

HEKİMLİK SÖZLEŞMESİNİN TÜKETİCİ HUKUKU KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ¹

EVALUATION OF THE MEDICAL CONTRACT WITHIN UNDER CONSUMER CONTRACT

Cafer ÖZKAN

On Dokuz Mayıs Üniversitesi, Sosyal Bilimler Entitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Samsun/Türkiye
ORCID ID: 0000-0002-1164-1220

Cite As Özkan, C. (2021). "Hekimlik Sözleşmesinin Tüketici Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi", International Academic Social Resources Journal, (e-ISSN: 2636-7637), Vol:6, Issue:31, pp:1750-1764

ÖZET

6502 Sayılı TKHK, 28 Kasım 2013 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanmış ve birçok değişikliği beraberinde getirmiştir. Mülga Kanun'dan farklı olarak vekâlet ve eser sözleşmelerinin tüketici sözleşmesi olarak kabul edilmesi bunlardan birisidir. Bunun sonucunda, hekimlik sözleşmesi de Tüketici Hukuku kapsamında değerlendirilmeye başlanmıştır.

Çalışmamızda, hekimlik sözleşmesi, Tüketici Hukuku kapsamında değerlendirilerek, tüketici sözleşmesi niteliğinde olup olmadığı incelenmiştir. Sonuç olarak; hekimlik sözleşmesinin tüketici sözleşmesi olarak kabulü yönünde ilgili hukuki düzenlemeler bulunsa da bu durumun uygulamada birçok sorunu da beraberinde getirdiği görülmüştür.

Anahtar Kelimeler: Hasta, Hekim, Tüketici, Tüketici sözleşmesi, Hekimlik sözleşmesi

ABSTRACT

6502 numbered current "Law on Consumer Protection" published in the Official Gazette on the date of 28 November 2013 has brought several amendments. Acceptance of the contractor agreement and contract of mandate, as consumer contracts, differently from the repealed article is one of them. As a consequence, the medical contract is also began to evaluate under the Law on Consumer.

In this study, medical contract was evaluated under the Law on Consumer and it was examined whether it was a consumer contract or not. As a result, it brings so many problems together in practice although there is some legal arrangements related to the acceptance of medical contract as a consumer contract.

Key words: Patient, Doctor, Consumer, Consumer contract, Medical contract

1. GİRİŞ

Sağlığı bozulan kişinin tedavi olmak, acılarını azaltmak, sağlığını koruyucu tedbirler alınmasını istemek vb. amaçlarla, doğrudan veya hastane aracılığı ile hekime başvurması sonucu hasta hekim ilişkisi meydana gelir.² Hasta hekim ilişkisinde temel amaç hastanın ihtiyaç ve beklentilerinin karşılanmasıdır. Bu ilişkide güç dengesi, hekim lehinedir. Bu durumda hastanın gözetilmesi gereken hakları, hekime çeşitli sorumluluklar yükleyerek güvence altına alınmaktadır.³

Hasta ile hekim arasındaki hukuki ilişki; vekâletsiz iş görme, haksız fiil ve sözleşme ilişkisi olarak üç şekilde ortaya çıkabilir.⁴ Bunun yanında hukuki niteliği tartışmalı olsa da culpa in contrahendo sorumluluğu da dördüncü hukuki ilişki olarak eklenebilir.⁵ Hasta ile bağımsız çalışan hekim arasındaki sözleşmeye hekimlik sözleşmesi adı verilmektedir. Hekimlik sözleşmesinin hukuki niteliği tartışmalı olmakla birlikte genel olarak taraflar arasındaki güven ilişkisi nedeniyle vekâlet sözleşmesi olarak kabul edilmektedir. Bunun yanında güzelleştirme amaçlı estetik müdahale gibi hizmetler eser sözleşmesi olarak da nitelendirilmektedir.

4077 S. TKHK döneminde, vekâlet ve eser sözleşmesi, tüketici işlemi olarak kabul edilmezken; 6502 S. TKHK'da, vekâlet ve eser sözleşmesi açık bir şekilde tüketici işlemi olarak kabul edilmiştir. Tüketici mahkemelerinin görev alanının genişlemesine neden olan bu durum nedeniyle hekimlik sözleşmesi de tüketici sözleşmesi olarak kabul görmeye başlamış, bu durum Yargıtay kararlarına da yansımıştır.⁶

¹ Bu çalışma yazar tarafından On Dokuz Mayıs Üniversitesi, Sosyal Bilimler Entitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalında hazırlanan tezden türetilmiştir.

² Yasemin Neyyire Oğuz, Deniz Kırmısoy Kucur, Harun Tepe ve Nüket Örnek Büken, Biyoetik Terimleri Sözlüğü, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara 2005, s.132.

³ Haluk Tanrıverdi, Orhan Akova, Banu Çevik, "Tıp Etiği Açısından Hekim Hakları", Bitlis Eren Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C.3, S.1, 2014, ss.21-30, s.24

⁴ Hakan Hakeri, Tıp Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 12. Baskı, İstanbul 2017, s.349

⁵ Hayrunnisa Özdemir, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.11, S.1, 2016, s.35

⁶ Y 13. HD. 08.03.2016T ve 2016/1312 E., 2016/6953 K. sayılı kararında ise Dava 4077 sayılı yasanın yürürlükte bulunduğu tarihte açıldığı için görev yeri Asliye hukuk mahkemesi olarak belirlenmiştir. Y 17.HD., 12.01.2015 T. 2014/25079 E., 2015/131 K. sayılı kararında ise Asliye Hukuk Mahkemesi ve Tüketici Mahkemesi dava ile ilgili görevsizlik kararı vermiş. Yapılan incelemede dava konusu hastaneye kabul sözleşmesine ait uyuşmazlığın çözüm yeri Tüketici mahkemesi olarak belirlenmiştir.

Günümüzde, zayıf olan tarafın korunarak sosyal adaletin sağlanması düşüncesi birçok hukuksal düzenlemenin çıkış noktası olarak görülmektedir.⁷ Çocuğun korunması, işçi hakları veya azınlık hakları ile ilgili düzenleme yapılmasında temel amaç zayıfın korunmasıdır. Tüketici Hukuku'nun doğuşunun da temel nedeni zayıf olan tüketicinin korunmasıdır. Tüketici, mal ve hizmet alımı yaptığı hukuki işlemlerde hem ekonomik ve sosyal olarak hem de bilgisizlikten kaynaklanan olumsuzluklar nedeniyle taraf olarak güçsüz konumdadır.⁸

Hasta hekim ilişkisinde de hasta, hekime göre bilgi ve tecrübe açısından zayıf mıdır? Bu nedenle tüketicinin korunmasına benzer şekilde korunmalı mıdır? Hasta hekim arasındaki sözleşme ilişkisinin tüketici sözleşmesi olarak kabul edilmesi kanuni düzenlemelere dayanıyor olsa da, yerindeliği hala tartışma konusudur. Çalışmamızda hekimlik sözleşmesinin hukuki niteliği ele alınacak ve tüketici sözleşmesi olarak değerlendirilecektir. Hekimlik sözleşmesi değerlendirilirken tıp etiği kuralları da dikkate alınacaktır.

2. TEMEL KAVRAMLAR

2.1. Hasta ve Hekim

Fiziksel veya ruhsal olarak sağlık ve iyilik hali içinde olmayan, bu nedenle sağlık hizmetlerinden yararlanmak için sağlık personeline ihtiyaç duyan kişiye hasta adı verilmektedir.⁹ Hasta Hakları Yönetmeliği'nde¹⁰ ise hasta, “Sağlık hizmetinden faydalanma ihtiyacı bulunan kimse” şeklinde tanımlanmıştır. Sağlık hizmeti kavramı, tedavi hizmeti kavramına göre daha geniş kapsamlı olup, kişilerin sağlık hizmetlerinden yararlanması için daha uygun bir ifade olarak nitelendirilmektedir.¹¹

Kişi, hukuki anlamda, hastaneye ya da doğrudan hekime başvurduğu andan itibaren hasta olarak kabul görmektedir. Hastanın çoğunlukla mevcut sağlık sorunlarının çözümü için hekime başvurduğu düşünülse de hekime başvurmak için kişinin sağlık durumunun kötü olması gerekmez. Örneğin kişiden kan alınması, aşı olmak, güzelleşme amaçlı müdahale maksadıyla, sağlık raporu almak veya organ bağıışı yapmak için başvurma, kişinin hasta olarak nitelendirilmesi için yeterlidir.¹²

Hekim, tıp fakültesinden mezun olarak, tıp biliminin kurallarına uygun bir şekilde insan sağlığı ile ilgilenmeyi amaç edinen kişidir.¹³ 1219 S. Tababet ve Şuabatı Tarzı İcrasına Dair Kanun¹⁴ m.1'de, “Türkiye Cumhuriyeti dâhilinde tababet icra ve herhangi surette olursa olsun, hasta tedavi edebilmek için tıp fakültesinden diplomaya sahip olmak şarttır” ifadesi yer almaktadır. Buna göre, Türkiye’de hekim olarak görev yapabilmenin ön şartı Tıp Fakültesi mezunu olmaktır. Daha önceden hekimlerin Türk vatandaşı olması şartı da aranırken, 1219 S. Kanun’da yapılan değişiklik¹⁵ ile bu şart kaldırılmıştır.

Bağımsız olarak çalışan hekimlerin, mesleğini icra edebilmesi için 6023 S. Türk Tabipler Birliği Kanunu¹⁶ m.7'ye göre tabip odalarına kayıt olmaları zorunludur. Bunun yanında kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan hekimler için böyle bir zorunluluk yoktur.

2.2. Hekimlik Sözleşmesi

2.2.1. Genel Olarak

Hekimlik sözleşmesi, mesleğini serbest olarak icra eden hekim ile hasta veya kanunî temsilcisi arasında ve belirli bir ücret karşılığında yapılan, öncelikle, hekimin tıp biliminin öngördüğü esaslar çerçevesinde gerekli teşhisi koymak ve en uygun tedaviyi seçip uygulamak yükümlülüğünü içeren bir sözleşme olarak tanımlanmaktadır.¹⁷

⁷Çağlar Özel, “Hukuksal Açıdan Tüketicinin Korunması ve Tüketicinin Korunma Gerekliliğine İlişkin Bir Değerlendirme”, Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C.26, S.1, 2008, s.293

⁸Lale Sirmen, “Tüketici Hukukunun Amacı ve Özellikleri”, Yaşar Üniversitesi Dergisi, C.8, 2013, s.2466

⁹Filiz Yavuz İpekyüz, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006, s.20; Mehmet Demir, Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.57, S.3, Ankara 2008, s.234

¹⁰RG. 01.08.1998 S. 23420

¹¹Gürkan Sert, Uluslararası Bildirgeler ve Tıp Etiği Çerçevesinde Hasta Hakları, Babil Yayınları, İstanbul 2004, s.109.

¹²Nihan Koyuncu Aktaş, Hekimin Özen Borcuna Aykırılıktan Doğan Sözleşmesel Sorumluluğu, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, İstanbul 2020,23; Meliha Aksüt, Hasta Hakları, Zirve Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Gaziantep 2015, s.8

¹³Fatma Begüm Yeşiller, Hekimlik Sözleşmesi ve Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2019, s.7.

¹⁴RG. T.11.04.1928 S.863

¹⁵ 11.10.2011 tarihinde 663 S. KHK ile yapılan değişikliktir.

¹⁶ RG. T.31.01.1953 S.8323.

¹⁷Mehmet Demir, Hekimin Sorumluluğu, s.232; Özdemir, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, s.40; Yavuz İpekyüz, s.16

2.2.2. Hukuki Niteliği

Hekimlik sözleşmesi, mevzuatımızda özel bir sözleşme çeşidi olarak düzenlenmemiştir. Bu nedenle, ilk olarak hekimlik sözleşmesinin isimsiz sözleşme olabileceği düşünülse de sözleşmenin unsurları incelendiğinde, TBK'nda düzenlenen bazı sözleşme tipleri ile benzerlik gösterdiği görülmektedir.¹⁸ Buna göre, hekimlik sözleşmesinin TBK'nda belirtilen iş görme sözleşmelerinden birisi ya da bunlardan bağımsız olarak isimsiz sözleşme olabileceği şeklinde farklı görüşler mevcuttur.

2.2.2.1. Hizmet Sözleşmesi

Bir iş görme sözleşmesi olarak hizmet sözleşmesi, TBK m.393/1'de "...işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşme" şeklinde tanımlanmıştır. Hizmet sözleşmesinde işçinin işverene bağımlı olarak çalışması, belirli veya belirsiz süre için iş görmesi ve işverenin hizmet karşılığında ücret ödemesi temel unsurlarıdır.¹⁹

İşçinin işverene bağımlı olması temel olarak, hukuki, ekonomik ve kişisel bağ olarak incelenmektedir. Hukuki ve kişisel bağımlılık olarak ifade edilen işverenin talimatlarına uyma yükümlülüğü ve talimata göre iş yapma edimi, hizmet sözleşmesinin ayırt edici özelliği olarak görülmektedir. Bir sözleşmenin hizmet sözleşmesi olup olmadığı değerlendirilirken Yargıtay kararlarında da bağımlılık unsuru dikkate alınmaktadır.²⁰ Bağımlılık ilkesi gereği işçi ile işveren arasında astlık üstlük ilişkisi bulunurken hasta hekim ilişkisinin güvene dayalı karşılıklı işbirliği şeklinde olduğu görülmektedir.²¹

Hizmet sözleşmesinde ayırt edici diğer bir unsur zaman unsurudur. Zaman unsuru, bir Yargıtay kararında; çalışanın iş gücünü belirli veya belirsiz bir süre içinde işveren veya vekilinin buyruğunda bulundurması olarak ifade edilmiştir.²² Hizmet sözleşmesinde işçi, çalıştığı süre için ücret almayı hak ederken, hekimlik sözleşmesinde ise hekimin özenli bir şekilde hastayı tedavi etmesi gerekir. Aynı nitelikte uygulanan tedavinin ne kadar süre içinde yapıldığının bir önemi yoktur.

Hekimlik sözleşmesinin hizmet sözleşmesi olduğu görüşü hukukumuzda baskın olarak kabul görmezken bu nitelendirmenin esas kaynağı Alman hukukudur.²³ Roma Hukukunda vekâlet sözleşmesinde ücret alınmayacağı kuralı²⁴ Alman Hukukunda aynen benimsendiğinden ücret alınan hekimlik sözleşmeleri, buna imkân veren hizmet sözleşmesi olarak değerlendirilmiştir.²⁵ Ancak Türk Hukukunda, vekâlet sözleşmesinde ücret alınmayacağı gibi bir kural mevcut değildir. Bu nedenle hastanın ücret ödemesi edimine dayanarak, hekimlik sözleşmesinin hizmet sözleşmesi niteliğinde olduğunu söylemek güçtür.

2.2.2.2. Eser Sözleşmesi

Eser sözleşmesi, iş görme sözleşmelerinden biri olup TBK m.470'de "*Yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşme*" şeklinde ifade edilmiştir. Eser sözleşmesinde, iş görme sonucu, somut veya soyut²⁶ olarak ortaya çıkan ekonomik sonuca "eser" adı verilmektedir. Eser yeni bir şey olabileceği gibi var olan bir şeyin değiştirilmesi, onarılması, yok edilmesi ile meydana gelen sonuç da olabilir.

Eser sözleşmesinin tarafları; bir eser yapılmasını talep eden "*iş sahibi*" ve eseri meydana getirerek teslim edecek olan "*yüklenici*" olarak kabul edilir.²⁷ Eser sözleşmesinde, yüklenici sözleşmeye uygun olarak belirtilen şekilde bir eser meydana getirmeli ve bunu iş sahibine teslim etmelidir. Hekimlik sözleşmesinde ise hekim, bilimsel standartlara uygun olarak özenli bir şekilde hastanın teşhis ve tedavisine yönelik gerekli

¹⁸Özdemir, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, s.40

¹⁹Fikret Eren, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, 8. Baskı, Ankara 2020, s.554; Mustafa Alper Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.1, Vedat Kitapçılık, 3. Basım, İstanbul 2013, s.382

²⁰Y. 10. HD. 07.03.2014 T. 2014/2665 E.2014/5044 K.

²¹Çağrı Ülker, Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Hukuki Niteliği, İstanbul Ticaret Üniversitesi Dış Ticaret Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2017, s.68

²²Y. 10. HD. 11.09.2017 T. 2017/3099 E. 2017/5589 K.

²³Hekimlik Sözleşmesinin Hizmet Sözleşmesi olduğu görüşü için bkz. Süheyl Donay, Doktorun Hukuki Sorumluluğu, İktisadi ve Ticari İlimler Dergisi, S. 10, 1968, s. 44.

²⁴Türkan Rado, Roma Hukuku Dersleri, Filiz Kitapevi, 10. Baskı, İstanbul 2014, s.119.

²⁵Ayşe Palanduz, Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu, Özyeğin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2016, s.36

²⁶Eserin somut olduğu gibi soyut da olabileceği günümüzde baskın görüş olarak kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Cevdet Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2014, s.986

²⁷Eren, s.613; Yavuz, s.986.

edimleri yerine getirdiği takdirde borcundan kurtulabilir.²⁸ Buna göre, eser sözleşmesinde önemli olan edim sonucu iken, hekimlik sözleşmesinde temel ilkenin özenli edim fiili olduğu söylenebilir.²⁹

Hekim, hastanın tedavisinin başarılı geçip geçmeyeceği konusunda birçok risk faktörün rol oynaması nedeniyle edim sonucunu taahhüt edemez. Gerekli bütün özenin gösterilmesine rağmen, hasta tedavi sonucunda iyileşmemiş olabilir.³⁰ Hastanın tedavi sonucu iyileşmemiş olması, hekimin sözleşmeye aykırı hareket ettiği anlamına gelmemektedir.

Birçok riski barındıran, özellikle geniş çaplı tıbbi müdahalelerin olduğu durumlar başta olmak üzere kişinin sağlık durumunun iyileştirilmesi amacı ile yapılan tedavilerde hekimlik sözleşmesinin eser sözleşmesi niteliğinde olmadığı sonucuna varılmaktadır. Bunun yanında esas olarak tedavi amacı taşımayan ve hastane tarafından müdahale sonucunun taahhüt edilebilir olmasına göre yapılan uygulamaların eser sözleşmesi olarak nitelendirilebileceği kabul edilmektedir.³¹ Benzer şekilde Yargıtay da güzelleştirme amaçlı estetik müdahaleler gibi sonuç odaklı tedavilerde hekimlik sözleşmesini eser sözleşmesi olarak nitelendirmektedir. Örneğin; bir Yargıtay kararında, doktorun estetik görünüm konusunda belli bir sonucun ortaya çıkması ile ilgili hastasına güvence vermiş olması nedeniyle aradaki ilişkinin eser sözleşmesi olduğu sonucuna varılmıştır.³² Yargıtay'ın güzelleştirme amaçlı estetik operasyonlarını eser sözleşmesi olarak kabul etmesi haricinde, esaslı amacın güzelleştirmeden ziyade tedavi olduğu durumlarda dahi hekimin güzelleştirme konusunda sonucu taahhüt etmesi halinde taraflar arasındaki hukuki ilişki aynı şekilde eser sözleşmesi olarak nitelendirmiştir.³³

Yargıtay'ın aksine, sonuç odaklı olan estetik ameliyatların dahi eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesine karşı çıkan görüşler de mevcuttur. Öncelikle estetik müdahalelerde sonucun taahhüt edilebilir olmadığı savunulmaktadır.³⁴ Bunun yanında güzelleştirme sonucuna odaklı olsa da her durumda temel amacın kişiye sağlık kazandırmak olmasından ötürü, estetik müdahalelerin eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesinin uygun olmadığı belirtilmektedir.³⁵ Ayrıca, estetik müdahalelerde tarafların birbirine belirgin bir biçimde güven ilişkisi içinde olması eser sözleşmesinden çok vekâlet sözleşmesini öne çıkarmaktadır.³⁶

Eser sözleşmesinde sonucun taahhüt edilmesi beklenirken hasta hekim ilişkisinde bu durumun mümkün olmayacağı, bu nedenle güzelleştirme amaçlı estetik müdahalelerde dahi hekimlik sözleşmesinin eser sözleşmesi olmadığı görüşü kanımca doğru değildir. Estetik müdahalelerin hukuki niteliğini belirlerken tedavi sonucunun taahhüt edilmesi ve meydana gelecek sonucun eser niteliğinde olması dikkat edilmesi gereken başlıca hususlardır. Salt iyileştirme için yapılacak uygulamada esas olan sonuç değil mevcut durumun en iyisini yapmaya çalışmak olduğundan eser sözleşmesi olarak nitelendirilemez. Fakat yapılan tıbbi müdahale; tedavi maksadı ile birlikte hastanın dış görünümünü de ciddi derecede ilgilendiriyorsa eser sözleşmesi olarak kabul edilebilir.³⁷

2.2.2.3. Vekâlet Sözleşmesi

Vekâlet sözleşmesi TBK m.502'de, vekilin, vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemi yapmayı üstlendiği sözleşme olarak tanımlanmıştır. Vekilin özenli iş görme borcunu yerine getirmesine rağmen sonucun gerçekleşmemesinin sorumluluğu vekile ait değildir.³⁸

Hekimlik sözleşmesi genel hatlarıyla vekâlet sözleşmesine benzemekle birlikte vekâlet sözleşmesinin ayırt edici özelliklerine göre bir değerlendirme yapmak daha doğru olacaktır. Vekâlet sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden ayıran özellikleri tespit etmek için, diğer iş görme sözleşmelerini de ilgilendiren TBK

²⁸ Ülker, s.75

²⁹ Hayrunisa Özdemir, *Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi*, Yetkin Yayınları, Ankara 2004, s. 78

İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi m.4'e göre; Araştırma dahil sağlık alanında her müdahalenin ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir.

³⁰ Melike Yağoğlu, *Hastaneye Kabul Sözleşmesi*, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kayseri 2017, s.20

³¹ Mehmet Ayan, *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*, Kazancı Yayınevi, Ankara 1991, s. 18; Yavuz İpekyüz, s.63

³² Y.15. HD. 25.01.2011 T. 2010/589 E. 2011/263 K.

³³ Y. 15. H D. 25.10.2010 T. 2010/4538 E. 2010/5692 K.

³⁴ Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C.2, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s.21; Zarife Şenocak, *Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu*, Ankara 1998, s.34

³⁵ Çetin Aşçıoğlu, *Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluk*, Ankara 1993, s. 20; Cahid Doğan, *Hukuksal Açısından Hastanın Yükümlülükleri*, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.11, S.2, 2016s.58; Atiye Uygur, *Hekimin Hukuki Sorumluluğu*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, Ankara 2009 s.110-112.

³⁶ İsa Yardım, *Tüketici Olarak Hasta Hakları*, Gediz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2015, s.52; Yağoğlu, s.20

³⁷ Y.15. HD. 25.10.2010 T. 2010/4538 E. 2010/5692 K. kararında, hasta bel ve boyun ağrısı nedeniyle göğüs küçültme ameliyatı ile aynı zamanda estetik olarak göğüs uçlarının yer değiştirmesini istediği ameliyatta göğüs uçlarının estetik amaçla yer değiştirildiğinden aradaki ilişkinin eser sözleşmesi kapsamında olduğuna hükmetmiştir.

³⁸ Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler C.2*, Vedat Kitapçılık, 3. Baskı, İstanbul 2013, s. 238; Eren, s.715

m.502/2 hükmü incelenmelidir. TBK m.502/2'de vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin niteliklerine uygun düştüğü ölçüde diğer iş görme sözleşmelerine de uygulanacağı belirtilmektedir. Bu hüküm ile vekâlet sözleşmesinin tanımında bahsedilmeyen fakat diğer iş görme sözleşmelerinin özelliklerinden karşıt kavram sonucu vekâlet sözleşmesinin unsuru olarak kabul edeceğimiz iki ayrı sonuca ulaşılabilir.³⁹ Bunlardan ilki zaman kaydı unsurudur. Vekâlet sözleşmesinde üstlenilen iş görme edimi, zaman kaydına bağlı değildir.⁴⁰ Örneğin; avukatlık sözleşmesinde tarafların 5 aylığına anlaşması söz konusu değildir. Müvekkilin davası sonuçlanana kadar, istisnai durumlar dışında sözleşme devam eder. Hekimlik sözleşmesinde de benzer olarak hasta tedavi edilene kadar sözleşme devam eder. Vekâlet sözleşmesi, belirtilen bu unsur ile hizmet sözleşmesinden ayrılmaktadır. Vekilin yapılan iş sonucunda başarıya ulaşma konusunda garanti vermemesi, vekâlet sözleşmesinin diğer ayırt edici unsurudur. Vekilin başarıya ulaşmak için gerekli çabayı göstermiş olması sorumluluktan kurtulması için yeterlidir. Vekâlet sözleşmesi bu özelliği ile sonucun önemli olduğu eser sözleşmesinden ayrılmaktadır.⁴¹

Vekâlet sözleşmesinde vekilin nispi bağımsızlığı kabul edilmektedir. Nispi bağımsızlık kavramı, daha çok uzmanlık gerektiren alanlarda kullanılmaktadır.⁴² Hekim, tedavi edimi konusunda bağımsızdır. Fakat yukarıda da bahsedildiği şekilde bu bağımsızlık nispi niteliktedir. TBK m. 505'de " *Vekil, vekâlet verenin açık talimatına uymakla yükümlüdür. Ancak, vekâlet verenden izin alma imkânı bulunmadığında, durumu bilseydi onun da izin vereceği açık olan hâllerde, vekil talimattan ayrılabilir.* " şeklinde vekilin bağımsızlığı sınırlandırılmıştır. Belirtilen maddeye paralel olarak hekim, müdahale öncesi veya müdahale sırasında önemli değişikliklerin olması halinde hastanın rızasını almak zorundadır.

Hizmet sözleşmesinde önemli olan husus, belirlenen sürede ne kadar çalışıldığı iken, eser sözleşmesinde ise ortaya çıkan sonuç önemli hale gelmektedir. Vekâlet sözleşmesinde ise işin özenle yapılması önemlidir.⁴³ TBK m.506'da vekilin özenli davranma yükümlülüğü hükme bağlanmış olup, özen borcundan kaynaklanan sorumluluğun belirlenmesinde " *benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış* " ölçütü olarak kabul edilmiştir. Ayrıca vekilin, vekâlet verenin işlerini sadakat ve özenle yürütmesi gerektiği belirtilmiştir. Özen yükümlülüğü taraflar arasındaki vekâlet ilişkisi sona erene kadar devam ederken, sadakat yükümlülüğü ise iş bittikten sonra da devam etmektedir.⁴⁴

Vekâlet sözleşmesinde ücret, zorunlu olmayan bir unsur olmakla birlikte vekil, tarafların ücret konusunda anlaşmaları veya mesleki teamül gereği vekil ücrete hak kazanır. Hekimlik sözleşmesinde de taraflar arasında ücret konusunda bir anlaşma olmasa dahi, mesleki teamül gereği, hastanın ücret ödemesi gerektiği kabul edilmektedir.⁴⁵

Vekâlet sözleşmesinin diğer sözleşmelerden ayıran özellikleri başta olmak üzere kanunda belirtilen esaslı unsurları hekimlik sözleşmesi ile karşılaştırıldığında, büyük oranda benzerlik gösterdiği söylenebilir.

2.2.2.4. İsimsiz Sözleşme

Türk Borçlar Kanunu veya diğer kanunlarda özel olarak düzenlenmemiş sözleşmelere isimsiz sözleşme adı verilmektedir. Taraflar arasında akdedilen sözleşmenin isimsiz sözleşme olarak kabul edilmesi için, sözleşmenin esaslı unsurları ile tarafların hak ve borçlarının herhangi bir kanunda hükme bağlanmamış olması gerekir. Bununla birlikte kanunda yalnızca ismi geçen fakat sözleşmenin temel unsurlarını barındırmayan sözleşmeler de isimsiz sözleşme olarak kabul edilir.⁴⁶ İsimsiz sözleşmeler, kendine özgü yapısı olan sözleşmeler, karma sözleşmeler ve birleşik sözleşmeler olarak 3 ayrı başlık altında toplanmıştır.⁴⁷

Hekimlik sözleşmesinin yukarıda belirtilen sözleşme türlerinden kendine özgü yapısı olan sözleşme türünden olabileceği azınlıkta kalan yazarlarca savunulmuştur.⁴⁸ Kendisine özgü yapısı olan sözleşmelerin unsurlarının tamamı veya önemli bir kısmı kanunda öngörülen herhangi bir sözleşme tipine ait değildir.⁴⁹

³⁹ Yavuz, s.1163

⁴⁰ Yavuz, s.1163; Eren, s.728

⁴¹ Yavuz, s.1164

⁴² Eren, s.738; Yavuz, s.1168

⁴³ Eren, s.742; Gümüş, C.2, s. 245; Ülker, s.92

⁴⁴ Yavuz, s.1205, Eren, s.745

⁴⁵ Yağoğlu, s.22

⁴⁶ Eren, s.970

⁴⁷ Yavuz, s.23; Eren, s.952.

⁴⁸ Reşat Ataberk ve Merih Sezen, Hekimin Mesuliyeti, İstanbul Barosu Dergisi, C.28 S.2, 1954, s.144-145; Pınar Öz, Vücuda Tıbbi Girişim ve Doktorun Sorumluluğu, Ankara Barosu Dergisi, C.41, S.5, 1984, s.715 (Gültezer Hatırmaz Erol, Özel Hastanelerin Hasta Hakları İhlallerinden Sorumluluğu, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2006, s.13); Ebru Karataş, *Hekimin Özerkliği*, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2021, s.19; Yeşiller, s.26

⁴⁹ Yavuz, s.29; Eren, s.963

Hekimlik sözleşmesinin sui generis sözleşme olduğunu savunanlar, temel olarak kanunlarda taraflarını hekim ile hastanın oluşturduğu bir sözleşmenin düzenlenmemiş olmasını öne sürmektedirler.⁵⁰ Fakat hekimlik sözleşmesinin birçok unsuru TBK'nda yer alan sözleşme tiplerinde bulunmaktadır. Hekimlik sözleşmesinin sui generis sözleşme olarak değerlendirmesinin bir diğer dayanağı da; hekimin sahip olduğu bilgi nedeniyle güçlü ve otoriter, hastanın ise hastalığı ve bilgisizliği nedeniyle zayıf ve güçsüz oluşunun, hekim ile hastanın sözleşme ilişkisinde denk olmamaları sonucunu doğurduğu; bu durumun özel ve farklı bir sözleşmeyle dengelenebileceği düşüncesidir.⁵¹ Fakat bu durum, hekimlik sözleşmesini sui generis bir sözleşmeden çok daha sonra incelenecek tüketici sözleşmesine yakınlıştır.

2.2.2.5. Değerlendirme

Yukarıda yapılan açıklamalara dayanarak hekimlik sözleşmesinin bir iş görme sözleşmesi olan vekâlet sözleşmesi olduğu söylenebilir. Bunun yanında, Yargıtay kararlarından da hareketle, hasta hekim ilişkisinin sonuç odaklı olduğu durumda, tıbbi müdahalelerin vekâlet sözleşmesinden farklı olarak eser sözleşmesi şeklinde değerlendirilmesi yerinde olacaktır.

Hukukumuzda vekâlet sözleşmesi, iş görme sözleşmeleri açısından bir şemsiye veya torba sözleşme şeklindedir.⁵² Çünkü vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümler, uygun düştüğü ölçüde TBK'nda düzenlenmiş olan diğer iş görme sözleşmelerine de uygulanabilmektedir.

Yapılan incelemelere göre, hekimlik sözleşmesi sonuç edimine odaklı ise eser sözleşmesi olarak değerlendirilmeli, eser sözleşmesi olarak değerlendirilmediği durumlarda ise vekâlet sözleşmesi olarak kabul edilmelidir. Her iki durumda da güven unsurunun hasta hekim ilişkisinde önemli bir yere sahip olduğu unutulmamalıdır.

2.3. Tüketici ve Sağlayıcı

Tüketici kavramı, sözlükte; "*mal ve hizmetlerden yararlanan, satın alıp kullanan, yiyip içerek, kullanarak tüketen, üretici olmayan*" şeklinde tanımlanmıştır.⁵³ Tüketici Hukuku dikkate alınarak yapılan bir tanımda; "*Zorunlu tüketim ihtiyacı içerisinde bulunan ve bu ihtiyaçları da mesleki veya ticari işleri dışında olan, hukuk düzeni tarafından da zarara uğramasına engel olunmak istenen kişiler*"⁵⁴ olarak ifade edilmiştir. Tüketicinin amacından yola çıkılarak yapılan benzer bir tanımda ise tüketici, "*Tamamen özel amaçlarla, ticari veya mesleki bir saik gütmeksizin tüketim ihtiyacını gidermeye yönelik olarak sözleşme yapan her kişi*"⁵⁵ olarak tanımlanmıştır.

6502 S. TKHK m.3'de ise tüketici "*ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi*" olarak tanımlanmıştır. 4077 S. eTKHK'da yer alan "*özel amaçlarla*" ibaresi, daha sonra 4822 S. Kanunla yapılan değişiklik ile "*ticari ve mesleki olmayan amaçlarla*" şeklinde değiştirilerek açıklığa kavuşturulmuştur.⁵⁶ Belirtilen ifade, yukarıda belirtildiği gibi 6502 S. TKHK'da da aynı şekilde kullanılmıştır. Ticari veya mesleki olmayan amaç, kişinin kâr amacı gütmeyen bireysel veya ailevi ihtiyaçları karşılamak için aldığı mal ve hizmetler olarak açıklanabilir.⁵⁷ Özel amaçla hareket edildiği sürece, bir kişinin tüketici olarak kabul edilmesinde, onun tacir, doktor, avukat, serbest meslek sahibi, işçi olmasının bir önemi yoktur.⁵⁸

Bir faaliyetin "mesleki" olarak kabul görmesi için süreklilik, bağımsızlık, ivazlı olma özelliklerine sahip olması gerektiği kabul edilmektedir.⁵⁹ Burada tüketici faaliyetinin, mesleki faaliyette bulunan süreklilik unsuru ile birbirinden ayrılacağı ortaya çıkmaktadır. Mesleki bir faaliyette alınan mal ve hizmetin

⁵⁰ Ülker, s.104

⁵¹ Özdemir, Teşhis ve Tedavi, s.71; Vildan Eryılmaz, "Hekim ile Hasta Arasındaki Hukuki İlişkinin Tıbbi Müdahaleler Bakımından Değerlendirilmesi", Farklı Çerçevelerden Tıp Hukuku Sorunları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 47.

⁵² Doğan, s.54

⁵³ [https://sozluk.gov.tr/?kelime=sat%C4%B1c%C4%B1-t%C3%BCketici\(Erş.T. 29.12.2019\)](https://sozluk.gov.tr/?kelime=sat%C4%B1c%C4%B1-t%C3%BCketici(Erş.T. 29.12.2019))

⁵⁴ Dieter Medicus, "Wer ist Verbraucher" (*Tüketici Kimdir*), Wege zum Japanischen Recht (Hrsg. LESER, Hans/ISOMURA, Tomatsu) Festschrift für Zentaro Kitawaga, Berlin, 1992, s. 482-485; Naklen: Tuğçe Oral, Tüketici Sözleşmelerinin Uygulama Alanı ve Ticari ve Adi Sözleşmelerden Ayrılması, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S.13, Ankara 2013, s.552)

⁵⁵ Marlis Koller-Tumler, Der Konsumentenvertrag im schweizerischen Recht (İsviçre Hukukunda Tüketici Sözleşmesi), Staempfli Verlag, Bern, 1995, s. 73; Naklen: Oral, s.554

⁵⁶ Kamil Kadioğlu, "4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da 4822 Sayılı Kanun'la Yapılan Değişiklikler Hakkında İnceleme", TBB Dergisi, S.55, Ankara 2004, s.298; Betül Tiryaki, Ayıplı Hizmetten Doğan Sorumluluk, Yetkin Yayınevi, Ankara 2007, s. 15.

⁵⁷ Rabia Özsoy, 6502 S. TKHK Kapsamında Ayıplı İfa ve Sonuçları, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2019, s.26

⁵⁸ Mehmet Bahtiyar ve Levent Biçer, Adi İş/ Ticari İş/ Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.22, S.3, İstanbul 2016, s.402

⁵⁹ Hasan Seçkin Ozanoğlu, "Mukayeseli Hukuk ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Tüketiciyi Koruyan Düzenlemelerin Kişi Bakımından Uygulama Alanı", Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, Beta Basım, İstanbul 2000, s.674.

devamlılığı olurken, tüketici işleminde bu durum söz konusu değildir. Bir ev hanımı, ailesine hamur işi yapmak için belirsiz zaman aralıklarında un aldığı anda tüketici olarak kabul edilirken, sürekli ve düzenli olarak un alıyor ve yaptığı hamur işinden ticari kazanç elde ediyorsa tüketici olarak kabul edilmesi düşünülemez.

Tüketicinin tanımında belirtilen "ticari olmayan amaç", tacir sıfatı taşıyan kişinin aynı zamanda tüketici olup olmayacağı konusunu gündeme getirmektedir. Bu husus, Türk Ticaret Kanunu m.19'da, "...Bir tacirin borçlarının ticari olması asıldır. Ancak, gerçek kişi olan bir tacir, işlemi yaptığı anda bunun ticari işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirdiği veya işin ticari sayılmasına durum elverişli olmadığı takdirde borç adı sayılır..." şeklinde belirtilmiştir. Buna göre; tacir tüzel kişinin bütün işlemlerinin ticari amaçlı olduğu söylenebilir. Yani tacir tüzel kişinin aynı zamanda tüketici olması mümkün değildir.⁶⁰ Gerçek kişi tacirin ise aynı zamanda tüketici olması, kanunda belirtilen istisnai durumda mümkün olabilir. Tacirin tüketici olarak kabul edilmesi için ticari olmayan amaçla hareket etmiş olması gerekir. Tacir, ticari olmayan amacını kendisi kanıtlamalıdır. Tacir, bir mal veya hizmeti aynı anda hem kişisel kullanım için hem ticari faaliyet maksadıyla alırsa meydana gelen hukuki işlem Tüketici Hukuku içinde değerlendirilmez.⁶¹

Türk hukukunda, tüketici sözleşmesinin tarafı olan tüketici karşısında bulunan kişiyi tanımlamak için birden fazla terim kullanılmıştır. Alman hukukunda tek olarak, "girişimci" anlamına gelen "unternehmer"⁶² terimine karşılık, bizim hukukumuzda sözleşmenin konusu mal ise satıcı, hizmet ise sağlayıcı ve kredi ise kredi veren kavramı kullanılmaktadır.⁶³ Hizmet kavramının genişliğine paralel olarak, sağlayıcı kavramı da başta iş görme sözleşmelerinde olmak üzere geniş ve çeşitli türdeki hukuki işlemlerde tüketicinin karşısında bulunan tarafı ifade etmek için kullanılmaktadır.⁶⁴

TKHK m. 3'de sağlayıcı, "*Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye hizmet sunan ya da hizmet sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişi*" şeklinde tanımlanmıştır. Kanunda belirtilen tanıma göre sağlayıcı olmak için öncelikle, bir hizmeti bir bedel karşılığında tüketiciye sağlamak gereklidir. Ayrıca, kişi sağladığı bu hizmeti kazanç elde etme amacıyla, bir örgütlenme altında, mesleki veya ticari nitelikteki sürekli faaliyetleri kapsamında yapmalıdır.⁶⁵

Sağlayıcı, ticari işletme sahibi veya esnaf olabilir. Bunun yanında, gerçek veya Özel Hukuk tüzel kişisi olabileceği gibi kamu tüzel kişisi de olabilir.⁶⁶ Ayrıca hizmet sunan kişinin adına ya da hesabına hareket eden kişi de sağlayıcı olarak kabul edilmektedir.

2.4. Tüketici Sözleşmesi

2.4.1. Genel Olarak

Tüketici sözleşmesi, genel olarak parayla ölçülebilir bir bedel karşılığında girişimcinin, yani satıcı veya sağlayıcının tüketiciye mal veya hizmet sunduğu, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir.⁶⁷ Ozanoğlu daha geniş bir şekilde; girişimcilerin işletmesel faaliyetleri çerçevesinde, gerçek ya da tüzel kişi tüketicilerin nihai özel ihtiyaçlarını karşılamak maksadıyla, bir malın mülkiyetini veya kullanım hakkını devretmeyi ya da bir hizmetin sağlanmasını, tüketicilerin ise ücret ödemeyi yükümlendikleri sözleşmeler olarak tanımlamıştır.⁶⁸

Tüketici sözleşmesinin tanımı yapılırken her biri farklı unsurları öne çıkaran teorilerden faydalanılmaktadır. Bunlardan subjektif teoriye göre, bir sözleşmede tarafların niteliği belirleyici özelliğe sahiptir. Örneğin ticari sözleşme için taraflardan birisinin tacir olması gerekirken, tüketici sözleşmesi için taraflardan birisinin tüketici olması gerekir. Tüketici sözleşmesi içinde, tüketici unsuru elbette çok önemlidir. Fakat genç bir hukuk dalı olan Tüketici Hukuku içinde tüketici kavramının net olarak belirlenememesinden kaynaklı olarak, tüketiciyi korumanın arzu edilen seviyede gerçekleşmeyeceği düşüncesiyle subjektif teori eleştirilmektedir.⁶⁹

⁶⁰ Mustafa Alper Gümüş, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Cilt 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s.18

⁶¹ Aydın Zevkliler ve Çağlar Özel, Tüketicinin Korunması Hukuku, Seçkin Yayınları, s.94; Çişem Alparslan, Tüketici İşlemi Olarak Vekalet Sözleşmesi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2020, s.52

⁶² BGB §14

⁶³ Seda Kara Kılıçarslan, Tüketici Sözleşmelerinde Bilgilendirme Yükümlülüğü, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C.5, S.2, Ankara 2015, s.189

⁶⁴ Bahtiyar/Biçer, s.409

⁶⁵ Ülker, s.115

⁶⁶ Kanunda belirtilen tanımdan yola çıkarak kamu tüzel kişinin sağlayıcı olarak kabul edildiği durumda, kamu hastaneleri ile hasta arasındaki ilişkinin aynı zamanda bir tüketici ilişkisine benzediğini söyleyebiliriz. Fakat unutulmalıdır ki tüketici sözleşmesi bir özel hukuk ilişkisidir.

⁶⁷ Ülker, s.113; Mehmet Bahtiyar, Ticari İşletme Hukuku, Beta Basım, 16. Baskı, İstanbul 2015, s.397

⁶⁸ Ozanoğlu, s.65

⁶⁹ Alexander Brunner, Der Konsumentenvertrag im Schweizerischen Recht, Bern 1995, s.592; Oral, s. 553(Dn.50)

Objektif teoriye göre ise, sözleşmede esas olan unsur edim konusudur.⁷⁰ Bu görüşe göre, bir sözleşmenin tüketici sözleşmesi olarak kabul edilmesi için, sözleşmenin konusunun tüketim malı ve tüketime özgü hizmet edimlerinin olup olmadığı incelenmelidir.⁷¹ Fakat tüketici unsuru olmadan yalnızca alınan mal ve hizmet üzerinden tüketici sözleşmesinin belirlenmesi yetersiz kalacaktır.

Amaç teorisine göre, hukuki işlemi yapan kişinin hukuki statülerinden ziyade, tarafların iradesi esas alınmalıdır.⁷² Amaç teorisi, kişinin iradesine göre tüketici olup olmadığının değerlendirilmesi yoluna gidildiğinden subjektif teorinin özel bir görünümü gibidir. TKHK 'da yapılan tüketici sözleşmesi tanımı da amaç teorisine uygundur.⁷³ Amaç teorisinde, tüketicinin tanımı yapılırken kişinin ekonomik durumunun göz ardı edilerek, yalnızca iradesinin ölçüt olarak kabul edilmesi ise eleştirilmektedir.⁷⁴

TKHK m.3'de tüketici sözleşmesi yerine, sözleşme kavramını da kapsayan tüketici işleminin tanımı yapılmıştır. Mal veya hizmet piyasalarında, *ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden gerçek ve tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan eser, vekâlet, taşıma, simsarlık, sigorta, bankacılık gibi sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü hukuki işleme* tüketici işlemi adı verilmektedir. Kanunda her ne kadar tüketici işleminden bahsedilse de, işlem kavramının tek taraflı irade beyanlarını da kapsamına karşılık, tanımda satıcı veya sağlayıcı ile tüketici olmak üzere iki taraftan bahsedildiği için, "işlem" kavramını sözleşme olarak kabul etmek yerinde olacaktır.⁷⁵ Tek taraflı irade beyanını içeren sözleşme dışı tüketici işleminin olması ise mümkün değildir.⁷⁶ Uygulamada da tüketici işlemi her durumda tüketici sözleşmesi olarak ortaya çıkmaktadır.

Bir sözleşmenin tüketici sözleşmesi sayılabilmesi için tarafların tüketici ile satıcı veya sağlayıcı olması gerekmektedir. TKHK'da, yapılan tanım incelendiğinde sözleşmenin türü ve niteliğinden çok tarafların niteliklerinin belirleyici öneme sahip olduğu söylenebilir.⁷⁷

Tüketici sözleşmesinin tanımında özellikle uygulamada belirsizlik yaratan sözleşme türleri örnekleyici bir şekilde sayılmıştır.⁷⁸ TKHK'da yapılan tanımda bahse konu sözleşme çeşitlerinin sayılarak uygulamada sözleşmenin kapsamını daraltan yorumların önüne geçilmesi amaçlanmıştır.⁷⁹ Bu durum, her ne kadar tüketici sözleşmesinin gereğinden fazla geniş bir şekilde yorumlanmasına neden olsa da aynı zamanda, vekâlet, eser, taşıma, simsarlık, bankacılık gibi sözleşmeler açısından belirsizliği ortadan kaldırmıştır. Yargıtay eTKHK döneminde, hekimlik sözleşmesini tüketici sözleşmesi olarak değerlendirmeyen 6502 S.TKHK döneminde tüketici sözleşmesi olarak değerlendirmeye başlamıştır.⁸⁰

Tüketici sözleşmesinin tanımının genişletilmesi sonucu, uygulamada yaşanan sıkıntıların giderilerek ihtiyaca cevap verir bir hale getirilmesi amaçlanmıştır. Bunun yanında her türlü sözleşmenin kanun kapsamına alınması, tüketici mahkemelerinin görev alanının fazlaca genişlemesi sonucunu doğuracağından, tüketici mahkemesinin ihtisas mahkemesi olmaktan çıkarak genel bir mahkeme şeklini alması konusunda eleştirilmektedir.⁸¹

Tüketici sözleşmesinde kişinin özel amacından hareketle, mal veya hizmet satın alınması sonucu tüketici sıfatı kazanılmaktadır. Kişi ticari veya mesleki amaçla hareket ediyorsa tüketici sıfatını kazanamayacak, dolayısıyla bahse konu sözleşme, tüketici sözleşmesi olmayacaktır. Her ne kadar tüketicinin, sözleşmenin zayıf tarafı olduğu varsayımından yola çıkılsa da, tarafın tüketici sıfatını kazanması, onun mal veya hizmeti satın alma amacından yani hukuki ilişki kapsamında üstlendiği rolden kaynaklanmaktadır.⁸² Kişinin iradesine göre tüketici sıfatının belirlenmesi çoğu zaman zayıf tarafın korunması konusunda tutarlı olsa da, bu durum

⁷⁰ Brunner, s.593

⁷¹ Oral, s.554

⁷² Brunner, s.594

⁷³ Bahtiyar/Biçer, s.400

⁷⁴ Rona Serozan, "Tüketiciyi Koruma Yasasının Sözleşme Hukuku Alanındaki Eleştirisi", Yasa Hukuk İçtihat ve Mevzuat Dergisi, C. 15, S. 173/4, Mayıs 1996,s.598.

⁷⁵ Zevkliler/Özel, s.78, Gümüş, Tüketici Kanun Şerhi, s 9;

⁷⁶ Şebnem Akipek Öcal, "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Tüketici İşlemi ve Uygulanması", Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Disiplinler Arası Yaklaşım, Ed. Esra Hamamcıoğlu vd., 2016, s.16; Ayşe Havutçu, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Konu Bakımından Uygulama Alanı Özellikle Tüketici İşlemleri Bakımından Kanun'un Kapsamı", Terazi Hukuk Dergisi, C. 9, S. 99, 2014, s. 8-19 s. 15; Tüketici işlemlerinin tek taraflı hukuki işlem olarak da ortaya çıkabileceği yönünde bkz.: Sezer Çabri, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Adalet Yayınevi,2016, s.15

⁷⁷ Bahtiyar, s.399

⁷⁸ 4077 -6502 S. TKHK Karşılaştırması, Ankara Barosu Tüketici Hakları Kurulu, 2014, s.13

⁷⁹ Bkz. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı İle Sanayi, Ticaret, Enerji, Tabii Kaynaklar, Bilgi ve Teknoloji Komisyonu Raporu, TBMM. Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 3, Sıra Sayısı: 490, s. 10.

⁸⁰ Aykut Cemil Aykın ve Serkan Çınarlı, Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2016.s. 265

⁸¹ Gümüş, Tüketici Kanun Şerhi, s.9; Bahtiyar/Biçer, s.399

⁸² Hasan Seçkin Ozanoğlu, Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Maddi Anlamda Uygulama Alanı), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 50, Sayı 1, Ankara 2001, s.59

her zaman mümkün değildir. Örneğin, özel kullanımı için yat alan kişi tüketici sıfatı kazanırken, ticari ve mesleki amaçla zor şartlarda kamyonet alan kişi tüketici sıfatı kazanamayacaktır.⁸³

2.4.2. Adi Sözleşme-Ticari Sözleşme-Tüketici Sözleşmesi

Özel hukukta temel sözleşme şekillerini, adi sözleşme ve ticari sözleşme olarak ayırırken, Tüketici Hukukunun ayrı bir hukuk dalı olarak ortaya çıkması ile artık tüketici sözleşmesi de bu sınıflandırmaya dahil edilmelidir.⁸⁴ Bu sözleşme türleri, sözleşmenin tarafları amacı gibi birtakım özellikleri ve sözleşmeye uygulanacak hükümler açısından birbirinden ayrılmaktadır. Bunun yanında bazı durumlarda sözleşmeler aynı anda birden fazla sözleşme türüne de benzerlik göstermektedir.⁸⁵ Örneğin bir tacir ve bir tüketicinin taraf olduğu sözleşme muhtemelen hem ticari sözleşmeye hem de tüketici sözleşmesine benzerlik gösterecektir. Bu durumlarda hangi hükümlerin uygulanacağını belirlemek önem arz etmektedir.

Öncelikle; TBK, Özel Hukuk sözleşmelerini temel olarak düzenleyen kanun olarak, TTK ve TKHK'ya göre genel bir kanundur. TTK ve TKHK özel kanun niteliğinde olduğundan, bu kanunların hükümleri, TBK'na göre öncelikle uygulanmalıdır. TKHK; TBK ve TTK'na göre hem daha sonra kabul edildiği için hem de özel kanun niteliğinde olduğu için iki kanuna göre de öncelikli olarak uygulanmalıdır.⁸⁶

TKHK, kapsam yönünden kural olarak, TTK'na göre özel bir kanundur. Bu husus kanun metninde iki ayrı yerde vurgulanmaktadır. Öncelikle, TKHK m.2'de kanun kapsamının belirtildiği "...*Bu Kanun, her türlü tüketici işlemi ile tüketiciye yönelik uygulamaları kapsar...*" hükmü ile kanunun sınırları çizilmiştir. Kanunun uygulanması ile ilgili TKHK m.83/1'de; TKHK'da hüküm bulunmadığı takdirde genel hükümlerin uygulanacağı belirtilmektedir. TKHK m.83/2'de ise; taraflardan birinin tüketici olduğu işlemlerde, diğer kanunlarda düzenleme olsa dahi TKHK'da ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmektedir. Buna göre, tüketici işleminin olduğu bir uyuşmazlık söz konusu ise açılacak dava tüketici davası olarak kabul edilmelidir. Tüketici işlemi bulunmaz ise, diğer iki kanun içeriğine göre dava türü belirlenmelidir. Buradan, mutlak bir ticari dava konusu aynı zamanda bir tüketici işlemi içeriyorsa, davanın tüketici mahkemelerinde görülmesi sonucuna ulaşılmaktadır.⁸⁷

Sonuç olarak bir sözleşmenin öncelikle tüketici sözleşmesi olup olmadığı incelenmelidir. Sözleşme, hem tüketici sözleşmesi hem de ticari sözleşme özelliklerini taşıyorsa yine tüketici sözleşmesi olarak değerlendirilmelidir. Bunun haricinde sözleşme, tüketici sözleşmesi niteliğine haiz değilse ticari sözleşme veya adi sözleşme olup olmadığı değerlendirilmelidir.

3. HEKİMLİK SÖZLEŞMESİNİN TÜKETİCİ SÖZLEŞMESİ OLARAK DEĞERLENDİRİLMESİ

3.1. 6502 S. TKHK'na Göre Değerlendirilmesi

TKHK m.1'e göre, kanunun amacı, kamu yararına uygun olarak tüketicinin sağlık ve güvenliği ile ekonomik çıkarlarını koruyucu, aydınlatıcı, eğitici, zararlarını tazmin edici, çevresel tehlikelerden korunmasını sağlayıcı önlemleri almak ve tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini özendirme ve bu konudaki politikaların oluşturulmasında gönüllü örgütlenmeleri teşvik etmeye ilişkin hususları düzenlemektir. Daha genel bir şekilde kanunun amacı, karşısında bulunan girişimciye karşı zayıf konumda olan tüketicinin korunmasıdır.

Hekimlik sözleşmesinde taraf olan hastanın, tüketici olarak korunması için öncelikle, belirtilen sözleşmenin tüketici sözleşmesi olup olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir. Bir sözleşmenin tüketici sözleşmesi olarak kabul edilmesi için TKHK'da iki şart mevcuttur. Bunlar, tarafların niteliği ve sözleşmenin kanunda belirtilen sözleşme tiplerine uygun olmasıdır.

3.1.1. Tarafların Tüketici ve Sağlayıcı Olması

Hekimlik sözleşmesi, hekim ile hasta arasında yapılan, hekimin para ile ölçülebilir bir bedel karşılığında ve hastanın iradesine uygun olarak, tıp biliminin öngördüğü esaslar çerçevesinde teşhis ve tedavi yükümlülüğü altına girdiği güven unsurunun ön planda olduğu bir sözleşmedir.⁸⁸ Güvene dayalı bir hukuki ilişki olduğunu da dikkate alarak hekimlik sözleşmesinin hukuki niteliğinin bir vekâlet sözleşmesi olduğu incelendi. Bunun

⁸³ Ozanoğlu, Kişi Bakımından Uygulama, s.668.

⁸⁴ Oral, s.546

⁸⁵ Bahtiyar/Biçer, s.396

⁸⁶ Bahtiyar/Biçer, s.396

⁸⁷ Bahtiyar, s.80

⁸⁸ Uygur, s.85; Köksal Bayraktar, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul 1972, s. 33

yanında, edim sonucunun güven ilişkisinin dahi önüne geçtiği durumlarda, hekimlik sözleşmesi, eser sözleşmesi olarak da kabul edilmektedir.⁸⁹

Hekimlik sözleşmesinin aynı zamanda bir tüketici sözleşmesi olarak kabul edilmesi için tarafların tüketici ile satıcı veya sağlayıcı olması gerekmektedir. Öncelikle, hekimlik sözleşmesi her durumda bir iş görme sözleşmesi olduğu için taraflar arasında edimin konusu mal satın alma değil hizmet görme edimi olacaktır. Buna göre hastanın tüketici, hekimin de sağlayıcı olup olmadığı incelenmelidir.

Hekimlik sözleşmesinin tarafı olan hasta; sağlık hizmetlerinden yararlanmak amacıyla hekime başvuran kişidir. Sağlık hizmetlerinden yararlanma; bir hastalığın teşhis ve tedavisi veya bozulan sağlık durumunun düzeltilmesi olabileceği gibi, tedavi edilemeyen durumlarda yalnızca acı veya ağrının azaltılması olabilir. Ayrıca kişi hasta olmamak için önleyici olarak da sağlık hizmeti talep edebilir. Bunun yanında, yalnızca yaşam kalitesini yükseltmek için yapılan estetik amaçlı tıbbi müdahaleler de sağlık hizmeti kapsamındadır. Sağlık hizmeti kapsamına giren konuların artırılması mümkündür. Yukarıda sayılan hizmetlerin tamamında hasta, kişisel bir nedenle hekime başvurmuştur. Ya da tam tersi olarak, hastanın bahse konu talepleri mesleki veya ticari bir amaçla yapması mümkün değildir.

Tüketici tanımında ticari ve mesleki olmayan amaç vurgulandığı için kişinin tacir olup olmadığı ayrıca incelenmesi önem kazanmaktadır. Çünkü tacirin işlerinin ticari olması esastır. Fakat hastanın aynı zamanda tacir olması, onun tüketici vasfını değiştirmeyecektir. Çünkü hekimlik sözleşmesinde, hastanın tacir olması, mevcut hukuki ilişkinin niteliğine, ticari iş niteliği kazandırmaz. Burada önemli olan, kişinin tacir de olsa özel amaçlarla hekime başvurmuş olmasıdır. Nitekim tacir veya herhangi bir meslek grubuna mensup kişinin hasta sıfatıyla kişisel amaçları dışında hekime başvurmuş olması da düşünülemez.

Hekimlik sözleşmesinde hekim, tüketici olan hastaya ticari veya mesleki amaçla hizmet sunan kişidir. Burada hekim, süreklilik arz eden bir sağlık hizmeti verme faaliyetini kar elde etmek amacı ile yapmaktadır. Bunun yanında tüketici olan hastaya karşılık, hekim bilgi ve tecrübe açısından daha güçlüdür.⁹⁰ Tüketicinin korunmasının temel sebebi, mal ve hizmet sağlayanların gereken bilgi ve deneyime sahipken, tüketicilerin sağlayıcılarla yarışacak bilgi ve deneyim sahibi olamamalarından kaynaklanmaktadır.⁹¹ Bu durumda hekimlik sözleşmesinin Tüketici Hukukunun amacına uygun bir sözleşme olduğu sonucuna ulaşılabılır.

Tıp mesleğini icra etmeye yetkili olarak bağımsız çalışan hekimler gerçek kişi sağlayıcı olarak kabul edilebilir. Bir görüşe göre, hekimlerin işlerinin özel kanunla düzenlenmesi nedeniyle TKHK kapsamında sağlayıcı olmadıkları savunulmaktadır.⁹² Fakat TKHK m. 83/2’de “*Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu işlemler ile ilgili diğer kanunlarda düzenleme olması, bu işlemin tüketici işlemi sayılmasını ve bu Kanunun görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını engellemez*” hükmü nedeniyle belirtilen görüşün kabul edilmesi mümkün değildir.

3.1.2. 6502 S.TKHK’da Belirtilen Sözleşme Tiplerine Uyması

Bir sözleşmenin tüketici sözleşmesi olarak kabul edilebilmesi için, TKHK m.3’de “*Tüketici Sözleşmesi*” tanımı içinde belirtilen sözleşme niteliğine uygun olması gerekmektedir. eTKHK’da yapılan tanımda “her türlü işlem” ifadesi TKHK’da “*eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlem*” şeklinde değiştirilmiştir. Bunun nedeni, kanun gerekçesinden de anlaşıldığı üzere uygulamada daraltıcı yorumların önüne geçmektir.

Hekimlik sözleşmesinin hukuki niteliği temel olarak taraflar arasında güven ilişkisinin ön plana çıktığı vekâlet sözleşmesidir. Bunun yanında estetik müdahale, protez takılması gibi sonuç odaklı bir tedavi söz konusu ise eser sözleşmesi olarak değerlendirildiği daha önce belirtildi. Buna göre hekimlik sözleşmesi, vekâlet sözleşmesi ya da eser sözleşmesi olarak TKHK’da açıkça sayılan sözleşmelerden olması nedeniyle tüketici sözleşmesi olarak kabul edilebilir.

3.2. Tıp Etiği Açısından Değerlendirilmesi

Tıp Etiği, hasta hekim arasındaki ilişkinin insani ve ahlaki boyutlarda nasıl olması gerektiği ile ilgilenen bir alandır. Hasta hekim ilişkisi, kişilik haklarının söz konusu olduğu bir zeminde gerçekleştiği için tıp etiği de bu minvalde başta yaşama hakkı olmak üzere temel kişilik hakları etrafında şekillenmektedir. Tıp

⁸⁹Hakeri, s.350

⁹⁰ Mehmet Akif Tutumlu, Tüketici Yargılaması Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s. 138

⁹¹ Tiryaki, s.11

⁹²Cengiz İlhan, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (4882 S. Kanunla Değişik 4077 Sayılı TKHK Şerhi), TBB Yayınları, Ankara 2006, s. 17.

dünyasında, yaşama hakkına saygı duyma, aydınlatılma, mahremiyete özen gösterme, sır saklama, dürüstlük, ayrımcılıktan kaçınma, zarar vermeme genel olarak kabul gören etik ilkelerden bazılarıdır.⁹³

Tıp etiğine göre, hasta hekim ilişkisinde farklı iki görüş mevcuttur. Bunlardan ilki, kişi merkezli başka bir deyişle hasta merkezli yaklaşımdır. Kişi merkezli yaklaşımda hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı esas alınmakta ve beden, kişinin mülkiyetinde olan bir değer olarak görülmektedir.⁹⁴ Buna göre kişi bedenine yönelik tasarruflar açısından özgür iradesiyle karar verebilir. Ötenaziye izin veren görüşler, bu yaklaşımın bir sonucu olarak görülmektedir. Bu görüşe göre hasta hekim ilişkisinde hasta, geniş bir özgürlük alanına sahipken hekimin yalnızca danışman olması söz konusu olabilir. Bu durumda, hastanın tıp biliminin gereklerini göz ardı ederek seçimler yapması gibi olumsuzluklar meydana gelebilir.⁹⁵

Diğer yaklaşım ise beden merkezli ya da hekim merkezli yaklaşımdır. Buna göre, kişinin bedenine karşı ahlaki sorumlulukları vardır. Sonuç olarak kişi, bedeni üzerinde her istediğini yapamaz. Bu durumda biyolojik yapının bütünlüğü ve fonksiyonlarının korunması önceliklidir.⁹⁶ Ötenazi, bu görüşe göre değerlendirildiğinde; kişinin kendi bedeni üzerinde sınırsız olarak hak sahibi olmamasından ötürü ya da başka deyişle kişinin somut bedenine karşı ahlaki sorumlulukları nedeniyle, doğru olmayan bir uygulama olduğu sonucuna ulaşılır. Hekim merkezli yaklaşımda hekimin kararları ön planda iken hastanın tedavi yöntemini seçme, hekimi belirleme gibi haklarını kullanamaması söz konusu olabilir.⁹⁷

Günümüzde, hasta hekim ilişkisinde belirtilen hasta ve hekim merkezli görüşlerin bir sentezi olan katılımcı hekim ya da karşılıklı katılım yaklaşımı kabul edilmektedir. Bu yaklaşımda hasta hekim ilişkisi, tarafların işbirliği ve ortak kararları ile yürütülmektedir.⁹⁸ Hasta hekim ilişkisinde sentez bir yaklaşım modeli kabul edilse de yaşama hakkı ile kendi geleceğini belirleme hakkının kullanımı açısından bir görüş birliği bulunmamaktadır.⁹⁹

Hastanın vücut bütünlüğünün korunması etik açıdan bir gerekliliktir. Bununla birlikte insan bedenini tıpkı bir mülkiyet hakkı olarak somutlaştırmak mı gerektiği ya da kişilik olarak bir bütün halinde manevi değer şeklinde mi kabul edilmesi gerektiği konusunda tam bir görüş birliği bulunmamaktadır.¹⁰⁰ Hekimlik sözleşmesi Tüketici Hukuku kapsamında değerlendirildiğinde ise insan bedeni üzerindeki hakların, kişisel haklardan çok alım satım hakkı veya buna benzer somut haklara yaklaşmasına neden olduğu sonucuna ulaşılabilir. Hekimlik sözleşmesinin konusu her ne kadar hastanın hizmet alımı olsa da hizmet doğrudan kişinin bedeni üzerinde şekillenmektedir. Yani insan bedeninin, bir tüketim hizmeti ya da malzemesine dönüşmesi şeklinde bir görünümün tıp etiği ilkelerine uygun olup olmadığı tartışmaya açık bir konudur.

Bir görüşe göre hasta hekim ilişkisini tüketici hukuku kapsamında değerlendirmek, ilişkinin ticari boyutunu güçlendirirken tıp etiği boyutundan uzaklaşılmasına neden olacaktır. Kök, Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliğinde yapılan “Bakanlık” tanımında, Gümrük ve Ticaret Bakanlığının ifade edildiğine dikkat çekmekte ve bu durumun tıp etiği ilkelerine uygun olmadığını savunmaktadır.¹⁰¹ Tüketici Hakem Heyeti; TKHK m.66/2’ye göre başkan dahil olmak üzere beş üyeden oluşmaktadır. Heyetin üyeleri incelendiğinde, hukukçu kişilerin azlığı ve hasta hekim ilişkisi açısından belirli bir uzman kişinin olmaması dikkat çekicidir. Tüketici hakem heyeti her ne kadar uyuşmazlığı görüşürken bilirkişiye başvurma yetkisine sahip olsa da, sanayi ve ticaret odası veya esnaf ve sanatkârlar odasının seçeceği bir üye, her durumda hasta hekim arasındaki uyuşmazlığa oldukça uzak kalacaktır. Ayrıca baronun görevlendireceği üye haricinde başka hukukçu bulunmamaktadır. Bu nedenle THH uyuşmazlıklara “hukukçu bakış açısı” ile çözüm üretmekten uzaklaşacaktır.¹⁰²

Sonuç olarak hasta hekim ilişkisinde hekim öznesini satıcı/sağlayıcı yerine koyarak bir ticaret erbabı gibi algılanması, başka bir deyişle bu yönünün öne çıkarılması tıp etiği ile bağdaşmamaktadır.¹⁰³ Ayrıca unutulmamalıdır ki tüketici-satıcı /sağlayıcı ilişkisinde zayıfın güçlüye karşı korunması ilkesi temel alınırken, hasta hekim ilişkisinde tarafların güven prensibi öne çıkmaktadır.

⁹³Gülay Yıldırım, ve Selim Kadioğlu. “Etik ve Tıp Etiği Kavramları.”, Cumhuriyet Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi, 2007, s.78.

⁹⁴Hamide Tacir, Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, 2010, s.244

⁹⁵Karataş, s.5

⁹⁶Doğan, s.59-60

⁹⁷Karataş, s.4

⁹⁸Karataş, s.6

⁹⁹Ayrıntılı bilgi için bkz. Tacir, s.234-274

¹⁰⁰Doğan, s.59

¹⁰¹Ahmet Nezih Kök, Hekim Hasta İlişkisi Tüketici Hukukuyla Bağdaşır mı? Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S.5, 2015, s.614 ve 615

¹⁰²Aktürk/Acar Umut, s.120

¹⁰³Kök, s.615; Tacir, s.77

4. SONUÇ

Hasta hekim ilişkisinin tüketici sözleşmesi olarak değerlendirilmesi konusunda temel esaslar yukarıda incelendi. Yapılan incelemeye göre varılan sonuçlar aşağıya çıkarılmıştır. Buna göre;

- ✓ Hasta hekim ilişkisi, aynı zamanda bir tüketici sağlayıcı ilişkisi olarak kabul edilebilir. Burada hasta kendi özel ihtiyaçları için hastaneye ya da hekime başvurmuştur. Hekim ya da hastane ise, mesleki faaliyet gereği hastaya hizmet vermektedir.
- ✓ Hekimlik sözleşmesi, vekâlet veya eser sözleşmesi olarak kabul edilmektedir. Belirtilen sözleşme türleri TKHK'da sayılan sözleşmelerden olup, tüketici sözleşmesi niteliğine uygundur.
- ✓ TKHK m.83/2'ye göre, taraflardan birisinin tüketici olduğu bir işlem ile ilgili başka bir kanunda düzenleme olması bahse konu işlemin tüketici işlemi olarak kabul edilmesine engel değildir. Bu nedenle, bir işlem tüketici işlemi iken, aynı anda ticari işlem olsa dahi tüketici işlemi hükümleri uygulanır.
- ✓ Hastanın tüketici, hekimin sağlayıcı olarak nitelendirilmesinin, hasta hekim ilişkisine ticari bir görünüm kazandırdığı ve tıp etiği ilkelerinden uzaklaştırdığı yönünde eleştirilmektedir. Tıp etiği kurallarına göre hekim, hastaya insani değerleri gözeterek özenle müdahalede bulunmalıdır.¹⁰⁴ Tüketici Hukukuna göre ise, tüketici niteliğinde olan hasta, mesleki bilgi ve tecrübe olarak kendisinden üstün hekime göre hukuki olarak korunmalıdır. Her iki durumda da ortak nokta olarak hastanın korunması amaçlansa da, hasta hekim ilişkisinin Tüketici Hukuku kapsamında değerlendirilmesi, çeşitli noktalarda tıp etiği açısından uygun görülmemektedir.

Bir sözleşme, tüketici sözleşmesi olarak nitelendirildiğinde, bu sözleşme ile ilgili uyumsuzluklarda öncelikle TKHK hükümleri dikkate alınmalıdır. TKHK m.83'e göre TKHK'da hüküm bulunmaması durumunda başta TBK olmak üzere diğer kanun hükümleri uygulanmalıdır. Yukarıda belirtilen nedenlerden ötürü hekimlik sözleşmesinin TKHK hükümlerine göre tüketici sözleşmesi olarak değerlendirilmesi gerektiği açıktır. TKHK hükümlerine göre hekimlik sözleşmesinin tüketici sözleşmesi olarak kabul edilmesi gerekse de konusunda gerek mevzuatta gerekse uygulamada birçok eksik hususun olduğu görülmektedir. Ayıplı hizmet nedeniyle seçimlik hakların hasta hekim ilişkisi açısından uygulamada kullanılabilirliği çok kısıtlıdır. Bunun yanında THH'nin mevcut heyet üyeleri ile hasta hekim uyumsuzlukları hakkında karar vermesi uygun değildir. Kredi sözleşmelerinden ayıplı mal satımına, paket tur sözleşmesinden hekimlik sözleşmesine çok geniş bir yelpazede uyumsuzluklara bakan Tüketici Mahkemesinde, hasta hekim uyumsuzlukları açısından uzmanlaşma sağlanamayacağı da çok açıktır. Tıp Etiği, hasta hekim arasındaki ilişkinin ahlaki boyutlarını öne çıkarırken, hasta ile hekim ilişkisinin Tüketici Hukuku kapsamında değerlendirilmesi ilişkinin ticari boyutlarını öne çıkarmaktadır. Hekimin sağlayıcı yerine konularak ticaret erbabı gibi görülmesi tıp etiği açısından uygun olmayan bir yaklaşımdır. Unutulmamalıdır ki, hukukçular hasta hekim ilişkisinden kaynaklı bir uyumsuzlukta tıp etiğine her daim kulak vermek zorundadır.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında; hasta ile hekim arasındaki uyumsuzlukların kendine has uzmanlık gerektiren özel bir alan olduğunu göz önünde bulundurarak, Tıp Hukuku uyumsuzluklarına bakan bir ihtisas mahkemesinin kurulması ve dağılık halde bulunan Tıp Hukuku mevzuatının tek bir kanunda toplanması günümüz şartlarında bir ihtiyaçtır. Bu şekilde hem uzmanlaşma sağlanmış hem de tıp etiğine uygun bir hukuksal zemin inşa edilmiş olacaktır.

KAYNAKÇA

4077-6502 S.Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Karşılaştırması, Ankara Barosu Tüketici Hakları Kurulu, Ankara 2014.

Akipek Öcal, Ş. (2016), "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Tüketici İşlemi ve Uygulanması", Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Disiplinler Arası Yaklaşım (Ed. Esra Hamamcıoğlu vd.), Seçkin Yayıncılık, 2016.

Aksüt, M. (2015), Hasta Hakları, Zirve Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Gaziantep.

Aktürk, A.İ. & Acar Umut, A. (2019). "Tüketici Hakem Heyetleri ve İşleyişine Genel Bir Bakış", İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.5, S.1, Ss.25-54.

¹⁰⁴Uygur, s.77

- Alparslan, Ç. (2020). Tüketici İşlemi Olarak Vekalet Sözleşmesi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Ankara.
- Aşçıoğlu, Ç. (1993). Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluk, Tekışık Ofset, Ankara.
- Atabek, R. & Sezen, M. (1954). Hekimin Mesuliyeti, İstanbul Barosu Dergisi, C.28 S.2, 1954, Ss. 135-165.
- Ayan, M. (1991). Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Kazancı Yayınevi, Ankara.
- Aykın, A.C. & Çınarlı, S. (2016). Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, İstanbul.
- Bahtiyar, M. (2015). Ticari İşletme Hukuku, Beta Basım, 16. Baskı, İstanbul.
- Bahtiyar, M. & Biçer, L. (2016). “Adi İş/ Ticari İş/ Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.22, S.3, İstanbul, Ss.395-436.
- Bayraktar, K. (1972). Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul.
- Brunner, A. (1995). Der Konsumentenvertrag Im Schweizerischen Recht, Bern.
- Çabri, S. (2016). Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Adalet Yayınevi, Ankara.
- Demir, M. (2008). “Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.57, S.3, Ss.225-252.
- Doğan, C. (2016). “Hukuksal Açıdan Hastanın Yükümlülükleri”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.11, S.2, 2016, Ss.49-81.
- Donay, S. (1968). “Doktorun Hukuki Sorumluluğu”, İktisadi ve Ticari İlimler Dergisi, S. 10.
- Eren, F. (2020). Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, 8. Baskı, Ankara.
- Eryılmaz, V. (2014). “Hekim ile Hasta Arasındaki Hukuki İlişkinin Tıbbi Müdahaleler Bakımından Değerlendirilmesi”, Farklı Çerçevelerden Tıp Hukuku Sorunları, Adalet Yayınevi, Ankara.
- Gümüş, M.A. (2013). Borçlar Hukuku Özel Hükümler C.1, Vedat Kitapçılık, 3. Baskı, İstanbul.
- Gümüş, M.A. (2013). Borçlar Hukuku Özel Hükümler C.2, Vedat Kitapçılık, 3. Baskı, İstanbul. (Borçlar Özel)
- Gümüş, M.A. (2014). 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, C.1, Vedat Kitapçılık, İstanbul. (Tüketici Kanun Şerhi)
- Hakeri, H. (2017). Tıp Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 12. Baskı, İstanbul.
- Hatırnaz Erol, G. (2006). Özel Hastanelerin Hasta Hakları İhlallerinden Sorumluluğu, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul.
- Havutçu, A. (2014). “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Konu Bakımından Uygulama Alanı Özellikle, Tüketici İşlemleri Bakımından Kanun’un Kapsamı”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 9, S. 99, Ss. 8-19.
- İlhan, C. (2006). Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (4882 S. Kanun’la Değişik 4077 Sayılı TKHK Şerhi), TBB Yayınları, Ankara.
- Kadioğlu, K (2004), “4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da 4822 Sayılı Kanun’la Yapılan Değişiklikler Hakkında İnceleme”, TBB Dergisi, S.55, Ankara, Ss.295-316.
- Kara Kılıçarslan, S. (2015). "Tüketici Sözleşmelerinde Bilgilendirme Yükümlülüğü", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C.5, S.2, Ankara.
- Karataş, E. (2021). Hekimin Özerkliği, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli
- Koller-Tumler, M. (1995), Der Konsumentenvertrag Im Schweizerischen Recht (İsviçre Hukukunda Tüketici Sözleşmesi), Staempfli Verlag, Bern.
- Koyuncu Aktaş, N. (2020). Hekimin Özen Borcuna Aykırılıktan Doğan Sözleşmesel Sorumluluğu, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi.

- Kök, A.N. (2015). “Hekim Hasta İlişkisi Tüketici Hukukuyla Bağdaşır Mı?”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S.5, Ss.605-616.
- Medicus, D. (1992). Wer İst Verbraucher? (Tüketici Kimdir?), Wege Zum Japanischen Recht, Ed. Hans Leser, Tomatsu İsamora, Festschrift Für Zentaro Kitawaga, Berlin, 1992.
- Oğuz, Y.N. (2005). vd. , Biyoetik Terimleri Sözlüğü, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara.
- Oral, T. (2013). Tüketici Sözleşmelerinin Uygulama Alanı ve Ticari ve Adi Sözleşmelerden Ayrılması, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S.13, Ankara, Ss. 545-573.
- Ozanoğlu, H.S. (2000). “Mukayeseli Hukuk ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Tüketiciyi Koruyan Düzenlemelerin Kişi Bakımından Uygulama Alanı”, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, Beta Basım, İstanbul, S.663-692. (Kişi Bakımından Uygulama)
- Ozanoğlu, H.S. (2001). “Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Ka-nun’un Maddi Anlamda Uygulama Alanı)”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Der-gisi, C. 50, Sayı 1, Ankara, Ss.55-90.(Tüketici Sözleşmeleri)
- Öz, P. (1984). Vücuda Tıbbi Girişim Ve Doktorun Sorumluluğu, Ankara Barosu Dergisi, C.41, S.5,Ankara.
- Özdemir, H. (2004). Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara. (Teşhis ve Tedavi)
- Özdemir, H. (2016). “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.11, S.1, 2016, Ss.33-81.(Hekimin Hukuki Sorumluluğu)
- Özel, Ç. (2008). “Hukuksal Açıdan Tüketicinin Korunması ve Tüketicinin Korunma Gerekliliğine İlişkin Bir Değerlendirme”, Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C.26, S.1, Ss.287-299.
- Özsoy, R. (2019). 6502 S.TKHK. Kapsamında Ayıplı İfa ve Sonuçları, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Ankara.
- Palanduz, A. (2016). Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu, Özyeğin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul.
- Rado, T. (2014). Roma Hukuku Dersleri, Filiz Kitapevi, 10. Baskı, İstanbul.
- Serozan, R. (1996). “Tüketiciyi Koruma Yasasının Sözleşme Hukuku Alanındaki Eleştirisi”, Yasa Hukuk İhtihat ve Mevzuat Dergisi, C. 15, S. 173/4.
- Sert, G. (2004), Uluslararası Bildirgeler ve Tıp Etiği Çerçevesinde Hasta Hakları, Seçkin Yayınları, İstanbul.
- Sirmen, L. (2013). “Tüketici Hukukunun Amacı ve Özellikleri”, Yaşar Üniversitesi Dergisi, C.8, 2013, Ss. 2465-2476.
- Şenocak, Z. (1998). Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara.
- Tandoğan, H. (2010). Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.2, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- Tacir, H. (2010). Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi.
- Tanrıverdi, H.; Akova, O. & Çevik, B (2014). “Tıp Etiği Açısından Hekim Hakları”, Bitlis Eren Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C.3, S.1, 2014, Ss.21-30
- Tiryaki, B. (2007). Ayıplı Hizmetten Doğan Sorumluluk, Yetkin Yayınları, Ankara.
- Tutumlu, M.A. (2015). Tüketici Yargılaması Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Uygur, A. (2009). Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, Ankara.
- Ülker, Ç. (2017). Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Hukuki Niteliği, İstanbul Ticaret Üniversitesi Dış Ticaret Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul.
- Yağoğlu, M. (2017). Hastaneye Kabul Sözleşmesi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Kayseri.

- Yardımlı, İ. (2015). Tüketici Olarak Hasta Hakları, Gediz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İzmir.
- Yavuz İ.F. (2006). Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- Yavuz, C. (2014). Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Beta Yayıncılık, İstanbul.
- Yeşiller, F.B. (2019). Hekimlik Sözleşmesi ve Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Ankara.
- Yıldırım, G. & Kadioğlu, S. (2007). “Etik ve Tıp Etiği Kavramları.”, Cumhuriyet Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi, 2007.
- Zevkliler, A. & Özel, Ç. (2016). Tüketicinin Korunması Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara