Eğitim ve Araştırma Hastanesi Tıp Dergisi* 24 (2013): 136-44.

Özsoy Boyunsuz, Şule. “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Kapsamında Sağlık Hakkı”. *Güncel Hukuk* 4, sy 124 (Nisan 2014).

Özsunay, Ergun. “Kötü Tıp Uygulamalarından Kaynaklanan Sorunların Yargı Yerleri Dışında Çözümü”. İçinde *Tıp Sektöründe Tüketici Hukuku ve Uygulamaları*, 455-79. İstanbul: Aristo, 2018.

Öztek, Selçuk. “Ulusal Tahkimde Uygulanacak Yargılama Usulü”, 339-58. İstanbul, 2009.

Öztürk Türkmen, Hafize. “Tarihsel Olarak Kadın Şifacılık”. *Mersin Üniversitesi Tıp Fakültesi Lokman Hekim Tıp Tarihi ve Folklorik Tıp Dergisi* 1, sy 2 (2011): 21-27.

Pappas, Brian A. “Med-Arb and the Legalization of Alternative Dispute Resolution”. *Harvard Negotiation Law Review* 20, sy 57 (2015): 157-203.

Park, William W. “Private Adjudicators and the Public Interest: The Expanding Scope of International Arbitration”. *Brook. J. Int’l L* XII (1986): 629-674.

Patterson, Susan R. ve D. Grant Seabolt. *Essentials of Alternative Dispute Resolution*. 2nd Edition. Dallas: Pearson Publications Company, 2001.

Pekcanıtez, Hakan. “Tüketici Sorunları Hakem Heyeti”. *İzmir Barosu Dergisi*, sy 3 (Temmuz 1996): 40-58.

Pekcanıtez, Hakan. “Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı’nın Tanıtımı”. İçinde *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirilmesi 8-9 Eylül 2006*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 123, 2006.

Pekcanıtez, Hakan. *Pekcanıtez Usul - Medeni Usul Hukuku*. 15. bs. C. 1. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2017.

Pekcanıtez, Hakan, Oğuz Atalay, Muhammer Özkes, Murat Atalı, Güray Erdönmez, Mine Akkan, Ali Yeşilırmak, ve Hülya Taş Korkmaz. *Pekcanıtez Usul - Medeni Usul Hukuku III*. 15. bs. C. III. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2017.

Pekcanıtez, Hakan, Oğuz Atalay, ve Muhammer Özkes. *Medeni Usul Hukuku - Ders Kitabı*. 11. bs. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2023.

Pervin Somer. “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”. İçinde *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası 1.Sağlık Hukuku Sempozyumu*, 41-58. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2008.

Petek, Hasan. “Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Uygulanması”. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, sy 15 (2013): 969-1017.

Pit, Sabrina ve Jill Cockburn. "Prescribing Behaviour In Clinical Practice: Patients' Expectations and Doctors' Perceptions of Patients' Expectations: A Questionnaire Study." *BMJ*, sy 315 (Ağustos 1997).

Polat, Oğuz. *Tıbbi Uygulama Hataları*. 4. bs. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024.

Pürselim, Hatice Selin. "Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Kira Sözleşmelerinin Tahkime Elverişliliği". *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 27, sy 1 (Haziran 2021): 496-512.

Rado, Türkan. *Roma Hukuku Dersleri "Borçlar Hukuku"*. İstanbul, 1980.

Redfern, Alan, Martin Hunter, Nigel Blackaby, ve Constantine Partasides. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 6th ed. Oxford University Press, 2015.

Ruhi, Ahmet Cemal. *Yargı Kararları Işığında Uluslararası Özel Hukukta Kamu Düzeni Müdahalesi Ve Sonuçları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.

Ruhi, Ahmet Cemal ve Canan Ruhi. *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Kaynaklanan Davalar (Güncel Yargıtay Kararları Işığında)*. 1. bs. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.

Ruhi, Ahmet Cemal, Tuğçem Şahin, ve Yasin Çelik. *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Rehberi*. 1. bs. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.

Sage, William M. ve Rogan Kersh. *Medical Malpractice and the U.S. Health Care System*. 1. bs. New York: Cambridge University Press, 2006.

Sao, Deth, Amar Gupta, ve David A. Gantz. "Healthcare Disputes Across National Boundaries: The Potential For Arbitration". *George Washington International Law Review* 42, sy 3 (2010): 475-534.

Savaş, Halide. *Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları -Tıbbi Malpraktis - Tıbbi Davaların Seyri ve Sonuçları*. 3. bs. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013.

Saygın, Beyza. "Türkiye'de Alternatif Uyuşmazlık Çözümüne Yeni Bir Yol: Med-Arb (Arabuluculuk-Tahkim)". Yüksek Lisans Tezi, Bursa Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2023.

Seçer, Öz. "Hekimin Hukuki Sorumluluğu". *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, sy 1 (2013): 107-48.

Seda Özmumcu. "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Hükümleri ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde Tüketici Mahkemelerinin Görev Alanına Giren Uyuşmazlıklara Genel Bir Bakış". *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16, sy Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan (Basım Yılı 2015): 831-871.

Selçuk, Seyhan. "Tüketici Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Dava Şartı". *Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 8, sy 16 (Aralık 2020): 1173-1213.

Serozan, Rona. “Tüketiciyi Koruma Yasasının Sözleşme Hukuku Alanındaki Düzenlemesinin Eleştirisi”. *Yasa Hukuk İctihat ve Mevzuat Dergisi* 15, sy 173/4 (Mayıs 1996): 579-598.

Sezgin Karma, Sezgin. *Sağlık Turizmi Kapsamında Hekimlerin Hukuki Sorumluluklarının Maddi Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Yönünden Değerlendirilmesi*. 1. bs. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.

Sığrı, Ünsal. *Müzakere*. Ankara: Siyasal Kitabevi, 2018.

Subaşı, İlhan. *Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü – Aydınlatılmış Onam – Tazminat Sorumluluğu*. 1. bs. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.

Subaşı, Zeynep Nur. “Hekimin Tıbbi Takdir Yetkisi”. İçinde *İv. Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi*, 1. bs. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.

Şahin Candaş, Gökçe. “Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi Kapsamında Özel Hastanenin Hukuki Sorumluluğu”. İstanbul Üniversitesi, 2019.

Şahin, Cumhuri. “Ceza Muhakemesinde Uzlaşma”. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, sy 1-2 (Prof. Dr. Süleyman Arslan'a Armağan) (1998): 221-297.

Şahin, Büşra ve Özgü Alçalı. “Defansif Tıp Kavramı Ve Defansif Tıbbi Uygulamaların Hekimin Hukuki Sorumluluğu Kapsamında Değerlendirilmesi”. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 1, sy 41 (2020): 483-510.

Şanlı, Cemal, Emre Esen, ve İnci Ataman-Fıganmeşe. *Milletlerarası Özel Hukuk*. 11. bs. İstanbul: Beta, 2024.

Şenocak, Zarife. “Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 50, sy 4 (2001).

Şenocak, Zarife. *Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1998.

Şenocak, Z. *Özel hukukta hekimin sorumluluğu*. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1998. <https://books.google.com.tr/books?id=Y1nxtgAACAAJ>.

Tamer, Diler. “İlkçapdan Bugüne Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim”. *Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi* 5, sy 2 (2016).

Tandoğan, Haluk. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. 4. bs. C. 2. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 1989.

Tanrıbilir, Feriha Bilge ve Banu Şit. “Milletlerarası Tahkim Müessesesi Ve Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu”. *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 22, sy 2 (2011): 819-838.

Tanrıver, Süha. “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Ve Özellikle Arabuluculuk”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, sy 64 (2006): 151-77.

- Tanrıver, Süha. *Medeni Usul Hukuku*. 2. bs. C. 2. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Tena-Tamayo, Carlos ve Julio Sotelo. “Malpractice in Mexico: Arbitration Not Litigation”. *BMJ* 331 (Ağustos 2005): 448-51.
- Tekinalp, Gülören ve Ayfer Uyanık Çavuşoğlu. *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*. 11. bs. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011.
- Tontuş, Hacı Ömer. “Sağlık Turizmi Tanıtımı ve Sağlık Hizmetlerinin Pazarlanması İlkeleri Üzerine Değerlendirme”. *Journal of Multidisciplinary Academic Tourism* 3, sy 1 (2018): 67-88.
- Tosun, Çağdaş. *Haksız Fiilden Ve Sözleşmeden Doğan Sorumluluk Çerçevesinde Sebeplerin Yarışması (Tbk M.60)*. 1. bs. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Topal, Önder. “Tüketici Hakem Heyeti İle Özellikle Tüketici Hakem Heyeti Kararına İtiraz Yargılamasında İcranın Geri Bırakılması Üzerine Düşünceler”. *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 21, sy 1 (2024): 293-335.
- Törenli Çakıroğlu, Maral. “Acil Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam”. *İçinde Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi*, 1. bs. Legal Yayıncılık, 2018.
- Tutumlu, Mehmet Akif. *Tüketici Mahkemelerinin Görev ve Yetki Sınırları*. 1. bs. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2006.
- Tutumlu, Mehmet Akif. *Tüketici Yargılaması Hukuku- Görev – Yetki – Taraf Teşkili – İspat – Deliller – Islah – Hüküm – İnfaz*. 2. bs. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Tutumlu, Mehmet Akif. *Türk Hukuk Sisteminde Tüketici Hakem Heyetleri*. 2. bs. Ankara: Seçkin Yayıncılık, t.y.
- Tutumlu, Mehmet Akif ve Özge Tutumlu. *Tüketici Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk*. 1. bs. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Tuzcuoğlu, Tuğçe. *Avrupa Birliği Normları ve 6098 S. TBK Hükümleri Işığında Genel İşlem Şartları*. 1. bs. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Türe, M. Gökhan ve Oğuzhan Türe. “Hekimin Hizmetten Çekilme Hakkı”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2017, 295-346.
- Türkmen, Ali. *Hasta ve Hekim Hukuku*. 2. bs. Ankara: Adalet Yayınevi, 2013.
- Ulaş, Işıl. *Sigorta Hukuku*. 3.Baskı. Ankara: Turhan Kitabevi, 2002.
- Uyanık, Ayfer. “Estetik Sağlık Turizmi Hukuku”. *Tıp Hukuku Dergisi*, sy 19 (2021): 21-32.
- Uyanık, Ayfer. “Sağlık Turizmi Hukuku”. *Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi*, sy 36 (Kasım 2015).
- Uyumaz, Alper. “Tüketici Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları”. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 20, sy 1 (2012): 103-132.

Uyumaz, Alper ve Kemal Erdoğan. “Aile Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları”. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 17, sy 1 (Haziran 2015): 119-169.

Ülker, Çağrı. “Hastaneye Kabul Sözleşmesine Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Hükümlerinin Uygulanması”. *İstanbul Ticaret Üniversitesi Dış Ticaret Üniversitesi Working Paper Series*, 2017.

Uluğ Cicim, İlnur ve Nurdan Korkmaz. “Sorumluluk Sigortalarında Zarar Görenin Sigortacı Aleyhine Açtığı Davanın Medenî Usul Hukukuna Ait Bazı Hükümler Bakımından İncelenmesi”. *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, sy 1 (Haziran 2020): 53-93.

Ümit, Ceyda. “Hekimlerin Mesleklerinin Uygulanmasından Doğan Ceza Sorumluluğu”. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, sy 32 (2017): 197-246.

Ürekli, Bilge Nur. “Malpraktis-Komplikasyon İlişkisi ve Hekimin Taksirli Eylem Sorumluluğu Bakımından Değerlendirilmesi”. *İçinde Iv. Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi*, 1. bs, 421-42. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.

Yalçınkaya, Bahri ve Burhan Atalık. “Hekimin Cezai Sorumluluğunda Kusur Türünün Belirlenmesi”. *Tıp Hukuku Dergisi*, sy 23 (Nisan 2023): 159-202.

Yavuz İpekyüz, Filiz. *Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi*. 1. bs. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006.

Yavuz, Cevdet. *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. 10. bs. İstanbul: Beta, 2014.

Yavuz, Cevdet, Faruk Acar ve Burak Özen. *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler*. 13. bs. Beta, 2014.

Yerkaya, Kübra. *Tüketici Mahkemelerinin Görev Alanı ve Yargılama Usulü*. 1. bs. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2018.

Yeşilova Aras, Ecehan. *Sorumluluk Sigortalarında Zarar Görenin Doğrudan Dava Hakkı*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2013.

Yeşilova, Bilgehan. “6502 Sayılı (Yeni) Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a Göre Tüketici Uyuşmazlıklarının Çözümü Usulü ve Yargılama Kuralları”. *Terazi Hukuk Dergisi* 9, sy 99 (Kasım 2014): 107-143.

Yeşilova, Bilgehan. “Milletlerarası Tahkimin Hukuki Niteliği Üzerine Düşünceler ve Güncel Gelişmeler”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, sy 76 (2008): 83-164.

Yıldırım, M. Kamil. “Medeni Yargılama Hukukunda Hakimin Rolü”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 22, sy 3 (2016): 3027-3044.

Yıldız Üstün, Esra. “Malpraktis Davalarının Tahkime Elverişliliği: Çin Halk Cumhuriyeti ve Amerika Birleşik Devletleri Örneği”. *SÜHFD* 30, sy 3 (2022): 1753-1777.

Yılmaz, Yılmaz. *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Değiştirilmiş 2.Baskı*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2013.

Yöney, Can. “Tahkim Anlaşması: Temel İlkeler”. İçinde *Tahkim Anlaşması - Tahkim Okulu Paneller Serisi*, 1. bs. C. 1. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2020.

Ulukapı, Ömer. “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları”. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, sy 1-2 (Prof. Dr. M. Şakir BERKİ'ye ARMAĞAN) (1996): 77-101.

Ünlütepe, Mustafa. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 1. bs. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021. Üstündağ, Saim. *Medeni Yargılama Hukuku*. 6. bs. C. 1-2. İstanbul, 1997.

Yaşar Coşkun, Sevda ve Munise Seray Göncü Döner. “Tıbbi Uygulama Kaynaklı Tüketici Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuğun Sigorta Şirketlerine Etkisi”. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 29, sy 4 (2021): 2933-73.

Yeğengil, Rasih. *Tahkim (L'arbitrage)*. Cezai Matbaası, 1974.

Yenerer Çakmut, Özlem. “Tıpta Aydınlatma ve Rıza”. İçinde *Roche Sağlık Hukuku Günleri - Tebliğler*, 1. bs. İstanbul: Deniz Ofset Matbaacılık ve Ambalaj Sanayi, 2007.

Yenerer Çakmut, Özlem. *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*. 1. bs. Legal Yayıncılık, 2003. (**Tıbbi Müdahaleye Rıza**)

Yıldırım, Nevhis Deren. *UNCITRAL Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları*. 1. bs. İstanbul: Alkım, 2004.

Yücel, Özge ve Gürkan Sert. *Sağlık Ve Tıp Hukukunda Sorumluluk Ve İnsan Hakları Sağlık Hizmeti | Sağlık Hakkı Ve Hasta Hakları Medeni Hukuk, Ceza Ve İdare Hukuku Yönünden Sorumluluk*. 3. bs. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.

Yücel, Özge. “Sağlık Ve Tıp Hukukunda Sorumluluk Ve İnsan Hakları Sağlık Hizmeti | Sağlık Hakkı Ve Hasta Hakları Medeni Hukuk, Ceza Ve İdare Hukuku Yönünden Sorumluluk”, 3. bs, 337-54. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.

Yüksel, Sera Reyhani. “Hekimin Vekaletsiz İş Görmeden Doğan Sorumluluğu”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 21, sy 2 (2015): 793-804.

Yılmaz, Abdüssamet. *Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı*. 1. bs. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015.

Yılmaz, Yasemin. *Özel Hastane İşleticisinin Hastaneye Kabul Sözleşmesi Çerçevesinde Yürütülen Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Sorumluluğu*. 1.Baskı. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2019.

Yördem, Yılmaz. “Hekimin Hatalı Tıbbi Uygulamaya Bağlı Hukuki Sorumluluğu”. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 11, sy 39 (2019): 129-56.

Yücel Sarıbaş, Nur. *Hekimin Tıbbi Uygulama Hatalarından Doğan Hukuki Sorumluluğu*. 1. bs. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2021.

Zengin, Burcu. “Tahkim Şartının, Genel İşlem Koşullarına İlişkin Kurallar Karşısındaki Durumu”. *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, sy 2 (Aralık 2013): 129-153.

Zevkliler, Aydın. “Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları (1982-1983 Öğretim Yılı Açılış Dersi Metni)”. *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, sy 1 (1983): 1-37. **(Kişilik Hakkına Saldırı)**

Zevkliler, Aydın ve Murat Aydoğdu. *Tüketicinin Korunması Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004.

Zeytin, Zafer. “Tedavi İlişkisinde Hekimin Türk Hukukuna Göre Hukuki (Tazminat) Sorumluluğu”. İçinde *Roche Sağlık Hukuku Günleri - Tebliğler* -, 96-117. İstanbul: Deniz Ofset Matbaacılık ve Ambalaj Sanayi, 2007.