

T.C.

ANTALYA BİLİM ÜNİVERSİTESİ

LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

ÖZEL HUKUK TEZLİ YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

**SAĞLIK TURİZMİ KAPSAMINDA HEKİMLERİN HUKUKÎ
SORUMLULUKLARININ MADDÎ HUKUK VE
MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK YÖNÜNDEN
DEĞERLENDİRİLMESİ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

HAZIRLAYAN

SEZGİN KARMA

ANTALYA – 2021

T.C.

ANTALYA BİLİM ÜNİVERSİTESİ

LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

ÖZEL HUKUK TEZLİ YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

**SAĞLIK TURİZMİ KAPSAMINDA HEKİMLERİN HUKUKÎ
SORUMLULUKLARININ MADDÎ HUKUK VE
MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK YÖNÜNDEN
DEĞERLENDİRİLMESİ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

HAZIRLAYAN

SEZGİN KARMA

TEZ DANIŞMANI

DR. ÖĞR. ÜYESİ GÜVEN YARAR

ANTALYA – 2021

ONAY/BİLDİRİM FORMU
ANTALYA BİLİM ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜ MÜDÜRLÜĞÜ

Sezgin Karma'ya ait “Sağlık Turizmi Kapsamında Hekimlerin Hukukî Sorumluluklarının Maddî Hukuk Ve Milletlerarası Özel Hukuk Yönünden Değerlendirilmesi” adlı bu tez çalışması Tez Kurulumuz tarafından Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Tezi olarak (oybirliği/oy çokluğu) ile kabul edilmiştir.

Akademik Ünvanı, Adı ve Soyadı, İmzası

Danışman :.....,

Üye :.....,

Üye :.....,

Enstitü Müdürü :,

Tez Sınavı Tarihi :

Tez Teslim Tarihi:

ÖNSÖZ

Sağlık, her canlıda olduğu gibi insanlar için de vazgeçilmez bir değerdir. Fakat biyolojik yapılarımız gereği bazen sağlık da kolayca kaybedilebilmektedir. Sağlık kaybedildiğinde eski sağlıklı günlere dönmek için tıp bilimine ve tababet sanatına başvurulmaktadır. İnsanları bu en önemli değerlerine tekrar kavuşturmaya çalışan ve bunu kutsal bir görev bilinciyle yerine getiren hekimlerimize -en başta babam olmak üzere- teşekkürü borç bilirim. Acı tecrübelerle geçirdiğimiz 2020 ve 2021 yılı, sağlık çalışanlarının özveriyle çalışmalarını ve pozitif bilime ne kadar muhtaç olduğumuzu bir kez daha gözlerimizin önüne serdi.

Küçüklüğümde beri sağlık camiasının içinde bulunduğumdan bir hukuk alanı seçerken ilk tercihim Tıp Hukuku oldu. Bu branş, hem pratik alanda hem teorik alanda ilgilendiğim ve kendimi geliştirmek istediğim bir branştı. Bu alanda yüksek lisans tezi yazabilme imkanına sahip olduğum için mutluluk duyduğumu ifade etmek isterim.

Çalışmamı yaparken benden hiçbir koşulda desteğini esirgemeyen ve ümidini kesmeyen kıymetli danışman Hocam Dr. Öğr. Üyesi Güven YARAR'a, desteklerini her an yanımda hissettiğim annem Hülya KARMA, babam Şefik KARMA, anneannem Emine SİNANOĞLU ve akademik çalışmaların usulü ve üslubu hakkında değerli önerilerde bulunup her alanda destek olan sevgili Nehir UÇAR'a teşekkürlerimi sunarım.

Haziran 2021 – Antalya

Sezgin Karma

ÖZET

Sağlık turizmi, kişinin başka bir ülkeye sağlık hizmeti alma amacıyla seyahat etmesidir. Sağlık turizminin büyük bir bölümünü medikal turizm oluşturmaktadır ve bu alanda hekimler görev yapmaktadırlar. Hekimlik mesleği, doğası gereği riskli bir meslek olup bazen hastaların uygulama hataları nedeniyle zarar görmesi mümkündür. Hekimler, yaptıkları bu uygulama hatalarından cezaî, idarî, hukukî ve meslekî sorumluluk taşımaktadırlar. Sağlık turizminde bunun yanında bir de yabancılık unsuru devreye girmektedir. Bu nedenle, uygulanacak hukuk problemleri görülmekte, olayın hangi devletin hukukuna göre çözüleceği sorun hâline gelmektedir.

Bu çalışmanın öncelikli amacı, sağlık turizmini incelemek, hekimlerin hukukî sorumluluklarının Türk Hukukuna göre incelenmesini yapmak ve yabancı hastalara yapılan tıbbî müdahalelerde ortaya çıkabilecek uygulama hatalarında somut olaya uygulanacak hukuku incelemektir. Sağlık turizmi uyuşmazlıklarına birçok durumda Türk Hukuku da uygulanabileceğinden çalışmamızda Türk Hukuku da detaylı olarak incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Sağlık Turizmi, Sağlık Turizmi Hukuku, Malpraktis, Hekimin Hukukî Sorumluluğu, Kanunlar İhtilafı

ABSTRACT

Health tourism can be defined as traveling to another country with the purpose of receiving medical services. The field of medical tourism, in which home country physicians perform, constitutes a significant part of health tourism. The medical profession, by its very nature, is a risky one, and, on occasion, patients suffer due to medical application errors. Physicians have criminal, administrative, legal, and deontological liabilities due to these medical application errors. Also, the element of foreignness becomes involved in health tourism. Thus, usually, a conflict of laws arises, and according to which state's law the incident will be solved becomes a problem.

The primary goals of this study include investigating health tourism in Turkey, examining the legal liabilities of physicians according to the Turkish Law and the law to be applied to the cases in which medical application errors occurred. Since Turkish Law can also be applied in health tourism disputes in some cases, Turkish Law has also been scrutinized within this study's scope.

Keywords: Health Tourism, Health Tourism Legislation, Malpractice, Legal Responsibility of The Physician, Conflict of Laws

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	III
ÖZET	IV
ABSTRACT	V
İÇİNDEKİLER	VI
KISALTMALAR.....	XIII
GİRİŞ	1
1. SAĞLIK TURİZMİNE İLİŞKİN TEMEL KAVRAMLAR, HEKİMLİK SÖZLEŞMESİ VE HEKİMİN SORUMLULUĞU	5
1.1. Sağlık Turizmi	5
1.1.1. Tanım.....	5
1.1.2. Amacı.....	7
1.1.3. Kapsamı.....	8
1.1.4. Tarihsel Gelişimi	11
1.1.5. Sağlık Turizminin Çeşitleri.....	12
1.1.5.1. Termal Sağlık Turizmi	13
1.1.5.2. Yaşlı Sağlığı Turizmi	14
1.1.5.3. Engelli Turizmi	14
1.1.5.4. Medikal Turizm	15
1.1.6. Sağlık Turizminin Türkiye’deki Gelişimi	17
1.1.6.1. Genel Olarak	17
1.1.6.2. Yapılan Değişiklikler ve Uygulamaya Yansımaları	18
1.1.6.3. Güncel Olayların Türkiye’de Sağlık Turizmine Etkisi	19
1.2. Tıp Bilimi Ve Tıp Hukukuna İlişkin Genel Bilgiler	20
1.2.1. Tıp Bilimi.....	20
1.2.1.1. Tanım	20

1.2.1.2. Amacı	21
1.2.2. Tıp Hukuku	21
1.2.2.1. Tanım	21
1.2.2.2. Kaynakları	22
1.3. Hasta – Hekim İlişkisi.....	22
1.3.1. Tanım.....	22
1.3.2. Hasta	23
1.3.3. Hekim.....	23
1.3.4. Tarihsel Gelişimi	24
1.3.4.1. Paternalist Hekimlik.....	25
1.3.4.2. Katılımcı Hekimlik	25
1.3.4.3. Danışman Hekimlik	26
1.3.5. Hukukî Niteliği	26
1.3.6. Hasta ve Hekimin Hak ve Yükümlülükleri	27
1.3.6.1. Hasta Hakları.....	27
1.3.6.2. Hasta Yükümlülükleri	28
1.3.6.3. Hekim Hakları.....	28
1.3.6.4. Hekim Yükümlülükleri.....	29
1.4. Tıbbî Müdahale Kavramı.....	29
1.4.1. Tanım.....	29
1.4.2. Hukuka Uygunluk Koşulları.....	30
1.4.2.1. Müdahalenin Yetkili Bir Sağlık Çalışanı Tarafından Yapılması.....	31
1.4.2.2. Müdahalenin Tıp Bilimi Standartlarına Uygun Olarak Yapılması.....	32
1.4.2.3. Hastanın Aydınlatılmış Onamının Alınması	32
1.5. Tıbbî Malpraktis ve Komplikasyon Kavramları.....	33
1.5.1. Tıbbî Malpraktis	33
1.5.1.1. Tanım	33
1.5.1.2. Unsurları	34
1.5.1.2.1. Hasta-Hekim İlişkisinin Varlığı	34
1.5.1.2.2. Hastanın Zarar Görmesi	34
1.5.1.2.3. Hekimin Kusurlu Olması	35

1.5.1.2.4. İlliyyet Bağı	35
1.5.1.3. Meydana Gelme Biçimleri	36
1.5.1.3.1. Hekimin Sadakat ve Özen Yükümlülüğüne Aykırı Davranması	37
1.5.1.3.2. Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğüne Aykırı Davranması	39
1.5.1.3.2.1. Tanım	39
1.5.1.3.2.2. Sır Saklama Yükümlülüğünün Sınırları	40
1.5.1.3.3. Hekimin Aydınlatılmış Onam Alma Yükümlülüğüne Aykırı Davranması	41
1.5.1.3.3.1. Hastanın Aydınlatılma Hakkı	41
1.5.1.3.3.2. Aydınlatmanın İçeriği	42
1.5.1.3.3.3. Hastanın Onamının (Rızasının) Alınması	44
1.5.1.3.3.4. Aydınlatılmış Onamın Şekil Şartı	44
1.5.1.3.3.5. Aydınlatılmış Onam Yükümlülüğünü Kaldıran Hâller	45
1.5.1.3.4. Teşhis ve Tedavi Hataları	47
1.5.1.3.5. Hasta Kayıtlarının Usulüne Uygun Tutulmaması	48
1.5.2. Komplikasyon Kavramı	49
1.5.2.1. Tanım	49
1.5.2.2. Komplikasyonun Yönetilmesi	50
1.5.3. Tıbbî Malpraktis ve Komplikasyon Ayrımı	51
1.6. Hekimlik Sözleşmesi	51
1.6.1. Tanım	51
1.6.2. Unsurları	52
1.6.2.1. Taraflar	52
1.6.2.2. Hekimin Tıbbî Müdahalede Bulunma Edimi Yüklenmesi	53
1.6.2.3. Hastanın Ücret Ödeme Edimi Yüklenmesi	53
1.6.2.4. Taraf İradelerinin Uyuşması	54
1.6.3. Hukukî Niteliği	54
1.6.3.1. Vekâlet Sözleşmesi Hükümlerine Göre Değerlendirilmesi	55

1.6.3.2.	<i>Eser Sözleşmesi Hükümlerine Göre Değerlendirilmesi...</i>	56
1.6.3.3.	<i>Hizmet Sözleşmesi Hükümlerine Göre Değerlendirilmesi....</i>	58
1.6.3.4.	<i>Sui Generis Sözleşme Olarak Değerlendirilmesi</i>	59
1.7.	Hekimin Sorumluluğu	59
1.7.1.	Tanım	59
1.7.2.	Tarihsel Gelişimi	60
1.7.3.	Hekimin Sorumluluk Alanları	61
1.7.3.1.	<i>Hekimin Cezaî Sorumluluğu</i>	62
1.7.3.2.	<i>Hekimin İdarî Sorumluluğu</i>	63
1.7.3.3.	<i>Hekimin Meslekî Sorumluluğu</i>	66
1.7.3.4.	<i>Hekimin Hukukî Sorumluluğu</i>	67
1.7.3.4.1.	<i>Tanım ve Amacı</i>	67
1.7.3.4.2.	<i>UNSURLARI</i>	67
1.7.3.4.3.	<i>Hukukî Sorumluluğun Sonuçları</i>	68
1.7.3.4.3.1.	<i>Maddî Tazminat</i>	68
1.7.3.4.3.2.	<i>Manevî Tazminat</i>	69
1.7.3.4.4.	<i>Türleri</i>	70
1.7.3.4.4.1.	<i>Culpa in Contrahendo Sorumluluk</i>	71
1.7.3.4.4.2.	<i>Haksız Fülden Doğan Sorumluluk</i>	72
1.7.3.4.4.3.	<i>Sözleşmeden Doğan Sorumluluk</i>	74
1.7.3.4.4.4.	<i>Vekâletsiz İş Görmeden Doğan Sorumluluk</i>	76
1.7.3.4.5.	<i>Sorumsuzluk Anlaşmaları</i>	78
1.7.3.4.6.1.	<i>Genel Olarak Sigorta Kavramı</i>	79
1.7.3.4.6.2.	<i>Hekim Meslekî Sorumluluk Sigortası</i>	80
2.	SAĞLIK TURİZMİ KAPSAMINDA HEKİMLERİN HUKUKİ SORUMLULUKLARININ MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ	82
2.1.	Milletlerarası Özel Hukuk ve Sağlık Turizmi İlişkisi	82
2.1.1.	Genel Olarak	82
2.1.2.	Milletlerarası Özel Hukukun Kapsamı	83
2.1.3.	Milletlerarası Özel Hukukun Kaynakları	84

2.1.4. Kanunlar İhtilafı Kuralları.....	86
2.2. Sağlık Turizmi ve Yabancılik Unsuru.....	89
2.2.1. Genel Olarak	89
2.2.2. Yabancılik Unsurunun Varlığı	89
2.3. Sağlık Turizmi ve Bağlama Noktaları.....	90
2.4. Vasıflandırma	92
2.4.1. Genel Olarak	92
2.4.2. Vasıflandırma Biçimleri.....	93
2.4.2.1. <i>Hakimin Hukukuna Göre Vasıflandırma</i>	93
2.4.2.2. <i>Olaya Uygulanacak Hukuka Göre Vasıflandırma</i>	93
2.4.2.3. <i>Bağımsız Teori Yöntemine Göre Vasıflandırma</i>	94
2.4.3. Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Vasıflandırma.....	94
2.5. Yabancı Hukukun Uygulanması	94
2.5.1. Tanım.....	94
2.5.2. Yabancı Hukukun Uygulanması Konusunda Farklı Sistemler.....	95
2.5.2.1. <i>Yabancı Hukukun Vakıa Olarak Değerlendirilmesi</i>	95
2.5.2.2. <i>Yabancı Hukukun Hukuk Olarak Değerlendirilmesi</i>	95
2.5.3. Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Yabancı Hukukun Uygulanması.....	95
2.6. Yabancılik Unsuru Barındıran Özel Hukuk İlişkilerinde Şekil Kuralları.....	97
2.7. Yabancılik Unsuru Barındıran Hukukî Uyuşmazlıklarda Zamanaşımı.....	99
2.8. Sağlık Turizmi ve Bağlama Kuralları.....	100
2.8.1. Hukuk Seçiminin Yapıldığı Haller (Sübjektif Bağlama Kuralı)	100
2.8.2. Hukuk Seçiminin Yapılmadığı Hâller (Objektif Bağlama Kuralı)	102
2.9. Sözleşmeden Doğan İlişkilere Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi.....	103
2.9.1. Genel Düzenleme.....	103
2.9.1.1. <i>Tarafların Hukuk Seçimi Yaptıkları Hâllerde</i>	104

2.9.1.1.1.	Genel Olarak.....	104
2.9.1.1.2.	Hukuk Seçiminin Şekli	104
2.9.1.1.3.	Kısmî Hukuk Seçimi	105
2.9.1.1.4.	Hukuk Seçiminin Zamanı.....	106
2.9.1.1.5.	Yabancılık Unsuru Barındırmayan Sözleşmelerde Hukuk Seçimi Yapıldığı Hâller	106
2.9.1.2.	Tarafların Hukuk Seçimi Yapmadıkları Hâllerde	107
2.9.1.2.1.	Genel Olarak (En Sıkı İlişkili Hukuk)	107
2.9.1.2.2.	İstisna Kuralı (Daha Sıkı İlişkili Hukuk).....	108
2.9.1.3.	Sağlık Turizmi Kapsamında Hekimlik Sözleşmelerinde Objektif Bağlama Kuralı	108
2.9.2.	Özel Düzenlemeler.....	109
2.9.2.1.	Tanım	109
2.9.2.2.	Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi	109
2.10.	Akit Dışı İlişkilere Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi	112
2.10.1.	Genel Olarak.....	112
2.10.2.	Haksız Fiiller.....	112
2.10.2.1.	Haksız Fiil İlişkilerine İlişkin Genel Düzenleme	112
2.10.2.1.1.	Tarafların Hukuk Seçimi Yaptıkları Hâllerde	113
2.10.2.1.2.	Tarafların Hukuk Seçimi Yapmadıkları Hâllerde....	114
2.10.2.2.	Mağdurun Doğrudan Failin Sigortacısına Başvuru Yapabilme Hakkı.....	116
2.10.2.3.	Özel Düzenlemeler.....	116
2.10.2.3.1.	Tanım.....	116
2.10.2.3.2.	Kişilik Haklarının İhlalinden Doğan Sorumluluk....	117
2.10.3.	Vekâletsiz İş Görmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk	118
2.10.4.	Culpa in Contrahendo Sorumluluğa Uygulanacak Hukuk.....	121
2.11.	Akdî Sorumluluk ile Akit Dışı Sorumluluğun Yarışması.....	121
2.12.	Yabancılık Unsuru Barındıran Hukukî Olaya Yabancı Hukukun Uygulanmayacağı Hâller	123

2.12.1. Genel Olarak.....	123
2.12.2. Kamu Düzeni Müdahalesi	123
2.12.2.1. <i>Tanım</i>	123
2.12.2.2. <i>Sağlık Turizmi Kapsamında Yaşanabilecek</i> <i>Uyuşmazlıklarda Kamu Düzeni Müdahalesine</i> <i>Örnekler</i>	125
2.12.3. Doğrudan Uygulanan Kurallar	126
2.12.3.1. <i>Tanım</i>	126
2.12.3.2. <i>Sağlık Turizmi Kapsamında Yaşanabilecek</i> <i>Uyuşmazlıklarda Doğrudan Uygulanan Kurallara</i> <i>Örnekler</i>	127
2.12.4. Kamu Düzeni Müdahalesi ile Doğrudan Uygulanan Kuralların Farkı	128
2.13. Milletlerarası Yetki.....	128
2.13.1. Genel Olarak.....	128
2.13.2. Milletlerarası Yetkinin Belirlenmesi	129
2.13.2.1. <i>Genel Düzenleme</i>	129
2.13.2.2. <i>Yetki Sözleşmelerinin Bulunduğu Haller</i>	130
2.14. Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri	131
2.14.1. Tanım	131
2.14.2. Arabuluculuk.....	131
SONUÇ	134
KAYNAKÇA	140
ÖZGEÇMİŞ	166

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
B.	: Bası
bkz.	: bakınız
C.	: Cilt
CGK	: Ceza Genel Kurulu
DSÖ	: Dünya Sağlık Örgütü
E.	: Esas
EVHK	: Memâlik-i Osmaniye’de Bulunan Ecnebilerin Hukuk ve Vezâifi Hakkında Kanun-ı Muvakkat
HD	: Hukuk Dairesi
HHY	: Hasta Hakları Yönetmeliği
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
İYUK	: İdarî Yargılama Usulü Kanunu
K.	: Karar
T.	: Karar Tarihi
md.	: madde
MÖ	: Milattan Önce
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun
No	: Numara
NPK	: Nüfus Planlaması Hakkında Kanun
RG	: Resmî Gazete

s.	: sayfa
S.	: Sayı
SATURK	: Sağlık Turizmi Kurulu
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TC	: Türkiye Cumhuriyeti
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TDN	: Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi
TKHK	: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK	: Türk Medenî Kanunu
TÜİK	: Türkiye İstatistik Kurumu
TŞSK	: Tababet ve Şuabatı San 'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun
TTB	: Türk Tabipler Birliği
TTBK	: Türk Tabipler Birliği Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
UHK	: Umumî Hıfzıssıhha Kanunu
USHAŞ	: Uluslararası Sağlık Hizmetleri Anonim Şirketi
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı

GİRİŞ

İnsanlar, tarih boyunca sürekli seyahat etmişlerdir. Seyahat hâli göçebe hayat sürerken olduğu kadar, tarımın keşfiyle birlikte yerleşik hayata geçildikten sonra da devam etmiştir. Fakat bir süre sonra yerleşilen yerin yakın çevresinde her ihtiyacın karşılanamayacağı fark edilmiştir. Bu nedenle, farklı yerlere seyahat edilerek ihtiyaçlar karşılanmış; seyahatin hayatımızdaki önemi pekişmiştir.

Doğadaki her canlı, doğuştan gelen bir yönelim olarak hastalıktan, acıdan ve ıstıraptan uzak durmaya çalışır. Aynı durum insanlar için de geçerlidir. Bu yüzden sağlık hakkını ve sağlık hizmetlerine ulaşma hakkını temel hak olarak nitelendirmek gerekir. Tüm devletler, insanlık onurunun gerekliliği olarak vatandaşlarının sağlık hizmetine ulaşabilmesini garanti altına almak için yasal düzenlemeler yapmalıdır.

Yaşanılan bölgede hâkim olan doğal koşullar, iklim şartları, sosyoekonomik yapı, devletlerin iç hukuklarındaki düzenlemeler gibi faktörlerin etkisi sonucunda insanlar, sağlık hizmeti almak için yaşadıkları yerlerden farklı bölgelere seyahat etmek zorunda kalabilirler. İşte bu durumlarda ortaya çıkan seyahat faaliyeti sağlık turizmidir. Çalışmamızın konusunun temel taşlarından biri olan sağlık turizmi, sağlık hizmetlerinden faydalanmak amacıyla farklı ülkelere seyahat etme eylemini içerdiğinden herkesin kolaylıkla ulaşabileceği bir faaliyet değildir. Sağlık turizmi faaliyetlerine katılabilmenin temel haklardan sayılıp devletlerce karşılanması gereken bir ihtiyaç olup olmadığı konusu öğretilerde tartışmalıdır¹.

İnsanlar sağlıklarına kavuşabilmek amacıyla tıp bilimine başvurumaktadırlar. Tıp bilimi de biyolojik yapımız gereği riskli bir bilim dalıdır. Çağdaş hukuk sistemlerinde bu risk, belli şartların varlığı hâlinde ve belli bir ölçüye kadar hoşgörüyü karşılanmıştır. Bununla beraber tarihsel süreçte hekimlik mesleğine getirilen bakış da değişmiştir. Geçmişte hekimlerin meslekî sorumluluklarının olmadığı veya bu

¹ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Gemalmaz, Haydar Burak / Ertan, İzzet Mert: “*Rabbim Cleveland Dedi*” *Sağlık Turizmi – İnsan Hakları İlişkisi Üzerine Başlangıç Notları*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi, 2015, C. 70, S. 4, s. 1003 vd.

sorumluluklarının çok kısıtlı olduğu dönemler yaşanmıştır. Bununla birlikte zamanla hasta hakları kavramı ortaya çıkmış ve bu kavram giderek kuvvetlenmiştir. Hasta hakları kavramı, uzun yıllardır gündemde olsa dahi bu alanda yapılan çalışmalar yakın zamanlarda artmıştır². Zira hasta hakları anlayışının güçlenmesi ile birlikte meslekî uygulama hatası yapan hekimlerden, başvuru hastaneden veya devletten yüklü miktarda tazminat alınabilme imkânı doğmuştur. Bu nedenle, hastalar ve hasta yakınları artık hekimlere karşı daha sorgulayıcı bir tavırla yaklaşmaktadır. Hekimlerin sundukları hizmete bağlı olarak istenilmeyen sonuçlar ortaya çıktıysa ve belirli diğer koşullar oluştuysa hekimin hastaya karşı sorumluluğu doğacaktır. Bu sorumluluk farklı hukuk alanları kapsamında doğabilir, çalışmamızın içinde bu alanlar incelenecektir.

Türk hukuk sisteminde yalnızca hekimlerin meslekî sorumluluğunu düzenleyen, özel olarak ihdas edilmiş bir kanun bulunmamaktadır. Hekimlerin sorumlulukları doğduğunda hukukî ihtilaf, temel olarak Türk Medenî Kanunu³ ve Türk Borçlar Kanununda⁴ bulunan hükümlerden yararlanılarak çözüme kavuşturulmaktadır.

Hasta veya hasta yakınları, adlî yargı mercilerinde hekimin sorumluluğunun doğduğunu iddia ederken bazı durumlarda birden fazla sebepten birini seçerek ona dayanmak durumundadır. Bu duruma örnek olarak sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk ve haksız fiil sorumluluğunun yarışması verilebilir. Seçim yapılacak olan hâller ve genel olarak Türk hukukunda hekimlerin hukukî sorumluluğu bu yönleriyle çalışmamızda incelenecektir.

Sağlık turizmi faaliyetleri kapsamında sunulan sağlık hizmetlerinden faydalanmak üzere Türkiye'ye gelen yabancı hastaların, istenmeyen sonuçlar elde ettikleri hâllerde ne gibi hukukî yollara başvurarak haklarını arayabilecekleri önemli bir sorundur. Hukukî ihtilafın yabancılık unsuru içermediği hâllerde hukukî ihtilaf, iç hukuk düzenlemeleriyle çözüme kavuşturulacaktır. Ancak burada önemle üzerinde durulması gereken mesele, sağlık turizmi faaliyetlerinde hukukî ihtilafın yabancılık unsuru içeriyor olmasıdır. Böyle hâllerde her durumda ihtilafın çözümünde doğrudan

² Ayrıntılı bilgi için bkz.: Fırat, Alaattin: *Türkiye Sağlık İşletmelerinde Hasta Hakları ve Sorumlulukları*, İstanbul Gelişim Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi, 2017, S. 2, s. 161 vd.

³ RG: 08.12.2001-24607. Bundan itibaren TMK olarak anılacaktır.

⁴ RG: 04.02.2011-27836. Bundan itibaren TBK olarak anılacaktır.

doğruya iç hukuk kurallarının uygulanması söz konusu olmayacaktır. Yabancılık unsuru barındıran hukukî ihtilaflarda Milletlerarası Özel Hukuk kurallarına başvurulma zorunluluğu doğar. Bu tür davalarda, Türkiye Cumhuriyeti açısından Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun⁵ başvurulacaktır. Olaya hangi devlet mahkemesinin bakacağı, hangi devlet hukukunun uygulanacağı ve yabancı devletlerde verilen mahkeme kararlarının Türkiye’de tanınması ve icra edilebilir olmasının şartları gibi hususlarda bu kanun belirleyici rol oynamaktadır.

Konunun Sınırlandırılması

Çalışmamız kapsamında sorumluluğu incelenecek olan hekim, kendi muayenehanesi veya kliniği olan ve bağımsız çalışan hekimdir. Aynı şekilde, incelenecek sağlık turisti de yurt dışından Türkiye’ye sağlık hizmeti almaya gelirken acenteler gibi aracı kuruluşlardan hizmet satın almamış ve seyahatini bireysel olarak plânlamış kişidir.

Özel bir hastanede veya kamu hastanesinde çalışan hekim ile hasta arasında hekimlik sözleşmesi bulunmamaktadır. Özel hastane ile hasta arasında hasta kabul sözleşmesi bulunurken kamu hastanelerinde ise hasta ile idare arasında ilişki kurulur. Bu itibarla, taraflar arasında hekimlik sözleşmesi kurulmuş olması şartını sağlamak adına bağımsız çalışmayan hekimler, çalışmamızdan dışlanmıştır.

Sağlık turistinin bireysel şekilde Türkiye’ye gelerek hekime başvurması durumu ise taraflar arasındaki sözleşmeye uygulanacak hukuk konusunda farklılık yaratacağından önemlidir. Bu nedenle, acentelerden sağlık turizmi paketi satın alarak Türkiye’ye gelen sağlık turistleri çalışmamız kapsamında değerlendirilmemektedir.

İnceleme Plânı

Çalışmamız iki bölümden oluşmaktadır.

Birinci bölümde sağlık turizminin tanımı, tarihi, özellikleri, çeşitleri ve Türkiye’de görünümü konularına değinilecektir. Devamla tıp bilimi, tıp hukuku, hasta ve hekim kavramları, tarafların hak ve yükümlülükleri, hekimin sorumluluğunu doğuran haller, ilgili yasal mevzuat, hekimin sorumluluğu incelenecektir.

⁵ RG: 12.12.2007-26728. Bundan itibaren MÖHUK olarak anılacaktır.

İkinci bölümde ise yabancılık unsuru barındıran özel hukuk ilişkileri, Milletlerarası Özel Hukuk, bağlama kuralları, bağlama konuları ve bağlama noktaları, uygulanacak hukuk kavramı, hekimin hukukî sorumluluğunu doğuran hallerde olaya uygulanacak hukukun belirlenmesi gibi konulara değinilecektir.



BİRİNCİ BÖLÜM

1. SAĞLIK TURİZMİNE İLİŞKİN TEMEL KAVRAMLAR, HEKİMLİK SÖZLEŞMESİ ve HEKİMİN SORUMLULUĞU

1.1. Sağlık Turizmi

1.1.1. Tanım

İnsanlık tarihi incelendiğinde teknolojinin günden güne geliştiği görülecektir. Bu gelişmenin sonucunda insanlar bir ölçüde doğal olaylara ve süreçlere hükmedebilme yeteneğini kazanmıştır. Böylelikle seyahat etmek kolaylaşmış, insanlar zorunlu hâller dışında yalnızca tatil ve dinlenme amacıyla dahi dünyanın farklı yerlerine kolayca gidebilmeye başlamıştır. Dinlenme, kültür edinme, spor yapma, sağlık hizmeti alma, tatil yapma gibi amaçlarla yaşanan yerden başka bir yere seyahat edilmesine turizm adı verilmektedir¹. Sözlük anlamında da buna paralel olarak “*Dinlenme, eğlenme, görme, tanıma vb. amaçlarla yapılan gezi*”² tanımlaması karşımıza çıkmaktadır. Etimolojik kökeni araştırıldığında ise Fransızca *tour* kelimesinden, yani dönme, dolaşma sözcüğünden köken aldığı görülmektedir³.

¹ Edinsel, Sercan / Adıgüzel, Orhan, “Türkiye’nin Sağlık Turizmi Açısından Son Beş Yıldaki Dünya Ülkeleri İçindeki Konumu ve Gelişmeler”, Çankırı Karatekin Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 2 (2014), s. 168; Öğüt, Adem / Güleş, Hasan Kürşat / Çetinkaya, Ali Şükrü, Bilişim Teknolojileri Işığında Turizm İşletmelerinde Yönetim, Ankara, Nobel Akademik Yayıncılık, 2003, s. 4; Bülbül, Fevzi, “Sağlık Turizminin Türkiye’deki Gelişimi”, (Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2015, s. 3; Karaca Dedeoğlu, Ayşegül, “Uluslararası Sağlık Turizminde Hastanın Özel Hayatının Gizliliği ve Mahremiyetinin Korunması Hakkı”, OPUS Uluslararası Toplum Araştırmaları Dergisi, C. 10, S. 17 (2019), s. 1877.

² Türk Dil Kurumu Sözlüğü: <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 13.01.2021).

³ Nişanyan Sözlük: <https://www.nisanyansozluk.com/?k=turizm> (Erişim Tarihi: 13.01.2021).

Sağlık kelimesi ise Dünya Sağlık Örgütü⁴ Anayasası'nın giriş kısmında, hastalıklardan uzak olmanın yanında aynı zamanda fiziksel, zihinsel ve sosyal yönlerden iyi olma hâli olarak tanımlanmıştır⁵.

1982 Anayasasında⁶ sağlık hakkı, ekonomik ve sosyal haklar kategorisinde sayılmıştır⁷. Anayasa md. 56'da herkese sağlık hakkı tanınmıştır⁸. Bunun yanında Türkiye'nin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi⁹ md. 2 hükmü, yaşam hakkını koruma altına almıştır. Yasal düzenlemeler tarafından güvence altına alınan yaşam ve sağlık hakkı, gerek ulusal gerekse uluslararası bağlamda, yalnızca hastalandıktan sonra iyileşme olanağı bulmayı değil; insanların sağlıklarını kaybetmeyecek imkanlarda yaşama olanağı sahibi olmalarını kapsamalıdır¹⁰.

Sağlık turizmi, kısaca, insanların sağlık hizmetine ulaşma amacıyla dâhil oldukları turizm faaliyetleri olarak tanımlanabilir¹¹. Zira doğadaki her canlı gibi

⁴ Birleşmiş Milletler'e bağlı olarak 07.04.1948 tarihinde faaliyetlerine başlayan, 194 devletin üye olduğu, üye devletlerce finanse edilen ve dünya çapında hastalıklarla mücadele etmeyi amaçlamış kuruluş. <https://www.who.int/> (Erişim tarihi: 05.01.2021)

⁵ Sever, Dilşad Çiğdem, "Sağlık Hakkının Tanımlanması ve Mahkemelerde Kullanılması", Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, Ed. Özge Yücel ve Gürkan Sert, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 73; DSÖ Anayasası'nın tam metni için bkz: https://apps.who.int/gb/bd/pdf_files/BD_49th-en.pdf (Erişim Tarihi: 11.01.2021)

⁶ RG: 18.10.1982-17863.

⁷ Tahmazoğlu Üzeltürk, Sultan, Anayasa Hukuku Açısından Sağlık Hakkı (Ulusal ve Uluslararası Boyutuyla), İstanbul, Legal Yayıncılık, 2012, s. 15.

⁸ Anayasa madde 56: "...Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini 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." şeklinde düzenlenmiştir.

⁹ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi için bkz.:

https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf (Erişim Tarihi: 10.12.2020). Bundan itibaren AİHS olarak anılacaktır.

¹⁰ Sever, Tanımlanma, s. 77; Gökcan, Hasan Tahsin, Tıbbî Müdahaleden Doğan Hukukî ve Cezaî Sorumluluk, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 51.

¹¹ Connell, John, Medical Tourism, Sydney, Cabi, 2011, s. 1 (Medical Tourism); Connell, John, "Medical tourism: Sea, Sun, Sand and ... Surgery", Tourism Management, S. 27, (2006), s. 1096 (Sea, Sun); Öztürk, Gülay, "Sağlık Turizminde Hasta Hakları ve Etik Sorunsalı Üzerine Bir Araştırma", (Atılım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2019, s. 15; Çılgınoğlu, Hakkı, "Uluslararası Sağlık Turizminin Ekonomik, Hukukî ve İdarî Yönden Değerlendirilmesi: Türkiye'deki Hastaneler Üzerinde Örnekleme", (Kastamonu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi), Kastamonu, 2018, s. 1; Gemalmaz / Ertan, Cleveland, s. 1006; Uyanık, Ayfer, "Sağlık Turizmi Hukuku", Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi, S. 36 (2015), s. 88; Tontuş, Hacı Ömer, Tüm Yönleriyle Sağlık Turizmi, Ankara, SATURK Yayını, 2015, s. 55 (Tüm Yönler); Kahraman, Nüzhet, "Sağlık Turizmi Kapsamında Kaplıcalarımızın Yeri ve Önemi", Anatolia Dergisi, S. 2, (1991), s. 10; Bülbül, Gelişim, s. 28; Toprak, Lokman / Elsaied, Hala

insanlar da sağlıklı olma arzusu içerisinde ve sağlıklarına kavuşmak için seyahat etmekteLERdir.

Sağlık turizmi faaliyetlerine katılarak sağlık hizmeti alan kişiler, sağlık turisti olarak adlandırılmaktadır¹². Sağlık turizmi, yalnızca tedavi görmek amacıyla gerçekleştirilen bir faaliyet değildir. Hâliyle sağlık turistleri yalnızca hasta kişilerden ibaret değildir. Sağlık turizmi; hastalıkların tedavi edilmesi süreçlerinin haricinde estetik operasyonlar, özel bakım, kaplıca terapisi gibi unsurları da kapsadığından bu hizmetlerden yararlanmak için seyahat eden insanlar da sağlık turisti tanımına dahildirler¹³.

Sağlık turizmi ile turist sağlığı kavramları bu aşamada birbirine karıştırılmamalıdır. Sağlık turizminde turist, faaliyete katılmadan önce sağlık hizmeti almayı planlar ve turizm faaliyetine bu amaçla dahil olur. Oysa turist sağlığında herhangi bir turistik faaliyet kapsamında başka bir yere giden kişinin aniden rahatsızlanması, acil müdahale gerektiren bir olay yaşaması, bir kazaya uğraması veya bulaşıcı hastalıklara yakalanması ve tüm bunların önlenmesine ilişkin tedbirleri içeren bir kavramdır¹⁴.

1.1.2. Amacı

Sağlık turizminin asıl amacı, sağlık sorunlarına çare bulmak ve bu uğurda daha kaliteli hizmete daha az maliyetle ulaşabilmektir¹⁵. Zira bazı ülkelerde sağlık hizmetine ulaşmak zordur. Yaşanan zorluğun sebebi; sağlık hizmetine ulaşmanın

H. / Mahmood, Samah A., “Turizmin Yükselen Trendi: Sağlık Turizmi ve Güneydoğu Anadolu Bölgesi Örneği”, Journal of Social Sciences, C. 13, S. 50, (2014), s. 39; Aydın, Oğuz, “Türkiye’de Alternatif Bir Turizm; Sağlık Turizmi”, Karamanoğlu Mehmetbey Üniversitesi Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi, C. 14, S. 23, (2012), s. 92; Dost, Gülten / Çınarlı, Serkan, “Sağlık Turizmi Kapsamında Yabancı Hastaların Aydınlatılması Üzerine Kısa Tartışma”, III. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildirileri Kitabı Cilt 2, Ed. Hakan Hakeri ve Cahid Doğan, Ankara, Adalet Yayınevi, 2020, s. 249; Gönenç, Fulya İlçin, “Hukukî ve Etik Boyutuyla Medikal Turizm”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S. 3, (2016), s. 1174.

¹² Müller, Hansrüdi / Kaufmann, Eveline Lanz, “Wellness Tourism: Market Analysis of a Special Health Tourism Segment and Implications for the Hotel Industry”, Journal of Vacation Marketing, S. 7, (2001), s. 17; Öztürk, G., Hasta Hakları ve Etik, s. 9. Tontuş, Tüm Yönler, s. 17.

¹³ Bülbül, Gelişim, s. 28.

¹⁴ Crouch, Geoffrey I. / Richie, John Raymond Brent, “Tourism, Competitiveness, And Societal Prosperity”, Journal of Business Research, S. 44, (1999), s. 139; Öztürk, G., Hasta Hakları ve Etik, s. 63; Çılgınoğlu, Örnekleme, s. 1.

¹⁵ Kaçan, Selvi, “Sağlık Turizminde Hasta Hakları”, (Bahçeşehir Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2018, s. 1.

yüksek maliyetli olması, sağlık ekipmanlarının veya uzmanların eksikliği, çok uzun süreler boyunca sıra beklenecek olunması, bazı tedavi türlerinin yaşanılan ülkedeki hukuk düzeni tarafından yasaklanmış olması gibi faktörler olabilir. Bu ülkelerde yaşayan insanlar da sağlık turizmi kapsamında sağlık hizmeti almak amacıyla yabancı ülkelere seyahat edebilirler¹⁶. Kısaca sağlık turizminin temel amacı, yaşadıkları ülkede alabilecekleri sağlık hizmetinden bir nedenle tatmin olamayacak kişilerin, o sağlık sorununa çözüm aramak için başka ülkelere seyahat etmeleridir.

Sağlık hakkı çoğu devletin anayasasında temel haklardan birisi olarak yer alsa da sağlık hizmeti sunan kurum ve kuruluşlar, birçok modern devlette devlet tekelinde değildir. Günümüzde devletlerce uygulanan liberal ekonomi politikalarının sonucu olarak, özel kuruluşlar vasıtasıyla sağlık hizmeti sunulması oldukça yaygın hale gelmiştir¹⁷. Sağlık ihtiyacının karşılanması için yapılan işlemler, günümüzde modern teknoloji ve ulaşım sistemlerinin de etkisi ile dünya çapında çok büyük bir pazar hâline gelmiştir. Sağlık hizmetinin özelleşmesi, çoğu zaman insanların sağlık hakkına ulaşmaları konusunda fayda sağlamaktadır. Zira insanların hizmet almak için başvurabilecekleri sağlık kuruluşu alternatifi çoğalmakta ve bu alternatifler arasındaki rekabet sayesinde hizmet kalitesi artmaktadır. Yine rekabet nedeniyle insanların alacakları hizmetlere ödeyecekleri ücretler ciddi oranda azalmakta ve insanların sağlık hakkına erişimi kolaylaşmaktadır. Bu durum, her devletin arzuladığı bir durum olmalıdır. Devletler, rekabet hâlinde oldukları diğer devletlerdeki standartları yakalayamazlarsa sağlık turizminden elde edecekleri gelirleri rakip devletlere kaptıracak olmanın bilinciyle kendilerini daima geliştirme arzusundadırlar¹⁸.

1.1.3. Kapsamı

Sağlık Turizmi kavramı, bir çatı kavram olarak değerlendirilebilir. Sağlık turizmi faaliyetlerine kaplıca ve diğer doğal kaynaklardan faydalanmak, estetik cerrahî operasyonları yaptırmak, diş implantasyonları yaptırmak ve her türlü diş tedavisi görmek, fizik tedavi ve rehabilitasyon seanslarına katılmak amacıyla vb. yapılan

¹⁶ Gemalmaz / Ertan, Cleveland, s. 1006.

¹⁷ Yücel, Özge, “Sağlık ve Tıp Hukukuna İlişkin Temel Kavramlar ve Özneler”, Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, Ed. Özge Yücel ve Gürkan Sert, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 28 (Temel Kavramlar).

¹⁸ Çılgınoğlu, Örnekleme, s. 53.

turistik faaliyetler dahil edilebilir. Bu çeşitlilik, sağlık kuruluşlarının yanında turistik kuruluşların da gelirini arttırarak devletin ve halkın ekonomik gelişime katkı sağlamaktadır¹⁹. Zira sağlık turizminde genellikle acenteler tarafından pazarlanan şey, sağlığa kavuşmak adına yararlanılması gereken nitelikleri taşıyan mal ve hizmetleri kapsayan, birden fazla sektörü ilgilendiren paketlerdir²⁰.

Sağlık turizmi, birçok meslek alanının kesişim noktasında bulunduğundan sağlık turistlerine kaliteli hizmet sunabilmek için farklı sektörler arasında eş zamanlı çalışma ve uyumlu bir iş birliği ortamı oluşturulmalıdır²¹.

Sağlık turizmi sayesinde ülkeye gelen sağlık turistlerinden döviz elde edilmektedir. Bunun yanında tedavi süreçleri genel olarak duygusal açıdan zorlayıcı süreçler olduğundan sağlık turistleri, tedavi boyunca yalnız kalmaktan çekinmektedirler. Bu nedenle, kendi ülkelerinden gelirken refakatçileri de kendilerine eşlik eder. Refakatçilerin konaklamasından, katıldıkları turistik faaliyetlerden, yeme ve içmelerinden eğlence, turizm, konaklama gibi bilumum hizmet sektörü işletmeleri ve çalışanları gelir elde etmektedir. Sağlık turizmi, bu yönüyle ülkenin ekonomik açıdan güçlenmesine ve halkın refah seviyesinin yükselmesine katkıda bulunmaktadır. Bunun yanında ülkeler arası rekabetin artması sayesinde hastalar da daha kaliteli sağlık hizmetlerine daha uygun fiyatlarla kavuşmaktadır. Ayrıca sağlanan tecrübe ve bilgi alışverişi sayesinde teknoloji ve metotların gelişmesi hızlanmakta, yaşam kalitesi artmaktadır. Hizmet sağlayıcı devletlerin uluslararası arenada etkinlikleri artmaktadır²². Kâr elde eden işletme daha fazla yatırım yaparak işletmeyi büyütmede ve daha fazla kişiyi istihdam etmektedir. Devlet de hem istihdam sorununu hafifletmekte hem büyüyen işletmelerden daha fazla vergi geliri elde etmektedir.

Sağlık turizminin sektör dışındaki insanlara sağladığı ekonomik faydalarının yanında o sektörde çalışan sağlık personeli açısından da faydaları bulunmaktadır.

¹⁹ Edinsel / Adıgüzel, Beş Yıl, s. 170.

²⁰ Tontuş, Hacı Ömer, “Sağlık Turizmi Tanıtımı ve Sağlık Hizmetlerinin Pazarlanması İlkeleri Üzerine Değerlendirme”, Disiplinlerarası Akademik Turizm Dergisi, C. 3, S. 1, (2018), s. 68.

²¹ Bülbül, Gelişim, s. 27.

²² Çılgınoğlu, Örnekleme, s. 2; Yalçın, Pınar, “Türkiye’de Sağlık Turizminde Alt Yapı Oluşturulma Gereği ve Sağlık Kurumlarına Yönelik Bir Araştırma”, (Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2006, s. 40-41; Kaçan, Sağlık Turizminde Hasta Hakları, s. 10-11; Korkmaz Özcan, Zişan, “Yerel Yönetimlerde Özerklik ve İdarî Vesayet Denetimi”, (Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Isparta, 2009, s. 121-122.

Sağlık çalışanları, sağlık turizmi faaliyetleri sayesinde birçok ülkeden farklı hastalık ve vakalarla karşı karşıya gelerek meslekî tecrübelerini arttırmaktadırlar. Buna bağlı olarak, gelecekte karşılaşılan vakalarda hata yapma olasılıkları azalmakta ve hastaların memnuniyetini sağlayabilme olasılıkları artmaktadır. Sonuç olarak birim başına harcanan para ve kaynak miktarı azalırken paylaşım çoğalmakta ve ayrıca bu yönüyle de ekonomiye başka bir katkı sağlanmaktadır²³.

Sağlık turizminin tercih edilme sebeplerinin yanında doğal olarak sağlık turizminden kaçınma sebepleri de bulunmaktadır. Bunlardan birisi, gerek devletlerin sağladıkları genel sağlık sigortalarının, gerekse özel sağlık sigortalarının bazı hâllerde yabancı ülkelerde yapılan sağlık harcamalarını poliçe kapsamı dışında tutmalarıdır. Sağlık turisti adayı, alacağı hizmetin sigorta tarafından karşılanmayacağını gördüğünde maliyeti dolayısıyla bundan vazgeçebilmekte ve daha az para harcayarak yerleşik bulunduğu yerdeki kurumlar vasıtasıyla sağlığına kavuşmayı deneyebilmektedir²⁴.

Sağlık turizmi kapsamında gerçekleştirilen tıbbî müdahale sonrasında sağlık turistinin -henüz tam iyileşme sağlanmadan- kısa süre içerisinde kendi ülkesine dönmesi de kaçınma sebebidir. Tıbbî müdahale gerçekleştirildikten kısa süre sonra kendi ülkesine dönen sağlık turisti, takip eden süreçte istenmeyen bir sonuçla karşılaşması hâlinde çözümü kendi ülkesindeki sağlık kuruluşlarında aramak durumunda kalmaktadır²⁵. Bu da hastaya fazladan masraf ve belki yeni sağlık sorunları olarak geri dönecektir.

Tıbbî uygulama hatalarıyla karşılaşma riski de insanları sağlık turizmi faaliyetlerine katılma fikrinden uzaklaştırmaktadır. Tıbbî müdahaleler gerçekleştirilirken bazı durumlarda uygulama hataları meydana gelebilmektedir. Uygulama hataları meydana geldiğinde hekimlerin, sağlık çalışanlarının veya sağlık kuruluşlarının hastaya karşı tazminat sorumluluğu doğabilecektir. Bu konu, çalışmamızın ilerleyen kısımlarında detaylı bir şekilde incelenecektir. Kimi devletlerin

²³ Aslanova, Kemale, “Türkiye’de Sağlık Turizmi ve Sağlık Turizmi Hukuku”, Avrasya Uluslararası Araştırmalar Dergisi, C. 2, S. 3, (2013), s. 166.

²⁴ Yalçın, P., s. 41; Kaçan, Sağlık Turizminde Hasta Hakları, s. 12; Tontuş, Tüm Yönler, s. 64.

²⁵ Garcia-Altes, Anna, “The Development of Health Tourism Services”, Annals of Tourism Research, S. 32, (2005), s. 263; Öztürk, G., Hasta Hakları ve Etik, s. 2; Tontuş, Tüm Yönler, s. 65.

hukuk düzeni, zarar gören kişilere, haklarını aramak konusunda tatmin edici düzeyde olanaklar sağlamamaktadır. Olası bir uygulama hatası sonucunda hakkını arayamayacağını bilen sağlık turisti adayları, bu ülkelere giderek tedavi görmek ve risk almak istemeyebilirler²⁶.

İnsanları sağlık turizminden uzaklaştıran diğer sebep ise seyahat edilen ülkedeki sağlık personelinin eğitim yetersizliği ve yabancı dil bilmemelerinden kaynaklanan iletişim sorunlarının yaşanabilmesi ve dinî veya kültürel yönlerden farklılıkların yaşanması olarak sayılabilir²⁷. Hasta ile hekim arasında güven ilişkisi bulunması zorunludur. Aksi takdirde o tıbbî müdahaleden olumlu sonuç alınması pek mümkün olmaz. Hastalıklara tanı konulurken bireysel tecrübelerini hekime anlatmak çok büyük öneme sahipken konuşarak iletişim kurulamayan bir doktorun elinden tedavi görmekten kaçınmak doğal karşılanabilecek önemli bir husustur.

1.1.4. Tarihsel Gelişimi

İnsanlık tarihi, insanların refaha ve sağlığa ulaşma çabasıyla yazılmıştır. Bu uğurda insanlar, gerekirse konfor alanlarının dışına çıkarak yaşadıkları yerlerden farklı bölgelere seyahat etmişlerdir. Hatta eski zamanların şartları düşünüldüğünde ulaşım olanaklarının elverişsizliği, can ve mal güvenliğinin olmaması dahi insanları bu çabalarından alıkoymaya yetmemiştir. Zira sağlık turizminin köklerinin antik döneme kadar uzandığı görülmektedir²⁸.

MÖ 350 yılları civarında Antik Yunan'da Tanrı kabul edilen Apollo'nun oğlu şifa tanrısı Asklepios'un doğum yeri olduğuna inanılan Epidauros şehrindeki Asklepon Tapınağı'na yapılan hac yolculukları, kayıtlara geçen ilk sağlık turizmi faaliyetlerindendir²⁹. Bunun yanında, Antik Roma döneminde ise şifa ve sağlık kavramları su ile bağdaştırılmıştır. Roma İmparatorluğu zamanında sefere giden veya seferden dönen askerlerin tedavileri ve dinlenmeleri için hamamlar ve spa tesisleri inşa

²⁶ Borman, Edwin, "Health Tourism: Where Health Care Ethics and the State Collide", British Medical Journal, C. 378, S. 7431, (2004), s. 61; Öztürk, G., Hasta Hakları ve Etik, s. 3; Tontuş, Tüm Yönler, s. 65.

²⁷ Tontuş, Tüm Yönler, s. 66.

²⁸ Gönenç, Hukukî ve Etik, s. 1174.

²⁹ Costa, Carlos / Quintela, Joana / Mendes, José, "Health and Wellness Tourism: A Strategic Plan for Tourism and Thermalism Valorization of Sao Pedro do Sul", Health and Wellness Tourism Emergence of a New Market Segment, Ed. Marta Peris-Ortiz and José Alvarez-Garcia, Switzerland, Springer International Publishing, 2015, s. 22; Tontuş, Tüm Yönler, s. 11.

edilmiştir. Yine bu durum, günümüzden yaklaşık 2000 yıl öncesine dayanmaktadır. *Spa* kelimesinin anlamı, Latince “*sudan gelen sağlık*” anlamına gelmekte olan *Salus Per Aquam* sözcüklerinin baş harflerinin birleştirilmesi yoluyla oluşturulan bir terimdir³⁰. Bugün çoğunlukla lüks otel ve tatil köylerinin bünyesinde bulunan spa ve hamam tesisleri, aslında sağlık turizminin tarihinde önemli yer tutmaktadır.

İlerleyen dönemlerde ulaşım araçlarının daha çok çeşitlenip güvenliklerinin artması, teknolojinin gelişmesi, seyahatin kolaylaşması sayesinde sağlık turizmi hareketliliği çok büyük ölçekte artmıştır. İlk çağda ve orta çağda sağlık turizmine egemen olan unsur, ılıcalar ve kaplıcalardır. Tarihte insanlar tedavi amacıyla genelde bu oluşumlardan medet ummuşlardır. Almanya, Belçika, Japonya gibi ülkelerdeki ılıcalar ve doğal sıcak su kaynakları, ilk çağ, orta çağ ve yakın çağda sağlık turisti çekme konusunda önemli rol oynamıştır³¹.

Verem hastalığıyla mücadele etmek adına kurulan sanatoryumlar da sağlık turizmi müesseseleri arasında sayılmalıdır. Verem salgınının çok yaygın olduğu dönemde hastalar, şehirden uzak konumlarda kurulmuş sanatoryumlara sevk edilmiştir. Şehirden uzak, genelde ormanın içinde, temiz havalı ve sakin ortamlarda bulunan sanatoryumlar, insanoğlunun veremle mücadelesine katkıda bulunmuştur. Şehirlerden sanatoryumlara tedavi amacıyla gelip iyileştikten sonra eski yaşantısına geri dönen hastalar, kanımca sağlık turisti olarak adlandırılmalıdırlar.

Günümüzdeki sağlık turizminin kapsamına çalışmamızda daha önce değinilmiştir. Artık insanlık uygarlığının geldiği düzey göz önünde bulundurulduğunda neredeyse her sağlık hizmetinin yabancı ülkelere alınabilmesinin mümkün olduğu görülebilecektir.

1.1.5.Sağlık Turizminin Çeşitleri

Sağlık turizmi, sağlık hizmetinin türüne, gidilen yerin özelliklerine, hizmeti sunan çalışanların kim olduklarına göre vb. alt dallara ayrılmaktadır. Öğretide sağlık

³⁰ Connell, Medical Tourism, s. 12; Naranong, Anchana and Naranong, Viroj, “The Effects of Medical Tourism: Thailand’s Experience”, Bulletin of the World Health Organization, S. 89, (2011), s. 339; Çilginoğlu, Örnekleme, s. 19.

³¹ Kaçan, Sağlık Turizminde Hasta Hakları, s. 34 vd.

turizminin kaç alt daldan oluştuğu konusunda görüş birliği bulunmamaktadır³². Katıldığımız görüşe göre sağlık turizmi, dört farklı alt daldan oluşmaktadır. Bu alt dallar; termal sağlık turizmi, yaşlı sağlık turizmi, engelli sağlık turizmi ve medikal turizmdir.

Çalışmamızda sağlık turizminde hekimlerin sorumluluğu irdeleneceğinden tıbbî müdahaleleri içinde barındıran medikal turizm başlığına yoğunlaşılacaktır.

1.1.5.1. Termal Sağlık Turizmi

Termal sağlık turizmi, doğal sıcak su kaynaklarından, doğal su ve çamur birikintilerinden, mineralli su kaynaklarından, bazen spa tesislerinden faydalanılarak sağlık durumunu iyileşme amacının güdüldüğü sağlık turizmi çeşididir³³. Tıbbî yönünden daha çok fizyolojik ve psikolojik iyileşme ön plandadır. Termal turizm; bir yerin iklim ve hava koşullarından faydalanma amacı güdülen klimatizm, ılıcalar ve kaplıcalar gibi doğal su kaynaklarının kullanıldığı termalizm ve bir yerde yetişen tarımsal ürünlerin beslenme amacıyla kullanıldığı uvalizm gibi farklı yöntemleri içerir³⁴.

Sağlık turizminin bu alt dalı, tarihsel kökleri en eskilere dayanan sağlık turizmi çeşididir³⁵. Genelde kaplıcalar ve mineralli kaynak sularından faydalanma amacı öne çıkar ve fiziksel tedavi boyutu önemlidir.

³² Farklı görüşler için bkz.: Bülbül, Gelişim, s. 36; Kaçan, Sağlık Turizminde Hasta Hakları, s. 12; Aslanova, Türkiye’de Sağlık Turizmi, s. 135; Edinsel / Adıgüzel, Beş Yıl, s. 173; Aydın, Dursun / Aypek, Nevzat / Aktepe, Cemalettin / Şahbaz, Ramazan Pars / Arslan, Siddık, “Türkiye’de Medikal Turizmin Geleceği”, Ankara, Sağlık Bakanlığı Yayınları, 2011, s. 4; Özsarı, Salih Haluk / Karatana, Özlem, “Sağlık Turizmi Açısından Türkiye’nin Durumu”, Kartal Eğitim ve Araştırma Hastanesi Tıp Dergisi, C. 24, (2013), s. 138; Garcia-Altes, Development, s. 265; Toprak / Elsaied / Mahmood, Trend, s. 42; Tontuş, Tüm Yönler, s. 25 vd.

³³ Emir, Oktay / Arslantürk, Yalçın, “Perceptions of Tourism Students on Thermal Tourism in Afyonkarahisar”, Procedia-Social and Behavioral Sciences, S. 176, (2015), s. 566; Öztürk, G., Hasta Hakları ve Etik, s. 18; Bülbül, Gelişim, s. 36; Aslanova, Türkiye’de Sağlık Turizmi, s. 135; Akat, Ömer, Pazarlama Ağırlıklı Turizm İşletmeciliği, Bursa, Ekin Kitabevi, 2000, s. 22-23; Edinsel / Adıgüzel, Beş Yıl, s. 173; Smith, Melanie / Kelly, Catherine, “Holistic Tourism: Journeys of the Self?”, Tourism Recreation Research, S. 31, (2006), s. 17; Connell, Medical Tourism, s. 31; Özsarı / Karatana, Türkiye’nin Durumu, s. 138; Tontuş, Tüm Yönler, s. 36.

³⁴ Ünlüöner, Kurban / Tayfun, Ahmet / Kılıçlar, Arzu, Turizm Ekonomisi, B. 4, Ankara, Nobel Akademik Yayıncılık, 2011, s. 20; Bülbül, Gelişim, s. 15.

³⁵ Sağlık turizminin tarihsel gelişimi anlatılırken Antik Yunan ve Antik Roma dönemlerinde suyun kullanıldığı tedavi yöntemlerinin tercih edildiği belirtilmişti. Bkz.: Başlık 1.1.4.

Türkiye’de doğal termal kaynak suları ve kaplıcalar yaygındır. Fakat ne var ki çarpık kentleşme, hizmet ve yatırım eksikliği, tesis kalitesizliği, denetimsizlik, tanıtım faaliyetlerinin azlığı, sektör içi eğitimsizlik gibi nedenler dolayısıyla Türkiye, termal turizm konusunda uluslararası alanda istediği üne sahip değildir. Termal turizm konusunda dünyanın en çok turist çeken ülkeleri; Japonya, Almanya, Rusya, Fransa, İsviçre gibi ülkelerdir.

1.1.5.2. Yaşlı Sağlığı Turizmi

Sağlık turizminin bu alt dalında sağlık turistleri salt sağlık hizmeti almayı değil; aynı zamanda kişisel bakım gibi ihtiyaçlarını da gidermek konusunda yardım almayı hedeflemektedirler³⁶. Burada amaçlanan, sağlık ihtiyacının giderilmesinin yanı sıra hayat kalitesini yükseltmektir³⁷.

Yaşlı sağlığı turizminin ana varoluş sebebi, gelişmiş ülkelerdeki ortalama yaşam süresinin artması ve buna bağlı olarak yaşanan bedensel ve zihinsel zorlukların artmasıdır. Müreffeh ülkelerin yaşlı insanları daha az gelişmiş ülkelere başvurarak bu ihtiyaçlarını karşılamaktadırlar. Aynı zamanda insanlar yaşlandıkça bünyeleri hastalıklara daha yatkın hale gelmektedir. Genelde kalp ve damar sistemi hastalıkları, kanser, sindirim sistemi rahatsızlıkları, solunum güçlükleri gibi hastalıkların yaşlılarda görülme olasılığı daha yüksektir ve bu hastalıkların tedavisi için de sağlık turizmini tercih edebilmektedirler. Türkiye’de yaşlı sağlığı turizmini güçlendirmek adına olabildiğince eğitilmiş personeller yetişmesi ve yaşlı sağlığı turizmi sektöründe hizmet veren tesislerin bakımlı olması gerekmektedir.

1.1.5.3. Engelli Turizmi

Engelli bireylerin bazıları, bakıma muhtaç haldedirler. Bu muhtaç olma durumu fiziksel veya zihinsel engellerden kaynaklanabilmektedir. Bedensel veya zihinsel engelleri nedeniyle kendi ihtiyaçlarını karşılamak konusunda yetersiz olan

³⁶ Tontuş, Tüm Yönler, s. 40 vd.; Gençay, İbrahim Cemal, “Sağlık Turizmi”, Sürdürülebilir Rekabet Avantajı Elde Etmede Turizm Sektörü: Sektörel Stratejiler ve Uygulamalar, Ed. Melih Bulu ve Hakkı Eraslan, İstanbul, Uluslararası Rekabet Araştırmaları Kurumu Derneği Yayınları, 2007, s. 174; Bülbül, Gelişim, s. 38; Karacal, Müge, Sağlık Ekonomisi Makro ve Mikro Yaklaşımlar, Ankara, Gazi Kitabevi, 2020, s. 232.

³⁷ Peiro, Pablo Saz / Moure, Olga Martinez, “Social Program Hydrotherapy IMSERSO in Horizon 2020”, Health and Wellness Tourism Emergence of a New Market Segment, Ed. Marta Peris-Ortiz and José Alvarez-Garcia, Switzerland, Springer International Publishing, 2015, s. 133.

veya bu konuda zorlanan kişilerin bakımlarının sağlanması ve gerekiyorsa tedavi olmasının temini amacıyla başvurulmuş turizm türüdür³⁸. Bakıma muhtaç kişi, gündelik yaşamını idame ettirmek için yapması gereken temel hareketleri bile yapamayacak durumda olabilir³⁹. Bunun yanında bu turizm çeşidine başvuran insanların zihinsel veya fiziksel rehabilitasyon seanslarına katılmak için de turistik faaliyetlere katıldıkları görülebilmektedir

Türkiye'nin içerisinde bulunduğu ekonomik durum ve Türkiye halkının uluslararası alanda bilinen misafirperverlik, sıcakkanlılık ve yardımseverlik özellikleri, engelli turizmde önemli devletlerden biri olma ihtimalini kuvvetlendirmektedir. Son yıllarda dünya genelinde çoğu kamusal alanda teknolojinin de nimetlerinden faydalanarak engelli bireylerin de zorlanmadan kullanabilecekleri yollar, araçlar vb. üretilmektedir. Türkiye'nin de bu konuda yapması gereken, her alanda engelli dostu alternatifler yaratmaktır.

1.1.5.4. Medikal Turizm

Modern tıp bilimi açısından değerlendirildiğinde sağlık turizminin en önemli alanı olarak tanımlanabilir. Medikal turizme başvuran turistler, genel olarak alanında uzman bir hekim tarafından tıbbî tedavi görmek için gelirler. Anlaşılabileceği üzere burada asıl amaç, özel tıbbî tedavi görmektir ve hekimlerin profesyonel olarak görev yaptıkları alandır⁴⁰.

Bir kısım müellif tarafından sağlık turizmi ve medikal turizm terimlerinin eş anlamlı kullanıldığı görülebilmektedir. Bununla beraber iki terimin farklı anlama geldiğini savunan müellifler de bulunmaktadır. Kanımızca sağlık turizmi kavramı bir

³⁸ Burnett, John J. / Baker, Heather Bender, "Assessing the Travel-Related Behaviors of the Mobility-Disabled Consumer", Journal of Travel Research, S. 40, (2001), s. 4 vd.; Çılgınoğlu, Örnekleme, s. 33; Tontuş, Tüm Yönler, s. 47 vd.

³⁹ Seyyar, Ali, Özürlülere Adanmış Sosyal Politika Yazıları, Sakarya, Adapazarı Büyükşehir Belediyesi Yayınları, 2006, s. 54; Kaçan, Sağlık Turizmde Hasta Hakları, s. 31.

⁴⁰ Aydın / Aypek / Aktepe / Şahbaz / Arslan, S., Gelecek, s. 6; Kantarcı, Hasan Bülent / Kurban, Adil, "The Healthcare Export and the Potential of Health Tourism in Turkey", The Business & Management Review, S. 5, (2014), s. 419; Öztürk, G., Hasta Hakları ve Etik, s. 28; Harahsheh, Salem: "Curative Tourism in Jordan an Potential Development", (Bournemouth University Thesis for the Fulfillment of MA in European Tourism Management), United Kingdom, 2002, s. 23; Kaçan, Sağlık Turizmde Hasta Hakları, s. 13; Kiremit, Aysun Şebnem, "Turizm Gelişiminde Bir Alternatif Olarak Medikal Turizm: Bir Sağlık Kuruluşunda Araştırma", (Gazi Üniversitesi Eğitim Bilimleri Enstitüsü Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2008, s. ii; Bülbul, Gelişim, s. 37, Tontuş, Tüm Yönler, s. 26; Edinsel / Adıgüzel, Beş Yıl, s. 175, Dost / Çınarlı, Tartışma, s. 249.

çatı kavram olup medikal turizm onun alt dallarından birini oluşturmaktadır. Medikal turizm, daha çok tedaviye ilişkin bir alan olmakla beraber sağlık turizminin diğer alanları daha çok keyif alma ve iyi hissetme amacıyla başvurdıkları alanları ifade etmektedir⁴¹.

Medikal turizmin dünya çapında yükselişinin nedenleri başlıca gelişmiş devletlerde sigorta ve sağlık hizmetlerinin maliyetlerinin de artmış olması, sağlık sistemine göre değişmekle birlikte genelde tedavi için uzun süreler beklemek zorunda olunması, gelişen teknoloji ile birlikte ulaşım olanaklarının da gelişmesi ve seyahat maliyetlerinin çok azalması, internet ve sosyal medya sayesinde herkesin bilgiye ve reklamlara daha kolay maruz kalması, yine bunların sonucu olarak evrensel güzellik algısının değişmesi ve insanların estetik cerrahî operasyonları geçirmeye daha sıcak bakması, dünya geneli para arzının artması nedeniyle yükselen gelir seviyeleri ve buna binaen sağlık harcamaları için ayrılan bütçenin artması gibi unsurlar sayılabilir⁴².

Tıbbî müdahaleler, ameliyatlar, yürütülen medikal tedaviler, diş hekimliği uygulamaları, saç ve sakal ekimi, organ transplasyonları, ortez ve protez yapımı, diş teli takılması, plastik ve rekonstrüktif cerrahi operasyonları, kanser tedavileri, yağ aldırma operasyonları, mide küçültme ameliyatları vb. sağlık turizminin bu alt dalı kapsamındadır⁴³.

Medikal turizm kapsamına giren operasyon ve işlemlerin yapılabilmesi için belli bir uzmanlık, deneyim ve bilgi gerekmektedir. Edinilmesi zor olan bu özelliklerin katma değerleri yüksektir. Ayrıca medikal turizm kapsamında tedavi görmek amacıyla başka ülkelere giden sağlık turistleri, tıbbî müdahale öncesinde rahatlayıp stres atmak ve hoş zaman geçirip kültürlenmek amacıyla tatil yapabilmektedirler. Aynı durum tedavi veya ameliyat sonrasında dinlenme süreci devam ederken gittikleri yerlerde konaklamaya devam ettiklerinde de geçerlidir. Bu durum, medikal turizmi daha

⁴¹ García, José Álvarez / Rama, María de la Cruz del Río / González - Vázquez, Encarnación and Merigo Lindahl, José María, Motivations for Implementing a System of Quality Management in Spanish Thalassotherapy Centers, Health and Wellness Tourism Emergence of a New Market Segment, Ed. Marta Peris-Ortiz and José Alvarez-Garcia, Switzerland, Springer International Publishing, 2015, s. 101.

⁴² Connell, Medical Tourism, s. 42.

⁴³ Öztürk, G., Hasta Hakları ve Etik, s. 76; Aslanova, Türkiye’de Sağlık Turizmi, s. 135; Aydın, O., Alternatif, s. 93.

kazançlı hale getirmektedir. Böylelikle hastaların kendi tıbbî harcamalarının yanında yakınlarının yaptıkları ihtiyarî harcamalar da Türkiye’ye döviz girişi sağlamaktadır.

1.1.6. Sağlık Turizminin Türkiye’deki Gelişimi

1.1.6.1. Genel Olarak

Türkiye, sağlık turizmi pazarında etkin olmayı amaçlayan devletlerden biridir. Türkiye, doğal güzellikler ve tarihi eserler yönlerinden bolca turist çeken bir ülkedir. Fakat bu turistlerin sağlık turizmine bir katkısı bulunmamaktadır. Bu turistler açısından ancak turist sağlığı kapsamında değerlendirilebilecek tıbbî müdahaleler söz konusu olabilir⁴⁴.

Türkiye’de yaygın olarak sunulan sağlık turizmi hizmetleri çoğunlukla medikal turizmin kapsamı dahilindedir. Bunlara örnek olarak göz ameliyatları, türlü diş hekimliği uygulamaları, doğal yollarla çocuk sahibi olamayan aileler için fertilizasyon uygulamaları, estetik ameliyatlar, kardiyovasküler cerrahî operasyonları, saç ekimi gibi hizmetler verilebilir⁴⁵.

Türkiye’nin sağlık turizmi alanında avantajlı olmasını sağlayan bazı etmenler bulunmaktadır. Bunlar, aynı operasyonların gelişmiş ülkelere kıyasla daha az bedel karşılığında yapılması, hizmetlerin modern tesislerde sunulması, sağlık çalışanlarının iyi eğitimden geçmiş ve daha önce benzer vakalarda tecrübe edinmiş olmaları, sağlık hizmeti verilmesinde kullanılan ekipmanların ve sağlık tesislerinin gelişmiş devletlerdeki standartlarda olması, sağlık hizmeti alma konusunda uzun sıralar beklemenin gerekmemesi, geçmişten gelen kültür çeşitliliği sayesinde her dinî inancı mensup insanın hassasiyetlerine önem gösterilebiliyor olunması, sağlık turistlerinin sağlıklı iletişim kurabilecekleri sağlık çalışanlarının olması ve yurt dışında yaşayan çok sayıda Türkiye kökenli insanların bulunmasıdır⁴⁶.

Türkiye genelinde sağlık turistleri incelendiği zaman farklı şehirlerimizin farklı sağlık turizmi alanlarında öne çıktığı görülmektedir. Örneğin Afyonkarahisar ve

⁴⁴ Sağlık turizmi ile turist sağlığı terimleri arasındaki fark için bkz.: 1.1.

⁴⁵ Özşarı / Karatana, Türkiye’nin Durumu, s. 141.

⁴⁶ Edinsel / Adıgüzel, Beş Yıl, s. 177; Aydın / Aypek / Aktepe / Şahbaz / Arslan, S., Gelecek, s. 13; Tontuş, Tüm Yönler, s. 92; Silik, Cemal Ersin, “Sağlık Turizmi”, Alternatif Turizm, Ed. Olcay Atıncı, Ankara, Gazi Kitabevi, 2020, s. 105.

Denizli daha çok termal turizm alanında hizmet vermekte iken İstanbul gelişmiş teknolojik olanaklar sayesinde medikal turizm alanında; Antalya doğal güzellikleri ve turistik tesisleri sayesinde daha çok yaşlı sağlığı turizmi yönünde talep görmektedir⁴⁷.

1.1.6.2. Yapılan Değişiklikler ve Uygulamaya Yansımaları

Sağlık turizmi faaliyetleri, dünya genelinde önemli bir ekonomik boyut taşımaktadır. Bunun nedenleri, çalışmamızda daha önce irdelenmiştir. Sağlık turizminin kazanımlarından mahrum kalmak istemeyen devletler, bu konuda yatırımlar ve yasal düzenlemeler yapmaktadır. Türkiye de bu devletler arasında yer almaktadır. 2012 ila 2019 yılları arası gelen sağlık turisti sayıları incelendiğinde Türkiye'nin bu yatırımlarının meyvelerini almaya başladığı söylenebilir. TÜİK verileri incelendiğinde 2012 yılında gelen sağlık turisti sayısı 216.229 iken bu sayının 2019'da 662.087'ye ulaştığı görülebilmektedir⁴⁸.

Türkiye'nin kalkınma planlarında 1990'lardan bu yana sağlık turizmine çok önem verildiği görülmektedir⁴⁹. Fakat resmîyette verilmiş olunan önem, uzun zaman icraata dönüştürülme konusunda harekete geçilmesine yetmemiştir. Nihayet yakın zamanda bu hedefi gerçekleştirmek adına Sağlık Bakanlığı ve Kültür ve Turizm Bakanlığı bir araya gelerek sağlık turizmi ile ilgili çalışmalar yapmış, Sağlık Bakanlığı bünyesinde Sağlık Turizmi Daire Başkanlığı kurulmuş, ayrıca Sağlık Turizmi Kurulu⁵⁰ (SATURK) kurulmuştur.

Bunun yanında yayımlanan 663 sayılı kanun hükmünde kararname ile USHAŞ⁵¹ kurulmuştur. Burada amaç, sağlık turizmi faaliyetlerini tanıtmak, desteklemek ve gelişmesini sağlamaktır⁵².

Sağlık turizminde uluslararası iş birliğini arttırmak amacıyla devletlerarası ikili anlaşmalar imzalanabilmektedir. Türkiye, yaklaşık 60 devletle bu konuda iş birliği anlaşmaları akdetmiştir. Fakat bu anlaşmalar hukukî ihtilafların çözümüne değil;

⁴⁷ Tontuş, Tüm Yönler, s. 56.

⁴⁸ Uluslararası Sağlık Hizmetleri AŞ (USHAŞ) internet sitesi, <https://www.ushas.com.tr/saglik-turizmi-verileri/> (Erişim tarihi: 21.12.2020).

⁴⁹ Strateji ve Bütçe Başkanlığı resmî sitesi <https://www.sbb.gov.tr/kalkinma-planlari/> (Erişim Tarihi: 14.12.2020).

⁵⁰ <http://www.saturk.gov.tr/> (Erişim tarihi: 21.12.2020).

⁵¹ Uluslararası Sağlık Hizmetleri AŞ (USHAŞ).

⁵² Uyanık, Ayfer, "Estetik Sağlık Turizmi Hukuku", Tıp Hukuku Dergisi, S. 19, (2021), s. 23 (Estetik).

genellikle ekonomik faaliyetlerin ve iş birliğinin güçlendirilmesine yönelik anlaşmalardır⁵³.

Sağlık turizmi hakkındaki mevzuatta da yenilikler yapılmış, Uluslararası Sağlık Turizmi ve Turistin Sağlığı Hakkındaki Yönetmelik⁵⁴, Kaplıcalar Yönetmeliği⁵⁵ gibi yönetmelikler yayımlanmıştır. Özel sektörü özendirmek amacıyla teşvikler uygulanmış, yatırımcıların masrafları, ödeyecekleri vergiden mahsup edilmiş ve hatta Gelir Vergisi Genel Tebliği⁵⁶ ile kazancın bir kısmı vergiden muaf tutulmuştur. Ayrıca Avrupa Birliği'ne (AB) üye olunmadığı halde Avrupa Birliği'nin üye devletlerinde uygulanmak amacıyla yayımladığı tüzüğe uygun olarak Türkiye'de de kanunlaştırma çalışmaları yürütülmüştür. Uygulamada sağlık turizmi alanında faaliyet gösteren kurum ve kuruluşların denetimi sıklaştırılmıştır.

1.1.6.3. Güncel Olayların Türkiye'de Sağlık Turizmine Etkisi

Türkiye'de sağlık turizmi alanında yaşanan olumlu gelişmelere, gerçekleştirilen atılımlara rağmen gerek Türkiye'de gerekse tüm dünyada meydana gelen siyasi gelişmeler ve zaman zaman ırkçılık boyutlarına varan ve yayılan milliyetçilik ideolojisi, tüm dünyayı pençesine alan salgın hastalıklar, ekonomik krizler, yaşanan güvensizlik ortamı nedeniyle yatırımcıların başka ülkelere yönelmesi, mal ve hizmet üretiminin maliyetinin artması, iç ve dış politikalarda izlenen stratejiler, komşu devletlerde yaşanan iç savaş durumları ve bunların Türkiye üzerindeki etkileri, yakın tarihte sıklıkla yaşanan terör ve canlı bomba olayları, artan şiddet ve tecavüz vakaları, yabancılara gösterilen düşmanlık, tanıtım yetersizliği, turizm ve hizmet sektöründe çalışan bazı elemanların eğitimsizliği gibi etmenler, Türkiye'nin sağlık turizminde daha etkin bir devlet olmasını engellemektedir.

⁵³ Uyanık, Sağlık Turizmi Hukuku, s. 89.

⁵⁴ RG: 13.07.2017-30123.

⁵⁵ RG: 24.07.2001-24472.

⁵⁶ RG: 31.12.2012-28514.

Türkiye’de sağlık turizmi kapsamında gerçekleştirilen operasyonlarda denetim eksikliği ve modern tıp uygulamalarından uzak kalınması, yakın zamanda İngiliz basınında haber yapılmıştır⁵⁷.

2019 yılının sonlarında Çin’de ortaya çıkarak tüm dünyayı etkisi altına alan SARS-COV-2 (COVID-19) pandemisi nedeniyle birçok devletin seyahat kısıtlamaları getirmesi, hastanelerin neredeyse tüm kapasitelerini bu hastalara ayırmak zorunda kalmaları tüm turistik faaliyetleri etkilediği gibi sağlık turizmini de en kötü biçimde etkilemiştir. Hastalığın aşısının bulunmasıyla birlikte “aşı turizmi” kavramı tartışılır hale gelmiştir. Bazı devletler, vatandaşlarına yetecek miktarda aşıdan daha fazla miktarda aşı satın almış durumdadır. Aşıya ulaşım imkanı bulunmayan birtakım yabancı devlet vatandaşları, bu ülkelere giderek aşı olma yolunu tercih edebilmektedir⁵⁸. Bu durum, ulaşılabilen tarihi yaklaşık 2350 sene öncesine dayanan sağlık turizminin insanlık varlığını korudukça her koşulda devam edeceğini göstermektedir.

1.2. Tıp Bilimi Ve Tıp Hukukuna İlişkin Genel Bilgiler

1.2.1. Tıp Bilimi

1.2.1.1. Tanım

Sağlığın yalnızca insanlar için değil; her canlı için vazgeçilmez bir nimet olduğu aşıkardır. Sağlığını yitirmiş olanlar tekrar sağlıklarına kavuşmak amacıyla;

⁵⁷ Haberde Türkiye’nin bir çeşit kalça dolgusu ameliyatlarında (Brazilian Butt Lift) Avrupalı turistlerin en çok tercih ettiği; dünya genelinde tüm turistler düşünüldüğünde ise Tayland ve Meksika’dan sonra üçüncü sırada bulunan ülke olduğu belirtilmiştir. Ancak son üç yılda bu ameliyatı Türkiye’de yaptıran üç kadının ameliyat sonrasında ameliyata bağlı birtakım olumsuz sonuçların meydana gelmesi nedeniyle hayatlarını kaybettikleri ve birçok sağlık turistinin Türkiye’den mutsuz ayrıldıkları bilgisi yer almaktadır. Bu ameliyatlarda Birleşik Krallık standartlarında başarı elde etmek için azamî 300cc yağ enjeksiyonu yapılırken Türkiye’deki bazı cerrahların sosyal medya hesaplarında 1000cc yağ enjeksiyonu gerçekleştirdiklerinin reklamlarını yaptıkları ve bunun sağlığa zararlı olduğu vurgulanmıştır. Haberde, bu ameliyatı Türkiye’de yaptıran kişilerin mutsuz olmalarının ve ameliyatların başarısız olmasının nedeni buna bağlanmıştır.

<https://www.theguardian.com/news/2021/feb/09/brazilian-butt-lift-worlds-most-dangerous-cosmetic-surgery> (Erişim Tarihi: 24.02.2021). Özkök, Ertuğrul, “Dikkat Kardashian’ın Poposu Başımıza Dert Açabilir” (Çevrimiçi), <https://www.hurriyet.com.tr/yazarlar/ertugrul-ozkok/dikkat-kardashianin-poposu-basimiza-buyuk-bir-is-acabilir-41744935> (Erişim Tarihi: 24.02.2021).

⁵⁸ Aşı turizmi haberleri için bkz.: <https://www.evrensel.net/haber/423542/ingilterede-zenginler-icin-250-bin-tlye-asi-turizmi-basladi> (Erişim tarihi: 19.01.2021); <https://tr.sputniknews.com/avrupa/202101141043575485-ingilterede-asi-turizmi-basladi-250000-tlye-ulasim-dahil-asi-turu/> (Erişim Tarihi: 19.01.2021)

sağlığını yitirme tehlikesi yaşayanlarsa bunu önlemek amacıyla tıp biliminden ve onun avantajlarından yararlanırlar. Tıp bilimi, TDK sözlüğüne göre “*Hastalıkları iyileştirmek, hafifletmek veya önlemek amacıyla başvurulmuş teknik ve bilimsel çalışmaların tümü, tababet*” olarak tanımlanmaktadır⁵⁹. Sözcüğün kökeni incelendiğinde ise Türkçe’ye Arapça’dan girdiği ve hekimlik ilmi ve mesleği anlamına geldiği, iyi ve iyileştirme gibi sözcüklerle eş kökenli olduğu görülmektedir⁶⁰.

1.2.1.2. Amacı

İnsanlık tarihinde tıp bilimi uygulanırken güdülen amaç genelde birden fazla sayıda olmuştur. Birey bazında düşünüldüğünde hastalıkla mücadele, hastaya şifa verme ve hastanın acılarını dindirme amacı güdülmektedir. Toplum bazında düşünüldüğünde ise somut olaydaki hastadan başka diğer hastalara ve hastalıklara da uygulanmak üzere tedavi ve bakım metotları geliştirmek, hastalıkların önüne daha erken geçebilmek için hastalıkların belirtilerini incelemek ve bunu mukayeseli olarak yapmak, hastalık nedenlerini incelemek ve tedavi yollarının bulunmasını temin etmektir⁶¹.

1.2.2. Tıp Hukuku

1.2.2.1. Tanım

Tıp Hukuku, hasta ile hekim arasındaki ilişkiyi, tarafların haklarını, yükümlülüklerini ve sorumluluklarını inceleyen hukuk dalıdır. Sağlık Hukukunun alt dallarından biridir ve Anayasa Hukuku, Ceza Hukuku, İdare Hukuku, Medenî Hukuk, Borçlar Hukuku gibi dalları da içine alan disiplinler arası bir hukuk dalıdır⁶².

⁵⁹ Türk Dil Kurumu Sözlüğü: <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 28.01.2021)

⁶⁰ Nişanyan Sözlük: <https://www.nisanyansozluk.com/?k=t%C4%B1p1&lnk=1> (Erişim Tarihi: 28.01.2021)

⁶¹ Ateş, Turan, Hekimlerin Cezaî ve Hukukî Sorumlulukları, İstanbul, Nobel Tıp Kitabevleri, 2010, s. 2.

⁶² Hakeri, Hakan, “Türkiye’de Sağlık Hukuku – Tıp Hukuku”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 2, (2009), s. 119 (Sağlık); Tontuş, Tüm Yönler, s. 245; Gökcan, Hukukî ve Cezaî, s. 76.

1.2.2.2. Kaynakları

Tıp Hukuku, somut olaya göre Anayasa, TMK, TBK, Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun⁶³, İdari Yargılama Usulü Kanunu⁶⁴, Türk Ceza Kanunu⁶⁵, Hususî Hastaneler Kanunu⁶⁶, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun⁶⁷, Hasta Hakları Yönetmeliği⁶⁸, Avrupa Konseyi Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi⁶⁹ vb. birçok hukukî metinden yararlanmaktadır⁷⁰. Tıp Hukuku mevzuatının böyle dağınık ve eski tarihli olması, öğretilerde eleştiri konusu olmuştur⁷¹. Ayrıca çalışmamızda inceleme konusu olan sağlık turizmi kapsamında gerçekleştirilen tıbbî müdahaleler sonucunda yaşanan hukukî ihtilafın bir tarafı yabancı devlet vatandaşı olduğu için Milletlerarası Özel Hukuk ve dolayısıyla MÖHUK da devreye girecektir. Zira henüz düzenleyicileri çok sayıda devlet olan muteber bir Milletlerarası Tıp Hukuku çalışması gerçekleştirilmiş değildir⁷².

1.3. Hasta – Hekim İlişkisi

1.3.1. Tanım

İnsanlar, hekimlere çoğunlukla hastalandıklarında başvurarak sağlıklarına kavuşmak amacıyla kendilerini onlara emanet etmektedirler⁷³. Dolayısıyla hasta ile hekim arasındaki ilişki, duyulan güven üzerine inşa edilmektedir⁷⁴. Güven algısı, yalnızca dış görünüşle verilen sinyallerle tatmin olmaz. Bununla birlikte karşıdaki kişiye emin ellerde olduğunun hissettirilmesi gerekir. Ayrıca tedavi süreçleri, hastalar

⁶³ RG: 14.04.1928-863. Bundan itibaren TŞSK olarak anılacaktır.

⁶⁴ RG: 20.01.1982-17580. Bundan itibaren İYUK olarak anılacaktır.

⁶⁵ RG: 12.10.2004-25611. Bundan itibaren TCK olarak anılacaktır.

⁶⁶ RG: 05.06.1933-2419.

⁶⁷ RG:28.11.2013-28835. Bundan itibaren TKHK olarak anılacaktır.

⁶⁸ RG: 01.08.1998-23420 Bundan itibaren HHY olarak anılacaktır.

⁶⁹ RG: 09.12.2013-25311. Bundan itibaren Biyotıp Sözleşmesi olarak anılacaktır.

⁷⁰ Sağlık Hukuku ve Tıp Hukuku alanlarında kullanılan uluslararası ve ulusal tüm belgeler için bkz.: Yücel, Özge, "Sağlık ve Tıp Hukukunda Uluslararası ve Ulusal Belgeler", Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, Ed. Özge Yücel ve Gürkan Sert, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 47-69 (Belgeler); Çelik, Çelik Ahmet, Tazminat ve Alacaklarda Sorumluluk ve Zamanaşımı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 835 – 837.

⁷¹ Hakeri, Sağlık, s. 121.

⁷² Tontuş, Sağlık Turizmi Hukuku, s. 2.

⁷³ Çelik, Tazminat, s. 839.

⁷⁴ Gökşen, Özcan, "Defansif Tıp ve Tıbbî Malpraktis Uygulamalarının Hukukî Boyutu, Çözüm Önerileri ve Meslekî Sorumluluk Sigortası", (Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2014, s. 24.

için alışılmadık ve yabancı bir süreç olduğundan fiziksel açıdan olduğu kadar psikolojik açıdan da zorlu ve yıpratıcıdır. Bu nedenle, hekimler mesleklerini yaparlarken karşılarındaki insanın yalnızca fiziksel değil; psikolojik durumlarını da düşünmek zorundadırlar⁷⁵.

Hasta ve hekim arasındaki ilişki incelenmeden önce, bu temel kavramların tanımlamalarının yapılması gerekmektedir.

1.3.2. Hasta

Hasta kavramı, HHY’de “*Sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan kimse*” olarak tanımlanmaktadır. Çalışmamızın ilk bölümünde yer verilen DSÖ’nün yaptığı sağlık tanımından yola çıkılarak da hasta; fiziksel, zihinsel ve sosyal yönlerden sağlık hâinden uzak kimse olarak tanımlanabilir. TDK Sözlük tanımında kanaatimizce kavramın dar yorumlanması tercih edilerek “*kaza veya yaralanma dolayısıyla fizik veya ruh sağlığı bozulmuş ve tedavi edilmesi gereken kimse*” olarak tanımlanmıştır⁷⁶.

1.3.3. Hekim

Özellikle teknolojinin hızla geliştiği ve yaşamın her alanını etkilediği günümüzde hekimlik mesleği, gelişen teknolojiyi ve bu teknolojinin tıp bilimine kazandırdığı bilgi ve metotları takip etmeyi, sürekli araştırma yapmayı ve kendini geliştirmeyi gerektiren bir meslektir⁷⁷.

Hekim, tıp bilimini meslek edinmiş ve bu mesleği yürütmeye yetkili olan kişidir ve uygulamada aynı zamanda yaygın olarak doktor, tabip gibi unvanların da kullanıldığı görülmektedir⁷⁸. Sağlık Meslek Mensupları ile Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelikte⁷⁹

⁷⁵ Atıcı, Elif, “Hasta – Hekim İlişkisi Kavramı”, Uludağ Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi, C. 33, S. 1, (2007), s. 45.

⁷⁶ Türk Dil Kurumu Sözlüğü: <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 28.01.2021)

⁷⁷ Yücel, Özge, “Hekimin ve Özel Sağlık Kuruluşlarının Hukuksal Sorumluluğu” Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, Ed. Özge Yücel ve Gürkan Sert, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 338 (Hekim ve Özel).

⁷⁸ Gökcan, Hukukî ve Cezaî, s. 45; Ateş, Sorumluluk, s. 91; Bakbak Özdemir, Disiplin Sorumluluğu, Handan, “Hekimin Disiplin Sorumluluğu”, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi “Sağlık Hukuku Makaleleri”, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2012, s. 245.

⁷⁹ RG: 22.05.2014-29007.

bulunan tabiplerin görev tanımından yola çıkarak hekim, tıbbî ilke ve yöntemleri uygulayarak toplumu ve bireyi hastalıklardan koruyan, hastaları iyileştiren ve hastaya müdahale eden kişi olarak tanımlanabilir⁸⁰.

Kişinin hekimlik yapabilmek için taşıması gereken şartlar, TŞSK’de düzenlenmiştir. Kanun md. 1 metninde düzenlenen temel şart, kişinin hekimlik yapabilmek için öncelikle tıp fakültesi mezunu olması gerektiğidir⁸¹. 2011 yılında yapılan kanun değişikliğinden önce istisnalar haricinde Türkiye’de hekimlik yapacak kişilerin Türk vatandaşı olmaları şartı da aranmaktaydı⁸². Bunun yanında Türk Tabipleri Birliği Kanunu⁸³ md. 7 gereğince hekimlik faaliyetleri yürütülen yer tabip odasına kayıt yaptırmak da serbest hekimlik yapmak isteyen kişiler için zorunludur. Ancak serbest hekimlik yerine kamuya ait sağlık kuruluşlarında çalışan hekimlerin odaya kayıt yaptırma zorunluluğu bulunmamaktadır⁸⁴. Kısaca Türkiye’de hekimlik yapmak isteyen kişinin tıp fakültesi diploması bulunması, yurt dışındaki bir fakülteden mezun olursa denklik alması, Sağlık Bakanlığına diploma kaydını yaptırması ve ruhsatını alması gerekmektedir⁸⁵.

1.3.4. Tarihsel Gelişimi

Hasta ile hekim arasındaki ilişki, tarihin farklı dönemlerinde bilimde yaşanan ilerleme, toplumda yaygın olarak inanılan din ve değer yargıları gibi faktörler ışığında farklı şekillerde yorumlanmıştır. Toplumun bilgi ve eğitim düzeyi arttıkça, bilimde

⁸⁰ Aşçıoğlu, Çetin, Tıbbî Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar, Ankara, Tek Işık Ofset Tesisleri, 1993, s. 1; Erdoğan, Ersoy, “Hekim Hakları”, (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2007, s. 8.

⁸¹ TŞSK Madde 1, “Türkiye Cumhuriyeti dâhilinde tababet icra ve her hangi surette olursa olsun hasta tedavi edebilmek için tıp fakültesinden diploma sahibi olmak şarttır.” şeklinde düzenlenmiştir.

⁸² Özdemir, Hayrunnisa, “Hekimin Hukukî Sorumluluğu”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 1, (2016), s. 41 (Hukukî).

⁸³ RG: 31.01.1953-8323. Bundan itibaren TTBK olarak anılacaktır.

⁸⁴ <https://www.istabip.org.tr/5136-tabip-odasina-uyelik-zorunlulugu-hakkinda.html> (Erişim Tarihi: 29.01.2021); Madde lafzı açık olmasına rağmen öğretilerde bu konuda farklı görüşler de vardır. Kamu kurumlarında çalışan hekimler için de tabip odasına kayıt yaptırmanın zorunlu olduğu yönünde görüş için bkz.: Bayraktar, Köksal, “Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezaî Sorumluluğu”, (İstanbul Üniversitesi Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, 1972, s. 120; Özdemir, H., Hukukî s. 44.

⁸⁵ Sert, Selin, “Türk Hukukunda Kadın Doğum Hastalıkları Hekimlerinin Gerçekleştirdiği Müdahaleler ve Hekimlerin Yükümlülükleri”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, (2015), s. 151.

ilerlemeler yaşandıkça hekimin hasta karşısındaki sorgulanamaz otoritesi sorgulanır hale gelmiştir⁸⁶. Bu doğrultuda hekimlik anlayışları da değişmiştir.

1.3.4.1. Paternalist Hekimlik

Paternalizm kelimesi, Türkçe'ye Fransızca'dan geçmiştir ve Latince “koruyucu babalık” anlamından türemiştir⁸⁷. Genel olarak bakıldığında paternalizm, otorite sahibi kişilerin başkaları adına, onların lehine sonuç doğuracak kararları alması ve bu yolla onların kendileriyle ilgili sorumluluk almalarını önlemesi hâllerinde karşımıza çıkan bir anlayıştır⁸⁸.

Paternalist hekimlik, en ilkel hekimlik anlayışıdır. Bu anlayışa göre hekim, neyin hastalık olduğuna, hastanın ne yapması gerektiğine hastaya danışmadan kendi başına karar vermektedir⁸⁹. Bu durumlarda hastanın tedavi hakkındaki düşüncesi sorulmaz, hastalık ve tedavi yolları hakkında hasta aydınlatılmaz ve buyurgan bir üslup benimsenir⁹⁰. Bu hekimlik anlayışında hekimin davranış ve eylemlerinde, hastanın iyiliğini gözettiği varsayılır⁹¹.

1.3.4.2. Katılımcı Hekimlik

Paternalist hekimlik anlayışının II. Dünya Savaşı sonrasında terkedilme eğilimi göstermesinin ardından ortaya katılımcı hekimlik anlayışı çıkmıştır⁹². Bu anlayışa göre hekim, hastayı; koyduğu teşhis, hastalığın tüm yönleri, tedavi yöntemleri gibi konular hakkında bilgilendirerek görevini yapmaktadır⁹³. Katılımcı hekimlik anlayışına göre hastanın kendisine uygulanacak tıbbî müdahaleler, yapılacak işlemler, bunların sonuçları ve hastalığı hakkında genel bilgi sahibi olması ve tedavi sürecinin işleyişine hekimle birlikte karar vermesi esastır⁹⁴.

⁸⁶ Oğuz, Neyyire Yasemin, “Klinik Uygulamada Hekim-Hasta İlişkisi”, T Klin Tıbbî Etik Dergisi, C. 2, S. 3, (1995), s. 63.

⁸⁷ Nişanyan Sözlük: <https://www.nisanyansozluk.com/?k=paternalizm> (Erişim Tarihi: 02.02.2021)

⁸⁸ <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/paternalism> (Erişim Tarihi: 02.02.2021)

⁸⁹ Günday, Rezzan, “Tıbbî Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukukî Sorumluluk”, (Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2009, s. 100.

⁹⁰ Gökşen, Defansif, s. 66.

⁹¹ Atıcı, Hasta-Hekim, s. 47; Oğuz, Klinik, s. 62.

⁹² Güzeldemir, Mustafa Erdal, “Hasta Bilgilendirmenin Önemi”, Sendrom Aktüel Tıp Dergisi, C. 17, S. 5, (2005), s. 14; Günday, Hukukî Sorumluluk, s. 101.

⁹³ Günday, Hukukî Sorumluluk, s. 101.

⁹⁴ Gökşen, Defansif, s. 69.

Kanaatimizce hasta ve hekim ilişkisi düşünüldüğünde karşılıklı güvenin en sağlam tesis edildiği, ilişkinin en sağlıklı biçimde kurulduğu, en ideal hekimlik anlayışı budur.

1.3.4.3. Danışman Hekimlik

Danışman hekimlik anlayışına; bilgilendirici hekimlik, bilimsel hekimlik, mühendislik modeli hekimlik veya tüketici modeli hekimlik isimleri de verilmektedir⁹⁵. Özellikle Amerika Birleşik Devletleri'nde 20. yy ortalarından itibaren hekimlere karşı açılan tazminat davaları sayısındaki artıştan sonra ortaya çıkan bir hekimlik anlayışıdır. Bu anlayışa göre hekim, hastalıkla ilgili tüm detayları hastaya aktarır ve yapılacak tıbbî müdahale için hastanın karar vermesini bekler⁹⁶. Danışman hekimlik anlayışına göre hekim, ortaya çıkacak sonuç üzerinde sorumluluk almaktan kaçınmakta, sorumluluğun doğacağı hâllerden ve kendisine karşı dava açılmasından kurtulmanın yollarını aramaktadır⁹⁷.

1.3.5. Hukukî Niteliği

Hasta ile hekim arasındaki ilişki, kural olarak sözleşmeyle kurulan bir ilişki türüdür ve her iki taraf için hak ve yükümlülükler doğurur⁹⁸. Bunun yanında, acil hâllerde ve müdahalenin genişletilmesinde vekâletsiz iş görme veya haksız fiil ilişkisi gündeme gelebilmektedir⁹⁹. Hekimlik sözleşmesinin varlığından bahsedebilmek için arada aracı kuruluşlar olmaksızın doğrudan doğruya hasta ile hekim arasında kurulan

⁹⁵ Atıcı, Hasta-Hekim, s. 48.

⁹⁶ Günday, Hukukî Sorumluluk, s. 101.

⁹⁷ Gökşen, Defansif, s. 68.

⁹⁸ Özcan, Burcu Gülseren / Özel, Çağlar, “Kişilik Hakları-Hasta Hakları Bağlamında Tıbbî Müdahale Dolayısıyla Çıkan Hukukî İlişkide Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rızaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, C. 10, S. 1, (2007), s. 63; Arslan, Firdevs, “Hekimin Sorumluluğunun Belirlenmesi Bakımından Hekim ile Hasta Arasındaki İlişkinin Hukukî Mahiyeti”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 26, S. 1, (2020), s. 402.

⁹⁹ Çelik, Tazminat, s. 846; Şenol, Nilay, “Hekimin Tazminat Sorumluluğu (Hekimin Hukukî Sorumluluğu)” II. Ulusal Sağlık Hukuku “Tıbbî Müdahalenin Hukukî Yansımaları” Sempozyumu, Ed. Aysun Altunkaş, İpek Sevda Söğüt ve Hamide Tacir, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015, s. 117; Hakeri, Sağlık, s. 125.

bir sözleşmenin varlığı gerekir¹⁰⁰. Arada başka kurum veya kuruluşlar olduğu takdirde sözleşmenin ve dolayısıyla ilişkinin mahiyeti değişmektedir¹⁰¹.

1.3.6. Hasta ve Hekimin Hak ve Yükümlülükleri

Hasta ile hekim arasındaki ilişkide tarafların hak ve yükümlülükleri, birbirinin tam anlamıyla zıttı değildir. Dolayısıyla tipik bir sözleşme ilişkisinden farklı değerlendirilmesi gerekmektedir. Taraflardan birinin sözleşmeden doğan yükümlülüğünü yerine getirmesi veya sözleşmeden doğan hakkını kullanması, her iki taraf için de olumlu sonuç doğurabilmektedir¹⁰². Bu hak ve yükümlülükler hekimin sorumluluğuna etki edebileceğinden çalışmamızda bu hak ve yükümlülükler kısaca değinilecektir.

1.3.6.1. Hasta Hakları

İnsan haklarının Sağlık Hukukundaki görünüşü, hasta haklarıdır¹⁰³. Hasta ile hekim arasındaki ilişkide güçsüz taraf olduğu varsayılan hastayı korumak amacıyla tanınmış haklardır¹⁰⁴. Hasta hakları, uluslararası alanda ilk kez 1981’de Dünya Tıp Birliği tarafından yayımlanan Lizbon Bildirgesi’nde¹⁰⁵ açıkça belirtilmiştir¹⁰⁶. Bu haklar: hekimini seçme hakkı, bağımsız bir hekim tarafından bakılma hakkı, aydınlatılma hakkı, tedaviyi reddedebilme hakkı, gizlilik hakkı, onurunu koruma hakkı, dinî destek isteme veya teklif edilen desteği reddetme hakkı olarak

¹⁰⁰ Yücesoy Yılmaz, Yasemin, “Hekim Aleyhine Açılan Tazminat Davalarında Zamanaşımı Uygulaması”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 23, (2015), s. 275; Barlıoğlu, Hüseyin Cem, “Defansif Tıp Unsuru Olarak Malpraktis”, (Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Gaziantep, 2018, s. 71.

¹⁰¹ Çelik, Tazminat, s. 841.

¹⁰² Öztürk Türkmen, Hafize, “Hekim-Hasta İlişkisinde Haklar ve Sorumluluklar”, Toraks Cerrahisi Bülteni, C. 5, S. 1, (2014), s. 10; Türe, Memiş Gökhan / Türe, Oğuzhan, “Hekimin Hizmetten Çekilme Hakkı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 131, (2017), s. 300; Erdoğan, Hekim Hakları, s. 5.

¹⁰³ Sert, Gürkan, “Hasta Hakları”, Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, Ed. Özge Yücel ve Gürkan Sert, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 125.

¹⁰⁴ Günday, Hukukî Sorumluluk, s. 14.

¹⁰⁵ Bildirge metni için bkz.: <https://sbu.saglik.gov.tr/hastahaklari/lizbon.htm> (Erişim Tarihi: 16.02.2021); Sayek, Füsun, Sağlıkla İlgili Uluslararası Belgeler, Ankara, Türk Tabipleri Birliği Yayınları, 1998, s. 27.

¹⁰⁶ Günday, Hukukî Sorumluluk, s. 14; Kılıç Güneş, Bahu, “Hekimin Hukukî Sorumluluğu”, (Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2014, s. 3; Erdoğan, Hekim Hakları, s. 11.

düzenlenmiştir. Daha sonra uluslararası alanda DSÖ Amsterdam Bildirgesi¹⁰⁷, Biyotıp Sözleşmesi gibi hukukî metinlerle bu haklar genişletilmiştir.

Türkiye’de ise hasta hakları önceden birçok hukukî metinde dağınık durumdayken ilk kez 1998’de yayınlanan HHY ile topluca düzenlenmiştir¹⁰⁸. HHY’de düzenlenen haklardan bazıları sağlık hizmetlerinden faydalanma hakkı, sağlık personeli seçme hakkı, tıbbî standartlara göre tedavi olma hakkı, gizlilik hakkı, tedaviyi reddetme, refakatçi bulundurma hakkı, hukukî yollara başvurabilme hakkı gibi haklardır¹⁰⁹.

1.3.6.2. Hasta Yükümlülükleri

Hasta, sağlık hizmeti almak için hekime başvurduğunda taraflar arasında sağlıklı bir iletişim ve ilişki kurulabilmesi için birtakım yükümlülükleri yerine getirmelidir. Hastanın yerine getirmesi gereken yükümlülükler hukukumuzda HHY md. 42/A metninde sayılmıştır. Bu yükümlülükler: hekimle iş birliği yapma yükümlülüğü, hekimin tavsiyelerine uyma yükümlülüğü, tıbbî müdahaleye katlanma yükümlülüğü, şikayetlerini ve hastalık belirtilerini hekime açık bir şekilde anlatma yükümlülüğü, alınan sağlık hizmeti karşılığında hekime ücret ödeme yükümlülüğü, kurallara uyma yükümlülüğüdür¹¹⁰.

1.3.6.3. Hekim Hakları

Hekimlik mesleğinin ve tıp biliminin doğamız gereği riskli bir meslek alanı olduğuna çalışmamızda önceden değinilmiştir. Hekimlerin işlerini yaparken bu riskleri üstlenmeleri karşılıksız bırakılmamalıdır. Ayrıca Tıp Hukukunun temelini hasta ile hekim arasındaki ilişki oluşturmaktayken hasta haklarının bulunduğu ortamda hekim haklarının olmaması da adaletsizlik yaratacaktır. Özel olarak hekim haklarının

¹⁰⁷ Bildirge metni için bkz.: <https://sbu.saglik.gov.tr/hastahaklari/amsterdam.htm> (Erişim Tarihi: 16.02.2021)

¹⁰⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Sert, G., Hasta Hakları, s. 131-152; Türkmen, Ali, Hasta ve Hekim Hukuku, B. 2, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s. 65-73.

¹⁰⁹ Güney Tunalı, Işıl, “Hekimin Tıbbî Müdahalede Bulunma Yükümlülüğünün Sınırları”, (İstanbul Kültür Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, 2019, s. 164-165.

¹¹⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Güney Tunalı, Sınırlar, s. 174-187; Yeşiller, Fatma Begüm, “Hekimlik Sözleşmesi ve Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu”, (Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2019, s. 58-60; Türkmen, Hasta ve Hekim Hukuku, s. 77-78; Gökcan, Hukukî ve Cezaî, s. 140-143; Şenol, Tazminat, s. 128.

düzenlendiği yasal bir metin bulunmamaktadır. Bu nedenle, hekim hakları, öğretilde çeşitli hukukî düzenlemelere atıflar yapılarak tartışılmaktadır. Öğretilere göre hekim hakları kısaca: hijyenik ve temiz çevrede çalışma hakkı, tıp bilimindeki yenilik ve gelişmeleri takip edebilme hakkı, hastadan bilgi talep edebilme hakkı, hastadan saygılı ve güvenli bir ilişki görme hakkı, hekimliğin bir meslek olmasından ücret talep edebilme hakkı, hasta seçebilme hakkı, insanca çalışma şartları talep edebilme hakkı, sağlığını koruma hakkı, meslektaşlarına danışabilme hakkı gibi haklardan oluşmaktadır¹¹¹.

1.3.6.4. Hekim Yükümlülükleri

Hekim yükümlülükleri, hasta ile aralarındaki ilişkide meslekî olarak yapması ve yapmaktan kaçınması gereken davranışlardan oluşmaktadır. Bu yükümlülükler; hastanın yaşamını koruma, hasta haklarına saygı gösterme, sır saklama, kayıt tutma, tıp biliminin standartlarına ve genel kurallarına uygun hareket etme, önüne gelen vakanın işlenen bir suç sonucunda meydana geldiğini düşünüyorsa durumu ilgili mercilere ihbar etme, görevini bizzat ifa etme, hastayı dinleme, hastaya teşhis koyma, hastalığı tedavi etme, hastayı tedavi hakkında bilgilendirip tedavi için rızasını alma gibi yükümlülüklerdir¹¹².

1.4. Tıbbî Müdahale Kavramı

1.4.1. Tanım

Tıbbî müdahale, öğretilde, yasal olarak bu işi yapma yetkisi verilmiş meslek mensuplarınca, kendilerine başvuran kişinin sağlığını olumsuz yönde etkileyen unsurların teşhisi ve tedavisi amacıyla yapılan her türlü işlemler olarak

¹¹¹ Türkmen, Hasta ve Hekim Hukuku, s. 73-76; Erdoğan, Hekim Hakları, s. 17-33; Ünder, Yıldız Ertuğ, “Hekimlerin Meslekî ve Akademik Özgürlüğü/Özerkliği”, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi “Sağlık Hukuku Makaleleri”, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2012, s. 222; Öztürk Türkmen, Hasta ve Hekim Hukuku, s. 10-11; TTB Hekim Hakları Bildirgesi: https://www.ttb.org.tr/makale_goster.php?Guid=484cccb8-9041-11ea-9b7d-6d38d16eb233 (Erişim Tarihi: 16.02.2021).

¹¹² Ayrıntılı bilgi için bkz.: Güney Tunalı, Sınırlar, s. 139-161; Özcan, Zeynep / Özcanoglu, Ayşe Betül, “Yargıtay İçtihatları Işığında Malpraktis Komplikasyon Ayırımına Bağlı İspat Sorunları”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 16, (2020), s. 294; Cengiz, İstar / Küçükay, Alper, “Tıbbî Malpraktis, Tıbbî Malpraktisin Psikolojik Boyutları ve Özel Hastanede Çalışan Hekimin Tıbbî Malpraktisten Doğan Hukukî Sorumluluğu”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 37, (2009), s. 119; Gökşen, Defansif, s. 95-96; Gökcan, Hukukî ve Cezai, s. 148-180; Şenol, Tazminat, s. 122-127; Oral, Tuğçe, “Hekimin Yükümlülükleri”, http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_1048.htm (Erişim Tarihi: 16.02.2021).

tanımlanmıştır¹¹³. Türk Sağlık Hukuku ve Tıp Hukuku bakımından da önemli bir yasal düzenleme olan Biyotıp Sözleşmesi metninde tıbbî müdahale kavramı birçok yerde kullanılmış fakat tanımı yapılmamıştır. Tıbbî müdahalenin tanımı ancak Biyotıp Sözleşmesinin 2005 tarihli ek protokol md. 2’de yapılmıştır¹¹⁴. Ek protokol, Türkiye’de 2011 yılında kabul edilmiştir¹¹⁵. Bu sözleşme ve ek protokol metninde tıbbî müdahale kavramının geniş yorumlandığı anlaşılmaktadır. Geniş yorumlamanın sonucu olarak tıbbî müdahalenin amacının yalnızca hasta sağlığını koruyup gözetmek değil; bazı durumlarda delil elde etmek, bazen estetik algıları tatmin etmek, bazen psikolojik açıdan iyileşmek gibi amaçlar da olabileceği ve dolayısıyla tıbbî müdahalenin yalnızca fizikî müdahaleden oluşmadığı hususu gözden kaçırılmamalıdır¹¹⁶.

1.4.2. Hukuka Uygunluk Koşulları

Temel hakları düzenleyen metinler kişilerin vücut bütünlüklerine dokunulmazlık hakkı tanınmıştır. Bu hak, maddî hukukumuzda normlar hiyerarşisinin en tepesinde bulunan Anayasa’da düzenlenmiştir¹¹⁷. Tıbbî müdahaleler de bu dokunulmazlığı ihlal eden eylemlerdir ve hukuka uygun olması için birtakım şartlar

¹¹³ Hakeri, Hakan, Tıp Hukuku, B. 11, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 26-27 (Tıp Hukuku); Barlıoğlu, Defansif, s. 32; Çilingiroğlu, Cüneyt, “Özel Hukuk Yönünden Hastanın Tıbbî Müdahaleye Rızası”, (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 1991, s. 3; Ayan, Mehmet, Tıbbî Müdahalelerden Doğan Hukukî Sorumluluk, Ankara, Kazancı Yayınları, 1991, s. 5 (Tıbbî); Savaş, Halide, Yargıya Yansıyan Tıbbî Müdahale Hataları, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 26 (Yargıya Yansıyan); Şenocak, Zariye, “Küçükün Tıbbî Müdahaleye Rızası”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 50, S. 4, (2001), s. 66-67; Özdemir, H., Hukukî, s. 46; Demir, Mehmet, “Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 57, S. 3, (2008), s. 234; Kılıç Güneş, Sorumluluk, s. 45; Duysak, Merve, “Hekimin Tıbbî Uygulama Hatalarından Doğan Cezaî Sorumluluğu”, Ankara Barosu Hukuk Gündemi Dergisi, C. 3, S. 5, (2009), s. 27; Gökcan, Hukukî ve Cezaî, s. 45; Atak, İsmail, “Tıbbî Müdahalelerin Hukuka Uygunluk Şartları”, Türk Ortopedi ve Travmatoloji Birliği Derneği Dergisi, S. 19, (2020), s. 20; Kurt, Munise Gülen, “Tıbbî Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 146, (2020), s. 189; Aksoy Gülaslan, Pınar, “Tıbbî Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Malî Sorumluluk Sigortası”, Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu, Ed. Hakan Hakeri ve Cahid Doğan, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2015, s. 269.

¹¹⁴ Biyotıp Sözleşmesi Ek Protokol Madde 2/3: “Bu Protokol’ün amaçları bağlamında, “müdahale” terimi,

i- bir fiziksel müdahaleyi ve

ii- ilgili kişinin psikolojik sağlığı açısından risk taşıyan herhangi bir müdahaleyi içerir.” şeklinde düzenlenmiştir.

¹¹⁵ RG: 11.06.2011-27961.

¹¹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Yücel, Temel Kavramlar, s. 32-33; Savaş, H., Yargıya Yansıyan, s. 26.

¹¹⁷ Anayasa madde 17/2: “Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı hâller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tabi tutulamaz.” şeklinde düzenlenmiştir.

aranmaktadır. Bir tıbbî müdahalenin hukuka uygun olarak yapıldığını söyleyebilmek için müdahale; yetkili bir sağlık çalışanı tarafından gerçekleştirilmeli, tıp bilimi standartlarına uygun olarak yapılmalı, öncesinde hasta bilgilendirilerek hastanın rızası alınmış olmalıdır¹¹⁸. Kanun koyucu, HHY md. 4 metninde yapılan tanımda tıbbî müdahalenin hukuka uygunluk koşullarını özetlemiştir¹¹⁹.

1.4.2.1. Müdahalenin Yetkili Bir Sağlık Çalışanı Tarafından Yapılması

Tıbbî müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için yetkili bir sağlık çalışanı tarafından gerçekleştirilmesi gerektiği, önceki başlıkta açıklanmıştır. Tıbbî müdahalede bulunma yetkisi, TŞSK uyarınca öncelikle hekimlere aittir. Türkiye’de hekimlik yapabilmenin ve uzman hekimliğin şartları da aynı kanunda düzenlenmiştir. Hekimler haricindeki sağlık çalışanları, hastaların sağlığını korumak ve iyileştirmek, hastalıklara tanı koymak ve onları tedavi etmek amacıyla çalışan kişilerdir¹²⁰. TŞSK’nin ilerleyen maddelerinde acil tıp teknikerleri, sağlık astsubayları, diş hekimleri, hastabakıcı hemşireler, psikologlar, fizyoterapistler, diyetisyenler, laborantlar vb. düzenlenmiştir. Ancak ek madde 13 düzenlemesine göre hekim ve diş hekiminin teşhis ve tedavi planlaması olmaksızın diğer sağlık çalışanlarının tıbbî müdahalede bulunma yetkilerinin olmadığı belirlenmiştir¹²¹. Hasta, bu kişilerden başka birisine tıbbî müdahalede bulunmak üzere rıza gösterse dahi o rıza geçersiz kabul edilir¹²². Bu zorunluluğun getirilme amacı, tıp biliminin doğası gereği riskli bir

¹¹⁸ Hakeri, Tıp Hukuku, s. 171; Barlıoğlu, Defansif, s. 32; Savaş, Halide, “Tıbbî Malpraktis ve Komplikasyondan Doğan Sorumluluklar”, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi “Sağlık Hukuku Makaleleri”, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2012, s. 259; Atak, Hukuka Uygunluk Şartları, s. 20; Gökcan, Hukukî ve Cezaî, s. 188.

¹¹⁹ HHY madde 4/g: “Tıbbî müdahale: Tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan, sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak tıbbin sınırları içinde gerçekleştirilen fizikî ve ruhî girişimi,...” şeklinde düzenlenmiştir.

¹²⁰ Sert Sütçü, Selin, “COVID-19 Kapsamında Yeni Tedavi Yöntemlerinin Denenmesi ve Bu Denemelerin Hukuka Uygunluğu”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 15, S. 166, (2020), s. 1270.

¹²¹ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Atak, Hukuka Uygunluk Şartları, s. 20 –21; Değdaş, Ulaş Can, “Hatalı Tıbbî Uygulamadan (Malpraktis) Doğan Hukukî ve Cezaî Sorumluluk”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 6, (2018), s. 43.

¹²² Yücel, Özge, “Medenî Hukuk Bakış Açısıyla Tıbbî Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları”, Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, Ed. Özge Yücel ve Gürkan Sert, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 193 (Medenî Hukuk).

alan olması nedeniyle hastanın ve içinde yaşanılan toplumun, meydana gelebilecek zararlardan mümkün olduğunca korunmasıdır¹²³.

1.4.2.2. Müdahalenin Tıp Bilimi Standartlarına Uygun Olarak Yapılması

Sağlık hakkı, kendisinden sağlık hizmeti alınan sağlık çalışanından ve sağlık tesisinden; tıp biliminin genel kurallarına ve güncel gelişmelerine uyum sağlamış bir sağlık hizmeti sunmasını talep edebilmeyi de kapsamaktadır. HHY md. 11 de hastaya bu hakkı tanımaktadır¹²⁴. Bunun yanında sağlık hizmeti standartlarının yeknesaklaştırılması ve kalitesinin artırılması için hekimlerin uymaları gereken kurallar ihdas edilmiştir. Hekimlerin bu kurallara uymaları, TDN¹²⁵, HHY, Biyotıp Sözleşmesi gibi hukukî düzenlemelerle garanti altına alınmaya çalışılmıştır¹²⁶. Hekim, tıbbî müdahaleyi gerçekleştirirken tıp biliminin yerleşmiş kurallarına uymak zorundadır¹²⁷.

1.4.2.3. Hastanın Aydınlatılmış Onamının Alınması

Aydınlatılmış onam, hastanın hastalığı ve süreç hakkında bilgilendirilerek yapılacak müdahaleye rıza gösterdiğine dair beyanının alınması işlemidir. Aydınlatılmış onam konusu, çalışmamızın gelecek bölümlerinde detaylıca incelenecektir¹²⁸.

¹²³ Sert Sütçü, Covid-19, s. 1270.

¹²⁴ HHY madde 11: “Hasta, modern tıbbî bilgi ve teknolojinin gereklerine uygun olarak teşhisinin konulmasını, tedavisinin yapılmasını ve bakımını istemek hakkına sahiptir.” şeklinde düzenlenmiştir.

¹²⁵ RG: 19.02.1960-10436. Bundan itibaren TDN olarak anılacaktır.

¹²⁶ Örneğin Biyotıp Sözleşmesi madde 4 metni: “Araştırma dahil, sağlık alanında her müdahalenin, ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir.” şeklinde düzenlenmiştir.

¹²⁷ Çakal, Ayça, Türk Özel Hukukunda Tıbbî Müdahaleye Rıza, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 24.

¹²⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Başlık 1.5.1.3.3.

1.5. Tıbbî Malpraktis ve Komplikasyon Kavramları

1.5.1. Tıbbî Malpraktis

1.5.1.1. Tanım

Türkçe’de malpraktis sözcüğü; Latince kötü, kusurlu anlamlarına gelen *mal-* öneki ve uygulamak anlamında yine Latince’den gelen *practicare* fiilinin birleştirilmesi yoluya türetilmiş bir terimdir¹²⁹. Tıbbî malpraktis, tıp biliminin ve hekimlik mesleğinin objektif kurallarına aykırı olarak, hekimin bilgi eksikliği, tecrübesizlik, dikkat dağınıklığı veya ihmalkârlık gibi nedenlerle mesleğini icra ederken kötü uygulama sonucunda hastaya zarar vermesi hâlidir¹³⁰. Bir tıbbî olayın tıbbî malpraktis olarak değerlendirilebilmesi için o sonucun meydana geleceğinin öngörülebilir ve önlenebilir olması gerekmektedir¹³¹.

Malpraktis, Türk Tabipleri Birliği tarafından belirlenen hekimlik meslek etiği kurallarında “*Bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeniyle bir hastanın zarar görmesi ‘hekimliğin kötü uygulanması’ anlamına gelir.*” şeklinde açıklanmıştır¹³². Yargıtay’ın da kimi içtihatlarında bu tanımlamaya atıfta bulunduğu görülebilmektedir¹³³.

¹²⁹ https://www.etymonline.com/word/malpractice#etymonline_v_6751 (Erişim Tarihi: 06.02.2021); Benzer açıklamalar için bkz.: Barlıoğlu, Defansif, s. 4; Saatcioğlu, Onur Can, “Amerika Birleşik Devletleri ve Japonya’daki Özel Hukuk Uygulamalarında Tıbbî Malpraktis Olgusu”, Ankara Barosu Başkanlığı Sağlık Hukuku Digestası Dergisi, S. 1, (2009), s. 191; Gökcan, Hukukî ve Cezaî, s. 77; Doğan, Cahid, “Tıbbî Zararlar ve Hekimin Meslekî Sorumluluk Sigortası”, III. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildirileri Kitabı Cilt 2, Ed. Hakan Hakeri ve Cahid Doğan, Ankara, Adalet Yayınevi, 2020, s. 347-430 (Sigorta); Gökşen, Defansif, s. 31; Işık, Olcay, “Yargıtay Kararları Işığında Hekimin Hukukî Sorumluluğu”, (Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Erzurum, 2010, s. 65; Özcan ve Özcanoglu, İspat Sorunları, s. 296.

¹³⁰ Demir, M., Sözleşme, s. 246; Demirel, Birol, “Hekimin Yasal Sorumlulukları”, Gazi Tıp Dergisi, C. 16, S. 3, 2005, s. 103; Gökşen, Defansif, s. 31; Günday, Hukukî Sorumluluk, s. 28; Yücel, Hekim ve Özel, s. 368; Yongalık, Aynur, “Hekimlerin Meslekî Sorumluluk Sigortası”, Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, Ed. Özge Yücel ve Gürkan Sert, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 407; Ürekli, Bilge Nur, “Malpraktis-Komplikasyon İlişkisi ve Hekimin Taksirli Eylem Sorumluluğu Bakımından Değerlendirilmesi”, IV. Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi, Ed. İsmail Hamit Hancı ve Yener Ünver, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015, s. 421; Kayaer, Nebahat, “Tıp Ceza Hukukunda Tedavi Hatası”, Tıp Hukuku Dergisi, S. 17, (2020), s. 72.

¹³¹ Gökcan, Hukukî ve Cezaî, s. 284.

¹³² Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları, Türk Tabipleri Birliği Yayınları, Ankara 2012, s. 9.

¹³³ ...*Tıpta hatalı uygulamalar, İngilizce “malpractice” sözcüğünün Türkçe okunuşuyla “malpraktis”, “hekimliğin kötü uygulanması”, “tıbbî kötü uygulama”, “uygulama hatası”, “tıpta yanlış uygulama” gibi*

1.5.1.2. Unsurları

Kurulan hasta – hekim ilişkilerinde hastanın zarar görebilmesi mümkündür. Bu durum insanın biyolojik yapısından kaynaklanmaktadır. Hastanın zarar gördüğü bir hasta-hekim ilişkisinde hekimin malpraktis yapmış olduğundan bahsedebilmek için birtakım unsurların varlığı gerekmektedir. Dolayısıyla hastanın zarar gördüğü her durumda malpraktisten bahsedilemez. Bir uygulama hatasının malpraktis olarak nitelendirilebilmesi için kural olarak hasta ile hekim arasında ilişki kurulmuş olması, hatalı uygulamanın hukuka aykırı olması, hatalı uygulamada hekimin kusurlu olması, hastanın zarar görmesi, hatalı uygulama ile hastanın zararı arasında nedensellik bağı bulunması gerekir¹³⁴.

1.5.1.2.1. Hasta-Hekim İlişkisinin Varlığı

Hasta ile hekim arasında ilişki bulunması gerektiği, aralarında sözleşme bulunması zorunluluğu olarak anlaşılmamalıdır. Zira hasta ile hekim arasındaki ilişki, aralarında hekimlik sözleşmesi bulunmadan da kurulabilmektedir.

1.5.1.2.2. Hastanın Zarar Görmesi

Malpraktis kavramının tanımında da açıkça belirtildiği üzere bir uygulama hatasının malpraktis sayılması için hastanın yapılan hata neticesinde zarar görmesi

çeşitli kavramlarla isimlendirilmekle birlikte en geniş olarak kabul gören ve kullanılan kavram, "tıbbî hata"dır.

Türk Tabipler Birliğinin kabul ettiği 01.02.1999 tarihli Hekimlik Meslek Etiği Kurallarının 13. maddesinde "Hekimliğin Kötü Uygulanması (Malpractice)" başlığı altında; "Bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik sebebiyle bir hastanın zarar görmesi" biçiminde tanımlanan tıbbî hata kavramı; Dünya Tabipler Birliğinin 44. Genel Kurulunun "Malpractice Bildirisi" olarak da bilinen sonuç bildirgesinde, tıbbî yanlış uygulama ile tıbbî bakım ve tedavi sırasında görülen hekimin hatasından kaynaklanmayan durumların birbirinden ayrılması gerektiği vurgulanarak;

"a) Tıbbî yanlış uygulama; doktorun tedavisi sırasında standart uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan zarar,

b) Tıbbî uygulama sırasında öngörülemeyen bilgi ya da beceri noksanlığı sonucu oluşan ise; istenmeyen sonuçtur ve bunda hekimin sorumluluğu yoktur" şeklinde; Sağlık Bakanlığı tarafından hazırlanan ancak kanunlaşmamış bulunan "Tıbbî Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısı"nın 3. maddesinde ise; "Sağlık personelinin kasıt, kusur ve ihmali ile standart uygulamayı yapmaması, bilgi ve beceri eksikliği ile yanlış ya da eksik teşhiste bulunması ya da hastaya tedavi vermemesi ile oluşan ve zarar meydana getiren fiil ve durumlar" biçiminde tanımlanmıştır... Yargıtay CGK. T. 16.05.2017, E. 2017/12-271, K. 2017/278.

¹³⁴ Hanyaloğlu, Ayşe Gül, Malpraktis, Hekimler İçin Hukuksal Yaklaşım ve Sigorta Rehberi, İstanbul, Nobel Tıp Kitabevi, 2011, s. 2; Gökşen, Defansif, s. 84.

gerekir. Hastanın zarar görmediği uygulama hataları malpraktis değildir¹³⁵. Ancak Yargıtay'ın, öğretide savunulan bu görüşün aksini benimsemiş kararları da bulunmaktadır¹³⁶.

Nedensellik bağı, öğretide illiyet bağı olarak da anılabilmektedir. Kısaca nedensellik bağı, gerçekleştirilen eylem ile oluşan zarar arasında uygun bağlantı bulunması hâlidir¹³⁷. Nedensellik bağının kesildiği hâllerde hekim sorumluluktan kurtulmaktadır¹³⁸.

1.5.1.2.3. Hekimin Kusurlu Olması

Kanunda kusur teriminin tanımı yapılmamıştır. Kusur, geniş anlamıyla hukuk düzeni tarafından onaylanmayan, hoş görülmeven davranışlardır¹³⁹. Burada önemle üzerinde durulması gereken mesele, sorumluluk için failin kasıtlı hareket etmesi şartının aranmamasıdır. Dolayısıyla hekim; kasten yaptığı zarar verici eylemlerden de, yapma yükümlülüğü olan bir eylemin ihmalen yapılmaması nedeniyle meydana gelen zararlardan da sorumlu tutulacaktır¹⁴⁰. Kusurlu kişi, eyleminden veya ihmalinden dolayı meydana gelebilecek zararı öngörmesine rağmen önlem almayan kişidir¹⁴¹.

1.5.1.2.4. İlliyet Bağı

İlliyet bağı ise zararı meydana getiren eylem ile zarar arasında neden sonuç ilişkisi olduğu hâllerde mevcuttur. İlliyet bağı, öğretide nedensellik bağı olarak da anılabilmektedir. Zararın oluşması hususunda hayatın olağan akışına göre doğrudan

¹³⁵ Karataş, Mehmet / Yakıncı, Cengiz, “Tıbbî Hata Nedenleri ve Çözüm Yolları”, İnönü Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi, C. 17, S. 3, (2010), s. 234; Barlıoğlu, Defansif, s. 11.

¹³⁶ Mahkemece, alınan Yüksek Sağlık Şurası Kararı hekim tarafından verilen gözlüğün klinik bulgulara uygun olmadığını ancak ek zarar da oluşturmadığını mütalaa etmesi üzerine davanın reddine karar verilmiştir. Raporda davalının yaptığı tedavinin ek zarar oluşturmadığı belirtilmiş ise de, davacıların çocuğu için yararlı olmayan hatta hiç gerekmeven bir tedavi yapılması sebebiyle doktorun özen yükümlülüğüne aykırı davrandığı anlaşılmaktadır. Nitekim raporda tedavinin, klinik bulgulara uygun olmadığı da belirtilmiştir...davacıların talepleri doğrultusunda uygun bir tazminat belirlemesi gerekirken, yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir. Yargıtay 13. HD. T. 28.06.2018, E. 2018/3376, K. 2018/7454.

¹³⁷ Gökşen, Defansif, s. 83.

¹³⁸ Gökcan, Hukukî ve Cezaî, s. 1069.

¹³⁹ Doğan, Murat / Şahan, Gökhan ve Atamulu, İsmail: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 188.

¹⁴⁰ Işık, Sorumluluk, s. 122; Doğan M. / Şahan / Atamulu, Borçlar Genel, s. 192; Erkiner, Hakkı Hakan: Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Milletlerarası Sorumluluğu, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2008, s. 31.

¹⁴¹ Erkiner, Devletin Sorumluluğu, s. 33.

bağlantılı olan olaylarda sorumluluktan söz edilebilir ve bu duruma uygun illiyet bağı denilmektedir¹⁴². Nedensellik bağının kesildiği hâllerde hekim sorumluluktan kurtulmaktadır¹⁴³. Yargıtay tarafından benimsenen illiyet bağı teorisi, uygun illiyet bağı teorisidir¹⁴⁴.

1.5.1.3. Meydana Gelme Biçimleri

Malpraktis, hasta ile hekim ilişkisi kurulduğu andan itibaren meydana gelebilir, tıbbî müdahalenin öncesinde, müdahale esnasında ve hatta sonrasında dahi görülebilir. Hastaya yapılan müdahaleyle doğrudan ilgili olabileceği gibi kullanılan ilaçtan veya hastanın kaptığı hastane enfeksiyonundan vb. kaynaklanabilir¹⁴⁵. Hatta malpraktis, yalnızca gerçekleştirilen bir eylem sonucunda değil; ihmalî davranışlar sonucunda da gerçekleşebilmektedir¹⁴⁶. Buna paralel olarak TCK md. 83'ün de desteğiyle acil hâllerde hekimin hastaya müdahale etmediği durumlar da tıbbî malpraktis olarak yorumlanmıştır¹⁴⁷.

Hastaya yapılması gereken tıbbî müdahalenin yapılmaması veya yapılmakta geç kalınması, hastayla sağlıklı iletişim kurulmaması, hastanın yetersiz muayene edilmesi, yanlış tedavi metodunun seçilmesi, tıbbî müdahalenin uygulanması sırasında

¹⁴² Kayar, İsmail, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler – Özel Borç İlişkileri, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 114; Gökşen, Defansif, s. 83.

¹⁴³ Gökcan, Hukukî ve Cezaî, s. 1069; Reisoğlu, Safa: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, İstanbul 2013, s. 175; Işık, Sorumluluk, s. 126.

¹⁴⁴ ...İllyet bağı hususunda değişik teori ve görüşler mevcut ise de Türk hukuku ve doktrinde uygun illiyet bağı teorisi benimsenmiştir. Somut olayda gerçekleşen türden bir sonucu, olayların normal akışına ve hayat tecrübelerine göre, mahiyeti ve ana temayülü itibarıyla meydana getirmeye genel olarak elverişli olan veya bu türden bir sonucun gerçekleşme ihtimalini objektif olarak arttırmış bulunan zorunlu şartla söz konusu sonuç arasındaki bağı uygun illiyet bağı denilir (Doç. Dr. F. Eren Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İllyet Bağı Sh. 52) ... Yargıtay HGK. T. 04.05.2020, E. 2017/13-669, K. 2020/346.

¹⁴⁵ Duysak, Cezaî, s. 28.

¹⁴⁶ Türe ve Türe, Çekilme Hakkı, s. 337; Barlıoğlu, Defansif, s. 5.

¹⁴⁷ Kasten öldürme suçu gibi, kanunî tanımında belli bir fiilin icrasının yanı sıra bir neticeye de unsur olarak yer verilmiş olan suçlarda, söz konusu netice, ihmalî bir davranışla da gerçekleştirilebilir. Bu itibarla, bir sağlık kuruluşunda görev yapan tabibin, durumu acil olan bir hastaya müdahale etmemesi sonucunda hastanın ölmesi hâlinde; ihmalî davranışla öldürme suçunun işlendiğini kabul etmek gerekir. Ancak, ihmalî davranışla öldürme suçu, kasten işlenebileceği gibi taksirle de işlenebilir. Belli bir yönde icraî davranışta bulunma yükümlülüğü altında bulunan kişi, bu yükümlülüğün gereği olan icraî davranışta bulunmaması sonucunda bir insanın ölebileceğini öngörmüş ise, olası kastla işlenmiş olan öldürme suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekir. Buna karşılık, belli bir yönde icraî davranışta bulunma yükümlülüğü altında bulunan kişi, bu yükümlülüğe aykırı davrandığının bilincinde olduğu hâlde, bunun sonucunda bir insanın ölebileceğini objektif özen yükümlülüğüne aykırı olarak öngörmemiş ise; taksirle işlenmiş öldürme suçundan dolayı sorumlu tutulmak gerekir. Yargıtay CGK. T. 07.07.2020, E. 2016/1-779, K. 2020/351.

hatalı yöntem kullanımı, konsültasyondan kaçınılması, hastaya uygun olmayan ilaç verilmesi, tutulması gereken hasta kayıtlarının tutulmaması veya kayıtların yanlış tutulması, hekimin kendi branşının dışındaki bir branşın alanına giren bir vakaya müdahalede bulunması, hastanın müdahale öncesinde uygun olarak aydınlatılmaması, hastanın müdahale için rızasının hukuka uygun olarak alınmaması, tedavinin hekim tarafından nedensizce yarıda kesilmesi, özensizlik gibi durumların varlığında tıbbî malpraktisten bahsedilebilir¹⁴⁸. Çalışmamızda, uygulamada en sık dava konusu edilen malpraktis çeşitlerinden bahsedilecektir.

1.5.1.3.1. Hekimin Sadakat ve Özen Yükümlülüğüne Aykırı Davranması

Hekimler tıbbî müdahalede bulunurken sadakat ve özen yükümlülüğüne uymak zorundadırlar. Bu yükümlülükler, hastanın çıkarlarını korumak ve onun en fazla faydayı göreceği biçimde, dikkatlice hareket etme borcu olmak anlamına gelmektedir¹⁴⁹. Hekime yüklenen bu yükümlülük, hastanın hekime başvurmasından itibaren muayene, teşhis, tedavi aşamaları ve tedavi sonrasında bakım aşamasında geçerliliğini korur¹⁵⁰. TDN’de özen yükümlülüğü tüm bu yönleriyle tanımlanmıştır¹⁵¹.

Hekim, mesleğini yaparken sübjektif özen yükümlülüğü ile bağlıdır. Dolayısıyla mesleğini yaparken hekim olmayan sıradan bir insan gibi davranamaz. Tıbbî müdahalede bulunan hekim, basiretli bir meslektaşına kadar donanımlı olmalı, tıp biliminin güncel gelişmelerine ve genel kurallarına uygun olarak dikkatlice hareket etmelidir¹⁵². Bir başka deyişle hekim, dışarıdan bakıldığında sübjektif özen yükümlülüğüne tabi olsa da kendi meslektaşları arasında objektif özen yükümlülüğüne

¹⁴⁸ Beyaztaş, Fatma Yücel, “Dört Olgu Nedeniyle Tıbbî Yanlış Uygulama”, Cumhuriyet Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi, C. 23, S. 1, (2001), s. 50; Barlıoğlu, Defansif, s. 26; Günday, Hukukî Sorumluluk, s. 33; Polat, Oğuz ve Pakiş, Işıl, “Tıbbî Uygulama Hatalarında Hekim Sorumluluğu”, Acıbadem Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi, C. 2, S. 3, (2011), s. 120; Gökcan, Hukukî ve Cezaî, s. 290-306.

¹⁴⁹ Güney Tunalı, Sınırlar, s. 154; Arslan, F, Hukukî Mahiyet, s. 411; Yücesoy Yılmaz, Zamanaşımı, s. 276; Koç, Sermet, “Adli Tıbbî Açısından Malpraktis ve Hekim Sorumluluğu”, Toraks Cerrahisi Bülteni, C. 5, S. 1, (2014), s. 14 (Adli Tıbbî); Beyaztaş, Dört Olgu, s. 49; Işık, Sorumluluk, s. 91; Kahraman, Zafer, “Özel Hastanelerin Hukukî Sorumluluğu”, Banka ve Finans Hukuku Dergisi, C. 8, S. 32, (2019), s. 1281; Sert, S., Kadın Doğum, s. 159.

¹⁵⁰ Demir, M., Sözleşme, s. 243

¹⁵¹ TDN madde 14/1: “Tabip ve diğ tabibi, hastanın vaziyetinin icabettirdiği sıhhi ihtimamı gösterir. Hastanın hayatını kurtarmak ve sıhhatini korumak mümkün olmadığı takdirde dahi, ıstırabını azaltmaya veya dindirmeye çalışmakla mükelleftir.” şeklinde düzenlenmiştir.

¹⁵² Güney Tunalı, Sınırlar, s. 155; Koç, Adli Tıbbî, s. 14 ; Beyaztaş, Dört Olgu, s. 49.

uygun olarak hareket etmelidir¹⁵³. HHY’de yapılan tanıtımda “*tıbbî özen*” tamlaması kullanılarak bu duruma vurgu yapılmıştır¹⁵⁴.

Öğretideki yaygın görüşe ve Yargıtay’ın yerleşmiş içtihatlarına göre hekimlik sözleşmesinin kural olarak vekâlet sözleşmesi; güzelleşme ve estetik operasyonlarında ise eser sözleşmesi olarak kabul edildiği çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde açıklanmıştır¹⁵⁵. Bu nedenle, hekimin özen yükümlülüğü, Yargıtay içtihatlarında TBK’nın ilgili maddelerine dayandırılarak açıklanmaktadır¹⁵⁶. Eser sözleşmelerinde yüklenici, yapacağı işin sonucunu garanti eder. Sonucun garanti edilmiş olması

¹⁵³ Gökcan, Hukukî ve Cezaî, s. 152; Güney Tunalı, Sınırlar, s. 155; Demir, M., Sözleşme, s. 243.

¹⁵⁴ HHY madde 14: “Personel, hastanın durumunun gerektirdiği tıbbî özeni gösterir. Hastanın hayatını kurtarmak veya sağlığını korumak mümkün olmadığı takdirde dahi, ıstırabını azaltmaya veya dindirmeye çalışmak zorunludur.” şeklinde düzenlenmiştir.

¹⁵⁵ Bkz.: Başlık 1.6.3.

¹⁵⁶ Vekâlet sözleşmesi yönünden: Vekil, vekâlet görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı iş ve işlemlerin, davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan dolayı sorumludur. Meslekî iş gören Vekil özenle davranma zorunda olup, en hafif kusurundan bile sorumludur (BK 321/1 md) (TBK 400). O sebeple doktor ve hastanenin meslek alanı içinde olan bütün kusurları hafifte olsa sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir.

Vekil, hastanın zarar görmemesi için, meslekî tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbî açıdan zamanında ve gecikmeksizin saptayıp, somut durumunun gerektirdiği önlemleri eksiksiz bir şekilde yapmak, uygun tedaviyi de yine gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır. Asgari düzeyde dahi olsa bir tereddüt doğuran durumlarda, bu tereddütü ortadan kaldıracak araştırmaları yapmak ve bu arada da koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir seçim yapılırken, hastanın ve hastalığın özellikleri göz önünde tutulmak, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınmak ve en emin yol seçilmek gerekir. Gerçekten de müvekkil (hasta) meslekî bir iş gören vekilden, tedavinin bütün aşamalarında titiz bir ihtimam ve dikkat beklemek hakkına sahiptir. Gereken özen görevini göstermeyen vekil, BK 394/1 (TBK 510) maddesi hükmü uyarınca, vekâleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır. Yargıtay 13. HD. T. 19.09.2018, E. 2016/173, K. 2018/8140.

Eser sözleşmesi yönünden: Davaya dayanak yapılan maddî olgu, ortodonti tedavisi yapılmak suretiyle dişlerin düzeltilmesidir. Varılmak istenilen sonucun ve buna dayalı olguların hukukî nitelendirilmesi yapıldığında ise, yargı kararlarında mülga 818 Sayılı Borçlar Kanunu’nun (BK) 355. ve devamı (6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun (TBK) 470. ve devamı maddeleri) maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesi ilişkisinin bulunduğu, dolayısıyla uyumsuzluğun eser sözleşmesi hükümlerine göre çözümlenmesi gerektiği açıktır.

Eser sözleşmelerini, diğer iş görme sözleşmelerinden ayıran önemli hususlardan birisi ise sonuç sorumluluğu, yani tarafların iradeleri doğrultusunda yüklenici tarafından bir sonucun meydana getirilmesi taahhüdüdür. Burada, vekâlet akdindeki gibi sonuç taahhüt edilmeksizin sadece bir işin görülmesi taahhüdü bulunmamakta, bir eserin-sonucun yaratılıp teslim edilmesi borcu altına girilmektedir. Bu borcun altına giren taraf, yani yüklenici, BK’nın 356/1 (TBK’nın 471/1) maddesi ve işin mahiyeti gereği, işi sadakat ve özenle yerine getirmek zorundadır. Sadakat borcu, yüklenicinin iş sahibinin yararına olacak şeyleri yapma ve ona zarar verecek her türlü eylemden kaçınması anlamını taşır. Buna göre, işi yüklenen davalı hekimin, hasta üzerinde kararlaştırılan edimleri ifa ederken, yani tıbbî faaliyette bulunurken, mesleğinin tüm koşullarını ve tıp biliminin kurallarını eksiksiz yerine getirmesi gerekir. Aksi durumun gerçekleşmesi doktorun kusurlu olduğunu göstereceği gibi BK’nın 96. (TBK’ nın 112.) maddesi gereği oluşan zarardan sorumluluğunu doğuracaktır. Yargıtay HGK. T. 20.02.2020, E. 2017/3-960, K. 2020/187.

yönünden estetik amaçlı yapılan müdahalelerde hekimin özen yükümlülüğünün daha geniş yorumlanacağı anlaşılmaktadır¹⁵⁷.

1.5.1.3.2. Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğüne Aykırı Davranması

1.5.1.3.2.1. Tanım

Sır, kişilerin gizli tutmak istedikleri, gizli kalmasında maddî veya manevî yönden fayda bulunan her şeydir ve neyin sır olup neyin olmadığı net çizgilerle belirlenemez. Sır kavramının kapsamı somut olaya göre değişmektedir¹⁵⁸. Bazı meslek mensupları, meslekleri gereği, çalıştıkları gerçek veya tüzel kişilerin sırlarını öğrenmektedirler. Sırların gizli kalması gereken bilgiler olduğu göz önünde bulundurularak bu meslek mensuplarına kanunî düzenlemeler vasıtasıyla sır saklama yükümlülüğü yüklenmiştir. Sır saklama yükümlülüğü bulunan mesleklere avukatlık, hekimlik, psikolojik danışmanlık, muhasebecilik vb. örnek olarak gösterilebilir.

Özel hayatın gizliliği temel haklardan birisi olup Türkiye tarafından Anayasa md. 20’de düzenlenmiştir¹⁵⁹. Son yıllarda dünya çapında kişisel verilerin gizliliğine verilen önem artmış, Türkiye’de de Kişisel Verilerin Korunması Kanunu¹⁶⁰ yürürlüğe konularak sır saklama yükümlülüğünün önemi vurgulanmıştır. Hekimlik sözleşmesinin vekâlet veya eser sözleşmesi olarak değerlendirilmesi de Borçlar Hukuku bağlamında hekime bu yükümlülüğü yüklemektedir. Tıp Hukuku mevzuatında TDN md. 4’te ve HHY’de, Biyotıp Sözleşmesi md. 10’da bu yükümlülük düzenlenmiştir¹⁶¹. Bunların haricinde tıp fakültesinden mezun olan hekimlerin

¹⁵⁷ Petek, Hasan, “Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 1, (2006), s. 185.

¹⁵⁸ Petek, Güzelleştirme, s. 215; Yördem, Yılmaz, “Hekimin Hatalı Tıbbî Uygulamaya Bağlı Hukukî Sorumluluğu”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 39, (2019), s. 145.

¹⁵⁹ Yücel, Hekim ve Özel, s. 347.

¹⁶⁰ RG: 07.04.2016-29677.

¹⁶¹ TDN madde 4/1: “Tabip ve diş tabibi, meslek ve sanatının icrası vesilesiyle muttali olduğu sırları, kanunî mecburiyet olmadıkça, ifşa edemez.” şeklinde düzenlenmiştir.

HHY madde 23: “Sağlık hizmetinin verilmesisebebiyle edinilen bilgiler, kanun ile müsaade edilen hâller dışında, hiçbir şekilde açıklanamaz.” şeklinde düzenlenmiştir.

Biyotıp Sözleşmesi madde 10: “Herkes kendi sağlığıyla ilgiler bilgiler bakımından, özel yaşamına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir...” şeklinde düzenlenmiştir.

mesleğe başlarken ettikleri Hipokrat Yemini¹⁶² ve Cenevre Bildirgesi Andında¹⁶³ da sır saklama yükümlülüğüne yer verilmiştir¹⁶⁴. Hekim, hastasının ölümünden sonra dahi hastasının sırlarını açıklayamaz¹⁶⁵.

1.5.1.3.2.2. Sır Saklama Yükümlülüğünün Sınırları

Sır saklama yükümlülüğünün de sınırları ve istisnaları vardır. Hekimlerin bu yükümlülüğü pratikte hastanın rızasının bulunması, yasalarda hekimin gerekli mercilere bildirim yapma yükümlülüğünün düzenlenmesi, yetkili makamın emrinin bulunması, üçüncü kişilerin hayatlarını önemli derecede etkileyecek bilgilerin mevcut olması hâllerinde sınırlanabilmektedir¹⁶⁶. Örneğin bu yükümlülük, hastaya ilişkin bilgilerin herkesçe bilinmesi hâllerinde geçersiz kalacaktır¹⁶⁷.

Ayrıca içinde bulunduğumuz COVID-19 pandemisiyle mücadele kapsamında adından ve hükümlerinden sıklıkla bahsedilir hale gelen Umumi Hıfzısıhha Kanunu¹⁶⁸ gereğince kamu sağlığını önemli derecede etkileyecek bulaşıcı hastalıkların varlığı hâlinde hastanın kişisel bilgilerinin bu konuda yetkili mercilere bildirilmesi zorunluluğu düzenlenmiştir.

Sır saklama yükümlülüğünün bir diğer istisnası ise TCK md. 280'de düzenlenen “sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi” suçu aracılığıyla düzenlenmiştir¹⁶⁹. Madde metninde bu bildirimin yapılması için hekimin önündeki

¹⁶² Hipokrat Yemini metni için bkz.: <https://evrimagaci.org/hipokrat-yemini-nedir-tam-olarak-neler-soyler-2165> (Erişim Tarihi: 21.02.2021).

¹⁶³ Dünya Tabipler Birliği Cenevre Bildirgesi (Hekimlik Andı) metni için bkz.: https://www.ttb.org.tr/haber_goster.php?Guid=b6b3bd8a-c9e0-11e7-8a71-159198489f44 (Erişim Tarihi: 21.02.2021).

¹⁶⁴ Yıldız, Pervin, “Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü”, Adli Bilimciler Derneği I. Ulusal Sağlık Hukuku Kongresi, Ed. İsmail Hamit Hancı ve Cahid Doğan, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015, s. 193.

¹⁶⁵ Ayan, Tıbbî, s. 100; Öztürk Türkmen, Hasta ve Hekim Hukuku, s. 8.

¹⁶⁶ Petek, Güzelleştirme, s. 215; Gökşen, Defansif, s. 42; Yıldız, Sır Saklama, s. 203-211.

¹⁶⁷ Sert, S., Kadın Doğum, s. 162.

¹⁶⁸ 06.05.1930-1489. Bundan itibaren UHK olarak anılacaktır.

¹⁶⁹ TCK madde 280: “Görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşmasına rağmen, durumu yetkili makamlara bildirmeyen veya bu hususta gecikme gösteren sağlık mesleği mensubu, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Sağlık mesleği mensubu deyiminden tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler anlaşılır.” şeklinde düzenlenmiştir.

vakada suç belirtisi görmesinin yeterli olduğu düzenlenmiştir. Bu hâliyle madde yeterli açıklıkta değildir ve öğretide tartışma konusu olmaktadır¹⁷⁰.

Hekimler, Tıp Hukukunun alanına giren davalarda mahkemelerde bilirkişilik yapabilmektedir. Mahkeme tarafından bilirkişi olarak atanan hekim de hastayı muayene edip, gerekli incelemeleri yaptıktan sonra mahkemeye sunulmak üzere bilirkişi raporlarında hastanın bilgilerini paylaşmak durumundadır. Dolayısıyla sır saklama yükümlülüğünün bir istisnasının da bilirkişilik müessesesi olduğu ifade edilebilir¹⁷¹.

İstisnalar haricinde sır saklama yükümlülüğüne uyulacağını temin etmek amacıyla kanun koyucu, Ceza Muhakemesi Kanunu¹⁷² ve Hukuk Muhakemeleri Kanununda¹⁷³ hekimlere ve diğerk bazı meslek mensuplarına bazı şartların varlığı hâlinde mahkemede tanıklıktan çekinme hakkı tanımıştır.

1.5.1.3.3. *Hekimin Aydınlatılmış Onam Alma Yükümlülüğüne Aykırı Davranması*

1.5.1.3.3.1. *Hastanın Aydınlatılma Hakkı*

Hekim, tıbbî müdahaleye veya tedaviye başlamadan makul bir süre önce hastasını konu hakkında bilgilendirmekle yükümlüdür. Ancak her hasta, hastalığının ve tedavi yöntemlerinin niteliklerini kısa bir anlatım sonucunda anlamayabilir ve dolayısıyla kanunen kendisine tanınan aydınlatılma hakkından mahrum kalabilir. İşte bu gibi durumların önüne geçmek için hekimlere; hastalığın genel özellikleri, yapılacak tıbbî müdahalenin yöntemi, tedavi sonrasında meydana gelmesi muhtemel olumlu ve olumsuz sonuçları, tıbbî müdahalenin riskleri, tedavinin ne kadar süreceğı gibi hususlar hakkında hastayı bilgilendirme ve kural olarak hastanın rızasını almaksızın tıbbî müdahalede bulunmama yükümlülüğü getirilmiştir ve bu nedenle,

¹⁷⁰ Törenli Çakıroğlu, Maral, “Hekimin Borçlarından Özel Olarak Sır Saklama Borcu”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 2, (2010), s. 176.

¹⁷¹ Özdemir, Hayrunnisa, “Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinde Kayda Geçirme ve Sır Saklama Yükümlülüğü”, Ankara Barosu Başkanlığı Sağlık Hukuku Digestası Dergisi, S. 1, (2009), s. 159 (Teşhis ve Tedavi).

¹⁷² RG: 17.12.2004-25673.

¹⁷³ RG: 04.02.2011-27836.

hasta, talep etmemiş olsa dahi, hekim tarafından re'sen aydınlatılmalıdır¹⁷⁴. Zira hasta, ancak tedaviye dair bilmesi gereken tüm ayrıntıları hekiminden dinleyip öğrendikten sonra kendisine uygulanması planlanan tedaviyi görmek isteyip istemediğine ilişkin sağlıklı bir karar verebilecektir¹⁷⁵.

Aydınlatılma hakkı hastalara uluslararası bir sözleşme olan Biyotıp Sözleşmesinde tanınmıştır¹⁷⁶. Bunun yanında maddî hukukumuzda TŞSK'de, HHY'de, Organ Ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'da¹⁷⁷ da düzenlenmiştir. Ancak HHY md. 19 ve TDN md. 14/2'de hekimlere, hastalarına koydukları teşhisi hastanın kendisinden saklama konusunda inisiyatif tanınmıştır. Bu düzenlemeler uyarınca eğer konulan teşhisin açıklanması hastanın ruhsal durumunu çok kötü etkileyecek ise hastalığa karşı alınan tedbirler hastaya açıklanacak ancak konulan teşhis hastaya ve yakınlarına açıklanmayabilecektir.

Aydınlatma, tıbbî müdahaleden makul bir süre önce yapılmalı ve hastaya, kendisine verilen bilgileri değerlendirip karar vermesi için mühlet tanınmalıdır¹⁷⁸.

Aydınlatmanın yükümlüsü, kural olarak bizzat müdahaleyi yapacak sağlık çalışanıdır¹⁷⁹. Bunun yanında hekimin yapacağı bir müdahalenin aydınlatmasını ancak eşdeğer başka bir hekim yapabilecekken fizyoterapist, hemşire, sekreter gibi diğer çalışanların yaptığı aydınlatma hukuken geçersizdir¹⁸⁰.

1.5.1.3.3.2. Aydınlatmanın İçeriği

Aydınlatma esnasında hastaya hangi konularda bilgi verileceği, HHY'de açıkça düzenlenmiştir¹⁸¹. Yönetmelikte belirtilen hususlar, belirtilen şekilde yerine

¹⁷⁴ Barlıoğlu, Defansif, s. 36; Gökşen, Defansif, s. 61; Yılmaz, Battal, "Aydınlatılmış Rıza", Ankara Barosu Başkanlığı Sağlık Hukuku Digestası, S. 1, (2009), s. 167 (Rıza); Kahraman, Z., Özel Hastaneler, s. 1279; Sert Sütçü, Covid-19 s. 1270; Türk Tabipleri Birliği Aydınlatılmış Onam Kılavuzu, https://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&view=article&id=983:&Itemid=65 (Erişim Tarihi: 13.02.2021)

¹⁷⁵ Bayraktar, Cezaî, s. 125; Sert, S., Kadın Doğum, s. 153; Sert Sütçü, Covid-19 s. 1272.

¹⁷⁶ Biyotıp Sözleşmesi madde 5/1: "Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş olarak muvafakat vermesinden sonra yapılabilir." Şeklinde düzenlenmiştir.

¹⁷⁷ RG: 03.06.1979-16655.

¹⁷⁸ Polat, Oğuz, "Aydınlatılmış Onam", Tıbbî Uygulama Hataları, B. 3, Ed. Oğuz Polat, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 170; Sert Sütçü, Covid-19 s. 1271.

¹⁷⁹ Sert, S., Kadın Doğum, s. 155; Sert Sütçü, Covid-19 s. 1271.

¹⁸⁰ Yücel, Özge, Medenî Hukuk, s. 203.

¹⁸¹ HHY madde 15: "Hastaya;

getirilmezse hastanın verdiği rıza geçersiz sayılacak ve hekimin yaptığı müdahale hukuka aykırı olacaktır¹⁸².

Aydınlatmanın içeriğinin matbulaştırılması ve genelleştirilmesi söz konusu olmayıp hastanın aydınlatılacağı konu ve durumlar somut olaya göre değişmektedir¹⁸³. Bu nedenle, somut olaya göre hazırlanmamış matbu aydınlatılmış onam formları hukuka uygun değildir, olası bir yargılamada hekimi sorumluluktan kurtarmayacaktır¹⁸⁴.

Hekim, hastayı bilgilendirirken mümkün olduğunca tıbbî terimlerden arındırılmış bir gündelik dil kullanarak karışıklığa imkân tanımayacak şekilde açık ve net açıklamalar yapmalıdır¹⁸⁵.

Hastanın araştırma konusu olması veya daha fazla risk içeren deneysel bir tedaviye alınacak olması durumunda yapılan bilimsel araştırmanın içeriği, riskleri, olası yan etkileri ve tedavi yöntemi hakkında hasta bilgilendirilmeli ve rızası bu bilgilendirmelerden sonra alınmalıdır. Bilimsel araştırma ve deneysel süreçlerde hastanın aydınlatılmış onamının alınmış olması, standart tedavi süreçleriyle

-
- a) Hastalığın muhtemelsebepleri ve nasıl seyredeceği,
 - b) Tıbbî müdahalenin kim tarafından nerede, ne şekilde ve nasıl yapılacağı ile tahmini süresi,
 - c) Diğer tanı ve tedaviseçenekleri 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 tıbbî yardıma nasıl ulaşabileceği, hususlarında bilgi verilir.” şeklinde düzenlenmiştir.

¹⁸² Yücel, Hekim ve Özel, s. 353.

¹⁸³ Ozanoğlu, Hasan Seçkin, “Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 52, S. 3, (2003), s. 56; Demir, M., Sözleşme, s. 240; Sert, S., Kadın Doğum, s. 155; Sert Sütçü, Covid-19 s. 1272.

¹⁸⁴ Güney Tunalı, Sınırlar, s. 214; Altun, Gürcan / Yorulmaz, Abdullah Coşkun, “Yasal Değişiklikler Sonrası Hekim Sorumluluğu ve Malpraktis”, Trakya Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi, C. 27, S. 1, (2010), s. 8.

¹⁸⁵ De Wachter, Maurice A. M, “The European Convention On Bioethics”, Hastings Center Report, New York, C. 27, S. 1, (1997), s. 20; Ozanoğlu, Aydınlatma, s. 64; Gojayeve, Alvina, “Avrupa Biyotıp Sözleşmesi ve Türk Tıp Hukukuna Etkileri”, Ankara Barosu Başkanlığı Sağlık Hukuku Digestası Dergisi, S. 1, (2009), s. 33; Çobanoğlu, Nesrin, Tıp Etiğinden Tıp Hukukuna Hasta Hakkı Olarak Aydınlatılmış Onam, Ankara Barosu Başkanlığı Sağlık Hukuku Digestası Dergisi, Ankara 2009, S. 1, s. 77; Özçetin, Elif, “Sağlık Alanında Malpraktis”, (Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2016, s. 15; Kurt, Aydınlatılmış Onam, s. 209.

karşılaştırıldığında daha fazla önem taşır¹⁸⁶. Aynı şekilde rızası alınmaksızın hasta, bilimsel araştırma veya deneysel faaliyetlere konu edilemez¹⁸⁷.

1.5.1.3.3.3.Hastanın Onamının (Rızasının) Alınması

Tıbbî müdahalenin hukuka uygunluk koşullarından birisi de ilgilinin rızasının alınmasıdır. Zira tıbbî müdahaleler kişinin vücut dokunulmazlığına müdahale eden eylemlerdir ve bu müdahalelerin hukuka uygun olabilmesi için ilgisinin onamının alınmış olması gerekir. Onam kelimesi tıp literatüründe, müdahalede bulunulacak kişinin rızasının alınması anlamına gelir¹⁸⁸.

Rızanın tıbbî müdahaleye yönelik olması ve hasta tarafından net biçimde açıklanması, rızayı veren kişinin bu konuda ehliyetinin bulunması, ilgilinin hekim tarafından açık ve anlaşılır şekilde aydınlatılması, rızanın alınış biçiminin hukuka uygun olması gerekmektedir¹⁸⁹.

Esasen küçüklerin taraf oldukları hukukî işlemlerde işlemin hukuka uygun ve geçerli olabilmesi için yasal temsilcilerinin rızalarının alınması gerekteyise de Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi¹⁹⁰ ve Biyotıp Sözleşmesi gereğince onamı alınacak hasta reşit değilse yasal temsilcisiyle birlikte küçüğün de karar alınma sürecine katılımının sağlanması gerekmektedir¹⁹¹.

1.5.1.3.3.4.Aydınlatılmış Onamın Şekil Şartı

Aydınlatılmış onamı düzenleyen TŞSK md. 70 metninde aydınlatılmış onamın şekli için ikili bir ayrım öngörülmüştür¹⁹². Buna göre büyük cerrahi operasyonlar için

¹⁸⁶ Keskinbora, Kadircan, “Komplikasyon ve Malpraktisin Yönetimi”, Oftalmolojide Malpraktis Hekimin Yasal Hak ve Sorumlulukları, Ed. Süleyman Kaynak ve Zeliha Yazar, İstanbul, Galenos Yayınevi, 2012, s. 52.

¹⁸⁷ Sert Sütçü, Covid-19 s. 1269.

¹⁸⁸ Turla, Ahmet / Köprülü, Hülya / Şirin Karaarslan, Emine / Yüksel, Gözde, “Aydınlatılmış Onam”, Ondokuz Mayıs Üniversitesi Dış Hekimliği Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 2, (2006), s. 158; Barlıoğlu, Defansif, s. 35.

¹⁸⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Badur, Emel, Tıbbî Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller, B. 1, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 61-72.

¹⁹⁰ RG: 27.01.1995-22184.

¹⁹¹ Yücel, Medenî Hukuk, 215; Sert Sütçü, Covid-19 s. 1271.

¹⁹² TŞSK madde 70/1: “Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evvelemirde muvafakatını alırlar. Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır...” şeklinde düzenlenmiştir.

hastadan alınan rızanın yazılı şekilde alınması gerekmektedir¹⁹³. Kanun metninin karşıt yorumlanmasından küçük cerrahî operasyonlarda rızanın yazılı olarak alınmasına gerek olmadığı anlamı çıkmaktadır. Öğretide de rıza için temel kuralın şekil serbestisi olduğu dile getirilmiştir¹⁹⁴. Ancak daha sonra HHY md. 26 metninde düzenleme yapılarak tüm tıbbî müdahalelerde yazılı rıza alınmasının gerektiği belirtilmiştir¹⁹⁵.

Olası bir davada aydınlatılmış onamın usulüne uygun olarak alındığı konusunda ispat yükü hekimdedir¹⁹⁶. Dolayısıyla yargı mercileri önünde aydınlatılmış onamın hukuka uygun bir şekilde alındığını ispatlayabilmek adına her türlü tıbbî müdahalede hastanın rızasının yazılı olarak alınması hekimin lehine olacaktır¹⁹⁷.

1.5.1.3.3.5. Aydınlatılmış Onam Yükümlülüğünü Kaldıran Hâller

Hekimin tıbbî müdahaleyi gerçekleştirmeden önce kural olarak hastayı aydınlatması ve bu hususta hastanın rızasını alması gerekmektedir. Ancak insanın biyolojik yapısı gereği bazı durumlarda aydınlatma yapmak ve rıza almak imkansız hale gelmektedir ve hekimden aydınlatılmış onam alması beklenemez. Bu durumlar; acil tıbbî müdahaleler, hastanın aydınlatılma hakkından feragat etmesi, hastanın hastalığı ve tedavisi hakkında daha önceden bilgisinin bulunması, tüm unsurlarıyla yapılacak bir aydınlatmanın hastaya zarar verecek olması hâlleridir¹⁹⁸. HHY md. 31 metninde bu durumlar özetlenmiştir¹⁹⁹. Acil müdahale gerektiren ve gereken

¹⁹³ Sert, S., Kadın Doğum, s. 156.

¹⁹⁴ Badur, Rıza, s. 58.

¹⁹⁵ HHY madde 26: “Mevzuatta öngörülen durumlar ile uyumsuzluğa mahal vermesi tıbben muhtemel görülen tıbbî müdahaleler için sağlık kurum ve kuruluşunca 15 inci maddedeki bilgileri içeren rıza formu hazırlanır. Rıza formunda yer alan bilgiler; sözlü olarak hastaya aktarılarak rıza formu hastaya veya kanunî temsilcisine imzalatılır. Rıza formu iki nüsha olarak imza altına alınır ve bir nüshası hastanın dosyasına konulur, diğeri ise hastaya veya kanunî temsilcisine verilir. Acil durumlarda tıbbî müdahalenin hasta tarafından kabul edilmemesi durumunda, bu beyan imzalı olarak alınır, imzadan imtina etmesi hâlinde durum tutanak altına alınır. Rıza formu bilgilendirmeyi yapan ve tıbbî müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık meslek mensubu tarafından imzalanır. Verilen bilgilerin doğruluğundan ilgili sağlık meslek mensubu sorumludur. Rıza formları arşiv mevzuatına uygun olarak muhafaza edilir.” şeklinde düzenlenmiştir.

¹⁹⁶ Petek, Güzelleştirme, s. 207; Yücel, Medenî Hukuk, s. 216.

¹⁹⁷ Güney Tunalı, Sınırlar, s. 257; Gökşen, Defansif, s. 33; Altun / Yorulmaz, Yasal Değişiklikler, s. 8.

¹⁹⁸ Çavdar, Pelin, “Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S. 3, (2016), s. 749-755; Barlıoğlu, Defansif, s. 58.

¹⁹⁹ HHY madde 31/son “Hastaya tıbbî müdahalede bulunulurken yapılan işlemin genişletilmesi gereği doğduğunda müdahale genişletilmediği takdirde hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa

müdahalenin yapılmadığı takdirde hastanın hayatını veya organlarını kaybedecek olması durumunda hekimin aydınlatılmış onam alma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Hatta bu gibi durumlarda hekimin müdahalede bulunma zorunluluğu mevcuttur ve müdahalede bulunmamak, hekimin sorumluluğunu doğurabilecektir²⁰⁰.

Bunların yanında Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'da²⁰¹ kastrasyon ve gebeliğin sona erdirilmesi konusunda hastanın rızasının aranmasının istisnası ayrıca düzenlenmiştir²⁰².

Hekimin hastadan aydınlatılmış onam alma yükümlülüğünü kaldıran diğer bir durum ise kamu sağlığının korunmasının gerektiği hâllerdir²⁰³. Bu hâller UHK'de düzenlenmiştir. Güncel bir örnek olarak COVID-19 salgını incelenebilir. Hastalığa karşı birtakım aşilar üretilmiş olsa da dünya genelinde aşuya güvenmeyip aşı olmayı reddeden birçok kişi mevcuttur²⁰⁴. Kanımızca UHK düzenlemelerine göre vatandaşlarımıza COVID-19 aşısı olmak zorunlu hale getirilebilir fakat aşının zorunlu tutulup tutulamayacağı konusunda etik ve hukuk alanlarında tartışmalar devam etmektedir.

Uygulamada hekimlerin sorumluluklarına başvuru davalarda çoğunda aydınlatılmış onam yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediği hususu inceleme konusu edilmektedir. Aydınlatılmış onam konusunda çok sık ihtilaf yaşandığından Yargıtay'ın bu konuda verdiği kararlar, tüm konuyu özetleyen, aydınlatılmış onam alma yükümlülüğünün sınırlarını çizen, nitelikli kararlar hâline gelmişlerdir²⁰⁵.

edemez hale gelmesine yolaçabilecek tıbbî zaruret hâlinde rıza aranmaksızın tıbbî müdahale genişletilebilir.” şeklinde düzenlenmiştir.

²⁰⁰ Yücel, Medenî Hukuk, s. 218; Gökcan, Hukukî ve Cezaî, s. 278; Barlıoğlu, Defansif, s. 79.

²⁰¹ RG: 27.05.1983-18059. Bundan itibaren NPK olarak anılacaktır.

²⁰² NPK madde 4/3: “Bir ameliyatın seyri sırasında tıbbî zaruret nedeniyle bir hastalığın tedavisi için kastrasyonu gerektiren hâllerde, kişinin rızasına bakılmaksızın kastrasyon ameliyesi yapılabilir.” şeklinde düzenlenmiştir.

NPK madde 5/3-İlk Cümle: “Derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil hâllerde durumu tespit eden yetkili hekim tarafından gerekli müdahale yapılarak rahim tahliye edilir.” şeklinde düzenlenmiştir.

²⁰³ Yücel, Medenî Hukuk, s. 221.

²⁰⁴ <https://edition.cnn.com/2021/01/25/health/anti-vaccine-theories-undermine-vaccination/index.html> (Erişim Tarihi: 15.02.2021)

<https://teyit.org/dosya-asi-karsitligi-ve-covid-19> (Erişim Tarihi: 15.02.2021).

²⁰⁵ *Diğer yandan, Biyotıp Sözleşmesinin 5. maddesinde ‘Rıza’ konusu düzenlenmiş ve ‘... alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir. Bu kişiye, önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve*

1.5.1.3.4. Teşhis ve Tedavi Hataları

Hekimliğin ana prensibi “önce, zarar verme” anlamına gelen primum non nocere ilkesidir²⁰⁶. Bu ilke doğrultusunda hekim, tıbbî müdahalede bulunacağı kişiyi önceki hâline göre daha iyi bir hale getirmeyi hedeflemeli, durumu daha kötüleştirici müdahalelerden kaçınmalıdır. Hekim, tıbbî müdahaleyi gerçekleştirmeden önce hastaya zarar vermeyecek ve durumunu kötüleştirmeyecek en uygun müdahale yöntemini belirleyebilmek için ilkin hastalığın ne olduğunu tanımlamalı, hastayı muayene edip teşhis koymalıdır²⁰⁷.

Hekim, hastasına doğru bir şekilde teşhis koyabilmek için hastanın bilinci yerindeyse ona sorular sormalı, anamnez almalı, vakayı aydınlatmaya çalışmalı, mümkün olduğunca gerekli tüm tetkikleri yapmalıdır²⁰⁸. Anamnez, olayın oluşuna ilişkin açıklama, hastanın tıbbî öyküsü anlamına gelmektedir²⁰⁹.

tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilecektir. İlgili kişi muvafakatini her zaman serbestçe geri alabilecektir.’ düzenlemesiyle rızanın kapsamı belirlenmiş ve Dairemizin yerleşik uygulamalarına paralel düzenlemeler getirilmiştir. Salt yapılacak işleme rıza göstermek yeterli değildir. Ayrıca, komplikasyonların da izah edilmesi gerekmektedir. Ancak bu rızanın da az yukarıda vurgulandığı üzere aydınlatılmış rıza olması gerekir. Nitekim Hekim Etiği Yönetmeliği’nin 26. maddesinde düzenleme yapılmış ve ‘Hekim hastasını, hastanın ... durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır. Yapılacak aydınlatma hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir uygunlukta olmalıdır. Bilgiler hasta tarafından anlaşılabilir biçimde verilmelidir. Hastanın dışında bilgilendirilecek kişileri, hasta kendisi belirler. Sağlıkla ilgili her türlü girişim, kişinin özgür ve aydınlatılmış onamı ile yapılabilir. Alınan onam, baskı, tehdit, eksik aydınlatma ya da kandırma yoluyla alındıysa geçersizdir. Acil durumlar ile, hastanın reşit olmaması veya bilincinin kapalı olduğu ya da karar veremeyeceği durumlarda yasal temsilcisinin izni alınır.’ düzenlemesiyle aydınlatmanın ne şekilde yapılacağı açıklanmıştır. Aydınlatılmış onamda ise ispat külfeti hekim ya da hastanededir. Yargıtay 13. HD. T. 29.06.2020, E. 2017/8515, K. 2020/542.

²⁰⁶ Üstün, Çağatay, “Tıp’ta Etiğin Yerini Belirlemek (Türkiye Açısından Kısa Değerlendirme)”, Ankara Barosu Başkanlığı Sağlık Hukuku Digestası Dergisi, S. 1, (2009), s. 116; Barlıoğlu, Defansif, s. 5; Karataş / Yakıncı, s. 234; Çoltu, Atıncı, “Tıbbî Uygulama Hataları Konferans Metni”, 1. Tıp Hukuku Günleri Tıbbî Uygulama Hataları Av. Dr. Hasan Çankaya Anısına, Ed. Sermet Koç, İstanbul, İstanbul Tabip Odası Yayınları, 2012, s. 24; Yeşiller, Sözleşme ve Sorumluluk, s. 1.

²⁰⁷ Yördem, Hatalı Uygulama, s. 139.

²⁰⁸ Yördem, Hatalı Uygulama, s. 140; Suyugül, Nezir, “Oftalmik Malpraktis Olgularından Örnekler”, Oftalmolojide Malpraktis Hekimin Yasal Hak ve Sorumlulukları, Ed. Süleyman Kaynak ve Zeliha Yazar, İstanbul, Galenos Yayınevi, 2012, s. 102; Törenli Çakıroğlu, Sır Saklama, s. 160.

²⁰⁹ Güler, Çağatay, Latince Tıp Terimleri Sözlüğü, Ankara, Palme Yayıncılık, 2011, s. 18; Güler, Çağatay, Öğrenci Tıp Sözlüğü, Ankara, Palme Yayıncılık, 2012, s. 22; Burtan, Çağlar Burak, “Tıpta Malpraktis ve İdarenin Sorumluluğu”, Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu, Ed. Hakan Hakeri ve Cahid Doğan, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2015, s. 326; Duysak, Cezaî Sorumluluk, s. 26.

Kanun koyucu, hekime tedavi yöntemini belirleme özgürlüğü tanımıştır²¹⁰. Öyle ki yine TDN’de hekimlere, belli şartların varlığında, üzerinde araştırma yaptıkları tedavi yöntemini tavsiye edebilme özgürlüğü de verilmiştir²¹¹. Fakat hekim bu özgürlüklerini kullanırken hastaya zarar verme riski en düşük olan ve sağlayacağı fayda en yüksek olan tedavinin hangisi olduğunu araştırılmalı, tedavi yöntemi belirlenirken ve uygulanırken tıbbî standartlara uyulması gerektiği unutulmamalıdır²¹².

Tedavi yönünden uygulama hataları ise hastaya hiç müdahalede bulunulmaması, hastanın muayenesinin eksik yapılması, hastadan usulüne uygun anamnez alınmaması, gerekli tetkiklerin gerçekleştirilmemesi, cerrahî girişimler sonrasında hastanın vücudunda yabancı cisimler unutulması, hastaya yanlış ilaç verilmesi, uygunsuz tedavi yöntemi tercih edilmesi, iki hastanın birbiriyle karıştırılması sonucunda hatalı uygulamalarda bulunmak, hastanın sağlam organı üzerinde tıbbî müdahale gerçekleştirilerek ona zarar vermek, yanlış kan grubundan kan nakli yapılması gibi yollarla meydana gelebilir²¹³.

1.5.1.3.5.Hasta Kayıtlarının Usulüne Uygun Tutulmaması

Hekimlere, müdahalede bulundukları hastalarla ilgili bilgileri ve gerçekleştirilen müdahaleleri, yapılan tetkikleri, uygulanan tedavileri, verilen ilaçları,

²¹⁰ TDN madde 6: “Tabip ve dış tabibi, sanat ve mesleğini icra ederken, hiç bir tesir ve nüfuza kapılmaksızın, vicdani ve meslekî kanaatine göre hareket eder.

Tabip ve dış tabibi, tatbik edeceği tedaviyi tayinde serbesttir.” şeklinde düzenlenmiştir.

²¹¹ TDN madde 10: “Araştırma yapmakta olan tabip ve dış tabibi, bulduğu teşhis ve tedavi usulünü, yeter derecede tecrübe ederek faydalı olduğuna veya zararlı neticeler tevhit etmiyeceğine kanaat getirmediği, tatbik veya tavsiye edemez. Ancak, yeter derecede tecrübe edilmemiş olan yeni bir keşfin tatbikatı sırasında alınacak tedbirler hakkında ilgililerin dikkatini celbetmek ve henüz tecrübe safhasında olduğunu ilave etmek şartı ile, bu keşfi tavsiye edebilir.

Bir keşif hakkında yanlış kanaat uyandıracak ifadeler kullanılması yasaktır.” şeklinde düzenlenmiştir.

²¹² Yördem, Hatalı Uygulama, s. 143; Özcan ve Özcanoglu, İspat Sorunları, s. 299; Savaş, Halide, “Tıbbî Uygulama Hatalarından Doğan Zararlar ve Tazmini”, 1. Tıp Hukuku Günleri Tıbbî Uygulama Hataları Av. Dr. Hasan Çankaya Anısına, Ed. Sermet Koç, İstanbul, İstanbul Tabip Odası Yayınları, 2012, s. 76; Korkmaz, Yakup, “Tıbbî Konsültasyon ve Kusurun Paylaşılması Sorunu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 140, (2019), s. 287; Uygur, Atiye, “Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu”, (Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi), Ankara, 2009, s. 370.

²¹³ Uygur, Sözleşmeden Doğan, s. 371-378; Can, İsmail Özgür, “Tıbbî Uygulama Hatalarıyla İlgili Tanımlar ve Kusur Oluşturan Eylemlere Örnekler”, Oftalmolojide Malpraktis Hekimin Yasal Hak ve Sorumlulukları, Ed. Süleyman Kaynak ve Zeliha Yazar, İstanbul, Galenos Yayınevi, 2012, s. 35; Koç, Adli Tıbbi, s. 15.

anamnez bilgilerini vb. kaydetme ve arşivleme yükümlülüğü TŞSK’de getirilmiştir²¹⁴. Kanun koyucu tarafından hekimlere bu yükümlülüğün getirilme sebebi, vekâlet sözleşmesi hükümlerinde düzenlenen vekilin hesap verme yükümlülüğüdür²¹⁵. HHY md. 16 metninde hastanın bu kayıtları inceleyebileceği düzenlenmiştir²¹⁶.

TŞSK md. 72 metninde “*protokol defteri*” ibaresi bulunduğu için bazı kurum ve kuruluşlar tarafından yalnızca protokol defteri tutulmakla yetinilmektedir. Oysa burada tutulması beklenen kayıtlar, protokol defterinde bulunanlardan çok daha detaylıdır²¹⁷.

Kayıt tutma yükümlülüğü, bazı sağlık çalışanlarınca angarya olarak nitelendirilmektedir. Oysa olası bir hukukî anlaşmazlık durumunda gerçeğin tespit edilebilmesi ve hekimin hukukî açıdan sorumlu olup olmadığı gibi konularda mahkeme, tutulan kayıtları inceleyerek karar vermektedir²¹⁸.

1.5.2. Komplikasyon Kavramı

1.5.2.1. Tanım

Tıp bilimi riskli bir bilim dalıdır. Biyolojik yapımızın karmaşıklığı, kimi zaman tıbbî müdahalelerin nasıl sonuçlanacağını öngörülemez hale getirmektedir. Aynı zamanda birçok hastada olumlu etki yaratan bir müdahale bazı hastaların ölümüne dahi sebep olabilmektedir. Dolayısıyla bazı hâllerde hekimin müdahalesi tıp biliminin genel kurallarına ve güncel gelişmelerine uygun olsa dahi hastanın zarara uğradığı görülebilmektedir. Hekimin tıbbî açıdan üzerine düşen her şeyi yapmış olmasına ve hukukî olarak kendisine yüklenen tüm yükümlülükleri yerine getirmesine rağmen hastanın zarar görmesi mümkündür. Bu durumlar, komplikasyon olarak tanımlanmaktadır. Komplikasyon sözcüğünün sözlük anlamı, karmaşıklık olarak

²¹⁴ TŞSK madde 72: “İcrayı sanat eden tabipler, diş tabipleri, dişçiler ve ebeler numunesi veçhile Sıhhiye ve Muaveneti İctimaiye Vekâleti tarafından tertip ve mahalli sıhhiye memurlarınca musaddak, hastaların isim ve hüviyetlerini kayda mahsus bir protokol defteri tutmağa mecburdurlar. Bu defterlerin kuyudu ücretten mütevellit davalarda Sahibi lehine delil ittihaz olunabilir. Şu kadar ki müstenidi iddia olan kaydın hilafı vesaik veya delaili muteberei saire ile ispat edilebilir.” şeklinde düzenlenmiştir.

²¹⁵ Özdemir, H., Teşhis ve Tedavi, s. 151.

²¹⁶ HHY madde 16: “Hasta, sağlık durumu ile ilgili bilgiler bulunan dosyayı ve kayıtları, doğrudan veya vekili veya kanunî temsilcisi vasıtası ile inceleyebilir ve bir suretinialabilir. Bu kayıtlar, sadece hastanın tedavisi ile doğrudan ilgili olanlar tarafından görülebilir.” şeklinde düzenlenmiştir.

²¹⁷ Günday, Hukukî Sorumluluk, s. 127.

²¹⁸ Özçetin, E., Malpraktis, s. 59.

belirtilmiştir²¹⁹. Hukuk düzeni, komplikasyonları tıbbî anlamda “izin verilen risk” olarak değerlendirilmekte ve bu sayede kural olarak hekimleri komplikasyonlardan sorumlu tutmamaktadır²²⁰. Komplikasyonların en önemli iki unsuru, öngörülebilir olmaları ve fakat önlenemez olmalarıdır²²¹.

1.5.2.2. Komplikasyonun Yönetilmesi

Hekim, tıbbî müdahaleyi tıp biliminin standartlarına göre gerçekleştirmiş ve hukukî yükümlülüklerini de yerine getirmişse kural olarak komplikasyondan sorumlu değildir. Hekimin komplikasyondan sorumlu tutulması için komplikasyonu yönetememiş olması gerekmektedir²²².

Hastada komplikasyon meydana geldikten sonra hekimin özen ve sadakat yükümlülüğü yine devam etmektedir. Hastada komplikasyon meydana geldikten sonra hekim hastayı muayeneye çağırmalı, gerekli kontrollerde bulunmalı ve hastanın durumunun daha da kötüleşmemesi için elinden geleni yapmalıdır. Bu duruma komplikasyonu yönetmek denmektedir. Komplikasyonu yönetemeyen hekimin sorumluluğu doğacaktır. Yargıtay’ın hem hukuk hem ceza daireleri, inceledikleri vakalarda benzer kararlar vermişlerdir²²³.

²¹⁹ Türk Dil Kurumu Sözlüğü: <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 15.02.2021)

²²⁰ Somer, Pervin, “Komplikasyon Yönetimi”, Tıp Hukuku Atölyesi – I, Ed. Hakan Hakeri, Sunay Akyıldız, Faik Çelik ve Pervin Somer, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 110; Hakeri, Hakan, “Tıp Hukukunda Malpraktis Komplikasyon Ayrımı”, Toraks Cerrahisi Bülteni, C. 5, S. 1, (2004), s. 24 (Ayrım); Özcan ve Özcanoglu, İspat Sorunları, s. 295; Günday, Hukukî Sorumluluk, s. 115; Güney Tunalı, Sınırlar, s. 229; Ersoy, Leyla Verda, “Tıbbî Malpraktis”, Toraks Cerrahisi Bülteni, C. 5, S. 1, (2014), s. 31; Koç, Adli Tıbbi, s. 14; Barlioğlu, Defansif, s. 22; Yücel, Hekim ve Özel, s. 369; Çetin, Gürsel, “Tıbbî Malpraktis, Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukukî ve Cezaî Sorumluluğu Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi”, Ed. Yorulmaz, Coşkun ve Çetin, Gürsel, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Komisyonu, 2006, s. 33; Beyaztaş, Dört Olgu, s. 49; Gökcan, Hukukî ve Cezaî, s. 78, 328; Yördem, Hatalı Uygulama, s. 147; Özkara, Erdem, “Tıbbî Malpraktis ve Komplikasyon Ayrımı”, II. Ulusal Sağlık Hukuku “Tıbbî Müdahalenin Hukukî Yansımaları” Sempozyumu, Ed. Aysun Altunkaş, İpek Sevdâ Söğüt ve Hamide Tacir, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015, s. 112; Gökşen, Defansif, s. 33; Kayaer, Tedavi Hatası, s. 79; Savaş H., Sorumluluk, s. 290; Kılıç Güneş, Sorumluluk, Hekimin Hukukî Sorumluluğu, s. 33.

²²¹ Kayaer, Tedavi Hatası, s. 79.

²²² Yücel, Hekim ve Özel, s. 369; Zengin, Nazmi, “Oftalmolojide Malpraktis Nasıl Önlenebilir?”, Oftalmolojide Malpraktis Hekimin Yasal Hak ve Sorumlulukları, Ed. Süleyman Kaynak ve Zeliha Yazar, İstanbul, Galenos Yayınevi, 2012, s. 117; Gökcan, Hukukî ve Cezaî, s. 331; Barlioğlu, Defansif, s. 25; Doğan, C., Sigorta, s. 350.

²²³ ...davacıya uygulanan iş ve işlemlerin neler olduğu, olması gerekenle yapılanlar kıyaslanarak, özellikle davacıda gelişen durumun komplikasyon mu yoksa hekim hatası mı olduğu hususu da aydınlatılarak, hekim hatası bulunduğu kanısına varıldığı takdirde sorumlu tutulmalı, komplikasyon olduğu kanısına varıldığı takdirde ise, aydınlatılmış onam formunda bu konuda bir detaya yer

1.5.3. Tıbbî Malpraktis ve Komplikasyon Ayrımı

Tıbbî malpraktis ve komplikasyonun ortak noktası, hastanın zarar görmüş olmasıdır. Burada önemli olan, zarara sebebiyet veren hekim davranışının malpraktis mi yoksa komplikasyon mu olduğunun tespiti. Nitekim hekimin orata çıkan zarardan sorumlu tutulup tutulmayacağı, bu tespit sonucunda belli olacaktır. Fakat bu ayrımı yapabilmek pratikte kolay değildir²²⁴.

Özellikle ölümle sonuçlanan tıbbî müdahalelerde bu tespit yapılması daha da zorlaşmaktadır. Bu durumlarda hekimin sorumluluğunun doğup doğmayacağı konusunda yapılacak otopsi çok büyük önem arz etmektedir. Otopsi sonucunda yapılacak çıkarımların sıhhati için otopsinin mümkün olan en erken vakitte gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Otopsi yapılmasında geç kalınırsa zararın kaynağını tespit edebilmek zorlaşabilir ve duruma göre bazen hasta bazen de hekim mağdur olabilir²²⁵.

Tıbbî malpraktis ve komplikasyonu birbirinden ayıran temel unsur, hastanın zarar gördüğü unsurun gerçekleşmesinde hekime kusur atfedilir olup olmamasıdır. Hekime kusur atfedilebiliyorsa orada tıbbî malpraktisin varlığından söz edilmelidir²²⁶.

1.6. Hekimlik Sözleşmesi

1.6.1. Tanım

Hasta ile hekim arasındaki hukukî ilişkiyi doğuran durumlardan biri, bu iki şahıs arasında bir sözleşme bulunması hâlidir. Bu sözleşmeye öğretide hekimlik

verilmediği gibi gelişen komplikasyon ise yönetiminin de tıbbî standartlara uygun olup olmadığı gözetilerek davacının istek kalemleri değerlendirilmeli ve az yukarda açıklanan düzenlemeler dikkate alınarak hasıl olacak sonuca uygun bir karar verilmelidir. Yargıtay 15. HD. T. 21.06.2018, E. 2018/2524, K. 2018/2644.

...ERCP işlemi sırasında bağırsak delinmelerinin komplikasyon olduğu, şüpheli tarafından yapılan muayene ve tetkikler neticesi ERCP işlemi yapılmasının uygun olduğu, şüpheli tarafından tekrar kontrol ve tetkiklerin ardından genel cerrahi uzmanından konsültasyon önerisiyle ağrıları azalttığı ve ertesinde USG ve BT takibi yaparak batın içinde sıvı tespiti ile zaman kaybetmeden ileri bir merkeze sevkini sağlandığı, komplikasyon yönetimin usulüne uygun yapıldığı bu sebeple şüpheliye kusur atfedilemeyeceğinden,... Yargıtay 12. CD. T. 22.03.2016, E. 2016/1631, K. 2016/4716.

²²⁴ Barlioğlu, Defansif, s. 26; Kayaer, Tedavi Hatası, s. 78.

²²⁵ Özkara, E., Malpraktis, s. 114.

²²⁶ Günday, Hukukî Sorumluluk, s. 109.

sözleşmesi veya tedavi sözleşmesi adı verilmektedir. Çalışmamızda hekimlik sözleşmesi terimi kullanılacaktır.

Hekimlik sözleşmesi, hekimin kendisine başvuran hastayı sağlığına kavuşturma amacıyla tıp biliminin gereklerini gözeterek müdahalede bulunmayı üstlendiği, buna karşılık hastanın da hekime ücret ödeme borcu altına girdiği sözleşmelerdir²²⁷.

1.6.2. Unsurları

Hasta ile hekim arasındaki ilişki, her zaman sözleşmeyle kurulmamaktadır. Bununla birlikte taraflar arasında sözleşme bulunuyorsa dahi her sözleşme hekimlik sözleşmesi değildir. Hasta ile hekim arasındaki ilişkinin temelinde hekimlik sözleşmesinin bulunduğunu söyleyebilmek için bu sözleşmenin bazı unsurları barındırması gerekmektedir²²⁸. Bu unsurlar aşağıda açıklanmıştır.

1.6.2.1. Taraflar

Bir sözleşmenin hekimlik sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi için taraflarından birinin hasta; diğerininse serbest çalışan hekim olması gerekmektedir²²⁹. Yalnızca hasta ile serbest çalışan hekimin bizzat doğrudan sözleşme yapmaları hâllerde hekimlik sözleşmesinin varlığından söz edilebilir. Hastanın özel bir hastaneyle sözleşme imzalaması veya devlet hastanesine giderek sağlık hizmeti alması, taraflar arasındaki sözleşmeyi hekimlik sözleşmesi olarak nitelendirmeye yetmemektedir.

Serbest çalışan hekim, mesleğini bağımsız olarak yürüten; kamu veya özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışmayan hekimidir²³⁰. Serbest çalışan hekim, özel muayenehanesinde veya evinde hasta kabul ederek çalışmaktadır. Ancak bu durum, hekimin bir hastane ile sözleşme imzalayarak hastalara orada bakmasını

²²⁷ Uygur, Sözleşmeden Doğan, s. 84; Özdemir, H., Hukukî, s. 40; Demir, M., Sözleşme, s. 226.

²²⁸ Savaş, Nuriye, “Hekimin Tazminat Sorumluluğu”, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi “Sağlık Hukuku Makaleleri”, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2012, s. 161.

²²⁹ Alkanat, Murat B., “Tıbbî Müdahalelerden Doğan Hukukî Sorumluluk”, Sürekli Tıp Eğitim Dergisi, C. 11, S. 5, (2002), s. 177; Barlıoğlu, Defansif, s. 71.

²³⁰ Yücel, Özge, “Hasta ve Hekim ile Sağlık Hizmeti Sunucusu Arasındaki Hukuksal İlişkinin Niteliği”, Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, Ed. Özge Yücel ve Gürkan Sert, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 236 (Hukuksal İlişkinin Niteliği).

engellemez²³¹. Burada önemli olan unsur, hekimin herhangi bir hizmet sözleşmesi ile hastaneye bağlı hizmet vermiyor olmasıdır.

1.6.2.2. Hekimin Tıbbî Müdahalede Bulunma Edimi Yüklenmesi

Hekim ile hasta arasında akdedilen sözleşmenin hekimlik sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi için aranılan ikinci unsur, sözleşme ile hekimin tıbbî müdahalede bulunmayı üstlenmesidir.

1.6.2.3. Hastanın Ücret Ödeme Edimi Yüklenmesi

Hekimlik sözleşmesi sinallagmatik bir sözleşmedir, bu yönüyle her iki âkit tarafa da borç yüklemektedir²³². Temelde hekimin tıbbî müdahalede bulunma edimini yerine getirmesi karşılığında hasta da hekime ücret ödeme edimini yüklenmektedir.

Hekimlik sözleşmesi, gerek öğretideki yaygın görüşe gerekse Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarına göre istisna hâller dışında vekâlet sözleşmesidir²³³. Hekimin, tıp bilimini uygulamayı meslek edindiği için tecrübesi ve emeği karşılığında ücret isteme hakkı vardır²³⁴. Bu durum genel olarak Borçlar Hukukunun kapsamına girse dahi Tıp Hukuku mevzuatına dahil olan Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi md. 33 metninde bir yönüyle yansıma bulmuştur²³⁵. Dolayısıyla hekimlik bir meslek olduğundan ve ücret isteme hakkı hekimlere tanınmış bir hak olduğundan hekimlik sözleşmesi, vekâlet sözleşmesi olarak vasıflandırılrsa dahi sözleşmede ücret unsuru yer almaktadır²³⁶.

²³¹ Yücel, Hukuksal İlişkinin Niteliği, s. 237.

²³² Törenli Çakıroğlu, Sır Saklama, s. 160.

²³³ Bkz.: Başlık 1.6.3.

²³⁴ Türkmen, Hasta ve Hekim Hukuku, s. 74.

²³⁵ TDN madde 33: “Her çeşit cerrahî müdahale, doğum, fizikoterapi, radyoterapi, diş tababeti tedavileri ve tabibin sıkı nezaretini gerektiren sürekli kürler için hastalardan maktu bir ücret istenebilir.” şeklinde düzenlenmiştir.: Özdemir, H., Hukukî, 47.

²³⁶ Başpınar, Veysel, Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004, s. 84 vd.; Erdoğan, Hekim Hakları, s. 69.

1.6.2.4. Taraf İradelerinin Uyuşması

Hasta ile hekim arasında kurulan sözleşme de tüm sözleşmeler gibi temelde Borçlar Hukuku ilkelerine ve mevzuatına bağlıdır. TBK md. 1 düzenlemesinde²³⁷ de belirtildiği üzere taraflar arasında bir sözleşmenin varlığından bahsedebilmek için birden fazla tarafın bulunması ve bu tarafların iradelerinin açık veya zımnî olarak karşılıklı ve birbirine uygun şekilde açıklanması şarttır²³⁸. Hekimlik sözleşmesi kurulurken taraflarca gerçekleştirilmesi gereken herhangi bir şekil şartı bulunmamaktadır²³⁹.

Hekimlik sözleşmesi kurulurken tarafların irade beyanları her durumda açık olmayabilmektedir. Tarafların hal, hareket ve davranışlarından sözleşmeyi kurma yönündeki zımnî iradeleri anlaşılıyorsa hekimlik sözleşmesinin kurulduğu söylenebilir²⁴⁰. Örneğin özel muayenehane açan hekimden randevu alınması, hasta tarafından gerçekleştirilmiş zımnî kabule örnek verilebilir²⁴¹. Nitekim Yargıtay 9. HD, somut olayda bu durumla karşılaşmış ve hasta ile hekim arasındaki sözleşmenin, hastanın müracaatı üzerine muayene ve tedavinin başladığı anda kurulduğunu vurgulamıştır²⁴².

1.6.3. Hukukî Niteliği

Hasta ile hekim arasındaki sözleşme, önceki başlıkta sayılan unsurları taşıyorsa geçerli şekilde kurulmuş olur. Hekimlik sözleşmesinin niteliği kanunlarımızda özel olarak düzenlenmemiştir. Bu nedenle, öğretide ve uygulamada muhtelif görüşler

²³⁷ TBK madde 1: “Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur.

İrade açıklaması, açık veya örtülü olabilir.” şeklinde düzenlenmiştir.

²³⁸ Ayan, Mehmet, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 151-152 (Borçlar); Cansel, Erol / Özel, Çağlar, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt – 1, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 97 vd.; Kayıhan, Şaban ve Ünlütepe, Mustafa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 92; Kayar, Borçlar, s. 57; Şeker, Muzaffer, “6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanununa Göre İsmatlanmayan Şeyin Gönderilmesi”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S. 24, (2013), s. 83; Yavuz, Nihat: Borçlar Hukuku El Kitabı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018, s. 20-21; Doğan, M. / Şahan, G. / Atamulu, İ., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 110.

²³⁹ Demir, M., s. 236.

²⁴⁰ Özdemir, H., Hukukî, s. 48; Demir, M., Sözleşme, s. 236; Yördem, Hatalı Uygulama, s. 138.

²⁴¹ Özdemir, Hukukî, s. 48.

²⁴² *Doktor meslek ve sanatını icra eden bir kimsedir. Hasta muayene ve tedavi için kendisine müracaat ettiğinde ve doktor muayene ve tedaviye başladığı anda akdi bir ilişki kurulmuş olur...* Yargıtay 9. HD. T. 18.11.1991, E. 8375, K. 14336.

savunulmaktadır²⁴³. Öğretide en yaygın olarak, hekimlik sözleşmesinin vekâlet sözleşmesi olduğu, eser sözleşmesi olduğu, hizmet sözleşmesi olduğu ve sui generis sözleşme olduğu görüşlerine rastlanmaktadır²⁴⁴.

1.6.3.1. Vekâlet Sözleşmesi Hükümlerine Göre Değerlendirilmesi

Öğretideki yaygın görüşe ve yerleşmiş Yargıtay içtihatlarında hekimlik sözleşmesi kural olarak vekâlet sözleşmesi hükümlerine göre değerlendirilmektedir²⁴⁵. Bunun yanında hekimlik sözleşmesini, hastanın hekimi yönlendirme yetisi olmadığından ve hekimin kendi uygun görmediği bir müdahaleyi yapmaya zorlanamayacağından vekâlet sözleşmesi olarak değil; vekâlet benzeri bir iş görme sözleşmesi olarak nitelendiren müellifler de vardır²⁴⁶.

Vekâlet sözleşmeleri, TBK md. 502 vd. tanımlanarak düzenlenmiş bir sözleşme türüdür²⁴⁷. Vekâlet sözleşmesinde vekil, müvekkilinin menfaatlerini koruma ve onun iradesi doğrultusunda işlem yapma borcunu yüklenirken müvekkil de sözleşmede mevcut olması veya teamülde varsa vekile bu iş karşılığında ücret ödeme borcunu yüklenir. Buradan da sözleşmede ücret maddesinin bulundurulmasının zorunlu olmadığı anlaşılmaktadır²⁴⁸.

Yine madde metnine göre vekâlet sözleşmesi hükümleri, kanunda düzenlenmemiş iş görme sözleşmelerine de uygulanmaktadır ve bu yönüyle “*torba sözleşme*” olarak da nitelendirilmektedir²⁴⁹. Hekimlik sözleşmesi de kanunda

²⁴³ Yücesoy Yılmaz, Zamanaşımı, s. 275; Barlıoğlu, Defansif, s. 71; Özdemir, Hukukî, s. 40; Ateş, Sorumluluk, s. 13; Yücel, Hukuksal İlişkinin Niteliği, s. 239.

²⁴⁴ Gökcan, Hukukî ve Cezaî, s. 968-969; Yılmaz, Battal, Açıklamalı İçtihatlı Hekimin Hukukî Sorumluluğu, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017, s. 33; Katar Karakaş, Meray / Yüzbaşı, Firdes, “Kamu Hastanelerinde Yapılan Tıbbî Tedavi ve Girişimlerden Ötürü Hekimin Hukukî Sorumluluğu: Hastaneden Adliye Uzanan Süreç”, Social and Legal Studies e-journal, Nisan 2015, s. 39; Demir, M., Sözleşme, s. 238; Doğramacı, Yakup Gökhan / Erkol, Zehra Zerrin: Tüketici Hukukunun Hasta ve Hekim Haklarına Etkisi, IV. Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi, Ed. İsmail Hamit Hancı ve Yener Ünver, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 701.

²⁴⁵ Barlıoğlu, Defansif, s. 71; Ateş, Sorumluluk, s. 17; Yılmaz, Kerem, “Defansif Tıp Uygulamaları”, Tıbbî Uygulama Hataları B. 3, Ed. Polat, Oğuz, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 246; Yavuz, Borçlar Genel, s. 1344, Yılmaz, B., Sorumluluk, s. 35.

²⁴⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Yücel, Hukuksal İlişkinin Niteliği, s. 239-240.

²⁴⁷ TBK madde 502: “Vekâlet sözleşmesi, vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir.” şeklinde düzenlenmiştir.

²⁴⁸ Remzi, Mehmet / Aydın, Sezer, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019, s. 295; Ateş, Sorumluluk, s. 13.

²⁴⁹ Aydoğdu, Murat / Kahveci, Nalan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), Ankara, Adalet Yayınevi, 2019, s. 791.

düzenlenmemiş bir iş görme sözleşmesi olduğundan ihtilafların çözülmesinde vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması gerekmektedir. Yargıtay, istikrar kazanmış kararlarında bu şekilde kararlar vermiştir²⁵⁰. Ayrıca bu kararlarda vekâlet sözleşmesinde vekilin sonucun gerçekleşeceğine ilişkin garanti verme yükümlülüğü olmadığına da vurgu yapılmıştır. Buna paralel bir düzenleme TDN madde 13/1 metninde mevcuttur²⁵¹.

1.6.3.2. Eser Sözleşmesi Hükümlerine Göre Değerlendirilmesi

Öğretide çoğunluk tarafından kabul edilen ve Yargıtay tarafından benimsenen görüşe göre güzelleşme amacıyla gerçekleştirilen tıbbî müdahalelerde hasta ile hekim arasındaki sözleşme, eser sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir²⁵². Bu görüşe estetik cerrahî sonucunda eser meydana gelmeyeceği için veya hekim tarafından sonuç garantisi verilse bile bu durumun vekâlet sözleşmesine aykırı olmadığı gibi nedenlerle katılmayan müellifler de bulunmaktadır²⁵³. Fakat Yargıtay'ın bu konuda görüşü uzun zamandır değişmemiştir²⁵⁴. Yargıtay kararlarından da görüleceği üzere hekimlik

²⁵⁰ Hukuksal niteliği konusunda doktrinde değişik görüşler (eser, hizmet, vekâletsiz iş görme gibi) ileri sürülmüş olmakla birlikte bilhassa yürürlük tarihi itibarıyla uyumsuzlukta uygulanması gereken 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun (BK) “Diğer akitler hakkında kanunî hükümlere tabi olmayan işlerde dahi, vekâlet hükümleri cari olur” şeklindeki 386/2 [6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) 502/2] maddesi hükmünü de gözeten yargısal uygulamada hekimlik sözleşmelerinin vekâlet sözleşmelerine ilişkin düzenlemeler dairesinde çözümlenmesi gerektiği görüşü yerleşik bir hâl almıştır. :Yargıtay HGK. T. 21.03.2019, E. 2017/13-778, K. 2019/329;

Doktor, hastasının zarar görmemesi için meslekî tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu, tıbbî açıdan zamanında gecikmeksizin saptayıp, somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak, uygun tedavi yöntemini de gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır. Asgari düzeyde dahi olsa, tereddüt doğuran durumlarda, bu tereddüdü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada da koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir tercih yaparken de hastasının ve hastalığının özelliklerini gözönünde tutmalı, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınmalı, en emin yol seçilmelidir. Gerçekten de hasta, tedavisini üstlenen meslek mensubu doktorundan tedavisinin bütün aşamalarında mesleğin gerektirdiği titiz bir ihtimam ve dikkati göstermesini, beden ve ruh sağlığı ile ilgili tehlikelerden kendisini bilgilendirmesini güven içinde beklemek hakkına sahiptir. Gereken özeni göstermeyen vekil, B.K.nun 394/1 maddesi hükmü uyarınca, vekâleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır. Tıbbın gerek ve kurallarına uygun davranılmakla birlikte sonuç değişmemiş ise doktor sorumlu tutulmamalıdır. Yargıtay HGK. T. 26.11.2014, E. 2013/13-1204, K. 2014/965. Benzer nitelikte Yargıtay Kararı için bkz.: Yargıtay HGK. T. 13.04.2011, E. 2010/13-717, K. 2011/129.

²⁵¹ TDN madde 13/1: “Tabip ve dış tabibi, ilmî icaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder. Bu faaliyetlerinin mutlak surette şifa ile neticelenmemesinden dolayı, deontoloji bakımından muaheze edilemez.” şeklinde düzenlenmiştir.

²⁵² Barloğlu, Defansif, s. 74; Petek, Güzelleştirme, s. 188; Gökşen, Defansif, s. 28;

²⁵³ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Petek, Güzelleştirme, s. 188-191; Kılıç Güneş, Sorumluluk, s. 56.

²⁵⁴ Dava, eser sözleşmesi niteliğinde dış protez yapım sözleşmesinden kaynaklanan maddî ve manevî tazminat talebine ilişkindir. Davacı iş sahibi, davalı şahıs ise işi yapan yüklenici konumundadır. Davacı iş sahibi vekili; yaklaşık 1 yıl önce davalıya giderek üst dişlerini kaplama yaptırmak istediğini, alt çene

sözleşmesinin eser sözleşmesi olarak vasıflandırılması, vekâlet sözleşmesi olarak vasıflandırılmasının ikamesi değildir. Diğer bir deyişle estetik operasyonlara ilişkin hekimlik sözleşmelerini eser sözleşmesi olarak vasıflandırmak, diğer hekimlik sözleşmelerini vekâlet sözleşmesi olarak vasıflandırmaya engel değildir.

Güzelleşme ve estetik amacıyla yapılan tıbbî müdahaleden, hastanın dış görünüşünde olumsuz etki yaratan unsurların ortadan kaldırılması, yaraların giderilmesi anlaşılmalıdır²⁵⁵. Bu tür tıbbî müdahalelere estetik amaçlı dış operasyonları, botoks uygulamaları, rinoplasti, dudak dolguları, yağ aldırma, meme büyütme gibi örnekler verilebilir²⁵⁶.

Eser sözleşmesi, TBK'nın 470 vd. maddelerinde düzenlenmiştir²⁵⁷. Eser sözleşmesi de iş görme sözleşmesi niteliğindedir. Ancak diğer iş görme sözleşmelerine kıyasla eser sözleşmelerinde yüklenicinin meydana getirdiği sonuç çok daha önemlidir²⁵⁸.

dişlerinde sıkıntı olmamasına rağmen üst dişler ile alt dişlerde renk farklılığı olmaması için her iki tarafa birden kaplamaya karar verdiklerini, tedaviden bir süre sonra ağrılarının başladığını yemek bile yiyemediğini... Yargıtay 15. HD. T. 08.09.2020, E. 2020/152, K. 2020/2335;

Davaya dayanak yapılan maddî olgu, yüz gerdirme estetik ameliyatı yapılmak suretiyle, istenilen ve kararlaştırılan biçime uygun güzel bir görünüm kazandırılmasıdır. Varılmak istenilen sonucun ve buna dayalı olguların hukukî nitelendirilmesi yapıldığında ise, yanlar arasında TBK.'nın 470 ve devamı maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesi ilişkisinin bulunduğu açıklıkla ortadadır. Bu nedenle mahkemece taraflar arasındaki ilişkinin vekâlet sözleşmesi olarak değerlendirilmesi doğru görülmüştür. Eser sözleşmelerini diğer iş görme sözleşmelerinden ayıran önemli hususlardan birisi de sonuç sorumluluğu, yani tarafların iradeleri doğrultusunda yüklenici tarafından bir sonucun meydana getirilmesi taahhüdüdür. Burada vekâlet akdindeki gibi sonuç taahhüt edilmeksizin sadece bir işin görülmesi taahhüdü bulunmamakta, bir eserin-sonucun yaratılıp teslim edilmesi borcu altına girilmektedir. Yargıtay 3. HD. T. 07.12.2015, E. 2015/12079, K. 2015/19759. Benzer nitelikte Yargıtay Kararları için; Yargıtay 15. HD. T. 09.06.2020, E. 2019/3167, K. 2020/1408; Yargıtay 3. HD. T. 26.11.2015, E. 2015/17110, K. 2015/19069; Yargıtay 3. HD. T. 15.03.2012, E. 2012/177, K. 2012/6939; Yargıtay 3. HD. T. 14.03.2013, E. 2013/2362, K. 2013/4483; Yargıtay 13. HD. T. 05.04.1993, E. 1993/131, K. 1993/2741; Yargıtay 15. HD. T. 25.01.2011, E. 2010/589, K. 2011/263.

²⁵⁵ Arıncı, Rifat Atilla, "Estetik Cerrahîde Hekimin Hukukî Sorumlulukları ve Bu Sorumlulukların Eser Sözleşmesi Kapsamında Değerlendirilmesi", III. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildirileri Kitabı (Cilt 2), Ed. İstanbul Medeniyet Üniversitesi Tıp Hukuku Araştırmaları Birimi, Ankara, Adalet Yayınevi, 2020, s. 617.

²⁵⁶ Petek, Güzelleştirme, s. 180-181.

²⁵⁷ TBK madde 470: "Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir." şeklinde düzenlenmiştir.

²⁵⁸ Remzi ve Aydın, Borçlar Özel, s. 21.

Eser sözleşmesi ile vekâlet sözleşmesini birbirinden ayıran en önemli unsur, vekâlet sözleşmesinde vekilin sonucu garanti etmek gibi bir zorunluluğu yokken eser sözleşmesinde yüklenicinin sonucu garanti etmesi ve bu riski üstlenmesidir²⁵⁹.

Cerrahî müdahaleler, tabiatı gereğince kişinin vücut bütünlüğünü bozmaktadır. Bu müdahaleler sonucunda ağır zararlar meydana gelebileceğinden, kişinin vücut bütünlüğü ve dokunulmazlık hakkının aleyhinde bir müdahaleye rıza göstermesine bazı müellifler karşı çıkmaktadırlar. Dolayısıyla bu müellifler, sağlık nedenleriyle zorunlu kalmadıkça cerrahî müdahale yapılmaması gerektiğini ve salt güzelleşmek amacıyla estetik operasyonlar yapılmasının hukuka uygun olmadığını iddia etmektedirler²⁶⁰.

1.6.3.3. Hizmet Sözleşmesi Hükümlerine Göre Değerlendirilmesi

Genel hizmet sözleşmeleri, TBK'nın 393 vd. maddelerinde düzenlenmiş bulunmaktadır²⁶¹. Genel hizmet sözleşmelerinin en önemli noktası içerisinde bağımlılık unsuru barındırmasıdır²⁶². Hekim ve hasta ilişkisinde tıbbî müdahale öncesinde hastanın rızasının alınması şart olsa da hekim, salt hastanın isteği üzerine tıp biliminin genel gerekleri ve etiğine aykırı hareket edemez. Dolayısıyla burada hekimin hastaya bağımlılığı söz konusu değildir. Ayrıca hizmet sözleşmesinde bulunan süre unsuru, haste ile hekim ilişkisinde yer almamaktadır. Bu nedenle, hasta ile hekim arasındaki sözleşme hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilemez²⁶³.

Hekimlik sözleşmesini hizmet sözleşmesi olarak vasıflandıran görüşler de mevcuttur. Ancak bu görüş Yargıtay tarafından benimsenmemiştir²⁶⁴.

²⁵⁹ Barlıoğlu, Defansif, s. 74; Yavuz, Borçlar Genel, s. 1247; Kayar, Borçlar Genel, s. 329.

²⁶⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Arıncı, Estetik Cerrahi, s. 622.

²⁶¹ TBK madde 393: "Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle işgörmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir." şeklinde düzenlenmiştir.

²⁶² Remzi / Aydın, Borçlar Özel, s. 2019.

²⁶³ Kılıç Güneş, Sorumluluk, s. 51; Katar Karakaş / Yüzbaşı, Süreç, s. 39; Yılmaz B., Sorumluluk, s. 43.

²⁶⁴ *Kepçe kulak diye tabir edilen kulağın görünümündeki normal dışı büyüklüğün giderilip kulak ve yüze güzel bir görünüm kazandırılması işlemi estetik bir işlem olduğu ve sonuç olarak tedavi değil güzelleşme amaçlandığından tarafların arasındaki ilişki hizmet ilişkisi değil ... Türk Borçlar Kanunu 470 ve devamı maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesi ilişkisidir. Eser sözleşmesinin varlığı hâlinde uyumsuzluğun da eser sözleşmesi hükümlerine göre çözümlenmesi gerekmektedir. Eser sözleşmelerinin diğer iş görme sözleşmelerinden ayıran en önemli farklı sonuç sorumluluğu, yani tarafların anlaşmaları*

1.6.3.4. Sui Generis Sözleşme Olarak Değerlendirilmesi

Hasta ile hekim arasındaki sözleşmeyi, düzenlenmiş hiçbir sözleşme vasfına dahil edemedikleri için bu hekimlik sözleşmesinin sui generis sözleşme olduğunu ileri süren müellifler olmuştur. Bu itirazlar dile getirilirken Tıp Hukukunun kamu hukuku ile sıkı ilişki içerisinde olması, bazı durumlarda sözleşmeye taraf olmayan hasta yakını gibi üçüncü kişilere karşı sorumluluk doğabilmesi gibi unsurlar gündeme getirilmektedir²⁶⁵.

1.7. Hekimin Sorumluluğu

1.7.1. Tanım

Sorumluluk kelimesi Türkçe'ye, Arapça mesuliyet sözcüğünün çevrilmesi ile kullanılmaya başlanmıştır²⁶⁶. Sözlük tanımı ise “*Kişinin kendi davranışlarını veya kendi yetki alanına giren herhangi bir olayın sonuçlarını üstlenmesi*” olarak yapılmıştır²⁶⁷. Hukuk alanında sorumluluk kısaca bir kişinin bir başkasının uğramasına sebep olduğu zararı giderme yükümlülüğü olarak karşımıza çıkmaktadır²⁶⁸. Bir başka tanıma göre borca aykırı davranarak edimini hiç veya gerektiği gibi ifa etmeyen kişi sorumlulukla karşılaşır ve davranışlarının sonuçlarına katlanmak zorundadır²⁶⁹. Zarar ise kişinin kişilik veya mal varlığında iradesi dışında meydana gelen eksilme veya çıkar kaybı olarak tanımlanabilir²⁷⁰. Hekimler, meslekleri gereği müdahalelerde bulunurken hastalarına zarar verebilmekte ve -somut olayın özelliklerine göre değişmekle birlikte- hastalarına verdikleri bu zararlardan sorumlu tutulabilmektedir²⁷¹.

doğrultusunda yüklenicinin bir sonucu meydana getirmeyi taahhüt etmesidir. Yargıtay 15. HD. T. 07.11.2017, E. 2017/2286, K. 07.11.2017.

²⁶⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Doğramacı / Erkol, Tüketici, s. 701-702.

²⁶⁶ Nişanyan Sözlük: <https://www.nisanyansozluk.com/?k=mesuliyet> (Erişim Tarihi: 06.02.2021)

Nişanyan Sözlük: <https://www.nisanyansozluk.com/?k=sorumluluk> (Erişim Tarihi: 06.02.2021)

²⁶⁷ Türk Dil Kurumu Sözlüğü: <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 06.02.2021)

²⁶⁸ Çelik, Tazminat, s. 471; Erkiner, Hakkı Hakan, “Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Milletlerarası Sorumluluğu”, (Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, 2008, s. 1.

²⁶⁹ Ayan, Borçlar Genel, s. 94; Kayar, Borçlar Genel, s. 43; Doğan M. / Şahan / Atamulu, Borçlar Genel, s. 72; Yavuz, Borçlar Genel, s. 3; Reisoğlu, Borçlar Genel, s. 37.

²⁷⁰ Çelik, Tazminat, s. 471; Kayar, Borçlar Genel, s. 113; Atay, Ender Ethem, İdare Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 366.

²⁷¹ Demir, M., Sözleşme, s. 227; Kayaer, Tedavi Hatası, s. 72.

Tıp biliminin çalışma alanı, kişilerin bedenleri ve zihinleridir. Bu durum, temel haklar içerisinde en önemli haklardan olan yaşam hakkı, vücut bütünlüğü ve sağlık hakkıyla birebir ilişkili olduğundan tıp mesleğini oldukça hassas bir hale getirmektedir²⁷². Bu mesleğin insan sağlığını doğrudan ilgilendirmesi, yapılacak hataların ölümle veya sakatlıklarla sonuçlanabilmesi, hekimleri, meslekî hatalarından sorumlu tutulmalarına sebep olmaktadır²⁷³.

1.7.2. Tarihsel Gelişimi

İnsanlık tarihinin bazı dönemlerinde hekimlik mesleğine ilahîlik atfedilmiştir. Tanrı tarafından bahsedilen bilgileri ve yetenekleri uyguladıkları düşünülen hekimlerin eylemlerinden sorumlu olmamaları gerektiğine inanılmıştır. Bunun yanında muhtelif zamanlarda ve muhtelif toplumlarda bu ilahîlik vasfı kabul edilmemiş ve hekimlerin eylemlerinden sorumlu tutulmaları gerektiği düşüncesi gündeme gelmiştir²⁷⁴.

Hekimin sorumluluğunu düzenleyen ilk metinler MÖ 18. yy'de düzenlenen Hammurabi Kanunlarıdır²⁷⁵. Fakat burada düzenlenen sorumluluk modern hukuk düzenindeki sorumluluk anlayışıyla bağdaşmamaktadır. Nitekim örneğin Hammurabi Kanunlarında hastasının ölümüne sebep olan hekimin cezası, elinin kesilmesidir²⁷⁶.

Eski Mısır'da da hekimlerin mesleklerini yaparken uymaları gereken kurallar belirlenmiş, bu kurallara uymayan hekimler sorumlu tutulmuştur²⁷⁷.

Roma Hukukunda ise sözleşmeden kaynaklanan sorumluluk esası benimsenmiş, hekimlerin hukukî ve cezaî sorumlulukları birbirinden ayrılmıştır²⁷⁸.

²⁷² Çelik, Tazminat, s. 833.

²⁷³ Şahin, Musa Furkan, "Hekimin Gerçek Vekâletsiz İş Görmeden Kaynaklanan Sorumluluğu", Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1, (2019), s. 137.

²⁷⁴ Aykın, Aykut Cemil ve Çınarlı, Serkan, Sağlık Personelinin Hukukî Sorumluluğu, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 347; Barlıoğlu, Defansif, 7; Çelik, Tazminat, s. 838.

²⁷⁵ Imhof, Michael, Malpractice in Surgery: Safety Culture and Quality Management in the Hospital, Berlin, Walter de Gruyter, 2013, s. 1; Doğramacı ve Erkol, Tüketici, s. 693; Barlıoğlu, Defansif, s. 69; Yılmaz B., Sorumluluk, s. 2; Günday, Hukukî Sorumluluk, s. 3, Yongalık, s. 404.

²⁷⁶ Hammurabi Kanunları metni için bkz.: <https://avalon.law.yale.edu/ancient/hamframe.asp> (Erişim Tarihi: 06.02.2021)

²⁷⁷ Türkmen, Hasta ve Hekim Hukuku, s. 8.

²⁷⁸ Bayraktar, Cezaî, s. 42; Günday, Hukukî Sorumluluk, s. 3; Doğramacı ve Erkol, Tüketici, s. 693.

Roma Hukukunun bu görüşü, Anglosakson Hukuk Sistemine etki etmiş, hekimin sorumluluğu 14. yy'de İngiltere'de ilk kez dava konusu olmuştur²⁷⁹.

Antik Yunan'da, tıp bilimi için çağlardır önemini korumuş bir bilim insanı olan Hipokrat öncülüğünde, hekimin mesleğini yaparken tıp kurallarına riayet etmemesi hâlinde sorumluluk doğacağı görüşü yayılmıştır²⁸⁰.

Türk-İslam tarihinde ise hekimin sorumluluğu tespit edilirken hastanın verdiği hüccet isimli onam belgelerinin varlığı gibi kriterlerden yararlanılmıştır²⁸¹. Osmanlı Devleti'nin eski zamanında hasta ve hekim ilişkileri çoğunlukla padişahın çıkardığı fermanlar ve hekimbaşı emirnameleri ile düzenlenmektedir. Fakat 19.yy'den itibaren talimatnameler ve kanunlarla modern sorumluluk anlayışına geçiş yapılmıştır²⁸². Günümüzde olduğu gibi Osmanlı Devleti zamanında da hekimlerin cezaî, hukukî, idarî sorumlulukları bulunmaktadır. Fakat batı medeniyetinin örnek alındığı tanzimat döneminde idarî sorumluluk yönüne daha çok önem verilmiştir²⁸³.

1.7.3. Hekimin Sorumluluk Alanları

Hekimler, mesleklerini ifa ederken hastalara bedensel veya ruhsal zararlar verebilmektedirler. Hastada zararın meydana geldiği bazı koşullarda hekimin sorumluluğuna başvurulmaktadır. İşte bu sorumluluk; hekimler için cezaî, idarî, meslekî (etik veya deontolojik sorumluluk) ve hukukî sorumluluk olmak üzere dört ana başlıkta toplanmaktadır²⁸⁴. Çalışmamızın esas konusu hukukî sorumluluk olduğu için diğer sorumluluk alanları kısaca incelenecektir.

²⁷⁹ Doğramacı ve Erkol, Tüketici, s. 693.

²⁸⁰ Aşçıoğlu, Sorumluluk, s. 4; Günday, Sorumluluk, s. 3; Demirel, Yasal Sorumluluklar, s. 100.

²⁸¹ Doğramacı ve Erkol, Tüketici, s. 693.

²⁸² Türkmen, Hasta ve Hekim Hukuku, s. 14-15.

²⁸³ Zorlu, Süheyla ve Ülker, İbrahim ve Aydın, Melikşah, Osmanlı Tıp Hukuku, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017, s. 230.

²⁸⁴ Yördem, Hatalı Uygulama, s. 132; Yalçın, Hakan, "Sağlık Alanında Sorumluluk Hukuku ve Sigorta İlişkisi", (Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2017, s. 7; Gökşen, Defansif, s. 31; Polat / Pakiş, Sorumluluk, s. 123; Demir, M., Sözleşme, s. 227; Özdemir H., Hukukî, s. 35; Akbaba, Murat / Davutoğlu, Vedat, "Sağlık ve Hukuk Kısacasında Hekim: Ne Yapmalı?", Türk Kardiyoloji Derneği Dergisi, C. 44, S. 7, (2016), s. 610; Barlioğlu, Defansif, s. 83; Koç, Sermet, "Sağlık Çalışanlarının Yasal Sorumlulukları ve Malpraktis", 1. Tıp Hukuku Günleri Tıbbî Uygulama Hataları Av. Dr. Hasan Çankaya Anısına, Ed. Sermet Koç, İstanbul, İstanbul Tabip Odası Yayınları, 2012, s. 42 (Sağlık Çalışanları); Yeşiller, Sözleşme ve Sorumluluk, s. 111; Bakkak Özdemir, Disiplin Sorumluluğu, s. 247; Ünlü, Nurten, "Meslekî Soruşturma ve Disiplin Cezalarında Yaklaşım", Oftalmolojide Malpraktis Hekimin Yasal Hak ve Sorumlulukları, Ed. Süleyman Kaynak ve Zeliha Yazar, İstanbul, Galenos Yayınevi, 2012, s. 62; Özcan ve Özcanoglu, İspat Sorunları, s. 294.

1.7.3.1. Hekimin Cezaî Sorumluluğu

Cezaî sorumluluğun hangi hâllerde doğacağı, kapsamı ve sonuçları Ceza Hukuku tarafından belirlenmektedir. Ceza Hukukunda esas amaç mağduriyet gidermek değildir. Dolayısıyla cezaî sorumluluk ihdas edilirken kanun koyucunun asıl amacının mağdurun mağduriyetinin nasıl giderileceğinin tespiti olmadığı unutulmamalıdır.

Hekimin cezaî sorumluluğundan bahsedebilmek için öncelikle hastanın zarar gördüğü eylemin hukuka aykırı olması ve hekimin bu davranıştan kusurlu olması gerekir²⁸⁵. Hekimin kusuru; somut olayın özelliklerine göre kast, olası kast, bilinçli taksir veya taksirden birine dahil edilebilir²⁸⁶.

Cezaî sorumluluk belirlenirken eylemin gerçekleştirilmesinde hukuka uygunluk nedenlerinden birinin olup olmadığı araştırılmalıdır. Hukuka uygunluk nedenleri TCK'de “*ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler*” olarak düzenlenmiştir. Hukuka uygunluk nedenleri: hukuka aykırı olmayan emrin yerine getirilmesi, kanun hükmünün uygulanması, meşru müdafaa ve hakkın kullanılması ve ilgilinin rızasının bulunmasıdır. Bu hâllerin varlığı, hekimi cezaî sorumluluktan kurtarabilir veya takdir edilecek cezayı azaltabilir²⁸⁷.

Hekimin cezaî sorumluluğunu düzenleyen özel bir kanun ihdas edilmemiştir. Hekim, genel ceza kanunlarımıza göre sorumlu olup ona göre yargılanmaktadır²⁸⁸. Dolayısıyla modern Ceza Hukukunun temel gereklerinden biri olan cezaî sorumluluğun doğması için ayrıca suçta ve cezada kanunilik ilkesi²⁸⁹ gereğince

²⁸⁵ Gökcan, Hukukî ve Cezaî, s. 85.

²⁸⁶ Reva, Zeynep, Tıbbî Uygulama Hatalarında Hukuksal Boyut, Tıbbî Uygulama Hataları, B. 3, Ed. Oğuz Polat, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 293; Duysak, Cezaî, s. 28; Yördem, Hatalı Uygulama, s. 133.

²⁸⁷ Ümit, Ceyda, “Hekimlerin Mesleklerinin Uygulanmasından Doğan Ceza Sorumluluğu”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 32, (2017), s. 201; Ersoy, Yüksel, “Tıbbî Hatanın Hukukî ve Cezaî Sonuçları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 53, (2004) s. 170, 172.

²⁸⁸ Altun / Yorulmaz, Yasal Değişiklikler, s. 8; Barlioğlu, Defansif, s. 85.

²⁸⁹ Anayasa madde 38: “Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.” şeklinde düzenlenmiştir.

TCK madde 2: “Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz.” şeklinde düzenlenmiştir.

kanunlarda suç olarak tanımlanan bir eylemin gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir²⁹⁰.

Hekimin cezaî sorumluluğunu doğurabilecek suçların bazıları: Kasten öldürme, kasten yaralama, kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi, taksirle öldürme, taksirle yaralama, çocuk düşürtme, görevi kötüye kullanma, irtikap, sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranmak, hekimin müdahalede bulunduğu vakalarda suç işlendiğine dair bir şüphe veya delil olmasına rağmen adlî mercilere bildirmemek, kanuna aykırı olarak organ veya doku nakli suçu, insan üzerinde deney yapma suçu şeklinde sayılabilir²⁹¹.

1.7.3.2. Hekimin İdarî Sorumluluğu

Hekimin idarî sorumluluğu, kamu sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan, kamu görevlisi sıfatını haiz hekimlerde söz konusu olmaktadır. Anayasaya ve Devlet Memurları Kanununa²⁹² göre bir kamu görevlisinin hizmet kusuru sonucunda verdiği zararın giderilmesinde sorumluluk devlete aittir²⁹³. Kamuya ait sağlık kuruluşlarına başvuran hasta ile hekim arasında özel hukuk ilişkisi bulunmamaktadır ve yapılan tıbbî müdahale, idarî faaliyet niteliği taşır²⁹⁴. Çalışmamızda daha önceden de bahsedildiği üzere bu durumda hasta ile hekim arasında hekimlik sözleşmesinin varlığından söz edilemez. Gerçekten bu hâllerde idarenin hizmet kusuru bulunmaktadır²⁹⁵. Devletin sorumluluğu aslıdır ve birinci derece sorumluluktur. Devlet, TBK’de düzenlenmiş bulunan adam çalıştıranın sorumluluğu konusundaki kurtuluş beyyinelerini kullanarak

²⁹⁰ Gökcan, Hukukî ve Cezaî, s. 85; Türkmen, Hasta ve Hekim Hukuku, s. 91; Ateş, Sorumluluk, s. 92.

²⁹¹ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Ümit, Ceza Sorumluluğu, s. 218-243; Ersoy, Y., Sonuçlar, s. 172-182.

²⁹² RG: 23.07.1965-12056. Bundan itibaren DMK olarak anılacaktır.

²⁹³ Anayasa madde 40/3: “Kişinin, Resmî görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır.” şeklinde düzenlenmiştir.

Anayasa madde 129/5: “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.” şeklinde düzenlenmiştir.

DMK madde 13/1: “Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar. Ancak, Devlet dairelerine tevdi veya bu dairelerce tahsil veya muhafaza edilen para ve para hükmündeki değerli kağıtların ilgili personel tarafından zimmete geçirilmesi hâlinde, zimmete geçirilen miktar, cezaî takibat sonucu beklenmeden Hazine tarafından hak sahibine ödenir. Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır.” şeklinde düzenlenmiştir.

²⁹⁴ Petek, Güzelleştirme, s. 228; Demir, M., Sözleşme, s. 230; Korkmaz Y., Paylaştırma, s. 283; Türkmen, Hasta ve Hekim Hukuku, s. 59.

²⁹⁵ Atay, İdare Hukuku, s. 386; Hakeri, Sağlık, s. 126.

mağdurun zararını tazmin etme sorumluluğundan kurtulamaz²⁹⁶. Yargıtay içtihatlarında da belirtildiği üzere burada devletin kusursuz sorumluluğunun bulunması hem hasta hem hekim yönünden güvence sağlamaktadır²⁹⁷. Kamu hastanelerinde yaşanan uygulama hataları sonucunda mağdur olan kişiler, zararlarının giderilmesi için doğrudan doğruya idareye karşı idarî yargıda tam yargı davası açmalıdırlar²⁹⁸.

İdare, açılan tam yargı davası sonucunda mağdura tazminat ödemek durumunda kalabilmektedir. İdare, mağdura ödediği tazminatı daha sonra zarara neden olan memura rücu edebilmektedir²⁹⁹. Sağlık Bakanlığı açıklamasına göre 2014 yılında tıbbî malpraktisten kaynaklanan tazminat talepli tam yargı davaları sonucunda 3.266.791,-TL maddî tazminat; 3.987.209,-TL manevî tazminat olmak üzere toplam 7.254.000,-TL ödeme yapılmıştır³⁰⁰.

Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, kamu görevlisi sıfatıyla hareket eden hekimin hastaya verdiği zararın, hekimin görevi nedeniyle verilmiş olmasıdır. Kamu kurumunda çalışıyor olsa dahi hekimin görevinden bağımsız olarak işlediği eylemlerde salt şahsî kusurdan bahsedilir³⁰¹. Yüksek mahkeme kararlarında da

²⁹⁶ Özçetin, Selvi, “Sağlık Hizmet Kusurunda Rücu”, Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu, Ed. Hakan Hakeri ve Cahid Doğan, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2015, s. 356; Atay, İdare Hukuku, s. 392.

²⁹⁷ *Kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken veya görevlerini yaparken kişilere zarar vermesi ilgili kamu kurumunun hizmet kusurunu oluşturur. Bu durumda sorumlu, kamu görevlisinin emrinde çalışmakta olduğu kamu kurumu olup dava o kurum aleyhine açılmalıdır. (T.C. Anayasası 40/III, 129/V, 657 Sy.K.13, HGK 2011/4-592 E., 2012/25 K.) Bu konuda yasal düzenlemeler emredici hükümler içermektedir. Diğer yandan Sorumluluk Hukukunun temel ilkeleri açısından bakıldığında da bu şekilde düzenlemenin mevzuatta yer alması zarar görenin zararının karşılanması yönünde önemli bir teminattir.* Yargıtay 4. HD. T. 18.11.2020, E. 2020/1040, K. 2020/4031.

²⁹⁸ *Davaya konu edilen olayda; ... Devlet ... üroloji alanında uzman doktor olarak görev yapan davalının, görevi sırasında ve görevinden dolayı davacıyı zarara uğrattığı ileri sürülmektedir. Anayasa'nın 129/5 maddesi uyarınca davalı doktor kamu görevlisi olup; doğrudan kendisine karşı dava açılması mümkün değildir. Davanın idarî yargı yerinde ve idareye karşı açılması gerekir. Şu durumda davanın husumet yokluğu nedeniyle reddine karar verilmesi gerekirken, işin esasına girilerek karar verilmesi usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmektedir.* Yargıtay 4. HD. T. 12.03.2020, E. 2017/4849, K. 2020/1306. Benzer nitelikte Yargıtay Kararları için; Yargıtay 4. HD. T. 19.03.2015, E. 2015/17, K. 2015/3390; Yargıtay 4. HD. T. 23.01.2014, E. 2013/4018, K. 2014/796.

²⁹⁹ Yücesoy Yılmaz, Zamanaşımı, s. 286; Barlioğlu, Defansif, s. 77; Yavuz İpekyüz, Filiz, “Hekimin Tazminat Sorumluluğu”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 20, S. 33, (2015), s. 58; Özçetin S., Rücu, s. 367; Doğan, Cahid: “Bilirkişiliğin Hukuksal Yapısı ve Tıbbî Bilirkişilik”, Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu, Ed. Hakan Hakeri ve Cahid Doğan, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, s. 438 (Bilirkişilik); Atay, İdare Hukuku, s. 399.

³⁰⁰ <https://www.medimagazin.com.tr/hekim/hukuk-etik/tr-saglik-bakanligi-malpraktis-davalarina-7-milyon-lira-odedi-2-17-59644.html> (Erişim Tarihi: 21.01.2021).

³⁰¹ Erkiner, Devletin Sorumluluğu, s. 63.

vurgulandığı üzere salt şahsî kusurun varlığı hâlinde devletin sorumluluğuna başvurulamaz³⁰². Görüldüğü üzere ancak hizmet kusuru olarak nitelendirilemeyecek durumların ortaya çıkması hâlinde doğrudan hekime karşı adli yargı makamlarında dava açmak mümkündür³⁰³.

Ödenen tazminatın rücu edilmesinin dışında idare tarafından memura 657 sayılı DMK md. 125 uyarınca uyarma, kınama, aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması cezaları verilebilmektedir³⁰⁴. Üniversitede öğretim üyeliği görevi yürüten hekimler hakkında ise Yükseköğretim Kanunu³⁰⁵ düzenlemesi önem taşımaktadır. Kanunun md. 53 vd. göre devlet ve vakıf yükseköğretim kurumları öğretim elemanlarına duruma göre uyarma, kınama, aylıktan veya ücretten kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması veya birden fazla ücretten kesme, üniversite öğretim mesleğinden çıkarma ve kamu görevinden çıkarma cezaları verilebilmektedir. Disiplin hükümleri yönünden değerlendirme yapıldığında kişinin devlet üniversitesinde veya vakıf üniversitesinde çalışıyor olması herhangi bir fark yaratmamaktadır³⁰⁶.

³⁰² ...Öncelikle, açıklanan anayasal ve yasal düzenlemelerin amacı tartışılmış; gerek Anayasa, gerekse Devlet Memurları Kanunu'nda yer alan düzenlemelerin, memur ve kamu görevlisinin sorumluluğunu ortadan kaldırmadığı; daha sonra ilgisine rücu edilmek üzere ilk etapta devletin sorumluluğuna giderek, mağdura zararını daha iyi bir şekilde giderecek bir muhatap ve tereddütsüz bir yargı yolu sağladığı; bugüne kadar ki uygulamada, kamu personelinin mali sorumluluğunu çözmek için "hizmet kusuru" ve "kişisel kusur" ayırımına gidilmiş olmasının yerinde olmadığı, zira yasada böyle bir unsur bulunmayıp; bunun tamamen idare ile memur arasında görülecek rücu davasının sorunu olduğu; öte yandan, Anayasa'nın 129/5 maddesinde sayılan görevlinin görevini yerine getirirken veya yetkilerini kullanırken kasten islediği eylemin bu koruma altına girip girmeyeceğine ilişkin olarak da, yasanın "kusur" ifadesi kullanması karşısında eylemin kasten veya ihmalen işlenmesine bakılmaksızın idarenin sorumluluğuyla güvence altına alındığı, ceza mahkemesinde yargılanmasının hatta ceza almasının dahi öneminin bulunmadığı, bunun da ancak rücu davasında dikkate alınacağı; sonuçta, memur ve kamu görevlisinin görevi sırasında hizmet araçlarını kullanarak yaptığı eylem ve işlemlerine ilişkin kişisel kusurunun kasti suç niteliği taşısa bile hizmet kusuru oluşturacağı bu nedenle açılacak davanın idare aleyhine açılması gerektiği; görev yapılan yerde dahi olsa memur ve kamu görevlisinin yaptığı iş ile ilgisi olmayan eylemlerin varlığı hâlinde ise bu eylemden memurun kişisel olarak sorumlu tutulacağı, bu nedenle açılacak davaların da ancak adli yargıda ve kamu görevlisi veya memur aleyhine açılabileceği, ilke olarak oyçokluğu ile kabul edilmiştir... Yargıtay HGK. T. 01.02.2012, E. 2011/4-592, K. 2012/25. Benzer nitelikte Yargıtay Kararı için; Yargıtay HGK. T. 13.04.2016, E. 2014/4-1067, K. 2016/512.

³⁰³ Çelik, Tazminat, s. 520; Atay, İdare Hukuku, s. 389.

³⁰⁴ Günday, Hukukî Sorumluluk, s. 43; Gökşen, Defansif, s. 92; Bakbak Özdemir, Disiplin Sorumluluğu, s. 350.

³⁰⁵ RG: 06.11.1981-17506.

³⁰⁶ Kalafat, Ahmet, "Bir Danıştay Kararı Üzerine Vakıf Üniversitesi Akademik Personelinin Hukukî Statüsüne İlişkin Bazı Değerlendirmeler", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S. 24, (2013), s. 154.

İdarî sorumluluğun değerlendirilmesi ve hangi yaptırımın uygulanacağını takdiri, kurum içi soruşturmalar vasıtasıyla kararlaştırılır³⁰⁷.

1.7.3.3. Hekimin Meslekî Sorumluluğu

Hekimin meslekî sorumluluğu, bağlı olduğu meslek kuruluşunun onur kurulu tarafından yürütülen soruşturmalarla belirlenir. Meslekî sorumluluk; etik sorumluluk, disiplin sorumluluğu veya deontolojik sorumluluk olarak da adlandırılmaktadır³⁰⁸.

Meslekî sorumluluğu düzenleyen kurallar, Türk Tabipler Birliği (TTB) tarafından yayımlanan Hekimlik Meslek Etiği Kuralları vasıtasıyla düzenlenmiştir. Bu kurallar genel olarak tanımlamalar yapar ve hekimlerin öncelikli görevlerini, uysulması gereken etik ilkeleri, birtakım yükümlülükleri ve bunlara aykırı davranıldığında karşılaşılabilecek yaptırımları, hasta-hekim ilişkisinin esaslarını düzenler³⁰⁹.

TTB Disiplin Yönetmeliğinde³¹⁰ hekimlik uygulamaları ile ilgili olarak öngörülen, hekimlerin disiplin suçu olarak kabul edilen kusurlu eylemleri; deontolojiye aykırı davranmak, yasa ve tüzüklere uymamak, haksız çıkar sağlamak, hasta haklarını ihlal etmek şeklinde dört ana grupta ele alınmıştır³¹¹.

Meslekî sorumluluk iddiası, bağlı olunan tabip odası onur kurulu tarafından soruşturulur ve değerlendirilir. Eğer yükümlülükler aykırılık tespit edilirse sorumlu hekime uygulanacak yaptırımı bu onur kurulları takdir etmektedir³¹². TTB Disiplin Yönetmeliğine göre onur kurulu tarafından üye hekime verilebilecek cezalar: uyarma

³⁰⁷ Barlıoğlu, Defansif, s. 90; Keskinbora, Yönetim, s. 55; Polat / Pakiş, Sorumluluk, s. 123.

³⁰⁸ Öztürk Türkmen, Hasta ve Hekim Hukuku, s. 11; Ertuğ Ünder, Yıldız, “Asistan Hekimlerin Hukukî Sorumluluğu”, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi “Sağlık Hukuku Makaleleri”, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2012, s. 35; Keskinbora, Yönetim, s. 55.

³⁰⁹ Öztürk Türkmen, Hasta ve Hekim Hukuku, s. 11.

³¹⁰ RG: 28.04.2004-25446.

³¹¹ Koç, Sermet, “Yasal Düzenlemeler Çerçevesinde Hekim Sorumluluğu”, Türkdern Dergisi, S. 41, 2007, s. 37.

³¹² Kalemoglu, Murat, “Hekimlerin Deontolojik, Cezaî ve Hukukî Sorumlulukları”, Nobel Medicus, C. 13, S. 2, (2017), s. 6.

cezası, para cezası, geçici olarak meslekten men cezası, odanın bulunduğu çevrede çalışmanın yasaklanmasıdır³¹³.

1.7.3.4. Hekimin Hukukî Sorumluluğu

1.7.3.4.1. Tanım ve Amacı

Hekimin hukukî sorumluluğu, hekimin tedavi sürecinde tıbbî standartlara ve tıbbın genel kurallarına uymayan eylemleri, ihmalkâr davranışları veya beceri eksikliği nedeniyle hastaya verdiği zararda ortaya çıkmaktadır. Türk hukuk sisteminde hekimlerin hukukî sorumluluğunu düzenleyen özel bir kanun mevcut değildir. Hekimlerin hukukî sorumluluğu incelenirken TBK hükümlerine başvurulmaktadır³¹⁴. Kural olarak kusurlu eylemiyle karşısındaki kişiye zarar veren kişi, bu zararı gidermekle yükümlüdür³¹⁵. Bu genel düzenlemeye uygun olarak mesleğini icra ederken kusurlu davranışı nedeniyle hastasına zarar veren hekim, kural olarak bu zararı gidermekle yükümlüdür³¹⁶.

1.7.3.4.2. Unsurları

Hekimin hukukî sorumluluğu, hekimin kusurlu davranışlarından -başka bir ifadeyle tıbbî uygulama hatasından- kaynaklanan bir sorumluluktur³¹⁷. Somut olayda hekimin kusurunun ve dolayısıyla sorumluluğunun olup olmadığını belirlemek için benzer özellikleri taşıyan ortalama bir hekimin somut olayı yaşadığında nasıl davranacağı değerlendirilmektedir³¹⁸. TBK md. 506/3. fıkrasında bu durum özellikle vurgulanmıştır³¹⁹.

³¹³ Kalemoglu, Sorumluluklar, s. 7; Bakbak Özdemir, Disiplin Sorumluluğu, s. 350; Hakeri, Hakan, “Diş Hekimlerinin Yasal Sorumlulukları”, Ankara Barosu Başkanlığı Sağlık Hukuku Digestası Dergisi, S. 1, (2009), s. 26 (Diş).

³¹⁴ Petek, Güzelleştirme, s. 186; Arslan, F., Hukukî Mahiyet, s. 401.

³¹⁵ Gökcan, Hukukî ve Cezaî, s. 84; Aykın / Çınarlı, Sağlık Personeli, s. 181; Barlıoğlu, Defansif, s. 67; Işık, Sorumluluk, s. 102.

³¹⁶ Özdemir, H., Hukukî, s. 35; Demir, M., Sözleşme, s. 229.

³¹⁷ Özcan / Özcanoglu, İspat Sorunları, s. 294; Yalçın, H., Sigorta, s. 6; Yücel, Hekim ve Özel, s. 372.

³¹⁸ Yavuz İpekyüz, Tazminat Sorumluluğu, s. 31; Özcan / Özcanoglu, İspat Sorunları, s. 296; Altun / Yorulmaz, Yasal Değişiklikler, s. 8; Yücel, Hekim ve Özel, s. 372.

³¹⁹ TBK madde 506/3: “Vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır.” şeklinde düzenlenmiştir.

Genel olarak hekimin hukukî sorumluluğunun doğması için taraflar arasında hasta - hekim ilişkisi bulunmalı, hekimin davranışı hukuka aykırı olmalı, hekim kusurlu olmalı, hasta bu hukuka aykırı ve kusurlu davranıştan zarar görmeli ve görülen zararlar eylem arasında illiyet bağı bulunmalıdır³²⁰.

1.7.3.4.3.Hukukî Sorumluluğun Sonuçları

Hekimin hukukî sorumluluğunun sonucu, hastanın uğradığı zararları gidermesidir. Bu da modern hukuk anlayışına göre talep üzerine mağdura maddî ve/veya manevî tazminat ödenmesi yoluyla gerçekleştirilir³²¹.

Tazminat davaları, zararın giderilmesi talebiyle açılan davalardır. Hakkında dava açılan kişi davayı kaybettiği takdirde mahkemece hükmedilen tazminatı karşı tarafa ödemekle ve böylece davacının uğradığı zararları gidermekle yükümlüdür³²².

1.7.3.4.3.1.Maddî Tazminat

Maddî tazminat, mağdurun mal varlığının kendi iradesi dışında azaldığı durumlarda söz konusu olmaktadır³²³. Bir malın zarar görmesi veya mağdurun mal varlığında eksilme meydana gelmesi ya da yaralanma ve ölüm hâllerinde maddî tazminat istenebilmektedir³²⁴.

Hekimin hukukî sorumluluğun doğduğu durumlarda hekimden istenebilecek maddî tazminat kalemleri “ölüm” ve “bedensel zarar” hâlleri olarak TBK md. 53 ve 54 metinlerinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemelere göre hekimden istenebilecek tazminat kalemleri: tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalması veya yitirilmesinden doğan kayıplar, ölüm hâlinde cenaze giderleri, ölenin desteğinden

³²⁰ Keskinbora, Yönetim, s. 54; Yavuz İpekyüz, Tazminat Sorumluluğu, s. 28; Altun / Yorulmaz, Yasal Değişiklikler, s. 8; Çelik, Tazminat, s. 848; Gökcan, Hukukî ve Cezaî, s. 84.

³²¹ Hatırnaz Erol, Güleser, Özel Hastaneler ile Hasta Arasında Kurulan Hastaneye Kabul Sözleşmeleri ve 21.09.2009 Tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı İncelemesi, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi “Sağlık Hukuku Makaleleri”, İstanbul Barosu Yayınları, 2012, s. 243 (Hastaneye Kabul).

³²² Ayan, Borçlar Genel, s. 318; Doğan M. / Şahan / Atamulu, Borçlar Genel, s. 227.

³²³ Ayan, Borçlar Genel, s. 319; Doğan M. / Şahan / Atamulu, Borçlar Genel, s. 227; Savaş, H., Yargıya Yansıyan, s. 320.

³²⁴ Doğan M. / Şahan / Atamulu, Borçlar Genel, s. 227.

*yoksun kalan kişilerin destekten yoksun kalmaları nedeniyle uğradıkları zararlar şeklinde öngörülmüştür*³²⁵.

1.7.3.4.3.2. Manevî Tazminat

Manevî zarar, hastanın, kişilik haklarının ihlal edilmesi sonucunda yaşadığı acı, stres, ızdırap, elem gibi duygular nedeniyle zarar gördüğü hâllerde ortaya çıkar ve hekimin bu zararı da giderme yükümlülüğü vardır³²⁶.

Zarar gören hastanın hekimden isteyebileceği manevî tazminatın özellikleri, TBK md. 56 metninde düzenlenmiştir. Aynı zamanda maddeye mülga Borçlar Kanununda bulunmayan bir fıkra eklenerek yalnızca ölüm hâlinde değil; ağır bedensel zarar hâlinde de ölenin yakınlarının manevî tazminat talep edebilmelerinin önü açılmıştır³²⁷.

Manevî tazminat miktarı takdir edilirken tarafların sosyal statüleri, ekonomik durumları gibi faktörler dikkate alınır³²⁸. Manevî zarar, kişinin manevî değerleriyle ilgili olduğundan maddî zararlar gibi somut olarak tespit edilemez. Manevî tazminat miktarının belirlenmesinde somut olaya ve tarafların özelliklerine göre mahkemenin takdir yetkisi kullanması beklenir³²⁹. Hastaya ödenecek manevî tazminata, yalnızca nakden ve defaten ödenmek üzere hükmedilir³³⁰.

³²⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Ayan, Borçlar Genel, s. 319-320; Doğan M. / Şahan / Atamulu, Borçlar Genel, s. 229-230; Yavuz, Borçlar Genel, s. 240 – 247; Doğan, C., Sigorta, s. 355.

³²⁶ Doğan M. / Şahan / Atamulu, Borçlar Genel, s. 231; Atay, İdare Hukuku, s. 368; Savaş, H., Yargıya Yansıyan, s. 320.

³²⁷ Yavuz, Borçlar Genel, s. 253.

³²⁸ Kayar, Borçlar Genel, s. 126.

³²⁹ Doğramacı, Yakup Gökhan, Yargı Kararlarında Tıbbî Uygulama Hatasından Kaynaklanan Manevî Tazminat, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Tıp Hukuku Araştırmaları Birimi III. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildirileri Kitabı (Cilt 2), Ed. Hakan Hakeri ve Cahid Doğan, Ankara, Adalet Yayınevi, 2020, s. 319; Sert Canpolat, Selin, “Özel Hastahanelerde Çalışan Doktorların ve Sağlık Personelinin Sorumluluklarının Değerlendirilmesi Bakımından Bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararının İncelenmesi”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 3, S. 25, 2008, s. 42.

³³⁰ Doğan M. / Şahan / Atamulu, Borçlar Genel, s. 232.

1.7.3.4.4. Türleri

Hekimin hukukî sorumluluğu; sözleşmeden doğan sorumluluk, vekâletsiz iş görmeden doğan sorumluluk, haksız fiilden doğan sorumluluk olarak ve bazı müelliflere göre *culpa in contrahendo* sorumluluk olarak meydana gelebilir³³¹.

Hekimin hukukî sorumluluğunun türünün tespiti, sorumluluğun dayanağı, ispat yükü, istenecek tazminatın türü, tazminat talebinin kapsamı ve miktarı gibi unsurlarda farklılık yaratmaktadır³³².

Tıp Hukuku bağlamında mağdur olduğunu iddia eden hastanın, hekimden tazminat talep ederken birden fazla sorumluluk sebebine dayanabildiği durumlarda sebeplerin yarışması durumu yaşanmaktadır³³³. Yargıtay HGK, bir kararında bu konuyu derinlemesine irdelemiştir ve sebeplerin yarışması durumunda somut olaya göre değerlendirme yapılması gerektiğini vurgulamıştır³³⁴. Ancak haksız fiil

³³¹ Petek, Güzelleştirme, s. 187; Özdemir, H., Hukukî s. 35; Arslan, F., Hukukî Mahiyet, s. 419; Demir, M., Sözleşme, s. 228; Yücel, Hukuksal İlişkinin Niteliği, s. 238; Yalçıntepe, Neylan, “Hekim Meslekî Sorumluluk Sigortası”, (Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İzmir 2011, s. 10; Kaya, Mine, Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü ve Kişilik Hakkı ile İlişkisi, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C. 1, S. 8, (2012), s. 56; Barlıoğlu, Defansif, s. 83; Destebaşı, Celal Metehan: Özel Hastanede Çalışan Hekimin Tıbbî Müdahaleden Kaynaklanan Hukukî Sorumluluğu, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi s. 46; Yörtem, Hatalı Uygulama, s. 137; Gökşen, Defansif, s. 94; Yalçın, Sigorta, s. 7; Işık, Sorumluluk, s. 173; Yavuz İpekyüz, Tazminat Sorumluluğu, s. 28; Özdemir, H., Yargıya Yansıyan, s. 295, Yeşiller, Sözleşme ve Sorumluluk, s. 111.

³³² Demir, M., Sözleşme, s. 228.

³³³ TBK madde 60: “Bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayandırılabilir; hâkim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir.” şeklinde düzenlenmiştir.

³³⁴ Bazı durumlarda ise zarar doğurucu eylem hem sözleşmeye aykırılık hem de haksız fiil teşkil edebilir. Başka bir anlatımla, borçlunun zarar görenle arasındaki sözleşmeye aykırı davranışı aynı zamanda genel bir davranış kuralının da ihlâlini teşkil etmekteyse, aynı olayda hem sözleşmeden doğan sorumluluk hem de haksız fiil sorumluluğu söz konusu olacaktır. Doktrinde fikir ayrılıklarına rağmen, açıklanan durumun varlığı hâlinde Türk hukukunda hâkim olan görüş bu iki sorumluluğun yarışması (hakların telâhuku) görüşüdür...

Haksız fiil sorumluluğunda zarar gören, failin kusurunu ispatla yükümlü olduğu hâlde (BK m. 42, TBK m. 50/1), sözleşmeden doğan sorumlulukta durum tam tersidir; borçlu sorumluluktan kurtulmak için kusursuzluğunu ispat etmek zorundadır (BK m. 96, TBK m. 112). Böylece sözleşmeden doğan sorumlulukta, alacaklı borçlunun kusurunu ispat yükümlülüğünden kurtarılacak suretiyle daha iyi duruma getirilmiştir. Bu itibarla, borçlunun kusursuzluğunu ispatla yükümlü olduğuna ilişkin hükmün aksi taraflarca kararlaştırılmadığı takdirde, zarar görenin tazminat davasını sözleşmeden doğan sorumluluğa dayandırması kendisi için daha elverişlidir (Öz, T./ Oğuzman, K.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, genişletilmiş 9. baskı, İstanbul 2011, C. 1, s. 504; Tandoğan, H.: Türk Mes'uliyet Hukuku, Akit dışı ve Akdi Mesuliyet, Ankara 1961, s. 533). Buna karşılık, haksız fiil teşkil eden fiille ihlâl edilen normun bir kusursuz sorumluluk hâlini düzenlemesi durumunda kusurun ispatı söz konusu olmayacağından, haksız fiil sorumluluğuna başvurmak zarar gören için daha avantajlı olur. Tazminat yükümlüsüne kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulma imkânının tanındığı kusursuz sorumluluk

sorumluluğunda failin kurtuluş beyyinesi ileri sürerek sorumluluktan kurtulabilme fırsatı bulunduğu ve zamanaşımı düzenlemeleri nedeniyle sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğa başvurmak genel olarak mağdura daha fazla güvence sağlayacaktır³³⁵.

1.7.3.4.4.1. Culpa in Contrahendo Sorumluluk

Culpa in contrahendo sorumluluk, taraflar arasında sözleşme kurulmadan önce, görüşme aşamasında doğan sorumluluktur. *Culpa in contrahendo* sorumluluğun dayanağı, TMK md. 2’de düzenlenen dürüstlük kuralıdır³³⁶. Bu sorumluluk, oldukça istisnâ bir durumdur. Bu tür sorumluluğun meydana gelmesi için sözleşmenin kurulmuş olması gerekmemektedir. Yargıtay da kararlarında bu hususu vurgulamaktadır³³⁷.

Hasta ile hekim arasında hekimlik sözleşmesi kurulmadan önce, sözleşme için görüşmelerin yapıldığı aşamada, hekimin hastayı koruyucu bilgiler verme ve koruma

hâllerinde de aynı sonuca varmak mümkündür. Zira sorumlu kişi için kurtuluş kanıtı getirmek çoğu kez kusursuzluğunu ispat etmekten daha zordur (Ayrıntı için; Karan, Y.: Haksız Fiil Sorumluluğu ile Sözleşmeden Doğan Sorumluluğun Karşılaştırılması, <https://www.academia.edu/32414535>) ...

...sözleşmeye dayanan tazminat talebinin tabi olduğu zamanaşımı süresi, haksız fiile ilişkin olandan uzunca bir süre önce işlemeye başlamadığı takdirde veya somut olaydaki sözleşme için genel zamanaşımı süresinden farklı daha kısa bir süre öngörülmediği müddetçe ya da aynı zamanda suç teşkil eden haksız fiilin tabi olduğu ceza davası zamanaşımı süresi on yıldan uzun olmadığı sürece, zarar gören için sözleşmeden doğan sorumluluğa dayanmak daha elverişli olacaktır...

Yine, sözleşmeye aykırılık kural olarak sözleşmenin tarafına yönlendirilebilecekken, haksız fiil sorumluluğunda asıl faille birlikte zararın gerçekleşmesine katkıda bulunan kişiler de müteselsil olarak sorumlu tutulabileceklerinden (BK 50, TBK 61) kimi hâllerde zarar görenin tazminat talebini daha fazla kişiye karşı ileri sürme imkânı elde edebilmesi bakımından haksız fiile dayanması daha lehine sonuç doğurabilecektir. Yargıtay HGK. T. 21.03.2019, E. 2017/13-778, K. 2019/329.

³³⁵ Yördem, Hatalı Uygulama, s. 152; Ayan, Borçlar Genel, s. 95, 248.

³³⁶ Petek, Güzelleştirme, s. 187; Yalçıntepe, Sigorta, s. 10; Barlıoğlu, Defansif, s. 84; Cansel / Özel, Borçlar Genel, s. 315; Destebaşı, Sorumluluk, s. 46; Yördem, Hatalı Uygulama, s. 137; Yılmaz, Abdulkadir, “Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü”, (Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2015, s. 10.

³³⁷ *Culpa in contrahendo sorumluluğunun varlığından söz edebilmek için sözleşmenin tüm unsurları ile kurulmuş olmasının veya geçerli bir sözleşme olup olmadığının bir önemi bulunmamaktadır. Bütün bu hukukî kurumların temelinde dürüstlük kuralı gereği korunması gereken ve bu yüzden yasal bir yükümlülük olarak da ortaya çıkan, kendine özgü bir sorumluluk vardır. Güven sorumluluğu edim yükümünden bağımsız yasal bir borç ilişkisine dayanır. Sorumluluğun doğması için zarar verenle zarar gören arasında asli edim yükümünün doğumunu sağlayacak bir sözleşme ilişkisinin kurulmuş olması gerekmez. Taraflardan birinin kendi davranışlarıyla diğer tarafta güven oluşturmaya, bu ikisi arasında var olan güven ilişkisinin zarar görmüş olmasından dolayı dürüstlük kuralı gereği bir sorumluluk meydana gelmektedir. Yargıtay 22. HD. T. 24.12.2018, E. 2017/20291, K. 2018/28025. Benzer nitelikte Yargıtay Kararı için: Yargıtay HGK. T. 13.02.2013, E. 2012/13-1220, K. 2013/239.*

yükümlülüğü başlar. Bu yükümlülüğe aykırı hareket edilmesi sonucunda uğranılan zararlarda *culpa in contrahendo* sorumluluk meydana gelebilir.

1.7.3.4.4.2.Haksız Fiilden Doğan Sorumluluk

Haksız fiiller, hukuk sistemi tarafından gerçekleştirilmesine müsaade edilmeyen, başkasına zarar verici nitelikteki eylem ve davranışlardır³³⁸. Haksız fiil sorumluluğu, TBK md. 49. vd. maddelerinde düzenlenmiştir³³⁹. Kanuna ve öğretiyeye göre failin haksız fiilinden sorumlu tutulabilmesi için o fiilin hukuka aykırı bir fiil olması, zarar meydana gelmesi, failin kusurlu olması, zarar ve fiil arasında illiyet bağı bulunması gerekmektedir³⁴⁰.

Kanunda kusur teriminin tanımı yapılmamıştır. Kusur, geniş anlamıyla hukuk düzeni tarafından onaylanmayan, hoş görülmeleyen davranışlardır³⁴¹. Burada önemle üzerinde durulması gereken mesele, sorumluluk için failin kasıtlı hareket etmesi şartının aranmamasıdır. Dolayısıyla hekim; kasten yaptığı zarar verici eylemlerden de, yapma yükümlülüğü olan bir eylemin ihmalen yapılmaması nedeniyle meydana gelen zararlardan da haksız fiil sorumluluğu bağlamında sorumlu tutulacaktır³⁴². Kusurlu kişi, eyleminden veya ihmalinden dolayı meydana gelebilecek zararı öngörmesine rağmen önlem almayan kişidir³⁴³.

TBK md. 63 metninde bir fiilin hukuka uygun olarak değerlendirilebilmesi için gerekli şartlar belirtilmiştir³⁴⁴. Bu şartlar arasında ilgilinin rızasının bulunması

³³⁸ Işık, Sorumluluk, s. 120; Ayan, Borçlar Genel, s. 249; Kayar, Borçlar Genel, s. 41; Doğan M. / Şahan / Atamulu, Borçlar Genel, s. 169; Yavuz, Borçlar, s. 222.

³³⁹ TBK madde 49: “Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.

Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür.” şeklinde düzenlenmiştir.

³⁴⁰ Reisoğlu, Safa, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, Beta Yayınları, 2013, s. 163; Yücel, Hukuksal İlişkinin Niteliği, s. 243; Ayan, Borçlar Genel, s. 250; Kayar, Borçlar Genel, s. 41, Doğan M. / Şahan / Atamulu, Borçlar Genel, s. 170; Kahraman, Z., Özel Hastaneler, 1282-1284; Sert Canpolat, s. 41.

³⁴¹ Doğan M. / Şahan / Atamulu, Borçlar Genel, s. 188.

³⁴² Işık, Sorumluluk, s. 122; Doğan M. / Şahan / Atamulu, Borçlar Genel, s. 192; Erkiner, Devletin Sorumluluğu, s. 31.

³⁴³ Erkiner, Devletin Sorumluluğu, s. 33.

³⁴⁴ TBK madde 63: “Kanunun verdiği yetkiye dayanan ve bu yetkinin sınırları içinde kalan bir fiil, zarara yol açsa bile, hukuka aykırı sayılmaz.

Zarar görenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar, zarar verenin davranışının haklı savunma niteliği taşıması, yetkili kamu makamlarının müdahalesinin zamanında sağlanamayacak olması durumunda kişinin hakkını kendi gücüyle koruması veya zorunluluk hâllerinde de fiil, hukuka aykırı sayılmaz.” şeklinde düzenlenmiştir.

sayılmıştır fakat ilgilinin rızası her zaman hukuka aykırılığı ortadan kaldırmamaktadır. Hastanın rızasının hukuka aykırılığı ortadan kaldırmadığı zamanlarda TBK md. 52 uyarınca tazminat indirimi yapılabilir³⁴⁵.

İllyet bağı ise zararı meydana getiren eylem ile zarar arasında neden sonuç ilişkisi olduğu hâllerde mevcuttur. Bu neden sonuç ilişkisinin bulunmadığı veya kesildiği durumda failin sorumluluğu doğmamaktadır³⁴⁶. Zararın oluşması hususunda hayatın olağan akışına göre doğrudan bağlantılı olan olaylarda sorumluluktan söz edilebilir ve bu duruma uygun illiyet bağı denilmektedir³⁴⁷. Yargıtay’ca benimsenen illiyet bağı teorisi, uygun illiyet bağı teorisidir³⁴⁸.

Haksız fiil sorumluluğunda, fiilin ve failin öğrenildiği tarihten itibaren iki yıllık ve her halde on yıllık zamanaşımı süresi mevcuttur³⁴⁹. Ancak fiil aynı zamanda suç teşkil ediyorsa ve bu suçun zamanaşımı süresi, kanunda haksız fiildekinden daha uzun olarak belirlendiyse tazminat sorumluluğu için de bu süre kabul edilmektedir ve bu zamanaşımı, suçun işlenmesiyle birlikte başlar³⁵⁰.

Hekim ile hasta arasında geçerli bir sözleşmenin mevcut olmadığı ve vekâletsiz iş görmeye dayanılamayan durumlarda hekimin sorumluluğunu doğuran sebep, haksız fiil sorumluluğudur. Aynı zamanda taraflar arasında hekimlik sözleşmesi mevcutsa dahi hasta, isterse hekimin haksız fiil sorumluluğuna başvurabilmektedir.

³⁴⁵ TBK madde 52/1: “Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir.” şeklinde düzenlenmiştir.

³⁴⁶ Reisoğlu, Borçlar Genel, 175; Işık, Sorumluluk, s. 126.

³⁴⁷ Kayar, Borçlar Genel, s. 114.

³⁴⁸ ...İllyet bağı hususunda değişik teori ve görüşler mevcut ise de Türk hukuku ve doktrinde uygun illiyet bağı teorisi benimsenmiştir. Somut olayda gerçekleşen türden bir sonucu, olayların normal akışına ve hayat tecrübelerine göre, mahiyeti ve ana temayülü itibariyle meydana getirmeye genel olarak elverişli olan veya bu türden bir sonucun gerçekleşme ihtimalini objektif olarak arttırmış bulunan zorunlu şartla söz konusu sonuç arasındaki bağa uygun illiyet bağı denilir (Doç. Dr. F. Eren Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İllyet Bağı Sh. 52)... Yargıtay HGK. T. 04.05.2020, E. 2017/13-669, K. 2020/346.

³⁴⁹ Barlıoğlu, Defansif, s. 81; Ayan, Borçlar Genel, s. 95; Kayar, Borçlar Genel, s. 127; Doğan M. / Şahan / Atamulu, Borçlar Genel, s. 169; Yavuz, s. 301; Çelik, Tazminat, s. 25; Reisoğlu, Borçlar Genel, s. 267.

³⁵⁰ Barlıoğlu, Defansif, s. 81; Ayan, Borçlar, s. 429; Kayar, Borçlar Genel, s. 127; Doğan M. / Şahan / Atamulu, Borçlar Genel, s. 234; Yavuz, Borçlar, s. 301; Çelik, Tazminat, s. 11; Reisoğlu, Borçlar Genel, s. 269.

1.7.3.4.4.3.Sözleşmeden Doğan Sorumluluk

Sözleşmeden doğan sorumluluğun meydana gelebilmesi için tıbbî kötü uygulama söz konusu olmalı; hasta ile hekim arasında bir hekimlik sözleşmesi bulunmalı, sözleşmenin hükümleri ve hekime yüklenen yükümlülükler hekim tarafından ihlal edilmeli, hekim eyleminde kusurlu olmalı, hasta bu nedenle, bir zarara uğamış olmalı, kusurlu eylem ve zarar arasında nedensellik bağı olmalıdır³⁵¹.

Haksız fiilden doğan sorumluluk ile sözleşmeden doğan sorumluluk arasında önemli farklar mevcuttur. Bu farklar kısaca şunlardır³⁵²:

Sorumluluğun temeli bakımından: Sözleşmeden doğan sorumlulukta taraflar arasında bir sözleşme mevcutken haksız fiilden kaynaklanan sorumlulukta sorumluluğun temeli hukuka aykırı bir eylemdir.

İspat yükü bakımından: Sözleşmeden doğan sorumlulukta aleyhine dava açılan kişi, kusursuzluğunu ispat etmelidir. Oysa haksız fiil sorumluluğunda zarar gördüğünü iddia eden kişi, karşı tarafın kusurlu olduğunu ispatlamalıdır.

Yardımcı kişilerin sorumluluğu yönünden: Sözleşmeden doğan sorumlulukta TBK md. 116'ya başvurulmaktayken haksız fiil sorumluluğunda TBK md. 66'ya dayanılmaktadır.

Zamanaşımı yönünden: Sözleşmenin mahiyetine göre TBK'nin 146. ve 147. maddeleri uygulanarak 5 ve 10 yıllık sürelerle hesaplama yapılırken haksız fiillerde TBK md. 72 uygulanmakta ve 2 ile 10 yıllık zamanaşımı hesaplaması yapılmaktadır.

Ayrıca sözleşmeden doğan sorumlulukta borca aykırı davranan borçludan aynen ifa istenebilecekken haksız fiil sorumluluğunda ilgiliden ancak tazminat talep edilebilir³⁵³.

³⁵¹ Yördem, Hatalı Uygulama, s. 135; Hatırmaz Erol, Özel Hastaneler, s. 241.

³⁵² Ayan, Borçlar Genel, s. 248.

³⁵³ Doğan M. / Şahan / Atamulu, Borçlar Genel, s. 169.

Bu farkların yanında sözleşmeden doğan sorumluluk ile haksız fiil sorumluluğunun ortak hükümleri de bulunmaktadır. Bu durum, TBK md. 114'te hüküm altına alınmıştır³⁵⁴.

Bu sorumluluğun meydana gelebilmesi için hekim, serbest çalışan bir hekim olmalıdır. Zira hasta ile hekim arasındaki ilişkinin hekimlik sözleşmesine dayanması için arada başka aracı kuruluşların bulunmaması gerekmektedir³⁵⁵. Hastanede çalışan hekimin buradaki sorumluluğu ifa yardımcılığından veya haksız fiilden kaynaklanmaktadır. Hasta, tazminat talebini TBK 66. ve 116. maddelerinde düzenlenen adam çalıştırmanın sorumluluğu veya yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kapsamında hastane ile müteselsilen ve müştereken hekime yönlendirebilir³⁵⁶.

Hekimin sözleşmeden doğan sorumluluğu değerlendirilirken en hafif kusurundan dahi sorumlu olduğu kabul edilmektedir³⁵⁷. Hekimin sözleşmede kendisine yüklenen hak ve yükümlülükleri, çalışmamızda daha önceden incelenmiştir³⁵⁸.

Yargıtay'ın hekimlik sözleşmesini vekâlet sözleşmesi olarak yorumladığı kararlarında da tüm bu durumlara vurgu yapılmıştır³⁵⁹.

³⁵⁴ TBK madde 114/2: "Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hâllerine de uygulanır." şeklinde düzenlenmiştir.

³⁵⁵ Demir, M., Sözleşme, s. 226; Çelik, Tazminat, s. 849; Hatırnaz Erol, Özel Hastaneler, s. 242.

³⁵⁶ Hatırnaz Erol, Özel Hastaneler, s. 113-114; Barlıoğlu, Defansif, s. 77.

³⁵⁷ Çelik, Tazminat, s. 849.

³⁵⁸ Bkz.: Başlık 1.3.6.3., 1.3.6.4.

³⁵⁹ *Dava, davalı hastane ve davalı doktorun özen yükümlülüğüne aykırı davranması iddiası nedeniyle istenilen maddî - manevî tazminata ilişkindir. Davanın temeli vekillik sözleşmesi olup, özen borcuna aykırılığa dayandırılmıştır. (BK 386-390) (TBK 502.506)*

Vekil, vekâlet görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı iş ve işlemlerin, davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan dolayı sorumludur. Meslekî iş gören vekil özenle davranmak zorunda olup, en hafif kusurundan bile sorumludur (BK 321/1 md) (TBK 400). O nedenle doktor ve hastanenin meslek alanı içinde olan bütün kusurları hafif de olsa sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Vekil, hastanın zarar görmemesi için, meslekî tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbî açıdan zamanında ve gecikmeksizin saptayıp, somut durumunun gerektirdiği önlemleri eksiksiz bir şekilde almak, uygun tedaviyi de yine gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır. Asgari düzeyde dahi olsa bir tereddüt doğuran durumlarda, bu tereddütü ortadan kaldıracak araştırmaları yapmak ve bu arada da koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir seçim yapılırken, hastanın ve hastalığın özellikleri göz önünde tutulmak, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınmak ve en emin yol seçilmek gerekir. Gerçekten de müvekkil (hasta) meslekî bir iş gören vekilden, tedavinin bütün aşamalarında titiz bir ihtimam ve dikkat beklemek hakkına sahiptir. Gereken özen görevini

Hekimlik sözleşmesine aykırılıktan hukukî yollara başvurma zamanaşımı, TBK md. 147 uyarınca vekalet ve eser sözleşmelerindeki zamanaşımı düzenlemesi gereği kural olarak beş yıldır³⁶⁰.

1.7.3.4.4.4.Vekâletsiz İş Görmeden Doğan Sorumluluk

Tıbbî müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için gerekli şartlardan birisi de müdahaleden makul bir süre önce hastanın konu hakkında bilgilendirilerek müdahaleye ilişkin rızasının alınması, o müdahalenin hukuka uygun olması için gereklidir. Bazı durumlarda aralarında önceden hiçbir hukukî ilişki bulunmamasına rağmen hekimin hastaya tıbbî müdahalede bulunması gerekebilmektedir. Bu durumlara örnek olarak kaza, kalp krizi gibi acil durumlar veya tıbbî müdahalenin genişletilmesi gibi zorunlu olarak yapılan müdahaleler verilebilir. Bunlar gibi zorunlu durumlarda yapılan müdahaleler vekâletsiz iş görme hükümleri kapsamında değerlendirilir³⁶¹. Hekim ile hasta arasında vekâletsiz iş görme ilişkisinin bulunduğu hâllerde müdahale öncesinde hastanın aydınlatılması ve rızasının alınması imkanı bulunmamaktadır ve varsayılan rızaya dayanarak müdahalede bulunulur.

Bu aşamada “*acil durum*” terimi ile tam olarak neyin tanımlandığını irdelemek gerekmektedir. DSÖ’nün tanımına göre kısa süre içerisinde uğranacak esaslı bir zarar veya ölüm tehlikesi bulunan ve müdahale için gerekli prosedürlere harcanacak zamanın ilgili kişiye zarar vereceği hâller, acil durum olarak nitelendirilmektedir. Yine

göstermeyen vekil, BK 394/1 (TBK 510) maddesi hükmü uyarınca, vekâleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır. Aynı hususlar adam çalıştıran sıfatı ile doktorun görev yaptığı sağlık kuruluşları için de geçerlidir. Yargıtay 3. HD. T. 10.11.2020, E. 2020/4577, K. 2020/6301. Benzer nitelikte Yargıtay Kararları için; Yargıtay 13. HD. T. 12.02.2020, E. 2017/6190, K. 2020/1860; Yargıtay 3. HD. T. 17.11.2020, E. 2020/8047, K. 2020/6663; Yargıtay 13. HD. T. 17.12.2019, E. 2018/5555, K.2019/12706; Yargıtay 11. HD. T. 28.11.2019, E. 2018/1849, K. 2019/ 7606.

³⁶⁰ Barlıoğlu, Defansif, s. 81; Çelik, Tazminat, s. 23.

³⁶¹ Yalçıntepe, Sigorta, s. 199; Değdaş, Malpraktis, s. 46; Özdemir, H., Yargıya Yansıyan, s. 309; Hatırnaz Erol, Özel Hastaneler, s. 243; Yılmaz, B., Aydınlatılmış Rıza, s. 67; Güney Tunalı, Sınırlar, s. 116; Şahin, Vekâletsiz İş Görme, s. 137; Cengiz ve Küçükay, Tıbbî Malpraktis, s. 121; Yılmaz, B., Rıza, s. 174; Ayan, Hekim, s. 147-148, 165; Destebaşı, Sorumluluk, s. 14; Doğan, Murat, “Özel Hastanelerin Tazminat Sorumluluğu”, Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu, Ed. Hakan Hakeri ve Cahid Doğan, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2015, s. 25; Barlıoğlu, Defansif, s. 78; Yücesoy Yılmaz, Zamanaşımı, s. 283; Gökcan, Hukukî ve Cezaî, s. 1032, Arslan, F., Hukukî Mahiyet, s. 416; Yeşiller, Sözleşme ve Sorumluluk, s. 111, Yördem, Hatalı Uygulama, s. 137; Işık, Sorumluluk, s. 117.

böyle hâllerde hukuk sistemlerinin hastanın rızası olmaksızın müdahaleye izin verdiği de DSÖ tarafından önemle vurgulanmıştır³⁶².

Vekâletsiz iş görme ilişkisi, TBK md. 526 vd. maddelerinde düzenlenmiştir³⁶³. TBK md. 531 metnine göre iş sahibinin vekâletsiz olarak yapılan işi kabul etmesi hâlinde olaya vekâlet ilişkisini düzenleyen hükümler uygulanacaktır. Keza hasta, acil durum veya zorunluluk hâli ortadan kalktıktan sonra yapılan işleme muvafakat gösterise veya hekime başvurarak tedaviye devam etmek isterse artık hasta ile hekim arasında vekâlet sözleşmesi olduğu kabul edilir³⁶⁴.

TBK’da vekâletsiz olarak işi gören kimsenin, ihmali davranışlarından sorumlu olduğu; fakat işi, iş sahibinin zararını gidermek veya tehlikeyi önlemek amacıyla yaptıysa sorumluluğunun görece hafif olarak yorumlanacağı düzenlenmiştir³⁶⁵. Öğretide bu hükmün Tıp Hukuku açısından uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır.³⁶⁶

Vekâletsiz iş görme, hekime sorumluluk yüklediği kadar haklar da tanımaktadır. Vekâletsiz iş görme hükümlerine göre hekim, gerçekleştirdiği müdahalenin ücretini, yapılan kaçınılmaz ve faydalı masrafları hastadan isteyebilmelidir³⁶⁷. Kanımızca hekimlerin acil durumlarda hastalara müdahale etme yükümlülükleri olduğu düşünüldüğünde bu durum oldukça adildir³⁶⁸.

³⁶² WHO Resource Book on Mental Health, Human Rights and Legislation, World Health Organization, Geneva 2005, s. 60; Şahin, Vekaletsiz, s. 146.

³⁶³ Bu kurum TBK’de “işgörme” şeklinde bitişik olarak yazılmışsa da TDK’ye göre doğru yazılışı “iş görme” olduğundan çalışmamızda bu şekilde kullanılmıştır. Bkz.: Türk Dil Kurumu Sözlüğü: <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim tarihi: 23.02.2021).

³⁶⁴ Cengiz ve Küçükay, Tıbbî Malpraktis, s. 122.

³⁶⁵ TBK madde 527/1: “Vekâletsiz işgören, her türlü ihmalden sorumludur. Ancak, işgören bu işi, işsahibinin karşılaştığı zararı veya zarar tehlikesini gidermek üzere yapmışsa, sorumluluğu daha hafif olarak değerlendirilir.” şeklinde düzenlenmiştir.

³⁶⁶ Yalçın-tepe, Sigorta, s. 199; Gökcan, Hukukî ve Cezaî, s. 1033. Hekimin en hafif kusurdan dahi tam olarak sorumlu olunacağına ilişkin karşıt görüş için bkz.: Cengiz ve Küçükay, Tıbbî Malpraktis, s. 126; Ayan, s. 166; Özdemir, H., Hukukî Sorumluluk, s. 38.

³⁶⁷ Özbilen, Arif Barış, “Vücut Bütünlüğüne Yönelik Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Hâller”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S. 24, (2013), s. 101; Çavdar, Aydınlatma, s. 751; Gökcan, Hukukî ve Cezaî, s. 1032.

³⁶⁸ HHY Madde 24/7: “Hastanın rızasının alınmadığı hayati tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin kapalı olduğu acil durumlar ile hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumun varlığı hâlinde, hastaya tıbbî müdahalede bulunmak rızaya bağlı değildir...” şeklinde düzenlenmiştir.

Hekimin vekâletsiz iş görmeden doğan sorumluluğuna başvurmak için kanunda özel bir zamanaşımı düzenlemesi bulunmamaktadır. Bu nedenle, TBK md. 146 genel zamanaşımı düzenlemesi olan on yıllık zamanaşımı süresine tabidir³⁶⁹.

1.7.3.4.5. Sorumsuzluk Anlaşmaları

Hekimler, sayıları gün geçtikçe artan tazminat davaları nedeniyle mesleklerini icra ederlerken kendilerini baskı altında hissedebilmektedirler. Bu baskıdan korunabilmek amacıyla bazı hekimler, hekimlik sözleşmesine, tedavi sürecinde meydana gelecek kusurlarından sorumlu olmayacağına dair hüküm ekleyebilmektedir. Bu durumda sorumsuzluk anlaşması yapılmış olunmaktadır. Sorumsuzluk anlaşmaları, taraflar arasında imzalanmış bulunan sözleşmeye aykırılık halinde borçlunun sonuçtan doğan sorumluluğunu kısıtlayan sözleşmelerdir³⁷⁰. Ancak TBK'nin 115/1. ve 115/3. fıkrasına göre hekimlerin hastalarıyla karşılıklı olarak yaptıkları sorumsuzluk anlaşmaları geçersizdir³⁷¹. Zira hekimlik, TŞSK uyarınca devlet tarafından verilen yetkiyle yürütülen ve uzmanlık gerektiren bir meslektir ve hekimlerin ağır özen yükümlülükleri bulunmaktadır³⁷².

Hekim, mesleğini icra ederken yardımcı kişilerden faydalaniyorsa hastaların bu kişilerin ihmallerinden veya eylemlerinden kaynaklanan zararlarını da gidermekle

TDN madde 3: “Tabip, vazifesi ve ihtisası ne olursa olsun, gerekli bakımın sağlanamadığı acil vakalarda, mücbir sebep olmadıkça ilk yardımda bulunur.” şeklinde düzenlenmiştir.

Hekimlik Meslek Etiği Kuralları madde 10: “Hekim, görevi ve uzmanlığı ne olursa olsun, gerekli tıbbi girişimlerin yapılamadığı acil durumlarda, ilk yardımda bulunur.” şeklinde düzenlenmiştir.

Biyotıp Sözleşmesi madde 8: “Acil bir durum nedeniyle uygun muvafakat alınamadığında, ilgili kişinin sağlığı için gerekli olan herhangi bir tıbbi müdahale derhal yapılabilir” şeklinde düzenlenmiştir.

³⁶⁹ Özcan ve Özcanoğlu, İspat Sorunları, s. 294; Yücesoy Yılmaz, Zamanaşımı, s. 291; Yeşiller, Sözleşme ve Sorumluluk, s. 96;

³⁷⁰ Başalp, Nilgün, “Sorumsuzluk Anlaşmaları”, (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, 2009, s. 26.

³⁷¹ TBK madde 115: “Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.

Borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle sorumlu olmayacağına ilişkin olarak önceden yaptığı her türlü anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.

Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.” şeklinde düzenlenmiştir.

³⁷² Yılmaz, A., Aydınlatma, s. 59; Çavdar, Aydınlatma, s. 760; Cengiz / Küçükay, Tıbbî Malpraktis, s. 127; Kılıç Güneş, Sorumluluk, s. 86; Özdemir, H., Hukukî Sorumluluk, s. 68; Yeşiller, Sözleşme ve Sorumluluk, s. 84; Ayan, Hekim, s. 119; Başalp, s. 280.

yükümlüdür ve sorumsuzluk anlaşmasıyla bu sorumluluktan da kurtulamaz³⁷³. TBK md. 116/3 fıkrasında da benzer düzenleme ile uzmanlık gerektiren ve ancak izinle yürütülen faaliyetlerde yardımcı kişilerin kusurlarından sorumlu olunmayacağına ilişkin sorumsuzluk anlaşmalarının geçersizliği düzenlenmiştir³⁷⁴. TBK md. 115 ve 116 düzenlemeleri özel hastaneler için de geçerlidir³⁷⁵.

1.7.3.4.6. Hekimin Meslekî Sorumluluk Sigortası

1.7.3.4.6.1. Genel Olarak Sigorta Kavramı

Sigorta kelimesi, Venedikçe *sicurtà* kelimesinden köken almaktadır³⁷⁶. Sigortalar, kişilerin önceden bir miktar para (prim) ödeyerek bir tehlikenin gerçekleşmesi hâlinde zararının giderilmesi hakkını elde ettiği güvence sistemleri olarak tanımlanabilir³⁷⁷. Sigorta sözleşmesi, sigortacının sözleşmeye konu edilen güvenceyi üstlendiği ve bunun karşılığında sigorta ettirenin prim ödeme borcunu yüklediği sözleşme türüdür³⁷⁸. Başka bir deyişle sigorta ettiren, ödediği prim karşılığında rizikonun gerçekleştiği takdirde uğranılacak zararı giderme yükümlülüğünü sigortacıya devreder³⁷⁹. Riziko ise sigorta ettiren kişinin kaçındığı, zarar verici olayların meydana gelme ihtimalidir³⁸⁰.

Türkiye’de özel sigortacılık sektörü, Sigortacılık Kanunu³⁸¹, Türk Ticaret Kanunu³⁸² ve her sigorta dalı için ayrı düzenlenen sigorta genel şartları ile düzenlenmektedir³⁸³.

³⁷³ Yücesoy Yılmaz, *Zamanaşımı*, s. 277; Yeşiller, *Sözleşme ve Sorumluluk*, s. 115; Özdemir, Hayrunnisa, “Hekimin Fiilinden Dolayı Zarar Gören Üçüncü Kişinin Hastaneye Karşı Talebinin Hukukî Niteliği ve Yargıtay’ın Görüşü”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 105, (2013), s. 284 (Üçüncü Kişi); Meral, Ömer Oğuzhan, “Türk Borçlar Kanunu ve Türk Medenî Kanunu Kapsamında Sorumsuzluk Anlaşmalarının Geçerliliği”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Dergisi Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan*, C. 19, (2017), s. 1159.

³⁷⁴ TBK madde 116/3: “Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.” şeklinde düzenlenmiştir.

³⁷⁵ Özdemir, Hayrunnisa, *Özel Hastanelerin Hukukî Sorumluluğu*, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi “Sağlık Hukuku Makaleleri”, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2012, s. 308.

³⁷⁶ Nişanyan Sözlük: <https://www.nisanyansozluk.com/?k=sigorta> (Erişim Tarihi: 22.02.2021).

³⁷⁷ Çeker, Mustafa, *Sigorta Hukuku*, Adana, Karahan Kitabevi, 2015, s. 2.

³⁷⁸ Çeker, *Sigorta Hukuku*, s. 55; Yalçın, *Sigorta*, s. 35.

³⁷⁹ Yalçın, *Sigorta*, s. 21; Yalçın, *Sigorta*, s. 35.

³⁸⁰ Çeker, *Sigorta Hukuku*, s. 65.

³⁸¹ RG: 14.06.2007-26552.

³⁸² RG: 14.02.2011-27846. Bundan itibaren TTK olarak anılacaktır.

³⁸³ Çeker, *Sigorta Hukuku*, s. 15.

Sorumluluk sigortalarında sigortalanan şey, sigortalının mal varlığıdır ve rizikonun oluşması için sigortalının mal varlığında eksilme olması veya eksilme tehlikesinin yaşanmasıdır³⁸⁴.

Çalışmamızda inceleyeceğimiz sigorta türü, hekimlerin meslekî sorumluluk sigortalarıdır. Meslekî sorumluluk sigortaları, sigorta ettirenin mesleğini yaparken üçüncü kişilere verdiği zararları gidermek amacıyla yapılan, sigorta ettireni tazminat ödeme yükümlülüğünden kurtaran veya bu yükü hafifleten; sigortalıyı tazminat taleplerine karşı koruma altına alan sigortalardır³⁸⁵.

1.7.3.4.6.2.Hekim Meslekî Sorumluluk Sigortası

Dünya genelinde hekimlere karşı açılan tazminat davalarının artması ve bu davalarda oldukça yüksek tazminatların ödenmesine hükmedilmesi, hekimlerin bu davaların sonuçlarından korunmaları gereğini ortaya çıkarmıştır. Hekim meslekî sorumluluk sigortası, sigortalı hekim, mesleğini icra ederken ortaya çıkmasından sorumlu olduğu zararlardan doğan tazminat taleplerine karşı korumaktadır. Bunun yanında ortaya çıkan zararda mağdur olan kişiye de tazminat ödemesini yaparak bu kişilerin tahsil imkansızlığıyla karşılaşmamasını sağlamaktadır³⁸⁶.

TŞSK'ye 2010 yılında eklenen ek 12. madde³⁸⁷ ile hekimlere meslekî malî sorumluluk sigortası yaptırmaya zorunluluğu getirilmiştir³⁸⁸. Hekimlerin meslekî sorumluluk sigortalarına ilişkin genel şartlar 2010 yılında düzenlenmiştir³⁸⁹.

Zorunlu meslekî sorumluluk sigortasının kapsamına girmeyen hâller de vardır. Bu istisnalara hekimin yurt dışında yaptığı meslekî etkinlikler, hekim tarafından kasten yapılan hukuka aykırı davranışlar, meslekî faaliyetler dışında kalan eylemler, hekime

³⁸⁴ Yalçıntepe, Sigorta, s. 36.

³⁸⁵ Çeker, Sigorta Hukuku, s. 135; Yalçıntepe, Sigorta, s. 37; Yalçın, H., Sigorta, s. 25; Aksoy Gülaslan, Sigorta, s. 268.

³⁸⁶ Yalçıntepe, Sigorta, s. 38; Hakeri, Diş, s. 24.

³⁸⁷ TŞSK ek madde 12: “Kamu sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan tabipler, diş tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar ... Özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan veya mesleklerini serbest olarak icra eden tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, tıbbî kötü uygulama sebebi ile kişilere verebilecekleri zararlar ile bu sebeple kendilerine yapılacak rücuları karşılamak üzere meslekî malî sorumluluk sigortası yaptırmak zorundadır.” şeklinde düzenlenmiştir.

³⁸⁸ Doğan, C., Sigorta, s. 364.

³⁸⁹ RG: 21.07.2010-27648.

verilen adlî veya idarî para cezaları örnek verilebilir³⁹⁰. Bu hâllerde zorunlu meslekî sorumluluk sigortası hekime koruma sağlamamaktadır.

Kural olarak tazmin için sigortacıya başvurmada 2 yıllık zamanaşımı süresi bulunmaktadır. Sorumluluk sigortalarında zamanaşımı süresi, olayın gerçekleştiği tarihten itibaren on yıldır³⁹¹.

Meslekî sorumluluk sigortasının bir çözüm olmadığını, hastaların zarar görmesinin önüne geçmediğini, yalnızca bir miktar para ödenmesi konusunda yardımcı olduğunu ve fakat cezaî sorumluluğa etki etmediğini, tıbbî uygulama hatası yapmış bazı hekimlerin aldıkları cezalar nedeniyle mesleklerini yapamaz hale geldiklerini öne sürerek zorunlu hekim meslekî sorumluluk sigortası düzenlemesini eleştiren müellifler de vardır³⁹². Ayrıca tüm yükümlülüklerin hekimde toplanmasının adil olmadığı; hekimin meslekî sorumluluk sigortası yaptırdığı gibi hastaların da kendilerini sigortalatmaları gerektiğini savunan müellifler de vardır³⁹³.

³⁹⁰ Aksoy Gülaslan, Sigorta, s. 276; Kılıç Güneş, Sorumluluk, s. 95; Gökşen, Defansif, s. 108.

³⁹¹ Çeker, Sigorta Hukuku, s. 267.

³⁹² Ersoy, Tıbbî Malpraktis, s. 32; Polat ve Pakiş, Sorumluluk, s. 124.

³⁹³ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Koyuncuoğlu, Tennur, Doktor Sigortası mı, Hasta Sigortası mı?, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 92, (2011), s. 447 vd.; Kılıç Güneş, Sorumluluk, s. 100.

İKİNCİ BÖLÜM

2. SAĞLIK TURİZMİ KAPSAMINDA HEKİMLERİN HUKUKÎ SORUMLULUKLARININ MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ

2.1. Milletlerarası Özel Hukuk ve Sağlık Turizmi İlişkisi

2.1.1. Genel Olarak

Günümüzde insanlığın geldiği nokta, dünyanın her yerine kolayca ulaşmayı ve oralarda yaşayan kişilerle kolayca iletişim kurmayı, hizmet ve mal alımlarında uluslararası iş ve işlemlerin hacminin artmasını sağlamıştır. Bu durum, birden fazla devletin hukuk sistemini birbiriyle ilişkili hale getirdiği kadar Ticaret Hukuku, Borçlar Hukuku, Sigorta Hukuku gibi farklı hukuk dallarını da karmaşık hale getirmiş ve kompleks ilişkiler yaratmıştır¹.

Yabancılık unsuru içeren hukukî ilişkiler ve bu ilişkilerden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukukun tespiti her zaman kolay olmamaktadır. Zira her devletin özel hukuk sisteminin mevzuatının içeriği, kurallarının uygulanma usulü, adalet anlayışı birbirinden farklıdır. Bu durum, aynı olaya uygulanacak farklı hukuk sistemlerinin farklı sonuçlar doğurmasına yol açmaktadır². Yargılama erkinin devletin bir egemenlik unsuru olduğu düşünüldüğünde olaya uygulanacak hukuk daha önemli hale gelmektedir. Bu nedenle, bazı olaylarda olaya uygulanacak hukukun hangi devletin hukuku olacağı konusunda çatışma yaşanabilmektedir³. Bazı durumlarda ise

¹ Seatzu, Francesco, Insurance in Private International Law: A European Perspective, Oxford-Portland Oregon, Hart Publishing, 2003, s. vii.

² Mills, Alex, The Confluence of Public and Private International Law: Justice, Pluralism and Subsidiarity in the International Constitutional Ordering of Private Law, New York, Cambridge University Press, 2009, s. 4; Çelikel, Aysel / Erdem, Bahattin Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, B. 16, İstanbul, Beta Yayınları, 2020, s. 11.

³ Aygün, Mesut, “Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, (2015), s. 1028; İldan, Merve, “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 1. Maddesi Çerçevesinde Yabancılık Unsuru”, (İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2020, s. 3.

somut olaya mahkemenin bağılı olduğu devletin hukuku uygulandığında elde edilen sonuç, tarafların adalet beklentilerini tatmin etmeyebilmektedir. Mahkemeler, tarafların adalet beklentilerini karşılayabilmek amacıyla bazı hâllerde başka bir devletin hukukunu uygulamaktadır⁴. Adalet arayışının tatmin edilmesinin yanında işlem güvenliğinin sağlanması, taraflara güven vermeyi, belirsizliğin bertaraf edilmesi, kamu düzeni, hukukî sonuçlar açısından milletlerarası yeknesaklığın sağlanması, mağdur olan kişinin hakkını kolayca arayabilmesi de kanunlar ihtilafı kurallarının ihdas amaçlarıdır⁵. Farklı devletlerin hukuk düzenleri arasında çatışma yaşanmaması ve tarafların adalet beklentilerinin tatmin edilmesi amacıyla konulan kurallar Milletlerarası Özel Hukuk kurallarıdır. Hukuk biliminin bu alanına Milletlerarası Özel Hukuk adı verilmektedir. Özetle bir uyuşmazlık meydana geldiyse ve bu uyuşmazlık yabancılık unsuru içeriyorsa burada Milletlerarası Özel Hukuk ve Milletlerarası Usul Hukuku kuralları uygulama alanı bulur⁶. Sağlık turizminin çalışmamız kapsamına giren uygulamalarında da yabancılık unsuru mevcut olduğundan yaşanacak uyuşmazlıkların çözümünde milletlerarası özel hukuk yoluna başvurulması gereklidir.

2.1.2. Milletlerarası Özel Hukukun Kapsamı

Milletlerarası Özel Hukuk, kanundaki tanımıyla, yabancılık unsuru taşıyan özel hukuk iş ve işlemlerinde uygulanacak hukuku, mahkemelerin yargı yetkisini, yabancı mahkemeler tarafından verilmiş kararların tanıma ve tenfizini inceleyen

⁴ Mills, Confluence, s. 5; Atalay, İbrahim Orkun, “Yabancılık Unsuru Taşıyan Tüketici Sözleşmelerinden Doğan İhtilafların Hallinde Uygulanacak Hukuk ve Yetkili Mahkeme”, Devletler Özel Hukuku Makalelerim, Ed. İbrahim Orkun Atalay, İstanbul, Legal Kitapevi, 2010, s. 143; Demirkol, Berk: “Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk”, (Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2010, s. 7; Çelikel / Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 34-40.

⁵ Çelikel / Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 33-39.

⁶ Aygün, Yabancılık Unsuru, s. 1025; Şanlı, Cemal ve Esen, Emre ve Ataman-Figanmeşe, İnci, Milletlerarası Özel Hukuk, B. 9, İstanbul, Beta Yayınları, 2021, s. 5; İldan, Yabancılık Unsuru, s. 4; Balkan, Arda, “Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Sigorta Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi”, (Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İzmir, 2019, s. 44; Yöney, Can, “Yabancı Hukukun Uygulanması”, (Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2018, s. 9; Balkar Bozkurt, Süheyla, “Uluslararası Sözleşmelere Uygulanacak Kuralları Belirlemede Kullanılan Yöntemlere Eleştirel Bakış”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 1, (2011), s. 142; Ekşi, Nuray, “Yabancı Hukukun Tespiti ve Uygulanması -Mukayeseli Bir İnceleme-“, Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, C. 3, S. 1, (2014), s. 8.

hukuk dalıdır⁷. Kanundaki tanıma paralel olarak Milletlerarası Özel Hukukun üç ana unsuru bulunduğu söylenebilir. Bunlar: milletlerarası yargı yetkisi, uyuşmazlığa bakan mahkemenin hangi hukuku uygulayacağı ve verilen kararların yabancı devletlerde uygulanmasını sağlayan tanıma ve tenfizdir⁸.

Yabancılık unsuru barındıran sağlık turizmi ilişkilerinde hasta, hekimin kusurundan dolayı zarara uğradığını iddia ediyorsa zararının giderilmesi için hekime karşı Türkiye’de veya yabancı bir ülkede dava açabilecektir. Eğer yabancı mahkemenin verdiği kararı, hekimin mal varlığının bulunduğu Türkiye’de icra etmek isterse verilen kararın Türkiye’de icrası için Türk Mahkemelerinde tanıma ve tenfiz yoluna başvurulmalıdır.

2.1.3. Milletlerarası Özel Hukukun Kaynakları

Milletlerarası Özel Hukukun kaynakları, o konuda ihdas edilen mevzuat, mahkeme içtihatları, konu hakkında yapılan çalışmalar sonucunda ortaya konulan öğreti, örf ve adet kurallarıdır⁹.

Türk Milletlerarası Özel Hukuk tarihi incelendiğinde başlıca üç farklı kanun dönemine ayrıldığı görülebilir. Bunlar: Memâlik-i Osmaniye’de Bulunan Ecnebilerin Hukuk ve Vezaifi Hakkında Kanun-ı Muvakkat ¹⁰, 2675 sayılı mülga Milletlerarası

⁷ MÖHUK md. 1 metni: “Yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, yabancı kararların tanınması ve tenfizi bu Kanunla düzenlenmiştir.” şeklinde düzenlenmiştir.

⁸ Van Calster, Geert, European Private International Law, B. 2, Londra, Bloomsbury Publishing, 2016, s. 3; Rogerson, Pippa, Collier’s Conflict of Laws, New York, Cambridge University Press, 2013, s. 1; Toker, Ali Gümrah, “5718 Sayılı MÖHUK’ta Düzenlenen Tüketicinin Korunmasına Yönelik Hükümler”, İzmir Barosu Dergisi, S. 3, (2016), s. 15; Çelikel / Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 21.

⁹ Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk,, s. 6; Çelikel / Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 40; Küpe, Bahar, “Milletlerarası Özel Hukukta Şekil”, (Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi), Erzurum 2018, s. 39.

¹⁰ Kanun metni için bkz.: 31 Kanunuevvel 1331 (1915) tarihinde toplanan Meclisi Mebusan Zabıt Ceridesi

<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MECMEB/mmmd03ic02c001/mmmd03ic02c001ink017.pdf> (Erişim Tarihi: 19.04.2021). Bundan itibaren EVHK olarak anılacaktır.

Türk hukuk tarihinde kanunlar ihtilafına ilişkin hazırlanan ilk kanun olan EVHK, 23.02.1915 tarihinde geçici bir kanun olarak yürürlüğe girmiştir.

Kanunun yürürlüğe girmesiyle birlikte yabancılara yargı bağlamında tanınan kapitülasyonlar sonlandırılmak istenmiştir. Kanunun asıl amacı, kapitülasyonların kaldırılmasından sonra doğacak hukukî karmaşanın önüne geçebilmektir.: Çelikel / Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 41; Konan, Belkis, “1915 Tarihli ‘Memalik-i Osmaniye’de Bulunan Ecanibin Hukuk ve Vezaifi Hakkında Kanun-ı Muvakkat’a Göre Yabancıların Osmanlı Devletinde Hukukî Durumunun Değerlendirilmesi”, I. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri, Ed. Fethi Gedikli, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2014, s. 236.

Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun¹¹ ve 5718 sayılı MÖHUK¹², tur. Zaman içinde kanun değişikliklerine başvurulmasının sebebi, her bir düzenleme için önceki

Kanunun kapsamı oldukça dar olup yalnızca md. 4 metni kanunlar ihtilafını düzenlemekteydi. Kanun metninde taraflara irade muhtariyeti -dolayısıyla hukuk seçimi yapabilme imkanı- açık bir şekilde tanınmamıştı.: Kavşat, Fatma Candan, “Kanunlar İhtilafı Hukukunda Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkilerinde İrade Muhtariyeti Prensibi: MÖHUK ve Roma II Tüzüğü”, (Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2017, s. 115.

EVHK, kapsamı çok dar bir kanun olması nedeniyle yabancılık unsuru barındıran özel hukuk ilişkilerinde yaşanan kanunlar ihtilafını tek başına gidermek konusunda yetersiz kalmıştı.: Krüger, Hilmar, “An Outline of the History of Turkish Law of Conflict”, 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’da Düzenlenen Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Uygulanacak Olan Hukuk Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Araştırmaları Merkezi Konferans Yayınları Serisi-2, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2010, s. 86.

EVHK, geçici kanun olarak planlanmış ve o doğrultuda düzenleme yapılmışsa da 1982 yılına kadar yürürlükte kalmıştı.: Tanrıbilir, Feriha Bilge, “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk Ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Genel Hükümlerinde Yapılan Değişiklikler Üzerine”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 87, (2010), s. 195; Yöney, Uygulanma, s. 59; Can, Hacı / Tuna, Ekin, Milletlerarası Özel Hukuk, Ankara, Adalet Yayınevi, B. 4, 2019, s. 72; Ekşi, Mukayese, s. 13.

¹¹ RG: 22.05.1982-17701. Milletlerarası Özel Hukuk alanında EVHK’nin yetersizliği nedeniyle 2675 sayılı mülga kanun hazırlanmış, 1982 yılında yürürlüğe girmiş ve yaklaşık 25 yıl yürürlükte kalmıştı. Kanunun ilk tasarısı İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Enstitüsünde Prof. Dr. Nihal Uluocak yönetiminde kurulan komisyon tarafından hazırlanmıştı.: Tekinalp, Gülören, “Türk “Milletlerarası Özel Hukuk ve Milletlerarası Usul Hukuku Tasarısı””, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 44, S. 1-4, (1978), s. 91 (Tasarı); Krüger, History, s. 88; Çelikel / Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 41.

EVHK’nin oldukça dar bir düzenleme olması, kanunlar ihtilafı kurallarının farklı kanunlarda dağılmış halde bulunması, EVHK’de kullanılan hukukî dilin karmaşık olması, yabancılık unsuru içeren tüm özel hukuk uyumsuzluklarına ilişkin düzenlemelerin tek maddede yapılmış olması, EVHK’nin aslında geçici kanun vasfında tasarlanmış olmasıdır.: Tekinalp, Tasarı, s. 93-95.

¹² Dünya genelinde yaşanan gelişmelere ayak uydurmak konusunda yetersiz kalan 2675 sayılı mülga kanun, 2007 yılında yürürlüğe giren 5718 sayılı MÖHUK ile ilga edilmiştir.: Tanrıbilir, Değişiklikler, s. 195; Alparslan, Hasan Hüseyin, “Milletlerarası Özel Hukukta Hukuk Seçimi”, (Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2017, s. 7; Kayık, Ashıhan, “Milletlerarası Özel Hukukta Haksız Fiiller ve Uygulanacak Hukuk”, (Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kayseri, 2011, s. 57; Demirkol, 24. Madde, s. 1; Can, Hacı / Tuna, Ekin, Milletlerarası Usul Hukuku, Ankara, Adalet Yayınevi, B. 2, 2019, s. 48 (Usul); Can / Tuna, Özel, s. 72; Ekşi, Mukayese, s. 19; Öztekin Gelgel, Günseli, “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Bünyesinde Tüketici Sözleşmeleri, 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’da Düzenlenen Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Uygulanacak Olan Hukuk”, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Araştırmaları Merkezi Konferans Yayınları Serisi-2, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2010, s. 198; Çelikel / Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 41.

MÖHUK hazırlanırken Milletlerarası Özel Hukuk alanındaki gelişmeler ve AB Milletlerarası Özel Hukuk mevzuatı düzenlemeleri dikkate alınmıştır.: Tanrıbilir, Değişiklikler, s. 196; Tarman, Zeynep Derya, “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) Uyarınca Yabancılık Unsuru Taşıyan Akdî Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 26, S. 1, (2010), s. 143 (Akdî MÖHUK); Tarman, Zeynep Derya, “Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun (MÖHUK)’un Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Düzenlenmesi (MÖHUK M. 34-35-36-37-38)”, Legal Hukuk Dergisi, S. 72, (2008), s. 4035 (Akit Dışı), Balkan, Milletlerarası Yetki, s. 47; Alparslan, Seçim, s. 9; Demirkol, 24. Madde, s. 2; Can / Tuna, Özel, s. 72-73; Özdemir Kocasakal, Hatice, “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”, Milletlerarası Hukuk Bülteni, S. 1-2, (2010), s. 28; Krüger, History, s. 91; Erdem, Bahattin Bahadır, “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’da Düzenlenen Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Uygulanacak Olan Hukuk”, 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku

kanunun artık ihtiyaçlara cevap veremiyor olmasıdır¹³. 5718 sayılı MÖHUK hazırlanırken çağdaş devletlerde yaşanan gelişmeler model alınmış ve kanun metni büyük ölçüde AB milletlerarası özel hukuk mevzuatıyla¹⁴ benzer olarak düzenlenmiştir. Bu durum, uluslararası boyutlarıyla düşünüldüğünde Avrupalı sağlık turistleri için cazibe merkezi olmak isteyen Türkiye'nin lehine gelişmeler sağlamaktadır. Avrupa'dan Türkiye'ye gelen sağlık turisti, kendi ülkesinde yürürlükte bulunan Milletlerarası Özel Hukuk mevzuatının benzerinin Türkiye'de de yürürlükte olduğunu öğrendiğinde kendisini güvende hissedecektir.

2.1.4. Kanunlar İhtilafı Kuralları

Uyuşmazlığın hangi hukuk sistemine göre çözüme kavuşturulacağı konusunda ihdas edilen Milletlerarası Özel Hukuk kurallarına kanunlar ihtilafı kuralları adı verilir. Kanunlar ihtilafı kuralları, devletlerin iç hukuk sistemlerinin bir ögesidir ve gösterici nitelikte kurallardır. Bu nedenle, kanunlar ihtilafı kuralları, uyuşmazlığa uygulanacak

Hakkında Kanun'da Düzenlenen Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Uygulanacak Olan Hukuk Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Araştırmaları Merkezi Konferans Yayınları Serisi-2, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2010, s. 95.

MÖHUK yapı itibarıyla üç ana kısma ayrılmaktadır. Bu kısımlar Milletlerarası Özel Hukuk, Milletlerarası Usul Hukuku ve son hükümler başlıklarını taşır.: Can / Tuna, Usul, s. 49.

MÖHUK'ta düzenlenen kanunlar ihtilafı kurallarının çalışmamız kapsamına giren hükümleri, ilerleyen bölümlerde detaylıca incelenecektir.

¹³ Küpe, Şekil, s. 39.

¹⁴ Türk Milletlerarası Özel Hukuku kurallarının AB mevzuatı örnek alınarak oluşturulmuş olması haricinde resmen AB'ye aday devletlerden biri olmamız da AB mevzuatını Türkiye için önemli yapmaktadır. Zira gelecekte AB'ye üye olmamız durumunda AB'nin Milletlerarası Özel Hukuk alanında yaptığı düzenlemeler, Türkiye'de işlemeye başlayacaktır.: Kayık, Haksız Fiiller, s. 45; Tarman, Zeynep Derya, "Akdî Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma I Tüzüğü", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 25, S. 2, (2009), s. 301 (Akdî Roma I).

AB'ye üye devletler için milletlerarası unsurlar içeren sözleşmelerden kaynaklanan borç ilişkilerine uygulanacak hukukun belirlenmesi yolunda birlik sağlanması amacıyla 2009 yılında Avrupa Komisyonu tarafından 1980 tarihli Roma Konvansiyonu (Journal Officiel L 266, 09.10.1980) düzenlemeleri esas alınarak Roma I Tüzüğü (Journal Officiel L 177, 4.7.2008) ve Roma II Tüzüğü (Journal Officiel L 199, 31.07.2007) hazırlanmış, kabul edilmiş ve yürürlüğe konulmuştur.

Roma I Tüzüğü, akdî ilişkilere uygulanacak hukuku düzenlemek amacıyla hazırlanmıştır.: Van Calster, European Private International Law, s. 202.

Roma II Tüzüğü ise genel olarak akit dışı sorumluluk hâllerini düzenlemektedir. Ancak hangi müesseselerin tüzük kapsamında olduğu katı bir biçimde sayılmamıştır.: Van Calster, European Private International Law, s. 244. Roma II Tüzüğü'nün hazırlanmasında temel amaç, Milletlerarası Özel Hukuk kapsamında sözleşme dışı borç ilişkileri olan haksız fiil, sebepsiz zenginleşme gibi borç ilişkilerine uygulanacak hukuk hakkında AB devletleri açısından olabildiğince yeknesaklık sağlamaktır.: Kayık, Haksız Fiiller, s. 47; Briggs, Adrian, The Conflict of Laws, B. 3, Oxford, Oxford University Press, 2013, s. 213.

maddî hukuk hükümleri içermezler¹⁵. Yargıtay da vermiş olduğu kararlarda kanunlar ihtilafı kurallarının gösterici kurallar olduğunu açıklamıştır¹⁶.

Dava Türkiye’de açılmışsa uyuşmazlığın yabancılık unsuru barındırmadığı hâllerde davaya bakan hakim, HMK md. 33 düzenlemesine göre uyuşmazlığı doğrudan doğruya Türk Hukuku kurallarını uygulayarak çözer. Ancak yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklarda MÖHUK md. 2 düzenlemesi uygulama alanı bulur. Zira devletlerin iç hukuk düzenlemeleri, genellikle yabancılık unsuru içermeyen hukukî ilişkiler düşünülerek oluşturulurlar. MÖHUK md. 2 metnine göre hakim, bu durumlarda hem Türk kanunlar ihtilafı kurallarını uygulamak hem bu kanunlar ihtilafı kuralları kendisini başka bir devletin hukukunu uygulamaya yönlendiriyorsa o devletin hukukunu o uyuşmazlığa uygulayarak çözmekle yükümlüdür¹⁷. MÖHUK md. 2 düzenlemesinin uygulanması HMK md. 33 düzenlemesini bertaraf etmemektedir. Sonuçta çalışmamızda daha önceden bahsedildiği üzere, kanunlar ihtilafı kuralları da iç hukuk kurallarındandır. Bu nedenle esasen MÖHUK md. 2’nin uygulanmasının ana kaynağı HMK md. 33 düzenlemesidir.

¹⁵ Yağcı, Salim Serdar, “Milletlerarası Özel Hukukta Vasıflandırma”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, S. 3, (2017), s. 2635; Çelikel / Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 15; Özçelik, Volkan, “Yabancı Hukukun Uygulanmasında Taraf Roller”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 1, (2020), s. 199; Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk,, s. 6; Arslan, İlyas, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Milletlerarası Özel Hukuka Etkisi”, (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 2018, s. 110 (AIHS); Yöney, Uygulanma, s. 8, Alparslan, Seçim, s. 40; Kaya, Ceren, “Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni Kavramının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile İlişkisi”, (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2015, s. 27; Demirkol, 24. Madde, s. 6; Briggs, The Conflict of Laws, s. 2, Can / Tuna, Özel, s. 124; Balkar Bozkurt, Eleştirel Bakış, s. 152; Tanrıbilir, Değişiklikler, s. 201.

¹⁶ ...Devletler Hususi Hukuku Kaideleri, yabancılık unsuru taşıyan (Milletlerarası unsur) belirli bir olay ve ilişkilere hangi Devletin maddî hukuk hükümlerinin uygulanacağını gösterir. Bu kaideler bir uyuşmazlığı bizzat çözümlemezler. Sadece, onu çözümleyecek olan yetkili maddî hukuk kurallarını belirtmekle yetinirler. Buradaki hukuk, mahalli hukuk veya yabancı bir hukuk olabilir. Devletler Hususi Hukuk Kaideleri iç hukuk kaideleri olduğundan her devletin kendine özgü bir Devletler Hususi Hukuku vardır. Devletler Hususi Hukuku, Maddî Özel Hukuk gibi, bireyler arasındaki adaleti kurmayı amaçlar. Milletlerarası Medeni Usul Hukuku ise; yabancı unsurlu olay ve ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, diğer konular yanında, özellikle Türk mahkemelerinin davaya bakmaya yetkisi olup olmadığını belirleyen kaidelerin bütünüdür... Yargıtay HGK. T. 06.05.1998, E. 1998/12-287, K. 1998/325.

¹⁷ Aygün, Yabancılık Unsuru, s. 1027; Özçelik, V., Taraf Roller, s. 199; Yaşar, Tuğçe Nimet, “Türk Mahkemelerinde Yabancı Hukukun Uygulanması”, Public and Private International Law Bulletin, C. 33, S. 2, (2013), s. 83; İldan, Yabancılık Unsuru, s. 36, Yöney, Uygulanma, s. 23; Lale, Muktedir, Özetli – İctihatlı Yargıtay Uygulamasında Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 16; Çiçekli, Bülent, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Yargıtay Kararları, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 15; Ruhi, Ahmet Cemal, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, B. 4, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 14; Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 68; Uyanık, Sağlık Turizmi Hukuku, s. 90.

Yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklara doğrudan doğruya iç hukuku uygulamak yerine öncelikle kanunlar ihtilafı kurallarını inceleyip uygulanacak hukukun tespit edilmesi yükümlülüğü, Yargıtay'ın da birçok kararında vurgu yapılan bir yükümlülüktür¹⁸. Yabancılık unsuru içeren bir olaya Milletlerarası Özel Hukuk kurallarının uygulanması, aynı zamanda AİHS'de güvence altına alınan adil yargılanma hakkının bir gerekliliğidir¹⁹.

Günümüzde devletler, özel hukuk ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklar çözülürken iç hukuk düzenlemelerinin farklarından meydana gelebilecek istikrarsızlıkları ve belirsizlikleri mümkün olduğunca azaltmak istemektedirler²⁰. Bu amaçla Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)²¹ gibi çok önemli milletlerarası sözleşmeler imzalanmış, UNCITRAL²² gibi komisyonlar kurulmuştur.

Sağlık turizmi faaliyetleri, hasta ile hekim arasında genelde yabancılık unsuru barındıran hukukî ilişkiler kurulmasını sağlamaktadır. Bu yönüyle sağlık turizmi kapsamında gerçekleştirilen tıbbî müdahalelerden doğan uyuşmazlıklarda doğrudan doğruya Türk hukukunun uygulanması söz konusu olmamaktadır. Yabancı sağlık turistleri, maruz kaldıkları mağduriyetlerin giderilmesi için Türk Mahkemelerine başvursalar dahi hakim, önüne gelen uyuşmazlığın hangi hukuk uygulanarak çözüme kavuşturulacağını araştırmak zorundadır.

¹⁸ Olayda, davacı şirketin Almanya'da kurulmuş olduğu, davalının da yurtdışında ikamet ettiği, sözleşmenin Köln/Almanya'da akdedildiği, taraflarca sözleşmede açık bir hukuk seçimi yapılmadığı anlaşılmış olup, bu nedenle yabancılık unsuru bulunan sözleşmeye Alman Hukuku'nun uygulanıp uygulanamayacağının 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun kapsamında tartışılmadan Türk Hukuku'nun uygulanması suretiyle sonuca varılması hatalıdır. Açıklanan nedenlerle kararın bozulması gerekir. Yargıtay 11. HD. T. 04.03.2020, E. 2018/3313, K. 2020/2354. Benzer nitelikte Yargıtay kararları için bkz.: Yargıtay 2. HD. T. 29.09.2010, E. 2010/13616, K. 2010/15652; Yargıtay 2. HD. T. 06.11.2008, E. 2008/13740, K. 2008/14696.

¹⁹ Ekşi, Mukayese, s. 11.

²⁰ Yöney, Uygulanma, s. 11; Çelikel / Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 14; Alparslan, Seçim, s. 25-31; Tutumlu, Mehmet Akif, Tüketici Yargılaması Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 450.

²¹ RG: 07.04.2010-27545.

²² United Nations Commission on International Trade Law - Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu, <https://uncitral.un.org/en/about> (Erişim Tarihi: 03.04.2021)

2.2. Sağlık Turizmi ve Yabancılık Unsuru

2.2.1. Genel Olarak

Genel olarak taraflar arasındaki hukukî ilişkinin, hakimın mensup olduğu devletin hukuk sistemi haricinde başka bir hukuk sistemiyle de bağlantılı olması hâlinde yabancılık unsurunun varlığından söz edilebilir²³. Yabancılık unsuru, Milletlerarası Özel Hukukun uygulanabilmesi için gerekli olan ana unsurdur²⁴. Yabancılık unsuru yalnızca coğrafi yer bakımından ortaya çıkmaz. Yabancılık unsuru; coğrafi yer bakımından da tarafların şahsî nitelikleri bakımından da ortaya çıkabilir²⁵.

2.2.2. Yabancılık Unsurunun Varlığı

Yabancı hukukla olan bağlantı çok çeşitli olabileceğinden MÖHUK'ta yabancılık unsuru tanımlanmamış ve kasten yoruma açık olarak bırakılmıştır. Yabancılık unsurunun varlığı, öğretide ve yüksek mahkeme kararlarında tartışılmaktadır²⁶. Örneğin tarafların farklı devlet vatandaşı olmaları, farklı ülkelerde yaşamaları, sözleşme konusunun yabancı ülkede olması, dava konusunun yabancı ülkede olması veya uyuşmazlığın yabancı devlet yargı organlarında çözüme ulaştırılması hâlinde söz konusu olduğu söylenebilir²⁷.

Çalışmamız konusu düşünüldüğünde uyuşmazlıkta yabancılık unsurundan bahsedebilmek için sağlık turistinin yurt dışından gelmiş olması gerekmez. Bunun yanında mutad meskeni yurt dışında olan bir Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı veya mutad meskeni Türkiye'de olan bir yabancı devlet vatandaşının sağlık hizmeti alması da yabancılık unsuru oluşması bakımından yeterlidir. Dolayısıyla yabancılık

²³ Doğan, Vahit / Kahveci, Seydi / Durgun, Mehmet, Milletlerarası Ticaret Hukuku, Ankara, Savaş Yayınevi, 2020, s. 76; Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk,, s. 5; Erdoğan, Ersin, “Medenî Usul Hukukunda Yabancılık Unsuru ve Sonuçları”, (İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi), Ankara 2015, s. 8.

²⁴ Van Calster, European Private International Law, s. 240; Rogerson, Collier's Conflict of Laws, s. 1; Can / Tuna, Özel, s. 36; Toker, s. 14; Doğan, V. / Kahveci / Durgun, Milletlerarası Ticaret Hukuku, s. 76.

²⁵ Aygün, Yabancılık Unsuru, s. 1030; Tütüncübaşı, Uğur, Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçme Serbestisi, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018, s. 164; Çelikel / Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 13.

²⁶ Küpe, Şekil, s. 30; Erdoğan, Yabancılık Unsuru, s. 14; Can / Tuna, Özel, s. 43.

²⁷ Aşırbekova, Aynur, “Türk Cumhuriyetleri Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi”, (Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2006, s. 9; Balkar Bozkurt, Eleştirel Bakış, s. 145.

unsurunun varlığını tayin ederken sağlık turistinin yalnızca vatandaşlığına veya mutad meskenine göre değerlendirme yapmak yanıltıcı olacaktır.

2.3. Sağlık Turizmi ve Bağlama Noktaları

Yabancılık unsuru içeren uyuşmazlığın hangi hukuka göre incelenip çözüleceğini belirleyen kriterlere bağlama noktası denilmektedir²⁸. Bağlama noktaları, kanunlar ihtilafı kuralları tarafından önceden belirlenen maddî veya hukukî unsurlardır²⁹. Milletlerarası Özel Hukuk alanında devletler, kendi kanunlar ihtilafı kuralları çerçevesinde bağlama noktaları oluşturarak bir iç hukuk sistemi kurmuş olurlar³⁰.

Bağlama noktalarına millî hukuk³¹, yerleşim yeri hukuku³², mutad mesken hukuku³³, haksız fiilin ika yeri hukuku, zararın meydana geldiği yer, sözleşme

²⁸ Çelikel / Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 41; Can / Tuna, Özel, s. 128.

²⁹ Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 32.

³⁰ Önal, Ali, “Türk Hukuku ve AB Düzenlemeleri Çerçevesinde Vekâletsiz İş Görmeye Uygulanacak Hukuk”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S. 3, 2016, s. 2169.

³¹ Millî hukuk, tarafların vatandaşlık bağıyla bağlı oldukları devletin hukukunu ifade eder.: Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk,, s. 34; Çelikel / Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 65. Bağlama noktası olarak millî hukukun benimsendiği uyuşmazlıklar, kural olarak kişiler hukuku ve aile hukuku kapsamına giren uyuşmazlıklardır. Zira bu tür uyuşmazlıklar; kültür, ortak değerler ve geleneklerin etki alanındadır.: Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 34.

³² Yerleşim yeri kişinin yaşadığı, hayatını sürdürdüğü ve merkez olarak benimsediği, sürekli kalma amacı güderek oturduğu yerdir. İkametgâh, genel olarak tespiti oldukça kolay bir bağlama noktası olduğundan sıklıkla kullanılmaktadır.: Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 38

³³ Mutad mesken kavramı, La Haye Milletlerarası Özel Hukuk Konferansında Milletlerarası Özel Hukuk literatürüne ve uygulamasına kazandırılan bir kavramdır.: Uzun, Fatih Burak, “Milletlerarası Özel Hukukta Gerçek Kişilerin Hak ve Fiil Ehliyeti”, (Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2014, s. 50; Arslan, İlyas, “Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı”, (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2012, s. 3 (Mutad Mesken). Türk Milletlerarası Özel Hukuk literatürüne ise Türkiye Cumhuriyeti Devleti tarafından 1970 yılında taraf olunan 1956 tarihli Çocuklara Karşı Nafaka Mükellefiyetine Uygulanacak Kanuna Dair La Haye Sözleşmesi (RG: 17.09.1971-13959) vasıtasıyla girmiştir.: Arslan, İ., Mutad Mesken, s. 29.

Mutad mesken kavramı kanunda tanımlanmamıştır. Öğretide, farklı mahkeme kararlarında ve farklı devletlerin hukuk sistemlerinde mutad mesken kavramı farklı olarak tanımlanmıştır. Mutad kelimesinin sözlük anlamı incelendiğinde Türkçe’ye Arapça’dan geçmiş olduğu ve “alışılmış” anlamına geldiği görülmektedir. Türk Dil Kurumu Sözlüğü: sozluk.gov.tr (Erişim Tarihi: 13.04.2021). Ancak sözlüklerde kelimenin yazılışı “mutat” olarak görünüyor. Fakat kanunda “mutad” olarak kullanıldığından dolayı yeknesaklığı sağlamak amacıyla çalışmamızda bu sözcük “mutad” olarak kullanılacaktır.

Mutad mesken, kısaca bir kişinin hayatını bir süredir fiilen idame ettirdiği yer olarak tanımlanabilir.: Arslan, İ., Mutad Mesken, s. 38; Can / Tuna, Özel, s. 135.

Bir yerin mutad mesken olarak nitelendirilebilmesi için kişinin orada fiilen oturuyor olması, fiilen oturma halinin makul bir süredir devam ediyor olması gerekmektedir.: Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 45.

ediminin ifa edildiği yer hukuku, olayın esasına uygulanacak hukuk, hakimin hukuku vb. örnek verilebilir³⁴.

Sağlık turizmine ilişkin yabancılık unsuru içeren ihtilafların çözümünde, hekimin iş yerinin bulunduğu yer hukuku, sağlık turistinin mutad meskeni hukuku, sözleşmenin ifa edileceği yer hukuku, haksız fiilin ika edildiği yer hukuku, zararın meydana geldiği yer hukuku, taraflarca belirlenen hukuk gibi bağlama noktaları karşımıza çıkabilir. Örneğin mutad meskeni İsveç'te olan bir İran'lı sağlık turistinin burun estetiği yaptırmak amacıyla Türkiye'ye gelmiş olması ve bu nedenle dava açmak istemesi durumunda birden fazla bağlama noktası karşımıza çıkacaktır. Bunlar: hekimin iş yerinin bulunduğu yer hukuku dikkate alındığında Türk hukuku; sağlık turistinin mutad meskeni hukuku dikkate alındığında İsveç Hukuku; sözleşmenin ifa edileceği yer dikkate alındığında Türk hukuku; aralarındaki hekimlik sözleşmesinde belirlendiyse belirlenen yer hukuku; hastanın vatandaşlığı dikkate alınırsa İran hukuku, haksız fiile dayanılacaksa ve zarar Türkiye'de meydana geldiyse Türk hukuku, zarar başka bir ülkede meydana geldiyse o ülke hukuku gibi birçok alternatifin ortaya çıkmasına yol açacaktır. Bu bağlama noktalarının hangisinin somut olayda uygulama alanı bulacağı ise somut olayın özelliklerine göre değişmektedir.

Bağlama noktası, bağlama konusuyla karıştırılmamalıdır. Bağlama konusu, özel hukuk ilişkilerinin kanunlar ihtilafı kuralları tarafından bölünerek düzenlenen hukukî ihtilaf, başka bir deyişle hayat ilişkisidir³⁵. Bağlama konusu; evlilik, satım sözleşmesi, haksız fiil vb. gibi uyuşmazlığın yaşandığı somut olaydır³⁶. Sağlık turizmi kapsamında bağlama konuları hekimlik sözleşmesi, haksız fiil gibi şekillerde karşımıza çıkabilmektedir. Zira hekimlerin hukukî sorumlulukları, çalışmamızın birinci bölümünde açıklandığı üzere haksız fiil sorumluluğu, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk, vekaletsiz iş görme ilişkisinden doğan sorumluluk, *culpa in contrahendo* sorumluluk olarak karşımıza çıkabilmektedir. Sağlık turisti başına gelen olay hakkında

Mutad mesken, yerleşim yeri veya vatandaşlık bağlama noktalarıyla kıyaslandığında yoruma açık bir kavramdır ve esnekliği sayesinde uygulamada kolaylık sağlamaktadır.: Uzun, s. 50; Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 41.

³⁴ Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 48; Çelikel / Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 65-67.

³⁵ Çelikel / Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 61; Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 32.

³⁶ Can / Tuna, Özel, s. 127.

hukukî yollara başvururken bir sorumluluk çeşidine dayanmak durumundadır. Bu sorumluluk çeşidi seçimine göre olaya uygulanacak hukuk değişebilmektedir.

2.4. Vasıflandırma

2.4.1. Genel Olarak

Bir hukukî işlem veya ilişki, farklı hukuk sistemlerinde farklı şekilde yorumlanabilmekte ve dolayısıyla farklı sonuçlar doğurabilmektedir. Ortaya çıkan farklılık, somut olaya uygulanacak kuralları, varılacak sonucu ve bu sonucun etkilerini tamamen değiştirebilmektedir. Yabancılik unsuru barındıran hukukî iş ve işlemlerde, vasıflandırma konusu büyük önem taşımaktadır. Kanunlar ihtilafı kurallarının sistematığı gereği bağlama noktasının belirlenmesi için öncelikle bağlama konusunun hukukî niteliğini belirlemek önemlidir. Eğer bir bağlama konusu farklı devletlerin hukuk sistemlerinde hukukî açıdan farklı nitelendiriliyorsa burada vasıflandırma sorunu yaşandığı söylenebilir³⁷. Vasıflandırma sorununun üstesinden gelmek için farklı hukuk sistemlerinde farklı çözümler benimsenmiştir. Bunlardan başlıcaları hakim hukukuna göre vasıflandırma, olaya uygulanacak hukuka göre vasıflandırma ve bağımsız teori yöntemine göre vasıflandırmadır. Bunların yanında mukayeseli hukuka göre sınıflandırma ve kademeli vasıflandırma gibi yöntemler de bulunmaktadır.

Yabancılik unsuru barındıran sağlık turizmi uyuşmazlıklarında vasıflandırmanın önemi, birçok açıdan etki doğurmaktadır. Örneğin hasta ile hekim arasında imzalanan hekimlik sözleşmesinin tüketici sözleşmesi olarak vasıflandırılması; uyuşmazlığın görüleceği mahkemeyi, iç hukuk sisteminde o uyuşmazlığa uygulanacak olan mevzuatın kapsamını ve dahi yargılama usulünü dahi değiştirecektir. Bu nedenle meydana gelen uyuşmazlığın vasıflandırılması, olaya uygulanacak hukukun belirlenmesi kadar önem taşımaktadır.

³⁷ Doğan, V. / Kahveci / Durgun, Milletlerarası Ticaret Hukuku, s. 127; Yağcı, Vasıflandırma, s. 2633; Rogerson, Collier's Conflict of Laws, s. 267; Demirkol, 24. Madde, s. 252-253; Can / Tuna, Özel, s. 150; Tekinalp, Bağlama, s. 29; Şanlı / Esen / Ataman-Figaneşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 57; Çelikel / Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 75.

2.4.2. Vasıflandırma Biçimleri

2.4.2.1. *Hakimin Hukukuna Göre Vasıflandırma*

Devletler, egemenlik haklarının bir getirisi olarak yaşanan ihtilafları vasıflandırırken kendi hukuk düzenlerini uygulamak istemektedir. Hakimin hukukuna göre vasıflandırma yapılırken hakim, önüne gelen olayı kendi hukukunda aynı nitelikteki veya ona en çok benzeyen kurallara göre vasıflandırma yapmalıdır³⁸.

Davaya bakan mahkemenin bağlı olduğu devlet, olaya uygulanacak hukukun tespiti hakkındaki kuralları da zaten kendisi ihdas etmiştir. Dolayısıyla olaya uygulanacak hukukun tespit edilmesi konusunda ilk adım, hakimin hukukuna göre atılacaktır. Somut olay vasıflandırılırken hakimin hukukunun uygulanması gerektiğini savunan görüşler bu gerekçelere dayanmaktadır³⁹.

Hakimin hukukuna göre vasıflandırma yolunu örneklendirmek gerekirse yurt dışından Türkiye'ye mide daraltma ameliyatı olmak amacıyla gelen hasta ile hekim arasında imzalanan sözleşmede doğan uyuşmazlığı çözmek üzere açılan dava Türk mahkemelerinde açılmış olabilir. Bu durumda hakimin hukuku Türk hukuku olacaktır. Türk hukukuna göre vekâlet sözleşmesi olarak vasıflandırılacak ve dolayısıyla dava, Tüketici Hukuku mevzuatı uyarınca basit yargılama usulü hükümlerine göre Tüketici Mahkemesinde görülecektir.

2.4.2.2. *Olaya Uygulanacak Hukuka Göre Vasıflandırma*

Bu görüş, olaya uygulanacak hukuka göre yapıldığı hâllerde hakim, öncelikle olaya uygulanacak hukuku tespit ettikten sonra somut olayı o hukuka göre vasıflandıracaktır. Ancak öğretilerde bu görüş çelişkiler barındırdığı için eleştirilmiştir⁴⁰. Öyle ki somut olaya uygulanacak hukukun tespiti için öncelikle o olayın hukukî niteliğinin belirlenmesi gerekeceğinden bu görüş tam olarak çözüm sunmamaktadır⁴¹.

³⁸ Çelikel / Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 80.

³⁹ Doğan, V., Kahveci / Durgun, Milletlerarası Ticaret Hukuku, s. 128; Çelikel / Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 80.

⁴⁰ Yağcı, Vasıflandırma, s. 2641.

⁴¹ Doğan, V./ Kahveci / Durgun, Milletlerarası Ticaret Hukuku, s. 129; Çelikel / Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 81.

2.4.2.3. Bağımsız Teori Yöntemine Göre Vasıflandırma

Bağımsız teori yöntemine göre somut olayın vasıflandırılmasında asıl amaç, milletlerarası özel hukuka özgü adalet anlayışını tesis edebilmektir⁴². Bu yöntemde önceden belirlenmiş bir kural bulunmamaktadır ve hakim, önüne gelen uyuşmazlığa göre vasıflandırma yaparak vasıflandırma problemini çözmeye çalışır.

2.4.3. Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Vasıflandırma

Kanunlar ihtilafı kurallarımıza göre bağlama konusu hakkında vasıflandırma sorunu, kural olarak hakimin hukuku olan Türk hukukuna göre vasıflandırma yapılarak çözülmektedir⁴³.

Türk hukukuna göre, vasıflandırma yapıldıktan sonra olay hakkındaki tüm sorunların ve belirsizliklerin çözümünde kural olarak belirlenen hukuk uygulanacaktır⁴⁴.

2.5. Yabancı Hukukun Uygulanması

2.5.1. Tanım

Yabancılık unsuru barındıran hukukî ilişkiler birden fazla devletin hukukunun alanına girdiğinden öncelikle bu uyuşmazlığın hangi hukuka göre uygulanacağı tespit edilmelidir. Uygulanacak hukuk tespit edildikten sonra bu hukukun içeriğinin tespiti aşamasına geçilecektir.

Yabancı hukukun uygulanması konusunda öğretide temel olarak iki farklı görüş benimsenmiştir. Bu görüşler, yabancı hukukun “vakıa” olarak uygulanması ve “hukuk” olarak uygulanmasıdır.

⁴² Yağcı, Vasıflandırma, s. 2642; Doğan, V. / Kahveci / Durgun, Milletlerarası Ticaret Hukuku, s. 130.

⁴³ Önal, Vekaletsiz İş Görme, s. 2171; Çelikel / Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 86.

⁴⁴ Çelikel / Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 88.

2.5.2. Yabancı Hukukun Uygulanması Konusunda Farklı Sistemler

2.5.2.1. Yabancı Hukukun Vakıa Olarak Değerlendirilmesi

Yabancılık unsuru barındıran hukukî işleme uygulanacak hukukun hangisi olduğunu tarafların iddia ettiği ve iddialarını kanıtlamaya çalıştıkları sistemdir⁴⁵. Bu özelliği dolayısıyla aynı nitelikte başka bir davada yabancı hukukun uygulanması gerektiği taraflarca iddia ve ispat edilmediği hâllerde hakim kendi hukukunu uygulayacaktır⁴⁶.

2.5.2.2. Yabancı Hukukun Hukuk Olarak Değerlendirilmesi

Bu sisteme göre hakim, yabancılık unsuru barındıran hukukî uyumsuzluğa bakarken uygulanması gereken hukuku, tarafların ileri sürmesini beklemeden, re'sen tespit edecektir⁴⁷. Yabancı hukukun hukuk olarak değerlendirildiği sistemde yabancı hukuk ile iç hukuk birbiriyle eşdeğer seviyede bağlayıcılık taşır⁴⁸. Uygulanacak hukuk tespit edildikten sonra içeriğinin tespitinde taraflardan yardım istenebilir.

2.5.3. Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Yabancı Hukukun Uygulanması

Türk hukukuna göre yabancı hukuk, vakıa olarak değil; hukuk olarak değerlendirilmektedir⁴⁹. Türkiye’de bu sistemin benimsenmesinin amacı, milletlerarası özel hukuk adaletinin tesis edilmesidir⁵⁰. Gerçekten hakim, MÖHUK md. 2 hükmü gereğince yabancılık unsuru barındıran olaya uygulanacak hukuku re'sen tespit etmekle yükümlüdür.

Hakim, önüne gelen davaya yabancı bir devletin hukukunu uygulayacaksa uygulanacak hukukun yazılı kurallarıyla birlikte o kuralların kaynak devlette nasıl

⁴⁵ Çelikel / Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 171; Yaşar, Uygulanma, s. 79-82; Yöney, Uygulanma, s. 47; Aygün, s. 1027.

⁴⁶ Çelikel / Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 171.

⁴⁷ Çelikel / Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 171; Yöney, Uygulanma, s. 44.

⁴⁸ Yaşar, Uygulanma, s. 82.

⁴⁹ Günümüzde benimsenen sistem yabancı hukukun hukuk olarak değerlendirilmesi olsa da Türk Milletlerarası Özel Hukuk tarihi incelendiğinde EVHK döneminde ihdas edilen 1086 sayılı mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (RG: 04.07.1927-622,623,624) md. 76 hükmüne göre somut olaya yabancı hukukun uygulanması gerektiğini iddia eden taraf, bu iddiasını ispatlamakla yükümlüdür.: Ekşi, Mukayese, s. 13.

⁵⁰ Yaşar, Uygulanma, s. 83.

yorumlandığını ve varsa yüksek mahkemelerinin ilgili içtihatlarını da araştırıp uygulamalıdır⁵¹.

MÖHUK md. 2 uyarınca hakim, uygulanacak hukuku tespit ederken şahsen araştırma yapabileceği gibi yabancı devletlerdeki Türkiye temsilciliklerinden, Adalet Bakanlığından yardım isteyebilir, bilirkişi incelemesinden yararlanabilir veya uygulanacak hukukun açıklığa kavuşturulmasını taraflardan da isteyebilir⁵².

Mahkemelerin yabancı hukuku tespit edip uygulamalarını kolaylaştırmak amacıyla birtakım milletlerarası anlaşmalar imzalanmıştır. Örneğin 1968 yılında imzalanan Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi⁵³ bu amaçla akdedilmiş bir sözleşmedir. Bu anlaşmanın md. 7 metni kapsamında devletlerin yargı organları, uygulayacağı hukukun kaynağı olan devletten yardım isteyebilmektedir⁵⁴.

MÖHUK md. 2/2 fıkrası uyarınca hakim, somut uyuşmazlığa uygulanacak hukuku tespit etmiş olmasına rağmen uygulanacak yabancı hukuk kurallarının içeriğini net biçimde tespit edememişse uyuşmazlığı Türk Hukukunu uygulayarak çözüme kavuşturur⁵⁵. Ancak bu fıkra, hakimin yabancı hukuku araştırma yükümlülüğünü bertaraf etmek için kullanılmamalıdır. Konuyla ilgili Yargıtay kararında bu husus üzerinde durulmaktadır⁵⁶.

⁵¹ Erkan, Mustafa, “Türk Milletlerarası Özel Hukuk Sisteminde Yabancı Hukukun Tatbiki: Olan vs. Olması Gereken”, Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu, Ed. Bilgin Tiryakioğlu, Mesut Aygün, Ali Önal, Kübra Altıparmak ve Cansu Kaya, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016, s. 547 (Tatbik); Özçelik, V., Taraf Roller, s. 201; Yaşar, Uygulanma, s. 95-96; Can / Tuna, Özel, s. 230; Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 70.

⁵² Ayrıntılı bilgi için bkz.: Yöney, Uygulanma, s. 81-88; Ekşi, Mukayese, s. 20; Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 75; Yaşar, Uygulanma, s. 86 vd; Çelikel / Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 172.

⁵³ RG: 29.05.1975-15249.

⁵⁴ Özçelik, V., Taraf Roller, s. 201; Yaşar, Uygulanma, s. 90, Yöney, Uygulanma, s. 92; Can / Tuna, Özel, s. 235; Ekşi, Mukayese, s. 28; Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 76; Çelikel / Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 174.

⁵⁵ Erkan, Tatbik, s. 553; Özçelik, V., Taraf Roller, s. 213; Yaşar, Uygulanma, s. 96; Yöney, Uygulanma, s. 119; Can / Tuna, Özel, s. 235; Ekşi, Mukayese, s. 73; Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 79.

⁵⁶ ...dava konusu uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıdığı mahkemenin de kabulünde olmakla birlikte uygulanacak hukukun tespitinde taraflarca hazırlama ilkesinin benimsenmiş olması ve ihtaratlı tebligat sonrasında Suriye hukukuna ilişkin taraflarca bilgi verilmemesi neticesinde Türk hukukunun uygulanması doğru olmamıştır. Zira, 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun md 2/1 uyarınca, hakim, Türk kanunları ihtilafı kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan

Yabancılık unsuru barındıran sağlık turizmi uyuşmazlıklarında da olayın çözümünde uygulanacak hukuk tespit edilirken söz konusu kanunlar ihtilafı kuralları uygulanacaktır. Hasta örneğin İngiltere’den gelmiş olmasına rağmen açacağı davayı Türk Mahkemelerinde açıtsa olaya doğrudan Türk hukukunun uygulanması hatalı olacaktır. Dolayısıyla somut olayda hakim, MÖHUK uyarınca gerekli araştırmayı yapmak ve olaya uygulanacak hukuku tespit etmekle yükümlüdür. Olaya İngiliz hukukunun uygulanması gerektiğine hükmedilirse İngiliz hukukunun somut olayla ilgili mevzuatına ulaşılabilecek, konu hakkında yüksek mahkemelerinin verdiği kararlar ve örf ve adet hukukları da incelenerek bir sonuca varılacaktır. Hakim, bunu yaparken bakanlıklar vasıtasıyla resmî yazışmalar yapabileceği gibi hukukî bilirkişiye de başvurabilir, taraflardan da bu çalışmanın yapılmasını talep edebilir.

2.6. Yabancılık Unsuru Barındıran Özel Hukuk İlişkilerinde Şekil Kuralları

Hukukî anlamda şekil unsuru, işlemin yapılış biçimini açıklar. Şekil unsuru, kimi zaman yapılan işlemin geçerli olarak değerlendirilebilmesi için; kimi zaman ise ispat aracı olarak kullanılabilmesi için taşıması gereken özellikler olarak görünür. Şekle ilişkin kurallar, her devletin hukuk düzeninde farklı olabilir. Yabancılık unsuru içeren özel hukuk ilişkilerinde somut olay aynı anda birden fazla hukuku ilgilendirdiğinden hukukî işlemin şekline hangi hukuk düzeninin uygulanacağı önemli bir unsurdur.

Hakim, uyuşmazlığı doğru şekilde çözüme kavuşturabilmek için uyuşmazlığa konu olan hukukî iş veya işlemin şekline hangi hukukun uygulanacağını da tespit etmelidir. Nitekim kanun koyucu, genel bir düzenleme olarak MÖHUK md. 7 düzenlemesinde, taraflar arasında yapılan işlemin şekline; işlemin gerçekleştirildiği devlet hukukuna ait olan veya ihtilafın esasına uygulanacak hukuka ait olan maddî hukuk kurallarının uygulanacağını düzenlenmiştir⁵⁷. Kanun koyucu, madde metninde

yabancı hukuku re'sen uygular. Yetkili yabancı hukukun muhtevasının tespitinde tarafların yardımını isteyebilir. Aynı maddenin devamı bendinde ise, yabancı hukukun olaya ilişkin hükümlerinin tüm araştırmalara rağmen tespit edilememesi hâlinde, Türk hukukunun uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.

O halde, Mahkemece, yabancı hukukun muhteviyatının tespiti konusunda gerekli olduğunda ... ve/veya ilgili kamu kurum ve kuruluşlarından araştırma yapılmaksızın Türk hukukunun uygulanması isabetli görülmemiş... Yargıtay 11. HD. T. 04.03.2020, E. 2018/3313, K. 2020/2354.

⁵⁷ Tanrıbilir, Değişiklikler, s. 223 Küpe, Şekil, s. 43; Süzen, Begüm, “Hukukî İşlemlerin Şekline Uygulanacak Hukuk”, (Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora

kullandığı “veya” bağlacı ile öncelikle yapılan işlemin geçerli olmasını sağlamayı hedeflediğini göstermektedir⁵⁸. Türk Milletlerarası Özel Hukukuna göre bazı olaylara uygulanacak özel şekil kuralları mevcuttur. Bunlara örnek olarak evlenme, ölüme bağlı tasarruf, taşınmaz malların satımı vb. verilebilir⁵⁹. Ancak bu durumlar çalışmamızla ilgili olmadığından incelenmeyecektir.

Yabancılık unsuru içeren sağlık turizmi ilişkilerinde bir devle hukukun aramadığı şekil şartları, başka bir devlet hukuku tarafından aranıyor olabilir. Örneğin Türk hukukuna göre imzalanan hekimlik sözleşmesine dayanan uyuşmazlıklar tüketici mahkemelerinde çözüme kavuşturulmaktadır. TKHK’ye eklenen md. 73/A metninde birtakım istisnalar haricinde tüketici mahkemelerinde görülecek uyuşmazlıklarda dava şartı olarak arabuluculuk yoluna başvurulması düzenlemesi getirilmiştir⁶⁰. Bu düzenleme doğrultusunda hasta, hekime dava açmadan önce arabuluculuk yoluna başvurmaz ise davası usulden reddolunacaktır. Ancak bir başka devlet hukukunda dava şartı arabuluculuk düzenlemesi mevcut değilse ve somut olaya da o devlet hukuku uygulanacaksa arabuluculuk yoluna başvurulmadığından dolayı davanın usulden reddedilmesi hatalı olacaktır.

Bazı hukukî işlemler için kanunlar ihtilafı kurallarında özel bir düzenleme yapılmış olabilir. Hakkında özel bir düzenleme bulunan hukukî işlemlerde hâliyle MÖHUK md. 7 değil; yapılan özel düzenleme uygulanmalıdır. Örneğin MÖHUK md. 24 uyarınca sözleşmelerin şekline uygulanacak hukuk, olayın esasına uygulanacak hukuk olarak düzenlenmişken MÖHUK md. 26/3’e göre maddenin 2. fıkrasında sayılan şartları taşıyan tüketici sözleşmelerinin şekline, tüketicinin mutad meskeni hukukunun uygulanacağı düzenlenmiştir⁶¹. Örnek olarak Danimarka’dan Türkiye’ye kalça dolgusu yaptırmak amacıyla gelen sağlık turistinin imzaladığı sözleşme, eğer MÖHUK md. 26/2’deki şartlardan birini taşıyorsa burada özel düzenleme devreye girecek ve taraflar arasında hukuk seçimi yapılmadıysa somut olayın şekline

Tezi), İstanbul 2019, s. 67; Yöney, Uygulanma, s. 153; Can / Tuna, Özel, s. 306; Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 116; Çelikel / Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 190.

⁵⁸ Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 117.

⁵⁹ Çelikel / Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 193.

⁶⁰ RG: 22.07.2020-31199.

⁶¹.Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 118.

uygulanacak hukuk, sağlık turistinin mutad meskeni hukuku olan Danimarka hukuku olacaktır.

2.7. Yabancılık Unsuru Barındıran Hukukî Uyuşmazlıklarda Zamanaşımı

Zamanaşımı, bir borcun ödenmesi veya bir edimin ifasının istenmesi konularında, kanunda düzenlenen talep süresinin dolmasının ardından bu talep hakkının düşebilmesi hâlidir ve borcu kendiliğinden sona erdirmez⁶². Bu kavramın ihdas sebebi, toplumun huzur içinde yaşaması ve yargı organları tarafından olayın sağlıklı biçimde incelenebilmesine yarayan hukuk güvenliği ilkesidir⁶³.

Öğretide, yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlığa hangi hukukun zamanaşımı düzenlemelerinin uygulanması gerektiği konusunda farklı görüşler savunulmuştur. Zira zamanaşımı, kimi hukuk sistemlerinde maddî hukuk; kimi hukuk sistemlerinde ise usul hukuku yönünden incelenmektedir. Bu nedenle, öğretide farklı görüşler savunulmuştur⁶⁴. Zamanaşımı konusunda yaşanan karışıklığın sebebi, vasıflandırma sorunudur. Uyuşmazlıkta hangi hususların maddî hukuka; hangilerinin şeklî hukuka tabi oldukları sorunu vasıflandırma ile çözümlenecektir⁶⁵.

Türk hukukunda zamanaşımı müessesesi maddî hukuka ilişkin olduğundan, MÖHUK md. 8 hükmü gereğince, zamanaşımı bakımından olayın esasına uygulanacak hukuk uygulanacaktır⁶⁶. Hak düşürücü sürelerde de MÖHUK md. 8 hükmü uygulanmaktadır⁶⁷.

Yabancılık unsuru taşıyan hukukî ihtilaflarda tarafların birbirlerine yöneltebilecekleri hak ve taleplerin doğumu, varlığı, sonra ermesi gibi hâller

⁶² Ayan, Borçlar Genel, s. 426; Doğan M. / Şahan / Atamulu, Borçlar Genel, s. 305; Kayıhan / Ünlütepe, Borçlar Genel, s. 437; Kayar, Borçlar Genel, s. 203; Reisoğlu, Borçlar Genel, s. 422; Doğan, V. / Kahveci / Durgun, Milletlerarası Ticaret Hukuku, s. 123; Çelikel / Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 199.

⁶³ Çelik, Tazminat, s. 5; Cansel / Özel, Borçlar Genel, s. 93; Şanlı / Esen / Ataman-Fıganmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 119.

⁶⁴ Aygün, Mesut / Önal, Ali, “Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Özel Hukukta Zamanaşımı”, Legal Hukuk Dergisi, C. 14, S. 165, (2016), s. 4908; Ruhi, MÖHUK, s. 37; Tiryakioğlu, Bilgin, “Uluslararası Özel Hukukta Zamanaşımı”, 10. Yılında Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Ed. Feriha Bilge Tanrıbilir ve Gülce Gümüşlü Tunçağıl, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018, s. 20 (Zamanaşımı).

⁶⁵ Yöney, Uygulanma, s. 153.

⁶⁶ Şanlı / Esen / Ataman-Fıganmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 119; Çelikel / Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 199.

⁶⁷ Tiryakioğlu, Zamanaşımı, s. 21.

uyuşmazlığın çözümünde uygulanacak hukuka göre belirlenir. Ancak burada hukuk sisteminin zamanaşımını usul hukuku yönünden mi yoksa maddî hukuk yönünden mi değerlendirdiğine dikkat edilmesi gerekir. Eğer zamanaşımı usul hukuku kurallarına tabi ise hakimin hukukuna göre; maddî hukuk kurallarına tabi ise uyuşmazlığa uygulanacak hukuka göre değerlendirilecektir⁶⁸.

Günümüzde birçok devletin benimsediği ve Türkiye Cumhuriyeti tarafından da MÖHUK md. 8’de benimsenen ilkeye göre zamanaşımı, belirlenmesi ihtilafın esasına uygulanacak hukuka göre tespit edilir⁶⁹. Dolayısıyla yabancılık unsuru barındıran sağlık turizmi faaliyetlerinden doğan uyuşmazlıkların çözümünde zamanaşımı hakkında esasa uygulanacak hukukun uygulanacağı söylenebilir.

Yargıtay, bazı kararlarında olayın esasına uygulanacak hukuktaki zamanaşımı düzenlemelerinin kamu düzenine aykırılığı hususunu tartışmıştır. Bunun sonucunda; zamanaşımına esasa uygulanacak hukukun uygulanması hâlinde öngörülen kurallar Türk hukukundaki sürelerle kıyasla çok uzun veya çok kısa ise kamu düzeni müdahalesinin yapıldığı hâller görülmüştür⁷⁰.

2.8. Sağlık Turizmi ve Bağlama Kuralları

Yabancılık unsuru barındıran özel hukuk uyuşmazlıkları, yapıları gereği birden fazla hukukla ilişkilidirler ve uyuşmazlığın hangi hukuka göre çözümleneceği meselesi ortaya çıkmaktadır. Kanunlar ihtilafı kuralları, uyuşmazlığın hangi hukuk uygulanarak çözümleneceğini belirlemek adına farklı esaslar düzenlemiştir. Bunlar en genel hâllerıyla sübjektif bağlama kuralı ve objektif bağlama kuralı olarak sınıflandırılarak daha sonra alt başlıklara ayrılmaktadır.

2.8.1. Hukuk Seçiminin Yapıldığı Haller (Sübjektif Bağlama Kuralı)

İrade serbestisi ilkesi, özel hukuk ilişkilerinde tarafların; içerik, şekil, düzenleme, sona erme vb. hususlarına özgürce karar verebilmeleri hâlidir. Bu ilkenin

⁶⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Aygün ve Önal, Zamanaşımı, s. 4911.

⁶⁹ Tanrıbilir, Değişiklikler, s. 226; Erdoğan, Yabancılık Unsuru, s. 288; Can / Tuna, Özel, s. 320; Doğan, V. / Kahveci / Durgun, Milletlerarası Ticaret Hukuku, s. 124.

⁷⁰ Öğretideki farklı görüşler için bkz.: Aygün ve Önal, Zamanaşımı, s. 4914; Lale, MÖHUK, s. 44; Ruhi, MÖHUK, s. 37; Tiryakioğlu, Zamanaşımı, s. 22; Doğan, V. / Kahveci / Durgun, Milletlerarası Ticaret Hukuku, s. 146; Şanlı / Esen / Ataman-Fıganmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 122; Can / Tuna, Özel, s. 322; Çelikel / Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 201.

Milletlerarası Özel Hukuktaki yansıması ise ihtilafın çözümünde hangi ülkenin hukukunun uygulanacağına ve hangi mahkemelerin yetkili olacağına taraflarca özgürce karar verilebilmesidir⁷¹. Bu sayede muğlak durumların ortaya çıkmasının önüne geçilebilmekte ve tarafların birbirine güvenilebilmesi kolaylaşmaktadır⁷². Tarafların hukuk seçimi yapmaları hâlinde bir sübjektif bağlama kuralı tanımlanmış olur⁷³. Yabancılık unsuru taşıyan sözleşmesel ilişkilerde yaşanan ihtilafların çözümünde uygulanacak olan hukukun seçimi, kural olarak taraf iradelerinin bu konuda örtüşmesi ile yapılmaktadır⁷⁴.

Türk Milletlerarası Özel Hukukuna göre hakim, taraflarca yabancı bir hukuk belirlendiyse istisnalar haricinde belirlenmiş hukuku uygulamakla yükümlüdür⁷⁵.

Hukuk seçimi, hukukun uygulayıcısı olan mahkemelere de uygulanacak hukukun tespiti bakımından netlik kazandırmakta, bazı durumlarda gereksiz araştırmalar yapılmasının önüne geçilmesini sağlamakta, zaman kaybını engellemektedir⁷⁶.

Tarafların hukuk seçimi yapabilmeleri, devletlerin Milletlerarası Özel Hukuk kuralları tarafından düzenlenmektedir. Somut olayda hukuk seçimi yapılmış ise bu

⁷¹ Kavşat, Haksız Fiil, s. 11; Özçelik, V., Taraf Roller, s. 213; Küpe, Şekil, s. 90; Ruhi, MÖHUK, s. 102; Can / Tuna, Özel, s. 412; Erkan, Mustafa, “MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 2, (2011), s. 82; Balkar Bozkurt, Eleştirel Bakış, s. 157; Özdemir Kocasakal, Hatice, “Doğrudan Uygulanan Kurallar”, 10. Yılında Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Ed. Feriha Bilge Tanrıbilir ve Gülce Gümüşlü Tunçağıl, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018, s. 59 (DUK); Alibaba, Arzu, “MÖHUK Md. 24 Bağlamında Hukuk Seçiminin Seçilecek Hukuk Bakımından Sınırlandırılması”, 10. Yılında Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Ed. Feriha Bilge Tanrıbilir ve Gülce Gümüşlü Tunçağıl, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018, s. 519; Aygün, Mesut, “MÖHUK Md. 24/4. Fıkra Uyarınca En Sıkı İlişkili Hukuk ve Değişiklik Önerisi”, 10. Yılında Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Ed. Feriha Bilge Tanrıbilir ve Gülce Gümüşlü Tunçağıl, Ankara, Adalet Yayınevi 2018, s. 542 (Öneri); Tütüncübaşı, Serbesti, s. 15; Öztekin Gelgel, Tüketici, s. 199; Doğan, V. / Kahveci / Durgun, Milletlerarası Ticaret Hukuku, s. 81; Çelikel / Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 376; Arslan, İlyas, “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk Ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Zımnî Hukuk Seçimi”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, S. 2, (2013), s. 2 (Zımnî); Alparslan, Seçim, s. 4. Hukuk seçiminin sözleşme serbestisi ilkesinden farklı olduğunu savunan görüş için: Demirkol, 24. Madde, s. 19-23; Tütüncübaşı, Serbesti, s. 15-18.

⁷² Tarman, Akdî Roma I, s. 308; Kavşat, Haksız Fiil, s. 39; Kara, Doğan, “Vekâlet Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk”, Public and Private International Law Bulletin, C. 39, S. 1, (2019), s. 166; Balkar Bozkurt, Eleştirel Bakış, s. 159; Tekinalp, Bağlama, s. 28; Tütüncübaşı, Serbesti, s. 25.

⁷³ Tarman, Akdî MÖHUK, s. 147.

⁷⁴ Arslan, Zımnî, s. 6.

⁷⁵ Tanrıbilir, Değişiklikler, s. 201; Tarman, Akdî MÖHUK, s. 147; Demirel, Sözleşme, s. 18; Demirkol, 24. Madde, s. 18.

⁷⁶ Kavşat, Haksız Fiil, s. 40; Tarman, Akdî MÖHUK, s. 147.

seçimin geçerli olup olmadığı, olaya bakan mahkemenin hukukuna göre değerlendirilir⁷⁷. Roma I Tüzüğünde de, MÖHUK'ta da tarafların aralarındaki ilişkiye uygulanacak hukuku seçebilmeleri, seçilen hukukun bir devlete ait, yürürlükte bulunan, millî bir hukuk olmasına bağlıdır⁷⁸.

Taraflarca seçilen hukuk, MÖHUK md. 2/4 fıkrasına göre aksi kararlaştırılmadıkça maddî hukuk kurallarını ilişkindir⁷⁹. Bunun yanında taraflar, seçtikleri hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının da uygulanmasını kararlaştırabilirler⁸⁰.

Sağlık turizmi kapsamında imzalanan hekimlik sözleşmelerimde, uyuşmazlığa uygulanacak hukuk belirlenebilir ve bu yolla taraflar kendi sübjektif bağlama kurallarını oluşturabilir. Bu durum belirsizliklerin giderilmesini sağlayarak hem hekime, hem de sağlık turistine güven sağlamaktadır. Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde ve akit dışı borç ilişkilerinde tarafların hukuk seçimi yapmaları hâlleri, çalışmamızın ileriki bölümlerinde incelenecektir⁸¹.

2.8.2. Hukuk Seçiminin Yapılmadığı Hâller (Objektif Bağlama Kuralı)

Yabancılik unsuru barındıran hukukî ilişkilerde taraflar, bazen uyuşmazlık yaşanacağını öngörmediklerinden, bazen ihmalden ve bazen de kasten hukuk seçimi yapmamaktadırlar. Bu durumlarda uyuşmazlığa uygulanacak hukuk, kanunlar ihtilafı kurallarının objektif bağlama esasını düzenleyen kurallarına göre belirlenmektedir.

Günümüzde taraflarca hukuk seçimi yapılmamış olaylarda genellikle benimsenen Milletlerarası Özel Hukuk görüşü; kural olarak olayla en sıkı ilişkili olan hukukun uygulanacağı kabulüne dayanır⁸². Ancak “olayla en sıkı ilişkili hukuk” kavramından ne anlaşılması gerektiği kanunda katı bir şekilde açıklanmamıştır. Akdî

⁷⁷ Alparslan, Seçim, s. 66.

⁷⁸ Demirkol, 24. Madde, s. 105; Rogerson, Collier's Conflict of Laws, 302; Can / Tuna, Özel, s. 223; Özdemir Kocasakal, Sözleşme, s. 37, Tütüncübaşı, Serbesti, s. 162; Tekinalp, Bağlama, s. 231.

⁷⁹ Özdemir Kocasakal, Sözleşme, s. 30; Tütüncübaşı, Serbesti, s. 9; Doğan, V. / Kahveci / Durgun, Milletlerarası Ticaret Hukuku, s. 83; Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 327; Çelikel / Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 380.

⁸⁰ Tanrıbilir, Değişiklikler, s. 203; Tarman, Akdî MÖHUK, s. 154.

⁸¹ Bkz.: Başlık 2.9.1.1.

⁸² Yöney, Uygulanma, s. 12; Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 341.

borç ilişkilerinde ve akit dışı borç ilişkilerinde objektif bağlama kuralları çalışmamızda daha sonra incelenecektir.

Yabancılık unsuru barındıran sağlık turizmi faaliyetlerine ilişkin yaşanan uyuşmazlıklarda objektif bağlamanın söz konusu olduğu durumlarda olaya uygulanacak hukuk belirlenirken tarafların mutad meskenleri, zararın meydana geldiği yer, sözleşmenin ifa yeri, haksız fiilin ika yeri, karakteristik edim borçlusunun iş yeri hukuku gibi bağlama noktaları gündeme gelebilecektir. Bunun yanında MÖHUK md. 26/2'deki şartlardan birini taşıyan sözleşmelerin varlığı halinde somut olaya tüketicinin mutad meskeninin uygulanacağı hususu özel olarak düzenlenmiştir.

2.9. Sözleşmeden Doğan İlişkilere Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi

2.9.1. Genel Düzenleme

AB Milletlerarası Özel Hukuk metinlerinde akdî borç ilişkileri hakkında genel bir hüküm ihdas edildikten sonra bazı sözleşme türleri özel maddelerde ayrı ayrı düzenlenmiştir. MÖHUK hazırlanırken de bu durum dikkate alınarak md. 24 metninde genel bir düzenleme yapılmış ve md. 33'e kadar devam eden maddelerde bazı sözleşmelere ilişkin özel düzenlemelere yer verilmiştir⁸³. Halbuki 2675 sayılı mülga kanunda bu ayırım yapılmamış ve sözleşmeden doğan borç ilişkileri tek maddede tanımlanmıştı⁸⁴.

Sağlık turizmi uyuşmazlıklarının bir kısmında taraflar arasındaki hukukî ilişkiye yabancılık unsuru katıldığından uyuşmazlığın çözümü oldukça karışık hale gelmektedir. Taraflar, bu karışıklıkla yüz yüze gelmemek için ilişkinin başında imzaladıkları hekimlik sözleşmesinde uygulanacak hukuku açıkça belirlemelidir. Örneğin taraflar, imzaladıkları hekimlik sözleşmesinde olaya Türk hukukunun veya Alman hukukunun veya Amerikan hukukunun vb. uygulanmasını serbestçe seçebilmektedirler.

⁸³ Süzen, Şekil, s. 108; Can / Tuna, Özel, s. 411; Erdem, Sözleşme, s. 95; Şanlı / Esen / Ataman-Fıganmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 320; Çelikel / Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 394.

⁸⁴ Tarman, Akdî Roma I, s. 301; Alibaba, Sınırlandırma, s. 516.

2.9.1.1. Tarafların Hukuk Seçimi Yaptıkları Hâllerde

2.9.1.1.1. Genel Olarak

Sözleşmeler, tarih boyunca insanlar arasında güven ilişkisi tesis etmekte ana araç olarak kullanılmıştır. Milletlerarası unsurlar barındıran sözleşmeler, tarafların birbirlerini hiç tanımamaları, aralarında dil ve kültür bariyerlerinin bulunması gibi unsurlar da düşünüldüğünde milletlerarası unsur barındırmayan sözleşmelere göre daha riskli olup tarafların güvende hissetmelerini sağlamak zordur. Taraflar, doğal olarak sözleşme konusuyla ilgili uyuşmazlık yaşadıklarında belirsizlik ve çözümsüzlük içinde kalmak istemezler.

Taraflar kendi aralarında anlaşarak hukuk seçimi yapmışlarsa kural olarak mahkeme bu seçime saygı gösterecek ve seçilen hukuku uygulayacaktır. Bu durum, tarafların kendilerini güvende hissetmelerini sağlar. Üstelik bu güvende olma duygusunu sağlayabilmek adına taraflar, hukuk seçimi yaparken hangi devletin hukukunu seçecekleri konusunda sınırlamaya tabi tutulmamışlardır. Hukukî uyuşmazlığın tarafları, tabi olmadıkları üçüncü bir devletin hukukunu da uygulanacak hukuk olarak belirleyebilirler⁸⁵.

2.9.1.1.2. Hukuk Seçiminin Şekli

2675 sayılı mülga kanuna göre tarafların seçtikleri hukuka itibar edilebilmesi için seçimin açık bir şekilde yapılması gerekmektedir. Açık hukuk seçimi, tarafların özgür iradeleri doğrultusunda karşılıklı irade beyanları vasıtasıyla yapılan seçimdir. Açık hukuk seçiminde taraflar, aralarındaki uyuşmazlığı seçtikleri hukuk vasıtasıyla çözmek konusunda irade birliğine varmış ve bunu da net bir şekilde açıklamışlardır⁸⁶.

MÖHUK ile birlikte taraflara sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukukun zımnî olarak seçilebilmesi imkanı da tanınmıştır⁸⁷. Zımnî hukuk seçimi,

⁸⁵ Tarman, Akdî MÖHUK, s. 151; Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 323.

⁸⁶ Demirkol, 24. Madde, s. 109; Bayata Canyaş, Aslı, “Roma I Tüzüğü ile Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Örtülü Hukuk Seçimi”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, (2011), s. 112; Toker, Tüketici, s. 35; Doğan, V. / Kahveci / Durgun, Milletlerarası Ticaret Hukuku, s. 85.

⁸⁷ Arslan, Zımnî, s. 1; Tarman, Akdî MÖHUK, s. 149; Kara, Vekâlet, s. 167; Kavşat, Haksız Fiil, s. 118; Kayık, Haksız Fiiller, s. 78; Demirkol, 24. Madde, s. 108; Ruhi, MÖHUK, s. 102; Acun Mekengeç,

tarafklar arasında imzalanan sözleşmede açıkça yer almayan fakat olayın şartlarından veya sözleşmede yer alan cümlelerden anlaşılabilirdiği hâllerde söz konusudur⁸⁸. Kanunda her ne kadar zımnî hukuk seçimi yapılmasına imkan tanınmış olsa da aranan “tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılma” şartı nedeniyle aslında zımnî hukuk seçiminin uygulamada işlevsiz olduğunu, zira bu şartın açık hukuk seçimini işaret ettiğini savunan müellifler de vardır⁸⁹.

Roma I Tüzüğüne göre de tarafklar, aralarındaki ilişkiye uygulanacak hukuku özgürce seçebilme hakkına sahiplerdir ve bu seçim açık veya zımnî olarak gerçekleştirilebilir⁹⁰.

Tarafklar, aralarındaki ana sözleşmede hukuk seçimine yer vermemiş olabilirler. Böyle durumlarda daha sonradan düzenleyecekleri ek bir sözleşmeyle de hukuk seçimi yapabilirler⁹¹.

2.9.1.1.3. Kısmî Hukuk Seçimi

MÖHUK md. 24/2 fıkrası tarafklara, seçtikleri hukukun sözleşmenin bir kısmına uygulanabileceğini kararlaştırabilme imkanı vermiştir⁹². Yine kısmî hukuk seçimi yapabilme hakkı da AB Milletlerarası Özel Hukuk düzenlemelerinden iktibas edilmiştir⁹³. Ancak eğer tarafklar seçtikleri hukukun sözleşmenin bir kısmına uygulanmasını istediklerini özellikle belirtmemişlerse seçilen hukukun sözleşmenin tamamı için seçildiği varsayılır⁹⁴.

Merve / Yener Keskin, Cansu, Milletlerarası Özel Hukuk Pratik Çalışmaları, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 87; Bayata Canyaş, Sözleşme, s. 116; Doğan, Vahit, “Milletlerarası Özel Hukukta Zayıf Âkit Tarafın Korunması”, Milletlerarası Hukuk Bülteni, S. 1-2, (1995), s. 22; Özdemir Kocasakal, s. 28; Erdem, s. 97; Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 49.

⁸⁸ Arslan, Zımnî, s. 1; Tarman, Akdî MÖHUK, s. 149, Alparslan, Seçim, s. 76; Demirkol, 24. Madde, s. 122; Can / Tuna, Özel, s. 414; Bayata Canyaş, Sözleşme, s. 113; Erdem, Sözleşme, s. 100; Toker, Tüketici, s. 36.

⁸⁹ Arslan, Zımnî, s. 1; Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 325.

⁹⁰ Van Calster, European Private International Law, s. 203; Rogerson, Collier’s Conflict of Laws, s. 302; Briggs, The Conflict of Laws, s. 232; Bayata Canyaş, Sözleşme, s. 114; Doğan, V. / Kahveci / Durgun, Milletlerarası Ticaret Hukuku, s. 86.

⁹¹ Tarman, Akdî MÖHUK, s. 150; Alparslan, Seçim, s. 4.

⁹² Tarman, Akdî MÖHUK, s. 151; Kara, Vekalet, s. 170; Alparslan, Seçim, s. 92; Demirkol, 24. Madde, s. 148; Ruhi, MÖHUK, s. 102; Can / Tuna, Özel, s. 415; Acun Mekengeç ve Yener Keskin, MÖHUK, s. 87; Özdemir Kocasakal, Sözleşme, s. 40; Erdem, Sözleşme, s. 100; Doğan, V. / Kahveci / Durgun, Milletlerarası Ticaret Hukuku, s. 95; Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 326; Çelikel / Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 381.

⁹³ Rogerson, Collier’s Conflict of Laws, s. 304, Briggs, The Conflict of Laws, s. 235.

⁹⁴ Alparslan, Seçim, s. 92.

Kısmî hukuk seçimi sağlık turizmi bağlamında düşünülürse sağlık turisti ile hekim arasında imzalanan hekimlik sözleşmesinde hasta hakları yönünden İsveç hukukunun ve hekime ödenecek ücretin ödenmediği hâllerde başvurulacak yollara Türk hukukunun uygulanmasının kararlaştırılması örnek verilebilir.

2.9.1.1.4. *Hukuk Seçiminin Zamanı*

Taraflar, aralarında imzaladıkları sözleşmede hukuk seçimi yapmayı unutabilirler, ihmal edebilirler veya bu seçime bilerek yer vermeyebilirler. Bu durumların varlığı halinde MÖHUK md. 24/3 fıkrası, uyuşmazlığa uygulanacak hukuk seçiminin yapılabilme zamanını düzenlemiştir.

Taraflar aralarındaki ilişkiye uygulanacak hukuku; sözleşmeden önce, sözleşme imzalandığı sırada, sözleşme imzalandıktan sonra ve hatta mahkeme aşamasında dahi seçebilmektedir⁹⁵. Aynı zamanda madde metnine göre taraflar, seçtikleri hukuku her aşamada değiştirebilirler. Taraflar seçtikleri hukuku değiştirdiklerinde yeni hukuk seçimi, üçüncü kişilerin kazanılmış haklarına dokunmamak üzere geriye dönük etki doğurur. Eğer seçilen hukukun değiştirilmesi üçüncü kişilerin kazanılmış haklarını kötü yönde etkileyecekse ve bu kişilerin muvafakatleri yoksa hukuk seçiminin değişimi, üçüncü kişileri bağlamaz⁹⁶.

Sağlık turizmi faaliyeti kapsamında hasta ile hekim arasında imzalanan hekimlik sözleşmesinde hukuk seçimi yapılmamış olabilir. Bu durumda hasta ile hekim, daha sonradan imzalayacakları bir ek sözleşme ile seçim gerçekleştirebilirler.

2.9.1.1.5. *Yabancılık Unsuru Barındırmayan Sözleşmelerde Hukuk Seçimi Yapıldığı Hâller*

Bir hukukî ilişkinin Milletlerarası Özel Hukuk kapsamına girmesi için o ilişkinin yabancılık unsuru barındırması gerekmektedir. Milletlerarası Özel Hukuk

⁹⁵ Tarman, Akdî MÖHUK, s. 150; Alparslan, Seçim, s. 73; Demirkol, 24. Madde, s. 149; Can / Tuna, Özel, s. 416; Özdemir Kocasakal, Sözleşme, s. 31; Erdem, Sözleşme, s. 100; Doğan, V. / Kahveci / Durgun, Milletlerarası Ticaret Hukuku, s. 95; Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 327; Çelikel / Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 396.

⁹⁶ Tarman, Akdî MÖHUK, s. 151; Önal, Vekâletsiz İş Görme, s. 2173; Kara, Vekâlet, s. 170; Küpe, Şekil, s. 93; Demirkol, 24. Madde, s. 157; Acun Mekengeç ve Yener Keskin, MÖHUK, s. 87; Özdemir Kocasakal, Sözleşme, s. 32; Tütüncübaşı, Serbesti, s. 43; Doğan, V. / Kahveci / Durgun, Milletlerarası Ticaret Hukuku, s. 97; Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 327.

alanında irade serbestisi, tarafların aralarındaki hukukî ilişkiye uygulanacak hukuku seçebilme imkânı vermektedir. Bazı durumlarda yabancılık unsuru barındırmayan hukukî ilişkiler kurulurken de hukuk seçimi yapılabilir. Bu durumlarda yapılan hukuk seçiminin geçerli olup olmadığı konusunda öğretilerde farklı görüşler savunulmaktadır. Kimi müelliflere göre hukuk seçiminin geçerli olması için uyuşmazlığın yabancılık unsuru barındırması zorunlu olduğundan yapılan hukuk seçimi geçersizdir. Kimi müelliflere göreyse sözleşmede yer alan yabancı hukuk seçimi, sözleşmeye yabancılık unsuru kattığından ve TBK'de düzenlenen sözleşme serbestisi ilkesi gereğince yapılan hukuk seçimi geçerli sayılmalıdır⁹⁷.

2.9.1.2. Tarafların Hukuk Seçimi Yapmadıkları Hâllerde

2.9.1.2.1. Genel Olarak (En Sıkı İlişkili Hukuk)

Taraflar, aralarında imzaladıkları sözleşmeye hukuk seçimine ilişkin bir hüküm eklememiş olabilirler. Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde taraflara hukuk seçimini her zaman yapabilme hakkı verilmişse de taraflar, uygulanacak hukuku seçmemiş veya seçmemiş olabilmektedirler. Akdî ilişkiye uygulanacak hukukun taraflarca seçilmediği hâller, MÖHUK md. 24/4 fıkrasında düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre bu hâllerde somut olaya öncelikle sözleşme ile en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanacaktır⁹⁸. Roma I Tüzüğü de aynı bağlama kuralını kabul etmiştir⁹⁹.

En sıkı ilişkili hukuk, ticarî veya meslekî faaliyetlere ilişkin sözleşmelerde sözleşmenin karakteristik edim borçlusunun sözleşmenin kurulması anındaki iş yeri hukukudur¹⁰⁰. Karakteristik edim, taraflar arasındaki sözleşmenin ne sözleşmesi olduğuna dair sözleşmeye ismini veren edimdir¹⁰¹. Çalışma konumuz olan hekimlik

⁹⁷ Tartışma için bkz.: Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 332-335; Doğan, V. / Kahveci / Durgun, Milletlerarası Ticaret Hukuku, s. 79 – 81; Çelikel / Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 379-381.

⁹⁸ Demirkol, 24. Madde, s. 162; Acun Mekengeç ve Yener Keskin, MÖHUK, s. 88; Doğan, V., s. 23; Aygün, Öneri, s. 542; Erdem, Sözleşme, s. 101; Doğan, V. / Kahveci / Durgun, Milletlerarası Ticaret Hukuku, s. 99; Çelikel / Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 398.

⁹⁹ Van Calster, European Private International Law, s. 204; Rogerson, Collier's Conflict of Laws, s. 311.

¹⁰⁰ Kara, Vekâlet, s. 173; Küpe, Şekil, s. 90, Demirkol, 24. Madde, s. 221; Briggs, The Conflict of Laws, s. 239; Ruhi, MÖHUK, s. 102; Can / Tuna, Özel, s. 417; Özdemir Kocasakal, Sözleşme, s. 55, 57 vd.; Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 341.

¹⁰¹ Demirkol, 24. Madde, s. 221; Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 344.

sözleşmesi düşünüldüğünde, karakteristik edim kavramının hekimin tıbbî müdahalede bulunması olduğu söylenebilir.

2.9.1.2.2. İstisna Kuralı (Daha Sıkı İlişkili Hukuk)

Kanun koyucu, bazı hallerde özel durumları hüküm altına almak adına istisna düzenlemeleri yapabilmektedir. MÖHUK md. 24/4 fıkrasının son cümlesinde genel bir istisna kuralı getirilerek somut olayın tüm şartları düşünüldüğünde daha sıkı ilişkili hukuk varsa o hukukun uygulanacağı düzenlenmiştir. Kanun, “daha sıkı ilişkili hukuk” kavramından ne anlaşılması gerektiğini düzenlememiş, bu konuda takdiri hakime bırakmıştır¹⁰². Niteliği itibariyle güçlü bir istisna kuralı olan son cümle hükmünün aslında ilk cümle olarak yazılmasını, zira bu durumun diğer olasılıkların önüne geçerek uygulandığını savunan müellifler olmuştur¹⁰³. Ancak taraflar arasında geçerli olarak yapılan bir hukuk seçimi bulunuyorsa olaya seçilen hukuk uygulanır¹⁰⁴. Bu istisna hükmünün diğer hükümlerin önüne geçmesi objektif bağlama kuralları arasında söz konusudur.

2.9.1.3. Sağlık Turizmi Kapsamında Hekimlik Sözleşmelerinde Objektif Bağlama Kuralı

Yabancılık unsuru içeren sağlık turizmi faaliyeti kapsamında imzalanan hekimlik sözleşmesinde hukuk seçimi yapılması halinde hekimlik sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklara seçilen hukuk uygulanacaktır. Ancak hukuk seçimi yapılmadıysa ilgili şartların varlığı halinde bu istisna hükmü uygulanacak ve “daha sıkı ilişkili hukuk” uygulama alanı bulacaktır.

Hekimlerin hukukî sorumluluğu konusunda sözleşmenin karakteristik edim borçlusu hekim olduğundan taraflar arasındaki uyuşmazlığa kural olarak hekimin iş yerinin bulunduğu yer hukukunun uygulanması gerektiği ifade edilebilir. Çalışmamızda incelenen durumlarda hekimin iş yeri Türkiye’de olduğundan bu durumlarda olaya kural olarak Türk hukukunun uygulanacağı söylenebilir. Hekimlik sözleşmeleri, Türk hukukunda kural olarak vekâlet sözleşmesi olarak

¹⁰² Kara, Vekâlet, s. 178; Demirkol, 24. Madde, s. 231; Erdem, Sözleşme, s. 102.

¹⁰³ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Aygün, Öneri, s. 546 vd.

¹⁰⁴ Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 348.

nitelendirilmektedir. Fakat vekâlet sözleşmeleri MÖHUK'ta özel olarak düzenlenmemiştir. Bu nedenle, akdî ilişkileri düzenleyen genel madde olan 24. madde hükmüne tabidir.

2.9.2. Özel Düzenlemeler

2.9.2.1. Tanım

MÖHUK hazırlanırken model alınan AB Milletlerarası Özel Hukuku mevzuatında, özel sözleşme türleri hakkındaki bağlama kuralları ayrıca düzenlenmiştir. MÖHUK'ta da aynı yöntem kabul edilmiş ve devam maddelerde özel sözleşmeler ayrı ayrı düzenlenmiştir. Bu özel düzenlemelerin bir amacı, sözleşmenin zayıf tarafını güçlü tarafa karşı korumaktır¹⁰⁵.

Öğretide bir görüş, zayıf âkit tarafın güçlü âkit tarafa karşı korunmasını temin eden kuralların doğrudan uygulanan kurallar olduğunu savunmuştur¹⁰⁶. Devletlerin ihdas ettikleri koruma kurallarının gereği olarak taraflar arasında hukuk seçimi yapılmışsa hakim, öncelikle seçilen hukuku araştırmalıdır. Seçilen hukuk, zayıf âkit tarafı hukuk seçimi yapılmasaydı uygulanacak olan hukuka kıyasla daha az koruyorsa hukuk seçimi o yönüyle geçersiz olacaktır¹⁰⁷.

Özel olarak düzenlenen sözleşme türlerinden yalnızca tüketici sözleşmeleri çalışmamız konusuyla ilişkili olabileceğinden diğer sözleşmeler çalışmamız kapsamında incelenmeyecektir.

2.9.2.2. Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi

Tüketici sözleşmeleri, tüketici tarafın zayıfken diğer tarafın güçlü olduğu varsayılan sözleşmelerdir. Bu nedenle, devletler, iç hukuk düzenlemelerinde tüketiciyi korumaya özen göstermişlerdir. Türkiye yönünden Anayasa md. 172 hükmü¹⁰⁸ ve

¹⁰⁵ Van Calster, European Private International Law, s. 203; Doğan, V., Zayıf Âkit Taraf, s. 24; Toker, Tüketici s. 21.

¹⁰⁶ Özdemir Kocasakal, DUK, s. 54; Doğan, V., Zayıf Âkit Taraf, s. 22 vd.; Doğan, V. / Kahveci / Durgun, Milletlerarası Ticaret Hukuku, s. 136.

¹⁰⁷ Özdemir Kocasakal, DUK, s. 54.

¹⁰⁸ Anayasanın md. 172 metni: “Devlet, tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirler alır, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik eder.” şeklinde düzenlenmiştir.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun¹⁰⁹, tüketicinin korunması konusunda temel mevzuatı oluşturmaktadır¹¹⁰.

Kanunlar ihtilafı kuralları düzenlenirken de tüketicinin korunması ilkesi sürdürülerek tarafların yaptıkları hukuk seçimine tüketiciyi koruyan birtakım kısıtlamalar getirilmiştir. AB Milletlerarası Özel Hukuk mevzuatında Roma I Tüzüğü, tüketici sözleşmelerini genel sözleşmelerden ayrı bir madde hâlinde düzenlenmiştir. MÖHUK hazırlanırken AB kanunlar ihtilafı hukukundan da yararlanıldığı için kanun koyucu, MÖHUK md. 26 hükmünü tüketici sözleşmelerini düzenlemek üzere ihdas etmiştir.

Tüketici sözleşmelerinde taraflar, tüketicinin mutad meskeni hukukunun amir hükümlerinde tüketiciye sağlanan asgari derecedeki korumayı ihlal etmeyecek şekilde hukuk seçimi yapabilirler. Bu şekilde tüketicinin korunması amaçlanmıştır¹¹¹. Zira tüketicinin en iyi bildiği ve kendini güvende hissettiği hukukun kendi mutad meskeni hukuku olduğu kabul edilmektedir¹¹². Öğretide bir görüşe göre MÖHUK md. 26/1'de düzenlenen korumanın maddenin 2. fıkrasındaki şartları taşımayan tüketici sözleşmeleri için de geçerli olduğunu savunurken bir diğer görüşe göre 2. fıkranın bentlerinde sayılan şartlardan birine uymayan tüketici sözleşmelerinde, md. 26/1 metnindeki koruma kuralı uygulanmaz¹¹³.

Madde hükmüne göre taraflarca hukuk seçimi yapılmadığı takdirde somut olaya uygulanacak hukuk, öncelikli olarak tüketicinin mutad meskeni hukukudur. Ancak bunun için sözleşmenin MÖHUK md. 26/2 fıkrasındaki özelliklerden birini taşıması şarttır¹¹⁴. Bunlar: sözleşmenin (a) tüketicinin mutad meskeninin olduğu ülkede, davet veya ilan üzerine imzalanmış olması; (b) tüketicinin siparişi mutad meskeninde vermesi; (c) taraflar arasındaki sözleşme satım sözleşmesi ise tüketicinin

¹⁰⁹ RG: 07.11.2013-28835.

¹¹⁰ Toker, Tüketici, s. 12.

¹¹¹ Öztekin Gelgel, Tüketici, s. 199; Tarman, Akdî MÖHUK, s. 156; Alparslan, Seçim, s. 121; Can / Tuna, Özel, s. 426; Tütüncübaşı, Serbesti, s. 41; Atalay, Tüketici, s. 144; Toker, Tüketici, s. 23; Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 336; Çelikel / Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 419.

¹¹² Öztekin Gelgel, Tüketici, s. 199; Can / Tuna, Özel, s. 426; Çelikel / Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 419.

¹¹³ Tartışma için bkz.: Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 351.

¹¹⁴ Tanrıbilir, Değişiklikler, s. 226; Öztekin Gelgel, Tüketici, s. 204; Can / Tuna, Özel, s. 428; Tutumlu, Tüketici, s. 451.

malı, satıcının düzenlediği gezi kapsamında başka bir ülkede alması hâlleridir. Fıkra da üç bent sayılmışsa da çalışma konumuzu kısmen (a) ve (b) bentleri etkileyebileceğinden yalnızca bu iki bende değinilecektir. Sözleşmenin hukuk seçimi içermediği ve bu şartlardan birini taşımadığı hâllerde tüketicinin mutad meskeni hukuku uygulanmayıp kanunlar ihtilafı, MÖHUK md. 24 vasıtasıyla giderilir¹¹⁵.

MÖHUK md. 26/2-a bendine göre tüketici sözleşmesi, tüketicinin mutad meskeninde kurulmuşsa ve hukuk seçimi yapılmamışsa sözleşmeye tüketicinin mutad meskeni hukuku uygulanacaktır¹¹⁶. Çalışmamızda doğrudan hekim ile hasta arasında imzalanan sözleşmeler incelendiğinden eğer imzalanan sözleşme, sağlık turistin mutad meskeninde imzalandıysa bu fıkra hükmü geçerli olabilme imkanı bulacaktır.

MÖHUK md. 26/2-b bendine göre ise eğer tüketicinin siparişi tüketicinin mutad meskeninde alındıysa burada yine tüketicinin mutad meskeni hukuku uygulanacaktır¹¹⁷.

Maddenin son fıkrasında hizmetin, tüketicinin mutad meskeni dışında sunulması zorunlu ise bu maddenin uygulanmayacağı istisnası konulmuştur¹¹⁸.

Çalışmamız kapsamında incelenen ve bireysel olarak sağlık hizmeti almak amacıyla Türkiye’ye gelen sağlık turistiyle bağımsız çalışan hekim arasında imzalanan hekimlik sözleşmesi, tüketici sözleşmesi olarak vasıflandırılabilir. Ancak bu sözleşmeler MÖHUK md. 26/2 fıkrasındaki şartları sağlamadığından çalışmamızda incelenen sözleşmelere uygulanacak hukuk MÖHUK md. 24’teki sözleşme ilişkilerini düzenleyen genel kurala göre belirlenmelidir.

Ayrıca yine çalışmamız kapsamında incelenen sağlık turisti ile bağımsız ve serbest olarak çalışan hekim arasında akdedilen hekimlik sözleşmesine MÖHUK md. 26 hükmü uygulanamaz. Zira MÖHUK md. 26/4. fıkrasında *“Bu madde, paket turlar hariç, taşıma sözleşmeleri ve tüketiciye hizmetin onun mutad meskeninin bulunduğu ülkeden başka bir ülkede sağlanması zorunlu olan sözleşmelere uygulanmaz.”* hükmü bulunmaktadır. Sağlık turizmi faaliyetleri kapsamında yurt dışından Türkiye’ye gelen

¹¹⁵ Öztekin Gelgel, Tüketici, s. 209; Toker, Tüketici, s. 14.

¹¹⁶ Can / Tuna, Özel, s. 428; Atalay, Tüketici, s. 145; Uyanık, Estetik, s. 28.

¹¹⁷ Can / Tuna, Özel, s. 426.

¹¹⁸ Öztekin Gelgel, Tüketici, s. 210; Can / Tuna, Özel s. 429.

sağlık turistine hizmet sunacak hekim Türkiye’de çalışmaktadır ve şahsen ifa edeceği hizmeti Türkiye’de sunmak durumundadır. Bu durumun istisnası ancak mutad meskeni Türkiye’de olan bir yabancı vatandaşı olabilir.

2.10. Akit Dışı İlişkilere Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi

2.10.1. Genel Olarak

Milletlerarası Özel Hukuk mevzuatı hazırlanırken akdî ilişkiler ve akit dışı ilişkiler olarak ayırım yapılmıştır. Akit dışı borç ilişkileri, genel olarak haksız fiillerden, vekâletsiz iş görme ilişkilerinden, *culpa in contrahendo* sorumluluktan, sebepsiz zenginleşmeden vb. ibarettir. Bu durumlar, çok çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilmektedir. Akit dışı borç ilişkilerini düzenleyen Roma II Tüzüğü’nde de akit dışı borç ilişkileri katı biçimde tanımlanmış değildir¹¹⁹.

2.10.2. Haksız Fiiller

2.10.2.1. Haksız Fiil İlişkilerine İlişkin Genel Düzenleme

Taraflar arasındaki uyuşmazlığa sebep olan uyuşmazlığın temeli haksız fiilden doğan borç ilişkilerine dayanabilir. Haksız fiil ilişkilerine uygulanacak hukuk, 2675 sayılı mülga kanun md. 25 metninde düzenlenmişti ve o kanunda haksız fiillere ilişkin düzenleme tek bir maddede yapılmıştı. Bu durum, uygulamada yetersizliklere yol açmıştır¹²⁰. MÖHUK’ta ise haksız fiillere uygulanacak hukuk, genel olarak md. 34’te düzenlenmiş olup devam eden maddelerde haksız fiilin özel görünüş biçimlerine yer verilmiştir¹²¹. MÖHUK md. 35 vd. maddelerinde düzenlenen haksız fiillerin özel görünüş biçimlerinden yalnızca “kişilik haklarının ihlali” çalışmamız konusuna dahil

¹¹⁹ Van Calster, European Private International Law, s. 244.

¹²⁰ Tiryakioğlu, Bilgin, “Genel Olarak Haksız Fiillere, Haksız Rekabete ve Rekabetin Engellenmesine Uygulanacak Hukuk”, 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’da Düzenlenen Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Uygulanacak Olan Hukuk Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Araştırmaları Merkezi Konferans Yayınları Serisi-2, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2010, s. 212 (Haksız Fiil).

¹²¹ Tarman, Akit Dışı, s. 4035; Önal, Vekâletsiz, s. 2180; Kayık, Haksız Fiiller, s. 56; Tiryakioğlu, Haksız Fiil, s. 213.

Bir görüş, MÖHUK md. 23’te düzenlenen fikrî mülkiyete ilişkin hakların ihlali de haksız fiilin özel görünüş biçimi olarak saymıştır. Bkz.: Şanlı / Esen / Ataman-Fıganmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 382.

edilebileceğinden diğer maddelerde düzenlenen özel görünüş biçimlerine çalışmamızda yer verilemeyecektir.

2.10.2.1.1. Tarafların Hukuk Seçimi Yaptıkları Hâllerde

Taraflar, birtakım şartların varlığı halinde haksız fiilden doğan borç ilişkilerinde aralarındaki uyuşmazlığın çözümünde uygulanacak hukuku seçebilmektedirler. Yabancılık unsuru barındıran haksız fiil ilişkilerinde hukuk seçimi yapabilme imkanı, 2675 sayılı mülga kanunda düzenlenmemiştir ve Milletlerarası Özel Hukukumuzda MÖHUK’la birlikte dahil olmuştur¹²². Taraflar, olaya uygulanacak hukuku MÖHUK md. 34/5 fıkrası gereğince haksız fiilin meydana gelmesinden sonra açık olarak seçebilirler. Haksız fiil meydana gelmeden önce hukuk seçimi yapılamaz, yapılmışsa geçersiz sayılır¹²³.

Öğretide hukuk seçimine maddenin son fıkrasında yer verilmesi, kanun yazım tekniği bakımından eleştirilmiştir. Zira bu görüşe göre taraflar kendi aralarında hukuk seçimi yapmışlarsa uyuşmazlığa seçilen hukuk uygulanacaktır¹²⁴.

Haksız fiil ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklarda da tıpkı sözleşme ilişkilerinde olduğu gibi hukuk seçimi yapılabilmesi için tarafların mutabakatı aranmaktadır. Haksız fiillerin genel düzenlemesi olan md. 34’e göre tek taraflı hukuk seçimi söz konusu değildir ve ancak devam maddelerde düzenlenen özel hâllerde söz konusu olabilir¹²⁵.

Sözleşmelere uygulanacak hukuku belirleyen kuralların aksine, haksız fiillere uygulanacak hukuk konusunda taraflara kısmî hukuk seçimi hakkı düzenlenmemiştir¹²⁶.

¹²² Kavşat, Haksız Fiil, s. 118; Yılmaz, Güler, “Türk Milletlerarası Özel Hukuku ve Roma II Tüzüğü Kapsamında Haksız Fiilden Doğan Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukukun Mukayeseli Olarak İncelenmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, S. 22 (2016), s. 3128; Kayık, Haksız Fiiller, s. 77; Tütüncübaşı, s. 43; Şanlı / Esen / Ataman-Fıganmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 383; Çelikel / Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 461.

¹²³ Kavşat, Haksız Fiil, s. 13; Tarman, Akit Dışı, s. 4038; Kayık, Haksız Fiiller, s. 80; Can / Tuna, Özel, s. 457; Tütüncübaşı, Serbesti, s. 155; Tiryakioğlu, Haksız Fiil, s. 214; Şanlı / Esen / Ataman-Fıganmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 383.

¹²⁴ Tütüncübaşı, Serbesti, s. 155.

¹²⁵ Kavşat, Haksız Fiil, s. 43; Tiryakioğlu, Haksız Fiil, s. 214.

¹²⁶ Tütüncübaşı, Serbesti, s. 163.

Türk Milletlerarası Özel Hukukuna göre haksız fiil ilişkisi yabancılık unsuru taşıyorsa, müteselsil sorumluluk söz konusuysa ve olaya uygulanacak hukuk seçilecekse bu seçim, diğer sorumluların durumunu kötüleştirecek şekilde yapılamaz¹²⁷.

Yabancılık unsuru barındıran sağlık turizmi ilişkilerinde hasta, hekimin sorumluluğuna haksız fiilden doğan borç ilişkileri bağlamında başvurmak istiyorsa aralarında haksız fiilin meydana gelmesinden sonra hukuk seçimi yapıp yapılmadığına bakılacaktır. Eğer hukuk seçimi haksız fiil olarak nitelendirilen eylemden sonra yapılmışsa burada hukuk seçimine saygı göstermek gerekir.

2.10.2.1.2. Tarafların Hukuk Seçimi Yapmadıkları Hâllerde

MÖHUK'ta haksız fiillerden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk belirlenirken çok kademeli bir düzenleme yapılmıştır. Maddenin 1. fıkrasına göre uygulanacak hukuk, haksız fiilin işlendiği yer hukukudur. Eğer haksız fiilin işlendiği yer ile zararın meydana ülke birden farklı ise olaya zararın meydana geldiği ülke hukuku uygulanır¹²⁸.

AB Milletlerarası Özel Hukuk kurallarında haksız fiilin ika yeri hukukunun uygulanması prensibinden vazgeçilmiş ve genel kural olarak zararın meydana geldiği yer hukukunun uygulanacağı kabul edilmiştir¹²⁹.

MÖHUK md. 34/3 fıkrasına göre borç ilişkisi, başka bir devletin hukukuyla daha sıkı ilişkiliyse somut olaya o devletin hukuku uygulanacaktır. “*Daha sıkı ilişkili hukuk*” istisnası 2675 sayılı mülga kanunda da yer almaktaydı. Ancak 2675 sayılı mülga kanun düzenlemesinde daha sıkı ilişkili hukukun bulunması hâlinde hakime o hukuku uygulayıp uygulamamak konusunda inisiyatif tanınmıştı. Oysa MÖHUK

¹²⁷ Kavşat, Haksız Fiil, s. 125.

¹²⁸ Can / Tuna, Özel, s. 456; Acun Mekengeç ve Yener Keskin, Pratik, s. 110; Tütüncübaşı, Serbesti s. 139; Tiryakioğlu, Haksız Fiil, s. 213; Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 49; Çelikel / Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 460-461; Uyanık, Estetik, s. 29.

¹²⁹ Van Calster, European Private International Law, s. 251; Rogerson, Collier's Conflict of Laws, 347; Briggs, The Conflict of Laws, s. 281.

düzenlemesinde hakim, daha sıkı ilişkili hukukun bulunması hâlinde o hukuku uygulamakla yükümlü hale getirilmiştir¹³⁰.

Madde metninde geçen “*daha sıkı ilişki*” şartının tanımı yapılmamıştır. Kimi müellifler, bu durumun fer’i bağlanma yöntemini kastettiğini ileri sürmüşlerdir. Buna göre taraflar, aralarındaki başka bir hukuk ilişkisinde uygulanacak hukuku seçtilerse aralarındaki haksız fiile de bu seçtikleri hukuk uygulanır¹³¹. Bu durumu çalışma konumuza uyarladığımızda, hekimlik sözleşmesinde bir hukuk seçimi yapıldıysa ve hasta, hekimin haksız fiilden doğan sorumluluğuna başvurmak için dava açarsa aralarındaki sözleşmede belirlenen hukukun bu davaya uygulanmasını isteyebileceklerdir.

Haksız fiil ilişkilerinde genel istisna kuralı olarak düzenlenen “*daha sıkı ilişkili hukuk*” kuralı, Roma II Tüzüğü’nde de benimsenmiştir. Yine MÖHUK’taki gibi Roma II Tüzüğü’nde de bu kavramın tanımı yapılmamış ve takdir hakkı hakime bırakılmıştır. İngiltere Adalet Yüksek Mahkemesi (High Court of Justice), vermiş olduğu bir kararda bu fıkra hükmünden ne anlaşılması gerektiğini açıkça ortaya koymuştur¹³².

Sağlık turizmi faaliyetleri kapsamında varsayımsal bir örnek verilecek olursa: Önceden İtalya’da yaşayan ve çalışan bir İtalyan hekimin Antalya’ya yerleşip kendi kliniğini açması ve eski bir hastasının o hekimin elinden ameliyat olmak üzere Antalya’ya gelerek ameliyata girmesi hâli verilebilir. Burada yaşanacak bir uygulama hatasında hasta, hekimin haksız fiilden kaynaklanan sorumluluğuna başvurmak isterse aslında haksız fiil Türkiye’de işlendiği için ve zarar da Türkiye’de meydana geldiği için uygulanacak hukuk Türk hukuku gibi görünmektedir. Oysa tarafların her ikisi de İtalyan oldukları ve geçmişten gelen bir ilişkileri bulunduğu için somut olayda

¹³⁰ Tiryakioğlu, Haksız Fiil, s. 214; Kayık, Haksız Fiiller, s. 72; Çelikel / Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 464.

¹³¹ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Saatcioğlu, Onur Can, “Haksız Fiilden Doğan Talep Haklarına Uygulanacak Hukukun Tespitinde “Fer’i Bağlanma” Yöntemi”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 25, S. 1, (2021), s. 232 vd. (Fer’i Bağlanma).; Kavşat, Haksız Fiil, s. 44-45.

¹³² İngiltere Adalet Yüksek Mahkemesi (High Court of Justice) [2014] EWHC 3164 sayılı kararında Roma II Tüzüğü 4/3 fıkrasının; 4/1 ve 4/2 fıkralarının uygulanması önünde kuvvetli bir engel oluşturduğunu, olayın tüm şartları birlikte değerlendirildiğinde somut olayın İngiltere Hukukundan daha çok Alman Hukukunu ilgilendirdiğini, bu sebeple olaya zararın meydana geldiği yer hukuku değil; daha sıkı ilişkili olan Alman Hukukunun uygulanması gerektiğine karar vermiştir.

uygulanacak hukukun “daha sıkı ilişkili hukuk” sıfatıyla İtalyan hukuku olduğu söylenebilir.

2.10.2.2. Mağdurun Doğrudan Failin Sigortacısına Başvuru Yapabilme Hakkı

Bazı hâllerde haksız fiilden mağdur olan kişi, doğrudan failin sigortacısına başvurarak zararının giderilmesini isteyebilir. Bu durum MÖHUK md. 34/4 fıkrasında düzenlenmiştir. Fıkraya göre haksız fiile veya sigorta sözleşmesine uygulanan hukuk, mağdura bu hakkı sunuyorsa doğrudan sigortacıya başvurabilmek mümkündür¹³³. Gerekli şartların varlığı hâlinde doğrudan sigortacıya başvurabilme imkanı tanınması, Türk Milletlerarası Özel Hukuku alanında MÖHUK’un getirdiği bir yeniliktir¹³⁴. Bu hüküm ihdas edilme amacı, mağdurun zararı giderilirken tahsil güçlüğü çekmemesidir¹³⁵.

Çalışmamız kapsamında bu durum, yabancı hastanın doğrudan tıbbî müdahaleyi gerçekleştiren hekimin meslekî mesuliyet sigortasının sigortacısına başvurduğu hâllerde uygulama alanı bulacaktır. Yurt dışından gelen sağlık turisti, uğradığı zararın giderilmesini hekimin meslekî mesuliyet sigortasından isteyebilecektir.

2.10.2.3. Özel Düzenlemeler

2.10.2.3.1. Tanım

Haksız fiilden doğan borç ilişkileri genel olarak MÖHUK md. 34’te düzenlenmiştir. Kanunun devam eden maddelerinde ise bazı özel akit dışı ilişkiler düzenlenmiştir. Fakat bu özel görünüş biçimlerinin tamamı çalışma konumuzla bağdaşmadığından bunların hepsi incelenmeyecektir.

¹³³ Kavşat, Haksız Fiil, s. 124; Yılmaz, G., Mukayese, s. 3128; Can / Tuna, Özel, s. 457; Tiryakioğlu, Haksız Fiil, s. 215; Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 388.

¹³⁴ Kayık, Haksız Fiiller, s. 75; Çelikel / Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 461.

¹³⁵ Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 388.

2.10.2.3.2. Kişilik Haklarının İhlalinden Doğan Sorumluluk

Teknolojinin gelişmesiyle birlikte kişilerin özel hayatlarına ilişkin kayıtların, gizli bilgilerin tüm dünyaya ulaştırılması, saniyelerle ölçülebilecek hıza ulaşmıştır. Çalışmamızın ilk bölümünde değinildiği üzere hekimlerin uygulama hatası, hastanın kişisel verilerin gizliliğinin ihlali hâllerinde de ortaya çıkabilecektir. Bu nedenle, konumuz çerçevesinde haksız fiilin bu özel görünümü önemlidir.

Kişilik haklarının medya yoluyla veya internet ortamında ihlali söz konusu olduğunda MÖHUK md. 35 düzenlemesine göre farklı alternatifler öngörülmüştür. Eğer zarar veren, zararın bu ülkede meydana geleceğini bilebilir haldeyse olaya mağdurun mutad mesken hukuku; zarar verenin iş yeri veya mutad mesken hukuku uygulanmalıdır. Eğer zarar veren, zararın bu ülkede meydana gelebileceğini bilebilir durumdaysa zararın meydana geldiği ülke hukuku uygulanmalıdır¹³⁶.

MÖHUK md. 35 kapsamında haksız fiilin mağduruna tek taraflı olarak hukuk seçimi yapabilme hakkı tanınmıştır¹³⁷.

Kısaca kişilik hakları, şahsın maddî ve manevî tüm değerlerini kapsayan bir kavram olarak nitelendirilebilir¹³⁸. Kişisel veri ise kişinin adı, soyadı, doğum bilgileri, telefon numarası, adresi, iletişim bilgileri, sağlığa ilişkin özel durumları, dinî görüşü, siyasî görüşü vb. olarak karşımıza çıkabilir¹³⁹. Kişisel verilerin korunması, kişilik haklarının bir getirisiidir. Maddenin 3. fıkrasında kişisel verilerin korunması, işlenmesi gibi unsurlar düzenlenmiştir. Fıkra hükmüne göre haksız fiilin bu şekilde işlenmesi hâlinde aynı maddenin 1. fıkrası uygulanarak uygulanacak hukuk tespit edilecektir¹⁴⁰.

¹³⁶ Özel, Sibel, “İmalatçının Sorumluluğu ve Kitle İletişim Araçları Yoluyla Kişilik Hakkının İhlalinde Uygulanacak Hukuk”, 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’da Düzenlenen Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Uygulanacak Olan Hukuk Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Araştırmaları Merkezi Konferans Yayınları Serisi-2, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2010, s. 225; Tiryakioğlu, Haksız Fiil, s. 212.

¹³⁷ Kavşat, Haksız Fiil, s. 46; Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 391.

¹³⁸ Çelikel / Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 468.

¹³⁹ Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 392.

¹⁴⁰ Özel, s. 226; Çelikel / Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 470.

Kişilik hakkı ihlali, medya veya kitle iletişim araçlarıyla gerçekleştirilmediyse MÖHUK md. 35 hükmü uygulanmayacak ve ilişkiye uygulanacak hukuk md. 34'te yer alan genel düzenlemeye göre belirlenecektir¹⁴¹.

Çalışmamız kapsamında hekim, hastanın kişisel bilgilerini koruyamamaya medyada veya internette yayılmasına sebep olursa veya hastanın kişisel bilgi kayıtlarına erişimini kısıtlarsa burada uygulanacak hukukun MÖHUK md. 35'e göre tespit edilebileceği söylenebilir.

2.10.3. Vekâletsiz İş Görmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk

Hekimlerin müdahalede bulunmadan önce hastanın onamını alamadığı hallerde hukukî sorumlulukları doğabilmektedir. Bu durumda hekimin vekâletsiz iş görmeden doğan sorumluluğu ortaya çıkacaktır. Hekimlerin hukukî sorumluluğuna başvurulurken akit dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukuku düzenleyen Roma II Tüzüğü md. 11'de özel olarak vekâletsiz iş görmeye uygulanacak hukuk düzenlenmiştir. Ancak MÖHUK'ta vekâletsiz iş görmeden doğan borç ilişkilerine yer verilmemiştir¹⁴².

Kanunlar ihtilafı kurallarımızda vekâletsiz iş görmeden doğan sorumluluk özel olarak düzenlenmediğinden bu ilişkilere hangi hukukun uygulanacağı konusunda öğretide tartışma bulunmaktadır. Bir görüşe göre iç hukuk hükümleri uygulanmalı ve hakim kanun koyucu yerine geçerek bu boşluğu doldurması gerekmektedir¹⁴³. Başka bir görüşe göre ise olaya TBK düzenlemeleri esas alınarak çözüm getirilmelidir. Vekâletsiz iş görme eyleminin gerçekleştirildiği yer hukukunun uygulanmasını savunan müellifler de olmuştur¹⁴⁴.

¹⁴¹ Tiryakioğlu, Haksız Fiil, s. 213.

¹⁴² Kavşat, Haksız Fiil, s. 121; Önal, Vekaletsiz, s. 2162; Tütüncübaşı, Serbesti, s. 177.

Vekâletsiz iş görme; daha sonra duruma göre sebepsiz zenginleşme, haksız fiil ya da vekâlet sözleşmesi olarak değerlendirilebildiği için karışıklığa yol açmamak için bu kanun boşluğunun bilinçli olarak bırakıldığı savunulmuştur.: Çelikel / Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 470.

¹⁴³ Demirkol, 24. Madde, s. 256.

¹⁴⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Önal, Vekâletsiz, s. 2170-2175; Rogerson, Collier's Conflict of Laws, s. 291, 346.

Roma II tüzüğü md. 11'e¹⁴⁵ göre vekâletsiz iş görmeye uygulanacak temel hukuk, olayla daha sıkı ilişkili olan hukuktur. Ancak daha sıkı ilişkili hukukun yokluğunda taraflar arasında sözleşme mevcutsa bu sözleşmeye göre belirlenmeli ve sözleşmeye uygulanacak hukuk uygulanmalıdır. Öğretide bu görüşü benimseyen müellifler vardır¹⁴⁶.

Roma II Tüzüğü md. 11/3 fıkrasındaysa uygulanacak hukukun ilk iki fıkraya göre belirlenemediği hâllerde fiilin işlendiği yer hukukunun uygulanacağı öngörülmüştür¹⁴⁷. Dolayısıyla taraflar arasında daha önceden imzalanmış bir sözleşme bulunmuyorsa Roma II tüzüğüne göre tarafların ortak mutad mesken hukuku; ortak mutad meskenleri yoksa olayın meydana geldiği yer hukuku veya genel istisna kuralı dahilinde daha sıkı ilişkili hukuk olması hâlinde o hukuk uygulanacaktır¹⁴⁸.

Hekimlerin vekâletsiz iş görmeden doğan sorumluluklarının iki şekilde meydana gelebildiği çalışmamızda daha önce açıklanmıştır. Hasta ile hekim arasında hekimlik sözleşmesi mevcutsa ve hekimin vekaletsiz iş görme eylemi tıbbî müdahalenin genişletilmesi niteliğindeyse aralarındaki hekimlik sözleşmesine uygulanacak hukukun vekâletsiz iş görme ilişkisine de uygulanması gerektiği söylenebilecektir. Eğer hasta ile hekim arasında bir hekimlik sözleşmesi yoksa ve hekim, hastaya acil müdahalede bulunmak durumunda kaldıysa kanımızca bu durumda haksız fiil hükümleri kıyasen uygulanmalıdır.

TBK hükümlerine göre vekâletsiz iş görme ilişkilerinde iş sahibinin olaydan sonra yapılan işleme icazet vermesi hâlinde artık olayın vekâlet sözleşmesi olarak değerlendirilecektir. Bu durum çalışmamızın birinci bölümünde açıklanmıştır¹⁴⁹.

¹⁴⁵ Roma II Tüzüğü md. 11/1 fıkrası: *“If a non-contractual obligation arising out of an act performed without due authority in connection with the affairs of another person concerns a relationship existing between the parties, such as one arising out of a contract or a tort/delict, that is closely connected with that non-contractual obligation, it shall be governed by the law that governs that relationship.”* şeklinde düzenlenmiştir.

¹⁴⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Önal, Vekâletsiz, s. 2171; Demirkol, 24. Madde, s. 257; Çelikel / Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 487.

¹⁴⁷ Roma II Tüzüğü 11/3 fıkrası: *“If a non-contractual obligation arising out of an act performed without due authority in connection with the affairs of another person concerns a relationship existing between the parties, such as one arising out of a contract or a tort/delict, that is closely connected with that non-contractual obligation, it shall be governed by the law that governs that relationship.”* şeklinde düzenlenmiştir.

¹⁴⁸ Demirkol, 24. Madde, s. 257.

¹⁴⁹ Bkz: Başlık 1.7.3.4.4.4.

Dolayısıyla iş sahibinin daha sonradan yapılan işleme icazet verdiği hâllerde kanunlar ihtilafı kurallarının, taraflar arasında vekâlet sözleşmesi varmış gibi uygulanması gerekir. Vekâlet sözleşmeleri de MÖHUK'ta özel olarak düzenlenmediği için uyuşmazlığa uygulanacak hukuk, MÖHUK md. 24'te yer alan ve akdî ilişkileri düzenleyen genel hüküm doğrultusunda belirlenmelidir¹⁵⁰. Buna göre tarafların hukuk seçimi yapmadıkları hâllerde sözleşmeye, olayla en sıkı ilişkili hukuk uygulanacaktır. Vekâlet sözleşmelerinde en sıkı ilişkili olan hukuk, karakteristik edim borçlusunun sözleşmenin kuruluş aşamasındaki mutad meskeni, iş yeri veya yerleşim yeri hukukudur¹⁵¹.

Bu durum çalışmamız konusu bakımından değerlendirilecek olursa, hastanın icazet vermesinden sonra vekâlet sözleşmesi kurulmuş sayılacağından MÖHUK md. 24 uygulanacak ve hekimlik sözleşmesinin karakteristik edim borçlusu olan hekimin iş yeri Türkiye'de bulunduğundan olaya Türk hukuku uygulanacaktır.

Bir başka görüşe göre vekâletsiz iş görme hâlleri MÖHUK'ta düzenlenmediğinden bu konuda kanun boşluğu vardır ve hakim, iç hukuku göre bu boşluğu kanun koyucu olsaydı nasıl dolduracaksa o şekilde doldurmalıdır¹⁵².

Sağlık turizminin varoluş sebebi düşünüldüğünde sağlık turistinin bilerek ve isteyerek sağlık hizmeti almak amacıyla seyahat ettiği görülmektedir. Dolayısıyla örneğin Rusya'dan Alanya'ya tatil amacıyla gelmiş bir turistin geçirdiği trafik kazası sonrasında gerçekleştirilen müdahale sağlık turizmi kapsamına sokulamaz. Ancak örneğin safra kesesi ameliyatı olmak üzere Türkiye'ye gelen bir yabancı sağlık turistinin ameliyatının yapılması esnasında midesinin dış yüzeyinde bir tümör tespit edilirse ve bu tümör ameliyat esnasında alınırsa burada tıbbî müdahalenin genişletilmesi durumu yaşanmış olacak ve bazı durumlarda hekimin vekâletsiz iş görmeden doğan sorumluluğu doğabilecektir.

¹⁵⁰ Önal, Vekâletsiz, s. 2173.

¹⁵¹ Önal, Vekâletsiz, s. 2175.

¹⁵² Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 402.

2.10.4. Culpa in Contrahendo Sorumluluğa Uygulanacak Hukuk

Culpa in contrahendo sorumluluk, sözleşme kurulmadan önceki görüşmeler aşamasında meydana gelen sorumluluktur. Taraflar, görüşme aşamasında birbirlerine karşı özen yükümlülüğü taşırlar¹⁵³. MÖHUK'ta yer verilmemiştir. MÖHUK'tan daha sonra yürürlüğe giren Roma II Tüzüğü, culpa in contrahendo sorumluluğu md. 12'de düzenlemiştir¹⁵⁴.

Öğretide bu sorumluluğun akitten doğan sorumluluk mu, yoksa haksız fiil sorumluluğu mu olduğu tartışmalıdır¹⁵⁵. *Culpa in contrahendo* sorumlulukta benimsenen yaygın görüş, taraflar arasında sözleşme imzalarsaydı o sözleşmeye uygulanacak olan hukuka tabi olunmasıdır. Nitekim bu durum Roma II Tüzüğünde de aynı şekilde düzenlenmiştir¹⁵⁶. Ancak Roma II Tüzüğü md. 12'nin uygulanabilmesi için sözleşme görüşmelerinin geçerli bir sebep olmaksızın sona erdirilmesi ve karşı tarafı aydınlatma yükümlülüğüne uyulmamış olması gerekmektedir. Aksi halde yine görüşme aşamasındayken yaşanan diğer durumlarda genel düzenleme olan md. 4 uygulama alanı bulacaktır¹⁵⁷.

Yargıtay, vermiş olduğu kararlarda *culpa in contrahendo* sorumluluğu haksız fiilden doğan sorumluluk olarak değil; sözleşmeden doğan sorumluluk olarak değerlendirdiğinden Türk hukukunun uygulanacağı durumlarda sözleşme kurulmuş olsaydı somut olaya uygulanacak olan hukukun uygulanması yerinde olacaktır.

2.11. Akdî Sorumluluk ile Akit Dışı Sorumluluğun Yarışması

Hekimlerin hukukî sorumluluğuna başvururken mağdur olduğunu iddia eden hastanın elinde bazı durumlarda birden fazla alternatif bulunabilmektedir. Hekimin sorumluluğunu doğuran sebep, hem haksız fiilden doğan sorumluluk hem sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk olabilmektedir. Yabancılık unsuru içeren ve sorumluluk sebeplerinin yarıştığı hâllerde sorumluluğu doğuran sebebin vasıflandırılması, başlı başına bir problem olarak karşımıza çıkabilir. Sorumluluk sebebinin doğru bir biçimde

¹⁵³ Doğan, V. / Kahveci / Durgun, Milletlerarası Ticaret Hukuku, s. 117.

¹⁵⁴ Kavşat, Haksız Fiil, s. 159; Demirkol, 24. Madde, s. 260; Van Calster, European Private International Law, s. 207; Rogerson, Collier's Conflict of Laws, s. 346; Rogerson, Collier's Conflict of Laws, s. 291.

¹⁵⁵ Doğan, V. / Kahveci / Durgun, Milletlerarası Ticaret Hukuku, s. 118.

¹⁵⁶ Tütüncübaşı, Serbesti, s. 181; Doğan, V. / Kahveci / Durgun, Milletlerarası Ticaret Hukuku, s. 119.

¹⁵⁷ Doğan, V. / Kahveci / Durgun, Milletlerarası Ticaret Hukuku, s. 119.

vasıflandırılması önem taşımaktadır zira uyumsuzluğun esasına uygulanacak hukuk, vasıflandırmanın sonucuna göre belirlenecektir. Bu durum şekil şartlarını ve zamanaşımı kurallarını da değiştirebilecektir. Eğer bir eylem, hem haksız fiil hem sözleşmeye aykırılık içeriyorsa burada vasıflandırma sorunuyla karşı karşıya kalınabilir. Ancak Türk Milletlerarası Özel Hukuk sisteminde vasıflandırma konusunda hakimin hukuku uygulanacağından davanın Türkiye’de açılması hâlinde hakim somut olayı Türk Hukukuna göre vasıflandırdıktan sonra incelemeye geçecektir¹⁵⁸.

Bir görüşe göre bu yarışma halinde davacı hangi sorumluluk sebebine dayanıyorsa ona itibar edilmesi ve uygulanacak hukukun o seçime göre yapılması gerekmektedir¹⁵⁹.

Bir görüşe göre haksız fiil ve sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğun yarıştığı bir Milletlerarası Özel Hukuk ilişkisinde bu zorluğu aşmak için bazı devletler, fer’i bağlanma yöntemini uygulamalıdır. Fer’i bağlanma yöntemine göre taraflar arasındaki sözleşmeye uygulanacak hukuk daha önceden seçilmişse haksız fiil taleplerine de sözleşmeye uygulanacak hukuk uygulanmalıdır¹⁶⁰. MÖHUK’ta fer’i bağlanma müessesesi net bir biçimde düzenlenmemiştir. Ancak öğretide birtakım müellife göre MÖHUK md. 34/3 fıkrasında bulunan “*daha sıkı irtibatlı hukuk*” istisnası, fer’i bağlanma yöntemi olarak değerlendirilebilir¹⁶¹.

Çalışma konumuz fer’i bağlanma yöntemiyle birlikte değerlendirildiğinde hekimlik sözleşmesinde hukuk seçimi yapıldıysa ve hasta, hekimin haksız fiilden doğan sorumluluğuna başvurmak istiyorsa fer’i bağlanma yöntemine göre uygulanması gereken hukuk, sözleşmede kararlaştırılan hukuktur.

¹⁵⁸ Can / Tuna, Özel, s. 458.

¹⁵⁹ Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 383.

¹⁶⁰ Saatcioğlu, Fer’i Bağlanma, s. 213; Kavşat, Haksız Fiil, s. 44-45.

¹⁶¹ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Saatcioğlu, Fer’i Bağlanma, s. 232 vd.

2.12. Yabancılık Unsuru Barındıran Hukukî Olaya Yabancı Hukukun Uygulanmayacağı Hâller

2.12.1. Genel Olarak

Kanunlar ihtilafı kurallarına göre yabancılık unsuru taşıyan hukukî ilişkiye uygulanacak hukuk, yabancı bir hukuk olabilir. Uyuşmazlığın çözümünde bu yabancı hukukun kurallarının uygulanmasına her durumda müsaade edilmemektedir. Bu durumlardan en sık rastlanılanları kamu düzeni müdahalesi ve doğrudan uygulanan kuralların varlığıdır¹⁶².

2.12.2. Kamu Düzeni Müdahalesi

2.12.2.1. Tanım

Yabancılık unsuru barındıran hukukî ilişkiler birden fazla hukuk düzenini ilgilendirdikleri için kimi zaman olayın esasına yabancı bir devletin hukuk kurallarının uygulanması söz konusu olmaktadır. Bu durum, nadiren de olsa mahkemenin bağlı olduğu devletin temel değerlerine, düzenine aykırı sonuçlar doğurabilmektedir. Bu durumlarda yabancı hukukun uygulanmasına engel olunabilmektedir.

Kamu düzeni kavramı, farklı hukuk dalları için farklı anlamlara gelebilmektedir. MÖHUK'ta kamu düzeninin tanımı yapılmamış ve bu konuda bilinçli bir kanun boşluğu bırakılmıştır. Yakın zamanda Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, bir kararında kamu düzenini tanımlamıştır¹⁶³. Genel tanıma göre kamu düzenini korumak için konulan kuralların; vatandaşların oluşturduğu toplumun esasını, ortak paydalarını oluşturan ve bu toplumun menfaatlerini mümkün olduğunca

¹⁶² Kavşat, Haksız Fiil, s. 160.

¹⁶³ *Kamu düzeni, niteliği gereği zamana, yere göre değişen, içeriğinin tesbiti zor bir her somut olaya göre değişiklik gösteren bir kavramdır.*

...
Ö halde, 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. Yargıtay İBGK. T. 10.02.2012, E. 2010/1, K. 2012/1.

muhafaza etmek amacıyla konulan kurallar olduğu görülmektedir¹⁶⁴. Öğretideki bir başka tanıma göre kamu düzeninin unsurları, kamu hizmetlerinin sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesi, devletin güvenliğini ve bireyler arasındaki ilişkilerde huzuru korumak olarak belirlenmiştir¹⁶⁵. Kamu düzenine aykırılığın varlığı, zamana ve içinde yaşanılan topluma göre değişen bir kavram olduğundan somut olaya göre değerlendirilerek hakim tarafından takdir edilmektedir¹⁶⁶. Ancak bir olayın kamu düzenine aykırı olması için özetle; Türk hukukunun temel ilkelerine aykırı olması, genel kabul görmüş ahlak anlayışına aykırı olması ve Anayasal olarak korunan temel hak ve özgürlüklere aykırılık taşıması şartlarından birini veya birkaçını sağlaması gerekmektedir¹⁶⁷.

Bazı durumlarda somut olaya yabancı hukuk kurallarının uygulanması hâlinde ortaya çıkacak sonuç, hakimin hukukuna göre kamu düzenine aykırılık taşıyabilir. Hukuk seçiminin karşılıklı güven ilişkisinin tesis edilmesini kolaylaştırdığı ve tarafların adalet beklentilerini daha üst düzeyde tatmin edebildiği hususu çalışmamızda daha önce açıklanmıştır. İşte modern devletler, bu yüzden tarafların hukuk seçimi iradelerine saygı göstermektedir ve kamu düzenine aykırılığın ancak açıkça ve katlanılmaz derecede olması hâlinde istisnâî bir müdahalede bulunabilmektedirler¹⁶⁸. Kamu düzeni müdahalesi MÖHUK md. 5 metninde düzenlenmiştir. Madde metninde “uygulanacak kuralın kamu düzenine aykırılığı”ndan bahsedilse de asıl önemli olan husus; “kural olaya uygulandıktan sonra ortaya çıkacak

¹⁶⁴ Ruhi, MÖHUK, s. 30.

¹⁶⁵ Çelikel / Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 141.

¹⁶⁶ Tanrıbilir, Değişiklikler, s. 215; Yaşar, Uygulanma, s. 100, Gök, Ayşegül Kübra, “Milletlerarası Özel Hukukta Gerçek Kişilerin Şahsî Statüsü”, (Hasan Kalyoncu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Gaziantep, 2019, s. 66; Arslan, İ., AİHS, s. 146, Alparslan, Seçim, s. 53; Kaya, Kamu Düzeni, s. 8, Uzun, Ehliyet, s. 98; Ersen Perçin, Gizem ve Baytaroğlu, Dilara, “Public Order Intervention on the Recognition and Enforcement of Foreign Court Decisions”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, S. 2019/2, (2019), s. 308; Ruhi, MÖHUK, s. 30; Can / Tuna, Özel, s. 275; Demir Gökyayla, Cemile, “Yeniden Kamu Düzeni”, 10. Yılında Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Ed. Feriha Bilge Tanrıbilir ve Gülce Gümüşlü Tunçağıl, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018, s. 88; Tütüncübaşı, Serbesti, s. 29; Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 91; Çelikel / Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 149.

¹⁶⁷ Çelikel / Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 153-154.

¹⁶⁸ Tanrıbilir, Değişiklikler, s. 216; Tarman, Akdî MÖHUK, s. 167; Gök, Statü, s. 62; Süzen, Şekil, s. 238; Kayık, Haksız Fiiller, s. 86; Tekinalp, Bağlama, s. 38; Tütüncübaşı, Serbesti, s. 29; Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 87; Çelikel / Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 147.

sonucun kamu düzenine açıkça ve katlanılmaz derecede aykırı olması”dır¹⁶⁹. Milletlerarası Özel Hukuk kurallarının Milletlerarası Özel Hukuk adaletini sağlama amacı varken kamu düzeni müdahalesinin amacıysa hakimın hukukuna göre maddi hukuk adaletini tesis edebilmektir¹⁷⁰.

Türkiye mahkemelerinin baktıkları davalarda hakim, kamu düzenine aykırılık tespit ederse yabancı hukukun ilgili hükmü uygulanmaz ve somut olaya göre değerlendirme yapılarak hukuk boşluğunun olaya uygulanacak hukukun diğer kuralları da değerlendirilerek duruma göre Türk hukukunun uygulanmasıyla doldurulması söz konusu olabilir¹⁷¹.

2.12.2.2.Sağlık Turizmi Kapsamında Yaşanabilecek Uyuşmazlıklarda Kamu Düzeni Müdahalesine Örnekler

Sağlık turizminde kamu düzenine aykırılık hâlleri farklı şekillerde meydana gelebilir. Farazî bir örnek olarak yurt dışından Türkiye’ye gelen bir hastanın erkek hekimlere muayene olmak istememesi ve bu talebinde ısrarcı olması verilebilir. Türkiye’deki kamu düzeni anlayışı, hekimin dinine göre ayırım yapmaya izin vermeyecektir.

Yine sağlık turizminde kamu düzeni müdahalesine başka bir örnek olarak; hekimle sağlık turisti arasında akdedilen hekimlik sözleşmesinde hekimin ağır kusurlarından sorumlu olmayacağına ilişkin hüküm konulması hâli verilebilir. Çalışmamızın birinci bölümünde açıklandığı üzere hekimlik, yüksek derecede özen yükümlülüğüne uymayı gerektiren bir meslek olup hekim en hafif kusurundan dahi sorumludur. Hekimlik sözleşmesine böyle bir hüküm eklenerek hekimin hukukî sorumluluğundan kurtulmayı amaçlaması kamu düzenine aykırıdır ve geçerli olmaz.

¹⁶⁹ Demirkol, 24. Madde, s. 328; Ruhi, MÖHUK, s. 30; Can / Tuna, Özel, s. 270; Doğan, V. / Kahveci / Durgun, Milletlerarası Ticaret Hukuku, s. 145; Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 85; Çelikel / Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 147.

¹⁷⁰ Doğan, V. / Kahveci / Durgun, Milletlerarası Ticaret Hukuku, s. 144.

¹⁷¹ Kavşat, Haksız Fiil, s. 167; Küpe, Şekil, s. 69; Arslan, İ., AİHS, s. 143; Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 102; Yöney, Uygulanma, s. 155; Uzun, s. 93; Tütüncübaşı, s. 32; Doğan, V. / Kahveci / Durgun, Milletlerarası Ticaret Hukuku, s. 145; Çelikel / Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 148.

2.12.3. Doğrudan Uygulanan Kurallar

2.12.3.1. Tanım

Doğrudan uygulanan kurallar, bu kuralları ihdas eden devlet bakımından ekonomik ve sosyal hayatın işleyişine ilişkin, kamu çıkarlarını gözetten, siyasal açıdan uygulanması kaçınılmaz olan kurallardır ve hakim tarafından somut olaya uygulanmak zorundadırlar¹⁷². Buradan hareketle doğrudan uygulanan kurallar, hukuk seçimi ile ortadan kaldırılamayan ve hukuk seçimini kısıtlayan kurallar olarak tanımlanabilir¹⁷³.

Doğrudan uygulanan kurallar, 2675 sayılı mülga kanun döneminde kanunda düzenlenmemişken MÖHUK md. 6'da düzenleme alanı bulmuştur¹⁷⁴.

Somut olayın doğrudan uygulanan kuralın etki alanına girmesi hâlinde olaya öncelikli olarak doğrudan uygulanan kural uygulanacaktır¹⁷⁵. Doğrudan uygulanan kurallar, yalnızca düzenlendikleri alanla sınırlı olup yabancılık unsuru barındıran olaya yalnızca sınırları dahilinde uygulanabilirler. Dolayısıyla bu kurallar, kendi alanlarında bulunmayan konularda seçilen yabancı hukukun diğer hükümlerinin uygulanmasına engel olmayacaktır¹⁷⁶.

Hakim, kendi hukukuna ilişkin doğrudan uygulanan kuralları zaten re'sen uygulamakla yükümlüdür. Yine hakim, esasa uygulanacak hukukun da doğrudan uygulanan kurallarını uygulamakla yükümlüdür¹⁷⁷.

¹⁷² Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 8; Yöney, Uygulanma, s. 160; Kayık, Haksız Fiiller, s. 82; Demirkol, 24. Madde, s. 322, Erkan, Madde 31, s. 82; Özdemir Kocasakal, DUK, s. 50; Tütüncübaşı, Serbesti, s. 34; Ekşi, Mukayese, s. 65; Erdem, Sözleşme, s. 102; Çelikel / Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 155.

¹⁷³ Alparslan, Seçim, s. 55, Ruhi, MÖHUK, s. 32; Erkan, Madde 31, s. 82; Balkar Bozkurt, Eleştirel Bakış, s. 166.

¹⁷⁴ Erkan, Madde 31, s. 82; Özdemir Kocasakal, Sözleşme, s. 28; Özdemir Kocasakal, DUK, s. 48; Ekşi, Mukayese, s. 63; Erdem, Sözleşme, s. 103; Doğan, V. / Kahveci / Durgun, Milletlerarası Ticaret Hukuku, s. 135; Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 9.

¹⁷⁵ Tanrıbilir, Değişiklikler, s. 219; Tarman, Akdî MÖHUK, s. 164; Yılmaz, G., Mukayese, s. 3122; Erkan, Madde 31, s. 84; Yaşar, Uygulanma, s. 101.

¹⁷⁶ Alparslan, Seçim, s. 56; Balkar Bozkurt, Eleştirel Bakış, s. 167; Özdemir Kocasakal, DUK, s. 50.

¹⁷⁷ Erkan, Madde 31, s. 85; Özdemir Kocasakal, Sözleşme, s. 72; Erdem, Sözleşme, s. 103; Doğan, V. / Kahveci / Durgun, Milletlerarası Ticaret Hukuku, s. 137.

Hakimin kendi hukukunun ve olaya uygulanacak hukukun doğrudan uygulanan kurallarını re'sen uygulamak zorunda olması, nitekim olaya uygulanacak yabancı hukukun doğrudan uygulanan kuralları hakkında herhangi bir hukukî düzenleme yapılmamış olması nedeniyle MÖHUK md. 6 düzenlemesinin de gereksiz olduğunu savunan görüş için bkz.: Çelikel / Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 158.

Sözleşmeden doğan ilişkilerde MÖHUK md. 31 gereğince sözleşmeyle sıkı ilişkili bulunan üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınip tanınmayacağı konusunda hakime takdir yetkisi verilmiştir¹⁷⁸. Öğretide üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının dikkate alınması için; üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralının somut olaya uygulanma iradesinin bulunması, somut olayla üçüncü devletin sıkı bağlantısının bulunması, müdafaa edilmesi gereken üstün bir menfaatin bulunması ve üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralının hakim in hukukunun temel değerleriyle örtüşüyor olması şartları aranmaktadır¹⁷⁹.

MÖHUK'ta zayıf âkit tarafların korunmasına ilişkin düzenlenen kurallar da öğretide bazı müellifler doğrudan uygulanacak kural olarak değerlendirilmektedir¹⁸⁰.

Doğrudan uygulanan kurallara örnek olarak 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun¹⁸¹ ve bu kanuna dayanarak çıkarılan tebliğler verilebilmektedir¹⁸². Bu kanun ve bu kanuna dayanarak çıkarılan tebliğler, devletin ekonomik düzenlemeler yapmayı amaçlayarak çıkardıkları ve her koşulda uygulanması gereken kurallar olmaları yönünden doğrudan uygulanan kurallar olarak karşımıza çıkmaktadır.

2.12.3.2.Sağlık Turizmi Kapsamında Yaşanabilecek Uyuşmazlıklarda Doğrudan Uygulanan Kurallara Örnekler

Çalışma konumuza ilişkin doğrudan uygulanan kurallara örnek olarak, yakın zamanda hayatımıza girmiş olan COVID-19 hastalığı nedeniyle alınan kapanma önlemleri kapsamında estetik operasyonlarının devletin kanun çıkararak ertelenmesi verilebilir. Devlet, kapanma sürecinde tüm estetik operasyonların ertelenmesine ilişkin karar alırsa sağlık turisti çok önceden randevu almışsa bile doğrudan uygulanan kuralın mevcudiyeti nedeniyle operasyon gerçekleştirilemezdi.

¹⁷⁸ Kavşat, Haksız Fiil, s. 166; Tarman, Akdî MÖHUK, s. 151; Tarman, Akit Dışı, s. 4039; Yöney, Uygulanma, s. 161; Alparslan, Seçim, s. 59; Kayık, Haksız Fiiller, s. 82; Demirkol, 24. Madde, s. 323; Ruhi, MÖHUK, s. 127; Balkar Bozkurt, Eleştirel Bakış, s. 167; Özdemir Kocasakal, Sözleşme, s. 28; Özdemir Kocasakal, DUK, s. 72; Tütüncübaşı, Serbesti, s. 37; Ekşi, Mukayese, s. 63-64; Erdem, Sözleşme, s. 103; Çelikel / Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 457.

¹⁷⁹ Doğan, V. / Kahveci / Durgun, Milletlerarası Ticaret Hukuku, s. 140.

¹⁸⁰ Doğan, V. / Kahveci / Durgun, Milletlerarası Ticaret Hukuku, s. 97.

¹⁸¹ RG: 25.02.1930-1433.

¹⁸² Şanlı / Esen / Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 9.

Yine bir varsayımsal örnek olarak sağlık turistinin Türkiye’de bir kamu hastanesinde ameliyat olması ve olunan ameliyat nedeniyle zarara uğradığı hâl düşünülebilir. Bu durumda sağlık turisti, hekime doğrudan tazminat davası açarsa dava usulden reddedilecektir. Zira belirtildiği üzere kamu hastanelerinde gerçekleştirilen tıbbî müdahalelerde meydana gelen uygulama hatalarından doğan zararlarda hizmet kusurundan dolayı doğrudan devletin sorumluluğu vardır. Bu durumda doğrudan doğruya hekime tazminat davası açılmaz.

2.12.4. Kamu Düzeni Müdahalesi ile Doğrudan Uygulanan Kuralların Farkı

Kamu düzeni müdahalesinde hakim, öncelikle olaya uygulanacak hukuku tespit eder ve daha sonrasında o hukukun içeriğini tespit eder. Uygulanacak yabancı hukuk kuralının olaya uygulanmasından sonra doğacak sonucu incelediğinde kamu düzenine aykırılık görüyorsa burada akmu düzeni müdahalesinde bulunacaktır. Doğrudan uygulanan kurallarda ise olaya yabancı hukuk uygulandıktan sonra ortaya çıkacak sonuç irdelenmez. Eğer hakimin hukukunun veya esasa uygulanacak hukukun doğrudan uygulanan kuralı varsa her şartta öncelikle onlar uygulanır¹⁸³.

2.13. Milletlerarası Yetki

2.13.1. Genel Olarak

Yabancılık unsuru barındıran özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümünde uygulanacak hukukun belirlenmesi kadar uyuşmazlığın hangi devletin mahkemelerinde görüleceği hususu da önem taşımaktadır. Devletlerin Milletlerarası Özel Hukuk kuralları, bu konuyu da ayrı olarak düzenlemektedir. Bu kurallar usul kuralları olarak karşımıza çıkmaktadır.

Milletlerarası yetki kavramı, bir devletin mahkemelerinin yabancılık unsuru taşıyan özel hukuk uyuşmazlıklarını görmeye yetkili olması anlamına gelmektedir¹⁸⁴.

¹⁸³ Tütüncübaşı, Serbesti, s. 35; Çelikel / Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 161.

¹⁸⁴ Can / Tuna, Usul, s. 57.

Milletlerarası yetki, devletlerin kendi iç hukuk düzenlemelerinde kendilerini yetkilendirmeleri sonucunda ortaya çıkmaktadır¹⁸⁵. Dolayısıyla milletlerarası yetki konusunda da dünya çapında mutabakata varılmış bir kurallar bütünü bulunmamaktadır. Bu yönüyle milletlerarası yetki kurallarının esas itibariyle millî kurallar olması söz konusudur¹⁸⁶. Devletler, uluslararası ilişkiler ve iş birliği konularını da göz önünde bulundurarak milletlerarası yetki konusunda diğer devletlerin mahkemelerinin yetkisini bertaraf edecek düzenlemelerden kaçınmaktadırlar¹⁸⁷.

2.13.2. Milletlerarası Yetkinin Belirlenmesi

Yabancılik unsuru barındıran bir özel hukuk uyuşmazlığı dava yoluyla çözüme kavuşturulmak istendiğinde öncelikle yapılması gereken, davanın hangi devletin mahkemelerinde görüleceğinin belirlenmesidir. Davanın açıldığı mahkeme, olaya uygulanacak hukuku tespit ederken kendi Milletlerarası Özel Hukuk kurallarına başvuracağından davanın hangi devlet mahkemesinde açılmış olması oldukça önemlidir¹⁸⁸.

2.13.2.1. Genel Düzenleme

Türk hukukunda milletlerarası yetkiyi tanımlayan yasal düzenleme, MÖHUK md. 40 vd. maddelerinde yapılmıştır. Kanun koyucu, milletlerarası yetkiyi düzenlerken maddî hukuk düzenlemelerine atıf yapmış bulunmaktadır¹⁸⁹. MÖHUK md. 40 metnine göre milletlerarası yetki konusunda iç hukukun yer itibariyle yetki kurallarına başvurulmalıdır. HMK düzenlemelerine göre genel yetkili mahkeme, davalının dava tarihindeki yerleşim yeri mahkemesidir. Ancak bazı durumlar için özel yetki düzenlemeleri yapılmıştır. Örneğin sözleşmeden doğan davalarda yetkili mahkeme, sözleşmenin ifa yeri mahkemesi iken haksız fiilden doğan davalarda

¹⁸⁵ Avşar, Melis, “Evlat Edinme Davalarında Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi”, Public and Private International Law Bulletin, C. 40, S. 2 (2020), s. 1156.

¹⁸⁶ İskenderoğlu, Sıdika Ayşegül, “Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi”, (Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2008, s. 6.

¹⁸⁷ Can / Tuna, Usul, s. 59.

¹⁸⁸ Can / Tuna, Usul, s. 75.

¹⁸⁹ İbiş, Çiğdem, “Milletlerarası Yetki Sözleşmeleri”, (İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Yüksek Lisans Programı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2018, s. 14.

yetkili mahkeme, haksız fiilin ika yeri veya zararın meydana geldiği yahut gelme olasılığının bulunduğu yer veya zarar görenin yerleşim yeri mahkemesidir.

Yabancılik unsuru barındıran sağlık turizmi faaliyetlerinden doğan uyuşmazlıklarda da MÖHUK atfı nedeniyle HMK hükümlerine göre değerlendirme yapılacaktır. Genel yetki kuralı doğrultusunda davaya bakma konusunda yetkili mahkeme hekimin dava tarihindeki yerleşim yeri mahkemesi olacaktır. Bunun yanında sözleşmeye aykırılıktan doğacak davalarda ise sözleşmenin ifa yeri olan hekimin iş yerinin bulunduğu yer mahkemesi yetkili olacaktır. Eğer sağlık turisti haksız fiil sorumluluğuna dayanarak dava açacaksa burada hekimin iş yerinin bulunduğu yer mahkemesi, zararın meydana geldiği veya gelme ihtimalinin bulunduğu yer mahkemesi veya kendi yerleşim yeri mahkemesi olacaktır.

MÖHUK md. 45 metninde yine MÖHUK md. 26 metninde düzenlenen tüketici sözleşmelerine ilişkin özel düzenleme yapılmışsa da çalışmamız md. 26 metnindeki sözleşmeleri kapsamadığından bu konuya değinilmeyecektir.

2.13.2.2. Yetki Sözleşmelerinin Bulunduğu Haller

Yabancılik unsuru barındıran hukukî uyuşmazlığın tarafları bir araya gelerek yetki sözleşmesi imzalayabilirler. Bu durum ise MÖHUK m. 47 metninde düzenlenmiştir. Uyuşmazlığın taraflarına yer itibariyle münhasır yetkinin bulunmadığı hallerde tarafların aralarında imzalayacakları yazılı bir sözleşme vasıtasıyla Türk mahkemelerinin yetkisini kaldırarak yabancı bir devletin mahkemelerini yetkilendirebilme olanağı tanınmıştır¹⁹⁰.

Taraflar, aralarında yetki sözleşmesi bulunmasına rağmen dava Türk mahkemelerinde açılırsa ve karşı tarafça yetki itirazında bulunulmazsa artık Türk mahkemelerinin de yetkili olduğu sonucuna varılır¹⁹¹.

Yargıtay, taraflar arasında yetki sözleşmesi bulunsa dahi yabancılik unsuru barındıran özel hukuk uyuşmazlığının çözümü için açılan davanın, davalının ikamet

¹⁹⁰ Esen, Emre, “Yabancı Mahkeme Lehine Yapılan Yetki Anlaşmasına Dayanan Yetki İtirazının Değerlendirilmesinde Dürüstlük Kuralının Etkisi ve Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 06.03.2009 Tarihli İçtihadının Eleştirisi”, Public and Private International Law Bulletin, C. 31, S. 1 (2011), s. 200.

¹⁹¹ Esen, Yetki, s. 201.

adresinde açılmış olması halinde davalı tarafından yapılan yetki itirazını dürüstlük kuralına aykırı saydığı kararları bulunmaktadır¹⁹².

Yabancılik unsuru barındıran sağlık turizmi faaliyetlerinden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarında hasta ile hekim arasında imzalanan hekimlik sözleşmesinde milletlerarası yetkiye ilişkin hüküm varsa öncelikle o hükme saygı gösterilecek ve davanın yetkili kılınan devletin mahkemelerinde açılması hukuka uygun olacaktır. Bunun yanında dava yetki sözleşmesinde belirlenen devlet mahkemelerinde değil de Türk mahkemelerinde açılacak olursa davalı tarafından itiraz edilmezse Türk mahkemelerinin yetkili olacağı söylenebilir. Bu durumda Yargıtay'ın dürüstlük kuralı yorumu da gözden kaçırılmamalıdır. Yargıtay'ın görüşünün kabul edildiği durumlarda davalı hekim yetki itirazında bulursa dahi bu itiraz dürüstlük kuralına aykırı bulunacak ve dava Türk mahkemelerinde görülmeye devam edecektir.

2.14. Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri

2.14.1. Tanım

Yabancılik unsuru içeren sözleşmelerden doğan borç ilişkileri, dava yolunun haricinde alternatif uyuşmazlık çözümleri vasıtasıyla da çözülebilmektedir¹⁹³. Arabuluculuk, tahkim bu alternatif uyuşmazlık çözümlerine örnek verilebilir. Hekimlerin hukukî sorumluluğu konusunda taraflar çok büyük oranda dava yoluna başvurdukları için çalışmamız kapsamını haddinden fazla genişletmemek adına alternatif uyuşmazlık çözümleri detaylıca incelenmeyecektir.

2.14.2. Arabuluculuk

Türkiye'de arabuluculuk müessesesi 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu¹⁹⁴ vasıtasıyla düzenlenmiştir. Kanun md. 2'de bulunan tanıma göre arabuluculuğun önemli noktaları; sistematik teknikler uygulamak, tarafları görüşmeleri amacıyla bir araya getirmek, taraflar arasında iletişim kurulmasını

¹⁹² Bu görüşün eleştirisi için bkz.: Esen, Yetki, s. 203-205.

¹⁹³ Uyanık, Sağlık Turizmi Hukuku, s. 89.

¹⁹⁴ RG: 22.06.2012-28331. Bundan itibaren HUAK olarak anılacaktır.

sağlamak, çözüm önerileri sunmak ve uzmanlık eğitimi almış kişiler tarafından yürütölmek olarak tanımlanmıştır.

Eskiden Türkiye’de hekimlik yapacak kişiler için aranan Türkiye vatandaşı olma kriteri, şimdi arabulucular için geçerlidir. HUAK md. 20 metninde yapılan düzenleme, arabulucuların Türkiye vatandaşı olmalarını şart koşmaktadır¹⁹⁵.

Arabuluculuk yolu, dava şartı olarak düzenlenen durumlar haricinde iradîdir, taraflar eşittir, uyuşmazlık konusu ve müzakere edilen bilgiler gizlidir, süreç başından sonuna kadar karşılıklı güven ilkesine dayanmaktadır¹⁹⁶. Bu özelliklerle birlikte taraflar bir araya gelerek arabulucuyu kendileri belirleyebilir, mahkeme harçlarını ödemekten, avukat masrafı yapmaktan kurtulabilirler¹⁹⁷.

Arabuluculuk yolunda arabulucu, herhangi bir yargılama faaliyeti yapmadan tarafları anlaşmaya davet etmektedir¹⁹⁸. Arabulucu, taraflar arasında yaşanan uyuşmazlığı bizzat çözme amacı taşımamaktadır. Arabulucunun esasen yapmaya çalıştığı, uyuşmazlığın taraflarca çözölmesine katkıda bulunmaktır¹⁹⁹.

Yürütölen arabuluculuk süreci; tarafların veya uyuşmazlık konusunda yabancılık unsuru bulunması, arabuluculuk sürecinin yürütöleceğı yerin başka bir ölkede olması veya yabancı bir devletin arabuluculuk usul kurallarına tabi olunması hâllerinde milletlerarası arabuluculuktan bahsedilebilir²⁰⁰.

Arabuluculuk müessesesinin iradîliği, kullanılan terimlerin içeriğı ve anlamı gibi konularda milletlerarası anlamda yeknesaklık henüz sağlanabilmiş değildir. Yabancılık unsuru barındıran özel hukuk ilişkilerinde; arabuluculuk sürecinin niteliğı, arabuluculuk sözleşmesinin içeriğı ve hükmü, sözleşmeye uygulanacak hukuk, arabulucunun hakları ve yükümlölükleri, arabuluculuk sürecinin sonunda imzalanan

¹⁹⁵ Öztürk, Necla, “Arabuluculuğun Milletlerarası Özel Hukuk Boyutu: Genel Bakış”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 31, S. 2, (2015), s. 211.

¹⁹⁶ Doğan, V. / Kahveci / Durgun, Milletlerarası Ticaret Hukuku, s. 1057.

¹⁹⁷ Yazar, Güven, Milletlerarası Özel Hukukta Arabuluculuk, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2019, s. 12 – 13.

¹⁹⁸ Yazar, Arabuluculuk, s. 10.

¹⁹⁹ Öztürk, N., Arabuluculuk, s. 209.

²⁰⁰ Öztürk, N., Arabuluculuk, s. 211.

anlaşma belgelerinin tanınması ve tenfizi gibi konularda henüz belirsizlikler bulunmaktadır. Uygulanacak hukukun tespiti, tüm bu faktörleri etkileyecektir²⁰¹.

Yabancılık unsuru barındıran sağlık turizmi faaliyeti sonucunda zarar gördüğünü iddia eden sağlık turisti, doğrudan hekime karşı dava açmaktan imtina edebilir ve alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurarak aralarındaki uyuşmazlığı hızlı ve güvenli şekilde çözmek isteyebilir. Bunun yanında Türk hukukuna göre TKHK md. 73/A maddesi gereği tüketici mahkemelerinde dava şartı arabuluculuk düzenlemesi getirildiğinden somut olaya Türk hukukunun uygulanacağı durumlarda hastaların zaten arabuluculuk yoluna başvurmadan dava açması mümkün olmayacaktır.

²⁰¹Ayrıntılı bilgi için bkz.: Öztürk, N., Arabuluculuk, s. 218 vd.; Yazar, Arabuluculuk, s. 75 vd.

SONUÇ

Doğadaki tüm canlılar gibi insan da sağlıklı olmayı amaçlamaktadır. Bu amacı gerçekleştirebilmek amacıyla insanlar birçok fedakârlık yapabilmekte, yaşadıkları yerden çok uzaktaki ülkelere seyahat edip gerekirse tüm birikimlerini harcamaktadırlar.

Devletlerin benimsedikleri ve uyguladıkları ekonomi, eğitim, sağlık, güvenlik politikaları gibi unsurlar, o ülkede yaşayanlara diğer insanlarla kıyaslandığında çeşitli avantaj ve dezavantajlar yaratmaktadır. Bu politikaları elverişli olan devletler, ülke dışından insanları kendisine çekmektedir. İnsanlar, cazip imkânlar sunan ülkelere tatil için, çalışmak için, yerleşmek için vb. gidebilmektedir. Bu amaçlara tedavi görmek de dahildir. Zira bazı ülkelerde sağlık hizmetine kavuşmak oldukça zor olabilmektedir. Bu zorluk; ekonomik koşullardan, fiziksel veya teknolojik imkansızlıklardan, eğitilmiş insan yokluğundan veya kanunî düzenlemelerden vb. kaynaklanabilir. Fırsatı olan insanlar bu durumlarda sağlık hizmeti almak amacıyla seyahate çıkmaktadır. Sağlık hizmeti almak amacıyla yapılan turistik faaliyetlere sağlık turizmi adı verilmektedir. Bu turistik faaliyetler, turistlerin kendi ülkeleri içinde yapabilecekleri gibi ülkelerinin dışına da gerçekleştirilebilmektedir.

Turizm ve sağlık sektörleri, dünya genelinde çok büyük piyasası bulunan iki sektördür. Bu iki sektörün bir araya gelmesi, sağlık turizmi sektörünü oluşturmaktadır. Sağlık turizminin dev piyasasından pay almak isteyen her devlet, bu yönde olumlu adımlar atmaya çalışmaktadır. Türkiye de bu devletlerden birisidir. Türkiye'nin kalkınma planları incelendiğinde yaklaşık 30 yıldır sağlık turizmine yönelik çalışmalar yapıldığı ve gelecekte de yapılmasının planlandığı görülecektir. Bu uğurda yasal düzenlemeler yapılmakta, kurumlara uymaları gereken standartlar getirilmekte, sağlık turizmi alanında çalışacak personeller yetiştirilmekte ve dünya çapında tanıtım faaliyetleri yürütülmektedir.

İnsanların kaybettikleri sağlıklarına tekrar kavuşmak, sağlıklarını kaybetmemek amacıyla veya gözlerine hoş görünmeyen vücut bölümleri hakkında değişiklik yapmak amacıyla başvurdukları bilimsel yöntemler, tıp biliminin faaliyet

alanını oluşturmaktadır. Tıp bilimi, insanın biyolojik yapısı gereği riskli bir alandır. Nitekim bazen aynı tıbbî müdahale yöntemi farklı kişiler üzerinde uygulandığında farklı sonuçlar doğurabilmektedir. Bunun yanında bazı durumlarda hastalar, kendileriyle ilgilenen sağlık çalışanının kusuru neticesinde zarara uğrayabilmektedirler. Hakkaniyet anlayışı gereğince kusurlu davranışı sonucunda başkasına zarar veren kişi, kural olarak ortaya çıkan zarardan sorumludur. Bu prensibin yorumlanmasıyla, hastanın zarar görmesine kusuru ile neden olan sağlık çalışanının da ortaya çıkan zarardan sorumlu olacağı söylenebilir. Bu hallerde uygulama hataları yapıldığı söylenebilir. Ancak bazı durumlarda zarar, hekimin kusurundan kaynaklanmamaktadır. Tıp literatüründe “komplikasyon” olarak adlandırılan durumlarda hasta zarar görmüşse dahi, sağlık çalışanının herhangi bir kusuru bulunmadığından, sağlık çalışanı hastanın gördüğü zarardan sorumlu olmaz.

Hekimin sorumluluğu; teşhis ve tedavi sırasında ve tedavi sonrasında gerçekleştirdiği eylemlerden, hastadan aydınlatılmış onam alınmamış olmasından, hatalı tıbbî müdahalede bulunulmasından, hastanın kayıtlarını tutmamaktan, hastanın saklı kalması gereken bilgilerini yaymaktan, meydana gelen komplikasyonu yönetememekten vb. kaynaklanabilmektedir.

Hastanın zarar gördüğü hallerde hekime kusur atfedilebiliyorsa orada uygulama hatasının varlığından söz edilebilir ve hekimin sorumluluğu doğar. Hekimler için bu sorumluluk; hukukî, cezaî, idarî veya meslekî olabilir. Hekimin aynı anda birden fazla alanda sorumluluğu da doğabilir.

Bu sorumluluklardan cezaî sorumluluk, kanunda suç olarak nitelendirilen bir fiili işlemiş hekimler hakkında doğacaktır. Hekimlerin cezaî sorumluluklarını düzenleyen özel bir kanun bulunmamaktadır. Bu nedenle hekimlerin cezaî sorumlulukları değerlendirilirken TCK hükümlerinden faydalanılmaktadır.

Hekimlerin idarî sorumluluğu ise kamu kurumlarında çalışan hekimler için geçerlidir. Hekimlere kusurlu davranışlarından dolayı örneğin 657 sayılı DMK uyarınca farklı yaptırımlar uygulanabilmektedir.

Hekimlerin meslekî sorumluluğu ise hekimlerin meslek odalarınca oluşturulan disiplin kurulları tarafından belirlenmektedir. Hekimler, meslekî faaliyetlerini

yürütürken birtakım etik ve deontolojik kurallara uymakla yükümlüdür. Bu kurallara uyulmadığı takdirde bu disiplin kurulları tarafından hekimlere uyarma, kınama, para cezası, meslekten men gibi yaptırımlar uygulanabilecektir.

Hekimin hukukî sorumluluğu ise hastanın gördüğü zararın tazmin edilmesinden ibarettir. Zira zararın meydana gelmesinde hekimin kusuru varsa zarar gören, ilgililerden zararının giderilmesini talep edebilecektir. Sorumlu hekim, hukukî sorumluluğu nedeniyle maddî ve/veya manevî tazminat ödemek durumunda kalabilecektir. Türkiye’de sağlık hizmeti alınırken oluşan zararın tazmini için başvurulacak hukukî yollar özel kanunlarla düzenlenmemiş; hekimlerin hukukî sorumluluklarının TMK ve TBK gibi genel kanunlar doğrultusunda belirlenmesi metodu benimsenmiştir. Hekimlerin hukukî sorumluluğunun doğması halinde ödeyecekleri tazminat miktarlarının yüklü miktarda olduğu göz önünde bulundurularak bu yola yapılan başvuru sayılarının günden güne artmakta olduğu söylenebilir. Bu nedenle hekimlere meslekî mesuliyet sigortası yaptırma zorunluluğu getirilmiştir.

Hukukumuzda hekimin hukukî sorumluluğuna başvurulacaksa; somut olaya göre değişmekle birlikte sözleşmeye aykırılık, haksız fiil, vekâletsiz iş görme veya *culpa in contrahendo* sorumluluk hükümlerine başvurulabilmektedir.

Sağlık hizmeti almak amacıyla Türkiye’ye gelen yabancı ülke vatandaşının veya Türkiye’de yaşayıp sağlık hizmeti almak amacıyla hekime başvuran yabancı ülke vatandaşının veya yabancı ülkede yaşayan Türkiye vatandaşının sağlık hizmeti almak amacıyla Türkiye’de çalışan hekime başvurmaları durumunda aralarındaki ilişkinin yabancılık unsuru barındıracağı söylenebilir. Başka olasılıklar da aradaki ilişkiye yabancılık unsuru katabilir. Bu yabancılık unsuru nedeniyle sağlık turisti, hukukî yollara başvurmak istediği zaman devreye Milletlerarası Özel Hukuk hükümleri girmektedir.

Tarafların adalet beklentilerini tatmin etmek, kamusal barışı sağlamak gibi amaçlarla bir devletin mahkemesinin başka bir devletin hukukunu uygulaması söz konusu olabilmektedir. Bunun gibi hallerde olaya hangi devletin hukukunun uygulanacağını düzenleyen kurallara kanunlar ihtilafı kuralları adı verilir ve her devlet, bu kuralları kendi iç hukuku kuralı olarak düzenler.

Türkiye’de Milletlerarası Özel Hukuk kuralları güncel olarak 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun bünyesinde düzenlenmiştir. MÖHUK md. 2 hükmüne göre hakim, önüne gelen yabancılık unsuru içeren uyuşmazlığın çözümü için öncelikle olaya uygulanacak hukuku re’sen araştırmalıdır. Olaya uygulanacak hukuk, kanunda izin verildiği hâllerde taraflarca belirlenebilir. Ancak bazen ihmalden, bazen bilmemekten veya kasten tarafların aralarındaki yabancılık unsuru taşıyan hukukî ilişkiye uygulanacak hukuku belirlemedikleri görülmektedir. Bu hallerde yine kanunda düzenlenen birtakım kurallara riayet edilerek olaya uygulanacak hukuk tespit edilecektir.

Hasta, hekimin sözleşmeye aykırılıktan doğan hukukî sorumluluğuna başvurmak isterse genel olarak MÖHUK md. 24 hükmü devreye girecektir. Buna göre taraflar, aralarındaki hekimlik sözleşmesinde uygulanacak hukuku serbest iradeleri ile kendileri belirleyebilmektedir. Eğer olaya uygulanacak hukuk taraflarca belirlenmediyse öncelikle olayla en sıkı ilişkili hukuk uygulanacaktır. En sıkı ilişkili hukuk kavramı, meslekî edim içeren sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun iş yeri hukuku olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla çalışma konumuz değerlendirildiğinde hekimin iş yeri Türkiye’de olduğundan olaya Türk hukuku uygulanacağı söylenebilir. Ancak olayla daha sıkı ilişkili hukuk varsa o yer hukuku uygulanmalıdır.

MÖHUK, AB Milletlerarası Özel Hukuk Mevzuatı örnek alınarak oluşturulduğundan kanun metninde birtakım özel sözleşme türleri için farklı düzenlemelerin yapıldığı da görülmektedir. Bu düzenlemelerden MÖHUK md. 26’da düzenlenen tüketici sözleşmeleri çalışmamız kapsamına girebilecektir. Bu maddeye göre tüketici sözleşmelerinde tüketicinin mutad meskeni hukukunun sağladığı koruma saklı kalarak taraflar olaya uygulanacak bir başka hukuk belirleyebilmektedir. Taraflar hukuk seçimi yapmamışlarsa bazı şartların varlığı halinde tüketicinin mutad meskeni hukuku uygulanacağı düzenlenmiştir. Ancak kanaatimizce maddenin son fıkrasında bulunan istisna hükmü gereğince tüketici sözleşmelerine ilişkin ihdas edilen md. 26’nın sağlık turizmi konusunda uygulanırlığı çok büyük oranda azalmıştır. Zira bu fıkra da paket turlar hariç olmak üzere hizmetin farklı bir ülkede sunulmasının zorunlu olması halinde bu maddenin uygulanmayacağı düzenlenmektedir. Çalışma konumuzu belirlerken ülkemize acentelerden bağımsız ve bireysel olarak gelen sağlık turistlerini incelemek üzere daraltma yapılmıştı. Dolayısıyla bu madde hükmü, sağlık turistine

sunulacak hizmetin Türkiye’de sunulacak olması nedeniyle çalışma konumuza giren uyuşmazlıklara uygulanamayacaktır. Ancak sağlık turistinın paket tur satın alarak Türkiye’ye gelmesi halinde veya mutad meskeni Türkiye’de bulunan yabancınn sağlık turizmi faaliyetlerine katılması halinde bu maddenin uygulanabilecektir.

Haksız fiil sorumluluğunda ise genel kural olarak haksız fiilin işlendiği yer hukuku; fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği ülke farklı ise zararın meydana geldiği ülke hukuku uygulanmalıdır. Bunun yanında tıpkı sözleşmelerde bulunan istisna kuralı gibi bir istisna kuralı da haksız fiiller için getirilmiştir. Olayla daha sıkı ilişkili hukuk varsa uyuşmazlığın çözümünde o hukuk uygulanmalıdır. 5718 sayılı MÖHUK, haksız fiilden doğan sorumluluk ilişkilerinde taraflara haksız fiil işlendikten sonra açıkça hukuk seçimi yapabilme imkanı vermektedir. Bunun yanında mağdura, olaya uygulanan hukuk ve sigorta sözleşmesi izin veriyorsa, doğrudan failin sigortacısına başvurabilme imkanı tanınmıştır.

MÖHUK md. 35’te ise kişisel verilerle ilgili özel bir haksız fiil kuralı getirilmiştir. Hekimlerin hasta kayıtlarını tutma yükümlülüğünden dolayı bu kişisel bilgileri almaları gerekmektedir. Eğer hekim, hastanın kişisel bilgilerini internette yayarsa veya yayılmasına sebep olursa burada hekimin sorumluluğu doğar ve uygulanacak hukuk MÖHUK md. 35’e göre belirlenir.

Vekâletsiz iş görme halleri MÖHUK’ta düzenlenmemiştir. Vekaletsiz iş görmeden doğan sorumluluk ilişkilerinde hastanın müdahaleden sonra müdahaleye muvafakat vermesi halinde hekim ile hasta arasında vekâlet sözleşmesi kurulmuş olur. Bu durumda MÖHUK’ta vekâlet sözleşmeleri de özel olarak düzenlenmediğinden olaya uygulanacak hukuk, sözleşmeleri düzenleyen genel hüküm olan md. 24 hükmüne göre belirlenecektir. Hastanın müdahaleye muvafakati yoksa haksız fiil hükümlerine göre hekimin sorumluluğuna başvurulabilir. Bu durumda MÖHUK md. 34’e göre belirleme yapılacaktır.

Culpa in Contrahendo sorumluluk da MÖHUK’ta ayrıca düzenlenmemiştir. Öğretideki kabule ve Yargıtay kararlarına göre taraflar arasında sözleşme kurulsaydı hangi hukuk uygulanacaksa bu hallerde de o hukuk uygulanmalıdır.

Türkiye’de belirli istisnalar haricinde mahkemelerde avukatla temsil olunma zorunluluğu yoktur. Tıp Hukuku mevzuatında münhasıran düzenleme yapılmadan hukuk eğitimi almamış kişilerin haklarını tek başlarına arayabilmeleri zordur. Bir avukattan yardım almaksızın kendi davasını yürütmek isteyen kişiler de genellikle usul eksikliklerinden sık sık hak kaybına uğramaktadır. Bu sorunun en azından Tıp Hukukunda çözülmesi adına ya mahkemelerde avukatla temsil zorunluluğunun getirilmesinin ya da mevzuat çalışmaları yapılarak Tıp Hukukunu baştan dizayn etmenin oldukça faydalı olacağı ortadadır.

Tıp Hukukunun multidisipliner bir alan olmasının yanı sıra sağlık turizmi kapsamında uygulanması gereken “*Milletlerarası Tıp Hukuku*”, Tıp Hukukuyla Milletlerarası Özel Hukuk branşlarının da birleşmesiyle meydana gelmektedir. Kanaatimce kanun koyucu, Tıp Hukuku konusunda uygulanacak net bir yasal düzenleme yapmalıdır. Aynı zamanda MÖHUK’a da, düzenlenecek bu kanuna atıf yapılan özel bir madde eklenmesi gerekmektedir. Tıp Hukukunda uzman mahkemeler kurulmalı; sağlık turizmine ilişkin detaylı ve toplu bir kanun ihdas edilmelidir. Yabancı hastalar, zarar gördükleri hâllerde zararlarının tazminini çabuk gerçekleştirebiliyor hale getirilmelidir. Böylelikle haklarına daha dolambaçsız yollardan ulaşabildiklerini gördüklerinde çevrelerine bu olumlu olaydan bahsedecekler ve sağlık turizmi açısından Türkiye, daha çok arzulanan bir duruma gelecektir. Zira unutulmamalıdır ki en iyi, başarılı ve maliyetsiz tanıtım faaliyeti, hizmetten memnun kalan kişinin çevresindeki insanlara anlattıklarıyla yapılacak olandır.

KAYNAKÇA

Acun Mekengeç, M. ve Yener Keskin, C. (2020). *Milletlerarası Özel Hukuk Pratik Çalışmaları* (3. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Akat, Ö. (2000). *Pazarlama Ağırlıklı Turizm İşletmeciliği*. Bursa: Ekin Kitabevi.

Akbaba, M. ve Davutoğlu, V. (2016). Sağlık ve Hukuk Kıskaçında Hekim: Ne Yapmalı?. *Türk Kardiyoloji Derneği Dergisi*, 44(7), 609-616.

Aksoy Gülaslan, P. (2015). Tıbbî Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Malî Sorumluluk Sigortası. H. Hakeri ve C. Doğan (Ed.), *Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu* (ss. 267-298). Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları.

Alibaba, A. (2018). MÖHUK Md. 24 Bağlamında Hukuk Seçiminin Seçilecek Hukuk Bakımından Sınırlandırılması. F. B. Tanrıbilir ve G. Gümüşlü Tunçağıl(Ed.), *10. Yılında Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun* (ss. 516-541). Ankara: Adalet Yayınevi.

Alkanat, M. B. (2002). Tıbbî Müdahalelerden Doğan Hukukî Sorumluluk. *Sürekli Tıp Eğitim Dergisi*, 11(5), 177-180.

Alparslan, H. H. (2017). *Milletlerarası Özel Hukukta Hukuk Seçimi*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul.

Altun, G. ve Yorulmaz, A. C. (2010). Yasal Değişiklikler Sonrası Hekim Sorumluluğu ve Malpraktis. *Trakya Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi*, 27(1), 7-12.

Anti Vaccine Theories Undermine Vaccination, CNN, <https://edition.cnn.com/2021/01/25/health/anti-vaccine-theories-undermine-vaccination/index.html> (Erişim Tarihi: 15.02.2021).

Arıncı, R. A. (2020). Estetik Cerrahîde Hekimin Hukukî Sorumlulukları ve Bu Sorumlulukların Eser Sözleşmesi Kapsamında Değerlendirilmesi H. Hakeri ve C. Doğan (Ed.), *İstanbul Medeniyet Üniversitesi Tıp Hukuku Araştırmaları Birimi III. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildirileri Kitabı (Cilt 2)* (ss. 603-706). Ankara: Adalet Yayınevi.

- Arslan, F. (2020). Hekimin Sorumluluğunun Belirlenmesi Bakımından Hekim ile Hasta Arasındaki İlişkinin Hukukî Mahiyeti. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 26(1), 400-422.
- Arslan, İ. (2012). *Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul (Mutad Mesken).
- Arslan, İ. (2013). 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk Ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Zımnî Hukuk Seçimi. *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, (2), 1-41 (Zımnî).
- Arslan, İ. (2018). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Milletlerarası Özel Hukuka Etkisi*. Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul (AİHS).
- Aslanova, K. (2013). Türkiye’de Sağlık Turizmi ve Sağlık Turizmi Hukuku. *Avrasya Uluslararası Araştırmalar Dergisi*, 2(3), 129-145.
- Aşçıoğlu, Ç. (1993). *Tıbbî Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar*. Ankara: Tek Işık Ofset Tesisleri.
- Aşı Karşıtlığı ve COVID-19. Teyit. <https://teyit.org/dosya-asi-karsitligi-ve-covid-19> (Erişim Tarihi: 15.02.2021).
- Aşirbekova, A. (2006). *Türk Cumhuriyetleri Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, Ankara.
- Atak, İ. (2020). Tıbbî Müdahalelerin Hukuka Uygunluk Şartları. *Türk Ortopedi ve Travmatoloji Birliği Derneği Dergisi*, (19), 19-26.
- Atalay, İ. O. (2010). Yabancılık Unsuru Taşıyan Tüketici Sözleşmelerinden Doğan İhtilafların Hallinde Uygulanacak Hukuk ve Yetkili Mahkeme İ. O. Atalay (Ed.), *Devletler Özel Hukuku Makalelerim* (ss. 143-147). İstanbul: Legal Kitapevi.
- Atay, E. E. (2019). *İdare Hukuku* (2. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Ateş, T. (2010). *Hekimlerin Cezaî ve Hukukî Sorumlulukları* (2. Baskı). İstanbul: Nobel Tıp Kitabevleri.
- Atıcı, E. (2007). Hasta – Hekim İlişkisi Kavramı. *Uludağ Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi*, 33(1), 45-50.

- Avşar, M. (2020). Evlat Edinme Davalarında Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi. *Public and Private International Law Bulletin*, 40(2), 1151-1173.
- Ayan, M. (1991). *Tıbbî Müdahalelerden Doğan Hukukî Sorumluluk*. Ankara: Kazancı Yayınları.
- Ayan, M. (2016). *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)* (11. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Aydın, D., Aypek, N. ve Aktepe, C. ve Şahbaz, R. P. ve Arslan, S. (2011). Türkiye’de Medikal Turizmin Geleceği, *Türkiye’de Medikal Turizm*. Sağlık Bakanlığı Yayınları. Ankara 2011. s. 1-22.
- Aydın, O. (2012). Türkiye’de Alternatif Bir Turizm; Sağlık Turizmi. *Karamanoğlu Mehmetbey Üniversitesi Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi*, 14(23), 91-96.
- Aydınlatılmış Onam Formu*.
https://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&view=article&id=983:&Itemid=65 (Erişim Tarihi: 13.02.2021).
- Aydoğdu, M. ve Kahveci, N. (2019). *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)* (4. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi.
- Aygün, M. (2014). Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ’e Armağan*, 16, 1025-1066.
- Aygün, M. (2018). MÖHUK Md. 24/4. Fıkra Uyarınca En Sıkı İlişkili Hukuk ve Değişiklik Önerisi. F. B. Tanrıbilir ve G. Gümüşlü Tunçağıl (Ed.), *10. Yılında Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun* (ss. 542-561) Ankara: Adalet Yayınevi. (Öneri).
- Aygün, M. ve Önal, A. (2016). Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Özel Hukukta Zamanaşımı. *Legal Hukuk Dergisi*, 14(165), 4907-4947.
- Aykın, A. C. ve Çınarlı S. (2016). *Sağlık Personelinin Hukukî Sorumluluğu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Badur, E. (2017). *Tıbbî Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller* (1. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Bakbak Özdemir, H. (2012). Hekimin Disiplin Sorumluluğu. *İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi "Sağlık Hukuku Makaleleri"* (ss. 245-259). İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları.

Balkan, A. (2019). *Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Sigorta Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, İzmir.

Balkar Bozkurt, S. (2011). Uluslararası Sözleşmelere Uygulanacak Kuralları Belirlemede Kullanılan Yöntemlere Eleştirel Bakış. *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 10(1), 141-196.

Barlıoğlu, H. C. (2018). *Defansif Tıp Unsuru Olarak Malpraktis*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Gaziantep.

Başalp, N. (2009) *Sorumsuzluk Anlaşmaları*. Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.

Başpınar, V. (2004). *Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu* (2. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Bayata Canyaş, A. (2011). Roma I Tüzüğü ile Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Örtülü Hukuk Seçimi. *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1(1), 110-121.

Bayraktar, K. (1972). *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezaî Sorumluluğu*. Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul.

Beyaztaş, F. Y. (2001). Dört Olgu Nedeniyle Tıbbî Yanlış Uygulama. *Cumhuriyet Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi*, 23(1), 49-53.

Borman, E. (2004). Health Tourism: Where Health Care Ethics and the State Collide. *British Medical Journal*, 328(7431), 60-61.

Brazilian Butt Lift: World's Most Dangerous Cosmetic Surgery. <https://www.theguardian.com/news/2021/feb/09/brazilian-butt-lift-worlds-most-dangerous-cosmetic-surgery> (Erişim Tarihi: 24.02.2021).

Briggs, A. (2013). *The Conflict of Laws* (3. Baskı). Oxford: Oxford University Press.

Burnett, J. J. and Baker, H. B. (2001). Assessing the Travel-Related Behaviors of the Mobility-Disabled Consumer. *Journal of Travel Research*, (40), 4-11.

Burtan, Ç. B. (2015). Tıpta Malpraktis ve İdarenin Sorumluluğu. H. HAKERİ ve C. DOĞAN (Ed.), *Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu* (ss. 323-353). Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları.

Bülbül, F. (2015). *Sağlık Turizminin Türkiye'deki Gelişimi*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Beykent Üniversitesi, İstanbul 2015.

Cambridge University Dictionary: <https://dictionary.cambridge.org/> (Erişim Tarihi: 02.02.2021).

Can, H. ve Tuna, E. (2019). *Milletlerarası Özel Hukuk* (4. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi.

Can, H. ve Tuna, E. (2019). *Milletlerarası Usul Hukuku* (2. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi.

Can, İ. Ö. (2012). Tıbbî Uygulama Hatalarıyla İlgili Tanımlar ve Kusur Oluşturan Eylemlere Örnekler. S. Kaynak ve Z. Yazar (Ed.), *Oftalmolojide Malpraktis Hekimin Yasal Hak ve Sorumlulukları* (ss. 35-42). İstanbul: Galenos Yayınevi.

Cansel, E. ve Özel, Ç. (2017) *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt – 1* (2. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Cengiz, İ. ve Küçükay, A. (2009). Tıbbî Malpraktis. *Tıbbî Malpraktisin Psikolojik Boyutları ve Özel Hastanede Çalışan Hekimin Tıbbî Malpraktisten Doğan Hukukî Sorumluluğu*. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, (37), 107-131.

Connell, J. (2006). Medical tourism: Sea, Sun, Sand and ... Surgery, *Tourism Management*, (27), 1093-1100 (Sea, Sun).

Connell, J. (2011). *Medical Tourism*. Sydney: Cabi.

Costa, C., Quintela, J. and Mendes, J. (2015). Health and Wellness Tourism: A Strategic Plan for Tourism and Thermalism Valorization of Sao Pedro do Sul. In M. Peris-Ortiz and J. Alvarez-Garcia (Eds.), *Health and Wellness Tourism Emergence of a New Market Segment* (pp. 21-33). Switzerland: Springer International Publishing.

Crouch, G. I. and Richie, J. R. B. (1999). Tourism. Competitiveness. And Societal Prosperity. *Journal of Business Research*, (44), 137-152.

Çakal, A. (2018). *Türk Özel Hukukunda Tıbbî Müdahaleye Rıza*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Çavdar, P. (2016). Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 22(3), 749-755.

Çeker, M. (2015). *Sigorta Hukuku* (12. Baskı). Adana: Karahan Kitabevi.

Çelik, Ç. A. (2018). *Tazminat ve Alacaklarda Sorumluluk ve Zamanaşımı* (3. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Çelikel, A. ve Erdem, B. B. (2020). *Milletlerarası Özel Hukuk* (16. Baskı). İstanbul: Beta Yayınları.

Çetin, G. (2006). Tıbbî Malpraktis. C. Yorulmaz ve G. Çetin (Ed.), *Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukukî ve Cezaî Sorumluluğu Tıbbî Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi* (ss. 31-42). İstanbul: İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Komisyonu.

Çılğınoglu, H. (2018). *Uluslararası Sağlık Turizminin Ekonomik, Hukukî ve İdarî Yönden Değerlendirilmesi: Türkiye'deki Hastaneler Üzerinde Örneklem*. Yayımlanmamış Doktora Tezi, Kastamonu Üniversitesi, Kastamonu.

Çiçekli, B. (2014). *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Yargıtay Kararları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Çilingiroğlu, C. (1991). *Özel Hukuk Yönünden Hastanın Tıbbî Müdahaleye Rızası*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul.

Çobanoğlu, N. (2009). Tıp Etiğinden Tıp Hukukuna Hasta Hakkı Olarak Aydınlatılmış Onam. *Ankara Barosu Başkanlığı Sağlık Hukuku Digestası Dergisi*, (1), 70-87.

Çoltu, A. (2012). Tıbbî Uygulama Hataları. I. *Tıp Hukuku Günleri Tıbbî Uygulama Hataları* Av. Dr. Hasan Çankaya Anısına (ss. 21-27). İstanbul: İstanbul Tabip Odası Yayınları.

De Wachter, M. A. M. (1997). The European Convention On Bioethics. *Hastings Center Report*. 27(1), 13-23.

Değdaş, U. C. (2018). Hatalı Tıbbî Uygulamadan (Malpraktis) Doğan Hukukî ve Cezaî Sorumluluk. *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1(6), 41-65.

Demir Gökyayla, C. (2018). Yeniden Kamu Düzeni. F. B. Tanrıbilir ve G. Gümüşlü Tunçağıl (Ed.), *10. Yılında Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun* (ss. 85-99). Ankara: Adalet Yayınevi.

Demir, M. (2008). Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 57(3), s. 225-252.

Demirel, B. (2005). Hekimin Yasal Sorumlulukları. *Gazi Tıp Dergisi*, 16(3), 99-106.

Demirkol, B. (2010). *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul.

Destebaşı, C. M. (2020). *Özel Hastanede Çalışan Hekimin Tıbbî Müdahaleden Kaynaklanan Hukukî Sorumluluğu*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Akdeniz Üniversitesi, Antalya.

Doğan, C. (2015). Bilirkişiliğin Hukuksal Yapısı ve Tıbbî Bilirkişilik. H. Hakeri ve C. Doğan (Ed.), *Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu* (ss. 391-497). Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları. (Bilirkişilik).

Doğan, C. (2020). Tıbbî Zararlar ve Hekimin Meslekî Sorumluluk Sigortası. H. Hakeri ve C. Doğan (Ed.), *III. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildirileri Kitabı Cilt 2* (ss. 347-430). Ankara: Adalet Yayınevi. (Sigorta).

Doğan, M. (2015). Özel Hastanelerin Tazminat Sorumluluğu. H. Hakeri ve C. Doğan (Ed.), *Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu* (ss. 21-62). Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları.

Doğan, M., Şahan, G. ve Atamulu, İ. (2019). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Doğan, V. (1995), Milletlerarası Özel Hukukta Zayıf Âkit Tarafın Korunması. *Milletlerarası Hukuk Bülteni*, (1-2), 21-42.

Doğan, V., Kahveci, S. ve Durgun, M. (2020). *Milletlerarası Ticaret Hukuku*. Ankara: Savaş Yayınevi.

Doğramacı, Y. G. (2020). Yargı Kararlarında Tıbbî Uygulama Hatasından Kaynaklanan Manevî Tazminat. H. Hakeri ve C. Doğan (Ed.), *III. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildirileri Kitabı Cilt 2* (ss. 315-346). Ankara: Adalet Yayınevi.

Doğramacı, Y. G. ve Erkol, Z. Z. (2018). Tüketici Hukukunun Hasta ve Hekim Haklarına Etkisi. İ. H. Hancı ve Y. Ünver (Ed.), *IV. Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi* (ss. 693-709). Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Dost, G. ve Çınarlı, S. (2020). Sağlık Turizmi Kapsamında Yabancı Hastaların Aydınlatılması Üzerine Kısa Tartışma. H. Hakeri ve C. Doğan (Ed.), *III. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildirileri Kitabı Cilt 2* (ss. 239-267). Ankara: Adalet Yayınevi.

DSÖ Hasta Hakları Amsterdam Bildirgesi Metni.
<https://sbu.saglik.gov.tr/hastahaklari/amsterdam.htm> (Erişim Tarihi: 16.02.2021).

DSÖ Hasta Hakları Lizbon Bildirgesi Metni.
<https://sbu.saglik.gov.tr/hastahaklari/lizbon.htm> (Erişim Tarihi: 16.02.2021).

DSÖ Resmî İnternet Sitesi. <https://www.who.int/> (Erişim Tarihi: 05.01.2021).

DSÖ Temel Belgeler. https://apps.who.int/gb/bd/pdf_files/BD_49th-en.pdf (Erişim Tarihi: 11.01.2021).

Duysak, M. (2009). Hekimin Tıbbî Uygulama Hatalarından Doğan Cezaî Sorumluluğu, *Ankara Barosu Hukuk Gündemi Dergisi*, 3(5), 25-38.

Edinsel, S. ve Adıgüzel, O. (2014). Türkiye'nin Sağlık Turizmi Açısından Son Beş Yıldaki Dünya Ülkeleri İçindeki Konumu ve Gelişmeler. *Çankırı Karatekin Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 4(2), 167-190.

Ekşi, N. (2014). Yabancı Hukukun Tespiti ve Uygulanması -Mukayeseli Bir İnceleme. *Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi*, 3(1), 3-96.

Emir, O. ve Arslantürk, Y. (2015). Perceptions of Tourism Students on Thermal Tourism in Afyonkarahisar. *Procedia-Social and Behavioral Sciences* (176), 565-570.

Erdem, B. B. (2010). 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da Düzenlenen Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Uygulanacak Olan Hukuk. *5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da Düzenlenen Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Uygulanacak Olan Hukuk Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Araştırmaları Merkezi Konferans Yayınları Serisi-2* (ss. 95-105). İstanbul: Legal Yayıncılık.

Erdoğan, E. (2015). *Medenî Usul Hukukunda Yabancılik Unsuru ve Sonuçları*. Yayımlanmamış Doktora Tezi, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, Ankara.

Erdoğan, E. (2007). *Hekim Hakları*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul.

Erkan, M. (2011). MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15(2), 81-121.

Erkan, M. (2016). Türk Milletlerarası Özel Hukuk Sisteminde Yabancı Hukukun Tatbiki: Olan vs. Olması Gereken. B. Tiryakioğlu, M. Aygün ve A. Önal ve K. Altıparmak ve C. Kaya (Ed.), *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu* (ss. 543-555). Ankara: Yetkin Yayınları. (Tatbik).

Erkiner, H. H. (2008). *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Milletlerarası Sorumluluğu*. Yayımlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, İstanbul.

Ersen Perçin, G. ve Baytaroglu, D. (2019). Public Order Intervention on the Recognition and Enforcement of Foreign Court Decisions. *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, (2019/2), 303-336.

Ersoy, L. V. (2014). Tıbbî Malpraktis. *Toraks Cerrahîsi Bülteni*, 5(1), 29-32.

Ersoy, Y. (2004). Tıbbî Hatanın Hukukî ve Cezaî Sonuçları. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (53), 161-190.

Ertuğ Ünder, Y. (2012). Asistan Hekimlerin Hukukî Sorumluluğu. *İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi "Sağlık Hukuku Makaleleri"* (ss. 35-49). İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları.

Esen, E. (2011). Yabancı Mahkeme Lehine Yapılan Yetki Anlaşmasına Dayanan Yetki İtirazının Değerlendirilmesinde Dürüstlük Kuralının Etkisi ve Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 06.03.2009 Tarihli İçtihadının Eleştirisi. *Public and Private International Law Bulletin*, 31(1), 191-207.

Fırat, A. (2017). Türkiye Sağlık İşletmelerinde Hasta Hakları ve Sorumlulukları. *İstanbul Gelişim Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi*, (2), 157-173.

Garcia-Altes, A. (2005). The Development of Health Tourism Services. *Annals of Tourism Research*, (32), 262-266.

García, J. Á., Rama, M. C. R., González-Vázquez, E. and Merigo Lindahl, J. M. (2015). Motivations for Implementing a System of Quality Management in Spanish Thalassotherapy Centers. In M. Peris-Ortiz and J. Alvarez-Garcia (Eds.), *Health and Wellness Tourism Emergence of a New Market Segment* (pp. 101-117). Switzerland: Springer International Publishing.

Gemalmaz, H. B. ve Ertan, İ. M. (2015). “Rabbim Cleveland Dedi” Sağlık Turizmi – İnsan Hakları İlişkisi Üzerine Başlangıç Notları. *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi*, 70(4), 1003-1039.

Gençay, İ. C. (2007). Sağlık Turizmi. M. Bulu ve H. Eraslan (Ed.), *Sürdürülebilir Rekabet Avantajı Elde Etmede Turizm Sektörü: Sektörel Stratejiler ve Uygulamalar* (ss. 172-179). İstanbul: Uluslararası Rekabet Araştırmaları Kurumu Derneği Yayınları.

Gojayeveva, A. (2009). Avrupa Biyotıp Sözleşmesi ve Türk Tıp Hukukuna Etkileri. *Ankara Barosu Başkanlığı Sağlık Hukuku Digestası Dergisi*, (1), 28-70.

Gök, A. K. (2019). *Milletlerarası Özel Hukukta Gerçek Kişilerin Şahsî Statüsü*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Hasan Kalyoncu Üniversitesi, Gaziantep 2019.

Gökcan, H. T. (2017). *Tıbbî Müdahaleden Doğan Hukukî ve Cezaî Sorumluluk* (3. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Gökşen, Ö. (2014). *Defansif Tıp ve Tıbbî Malpraktis Uygulamalarının Hukukî Boyutu, Çözüm Önerileri ve Meslekî Sorumluluk Sigortası*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Beykent Üniversitesi, İstanbul.

- Gönenç, F. İ. (2016). Hukukî ve Etik Boyutuyla Medikal Turizm. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 22(3), 1173-1184.
- Güler, Ç. (2011). *Latince Tıp Terimleri Sözlüğü*. Ankara: Palme Yayıncılık.
- Güler, Ç. (2012). *Öğrenci Tıp Sözlüğü*. Ankara: Palme Yayıncılık.
- Günday, R. (2009). *Tıbbî Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukukî Sorumluluk*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi, Ankara.
- Güney Tunalı, I. (2019). *Hekimin Tıbbî Müdahalede Bulunma Yükümlülüğünün Sınırları*. Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi, İstanbul.
- Güzeldemir, M. E. (2005). Hasta Bilgilendirmenin Önemi. *Sendrom Aktüel Tıp Dergisi*, 17(5), 1-28.
- Hakeri, H. (2009). Diş Hekimlerinin Yasal Sorumlulukları. *Ankara Barosu Başkanlığı Sağlık Hukuku Digestası Dergisi*, (1), 19-28 (Diş).
- Hakeri, H. (2009). Türkiye’de Sağlık Hukuku – Tıp Hukuku. *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6(2), 119-133 (Sağlık).
- Hakeri, H. (2014). Tıp Hukukunda Malpraktis Komplikasyon Ayrımı. *Toraks Cerrahîsi Bülteni*, 5(1), 23-28 (Ayrım).
- Hakeri, H. (2016). *Tıp Hukuku* (11. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık. (Tıp Hukuku).
- Hanyaloğlu, A. G. (2011). *Malpraktis, Hekimler İçin Hukuksal Yaklaşım ve Sigorta Rehberi*. İstanbul: Nobel Tıp Kitabevi.
- Harahsheh, S. (2002). *Curative Tourism in Jordan an Potential Development*. Thesis for the Fulfillment of MA in European Tourism Management, Bournemouth University, United Kingdom.
- Hatırnaz Erol, G. (2012). Özel Hastaneler ile Hasta Arasında Kurulan Hastaneye Kabul Sözleşmeleri ve 21.09.2009 Tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı İncelemesi. *İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi “Sağlık Hukuku Makaleleri”* (ss. 241-265). İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları. (Hastaneye Kabul).
- Hatırnaz Erol, G. (2017). *Özel Hastanelerin Hukukî Sorumluluğu ve Hasta Hakları* (5. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık. (Özel Hastaneler).

Hekim Hakları Bildirgesi. https://www.ttb.org.tr/makale_goster.php?Guid=484cccb8-9041-11ea-9b7d-6d38d16eb233 (Erişim Tarihi: 16.02.2021).

Hekimlik Andı Metni. https://www.ttb.org.tr/haber_goster.php?Guid=b6b3bd8a-c9e0-11e7-8a71-159198489f44 (Erişim Tarihi: 21.02.2021).

Hipokrat Yemini. Evrim Ağacı. <https://evrimagaci.org/hipokrat-yemini-nedir-tam-olarak-neler-soyler-2165>

İskenderoğlu, S. A. (2008). *Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, Ankara.

İstanbul Tabip Odası'nın Odaya Kayıt Olma Zorunluluğu Hakkında Bilgilendirme Yazısı Metni. (Erişim Tarihi: 29.01.2021).

<https://www.istabip.org.tr/5136-tabip-odasina-uyelik-zorunlulugu-hakkinda.html>.

Imhof, M. (2013). *Malpractice in Surgery: Safety Culture and Quality Management in the Hospital*. Berlin: Walter de Gruyter.

Işık, O. (2010). *Yargıtay Kararları Işığında Hekimin Hukukî Sorumluluğu*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi, Erzurum.

İldan, M. (2020). *5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 1. Maddesi Çerçevesinde Yabancılık Unsuru*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul.

İngiltere'de Zenginler İçin 250 Bin TL'ye Aşı Turizmi Başladı, *Evrensel*, <https://www.evrensel.net/haber/423542/ingilterede-zenginler-icin-250-bin-tlye-asi-turizmi-basladi> (Erişim Tarihi: 19.01.2021).

Kaçan, S. (2018). *Sağlık Turizminde Hasta Hakları*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi, İstanbul.

Kahraman, N. (1991). Sağlık Turizmi Kapsamında Kaplıcalarımızın Yeri ve Önemi. *Anatolia: Turizm Araştırmaları Dergisi*, (2), 10-12.

Kahraman, Z. (2020). Özel Hastanelerin Hukukî Sorumluluğu. *Banka ve Finans Hukuku Dergisi Prof. Dr. Ali Necip Ortan'a Armağan*, 1, 1269-1301.

Kalafat, A. (2013). Bir Danıştay Kararı Üzerine Vakıf Üniversitesi Akademik Personelinin Hukukî Statüsüne İlişkin Bazı Değerlendirmeler. *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, (24), 149-172.

Kalemoğlu, M. (2017). Hekimlerin Deontolojik, Cezaî ve Hukukî Sorumlulukları. *Nobel Medicus*, 13(2), 5-11.

Kalkınma Planları. <https://www.sbb.gov.tr/kalkinma-planlari/> (Erişim Tarihi: 14.12.2020).

Kantarcı, H. B. ve Kurban, A. (2014). The Healthcare Export and the Potential of Health Tourism in Turkey. *The Business & Management Review*, (5), 417-422.

Kara, D. (2019). Vekâlet Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk. *Public and Private International Law Bulletin*, 39(1), 145-188.

Karaca Dedeoğlu, A. (2019). Uluslararası Sağlık Turizminde Hastanın Özel Hayatının Gizliliği ve Mahremiyetinin Korunması Hakkı. *OPUS Uluslararası Toplum Araştırmaları Dergisi*, 10(17), 1875-1910.

Karacal, M. (2020). *Sağlık Ekonomisi Makro ve Mikro Yaklaşımlar*. Ankara: Gazi Kitabevi.

Karataş, M. ve Yakıncı, C. (2010). Tıbbî Hata Nedenleri ve Çözüm Yolları. *İnönü Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi*, 17(3), 233-236.

Katar Karakaş, M. ve Yüzbaşı, F. (2015). Kamu Hastanelerinde Yapılan Tıbbî Tedavi ve Girişimlerden Ötürü Hekimin Hukukî Sorumluluğu: Hastaneden Adlîyeye Uzanan Süreç. *Social and Legal Studies e-journal*, 1(1), s. 37-50.

Kavşat, F. C. (2017). *Kanunlar İhtilaflı Hukukunda Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkilerinde İrade Muhtariyeti Prensibi: MÖHUK ve Roma II Tüzüğü*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, Ankara.

Kaya, C. (2015). *Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni Kavramının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile İlişkisi*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul.

Kaya, M. (2012). Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü ve Kişilik Hakkı ile İlişkisi. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 1(8), 45-82.

- Kayaer, N. (2020). Tıp Ceza Hukukunda Tedavi Hatası. *Tıp Hukuku Dergisi*. (17), 69-139.
- Kayar, İ. (2019). *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler – Özel Borç İlişkileri* (11. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Kayıhan, Ş. ve Ünlütepe, M. (2018). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (6. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Kayık, A. (2011). *Milletlerarası Özel Hukukta Haksız Fiiller ve Uygulanacak Hukuk*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erciyesi Üniversitesi, Kayseri.
- Keskinbora, K. (2012). Komplikasyon ve Malpraktisin Yönetimi. S. Kaynak ve Z. Yazar (Ed.), *Oftalmolojide Malpraktis Hekimin Yasal Hak ve Sorumlulukları* (ss. 45-62). İstanbul: Galenos Yayınevi.
- Kılıç Güneş, B. (2014). *Hekimin Hukukî Sorumluluğu*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Yeditepe Üniversitesi, İstanbul.
- Kiremit, A. Ş. (2008). *Turizm Gelişiminde Bir Alternatif Olarak Medikal Turizm: Bir Sağlık Kuruluşunda Araştırma*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, Ankara.
- Koç, S. (2007). Yasal Düzenlemeler Çerçevesinde Hekim Sorumluluğu. *Türkderm Dergisi*, (41), 33-38.
- Koç, S. (2012). Sağlık Çalışanlarının Yasal Sorumlulukları ve Malpraktis S. Koç (Ed.), *1. Tıp Hukuku Günleri Tıbbî Uygulama Hataları Av. Dr. Hasan Çankaya Anısına*, (ss. 37-46). İstanbul: İstanbul Tabip Odası Yayınları. (Sağlık Çalışanları).
- Koç, S. (2014). Adlî Tıbbî Açısından Malpraktis ve Hekim Sorumluluğu. *Toraks Cerrahîsi Bülteni*, 5(1), 14 – 22. (Adlî Tıbbî).
- Konan, B. (2014). 1915 Tarihli “Memalik-i Osmaniye’de Bulunan Ecanibin Hukuk ve Vezaifi Hakkında Kanun-ı Muvakkat’a Göre Yabancıların Osmanlı Devletinde Hukukî Durumunun Değerlendirilmesi F. Gedikli (Ed.), *1. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri* (ss. 225-245). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Korkmaz Özcan, Z. (2009). *Yerel Yönetimlerde Özerklik ve İdarî Vesayet Denetimi*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi, Isparta.

Korkmaz, Y. (2019). Tıbbî Konsültasyon ve Kusurun Paylaştırılması Sorunu. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (140), 239-302.

Koyuncuoğlu, T. (2011). Doktor Sigortası mı. Hasta Sigortası mı?. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (92), 431-450.

Krüger, H. (2010). An Outline of the History of Turkish Law of Conflict. *5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da Düzenlenen Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Uygulanacak Olan Hukuk Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Araştırmaları Merkezi Konferans Yayınları Serisi-2* (ss. 75-94). İstanbul: Legal Yayıncılık.

Kurt, M. G. (2020). Tıbbî Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (146), 187-218.

Küpe, B. (2018). *Milletlerarası Özel Hukukta Şekil*. Yayımlanmamış Doktora Tezi, Atatürk Üniversitesi, Erzurum.

Lale, M. (2014). *Özetli – İçtihatlı Yargıtay Uygulamasında Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları.

Meral, Ö. O. (2017). Türk Borçlar Kanunu ve Türk Medenî Kanunu Kapsamında Sorumsuzluk Anlaşmalarının Geçerliliği. *Dokuz Eylül Üniversitesi Dergisi Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan*, 19, 1139-1206.

Mills, A. (2009). *The Confluence of Public and Private International Law: Justice. Pluralism and Subsidiarity in the International Constitutional Ordering of Private Law*. New York: Cambridge University Press.

Müller, H. and Kaufmann, E. L. (2001). Wellness Tourism: Market Analysis of a Special Health Tourism Segment and Implications for the Hotel Industry. *Journal of Vacation Marketing*, (7), 5-17.

Naranong, A. and Naranong, V. (2011). The Effects of Medical Tourism: Thailand's Experience. *Bulletin of the World Health Organization*, (89), 336-344.

Nişanyan Türkçe Etimoloji Sözlüğü: <https://www.nisanyansozluk.com/> (Erişim Tarihi: 13.01.2021).

Oğuz, N. Y. (1995). Klinik Uygulamada Hekim-Hasta İlişkisi, *T Klin Tıbbî Etik Dergisi*, 2(3), 59-65.

Online Etymology Dictionary.

https://www.etymonline.com/word/malpractice#etymonline_v_6751 (Erişim Tarihi: 06.02.2021).

Oral, T. Hekimin Yükümlülükleri, Türk Hukuk Sitesi,

http://www.turkhukuksitesi.com/makale_1048.htm (Erişim Tarihi: 16.02.2021).

Ozanoğlu, H. S. (2003). Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 52 (3), 55-77.

Öğüt, A., Güleş, H. K. ve Çetinkaya, A. Ş. (2003). *Bilişim Teknolojileri Işığında Turizm İşletmelerinde Yönetim*. Ankara: Nobel Akademik Yayıncılık.

Önal, A. (2016). Türk Hukuku ve AB Düzenlemeleri Çerçevesinde Vekâletsiz İş Görmeye Uygulanacak Hukuk. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan Sayısı*, 2161-2190.

Özbilen, A. B. (2013). Vücut Bütünlüğüne Yönelik Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Hâller. *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, (24), 99-124.

Özcan, B. G. ve Özel, Ç. (2007). Kişilik Hakları-Hasta Hakları Bağlamında Tıbbî Müdahale Dolayısıyla Çıkan Hukukî İlişkide Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rızaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler. *Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi*, 10(1), 49-73.

Özcan, Z. ve Özcanoglu, A. B. (2020). Yargıtay İçtihatları Işığında Malpraktis Komplikasyon Ayrımına Bağlı İspat Sorunları. *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, (16), 289-315.

Özçelik, V. (2020). Yabancı Hukukun Uygulanmasında Taraf Roller. *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 10(1), 190-220.

Özçetin, E. (2016). *Sağlık Alanında Malpraktis*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Beykent Üniversitesi, İstanbul 2016.

Özçetin, S. (2015). Sağlık Hizmet Kusurunda Rücu H. Hakeri, C. Doğan (Ed.), *Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu* (ss. 353-391). Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları.

Özdemir Kocasakal, H. (2010). Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları. *Milletlerarası Hukuk Bülteni*, (1-2), 27-88.

Özdemir Kocasakal, H. (2018). Doğrudan Uygulanan Kurallar. F. B. Tanrıbilir ve G. Gümürlü Tunçağıl (Ed.), *10. Yılında Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun* (ss. 48-84). Ankara: Adalet Yayınevi. (DUK).

Özdemir, H. (2009). Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinde Kayda Geçirme ve Sır Saklama Yükümlülüğü. *Ankara Barosu Başkanlığı Sağlık Hukuku Digestası Dergisi*, (1), 148-167 (Teşhis ve Tedavi).

Özdemir, H. (2012). Özel Hastanelerin Hukukî Sorumluluğu. *İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi "Sağlık Hukuku Makaleleri"* (ss. 295-312). İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları.

Özdemir, H. (2013). Hekimin Fiilinden Dolayı Zarar Gören Üçüncü Kişinin Hastaneye Karşı Talebinin Hukukî Niteliği ve Yargıtay'ın Görüşü. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (105), s. 263-290 (Üçüncü Kişi).

Özdemir, H. (2016). Hekimin Hukukî Sorumluluğu. *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11(1), 33-81 (Hukukî).

Özel, S. (2010). İmalatçının Sorumluluğu ve Kitle İletişim Araçları Yoluyla Kişilik Hakkının İhlalinde Uygulanacak Hukuk. *5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da Düzenlenen Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Uygulanacak Olan Hukuk Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Araştırmaları Merkezi Konferans Yayınları Serisi-2* (ss. 220-231). İstanbul: Legal Yayıncılık.

Özkara, E. (2015). Tıbbî Malpraktis ve Komplikasyon Ayrımı A. Altunkaş, İ. S. Söğüt ve H. Tacir (Ed.), *II. Ulusal Sağlık Hukuku "Tıbbî Müdahalenin Hukukî Yansımaları" Sempozyumu* (ss 111-117). Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Özkök, E. 20.02.2021, Dikkat Kardashian'ın Poposu Başımıza Büyük Bir İş Açabilir, *Hürriyet*, <https://www.hurriyet.com.tr/yazarlar/ertugrul-ozkok/dikkat-kardashianin-poposu-basimiza-buyuk-bir-is-acabilir-41744935> (Erişim Tarihi: 24.02.2021).

Özsarı, S. H. ve Karatana, Ö. (2013). Sağlık Turizmi Açısından Türkiye'nin Durumu. *Kartal Eğitim ve Araştırma Hastanesi Tıp Dergisi*, 24, 136-144.

Öztekin Gelgel, G. (2010). 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Bünyesinde Tüketici Sözleşmeleri. *5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da Düzenlenen Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Uygulanacak Olan Hukuk Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Araştırmaları Merkezi Konferans Yayınları Serisi-2*. (ss. 198-211). İstanbul: Legal Yayıncılık.

Öztürk Türkmen, H. (2014). Hekim-Hasta İlişkisinde Haklar ve Sorumluluklar. *Toraks Cerrahîsi Bülteni*, 5(1), 1-13.

Öztürk, G. (2019). *Sağlık Turizminde Hasta Hakları ve Etik Sorunsalı Üzerine Bir Araştırma*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Atılım Üniversitesi, Ankara.

Öztürk, N. (2015). Arabuluculuğun Milletlerarası Özel Hukuk Boyutu: Genel Bakış. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 31(2), 203-254.

Peiro, P. S. and Moure, O. M. (2015). Social Program Hydrotherapy IMSERSO in Horizon 2020. In M. Peris-Ortiz and J. Alvarez-Garcia (Eds.), *Health and Wellness Tourism Emergence of a New Market Segment* (pp. 133-153). Switzerland: Springer International Publishing.

Petek, H. (2006). Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8(1), 177-240.

Polat, O. (2019). Aydınlatılmış Onam. O. Polat (Ed.), *Tıbbî Uygulama Hataları* (3. Baskı) (169-179) Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Polat, O. ve Pakiş, I. (2011). Tıbbî Uygulama Hatalarında Hekim Sorumluluğu. *Acıbadem Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi*, 2(3), 119-125.

Reisoğlu, S. (2013). *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (24. Baskı). İstanbul: Beta Yayınları.

- Remzi, M. ve Aydın, S. (2019). *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (9. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi.
- Reva, Z. (2019). Tıbbî Uygulama Hatalarında Hukuksal Boyut O. Polat (Ed.), *Tıbbî Uygulama Hataları* (ss. 283-297). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Rogerson, P. (2013). *Collier's Conflict of Laws* (4. Baskı). New York: Cambridge University Press.
- Ruhi, A. C. (2014). *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun* (4. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Saatcıoğlu, O. C. (2009). Amerika Birleşik Devletleri ve Japonya'daki Özel Hukuk Uygulamalarında Tıbbî Malpraktis Olgusu. *Ankara Barosu Başkanlığı Sağlık Hukuku Digestası Dergisi*, (1), 190-209.
- Saatcıoğlu, O. C. (2021). Haksız Fiilden Doğan Talep Haklarına Uygulanacak Hukukun Tespitinde “Fer’i Bağlanma” Yöntemi. *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 25(1), 211-242 (Fer’i Bağlanma).
- Sağlık Bakanlığı Malpraktis Davalarına 7 Milyon Lira Ödedi.* <https://www.medimagazin.com.tr/hekim/hukuk-etik/tr-saglik-bakanligi-malpraktis-davalarina-7-milyon-lira-odedi-2-17-59644.html> (Erişim Tarihi: 21.01.2021).
- Savaş, H. (2012). Tıbbî Malpraktis ve Komplikasyondan Doğan Sorumluluklar. *İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi “Sağlık Hukuku Makaleleri”* (ss. 259-294). İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları. (Sorumluluk).
- Savaş, H. (2012). Tıbbî Uygulama Hatalarından Doğan Zararlar ve Tazmini. S. KOÇ (Ed.), *1. Tıp Hukuku Günleri Tıbbî Uygulama Hataları Av. Dr. Hasan Çankaya Anısına* (ss. 70-79). İstanbul: İstanbul Tabip Odası Yayınları.
- Savaş, H. (2013). *Yargıya Yansıyan Tıbbî Müdahale Hataları* (3. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık. (Yargıya Yansıyan).
- Savaş, N. (2012). Hekimin Tazminat Sorumluluğu. *İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi “Sağlık Hukuku Makaleleri”* (ss. 157-179). İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları.
- Sayek, F. (1998). *Sağlıkla İlgili Uluslararası Belgeler*. Ankara: Türk Tabipleri Birliği Yayınları.

Seatzu, F. (2003). *Insurance in Private International Law: A European Perspective*. Oxford-Portland Oregon: Hart Publishing.

Sert Canpolat, S. (2008). Özel Hastahanelerde Çalışan Doktorların ve Sağlık Personelinin Sorumluluklarının Değerlendirilmesi Bakımından Bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararının İncelenmesi. *Terazi Hukuk Dergisi*, 3(25), 39-49.

Sert Sütçü, S. (2020). COVID-19 Kapsamında Yeni Tedavi Yöntemlerinin Denenmesi ve Bu Denemelerin Hukuka Uygunluğu. *Terazi Hukuk Dergisi*, 15(166), 1267-1274.

Sert, G. (2018). Hasta Hakları. Ö. Yücel ve G. Sert (Ed.) *Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları* (ss. 125-154). Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Sert, S. (2015). Türk Hukukunda Kadın Doğum Hastalıkları Hekimlerinin Gerçekleştirdiği Müdahaleler ve Hekimlerin Yükümlülükleri. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1, 149-165.

Sever, D. Ç. (2018). Sağlık Hakkının Tanımlanması ve Mahkemelerce Kullanılması. Ö. Yücel ve G. Sert (Ed.) *Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları* (ss. 73-102). Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Seyyar, A. (2006). *Özürlülere Adanmış Sosyal Politika Yazıları*. Sakarya: Adapazarı Büyükşehir Belediyesi Yayınları.

Silik, C. E. (2020). Sağlık Turizmi. A. Olcay (Ed.), *Alternatif Turizm* (ss. 99-125). Ankara: Gazi Kitabevi.

Smith, M. and Kelly, C. (2006). Holistic Tourism: Journeys of the Self?. *Tourism Recreation Research*, (31), 15-24.

Somer, P. (2013). Komplikasyon Yönetimi. H. Hakeri, S. Akyıldız, F. Çelik, P. Somer (Ed.), *Tıp Hukuku Atölyesi – I* (ss. 105-129). Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Suyugül, N. (2012). Oftalmik Malpraktis Olgularından Örnekler. S. Kaynak ve Z. Yazar (Ed.), *Oftalmolojide Malpraktis Hekimin Yasal Hak ve Sorumlulukları* (ss. 96-104). İstanbul: Galenos Yayınevi.

Süzen, B. (2019). *Hukukî İşlemlerin Şekline Uygulanacak Hukuk*. Yayımlanmamış Doktora Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi, İstanbul.

- Şahin, M. F. (2019). Hekimin Gerçek Vekâletsiz İş Görmeden Kaynaklanan Sorumluluğu. *Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (1), 135-168.
- Şanlı, C. ve Esen, E. ve Ataman-Figanmeşe, İ. (2021). *Milletlerarası Özel Hukuk* (9. Baskı). İstanbul: Beta Yayınları.
- Şeker, M. (2013). 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanununa Göre Ismarlanmayan Şeyin Gönderilmesi. *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, (24), s. 81-98.
- Şenocak, Z. (2001). Küçüğün Tıbbî Müdahaleye Rızası. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 50(4), 65-80.
- Şenol, N. (2015). Hekimin Tazminat Sorumluluğu (Hekimin Hukukî Sorumluluğu) A. Altunkaş ve İ. S. Söğüt ve H. Tacir, *II. Ulusal Sağlık Hukuku “Tıbbî Müdahalenin Hukukî Yansımaları” Sempozyumu* (ss. 117-133). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Tahmazoğlu Üzeltürk, S. (2012). *Anayasa Hukuku Açısından Sağlık Hakkı (Ulusal ve Uluslararası Boyutuyla)*. İstanbul: Legal Yayıncılık.
- Tanrıbilir, F. B. (2010). 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Genel Hükümlerinde Yapılan Değişiklikler Üzerine. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (87), 195-227.
- Tarman, Z. D. (2008). Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun (MÖHUK)’un Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Düzenlenmesi (MÖHUK M. 34-35-36-37-38). *Legal Hukuk Dergisi*, (72), 4035-4046 (Akit Dışı).
- Tarman, Z. D. (2009). Akdî Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma I Tüzüğü. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 25(2), 299-332 (Akdî Roma I).
- Tarman, Z. D. (2010). 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) Uyarınca Yabancılik Unsuru Taşıyan Akdi Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 26(1), 143-171 (Akdî MÖHUK).

TBMM Görüşme Tutanakları.

<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MECMEB/mmbd03ic02c001/mmbd03ic02c001ink017.pdf> (Erişim Tarihi: 19.04.2021).

TDK Sözlüğü. <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 13.01.2021).

Tekinalp, G. (1978). Türk “Milletlerarası Özel Hukuk ve Milletlerarası Usul Hukuku Tasarısı”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 44(1-4), 91-121 (Tasarı).

Tiryakioğlu, B. (2010). Genel Olarak Haksız Fiillere, Haksız Rekabete ve Rekabetin Engellenmesine Uygulanacak Hukuk. *5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’da Düzenlenen Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Uygulanacak Olan Hukuk Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Araştırmaları Merkezi Konferans Yayınları Serisi-2*. İstanbul: Legal Yayıncılık. s. 212-219 (Haksız Fiil).

Tiryakioğlu, B. (2018). Uluslararası Özel Hukukta Zamanaşımı. F. B. Tanrıbilir ve G. Gümürlü Tunçağıl (Ed.), *10. Yılında Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun* (ss. 18-25). Ankara: Adalet Yayınevi. (Zamanaşımı).

Toker, A. G. (2016). 5718 Sayılı MÖHUK’ta Düzenlenen Tüketicinin Korunmasına Yönelik Hükümler. *İzmir Barosu Dergisi*, (3), 11-74.

Tontuş, H. Ö. (2015). *Tüm Yönleriyle Sağlık Turizmi*. Ankara: SATURK Yayını. (Tüm Yönler).

Tontuş, H. Ö. (2018). Sağlık Turizmi Tanıtımı ve Sağlık Hizmetlerinin Pazarlanması İlkeleri Üzerine Değerlendirme. *Disiplinlerarası Akademik Turizm Dergisi*, 3(1), 67-88.

Toprak, L., Elsaied, H. H. ve Mahmood, S. A.: Turizmin Yükselen Trendi: Sağlık Turizmi ve Güneydoğu Anadolu Bölgesi Örneği. *Journal of Social Sciences*. 13(50), 38-57.

Törenli Çakıroğlu, M. (2010). Hekimin Borçlarından Özel Olarak Sır Saklama Borcu. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 12(2), 159-181.

Turla, A., Köprülü, H., Şirin Karaarslan, E. ve Yüksel, G. (2006). Aydınlatılmış Onam. *Ondokuz Mayıs Üniversitesi Diş Hekimliği Fakültesi Dergisi*, 7(2), 157-163.

Tutumlu, M. A. (2019). *Tüketici Yargılaması Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Türe, M. G. ve Türe, O. (2017). Hekimin Hizmetten Çekilme Hakkı. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (131), 295-346.

Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları. Türk Tabipleri Birliği Yayınları. Ankara 2012.

Türkmen, A. (2013). *Hasta ve Hekim Hukuku* (2. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi.

Tütüncübaşı, U. (2018). *Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçme Serbestisi*. Ankara: Adalet Yayınevi.

Uluslararası Sağlık Hizmetleri AŞ. Sağlık Turizmi Verileri. <https://www.ushas.com.tr/saglik-turizmi-verileri/> (Erişim Tarihi: 21.12.2020).

UNCITRAL Resmî İnternet Sitesi. <https://uncitral.un.org/en/about> (Erişim Tarihi: 03.04.2021).

Uyanık, A. (2015). Sağlık Turizmi Hukuku. *Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi*, (36), 88-91.

Uyanık, A. (2021). Estetik Sağlık Turizmi Hukuku. *Tıp Hukuku Dergisi*, (19), s. 21-32 (Estetik).

Uygur, A. (2009). *Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu*. Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, Ankara.

Uzun, F. B. (2014). *Milletlerarası Özel Hukukta Gerçek Kişilerin Hak ve Fiil Ehliyeti*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul.

Ümit, C. (2017). Hekimlerin Mesleklerinin Uygulanmasından Doğan Ceza Sorumluluğu. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, (32), 197-246.

Ünder, Y. E. (2012). Hekimlerin Meslekî ve Akademik Özgürlüğü/Özerkliği. *İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi "Sağlık Hukuku Makaleleri"*. (ss. 221-244). İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları.

Ünlü, N. (2012). Meslekî Soruşturma ve Disiplin Cezalarında Yaklaşım. S. KAYNAK ve Z. YAZAR (Ed.), *Oftalmolojide Malpraktis Hekimin Yasal Hak ve Sorumlulukları* (ss. 62-71). İstanbul: Galenos Yayınevi.

Ünlüönen, K., Tayfun, A. ve Kılıçlar, A. (2011). *Turizm Ekonomisi* (4. Baskı). Ankara: Nobel Akademik Yayınları.

Ürekli, B. N. (2015). Malpraktis-Komplikasyon İlişkisi ve Hekimin Taksirli Eylem Sorumluluğu Bakımından Değerlendirilmesi (Ed. İsmail Hamit Hancı ve Yener Ünver) *IV. Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi*. Seçkin Yayıncılık. Ankara 2015. s. 421-442.

Üstün, Ç. (2009). Tıp'ta Etiğin Yerini Belirlemek (Türkiye Açısından Kısa Değerlendirme). *Ankara Barosu Başkanlığı Sağlık Hukuku Digestası Dergisi*, (1), 115-119.

Van Calster, G. (2016). *European Private International Law* (2. Baskı). Londra: Bloomsbury Publishing.

WHO Resource Book on Mental Health. Human Rights and Legislation (Ed. Melvyn Freeman and Soumitra Pathare). World Health Organization. Geneva 2005.

Yağcı, S. S. (2017). Milletlerarası Özel Hukukta Vasıflandırma. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan*, 19, 2633-2646.

Yalçın, H. (2017). *Sağlık Alanında Sorumluluk Hukuku ve Sigorta İlişkisi*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, Ankara.

Yalçın, P. (2006). *Türkiye'de Sağlık Turizminde Alt Yapı Oluşturulma Gereği ve Sağlık Kurumlarına Yönelik Bir Araştırma*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, Ankara.

Yalçıntepe, N. (2011). *Hekim Meslekî Sorumluluk Sigortası*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, İzmir.

Yale University, Hammurabi Kanunları Metinleri,
<https://avalon.law.yale.edu/ancient/hamframe.asp> (Erişim Tarihi: 06.02.2021).

Yarar, G. (2019). *Milletlerarası Özel Hukukta Arabuluculuk*. İstanbul: On İki Levha Yayınları.

Yaşar, T. N. (2013). Türk Mahkemelerinde Yabancı Hukukun Uygulanması. *Public and Private International Law Bulletin*. 33(2), s. 75-114.

Yavuz İpekyüz, F. (2015). Hekimin Tazminat Sorumluluğu. *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 20(33), 19-61.

- Yavuz, N. (2018). *Borçlar Hukuku El Kitabı*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Yeşiller, F. B. (2019). *Hekimlik Sözleşmesi ve Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi, Ankara.
- Yıldız, P. (2018). Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü. İ. H. Hancı ve Y. Ünver (Ed.), IV. Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi (ss. 191-214). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Yılmaz, A. (2015). *Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi, Ankara.
- Yılmaz, B. (2009). Aydınlatılmış Rıza. *Ankara Barosu Başkanlığı Sağlık Hukuku Digestası*, (1), 167-181 (Rıza).
- Yılmaz, B. (2017). *Açıklamalı İçtihatlı Hekimin Hukukî Sorumluluğu* (3. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi.
- Yılmaz, G. (2016). Türk Milletlerarası Özel Hukuku ve Roma II Tüzüğü Kapsamında Haksız Fiilden Doğan Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukukun Mukayeseli Olarak İncelenmesi. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, (22), 3103-3104.
- Yılmaz, K. (2019). Defansif Tıp Uygulamaları O. Polat (Ed.), *Tıbbî Uygulama Hataları*, (ss. 227-248). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Yongalık, A. (2018). Hekimlerin Meslekî Sorumluluk Sigortası Ö. Yücel ve G. Sert (Ed.) *Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları* (ss. 403-413). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Yöney, C. (2018). *Yabancı Hukukun Uygulanması*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul.
- Yördem, Y. (2019). Hekimin Hatalı Tıbbî Uygulamaya Bağlı Hukukî Sorumluluğu. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, (39), 129-155.
- Yücel, Ö. (2018). Hasta ve Hekim ile Sağlık Hizmeti Sunucusu Arasındaki Hukuksal İlişkinin Niteliği. Ö. Yücel ve G. Sert (Ed.) *Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları* (ss. 235-250). Ankara: Seçkin Yayıncılık, (Hukuksal İlişkinin Niteliği).

Yücel, Ö. (2018). Hekimin ve Özel Sağlık Kuruluşlarının Hukuksal Sorumluluğu. Ö. Yücel ve G. Sert (Ed.) *Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları* (ss. 337-374). Ankara: Seçkin Yayıncılık. (Hekim ve Özel).

Yücel, Ö. (2018). Medenî Hukuk Bakış Açısıyla Tıbbî Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları. Ö. Yücel ve G. Sert (Ed.) *Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları* (ss. 193-234). Ankara: Seçkin Yayıncılık. (Medenî Hukuk).

Yücel, Ö. (2018). Sağlık ve Tıp Hukukuna İlişkin Temel Kavramlar ve Özneler. Ö. Yücel ve G. Sert (Ed.) *Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları* (ss. 23-46). Ankara: Seçkin Yayıncılık. (Temel Kavramlar).

Yücel, Ö. (2018). Sağlık ve Tıp Hukukunda Uluslararası ve Ulusal Belgeler. Ö. Yücel ve G. Sert (Ed.) *Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları* (ss. 47-72). Ankara: Seçkin Yayıncılık. (Belgeler).

Yücesoy Yılmaz, Y. (2015). Hekim Aleyhine Açılan Tazminat Davalarında Zamanaşımı Uygulaması. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, (23), 273-294.

Zengin, N. (2012). Oftalmolojide Malpraktis Nasıl Önlenebilir? (Ed. Süleyman Kaynak ve Zeliha Yazar) *Oftalmolojide Malpraktis Hekimin Yasal Hak ve Sorumlulukları*. Galenos Yayınevi. İstanbul . s. 114-121.

Zorlu, S., Ülker, İ. ve Aydın, M. (2017). *Osmanlı Tıp Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi.

ÖZGEÇMİŞ

Sezgin KARMA, tarihinde doğmuştur. Alanya bitirdikten sonra tam burslu olarak kazandığı İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakóltesinde

Antalya Barosu

Alanya Kadın Hakları, Çocuk Hakları ve Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Kurulunda gönüllü avukatlık yaparak aktif görev almış, T.C. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Alanya Sosyal Hizmet Merkezi tarafından düzenlenen halka açık oturumda ve Çağdaş Yaşamı Destekleme Derneği Alanya Şubesinde Aile İçi Şiddet ve İstanbul Sözleşmesi konularında konuşmacı olarak yer almıştır. Kadına karşı şiddetin önlenmesi konusunda Alanya Koordinasyon Toplantılarının düzenleyicilerinden olup konuşmalarda moderatörlük görevini üstlenmiştir.