

T.C
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

TIBBİ MALPRAKTİSTEN DOĞAN HUKUKİ
UYUŞMAZLIKLARDA ARABULUCULUK

Hafize Zülal ŞAYLAN

2501190742

TEZ DANIŞMANI

Dr. Öğr. Üyesi EVREN KOÇ

İSTANBUL-2022

ÖZ

TIBBİ MALPRAKTİSTEN DOĞAN HUKUKİ UYUŞMAZLIKLARDA ARABULUCULUK

HAFİZE ZÜLAL ŞAYLAN

Tezimizde tıbbi malpraktisten doğan hukuki uyuşmazlıklarda arabuluculuk konusu incelenmiştir. Tezimiz üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, tıbbi malpraktisten doğan hukuki uyuşmazlıklar ve tıbbi malpraktisten doğan hukuki uyuşmazlıklarda görevli mahkemelere yer verilmiştir. Tezin ikinci bölümünde ise tıbbi malpraktisten doğan hukuki uyuşmazlıkların arabuluculuğa konu olması hususu incelenmiştir. Tezin son bölümünde ise tıbbi malpraktisten doğan uyuşmazlıkların arabuluculuğa konu olması durumunda ortaya çıkabilecek özellikli durumlardan bahsedilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Tıbbi Müdahale, Malpraktis, Arabuluculuk, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Türk Ticaret Kanunu

ABSTRACT

MEDIATION IN LEGAL DISPUTES ARISING FROM MEDICAL MALPRACTICE

HAFİZE ZÜLAL ŞAYLAN

In our thesis, the subject of mediation in legal disputes arising from medical malpractice has been studied. This thesis consists of three chapters. In the first chapter, legal disputes arising from medical malpractice and courts in charge of legal disputes arising from medical malpractice are mentioned. In the second part of the thesis, the subject of mediation in legal disputes arising from medical malpractice has been examined. In the last chapter, the problems that may arise in case of disputes arising from medical malpractice are discussed in case of mediation.

Keywords: Medical Intervention, Malpractice, Mediation, Law on Mediation in Civil Disputes, Law on the Protection of the Consumer, Turkish Commercial Code.

ÖNSÖZ

İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Programı kapsamında hazırlanan bu tezde, tıbbi malpraktis sonucu zarara uğrayan hastanın tazminat taleplerini; hekime ve özel sağlık kurum veya kuruluşuna yahut sigorta şirketine yöneltmesi durumları, dava şartı arabuluculuk hükümleri kapsamında incelenmiştir. Buna ek olarak tıbbi malpraktisten doğan hukuki uyuşmazlıkların dava şartı arabuluculuk sürecine konu olması durumunda ortaya çıkabilecek özellikli durumlar değerlendirilmiştir.

Tez yazım sürecimde desteklerini esirgemeyen, tez danışmanım Dr. Öğretim Üyesi Evren Koç'a, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesindeki hocalarım Dr. Öğretim Üyesi Dilek Aydemir, Dr. Öğretim Üyesi Serkan Kaya, Arş. Gör. Dr. Elif Irmak Büyük, Arş. Gör. Çağatay Serdar Şahin ve Arş. Gör. Kadirhan Maviş'e, tezimi okuyarak katkı ve görüşlerini sunan Dr. Öğretim Üyesi Evrim Erişir'e ve Dr. Öğretim Üyesi Emine Gökçe Karabel'e, 2210/A bursu kapsamında mali desteklerinden ötürü TÜBİTAK'a teşekkürü bir borç bilirim.

Yalnızca tez yazım sürecimde değil her daim yanımda olan ve beni destekleyen göz aydınlığım, sevgili eşim Arş. Gör. Muhammed Cihad Şaylan ile çok kıymetli anne ve babama teşekkürlerimi ayrıca sunmak isterim.

Hafize Zülal ŞAYLAN

İstanbul, 2022

İÇİNDEKİLER

ÖZ	ii
ABSTRACT	iii
ÖNSÖZ.....	iv
KISALTMALAR LİSTESİ.....	x
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

TIBBİ MALPRAKTİSTEN DOĞAN HUKUKİ UYUŞMAZLIKLAR VE TIBBİ MALPRAKTİSTEN DOĞAN HUKUKİ UYUŞMAZLIKLARDA GÖREVLİ MAHKEME

I. TIBBİ MÜDAHALE KAVRAMI VE TIBBİ MALPRAKTİSTEN DOĞAN HUKUKİ UYUŞMAZLIKLAR.....	2
A. Tıbbi Müdahale ve Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu.....	2
1. Genel Olarak	2
2. Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Şartları	5
a. Tıbbi Müdahalenin Kanunen İcraya Yetkili Kimse Tarafından Yapılması .	6
b. Tıbbi Endikasyon (Tıbbi Zorunluluk).....	7
c. Aydınlatılmış Onamın Alınması	8
d. Müdahalenin Tıp Biliminin Verilerine Uygun Olarak Gerçekleştirilmesi	10
B. Tıbbi Komplikasyon ve Tıbbi Malpraktis Kavramları.....	11
1. Tıbbi Komplikasyon (İzin Verilen Risk)	11
2. Tıbbi Malpraktis (Tıbbi Uygulama Hatası).....	13
C. Tıbbi Malpraktisten Doğan Uyuşmazlıklar.....	14
1. Tıbbi Malpraktisten Doğan Hukuki Uyuşmazlıklar.....	14
2. Tıbbi Malpraktisten Doğan Cezai Uyuşmazlıklar.....	15
3. Tıbbi Hizmet Kusurundan Doğan İdari Uyuşmazlıklar	16
D. Tıbbi Malpraktisten Doğan Hukuki Uyuşmazlıklarda Taraflar	17
1. Teşhis ve Tedavi Edimini Sunan Taraf.....	17
a. Hekim.....	17
b. Özel Sağlık Kurum veya Kuruluşu	18
2. Teşhis ve Tedavi Edimini Talep Eden Taraf.....	19
a. Hasta.....	19

b. Hasta Yakını.....	19
3. Hekimlik Mali Sorumluluk Sigortası Kapsamında Sigorta Şirketinin Sürece Dahil Olması	20
II. HASTA VE HEKİM/ÖZEL SAĞLIK KURUM VEYA KURULUŞU ARASINDAKİ İLİŞKİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ	21
A. Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinin Varlığı Durumunda Sözleşmeden Kaynaklanan Sorumluluk.....	21
1. Hekimin Bağımsız Çalışması Halinde Tıbbi Müdahalenin Hukuki Niteliği .	22
a. Hizmet Sözleşmesi Görüşü	23
b. Eser Sözleşmesi Görüşü.....	24
c. Vekalet Sözleşmesi Görüşü.....	25
2. Hekimin Özel Sağlık Kurum ya da Kuruluşunda Çalışması Durumunda Tıbbi Müdahalenin Hukuki Niteliği	27
a. Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi	28
b. Hekimlik Sözleşmesi Ekli Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi	29
c. Bölünmüş Hastaneye Kabul Sözleşmesi.....	30
B. Hekimin Haksız Fiilden Kaynaklanan Sorumluluğu	30
C. Hekimin Vekaletsiz İş Görmeden Doğan Sorumluluğu.....	32
III. TIBBİ MALPRAKTİS UYUŞMAZLIKLARINDA GÖREVLİ MAHKEME .	33
A. Sözleşmesel Sorumluluğa Dayanılması Halinde Görevli Mahkeme	34
B. Haksız Fiil Sorumluluğuna Dayanılması Durumunda Görevli Mahkeme	38
C. Vekaletsiz İş görmeye Dayalı Talepler Bakımından Görevli Mahkeme	41
D. Sigorta Şirketinin Taraf Olması Durumunda Görevli Mahkeme.....	41
1. Hastanın Doğrudan Sigorta Şirketine Başvurması Durumunda Görevli ve Yetkili Mahkeme.....	43
2. Sigorta Şirketinin Açacağı Rücu Davalarında Görevli Mahkeme	46

İKİNCİ BÖLÜM

TIBBİ MALPRAKTİSTEN DOĞAN HUKUKİ UYUŞMAZLIKLARIN ARABULUCULUĞA KONU OLMASI

I. GENEL HATLARIYLA ARABULUCULUK.....	48
A. Arabuluculuk Kavramı ve Arabuluculuğa Hâkim Olan İlkeler	48
1. Arabuluculuğun Temel Özellikleri	48
2. Arabuluculuğa Hâkim Olan İlkeler	52

a. İradilik İlkesi	52
b. Eşitlik İlkesi	52
c. Gizlilik İlkesi.....	53
B. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Bağlamında Arabuluculuk .	54
1. Avrupa’da Arabuluculuk ve Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun Kabul Süreci	54
2. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun Gelişimi.....	55
a. Dava Şartı Arabuluculuk.....	55
b. Arabulucunun Çözüm Önerisi Sunabilmesi.....	57
C. İhtiyari Arabuluculuk Süreci.....	59
1. Arabuluculuk Sürecinin Başlaması	60
a. Arabuluculuk Sözleşmesi.....	60
b. Arabulucu Sözleşmesi.....	62
2. Arabuluculuk Sürecinin Yürütülmesi	64
3. Arabuluculuk Sürecinin Sonlanması.....	65
D. Arabuluculuğun Hak Arama Hürriyeti Bakımından Değerlendirilmesi	65
1. İhtiyari Arabuluculuğun Hak Arama Hürriyeti Bakımından Değerlendirilmesi	65
2. Dava Şartı Arabuluculuğun Hak Arama Hürriyeti Bakımından Değerlendirilmesi.....	66
II. TIBBİ MALPRAKTİSTEN DOĞAN HUKUKİ UYUŞMAZLIKLARIN ARABULUCULUĞA ELVERİŞLİLİĞİ.....	69
A. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Kapsamında Arabuluculuğa Elverişli Uyuşmazlıklar.....	69
B. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’na göre Tıbbi Malpraktis Uyuşmazlıklarının Arabuluculuğa Elverişliliği	73
C. Korunan Hukuki Değerler Bakımından Tıbbi Malpraktis Uyuşmazlıklarının Arabuluculuğa Elverişliliği	74
III. TIBBİ MALPRAKTİSTEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARIN DAVA ŞARTI ARABULUCULUĞA KONU OLMASI.....	75
A. Tüketici Mahkemelerinin Görev Alanına Giren Tıbbi Malpraktisten Doğan Hukuki Uyuşmazlıkların Dava Şartı Arabuluculuğa Tabi Olması	75
1. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Madde 73/A Düzenlemesi	76
1. Tüketici İşlemi Niteliğinde Olup Zorunlu Arabuluculuk Kapsamı Dışında Tutulan Uyuşmazlıklar.....	77
a. Tüketici Hakem Heyetinin Görevi Kapsamında Olan Uyuşmazlıklar.....	77
b. Tüketici Hakem Heyeti Kararlarına Yapılan İtirazlar.....	78
c. TKHK m.73/6 Kapsamında İleri Sürülebilecek Talepler	79

d. Üretimin veya Satışın Durdurulması ve Malın Toplatılmasına İlişkin Davalar	80
e. Tüketici İşlemi Mahiyetinde Olan ve Taşınmazın Aynından Doğan Uyuşmazlıklar	80
2. Tüketici Mahkemelerinde Görülen Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuğun Değerlendirilmesi	81
B. Asliye Ticaret Mahkemelerinin Görev Alanına Giren Tıbbi Malpraktisten Doğan Hukuki Uyuşmazlıkların Dava Şartı Arabuluculuğa Tabi Olması	83

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TIBBİ MALPRAKTİSTEN DOĞAN HUKUKİ UYUŞMAZLIKLARDA DAVA ŞARTI ARABULUCULUK SÜRECİ VE ORTAYA ÇIKABİLECEK ÖZELLİKLİ DURUMLAR

I. TIBBİ MALPRAKTİSTEN DOĞAN HUKUKİ UYUŞMAZLIKLARDA DAVA ŞARTI ARABULUCULUK SÜRECİ	86
A. Tıbbi Malpraktisten Doğan Uyuşmazlıkların Dava Şartı Arabuluculuğa Konu Olması Durumunda Uygulanacak Hükümler ve Sürecin Başlaması	86
1. Genel Olarak	86
2. Tıbbi Malpraktis Uyuşmazlıklarında Yetkili Arabuluculuk Bürosu ve Arabuluculuk Sürecinin Başlaması	87
3. Arabuluculuk Bürosunun Yetkisine İtiraz ve İncelenmesi	90
B. Tıbbi Malpraktis Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk Faaliyetinin Yürütülmesi	91
1. Arabuluculuk Toplantısına Davet ve Toplantının Yapılması	91
2. Arabuluculuk Faaliyetinin Süresi	92
C. Tıbbi Malpraktis Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk Sürecinin Sona Ermesi	93
1. Arabuluculuk Sürecinin Anlaşma ile Sona Ermesi	94
2. Arabuluculuk Sürecinin Anlaşma Dışında Başka Sebeplerle Sonuçlanması	97
II. ÖZELLİK ARZ EDEN TALEPLER BAKIMINDAN TIBBİ MALPRAKTİS UYUŞMAZLIKLARININ DAVA ŞARTI ARABULUCULUĞA KONU OLMASI	98
A. İcra İflas Hukukundan Kaynaklanan Talepler Bakımından Tıbbi Malpraktis Uyuşmazlıklarının Dava Şartı Arabuluculuğa Konu Olması	98
1. Doğrudan İcraya Başvurulması	98
2. İtirazın İptali Davası	98
3. Menfi Tespit Davası	101

B. Geçici Hukuki Korumalar Bakımından Tıbbi Malpraktis Uyuşmazlıklarının Dava Şartı Arabuluculuğa Konu Olması	102
1. Delil Tespiti Bakımından	102
2. İhtiyati tedbir ve İhtiyati Haciz Talepleri Bakımından	104
 III. TIBBİ MALPRAKTİS UYUŞMAZLIKLARININ DAVA ŞARTI ARABULUCULUK UYGULAMASINDA ORTAYA ÇIKABİLECEK SORUNLAR	104
A. Tıbbi Malpraktis Uyuşmazlıklarının Dava Şartı Arabuluculuğa Konu Olması Durumunun Arabuluculuğa Hâkim Olan Bazı İlke ve Kurallar Bakımından Değerlendirilmesi.....	105
1. Tarafların Eşitliği İlkesi Bakımından Değerlendirilmesi	105
2. İradilik İlkesi Bakımından Değerlendirilmesi.....	106
3. Arabuluculuk Sürecinde Maddi Hukuka İlişkin Değerlendirmeler Yapılmaması	106
4. Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve TBK m.75-76 Hükümleri Bağlamında Anlaşma Belgesinin Malpraktis Uyuşmazlıklarına Özgü Durumu .	107
B. UYGULAMADA ORTAYA ÇIKABİLECEK DİĞER SORUNLAR	110
1. Tıbbi Malpraktis Uyuşmazlıklarında Zararın Tespit Edilmesinin Zorluğu ve Tıbbi Bilirkişilik Kurumu Karşısında Arabuluculuk	110
2. Sağlık Hukuku Özelinde Uzman Arabuluculuğun Değerlendirilmesi.....	113
3. Hastanın Vefatı Durumunda Yakınları Tarafından İleri Sürülecek Taleplerin Arabuluculuğa Konu Olması	116
 SONUÇ.....	118
 KAYNAKÇA	122

KISALTMALAR LİSTESİ

a.e.	: Aynı eser
a.g.e	: Adı geçen eser
a.g.m	: Adı geçen makale
a.g.t.	: Adı geçen tez
AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Ankara Barosu Dergisi
aşa.	: Aşağıda
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AY	: Anayasa
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BAM	: Bölge Adliye Mahkemesi
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
Bkz.	: Bakınız
bs.	: Baskı
c.	: Cümle
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn.	: Dipnot

E.	: Esas
ed.	: Editör
f.	: Fıkra
Haz.	: Hazırlayan
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUAK	: 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu
HUAKY	: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İİK	: 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
K.	: Karar
Karş.	: Karşılaştırma
m.	: Madde
MİHDER	: Medeni Usul ve İcra-iflas Hukuku Dergisi
MÜHF- HAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
Ör.	: Örneğin
R.G.	: Resmi Gazete

s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SBE	: Sosyal Bilimler Enstitüsü
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TŞSTİDK	: Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun
TKHK	: 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
v.d.	: Ve diğerleri
Y.	: Yıl
Yarg.	: Yargıtay
YL	: Yüksek Lisans
yuk.	: Yukarıda
YÜHFD	: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
ZMMSS	: Zorunlu Mesleki Mali Sorumluluk Sigortası

GİRİŞ

Tezimizde tıbbi malpraktisten doğan hukuki uyuşmazlıkların Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun 73/A maddesi ve Türk Ticaret Kanunu m.5/A kapsamında dava şartı arabuluculuğa konu olması hususları incelenecektir. Konusu itibariyle özel hukuk disiplininde yer almayan tıbbi malpraktisten doğan cezai uyuşmazlıklar ve tıbbi hizmet kusurundan doğan idari uyuşmazlıklar çalışmamızın kapsamı dışında tutulacaktır.

Tıbbi malpraktisten doğan hukuki uyuşmazlıklar ve tıbbi malpraktisten doğan hukuki uyuşmazlıklarda görevli mahkeme başlıklı tezimizin birinci bölümünde, ilk olarak tıbbi müdahale ve tıbbi malpraktis ve komplikasyon kavramlarına değinilecek akabinde hasta ile hekim ve özel sağlık kurum veya kuruluşu arasındaki ilişkilerin hukuki nitelikleri incelenecektir. Daha sonra ise tıbbi malpraktisten doğan hukuki uyuşmazlıkların Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna 73/A maddesi mi yoksa Türk Ticaret Kanunu m.5/A kapsamında dava şartı arabuluculuğa mı tabi olacağı hususunu belirlemek adına tıbbi malpraktis uyuşmazlıklarında görevli mahkemeler ele alınacaktır.

Tıbbi malpraktisten doğan hukuki uyuşmazlıkların arabuluculuğa konu olması başlıklı tezimizin ikinci bölümünde ise, ilk olarak arabuluculuk kurumunun özellik ve niteliklerinden bahsedilmeye çalışılacak, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun gelişimi ve değişimi irdelenecektir. Tıbbi malpraktisten doğan hukuki uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişliliği hususuna yer verildikten sonra tıbbi malpraktis uyuşmazlıklarının dava şartı arabuluculuğa konu olması hususu incelenecektir.

Tezimizin üçüncü bölümde ise tıbbi malpraktisten doğan uyuşmazlıkların arabuluculuk sürecinde ortaya çıkabilecek özellikli durumların üzerinde durulacaktır. Bunun için ilk olarak tıbbi malpraktisten doğan hukuki uyuşmazlıkların dava şartı arabuluculuk süreci incelenecektir. Son olarak çalışmamızda tıbbi malpraktis uyuşmazlıklarının dava şartı arabuluculuğa konu olması arabuluculuğa hâkim olan bazı ilke ve kurallar bakımından irdelenecek ve uygulamada ortaya çıkabilecek diğer sorunlar ele alınacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

TIBBİ MALPRAKTİSTEN DOĞAN HUKUKİ

UYUŞMAZLIKLAR VE TIBBİ MALPRAKTİSTEN DOĞAN

HUKUKİ UYUŞMAZLIKLARDA GÖREVLİ MAHKEME

I. TIBBİ MÜDAHALE KAVRAMI VE TIBBİ

MALPRAKTİSTEN DOĞAN HUKUKİ UYUŞMAZLIKLAR

A. Tıbbi Müdahale ve Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu

Tıbbi malpraktis (hatalı tıbbi müdahale) kavramını açıklayabilmek için öncelikle tıbbi müdahale kavramı ve tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartlarından bahsetmek gereklidir. Bu sebeple tezimizin bu kısmında tıbbi müdahale ve tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartlarından bahsedilecektir.

1. Genel Olarak

Tıbbi müdahale, Hasta Hakları Yönetmeliği¹ m.4/g'de²; “*Tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan, sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak tıbbin sınırları içinde gerçekleştirilen fiziki ve ruhi girişim*” olarak tanımlanmıştır. Hekimler tarafından gerçekleştirilen her türlü tanı, teşhis, tedavi, ameliyat, tahlil, psikiyatrik muayene gibi girişimler bir tıbbi müdahale örneğini oluşturur.

Doktrinde birçok tıbbi müdahale tanımı yapılmıştır. Aşağıda görüleceği üzere bu tanımlarda, müdahalede bulunan kişiler ve müdahalenin yöneldiği amaçların kapsamı bakımından farklılaşmalar söz konusudur. Bir tanıma göre tıbbi müdahale, tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından doğrudan veya dolaylı olarak tedavi amacına yönelik olarak gerçekleştirilen her türlü faaliyettir³. Ancak belirtmek gerekir ki

¹ 01.08.1998 Tarih ve 23420 sayılı RG’de yayımlanan yönetmelik.

² Yönetmeliğin bahsi geçen bendi 08.05.2014 tarihli 28994 sayılı Hasta Hakları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelikle eklenmiştir.

³ Mehmet Ayan, **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk**, Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara, 1991, s. 5; Hatice Sarıtaş, **Hasta Hakları Açısından Hekimin Sorumluluğu**, Bilge Yayınevi

günümüzde tedavi amacı taşımayan, örneğin sadece estetik kaygılara yönelik olarak yapılan pek çok tıbbi müdahale bulunmaktadır. Bu sebeple kanaatimce bu tanım yeterli değildir.

Diğer bir tanımda ise tıbbi müdahalenin yöneldiği amaç daha kapsamlı tutulmuş ve tıbbi müdahale;

“Tıp mesleğini icraya kanunen yetkili kimseler tarafından kişilerin bedensel fiziksel veya psikolojik bir hastalığını, noksanlığını teşhis ve tedavi etmek yahut hafifletmek ya da acılarını dindirmek veya onları böyle bir rahatsızlıktan korumak ya da nüfus planlaması amaçları kapsamında, tıp biliminin genel kabul görmüş kural ve esaslara uygun olarak gerçekleştirilen en basit teşhis ve tedavi yöntemlerinden başlayarak en ağır cerrahi müdahalelere kadar uzanan her çeşit faaliyet”

olarak tanımlamıştır⁴.

Diğer bir tanım ise tıbbi müdahaleyi kişi ve amaç bakımından sınırlandırmamış, *“insan üzerinde tıp biliminin uygulanması ile ilgili yapılan her türlü müdahalenin”* tıbbi müdahale olduğunu ifade etmiştir⁵. Kanaatimce de tıbbi müdahale kavramı müdahalede bulunan kişi ve amaç ile sınırlandırılmamalıdır. Zira tıbbi müdahale, sadece kanunen icraya yetkili kişiler (hekimler) tarafından değil diğer sağlık personeli tarafından da yapılabilmektedir⁶. Bunun yanında acil durumlarda sağlık personeli dahi

Ankara, 2005, s. 18; Filiz İpekyüz Yavuz, **Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s. 22; Nazan Özkan, **Hekimin Hukuki Sorumluluğu**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2005, s. 4; Ahmet Kürşat Ersöz, “Tıbbi Müdahale Kavramı ve Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 5, S. 45, 2010, s. 106; Selvi Özçetin, Murat Balaban, **Sağlık Hukuku**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 43.

⁴ Köksal Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, İstanbul Sermet Matbaası, İstanbul, 1972, s. 24; Özlem Yenerer Çakmut, **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2003, s.24; Gültezer Erol Hatırnaz, **Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları**, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 109; Halide Savaş, **Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları (Tıbbi Müdahale)**, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s.25-27; Cüneyt Çilingiroğlu, **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 15.

⁵ Hakan Hakeri, **Tıp Hukuku**, 25. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 32; Caner Taştan, **Hekimin Kayıt Tutma Yükümlülüğü Kapsamında Tıbbi Kayıtlar**, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 8.

⁶ Funda Işık Özcan, **Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam**, Yayınlanmamış YL Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, 2008, s. 7; Aykut Cemil Aykın, Serkan Çınarlı, **Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 269.

olmayan kimseler tarafından ilk yardım faaliyeti de tıbbi müdahale kapsamında yer almaktadır⁷. 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San 'atlarının Tarzı İcrasın Dair Kanun⁸ m.3'e eklenen ek fıkra⁹, acil tıbbi yardım ve bakımla sınırlı olmak ve kanunda sayılan diğer şartları taşımak şartıyla Türk Silahlı Kuvvetleri, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığında görevli sağlık astsubaylarının hastaya müdahale edebileceği hüküm altına alınmıştır. Yargıtay da müdahaleyi uygulayan kişiden ve amaçtan bağımsız olarak tıp biliminin kuralları uygulanmak suretiyle yapılan her türlü müdahaleyi, tıbbi müdahale olarak kabul etmektedir¹⁰.

Tıbbi müdahaleler doktrinde pek çok farklı sınıflandırmaya tabi tutulmuştur¹¹. Bunlardan ilki müdahalenin tıp alanında yaygın bir uygulamaya kavuşmuş olup olmamasına göre geleneksel- yeni tıbbi¹² müdahaleler ayrımıdır. Diğer bir sınıflandırma ise tıbbi müdahalenin icra ediliş tarzına göre beden bütünlüğüne zarar veren¹³ ve zarar vermeyen¹⁴ tıbbi müdahaleler ayrımıdır¹⁵. Tıbbi müdahaleler amaçlarına göre; eğitim, önleme¹⁶, teşhis etme¹⁷, tedavi¹⁸, iyilik halini devam ettirme,

⁷ Işık Özcan, **a.g.t**, s. 8. Belirtmek gerekir ki, hekim ve sağlık personeli dışındaki kimselerin zorunluluk hali dışında müdahale bulunması 1219 sayılı kanunun ihlali ve meydana gelen sonuca göre kasten yaralama veya öldürme suçunu oluşturur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Hakan Hakeri, **Tıp Hukuku El Kitabı**, 24. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 132.

⁸ RG: 14.4.1928 S:863. Bahsi geçen kanundan bundan sonra kısaca TŞSTİDK olarak bahsedilecektir.

⁹ Bahsi geçen fıkra 21.6.2005 tarihli 5371 sayılı Kanun madde 7 ile eklenmiştir.

¹⁰ Y. 2. HD., E. 2014/149, K. 2014/8841, T. 14.04.2014 sayılı kararı (Yargıtay Karar Arama, E.T. 11. 03. 2022).

¹¹ Ayan, **a.g.e**, s. 16 vd. Tıp alanında yaygın bir uygulamaya kavuşmuş olup olmamasına göre, icra ediliş tarzına göre ve icra yerine göre sınıflandırmıştır.; Benzer bir sınıflandırma için bkz, Ali Türkmen, **Hasta ve Hekim Hukuku**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 41-48.

¹² Yeni tıbbi müdahalelere kök hücre tedavisi örnek olarak gösterilebilir. Bkz. Sümeyye Mırac Alışan Şahin, **Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezlerinin Hukuki Sorumluluğu**, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2021, s. 57.

¹³ Beden bütünlüğüne zarar veren tıbbi müdahalelere örnek olarak, cerrahi müdahaleler ve kan alma gösterilebilir.

¹⁴ Beden bütünlüğüne zarar vermeyen tıbbi müdahalelere örnek olarak psikoterapi gösterilebilir.

¹⁵ Savaş, **Tıbbi Müdahale**, s. 28.

¹⁶ Aşı ve koruyucu sağlık tedbirleri önleme amaçlı tıbbi müdahalelere örnek olarak gösterilebilir.

¹⁷ Röntgen, biyopsi gibi tıbbi müdahaleler teşhis etme amacına yönelik tıbbi müdahalelere örnek olarak gösterilebilir.

¹⁸ Estetik müdahaleler ve cinsiyet değişikliği müdahalelerinin tedavi amacına yönelik olup olmadığı konusu doktrinde tartışmalıdır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Savaş, **Tıbbi Müdahale**, s. 23; Berna Özpinar, "Tıbbi Müdahalelerde Kötü Uygulamadan Doğan Hukuki Sorumluluğun Sebepleri ve

toplumsal yaşama alıştırmaya¹⁹ gibi sınıflandırmalara tabi tutulmaktadır²⁰. Uygulayan kişiye göre tıbbi müdahaleler ise bizzat hekim tarafından uygulanan tıbbi müdahaleler, hekim yardımcıları tarafından hekimin denetim ve gözetiminde uygulanan tıbbi müdahaleler²¹ ve hekim dışındaki sağlık mesleği mensubu tarafından bizzat uygulanan²² tıbbi müdahaleler olarak sıralanabilir²³.

2. Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Şartları

AY m.17/f.2’de; “Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağı” hüküm altına alınmıştır. Benzer bir şekilde TMK m.24/f.2’ de ise²⁴; “Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırı” olduğu ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere Anayasa kişinin vücut bütünlüğüne ancak tıbbi zorunluluk ve kanunda yazılı hallerde dokunulabileceğini ifade ederken; TMK daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar yahut kanunun verdiği yetkinin kullanılması ile kişilik haklarına müdahaleye verilen rızanın geçerli olacağı hüküm altına almıştır. Bu sebeple kural

Sonuçları”, **ABD**, S. 3, 2008, s. 90. Estetik ameliyatlarının güzelleştirme amacının ruh sağlığını olumlu yönde etkilediği hususunda bkz. Ayan, **a.g.e.**, s. 34; Yenerer Çakmut, **a.g.e.**, s. 181; Fulya Çankaya, **Estetik Diş Hekimliği ve Estetik, Plastik ve Rekonstrüktif Cerrahide Hekimin Hukuki Sorumluluğu**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s. 21; Merter Özay, **Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006, s. 23. Cinsiyet değişikliği ameliyatlarının da aynı şekilde ruh sağlığını olumlu yönde etkilediğine dair görüşler mevcuttur. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Aydın Zevkliler, “Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları”, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 1983, Diyarbakır s. 35; Savaş, **Tıbbi Müdahale**, s. 27; Bayraktar, **a.g.e.**, s. 167; Yenerer Çakmut, **a.g.e.**, s. 181; Hasan Petek, “Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk”, **DEÜHFD**, C. 1, S. 1, 2006, s. 182; Nevzat Gürelli, “Hukuk Açısından Cerrahi Müdahalenin Sınırları”, **İÜHFD**, Y. 1979-1981, C. 45, S. 1-4, s. 270.

¹⁹ Fizik tedavi ve rehabilitasyon toplumsal yaşama alıştırmaya amaçlı tıbbi müdahalelere örnek olarak gösterilebilir.

²⁰ Savaş, **Tıbbi Müdahale**, s. 28.

²¹ Hekim yardımcılığı tarafından hekimin denetim ve gözetiminde uygulanan sonda takılması, ebenin gebe takibi bu duruma örnek olarak gösterilebilir.

²² Fizyoterapist, psikolog, röntgen teknisyeninin bizzat uyguladığı tıbbi müdahaleler bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Bkz. Halide Savaş, **Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumlulukları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, s. 55-58.

²³ Savaş, **Tıbbi Müdahale**, s. 27-29.

²⁴ 22.11.2001 kabul tarihli 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (RG:8.12.2001 S:24607).

olarak her türlü tıbbi müdahalenin hukuka aykırı olduğu söylenebilir²⁵. Zira her türlü tıbbi müdahale; kişinin bedensel, ruhsal bütünlüğüne, sağlık ve yaşam hakları gibi kişisel değerlerine yönelik olması sebebiyle aslı itibarıyla kişilik haklarına bir müdahaledir²⁶.

Doktrinde ve Yargıtay kararlarında²⁷, tıbbi müdahalelerin hukuka uygun olması için taşınması gereken birtakım şartlar sayılmıştır. Bunlar; müdahalenin tıp mesleğini kanunen icraya yetkili bir hekim tarafından yapılması, hastanın aydınlatılmış rızasının bulunması ve müdahalenin tıp biliminin objektif ve sübjektif sınırları içerisinde kalmasıdır²⁸.

a. Tıbbi Müdahalenin Kanunen İcraya Yetkili Kimse Tarafından Yapılması

Tıbbi müdahale kanunen icraya yetkili kimseler tarafından yapılmalıdır²⁹. TŞSTİDK m.1'e göre; "*hasta tedavi edebilmek için tıp fakültesi diplomasına sahip olmak şarttır*". Hekimlik yapabilmek için aranan bir diğer şart ise; 6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu³⁰ m.7'ye göre tabipler odasına kayıtlı olmak ve hekimlik mesleğinin icrasına geçici veya sürekli engel hali bulunmamaktır³¹. TŞSTİDK Ek Madde 13'te³² ise; hekimler ve dış hekimleri dışındaki sağlık meslek mensuplarının

²⁵ Elif Irmak Kılıç, **Tıbbi Müdahaleler Nedeniyle Hekimlere Açılan Tazminat Davalarında Usuli Sorunlar**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, 2014, s. 8; Zevkliler, **a.g.m.**, s. 20.

²⁶ Altay, **a.g.m.**, s. 407-421, Zevkliler, **a.g.m.**, s. 20.

²⁷ 4. Hukuk Dairesi E. 1976/6297, K. 1977/2541, T. 7.3.1977 sayılı kararı (Kazancı, E.T. 22.06.2022).

²⁸ Kanunen öngörülen amaç Yargıtay kararında ifade edilmemiştir. Doktrinde bu kavrama yer veren yazarlar için bkz. Aysun Altunkaş, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Koşulları, **II. Ulusal Sağlık Hukuku "Tıbbi Müdahalenin Hukuki Yansımaları"** Ed. (Aysun Altunkaş, İpek Sevdâ Söğüt, Hamide Tacir, Sempozyumu, Seçkin Hukuk, 2015, Ankara, 54 vd.; Savaş, **Tıbbi Müdahale**, s. 29-43. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Zeka Kayalı, **Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Tıbbi Müdahaleler**, Yayınlanmamış YL tezi İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, İstanbul, 1996.

²⁹ Hayrunnisa Özdemir, **Sağlık Hukuku Alanında Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 39.

³⁰ (RG:31.01.1953, S.8323)

³¹ TŞSTİDK m. 28.

³² Ayrıca kanunun 3. maddesinde sağlık memurlarının, 47. maddesi ve devamında ebelerin, m. 63 ve devamında ise hasta bakıcıların belirli tıbbi müdahalelerde bulunabilecekleri hüküm altına alınmıştır.

hastalıklarla ilgili doğrudan teşhis ve tedavi yapamayacağı, reçete yazamayacağı hüküm altına alınmıştır³³.

b. Tıbbi Endikasyon (Tıbbi Zorunluluk)

Tıbbi endikasyon, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartları arasındadır³⁴. Tıbbi endikasyon, tıp literatüründe, tıbben belirli bir müdahalede bulunmayı gerektiren özel durumdur³⁵. Yukarıda bahsedildiği üzere AY m.17/2’de tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu için tıbbi zorunluluk yahut kanuni dayanak olması gerektiği ifade edilmiştir. Benzer bir şekilde Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi³⁶ m.13/3’ te; “*tabip ve dış tabiplerinin, teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın, hastanın arzusuna uyarak ve başka sebeplerle, akli veya bedeni mukavemetini azaltacak herhangi bir şey yapamayacağı*” ifade edilmiştir.

Tıbbi endikasyon olmadan yapılan tıbbi müdahalelerin kanuni dayanağı yoksa bu müdahaleler hukuka aykırıdır³⁷. Doktrinde bir görüş AY m.17/2’de yer alan tıbbi zorunluluk ifadesi ile yalnızca teşhis tedavi veya önleme/koruma amacıyla yapılan tıbbi müdahalelere izin verildiğini ifade etmektedir³⁸. Görüşlerine katılmış olduğum diğer bir görüşteki yazarlar ise tıbbi endikasyon kavramını geniş yorumlayıp sosyal, psikolojik³⁹, dini⁴⁰, etik ve genetik olarak endikasyonların da hukuka uygunluk kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir⁴¹. Dünya Sağlık Örgütü

³³ İntörn hekimlerin hekim olmadığı ve sorumluluklarının yardımcı şahsın sorumluluğu kapsamında olduğuna dair ayrıntılı bilgi için bkz. Hakeri, **El Kitabı**, s. 122 vd. Bazı müdahalelerde uzmanlık şartı aranması husunda bkz. Hakeri, **Tıp**, s.125 vd.

³⁴ Mehmet Demir, **Tıbbi Sorumluluk Hukuku**, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 80.

³⁵ Demir, **a.g.e**, s. 80; Hakeri, **Tıp**, s. 178-180.

³⁶ (RG: 19.2.1960 S:10436)

³⁷ Hakeri, **Tıp**, s. 243; Demir, **a.g.e**, s. 81-83.

³⁸ Bayraktar, **a.g.e**, s. 83; Sevgi Akbenlioğlu, **Konsültan Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü**, Yayınlanmamış YL Tezi, Kadir Has Üniversitesi SBE, İstanbul, 2010, s. 140; Zeynep Ateş, **Küçüklerin Tıbbi Müdahaleye Rızası**, Yayınlanmamış YL Tezi, Kadir Has Üniversitesi SBE, İstanbul, 2010, s. 53.

³⁹ Estetik müdahalelerin çoğunlukla psikolojik endikasyonlarla yapıldığına dair bkz. Hakeri, **Tıp**, s. 606.

⁴⁰ Erkek çocuklarının sünnet edilmesi dini endikasyonlarla hukuka uygun olarak değerlendirilmektedir. Bkz. Hakeri, **Tıp**, s. 605.

⁴¹ Özay, **a.g.e**, s. 20 vd; Meral Ekici Şahin, **Ceza Hukukunda Rıza**, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 331, Abdülkadir Arpacı, “Özel Hukuk Açısından Tıbbi Müdahaleye Rıza Beyanı, Buna İlişkin

(WHO) sağlığı; yalnız hastalık veya sakatlığın olmaması değil, fiziksel, sosyal ve ruhsal iyilik hali olarak tanımlamaktadır. Tıbbi müdahaleler kişinin sağlığına kavuşması için tıp bilimi ile ilgili yapılan fiziksel, sosyal ve ruhsal girişimlerdir. Bu sebeple endikasyon kavramı geniş olarak yorumlanmalı ve kişilerin fiziksel, sosyal ve ruhsal iyilik haline kavuşması için yapılan tıbbi müdahaleler endikasyon kavramı içinde ele alınmalıdır.

c. Aydınlatılmış Onamın Alınması

Hastanın aydınlatılarak rızasının alınması hem özel hukuk hem de ceza hukuku bakımından tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getiren en temel koşullardan biridir⁴². Yapılması planlanan her türlü tıbbi müdahale öncesinde hasta ilgili personeli tarafından tıbbi müdahalenin konusu ve sonuçları bakımından aydınlatılmalı ve hastanın rızası alınmalıdır⁴³.

Kanun koyucu tıbbi müdahalenin hukuka uygun olması için sadece hastanın rızasının alınmasını yeterli bulmamış aynı zamanda hastanın yapılacak müdahalenin

Sorunlar, Çözüm Önerileri”, **YÜHFD**, 2009, C. 4, S. 2, s. 8; Akbenlioğlu, **a.g.t**, s. 159; Demir, **a.g.e**, s. 82; Doktrinde yer alan mutlak- nispi endikasyon ayrımı için bkz. Demir, **a.g.e**, s. 81.

⁴² Hakeri, **Tıp**, s. 133; Kılıç, **a.g.t**, s. 9; Atiye Uygur, **Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu**, Yayınlanmamış YL Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, Ankara, 2009, s. 55; Özge Yücel, “Medeni Hukuk Bakış Açısıyla Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Koşulları”, **Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları**, Ed. Özge yücel, Gürkan Sert, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 197 vd.

⁴³ Hasta Hakları Yönetmeliği (RG:01.08.1998 S:23420) m.4/1-ğ ve m.31. Adı geçen Yönetmelik bundan sonra HHY olarak anılacaktır. HHY m.15’te bilgilendirmenin kapsamı hüküm altına alınmıştır. Buna göre “*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) Gerektiğinde aynı konuda tıbbi yardıma nasıl ulaşabileceği,

hususlarında bilgi verilir.”

risk ve sonuçlar bakımından da aydınlatılmasını aramıştır⁴⁴. Bilgilendirme sade ve hastanın kültürel düzeyine uygun olarak anlayabileceği şekilde yapılmalıdır⁴⁵. Yargıtay da hukuken geçerli bir rızanın söz konusu olabilmesi için; “*kişinin, sağlık durumunu, yapılacak müdahaleyi ve etkileri ile sonuçlarını bilmesi bu konuda yeteri kadar aydınlanması ve serbest bir irade ile vermesi gerektiğini*” ifade etmektedir⁴⁶.

Hasta, rıza göstermeye ehil olmalıdır⁴⁷. Diğer bir deyişle yapılacak müdahalenin sonuç ve önemini kavrayacak düzeye sahip olmalıdır⁴⁸. TŞSTİDK m.70’te her türlü tıbbi müdahalede bulunabilmek için hasta tam ehliyetli⁴⁹ ise hastanın, hasta küçük ya da kısıtlı⁵⁰ ise veli yahut vasisinin rızasının alınması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Hastanın tam ehliyetsiz⁵¹ olması durumunda da yapılacak olan tıbbi müdahaleye kanuni temsilcileri tarafından rıza verilmelidir⁵².

Tıbbi müdahaleye rıza müdahaleden önce verilmelidir. Aydınlatmanın ne zamana kadar yapılması gerektiği hususunda ise, HHY m.18/5’te acil durumlar dışında bilgilendirmenin hastaya makul süre tanınarak yapılması gerektiği ifade edilmiştir. Makul süreden ne anlaşılması gerektiği hususunda hukukumuzda bir açıklık yoktur. Hasta Hakları Avrupa Statüsünde⁵³ aydınlatmanın müdahaleden en az 24 saat önce

⁴⁴ Uygur, **a.g.t.**, s. 55; Arpacı, **a.g.m.**, s. 11; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s.5 9; Hakeri, **Tıp**, s. 305.

⁴⁵ HHY m.18. Ayrıca bkz. Hasta Hakları Yönetmeliği⁴⁵ m.15’te bilgilendirme yükümlülüğünün kapsamı, m.18’de bilgi vermenin usulü, m.19’da bilgi verilmesi caiz olmayan ve tedbir alınması gereken haller, m.20’de ise bilgi verilmesinin yasaklanması durumu düzenlenmiştir.

⁴⁶ 4. HD, E. 1976/6297, K. 1977/2541, T. 07.03.1977 sayılı kararı. (Kazancı, E.T. 22.06.2022) Bu konuda ayrıca bkz. 3. HD, E. 2020/5711, K. 2021/5535, T. 26.05.2021 sayılı karar. (Kazancı, E.T. 22.06.2022)

⁴⁷ Özdemir, **a.g.e.**, s. 125.

⁴⁸ Bayraktar, **a.g.e.**, s. 130; Ayan **a.g.e.**, s. 11; Zarife Şenocak, **Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu**, AÜHFY, Ankara 1998, s. 38.

⁴⁹ Tam ehliyetli olmak için aranan şartlar; ayırt etme gücüne sahip olmak, ergin olmak ve kısıtlı olmamaktır. Bkz. 22.11.2001 Kabul Tarihli 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 9-13 (RG: 08.12.2001 S: 24607). Adı geçen Kanun bundan sonra TMK olarak anılacaktır.

⁵⁰ Hastanın küçük yahut kısıtlı olması halinde hasta sınırlı ehliyetsiz konumunda olacaktır.

⁵¹ Ayırt etme gücüne sahip olmayan kişiler tam ehliyetsiz grubuna girerler. Bkz. TMK m.14.

⁵² Özdemir, **a.g.e.**, s. 125.

⁵³ Statünün tam metni için bkz. https://ec.europa.eu/health/ph_overview/co_operation/mobility/docs/health_services_co108_en.pdf

yapılması gerektiği ifade edilmiştir⁵⁴. Doktrinde her türlü tıbbi müdahale için böyle bir sınırlama konulmasının yerinde olmadığı ifade edilmiştir⁵⁵. AYM bir kararında hastaya aydınlatma sonrasında rıza verip vermediğini açıklaması için uygun bir zaman tanınması gerektiğine hükmetmiştir⁵⁶.

Kural olarak rıza açıklaması herhangi bir şekle bağlı değildir⁵⁷. Büyük ameliyatlarda⁵⁸ ve insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve naklinde⁵⁹ rıza yazılı olarak alınmalıdır. Hekimin aydınlatma yükümlülüğüne aykırı davranması durumunda yapılan tıbbi müdahale hukuka aykırı olacaktır. Aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiğinin ispat yükü hekime aittir⁶⁰.

d. Müdahalenin Tıp Biliminin Verilerine Uygun Olarak Gerçekleştirilmesi

Tıbbi müdahalelerin ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir⁶¹. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m.13/1’de ise; hekim veya dış hekiminin teşhis ve tedavisini bilimsel kurallara uygun olarak gerçekleştirmek zorunda olduğu ifade edilmiştir.

⁵⁴ Hakeri, **Tıp**, s. 392.

⁵⁵ Ayan, **a.g.e**, s. 83.

⁵⁶ Bkz. AYM BB, B. No: 2015/2536, T. 4/7/2019.

⁵⁷ HHY m.28.

⁵⁸ TŞSTİDK m.70.

⁵⁹ TMK m.23/3.

⁶⁰ Ayan, **a.g.e**, s. 86; Hakeri, **Tıp**, s. 430. 11. HD., E. 2018/1849, K. 2019/7606, T. 28.11.2019 sayılı kararında; “Bu durumda mahkemece, sağlık hizmetinin verilmesinde tıbbi gereklere uygun teşhis, tedavi ve bakımı özenle yapma görevinin hekime ait olduğu, hastanın uygulanan ve diğer tanı, tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile hasta sağlığı üzerindeki muhtemel etkileri, komplikasyonları ve reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve riskleri konusunda bilgi edinme hakkının bulunduğu, bu bilgilendirmenin hekim tarafından hastanın sosyal ve kültürel düzeyine uygun olarak anlayabileceği şekilde yapılması gerektiği, hastayı bu şekilde aydınlatma yükümlülüğü bulunan hekimin, bu yükümlülüğünü mevzuata ve usule uygun şekilde yerine getirdiğini ispatlamak zorunda olduğu, ispat yükünün hekimde bulunduğu kabul edilerek, taraf delilleri toplanıp sonucuna göre karar vermek gerekirken yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi doğru olmamış, hükmün temyiz eden davacılar yararına bozulması gerekmiştir.” (Kazancı, E.T. 22.07.2022) Aynı şekilde bkz. 13. HD., E. 2019/23372, K. 2016/12469, T. 12.12.2019 sayılı karar. (Kazancı, E.T. 22.07.2022)

⁶¹ Avrupa Konseyi Biyotıp Sözleşmesi (Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetlerinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi) Mesleki Standartlar başlıklı 4.maddesi. Bahsi geçen sözleşme, 3 Aralık 2003 Tarih ve 5013 sayılı Kanunla onaylanması uyun görülmüş 16 Mart 2004 tarihinde onaylanmıştır. Sözleşme tam metni için bkz. <https://www5.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5013.html>

Hukuka uygun bir tıbbi müdahale için, tıp bilim ve sanatının genel kabul görmüş ilke ve kurallarına uyulmalıdır⁶². Doktrinde hekimin, uygulayacağı yöntemi seçmekte serbest⁶³ olsa da tıbben kabul edilmemiş, kanıtlanmayan yöntemlere başvurmaktan kaçınması gerektiği, geleneksel yöntemlerden bir sonuç alınmaması halinde yeni tıbbi müdahalelere başvurulması gerektiği ifade edilmiştir⁶⁴. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m.10'da ise; kural olarak hekimlerin yeni tıbbi müdahalelerin fayda ve zararlarından emin olmadıkça uygulamamaları gerektiği hüküm altına alınmıştır. Yeteri kadar tecrübe edilmemiş, ancak başarı şansı yüksek olan, yeni bir tıbbi müdahale hastanın aydınlatılması suretiyle uygulanabilecektir.

B. Tıbbi Komplikasyon ve Tıbbi Malpraktis Kavramları

Hekimin hukuki sorumluluğunun belirlenmesinde malpraktis- komplikasyon ayrımı oldukça önemli bir yer teşkil etmektedir. Bu sebeple tezimizin bu başlığı altında tıbbi komplikasyon ve malpraktis kavramlarına yer verilecektir.

1. Tıbbi Komplikasyon (İzin Verilen Risk)

Komplikasyonlar, malpraktisten farklı olarak tıbbi müdahalenin doğasından kaynaklanan, gerekli dikkat ve özen gösterilse bile meydana gelen olumsuz sonuçlardır⁶⁵. Tıbbi müdahale sırasında oluşabilecek komplikasyonlar aydınlatma yapılırken hastaya bildirilmelidir.

Enfeksiyon, felç, hücre kanlanması gibi durumlar komplikasyon örneği oluşturabilir⁶⁶. Ancak belirtmek gerekir ki komplikasyon- malpraktis ayrımı her somut olayın durum ve koşullarına göre belirlenmelidir⁶⁷. Aynı tıbbi olgu hasta ve/veya

⁶² Ayan, **a.g.e.**, s. 12; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s. 33.

⁶³ Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m.6.

⁶⁴ Alişan Şahin, **a.g.e.**, s. 62; Fatma Işıl Güney Tunalı, **Hekimin Tıbbi Müdahalede Bulunma Yükümlüğünün Sınırları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 320; Yasemin Yılmaz, **Özel Hastane İşleticisinin Hastaneye Kabul Sözleşmesi Çerçevesinde Yürütülen Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Sorumluluğu**, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 21.

⁶⁵ Demir, **a.g.e.**, s. 86; Zeynep Özcan, Ayşe Betül Özcanoglu, "Yargıtay İçtihatları Işığında Malpraktis Komplikasyon Ayrımına Bağlı İspat Sorunları", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Y. 8, S. 16, 2020, s. 297; Fatih Birtek, "Tıbbi Müdahaleler Açısından Komplikasyon- Malpraktis Ayrımı", **İBD**, C. 81, S. 5, Y. 2007, s. 2001.

⁶⁶ Demir, **a.g.e.**, s. 87.

⁶⁷ Demir, **a.g.e.**, s. 89.

hastalığa özel durumlar nedeniyle kimi zaman komplikasyon olarak nitelendirilebileceği gibi kimi zaman malpraktis olarak nitelendirilebilir⁶⁸. Örneğin, hastada ameliyat sırasında kanama ortaya çıkmış olması, hastanın pıhtılaşma kontrolü yapılmaksızın ameliyata alınması durumunda malpraktis teşkil edecekken, gerekli tüm kan ve testleri yapıldıktan sonra ameliyata alınması durumunda oluşması halinde ise komplikasyon teşkil edecektir⁶⁹.

Kural olarak hekim komplikasyonlardan sorumlu tutulmaz⁷⁰. Ancak komplikasyon sayılan her durumda sorumsuzluk kendiliğinden ortaya çıkmaz. Hekimin sorumluluğun doğmaması için oluşan komplikasyonda hekimin kusuru olmaması, gerekli önlemleri almış olması ve tıbbi müdahaleyi tıp biliminin gereklerine uygun bir şekilde yerine getirmiş olması gerekir⁷¹. Hekimin sorumluluğu ancak kusurlu uygulama hatasından doğar⁷². Hekimin komplikasyonlardan sorumlu tutulmamasının bir diğer şartı ise, tıbbi müdahale sırasında ve sonrasında kusur olmasa dahi meydana gelme ihtimali bulunan olumsuz sonuçlar bakımından hastanın aydınlatılmış onamının alınmış olmasıdır⁷³.

⁶⁸ Demir, **a.g.e**, s. 88.

⁶⁹ Demir, **a.g.e**, s. 88. YHGK, E. 2017/ 132244, K.2021/961, T. 7.7.2021 sayılı kararında; “Eldeki hukuk davasında ise mahkemece dosya Adli Tıp Kurumu Genel Kuruluna gönderilmiş, 11.07.2013 tarihli raporda tıbbi süreç anlatılmış, herhangi bir gerekçe ve değerlendirme yapılmaksızın sonuç kısmında uterus ve bağırsak perforasyonunun kürtaj işleminin görülebilecek komplikasyonu olduğu, zamanında tanısının ve tedavisinin yapıldığı, sevk kararının da uygun olduğu, kürtaj işlemi ile ölüm arasında illiyet bağı var ise de kişinin muayene, takip ve tedavisine katılan hekim ve ... personeline atfi kabil kusur bulunmadığından ölüm olayından sorumlu tutulamayacakları mütalaa edilmiştir.” (Kazancı, E.T. 22.07.2022)

⁷⁰ Özcan, Özcanoglu, **a.g.m**, s. 290; Fatih M. Yavuz, **Malpraktis Komplikasyon Ayrımı A’dan Z’ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2007, s. 97.**

⁷¹ Demir, **a.g.e**, s. 90; Yargıtay HGK., E. 2017/13680, K. 2021/449, T. 8.4. 2021 sayılı kararında; *Tıbbi faaliyetinin kusurlu ifası meslek hatası (malpraktis) olarak ifade edilmektedir. Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 13. maddesine göre malpraktis bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeniyle bir hastanın zarar görmesidir. Malpraktis, komplikasyon kavramından farklıdır. Komplikasyon hekimin tıbbi müdahaleyi gerçekleştirirken her şeyi doğru yapmasına rağmen yine de istenmeyen bir sonucun meydana gelmesidir ve komplikasyonun iyi ve doğru yönetilmiş olması kaydıyla, istenmeyen sonucun ortaya çıkmasında tıp ilminin genel kurallarının kusurlu ihlali söz konusu olmadığından hekimin sorumluluğu doğmayacağı*” yönünde hüküm kurmuştur. (Kazancı, E.T. 22.07.2022)

⁷² Hakeri, **Tıp**, s. 338.

⁷³ **A.e.**

2. Tıbbi Malpraktis (Tıbbi Uygulama Hatası)

Malpraktis kavramı genellikle tıp hukukuna özgü bir kavrammış gibi düşünülse de herhangi bir meslek mensubunun, kendisinden beklenen bilgi ve beceriyi gösteremeyerek hizmetten yararlanan kimseye zarar vermesi olarak tanımlanmaktadır⁷⁴. Tıbbi malpraktis ise hekimlerin, tıbbi müdahalelerde bulunurken ortalama ve basiretli bir meslek mensubunun göstermesi gereken bilgi beceri ve özeni göstermeyip, kusurlu bir şekilde, hastayı zarara uğratmalarındır⁷⁵.

Türk Tabipler Birliği Etik Kuralları⁷⁶ m.13'e göre; "*bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeniyle bir hastanın zarar görmesi hekimliğin kötü uygulanması*" diğer bir deyişle "malpraktis" teşkil edecektir. Tıbbi malpraktis (tıbbi uygulama hatası) olarak ifade edilebilen tıbbi meslek kusuru, hekimin hukuksal sorumluluğunun temelini oluşturmaktadır. Tıbbi malpraktis⁷⁷, komplikasyonların aksine gerekli müdahale ve özenle önlenebilir olumsuz sonuçların, tıbbi standartlardan sapma, hatalı davranış veya ihmal yahut beceri eksiliği nedeniyle meydana gelmesidir⁷⁸. Tıbbi malpraktis, komplikasyondan farklı olarak hekimin kusuru sonucu oluşur⁷⁹.

Tıbbi malpraktis ihmal ile doğabileceği gibi icrai bir davranışla da doğabilir⁸⁰. Örneğin göğüs ağrısı şikâyeti ile gelen hastaya kalp grafisi çekilmeden kas spazmı

⁷⁴ Bkz. Özçetin, Balaban, **a.g.e.**, s. 3; Ali Rıza Tümer, **Cerrahi Branşlar Açısından Hukuki Sorumluluklar ve Malpraktis**, Matsis Matbaa, Ankara, 2013, s. 130; Ayrıntılı bilgi için bkz. Hatice Nur Aktaş İncel, **Tıbbi Malpraktis Sorumluluk ve Komplikasyon**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022; Ulaş Can Değdaş, "Hatalı Tıbbi Uygulamadan (Malpraktis) Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk", **Anadolu Üniversitesi HFD**, C. 1, S. 6, 2018, s. 63; Hüseyin Cem Barlıoğlu, **Defansif Tıp Unsuru Olarak Tıbbi Malpraktis**, , Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 26.

⁷⁵ Uygur, **a.g.t.**, s. 297.

⁷⁶ https://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&id=65 (E.T. 15.04.2022)

⁷⁷ Bkz. Özçetin, Balaban, **a.g.e.**, s. 3; Tümer, **a.g.e.**, s. 130.

⁷⁸ Savaş, **Tıbbi Müdahale**, s. 282; Oğuz Polat, **Tıbbi Uygulama Hataları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 32; Nesime Yayıcı, "Komplikasyon ve Malpraktis Ayrımı," **T.C. Kadir Has Üniversitesi Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu**, İstanbul, 2011, s. 33.

⁷⁹ Demir, **a.g.e.**, s. 83. Bkz. HGK, E. 2017/13-2244, K. 2021/961, T. 7.7.2021 sayılı karar (Kazancı, E.T. 22.06.2022)

⁸⁰ Hakeri, **Tıp**, s. 339. Bkz. 13.HD., E. 2016/26796, K. 2019/10302, T. 22.10.2019 sayılı kararında; "Fiziki muayene veya ileri tetkik (MR, ultrason) yapılarak rahatsızlığın anlaşılıp anlaşılamayacağının belirlenmesi önem arz etmektedir. Öyle ki, bu tetkiklerin yapılmaması hastanın hastalığının tesbit edilmemesine neden olmuşsa hekim sorumlu olacaktır. O halde, bu konuda yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda özen gösterilip gösterilmediği, yapılması gerekenle, yapılanın uyuyup uyuyamadığı açıklamalarına yer verilecek şekilde, tüm deliller birlikte değerlendirilerek, yapılması gerekenle

teşhisi ile evine gönderilmesi ve hastanın kısa bir süre sonra vefat etmesi ihmal yoluyla gerekli olan müdahalenin yapılmaması nedeniyle oluşan bir tıbbi uygulama hatasıdır⁸¹. Tekniğe aykırı enjeksiyon yapımı sonucu hastada birtakım sakatlanmaların meydana gelmesi ise hatalı icrai davranış sonucu meydana gelen tıbbi uygulama hatası örneği teşkil eder⁸².

C. Tıbbi Malpraktisten Doğan Uyuşmazlıklar

Tıbbi malpraktis uyuşmazlıklarının hukuki, cezai ve kamu kurum veya kuruluşlarında çalışan hekim tarafından gerçekleştirilmesi durumunda ise idari boyutu mevcut olabilmektedir. Tezimizin asıl konusu tıbbi malpraktisten doğan hukuki uyuşmazlıklar oluşturmakla birlikte konunun sınırlarının belirlenmesi adına tıbbi malpraktisten doğan cezai ve idari uyuşmazlıklardan kısaca bahsedilecektir.

1. Tıbbi Malpraktisten Doğan Hukuki Uyuşmazlıklar

Bağımsız çalışan yahut özel sağlık kurum ve kuruluşunda çalışan hekimin tıbbi müdahale sırasında hastaya verdiği zararların tazmini tıbbi malpraktisten doğan hukuki uyuşmazlıklar kapsamındadır. Hastanın, hekime/ özel sağlık kurum veya

yapılan müdahale ve tedavinin ne olduğu, tıbbın gerek ve kurallarına göre olayda doktor ve hastaneye kusur izafe edilip edilmeyeceğinin” tespitinin gerektiği yönünde hüküm kurmuştur. (Kazancı, E.T. 22.06.2022)

⁸¹ Birtok, **a.g.m**, s. 2004. Bkz. YHGK., E. 2009/ 13393, K. 2009/452, T. 21.10.2009 sayılı kararında “Somut olay bakımından, yakın gözlem altında bulundurulması gereken hastanın, intiharının engellemesi için sürekli bir şekilde hastaya refakat edecek bir uzman hastane personelinin görevlendirilmediği, böylece davalı hastanenin, tıbbi hizmet kapsamında değerlendirilen bakım hizmetini (borcunu-edimini) gereği gibi yerine getirmediği anlaşılmaktadır. Bu şekildeki borca aykırılık, davalı hastanenin bakım hizmeti kapsamında değerlendirilen “organizasyon kusuru” olarak karşımıza çıkmaktadır. Davalı hastane işleteninin organizasyon kusuru olarak karşımıza çıkan borca aykırı davranışı ile hastanın intiharı sonucu meydana gelen ölüm olayı arasında uygun illiyet bağının varlığının kabulü zorunludur. Yukarıya aynen alınan yasal mevzuat hükümlerinde belirtildiği gibi, kendisine zarar verecek hastanın, durumuna uygun odalar tahsis edilmekle birlikte, odaların hastanın zarar görmesini engelleyecek nitelikte olması da şart koşulmuştur. Bu bağlamda, odalarda özellikle elektrik anahtarı ve prizinin bulunması da yasaklanmıştır. Davalı hastane işleteni, olay yerinde bulundurmaması gereken televizyon anten kablosunun hasta tarafından ele geçirilmesine engel olmayarak, kendisini bağlayan emredici hukuk kurallarına da aykırı davranmıştır. Ayrıca Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 37. maddesinde öngörülen hastanın can güvenliğini sağlama görevini de bu konuda gerekli tedbirleri almayarak yerine getirmediği anlaşılmaktadır. Böylece, hastanın intiharını engelleyecek yeterlikte ve nitelikte tedbirleri almayarak davacıların murisinin intiharını gerçekleştirmesine engel olamadığı gibi, bu konudaki emredici hukuk kurallarına da aykırı davranıştan davalı hastane işleteninin, davacılarla karşı tazminatla sorumlu olduğu her türlü duraksamadan uzaktır.” (Kazancı, E.T. 22.06.2022)

⁸² Birtok, **a.g.m**, s. 2005.

kuruluşuna yönelik tazminat talepleri, TTK m. 1478 kapsamında doğrudan sigorta şirketine başvurusu ve özel sağlık kurum veya kuruluşu/hekim-sigorta şirketi arasındaki rücu ilişkileri tıbbi malpraktisten doğan hukuki uyuşmazlıklara örnek olarak gösterilebilir.

2. Tıbbi Malpraktisten Doğan Cezai Uyuşmazlıklar

Her türlü tıbbi müdahale, kişinin bedensel ve ruhsal bütünlüğüne yönelik olması ve kişinin sağlık ve yaşam hakkı gibi kişisel değerlerini etkilemesi sebebiyle kişilik haklarına bir müdahaledir⁸³. Bu sebeple kural olarak her türlü tıbbi müdahalenin hukuka aykırı olduğu söylenebilir⁸⁴. Tıbbi müdahaleler ancak belirli şartların mevcudiyeti halinde hukuka uygun hale gelecektir. AY m.17/2’de; “*Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağı*” hüküm altına alınmıştır.

Hekimler tıbbi müdahalede bulunurken kasten öldürme, kasten yaralama, ihmali davranışla kasten öldürme, taksirle öldürme gibi suçlar meydana gelebilir⁸⁵. Hekimlerin cezai sorumluluğunun doğabilmesi için suçun maddi ve manevi unsurlarının oluşması gerekir⁸⁶.

7046 Sayılı Türk Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun⁸⁷ m. 14 ile 3359 Sayılı Sağlık Hizmetleri Kanunu’na⁸⁸ eklenen Ek Madde 18

⁸³ Mustafa Dural, Tufan Ögüz, **Türk Özel Hukuku C. II Kişiler Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021, s. 104; Sabah Altay, “Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu Bakımından Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rıza”, **IV. Sağlık Hukuku Kongresi**, Ed. İ. Hamit Hancı, Yener Ünver, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 407-421; Zevkliler, **a.g.m.**, s. 20.

⁸⁴ Kılıç, **a.g.t.**, s. 8.

⁸⁵ Hakeri **Tıp ve Sağlık Hukuku El Kitabı**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 415; Hamide Zafer, “Tıbbi Müdahaleden Doğan Cezai Sorumluluk”, **II. Ulusal Sağlık Hukuku “Tıbbi Müdahalenin Hukuki Yansımaları” Sempozyumu**, Ed. Hamide Tacir, İpek Sevda Söğüt, Aysun Altunkaş, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 134.

⁸⁶ Kamu hukukunu ilgilendirmesi ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği hususlardan olmadığı için malpraktisten doğan cezai uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir. Bkz. HUAK m. 1/2.

⁸⁷ Kabul Tarihi: 12.5.2022. RG: 27.05. 2022, S.31848. Bahsi geçen kanundan bundan sonra kısaca “7046 sayılı Kanun” olarak bahsedilecektir.

⁸⁸ RG: 15.05.1987 S: 19461. Bahsi geçen kanundan bundan sonra kısaca “3359 sayılı Kanun” olarak bahsedilecektir.

hükmüyle⁸⁹ birlikte artık yalnızca kamuda çalışan hekimler bakımından değil, özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan hekimler bakımından da soruşturma başlatılması izne tabi tutulmuştur. Soruşturma izni vermeye yetkili makam, Sağlık Bakanlığı bünyesinde kurulan Mesleki Sorumluluk Kurulu olarak kabul edilmiştir.

3. Tıbbi Hizmet Kusurundan Doğan İdari Uyuşmazlıklar

Devlet⁹⁰ sağlık hizmetinin sunulmasının asli sorumlusu olup, özel sağlık kurum ve kuruluşlarını tek elden planlayıp denetlemekle sorumludur⁹¹. Hastanın kamu sağlık kurum veya kuruluşlarında⁹² çalışan hekime başvurusu durumunda taraflar arasındaki ilişki, kamu hukuku ilişkisidir⁹³. Bu ilişkide hekim kamu görevlisi, hasta ise sağlık hizmetinden yararlanan bireydir⁹⁴. Bu kamu hizmetinin görülmesi, hizmetin

⁸⁹ Hükme göre; “Yükseköğretim Kanununun 53 üncü maddesinde yer alan soruşturma usulüne tabi olanlar hariç olmak üzere, kamu veya özel sağlık kurum ve kuruluşları ve vakıf üniversitelerinde görev yapan hekim ve diş hekimleri ile diğer sağlık meslek mensuplarının sağlık mesleğinin icrası kapsamında yaptıkları muayene, teşhis ve tedaviye ilişkin tıbbi işlem ve uygulamalar nedeniyle yapılan soruşturmalar hakkında 2/12/1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uygulanır. Soruşturma izni, Sağlık Bakanlığı bünyesinde kurulan Mesleki Sorumluluk Kurulu tarafından verilir. Mesleki Sorumluluk Kurulu, özel sağlık kurum ve kuruluşları ve vakıf üniversitelerinde görev yapan hekim ve diş hekimleri ile diğer sağlık meslek mensupları bakımından il sağlık müdürlüklerinde görevli başkan veya yardımcılarını da ön inceleme yapmak üzere görevlendirebilir. Soruşturma izni verilmesine ilişkin 4483 sayılı Kanunun 7’nci maddesindeki süreler, iki kat olarak uygulanır. Mesleki Sorumluluk Kurulunun kararlarına karşı Ankara Bölge İdare Mahkemesine itiraz edilebilir.”

⁹⁰ 1982 Anayasasının 17., 56., ve 65. maddeleri devlete sağlık hukukuna ilişkin önemli yükümlülükler yüklemektedir. Sağlık Hizmetleri ve Çevrenin Korunması başlıklı AY m.56 hükmüne göre; “Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir. Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, iş birliğini gerçekleştirmek 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. Sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir.” AY m. 65 hükmüne göre ise; “Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.”

⁹¹ Yakup Gökhan Doğramacı, Zehra Zerrin Erkol, “Tüketici Hukukunun Hasta ve Hekim Haklarına Etkisi”, Tüketici Hukukunun Hasta ve Hekim Haklarına Etkisi, **IV. Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi**, Ed. Hamit İ. Hancı, Yener Ünver, 2018, s. 693; Ayrıca bkz. Sinan Seçkin, **Özel Hastanelerin Ruhsatlandırılması ve Denetlenmesi**, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

⁹² Yargıtay’a göre vakıf üniversiteleri hastanelerinde meydana gelen tıbbi malpraktis uyuşmazlıklarında idari yargı görevlidir. Bkz. HGK, E. 2014/ 13366, K. 2015/1339, T. 13.5. 2015 sayılı karar.

⁹³ Özge Yücel, “Hasta ve Hekim ile Sağlık Hizmeti Sunucusu Arasındaki Hukuksal İlişkinin Niteliği”, **Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları**, Ed. Gürkan Sert, Özge Yücel, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 235.

⁹⁴ A.e.

örgütlenmesi ve sunulması sırasında malpraktis meydana gelmesi hizmet kusuru kavramıyla açıklanmaktadır⁹⁵.

AY m. 125 hükmüne göre; idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. AY m. 129/4 gereği ise; “*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*”. Buna göre hastanın tedavisi kamu sağlık kurum veya kuruluşunda çalışan bir hekim tarafından gerçekleşmiş ve bir malpraktis oluşmuşsa bu durumda hasta, AY m. 125 ve m. 129/4 hükümleri doğrultusunda zararının tazmin edilmesi için idareye karşı tam yargı davası açmalıdır.

7046 sayılı Kanun m. 14 ile 3359 sayılı Kanunu’na eklenen Ek Madde 18’in devamında yer alan hükümler doğrultusunda⁹⁶ artık kamuda çalışan hekimler bakımından idarece ödenen tazminat doğrudan hekime rücu edilmeyecektir. Mesleki Sorumluluk Kurulu zararın hekime rücu edilip edilmeyeceğine ve rücu miktarına karar verecektir.

D. Tıbbi Malpraktisten Doğan Hukuki Uyuşmazlıklarda Taraflar

1. Teşhis ve Tedavi Edimini Sunan Taraf

a. Hekim

Hasta, teşhis ve tedavi edimlerini gerçekleştirmesi için bir hekime ihtiyaç duyar. Hastanın doğrudan bağımsız çalışan bir hekime başvurması durumunda teşhis ve tedavi sözleşmesinin tarafları hasta ve hekim olacaktır. TŞSTİDK m.1’e göre; hasta tedavi edebilmek için tıp fakültesi diplomasına sahip olmak şarttır.

⁹⁵ Dilşad Çiğdem Sever, “Danıştay Kararları Işığında Sağlık Hizmetlerinden Dolayı İdarenin Sorumluluğu”, **Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları**, Ed. Gürkan Sert, Özge Yücel, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 265.

⁹⁶ Bahsi geçen maddede “...Kamu kurum ve kuruluşları ve Devlet üniversitelerinde görev yapan hekim ve diş hekimleri ile diğer sağlık meslek mensuplarının sağlık mesleğinin icrası kapsamında yaptıkları muayene, teşhis ve tedaviye ilişkin tıbbi işlem ve uygulamalar nedeniyle idare tarafından ödenen tazminattan dolayı ilgisine rücu edilip edilmeyeceğine ve rücu miktarına, ilgilinin görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanıp kullanmadığı ve kusur durumu gözetilerek Mesleki Sorumluluk Kurulu tarafından bir yıl içinde karar verileceği...” hüküm altına alınmıştır.

Hekimler bağımsız olarak çalışabileceği gibi özel sağlık kurum veya kuruluşunda da çalışabilirler. Özel sağlık kurum veya kuruluşunda çalışan hekimler işçi statüsünde istihdam edilmektedir. Ancak 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Ek madde 10⁹⁷ hükmü⁹⁸ yürürlüğe girdikten sonra pek çok özel sağlık kurum ya da kuruluşu, yalnızca hekimin sorumluluğunun gündeme gelmesi için, hekimlere şirket kurdurarak hekimlerden hizmet alma yoluna gitmiştir⁹⁹. Bu durumda taraflar arasında görünüşte hizmet alım sözleşmesi olsa da aslında iş sözleşmesinin unsurları mevcut olduğundan iş sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanacaktır.¹⁰⁰

b. Özel Sağlık Kurum veya Kuruluşu

Sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması başlıklı Anayasa m.56 hükmünde devlete, sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesi ödevi yüklenmiştir. Devlet bu ödevini kamu ve özel sağlık kurum ve kuruluşlarından yararlanarak ve onları denetleyerek yerine getirebilecektir¹⁰¹. Özel sağlık kuruluşları ayakta teşhis ve tedavi

⁹⁷ 4/4/2015 Tarihli 6645 sayılı Kanun'un 49.maddesiyle yürürlüğe girmiştir.

⁹⁸ 5510 sayılı Kanuna Ek madde 10; “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.”

⁹⁹ Hakeri, **Tıp**, s. 1062.

¹⁰⁰ **A.e.** Bu durumda muvazaa yaptırımı uygulanacaktır. Bkz. 9. HD., E. 2017/22761, K. 2017/12772, T. 11.9.2017 sayılı kararında taraflar arasında görünüşte hizmet alım sözleşmesi olsa dahi iş sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanacağını ifade etmiştir. (Kazancı, E.T.22.06.2022)

¹⁰¹ Bir kamu hizmeti olan sağlık hizmetini verecek kuruluşları ve sektörü planlama, düzenleme ve denetleme yetkilerinin devletin tekelinde olduğu, özel sağlık kurum ve kuruluşlarından faydalanabileceği, bu durumun kamu hizmetinin özel hukuk kişilerince görülmesi kapsamında olduğuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Hüseyin Melih Çakır, **Sağlık Hizmetlerinin Özel Hukuk Kişileri Tarafından Yürütülmesi**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.

hizmeti sunan yerlerdir¹⁰². Özel poliklinikler, tıp merkezleri özel sağlık kuruluşlarına örnek olarak gösterilebilir¹⁰³. Özel sağlık kurumları ise yataklı hizmet sunan özel hastanelerdir¹⁰⁴.

Hasta teşhis ve tedavi edimlerini gerçekleştirmesi için bağımsız çalışan bir hekime başvurabileceği gibi doğrudan özel bir sağlık kurum veya kuruluşuna da başvurabilir. Bu durumda teşhis ve tedavi sözleşmesinin tarafları hasta ile özel sağlık kurum veya kuruluşu olacaktır. Hastanın teşhis ve tedavi edimlerini özel sağlık kurum veya kuruluşu bünyesinde gerçekleştiren hekim ise TBK m. 116 kapsamında ifa yardımcısı konumunda olacaktır.

2. Teşhis ve Tedavi Edimini Talep Eden Taraf

a. Hasta

Dünya Sağlık Örgütü (WHO) sağlığı; yalnız hastalık veya sakatlığın olmaması değil, fiziksel, sosyal ve ruhsal iyilik hali olarak tanımlamaktadır. Hasta Hakları Yönetmeliği m.4'te hasta deyimi ile *“sağlık hizmetinden faydalanma ihtiyacı bulunan kimsenin ifade edildiği”* belirtilmiştir. Hasta, tıbbi müdahaleye rıza gösteren, müdahalenin pasif tarafını oluşturan kişi olarak tanımlanabilir¹⁰⁵. Tıbbi malpraktisin hastanın beden ve şahıs varlığına yönelik bir haksız bir eylem olması sebebiyle hasta, tıbbi malpraktis uyuşmazlıklarının zarar gören tarafında yer almaktadır.

b. Hasta Yakını

Hastanın bilincinin kapalı olması, ayırt etme gücünün bulunmaması yahut küçük veya kısıtlı olması durumunda sağlık hizmetini talep eden hastanın kanuni temsilcisidir¹⁰⁶. Öte yandan TBK m.56/2'de; *“ağır bedensel zarar veya ölüm halinde,*

¹⁰² Özdemir, **a.g.e**, s. 58.

¹⁰³ Yücel, **Medeni Hukuk Bakış Açısı**, s.244, Özdemir, **a.g.e**, s. 58.

¹⁰⁴ Özdemir, **a.g.e**, s. 58. Hususi Hastaneler Kanunu m.1'de; *“Devletin resmi hastanelerinden ve hususi idarelerle belediye hastanelerinden başka yatırılarak tedavi etmek veya yeni hastalık geçirmiş zayıfları yeniden eski kuvvetlerini buluncaya kadar sıhhi şartlar içinde beslemek ve doğum yardımlarında bulunmak için açılan ve açılacak olan sağlık yurtlarının”* özel hastanelerden sayılacağı hüküm altına alınmıştır. HHK m.3'e göre özel hastanelerin açılması Sağlık Bakanlığının iznine tabidir.

¹⁰⁵ Hakeri, **Tıp**, s. 93.

¹⁰⁶ Özdemir, **a.g.e**, s. 69.

zarar görenin yahut ölenin yakınlarına da manevi tazminat” talep etme hakkı tanınmıştır. Bu sebeple bazı durumlarda hasta yakınının da teşhis ve tedavi sözleşmesine dayanarak birtakım taleplerde bulunması mümkündür¹⁰⁷.

3. Hekimlik Mali Sorumluluk Sigortası Kapsamında Sigorta Şirketinin Sürece Dahil Olması

TŞSTİDK’ nın Ek 12. maddesi ile Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasına¹⁰⁸ ilişkin hükümler yürürlüğe girmiştir¹⁰⁹. Maddeye göre;

“Özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan veya mesleklerini serbest olarak icra eden tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, tıbbi kötü uygulama sebebi ile kişilere verebilecekleri zararlar ile bu sebeple kendilerine yapılacak rücuları karşılamak üzere mesleki malî sorumluluk sigortası yaptırmak zorundadır.”

Maddenin devamında sigortanın kimin tarafından yaptırılacağı ve primlerin nasıl ödeneceği hüküm altına alınmıştır.

“Zorunlu mesleki mali 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 mali haklarından kesilemez, buna ilişkin hüküm ihtiva eden sözleşme yapılamaz.”

Mesleki mali sorumluluk sigortası, hekimlerin tıbbi uygulama hataları sonucu oluşabilecek tazminat taleplerini, poliçede belirlenen limitler dahilinde teminat

¹⁰⁷ Bu hususa aşağıda detaylıca değinilecektir. Bkz. Üçüncü bölüm III. B. 3 nolu başlık.

¹⁰⁸ Adı geçen sigortadan bundan sonra kısaca ZMMSS olarak bahsedilecektir.

¹⁰⁹ Özel sağlık sigortası nedeniyle hasta ve şirket arasında çıkan uyuşmazlıklar tezimizin kapsamı dışındadır. Bkz. Şebnem Akçınar, **Sağlık Hukukunda Arabuluculuk**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Okan Üniversitesi SBE, 2021, s. 72.

altına¹¹⁰ alır¹¹¹. TTK m.1478'e göre; “zarar gören, uğradığı zararın sigorta bedeline kadar olan kısmının tazminini, sigorta sözleşmesi için geçerli zamanaşımı süresi içinde kalmak şartıyla, doğrudan sigortacıdan isteyebilir”. Bu sebeple tıbbi kötü uygulama halinde hasta asıl borçlu hekime başvurmadan doğrudan sigortacıya başvurabilir¹¹².

II. HASTA VE HEKİM/ÖZEL SAĞLIK KURUM VEYA KURULUŞU ARASINDAKİ İLİŞKİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Hasta ile hekim yahut özel sağlık kurum veya kuruluşu arasında teşhis ve tedavi edimini konu edinen sözleşmesel bir ilişki olabileceği gibi kimi zaman da haksız fiil yahut vekaletsiz iş görme ilişkisi de meydana gelebilmektedir. Tezimizin bu başlığı altında sırasıyla hekimin yahut özel sağlık kurum veya kuruluşunun sözleşmeden, haksız fiilden ve vekaletsiz iş görmeden doğan sorumluluğuna yer verilecektir.

A. Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinin Varlığı Durumunda Sözleşmeden Kaynaklanan Sorumluluk

Hasta tedavisini gerçekleştirmesi için bağımsız çalışan bir hekime yahut özel bir sağlık kurum veya kuruluşuna başvurabilir. Hastanın hekimle mi yoksa özel sağlık kurum veya kuruluşu ile mi sözleşme kurduğu malpraktis meydana geldiğinde sorumluluk bakımından irdelenmesi gereken bir husustur.

¹¹⁰ Hekimlik ZMMSS Genel Şartlar A.3'te teminat dışı kalan haller hüküm altına alınmıştır. “Değişik: RG-26/7/2014-29072) Aşağıdaki haller teminat kapsamı dışındadır:

a) Sigortalının, poliçe kapsamında yer alan ve sınırları hukuk kuralları veya etik kurallar ile tespit edilen mesleki faaliyeti dışındaki faaliyetlerinden kaynaklanan tazminat talepleri.

b) İnsani görevin yerine getirilmesi hariç, sigortalının, poliçe kapsamındaki kuruluşların sorumluluk alanı dışındaki faaliyetlerinden kaynaklanan tazminat talepleri.

c) İdarî ve adlî para cezaları dahil her tür ceza ve cezai şartlar.

ç) İlgili mevzuatla belirlenen çerçevede tıbbi mesleki faaliyet gereği yapılanlar hariç her türlü deneyden kaynaklanan tazminat talepleri.”

¹¹¹ Hacı Kara, “Yargıtay ve Hakem Kararlarına Göre Hekimin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası”, **TBBD**, C. 33, S. 152, 2021 s. 263. Kamu menfaatinin gerekli kıldığı durumlarda zorunlu sigorta hükmü getirilebileceği hakkında bkz. Birgül Sopacı Öztuna, “6102 sayılı TTK m.1184'e göre Zorunlu Sorumluluk Sigortasında Sigortacının Zarar Görene Karşı İfa Yükümlülüğü”, **MÜHFHAD**, 2012, C. 18, S. 2, s. 700.

¹¹² Mehmet Durdu, **Zorunlu Sorumluluk Sigortalarında Sigortacının Zarar Görene Karşı İfa Yükümlülüğü**, Yayınlanmamış YL Tezi, Çukurova üniversitesi SBE, 2016, s. 85; Demir, **a.g.e**, s. 511.

1. Hekimin Bağımsız Çalışması Halinde Tıbbi Müdahalenin Hukuki Niteliği

Hastanın hekime başvurması ve hekimin tıbbi müdahalede bulunmayı kabul etmesiyle sözleşme ilişkisi kurulmuş olur¹¹³. Hasta ile hekim arasında kurulan sözleşme, doktrinde “tedavi sözleşmesi”¹¹⁴, “hekimlik sözleşmesi”¹¹⁵ yahut “teşhis ve tedavi sözleşmesi”¹¹⁶ olarak adlandırılmaktadır. Bu sözleşme isimsiz¹¹⁷ bir sözleşmedir¹¹⁸.

Teşhis ve tedavi sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir¹¹⁹. Kurulan bu sözleşme ile hekim belli bir ücret karşılığında, tıp biliminin öngördüğü kurallar çerçevesinde sonuç taahhüdünde bulunmaksızın teşhis ve tedavi edimlerini üstlenmektedir¹²⁰. Doktrinde bir görüşe göre teşhis ve tedavi sözleşmesinin ani edimli bir sözleşmedir¹²¹. Zira teşhis ve tedavi edimini gerçekleştirme borcu bir bütünlük arz etmektedir¹²². Ancak görüşlerine katılmış olduğum aksi yöndeki görüşe göre tıbbi müdahalenin sağladığı menfaat zamana yayıldığı için teşhis ve tedavi sözleşmesi ani edimli bir sözleşme değildir¹²³. Zira teşhis ve tedavi sözleşmesi ile hekim bir sonuç yükümlülüğü altına girmemekte¹²⁴, bu sonucun elde edilmesi için özenli faaliyet

¹¹³ Hakeri, **Tıp**, s. 1053.

¹¹⁴ Ayan, **a.g.e**, s. 50 vd.

¹¹⁵ Demir, **a.g.e**, s. 231; Mustafa Alper Gümüş, **Borçlar Özel C. II**, 3.Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 133.

¹¹⁶ Özdemir, **a.g.e**, s. 30-32.

¹¹⁷ İsimli sözleşmeler, unsurları ve bunların bir araya gelme tarzları kanunda açıkça düzenlenmemiş sözleşmelerdir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Saibe Oktay, İsimli Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması, **İÜHFM**, C. 55, S. 1-2, 1996, s. 263- 296; Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Vedat Kitapçılık, Ankara, 2009, s. 4; Fahrettin Aral, Hasan Ayrancı, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 14. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 62-67.

¹¹⁸ Özdemir, **a.g.e**, s. 83.

¹¹⁹ Özdemir, **a.g.e**, s. 83-86.

¹²⁰ Ayan, **a.g.e**, s. 50; Mehmet Demir, **Hekim ve Hastane Yönünden Tıbbi Sorumluluk Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 232; Uygur, **a.g.t**, s.84; Bayraktar, **a.g.e**, s. 33.

¹²¹ Bkz. Özdemir, **a.g.e**, s. 83-86.

¹²² **A.e.**

¹²³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Nihan Koyuncu Aktaş, **Hekimin Özen Borcuna Aykırılıktan Doğan Sözleşmesel Sorumluluğu**, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 108-110.

¹²⁴ Özdemir, **a.g.e**, s. 86; Mustafa Reşit Belgesay, “Doktorun Hukuki Borçları”, **İÜHFM**, 1945, C. II, S. 3-4, s. 109-110.

bulunma yükümlülüğü altına girmektedir¹²⁵. Bu da bir sürece yayıldığından ötürü teşhis ve tedavi edimlerinin ani edimli olduğu söylenemez.

Taraflar arasında açık veya zımni¹²⁶ bir şekilde sözleşme kurulmuş ve teşhis ve tedavi edimlerinin ifası sırasında hasta zarar görmüşse kural olarak hekimin sözleşmesel sorumluluğuna başvurulacaktır¹²⁷. Teşhis ve tedavi sözleşmesi hekimin hastayı tedavi etmesi edimini konu edinen iş görme sözleşmesidir¹²⁸. Doktrinde teşhis ve tedavi sözleşmesinin hizmet sözleşmesi, eser sözleşmesi ve vekalet sözleşmesi hükümlerine tabi olacağı görüşleri ileri sürülmektedir. Aksi yöndeki yazarlara göre ise teşhis ve tedavi sözleşmesinin sui generis bir sözleşme olup, iş görme sözleşmelerinden birine tabi olmasının sözleşmenin niteliği ile bağdaşmayacaktır¹²⁹.

a. Hizmet Sözleşmesi Görüşü

Hizmet sözleşmesi, *“işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve iş verenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir”*¹³⁰.” Hizmet sözleşmesinin asli unsurları işçinin, işverene bağımlı olarak iş görmesi, iş verenin ise işçiye belli bir ücret ödemesidir. Teşhis ve tedavi sözleşmesine bakıldığı vakit arada bir iş görme ilişkisi ve ücret ödeme olmakla birlikte hasta ile hekim arasında bağımlılık ilişkisinin mevcut olmadığı görülmektedir. Zira hekim, hastanın emir ve talimatlarına bağlı olmayıp, tıp biliminin kabul görmüş genel esaslara göre hareket etmelidir¹³¹. Bu durum Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m.6’da açıkça ifade edilmiştir. Hükme göre; *“Tabip ve dış tabibi, sanat ve mesleğini icra ederken, hiçbir tesir ve nüfuza kapılmaksızın, vicdani ve mesleki kanaatine göre*

¹²⁵ Koyuncu Aktaş, **a.g.e**, s. 108.

¹²⁶ Zira TBK m.503’e göre; *“Kendisine bir işin görülmesi önerilen kişi, bu işi görme konusunda resmi sıfata sahipse veya işin yapılması mesleğinin gereği ise ya da bu gibi işleri kabul edeceğini duyurmuşsa bu öneri onun tarafından hemen reddedilmedikçe, vekalet sözleşmesi kurulmuş sayılır.”* Bu sebeple hastanın muayene talebi derhal reddedilmedikçe hekim tarafından kabul edilmiş sayılır.

¹²⁷ Seza Reisoğlu, Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu, **Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu**, İstanbul, 1983, s. 10.

¹²⁸ Kılıç, **a.g.t**, s. 21; Özdemir, **a.g.e**, s. 86; Yücel, **Medeni Hukuk Bakış Açısı**, s. 238.

¹²⁹ Reşat Atabek, Merih Sezen, “Hekimin Mesuliyeti”, **İBD**, C. 28, S. 2, İstanbul, 1954, s. 144- 145.

¹³⁰ TBK m. 393.

¹³¹ Ekrem Kurt, “Hekimlik Sözleşmeleri”, **Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 63.

hareket eder.” Türk doktrini ve uygulamasında hasta ile hekim arasında kurulan bu sözleşmenin hizmet sözleşmesi olmadığına ilişkin görüş birliği mevcuttur¹³². Alman Hukukunda ise, vekalet sözleşmesinin muhakkak ivazsız olması sebebiyle, hasta ve hekim arasındaki sözleşme hizmet sözleşmesi hükümlerine tabi tutulmaktadır¹³³.

Aile hekimi ile hasta arasındaki sözleşmenin, hekim ile hasta arasında belirli ya da belirsiz zaman süresi içinde teşhis ve tedavi ediminde bulunduğu gerekçesiyle, hizmet sözleşmesi olduğu yönünde görüşler mevcuttur¹³⁴. Ancak aile hekimi ile hasta arasında bağımlılık ilişkisi mevcut değildir¹³⁵. Öte yandan aile hekimi ile hasta arasındaki ilişki kamu hukuku ilişkisidir. Bu sebeple aile hekimi ve hasta arasında hizmet sözleşmesi olduğu söylenemeyecektir.

b. Eser Sözleşmesi Görüşü

Eser sözleşmesinde yüklenici, bir eser meydana getirme, iş sahibi ise bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlenir¹³⁶. Eser sözleşmesinde sonuç meydana getirilmesi taahhüdü sözleşmenin temel bir unsurudur. Bunun aksine teşhis ve tedavi sözleşmesinde hekim, tıbbi müdahalenin niteliği ve doğası gereği sonuç taahhüdü veremez¹³⁷. Bu sebeple teşhis ve tedavi sözleşmesinin eser sözleşmesi niteliğinde olduğu söylenemez. Ancak Yargıtay bazı kararlarında diş protezi¹³⁸, belli bir

¹³² Çetin Aşçıoğlu, **Doktorların Cezai ve Hukuki Sorumluluğu**, Olgaç Matbaası, Ankara, 1982, s. 36; Ayan, **a.g.e.**, s. 54. Aşağıda ayrıntılı olarak bahsedileceği üzere özel sağlık kurum veya kuruluşu ile hekim arasındaki sözleşme hizmet sözleşmesidir.

¹³³ Ayan, **a.g.e.**, s. 52.

¹³⁴ Özdemir, **a.g.e.**, s. 89.

¹³⁵ Özdemir, **a.g.e.**, s. 89. Yargıtay hizmet sözleşmesindeki bağımlılık unsurunu “*her an ve her durumda çalışanını denetleme veya buyruğuna göre edimini yaptırma olanağını işverene sağlayan, çalışanın edimi ile ilgili buyruklar dışında çalışma olanağı bulamayacağı nitelikte*” bir bağımlılık olarak aramaktadır. Bkz.10. HD., E. 1984/1132, K. 1984/1166, T. 27.2.1984 sayılı karar. (Kazancı, E.T. 22.06.2022) Hekim ve hasta arasındaki sözleşmenin değil hekim ile Sağlık Bakanlığı arasında yapılan sözleşmenin hizmet sözleşmesi olduğu yönünde bkz. Uygur, **a.g.t.**, s. 95.

¹³⁶ TBK m. 470.

¹³⁷ Bu durum doktrinde şifa garantisi yasağı olarak ifade edilmektedir. Bkz. Hakeri, **Tıp**, s. 204.

¹³⁸ Mustafa Reşit Belgesay, **Tıbbi Mesuliyet**, M. Sıralat Matbaası, İstanbul, 1954, s. 77; Ayan, **a.g.e.**, s. 55.

görünümüne kavuşma teminatının verildiği estetik müdahalelerin eser sözleşmesi niteliğinde olduğu yönünde kararları mevcuttur¹³⁹.

Belirtmek gerekir ki, teşhis ve tedavi sözleşmesinin konusu beden bütünlüğü ve sağlık hakkı gibi temel kişilik haklarıdır. Öte yandan tıbbi müdahalelerin doğası gereği tedavi ve cerrahi müdahalelerde pek çok komplikasyon meydana gelebilmektedir. Bu sebeple tıbbi müdahaleler objectif olarak sonuç taahhüdüne elverişli olmadığı için eser sözleşmesi niteliği taşıdığı söylenemez¹⁴⁰.

Doktrinde diş protezi takılması hususunda diş hekimi ile hasta arasında; protezin imal edilmesi aşamasında eser sözleşmesi, protezin hastaya takılması aşamasında ise vekalet sözleşmesi olduğu, bu sebeple sözleşmenin karma bir niteliğe sahip olduğu ileri sürülmektedir¹⁴¹. Ancak katılmış olduğum aksi yöndeki görüşe göre diş hekimi ile hasta arasında kurulan sözleşmenin temel amacı protezin hastaya uygun bir şekilde imal edilmesi değil, dişin tedavi edilmedir. Dişin tedavi edilmesi sonuç taahhüdüne uygun olmadığından bu durumda da yalnızca vekalet sözleşmesi konusudur ve vekaletle ilişkin hükümler uygulanmalıdır¹⁴².

c. Vekalet Sözleşmesi Görüşü

Vekalet sözleşmesi, “*vekilin vekalet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir.*”¹⁴³ Vekalet sözleşmesinin asli unsuru vekilin, vekalet verenin bir işini görmesi yahut işlemini üstlenmesidir. TBK’ya göre ücret

¹³⁹ 3. HD., E. 2015/17110, K. 2015/19069, T. 26.11.2015 sayılı kararında (Cevdet Yavuz, Murat Topuz, **Tüketici Hukuku Mevzuatı**, Beta Yayınları, İstanbul, 2018, s. 99; estetik amaçlı burun ameliyatı sonrasında uğranılan maddi manevi zarar konulu tazminat davasında taraflar arasındaki sözleşmenin eser sözleşmesi olduğu yönünde hüküm kurmuştur. Ayrıca bkz. 3. HD., E. 2015/16701, K. 2015/18344 T. 18.11.2015 (Kazancı, E.T. 22.06.2022); 13. HD., E. 1993/131, K. 1993/2741, T. 05.04.1993 Lexpera, E.T. 22.06.2022); 12. HD., E.2006/4800, K.2007/5945, T. 3.10.2007 (Lexpera, E.T. 22.06.2022); 3.HD., E. 2015/12079, K. 2015/19759, T. 07.12.2015 (Kazancı, E.T. 22.06.2022); 3. HD., E. 2015/12079, K. 2015/19759, T. 07.12.2015 tarihli kararında; “*Davaya dayanak yapılan maddi olgu, yüz gerdirme estetik ameliyatı yapılmak suretiyle, istenilen ve kararlaştırılan biçime uygun güzel bir görünüm kazandırılmasıdır. Varılmak istenilen sonucun ve buna dayalı olguların hukuki nitelendirilmesi yapıldığında ise, yanlar arasında TBK’nun 470 vd. maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesi ilişkisinin bulunduğu açıklıkla ortadadır. Bu nedenle, mahkemece taraflar arasındaki ilişkinin vekalet sözleşmesi olarak değerlendirilmesi doğru görülmemiştir.*”

¹⁴⁰ Özdemir, **a.g.e**, s. 92.

¹⁴¹ Şenocak, **a.g.e**, s.23; Aşçıoğlu, **a.g.e**, s. 35.

¹⁴² Özdemir, **a.g.e**, s. 96; Uygur, **a.g.t**, s. 111.

¹⁴³ TBK m. 502.

vekalet sözleşmesinin zorunlu bir unsuru değildir¹⁴⁴. Vekil ancak sözleşmede hüküm veya teamül bulunması durumunda ücrete hak kazanacaktır¹⁴⁵.

Teşhis ve tedavi sözleşmesi hekimin ifasının belli bir zamana bağlı olmaması, hasta ile hekimin arasında bağımlılık ilişkisi olmaması ve sonuç taahhüdü olmaması gibi sebeplerle vekalet sözleşmesinin unsurlarıyla tam bir uyum içerisinde¹⁴⁶. Öte yandan TBK m. 502/2’de; “*açıkça vekaletle ilişkin hükümlerin, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, kanunda düzenlenmemiş iş görme sözleşmelerine de uygulanacağı*” hüküm altına alınmıştır¹⁴⁷. Türk doktrin ve Yargıtay uygulamasında¹⁴⁸ teşhis ve tedavi sözleşmesinin hukuki niteliğinin vekalet sözleşmesi olduğu görüşü hakimdir¹⁴⁹. Yargıtay güncel tarihli kararlarında teşhis ve tedavi sözleşmesinde sonuç taahhüdü olsa da hasta ve hekim arasındaki ilişkinin hukuki niteliğini vekalet sözleşmesi olarak kabul etmektedir¹⁵⁰.

¹⁴⁴ Alman Hukukunda vekalet sözleşmesinin ücretsiz bir iş görme sözleşmesi olduğu yönünde bkz. Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 717.

¹⁴⁵ TBK m. 502/3.

¹⁴⁶ Ayan, **a.g.e.**, s. 54; Özdemir, **a.g.e.**, s. 93. Sonucun elde edilememesi halinde gerekli özen gösterilmişse riskin hekimde değil hastada olacağı hususunda bkz. Uygur, **a.g.t.**, s. 106-107.

¹⁴⁷ Teşhis ve tedavi sözleşmesinin doğası gereği hasta ile hekim arasında yoğun güven ilişkisi mevcuttur. Güven ilişkisinin sekteye uğraması durumunda taraflar TBK m.512’ye göre sözleşmeyi her zaman tek tarafı olarak sona erdirilebilirler.

¹⁴⁸ Bkz. 13. HD., E. 2014/47854, K. 2016/2445, T. 2.2.2016 (Kazancı, E.T. 22.06.2022)

¹⁴⁹ Belgesay, **Mesuliyet**, s. 76; Ayan, **a.g.e.**, s. 53; Hakeri, **Tıp**, s. 519; Aral, Ayrancı, **a.g.e.**, s. 364; Uygur, **a.g.t.**, s. 112. Atipik vekalet olduğu görüşü için bkz. Demir, **a.g.e.**, s. 123.

¹⁵⁰ Bkz. 13. HD., E. 2015/19241, K. 2016/13610, T. 26.5.2016 sayılı kararında; “*Mahkemece, davanın reddine, karar verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir. Dava, davalı hastanede yapılan ameliyat sonrası uygulanan enjeksiyon sebebiyle bacakta sakatlık olduğu iddiasıyla istenilen maddi manevi tazminata ilişkindir. Taraflar arasındaki ilişki vekalet sözleşmesidir. Vekil, vekalet görevini yerine getirirken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışlarının özenli olmayışından doğan zararlardan sorumludur. O nedenle, vekil konumunda olan doktorların bilim ve teknolojinin getirdiği bütün imkanları kullanmak suretiyle özen borcunu yerine getirmeleri gerekir. Mahkemece, her ne kadar alınan adli tıp raporu işaret edilmek suretiyle, ispatlanamayan davanın reddine karar verilmiş ise de, alınan rapor incelendiğinde, "Davacının memelerde küçüklük şikayetiyle davalı hastaneye başvurduğu, davalı hekim tarafından bilateral göğüs estetiği ameliyatı yapıldığı, postop dönemde davacının genel durumunun iyi, vital bulgularının stabil seyrettiği, takipleri devam ederken hekimin orderinde mevcut olan Dikloron amp. ilacının davalı hemşire tarafından hastanın sol kalçasına intramuskuler olarak uygulandığı, memelerde küçüklük şikayeti için yapılan cerrahi girişimler arasında söz konusu ameliyat şeklinin uygulanan yöntemlerden biri olduğu, bu tür ameliyatlardan sonra hissedilen ağrının giderilmesi için intramuskuler ağrı kesici ilaçların uygulanabileceği, davacıya intramuskuler olarak uygulanan ağrı kesici ilaç sonrası ortaya çıkan klinik tablonun enjeksiyon nöropatisi ile uyumlu olduğu, enjekte edilen ilaçların doku içi yayılımı ile sinir hasarına neden olabileceklerinin tıbben bilindiği, enjeksiyonların tekniğinin uygun yapılması durumunda da daha önceden öngörülemez ve*

2. Hekimin Özel Sağlık Kurum ya da Kuruluşunda Çalışması Durumunda Tıbbi Müdahalenin Hukuki Niteliği

Hasta teşhis ve tedavi edimlerinin gerçekleştirilmesi için özel sağlık kurum ya da kuruluşuna başvurduğu vakit çoğunlukla sözleşme yalnızca hasta ile özel sağlık kurum ya da kuruluşu arasında kurulur¹⁵¹. Burada hekim ile hasta arasında doğrudan bir sözleşme ilişkisi mevcut olmadığı için hekim, TBK m.116 kapsamında ifa yardımcısıdır¹⁵².

Hastaneye kabul sözleşmesi hastanın yatırılarak tedavi edilmesinde gündeme gelir¹⁵³. Hastanın yatarak tedavi edilmesinde özel hastane asli edimi olan teşhis ve tedavi ediminin yanı sıra hastanın bakımı, barınması, yemesi-içmesi gibi yan edimleri de üstlenmektedir¹⁵⁴. Özel hastanenin teşhis ve tedavi edimi, yukarıda hekimlik sözleşmesinin niteliğinde bahsedildiği üzere vekalet sözleşmesi niteliği taşıırken; barınma ve yedirme edimleri otelcilik, kira veya satım sözleşmelerinin örneklerini teşkil etmektedirler¹⁵⁵.

önlenemeyecek arazların ortaya çıkabildiğinin tıbben bilindiği, bu durumun her türlü dikkat ve özene rağmen oluşabilecek herhangi bir kusur ve ihmalden kaynaklanmayan komplikasyon olarak nitelendirildiği, davaya konu olayda enjeksiyonun yapılış tekniği ve uygulanan bölgenin uyumsuzluğu yönünden tıbbi bir delil tanımlanmadığı, tüm bulgular bir bütün olarak değerlendirildiğinde; ilgili hekime ve yardımcı sağlık personeline atfı kabil kusur bulunmadığı" şeklinde rapor verildiği anlaşılmaktadır."(Kazancı, E.T.22.06.2022) ; Aksi yönde bkz. 13. HD., E.1993/131, K.1993/2741, T. 5.4.1993. (Kazancı, E.T.22.06.2022)

¹⁵¹ Pervin Somer, Murat Civaner, Sezercan Bektaş, Şebnem Akçınar, Okan Dursun, Irmak Aslan, **Sağlık Hukukunda Uzman Arabuluculuk**, Ed. Selda Kutlay, Şebnem Akipek Öcal, s. 47.

¹⁵² Ayan, **a.g.e.**, s. 45.

¹⁵³ Ayan, **a.g.e.**, s. 54.

¹⁵⁴ Özdemir, **a.g.e.**, s. 96; Ayan, **a.g.e.**, s. 131.

¹⁵⁵ Ayan, **a.g.e.**, s. 142.

Hastaneye kabul sözleşmeleri karma nitelikte sözleşmeler¹⁵⁶ olup hukuki nitelikleri tartışmalıdır¹⁵⁷. Doktrinde hastaneye kabul sözleşmelerinde temel edimin teşhis ve tedavi olduğu¹⁵⁸ bu sebeple vekaletle ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği görüşü ileri sürülmektedir¹⁵⁹. Yan edimler ise ait oldukları sözleşme tipine uygun düştükleri ölçüde kıyasen uygulanacaktır¹⁶⁰.

Hastaneye kabul sözleşmeleri, tam hastaneye kabul sözleşmeleri, hekimlik sözleşmesi ekli hastaneye kabul sözleşmeleri ve bölünmüş hastaneye kabul sözleşmeleri olarak üç başlık altında incelenebilir. Hastaneye kabul sözleşmesinin türüne göre hekimin yahut özel hastanenin sorumluluğu değişecektir¹⁶¹. Bu sebeple kısaca hastaneye kabul sözleşmeleri türlerinden bahsetmek yerinde olacaktır.

a. Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi

Tam hastaneye kabul sözleşmesinde hasta doğrudan ve yalnızca özel hastane ile sözleşme kurmaktadır¹⁶². Sözleşmenin tarafları özel hastane ile hasta/hasta yakınıdır. Bu sözleşme türünde özel hastane, teşhis ve tedavi edimlerinin yanı sıra hasta bakım hizmetlerini de üstlenmektedir. Sözleşmeden doğan her türlü yükümlülüğün ihlali halinde, TBK m.112 doğrultusunda, özel hastanenin sözleşmesel sorumluluğuna başvurulacaktır¹⁶³.

¹⁵⁶ M. Enis Sarıal, **Sağlararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1986, s. 49; HGK., E. 2009/13393, K. 2009/452, T. 21.10.2009 sayılı kararında; *“Özel hastaneye başvuran bir hasta veya kanuni temsilcisi ile yapılan ve özel hastane işleticisinin hem tıbbi hem de diğer mutad edimleri (yatırma, yedirip içirme vs.) yerine getirmeyi üstlendiği sözleşmeye “Hastaneye Kabul Sözleşmesi” adı verilmektedir. Hastaneye kabul sözleşmesinin kurulması için herhangi bir şekil şartına uyulması zorunluluğu bulunmamaktadır (B.K. m. 11/1); hatta bu sözleşmenin zımni irade açıklaması ile kurulması dahi mümkündür. Bu şekilde hastaneye (hasta) kabul sözleşmesi adı altında, birden fazla edimi içeren, karma yapıda ve nitelikte, bir sözleşme ilişkisinin kurulması söz konusudur.”* (Kazancı, E.T. 22.06.2022).

¹⁵⁷ Halil Akkanat, “Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Görünüm Tarzları ve Sorumluluk Düzeni”, **Prof. Dr. Özel Seliçi’ye Armağan**, s. 28.

¹⁵⁸ Akkanat, **a.g.m.**, s. 27.

¹⁵⁹ Ayan, **a.g.e.**, s. 143.

¹⁶⁰ Hatırnaz Erol, **a.g.m.**, s. 192.

¹⁶¹ Ayan, **a.g.e.** s. 131; Akkanat, **a.g.m.**, s. 25; Kılıç, **a.g.t.**, s. 32.

¹⁶² Özdemir, **a.g.e.**, s. 97.

¹⁶³ Ayan, **a.g.e.**, s. 135; Sarıal, **a.g.e.**, s. 89; Hatırnaz Erol, **a.g.e.**, s. 97.

Özel hastane teşhis ve tedavi ediminin ifasında, hekimden yahut diğer sağlık personelinin yararlanacaktır. Hekim ile hasta arasında doğrudan bir sözleşme ilişkisi olmadığı için tam hastaneye kabul sözleşmelerinde hekim TBK m.116 kapsamında ifa yardımcısıdır¹⁶⁴. Hekimin fiili TBK m.49’da belirtilen şartları taşımaktaysa haksız fiil sorumluluğu da gündeme gelebilecektir¹⁶⁵.

b. Hekimlik Sözleşmesi Ekli Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi

Bu tür hastaneye kabul sözleşmesinde özel hastane, teşhis ve tedavi edimlerinin yanı sıra hasta bakım hizmetlerini de yüklenmiştir¹⁶⁶. Bu sebeple ortada tam bir hastaneye kabul sözleşmesi mevcuttur. Bu sözleşmenin yanı sıra hasta, kabiliyetine güvendiği, bizzat teşhis ve tedavi edimini almak istediği hekimle¹⁶⁷ ayrı bir teşhis ve tedavi sözleşmesi daha kurmaktadır.

Hekimlik sözleşmesi ekli hastaneye kabul sözleşmesinin varlığı halinde özel hastane ve hekim, teşhis ve tedavi edimleri bakımından, sözleşmeye aykırılıktan müteselsilen¹⁶⁸ sorumlu olacaktır¹⁶⁹. Zira aynı iki edim hem özel hastane hem hekim tarafından üstlenilmektedir¹⁷⁰. Burada vekil ve özel hastane aynı işin görülmesini üstlenmiş birden fazla vekil konumundadır¹⁷¹. Bu sebeple vekâleti birlikte üstlenen hekim ve özel hastane, vekâletin ifasından müteselsil olarak sorumludurlar¹⁷². Hastane bakım hizmetlerinde meydana gelen sözleşmeye aykırılıktan ise özel hastane tek başına sorumlu olacaktır¹⁷³.

¹⁶⁴ Ayan, **a.g.e**, s. 135; Akkanat, **a.g.m**, s. 29.

¹⁶⁵ Ayan, **a.g.e**, s. 136; Akkanat, **a.g.m**, s. 30.

¹⁶⁶ Ayan, **a.g.e**, s. 136.

¹⁶⁷ Ayan, **a.g.e**, s.136; Akkanat, **a.g.m**, s. 35.

¹⁶⁸ TBK m.162 hükmüne göre, müteselsil sorumluluk ancak birden çok borçludan her birinin, alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu olmayı kabul ettiğini bildirmesi halinde doğar. Böyle bir bildirim yoksa, müteselsil borçluluk ancak kanunda öngörülen hâllerde doğar.

¹⁶⁹ Ayan, **a.g.e**, s.136; Akkanat, **a.g.e**, s. 36; Özçetin, Balaban, **a.g.e**, s. 238.

¹⁷⁰ Akkanat, **a.g.e**, s. 36.

¹⁷¹ Ayan, **a.g.e**, s. 137.

¹⁷² TBK m. 511/2.

¹⁷³ Ayan, **a.g.e**, s. 137.

c. Bölünmüş Hastaneye Kabul Sözleşmesi

Bu tür hastaneye kabul sözleşmesinde hasta, doğrudan hastane personeli olmayan¹⁷⁴ bir hekime başvurmuştur¹⁷⁵. Hasta hekim ile teşhis ve tedavi sözleşmesi yapmaktadır¹⁷⁶. Hekimin yatarak tedavi sağlayabilmek için fiziki bir ortama ihtiyaç¹⁷⁷ duyması halinde özel bir hastane ile bakım, barınma, yeme-içme gibi edimleri üstlendiği bir sözleşme kurulmaktadır¹⁷⁸. Özel hastane ise teşhis ve tedavi edimleri dışındaki edimleri üstlenmektedir¹⁷⁹.

Bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesinin varlığı halinde taraflar yalnızca borçlandıkları edimlerden sorumludurlar¹⁸⁰. Teşhis ve tedavi ediminin ihlalden hekim, diğer hastane bakım edimlerin ihlalden ise özel hastane sorumlu olacaktır.

B. Hekimin Haksız Fiilden Kaynaklanan Sorumluluğu

TBK m.49'a göre haksız fiil sorumluluğunun gündeme gelebilmesi için; hukuka aykırılık, kusur, zarar illiyet bağı unsurları mevcut olmalıdır. Hasta ile hekim arasında geçerli bir sözleşme ilişkisinin bulunmadığı hallerde haksız fiil sorumluluğu meydana gelecektir¹⁸¹. Bunun yanı sıra geçerli bir sözleşmenin bulunduğu hallerde de haksız fiil sorumluluğu gündeme gelebilir¹⁸². Zira hukuka aykırı bir tıbbi müdahalede kişisel değerleri koruyan emredici hukuk kuralları ihlal edildiği için haksız fiil sorumluluğu ortaya çıkmaktadır¹⁸³. Diğer bir deyişle taraflar arasında sözleşme ilişkisi mevcut olsa da tıbbi malpraktis nedeniyle hastanın bedensel bütünlüğünün zarara uğraması bir haksız fiil teşkil etmektedir.

¹⁷⁴ Sarıal, **a.g.e**, s. 47.

¹⁷⁵ Akkanat, **a.g.m**, s. 26.

¹⁷⁶ Özdemir, **a.g.e**, s. 97.

¹⁷⁷ Akkanat, **a.g.m**, s. 38.

¹⁷⁸ Özdemir, **a.g.e**, s. 97.

¹⁷⁹ Akkanat, **a.g.m**, s. 26; Ayan, **a.g.e**, s. 137.

¹⁸⁰ Kılıç, **a.g.t**, s. 35.

¹⁸¹ Ayan, **a.g.e**, s. 61.

¹⁸² Canatan, **a.g.e**, s. 29.

¹⁸³ Demir, **a.g.e**, s. 257.

Geçerli bir sözleşmeye aykırılık halinde sözleşmeden doğan sorumluluk ile haksız fiil sorumluluğu yarışır¹⁸⁴. Zarara uğrayan taraf istersen sözleşmeye aykırılık hükümlerine başvurabileceği gibi, TBK m.49 kapsamında haksız fiil sorumluluğuna da başvurabilecektir. TBK m.60 hükmüne göre; *“Bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayandırılabilirse hâkim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim olanağı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir”* hükmü yer almaktadır. Buna göre hastanın hem haksız fiil hem de sözleşmesel sorumluluğuna dayanması durumunda hâkim giderim imkânı daha iyi olan sorumluluk sebebine göre karar vermelidir¹⁸⁵. Bu hâkimin hukuku re’sen uygulayacağı kuralının gereğidir.¹⁸⁶

Ancak taraf sorumluluk sebebini yalnızca haksız fiil ile sınırlandırmışsa bu durumda hâkimin hukuki nitelendirme ile bağlı olup olmayacağı doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde bir görüşe göre hâkimin hukuku re’sen uygulaması taraf iradesi ile sınırlanabilecektir¹⁸⁷. Bu görüşü savunan yazarlara göre taraf, dava dilekçesinde belli bir hukuki sebebe dayanmışsa hâkim bu irade ile bağlı olacaktır. Görüşlerine katılmış olduğum aksi yöndeki görüşe göre ise hâkim hukuku re’sen

¹⁸⁴ Özcanoglu Görkey, **a.g.e.**, s. 37. Haksız fiil ile sözleşme sorumluluğunun yarıştığı durumlarda açılacak davaya mütelahik dava denir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Hakan Pekcanitez, **Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku**, C. II, 15. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, s. 1098.

¹⁸⁵ Sözleşmesel sorumluluğun haksız fiil kaynaklı sorumluluğa nazaran daha avantajlı olduğu görüşü için bkz. Somer v.d., **Sağlık Hukukunda Arabuluculuk**, s. 51. İspat yükü ile sorumluluktan kurtulma nedenleri, sorumsuzluk anlaşması gibi pek çok sebeple sözleşmesel sorumluluğa dayanmanın haksız fiil sorumluluğuna dayanmaktan daha elverişli olduğu hususunda bkz. Çağdaş Tosun, **Haksız Fiilden ve Sözleşmeden Doğan Sorumluluk Çerçevesinde Sorumluluk Sebeplerinin Yarışması (TBK m.60)**, Yayımlanmamış YL Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, İstanbul, 2019. Ancak belirtmek gerekir ki sözleşmesel sorumluluğun her zaman haksız fiil sorumluluğuna nazaran daha avantajlı olduğu söylenemez. Özellikle fiilin bir suç teşkil etmesi durumunda ceza zamanaşımı gündeme geleceği için haksız fiil sorumluluğuna dayanılması daha avantajlıdır. Bu konuda bkz. Murat İnceoğlu, Ece Baş Süzel, Asuman Aytekin İnceoğlu, “Haksız Fiil Zamanaşımı ve Suçsuzluk Karinesiyle İlgisi”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2016, C. 11, S. 145- 146.

¹⁸⁶ Ali Cem Budak, Varol Karaaslan, **Medeni Usul Hukuku**, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021, s. 201.

¹⁸⁷ Nur Bolayır, **Medeni Usul Hukukunda Hâkimin Hukuku Re ’sen Uygulama İlkesi**, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 297; Çağatay Serdar Şahin, “7155 ve 7251 Sayılı Kanun Hükümleri Işığında Malpraktis ve Malpraktis Kaynaklı Rücu Davalarında Arabuluculuk”, **IV. Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi**, 2021, İstanbul Medeniyet Üniversitesi ve Ankara Medipol Üniversitesi (Webinar) Yayımlanmamış Bildiri;

uygular. Davacı, dilekçesinde hukuki sebebi göstermek zorunda olmadığı gibi, hâkim de davacının dilekçesinde göstermiş olduğu hukuki sebeplerle bağlı değildir¹⁸⁸.

C. Hekimin Vekaletsiz İş Görmeden Doğan Sorumluluğu

Bir kimsenin hukuken yetkili yahut yükümlü olmadığı bir başkasının işini, başkası veya kendi yararına görmesi vekaletsiz iş görme teşkil eder¹⁸⁹. TBK m.526'ya göre; *“vekaleti olmaksızın başkasının hesabına iş gören, o işi sahibinin menfaatine ve varsayılan iradesine uygun olarak görmekle yükümlüdür.”* Vekaletsiz iş görme, gerçek vekaletsiz iş görme ve gerçek olmayan vekaletsiz iş görme olarak ikiye ayrılır¹⁹⁰. Gerçek vekaletsiz iş görme; bir başkasının menfaati doğrultusunda, geçerli yasaklamalarına aykırı olmayacak şekilde işin görülmesi durumudur¹⁹¹. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme ise, iş görenin kendi lehine yaptığı bir eylem söz konusudur¹⁹². Gerçek vekaletsiz iş görmenin hukuki niteliği sözleşme benzeri ilişki, fiili sözleşme ilişkisi olarak kabul edilirken; gerçek olmayan vekaletsiz iş görme ise haksız fiil olarak kabul edilmektedir¹⁹³.

Acil durum nedeniyle hastanın açık ya da zımni rızasının alınmasının mümkün olmadığı durumlarda vekaletsiz iş görme söz konusu olur¹⁹⁴. Ameliyatın genişletilmesi yahut hastanın bilincinin kapalı olması nedeniyle rızasının alınamaması bu duruma örnek teşkil eder¹⁹⁵. Hekim, hastanın menfaatine olarak tıbbi müdahaleyi

¹⁸⁸ Saim Üstündağ, **Medeni Yargılama Hukuku**, C. I- II, 7. Baskı, İstanbul, 2000, s.464; Abdurrahim Karslı, **Medeni Muhakeme Hukuku**, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s. 282; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz, Emel Hanağası **Medeni Usul Hukuku**, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 330.

¹⁸⁹ Eren, **a.g.e**, s. 829.

¹⁹⁰ Alper Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel. Hükümler**, C.II, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 724-725.

¹⁹¹ Tandoğan, **a.g.e**, s. 676; Gümüş, **a.g.e**, s. 724-725.

¹⁹² Gümüş, **a.g.e**, s. 724-725.

¹⁹³ Aydın Zevkliler, K. Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 21. Bası, Vedat Kitapçılık, 2021, s. 678; Cevdet Yavuz, Faruk Acar, Burak Özen, **Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümleri)**, 5. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021, s.1325; Hümeysra Merve Bayram, **Vekâletsiz İş Görme**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, 2019, s. 58.

¹⁹⁴ Demir, **a.g.e**, s. 256; Belgesay, **Mesuliyet**, s. 67.

¹⁹⁵ Somer v.d., **Sağlık Hukukunda Arabuluculuk**, s. 48.

gerçekleştirdiği için gerçek anlamda vekaletsiz iş görme meydana gelecektir¹⁹⁶. İş sahibinin yapılan işi uygun bulması durumunda, vekâlet hükümleri uygulama alanı bulacaktır¹⁹⁷.

TBK m.527 hükmüne göre; “*vekâletsiz işgören, her türlü ihmalden sorumludur. Ancak, işgören bu işi, işsahibinin karşılaştığı zararı veya zarar tehlikesini gidermek üzere yapmışsa, sorumluluğu daha hafif olarak değerlendirilir.*” Bu hükmün vekaletsiz iş gören hekim hakkında uygulanıp uygulanmayacağı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, hekimler hastanın yararına hareket ettiğinden, vekaletsiz iş görme halinde hekimin sorumluluğu hafifletilmeli ve hekim yalnızca kast ve ağır ihmalden sorumlu tutulmalıdır¹⁹⁸. Katılmış olduğum diğer görüşteki yazarlara göre ise hekim vekaletsiz iş gören sıfatıyla her türlü ihmalden sorumlu olacaktır¹⁹⁹. Zira hekim normal hallerde göstereceği özeni zaruri hallerde de göstermekle yükümlüdür²⁰⁰.

III. TIBBİ MALPRAKTİS UYUŞMAZLIKLARINDA GÖREVLİ MAHKEME

Malpraktis davalarında görevli mahkemenin tespiti uyuşmazlığın zorunlu arabuluculuk kapsamında olup olmadığının tespiti bakımından önemlidir. Zira 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun²⁰¹ m.73/A’da²⁰² tüketici mahkemelerinin görev alanına giren uyuşmazlıkların dava şartı arabuluculuk kapsamında olduğunu hüküm altına almıştır. Öte yandan aşağıda²⁰³ detaylıca bahsedileceği üzere, malpraktisten doğan bazı hukuki uyuşmazlıklar TTK m.5/A kapsamında dava şartı arabuluculuk kapsamındadır. Süreçte uygulama alanı bulacak

¹⁹⁶ Ayan, **a.g.e**, s. 60.

¹⁹⁷ TBK m.531.

¹⁹⁸ Demir, **a.g.e**, s.256;

¹⁹⁹ Nilay Şenol, “Hekimin Tazminat Sorumluluğu”, **II. Ulusal Sağlık Hukuku Tıbbi Müdahalenin Hukuki Yansımaları Sempozyumu**, Ed. Aysun Altunkaş, İpek Sevdâ Söğüt, Hamide Tacir), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 120; Somer v.d., **Sağlık Hukukunda Arabuluculuk**, s. 48.

²⁰⁰ Ayan, **a.g.e**, s. 114.

²⁰¹ Adı geçen kanundan bundan sonra kısaca TKHK olarak bahsedilecektir.

²⁰² Bahsi geçen madde 22.07.2020 tarihli 7251 sayılı kanunun 59.maddesiyle yürürlüğe girmiştir.

²⁰³ Bkz. ikinci bölüm III. B başlığı.

hükümlerin tespit edilmesi bakımından uyuşmazlıkların ticari mi yoksa tüketici işlemi niteliğinde mi olduğunun belirlenmesi önem teşkil etmektedir. Malpraktis uyuşmazlıklarında hastanın zararını hekimden, özel sağlık kurum veya kuruluşundan yahut sigorta şirketinden talep etmesi durumlarında uyuşmazlığın hukuki niteliği değişecektir. Bu sebeple aşağıda malpraktisten doğan hukuki uyuşmazlıklarda görevli mahkemeler tespit edilmeye çalışılacaktır.

A. Sözleşmesel Sorumluluğa Dayanılması Halinde Görevli Mahkeme

Özel sağlık kurum veya kuruluşunda gerçekleşen tıbbi bir müdahaleden dolayı hasta zarara uğramış ise maddi²⁰⁴ ve manevi tazminat²⁰⁵ taleplerini adli yargıda dava açarak ileri sürebilecektir²⁰⁶. Yukarıda bahsedildiği üzere hukukumuzda hâkim olan görüşe göre teşhis ve tedavi sözleşmesi vekalet sözleşmesi niteliğindedir²⁰⁷. TKHK m.3/1 bendinde ise;

“Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dahil 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 dahil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlem”

tüketici işlemi olarak kabul edilmiştir. Anılan hüküm doğrultusunda vekalet sözleşmesi niteliğinde olan teşhis ve tedavi sözleşmesi TKHK kapsamında bir tüketici işlemidir. Zira TKHK m.3/1 bendinde, kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari

²⁰⁴ Ölüm halinde tıbbi müdahale dolayısıyla zarar gören hasta yakının talep edebileceği hususlar; TBK m.53 hükmü doğrultusunda; “cenaze giderleri, ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar, ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıpların” tazmin edilmesi talep edilebilir. Bedensel zarara uğranılması durumunda ise TBK m.54 kapsamında; “tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar, ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıpların” tazmin edilmesi talep edilebilecektir.

²⁰⁵ Hâkim, bedensel bütünlüğün zedelenmesi durumunda, olayın özellikleri kapsamında, zarar görene uygun bir miktar paranın TBK m.56 doğrultusunda manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir. TBK m.56/2 hükmüne göre ise; “ağır bedensel zarar veya ölüm halinde, zarar görenin veya ölenin yakınları” da manevi tazminat talep edilmektedir.

²⁰⁶ Somer v.d., **Sağlık Hukukunda Arabuluculuk**, s. 114; Savaş, **Tıbbi Müdahale**, s. 218. Ayrıca belirtmek gerekir ki kamu hastanelerinde tıbbi hizmet kusuruyla oluşan zararlara karşı açılacak tam yargı davaları ise idari yargıda görülmektedir.

²⁰⁷ Bu kısımda hastanın yalnızca hekim ve özel sağlık kurum veya kuruluşunun sözleşmesel sorumluluğuna dayanması durumu incelenecek olup, özel sigorta şirketinin sürece dahil olması aşağıda Birinci Bölüm III.D. başlığı altında incelenecektir.

veya mesleki amaçlarla tüketiciye hizmet sunan ya da hizmet sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişi sağlayıcı olarak tanımlanmıştır. Bu açıdan bakıldığı vakit hekim ve özel sağlık kurum veya kuruluşu tüketici işleminde sağlayıcı konumundadır. TKHK m.3/k bendinde ise, ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi tüketici olarak tanımlanmıştır. Bu tanımdan hareketle teşhis ve tedavi sözleşmesinde hasta tüketici²⁰⁸ konumunda olacaktır²⁰⁹.

Hatalı tıbbi müdahalenin TKHK m.13 kapsamında ayıplı hizmet teşkil edip etmeyeceği, ayıplı hizmet olduğunun kabulü halinde seçimlik haklara nasıl başvurabileceği hususlarını irdelemek gerekir. Ayıplı hizmet, “*sözleşmede belirlenen süre içinde başlamaması veya taraflarca kararlaştırılmış olan ve objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşınamaması nedeniyle sözleşmeye aykırı olan hizmettir.*”²¹⁰ Doktrinde hatalı tıbbi müdahalenin bir ayıplı hizmet teşkil ettiği ifade edilmiştir²¹¹. Gerçekten de hatalı tıbbi müdahalelerde çoğunlukla hizmetin objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşınamaması nedeniyle ayıplı hizmet meydana gelmektedir. Öte yandan hekimin belirli bir görüntüye kavuşma taahhüdünün mevcut olduğu estetik operasyonlarda, sonucun taraflarca kararlaştırılmış olan özellikleri taşınamaması nedeniyle sözleşmeye aykırı bir edim meydana gelebilecektir. Burada tüketici

²⁰⁸ Belirtmek gerekir ki hastanın görüntüsüyle para kazanan bir oyuncu yahut model olması sebebiyle mesleki ve ticari amaçlarla hekime yahut özel sağlık kurumuna başvurması durumu da söz konusu olabilecektir. Bu durumda taraflar arasında bir tüketici işlemi olduğu söylenemeyecektir.

²⁰⁹ Hastanın tüketici olarak kabul edilmesi doktrinde eleştirilmiştir. Bu konuda bkz. Çelik Ahmet Çelik, “Can Zararları Tüketici Yasasının Konusu Değildir”. **4.Tüketici Hukuku Kongresi, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları**, 2014-2015, Ankara, Ed.: Av. Hakan Tokbaş -Prof. Dr. Fahmi Üçışık, Ankara, Bilge Yayınevi 2015, s. 302; M. Alper Gümüş, “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a Genel Bakış”, **4. Tüketici Hukuku Kongresi, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları**, 2014-2015, Ankara, Ed. Av. Hakan Tokbaş -Prof. Dr. Fahmi Üçışık, Ankara, Bilge Yayınevi, 2015, s. 21. Ölüm veya bedensel zarar halinde zararın tazmininde hasta tüketici kabul edilmemesi, zira bu durumun seçimlik haklarla bağdaşmayacağı görüşü için bkz. Çelik, **a.g.m.**, s. 302-305; Ahmet Nezi Kök, “Hasta Hekim İlişkisi Tüketici Hukuku İle Bağdaşır Mı?” **UMD**, S. 5, 2015, s. 613; Salt teşhis ve tedavi ediminin tüketici işlemi olmadığı, ancak hastane yataklı hizmetlerin bu kapsamda olduğu, hastanın tüketici kabul edilmesi sağlığın kapitalistleşmesi olduğu görüşü için bkz. Yücel, **Medeni Hukuk Bakış Açısı**, s. 399; Hasan Petek, “Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uygulanması”, **DEÜHFD**, 2013, C. 15 Özel Sayı, s. 977.

²¹⁰ TKHK m.13.

²¹¹ Şahin, **Bildiri**; Petek, **a.g.m.**, s. 984. Ayıplı hizmet durumunda tüketicinin seçimlik haklarını kullanabileceği hususunda bkz. Ayşe Betül Özcanoglu Görkey, Hekimlik Sözleşmesi ve Hekimin Tazminat Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 33; Merve Gürcan, **Tıp Hukukunda Eser Sözleşmesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 146.

konumunda olan hastanın, maruz kaldığı ayıplı hizmet nedeniyle TKHK m.15'te²¹² belirtilen seçimlik haklara²¹³ başvurması hukuken mümkün olsa da tıbbi müdahalenin ve hasta, hekim arasındaki ilişkinin niteliği gereği ihtimal dahilinde değildir. Zira hastanın hizmetin yeniden görülmesi yahut ücretsiz onarım için aynı hekime başvurmak istememesi mümkündür. Sözleşmeden dönme yoluna başvurulması da mümkün olmayacaktır. Hasta ayıp oranında bedelden indirim yoluna başvurmak istediği takdirde ayıbın nasıl belirleneceği hususunda da pek çok sorun ortaya çıkacaktır.

TKHK m.73/1'de; *“tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin davalarda”* tüketici mahkemelerinin görevli olduğu hüküm altına alınmıştır. Bu sebeple teşhis ve tedavi sözleşmesinden doğan malpraktis uyuşmazlıklarında TKHK m.73/1 doğrultusunda tüketici mahkemeleri görevli olacaktır. Yukarıda sonuç taahhütlü estetik operasyonların ve diş protezi takılması işlemlerinin eser sözleşmesi mi yahut vekalet sözleşmesi mi niteliği taşıdığına ilişkin tartışmalara değinilmişti²¹⁴. TKHK m.3/1'de eser ve vekalet sözleşmeleri tüketici işlemi olarak kabul edildiği için hukuki nitelendirmeden

²¹² Maddeye göre; *“(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 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 tüketicinin 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.”

²¹³ Tazminat sorumluluğunun doğması bakımından hekimin kusurlu olması aranırken, seçimlik hakların kullanılması için kusurun mevcut olmasına gerek yoktur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Petek, **Tıbbi Müdahale**, s. 100; Gamze Gökçe Önder Dingil, **6502 sayılı TKHK Kapsamında Satıcının Ayıplı Mal ve Hizmetten Doğan Sorumluluğu**, Yayınlanmamış YL Tezi, Selçuk Üniversitesi SBE, Konya, 2017, s. 60.

²¹⁴ Bkz. birinci bölüm II.A başlığı.

bağımsız olarak bu uyuşmazlıkların görüleceği görevli mahkeme değişmeyecek her halükârda dava tüketici mahkemelerinde görülecektir. Tüketici mahkemelerinde dava açabilmek için uyuşmazlığın parasal sınırı TKHK m.68’de belirtilen tüketici hakem heyetlerine başvuru meblağının üzerinde olmalıdır. Aksi halde uyuşmazlık tüketici hakem heyetlerinde görülecektir.

Malpraktis uyuşmazlıklarının tüketici işlemi kabul edilmesi, TKHK zayıf konumda olan tüketiciyi²¹⁵ koruma amaçlı düzenlemeler içerdiği için, hastanın lehinedir. 6502 sayılı TKHK ile tüketici uyuşmazlıklarının kapsamının oldukça geniş tutulması tüketici mahkemelerinin iş yükünü artıracakı gerekçesiyle doktrinde eleştirilmiştir²¹⁶. Belirtmek gerekir ki uyuşmazlığın tüketici mahkemelerinde görülmesinin tüketiciler bakımından en büyük avantajı harç alınmamasıdır. Hasta özel sağlık kurum veya kuruluşuna hatalı tıbbi müdahale dolayısıyla başvurduğu durumda

²¹⁵ Tüketicinin, ekonomik, zihinsel etkinlik ve psikolojik açıdan zayıf konumda olduğu görüşü için bkz. Çağlar Özel, **Tüketicinin Korunması Hukuku**, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 34-42; Bengi Öz, “Hasta hekim ilişkisinin 6502 sayılı TKHK Kapsamında Değerlendirilmesi”, **Teknolojik Gelişmeler Işığında Tıp hukuku ve Güncel Sorunlar**, Ed. Selin Sert Sütçü, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 39.

²¹⁶ Maddede tüketici işlemlerinin kapsamının çok geniş tutulması bu durumun tüketici mahkemelerinin iş yükünü artıracakı gerekçesiyle eleştiri için bkz. Sevda Yaşar Coşkun, Munise Seray Göncü Döner, “Tıbbi Uygulama Kaynaklı Tüketici Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuğun Sigorta Şirketlerine Etkisi”, **SÜHFD**, C. 29, S. 4, 2021, s. 2958; Ejder Yılmaz, Ertan Yardım, **Milli Şerh 6502 sayılı TKHK Şerhi**, Ed. Hakan Tokbaş, Özlem Tüzüner, Aristo Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 1190. Mehmet Bahtiyar, Levent Biçer, **Adi İş/ Ticari İş/ Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi**, **MÜHFHAD**, C. 22, S. 3, 2016, s. 433; Seda Özmumcu, “6502 Sayılı TKHK Hükümleri ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde Tüketici Mahkemelerinin Görev Alanına Giren Uyuşmazlıklara Genel Bir Bakış”, **(Tüketici) DEÜHFD**, Özel Sayı Pekcanitez Armağan, 2014, C. 16, s. 866; Gümüş, **TKHK Genel Bakış**, s. 21.

yukarıda bahsettiğimiz üzere vekalet sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanacağı için yine tüketici mahkemesi görevli²¹⁷ olacaktır²¹⁸.

B. Haksız Fiil Sorumluluğuna Dayanılması Durumunda Görevli Mahkeme

Hasta, bağımsız çalışan hekimin uyguladığı tıbbi müdahaleden zarar görmesi durumunda hekimin sözleşmesel kusuruna dayanabileceği gibi haksız fiil sorumluluğuna da dayanarak zararının tazmin edilmesini isteyebilir. Hastanın haksız fiil sorumluluğuna dayanması durumunda hangi mahkemenin görevli olacağına ilişkin farklı yargı kararları mevcuttur.

Yargıtay bazı kararlarında taraflar arasında bir sözleşme ilişkisinin mevcut olmaması ve sorumluluğun haksız fiile dayandırılması durumunda asliye hukuk mahkemelerinin görevli olacağına hükmetmiştir²¹⁹. Diğer bazı kararlarında ise haksız

²¹⁷ Malpraktisten doğan uyuşmazlıklarda sözleşmesel kusura dayanılması durumunda;

- HMK m.6 kapsamında genel yetkili mahkeme olan davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesi,

- HMK m.10 doğrultusunda sözleşmeden doğan davalar kapsamında, sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesi

-TKHK m.73/5 kapsamında tüketicinin yerleşim yeri mahkemesi yetkili olacaktır.

HMK m.10 ve TKHK m.73/5'te yer alan yetki hükümleri özel yetki kuralları olup, davacı isterse genel yetkili mahkemede isterse de özel yetkili mahkemelerden birinde davayı açabilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Baki Kuru, Burak Aydın, **Medeni Usul Hukuku El Kitabı**, C. I, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 166; Akkan, **Pekcanitez Usul**, s. 267 vd.; Murat Atalı, İbrahim Ermenek, Ersin Erdoğan, **Medeni Usul Hukuku**, 4. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021s. 191 vd.; Baki Kuru, Burak Aydın, **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 61 v.d.; Karşlı, **a.g.e**, s. 282; Kılıç, **a.g.t**, s. 62. Hem özel hastane hem de hekim sorumluluğuna dayanılması durumunda ise HMK m.7 uygulama alanı bulacaktır. Maddeye göre davalı birden fazla ise dava, bunlardan birinin yerleşim yeri mahkemesinde açılabilir. Ancak, dava sebebine göre kanunda, davalıların tamamı hakkında ortak yetkiyi taşıyan bir mahkeme belirtilmişse, davaya o yer mahkemesinde bakılır.

²¹⁸ Kılıç, **a.g.t**, s.61; karş. Hakeri, **Tıp**, s.1083.

²¹⁹ 3. HD., E. 2017/14602, K. 2017/13824, T. 12.10.2017 sayılı kararında; “Dava, haksız fiil sorumluluğuna dayalı tazminat talebine ilişkindir. Dava tarihinde yürürlükte bulunan 4822 Sayılı yasa ile değişik 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Amaç başlıklı 1.maddesinde Kanun'un amacı açıklandıktan sonra kapsam başlıklı 2.maddesinde “Bu kanun, birinci maddesinde belirtilen amaçlarla mal ve hizmet piyasalarında tüketicinin taraflardan birini oluşturduğu her türlü tüketici işlemini kapsar” hükmüne yer verilmiştir. Bir hukuki işlemin 4077 Sayılı Kanun kapsamında kaldırılmasının kabul edilmesi için, kanunun amacı içerisinde tanımlanan taraflar arasında mal ve hizmet satışına dair bir hukuki işlemin olması gerekir. Somut olayda; davalı her ne kadar davacıların araçlarının üzerine yıkılan ve araçların hasar görmesine neden olan duvarın bulunduğu sitenin müteahhitliğini yapmış ise de davacılar ile davalı arasında bir sözleşme bulunmamaktadır. Bu durumda davalının müteahhit olması, davaya tüketici mahkemesi sıfatı ile bakılmasını gerektirmez. Davacıların 4077 Sayılı yasa kapsamında tüketici olmadığı anlaşılmaktadır. Bu duruma göre uyuşmazlığın çözümü

fiilden kaynaklanan bazı uyuşmazlıkların tüketici mahkemelerinde görüleceği yönünde hükümleri mevcuttur²²⁰. Benzer şekilde Yargıtay'ın, hastanın yalnızca özel sağlık kurumuyla arasında bir sözleşme ilişkisinin mevcut olduğu durumda, hastanın aralarında doğrudan sözleşme olmayan özel sağlık kurum veya kuruluşunda çalışan hekimin haksız fiil sorumluluğuna başvurması halinde dahi tüketici mahkemesinin görevli olduğu yönünde kararları mevcuttur²²¹.

Belirtmek gerekir ki; TKHK m.73/1'de; yalnızca tüketici işlemlerinden değil, “tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin” davaların da tüketici mahkemelerinde görüleceği hüküm altına alınmıştır. TKHK m.2 gerekçesinde ise “tüketiciye yönelik uygulamalar” kavramında, sözleşme öncesi, sözleşmenin

Tüketici Mahkemelerinin görevi içerisinde değildir. Görevle ilgili düzenlemeler kamu düzenine dair olup taraflar ileri sürmese dahi yargılamanın her aşamasında re 'sen gözetilir. Görev konusunda kazanılmış hak da söz konusu olmaz. Bu durumda davaya bakmaya Genel Mahkemeler görevlidir. (Kazancı, E.T. 15.05.2022). Aynı yönde bkz. 3. HD., E. 2021/3986, K. 2021/7143, T. 23.06.2021(Kazancı, E.T. 15.05.2022).

²²⁰ Bu yönde bkz. 13. HD., E. 2013/4813, K. 2013/8708, T. 04.04.2013 sayılı kararı. (Kazancı, E.T. 15.05.2022).

²²¹ Bkz. 13 HD. E. 2015/4585, K. 2015/9819, T. 26.03.2015 sayılı kararında; “Somut olayda, müteveffa ile davalı doktor arasında vekil-müvekkil ilişkisi mevcut olup, davadaki talepler vekillerin vekalet görevini ifada özen borcuna aykırı davrandıkları iddiasına dayalı bulunmakla, uyuşmazlığa vekalet hükümleri uygulanmalı ve doğal olarak, uyuşmazlığın da bu çerçevede değerlendirilmesi gerekir. 28.05.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 3/1 maddesinde tüketici işlemi: 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 işlemi, olarak tanımlanmıştır. Buna göre vekalet sözleşmesinden kaynaklanan davalara bakma görevi tüketici mahkemesine ait ise de 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un geçici 1/1.maddesine göre; Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce açılmış olan davalar açıldıkları mahkemelerde görülmeye devam eder.” (Kazancı, E.T. 15.05.2022) Benzer yöndeki kararlar; 20. HD., E. 2016/2272, K. 2016/5721, T. 17.05.2016 (Kazancı, E.T. 01.05.2022); 20. HD., E.2016/5888, K.2016/10806, T.15.11.2016 sayılı kararında; “Somut olayda, davacı 02.11.2004 tarihli dilekçesi ile, HFM Turizm şirketinde işe girdiği, şirkete uzak mesafelere servis yapmak için motor alınınca iç hizmetten alınarak motor ehliyetli eleman olmadığı için motorla dışarıya servis yapmaya çıkarıldığı, ehliyeti olmadığı ve numaralı gözlük kullandığı halde, işini kaybetmemek için motorla servise başladığı, 06.02.2004 tarihinde servisten dönerken trafik kazası geçirdiği, Özel Kent Hastanesine kaldırıldığı, davalı hekim ve hastanenin ağır hizmet kusuru nedeni ile bacağına kesildiği iddiasıyla 25.000.-TL maddi, 150.000.-TL manevi olmak üzere toplam 175.000.-TL tazminatın davalılardan tahsili istemiyle dava açtığı, ... 2. İş Mahkemesinde yapılan yargılama sonucunda davalılardan Tic. Ltd. Şti. – ... ve ... Genel Müd. hakkındaki davanın tefrik edilerek başka esasa kaydedildiği, Sağlık Hiz. Ltd. Şti. ve hekim... hakkındaki davanın görevli mahkemenin asliye hukuk mahkemesi olduğu belirtilerek görev yönünden reddine karar verildiği, asliye hukuk mahkemesince verilen 2009/386-2011/381 Sayılı kararın Y. 13. HD'nin 2008/3559-9849 Sayılı kararıyla, davacının sair temyiz itirazları reddedilerek araştırma eksikliği yönünden bozulduğu, bozma sonrasında tüketici mahkemesine görevsizlik kararı verildiği anlaşılmaktadır.” (Kazancı, E.T. 01.05.2022).

kurulma sırası ve sonrasında tüketiciye karşı yapılan uygulamaların kanun kapsamında korunduğu ifade edilmiştir²²². Doktrinde; “tüketiciye yönelik uygulamalar” ifadesi, sözleşme ilişkisi mevcut olmamasına rağmen tüketici ile satıcı ve sağlayıcının karşı karşıya geldiği durumlarda tüketiciye yönelik gerçekleştirilen her türlü davranış ve hizmet olarak tanımlanmıştır²²³. Herhangi bir hukuki işleme ve sözleşmeye dayanmayan tüketiciye yönelen davranış ve uygulamalar²²⁴ tüketiciye yönelik uygulamalar kapsamındadır²²⁵. Bu sebeple kanaatimce hastanın malpraktisten doğan taleplerini sözleşmesel kusura yahut haksız fiile dayandırması durumunda görevli²²⁶ mahkeme tüketici mahkemesi olacaktır²²⁷.

²²² Hükümet gerekçesi; Kübra Yerkaya, **Tüketici Mahkemelerinin Görev Alanı ve Yargılama Usulü**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 28; Pınar Koçyiğit, **Tüketici Mahkemelerinin Görevi ve Yargı Yetkisi**, Yayımlanmamış YL Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, 2018, s. 59. Hükümet gerekçesinde aynı şekilde bir hukuki işleme veya sözleşmeye dayanmayan tüketiciye yönelik haksız ticari uygulamaların bu kapsamda olduğu ifade edilmiştir.

²²³ Bak; Ahmet Karakocalı, “Otomotiv Sektörü Bakımından Garanti Belgesi ve Satış Sonrası Hizmetlere İlişkin Yasal Düzenlemelerin Değerlendirilmesi”, **5. Sektörel Bazda Tüketici Uygulamaları**, Bilge Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 169.

²²⁴ Füsün Nomer Ertan, “Tüketiciler Tarafından Açılan Haksız Rekabet Davalarında Görevli Mahkeme”, **Prof. Dr. Hamdi Yasaman’ a Armağan**, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 455;

²²⁵ “Tüketiciye yönelik uygulamalar bakımından, belirli hizmetleri özellikle kendilerine tanınan bir imtiyaz çerçevesinde gerçekleştiren girişimcilerin (doğalgaz, bankacılık, telefon, internet vb.) uyuşmazlık ortaya çıktığı anda tarafların hukuki pozisyonlarına bakmaksızın tek taraflı olarak hizmeti durdurabilme veya kalitesini düşürebilme yönünde sahip oldukları fiili imkânlar önemli bir sorun teşkil etmektedir. Bu tip hizmetlerin sunumu ve bu hizmetlerin sunumu ile bağlantılı olarak (ya da keyfi olarak) gerçekleştirilen fiili uygulamaların ortaya çıkardığı düşük miktarda uyuşmazlıklar karşısında, tüketicilerin mücadele gücü yetersizliği (ya da zaafiyeti/isteksizliği) bu imkânın, hizmet sağlayıcıları için bir sermaye toplama aracına dönüşmesine neden olmaktadır.” bkz. Somer v.d., **Sağlık Hukukunda Arabuluculuk**, s. 118.

²²⁶ Malpraktis uyuşmazlıklarında haksız fiil sorumluluğuna dayanılması durumunda;

- HMK m.6 kapsamında genel yetkili mahkeme olan davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesi

- HMK m.16 kapsamında haksız fiilin işlendiği veya zararın meydana geldiği yahut gelme ihtimalinin bulunduğu yer ya da zarar görenin yerleşim yeri mahkemesi

- TKHK m.73/5 kapsamında tüketicinin yerleşim yeri mahkemesi

yetkili olacaktır. HMK m.16 ve TKHK m.73/5’te yer alan yetki hükümleri özel yetki kuralları olup, davacı isterse genel yetkili mahkemede isterse de özel yetkili mahkemelerden birisinde dava açabilir. Bkz. Karslı, **a.g.e.**, s. 282; Kılıç, **a.g.t.**, s. 62. Hem özel hastane hem de hekim sorumluluğuna dayanılması durumunda ise HMK m.7 uygulama alanı bulacaktır. Maddeye göre davalı birden fazla ise dava, bunlardan birinin yerleşim yeri mahkemesinde açılabilir. Ancak, dava sebebine göre kanunda, davalıların tamamı hakkında ortak yetkiyi taşıyan bir mahkeme belirtilmişse, davaya o yer mahkemesinde bakılır.

²²⁷ Taraflar arasında sözleşme olmasa bile sözleşme öncesi görüşmelerden doğan sorumluluğa ilişkin uyuşmazlıklarda tüketici mahkemelerin görevli olduğu yönünde bkz. HGK, E. 2012/ 131220, K.

C. Vekaletsiz İş görmeye Dayalı Talepler Bakımından Görevli Mahkeme

Vekaletsiz iş görme hükümlerine dayanılması durumunda taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi dolayısıyla bir tüketici işleminden bahsedilemeyeceği gerekçesiyle davacının talebini vekaletsiz iş görme hükümlerine dayandırması durumunda görevli mahkemenin asliye hukuk mahkemesi olduğu yönünde doktrinde görüşler mevcuttur²²⁸.

Ancak yukarıda haksız fiile ilişkin talepler bakımından yaptığımız açıklamalar burada da geçerli olacaktır. Vekaletsiz iş görme durumunda dahi TKHK m.73/1 kapsamında tüketiciye yönelik bir uygulama söz konusu olduğu için bu durumda da tüketici mahkemeleri görevli olmalıdır.

D. Sigorta Şirketinin Taraf Olması Durumunda Görevli Mahkeme

TŞSİDK Ek m.12 uyarınca hekimler mesleki mali sorumluluk sigortası yaptırmak zorundadır. Bunun yanı sıra hekimin ihtiyari sigortası yahut hastanın özel sağlık sigortası mevcut olabilir²²⁹. ZMSS kapsamında hekimin veya özel sağlık kuruluşunun kusurlu bulunması durumunda, sigorta bedeline kadar olan kısmı sigorta şirketi tarafından karşılanacaktır. Kanun koyucunun hekimlik ZMSS ile temel amacı zarar gören hastayı korumaktır²³⁰. ZMSS bir zarar sigortasıdır²³¹.

2013/239, T. 13.02.2013; HGK, E. 2009/13593, K. 2010/623, T. 01.12.2010 sayılı kararları. (Lexpera, 15.05.2022). Aksi yönde bkz. Kuru, Aydın, **a.g.e.**, s. 661; Kılıç, **a.g.t.**, s. 61; Akçınar, **a.g.t.**, s. 77; Şahin, **Bildiri**. Taraflar arasında sözleşme olup olmadığına bakılmaksızın tarafın haksız fiil sorumluluğuna dayanması durumunda asliye hukuk mahkemelerinin görevli olması gerektiği görüşü için bkz. Hakeri, **Tıp**, s. 1083; Özmumcu, **Tüketici**, s. 867; Yücel, **Medeni Hukuku Bakışı**, s. 395.

²²⁸ Petek, **TKHK**, s. 972; Aktaş İncel, **a.g.e.**, s. 116; Yücel, **Medeni Hukuk Bakışı**, s. 395.

²²⁹ Bunun yanı sıra hekimin ihtiyari sigortası yahut hastanın özel sağlık sigortası mevcut olabilir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kara, **a.g.m.**

²³⁰ Kara, **a.g.m.**, s. 302. Sorumluluk sigortalarında temel amacın üçüncü kişilerin menfaatini korumak olduğu hususunda bkz. İlknur Uluğ Cicim, Nurdan Korkmaz, “Sorumluluk Sigortalarında Zarar Görenin Sigortacı Aleyhine Açtığı Davanın Medeni Usul Hukukuna Ait Bazı Hükümler Bakımından İncelenmesi”, **Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2020, C. 10, S. 1, s. 55.

²³¹ Rayegan Kender, **Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku**, Onikilevha Yayıncılık, 16. Baskı, İstanbul, 2017, s. 226.

TTK m.1475'e göre²³²; sigortalı hekim, “*sorumluluğunu gerektirecek olayları, on gün içinde, sigortacıya bildirmekle*” yükümlüdür²³³. Bildirim yükümlülüğünün ihlali, ödenecek tazminatta veya bedelde artışa neden olmuşsa, TTK m.1446²³⁴ hükmü gereği, kusurun ağırlığına göre, tazminattan veya bedelden indirim yoluna gidilecektir. TTK m.1478 hükmü²³⁵ doğrultusunda ise, zarar gören hasta doğrudan sigortacıya başvurup zararın tazminini isteyebilir.

Bu iki hükümden anlaşılacağı üzere hekimlik mali sorumluluk sigortası gereği, hastanın hekime yönelttiği tazminat taleplerinde sigorta şirketi ihbar edilen yahut taraf olarak yer alacaktır. Bu durumda aşağıda değinileceği üzere görevli mahkemenin asliye ticaret mahkemesi mi yoksa tüketici mahkemesi mi olduğu hususunda hem doktrinde hem de Yargıtay kararlarında birlik yoktur. Öte yandan hekim ya da hastane ile sigorta şirketi arasında rücu ilişkisi de söz konusu olabilir. Bu durumlarda görevli ve yetkili mahkemelerin tespiti aşağıda ayrı ayrı yapılacaktır.

²³² TTK m.1475'e göre; “(1) 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 halinde 1427'nci madde uygulanır. (3) Bildirim yükümlülüğünün ihlali halinde, 1446'ncı maddenin ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri kıyas yolu ile uygulanır.”

²³³ Rizikoya İlişkin Olarak Sigorta Ettirenin Yükümlülükleri başlıklı Genel Şartlar B.2'ye göre; “Sigorta ettiren, aşağıdaki hususları yerine getirmekle yükümlüdür: a) Haberdar olduğu andan itibaren rizikonun gerçekleştiğini derhal sigortacıya 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 kovuşturmayaya geçildiği hâllerde, durumdan sigortacıyı derhal haberdar etmek ve tazminat talebine ve cezai kovuşturmayaya 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.”

²³⁴ TTK m.1446'ya göre; “(1) Sigorta ettiren, rizikonun gerçekleştiğini öğrenince durumu gecikmeksizin sigortacıya bildirir. (2) Rizikonun gerçekleştiğine ilişkin bildirim yapılması 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.”

²³⁵ TTK m.1478'e göre; “Zarar gören, uğradığı zararın sigorta bedeline kadar olan kısmının tazminini, sigorta sözleşmesi için geçerli zamanaşımı süresi içinde kalmak şartıyla, doğrudan sigortacıdan isteyebilir.”

1. Hastanın Doğrudan Sigorta Şirketine Başvurması Durumunda Görevli ve Yetkili Mahkeme

Hastanın TTK m.1478 hükmü doğrultusunda doğrudan sigorta şirketine başvurması durumunda görevli mahkemenin asliye ticaret mahkemesi mi yahut tüketici mahkemesi mi olduğu tartışmalıdır.

Sigorta hukukuna ilişkin hükümler TTK m.1401 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş olup, TTK m.4 gereği sigortadan doğan uyuşmazlıklar mutlak ticari dava kapsamındadır²³⁶. TTK m.5'te ise kural olarak tüm ticari davalarda asliye ticaret mahkemesinin görevli olduğu hüküm altına alınmıştır.

Buna karşın TKHK m.73/1 hükmünde ise; “*tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin davaların*” tüketici mahkemelerinde görüleceği hüküm altına alınmıştır²³⁷. Konuya ilişkin tartışmalar bakımından TKHK m.83/2 hükmü oldukça önemlidir. Maddeye göre; “*Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu işlemler ile ilgili diğer kanunlarda düzenleme olması, bu işlemin tüketici işlemi sayılmasını ve bu Kanunun görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını engellemez*”²³⁸. TKHK m.83/2 hükmü gereği tüketici mahkemelerinde görülecek pek çok uyuşmazlık ticari dava niteliğinde olabilmektedir²³⁹.

²³⁶ Kuru, Aydın, **Usul El Kitabı**, s. 132; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **a.g. e.**, s. 137; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **a.g. e.**, s. 41; Akkan, **Pekcanitez Usul**, s. 160; Süha Tanrıver, **Medeni Usul Hukuku**, C. I, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 34; Seyithan Deliduman, Yakup Oruç, “Ticari Davalar”, **MÜHFAD**, 2012, C.18, S. 2, s. 101.

²³⁷ Doktrinde bazı yazarlarca TKHK m.3 kapsamında sağlayıcı konumunda olan kişinin tüketiciye karşı açacağı davalar bakımında tüketici mahkemelerinin görevli olmadığı ileri sürülmektedir. Bkz. Kuru, Aydın, **a.g.e.**, s. 662. Karşı yönde bkz. Akkan, **Pekcanitez Usul**, s. 187; Vildan Peksöz Sürme, “Özel Diyaliz Merkezleri ile İlgili Uyuşmazlıklarda Tarafın ve Görevin Belirlenmesi”, **Uluslararası Necmettin Erbakan Hukuk Kongresi Bildiri Tam Metin Kitabı**, Necmettin Erbakan Üniversitesi Yayınları, Konya, 2021, s. 596.

²³⁸ Örneğin tüketici konumundaki hastanın özel sağlık sigortası olması durumunda sigortacı ile aralarında düzenledikleri bu sigorta sözleşmesi TKHK m.3/1 kapsamında tüketici işlemi olduğu için bu ilişkiden doğan uyuşmazlıklar tüketici mahkemelerinde görülecektir. Bkz. Budak, Karaaslan, **a.g.e.**, s. 52; dn.10'da atıf yapılan kararlar. Aşağıda aralarında bir sözleşme ilişkisi bulunmayan ancak TTK m.1478 hükmü gereği doğrudan sigortacıya başvuran hastanın sigortacıya yönelik taleplerinde hangi mahkemenin görevli olduğu hususu incelenecektir.

²³⁹ Hakeri, **Tıp**, s. 1087; Şafak Narbay, Muhammed Akkuş, “Ticari İş ve Tüketici İşlemleri Kavramları Ekseninde Görevli Mahkeme ve Dava Şartı Arabuluculuk Üzerinde Düşünceler”, **TAAD**, C. 11, S. 44, 2020, s. 301; Rıza Ayhan, Hayrettin Çağlar, Mehmet Özdamar, **Ticari İşletme Hukuku**, 14. Baskı,

Sigorta şirketine doğrudan dava açan hastanın açacağı davada hangi mahkemenin görevli olacağı hususunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Doktrinde bazı yazarlar, sigorta hukuka ilişkin uyuşmazlıkların mutlak ticari davalar olması sebebiyle, taraflardan biri tüketici olsa dahi uyuşmazlığın asliye ticaret mahkemesinde görülmesi gerektiğini ileri sürmüştür²⁴⁰. Zira hasta tüketici olmasına karşın hasta ile sigorta şirketi arasında bir sözleşme ilişkisi olmadığı için tüketici mahkemeleri görevli olmayacaktır²⁴¹.

Doktrinde diğer bazı yazarlar ise TKHK m.83/2 hükmü doğrultusunda tüketici olan hastanın doğrudan sigorta şirketine başvurması durumunda tüketici mahkemelerinin görevli olduğunu ileri sürmektedir²⁴². Zira bu görüşü savunan yazarlarca sorumluluk sigortasında, sigortacı karşısında zarar gören hasta tüketici konumundadır²⁴³.

Görevli mahkemenin tespiti için doğrudan dava hakkının niteliğini incelemek daha doğru olacaktır²⁴⁴. Hekimlik mali sorumluluk sigortasının tarafları sigorta şirketi ve hekim/özel hastanedir. Zarar gören hasta, bu sözleşmenin tarafı değildir. Doktrinde bir

Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 24; Yılmaz, Yardım, **Milli Şerh**, s. 1188. Ticari işlerin tüketici işlemi sınırına girdiği an TKHK m.83 hükmü gereği artık tüketici mahkemesinde görüleceği hakkında bkz. Sezer Çabri, **TKHK Şerhi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 1044; Abdülhamit Yılmaz, “BAM Kararları Işığında Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk ve Tüketici Kredileri Sözleşmeleri, **Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 4, S. 1, 2018, s. 236.

²⁴⁰ Gülen Sinem Tek, “Tüketici Mahkemelerinin Görevi, Yetkisi ve Tüketici Mahkemelerinde Yapılan Yargılamanın Usulü”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hukuk Dergisi**, C. 8, S. 99-100, 2012, s. 144; Elif Beyza Akkanat Öztürk, “Sorumluluk Sigortalarında Zarar Görenin Doğrudan Dava Hakkı”, **TAAD**, C. 11, S. 42, 2020, s. 486; Yaşar Coşkun, Göncü Döner, **a.g.m.**, s. 1961. Sigorta şirketinin taraf olduğu tüm malpraktis uyuşmazlıkları ticari uyuşmazlıklar kapsamında zorunlu arabuluculuğa tabi olduğu yönünde bkz. Somer v.d., **Sağlık Hukukunda Arabuluculuk**, s. 119.

²⁴¹ Şahin, **Bildiri**.

²⁴² Kara, **a.g.m.**, s. 276; Narbay, Akkuş, **a.g.m.**, s. 87; Ayhan, Çağlar, Özdamar, **a.g.e.**, s. 23; Eren Çıtır, “Ticari iş-Tüketici İşlemi İlişkisi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 20, S. 3, s. 47; Bahtiyar, Biçer, **a.g.m.**, s. 424.

²⁴³ Kara, **a.g.m.**, s. 276; Çıtır, **a.g.m.**, s. 47; Bahtiyar, Biçer, **a.g.m.**, s. 424.

²⁴⁴ Akkanat Öztürk, **a.g.m.**, s. 472.

görüŖe göre; sözleşmenin tarafı olmayan zarar görene doğrudan başvurma hakkı tanınmasını üçüncü kişi yararına²⁴⁵ sözleşmedir²⁴⁶.

Bu görüşü savunan yazarlara göre tarafların arasında bir tüketici işlemi olduğu için görevli mahkeme tüketici mahkemeleridir. Doktrindeki diğeri bir görüşe göre ise; doğrudan dava hakkı, sigorta sözleşmesinden değil, kanundan doğan bir haktır²⁴⁷. Bu görüşü savunan yazarlara göre doğrudan dava hakkı TTK’ da düzenlendiğinden, bu dava mutlak ticari dava olup asliye ticaret mahkemesinde görülmelidir.

Gerçekten de sorumluluk sigortasında zarar gören üçüncü kişi konumundadır. Doğrudan sigortacıya başvurma hakkı kanun koyucunun sözleşmenin nispiliğı ilkesine getirdiğı bir istisnadır²⁴⁸. Öte yandan doğrudan dava hakkının üçüncü kişi lehine sözleşme olmadığı TTK m.1478’in gerekçesinde açıkça ifade edilmiştir²⁴⁹. Anılan bu

²⁴⁵ Üçüncü kişi yararına sözleşme başlığı taşıyan TBK m.129/1 hükmüne göre; “Kendi adına sözleşme yapan kişi, sözleşmeye üçüncü kişi yararına bir edim yükümlülüğü koydurmuşsa, edimin üçüncü kişiye ifa edilmesini isteyebilir. 129/2 hükmü ise;” 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 edemeyeceğı gibi, borcun nitelik ve kapsamını da değiştiremez.”

²⁴⁶ Demir, **a.g.e**, s. 511; Aksi yöndeki görüşler için bkz. Uluğ Cicim, Korkmaz, **a.g.e**, s. 60. Üçüncü kişi yararına sözleşmeye ilişkin TBK m.129 hükmüne göre;

“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 da, 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 edemeyeceğı gibi, borcun nitelik ve kapsamını da değiştiremez.”

²⁴⁷ Uluğ Cicim, Korkmaz, **a.g.m**, s. 59; hakkın hukuki niteliğı konusunda bkz. Reşat Atabek, “Zarar Görenin Doğrudan Doğruya Sigortacıya Müracaat Hakkı”, **BATİDER**, C. 6, 1971, s. 120.

²⁴⁸ Akkanat Öztürk, **a.g.m**, s. 472.

²⁴⁹ Gerekecede, “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 ödeyeceğı tazminata bağılı 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 sigortayı rahatlatıcı bir etki yaratacak ve sigortalının da sorumluluk sigortası ile sağlanmak istediğı 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.” <https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/gerekciler/turk-ticaret-kanunu-madde-gerekcileri/1>

sebeplerle doğrudan dava hakkı kanundan doğan bir haktır²⁵⁰. Sorumluluk sigortalarında zarar gören ile sigortacı arasında TKHK m.3/1 bağlamında bir tüketici işlemi yoktur. Malpraktis sebebiyle zarar gören hastanın doğrudan sigorta şirketine başvurması halinde bu dava ticari dava olup asliye ticaret mahkemelerinde²⁵¹ görülmelidir²⁵². Bu uyuşmazlıklar ise TTK m.5/A kapsamında dava şartı arabuluculuk kapsamında olacaktır.

2. Sigorta Şirketinin Açacağı Rücu Davalarında Görevli Mahkeme

Sigorta şirketi sigorta teminatı kapsamı dışında kalan zararı karşılamışsa yahut zarar sözleşmede belirtilen meblağı aşmışsa bu durumda sigorta şirketi fazladan ödediği miktarı kusurlu olan hekime rücu edecektir. Bu rücu davası hekimin mesleki amaçlarla hareket etmesi²⁵³ ve taraflar arasında sigorta sözleşmesi olması nedeniyle mutlak ticari dava olup, uyuşmazlık asliye ticaret mahkemesinde görülecektir²⁵⁴. Bu uyuşmazlık ise TTK m.5/A kapsamında dava şartı arabuluculuk kapsamında olacaktır.

²⁵⁰Üçüncü kişi yararına sözleşmede ifanın daima üçüncü kişiye yapıldığı, ancak sorumluluk sigortalarında ifanın her zaman üçüncü kişiye yapılmayacağı zira zarar görenin doğrudan sigorta şirketine başvurmak yerine sigortalıya da başvurulabileceği hakkında bkz. Serdar Acar, “Sorumluluk Sigortacısının Doğrudan Davada Dayanabileceği Savunmalar,” **MÜHFAD**, Özel Sayı, C. 18, 2012, s. 736.

²⁵¹ Hastanın doğrudan sigorta şirketine açacağı davada yetkili mahkemenin tespiti bakımından tarafların aralarında bir sözleşme ya da haksız fiil olmadığından HMK m.10, m.15 ve m.16 uygulama alanı bulmaz. HMK m.6 kapsamında davalı sigorta şirketinin yerleşim yeri mahkemesi yetkilidir.

²⁵² Yaşar Coşkun, Göncü Döner, **a.g.m.**, s. 1961. Yargıtay 11.HD., E. 2017/270, K. 2017/765, T. 13.2.2017 sayılı kararında; “...10. *Tüketici Mahkemesi*’nce verilen 13.06.2016 tarih ve 2016/626 E. ve 2016/628 K. sayılı karar ile yerel mahkeme, davalı ile davanın ihbarı istenen hekim 3. kişi... arasında 11.08.2015 - 11.08.2016 tarihleri arasında geçerli olarak Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigorta Poliçesi yapıldığı, Sigorta Hukukunun ise 6102 sayılı TTK’nın 1401 vd. maddelerinde düzenlendiği, TTK’nın 4. maddesi uyarınca bu kanundan doğan hususların ticari dava sayılacağı, poliçenin niteliği dikkate alındığında, zorunlu poliçe olması sebebiyle 6502 sayılı Kanun’un 3. maddesinde yer alan sigorta kapsamı dahilinde değerlendirilemeyeceği, ayrıca davalı ile davacı arasında vekâlet ilişkisi bulunmadığından davalının sorumluluğunun sigorta hukukundan kaynaklandığı, Asliye Ticaret Mahkemesi’nin görevli olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı vermiştir.” (Kazancı, E.T. 15.05.2022)

²⁵³ Yukarıda bahsettiğimiz üzere günümüzde pek çok özel sağlık kurum veya kuruluşu hekimlere şirket kurdurarak hizmet alım sözleşmesiyle çalıştırmaktadır. Bu durumda hekimin ticari amaçlarla hareket ettiği söylenebilecek ise de Yargıtay bu ilişkiyi muvazaalı kabul etmekte ve hekimle hastane arasındaki ilişkiyi iş sözleşmesi olarak değerlendirmektedir. Ticari amaçlarla hareket etmesi halinde de görevli mahkeme değişmeyecek, uyuşmazlık asliye ticaret mahkemesinde görülecektir.

²⁵⁴ Kara, **a.g.m.**, s. 276.

Hekimler mesleki amaçla hareket ettikleri ve tüketici olmadıkları için hekimlerin sigorta şirketine karşı açtığı rücu davaları bu kapsamda yer alacaktır²⁵⁵.

Hasta, malpraktis sonucu uğramış olduğu zararın tazmini için özel sağlık kurum veya kuruluşuna da başvurabilir. Bu durumda tazminat, özel sağlık kurum veya kuruluşu tarafından ödenir. Kurumun ödemiş olduğu bu tazminatı hekime rücu etmesi durumunda, rücu davasında görevli mahkemenin neresi olacağı hususuna değinmek faydalı olacaktır. Özel sağlık kurum kuruluşunda çalışan hekimler ZMSS kapsamında sigortalı sıfatını haizdir²⁵⁶. Özel sağlık kurum veya kuruluşu ise sigorta ettirendir²⁵⁷. Özel sağlık kurumunun hekime açtığı rücu davası ZMSS kapsamında olup sigorta ilişkisinden doğan bir davadır²⁵⁸. Bu sebeple söz konusu dava ticari davadır²⁵⁹. Öte yandan hem hekim hem de özel sağlık kurumu mesleki veya ticari amaçlarla hareket ettiğinden bu rücu ilişkisinde tüketici mahkemesinin görevli olmadığı aşıkardır.

²⁵⁵ ZMSS kapsamında açılacak rücu davalarında;

-HMK m. 6 kapsamında genel yetkili mahkeme olan davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesi

-HMK m.10 doğrultusunda sözleşmeden doğan davalar kapsamında, sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesi

- Sigorta sözleşmelerinden doğan davalarda yetki başlıklı HMK m. 15/1 uyarınca; “*Zarar sigortalarından doğan davalar, sigorta, bir taşınmaza veya niteliği gereği bir yerde sabit bulunması gereken yahut şart kılınan taşınıra ilişkinse, malın bulunduğu yerde; bir yerde sabit bulunması gerekmeyen veya şart kılınmayan bir taşınıra ilişkinse, rizikonun gerçekleştiği yerde de açılabilir.*” Buna göre rizikonun gerçekleştiği yer mahkemesi de yetkili olacaktır. Davacı isterse genel yetkili mahkemede isterse de özel yetkili mahkemelerden birisinde dava açabilecektir.

²⁵⁶ Yaşar Coşkun, Göncü Döner, **a.g.m**, s. 2964.

²⁵⁷ **A.e.**

²⁵⁸ **A.e.**

²⁵⁹ Yücel, **Medeni Hukuk Bakış Açısı**, s. 397. Aynı yönde bkz. 11. HD., E. 2016/13640, K. 2016/9304, T. 5.12.2016 sayılı kararı. (Kazancı, E.T.15.05.2022)

İKİNCİ BÖLÜM

TIBBİ MALPRAKTİSTEN DOĞAN HUKUKİ

UYUŞMAZLIKLARIN ARABULUCULUĞA KONU OLMASI

I. GENEL HATLARIYLA ARABULUCULUK

A. Arabuluculuk Kavramı ve Arabuluculuğa Hâkim Olan İlkeler

1. Arabuluculuğun Temel Özellikleri

Arabuluculuk geçmişten beri toplumda kullanılan bir yöntem olsa da yirminci yüzyıldan itibaren hukuk sistemiyle bütünleşmiş modern bir kurum olarak karşımıza çıkmaktadır²⁶⁰. Arabuluculuk günümüzde en yaygın başvurulanan alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur²⁶¹. Bu hususta Avrupa Komisyonu ve pek çok ülkenin mevzuatında arabuluculuğu teşvik edici, kolaylaştırıcı düzenlemeler yapılmış olmasının etkisi büyüktür.

Hukuki ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin 2008/52/EC Sayılı Yönergesinde²⁶² ise; *“adlandırılması ve başvurma şekline bakılmaksızın uyuşmazlığın tarafı olan iki ve daha fazla kişinin gönüllü bir temelde uyuşmazlıklarını çözmek için bir arabulucunun yardımı ile bizzat çaba gösterdikleri yapılandırılmış bir süreç”* olarak ifade edilmiştir.²⁶³

²⁶⁰ Mustafa Serdar Özbek, “Anayasal Hak ve Hürriyetler ile Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler Işığında Arabuluculuk”, **Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı- IX Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk (Toplantı)**, Ankara, 2010, TBBY, Ankara, 2012, s. 107; Elif Kısmet Kekeç, **Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler**, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 325.

²⁶¹ Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz, Emel Hanağası **Medeni Usul Hukuku**, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 756; Melis Taşpolat Tuğsavul, **Türk Hukukunda Arabuluculuk**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 21; Betül Azaklı Arslan, **Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 21.

²⁶² Çev. Mustafa Serdar Özbek, <http://ankaratahkim.com/AVRUPA%20PARLAMENTOSU%20VE%20KONSEYİ%20YÖNERGESİ.pdf>

²⁶³ Yönergenin gerekçesinde arabuluculuk uzlaştırmadan farkını ortaya koyacak şekilde tanımlanmıştır. Bu ifade ile arabulucunun, uzlaştırmacı gibi yönlendirme yapmadığı sadece iletişimi kolaylaştırdığı ifade edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Orhan Dür, **Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 297.

Doktrinde arabuluculuk; taraflar arasındaki iletişimi güçlendirmek ve müzakereleri yönetmek üzere tarafsız bir üçüncü kişinin katılımıyla taraflar arasındaki uyuşmazlığa çözüm bulma arayışı olarak ifade edilmektedir²⁶⁴. Arabuluculuğun kendine has özellikleri, arabulucunun ve tarafların, süreçteki yeri ve etkisi sonucunda ortaya çıkmaktadır. Arabuluculukta, tarafsız ve karar verme yetkisi olmayan üçüncü bir kişi sürece dahildir. Arabulucu olarak adlandırılan bu kişi, sistematik teknikler uygulayarak taraflar arasındaki iletişimi kolaylaştırır ve tarafların uyuşmazlığı çözmesine yardımcı olur²⁶⁵.

Ülkemizde sadece arabuluculuk eğitimi almış ve Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından tutulan sicile kayıtlı kişiler arabuluculuk yapabilmektedir²⁶⁶. Belirtilen nitelikleri taşımayan bir üçüncü kişinin, sürece katılımıyla ortaya çıkan arabuluculuk anlaşma metni ilam niteliğinde

²⁶⁴ Gülgün Ildır, **Alternatif Uyuşmazlık Çözümü**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 88; Mustafa Serdar Özbek, **Alternatif Uyuşmazlık Çözümü**, 5. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022s. 591; Taşpolat Tuğsavul, **a.g.e**, s. 26; Süha Tanrıver, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, TBB, S. 64, 2006, s. 151-178. (**Özellikle Arabuluculuk**), s. 151; Kekeç, **a.g.e**, s. 23; Kamil Yıldırım, “İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi Hakkında” **Prof. Dr. Yavuz Alangoya için Armağan**, İstanbul, Alkım Yayınevi, 2007, s. 347; Çiğdem Yazıcı Tıktık, **Arabuluculukta Gizliliğin Korunması**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2013, s. 10.

²⁶⁵ Ömer Ekmekçi, Muhammet Özkes, Murat Atalı, Vural Seven, **Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk**, 2. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2019; Taşpolat Tuğsavul, **a.g. e**, s. 26; Ildır, **a.g. e**, s. 88; Kekeç, **a.g.e**, s. 23; Özbek, **Alternatif**, s. 592; İlhan Postacıoğlu, Sümer Altay, **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, 8. Baskı, **Vedat Kitapçılık**, İstanbul, s. 1056; Karslı, **a.g.e**, s. 879; Pekcanitez, Atalay, Özkes, **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, 9.Bası, Onikilevha Yayınları, İstanbul, ,s. 631; Özbek, **Toplantı**, s. 108.

²⁶⁶ HUAK m. 2/a. HUAK m. 20’ye göre; “Arabulucular siciline kaydedilebilmek için,

a) Türk vatandaşı olmak,

b) Mesleğinde en az beş yıllık kıdeme sahip hukuk fakültesi mezunu olmak,

c) Tam ehliyetli olmak,

ç) (Değişik: 12/10/2017-7036/25 md.) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıldan fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile Devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık, gerçeğe aykırı bilirkişilik yapma, yalan tanıklık ve yalan yere yemin suçlarından mahkûm olmamak,

d) (Ek: 5/6/2017-KHK-691/9 md.; Aynen kabul: 31/1/2018-7069/9 md.) Terör örgütleriyle iltisaklı veya irtibatlı olmamak,

e) Arabuluculuk eğitimini tamamlamak ve Bakanlıkça yapılan yazılı sınavda başarılı olmak, gerekir.”

belge vasfına haiz değildir²⁶⁷. Arabulucu tarafların ortak menfaatlerini tespit etmelerine, beklenti ve taleplerini gözden geçirmelerine ve kendi çözümlerini üretmelerine yardımcı olur²⁶⁸. Arabulucu uyuşmazlık hakkında tarafları bağlayıcı karar veremez, sürece devam edip etmeme hususu tarafların hakimiyetindedir.²⁶⁹

Dava sürelerinin uzaması ve tarafların çözümden tatmin olmaması toplumun huzur ve refahını, adalete olan güvenini olumsuz bir şekilde etkilemektedir²⁷⁰. Arabuluculuk kurumu yukarıda bahsedilen olumsuzlukları bertaraf etmek ve mahkemelerin mevcut iş yükünü azaltmak amacıyla ortaya çıkmıştır²⁷¹. Devletin en önemli görevlerinden bir tanesi şüphesiz toplumun barış, huzur ve refahını sağlamaktır. “*Devletin temel amaç ve görevleri*” başlıklı Anayasa m. 5’ te bu durum açıkça ifade edilmiştir. Bu sebeple arabuluculuğun devlete yüklenen ödevlerle uyum içinde olduğu söylenebilir²⁷².

Arabuluculukla devletin yargı yetkisine zarar verilmeden, mahkemelerin iş yükünün azaltılması, uyuşmazlığın daha hızlı ve ucuz çözüme kavuşturulması amaçlanmaktadır²⁷³. Arabuluculuk müzakere temellidir²⁷⁴. Arabuluculuk tarafların arasındaki iletişimi sağlayarak birbirlerini anlamalarını kolaylaştırır²⁷⁵. Böylece arabuluculuk sayesinde taraflar arasındaki hukuki ve ticari ilişkiler arabuluculuk

²⁶⁷ Budak, Karaaslan, **a.g.e**, s. 429.

²⁶⁸ Cristoph Liebsher, “Arabuluculuk Tekniklerinin Tahkimde Kullanılması” Çev: Mustafa Göksu, **Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı- IX: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk**, TBB Yayınları, 2010, s. 55; İbrahim Subaşı, Toplu İş Hukukunda Arabuluculuk, **Ünal Tekinalp’ e Armağan**, C. II, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2003, s.760; Meral Sungurtekin-Özkan, “Avukatlık Kanunu’nun 35/A Maddesi Çerçevesinde Avukatın Uzlaştırma Sağlama Yetkisi”, **MİHDER**, 2005/2, s. 359.

²⁶⁹ Süha Tanrıver, **Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk (Arabuluculuk)**, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 44; Serkan Kaya, **Consumer Dispute Resolution in the Digital Age: Online Dispute Resolution**, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 20.

²⁷⁰ Ülkemizde her yıl Adalet Bakanlığı tarafından adli istatistikler yayımlanmaktadır. 2021 yılı adli istatistikleri için bkz. https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/9092022143819adalet_ist-2021.pdf

²⁷¹ Kekeç, **a.g.e**, s. 325.

²⁷² Özbek, **Toplantı**, s. 110.

²⁷³ Dür, **a.g.e**, s. 5.

²⁷⁴ Özbek, **Alternatif**, s. 132.

²⁷⁵ Ekmekçi v.d., **a.g.e**, s. 19.

sayesinde zarar görmeden devam eder²⁷⁶. Arabuluculuk mücadelecı değil, iş birliğine dayanan bir yöntemdir²⁷⁷.

Arabuluculuk adil bir çözüme ulaşma yahut maddi gerçeği ortaya çıkarma amacı taşımaz. Arabuluculukta yargılama yapılmaz²⁷⁸. Yargılamada kimin haklı kimin haksız olduğu, geçmişe bakılarak, ispat ve delil vasıtalarıyla tespit edilmeye çalışılır²⁷⁹. Yargılama yapılan uyuşmazlık çözüm yolları geçmişe odaklanırken, arabuluculuk geleceğe odaklanır²⁸⁰. Arabuluculukta ise tarafların menfaatleri dikkate alınarak geleceğe odaklı bir çözüm aranır²⁸¹. Delil inceleme ve değerlendirilmesi yapılmaz²⁸². Ancak arabuluculuk süreci tarafların hakimiyetinde ilerlediği için taraflar uzman görüşüne başvurabilir²⁸³.

Arabuluculukta temel amaç, uyuşmazlıkların kalıcı ve sağlıklı bir şekilde çözülmesi için tarafların kendi çözümlerini bulmalarını sağlayacak bir platform oluşturulmasıdır²⁸⁴. Zira uyuşmazlıkların kalıcı ve sağlıklı çözümü ancak tarafların çözümü kendileri belirledikleri ve her iki tarafında sonuçtan memnun olduğu yöntemlerde mümkün olabilir²⁸⁵. Yargılama yapılarak uyuşmazlığın çözülmesi durumunda kimin haklı kimin haksız olduğu tespit edildiği için bir taraf sonuçtan memnun olurken diğer taraf sonuçtan memnun olmamaktadır. Doktrinde bu durum “kazan/kaybet” ilişkisi olarak adlandırılmaktadır. Arabuluculukta ise yargılamanın aksine “kazan/kazan prensibi” geçerlidir²⁸⁶. Arabuluculukta sonuca taraflar kendi iradeleriyle ulaştıkları için her iki tarafta çözümden memnun olmaktadır. Taraflardan

²⁷⁶ Özbek, **Alternatif**, s. 595; Bahadır Yakut, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri ve Arabuluculuk”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 67-68, 2005, s. 46.

²⁷⁷ Ekmekçi vd., **a.g.e.**, s. 18.

²⁷⁸ Özbek, **Alternatif**, s.594; Ekmekçi vd., **a.g.e.**, s. 18; Budak, Karaaslan, **a.g.e.**, s. 427.

²⁷⁹ Ekmekçi v.d., **a.g.e.**, s. 19.

²⁸⁰ Ekmekçi v.d., **a.g.e.**, s.19; Özbek, **Alternatif**, s. 595.

²⁸¹ **A.e.**

²⁸² Dür, **a.g.e.**, s. 14.

²⁸³ Bu husus AYM’nin E. 2012/94, K. 2013/89, T.10.07.2013 sayılı kararında açıkça ifade edilmiştir.

²⁸⁴ Kaya, **a.g.e.**, s. 19.

²⁸⁵ **A.e.**

²⁸⁶ HUAK m.2 Hükümet gerekçesi.

birinin çözümden memnun olmadığı aksi durumlarda anlaşma gerçekleşmemiş olacaktır.

2. Arabuluculuğa Hâkim Olan İlkeler

a. İradilik İlkesi

Arabuluculukta iradilik ilkesi ve gönüllülük esastır. Taraflar, dava şartı arabuluculuk saklı kalmak şartıyla, arabuluculuğa başvurmaya zorlanamaz. Taraflar arabuluculuk sürecini devam ettirme, sonlandırma yetkilerini her zaman muhafaza ederler. Arabuluculuk süreci devam ederken tarafların her an süreci sonlandırma ve yargı yoluna başvurma hakları mevcuttur. Bu durum HUAK m.3'te açıkça ifade edilmiştir.

b. Eşitlik İlkesi

Taraflar hem arabulucuya başvururken hem de tüm süreç boyunca eşit haklara sahiptir²⁸⁷. Eşitlik ilkesinin uygulanabilmesinde arabulucuya önemli görevler düşmektedir²⁸⁸. Arabulucu süreç boyunca taraflara eşit mesafede olmalı ve taraflara sürecin eşitliğini hissettirmelidir²⁸⁹. Arabulucu sürecin yöneticisidir ve taraflar arasında iletişimin sağlıklı bir şekilde gerçekleşmesini sağlamalıdır²⁹⁰. Arabulucu görevini özenle tarafsız ve eşit bir şekilde yerine getirmelidir²⁹¹.

Yargılamada da taraflar eşit haklara sahiptir. Yargılamadaki eşitlik, adil yargılanma hakkı kapsamında silahların eşitliği ilkesi şeklinde görünürken; arabuluculukta eşitlik tarafların süreç boyunca kendilerini eşit hissederek sağlıklı bir şekilde süreci yürütmeleri amacına hizmet eder²⁹².

²⁸⁷ HUAK m.3/2.

²⁸⁸ Ekmekçi v.d., **a.g.e.**, s. 31.

²⁸⁹ Tanrıver, **Arabuluculuk**, s.65-66; Ekmekçi v.d., **a.g.e.**, s. 32.

²⁹⁰ Ekmekçi v.d., **a.g.e.**, s. 68.

²⁹¹ Tanrıver, **Arabuluculuk**, s. 107.

²⁹² Ekmekçi v.d., **a.g.e.**, s. 31.

c. Gizlilik İlkesi

Mahkemelerde yargılamalar kural olarak aleni bir şekilde yürütülürken arabuluculukta gizlilik esastır. Bu husus tarafların arabuluculuğa başvurmasında temel bir etken olmakta ve tarafların ticari sır ve saygınlıklarının korunmasına katkıda bulunmaktadır²⁹³. Arabuluculukta gizlilik ilkesi sayesinde taraflar en az hasarla uyuşmazlığı çözüme kavuşturabilirler. Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabulucu, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmak ile yükümlüdür²⁹⁴. Taraflar ve arabuluculuk görüşmelerine katılan diğer kişiler de bu konudaki gizliliğe uymak zorundadır.

Taraflar, arabulucu veya arabuluculuğa katılanlar da dâhil üçüncü bir kişi, arabuluculukta kullanılan beyan ve belgeleri, hukuk davası açıldığında yahut tahkime başvurulduğunda delil olarak kullanamaz ve bunlar hakkında tanıklık yapamaz²⁹⁵.

Bu beyan ve belgelerin neler olduğu HUAK m.5'te sayılmıştır. Buna göre; taraflarca yapılan arabuluculuk daveti veya bir tarafın arabuluculuk faaliyetine katılma isteği, uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile sona erdirilmesi için taraflarca ileri sürülen görüşler ve teklifler, arabuluculuk faaliyeti esnasında, taraflarca ileri sürülen öneriler veya herhangi bir vakıa veya iddianın kabulü, sadece arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgeler yargılama ve tahkimde delil olarak kullanılamayacaktır. Bu beyan ve belgeler ancak bir kanun hükmü tarafından emredildiği veya arabuluculuk süreci sonunda varılan anlaşmanın uygulanması ve icrası için gerekli olduğu ölçüde açıklanabilir.

Kanunda sınırlı şekilde sayılan bu belge ve beyanlar delil olarak sunulmuş olsa dahi hükme esas alınamaz. Belirtmek gerekir ki HUAK m.5'te açıkça sayılan bu belge ve beyanlar dışında hukuk davası ve tahkimde ileri sürülebilen deliller, sadece arabuluculukta sunulmaları sebebiyle kabul edilemeyecek deliller haline gelmez²⁹⁶.

²⁹³ Yazıcı Tıktık, **a.g.e.**, s. 51.

²⁹⁴ HUAK m. 4.

²⁹⁵ HUAK m. 5.

²⁹⁶ HUAK m.5/5.

B. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Bağlamında Arabuluculuk

1. Avrupa’da Arabuluculuk ve Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun Kabul Süreci

Modern arabuluculuk kurumu 1960’lı yıllardan itibaren ABD’de ortaya çıkmıştır²⁹⁷. ABD’de ortaya çıkan bu gelişmeler Avrupa ülkelerinde etkisini 1990’lı yıllardan itibaren göstermeye başlamıştır²⁹⁸. Avrupa’da arabuluculuk faaliyeti ilk olarak aile ve iş uyuşmazlıklarında uygulanmaya başlanmıştır²⁹⁹. Arabuluculuk faaliyetinde maliyetin düşük olması, sonuca hızlı ulaşılması ve sürecin esnek olması gibi olumlu hususların etkisiyle günümüzde birçok alanda arabuluculuk uygulaması görülmektedir³⁰⁰. Avrupa’da alternatif usullerin yaygınlaşması amacıyla³⁰¹ Avrupa Birliği Medeni Hukukta ve Ticaret Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Alternatif Usuller Üzerine Yeşil Kitap³⁰² 2002 yılında yayımlanmıştır³⁰³. Yeşil Kitapta, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının temel çerçevesi çizilmiştir³⁰⁴. Hukuki ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin 2008/52 EC Sayılı Yönergesi³⁰⁵ ile üye devletlere arabuluculuk süreci ve icra edilebilirlik şerhi ile ilgili hususlarda ulusal mevzuatlarda

²⁹⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ildır, **a.g.e.**, s. 31; Kekeç, **a.g.e.**, s. 675; Yazıcı Tıktık, **a.g.e.**, s. 15; Taşpolat Tuğsavul, **a.g.e.**, s. 32.

²⁹⁸ Ekmekçi v.d., **a.g.e.**, s. 38.

²⁹⁹ Kaya, **a.g.e.**, s. 19.

³⁰⁰ **A.e.**

³⁰¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Evrim Erişir, Ceren Tekin, “Medeni Hukukta ve Ticaret Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Alternatif Usuller Üzerine Yeşil Kitap”, **MİHDER**, 2008, S. 9, s. 131-165.

³⁰² https://www.ab.gov.tr/files/ardb/evt/1_avrupa_birligi/1_6_raporlar/1_2_green_papers/com2002_green_paper_on_alternative_dispute_resolution.pdf Adı geçen kitapta bundan sonra “Yeşil Kitap” olarak bahsedilecektir.

³⁰³ HUAK genel gerekçesi.

³⁰⁴ Yeşil Kitap’ta, kamu düzenini ilgilendiren ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği konulara ilişkin uyuşmazlıklar kapsam dışı bırakılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Dür, **a.g.e.**, s. 141.

³⁰⁵ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:32008L0052>

düzenlemeler yapılması için süre tanınmıştır³⁰⁶. Bu direktifle arabuluculuğun yaygınlaşması amaçlanmıştır³⁰⁷.

Avrupa Birliği Komisyonu Heyetinin hazırladığı 12 sayılı Tavsiye Kararında³⁰⁸ ülkemizde dava sürelerinin uzun ve mahkemelerin iş yükünün fazla olduğu belirtilmiş ve bu duruma çözüm olarak alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının geliştirilmesi önerilmiştir³⁰⁹. Bu öneriler ve AB'deki gelişmeler doğrultusunda, uyuşmazlıkların çözüm sürecinin hızlandırılması ve mahkemelerdeki iş yükünün azaltılması amacıyla 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu³¹⁰ kabul edilmiştir³¹¹. HUAK³¹² 07. 06. 2012 tarihinde kabul edilmiş ve 22. 06. 2012 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

2. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun Gelişimi

a. Dava Şartı Arabuluculuk

Hukuk sistemimizde arabuluculuğa başvuru kural olarak ihtiyaridir ve gönüllülük esasına dayanmaktadır³¹³. Avrupa'da meydana gelen gelişmeler, tavsiye raporları ve mahkemelerin artan iş yükü gibi ve arabuluculuğun yaygınlaşması ve iş birliğine dayalı çözüm yollarının gelişmesi ve mahkemelerin iş yükünün azaltılması için

³⁰⁶ Dür, **a.g.e.**, s. 143; Kaya, **a.g.e.**, s. 80.

³⁰⁷ Kaya, **a.g.e.**, s. 80. Bunun yanı sıra Avrupa Parlamentosu tarafından 2016 yılında düzenlenen Arabuluculuk Direktifinin Uygulanması Çalıştayında ise Avrupa'da arabuluculuğun yaygınlaşması için; üye devletlere tüm medeni ve ticari uyuşmazlıklarda dava açılabilmesi için tarafların arabulucu ile ilk arabuluculuk oturumuna katılmaları hususunu düzenlemelerini tavsiye edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **A.e.**

³⁰⁸ <https://rm.coe.int/16804f7b86>

³⁰⁹ Özbek, **Alternatif**, s. 998 vd.

³¹⁰ Adı geçen kanunundan bundan sonra kısaca "HUAK" şeklinde bahsedilecektir.

³¹¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Recep Akcan, "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı ile İlgili Bazı Düşünceler", **Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 39-51.

³¹² HUAK Yeşil Kitap ve Avusturya Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa İlişkin Federal Kanun başta olmak üzere pek çok ülkenin Arabuluculuk Kanunu dikkate alınarak hazırlanmıştır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. HUAK genel gerekçesi.

³¹³ 2018 yılında 7155 sayılı Abonelik Sözleşmelerinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun (RG: 19.12.2018 S:30630. Adı geçen kanundan bundan sonra 7155 sayılı Kanun olarak bahsedilecektir) ile arabuluculuğa başvurunun iradilik ilkesine dayandığını ifade eden HUAK m. 3'e "*dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin 18/A maddesi hükmü saklıdır*" ibaresi eklenmiştir.

hukukumuzda bazı uyuşmazlıklar bakımından dava şartı arabuluculuk³¹⁴ kabul edilmiştir³¹⁵. İlgili kanunlarda arabuluculuğa başvuru dava şartı olarak kabul edilmişse arabuluculuk yolunun tüketilmesi zorunludur.

Hukukumuzda dava şartı arabuluculuk ilk olarak iş uyuşmazlıklarında uygulanmaya başlanmıştır. Dava şartı arabuluculuk başlığı taşıyan İşMK m. 3'e göre;

“Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. İş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat davaları ile bunlarla ilgili tespit, itiraz ve rücu davaları hakkında birinci fıkra hükmü uygulanmaz.”

Daha sonra 06.12.2018 tarihinde kabul edilen 7155 sayılı Kanun m. 20 ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na³¹⁶ 5/A maddesi eklenmiştir. Maddeye göre; *“Bu Kanunun 4. Maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuş olması dava şartıdır”*.

Yine aynı kanun ile HUKAK' a 18/A maddesi eklenmiştir. Maddede, ilgili kanunlarda arabuluculuğa başvurulmuş olması dava şartı olarak kabul edilmiş olması durumunda arabuluculuk sürecinde uygulanacak hükümlere yer verilmiştir. Böylece hukukumuz dava şartı arabuluculuk ile ilgili genel bir düzenlemeye kavuşmuştur.

Son olarak 2020 yılında 7251 sayılı Kanun m. 59 ile TKHK'ya 73/A maddesi eklenmiştir. Değişiklik ile tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olarak kabul edilmiştir.

Dava şartı arabuluculuğa ilişkin getirilen düzenlemelere baktığımızda İşMK m.3'te, işçi işveren alacağı ve tazminat talepleri ve işe iade davaları bakımından, TTK m.5/A' da ise konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri

³¹⁴ Arabuluculuğa başvurma zorunluluğunun gerçek ve teknik manada bir dava şartı olmadığı ve ilk itirazlara benzediği hususunda bkz. Ekmekçi v.d., **a.g.e.**, s. 153 vd.

³¹⁵ Derya Belgin Güneş, ”Mandatory Mediation In The Light Of High Court Decisions In Turkish Law” **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 11(2), s. 515. Dava şartı arabulucuk ve zorunlu Arabuluculuk kavramları için bkz. **A.e.**

³¹⁶ RG: 14.2.2011 S:27846. Adı geçen kanun bundan sonra TTK olarak anılacaktır.

bakımından dava şartı arabuluculuk uygulaması getirildiği görülmektedir³¹⁷. TKHK 73/A maddesinde ise, kanunda sayılan istisnalar haricinde, tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklar bakımından arabuluculuğa başvurulmuş olması dava şartı olarak kabul edilmiştir. Görüldüğü üzere kanun koyucu, dava şartı arabuluculuk bakımından iş ve ticari uyuşmazlıklarda uyuşmazlığın niteliği bakımından sınırlandırma yaparken tüketici uyuşmazlıklarında, istisnaları olmakla birlikte, uyuşmazlığın görüleceği mahkemeye göre dava şartı arabuluculuk kapsamını belirlenmiştir³¹⁸.

b. Arabulucunun Çözüm Önerisi Sunabilmesi

HUAK m. 2/1-b'nin ilk halinde arabuluculuk,

“Sistematik teknikler uygulayarak, görüşmeler ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu surette çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, uzmanlık eğitimi almış tarafsız ve bağımsız üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi”

olarak tanımlanmıştır. Kanunun ilk halindeki düzenlemede HUAK m. 2 gerekçesinde³¹⁹ arabulucunun, uyuşmazlık hakkında herhangi bir karar veremeyeceği ve taraflara çözüm önerilerinde bulunamayacağı ifade edilmekteydi.

Daha sonra 2017 yılında 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunun³²⁰ 17. maddesiyle, arabuluculuğun tanımlandığı HUAK m.2/1-b'ye arabulucunun, tarafların çözüm

³¹⁷ Kanun koyucu ticari uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuğu “*paranın ödenmesine ilişkin alacak ve tazminat talepleri*” ifadesi kullanılırken iş uyuşmazlıklarında böyle bir kullanım görülmemektedir. Bu durumun kanun koyucunun özenli bir tercihi olmasa da iş uyuşmazlıklarında nadir de görölse para dışındaki alacak talepleri için de arabuluculuğa başvurunun dava şartı olduğu söylenebileceği hakkında bkz. Ekmekçi v.d., **a.g.e.**, s. 133.

³¹⁸ Banu Bilge Sarıhan, “Tüketici Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk Uygulaması”, **Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 4, S. 2, 2021, s. 424. TKHK m. 73/A hükmüne göre, uyuşmazlığın maddi hukuk bakımından dayanağının (*sözleşme ihlal, fiili uygulama, seçilmiş hakların kullanılması, ayıp dolayısıyla uğranılan zararların tazmini*) önemi olmaksızın tüketici mahkemesinde görülen uyuşmazlıklar zorunlu arabuluculuk kapsamındadır. Bkz. Şebnem Akipek Öcal, Abdülkerim Yıldırım, İbrahim Ermenek, Selda Kutla, **Tüketici Hukukunda Uzman Arabuluculuk**, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Ankara, 2021 s. 114; İbrahim Ermenek, **Arabuluculuk Sürecinde Zayıf Tarafın Korunması**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 50.

³¹⁹ Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı:2, Sıra Sayısı: 233.

³²⁰ 12.10.2017 tarihli, RG: 25.10.2017 S:30221. Bahsi geçen kanundan bundan sonra kısaca İşMK olarak bahsedilecektir.

üretemediklerinin ortaya çıkması halinde çözüm önerisi de getirebileceği hükmü eklenmiştir³²¹.

Maddenin ilk halinde, kanun koyucunun arabulucuyu daha pasif bir yerde konumlandığı ve kolaylaştırıcı arabuluculuk modelini benimsediği ifade edilebilir³²². Maddenin ilk halindeki düzenlemede, arabulucunun süreç içinde pasif durumda olması doktrinde bazı yazarlarca eleştirilmiş, arabulucunun taraflara hiçbir şekilde çözüm önerisinde ve telkinde bulunamamasının isabetli olmadığı ifade edilmiştir³²³. Kuru'ya göre arabuluculuk faaliyeti bir katkıyı da içermelidir, aksi takdirde arabulucudan değil bir aracından bahsedilebilir³²⁴. Öte yandan hukukçu olan bir arabulucunun hiçbir değerlendirme yapmamasının mümkün olmadığı ifade edilmiştir³²⁵. Gerçekten de tarafların aralarındaki uyuşmazlığa çözüm bulamadıkları yahut gerçek dışı beklentilerinin olması durumunda arabulucunun çözüm önerisi sunması süreci hızlandırabilir³²⁶.

Düzenlemenin son hali ile arabuluculuk sürecinde öncelikle kolaylaştırıcı arabuluculuğa ilişkin esaslar uygulanacak, tarafların çözüm üretmemesi ve tıkanmaları halinde arabulucu menfaat temelli bir çözüm önerisi sunabilecektir³²⁷. Bu değişiklik doktrinde, arabulucunun taraflara sunduğu çözüm önerisini empoze edebilme yetkisine evrilebileceği düşüncesiyle eleştirilmiştir³²⁸. Zira arabuluculuk

³²¹ 7036 Sayılı Kanun m.22 ile HUAK m.15/7 fıkrasına da aynı hüküm eklenmiştir. Bu düzenleme ile birlikte HUAK m.2/1-b'nin son halinde arabuluculuk, “*Sistematik teknikler uygulayarak, görüşmeler ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu surette çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretemediklerinin ortaya çıkması halinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış tarafsız ve bağımsız üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi*” olarak tanımlanmıştır.

³²² Seda Özmmucu, **Arabuluculuk Modelleri**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 35.

³²³ Baki Kuru, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş ve Öneriler” **MİHDER** 2010, C.6, S.16, s. 241.

³²⁴ Kuru, **Görüşler ve Öneriler**, s. 241; Benzer görüşte olan Özbek'e göre ise, arabulucu tarafların menfaatlerini esas almalı ancak dava yoluna başvurulması durumunda muhtemel sonuçları göz önünde bulundurarak çözüme ulaşmalıdır. Bakınız: Özbek, **Alternatif**, s. 654.

³²⁵ Dür, **a.g.e.**, s. 121.

³²⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Özmmucu, **a.g.e.** s.37 vd.

³²⁷ Özmmucu, **a.g.e.**, s. 39. Yazar arabulucunun menfaat temelli de çözüm önerisini sunmasını değerlendirici arabuluculuğa geçiş olarak kabul etmiştir.

³²⁸ Ekmekçi v.d., **a.g.e.**, s. 22.

doğası gereği tarafların sürece ve sonuca hâkim olduğu, arabulucunun taraflara çözüm önerisinde bulunamayacağı bir uyuşmazlık çözüm yoludur³²⁹. Doktrinde HUAK m. 2/b düzenlemesi ile; mevzuatımızdaki arabuluculuk uygulamasının değerlendirici (hak temelli) arabuluculuğa yaklaştığı ifade edilmiştir³³⁰. Ancak belirtmek gerekir ki bu değişiklikten sonra yayımlanan HUAKY m. 17/5'te, “arabulucunun sürecin yürütülmesi sırasında, taraflara hukuki tavsiyelerde” bulunamayacağı açıkça ifade edilmiştir. HUAKY m. 17/6'da³³¹ ise arabulucunun ancak menfaat temelli bir çözüm önerisi sunabileceği ifade edilmiştir. Bu sebeple yapılan değişiklik ile değerlendirici arabuluculuk modelini benimsediği söylenemeyecektir.

C. İhtiyari Arabuluculuk Süreci

Arabuluculukta kural olarak iradilik ilkesi geçerlidir³³². HUAK m.13 hükmüne göre; taraflar dava açılmadan önce veya davanın görülmesi sırasında arabulucuya başvurma konusunda anlaşılabilecekleri gibi mahkeme de tarafları arabulucuya başvurma konusunda aydınlatıp teşvik edebilir. HUAK m.13 hükmü arabuluculuğa teşvik konusunda hâkime takdir yetkisi tanımıştır. Buna karşın ön inceleme duruşmasının hüküm altına alındığı HMK m.137'de hâkime, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri davalarda sulhe ve arabuluculuğa teşvik etmesi ödev olarak yüklenmiştir³³³. Dava açıldıktan sonra tarafların birlikte arabulucuya başvuracaklarını beyan etmeleri hâlinde HUAK m.15/5 hükmüne göre; mahkemece yargılama üç ayı geçmemek üzere ertelenir³³⁴.

³²⁹ Subaşı, **a.g.m.**, s. 760; Tanrıver, **Arabuluculuk**, s. 44.

³³⁰ Özümucu, **a.g.e.**, s. 37-41.

³³¹ “Arabulucunun arabuluculuk sürecinin yürütürken, tarafların temel çıkar ve gereksinimlerini ortaya koymaları ve doğrultuda menfaat temelli anlaşma sağlamaları için çaba gösterir. Arabulucu bu aşamada çözüm önerisinde bulunamaz. Ancak tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması halinde arabulucu menfaat temelli bir çözüm önerisinde bulunabilir. Bununla beraber tarafları bir çözüm önerisi ya da öneriler dizisini kabule zorlayamaz. Ancak, taraflardan birinin uyuşmazlığın çözümünü bağlamında sunmuş olduğu bir önerinin arabulucu tarafından, diğer tarafa iletilmesi ve onun bu konudaki beyanının alınması bu kapsamda değerlendirilmez.”

³³² Dava şartı arabuluculuk süreci malpraktis uyuşmazlıkları özelinde üçüncü bölümde incelenecektir.

³³³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Efe Direnisa, **Medeni Yargılamada Ön İnceleme Aşaması**, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

³³⁴ Bu süre, tarafların birlikte başvurusu üzerine üç aya kadar uzatılabilir.

Yukarıda verilen hükümlerden anlaşıldığı üzere, taraflar karşılıklı olarak anlaşıp uyuşmazlığı arabulucuda çözmeye karar verebilecekleri gibi, hâkimin aydınlatması ve teşviki ile de arabulucuya başvurmaya karar verebilirler. Öte yandan HUAK m.13/2 hükmüne göre; taraflardan biri diğerine arabuluculuğa başvurmayı teklif edebilir. Hükme göre; *“aksi kararlaştırılmadıkça taraflardan birinin arabulucuya başvuru teklifine otuz gün içinde olumlu cevap verilmez ise bu teklif reddedilmiş sayılır.”*

1. Arabuluculuk Sürecinin Başlaması

a. Arabuluculuk Sözleşmesi

Arabuluculuk sözleşmesi uyuşmazlığın tarafları arasında yapılan ve tarafların uyuşmazlığı arabuluculukta çözmeye iradelerinin yer aldığı bir sözleşmedir³³⁵. Kural olarak arabuluculuk ihtiyari ve isteğe bağlı bir yol olduğu için uyuşmazlığın arabuluculuğa götürülebilmesi için iki tarafında bu konuda anlaşması lazımdır³³⁶. Arabuluculuk sözleşmesi uyuşmazlık doğmadan evvel yahut uyuşmazlık doğduktan sonra yapılabilir. Uyuşmazlığın arabuluculukta çözüleceği hususu ayrı bir sözleşme yapılarak belirtileceği gibi asıl sözleşmede ek madde halinde de yer alabilir³³⁷. Arabuluculuk sözleşmesi hiçbir geçerlilik şartına bağlı değildir³³⁸. Fakat sözleşmede arabulucunun kim olacağı, görüşmelerin nerede gerçekleşeceği, masrafların kimin tarafından karşılanacağı hususlarının belirtilmesinde fayda vardır³³⁹.

Arabuluculuk sözleşmesinin hukuki niteliği konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Doktrinde bir görüşe göre; arabuluculuk sözleşmesi, sözleşmenin varlığı devlet mahkemelerinin yetkisini ortadan kaldırmadığı ve sözleşmenin kuruluş ve geçerliliği maddi hukuka tabi olduğu için bir borçlar hukuku sözleşmesidir³⁴⁰. Doktrinde ileri sürülen diğer bir görüşe göre ise, ilk ve asli etkisini usul hukuku

³³⁵ Tanrıver, **Arabuluculuk**, s. 89.

³³⁶ Taşpolat Tuğsavul, **a.g.e.**, s. 103; Yazıcı Tıktık, **a.g.e.**, s. 190.

³³⁷ Kekeç, **a.g.e.**, s. 141.

³³⁸ Tanrıver, **Arabuluculuk**, s.93; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Medeni Usul Hukuku**, 4. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 779.

³³⁹ Kekeç, **a.g.e.**, s.141; Tanrıver, **Arabuluculuk**, s. 82.

³⁴⁰ Ildır, **a.g.e.**, s. 69.

alanında gösterdiği için bir usul sözleşmesidir³⁴¹. Zira bu sözleşmenin varlığı halinde uyuşmazlık devlet mahkemeleri yerine arabulucuda görülmektedir. Doktrinde ileri sürülen başka bir görüşe göre ise arabuluculuk sözleşmesi karma nitelikte bir sözleşmedir³⁴². Bu görüşü savunan yazarlara göre arabuluculuk sözleşmesi etki ve sonuçlarını hem maddi hukuk alanında hem de usul hukuku alanında göstermektedir. Kanaatimce arabuluculuk sözleşmesi bir usul sözleşmesidir. Zira bu sözleşme ilk ve asli etkisini usul alanında doğurmakta ve uyuşmazlık devlet mahkemeleri yerine dostane bir çözüm yolu olan arabuluculukta görülmektedir. Öte yandan bir sözleşmenin kuruluş ve geçerlilik şartlarının borçlar hukukuna kurallarına tabi olması bu hükümlerin genel hüküm konumunda olmasından kaynaklanmakta olup sözleşmeye maddi hukuk sözleşmesi niteliği katmayacaktır³⁴³.

Tarafların arasında önceden yapılmış arabuluculuk sözleşmesi mevcut olmasına rağmen, uyuşmazlık çıkmasıyla taraflardan birinin mahkemede dava açması durumunda mahkemenin nasıl bir karar vermesi gerektiği hususunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Doktrinde bir görüşe göre tarafların aralarında arabuluculuk sözleşmesi olması, arabuluculuğa başvurma zorunluluğu getirmez³⁴⁴. Zira taraf dava açarak, anlaşmaya yanaşmayacağı yönünde örtülü bir irade beyanında bulunmaktadır³⁴⁵. Bu halde arabuluculuk yolunun tüketilmesinin zorunlu kılınması usul ekonomisi bakımından gereksiz olacaktır³⁴⁶.

³⁴¹ Ersin Erdoğan, Nurbanu Erzurumlu, **Hukuk Uyuşmazlıklarında Türkiye'nin Arabuluculuk Tecrübesi ve Zorunlu Arabuluculuk Taslağı**, SETA Yayınları, Ankara, 2016, s. 13; Tanrıver, **Arabuluculuk**, s. 91; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **a.g.e.**, s. 779; Özbek, **Alternatif**, s. 1521.

³⁴² Taşpolat, **a.g.e.**, s. 105; Dür, **a.g.e.**, s. 336; Yazıcı Tıktık, **a.g.e.**, s. 199.

³⁴³ Tanrıver, **Arabuluculuk**, s. 91.

³⁴⁴ Azaklı Arslan, **a.g.e.**, s. 247.

³⁴⁵ Ekmekçi v.d., **a.g.e.**, s. 56; Özekes, **Pekcanitez Usul**, s. 2832; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **a.g.e.**, s. 779; Yazıcı Tıktık, **a.g.e.**, s. 201; Azaklı-Arslan, **a.g.e.**, s. 247; Yazara göre bu husus arabuluculuk sözleşmesinin amacından yola çıkılarak irdelenmelidir. Doktrinde arabuluculuk sözleşmesi mevcutken dava açılması durumunun ahde vefa ilkesine aykırı olduğu, arabuluculuk görüşmeleri için bir masraf yapılmışsa yahut zarara uğranmışsa bunların TBK m.112 kapsamında istenebileceği görüşü için bkz. Tanrıver, **Arabuluculuk**, s. 92 ve Atalı, Ermenek, Erdoğan, **a.g.e.**, s. 780.

³⁴⁶ Ekmekçi v.d., **a.g.e.**, s. 56; Özekes, **Pekcanitez Usul**, s. 2832; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **a.g.e.**, s. 779; Yazıcı Tıktık, **a.g.e.**, s. 201.

Doktrinde diğerk bir görüŖe göre ise taraflar arasında arabuluculuk sözleşmesi varsa bu ahde vefa ilkesi gereğiki bağlayıcı hale getirilmelidir³⁴⁷. Bu fikri ileri süren bazı yazarlarca, tahkim ilk itirazı gibi arabuluculuk ilk itirazı getirilmeli ve taraflar aralarında arabuluculuk sözleşmesi bulunmasına rağmen dava açılmışsa dava usulden reddedilmelidir³⁴⁸. Diğerk bazı yazarlarca ise; usul ekonomisi açısından, arabuluculuk yolu tüketilinceye kadar yargılamanın ertelenmesine karar verilmesi daha makul bir yoldur³⁴⁹. Bu görüşü savunan yazarlara göre taraf dava açmak suretiyle anlaşmaya yanaşmayacağına yönelik izlenim oluştursa da arabuluculukta amaç sadece tarafların anlaşması değildir³⁵⁰. Zira arabuluculuk süreci anlaşma ile sonuçlanmasa dahi faydalı sonuçlar meydana gelebilir³⁵¹. Arabuluculuk müzakereleri ve arabulucunun kullanacağı taktikler ile taraflar sağlıklı bir iletişim içine girebilir, birbirlerinin talep ve menfaatlerini tespit edebilirler³⁵². Gerçekten kanun koyucunun bu konuda yapmış olduğu bir yasaklamanın olmaması ve taraflardan birinin dava açarak arabuluculukta anlaşmaya niyeti olmadığını göstermiş olması sebebiyle kanaatimce de aralarında bir arabuluculuk sözleşmesi olsa dahi, taraflardan birinin dava açmasına engel bir durum yoktur.

b. Arabulucu Sözleşmesi

Arabulucu sözleşmesi, arabulucu ile taraflar arasında yapılan ve herhangi bir geçerlilik şekline bağlı olmayan bir sözleşmedir³⁵³. HUAK m.14 hükmüne göre; kural olarak arabulucu veya arabulucular taraflarca seçilir. Arabulucu sözleşmesi ile

³⁴⁷ Özbek, **Alternatif**, s. 787 vd. Yazar böyle bir davranışın ahde vefa ilkesine aykırı olduğunu bu konuda yasal düzenleme gerektiğiki (tahkim ilk itirazı gibi) ifade etmektedir. Benzer yönde bkz. Kekeç, **a.g.e**, s. 145-146.

³⁴⁸ Mert Namlı, “Belçika Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumunun Temel Esasları”, **Arabuluculuk Yasa Tasarısı Görüşler ve Öneriler**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2008, s. 103. <https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/Yayinlar/Kitaplar/doc/ayteo.pdf>

³⁴⁹ Özbek, **Alternatif**, s. 788.

³⁵⁰ **A.e**

³⁵¹ Cengiz Serhat Konuralp, **Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, 2011.

³⁵² Özbek, **Alternatif**, s. 788; Mustafa Serdar Özbek, “Avrupa Konseyi Arabuluculuk Yönergesi Önerisi”, **AÜHFD**, C. 56, S. 1, 2007, s. 192-193.

³⁵³ Dür, **a.g.e**, s. 345.

arabulucu, arabuluculuk hizmeti vermeyi; taraflarsa arabuluculuk ücretini ödeme edimlerini üstlenirler³⁵⁴.

Arabulucu sözleşmesi bir borçlar hukuku sözleşmesidir³⁵⁵. Zira arabulucu sözleşmesi asıl amaçlanan arabulucu ile taraflar arasındaki hak ve yükümlülüklerin maddi hukuk açısından belirlenmesidir³⁵⁶. Arabulucu sözleşmesinin iş görme sözleşmeleri kapsamında olduğu doktrinde kabul edilmektedir³⁵⁷. Ancak bu sözleşmesinin iş görme sözleşmelerinden hangisinin nitelikleri ile uyduğu hususunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur³⁵⁸. Arabulucu sözleşmesinin hizmet sözleşmesi olduğu söylenemez. Zira hizmet sözleşmesinin asli unsuru bağımlılık unsuru olup, arabulucu sözleşmesinde taraflar arasında bir bağımlılık ilişkisi yoktur³⁵⁹. Arabulucu sözleşmesinin eser sözleşmesi niteliği taşıdığı da söylenemez. Zira eser sözleşmesinin asli unsuru eser meydana getirme taahhüdü olup, arabulucu sözleşmesinde arabulucu sonuca ulaşma taahhüdünde bulunamaz³⁶⁰.

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre ise arabulucu sözleşmesi vekalet sözleşmesi niteliğindedir³⁶¹. Vekalet sözleşmesinde vekil vekalet verenin menfaatine uygun olarak iş görmesine karşın, arabulucu sözleşmesinde arabulucu vekilden farklı olarak her iki tarafın da menfaatine hareket etmekle yükümlüdür³⁶². Katılmış olduğum aksi yöndeki görüşe göre ise; arabulucu sözleşmesi, iş görme sözleşmelerinden hizmet, eser veya vekalet sözleşmelerinden hiçbirinin kapsamına girmemektedir³⁶³. Arabulucu

³⁵⁴ Özbek, **Alternatif**, s. 2832; Kekeç, **a.g.e.**, s. 152; Yazıcı Tıktık, **a.g.e.**, s. 156.

³⁵⁵ Kekeç, **a.g.e.**, s. 139; Yazıcı Tıktık, **a.g.e.**, s. 156; Taşpolat Tuğsavul, **a.g.e.**, s. 144; Dür, **a.g.e.**, s. 345.

³⁵⁶ Yazıcı Tıktık, **a.g.e.**, s. 163.

³⁵⁷ Tanrıver, **Arabuluculuk**, s. 95; Taşpolat Tuğsavul, **a.g.e.**, s. 144; Yazıcı Tıktık, **a.g.e.**, s. 163.

³⁵⁸ Ayrıntı için bkz. Yazıcı Tıktık, **a.g.e.**, s. 166; Özbek, **Alternatif**, s. 1214.

³⁵⁹ Yazıcı Tıktık, **a.g.e.**, s. 163.

³⁶⁰ Yazıcı Tıktık, **a.g.e.**, s. 163.

³⁶¹ Taşpolat Tuğsavul, **a.g.e.**, s. 144-146; Ahmet M. Kılıçoğlu, **Arabuluculuk Sözleşmeleri**, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021, s. 77.

³⁶² Yazıcı Tıktık, **a.g.e.**, s. 166.

³⁶³ Tanrıver, **Arabuluculuk**, s. 83-86. Alman hukukunda hizmet sözleşmesi olduğu görüşü hâkim olduğu hususunda bkz. Dür, **a.g.e.**, s. 34.

sözleşmesi isimsiz sözleşme olup TBK m.502/2 hükmü doğrultusunda niteliğine uygun düştüğü ölçüde vekaletle ilişkin hükümler uygulanacaktır³⁶⁴.

2. Arabuluculuk Sürecinin Yürütülmesi

Arabuluculuk faaliyeti temel olarak üç aşamadan oluşur. Bunlar açılış oturumu, müzakere evresi ve son aşamadır³⁶⁵.

HUAK m.15/f.1'e göre, arabulucu, seçildikten sonra en kısa sürede tarafları ilk toplantıya davet eder. Bu toplantı açılış konuşması ile başlar. Açılış oturumunda arabulucu tarafları süreç hakkında aydınlatır ve bilgilendirir³⁶⁶. Taraflar, arabuluculuk usulünü, emredici hukuk kurallarına aykırı olmamak kaydıyla serbestçe kararlaştırabilirler³⁶⁷. Arabuluculuk usulü taraflarca kararlaştırılmamışsa arabulucu; uyuşmazlığın niteliğini, tarafların isteklerini ve uyuşmazlığın hızlı bir şekilde çözülmesi için gereken usul ve esasları gözeterek arabuluculuk faaliyetini yürütür³⁶⁸.

Açılış oturumundan sonra müzakere aşaması başlar³⁶⁹. Arabulucu taraflarla ortak veya ayrı ayrı oturumlar düzenleyerek müzakereleri gerçekleştirebilir³⁷⁰. Özel, ayrı, toplantılar sayesinde arabulucu tarafların istek ve beklentileri konusunda daha fazla bilgi sahibi olur, bu sayede muhtemel çözüm önerileri keşfedilir³⁷¹. HUAK m.15/6'ya göre; taraflar arabuluculuk müzakerelerine bizzat yahut kanuni temsilcileri veya

³⁶⁴ Tanrıver, **Arabuluculuk**, s. 86; Yazıcı Tıktık, **a.g.e.**, s. 165. TBK m.502/2 hükmüne göre; “Vekaletle ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, bu kanunda düzenlenmemiş iş görme sözleşmelerine de uygulanır.”

³⁶⁵ Ekmekçi v.d., **a.g.e.**, s. 78; Pekcanitez, Atalay Özkes, **a.g.e.**, s. 638. Bu aşamalar; sorunun tanımlanma aşamaları (ön hazırlık, açılış konuşması, tarafların sunumu, sorunun detaylandırılması, hikayenin anlatılması ve bilgi toplanması, karşılıklı anlaşma sağlanan konuların tespiti, sorunları tespiti ve sıralanması, uyuşmazlık konusu ve tarafların menfaatinin belirlenmesi) ve sorun çözme aşamaları (müzakere yapma ve karar verme, özel toplantılar, nihai kararlar, kararların yazılması, kapanış toplantısı) ayrıntılı bilgi için bkz. Özbek, **Alternatif**, s. 664. Beş aşamadan oluştuğu yönünde bkz. Taşpolat Tuğsavul, **a.g.e.**, s. 177; Dür, **a.g.e.**, s. 322.

³⁶⁶ Tanrıver, **Arabuluculuk**, s. 126.

³⁶⁷ HUAK m.15/2.

³⁶⁸ HUAK m.15/2.

³⁶⁹ Özbek, **Alternatif**, s. 545.

³⁷⁰ Tanrıver, **Arabuluculuk**, s. 131.

³⁷¹ Özbek, **Alternatif**, s. 546.

avukatları aracılığıyla katılabilirler³⁷². Uyuşmazlığın çözümüne katkı sağlayabilecek uzman kişiler de müzakerelerde hazır olarak bulundurulabilir³⁷³.

3. Arabuluculuk Sürecinin Sonlanması

HUAK m.17’de arabuluculuk faaliyetini sona erdiren haller hüküm altına alınmıştır. Madde hükmüne göre; tarafların anlaşması, arabulucu tarafından arabuluculuk için daha fazla çaba sarf edilmesinin beyhude olduğunun tespit edilmesi, taraflardan birisinin yahut ikisinin de süreçten çekilmesi ve uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığının tespit edilmesi hallerinde arabuluculuk faaliyeti sona erecektir³⁷⁴.

D. Arabuluculuğun Hak Arama Hürriyeti Bakımından Değerlendirilmesi

1. İhtiyari Arabuluculuğun Hak Arama Hürriyeti Bakımından Değerlendirilmesi

İhtiyari arabuluculuğun, hak arama hürriyetini zedelediği ve uyuşmazlıkların hâkim dışındaki kimselerce çözüme kavuşturulduğu sebepleriyle Anayasaya³⁷⁵ aykırı olduğu doktrinde ileri sürülmüştür³⁷⁶. HUAK yürürlüğe girdikten kısa bir süre sonra bazı maddeleri Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle iptal davasına konu olmuştur³⁷⁷.

³⁷² Belirtmek gerekir ki; HMK m.74’e göre avukatların arabuluculuğa başvurabilmesi için bu konuda açıkça yetkilendirilmesi gerekmektedir. Hükme göre; “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.”

³⁷³ HUAK m.15/6.

³⁷⁴ Arabuluculuk sürecinin sonlanması bakımından ihtiyari arabuluculuk ile dava şartı arabuluculuk arasında esaslı farklılıklar bulunmadığından bu başlık üçüncü bölümde “dava şartı arabuluculuk süreci malpraktis uyuşmazlıkları” özelinde ayrıntılı bir şekilde ele alınacaktır.

³⁷⁵ Anayasa m.9’a göre; “Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız hakimlerce kullanılır.”

³⁷⁶ Süha Tanrıver, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış”, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Ankara, 2006, s. 824. (Sosyolojik Bir Bakış)

³⁷⁷ Bahsi geçen iptal davasında 7.6.2012 günlü, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun; 1. maddesinin (2) numaralı fıkrasının, 4. maddesinin, 5. maddesinin (1) ve (3) numaralı fıkralarının, 9. maddesinin (1) numaralı fıkrasının, 13. maddesinin, 15. maddesinin (1), (3), (4) ve (5)

Kararda Anayasa Mahkemesi, arabuluculuğun gönüllülük ve iradilik esasına dayandığını, bu sebeple arabuluculuğun dostane bir çözüm yolu olması sebebiyle hak arama hürriyetini kısıtlamadığı yönünde hüküm kurmuştur. Gerçekten de alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde kural olarak bir yargılama yapılmamaktadır³⁷⁸. Arabulucu tarafların arasındaki iletişimi kolaylaştırmakta ve onlara yardımcı olmaktadır. Kural olarak, bu üçüncü kişinin tarafları bağlayıcı karar alma imkânı yoktur³⁷⁹.

Arabuluculuk sonucu ortaya çıkan metin karar değil bir anlaşmadır³⁸⁰. Uyuşmazlığın arabuluculuk sürecine konu olması yargıya başvurma imkanını ortadan kaldırmaz. Arabuluculuğa başvuru esnasında sürece tarafların iradesi hâkim olduğu gibi, sürecin yürütülmesi ve sonlanmasında da tarafların iradesi hakimdir. Taraflar istediği vakit görüşmeleri sonlandırıp devlet yargısına başvurma imkanına sahiptir. Bu sebeple ihtiyari arabuluculuğun hak arama hürriyetini kısıtladığı söylenemez³⁸¹. Aksine arabuluculuk yöntemi ile uyuşmazlıklar daha kısa sürede ve daha ucuz bir şekilde sonuçlandığı için bu durumun hak arama hürriyetini zedelediği söylenemez³⁸².

2. Dava Şartı Arabuluculuğun Hak Arama Hürriyeti Bakımından Değerlendirilmesi

HUAK m.3'te ifade edildiği üzere kural olarak arabuluculukta iradilik ilkesi geçerlidir. Taraflar arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek ve sonlandırmak serbestiyetine sahiptir. Ancak kanun koyucu, artan dava sürelerine ve mahkemelerin

numaralı fıkralarının, 16. maddesinin, 17. maddesinin (4) numaralı fıkrasının, 18. maddesinin (2) ve (3) numaralı fıkralarının, 19. maddesinin, 20. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (d) bendinin, 21. maddesinin, 23. maddesinin (1) numaralı fıkrasının “Bu kuruluşlar Bakanlıktan izin alarak eğitim verebilirler. Biçimindeki ikinci cümlesinin, 26. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan “...eğitim faaliyetinin kapsamı, içeriği ve başarısı konusunda Daire Başkanlığına bir rapor sunar.” ibaresinin, 30. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (f) bendinin, 31. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (f) bendinin, 33. maddesinin (1) numaralı fıkrasının, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 5., 6., 7., 8., 9., 10., 11., 36., 37. 138. ve 141. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. AYM E. 2012/94 K. 2013/89 T. 10.07.2013 sayılı kararı. RG: 25.01.2014, S.28893.

³⁷⁸ İldır, **a.g.e.**, s. 48.

³⁷⁹ **A.e.**

³⁸⁰ Nilüfer Boran Güneysu, **Medeni Usul Hukukunda Karar**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 86.

³⁸¹ **A.e.**

³⁸² **A.e.**

artan iş yüküne çözüm bulmak adına bazı uyuşmazlıklar bakımından arabuluculuğa başvuruyu dava şartı haline getirmiştir. Dava şartı arabuluculuk uygulaması doktrinde pek çok yazarca hak arama özgürlüğünü kısıtladığı ve iradilik ilkesiyle çeliştiği gerekçeleriyle eleştirilmiştir³⁸³. Dava şartı arabuluculuk uygulaması ile taraflar taleplerini iradeleri dışında yargı merci dışında ileri sürmek zorunda kalmaktadır³⁸⁴. 7036 sayılı Kanunla dava şartı arabuluculuğa ilişkin hükümler yürürlüğe girdikten bu hükümlerin Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle iptal davası açılmıştır³⁸⁵. AYM kararında³⁸⁶ dava şartı arabuluculuk uygulamasının mahkemelerin artan iş yüküne çözüm niteliğinde olabileceğini ifade etmiş ve dava şartı arabuluculuğun Anayasa'ya aykırı olmadığı yönünde hüküm kurmuştur³⁸⁷.

Doktrinde görüşlerine katılmış olduğum diğer bazı yazarlarca ise; arabuluculuğa başvurunun dava şartı kılındığı hallerde, bu durumun hak arama hürriyetini zedelemeyeceği aksine devletin hakkın elde edilmesini kolaylaştırdığı ifade edilmektedir³⁸⁸. Gerçekten de arabuluculuğun dava şartı kılındığı hallerde, yalnızca

³⁸³ Tanrıver, **Sosyolojik Bakış**, s. 821- 842; Mert Namlı, “İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı ile Getirilen Zorunlu Arabuluculuk Kurumunun Medeni Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi**, İstanbul, 2016, s. 158; Gülgün Ildır, “Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Hak Arama Özgürlüğü”, **75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı**, TBB Yayınları, Ankara, 2004, s. 397.

³⁸⁴ Hak arama hürriyetinin etkili başvuru hakkı, mahkemeye erişim hakkı ve adil yargılanma hakkıyla arasındaki ilişkiler bakımından bkz. Nariye Tuğçe Bahadır, **Hak Arama Hürriyeti Perspektifinden Arabuluculuk**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 28-39.

³⁸⁵ Bahsi geçen iptal davasında 12/10/2017 tarihli ve 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesinin; (1) numaralı fıkrasında yer alan “...arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır” ibaresinin, (12) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan “...yargılama giderinin tamamından sorumlu tutulur” ibaresinin, (12) numaralı fıkrasının üçüncü cümlesinde yer alan “...yargılama giderleri...” ibaresinin, (14) numaralı fıkrasının üçüncü cümlesinin, Anayasa'nın 2., 5., 9., 11., 13., 36., 37., 49., 74. ve 128. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talep edilmiştir.

³⁸⁶ AYM'nin E .2017/178, K. 2018/82, T. 11.07.2018 sayılı kararı. RG: 11.02.2018, S:30622.

³⁸⁷ AYM'nin bu kararının eleştirisi için bkz. Ekmekçi v.d., **a.g.e**, s. 146-150.

³⁸⁸ Özbek, **Alternatif**, s. 309. Yazara göre hem başvurunun hem de alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri sonunda verilen karar uymanın zorunlu olduğu durumlarda bu husus hak arama hürriyetini kısıtlar. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri sonunda verilen karara uymanın zorunlu olduğu tek yöntem tahkimdir. Kanaatimce; Tahkimde de taraflar kendi iradeleriyle tahkim anlaşması yaparak bu yönetime başvurdıkları için hak arama hürriyetlerinin zedelendiği söylenemez. Buna karşın tüketici hakem heyetlerine başvuru zorunlu olup karar da bağlayıcıdır. Bkz. AYM bu konuda tüketici hakem heyetlerinin hak arama özgürlüğüne engel olmadığı, zira tarafların itiraz hakkı olduğunu ifade etmiştir. Konuya ilişkin bkz. Özbek, **Alternatif**, s. 314-325.

sürece başvuru zorunlu kılınmış olup, sürecin yürütülmesi ve sonlanması tarafların iradesine bağlıdır, taraflar her zaman süreci sonlandırıp yargıya başvurma imkanına sahiptirler. Öte yandan arabuluculukta süreç sonunda tarafları bağlayıcı karar verilmemekte, taraflar menfaatleri doğrultusunda kendileri bir anlaşmaya varmaktadır. Bu sebeplerle dava şartı arabuluculuğun hak arama hürriyetine aykırı olmadığı kanaatindeyim. Arabuluculuk ile taraflar sağlıklı bir müzakere ortamı ile talep ve isteklerini ileri sürebilecek, anlaşamadıkları takdirde istedikleri vakit süreci sonlandırıp dava yoluna başvurabileceklerdir³⁸⁹. Ancak HUAK m.18/A- f.11³⁹⁰’de mazeretsiz bir şekilde ilk oturuma katılmayan tarafın, davada kısmen veya tamamen haklı çıksa dahi yargılama giderlerinin tamamından sorumlu tutulacağı ve bu taraf lehine vekalet ücreti hükmedilmeyeceği hususu yer almaktadır. Arabuluculuk toplantısına katılmaya teşvik etmek için getirilen bu hüküm kanaatimce hak arama hürriyetine ve ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil etmektedir³⁹¹. Belirtmek gerekir ki TKHK m.73/A gereği bu hüküm tüketiciler aleyhine uygulanmayacaktır.

İlgili kanunlarda dava şartı arabuluculuk kapsamında yer alan uyuşmazlıklar hakkında dava açabilmek için; HUAK m.18/A f.2’ye göre;

*“Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış örneğini dava dilekçesine eklemek zorunludur. Bu belge dava dilekçesine eklenmediği takdirde, bir haftalık kesin süre içinde mahkemeye sunulması gerektiği aksi takdirde davanın usulden reddedileceği ihtarını içeren davetiye gönderilir. İhtarın gereği yapılmazsa dava dilekçesi karşı tarafa tebliğe çıkartılmadan dava usulden reddedilir.”*³⁹²

³⁸⁹ Zayıf konumda olan tüketici bakımından arabuluculuğa ilişkin değerlendirmeler son bölümde yapılacaktır.

³⁹⁰ Hükme göre; “Taraflardan birinin geçerli bir mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmaması sebebiyle arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi durumunda toplantıya katılmayan taraf, son tutanakta belirtilir ve bu taraf davada kısmen veya tamamen haklı çıksa bile yargılama giderinin tamamından sorumlu tutulur. Ayrıca bu taraf lehine vekâlet ücretine hükmedilmez. Her iki tarafın da ilk toplantıya katılmaması sebebiyle sona eren arabuluculuk faaliyeti üzerine açılacak davalarda tarafların yaptıkları yargılama giderleri kendi üzerlerinde bırakılır.”

³⁹¹ Bkz. Ekmekçi v.d., a.g.e, s. 184.

³⁹² Bu hüküm karşı taraf dinlenilmeden davanın usulden reddedilmesi durumunun hukuki dinlenilme hakkına aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir. Öte yandan görev ve genel dava şartlarının mevcudiyetine bakılmadan dava şartı arabuluculuğa bakılarak karar verilmesi de doktrinde eleştirilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ekmekçi v.d., a.g.e, s. 156.

Arabuluculuğa başvurunun zorunlu tutulmasının adil yargılanma hakkı ve hak arama özgürlüğünü zedelediği Hukuki ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin 21.05.2008 Tarihli 2008/52/EC AB Parlamentosu ve AB Konseyin Arabuluculuk Yönergesinin³⁹³ 5.2 maddesinde³⁹⁴ yargıya başvurma imkânı ortadan kaldırılmadıkça arabuluculuğa başvurunun zorunlu tutulabileceği açıkça ifade edilmiştir³⁹⁵.

II. TIBBİ MALPRAKTİSTEN DOĞAN HUKUKİ UYUŞMAZLIKLARIN ARABULUCULUĞA ELVERİŞLİLİĞİ

A. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Kapsamında Arabuluculuğa Elverişli Uyuşmazlıklar

HUAK m.1/2’de arabuluculuğun hangi alanlarda uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Buna göre yabancılik unsuru³⁹⁶ taşıyan uyuşmazlıklar da dahil olmak üzere özel hukuk uyuşmazlıkları arabuluculuğa konu olabilecektir. Ancak bu uyuşmazlıklar tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemde doğmuş

³⁹³ Bu Yönerge 24 Mayıs 2008 Tarihli AB Resmî Gazetesinde Yayımlanarak 13 Haziran 2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Üye Devletlerin 2008/52 Sayılı bu Yönergeyi 21 Mayıs 2011 tarihine kadar iç hukuklarına aktarmaları öngörülmüştür.

³⁹⁴ Hükme göre “*Bu yönerge, dava açılmasından önce veya sonra arabuluculuğa başvurulmasını zorunlu kılan veya teşvik eden ya da yaptırıma bağlayan milli mevzuatı, bu mevzuatın, tarafların, yargı sistemine erişim hakkını kullanmasını engellememesi şartıyla etkilemez.*”

³⁹⁵ Almanya’da dava açmadan önce tarafları mahkeme bağlantılı veya mahkemece onaylanmış bir uzlaştırmaya katılmaya zorlanabilmektedir. Bkz. Tanrıver, **Sosyolojik Bakış**, s. 832-837. Öte yandan Almanya Federal Mahkemesi, Arabuluculuk müessesinin Anayasaya Uygunluğuna ve Devlet Yargısına Nazaran Öncelik Verilmeye değer olduğuna ilişkin 14.2.2007 Tarihli Kararında; başvurunun zorunlu tutulmasının etkin korunma hakkını ihlal etmediğini ileri sürmüştür. Ayrıntılı bilgi için bkz. Çev. Evrim Erişir, “Arabuluculuk Müessesinin Anayasa’ya Uygunluğuna ve Devlet Yargısına Nazaran Öncelik Verilmeye Değer Olduğuna İlişkin 14.2.2007 Tarihli Alman Federal Mahkemesi Kararı”, **DEÜHFD Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan**, 2009, Özel Sayı, İzmir, 2010, s. 225-236.

³⁹⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. M. Okan Yağcı, “Arabuluculuk Sonunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonu’nun Medeni Usul ve İcra- İflas Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, **Public and Private International Law Bulletin**, C. 42, S. 2, 2022, s. 1-31.

olmalıdır³⁹⁷. Kamu hukukundan doğan uyuşmazlıklar³⁹⁸ ve özel hukuka ilişkin olup da tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemedikleri iş ve işlemler de arabuluculuğa elverişli değildir³⁹⁹.

Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği uyuşmazlıklar kavramı ile HUAK m. 1 gerekçesinde⁴⁰⁰; tarafların sulh olmak suretiyle sona erdirebilecekleri hukuk uyuşmazlıklarının kastedildiği ifade edilmiştir. Sulh, görülmekte olan bir davada, tarafların mahkeme huzurunda yaptıkları sözleşme ile aralarındaki uyuşmazlığı kısmen veya tamamen sona erdirmeleridir⁴⁰¹. Sulh, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıkları konu alan davalarda yapılabilir. Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği işler kavramını Yargıtay çoğunlukla kamu düzenine dahil olmayan işler olarak yorumlamaktadır⁴⁰². Kamu düzeni ile ilgili olup tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri uyuşmazlıklara örnek olarak evlat edinmeye ilişkin davalar, nüfus kayıt davaları, iflas davaları gösterilebilir⁴⁰³.

³⁹⁷ HUAK m.1’de son cümlede ise aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıkların arabuluculuk kapsamı dışında olduğu açıkça hüküm altına alınmıştır.

³⁹⁸ Belirtmek gerekir ki, idarenin taraf olduğu özel hukuk uyuşmazlıkları arabuluculuğa elverişlidir. Bkz. HUAK m.15/8.

³⁹⁹ Özekes, **Pekcanitez Usul**, s. 2829; Akipek Öcal v.d., **Tüketici Hukukunda Arabuluculuk**, s. 112. Kamu düzenini yakından ilgilendiren ve uyuşmazlığın çözümü için mutlaka mahkeme kararına ihtiyaç duyulan boşanma davalarında arabuluculuğa gidilemeyeceği hakkında bkz. Sarıhan, **a.g.m.**, s. 422.

⁴⁰⁰ Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 233. <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss233.pdf>

⁴⁰¹ HMK m. 313.

⁴⁰² Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, E. 2010/1, K. 2012/ 1, T. 10.2.2012 sayılı kararında; “iç hukuktaki kamu düzeninin çerçevesi, Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı genel siyasete, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak prensip ve özel hukuka ait iyiniyet prensibine dayanan kurallara, medeni toplulukların 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. İç hukukta kamu düzeninin, tarafların uymak zorunda oldukları, kamu hukukundan ve özel hukuktan doğan ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri kurallar olarak anlaşılması gerekir” (RG: 20.09.2012, S: 28417) Kamu düzenine ilişkin hususların tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği hususlar olduğu hakkında ayrıca bkz. AYM E. 2012/94, K. 2013/89, T. 10.07.2013 sayılı kararı.

⁴⁰³ Ekmekçi v.d., **a.g.e.**, s. 51.

Doktrinde bazı yazarlar ise, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıklar ifadesi ile HMK m.408’de tahkime elverişlilik bahsinde ⁴⁰⁴ yer alan iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkime elverişli değildir ifadesindeki benzerlikten hareketle arabuluculuğa elverişlilik konusunda tahkime elverişlilik tecrübesinden yararlanılması gerektiğini ifade etmişlerdir⁴⁰⁵. Görüşlerine katılmış olduğum diğer bazı yazarlara göre ise tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıklar kavramı tahkime elverişlilik kavramından daha geniş yorumlanmalıdır⁴⁰⁶. Zira tarafların ortaklaşa razı olduğu bir çözüm yolu engellenmemelidir⁴⁰⁷. Öte yandan arabuluculukta tahkimde olduğu gibi yargılama yapılmaz ve sürece tarafların iradesi hakimdir. Bu sebeple taşınmazın aynı hakkından doğan uyuşmazlıklar⁴⁰⁸ ve Kat Mülkiyeti Kanunundan doğan uyuşmazlıklarda arabuluculuğa başvurulabilmelidir⁴⁰⁹. Zira bu uyuşmazlıkların arabuluculuğa konu olmasıyla, arabuluculuk sonunda ortaya çıkan belgenin icra kabiliyetinin olması farklı hususlardır⁴¹⁰. Taraflar taşınmazın aynına ilişkin bir hususu arabuluculuk sürecine taşımışlar ve süreç anlaşma ile sonuçlanmışsa gönüllü olarak tapuda resmi devir işlemi yapabileceklerinden bu taşınmazın aynından doğan uyuşmazlıklar da arabuluculuğa elverişli kabul edilmelidir⁴¹¹. Belirtmek gerekir ki arabuluculukta asıl amaç tarafların karşılıklı iletişime geçerek aralarındaki

⁴⁰⁴ HMK m. 408’e göre; “*Taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir.*”

⁴⁰⁵ Bkz. Ömer Ulukapı, Emre Kıyak, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile Model Etik ve Uygulama Kuralları Çerçevesinde Arabuluculuk Yöntemi ve Sürecin İşleyişi”, **Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan**, C. 2, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 1665.

⁴⁰⁶ Özbek, **Alternatif**, s. 1186; Ekmekçi v.d., **a.g.e**, s. 53.

⁴⁰⁷ Dür, **a.g.e**, s. 293. Yazar doktrinde arabuluculuğa elverişliliğin tespiti için tahkime elverişliliğe bakıldığını ancak arabuluculuğun kapsamının daha geniş olduğunu ifade etmektedir.

⁴⁰⁸ Alper Bulur, “6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve Uygulaması Hakkında Değerlendirmeler”, **Prof. Dr. Ramazan Arslan Armağan**, C. I, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 503. Taşınmazın aynından doğan uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olmadığı hususunda bkz. Tanrıver, **Arabuluculuk**, s. 61.

⁴⁰⁹ Özbek, **Alternatif**, s. 1502; Cenk Akil, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun Kapsamı”, **Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 87.

⁴¹⁰ Özbek, **Alternatif** s. 1503. Konuya ilişkin Yargıtay 1.HD, E. 2007/7358, K. 2007/9604, T. 08.10.2007 (Kazancı, E.T. 19.06.2022) sayılı kararında; ilamlı icraya konu olabilecek uzlaştırma tutanağının taşınmazın mülkiyetini sağlamayacağını yönünde hüküm kurmuştur.

⁴¹¹ Özbek, **Alternatif**, s. 1503.

uyuşmazlığı dostane bir şekilde çözmeleridir. Arabuluculuk sonucunda anlaşma belgesi yapılması her zaman ortaya çıkan bir sonuç olmayıp, taraflar çoğu zaman anlaşma belgesi hazırlama ihtiyacı hissetmez⁴¹². Arabuluculukta amaç, anlaşma belgesinin hazırlanması değil tarafların aralarındaki uyuşmazlığı dostane bir şekilde çözmeleridir⁴¹³. 7036 sayılı Kanunla HUAK m. 18 eklenen 4.fıkraya göre⁴¹⁴; “*taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesi, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılır.*” Taşınmazın aynından doğan bir uyuşmazlığın arabuluculuk sürecine konu olması durumunda ortaya çıkan anlaşma belgesi İİK m.38 anlamında ilam niteliğinde belge sayılsa dahi taşınmazın aynına ilişkin bir değişiklik meydana getirmeyecektir⁴¹⁵.

Kamu düzenine ilişkin olan ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği hususlarda arabuluculuğa başvurulamaz⁴¹⁶. Arabuluculuğa başvurulamayacak uyuşmazlıklara örnek olarak “*yeniden yapılandırma ve konkordatoya ilişkin uyuşmazlıklar*” gösterilebilir⁴¹⁷. Şahsi hallere ilişkin velayet, kısıtlanma, nesebin reddi, babalık davası gibi durumlarda arabuluculuğa elverişli değildir⁴¹⁸. Çekişmesiz yargı işlerinde ve HMK m. 70 kapsamında cumhuriyet savcısının taraf olarak yer aldığı dava ve işler de arabuluculuğa elverişli değildir⁴¹⁹. Ancak dava yoluyla kullanılabilecek yenilik doğuran haklara ilişkin uyuşmazlıklar, arabuluculuğa elverişli

⁴¹² Özbek, **Alternatif**, s. 1503. Yazara göre tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği hususlarda dahi arabuluculuk yoluna başvurulabilmelidir.

⁴¹³ Özbek, **Alternatif**, s. 1503.

⁴¹⁴ İlgili fıkra kanuna 12.10.2017 tarihli 7036 sayılı Kanunun 24. maddesiyle eklenmiştir.

⁴¹⁵ 1. HD., E. 2007/7358, K. 2007/9604, T. 8.10.2007 sayılı Kararında (Lexpera, E.T. 19.06.2022) taşınmazın aynına ilişkin bir hususun uzlaştırma tutanağına konu olan ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu m.35/A kapsamında düzenlenen belgenin İİK m.38 bağlamında ilam niteliğinde belge sayıldığı ancak bu belgenin taşınmazın aynına ilişkin bir değişiklik ortaya koymayacağı şeklinde hüküm kurmuştur.

⁴¹⁶ Özbek, **Alternatif**, s. 1499; Ekmekçi v.d., **a.g.e**, s. 50-51.

⁴¹⁷ Tanrıver, **Arabuluculuk**, s. 61.

⁴¹⁸ Özbek, **Alternatif**, s. 1499; Cengiz Topel Çelikoğlu, “6532 Sayılı HUAK’ a Göre Arabuluculuk Yoluna Başvurulması ve Çözüm Anlaşmasının Mahkeme ve İcra Usulleriyle İlişkisi” **Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan, C.I**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 669-723, Mustafa Serdar Özbek, “Avrupa’da Arabuluculuk İlkeleri ve Uygulanması”, **Prof. Dr. Özel Seliçi’ye Armağan**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s. 473.

⁴¹⁹ Tanrıver, **Arabuluculuk**, s. 61; Özbek, **Alternatif**, s. 1501.

değildir⁴²⁰. Buna göre boşanma⁴²¹ ve anonim şirket genel kurul kararlarının iptali için arabuluculuk yoluna başvurulamayacaktır⁴²².

B. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na göre Tıbbi Malpraktis Uyuşmazlıklarının Arabuluculuğa Elverişliliği

Tıbbi malpraktisten doğan hukuki uyuşmazlıklarda hastanın talebini hekime yahut özel sağlık kurum kuruluşuna yöneltmesi halinde, taraflar arasındaki bulunan teşhis ve tedavi sözleşmesinin vekalet sözleşmesi niteliğinde olacağı hususuna yukarıda değinilmişti⁴²³. Vekalet sözleşmesi TKHK m.3/1 kapsamında tüketici işlemi olarak kabul edildiği için malpraktis uyuşmazlıklarında hasta “tüketici” hekim yahut özel sağlık kuruluşu “sağlayıcı” konumundadır. Hastanın hekime yahut özel sağlık kurum kuruluşuna yönelttiği taleplerini haksız fiil sorumluluğuna yahut vekaletsiz iş görmeye dayandırması durumunda ise söz konusu malpraktis eylemi TKHK m.73 kapsamında tüketiciye yönelik uygulama niteliğinden olacaktır.

Hastanın hekime/özel sağlık kurum kuruluşuna tıbbi malpraktis nedeniyle yönelteceği tazminat talepleri, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği hususlardan olup HUAK kapsamında arabuluculuğa elverişlidir. TKHK m.73 gereği malpraktis uyuşmazlıklarında görevli mahkeme tüketici mahkemeleri olacaktır. 22 Temmuz 2020 tarihinde 7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un⁴²⁴ 59. maddesi ile 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a 73/A maddesi eklenmiş ve tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklar, kanunda belirtilen istisnalar dışında, dava şartı arabuluculuk kapsamında yer almıştır. Bu hükmün yürürlüğe girmesiyle malpraktisten doğan hukuki uyuşmazlıklar dava şartı arabuluculuk kapsamına girmiştir⁴²⁵.

⁴²⁰ Budak, Karaaslan, **a.g.e.**, s. 431.

⁴²¹ Evren Koç, **Arabuluculuk Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Tespitler**, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu I, Sümer Kitabevi, İstanbul, 2014, s. 46.

⁴²² **A.e**

⁴²³ Bkz. birinci bölüm II. A başlığı.

⁴²⁴ RG: 28.07.2020 S:31199. Bahsi geçen kanundan bundan sonra kısaca 7251 sayılı Kanun olarak bahsedilecektir.

⁴²⁵ Hatalı tıbbi müdahalenin kamusal sağlık kurum veya kuruluşunda çalışan bir hekim tarafından gerçekleştirilmesi durumunda ortaya çıkan uyuşmazlık idari yargıda görülecektir. Bu sebeple hizmet

Hastanın tıbbi malpraktis nedeniyle uğradığı zararın tazmini için TTK m.1478 kapsamında doğrudan sigorta şirketine başvurusu durumunda, bu talepte tarafların üzerinde serbetçe tasarruf edebileceği hususlardan olup arabuluculuğa elverişlidir. Hastanın doğrudan sigorta şirketine yönelteceği bu talep TTK m.5/A kapsamında dava şartı arabuluculuğa tabi olacaktır.

C. Korunan Hukuki Değerler Bakımından Tıbbi Malpraktis Uyuşmazlıklarının Arabuluculuğa Elverişliliği

Hekimin hatalı tıbbi müdahale bulunması sonucu hekimin bu hukuka aykırı davranışı nedeniyle tazminat sorumluluğu doğar. Hukuka aykırı tıbbi müdahale⁴²⁶ ile, hastanın, yaşama ve sağlık hakkı, bedensel bütünlük gibi temel hakları ihlal edilmektedir. AY m.12/1 hükmüne göre; “*Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir.*” Yaşama ve sağlık hakkı, beden bütünlüğü gibi kişinin şahıs varlığı haklarından olup⁴²⁷ mutlak haklardandır⁴²⁸. Bu haklar kişiye sıkı sıkıya bağlı olup devredilemez haklardır⁴²⁹. Kişilik hakları, şahıs varlığı haklarından olup hiçbir maddi değere sahip değildir⁴³⁰. Ancak kişilik haklarına saldırı sonucu maddi manevi tazminat istenebilir⁴³¹.

kusuru kapsamında kalan malpraktis uyuşmazlıkları HUAK m.1/2 kapsamında arabuluculuğa elverişli değildir. Ancak Bakanlığın hekime açacağı rücu davaları, genel görevli mahkeme olan asliye hukuk mahkemesinde görülecek olup ihtiyari arabuluculuğa elverişlidir. Malpraktisten doğan cezai uyuşmazlıklar da HUAK m.1/2 kapsamında arabuluculuğa elverişli değildir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Somer v.d., **Sağlık Hukukunda Arabuluculuk**, s. 119.

⁴²⁶ Kural olarak her tıbbi müdahalenin kişilik haklarına müdahale olduğu, ancak birtakım şartların bulunması halinde tıbbi müdahalenin hukuka uygun hale geleceği hususu yukarıda ifade edilmişti. Bkz. birinci bölüm I. A. Başlığı.

⁴²⁷ Dural, Ögüz, **a.g.e.**, s.104 vd.; Kişilik haklarının para ile değerlendirilememesi bunların malvarlığına etkisi olmayacağı anlamına gelmez. Bu konuda bkz. M. Kemal Oğuzman, Nami Barlas, **Medeni Hukuk Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar**, 27. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 152.

⁴²⁸ Selin Sert, Ali Hulki Cihan, **Türk Medeni Hukukunda Organ ve Doku Nakline İlişkin Bazı Hukuki Sorunlar Üzerine Bir Deneme**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 42.

⁴²⁹ Mustafa Dural, Suat Sarı, **Türk Özel Hukuku C. I Temel Kavramlar ve Medeni Kanun’un Başlangıç Hükümleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021, s. 164; Gökhan Antalya, Murat Topuz **Medeni Hukuk**, C. I, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 159.

⁴³⁰ M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, 20. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021, s. 142.

⁴³¹ **A.e.**

Kişinin mutlak olan bu temel hakları üzerinde, ilk bakışta HUAK m.1/2 kapsamında serbestçe tasarruf yetkisi olmadığı düşünebilir. Ancak belirtmek gerekir ki, burada arabuluculuğa konu olan kişinin yaşama, sağlık hakkı gibi temel hakları değil bu hakların ihlal edilmesi halinde oluşacak zararın tazmin edilmesi hususudur⁴³². Kişilik haklarının ihlali sebebiyle yöneltilen maddi manevi zarar talepleri tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği hususlardan olup arabuluculuğa elverişlidir.

Hukuka aykırı tıbbi müdahale çoğu zaman bir ceza yargılamasının konusu da olabilmektedir. Ancak aynı eylemin ceza yargılamasına konu olması farklı hukuk yargılamasına tabi olması farklı hususlardır. Arabuluculuk sürecine konu olan ilişki, işlem veya eylemin suç teşkil etmesi, o uyuşmazlığın arabuluculukta görülmesine engel değildir⁴³³. Tıbbi malpraktisten doğan hukuki uyuşmazlıkların arabuluculuğa konu olması hasta ve hekim arasındaki iletişimi kolaylaştıracak ve tarafların birbirlerini anlamaları için uygun bir ortam oluşturacaktır.

III. TIBBİ MALPRAKTİSTEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARIN DAVA ŞARTI ARABULUCULUĞA KONU OLMASI

A. Tüketici Mahkemelerinin Görev Alanına Giren Tıbbi Malpraktisten Doğan Hukuki Uyuşmazlıkların Dava Şartı Arabuluculuğa Tabi Olması

Malpraktisten doğan uyuşmazlıklar TKHK m.3/1 kapsamında tüketici işlemi olup tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklar TKHK m.73/A düzenlenmesi kapsamında zorunlu arabuluculuğa tabidirler. Bu sebeple bu bölümde öncelikle ilgili düzenlemeye yer verildikten sonra bir tarafın zayıf konumda olduğu tüketici

⁴³² Dava açılmasının maddi hukuka ilişkin sonuçlarından biri de bazı şahsa bağlı hakların malvarlığı haklarına dönüşmesidir. Bu konuda bkz. Seda Özümücü, “Davanın Açılmasına Bağlı Hukuki Sonuçların Davanın Açılmamış Sayılması Halinde Değerlendirilmesi”, **İÜHF**, C. LXX, S. 2, 2012, s. 196. Aynı yönde bkz. Postacıoğlu, Altay, **a.g.e.**, s. 401; Üstündağ, **a.g.e.**, s. 491. Yavuz Alangoya, M. Kâmil Yıldırım, Nevhis Deren Yıldırım, **Medeni Usul Hukuku Esasları**, 7. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 236; Pekcanitez, Atalay, Özekes, **a.g.e.**, s. 332-333.

⁴³³ Özbek, **Alternatif**, s. 1503.

uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuk uygulamasının ortaya çıkarabileceği sorunlara değinilmeye çalışılacaktır.

1. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Madde 73/A Düzenlemesi

7251 sayılı Kanun'un 59.maddesi ile TKHK'ya "dava şartı arabuluculuk" başlıklı 73/A maddesi eklenmiştir. Hükme göre; tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olarak kabul edilmiştir. Ancak TKHK m.73/A konu bakımından bir sınırlandırma yapmamış tüketici mahkemelerinde görülen tüm uyuşmazlıkların Kanunda sayılan istisnalar haricinde, dava şartı arabuluculuğa tabi olduğu ifade edilmiştir. Buna göre TKHK m.73/2 hükmü doğrultusunda tüketici işlemleri ve tüketiciye yönelik uygulamalardan doğan uyuşmazlıklar kural olarak, dava şartı arabuluculuk kapsamında yer alacaktır.

Kanun koyucu TKHK 73/A maddesinin iki ve devamı fıkralarında dava şartı arabuluculuk uygulanmasında tüketici lehine hükümler getirmiştir. Maddeye göre; HUAK 18/A maddesinin on birinci fıkrasında yer alan mazeretsiz bir şekilde ilk oturuma katılmayan tarafın, davada kısmen veya tamamen haklı çıksa dahi yargılama giderlerinin tamamından sorumlu tutulacağı ve bu taraf lehine vekalet ücreti hükmedilmeyeceği hususu tüketici aleyhine uygulanmayacaktır⁴³⁴.

TKHK m.73/A-3'te ise belirli durumların ortaya çıkması durumunda arabuluculuk ücretinin Adalet Bakanlığınca karşılanacağı hüküm altına alınmıştır;

"Arabuluculuk faaliyeti sonunda taraflara ulaşılamaması, taraflar katılmadığı için görüşme yapılamaması veya tarafların anlaşmaları ya da anlaşamamaları halinde tüketicinin ödemesi gereken arabuluculuk ücreti, Adalet Bakanlığı bütçesinden karşılanır. Ancak belirtilen hallerde arabuluculuk ücreti, Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin eki Arabuluculuk Ücret Tarifesinin Birinci Kısımına göre iki saatlik ücret tutarını geçemez."

⁴³⁴ HUAK m.18/A/11: "Taraflardan birinin geçerli bir mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmaması sebebiyle arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi durumunda toplantıya katılmayan taraf, son tutanakta belirtilir ve bu taraf davada kısmen veya tamamen haklı çıksa bile yargılama giderinin tamamından sorumlu tutulur. Ayrıca bu taraf lehine vekâlet ücretine hükmedilmez. Her iki tarafın da ilk toplantıya katılmaması sebebiyle sona eren arabuluculuk faaliyeti üzerine açılacak davalarda tarafların yaptıkları yargılama giderleri kendi üzerlerinde bırakılır."

TKHK m.73/A-4'te ise; arabuluculuk faaliyeti sonunda açılan davanın tüketici lehine sonuçlanması halinde arabuluculuk ücretinin, 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre davalıdan tahsil olunarak bütçeye gelir olarak kaydedileceği hüküm altına alınmıştır.

1. Tüketici İşlemi Niteliğinde Olup Zorunlu Arabuluculuk Kapsamı Dışında Tutulan Uyuşmazlıklar

TKHK m.73/A'da; tüketici mahkemelerinde görülmekte olup dava şartı olarak arabuluculuğa tabi olmayan uyuşmazlıklar sınırlı bir şekilde sayılmıştır.

a. Tüketici Hakem Heyetinin Görevi Kapsamında Olan Uyuşmazlıklar

TKHK m.68 hükmüne göre; *“belirli bir parasal sınırın altında tüketici uyuşmazlıkları tüketici hakem heyetlerinde”* karara bağlanır. TKHK m.73/A hükmü gereği tüketici hakem heyetlerinin görev alanına giren uyuşmazlıklar dava şartı arabuluculuk kapsamında değildir. Bu hüküm ile, ancak belli bir meblağın üzerindeki uyuşmazlıkların dava şartı arabuluculuk kapsamında olduğu anlaşılmaktadır.

Öte yandan HUAK 18/A-18 hükmüne göre; *“özel kanunlarda tahkim veya başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurma zorunluluğunun olduğu veya tahkim sözleşmesinin bulunduğu hâllerde, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler”* uygulanmayacaktır. Belli bir miktarın altındaki tüketici uyuşmazlıkları için tüketici hakem heyetlerine başvuru zorunlu olduğu için TKHK m.73/A'da açıkça kapsamı dışı tutulmasaydı bile HUAK m. 18/A-18 hükmü gereği Tüketici hakem heyetlerinde görülen uyuşmazlıklar dava şartı arabuluculuğa tabi olmayacaktır. Buna karşın Tüketici hakem heyetleri kapsamında kalan uyuşmazlıklar⁴³⁵ için ihtiyari arabuluculuğa başvurulabilecektir⁴³⁶. Zira TKHK m.68/5'e göre; *“tüketici hakem*

⁴³⁵ Tüketici hakem heyetlerinde belirsiz alacak davası açılıp açılmayacağı hususu tartışmalıdır. Tüketici hakem heyetlerinin mahkeme olmadığı için belirsiz alacak talebinde bulunulamayacağı görüşü için bkz. Pekcanitez, **Pekcanitez Usul**, s.1048. Ayrıca tüketici hakem heyetlerinde manevi tazminat taleplerinin ileri sürülüp sürülemeyeceği hususu da tartışmalıdır. İleri sürülebileceği görüşü için bkz. Mehmet Akif Tutumlu, **Tüketici Hukukunda Manevi Tazminat**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 33. Aksi yönde bkz. Makbule Serra Korkut, **Medeni Usul Hukuku Esasları Çerçevesinde Tüketici Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tüketici Hakem Heyetleri**, Yayımlanmamış YL Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, 2018, s. 97

⁴³⁶ Sarıhan, **a.g.e.**, s. 422; Akipek Öcal v.d., **Tüketici Arabuluculuk**, s. 120.

heyetlerine ilişkin hükümler, tüketicilerin ilgili mevzuatına göre alternatif uyuşmazlık çözüm mercilerine başvurmaya engel değildir”.

Tüketici hakem heyetlerinin hukuki niteliği tartışmalıdır⁴³⁷. Doktrinde ağırlıklı olarak⁴³⁸, Tüketici hakem heyetleri kararlarının bağlayıcı olması sebebiyle zorunlu tahkim niteliğinde olduğu ileri sürülmüştür⁴³⁹. Öte yandan doktrinde Tüketici hakem heyetlerine hem başvurunun zorunlu olması hem de verilen kararın bağlayıcı olması hak arama hürriyeti ve alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının gönüllülük ilkesine aykırı olması sebebiyle doktrinde eleştirilmektedir⁴⁴⁰. Tüketici hakem heyetlerinde incelemeler dosya üzerinden yapılır. Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliği⁴⁴¹ m.18’e göre gerekli görülmesi halinde heyet tarafları ve bilirkişiyi dinler. Tüketici hakem heyetlerinin vermiş olduğu kararlar bağlayıcı olup İİK m.38 kapsamında ilamlı icraya konu olabilmektedir⁴⁴². Tüketici hakem heyetlerinin vermiş olduğu kararlara karşı tüketici mahkemelerinde itiraz edilebilir.

b. Tüketici Hakem Heyeti Kararlarına Yapılan İtirazlar

TKHK m.70/3 hükmüne göre; taraflar, tüketici hakem heyetinin kararlarına karşı, kararın tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde tüketici hakem heyetinin bulunduğu yerdeki tüketici mahkemesine itiraz edebilir. TKHK m.73/A hükmünde tüketici hakem

⁴³⁷ Ali Cem Budak, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Tüketici Hakem Heyetleri”, **DEÜHFD**, Pekcanitez Armağanı, 2014 Özel Sayı, İzmir, 2015, C. 1, s. 79.

⁴³⁸ Doktrinde yargı benzeri olduğu, zorunlu idari başvuru olduğu, zorunlu tahkim olduğu gibi pek çok görüş ileri sürülmüştür. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Korkut, **a.g.t.**, s. 58-79.

⁴³⁹ Sema Taşpınar Ayvaz, “Tüketici Hakem Heyetlerinin Hukuki Niteliği”, **Tüketici Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu**, Ed. Ertan Yardım, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 47, Murat Atalı, “Yargılama İlkeleri Çerçevesinde Tüketici Hakem Heyetleri”, **Tüketici Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu**, Ed. Ertan Yardım, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 71.

⁴⁴⁰ Alper Uyumaz, “Tüketici Hukukundan Doğan Uyuşmazlıklarda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2012, C. 20, S. 1, s. 125. Ayrıca bkz. Murat Atalı, “Yargılama Hukukunun Temel Kavramları Açısından Tüketici Hakem Heyetleri Yargılaması” **Medeni Hukuk ve Yargılama Hukuku Yönüyle Tüketici Hukukunda Güncel Problemler Sempozyumu**, 2021, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi. Yazara tüketici hakem heyetlerine ilişkin düzenlemeler pek çok görev sorununa yol açmaktadır. Yazara göre tüketici hakem heyetleri kaldırılarak tüketici hakimliklerinin kurulması pek çok soruna çare olacaktır.

⁴⁴¹ RG: 27.11.2014 S:29188; Ayrıca bkz. Tüketici Hakem Heyetleri Bilirkişilik Yönetmeliği RG: 09.07.2020 S: 31180.

⁴⁴² Uyumaz, **a.g.m.**, s. 125; İldır, **a.g.e.**, s. 137; Özbek, **Alternatif**, s. 396.

heyetleri kararlarına karşı yapılan itirazların dava şartı arabuluculuk kapsamında yer almadığı açıkça hüküm altına alınmıştır.

c. TKHK m.73/6 Kapsamında İleri Sürülebilecek Talepler

TKHK m.73/A’da, TKHK m. 73/6 kapsamında ileri sürülebilecek taleplerin dava şartı dava şartı arabuluculuk kapsamında yer almadığı açıkça hüküm altına alınmıştır.

TKHK m.73/6 hükmüne göre;

*“Tüketici örgütleri, ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile Bakanlık; haksız ticari uygulamalar ve ticari reklamlara ilişkin hükümler dışında, genel olarak tüketicileri ilgilendiren ve bu Kanuna aykırı bir durumun doğma tehlikesi olan hâllerde bunun önlenmesine veya durdurulmasına ilişkin ihtiyati tedbir kararı alınması veya hukuka aykırı durumun tespiti, önlenmesi veya durdurulması amacıyla tüketici mahkemelerinde dava açabilir.”*⁴⁴³

Maddede sayılan bu davalar topluluk davası olup⁴⁴⁴, tüketicinin şahsi menfaatini değil kolektif hukuki yararın sağlanması amaçlanmaktadır⁴⁴⁵. Hüküm ile tüketici örgütleri, ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile Bakanlığa yalnızca ihtiyati tedbire ilişkin davalar açma yetkisi tanınmıştır⁴⁴⁶. Maddi ve manevi tazminat talebinde bulunamazlar⁴⁴⁷.

⁴⁴³ Madde gerekçesine göre “...Altıncı fıkrada, tüketici mahkemelerinde tüketicilerin ortak çıkarlarının korunması amacıyla dava açma ehliyetine sahip taraflar tüketiciler, tüketici örgütleri, ilgili piyasayı düzenleyen kamu kurum ve kuruluşları ile Bakanlık olarak belirlenmiştir. Kendilerine dava hakkı verilenler, haksız ticari uygulamalar ile ticari reklam ve ilânlara ilişkin hükümler dışında, münferit tüketici sorunu olmayan ve genel olarak tüketicileri ilgilendiren hallerde dava açabileceklerdir. Örneğin tehlikeli malların piyasadaki çekilmesi gibi talepler bu türden genel nitelikli taleplerdir. Dava hakkı sahiplerinin talepleri, bu Kanuna aykırı bir durumun doğma tehlikesi olan hallerde bunun önlenmesine veya durdurulmasına ilişkin ihtiyati tedbir kararı alınması veya hukuka aykırı durumun tespiti, önlenmesi veya durdurulmasına karar verilmesi yönünde olacaktır.”

⁴⁴⁴ Topluluk davası başlıklı HMK m.113’e göre; “Dernekler ve diğer tüzel kişiler, statüleri çerçevesinde, üyelerinin veya mensuplarının yahut temsil ettikleri kesimin menfaatlerini korumak için, kendi adlarına, ilgililerin haklarının tespiti veya hukuka aykırı durumun giderilmesi yahut ilgililerin gelecekteki haklarının ihlal edilmesinin önüne geçilmesi için dava açabilir.”

⁴⁴⁵ Sarıhan, a.g.m, s. 432.

⁴⁴⁶ Sarıhan, a.g.m, s. 426.

⁴⁴⁷ A.e.

d. Üretimin veya Satışın Durdurulması ve Malın Toplatılmasına İlişkin Davalar

Üretimin veya satışın durdurulması ve malın toplatılması başlıklı TKHK m.74'te yer alan uyuşmazlıklar⁴⁴⁸ dava şartı arabuluculuk kapsamı dışında tutulmuştur. Maddeye göre; satışa sunulan bir seri malın ayıplı olduğunun tespiti, üretimin veya satışının durdurulması, ayıbın ortadan kaldırılması ve satış amacıyla elinde bulunduranlardan toplatılması için Bakanlık, tüketiciler veya tüketici örgütleri dava açabileceği hüküm altına alınmıştır. Maddede sayılan bu davalar tüketicilerin ortak menfaatlerinin korunmasını amaçlayan davalar olup dava şartı arabuluculuk kapsamı dışında tutulması yerindedir.⁴⁴⁹

e. Tüketici İşlemi Mahiyetinde Olan ve Taşınmazın Aynından Doğan Uyuşmazlıklar

Kanun hükmüne göre; tüketici işlemi niteliğinde olup ve taşınmazın aynından doğan uyuşmazlıklar dava şartı arabuluculuk kapsamı dışında tutulmuştur. Örneğin tüketici işlemi niteliğinde olan ön ödemeli konut sözleşmeleri ve konut finansman sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar dava şartı arabuluculuğa tabi değildir⁴⁵⁰. Tüketici işlemi niteliğinde olup taşınmaz üzerinde şahsi bir talep⁴⁵¹ söz konusu ise bu durumda uyuşmazlık arabuluculuğa elverişli olacaktır⁴⁵². HUAK m.1/2'de taşınmazın aynından doğan uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişliliği

⁴⁴⁸ Üretimin veya satışın durdurulması ve malın toplatılması başlıklı TKHK m.74'te; "(1) Satışa sunulan bir seri malın ayıplı olduğunun tespiti, üretimin veya satışının durdurulması, ayıbın ortadan kaldırılması ve satış amacıyla elinde bulunduranlardan toplatılması için Bakanlık, tüketiciler veya tüketici örgütleri dava açabilir. (2) Satışa sunulan seri malın ayıplı olduğunun mahkeme kararı ile tespit edilmesi hâlinde, mahkeme ayıbın niteliğine göre malın satışını geçici olarak durdurma veya ayıbı giderme kararları verebilir. Üretici veya ithalatçı mahkeme kararının tebliğ tarihinden itibaren en geç üç ay içinde malın ayıbını ortadan kaldırmakla yükümlüdür. Malın ayıbının ortadan kalkmasının imkânsız olması hâlinde mal, üretici veya ithalatçı tarafından toplanır veya toplattırılır. Toplatılan mallar taşıdıkları risklere göre kısmen veya tamamen imha edilir veya ettirilir. İmha edilen malla ilgili tüketicinin dava ve tazminat hakları saklıdır. (3) Satışa sunulan bir seri malın, tüketicinin güvenliğini tehlikeye sokan bir ayıp taşıması durumunda Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun hükümleri saklıdır."

⁴⁴⁹ Sarıhan, **a.g.m.**, s. 433.

⁴⁵⁰ Akipek Öcal v.d., **Tüketici Arabuluculuk**, s. 124; Sarıhan, **a.g.m.**, s. 434.

⁴⁵¹ Örneğin tazminat talebi şahsi bir taleptir.

⁴⁵² Bkz. Akipek Öcal v.d., **Tüketici Arabuluculuk**, s. 124.

hususunda bir kısıtlama bulunmazken⁴⁵³, TKHK m.73/A'da tüketici işlemi mahiyetinde olan ve taşınmazın aynından doğan uyuşmazlıkların dava şartı arabuluculuk kapsamının dışında tutulması dikkat çekicidir.

2. Tüketici Mahkemelerinde Görülen Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuğun Değerlendirilmesi

Tüketiciler, mal ve hizmet sunucularının karşısında zayıf⁴⁵⁴ konumdadır⁴⁵⁵. Anayasa ve TKHK tüketiciyi koruma amaçlı emredici hükümler ihtiva etmektedir. Buna karşı arabuluculuk uygulamasında tarafların eşitliği söz konusudur. Arabuluculuk sürecinin başarıyla ve her iki tarafında tatmin olacağı bir şekilde sonuçlanabilmesi için taraflar arasında denge ve etkin iletişimin olması gereklidir. Ancak gerek tüketici ve sağlayıcı gerekse işçi ve işveren arasında müzakere ve iletişim teknikleri açısından bir eşitlik olduğu söylenemez⁴⁵⁶. Arabuluculukta anlaşılan hususlarda dava açma yasağının olması, yeterince iyi müzakere ve pazarlık edemeyen tüketiciyi mağdur edebilecektir. Bu durum TKHK' nın amacı ile bağdaşmaz.

Dava şartı arabuluculuğa ilişkin hükümler yürürlüğe girmeden evvel doktrinde bazı yazarlarca; TKHK'nın amacı ve nispi emredici hükümlerin olması nedeniyle iş ve tüketici uyuşmazlıklarının arabuluculuğa elverişli olmadığına ilişkin görüşler ileri sürülmekteydi⁴⁵⁷. Buna karşın diğer bazı yazarlar tarafından; zayıf konumda olan tüketiciyi korumak için emredici, kamu düzenine ilişkin hükümlerin olması, tarafların tasarruf yetkisini ortadan kaldırmayacağı bu sebeple tüketici uyuşmazlıklarının

⁴⁵³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Yukarıda ikinci bölüm II. A. başlığı.

⁴⁵⁴ Bu zayıflık ekonomik Kübra Doğan Yenisey, “İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuk”, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı: İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi**, İstanbul, 2016, s. 179.

⁴⁵⁵ Ermenek, **a.g.e**, s. 48.

⁴⁵⁶ Ayrıntılı bilgi için Ermenek, **a.g.e**, s. 39- 65.

⁴⁵⁷ Lale Sirmen, “Tüketici Hukukunun Amacı ve Özellikleri”, **Yaşar Üniversitesi E-Dergisi**, C. 8, 2013, s. 2468; Ermenek, **Zayıf taraf**, s. 153.

arabuluculuğa elverişli olduğu ifade edilmiştir⁴⁵⁸. Zira arabuluculuk menfaat odaklı ve barışçıl bir süreç olduğu için bu durum bir sorun teşkil etmeyecektir⁴⁵⁹.

Yürürlükte olan hukuk bakımından tüketici uyuşmazlıklarının arabuluculuğa elverişli olduğu açıktır. Keza TKHK m. 73/A hükmü ile tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuk uygulaması da getirilmiştir. Zaten taraflar karşılıklı olarak arabuluculuğa başvurma konusunda anlaşmaları durumunda bir sıkıntı yoktur. Ancak olması gereken hukuk bakımından kanaatimizce taraflar arasında eşit müzakere yetenekleri bulunmadığı durumlarda dava şartı arabuluculuk hükümleri, maddi hukuk bakımından zayıf konumda olan tüketicinin mağdur edilmesini önleyecek yeterlilikte değildir. Zira tüketicinin karşısında yer alan sağlayıcı, alanında hâkim ekonomik olarak daha güçlü konumdadır. Çoğunlukla bir avukatla süreci yönetmekte iken, tüketicilerin her zaman bir vekil ile süreci yürütmesi mümkün olmaz.

Arabuluculuk sürecinde adil bir sonuca ulaşmak yerine tarafların sonuçtan tatmin olacağı ve aralarındaki ilişkiyi hasara uğratmadan/ en az hasara uğratarak devam ettirmeleri amaçlanır. Bu sebeple tüketici uyuşmazlıkları ihtiyari arabuluculuğa elverişli olmalıdır. Ancak dava şartı arabuluculuk uygulamasında taraflar eşit müzakere yeteneklerine sahip olmadıkları için tüketici sonuçtan memnun olmayabilir yahut sürecin anlaşma ile sonuçlanma ihtimali düşebilir. Zira dava şartı arabuluculuk uygulamasında dahi taraflar her an müzakereleri sonlandırma yetkisine sahiptir. Tüketicinin pazarlığa etkin bir şekilde katılabilmesi için dava şartı arabuluculukta tüketicinin avukatla temsil zorunluluğunun getirilmesi önerilmiştir⁴⁶⁰. Kanaatimce de zayıf konumda olan tüketicinin avukatla temsil edilmesi zorunluluğun getirilmesi

⁴⁵⁸ Seyhan Selçuk, Tüketici Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Dava Şartı, **Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2020, C. 8, S. 16, s. 1187; 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**, 2013, C. 17, S. 2, s. 603; Akil, **Kapsam**, s. 117; Akipek Öcal, **Tüketici Arabuluculuk**, s. 112; Sarihan, **a.g.m.**, s. 422.

⁴⁵⁹ Ermenek, **Çözüm Önerileri**, s. 603; Gökçen Topuz, **Tüketici Mahkemeleri**, Ankara, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 20.

⁴⁶⁰ Nur Bolayır, “Tüketici Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk”, **Medeni Hukuk ve Yargılama Hukuku Yönüyle Tüketici Hukukunda Güncel Problemler Sempozyumu**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2021.

halinde arabuluculuk müzakerelerinin anlaşma ile sonuçlanma ihtimali artacak, her iki taraf da müzakerelere eşit ve etkin katılabildiği için sonuçtan memnun olacaktır.

Öte yandan tüketici uyuşmazlıklarında henüz tüketici mahkemeleri ile tüketici hakem heyetleri arasındaki görev sınırı⁴⁶¹ hala tartışmalı iken bir de dava şartı arabuluculuk hükümleri getirilmesiyle durum iyice karışmıştır⁴⁶². Zayıf konumda olan tüketicinin hakkını elde etmek için hangi yollara başvurması gerektiği hususunda büyük karışıklıklar yaşaması doğaldır. Bu durum tüketicinin hak arama hürriyeti oldukça zorlaştırmaktadır.

B. Asliye Ticaret Mahkemelerinin Görev Alanına Giren Tıbbi Malpraktisten Doğan Hukuki Uyuşmazlıkların Dava Şartı Arabuluculuğa Tabi Olması

TTK m.5/A'ya göre, TTK ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava şartı arabuluculuğa tabi olduğu hüküm altına alınmıştır. TTK m.5/A-f.2 hükmüne göre; ticari uyuşmazlıkların dava şartı arabuluculuğa konu olması durumunda arabulucu görevlendirildiği tarihten itibaren altı hafta içinde süreci sonuçlandırmalıdır. Zorunlu hâllerde bu süre iki haftayı geçmemek kaydıyla arabulucu tarafından uzatılabilecektir.

Yukarıda bahsedildiği üzere⁴⁶³ hastanın TTK m.1478 hükmü doğrultusunda doğrudan sigorta şirketine başvurması kanundan doğan bir hak olup taraflar arasında TKHK m.3/1 bağlamında bir tüketici işlemi söz konusu değildir. Hastanın doğrudan sigorta şirketine başvurması TTK m.4/1 kapsamında ticari davadır. Bu TTK m.5/A kapsamında konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talebi olduğu için dava açmadan evvel arabuluculuğa başvuru zorunludur. Öte yandan hekim ile hastane ve hekim/hastane arasındaki rücu ilişkisi sigorta ilişkisinden doğması ve

⁴⁶¹ İl ve ilçe tüketici hakem heyetleri arasındaki görev ayrımının gerekli olmadığı ve tüketicilerin hak arama hürriyetini zorlaştırdığı yönünde bkz. Mehmet Ertan Yardım, “Tüketici Mahkemesi Kararlarına Karşı (Yeni) Kanun Yolları”, **Tüketici Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu**, Ed. M. Ertan Yardım, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 179.

⁴⁶² Evrim Erişir, “Tüketici Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuğun Kapsamının Belirlenmesindeki Güçlüklerin Ortaya Çıkardığı Bazı Meseleler”, **Arabuluculuğun Geleceği Sempozyumu Bildiri Özeti Kitabı**, Ed. Ali Yeşilirmak, Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, Ömer Faruk Kafalı, Gülnihal Ahter Yakacık, Ahmet Dülger, İbn Haldun Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2021, s. 312; Budak, Karaaslan, **a.g.e.**, s. 516; Şahin, **Bildiri**.

⁴⁶³ Bkz. birinci bölüm III. D. başlığı.

tarafından birinin tüketici olmaması sebebiyle ticari dava niteliğindedir. Rücu davalarının konusu bir miktar paranın ödenmesine ilişkin alacak talebi olduğu için TTK m.5/A kapsamında dava şartı arabuluculuğa tabidir.

HUAK 18/A-18 hükmünde özel kanunlarda tahkim veya başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurma zorunluluğunun olduğu veya tahkim sözleşmesinin bulunduğu hâllerde, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümlerin uygulanmayacağı hüküm altına alınmıştır. 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu⁴⁶⁴ m.30'da yer alan tahkimin zorunlu olup olmadığı hususu doktrinde tartışmalıdır⁴⁶⁵.

Sigortacılık Kanunu m.30/1 hükmüne göre;

“Sigorta ettiren veya sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişiler ile riski üstlenen taraf arasında sigorta sözleşmesinden veya Hesaptan faydalanacak kişiler ile Hesap arasında doğan uyuşmazlıkların çözümü amacıyla Birlik nezdinde Sigorta Tahkim Komisyonu oluşturulur. Sigortacılık yapan kuruluşlardan, sigorta tahkim sistemine üye olmak isteyenler, durumu yazılı olarak Komisyona bildirmek zorundadır. Sigorta tahkim sistemine üye olan kuruluşlarla uyuşmazlığa düşen kişi, uyuşmazlık konusu sözleşmede özel bir hüküm olmasa bile tahkim usulünden faydalanabilir.”

Sigorta tahkimi sigortacı bakımından zorunlu, sigorta ettiren veya sözleşmeden menfaati bulunan kimseler için ihtiyari niteliktedir⁴⁶⁶. Sigorta ettiren veya sözleşmeden menfaati bulunan kimse tahkim yoluna başvurabileceği gibi adli yargı yoluna da başvurabilecektir. Sigorta ettiren veya sözleşmeden menfaati bulunan kimse tahkime gitmek isterse sigorta şirketi bu duruma itiraz edemeyecektir⁴⁶⁷. Sigorta ettiren veya sözleşmeden menfaati bulunan kimse tahkime başvurmak isterse bu durumda HUAK m.18/A-f.18 hükmü gereği dava şartı arabuluculuk hükümleri uygulanmaz⁴⁶⁸. Zira hükme göre tahkim veya başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm

⁴⁶⁴ (RG:14.6.2007, S:26552) Bahsi geçen kanun bundan sonra Sigortacılık Kanunu olarak anılacaktır.

⁴⁶⁵ Pekcanitez, Yeşilirmak, **Pekcanitez Usul**, s. 2616.

⁴⁶⁶ Ayhan, Çağlar, Özdamar, **a.g.e.**, s. 118.

⁴⁶⁷ Pekcanitez, Yeşilirmak, **Pekcanitez Usul**, s. 2616.

⁴⁶⁸ Ekmekçi v.d., **a.g.e.**, s. 396-397; Yaşar Coşkun, Göncü Döner, **a.g.m.**, s. 2933; Şaban Kayıhan, Atakan Âdem Selanik, **Sigorta Hukukunda Alternatif Çözüm Yolları ve Tahkim Usulü**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 163.

yoluna başvurma zorunluluğunun olduğu veya tahkim sözleşmesinin bulunduğu hâllerde, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmayacaktır. Ancak sigorta ettiren veya sözleşmeden menfaati bulunan kimse dava açmak isterse bu durumda ilk olarak dava şartı arabuluculuk yolu tüketilmelidir⁴⁶⁹.



⁴⁶⁹ Yaşar Coşkun, Göncü Döner, **a.g.m**, s. 2967.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
TIBBİ MALPRAKTİSTEN DOĞAN HUKUKİ
UYUŞMAZLIKLARDA DAVA ŞARTI ARABULUCULUK
SÜRECİ VE ORTAYA ÇIKABİLECEK ÖZELLİKLİ
DURUMLAR

I. TIBBİ MALPRAKTİSTEN DOĞAN HUKUKİ
UYUŞMAZLIKLARDA DAVA ŞARTI ARABULUCULUK
SÜRECİ

A. Tıbbi Malpraktisten Doğan Uyuşmazlıkların Dava Şartı Arabuluculuğa
Konu Olması Durumunda Uygulanacak Hükümler ve Sürecin Başlaması

1. Genel Olarak

Dava şartı arabuluculuğun kabul edildiği ilgili kanunlarda, dava şartı arabuluculuk sürecine ilişkin özel hükümler getirilmişse, uyuşmazlığın çözümünde ilk olarak bu hükümler uygulanacaktır⁴⁷⁰. İlgili kanunlarda özel hükümlerin olmadığı hususlarda genel mahiyette bir düzenleme olan. “Dava Şartı Arabuluculuk” başlıklı HUAK m.18/A uygulama alanı bulacaktır. Bu maddede hüküm bulunmayan hâllerde ise niteliğine uygun düştüğü ölçüde HUAK’ ın diğer hükümleri uygulanacaktır⁴⁷¹.

Malpraktisten doğan hukuk uyuşmazlıklarının büyük bir bölümü TKHK m.73/A kapsamında dava şartı arabuluculuk kapsamındadır. Buna göre malpraktis uyuşmazlıklarına ilişkin arabuluculuk sürecinde ilk olarak TKHK m.73/A hükmü, burada bir hüküm mevcut olmaması durumunda ise HUAK m.18/A’da yer alan hükümler uygulanacaktır. HUAK m.18/A’da da bir düzenleme bulunmaması durumunda HUAK’ ta yer alan ihtiyari arabuluculuğa ilişkin diğer hükümler uygulama alanı bulacaktır.

Hastanın TTK m.1478 kapsamında doğrudan sigorta şirketine talepte bulunması yahut sigorta şirketi ile hekim/özel sağlık kurum veya kuruluşları arasındaki rücu

⁴⁷⁰ HUAK m.18/A- f.19.

⁴⁷¹ HUAK m.18/A-f.20.

ilişkiler de TTK m.5/A kapsamında dava şartı arabuluculuk kapsamındadır. Bu uyuşmazlıkların arabuluculuk sürecinde ise ilk olarak TTK m.5/A hükmü, burada bir hüküm mevcut olmaması durumunda HUAK m.18/A'da yer alan hükümler uygulanacaktır. HUAK m.18/A'da da bir düzenleme bulunmaması durumunda HUAK' ta yer alan ihtiyari arabuluculuğa ilişkin diğer hükümler uygulama alanı bulacaktır.

Dava şartı arabuluculuğun mevcut olduğu uyuşmazlıklarda dava açabilmek için; HUAK m.18/A-f.2 hükmüne göre; arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslı veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneği dava dilekçesine eklemek zorundadır. Son tutanağın dilekçeye eklenmemesi durumunda, mahkeme davacıya son tutanağı sunması için bir haftalık kesin süre verir. Bu süre içinde son tutanak mahkemeye sunulmazsa dava dilekçesi tebliğ çıkarılmaksızın davanın usulden reddine karar verilir. Dava dilekçesinin karşı tarafa tebliğ edilmeksizin davanın usulden reddedilmesi, doktrinde hukuki dinlenilme hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle eleştirilmektedir⁴⁷². Zira HMK'ya göre genel dava şartlarına aykırı bir durumun varlığı halinde dilekçeler teatisi tamamlandıktan sonra, en erken ön inceleme aşamasında usulden red kararı verilmektedir⁴⁷³.

2. Tıbbi Malpraktis Uyuşmazlıklarında Yetkili Arabuluculuk Bürosu ve Arabuluculuk Sürecinin Başlaması

HUAK m.18/A-f.4'e göre; dava şartı arabuluculuk başvurusu, *“uyuşmazlığın konusuna göre yetkili mahkemenin bulunduğu yer arabuluculuk bürosuna yoksa görevlendirilen yazı işleri müdürlüğüne yapılır.”* Hükümden anlaşıldığı üzere dava şartı arabuluculuk başvurusunda görevli mercii arabuluculuk bürosu, yetkili yer ise; uyuşmazlığın konusunda göre yetkili mahkemenin bulunduğu yerdeki arabuluculuk bürosudur⁴⁷⁴. Arabuluculuk bürosunun⁴⁷⁵ uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olup

⁴⁷² Ekmekçi v.d., **a.g.e.**, s. 158.

⁴⁷³ **A.e.**

⁴⁷⁴ Tanrıver, **Arabuluculuk**, s. 166. Birden fazla yetkili mahkemenin mevcut olması durumunda davacı yetkili mahkemelerden birinin bulunduğu yerdeki arabuluculuk bürosuna başvurma konusunda seçim hakkına sahiptir. Bkz. Ekmekçi, v.d. **a.g.e.**, s. 160.

⁴⁷⁵ Hak arama hürriyeti bakımından ve süreci kolaylaştırmak adına arabuluculukta muhabere büroları kurulması yerinde olacağı hakkında bkz. Şahin, **Bildirir**.

olmadığını yahut dava şartı arabuluculuk kapsamında olup olmadığını inceleme yetkisi yoktur⁴⁷⁶. Bu hususlar arabulucu tarafından incelenir⁴⁷⁷.

Malpraktis uyuşmazlıkları temel olarak, hekimin hatalı tıbbi uygulaması nedeniyle zarar gören hastanın tazminat talebi ile başlar. Bu uyuşmazlık TKHK m.73/A gereği dava şartı arabuluculuk kapsamında olduğu için hasta HUAK m.18/A-f.4 doğrultusunda yetkili mahkemenin bulunduğu yer arabuluculuk bürosuna başvuruda bulunmalıdır. Karşı taraf ise; hekim, özel sağlık kurum veya kuruluşu yahut TTK m.1478 kapsamında sigorta şirketi olabilir.

Karşı tarafın hekim yahut özel sağlık kurum veya kuruluşu olması durumunda; hasta aralarındaki sözleşmeye dayanarak taleplerini ileri sürmekte ise; yetkili mahkemeler,

-HMK m.6 kapsamında genel yetkili mahkeme olan davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesi

- HMK m.10 doğrultusunda sözleşmeden doğan davalar kapsamında, sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesi⁴⁷⁸

-TKHK m.73/5 kapsamında tüketicinin yerleşim yeri mahkemesi olacaktır.

Buna göre hasta; davalı gerçek veya tüzel kişinin (hekimin/ özel sağlık kurum veya kuruluşu) davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesi arabuluculuk bürosuna veya sözleşmenin ifa edileceği (özel sağlık kurum veya kuruluşu hastane yahut hekimin özel muayenesi) yer mahkemesi arabuluculuk bürosuna yahut tüketicinin

⁴⁷⁶ Ekmekçi v.d., a.g.e s. 166.

⁴⁷⁷ A.e.

⁴⁷⁸ TBK m.89 hükmüne göre; “Borcun ifa yeri, tarafların açık veya örtülü iradelerine göre belirlenir. Aksine bir anlaşma yoksa, aşağıdaki hükümler uygulanır;

1. Para borçları, alacaklının ödeme zamanındaki yerleşim yerinde,

2. Parça borçları, sözleşmenin kurulduğu sırada borç konusunun bulunduğu yerde,

3. Bunların dışındaki bütün borçlar, doğumları sırasında borçlunun yerleşim yerinde, ifa edilir. Alacaklının yerleşim yerinde ifası gereken bir borcun doğumundan sonra alacaklının yerleşim yerini değiştirmesi sebebiyle ifa önemli ölçüde güçleşmişse borç, alacaklının önceki yerleşim yerinde ifa edilebilir.”

(hastanın) yerleşim yeri mahkemesi arabuluculuk bürosuna başvurma konusunda seçimlik hakka sahiptir.

Hastanın, hekim yahut özel sağlık kurum veya kuruluşunun haksız fiil sorumluluğuna dayanması durumunda ise⁴⁷⁹; HMK m.6, TKHK m.73/5'te yer alan yetki kuralları dışında;

- HMK m.16 kapsamında haksız fiilin işlendiği veya zararın meydana geldiği yahut gelme ihtimalinin bulunduğu yer ya da zarar görenin yerleşim yeri mahkemesi de yetkili olduğu için hasta buralardaki arabuluculuk bürolarından birine başvurabilir.

Hastanın doğrudan sigorta şirketine karşı açacağı davalar TTK m.5/A gereği dava şartı arabuluculuk kapsamında olduğu için hasta ilk olarak arabuluculuk yoluna başvurmalıdır. Bu durumda yetkili mahkeme, yalnızca HMK m.6 kapsamında davalı taraf olan sigorta şirketinin yerleşim yeri mahkemesi yetkili olacaktır. Zira tarafların aralarında bir sözleşme ya da haksız fiil ilişkisi olmadığından HMK m.10 ve m.15 ve m.16 uygulama alanı bulmayacaktır. Yetkili arabuluculuk bürosu ise, sigorta şirketinin yerleşim yeri arabuluculuk bürosu olacaktır.

ZMSS kapsamında açılacak rücu davalarında ise HMK m. 6, HMK m. 10 veya HMK m. 15/1 uyarınca zarar sigortalarından doğan yetki kuralı uygulanacaktır. Buna göre davalının yerleşim yeri, sözleşmenin ifa yeri ya da rizikonun gerçekleştiği yer arabuluculuk bürolarından birine başvurulabilecektir.

Dava şartı arabuluculukta arabuluculuk süreci, arabuluculuk bürosuna başvuru ile başlarken arabuluculuk faaliyeti arabulucunun görevlendirilmesi ile başlar⁴⁸⁰. Kanun koyucu arabuluculuk sürecinin başlangıcına pek çok sonuç bağlamıştır. Dava açılmasının hukuki sonuçları niteliği bakımından uygun düştüğü ölçüde burada da vücut bulacaktır⁴⁸¹. HUAK m.18/A-f.15 hükmüne göre; “arabuluculuk bürosuna

⁴⁷⁹ Yukarıda bkz. birinci bölüm III. başlığı. Malpraktis uyuşmazlıklarında çoğunlukla hasta ile hekim/özel özel sağlık kurum veya kuruluşu arasında bir sözleşme olduğunu; ancak olmasa bile bu uyuşmazlığında tüketici mahkemesinde görülmesi gerektiği yönündeki kanaatimizden bahsetmiştik.

⁴⁸⁰ Ekmekçi v.d., **a.g.e.**, s.165.

⁴⁸¹ **A.e.**

başvurulmasından son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar geçen sürede zamanaşımı durur ve hak düşürücü süre işlemez.”

Arabulucunun görevlendirilmesi hususu HUAK m.18/A-f.5’te yer almaktadır. Hükme göre arabulucu, arabuluculuk bürosu tarafından, komisyon başkanlıklarına bildirilen listeden belirlenir. Tarafların listede yer alan herhangi bir arabulucu üzerinde anlaşmaları hâlinde bu arabulucu görevlendirilir.⁴⁸² İhtiyari arabuluculuktan farklı olarak dava şartı arabuluculukta taraflar arasında arabuluculuk sözleşmesi olmadığı gibi arabulucu ile taraflar arasında da bir arabulucu sözleşmesi olduğu söylenemez⁴⁸³. Burada arabulucu ile taraflar arasında kamu hukuku ilişkisi mevcuttur⁴⁸⁴. Arabulucu, dava şartı arabuluculuk sürecinde adalet hizmetine yardımcı olan kamu görevlisi sıfatındadır⁴⁸⁵.

3. Arabuluculuk Bürosunun Yetkisine İtiraz ve İncelenmesi

Arabuluculuk bürosunun yetkili olup olmadığına ilişkin itirazın, kim tarafından yapılacağı ve itirazın hangi mercii tarafından inceleneceği HUAK m.18/A-f.8’de hüküm altına alınmıştır. Hükme göre; HMK’daki mahkemelerin yetkisine itiraza benzer bir şekilde, arabuluculukta da başvurunun yetkili arabuluculuk bürosuna yapılıp yapılmadığı hususunu arabuluculuk bürosu yahut arabulucu tarafından re’sen dikkate alınmaz. Karşı taraf arabuluculuk bürosunun yetkisiz olduğunu düşünüyorsa en geç ilk toplantıda, arabuluculuk bürosunun yetkisine itiraz etmelidir. İtiraz halinde arabulucu, dosyayı derhâl ilgili sulh hukuk mahkemesine gönderilmek üzere arabuluculuk bürosuna teslim eder. Sulh hukuk mahkemesi en geç bir hafta içinde

⁴⁸² HUAK m.18A/3 hükmüne göre; “*Daire Başkanlığı, sicile kayıtlı arabuluculardan bu madde uyarınca arabuluculuk yapmak isteyenleri, varsa uzmanlık alanlarını da belirterek, görev yapmak istedikleri adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonlarına göre listeler ve listeleri ilgili komisyon başkanlıklarına bildirir. Komisyon başkanlıkları, bu listeleri kendi yargı çevrelerindeki arabuluculuk bürolarına, arabuluculuk bürosu kurulmayan yerlerde ise görevlendirecekleri sulh hukuk mahkemesi yazı işleri müdürlüğüne gönderir.*”

⁴⁸³ Tarafların arasında uyuşmazlığın arabuluculukta görüleceğine ilişkin bir arabuluculuk sözleşmesi mevcut olması durumunda tarafların bu sözleşme ile bağlı olmadıklarını ve doğrudan dava açabileceklerine yukarıda değinmiştik. Taraflardan biri, mevcut arabuluculuk sözleşmesine rağmen, dava açmak ister ve uyuşmazlık dava şartı arabuluculuk kapsamında olduğu için arabuluculuk bürosuna başvurursa bu durumda artık eski sözleşme geçerli olmayacaktır. Konu hakkında bkz. Ekmekeçi v.d., **a.g.e** s.163.

⁴⁸⁴ Tanrıver, **Arabuluculuk**, s. 169.

⁴⁸⁵ **A.e.**

dosya üzerinden yapacağı inceleme sonunda yetkili büroyu kesin olarak karara bağlar ve dosyayı büroya iade eder. Yetki itirazının reddi durumunda aynı arabulucu yeniden görevlendirilir ve kanunda belirtilen arabuluculuk süresi yeni görevlendirme tarihinden başlar. Yetki itirazının kabulü halinde ise kararın tebliğinden itibaren bir hafta içinde yetkili büroya başvurulabilir. Bu takdirde yetkisiz büroya başvurma tarihi yetkili büroya başvurma tarihi olarak kabul edilecektir.

Bu hüküm doğrultusunda arabuluculuk bürosunun ve arabulucunun yetkisinin kesin olmadığı anlaşılmaktadır⁴⁸⁶. Bu hüküm, karşı tarafın görüşü alınmadan itirazın doğruca sulh hukuk mahkemesinde incelenmesi sebebiyle eleştirilmiştir⁴⁸⁷. Öte yandan hüküm süreci oldukça uzatmakta ve hak arama hürriyetini güçleştirmektedir⁴⁸⁸.

B. Tıbbi Malpraktis Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk Faaliyetinin Yürütülmesi

1. Arabuluculuk Toplantısına Davet ve Toplantının Yapılması

Arabuluculuk faaliyeti arabulucunun görevlendirilmesi ile başlar. HUAK m.18/A-f.7 hükmüne göre;

“Taraflara ait iletişim bilgileri, görevlendirilen arabulucuya büro tarafından verilir⁴⁸⁹. Arabulucu bu iletişim bilgilerini esas alır, ihtiyaç duyduğunda kendiliğinden araştırma da yapabilir. Elindeki bilgiler itibarıyla her türlü iletişim vasıtasını kullanarak görevlendirme konusunda tarafları bilgilendirir ve ilk toplantıya davet eder. Bilgilendirme ve davete ilişkin işlemlerini belgeye bağlar⁴⁹⁰.”

⁴⁸⁶ Ekmekçi v.d., **a.g.e**, s. 161.

⁴⁸⁷ Ekmekçi v.d., **a.g.e**, s. 162.

⁴⁸⁸ Ekmekçi v.d., **a.g.e**, s.162; Şahin, **Bildiri**; Yazar tebliğinde olması gereken hukuk bakımından arabuluculuk bürosunun yetkisini kendiliğinden gözetmesi ve yetki itirazının da sulh hukuk mahkemesince değil büro tarafından incelenmesi gerektiğini ifade etmiştir.

⁴⁸⁹ HUAK m.18/A-6 hükmüne göre; *“Başvuran taraf, kendisine ve elinde bulunması hâlinde karşı tarafa ait her türlü iletişim bilgisini arabuluculuk bürosuna verir. Büro, tarafların resmi kayıtlarda yer alan iletişim bilgilerini araştırmaya da yetkilidir. İlgili kurum ve kuruluşlar, büro tarafından talep edilen bilgi ve belgeleri vermekle yükümlüdür.”*

⁴⁹⁰ HUAKY m.24/3’e göre; *“Taraflara ait iletişim bilgileri, görevlendirilen arabulucuya adliye arabuluculuk bürosu tarafından verilir. Arabulucu bu iletişim bilgilerini esas alır, ihtiyaç duyduğunda kendiliğinden araştırma da yapabilir. Elindeki bilgiler itibarıyla her türlü iletişim vasıtasını kullanarak görevlendirme konusunda tarafları bilgilendirir ve ilk toplantıya tarafları ve varsa avukatlarını birlikte*

Arabulucu tarafları ilk oturuma davet ederken, toplantı tarihi ve yerinin belirlenmesi konusunda taraflar ile iletişim kurar. Taraflarla yaptığı görüşmeler sonucunda ortak bir karar alınamazsa toplantı tarihini ve yerini arabulucu belirler⁴⁹¹. Arabuluculuk toplantısı uygun olan her ortam ve zamanda yapılabilir⁴⁹². Taraflar, toplantının online olarak gerçekleşmesini de isteyebilirler⁴⁹³. Arabuluculuk görüşmelerine taraflar bizzat, kanuni temsilcileri veya avukatları ile katılabilirler⁴⁹⁴. Uygulamada stajyer avukatların arabuluculuk görüşmelerine katılabildikleri görülmektedir⁴⁹⁵. 1136 sayılı Avukatlık Kanunu⁴⁹⁶ madde 26 hükmünde;

“Stajyerler, avukat yanında staja başladıktan sonra, avukatın yazılı muvafakati ile ve onun gözetimi ve sorumluluğu altında, sulh hukuk mahkemeleri, sulh ceza mahkemeleri ile icra tetkik mercilerinde avukatın takip ettiği dava ve işlerle ilgili duruşmalara girebilir ve icra müdürlüklerindeki işleri yürütebilirler. Bu yetki, staj bitim belgesinin verilmesi veya staj listesinden silinme ile sona erer.”

ifadelerine yer verilerek, stajyer avukatların yapabileceği işlemler tahdidi olarak sayılmıştır. Bu sebeple stajyer avukatların arabuluculuk görüşmelerine katılmaları mümkün değildir. Bu durumu fark eden arabulucu yahut karşı taraf vekili durumu ikaz etmelidir.

2. Arabuluculuk Faaliyetinin Süresi

İhtiyari arabuluculuktan farklı olarak kanun koyucu dava şartı arabuluculuk faaliyetinin süresini sınırlamıştır. İş uyuşmazlıklarının dava şartı arabuluculuğa konu

davet eder. Bilgilendirme ve davete ilişkin işlemlerini belgeye bağlar. Arabulucu taraflara ulaşamaması hâlinde, ulaşmak için hangi yolları denediğini ve hangi sebeplerle ulaşamadığını son tutanakta belirtir.”

⁴⁹¹ HUKUK m.25/3.

⁴⁹² Ekmekçi v.d., a.g.e, s. 170.

⁴⁹³ Ekmekçi v.d., a.g.e, s. 171.

⁴⁹⁴ HUKUK m.25/1'e göre; “İşverenin adi veya resmi yazılı belgeyle yetkilendirdiği çalışanı da görüşmelerde işvereni temsil edebilir ve son tutanağı imzalayabilir.” İdareler ise idareler ise oluşturacakları komisyon aracılığıyla arabuluculuk toplantılarına katılırlar.

⁴⁹⁵ Stajyer avukatların diğer şartları taşımak suretiyle arabuluculuk yapabileceğine ilişkin bkz. <https://www.barobirlik.org.tr/Haberler/duyuru-202034-81228>

⁴⁹⁶ RG: 7.4.1969 S:13168.

olması durumunda süreç 3 hafta ile⁴⁹⁷, ticari uyuşmazlıkların dava şartı arabuluculuğa konu olması durumunda ise süreç ise 6 hafta ile⁴⁹⁸ sınırlandırılmıştır. Tüketici mahkemelerinde dava şartı arabuluculukta konuya ilişkin bir özel düzenleme mevcut olmadığından konuya ilişkin genel hüküm niteliğinde olan HUAK m.18/A-f.9 hükmü uygulama alanı bulacaktır. Buna göre hasta tarafından hekime/özel sağlık kurum kuruluşuna yöneltilen taleplerin arabuluculuğa konu olması durumunda süreç, arabulucunun görevlendirildiği tarihten itibaren üç hafta içinde sonuçlandırılmalıdır. Hastanın, TTK m.1478 kapsamında doğrudan sigorta şirketine başvurması yahut sigorta şirketinin açacağı rücu davaları TTK m.5/A kapsamında dava şartı arabuluculuğa tabi olduğu için bu uyuşmazlıklarda arabuluculuk süreci 6 hafta içinde sonuçlandırılmalıdır. Kanunlarda belirtilen sürelerin geçirilmesi durumunda arabulucu re ‘sen anlaşılamama yönünde son tutanağı düzenlemekle görevlidir⁴⁹⁹.

C. Tıbbi Malpraktis Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk Sürecinin Sona Ermesi

Dava şartı arabuluculuk süreci⁵⁰⁰ arabulucunun taraflara ulaşamaması, görüşmelerin taraflar katılmadığı için yapılamaması, tarafların anlaşması yahut tarafların anlaşamaması hâllerinde sona erer⁵⁰¹. Bu hallerden birinin gerçekleşmesi durumunda arabulucu son tutanağı düzenleyerek durumu derhâl arabuluculuk bürosuna bildirmelidir⁵⁰².

⁴⁹⁷ 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu (RG: 25.10.2017, S.30221) m.3/10’da “Arabulucu, yapılan başvuruyu görevlendirildiği tarihten itibaren üç hafta içinde sonuçlandırır. Bu süre zorunlu hâllerde arabulucu tarafından en fazla bir hafta uzatılabilir.”

⁴⁹⁸ TTK m.5/A-f.2’de; “Arabulucu, yapılan başvuruyu görevlendirildiği tarihten itibaren altı hafta içinde sonuçlandırır. Bu süre zorunlu hâllerde arabulucu tarafından en fazla iki hafta uzatılabilir.”

⁴⁹⁹ HUAKY m.25/5. Bu hükümle kanun koyucunun, dava şartı arabuluculukta tarafların herhangi bir anda değil belirtilen süreler içinde anlaşmalarını aradığı hususunda bkz. Ekmekçi v.d., **a.g.e**, s. 172.

⁵⁰⁰ Arabuluculuk sürecindeki diğer aşamalar ve arabulucunun görev ve nitelikleri hususunda dava şartı arabuluculukta özel düzenlemelere yer verilmemiştir. Bu sebeple birinci bölümde yaptığımız açıklamalar niteliğine uygun düştüğü ölçüde da burada geçerlidir.

⁵⁰¹ HUAK m.18/A-f.10.

⁵⁰² HUAK m.17’de sayılan diğer hallerin gerçekleşmesi ile de dava şartı arabuluculuk süreci son bulur.

Arabuluculuk sürecinin sona ermesi hallerini, sürecin anlaşma ile sona ermesi⁵⁰³(anlaşma son tutanağının tutulması) ve anlaşma dışında başka sebeplerle sona ermesi (anlaşmama son tutanağının tutulması) olarak iki başlı altında inceleyebiliriz. Zira HUAKY m.25/6’da arabuluculuk sürecinin “*anlaşma yahut kısmen anlaşma dışındaki her durumda taraflar anlaşmamış sayılacağı ve anlaşmama son tutanağı düzenleneceği*” ifade edilmiştir.

Arabuluculuk son tutanağına sürecin nasıl sonuçlandığı dışında, hangi hususların yazılacağına taraflar karar verir⁵⁰⁴. Arabulucu, son tutanağının bir örneğini arabulucu genel müdürlüğe yollamak, bir örneğini ise 5 yıl boyunca saklamak zorundadır⁵⁰⁵.

1. Arabuluculuk Sürecinin Anlaşma ile Sona Ermesi

Anlaşma belgesinin düzenlenmesi halinde bu belge taraflar ve arabulucu tarafından imzalanır⁵⁰⁶. Anlaşma belgesinin hukuki niteliği mahkeme dışı sulh sözleşmesidir⁵⁰⁷. Bu sözleşme mahkemeden icra edilebilirlik şerhi verilmesi ile ilam niteliğinde belge niteliğine kavuşabilir⁵⁰⁸. İcra edilebilirlik şerhi talebi için görevli ve yetkili mahkeme HUAK m.18/2’de hüküm altına alınmıştır. Maddeye göre;

“Dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuşsa, anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, arabulucunun görev yaptığı yer sulh hukuk mahkemesinden talep edilebilir. Davanın görülmesi sırasında arabuluculuğa başvurulması durumunda ise anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi,

⁵⁰³ HUAK m.18/A-f.12 hükmüne göre; “*Tarafların arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaları hâlinde, arabuluculuk ücreti, Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin eki Arabuluculuk Ücret Tarifesinin İkinci Kısımına göre aksi kararlaştırılmadıkça taraflarca eşit şekilde karşılanır. Bu durumda ücret, Tarifenin Birinci Kısımında belirlenen iki saatlik ücret tutarından az olamaz.*”

HUAKY m.25/7 hükmünde ise; “*Tarafların arabuluculuk sürecinde ileri sürülen taleplerden bir kısmı üzerinde anlaşmaya varmaları hâlinde, üzerinde anlaşma sağlanan ve sağlanamayan hususlar son tutanakta açıkça belirtilir ve ücret taraflardan aksi kararlaştırılmadıkça eşitçe alınır.*”

⁵⁰⁴ Tanrıver, **Arabuluculuk**, s. 133.

⁵⁰⁵ HUAK m.17/4.

⁵⁰⁶ İcra edilebilirlik şerhi için muhakkak arabulucunun imzası olmalıdır. Bkz. Dür, **a.g.e**, s. 376.

⁵⁰⁷ Tanrıver, **Arabuluculuk**, s. 134. Sulh benzeri sözleşme olduğu görüşü için bkz. Taşpolat Tuğsavul, **a.g.e**, s. 185; Çelikoğlu, **a.g.m**, s. 707.

⁵⁰⁸ HUAK m.18/2.

davanın görüldüğü mahkemeden talep edilebilir. Bu şerhi içeren anlaşma, ilam niteliğinde belge sayılır.”

Buna göre arabuluculuk sonunda taraflar, kendilerinin ve arabulucunun imzasının bulunduğu anlaşma belgesine, yetkili sulh hukuk mahkemesinden, icra edilebilirlik şerhi verilmesini talep edebilecektir. Dava şartı arabuluculukta henüz bir dava açılmadığından icra edilebilirlik şerhi arabulucunun görev yaptığı yer sulh hukuk mahkemesinden talep edilmelidir.

Belirtmek gerekir ki icra edilebilirlik şerhi verilmiş anlaşma metni, sadece icrası bakımından ilam⁵⁰⁹ niteliğinde belge niteliği taşır⁵¹⁰. İİK m.38’de; “*mahkeme huzurunda yapılan sulhlar, kabuller ve para borcu ikrarını havi re’ sen tanzim edilen noter senetleri, istinaf ve temyiz kefaletnameleri ile icra dairesindeki kefaletlerin ilamların icrası hakkındaki hükümlere tabi olacağı*” hüküm altına alınmıştır. Kanun’un açık lafzından anlaşıldığı üzere ilam niteliğinde belgeler sadece icrası bakımından ilamlara denktir⁵¹¹. İlam niteliğinde belgelerin kesin hüküm etkisi yoktur⁵¹². Bir belgenin ilam niteliğinde olup olmadığı ancak kanun tarafından belirlenebilir⁵¹³.

HUAK m.18/3’te ise icra edilebilirlik şerhi verilmesi işinin niteliği ve incelemenin kapsamı hüküm altına alınmıştır.

“İcra edilebilirlik şerhinin verilmesi, çekişmesiz yargı işidir ve buna ilişkin inceleme dosya üzerinden yapılır. Ancak arabuluculuğa elverişli olan aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda inceleme duruşmalı olarak yapılır. Bu incelemenin kapsamı anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığı hususlarıyla sınırlıdır. Anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi için mahkemeye yapılacak olan başvuru ile bunun üzerine verilecek kararlara karşı ilgili taraftan istinaf yoluna gidilmesi hâlinde, maktu harç alınır. Taraflar anlaşma

⁵⁰⁹ HMK m.301/2’e göre; ilam taraflardan her birine verilen hüküm nüshasıdır.

⁵¹⁰ Tanrıver, **Arabuluculuk**, s. 136.

⁵¹¹ Ekmekçi vd., **a.g.e.**, s. 116; Namli, **a.g.m.**, s. 165; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan, Muhammet Özekes, **İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı**, 7. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 267.

⁵¹² Pekcanitez v.d., **İcra**, s.291; Tanrıver, **Arabuluculuk**, s. 136.

⁵¹³ Pekcanitez v.d., **İcra** s. 292.

belgesini icra edilebilirlik şerhi verdirmeden başka bir resmî işlemde kullanmak isterlerse, damga vergisi de maktu olarak alınır.”

İcra edilebilirlik şerhi verilmesi yargısal bir faaliyettir⁵¹⁴. Mahkeme icra edilebilirlik şerhi verirken sınırlı incelemelerde bulunmaktadır. Yalnızca anlaşma metninin içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığını incelenir⁵¹⁵. Bunun yanı sıra anlaşma kamu düzenine ve emredici hükümlere aykırı olmamalıdır⁵¹⁶. Bu sebeple mahkemenin vereceği karar maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmez⁵¹⁷.

7036 sayılı Kanunun 24. maddesi ile HUAK m.18’e 4.fıkra eklenmiştir. Hükme göre; *“anlaşma belgesini taraflar avukatlarıyla birlikte imzalamışlarsa anlaşma belgesi icra edilebilirlik şerhine gerek olmaksızın ilam niteliğinde belge kimliği kazanır.”* Buna göre anlaşma belgesinde tarafların ve arabulucunun imzasının yanı sıra her iki tarafın avukatının da imzası bulunmaktaysa bu belge icra edilebilirlik şerhine gerek olmaksızın ilam niteliğinde belge sayılacaktır. Avukatlık Kanunu⁵¹⁸ m.35/A zaten yürürlükte olduğu için hükmün çok gerekli olmadığı söylenebilir⁵¹⁹. Zira maddeye göre arabulucunun imzası olmasa dahi, tarafların ve avukatların birlikte imzaladıkları belgeler, arabulucunun imzası olmasa dahi ilam niteliğinde belgedir⁵²⁰. Anlaşma belgesi maddi hukuk sözleşmesidir⁵²¹. Bu sebeple sözleşmelerin geçerlilik

⁵¹⁴ Dür, **a.g.e.**, s. 377.

⁵¹⁵ Ekmekçi v.d., **a.g.e.**, s. 112. Arabulucu, tarafların ürettikleri çözümün adil ve hakkaniyete uygun olup olmadığını değerlendiremez. Ancak aşırı güç dengesizliği varsa etik ilkeler gereği arabulucu müdahalede bulunabilir. Bu konuda bkz. Dür, **a.g.e.**, s. 368.

⁵¹⁶ Ekmekçi v.d., **a.g.e.**, s. 112.

⁵¹⁷ Ekmekçi v.d., **a.g.e.**, s. 112; Kuru, **Ders Kitabı**, s. 420; Kekeç, **a.g.e.**, s. 207; Tanrıver, **Arabuluculuk** s. 136. HMK m.388’de çekişmesiz yargı kararlarının maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyeceği hüküm altına alınmıştır.

⁵¹⁸ 1136 sayılı kanın RG:7.4.1969 S.13168

⁵¹⁹ Ekmekçi v.d., **a.g.e.**, s. 112.

⁵²⁰ Maddeye göre; *“Avukatlar dava açılmadan veya dava açılmış olup da henüz duruşma başlamadan önce kendilerine intikal eden iş ve davalarda, tarafların kendi iradeleriyle istem sonucu elde edebilecekleri konulara inhisar etmek kaydıyla, müvekkilleriyle birlikte karşı tarafı uzlaşmaya davet edebilirler. Karşı taraf bu davete icabet eder ve uzlaşma sağlanırsa, uzlaşma konusunu, yerini, tarihini, karşılıklı yerine getirmeleri gereken hususları içeren tutanak, avukatlar ile müvekkilleri tarafından birlikte imza altına alınır. Bu tutanaklar 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 38 inci maddesi anlamında ilâm niteliğindedir.”*

⁵²¹ Yazıcı Tıktık, **a.g.e.**, s. 51.

şartlarına ilişkin hükümler anlaşma belgesi bakımından da aranır⁵²². Gabin, irade bozukluğu gibi hallerle iptali mümkündür⁵²³.

Arabuluculuğa elverişli olmayan bir hususun, arabuluculuğa konu olması ve sürecin anlaşma ile sona ermesi durumunda ortaya çıkan belgenin hukuki niteliğine değinmek faydalı olacaktır. Ortaya çıkan bu belge yalnızca arabulucu ve taraflarca imzalanmışsa mahkemeye icra edilebilirlik şerhi için başvurulduğu vakit mahkeme HUAK m.18/3 kapsamında anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığını inceleyeceği için bu niteliklere sahip olmayan anlaşma belgesi İİK m.38 kapsamında ilam niteliğinde belge niteliği kazanamayacaktır. Ancak anlaşma belgesini taraflar, avukatları ve arabulucu imzalamışsa bu durumda anlaşma belgesi HUAK m.18/4 ve Avukatlık Kanunu m.35/A hükümleri gereği doğrudan İİK m.38 kapsamında ilam niteliğinde belge niteliğinde olacaktır. Yargıtay, konusu itibariyle arabuluculuğa elverişli olmayan taşınmazın aynına ilişkin bir durumun anlaşma belgesinde yer alması durumunda bu belgenin İİK m.38 anlamında ilam niteliğinde belge sayılacağı ancak taşınmazın aynında bir değişiklik meydana getirmeyeceği yönünde hüküm kurmuştur⁵²⁴.

2. Arabuluculuk Sürecinin Anlaşma Dışında Başka Sebeplerle Sonuçlanması

Arabuluculuk sürecinin anlaşma dışındaki başka sebeplerle sonuçlandığı her durumda anlaşılammış sayılacağı anlaşamama tutanağının tutulması gerektiği HUAKY m.25/6'da ifade edilmiştir. Arabuluculuk tutanağında tarafların hangi sebeplerle anlaşamadığı belirtilmelidir⁵²⁵. Zira giderlerden sorumluluk buna göre belirlenecektir⁵²⁶.

⁵²² Dür, **a.g.e**, s. 372. Bkz. TBK m.27.

⁵²³ Seda Baş, “6325 Sayılı Kanun İle Öngörülen Dava Açma Yasağının Bir İstisnası Olarak Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin İptali, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2021, C. 13, S. 1, s. 178.

⁵²⁴ 1.HD., E. 2007/7358, K. 2007/9604, T. 8.10.2007 sayılı kararı (E.T. Lexpera, 19.06.2022)

⁵²⁵ Ekmekçi v.d., **a.g.e** s. 179.

⁵²⁶ Ekmekçi, v.d., **a.g.e** s. 179. TKHK m.73/A-f.3 hükmüne göre; HUAK m.18/A- f.11 hükmünün tüketici aleyhine uygulanmayacağı hususuna yukarıda değinilmişti. Bkz. İkinci bölüm I. D. 2. Başlığı.

II. ÖZELLİK ARZ EDEN TALEPLER BAKIMINDAN TIBBİ MALPRAKTİS UYUŞMAZLIKLARININ DAVA ŞARTI ARABULUCULUĞA KONU OLMASI

A. İcra İflas Hukukundan Kaynaklanan Talepler Bakımından Tıbbi Malpraktis Uyuşmazlıklarının Dava Şartı Arabuluculuğa Konu Olması

1. Doğrudan İcraya Başvurulması

Dava şartı arabuluculuk yargılamaya ilişkin bir şarttır⁵²⁷. Tıbbi malpraktis sebebiyle zarara uğrayan hasta hekime/özel sağlık kurum veya kuruluşuna/ sigorta şirketine karşı doğrudan ilamsız icra takibi başlatılabilecektir⁵²⁸. Zira ilamsız icra takibi bir dava değildir.

İİK'ya göre, maddi hukuk bakımından borçlu olup olunmadığına bakılmaksızın, alacaklı borçluya karşı ilamsız takip başlatılabilir. Kendisine ödeme emri gönderilen borçlu süresinde itiraz ederek takibi durdurabilir. Duran takibin devam edebilmesi için alacaklı itirazın iptali davası açabilir yahut icra mahkemesinden itirazın kaldırılmasını talep edebilir⁵²⁹. İtirazın kaldırılması, dava olmayıp, icra mahkemelerinde görülen takip hukukuna özgü bir süreç olup dava şartı arabuluculuğa başvuru zorunluluğu ortaya çıkmaz⁵³⁰.

2. İtirazın İptali Davası

Hastanın doğrudan ilamsız icra takibi başlatması durumunda, borçlu ödeme emrine itiraz etmişse hastanın takibin devam edebilmesi için başvurabileceği yollardan birisi de itirazın iptali davası açmaktır. İtirazın iptali davasının hukuki niteliği konusunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre; itirazın iptali davası klasik bir

⁵²⁷ Bolayır, **Bildiri**; Ekmekçi v.d., **a.g. e.**, s. 195; Murat Atalı, “Zorunlu Arabuluculuğun Yargılama Hukuku Bakımından Ortaya Çıkardığı Sorunlar”, **Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu**, AYBÜ, 2018, Ed. Ersin Erdoğan, Ankara 2019, s. 146; Tanrıver, **Usul**, C. II, s. 306; Göksu, **a.g.e.**, s. 82.

⁵²⁸ Bolayır, **Bildiri**; Ekmekçi v.d., **a.g.e.**, s. 195; Atalı, **Sorunlar**, s. 146; Tanrıver, **Usul**, C.II, s.306; Tanrıver, **Arabuluculuk**, s. 155; Göksu, **a.g.e.**, s. 82.

⁵²⁹ İtirazın kaldırılması talebi için İİK m.68 kapsamında belgeler aranır.

⁵³⁰ Tanrıver, **Usul**, s. 307; Somer v.d., **Sağlık Hukukunda Arabuluculuk**, s. 155.

alacak davasıdır⁵³¹. Bu görüşteki yazarlara göre, itirazın iptali davası borçlunun itiraz etmiş olduğu takip konusu alacağın tahsiline yöneliktir. Katılmış olduğum ve doktrinde ileri sürülen diğer görüşe göre ise itirazın iptali davası icra hukukuna özgü bir davadır⁵³². Zira itirazın iptali davası doğurduğu hukuki sonuçlar bakımından klasik bir alacak davasından farklıdır. İtirazın iptali davası sonunda mahkeme borçlunun itirazında haklı olduğu kanaatine varırsa davanın reddine karar verecektir. Bu karar ile borçlunun itirazı ile duran icra takibi de iptal edilmiş sayılacaktır⁵³³. Mahkeme borçlunun itirazında haksız olduğu kanısına varırsa borçlunun itirazının iptaline, itiraz ile duran takibin devamına ve şartları varsa icra inkâr tazminatına hükmedecektir.

Tıbbi malpraktis uyuşmazlıklarında hastanın TTK m.1478 kapsamında doğrudan sigorta şirketine karşı icra takibi başlatması durumunda açılacak olan itirazın iptali davasında görevli mahkeme asliye ticaret mahkemesi olacaktır. Ticari uyuşmazlıklarda TTK m.5/A kapsamında yalnızca ise “*konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri*” bakımından dava şartı arabuluculuk zorunludur. TTK m.5/A kapsamında dava şartı arabuluculuğa tabi uyuşmazlıklar bakımından itirazın iptali davasını açılması halinde bu davanın, dava şartı arabuluculuk tabi olup olmadığı tartışmalı bir konudur⁵³⁴.

Doktrinde bir görüşe göre; TTK m.5/A kapsamında dava şartı arabuluculuğa tabi uyuşmazlıklar bakımından açılacak olan itirazın iptali davaları dava şartı arabuluculuk kapsamındadır⁵³⁵. Zira TTK m.5/A’da alacak ve tazminat talepleri ile kastedilen talep

⁵³¹ Baki Kuru, **İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı**, 2. Baskı, Adalet Kitabevi, Ankara, 2013, s. 249; Timuçin Muşul, **İcra ve İflas Hukuku**, C. I, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s.391; Ejder Yılmaz, “İtirazın İptali Davasının Hukuki Niteliği”, **Prof. Dr. Saim Üstündağ’a Armağan**, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2009, s. 615.

⁵³² Pekcanitez v.d., **İcra**, s. 105; Timuçin Muşul, **İcra ve İflas Hukuku**, C. I, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 304. Bu yönde bkz. HGK, E. 2005/19-528, K. 2005/586, T. 12.10.2005 sayılı kararı. (Kazancı, E.T. 20.08.2022)

⁵³³ Kuru, **El Kitabı**, s. 257.

⁵³⁴ TTK m.5/A kapsamında dava şartı arabuluculuğa tabi uyuşmazlıklar bakımından açılacak olan itirazın iptali davalarının dava şartı arabuluculuğa tabi olmadığı konusundaki kararlar için bkz. Sakarya BAM 7.HD., E. 2020/808, K. 2020/670, T. 17.6.2020 (Lexpera, E.T., 23.06.2022)

TTK m.5/A kapsamında dava şartı arabuluculuğa tabi uyuşmazlıklar bakımından açılacak olan itirazın iptali davalarının dava şartı arabuluculuğa tabi olduğu konusundaki kararlar için bkz. Ankara BAM 23. HD, E. 2019/2420, K. 2019/1789, T. 6.11.2019. (Lexpera, E.T., 23.06.2022)

⁵³⁵ Ali Cem Budak, “Ticari Davalarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk”, **MİHDER**, 2019/1, s. 33.

sonucu değil dava konusudur⁵³⁶. Doktrinde katılmış olduğum diğer bir görüşe göre ise; TTK m.5/A kapsamında dava şartı arabuluculuğa tabi uyuşmazlıklar bakımından açılacak olan itirazın iptali davaları dava şartı arabuluculuk kapsamında değildir⁵³⁷. Zira ticari uyuşmazlıklarda ancak alacak ve tazminat talepleri bakımından dava şartı arabuluculuğa başvuru zorunludur. İtirazın iptali davası ise klasik bir alacak davası olmayıp icra hukuka özgü bir dava olduğu için asliye ticaret mahkemesinde görülecek itirazın iptali davaları bakımından arabuluculuğa başvuru zorunlu değildir. Öte yandan ihtiyari arabuluculuğa nazaran istisnai durumda olan dava şartı arabuluculuğa ilişkin hükümler dar yorumlanmalıdır⁵³⁸.

Hastanın hekime/özel hastaneye doğrudan icra takibi başlatması durumunda itirazın iptali davasında görevli mahkeme tüketici mahkemesi olacaktır. Kanun koyucu TKHK m.73/A'da bir sınırlandırma yapmaksızın⁵³⁹ tüketici mahkemesinde görülecek tüm davalar bakımında dava şartı arabuluculuğu zorunlu kıldığı için tüketici mahkemesinde görülecek itirazın iptali davaları bakımından arabuluculuğa başvuru zorunludur.

TKHK m.68 hükmü doğrultusunda tüketici hakem heyetlerinin görev alanına giren uyuşmazlıklarda doğrudan icra takibi yapılabilmektedir⁵⁴⁰. Ancak bu takibin devamı

⁵³⁶ A.e.

⁵³⁷ Elif Irmak Büyük, Karar İncelemesi: “Ticari Dava Niteliğindeki İtirazın İptali Davasının Dava Şartı Arabuluculuğa Tabi Olup Olmadığına İlişkin Uyuşmazlığın Giderilmesine Yönelik Yargıtay 23. Hukuk Dairesi Kararının Değerlendirilmesi”, **MÜHFHAD**, C. 27, S. 1, 2021, s. 788; İbrahim Ermenek, Betül Azaklı Arslan, “İcra ve İflas Hukuku Açısından Ticari Davalarda Arabuluculuğa Başvuru Zorunluluğu (TTK m.5/A)” **TBB**, 2020,148, s. 187; Emel Şeyda Elgün Toğrul, “Ticari Davalar Bakımından İtirazın İptali ve Menfi Tespit Davalarının Dava Şartı Arabuluculuk Bakımından Değerlendirilmesi”, **Uluslararası Necmettin Erbakan Hukuk Kongresi Bildiri Tam Metin Kitabı**, Necmettin Erbakan Üniversitesi Yayınları, Konya, 2021, s. 582; Tanrıver, **Usul**, s. 307; Ekmekçi v.d., **a.g.e**, s. 196.

⁵³⁸ Büyük, **a.g.m**, s. 788.

⁵³⁹ İtirazın iptali davası TKHK m.73/A'da sayılan istisnalardan değildir.

⁵⁴⁰ Tarafların İcra ve İflas Kanunundaki hakları saklı olmak kaydıyla ibaresi TKHK m.68'e 7063 sayılı Kanunun 11. maddesi ile eklenmiştir. RG: 20.12.2017 s.30276. Bu hüküm yürürlüğe girmeden evvel Yargıtay, “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 68.maddesinde belirlenen miktarın altında kalan uyuşmazlıklar için, icra takibi yapılmadan veya dava açılmadan önce tüketici hakem heyetine müracaat edilmesi zorunlu olduğu” yönünde hükümler vermektedir Bkz. 13. HD., E. 2015/10571, K. 2015/8783, T. 18.03.2015 sayılı kararı (Kazancı, E.T. 23.06.2022)

için açılan itirazın iptali gibi davaların çözümü tüketici mahkemesinin görev alanında olduğu için, TKHK m.73/A gereği dava şartı arabuluculuk kapsamında olacaktır⁵⁴¹.

3. Menfi Tespit Davası

İİK m.72 hükmüne göre; “*borçlu, icra takibinden önce veya takip sırasında borçlu bulunmadığını ispat için menfi tespit davası açabilir*”⁵⁴². Menfi tespit davası, bir hukuki ilişkinin yokluğunun tespiti için açılan ve dava sonunda verilen hükmün kesin hüküm oluşturduğu bir davadır⁵⁴³.

Malpraktis uyuşmazlıklarında hastanın TTK m.1478 kapsamında doğrudan sigorta şirketine başvurması durumunda bu talebin TTK m.5/A kapsamında dava şartı arabuluculuğa tabi olduğuna yukarıda değinilmişti. TTK m.5/A kapsamında dava şartı arabuluculuğa tabi uyuşmazlıklar bakımından açılacak olan menfi tespit davalarının, dava şartı arabuluculuğa tabi olup olmadığı tartışmalıdır⁵⁴⁴. Doktrinde bir görüşe göre; TTK m.5/A kapsamında dava şartı arabuluculuğa tabi uyuşmazlıklar bakımından açılacak olan menfi tespit davaları dava şartı arabuluculuk kapsamında değildir⁵⁴⁵. Zira menfi tespit davaları eda davası niteliğinde olmayıp alacak ve tazminat talebi

⁵⁴¹ Akipek Öcal v.d., **Tüketici Arabuluculuk** s. 121. Bu yöndeki Yargıtay kararları için bkz. 3. HD., E. 2018/3467, K. 2018/6323, T. 04.06.2018; 3. HD., E. 2017/9990, K. 2019/3427, T. 16.04.2019; 13. HD., E. 2018/3351, K. 2019/6195, T. 15.05.2019 (Lexpera, E.T. 23.06.2022).

⁵⁴² İİK m.72/2 hükmüne göre; “*İcra takibinden önce açılan menfi tespit davasına bakan mahkeme, talep üzerine alacağın yüzde on beşinden aşağı olmamak üzere gösterilecek teminat mukabilinde, icra takibinin durdurulması hakkında ihtiyati tedbir kararı verebilir.*”

İİK m.72/3: “*İcra takibinden sonra açılan menfi tespit davasında ihtiyati tedbir yolu ile takibin durdurulmasına karar verilemez. Ancak, borçlu gecikmeden doğan zararları karşılamak ve alacağın yüzde on beşinden aşağı olmamak üzere göstereceği teminat karşılığında, mahkemeden ihtiyati tedbir yoluyla icra vizesindeki paranın alacaklıya verilmemesini isteyebilir.*”

⁵⁴³ Kuru, **İcra El Kitabı**, s. 346; Saim Üstündağ, **İcra Hukukunun Esasları**, İstanbul, 2004, s. 130; Arslan, Yılmaz, Taşpınar, Ayvaz, **a.g.e.**, s. 223.

⁵⁴⁴ TTK m.5/A kapsamında dava şartı arabuluculuğa tabi uyuşmazlıklar bakımından açılacak olan menfi tespit davalarının dava şartı arabuluculuğa tabi olmadığı konusundaki kararlar için bkz. 11. HD., E. 2021/4396, K. 2022/ 3198, T. 01.04.2022; İstanbul BAM 14. HD., E. 2019/521, K. 2019/423, T. 21.03.2019; 19. HD., E. 2020/85, K. 2020/454, T. 13.2.2020 (Özbek, **Alternatif**, s. 1582). TTK m.5/A kapsamında dava şartı arabuluculuğa tabi uyuşmazlıklar bakımından açılacak olan menfi tespit davalarının dava şartı arabuluculuğa tabi olduğu konusunda bkz. Ankara BAM 21. HD., E. 2019/851, K. 2019/1045, T. 19.09.2019. (Özbek, **Alternatif**, s. 1583-1588)

⁵⁴⁵ Büyük, **a.g.m.**, s. 788; Elgün Toğrul, **a.g.m.**, s. 586; Ekmekçi v.d., **a.g.e.**, s. 189-191.

içermezler⁵⁴⁶. Bu sebeple ticari uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuk kapsamı dışında kalırlar⁵⁴⁷. Diğer görüşteki yazarlara göre ise, TTK m.5/A’da alacak ve tazminat talepleri ile kastedilen talep sonucu değil dava konusudur⁵⁴⁸. Menfi tespit davalarında, talep sonucu alacağın yokluğunun tespiti talep edilmesi ise de dava konusu bir alacağa ilişkindir⁵⁴⁹. Bu sebeple TTK m.5/A kapsamında dava şartı arabuluculuğa tabi uyuşmazlıklar bakımından açılacak olan menfi tespit davaları dava şartı arabuluculuk kapsamındadır⁵⁵⁰.

Malpraktis uyuşmazlıklarında hastanın hekime/özel sağlık kurum veya kuruluşuna başvurusu durumunda açılacak olan menfi tespit davaları tüketici mahkemesinde görülecektir. TKHK m.73/A konu bakımından bir sınırlandırma yapmadığı için açılacak olan menfi tespit davası, dava şartı arabuluculuk kapsamında yer alacaktır⁵⁵¹.

B. Geçici Hukuki Korumalar Bakımından Tıbbi Malpraktis Uyuşmazlıklarının Dava Şartı Arabuluculuğa Konu Olması

1. Delil Tespiti Bakımından

HMK m.400-406 arasında delil tespitine⁵⁵² ilişkin hükümler yer almaktadır. Malpraktis uyuşmazlıklarında hastanın zararının tespit edilmesi büyük önem taşır. Hasta dava açmadan önce HMK m.400 hükmü doğrultusunda “*ileride açacağı davada ileri süreceği bir vakıanın tespiti amacıyla keşif yapılması, bilirkişi incelemesi yaptırılması ya da tanık ifadelerinin alınması gibi işlemlerin yapılmasını*” talep edebilecektir. Delil tespiti bir yargılama ve dava açılması olmadığından ötürü, hasta dava şartı arabuluculuğa tabi olmaksızın bu yola başvurabilecektir.

⁵⁴⁶ Ekmekçi v.d., **a.g.e.**, s. 190-191; Muhammet Özkes, Pınar Çiftçi, “Menfi Tespit Davalarının Zorunlu Arabuluculuğa Dahil Sayılmasının Gereksizliği Üzerine”, **TBB**, 2010/148, s. 132.

⁵⁴⁷ Ekmekçi v.d., **a.g.e.**, s.190-191; Özkes, Çiftçi, **a.g.m.**, s. 132; Tanrıver, **Usul**, C. II, s. 308. Aksi yönde bkz. Budak, Karaaslan, **a.g.e.**, s. 480; Budak, **Arabuluculuk**, s. 33.

⁵⁴⁸ Budak, **Arabuluculuk**, s. 33; Budak, Karaaslan, **a.g.e.**, s. 480.

⁵⁴⁹ Budak, **Arabuluculuk**, s. 33.

⁵⁵⁰ **A.e.**

⁵⁵¹ Şahin, **Bildiri**; Bolayır, **Bildiri**. Bkz. Pekcanitez, **Pekcanitez Usul**, s. 983; Tanrıver, **Usul**, s. 584.

⁵⁵² Delil tespiti hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Birce Arslandoğan, **Medeni Yargılama Hukukunda Delil Tespiti**, Onikilevha Yayınları, İstanbul, 2020; Leyla Akyol Aslan, **Medeni Usul Hukukunda Delil Tespiti**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.

Tıbbi malpraktisten doğan hukuki uyuşmazlıklarda hastanın zararını tespit etmesi imkânsız yahut kendisinden beklenemez durumdadır. Bu sebeple uygulamada tıbbi malpraktis kaynaklı maddi manevi tazminat davaları çoğunlukla belirsiz alacak davası olarak açılmaktadır⁵⁵³. Tıbbi malpraktisten doğan hukuki uyuşmazlıklar gerek TKHK m.73/A gerekse de TTK m.5/A kapsamında dava şartı arabuluculuğa tabidirler. Arabuluculuk süreci başlamadan evvel taraflar hem müzakerelerde belli bir miktarın üzerinde pazarlık etme kabiliyetine sahip olmak için delil tespiti yoluna başvurabileceklerdir. Öte yandan tarafların arabuluculuk sürecinde anlaşılamaması ve dava açması durumunda da delil tespiti ile davanın karara bağlanmasında etkili olacak deliller korunmuş olur⁵⁵⁴. Delil tespitine başvurabilmek için kanun koyucu; görülmekte olan bir davada henüz inceleme sırasının gelmemiş olmasını yahut dava açılmamış olmasını aramaktadır. Bunların yanı sıra HMK m.400/2 hükmüne göre delil tespiti istenebilmesi için hukuki yararın varlığı gerekir. Delil, hemen tespit edilmemesi halinde kaybolacak yahut ileri sürülmesinin önemli ölçüde zorlaşacak ise hukuki yarar var sayılır. Bu sebeple malpraktis uyuşmazlıklarında delil tespiti istenilmesinde hukuki yarar mevcuttur. Hekimin hatalı tıbbi müdahalesi sonucu oluşan zararın tespit edilmesi için önce dava şartı arabuluculuk yolunu tüketmeksizin hasta delil tespitine başvurabilir.

Zarar gören hasta, henüz dava açılmadığı için, HMK m.401/1 hükmüne göre esas hakkındaki davaya bakacak olan mahkemeden veya üzerinde keşif yahut bilirkişi incelemesi yapılacak olan şeyin bulunduğu veya tanık olarak dinlenilecek kişinin oturduğu yer sulh mahkemesinden delil tespiti yapılmasını isteyebilecektir. Bu durumda hastanın ilk olarak dava şartı arabuluculuk yoluna başvurması gerekmez. Zira

⁵⁵³ HMK m.107'ye göre; “davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hallerde, alacaklı, hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabilir.” Belirsiz alacak davası hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hakan Pekcanitez, **Belirsiz Alacak Davası**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s.46; Cemil Simil, **Belirsiz Alacak Davası**, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2013. Bir alacak hakkında belirsiz alacak davası açılıp açılmayacağı somut olayın özelliklerine göre tespit edilmelidir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Cem Budak, Dilek Aydemir, “Şartları Oluşmadığı Halde Belirsiz Alacak Davası Açılırsa Hâkim Nasıl Karar Vermelidir?”, **YÜHFD**, 2016, C.13, S.1, s.131.

⁵⁵⁴ Özkes, **Pekcanitez Usul**, s. 2563.

delil tespiti bir geçici hukuki koruma olup geçici hukuki koruma talebi dava açma olarak nitelendirilemez⁵⁵⁵.

2. İhtiyati tedbir ve İhtiyati Haciz Talepleri Bakımından

İhtiyati haciz ve ihtiyati tedbir talepleri geçici hukuki koruma niteliğinde olup, dava niteliğinde değildir⁵⁵⁶. Bu sebeple ihtiyati haciz ve tedbir talepleri dava şartı arabuluculuk kapsamında değildir⁵⁵⁷. HUAK m.18/A-f.16 hükmüne göre;

“Dava açılmadan önce ihtiyati tedbir kararı verilmesi hâlinde 6100 sayılı Kanunun 397’nci maddesinin birinci fıkrasında, ihtiyati haciz kararı verilmesi hâlinde ise 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 264 üncü maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen dava açma süresi, arabuluculuk bürosuna başvurulmasından son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar işlemez.”

Hükme göre dava şartı arabuluculuk kapsamındaki uyuşmazlıklar bakımından ihtiyati tedbir ve haciz taleplerinde bulunulabilecektir. Tamamlayıcı merasim işlemleri için ilgili kanunlarda belirtilen süreler arabuluculuk bürosuna başvurulmasından son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar işlemeyecektir.

III. TIBBİ MALPRAKTİS UYUŞMAZLIKLARININ DAVA ŞARTI ARABULUCULUK UYGULAMASINDA ORTAYA ÇIKABİLECEK SORUNLAR

İş ve ticari uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuğa ilişkin hükümlerin yürürlüğe girmesiyle birlikte bu durumun usul hukuku bakımından ortaya çıkaracağı sorunlar doktrinde tartışılmıştır⁵⁵⁸. Tüketici mahkemelerinde dava şartı arabuluculuğa ilişkin hükümlerin yürürlüğe girmesiyle birlikte malpraktis uyuşmazlıkları da zorunlu arabuluculuk kapsamında kalmıştır. Ancak malpraktis uyuşmazlıkları bakımından pek

⁵⁵⁵ Özekes, **Pekcanitez Usul**, s. 2562; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **Usul**, s. 714; Atalı, **Sorunlar**, s. 149.

⁵⁵⁶ Tanrıver **Arabuluculuk**, s. 159; Cengiz Serhat Konuralp, “6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanuna. Göre İhtiyati Tedbirler”, **İÜHFM**, C. 71, S. 2, 2013, s. 251.

⁵⁵⁷ Tanrıver, **Arabuluculuk**, s. 159.

⁵⁵⁸ Bkz. Atalı, **Sorunlar**, s. 137 vd; Çağatay Serdar Şahin, “İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk Uygulaması”, **YÜHFD**, C. 15, S. 2, 2018; Namli, **a.g.m.**, s. 159.

çok husus dava şartı arabuluculuğa tabiatı bakımından uymamaktadır. Kanunda açıklamaya kavuşturulmayan bu hususlar aşağıda incelenecektir.

A. Tıbbi Malpraktis Uyuşmazlıklarının Dava Şartı Arabuluculuğa Konu Olması Durumunun Arabuluculuğa Hâkim Olan Bazı İlke ve Kurallar Bakımından Değerlendirilmesi

1. Tarafların Eşitliği İlkesi Bakımından Değerlendirilmesi

Anayasa ve TKHK tüketiciyi koruma amaçlı emredici hükümler ihtiva etmektedir. Buna karşı arabuluculuk uygulamasında tarafların eşitliği söz konusudur. Arabuluculuk sürecinin başarıyla ve her iki tarafında tatmin olacağı bir şekilde sonuçlanabilmesi için taraflar arasında denge ve etkin iletişimin olması gereklidir. Ancak malpraktis uyuşmazlıklarının dava şartı arabuluculuğa konu olması durumunda zayıf konumda⁵⁵⁹ olan tüketici hastanın alanında uzman olan hekim/hastane yahut sigorta şirketine karşı müzakere ve iletişim teknikleri açısından eşit olduğu söylenemez⁵⁶⁰. Hasta hem ekonomik olarak hem de müzakere ve etkili iletişim noktasında zayıf konumdadır. Doktrinde arabulucunun, zayıf tarafın korunması amacıyla, kanun koyucunun yasaklamadığı, tarafsızlık ve eşitliğe zarar vermeden ölçülü müdahalelerde bulunabileceği ifade edilmiştir⁵⁶¹. Gerçekten de Mart 2013'te yayımlanan Türkiye Arabuluculuk Kurulu Arabuluculuk Sistemi ve Arabulucular İçin Model Etik ve Uygulama Kuralları⁵⁶² 8.8 ifadesine göre;

“Taraflardan biri süreci, ihtilaflı konuları ve uzlaşma seçeneklerini kavramakta güçlük çekerse veya arabuluculuğa katılmakta zorlanırsa, arabulucu, böyle bir durumdaki tarafın anlama, katılma veya kendi kararını verme kapasitesine uygun olacak şekilde yapılması gerekli imkân ve durumları araştırmalı, gerekli değişiklik veya ayarlamaları yapmalı, hatta gerekiyorsa arabuluculuğu bitirmelidir.”⁵⁶³

⁵⁵⁹ Yukarıda tüketicide yaptığımız açıklamalar burada da geçerli.

⁵⁶⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ermenek, **a.g.e.**, s. 39- 65.

⁵⁶¹ Ermenek, **a.g.e.**, s. 185.

⁵⁶² <http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/496.pdf>

⁵⁶³ Aynı kuralların 8.10 ifadesine göre ise; “Aynı şekilde, arabulucu, kendisi de dahil olmak üzere bir katılımcının varlığının, arabuluculuğun bu Kurallara göre yönetilmesine zarar verebileceğine inanırsa, gerektiğinde arabuluculuğu ertelemek, arabuluculuktan çekilmek veya arabuluculuğu bitirmek de dahil olmak üzere gerekli uygun tedbirleri derhal almalıdır.”

Ekonomik olarak hastadan çok daha güçlü konumda olan hastane/hekim yahut özel sağlık kuruluşu arabuluculuk sürecine çoğu zaman vekili ile katılacaktır. Ancak hastanın her zaman bu imkana erişmesi mümkün olmayabilir. Kanaatimce dava şartı arabuluculukta zayıf tarafın vekil ile temsili zorunlu tutulmalıdır.

2. İradilik İlkesi Bakımından Değerlendirilmesi

Kural olarak arabuluculuk tarafların kendi iradeleriyle başvurabileceği bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur. Ancak belli uyuşmazlıklar bakımından dava şartı arabuluculuk hükümleri ile arabuluculuğa başvuru zorunlu hale getirilmiştir.

HUAK m.3'e göre; taraflar, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbesttirler. Maddenin devamında, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin 18/A maddesi hükümlerinin bu durumun istisnası olduğu ifade edilmiştir. Doktrinde bu istisna ile arabuluculukta iradilik ilkesinin zedelendiği ifade edilmektedir⁵⁶⁴. TKHK m.73/A kapsamında malpraktis uyuşmazlıkların dava şartı arabuluculuk kapsamında olması arabuluculuğun iradilik ilkesinin bir istisnasıdır. Taraflar arabuluculuğa başvuru konusunda zorunlu tutulmalarına rağmen devam ettirme ve sona erdirmeye hususunda serbesttirler. Mazeret göstermeksizin hastanın ilk toplantıya katılmaması durumunda TKHK m.73/A hükmü gereği HUAK m.18/A-f.11 hükmü hasta aleyhine uygulanmayacaktır.

3. Arabuluculuk Sürecinde Maddi Hukuka İlişkin Değerlendirmeler Yapılmaması

TKHK'de kanunun amacı doğrultusunda zayıf konumda olan tüketiciyi koruyan nispi emredici hükümler getirilmiştir. Ancak arabuluculuk sürecinde maddi hukuka ilişkin değerlendirmeler yapılmaz. Arabuluculuk sürecinde haklılık-haksızlık tespiti yapılmaz, menfaat temelli bir süreç yürütülür. Öte yandan arabuluculukta kusur ve zarar tespiti de yapılmaz. Ancak yukarıda belirttiğimiz gibi malpraktis uyuşmazlıklarında hastanın zararını tespit etmesi kendisinden beklenemez yahut

⁵⁶⁴ Ekmekçi v.d., **a.g.e.**, s. 140; Ersin Erdoğan, “7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanununda Öngörülen. Zorunlu Arabuluculuk ve Hak Arama Hürriyeti Bakımından Değerlendirilmesi”, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Dergisi**, C. 14, S. 55, s. 1222.

imkansızdır. Malpraktis beden bütünlüğü vücut dokunulmazlığı gibi temel hakları ilgilendirmekte oluşan zarar hastanın uzvunu kaybetmesine, çalışma gücünün azalmasına sebep olabilmektedir. Bu durumda hastanın müzakereleri hangi meblağ üzerinden yürüteceğine yahut bu miktarı nasıl tespit edeceğine ilişkin bir düzenleme yoktur. Hastanın hayatını radikal bir şekilde olumsuz olarak etkileyen bu zararı için afaki bir miktar talep etmesi doğaldır. Arabuluculuk süreci başlamadan evvel hastanın delil tespiti talep etmesi hastanın yararına olacaktır. Aksi takdirde zararını belirleme imkânının olmaması tarafların arabuluculuk sürecini sağlıklı bir şekilde yürütmelerine engel teşkil edecektir. Taraflar arabuluculuk sürecine başvurmak zorunda olmalarına rağmen devam ettirme ve sona erdirmeye konusunda serbestiyete sahip olduklarından yukarıda bahsettiğimiz tüm durumlar arabuluculuk görüşmelerinin anlaşamama ile sona erme ihtimalini artıracaktır.

4. Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve TBK m.75-76 Hükümleri Bağlamında Anlaşma Belgesinin Malpraktis Uyuşmazlıklarına Özgü Durumu

HUAK m.18/5 hükmünde; arabuluculuk sürecinin anlaşma ile sona ermesi halinde üzerinde anlaşılan hususlarda dava açılmayacağı hüküm altına alınmıştır. Malpraktis uyuşmazlıklarında arabuluculuk süreci anlaşma ile sonuçlanabilir. Ancak daha sonra hastanın durumu ağırlaşabilir, zararı artabilir. Bu durumda hastanın anlaşılan hususlarda dava açılmayacağı yasağına takılıp takılmayacağı hususuna değinmekte fayda vardır.

Bu konuda öncelikle dava açma yasağından ne anlaşılması gerektiği hususuna bakmak lazım gelir. Belirtmek gerekir ki kanun koyucu anlaşılan hususlarda dava açma yasağı bakımından anlaşma metninin ilam niteliğinde belge niteliği kazanmasını aramamıştır⁵⁶⁵. Anlaşma belgesi ilam niteliğine kavuşmuş ise bu durumda açılacak dava hukuki yarar yokluğundan usulden reddedilmelidir⁵⁶⁶. Ancak ilam niteliğinde

⁵⁶⁵ Tanrıver, **Arabuluculuk**, s. 138.

⁵⁶⁶ Tanrıver, **Arabuluculuk**, s. 139.

belge niteliğine kavuşmamışsa bu metin mahkeme dışı sulhtur ve bu doğrudan doğruya davayı sona erdirmeye yetkisi vermez⁵⁶⁷.

Doktrinde anlaşılan hususlarda dava açılmayacağı yasağını, hukuki yararın bulunması genel dava şartının özel bir görünüm biçim olduğu ve bu sebeple davanın usulden reddedilmesi gerektiği görüşü ileri sürülmüştür⁵⁶⁸. HUAK m.18/5 hükmü, usul hukuku bakımından anlamlı olmadığı ve hak arama hürriyetini kısıtladığı gerekçesiyle eleştirilmiştir⁵⁶⁹. Öte yandan anlaşılan hususlarda dava açılmaması sadece emredici hükümlere aykırı olmayan hususlar bakımından hüküm ifade etmelidir⁵⁷⁰. Zira anlaşma belgesi hukuka aykırı sakat bir belge olabilir⁵⁷¹. Mahkeme anlaşılan hususlarda dava açılması durumunda öncelikle arabuluculuk anlaşmasının denetimini yapmalı ve emredici hükümlere aykırı olanlar bakımından davayı kabul etmelidir⁵⁷².

TBK m.75 hükmüne göre; “*Bedensel zararın kapsamı, karar verme sırasında tam olarak belirlenemiyorsa hâkim, kararın kesinleşmesinden başlayarak iki yıl içinde, tazminat hükmünü değiştirme yetkisini saklı tutabilir.*” Geçici ödemeler başlıklı TBK m.76 hükmünde ise; “*zarar gören, iddiasının haklılığını gösteren inandırıcı kanıtlar sunduğu ve ekonomik durumu da gerektirdiği takdirde hâkim, istem üzerine davalının zarar görene geçici ödeme yapmasına*” karar verilebileceği hüküm altına alınmıştır.

Malpraktis uyuşmazlıklarında taraflar, arabuluculuk sürecinde anlaşabilirler. Anlaşılan bu hususlarda HUAK m.18/5 hükmü gereği dava açılmayacaktır. Ancak malpraktis uyuşmazlıklarının doğası gereği hastanın zararı zaman içinde artabilir. Öte yandan yukarıda çoğunlukla belirsiz alacak davası olarak açılan malpraktis

⁵⁶⁷ A.e.

⁵⁶⁸ Mine Akkan, “Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı”, **DEÜHFD**, C. 20, S. 2, 2018, s. 27-28.

⁵⁶⁹ Ekmekçi v.d., **a.g.e.**, s. 99.

⁵⁷⁰ Ekmekçi v.d., **a.g.e.**, s. 263.

⁵⁷¹ Ferhat Büyükkay, **Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi**, Adalet. Yayınevi, Ankara, 2018, s.117. Taraflar anlaşma belgesinin, muvazaalı olduğunu ileri sürülebilir. Benzer şekilde taraflardan biri arabuluculuk sürecinde iradesinin sakatlandığını ileri sürerek iptal hakkını kullanabilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Emel Badur, “Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Borçlar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Y. 9 S. 18, 2021 s. 49-87.

⁵⁷² Namli, **a.g.m.**, s. 163-164; Özbek, **Alternatif**, s. 1262.

uyuşmazlıklarında zararın hasta belirlenmesinin mümkün olduğu söylenemez. TBK m.75 hükmü gereği hâkimin bedensel zararın kapsamını tam olarak belirlemediği durumlarda iki yıl içinde tazminat miktarını değiştirebileceği hükmünün karşısında HUAK m.18/5'in nasıl uygulama bulacağı hususunu irdelemek gerekir. Hastanın zararının zaman içinde artması durumunda da HUAK m.18/5'in nasıl uygulama alanı bulacağı hususunda bir açıklık yoktur.

Malpraktis uyuşmazlıklarında zararın belirlenmesi oldukça zordur. TBK m.50/2 hükmüne göre; *“uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler.”* Karar verildiği sırada hastanın tedavisine devam ediliyor olabilir yahut hastanın durumu zaman içinde ağırlaşabilir. Hâkimin bu durumda bedensel zararı tam olarak belirlenmesi mümkün olmaz⁵⁷³. Bu durumda hâkim TBK m.75 hükmü gereği iki yıl içinde tazminat hükmünü değiştirebilecektir.

Hastanın zararının artması durumunda yürütülen arabuluculuk süreci sonunda taraflar anlaşamamışsa, bu durumda anlaşılan hususlarda dava açma yasağı uygulanmamalıdır⁵⁷⁴. Aksi durumun kabulü hastayı mağdur edecek ve hak arama hürriyetinin ihlali teşkil edecektir. Zira uyuşmazlığı maddi olarak inceleyen, süreç içinde birçok adli tıp ve bilirkişi raporu alan hâkimin bile zararı tam olarak tespit etmesinin zorluğu karşısında TBK m.75'te hâkime hükmettiği tazminatı iki yıl içinde değiştirme hakkı tanınmıştır. Kanaatimce TKHK m.73/A düzenlenmesinde malpraktis uyuşmazlıklarının arabuluculuk sürecine konu olmasına ilişkin dava açma yasağının mevcut olup olmadığı yahut TBK m.75-76 hükümlerinin nasıl uygulanacağı hususunda getirilmelidir. Aksi halde malpraktis uyuşmazlıkları bakımından dava şartı arabuluculuk hükümleri çözüme ulaştırmayı geciktirecek ve hak arama hürriyetini ihlal edecek niteliktedir.

⁵⁷³ Büşra Kazmaz Tepe, **Medeni Usul Hukukunda Beden Bütünlüğünün İhlalinden Doğan Tazminat Davaları**, Yayınlanmamış Doktora tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi SBE, 2021, s. 151.

⁵⁷⁴ Doktrinde tarafların arabuluculuk sürecinde anlaşmaları durumunda, malpraktis uyuşmazlıkları bakımından alacağın tamamı için anlaşılmadığının kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Zira aksi takdirde hasta mağdur edilmiş olacaktır. Bkz. Şahin, **Bildiri**.

B. UYGULAMADA ORTAYA ÇIKABİLECEK DİĞER SORUNLAR

1. Tıbbi Malpraktis Uyuşmazlıklarında Zararın Tespit Edilmesinin Zorluğu ve Tıbbi Bilirkişilik Kurumu Karşısında Arabuluculuk

Yukarıda bahsettiğimiz üzere malpraktis davaları çoğunlukla belirsiz alacak davası olarak açılmaktadır. Zira davacı hastanın zararını tespit etmesi imkânsız yahut kendisinden beklenemez bir durumdur. Arabuluculuk süreci çoğunlukla belli bir meblağ üzerinden pazarlık edilmek suretiyle gerçekleşmektedir. Malpraktis uyuşmazlıklarında belirlenmesi imkânsız yahut beklenemez bir zarar söz konusu olduğu için miktarı belirli olmayan bir alacağın müzakere edilmesi ve eşit ve sağlıklı müzakere ortamının sağlanması oldukça güçtür. Örneğin hekimin hatalı bir müdahalesi sonucu bacağını yahut böbreklerinden birini kaybeden bir hasta zararına⁵⁷⁵ nasıl bir değer biçecektir⁵⁷⁶.

Malpraktis uyuşmazlıklarında hekimin kusurlu olup olmadığı, somut olayda malpraktis mi yoksa komplikasyon mu olduğunun tespit edilebilmesi için bilirkişi incelemesine ihtiyaç vardır⁵⁷⁷. Aynı şekilde hastanın, uğradığı zararının çalışma gücünü nasıl etkilediği tespit etmesi de imkansızdır. Alacağın tespiti bilirkişi incelemesine tabidir⁵⁷⁸. Zira HMK m.266 hükmüne göre; çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde bilirkişi görüşüne başvurulabilir. Medeni usul hukukunda taraflarca getirilme ve tasarruf ilkesi geçerlidir⁵⁷⁹. Bilirkişi raporu takdiri delildir⁵⁸⁰. Malpraktis uyuşmazlıkları mahkeme önüne geldiğinde, hâkim bilirkişiye başvurmaktadır⁵⁸¹. Zira zarar illiyet bağı kusur gibi hususların belirlenmesinde

⁵⁷⁵ Varol Karaaslan, Manevi Tazminat Belirsiz Alacak Davası Şeklinde Açılabilir mi? **MİHDER**, C. 10, S. 29, 2014, s. 37 vd.

⁵⁷⁶ Atalı, **Sorunlar**, s. 140.

⁵⁷⁷ Canan Yüksel, **Tıbbi Uygulama Hatalarında Bilirkişilik**, Yayımlanmamış YL Tezi, Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2021, s. 130.

⁵⁷⁸ Pekcanitez, **Pekcanitez Usul**, s.1 028.

⁵⁷⁹ Bkz. HMK m.24 ve HMK m.25.

⁵⁸⁰ Kuru, Aydın, **a.g.e**, s. 313 vd.; Atalı, Ermenek, Erdoğan, **a.g.e**, s.526. Mahkeme resmi bilirkişi raporu olsa da adli tıp raporuyla bağı değildir. Bkz. Kılıç, **a.g.t**, s. 119.

⁵⁸¹ Tıbbi bilirkişilik yapabilen kurumlar; Adli Tıp Yüksek Sağlık Şûrası, üniversite ve hastanelerdir. Bu konuda bkz. Kazmaz Tepe, **a.g.t**, s. 213 vd.

hâkimin mesleki bilgisi yeterli değildir⁵⁸². Kanun koyucu çözümü özel ve teknik bilgi gerektiren⁵⁸³ uyuşmazlıklarda bilirkişiye başvurulmasını zorunlu tutmuştur⁵⁸⁴. Doktrinde malpraktis uyuşmazlıklarında kusur ve illiyet bağının ancak bilirkişi raporuyla belirlenebileceği bu sebeple bilirkişi raporu alınmasının zorunlu olduğu ifade edilmiştir⁵⁸⁵. Malpraktis davalarında alınan tıbbi bilirkişilik raporları, diğer takdiri delillere oranla daha işlevsel bir etkiye sahiptir⁵⁸⁶.

Ancak ilk bölümde değindiğimiz üzere arabuluculuk maddi hukuka göre incelemeler yapılmayan tarafların menfaat temelinde karşılıklı müzakereler yürüttüğü bir süreçtir. Ancak hasta müzakerelerde zararının tazmini için talep edebileceği bir meblağa ihtiyaç duyacaktır. Öte yandan kimi zaman hasta süreçte fahiş ve farazi bir miktar talep edebilecek bu durumda hekim de zararın mevcut olup olmadığı yahut yaklaşık miktarı konusunda uzman görüşüne ihtiyaç duyabilecektir.

HUAK m.15/4 hükmüne göre; *“niteliği gereği yargısal bir yetkinin kullanımı olarak sadece hâkim tarafından yapılabilecek işlemler arabulucu tarafından yapılamaz.”* Maddenin hükümet gerekçesinde özellikle tahkikat, keşif, bilirkişiye başvurma gibi işlemlerin arabulucu tarafından yapılamayacağı hüküm altına alınmıştır⁵⁸⁷. Arabuluculuk haklılığın tespit edilmediği, tarafların menfaatleri üzerinden ilerleyen bir süreç olduğu için delil toplama, ispat yükü gibi müesseselere yer verilmemiştir. Ancak taraflar HUAK m.15/6 hükmü doğrultusunda; *“Uyuşmazlığın çözümüne katkı sağlayabilecek uzman kişiler de müzakerelerde hazır bulundurulabilir.”* Sürece katılan bu uzman kişiler taraflara yardımcı olma ve tarafları

⁵⁸² Yüksel, **a.g.t.**, s. 10.

⁵⁸³ Yahya Deryal, **Türk Hukukunda Bilirkişilik**, 6. Baskı, Adalet Kitabevi, Ankara, 2017, s. 132.

⁵⁸⁴ Kılıç, **a.g.t.**, s. 117.

⁵⁸⁵ Yüksek, **a.g.t.**, s. 11.

⁵⁸⁶ Demir, **a.g.e.**, s. 500.

⁵⁸⁷ Belçika sisteminde arabulucunun uyuşmazlığın çözümü için bilirkişiye başvurabildiği hususunda bkz. Dür, **a.g.e.**, s. 362.

aydınlatma işlevlerini yerine getirir⁵⁸⁸. Taraflar ayrı ayrı bir uzmana danışabilecekleri gibi ortak bir uzmanın görüşlerine başvurabilirler⁵⁸⁹.

Arabulucu, süreci yürütürken tanık dinletilmesi, bilirkişi atanması gibi yargısal yetkinin kullanamaz. Ancak taraflar uzman görüşüne başvurabilir. HUAK m.15/6 hükmüne göre; “Uyuşmazlığın çözümüne katkı sağlayabilecek uzman kişiler de müzakerelerde hazır bulundurulabilir.” Taraflar arabuluculuk sürecinde uzman kişinin görüşüne başvurulabilecektir. Bu tarafların inisiyatifine bırakılmıştır. Hastanın yahut hekimin her zaman uzman görüşüne başvuracak imkânı olmayabilir. HUAK m.13/3’te arabuluculuk sürecinde adli yardımın nasıl uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.

HUAK m.13/3; “Arabuluculuk ücretini karşılamak için adli yardıma ihtiyaç duyan taraf, arabuluculuk bürosunun bulunduğu yerdeki sulh hukuk mahkemesinin kararıyla adli yardımdan yararlanabilir. Bu konuda 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 334 ila 340 ıncı maddeleri kıyasen uygulanır.”⁵⁹⁰

Tanık ve bilirkişiye ödenen giderler yargılama gideri kapsamında olmakla birlikte arabuluculukta HMK’den dar olarak sadece arabuluculuk ücreti bakımından adli yardım kabul edilmiştir⁵⁹¹. Kanunun lafzı arabuluculuk sürecinde adli yardımı arabuluculuk ücreti ile sınırlandırmıştır.

Bakanlık tarafından yayımlanan sağlık hukukunda arabuluculuk kitapçığında;

“Destekten yoksun kalan kişilerin uğradığı zararın tazmininde (destekten yoksun kalma tazminatı) ise ölenin desteğinden yoksun kalan kişiler uyuşmazlığın tarafı olduğundan, dolayısıyla arabuluculukta taraf olacaktır. Bir dava sürecinde destekten yoksun kalma tazminatının hesabı nitelikli bilirkişiler tarafından yapılmaktadır; ancak arabuluculukta bilirkişiden bahsedilemeyeceğine göre, tarafların elinde birkaç seçenek vardır: Ya önceden bir uzmana hazırlatılan tazminat miktarı ile müzakereleri yürütmek veya bir uzmanı müzakerelere davet etmek. TBK m. 55’te yer alan “hesaplanan tazminat, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile arttırılamaz veya azaltılamaz” hükmü arabuluculuk bakımından bağlayıcı

⁵⁸⁸ Özekes, **Pekcanitez Usul**, s.2838; Kekeç, **a.g.e**, s. 168.

⁵⁸⁹ Somer v.d., **Sağlık Hukukunda Arabuluculuk**, s. 123.

⁵⁹⁰ Leyla Akyol Aslan, “Adli Yardım Kurumunun Arabuluculukta Uygulanması” **Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 4, S. 1, 2018, s. 81.

⁵⁹¹ Akyol Aslan, **a.g.m**, s. 90.

değildir; uyuşmazlığın tarafları tazminat miktarına karşılıklı anlaşmaları ile karar verebilecektir. Bu çerçevede, müzakere sürecini sağlıklı yürütebilmesi için arabulucunun Aktüerya ve sigorta hukuku bilgisine sahip olması da son derece önemlidir⁵⁹².”

ifadelerine yer verilmiştir. Bu ifadelere pek çok yönden katılmamaktayım. Zira arabuluculuk sürecinde adli yardımın dar kapsamlı tutulmasına karşın taraflara arabuluculuk süreci öncesinde veya sonrasında tazminat miktarının belirlenmesi için uzman görüşü alma mecburiyetinde tutmak hak arama hürriyetiyle bağdaşmayacaktır. Öte yandan bu ifadeler zararın belirlenmesinin bu kadar zor olduğu malpraktis uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuk hükümlerinin ne kadar yerinde olduğu hususunda da pek çok soru işareti oluşturmaktadır⁵⁹³.

Arbuluculuk sürecinde uyuşmazlık maddi hukuk bakımından incelemeler ve haklılık haksızlık tespiti yapılmadan menfaatler üzerinden çözüm üretilmeye çalışılmakla birlikte taraflar malpraktis uyuşmazlıkları bakımından uzman görüşüne başvurarak zararın tespitini isteyebilecektir. Ancak ekonomik anlamda zayıf konumda olan tarafı korumak adına en azından arabuluculuk sürecinde adli yardım hükümlerinin kapsamının genişletilmesi yerinde olacaktır. Aksi halde maddi olarak bu imkana sahip olmayan hasta mağdur edilecektir.

2. Sağlık Hukuku Özelinde Uzman Arabuluculuğun Değerlendirilmesi

Adalet Bakanlığı tarafından Sağlık Hukukunda Uzman Arabuluculuk Kitapçığı yayınlanmış⁵⁹⁴ ve bu konuda eğitimlere başlanılmıştır. Bu bölümde uzman arabuluculuğun gerekli olup olmadığına ve bu durumun arabuluculuğun genel ilke ve kurallarına uygun olup olmadığı hususunda durulacaktır.

Yayınlanan kitapçıkta uzman arabulucunun tıp hukuku terimlerine aşina olması ve teknik terimleri bilmesinin taraflar arasındaki iletişimi kolaylaştıracağı ifade edilmiştir⁵⁹⁵. Bunun yanı sıra doktrinde hukukçular dışında, alanında uzman kişilerin, örneğin malpraktis davalarında hekimlerin, arabuluculuk hizmeti yürütmesinin daha

⁵⁹² Somer v.d., **Sağlık Arabululuk**, s. 62.

⁵⁹³ Arabulucunun uyuşmazlık konusu hakkında uzman olması hususuna aşağıda değinilecektir.

⁵⁹⁴ <https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1832021210748Saglik.pdf>

⁵⁹⁵ Somer v.d., **Sağlık Hukukunda Arabuluculuk**, s.123; benzer şekilde Tüketici hukukunda arabulucunun temel kavramlara hâkim olması gerektiği ileri sürülmüştür. Bkz. Sarıhan, **a.g.m.**, s. 424.

iyi sonuçlar vereceği de ileri sürülmüştür⁵⁹⁶. Uzman arabuluculuğun gerekli olup olmadığı hususuna cevap verebilmek için mevzuatımıza egemen olan arabuluculuk uygulamasını yakından incelemek gerekir.

Kolaylaştırıcı arabuluculukta⁵⁹⁷, arabulucu pasif konumdadır⁵⁹⁸. Bu arabuluculuk türünde arabulucu; sadece taraflar arasındaki iletişimi sağlama ve kolaylaştırma görevini üstlenir⁵⁹⁹. Gerçekten de arabuluculukta ideal olan, arabulucunun pasif konumda olması ve tarafların kendi çözümlerini üretebilmesidir⁶⁰⁰. Kolaylaştırıcı arabuluculukta arabulucunun o konunun uzmanı olmasına gerek yoktur⁶⁰¹. Zira bu arabuluculuk türünde, arabulucu taraflara bir çözüm önerisi sunamaz, tavsiye ve hukuki bilgi vermez⁶⁰². Arabulucu taraflara yalnızca kendi çözümlerini üretmeleri hususunda yardımcı olmaktadır⁶⁰³. Bu sebeple arabulucunun iletişim ve ikna teknikleri hususunda eğitilmiş olması yeterlidir⁶⁰⁴.

Kolaylaştırıcı arabuluculukta, arabulucunun uyuşmazlık konusunda uzman olmasına gerek yoktur⁶⁰⁵. Yöntem ve iletişim becerilerinde uzman olması çok daha

⁵⁹⁶ Levent Akın, İkinci Yılında Dava Şartı Arabuluculuk Alanında Gelişmeler ve Öneriler, **Sosyal Güvenlik Dergisi**, 2020/1, s. 4.

⁵⁹⁷ Doktrinde hak ve menfaat temelli arabuluculuk ile kolaylaştırıcı- değerlendirici arabuluculuk ayrımı kimi yazarlarca farklı başlıklar altında ele alınmaktadır. Özmumcu'ya göre ABD'de ortaya çıkan kolaylaştırıcı arabuluculuğun Avrupa hukukundaki görünümü menfaate dayalı arabuluculuktur. Yine aynı şekilde ABD'de ortaya çıkan değerlendirici arabuluculuğun Avrupa hukuk sistemlerindeki görünümü hak temelli arabuluculuktur. Ayrıntılı bilgi için bakınız: Özmumcu, **a.g.e.**, s. 11 vd. Gerçekten de doktrinde bazı yazarlarca farklı başlıklar altında ele alınsalar da aynı arabuluculuk çeşidini ifade ettikleri görülmektedir. Anılan bu sebeplerle tezimizde menfaat temelli (kolaylaştırıcı) arabuluculuk tabiri hak temelli (değerlendirici) arabuluculuk şeklinde farkları ortaya koyulmaya çalışılmıştır.

⁵⁹⁸ Tanrıver, **Arabuluculuk**, s. 50; Kekeç, **a.g.e.**, s. 118.

⁵⁹⁹ Tanrıver, **Arabuluculuk**, s. 49- 50; Ekmekçi v.d., **a.g.e.**, s. 65; Özmumcu, **Arabulucunun Rolü**, s. 1372-1375; Akan, **a.g.e.**, s. 48.

⁶⁰⁰ Ekmekçi v.d., **a.g.e.**, s. 65.

⁶⁰¹ Özmumcu, **a.g.e.**, s.11; Dür, **a.g.e.**, s. 117.

⁶⁰² Kekeç, **a.g.e.**, s. 239.

⁶⁰³ Azaklı Arslan, **a.g.e.**, s. 22; Seda Özmumcu, "Arabulucunun Rolü: Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk", **İÜHFM**, 2013, C. 71, S. 1, s. 1372-1375.

⁶⁰⁴ Özmumcu, **a.g.e.**, s. 11.

⁶⁰⁵ Hakan Albayrak, "Eşitlik ve Tarafsızlık İlkelerinin Zorunlu Arabuluculuk Bağlamında Yeniden Değerlendirilmesi Zorunluluğu", **Gaziantep University Journal of Social Sciences**, 17 Etik Özel Sayı, 2018, s. 14; Özmumcu, **a.g.e.**, s. 11.

önemlidir⁶⁰⁶. Bu sebeple arabulucunun iletişim ve ikna teknikleri hususunda eğitilmiş olması yeterlidir⁶⁰⁷. Bu sebeple kanaatimce kolaylaştırıcı arabuluculuğun benimsendiği sistemlerde arabulucunun ne uyuşmazlık konusu alanda uzman olması ne de hukukçu olması gereklidir. Arabulucunun iletişim ve müzakere tekniklerinde uzman olması yeterli olacaktır.

Değerlendirici arabuluculukta⁶⁰⁸ arabulucu, daha aktif bir rol üstlenir⁶⁰⁹. Bu arabuluculuk türünde tarafların hareket alanı dardır⁶¹⁰. Arabulucu sadece taraflar arasındaki iletişimi kolaylaştırma görevini üstlenmez, aynı zamanda taraflara çözüm önerisi sunar⁶¹¹. Değerlendirici arabuluculukta kimin haklı kimin haksız olduğu mevcut hukuk kuralları ile tespit edilmeye çalışılır⁶¹². Görüşmeler, mevcut uyuşmazlığın mahkemede görülmesi durumunda kararın, sonuç ve masrafların nasıl olacağı hususu bağlamında yapılır⁶¹³. Bu sebeple bu arabuluculuk türünde arabulucu uyuşmazlık konusunda uzman olmalıdır⁶¹⁴. Tarafların gerçek dışı beklentilerinin olduğu ve arabuluculuğa başvurunun zorunlu tutulduğu durumlarda değerlendirici arabuluculuk usulünün uygulanması daha hızlı ve etkili çözümler çıkarma imkanına sahiptir⁶¹⁵.

Yukarıda bahsettiğimiz üzere⁶¹⁶ arabuluculuğun tanımının yer aldığı HUAK m.2/b'ye arabulucuya "tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisinde bulunabilme yetkisi 2017 tarihli 7036 sayılı Kanun'un 17. maddesiyle eklenmiştir. Kanuna eklenen bu ibare ile mevzuatımıza egemen

⁶⁰⁶ Kekeç, **a.g.e.**, s. 218.

⁶⁰⁷ Özmumcu, **a.g.e.**, s. 11.

⁶⁰⁸ Değerlendirici arabuluculuğun Anglo-Sakson hukuk sisteminde ortaya çıktığı hususunda bkz. Özmumcu, **a.g.e.**, s. 8, Tanrıver, **Arbuluculuk**, s. 50. Kıta Avrupası hukuk sisteminde bu arabuluculuk modelinin uzlaştırmaya tekabül ettiği görüşü için bkz. Tanrıver, **Arbuluculuk**, s. 50.

⁶⁰⁹ Özmumcu, **a.g.e.**, s. 15 vd.; Tanrıver, **Arbuluculuk**, s. 50.

⁶¹⁰ Tanrıver, **Arbuluculuk**, s. 50.

⁶¹¹ Ekmekçi v.d., **a.g.e.**, s. 65; Özmumcu, **Arbulucunun Rolü**, s. 1376.

⁶¹² Özmumcu, **Arbulucunun Rolü**, s. 1375; Kekeç, **a.g.e.**, s. 240; Özmumcu, **a.g.e.**, s. 15 vd.

⁶¹³ Özmumcu, **a.g.e.**, s. 15; Dür, **a.g.e.**, s. 119.

⁶¹⁴ Özmumcu, **a.g.e.**, s. 16; Azaklı Arslan, **a.g.e.**, s. 22; Albayrak, **a.g.m.**, s. 15.

⁶¹⁵ Kekeç, **a.g.e.**, s. 244.

⁶¹⁶ Bkz. birinci bölüm I. B. 2. b. Başlığı.

arabuluculuk uygulaması kolaylaştırıcı arabuluculuktan değerlendirici arabuluculuğa yaklaştığı doktrinde ifade edilmiştir⁶¹⁷.

Arabuluculuk ne bir yargılama ne de bir haklılık tespitinin yapıldığı bir süreç değildir. Özellikle dava şartı arabuluculuk uygulamasında tarafların hem başvuru konusunda zorunlu tutulması hem de arabulucunun hâkim yerine geçerek haklılık tespiti yapması yerinde olmayacaktır.

Tıbbi malpraktis uyuşmazlıklarının dava şartı arabuluculuğa konu olması durumunda taraflardan biri olan hasta zaten tıbbi terimlere hâkim değildir. Taleplerini tıbbi terimlerden ziyade günlük ifadelerle ileri sürecektir karşı tarafta yer alan hekim yahut özel sağlık kurum kuruluşu temsilcisi hastanın taleplerini de anlayabilecektir. Burada kanaatimce arabuluculuğun ruhuna ve amacına uygun olan arabulucunun o uyuşmazlık alanında uzman bir hukukçu olması değildir. Taraflardan birinin maddi hukuk bakımından zayıf konumda olduğu işçi, tüketici gibi dava şartı arabuluculuk uygulamalarında zayıfın vekille temsil zorunluluğunun getirilmesi daha yerinde olacaktır⁶¹⁸.

3. Hastanın Vefatı Durumunda Yakınları Tarafından İleri Sürülecek Taleplerin Arabuluculuğa Konu Olması

TBK m.53'te ölüm halinde uğranılan zararlar tahdidi olmayacak biçimde sayılmıştır. Hükme göre; *“cenaze giderleri, ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar, ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplar ve manevi tazminat talepleri”* ileri sürülebilecektir.

TBK m.56/2'de ise; *“Ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine”* karar verilebileceği hüküm altına alınmıştır.

Malpraktis sonucu hasta vefat etmişse hasta yakınlarının hekime/hastaneye karşı açacakları davada hangi mahkemenin görevli olduğu hususunda doktrinde farklı

⁶¹⁷ Tanrıver, **Arabuluculuk**, s. 49.

⁶¹⁸ Aynı görüşte bakınız Akın, **a.g.m.**, s. 10.

görüşler mevcuttur. Doktrinde bir görüşe göre; maddi ve manevi tazminat davaları, haksız fiil hükümlerine⁶¹⁹ dayanır. Zira hasta yakını ile hekim/hastane arasında bir sözleşme yoktur. Bu durumda görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesi olacaktır. Diğer görüşe göre ise; destekten yoksun kalma tazminatına ilişkin davalar tüketici mahkemesinde görülecektir⁶²⁰. Zira zarar tüketici sözleşmesinden kaynaklanmaktadır.

Kanaatimce ölen kişinin yakınları ile hekim/hastane arasında ne bir tüketici işlemi ne de tüketiciye yönelik bir uygulama söz konusudur. Hasta yakınları TBK m.53 hükümlerinde sayılan tazminat kalemlerini genel görevli mahkeme olan asliye hukuk mahkemesinde ileri sürmelidir. Asliye hukuk mahkemesinde görülecek bu uyuşmazlıklar bakımından arabuluculuğa başvuru zorunlu olmamakla birlikte taraflar ihtiyari olarak arabuluculuğa başvurabileceklerdir.

⁶¹⁹ Neval Yılmaz, **Karşılaştırmalı Hukukta Tıbbi Malpraktis ve Arabuluculuk Uygulaması**, Ankara, 2019, s. 22.

⁶²⁰ Hakeri, **Tıp**, s. 1082; Petek, **Tüketici**, s. 1002.

SONUÇ

İnsan üzerinde tıp biliminin uygulanması ile ilgili yapılan her türlü müdahale tıbbi müdahaledir. Tıbbi müdahale yapmaya yetkili olan hekimin kusurlu bir şekilde hastayı zarar vermesi tıbbi malpraktis kavramıyla açıklanmaktadır. Tıbbi malpraktisten doğan hukuki uyuşmazlıklarda görevli mahkemenin tespiti, uyuşmazlığın dava şartı arabuluculuk kapsamında olup olmadığının tespiti bakımından büyük öneme haizdir. Zira 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m.73/A'da tüketici mahkemelerinin görev alanına giren uyuşmazlıkların dava şartı arabuluculuk kapsamında olduğunu hüküm altına almıştır. Öte yandan malpraktisten doğan bazı hukuki uyuşmazlıklar TTK m.5/A kapsamında dava şartı arabuluculuk kapsamındadır. Malpraktis uyuşmazlıklarında hastanın zararını hekimden, özel sağlık kurum veya kuruluşundan yahut sigorta şirketinden talep etmesi durumlarında uyuşmazlığın hukuki niteliği değişecektir.

Mahkemelerdeki iş yükünün artması ve dava sürelerinin uzaması sonucu ülkemizde ve dünyada tarafların arabuluculuğa başvurması teşvik edilmekte hatta bazı durumlarda zorunlu kılınmaktadır. Bu amaçla ülkemizde ilk olarak 2012 yılında 6325 sayılı HUAK yürürlüğe girmiştir. Arabuluculuk, devlet yargısına yardımcı, iş birliğine ve gönüllülük esasına dayanan bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur. Arabuluculuk yoluna başvurmak suretiyle uyuşmazlıklar çok daha hızlı ve kalıcı bir şekilde çözüme kavuşabilmektedir. Arabuluculuğa elverişli uyuşmazlıklar geniş yorumlanmalı, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı dostane bir şekilde çözülmesine müsaade edilmelidir.

Mahkemelerde artan iş yüküne çözüm bulmak amacıyla, hukukumuzda ilk olarak İş Mahkemeleri Kanunu ile dava şartı arabuluculuğa ilişkin hükümler yürürlüğe girmiştir. Daha sonra TTK'ya eklenen 5/A maddesi ile ticari uyuşmazlıklar bakımından da dava şartı arabuluculuk hükümleri getirilmiştir. Son olarak ise 2020 yılında TKHK m.73/A maddesi ile tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklar dava şartı arabuluculuk kapsamına alınmıştır. Dava şartı arabuluculuğa ilişkin hükümler, tarafların başlangıçta arabuluculuk sürecine başvurmak zorunda olmasına karşın, süreci devam ettirmek ve sonlandırmak yetkisine her zaman sahip olmaları ve

arabulucu tarafından tarafları bağlayıcı karar verilmemesi sebepleriyle Anayasa'ya aykırılık teşkil etmemektedir.

Tezimizde tıbbi malpraktisten doğan hukuki uyuşmazlıkların bir kısmının (hastanın hekime/özel sağlık kurum veya kuruluşuna yönelik tazminat talepleri) tüketici mahkemelerinde görülecek olan uyuşmazlıklardan oldukları için TKHK m.73/A kapsamında dava şartı arabuluculuk hükümlerine tabi olacağı savunulmuştur. Tıbbi malpraktisten doğan hukuki uyuşmazlıkların diğer bir kısmının (hastanın TTK m.1478 kapsamında doğrudan sigorta şirketine başvurusu) ise mutlak ticari dava olduğu için TTK m.5/A kapsamında arabuluculuğa tabi olacağı kanaatine ulaşılmıştır.

TKHK m.73/A'ya göre tüketici mahkemelerinde görülen tüm uyuşmazlıklar, kanunda sayılan istisnalar haricinde, dava şartı arabuluculuk kapsamındadır. Maddede tüketici hakem heyetlerinin görev alanına giren uyuşmazlıklar dava şartı arabuluculuk hükümleri dışında tutulmuştur. Tezimizde tıbbi malpraktis uyuşmazlıklarının dava şartı arabuluculuk kapsamında olup olmadığı hususunun talebin yöneltildiği kişiye göre değişmesinin yanı sıra, uyuşmazlık konusunun miktarına göre de değiştiği ele alınmıştır. Zayıf konumda olan tüketicileri korumak ve uyuşmazlıklarının hızlı bir şekilde çözülmesi amacıyla kanun koyucu, tüketici uyuşmazlıklarının çözümü bakımından Tüketici Hakem Heyetleri ve dava şartı arabuluculuk gibi pek çok hüküm yürürlüğe koymuştur. Ancak bu yolların çokluğu süreci oldukça karmaşıktırmakta ve hak arama hürriyetini zorlaştırmaktadır. Bu sebeple yalnızca dava şartı arabuluculuk hükümleri bakımından değil tüm tüketici işlemlerinde görev bakımından yeni ve süreci basitleştirecek düzenlemelere ihtiyaç olduğu kanaatine ulaşılmıştır. Mevcut durumda ise tüketicinin taraf olduğu, TKHK m.73/A kapsamında, dava şartı arabuluculuk sürecinde tüketicinin avukatla temsil edilme zorunluluğu getirilmelidir. Aksi takdirde karşı tarafla eşit müzakere yeteneğine sahip olmayan tüketicinin mağdur edilmesi ihtimal dahilinde olacaktır.

Tıbbi malpraktisten doğan hukuki uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuk başvurusu, uyuşmazlığın konusuna göre yetkili mahkemenin bulunduğu yer arabuluculuk bürosuna yoksa görevlendirilen yazı işleri müdürlüğüne yapılır. Arabuluculuk sürecinin anlaşma ile sona ermesi durumunda, anlaşma belgesinde tarafların ve arabulucunun imzasının yanı sıra her iki tarafın avukatının da imzası

bulunmaktaysa bu belge icra edilebilirlik şerhine gerek olmaksızın ilam niteliğinde belge sayılacaktır. Anlaşma belgesinde yalnızca tarafların ve arabulucunun imzası bulunuyorsa, yetkili sulh hukuk mahkemesinden, icra edilebilirlik şerhi verilmesi talep edilebilecektir. Bu şerhi içeren anlaşma, yalnızca ilamların icrası bakımından ilam niteliğinde belge sayılır.

Taraflar dava şartı arabuluculuk hükümlerine başvurmadan doğrudan icra yoluna gidebilecektir. TTK m.5/A kapsamında olan tıbbi malpraktis uyuşmazlıklarında açılacak olan itirazın iptali ve menfi tespit davaları alacak ve tazminat talebi barındırmadığından dava şartı arabuluculuğa tabi olmadığı kanaati haiz olmuştur. TKHK m.73/A kapsamında olan tıbbi malpraktis uyuşmazlıklarında açılacak olan itirazın iptali ve menfi tespit davaları ise TKHK m.73/A’da, konu bakımından herhangi bir sınırlandırma yapılmadığı için dava şartı arabuluculuğa tabi olacaktır. Geçici hukuki koruma niteliğinde olan delil tespiti ve ihtiyari tedbir ve haciz talepleri dava niteliğinde olmadığı için bu talepler bakımından dava şartı arabuluculuk hükümleri uygulama alanı bulmayacaktır.

Tıbbi malpraktis uyuşmazlıklarının dava şartı arabuluculuğa konu olması eşitlik ilkesi bakımından sorunlar ortaya çıkarabilecektir. Bu sebeple zayıf konumda olan hastanın vekil ile temsili zorunlu tutulmalıdır. Arabuluculuk sürecinde maddi hukuka ilişkin değerlendirilmeler yapılmaz. Malpraktis uyuşmazlıklarında hastanın zararını tek başına tespit edebilmesi mümkün değildir. Bu sebeple malpraktis davaları çoğunlukla belirsiz alacak davası olarak açılmaktadır. Öte yandan malpraktis uyuşmazlıklarında hekimin kusurlu olup olmadığı, somut olayda malpraktis mi yoksa komplikasyon mu olduğunun tespit edilebilmesi için bilirkişi incelemesine ihtiyaç vardır. Belirtmek gerekir ki, hakimler de tıbbi malpraktisten doğan hukuki uyuşmazlıklarda zararın ve kusurun tespiti amacıyla adli tıp kurumu ve bilirkişi incelemesine başvurmakta ve gelecek olan rapora göre karar vermektedir. Uygulamada bu süreç oldukça uzun sürmektedir. Dava şartı arabuluculuğa tabi olan iş ve ticari uyuşmazlıklarda tarafların zararlarını tespit etmesi oldukça kolaydır. Ancak tıbbi malpraktisten doğan hukuki uyuşmazlıkların arabuluculuk sürecine konu olması durumunda taraflar ne kusuru ne de zararı belirleyebilme kabiliyetine haiz değildir. Öte yandan İş Mahkemeleri Kanunu’nda iş kazası ve meslek hastalığından doğan

maddi manevi tazminat ve rücu taleplerinin dava şartı arabuluculuk kapsamı dışında tutulmasının karşısında TKHK m.73/A’da bedensel zararlar ve tıbbi malpraktisten doğan hukuki uyuşmazlıklara ilişkin özel bir hükmün getirilmemesi dikkat çekicidir. Kanaatimce TKHK m.73/A’da yer alan dava şartı arabuluculuk hükümlerinin, temel amacı olan mahkemelerin iş yükümü azaltma işlevini yerine getirebilmiş olması ve sürecin sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesi, tarafların menfaatlerini belirleyebilmesi için taraflar en azından kusur yahut zarar konusunda muhtemel de olsa bir fikir sahibi olabilmelidir. Bu sebeple kanaatimce tıbbi malpraktis uyuşmazlıklarının dava şartı arabuluculuk sürecinde, tarafların uzman görüşüne başvurabilmesi için arabuluculuk sürecindeki adli yardım hükümlerinin kapsamı genişletilmeli ve delil tespiti yoluna başvuru kolaylaştırılmalıdır.

Tezimizde anlaşılan hususlarda dava açma yasağının tıbbi malpraktis uyuşmazlıklarının dava şartı arabuluculuğa konu olması durumunda uygulanmaması gerektiği kanaatine ulaşılmıştır. Zira hastanın zararının zamanla artması gündeme gelebilecektir. Öte yandan uyuşmazlığı maddi olarak inceleyen, süreç içinde birçok adli tıp ve bilirkişi raporu alan hâkimin zararı tam olarak tespit etmesinin zorluğu karşısında TBK m.75’te hâkime hükmettiği tazminatı iki yıl içinde değiştirme hakkı tanınmıştır. Bu hüküm karşısında anlaşılan hususlarda dava açılmayacağı hükmünün uygulama alanı bulamayacağını ifade etmek gerekir.

Son zamanlarda sağlık hukukunda uzman arabuluculuk eğitimleri verilmeye başlanmış olsa da kanaatimce arabuluculuğun ruhuna ve amacına uygun olan arabulucunun o uyuşmazlık alanında uzman bir hukukçu olması değildir. Uzman arabuluculuk yerine taraflardan birinin maddi hukuk bakımından zayıf konumda olduğu işçi, tüketici gibi dava şartı arabuluculuk uygulamalarında zayıf tarafın vekille temsil zorunluluğunun getirilmesi daha yerinde olacaktır.

KAYNAKÇA

- Acar, Serdar : “Sorumluluk Sigortacısının Doğrudan Davada Dayanabileceği Savunmalar,” **MÜHFHAD**, Özel Sayı, C.18, 2012, s. 733-748.
- Akbenlioğlu, Sevgi : **Konsültan Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü**, Yayınlanmamış YL Tezi, Kadir Has Üniversitesi SBE, İstanbul, 2010.
- Akcan, Recep : “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı ile İlgili Bazı Düşünceler”, **Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 39-51.
- Akçınar, Şebnem : **Sağlık Hukukunda Arabuluculuk**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Okan Üniversitesi SBE, 2021.
- Akın, Levent : İkinci Yılında Dava Şartı Arabuluculuk Alanında Gelişmeler ve Öneriler, **Sosyal Güvenlik Dergisi**, C. 10, S. 1, 2020, s. 1-18.
- Akil, Cenk : “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun Kapsamı”, **Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s.75-139 (**Kapsam**)
- Akipek Öcal, Şebnem : “Hasta Tüketici Midir?” **Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları**, Ed. Gürkan Sert, Özge Yücel, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 251-265.
- Akipek Öcal, Şebnem, Yıldırım, Abdülkerim, : **Tüketici Hukukunda Uzman Arabuluculuk**, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Ankara, 2021. (**Tüketici Arabuluculuk**)

Ermenek, İbrahim,
Kutla, Selda, (Ed:
Akipek Öcal,
Şebnem, Yıldırım,
Abdülkerim)

Akkan, Mine : “Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı”, **DEÜHF**, C. 20, S. 2, 2018, s. 1-31.

Akkanat Öztürk, : Sorumluluk Sigortalarında Zarar Görenin Doğrudan Dava
Elif Beyza Hakkı”, **TAAD**, C.11, S. 42, 2020, s. 471-497.

Akkanat, Halil : “Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Görünüm Tarzları ve Sorumluluk Düzeni”, **Prof. Dr. Özel Seliçi’ye Armağan**, s. 25-40.

Aktaş İncel, Hatice : **Tıbbi Malpraktiste Sorumluluk ve Komplikasyon**,
Nur Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.

Akyol Aslan, : “Adli Yardım Kurumunun Arabuluculukta Uygulanması”
Leyla **Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 4, S. 12018, s. 79-134.

Akyol Aslan,
Leyla : **Medeni Usul Hukukunda Delil Tespiti**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.

Alangoya, Yavuz, : **Medeni Usul Hukuku Esasları**, 7. Baskı, Beta
Yıldırım, M. Yayıncılık, İstanbul, 2011.
Kâmil, Yıldırım,
Nevhis Deren

- Albayrak, Hakan : “Eşitlik ve Tarafsızlık İlkelerinin Zorunlu Arabuluculuk Bağlamında Yeniden Değerlendirilmesi Zorunluluğu”, **Gaziantep University Journal of Social Sciences**, 17 Etik Özel Sayı, 2018, s. 12-24.
- Alişan Şahin, : **Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezlerinin Hukuki Sümeyye Miraç Sorumluluğu**, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2021.
- Altay, Sabah : “Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu Bakımından Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rıza”, **IV. Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi**, Ed. İ. Hamit Hancı, Yener Ünver, İstanbul, 2008, Seçkin Yayıncılık, Ankara s. 407- 421.
- Altunkaş, Aysun : “Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Koşulları”, **II. Ulusal Sağlık Hukuku “Tıbbi Müdahalenin Hukuki Yansımaları”**, Ed. Aysun Altunkaş, İpek Sevdâ Söğüt, Hamide Tacir, Sempozyumu, Seçkin Yayıncılık, 2015, Ankara, s. 51-85.
- Antalya, Gökhan, : **Medeni Hukuk**, C. I, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Topuz, Murat 2021.
- Aral Fahrettin, : **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 14. Baskı, Yetkin Ayrancı Hasan Yayınları, Ankara, 2021.
- Arpacı, : “Özel Hukuk Açısından Tıbbi Müdahaleye Rıza Beyanı, Abdülkadir Buna İlişkin Sorunlar, Çözüm Önerileri”, **YÜHFD**, 2009, C. 4, S. 2, s. 5-14.
- Arslan, Ramazan, : **Medeni Usul Hukuku**, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Yılmaz, Ejder, Ankara, 2021.
- Taşpınar Ayvaz,

- Sema, Hanağası,
Emel : **Medeni Yargılama Hukukunda Delil Tespiti**,
Arslandoğan, Onikilevha Yayınları, İstanbul, 2020
Birce
- Aşçıoğlu, Çetin : **Doktorların Cezai ve Hukuki Sorumluluğu**, Olgaç
Matbaası, Ankara, 1982.
- Atabek, Reşat : “Zarar Görenin Doğrudan Doğruya Sigortacıya Müracaat
Hakkı”, **BATIDER**, C. 6, 1971, s. 111-154.
- Atabek, Reşat, : “Hekimin Mesuliyeti”, **İBD**, C. 28, S. 2, İstanbul, 1954, s.
Sezen, Merih 137-166.
- Atalı, Murat : “Yargılama Hukukunun Temel Kavramları Açısından
Tüketici Hakem Heyetleri Yargılaması” **Medeni Hukuk
ve Yargılama Hukuku Yönüyle Tüketici Hukukunda
Güncel Problemler Sempozyumu**, İstanbul Üniversitesi
Hukuk Fakültesi, 2021. (Tebliğ)
- Atalı, Murat : “Yargılama İlkeleri Çerçevesinde Tüketici Hakem
Heyetleri”, **Tüketici Hukukunda Uyuşmazlık
Çözümüne İlişkin Güncel Sorunlar ve Çözüm
Önerileri Sempozyumu**, Ed. M. Ertan Yardım, Seçkin
Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 69-86. (Tüketici)
- Atalı, Murat : “Zorunlu Arabuluculuğun Yargılama Hukuku Bakımından
Ortaya Çıkardığı Sorunlar”, **Arabuluculuğun
Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu**, AYBÜ, (6-7
Aralık 2018), Ed. Ersin Erdoğan, Ankara 2019, s. 136-
154). (Sorunlar)

- Atalı, Murat, : **Medeni Usul Hukuku**, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ermenek, İbrahim, Ankara, 2021.
Ersin Erdoğan
- Ateş, Zeynep : **Küçüklerin Tıbbi Müdahaleye Rızası**, Yayınlanmamış YL Tezi, Kadir Has Üniversitesi SBE, 2010.
- Ayan, Mehmet : **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk**, Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara, 1991.
- Ayhan, Rıza, : **Ticari İşletme Hukuku**, 14. Baskı, Yetkin Yayınları, Çağlar, Hayrettin, Ankara, 2021.
Özdamar, Mehmet
- Aykın, Aykut : **Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğu**, Seçkin Cemil, Çınarlı, Yayıncılık, Ankara, 2016.
Serkan
- Azaklı Arslan, : **Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.
Betül
- Badur, Emel : “Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Borçlar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi” **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi** Y. 9 S. 18, 2021 s. 49-87.
- Bahadır Yakut : “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri ve Arabuluculuk”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 67-68, 2005, s. 35-63.
- Bahadır, Nariye : **Hak Arama Hürriyeti Perspektifinden Arabuluculuk**, Tuğçe Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Bahtiyar, Mehmet, : **Adi İş/ Ticari İş/ Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Biçer, Levent Önemli**, **MÜHFHAD**, C. 22, S. 3, 2016, s. 395-436.

- Barlıoğlu, Hüseyin : **Defansif Tıp Unsuru Olarak Tıbbi Malpraktis**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- Baş, Seda : 6325 Sayılı Kanun İle Öngörülen Dava Açma Yasağının Bir İstisnası Olarak Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin İptali, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2021, C. 13, S. 1, s. 176-189.
- Bayraktar, Köksal : **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, İstanbul Sermet Matbaası, İstanbul, 1972.
- Bayram, Hümeysra : **Vekâletsiz İş Görme**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Merve Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, 2019.
- Belgesay, Mustafa : “Doktorun Hukuki Borçları”, **İÜHFM**, 1945, C. 11, S. 3-4, s. 108-127.
- Belgesay, Mustafa : **Tıbbi Mesuliyet**, M. Sıralat Matbaası, İstanbul, 1954.
- Reşit
- Birtek, Fatih : “Tıbbi Müdahaleler Açısından Komplikasyon- Malpraktis Ayrımı”, **İBD**, C. 81, S. 5, Y. 2007, s. 1997-2006, s. 97-106.
- Bolayır, Nur : “Tüketici Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk”, **Medeni Hukuk ve Yargılama Hukuku Yönüyle Tüketici Hukukunda Güncel Problemler Sempozyumu**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2021. (Bildiri)
- Bolayır, Nur : **Medeni Usul Hukukunda Hâkimin Hukuku Re’sen Uygulama İlkesi**, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

- Boran Güneysu, : **Medeni Usul Hukukunda Karar**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- Budak, Ali Cem : “Ticari Davalarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk”, **MİHDER**, 2019/1, s. 25-40
- Budak, Ali Cem : “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Tüketici Hakem Heyetleri”, **DEÜHFD**, Pekcanitez Armağanı, 2014 Özel Sayı, İzmir, 2015, C. 1, s. 77-103. **(Tüketici)**
- Budak, Ali Cem : “Ticari Davalarda Dava Şartı Arabuluculuk”, **Legal MİHDER** 2019/1, s. 25-40. **(Arabuluculuk)**
- Budak, Ali Cem, : “Şartları Oluşmadığı Halde Belirsiz Alacak Davası Açılırsa Hâkim Nasıl Karar Vermelidir?”, **YÜHFD**, 2016, C. 13, S. 1, s. 130-143.
- Budak, Ali Cem, : **Medeni Usul Hukuku**, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, Karaaslan, Varol 2021.
- Bulur, Alper : “6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve Uygulaması Hakkında Değerlendirmeler”, **Prof. Dr. Ramazan Arslan Armağan**, C. I, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 499- 514. **(Değerlendirmeler)**
- Büyük, Elif Irmak : “Karar İncelemesi: Ticari Dava Niteliğindeki İtirazın İptali Davasının Dava Şartı Arabuluculuğa Tabi Olup Olmadığına İlişkin Uyuşmazlığın Giderilmesine Yönelik Yargıtay 23. Hukuk Dairesi Kararının Değerlendirilmesi”, **MÜHFHAD**, C. 27, S. 1, 2021, s. 777-797.

- Büyükay, Ferhat : **Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi**, Adalet. Yayınevi, Ankara, 2018.
- Çabri, Sezer : **TKHK Şerhi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- Çakır, Hüseyin : **Sağlık Hizmetlerinin Özel Hukuk Kişileri Tarafından Yürütülmesi**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- Çakmut Yenerer, : **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2003.
- Çankaya, Fulya : **Estetik Diş Hekimliği ve Estetik, Plastik ve Rekonstrüktif Cerrahide Hekimin Hukuki Sorumluluğu**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.
- Çelik, Çelik Ahmet : “Can Zararları Tüketici Yasasının Konusu Değildir”. **4. Tüketici Hukuku Kongresi, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları**, 2014-2015, Ankara, 2015, s. 300-315.
- Çelikoğlu, Cengiz : “6532 Sayılı HUAK’ a Göre Arabuluculuk Yoluna Başvurulması ve Çözüm Anlaşmasının Mahkeme ve İcra Usulleriyle İlişkisi”, **Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan**, C. I, Ankara, 2014, s. 669-725.
- Çıtır, Eren: : “Ticari İş-Tüketici İşlemi İlişkisi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 20, S. 3, s. 37-52.
- Çilingiroğlu, : **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.
- Cüneyt

- Değdaş, Ulaş Can : “Hatalı Tıbbi Uygulamadan (Malpraktis) Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk”, **Anadolu Üniversitesi HFD**, C. 1, S. 6, 2018, s. 41-65.
- Deliduman, : “Ticari Davalar”, **MÜHFHAD**, 2012, C. 18, S. 2, s. 99-110.
- Seyithan, Oruç, Yakup
- Demir, Mehmet : **Tıbbi Sorumluluk Hukuku**, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- Demir, Mehmet : **Hekim ve Hastane Yönünden Tıbbi Sorumluluk Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.
- Direnisa Efe : **Medeni Yargılamada Ön İnceleme Aşaması**, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- Deryal, Yahya : **Türk Hukukunda Bilirkişilik**, 6. Baskı, Adalet Kitabevi, Ankara, 2017.
- Doğan Yenisey, : “İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuk”, **İş Hukuku ve Kübra Sosyal Güvenlik Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı: İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi**, 2016, s.167-193.
- Doğramacı, Yakup : “Tüketici Hukukunun Hasta ve Hekim Haklarına Etkisi”, **IV. Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi** Ed. Hamit İ. Gökhan, Erkol, Hancı, Yener Ünver, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 693-709.
- Zehra Zerrin
- Dural, Mustafa, : **Türk Özel Hukuku C. II Kişiler Hukuku**, Filiz Kitabevi, Ögüz, Tufan İstanbul, 2021.

- Dural, Mustafa, : **Türk Özel Hukuku C. I Temel Kavramlar ve Medeni**
Sarı, Suat **Kanun'un Başlangıç Hükümleri**, Filiz Kitabevi,
İstanbul, 2021.
- Durdu, Mehmet : **Zorunlu Sorumluluk Sigortalarında Sigortacının**
Zarar Görene Karşı İfa Yükümlülüğü, Yayımlanmamış
YL Tezi, Çukurova Üniversitesi SBE, 2016.
- Dür, Orhan : **Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve**
Yükümlülükleri, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara,
2018.
- Elgün Toğrul, : “Ticari Davalar Bakımından İtirazın İptali ve Menfi
Emel Şeyda Tespit Davalarının Dava Şartı Arabuluculuk Bakımından
Değerlendirilmesi”, **Uluslararası Necmettin Erbakan**
Hukuk Kongresi Bildiri Tam Metin Kitabı, Necmettin
Erbakan Üniversitesi Yayınları, Konya, 2021, s. 575-588.
- Ekici Şahin, Meral : **Ceza Hukukunda Rıza**, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul,
2012.
- Ekmekçi, Ömer, : **Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk**, 2. Baskı,
Özekes Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- Muhammet, Atalı,
Murat, Seven,
Vural
- Erdoğan, Ersin : “7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanununda Öngörülen
Zorunlu Arabuluculuk ve Hak Arama Hürriyeti
Bakımından Değerlendirilmesi”, **İş Hukuku ve Sosyal**
Güvenlik Dergisi, C. 14, S. 55, s. 1211-1242.

- Erdoğan, Ersin, : **Hukuk Uyuşmazlıklarında Türkiye'nin Arabuluculuk**
Erzurumlu, **Tecrübesi ve Zorunlu Arabuluculuk Taslağı**, SETA
Nurbanu Yayınları, Ankara, 2016.
- Büken, Erhan, : “Yasal ve Etik Yönleriyle Türkiye’de Tıbbi Malpraktis”,
Büken, Nüket **Çağdaş Tıp Etiği**, Ed. Ayşegül Demirhan Erdemir,
İstanbul, 2002, s. 163-178.
- Eren, Fikret : **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 4. Baskı, Yetkin
Yayınları, Ankara, 2017.
- Erişir, Evrim : “Tüketici Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuğun
Kapsamının Belirlenmesindeki Güçlüklerin Ortaya
Çıkardığı Bazı Meseleler”, **Arabuluculuğun Geleceği**
Sempozyumu Bildiri Özeti Kitabı, Ed. Ali Yeşilirmak,
Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, Ömer Faruk Kafalı,
Gülnehal Ahter Yakacık, Ahmet Dülger, İbnu Haldun
Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2021, s. 309- 358
- Erişir, Evrim : **Çev:** Arabuluculuk Müessesinin Anayasa’ya
Uygunluğuna ve Devlet Yargısına Nazaran Öncelik
Verilmeye Değer Olduğuna İlişkin 14.2.2007 Tarihli
Alman Federal Mahkemesi Kararı”, **DEÜHFD Prof. Dr.**
Bilge Umar’a Armağan, 2009, Özel Sayı, İzmir, 2010, s.
225-236.
- Erişir, Evrim, : “Medeni Hukukta ve Ticaret Hukukunda Uyuşmazlık
Tekin, Ceren Çözümüne İlişkin Alternatif Usuller Üzerine Yeşil Kitap”,
MİHDER, 2008, S.9, s. 131-165.
- Ermenek, İbrahim : **Arabuluculuk Sürecinde Zayıf Tarafın Korunması**,
Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.

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**, 2013, C. 17, S. 2, s. 563-630. (Çözüm Önerileri)

Ermenek, İbrahim, : “İcra ve İflas Hukuku Açısından Ticari Davalarda Arabuluculuğa Başvuru Zorunluluğu (TTK m.5/A)”
Azaklı Arslan, **TBBD**, 2020, S. 148, s. 135-196.

Betül

Ersöz, Ahmet : Tıbbi Müdahale Kavramı ve Tıbbi Müdahalenin Hukuka
Kürşat Uygunluğunun Şartları, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 5, S. 45, 2010, s. 105-122.

Göksu, Mustafa : **Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Tahkim**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

Gümüş, Mustafa : “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Genel Bakış”,
Alper **4. Tüketici Hukuku Kongresi, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları**, 2014-2015, Ankara, Ed. Av. Hakan Tokbaş-Prof. Dr. Fehmi Üçışık, Ankara, Bilge Yayınevi, 2015, s. 20-26.

Gümüş, Mustafa : **Borçlar Özel C. II**, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, Alper 2014.

Güneş, Derya : “Mandatory Mediation In The Light Of High Court
Belgin Decisions In Turkish Law” **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 11(2), s. 511-526.

- Güney Tunalı, : **Hekimin Tıbbi Müdahalede Bulunma Yükümlüğünün**
Fatma Işıl **Sınırları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- Gürcan, Merve : **Tıp Hukukunda Eser Sözleşmesi**, Seçkin Yayıncılık,
Ankara, 2018.
- Gürelli, Nevzat : “Hukuk Açısından Cerrahi Müdahalenin Sınırları”,
İÜHFD, Y. 1979-1981, C. 45, S. 1-4, s. 267-275.
- Hakeri, Hakan : **Tıp Hukuku El Kitabı**, 24. Baskı, Seçkin Yayıncılık,
Ankara, 2021.
- Hakeri, Hakan : **Tıp ve Sağlık Hukuku El Kitabı**, Seçkin Yayıncılık,
Ankara, 2022.
- Hakeri, Hakan : **Tıp Hukuku**, C. I-II, 25. Baskı, Seçkin Yayıncılık,
Ankara, 2022.
- Hatırnaz Erol, : **Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta**
Gültezer **Hakları**, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- Ildır, Gülgün : **Alternatif Uyuşmazlık Çözümü**, Seçkin Yayınları,
Ankara, 2003.
- Ildır, Gülgün : “Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Hak Arama
Özgürlüğü”, **75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru**
Armağanı, TBB Yayınları, Ankara, 2004, s. 385-401.
- Işık Özcan, Funda : **Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam**,
Yayımlanmamış YL Tezi, Marmara Üniversitesi SBE,
2008.

- İpekyüz Yavuz, : **Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi**, Vedat Filiz Kitapçılık, İstanbul, 2006.
- Kara, Hacı : “Yargıtay ve Hakem Kararlarına Göre Hekimin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası”, **TBBD**, C.33, S. 152, 2021, s. 255-303.
- Karakocalı, Ahmet : “Otomotiv Sektörü Bakımından Garanti Belgesi ve Satış Sonrası Hizmetlere İlişkin Yasal Düzenlemelerin Değerlendirilmesi”, **5. Sektörel Bazda Tüketici Uygulamaları**, Bilge Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 144-166.
- Karslı, Abdurrahim : **Medeni Muhakeme Hukuku**, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.
- Kaya, Serkan : **Consumer Dispute Resolution in the Digital Age: Online Dispute Resolution**, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- Kayalı, Zekâ : **Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Tıbbi Müdahaleler**, Yayımlanmamış YL Tezi İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, İstanbul, 1996.
- Kayıhan, Şaban, : **Sigorta Hukukunda Alternatif Çözüm Yolları ve Selanik, Atakan Tahkim Usulü**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Adem
- Kazmaz Tepe, : **Medeni Usul Hukukunda Beden Bütünlüğünün İhlalinden Doğan Tazminat Davaları**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi SBE, 2021.
- Büşra

- Kekeç, Elif Kısmet : **Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler**, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- Kender, Rayegan : Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku, 16. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- Kılıç, Elif Irmak : **Tıbbi Müdahaleler Nedeniyle Hekimlere Açılan Tazminat Davalarında Usuli Sorunlar**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, 2014.
- Kılıçoğlu, Ahmet : **Arabuluculuk Sözleşmeleri**, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021.
- Koç, Evren : “Arabuluculuk Kanunu’nun Uygulanmasına İlişkin Tespitler”, **Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu I**, Sümer Kitabevi, İstanbul 2014, s. 43-51. (Tespitler)
- Koçyiğit, İlker, Bulur, Alper : **Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk**, Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Ankara, 2019.
- Koçyiğit, Pınar : **Tüketici Mahkemelerinin Görevi ve Yargı Yetkisi**, Yayınlanmamış YL Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, 2018.
- Konuralp, Serdar Cengiz : **Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, 2011.
- Konuralp, Serdar Cengiz : “6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanuna. Göre İhtiyati Tedbirler”, **İÜHFM**, C. 71, S. 2, 2013, s. 225-274.

- Korkut, Makbule : **Medeni Usul Hukuku Esasları Çerçevesinde Tüketici Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tüketici Hakem Heyetleri**, Yayınlanmamış YL Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, 2018.
- Koyuncu Aktaş, : **Hekimin Özen Borcuna Aykırılıktan Doğan Nihan Sözleşmesel Sorumluluğu**, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- Kök, Ahmet Nezih : “Hasta Hekim İlişkisi Tüketici Hukuku ile Bağdaşır Mı?” **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, S .5, 2015, s. 605- 616.
- Kurt, Ekrem : “Hekimlik Sözleşmeleri”, **Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu**, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 59-75.
- Kuru, Baki : “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş ve Öneriler” **MİHDER** 2010, C. 6, S. 16, s. 237-246. (**Görüş ve Öneriler**)
- Kuru, Baki : **Medeni Usul Hukuku El Kitabı**, C. I, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021. (**Usul El Kitabı**)
- Kuru, Baki : **İcra ve İflas Hukuku El Kitabı**, 2. Baskı, Adalet Kitabevi, Ankara, 2013. (**İcra El Kitabı**)
- Kuru, Baki, Aydın : **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, 6. Baskı, Yetkin Burak Yayınları, Ankara, 2021.
- Liebscher, : “Arabuluculuk Tekniklerinin Tahkimde Kullanılması” Cristoph, Çev: Mustafa Göksu, **Medeni Usul ve İcra İflas**

Hukukçuları Toplantısı- IX: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, TBB Yayınları, 2010, 51-77.

Muşul, Timuçin : **İcra ve İflas Hukuku**, C. I-II, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

Namlı, Mert : “Belçika Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumunun Temel Esasları”, **Arabuluculuk Yasa Tasarısı Görüşler ve Öneriler**, s. 99-111. (Görüşler)

Namlı, Mert : “İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı ile Getirilen Zorunlu Arabuluculuk Kurumunun Medeni Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi**, İstanbul, 14 Mayıs 2016, s. 151-165. (Değerlendirmeler)

Narbay, Şafak, Akkuş, Muhammed : “Ticari İş ve Tüketici İşlemleri Kavramları Ekseninde Görevli Mahkeme ve Dava Şartı Arabuluculuk Üzerinde Düşünceler”, **TAAD**, C. 11, S. 44, 2020, S. 301-333.

Nomer Ertan, Füsün : “Tüketiciler Tarafından Açılan Haksız Rekabet Davalarında Görevli Mahkeme”, **Prof. Dr. Hamdi Yasaman’ a Armağan**, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 447-465.

Oğuzman, Kemal, Barlas, Nami : **Medeni Hukuk Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar**, 27. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

- Oğuzman, Kemal, : **Kişiler Hukuku**, 20. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021.
Seliçi, Özer, Oktay
Özdemir, Saibe
- Önder Dingil, : **6502 sayılı TKHK Kapsamında Satıcının Ayıplı Mal ve Hizmetten Doğan Sorumluluğu**, Yayınlanmamış YL Tezi, Selçuk Üniversitesi SBE, Konya, 2017.
Gamze Gökçe
- Öz, Bengi : “Hasta Hekim İlişkisinin 6502 sayılı TKHK Kapsamında Değerlendirilmesi”, **Teknolojik Gelişmeler Işığında Tıp Hukuku ve Güncel Sorunlar**, Ed. Selin Sert Sütçü, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s.27-40.
- Özay, Merter : **Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006.
- Özbek, Mustafa : **Alternatif Uyuşmazlık Çözümü**, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022 (**Alternatif**)
Serdar
- Özbek, Mustafa : “Anayasal Hak ve Hürriyetler ile Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler Işığında Arabuluculuk”, **Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı- IX Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk**, Ankara, 2010, TBBY, Ankara, 2012, s. 107-155. (**Toplantı**)
Serdar
- Özbek, Mustafa : “Avrupa Konseyi Arabuluculuk Yönergesi Önerisi”, **AÜHFD**, C. 56, S. 1, 2007, s. 183-231. (**Yönerge**)
Serdar
- Özbek, Mustafa : “Avrupa’da Arabuluculuk İlkeleri ve Uygulanması”, **Prof. Dr. Özel Seliçi’ye Armağan**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s. 441-502. (**Armağan**)
Serdar

- Özcan, Zeynep, : “Yargıtay İçtihatları Işığında Malpraktis
Özcanoglu, Ayşe Komplikasyon Ayrımına Bağlı İspat Sorunları”,
Betül **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Y. 8, S. 16, 2020, s.
289-315.
- Özcanoglu : **Hekimlik Sözleşmesi ve Hekimin Tazminat**
Görkey, Ayşe **Sorumluluğu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
Betül
- Özçetin, Selvi, : **Sağlık Hukuku**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara,
Balaban, Murat 2014.
- Özdemir, : **Sağlık Hukuku Alanında Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi**,
Hayrünnisa Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.
- Özekes, : “Menfi Tespit Davalarının Zorunlu Arabuluculuğa Dahil
Muhammet, Çiftçi, Sayılmasının Gereksizliği Üzerine”, **TBB**, 2010/148, s.
Pınar 101-138.
- Özel, Çağlar : **Tüketicinin Korunması Hukuku**, 7. Baskı, Seçkin
Yayıncılık, Ankara, 2021.
- Özkan, Nazan : **Hekimin Hukuki Sorumluluğu**, Yayımlanmamış Yüksek
Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, İstanbul, 2005.
- Özmumcu, Seda : **Arabuluculuk Modelleri**, Onikilevha Yayıncılık,
İstanbul, 2021.
- Özmumcu, Seda : “Arabulucunun Rolü: Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici
Arabuluculuk”, **İÜHF**, 2013, C. 71, S. 1, s. 1369-1390.
(**Arabulucunun Rolü**)
- Özmumcu, Seda : “6502 Sayılı TKHK Hükümleri ve Yargıtay Kararları
Çerçevesinde Tüketici Mahkemelerinin Görev Alanına
Giren Uyuşmazlıklara Genel Bir Bakış”, **DEÜHFD**, **Özel**

Sayı Pekcanitez Armağan, 2014, C. 16, s. 831-871.

(Tüketici)

Özmumcu, Seda : “Davanın Açılmasına Bağlanan Hukuki Sonuçların Davanın Açılmamış Sayılması Halinde Değerlendirilmesi”, **İÜHFM**, C. LXX, S. 2, s. 183-206.
(Dava)

Özpınar, Berna : Tıbbi Müdahalelerde Kötü Uygulamadan Doğan Hukuki Sorumluluğun Sebepleri ve Sonuçları”, **ABD**, S. 3, 2008, s. 90-103.

Pekcanitez, Hakan : **Belirsiz Alacak Davası**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.

Pekcanitez, Hakan, : **Pekcanitez Medeni Usul Hukuku**, C. I-II-III, 15. Bası, Atalay Oğuz, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

Özekes,

Muhammet, Taş

Korkmaz, Hülya

Pekcanitez, Hakan, : **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, 9. Bası, Onikilevha Atalay, Oğuz, Yayıncılık, İstanbul, 2021.

Özekes,

Muhammet

Pekcanitez, Hakan, : **İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı**, 7. Baskı, Onikilevha Atalay, Oğuz, Yayıncılık, İstanbul, 2021.

Sungurtekin

Özkan, Meral,

Özekes,

Muhammet

- Peksöz Sürme, : “Özel Diyaliz Merkezleri ile İlgili Uyuşmazlıklarda
Vildan Tarafın ve Görevin Belirlenmesi”, **Uluslararası Necmettin Erbakan Hukuk Kongresi Bildiri Tam Metin Kitabı**, Necmettin Erbakan Üniversitesi Yayınları, Konya, 2021, s. 589-599.
- Petek, Hasan : “Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk”, **DEÜHFD**, C. I, S. I, Y. 2006, s. 177-240. **(Estetik)**
- Petek, Hasan : Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda TKHK Uygulanması”, **DEÜHF**, 2013, C. 5, s. 969-1017. **(Tıbbi Müdahale)**
- Polat, Oğuz : **Tıbbi Uygulama Hataları**, Seçkin Yayıncılık, 2013.
- Postacıoğlu, İlhan, : **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, 8. Baskı, **Vedat Alta, Sümer Kitapçılık**, İstanbul, 2020.
- Reisoğlu, Seza : Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu, **Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu**, İstanbul, 1983, s. 1-18.
- Sarıal, M. Enis : **Sağlararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1986.
- Sarıhan, Banu : “Tüketici Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk Bilge Uygulanması”, **Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 4, S. 2,2 021, s. 415-440.
- Sarıtaş, Hatice : **Hasta Hakları Açısından Hekimin Sorumluluğu**, Bilge Yayınevi Ankara, 2005.

- Savaş, Halide : **Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları**, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013. (**Tıbbi Müdahale**)
- Savaş, Halide : **Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumlulukları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007.
- Seçkin, Sinan : **Özel Hastanelerin Ruhsatlandırılması ve Denetlenmesi**, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- Selçuk, Seyhan : Tüketici Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Dava Şartı, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2020, C. 8, S. 16, s.1173-1216.
- Sert, Selin, Cihan, : **Türk Medeni Hukukunda Organ ve Doku Nakline İlişkin Bazı Hukuki Sorunlar Üzerine Bir Deneme**, Beta Ali Hulki Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- Sever, Çiğdem : “Danıştay Kararları Işığında Sağlık Hizmetlerinden Dolayı Dilşad İdarenin Sorumluluğu” **Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları**, Ed. Gürkan Sert, Özge Yücel, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 265-181.
- Simil, Cemil : **Belirsiz Alacak Davası**, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- Sirmen, Lale : “Tüketici Hukukunun Amacı ve Özellikleri”, **Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi**, C. 8, Aydın Zevkliler’e Armağan, 2013, s. 2465- 2475.
- Somer, Pervin, : **Sağlık Hukukunda Uzman Arabuluculuk**, Hukuk İşleri Civaner, Murat, Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Ankara, 2020. (**Sağlık Hukukunda Arabuluculuk**)
- Bektaş, Sezercan, Akçınar Şebnem, Dursun, Okan,

Aslan Irmak, (Ed:
Kutlay Selda,
Akipek Öcal,
Şebnem)

Sopacı Öztuna, : “6102 sayılı TTK m.1184’e göre Zorunlu Sorumluluk
Birgül Sigortasında Sigortacının Zarar Görene Karşı İfa
Yükümlülüğü”, **MÜHFAD**, 2012, C. 18, S. 2, s. 699-
724.

Subaşı, İbrahim : “Toplu İş Hukukunda Arabuluculuk”, **Prof. Dr. Ünal
Tekinalp’ e Armağan**, C. II, İstanbul, 2003, s. 744- 833.

Sungurtekin- : “Avukatlık Kanunu’nun 35/A Maddesi Çerçevesinde
Özkan, Meral Avukatın Uzlaştırma Sağlama Yetkisi”, **MİHDER**,
2005/2, s. 353-369.

Şahin, Çağatay : “7155 ve 7251 Sayılı Kanun Hükümleri Işığında
Serdar Malpraktis ve Malpraktis Kaynaklı Rücu Davalarında
Arabuluculuk”, **IV. Uluslararası Sağlık Hukuku
Kongresi**, 2021, İstanbul Medeniyet Üniversitesi ve
Ankara Medipol Üniversitesi (Webinar) Yayınlanmamış
Bildiri. (Tebliğ)

Şahin, Çağatay : “İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk Uygulaması”,
Serdar **YÜHFD**, C. 15, S. 2, 2018, s. 75-114.

Şenocak, Zarife : **Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu**, Ankara
Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1998.

Şenol, Nilay : “Hekimin Tazminat Sorumluluğu”, **II. Ulusal Sağlık
Hukuku “Tıbbi Müdahalenin Hukuki Yansımaları”**
(Ed. Aysun Altunkaş, İpek Sevda Söğüt, Hamide Tacir,

Sempozyumu), Seçkin Yayıncılık, 2015, Ankara, s. 117-133.

Tandoğan, Haluk : **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Vedat Kitapçılık, Ankara, 2009.

Tanrıver, Süha : “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, TBBD, S. 64, 2006, s. 151-178. **(Özellikle Arabuluculuk)**

Tanrıver, Süha : **Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk**, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022. **(Arabuluculuk)**

Tanrıver, Süha : **Medeni Usul Hukuku**, C. II, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021. **(Usul)**

Tanrıver, Süha : “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış”, **Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan**, Ankara, 2006, s. 821- 842. **(Sosyolojik Bir Bakış)**

Taşatan, Caner : **Hekimin Kayıt Tutma Yükümlülüğü Kapsamında Tıbbi Kayıtlar**, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

Taşpınar Ayvaz, : “Tüketici Hakem Heyetlerinin Hukuki Niteliği”, **Tüketici Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu**, Ed. Ertan Yardım, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 43-51.

Taşpolat Tuğsavul, : **Türk Hukukunda Arabuluculuk**, Yetkin Yayınları, Melis Ankara, 2013.

Tek, Gülen Sinem : “Tüketici Mahkemelerinin Görevi, Yetkisi ve Tüketici Mahkemelerinde Yapılan Yargılamanın Usulü”,

**Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı
Hukuk Dergisi, C. 8, 2012, s. 127-171.**

- Topuz, Gökçen : **Tüketici Mahkemeleri**, Ankara, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.
- Tunçer, Polat : **Sağlık Hukuku Temel Bilgileri**, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- Tutumlu, Mehmet : **Tüketici Hukukunda Manevi Tazminat**, Seçkin Akif Yayıncılık, Ankara, 2015.
- Tümer, Ali Rıza : **Cerrahi Branşlar Açısından Hukuki Sorumluluklar ve Malpraktis**, Matsis Matbaa, Ankara, 2013.
- Türkmen, Ali : **Hasta ve Hekim Hukuku**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- Uluğ Cicim, : “Sorumluluk Sigortalarında Zarar Görenin Sigortacı İlknur, Korkmaz, Aleyhine Açtığı Davanın Medeni Usul Hukukuna Ait Bazı Nurdan Hükümler Bakımından İncelenmesi”, **Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2020, C. 10, S. 1, s. 53-93.
- Ulukapı, Ömer, : “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile Kıyak, Emre Model Etik ve Uygulama Kuralları Çerçevesinde Arabuluculuk Yöntemi ve Sürecin İşleyişi”, **Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan**, C. 2, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 1645- 1698.
- Uygur, Atiye : **Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu**, Yayımlanmamış YL Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, Ankara, 2009.

- Uyumaz, Alper : “Tüketici Hukukundan Doğan Uyuşmazlıklarda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2012, C. 20, S. 1, s. 103- 132.
- Üstündağ, Saim : **İcra Hukukunun Esasları**, İstanbul, 2004.
- Üstündağ, Saim : **Medeni Yargılama Hukuku**, C. I- II, 7. Baskı, İstanbul, 2000.
- Yağcı, M. Okan : “Arbuluculuk Sonunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonu’nun Medeni Usul ve İcra- İflas Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, **Public and Private International Law Bulletin**, C.42, S.2, 2022, s. 1-31.
- Yaşar Coşkun, : “Tıbbi Uygulama Kaynaklı Tüketici Uyuşmazlıklarında
Sevda Göncü Dava Şartı Arbuluculuğun Sigorta Şirketlerine Etkisi”,
Döner, Munise **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** C. 29, S. 4,
Seray 2021, s. 2933-2973.
- Yardım, Mehmet : “Tüketici Mahkemesi Kararlarına Karşı (Yeni) Kanun
Ertan : Yolları”, **Tüketici Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu**, Ed. M. Ertan Yardım, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s.173-195.
- Yavuz, Cevdet, : Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümleri), 5. Baskı, Beta
Acar, Faruk, Özen, Yayıncılık, İstanbul, 2021.
Burak
- Yavuz, Cevdet, : **Tüketici Hukuku Mevzuatı**, Beta Yayınları, İstanbul,
Topuz, Murat: 2018.

- Yavuz, Fatih M. : **Malpraktis Komplikasyon Ayrımı A'dan Z'ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2007.**
- Yaycı, Nesime : **“Komplikasyon ve Malpraktis Ayrımı,” T.C. Kadir Has Üniversitesi Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, İstanbul, 2011, s. 29-40.**
- Yazıcı Tıktık, : **Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, Onikilevha Çiğdem Yayınları, İstanbul, 2013.**
- Yerkaya, Kübra : **Tüketici Mahkemelerinin Görev Alanı ve Yargılama Usulü, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2018.**
- Yıldırım, Kâmil : **“İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi Hakkında” Prof.Dr. Yavuz Alangoya için Armağan, İstanbul, Alkım Yayınevi, s. 337-360.**
- Yılmaz, : **BAM Kararları Işığında Ticari Davalarda Zorunlu Abdulhamit Arabuluculuk ve Tüketici Kredileri Sözleşmeleri, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 1, 2018, s. 219-238.**
- Yılmaz, Ejder : **“İtirazın İptali Davasının Hukuki Niteliği”, Prof. Dr. Saim Üstündağ’a Armağan, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s. 597-615. (İtirazın İptali)**
- Yılmaz, Ejder, : **Milli Şerh 6502 sayılı TKHK Şerhi, Ed. Hakan Tokbaş, Yardım, M. Ertan Özlem Tüzüner, Aristo Yayıncılık, İstanbul, 2016.**
- Yılmaz, Neval : **Karşılaştırmalı Hukukta Tıbbi Malpraktis ve Arabuluculuk Uygulaması, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2019.**

- Yılmaz, Yasemin : **Özel Hastane İşleticisinin Hastaneye Kabul Sözleşmesi Çerçevesinde Yürütülen Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Sorumluluğu**, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- Yücel, Özge : “Medeni Hukuk Bakış Açısıyla Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Koşulları”, **Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları**, Ed. Özge Yücel, Gürkan Sert, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 193-233. **(Medeni Hukuku Bakışı)**
- Yücel, Özge : “Hasta ve Hekim ile Sağlık Hizmeti Sunucusu Arasındaki Hukuksal İlişkinin Niteliği”, **Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları**, Ed. Gürkan Sert, Özge Yücel, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 235-251. **(Sağlık Hizmeti)**
- Yüksel, Canan : **Tıbbi Uygulama Hatalarında Bilirkişilik**, Yayımlanmamış YL Tezi Kadir Has SBE, 2021.
- Zafer, Hamide : “Tıbbi Müdahaleden Doğan Cezai Sorumluluk”, **II. Ulusal Sağlık Hukuku “Tıbbi Müdahalenin Hukuki Yansımaları” Sempozyumu**, Ed. Hamide Tacir, İpek Sevdâ Söğüt, Aysun Altunkaş, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 133- 173.
- Zevkliler, Aydın : “Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları (1982-1983 Öğretim Yılı Açılış Dersi Metni)”, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 1983, C. 1, S. 1, Diyarbakır, s. 1-37.
- Zevkliler, Aydın : **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 21. Baskı, Vedat Gökyayla, K. Emre Kitapçılık, İstanbul, 2021.

