

**T.C.
GEDİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
TEZLİ YÜKSEK LİSANS PROGRAMI**

TÜKETİCİ OLARAK HASTA HAKLARI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

İSA YARDIM

Danışman

Prof. Dr. Hasan PETEK

İZMİR - 2015

**T.C.
GEDİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
TEZLİ YÜKSEK LİSANS PROGRAMI**

TÜKETİCİ OLARAK HASTA HAKLARI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

İSA YARDIM

Jüri Üyeleri

Prof. Dr. Hasan PETEK

Yrd. Doç. Dr. Ahmet TÜRKMEN

Yrd. Doç. Dr. Serdar NART

İZMİR - 2015

TEZ KABUL VE ONAY

İsa YARDIM tarafından Yüksek Lisans Tezi olarak sunulan “Tüketici Olarak Hasta Hakları” başlıklı bu çalışma Gediz Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği'nin ilgili hükümleri uyarınca tarafımızdan değerlendirilerek savunmaya değer bulunmuş ve 10/09/2015 tarihinde yapılan tez savunma sınavında aday oybirliği/oyçokluğu ile başarılı bulunmuştur.

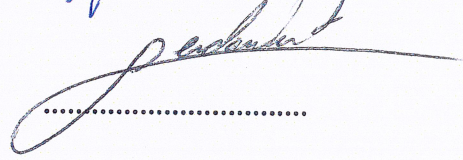
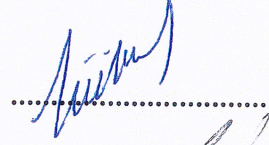
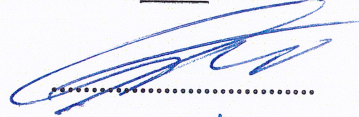
Jüri Üyeleri:

Prof. Dr. Hasan PETEK

Yrd. Doç. Dr. Ahmet TÜRKMEN

Yrd. Doç. Dr. Serdar NART

İmza



YEMİN METNİ

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “Tüketici Olarak Hasta Hakları” adlı çalışmanın, tarafımdan, akademik kurallara ve etik değerlere uygun olarak yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

.../.../2015

İsa YARDIM

ÖZET

Yüksek Lisans Tezi

TÜKETİCİ OLARAK HASTA HAKLARI

İsa YARDIM

Gediz Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Tezli Yüksek Lisans Programı

Sağlık alanında, kişilik hakkının yansımalarından en önemlisi hasta haklarıdır. Hasta hakları, ülkemizde esas olarak Hasta Hakları Yönetmeliği ile düzenlenmiştir.

Bağımsız çalışan hekim ile hasta arasındaki sözleşme ilişkisine hekimlik sözleşmesi, özel hastane işleticisi ile hasta arasındaki sözleşme ilişkisine ise hastaneye kabul sözleşmesi adı verilmektedir. Kamu kurum ve kuruluşları tarafından işletilen hastaneler ile hastalar arasında sözleşme ilişkisi yoktur. Hasta ile hekim veya özel hastane arasındaki sözleşme ilişkisi, genel olarak Türk Borçlar Kanunu'nun vekâlet sözleşmesi hükümlerine, istisnai olarak eser sözleşmesi hükümlerine tabidir.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nde "Tıbbi Özen Gösterilmesini İsteme", "Kendisine İlişkin Olarak Genel Bilgi İsteme", "İzin ve Onay Olmaksızın Tıbbi İşleme Tabi Tutulmama" hakları öne çıkmaktadır.

6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun uyarınca hasta, tüketici konumundadır. Hastaların haklarının ihlali durumunda, bu Kanun'da belirtilen ayıplı hizmetin yeniden görülmesi, ayıp oranında bedelde indirim, hizmet sonucu ortaya çıkan eserin ücretsiz onarımı, sözleşmeden dönme gibi seçimlik hakları vardır. Aynı zamanda Türk Borçlar Kanunu'na göre tazminat da isteyebilirler.

Anahtar Kelimeler: Hasta, Hekim, Hekimlik Sözleşmesi, Hastaneye Kabul Sözleşmesi, Hasta Hakları, Tüketici, Seçimlik Haklar

ABSTRACT

Master's Thesis

PATIENT RIGHTS AS CONSUMERS

İsa YARDIM

Gediz University

Institution of Social Sciences

Department of Private Law

Thesis Master's Program

In the field of health, the most important personal rights are patient rights. Patient rights are mainly regulated with Patient Rights Regulation.

The relationship between self-employed physician and patient is named as medicine contract, and the contract relationship between private hospital operator and patient is named as acceptance agreement to hospital. There is no contract relationship between the hospitals operated by state institutions and organizations and patients. The relationship between patient and doctor or patient and private hospital is generally subject to the articles of proxy agreement of Turkish Code of Obligations, and exceptionally subject to the articles of freelance contract.

In the Patient Rights Regulation, the following rights come to the fore, such as “asking for medical care”, “asking for general information about herself/himself”, “not operationalizing any medical operation without any permission and approval”.

According to the Law on the Protection of Consumers numbered 6502, patients are at consumer position. When patients' rights are violated, patients have the alternative rights to ask for substitution of the defective service, for the repair of the work serviced, to renege on the contract. Besides, they may demand for compensation according to Turkish Code of Obligations.

Key words: Patient, Physician, Medicine Contract, Acceptance Agreement to Hospital, Patient Rights, Consumer, Alternative rights.

TÜKETİCİ OLARAK HASTA HAKLARI

İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI	ii
YEMİN METNİ	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT	v
İÇİNDEKİLER	vi
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

HASTA İLE HEKİM VE HASTANE İLİŞKİSİNİN HUKUKİ BOYUTU VE HASTA HAKLARI

I. TEMEL KAVRAMLAR	3
A. Hasta	3
B. Hekim	4
C. Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Ait Sağlık Kuruluşları	7
D. Özel Hastaneler	7
E. Tıbbi Müdahale	10
F. Teşhis	12
G. Tedavi	12
H. Malpraktis	12
İ. Komplikasyon	13
J. Tıp	14
K. Sağlık	14
L. Sağlık Hukuku	15
II. HASTA İLE HEKİM VE HASTANE ARASINDAKİ İLİŞKİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ	16
A. Genel Olarak	16
B. Hekimlik Sözleşmesi	18
1. Hekimlik Sözleşmesinin Hukuki Niteliğine İlişkin Görüşler	19
a. Hizmet Sözleşmesi Görüşü	20
b. Vekâlet Sözleşmesi Görüşü	22
c. İstisna (Eser) Sözleşmesi Görüşü	25
d. Tüketici Sözleşmesi Görüşü	27
e. Kendine Özgü Yapısı Olan Sözleşme Görüşü	28
f. Sözleşmenin Niteliğinin Özel Durum ve Şartlara Göre Belirlenmesi Görüşü	29
g. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Sonuç	30
2. Hekimlik Sözleşmesinin Tarafları, Sözleşmenin Kuruluşu, Şekli, Hükümleri ve Sona Ermesi	34
a. Sözleşmenin Tarafları	34

	b.	Sözleşmenin Kuruluşu	38
	c.	Sözleşmenin Şekli	40
	d.	Sözleşmenin Hükümleri	41
	e.	Sözleşmenin Sona Ermesi	43
C.		Hastaneye Kabul Sözleşmesi	48
	1.	Kavram	48
	2.	Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Hukuki Niteliğine İlişkin Görüşler	49
	a.	Hizmet Sözleşmesi Görüşü	49
	b.	Vekâlet Sözleşmesi Görüşü	51
	c.	İstisna (Eser) Sözleşmesi Görüşü	51
	d.	Kombine Sözleşme Görüşü	52
	e.	Karma Sözleşme Görüşü	52
	f.	Kendine Özgü Yapısı Olan Sözleşme Görüşü	53
	g.	Sözleşmenin Niteliğinin Özel Durum ve Şartlara Göre Belirlenmesi Görüşü	54
	h.	Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Sonuç	54
	3.	Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Türleri	55
	a.	Genel Olarak	55
	b.	Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi	55
	aa.	Hekimlik Sözleşmesi Olmaksızın Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi	56
	bb.	Hekimlik Sözleşmesi İlaveli Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi	56
	c.	Bölünmüş Hastaneye Kabul Sözleşmesi	57
	4.	Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Tarafları, Sözleşmenin Kuruluşu, Şekli, Hükümleri ve Sona Ermesi	58
	a.	Sözleşmenin Tarafları	58
	b.	Sözleşmenin Kuruluşu	59
	c.	Sözleşmenin Şekli	60
	d.	Sözleşmenin Hükümleri	60
	e.	Sözleşmenin Sona Ermesi	62
D.		Kamu Hastanesi İle Hasta İlişkisi	64
	1.	Kamu Hastanesi Kavramı	64
	2.	Kamu Hastanesi İle Hasta Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği	65
III.		HASTA HAKLARI	68
	A.	Genel Olarak Hasta Hakları Kavramı	68
	B.	Hasta Haklarıyla İlgili Ulusal ve Uluslararası Düzenlemeler	70
	1.	Ulusal Düzenlemeler	70
	2.	Uluslararası Düzenlemeler	72
	C.	Hasta Hakları	75
	1.	Sağlık Hizmetlerinden Adalet ve Hakkaniyete Uygun Olarak Faydalanma Hakkı	75
	2.	Sağlık Hizmetlerine İlişkin Bilgi İsteme Hakkı	77
	3.	Sağlık Kuruluşunu Seçme ve Değiştirme Hakkı	78
	4.	Sağlık Personelini Tanıma, Seçme ve Değiştirme Hakkı	80

5.	Öncelik Sırasının Belirlenmesini İsteme Hakkı	81
6.	Tıbbi Gereklere Uygun Teşhis, Tedavi ve Bakım Hakkı	82
7.	Tıbbi Gereklilikler Dışında Müdahale Yasağı	84
8.	Ötenazi Yasağı	85
9.	Tıbbi Özen Gösterilmesini İsteme Hakkı	88
10.	Kendisine İlişkin Olarak Genel Bilgi İsteme Hakkı	91
	a. Genel Olarak	91
	b. Bilgilendirmenin Kapsamı	91
	c. Bilgilendirme Yapılacak Kişi	93
	d. Bilgilendirmenin Yöntemi	95
	e. Bilgilendirmenin Zamanı	96
	f. Bilgilendirme Yapılmasını Gerektirmeyen Haller	96
11.	Kayıtları İnceleme Hakkı	98
12.	Kayıtların Düzeltilmesini İsteme Hakkı	100
13.	Mahremiyetine Saygı Gösterilmesini İsteme Hakkı	100
14.	Bilgilerin Gizli Tutulmasını İsteme Hakkı	102
15.	İzin ve Onay Olmaksızın Tıbbi İşleme Tabi Tutulmama Hakkı (Tıbbi Müdahalede Hastanın Rızası)	104
	a. Genel Olarak	104
	b. Rıza Açıklaması	107
	c. Rızanın Şekli	109
	d. Rızanın Kapsamı	110
	e. Rıza Açıklamasını Yapma Yetkisi	111
	f. Rızanın Aranmayacağı Haller	114
16.	Alışılmış Olmayan Tedavi Usullerinin Uygulanmasında Bilgilendirme ve Rızasının Alınması Hakkı	117
17.	Tıbbi Araştırmalarda Hasta Hakları	119
18.	Güvenliğin Sağlanmasını İsteme Hakkı	121
19.	Dini Vecibeleri Yerine Getirebilme ve Din Hizmetlerinden Yararlanma Hakkı	122
20.	İnsani Değerlere Saygı Gösterilmesi ve Ziyaret Hakkı	123
21.	Refakatçi Bulundurma Hakkı	124
22.	Hizmetin Sağlık Kurum ve Kuruluşu Dışında Verilmesi Hakkı	125
23.	Hastaya Yeterli Vakit Ayrılması ve Hastanın Vaktine Riayet Edilmesi Hakkı	125
24.	Müracaat, Şikâyet ve Dava Hakkı	126

İKİNCİ BÖLÜM
HASTA HAKLARININ İHLALİ NEDENİYLE SORUMLULUĞUN
TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN
ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

I.	HASTA HAKLARI İHLALLERİNİN TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN KARŞISINDAKİ DURUMU	127
	A. Temel Kavramlar	127

1.	Tüketici	127
2.	Tüketici İşlemi	133
3.	Hizmet	137
4.	Sağlayıcı	138
B.	Sözleşmedeki Haksız Şartların Hasta Haklarına Etkileri	143
1.	Genel Olarak	143
2.	Haksız Şartların Varlığı Halinde Hastanın Hakları	148
C.	Hastaya Yönelik Hizmetin Ayıplı İfa Edilmesi	152
1.	Genel Olarak Ayıp Kavramı	152
2.	Ayıplı Hizmet	152
a.	Kavram	152
b.	Ayıplı Hizmetin Özellikleri	153
c.	Ayıplı Hizmetin Türleri	157
3.	Ayıplı Hizmet Nedeniyle Sorumluluk	165
a.	Genel Olarak Sorumluluk Kavramı	165
b.	Bağımsız Çalışan Hekimin Sorumluluğu	167
c.	Özel Hastane İşleticisinin Sorumluluğu	171
d.	İfa Yardımcılarının Fiillerinden Sorumluluk	174
e.	Devletin ve Kamu Hastanelerinin Sorumluluğu	177
4.	Sorumsuzluk ve Sorumluluktan Kurtarma Anlaşması	181
5.	Ayıplı Hizmet Halinde Hastanın Seçimlik Hakları	185
a.	Seçimlik Hakların Hukuki Niteliği	185
b.	Seçimlik Hakların Türleri	187
aa.	Ayıplı Hizmetin Yeniden Görülmesi	188
bb.	Ayıp Oranında Bedelden İndirim	191
cc.	Sözleşmeden Dönme	193
dd.	Hizmet Sonucu Ortaya Çıkan Eserin Ücretsiz Onarımı	196
6.	Ayıplı Hizmet Nedeniyle Tazminat	198
a.	Genel Olarak	198
b.	Tazmini Gereken Zararlar	201
c.	Seçimlik Hakları Kullanmadan Tazminat Talebi	202
d.	Seçimlik Haklarla Birlikte Tazminat Talebi	203
7.	Zamanaşımı	203
8.	İspat Yüğü	207
II.	HASTA HAKLARININ İHLALİ NEDENİYLE MÜRACAAT, ŞİKÂYET VE DAVA HAKKI	210
A.	Genel Olarak	210
B.	Hasta İletişim Birimleri ve Hasta Hakları Kurulları	210
C.	Tüketici Hakem Heyetleri	212
D.	Tüketici Mahkemeleri	217
	SONUÇ	223
	KAYNAKÇA	226

GİRİŞ

1982 Anayasasının 56. maddesine göre “*Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir*”. Devlet vatandaşlarına sağlıklı bir yaşam için gerekli koşulları sağlama yükümlülüğü altındadır.

Tıp biliminin ve uygulamasının sürekli olarak gelişmesine paralel olarak, sağlık hizmetlerinin sunumunda hastanın sahip olduğu haklar da aynı oranda gelişmekte, evrenselleşmektedir. Ülkemizde dağınık halde bulunan hasta hakları ile ilgili mevzuat, Hasta Hakları Yönetmeliği ile bir araya toplanmıştır. Özellikle hastaların kendilerine ilişkin olarak genel bilgi isteme hakkı, bilgilendirildikten sonra tıbbi müdahalede rızasının alınması hakkı, tıbbi özen gösterilmesini isteme hakkı gibi haklar, hastalar açısından ön plana çıkmaktadır.

Hasta hakları; hastanın hastalığının tıp biliminin kurallarına ve uygulamasına hâkim olan ilkelere göre, teşhis ve tedavisinin yapılmasını, aynı zamanda teşhis ve tedavi hizmeti dışında hastaya yönelik gerçekleştirilecek barınma, bakım gibi hizmetlerin olması gereken çağdaş standartlarda, bilimsel ilke ve deneyimlere uygun sunulmasını ifade eder.

Hasta hakları, hasta ile bağımsız çalışan hekim veya özel hastane işleticisi ile kamu kurum ve kuruluşlarına ait hastaneler arasındaki ilişkiden kaynaklanan, hastaya sağlık hizmetlerini sunacak olan sağlık personeli ve sağlık kurumlarının görev ve sorumluluklarını ifade etmektedir.

Hasta hakları, kişilik hakkının sağlık alanına yansımaları olduğundan, hasta haklarının uygulanması ile kişinin hakkı korunmak istenmektedir. Hastanın kişilik hakkına zarar verecek tutum ve davranışlardan kaçınmasını gerektiren hasta hakları, hekim açısından işi özenle yapma borcunun yanı sıra, bir takım davranışlarda da bulunmama borcunu içermektedir.

“Tüketici Olarak Hasta Hakları” konulu bu tezimizin amacı; Hasta Hakları Yönetmeliği’nde düzenlenmiş bulunan hastaların haklarını değerlendirmek ve 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun çerçevesinde tüketici sayılan hastanın, bu haklarının ihlali durumunda Kanun’da düzenlenen hukuki korunma yollarından ne şekilde faydalanabileceği konusunu açıklamaya çalışmaktır.

“Tüketici Olarak Hasta Hakları” konulu bu yüksek lisans tez çalışması iki bölümden oluşmaktadır. Tezin ilk bölümünde hasta hakları ile ilgili olarak, gerek Hasta Hakları Yönetmeliği’nde gerekse uygulamada ön plana çıkan temel kavramlar, yasal düzenlemeler ve doktrinin görüşleri de dikkate alınmak suretiyle değerlendirilmiştir. Yine ilk bölümde hasta ile bağımsız çalışan hekim ve hasta ile özel hastane işleticisi arasındaki hukuki ilişkinin hukuksal niteliği, bu ilişkilerin hüküm ve sonuçları ayrıntılı olarak incelenmiş, devamında da Hasta Hakları Yönetmeliği’nde belirtilen haklar ayrıntılı olarak açıklanmaya çalışılmıştır.

Tezin ikinci bölümünde, hasta hakları ihlalleri nedeniyle, tüketici olarak kabul edilen hastaların hukuki korunma yolları 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun çerçevesinde ele alınmıştır. Bu doğrultuda Kanun’da belirtilen temel kavramlardan hareketle, hastaya yönelik sunulan sağlık hizmetinin ayıplı ifası ve bunun sonuçları, ayıplı ifa sonucunda hastanın sahip olduğu seçimlik haklar, hasta ile hekim veya özel hastane işleticisi arasındaki sözleşmelere konulabilecek haksız şartlar, hekimin veya özel hastane işleticilerinin sorumsuzluk anlaşması yapabilmeleri ile ilgili özel durumlar da incelenmiştir.

Hastaların, Hasta Hakları Yönetmeliği’nde belirtilen hakları, aynı zamanda hekimler, özel hastane işleticileri, kamu kurum ve kuruluşlarına ait hastaneler ve yardımcı tüm sağlık personeli bakımından da yükümlülük olarak kendini göstermektedir. Hastaların hakları konusunda bilgilendirilmeleri kadar, bu hakların gereğini yerine getirecek olan uygulayıcıların da hakların özüne dokunmaksızın, zaten hastalığı sebebiyle fiziksel ve ruhsal olarak zayıf durumda bulunan hastalara karşı özenle davranma ödevleri bulunmaktadır. Bu ödevlere aykırılık hasta haklarının ihlali olarak nitelendirilerek, uygulayıcılar bakımından Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da belirtilen bir takım sorumlulukları doğuracaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

HASTA İLE HEKİM VE HASTANE İLİŞKİSİNİN HUKUKİ BOYUTU

VE HASTA HAKLARI

I. TEMEL KAVRAMLAR

A. Hasta

Hasta kelimesi köken itibariyle Farsça “Hasten” kökünden türemiş olup; yaralı, yorgun, sağlığı yerinde olmayan, incinen anlamına gelmektedir¹.

Türk Dil Kurumu sözlüğünde hasta kelimesi “*Hastalık, kaza veya yaralanma dolayısıyla fizik veya ruh sağlığı bozulmuş ve tedavi edilmesi gereken kimse, rahatsız*” olarak tanımlanmıştır.

Hasta Hakları Yönetmeliği’nin² 4. maddesinin b bendinde de, “*sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan kimse*” hasta olarak tanımlanmaktadır. Yönetmelikteki tanımda belirtilen sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan kimse ibaresi, bu hizmetlerden yararlanacak olan kişiler içerisinde hasta yakınlarının da bulunması sebebiyle çok geniştir. Türk Dil Kurumu sözlüğünde ifade edildiği gibi; fizik ve ruh sağlığı bozulmuş olan, sağlık ve iyilik hali içinde olmayan, bu nedenle sağlık hizmetlerinden yararlanma ve sağlık personelinin tıbbi yardımına ihtiyaç duyan kişiler hasta olarak kabul edilmektedir³.

¹ **Hakeri, Hakan**; Tıp Hukuku, 7.Baskı, Ankara 2013 (Tıp), s.36; **Petek, Hasan**; Sağlık Hukuku, Eskişehir 2014 (Sağlık), s.7. Bir kısım yazarlar tarafından hasta terimi yerine tüketici veya müşteri teriminin kullanılabilirliği belirtilmektedir. Bu yazarlara göre hasta, eşit olmayan bir ilişkide pasif, acı çeken, muhtaç olan taraf olup, hekim veya sağlık mensubu kişilerin inisiyatifindedir. Hasta yerine tüketici kelimesinin kullanılmasıyla hasta pasif, kabullenen konumundan, aktif alıcı konumuna geçecek, bu durum onun lehine güçlendirici bir etki doğuracak, bu terimlerin kullanılmasıyla şikâyeti olan kimse ile sağlık mensupları arasındaki güç dengesi eşitlenecektir. (Bkz. **Tacir, Hamide**; Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, İstanbul 2011, s.83-84’te belirtilen yazarlar). Buna karşılık **Tacir** (s.84), tüketici veya müşteri kavramlarının ticari anlamlar içerdiği, sağlık mensupları ile hasta arasındaki bilgi ve konu eşitsizliğini gidermek amacıyla bu kelimelerin kullanılmasının tıbbin ticarileşmesi riskini beraberinde getireceği, böyle bir durumun sağlık hizmetlerinin amacına ters düştüğü, tıp etiğinin hastaya zarar vermeme, yararlı olma, adalet gibi temel ilkelerinin savuşturulması tehlikesi içerdiği, hekimin kendi çıkarını hastanın çıkarının üzerinde tutmasına yol açabileceği, böyle bir adlandırmanın hekimin tüccar, hastanenin ticarethane olarak yorumlanmasına yol açabileceği düşüncesindedir.

² RG.: 01.08.1998, S.23420.

³ **Yavuz İpekyüz; Filiz**; Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul 2006, s.20; **Demir, Mehmet**; Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Sadece fizik ve ruh sağlığı bozulmuş olan kişilerin dışında, örneğin estetik kaygılarla, kürtaj, sünnet gibi toplumsal, kültürel, dini veya kişisel birtakım düşünce ve sebeplerle hekime başvuran kişiler de hasta olarak değerlendirilmektedir⁴. Bu şekilde hekime başvuran kişiler de yönetmeliğin tanımından hareketle sağlık hizmetlerinden faydalanma talebinde bulunan kişilerdir. Nitekim Dünya Tabipler Birliği'nin 1994 tarihli Amsterdam Bildirgesi'nde hasta "*sağlıklı veya hasta olarak sağlık hizmeti kullananlar*" olarak ifade edilmektedir.

B. Hekim

Hekim kelimesi, köken itibariyle Arapça "Ha-ke-me" sözcüğünden türemiş olup, kök anlamı itibariyle akıllı ve becerikli demektir. Allah'ın isimlerinden olan "hakim" kelimesi, her şeyi inceliğiyle bilen, bütün işleri hikmetli, hikmet sahibi olan anlamına gelir. Bu kelime tabip anlamında kullanılırken Türkçede "hekim" olarak ifade edilmektedir⁵.

Tabip kelimesi de Arapça "Tab-be" kökünden gelen ve maharetli olmak, hekimlik yapmak, tedavi etmek, ıslah etmek, sağlamlaştırmak anlamlarına karşılık gelir ve hekim kavramıyla eşanlamlı olarak kullanılır⁶.

Tabip kelimesinin kökü, tıp kelimesiyle beraber eski Mısır'ın ilk başkenti "Teb" (Thebai) şehrine dayanmaktadır. Teb şehri o dönemdeki Mısırın en önemli tıp merkezlerinden olup, şehrin toteminin yılan figürü olduğu kabul edilmektedir. Bir ağaca sarılmış iki yilandan oluşan hekimlik sembolü bilinenin aksine Yunan değil, tıp biliminde ileri seviyede bulunan Sümerlere aittir. Semboldeki ağaç yaşamı, iki yılan (dişi ve erkek) ise gençliği temsil etmektedir. Yunan mitolojisinde tanrı Zeus'un tıp tanrısı ilan ettiği Asklepios'a göre hekim yılan gibi olmalı sırrını

Dergisi, Cilt 57, Sayı 3, Ankara 2008(Hekim), s.234; **Demir, Mehmet**; Tıbbi Organizasyon Kusuru Açısından Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu, Ankara 2010 (Hastane), s.30; **Günday, Rezzan**; Tıbbi Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 2012, s.3; **Hatırnaz Erol, Gültezer**; Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları, 3. Baskı, Ankara 2013, s.87.

⁴ **Özay, Merter**; Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2006, s.20; **Petek, Sağlık**, s.5.

⁵ **Petek, Sağlık**, s.5.

⁶ **Petek, Sağlık**, s.5.

kimseye söylememeli, sabır ve sakinlik içinde çalışmalıdır. Yine yerel inanışlara göre Lokman Hekimin ölümsüzlüğü keşfettiği formülünü düşürdüğü, bu formülün bir yılan tarafından yenildiği, bu yüzden yılanın yaşama gücü ve sağlığı temsil ettiği kabul edilmektedir⁷.

Doktor kelimesi, Latince kökenli olup “öğretmen” anlamındadır. Doktor kelimesi; insanlardaki hastalıkları teşhis ve onları ilaçlarla veya bazı araçlarla tedavi eden, tabip, hekim anlamına gelmektedir. Hekimin teşhis ve tedavi görevini yerine getirebilmesi için, kendisine hukuk düzeni tarafından tıp mesleğini yerine getirme, dolayısıyla tıbbi müdahalede bulunabilme yetkisinin verilmiş olması gerekir⁸.

Tıp fakültelerinden mezun olarak diploma sahibi olan kişilere hekim denilmektedir⁹. Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun’un¹⁰ 2. maddesine göre diplomanın hekimlik mesleğinin icrasında kullanılması için, Sağlık Bakanlığı tarafından tasdik ve tescil edilmiş olması gerekir. Hekim olmak için Türk vatandaşı olmaya gerek olmadığı gibi, Türkiye’deki tıp fakültelerinden mezun olma zorunluluğu da bulunmamaktadır. Yabancı ülkelerdeki tıp fakültelerinden alınan diplomaların denkliği sağlandığı takdirde bu kişiler de Türkiye’de hekimlik yapabilirler.

Türk Tabipleri Birliği Kanunu¹¹; serbest çalışacak hekimler için tabip odasına kayıt olma zorunluluğu getirmişken, kamu kurumlarında çalışan veya mesleğini icra

⁷ **Hancı, İ.Hamit**; Yılan Hikâyesi, Türk Tabipler Birliği Sürekli Tıp Eğitimi Dergisi, Cilt 14, Sayı 8, Ankara 2005, s.6–9.

⁸ **Ayan, Mehmet**; Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 1991, s.5; **Özdemir, Hayrünnisa**; Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Ankara 2004, s.44; **Sarıtaş, Hatice**; Hasta Hakları Açısından Hekim Sorumluluğu, Ankara 2005; **Yavuz İpekyüz**, s.23; **Özay**, s.19; **Demir**, Hekim, s.234; **Günday, Rezzan**; Tıbbi Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 2012, s.3; **Kaya, Mine**; Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 100, Ankara 2012, s.49; **Petek**, Sağlık, s.5.

⁹ Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanununun 1. maddesine göre “*Türkiye Cumhuriyeti dâhilinde tababet icra ve her hangi surette olursa olsun hasta tedavi edebilmek için tıp fakültesinden diploma sahibi olmak şarttır*”. Yine aynı kanununun 28. maddesine göre “*Hekimlik mesleğinin icrası için; Türk Ceza Kanunu'nun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı beş yıl veya daha fazla süreyle ya da devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından hapis cezasına mahkûm olmamak gerekir*”.

¹⁰ RG.: 14.04.1928, S.863.

¹¹ RG.: 31.01.1953, S.8323.

etmeyen hekimler için kayıt zorunluluğu getirmemiş, onların dilerlerse kayıt yaptırabileceklerini düzenlemiştir¹².

Önemle belirtmek gerekir ki, ileride inceleyeceğimiz hasta hakları bakımından bir takım yükümlülükler sadece hekimleri ilgilendirmemektedir. Tıp alanında çalışan ve ünvanı hekim olmayan kişiler de sağlık personeli olarak hasta haklarını gözetmekle yükümlü olan kişilerdir. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 4. maddesinin c bendinde personel ifadesinin *“Hizmetin, resmi veya özel sağlık kurumlarında ve kuruluşlarında veya serbest olarak sunulmasına bakılmaksızın, sağlık hizmetinin verilmesine iştirak eden bütün sağlık meslekleri mensuplarını ve sağlık meslekleri mensubu olmasa bile sağlık hizmetinin verilmesine sorumlu olarak iştirak eden kimseleri”* kapsadığı belirtilmiştir.

Sağlık hukuku bakımından hekimlerin dışında diş hekimi, eczacı, diyetisyen, fizyoterapist, teknisyen, ebe, sünnetçi, hastabakıcı, hemşire gibi sağlık personeli de önem arz etmektedir. Bunların yanında Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanununun Ek 13. maddesinde, sağlık meslek mensubu olarak; Klinik psikolog, fizyoterapist, odyolog, diyetisyen, dil ve konuşma terapisti, podolog, sağlık fizikçisi, anestezi teknisyeni/teknikeri, tıbbi laboratuvar ve patoloji teknikeri, tıbbi görüntüleme teknisyeni/teknikeri, ağız ve diş sağlığı teknikeri, diş protez teknikeri, tıbbi protez ve ortez teknisyeni/teknikeri, ameliyathane teknikeri, adli tıp teknikeri, odyometri teknikeri, diyaliz teknikeri, fizyoterapi teknikeri, perfüzyonist, radyoterapi teknikeri, eczane teknikeri, iş ve uğraşı terapisti (Ergoterapist), iş ve uğraşı teknikeri (Ergoterapi teknikeri), elektronörofizyoloji teknikeri, mamografi teknikeri, acil tıp teknikeri, hemşire yardımcısı, ebe yardımcısı, sağlık bakım teknisyeni ünvanına sahip olanlar belirtilmiş ve tanımlanmıştır.

¹² Türk Tabipleri Birliği Kanunu'nun 7. maddesine göre *“Bir tabip odası sınırları içinde sanatını serbest olarak icra eden tabipler bir ay içinde o il veya bölge tabip odasına üye olmak ve üyelik görevlerini yerine getirmekle yükümlüdürler. Mesleklerini serbest olarak icra etmeksizin kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde asli ve sürekli görevlerde çalışanlar ile herhangi bir sebeple mesleğini icra etmeyenler tabip odalarına üye olabilirler”*. Yine 3224 sayılı Türk Diş Hekimleri Birliği Kanunu'nun 17. maddesi uyarınca diş hekimlerinin faaliyette buldukları yerdeki diş hekimleri odasına kayıt yaptırılmaları gerekmektedir.

C. Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Ait Sağlık Kuruluşları

Kamu kurum ve kuruluşlarına ait sağlık kuruluşları, vatandaşlara özel hastanelerin kazanç elde etme amacından farklı olarak kamu yararı doğrultusunda sağlık hizmeti sunmak için kurulan, kamu yönetiminin içerisinde yer alan kuruluşlardır.

5283 sayılı Bazı Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Ait Sağlık Birimlerinin Sağlık Bakanlığına Devredilmesine Dair Kanun'un¹³ 4. maddesi uyarınca, Kamu kurum ve kuruluşlarına (bakanlıklara, bakanlıkların bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşları ile diğer kamu kurum ve kuruluşlarına) ait tüm sağlık birimleri (hastane, doğumevi, dispanser, sağlık ocağı, sağlık merkezleri gibi), bunlara ilişkin her türlü görev, hak ve yükümlülükler, taşınırlar, taşınmazlar ve taşıtlarla birlikte, Sosyal Sigortalar Kurumuna ait olanlar rayiç bedeli karşılığında, diğerleri bedelsiz olarak Sağlık Bakanlığına devredilmiştir.

Aynı kanunun 2. maddesine göre Cumhurbaşkanlığı, yüksek mahkemeler, Sayıştay, Türk Silahlı Kuvvetleri, Milli İstihbarat Teşkilatı, üniversiteler, mahalli idareler ve mazbut vakıflara ait sağlık birimleri bu devrin dışında kalmış olup, bunların halen kendilerine ait sağlık birimleri bulunmaktadır.

D. Özel Hastaneler

Ülkemizde özel hastaneler, 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu¹⁴, bu kanunun uygulama şeklini gösteren Özel Hastaneler Tüzüğü¹⁵ ve Özel Hastaneler Yönetmeliği¹⁶ çerçevesinde faaliyette bulunmaktadır.

2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca; Devletin resmi hastanelerinden ve özel idarelerle belediye hastanelerinden başka yatırılarak hasta tedavi etmek veya yeni hastalık geçirmişlerin zayıfları yeniden eski

¹³ RG.: 19.01.2005, S.25705.

¹⁴ RG.: 05.06.1933, S.2419.

¹⁵ RG.: 10.01.1983, S.17924.

¹⁶ RG.: 27.03.2002, S.24708.

kuvvetlerini buluncaya kadar sıhhi şartlar içinde beslenmek ve doğum yardımlarında bulunmak için açılan ve açılacak olan sağlık yurtları “özel hastaneler” den sayılır.

Özel hastane vasfına sahip olmakla birlikte sadece kendi çalışanlarına hizmet vermek üzere kişiler, özel şirketler, işçi kuruluşları ve benzerleri tarafından kurulmuş olan hastane, revir ve diğer sağlık birimleri 2219 sayılı Kanun’un kapsamı dışında bırakılmıştır¹⁷.

Özel hastane işleticileri, gerçek kişi olabileceği gibi, dernek, vakıf veya ticaret şirketi şeklindeki bir tüzel kişilik veya tüzel kişiliği bulunmayan adi ortaklıklar da olabilir¹⁸.

Özel hastanelerin temel özellikleri Özel Hastaneler Yönetmeliği’nin 5. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre;

- a. Özel hastaneler, bu Yönetmelikte asgari olarak öngörülen bina, hizmet ve personel standartlarını haiz olmak kaydıyla, yirmi dört saat süreyle sürekli ve düzenli olarak, bir veya birden fazla uzmanlık dalında hastalara ayakta ve yatırarak muayene, teşhis ve tedavi hizmeti verir.
- b. Özel hastanelerde gözlem yatakları hariç en az yüz hasta yatağı bulunur. Ancak atıl kapasiteye yol açılmaması bakımından, Bakanlıkça belirlenen sağlık hizmet bölgelendirmesine göre planlanan hekim sayısı ve hizmet ihtiyacı doğrultusunda Planlama ve İstihdam Komisyonunun görüşü alınarak ellinin altında olmamak kaydıyla yüz yatağın altında özel hastane açılmasına izin verilebilir.

Özel hastaneler Sağlık Bakanlığının izniyle kurulurlar ve bakanlığın denetimine tabidirler. Özel Hastaneler Tüzüğü’nün 2. maddesi uyarınca; özel hastaneler açılma izinlerinde yazılı olan bir veya bir kaç uzmanlık dalıyla ilgili,

¹⁷ Hususi Hastaneler Kanunu’nun 2. maddesine göre “Kendi kanunlarına ve nizamname ve şartnamelerine göre hususi şirketler ve müteahhitler ve fabrikalar ve ticaret, ziraat, sanat ve nafia işlerinde çok işçi çalıştıran şahıslar; amele birlikleri ve bu gibi diğer şahıslar ve teşekküller tarafından kendi işçilerinin ve işlerinde kullandıkları adamlarının hastalıklarını tedavi ve sağlıklarını korumak için açılacak hastane, revir ve diğer sağlık yurtları bu kanunun hükümlerine bağlı olmayıp bunların açılma ve kapanma şartları kendi kanun ve nizamname ve talimatnamelerine göre yapılır”.

¹⁸ **Ayan**, s.129; **Özdemir**, s.62–63; **Petek, Hasan**; Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 8, Sayı 1, İzmir 2006 (Estetik), s.230.

hastaları ve tıbbi yardım isteyenleri kabul ve tedavi ederler. Özel hastaneler kural olarak her türlü hastanın tedavisini yerine getirebilirler. Özel hastaneler ani gelişen bir rahatsızlık veya kaza neticesinde acilen müdahaleye ihtiyacı olan hastaları kabul etmek zorundadırlar¹⁹.

Özel Hastaneler Tüzüğü'nün 31. maddesinde özel hastanelerin bazı kişileri kabul edemeyecekleri, bu kişileri devlet hastanelerine göndermeleri gerektiği düzenlenmiştir. Bu kişiler şunlardır;

- a. Suçu işledikleri zaman bilinçlerini ya da hareket serbestilerini tamamen kaldırarak biçimde akıl hastalığına tutulmuş bulunmalarından dolayı mahkemece, korunmalarına ve tedavi altına alınmalarına karar verilmiş olan hastalar,
- b. Akıl ya da ruh hastalığından dolayı mahkemelerce hastanelerde tıbbi gözlem altına alınmasına gerek gösterilenler,
- c. Zehirli ya da uyuşturucu madde alışkanlığından dolayı hastanelerde tedavilerine mahkemelerce karar verilenler,
- d. Bir suç işleyip de akıl hastalıklarından birine tutulmuş olan ya da bu hastalıklardan birine tutulduğu öne sürülen ve mahkemelerce haklarında henüz karar verilmemiş olan kimseler.

Özel hastanelerin yanında ayakta teşhis ve tedavi verilen özel sağlık kuruluşları da bulunmaktadır. Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik²⁰ hükümlerine göre bu kuruluşlar; A Tipi, B Tipi ve C Tipi tıp merkezleri, A ve B tipi poliklinikler, laboratuvar, müessese ve muayenehanelerdir.

Hasta Hakları Yönetmeliğinin 2. maddesi uyarınca, hasta haklarına yönelik güvence ve sorumluluklar, sağlık hizmeti verilen resmi ve özel bütün kurum ve kuruluşları, bu kurum ve kuruluşlarda veya bunların dışında hizmete katılan her

¹⁹ Hususi Hastaneler Kanunu'nun 32. maddesine göre "... Ani bir arıza veya kaza neticesinde müstacelen tedaviye muhtaç olan şahısların hususi hastanelere müracaat veya nakillerinde hastanece derhal acele tedavilerini yapmak mecburidir...". Özel Hastaneler Yönetmeliği'nin 39. maddesine göre "Özel hastanelerde, acil sağlık hizmeti verilmesi ve acil vakaların hastanın sağlık güvencesi olup olmadığına veya ödeme gücü bulunup bulunmadığına bakılmaksızın kabul edilmesi ve gerekli tıbbi müdahalenin kayıtsız-şartsız ve gecikmeksizin yapılması zorunludur".

²⁰ RG.: 15.02.2008, S.26788.

kademedeki ve unvandaki ilgilileri ve hizmetten faydalanma hakkını haiz olan bütün fertleri kapsar. Kamu kurum ve kuruluşlarına ait sağlık kuruluşları, özel hastaneler, ayakta teşhis ve tedavi verilen özel sağlık birimlerinin hasta haklarının uygulanması açısından farklılıkları yoktur. Ancak bu sağlık kuruluşları arasında, hasta haklarının uygulanmasının sonuçları, başvurulacak yargı mercii açısından birtakım farklılıklar mevcuttur.

E. Tıbbi Müdahale

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 4. maddesinin g bendine göre, tıbbi müdahale *“Tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan, sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak tıbbın sınırları içinde gerçekleştirilen fiziki ve ruhi girişimi”* ifade etmektedir.

Tıbbi müdahale, tıp mesleğini icraya yetkili bir kişi tarafından doğrudan veya dolaylı tedavi amacına yönelik gerçekleştirilen her türlü faaliyettir. Bu itibarla tıbbi müdahale, en basit teşhis ve tedavi yöntemlerinden en kapsamlı ve en ağır cerrahi müdahaleleri kapsamaktadır²¹.

Cerrahi müdahale ise; tedavi amacıyla doğrudan doğruya organ veya dokular üzerinde fiziksel değişiklikler meydana getirmek, organdaki ve organizmadaki bozuklukları gidermeye yönelik girişilen eylemlerdir²².

İnsan vücudunda gerçekleştirilen ve hastalıkları (patolojik, fiziksel ve psikolojik hastalıklar), acıları, hastalık ve acıların vücutta meydana getirdiği zararları, vücutla ilgili şikâyetleri veya ruhsal bozuklukları tespit ederek,

²¹ **Ayan**, s.5; **Şenocak, Zarife**; Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 2001/4(Rıza), s.66; **Petek**, Estetik, s.179; **Sarıtaş**, s.18; **Yavuz İpekyüz**, s.22; **Özay**, s.20; **Demir**, Hekim, s.234; **Özpınar, Berna**; Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamadan Doğan Hukuki Sorumluluğun Sebepleri ve Sonuçları, Ankara Barosu Dergisi, Sayı 3, Ankara 2008, s.90; **Canbolat, Ferhat**; Kamu Hastanesinde yapılan Tıbbi Müdahalede Hekimin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğunun Dayanağı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 80, Ankara 2009, s.159; **Kaya**, s.46-47; **Hakeri**, Tıp, s.36; **Hatırnaz Erol**, s.109; **Petek, Hasan**; Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Uygulanması, Prof.Dr. Polat Soyer'e Armağan II, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 15 (Özel Sayı), İzmir 2014 (Tüketici), s.972; **Taneri, Gökhan**; Hasta Hakları, Ankara 2014, s.39; **Özçetin, Selvi / Balaban, Murat**; Sağlık Hukuku, 2.Baskı, Ankara 2015, s.192.

²² **Petek**, Estetik, s.180; **Yavuz İpekyüz**, s.30; **Petek**, Tüketici, s.972.

iyileştirmeye yönelik hekimin yaptığı tüm müdahale ve tedavi amaçlı uygulamalar tıbbi müdahale olarak kabul edilir²³.

İyileştirme amacına yönelik olmasa dahi, örneğin annenin sağlığını koruma amacı dışında yapılan kürtajlar, tüp bebek, kısırlaştırma, suni döllenmeler, organ nakli ve cinsiyet değişikliğine ilişkin müdahaleler ile kişinin yaşamına, sağlığına ve vücut bütünlüğüne zarar vermesi olasılığı bulunan bozukluklardan kişileri uzak tutmak amacıyla örneğin bulaşıcı hastalıklara karşı yapılan aşı faaliyetleri de tıbbi müdahale olarak değerlendirilmektedir²⁴.

Estetik amaçlı müdahalelerde doğrudan olmasa da dolaylı olarak tedavi amacı bulunmaktadır. Estetik amaçlı müdahaleler tedavi amaçlı yapılan müdahaleden ziyade kişinin fiziksel yapısındaki bir takım anormallikleri ve onun ruhsal durumunda yol açtığı deformasyonu gidermeye yöneliktir. Yapılan müdahale sonucunda kişi fiziksel yapısındaki anormalliğin düzelmesinden daha ziyade ruhsal bir tatmin ve rahatlama elde etmektedir. Beden ve ruh sağlığının bir bütün olduğu değerlendirildiğinde, estetik amaçlı müdahalelerin tedavi niteliğini taşıdığı kabul edilmelidir²⁵.

Tıbbi müdahalenin en önemli kriterleri; bir hekim tarafından gerçekleştirilmesi ve hekim tarafından yapılan müdahalenin doğrudan veya dolaylı olarak tedavi amacına yönelik olmasıdır²⁶.

²³ **Günday**, s.3; **Hatırnaz Erol**, s.109; **Savaş, Halide**; Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları: Tıbbi Malpraktis Tıbbi Davaların Seyri ve Sonuçları, 3.Baskı, Ankara 2013, s.26; **Bulut, Gamze**; Diş Hekiminin Yasal Sorumluluğu, Ankara 2013, s.3; **Petek**, Sağlık, s.87–88. Tıbbi müdahale konusunda daha geniş bir tanım ise şöyledir; “*Tıbbi müdahale, kişilerin bedensel, fiziksel veya psikolojik bir hastalığını, noksanlığını teşhis ve tedavi etmek veya bu mümkün olmadığı takdirde hastalığı hafifletmek ya da onların acılarını dindirmek veya onları böyle bir rahatsızlıktan korumak ya da nüfus planlaması amacı için, tıp mesleğini icraya kanunen yetkili kimseler tarafından, tıp biliminin genel kabul görmüş kural ve esaslara uygun olarak gerçekleştirilen, en basit teşhis ve tedavi yöntemlerinden başlayarak en ağır cerrahi müdahalelere kadar uzanan her çeşit faaliyettir*” (**Yenerer Çakmut, Özlem**; Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul 2003, s.24). **Özpınar** (s.91) tıbbi müdahaleyi “*Tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan teşhis, tedavi veya hukuka uygun amaçlarla kişinin müdahaleden beklediği menfaate uygun tıbbin sınırları içinde kalan fiziki ve ruhi girişim*” olarak ifade etmektedir.

²⁴ **Şenocak**, Rıza, s.66; **Yavuz İpekyüz**, s.25; **Petek**, Sağlık, s.88.

²⁵ **Ayan**, s.34; **Şenocak**, Rıza, s.66; **Yenerer Çakmut**, s.181; **Petek**, Estetik, s.183–185; **Yavuz İpekyüz**, s.24,31; **Özay**, s.27; **Günday**, s.4; **Kaya**, s.47–48.

²⁶ **Şenocak**, Rıza, s.66; **Sarıtaş**, s.18; **Yavuz İpekyüz**, s.22–24; **Özay**, s.20; **Özpınar**, s.91; **Canbolat**, s.159; **Kaya**, s.47; **Petek**, Sağlık, s.88; **Taneri**, s.39.

F. Teşhis

Teşhis; hekim tarafından hastada var olduğu sanılan fiziksel veya psikolojik rahatsızlığı, hastalığı aramak, bulmak, belirlemek için hastanın muayene edilmesi, tahliller yapılması gibi tıp biliminin kurallarına uygun olarak yapılan her türlü faaliyetlerdir²⁷.

G. Tedavi

Tedavi (sağaltım), sağlığı bozulmuş olan, rahatsızlanmış olan kişinin sağlıklı duruma kavuşturulması, iyileştirilmesi, hastalığının hafifletilmesi amacıyla yapılan tıbbi işlemler bütünüdür²⁸. Köken itibariyle Arapça ilaç verme anlamına gelen “Deva” kelimesinden türemiştir.

Tedavi, daha geniş anlamıyla hastalıkların teşhisi ve iyileştirilmesine yönelik tüm tıbbi müdahaleleri kapsayan sürecin bütünüdür. Tedavi, bedensel ve ruhsal hastalıkların iyileştirilmesi, hastalık niteliği taşımayan bedensel şikâyet ve fiziksel bozuklukların giderilmesi için yapılan faaliyetlerdir. Sadece iyileştirme değil, tıp biliminin gerektirdiği usullerin uygulanması da tedavinin kapsamı içerisinde yer alır²⁹.

H. Malpraktis

Malpraktis, Latince “Male” ve “prakxis” kelimelerinden türemiş olup “kötü, hatalı uygulama” anlamına gelmektedir. Genel olarak herhangi bir meslek mensubunun mesleği ile ilgili bir faaliyet sırasında yaptığı kusurlu, hatalı davranışları, uygulamaları anlatmak için kullanılır. Dünya Tabipler Birliği’ne göre malpraktis; hekimin tedavi sırasında standart güncel uygulama yapmaması, beceri eksikliği veya hastayı tedavi etmemesiyle oluşan zarar olarak ifade edilmektedir³⁰.

²⁷ Yenerer Çakmut, s.35; Özdemir, s.29; Sarıtaş, s.18; Yılmaz, Battal; Hekimin Hukuki Sorumluluğu, 2.Baskı, Ankara 2010, s.5.

²⁸ Özdemir, s.29; Sarıtaş, s.18; Yılmaz, s.5; Hakeri, Tıp, s.36; Petek, Sağlık, s.7.

²⁹ Taneri, s.173.

³⁰ Özpınar, s.92; Hatırnaz Erol, s.279–282; Savaş, s.65; Petek, Sağlık, s.28.

Doktrinde malpraktis (meslek kusuru); hekimin, tıp bilimi ve uygulamasında genel olarak kabul edilmiş kuralları gerekli dikkat ve ihtimamının eksikliği nedeniyle nazara almaması, kusurlu olarak ihlali olarak tanımlanmaktadır³¹.

Malpraktis, hekimin hukuksal ve mesleki sorumluluğunun temelini oluşturmaktadır. Tıbbi eylem ve müdahaleler sonucunda zarar gören hastanın açacağı sorumluluk ve tazminata ilişkin davalarda, zarar ve nedensellik bağının yanında malpraktis, yani hekimin tıbbi müdahale sırasındaki kusurlu, hatalı davranış ve uygulamaları da kanıtlanmalıdır. Malpraktis; hekim hatası, tıbbi hata, tıbbi uygulama hatası, meslek hatası, tıbbi müdahalede kötü uygulama, tıbbi özensizlik veya özen eksikliği olarak da tanımlanabilir³².

İ. Komplikasyon

Komplikasyon, hastanın tıbbi tedavisi sırasında, gerçekleşmesi istenmeyen, hekimlik mesleğinin doğasından kaynaklanan, tıbbi standart ve yükümlülüklerin gerektirdiği objektif dikkat ve özen gösterilse dahi kaçınılmayan, hastada ortaya çıkan olumsuz etkilerdir. Komplikasyon tedavi sırasında tıbbi standartlara uygun olarak tüm tedbirler alınsa bile oluşabildiği için hekimin meydana gelen olumsuzluklardan dolayı sorumlu tutulması mümkün değildir. Hekimin sorumlu tutulmaması her somut olayda, hastanın ve hastalığın özel durumuna göre saptanır. Hekimin komplikasyonlardan dolayı sorumlu tutulmaması için herhangi bir teşhis ve tedavi ile tıbbi yükümlülüğün ihlal edilmemesi gerekir³³.

³¹ **Ayan**, s.105; **Şenocak, Zarife**, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara 1998 (Sorumluluk), s.84; **Özdemir**, s.163; **Onaran, Bilge**; Hasta Hakları, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt I, Sayı 2 İstanbul 2005, s.318; **Petek**, Estetik, s.218; **Özay**, s.117; **Özpınar**, s.92–93; **Tekben, Tuğçe**; Hekim ve Hasta İlişkisinin Vekâlet Sözleşmesi Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Erhan Adal'a Armağan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, İstanbul 2012, s.892; **Hakeri**, Tıp, s.543; **Savaş**, s.65.

³² **Ayan**, s.104–105; **Şenocak**, Sorumluluk, s.83–84; **Petek**, Estetik, s.218; **Demir**, Hekim, s.246–248; **Özpınar**, s.92–93; **Demir**, Hastane, s.39–40; ; **Tekben**, s.892–894; **Savaş**, s.65.

³³ **Demir**, Hekim, s.246; **Demir**, Hastane, s.42–46; **Hatırnaz Erol**, s.298–299.

J. Tıp

Tıp; insan sağlığının sürdürülmesi veya bozulan sağlığın iyileştirilmesi için uğraşan, hastalıkları teşhis ve tedavi etme ile kişileri hastalık ve yaralanmalardan korumaya yönelik çalışmalarda bulunan, birçok alt daldan oluşan bilimsel disiplindir. Tıp, sağlık bilimlerinin bir dalıdır. Tıp kelimesi Arapça “Tıp” kelimesinden gelmekte olup kökeni Eski Mısır’ın ilk başkenti olan “Teb” kentidir³⁴.

K. Sağlık

Sağlık, Türk Dil Kurumu sözlüğünde “*bireyin fiziksel, sosyal ve ruhsal yönden tam bir iyilik durumunda olması, vücut esenliği, esenlik, sıhhat, afiyet*” olarak tanımlanmıştır.

Dünya Sağlık Örgütü’ne (WHO) göre sağlık, sadece hasta veya sakat olmamak değil, bedensel, ruhsal ve toplumsal bakımdan iyi olma halidir³⁵.

Dünya Sağlık Örgütü tarafından ifade edilen bu tanımla örtüşen şekilde 224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkındaki Kanun’un³⁶ 2. maddesinde sağlık, “*yalnız hastalık ve maluliyetin yokluğu olmayıp beden, ruhen ve sosyal bakımdan tam bir iyilik hali*” şeklinde ifade edilmiştir.

Sağlık, bu tanımlara uygun olarak kişinin fiziksel, ruhsal ve toplumsal açıdan çevresiyle uyum içinde işlev görebilme yeteneğine sahip olmasıdır. Sağlık sadece hastalığın yokluğu olmayıp, hastalığın öncesinde dikkat edilmesi gereken beslenme, spor, sağlık şartlarına uygun çalışma alanına sahip çevre, kişinin kendisi ve ailesi için temel ihtiyaçlarını karşılayabilecek bir konutun bulunduğu yaşamaya elverişli ortamı da kapsar³⁷.

³⁴ Hakeri, s.36; Petek, Sağlık, s.4.

³⁵ Petek, Sağlık, s.4.

³⁶ RG.: 12.01.1961, S.10705.

³⁷ Petek, Sağlık, s.4.

L. Sağlık Hukuku

Sağlık hizmetleri; insan sağlığına zarar veren çeşitli faktörlerin yok edilmesi ve toplumun bu faktörlerin tesirinden korunması, hastaların tedavi edilmesi, bedeni ve ruhi kabiliyet ve melekeleri azalmış olanların işe alıştırılması (rehabilitasyon) için yapılan tıbbi faaliyetlerdir.

Sağlık hukuku; sağlık hizmetleri, hastalık sigortası, hastanelerin hukuksal yapısı, tıp eğitimi, hekimlik ve diğer sağlık personeline ilişkin mesleklerin hukuksal yapısı, sağlık harcamaları, Sağlık Bakanlığı'nın görev ve yetkileri, sağlık teşkilatı gibi konuları irdeleyen hukuk dalıdır. Sağlık hukuku kavramı ile tıp hukuku kavramı birbirinden farklı anlamları ihtiva etmektedir³⁸. Sağlık hukuku daha geniş bir anlama sahipken, sağlık bilimlerinin bir dalı olması sebebiyle tıp hukuku göreceli olarak daha dar bir anlamı ifade etmektedir.

Tıp hukuku, sağlık hukukunun bir dalı olarak tıbbın uygulanmasından kaynaklanan sağlık personelinin hak ve yükümlülükleri, yasal sorumlulukları, hasta hakları, ilaç hukuku ve medikal hukuk konularını kapsayan hukuk dalıdır³⁹.

Sağlık hukuku ve tıp hukuku içerisinde; anayasa hukuku, idare hukuku, ceza hukuku, ticaret hukuku, borçlar hukuku gibi özel hukuk ve kamu hukuku nitelikli kurallar yer almaktadır. Sağlık hukuku sadece hastalar ile onlara sağlık hizmeti veren kişi, kurum ve kuruluşlar arasındaki ilişkileri değil, bunların devletle olan ilişkilerini de düzenlemektedir. Bu nedenle sağlık hukukunun özel hukuk yönü ağır basmakla birlikte kamu hukuku ile olan yoğun ilişkisi ona karma bir hukuk dalı niteliğini kazandırmaktadır⁴⁰.

³⁸ **Hakeri**, s.39; **Petek**, Sağlık, s.5.

³⁹ **Demir**, Hastane, s.27. dn.50; **Hakeri**, s.35; **Petek**, Sağlık, s.5.

⁴⁰ **Petek**, Sağlık, s.5.

II. HASTA İLE HEKİM VE HASTANE ARASINDAKİ İLİŞKİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Genel Olarak

Hekim ile hasta arasında veya hasta ile özel hastane işleticisi arasında hukuki sorumluluk bakımından genellikle sözleşmeye, vekâletsiz iş görmeye ve haksız fiile dayanan üç tür ilişki olduğu kabul edilmektedir⁴¹.

Bunun yanında çok istisnai durumlarda söz konusu olabilecek culpa in contrahendo (sözleşme öncesi kusurlu davranışlar) sorumluluğu da söz konusu olabilir. Culpa in contrahendo sorumluluğu, özellikle hekim ile hasta veya hasta ile özel hastane işleticisi arasında sözleşme görüşmeleri sırasında, hekimin veya özel hastane işleticisinin bazı zarar tehlikelerine karşı hastayı uyarmaması, yani aydınlatma ödevini yerine getirmemesi nedeniyle Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinde düzenlenmiş bulunan “dürüstlük kuralından” kaynaklanan sorumluluğu ortaya çıkabilir. Sözleşme görüşmeleri sırasında karşı tarafın zarara uğramaması için özen gösterme yükümlülüğünü ihlal eden kimse, karşı tarafın sözleşmeyle elde edeceği menfaati yitirmesine veya gereksiz masraf yapmasına sebep olduğu takdirde bundan sorumlu olacaktır. Örneğin başka bir yerdeki hekimden veya özel hastane işleticisinden randevu alan hastanın, hastalığının özelliği gereği seyahat etmemesi veya seyahati ile ilgili bir takım tedbirler alınması gerekmesine rağmen, bu konuda hastanın uyarılmaması halinde hastanın uğrayacağı zararlardan sorumluluk oluşabilir⁴².

⁴¹ Ayan, s.49; Petek, Sağlık, 89; Petek, Tüketici, s.971.

⁴² Nomer, Haluk N.; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 13.Baskı, İstanbul 2013, s.311-313; Oğuzman, M.Kemal / Öz, M.Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, 12.Bası, İstanbul 2014, s.488-492; Ayan, s.49; Petek, Estetik, s.186, dn.23; Demir, Hastane, s.165-166; Özgül, Mehmet Emin; Yeni Tıbbi Yöntemlerin Hukuka Uygunluğu İstanbul 2010, s.52-53; Hakeri, Tıp, s.519; Petek, Sağlık, s.89; Gündoğdu, Fatih; Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkansızlığı ve Hukuki Sonuçları, İstanbul 2014, s.73-75. Hatemi / Gökyayla, culpa in contrahendo sorumluluğunu “asli edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi olarak da tanımlayarak, bir akdin müzakeresine girişen, biri diğerinin iş ve iktidar alanına giren kimseler arasında, birbirlerine zarar vermemek için gereken özeni göstermeme borcunu doğuran “asil edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi” (culpa in contrahendo borç ilişkisi) olduğunu belirtmektedirler (Hatemi, Hüseyin / Gökyayla Emre; Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 3. Baskı, İstanbul 2015, s.8). Yavuz İpekyüz, (s.128-129) hekimin muayenesine acil olarak gelen hastanın, burada hekim yardımcıları (örneğin hemşire gibi) tarafından sürekli oyalanıp bekletilmesi, hekimin kendisine tıbbi müdahalede bulunacağı söylenerek zaman kaybettirilmesi, bunun sonucunda

Hekim ile hasta arasındaki haksız fiilden veya vekâletsiz iş görmeden kaynaklanan sorumluluk genel hükümlere tabidir. İnceleme konumuz olan tüketici olarak hasta hakları bakımından 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun⁴³ kapsamına sadece sözleşmeden doğan hukuki ilişkiler girdiğinden, çalışmamızda hekim ile hasta arasındaki sözleşme ilişkisinin niteliği üzerinde durulacaktır.

28.05.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun öncesindeki dönemde yürürlükte bulunan, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da⁴⁴ açıkça belirtilmemiş olmakla birlikte Yargıtay kararlarıyla hekim ve hasta arasındaki sözleşmeler bu Kanun kapsamında kabul edilmemektedir⁴⁵.

Ancak 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 3. maddesine göre tüketici işlemi "*Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi*" ifade etmektedir. Kanunun ilgili hükmünde açıkça hekim ve hasta arasındaki sözleşmeden bahsedilmese dahi aşağıda değerlendireceğimiz gibi bu sözleşme ilişkisi eser veya vekâlet sözleşmesi niteliği

hastanın şikâyetlerinin daha da artarak başka bir hekime veya sağlık kuruluşuna gitmesi, sonuçta daha kapsamlı bir tıbbi müdahaleye maruz kalması durumunda, hastanın culpa in contrahendo sorumluluğuna dayanarak zararının giderilmesini isteyebileceğini belirtmektedir.

⁴³ RG.: 28.11.2013, S.28835.

⁴⁴ RG.: 08.03.1995, S.2221.

⁴⁵ “ *Davacı, yanlış tedavi sonucu sorunlar yaşadığını belirterek manevi tazminat istemiyle eldeki davayı açmıştır. Mahkemece, tüketici mahkemesinin görevli olduğundan bahisle görevsizlik karar verilmiş ise de; B.K. nun 502. maddesi hükmü uyarınca, diğer iş görme sözleşmeleri hakkındaki yasal düzenlemelere tabi olmayan işlerde, vekâlet hükümleri geçerlidir. Somut olayda olduğu gibi doktorlar ile hasta arasındaki uyumsuzlukların vekâlet sözleşmesine ilişkin hukuksal düzenlemelere göre çözülmesi gerektiği konusunda, öğretisi ve Yargıtay'ın istikrar kazanmış uygulaması arasında paralellik bulunmaktadır.*

.... taraflar arasındaki hukuki ilişkinin 4822 sayılı yasa ile değişik 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Tüketici yasası ile güdülen amaç tüketicinin tüketime yönelik satışlarda mal ve hizmetlerdeki ayıplara karşı korunması olduğundan, uyumsuzluğun genel mahkemede görülmesi gerekir”. Y. 13. HD., 12.02.2014, 4142/3700; Aynı yönde Y. 13. HD., 01.10.2013, 24241/23878 (Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı).

taşıdığından, hekimlik veya hastaneye kabul sözleşmeleri, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında değerlendirilmelidir⁴⁶.

Hasta ile sözleşmenin karşı tarafında yer alan hekim veya özel hastane işleticisi arasındaki sözleşmenin nitelendirilmesi farklı isimlerde yapılmaktadır. Uygulamada hasta ile bağımsız çalışan hekim arasındaki sözleşme “tedavi sözleşmesi”, “sağaltım sözleşmesi”, “hekimlik sözleşmesi” olarak nitelendirilmektedir. Hasta ile özel hastane arasında yapılan sözleşme ise “hastaneye kabul sözleşmesi” olarak adlandırılmaktadır. Hasta ile kamu hastanesi arasındaki ilişki ise özel hukuk anlamında bir sözleşme ilişkisi değildir. Hasta ile kamu hastanesi arasında kamu hukuku ilişkisi vardır.

B. Hekimlik Sözleşmesi

Hekimlik sözleşmesi, hasta ile hekim arasında, açık veya zımni irade açıklamasıyla kurulan, tam iki tarafa borç yükleyen, ani edimli⁴⁷ bir sözleşme türüdür⁴⁸.

Hekim ile hasta arasındaki, hastanın tedavi edilmesine ilişkin ilişki ve bu ilişkiden doğan sorumluluk bir sözleşme ilişkisine dayanır⁴⁹. Bu sözleşmeyle hekim tıp biliminin ve uygulamasının öngördüğü esaslar çerçevesinde hastanın hastalığı ile ilgili teşhisi koyma ve bu teşhise uygun tedavi uygulama borcunu üstlenmektedir. Hasta ise yapılan tedavi faaliyeti karşılığında hekime uygun bir ücret ödemeyi taahhüt etmektedir. Bu sözleşmeyle hekim -eser sözleşmesi niteliği taşımadığı sürece- hiçbir şekilde tedavi sonucunda mutlak bir başarıyı garanti etmemektedir.

⁴⁶ **Petek**, Tüketici, s.982-984.

⁴⁷ **Özdemir’ e** (s.73) göre; bazı hastalıkların teşhis ve tedavisinin belli bir zamana ihtiyaç göstermesi, teşhis ve tedavi sözleşmesine sürekli sözleşme niteliği kazandırmaz. Edim borcunu oluşturan davranışlar tamamlandıktan sonra hastanın menfaati gerçekleşmektedir. Edim sonucunun gerçekleşmesi için belli bir zaman gerekmemektedir. Edim fiili tamamlandığında hastanın menfaati de gerçekleşmektedir.

⁴⁸ **Özay**, s.29. **Demir** (s.232) hekimlik sözleşmesini; serbest çalışan bir hekim ile bizzat hasta ya da onun temsilcisi arasında kurulan ve hekimi kendisine ödenecek bir bedel karşılığında tıbbi teşhis ve tedavi edimini yerine getirme yükümlülüğü altına sokan bir iş görme sözleşmesi olarak tanımlamaktadır.

⁴⁹ Hekim ile hasta arasında sözleşme ilişkisinin olmadığı, hekimin haksız fiil gereği sorumluluğunun bulunduğu dair görüşler için bkz. **Ayan**, s.49 dn. 2’de belirtilen yazarlar.

Hekim tıp bilimi ve uygulamasına göre gerekli tedaviyi özenle uygulamasına rağmen tedavinin başarıya ulaşmamasından sorumlu tutulamaz⁵⁰.

Sözleşmenin konusu, diğer işgörme sözleşmelerinden farklı olarak hastanın beden bütünlüğü ve sağlığını ilgilendirdiğinden hekimin dikkat ve özen sorumluluğu daha çok önem kazanmaktadır. Çünkü sözleşmeye aykırılık halinde malvarlığı zararlarının dışında, telafisi imkânsız veya çok zor olan şahısvarlığı zararları oluşabilir. Sözleşmenin tarafları arasında mutlak bir eşitlik yoktur. Bir tarafta uzmanlık ve deneyimiyle hekim, diğer tarafta hastalığı yüzünden zayıf, bilgisiz, yardıma ihtiyaç duyan hasta bulunmaktadır. Bu nedenle taraflar arasında güven ilişkisi önem taşımakta, güven ilişkisinin önemi tarafların sözleşmenin diğer tarafını seçme konusunda özgürlüğe sahip olması sonucunu doğurmaktadır. Yine güven ilişkisinin sonucu olarak taraflar sözleşmenin devamı sırasında yaşayacakları güven kaybı halinde sebep göstermeksizin ve tazminat ödemeksizin sözleşmeyi sona erdirebilmelidirler. Hekimlik sözleşmesinin tarafı olan hekim, sözleşmeden doğan sorumluluklarını yerine getirirken sözleşme hükümleri dışında, mesleki kurallara da uymak zorundadır. Hekimin meslek kuralına aykırı davranışı, mesleki disiplin mevzuatı dışında, hastaya karşı olan sorumluluğunun tespitinde de önem arz eder. Hekimin sorumluluğunun tayininde sözleşme hükümleri yanında meslek kuralları da göz önünde bulundurulur⁵¹.

1. Hekimlik Sözleşmesinin Hukuki Niteliğine İlişkin Görüşler

Hekim ile hasta arasındaki hekimlik sözleşmesinin hukuki niteliğinin tespiti, uygulanacak hükümlerin belirlenmesi bakımından önem taşımaktadır. Hekimlik sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu veya diğer kanunlarda özel olarak düzenlenmiş bir

⁵⁰ **Ayan**, s.50,67; **Sarıtaş**, s.28; **Yavuz İpekyüz**, s.94; **Demir**, Hekim, s.226; **Özgül**, s.67; **Kurt, Ekrem**; “Hekimlik Sözleşmeleri”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, İstanbul 2011, s. 73; **Petek**, Sağlık, s.90. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi madde 13 “*Tabip ve dış tabibi, ilmi icaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder. Bu faaliyetlerinin mutlak surette şifa ile neticelenmemesinden dolayı, deontoloji bakımından muahaze edilemez*” (RG.:19.02.1960, S.10436). Ott, hekimin serbest iradesiyle tedavinin mutlaka başarılı olacağını taahhüt etmesi tıbbi meslek yükümlülüklerine aykırı olduğu için Borçlar Kanunundaki kesin hükümsüzlük halleri kapsamında tedavi sözleşmesinin geçersiz olacağı görüşündedir (naklen, **Ayan**, s.50 dn.5).

⁵¹ **Ayan**, s.50; **Şenocak**, Sorumluluk, s.17; **Petek**, Sağlık, s.90.

sözleşme türü değildir. Bu itibarla atipik bir sözleşmedir. Sözleşmenin niteliği konusunda doktrinde tam bir görüş birliği bulunmamaktadır.

a. Hizmet Sözleşmesi Görüşü

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 393. maddesine göre “*Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle işgörmeyi ve işverenin de ona zamana ve yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir*”.

Hizmet sözleşmeleri işçinin, belirli veya belirli olmayan süreyle⁵² işverene bağımlı olarak iş görmeyi, işverenin de bunun karşılığında ücret ödemesini üstlendiği sözleşme türüdür. Hizmet sözleşmelerini diğer iş görme sözleşmelerinden ayıran unsur, işçinin işverene bağımlılığıdır. Bu bağımlılık teknik, ekonomik ve hukuki bağımlılık olarak kendini göstermektedir. Bağımlılık; işçinin işini, işverenin talimatlarına uygun olarak yerine getirmesi, emeğini işverene tahsis etmesidir. Hizmet akdini tanımlayan kanun metninde bağımlılık unsuruna yer verildiği gibi,

⁵² **Reisoğlu**, aile hekimlerinin sağlık problemleriyle ilgilendiği aileye belirli veya belirli olmayan süre içinde hizmet sunması nedeniyle, aile hekimi ile aile arasındaki hekimlik sözleşmesinin hizmet sözleşmesi olduğunu savunmaktadır (**Reisoğlu, Seza**; Hizmet Akdi, Ankara 1968, s.12). Bu görüşe karşılık **Şenocak** (Sorumluluk, s.20–21) ise; belirli veya belirli olmayan süre ile aile hekiminin ailenin sağlığı ile ilgilenmesinin, hizmet sözleşmesinin varlığı için yeterli olmadığını, hizmet sözleşmesinin varlığı için bağımlılık unsuru gerektiğini, dolayısıyla iş aletlerinin seçiminde, işin düzenlenmesinde, iş sahibinin talimatına göre hareket edilip edilmediğinin, iş sahibinin o işteki bilgisi dolayısıyla işi sevk ve idare edip etmediğinin önem taşıdığını, bu nedenle aile hekimi ile hasta arasında belli ya da belirsiz bir zaman süreci için ifa edilse dahi tedavi ediminde taraflar arasında bağımlılık ilişkisi bulunmadığından hizmet akdi olarak nitelendirilemeyeceğini, vekâlet akdi olarak nitelendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Kanaatimizce ikinci görüş yerindedir. Çünkü hizmet sözleşmesinin en önemli unsuru; işçinin iş sahibine işin görülmesi, işin düzenlenmesi, kullanılacak vasıtaların seçimi, iş sahibinin talimatlarına uygun hareket edilmesi, işin sevk ve idaresi bakımından yani hukuki, teknik ve ekonomik açıdan bağımlılığıdır. Aile hekimleri ile aile arasında bu şekilde bir bağımlılık ilişkisi yoktur. Aile hekimleri ile aile arasında güven ilişkisi kurulmaktadır. Aile hekimleri, sağlık problemleriyle ilgilendikleri ailenin talimatlarıyla bağlı olmadığı gibi, kendi işyerinde, kendi iş aletleriyle çalışmasını yerine getirmektedir (Aynı yönde bkz. **Sarıtaş**, s.34; **Yavuz İpekyüz**, s.59). Ayrıca belirtmek gerekir ki ülkemizdeki aile hekimliği bakımından kamu hukuku ilişkisi uygulama alanı bulmaktadır. 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanunu'nun 3/3. maddesine göre “*Sözleşmeli olarak çalışan aile hekimi ve aile sağlığı elemanları kurumlarında aylıksız veya ücretsiz izinli sayılırlar ve bunların kadroları ile ilişkileri devam eder*” Kanununun 5/2. maddesine göre “*Aile hekimliği hizmetleri ücretsizdir*”. Yine aynı kanunun 6. maddesine göre “*Aile hekimi ve aile sağlığı elemanları, görevleriyle ilgili ya da görevleri başında işledikleri veya kendilerine karşı işlenen suçlarda Devlet memurları gibi kabul edilir*” (RG.; 09.12.2004, S.25665). Bütün bu yasal düzenlemeler aile hekimi ile hasta arasındaki hukuksal ilişkinin kamu hukuku ilişkisi olduğunu ortaya koymaktadır. Aynı yönde bkz. **Hakeri**, Tıp, s.522.

doktrinde ve uygulamada da hizmet akdinin söz konusu olabilmesi için işçinin işverene bağımlı olarak çalışması gerektiği ittifakla kabul edilmektedir⁵³.

Doktrinde hekimlik sözleşmesinin süreli yapılması ve hekimin sendika, sigorta gibi kurumların emri altında bulunması hallerinde hizmet sözleşmesi hükümlerine tabi olacağı ileri sürülmüştür⁵⁴. Kanaatimizce bu görüş yerinde değildir. Aile hekimi ile aile arasındaki ilişkinin hukuki niteliğine yönelik yukarıda yaptığımız açıklamalara⁵⁵ benzer olarak, hekimlik sözleşmesinin belirli süreli olarak yapılması, hizmet sözleşmesi olarak kabulüne yeterli değildir. Öyle ki hekim ile hasta arasındaki ilişki genel anlamda süreye tabi değildir. Hekimin üstlendiği tedavinin süresi, tedavinin mahiyeti ile sınırlıdır. Hekimlik sözleşmesi, süreli olarak yapılsa dahi hizmet sözleşmesindeki bağımlılık unsuru, hekimlik sözleşmesinde bulunmamaktadır. Hasta ile hekim arasında güven ilişkisine dayalı bir sözleşme ilişkisi vardır. Bu sözleşme ilişkisi bir hiyerarşiye tabi olmadığı gibi, hekimin iş gücünü işçilerde olduğu gibi hastaya tahsis etmesi de söz konusu değildir. Yine hekimin sendika, sigorta gibi kurumların emri altında bulunması halinde, hasta ile hekim arasındaki sözleşme ilişkisinin hizmet ilişkisi olarak kabul edilmesi doğru değildir. Hekimin sendika veya sigorta gibi kurumların emri altında bulunması, hekimin mesleğini icra ederken bu kurumlarla olan bağımlılığını ifade eder. Böyle bir durumda sigorta veya sendika ile hekim arasında ilişki hizmet sözleşmesi hükümlerine tabi olabilir, ancak hasta ile hekim arasındaki hukuki ilişkide bu kurumlar taraf olmadıkları gibi, hastaya karşı sorumlulukları da bulunmaktadır.

Hekimlik sözleşmesinin hizmet sözleşmesi hükümlerine tabi tutulması görüşünün Alman Hukuku'nda kabul edildiği, Alman Hukuku'na göre vekâlet sözleşmelerinin ivazsız olmak zorunda olduğu ifade edilmektedir. Bu görüşe göre, hekim yaptığı tedavi faaliyetinin sonucunda kural veya teamül⁵⁶ gereği belirli bir

⁵³ **Tandoğan, Haluk**; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II, 5.Bası, İstanbul 2010 (II), s.376–377; **Yavuz, Cevdet**; Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, 12.Baskı, İstanbul 2013, s.445; **Ayan**, s.54; **Eren**, Fikret; Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014, s.531; **Akıntürk, Turgut / Ateş Karaman, Derya**; Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, 21. Baskı, İstanbul 2013 (Borçlar), s.300; **Zevkliler, Aydın/ Gökyayla, K.Emre**; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 13.Bası, Ankara 2013, s.417–424; **Şenocak**, Sorumluluk, s.19; **Özdemir**, s.75–76; **Sarıtaş**, s.33; **Yılmaz**, s.5; **Yavuz İpekyüz**, s.56–57; **Hatırnaz Erol**, s.47.

⁵⁴ **Yavuz İpekyüz**, s.57'de belirtilen yazarlar.

⁵⁵ Bkz. s.20, dn. 52.

⁵⁶ **Tandoğan**, II, s.366; **Yavuz**, s.608.

bedel aldığı için hekimlik sözleşmeleri vekâlet sözleşmesi değil, hizmet sözleşmesi hükümlerine tabi tutulmalıdır⁵⁷.

b. Vekâlet Sözleşmesi Görüşü

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 502. maddesine göre "*Vekâlet sözleşmesi, vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemi yapmayı üstlendiği sözleşmedir*".

Yavuz'a göre, "Vekâlet sözleşmesi; vekilin sözleşme ile belirlenen işi görmeyi veya işlemi yapmayı borçlandığı ve vekilin yerine getireceği edimin kanun hükümleriyle düzenlenen akitlerden herhangi birinin konusuna girmediği, buna karşılık ancak sözleşme veya teamül olan durumlarda ücrete hak kazandığı bir sözleşmedir"⁵⁸.

Tandoğan'a göre "Vekâlet, öyle bir akittir ki, vekile müvekkilin menfaatine ve iradesine uygun bir sonuca yönelen bir iş görmeyi bir zaman kaydına tabi olmaksızın ve nispeten bağımsız olarak yapma borcunu, sonucun elde edilememesi rizikosuna ona ait olmamak üzere yükler"⁵⁹.

Vekâlet sözleşmesinin unsurları; vekilin müvekkiline karşı iş görme borcu altına girmesi, iş görme borcunun müvekkilin iradesine ve menfaatine uygun olarak yapılması, vekilin iş görmeden dolayı başarılı bir sonuç elde edememesi riskinin varlığı, vekilin iş görme borcunun süreye tabi olmaması, vekilin iş görme borcunu müvekkilin talimatlarıyla değil kendi bilgi ve deneyimlerine göre bağımsız olarak yerine getirmesi, tarafların herhangi bir şekilde bağı olmaksızın açık veya örtülü olarak anlaşmalarıdır⁶⁰.

⁵⁷ Ayan, s.52; Yavuz İpekyüz, s.58; Özey, s.32; Özgül, s.60–61; Kurt, s.63; Petek, Sağlık, s.90.

⁵⁸ Yavuz, s.602.

⁵⁹ Tandoğan, II, s.356; Eren (s.698) vekâlet akdini; vekilin, vekâlet verenin menfaat ve iradesine uygun olarak belirli bir işini görmeyi, bir işlemi yapmayı borçlandığı bir sözleşmedir şeklinde tanımlamaktadır. Aynı yönde bkz. Başpınar; Veysel; Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, 2.Baskı, Ankara 2004, s.70; Öztürkler, Cemal; Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları, 2.Baskı, Ankara 2006; s.57; Yılmaz, s.20; Gümüş, Mustafa Alper; Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt 2, İstanbul 2010 (II), s.238; Zevkliler / Gökyayla, s.590.

⁶⁰ Tandoğan, II, s.356–364; Aşçıoğlu, Çetin; Doktorların Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Ankara 1982, s.32–33; Yavuz, s.603–612; Zevkliler / Gökyayla, s.595–599; Şenocak, Sorumluluk, s.24; Başpınar, s.70–73; Yavuz İpekyüz, s.65; Öztürkler, s.57–58; Yılmaz, s.20; Günday, s.8;

Türk ve İsviçre Hukuku'nda hakim görüş, hekimlik sözleşmesinin vekalet sözleşmesi hükümlerine tabi olduğu görüşüdür⁶¹. Doktrinde hekimlik sözleşmesinin vekâlet sözleşmesi hükümlerine tabi tutulamayacağına yönelik görüşler de vardır⁶².

Vekâlet sözleşmelerinde vekil işi zaman kaydına bağlı olmaksızın ve sonucun elde edilememesi riskini taşımaksızın yerine getirmektedir. Vekilin iş görme edimini zaman kaydına bağlı olmaksızın yerine getirmesi bu sözleşmeyi hizmet sözleşmesinden, sonucun gerçekleşmemesi riski taşımaksızın yerine getirmesi ise eser sözleşmesinden ayırmaktadır⁶³.

Hekimlik sözleşmesinde hekim, tıp biliminin öngördüğü esaslar çerçevesinde hastanın hastalığı ile ilgili gerekli teşhisi koymak ve bu teşhise uygun olarak hastanın sağlığını kazandırıcı tedaviyi özenle uygulayarak hastayı iyileştirme borcunu üstlenmektedir. Sonucun hastanın istediği gibi gerçekleşmemesinden, kusuru bulunmadığı sürece hekim sorumlu değildir.

Hasta ise yapılan bu tedavi faaliyeti karşılığında hekime uygun bir ücret ödemeyi taahhüt etmektedir. Ücret vekâlet sözleşmesinin zorunlu bir unsuru değildir. Taraflar arasında ücret ödeneceği kararlaştırılmamış olsa dahi, muayene, teşhis

Hatırnaz Erol, s.49; **Eren**, s.701–710; **Taneri**, s.67–68.

⁶¹ **Tandoğan**, II, s.376; **Aşçıoğlu**, s.37; **Yavuz**, s.603; **Ayan**, s.53 dn. 27 ve 30'da belirtilen yazarlar; **Akıntürk / Karaman**, Borçlar, s.306; **Şenocak**, Sorumluluk, s.25; **Şenocak**, Rıza, s.69; **Özdemir**, s.81; **Onaran**, s.298; **Sarıtaş**, s.38; **Yavuz İpekyüz**, s.68; **Öztürkler**, s.58; **Demir**, Hekim, s.235; **Özpınar**, s.96,99; **Yılmaz**, s.26; **Gümüş**, II, s.253; **Özgül**, s.68; **Tekben**, s.902; **Hakeri**, Tıp, s.519; **Eren**, s.698; **Petek**, Sağlık, s.91; **Taneri**, s.57; **Kök**, **Ahmet Nezi**; Hekim – Hasta İlişkisi Tüketici Hukuku İle Bağdaşır mı? , Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 70. Yıl Armağanı, Ankara 2015, s.611.

⁶² Atabek/Sezen'e göre; vekâlet sözleşmesinde, vekil müvekkilinin adı ve hesabına hareket etmektedir. Buna karşılık hekim hastasını tedavi ederken onun adı ve hesabına değil, kendi adına hareket ettiğinden, hekimlik sözleşmesinin vekâlet sözleşmesi olamayacağı ileri sürülmektedir (naklen, **Yavuz İpekyüz**, s.65; **Özay**, s.35.). **Özay** (s.35), bu görüşün vekâlet sözleşmesini sadece hukuki muameleler için kabul eden Alman Hukukuna göre doğru olmasına rağmen, Türk ve İsviçre Hukukunda maddi fiiller bakımından da vekâlet söz konusu olduğundan isabetli olmadığı görüşündedir. **Tandoğan** (II, s.359–360) ; maddi fiillere ilişkin vekâlette vekilin müvekkili adına hukuki işlem veya hukuki işlem benzerlerini yapmadığını, müvekkil için haklar kazanmadığını, borçlar üstlenmediğini, doktorun hastayı muayene ve tedavi etmesi gibi hizmet ve istisna akitlerine girmeyen çeşitli hizmet edimlerinin kendisine özgü yapısı olan bir sözleşmeye konu olmadıkça maddi fiile ilişkin vekâlet akdinin içinde yer alacağını belirtmektedir. Aynı yönde bkz. **Yavuz**, s.603; **Şenocak**, Sorumluluk, s.25. Gerçekten de vekâlet sözleşmesinin en önemli unsuru olan iş görme sadece hukuki işlemleri değil, maddi fiilleri de kapsamaktadır. Hekimin hastaya yönelik gerçekleştirdiği teşhis, muayene, cerrahi müdahale gibi tıbbi faaliyetlerin hepsi birer maddi fiildir. Hekimlik sözleşmesinin vekâlet sözleşmesi hükümlerine tabi tutulamayacağına yönelik diğer görüşler ve karşı gerekçeler için bkz. **Yavuz İpekyüz**, s.65–67.

⁶³ **Tandoğan**, II, s. 375–378; **Yavuz**, s. 606–607; **Şenocak**, Sorumluluk, s.25–26; **Hatırnaz Erol**, s.51–52.

konulması, reçete yazılması gibi faaliyetler karşılığında hastanın hekime ücret ödemesi teamül gereği olduğundan, hekim ücrete hak kazanır⁶⁴. 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu'nun 28. maddesi uyarınca tabip odaları asgari tedavi ücretlerine ilişkin listeleri çıkarmakla yükümlüdürler. Hastanın tedavi faaliyeti nedeniyle hekime ücret ödemesi uygulamada teamül niteliğinin yanında, aslında kanun ve hekimlerle ilgili mevzuatın bir gereğidir. 01.02.1999 tarihinde yayınlanan Türk Tabipler Birliği Meslek Etiği Kuralları'nın 29. maddesindeki "*Hekim, tüm muayene, tetkik, tıbbi ve cerrahi girişimlerde meslek örgütünün belirlediği taban ücretin altında bir ücret alamaz*" düzenlemesi ile Türk Tabipler Birliği Disiplin Yönetmeliği'nin⁶⁵ 2. maddesinin k bendindeki para cezasını gerektiren, "*Türk Tabipleri Birliği veya odalarca saptanmış asgari ücret tarifeleri altında ücret almak*" şeklindeki disiplin suçu düzenlemesi, hekimin ücret alacağıının teamül niteliğinden önce mevzuatın bir gereği olduğunu ortaya koymaktadır⁶⁶.

Hekimin ücret alacağıının doğması için tedavi faaliyetinin tıp bilimini gereklerine uygun olarak icra edilmesi gerekir⁶⁷.

Vekâlet sözleşmelerinde vekil bir zamana bağlı olmaksızın iş görme borcu altındadır. Bu iş görme edimi, uzun bir zaman diliminde yerine getirilebileceği gibi, kısa süreli bir zaman diliminde de gerçekleşebilir. Hekim açısından edim borcunu meydana getiren davranışların tamamlanmasıyla sözleşmeden kaynaklanan yükümlülük sona ermektedir. Tıbbi müdahaleler bakımından hastanın tedavisinin ne kadar süreceği belli değildir. Hekim hastaya acil müdahale yapmak suretiyle tedavisini gerçekleştirebileceği gibi, uzun süren bir tedaviyle (kanser tedavisinde olduğu gibi) hastayı gözlem altında tutarak, ilaç vererek de iş görme edimini yerine getirebilir⁶⁸.

⁶⁴ **Tandoğan**, II, s.364-366; **Aşçıoğlu**, s.33; **Yavuz**, s.607-608; **Şenocak**, Sorumluluk, s.26; **Zevkliler / Gökyayla**, s.598; **Başpınar**, s.83-85; **Yavuz İpekyüz**, s.46-47,70; **Öztürkler**, s.59; **Demir**, Hastane, s.235; **Gümüş**, II, s.247; **Hatırnaz Erol**, s.53; **Eren**, s.733; **Petek**, Sağlık, s.91.

⁶⁵ RG.: 28.04.2004, S. 25446.

⁶⁶ **Başpınar** (s.84), hekimlik mesleğinin profesyonel olarak icra edilen mesleklerden olduğu, bu meslek sahiplerinin geçimlerini temin etmek için mesleklerini yaptığı, hekimlerden tedavi talep etmek için bürolarına giden kişilerin talep ettiği hizmetin ücret karşılığında olduğunu bildiklerinin varsayıldığı kanaatindedir.

⁶⁷ **Kurt**, s.73; **Petek**, Sağlık, s.92. Türk Borçlar Kanunu madde 502/3 "*Sözleşme veya teamül varsa vekil, ücrete hak kazanır*".

⁶⁸ **Tekben**, s.873.

c. İstisna (Eser) Sözleşmesi Görüşü

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 470. maddesine göre “*Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir*”.

Eser (İstisna) sözleşmesi, kanundaki tanımdan hareketle doktrinde; “yüklenici ile iş sahibi arasında yapılan, yüklenicinin, iş sahibinin vermeyi üstlendiği bir ücret karşılığında eser adı verilen belirli bir sonucu meydana getirmeyi yüklediği sözleşme” olarak tanımlanmaktadır⁶⁹.

Eser sözleşmelerinin konusu bir eserin ortaya çıkarılmasıdır. Eser, sözleşmenin tarafı olan yüklenicinin sözleşme ile iş sahibi adına ortaya çıkarmayı, yaratmayı yüklediği sonuçtur. Eser sözleşmeleri bakımından önemli olan çalışmadan ziyade, bu çalışma sonucu ortaya çıkan ve objektif olarak gözlenmesi mümkün olan maddi ve maddi olmayan sonuçtur. Buna karşılık bağımsız bir hukuki varlık olarak geçici veya maddi olmayarak da olsa belli bir şekilde ortaya çıkmayan ve bir bütün teşkil etmeyen hekimin hastasını tedavi etmesi gibi insan emeği sonuçları eser olarak kabul edilmemektedir⁷⁰.

Hekim ile hasta arasındaki ilişkiye eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanması istisnai hallerde mümkün olabilir. Hekimlik sözleşmesinin, eser sözleşmesi olduğu görüşünü savunanlara göre hekim belirli bir sonucu meydana getirmeyi üstlenmektedir. Örneğin diş hekimi ile hasta arasında protez, köprü veya implant yapılması⁷¹, hastaya takma kol veya bacak takılması, estetik cerrah ile hasta arasında

⁶⁹ **Gümüş**, II, s.1; **Petek**, Sağlık, s.90.

⁷⁰ **Tandoğan**, II, s.1,5; **Yavuz**, s.508; **Akıntürk / Karaman**, Borçlar, s.305–306,313; **Zevkliler / Gökyayla**, s.455–460; **Şenocak**, Sorumluluk, s.22; **Sarıtaş**, s.35; **Petek**, Estetik, s.192; **Yavuz İpekyüz**, s.60; **Özay**, s.40,85; **Gümüş**, II, s.6–7; **Hatırnaz Erol**, s.48; **Eren**, s.587–588.

⁷¹ Doktrinde diş hekiminin tedavi amacı olmaksızın sadece köprü, dolgu, protez yapılmasını üstlendiği sözleşmelerin eser sözleşmesi hükümlerine tabi olduğu belirtilirken, diş hekiminin protez yapımı ile birlikte hastanın rahatsızlığını da ortadan kaldırmayı üstlendiği durumlarda sözleşmenin niteliğine ilişkin tam bir görüş birliği yoktur. Bu konuda birinci görüşe göre (**Tandoğan**, II, s.21, 40–41) diş hekim ile hasta arasındaki belirgin güven ilişkisi, dişler için köprü, dolgu veya protez yapılmasında diş hekiminin teknik imalatının yanında temelde öncelikle dişleri iyileştirmeye yönelik bir faaliyet olması nedeniyle diş hekimi ile hasta arasındaki ilişkiye vekalet sözleşmesi hükümleri uygulanmalıdır. Çünkü sözleşmenin konusunu oluşturan asıl edim eserin yapımı değil, hastalığın tedavisidir. Protez, tedavi sonucunda rahatsızlığın giderilmesine hizmet eden bir araçtır. Aynı yönde bkz. **Gümüş**, II, s.254. İkinci görüşe göre bu sözleşme eser sözleşmesidir. Çünkü protez yapımının teknik özellikleri, sadece tedaviyi amaçlayan vekalet sözleşmesinin sınırlarını oldukça aşmaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi tarafından atılan

güzelleştirme amaçlı tıbbi müdahalelere ilişkin yapılan sözleşmelerde olduğu gibi meydana getirilen sonuç, tıp bilimi kuralları uyarınca başarılı bir sonuç olarak kabul ediliyorsa, iş sahibi olan hastanın memnun olup olmamasına bakılmaksızın eser olarak kabul edilir⁷².

İstisna sözleşmesinin ana unsurları; bir eserin meydana getirilmesi ve bu faaliyetin ücret karşılığı yapılmasıdır. Hekimin tıbbi faaliyet sırasında hastaya bağlı

üçüncü bir görüşe göre ise diş hekiminin hem protez yapılmasını hem de tedaviyi üstlendiği sözleşme bir karma sözleşmedir. Diş hekiminin tedavi yanında protez yapımına ilişkin yükümlülüğü vekalet ve eser sözleşmesi olarak ikiye ayrılmalıdır (naklen, **Ayan**, s.52-53; **Özdemir**, s.83). **Bulut** (s.80), salt estetik amaçla yapılan diş hekimliği uygulamalarının eser sözleşmesi olarak değerlendirilmesi gerektiğini, diş eksikliği, kuron harabiyeti veya fonksiyon bozukluğuna bağlı olarak yapılan müdahalelerin ise, tedavi amacının ön planda olmasından dolayı vekâlet sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. **Petek**, diş tedavisinde, bir eser meydana getirilmesi veya bir sonucun taahhüt edilmesi mümkünse, eser sözleşmesi hükümlerine göre değerlendirilmesi gerektiğini, eser sözleşmesine dayanmanın hastanın haklarını daha kolay koruyabileceği ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanmasını sağlayacağını, böylece, hastanın tazminat talebinden başka, onarım, sözleşmeden dönme ve bedelin indirilmesi gibi seçimlik haklarını kullanabileceğini, sonucun garanti edilemeyeceği müdahalelerde ise, vekâlet sözleşmesi hükümleri uygulanması gerektiğini, diş hekimini tarafından yürütülen tedavi, kısmen eser sözleşmesi kısmen de vekâlet sözleşmesinin unsurlarını içeriyorsa (örneğin tedavi ve protez yapımı bir arada borçlanılmışsa), sözleşmeye vekâlet sözleşmesi hükümleri uygulanması gerektiğini, çünkü böyle bir sözleşmede asıl edim hastalığının tedavisi olup, protez, bu amacın elde edilmesi bakımından bir araç niteliğinde olduğundan, protez yapımına ilişkin edime de, asıl edimin tâbi olduğu hükümlerin uygulanması gerektiğini ifade etmektedir (**Petek, Hasan**; Amalgam Diş Dolgusu Nedeniyle Diş Hekiminin Hukuksal Sorumluluğu, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 82, Sayı 1, İstanbul 2008 (Amalgam), s.86-87).

⁷² **Tandoğan** (II, s.21), estetik müdahalelerin yüksek kişisel karakteri ve taraflar arasındaki belirgin güven ilişkisi nedeniyle vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiğini belirtmektedir. Aynı yönde bkz. **Şenocak**, Rıza, s.69. dn.16; **Onaran**, s.299; **Gümüş**, II, s.253. **Ayan'a** (s.56) göre, eser sözleşmelerinde sonucun elde edilememesinin rizikosu yükleniciye aittir. Estetik müdahalelerde sonucun garanti edilmesi mümkün değildir. Bu nedenle taraflar arasındaki güven ilişkisi nedeniyle güzelleştirme (estetik) ameliyatları için eser sözleşmesi değil vekâlet sözleşmesi hükümleri uygulanmalıdır. **Petek** (Estetik, s.192) bu konuda “ *Estetik cerrahın, eser sözleşmesindeki gibi, ortaya bir sonuç koyması gerekmektedir; estetik cerrah tarafından meydana getirilen sonuç (örneğin burun kemerini düzeltme), tıp bilimi ve estetik cerrahi kuralları çerçevesinde başarılı bir sonuç olarak kabul edilebiliyorsa, hastanın bu sonuçtan tatmin olup olmadığı önem taşımaksızın eser olarak kabul edilir. Estetik cerrahın mesleki tecrübesi ve başarısı dışındaki sebeplerle, ameliyat sonucunda ortaya bir eser çıkmaması (örneğin öngörülmeven sebeplerle hastanın bünyesinin istenilen sonucun doğmasına engel oluşturması) durumunda ise, estetik cerrahın bir sonuç ortaya koyma niyetiyle ameliyata giriştiğinden hareket edilerek, ilişkinin yine eser sözleşmesi olduğu sonucuna varılmalıdır*” görüşündedir. **Yavuz İpekyüz** (s.61) hekimin, tedavi amaçlı olmayan, insan vücudu üzerinde yapmış olduğu güzellik amaçlı tıbbi müdahalelerin eser sayılması gerektiğini belirtmektedir. **Özay'a** (s.49) göre; estetik müdahalelerin istisna sözleşmesi hükümlerine tabi tutulması, hastanın haklarının daha kolay korunabileceği, hekimin ayıba karşı tekeffül borcunun oluşmasını sağlayacak, hasta tazminat talebinden başka, onarım, sözleşmeden dönme ve bedelin indirilmesi gibi bir takım seçimlik haklara sahip olacaktır. **Demir**, Hekim, s.238; **Akyıldız, Sunay / Özkan, Hasan**; Hasta-Hekim Hakları ve Davaları, 2. Baskı, Ankara 2012, s.292-293; **Günday**, s.14-15. **Hakeri** ise (Tıp, s.234) estetik müdahalelerin baştan eser sözleşmesi olarak kabul edilmesi yerine somut olaya ve hekimin bu konudaki taahhütlerine göre sözleşmenin niteliğinin belirlenmesinin daha uygun olacağı da savunmaktadır. Estetik müdahalelerin hukuki niteliği ile ilgili diğer görüşler için bkz. **Petek**, Estetik, s.188-190.

olmaması ve çalışmasının karşılığında ücrete hak kazanması, hekimlik sözleşmesinin istisna sözleşmesi olduğu şeklinde görüşlerin ortaya atılmasına neden olmuştur⁷³.

Hekimlik sözleşmesinin eser sözleşmesi hükümlerine tabi olduğunu savunanlara göre; hekimin uzmanlığı ve deneyimi dışında, yapılan tedavi sonucunda örneğin öngörülmeleyen sebeplerle (komplikasyonlar) hastanın vücudunda istenilen sonucun alınmaması gibi ortaya bir eser çıkmaması durumunda dahi, hekim bir sonuç meydana getirme niyetiyle tıbbi müdahaleye giriştiğinden, tarafların iradesinin de bu yönde olmasından dolayı ilişkinin eser sözleşmesi olarak kabulü gerekir. Ortaya çıkacak sonuç mutlaka bir eser meydana getirme olmamasına rağmen, yapılan tedavi faaliyeti hastanın vücudunda onarımla, sağlık durumunun değiştirilmesi sonucunu doğuracağından bu da eser kavramı içinde değerlendirilmelidir⁷⁴.

d. Tüketici Sözleşmesi Görüşü

Doktrinde, hekimlik sözleşmesine vekâlet sözleşmeleri yanında Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamına girmesi nedeniyle tüketici sözleşmelerine ilişkin hükümlerin de uygulanabileceği savunulmaktadır⁷⁵.

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 3/k maddesine göre "*Tüketici: Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi*", kanunun 3/1 maddesine göre "*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 kişiyi*" ifade etmektedir.

Bu tanımdan hareketle hasta, tıbbi tedavi hizmetini ticari ve mesleki olmayan amaçlarla edinen, yararlanan tüketici, hekimler de ticari ve mesleki amaçlarla

⁷³ Yavuz İpekyüz, s.61.

⁷⁴ Petek, Estetik, s.192; Petek, Sağlık, s.91. Tandoğan (II, s.40), hekim tarafından hastanın tedavi edilmesinin, sonucun ortaya çıkması teminat verilerek üstlenilmemesi ve güven unsurunun önemi olması, her zaman azil imkânını bahşetmesi nedeniyle eser değil vekâlet akdine konu olabileceğini savunmaktadır. Belgesay, hastanın doktora iyi olmak için başvurmakla beraber, doktorun nadir istisnalar dışında, onu iyi etmeyi değil, iyi olması için gerekli şeyleri yapmayı üstlenmesinden dolayı sözleşmenin eser sözleşmesi olamayacağını, eser sözleşmesinde vasıta değil, sonucun taahhüt olduğu görüşündedir (naklen, Özgül, s.62–63).

⁷⁵ Özgül, s.68–69; Aslan, İ.Yılmaz; 6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku, 4.Baskı, Bursa 2014(Tüketici), s.17, 28.

tüketici olan hastaya hizmet sunan sağlayıcıdır. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 3/d maddesi hizmeti, *“Bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan ya da yapılması taahhüt edilen mal sağlama dışındaki her türlü tüketici işleminin konusu”* olarak ifade etmiştir. Hekimi sağlayıcı olarak kabul ettiğimizde, hekimin ücret karşılığında yürütmüş olduğu tıbbi tedavi faaliyeti bu kanun anlamında mal sağlama dışındaki bir hizmet faaliyetidir.

Kanun'un 3/1 maddesine göre *“Tüketici işlemi: Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi”* ifade etmektedir. Bu maddeden hareketle hekimin yürütmüş olduğu hizmet faaliyetinin, mesleki amaçlarla hasta adına hareket eden hekim ile hasta arasında kurulan vekâlet sözleşmesini de kapsar şekilde bir tüketici işlemi olduğu ifade edilmektedir⁷⁶.

e. Kendine Özgü Yapısı Olan Sözleşme Görüşü

Kendine özgü sözleşmeler; unsurları kısmen ya da tamamen kanunun öngördüğü sözleşme tiplerinin hiçbirinde mevcut olmayan sözleşmelerdir. Bu tür sözleşmelere Türk Borçlar Hukukunun genel hükümleri ile niteliklerine benzedikleri sözleşme tiplerine ilişkin kanun hükümleri uygulanır; sözleşmeler, iyiniyet kurallarına ve uygulamadaki teamüllere göre yorumlanır ve tamamlanırlar. Mahiyetleri müsaade ettiği oranda, benzedikleri akit tiplerine ilişkin kanun hükümleri kıyasen uygulanır. Hâkim de gerektiğinde Türk Medeni Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca, kendisi hukuk yaratma yoluyla hukuk kuralı koyarak bu tür sözleşmelerden kaynaklanan sorunları çözer⁷⁷.

⁷⁶ Petek, Tüketici, s. 983-984.

⁷⁷ Tandoğan, Haluk; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt I/1, 5.Bası, İstanbul 2008 (I/1), s.13; Yavuz, s.13; Zevkliler / Gökyayla, s.11; Şenocak, Sorumluluk, s.27; Yavuz İpekyüz, s.72-73; Hatırnaz Erol, s.54; Gökcan, Hasan Tahsin, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, Ankara 2001, s.899; Eren, s.33; Gümüş, Mustafa Alper; Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt 1, İstanbul 2008 (I), s.16.

Hekimlik sözleşmesinin kendine özgü (sui generis) bir sözleşme olduğu görüşünü savunanlara göre⁷⁸ sözleşme ilişkisi, her iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde olduğu gibi iki bireysel çıkar sahibinin anlaşmasına dayalı olarak karşılıklı bir edim değişimi sonucunu doğurmamaktadır. Taraflar arasında yardım, güven, anlayış, özen ve şefkate dayalı sözleşme ilişkisi kurulmaktadır. Taraflar arasında bir eşitlik de söz konusu değildir. Uzmanlık, deneyim ve otorite hekimde, zayıflık ve bilgisizlik ise hastadadır. Taraflar arasında bir eşitliğin söz konusu olmaması da, hekimlik sözleşmesini kanunda özel olarak düzenlenen sözleşmelerden ayırmaktadır. Ayrıca hasta ile hekim arasındaki sözleşme ilişkisi insanın en derin ve en gizli alanına etki ederek, kendine has, insanlara yönelik, güven ilişkisinin ön planda olduğu özelliklere sahiptir. Yine vekilin müvekkili nam ve hesabına hareket ettiği, ancak hekimin müvekkili nam ve hesabına hiçbir tasarrufta bulunmadığı ileri sürülmektedir. Bu nedenle hasta ile hekim arasındaki sözleşme ilişkisini kanunda özel olarak düzenlenmiş sözleşme hükümlerine tabi tutmanın isabetli olmadığı savunulmaktadır⁷⁹.

f. Sözleşmenin Niteliğinin Özel Durum ve Şartlara Göre Belirlenmesi Görüşü

Doktrinde savunulan⁸⁰ bu görüşe göre hekim ile hasta arasındaki ilişkinin şartlarına ve özel durumlarına bakılarak her duruma ayrı bir sözleşme tipi uyarlanmalıdır. Örneğin hekim ile hasta arasında ücret karşılığında süreyle sınırlı olarak sözleşme yapıldığında hizmet sözleşmesi, bir eser veya sonuç meydana getirmeye yönelik bir sözleşmenin varlığı halinde ise eser sözleşmesi söz konusu

⁷⁸ Hukukumuzda “sui generis sözleşme görüşü” Atabek/Sezen tarafından savunulmuştur (Ayan, s.51).

⁷⁹ Ayan, s.51. Hekim ile hasta ilişkisinin kendine özgü yapısı olan sözleşme olduğuna yönelik diğer görüşler için bkz. Şenocak, Sorumluluk, s.27–29. Yavuz İpekyüz, s.73; Hatırnaz Erol, s.54–56.

⁸⁰ Şenocak, Sorumluluk, s.30 dn.53’de belirtilen yazarlar. Şenocak (Sorumluluk, s.30), hekim ile hasta arasında kendilerini zamanla sınırlayan veya bir sonucun elde edilmesine yönelik hizmet veya istisna sözleşmesine benzer bir sözleşme yapılsa dahi, taraflar arasındaki ilişkide asıl önemli olanın, zaman veya sonuç unsurundan ziyade güven unsuru olduğunu, bu durumlarda da yine vekâlet sözleşmesinin uygulanması gerektiğini belirtmektedir. Aynı yönde bkz. Yavuz İpekyüz, s.72.

olur. Bu iki durum dışında hekim ile hasta arasındaki sözleşme ilişkisi vekâlet sözleşmesi olarak kabul edilir.

g. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Sonuç

Hekimlik sözleşmesinin, kendine özgü (sui generis) bir sözleşme olduğunu savunanlar tarafından ileri sürülen, hekimin müvekkil nam ve hesabına tasarrufta bulunmadığı görüşü yerinde değildir. Hekim, hastaya yönelik tedavi edimini onun nam ve hesabına, onun menfaatine yerine getirmektedir. Bu görüşü savunanların aksine hekimlik sözleşmesinde karşılıklı edim değişimi vardır. Hekim, hastanın hastalığını teşhis ve teşhise uygun tedaviyi uygulama borcunu üstlenmişken, hasta da yapılan tedavi karşılığında ücret ödemeyi üstlenmektedir. Yine hekimlik sözleşmesinde taraflar arasında eşitliğin olmamasından dolayı, bu sözleşmenin kendine özgü sözleşme olduğu görüşünü savunanlar tarafından belirtilen taraflar arasındaki eşitsizlik, sadece bu sözleşmelere has değildir. Kira, hizmet sözleşmeleri gibi başka sözleşme ilişkilerinde de taraflar arasında bir eşitlik söz konusu değildir. Tarafların eşit olmamasının sebebi olarak gösterilen yardım, güven, anlayış, şefkat sözleşmenin içeriğini değil, hekimin borcunu yerine getirirken sahip olması gereken davranış kurallarını ifade eder⁸¹.

Hizmet sözleşmelerinde işçi, işverene karşı belirli bir süre boyunca hizmet etme borcunu üstlenmektedir. İşçi, iş görme borcunu yerine getirirken işverene hukuki, ekonomik ve teknik açılarından bağımlıdır. Hekimlik sözleşmesinde, hekim uzmanlığı ve deneyimine göre hastaya gerekli tıbbi müdahaleyi yapacağından hastanın talimatlarıyla bağlı değildir. Hekim ile hasta arasında bir bağımlılık veya hiyerarşik bir ilişki yoktur. Bu nedenle hekimlik sözleşmesinin hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi mümkün değildir⁸².

Hekimlik sözleşmelerinde, hekim ile hasta arasındaki ilişki, hizmet sözleşmelerindeki gibi belirli veya belirli olmayan bir süreye tabi değildir. Yine hekim, iş gücünü hastanın emrine tahsis etmiş değildir. Hekimin çalışması süre ile

⁸¹ Ayan, s.54; Şenocak, Sorumluluk, s.27; Petek, Sağlık, s.91.

⁸² Ayan, s.54; Şenocak, Sorumluluk, s.20; Sarıtaş, s.33–34; Yavuz İpekyüz, s.57; Hatırnaz Erol, s.53; Özgül, s.61.

sınırlı olmaksızın hastanın hastalığının teşhis ve tedavisi sonucuna yönelmiştir. Hizmet sözleşmelerinde, işçinin belirli veya belirli olmayan süreyle işverene tabi olarak çalışması sözleşmenin önemli bir unsurudur. Hekimlik sözleşmeleri bakımından hekimin çalışma süresi, üstlendiği işin mahiyeti ile sınırlıdır⁸³. Bu nedenle hekimlik sözleşmesinin, hizmet sözleşmesi hükümlerin tabi tutulması mümkün değildir.

Eser sözleşmesinde yüklenici, iş sahibine bir eser meydana getirme borcunu üstlenmektedir. Eser sözleşmelerinde sonucun meydana getirilememesine ilişkin tüm risk yükleniciye aittir. Fakat hekimlik sözleşmesi bakımından hekimin sonucun arzu edilen şekilde meydana gelmemesinden dolayı hiçbir sorumluluğu yoktur. Kaldı ki hekim, yapacağı tedaviye yönelik olarak mutlak başarıyı taahhüt edemez. Hekimlik sözleşmelerinde hastanın tedavisi maddi olmayan bir sonuç olarak taahhüt edilmeye elverişli olmadığından ve eser sözleşmelerinde eserin teslim ve muayene edilmesine dair hükümlerin (ayıba karşı tekeffül hükümleri) uygulanması için maddi bir biçimlendirmenin gerekmesi, bu durumun da hastanın tedavisi veya tıbbi müdahale bakımından uygulanmaya elverişli olmaması karşısında, hekimin faaliyetleri eser olarak nitelendirilemez. Ücret eser sözleşmelerinin zorunlu bir unsuru olduğu halde, hekimlik sözleşmesi bakımından ücret zorunlu bir unsur değildir⁸⁴.

Hekimin bir sonuç meydana getirmeyi üstlendiği istisnai durumlar dışında (örneğin diş hekimi ile hasta arasındaki köprü, dolgu, protez yapılması, hastaya takma kol veya bacak takılması, estetik cerrah ile hasta arasında burun estetiği yapılmasında olduğu gibi) hekimlik sözleşmesinin eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesi de mümkün değildir⁸⁵. Hekim hastasına karşı iyileştirme borcu altına girmemekte, sadece tedaviye yönelik olarak tıp biliminin standartlarına, kurallarına ve genel olarak kabul edilen uygulamalarına göre çaba sarfetmekle yükümlüdür⁸⁶.

⁸³ Ayan, s.54; Şenocak, Sorumluluk, s.20; Yavuz İpekyüz, s.57; Hatırnaz Erol, s.53; Özgül, s.61.

⁸⁴ Tandoğan, II, s.21; Yavuz, s.508; Ayan, s.50,53; Zevkliler / Gökyayla, s.460,592; Şenocak, Sorumluluk, s.24; Özdemir, s.78; Yavuz İpekyüz, s.60–63; Demir, Hekim, s.238; Kurt, s. 73; Tekben, s.867; Hatırnaz Erol, s.49; Gökcan, s.903; Petek, Sağlık, s.90; Taneri, s.59.

⁸⁵ Ayan, s.55; Demir, Hekim, s.238; Petek, Sağlık, s.90.

⁸⁶ Belgesay, hastanın doktora iyi olmak için başvurmakla beraber, doktorun nadir istisnalar dışında, onu iyi etmeyi değil, iyi olması için gerekli şeyleri yapmayı üstlenmesinden dolayı sözleşmenin eser sözleşmesi olamayacağı, eser sözleşmesinde vasıta değil, sonucun taahhüt olunduğu görüşündedir (naklen, Özgül, s.62–63).

Kanaatimizce bir eser meydana getirilmesi veya sonucun taahhüt edilebilmesinin mümkün olduğu tıbbi müdahalelerde (diş hekimi ile hasta arasındaki köprü, dolgu, protez yapılması, hastaya takma kol veya bacak takılması, estetik cerrah ile hasta arasında burun estetiği yapılmasında olduğu gibi), hasta ile hekim arasındaki ilişki eser sözleşmesi olarak nitelendirilmelidir. Bir eser meydana getirilmeyen, sonucun taahhüt edilmesinin mümkün olmadığı tıbbi müdahalelerde ise, vekâlet sözleşmesi hükümleri uygulanmalıdır.

Hasta ile hekim arasındaki hekimlik sözleşmesinin, tüketici sözleşmesi olduğu yönündeki görüşe de iştirak etmiyoruz. Çünkü Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 3/1 maddesine göre *“Tüketici işlemi: Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlem”* olarak ifade edilmiştir. İleride de değineceğimiz gibi hekim ile hasta arasında Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümleri uyarınca tüketici işlemi ve ilişkisi vardır ve bu kanun hükümlerine tabidir. Ancak kanun maddesinde *“...mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme”* denilmek suretiyle tıbbi müdahalenin özelliğine göre vekâlet sözleşmesi ve eser sözleşmesine atıfta bulunulmuştur. Bu kanun başkaca bir sözleşme çeşidinin varlığından bahsetmemekte, niteliğine uyduğu ölçüde her türlü sözleşme hükümlerinin Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında olduğunu belirtmektedir. Dolayısıyla vekâlet veya eser sözleşmesi hükümlerine tabi olan hekimlik sözleşmesinin, tüketici sözleşmesi olarak değerlendirilmesi yerine, hasta ile hekim arasındaki ilişkinin tüketici işlemi olduğunun kabul edilerek, kanunun yaptığı atıfla niteliğine göre eser ve vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiği görüşündeyiz.

Biz de hekimlik sözleşmesinin -eser sözleşmesi olarak nitelendirilen istisnai durumlar dışında- vekâlet sözleşmesi hükümlerine tabi olduğu yönündeki Türk ve İsviçre Hukuku'ndaki hâkim görüşe iştirak ediyoruz. Hekimlik sözleşmesinin tüm

özellikleri, vekâlet akdinin yapısına, unsurlarına ve hükümlerine uygundur. Hekim, hastası ile arasındaki sözleşme ilişkisi uyarınca hasta adına ve hesabına hukuki işlemler yapmamakta, haklar elde etmemekte ve borç altına girmemektedir. Ancak hastanın tedavisini, yani maddi bir fiilin yapılmasını üstlenmektedir. Dolayısıyla hekim ile hasta arasında maddi bir fiile ilişkin vekâlet ilişkisi söz konusudur. Bu husus Türk Borçlar Kanunu anlamında bir iş görmedir. Vekâlet akdiyle üstlenilen iş görme borcunun konusu, bir hukuki işlemin yapılması olabileceği gibi, maddi bir fiilin yapılması da olabilir⁸⁷.

Hekimlik sözleşmesinde hekim, belirli veya belirlenebilir bir süre için tıbbi faaliyetini hastanın emrine tahsis etmemiş, hastanın iyileşmesi için gerekli tedavi faaliyetlerini yürütmeyi borçlanmıştır. Vekâlet sözleşmesinde vekil müvekkili adına ve hesabına hareket etmektedir. Hekimlik sözleşmesinde de hekim hastasının adına, hesabına hareket ederek onun tıbbi tedavisini gerçekleştirmektedir. Hekimlik sözleşmesinde hekim, vekil olarak belli bir sonucu gerçekleştirmek için değil, belirli bir doğrultuda çalışma borcunu üstlenmektedir. Dolayısıyla hekim, hastaya tedavi sonucunu garanti etmemektedir. Vekil olarak hekim, vekâlet veren hasta adına bir iş görmekle birlikte, bu iş görmenin sonucunda mutlaka bir sonucun meydana gelmesi gerekmez. Hekimin iş görmeden dolayı gerekli özeni göstermesine rağmen sonucun gerçekleşmemesi rizikosu vekil olan hekime değil, hastaya aittir. Sonuç hastanın arzu ettiği gibi gerçekleşmese dahi vekil olarak hekimin kusuru dışında bundan dolayı bir sorumluluğu yoktur⁸⁸.

Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 386. maddesinin 2.fikrası ile 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 502. maddesinin 2.fikrası hükmü de hekimlik sözleşmesinin vekâlet sözleşmesi hükümlerine tabi tutulacağını ortaya koymaktadır. Bu maddenin düzenlemesi uyarınca, hekim ile hasta arasında diğer sözleşme türlerinin söz konusu olmadığı hallerde vekâlet sözleşmesi hükümleri uygulanacaktır⁸⁹.

⁸⁷ Tandoğan, II, s.359-360; Yavuz, s.603; Zevkliler / Gökyayla, s.597; Şenocak, Sorumluluk, s.25; Yavuz İpekyüz, 68-68; Demir, Hekim, s.235; Hatırnaz Erol, s.51.

⁸⁸ Tandoğan, II, s.364; Yavuz, s.607; Ayan, s.55; Zevkliler / Gökyayla, s.592; Şenocak, Sorumluluk, s.26; Sarıtaş, s.36-38; Yavuz İpekyüz, 68-70; Öztürkler, s.58; Özay, s.36-39; Demir, Hekim, s.235; Gümüş, II, s.248; Tekben, s.873-874; Hatırnaz Erol, s.52; Petek, Sağlık, s.91.

⁸⁹ 818 sayılı Borçlar Kanunu madde 386/2 "Diğer akitler hakkındaki kanuni hükümlere tabi olmayan

Hekim tarafından yürütülen tedavi, kısmen eser sözleşmesi kısmen de vekâlet sözleşmesinin unsurlarını içeriyorsa (örneğin tedavi ve protez yapımı bir arada borçlanılmışsa), böyle bir sözleşmede asıl edim hastanın tedavisidir. Protez yapımı, tedavi amacının gerçekleşmesi bakımından araç niteliğinde olduğundan sözleşmeye vekâlet sözleşmesi hükümleri uygulanması gerekir. Meydana getirilen eser ile ilgili edime ise, asıl edimin tabii olduğu vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanmalıdır⁹⁰.

2. Hekimlik Sözleşmesinin Tarafları, Sözleşmenin Kuruluşu, Şekli, Hükümleri ve Sona Ermesi

a. Sözleşmenin Tarafları

Hekimlik sözleşmesinin bir tarafında hastalığı teşhis edip, teşhise uygun olarak gerekli tedaviyi uygulayacak olan hekim bulmaktadır. Sözleşmenin diğer tarafında ise hekimin yardımına ihtiyaç duyan, sağlık bakımından zor durumda olan hasta vardır.

Türk Borçlar Kanunu'nun 506. maddesine göre "*Vekil, vekâlet borcunu bizzat ifa etmekle yükümlüdür. Ancak vekile yetki verildiği veya durumun zorunlu ya da teamülün mümkün kaldığı hallerde vekil, işi başkasına yaptırabilir*". Hekimlik sözleşmelerinin, hasta ile hekim arasındaki güven ilişkisine dayanması nedeniyle, hekim tedavi edimini bizzat yerine getirmek zorundadır. Ancak bu hekimin bütün uygulamaları bizzat yapmak zorunda olduğu anlamına gelmemektedir. Hekim tedavi faaliyetini yürütürken üçüncü şahısların yardımını isteyebilir. Ya da şahsen yerine getirmesi gereken edimlerin ifasını üçüncü şahıslara bırakabilir. Birinci halde ifa yardımcıları, ikinci halde hekimin kendisi yerine başkasını koyması söz konusudur⁹¹.

işlerde dahi, vekâlet hükümleri cari olur"; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu madde 502/2 "*Vekâlete ilişkin hükümler; niteliklerine uygun düşükleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan işgörme sözleşmelerine de uygulanır. Özey'a* (s.47-48) göre; tüm tıbbi müdahale yöntem ve çeşitlerinin Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş tek bir sözleşme türüne dâhil edilmesi mümkün değildir. Hekimlik sözleşmesi, tıbbi müdahalenin türlerine göre vekâlet veya istisna sözleşmesi hükümlerine tabii olabilecektir. Ayrıca bkz. **Ayan**, s.56; **Kurt**, s.73.

⁹⁰ **Petek**, Amalgam, s.87.

⁹¹ **Tandoğan**, II, s.459; **Yavuz**, s.628; **Ayan**, s.67; **Akıntürk / Ateş Karaman**, Borçlar, s.315; **Zevkliler / Gökyayla**, s.613; **Özdemir**, 90; **Sarıtaş**, s.54; **Petek**, Estetik, s.199; **Yavuz İpekyüz**,

Hekim tedavi faaliyetine ilişkin bir kısım işleri (iğne yapılması, röntgen çekilmesi, hastanın muayeneye hazırlanması gibi) hemşire, laborant, hasta bakıcı, röntgen uzmanı gibi kişilere bırakabilir. Bu kişiler Türk Borçlar Kanunu'nun 116. maddesi uyarınca ifa yardımcısı konumundadırlar. Bu kişilerin yaptığı işlemler, sözleşmeden kaynaklanan hekimin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Hekim işi yardımcıya bırakmada, onu seçmede, nezaret etme ve talimat vermede kusuru bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulamaz. Hasta ile ifa yardımcısı olanlar arasında sözleşme ilişkisi bulunmadığından, ifa yardımcıları haksız fiil hükümlerine göre sorumludur⁹².

Hekim bazı durumlarda kendisi yerine başkasını koyar. Hastaya karşı tedavi edimini, denetimi ve yönetimi altında olmayan genelde hekim olan üçüncü bir kişiye aktarabilir. Bu duruma ikame adı verilmektedir. Vekâlet sözleşmelerinde mevcut olan ikame ilişkisi, alt vekâlet ve ikame vekâleti olarak iki halde ortaya çıkabilir. Alt vekâlette, hekim hastayı tedavi borcunu kendi adına yaptığı sözleşmeyle başka bir hekime bırakmaktadır. Alt vekâlette, hekim ile hasta arasındaki hekimlik sözleşmesi devam etmekte, tedavi kendisine bırakılan hekim ile hasta arasında sözleşme ilişkisi kurulmamaktadır. İlk hekim ile ikinci hekim arasında bir vekâlet ilişkisi oluşmaktadır. İkame vekâletinde ise, hekim, hastası adına yaptığı sözleşme ile tedavi borcunu diğer hekime bırakır. İkame vekâletinde ikinci hekim ile hasta arasında yeni bir hekimlik sözleşmesi meydana gelmiş olur. Taraflarca aksi kararlaştırılmadığı sürece ilk hekimin de hastaya karşı sorumluluğu devam etmektedir⁹³.

İkame eden yani kendisi yerine başkasını koyan hekimin sorumluluğu, yaptığı ikamenin caiz olup-olmamasına göre tespit edilir. Hekimin kendisi yerine başkasını koymasına hasta muvafakat etmişse, örf hekimi ikameye yetkili kılınmışsa (örneğin iç hastalıkları uzmanının cerrahi müdahale gerektiğinde cerraha başvurması gibi), ikameyi gerektiren haklı bir durum yani zaruret hali ortaya çıkmışsa (örneğin

s.95; Özay, s. 55; Akyıldız / Özkan, s.292; Tekben, s.896 Eren, s.717; Petek, Sağlık, s.97.

⁹² Tandoğan, II, s.459; Yavuz, s.628; Ayan, s.68; Şenocak, Sorumluluk, s.97-99; Özdemir, 91; Sarıtaş, s.54-55; Petek, Estetik, s.199-200; Yavuz İpekyüz, s.95-96; Özay, s. 55; Tekben, s.897; Petek, Sağlık, s.97.

⁹³ Tandoğan, II, s.459-464; Yavuz, s.628-629; Ayan, s.69; Zevkliler / Gökyayla, s.615-616; Şenocak, Sorumluluk, s.100; Özdemir, 92; Sarıtaş, s.55-56; Başpınar, s.199-200; Yavuz İpekyüz, s.97; Demir, Hekim, s.239; Gümüş, II, s.283; Gökcan, s.905-906; Eren, s.718; Petek, Sağlık, s.97.

ameliyat sırasında hekimin rahatsızlanarak yerini başka bir cerraha bırakması gibi) ikamenin caiz olduğu kabul edilir. Bu durumda ilk hekim kendisi yerine koyacağı kişiyi seçme ve ona talimat vermede özenli hareket etme bakımından sorumlu olacak, bu özeni yerine getirmesi halinde sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. İkamenin caiz olmadığı hallerde, örneğin hekimin sözleşmeden kaynaklanan tedavi edimini bir tıp öğrencisine yaptırması gibi hallerde, oluşan zarardan işi kendisi yapmış gibi sorumlu olacaktır. Bu husus Türk Borçlar Kanunu'nun 507/1. maddesinde *“Vekil, yetkisi dışına çıkararak işi başkasına gördürdüğünde, onun fiilinden kendisi yapmış gibi sorumludur”* şeklinde ifade edilmektedir⁹⁴.

Tarafların sözleşme yapma ehliyeti bakımından genel hükümler geçerlidir. Tam ehliyetliler (ayırt etme gücüne sahip, ergin, kısıtlı olmayanlar) her türlü hukuki işlemleri, dolayısıyla hekimlik sözleşmesini serbestçe yapabilirler. Sınırlı ehliyetlilerde (kendisine yasal danışman atanan kişiler) ehliyet asıl, ehliyetsizlik istisnadır. Bunlar da kanunda sınırlı şekilde sayılanlar dışında hukuki işlemleri, dolayısıyla hekimlik sözleşmesini tek başına serbestçe kurabilirler. Tam ehliyetsizler (ayırt etme gücüne sahip olmayanlar), herhangi bir hukuki işlem yapma ehliyetine sahip olmadıklarından sözleşme onların yasal temsilcileri tarafından yapılır⁹⁵.

Ayırt etme gücüne sahip olmayan küçüklerin anne ve babası ile hekim arasında yapılacak olan sözleşme, eksik üçüncü kişi lehine sözleşme olarak kabul edilmektedir. Bu tür sözleşmelerde hekimden tedavi faaliyetinin ifasını talep yetkisi anne ve babaya aittir. Çocuk burada hekimin sözleşmeyle borçlandığı edimin lehtarını, yani ifanın muhatabı durumundadır. Sözleşmeden kaynaklanan alacak hakkı anne ve

⁹⁴ **Tandoğan**, II, s.465–466; **Yavuz**, s.629–630; **Ayan**, s.70; **Zevkliler / Gökyayla**, s.614; **Şenocak**, Sorumluluk, s.100–101; **Özdemir**, 92–93; **Sarıtaş**, s.56; **Petek**, Estetik, s.200; **Yavuz İpekyüz**, s.97–98; **Özay**, s.57; **Demir**, Hekim, s.240; **Gümüş**, II, s.283–290; **Tekben**, s.897–898; **Gökcan**, s.906; **Eren**, s.718–719.

⁹⁵ **Reisoğlu, Safa**; Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25.Baskı, İstanbul 2014 (Genel), s.55–60; **Oğuzman, M.Kemal / Seliçi, Özer / Özdemir, Saibe Oktay**; Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 14. Baskı, İstanbul 2014, s.76–82, 103; **Ayan**, s.57; **Akıntürk, Turgut / Ateş Karaman, Derya**; Medeni Hukuk, 19. Baskı, İstanbul 2013 (Medeni), s.129–136, **Serozan, Rona**; Medeni Hukuk Genel Bölüm/ Kişiler Hukuku, 5.Baskı, İstanbul 2014 (Kişiler), s.425; **Şenocak**, Rıza, s.71; **Zevkliler, Aydın / Ertaş, Şeref / Havutçu, Ayşe / Gürpınar, Damla**; Medeni Hukuk (Temel Bilgiler), 8. Bası, Ankara 2013, s.92–96; **Ayan, Mehmet / Ayan, Nursen**; Kişiler Hukuku, 6. Baskı, Konya 2014, s.41–49; **Sarıtaş**, s.49–50; **Yavuz İpekyüz**, s.21; **Petek**, Sağlık, s.92.

babaya ait, olup, bunun karşılığında ücret ödeme yükümlülüğü de sözleşmenin tarafı olarak onlara aittir⁹⁶.

Sınırlı ehliyetsizlerde (ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar) ehliyetsizlik asıl, ehliyet istisnadır. Bunlar kendilerini borç altına sokan hukuki işlemleri yasal temsilcilerinin izni veya onayı ile kurabilirler. Sınırlı ehliyetsizler kişiye sıkı sıkıya bağlı olan işlemleri ise tek başına yapabilirler⁹⁷. Sınırlı ehliyetsizlerin hekimlik sözleşmesini tek başına yapıp yapamayacakları tartışmalıdır⁹⁸. Sağlığa ve vücut bütünlüğüne yönelik müdahalelere karşı korunma talebi sınırlı ehliyetsizlerin kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları arasında yer almasına rağmen, sınırlı ehliyetsizlerin hekimlik sözleşmesi gereği ücret ödeme yükü altına girmesi nedeniyle onların ekonomik olarak korunması bakımından sözleşmenin kurulması yasal temsilcilerinin izin veya onayına tabi olması gerekir⁹⁹. Bu şekilde anne ve babanın izin veya onayıyla kurulan sözleşmelerde hekimden üstlenmiş olduğu tedavi faaliyetine ilişkin edimin ifasını talep hakkı hem çocuğa, hem de velayet hakkının sonucu olarak anne ve babaya aittir. Bu şekilde üçüncü kişinin (sınırlı ehliyetsiz hasta) de edimin ifasını talep hakkının olduğu sözleşmelere tam üçüncü kişi yararına sözleşmeler adı verilmektedir¹⁰⁰.

Anne ve baba, yapılan sözleşme ile borç altına girmişse üçüncü kişi lehine sözleşmeden bahsedilir. Ancak borç altına giren anne ve baba değil de küçükse, yani

⁹⁶ **Eren, Fikret**; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16.Baskı, Ankara 2013 (Genel), s.1144–1145; **Şenocak, Rıza**, s.71–72.

⁹⁷ **Reisoğlu**, Genel, 61; **Oğuzman / Seliçi / Özdemir**, s.96–101; **Ayan**, s.57; **Akıntürk / Ateş Karaman**, Medeni, s.132–134; **Serozan**, Kişiler, s.426; **Zevkliler / Ertaş / Havuçcu / Gürpınar**; s.92–96; **Ayan / Ayan**, s.50; **Sarıtaş**, s.50; **Hatemi, Hüseyin / Kalkan Oğuztürk, Burcu**; Kişiler Hukuku, İstanbul 2013, s.95; **Petek**, Sağlık, s.92.

⁹⁸ Kunzler'e göre; hekimlik sözleşmesi kişiye sıkı sıkıya bağlı hakkın kullanılması olduğundan sınırlı ehliyetsizler sözleşmeyi tek başına yapabilmelidir (**Ayan**, s.58'den naklen). Buna karşılık Zevkliler / Acabey / Gökyayla, ise; sınırlı ehliyetsizlerin üzerinde tek başına işlem yapamayacağı kişiye sıkı biçimde bağlı haklardan birinin de, beden tümlüğü üzerindeki hak olduğunu, küçük, sezgin olsa dahi, yasal temsilcinin ısrarla karşı koyması durumunda, beden tümlüğüne yapılacak girişimlere razı olamaması gerektiği görüşündedirler (**Zevkliler, Aydın / Acabey, M. Beşir/ Gökyayla, K. Emre**; Medeni Hukuk, 6. Baskı, Ankara 1999,s.489–490). **Serozan** (s.436), sınırlı ehliyetsiz kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını tek başına kullanabileceğini ancak kişilik değerleri üzerinde ciddi ve önemli tasarruflarda bulunmada (tıbbi ve cerrahi müdahale gibi) yasal temsilcinin olurunun yine de alınması gerektiğini ifade etmektedir. **Ayan / Ayan** (s.103) ise, sınırlı ehliyetsiz çıkarlarının korunması için, kanuni temsilcilerinin iznini şart koşulması gerektiğini, kanuni temsilcinin sonradan icazet vermesinin mümkün olmadığını belirtmektedirler.

⁹⁹ **Şenocak, Rıza**, s.69–70; **Sarıtaş**, s.50; **Özgül**, s.73; **Petek**, Sağlık, s.92.

¹⁰⁰ **Eren**, Genel, s.1146; **Şenocak, Rıza**, s.72; **Akıncı, Şahin**; Borçlar Hukuku Bilgisi, 6.Baskı, Konya 2012 (Borçlar), s.260–263.

hekimlik sözleşmesi ile kararlaştırılan ücret küçüğün malvarlığından ödenecekse artık burada üçüncü kişi yararına sözleşmeden bahsedilemez. Sözleşmenin tarafı bizzat ayırt etme gücüne sahip küçüktür. Bu sözleşmeden kaynaklanan edimlerin ifasını talep hakkı hem küçüğe hem de anne babaya aittir. Ana babanın talep hakkı velayet hakkının bir sonucudur.

Türk Medeni Kanunu'nun 359/1. maddesine göre "*Ana ve baba tarafından bir meslek veya sanat ile uğraşması için çocuğa kendi malından verilen kısmın veya kendi kişisel kazancının yönetimi ve bunlardan yararlanma hakkı çocuğa aittir*". Kanun'un bu düzenlemesi uyarınca bir meslek ve sanatın icrası için kendi malvarlığının bir kısmı veya kişisel kazancının yönetimi ve bundan yararlanma hakkına sahip olan ayırt etme gücüne sahip küçükler, hekimlik sözleşmelerini ana babalarının rızası olmaksızın yapabilmelidirler. Küçüklerin kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanması niteliğindeki tıbbi müdahaleye yönelik sözleşme yapması, onun bir meslek ve sanatın icrası çerçevesinde iş gücünün muhafazasına ya da yeniden kazanılması amacına hizmet etmektedir. Ayırt etme gücüne sahip küçük kendi kullanmasına ve yönetimine verilen malvarlığı veya kişisel kazancı ile sınırlı olmak üzere, sağlığı için gerekli olan tedavi sözleşmelerini ana babanın rızası olmadan yapabilmelidir¹⁰¹. Burada sözleşmenin tarafı artık küçüktür. Sözleşmeden doğan talep hakları hem küçüğe hem de velayet hakkına dayanarak anne ve babaya aittir.

b. Sözleşmenin Kuruluşu

Hekimlik sözleşmesinin kuruluşu genel hükümlere tabidir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 1. maddesine göre "*Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur. İrade açıklaması, açık veya örtülü olabilir*". Hekim ile hastanın karşılıklı ve birbirine uygun olarak iradelerini açıklamalarıyla sözleşme kurulmuş olur. Dolayısıyla hastanın hekime başvurması, hekimin de kendisine başvurmuş olan hastaya onu muayene etme, gerekli teşhisi koyma ve teşhise uygun tedaviyi uygulama yönündeki iradesini açıklamasıyla sözleşme kurulmuş olur. Türk Borçlar Kanunu uyarınca; hastanın hekime başvurmasını icap (öneri), hekimin de hastanın başvurusu üzerine teşhis ve tedaviyi

¹⁰¹ Şenocak, Rıza, s.70.

uygulama yönündeki irade açıklamasını veya doğrudan teşhis ve tedavi uygulamasını kabul olarak nitelendirmek gerekir¹⁰². Bu irade açıklaması açık olabileceği gibi örtülü (zımni) de olabilir. Hekim hastayı tedavi etmeye yönelik hiçbir açıklamada bulunmadan onu muayene etmesi, tedaviye yönelik uygulamalar yapması, reçete yazması gibi durumlarda zımni olarak irade açıklanmış ve sözleşme kurulmuş olur¹⁰³.

Hasta, tedavi olmak istediği hekimi seçme hakkına sahiptir¹⁰⁴. Hekim de hastanın tedavisini üstlenip üstlenmemekte serbesttir¹⁰⁵. Türk Borçlar Kanunu'nun 503. maddesine göre *“Kendisine bir işin görülmesi önerilen kimse, bu işi görme konusunda resmi bir sığata sahipse veya işin yapılması mesleğinin gereğı ise ya da bu gibi işleri kabul edeceğını duyurmuşsa, bu öneri onun tarafından hemen reddedilmedikçe, vekâlet sözleşmesi kurulmuş olur”*. Hekimlik sözleşmesini vekâlet sözleşmesi hükümlerine tabi kılan anlayışın gereğı olarak bu madde uyarınca hekimlik mesleğı devletten alınan ruhsata göre yapıldığından ve hekimlik mesleğı hastanın tedavisini gerekli kılan bir meslek olduğu için, hastanın tedavi talebi hemen reddedilmezse sözleşme kurulmuş olur¹⁰⁶. 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 6/2. maddesindeki *“Hizmet sağlamaktan haklı bir sebep olmaksızın kaçınılamaz”* hükmü, hem Türk Borçlar Kanunu'nun 503. maddesi hem de Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 18. maddesini kapsayıcı mahiyettedir. Hizmet sağlayıcı hekim, haklı bir sebep olmaksızın hizmet sağlamaktan kaçınmayacak, haklı sebepleri ileri sürmediğı takdirde, tıbbi müdahaleyi gerçekleştirme konusunda resmi bir sığata sahip olması ve tıbbi müdahale mesleğinin bir gereğı olması nedeniyle, hastanın tedavi talebinde bulunmasıyla hekimlik sözleşmesi kurulmuş olacaktır. Hekim ancak haklı sebeplerle -Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinde “mesleki

¹⁰² Tekben, s.861.

¹⁰³ Tandoğan, II, s.389; Yavuz, s.614; Ayan, s.56; Eren, s.704; Sarıtaş, s.47; Petek, Sağlık, s.92.

¹⁰⁴ Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi madde 5 *“Sağlık müesseselerinde tatbik olunan usul ve kaideler mahfuz olmak üzere, hasta; tabibini ve dış tabibini serbestçe seçer”*.

¹⁰⁵ Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi madde 18 *“Tabip ve dış tabibi, acil yardım, resmi veya insani vazifenin ifası halleri hariç olmak üzere, mesleki veya şahsi sebeplerle hastaya bakmayı reddedebilir”*.

¹⁰⁶ Aşçıoğlu, s.37; Ayan; s.57; Akıntürk / Ateş Karaman, Borçlar, s.314; Zevkliler / Gökyayla, s.600; Şenocak, Sorumluluk, s.35; Sarıtaş, s.47-48; Yavuz İpekyüz, s.56; Demir, Hekim, s.237; Özgül, s.71-72; Kurt, s.60; Eren, s.705; Petek, Sağlık, s.92.

veya şahsi sebeplerle” olarak ifade edilmiştir- hizmet sağlamaktan kaçınabilir, tedaviyi yerine getirmeyi reddedebilir.

c. Sözleşmenin Şekli

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 12. maddesine göre “Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir”. Borçlar Kanunumuz bakımından şekil serbestisi ilkesi geçerlidir. Hekimlik sözleşmesi de herhangi bir şekle tabi değildir. Yazılı veya sözlü yapılabilir. Tarafların karşılıklı ve birbirine uygun, açık veya örtülü irade açıklamalarıyla sözleşme kurulur.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 28. maddesinde hastanın tıbbi müdahaleye rızasının şekli bakımından “Mevzuatın öngördüğü istisnalar¹⁰⁷ dışında, rıza herhangi bir şekle bağlı değildir” düzenlemesi mevcuttur. Mevzuatta istisnai olarak bazı durumlarda hastaya yönelik tıbbi müdahaleler bakımından yazılı rıza alınması gerektiği şeklindeki bu düzenlemeler; rızanın geçerliliği bakımından getirilmemiştir. Aynı şekilde rızanın yazılı alınması gerektiği şeklinde düzenleme, hasta ile hekim arasındaki sözleşmenin yazılı şekle tabi olduğunu da göstermemektedir. Rızanın yazılı alınması geçerlilik veya sözleşmenin şekli açısından değil, rızanın daha sonra o tıbbi müdahale bakımından oluşabilecek uyuşmazlıklarda ispatı açısından önem taşımaktadır.

¹⁰⁷ Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanununun 70. maddesi uyarınca “Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatını alırlar. Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatın tahriri olması lazımdır”. Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkındaki Kanununun 6. maddesi uyarınca “Onsekiz yaşını doldurmuş ve mümeyyiz olan bir kişiden organ ve doku alınabilmesi için vericinin en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli ve tesirden uzak olarak önceden verilmiş yazılı ve imzalı veya en az iki tanık önünde sözlü olarak beyan edip imzaladığı tutanağın bir hekim tarafından onaylanması zorunludur”. Türk Medeni Kanunu madde 23/3 uyarınca “Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür”. Ayrıca Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 34/2. maddesine göre “Tıbbi araştırmalarda rıza yazılı şekle şartına tabidir”.

d. Sözleşmenin Hükümleri

Hekimlik sözleşmesinde hekim ve hastanın hak ve borçları açıkça belirlenmiş olabileceği gibi, belirlenmediği hallerde işin niteliğine göre tespit edilir¹⁰⁸. Hekim, tıp biliminin öngördüğü esaslar çerçevesinde hastanın hastalığını teşhis etme, teşhise uygun tedavi yöntemini uygulama, hastayı aydınlatma, işini özenle yerine getirme, sır saklama ve kayda geçirme borcu altındadır. Sonucun hastanın istediği gibi gerçekleşmemesinden kusuru bulunmadığı sürece hekim sorumlu değildir.

Buna karşılık hasta da hekimin yerine getirdiği iş karşılığında uygun bir ücret ödeme, hekimin sorularına doğru cevap verme, hekimin hastalığı ile uyguladığı tedaviyi başarısız kılacak davranışlardan kaçınma yükümlülüğü altındadır.

Vekâlet sözleşmesinde ücretin kararlaştırılması zorunlu değildir. Taraflar arasında ücret ödeneceği kararlaştırılmamış olsa dahi, muayene, teşhis konulması, reçete yazılması gibi faaliyetler karşılığında hastanın hekime ücret ödemesi teamül gereği olduğundan, hekim ücrete hak kazanır¹⁰⁹. Hastanın hekime ücret ödemesi, hem teamülün hem de bu alandaki mevzuat ile yapılan düzenlemelerin bir sonucudur. 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu'nun 28. maddesi uyarınca, tabip odaları asgari tedavi ücretlerine ilişkin listeleri çıkarmakla yükümlüdürler. Tabip odaları tarafından çıkarılan bu listelere hekimler uymakla yükümlüdürler. Türk Tabipler Birliği Meslek Etiği Kuralları'nın 29. maddesine göre "*Hekim, tüm muayene, tetkik, tıbbi ve cerrahi girişimlerde meslek örgütünün belirlediği taban ücretin altında bir ücret alamaz. Hekimin, meslektaşları ile meslektaşlarının eşleri ve bakmakla yükümlü olduklarından muayene ve tedavi için –masraflar dışında- ücret almaması uygundur*". Türk Tabipler Birliği Disiplin Yönetmeliği'nin 2. maddesinin k bendine göre "*Türk Tabipleri Birliği veya odalarca saptanmış asgari ücret tarifeleri altında ücret almak*" para cezasını gerektiren bir disiplin suçu olarak düzenlenmiştir. Hekimlik sözleşmesiyle kararlaştırılan tedavi edimi hekim açısından iş görme faaliyetidir. İş görme faaliyeti nedeniyle hekim işin niteliği gereği ücret

¹⁰⁸ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu madde 504 "*Vekâletin kapsamı, sözleşmede açıkça gösterilmemişse, görülecek işin niteliğine göre belirlenir*".

¹⁰⁹ Tandoğan, II, s.364–366; Yavuz, s.607–608; Zevkliler / Gökyayla, s.598; Yavuz İpekyüz, s.46–47,70; Hatırnaz Erol, s.53; Eren, s.733; Petek, Sağlık, s.91. Türk Borçlar Kanunu madde 502/3 "*Sözleşme veya teamül varsa vekil, ücrete hak kazanır*".

almaya hak kazanacaktır. Yukarıda belirtilen düzenlemeler, hekimlik sözleşmesiyle kararlaştırılan edimlerden dolayı işin niteliği gereği olan ücret ödeme borcunun aslında mevzuatın gereği olduğunu ortaya koymaktadır. Hekimlik sözleşmesinin iş görme sözleşmesi niteliğinde olması nedeniyle de hastanın ücret ödeme borcu doğmaktadır.

Hekimin ücret alacağına doğması için tedavi faaliyetinin tıp biliminin gereklerine uygun olarak icra edilmesi gerekir¹¹⁰.

Hekimlik sözleşmesinde düzenlenmiş bulunan tarafların borçları, sözleşmenin gereği gibi ifa edilip edilmediğini tespit edebilmek açısından önem taşımaktadır. Hekim, hekimlik sözleşmesinin kapsamını aştığı takdirde vekâletsiz iş görme hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Sözleşmenin kapsamının önemli ölçüde aşılmadığı hallerde hastanın hekime ödeyeceği ücrette indirim söz konusu olabilir. Sözleşmenin kapsamını aşmanın önem arz ettiği ve iş görmenin sözleşme ile ilgisini ortadan kaldırdığı hallerde ise (örneğin hastaya yanlış iğne yapılması, hastanın yanlış organının ameliyat edilmesi gibi) hasta hekimin talep ettiği ücreti ödemekten kaçınabileceği gibi uğrayacağı zararların tazmin edilmesini de talep edebilecektir¹¹¹.

Hekimlik sözleşmesi vekâlet sözleşmesi hükümlerine tabi olduğu için, hizmet sözleşmelerinde olduğunun aksine hastanın hekime talimat verme yetkisi bulunmamaktadır¹¹².

Vekâlet sözleşmelerinde vekil, müvekkile karşı nisbi bir bağımsızlık halindedir. Bu bağımsızlık sözleşmeye işin yapılmasına yönelik konulacak hükümlerle veya müvekkilin sonradan vereceği talimatlarla sınırlanabilse de, bu sınırlama vekilin iş gücünün belli veya belli olmayan bir zaman için müvekkilin emrine tahsis etmesi derecesini bulduğu zaman iş görme hizmet akdine konu olabilir. Nisbi bağımsızlık vekilin müvekkilin menfaatine belli bir sonuca ulaşmak için iş görürken, amaca ulaşmak için belli bir ölçüde karar verme zorunluluğunun sonucudur¹¹³. Hekimlik gibi uzmanlık gerektiren işlerde bu bağımsızlık daha geniştir. Dolayısıyla hekim ile hasta arasındaki vekâlet ilişkisinin sonucu olarak

¹¹⁰ Kurt, s.73; Petek, Sağlık, s.91.

¹¹¹ Tandoğan, II, s.393; Yavuz, s.620.

¹¹² Ayan, s.58; Petek, Sağlık, s.92.

¹¹³ Tandoğan, II, s.374–375; Şenocak, Sorumluluk, s.26; Hatırnaz Erol, s.52.

hekim hastanın talimatlarıyla bağılı değildir. Hekim hastayı tedavi borcunu yerine getirirken hastanın talimatlarıyla değıl, tıp biliminin genel kabul görmüş kural ve uygulamalarıyla bağılıdır.

e. Sözleşmenin Sona Ermesi

Hekimlik sözleşmesinin hukuki niteliğı itibariyle vekâlet sözleşmesi hükümlerine tabi olmasının sonucu olarak, vekâlet sözleşmesinin sona ermesi bakımından Türk Borçlar Kanunu'nun 512 ve 513. maddelerinde belirtilen sebepler hekimlik sözleşmesinin sona ermesi halleri olarak da ifade edilebilir. Vekâlet sözleşmesinin sona erme sebepleri bakımından kanunda; tek taraflı sona erdirme (istifa, azil), ölüm, ehliyetin kaybedilmesi ve iflas olmak üzere düzenleme yapılmıştır. Vekâlet sözleşmesinin en önemli edimi olan iş görme borcunun kişisel niteliğı, sözleşmenin özel bir güven ilişkisine dayanması, müvekkilin öncelik taşıyan iradesi ve ağır basan menfaatinin gözetilerek vekâlet sözleşmesinin sona erme halleri bakımından bu şekilde bir düzenleme yapıldığı doktrinde belirtilmektedir¹¹⁴.

Vekâlet sözleşmesinin, dolayısıyla hekimlik sözleşmesinin kişisel bir nitelik taşıyan en önemli unsuru olan iş görme borcu, hekimin ölümü sonucu külli halefiyet yoluyla mirasçılara geçmez; hastanın ölümü üzerine onun mirasçuları da, iş görme ediminin kendilerine ifa edilmesini talep edemez. Hekimin iş görme borcu tarafların tek taraflı iradesiyle de ortadan kaldırılabilir. İş görme edimi, iş görme borcunun borçlusunu olan vekilin hayatına, ehliyetine, ödeme gücüne bağılı olması nedeniyle bir şey verme borçlarına göre daha güvencesiz bir görünümdeydir. Vekilin iş görme borcu garanti sözleşmesi, kefalet veya rehinle teminat altına alınabilse dahi, hekimlik sözleşmesinde hekimin sonucu garanti etmesi, kefalet veya rehinle teminat altına alması sözleşmenin niteliğine uygun değildir¹¹⁵.

Hekimlik sözleşmeleri, hekimin üstlendiğı tedaviyi yerine getirmesi, hastanın da ücreti ödemesiyle sona erer. Hekimlik sözleşmesinde hekimin borcunu ifası, hastanın kesin olarak iyileştirmesi değıl, sözleşmenin gereğı gibi ifa edilmesidir.

¹¹⁴ Tandoğan, II, s. 613; Yavuz, s.643; Yavuz İpekyüz, s.155; Öztürkler, s.59.

¹¹⁵ Tandoğan, II, s.613–614; Yavuz İpekyüz, s.156.

Hastanın tedavisi için tıp bilimi ve uygulamalarına göre özenle faaliyette bulunulmuş olması yeterlidir¹¹⁶.

Hekimin borcunu ifa etmesi ile sözleşme sona ereceğinden, azil, istifa gibi vekâlete özgü sona erme hallerine başvurmayaya veya ölüm, ehliyetsizlik, iflas gibi sebeplerin meydana gelmesini beklemeye gerek yoktur. İfa ile sona ermiş bir sözleşmenin yeniden sona ermesi söz konusu olmaz¹¹⁷.

Sözleşmeyle kararlaştırılan tedavi sonucunda hasta iyileştiği takdirde ifanın gereği gibi gerçekleştiği kabul edilir. Ayrıca hekimin özen yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğine bakılmaz. Gerçekleşen bu sonuç hekimin özen yükümlülüğüne aykırılıkları ortadan kaldırır. Hekimin özen borcunu gereği gibi yerine getirmesine ve sözleşmeye uygun davranmasına rağmen hasta iyileşmediği takdirde de ifanın gereği gibi yapıldığı kabul edilir. Tedavi sonucunda hasta iyileşmese dahi vekil olan hekim ücreti talep edebilir. Sözleşmeyle kararlaştırılan tedavi sırasında hastanın iyileşmemesi hekimin özen borcuna aykırı davranmasından kaynaklanıyorsa, hekimin ifa borcu tazminat borcuna dönüşür¹¹⁸.

Vekâlet sözleşmeleri tarafların tek taraflı irade beyanları ile yani azil ve istifa halinde de sona erer. Hekimlik sözleşmeleri karşılıklı güven üzerine kurulmuş olduğundan, hasta güven duymadığı hekimi her zaman azledebileceği gibi, hekim de kendisinden şüphe duyulan hallerde veya meslek etiği, tıp biliminin kural ve uygulamalarıyla bağdaşmayan tedavi talepleri halinde kural olarak her zaman istifa edebilir. Hasta veya hekim bu haklarından önceden feragat edemezler. Şüphesiz hekim için istifa bazı durumlarda hak, bazı durumlarda ise bir yükümlülüktür. Yapılan tedavi sırasında hastanın hastalığının kendi ihtisas alanı dışında olduğunu tespit eden hekim, bu durumla ilgili hastayı bilgilendirmek, hastayı ilgili uzman hekime yönlendirmek, bu hekime de hastayla ilgili bilgileri aktarmak zorundadır. Ancak hekimin uygun olmayan zamanda istifa etmesi (örneğin hekimin ameliyatı yarıda bırakması, ameliyat günü istifa etmesi) mümkün değildir¹¹⁹. Hekimin uygun

¹¹⁶ Yavuz, s.643; Ayan, s.59; Şenocak, Sorumluluk, s.71; Sarıtaş, s.92.

¹¹⁷ Tandoğan, II, s.617; Yavuz, s.643; Yavuz İpekyüz, s.159.

¹¹⁸ Tandoğan, II, s.618; Yavuz, s.643–644; Şenocak, Sorumluluk, s.72; Yavuz İpekyüz, s.159–160; Petek, Sağlık, s.93.

¹¹⁹ Tandoğan, II, s.638; Ayan, s.59; Zevkliler / Gökyayla, s.626; Şenocak, Sorumluluk, s.72; Yavuz İpekyüz, s.162; Gökcan, s.903; Petek, Sağlık, s.93. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi madde 19/2, 2. cümle “Hastanın bırakılması halinde hayatının tehlikeye düşmesi veya sıhhatinin zarara

olmayan zamanda istifa etmesi nedeniyle hasta bir zarara uğradığı takdirde, hekim bu zararı tazmin etmek zorundadır¹²⁰.

Türk Borçlar Kanunu'nun 513/1. maddesine göre “Sözleşmeden veya işin niteliğinden aksi anlaşılmadıkça, sözleşme, vekilin veya vekâlet verenin ölümü, ehliyetini kaybetmesi ya da iflası ile kendiliğinden sona ermiş olur”.

Hekimlik sözleşmesiyle kararlaştırılan iş görme borcu kişisel nitelikte bir edim olup, güven ilişkisi çerçevesinde yürütülmektedir. Daha önce de belirttiğimiz gibi hastanın tedavisi maddi eyleme ilişkin bir vekâlettir. Hastanın ölümüyle, kararlaştırılan maddi eylemin, yani tedavinin yerine getirilmesi imkânı ortadan kalkacaktır. Bu niteliği itibarıyla hekimlik sözleşmesi taraflarının ölümüyle sözleşme sona erer. Hastanın ölümü halinde hekimin iş görmeye dayalı edimini yerine getirmesi Türk Borçlar Kanunu'nun 136. maddesi uyarınca ifa imkânsızlığı nedeniyle mümkün olmayacaktır. Çünkü artık ortada vekâlet veren olarak hastanın iş görmeye egemen olan iradesi ve menfaati ortadan kalkmıştır¹²¹.

Aynı şekilde hekimin ölümü de hekimlik sözleşmesinde kişisel nitelikte bir edim olan tedavi faaliyetinin yerine getirilmesini ortadan kaldıracığından sözleşme sona erecek, hasta tedavisine hangi hekimle devam edeceğine serbestçe karar verecektir. Hekim maddi eylemlere ilişkin bir vekâlet olan hastanın tedavisini bizzat yerine getireceğinden, vekil olan hekimin ölümü halinde hekimlik sözleşmesi sona erer. Hekimin gerçekleştirdiği tedavi faaliyeti nedeniyle, ölen hastanın mirasçılarında veya hekimin ölümü halinde onun mirasçılarının hastadan ölüm anına kadar gerçekleşen edimlere ilişkin ücret istemesi mümkündür¹²².

Türk Borçlar Kanunu'nun 513. maddesi hükmüne göre sözleşmeden veya işin niteliğinden aksi anlaşılmadıkça sözleşme, vekilin veya vekâlet verenin ehliyetini kaybetmesi ile kendiliğinden sona ermiş olur. Hekimlik sözleşmesi bakımından işin

uğraması muhtemel ise, diğer bir meslektaş temin edilmedikçe, hastayı terk edemez”.

¹²⁰ Tandoğan, II, s.638–639; Ayan, s.59; Akıntürk / Ateş Karaman, Borçlar, s.316-317; Zevkliler / Gökyayla, s.627; Şenocak, Sorumluluk, s.72; Başpınar, s.275; Sarıtaş, s.92; Yavuz İpekyüz, s.162; Gökcan, s.903; Petek, Sağlık, s.93. Türk Borçlar Kanunu madde 512 “Ancak, uygun olmayan zamanda sözleşmeyi sona erdiren taraf, diğerinin bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür”.

¹²¹ Tandoğan, II, s.647; Yavuz, s.645; Ayan, s.59; Zevkliler / Gökyayla, s.628; Şenocak, Sorumluluk, s.73; Sarıtaş, s.93; Yavuz İpekyüz, s.163; Gümüş, II, s.391; Petek, Sağlık, s.93.

¹²² Tandoğan, II, s.652; Yavuz, s.645; Ayan, s.59; Zevkliler / Gökyayla, s.628; Şenocak, Sorumluluk, s.73; Yavuz İpekyüz, s.164; Petek, Sağlık, s.93.

niteliği gereği bu hükmü kesin olarak uygulamak mümkün değildir. Hastanın fiil ehliyetini kaybetmesi hekimlik sözleşmesini sona erdirmez, hekimin tedavi borcu devam eder¹²³.

Fakat hekim fiil ehliyetini kaybetmişse, bu durum sözleşmeyi sona erdirir¹²⁴. Hekimlik sözleşmesinin iş görmeye dayalı sözleşme olmasından dolayı, hekimin fiil ehliyetinin sınırlanması, yani sınırlı ehliyetsiz (kısıtlı) haline gelmesi durumunda, hekimin bu durumu iş görme borcunu (tedavi faaliyetini) etkilemeyeceğinden sözleşme devam etmelidir. Ancak hekimin bu durumunun hastanın ona karşı güvenini kaybettirebileceğinin kabul edildiği hallerde sözleşme sona ermelidir¹²⁵.

Hekimin Türk Tabipleri Birliği Kanunu'nun 39. maddesi veya Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 28. maddesi uyarınca geçici veya sürekli olarak meslekten men edilmesi halinde de, yasal olarak mesleğini icra edemeyeceği için sözleşme sona erer. Böyle bir durumda sonraki kusurlu imkânsızlıktan söz edilebilir. Sonraki kusurlu imkânsızlık, borç ilişkisinin geçerli bir biçimde kurulmasından sonra edimin ifasının mümkün olmamasını, bu durumun oluşmasında borçlunun kusurlu bulunmasını ifade eder. Borçlunun kusuruyla edimin ifasının mümkün olmadığı bu durumlarda sözleşmeye aykırılık nedeniyle Türk Borçlar Kanunu'nun 112. maddesi¹²⁶ uyarınca ortaya çıkan zararlardan borçlu

¹²³ **Yavuz**, s.645; **Ayan**, s.60; **Zevkliler / Gökyayla**, s.628; **Şenocak**, Sorumluluk, s.73; **Sarıtaş**, s.93; **Yavuz İpekyüz**, s.165; **Gümüş**, II, s.391; **Petek**, Sağlık, s.93. **Tandoğan** (II, s.666); müvekkilin tam ehliyetsizliği halinde sözleşmenin sona ermemesi gerektiği, müvekkile ait talimat verme ve azil gibi hakların onun kanuni temsilcisi tarafından kullanılabilmesi, hatta kişisel nitelikteki hasta tedavisinde dahi bu hakların kanuni temsilci tarafından müvekkil yararına kullanılmasına bir engel olmadığı, ayırt etme gücünden yoksun olması dolayısıyla hastanın talimat veremiyor diye tedaviden yoksun kalmaması gerektiği, kanuni temsilcinin nasıl onun tedavisi için bir hekimle onun adına yeni bir vekâlet sözleşmesi yapabiliyorsa, tedaviye ilişkin mevcut sözleşmeyi de devam ettirebileceği, kanundaki “sözleşmeden veya işin niteliğinden aksi anlaşılmadıkça” ibaresinin yalnız ölüm haline ilişkin olduğunu gösteren bir belirti olmadığı görüşündedir. Bu görüşün yerinde olduğu düşüncesindeyiz. Çünkü müvekkil konumundaki hastanın ayırt etme gücünü kaybetmesi dolayısıyla onun hayatı ve vücut bütünlüğü için zaruri olan tedavisinden yoksun kalması, bu tedaviyi gerçekleştiren hekimle sözleşme ilişkisinin sona ermesi korunmaya muhtaç olan bu kişi bakımından telafisi imkânsız zararların doğmasına yol açabilecektir.

¹²⁴ **Tandoğan**, II, s.668; **Yavuz**, s.645; **Ayan**, s.60; **Şenocak**, Sorumluluk, s.73; **Sarıtaş**, s.93; **Yavuz İpekyüz**, s.165; **Petek**, Sağlık, s.93.

¹²⁵ **Ayan**, s.60; **Yavuz İpekyüz**, s.165; **Petek**, Sağlık, s.93.

¹²⁶ Türk Borçlar Kanunu madde 112 “*Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür*”.

sorumlu olacaktır¹²⁷. Hekim ile hasta arasındaki sözleşme ilişkisinin kurulmasından sonra, hekimin meslekten men'i durumunda, üstlenmiş olduğu tedavi edimini gerçekleştirme imkânsız hale gelecektir. Hekim, ortaya çıkan imkânsızlık halinden dolayı hastanın uğrayacağı maddi ve manevi zararlardan sorumludur.

Türk Borçlar Kanunu düzenlemesine göre, vekilin veya vekâlet verenin iflası vekâlet sözleşmelerini sona erdirmektedir (TBK m.513/1). Fakat hekimin veya hastanın iflası halinde (işin mahiyeti gereği) kural olarak hekimlik sözleşmesi sona ermez. Maddi eylemlere ilişkin bir vekâlet ilişkisi olan hekimlik sözleşmesi ücretsiz yapılmışsa hastanın iflasından sonra sözleşmenin devamına veya yeniden yapılmasına bir engel bulunmamaktadır. Bu durum özellikle Tabipler Birliği Meslek Etiği Kuralları'nın 29. maddesinde belirtilen "*Hekimin, meslektaşları ile meslektaşlarının eşleri ve bakmakla yükümlü olduklarından muayene ve tedavi için - masraflar dışında- ücret almaması uygundur*" düzenlemesinin söz konusu olduğu hallerde mümkün olabilir. Diğer haller bakımından zaten Tabipler Birliği Meslek Etiği Kuralları'nın 29. maddesine göre "*Hekim, tüm muayene, tetkik, tıbbi ve cerrahi girişimlerde meslek örgütünün belirlediği taban ücretin altında bir ücret alamaz*" düzenlemesi ve diğer mevzuat hükümleri gereği ücretsiz olarak hekimlik sözleşmesinin yapılması mümkün değildir. Hekimlik sözleşmesinin bir ücret karşılığında yapıldığı hallerde, hekim istifa etmesine gerek kalmaksızın, hastanın iflasıyla sözleşmenin son bulduğunu ileri sürebilmeli, işin mahiyeti icabı sözleşmenin devam etmesi gerektiği hasta tarafından kanıtlanmalıdır. Hekimin iflası güvenin kaybı sonucunu doğurduğu takdirde, hasta hekimi azledebilir¹²⁸.

¹²⁷ Kılıçoğlu, Ahmet M.; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Bası, Ankara 2013, s.669–670.

¹²⁸ Tandoğan, II, s.669–672; Ayan, s.60; Zevkliler / Gökyayla, s.629; Şenocak, Sorumluluk, s.73; Başpınar, s.276; Sarıtaş, s.93; Yavuz İpekyüz, s.166; Gümüş, II, s.390–391; Petek, Sağlık, s.93.

C. Hastaneye Kabul Sözleşmesi

1. Kavram

Hekimlik sözleşmesi, kural olarak bağımsız çalışan hekim ile hasta arasında kurulan bir sözleşmedir; istisnai olarak, bir özel hastane veya özel sağlık kuruluşunda çalışan hekim ile hasta arasında da hekimlik sözleşmesi kurulabilir.

Hastaneye kabul sözleşmesi ise, kamu hastanelerinin dışında yer alan özel hastane işleticisi ile hasta arasında kurulur. Hastaneye kabul sözleşmesi; özel hastane işleticisinin, hastanın yatırılarak tedavisi yanında bir takım yan edimleri de yerine getirmeyi üstlendiği sözleşmedir¹²⁹. Bu sözleşme türü sadece özel hastaneleri değil, tedaviye yönelik faaliyetleri gerçekleştiren özel sağlık kuruluşlarını da kapsamaktadır.

Ancak yaşlı bakım evi, kimsesizler yurdu gibi yerlerde her ne kadar sağlık personeli bulundurulsa dahi bu yerler tedavi amacına yönelik olarak değil asıl olarak kalan kişilerin bakım, barınma, yeme-içme gibi gereksinimlerini karşılamak için faaliyet gösterdiklerinden hastane olarak kabul edilmezler. Yine kaplıca, ılıca gibi tedavi ve turizm faaliyetinin bir arada bulunduğu müesseseler hastane niteliğini taşımadığı için buralarda hastaneye kabul sözleşmesi hükümleri uygulanmaz¹³⁰.

Hastaneye kabul sözleşmesi hastanın yatırılarak tedavisi amacına yönelik olarak yapılır. 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu'nun 8. maddesine göre, kanunda gösterilen şartlarda olmayan hekim ve şahıslar tarafından hasta yatırılmak için hususi yerler açılması veya hekimlerin muayenehane veya oturdukları yerlerin bir parçasına hastaları yatırarak tedavisine tahsis etmeleri yasaktır. Hastaneye kabul sözleşmesiyle hastanın tedavisi yanında belli bir süre yatırılma, yedirilip-içirilme, tahlil, tetkik, bakım gibi hizmetler sunulmaktadır. Ayakta teşhis ve tedavi yapılan yerlerde bakım, barındırma, yedirip-içirme gibi edim borçları bulunmadığından hastaneye kabul sözleşmesinin onlar bakımından uygulanması mümkün değildir¹³¹.

¹²⁹ Ayan, s.131; Sarıtaş, s.31; Canbolat, s.160; Demir, Hastane, s.150; Hakeri, Tıp, s.523; Gökcan, s.937; Petek, Sağlık, s.112.

¹³⁰ Ayan, s.132; Gökcan, s.922; Petek, Sağlık, s.112.

¹³¹ Ayan, s.133; Kurt, s.60; Hatırnaz Erol, s.44; Petek, Sağlık, s.112.

Doktrinde, hastaneye kabul sözleşmesi kavramının, taraflar arasında gerçekleştirilmek istenen asıl amacı tam olarak yansıtmaması nedeniyle, tedavi edimini yerine getirecek olan özel sağlık kurum ve kuruluşları ile hasta arasında yapılan, özel sağlık kurum ve kuruluşlarının yerine getireceği tüm edimleri içine alan sözleşmenin teşhis ve tedavi sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerektiği belirtilmektedir¹³².

2. Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Hukuki Niteliğine İlişkin Görüşler

Hastaneye kabul sözleşmesi, genel olarak hekimlik sözleşmesinin tabi olduğu hükümlere tabidir. Hekimlik sözleşmesi konusunda belirttiğimiz görüşler bu konuda da genel hatlarıyla benzer olmakla birlikte, kapsadığı bazı ek yükümlülükler nedeniyle bu sözleşme türünün hukuki niteliği konusundaki görüşlere değinilmesi gerekmektedir.

Hastaneye kabul sözleşmeleri genel olarak tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdir. Özel hastane işleticisi hastanın tedavisi, barınması, yedirilip içirilmesi ve bakımı gibi edimleri üstlenmekte, buna karşılık hasta da ücret ödeme edimini üstlenmektedir.

Hastaneye kabul sözleşmeleri iş görme ilişkisi içeren sözleşmelerdir. Hastanın tamamen iyileşmesi borcu özel hastane işleticisi tarafından üstlenilmemiştir. Özel hastane işleticisi hastanın tedavisine yönelik tıp biliminin kuralları ve uygulamaları doğrultusunda gerekeni yaparak, yan edimleri de yerine getirmeyi üstlenmektedir. Hastane işleticisi sonucu değil, sözleşme ile belli bir iş görmeyi üstlenmektedir.

a. Hizmet Sözleşmesi Görüşü

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 393. maddesine göre "*Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle*

¹³² **Özdemir** (s.31,51) teşhis ve tedavi sözleşmesini, tam iki tarafa borç yükleyen, teşhis ve tedavi edimini gerçekleştirecek özel sağlık kurum ve kuruluşlarıyla hasta ve kanuni temsilcisi arasında gerçekleştirilen ve hasta veya kanuni temsilcisinin tıbbi teşhis ve tedavi ediminin karşılığını oluşturan belli bir ücreti ödemeyi üstlendiği rızai bir sözleşme olarak tanımlamakta, bu sözleşmenin özel sağlık kuruluşlarının yerine getireceği tüm edimleri kapsadığını belirtmektedir.

işgörmeyi ve işverenin de ona zamana ve yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir”.

Hizmet sözleşmeleri işçinin, belirli veya belirli olmayan süreyle işverene bağımlı olarak iş görmeyi, işverenin de bunun karşılığında ücret ödemesini üstlendiği sözleşme türüdür. Hizmet sözleşmelerini diğer iş görme sözleşmelerinden ayıran unsur işçinin işverene bağımlılığıdır. Bu bağımlılık teknik, ekonomik ve hukuki bağımlılık olarak kendini göstermektedir. Bağımlılık, işçinin işini, işverenin talimatlarına uygun olarak yerine getirmesi, emeğini işverene tahsis etmesidir. Hizmet akdini tanımlayan kanun metninde bağımlılık unsuruna yer verildiği gibi, doktrinde ve uygulamada da hizmet akdinin söz konusu olabilmesi için işçinin işverene bağımlı olarak çalışması gerektiği ittifakla kabul edilmektedir¹³³.

Alman hukukunda savunulan bu görüşe göre hastanın ilk amacı tedavi edilmektir. Hastaneye kabul sözleşmesinde asıl edim tıbbi tedavidir. Hastane işleticisinin yüklendiği diğer edimler bu asıl edimin yanında tali niteliktedir. Bu nedenle barındırma, yedirip içirme ve diğer bakım hizmetleri için tarafların hak ve yükümlülükleri, hastaneye kabul sözleşmesinin mahiyetine aykırı düşmedikçe hizmet sözleşmesi hükümlerine göre belirlenir. Hekim ve hastane işleticisi yan edimleri, hastanın tedavisi amacına yönelik olarak üstlenirler. Bu edimler, asıl amacın gerçekleşmesine hizmet etmektedirler¹³⁴.

Doktrinde sağlık hizmeti sunan özel hastane işleticileri ile hasta arasındaki sözleşme ilişkisinin hizmet sözleşmesi olamayacağı belirtilmektedir. Özel hastane işleticisi hastanın tedavisi ile birlikte bakım, yedirip-içirme, barındırma gibi yan edimler bakımından iş görme borcunu üstlenmiştir. Bu borcun yerine getirilmesi bakımından belirli veya belirsiz bir süre ve işgücünün hastanın emrine tahsisi söz konusu değildir¹³⁵.

Özel hastane işleticisi ile hasta arasındaki ilişki hizmet akdi olmamasına rağmen, işgücünü belirli veya belirsiz bir zaman için özel hastaneye tahsis eden hekim ile özel hastane işleticisi arasında hizmet ilişkisi vardır¹³⁶.

¹³³ Tandoğan, II, s.376-377; Yavuz, s.445; Ayan, s.54; Özdemir, s.75-76; Yavuz İpekyüz, s.56-57; Hatırnaz Erol, s.47; Eren, s.531.

¹³⁴ Ayan, s.141; Özdemir, s.87-88; Demir, Hastane, s.154-155; Hatırnaz Erol, s.57.

¹³⁵ Şenocak, Sorumluluk, s.19; Özdemir, s.76; Yavuz İpekyüz, s.57; Hatırnaz Erol, s.47.

¹³⁶ Tandoğan, II, s.376; Şenocak, Sorumluluk, s.21; Özdemir, s.78; Yavuz İpekyüz, s.57; Hatırnaz

b. Vekâlet Sözleşmesi Görüşü

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 502. maddesine göre “*Vekâlet sözleşmesi, vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemi yapmayı üstlendiği sözleşmedir*”.

Vekâlet sözleşmesinin unsurları; vekilin müvekkiline karşı iş görme borcu altına girmesi, iş görme borcunun müvekkilinin iradesine ve menfaatine uygun olarak yapılması, vekilin iş görmeden dolayı başarılı bir sonuç elde edememesi riskinin varlığı, vekilin iş görme borcunun süreye tabi olmaması, vekilin iş görme borcunu müvekkilinin talimatlarıyla değil kendi bilgi ve deneyimlerine göre bağımsız olarak yerine getirmesi, tarafların herhangi bir şekilde bağlı olmaksızın açık veya örtülü olarak anlaşmalarıdır¹³⁷.

İsviçre hukukunda kabul edilen bu görüşe göre hastaneye kabul sözleşmesi, bağımsız çalışan hekim ile hasta arasındaki hekimlik sözleşmesi gibi vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilmelidir¹³⁸.

c. İstisna (Eser) Sözleşmesi Görüşü

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 470. maddesine göre “*Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir*”.

Eser (İstisna) sözleşmesi; yüklenici ile iş sahibi arasında yapılan, yüklenicinin, iş sahibinin vermeyi üstlendiği bir ücret karşılığında eser adı verilen belirli bir sonucu meydana getirmeyi yüklediği sözleşmedir¹³⁹.

Eser sözleşmelerinin konusu bir eserin ortaya çıkarılmasıdır. Eser, sözleşmenin tarafı olan yüklenicinin sözleşme ile iş sahibi adına ortaya çıkarmayı, yaratmayı yüklediği sonuçtur. Eser sözleşmeleri bakımından önemli olan çalışmadan ziyade, bu çalışma sonucu ortaya çıkan ve objektif olarak gözlenmesi

Erol, s.48.

¹³⁷ Tandoğan, II, s.356–364; Yavuz, s. 603–612; Yavuz İpekyüz, s.65; Hatırnaz Erol, s.4; Eren, s.701–710.

¹³⁸ Ayan, s.142; Hatırnaz Erol, s.57.

¹³⁹ Petek, Sağlık, s.90.

mümkün olan maddi veya maddi olmayan sonuçtur. Buna karşılık bağımsız bir hukuki varlık olarak geçici veya maddi olmayarak da olsa belli bir şekilde ortaya çıkmayan ve bir bütün teşkil etmeyen özel hastane işleticilerinin hastayı tedavi etmeye yönelik faaliyetleri gibi insan emeği sonuçları eser olarak kabul edilmemektedir¹⁴⁰.

d. Kombine Sözleşme Görüşü

Kombine sözleşme (Bileşik Tipli Karma Sözleşme); taraflardan birinin çeşitli sözleşme tiplerine ait birden fazla edimde bulunma, diğerinin ise tek bir edimde bulunmayı (çoğunlukla belirli bir miktar para ödemeyi) üstlendiği sözleşme tipidir¹⁴¹.

Bu görüşe göre hastane işleticisi ile yapılan sözleşme; taraflardan birisinin çeşitli tiplere ait birkaç edimde bulunmayı, diğerinin ise buna karşılık tek bir edimde bulunmayı (belli bir miktar para ödemeyi) üstlendiği karma sözleşme türlerinden kombine sözleşmedir. Bu sözleşmede oda tahsisi ile kira sözleşmesi, yedirip içirme ile satım sözleşmesi, tedavi ve bakım ile hizmet sözleşmesi hükümleri uygulama alanı bularak hepsi bir arada bulunur¹⁴².

e. Karma Sözleşme Görüşü

Karma sözleşme, kanunun çeşitli akit tiplerinde öngördüğü unsurların kanunun öngörmediği bir tarzda bir araya gelmesiyle vücut bulan akitlerdir¹⁴³.

İsviçre hukukunda savunulan görüşe göre, hekimlik sözleşmesi olmaksızın tam hastaneye kabul sözleşmesi karma nitelikli atipik bir sözleşmedir. Bakım ve tıbbi himaye edimleri maddi iş görmeye ilişkin vekâlet sözleşmesi olarak

¹⁴⁰ Tandoğan, II, s.1,5; Yavuz, s.508; Zevkliler / Gökyayla, s.455–460; Özay, s.40,85; Hatırnaz Erol, 48–49.

¹⁴¹ Tandoğan, I/1, s.71; Yavuz, s. 12; Ayan, s.142; Hatırnaz Erol, s.60 Eren, s.27; Gümüş, I, s.12.

¹⁴² Tandoğan (I/1, s.71), hastane ile yapılan sözleşmelerde kira (oda tahsisi), ardarda teslim şartıyla satış (yemek ve kahvaltılar), hizmet (odanın temizlenmesi), tedavi veya ameliyat edimlerine karşılık diğer tarafın para ödeme borcu altına girdiğini, bu yüzden bu sözleşmelerin kombine sözleşme olduğunu belirtmektedir. Aynı yönde bkz. Yavuz, s. 12; Demir, Hastane, s.155; Hatırnaz Erol, s.60,62; Eren, s.27; Gümüş, I, s.13.

¹⁴³ Tandoğan, I/1, s.69; Yavuz, s.11; Ayan, s.140, dn. 75; Zevkliler / Gökyayla, s.16; Hatırnaz Erol, s.60 Eren, s.23; Gümüş, I, s.12.

nitelendirilebileceği halde, barındırma ve yedirip-içirme edimleri otelcilik sözleşmesine yaklaşmaktadır. Yapay bir organın takılmasına yönelik tıbbi hizmet edimi ise eser sözleşmesine yaklaşmaktadır. Bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesi de karma hukuki nitelikli atipik bir sözleşme olup, barındırma, yedirip-içirme ve bakım hizmetleri borçlanılmaktadır. Hekim ile yapılan sözleşme ise vekâlet sözleşmesidir¹⁴⁴.

Bu görüş sahiplerine göre hastaneye kabul sözleşmeleri bünyesinde tıbbi tedavi, barındırma, yedirip içirme ve hastanın bakımına ilişkin diğer yükümlülükleri ihtiva etmektedir. Bu sözleşmelerde asıl amaç tedavi olduğu için, yan edimleri de içeren, büyük kısmı vekâlet sözleşmesi unsurlarını bünyesinde bulunduran karma sözleşme olarak nitelendirilmesi gerekir. Bu yükümlülüklerden tıbbi tedavi ve hastanede bakım vekâlet ve hizmet sözleşmesinin, barındırma kira veya otelcilik sözleşmesinin, yedirip içirme ise satım sözleşmesinin unsurlarını bünyesinde taşıdığından bu sözleşme karma sözleşmedir. Bu görüş Alman, İsviçre ve Türk hukukunda büyük çoğunlukla kabul edilmektedir¹⁴⁵.

f. Kendine Özgü Yapısı Olan Sözleşme Görüşü

Kendine özgü sözleşmeler; unsurları kısmen ya da tamamen kanunun öngördüğü sözleşme tiplerinin hiçbirinde mevcut olmayan sözleşmelerdir. Bu tür sözleşmelere Türk Borçlar Hukukunun genel hükümleri ile niteliklerine benzedikleri sözleşme tiplerine ilişkin kanun hükümleri uygulanır. Dürüstlük kurallarına ve uygulamadaki teamüllere göre yorumlanır ve tamamlanırlar. Mahiyetleri müsaade ettiği oranda, benzedikleri akit tiplerine ilişkin kanun hükümleri kıyasen uygulanır. Hâkim de gerektiğinde Türk Medeni Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca kendisi hukuk yaratma yoluyla hukuk kuralı koyarak bu tür sözleşmelerden kaynaklanan sorunları çözer¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Ayan, s.142.

¹⁴⁵ Ayan, s.140–142, Özdemir, s.86; Akyıldız/Özkan, s.546; Hatırnaz Erol, s.57,60.

¹⁴⁶ Tandoğan, I/1, s.13; Yavuz, s.13; Zevkliler/ Gökyayla, s.11; Şenocak, Sorumluluk, s.27; Yavuz İpekyüz, s.72–73; Hatırnaz Erol, s.54; Gökcan, s.899; Eren, s.33; Gümüş, I, s.16,23.

Bu görüş sahiplerine göre hastaneye kabul sözleşmesi, genel vekâlet sözleşmesi niteliğini taşıyan hekimlik sözleşmesinden tamamen farklı olarak, kendine özgü bir sözleşme niteliği taşımaktadır¹⁴⁷.

g. Sözleşmenin Niteliğinin Özel Durum ve Şartlara Göre Belirlenmesi Görüşü

Bu görüş sahiplerine göre sözleşmenin niteliği, özel hastane işleticisi ve hasta arasındaki her somut durumun şartlarına ve özel durumlarına bakılarak, her somut durum ayrı bir sözleşme tipi içinde değerlendirilmelidir. Bu görüş uyarınca özel hastane işleticisi hastayı ücret karşılığında zamana bağlı olarak tedavi etme borcunu üstlenmişse hizmet akdine, özel hastane işleticisi hastaya yönelik bir iş görmeyi değil de bir eser meydana getirmeyi üstlenmişse (örneğin protez kol takılması, diş yapılması gibi) istisna akdine, özel hastane işleticisi ile hasta arasında bu iki sözleşme tipinin de bulunmadığı hallerde vekalet akdine ilişkin kurallar uygulama alanı bulacaktır¹⁴⁸.

h. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Sonuç

Hastanın tedavisi maddi olmayan bir sonuç olarak taahhüt edilmeye elverişli olmadığından ve eser sözleşmelerinde eserin teslim ve muayene edilmesine dair hükümlerin uygulanması için maddi bir biçimlendirmenin gerekliliği karşısında özel hastane işleticisinin faaliyetleri eser olarak nitelendirilemez. Hastaneye kabul sözleşmesinde, ayırt edici kıstas hastanın yatırılarak tedavi edilmesi olduğundan bu sözleşmenin (sonuç taahhüt etmeye elverişli olan estetik müdahaleler, diş tedavisi gibi müdahaleler dışında) eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesi mümkün değildir¹⁴⁹.

Hastanın yedirilip içirilmesi satım sözleşmesini unsurlarını taşımakla birlikte bunlar hastane işleticisinin asıl borcu olan hastanın tedavisi karşısında tali nitelikte

¹⁴⁷ Demir, Hastane, s.155.

¹⁴⁸ Yavuz İpekyüz, s.71'de belirtilen yazarlar; Hatırnaz Erol, s.56.

¹⁴⁹ Tandoğan, II, s.21; Yavuz, s.508; Özdemir, s.88; Yavuz İpekyüz, s.60–63; Hatırnaz Erol, s.49; Petek, Sağlık, s.90.

olduğu için sözleşmenin tamamını satım sözleşmesi hükümlerine tabi kılmak mümkün değildir. Hastaneye kabul sözleşmesi ile ulaşılmak istenen asıl amaç hastanın tedavisidir. Yatırma, yedirip içirme, bakım bu amaca ulaşmak için gereken tali yükümlülüklerdir. Bu nedenle hastaneye kabul sözleşmesi aynı hekimlik sözleşmesinde olduğu gibi kural olarak vekâlet sözleşmesi hükümlerine tabi olmalıdır. İçinde barındırdığı hastanın barınması, yeme ve içme gibi birtakım hizmetler bakımından diğer sözleşme hükümlerine uygun düştüğü oranda, o sözleşmeler de kıyasen uygulanmalıdır¹⁵⁰.

3. Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Türleri

a. Genel Olarak

Hastaneye kabul sözleşmesinin taraflarından biri devamlı hasta iken karşı taraf bazen hastane işleticisi, bazen hekim veya her ikisi birden olabilmektedir. Yapılan sözleşmede, tedavi dışında hastanın barınması, yeme ve içmesi ve diğer hastane bakımları her zaman için hastane işleticisine aitken, hastanın tedavi edilmesi edimi bazı durumlarda sadece hastane işleticisine, bazen hekime, bazen de hekimle birlikte hastane işleticisine ait bulunmaktadır. Bu itibarla hastaneye kabul sözleşmeleri birkaç türde karşımıza çıkmaktadır¹⁵¹.

b. Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi

Bu sözleşme türünde sözleşmenin tarafı olarak hastane işleticisi, yapılacak olan tıbbi tedavi borcuyla birlikte hastanın hastanede barınması, yeme içmesi ve diğer tedavi amacına yönelik olarak bakım yükümlülüklerini yerine getirme borcunu

¹⁵⁰ Ayan, s.142–143; Özdemir, s.88; Hatırnaz Erol, s.58.

¹⁵¹ Ayan, s.134; Özdemir, s.84; Hakeri, Tıp, s.523; Hatırnaz Erol, s.87; Gökcan, s.938; Petek, Sağlık, s.112; Taneri, s.73. Alman hukukunda benimsenmiş olan “tam hastaneye kabul sözleşmesi”, “bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesi”, “hekimlik sözleşmesi ilaveli tam hastaneye kabul sözleşmesi” ayrımı, İsviçre hukukunda “tam hastaneye kabul sözleşmesi”, bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesi” şeklinde ayrıma tabi tutulmuş, “hekimlik sözleşmesi ilaveli tam hastaneye kabul sözleşmesi” ayrı bir tür olarak benimsenmemiştir. Ayan (s.134) İsviçre hukukundaki ayrımın doğru olduğu görüşündedir.

üstlenmektedir¹⁵². Bu sözleşme türü, içerisinde hekimlik sözleşmesini içerip içermemesine göre iki türe ayrılmaktadır.

aa. Hekimlik Sözleşmesi Olmaksızın Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi

Bu sözleşme türünde sadece hastane işleticisi ile hasta arasında bir sözleşme ilişkisi vardır. Sözleşme ile birlikte hastane işleticisi; hastanın tedavisi, barınması, yeme ve içmesine yönelik borçları üstlenmektedir. Hastanın tedavisini gerçekleştirecek hekim ile hasta arasında bir sözleşme ilişkisi yoktur.

Özel hastanede çalışan hekim ile hasta arasında sözleşme olmamasının sonucu olarak, hekim, hastane işleticisi ve hasta arasındaki sözleşmede hastane işleticisinin tedavi borcunu yerine getirme konusunda Türk Borçlar Kanunu'nun 116. maddesi anlamında ifa yardımcısıdır. Bunun sonucunda hasta, tedavisinin tıbbi gereklere ve hukuka uygun olarak yerine getirilmediği iddiasında ise, hastane işleticisine karşı sözleşmeye dayalı sorumluluk bakımından bir dava açabilir, ancak ifa yardımcısı olan hekime karşı aralarında sözleşme ilişkisi bulunmadığından sözleşmeye dayalı olarak değil haksız fiile dayalı bir tazminat davası açabilir¹⁵³.

Türk Borçlar Kanununun düzenlemesi uyarınca hastane işleticisinin hekimin yaptığı tedaviden dolayı sorumlu olmayacağına ilişkin sözleşme kesin olarak hükümsüzdür¹⁵⁴.

bb. Hekimlik Sözleşmesi İlaveli Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi

Bu sözleşme türünde hastane işleticisi, hastaya yönelik olarak yine tedavi, barınma, yedirilip içirilme ve diğer bakım borçlarını üstlenmektedir. Ancak hastanın tedavisi bakımından, hastane işleticisinin yanında hastanın tedavisini gerçekleştirecek olan hekim ile hasta arasında da ayrı bir sözleşme yapılmaktadır.

¹⁵² Ayan, s.134; Özdemir, s.84; Demir, Hastane, s.172; Yılmaz, s.175; Akyıldız/Özkan, s.545; Hatırnaz Erol, s.88; Petek, Sağlık, s.112; Özçetin / Balaban; s.231.

¹⁵³ Ayan, s.135–136, 150–151; Petek, Estetik, s.230; Özdemir, s.84–85,94; Canbolat, s.160; Demir, Hastane, s.158–159; Özgül, s.78; Kurt, s.61; Akyıldız/Özkan, s.299–300; Hakeri, Tıp, s.523; Hatırnaz Erol, s.88–90; Gökcan, s.939; Petek, Sağlık, s.112; Özçetin / Balaban; s.231.

¹⁵⁴ Türk Borçlar Kanunu 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”.

Hekim ile hasta arasında yapılan hekimlik sözleşmesinin gereği olarak, hekim, hastane işleticisine ödenecek ücretten ayrı olarak ücret alabilir. Hastanın tedavi edilmesine yönelik yükümlülük, hastane işleticisi ve hekim tarafından üstlenildiği için, her ikisi de bu borcun yerine getirilmesinden müteselsil olarak sorumludur. Dolayısıyla hasta, tedavinin kusurlu olarak ifa edilmesinden dolayı ayrı ayrı veya birlikte hekim ve hastane işleticisine karşı dava açabilir¹⁵⁵.

c. Bölünmüş Hastaneye Kabul Sözleşmesi

Bu sözleşme türünde hekimlik sözleşmesi ilaveli tam hastaneye kabul sözleşmesinden farklı olarak, hastane işleticisi hastanın barınması, yedirilip içirilmesi ve diğer bakım hizmetlerine yönelik edimlerin hepsini üstlenmektedir. Hasta ile hastane işleticisi arasında yapılan sözleşmenin kapsamında hastanın tedavisi yoktur. Hastanın tedavisi, hekim tarafından üstlenilmekte olup, bu hekimlik sözleşmesi çerçevesinde gerçekleşmektedir. Dolayısıyla hastanın tedavisinin kusurlu olarak yerine getirilmesi bakımından oluşacak sorumluluk sadece hekim bakımından söz konusu olup, hastane işleticisinin sorumluluğu söz konusu değildir¹⁵⁶. Ancak bu tür sözleşmelerde oluşacak zararın kimin davranışı sonucu oluştuğu tespit edilemediği takdirde hekim ve hastanenin birlikte sorumluluğu kabul edilecektir¹⁵⁷.

Bu tür sözleşmeler genellikle hastane dışında faaliyet gösteren hekimler ile hastalar arasında yapılmaktadır. Hekimler, hastanın hastane işleticisiyle yaptığı sözleşme çerçevesinde hastalarını hastaneye yatırmak suretiyle tedavilerini

¹⁵⁵ **Ayan**, s.136–137; **Demir**, Hastane, s.160; **Yılmaz**, s.175–176; **Kurt**, s.61; **Hatırnaz Erol**, s.90–91; **Gökcan**, s.939; **Petek**, Sağlık, s.112; **Özçetin / Balaban**; s.231. Türk Borçlar Kanunu madde 511/2 “*Vekâleti birlikte üstlenenler; vekâletin ifasından müteselsil olarak sorumludurlar*”.

¹⁵⁶ **Ayan**, s.137–138; **Özdemir**, s.85,95; **Demir**, Hastane, s.163–164; **Yılmaz**, s.175; **Kurt**, s.61; **Akyıldız/Özkan**, s.545; **Hatırnaz Erol**, s.92; **Gökcan**, s.940; **Petek**, Sağlık, s.112; **Özçetin / Balaban**; s.232.

¹⁵⁷ **Erol**, s.92. “... davacı ile davalı F. T... arasında yapılan görüşme sonunda, davacı anılan davanın önerdiği diğer davalı şirkete ait sağlık tesisinde doğum ve tedavi olmayı kabul etmiştir. Sezaryenle doğum davalı F. T...tarafından yapılmıştır. Şu haliyle davacı ile davalı F. T...arasında doğrudan doğruya, sağlık tesisi ile de davalı doktorun vasıtasıyla vekâlet ilişkisi meydana gelmiştir. Burada davacı, davalı şirketin olanaklarını bu bağlamda hizmet, sağlık aletleri gibi olguları gözeterak bu yeri seçmekle ve tesisinde kabul etmesiyle aralarında tarafları bağlayıcı bir hukuki ilişki kurulmuş bulunmaktadır. Diğer bir anlatımla davalı şirket, diğer davalının yapacağı doğum ve tedavinin istenen biçimde sonuçlanacağını bu konudaki tüm olanakları sağlayacağını vekâleten kabul etmektedir. Şu durumda davalı doktorun tedavi hatasından da meydana gelse, zarardan dolayı davalı şirket doktorla birlikte sorumludur.” 4.HD., 07.10.2003, 1529/11279 (Sinerji Mevzuat).

yapmaktadırlar. Uygulamada özellikle doğum, estetik müdahale gibi branşlarda bu tür sözleşme ilişkilerine sıklıkla rastlanmaktadır.

4. Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Tarafları, Sözleşmenin Kuruluşu, Şekli, Hükümleri ve Sona Ermesi

a. Sözleşmenin Tarafları

Bu sözleşmenin bir tarafında tedaviye ihtiyaç duyan, rahatsız olan hasta yer alır. Diğer tarafında ise kendisine başvuran hastayı tedavi etme borcunu üstlenen özel sağlık kuruluşları, bazen de özel sağlık kuruluşuyla birlikte hekim yer almaktadır.

Tarafların sözleşme yapma ehliyeti bakımından genel hükümler geçerlidir. Tam ehliyetliler (ayırt etme gücüne sahip, ergin, kısıtlı olmayanlar) her türlü hukuki işlemleri, dolayısıyla hekimlik sözleşmesini serbestçe yapabilirler. Sınırlı ehliyetlilerde (kendisine yasal danışman atanan kişiler) ehliyet asıl, ehliyetsizlik istisnadır. Bunlar da kanunda sınırlı şekilde sayılanlar dışında hukuki işlemleri, dolayısıyla hekimlik sözleşmesini tek başına serbestçe kurabilirler. Tam ehliyetsizler (ayırt etme gücüne sahip olmayanlar), herhangi bir hukuki işlem yapma ehliyetine sahip olmadıklarından sözleşme onların yasal temsilcileri tarafından yapılır¹⁵⁸.

Sınırlı ehliyetsizlerin (ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar) sözleşmeyi yapıp yapamayacakları konusunda iki görüş vardır. Kunzler'e göre hasta bakımından bu tür sözleşmenin yapılması Türk Medeni Kanunu'nun 16. maddesi uyarınca kişiye sıkı sıkıya bağlı hakkın kullanılması niteliğinde olduğundan sınırlı ehliyetsizler sözleşmeyi tek başına yapabilmelidir¹⁵⁹. Diğer bir görüşe göre sağlığa ve vücut bütünlüğüne yönelik müdahalelere karşı korunma talebi, sınırlı ehliyetsizlerin kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları arasında yer almasına rağmen, sınırlı ehliyetsizlerin sözleşmesi gereği ücret ödeme yükü altına girmesi nedeniyle onların

¹⁵⁸ Reisoğlu, s.55–60; Oğuzman / Selici,/ Özdemir s.76–82, 103; Ayan, s.57; Akıntürk / Ateş Karaman, Medeni, s.128–136; Serozan, Kişiler, s.425; Şenocak, Rıza, s.71; Zevkliler / Ertaş / Havutçu, / Gürpınar, s.92–96; Ayan / Ayan, s.41–49; Yavuz İpekyüz, s.21; Petek, Sağlık, s.92.

¹⁵⁹ Ayan, s.144'den naklen.

ekonomik olarak korunması bakımından sözleşmenin kurulması yasal temsilcilerinin izin veya onayına tabidir¹⁶⁰.

Alman hukukuna göre küçükler bakımından sözleşme kanuni temsilciler tarafından yapılmak zorundadır. Bu halde üçüncü şahıs yararına sözleşmenin varlığından bahsedilir¹⁶¹. Üçüncü kişi yararına sözleşme Türk Borçlar Kanunu'nun 129. maddesinde düzenlenmiştir¹⁶². Hastanın küçük, tam ehliyetsiz, bilincinin olmadığı hallerde kanuni temsilcisi ile yapılan sözleşmede hasta sözleşmeden yararlanan kişidir. Bu tür sözleşmelerin eksik üçüncü kişi yararına sözleşme olduğu da ifade edilmektedir. Çünkü bu tür sözleşmede kanuni temsilci lehine bir alacak hakkı vardır. Üçüncü kişi durumundaki hastanın ise özel hastane işleticisi tarafından teklif edilen ifayı kabul yetkisi vardır. Ancak hastanın, özel hastane işleticisinden bizzat ifayı talep yetkisi yoktur. İfayı talep yetkisi sözleşmeyi yapan kanuni temsilciye aittir¹⁶³.

Anne ve baba, özel hastane işleticisi ile yapılan sözleşme ile borç altına girmişse üçüncü kişi lehine (hasta küçük) sözleşmeden bahsedilir. Ancak borç altına giren anne ve baba değil de küçüğün kendisiyse, yani hastaneye kabul sözleşmesi ile kararlaştırılan ücret, küçüğün malvarlığından ödenecekse artık burada üçüncü kişi yararına sözleşmeden bahsedilemez. Sözleşmenin tarafı bizzat ayırt etme gücüne sahip küçüktür. Bu sözleşmeden kaynaklanan edimlerin ifasını talep hakkı hem küçüğe hem de anne babaya aittir. Ana babanın talep hakkı velayet hakkının bir sonucudur.

b. Sözleşmenin Kuruluşu

Hastaneye kabul sözleşmeleri, hastane ile hastanın karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarını açık veya örtülü şekilde açıklamalarıyla kurulur. Bunun dışında herhangi bir şekil şartı gerekmemektedir. Hastaneye kabul sözleşmeleri özel

¹⁶⁰ Zevkliler / Acarbey / Gökyayla, s. s.489–490; Serozan, s.436, Ayan, s.144; Özdemir, s.66; Zevkliler / Ertaş / Havutçu / Gürpınar, s.92–96, Petek, Sağlık, s.92.

¹⁶¹ Ayan, s.144.

¹⁶² Türk Borçlar Kanunu madde 129“*Kendi adına sözleşme yapan kişi, sözleşmeye üçüncü kişi yararına bir edim yükümlülüğü koydurmuşsa, edimin üçüncü kişiye ifa edilmesini isteyebilir*”.

¹⁶³ Eren, Genel, s.1144–1145; Akıncı, Borçlar, s.261; Özdemir, s.64–65; Hatemi / Gökyayla, s.293.

hastanelerle yapıldığı için, hastalar sözleşmenin karşı tarafını seçmekte özgür olduğu gibi, hastane işleticisi de kural olarak hastayı kabul edip etmemekte özgürdür.

Hastaneye kabul sözleşmelerinin vekâlet sözleşmesi hükümlerine tabi olmasının sonucu olarak özel hastaneler faaliyetlerini devletten aldıkları ruhsat çerçevesinde, onun denetiminde yürüttükleri ve yaptıkları faaliyet üstlendikleri mesleğin gereği olduğundan, hastanın tedavi talebi hemen reddedilmezse sözleşme kurulmuş olur¹⁶⁴.

c. Sözleşmenin Şekli

Hastaneye kabul sözleşmeleri tarafların birbirine uygun açık veya örtülü irade beyanlarıyla kurulduğu için herhangi bir şekil şartı yoktur. Hastaneye kabul sözleşmesi bakımından kural olarak vekâlet sözleşmesi hükümleri uygulanacaktır. Türk Borçlar Kanunu'nun 12. maddesine göre "*Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir*". Vekâlet sözleşmeleri bakımından Türk Borçlar Kanunu'nda herhangi bir şekil öngörülmemiştir. Dolayısıyla bu alanda şekil serbestisi ilkesi geçerlidir. Hastaların, özel hastane işleticisine başvurması, hastanın hastalık durumuna göre ilgili bölüme yönlendirilmesi ve bu bölümde tedaviye yönelik edimlerin başlaması ile sözleşme kurulmuş olur.

d. Sözleşmenin Hükümleri

Sözleşmenin tarafı olarak hastane işleticisi, hastayı yatırarak tedavi etme, tedavi amacına uygun olarak barındırma, yedirip içirme ve her türlü bakım borcunu üstlenmektedir. Özel hastanenin üstlendiği bu borçlardan tedavi edimi dışındakiler özel hastaneye ait olmasına rağmen, tedavi borcu bazen hastane işleticisine, bazı durumlarda hastanede çalışan hekime bazı durumlarda her ikisine ait olur. Bu husus

¹⁶⁴ **Ayan**, s.144; **Özdemir**, s.65–66; **Hatırnaz Erol**, s.95; **Petek**, Sağlık, s.11;3 **Özçetin / Balaban**; s.232. Türk Borçlar Kanunu madde 503 "*Kendisine bir işin görülmesi önerilen kimse, bu işi görme konusunda resmi bir sığata sahipse veya işin yapılması mesleğinin gereği ise ya da bu gibi işleri kabul edeceğini duyurmuşsa, bu öneri onun tarafından hemen reddedilmedikçe, vekâlet sözleşmesi kurulmuş olur*". Ancak Hususi Hastaneler Kanunu'nun 32. maddesinin 2. cümlesinin "*Ani bir arıza veya kaza neticesinde müstacelen tedaviye muhtaç olan şahısların hususi hastanelere müracaat veya nakillerinde hastanece derhal acele tedavilerini yapmak mecburidir*" şeklindeki düzenlemesi uyarınca özel hastanelere zaruret hallerinde hastayı kabul ve tedavi zorunluluğu getirilmiştir.

hekim ve hastane işleticisinin hak ve borçlarının tespiti, özen yükümlülüğünden dolayı sorumluluğun belirlenmesi açısından önem taşımaktadır.

Hastaneye kabul sözleşmelerinde tarafların hak ve borçları sözleşme hükümlerine göre saptanır. Sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde tedavinin yöntemi, kapsamı, hastalığın tedavi süreci, hastanın bakımı gibi işin niteliğine ilişkin durumlar esas alınır. Uygulamada hastane işleticileri tarafından hastayla müzakere edilmeksizin, tek taraflı hazırlanan sözleşmelere dahil edilen, sözleşmeden doğan hak ve yükümlülükler bakımından, dürüstlük kuralına aykırı olarak hasta aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartları 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun uyarınca “haksız şart”¹⁶⁵ niteliğine haiz düzenlemelerdir. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 83/1. maddesinin “*Bu Kanunda hüküm bulunmayan hâllerde genel hükümler uygulanır*” düzenlemesi uyarınca, haksız şartlara ilişkin hüküm bulunmayan durumlarda, Türk Borçlar Kanunu’nun 20 ve devamı maddelerindeki genel işlem koşullarına¹⁶⁶ ilişkin hükümler uygulanacaktır.

Genel olarak hastane işleticisi tedavi, barınma, yedirip içirme, hastanın eşyalarını muhafaza gibi edimleri yerine getirmekle yükümlüdür. Hastane genel yükümlülükleri yanında, hekimlik sözleşmelerinde hekimin üstlendiği hastayı aydınlatma, sadakat ve özen, kayda geçirme, sır saklama gibi yükümlülükleri de üstlenmektedir. Bölünmüş hastaneye kabul sözleşmelerinde hastane sadece barınma, yeme içme gibi bakıma yönelik borçları üstlenmektedir. Hastanın tedavisi ile ilgili diğer borçlardan sorumluluk hekime aittir¹⁶⁷.

Hastaneye kabul sözleşmelerinde hastane işleticisinin belirtilen borçlarına karşılık olarak hastanın öncelikli borcu ücret ödemedir. Yapılan sözleşmelerde ücret açıkça kararlaştırılmamış olsa dahi, hastaneye kabul sözleşmelerinin özel hastanelerle yapılması ve bu hastanelerin ücret karşılığı faaliyette bulunması göz önüne alındığında ücret ödeme borcunun doğacağı açıktır. Hasta ücret ödemenin

¹⁶⁵ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun madde 5/1 “*Haksız şart; tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarıdır*”.

¹⁶⁶ Türk Borçlar Kanunu madde 20/1, 1.cümle “*Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir*”.

¹⁶⁷ **Ayan**, s.145; **Demir**, Hastane, s.152; **Hatırmaz Erol**, s.97; **Petek**, Sağlık, s.113; **Özçetin / Balaban**; s.233.

dışında hastalığı ile ilgili teşhis ve tedavinin gereği gibi yapılabilmesi için kendisine sorulan sorulara doğru cevap verme, hastanenin kurallarına ve tedaviyi üstlenen hekimin talimatlarına uyma, tedaviyi başarısız kılacak davranışlardan kaçınma borcu altındadır¹⁶⁸.

e. Sözleşmenin Sona Ermesi

Hastaneye kabul sözleşmeleri hukuki niteliği itibariyle büyük oranda Türk Borçlar Kanununda düzenlenen vekâlet sözleşmesine uygun olduğu için, sözleşmenin sona ermesi bakımından vekâlet sözleşmesinin sona erme halleri kıyasen uygulama alanı bulur.

Hastaneye kabul sözleşmesi, ifa ile yani hastanın tedavisinin tamamlanarak taburcu edilmesiyle kendiliğinden sona erer¹⁶⁹. Hastane işleticisinin borcunu ifa etmiş sayılması için, bir eser meydana getirilmesi veya sonucun taahhüt edilebilmesinin mümkün olduğu tıbbi müdahaleler (hastaya takma kol veya bacak takılması, burun estetiği yapılmasında olduğu gibi) dışında bir sonuç meydana gelmesi gerekmez. Hastane işleticisi hastanın tedavisini ve üstlendiği diğer edimleri dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun olarak yerine getirdiği takdirde, hastanın beklediği sonuç elde edilmemiş olsa dahi borcunu ifa etmiş sayılır. Hastanın beklediği sonucun elde edilememesinden dolayı sorumluluğu yoktur. Hastane işleticisinin borcunu ifa etmesi ile sözleşme sona ereceğinden, azil, istifa gibi vekâlete özgü sona erme hallerine başvurmaya veya ölüm, ehliyetsizlik, iflas gibi sebeplerin meydana gelmesini beklemeye gerek yoktur. İfa ile sona ermiş bir sözleşmenin yeniden sona ermesi söz konusu olmaz¹⁷⁰.

Türk Borçlar Kanunu'nun 512. maddesine göre "*Vekâlet veren ve vekil, her zaman sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirebilir. Ancak, uygun olmayan zamanda sözleşmeyi sona erdiren taraf, diğerinin bundan doğan zararını gidermekle*

¹⁶⁸ Ayan, s.145; Demir, Hastane, s.153; Hatırnaz Erol, s.237–240. Petek, Sağlık, s.113; Özçetin / Balaban; s.233.

¹⁶⁹ Tandoğan, II, s.617; Yavuz, s.643; Ayan, s.146; Özdemir, s.185; Yavuz İpekyüz, s.159; Hatırnaz Erol, s.403–404; Petek, Sağlık, s.114.

¹⁷⁰ Tandoğan, II, s.617; Yavuz, s.643; Özdemir, s.188; Yavuz İpekyüz, s.159; Hatırnaz Erol, s.403–404.

yükümlüdür”. Her zaman hasta, hastane işleticisini vekâlet sözleşmesi hükümlerinin kıyasen uygulanmasıyla azledebileceği gibi (taburcu edilmeyi isteme gibi), hastane işleticisi de kural olarak her zaman istifa etmek suretiyle sözleşmeyi sonlandırabilir. Hasta veya hastane işleticisi bu haklarından önceden feragat edemezler. Hasta her zaman tek taraflı irade açıklamasıyla sözleşmeyi sona erdirebilir. Hastanın sözleşmeyi feshetmesi durumunda haklı sebepleri yoksa hastane işleticisine karşı tazminat ödemek zorundadır. Hastane işleticisinin sözleşmeyi fesih hakkı, haklı sebeplerin varlığına bağlı olarak uygun zamanda kullanılmalıdır. Aksi takdirde hastanın uğrayacağı zararlardan hastane işleticisi sorumlu olacaktır. Kaldı ki hastayla arasındaki sözleşmeyi haklı sebeplerin varlığı durumunda fesheden hastane işleticisi, hastayı tedavi olabileceği bir sağlık birimine göndermek zorundadır¹⁷¹.

Türk Borçlar Kanunu’nun 513/1. maddesine göre *“Sözleşmeden veya işin niteliğinden aksi anlaşılmadıkça sözleşme, vekilin veya vekâlet verenin ölümü, ehliyetini kaybetmesi ya da iflası ile kendiliğinden sona ermiş olur. Bu hüküm, taraflardan birinin tüzel kişi olması durumunda, bu tüzel kişiliğin sona ermesinde de uygulanır”*. Vekâlet sözleşmesinin sona ermesini gerektiren ölüm, ehliyetin kaybı ve iflas halleri de hastaneye kabul sözleşmesinin sona ermesi bakımından niteliğine uyduğu oranda aynen geçerlidir.

Hastanın ölümü halinde sözleşme mutlak olarak sona erer. Bu durumda hastane işleticisi tedavinin geldiği mevcut durum çerçevesinde hastanın mirasçılardan ücret talep edebilir¹⁷². Hastane işleticisinin gerçek kişi olması halinde, onun hastanenin sorumlu mesul müdürlüğünü üstlenmediği durumda, onun ölümüyle hastaneye kabul sözleşmesi sona ermez. Hastane işleticisinin sorumlu mesul müdürlüğü üstlendiği hallerde mirasçıların hastaneyi işletmek isteyip istememelerine göre hastanenin faaliyetinin geleceği belli olacaktır. Bu nedenle mirasçıların arzularına göre sözleşmenin sona erip ermediği belirlenir¹⁷³.

¹⁷¹ Ayan, s.146; Özdemir, s.188; Hatırnaz Erol, s.405; Petek, Sağlık, s.114; Özçetin / Balaban; s.233–234.

¹⁷² Ayan, s.146; Özdemir, s.188; Hatırnaz Erol, s.405; Petek, Sağlık, s.114.

¹⁷³ Ayan, s.146; Özdemir, s.189; Hatırnaz Erol, s.406.

Hastanın fiil ehliyetini kaybetmesi, hastaneye kabul sözleşmesini sona erdirmez, hastane işleticisinin tedavi borcu devam eder. Ancak özel hastane işleticisinin ehliyetini kaybetmesi durumunda sözleşme sona erecektir¹⁷⁴.

Hastanın iflas etmesi halinde, özel hastane işleticisinin acil durumlar dışında sözleşmeyle bağlı olma yükümlülüğü yoktur. Özel hastane işleticisinin iflası durumunda, hastanın tedavisine ilişkin işin mahiyeti bakımından sözleşme devam edecektir¹⁷⁵. Özel hastane işleticisinin iflasının hastanın güvenini sarsmış olması halinde, hasta tek taraflı olarak özel hastane işleticisini azlederek, sözleşmeyi sona erdirebilir¹⁷⁶.

D. Kamu Hastanesi İle Hasta İlişkisi

1. Kamu Hastanesi Kavramı

Kamu hastaneleri, vatandaşlara özel hastanelerin kazanç elde etme amacından farklı olarak kamu yararı doğrultusunda sağlık hizmeti sunmak için kurulan, kamu yönetiminin içerisinde yer alan kuruluşlardır. Özel hastanelerden farklı olarak gelir elde etme amacı taşımamaktadırlar. Amaç vatandaşlara sağlık hizmetleri sunarak, kamu yararına hizmet etmektir. Hasta kamu hizmetinden yararlanan kişi konumundadır. Kamu hastaneleri bizzat devlet tarafından veya kamu tüzel kişileri tarafından kurulur. Kurulmaları, personel yapıları, işleyişleri ve faaliyetlerinin sona ermesi bakımından kamu hukuku kurallarına göre faaliyette bulunurlar¹⁷⁷.

Kamu hastaneleri; devletin resmi hastaneleri, özel idareler ve belediyeler tarafından açılan hastanelerden meydana gelir¹⁷⁸. Üniversitelerin ihtisas hastaneleri,

¹⁷⁴ Tandoğan, II, s.666; Yavuz, s.645; Ayan, s.60; Özdemir, s.189; Yavuz İpekyüz, s.165; Hatırnaz Erol, s.407; Petek, Sağlık, s.93.

¹⁷⁵ Türk Borçlar Kanunu madde 513/2 “*Vekâletin sona ermesi vekâlet verenin menfaatlerini tehlikeye düşürüyorsa, vekâlet veren veya mirasçısı ya da temsilcisi, işleri kendi başına görebilecek duruma gelinceye kadar, vekil veya mirasçısı ya da temsilcisi, vekâleti ifaya devam etmekle yükümlüdür*”.

¹⁷⁶ Tandoğan, II, s.669–672; Ayan, s.60; Özdemir, s.190; Yavuz İpekyüz, s.166; Hatırnaz Erol, s.407–408.

¹⁷⁷ Ayan, s.171; Petek, Estetik, s.228; Özdemir, s.29; Petek, Sağlık, s.120; Taneri, s.27.

¹⁷⁸ 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu madde 1 “*Devletin resmi hastanelerinden ve hususi idarelerle belediye hastanelerinden başka yatırılarak hasta tedavi etmek veya yeni hastalık geçirmişlerin zayıfları yeniden eski kuvvetlerini buluncaya kadar sıhhi şartlar içinde beslenmek ve*

askeri hastaneler ve vakıf hastaneleri¹⁷⁹ de kamu hastaneleri kapsamında yer almaktadır.

5283 sayılı Bazı Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Ait Sağlık Birimlerinin Sağlık Bakanlığına Devredilmesine Dair Kanun'un 4. maddesi uyarınca, Kamu kurum ve kuruluşlarına (bakanlıklara, bakanlıkların bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşları ile diğer kamu kurum ve kuruluşlarına) ait tüm sağlık birimleri (hastane, doğumevi, dispanser, sağlık ocağı, sağlık merkezleri gibi) bunlara ilişkin her türlü görev, hak ve yükümlülükler, taşınırlar, taşınmazlar ve taşıtlarla birlikte, Sosyal Sigortalar Kurumuna ait olanlar rayiç bedeli karşılığında, diğerleri bedelsiz olarak Sağlık Bakanlığına devredilmiştir.

Aynı kanunun 2. maddesine göre Cumhurbaşkanlığı, yüksek mahkemeler, Sayıştay, Türk Silahlı Kuvvetleri, Milli İstihbarat Teşkilatı, üniversiteler, mahalli idareler ve mazbut vakıflara ait sağlık birimleri bu devrin dışında kalmış olup, bunların halen kendilerine ait sağlık birimleri bulunmaktadır.

2. Kamu Hastanesi İle Hasta Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği

1982 Anayasasının 56. maddesinin 3. fıkrasına göre “ *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.*” Aynı maddenin 4. fıkrasında ise devletin sağlık hizmetlerini sağlama görevini kamu ve özel kesimlerindeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getireceği düzenlenmiştir.

Kamu hastanelerinde hastalara karşı yerine getirilen sağlık hizmeti, idare hukuku çerçevesinde bir idari faaliyettir. Bu hizmetin idari faaliyet olmasından ötürü, tedavi olmak amacıyla başvuran hasta ile kamu hastanesi ve hekim arasında bir

doğum yardımlarında bulunmak için açılan ve açılacak olan sağlık yurtları “hususî hastaneler” den sayılır”.

¹⁷⁹ Vakıf hastanelerinde vakıf yönetiminin bir devlet kurumuna verilmesi halinde, bunlar kamu kurumu tarafından yönetilecek olup, kuruluşu ve işletilmesi kamuya ait hastaneler gibi olacaktır. Yönetiminin devlet idaresinden başkasına verilmiş olması, yani vakıf senedi ile mütevellî heyeti oluşturulmuş olması halinde ise bu vakıf hastaneleri özel hastane sayılarak, Sağlık Bakanlığı tarafından denetlenecektir (**Deryal**, Sağlık, s.85).

hekimlik sözleşmesi, hastaneye kabul sözleşmesi gibi sözleşme ilişkisi veya haksız fiilden kaynaklanan bir sorumluluk ilişkisi kurulmaz. Kamu hastanesi ile hasta arasındaki ilişki; hastanenin kamu yararı amacına dönük olarak meydana getirdiği faaliyetten, hastanın yararlanması doğrultusunda kamu hukuku kuralları çerçevesinde yürütülen bir faaliyettir. Kamu hastanelerinin sunduğu bu kamu hizmetinden hastanın zarar görmesi durumunda devlet veya ilgili kamu tüzel kişilerine karşı idare hukuku normları çerçevesinde dava açılacaktır¹⁸⁰.

Kamu hastanelerinde çalışan personelin sıfatının hekim, hemşire, hasta bakıcı, anestezi uzmanı, sağlık memuru olmasına bakılmaksızın, bunlar devlet memuru veya kamu görevlisi niteliğindedir¹⁸¹. 1982 Anayasasının 129. maddesinin 5. fıkrasına göre “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.”

Bu konu Hasta Hakları Yönetmeliği'nin “Sağlık Kurum ve Kuruluşlarının Sorumluluğu” kenar başlıklı 43. maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre “Hasta haklarının ihlali halinde, personeli istihdam eden kurum ve kuruluş aleyhine maddi veya manevi veyahut hem maddi ve hem de manevi tazminat davası açılabilir.

Ancak, aleyhine dava açılacak merciin kamu kurum ve kuruluşu olması halinde;

a) 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 12 nci maddesine göre; hakkın bir idari işlem dolayısı ile ihlal edilmesi halinde ilgililer, doğrudan doğruya tam yargı davası veya iptal ve tam yargı davalarını birlikte açabilecekleri gibi ilk önce iptal davası açarak bu davanın karara bağlanması üzerine dava açma süresi içerisinde tam yargı davası açabilirler.

b) Aynı Kanun'un 13 üncü maddesi uyarınca, zarar verici eylemin öğrenildiği tarihten itibaren en geç bir yıl içinde maddi ve manevi tazminat olarak istenilen

¹⁸⁰ Ayan, s.173; Şenocak, Sorumluluk, s.110; Sarıtaş, s.30; Petek, Estetik, s.229; Yavuz İpekyüz, s.3,52-53; Demir, Hekim, s.229; Canbolat, s.160-161; Akyıldız/Özkan, s.300; Hakeri, Tıp, s.524-525,527; Petek, Sağlık, s.121.

¹⁸¹ Devlet Memurları Kanunu'nun 36. maddesinin 3.fıkrasında sağlık hizmetleri ve yardımcı sağlık hizmetleri sınıfında kimlerin yer aldığı ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

tazminat miktarı ayrı ayrı gösterilerek idareye müracaat edilmesi ve talebin açıkça veya zımnen reddi halinde kanuni süresi içinde idari yargı mercilerinde dava açılması gerekir”.

Burada önemle belirtmek gerekir ki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önceki dönemde hastanın tedavisi amacıyla kamu hastanelerinde yapılan tıbbi müdahalelerden dolayı meydana gelen zararlardan dolayı hukuki sorumluluk idare hukuku kuralları çerçevesinde çözülmekteydi. Ancak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte 55. maddenin 2.fıkrasının *“Bu Kanun hükümleri, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanır”* düzenlemesiyle birlikte kamu hastanelerindeki tıbbi müdahaleler nedeniyle meydana gelen hukuki sorumluluk bakımından Türk Borçlar Kanunu'nun hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

Bu düzenlemeye paralel olarak 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun¹⁸² 3. maddesinde *“Her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut kişinin ölümüne bağlı maddi ve manevi zararların tazminine ilişkin davalara asliye hukuk mahkemeleri bakar”* düzenlemesine yer verilmiştir. Bu hüküm uyarınca kamu hastanelerinde yapılan tedavilerden dolayı oluşacak hukuki sorumluluk nedeniyle açılacak davaların asliye hukuk mahkemelerinde görüleceği düzenlenmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi 16.02.2012 tarih 2011/35 Esas ve 2012/23 Karar sayılı kararı¹⁸³ ile bu maddeyi iptal etmiştir. Bu iptal kararı doğrultusunda hastanın tedavisi sırasında kamu hastanelerinde tıbbi müdahaleden dolayı meydana gelen zararlardan dolayı oluşacak hukuki sorumluluk bakımından yine Türk Borçlar Kanununun hükümleri uygulanacak, ancak açılacak olan davalar Asliye Hukuk Mahkemelerinde değil İdare Mahkemelerinde görülecektir¹⁸⁴.

¹⁸² RG.: 04.02.2011, S:27836.

¹⁸³ RG.; 19.05.2012, S.28297.

¹⁸⁴ **Petek**, Sağlık, s.122.

III. HASTA HAKLARI

A. Genel Olarak Hasta Hakları Kavramı

Hasta hakları, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 4. maddesinin e bendine göre “Sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan fertlerin, sırf insan olmaları sebebiyle sahip buldukları ve T.C. Anayasası, milletlerarası antlaşmalar, kanunlar ve diğer mevzuat ile teminat altına alınmış bulunan haklarını” ifade eder.

Bu tanımda belirtilen “sağlık hizmetlerinden yararlanma ihtiyacı bulunan kimse”, “hasta”yı ifade etmektedir. Sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkı Anayasamızda da güvence altına alınmış temel haklardan birisidir. 1982 Anayasasının 56. maddesine göre “Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir”. Dolayısıyla bu haktan herkes, aynı ölçüde ve eşit şartlar çerçevesinde hiçbir ayrıma tabi tutulmaksızın yararlanma imkânına sahiptir.

Hasta hakları; gerek hastanın hastalığının teşhis ve tedavisinin yapılması sırasında tıp biliminin kurallarına uygun davranılmasını, gerekse hastaya yönelik gerçekleştirilecek olan teşhis, tedavi, barınma, bakım gibi hizmetlerin olması gereken çağdaş standartlarda, bilimsel ilke ve deneyimlere uygun sunulmasını ifade eder¹⁸⁵.

Temel insan haklarının elde edilmesi bakımından verilen mücadeleler hasta haklarının elde edilmesi sırasında verilmemiştir. Hasta haklarının elde edilmesi, bizzat bu haklardan yararlanacak olan hastaların veya yakınlarının mücadeleleri sonucunda değil, hastaları tedavi etmeyi meslek edinmiş olan hekimlerin bu alanda standartlar oluşturma, birtakım ilkeleri belirleme, yanlışları en aza indirmeye çabalarının sonucunda ortaya çıkmıştır. Hasta haklarının amacı, hekimlerin mesleklerini daha iyi yapabilmeleri için asgari standart ölçüler belirlemektir¹⁸⁶.

Devlet vatandaşlarına sağlıklı bir yaşam için gerekli koşulları sağlama yükümlülüğü altındadır. Hasta hakları, hastaların bizzat devlete karşı haklarını ifade

¹⁸⁵ “Hasta hakları genel olarak, hasta / kişi ile sağlık personeli ve sağlık kuruluşları arasındaki ilişkileri düzenlemek üzere, kişinin sağlıklı kalma hakkına kendi iradesi dışında bir engel olmaksızın sahip olması, sağlık hizmetleri verilirken insan haklarının gözetilmesi, hastalara uygulanan tıbbi tedavinin insani boyutunun desteklenmesi, hastanın sağlık hizmetlerinden en üst düzeyde ve eşitlik çerçevesinde yararlanırken karşılaşılabileceği zorlukların önlenmesi ve giderilmesi, hasta ile sağlık personeli arasındaki iletişimin geliştirilmesi için tarafların uymakla zorunlu buldukları esas ve kuralları kapsar” (Onaran, s.273). Petek, Sağlık, s.29.

¹⁸⁶ Taneri, s.161.

etmemektedir. Hasta hakları, hasta ile hekim (sağlık personeli de dahil olmak üzere) veya hastane arasındaki ilişkiden kaynaklanan, hastaya teşhis, tedavi, bakım, barınma gibi hizmetleri sunacak olan sağlık personeli ve sağlık kurumlarının görev ve sorumluluklarını ifade eder¹⁸⁷. Hasta hakları ile hastanın, kişilik haklarının zarar görmesinin önlenmesi amaçlanmaktadır. Hastanın kişilik haklarına zarar verecek tutum ve davranışlardan hekimin kaçınmasını gerektiren hasta hakları aynı zamanda yapmama borcunu da içermektedir¹⁸⁸. Hasta hakları bu itibarla aynı zamanda hekimin ve sağlık personelinin yükümlülüklerini ifade etmektedir.

Hasta haklarının amaçlarını şu şekilde sıralamak mümkündür¹⁸⁹;

- a. Hastanın kişi olarak gelişmesi, bütünlük ve itibarının korunması, sağlık hizmetlerinde temel insan haklarının onaylanması,
- b. Hastalara sağlık hizmetlerinden yararlanma konusunda yardım etmek ve sistemle ilgili sorunların yol açtığı etkileri en aza indirmek,
- c. Hastalar ile sağlık personeli arasındaki ilişkinin gelişmesi, iyileştirilmesi ve hastanın sağlık hizmetlerinin sunulması ile ilgili sürece katılımını arttırmak,
- d. Sağlık hizmeti sunan kuruluşlar, sağlık personeli ve sağlık alanındaki yönetim kademeleri arasındaki diyalog ortamı oluşturmak, var olan diyalog ortamını arttırmak,
- e. Sağlık personelinin tıbbi müdahaleden ve mesleki uygulamalardan doğan hatalarını en aza indirmek,
- f. Sağlık hizmetiyle ilgili yerel ve ulusal ölçekteki programlara hastaların da katılmasını sağlayarak sağlık hizmetinin kalitesini arttırmak,
- g. Hastaların eğitilmesi yoluyla sağlık hizmetlerinin etkinlik ve verimliliğini arttırmak,
- h. Hasta haklarının ihlali halinde hastaların başvurabilecekleri mekanizmalar kurmak suretiyle bu alanda denetim ortamı oluşturmak,
- i. Hastaları sadece para kazanma aracı olarak gören anlayışa engel olarak, tüm toplumda bir sağlık kültürü oluşturmak.

¹⁸⁷ Petek, Sağlık, s.29.

¹⁸⁸ Yavuz İpekyüz, s.4.

¹⁸⁹ Hatırnaz Erol, s.181; Petek, Sağlık, s.30.

B. Hasta Haklarıyla İlgili Ulusal ve Uluslararası Düzenlemeler

1. Ulusal Düzenlemeler

Hasta haklarıyla ilgili ulusal mevzuatımız bakımından birçok kanun, tüzük, yönetmelikte hükümler yer almaktadır. Bunların içinde özellikle doğrudan olmasa da dolaylı olarak 1219 sayılı Tababet ve Şuabat-ı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun, 1960 tarihli Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi¹⁹⁰, Umumi Hıfzısıhha Kanunu¹⁹¹, Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun, Organ ve Doku Alınması Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun¹⁹², 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname¹⁹³, Nüfus Planlaması Hakkında Kanun¹⁹⁴, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu¹⁹⁵, 2003 tarihli Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi gibi mevzuatta hasta haklarına yönelik bir takım düzenlemeler bulunmaktadır¹⁹⁶.

Bütün bu yasal düzenlemelerdeki hasta haklarına yönelik hükümlerin toplu bir şekilde yer aldığı, 01.08.1998 tarih ve 23420 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren Hasta Hakları Yönetmeliği, temel metin olarak karşımıza çıkmaktadır. Hasta Hakları Yönetmeliğinin 3. maddesinde de belirtildiği üzere, bu yönetmelik, 15/5/1987 tarihli ve 3359 Sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu’na ve 11/10/2011 tarihli ve 663 Sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 8 nci ve 40 ncı maddelerine dayanılarak hazırlanmıştır. Hasta Hakları Yönetmeliği’nde, 08.05.2014 tarih ve 28994 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan Hasta Hakları Yönetmeliği’nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik ile önemli değişiklikler yapılmıştır.

¹⁹⁰ RG.: 19.02.1960, S:10436.

¹⁹¹ RG.: 06.05.1930, S:1489.

¹⁹² RG.: 03.06.1979, S:16655.

¹⁹³ RG.: 02.11.2011, S:28103.

¹⁹⁴ RG.: 27.05.1983, S:18059.

¹⁹⁵ RG.: 15.05.1987, S:19461.

¹⁹⁶ Ülkemizdeki Hasta Hakları Yönetmeliğinin oluşum süreci için bkz. **Görkey, Şefik**; Hasta Hakları, Medikal Etik, Tıp Organizasyonunda Etik ve Hukuk (Mediko- Legal), İstanbul 2002, s.123–124; **Hakeri, Hakan/Ünver, Yener / Yenerer Çakmut, Özlem**; Tıp/Sağlık Hukuku Mevzuatı, Ankara 2010; **Hatırnaz Erol**, s.215–216.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 1. maddesinde yönetmeliğin amacı “*temel insan haklarının sağlık hizmetleri sahasındaki yansımaları olan ve başta Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda, diğer mevzuatta ve milletlerarası hukuki metinlerde kabul edilen "hasta hakları"ni somut olarak göstermek ve sağlık hizmeti verilen bütün kurum ve kuruluşlarda ve sağlık kurum ve kuruluşları dışında sağlık hizmeti verilen hallerde, insan haysiyetine yakışır şekilde herkesin "hasta hakları"ndan faydalanabilmesine, hak ihlallerinden korunabilmesine ve gerektiğinde hukuki korunma yollarını fiilen kullanabilmesine dair usul ve esasları düzenlemek*” olarak belirtilmiştir.

Yönetmeliğin 2. maddesine göre, hasta haklarının uygulanması bakımından yönetmelik “*sağlık hizmeti verilen resmi ve özel bütün kurum ve kuruluşları, bu kurum ve kuruluşlarda veya bunların dışında hizmete katılan her kademedeki ve unvandaki ilgilileri ve hizmetten faydalanma hakkını haiz olan bütün fertleri kapsar*”. Yönetmeliğin 4. maddesinin d bendinde “*Sağlık hizmeti verilen kamu veya özel bütün kurum ve kuruluşları ile tababet icra edilen bütün yerler*” sağlık kurum ve kuruluşu olarak tanımlanmıştır.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 48. maddesine göre “*Sağlık kurum ve kuruluşlarının yetkilileri; bu Yönetmelikte ve diğer mevzuatta belirtilen hasta haklarının lafzına ve ruhuna uygun olarak kullanılabilmesine yardımcı olmak amacıyla bu Yönetmelikte gösterilen "Hasta Hakları"ni bir liste, tabela veya broşür haline getirerek, bunları sağlık kurum ve kuruluşunun, hastalar, personel ve ziyaretçiler tarafından kolayca ulaşılabilecek uygun yerlerinde bulundurmaya da dahil olmak üzere, gereken bütün tedbirleri almakla mükellef ve yetkilidir*”.

Dünya Sağlık Örgütü'nün 1994 tarihli Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi'nde (Amsterdam Bildirgesi) hasta haklarının temeli kabul edilen ve sağlık hizmetleri konusunda insan hakları olarak nitelendirilen ilkelerinden hareketle, ülkemizde Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 5. maddesinde sağlık hizmetlerini sunmakla görevli kurum ve kuruluşlar ile sağlık personellerinin hangi ilkelere uyacağı belirtilmiştir. Buna göre;

- a. Bedeni, ruhi ve sosyal yönden tam bir iyilik hali içinde yaşama hakkının, en temel insan hakkı olduğu, hizmetin her safhasında daima göz önünde bulundurulur.

- b. Herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkını haiz olduğu ve hiçbir merci veya kimsenin bu hakkı ortadan kaldırmak yetkisinin olmadığı bilinerek, hastaya insanca muamelede bulunulur.
- c. Sağlık hizmetinin verilmesinde, hastaların, ırk, dil, din ve mezhep, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç ve ekonomik ve sosyal durumları ile sair farklılıkları dikkate alınmaz. Sağlık hizmetleri, herkesin kolayca ulaşabileceği şekilde planlanıp düzenlenir.
- d. Tıbbi zorunluluklar ve kanunlarda yazılı haller dışında, rızası olmaksızın kişinin vücut bütünlüğüne ve diğer kişilik haklarına dokunulamaz.
- e. Kişi, rızası ve Bakanlığın izni olmaksızın tıbbi araştırmalara tabi tutulamaz.
- f. Kanun ile müsaade edilen haller ile tıbbi zorunluluklar dışında, hastanın özel hayatının ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.

Aslında bu ilkeler, Anayasada belirtilen temel hak ve ödevlerle ilgili ilkelerin Hasta Hakları Yönetmeliği'ne uyarlanmasıdır¹⁹⁷. Anayasada belirtilen bu ilkeler ve Dünya Sağlık Örgütü'nün 1994 tarihli Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi'nde (Amsterdam Bildirgesi) belirtilen ilkeler Hasta Hakları Yönetmeliğinde aynen benimsenmiştir.

2. Uluslararası Düzenlemeler

Hasta haklarına ilişkin temel düzenlemeler Amerikan Hastaneler Birliğinin 1972 tarihli Hasta Hakları Beyannamesi, 1981 tarihli Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi, 1994 tarihli Amsterdam Avrupa'da Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi, 1995 tarihli Bali Hasta Hakları Bildirgesi, Roma Hasta Hakları Avrupa Statüsü, 1997 tarihli Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nde

¹⁹⁷ Anayasa madde 17 “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz”; Anayasa madde 10 “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir”; Anayasa madde 20 “Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.”

yer almaktadır. Ülkemizdeki iç düzenlemelerin, özellikle Hasta Hakları Yönetmeliği'nin oluşmasında bu uluslararası düzenlemeler büyük paya sahiptir¹⁹⁸.

1972 yılında Amerikan Hastaneler Birliği tarafından yayınlanan Hasta Hakları Beyannamesi'nde; hastanın ilgili ve saygılı bakım alma, teşhisini bilme, gizliliğinin ve özel yaşamının korunmasını isteme, uygulanan tedavinin risk ve seçenekleri konusunda bilgilendirilme, tedaviyi reddetme gibi hasta haklarına ilk defa yer verilmiştir¹⁹⁹.

1981 tarihli Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi Dünya Tabipler Birliği tarafından yayınlamıştır. Bu bildirmede hasta hakları ile ilgili altı ilkeye yer verilmiştir²⁰⁰;

- a. Hasta, hekimini özgürce seçme hakkına sahiptir.
- b. Hasta, bir dış etki altında kalmadan özgürce klinik ve etik kararlar verebilen bir hekim tarafından bakılabilmek hakkına sahiptir.
- c. Hasta, yeterli ölçüde bilgilendirildikten sonra önerilen tedaviyi kabul ya da reddetme hakkına sahiptir.
- d. Hasta, kendisiyle ilgili tüm tıbbi ve kişisel bilgilerin gizliliğine gereken saygıyı göstermesini hekiminden bekleme hakkına sahiptir.
- e. Hasta, onurlu bir biçimde ölme hakkına sahiptir.
- f. Hasta, uygun bir dini temsilcinin yardımı da dahil olmak üzere, ruhsal ve manevi yönden teselli edilmeyi isteme ya da reddetme hakkına sahiptir.

Dünya Sağlık Örgütü'nün 1994 tarihli Avrupa'da Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi'nde (Amsterdam Bildirgesi) hasta haklarının temeli kabul edilen ve sağlık hizmetleri konusunda insan hakları olarak nitelendirilen altı ilkeye yer verilmiştir²⁰¹;

¹⁹⁸ Dünyadaki hasta haklarının tarihsel gelişim süreci bakımından bkz. **Görkey**, s.100–111; **Petek**, Sağlık, s.29.

¹⁹⁹ **Görkey**, s.102–104; **Tacir**, s.87.

²⁰⁰ **Görkey**, s.106; **Yavuz İpekyüz**, s.11–12; **Hakeri / Ünver / Yenerer Çakmut**, s.52; **Tacir**, s.87; **Hatırnaz Erol**, s.209; **Türkmen**, Ali; Hasta ve Hekim Hukuku, 2. Baskı, s.63–64; **Taneri**, s.15–16.

²⁰¹ **Görkey**, s.107; **Hakeri / Ünver / Yenerer Çakmut**, s.31–35; **Tacir**, s.89- 92; **Hatırnaz Erol**, s.210; **Türkmen**, s.64; **Petek**, Sağlık. s.31.

- a. Kadın veya erkek herkesin insan olması dolayısıyla saygı görmeye hakkı vardır.
- b. Herkes kendi yaşamını belirleme hakkına sahiptir.
- c. Herkes fiziksel ve mental bütünlüğe sahip olmaya ve kişi olarak güvenli bir yaşam sürdürme hakkına sahiptir.
- d. Kadın veya erkek herkesin özel yaşamına saygı gösterilmelidir.
- e. Herkesin, kendi ahlaki ve kültürel değerlerine, dinsel ve felsefi inançlarına sahip olma ve bunlara saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır.
- f. Herkes hastalıkların önlenmesi sağlık bakımı için yeterli ölçüde çaba gösterilerek sağlığının korunması ve kendisi için edinilebilir en yüksek sağlık seviyesine kavuşma hakkına sahiptir.

Bildirgede bu hakların yanında bilgilendirilme, onay, mahremiyet ve özel hayat, bakım ve tedavi, başvuru başlıkları altında diğer hasta haklarına da yer verilmiştir.

Dünya Tabipler Birliği, Lizbon Bildirgesi'ni 1995 yılında Bali'de yeniden gözden geçirmiş ve genişleterek Bali Hasta Hakları Bildirgesi olarak yeniden yayınlamıştır. 1995 tarihli Bali Hasta Hakları Bildirgesi'ne göre insanları ilgilendiren biyomedikal araştırmalara katılan (tedavi amaçlı olmayan araştırmalar da dahil olmak üzere) kişiler de herhangi bir hastanın sahip olduğu aynı haklara sahiptir. Bu bildirgede hasta hakları konusunda; kaliteli tıbbi bakım hakkı, sağlık hizmeti verenler arasında seçim yapma özgürlüğü, kendi geleceğini belirleme hakkı, bilgilendirme hakkı, gizlilik hakkı, sağlık eğitimi hakkı, onur hakkı, dini destek hakkı, bilinci kapalı hasta, yasal ehliyeti olmayan hasta, hastanın isteğine karşın yapılan girişimler olmak üzere 11 maddeye yer verilmiştir²⁰².

2002 yılında yayınlanan Hasta Hakları Avrupa Şartı'nda; koruyucu tedbirlerin alınması, erişim, bilgi edinme, rıza gösterme, özgür seçim yapma, özel yaşamın korunması ve gizlilik, hastanın zamanına saygı, kalite standartlarının izlenmesi, hasta güvenliği, yeniliklerden yararlanma, hastaların gereksiz acı ve

²⁰² Tacir, s.88; Hakeri / Ünver / Yenerer Çakmut, s.43-46; Hatırnaz Erol, s.213-214; Türkmen, s.64.

sıkıntı çekmelerinden sakınılması, kişisel tedavi, şikâyet ve tazminat olmak üzere ondört hasta hakkına yer verilmiştir²⁰³.

C. Hasta Hakları

1. Sağlık Hizmetlerinden Adalet ve Hakkaniyete Uygun Olarak Faydalanma Hakkı

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 6. maddesine göre “Hasta, adalet ve hakkaniyet ilkeleri çerçevesinde sağlıklı yaşamının teşvik edilmesine yönelik faaliyetler ve koruyucu sağlık hizmetleri de dahil olmak üzere, sağlık hizmetlerinden ihtiyaçlarına uygun olarak faydalanma hakkına sahiptir. Bu hak, sağlık hizmeti veren bütün kurum ve kuruluşlar ile sağlık hizmetinde görev alan personelin adalet ve hakkaniyet ilkelerine uygun hizmet verme yükümlülüklerini de içerir”²⁰⁴.

Sağlık hizmetlerinden adalet ve hakkaniyete uygun olarak yararlanma ve faydalanma hakkı, sağlık hizmetlerinin herkese ayırım gözetilmeksizin aynı kalite ve standartlarda sunulması anlamına gelir²⁰⁵.

Adalet kavramı kelime itibarıyla hürriyeti, eşitliği, insan haklarına saygıyı ve herkese hakkı olanı vermeyi ifade eden bir kavramdır. Hakkaniyet ise, her somut olay çerçevesinde adaletin sağlanmasıdır²⁰⁶.

Hasta kendisine adalet ve hakkaniyet çerçevesinde sağlık hizmeti sunulmasını talep etme ve bu koşullarda bu hizmetten faydalanma hakkına sahiptir. Özellikle hastanın tedavisi sırasında hizmet sınırlılığının olduğu hallerde (örneğin organ nakli), bu hizmete talip olan potansiyel hastalar arasında seçim yapılması gerekliliği varsa, bu seçim tüm hastaların ihtiyaçları göz önüne alınarak eşit bir biçimde yapılmalıdır²⁰⁷.

²⁰³ Tacir, s.94; Hatırnaz Erol, s.214–215.

²⁰⁴ Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü madde 2 “Her birey sağlık ihtiyaçlarının karşılanması için sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkına sahiptir. Sağlık hizmetleri herkese eşit olarak verilmeli ve hastalığın türü, zamanı, oturum yeri veya mali kaynaklar konusunda ayırım ve ayrıcalık yapılmamalıdır”.

²⁰⁵ Tacir, s.99.

²⁰⁶ Petek, Sağlık, s.32.

²⁰⁷ Tacir, s.99.

Sağlık personeli ve her türlü sağlık hizmeti veren kurum ve kuruluşlar da adalet ve hakkaniyet çerçevesinde sağlık hizmetini sunmakla yükümlüdür. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 2. maddesine göre “*Tabip ve dış tabibi; hastanın cinsiyeti, ırkı, milliyeti, dini ve mezhebi, ahlaki düşünceleri, karakter ve şahsiyeti, içtimai seviyesi, mevkii ve siyasi kanaati ne olursa olsun, muayene ve tedavi hususunda azami dikkat ve ihtimamı göstermekle mükelleftir*”.

Hastaya adalet ve hakkaniyet çerçevesinde sağlık hizmeti sunulmaması durumunda, hasta Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da belirtilen hizmetin yeniden görülmesi, ayıp oranında bedelden indirim, sözleşmeden dönme, hizmet sonucu ortaya çıkan eserin ücretsiz onarımı seçimlik haklarının hepsinden faydalanabilir. Örneğin hastanın tedavisi başladıktan sonra yapılan kan tahlillerinde, HIV pozitif taşıyıcısı olduğunun belirlenmesi nedeniyle her türlü tedavi talebinin yerine getirilmemesi durumunda, hasta adalet ve hakkaniyete uygun olarak sağlık hizmetlerinden faydalanamadığı için Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da belirtilen seçimlik haklarını kullanabilecektir.

Ancak sözleşme ilişkisinin hiç kurulmadığı durumlarda örneğin Kırım Kongo Kanamalı Hastalığı şüphesi nedeniyle getirilen bir hastanın tedavi talebinin yerine getirilmemesi durumunda, hasta Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da belirtilen seçimlik haklarını kullanamayacaktır. Çünkü hizmetin yerine getirilmemiş olması ve taraflar arasında sözleşme ilişkisinin kurulmamış olması nedeniyle hizmetin yeniden görülmesi, hizmet sonucu ortaya çıkan eserin ücretsiz onarımı, ayıp oranında bedelden indirim ve sözleşmeden dönme seçimlik haklarını kullanmak söz konusu değildir. Bu durumda hasta Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine göre tazminat isteme hakkına sahiptir.

Hasta hekimi seçme hakkına sahip olduğu gibi, hekim de hastanın tedavisini üstlenip üstlenmemekte serbesttir²⁰⁸. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 3/1.

²⁰⁸ Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi madde 18 uyarınca “*Tabip ve dış tabibi, acil yardım, resmi veya insani vazifenin ifası halleri hariç olmak üzere, mesleki veya şahsi sebeplerle hastaya bakmayı reddedebilir*”. 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 6/2. maddesindeki “*Hizmet sağlamaktan haklı bir sebep olmaksızın kaçınılamaz*” hükmü, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin bu hükmünü kapsayıcı mahiyettedir. Hizmet sağlayıcı hekim veya özel hastane işleticisi, haklı bir sebep olmaksızın hizmet sağlamaktan kaçınamayacak, haklı sebepleri ileri sürmediği takdirde, tıbbi müdahaleyi gerçekleştirme konusunda resmi bir sığata sahip olunması ve tıbbi müdahale mesleğin bir gereği olması nedeniyle, hastanın tedavi talebinde bulunmasıyla hekimlik sözleşmesi veya hastaneye kabul sözleşmesi kurulmuş olacaktır. Hekim veya özel hastane işleticisi ancak haklı sebeplerle -Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinde “mesleki veya şahsi sebeplerle” olarak ifade

maddesindeki “*Tabip, vazifesi ve ihtisası ne olursa olsun, gerekli bakımın sağlanamadığı acil vakalarda, mücbir sebep olmadıkça ilk yardımda bulunur*” düzenlemesi uyarınca hekim veya özel hastane işleticisi acil durumlarda ilkyarımda bulunma zorunluluğundadır. Ancak acil olmayan vakalar bakımından hekim veya özel hastane işleticisi ile hasta arasında sözleşme yapma zorunluluğu bulunmamaktadır. Dolayısıyla sözleşme ilişkisinin bulunmadığı (tedavi talebinin hemen reddedilmediği hallerde) ve hizmetin görülmediği hallerde hastanın Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da öngörülen seçimlik haklardan faydalanması mümkün değildir.

2. Sağlık Hizmetlerine İlişkin Bilgi İsteme Hakkı

Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 7. maddesine göre “*Hasta, sağlık hizmetlerinden nasıl faydalanabileceği konusunda bilgi isteyebilir. Bu hak, hangi sağlık kuruluşundan hangi şartlara göre faydalanılabileceğini, sağlık kurum ve kuruluşları tarafından verilen her türlü hizmet ve imkanın neler olduğunu ve müracaat edilen kuruluşta verilen sağlık hizmetlerinden faydalanma usulünü öğrenme haklarını da kapsar.*

Bütün sağlık kurum ve kuruluşları, hastayı birinci fıkraya uyarınca bilgilendirmek için yeterli teknik donanımı haiz birimi oluşturmak; bu birimde, hastaya kesin ve yeterli bilgi verebilecek nitelik ve ehliyete sahip personeli daimi olarak istihdam etmek ve hastanın ihtiyacı olan birimlere kolayca ulaşabilmesini temin etmek üzere, kuruluşun uygun yerlerinde bilgilendirici tabela, broşür ve işaretler bulundurmak gibi tedbirleri almak zorundadırlar”.

Bu düzenleme uyarınca hastalar sağlık kuruluşlarından nasıl, hangi şartlar çerçevesinde faydalanabileceklerini, sağlık kuruluşlarının hizmet ve imkânlarının neler olduğunu öğrenme hakkına sahiptirler. Hastaların bu yönde talep edeceği bilgileri vermek amacıyla, sağlık kuruluşları da ilgili birimler oluşturmak ve burada nitelikli personeli istihdam etmek, hastaların bu birimlere ulaşabilmesi için gerekli bilgilendirme çalışmasını yapmakla yükümlüdürler.

edilmiştir- hizmet sağlamaktan kaçınabilir, tedaviyi yerine getirmeyi reddedebilir.

Sağlık kurum ve kuruluşları, hasta tarafından talep edilen bilgileri sağlamakta yükümlüdürler. Bu bilgilerin hastaya sunulmaması durumunda hasta, ilgili sağlık kurum ve kuruluşu hakkında hasta hakları kurullarına şikâyetle bulunma hakkına sahip olduğu gibi, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında, bu bilgilerin verilmemesinden kaynaklanan zararları nedeniyle tazminat talebinde bulunabilecektir. Ancak sözleşme ilişkisinin kurulmaması nedeniyle hastanın seçimlik haklar olan hizmetin yeniden görülmesi, ayıp oranında bedelden indirim, sözleşmeden dönme, hizmet sonucu ortaya çıkan eserin ücretsiz onarımı haklarını kullanması mümkün değildir. Sözleşmenin kurulmadığı hallerde ortada tüketici işleminin bulunmaması sebebiyle, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a göre değil, Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine göre tazminat istenebilir.

3. Sağlık Kuruluşunu Seçme ve Değiştirme Hakkı

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 8. maddesine göre *“Hasta; tabi olduğu mevzuatın öngördüğü usul ve şartlara uyulmak kaydı ile, sağlık kurum ve kuruluşunu seçme ve seçtiği sağlık kuruluşunda verilen sağlık hizmetinden faydalanma hakkına sahiptir.*

Mevzuat ile belirlenmiş sevk sistemine uygun olmak şartı ile hasta sağlık kuruluşunu değiştirebilir. Ancak, kuruluşu değiştirmenin hayati tehlikeye yol açmayacağı ve hastalığının daha da ağırlaşmayacağı hususlarında hastanın tabip tarafından aydınlatılması ve hayati tehlike bakımından sağlık kuruluşunun değiştirilmesinde tıbben sakınca görülmemesi esastır.

Acil vak'alar dışında, herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşuna bağlı olup da mevzuatın öngördüğü sevk zincirine uymayanlar aradaki ücret farkını kendileri karşılar.

Hastanın sağlık kuruluşunda kalmasında tıbben fayda bulunmayan veya bir başka sağlık kuruluşuna nakli gerekli olan hallerde, durum hastaya veya 15 inci maddenin ikinci fıkrasında belirtilen kişilere açıklanır. Nakilden önce, gereken bilgiler nakil talebinde bulunulan veya tıbben uygun görülen sağlık kuruluşuna, sevkedilen kuruluş veya mevzuatla belirlenen yetkililerce verilir. Her iki durumda da hizmetin aksamadan ve kesintisiz olarak verilmesi esastır”.

Yönetmeliğin bu düzenlemesi uyarınca, hasta dilediği sağlık kuruluşundan faydalanma, gerektiğinde değişikliğin hayati tehlikeye sebep olmaması kaydıyla hizmet aldığı sağlık kuruluşunu değiştirme imkânına sahiptir. Burada belirtmek gerekir ki uygulamada adli bir olaya karışmış kişiler, bu haktan yararlanamamaktadırlar. Bu kimselerin hangi sağlık kuruluşunda tedavi göreceği önceden belirlenmekte veya kolluk tarafından tespit edilmektedir²⁰⁹.

Yönetmelikte yer alan, nakilden önce, gereken bilgilerin nakil talebinde bulunulan veya tıbben uygun görülen sağlık kuruluşuna, sevk eden kuruluş tarafından verilecek olması yönündeki düzenleme uyarınca, hasta sağlık kuruluşunu seçme ve değiştirme imkânına sahipken, sağlık kuruluşunun, hizmetinden faydalanan hastayı kabul edecek bir sağlık kuruluşu olmadan sağlık kuruluşunun hastayı çıkarması mümkün görülmemektedir²¹⁰.

Hastanın hekimi seçme hakkı Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 5. maddesinde *“Sağlık müesseselerinde tatbik olunan usul ve kaideler mahfuz olmak üzere, hasta; tabibini ve dış tabibini serbestçe seçer”* şeklinde ifade edilmiştir.

Hasta istediği sağlık kuruluşunda tedavi olma hakkına sahip olduğu gibi, sağlık kuruluşundaki tedavi faaliyetinden memnun olmama, tedaviye daha donanımlı bir sağlık kuruluşunda devam etme gibi sebeplerle sağlık kurum ve kuruluşunu değiştirme hakkına da sahiptir. Bu hakkın ihlali halinde, hasta ilgili sağlık kurum ve kuruluşu hakkında şikâyet yollarına başvurabileceği gibi, devam eden tedavi faaliyeti sebebiyle, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun uyarınca, tedavi faaliyetinin ayıplı olduğu iddiasıyla seçimlik haklarını kullanabilecektir. Hasta, sağlık personelinin yetersizliği veya teknik imkânların eksikliğine rağmen tedavi faaliyetinin yapıldığını, kendisinin başka bir sağlık kurum ve kuruluşuna geçme isteğinin yerine getirilmediğini, bunun sonucunda zarar gördüğünü belirterek sözleşmeden dönme hakkıyla birlikte tazminat talebinde de bulunabilir. Başka bir sağlık kurum ve kuruluşuna geçmek isteyen hastanın hizmetin yeniden görülmesine dair seçimlik hakkını kullanması beklenemez.

²⁰⁹ Hakeri, Tıp, s.76.

²¹⁰ Petek, Sağlık, s.33.

4. Sağlık Personelini Tanıma, Seçme ve Değiştirme Hakkı

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 9. maddesine göre “*Hastaya talebi halinde, kendisine sağlık hizmeti verecek veya vermekte olan tabiplerin ve diğer personelin kimlikleri, görev ve unvanları hakkında bilgi verilir.*

Mevzuat ile belirlenmiş usullere uyulmak şartı ile hastanın, kendisine sağlık hizmeti verecek olan personeli serbestçe seçme, tedavisi ile ilgilenen tabibi değiştirme ve başka tabiplerin konsültasyonunu istemek hakkı vardır.

Personeli seçme, tabibi değiştirme ve konsültasyon isteme hakları kullanıldığında, mevzuat ile belirlenen ücret farkı, bu hakları kullanan hasta tarafından karşılanır”²¹¹.

Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nin²¹² 8. maddesine göre “*Yataklı tedavi kurumlarında mevcut her klinisyen uzmanın poliklinik hizmeti vermesine yönelik düzenleme yapılarak hastaların hekim seçmesine imkan sağlanır”.*

Hekim seçme hakkı, hastanın insan olarak onur ve saygınlığına değer veren, güvendiği, mesleki bilgisine ve tecrübesine inandığı bir hekimden yararlanabilme, ona ulaşabilme hakkı olarak kabul edilmelidir²¹³.

Yönetmeliğin düzenlemesi uyarınca hasta sağlık kuruluşunu seçme ve değiştirme hakkına sahip olduğu gibi kendisine sağlık hizmetini sunacak olan sağlık personelini seçme, bu personelin görev, unvan ve kimliği ile ilgili bilgi alma, tedavisiyle ilgilenen hekimi değiştirme hakkına sahiptir. Kendisine uygulanan tedavi ile ilgili başka bir hekim tarafından konsültasyon yapılmasını isteme hakkına da sahiptir.

Hastanın kendisine sağlık hizmetinin sunacak olan personeli seçme ve değiştirme hakkının ihlali halinde, hasta bu hakkının ihlali nedeniyle zarar gördüğünü ileri sürerek Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında hizmetin başka bir sağlık personeli tarafından yeniden görülmesi, sözleşmeden

²¹¹ Aynı yönde Amsterdam Bildirgesi madde 5.6 “*Hastalar; sağlık sisteminin işleyişi ile uyumlu olarak, hekimlerini veya diğer sağlık personelini ve sağlık kurumlarını seçme ve değiştirme hakkına sahiptir”*, Lizbon Bildirgesi madde 1 “*Hasta, hekimini özgürce seçme hakkına sahiptir”*, Bali Bildirgesi madde 2 “*Hasta özel veya devlet sektöründe olmasından bağımsız olarak hekimini ve hastanesini veya sağlık hizmeti veren kurumları özgürce seçme ve değiştirme hakkına sahiptir”.*

²¹² RG.: 13.01.1983, S:17927.

²¹³ Erol, s.200.

dönme, hizmet sonucu ortaya çıkan eserin ücretsiz onarımı, tazminat gibi haklarını kullanabilecektir.

5. Öncelik Sırasının Belirlenmesini İsteme Hakkı

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 10. maddesine göre *“Sağlık kuruluşunun hizmet verme imkânlarının yetersiz veya sınırlı olması sebebiyle sağlık hizmeti talebi zamanında karşılanamayan hallerde, hastanın, öncelik hakkının tıbbi kriterlere dayalı ve objektif olarak belirlenmesini istemek hakkı vardır.*

Acil ve adli vak'alar ile yaşlılar ve özürllüer hakkında öncelik sırasının belirlenmesinde ilgili mevzuat hükümleri uygulanır”.

Yönetmeliğin düzenlemesi uyarınca hastaların tedavi gereksinimlerinin aciliyete tabi olmasına göre, sağlık kuruluşunun imkânları doğrultusunda hastaların tedavisi ile ilgili öncelik hakkı ile ilgili düzenleme yapılmalıdır. Ancak hastaların bu yöndeki taleplerinden önce gelmek üzere acil ve adli vakalar ile yaşlılar ve özürllüerinin öncelik hakkına sahip olduğu ilgili mevzuat uyarınca düzenlenmiştir²¹⁴.

5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun²¹⁵ ile Anayasanın 10. maddesine eklenen 2. ve 3. fıkra hükümleri öncelik hakkı konusunda anayasal dayanak teşkil etmektedir. Anayasanın 10. maddesinin 2. fıkrası *“Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz”* şeklindedir. Yine Anayasanın 10. maddesinin 3.fıkrası *“Çocuklar, yaşlılar, özürllüer, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malül ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz”*

²¹⁴ 13.01.1983 tarih ve 17927 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nin 11. maddesine göre *“Polikliniklere başvuran hastalara sıra numarası verilir. Muayene buna göre yapılır. Ağır, acil, yaşlı hastalarla sakatlar ve adli vak'alar için sıra gözetilmez Adli vak'alara, poliklinikte ve diğer gerekli işlemlerin tamamlanmasında, geçici ve kesin raporların düzenlenmesinde öncelik tanınır.*

.....

Ayrıca yataklı tedavi kurumlarına, sağlık ocaklarından, koruyucu sağlık hizmeti yapan kuruluşlardan (verem savaş, ana çocuk sağlığı, trahom dispanserleri gibi) sevk edilen hastalarla, daha küçük bir tedavi kurumu, müdavi tabib veya müessese tabibi tarafından tıbbi bir zorunluluk icabı gönderilen hastalara polikliniklerde öncelik verilir. ...”.

²¹⁵ RG.: 13.05.2010, S:27580.

hükümünü içermektedir. Anayasada yapılan bu değişiklikten sonra Sağlık Bakanlığı Tedavi Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nün 2010/73-80 sayılı genelgesiyle öncelik hakkına sahip olanlar açıkça belirlenmiştir. Bu genelgeye göre;

- a. Acil vakalar (Ani gelişen hastalık, kaza, yaralanma ve benzeri durumlar ile ivedilikle tıbbi müdahale yapılması gerektiğine hekim tarafından karar verilen vakalar),
- b. Özürlüler (Değişik 2010/80 sayılı Genelge),
- c. Hamileler,
- d. 65 yaş üstü yaşlılar,
- e. Yedi yaşından küçük çocuklar,
- f. Harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malül ve gaziler, poliklinik sırasında öncelik hakkına sahiptirler.

Ayrıca kolluk kuvvetlerince sevk edilecek adli vakalarda; savcılık veya kolluk kuvvetince önceden sağlık kurum/kuruluşuna bildirim yapılmalı ve randevu alınmalı, bu suretle sağlık kurum/ kuruluşunda sağlık hizmeti aksatılmadan ve diğer hastalar mağdur edilmeden gerekli işlemlerin yapılması sağlanmalıdır.

Örneğin tedavi faaliyeti sırasında, hekim veya özel hastane işleticisi tarafından hastanın muayene sırası geldiği halde öncelik hakkı bulunmayan başkalarının muayene edilmesi veya Sağlık Bakanlığı'nın belirlediği öncelik haklarına sahip olanların, bu haklarını kullanmalarının engellenmesi durumunda, tedavi hizmeti sözleşmede öngörülen süre içerisinde başlamayacağından ayıplı bir hizmet ortaya çıkacaktır²¹⁶. Böyle bir durumda sağlık durumunun kötüleşmesi sebebiyle hasta, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da belirtilen ayıp oranında bedelden indirim, sözleşmeden dönme, tazminat gibi haklarını kullanabilecektir.

6. Tıbbi Gereklere Uygun Teşhis, Tedavi ve Bakım Hakkı

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 11. maddesine göre "*Hasta, modern tıbbi bilgi ve teknolojinin gereklerine uygun olarak teşhisinin konulmasını, tedavisinin yapılmasını ve bakımını istemek hakkına sahiptir.*

²¹⁶ 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun madde 13/1, 1. cümle "*Ayıplı hizmet, sözleşmede belirlenen süre içinde başlamaması nedeniyle sözleşmeye aykırı olan hizmettir.*"

Tababetin ilkelerine ve tababet ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı veya aldattıcı mahiyette teşhis ve tedavi yapılamaz”.

Hastaların sağlıklarını kavuşabilmek için hekim veya sağlık kuruluşlarından en önemli beklentileri olan bu hak uyarınca, hastalar tıp biliminin gereklerine uygun olarak hastalıklarına teşhis konulmasını, tedavi ve bakımlarının yapılmasını isteme hakkına sahiptir. Hekim de özen borcunun gereği olarak hastanın hastalığına uygun teşhisi koymak, en uygun tedavi yöntemini uygulamak yükümlülüğü altındadır. Yine hastanın tedavisinin yapıldığı sağlık kuruluşları da fiziki yapı, personel sayısı ve yeterliliği, hijyenik şartlar, tıbbi cihazlar gibi tüm hususları eksiksiz olarak sağlamakla yükümlüdür²¹⁷.

Hastanın hastalığının doğru teşhis edilmesi, bu hastalıkla ilgili tedavi yönteminin doğru olarak seçilebilmesinin ön şartıdır. Hastalığın yanlış teşhis edilerek, bu yanlış teşhise göre uygulanacak tedavi yöntemi tedavinin uzaması, hastanın sağlık durumunun kötüleşmesi ve hatta ölüm gibi hiç de arzu edilmeyen sonuçlara sebebiyet verebilir. Hekim hastanın hastalığını doğru teşhis edebilmek için, tıp biliminin gereklerini ve uygulamasını bilmek ve kendisinden beklenen özeni göstermek zorundadır. Hastalığı teşhis edebilmek için, anamnez (hastalığın geçmişini öğrenme), fiziki muayene, röntgen ve laboratuvar tetkikleri gibi teşhis araçlarını kullanması gerekir. Aksi durum hastanın tıbbi gereklere uygun teşhis, tedavi ve bakım hakkını ihlal edeceği gibi, hekim açısından da sorumluluk doğuracaktır²¹⁸.

Yapılan teşhisten sonra hekim, hastalığın tedavisi için en uygun tedavi yöntemini seçecektir. Doktrinde “*en emniyetli yol prensibi*” adı verilen bu ilkeye göre en uygun tedavi yöntemi “*hastalığın tedavisi için riski en az ve fakat başarı şansı en fazla olan yöntem*” dir. Hekim mesleki tecrübesine, tıp biliminin genel ilke ve uygulamalarına göre somut olayın özelliklerine uygun düşen tedaviyi uygulayacaktır²¹⁹. Hekim tarafından en emniyetli yol prensibinin ihlal edilmesi,

²¹⁷ Petek, Sağlık, s.34.

²¹⁸ Tandoğan, II, s.416–417; Ayan, 65; Şenocak, Sorumluluk, s.61; Özdemir, s.41, 89–90; Sarıtaş, s.51-52; Petek, Estetik, s.196; Yavuz İpekyüz, 75; Özay, s.52; Demir, Hekim, s.234,239; Gökcan, s.904.

²¹⁹ Ayan, 66; Şenocak, Sorumluluk, s.62; Özdemir, s.90; Sarıtaş, s.52; Petek, Estetik, s.197; Yavuz İpekyüz, 92; Özay, s.52–53; Demir, Hekim, s.239,243; Tekben, s.892; Taneri, s.173. “Doktorlar, hastalarının zarar görmemesi için yalnız mesleki değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek zorundadır. Doktor; tıbbi çalışmalarda bulunurken, bazı mesleki şartları yerine getirmek, hastanın durumuna değer vermek, tıp biliminin kurallarını

zorunlu koruyucu tedbirlerin alınmamış olması, hekimin özen yükümlülüğünü ihlali, tedavi metodunun tıp biliminin genel kabul edilen kural ve uygulamalarına aykırı olması halinde oluşan zararlardan hekim sorumlu olacaktır²²⁰. Modern tıbbi cihazların bulunmaması nedeniyle hastalığının geç teşhis edilmesi, hastalığa uygun teşhis yapılamaması nedeniyle yanlış tedavinin uygulanması gibi hallerde hasta zarar gördüğü takdirde, hekime veya özel hastane işleticisine karşı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında, teşhis hatası, tedavi ve bakımın gereği gibi yapılmaması nedeniyle zarar gördüğünü belirterek hizmetin yeniden görülmesi, ayıp oranında bedelden indirim, hizmet sonucu ortaya çıkan eserin ücretsiz onarımı, sözleşmeden dönme gibi seçimlik haklarla birlikte tazminat talebiyle başvurabilecektir.

7. Tıbbi Gereklilikler Dışında Müdahale Yasağı

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

Tıbbi gereklilikler dışında hastanın hastalığının teşhisi, tedavi ve korunmasına yönelik olmayan müdahaleleri hasta talep edemeyeceği gibi bu tür müdahaleler tatbik de edilemez. Bu hak hastanın rızası olmaksızın tıbbi işleme tabi tutulmama, tıbbi araştırmalarda hasta hakları, alışılmış olmayan tedavi usullerinin uygulanması aşamasındaki hasta haklarıyla iç içedir.

Ancak vücut bütünlüğüne yönelik bazı müdahaleler, tedavi ve korunma amacı olmasa dahi yasal²²¹ olarak gerçekleştirilmektedir. Özellikle organ ve doku alınması,

gözetip uygulamak, tedaviyi her türlü tedbirlerini alarak yapmak zorundadır. Doktor, ufak bir tereddüt gösteren durumlarda, bu tereddütü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada koruyucu tedbirler almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında seçim yaparken, hastanın ve hastalığın özellikleri göz önünde tutulmalı, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınmalı ve en emin yolu tercih etmelidir. Gerçekten de mesleki bir işgören doktor olan vekilden, ona güvenen müvekkil titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemekte haklıdır. Titiz bir özen göstermeyen vekil, B.K. 394/1 uyarınca vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır” 13.HD., 05.02.2015, 2014/11049, 2015/2645 (Sinergi Mevzuat ve İçtihat Programı).

²²⁰ Şenocak, Sorumluluk, s.63.

²²¹ 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 75 ila 80. maddelerinde bir suçla ilişkin delilleri elde etmek veya çocuğun soy bağının belirlenmesi amacıyla beden muayenesi, vücuttan örnek alınması

gebeliğin kürtajla sona erdirilmesi²²² gibi faaliyetler tıbben zorunlu bulunmasa, tedavi ve korunmaya yönelik olmasa da gerçekleştirilmektedir. Bu hallerde dahi tıbbi müdahaleye maruz kalan kişiler, hastalara tanınan haklardan aynen yararlanmalıdır²²³.

8. Ötenazi Yasağı

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 13. maddesine göre “*Ötenazi yasaktır.*

Tıbbi gereklerden bahisle veya her ne suretle olursa olsun, hayat hakkından vazgeçilemez. Kendisinin veya bir başkasının talebi olsa dahil, kimsenin hayatına son verilemez”.

Ötenazi kelimesi Yunanca “Euthanasia” kelimesinden gelmektedir. Bu kelimedeki köken itibarıyla iyi anlamına gelen “Eu” ve ölüm anlamına gelen “Thanatos” kelimelerinden türetilmiştir. Bu nedenle ötenazi; tatlı ve acısız ölüm, iyi ve güzel ölüm, kolay ve rahat ölüm anlamında kullanılmaktadır. Ötenazi; iyileşmesi mümkün bulunmayan ve ölümü muhakkak görülen hastanın yaşadığı acıların son bulması için kendi talebi veya yakınlarının isteği üzerine onun hayatını sona erdirecek, yani ölümünü sağlayacak şekilde bir tıbbi girişimde bulunulması (hastaya öldürücü dozda madde verilmesi veya yaşam destek ünitesinin kapatılması gibi) veya onun tedavisinde pasif bir tavır takınarak, yani hiçbir tıbbi girişimde bulunmayarak, tıbbi müdahalenin kesilerek ölüm sonucunun meydana getirilmesidir. Ötenazi onurlu ölüm hakkı olarak da adlandırılmaktadır²²⁴.

Yönetmeliğin düzenlemesi uyarınca hiç kimse hayat hakkından vazgeçemeyeceği gibi, kendisinin veya başkasının talebiyle dahi kimsenin hayatına son verilemez. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 14. maddesinde “*Hastanın hayatını*

ve genetik moleküler inceleme yapılabileceği belirtilmiştir. Bu incelemelerin tabip ve sağlık mesleği mensubu tarafından da yapılacağı ayrıca belirtilmiştir. Bu işlemlere maruz kalanlar da durumun niteliğine uygun düştüğü oranda hasta haklarından faydalanabilmelidir.

²²² 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 5. maddesine göre gebeliğin 10.haftası doluncaya kadar annenin sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığı takdirde istek üzerine gebelik sonlandırılır.

²²³ Petek, Sağlık, s.34.

²²⁴ Erman, Barış; Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu, Ankara 2003, s.127; Yenerer Çakmut, s.140–141; Ekici Şahin, Meral; Ceza Hukukunda Rıza, İstanbul 2012, s. 265; Akyıldız/Özkan, s.48; Hatırnaz Erol, s.197; Petek, Sağlık, s.35.

kurtarmak veya sağlığını korumak mümkün olmadığı takdirde dahi, ıstırabını azaltmaya veya dindirmeye çalışmak zorunludur” şeklindeki düzenlemenin ötenaziye izin verildiği şekilde değerlendirilmemesi gerekmektedir. Bu maddedeki düzenlenmeden anlaşılması gereken hastanın sağlığının korunmasının veya hayatının kurtarılmasının mümkün olmaması halinde, onun acılarını azaltma ve dindirme yönünde tedavinin devam etmesi gerektiđidir²²⁵.

Hasta Hakları Yönetmeliği uyarınca ötenazi yasaktır. Bu yasağa uymamanın hekim ve sağlık personeli bakımından cezai sorumluluğu bulunmaktadır. Bizzat hastanın ölümünü sağlayacak şekilde tıbbi girişimde bulunan yani aktif ötenazi işlemini gerçekleştiren kişi, Türk Ceza Kanunu²²⁶ uyarınca kasten adam öldürme suçundan cezalandırılabilir. Hastaya acıma, onun ıstırabını dindirme amacıyla bu eylemin yapılması ancak cezada 1/6 oranında takdiri bir indirim sađlayabilir²²⁷. Belli bir icrai davranışta bulunma konusunda kanuni yükümlülüğu bulunan kişilerin, bu yükümlülüğu gerçekleştirmeyerek, kişinin ölümüne sebep olmaları halinde cezalandırılacağı yine Türk Ceza Kanunu’nun 83. maddesinde düzenlenmiştir²²⁸. Pasif ötenazi, yani hastanın tedavisinin kesilmesi, iyileşmesi için hiçbir tıbbi müdahalede bulunmayarak onun ölümüne neden olan durum, adam öldürmenin ihmali davranışla işlenmesidir²²⁹.

²²⁵ Petek, Sağlık, s.35; Hatırnaz Erol, s.199.

²²⁶ RG.: 12.10.2004, S:25611.

²²⁷ Erman, s.130; Hakeri, Hakan; “Hasta Hakları ve Ceza Hukuku İlişkisi”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu, İstanbul 2011 (Hasta Hakları), s.68; Petek, Sağlık, s.35.

²²⁸ Türk Ceza Kanunu madde 83 “(1)Kişinin yükümlü olduğu belli bir icrai davranış gerçekleştirmemesi dolayısıyla meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulabilmesi için, bu neticenin oluşumuna sebebiyet veren yükümlülük ihmalinin icrai davranışa eşdeğer olması gerekir.

(2)İhmali ve icrai davranışın eşdeğer kabul edilebilmesi için, kişinin;

a) Belli bir icrai davranışta bulunmak hususunda kanuni düzenlemelerden veya sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğünün bulunması,

b) Önceden gerçekleştirdiği davranışın başkalarının hayatı ile ilgili olarak tehlikeli bir durum oluşturması,

Gerekir.

(3)Belli bir yükümlülüğün ihmali ile ölüme neden olan kişi hakkında, temel ceza olarak, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar; müebbet hapis cezası yerine onbeş yıldan yirmi yıla kadar; diğer hallerde ise on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunabileceği gibi, cezada indirim de yapılmayabilir.”.

²²⁹ Buna karşılık Hakeri (Hasta Hakları, s.69); hastanın iradesinin asıl olduğunu, hastanın tedavi ve

Kişilik hakkı, kişinin kişisel değerlerinin tümü üzerinde geçerli olan bir haktır. Kişilik hakkı mutlak haklardandır, bu niteliğiyle herkese karşı ileri sürülebilir. Kişiyi sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğu için yalnızca hak sahibi tarafından kullanılabilir. Kişilik hakları başkasına devredilemeyen, ölümle mirasçılara geçmeyen, vazgeçilemeyen tekeli bir haktır. Yaşam hakkı kişinin bedensel değerlerinden en önemlisidir. Kişinin hayatı, vücut bütünlüğü ve sağlığı üzerinde sahip olduğu hak kişilik hakkına dâhil olan mutlak bir haktır. Hiç kimse yaşam hakkından vazgeçemeyeceği, öldürülmesine razı olamayacağı gibi başkası da onun yaşamını sona erdirmeye hakkına sahip değildir²³⁰. Bu husus Türk Medeni Kanunu'nun 23. maddesinde de açıkça belirtilmiştir²³¹.

Ötenazi, hasta hakları konusundaki bazı uluslararası metinlerde kabul edilmiş bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır;

- a. Dünya Tabipler Birliği tarafından 1981 yılında yayınlanan Lizbon Bildirgesi'nin 5. maddesine göre “ *Hasta, onurlu bir biçimde ölme hakkına sahiptir*”.
- b. 1994 tarihli Amsterdam Avrupa Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi 1. maddesine göre “ *Herkes hür iradesi ile kendi geleceği hakkında karar verme hakkına sahiptir*”. Bildirgenin 5. maddesinin 11. fıkrasına göre “ *Hastalar yaşamlarının son döneminde insanca bakılma ve onuru ile ölme hakkına sahiptir*”.
- c. Dünya Tabipler Birliği Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi'nin gözden geçirilmiş halini 1995 yılında Bali'de yapılan genel kurulunda kabul etmiştir. 1995 yılında yayınladığı Bali Hasta Hakları Bildirgesi'nin 10. maddesinin c bendine göre “ *Hastalar yaşamlarının son döneminde insanca bakılıp onurlu bir şekilde ölme hakkına sahiptirler*”.

müdahaleyi reddettiği hallerde, hekimin bu müdahaleyi yapmamasının sonucunda hastanın ölümünün pasif ötenazi olarak adlandırılrsa da pasif ötenazinin suç oluşturmadığı ve hekimin bundan dolayı cezalandırılmayacağı görüşündedir. Aynı yönde bkz. **Ekici Şahin**, s.279; **Hakeri**, Tıp, s.697.

²³⁰ **Zevkliler / Ertaş / Havutçu / Gürpınar**, s.97–98; **Yavuz İpekyüz**, s.7–8; **Petek**, Sağlık, s.35.

²³¹ Türk Medeni Kanunu madde 23 “ *Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlandırmaz*”.

Uluslararası metinlerde yer alan bu düzenlemeler bizim iç hukukumuz bakımından bağlayıcı değildir. Yukarıda bahsettiğimiz Hasta Hakları Yönetmeliği'nin ötenaziye yasak olarak kabul etmesi, aktif veya pasif ötenaziye yönelik eylemlerin Türk Ceza Kanunu çerçevesinde suç olarak değerlendirilmesi bu durumu açıkça ortaya koymaktadır.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 25. maddesinde hastanın “Tedaviyi Reddetme ve Durdurma Hakkı” düzenlenmiştir. Bu maddeye göre “*Kanunen zorunlu olan haller dışında ve doğabilecek olumsuz sonuçların sorumluluğu hastaya ait olmak üzere; hasta kendisine uygulanması planlanan veya uygulanmakta olan tedaviyi reddetmek veya durdurulmasını istemek hakkına sahiptir. Bu halde, tedavinin uygulanmamasından doğacak sonuçların hastaya veya kanuni temsilcilerine veyahut yakınlarına anlatılması ve bunu gösteren yazılı belge alınması gerekir*”. Bu düzenleme pasif ötenaziye, yani hastanın tedavisinin kesilmesi, iyileşmesi için hiçbir tıbbi müdahalede bulunmama durumuna benzerlik oluşturmaktadır. Burada tedavi bizzat hasta tarafından reddedilmekte veya durdurulması istenmektedir. Tedavinin reddi veya durdurulmasının istenmesi kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının bir sonucudur. Bu hakkın varlığından söz edebilmek için tedavinin reddini veya durdurulmasını isteyen hastanın, hastalığı hakkında ve bu hastalığa yönelik tedavinin durdurulması halinde ortaya çıkacak riskler konusunda tam olarak bilgilendirilmiş olması gerekir²³². Bunun sonucunda doğabilecek olumsuz sonuçların sorumluluğu hastaya ait olacaktır. Bu durumun hasta veya kanuni temsilcilerine anlatıldığını gösteren belge alınması doktoru bir takım hukuki sonuçlardan kurtaracaktır. Pasif ötenaziyle benzerlik gösterse dahi hastanın tedaviyi reddetmesi ve durdurulmasını istemesi, ötenazi olarak kabul edilmemektedir²³³.

9. Tıbbi Özen Gösterilmesini İsteme Hakkı

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 14. maddesine göre “*Personel, hastanın durumunun gerektirdiği tıbbi özeni gösterir. Hastanın hayatını kurtarmak veya*

²³² Ekici Şahin, s. 268.

²³³ Petek, Sağlık, s.36.

sağlığını korumak mümkün olmadığı takdirde dahi, ıstırabını azaltmaya veya dindirmeye çalışmak zorunludur”²³⁴.

Hastaların hayatını kurtarmanın ve sağlığını korumanın mümkün olmadığı hallerde acılarının dindirilmesini isteme hakları uluslararası metinlerde de yer almıştır. 1994 tarihli Amsterdam Avrupa Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi'nin 5. maddesinin 10. fıkrasına göre “*Hastalar, güncel bilgilerin ışığında çektiikleri acılarının giderilmesi hakkına sahiptirler*”. 1995 yılında yayınlanan Bali Hasta Hakları Bildirgesi'nin 10. maddesinin b bendine göre “*Hastalar son bilgilerin ışığında acılarının dindirilmesi hakkına sahiptirler*”.

Türk Tabipler Birliği Hekimlik Meslek Etik Kuralları'nın, Hekimin Görev ve Ödevleri başlıklı 5. maddesine göre “*Hekimin öncelikli görevi, hastalıkları önlemeye ve bilimsel gerekleri yerine getirerek hastaları iyileştirmeye çalışarak insanın yaşamını ve sağlığını korumaktır. Meslek uygulaması sırasında insan onurunu gözetmesi de, hekimin öncelikli ödevidir. Hekim, bu yükümlülüklerini yerine getirebilmek için, gelişmeleri yakından izler*”.

Hastaya tıbbi müdahalenin her aşamasında özen gösterilmesi gerekir. Hasta ile hekim veya özel hastane işletmecisi ile hasta arasındaki ilişki genel olarak vekâlet ilişkisidir. Türk Borçlar Kanununun 506. maddesinin düzenlemesi uyarınca vekil (hekim veya özel hastane işletmecisi) üstlendiği iş ve hizmetleri (tedavi, bakım, barınma, yedirip içirme gibi), vekâlet verenin (hasta) haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür. Hastanın aydınlatılması, rızasının alınması, müdahalenin yetkili personel tarafından yapılmasına rağmen, müdahalenin yapılmasında özensizlik, tıp biliminin kurallarına aykırılık varsa bu durum ilgili sağlık personelinin hukuki ve cezai sorumluluğuna neden olabilir.

Hekimin veya özel hastane işletmecisinin göstermesi gereken, hastanın beklediği tıbbi özenin derecesi, sözleşmeye uygun olarak yapılacak tıbbi müdahalenin çeşidi, güçlüğü, tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek hekimin sahip olması gereken eğitim ve mesleki bilgi derecesine göre her somut olaya göre belirlenir. Doktrinde buna objektif kıstas adı verilmektedir²³⁵. Örneğin doktorun

²³⁴ Aynı yönde Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi madde 14 “*Tabip ve dış tabibi, hastanın vaziyetinin icabettirdiği sıhhi ihtimamı gösterir. Hastanın hayatını kurtarmak ve sıhhatını korumak mümkün olmadığı takdirde dahi, ıstırabını azaltmaya veya dindirmeye çalışmakla mükelleftir*”.

²³⁵ **Tandoğan**, II, s.410–411; **Yavuz**, s.626; **Ayan**, s.88; **Zevkliler/Gökyayla**, s.607; **Şenocak**,

hastanın eline atacağı basit bir dikişle, hastaya yapacağı kalp ameliyatındaki özenin derecesi farklı olacaktır.

Hastanın tıbbi özen gösterilmesi hakkı çerçevesinde hekim, genellikle kabul edilen, tıp biliminin uygulaması artık mutad usul halini almış olan ilkelerini bilmek ve sanatının kurallarına göre doğru teşhisi koyup bu teşhise uygun bir tedavi tavsiye etmek ve bu tedaviyi gerekli her türlü ihtiyat tedbirlerini alarak uygulamak zorundadır. Tıp biliminin kural ve uygulamalarını ihlal eden hekim özen borcuna aykırı davranmış olur. Yönetmeliğin düzenlemesinden hareketle, zamanındaki tıbbi gelişmeleri izlemeyen, kendisini geliştirmeyen hekim özen yükümlülüğünü ihlalden dolayı sorumlu tutulabilecektir²³⁶.

Tıp bilimince genel olarak kabul edilen, tıp uygulamasının artık mutad usul halini almış olan ilkeleri, kuralları, tıbbî standart olarak da ifade edilmekte olup tıbbî standart kavramı, “hekimin tedavi amacına ulaşması için gerekli olan ve denenerek

Sorumluluk, s.85; **Özdemir**, s.125; **Petek**, Estetik, s.210; **Yavuz İpekyüz**; s.104; **Yılmaz**, s.53; **Tekben**, s.888.

²³⁶ **Tandoğan**, II, s.416; **Ayan**, s.89; **Zevkliler / Gökyayla**, s.608; **Şenocak**, Sorumluluk, s.85; **Özdemir**, s.126–128; **Sarıtaş**, s.74–75; **Petek**, Estetik, s.211; **Yavuz İpekyüz**, s.107; **Özay**, s.67; **Demir**, Hekim, s.243; **Yılmaz**, s.53; **Tekben**, s.891; **Kaya**, s.51–52. “*Davacılar, murisleri M. B.'in burun ameliyatı sırasında gelişen malign hipertermi tablosuna rağmen hemen bir yoğun bakım ünitesine alınarak tedavisi yapılması gerekirken ameliyata devam edildiğini, doğru ve yeterli tedavinin uygulanmadığını, hastanenin yoğun bakım ünitesinin de bulunmadığını, hastanın saatlerce ameliyathanede bekletildikten sonra başka bir hastanenin yoğun bakımına sevk edildiğini, davalı doktorlar ve hastanenin özen yükümlülüğüne aykırı davranması nedeniyle hastanın kaybedildiğini ileri sürerek maddi ve manevi zararlarının tazmini istemi ile eldeki davayı açmışlardır. Dava, davalı doktorların vekillik sözleşmesinden kaynaklanan özen borcuna aykırılık olgusuna dayanmaktadır (B.K. 386, 390 md). Vekil, iş görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden değil de, bu sonuca ulaşmak için yaptığı uğraşların özenle görülmemesinden sorumludur. Vekilin sorumluluğu, genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır (B.K. 390/II). Vekil, işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, hafif kusurundan bile sorumludur (B.K. 321/1 md). O nedenle doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları (hafif de olsa) sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Doktorlar, hastalarının zarar görmemesi için yalnız mesleki değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek zorundadır. Doktor, tıbbi çalışmalarda bulunurken, bazı mesleki şartları yerine getirmek, hastanın durumuna değer vermek, tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamak, tedaviyi her türlü tedbirlerini alarak yapmak zorundadır. Doktor, ufak bir tereddüt gösteren durumlarda, bu tereddüdü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada koruyucu tedbirler almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında seçim yaparken, hastanın ve hastalığın özellikleri göz önünde tutulmalı, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınmalı ve en emin yolu tercih etmelidir. Gerçekten de mesleki bir işgören doktor olan vekilden, ona güvenen müvekkil titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemekte haklıdır. Titiz bir özen göstermeyen vekil, B.K. 394/1 uyarınca vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır” 13. HD., 22.01.2015, 201/12438, 2015/935 (Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı).*

ispatlanmış bulunan, hekim tecrübesi ve doğa bilimlerinin o anki ulaştığı düzey” olarak tanımlanmaktadır²³⁷.

Türk Borçlar Kanunu’nun 506/3. maddesine göre “*Vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır*”. Hekimden, faaliyette bulunduğu ihtisas alanında ortalama düzeydeki bir hekimden beklenen özeni göstermesi beklenir. Hekim tedaviyi gerçekleştirdiği zaman itibariyle uygulanan tedavi yöntemlerini bilmek ve uygulamakla yükümlüdür²³⁸.

10. Kendisine İlişkin Olarak Genel Bilgi İsteme Hakkı

a. Genel Olarak

Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 4. maddesinin 3. bendine göre bilgilendirme, “*Yapılması planlanan her türlü tıbbi müdahale öncesinde müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık meslek mensubu tarafından kişiye gerekli bilginin verilmesini*” ifade eder.

Hastaların, hastalığı ve tedavi süreci ile ilgili bilgilendirilmesi hasta haklarının en önemlilerinden biridir. Hasta Hakları Yönetmeliği buna ilişkin çok ayrıntılı düzenlemeler içermektedir. Bu yönetmeliğin dışında Türk Ceza Kanunu’nun 90.maddesinde, Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun’un 7. maddesinde bilgilendirilmeye ilişkin düzenlemeler mevcuttur.

Bilgilendirmeye, hekimin vereceği bilgilerle hastanın uygulanması düşünülen tıbbi teşhis ve tedavi üzerinde serbestçe karar verebilecek duruma getirilerek aydınlatılması amaçlanır²³⁹.

b. Bilgilendirmenin Kapsamı

Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 15. maddesine göre “*Hastaya;*

²³⁷ Hakeri, Tıp, s.546; Kaya, s.52.

²³⁸ Ayan, s.89; Özdemir, s.126; Demir, Hekim, s.243; Hatırnaz Erol, s.152.

²³⁹ Ayan, s.71; Şenocak, Sorumluluk, s.44; Erman, s.102; Yenerer Çakmut, s.225; Özdemir, s.97; Yavuz İpekyüz, s.90; Özay, s.58; Kaya, s.56; Hatırnaz Erol, s.113.

- a) Hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği,
- b) Tıbbi müdahalenin kim tarafından nerede, ne şekilde ve nasıl yapılacağı ile tahmini süresi,
- c) Diğer tanı ve tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile hastanın sağlığı üzerindeki muhtemel etkileri,
- ç) Muhtemel komplikasyonları,
- d) Reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve riskleri,
- e) Kullanılacak ilaçların önemli özellikleri,
- f) Sağlığı için kritik olan yaşam tarzı önerileri,
- g) Gerektiğinde aynı konuda tıbbi yardıma nasıl ulaşabileceği, hususlarında bilgi verilir”²⁴⁰.

Hastanın bilgilendirilmesi, genel olarak üç şekilde ifade edilmektedir. Teşhis aydınlatması olarak ifade edilen birinci halde, yapılan muayene sonucunda hastaya hastalığının özellikleri, muayene sonucu elde edilen bulgular konusunda bilgi verilmektedir. Süreç aydınlatması olarak belirtilen ikinci halde, hekim hastayı hastalığına karşı uygulanacak tıbbi müdahalenin türü, kapsamı, alternatif tedavi yöntemleri, müdahale yapılmamasının sonuçları konusunda bilgilendirmektedir. Üçüncü olarak riziko aydınlatmasında, gerekli ihtimam gösterilmesine, müdahalenin kusursuz yapılmasına rağmen müdahale sonucunda ortaya çıkabilecek kalıcı veya geçici yan etkiler konusunda hasta bilgilendirilmektedir²⁴¹.

Bilgilendirmenin kapsamı, yapılacak tıbbi müdahalenin niteliğine, hasta için hayati tehlike içerip içermemesine, hastanın bilgi ve kültür düzeyine göre değişebilir. Bilgilendirme yapılırken hastanın ruhsal durumu öncelikli olarak göz önünde tutulmak suretiyle, bilgilendirmenin hastanın ruhsal durumunu daha da kötüleştirebileceği durumlarda, bilgilendirmenin kapsamının çok fazla detaya inmeden dar tutulması gerekir. Burada hekim, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının ihlali ile bilgilendirme sonucu doğabilecek hastanın ruhen zarar görmesi

²⁴⁰ Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi madde 14/2 “Hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır. Ancak, hastalığın, vahim görülen akıbet ve seyrinin saklanması uygundur.”.

²⁴¹ Ayan, s. 71–72; Erman, s.106 vd; Yenerer Çakmut, s.225; Özdemir, s.97–98;Petek, Estetik, s.202; Yavuz İpekyüz, s.77–79; Özay, s.61; Demir, Hekim, s.240; Deryal, Yahya; Sağlık Hukuku Problemleri, Ankara 2012 (Sağlık), s. 48–49; Hakeri, Tıp, s.300–304,310–313; Hatırnaz Erol, s.114; Petek, Sağlık, s.63–66; Taneri, s.210–212; Özçetin / Balaban; s.197.

olasılığı arasında seçim yaparak, somut olayın özelliğine göre takdir hakkını kullanmalıdır. Bilgilendirmenin kapsamının dar tutulması hastanın iyileşmesi bakımından fayda sağlıyorsa hekim takdir hakkını bu yönde kullanmalıdır. Buna hekimin tedavi ayrıcalığı adı verilmektedir. Ancak hasta mutlaka bir bilgilendirme istediğinde, ruhsal zararlara yol açsa dahi, hekim hastanın bu isteğini yerine getirmelidir²⁴².

c. Bilgilendirme Yapılacak Kişi

Bu bilgilendirmenin kime yapılacağı üzerinde durmak gerekmektedir. Yönetmeliğin 15. maddesinin düzenlemesine göre bilgilendirme hastaya yapılacaktır. Hastaya bilgilendirme yapılabilmesi için, hastanın yeterliliğe sahip olması gerekir. Medeni hukukta yer alan ayırt etme gücü, Hasta Hakları Yönetmeliğinin 4. maddesinde yeterlilik olarak ifade edilmektedir. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 4. maddesinin f bendinde yeterlilik, *“Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan onay verenin önerilen tıbbi müdahalede karşılaşılabileceği ya da reddettiğinde doğabilecek sonuçları makul bir şekilde anlama ve değerlendirme yeteneğine sahip olma halini”* ifade etmektedir.

Hasta olan kişinin ayırt etme gücüne sahip olduğu durumlarda bilgilendirme bakımından bir problem yoktur. Ancak ayırt etme gücüne sahip olmayan hastalar bakımından, bilgilendirme onun kanuni temsilcisi olan veli veya vasisine yapılabilir. 18 yaşını tamamlamamış veya evlenme ya da yargısal erginlik yoluyla ergin olmayıp, küçük olarak kabul edilen kişilerin de ayırt etme gücüne sahip olmaları mümkündür.

Türk Medeni Kanunu'nun 16/1 maddesine göre *“Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler. Karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir”*. Bu düzenleme uyarınca küçük veya kısıtlı olan kişiler ayırt etme gücüne sahip oldukları takdirde, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar

²⁴² Ayan, 75–78; Şenocak, Sorumluluk, s.55–56; Erman, s.110–113; Yenerer Çakmut, s.227; Özdemir, s.105; Petek, Estetik, s.204; Yavuz İpekyüz, s.81,83; Öztürkler, s.76; Demir, Hekim, s.241.

bakımından karar verme haklarına sahiptirler²⁴³. Ayırt etme gücüne sahip olan küçükler bakımından bilgilendirmenin sadece anne ve babaya yapılması Türk Medeni Kanunu'nun düzenlemesine ve bilgi alma hakkına aykırılık teşkil edecektir. Yine aynı şekilde savurganlık nedeniyle kısıtlanmış bulunan ayırt etme gücüne sahip bir kişinin tıbbi tedavisi ile ilgili bilgilendirmenin sadece vasisine yapılması bilgi alma hakkının ihlali sonucunu doğuracaktır. Hastanın tıbbi müdahale hakkında bilgilendirilmesi kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan ayırt etme gücüne sahip olan, yani tıbbî müdahalenin mahiyetini ve önemini, yarar veya zararlarını serbestçe değerlendirip karar verme yeterliliğine sahip olan küçük veya ergin bizzat aydınlatılmalıdır²⁴⁴.

Ancak ayırt etme gücüne sahip olan küçüklerin anne ve babası, tıbbi müdahaleye rıza gösterme hakkı olmamasına rağmen, tıbbi müdahale konusunda onlar da bilgilendirilmelidir. Bu durum onların velayet hakkı çerçevesinde çocuğun bakım, eğitim ve kişisel gelişimini sağlama yükümlülükleri çerçevesinde zorunluluktur²⁴⁵.

Hastanın kendisinin ya da kanuni temsilcilerinin dışında hasta yakınlarının bilgilendirilmesi, hastanın bilgilendirilmesi olarak kabul edilemez. Bu şekilde yapılacak olan bilgilendirmeden sonra yapılan bir tıbbi müdahale hukuka aykırılık teşkil eder. Hastanın bilincinin yerinde olmadığı, kanuni temsilcilerine ulaşamadığı durumlarda hasta yakınlarına haber verilebilir. Bu durum hastanın bilgilendirilmesi şeklinde değerlendirilmez. Yine hastanın bilincinin kapalı olduğu ve ameliyatın genişletilmesi gereken hallerde veya kanuni temsilcilerine ulaşamadığı durumlarda, hastanın bilgilendirildiği takdirde tıbbi müdahaleye rıza göstereceği kabul ediliyorsa, bilgilendirme yapılmaksızın (varsayılan rıza) hastaya tıbbi müdahale yapılabilir²⁴⁶.

Psikiyatri hastalarının ruhsal durumu itibariyle bilgilendirilmesi gereksiz olduğu hallerde, yine varsayılan rıza çerçevesinde hareket edilerek hastaya tıbbi

²⁴³ Şenocak, Rıza, s.69–75,80; Zevkliler / Ertaş / Havutçu / Gürpınar, s.95; Deryal, Sağlık, s. 67.

²⁴⁴ Ayan, s.82; Kaya, s.63; Hakeri, Tıp, s.320; Petek, Sağlık, s.37.

²⁴⁵ Şenocak, Rıza, s.79–80.

²⁴⁶ Şenocak, Sorumluluk, s.43; Hatırnaz Erol, s.148; Petek, Sağlık, s.67.Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun madde 70 “ .. Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir”.

müdahale yapılabilir. Gebeliğin sona erdirilmesinde, hastanın evli olması durumunda eşin de rızası gerektiğinden, hastanın eşinin de bilgilendirilmesi gerekir.

d. Bilgilendirmenin Yöntemi

Bilgilendirme faaliyeti, tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek olan sağlık personeli tarafından yapılır. Hekimlik sözleşmesinde sözleşmenin tarafı olan ve müdahaleyi gerçekleştirecek olan hekim olduğu için, bilgilendirme yükümlülüğünü bizzat yerine getirir. Bazı durumlarda bilgilendirme başka bir hekime bırakılabilir. Hekim dışındaki hasta bakıcının, hemşirenin bilgilendirme yapması mümkün değildir²⁴⁷.

Yönetmeliğin 15. maddesinde belirtilen hususlardaki bilgilendirme faaliyetinin ne şekilde yapılacağı, yönetmeliğin 18. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre “*Bilgi, mümkün olduğunca sade şekilde, tereddüt ve şüpheye yer verilmeden, hastanın sosyal ve kültürel düzeyine uygun olarak anlayabileceği şekilde verilir.*

Hasta, tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık meslek mensubu tarafından tıbbi müdahale konusunda sözlü olarak bilgilendirilir. Bilgilendirme ve tıbbi müdahaleyi yapacak sağlık meslek mensubunun farklı olmasını zorunlu kılan durumlarda, bu duruma ilişkin hastaya açıklama yapılmak suretiyle bilgilendirme yeterliliğine sahip başka bir sağlık meslek mensubu tarafından bilgilendirme yapılabilir.

Hastanın kendisinin bilgilendirilmesi esastır. Hastanın kendisi yerine bir başkasının bilgilendirilmesini talep etmesi halinde, bu talep kişinin imzası ile yazılı olarak kayıt altına alınmak kaydıyla sadece bilgilendirilmesi istenilen kişilere bilgi verilir.

Hasta, aynı şikayeti ile ilgili olarak bir başka hekimden de sağlık durumu hakkında ikinci bir görüş almayı talep edebilir.

Acil durumlar dışında, bilgilendirme hastaya makul süre tanınarak yapılır.

Bilgilendirme uygun ortamda ve hastanın mahremiyeti korunarak yapılır.

²⁴⁷ Ayan, s. 81–82; Şenocak, Sorumluluk, s.58–59; Erman, s.103; Özdemir, s.109–110; Yavuz İpekyüz, s.85–86; Kaya, s.62; Hakeri, Tıp, s.322–323; Petek, Sağlık, s.67.

Hastanın talebi halinde yapılacak işlemin bedeline ilişkin bilgiler sağlık hizmet sunucusunun ilgili birimleri tarafından verilir”.

Görüldüğü gibi bilgilendirme konusunda yönetmelik, mutlak bir şekil şartı getirmemiştir. Bilgilendirmenin yazılı olarak yapılması hekimin ispat kolaylığı açısından daha avantajlıdır²⁴⁸.

e. Bilgilendirmenin Zamanı

Hasta, kendisine yapılacak tıbbi tedaviden önce bilgilendirilmiş olmalıdır. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 4. maddesinde bilgilendirmenin “*Yapılması planlanan her türlü tıbbi müdahale öncesinde müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık meslek mensubu tarafından kişiye gerekli bilginin verilmesini*” ifade eder şeklinde tanımı yapılırken bu husus açıkça ortaya konulmuştur.

Hastaya yapılacak tedaviden önce bilgilendirmenin temel nedeni; hastanın tedavi ve riskleri üzerinde düşünmesini sağlamak, ailesinin ve güvendiği kişilerin bu konuda görüşlerini alarak serbest iradesiyle karar verebilmesi için zaman tanımaktır. Hastanın önemli bir ameliyatın hemen öncesinde veya ameliyat masasında bilgilendirilmesi, bilgilendirme olarak kabul edilemez. Ancak hastanın hayatını kurtarmak ve acil gelişen komplikasyonlar nedeniyle hastanın ameliyatının zorunlu olduğu hallerde ameliyatın hemen öncesinde bilgilendirme yapılabilir²⁴⁹.

f. Bilgilendirme Yapılmasını Gerektirmeyen Haller

Hastanın bilgilendirilme hakkından vazgeçtiği, müdahale bakımından yeterli bilgiye sahip olduğu (hastanın hekim olması veya daha önce bilgilendirilmiş olması gibi), hastalığının derecesi itibariyle tıbbi müdahaleyi kabul veya ret şeklinde irade koyamayacağı durumlarda (örneğin hastanın bilincinin kapalı olması, ölmek üzere olması gibi) bilgilendirme yapılmayabilir. Hastaya derhal müdahale yapılmadığı

²⁴⁸ Ayan, s. 85; Şenocak, Sorumluluk, s.60; Erman, s.105; Özdemir, s.115; Petek, Estetik, s.208; Yavuz İpekyüz, s.87; Özay, s.59; Kaya, s.67; Hakeri, Tıp, s.329; Petek, Sağlık, s.67.

²⁴⁹ Ayan, s. 83; Şenocak, Sorumluluk, s.59; Erman, s.104; Yenerer Çakmut, s.236; Özdemir; s.111; Petek, Estetik, s.204; Yavuz İpekyüz, s.84; Özay, s.59; Demir, Hekim, s.241–242; Kaya, s.64; Hakeri, Tıp, s.324; Hatırnaz Erol, s.130–131.

takdirde hayatı tehlikeye girecek veya hayati organları zarar göreceksa, kanuni temsilcisi veya mahkemeden izin alınması zaman alacaksa bilgilendirme yapılmaksızın tıbbi müdahale gerçekleştirilebilir. Yine cerrahi müdahale sırasında müdahalenin genişletilmesi zorunluluğu ortaya çıkarsa (ameliyat sırasında komplikasyonlar oluşması gibi) varsayılan rıza çerçevesinde bilgilendirme yapılmaksızın müdahalede bulunulabilir²⁵⁰.

Bilgi verilmesinin hastanın manevi yapısını olumsuz etkileyerek, hastalığını arttırması olasılığının bulunduğu hallerde bilgi verilmeyebileceği yönetmelikte hüküm altına alınmıştır. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 19. maddesine göre “*Hastanın manevi yapısı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimalinin bulunması ve hastalığın seyrinin ve sonucunun vahim görülmesi hallerinde, teşhisin saklanması caizdir.*

Hastaya veya yakınlarına, hastanın sağlık durumu hakkında bilgi verilip verilmemesi, yukarıdaki fıkrada belirtilen şartlar çerçevesinde tabibinin takdirine bağılıdır.

Tedavisi olmayan bir teşhis, ancak bir tabip tarafından ve tam bir ihtiyat içinde hastaya hissettirilebilir veya bildirilebilir. Hastanın aksi yönde bir talebinin bulunmaması veya açıklanacağı şahsın önceden belirlenmemesi halinde, böyle bir teşhis ailesine bildirilir”.

Hastanın sağlık durumu hakkında bilgi vermeyi hekimin takdirine bırakmak veya hastanın aksi yönde talebi olmayan durumlarda teşhisin ailesine bildirilmesi somut bazı durumlarda hastanın mahremiyet hakkına yönelik bir aykırılık oluşturabilir. Örneğın kanser, AIDS, bel soğukluğu, frengi gibi bir takım rahatsızlıklarda hastanın aksi yönde talebi bulunmaması nedeniyle teşhisin ailesine bildirilmesi, hasta haklarından olan mahremiyet hakkına aykırıdır. Aksine hastanın talebi olmaksızın hastalığı ile ilgili bir bilgi ailesiyle paylaşılmamalıdır²⁵¹. Yönetmeliğın 20. maddesinde buna uygun olarak düzenleme yapılmıştır. Buna göre “*İlgili mevzuat hükümleri ve/veya yetkili mercilerce alınacak tedbirlerin gerektirdiği*

²⁵⁰ Ayan, s.79; Şenocak, Sorumluluk, s.55–58; Özdemir, s.105–106; Yavuz İpekyüz, 88–89; Öztürkler, s.76–77; Demir, Hekim, s.241; Yılmaz, s.43–46; Deryal, Sağlık, s.49; Kaya, s.63; Hakeri, Tıp, s.335–342; Haturnaz Erol, s.119–122; Gökcan, s.908–909; Petek, Sağlık, s.70; Özçetin / Balaban; s.198.

²⁵¹ Petek, Sağlık, s.37.

haller dışında; kişi, sağlık durumu hakkında kendisinin, yakınlarının ya da hiç kimsenin bilgilendirilmemesini talep edebilir. Bu durumda kişinin kararı yazılı olarak alınır. Hasta, bilgi verilmemesi talebini istediği zaman değiştirebilir ve bilgi verilmesini talep edebilir”.

Hastanın bilgilendirilme hakkının ihlali, onun vermiş bulunduğu tıbbi müdahaleye rızanın geçerliliğini etkiler. Bilgilendirilmemiş veya eksik, yanlış bilgilendirilmiş hastaya yapılan tıbbi müdahale hukuka aykırı olacaktır. Bunun sonucunda hastanın uğrayacağı zarardan hekim veya özel hastane işleticisi sorumlu olacaktır. Örneğin hasta, hastalığına uygulanacak tedavi yöntemi konusunda eksik bilgilendirildiği için tedaviyi reddetmiş olabilir. Ya da tedavi yöntemi konusunda yanlış bilgilendirilmesinden ötürü hasta, bildirilen tedavi yönteminden korktuğu için farklı bir tedavi yöntemini kabul etmiş olabilir. Bu gibi durumlarda hasta, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun gereğince, seçimlik haklarını kullanabilecektir. Bilgilendirme hakkının ihlaline rağmen hastaya yapılan tıbbi müdahale sonucunda hasta iyileşmiş olsa dahi, Hasta Hakları Yönetmeliğinde düzenlenmiş olan bilgilendirme hakkının ihlali aynı zamanda kişilik haklarının ihlali niteliğinde olduğundan maddi zarar oluşmamış olsa dahi manevi zarar oluşturabilir.

11. Kayıtları İnceleme Hakkı

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 16. maddesine göre *“Hasta, sağlık durumu ile ilgili bilgiler bulunan dosyayı ve kayıtları, doğrudan veya vekili veya kanuni temsilcisi vasıtası ile inceleyebilir ve bir suretini alabilir. Bu kayıtlar, sadece hastanın tedavisi ile doğrudan ilgili olanlar tarafından görülebilir”.* Ayrıca Özel Hastaneler Tüzüğü'nün 37. maddesine göre hasta, hastanede ya da dışarıda yapılan, bedeli kendisince ödenen laboratuvar ve röntgen muayene raporlarını, röntgen filmlerini, dışarıdan satın alınan ilaç ve malzemenin reçetelerini, klinik ve laboratuvar bulguları, hastalığın tanısı, gidişi, yapılan inceleme, tedaviye ve sonucuna ilişkin olarak hekimce düzenlenecek bir çıkış özetini (epikriz) alabilir.

Günümüzde hastanın tıbbi geçmişi, hastalığının teşhisi, uygulanan tedavi yöntemleri, tedavi süreci ile ilgili bilgiler yanında hastaya ait birtakım kişisel bilgiler

sağlık kuruluşlarınca kayıt altında tutulmaktadır²⁵². Bu bilgilerin kayıt altında tutulması hem hastayla ilgili tedavi süreci bakımından, hem de çıkacak uyuşmazlıklarda ispat kolaylığı bakımından faydalı olmaktadır²⁵³. Türk Tabipler Birliği Hekim Meslek Etiği Kurallarınının 31. maddesine göre “*Hasta dosyalarındaki bilgilerin geniş bir özeti ile bilgi ve belgelerin örnekleri, istediği durumlarda hastaya verilir. Hekim, yasal zorunluluk olmadıkça, bu bilgileri başkasına veremez*”.

Hastanın kendisine ilişkin tıbbi kayıtları inceleme ve bir suretini alma hakkı Türk Borçlar Kanunu’nun 508. maddesindeki vekilin hesap verme borcundan kaynaklanmaktadır. Bu maddeye göre “*Vekil, vekâlet verenin istemi üzerine yürüttüğü işin hesabını vermek ve vekâletle ilişkili olarak aldıklarını vekâlet verene vermekle yükümlüdür*”. Dolayısıyla hekim veya özel hastane işleticilerinin hastaya ilişkin bilgileri ayrıntılı, özenli, eksiksiz ve düzenli olarak tutma yükümlülüğü, hem hekimlik sözleşmesi hem hastaneye kabul sözleşmesi uyarınca akdi bir yükümlülük olduğu gibi, Türk Borçlar Kanununun 508. maddesi ve Hasta Hakları Yönetmeliğinin hükümleri uyarınca yasal bir zorunluluktur²⁵⁴.

Hekim ve hastane işleticilerinin, hasta ile ilgili tedavi sırasında öğrendikleri sırları saklama yükümlülüğüne paralel olarak, yönetmeliğin 16. maddesinde hasta ile ilgili tıbbi kayıtların, hastanın tedavisi ile ilgili doğrudan ilgisi olan hastanın kendisi, vekili veya kanuni temsilcisi tarafından incelenebileceği ve bir suretinin alınabileceği düzenlenmiştir.

Hastanın tedavisi sırasında sağlık durumu ile ilgili kayıtların düzenli ve özenli tutulmaması, istendiği halde hekim tarafından bu belgelerin bir örneğinin hastaya verilmemesi, hem hasta haklarına aykırılık, hem de hekimin sözleşmeyle üstlendiği borca aykırılık oluşturacaktır. Hekim ve hastane işleticilerinin, hastaların tıbbi kayıtları inceleme hakkını ihlal etmeleri halinde, bu ihlal hasta açısından bir zarar oluşturduğu takdirde (örneğin tedavi sürecinde kullanılan ilaçları veya bulguları tam olarak öğrenemeyen hastanın başka bir hekime başvurduğunda eksik bilgilendirme

²⁵² Şenocak, tıbbi kayıtları, hekim veya diğer sağlık personelinin tıbbi hizmetlerin gereği gibi ifası için bizzat veya hasta vasıtasıyla topladıkları ya da tespit ettikleri verilerin tümü olarak ifade etmektedir. (Şenocak, Zarife; “Tıbbi Kayıtların Tutulmasından Doğan Hukuki Sorumluluk”, Ankara Barosu III. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara 2011(Tıbbi Kayıtlar), s.622).

²⁵³ Ayan, s.95; Şenocak, Tıbbi Kayıtlar, s.623–624; Hatırnaz Erol, s.194–195; Petek, Sağlık, s.38.

²⁵⁴ Ayan, s.95,161; Özdemir, s.13; Petek, Estetik, s.212; Yavuz İpekyüz, s.109; Özay, s.71; Şenocak, Tıbbi Kayıtlar, s.622; Tekben, s.900; Hatırnaz Erol, s.195.

yapması sonucu sağlık açısından zarar görmesi gibi) tazminat sonucunu doğurabilecektir²⁵⁵.

Ayrıca kayıt tutma yükümlülüğünün ihlali, hekim veya hastane işleticisi bakımından hastaya yönelik uygulanan tedavi yöntemlerinin ispatı bakımından olumsuz sonuç doğuracak, çıkabilecek bir uyuşmazlıkta hasta, hekim ve hastane işleticisinin tıbbi müdahaleyi ispat edememeleri sonucundan yararlanacaktır. Bu kayıtların tutulmaması veya eksik tutulmasından yararlanan hasta, tıbbi işlemin yapılmadığı yönünde bir fiili karineye dayanacaktır. Bu fiili karinenin aksini ispat külfeti hekim veya hastane işleticisine ait olacaktır²⁵⁶.

12. Kayıtların Düzeltmesini İsteme Hakkı

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 17. maddesine göre *“Hasta; sağlık kurum ve kuruluşları nezdinde bulunan kayıtlarında eksik, belirsiz ve hatalı tıbbi ve şahsi bilgilerin tamamlanmasını, açıklanmasını, düzeltilmesini ve nihai sağlık durumu ve şahsi durumuna uygun hale getirilmesini isteyebilir.*

Bu hak, hastanın sağlık durumu ile ilgili raporlara itiraz ve aynı veya başka kurum ve kuruluşlarda sağlık durumu hakkında yeni rapor düzenlenmesini isteme haklarını da kapsar”.

13. Mahremiyetine Saygı Gösterilmesini İsteme Hakkı

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 21. maddesine göre *“Hastanın, mahremiyetine saygı gösterilmesi esastır. Hasta mahremiyetinin korunmasını açıkça talep de edebilir. Her türlü tıbbi müdahale, hastanın mahremiyetine saygı gösterilmek suretiyle icra edilir.*

Mahremiyete saygı gösterilmesi ve bunu istemek hakkı;

a) Hastanın, sağlık durumu ile ilgili tıbbi değerlendirmelerin gizlilik içerisinde yürütülmesini,

²⁵⁵ Şenocak, Tıbbi Kayıtlar, s.630.

²⁵⁶ Şenocak, Tıbbi Kayıtlar, s.628.

- b) *Muayenenin, teşhisin, tedavinin ve hasta ile doğrudan teması gerektiren diğer işlemlerin makul bir gizlilik ortamında gerçekleştirilmesini,*
- c) *Tibben sakınca olmayan hallerde yanında bir yakınının bulunmasına izin verilmesini,*
- d) *Tedavisi ile doğrudan ilgili olmayan kimselerin, tıbbi müdahale sırasında bulunmamasını,*
- e) *Hastalığın mahiyeti gerektirmedikçe hastanın şahsi ve ailevi hayatına müdahale edilmemesini,*
- f) *Sağlık harcamalarının kaynağının gizli tutulmasını, kapsar.*

Ölüm olayı, mahremiyetin bozulması hakkını vermez.

Eğitim verilen sağlık kurum ve kuruluşlarında, hastanın tedavisi ile doğrudan ilgili olmayanların tıbbi müdahale sırasında bulunması gerekli ise; önceden veya tedavi sırasında bunun için hastanın ayrıca rızası alınır”²⁵⁷.

Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nin 7. maddesine göre *“Poliklinik muayenelerinde gizlilik prensiplerine riayet esastır. Burada, halkın gelenek ve ahlak kurallarına saygı gösterilir. Hastalar teker teker muayene edilir. Muayene esnasında poliklinik odasında tıp ve yardımcı tıp meslekleri personelinden başka kimsenin bulunmaması gerekir. Ancak hasta isterse ailesinden biri veya bir yakını bulunabilir”.*

Özellikle başvuru aşamalarında, tetkiklerin yapılmasında, muayeneler sırasında, hastanın kayıtlarının tutulması ve saklanmasında hekimlerin, özel hastane işleticilerinin ve onların çalıştırdıkları tıbbi sekreterlerin, hemşirelerin ve diğer sağlık görevlilerinin mahremiyet ilkesine aykırı davranmaları hasta haklarına aykırılık oluşturacak, hasta hem Hasta Hakları Yönetmeliği'nden kaynaklanan haklarını, hem de Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'daki haklarını kullanabilecektir. Hasta, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da belirtilen tazminat hakkını kullanabileceği gibi, örneğin muayene sırasında mahremiyet hakkının ihlal edilerek,

²⁵⁷ Üniversitelerin uygulama ve araştırma hastanelerinde tıp fakültesi öğrencilerinin, mesleklerini uygulamalı olarak öğrenmek, hastanın teşhis ve tedavi sürecini gözlemlemek, hekim- hasta ilişkisini kavramak amacıyla poliklinik muayenelerine katıldığı bilinen bir gerçektir. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin bu düzenlemesi uyarınca hastanın tedavisi ile doğrudan ilgisi bulunmayan bu öğrencilerin orada bulunmaları eğitim açısından bir gereklilik olmasına rağmen orada bulunabilmeleri için yine de hastanın önceden veya tedavi sırasında rızasının alınması gerekir.

sağlık faaliyeti ile ilgili olmayan kişilerin yanında muayene edilmesi durumunda, uğradığı zararlar paralel olarak sözleşmeden dönme seçicilik hakkını da kullanabilir.

14. Bilgilerin Gizli Tutulmasını İsteme Hakkı

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 23. maddesine göre “Sağlık hizmetinin verilmesi sebebiyle edinilen bilgiler, kanun ile müsaade edilen haller dışında, hiçbir şekilde açıklanamaz.

Kişinin rızasına dayansa bile, kişilik haklarından bütünüyle vazgeçilmesi, bu hakların başkalarına devri veya aşırı şekilde sınırlandırılması neticesini doğuran hallerde bilginin açıklanması, bunları açıklayanın hukuki sorumluluğunu kaldırmaz.

Hukuki ve ahlaki yönden geçerli ve haklı bir sebebe dayanmaksızın hastaya zarar verme ihtimali bulunan bilginin ifşa edilmesi, personelin ve diğer kimselerin hukuki ve cezai sorumluluğunu da gerektirir.

Araştırma ve eğitim amacı ile yapılan faaliyetlerde de hastanın kimlik bilgileri, rızası olmaksızın açıklanamaz”²⁵⁸.

Hasta ile hekim ilişkisi özü itibarıyla güven ilişkisine dayanmaktadır. Hasta, hekime olan güvenine bağlı olarak sağlığına kavuşabilmek amacıyla kendisi ile ilgili her şeyi rahatlıkla hekime anlatabilmelidir. Hekim bu bilgilerden yararlanarak gerekli teşhis ve tedavi faaliyetini yürütür. Hekimlerin ve özel hastane işleticilerinin mesleklerinin icrası sırasında hastayla ilgili öğrendikleri tıbbi veya tıbbi olmayan hususlar hasta açısından gizli tutulması gereken bilgilerdir²⁵⁹. Tedavi sırasında elde edilen hastaya ait bilgilerin gizli tutulması, özel hayatın gizliliğiyle ilgili bir hükümdür²⁶⁰. Hekimlerin ve özel hastane işleticilerinin, hastanın tedavisi sırasında

²⁵⁸ Anayasanın 20. maddesine göre “Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.” Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 4. maddesine göre “Tabip ve dış tabibi, meslek ve sanatının icrası vesilesiyle muttali olduğu sırları, kanuni mecburiyet olmadıkça, ifşa edemez. Tıbbi toplantılarda takdim edilen veya yayınlarda bahis konusu olan vakalarda, hastanın hüviyeti açıklanamaz”.

²⁵⁹ Ayan, s.97–98; Özdemir, s.137; Sarıtaş, s.77; Petek, Estetik, s.214–215; Yavuz İpekyüz, s.112; Özay, s.73; Tekben, s.879; Hatırnaz Erol, s.195.

²⁶⁰ “Hekim olan davalının mesleği nedeniyle elde ettiği fotoğrafları meslek sırrı kapsamında değerlendirmeyip ve onu saklamayarak başka bir davada davacının iznini almadan delil olarak sunması, davacının özel yaşamının gizliliğinin ihlali olup, onun kişilik haklarına saldırı oluşturur.” 4.HD. 10.09.2013, 11809/13931 (Taneri, s.250–251) .

hastayla ilgili öğrendiği bilgileri, hastayla ilgili tıbbi bulguları üçüncü kişilere açıklaması özel hayatın gizliliğinin ihlalini oluşturacaktır.

Hastanın suç teşkil eden bir fiile maruz kalması, bulaşıcı hastalığa yakalanması durumunda bunun ilgili mercilere ihbarı, hekimin bilirkişilik yaptığı bir dosyada muayene ettiği hastaya ilişkin bilgileri raporunda belirtmesi, hekimin sanık veya davalı olduğu davalarda hastaya ilişkin verdiği bilgiler, hekimin veya özel hastane işleticisinin hastayı bir başka hekim veya özel hastane işleticisine sevk etmesi halinde onlara hasta ile ilgili verdiği tıbbi bilgiler, bilgilerin gizli tutulması hakkının ihlali niteliğinde değildir. Buna karşılık hastanın psikolojik bozuklukları, bedensel özellikleri, hastalık durumu, hastayı toplum içerisinde güç duruma düşürebilecek haller (intihar, evli olmayan kadının çocuk doğurması, kürtaj gibi), mesleki, ailevi ve mali ilişkilerine dair hususlar hasta açısından gizli tutulması gereken konulardır. Bu gibi durumların açıklanması onun onurunu, saygınlığını zedeleyeceği için maddi ve manevi olarak zarar görme ihtimali bulunmakta olup, açıklanmamasında hastanın ekonomik, sosyal, mesleki menfaatleri bulunabilir²⁶¹.

Hukuki yönden geçerli ve haklı bir sebebe dayanmaksızın hastaya ait bilginin açıklanması, hasta ile hekim veya özel hastane işleticisi arasındaki sözleşmeden kaynaklanan sır saklama yükümlülüğünün ihlali niteliğinde olduğu için, hekim veya özel hastane işleticisine karşı tazminat davasının açılmasına sebep olabilir. Hasta ile hekim veya özel hastane işleticisi arasındaki sözleşme ilişkisinin tamamlanmasından sonra da hekimin sır saklama yükümlülüğü devam eder. Hekimin sır saklama yükümlülüğünü ihlalinden dolayı sözleşmeye aykırılık nedeniyle talepte bulunmak mümkün olduğu gibi, kişilik hakkına tecavüz nedeniyle Türk Medeni Kanunu'nun 24 ve 25. maddelerindeki kişiliğin korunmasına ilişkin hükümler çerçevesinde talepte bulunmak da mümkündür. Hukuki yönden geçerli ve haklı bir sebebe dayanmaksızın hastaya ait bilginin açıklanması hukuki sorumluluğun dışında bunu açıklayan kimselerin Türk Ceza Kanunu anlamında cezai sorumluluğunu doğuracaktır. Türk Ceza Kanunu'nun 134. maddesi "*Kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlal eden kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*" hükmünü içermektedir.

²⁶¹ Tandoğan, II, s.450,452-454; Yavuz, s.634; Ayan, s.98-99; Özdemir, s.137; Yavuz İpekyüz, s.113-115; Demir, Hekim, s.245; Hatırnaz Erol, s.195; Taneri, s.244-245.

Kanun'un 137. maddesinde bu suçun belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi halinde cezasının arttırılacağı belirtilmiştir.

15. İzin ve Onay Olmaksızın Tıbbi İşleme Tabi Tutulmama Hakkı (Tıbbi Müdahalede Hastanın Rızası)

a. Genel Olarak

Bir hastaya tıbbi müdahale yapılabilmesi için onun rızasının alınması gerekir. Hiç kimseye kanunda belirtilen istisnalar hariç olmak üzere rızası olmadan veya rızasına uygun olmayan şekilde tıbbi müdahale yapılamaz²⁶². Hastanın hayatını kurtarmak veya sağlığına kavuşturmak amacıyla hekim tarafından gerçekleştirilen tıbbi müdahalenin hukuka aykırılık oluşturmaması için hastanın rızası esaslı bir unsurdur. Hastaya yönelik yapılacak olan her türlü tıbbi müdahale, esas itibarıyla hastanın kişilik hakkına yapılan hukuka aykırı bir ihlal niteliğindedir. Hastanın tıbbi müdahaleye rızasının bulunması veya diğer hukuka uygunluk sebepleri (kamu yararı, üstün nitelikte özel yarar, vekâletsiz iş görme gibi) tıbbi müdahaledeki hukuka aykırılığı ortadan kaldırır²⁶³.

Kendi geleceğini belirleme hakkına sahip olan hasta, tıbbi müdahaleye rıza göstermeyerek tedaviyi reddetme hakkına sahiptir. Hastanın rızası olmaksızın yapılacak bir tıbbi müdahale, tıp biliminin genel olarak kabul edilen kurallarına uygun olsa bile hastanın kendisiyle ilgili karar verme hakkına ve vücut bütünlüğüne aykırılık oluşturacak, hekimin sorumluluğunu doğuracaktır²⁶⁴.

Hastanın rızasına değer vermeyen, sadece hekimin mesleğini uyguladığı, kanunların kendisine verdiği yetkiyi kullandığı bir tıbbi müdahale modern tıp hukukunun gereklerine uymamaktadır. Tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu

²⁶² Hasta Hakları Yönetmeliği madde 5/d “Tıbbi zorunluluklar ve kanunlarda yazılı haller dışında, rızası olmaksızın kişinin vücut bütünlüğüne ve diğer kişilik haklarına dokunulamaz”. Hasta Hakları Yönetmeliği madde 22 “ Kanunda gösterilen istisnalar hariç olmak üzere, kimse, rızası olmaksızın ve verdiği rızaya uygun olmayan bir şekilde tıbbi ameliyeye tabi tutulamaz”.

²⁶³ Şenocak, Sorumluluk, s.44; Şenocak, Rıza, s.68. Türk Medeni Kanunu madde 24/2 “Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır”.

²⁶⁴ Şenocak, Rıza, s.68.

bakımından önemli olan hastanın rızasıdır. Rızanın yanında, hastanın aydınlatılmış olması, tıbbi gerekliliğin (endikasyon) bulunması, müdahalenin hekim tarafından yapılması ve hekimin tıp biliminin genel kabul gören kurallarına uygun, özenli şekilde tıbbi müdahalede bulunması, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu açısından diğer şartlardır²⁶⁵.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 4. maddesinin h bendine göre rıza, "*Kişinin tıbbi müdahaleyi serbest iradesiyle ve bilgilendirilmiş olarak kabul etmesini*" ifade eder.

Tıbbi müdahaleye rıza bakımından Anayasanın 17. maddesinde²⁶⁶, Türk Medeni Kanunu'nun 23 ve 24. maddesinde, Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesi²⁶⁷, ile Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 5.maddesinin d bendinde, 22. ve 23. maddelerinde hükümler yer almaktadır.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24. maddesine göre "*Tıbbi müdahalelerde hastanın rızası gerekir. Hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır. Hastanın, velisinin veya vasisinin olmadığı veya hazır bulunamadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde, bu şart aranmaz.*

Kanuni temsilcinin rızasının yeterli olduğu hallerde dahi, anlatılanları anlayabilecekleri ölçüde, küçük veya kısıtlı olan hastanın dinlenmesi suretiyle mümkün olduğu kadar bilgilendirme sürecine ve tedavisi ile ilgili alınacak kararlara katılımı sağlanır.

Sağlık kurum ve kuruluşları tarafından engellilerin durumuna uygun bilgilendirme yapılmasına ve rıza alınmasına yönelik gerekli tedbirler alınır.

Kanuni temsilci tarafından rıza verilmeyen hallerde, müdahalede bulunmak tıbben gerekli ise, velayet ve vesayet altındaki hastaya tıbbi müdahalede

²⁶⁵ **Yavuz İpekyüz**, s.26; **Hakeri, Hakan**; Ceza Hukuku Genel Hükümler Temel Bilgiler, 10.Baskı, Ankara 2013 (Ceza), s.245–246.

²⁶⁶ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası madde 17 "*Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz*". Anayasanın kişinin hak ve ödevleri bölümünde yapılan bu düzenleme uyarınca hastanın rızası alınmaksızın yapılacak olan bir tıbbi müdahale hasta haklarına, dolayısıyla anayasa tarafından koruma altına alınan kişilik hakkına aykırılık oluşturacaktır.

²⁶⁷ Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunun 70. maddesi "*Tabipler; dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatını alırlar*".

bulunulabilmesi; Türk Medeni Kanununun 346 ncı²⁶⁸ ve 487 inci²⁶⁹ maddeleri uyarınca mahkeme kararına bağlıdır.

Tıbbi müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbi müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekleri göz önüne alınır.

Yeterliğin zaman zaman kaybedildiği tekrarlayıcı hastalıklarda, hastadan yeterliği olduğu dönemde onu kaybettiği dönemlere ilişkin yapılacak tıbbi müdahale için rıza vermesi istenebilir.

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 halinde, hastaya tıbbi müdahalede bulunmak rızaya bağlı değildir. Bu durumda hastaya gerekli tıbbi müdahale yapılarak durum kayıt altına alınır. Ancak bu durumda, mümkünse hastanın orada bulunan yakını veya kanuni temsilcisi; mümkün olmadığı takdirde de tıbbi müdahale sonrasında hastanın yakını veya kanuni temsilcisi bilgilendirilir. Ancak hastanın bilinci açıldıktan sonraki tıbbi müdahaleler için hastanın yeterliği ve ifade edebilme gücüne bağlı olarak rıza işlemlerine başvurulur.

Sağlık kurum ve kuruluşlarında yatarak tedavisi tamamlanan hastaya, genel sağlık durumu, ilaçları, kontrol tarihleri diyet ve sonrasında neler yapması gerektiği gibi bilgileri içeren taburcu sonrası tedavi planı sağlık meslek mensubu tarafından sözel olarak anlatılır. Daha sonra bu tedavi planının yer aldığı epikrizin bir nüshası hastaya verilir”.

1997 tarihli İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin 5. maddesine göre “Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir. Bu kişiye, önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilecektir. İlgili kişi, muvafakatini her zaman, serbestçe geri alabilir”²⁷⁰.

²⁶⁸ Türk Medeni Kanunu madde 346 “Çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hâkim, çocuğun korunması için uygun önlemleri alır”.

²⁶⁹ Türk Medeni Kanunu madde 487 “Vesayet makamı, görevden alma ve uyarıda bulunmanın yanı sıra, vesayet altındaki kişinin korunması için gerekli diğer önlemleri de almakla yükümlüdür”.

²⁷⁰ Bu sözleşme TBMM tarafından 03.12.2003 tarihinde onaylanmış ve 5013 sayılı kanun ile 09.12.2003 tarihli ve 25311 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak, aynı tarihte yürürlüğe girmiştir.

b. Rıza Açıklaması

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24. maddesinin düzenlemesi uyarınca tıbbi müdahalede hastanın açık veya örtülü rızası esastır. Hastanın aydınlatılmasından sonra, hasta tıbbi müdahale yapılmasına açık bir irade beyanıyla rıza gösterebileceği gibi, yapılan müdahalelere engel olmayarak da örtülü olarak rıza göstermiş olabilir.

Rıza bir irade açıklaması olarak kabul edildiğinden hastanın rızasını açık veya örtülü olarak açıkladığı anda tıbbi müdahale hukuka uygun hale gelir. Bu açıdan rıza açıklaması tıbbi müdahaleden önce yapılabileceği gibi tıbbi müdahale sırasında da yapılabilir. Tıbbi müdahalenin tamamlanmasından sonra yapılan rıza açıklaması tazminat sorumluluğunu ortadan kaldıran bir işlev görür. Ancak ceza hukuku bakımından sonradan yapılan rıza açıklaması hukuka aykırı tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getirmez, müdahaleyi gerçekleştiren sağlık personelinin cezai sorumluluğunu doğurur²⁷¹.

Hasta tarafından tıbbi tedaviye yönelik verilecek rıza iradesi, iradeyi sakatlayan hata (örneğin hastanın yapılacak olan tıbbi tedavinin niteliğinde yanlış olması), hile (örneğin hastaya yapılacak tıbbi tedavinin önemli olmasına rağmen önemsiz olarak gösterilmesi), tehdit gibi hallerle sakatlanmış olduğu takdirde, bu rıza geçerli değildir. Bu şekilde alınmış bir rızaya dayanarak tıbbi müdahalede bulunan hekimin sorumluluğu doğar²⁷².

Muhtemel (varsayılan) rıza, kanuni temsilcisinin rızası veya mahkemenin vereceği izin gibi bazı durumlar hastanın kendi verdiği rıza ile aynı sonucu doğurur. Hastanın tıbbi müdahale sırasında rızasını açıklayabilecek durumda bulunmaması (bilinç kaybı, şok, akıl hastalığı gibi), acil durumun varlığı, kanuni temsilcisinin yokluğu gibi hallerde hastanın bu konuda daha önce açıkladığı istekler çerçevesinde veya kişinin gerçek iradesi bakımından yapılan tahmin sonucunda veyahut hastanın daha önce tıbbi müdahaleyi reddettiğini gösteren açıklamalar olmaması halinde

Aynı şekilde Amsterdam Bildirgesi'nin 3. maddesine göre "*Hastanın bilgilendirilmiş onayı herhangi bir tıbbi girişimin ön koşuludur*".

²⁷¹ Erman, s.120; Yenerer Çakmut, s.209; Yavuz İpekyüz, s.29; Demir, Hekim, s.237; Kaya, s.53; Hakeri, Tıp, s.353–354; Hatırnaz Erol, s.149; Petek, Sağlık, s.73.

²⁷² Çakmut, s.214–215; Deryal, Sağlık, s.75; Hakeri, Tıp, s.419–420; Hatırnaz Erol, s.148; Taneri, s.189.

muhtemel (varsayılan) rıza söz konusudur. Bu gibi hallerde hekim, hastanın varsayılan rızasına dayanarak müdahalede bulunabilecektir²⁷³.

Hastanın neye rıza gösterdiğini bilebilmesi için rızadan önce hastanın bilgilendirilmiş, aydınlatılmış olması gerekir. Buna aydınlatılmış onam veya bilgilendirilmiş rıza adı verilmektedir. Aydınlatılmış onam veya bilgilendirilmiş rıza; “riskleri, yararları ve alternatifleri ile alternatiflerinde risk ve yararlarını kapsayan tedavi uygulamasının, hekim tarafından yeterli düzeyde ve uygun şekilde açıklanmasından ve hasta tarafından hiçbir tereddüde yer kalmayacak şekilde anlaşılmasından sonra, tıbbi tedavinin ya da uygulamanın hasta tarafından gönüllülükle kabulü” şeklinde tanımlanmaktadır²⁷⁴. Aydınlatma, rızanın geçerlilik şartıdır. Hekim tarafından gerekli bilgilendirme yapılmadan alınan bir rızaya dayanılarak yapılan tıbbi müdahale, hastanın kendi geleceğini tayin hakkına, kişiliğine yapılmış bir saldırıdır²⁷⁵.

Hastanın tedaviyi reddetme veya durdurulmasını isteme hakkı çerçevesinde, hasta vermiş olduğu rızayı her zaman geri alabilir. Tıbbi müdahalenin rızaya dayanması ilkesinden hareketle hasta, tıbbi müdahaleyi reddetmek veya durdurulmasını istemek hakkına sahiptir. Bu durumda rızanın geri alınmasına kadar yapılan tıbbi müdahaleler hukuka uygun olarak kabul edilirken, daha sonra yapılabilecek tıbbi müdahaleler rıza yokluğu nedeniyle hukuka aykırı sayılır. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 25. maddesine göre “*Kanunen zorunlu olan haller dışında ve doğabilecek olumsuz sonuçların sorumluluğu hastaya ait olmak üzere; hasta kendisine uygulanması planlanan veya uygulanmakta olan tedaviyi reddetmek veya durdurulmasını istemek hakkına sahiptir. Bu halde, tedavinin uygulanmamasından doğacak sonuçların hastaya veya kanuni temsilcilerine veyahut yakınlarına anlatılması ve bunu gösteren yazılı belge alınması gerekir.*

²⁷³ Şenocak, Sorumluluk, s.43; Erman, s.91, 139 vd.; Deryal, Sağlık, s.70; Kaya, s.55; Hakeri, Tıp, s.406–410; Petek, Sağlık, s.78; Taneri, s.197–198. 1997 tarihli İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin 9. maddesine göre “*Müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek durumda bir bulunmayan bir hastanın, tıbbi müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekler göz önüne alınacaktır*”.

²⁷⁴ Petek, Sağlık, s.62.

²⁷⁵ Ayan, s.72; Şenocak, Sorumluluk, s.44; Erman, s.101; Petek, Estetik, s.201; Özay, s.58–60; Deryal, Sağlık, s.76–77; Hatırnaz Erol, s.185.

Bu hakkın kullanılması, hastanın sağlık kuruluşuna tekrar müracaatında hasta aleyhine kullanılamaz”.

Hastanın tedaviyi reddetmesi veya durdurulmasını istemesine rağmen bu talebinin yerine getirilmeyerek, genel sağlığın korunması veya ceza yargılaması çerçevesindeki tıbbi müdahaleler dışında, tıbbi müdahaleye devam edilmesi hastanın vücut bütünlüğüne yönelik bir saldırı olarak kabul edilir, ilgili sağlık personelinin cezalandırılmasına sebebiyet verebilir²⁷⁶.

Ayırt etme gücünden yoksun bulunan hastanın tedaviyi reddetmesi veya durdurulmasını istemesine rağmen, hastanın hayatının veya hayati organlardan birisinin tehdit altına gireceği hallerde, hekimin tedaviye devam etmesi kanımızca hasta haklarına aykırılık oluşturmamaktadır. Çünkü burada artık korunmak istenen menfaat hem hastanın hakkından daha üstün, hem de tıbbi müdahaleyi yerine getirmek hekim için mesleki bir yükümlülüktür. Ayırt etme gücünden yoksun olanlar hukuk düzenince geçerli kabul edilen bir iradeye sahip değildirler. Ancak ayırt etme gücüne sahip olan bir hastanın, tedaviyi reddetmesi veya durdurulmasını istemesi halinde, hekim onun tedaviyi red hakkına saygı göstermelidir.

c. Rızanın Şekli

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 28. maddesinde hastanın tıbbi müdahaleye rızasının şekli ve geçerliliği düzenlenmiştir. Buna göre “*Mevzuatın öngördüğü istisnalar²⁷⁷ dışında, rıza herhangi bir şekle bağlı değildir*”. Dolayısıyla rıza açıklaması yazılı, sözlü veya işaretle gerçekleştirilebilir. Rızanın şekli geçerlilik değil, ispat açısından önemlidir. Hastaya yapılan tıbbi müdahale bakımından çıkacak

²⁷⁶ Petek, Sağlık, s.41.

²⁷⁷ Mevzuatımızda istisnai olarak bazı durumlarda hastaya yönelik tıbbi müdahaleler bakımından yazılı izin alınması gerektiği düzenlenmiştir. Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanununun 70. maddesi uyarınca “*Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatını alırlar. Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır*”. Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkındaki Kanununun 6. maddesi uyarınca “*Onsekiz yaşını doldurmuş ve mümeyyiz olan bir kişiden organ ve doku alınabilmesi için vericinin en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli ve tesirden uzak olarak önceden verilmiş yazılı ve imzalı veya en az iki tanık önünde sözlü olarak beyan edip imzaladığı tutanağın bir hekim tarafından onaylanması zorunludur*”. Türk Medeni Kanunu madde 23/3 uyarınca “*Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür*”. Ayrıca Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 34/2. maddesine göre “*Tıbbi araştırmalarda rıza yazılı şekil şartına tabidir*”.

uyuşmazlıklarda rızanın varlığını ispat etmek için, rızanın yazılı şekilde alınması gerekir. Hastanın sadece tıbbi müdahaleye rıza göstermesi değil, tıbbi müdahaleye rıza göstermediği durumlar dahi belgelendirilmesi açısından, yazıya dökülüp kayıt altına alınmalı, hasta böyle bir belgeyi imzalamaktan kaçındığı takdirde bu durum da tutanağa bağlanmalıdır.

Sağlık ile ilgili mevzuatta öngörülen durumlar ve uyuşmazlık doğması muhtemel bazı tıbbi müdahaleler için, hastanın tıbbi müdahaleye rızasını gösteren bir rıza formu alınması gerekmektedir. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 26.maddesine göre *“Mevzuatta öngörülen durumlar ile uyuşmazlığa mahal vermesi tıbben muhtemel görülen tıbbi 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 kanuni temsilcisine imzalatılır. Rıza formu iki nüsha olarak imza altına alınır ve bir nüshası hastanın dosyasına konulur, diğeri ise hastaya veya kanuni temsilcisine verilir. Acil durumlarda tıbbi müdahalenin hasta tarafından kabul edilmemesi durumunda, bu beyan imzalı olarak alınır, imzadan imtina etmesi halinde durum tutanak altına alınır. Rıza formu bilgilendirmeyi yapan ve tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık meslek mensubu tarafından imzalanır. Verilen bilgilerin doğruluğundan ilgili sağlık meslek mensubu sorumludur. Rıza formları arşiv mevzuatına uygun olarak muhafaza edilir”*.

d. Rızanın Kapsamı

Hastanın rızasının geçerli, bu rızaya dayalı tıbbi müdahalenin hukuka uygun olarak kabul edilmesi için rızanın ahlak ve adaba, kamu düzenine, hukuka uygun olması gerekir. Kişinin yaşamını ve bedensel bütünlüğünü ortadan kaldıracak veya bozacak şekilde tıbbi müdahaleye verilen rızanın hukuk düzeni ve genel ahlaka aykırı olmasından dolayı geçerliliği yoktur²⁷⁸. Bu husus Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 28. maddesinin 2. fıkrasında *“Hukuka ve ahlaka aykırı olarak alınan rıza hükümsüzdür ve bu şekilde alınan rızaya dayanılarak müdahalede*

²⁷⁸ Aşcıoğlu, s.42; Ayan, s.12; Şenocak, Sorumluluk, s.41; Erman, s.125; Yenerer Çakmut, s.218; Öztürkler, s.70-71; Kaya, s.53; Hatırnaz Erol, s.144.

bulunulamaz” şeklinde düzenlenmiştir. Hukuka ve ahlaka aykırı olarak verilecek olan rıza, hukuka aykırılığı ortadan kaldırmayacak, sadece hükmedilecek tazminatın Türk Borçlar Kanunu’nun 52. maddesi uyarınca indirilmesi veya kaldırılması sonucunu doğuracaktır.

Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 13. maddesine göre ötenazi yasaktır. Bu düzenlemeye aykırı olarak verilen rızanın geçerliliği yoktur. Yine 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun’un 3. maddesi uyarınca *“Bir bedel veya başkaca çıkar karşılığı, organ ve doku alınması ve satılması yasaktır”*. Bu hükme aykırı olarak bedel karşılığında organ ve doku alınması bakımından verilen rızanın geçerliliği bulunmamaktadır.

Rıza serbestçe, hekimin hastaya bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmesinden sonra tıbbi müdahaleden önce veya en geç tıbbi müdahale sırasında verilir.

Verilen rızanın somut bir tıbbi müdahaleye yönelik olarak verilmesi gerekir. Hastanın kendisi ile ilgili genel ve soyut nitelikte, tüm tıbbi müdahaleleri içerecek şekilde verdiği rıza geçerli değildir. Tıbbi müdahaleye yönelik olarak verilen rıza o tıbbi müdahalenin kapsamındaki, tıbbi müdahalenin uygulanması açısından gerekli olan işlemleri de kapsar²⁷⁹. Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 31. maddesine göre *“Hastanın verdiği rıza, tıbbi müdahalenin gerektirdiği sürecin devamı olan ve zorunlu sayılabilecek rutin işlemleri de kapsar”*.

e. Rıza Açıklamasını Yapma Yetkisi

Rıza açıklaması ayırt etme gücüne sahip olan hastalar bakımından bizzat yapılacaktır. Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 24. maddesine göre de *“Tıbbi müdahalelerde hastanın rızası gerekir”*. Hastanın rıza açıklamasını yapabilmesi için yeterliliğe sahip olması gerekir. Medeni hukukta yer alan ayırt etme gücü Hasta Hakları Yönetmeliğinde yeterlilik olarak ifade edilmektedir. Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 4. maddesinin f bendinde yeterlilik, *“Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle*

²⁷⁹ Ayan, s.12; Yenerer Çakmut, s.221; Deryal, Sağlık, s. 74; Akyıldız/Özkan, s.59; Hatırnaz Erol, s.144–145.

akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan onay verenin önerilen tıbbi müdahalede karşılaşılabileceği ya da reddettiğinde doğabilecek sonuçları makul bir şekilde anlama ve değerlendirme yeteneğine sahip olma halini” ifade etmektedir.

Hasta olan kişinin ayırt etme gücüne sahip olduğu durumlarda rızayı kendisi verecektir. Ancak ayırt etme gücüne sahip olmayan hastalar bakımından, rızayı onun kanuni temsilcisi olan veli veya vasisi verebilir. 18 yaşını tamamlamamış veya evlenme ya da yargısal erginlik yoluyla ergin olmayanların, küçük olduğu kabul edilmektedir. Ancak 18 yaşını tamamlamamış veya evlenme ya da yargısal erginlik yoluyla ergin olmayıp, küçük olarak kabul edilen kişilerin de ayırt etme gücüne sahip olmaları mümkündür. Türk Medeni Kanunu’nun 16/1 maddesine göre “*Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler. Karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir*”. Bu düzenleme uyarınca küçük veya kısıtlı olan kişiler ayırt etme gücüne sahip oldukları takdirde, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar bakımından karar verme yetkisine sahiptirler²⁸⁰.

Ayırt etme gücüne sahip küçükler bakımından tıbbi müdahaleye rıza göstermeyi anne ve babanın rızasına ve onayına tabi kılmak, Türk Medeni Kanunu’nun düzenlemesine ve hastanın izin ve onay olmaksızın tıbbi işleme tabi tutulmama hakkına aykırılık teşkil edecektir²⁸¹. Bu itibarla Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 24. maddesinde belirtilen “*Hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır*” cümlesindeki “küçük” ve yönetmeliğin 4/f maddesindeki “yaş küçüklüğü” ibarelerinin, ayırt etme gücüne sahip olmayan küçük olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

²⁸⁰ **Şenocak**, Sorumluluk, s.38–39; **Şenocak**, Rıza, s.69–75,80; **Zevkliler/ Ertaş / Havutçu / Gürpınar**, s.95; **Öztürkler**, s.70; **Deryal**, Sağlık, s.67. **Erman**’a (s.84) göre, rıza ehliyetinin sınırını belirleyen ölçüt, belli sınırlardan çok, küçüğün, yapılması düşünülen tıbbi müdahaleyi, kişisel ve toplumsal sonuçlarıyla, tam olarak kavrayıp özgür seçimini yapacak olgunluğa erişmiş olması ölçütüdür. Serozan’a göre; küçüğün kişi varlığıyla daha da yakından ilgili işlerde ve işlemlerde, özellikle kişilik değerleriyle ilgili tasarruflarda örneğin cerrahi müdahalelerde onun görüşünü almakla yetinmeyip, doğrudan doğruya onun olurluğunu da sağlamak yerinde olur (**Serozan, Rona**; Çocuk Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2005, s.69).

²⁸¹ **Ayan**, s.11; **Kaya**, s.54; **Hakeri**, Tıp, s.358–360; **Hatırnaz Erol**; s.141; **Petek**, Sağlık, s.37. Aynı yönde ve karşı görüşler için bkz. **Şenocak**, Rıza, s.74–76. **Yenerer Çakmut** (s.205–206), anlama ve isteme yeterliliğine sahip olan küçüğün tıbbi müdahaleye maruz kalabilmesi için velisinin rızasının öncelikle alınması gerektiği görüşündedir.

Hastanın ayırt etme gücüne sahip olmadığı veya tıbbi müdahaleye rızanın aranıp, bilincinin kapalı olduğu hallerde varsayılan rıza çerçevesinde tıbbi müdahalede bulunulabilir.

Yönetmelik, tıbbi müdahalelerden ayırık olarak 18 yaşından küçük ve ayırt etme gücüne sahip olmayanlardan organ ve doku alınamayacağını düzenlemiştir. Yönetmeliğin 29. maddesine göre “18 yaşından küçük ve mümeyyiz olmayanlardan organ ve doku alınmaz. Bu şartları tamam olanlardan teşhis, tedavi ve bilimsel amaçlar ile organ veya doku alınması, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun’un 6 ncı maddesinde²⁸² öngörülen yazılı şekil şartına tabidir. Ölüden organ ve doku alınma şartı ve cesetlerin bilimsel araştırma için muhafazası hususunda 2238 sayılı Kanun’un 14 üncü maddesi²⁸³ hükümleri saklıdır”.

Yönetmelik aile planlaması ve gebeliğin sona erdirilmesi bakımından normal rızadan farklı hükümlere yer vermiştir. Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 30. maddesine göre “İlgilinin rızası mevcut olsun veya olmasın, Bakanlık tarafından tespit edilmiş olanlar dışındaki ilaç ve araçlar aile planlaması hizmetlerinde kullanılamaz.

Gebeliğin sona erdirilmesi, 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun ile öngörülen şartlara tabidir.

Sterilizasyon²⁸⁴ ve gebeliğin sona erdirilmesi hallerinde, hastanın rızası ile evli ise eşinin de rızası gereklidir”.

2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanunu’nun 6. maddesi hükümlerine göre gebeliğin sona erdirilmesi; gebe kadının iznine, küçüklerde küçüğün rızası ile

²⁸² Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkındaki Kanunun 6. maddesi uyarınca “Onsekiz yaşını doldurmuş ve mümeyyiz olan bir kişiden organ ve doku alınabilmesi için vericinin en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli ve tesirden uzak olarak önceden verilmiş yazılı ve imzalı veya en az iki tanık önünde sözlü olarak beyan edip imzaladığı tutanağın bir hekim tarafından onaylanması zorunludur”.

²⁸³ Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkındaki Kanunun 14. maddesi uyarınca “Bir kimse sağlığında vücudunun tamamını veya organ ve dokularını, tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlar için bıraktığını resmi veya yazılı bir vasiyetle belirtmemiş veya bu konudaki isteğini iki tanık huzurunda açıklamamış ise sırasıyla ölümlü anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisinin; bunlar yoksa yanında bulunan herhangi bir yakınının muvafakatiyle ölüden organ veya doku alınabilir. Ölü, sağlığında kendisinden ölümünden sonra organ veya doku alınmasına karşı olduğunu belirtmişse organ ve doku alınmaz”.

²⁸⁴ “Sterilizasyon, üreme yeteneğinin ortadan kaldırılması amacıyla yapılan tıbbi müdahale olup, kişinin cinsel ilişkide bulunabilme yeteneğine ve cinsel dürtülerine zarar vermeksizin erkeklerde sperm, kadınlarda yumurta kanallarının kapatılarak üreme yeteneğine tıbben son verilmesi işlemidir” (Ayan, s.25; Yavuz İpekyüz, s.36).

velinin iznine, vesayet altında bulunup da reşit veya mümeyyiz olmayan kişilerde reşit olmayan kişinin ve vasinin rızası ile birlikte sulh hâkiminin izin vermesine bağlıdır. Ancak akıl maluliyeti nedeni ile şuur serbestisine sahip olmayan gebe kadın hakkında rahim tahliyesi için kendi rızası aranmaz. Hamile olan kadının evli olması halinde, sterilizasyon veya rahim tahliyesi için eşin de rızası gerekir.

Türk Ceza Kanunu'nun 101. maddesi uyarınca da erkek veya kadının rızası alınmadan kısırlaştırma yapılması yasaktır. Rıza olsa bile kısırlaştırma fiilinin yetkili bir kişi tarafından yapılması gerekir.

Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanununun 70. maddesi uyarınca “*Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatini alırlar*”. Bu madde hükmü, tıbbi müdahaleye rıza göstermenin kişinin kendi geleceğini tayin hakkı çerçevesinde kişinin kendi vücut ve sağlığı bakımından kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılması olduğu, bu yüzden küçük ve kısıtlılar bakımından veli veya vasinin iznine tabi olamayacağı belirtilerek doktrinde eleştirilmektedir. Türk Medeni Kanunu'nda belirtilen kısıtlama sebeplerine bağlı olarak verilen kısıtlama kararının, esas itibarıyla kısıtlanan kişinin malvarlığı değerlerini korumak amacıyla getirildiği, bu sebeple şahsa sıkı sıkıya bağlı hak olan tıbbi müdahaleye izin verilmesinde vasinin izin vermesini aramanın hakların kullanım alanını daraltacağı, madde hükmünün akıl hastalığı, akıl zayıflığı ve küçüklük sebepleriyle kısıtlanan kişilerin ayırt etme gücünün bulunmaması durumunda uygulanması gerektiği savunulmaktadır²⁸⁵.

f. Rızanın Aranmayacağı Haller

Tıbbi müdahaleye hastanın rızasının kapsamı ve hastanın rızasının aranmayacağı haller Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 31. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre “*Rıza alınırken hastanın veya kanuni temsilcisinin tıbbi müdahalenin konusu ve sonuçları hakkında bilgilendirilip aydınlatılması esastır.*”

²⁸⁵ Şenocak, Sorumluluk, s.39; Erman, s.92; Özdemir, s.118; Deryal, Sağlık, s. 32–33; Petek, Sağlık, s.75.

Hastanın verdiği rıza, tıbbi müdahalenin gerektirdiği sürecin devamı olan ve zorunlu sayılabilecek rutin işlemleri de kapsar.

Tıbbi müdahale, hasta tarafından verilen rızanın sınırları içerisinde olması gerekir.

Hastaya tıbbi müdahalede bulunulurken yapılan işlemin genişletilmesi gerektiği doğduğunda müdahale genişletilmediği takdirde hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açabilecek tıbbi zaruret hâlinde rıza aranmaksızın tıbbi müdahale genişletilebilir”.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 22/2-3 maddelerinde rıza aranmaksızın mahkeme kararı veya cumhuriyet savcısının talebi üzerine tıbbi müdahalenin yapılabileceği haller düzenlenmiştir. Buna göre “*Bir suç işlediği veya buna iştirak ettiği şüphesi altında bulunan kişinin işlediği suçun muhtemel delillerinin, kendisinin veya mağdurun vücudunda olduğu düşünülen hallerde; bu delillerin ortaya çıkarılması için sanığın veya mağdurun tıbbi ameliyeye tabi tutulması, hakimin kararına bağlıdır. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde bu ameliye, cumhuriyet savcısının talebi üzerine yapılabilir”.*

Rızanın aranmayacağı bazı durumlar Yönetmeliğin 24. maddesinde de belirtilmiştir. Bu hallerde, genellikle muhtemel (varsayılan) rıza çerçevesinde hastaya tıbbi müdahaleler yapılır. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24. maddesinin 1.fikrasına göre “*Tıbbi müdahalelerde hastanın rızası gerekir. Hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır. Hastanın, velisinin veya vasisinin olmadığı veya hazır bulunamadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde, bu şart aranmaz”.*

Yönetmeliğin 24. maddesinin 4. fıkrası hükmüne göre “*Kanuni temsilci tarafından rıza verilmeyen hallerde, müdahalede bulunmak tıbben gerekli ise, velayet ve vesayet altındaki hastaya tıbbi müdahalede bulunulabilmesi; Türk Medeni Kanununun 346 ncı ve 487 inci maddeleri uyarınca mahkeme kararına bağlıdır”²⁸⁶.*

Yine 24. maddenin 7. fıkrası hükmüne göre “*Hastanın rızasının alınmadığı hayati tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin kapalı olduğu acil durumlar ile hastanın*

²⁸⁶ Madde metninden de anlaşılacağı üzere küçük veya kısıtlının kanuni temsilcisi, tıbbi müdahaleye rıza vermediği takdirde hastaya tıbbi müdahale yapılması yaşamı ve vücut bütünlüğü açısından gereklilik ise; hâkimin karar vermesinin zaman alacağı, somut durumlara göre müdahalenin acil ve zorunlu olduğu durumlarda mahkeme kararı beklenmeksizin tıbbi müdahale yapılabilir.

bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumun varlığı halinde, hastaya tıbbi müdahalede bulunmak rızaya bağlı değildir. Bu durumda hastaya gerekli tıbbi müdahale yapılarak durum kayıt altına alınır. Ancak bu durumda, mümkünse hastanın orada bulunan yakını veya kanuni temsilcisi; mümkün olmadığı takdirde de tıbbi müdahale sonrasında hastanın yakını veya kanuni temsilcisi bilgilendirilir. Ancak hastanın bilinci açıldıktan sonraki tıbbi müdahaleler için hastanın yeterliği ve ifade edebilme gücüne bağlı olarak rıza işlemlerine başvurulur”.

Hekim ile hasta arasında sözleşme ilişkisinin bulunmadığı yukarıdaki bahsedilen bazı durumlarda vekâletsiz iş görmeye ilişkin hükümler uygulama alanı kazanabilir. Hastanın bilincinin yerinde olmadığı, acil tıbbi müdahaleye ihtiyaç duyulan hallerde (trafik kazası sırasında olay yerinden geçen hekimin müdahalesi gibi), kanuni temsilcisinin bulunamaması nedeniyle rızasının alınmadığı veya kanuni temsilcinin rızadan kaçındığı durumlarda, sınırlı ehliyetsiz veya tam ehliyetsiz kişiye yapılan tedavilerde, ameliyatın genişletilmesi zorunluluğunun doğduğu hallerde hekim ile hasta arasında sözleşme benzeri ilişki kurulmuş olur. Bu durumlarda vekâletsiz iş görmeye ilişkin hükümler uygulama alanı bulur²⁸⁷.

1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 72. maddesi uyarınca kanunda belirtilen salgın hastalıklar sebebiyle kişiler uygun görülen yerlerde korunma, müşahede, serum ve aşılama gibi tıbbi müdahalelere rızaları olmasa dahi tabi tutulabilirler.

Akıl hastalarının, alkol ve uyuşturucu madde bağımlılarının, açlık grevi ve ölüm orucu eylemlerinde bulunanların tedavisi ve delil elde edilmesi amacıyla 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu²⁸⁸, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu²⁸⁹, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun²⁹⁰ hükümlerine göre ilgilinin rızası alınmaksızın tıbbi müdahale yapılabilir.

²⁸⁷ Ayan, s.60–61; Şenocak, Sorumluluk, s.103–105; Erman, s.143; Sarıtaş, s.46; Yavuz İpekyüz, s.128; Öztürkler, s.191–192; Özpinar, s.99; Kurt, s.72; Deryal, Sağlık, s.70; Günday, s.10–14; Tekben, s.883,885; Hakeri, Tıp, s.521; Petek, Sağlık, s.98.

²⁸⁸ RG.: 14.07.1934, S:2751.

²⁸⁹ RG.: 17.02.2004, S:25673.

²⁹⁰ RG.: 29.12.2004, S:25685.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 284. maddesi uyarınca taraflar ve üçüncü kişiler, soy bağının belirlenmesinde zorunlu olan ve sağlıkları yönünden tehlike yaratmayan araştırma ve incelemelere rıza göstermekle yükümlüdürler. Hâkimin öngördüğü araştırma ve incelemeye rıza gösterilmezse, hâkim, durum ve koşullara göre bundan beklenen sonucu, onun aleyhine doğmuş sayabilir.

Yine 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun²⁹¹ 292. maddesi uyarınca uyuşmazlığın çözümü bakımından zorunlu ve bilimsel verilere uygun olmak, ayrıca sağlık yönünden bir tehlike oluşturmamak şartıyla, herkes, soy bağının tespiti amacıyla vücudundan kan veya doku alınmasına katlanmak zorundadır. Haklı bir sebep olmaksızın bu zorunluluğa uyulmaması halinde, hâkim incelemenin zor kullanılarak yapılmasına karar verir.

Rıza alınırken hasta tıbbi müdahalenin konusu ve sonuçları hakkında aydınlatılacaktır. Aydınlatma yükümlülüğünün ihlali, verilen rızanın geçerliliğini de etkilemektedir. Dolayısıyla tıbbi müdahale bakımından verilecek rızanın hukuken aranan vasıflarda olmaması; hem hasta haklarına aykırılık, hem yapılan tıbbi müdahalenin haksız fiil niteliğinde olması, hem de sözleşmeden kaynaklanan borcun kötü ifa edilmesi olarak karşımıza çıkar. Bu sonuç hastaya verilen zararlardan dolayı hekimin veya özel hastane işleticisinin hukuki sorumluluğunu doğuracaktır. Bu durumda hasta, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'dan kaynaklanan seçimlik haklarını kullanabileceği gibi, tazminat talebinde de bulunabilir.

16. Alışılmış Olmayan Tedavi Usullerinin Uygulanmasında Bilgilendirme ve Rızasının Alınması Hakkı

Daha önce denenmemiş veya alışılmış olmayan tedavi usullerinin uygulanmasının şartları, hastanın normal bir tıbbi müdahaleye rızasından ve tıbbi araştırmalardaki rızasından daha farklıdır. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 27. maddesine göre "*Klinik veya laboratuvar muayeneleri sonucunda bilinen klasik tedavi metotlarının hastaya fayda vermeyeceğinin sabit olması ve daha evvel deney hayvanları üzerinde kâfi derecede tecrübe edilmek suretiyle faydalı tesirlerinin anlaşılması ve hastanın rızasının bulunması şartları birlikte mevcut olduğunda,*

²⁹¹ RG.: 04.02.2011, S:27836.

bilinen klasik tedavi metotları yerine başka bir tedavi usulü uygulanabilir. Ayrıca, bilinen klasik tedavi metodu dışındaki bir metodun uygulanabilmesi için, hastaya faydalı olacağı ve bu tedavinin bilinen klasik tedavi usullerinden daha elverişsiz sonuç vermeyeceğinin muhtemel olması da şarttır.

Evvence tecrübe edilmemiş bir tıbbi tedavi ve müdahale usulü, ancak zarar vermeyeceğinin ve hastayı kurtaracağı mutlak olarak öngörülmesi halinde yapılabilir”²⁹².

Alışılmış olmayan tedavi usullerinin hasta üzerinde uygulanabilmesi için; klinik veya laboratuvar muayeneleri sonucunda bilinen klasik tedavi metotlarının hastaya fayda vermeyeceğinin sabit olması, alışılmış olmayan tedavi metotlarının daha önce deney hayvanları üzerinde yeterli derecede denenerek faydalı etkilerinin anlaşılması ve hastanın rızasının bulunması şartlarının bir arada olması gerekir. Denenmemiş bir tedavi usulünün hasta üzerinde uygulanabilmesi ise, bunun hastaya zarar vermeyeceğinin ve onu kurtaracağı mutlak derecede öngörüldüğü hallerde mümkündür.

Alışılmış olmayan tedavi usullerinin uygulanması bakımından hastanın bilgilendirilmesi ve rızasının alınması asıl olduğundan, hasta bu hakkının ihlali durumunda Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da düzenlenen seçimlik haklarını kullanabilir. Hasta alışılmış olmayan tedavi usulleri olmaksızın tedavi hizmetinin yeniden görülmesini isteyebileceği gibi, bu usullerin uygulanmasından doğan ayıp oranında bedelin indirilmesini de isteyebilir. Ayrıca hasta tedavi faaliyetinin devamı sırasında, ihlalin önemli nitelikte olması durumunda, sözleşmeden dönme hakkını kullanabileceği gibi tazminat talebinde de bulunabilir.

²⁹² Aynı yönde, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi madde 11 “*Tecrübe maksadı ile insanlar üzerinde hiç bir cerrahi müdahale yapılamayacağı gibi aynı maksatla, kimyevi, fiziki veya biyolojik şekilde herhangi bir tedavi de tatbik edilemez. Klasik metotların bir hastaya fayda vermeyeceği klinik veya laboratuvar muayeneleri neticesinde sabit olduğu takdirde, daha önce, mutata tecrübe hayvanları üzerinde kâfi derecede denenmek suretiyle faydalı tesirleri anlaşılması olan bir tedavi usulünün tatbiki caizdir. Şu kadar ki, bu tedavinin tatbik edilebilmesi için hastaya faydalı olacağı ve muvaffakiyet elde edilmemesi halinde ise mutata tedavi usullerinden daha elverişsiz bir netice alınmayacağı muhtemel bulunması şarttır. Evvelce tecrübe edilmiş olmamakla beraber, zarar vermesine ihtimal bulunmayan ve hastayı kurtarması kati görülen bir müdahale yapılabilir”.*

17. Tıbbi Araştırmalarda Hasta Hakları

Tıbbi araştırmalarda hastanın rızası alınmak zorundadır. 1982 Anayasası'nın 17. maddesinin 2. fıkrasına göre “*Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz*”. Sağlık hizmetlerinin sunulmasındaki ilkeleri düzenleyen Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 5. maddesinin e bendi uyarınca “*Kişi, rızası ve Bakanlığın izni olmaksızın tıbbi araştırmalara tabi tutulamaz*”²⁹³.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 32. maddesine göre “*Hiç kimse; Bakanlığın izni ve kendi rızası bulunmaksızın, tecrübe, araştırma veya eğitim amaçlı hiçbir tıbbi müdahale konusu yapılamaz.*”

Tıbbi araştırmalardan beklenen tıbbi fayda ve toplum menfaati, üzerinde araştırma yapılmasına rıza gösteren gönüllünün hayatından ve vücut bütünlüğünün korunmasından üstün tutulamaz.

Tıbbi araştırmalar, sadece, mevzuata göre araştırmada bulunmaya yetkili ve yeterli tıbbi bilgi ve tecrübeyi haiz olan personel tarafından, mevzuat ile belirlenmiş bulunan yerlerde yürütülür.

Gönüllünün tıbbi araştırmaya rıza göstermiş olması, bu araştırmada görev alan personelin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz”.

Maddenin düzenlemesi uyarınca tıbbi araştırmalar bakımından kişinin rızası yanında, bakanlığın da izninin bulunması gerekir²⁹⁴. Tıbbi araştırmalardan beklenen

²⁹³ 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu madde 90/4 “*Hasta olan insan üzerinde rıza olmaksızın tedavi amaçlı denemede bulunan kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ancak, bilinen tıbbi müdahale yöntemlerinin uygulanmasının sonuç vermeyeceğinin anlaşılması üzerine, kişi üzerinde yapılan rızaya dayalı bilimsel yöntemlere uygun tedavi amaçlı deneme, ceza sorumluluğunu gerektirmez. Açıklanan rızanın, denemenin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak yazılı olması ve tedavinin uzman hekim tarafından bir hastane ortamında yapılması gerekir*”.

²⁹⁴ “*..hasta üzerinde bu denemeyi yapabilmek için heyet raporu alınması, araştırma protokolü düzenlenmesi, Sağlık Bakanlığından izin alınması ve uygulama için hasta ve yakınlarına harcama yaptırılmaması gerektiği açıktır.'e yapılan aşı uygulamasında şüpheliler tarafından heyet raporu alınmadığı, onkoloji konseyine ve etik kurullara başvurulmadığı, araştırma protokolü düzenlenerek Bakanlıktan izin alınmadığı, uygulanan aşı konusundaki bilimsel çalışmaların bilinmediği, şüphelilerin birçok hasta için aşı ürettikleri dikkate alındığında, ruhsatı bulunmayan bu aşıyla ilgili deneme çalışmalarından yetkili kurul ve makamların haberdar edilmediği, uygulamaların amacı tedavi amaçlı deneme dahi olsa söz konusu uygulamaların ilaçla ilgili araştırmalar kapsamında, yetkili kurul ve makamların denetimi dışında gerçekleştirildiği, bu nedenlerle şüphelilerin üstlerine atılı suçu işlediklerini doğrulayacak ve haklarında kamu davasının açılmasını gerektirecek yeterli kanıtın dosyada mevcut olduğu anlaşıldığından,*”

Fayda ne kadar yüksek olursa olsun, araştırma yapılmasına rıza gösteren kişinin hayatı ve vücut bütünlüğü, korunması gereken daha üstün bir yarardır. Bakanlığın izninin ve hastanın rızasının bulunmamasına rağmen hasta üzerinde tıbbi araştırmalar yapıldığı takdirde, hasta bundan zarar görmüşse, hastaya sunulan hizmet ayıplı kabul edilecektir. Hasta seçimlik haklarını kullanabileceği gibi, tazminat isteğinde de bulunabilecektir.

Tıbbi araştırmaya izin veren gönüllünün korunmasını ve bilgilendirilmesini düzenleyen Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 33. maddesine göre *“Araştırmalarda, gönüllünün sağlığına ve diğer kişilik haklarına zarar verilmemesi için gereken bütün tedbirler alınır. Araştırmanın gönüllüye vereceği muhtemel zararlar önceden tespit edilemediği takdirde; gönüllü, rızası bulursa dahi, araştırma konusu yapılamaz.*

Gönüllü; araştırmanın maksadı, usulü, muhtemel faydaları ve zararları ve araştırmaya iştirak etmekten vazgeçebileceği ve araştırmanın her safhasında başlangıçta verdiği rızayı geri alabileceği hususlarında, önceden yeterince bilgilendirilir”.

Tıbbi araştırmalarda rızanın hangi şekle tabi olduğu Yönetmeliğin 34. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre *“Tıbbi araştırma hakkında yeterince bilgilendirilmiş olan gönüllünün rızasının maddi veya manevi hiçbir baskı altında olmaksızın, tamamen serbest iradesine dayanılarak alınmasına azami ihtimam gösterilir. Tıbbi araştırmalarda rıza yazılı şekil şartına tabidir”.* Görüldüğü gibi, tıbbi müdahale bakımından mevzuatta düzenlenen istisnalar dışında hiçbir şekil şartı öngörülmemişken, tıbbi araştırmalarda yazılı şekil şartının yerine getirilmesi gerekmektedir.

Küçükler ve ayırt etme gücü bulunmayanlara, kendilerine faydası olmadığı takdirde tıbbi araştırmalar uygulanması yasaktır. Yönetmeliğin 35. maddesine göre *“Reşit ve mümeyyiz olmayanlara, kendilerine faydası olmadan, sırf tıbbi araştırma amacı güden tıbbi müdahaleler hiçbir surette tatbik edilemez. Faydaları bulunması şartı ile reşit ve mümeyyiz olmayanlar üzerinde tıbbi araştırma yapılması, velilerinin veya vasilerinin rızasına bağlıdır”.* Kanuni temsilci tarafından izin verilmeyen

Üniversitesi Rektörlüğünce oluşturulan Yetkili Kurulun 22.5.2008 günlü ve 2008/9 sayılı men-i muhakeme kararının bozulmasına, şüphelilerin lüzum-u muhakemelerine, eylemlerine uyan Türk Ceza Kanununun 257 nci maddesi gereğince yargılanmalarına,.” D.1.D.,30.10.2008, 789/1091 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

hallerde Yönetmeliğin 24. maddesinde yapılan atıf doğrultusunda Türk Medeni Kanunu çerçevesinde mahkeme kararı ile tıbbi müdahalede bulunulabilir.

Tıbbi araştırmalarda ilaçların kullanımı bakımından Yönetmeliğin 36. maddesinde özel bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre “*Özel mevzuatına göre izin veya ruhsat alınmış olsa dahi, sırf tıbbi araştırma amacı ile hasta üzerinde kendi rızası ve Bakanlığın izni bulunmaksızın hiçbir ilaç ve terkip kullanılamaz*”.

18. Güvenliğin Sağlanması İsteme Hakkı

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 37. maddesine göre “*Herkesin, sağlık kurum ve kuruluşlarında güvenlik içinde olmayı bekleme ve bunu istemek hakları vardır.*

Bütün sağlık kurum ve kuruluşları, hastaların ve ziyaretçi ve refakatçi gibi yakınlarının can ve mal güvenliklerinin korunması ve sağlanması için gerekli tedbirleri almak zorundadırlar”.

Sağlık kurum ve kuruluşlarında hastaların can ve mal güvenliklerinin sağlanması amacıyla gerekli tedbirlerin alınmaması sonucunda, oluşabilecek can kaybı, vücut bütünlüğüne ve malvarlığına yönelik zararlar bakımından ilgili sağlık kurum ve kuruluşu sorumlu olacaktır. Hastaların can ve mal güvenliklerinin sağlanmaması nedeniyle hakları ihlal edilmiş olacaktır. Tüketici olan hasta güvenlikle ilgili tedbirlerin alınmaması nedeniyle zarar gördüğü takdirde, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun uyarınca ayıp oranında bedelden indirim, sözleşmeden dönme (hizmetin devam ettiği durumlar bakımından) ile tazminata yönelik haklarını kullanabilecektir. Bu şekilde güvenlikle ilgili tedbirleri almayan ilgili kişiler hakkında da tabi oldukları usullere göre şikayet hakkı da kullanılacaktır²⁹⁵.

²⁹⁵ “Psikiyatri Ana Bilim Dalı Başkanlığınca, değişik zamanlarda hasta odalarının tadilatının yapılması için Sağlık Uygulama ve Araştırma Merkezi Müdürlüğüne müracaat edilmiş, en son 29.1.2007 tarihli talep yazısı ile pencerelerin dış yüzeylerinin insan çıkışlarını engelleyecek şekilde demir çubuklarla kaynatılması istenmiştir. Ancak 2007 yılından sonra geçen uzun süre içinde hem başhekimlik tarafından bu eksiklikler giderilmemiş hem de psikiyatri kliniği sorumlusu ...'ün bu tehlikeli durumu bilmesine rağmen etkin bir önlem alınmasına yönelik yeni bir talepte bulunmadığı anlaşılmıştır.

Bu durumda 1.8.2008 tarih ve 23420 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Hasta Hakları Yönetmeliğinin 37 nci maddesi gereğince hastaların can ve mal güvenliklerinin sağlanması için gerekli tedbirlerin alınması zorunlu olduğu; yönetmelikle öngörülen güvenlik önlemlerinin alınmaması nedeniyle ölüm olayının meydana geldiği, mevcut delillerin, şüpheliler ... ve ...'in atılı suçu işledikleri ve haklarında kamu davası açılması gerektiği hususunda yeterli şüphe oluşturduğu anlaşıldığından, Uludağ Üniversitesi Rektörlüğüne oluşturulan Yetkili Kurulun

19. Dini Vecibeleri Yerine Getirebilme ve Din Hizmetlerinden Yararlanma Hakkı

Anayasanın 24. maddesinde güvence altına alınan kişilerin dini inanç özgürlüğü çerçevesinde, hasta hakları yönetmeliğinde de hastalar bakımından dini vecibelerini yerine getirebilme hakları düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin sonucu olarak hasta olan kişiler, dini inançlarının gereğine göre ibadet etme, talepleri halinde din görevlisinin yardımından faydalanma haklarına sahiptirler. İnancı olmayan ve bunu bir takım nedenlerle ifade edemeyen hastalar da inançlıymış gibi kendilerine dini yardım desteğinde bulunulmasını istememe hakkına sahiptir²⁹⁶.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 38. maddesine göre “Sağlık kurum ve kuruluşlarının imkânları ölçüsünde hastalara dini vecibelerini serbestçe yerine getirebilmeleri için gereken tedbirler alınır.

Kurum hizmetlerinde aksamalara sebebiyet verilmemek, başkalarını rahatsız etmemek ve personelce düzenlenip yürütülen tıbbi tedaviye hiç bir şekilde müdahalede bulunulmamak şartı ile hastalara dini telkinde bulunmak ve onları manevi yönden desteklemek üzere talepleri halinde, dini inançlarına uygun olan din görevlisi davet edilir. Bunun için, sağlık kurum ve kuruluşlarında uygun zaman ve mekan belirlenir.

İfadeye muktedir olmayıp da dini inancı bilinen ve kimsesiz olan agoni halindeki hastalar için de, talep şartı aranmaksızın, dini inançlarına uygun olan din görevlisi çağrılır.

Bu hakların nasıl ve ne zaman kullanılacağı ve bu konuda alınacak tedbirler, sağlık kuruluşunun çalışma usul ve esaslarını gösteren mevzuatta ayrıca düzenlenir”

Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nin 193. maddesine göre “Kurumlarda rastgele yerlerde ibadet edilmez. Kurum olanakları müsait olduğu takdirde hastalardan ibadetlerini yerine getirmeye isteyenlere yer ayrılabilir. Agoni halindeki hastalara hangi din ve mezhepten olursa olsun istenildiği takdirde dini telkin ve dualar yapmak üzere bir din adamı davet edilebilir”.

12.4.2010 tarihli men-i muhakeme kararının bozulmasına, adı geçenlerin lüzum-u muhakemelerine ve eylemlerine uyan Türk Ceza Kanununun 257 nci maddesi gereğince yargılanmalarına..” D.1.D.,02.06.2010, 818/900 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

²⁹⁶ Hatırnaz Erol, s.205.

Her iki yönetmelikte de belirtilen agoni halindeki hastadan kastedilen, can çekişen, ölmek üzere olan, şiddetli ağrı ve acı çeken hastadır²⁹⁷.

Özellikle hasta, uzun sürecek tedavisi süresince dini vecibelerini yerine getirebileceği imkânlarla sahip bulunması nedeniyle özel hastane işleticisi ile hastaneye kabul sözleşmesi yapmış olabilir. Tedavi sürecinin başlamasından sonra hastanın bu hakkını kullanmasının engellenmesi örneğin devamlı olarak mescidin kapalı tutulması, talebine rağmen din görevlisinin çağrılmaması, hastanın sözleşmeyi kurmasına sebep olan olumlu koşulların ortadan kalkması sonucunu doğurur. Uzun süren tedavi nedeniyle zaten manevî açıdan zor durumda bulunan hastanın, dini inancının gereğini de yerine getirememesi durumunda, yaşayacağı üzüntü ve sıkıntı hastalığın tedavi sürecini de olumsuz etkileyebilir. Hastanın bu hakkına aykırılık nedeniyle, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da belirtilen seçimlik haklarından sözleşmeden dönme hakkının yanında, tazminat talebinde de bulunmasının mümkün olduğu kanaatindeyiz.

20. İnsani Değerlere Saygı Gösterilmesi ve Ziyaret Hakkı

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 39. maddesine göre "*Hasta, kişilik değerlerine uygun bir şekilde ve ortamda sağlık hizmetlerinden faydalanma hakkına sahiptir.*

Sağlık hizmetlerinde görev alan bütün personel; hastalara, yakınlarına ve ziyaretçilere güler yüzlü, nazik, şefkatli ve sağlık hizmetleri ile ilgili mevzuat ve bu Yönetmelik hükümlerine uygun şekilde davranmak zorundadır.

Sağlık hizmetlerinin her safhasında, hastalara, onların bedeni ve ruhi durumları dikkate alınarak, hangi işlemin neden ve nasıl yapıldığı, yapılacağı ve bekletilmeleri söz konusu ise, bekletilmenin sebepleri hususunda gerekli ve yeterli bilgi verilir.

Sağlık kurum ve kuruluşlarında, insan haysiyetine yakışır gereken her türlü hijyenik şartların sağlanması, gürültünün ve rahatsız edici diğer bütün etkenlerin bertaraf edilmesi esastır. Gerektiğinde, bu hususlar hasta tarafından talep konusu yapılabilir.

²⁹⁷ Petek, Sağlık, s.44.

Hasta ziyaretçilerinin kabul edilmesi, kurum veya kuruluşça belirlenen usul ve esaslara uygun olarak ve hastaların huzur ve sükûnlarını bozacak fiil ve tutumlara sebebiyet vermeyecek şekilde gerçekleştirilir ve bu konuda gereken tedbirler alınır”.

Uygulamada hastaların başlıca şikâyetlerinden biri de, sağlık personelinin kendilerine kötü davranmalarından kaynaklanmaktadır. Zaten hastalığı sebebiyle manevi açıdan zayıf durumda bulunan hastalar, sağlık personelinin güler yüzlü, şefkatli, bilgilendirici tavrını beklerken tam aksine sorduğu sorulara kızılmasından, kendilerine yeterli ilginin gösterilmemesinden yakınmaktadırlar. Hastaların insan olmanın gereği olarak sahip oldukları değerlere saygı gösterilmemesi hasta haklarına aykırılık teşkil etmektedir. Bu aykırılık hastada manevi açıdan bir sıkıntı yaratmakta, tedavi sürecine zarar vermektedir. Bu gibi hallerde Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun çerçevesinde, hastadan hizmetin yeniden görülmesini talep etmesi beklenmese dahi, sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmelidir. Yine insani değerlerine aykırı davranışın sonucu olarak tazminat hakkından da faydalanması mümkündür.

21. Refakatçi Bulundurma Hakkı

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 40. maddesine göre “*Muayene ve tedavi sırasında hastaya yardımcı olmak üzere; mevzuatın ve kurum imkânlarının elverdiği ve hastanın sağlık durumunun gerektirdiği ölçüde, tedaviden sorumlu olan tabibin uygun görmesine bağlı olarak, refakatçi bulundurulması istenebilir.*

Bu hakkın nasıl ve ne zaman kullanılacağı ve bu konuda alınacak tedbirler, sağlık kurum ve kuruluşunun çalışma usul ve esaslarını gösteren mevzuata ayrıca düzenlenir”²⁹⁸.

²⁹⁸ Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nin 62. maddesi “*Hastaların yanında refakatçi kalması, kurumda ağır hasta bakımını gerektiren hizmet birimi bulunmadığı takdirde ve tıbbi bir zorunluluk olmak kaydıyla ilgili dal uzmanının lüzum göstermesi ve baştabibin muvafakati ile belirtilen sürece mümkündür.*

Refakatçiler, mümkün olduğu ve lüzum görüldüğü takdirde kurumun vereceği özel kıyafet ve kimlik kartını taşımak mecburiyetindedirler. Kadın servisinde erkek refakatçi kalmaz. Özel oda dışındaki refakatçilere yatak verilmek mecburiyeti yoktur. Sürekli kalan refakatçilerin iâşesi genel esaslar dâhilinde kurumca karşılanır. Ücretli hastaların refakatçilerinden Bakanlık fiyat tarifesine göre ücret alınır.

22. Hizmetin Sağlık Kurum ve Kuruluşu Dışında Verilmesi Hakkı

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 41. maddesine göre "*Hastalar, aşağıdaki hallerde sağlık hizmetlerinden buldukları yerlerde de faydalanabilirler:*

- a) *Koruyucu sağlık hizmetlerinin verilmesinde,*
- b) *Tıbbi sebeplerden dolayı sağlık kuruluşuna bizzat gidilemeyen veya götürülemeyen hallerde,*
- c) *Tabii afetler gibi olağanüstü hallerde.*

Hizmetin sağlık kuruluşu dışında verilmesi ile ilgili usul ve esaslar, Bakanlık tarafından ayrıca düzenlenir".

10.03.2005 tarih ve 25751 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Evde Bakım Hizmetleri Sunumu Hakkındaki Yönetmelik²⁹⁹ ile hastanın kendi evinde veya yakınının evinde bakım hizmeti isteme hakkının olduğu ve bu bakım hizmetinin ne şekilde yapılacağı düzenlenmiştir.

23. Hastaya Yeterli Vakit Ayrılması ve Hastanın Vaktine Riayet Edilmesi Hakkı

Bu hak hasta hakları yönetmeliğinde düzenlenmemiştir. Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü'nün 7. maddesine göre "*Her birey, hızlı ve önceden belirtilen süre içerisinde gerekli tedaviyi alma hakkına sahiptir. Bu hak, tedavinin her aşaması için geçerlidir.*

Durumun aciliyeti ve özel standartlar bazında belli bir süre içinde verilmesi gereken hizmetler dikkate alınarak, bekleme sürelerinin belirlenmesi sağlık çalışanının görevidir.

Doktorlar, hastalarına bilgi verme süresi dâhil olmak üzere yeterli zaman ayırmalıdır".

Doktorların hastalarına bilgi verme süresi dahil yeterli vakit ayırmaması, şikayet edilen hususların başındadır. Doktorun hastasına yeterli vakit ayırmaması,

Refakatçiler, tabiplerin direktifleri içerisinde hastalara bakmakla ve kurum disiplinine uymakla yükümlüdürler. Refakatçilere hizmet edilmez".

²⁹⁹ RG.: 10.03.2005, S:25751.

hastanın hastalığı ile ilgili doktoru eksik bilgilendirmesine, bu durum da yanlış teşhise yol açabilir. Yine yeterli vakit ayrılmaması nedeniyle hasta tedavi süreci ile bilgilendirmeyi anlamamış veya kendisine verilen ilaçların kullanım yöntemini yanlış anlamış olabilir. Bu durumlarda hastanın tedavi sürecinin zarar göreceği açıktır. Hasta, kendisine yeterli vakit ayrılmayan hallerde sözleşmeden dönme hakkını kullanarak ödediği bedelin iadesini isteyebileceği gibi, vakit ayrılmamanın sonucunda gördüğü zararlardan ötürü tazminat da talep edebilir.

24) Müracaat, Şikâyet ve Dava Hakkı

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 42. maddesine göre "*Hastanın ve hasta ile ilgili bulunanların, hasta haklarının ihlali halinde, mevzuat çerçevesinde her türlü müracaat, şikâyet ve dava hakları vardır*".

Tıbbi uygulamayı yapan sağlık personelinin fiilleri nedeniyle zarar gören, hakları ihlal edilen hasta ve hasta yakınlarının yürürlükteki mevzuat uyarınca her türlü müracaat, şikâyet ve dava hakkı mevcuttur³⁰⁰. Hasta ve hasta yakınları, personel çalıştıran hekim ve özel hastane işleticilerinin hukuki ve cezai sorumluluğu yoluna gidebilecekleri gibi, bizzat hekim veya özel hastane işleticisine karşı da mevzuatta belirtilen haklarını kullanabilirler, maddi ve manevi tazminat talebinde bulunabilirler.

³⁰⁰ Bkz. s. 205 vd.

İKİNCİ BÖLÜM
HASTA HAKLARININ İHLALİ NEDENİYLE SORUMLULUĞUN
TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN
ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

I. HASTA HAKLARI İHLALLERİNİN TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN KARŞISINDAKİ DURUMU

A. Temel Kavramlar

1. Tüketici

6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 3.maddesinin k bendine göre “*Tüketici: Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi*” ifade eder³⁰¹.

Tüketici kavramının müşteri, alıcı, satın alan gibi benzer kavramlardan farklı olarak Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında tanımlanması³⁰², mal ve hizmet talebinde bulunan tüketicilerin, ekonomik ve teknik açıdan kendilerinden daha güçlü olan satıcılar/sağlayıcılar karşısında korunmaları düşüncesinin

³⁰¹ 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 3. maddesinin gerekçesinde “*Yapılan en esaslı değişiklikler; tüzel kişilerin tüketici kavramının dışında tutulması ve tüketici işlemi kavramının kapsamının genişletilmesi*” olduğu ifade edilmiştir. Ancak Kanun'un 3/1. maddesinin k bendinde “*Tüketici: Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi*” ifade eder” şeklinde tanımlanmıştır. Kanun maddesi ile gerekçesi arasında bir uyumsuzluk olduğu göze çarpmaktadır. Madde tüzel kişileri tüketici olarak kabul etmişken, gerekçe tüzel kişilerin tüketici kavramının dışında tutulduğunu belirtmektedir. Kanaatimizce kanunun tüzel kişileri de tüketici kavramı içerisinde değerlendirmesi doğru olmuştur. Yardım, ekonomik destek, dayanışma, eğitim gibi amaçlarla hareket eden, ticari ve mesleki amaçlarla hareket etmeyen tüzel kişiler (vakıf, dernek, meslek odaları) , gerçek kişiler gibi sağlayıcılar karşısında zayıf durumda bulunmalarından ötürü korunmaya muhtaç durumdadırlar. 4077 Sayılı Kanun'daki düzenlemeye paralel olarak 6502 Sayılı Kanun'un da tüzel kişileri tüketici olarak nitelendirmesi yerindedir. Aynı yönde bkz. **Zevkliler, Aydın**; Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, 2. Bası, Ankara 2001, s. 49; **Deryal, Yahya**; Tüketici Hukuku, Ankara 2008 (Tüketici), s.72.

³⁰² 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da yapılan tüketici tanımı, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 864/5.maddesinde “*Tüketici, sözleşmeyi ticari veya mesleki faaliyeti ile ilgili olmayan bir amaçla yapan bir gerçek ya da tüzel kişidir*” olarak ifade edilmiştir. Farklı kanunlarda düzenlenen tüketici kavramının tanım birlikteliği kanımızca yerinde olmuştur.

sonucudur³⁰³. 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 1.maddesinde³⁰⁴ belirtilen kanunun amacı bu durumu açıkça ortaya koymaktadır.

Tüketici kavramının tanımlanmasında subjektif sistem (amaç teorisi) ve objektif sistem olmak üzere iki tür sistem vardır. Subjektif sistemde tüketici kavramı, merkez kavram olarak yer almakta, tüketim amaçlı hareket eden tüketicinin taraflarından biri olduğu sözleşmeler tüketici hukukunun konusunu oluşturmaktadır. Amaç teorisine göre; özel hukukta yer alan özel nitelikli kuralların somut hukuki ilişkiye uygulanmasındaki belirleyici kıstas, taraflarının muamele iradesidir. Sözleşme ilişkisinin tarafı olan kişi, bu sözleşme kapsamında üstlendiği edimler nedeniyle ticari, mesleki veya özel amaçların gerçekleştirilmesi amacını taşıyabilir. Tüketici sözleşmelerinde, tüketici, ticari veya mesleki bir amaç dışında, özel amacın gerçekleştirilmesine yönelik olarak hareket eden kişidir. Bu teoriye göre, tüketici, sözleşmeyle gerçekleşmesini istediği ekonomik amaç dolayısıyla "tüketici" sıfatını kazanmaktadır. Objektif sistemde ise, tüketici sözleşmesi merkez kavram olarak yer almakta, belli başlı sözleşmeler tüketici sözleşmesi olarak sayılmakta, tarafların hangi amaçla hareket ettiğine önem verilmemektedir. Hem 4077 Sayılı hem de 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, subjektif (amaç teorisi) sistemini benimsemiştir³⁰⁵. 4077 Sayılı Kanun'da ticari ve mesleki olmayan amaçlarla bir mal veya hizmetin "edinilmesi, kullanılması veya yararlanılması" kavramına yer verilmişken, 6502 Sayılı Kanun'da ise ticari ve mesleki olmayan amaçlarla "hareket etme" kavramına yer verilmiştir. Önemli olan sözleşmenin taraflarından olan satıcı veya sağlayıcının ticari ve mesleki amaçlarla hareket ederken, diğer tarafı olan tüketicinin ticari ve mesleki olmayan amaçlarla hareket etmesi gereğidir.

³⁰³ **Tiryaki, Betül;** Tüketicinin Korunması Hukuku Açısından Ayıplı Hizmetten Doğan Sorumluluk, Ankara 2007, s.29.

³⁰⁴ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun madde 1 "*Bu Kanunun amacı; kamu yararına uygun olarak tüketicinin sağlık ve güvenliği ile ekonomik çıkarlarını koruyucu, zararlarını tazmin edici, çevresel tehlikelerden korunmasını sağlayıcı, tüketiciyi aydınlatıcı ve bilinçlendirici önlemleri almak, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini özendirme ve bu konulardaki politikaların oluşturulmasında gönüllü örgütlenmeleri teşvik etmeye ilişkin hususları düzenlemektir*".

³⁰⁵ **Ozanoğlu, Hasan Seçkin;** Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Maddi Anlamda Uygulanma Alanı) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 50, Sayı 1, Ankara 2001, s.59-60; **Tutumlu, Mehmet Akif;** Tüketici Mahkemelerinin Görev ve Yetki Sınırları, Ankara 2006 (Mahkeme), s.69-70; **Aydoğdu, Murat;** Türk Borçlar Hukuku'nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku'nda Haksız Şartların Denetimi, Ankara 2014 (Haksız Şart), s.180-181; **Aydoğdu, Murat;** Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara 2015 (Tüketici), s.59; **Aslan,** Tüketici, s.69.

Kanun'un tüketici ile ilgili tanımını değerlendirildiğinde, bir mal veya hizmeti edinen, kullanan, yararlanan gerçek veya tüzel kişiler tüketici olarak kabul edilmektedir³⁰⁶. 6502 Sayılı Kanun'da belirtilen "ticari ve mesleki olmayan amaçlarla hareket eden" ibaresi, 4077 Sayılı Kanun'da belirtilen "ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan" ifadesini kapsayıcı mahiyettedir.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da tüketiciye sağlanan haklardan sadece tüketici işleminin tarafı olan kişilerin yararlanması doğru bir yaklaşım değildir. Çünkü Kanun tüketicinin tanımını yaparken "ticari ve mesleki olmayan amaçlarla hareket eden" demek suretiyle mal veya hizmeti kullanan, yararlanan, edinen kimselerin tamamını bu kavram içerisinde değerlendirmiştir. Mal veya hizmeti, sadece tüketici işleminin tarafı olarak edinen değil, bu mal veya hizmetten yararlanan, kullanan kişiler de tüketici sayılmalıdır. Tüketici sözleşmesini yapan kişi, Kanun'un kendisine sağladığı haklardan zaten yararlanacaktır. Tüketici sözleşmesini yapan kişi dışındaki üçüncü bir kişi mal veya hizmetten yararlanıyorsa, Kanun'da belirtilen tüketici işleminden kaynaklanan hakları o kullanabilmelidir. Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme görüşünden hareketle, yapılan sözleşmeden yararlanan, sözleşmeyi yapan gibi haklara sahip olur. Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme teorisi uyarınca, alacaklı ile borçlu arasındaki sözleşmenin koruma alanına girdiği anlaşılabilen üçüncü kişiler, zarara uğradıkları durumlarda, sözleşmeye nazaran daha etkili başka bir hukuksal olanakları bulunmadığı takdirde, sözleşmeye dayanabilmelidir³⁰⁷.

Gerçek veya tüzel kişilerin tüketici olarak kabul edilebilmelerinin şartı, mal veya hizmetin edinimi, kullanımı veya yararlanmanın, ticari veya mesleki olmayan

³⁰⁶ **Çınar, Ömer**; Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar, İstanbul 2009, s.35. " *Tacir olsun olmasın, şahsi ya da ailevi ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla hareket eden ve aldığı malı bulunduğu haliyle yahut başka bir ürüne dönüştürerek tekrar piyasaya sürme niyeti taşımayan, herhangi bir üretim faaliyetinde üretim aracı veya girdi olarak kullanmaksızın son kullanıcı olarak maldan yararlanan veya onu tüketen gerçek ya da tüzel kişilerin tüketici olduğunu söylemek mümkündür*" (**Akıncı, Şahin**; Ayıplı Mal ve Hizmetlere Karşı Tüketicinin Korunması, Konya 1998, s.19).

³⁰⁷ **Eren**, Genel, s.1152; **Kılıçoğlu**, s.12; **Oğuzman / Öz**, s.39; **Hatemi / Gökyayla**, s.308–309. **Karabağ Bulut**, bu sözleşmenin amacının, tarafı olmadığı bir sözleşmenin veya işlemsel temasın güven ortamına dâhil olan üçüncü kişinin, gördüğü zararlar bakımından haksız fiil hükümlerinin yetersiz kaldığı durumlarda, sözleşmeye aykırılık hükümleri uyarınca korunmalarını sağlamak olduğunu ifade etmektedir. (**Karabağ Bulut, Nil**; Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme, İstanbul 2009, s.116–117).

amaçlarla yapılmış olmasıdır. Yani tüketici olarak kabul edilecek gerçek veya tüzel kişi, mal veya hizmeti nihai olarak kullanım ve yararlanma için edinmiş olmalıdır. Nihai olarak kullanma ve yararlanma, mal ve hizmetin tekrar tedavül etmemesi olarak anlaşılmalıdır. Dolayısıyla tüketicinin ailesi, misafirleri, mal ve hizmeti kullanan veya yararlanan tüm çevresi de tüketici kavramına dâhil olmalıdır³⁰⁸.

Mal veya hizmeti olduğu gibi veya değiştirerek başkasına ivazlı olarak devretme amacıyla edinen kişiler, diğer kişiler açısından satıcı veya sağlayıcı konumuna gireceği için tüketici olarak kabul edilmezler. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, 16. maddesinde ticaret şirketlerini tacir olarak belirtmiştir. Kanun'un "ticari iş karinesi" başlıklı 19. maddesine göre "*Bir tacirin borçlarının ticari olması asıldır*". Bir tüzel kişilik olan ticaret şirketlerinin her türlü işlemleri, ticari işletmeleri ile ilgili olduğundan ticari iş olarak kabul edilir. Dolayısıyla kanunun aradığı "ticari ve mesleki olmayan amaçlarla hareket eden" ifadesi ticaret şirketleri bakımından geçerli olmadığı için tüketici olarak kabul edilemezler³⁰⁹. Ticaret şirketleri mal veya hizmet edinimini, ister doğrudan doğruya işletmenin faaliyet alanıyla ilgili yapsın (gıda satışı yapan şirketin, satacağı malları piyasadan satın alması gibi), ister işletmenin doğrudan faaliyet alanıyla ilgili olmayan şekilde yapsın (yemekhanede kullanmak üzere gıda malzemesi alımı gibi) yine de tüketici sayılmazlar. Çünkü bütün bu faaliyetler doğrudan ve dolaylı olarak ticaret şirketinin ticari ve mesleki amaçlarının devamlılığını sağlamak içindir³¹⁰.

³⁰⁸ **Ozanoğlu**, s.78; **Yıldırım, Abdulkerim**; Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması, İstanbul 2009, s.80; **Aslan**, Tüketici, s.9.

³⁰⁹ **Zevkliler**, s. 49–51; **Ozanoğlu**, s.81 dn.87; **İlhan, Cengiz**; Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Ankara 2006, s.20–21; **Tutumlu**, s.72; **Yıldırım**, s.82; **Yavuz, Nihat**; Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, 2. Bası, Ankara 2010, s.29; **Kara, İlhan**; Tüketici Hukuku, Ankara 2012, s.58; **Deryal**, Tüketici, s.65–73; **Aslan, İ. Yılmaz**; Tüketici Hukuku Dersleri, 5.Baskı, Bursa 2014 (Dersler), s.3–5; **Aydoğdu**, Haksız Şart, s.181–182; **Aslan**, Tüketici, s.7–8; **Gümüş, Mustafa Alper**, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Cilt 1, İstanbul 2014 (Tüketici), s.18; **Aydoğdu**, Tüketici, s.60.

³¹⁰ **Yıldırım**, s. 82–83; Bu konuda diğer görüşler için bkz. **Deryal**, Tüketici, s.68 vd; **Akıncı**, s.16 vd. **Aslan** (Dersler, s.32–35), ticaret şirketlerinin hem ticari işlerinde hem de özel işlerinde kullandığı mal veya hizmetin, maliyetinin ticari işletmenin kayıtlarına geçeceğini, böylece maliyetinin geri döneceğini oysa hiçbir tüketici işlemi maliyetin geri dönmesinden bahsedilemeyeceğini, maliyetlerinin kendi üzerlerinde kalacağını, bu nedenle ticaret şirketlerinin her hangi bir işleminin tüketici işlemi olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığını belirtmektedir. Aynı yönde bkz. **Atasoy, Ömer Adil / Taşkın, Mustafa / Acar, Hakan**; Tüketiciyi Koruma Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2000, s.9.

Tıbbi müdahaleler açısından, tıbbi müdahalenin bir hizmet faaliyeti olduğunda kuşku yoktur. Bir hizmet faaliyeti olarak tıbbi müdahalelerin hasta açısından edinimi, kullanımı veya yararlanılması genel olarak mesleki veya ticari amaçlarla gerçekleşmemektedir. Bazı durumlarda tıbbi müdahale, mesleki ve ticari amaçlarla talep edilmiş olabilir. Örneğin film oyuncusunun yeni rolü için estetik ameliyat olması durumunda (göğüslerine silikon taktırması gibi), eğer bu estetik müdahalenin geçici nitelikte olduğu belirlenebiliyorsa, yani filmden sonra eski haline geri dönme isteğinde ise, film oyuncusunun amacı mesleki ve ticari olarak kabul edilerek, bu tür tıbbi müdahaleler, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında bir hizmet faaliyeti olarak kabul edilmeyecek, hasta da tüketici sayılmayacaktır. Ama film oyuncusuna yapılan estetik müdahale kalıcı nitelikte olduğu takdirde, yani rol için yapılan bu estetik müdahalenin etkisinin ömür boyu devam edeceğinin tespit edildiği hallerde, film oyuncusunun bunu rolü dışında kendi kişisel ihtiyacı için de yaptırdığı kabul edilebilir. Her iki durumda da hastanın (film oyuncusunun) amacının ispat edilmesi çok zordur.

Hasta; hastalık, kaza veya yaralanma dolayısıyla fizik veya ruh sağlığı bozulmuş ve tedavi edilmesi gereken kimseyi ifade ettiği gibi örneğin estetik kaygılarla, kürtaj, sünnet gibi toplumsal, kültürel, dini veya kişisel birtakım düşünce ve sebeplerle hekime başvuran kişileri de ifade etmektedir³¹¹. Dünya Tabipler Birliği'nin 1994 tarihli Amsterdam Bildirgesi'nde hasta "*sağlıklı veya hasta olarak sağlık hizmeti kullananlar*" olarak ifade edilmektedir. Dolayısıyla hastalar mesleki veya ticari olmayan amaçlarla, hastalık veya diğer sağlık hizmeti ile ilgili taleplerde buldukları için tüketici olarak kabul edilmelidir³¹².

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 4.maddesinin b bendinde, "*sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan kimse*" hasta olarak tanımlanmaktadır. Yönetmelikte belirtilen bu tanım, hizmetlerden yararlanacak olan kişiler içerisinde

³¹¹ Özay, s.20; Petek, Sağlık, s.5; Petek, Tüketici, s.977.

³¹² Deryal, Tüketici, s.67; Petek, Tüketici, s.977. Tacir (s.84), bir servis veya ürünü satın alan kişi için kullanılan tüketici veya müşteri kavramının ticari anlamlar içerdiğini, hastanın müşteri veya tüketici olarak adlandırılmasının, hekimlerin tüccar, hastanelerin de ticarethane olarak yorumlanması sonucunu doğurabileceğini, bu tarz yaklaşımın sağlık hizmetlerinin amacına ters düştüğünü, tıbbın hastaya zarar vermeme, yararlı olma, adalet ve özerklik gibi temel ilkelerinin finansal kaygılarla savuşturulması tehlikesini içerdiğini, bunun birçok etik ve ahlaki sorunları beraberinde getireceğini, tıbbın hümanist yaklaşımdan uzaklaşmasına neden olabileceğini ifade etmektedir.

hasta yakınlarının da bulunması sebebiyle çok geniştir. Bu açıdan, fizik ve ruh sağlığı bozulmuş olan, sağlık ve iyilik hali içinde olmayan, bu nedenle sağlık hizmetlerinden yararlanma ve sağlık personelinin tıbbi yardımına ihtiyaç duyan kişiler hasta, dolayısıyla da tüketici olarak kabul edilmelidir³¹³.

Kanun, tüketicilerin gerçek veya tüzel kişi olabileceğini ifade etmektedir. Ancak tıbbi müdahaleler bakımından, tedavi hizmetinden yararlanacak olan kişi gerçek kişidir. Tüzel kişilerin doğal olarak tedavi hizmetinden yararlanması düşünülemez. Türk Medeni Kanunu'nun 48. maddesindeki "*Tüzel kişiler, cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün haklara ve borçlara ehildirler*" düzenlemesinin sonucu olarak, insana özgü niteliklere bağlı olan teşhis, tedavi, tıbbi müdahale, cerrahi müdahale gibi sağlıkla ilgili faaliyetler gerçek kişiler bakımından uygulama alanı bulacağından, sadece gerçek kişiler tıbbi müdahaleler bakımından tüketici olarak kabul edilmelidir³¹⁴.

Ancak gerçek kişiler bakımından uygulama alanı bulan sağlık hizmetlerinde, uygulamada bazı tüzel kişilerin gerek temsil ettiği topluluğa gerekse sosyal amaçlarla belli bir kitleye yönelik olarak sağlık hizmeti talebinde bulunması durumunda tüketici sayılıp sayılmayacağını değerlendirmek gerekmektedir. Örneğin bir derneğin yoksul çocuklara sünnet yapılması için veya tüzel kişiliğe sahip bir meslek örgütünün üyelerine yönelik sağlık taraması yapılması için özel hastane işleticisi ile yaptığı hastaneye kabul sözleşmesine bu dernek veya meslek örgütü taraf olacaktır. Kanun tüketicinin tanımını yaparken "gerçek veya tüzel kişi" ifadesini kullanmıştır. Dernek veya meslek örgütü tüzel kişiliğe haiz olduğu takdirde, hastaneye kabul sözleşmesinin tarafı olarak, sunulacak sağlık hizmetlerinden dolayı olarak yararlanacaktır. Kanımızca derneğin veya meslek örgütünün bu faaliyeti mesleki ve ticari bir amaç taşımamaktadır. Yapılan bu faaliyet, karşılığında gelir elde edilen mesleki ve ticari bir faaliyet olarak nitelendirilemez. Bu şekilde mesleki ve ticari bir yükümlülükleri de bulunmamaktadır. Dernek veya meslek örgütü sosyal bir faaliyet yapmış olacaktır. Bu durumda tüketici işlemine taraf olan dernek veya meslek örgütü tüketici olarak kabul edilmeli, Kanun'da belirtilen haklardan yararlanabilmelidir³¹⁵.

³¹³ **Yavuz İpekyüz**, s.20; **Demir**, Hekim, s.234; **Demir**, Hastane, s.30; **Günday**, s.3; **Hatırnaz Erol**, s.87; **Petek**, Tüketici, s.977.

³¹⁴ **Petek**, Tüketici, s.977.

³¹⁵ **Zevkliler**, s.50.

Tüketici işleminin tarafları dışında, hizmetten yararlanan, kullanan kişilerin yapılan bu sözleşme ilişkisinden zarar görmesi durumunda (örneğin sünnet ettirilen çocuklarda, sünnet nedeniyle rahatsızlık oluşması), onlar sözleşme ilişkisinin tarafı olmadığı için tüketici olarak kabul edilmeyecek, ancak üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme görüşünden hareketle tüketici gibi kabul edilerek Kanun'da belirtilen seçimlik haklardan yararlanabilirler.

2. Tüketici İşlemi

6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 3.maddesinin 1 bendine göre *“Tüketici işlemi: Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi”* ifade eder.

6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un kapsamını belirleyen 2.maddesinde *“Bu Kanun, her türlü tüketici işlemi ile tüketiciye yönelik uygulamaları kapsar”* ifadesi ile tüketici işlemleri dışında, sözleşme imzalanmadan önce, sözleşmenin kurulması sırasında ve sözleşme imzalandıktan sonra hizmet sağlayıcıların, hukuki işleme veya sözleşmeye dayanmayan haksız uygulamaları da kanun kapsamındadır³¹⁶.

Kanun, kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere, mal ve hizmet piyasalarında mesleki ve ticari amaçla hareket eden gerçek ve tüzel kişiler ile tüketiciler arasındaki her türlü sözleşme ve hukuki işlemi, tüketici işlemi olarak kabul etmektedir³¹⁷.

³¹⁶ Aslan, Dersler, s.18–19; Aydoğdu, Tüketici, s.67.

³¹⁷ “İşlem” teriminin tek taraflı işlemleri de ifade etmesinden dolayı, madde metnindeki “gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında” ibaresinin iki taraflı hukuki işlemleri, özellikle sözleşmeleri ifade ettiği, bu nedenle “tüketici sözleşmesi” kavramının kullanılmasının daha uygun olacağı belirtilmektedir (Baykan, Renan; Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Eksik ve Aksak Yönleri ile Tadiline İlişkin Çözüm Önerileri, İstanbul 2008, s.21). Aynı yönde bkz. Tiryaki, s.34 dn.65; Çınar, s.35. Buna karşılık Özel ise, hukuki işlemlerin işleme katılanların sayısı bakımından yapılan ayrıma göre tek taraflı veya iki ve çok taraflı hukuki işlemler olarak sınıflandırıldığını, Kanun'da belirtilen “ Mal veya hizmet piyasalarında....her türlü sözleşme ve hukuki işlem...” ifadesi nedeniyle tek taraflı hukuki işlemler (sözleşmeden dönme, alım, ön alım gibi) ve iki taraflı işlemlerin yani sözleşmelerin “ mal ve hizmet piyasalarında” gerçekleşmek koşuluyla tüketicinin yapacağı hukuki işlemler kapsamına gireceğini belirtmektedir (Özel, Çağlar, Tüketicinin Korunması Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2014, s.43). Doktrinde yasa koyucunun sözleşmeyi taraf

Tüketici ifadesiyle sadece sözleşmenin tarafı olan gerçek ve tüzel kişileri değil, mal ve hizmetten yararlanan, kullanan kişileri (tüketici işleminin tarafı olan kişinin ailesi, arkadaşları gibi) de anlamak gerektiğinden, tüketici işlemi, mesleki ve ticari amaçlarla hareket eden gerçek ve tüzel kişiler ile mal ve hizmetten mesleki ve ticari olmayan amaçlarla hareket ederek yararlanan, kullanan kişiler arasındaki her türlü sözleşme ve hukuki işlemi ifade etmektedir.

Petek'e göre tüketici işlemi (sözleşmesi), "tüketicinin özel amaçlarını gerçekleştirmek (tedavi olmak) amacıyla giriştiği, parayla ölçülebilir bir bedel karşılığı tedavi hizmeti sunumunu amaçlayan, taraflardan birinin tüketici olduğu, tüketicinin söz konusu hizmetten yararlandığı sözleşmeler" olarak tanımlanabilir³¹⁸.

4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun döneminde, kanunda açıkça belirtilmemiş olmasına rağmen, Yargıtay kararları ile hasta ile hekim veya özel hastane işleticisi arasındaki sözleşmeler, kanun kapsamında kabul edilmemiştir. 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un yürürlüğe girmesiyle birlikte, hasta ile hekim veya özel hastane işleticisi arasındaki sözleşmeler, artık bu Kanun kapsamında yer almaktadır³¹⁹. Hasta ile hekim veya özel hastane işleticisi

sıfatı (tüketici) ile adlandırması eleştirilerek, bu ifade yerine, yapılan işlemin konu ve içeriğini göstermesi bakımından objektif olan "tüketim sözleşmesi" deyiminin daha uygun olacağı savunulmaktadır (Tutumlu, Mahkeme, s.91 dn.26'da belirtilen yazar). Gümüş (Tüketici, s.9), tüketici işleminin çoğunlukla sözleşme olarak beliren hukuki işlem olduğu, bu yüzden sözleşme kavramına yer verilmesinin gerekli ve yeterli olduğu, hukuki işlem kavramının kullanılması halinde, sözleşme kavramı zaten hukuki işlem kavramının altında sınıflandırılacağından, tanımdaki " sözleşme ve hukuki işlem" ifadesinin gereksiz olduğu görüşündedir.

³¹⁸ Petek, Tüketici, s.982; Zevkliler, s.40; Tiryaki, s.34; Deryal, Tüketici, s.73-74; Kara, s.56; Özel, s.50; Gümüş, Tüketici, s.9-10. Ozanoğlu (s.65) tüketici sözleşmelerini, "(kural olarak) girişimciler (müteşebbisler) ile gerçek ya da tüzel kişi tüketiciler arasında gerçekleştirilen ve girişimcilerin kendi işletmesel faaliyetleri çerçevesinde, tüketicilerin nihai özel (ticari, mesleki ya da işletmesiyle ilgili olmayan) ihtiyaçlarını karşılamak üzere bir malın mülkiyetini veya kullanım hakkını devretmeyi ya da hizmetin sağlanmasını, tüketicilerin ise bir bedel ödemeyi yükümlendikleri sözleşmeler" olarak tanımlamaktadır. Yavuz, N., (s.11) ise tüketici sözleşmesini, "kişisel veya ailesel ya da ev ihtiyaçlarının karşılanmasına yönelik (bir mal veya hizmetin elde edilmesi için) yapılan hukuksal işlemler" olarak tanımlamaktadır. İlhan (s.20) ise tüketici işlemi bakımından tüketim kelimesinden hareketle, tüketilmek üzere piyasaya sunulan ürün ve işleri, bedeli karşılığında, edinmek, kullanmak, bu ürün ve işlerden yararlanmanın tüketim işlemi olduğunu, bu işlemi yapanın da tüketici olduğunu ifade etmektedir.

³¹⁹ Kök (s.613-615), tıp etkinlik alanının sadece bilimsel bir faaliyet alanı değil, aynı zamanda tamamına yakınının hukuk normu haline gelmiş yaklaşık ikibin beşyüz yıllık etik ilkeler çerçevesinde yapılan bir sağlık hizmeti sunum alanı olduğu, tıp etkinlik alanı içerisindeki tanı ve tedavi amacını taşıyan tıbbi uygulamalardaki ilişkinin tüketici hukuku mantığı ile çözülemeyeceği, Devlet'in belirlediği sağlık politikalarının, hastanın dini inançlarının, hastanın bedeninden kaynaklanan farklılıkların sağlık hizmetinin sunulmasına katkısı bulunduğu, bu katkıların tüketici hukuku kapsamında karşılıklarını bulabilmenin imkansız olduğu, hekim ile hasta arasındaki ilişkinin kendine özgü bir sözleşme olarak yeniden yapılandırılarak, bu ilişkiye ilişkin

arasındaki sözleşmenin genel olarak vekâlet, bazı durumlarda eser sözleşmesi niteliğinde (diş için köprü, protez yapılması, estetik müdahaleler gibi) olmasından dolayı, Kanun'un 3.maddesinin 1 bendinde tanımı yapılan tüketici işleminde bu sözleşmelerin zikredilmesi karşısında, hekimlik veya hastaneye kabul sözleşmesi Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında kabul edilecektir. Ancak burada Kanun kapsamında kabul edilecek olan sorumluluk, hekimlik veya hastaneye kabul sözleşmesinden kaynaklanan hususlara ilişkindir. Hekim veya özel hastane işleticisinin hastaya karşı haksız fiilden veya vekâletsiz iş görmeden kaynaklanan sorumluluğu ise genel hükümlere tabi olacaktır³²⁰.

Tıbbi müdahaleler bakımından³²¹ tüketici sözleşmelerinin ayırt edici özellikleri şu şekilde belirtilebilir³²²;

- a. Tüketici sözleşmelerinde amaç, bedel karşılığı hizmet sunulmasıdır. Karşılıksız olarak yani ivaz alınmaksızın hizmet sunulması durumunda bu tür sözleşmelere tüketicinin korunması ile ilgili hükümler değil, genel hükümler uygulanacaktır. Tıbbi müdahalelerde, hasta anlaşma veya teamül gereği ücret ödeme yükümlülüğü altında olduğu takdirde, tedaviyi gerçekleştirecek hekim veya özel hastane işleticisi (sağlayıcı) ile arasında

uyuşmazlıkların çözümünün kurulacak "Tıp İhtisas Mahkemesine" verilmesi gerektiği görüşündedir.

³²⁰ **Petek**, Sağlık, s.109.

³²¹ **İlhan** (s.84–86), özellikle avukatlar, tıp doktorları, yeminli mali müşavirler gibi bazı meslek mensuplarının, mesleki faaliyetleri kapsamında sunduğu, yapıları itibarıyla bir sonuç taahhüdünü içermeyen sözleşmelerin tüketici sözleşmesi olarak nitelendirilemeyeceğini, bu hizmetlerin özel yasalarla düzenlenmiş, koşulları ve yaptırımları bu yasalarda belirtilmiş özel hizmetler, aynı zamanda da kamu hizmeti olduğunu, bu hizmetlerde irade ve sözleşme serbestisi kuralının geçerli olmadığını, bu hizmetlerin özel yasalar çerçevesinde ele alınması gerektiğini ifade etmektedir. Buna karşılık **Deryal** (Tüketici, s.77–78), Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu "genel kanun" olarak kabul edip dar yorumlayan, bütün özel nitelikli düzenlemeleri ve ilişkileri Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamının dışında gören bu anlayışın doğru olmadığını savunmaktadır. Kanımızca avukat, hekim, mali müşavirlerin faaliyetlerinin özel yasalarla düzenlenmiş olması nedeniyle, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un bu mesleki faaliyetlere uygulanamayacağı yönündeki görüşte isabet bulunmamaktadır. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 83/2. maddesindeki "*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*" düzenlemenin sonucu olarak, taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu avukatlık, hekimlik, mali müşavirlik gibi mesleklerden kaynaklanan işlemler ile ilgili kendi özel yasalarında düzenleme olsa dahi, bu işlemler tüketici işlemi olarak sayılacak ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'daki görev ve yetkiye ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır.

³²² **Zevkliler**, s.40–43; **Ozanoğlu**, s.66.vd.; **Tiryaki**, s.36; **Kara**, s.57–58; **Petek**, Tüketici, s.983–984; **Aslan**, Dersler, s.7; **Aydoğdu**, Tüketici, s.68.

tüketici sözleşmesi kurulmuş olur. Ücretin alınmadığı tedavi hizmetlerinde, tüketici sözleşmelerinden söz edilemez.

- b. Bir bedel karşılığında mal veya hizmet edimini elde etmek amacıyla tüketicinin yaptığı sözleşme hangi kanunda düzenlenmiş olursa olsun tüketici sözleşmesi olarak kabul edilecektir. Kanundaki tanımdan hareketle sağlayıcının bir sonuç üstlendiği eser sözleşmesi (örneğin estetik müdahaleler, diş hekimi ile hasta arasındaki köprü, implant yapılmasına ilişkin sözleşmeler) veya sadece hastanın tedavisinin üstlenildiği, karşılığında ücret alınan vekâlet sözleşmesi şeklindeki sözleşmeler tüketici sözleşmesidir³²³. Yapılan hukuki işlemin Türk Ticaret Kanunu anlamında bir ticari işlem olması zorunlu değildir. Asıl olan tüketici sayılan kişiye mal veya hizmet sunulmasıdır. Mal ve hizmetin tüketici tarafından edinimi tüketimden ziyade, yararlanma amacı taşınmalıdır. Yararlanma kavramı, tüketim kavramını da kapsamaktadır. Mal ve hizmeti sunanın esnaf veya tacir olması sözleşmenin niteliğinin belirlenmesinde önem arzetmez.
- c. Tüketici sözleşmelerinin bir tarafında mesleki veya ticari olmayan amaçlarla hareket eden tüketici, diğer tarafında ise mesleki ve ticari amaçlarla hareket eden satıcı/sağlayıcı vardır. Tıbbi müdahalelerde, sağlığına kavuşmak amacıyla hareket ettiği için tüketici olarak kabul edilen hasta ile mesleki amaçla hareket eden bağımsız çalışan hekim veya kamu ya da özel hukuk tüzel kişisi olan sağlayıcı vardır.
- d. Tüketici sözleşmelerinde, tüketicinin ticari ve mesleki olmayan amaçlarla hizmetten yararlanması gerekir³²⁴. Tıbbi müdahalelerde hasta, mesleki ve

³²³ **Deryal** (Tüketici, s.74), tüketici ilişkisine konu olan sözleşme tiplerinin sınırlı olarak kanunda sayılmadığını, kanunda düzenlenmiş olsun olmasın (tipik-atipik) bütün sözleşmelerin, hatta Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen sözleşmelerin de tüketici ilişkisine konu olabileceğini, bunun ilginç örneklerinden birisinin de tedavi sözleşmesi olduğunu belirtmektedir. **Aslan** (Tüketici, s.20), bazı hallerde bir tüketim veya kullanma söz konusu olmadığı halde, tüketicinin taraf olduğu bazı sözleşmelerde de (örneğin bir doktorun hastasını tedavi etmesi gibi) tüketicinin bu Kanun'a göre korunmasının söz konusu olabileceğini belirtmektedir.

³²⁴ Sözleşme türlerinden hangilerinin tüketici sözleşmesi sayılacağı konusunda modern tüketici hukukunda "amaç" teorisinden yararlanılmaktadır. Bu teoriye göre, tüketici mesleki ve ticari amaçlarının dışında, özel amaçlarını gerçekleştirmek için hareket eden kişidir. Bu nedenle tüketici sözleşmeleri özel amaçlara yönelik edimlerin söz konusu olduğu sözleşmelerdir (**Tiryaki**, s.34). 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 3.maddesinin f bendinde belirtilen "*Bir mal veya hizmeti özel amaçlarla satın alarak nihai olarak kullanılan veya tüketen gerçek veya*

ticari amaçlarla değil, bozulmuş olan sağlığına kavuşmak için hizmetten yararlanmaktadır.

- e. Tüketici sözleşmelerinde, sözleşmenin konusunun Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun anlamında bir mal veya hizmet sunumu olması gerekir. Tıbbi müdahalelerde tedavi amacına yönelik bir hizmet, sağlayıcı tarafından sunulmaktadır.

3. Hizmet

6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 3.maddesinin d bendine göre "*Hizmet: Bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan ya da yapılması taahhüt edilen mal sağlama dışındaki her türlü tüketici işleminin konusunu*" ifade eder³²⁵.

Hizmet faaliyetinin bu kanun kapsamında kabul edilebilmesi için mal sağlama dışında bir faaliyet olması (bedeni veya fikri emek ürünü olması) ve bu faaliyetin ücret veya menfaat karşılığında yapılması gerekir³²⁶. Tüketici işleminin konusunu oluşturan edim, maddi bir edim değil, bir hizmet sağlama edimi olmalıdır. Örneğin, bir makinenin yapımı maddi edime yönelik iken, yapılmış bir makinenin tamiri için yapılan sözleşme hizmet sağlamaya yöneliktir³²⁷. Ücret karşılığında

tüzel kişi" şeklindeki tüketici tanımında belirtilen "*özel amaçlarla*" ibaresi daha sonra 4822 sayılı kanun değişikliğiyle metinden çıkarılmış, 6502 sayılı kanunda da bu ibareye yer verilmeyerek "*ticari ve mesleki olmayan amaçlarla hareket eden*" ifadesine yer verilmiştir.

³²⁵ 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun anlamında mal, 3.maddesinin h bendinde "*Alışverişe konu olan; taşınır eşya, konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallar ile elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri her türlü gayri maddi mallar*" olarak ifade edilmiştir.

³²⁶ **Atasoy/ Taşkın / Acar**, s.37–41; **Zevkliler**, s.53–54; **Tiryaki**, s.41; **Deryal**, Tüketici, s.82; **Yıldırım**, s.87; **Çınar**, s.45; **Aslan**, Dersler, s.12). "*İnsana fayda sağlayarak yararlı olan, maddi mallar biçimine bürünmüş olmamakla birlikte, insan ihtiyaçlarını dolaylı ya da dolaysız olarak karşılayan beşeri faaliyetlere hizmet denir*" (**Aslan**, Tüketici, s.19). **Kara** (s.394), genel hizmet sözleşmesi dışında taraflardan birinin tüketici, diğer tarafın sağlayıcı olduğu tüm sözleşmelerde Tüketici mahkemelerinin görevli olduğunu, hizmet sözleşmesi ve hizmet kavramının geniş yorumlanması gerektiğini, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin tüketici sözleşmesi olduğu konusunda tereddüt varsa tüketici sözleşmesinin varlığının kabul edilmesi gerektiğini, hizmet kavramının dar yorumlanması halinde Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un zayıf olan tüketiciyi koruma amacına, işlevine aykırılık oluşacağını belirtmektedir.

³²⁷ **Gümüç**, Tüketici, s.21.

yapılan hastanın tedavisine yönelik her türlü tıbbi müdahale kanun anlamında mal sağlama değil, bir hizmet faaliyetidir³²⁸.

4. Sağlayıcı

6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 3.maddesinin 1 bendine göre "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 kişiyi" ifade eder.

Bu düzenleme uyarınca ticari ve mesleki amaçlarla tüketiciye hizmet sunan kamu tüzel kişileri dâhil olmak üzere gerçek veya tüzel kişiler sağlayıcı olarak kabul edilmekte, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 3. maddesinin i bendi uyarınca ticari ve mesleki amaçlarla tüketiciye mal sunan gerçek veya tüzel kişiler ise satıcı olarak kabul edilmektedir.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun uyarınca sağlayıcı sayılmak için; gerçek veya tüzel kişi olmak, kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki faaliyetlerin tüketiciye hizmet sunmak için yapılması, bu hizmet sunma faaliyetinin kazanç sağlama amacıyla sürekli olarak yapılması gerekir³²⁹.

Doktrinde³³⁰ hizmet sunma faaliyetinin kazanç sağlama amacıyla sürekli olarak yapılması gerektiği, bir hizmetin geçici veya tesadüfî olarak sunulması durumunda bu hizmeti sunanların sağlayıcı olarak kabul edilmeyeceği savunulmaktadır. Bu görüşün temel gerekçesi olarak da hizmet faaliyetinin geçici veya arızı nitelik taşıması durumunda taraflar arasında, tüketicinin korunması fikrini

³²⁸ **Petek**, Tüketici, s.973; **Aslan** (Dersler, s.10); hizmetle ilgili yapılan; mutlaka olmasa da az ya da çok dokunulmaz bir yapısı olan, müşteri ile hizmet sağlayanın fiziksel kaynakları veya malları ve sistemleri arasındaki etkileşim anında oluşan ve müşteri problemlerine çözüm olarak sağlanan faaliyet şeklindeki tanımdan hareketle, etkileşimin hem hizmeti sunan ile müşteri arasında hem de müşteri ile hizmetin sunulduğu yerdeki fiziksel kaynak ve mallarla olabileceğini belirtmektedir. Örneğin sağlık hizmetini sunan hekim ile hastanın etkileşimi kadar, hastaya hizmetin sunulduğu yerdeki ultrasonografi cihazı, hasta muayene koltuğu gibi fiziksel unsurlarla etkileşiminin varlığını da ifade etmektedir. Aynı yönde bkz. **Aslan**, Tüketici, s.17. **Gümüş** (s.22), tüketici sözleşmesinin karma sözleşme yapısı içerisinde aynı anda mal ve hizmetleri birlikte içerebileceğini, örneğin tam hastaneye kabul sözleşmesinde, hastanenin edimleri bakımından mal sağlama ve hizmet sağlamanın bir arada gerçekleştiğini ifade etmektedir.

³²⁹ **Zevkliler**, s.53–54; **Tiryaki**, s.31; **Deryal**, Tüketici, s.78; **Yıldırım**, s.87–88; **Petek**, Tüketici, s.978; **Aslan**, Dersler, s.12; **Aslan**, Tüketici, s.11–12; **Aydoğdu**, Tüketici, s.63–64.

³³⁰ **Zevkliler**, s.54; **Yıldırım**, s.87; **Aslan**, Tüketici, s.11–12.

uyandıracak boyutta güç dengesizliğinin, eşitsizliğinin bulunmaması gösterilmektedir. Kanaatimizce bu görüş yerindedir. Ticari ve mesleki amaçlarla yapılan tüketiciye hizmet sunma faaliyetinde süreklilik niteliği bulunmalıdır. Mesleki ve ticari amaçla bir faaliyette bulunmak, tesadüfî olarak veya bir kez o faaliyetin yapılması değil, devamlı surette o faaliyetle uğraşma amacının bulunmasını ifade eder. Gerçek veya tüzel kişiler, bu hizmet sunumu faaliyetini para kazanmak için yani ticari amaçlarla ve meslek olarak yerine getirdikleri takdirde sağlayıcı olarak kabul edilmelidir. Ticari ve mesleki amaçlarla hareket etme kavramı, mal veya hizmet sunumunu yapan kişinin mal ve hizmet piyasalarında asgari bir örgütlenmeye dayalı ticari ve mesleki faaliyet icra etmesini gerektirir. Örneğin bir hemşirenin, hasta olan komşusuna bir defaya mahsus olmak üzere enjeksiyon yapması durumunda, bu durum ticari ve mesleki örgütlenme çerçevesinde gelişen bir faaliyet olmadığından, hemşire sağlayıcı sayılamaz, yapılan işlem de tüketici işleminin konusunu oluşturmaz³³¹.

Hizmet faaliyetinin geçici olarak veya bir kereliğine yapılması durumunda, bu faaliyetin ticari ve mesleki amaçlarla yapıldığını iddia eden hasta ispat külfeti altındadır. Örneğin bir temizlik hizmetinin bir kereliğine sunulup daha sonra bu hizmet faaliyetinin yapılmaması durumunda, yapıldığı süre içerisindeki hizmet sunumunun mesleki ve ticari amaçla (para kazanma) yerine getirildiği ispat edildiği takdirde, bu hizmet faaliyetinden yararlananlar, Kanun'un korumasından yararlanabilmelidir. Önemli olan kıstas hizmet faaliyetinin, mesleki ve ticari amaçla yapılmış olmasıdır. Mesleki veya ticari faaliyetin sürekli yapılma amacı bulunması kaydıyla, bir kereliğine yapılması durumunda da Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun uygulama alanı bulacaktır.

Hizmet sunma faaliyetinin kazanç sağlama amacıyla yapılmaması durumunda bu hizmeti sunanlar sağlayıcı olarak kabul edilmeyecektir³³². Örneğin yoksul kişilere ücretsiz sağlık taraması faaliyetinde bulunulması durumunda, bu faaliyeti sunan hekim, sağlayıcı olarak kabul edilmeyecektir.

³³¹ Gümüş, Tüketici, s.15.

³³² Zevkliler, s.54; Yıldırım, s.87; Aslan, Tüketici, s.11-12.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 2. maddesine göre kanun, her türlü tüketici işlemi ile tüketiciye yönelik uygulamaları kapsar³³³. Hastaların tedavisine yönelik sağlık faaliyetinin tüketici işlem ve uygulaması olması sebebiyle, bu kanun anlamında hastaya sağlık hizmeti sunan bağımsız çalışan hekim, kamu tüzel kişileri dâhil olmak üzere gerçek veya tüzel kişiler sağlayıcı olarak kabul edilmelidir³³⁴.

Bağımsız çalışan hekimler gerçek kişi olarak sağlayıcıdırlar. Hekimlerin bir sağlık kuruluşuna bağlı olarak çalışması halinde ise sağlayıcı sıfatı; kamu kurum ve kuruluşları, özel hastaneler, ayakta teşhis ve tedavi hizmeti veren özel sağlık kuruluşlarına aittir.

5283 sayılı Bazı Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Ait Sağlık Birimlerinin Sağlık Bakanlığına Devredilmesine Dair Kanun'un 4. maddesi uyarınca, Kamu kurum ve kuruluşlarına (bakanlıklara, bakanlıkların bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşları ile diğer kamu kurum ve kuruluşlarına) ait tüm sağlık birimleri (hastane, doğumevi, dispanser, sağlık ocağı, sağlık merkezleri gibi), bunlara ilişkin her türlü görev, hak ve yükümlülükler, taşınırlar, taşınmazlar ve taşıtlarla birlikte, Sosyal Sigortalar Kurumuna ait olanlar rayiç bedeli karşılığında, diğerleri bedelsiz olarak Sağlık Bakanlığına devredilmiştir.

Aynı Kanun'un 2. maddesine göre Cumhurbaşkanlığı, yüksek mahkemeler, Sayıştay, Türk Silahlı Kuvvetleri, Milli İstihbarat Teşkilatı, üniversiteler, mahalli

³³³ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 2. maddesinin gerekçesinde "*tüketicilerle sözleşme imzalanmadan önce, sözleşmenin kurulması esnasında ve sözleşme imzalandıktan sonra yaptıkları uygulamalar da Kanun kapsamında değerlendirilecektir*" ifadesiyle, kaynağını henüz sözleşmenin kurulmadığı, sözleşme görüşmeleri sırasındaki Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesindeki dürüstlük kuralından alan, sözleşme öncesi kusurlu davranışlar yani culpa in contrahendo sorumluluğu yasal dayanak kazanmıştır.

³³⁴ **Yıldırım**, s.87-88; **Petek**, Tüketici, s.978. **İlhan** (s.17), avukat ve doktorların mesleklerinin iş görme faaliyeti içermesine rağmen, bu mesleklerin özel kanunlarla düzenlenmiş olmasından dolayı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında sağlayıcı sayılmayacağını savunmaktadır. Buna karşılık **Petek** (Tüketici, s.979, dn.15.); bazı meslek ve faaliyetlere ilişkin özel kanun bulunmasının Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un uygulanmasına engel olmadığını, zira bu Kanun'un tüketici işlemi sayılan her türlü işlemi kapsamına aldığını, çok farklı amaçlarla çıkartılan diğer özel kanunların tüketici işlemi niteliğinde düzenlediği ilişkiler bakımından daha özel nitelikte kabul edilmesi gereken ve tüketicinin korunmasını amaçlayan Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un uygulanması gerektiğini belirtmektedir. Kanaatimizce Petek'in bu görüşü yerindedir. Nitekim bu husus 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 83.maddesinin 2. fıkrasında "*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*" şeklindeki ifade edilmiştir.

idareler ve mazbut vakıflara ait sağlık birimleri bu devrin dışında kalmış olup, bunların halen kendilerine ait sağlık birimleri bulunmaktadır. Söz konusu kamu kurum ve kuruluşları, bu kanun anlamında tedavi hizmetini sürekli olarak bir bedel karşılığında ve kazanç sağlama amacıyla yapmaları durumunda sağlayıcı olarak kabul edilmelidir³³⁵.

Ülkemizde özel hastaneler, 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu, bu kanunun uygulama şeklini gösteren Özel Hastaneler Tüzüğü ve Özel Hastaneler Yönetmeliğı çerçevesinde faaliyette bulunmaktadır.

2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca; Devletin resmi hastanelerinden ve özel idarelerle belediye hastanelerinden başka yatırılarak hasta tedavi etmek veya yeni hastalık geçirmişlerin zayıfları yeniden eski kuvvetlerini buluncaya kadar sıhhi şartlar içinde beslenmek ve doğum yardımlarında bulunmak için açılan ve açılacak olan sağlık yurtları 'özel hastaneler' den sayılır. Özel hastane vasfına sahip olmakla birlikte sadece kendi çalışanlarına hizmet vermek üzere kişiler, özel şirketler, işçi kuruluşları ve benzerleri tarafından kurulmuş olan hastane, revir ve diğer sağlık birimleri 2219 sayılı Kanun'un kapsamı dışında bırakılmıştır. Hem 2219 Sayılı Kanun'un kapsamı dışında bırakılan bu sağlık birimleri hem de özel hastane niteliğindeki tüm sağlık kuruluşları, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun uyarınca sağlayıcı sıfatına sahiptir³³⁶.

Özel hastanelerin yanında ayakta teşhis ve tedavi verilen özel sağlık kuruluşları da bulunmaktadır. Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında yönetmelik hükümlerine göre bu kuruluşlar; A Tipi, B Tipi ve C Tipi tıp merkezleri, A ve B tipi poliklinikler, laboratuvar, müessese ve muayenehanelerdir. Bu kuruluşlarda da tıbbi müdahale gerçekleştirilmesi ve tedavi hizmeti sunulmasından dolayı, sağlayıcı sıfatına sahiptirler.

Hasta Hakları Yönetmeliğinin 2. maddesi uyarınca, hasta haklarına yönelik güvence ve sorumluluklar, sağlık hizmeti verilen resmi ve özel bütün kurum ve kuruluşları, bu kurum ve kuruluşlarda veya bunların dışında hizmete katılan her kademedeki ve unvandaki ilgilileri ve hizmetten faydalanma hakkını haiz olan bütün fertleri kapsamaktadır. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un sağlayıcı ile ilgili

³³⁵ Petek, Tüketicici, s.979–980.

³³⁶ Petek, Tüketicici, s.980.

tanımından hareketle, kamu kurum ve kuruluşlarına ait sağlık kuruluşları, özel hastaneler, ayakta teşhis ve tedavi verilen özel sağlık birimleri verdikleri tedavi hizmetini bedel karşılığında tüketici olarak kabul edilen hastaya sunuyorsa ve kazanç sağlama amacıyla sürekli olarak bu faaliyeti yapıyorsa kanun anlamında sağlayıcı olarak kabul edilmelidirler.

Kamu kurum ve kuruluşlarına ait hastanelerde sözleşme ilişkisine göre değil de, kazanç sağlama amacı olmayan, kamu yararı doğrultusunda bir sağlık hizmeti sunulduğu takdirde, kamu kurum ve kuruluşları Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun uyarınca sağlayıcı sayılamaz³³⁷. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önceki dönemde hastanın tedavisi amacıyla, kamu hastanelerinde yapılan tıbbi müdahalelerden dolayı meydana gelen zararlardan dolayı hukuki sorumluluk idare hukuku kuralları çerçevesinde çözülmekteydi. Ancak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte 55. maddenin 2.fikrasının *“Bu Kanun hükümleri, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanır”* düzenlemesiyle birlikte kamu hastanelerindeki tıbbi müdahaleler nedeniyle meydana gelen hukuki sorumluluk bakımından Türk Borçlar Kanunu'nun hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

Bu düzenlemeye paralel olarak 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 3. maddesinde *“Her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut kişinin ölümüne bağlı maddi ve manevi zararların tazminine ilişkin davalara asliye hukuk mahkemeleri bakar”* düzenlemesine yer verilmiştir. Bu hüküm uyarınca kamu hastanelerinde yapılan tedavilerden dolayı oluşacak hukuki sorumluluk nedeniyle açılacak davaların asliye hukuk mahkemelerinde görüleceği düzenlenmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi 16.02.2012 tarih 2011/35 Esas ve 2012/23 Karar sayılı kararı ile bu maddeyi iptal etmiştir. Bu iptal kararı doğrultusunda hastanın tedavisi sırasında kamu hastanelerinde tıbbi müdahaleden dolayı meydana gelen zararlardan dolayı oluşacak hukuki sorumluluk bakımından

³³⁷ Petek, Tüketici, s.981.

yine Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacak, ancak açılacak olan davalar Asliye Hukuk Mahkemelerinde değil İdare Mahkemelerinde görülecektir³³⁸.

B. Sözleşmedeki Haksız Şartların Hasta Haklarına Etkileri

1. Genel Olarak

Satıcı veya sağlayıcılar, tüketiciler karşısında ekonomik, psikolojik ve organizasyon açısından kuvvetli oldukları için, bu güçlerini kötüye kullanmak suretiyle, tüketici sözleşmelerine tüketici aleyhine bir takım hükümler koyarak, tüketici sözleşmelerinde hak ve yükümlülükler açısından edimler arasında bulunması gereken dengenin tüketiciler aleyhine bozulmasına neden olmaktadır. Bu şekilde satıcı veya sağlayıcı lehine, edimler arasındaki dengenin aksine, ekonomik gücün etkisiyle, aşırı menfaat sağlayan tüketici sözleşmeleri, tüketici açısından kesin hükümsüz olacaktır³³⁹.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 5/1 maddesine göre "*Haksız şart; tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarıdır*"³⁴⁰.

4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un ilk halinde haksız şart kavramına yer verilmemiştir. Bu Kanunda, 4822 sayılı Kanunla³⁴¹ yapılan değişiklikle haksız şartlar düzenlenmiş, daha sonra ise bu Kanuna dayanarak "Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik"³⁴² çıkarılmıştır. 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un yürürlüğe girmesinden

³³⁸ **Petek**, Tüketici, s.981, dn.21; **Petek**, Sağlık, s.122.

³³⁹ **İnal, Tamer**; Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlar, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 9, Sayı 89, Ankara 2014, s.38; **Gümüş**, Tüketici, s.51.

³⁴⁰ **Çınar** (s.24), haksız şartı; satıcı, sağlayıcı ve kredi verenin tüketiciyle müzakere etmeden tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde, dürüstlük kurallarını ihlal edecek biçimde tüketici aleyhine açık ve haksız bir dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları olarak tanımlamaktadır.

³⁴¹ RG.: 14.03.2003, S:25048.

³⁴² RG.: 13.06.2003, S.25137.

sonra, eski yönetmelik yürürlükten kaldırılarak “Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik”³⁴³ düzenlenmiştir.

Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmeliğin 5/4. maddesinde, yönetmeliğin ekinde yer alan listede sayılan şartların, haksız şartlar olduğu, bu listedeki şartların sınırlı olmayıp örnek niteliğinde olduğu da vurgulanmıştır. Belirtilen bu haksız şartlara ilişkin listenin 1/a düzenlemesine göre “Sözleşmeyi düzenleyen bir fiili veya ihmali nedeniyle, tüketicinin hayatını kaybetmesi, yaralanması veya maddi zarara uğraması halinde, sözleşmeyi düzenleyen yasal sorumluluğunu kaldıran veya sınırlayan şartlar”, listenin 1/b düzenlemesine göre “Sözleşmeyi düzenleyen, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerinden herhangi birini tamamen veya kısmen ifa etmemesi veya ayıplı ifa etmesi halinde, tüketicinin herhangi bir alacağını sözleşmeyi düzenleyene karşı var olan bir borcuyla takas etme hakkı dahil, sözleşmeyi düzenleyene veya bir üçüncü şahsa yöneltebileceği yasal haklarını ortadan kaldıran ya da ölçüsüz şekilde sınırlayan şartlar” haksız şart olarak kabul edilmiştir.

6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da belirtilen haksız şart kavramı, Türk Borçlar Kanunu’nun 20 ve devamı maddelerinde “genel işlem koşulları”, Türk Ticaret Kanunu’nun 55/f maddesinin 2. bendinde “genel işlem şartları” olarak ifade edilmiştir³⁴⁴.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 5. maddesinde belirtilen haksız şartlara ilişkin hükmün uygulanabilmesi için, öncelikle Kanun kapsamına giren bir mal veya hizmet sunmaya ilişkin tüketici sözleşmesi bulunmalıdır. Satıcı veya sağlayıcı tarafından tüketici sözleşmesine, tüketici aleyhine bir şart konmuş olmalıdır. Tüketici sözleşmelerine konulmuş bulunan sözleşme şartının, haksız şart olarak kabul edilmesi için, onun tüketiciyle müzakere edilmeden yani tek yanlı olarak sözleşmeye konulmuş olması ve tüketici aleyhine dürüstlük kuralına aykırı düşecek şekilde dengesizliğe neden olması gerekir³⁴⁵.

³⁴³ RG.: 17.06.2014, S.29033.

³⁴⁴ Genel işlem koşulları standart şartla aynı anlamda kullanılmış olup, içerik denetimi bakımından haksız genel işlem koşulları ile haksız şart terimi aynı anlama gelmektedir. “Koşul” terimi, gerçekleşmesi şüpheli olaylarda kullanılan hukuki işlemlerdeki koşul (Türk Borçlar Kanunu madde 170 vd.) ile karıştırılabileceğinden sözleşme maddeleri anlamında “şart” terimi daha uygundur (Aydoğdu, Haksız Şart, s. 28–30).

³⁴⁵ Oğuzman / Öz, s.172; Aslan, Dersler, s.165; Aslan, Tüketici, s.318–321; İnal, s.56; Aydoğdu,

Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmeliğin 5/1.maddesine göre “Tüketici ile kurulan sözleşmelerde yer alan bir şartın haksız şart olarak kabul edilebilmesi için;

a) Tüketicikle müzakere edilmeden sözleşmeye dahil edilmesi,

b) Tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olması, unsurlarının bir arada bulunması gerekir”.

Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmeliğin düzenlemesi uyarınca “müzakere edilmeme” ve “dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olma” unsurlarının bir arada bulunması halinde sözleşmeye konulan şartlar, haksız şart olarak kabul edilir.

Bir sözleşme şartının haksız şart sayılabilmesi için, müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilmesi gerekir. Genel işlem koşullarında olduğu gibi, ileride kurulacak çok sayıda sözleşmede kullanılmak için hazırlanması gerekmez. Metnin hazırlanması anında dahi sağlayıcının müzakere etmeksizin sözleşmeye dâhil ettiği bir şart, haksız şart olarak kabul edilir³⁴⁶. Bir sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmiş sayılabilmesi için, sözleşme şartının ne anlama geldiğini tüketicinin anlaması ve şartın içeriğine etki etme imkânının var olduğunu bilmesi gerekir.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 5/3. maddesinin düzenlemesine göre, sözleşme şartı önceden hazırlanmış ve standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının müzakere edilmediği kabul edilir. Kanunun bu düzenlemesi uyarınca standart sözleşmede yer alan önceden hazırlanmış olan hükümlerin tüketici ile müzakere edilmediği yönünde karine getirilmiş olup, bu karinenin aksini ispat yükümlülüğü satıcı veya sağlayıcıya aittir. Standart sözleşme, satıcı veya sağlayıcı tarafından aynı hükümlerle birden fazla tüketiciye ibraz edilmek üzere hazırlanan sözleşmelerdir. Dolayısıyla, sözleşmedeki bir şartın belirli unsurlarının veya bir hükmünün müzakere edilmesi, sözleşmenin müzakere edilmeyen kalan kısmı bakımından, haksız şartlarla ilgili hükmün uygulanmasını engellemez.

Haksız Şart, s.184–185; **Aydoğdu**, Tüketici, s.213 vd.

³⁴⁶ **Gümüş**, Tüketici, s.61; **Çınar**, s.30.

Ayrıca sözleşmedeki kaydın bazı unsurları veya tamamının müzakere edilmesi halinde, müzakere edilen bu unsurlar veya sözleşmenin tamamı, tüketici aleyhine bir dengesizliğe neden oluyorsa, haksız şart olarak kabul edilir. Sözleşme şartının müzakere edilmemiş olması durumunda, tüketici aleyhine dengesizliğe neden olmuyorsa haksız şart olarak kabul edilmeyecektir.

Tüketici ile sağlayıcı arasında yapılan sözleşmenin belirli bir hükmünün, tüketici aleyhine hak ve yükümlülükler açısından dengesizlik içermesi durumunda tüketicinin zarar görüp görmemesi aranmaksızın, kayıt haksız şart olarak kabul edilir³⁴⁷.

Tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde, tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan kayıtlar haksız şart olarak kabul edilecektir³⁴⁸. Burada “ dengesizlik” ifadesi “hukuki” olmaktan ziyade “ekonomik” bir kavramdır. Sözleşmedeki bir kaydın dengesizliğe yol açıp açmadığı sözleşmenin tamamının değerlendirilmesi ile tespit edilir³⁴⁹.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 5/6 maddesine göre bir sözleşme şartının haksızlığı; sözleşme konusu olan mal veya hizmetin niteliği, sözleşmenin kuruluşunda var olan şartlar ve sözleşmenin diğer hükümleri veya haksız şartın ilgili olduğu diğer bir sözleşmenin hükümleri dikkate alınmak suretiyle sözleşmenin kuruluş anına göre belirlenir.

Hizmet sağlayıcı tarafından sözleşmeye yazılan sorumsuzluk anlaşmasına ilişkin haksız şartların genel işlem koşulu niteliğini taşıması halinde, Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmeliğin, hizmetler bakımından ayrıntılı düzenleme getirmesi nedeniyle, Türk Borçlar Kanunu’nun 20 ve devamı maddelerindeki genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerden yararlanmaya ihtiyaç yoktur³⁵⁰.

³⁴⁷ Çınar, s.30.

³⁴⁸ Oğuzman / Öz (s.173), sadece tüketicinin haklarının kısıtlanması ve satıcı/sağlayıcıya tek taraflı avantaj sağlaması için getirilen sözleşme şartlarının kural olarak geçersiz sayılması gerektiği, ancak bu şartlar somut olayda tarafların durumu bakımından makul ve adalet duygusunu rahatsız etmeyecek nitelikte ise geçerli sayılması gerektiği, yani Türk Medeni Kanunu’nun 2. maddesindeki dürüstlük kuralına aykırılığın çok ağır şartları gerçekleşmese bile tüketicinin korunmasının adil görülebileceği durumlarda aleyhe şartların geçersiz sayılabileceği görüşündedir.

³⁴⁹ Çınar, s.31; Aslan, Dersler, s.166.

³⁵⁰ Petek, Tüketici, s.985–986 dn.28. Kara (s.59), Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlenen genel işlem koşulları ile Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da düzenlenen haksız şartların birlikte

Uygulama alanı itibariyle “haksız şartlar” ve “genel işlem koşulları” arasında farklılıklar mevcuttur. Türk Borçlar Kanunu’nun 20 ve devamı maddelerinde belirtilen genel işlem koşulları, sözleşmeyi düzenleyen karşı tarafında yer alan kişinin kim olduğuna bakılmaksızın uygulanacaktır. Ancak Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da belirtilen haksız şartların uygulama alanı bulabilmesi için sözleşmenin taraflarından birinin mutlaka tüketici olması gerekir. Bu yüzden genel işlem şartı veya haksız şartlar ile ilgili bir uyumsuzluk durumunda, taraflardan birinin tüketici olmadığı hallerde genel hüküm olarak Türk Borçlar Kanunu’nun genel işlem şartlarına ilişkin düzenlemeleri uygulanacak, taraflardan birisinin tüketici olduğu durumlarda ise özel hüküm niteliğinde bulunan Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da belirtilen haksız şartlara ilişkin düzenlemeler uygulanacaktır³⁵¹. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 83/1. maddesinin “*Bu Kanunda hüküm bulunmayan hâllerde genel hükümler uygulanır*” düzenlemesi uyarınca, haksız şartlara ilişkin hüküm bulunmayan durumlarda, Türk Borçlar Kanunu’nun 20 ve devamı maddelerindeki genel işlem koşullarına ilişkin hükümler uygulanacaktır.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 5/5. maddesine göre “*Faaliyetlerini, kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi veya kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de niteliklerine bakılmaksızın bu madde hükümleri uygulanır*”. Bu düzenlemenin sonucu olarak faaliyetlerini aldıkları izin ile yürüten hekimler ve özel hastane işleticilerinin hazırlamış olduğu sözleşmelere de bu yönetmelik hükümleri uygulanabilecektir.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 5/4. maddesinin son cümlesindeki “*Sözleşmede yer alan bir hükmün açık ve anlaşılır olmaması veya*

değerlendirilmesi gerektiği, tüketici sözleşmeleri bakımından tüketiciye en geniş koruma sağlayan hangi hüküm ise mahkemenin bu hükmü kendiliğinden tüketiciye uygulaması gerektiği kanaatindedir. “*Standart sözleşmeler, içeriğini kısmen veya tamamen genel işlem koşullarının oluşturduğu, tarafların karşılıklı müzakereleri sonucu değil, aksine, taraflardan biri veya üçüncü kişi tarafından önceden hazırlanmış hükümlerin kullanıldığı sözleşme tipi olarak tanımlanmakta olup, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 4822 Sayılı Kanunla değişik 6. maddesi ile, Avrupa Konseyi’nin 05.04.1993 tarihli, 1993/13/AET Yönergesinde ve bu yönergeyi iç hukuklarına aktaran Avrupa Birliği ülkelerinde, standart sözleşmelerde yer alan hükümlerin ve özellikle bu sözleşmelerin içeriğini oluşturan genel işlem koşullarının, haksız şart olduğuna ilişkin bir karine öngörülmüştür*” 13.HD., 02.09.2013, 22232/20552 (Sinergi Mevzuat ve İçtihat Programı).

³⁵¹ **Oğuzman / Öz**, s.173; **Aydoğdu**, Haksız Şart, s.30–31.

birden çok anlama gelmesi hâlinde; bu hüküm, tüketicinin lehine yorumlanır” düzenlemesi uyarınca “tüketici lehine yorum ilkesi” benimsenmiştir³⁵².

Hastaların tedavisine yönelik olarak yapılan hekimlik sözleşmeleri veya hastaneye kabul sözleşmelerinde, hizmetlerin ayıplı olması durumunda hizmet sağlayıcı olarak hekim veya hastane işleticisinin, sorumlu olmayacağına yönelik sözleşmeye konulan haksız şartlar geçerli değildir.

2. Haksız Şartların Varlığı Halinde Hastanın Hakları

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 5/2 maddesine göre “Tüketicikle akdedilen sözleşmelerde yer alan haksız şartlar kesin olarak hükümsüzdür. Sözleşmenin haksız şartlar dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda sözleşmeyi düzenleyen, kesin olarak hükümsüz sayılan şartlar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez”.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 5/2. maddesinin 2. cümlesindeki *“Bu durumda sözleşmeyi düzenleyen, kesin olarak hükümsüz sayılan şartlar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez”* şeklindeki düzenlemesi uyarınca sözleşmeyi düzenleyene, sözleşmedeki haksız şartlar olmadan sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri sürme hakkı tanınmamıştır. Dolayısıyla bu durumda sözleşmenin haksız şartlar dışındaki kısımları geçerliliğini koruyacaktır. Haksız şartlar dışındaki kısımlarla geçerliliğini koruyacak olan sözleşmede, hekim veya özel hastane işleticisi, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasını isteyemez. Kanun, “sözleşmedeki haksız şartların olmaması halinde, diğer hükümlerle sözleşme yapmayacak olduğunu ileri sürmeyi” dahi kabul etmemişken, haksız şartların hükümsüz sayılmasından sonra sözleşmenin kalan kısımları bakımından, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasını istemek de mümkün değildir. Örneğin hekim veya özel hastane işleticisi geçersiz olan haksız şartlarla ilgili kısım olmasaydı ücretin daha yüksek belirleneceğini, tedavide

³⁵² **Aydoğdu** (Tüketici, s.224), “Contra stipulatorem” (sözleşme, şüphe halinde düzenleyenin aleyhine yorumlanır) ilkesi olarak Roma Hukukundan bu yana geçerli olan kuralın, sözleşme hükmünü kaleme alan tarafın bunun anlaşılır olması sorumluluğunu taşıması düşüncesine dayandığını ifade etmektedir. **İnal** (s.40), sözleşmede yer alan şartların ne anlama geldiğinin hukukun yorum yöntemleriyle belirlenmesi gerektiğini, buna rağmen belirlenemiyorsa, tüketici lehine yorumun tercih edilmesi gerektiği düşüncesindedir.

kullanılacak malzemenin niteliğinin daha farklı tespit edileceğini, tedavi faaliyeti bakımından daha farklı süre ayrılacağını ileri süremez. Bunun nedeni Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesindeki dürüstlük kuralı ve tüketici konumundaki hastanın korunmasıdır. Aksi durumun kabulü hekim veya özel hastane işleticisinin sorumluluktan kurtulmasına neden olarak, tüketicinin değil, sağlayıcının korunmasına hizmet eder. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un amacı ise zayıf durumdaki tüketicinin korunmasıdır.

Tüketicisiyle yapılan sözleşmelerdeki yer alan haksız şartların, kesin olarak hükümsüzlüğü şeklindeki düzenlemesi olmasaydı dahi, Türk Borçlar Kanunu'nun bazı hükümlerinden hareketle de sorumsuzlukla ilgili haksız şartların geçerli olmayacağı sonucuna ulaşmak mümkündür³⁵³. Türk Borçlar Kanunu'nun 115. maddesine göre borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür. Yine 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 da kesin olarak hükümsüzdür. Türk Borçlar Kanunu'nun 116/3 maddesine göre de 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.

Gerek hekimlerin gerekse özel hastane işleticilerinin faaliyetlerini kanun veya yetkili makamlardan aldıkları izin doğrultusunda sürdürmelerinden dolayı Türk Borçlar Kanunu'nun 115. maddesi gereği kendi fiillerinden sorumlu olmayacaklarına yönelik sözleşmelere haksız şartlar koymaları mümkün olmadığı gibi, 116/3 maddesi uyarınca da yardımcı kişiler aracılığıyla edimlerini yerine getirmeleri halinde de ayıplı hizmet nedeniyle sorumlu olmayacaklarına yönelik sözleşmelere haksız şartlar koymaları mümkün değildir³⁵⁴.

Sözleşmelerde yer alan haksız şartların içerik denetimi hakim tarafından yapılacaktır. 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 5/8. maddesindeki "*Bakanlık, genel olarak kullanılmak üzere hazırlanmış sözleşmelerde*

³⁵³ Petek, Tüketici, s.986.

³⁵⁴ Petek, Tüketici, s.986.

yer alan haksız şartların, sözleşme metinlerinden çıkarılması veya kullanılmasının önlenmesi için gerekli tedbirleri alır” düzenlemesi genel olarak kullanılmak üzere hazırlanan, toplumun geniş kesimlerini ilgilendiren sözleşme tiplerindeki (bankacılık sözleşmeleri, abonelik sözleşmeleri) haksız şartların denetiminin Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından yapılarak, tüketicinin olası mağduriyetlerinin önüne geçilmesini öngörmüştür³⁵⁵.

Genel olarak kullanılmak üzere hazırlanan sözleşmeler, tarafların sözleşmenin içeriğini özgürce belirlemesi ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Bu şekildeki sözleşmelerde yer alan şartlar, sözleşmenin taraflarından sadece biri lehine değerlendirilebilecek şartlar ihtiva etmekte, eşit olması gereken taraflar arasında eşitsizliğe yol açmaktadır. İşte sözleşmenin zayıf tarafı konumunda bulunan tüketicinin daha en baştan korunabilmesi bakımından Gümrük ve Ticaret Bakanlığı, haksız şartların, sözleşme metinlerinden çıkarılması veya kullanılmasının önlenmesi ile ilgili kanun tarafından yetkilendirilmiştir. Uygulamada özellikle bankacılık sözleşmeleri bakımından bu yetkiyi kullanan Gümrük ve Ticaret Bakanlığı, haksız şartların sözleşme metinlerinden çıkarılması veya kullanılmasının önlenmesi bakımından hastalar ile bağımsız çalışan hekim veya özel hastane işleticisi arasındaki sözleşmelerde böyle bir faaliyette bulunmamaktadır. Bunun temel nedeni kanaatimizce hekimlik veya hastaneye kabul sözleşmelerinin genel olarak standart sözleşme şeklinde yapılmaması, çoğunlukla sözlü olarak yapılmasından kaynaklanmaktadır. Sözleşmenin standart sözleşme şeklinde yapılmaması veya sözlü olarak yapılması durumunda haksız şartların, sözleşme metninden çıkarılması veya kullanılmasının önlenmesi bakımından daha en baştan gerekli tedbirlerin alınması, haksız şartların varlığının tespiti noktasındaki zorluklar nedeniyle mümkün değildir.

Sözleşmelerde yer alan şartların haksız şart olarak nitelendirilebilmesi için, öncelikle sözleşmenin geçerli bir biçimde kurulması gerekir. Sözleşmenin kurulması sırasında hükümsüzlük hali mevcut olduğu takdirde sözleşmenin içerik denetiminin yapılmasına gerek yoktur. Tüketicisiyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen sözleşme hükümlerinin tamamının veya bir kısmının, sözleşmenin içeriğini oluşturup

³⁵⁵ **Aydoğdu, Murat;** 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Getirdiği Yeniliklere Genel Bakış, Sözleşmeye Aykırılık, Ayıplı İfa Kavramlarına Getirdiği Farklı Yaklaşım ve Bu Konuda Önerilerimiz, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 15, Sayı 2, İzmir 2013(Yenilik), s.9.

oluşturmadığının tespitine, yürürlük denetimi denilmektedir. 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda yürürlük denetimine yönelik bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak Kanun'un 83. maddesindeki “*Bu Kanunda hüküm bulunmayan hâllerde genel hükümler uygulanır*” düzenlemesinin sonucu olarak, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 21. maddesindeki yürürlük denetimine ilişkin “yazılmamış sayılma” hükmü, 6502 Sayılı Kanun kapsamına giren ilişkilerde de uygulanabilecektir³⁵⁶.

Hekimler veya özel hastane işleticileri tarafından, önceden tüketici ile müzakere edilmeden hazırlanan hekimlik veya hastaneye kabul sözleşmelerine, hastaların tedavisi sırasında Hasta Hakları Yönetmeliği'nden kaynaklanan haklarının ihlal edilmesi durumunda, gerek ağır kusurlarından gerekse hafif kusurlarından sorumlu olmayacakları yönünde koymuş buldukları kayıtlar hükümsüzdür. Müzakere edilmeden konulmuş bulunan kayıtlar, dürüstlük kuralına aykırı bir biçimde hasta aleyhine dengesizliğe neden olduğu takdirde, bu kayıtlar haksız şart olarak kabul edilecektir. Hastalar, bu sözleşme kayıtlarına rağmen hasta haklarının ihlali nedeniyle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da belirtilen seçimlik haklarını kullanabilecekleri gibi, tazminat da isteyebilirler. Hekimlik veya hastaneye kabul sözleşmesinde, haksız şartlar dışındaki hususlar ise geçerliliğini koruyacaktır.

Haksız şartlar, hekimlik veya hastaneye kabul sözleşmelerine, hekim veya özel hastane işleticisi tarafından, tüketici olan hasta ile müzakere edilerek dahi konulmuş olsa, gerek kendi fiillerinden veya yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa ilişkin Türk Borçlar Kanunu'nun 115. ve 116. maddeleri, gerekse kişiliğin korunmasına ilişkin Türk Medeni Kanunu'nun 23. ve 24. maddeleri gereğince kesin hükümsüz olarak kabul edilmelidir.

³⁵⁶ İnal, s.63 vd; Aydoğdu, Haksız Şart, s.172-173.

C. Hastaya Yönelik Hizmetin Ayıplı İfa Edilmesi

1. Genel Olarak Ayıp Kavramı

Ayıp, mal veya hizmetin ifa edilmesine rağmen, tüketicinin o mal veya hizmetten tümüyle veya gerektiği gibi yararlanmasını engelleyen eksikliklerdir³⁵⁷.

Ayıp, sözleşmede kararlaştırılan niteliklerin mal veya hizmette bulunmaması halinde söz konusu olabileceği gibi (zikir ve vaad edilen niteliklerde ayıp), sözleşmede kararlaştırılan ya da kararlaştırılmamış olsa bile objektif olarak mal veya hizmette bulunması gereken niteliklerde, o mal veya hizmetten tahsis ve kullanım amacı bakımından değerini veya tüketicinin beklediği yararları azaltan veya kaldıran eksiklik (lüzumlu vasıflarda ayıp) şeklinde de mevcut olabilir³⁵⁸.

2. Ayıplı Hizmet

a. Kavram

6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 13.maddesine göre “*Ayıplı hizmet, sözleşmede belirlenen süre içinde başlamaması veya taraflarca kararlaştırılmış olan ve objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşınamaması nedeniyle sözleşmeye aykırı olan hizmettir.*

Hizmet sağlayıcısı tarafından bildirilen, internet portalında veya reklam ve ilanlarında yer alan özellikleri taşımayan ya da yararlanma amacı bakımından değerini veya tüketicinin ondan makul olarak beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren hizmetler ayıplıdır”.

³⁵⁷ Tandoğan, II, s.161–162; Atasoy/Taşkın/Acar, s.42; Zevkliler, s.62; Deryal, Tüketici, s.83; Aydoğdu, Yenilik, s.26; Aydoğdu, Tüketici, 120. Deryal (Tüketici, s.89) ayıp kavramının, tarafların iradesine göre olması gereken veya istenen ile somut gerçek arasında tüketici aleyhine ortaya çıkan kalite farkı ve nitelik sapması olarak da tanımlanabileceğini ifade etmektedir.

³⁵⁸ Tandoğan, II, s.162–166; Zevkliler, s.62–63; Tiryaki, s.66–72; Kara, s.396; Aydoğdu, Yenilik, s.22; Aslan, Tüketici, s.114; Aydoğdu, Tüketici, 121; Özel, s.94–95.

Hizmet edimlerinin sözleşmede öngörülen sürede başlamaması³⁵⁹, taraflarca kararlaştırılmış olan ve objektif olarak sahip olması gereken niteliğe sahip olmaması, sağlayıcı tarafından üstlenilen özenden sapma yani özen eksikliği hallerinde ayıplı hizmetten söz edilir³⁶⁰.

Kanun koyucunun, sadece hizmetin belirlenen sürede başlamaması ve kararlaştırılmış olan ve objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşımasını ayıplı hizmet olarak düzenleyip, hizmetin hiç yerine getirilmemesini ayıplı hizmet olarak düzenlememesi bir eksiklik olarak göze çarpmaktadır. Hizmetin hiç yerine getirilmemesi durumunda tüketiciler, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da hüküm bulunmaması nedeniyle, yine Kanun'un 83/1. maddesindeki "*Bu Kanunda hüküm bulunmayan hâllerde genel hükümler uygulanır*" hükmünün yollamasıyla Türk Borçlar Kanunu hükümlerine göre talepte bulunabileceklerdir.

b. Ayıplı Hizmetin Özellikleri

Kanun'da düzenlenen ayıplı hizmet kavramı, ayıplı tedavi faaliyeti ve hasta haklarının ihlaline neden olabilecek ayıplı faaliyetlerin özelliklerini içermektedir.

Ayıplı hizmetten söz edebilmek için yerine getirilen hizmet faaliyetinin ayıplı olarak ifa edilmiş olması gerekir.

Bazı durumlarda hizmetin ayıplı olarak ifa edileceği mutlak ise (örneğin hastanın, enjeksiyon yapılacağı sırada, daha önce başka bir hasta için kullanılan bir iğnenin kullanılmasına veya sargı bezinin kirli olduğunu görmesine rağmen, iğnenin veya sargı bezinin kullanılmasına, bir zarar meydana gelmeyeceği veya düşük ücret ödediği için itiraz hakkının olmadığını düşünerek ses çıkartmadığı durumlarda), kanaatimizce hasta Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da belirtilen korumalardan yararlanabilmelidir. Çünkü hasta hizmetteki ayıbı bilmekte ama,

³⁵⁹ **İnceoğlu**, hizmetin sözleşmede öngörülen süre içerisinde başlamamasının bir temerrüt hali olduğu, bu durumun ayıp hükümlerine tabi tutulmasının isabetli olmadığı, böyle bir durumda ayıp oranında bedelde indirim, hizmetin yeniden görülmesi, ortaya çıkan eserin ücretsiz onarımı haklarının nasıl kullanılacağı belli olmadığı, sadece sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilceği, bu imkâna Türk Borçlar Kanunu'nun 126. maddesi uyarınca tüketicinin zaten sahip olduğu kanaatindedir. (**İnceoğlu, M. Murat**; "Ayıba Karşı Tekeffül ve Garanti Sorumluluğu", Yeni Tüketici Hukuku Konferansı (Makaleler–Tartışmalar), İstanbul 2015, s.209–210).

³⁶⁰ **Özel**, s.86.

iğnenin veya sargı bezinin bu şekilde kullanılması halinde bir zarar meydana gelmeyeceği veya düşük ücret ödemesi sebebiyle itiraz hakkının olmadığını düşünmektedir. Bu durumda hasta iradeyi sakatlayan hallerden, yanılma halindedir. Hasta, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da belirtilen seçimlik haklarını kullanabileceği gibi, bu Kanun'un 83. maddesinin "*Bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümler uygulanır*" düzenlemesinin atfı nedeniyle, Türk Borçlar Kanunu'nun 39. maddesi uyarınca da sözleşmeyle bağlı olmadığını bildirerek, sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca ödediği bedelin iadesini isteyebilir. Ayrıca uğradığı zararın tazminini de talep edebilir.

Taraflar arasında kararlaştırılan hekimlik sözleşmesi veya hastaneye kabul sözleşmesine rağmen tedavi faaliyetinin başlamaması, tedavi faaliyetinin tıp biliminin gereklerine ve genel kabul görmüş uygulamalarına uygun yapılmaması, tedavi ve diğer hizmetlerin yapılmasında özen yükümlülüğünün ihlal edilmesi³⁶¹, hastanın mevzuattan kaynaklanan haklarına saygı gösterilmemesi, sunulan hizmetin sözleşmede kararlaştırılan, tedavi ve diğer edimlerin gerektirdiği objektif özellikleri taşıması hallerinde hizmet ayıplıdır.

Ayıplı hizmetten söz edebilmek için ya hizmetin kararlaştırılan süre içerisinde başlamaması ya da taraflarca kararlaştırılan ve objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşıması gerekir. Örneğin kangren olması nedeniyle ayak parmaklarından bir tanesi kesilecek olan hastanın, hekim veya özel hastane işleticisinden kaynaklanan sebeplerle kararlaştırılan günden daha sonraki bir zamanda ameliyat edilerek, gecikme nedeniyle ayak parmaklarının üç tanesinin

³⁶¹ "...Vekil, vekâlet görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan dolayı sorumludur. Vekilin sorumluluğu, genel olarak işçinin sorumluluğuna dair kurallara bağlıdır. Vekil, işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, en hafif kusurundan bile sorumludur (818 Sayılı B.K.m. 321/1). O sebeple davacının tedavisini üstlenen hastane ve doktorların meslek alanı içinde olan bütün kusurları, hafif de olsa, sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Az yukarıda açıklandığı üzere, doktor tedavi sebebiyle yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı işlemlerin eylemlerin ve davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan sorumludur."13.HD.,09.06.2014, 3822/18314 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı). Yargıtay yine bir başka kararında prematüre doğan ikiz çocuklara küvezde kaldıkları süre boyunca aşırı oksijen yüklemesi sebebiyle görme kabiliyetine yitirmeleri nedeniyle açılan bir davada davalılar ile hasta arasındaki hukuki ilişkinin vekâlet ilişkisi olduğunu, vekilin görevini ifa ederken en hafif kusurunun bulunması halinde dahi meydana gelen zarardan kusuru oranında değil, zararın tamamından sorumlu olduğunu, olayda davacılar yüklenilecek bir kusur saptanmadığından davalılar özel hastane işleticisi ve doktorun zararın tamamından sorumlu olduğuna hükmetmiştir. 13.HD., 26.10.2004, 6493/15341 (Kadioğlu, Kamil; Gereçeli-Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, 2.Bası, Ankara 2005, s.203-204).

kesilmesinde ayıplı bir hizmet vardır. Burada daha henüz ameliyat olmadan, ilk ameliyatın gecikmesinden sonra, hizmetteki ayıbın muhtemel, hatta mutlak olduğu bir durum vardır. Bu durumda hasta, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da belirtilen korumalardan yararlanabilir.

Hizmetin ayıplı olması, sunulan hizmette, taraflarca kararlaştırılan ve objektif olarak sahip olması gereken özelliklerin bulunmamasından ileri geliyorsa, bu durumda öncelikle hizmetin ifa edilmiş olması, yapılan ifanın da ayıplı olması şartları aranacaktır. Sunulan hizmetin ifasının ayıplı olması halinde, tüketici ayıplı hizmet dolayısıyla Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da belirtilen korumalardan yararlanabilir.

İfa edilen hizmetin ayıplı olması ve hizmetteki ayıbın önemli olması gerekir. Ayıbın önemli olmasından kasıt, hizmetin değerini ve ondan beklenen faydayı önemli ölçüde azaltan ayıplar önemli ayıplardır³⁶². Ayıbın önemli olmadığı hallerde tüketicinin sahip olduğu seçimlik haklardan sözleşmeden dönme hakkını kullanması mümkün değildir. Bu gibi hallerde tüketicinin eserin ücretsiz onarımı veya ayıp oranında bedelden indirim hakkını kullanması mümkün olsa dahi, sözleşmeden dönme hakkının kullanılması Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesindeki dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecektir³⁶³.

Ayıbın gizli olması gerekir. Yani tüketicinin ayıbın varlığını bilmeden veya ayıptan haberdar olması kendisinden beklenmeyecek şekilde hizmetten yararlanmış olması gerekir. Hizmetin ifası sırasında ayıp bulunmalı, ancak tüketici o esnada bu ayıbı bilmemelidir. Hizmetin ifası sırasında tüketicinin ayıbı bildiği veya bilmesi gerektiği kabul ediliyorsa, daha sonra sözleşmeye aykırılıktan, ayıplı hizmetten söz edilemeyecektir. Ancak bazı durumlarda hekim veya özel hastane işleticisinin kişilik haklarına aykırı fiillerine hastanın rıza göstermesi, kişilik hakkına aykırı bu davranışı

³⁶² **Zevkliler**, s.68-69; **Yavuz, N.**, s.190; **Gümüş**, Tüketici, s.133-134. **Aydoğdu** (Tüketici, s.144-148), Türk Borçlar Kanunu'nda, ayıbın önemli olması gerektiği açıkça belirtilmiş olmasına rağmen, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da ayıbın önemli olması gerektiğine değinilmediğini, bu yüzden tüketici sözleşmelerinde ayıbın önemli olmasına gerek olmadığını, önemsiz ayıplarla ilgili tüketici lehine yorum yapılarak kapsamının dar tutulması gerektiğini belirtmektedir. Aynı yönde bkz. **Aslan**, Tüketici, s.132-134.

³⁶³ **Atamer, Yeşim M. / Baş, Ece**; Avrupa Birliği Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Satım Sözleşmesinde Ayıptan Doğan Sorumluluk, İstanbul Barosu Dergisi, Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı 1, Cilt 88, İstanbul 2014, s. 26-27.

hukuka uygun hale getirmez. Fakat tazminatta müterafik kusur nedeniyle indirim yapılabilir. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 32. maddesine göre Bakanlığın izni ve hastanın rızası bulunmaksızın, hasta üzerinde tecrübe, araştırma veya eğitim amaçlı tıbbi müdahale yapılamaz. Örneğin hasta, kendi üzerinde Bakanlığın izni alınmadan bir ilacın denenmesine, organlarından birinin sadece eğitim amaçlı alınmasına rıza gösterirse, hastaya yapılan bu müdahale onun kişilik hakkına aykırılık teşkil edeceğinden, verilen rıza, bu müdahaleleri hukuka uygun hale getirmeyecektir. Nitekim bu husus yine Yönetmeliğin aynı maddesinde “*Gönüllünün tıbbi araştırmaya rıza göstermiş olması, bu araştırmada görev alan personelin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz*” şeklinde ifade edilmiştir.

Hizmet sağlayıcının sorumluluğuna gidilebilmesi için onun ayıbın varlığını bilmesine gerek yoktur. Bilmese dahi tüketiciye karşı sorumlu olacaktır³⁶⁴. Belirtmek gerekir ki 4077 Sayılı Kanun zamanında hizmetler için benimsenmiş bulunan “ihbar külfeti”, 6502 Sayılı Kanun’da düzenlenmemiştir. Ayıplı hizmetle karşılaşan tüketici ihbar külfetine tabi olmaksızın, zamanaşımı süresi içinde seçimlik haklarını kullanabilecektir³⁶⁵.

Kanun’un 13/1. maddesi uyarınca hizmetin kararlaştırılan sürede başlamaması veya kararlaştırılan ve objektif olan özellikleri taşımaması halinde hizmet ayıplıdır. Kanun’un 13/2. maddesinin düzenlemesi uyarınca bildirilen hizmetlerin gerekli özellikleri taşımaması halinde hizmet ayıplı kabul edilecek, ayrıca hizmetten yararlanma amacı bakımından tüketici olan hastanın beklediği faydanın azalmış veya ortadan kalkmış olması şartı aranmayacaktır. Yapılan hizmetin bildirilen veya bildirilmesi gereken özelliklere sahip olmaması, hizmetin ayıplı kabul edilmesi ve hizmet sağlayıcısının sorumlu tutulması için yeterli olacaktır. Ayrıca hizmet, sağlayıcı tarafından bildirilen özellikleri taşısa dahi yararlanma amacı bakımından değerini veya tüketicinin ondan makul olarak beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içerdiği takdirde ayıplı olarak kabul edilecektir³⁶⁶.

³⁶⁴ **Zevkliler**, s.70-71; **Yavuz, N.**, s.190; **Aslan**, Tüketici, s.134-135; **Aydoğdu** (Tüketici, s.152 vd.).

³⁶⁵ **Şahin, Turan / Kızır, Mahmut**; 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Genel Esaslar, Haksız Şartlar ile Ayıplı Mal ve Hizmetler Konusunda Getirdiği Yenilik ve Değişiklikler, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 9, Sayı 89, Ankara 2014, s.77.

³⁶⁶ **Yavuz,N.**, s.208; **Petek**, Tüketici, s.984–985.

c. Ayıplı Hizmetin Türleri

Hizmetler bakımından Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 13/2. maddesinde de belirtildiği üzere ayıplar maddi, hukuki veya ekonomik olabilir.

Maddi ayıp, sunulan hizmetten maddi anlamda yararlanılmasını engelleyen, hizmetin yerine getirilme amacıyla ters orantılı olarak ortaya çıkan ayıplardır. Tüketicie sağlanan hizmette maddi, yani fiziki olarak ayıp ortaya çıkmaktadır³⁶⁷. Örneğin yüz gerdirme işlemi için estetik cerrahla anlaşılan kişinin yapılan müdahale sonrasında yüzünün tamamen sarkık hale gelmesi, yapılan implant tedavisi sonrası takılan implantın çatlak olması, bacağına takılan platin sonrasında bacağın şişmesi ve tamamen kullanılamaz hale gelmesi durumunda yapılan hizmette maddi anlamda bir ayıbın varlığından söz edilir³⁶⁸.

Hukuki ayıp ise, sunulan hizmetin maddi anlamda tam olmasına rağmen bu hizmetten yararlanmayı engelleyen, azaltan veya ortadan kaldıran hukuksal bazı yasaklama ve sınırlamalar bulunmasıdır³⁶⁹. Örneğin hastanın tedavisi gerçekleştirilirken ona kanunen kullanılması yasak olan ilaç veya kimyasallar verilmesi durumunda hastanın arzu ettiği tedavi gerçekleşmesine rağmen hastanın kullanacağı bu ilaçlar bakımından kanunen getirilmiş bulunan yasaklama bu hizmetin hukuken ayıplı olmasını ifade eder.

Ekonomik ayıp ise, sunulan hizmetten tüketicinin beklediği yararlanma ve kullanma amacını azaltan, kullanma olasılığı bulursa dahi hizmetin ekonomik değerini düşüren ayıplardır³⁷⁰. Örneğin hastaya takılan protezlerin verimli

³⁶⁷ Atasoy/Taşkın/Acar, s.43; Zevkliler, s.65; Tiryaki, s.74; Yavuz, N., s.208; Atamer, Yeşim M. / İnceoğlu, M.Murat; Satım Sözleşmesinde Tüketicinin Seçimlik Hakları ve Avrupa Birliği Hukuku ile Uyumu Sorunu, Otomotiv Distribütörleri Derneği Yayını, İstanbul 2012, s.44; Aslan, Tüketici, s.118-119; Gümüş, Tüketici, s.134; Aydoğdu, Tüketici, s.125; Özel, s.90; Atamer/Baş, s.26.

³⁶⁸ Hastaya yapılan katarakt ve göz içi mercek ameliyatında takılan yapay lens nedeniyle ameliyat sonrasında görme kaybı nedeniyle açılan bir davada Yargıtay "Davalılar tarafından davacıya ameliyatla takılan lensin riskleri konusunda uyarıda bulunulduğu, yani aydınlatılmış rızasının alındığı ya da hasta tarafından özellikle bu lensin takılması konusunda özel izin verildiği iddia ve ispat edilemediğine göre, hastanın seçme şansı bulunmayan davalılar tarafından temin edilerek davacıya taktıkları lensin, davacı hastaya verdiği zararı tazminle yükümlüdür" şeklinde hüküm kurmuştur. 13.HD. 15.05.2007, 2006/2942, 2007/6736 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

³⁶⁹ Atasoy/Taşkın/Acar, s.44-45; Zevkliler, s.65; Tiryaki, s.74; Deryal, Tüketici, s.85; Yavuz, N., s.209; Atamer/İnceoğlu, s.44; Aslan, Tüketici, s.119-120; Gümüş, Tüketici, s.134; Aydoğdu, Tüketici, s.125; Özel, s.90; Atamer/Baş, s.26.

³⁷⁰ Atasoy/Taşkın/Acar, s.45-46; Zevkliler, s.66; Tiryaki, s.75; Deryal, Tüketici, s.86; Yavuz, N.,

çalışmaması, hastanın göz ameliyatı sonrasında belirtilenden daha düşük oranda görme kabiliyetine sahip olması.

Sözleşmeden kaynaklanan edimlerin yerine getirilmemesi; ifa imkânsızlığı ile borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi (kötü ifa, geç ifa, eksik ifa) şeklinde ortaya çıkar. Bu hallerden gereği gibi ifa etmeme; ifa edilen edimin, karşılaştırılan edimin niteliklerine uymamasıdır. Gereği gibi ifa etmeme, kötü ifa olarak da nitelendirilmektedir. Kötü ifa halinde, ifa edilen edimin niteliklerinin eksik, kötü ve ayıplı olması söz konusudur. Yapma edimi olan iş görme sözleşmelerinde, nitelik gösterilen özene göre saptanır. Hekimlik sözleşmelerinde ve hastaneye kabul sözleşmelerinde hekimin veya özel hastane işleticisinin sözleşmeyle karşılaştırılan yükümlülüklerini yerine getirirken özen borcundan ayrılmaları halinde nitelik anlamında bir eksiklikten söz edilecektir³⁷¹.

Ayıp; zikir ve vaad edilen niteliklerdeki ayıp ile lüzumlu vasıflarda ayıp olarak ortaya çıkmaktadır.

“Zikir ve vaad edilen niteliklerdeki ayıp”, hizmetler bakımından 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 13/2. maddesinde *“Hizmet sağlayıcısı tarafından bildirilen, internet portalında veya reklam ve ilanlarında yer alan özellikleri taşımayan”* şeklinde ifade edilmiştir.

Hizmet sağlayıcılar, sundukları hizmete olan talebi arttırmak, alanları ile ilgili tüketici nezdinde farkındalık oluşturmak, tüketiciyi etkilemek, talep artışının sonucunda kazanç elde etmek amacıyla hareket ettiklerinden, bu amaçları gerçekleştirebilmek için bir takım tanıtım ve reklam faaliyetlerine ihtiyaç duyabilirler. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 61/1. maddesinde *“Ticari reklam, ticaret, iş, zanaat veya bir meslekle bağlantılı olarak; bir mal veya hizmetin satışını ya da kiralanmasını sağlamak, hedef kitleyi oluşturanları bilgilendirmek veya ikna etmek amacıyla reklam verenler tarafından herhangi bir mecrada yazılı, görsel, işitsel ve benzeri yollarla gerçekleştirilen pazarlama iletişimi niteliğindeki duyurulardır”* şeklinde ifade edilmiştir. Hizmet sağlayıcı, reklam faaliyetini yürütürken, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 61/2. maddesinde *“Ticari*

s.209; Atamer/İnceoğlu, s.44; Gümüş, Tüketici, s.134; Aydoğdu, Tüketici, s.126; Özel, s.91; Atamer/Baş, s.26.

³⁷¹ Özdemir, s.145 vd; Gündoğdu, s.58–61.

reklamların Reklam Kurulunca belirlenen ilkelere, genel ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına uygun, doğru ve dürüst olmaları esastır” düzenlemesine uygun olarak hareket etmesi gerekmektedir.

Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun’un 24. maddesine göre hekimler ihtisaslarını, akademik unvanlarını, hasta kabul ettikleri mahal ile muayene saatlerini bildiren ilanlar verebilmeleri mümkün olup, diğer suretlerle ilan, reklam, vesaire yapmaları yasaktır. Özel Hastaneler Yönetmeliği’nin 60. maddesine göre *“Özel hastaneler tarafından; sağlığı koruyucu ve geliştirici nitelikteki bilgilendirme ve tanıtımlar yapılabilir. Bilgilendirme ve tanıtım faaliyetleri kapsamında, yanıltıcı, abartılı, doğruluğu bilimsel olarak kanıtlanmamış bilgilere ve talep yaratmaya yönelik açıklamalara yer verilemez.*

Özel hastaneler; hizmet alanları ve sunacağı hizmetler ile açılış bilgileri ve benzeri konularda toplumu bilgilendirmek amacıyla tanıtım yapabilir ve ilan verebilir”.

Örneğin; bağımsız çalışan bir hekim, vereceği ilanda dahiliye uzmanı olmasına rağmen, akademik ünvanını uzman doktor yerine operatör doktor veya cerrah olarak belirtmişse kanımızca bu zikredilen hususlarda bir ayıptır.

Yine özel hastane işleticisi yaptığı tanıtımlarda hizmet alanı konusunda yanlış bilgiler vermiş veya abartılı ve doğruluğu bilimsel olarak kanıtlanmamış bilgilere yer vermişse (kansere kesin çözüm bulabildiklerini, çocuk sahibi olma yönünde yapılan tedavide mutlak başarı sağladıklarını belirtme gibi), bu durum zikrettiği, dolaylı olarak da vaad ettiği niteliklerde ayıp olarak ortaya çıkmaktadır.

Hastanın tedavisini üstlenen hekim veya özel hastane işleticisi, hastayı tedavi faaliyeti konusunda bilgilendirmekle yükümlüdür. Hasta Hakları Yönetmeliğinin 15. maddesine göre *“Hastaya;*

- a) Hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği,*
- b) Tıbbi müdahalenin kim tarafından nerede, ne şekilde ve nasıl yapılacağı ile tahmini süresi,*
- c) Diğer tanı ve tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile hastanın sağlığı üzerindeki muhtemel etkileri,*
- ç) Muhtemel komplikasyonları,*
- d) Reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve riskleri,*

e) *Kullanılacak ilaçların önemli özellikleri*” gibi hususlarda bilgilendirme yapılmalıdır.

Hekim veya özel hastane işleticisi, yapılan bilgilendirme faaliyetinde yer alan hususlara uygun bir tedavi veya tıbbi bakım edimi yerine getirmemişse, bu hasta haklarına aykırılık taşımasının yanında, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun uyarınca da zikir ve vaad edilen niteliklerde oluşan ayıp nedeniyle, ayıplı hizmet olarak kabul edilecek, hekim veya özel hastane işleticisi bundan sorumlu tutulacaktır.

“Lüzumlu vasıflarda ayıp” ise, hizmetler bakımından 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 13/2. maddesinde *“yararlanma amacı bakımından değerini veya tüketicinin ondan makul olarak beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren hizmetler”* şeklinde ifade edilmiştir.

Hastanın hekime veya özel hastane işleticisine başvurmasına sebep olan rahatsızlığına yönelik yapılan tedavi faaliyeti sonucunda, hastanın beklediği faydayı azaltan, değerini düşüren veya ortadan kaldıran bir hizmet ortaya çıkmışsa hizmet ayıplı kabul edilecektir³⁷². Örneğin diş hekiminin, yaptığı dolgu veya implant tedavisi sonucunda dişlerinin daha güzel bir görünüme kavuşması beklenirken çok kötü bir görünüm oluşması, hastanın cilt rahatsızlığı nedeniyle uygulanan tedavi sonucunda ciltte lekeler kalması durumlarında, hastanın yararlanma amacı bakımından tedavi faaliyetinden beklediği faydanın değerinin azalması, ortadan kalkması gibi ayıplar söz konusu olabilir.

Doktrinde sonuç taahhüdü içermeyen sözleşmeler bakımından ayıplı hizmet kavramından söz edilemeyeceği vurgulanmaktadır. Bu görüşe göre doktorların yürüttükleri sağlık hizmeti faaliyeti, sonuç taahhüdü içermeyen vekâlet akdine dayalı olarak yürütülmektedir. Bu açıdan doktor bir hizmet vericidir. Vekâlet sözleşmesinde, eser sözleşmesinden farklı olarak cismani varlığı bulunan bir eser meydana getirilmesi yükümlülüğü yoktur. Vekâlet sözleşmesinde vekil olan doktorun işini özenle yapmamış olması söz konusu iken, eser sözleşmesinde işin ayıplı olarak yapılması, ayıplı bir eser meydana getirilmesi söz konusu olur. Vekâlet sözleşmelerinde vekil, belirli bir sonucu gerçekleştirmeyi değil, belirli bir yönde çalışmayı taahhüt etmektedir. Hasta tarafından arzu edilen sonuç gerçekleşmese dahi

³⁷² İlhan, s.88; Petek, Tüketici, s.985.

vekil olan doktor işini özenle ve sadakatle yerine getirmişse sözleşmeden doğan borcunu yerine getirmiş olacaktır. Yapılan faaliyet sonucunda ortada sağlayıcı tarafından imal edilen ve iş sahibine teslim edilen bir şey yoksa, ayıplı veya ayıpsız olarak nitelendirilebilecek bir durumdan söz edilemez. Bu açıdan ayıplı veya ayıpsız şeklindeki değerlendirme ancak eser sözleşmeleri açısından söz konusu olabilir. Vekâlet sözleşmelerinde ayıplı imalat söz konusu olmayıp, vekilin işini özenle yapma yükümlülüğü söz konusudur. Bu görüşe göre hizmet ve vekâlet gibi belirli bir sonuç taahhüdü içermeyen sözleşmeler, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'daki ayıplı hizmet kavramının dışındadır. Kanun'daki ayıplı hizmet ancak belirli bir sonuç taahhüdü içeren sözleşmelerde uygulanabilir. Vekâlet sözleşmesinde olduğu gibi, sözleşmenin amacı bir eser ortaya çıkarma olmayıp, sadece bir hizmeti yerine getirmekse, ortada ayıp aranacak bir hizmet yoktur, bu durumda ancak bir özen eksikliğinden söz edilebilir³⁷³.

Doktrinde benzer bir görüşe göre ise ayıp, mallar bakımından hem üreticinin sorumluluğu hem de ayıba karşı tekeffül borcundan sorumluluğu kuran temel kavramdır. Bu görüşe göre üreticinin sorumluluğu bakımından anlaşılan, taşınır maddi mallar bakımından sorumluluktur. Hizmet kavramı ile kastedilen ise, maddi olmayan bir şey, yani sadece faaliyettir. Hizmet bakımından, maddi malları konu alan üreticinin sorumluluğundan yani ayıptan bahsedilemez. Hizmet faaliyeti, kişi ile ilgili hizmetler (doğrudan ya da dolaylı) ve mal ile ilgili hizmetler (doğrudan ya da dolaylı) olarak ikiye ayrılmaktadır. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da belirtilen ayıplı hizmet faaliyeti, mal ile ilgili olan hizmet faaliyetleridir. Borçlar Kanunu'nun düzenlemesi uyarınca da ortada mal olmadıkça ayıp kavramından hareket edilemez. Dolayısıyla satım, kira ve eser sözleşmelerinde özel olarak düzenlenen “ayıplı ifa” hükümleri “verme” borcunu yükleyen sözleşmeler bakımından söz konusu olabilir. Buna karşılık edimin konusu “bir şey yapma” ise ayıplı ifadan değil kötü ifadan söz edilebilir. Borçlu olanın üstlenmiş olduğu özenden ayrılması “kötü ifa” olarak tanımlanır. Bir hizmet faaliyetinin, doğrudan veya dolaylı olarak bir malı etkilemesi ve onun ayıplı hale gelmesine neden olması durumunda, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un ayıplı hizmetlerle ilgili düzenlemeleri uygulanmalıdır. Kişi ile ilgili hizmet faaliyetini konu alan hizmet sözleşmeleri

³⁷³ İlhan, s.82–87.

açısından hizmetin gereği gibi yerine getirilmemesi durumunda “kusurlu hizmet” söz konusu olacağından, her hizmetin niteliğine göre ait bulunduğu sözleşmenin kanuni düzenlemeleri uygulanmalıdır. Bu görüşe göre hastanede tedavi sözleşmesi kapsamında verilen hizmet sonucunda zarar meydana geldiği takdirde ilgili sözleşmenin hükümleri uygulanacak, kusurlu bir hizmetin var olup olmadığı araştırılacaktır. Örneğin, doğrudan kişi ile ilgili olan bir hizmeti konu alan hastanede tedavi sözleşmesi, hastanın tedavisine yönelik tıbbi faaliyet, hastane işletmecisi tarafından denetlenilebilen hastanedeki cihazların kullanılması, bakımı, hijyen gereklerinin yerine getirilmesi, ilaçların verilmesi, yatak ve bakımın sunulmasından ibarettir. Bu yükümlülüklerin ihlali halinde ise, sözleşmeye aykırılık nedeniyle genel hükümler uygulanacaktır³⁷⁴.

Bu görüşlere karşılık Petek ise, yukarıda bahsedilen görüşlerin kabul edilmesinin Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un amacını³⁷⁵ ve Kanun’un kapsamını belirleyen 2. maddesinin³⁷⁶ açık hükmüne aykırı olduğunu, yine Kanun’daki ayıplı hizmet ile ilgili düzenlemede, ayıplı hizmetin doğrudan veya dolaylı mallarla ilgili hizmetlerde ortaya çıkması gerektiğinden söz edilmediği için doğrudan ve dolaylı kişilerle ilgili hizmetler için de Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Bu görüşe göre doktrinde doğrudan veya dolaylı kişiyle ilgili hizmetler için “kusurlu ifa” veya “kötü ifa” terimlerinin, doğrudan veya dolaylı malla ilgili hizmetler için “ayıp” kavramının kullanılıyor olmasının, tüketicinin korunmasında sınırlama getirecek bir yoruma sebep olmaması gerekir. Hatalı bir tedavi sonucunda hastanın zarar görmesi ayıplı bir hizmet olarak değerlendirilmelidir. Tedavi faaliyeti genel olarak vekâlet sözleşmelerine konu olmakla birlikte sonucun garanti edilebildiği diş protezi yapımı, estetik müdahale gibi faaliyetler eser sözleşmesi kapsamındadır. Kanun’un 2. maddesine göre her türlü tüketici işlemi ve tüketiciye yönelik uygulamalar

³⁷⁴ Tiryaki, s.58–62.

³⁷⁵ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun madde 1 “*Bu Kanunun amacı; kamu yararına uygun olarak tüketicinin sağlık ve güvenliği ile ekonomik çıkarlarını koruyucu, zararlarını tazmin edici, çevresel tehlikelerden korunmasını sağlayıcı, tüketiciyi aydınlatıcı ve bilinçlendirici önlemleri almak, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini özendirme ve bu konulardaki politikaların oluşturulmasında gönüllü örgütlenmeleri teşvik etmeye ilişkin hususları düzenlemektir*”.

³⁷⁶ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun madde 2 “*Bu Kanun, her türlü tüketici işlemi ile tüketiciye yönelik uygulamaları kapsar*”.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında yer aldığından hem vekâlet sözleşmeleri hem de sonucun taahhüt edildiği eser sözleşmesi mahiyetindeki tıbbi tedavi faaliyetleri bu kanun kapsamında değerlendirilmelidir³⁷⁷.

Biz de doktrinde Petek tarafından savunulan bu görüşe iştirak ediyoruz. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, tüketiciye yönelik her türlü uygulamayı bu kanun kapsamında kabul etmektedir. Kanun'un 13. maddesinde ayıplı hizmet “sözleşmede belirlenen süre içinde başlamaması veya taraflarca kararlaştırılmış olan ve objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşımaması nedeniyle sözleşmeye aykırı olan hizmet” olarak tanımlanmaktadır. Ayıplı hizmetin kişiyle ilgili hizmetler veya malla ilgili hizmetler açısından söz konusu olduğuna yönelik, ilgili maddede bir düzenleme mevcut değildir. Gerek bağımsız çalışan hekimlerle yapılan hekimlik sözleşmelerinde hekimin, gerekse hastaneye kabul sözleşmeleri bakımından hekimin veya hastane işleticisinin genel olarak vekâlet sözleşmesinden doğan en önemli borcu, üstlendikleri edimleri özen yükümlülüğü çerçevesinde yerine getirmektir. Sunulan tedavi ve bakım faaliyetinde özen borcu gereği gibi yerine getirilmemişse veya bu faaliyet sözleşmeden kaynaklanan bu borcun gerektirdiği özelliklere sahip olmadan ifa edilmişse, netice itibariyle hizmetin ayıplı olmasından söz edilmelidir³⁷⁸. Kaldı ki kanun ayıplı hizmetle ilgili düzenlemesinde hizmetin

³⁷⁷ Petek, Tüketici, s.989–990.

³⁷⁸ “...Vekil (Doktor) işini yaparken bir işçi gibi özen göstermek zorundadır. (BK.386,390,321) bu nedenle en hafif kusurundan dahi sorumludur. Doktor hastalığa tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin doğru teşhisi koymalı, önlemleri eksiksiz biçimde ve gecikmeksizin almalı, olayın gerektirdiği uygun tedaviyi gecikmeden belirleyip uygulamalıdır. Tıbbın gerek ve kurallarına uygun davranılmakla birlikte sonuç değişmemiş ise doktor sorumlu tutulamaz” 13.HD., 09.04.2003, 711/4255 (Kadioğlu, s.245-247). Yargıtay benzer bir kararında da “Davanın temeli vekillik sözleşmesi olup, özen borcuna aykırılığa dayandırılmıştır. Borçlar Kanunu'nun vekâlet akdini düzenleyen 386 vd (Yeni TBK 502 vd) maddeleri uyarınca, vekil vekâlet görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan dolayı sorumludur. Vekilin sorumluluğu, genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır. Vekil işçi gibi Özenle davranmak zorunda olup, en hafif kusurundan bile sorumludur.(TBK. nun 396/1 md.) O nedenle, doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları, hafif de olsa, sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Doktor hastasının zarar görmemesi için, mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin saptayıp, somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak, uygun tedaviyi de yine gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır. Asgari düzeyde dahi olsa, bir tereddüt doğuran durumlarda bu tereddüdünü ortadan kaldıracak araştırmalar 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 kaçınılması ve en emin yol seçilmelidir.

Gerçekten de müvekkil (hasta) mesleki bir iş gören doktor olan vekilden tedavinin bütün

gerekli sürede başlamaması veya taraflarca kararlaştırılan ve objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşımaması halinde ayıplı olacağını belirtmektedir.

Hekim ile hasta veya özel hastane işleticisi ile hasta arasında kararlaştırılan tıbbi müdahalenin eser sözleşmesi mahiyetinde olması durumunda ise (estetik müdahale, diş protezi yapılması), yapılan tıbbi müdahalenin kararlaştırılan ve istenilen sonuca uygun olması gerekir. Burada artık sonucu taahhüt edilebilen bir hukuki ilişki vardır. Sonucun taahhüt edildiği gibi olmaması durumunda ayıplı hizmetten söz edilebilecektir³⁷⁹.

Örneğin, hastaların en önemli haklarından olan “Kendisine İlişkin Olarak Genel Bilgi İsteme Hakkı” çerçevesinde hastaya hastalığının sebepleri, tedavinin ne şekilde yapılacağı, komplikasyonlar, tedavi uygulanmazsa meydana gelebilecek riskler, kullanacağı ilaçlar gibi hususlar hakkında bilgi verilmelidir. Hastaya yönelik sunulacak tedavi faaliyetinde bilgilendirilmiş bir rızasının alınması gerekmektedir. Tedavi faaliyetinin en önemli aşamalarından biri ve objektif olarak var olması gereken, hastanın hastalığını, tedavi sürecinin risklerini ve yararlarını bilmesidir. Bu

aşamalarında titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemek hakkına sahiptir. Gereken özeni göstermeyen vekil, BK.nun 394/1.(TBK 510/1.) maddesi hükmü uyarınca vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır. Tıbbın gerek ve kurallarına uygun davranılmakla birlikte sonuç değişmemiş ise doktor sorumlu tutulmamalıdır” şeklinde hüküm kurmuştur. 13.HD., 15.09.2014, 2013/26330, 2014/27050 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı). Aynı yönde bkz. 13.HD., 09.04.2014, 2013/30822, 2014/10772; 13.HD.19.03.2014, 2013/25653, 2014/7799 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

³⁷⁹ *“Dosya içerisindeki bilgi ve belgelerden taraflar arasında estetik ameliyat yapılmak suretiyle davacının karın yağlarının alınması ve göğüs küçültme işleminin yapılması hususunda anlaşma yapıldığı, ameliyat sonrasında davacının karın örtüsünde apse oluştuğu ve yeniden ameliyat olmak zorunda kaldığı anlaşılmaktadır. Davacı iddiası ve davalı savunmasından estetik ameliyat yapılmak suretiyle istenilen ve kararlaştırılan amaca uygun güzel bir görünüm sağlanmasının taraflar arasındaki sözleşmenin konusu olduğu açıktır. Burada sözleşme yapılmasının nedeni belli bir sonucun (eserin) ortaya çıkmasıdır. Eser, yüklenicinin sanat ve becerisini gerektiren, bir emek sarfi ile gerçekleştirilen sonuçtur. O halde, taraflar arasındaki ilişki BK'nun 355 ve devamı maddelerinde düzenlenen sözleşme ilişkisidir.*

Yüklenicinin eseri iş sahibinin yararına olacak şekilde ve ona hiçbir zarar vermeden meydana getirmesi davalı yüklenicinin hem sadakat, hem de özen borcunu kapsar. Bu kural gereğince, yüklenici iş sahibinin yararına olan şeyleri yapmak ve zararına olan şeylerden kaçınmak zorundadır. İş sahibi ortaya çıkacak eserde belli niteliklerin bulunmasını arzu eder. Meydana getirilen eserin iş sahibinin beklentisini karşılamaması halinde sözleşmedeki yarar dengesi iş sahibi aleyhine bozulur. Bu bakımdan eserin fen ve sanat kurallarına uygun, iş sahibinin beklentilerini karşılar özelliği taşıması gerekir. Aksi halde, ayıplı olduğu kabul edilir. Yüklenici meydana getirdiği eserde ortaya çıkan ayıp ve eksikliklerden ayıba karşı tekeffül borcu gereğince sorumludur. Yüklenici, sadakat ve özen borcu gereğince eseri iş sahibinin yararına olacak şekilde meydana getirmek zorundadır” 13.HD., 21.05.2012, 11359/12808 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

bilgilendirme faaliyeti yerine getirilmediği takdirde sunulan hizmet, kanunun belirttiği objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşımadığı için ayıplı bir hizmettir. Burada doktrinde savunulduğu şekilde tedavi faaliyetini, kişiyle ilgili olmasından dolayı “ayıplı hizmet” olarak kabul etmeyip, “kusurlu ifa” veya “kötü ifa” olarak nitelendirerek bu faaliyeti Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamından çıkarmak, kanunun amacına aykırılık teşkil ettiği gibi, tüketiciye yönelik her türlü uygulamanın bu kanun kapsamında sayılacağı şeklindeki açık düzenlemeye de aykırılık teşkil edecektir. Ayrıca, bir tüketici olan hastanın korunması bakımından kanunun öngörmediği bir sınırlama meydana getirecektir.

3. Ayıplı Hizmet Nedeniyle Sorumluluk

a. Genel Olarak Sorumluluk Kavramı

Sorumluluk dar anlamda borç, borçla mükellef olma anlamına gelir. Sorumluluk kavramının esas itibariyle iki farklı anlamı bulunmaktadır.

Sorumluluğun bir anlamı, borçlunun malvarlığının borcunun teminatını teşkil etmesi ve borcunu ifa etmemesi halinde alacaklının alacağını alabilmek amacıyla borçlunun malvarlığına başvurularak alacağın zorla (cebri icra yoluyla) yerine getirilmesini ifade eder. Bu anlamdaki sorumluluğa -ile sorumluluk- denilmektedir. Sorumluluğun bir diğer anlamı, borçlunun hukuk düzeninin öngördüğü ödevlere, genel davranış kurallarına veya hukuki ilişkiden kaynaklanan yükümlülüklerine aykırı davranan kişinin, bu davranışı ile verdiği zararı tazmin etmesini ifade eder. Bu anlamdaki sorumluluğa -den sorumluluk- da denilmektedir³⁸⁰.

Sorumluluğun birinci anlamı olan -ile sorumluluk- borçlunun “ne” ile sorumlu tutulacağını, sorumluluğun ikinci anlamı olan -den sorumluluk- borçlunun “neden” sorumlu tutulacağını ifade eder. Borçlunun -den sorumluluğu- sözleşmeden, haksız fiilden veya sebepsiz zenginleşmeden doğar³⁸¹.

³⁸⁰ Kılıçoğlu, s.30; Eren, Genel, s.490; Akıntürk / Ateş Karaman, Borçlar, s.14; Akıncı, Borçlar, s.41-42.

³⁸¹ Kılıçoğlu, s.30.

Taraflar arasında sözleşme ilişkisi mevcutsa veya bir başkası ile olan sözleşme ilişkisinden yararlanılıyorsa veya sözleşme olmamasına rağmen somut olayın özellikleri itibariyle sözleşme varmış gibi uygulanması durumunda sorumluluk sözleşmeden doğmaktadır. Haksız fiil sorumluluğu kendi içinde esas itibariyle kusur sorumluluğu ve sebep sorumluluğu (objektif sorumluluk- kusursuz sorumluluk) olarak ikiye ayrılmaktadır.

Dar anlamda haksız fiil sorumluluğu olarak da nitelendirilen kusur sorumluluğu; kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren kişinin, zararı gidermekle yükümlü tutulmasını ifade eder. Kusur sorumluluğundan bahsedebilmek için hukuka aykırı bir fiil, kusurlu davranış, zarar ve zarar ile kusurlu davranış arasında nedensellik bağı olması gerekir.

Kusursuz sorumluluk, kusurun bulunmadığı durumlarda oluşan zarardan sorumlu tutulmayı ifade eder. Kusursuz sorumluluk da bir haksız fiil sorumluluğudur. Kusur sorumluluğundan farklı olarak kusursuz sorumlulukta kusur aranmamaktadır. Kusursuz sorumluluktan bahsedebilmek için, hukuka aykırılık, zarar ve hukuka aykırılık ile zarar arasındaki nedensellik bağının olması gerekir. Kusursuz sorumluluk hallerinde, kişi kendi ya da istihdam ettiği kişilerin eylemleri veya sahip olduğu varlıklar (bina, hayvan, motorlu araç) dolayısıyla sorumlu tutulmaktadır³⁸².

Kusursuz sorumluluk hallerinde oluşan zarar nedeniyle, zarardan sorumlu tutulabilen başka kişilerin varlığı, kusursuz sorumlu olan kişinin sorumluluğunu etkilemez. Zarardan sorumlu tutulabilen kişilerin varlığı, kusursuz sorumlu olanlar ile bu kişiler arasında rücu ilişkisine konu olabilir³⁸³.

Kusursuz sorumluluğun kabul edilmesinde, sorumlu tutulan kişinin kendisine düşen dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal etmesi, hakkaniyet ve tehlike esas alınmaktadır³⁸⁴.

Kişi, kendisine düşen dikkat ve özen yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde oluşan zarardan sorumlu tutulacaktır. Dikkat ve özen yükümlülüğüne dayanan kusursuz sorumluluk halinde sorumlu tutulan kişi “kurtuluş kanıtı”

³⁸² Kılıçoğlu, s.313; Nomer, s.128; Akıntürk / Ateş Karaman, Borçlar, s.95; Tiryaki, s.87.

³⁸³ Kılıçoğlu, s.313.

³⁸⁴ Kılıçoğlu, s.313; Şenocak, Sorumluluk, s.7; Tiryaki, s.87.

getirerek, yani gerekli dikkat ve özeni gösterdiğini veya bu dikkat ve özeni gösterseydi bile zararın meydana geleceğini kanıtlaması halinde oluşan zarardan doğan sorumluktan kurtulabilir³⁸⁵.

Hekimin veya özel hastane işleticisinin, yapılan hekimlik ve hastaneye kabul sözleşmesinden kaynaklanan sorumluluğu, somut olaya göre değişebilir. Bu sorumluluk bazı durumlarda kusursuz sorumluluk hallerinden özen sorumluluğunun bir türü olan adam çalıştırmanın sorumluluğu, bazı durumlarda ise kendilerinin sözleşmeden kaynaklanan edimlerini eksik, kötü yapmaları veya hiç yapmamaları nedeniyle kusur sorumluluğu olarak karşımıza çıkabilir. Yapılan faaliyet veya yerine getirilmeyen edimler hasta haklarına aykırılık oluşturuyorsa, her iki sorumluluk türü somut durumlara uygulanabilir.

Ayıplı hizmet nedeniyle bağımsız çalışan hekimin, özel hastane işleticisinin, bunların ifa yardımcılarının ve kamu kurum ve kuruluşlarına ait hastaneler nedeniyle idarenin sözleşmeye dayalı sorumluluğu ayıba karşı tekeffül hükümlerine tabidir. Ayıplı hizmet nedeniyle ayıba karşı tekeffül borcu, sunulan hizmetin, sağlayıcının zikrettiği vasıfları taşımaması veya hizmetin değerini yahut sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde ondan beklenen yararları azaltan veya ortadan kaldıran eksikliklerin bulunmasından sağlayıcının sorumlu olmasını ifade etmektedir.

Ayıba karşı tekeffül borcunun oluşabilmesi için; hizmetin ifası, bu ifanın ayıplı olması (zikir ve vaad edilen vasıfların yokluğu veya lüzumlu vasıfların eksikliği), hizmet sağlayıcının kusurlu bir eylem veya işlemi olması, kusurlu eylem veya işlem sonucunda bir zarar oluşması, eylem veya işlem ile meydana gelen zarar arasında nedensellik bağının bulunması gerekir.

b. Bağımsız Çalışan Hekimin Sorumluluğu

Hasta ile bağımsız çalışan hekim arasında kurulan hekimlik sözleşmesine genel olarak vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanacağını daha önceki bölümde belirtmiştik. Bunun sonucu olarak hekim, tıp biliminin öngördüğü esaslar çerçevesinde hastanın hastalığı ile ilgili gerekli teşhisi koymak ve bu teşhise uygun olarak hastanın sağlığını kazandırıcı tedaviyi özenle uygulayarak hastayı iyileştirme

³⁸⁵ Ayan, s. 62; Kılıçoğlu, s.314; Şenocak, Sorumluluk, s.7; Tiryaki, s.88.

yükümlülüğü altındadır. Hekim üstlendiği edimleri yerine getirirken hasta haklarına da riayet etmek zorundadır. Hasta haklarına aykırılık halinde oluşan zararlardan Hasta Hakları Yönetmeliği ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümleri uyarınca sorumlu olacaktır. Örneğin hekimin özen yükümlülüğüne aykırı davranması, gerekli tahlil ve incelemeleri yapmadan tanı koyması, yanlış ilaç önermesi, hastanın vermiş olduğu sırları saklamaması, hastanın mahremiyetine saygı göstermemesi gibi davranışları sözleşmeye ve hasta haklarına aykırılık oluşturacaktır.

Hekimin sözleşmeye aykırılıktan dolayı sorumluluğunun oluşabilmesi için, hukuken geçerli bir sözleşme olması, hekimin bu sözleşme hükümlerine aykırı davranması³⁸⁶, hekimin kusurlu bir eylem veya işlemi olması, bu davranış sonucunda bir zarar oluşması, hekimin davranışı ile meydana gelen zarar arasında nedensellik bağının bulunması gerekir.

Hekimin, hekimlik sözleşmesiyle üstlenmiş olduğu edimlerini ifa etmemesi veya gereği gibi ifa etmemesi durumunda sözleşmenin ihlali nedeniyle ayıplı bir hizmetten söz edilir. Örneğin; hekim hastanın, “Tıbbi Gereklere Uygun Teşhis, Tedavi ve Bakım Hakkı”, “Tıbbi Özen Gösterilmesini İsteme Hakkı”, “Kendisine İlişkin Olarak Genel Bilgi İsteme Hakkı”, “Bilgilerinin Gizli Tutulmasını İsteme Hakkı” gibi haklarına uygun olarak tedaviyi gerçekleştirmesi gerekir. Yapılan tedavi sırasında bu tür haklara riayet edilmemesi durumunda hekim sözleşmeyle üstlendiği borca aykırı davranmış olacak, ortaya çıkacak hizmet açısından ayıplı hizmetten söz edilecektir. Bu durumda hekim Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun çerçevesinde hastanın talebine bağlı olarak, seçimlik haklar yanında tazminat sorumluluğuyla karşılaşabilecektir.

Hastanın, gerek hasta haklarının ihlali nedeniyle, gerek sözleşmeden kaynaklanan sorumluluk hükümleri gereği hekime müracaat etmesi mümkündür. Hekimin davranışının haksız fiil niteliği taşıması durumunda ise sözleşmenin ayıplı olması durumunda müracaat edilebilecek olan Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’daki seçimlik haklara ilişkin hükümler uygulanmayacaktır. Bu durumda hasta, Türk Borçlar Kanunu’nun haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümleri

³⁸⁶ **Şenocak** (Sorumluluk, s.74), hekimin borç ilişkisinden ve vekâlet ilişkisinden kaynaklanan sorumluluğunda akdin ihlal edilmesinin, haksız fiil sorumluluğu için gerekli olan hukuka aykırılık şartının yerini tutacağını belirtmektedir.

uyarınca zararın tazminini isteyebilir. Hasta haklarına yönelik davranış, hekimin yardımcı şahıslarının veya bizzat çalıştırdığı kişilerin fiilleriyle meydana geldiği takdirde, hasta hekime “Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu” veya “Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk” hükümleri gereğince başvurabilir.

Hekim hastanın tedavisi sırasındaki bazı faaliyetleri yürütürken hemşire, laborant, hasta bakıcı, röntgen uzmanı gibi Türk Borçlar Kanunu’nun 116. maddesi uyarınca ifa yardımcısı konumunda bulunan kişilerden yararlanabilir. Bu kişilerin tedavi faaliyeti sırasında hasta haklarına aykırı uygulamalarından dolayı sorumluluk hekime aittir. Hekim işi yardımcıya bırakmada, onu seçmede, nezaret etme ve talimat vermede kusuru bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulamaz. Hasta ile ifa yardımcısı olanlar arasında sözleşme ilişkisi bulunmadığından, ifa yardımcılarını haksız fiil hükümlerine göre sorumludur³⁸⁷.

Hekim hastanın tedavisi ile ilgili faaliyetleri bazen de denetimi ve yönetimi altında olmayan genelde hekim olan üçüncü bir kişiye aktarabilir. Bu duruma ikame adı verilmektedir. Vekâlet sözleşmelerinde mevcut olan ikame ilişkisi, alt vekâlet ve ikame vekâleti olarak iki halde ortaya çıkabilir. Alt vekâlette, hekim hastayı tedavi borcunu kendi adına yaptığı sözleşmeyle başka bir hekime bırakmaktadır. Alt vekâlette, hekim ile hasta arasındaki hekimlik sözleşmesi devam etmekte, tedavi kendisine bırakılan hekimle hasta arasında sözleşme ilişkisi kurulmamaktadır. Dolayısıyla hasta haklarının ihlali nedeniyle sözleşmeden kaynaklanan sorumluluk yine ilk hekime aittir. Ancak haksız fiil hükümleri gereği kendisine tedavi bırakılan diğer hekimin de sorumluluğuna gidilebilir. İkame vekâletinde ise, hekim, hastası adına yaptığı sözleşme ile tedavi borcunu diğer hekime bırakmaktadır. İkame vekâletinde ikinci hekim ile hasta arasında yeni bir hekimlik sözleşmesi meydana gelmiş olur. Taraflarca aksi kararlaştırılmadığı takdirde her iki hekim de hasta haklarının ihlali nedeniyle sorumlu olacaktır³⁸⁸.

Bağımsız çalışan hekimin gerçekleştirdiği ayıplı hizmet sonucunda, hastanın hakları ihlal edilerek hasta fiziksel olarak veya manevi açıdan zarar görebilir. Hasta,

³⁸⁷ **Tandoğan**, II, s.459; **Yavuz**, s.628; **Ayan**, s.68; **Şenocak**, Sorumluluk, s.97–99; **Özdemir**, 91; **Petek**, Estetik, s.199–200; **Yavuz İpekyüz**, s.95–96; **Özay**, s. 55; **Tekben**, s.897; **Petek**, Sağlık, s.97.

³⁸⁸ **Tandoğan**, II, s.459–464; **Yavuz**, s.628–629; **Ayan**, s.69; **Zevkliler / Gökyayla**, s.615–616; **Şenocak**, Sorumluluk, s.100; **Özdemir**, 92; **Yavuz İpekyüz**, s.97; **Demir**, Hekim, s.239; **Eren**, s.718; **Petek**, Sağlık, s.97.

haklarının ihlali neticesinde ortaya çıkan zararlardan dolayı gerek Hasta Hakları Yönetmeliği, gerekse Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun çerçevesinde bir takım haklara sahiptir. Örneğin iğne yapılırken gerekli özen yükümlülüğünün ihlali nedeniyle, iğne yapılan bölgenin enfeksiyon kapması, hasta bakımından “Kendisine Tıbbi Özen Gösterilmesini İsteme Hakkına” aykırılık teşkil edecektir. Aynı şekilde gerçekleştirilen tıbbi müdahale sırasında hastayla ilgili bir takım mahrem bilgilere sahip olan hekimin bunları başkalarıyla hastanın izni olmaksızın paylaşması “Mahremiyetine Saygı Gösterilmesini İsteme Hakkı” ve “Bilgilerin Gizli Tutulmasını İsteme Hakkı’na” aykırılık teşkil edecektir.

Hastanın sahip olduğu “Tıbbi Gereklere Uygun Teşhis, Tedavi ve Bakım Hakkı” çerçevesinde, hekim tedaviye başlamadan önce hastanın hastalığı ile ilgili teşhisi koymalıdır. Teşhis konulmadan, ondan sonraki aşama olan tedavi sürecinin başlaması mümkün değildir. Teşhisin yanlış konulması, tedavinin hem gidişatını hem de sürecini olumsuz olarak etkileyecektir. Tedavi süreci uzayabileceği gibi, yanlış teşhis nedeniyle verilen ilaçlar yüzünden hastanın başka rahatsızlıkları oluşabilir, sağlık durumu daha da kötüleşebilir. Doğru teşhisin yapılabilmesi için gerekli tetkiklerin yapılması, hastanın hastalık öyküsünün (anamnez) iyi incelenmesi, hastanın tıbbin o günkü düzeyine uygun teşhis araçları ile muayene edilmesi gerekir. Bütün bunlardan sonra hekim tıp biliminin gerektirdiği standartlara uygun, mesleki bilgi birikimi ve tecrübesine göre en uygun teşhisi yapmalıdır. Teşhis sürecine ilişkin olarak bütün bu durumların ihlali, hekimin sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerine aykırılık teşkil edeceğinden tazminat sorumluluğu doğabilir³⁸⁹. Hekim teşhis sürecinden sonra hastanın tedavisine yönelik en uygun yönetimi seçerek, tedavi sürecini tıp biliminin genel kabul gören uygulamalarına ve tıbbi standartlara uygun olarak, özenle yürütmekle yükümlüdür. Bu yükümlülüğün ihlali hekimin sözleşmeden kaynaklanan borcuna aykırılık teşkil edeceği gibi hasta haklarına da aykırılık oluşturacaktır.

³⁸⁹ Petek, Sağlık, s.95–96.

c. Özel Hastane İşleticisinin Sorumluluğu

Özel hastane işleticisi ile hasta arasında kurulan hastaneye kabul sözleşmesi, özel hastane işleticisinin hastanın yatırılarak tedavisi yanında bir takım yan edimleri de yerine getirmeyi üstlendiği sözleşmedir³⁹⁰.

Hekimlik sözleşmesi olmaksızın tam hastaneye kabul sözleşmesi adı verilen hastaneye kabul sözleşmesinde; özel hastane işleticisi genel olarak tedavi, barınma, yedirip içirme, hastanın eşyalarını muhafaza gibi edimleri yerine getirmekle yükümlüdür. Hastane genel yükümlülükleri yanında, hekimlik sözleşmelerinde hekimin üstlendiği yükümlülüklerden hastayı aydınlatma, sadakat ve özen, kayda geçirme, sır saklama, hasta mahremiyetinin korunması gibi yükümlülükleri de üstlenmektedir³⁹¹. Bölünmüş hastaneye kabul sözleşmelerinde ise özel hastane işleticisi sadece barınma, yeme içme gibi bakıma yönelik borçları üstlenmektedir. Hastanın tedavisi ile ilgili diğer borçlardan sorumluluk hekime aittir³⁹².

Özel hastane işleticisi ile hasta arasında, hasta haklarının uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlıklar, taraflar arasında sözleşme ilişkisi bulunması durumunda öncelikle sözleşmeye aykırılık nedeniyle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun gereğince çözüme kavuşturulacaktır. Hekimin ya da ilgili sağlık personelinin burada sözleşmeden kaynaklanan bir sorumluluğu bulunmamaktadır. Ancak hekim veya sağlık personeli tıp biliminin meslek kurallarına aykırı bir davranışla hastaya zarar

³⁹⁰ Ayan, s.131; Canbolat, s.160; Demir, Hastane, s.150; Hakeri, Tıp, s.523; Gökcan, s.937; Petek, Sağlık, s.112.

³⁹¹ “Hastane işleticisinin <hastane bakımı> kavramı içinde yer alan edimleri konusunda her hal ve şart için geçerli olabilecek kesin bir sayma yapmak mümkün değildir. Ancak, sözleşmede açıkça kararlaştırılmamış olsa bile hastanın sağlık durumu, hastalığın tipi ve ağırlığına göre dürüstlük ilkesinin (T.M.K. m. 2) zorunlu kıldığı bütün tedbirleri almak zorundadır. Aksi takdirde, gerekli testler yapılmadan hastalığın teşhisine gidilmesi; kan grubu tespitinde hata yapılması; cerrahi müdahalede kullanılan araç ve gereçlerin bozuk olması; ameliyatı takiben kullanılan kompresin gereğinden fazla sıcak olması ve yanıklara yol açması; ruh hastasının kontrol edilmemesi nedeniyle intiharı; yangına karşı gerekli tedbirlerin alınmaması; bozuk yiyecek verilmesi yüzünden zehirlenmelere yol açılması; yeterli ısıtma yapılmadığı için hastalığın ağırlaşması veya yeni hastalığa sebebiyet verilmesi gibi hallerde hastane işleticisi, oluşan zararı tazmin etmek zorundadır. Hastane yönetiminin somut organizasyon yükümlülükleri bulunmaktadır. Öncelikle hekim dahil bütün sağlık personelinin seçimi, denetlenmesi ve organizasyonuna ilişkin görevlerini, gereği gibi yerine getirilmelidir. Örneğin, bir görevin uzmanı olmayan bir kişiye verilmesi halinde organizasyon kusuru söz konusudur ve yönetimin tazminat sorumluluğu söz konusu olur” YHGK, 21.10.2009, 13–393/452 (Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı).

³⁹² Ayan, s.145; Demir, Hastane, s.152; Hatırnaz Erol, s.97; Gökcan, s.938–941; Petek, Sağlık, s.113.

vermişlerse, hasta ile arasında sözleşme ilişkisi bulunmasa dahi haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler uyarınca sorumlu olacaklardır; fakat hekim veya sağlık personeline karşı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümleri değil, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri uygulanacaktır. Özel hastane işleticisine karşı, hasta haklarının uygulanmasından doğan ihtilafların sözleşme ilişkisinden kaynaklandığı durumlarda Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun uyarınca tüketici mahkemelerinde dava açılacaktır. Özel hastanelerdeki hekim veya diğer sağlık personeline karşı ise, hasta ile aralarında sözleşme ilişkisinin bulunmaması nedeniyle Tüketici Mahkemelerinde değil, haksız fiile dayanarak genel mahkemelerde dava açılacaktır³⁹³.

Tam hastaneye kabul sözleşmeleri hasta ile özel hastane işleticisi arasında yapılmaktadır. Hekimin, hastaya karşı bu sözleşmeden kaynaklanan bir sorumluluğu yoktur. Hekim, iç ilişki bakımından özel hastane işleticisine karşı sorumludur. Hekim üstlendiği vazifeyi yerine getirirken, bağımsız çalışan bir hekim gibi teşhis ve tedavi borcunu yerine getirdiği sırada tıp biliminin ve uygulamasının kurallarına göre hareket edecektir. Ancak hekimin teşhis ve tedavi faaliyeti sırasında, hasta haklarının ihlali bakımından bir zarar oluştuğu takdirde, hasta zararıyla ilgili olarak özel hastane işleticisine müracaat edecek, özel hastane işleticisi de kusuru oranında hekime rücu edebilecektir. Hekimin davranışının ancak haksız fiil teşkil etmesi halinde hasta ona karşı genel hükümlere göre dava açma hakkına sahiptir³⁹⁴.

Bölünmüş hastaneye kabul sözleşmeleri bakımından ise hem özel hastane işleticisi hem de hekim, kendi sorumluluk alanları içerisinde sebebiyet verdikleri hasta hakları ihlallerinden sorumludurlar.

Hastaneye kabul sözleşmesinin türleri bakımından, özel hastane işleticilerinin üstlenmiş olduğu yükümlülükler aynı zamanda hasta hakları olduğu için, bu hakların ihlalden özel hastane işleticisi sorumlu olacaktır. Yargıtay, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 37. maddesinde düzenlenen "Güvenliğin Sağlanmasını İsteme

³⁹³ Ancak Tüketici Mahkemelerinde açılan dava ile genel mahkemelerde açılan dava arasında bağlantı bulunan hallerde, bu davalara bakma görevi Tüketici Mahkemesi'ne ait olacaktır. Yani genel ve özel mahkemelerdeki bu davalar özel mahkemelerde birleştirilecektir. "*Tüketici Mahkemesi özel bir mahkemedir ve özel mahkemelerin görevi genel mahkemelerin görevinden önce gelir. Talepler arasında bağlantı bulunması halinde taleplerin tamamı için özel mahkeme durumundaki tüketici mahkemesi görevlidir*" 14.HD., 17.03.2008,2462/3299 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

³⁹⁴ Ayan, s.151.

Hakkı” çerçevesinde, özel hastane işleticisi davalının, hastanın kendisine zarar vermeyecek şekilde güvenliğin sağlanması için bir refakatçi görevlendirmemesi nedeniyle psikolojik rahatsızlığı bulunan hastanın intihar etmesinde, hasta haklarına aykırılık nedeniyle borca aykırı bir davranışının bulunduğuna karar vermiştir³⁹⁵.

Özel hastane işleticisi ile hasta arasında kurulan hastaneye kabul sözleşmesi çerçevesinde, hekimin veya sağlık personelinin hasta haklarına aykırılık nedeniyle sorumluluğu adam çalıştırmanın sorumluluğu veya yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk şeklinde de kendini gösterebilir. Örneğin özel hastanelerde çalışan personelin, hastanın tedavisi sırasında öğrenmiş olduğu ona ilişkin kişisel bilgileri açıklaması durumunda, “Bilgilerin Gizli Tutulmasını İsteme Hakkı” ihlal edilmiş olduğundan yardımcı şahısların fiillerinden sorumluluğu düzenleyen Türk Borçlar Kanunu’nun 116. maddesine göre özel hastane işleticisinin sorumluluğu oluşacaktır.

Hasta Hakları Yönetmeliğinin 43/1.maddesi uyarınca “*Hasta haklarının ihlali halinde, personeli istihdam eden kurum ve kuruluş aleyhine maddi veya manevi veyahut hem maddi ve hem de manevi tazminat davası açılabilir*”. Bu düzenleme uyarınca, özel hastane işleticileri, adam çalıştırmanın sorumluluğu hükümleri uyarınca personellerinin hasta haklarını ihlal etmelerinden dolayı verdikleri zarar nedeniyle maddi ve manevi tazminat ödeme yükümü altındadırlar.

³⁹⁵ “...yakın gözlem altında bulundurulması gereken hastanın, intiharının engellemesi için sürekli bir şekilde hastaya refakat edecek bir uzman hastane personelinin görevlendirilmediği, böylece davalı hastanenin, tıbbi hizmet kapsamında değerlendirilen bakım hizmetini (borcunu-edimini) gereği gibi yerine getirmediği anlaşılmaktadır. Bu şekildeki borca aykırılık, davalı hastanenin bakım hizmeti kapsamında değerlendirilen <organizasyon kusuru> olarak karşımıza çıkmaktadır. Davalı hastane işleteninin organizasyon kusuru olarak karşımıza çıkan borca aykırı davranışı ile hastanın intiharı sonucu meydana gelen ölüm olayı arasında uygun illiyet bağının varlığının kabulü zorunludur.

Yukarıya aynen alınan yasal mevzuat hükümlerinde belirtildiği gibi, kendisine zarar verecek hastanın, durumuna uygun odalar tahsis edilmekle birlikte, odaların hastanın zarar görmesini engelleyecek nitelikte olması da şart koşulmuştur. Bu bağlamda, odalarda özellikle elektrik anahtarı ve prizinin bulunması da yasaklanmıştır. Davalı hastane işleteni, olay yerinde bulundurması gereken televizyon anten kablosunun hasta tarafından ele geçirilmesine engel olmayarak, kendisini bağlayan emredici hukuk kurallarına da aykırı davranmıştır. Ayrıca Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 37. maddesinde öngörülen hastanın can güvenliğini sağlama görevini de bu konuda gerekli tedbirleri almayarak yerine getirmediği anlaşılmaktadır. Böylece, hastanın intiharını engelleyecek yeterlikte ve nitelikte tedbirleri almayarak davacıların murisinin intiharını gerçekleştirmesine engel olamadığı gibi, bu konudaki emredici hukuk kurallarına da aykırı davranan davalı hastane işleteninin, davacılara karşı tazminatla sorumlu olduğu her türlü duraksamadan uzaktır.” YHGK, 21.10.2009, 13–393/452 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

d. İfa Yardımcılarının Fiillerinden Sorumluluk

Türk Borçlar Kanunu'nun haksız fiile dayanan adam çalıştırmanın sorumluluğunu düzenleyen 66/1. maddesi “*Adam çalıştıran, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür*”, sözleşmeye dayanan yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğu düzenleyen 116/1.maddesi “*Borçlu, borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılarına kanuna uygun surette bırakmış olsa bile, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür*” düzenlemelerini içermektedir.

Hizmet sağlayıcının haksız fiile dayanan adam çalıştırıcı sıfatıyla sorumluluğu ve sözleşmeye dayanan yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğu birbiriyle yarışabilir. Zarar gören hasta istediği sorumluluk türüne dayanabilir³⁹⁶. Adam çalıştırıcının sorumluluğu kusura dayanmayan haksız fiil sorumluluğudur. Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk ise sözleşmeden kaynaklanan bir sorumluluktur.

Adam çalıştırıcının sorumluluğu haksız fiil sorumluluğu olduğu için, kusur dışında haksız fiil sorumluluğu bakımından geçerli olan eylem, hukuka aykırılık, zarar ve zarar ile eylem arasında illiyet bağının varlığı aranacaktır. Adam çalıştırıcının sorumluluğunda sağlayıcıya başvurabilmek için ayrıca, sağlayıcı ile zarar veren kişi arasında bir istihdam ilişkisi bulunmalı, zarar üçüncü kişiye yönelik olmalı, zarar hizmetin görülmesi sırasında ve hizmetle ilgili olarak verilmiş olmalı, adam çalıştırıcı kurtuluş kanıtı getirememiş olmalıdır. Türk Borçlar Kanunu'nun 66/2. maddesinde “*Adam çalıştıran, çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz*” şeklindeki düzenlemeyle adam çalıştırıcı hizmet sağlayıcının, kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulabileceği öngörülmüştür. Hizmet sağlayıcı, çalışan kişinin seçiminde, çalışması sırasında talimat vermede, gözetim ve denetiminde gerekli objektif dikkat ve özeni gösterdiğini, bunu göstermiş

³⁹⁶ **Nomer**, s.310–311; **Petek**, Tüketici, s. 1000, dn.64. Türk Borçlar Kanunu 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*”.

olsaydı dahi zararın meydana gelmesinin kaçınılmaz olduğunu veya nedensellik bağımlı kesen sebepleri (mücbir sebep, zarar görenin ağır kusuru, üçüncü kişinin ağır kusuru) ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir³⁹⁷.

Türk Borçlar Kanunu'nun 66/4. maddesine göre “Adam çalıştıran, ödediği tazminat için, zarar veren çalışana, ancak onun bizzat sorumlu olduğu ölçüde rücu hakkına sahiptir”. Adam çalıştıranın sorumluluğunda çalışan kişi ile hasta arasında önceden kurulmuş bir borç ilişkisi mevcut olmadığından, hasta ancak haksız fiil hükümleri gereği ona karşı dava açabilir. Adam çalıştıranın sorumluluğu, haksız fiil sorumluluğu olduğu için, Türk Borçlar Kanunu'nun 66. maddesinden kaynaklanan davalar, Türk Borçlar Kanunu'nun 72. maddesi uyarınca zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yıl ve her halde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yıllık zamanaşımı süresine tabidir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 116. maddesinde düzenlenen yardımcı kişilerin sorumluluğunda³⁹⁸ borcun ifasında öncelikle yardımcı kişi kullanmanın mümkün olması, yardımcı kişinin borcu ifa ederken hastaya zarar vermesi gerekir. Hekimlere tıbbi müdahale esnasında yardım eden asistanlar, hemşireler, röntgen uzmanları ile özel hastaneler bakımından gerek hekimlik sözleşmesi ilaveli hastaneye kabul sözleşmesi, gerekse bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesinin söz konusu olduğu durumlarda, tedaviyi gerçekleştiren hekimler hastanedeki özel hastane açısından ifa yardımcısı konumundadır.

Yardımcı kişilerin eylemlerinden sorumluluk bakımından kusur aranmamaktadır. Borçlu ile zarar gören arasında bir borç ilişkisi bulunmalıdır. Borçlu, borcun ifasını yardımcı kişiye bırakmış olmalıdır. Borcun ifasının yardımcı kişiye bırakılmasının caiz olması gerekir. Yardımcı kişi borçlunun kendisine verdiği işi yürütürken alacaklıya zarar vermiş olmalıdır. Alacaklının uğradığı zarar ile

³⁹⁷ **Reisoğlu**, Genel, s.183–188; **Kılıçoğlu**, s.323–328; **Nomer**, s.133–141; **Eren**, Genel, s.621–628; **Akıntürk / Ateş Karaman**, Borçlar, s.98–99; **Aybay, Aydın**; Borçlar Hukuku Dersleri Genel Bölüm, 13.Bası, İstanbul 2011, s.93; **Yılmaz**, s.117; **Akıncı**, Borçlar, s.157–158; **Petek**, Tüketici, s. 1000, dn.64.

³⁹⁸ “Davalılardan Doktor Erkin Ö.'e ait muayenehanede diğer davalının hemşire olarak çalıştığı uyumsuzluk konusu değildir. Borçlar kanunu 100 madde uyarınca bir borcun ifasını veya bir borçtan mütevellit bir hakkın kullanılmasını kendisi ile beraber yaşayan şahıslara veya maiyetinde çalışanlara ve de kanuna muvafık surette tevdi eden kimse bunların işlerini icra esnasında ika ettikleri zarardan dolayı diğer tarafa karşı mesuldür. Davalı doktor yardımcı kişinin fiilinden davacılar karşı sorumludur” 13.HD., 22.05.2003, 2333/6348 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

yardımcı kişinin eylemi arasında uygun illiyet bağının mevcut olması gerekir. Alacaklı borç bizzat kendisi tarafından yerine getirilse ve zarar verici davranışta kendisi bulunsaydı yine sorumlu tutulacak olmalıdır. Hastaya yönelik tedavi faaliyetini yürüten hizmet sağlayıcı hekim veya hastane işleticisi, yardımcı kişilerin seçiminde, ona talimat vermede, denetlemede objektif dikkat ve özeni göstermek zorundadır. Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk bakımından Türk Borçlar Kanunu'nda kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulma imkânı getirilmemiştir. Yani hizmet sağlayıcı yardımcı kişinin seçiminde, talimat vermede, denetlemede objektif dikkat ve özeni gösterdiğini kanıtlayarak sorumluluktan kurtulamaz³⁹⁹.

Hizmet sağlayıcı, hizmetin ifasını yardımcı kişiye bırakmayıp bizzat kendisi yerine getirmiş olsaydı, yardımcının eyleminin kendisi için dahi kusurlu sayılmayacağını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir. Yine ortaya çıkan zarar ile yardımcı kişi arasında illiyet bağının bulunmadığını ispatlayarak genel hükümlere göre sorumluluktan kurtulabilir. Yardımcı kişi ile hasta arasında kurulmuş bir sözleşme ilişkisi mevcut değildir. Hizmet sağlayıcı, Türk Borçlar Kanunu'nda yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğu düzenleyen hükümlerde belirtilmemiş olmasına rağmen genel hükümlere dayanarak ödediği zarar miktarı bakımından yardımcı kişiye rücu edebilir⁴⁰⁰.

Türk Borçlar Kanunu'nun 146. maddesine göre "*Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, her alacak on yıllık zamanaşımına tabidir*". Kanun, bu düzenlemeye uygun olarak 10 yıllık zamanaşımı süresinin aksine, vekâlet ve eser sözleşmeleri bakımından 147. maddesinde 5 yıllık zamanaşımı süresi öngörmüştür. Hekim veya özel hastane işleticisinin kendi eylemleri nedeniyle sorumlulukları bakımından Türk Borçlar Kanunu'nun 147. maddesine göre 5 yıllık zamanaşımı süresi söz konusu olmasına rağmen, yardımcı kişilerin eylemlerinden sorumluluk bakımından 10 yıllık zamanaşımı süresinin uygulanmasından bahsedilemez. Hekim veya özel hastane işleticisi vekâlet veya eser sözleşmelerine göre hangi zamanaşımı sürelerine tabi ise,

³⁹⁹ **Reisoğlu**, Genel, s.363–365; **Kılıçoğlu**, s.649–653; **Nomer**, s.259; **Eren**, Genel, s. 1072–1083; **Oğuzman / Öz**, s.427–438; **Şenocak**, Sorumluluk, s.99; **Akıncı**, s.249–254; **Petek**, Tüketici, s. 1000, dn.64; **Gündoğdu**, s.233.

⁴⁰⁰ **Reisoğlu**, Genel, s.365; **Kılıçoğlu**, s. 653–654; **Oğuzman / Öz**, s.436–437; **Şenocak**, Sorumluluk, s.98; **Petek**, Tüketici, s. 1000, dn.64.

yardımcı kişilerin eylemlerinden sorumluluk bakımından da aynı zamanaşımı süresine tabidir.

Adam çalıştırmanın sorumluluğu kusura dayanmayan haksız fiil sorumluluğudur. Haksız fiil sorumluluğu olması ve haksız fiil sorumluluğuna genel hükümlerin uygulanmasından dolayı, Türk Borçlar Kanunu'nun 66. maddesinde belirtilen "Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu" bakımından Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümleri uygulanmayacaktır. Fakat Türk Borçlar Kanunu'nun 66. maddesindeki adama çalıştırmanın sorumluluğuna dayanılsa dahi -ki hasta bu sorumluluk türüne dayanmak istemeyecektir. Çünkü adam çalıştırın, çalışan kişinin seçiminde, çalışması sırasında talimat vermede, gözetim ve denetiminde gerekli objektif dikkat ve özeni gösterdiğini, bunu göstermiş olsaydı dahi zararın meydana gelmesinin kaçınılmaz olduğunu ispatlayarak yani kurtuluş kanıtı getirerek sorumlulukta kurtulabilir- hekim veya özel hastane işleticisi ile hasta arasında sözleşme ilişkisi yani tüketici işlemi olduğundan Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümleri uygulanabilmelidir. Bu durumda hizmet sağlayıcıdan istenecek olan tazminatın şartları Türk Borçlar Kanunu'nun 66. maddesine göre belirlenmelidir, bu durumda sözleşmeye dayanılmadığı için seçimlik hakların kullanılması mümkün değildir.

Buna karşılık yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk ise, sözleşmeden doğan bir sorumluluktur. Dolayısıyla hekim veya özel hastane işleticisi arasında bir sözleşme ilişkisi, yani tüketici işlemi söz konusu olduğundan, yardımcı kişilerin eylemleri nedeniyle sözleşmenin tarafı olan hekim veya özel hastane işleticisine karşı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'dan kaynaklanan haklar kullanılabilir.

e. Devletin ve Kamu Hastanelerinin Sorumluluğu

Hastanın devlet veya kamu tüzel kişilerine ait hastanelerde gördüğü tedavi hizmeti sonucunda zarar görmesi veya yapılan tedavi hizmetinin ayıplı olması halinde sorumluluk, idare hukuku kurallarına tabidir.

Devlet ve kamu kurum ve kuruluşlarına ait hastanelerde yürütülen tedavi hizmeti, kural olarak hasta ile hekim veya hastane arasındaki bir sözleşme ilişkisine göre değil, kamu hukuku kurallarına göre sunulmaktadır. Bu nedenle sağlık

hizmetini sunan devlet ve kamu kurum ve kuruluşlarına ait hastaneler Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun uyarınca sağlayıcı sayılmaz. Devlete ve kamu kurum ve kuruluşlarına ait hastaneler, sağlık hizmetlerini bir bedel karşılığında tüketiciye sunuyorsa (sağlık sigortası bulunmayanların ücret karşılığı sağlık hizmetlerinden yararlanmasında olduğu gibi) ve sağlık hizmeti faaliyetini kazanç sağlamak amacıyla (mesleki ve ticari faaliyet olarak) yerine getiriyorsa Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun uyarınca sağlayıcı sayılırlar⁴⁰¹.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamına girmeyen durumlarda, Devlete veya kamu kurum ve kuruluşlarına ait hastanelerde tedavi görmekte olan hasta, ayıplı bir hizmet sonucunda zarar gördüğü takdirde, sağlık hizmetinin (kamu hizmeti) gerekli özen ve mesleki standartlara uygun olarak yapılmadığını ileri sürerek 1982 Anayasası'nın 125/7. maddesinin "*İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür*" ve Anayasa'nın 129/5. maddesinin "*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*" düzenlemelerine dayanarak zararının tazminini isteyebilir. Devlete veya kamu kurum ve kuruluşlarına ait hastanelerin amaca uygun şekilde ve yeterli organizasyonu sağlamamış olmaları, gerekli tıbbi araç ve gereçlerin eksikliği, uzman hekimlerin bulunmaması bir "hizmet kusuru"⁴⁰² olarak değerlendirilerek idarenin sorumluluğuna gidilebilir⁴⁰³.

Devlete ve kamu kurum ve kuruluşlarına ait hastanelerde meydana gelen hasta haklarının ihlali nedeniyle sorumluluğun doğabilmesi için hukuka aykırılık, kusur, zarar ve illiyet bağı unsurlarının varlığı gerekir. İdarenin kusuru "görev kusuru" ve "hizmet kusuru" şeklinde gerçekleşebilir. Hizmet kusuru, idarenin kuruluşunda, düzeninde ve işleyişindeki kusurlardır. Bunun sonucunda hizmetin geç işlemesi, hiç işlememesi, kötü işlemesi söz konusu olabilir. Bu halde idare tüm zararı karşılama yükümlülüğü altındadır. Görev kusuru ise, idareye bağlı olarak çalışan

⁴⁰¹ **Petek**, Tüketici, s.981.

⁴⁰² "*Davalı doktorun, kamu görevlisi olarak yetkilerini kullanırken işlediği kusurlu eylemden doğan tazminat davası, kendisine rücu edilmek koşulu ile ancak idare aleyhine açılabilir*" 13. HD., 10.06.2002, 5171/6918 (**Kadıoğlu**, s.271-272).

⁴⁰³ **Özsunay, Ergun**; "Tıp Uygulamaları Bakımından Tüketicinin Korunması", Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları, Ankara 2014, s.619.

kamu personelinin, görevlerini yerine getirirken uyulması zorunlu kurallara uymamasından kaynaklanan kusurlardır. İdare, görev kusuru halinde zararı ödeme yükümlülüğü altındadır, ancak kusuru oranında personele rücu ederek, ödediği tazminatı talep edebilir⁴⁰⁴.

Devlete ve kamu kurum ve kuruluşlarına ait hastanelerde gerçekleştirilen tedavi hizmetleri sırasında bu hizmetlerden yararlanan hastaların, Hasta Hakları Yönetmeliği'yle kendilerine tanınan haklardan yaralanamaması veya bu hakların ihlali durumunda, idarenin hizmet kusurundan hareketle, tazminat talebinde bulunmaları mümkündür⁴⁰⁵.

⁴⁰⁴ **Petek** (Sağlık, s.122), Türk Borçlar Kanunu'nun 55/2 maddesi uyarınca idarenin, Türk Borçlar Kanunu hükümleri çerçevesinde sorumlu olacağını, bu sorumluluğun niteliğinin Türk Borçlar Kanunu'nun 66. maddesinde düzenlenen adam çalıştırmanın kusursuz sorumluluğu olması gerektiğini, bu sorumluluk türünün kusursuz bir sorumluluk türü olması nedeniyle idarenin veya kamu görevlisi sağlık personelinin kusurunun aranmayacağını, ancak sağlık personelinin fiilinin hukuka aykırı olmasının, zararın varlığı ve nedensellik bağının yine bulunması gerektiğini belirtmektedir.

⁴⁰⁵ Danıştay bir kararında Sağlık Bakanlığına Bağlı Ağız ve Diş Sağlığı Merkezi'nde hastanın rızası alınmadan ve rızasına aykırı olarak dişinin çekilmesiyle ilgili davada, Hasta Hakları Yönetmeliği ve hasta haklarıyla ilgili düzenlemelere aykırı olarak yapılan bu tedavide idarenin hizmeti kusuru bulunduğu kabulüyle manevi tazminat ödemesi gerektiğine karar vermiştir. "*Hasta Hakları Yönetmeliğinin 5. maddesi (d) bendinde, tıbbi zorunluluklar ve kanunlarda yazılı haller dışında, rızası olmaksızın kişinin vücut bütünlüğüne ve diğer kişilik haklarına dokunulmayacağı, 22. maddesinde kanunda gösterilen istisnalar hariç olmak üzere, kimsenin rızası olmaksızın ve verdiği rızaya uygun olmayan bir şekilde tıbbi ameliyeye tabi tutulamayacağı, 24. maddesinde, tıbbi müdahalelerde hastanın rızası gerektiği, 25. maddesinde, kanunen zorunlu olan haller dışında ve doğabilecek olumsuz sonuçların sorumluluğu hastaya ait olmak üzere; hasta kendisine uygulanması planlanan veya uygulanmakta olan tedaviyi reddetmek veya durdurulmasını istemek hakkına sahip olduğu, bu halde, tedavinin uygulanmamasından doğacak sonuçların hastaya veya kanun temsilcilerine veyahut yakınlarına anlatılması ve bunu gösteren yazılı belge alınması gerektiği hükme bağlanmıştır.*

Manevi tazminat, idari eylem veya işlem nedeniyle duyulan elem ve ızdırabı kısmen de olsa karşılamaya yönelik bir manevi tatmin aracıdır. Belirtilen niteliği gereği manevi tazminatın, zenginleşmeye yol açmayacak şekilde belirlenmesi gerekmekte ve tam yargı davalarının niteliği gereği takdir edilecek miktarın aynı zamanda idarenin kusurunun ağırlığını ortaya koyacak bir oranda olması gerekmektedir.

.....hastaya yapılacak müdahalede hastanın rızasının alınması ve bu rızaya aykırı tedavi yapılmaması gerekmektedir. Hastanın ikazına rağmen, yeni bir muayene yapılmadan, film çekilerek dişlerin çekilip çekilmeyeceğine karar verilmesi gerekirken, önceki barkot üzerine, diş hekimince başkaca bir muayene yapılmadan ve hastanın itirazına rağmen diş çekimi yapması hasta haklarına aykırı olup aynı zamanda hizmet kusuru oluşturmaktadır. Olay nedeniyle müdahaleyi yapan diş doktoruna uyarı cezası verilmiş olması da, idarece hizmetin kusurlu işletildiğinin kabul edildiğini göstermektedir. Bu sebeple davacının çekilen dişlerinin ağzının ön kısmında bulunduğu, davacının bundan rahatsızlık duyduğu, manen etkilendiği ve olaydaki hizmet kusurunun ağırlığı dikkate alınarak, bir miktar manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken, davacının manevi tazminat isteminin reddine karar verilmesinde hukuki isabet bulunmamaktadır" D.10.D., 13.07.2010, 2007/6322, 2010/5981 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 55/2. maddesine göre *“Bu Kanun hükümleri, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanır”* düzenlemesi uyarınca kamu hastanelerindeki tıbbi müdahaleler sonucunda meydana gelen zararlar bakımından Türk Borçlar Kanunu'nun hükümleri uygulanacaktır.

Devlet ve kamu kurum ve kuruluşlarına ait hastanelerde yürütülen tedavi faaliyeti nedeniyle meydana gelen zararlar bakımından açılacak davaların görüleceği mahkeme, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 3. maddesinde *“Her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut kişinin ölümüne bağlı maddi ve manevi zararların tazminine ilişkin davalara asliye hukuk mahkemeleri bakar”* şeklindeki hüküm uyarınca asliye hukuk mahkemeleridir. Ancak Anayasa Mahkemesi 16.02.2012 tarih 2011/35 Esas ve 2012/23 Karar sayılı kararı⁴⁰⁶ ile bu maddeyi iptal etmesi sonucu hastanın tedavisi sırasında devlet ve kamu kurum ve kuruluşlarına karşı açılacak kamu hastanelerinde tıbbi müdahaleden dolayı meydana gelen zararlardan dolayı yine Türk Borçlar Kanun'un hükümleri uygulanacak, ancak açılacak olan davalar Asliye Hukuk Mahkemelerinde değil İdare Mahkemelerinde görülecektir⁴⁰⁷.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 43. maddesi uyarınca *“Hasta haklarının ihlali halinde, personeli istihdam eden kurum ve kuruluş aleyhine maddi veya manevi veyahut hem maddi ve hem de manevi tazminat davası açılabilir.*

Ancak, aleyhine dava açılacak merciin kamu kurum ve kuruluşu olması halinde;

a) 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 12 nci maddesine göre; hakkın bir idari işlem dolayısı ile ihlal edilmesi halinde ilgililer, doğrudan doğruya tam yargı davası veya iptal ve tam yargı davalarını birlikte açabilecekleri gibi ilk önce iptal davası açarak bu davanın karara bağlanması üzerine dava açma süresi içerisinde tam yargı davası açabilirler.

⁴⁰⁶ RG.; 19.05.2012, S.28297.

⁴⁰⁷ **Petek**, Tüketici, s.981, dn.21; **Petek**, Sağlık, s.122.

b) Aynı Kanun'un 13 üncü maddesi uyarınca, zarar verici eylemin öğrenildiği tarihten itibaren en geç bir yıl içinde maddi ve manevi tazminat olarak istenilen tazminat miktarı ayrı ayrı gösterilerek idareye müracaat edilmesi ve talebin açıkça veya zımnen reddi halinde kanuni süresi içinde idari yargı mercilerinde dava açılması gerekir”.

Hasta haklarının Devlet memuru veya diğer kamu görevlisi personel tarafından ve görevleri sırasında herhangi bir şekilde ihlali halinde uygulanacak müeyyideler, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 46. maddesinde belirtilmiştir. Hasta Hakları Yönetmeliğinin 46/1-c maddesi uyarınca hasta haklarının Devlet memuru veya diğer kamu görevlisi personel tarafından ve görevleri sırasında herhangi bir şekilde ihlali halinde, memurların ve diğer kamu görevlilerinin hukuki sorumluluğu doğrudan doğruya memur aleyhine açılacak dava yolu ile gerçekleştirilemez. Dava, ancak idare aleyhine açılabilir.

4. Sorumsuzluk ve Sorumluluktan Kurtarma Anlaşması

Sorumsuzluk anlaşması, zarar verici olan sözleşmeye aykırı hareketten ve zararın doğumundan önce alacaklı ile borçlu arasında açık veya örtülü olarak yapılan ve ileride alacaklı lehine ortaya çıkma ihtimali olan tazminat isteminin doğmasına tamamen veya kısmen engel olan, bağımsız veya asıl sözleşmeye ek olarak yapılan hukuki işlemdir⁴⁰⁸. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da düzenlenen ayıplı hizmet halinde, tüketicinin seçimlik haklarını kullanmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşmalar da sorumsuzluk anlaşması kapsamında değerlendirilebilir.

Sözleşmeden doğan borçlarda borçlunun gerek kendisinin sözleşmede üstlendiği yükümlülükleri yerine getirme bakımından ihlallerden, gerekse yardımcısının eylemlerinden dolayı sorumlu olmayacağına dair anlaşmalar yapması veya yapılan sözleşmeye sorumsuzlukla ilgili kayıtlar koyması mümkündür. Ancak bu sorumsuzluk mutlak anlamda bir sorumsuzluk değildir. Her iki durumda da sorumluluğun sınırlandırılması söz konusudur⁴⁰⁹.

⁴⁰⁸ Kılıçoğlu, s.655; Eren, Genel, s. 1085–1086; Akıncı, Borçlar, s.247–248; Sarıtaş, s.135–136.

⁴⁰⁹ Kılıçoğlu, s.655; Demir, Hastane, s.210; Gökcan, s.921; Gündoğdu, s.258.

6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da sorumsuzluk anlaşmasına ilişkin bir hüküm yer almamakla birlikte, 83. maddesindeki “*Bu Kanunda hüküm bulunmayan hâllerde genel hükümler uygulanır*” düzenlemesi nedeniyle Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacaktır. Borçlunun sorumsuzluğu bakımından Türk Borçlar Kanunu'nun 115. maddesinde, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumsuzluğu bakımından Türk Borçlar Kanunu'nun 116. maddesinde düzenleme yapılmıştır.

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 115. maddesine göre “*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”.

Türk Borçlar Kanunu'nun 115. maddesinin düzenlemesine göre sorumsuzluk anlaşması sözleşme kurulurken ya da sözleşme kurulduktan sonra, ancak borç ifa edilmeden yapılabilir. Sözleşmeden doğan borçlar yerine getirildikten sonra yapılan anlaşma bir sorumsuzluk anlaşması değil, “sorumluluktan kurtarma anlaşması” olabilir. Türk Borçlar Kanunu'nun 115 ve 116. maddelerinde bu anlaşmalar için “önceden” yapılma şartı aranmaktadır. Alacaklı ile borçlu arasında sonradan yapılan sorumluluktan kurtarmaya ilişkin anlaşmalar, “sulh” veya “ibra” olarak nitelendirilebilir⁴¹⁰.

Taraflar arasındaki sorumsuzluk anlaşması ya bağımsız bir sözleşme şeklinde ya da mevcut sözleşmenin bir eki, hükmü olarak yapılabilir. Her iki durumda da sorumsuzluk anlaşması veya kaydının geçerliliği esas sözleşmenin geçerliliğine bağlıdır⁴¹¹.

Sorumluluk anlaşması veya kaydı, tek taraflı bir işlem değil, bir sözleşmedir. Karşılıklı irade beyanlarıyla meydana gelir. Alacaklı bakımından

⁴¹⁰ Kılıçoğlu, s.656; Nomer, s.260; Eren, Genel, s.1087.

⁴¹¹ Eren, Genel, s.1087.

tasarruf işlemi, borçlu bakımından ise kazandırıcı işlemdir. Alacaklı ileride gerçekleşebilecek tazminat hakkıyla ilgili tasarrufta bulunmaktadır. Borçlu ise ileride gerçekleşebilecek tazminat ödeme yükümlülüğünden kurtulmakta veya bu yükümlülüğü azalmaktadır⁴¹².

Borçlunun sorumluluğunu sınırlayan böyle bir anlaşma ya da kaydın geçerli olabilmesi için; taraflar arasında sorumsuzluğun sınırlanması ile ilgili bir sözleşme veya sözleşme kaydının olması, bu anlaşma veya kaydın sorumluluk doğmadan önce yapılmış olması, bu anlaşma veya kaydın borçlunun ağır kusurlu davranışının dışında kalması, anlaşma veya kaydın hizmet sözleşmesinin dışında herhangi bir borç ilişkisine yönelik olması, anlaşma veya kaydın kanun veya yetkili makam tarafından verilen izinle yürütülen uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanata yönelik hafif kusurlara ilişkin olmaması gerekir⁴¹³.

Hekimlik sözleşmesinin hukuki niteliği itibariyle vekâlet sözleşmesine konu olması nedeniyle, hekimin hafif kusurundan sorumlu olmayacağına yönelik bir anlaşma veya kayıt, vekilin işi özenle ve sadakatle yerine getirmesi yükümlülüğüne aykırıdır. Hasta hekimle veya özen hastane işleticisi ile sözleşme yaparken onların her türlü özeni göstereceğini düşünerek hareket eder. Hekim veya özel hastane işleticisi tarafından yürütülen tedavi faaliyetinde özen yükümlülüğü ağır basmaktadır. Yine hekimlik ve özel hastane işleticiliği devletçe verilen bir izne bağlı olarak yapılmaktadır. Sağlık alanında bir diplomaya sahip hekim ve sağlıkla ilgili faaliyeti yürütebilmesi bakımından devletten izin almış bulunan hekim veya özel hastane işleticisi, toplumda bir güven oluşturmaktadır. Bu güven nedeniyle, bilgisi ve tecrübesiyle yardıma muhtaç durumdaki hasta karşısında üstün konuma geçen hekimin veya özel hastane işleticisinin hafif kusurundan dahi sorumlu olmayacağına yönelik bir anlaşma veya kayıt, hastanın güvenini sarsacağından vekâlet sözleşmelerinin niteliğine uymamaktadır. Bu nedenle hekimin veya özel hastane işleticisinin, sorumsuzluğuna yönelik anlaşma veya bir kayıt oluşturması mümkün değildir⁴¹⁴.

⁴¹² Eren, Genel, s.1087.

⁴¹³ Kılıçoğlu, s.655–661; Eren, Genel, s.1087–1088; Demir, Hastane, s.210.

⁴¹⁴ Tandoğan, II, s.433; Ayan, s.119–120, 169; Şenocak, Sorumluluk, s.96; Başpınar, s.272; Özdemir, s.181; Yavuz İpekyüz, s.144–145; Öztürkler, s.186–187; Yılmaz, s.185; Petek, Sağlık, s.107.

Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmeliğin ekli listesinin 1/a düzenlemesine göre “Sözleşmeyi düzenleyen bir fiili veya ihmali nedeniyle, tüketicinin hayatını kaybetmesi, yaralanması veya maddi zarara uğraması halinde, sözleşmeyi düzenleyen yasal sorumluluğunu kaldıran veya sınırlayan şartlar” haksız şart olarak kabul edilmiştir. Dolayısıyla hizmet sağlayıcı olarak hekimin bir fiili veya ihmali sonucu, hastanın hayatının kaybetmesi, yaralanması veya maddi zarara uğraması durumunda, hekimin sorumluluğunu kaldıran veya sınırlayan anlaşma veya kayıt oluşturulması mümkün olmadığı gibi, bu doğrultuda sözleşmeye konulacak hükümler haksız şart olarak kabul edilerek kesin hükümsüz sayılacaktır.

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 116. maddesine göre “Yardımcı kişilerin fiilinden doğan sorumluluk, önceden yapılan bir anlaşmayla tamamen veya kısmen kaldırılabilir.

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”.

Borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğu bakımından ise sorumsuzluk hali, kendi sorumsuzluk haline göre daha az sınırlanmıştır. Bu anlaşma ile sorumluluğu kısmen veya tamamen kaldırılabilir. Ancak bu anlaşmanın sorumluluk doğmadan önce yapılmış olması gerekir. Bu anlaşma veya kaydın kanun veya yetkili makam tarafından verilen izinle yürütülen uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanata yönelik olmaması gerekir. Borçlunun sorumsuzluğundan farklı olarak burada ağır kusur-hafif kusur ayırımına yer verilmemiştir. Borçlunun bu şekilde sorumsuzluk anlaşması yapabilmesi için ilişkide yardımcı kişilerden yararlanma olanağının olması gerekir.

Tedavi faaliyetinin uzmanlığı gerektirmesi, kanun ve yetkili makam tarafından verilen izne bağlı olarak yapılması nedeniyle, hem bağımsız çalışan hekimin, hem özel hastane işleticilerinin kendilerinin, hem de bunların yardımcı kişilerinin fiillerinden sorumlu olmayacaklarına yönelik önceden bir anlaşma veya sözleşme kaydı oluşturmalarının mümkün olmadığı kanaatindeyiz⁴¹⁵. Ancak hekim

⁴¹⁵ Tandoğan, II, s.433-434; Ayan, s.119-120, 169; Başpınar, s.272; Özdemir, s.181; Yavuz İpekyüz, s.145; Demir, Hastane, 212; Yılmaz, s.185; Özgül, s.87; Gökcan, s.921-922; Hatırnaz Erol, s.275-277; Petek, Sağlık, s.107. Ayan (s.169) özel hastanelerin tedavi faaliyetine ilişkin

veya özel hastane işleticisinin yardımcı kişilerinin fiillerinden sorumluluğu doğduktan sonra hastayla bir sorumluluktan kurtarma anlaşması yapılabilmesi mümkündür.

5. Ayıplı Hizmet Halinde Hastanın Seçimlik Hakları

a. Seçimlik Hakların Hukuki Niteliği

Tüketiciye sunulan hizmetin ayıplı olması durumunda tüketicinin sahip olduğu haklar, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 15. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddenin düzenlemesi uyarınca tüketicinin sahip olduğu bu hakların seçimlik olduğu, tüketicinin bu hakları talep hakkının olduğu, tüketicinin bu haklardan dilediğini seçme serbestisine sahip olduğu, sağlayıcının tüketicinin seçtiği hakkı yerine getirme yükümlülüğünde olduğu belirtilmiştir.

Bu seçimlik hakların hukuki niteliği konusunda doktrinde değişik görüşler mevcuttur. Sözleşme teorisi görüşüne göre alıcının (tüketicinin) seçim hakkını kullanabilmesi için alıcı (tüketici) ile satıcı (sağlayıcı) arasında sözleşme olmalıdır. Alıcı (tüketici) tek taraflı irade beyanıyla bu hakkı kullanamaz, taraflar aralarında anlaşamadığı takdirde alıcı (tüketici) mahkemeye başvurarak seçim hakkını kullanmak zorundadır. Mahkeme kararı ile tespit edilen seçim hak çerçevesinde yeni bir sözleşme kurulur. Değiştirilmiş sözleşme teorisi görüşüne göre ise alıcının (tüketicinin) seçimlik hakkı yenilik doğurucu değildir. Alıcı, satıcının muvafakatini sağlayabilmişse, sözleşme teorisinin geçerliliği devam edecektir. Alıcı, satıcının muvafakatini sağlayamamışsa seçim hakkını yenilik doğurucu dava ile kullanacaktır. Mahkeme kararı yenilik doğurucu niteliktedir. Katıldığımız üçüncü bir görüşe göre ise alıcının (tüketicinin) seçim hakkı yenilik doğuran bir haktır. Tek taraflı irade

olarak tip sözleşmeler kullanmaları dolayısıyla, bu sözleşmelerde genel işlem şartı niteliğinde sorumsuzluk şartı bulunacağını, zayıf durumdaki hastaya tek taraflı olarak dikte ettirilebileceğini, bu tür sorumsuzluk şartının dürüstlük ilkesi çerçevesinde geçersiz sayılmasının mümkün olduğunu belirtmektedir. Kanımızca bu durumda dürüstlük kuralından yararlanmaya ihtiyaç yoktur. Çünkü dürüstlük kuralından yararlanmadan önce Türk Borçlar Kanunu'nun 116/3 maddesinin "*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*" olarak belirtilen düzenlemesi gereği, özel hastanelerin yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacaklarına yönelik hazırladıkları tip sözleşmelerdeki sorumsuzluk şartları veya sorumsuzluk anlaşmaları kesin hükümsüz sayılacaktır.

açıklamasıyla kullanılabilir. Hakkın kullanılabilmesi için dava açılmasına veya tarafların anlaşmasına gerek yoktur. Satıcı (sağlayıcı), alıcının (tüketici) seçimini kabul etmediği takdirde dava açılması mümkündür. Bu halde mahkemenin vereceği karar kurucu değil, açıklayıcı mahiyettedir. Tüketicinin seçimlik haklarından sözleşmeden dönme hakkı bozucu yenilik doğuran bir hak, hizmetin yeniden görülmesi ve ayıp oranında bedelden indirim hakkı ise değiştirici yenilik doğuran bir haktır⁴¹⁶.

Seçimlik hakların kullanılması hakkı, sadece tüketici işleminin tarafı olan kişilere ait değildir. Daha önce de belirttiğimiz gibi tüketici, sadece sözleşme ilişkisinin tarafı olan kişi değil, aynı zamanda tüketici işleminin konusu olan mal veya hizmeti kullanan, ondan yararlanan başka kişiler de olabilir. Tüketici işlemi üçüncü kişi yararına yapılmışsa (anne ve babanın çocuk yararına hekimlik sözleşmesi yapması veya bir kocanın eşi yararına estetik ameliyat olması için sözleşme yapması ve parayı ödemesinde olduğu gibi) , artık bu tüketici işleminden yararlanan kişiler de tüketici olarak kabul edilmeli ve seçimlik hakları kullanabilmelidir. Sınırlı ehliyetsizler hekimlik veya hastaneye kabul sözleşmesi gereği ücret ödeme yükü altına gireceklerinden, onların ekonomik olarak korunması bakımından sözleşmenin kurulması yasal temsilcilerinin izin veya onayına tabidir. Ancak sağlığa ve vücut bütünlüğüne yönelik müdahalelere karşı korunma talebi sınırlı ehliyetsizlerin kişiye sıkı sıkı bağlı hakları arasında yer aldığından, yapılan sözleşmeden kaynaklanan seçimlik hakların talep hakkı, hem sınırlı ehliyetsize hem de velayet hakkı nedeniyle anne ve babasına aittir.

Tüketici, kanunda belirtilen bu haklarını belirtilen süre içerisinde bir mahkeme kararına ihtiyaç olmaksızın tek taraflı iradesiyle kullanabilir. İrade

⁴¹⁶ **Yavuz, Cevdet**; Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10.Baskı, İstanbul 2014 (Özel), s.148–153; **Atasoy/Taşkın/Acar**, s.71; **Akıncı**, s.135–136; **Tiryaki**, s.110–111. **Akıncı** (s.136), seçim hakkının kullanılmasının tarafların anlaşmasına, olmazsa hâkimin kararına bırakılmasının isabetli olmadığını, bu durumun tüketiciyi dava açmak suretiyle vekâlet ücreti veya harç ödemek zorunda bırakacağını, zaten zor durumda olan tüketicinin bu durum karşısında hak aramaktan cayacağını, ifade etmektedir. **Atamer/Baş** (s.35–36), sözleşmeden dönme ve bedelin indirilmesi haklarının yenilik doğuran hak olduğu, buna karşılık onarım talebinin tüketicinin ifa menfaatine ulaşmasını sağlayan, sözleşmenin aynen ifasına hizmet eden talep olduğu görüşündedirler. Bkz. Aynı yönde **Atamer/İnceoğlu**, s.55. **İnceoğlu** (s.217), ücretsiz onarım ve hizmetin yeniden görülmesi haklarının aynen ifa talebi niteliğinde olduğu, yenilik doğuran hakkın kullanılması niteliğini taşımadığı, bu nedenle makul süre içerisinde geri alınıp, serbestçe değiştirilmesi imkânının var olduğu görüşündedir.

beyanının karşı tarafa varmasıyla yenilik doğurucu sonuç gerçekleşmiş olur⁴¹⁷. Seçim hakkının kullanılması herhangi bir geçerlilik şekline tabi değildir⁴¹⁸. Seçimlik haklar kanunun öngördüğü zamanaşımı süresi içerisinde kullanılmalıdır⁴¹⁹.

Tüketicinin belirtilen seçimlik haklardan birini kullanması halinde, daha sonra bu tercihinin değiştirilmesi mümkün değildir. Çünkü seçimlik hak bir defa kullanılmakla sona ermekte, yenilik doğuran seçim hakkı kullanılmakla bu hak diğer hakların yerine geçmektedir⁴²⁰. Fakat tüketicinin seçimlik haklardan birini kullandıktan sonra, tercihinin karşı tarafın kabulüyle değiştirilmesi mümkündür.

b. Seçimlik Hakların Türleri

Tüketicie sunulan hizmetin ayıplı olması halinde, tüketicinin tek taraflı iradesiyle serbestçe talep hakkına sahip olduğu seçimlik haklar, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 15. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre;

“Hizmetin ayıplı ifa edildiği durumlarda tüketici, hizmetin yeniden görülmesi, hizmet sonucu ortaya çıkan eserin ücretsiz onarımı, ayıp oranında bedelden indirim veya sözleşmeden dönme haklarından birini sağlayıcıya karşı kullanmakta serbesttir. Sağlayıcı, tüketicinin tercih ettiği bu talebi yerine getirmekle yükümlüdür. Seçimlik hakların kullanılması nedeniyle ortaya çıkan tüm masraflar sağlayıcı tarafından karşılanır. Tüketici, bu seçimlik haklarından biri ile birlikte Türk Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca tazminat da talep edebilir”.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun bu maddede, ayıplı hizmet halinde tüketicie; ayıplı hizmetin yeniden görülmesi, hizmet sonucu ortaya çıkan eserin ücretsiz onarımı, ayıp oranında bedelde indirim, sözleşmeden dönme gibi seçimlik hakları tanımıştır.

⁴¹⁷ Akıncı, s.137-138; Atasoy/Taşkın/Acar, s.70; Tiryaki, s.110; Petek, Tüketici, s.995; Aslan, Dersler, s.102; Aslan, Tüketici, s.165.

⁴¹⁸ Akıncı, s.137-138; Atasoy/Taşkın/Acar, s.71.

⁴¹⁹ Petek, Tüketici, s.1006; Aslan, Dersler, s.107; Aslan, Tüketici, s.174. Akıncı (s.138), seçimlik hakların yenilik doğuran haklar olduğunu, yenilik doğuran hakların alacak hakkı olmadığı için zamanaşımına değil hak düşürücü süreye tabi olduğunu, fakat alıcının (tüketicinin) seçimlik hakları bakımından bu kurala bir istisna getirilerek, bu hakların hak düşürücü süreye değil zamanaşımına tabi olduğunun kabul edildiği görüşündedir. Aynı yönde bkz. Yavuz, N., s.193.

⁴²⁰ Akıncı, s.138; Atasoy/Taşkın/Acar, s.70-71; Tiryaki, s.111; Yavuz, N., s.193; Petek, Tüketici, s.995; Aslan, Dersler, s.102.; Aslan, Tüketici, s.165-166; Aydoğdu, Tüketici, s.174.

4077 Sayılı Kanun'da tüketicinin seçimlik hakları arasında hizmet sonucu ortaya çıkan eserin ücretsiz onarımına yer verilmemişken, eser sözleşmeleri ile ilgili yaşanan sıkıntılar nedeniyle 6502 Sayılı Kanun tüketicinin seçimlik hakları arasında bunu da saymıştır. Kanun bu seçimlik haklarla birlikte tüketicinin Türk Borçlar Kanunu çerçevesinde tazminat da talep edebileceğini düzenlemiştir.

aa. Ayıplı Hizmetin Yeniden Görülmesi

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 15. maddesinde düzenlenen, tüketicinin ayıplı hizmet durumunda seçimlik haklarından ilki hizmetin yeniden görülmesidir. Hizmetin yeniden görülmesi, tüketicinin hizmetin yeniden ifa edilmesinde menfaatinin olduğu durumlarda söz konusu olabilir. Hizmetin yeniden görülmesi, eksik bırakılan veya kötü bir şekilde ifa edilen hizmetlerin sözleşmeye uygun olarak yeniden düzeltilmesini de kapsar⁴²¹.

Ayıplı hizmet halinde hizmetin yeniden görülmesinin istenebilmesi için, hizmetin yeniden görülmesi mümkün olmalı ve hayatın kabulleri ve dürüstlük kuralına göre de sağlayıcıdan hizmeti yeniden görmesinin beklenebilir olması gerekir⁴²².

Tıbbi tedavi faaliyeti bakımından hizmetin yeniden görülebilmesi için hastanın talebinin olması gerekir. Şüphesiz hastanın hizmetin yeniden görülmesinde bir menfaati söz konusu olmalıdır. Hizmetin yeniden görülmesi, genellikle diş protezi yapımı, estetik ameliyat gibi sonucu taahhüt edilebilen tedavi faaliyetleriyle, tedavinin eksik bırakıldığı veya kötü ifa edildiği vekâlet akdine konu hekimlik sözleşmesi veya hastaneye kabul sözleşmesi çerçevesindeki tedavi hizmetlerinde söz konusu olabilir. Örneğin hastanın kırılan kolu için tam alçı yapılması gerekirken yarım alçı yapılması yüzünden hastanın kolunun kaynamaması veya hastaya biyopsi yapılmadan kanser ile ilgili tedavi faaliyetine başlanması gibi durumlarda hizmet ayıplı olarak gerçekleşmiştir. Bu durumlarda hasta seçimlik haklarından, hizmetin yeniden görülmesi talebiyle belirtilen bu olumsuzlukların giderilmesini isteme hakkına sahiptir.

⁴²¹ İlhan, s.90; Tiryaki, s.112; Petek, Tüketici, s. 997.

⁴²² Gümüş, Tüketici, s.144.

Hasta hakları bakımından, hastanın bilgilendirilmeden tedavi faaliyetine başlanması durumunda, hasta hastalığı ve tedavi süreci ile ilgili bilgilendirme yapıldıktan sonra tedavinin yeniden yerine getirilmesini isteyebilir. Yine hastaların sağlık personelini tanıma, seçme ve değiştirme hakkı çerçevesinde hastanın hastalığı konusunda uzmanlığı bulunmayan bir hekim tarafından müdahalede bulunulması halinde hasta uzman bir hekim marifetiyle hizmetin yeniden görülmesini özellikle tam hastaneye kabul sözleşmesi çerçevesinde isteyebilir.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 15. maddesine göre hizmetin yeniden görülmesi talebi ile ortaya çıkan masraflar (örneğin yeni alçı veya ameliyat masrafları) sağlayıcı tarafından karşılanacaktır. Hasta, hizmetin yeniden görülmesi dışında ayrıca maddi ve manevi tazminat talebinde de bulunabilir.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 15/2. maddesi uyarınca *“Ücretsiz onarım veya hizmetin yeniden görülmesinin sağlayıcı için orantısız güçlükleri beraberinde getirecek olması hâlinde tüketici bu hakları kullanamaz. Orantısızlığın tayininde hizmetin ayıpsız değeri, ayıbın önemi ve diğer seçimlik haklara başvurma hakkının tüketici açısından sorun teşkil edip etmeyeceği gibi hususlar dikkate alınır”*. Bu madde uyarınca, ayıplı olarak gerçekleşen hizmet sonucunda hasta hizmetin yeniden görülmesi talebinde bulunduğu takdirde, bu talebin yerine getirilmesi, hekim veya hastane işleticisi açısından, hastanın talebi olan hizmetle orantısız şekilde külfetler getiriyorsa hasta bu seçimlik hakkını kullanamayacak, her somut duruma göre ücretsiz onarım⁴²³, sözleşmeden dönme ile ayıp oranında bedelden indirim seçimlik haklarını kullanması mümkün olabilecektir⁴²⁴. Kanunda diğer seçimlik haklarını kullanması ile ilgili bir yasak getirilmemiştir. Örneğin hastanın ayağına platin takılması için hekim veya özel hastane işleticisi ile yapılan sözleşmede, platinin yurtdışından getirilmesi konusunda anlaşılması, getirilen platinin ayıplı çıkması nedeniyle hastanın yeniden hizmetin görülmesi şeklindeki talebi, hekim veya özel hastane işleticisi açısından orantısız şekilde ağır külfet getireceğinden, hasta bu seçimlik hak yerine diğer seçimlik hakları kullanabilmelidir.

⁴²³ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 15/2. maddesinin gerekçesine göre *“eğer ücretsiz onarım veya hizmetin yeniden görülmesi sağlayıcı için orantısız güçlükleri beraberinde getirecekse tüketici bu seçimlik hakkını kullanamaz. Bu durumda ya onarım yerine hizmetin yeniden görülmesini veya tersini isteyebilecek veya sözleşmeden dönme veya bedel indirimi yolunu tercih edecektir”*.

⁴²⁴ Şahin / Kızır, s.78.

Yine hastanın ameliyatını gerçekleştiren hekimin özel hastanede işten ayrılmasından sonra, özel hastanede o tür ameliyatı gerçekleştirecek bir hekimin bulunmaması halinde, ameliyatın o hastanede yapılmasının mümkün olmadığı veya ameliyatı gerçekleştiren hekimin, çok büyük masrafla o ameliyatı gerçekleştirmeye razı edilebileceği durumlarda yeniden hizmetin görülmesi seçimlik hakkının kullanılması mümkün değildir.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 15/4. maddesine göre “*Ücretsiz onarım veya hizmetin yeniden görülmesinin seçildiği hâllerde, hizmetin niteliği ve tüketicinin bu hizmetten yararlanma amacı dikkate alındığında, makul sayılabilecek bir süre içinde ve tüketici için ciddi sorunlar doğurmayacak şekilde bu talep sağlayıcı tarafından yerine getirilir. Her hâlükârda bu süre talebin sağlayıcıya yöneltilmesinden itibaren otuz iş gününü geçemez. Aksi takdirde tüketici diğer seçimlik haklarını kullanmakta serbesttir*”. Tüketici seçimlik haklardan birini kullandığı takdirde seçimlik hakkı sona ermekte, bunu değiştirme imkânına sahip olmamaktadır. Ancak seçimlik hakkın kullanılmasından itibaren makul süre içerisinde, her halde talebin sağlayıcıya yöneltilmesinden itibaren 30 gün içinde, sağlayıcı talebi yerine getirmediği takdirde tüketici diğer seçimlik haklarını kullanma imkânına sahip olacaktır.

Hasta ile hekim veya özel hastane işleticisi arasındaki ilişki kural olarak vekâlet sözleşmesine dayanmaktadır. Vekâlet sözleşmelerinin karakteristik özelliklerinden en önemlisi taraflar arasındaki güven ilişkisidir. Ayıplı hizmet sonucunda bu güven ilişkisi zedelenecektir. Güven unsurunun ayıplı hizmet nedeniyle ortadan kalkmasından sonra, hizmetin yeniden görülmesi seçimlik hakkının kullanılarak hekim veya özel hastane işleticisine hizmetin zorla ifa ettirilmesi durumunda, onların bu borcu yerine getirirken özen yükümlülüğüne ne kadar uyacakları belli değildir. Bu nedenle hizmetin yeniden görülmesi seçimlik hakkının her somut olaya göre değişebilmesine rağmen, fazla bir uygulanma olasılığının bulunmadığı kanaatindeyiz.

bb. Ayıp Oranında Bedelden İndirim

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 15. maddesinde düzenlenen, tüketicinin ayıplı hizmet durumunda seçimlik haklarından bir diğeri ayıp oranında bedelden indirimdir. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 15/3. maddesine göre tüketicinin ayıp oranında bedelden indirim hakkını kullanmasıyla birlikte, ödenen bedelden indirim yapılan tutar derhâl tüketiciye iade edilir; ödeme yapılmamışsa, tüketici eksik ödeme yapar.

Tüketici ayıp oranında bedelden indirim seçimlik hakkını kullandığı takdirde, sözleşme sona ermemekte veya hizmetin yeniden görülmesi söz konusu olmamakta, taraflarca kararlaştırılan sözleşmenin özüne dokunulmaksızın, tüketicinin en önemli edimi olan bedel değişmektedir. Ayıp oranında bedelden indirim hakkının kullanılmasıyla, sağlayıcının ve tüketicinin menfaatleri denkleştirilmektedir. Bedelden indirim yapılması bir tazminat hakkı olmadığından, tazminata ilişkin hükümlerin uygulanması mümkün olmayacaktır⁴²⁵.

Ayıp oranında bedelden yapılacak indirim öncelikle tarafların anlaşması, bu mümkün olmadığı takdirde mahkeme kararıyla belirlenir.

Ayıp oranında bedelden indirimin hesabında, ayıplı malların bedelinin indiriminde Yargıtay tarafından kabul edilen⁴²⁶ “nisbi yöntem” hizmetler bakımından da uygulanmaktadır. Nisbi yöntemle göre tüketiciye sağlanan hizmetin değeri, ayıplı olan biçimiyle ve ayıpsız piyasa değeriyle tespit edilmekte, ayıplı değer ile ayıpsız değer arasındaki fark oranı belirlenerek, bu oran hizmet bedeline uygulanmakta, yüzde hesabıyla hizmet bedelinden indirilmesi gereken miktar bulunmaktadır⁴²⁷.

Ayıp oranında bedelden indirim konusunda bir başka metot da “mutlak metod” olarak belirmektedir. Bu metoda göre tüketiciye sağlanan hizmetin ayıpsız değeri ile ayıplı değeri arasındaki fark belirlenerek, bu miktar hizmet bedelinden indirilmektedir⁴²⁸. Örneğin hastanın koluna takılan platinin düşük kalitede olması

⁴²⁵ Tiryaki, s.113; Yavuz,N., s.195; Petek, Tüketici, s. 998; Aslan, Dersler, s.113; Aslan, Tüketici, s.189-190.

⁴²⁶ 13.HD., 26.12.1997, 7580/10870 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

⁴²⁷ Tandoğan, I/1, s. 197; Tiryaki, s.113; Yavuz,N., s.195; Petek, Tüketici, s. 998; Aslan, Dersler, s.114; Aslan, Tüketici, s.191-192; Aydoğdu, Tüketici, s.172; Gümüş, Tüketici, s.141; İnceoğlu, s.182,216.

⁴²⁸ Tiryaki, s.113; Aslan, Dersler, s.114; Aslan, Tüketici, s.190–191; Gümüş, Tüketici, s.141.

halinde, iyi kalitedeki ve düşük kalitedeki platinin arasındaki bedel farkı oranında bedelden indirimle gidilmesi söz konusu olabilir⁴²⁹.

Ayıp oranında bedelden indirim bakımından son olarak “tazminat metodundan” bahsedilmektedir. Bu metoda göre, karşılaştırılan bedel ile hizmetin ayıplı değeri arasındaki fark satış bedelinden indirilmektedir. Ancak hizmetin bedelinin gerçek değerden ucuz tespit edildiği takdirde artık bedelden indirim imkânı kalmayacak, sözleşmeden dönme hakkının kullanılması gerekecektir⁴³⁰.

Tüketici ayıplı hizmet nedeniyle, ayıp oranında bedelden indirim şeklindeki seçimlik hakkını kullanmak istediğinde, henüz hizmet bedelini ödemişse indirim miktarı kadar bedeli az ödeyecek, hizmet bedelini ödemişse indirim miktarını geri isteyecektir⁴³¹.

Tüketici, sözleşmeden dönme şeklindeki seçimlik hakkını kullandığında, bedelin iadesi sebepsiz zenginleşme hükümlerine tabi olduğu halde, sözleşmeden dönme hakkı kullanılmadan ayıp oranında bedelden indirim şeklindeki seçimlik hakkı kullandığında sözleşmenin varlığı devam ettiği için, artık sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre değil, sözleşme hükümlerine göre bedelin iadesini isteyecektir⁴³².

Tüketicinin verilen hizmetin ayıplı olduğunu bilerek bu hizmeti talep etmesi veya kendi kusuruyla ayıbın oluşmasına sebebiyet vermesi durumunda seçimlik haklarını kullanması mümkün değildir⁴³³. Örneğin hastanın dişlerini çok sıkması yüzünden kendisine verilen gece plağının hatalı imal edilmiş olmasına ve hasta diş hekiminin yanında ilk kullandığında bu durumu fark etmesine rağmen, diş hekiminin plağı yenileme talebini kabul etmeyerek plağı mevcut haliyle kullanacağını, daha

Aydoğdu, Tüketici, s.171. **Tandoğan** (I/1, s.196), bu yöntemin, şeyin çok ucuz veya çok pahalı satıldığı takdirde hakkaniyete aykırı sonuç doğuracağını, şeyin ucuza satılması durumunda sonucun satıcı için çok ağır, pahalıya satılması durumunda satıcı için o kadar hafif olacağını, bu yöntemin gerçek değer ile bedel arasındaki oranı hesaba katmaya imkân vermediğini ifade etmektedir. **Aslan**, (Dersler, s.114); bu yöntemin, hizmetin değerinin, gerçek değerinden çok ucuz veya çok pahalı olarak tespit edilmesi durumunda adaletsiz sonuçlar doğurabileceğini belirtmektedir. Aynı yönde bkz. **Aslan**, Tüketici, s.191.

⁴²⁹ **Petek**, Tüketici, s.998.

⁴³⁰ **Tandoğan**, I/1, s.196; **Aslan**, Dersler, s.114; **Aslan**, Tüketici, s.191; **Aydoğdu**, Tüketici, s.171.

⁴³¹ **Petek**, Tüketici, s.998.

⁴³² **Petek**, Tüketici, s.998.

⁴³³ **Kara**, s.401; **Petek**, Tüketici, s.998.

fazla uğraşmak istemediğini beyan eden hastanın daha sonra diş etlerinin zarar görmesi durumunda seçimlik hakları kullanması mümkün olmayacaktır. Yine hasta, bedelinin az olması nedeniyle düşük kalitede bir platin takılmasına razı olmuşsa, bu şekilde platinin vücut tarafından kabul edilmeyebileceği ve olumsuz etkilerinin doğabileceği tedaviden önce kendisine bildirilmesine rağmen bu duruma razı olmuşsa, bu platinin vücutta yol açtığı yan etkiler nedeniyle bedelden indirim talep etmesi mümkün değildir.

Hasta tarafından ayıplı hizmetin gerçekleştirilmesi yönünde verdiği rıza, kişilik haklarına aykırı olmasından dolayı geçerli değilse, yapılan hekimlik veya hastaneye kabul sözleşmesi de geçerli olmayacağından⁴³⁴, sözleşmeden doğan seçimlik hakların kullanılmasından söz edilemez. Bu durumda taraflar sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca edimlerin iadesini talep edebilecektir⁴³⁵.

Hasta hakları bakımından ayıp oranında bedelden indirim talebi genellikle; tıbbi özen gösterilmesini isteme hakkı, tıbbi gereklere uygun teşhis, tedavi ve bakım hakkı, kendisine ilişkin olarak genel bilgi isteme hakkı, izin ve onay olmaksızın tıbbi işleme tabi tutulmama hakkı çerçevesinde söz konusu olabilir. Hastanın sahip olduğu bu tür haklara uygun olarak tedavi ve bakım hizmetinin verilmemesi halinde sunulan hizmet ayıplı olacak, hastanın ayıp oranında bu hizmet için kararlaştırılan bedelden indirim talep etmesi mümkün olacaktır.

cc. Sözleşmeden Dönme

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 15. maddesinde düzenlenen, tüketicinin ayıplı hizmet durumunda seçimlik haklarından bir diğeri de sözleşmeden dönmedir. 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da sözleşmeden dönme için "durumun gereği olarak haklı görünme" şartının gerçekleşmesi aranmışken, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da bu şekilde bir şarta yer verilmemiştir.

⁴³⁴ Türk Borçlar Kanunu madde 27 "*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür*".

⁴³⁵ **Petek**, Tüketici, s.999.

Tüketicinin sözleşmeden dönebilmesi için hizmetteki ayıbın önemli olması⁴³⁶ ve o haliyle diğer seçimlik hakların kullanılması olanağının bulunmaması gerekir⁴³⁷. Ayıbın önemli olmadığı, kolaylıkla ve daha az masrafla giderilmesinin mümkün olduğu durumlarda tüketici sözleşmeden dönmemeli, diğer seçimlik haklarını kullanabilmelidir. Yine sözleşmeden dönmenin, tüketiciye sağlayacağı yarar ile sağlayıcıya vereceği zarar arasında aşırı bir orantısızlık varsa, tüketicinin sözleşmeden dönme hakkını kullanamaması gerekir⁴³⁸. Ayıbın düzeltilmesinin mümkün olmadığı veya çok zor ya da büyük masraf gerektirmesi halinde tüketici sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmelidir⁴³⁹.

Doktrinde hizmetin görülmesinin tamamlandığı hallerde hizmet ayıplı dahi olsa sözleşmeden dönülemeyeceği, ancak ayıp oranında bedelden indirim yapılabileceği ifade edilmektedir⁴⁴⁰. Tıbbi müdahalenin henüz tamamlanmadığı hallerde sözleşmeden dönülebilmesi mümkün olmakla birlikte, tıbbi müdahalenin tamamlandığı durumlarda sözleşmeden dönme yerine, ayıp oranında bedelden indirim hakkının kullanılması gerekir. Çünkü kararlaştırılan tedavinin yapılmasıyla, hastanın sözleşmeden dönmeye elde edeceği bir menfaat kalmamaktadır. Hasta beklediği menfaate kavuşamaması nedeniyle, faaliyetin son bulduğu durumlarda ayıp oranında bedelden indirim yaparak menfaate kavuşmaya çalışacaktır⁴⁴¹.

⁴³⁶ **Atamer/Baş**, s.46-47. **İnceoğlu** (s.188), sözleşmeden dönme bakımından 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un ayıbın önemli olmasına yönelik bir sınırlama öngörmediği, ancak Türk Borçlar Kanunu'nun 227/4. maddesindeki "*Alicinin, sözleşmeden dönme hakkını kullanması halinde, durum bunu haklı göstermiyorsa hakim, satılanın onarılmasına veya satış bedelinin indirilmesine karar verebilir*" şeklindeki düzenlemenin 6502 Sayılı Kanun'un 83/1. maddesinin atfi sebebiyle kıyasen uygulanabileceği görüşündedir.

⁴³⁷ **Atamer/İnceoğlu** (s.64), sözleşmeden dönme hakkı ile birlikte sözleşmenin sona erdiğini ve tarafların iade yükümlülüğü içerisine girdiği, bu nedenle sözleşmeden dönmenin son çare (ultima ratio) olması gerektiği görüşündedirler. Aynı yönde bkz. **Atamer/Baş**, s.46.

⁴³⁸ **Atasoy/Taşkın/Acar**,(s.84), tüketicinin sözleşmeyi sona erdirmesi durumun gereği olarak haklı görülemiyorsa bedelden indirim ile yetinilmesi gerektiği, hizmetlerin görüldüğü anda tüketilme özelliğine sahip olduğu için yararlanılan hizmetin ayıplı çıkması halinde geri iade mümkün olmayacağından bedelden indirim yapılması görüşündedirler.

⁴³⁹ **İlhan**, s.89-90; **Tiryaki**, s.112; **Petek**, Tüketici, s. 996.

⁴⁴⁰ **Kara**, s.400. **Atasoy/Taşkın/Acar**,(s.84), ayıplı hizmetlerde, hizmetler verilir bittikten sonra bunun iadesi söz konusu olamayacağından fesih, ayıpsız hizmetle değiştirilmesi gibi seçimlik hakların kullanılamayacağını, ancak bedelden indirim istenebileceğini belirtmektedirler. **Gümüş** (s.140), tüketiciye yönelik hizmet sağlama amaçlı tüketici sözleşmesinin bir sürekli borç ilişkisi niteliği taşıdığı durumlarda (vekâlet sözleşmesi gibi), dönme hakkı yerine "fesih hakkının" varlığından bahsedilmesi gerektiği görüşündedir.

⁴⁴¹ **Petek**, Tüketici, s. 997.

Seçimlik haklardan sözleşmeden dönmenin tercih edilmesiyle birlikte taraflar arasındaki sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkacaktır. Tarafların artık edimlerini yerine getirmeleri gerekmez, ancak yerine getirilen edimler sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca talep edilebilir. Sebepsiz zenginleşme ile talep edilecek olan bedel iadesidir. Yoksa sağlayıcının sunduğu hizmetin iadesini talep etmesi mümkün değildir⁴⁴².

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 15/3. maddesine göre tüketicinin sözleşmeden dönme hakkını kullanmasıyla birlikte, ödemiş olduğu bedelin tümü veya bedelden indirim yapılan tutar derhâl tüketiciye iade edilir.

Hizmet sağlayıcının iade borcunun kapsamına Kanun'un 15. maddesinin düzenlemesi uyarınca, tüketicinin ödediği bedel, tüketicinin seçimlik hakkını kullanması nedeniyle ortaya çıkan tüm masraflar (seçimlik haklarının kullanılması sonucu bedel iadesi için dava açıldığı takdirde, bu dava Harçlar Kanunu'ndan kaynaklanan harçlardan muaf olmasına rağmen, tebligat giderleri, vekâlet ücreti, bilirkişi ücretleri talep edilebilir), ayıp nedeniyle uğramış olduğu zarar (maddi veya manevi) girecektir.

Ayıplı olarak ifa edilen hizmetten hasta bir yarar sağladığı takdirde, sözleşmeden dönme halinde 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 83. maddesinin atfı sebebiyle, Türk Borçlar Kanunu'nun 229/1. maddesindeki "*Satış sözleşmesinden dönen alıcı, satılanı, ondan elde ettiği yararları ile birlikte satıcıya geri vermekle yükümlüdür*" hükmü, kıyasen uygulama alanı bulur. Dolayısıyla ayıplı olarak ifa edilen hizmetten dolayı hasta bir menfaat sağlamışsa, bu menfaatin değeri göz önünde bulundurularak, hasta kendi edimini henüz yerine getirmemişse, sağladığı bu menfaatin bedelini hizmet sağlayıcı hekim veya özel hastane işleticisine ödemek durumundadır. Hasta kendi edimini yerine getirmişse iade alacağı bedelden menfaat sağladığı kısmın bedelinin indirilmesi gerekmektedir⁴⁴³.

Hasta hakları bakımından sözleşmeden dönme, ayıplı hizmetin önemli olması veya hizmetin yeniden görülmesinin çok masraflı ve çok zor olduğu durumlara göre hasta haklarının büyük bir bölümü açısından mümkündür. Örneğin hastanın böbrek

⁴⁴² Zevkliler, s.88; Tiryaki, s.112; Kara, s.401; Petek, Tüketici, s. 997; Aslan, Dersler, s.109–110; Aslan, Tüketici, s.183–185; Gümüş, Tüketici, s.140.

⁴⁴³ Petek, Tüketici, s.997; Atamer/İnceoğlu, s.66; Atamer/Baş, s.48; İnceoğlu, s.178.

taşı ile ilgili kapalı ameliyat yapılması kararlaştırılmasına rağmen ve bu olanak da bulunmasına rağmen, kendisine açık ameliyat yapılacağını bildirilmesi halinde hasta sözleşmeden dönebilmelidir. Burada hastaya sunulan bilgilendirme hizmeti ve buna bağlı olarak verilen rızaya aykırılık söz konusudur. Örneğin hasta tıbbi müdahale süresince mahremiyetine saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Buna rağmen psikolojik bir takım rahatsızlıkları sebebiyle tedavi gören hastanın, hastalığı ile ilgili bilgilerin başkalarıyla paylaşılması, ifşa edilmesi hasta açısından diğer seçimlik haklarla ortadan kaldırılabilecek bir ayıp değildir. Hasta için önemli ve arzu ettiği menfaatin gerçekleşmesini ortadan kaldıran bu durum karşısında hasta sözleşmeden dönebilmelidir.

dd. Hizmet Sonucu Ortaya Çıkan Eserin Ücretsiz Onarımı

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 15. maddesinde düzenlenen, tüketicinin ayıplı hizmet durumunda seçimlik haklarından sonuncusu hizmet sonucu ortaya çıkan eserin ücretsiz onarımıdır.

Bu seçimlik hak, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile ayıplı hizmetler bakımından ilk defa getirilmiştir.

Hastanın eserin ücretsiz onarımı seçimlik hakkını kullanabilmesi için hasta ile hekim veya özel hastane arasındaki sözleşme ilişkisinin eser sözleşmesi hükümlerine tabi olması gerekir. Yani diş protezi, köprü veya implant yapılması, takma kol veya bacak takılması, güzelleştirme amaçlı tıbbi müdahaleler gibi sonuç taahhüt etmeye elverişli sözleşme ilişkisinin bulunması gerekir. Bu sözleşme ilişkisinin sonucunda taahhüt edilen sonuç, ayıplı olarak ifa edilirse hasta meydana gelen eserin ücretsiz onarımı seçimlik hakkını kullanabilecektir.

Ayıplı hizmet halinde eserin onarımının istenebilmesi için, ayıbın giderilebilir nitelikte olması ve sağlayıcıdan dürüstlük kuralı ve hayatın kabullerine göre ayıbı gidermesinin beklenebilir olması gerekir⁴⁴⁴. Ayıp giderilemeyecek veya giderilmesi yönündeki bir müdahale hastaya daha fazla zarar verecek ise, o takdirde bu seçimlik hak kullanılamaz.

⁴⁴⁴ Atamer/İnceoğlu, s.55-56; Gümüş, s.142.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 15/2. maddesi uyarınca *“Ücretsiz onarım veya hizmetin yeniden görülmesinin sağlayıcı için orantısız güçlükleri beraberinde getirecek olması hâlinde tüketici bu hakları kullanamaz. Orantısızlığın tayininde hizmetin ayıpsız değeri, ayıbın önemi ve diğer seçimlik haklara başvurma hakkının tüketici açısından sorun teşkil edip etmeyeceği gibi hususlar dikkate alınır”*. Bu madde uyarınca, ayıplı olarak gerçekleşen hizmet sonucunda hasta hizmetin ücretsiz onarım talebinde bulunduğu takdirde, bu talebin yerine getirilmesi, hekim veya hastane işleticisi açısından, hastanın talebi olan hizmetle orantısız şekilde külfetler getiriyorsa hasta bu seçimlik hakkını kullanamayacak, her somut duruma göre hizmetin yeniden görülmesi⁴⁴⁵, sözleşmeden dönme ile ayıp oranında bedelden indirim seçimlik haklarını kullanması mümkün olabilecektir.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 15/4. maddesine göre *“Ücretsiz onarım veya hizmetin yeniden görülmesinin seçildiği hâllerde, hizmetin niteliği ve tüketicinin bu hizmetten yararlanma amacı dikkate alındığında, makul sayılabilecek bir süre içinde ve tüketici için ciddi sorunlar doğurmayacak şekilde bu talep sağlayıcı tarafından yerine getirilir. Her hâlükârda bu süre talebin sağlayıcıya yöneltilmesinden itibaren otuz iş gününü geçemez. Aksi takdirde tüketici diğer seçimlik haklarını kullanmakta serbesttir”*. Hasta eserin ücretsiz onarımı seçimlik hakkını kullandığı takdirde seçimlik hakkı sona ermekte, bunu değiştirme imkânına sahip olmamaktadır. Ancak bu seçimlik hakkın kullanılmasından itibaren makul süre içerisinde, her halde talebin hekime veya özel hastane işleticisine yöneltilmesinden itibaren 30 gün içinde, hekim veya özel hastane işleticisi talebi yerine getirmediği takdirde hasta diğer seçimlik haklarını kullanma imkânına sahip olacaktır. Ancak kanun hükmünde belirtilen 30 günlük süre, tıbbi müdahalelerin özelliği nedeniyle her zaman yeterli olmamaktadır. Örneğin estetik ameliyat olan hastanın hizmetin ayıplı gerçekleşmesi nedeniyle eserin ücretsiz onarımı seçimlik hakkını kullanmak istemesi durumunda, yeni bir ameliyatın ancak ameliyat bölgesinin iyileşmesinden sonra yapılabileceği ve bu iyileşme süresinin 30 günden fazla süreceği hallerde, kanunda belirtilen 30 günlük süre seçimlik hakkın tek taraflı olarak kullanılması bakımından

⁴⁴⁵ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 15/2. maddesinin gerekçesine göre *“eğer ücretsiz onarım veya hizmetin yeniden görülmesi sağlayıcı için orantısız güçlükleri beraberinde getirecekse tüketici bu seçimlik hakkını kullanamaz. Bu durumda ya onarım yerine hizmetin yeniden görülmesini veya tersini isteyebilecek veya sözleşmeden dönme veya bedel indirimi yolunu tercih edecektir”*.

geçerli olsa da tarafların anlaşmaları ile bu süre geçtikten sonra da eserin ücretsiz onarımı seçimlik hakkı kullanılabilir.

Eserin ücretsiz onarımı seçimlik hakkının kullanılması nedeniyle hasta yapmak zorunda kaldığı masrafların tamamını Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 15/1. maddesine göre talep edebilecektir.

6. Ayıplı Hizmet Nedeniyle Tazminat

a. Genel Olarak

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 15. maddesinde tüketicinin, seçimlik haklarından biri ile birlikte Türk Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca tazminat da talep edebileceği düzenlenmiştir. Tüketicie sunulan hizmetin ayıplı olması halinde tüketicinin sahip olduğu seçimlik haklar arasında tazminat talebi yoktur. Kanun, seçimlik haklarla birlikte, bu haklara ilave olarak tüketicilerin ayıplı hizmet nedeniyle tazminat talebinde bulunabileceğini düzenlemiştir.

Tüketicilerin ayıplı hizmet nedeniyle seçimlik haklara ilave olarak tazminat talep edebilmelerinin bazı özellikleri mevcuttur⁴⁴⁶. Buna göre;

a. Genel olarak tazminat, kusur sorumluluğunun sonucu olmasına rağmen, ayıplı hizmet halinde seçimlik haklar bakımından sağlayıcıların sorumluluğu kusura bağlı değildir. Ancak tazminat sorumluluğu bakımından her ne kadar kusur şartı aranmakta ise de, özellikle adam çalıştıran sıfatıyla sorumluluk bakımından kusur şartı aranmaksızın tazminat yükümlülüğünden bahsedilecektir⁴⁴⁷.

b. Ayıplı hizmet bakımından meydana gelen zarardan tüketicie karşı, hizmet sağlayıcı sorumludur. 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'dan farklı olarak ayıplı hizmet nedeniyle sadece sağlayıcının sorumluluğunu düzenlemiştir. Bayi ve acentenin sorumluluğundan bahsetmemiştir⁴⁴⁸.

⁴⁴⁶ İlhan, s.92; Petek, Tüketici, s.1000–1003.

⁴⁴⁷ Petek, Tüketici, s.1000.

⁴⁴⁸ 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ayıplı hizmetten sorumluluk kenar başlığı altında 14. maddede “Sağlayıcı, hizmeti sözleşmeye uygun olarak ifa etmekle yükümlüdür” düzenlemesini getirmiştir. 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 4/A

c. Ayıplı hizmet nedeniyle meydana gelen zararlarda Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun bir ayrıma gitmemiştir. Tüketicinin, Türk Borçlar Kanunu hükümlerine göre tazminat talep edebileceği hüküm altına alındığı için, tüketici uğramış olduğu maddi veya manevi zararlarını⁴⁴⁹ talep edebilecektir.

maddesinde “Sağlayıcı, bayi, acente ve 10 uncu maddenin beşinci fıkrasına göre kredi veren, ayıplı hizmetten ve ayıplı hizmetin neden olduğu her türlü zarardan ve tüketicinin bu maddede yer alan seçimlik haklarından dolayı müteselsilen sorumludur” düzenlemesi bulunmaktaydı. Yeni kanun bu şekilde sorumluluk düzenlemesine yer vermemiştir. Bu düzenleme yerinde olmuştur. Çünkü özellikle tedavi hizmetleri gibi doğrudan ya da dolaylı olarak malla ilgili olmayan, kişiyle ilgili olan hizmetler bakımından bayi ve acentenin müteselsil sorumluluğundan bahsedilemez. Hizmeti yerine getiren hekim veya hastane işleticisi hizmet sağlayıcı olarak bizzat sorumludur.

Ancak kredi veren bakımından 4077 Sayılı Kanun’dan farklı olarak, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da “bağlı kredi sözleşmesi” düzenlemesi getirilmiştir. Kanun’un 30/1. maddesine göre “Bağlı kredi sözleşmesi; tüketici kredisinin münhasıran belirli bir malın veya hizmetin tedarikine ilişkin bir sözleşmenin finansmanı için verildiği ve bu iki sözleşmenin objektif açıdan ekonomik birlik oluşturduğu sözleşmedir”. Bağlı kredi sözleşmesinde tüketici, mal veya hizmeti tedarik ettiği satıcı veya sağlayıcıdan kredi almamakta, onun işbirliği içinde olduğu kredi verenden almaktadır. Bu tür sözleşmelerde, tüketiciye ödeme yapılmaksızın kredi veren tarafından doğrudan satıcı veya sağlayıcıya ödeme yapılmakta, tüketici ise taksitlerini kredi verene ödemektedir. 6502 Sayılı Kanun’un 30/4. maddesine göre “Bağlı kredilerde, mal veya hizmet hiç ya da gereği gibi teslim veya ifa edilmez ise satıcı, sağlayıcı ve kredi veren, tüketicinin satış sözleşmesinden dönme veya bedelden indirim hakkını kullanması hâlinde müteselsilen sorumludur. Tüketicinin bedelden indirim hakkını kullanması hâlinde bağlı kredi de bu oranda indirilir ve ödeme planı buna göre değiştirilir. Tüketicinin sözleşmeden dönme hakkını kullanması hâlinde, o güne kadar yapmış olduğu ödemenin iadesi hususunda satıcı, sağlayıcı ve kredi veren müteselsilen sorumludur. Ancak, kredi verenin sorumluluğu; malın teslim veya hizmetin ifa edilmediği durumlarda satış sözleşmesinde veya bağlı kredi sözleşmesinde belirtilen malın teslim veya hizmetin ifa edilme tarihinden, malın teslim veya hizmetin ifa edildiği durumlarda malın teslim veya hizmetin ifa edildiği tarihten itibaren, kullanılan kredi miktarı ile sınırlı olmak üzere bir yıldır”. Kanun’un lafzı göz önüne alındığında, bağlı kredilerde hizmetin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumunda kredi verenin sorumluluğu sözleşmeden dönme ve bedelden indirim hakkının kullandığı durumlarda söz konusu olacaktır. Yine bağlı kredi veren, sözleşmeden dönme ve bedelden indirim hakkının kullanıldığı durumlarda sadece bedelin iadesi bakımından sorumludur. Bağlı kredi verenin tazminat bakımından bir sorumluluğu bulunmamaktadır. Aynı yönde bkz. **İnceoğlu**, s.196–198. Hastanın ekonomik koşullarını aşan tedavi faaliyetlerinde (Örneğin, hastaya yurt dışından getirilecek platinin takılacağı hallerde) hasta tedavi faaliyetinin gerçekleştirilmesi için bağlı kredi sözleşmesi çerçevesinde kredi alabilir. Hizmet hiç veya gereği gibi ifa edilmediği takdirde, kredi veren de sağlayıcı olan hekim ve özel hastane işleticisiyle birlikte müteselsilen sorumlu olacaktır. Tüketicinin seçimlik haklarından bedelden indirim hakkını kullanması halinde bağlı kredi de bu oranda indirilecek ve ödeme planı değiştirilecek, sözleşmeden dönme hakkını kullanması durumunda o güne kadar yaptığı ödemelerin iadesi bakımından bağlı kredi veren de sağlayıcı ile birlikte müteselsil sorumlu olacaktır. Bağlı krediden dolayı, kredi verenin hastaya karşı sorumluluğu, hizmetin ifa edilmediği hallerde bağlı kredi sözleşmesinde belirtilen hizmetin ifa edilme tarihinden, hizmetin ifa edildiği hallerde hizmetin ifası tarihinden itibaren kullanılan kredi miktarı ile sınırlı olarak 1 yıllık süreye tabidir.

⁴⁴⁹ “...Özel Hastane işleteni, öncelikle tacir sıfatıyla basiretli bir tacir gibi davranması gereği yanında, yaptığı hizmetin yaşama hakkını yakından ilgilendiren kamusal nitelik taşıyan sağlık hizmeti olması nedeniyle de hastanın ve özel durumlarda yakınlarının zarar görmemesi için gerekli olan sadakat ve özeni göstermek durumundadır. Bu özen, başta doktor ve diğer yardımcı personeli seçme ve denetleme açısından yüksek oranda gösterilmeli, diğer şartların hazırlanmasında da aynı ilke unutulmamalıdır.

Tüketici zararları için tazminat davası açtıktan sonra öldüğü takdirde mirasçıları bu davaya devam edebilirler. Tüketici maddi zararları için tazminat davası açmamış olsa dahi, onun hakları da külli halefiyet yoluyla mirasçılarına geçtiği için mirasçıları bu yönde talepte bulunabilirler. Türk Medeni Kanunu'nun 25/4 maddesinin “*Manevi tazminat istemi karşı tarafça kabul edilmiş olmadıkça devredilemez; miras bırakan tarafından ileri sürülmüş olmadıkça mirasçılara geçmez*” düzenlemesi uyarınca mirasçıların doğrudan manevi tazminat davası açma hakları yoktur. Ancak miras bırakan tarafından ileri sürüldüğü⁴⁵⁰ takdirde dava açabilecekleri gibi açılmış davaya da devam edebilirler⁴⁵¹.

Tazminata ilişkin talep hakkı, hizmetin ayıplı olmasından dolayı zarar gören tüketiciye aittir. Tüketici işlemine taraf olmayan kişilerin de yansıma yoluyla zarar görmüş olmaları mümkündür. Hekim veya hastane işletici tarafından gerçekleştirilen tedavi hizmetinden hasta dışındaki kişiler de zarar görmüş olabilir⁴⁵². Bu kişiler

Davacıardan ölenin eşi H. Y. in emekli kamu görevlisi olduğu dosya kapsamı ile belirgindir. Eşinin diğer davacıların da anne ve kardeşlerinin sağlığını riske atmamak, daha iyi ve özenle bakılmasını sağlamak adına ve bu saikle getireceği mali yüke rağmen özel hastaneyi tercih ettikleri anlaşılmaktadır. Bu güvene layık olunmaması da hasta sahipleri açısından yaralayıcı olacaktır.

Manevi tazminat, gelişmiş ülkelerde artık eski kalıplarından çıkarılarak caydırıcılık unsuruna da ağırlık verilmektedir. Gelişen hukukta bu yaklaşım, kişilerin bedenine ve ruhuna karşı yöneltilen haksız eylemlerde veya taksirli davranışlarda tatmin duygusu yanında caydırıcılık uyandıran oranlarda manevi tazminat takdir edilmesi gereğini ortaya koymakta; kişi haklarının her şeyin önünde geldiğini önemle vurgulamaktadır.

Bu ilkeler gözetildiğinde; aslolan insan yaşamıdır ve bu yaşamın yitirilmesinin yakınlarında açtığı derin ızdırabı hiçbir değerini telafi etmesi olanaklı değildir. Burada amaçlanan sadece bir nebze olsun rahatlama duygusu vermek; öte yandan da zarar veren yanı da dikkat ve özen göstermek konusunda etkileyecek bir yaptırımla, caydırıcı olabilmektir.

Mahkemece, ülkenin ekonomik koşulları, paranın alım gücü, tarafların mali ve içtimai durumları, davalıların eyleminin niteliği ve atfedilen kusur oranı, davacıarda yaratılan elem ve ızdırabın ağırlığı ve manevi tazminatın belirlenmesine ilişkin tüm ilke ve kurallar nazara alınarak davacılar lehine hükmedilen tazminat miktarları yerindedir.” HGK., 23.06.2004, 13-291/370 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

⁴⁵⁰ Miras bırakan tarafından manevi tazminat talebini ileri sürmenin mutlaka dava açarak gerçekleşmesi gerekmez. Dava açılmasını istediğine yönelik sağlığında ortaya koyduğu herhangi bir irade beyanı, ileri sürme olarak kabul edilir. Bu durum Türk Medeni Kanunu'nun 25. maddesinde gerekçesinde “*Manevî tazminat istemlerinin miras yoluyla mirasçılara geçebilmesi için, kişilik hakları saldırıya-uğrayan kişinin tazminat istemini ileri sürmüş olması gerekir. Maddeye göre ileri sürmenin mutlaka dava yoluyla gerçekleşmesi şart olmayıp saldırıya uğrayan kişinin bunu ortaya koyan ve kanıtlanabilen hür iradesi yeterli görülmüştür*” olarak ifade edilmiştir.

⁴⁵¹ **Kara**, s.401; **Petek**, Tüketici, s.1001.

⁴⁵² **Petek** (Tüketici, s.1002, dn. 67), hasta ile hekim veya sağlık kuruluşu arasında kurulan tedavi sözleşmesinin nisbi nitelik taşınmasından dolayı, sadece tarafların bu sözleşmeye dayanarak talepte bulunabileceğini, tıbbi müdahalelerde böyle bir durumun ortaya çıkma olasılığı mümkün görülmemekle birlikte üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme teorisinin uygulanabileceği

doğrudan doğruya eylemin muhatabı olmadıkları halde zarar gören kişilerdir. Yansıma yoluyla zarar olarak nitelendirilen bu durumdan kural olarak sorumluluk oluşmaz. Ancak Türk Borçlar Kanunu, 53. maddesinde ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin zararlarının, 56. maddesinde ağır bedensel zarar veya ölüm halinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarının manevi zararlarının tazmin edilmesini kabul etmiştir⁴⁵³.

d. Sağlayıcının ayıplı hizmeti nedeniyle tüketicinin tazminat talebinin incelenmesinde, Türk Borçlar Kanunu'nun 114/2. maddesinin "*Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hallerine de uygulanır*" hükmü gereği, zararın tespiti ve tazminatın hesaplanmasında haksız fiil hükümleri uygulanacaktır⁴⁵⁴.

b. Tazmini Gereken Zararlar

Ayıplı hizmet nedeniyle hekim veya özel hastane işleticisi maddi ve manevi tazminat borcu altına girebilir⁴⁵⁵. Maddi tazminatın istenmesi bakımından, hastanın ayıplı tedavi hizmeti nedeniyle maddi zararlarının meydana gelmiş olması gerekir.

durumlarda üçüncü kişinin sözleşmeye dayanarak zararının tazminin talep etme imkânı tanınabileceğini ileri sürmektedir. Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme teorisi uyarınca, alacaklı ile borçlu arasındaki sözleşmenin koruma alanına girdiği anlaşılabilen üçüncü kişilerin zarara uğradığı durumlarda sözleşmeye nazaran daha etkili başka bir hukuksal olanakları bulunmadığı hallerde, bu kişiler de sözleşmeye dayanabilmelidir (**Kılıçoğlu**, s.12). Kanaatimizce bu görüşten hareketle tedavi faaliyeti sonucunda hasta, sağlayıcı konumundaki hekim veya özel hastane işleticisinin üstlendiği tedavi hizmetini ayıplı olarak ifa etmesi nedeniyle bulaşıcı bir hastalığa yakalanmışsa, ondan da eşi ve çocuklarının bu hastalığı kapması durumunda onlar da artık doğrudan zarar gören sayılmalıdır. Onlara sirayet eden bu durumun temelinde, bulaşıcı hastalığa tedavi sonucunda yakalanan hastanın tüketici işlemi vardır. Hasta ile hekim veya özel hastane arasındaki sözleşme ilişkisinin koruma alanına eşi ve çocukları da girmektedir. Bu görüşün sonucu olarak hastanın eşi ve çocukları gibi ondan bulaşıcı hastalığı kapmalar da Tüketici Mahkemelerinde dava açabilmelidir.

⁴⁵³ **Kılıçoğlu**, s.297. **Petek** (Tüketici, s.1002) Türk Borçlar Kanunu'nun 53. maddesinde ölenin yakınlarının talep edeceği maddi tazminat ve 56. maddesindeki ağır bedensel zarar veya ölüm halinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarının talep edeceği manevi tazminata ilişkin davaların, zararın kaynağının bir tüketici sözleşmesi olmasından dolayı tüketici mahkemelerinde görülmesi gerektiğini, hatta tüketicinin maddi veya manevi tazminat alacağını Türk Borçlar Kanunu'nun 183 ve devamı hükümlerine göre devretmesi durumunda, devralan kişinin tüketici mahkemesinde dava açması gerektiğini, çünkü talebin kaynağının hala tüketici sözleşmesi olduğunu belirtmektedir.

⁴⁵⁴ **Petek**, Tüketici, s.1003.

⁴⁵⁵ **Petek**, Sağlık, s.108; **Özsunay**, s.620.

Ayıplı hizmet nedeniyle istenecek olan maddi tazminatın kapsamı hastanın ölmesi veya yaralanması durumuna göre değişiklik göstermektedir. Hastanın ölmesi durumunda Türk Borçlar Kanunu'nun 53. maddesine göre cenaze giderleri, ölüm hemen gerçekleşmemişse yapılan tedavi giderleri (ameliyat ve tedavi sürecine ilişkin masraflar) ile çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar ile ölenin desteğinden yoksun kalınması nedeniyle uğranılan kayıplar girecektir. Tazminat talebinde bulunacak olanlar ölen kişinin mirasçıları ile destekten yoksun kalan kişilerdir.

Ayıplı hizmet nedeniyle hastanın yaralanması durumunda istenecek olan maddi tazminatların kapsamına ise Türk Borçlar Kanunu'nun 54. maddesine göre tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar, ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar girecektir. Tazminat talebinde bulunacak olan kişi ise, ayıplı hizmete maruz kalan hastadır.

Ayıplı hizmet nedeniyle Türk Borçlar Kanunu'nun 56. maddesine göre uygun bir miktar manevi tazminat ödenmesine karar verilebilir. Bedensel bütünlüğün zedelenmesi durumunda manevi tazminatı hastanın bizzat kendisi talep edebilir. Hastanın bizzat talep edebileceği manevi tazminatı, onun tarafından ileri sürülmüş olması halinde hastanın ölümü durumunda mirasçıları isteyebileceği gibi, hastanın ağır bedensel zarara maruz kalması durumunda yakınları da kendi uğradıkları manevi zararın tazminini talep edebilirler.

c. Seçimlik Hakları Kullanmadan Tazminat Talebi

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 15. maddesine göre hizmetin ayıplı ifa edildiği durumlarda tüketici, seçimlik haklarından birini sağlayıcıya karşı kullanmakta serbesttir. Tüketici konumundaki hasta, hasta haklarının ihlali nedeniyle dilerse bu seçimlik haklarını kullanmaktan vazgeçebilir. Hasta seçimlik haklarını kullanmaksızın, zararın kaynağının sözleşmeye aykırılık olmasından dolayı Türk Borçlar Kanunu'nun 112 ve devamı hükümleri gereği zararının tazminini talep edebilir⁴⁵⁶. Seçimlik hakların kullanılmamış olması tazminatta indirim sebebi

⁴⁵⁶ Atasoy/Taşkın/Acar, s.88; Tiryaki, s.114; Petek, Tüketici, s.1003.

oluşturmaz. Ancak hâkim bu durumu Türk Borçlar Kanunu'nun 114/2 maddesinin atfi sebebiyle 51. maddesi gereği göz önünde bulundurabilir⁴⁵⁷.

d. Seçimlik Haklarla Birlikte Tazminat Talebi

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 15. maddesine göre tüketici hizmetin ayıplı olarak ifa edildiği durumlarda, hizmetin yeniden görülmesi, ayıp oranında bedelden indirim, hizmet sonucu ortaya çıkan eserin ücretsiz onarımı veya sözleşmeden dönme gibi seçimlik haklardan birisini kullanmış olsa dahi, ayıplı hizmetlerden doğan zararın tazmini bakımından bu seçimlik haklarla birlikte Türk Borçlar Kanunu hükümlerine göre tazminat talep edebilir.

7. Zamanaşımı

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 16/1 maddesine göre *“Kanunlarda veya taraflar arasındaki sözleşmede daha uzun bir süre belirlenmediği takdirde, ayıplı hizmetten sorumluluk, ayıp daha sonra ortaya çıkmış olsa bile, hizmetin ifası tarihinden itibaren iki yıllık zamanaşımına tabidir”*⁴⁵⁸.

4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu'nun 4/A maddesinde belirtilen *“Ayıplı hizmetin neden olduğu her türlü zararlardan dolayı yapılacak talepler ise üç yıllık zamanaşımına tabidir”* düzenlemesine 6502 Sayılı Tüketicinin

⁴⁵⁷ **Petek**, Tüketici, s.1003. Türk Borçlar Kanunu madde 51 *“Hakim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler”*.

⁴⁵⁸ Hem 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hem de 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da 2 yıllık zamanaşımının hizmetin ifası tarihinden itibaren başlayacağı belirtilmiştir. Kanaatimizce bu düzenleme yerinde değildir. Tüketicinin ayıplı hizmet nedeniyle talepte bulunabilmesi için ayıpların açık olması gerekmez. Ayıbın gizli olduğu veya ayıbın bilinmesine rağmen zararın henüz doğmadığı hallerde zamanaşımı süresini, hizmetin ifasından itibaren başlatmak zayıf durumda olan tüketiciyi koruma amacına hizmet etmeyecektir. Bu nedenle zamanaşımı süresinin hizmetin ifasından itibaren değil, ayıbın veya zararın öğrenilmesinden itibaren başlatılması gerektiği kanaatindeyiz. Aynı yönde bkz. **Petek**, Tüketici, s.1006 dn.74. Yargıtay özel hastanede ameliyat olan hastanın bu ameliyat nedeniyle zarara uğramasına ilişkin bir davada *“Zararın varlığının öğrenildiği tarihte davacının dava açma hakkı doğar ve zamanaşımı da işlemeye başlar. Zararın varlığının öğrenilmesi zamanaşımının başlaması için yeterli olup, ayrıca zararın kapsam ve miktarının öğrenilmesi, zamanaşımının başlaması için bir koşul olarak aranmamaktadır”* şeklindeki kararıyla zamanaşımı süresinin başlayacağı tarihin zararın varlığının öğrenildiği tarih olacağını belirtmiştir. 13.HD., 12.07.2011, 2343/11552 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

Korunması Hakkında Kanun'da yer verilmemiş, zamanaşımı süresi seçimlik hakların kullanılması bakımından 2 yıl olarak belirlenmiştir.

Ancak 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da zamanaşımı ile ilgili olarak eski kanundan daha kısa bir süre düzenlenmiş gibi gözükmesine rağmen, zamanaşımı ile ilgili 16. maddedeki "*Kanunlarda veya taraflar arasındaki sözleşmede daha uzun bir süre belirlenmediği takdirde*" ifadesiyle, diğer kanunlarda veya taraflar arasındaki sözleşmede, daha uzun süre belirlenmiş olması halinde o sürelerin zamanaşımı süresi olarak uygulanacağı belirtilmiştir. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümleri tüketiciyi koruma amacı taşıdığı için, tüketici lehine nisbi emredici niteliktedir. Dolayısıyla bu hükümlerin tüketici aleyhine sözleşme ile değiştirilmesi mümkün değildir. Bu nedenle 16. maddede belirtilen iki yıllık zamanaşımı süresinin sözleşme ile azaltılması olanağı yoktur⁴⁵⁹.

Ayıplı hizmetten dolayı sorumluluk bakımından 2 yıllık zamanaşımı süresi, ayıp daha sonra ortaya çıkmış olsa bile, hizmetin ifasından itibaren başlayacaktır; fakat taraflar arasındaki sözleşmeyle zamanaşımı süresinin hizmetin ifasından sonra başlayacağı kararlaştırılabileceği gibi, diğer kanunlarda öngörülen zamanaşımı sürelerinin uygulanacağı hallerde de bu kanunlardaki zamanaşımının başlayacağı anın esas alınması gerekir. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da zamanaşımının durması veya kesilmesine ilişkin hüküm bulunmamaktadır. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 83. maddesindeki "*Bu Kanunda hüküm bulunmayan hâllerde genel hükümler uygulanır*" düzenlemesi sebebiyle Türk Borçlar Kanunu'nun zamanaşımının kesilmesi veya durmasına ilişkin hükümleri de uygulama alanı bulacaktır.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 16/2. maddesinin "*Ayıp, ağır kusur ya da hile ile gizlenmişse zamanaşımı hükümleri uygulanmaz*" düzenlemesi uyarınca hizmet sağlayıcı, hizmetin ayıbını tüketiciden ağır kusur ya da hile ile gizlemesi durumunda zamanaşımından yararlanamayacaktır.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 16/2. maddesinde belirtilen hizmet sağlayıcının ağır kusuru ya da hile ile ayıbı gizlemesi halinde zamanaşımına ilişkin hükümlerin uygulanmayacağına yönelik düzenlemeyi, hiçbir şekilde zamanaşımına ilişkin sürelerin geçerli olmayacağı şeklinde anlamamak

⁴⁵⁹ İnceoğlu, s. 219.

gerekmektedir. Yoksa kanun koyucunun amaçladığından farklı olarak, tüketici olan hastaya hiçbir şekilde zamanaşımına tabi olmayan talep hakkı verilmiş olacaktır. Bu durum ise Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinde belirtilen dürüstlük kuralına aykırılık oluşturacaktır. Hizmet sağlayıcının ayıbı, ağır kusuru veya hile ile gizlemesi durumunda, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 16/1. maddesinde belirtilen 2 yıllık zamanaşımına ilişkin süre uygulanmayacak, ancak Türk Borçlar Kanunu'nun 146. maddesindeki 10 yıllık genel zamanaşımı süresi uygulama alanı bulacaktır⁴⁶⁰.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da belirtilen zamanaşımı süresinin başka kanunlarda veya taraflar arasındaki sözleşmede daha uzun bir süre kararlaştırılmadığı takdirde hizmetin ifasından itibaren 2 yıl olduğunu belirtmiştik. Sağlayıcı tarafından görülen hizmetin ayıplı olması sözleşmeye aykırılık teşkil etmektedir. Ayıplı hizmet nedeniyle seçimlik haklar veya tazminat bakımından tüketici kabul edilen hasta, alacaklı konumundadır.

Hasta ile hekim veya özel hastane işleticisi arasındaki ilişkinin genel olarak vekâlet ilişkisi olduğu, bazı tıbbi müdahaleler bakımından sonucun taahhüt edilebilir olmasına göre (diş protezi yapımı, estetik müdahale gibi) eser sözleşmesi olabileceği daha önceki bölümlerde ifade edilmişti.

Hasta ile hekim veya özel hastane işleticisi arasındaki ilişkinin vekâlet akdine ilişkin hükümlere tabi olması durumunda, hasta;

- a. Seçimlik hakları bakımından, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 16/1. maddesi uyarınca hizmetin ifasından itibaren 2 yıl,
- b. Seçimlik hakları bakımından, ayıbın hekim veya özel hastane işleticisinin ağır kusuru veya hilesi ile gizlenmesi durumunda Türk Borçlar Kanunu'nun 146. maddesi uyarınca 10 yıl,
- c. Vekâlet sözleşmesinden kaynaklanan maddi veya manevi zararının tazminine ilişkin talepler bakımından Türk Borçlar Kanunu'nun 147/1–5 maddesi uyarınca zararın doğmasından itibaren 5 yıllık zamanaşımı süreleri içerisinde talepte bulunmalıdır⁴⁶¹.

⁴⁶⁰ **Atamer/İnceoğlu**, s.67; **Petek**, Tüketici, s.1007–1008; **Aslan**, Dersler, s.108; **Aslan**, Tüketici, s.177; **Aydoğdu**, Tüketici, s.190–191; **Atamer/Baş**, s.59; **İnceoğlu**, s.219.

⁴⁶¹ **Petek**, Tüketici, s.1008–1009.

Hasta ile hekim veya özel hastane işleticisi arasındaki ilişkinin eser sözleşmesine ilişkin hükümlere tabi olması durumunda, hasta;

- a. Seçimlik hakları bakımından, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 16/1. maddesi uyarınca hizmetin ifasından (eserin tesliminden) itibaren 2 yıl,
- b. Seçimlik hakları bakımından, hekim veya özel hastane işleticisinin ağır kusurunun bulunması halinde Türk Borçlar Kanunu'nun 478. maddesinin "*Yüklenici ayıplı bir eser meydana getirmişse, bu sebeple açılacak davalar, teslim tarihinden başlayarak, taşınmaz yapılar dışındaki eserlerde iki yılın; taşınmaz yapılarda ise beş yılın ve yüklenicinin ağır kusuru varsa, ayıplı eserin niteliğine bakılmaksızın yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar*" düzenlemesi uyarınca 20 yıl,
- c. Tazminat bakımından, zararın doğmasından itibaren Türk Borçlar Kanunu'nun 147/1–6 maddesine göre 5 yıl,
- d. Tazminat bakımından, hekimin veya özel hastane işleticisinin yükümlülüklerini ağır kusuruyla hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi durumunda zararın doğmasından itibaren Türk Borçlar Kanunu'nun 146. maddesine göre 10 yıllık zamanaşımı sürelerine tabi olarak talepte bulunması gerekmektedir⁴⁶².

⁴⁶² **Petek**, Tüketici, s.1008–1009. **Petek** (Tüketici, s.1009–1010), Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da öngörülen zamanaşımı sürelerinin, tüketicinin lehine daha uzun süreler bulunmaması durumunda uygulamanın Kanun'un amacına daha uygun olacağını, bu konuda Türk Borçlar Kanunu'nun 60. maddesindeki "*Bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayandırılıbiliyorsa hâkim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir*" düzenlemesinden de yararlanabileceğini, hizmet sağlayıcının sorumlu tutulacağı sürelerin farklı kanunlarda farklı şekillerde düzenlenmesi halinde tüketicie en iyi giderim imkânı sağlayan (zamanaşımının en uzun olduğu) kanuna göre hareket edilmesi gerektiğini, tüketici mahkemelerinin sadece Tüketicinin Korunması Hakkında Kanundaki hükümleri değil, tüketici sözleşmelerinden kaynaklanan tüm ilişkilerde tüketici lehine olan hükümleri uygulaması gerektiğini ileri sürmektedir. Kanaatimizce bu görüş yerindedir. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 1.maddesinde "*Kanunun amacı; kamu yararına uygun olarak tüketicinin sağlık ve güvenliği ile ekonomik çıkarlarını koruyucu, zararlarını tazmin edici, çevresel tehlikelerden korunmasını sağlayıcı, tüketiciyi aydınlatıcı ve bilinçlendirici önlemleri almak, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini özendirmek ve bu konulardaki politikaların oluşturulmasında gönüllü örgütlenmeleri teşvik etmeye ilişkin hususları düzenlemektir*" olarak ifade edilmiştir. Amaç tüketicinin sağlık, güvenlik ve ekonomik çıkarlarını koruyucu tedbirler almak olduğundan kanunun yaptığı atıfları görmezden gelerek salt kanunda düzenlenen sürelerden hareketle zamanaşımı sürelerini bu şekilde uygulamak veya Tüketici Mahkemelerinin görev alanını sadece Kanun'da belirtilen işlerle sınırlamak bu amaca aykırılık teşkil etmektedir.

Hastaya yapılan tıbbi müdahalenin aynı zamanda, ceza hukuku açısından cezayı gerektiren bir fiil teşkil etmesi halinde, Türk Borçlar Kanunu'nun 72. maddesinde haksız fiillere ilişkin düzenlenen zamanaşımı ile ilgili maddedeki *“Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır”* düzenlemesinin sonucu olarak, hastanın talepleri ile ilgili uzamış ceza zamanaşımı süresinden yararlanması da mümkündür⁴⁶³.

8. İspat Yükü

Tüketiciye sunulan hizmetin ayıplı olması halinde, tüketicinin Kanun'da belirtilen seçim haklarını veya tazminatı talep edebilmesi için hizmet sağlayıcı tarafından ifa edilen ve ayıplı olduğu iddia edilen faaliyetle ilgili bir takım olguları ispat etmesi gerekmektedir⁴⁶⁴.

Seçimlik hakların kullanılması bakımından hastanın, hizmetin ayıplı olduğunu ispat etmesi yeterlidir. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 16/1 maddesine göre *“Kanunlarda veya taraflar arasındaki sözleşmede daha uzun bir süre belirlenmediği takdirde, ayıplı hizmetten sorumluluk, ayıp daha sonra ortaya çıkmış olsa bile, hizmetin ifası tarihinden itibaren iki yıllık zamanaşımına tabidir”*. Ayıp daha sonra ortaya çıkmış olsa dahi, 2 yıllık zamanaşımı süresi içerisinde hasta, seçimlik haklar bakımından talepte bulunabilecektir. Bu durumda hasta, hizmetin ayıplı olduğunu ispat külfeti altındadır. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 10/1. maddesinde ayıplı mallar bakımından getirilen ispat yükü ile ilgili düzenlemede *“Teslim tarihinden itibaren altı ay içinde ortaya çıkan ayıpların, teslim tarihinde var olduğu kabul edilir. Bu durumda malın ayıplı olmadığına ispatı satıcıya aittir”* ifadesine yer verilmiştir. Kanaatimizce ayıplı mallar bakımından getirilen bu hüküm, ayıplı hizmetler bakımından kıyasen uygulanabilmeli, ayıbın hizmetin ifasından itibaren 6 ay içerisinde ortaya çıkması durumunda, hizmetin ifası tarihinde ayıbın var olduğu kabul edilerek, hizmetin ayıplı olmadığını ispat külfeti hekim veya özel hastane işleticisine ait olmalıdır.

⁴⁶³ Petek, Tüketici, s.1011.

⁴⁶⁴ Yavuz, N., s.180; Özsunay, s.621.

Tüketici olan hasta, tazminat bakımından ise, öncelikle yapılan tıbbi tedavideki hekimin veya özel hastane işleticisinin sözleşmeye aykırı davrandığını (örneğin tıbbi müdahalenin özen yükümlülüğüne uymaksızın yapıldığını, tıbbi müdahaleye rızasının bulunmadığını, kendisine hastalığı ile ilgili bilgi verilmediğini, kendisi ile ilgili bilgilerin gizli tutulmadığını, tedavi esnasında mahremiyetine saygı gösterilmediğini veya özel hastane işleticisi tarafından sağlanan hizmette tıbbi araçların eksik olduğunu, özel hastane işleticisinin ifa yardımcısı olan hekimlerin tecrübesiz olduğu) ispat edecektir.

Hasta, yapılan tıbbi müdahale ile ilgili oluşan zararları (bedensel zararlar, tedavi gideri, kazanç kaybı, manevi zararlar) da ispat edecektir. Hastanın özen eksikliğine bağlı olarak yapılan tedavi sonucunda ölmesi durumunda yakınlarının da destekten yoksun kalma tazminatı istemesi mümkündür. Onlar da ölüm sonucunun hekimin veya özel hastane işleticisinin sözleşmeye aykırı davranışı sonucu gerçekleştiğini, kendilerinin destekten yoksun kaldıklarını ve oluşan zararı ortaya koymak zorundadırlar.

Son olarak da hasta, meydana gelen zararlar ile hekim veya özel hastane işleticisinin sözleşmeye aykırı davranışı arasındaki illiyet bağını ispatlamak zorundadır. İlliyet bağını kesen hallerde (mücbir sebep, üçüncü kişinin ağır kusuru ve bizzat hastanın ağır kusuru) hekimin veya özel hastane işleticisinin sorumluluğu söz konusu olmaz⁴⁶⁵.

Doktrinde hem zararın hem de illiyet bağının ispatı bakımından hastaya “ilk görünüş ispatının” yardımcı olacağı kabul edilmekte, yani hastadan, kesin bir ispat yerine emarelere dayalı olarak kuvvetli ihtimali ispatlamasının, normal hayat tecrübelerine göre böyle bir zararın meydana gelebileceğini, hadiselerin olağan akışına göre hekimin veya özel hastane işleticisinin davranışının böyle bir sonucu yaratmaya elverişli olduğunu ispatlamasının yeterli olduğu belirtilmektedir⁴⁶⁶.

⁴⁶⁵ Ayan, s.111–112.

⁴⁶⁶ Ayan, s.110–111, dn. 502,511’de belirtilen yazarlar. **Pekantez/Atalay/Özkes**, ilk görünüş ispatında, hâkimin, genel hayat tecrübesi kurallarına, işin mutad cereyanına ve mantık kurallarına uygun olarak ve serbest takdir gereğince, somut bir olaydaki vakıyı ispat edilmiş olarak kabul edeceğini ifade etmektedirler. İlk görünüş ispatının, hayat tecrübelerine, özellikle de tipik hayatın akışına göre, ancak öyle gerçekleşmiş olabileceğini ve ilk görüldüğü şeklinin kabulünü esas aldığını, yüksek tecrübe kurallarının varlığını gerektirdiğini, savunmaktadırlar. Örneğin, ameliyat edilen kişinin karnından ikinci ameliyatla çıkarılan ameliyat makasının, ilk ameliyatı yapan doktorun kusurlu olarak hastanın karnında unuttuğu veya yapılan iğneden sonra felç olan kişinin,

Ancak belirtmek gerekir ki, hastanın “Kendisine İlişkin Olarak Genel Bilgi İsteme Hakkı” (Aydınlatılma) ve “İzin ve Onay Olmaksızın Tıbbi İşleme Tabi Tutulmama Hakkı” (Tıbbi Müdahaleye Hastanın Rızası) bakımından bilgilendirilmenin yapıp yapılmadığını, rızanın alınıp alınmadığını ispat külfeti hastaya değil, hekime veya özel hastane işleticisine aittir. Hastanın, bilgilendirmenin yapılmadığını, rızasının alınmadığını iddia etmesi durumunda ispat külfeti yoktur. Hastadan olumsuz durumu ispatlaması beklenemez⁴⁶⁷.

Hasta, tazminat talebi bakımından sözleşmeye aykırı davranışı, zararını ve nedensellik bağıını ispatladıktan sonra, hekim veya özel hastane işleticisi kusuru olmadığını ispatlamak zorundadır⁴⁶⁸. Aksi takdirde hastaya tazminat ödemek zorunda kalır. Görüldüğü gibi sözleşmeye aykırılık hallerinde karşı tarafın kusurunu zarar gören ispatlamak zorunda değildir; borçlu, kusursuzluğunu ispat edemediği takdirde tazminat ödemek zorunda kalır⁴⁶⁹.

iğne sebebiyle felç olduğu, ilk görünüş ispatı yoluyla kabul edilir (**Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özokes, Muhammet**; Medeni Usul Hukuku, 14. Bası, Ankara 2013, s.687–688).

⁴⁶⁷ “Aydınlatılmış onamda ise ispat külfeti hekim ya da hastanededir. Öyle olunca, davaluların ameliyat öncesi muhtemelen hasıl olabilecek sonuç ve komplikasyonlar hakkında hastasını bilgilendirmeleri bir zorunluluktur” 13.HD., 15.09.2014, 2013/26330,2014/27050 (Sinerji mevzuat ve İçtihat Programı). Aynı yönde bkz. 13.HD., 02.07.2014, 2013/23012, 2014/22561; 13.HD, 28.04.2014, 2013/33451, 2014/13461 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

⁴⁶⁸ **Aşcıoğlu** (s.120), doktorun tıbbi müdahalede bulunduğu kişinin beden yapısı sağlıklı olmadığı için, arzu edilmeyen sonucun her zaman meydana gelebileceği, kusuru olmadığını kanıtlamayı doktora yüklemenin doktorların durumunu gereğinden fazla ağırlaştıracağı, zarar gören kişinin doktorun kusurlu davranışını ispat etmesi gerektiği görüşündedir.

⁴⁶⁹ Türk Borçlar Kanunu madde 112 “*Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür*” düzenlemesiyle sözleşmeye aykırılık hallerinde, alıcının, borçlunun kusurunu ispatlamayacağı, aksine borçlunun kendisine kusur yüklenemeyeceğini ispat edeceği belirtilmiştir. Hükümün gerekçesine göre “*Maddede, borçlunun kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe borca aykırılık nedeniyle alacaklının uğradığı zararı gidermekle yükümlü olduğu belirtilmektedir. Burada, borca aykırı davranış söz konusu olduğu için, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 6 ncı maddesinde öngörülen genel ispat kuralından farklı olarak kusursuzluğunu ispat yükü, tazminat sorumluluğundan kurtulmak isteyen borçluya yükletilmiştir*”.

II. HASTA HAKLARININ İHLALİ NEDENİYLE MÜRACAAT, ŞİKÂYET VE DAVA HAKKI

A. Genel Olarak

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 42. maddesine göre “*Hastanın ve hasta ile ilgili bulunanların, hasta haklarının ihlali halinde, mevzuat çerçevesinde her türlü müracaat, şikayet ve dava hakları vardır.*”

Hasta Hakları Yönetmeliğinde belirtilen haklarının ihlal edilmesi nedeniyle hastalar, ilgili sağlık personeli hakkında bağlı buldukları meslek odalarına, sağlık kuruluşlarının hasta iletişim birimleri ile hasta hakları kurullarına başvurma olanağına sahiptirler.

Hastalar, hasta hakları ihlallerinin aynı zamanda hizmetin ayıplı olarak ifa edilmesini ifade etmesi nedeniyle 6502 Sayılı Kanundan kaynaklanan seçimlik haklar ve tazminat talebiyle Tüketici Hakem Heyetlerine ve Tüketici Mahkemeleri'ne başvurabileceklerdir.

Hasta hakları ihlallerinin kişinin vücut bütünlüğüne yönelik haksız bir müdahale veya manevi varlığına yönelik bir saldırı mahiyetini taşıması halinde, bunu gerçekleştirenler hakkında ceza soruşturması açılması amacıyla savcılığa müracaat edilmesi mümkündür.

Biz bunlardan konumuz bakımından önem arz eden; hasta iletişim birimleri ve hasta hakları kurulları, tüketici hakem heyetleri ve tüketici mahkemeleri üzerinde duracağız.

B. Hasta İletişim Birimleri ve Hasta Hakları Kurulları

Hasta Hakları Yönetmeliğinin 42/B maddesinin 1.fıkrasına göre “*Hasta hakları uygulamalarının yürütülmesi amacıyla sağlık kurum ve kuruluşları bünyesinde hasta iletişim birimleri oluşturulur*”.

Bu düzenlemenin sonucu olarak kamu kurum ve kuruluşları tarafından işletilen hastaneler ve özel hastane işleticilerinin, Hasta Hakları Yönetmeliği'nde belirtilen hakların yürütülmesini sağlamak, uygulamadan kaynaklanan sorunları

tespit ederek, çözüme kavuşturmak, hasta hakları konusunda hastaları bilgilendirmek, onların uygulamadan kaynaklanan problemleri nedeniyle ilk etap başvuru hakkını kullanabilmeleri amacıyla hasta hakları iletişim birimleri kurması hüküm altına alınmıştır. Yönetmelikte bu tür birimlerin, kurum ve kuruluşlar tarafından oluşturulacağı hüküm altına alındığı için bağımsız çalışan hekimlerin, bu tür birim oluşturma yükümlülükleri bulunmamaktadır.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 42/B maddesinin 2.fikrasına göre *“İl sağlık müdürlüğü; üniversite hastaneleri, askeri hastaneler ve özel sağlık kurum ve kuruluşları, kamu hastaneleri, ağız diş sağlığı merkezleri, aile sağlığı merkezleri ve toplum sağlığı merkezlerinden gelen başvuruları değerlendirmek, karara bağlamak, öneri sunmak ve düzeltici işlemleri belirlemek üzere Hasta Hakları Kurulu oluşturur”*.

Hasta hakları kurullarının oluşturulmasıyla ilgili madde uyarınca, kurul il sağlık müdürlükleri bünyesinde oluşturulacaktır. Bu kurul sadece kamu kurum ve kuruluşlarına ait hastaneler ve sağlık merkezlerinden değil, özel sağlık kurum ve kuruluşlarından gelen başvuruları da değerlendirip karar bağlamak, öneriler sunmak ve düzeltici işlemleri belirlemekle yükümlüdür.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 42/C maddesinin 1/a fıkrasına göre *“Hasta Hakları Kurulu, sağlık kurum ve kuruluşu tarafından yerinde çözülemeyen yazılı ve/veya elektronik başvuruları değerlendirir”*.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 42/C maddesinin 1/c fıkrasına göre *“Kurul, gerek görürse hasta hakları ihlaline sebep olabilecek uygulamaları inceler ve hasta haklarının geliştirilmesi için öneri ve düzeltici işlem belirlenmesine karar verir. Sağlık kurum ve kuruluşu belirlenen süre içinde gerekli önlemleri alır, girişimlerde bulunur ve yapılan işlem hakkında kurulu bilgilendirir”*.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 42/C maddesinin 1/ı fıkrasına göre *“Tıbbi hata iddialarına ilişkin başvurular kurul tarafından değerlendirilmez”*.

Hasta hakları ile ilgili iletişim birimlerinin ve hasta hakları kurullarının kurulmasıyla birlikte, hastalara tanınan hakların uygulanırılığı sağlanmış, uygulamadan kaynaklanan yanlışların tespit edilerek düzeltilmesi amaçlanmıştır. Hastalar, kurum ve kuruluşların sunduğu sağlık hizmetiyle ilgili ve sağlık personelinin hasta haklarına yönelik ihlalleri bakımından daha hızlı bir müracaat

hakkına kavuşmuş, herhangi bir ekonomik külfete katlanmadan müracaat hakları doğmuştur. Aynı şekilde hasta haklarının ihlali nedeniyle oluşan şikâyetler bakımından, hemen adli yolların veya tüketici hakem heyetlerinin devreye girmesinin önüne bir basamak daha konmak suretiyle, uygulamadan kaynaklanan problemler daha ilk adımda çözülmeye çalışılmaktadır⁴⁷⁰.

C. Tüketici Hakem Heyetleri

4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da, bu kanundan doğan uyuşmazlıkları çözmek amacıyla "Tüketici Sorunları Hakem Heyeti" düzenlenmişken, 6502 Sayılı Kanun'da bu kuruluşun adı "Tüketici Hakem Heyeti" olarak ifade edilmiştir.

6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 66. maddesinde Bakanlığın (Gümrük ve Ticaret Bakanlığı), tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara çözüm bulmak amacıyla il merkezlerinde ve yeterlilik şartları yönetmelikle belirlenen ilçe merkezlerinde en az bir tüketici hakem heyeti oluşturmakla görevli olduğu belirtilmiştir. Bu düzenleme uyarınca, Tüketici Hakem Heyetleri, tüketici işlemleri (tüketici sözleşmeleri) ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğan uyuşmazlıkları çözmekle yükümlüdür. 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda tüketici işlemi tanımının içerisine eser, vekalet, sigorta, simsarlık, taşıma, bankacılık ve benzeri sözleşmelerin dahil edilmesiyle Tüketici Hakem Heyetlerinin görev alanı genişlemiştir⁴⁷¹.

⁴⁷⁰ Hakeri, Tıp, s.92.

⁴⁷¹ Ermenek, tüketici hakem heyetlerine yapılan başvuruların dava niteliğinde olduğu, uygulamada hakem heyetine yapılan başvuruların şikâyet olarak adlandırılmasının onun hukuki niteliğini değiştirmeyeceği, hakem heyetinin uyuşmazlıkları çözüme şeklindeki faaliyetinin maddi anlamda bir yargılama faaliyeti olduğu, hakem heyeti kararlarına karşı başvuru itiraz yolunun ise bir kanun yolu olduğu, kanun yoluna gidilmeksizin kesinleşen tüketici hakem heyeti kararlarının maddi anlamda kesin hüküm teşkil edeceği görüşündedir. (Ermenek, İbrahim; Yargı Kararları Işığında Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Sorunlara İlişkin Çözüm Önerileri, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 17, Sayı 1-2, Ankara 2013, s.588). Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Tüketici hakem heyetinin üye yapısı, üyelerin sıfatı, üyelerin Anayasa'da belirtilen hâkimlik teminatlarına sahip olmaması nedeniyle, tüketici hakem heyetlerinin mahkeme olarak kabulüyle, baktığı uyuşmazlıkların dava niteliğinde kabul edilmesi olanaklı değildir. Bu konuda ayrıntılı değerlendirme için bkz. Anayasa Mahkemesi, 31.05.2007, 53/61 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

Sağlayıcılar tarafından haklarının ihlal edildiğini iddia eden tüketiciler, Tüketici Hakem Heyetlerine başvurma hakkına sahiptir. Kanun bu heyetlere başvurabilmek için bir takım parasal sınırlar belirlemiştir. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 68/1. maddesine göre “Değeri iki bin Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda ilçe tüketici hakem heyetlerine, üç bin Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda il tüketici hakem heyetlerine, büyükşehir statüsünde bulunan illerde ise iki bin Türk Lirası ile üç bin Türk Lirası arasındaki uyuşmazlıklarda il tüketici hakem heyetlerine başvuru zorunludur”. Bu parasal değerler her takvim yılı başında yeniden değerlendirilmiştir⁴⁷².

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 68/1. maddesinin son cümlesine göre “Bu değerlerin üzerindeki uyuşmazlıklar için tüketici hakem heyetlerine başvuru yapılamaz”. Dolayısıyla her takvim yılı başında yeniden değerlendirilme oranına göre arttırılacak bu değerlerin üzerindeki uyuşmazlıklar bakımından tüketici hakem heyetlerine başvuru yapılamayacak, tüketici mahkemelerinde dava açılması gerekecektir.

Belirtilen bu değerlerin altındaki uyuşmazlıklar bakımından tüketici hakem heyetlerine başvuru yapılacak, bu değerlerin üzerindeki uyuşmazlıklar bakımından ise tüketici mahkemelerine gidilecektir. Bu değerler bakımından tüketici hakem heyetlerine başvuru zorunluluğu 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre bir dava şartı niteliğindedir. Dolayısıyla tüketici hakem heyetlerinin görev alanına

⁴⁷² 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 68. ve Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliği'nin 6.maddelerinde yer alan parasal sınırların arttırılmasına ilişkin Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın TGM-2014/2 sayılı Tebliği'nin 1. maddesine göre Tüketici hakem heyetlerinin, uyuşmazlıklara bakmakla görevli ve yetkili olmalarına ilişkin parasal sınırlar 2015 yılı için;

“a) İlçe tüketici hakem heyetleri için üst parasal sınır, 2.200 Türk Lirası,

b) Büyükşehir statüsünde olan illerdeki il tüketici hakem heyetleri için parasal sınır, 2.200 Türk Lirası ile 3.300 Türk Lirası arası,

c) Büyükşehir statüsünde olmayan illerin merkezlerindeki il tüketici hakem heyetleri için üst parasal sınır, 3.300 Türk Lirası,

ç) Büyükşehir statüsünde olmayan illere bağlı ilçelerdeki il tüketici hakem heyetleri için parasal sınır, 2.200 Türk Lirası ile 3.300 Türk Lirası arası olarak tespit edilmiştir” (RG.: 27.12.2014, S: 29218).

giren bir uyuşmazlık bakımından tüketici mahkemelerine başvurulması durumunda, bu başvuru esasa girilmeksizin dava şartının yokluğu nedeniyle reddedilecektir⁴⁷³.

Tüketici hakem heyetlerine yapılacak müracaatlarda uyuşmazlığın değerinin tespitinde sadece asıl alacak miktarı dikkate alınır. Asıl alacağın fer'i niteliğindeki faiz ve diğer giderler görev sınırının belirlenmesinde göz önüne alınmaz⁴⁷⁴.

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 68/1. maddesinde belirlenen değerlerin üzerindeki uyuşmazlıklar için tüketici hakem heyetlerine başvuru yapılamayacağı açıkça vurgulanmıştır. 4077 Sayılı Kanun döneminde belirlenen değerlerin üzerindeki uyuşmazlıklar bakımından tüketici sorunları hakem heyetine başvuru yapılabiliyor ve bu heyetin verdiği kararlar tüketici mahkemelerinde delil olarak ileri sürülebiliyordu. Bu durum heyetlerin iş yükünün oldukça arttırmasına neden olarak, yapılan başvuruların kısa sürede sonuçlanmasının önünde engel yarattığı için 6502 Sayılı Kanun ile bu duruma son verilmesi oldukça isabetli olmuştur⁴⁷⁵.

Hasta hakları ihlalleri nedeniyle tüketici sayılan hastanın başvurabileceği hakem heyetleri ve parasal sınırları tasniflemek gerekirse;

- a. Büyükşehir statüsüne sahip bir ilde, hasta o ilin ilçesinde ikamet etmekte veya tüketici işlemi o ilçede yapılmış ise, 2.200 TL'nin altındaki uyuşmazlıklarda ilçe tüketici hakem heyetine, 2.200 ile 3.300 TL arasındaki uyuşmazlıklarda il hakem heyetine,
- b. Büyükşehir statüsüne sahip olmayan illerde, hasta ilin merkez ilçesinde ikamet etmekte veya tüketici işlemi o merkez ilçede yapılmış ise, 3.300 TL'ye kadar bütün uyuşmazlıklar için il hakem heyetine,
- c. Büyükşehir statüsüne sahip olmayan illerde, hasta o ilin merkez ilçesi dışındaki başka bir ilçede ikamet etmekte veya tüketici işlemi o ilçede

⁴⁷³ **Tutumlu, M. Akif;** Tüketici Sorunları Hakem Heyetlerinin Yapısı, İşleyişi Sorunları ve Çözüm Önerileri, Ankara 2006 (Hakem), s.45-47; **Tutumlu, M. Akif;** Norm, Kuram ve İçtihat Işığında Tüketici Hakem Heyetleri, Ankara 2015 (Heyet), s.60. *"..mahkemece, dava değerinin 6502 sayılı yasanın 68. maddesi gereğince Tüketici Sorunları Hakem Heyetine başvuruda bulunmasını zorunlu kılan miktarda olduğu ve bu miktar için mahkemeye dava açılmasının yasa gereği mümkün olmadığı gerekçesiyle davanın dava şartı noksanlığı nedeniyle usulden reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde işin esasına girilerek davanın kabulüne karar verilmiş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir"* 13.HD., 07.04.2015, 6200/10971 (Sinergi Mevzuat ve İçtihat Programı).

⁴⁷⁴ **Ermenek,** s.571; **Tutumlu,** Heyet, s.60-61.

⁴⁷⁵ **Tutumlu,** Heyet, s.62-63.

yapılmış ise, 2.200 TL'nin altındaki uyuşmazlıklarda ilçe tüketici hakem heyetine, 2.200 ile 3.300 TL arasındaki uyuşmazlıklarda il hakem heyetine başvuru yapılması gerekir.

- d. Büyükşehir statüsüne sahip olan ve olmayan illerde, uyuşmazlık 3.300 TL'nin üzerinde ise tüketici hakem heyetlerine başvuru yapılamayacak, tüketici mahkemesine dava açılması gerekecektir.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 68/3. maddesinin ilk cümlesine göre *“Başvurular, tüketicinin yerleşim yerinin bulunduğu veya tüketici işleminin yapıldığı yerdeki tüketici hakem heyetine yapılabilir”*.

Hasta haklarının ihlal edilerek hastaya sunulan hizmetin ayıplı olması durumunda, hasta, uyuşmazlığın değerinin 6502 sayılı Kanun'da belirtilen değerlerin altında kalması halinde tüketici hakem heyetlerine başvurabilecektir. Hasta, tüketici hakem heyetinden tazminata yönelik bir talepte bulunabileceği gibi seçimlik haklar bakımından da talepte bulunabilir.

Tüketici hakem heyetlerine yapılan başvurularda ayıplı hizmet nedeniyle seçimlik haklara yönelik talepte bulunmak mümkün olduğu gibi, manevi tazminat da talep edilebilir. Manevi tazminat taleplerinin karara bağlanmasının, mahkemelerin görev alanına girdiği, bu tür uyuşmazlıkların mahkeme olmadıkları için tüketici hakem heyetlerinde görülemeyeceği düşünülebilir. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda manevi tazminat taleplerinin tüketici hakem heyetleri tarafından karara bağlanmasına engel olan bir hüküm yoktur. Öğretide ve Yargıtay uygulamasında manevi tazminat talepleri bakımından tüketici hakem heyetlerinin karar verebileceği kabul edilmektedir. Manevi tazminat istenmesi durumunda, uyuşmazlık bedelinin tespitinde talep edilen manevi tazminat tutarı da dâhil edilecektir⁴⁷⁶.

Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliği'nin⁴⁷⁷ 19. maddesine göre *“Tüketici hakem heyeti çözümü özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut re'sen, bilirkişinin görüşünün alınmasına karar verebilir”*. Buna

⁴⁷⁶ Tutumlu, Hakem, s.48; Ermenek, s.571; Tutumlu, Heyet, s.69-70. *“Tüketici Hakem Heyetine başvurunun zorunlu olduğu uyuşmazlıkların tespitinde, ayıplı hizmet nedeni ile uğranılan manevi zarar bedelinin de dahil edilmesi gerekir”* 13. HD., 27.12.2004, 15255/18969 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

⁴⁷⁷ RG.: 27.11.2014, S.29188.

karşılık tüketici hakem heyetlerinin, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 288/1. maddesinde hâkimin uyuşmazlık konusu hakkında bizzat duyu organları yardımıyla bulunduğu yerde veya mahkemede inceleme yaparak bilgi sahibi olması şeklinde ifade edilen keşif yapma yetkisi, yargılama makamı olmamaları nedeniyle bulunmamaktadır.

Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliği'nin 23. maddesine göre “*Tüketici hakem heyetine yapılan başvurular, başvuru tarih ve sırasına göre en geç altı ay içinde görüşülür ve karara bağlanır. Yapılan başvurunun niteliği, başvuru konusu, mal veya hizmetin özelliği gibi hususlar dikkate alınarak, karar süresi en fazla altı ay daha uzatılabilir*”. Yönetmelik tarafların uyuşmazlıkla ilgili ivedilikle inceleme talebinde bulunması ve bu talebin başkan tarafından uygun bulunması halinde, başvurunun öncelikle görüşülüp karara bağlanacağını belirtmiştir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 26. maddesinde belirtilen hâkimlerin karar verirken tarafların talepleriyle bağlı olması ilkesi, tüketici hakem heyetlerinin yapacağı inceleme sonucunda alacağı kararlar bakımından da aynen geçerlidir. Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliği'nin 22. maddesine göre “*Tüketici hakem heyeti, uyuşmazlık ile ilgili karar verirken tarafların talebiyle bağlıdır*”.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 70/1. maddesine göre “*İl ve ilçe tüketici hakem heyetinin verdiği kararlar tarafları bağlar. Tüketici hakem heyetlerince vekâlet ücreti ödenmesine karar verilemez*”. İl ve ilçe tüketici hakem heyetleri tarafından verilecek olan kararlar tüketici ve sağlayıcıları bağlamaktadır.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 70/1. maddesine göre “*Tüketici hakem heyetinin kararları, İcra ve İflâs Kanununun ilamların yerine getirilmesi hakkındaki hükümlerine göre yerine getirilir*”. Belirtmek gerekir ki tüketici hakem heyetlerinin verdikleri kararlar ilam olmadığı gibi ilam niteliğinde belge de değildir. 6502 sayılı Kanun ile ifade edilmek istenen, tüketici hakem heyeti kararlarının icra yoluyla yerine getirilmek istenmesi halinde ilamların icrasına dair usuller uyarınca yerine getirileceğidir⁴⁷⁸.

⁴⁷⁸ **Tutumlu**, Heyet, s.114. **Ermenek** (s.581), Kanun'un 70/1. maddesindeki “Tüketici hakem heyeti kararları, İcra ve İflas Kanunu'nun ilamların yerine getirilmesi hakkındaki hükümlere göre yerine getirilir” düzenlemesi nedeniyle, atfın İcra ve İflas Kanunu'nun ilam niteliğindeki belgeleri düzenleyen maddesine değil, doğrudan doğruya ilamlı icra hükümlerine yapıldığını, bu nedenle tüketici hakem heyeti kararlarının ilam niteliğinde belge değil, bizzat ilam olduğunu belirtmektedir. Anayasa Mahkemesi ise tüketici hakem heyeti kararlarının ilam niteliğinde

Ayıplı hizmet sebebiyle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanundaki seçimlik haklar ve tazminat bakımından tüketici hakem heyetlerine başvuruda bulunan tüketicinin asıl edimin fer'i niteliğindeki faiz bakımından da talepte bulunması mümkündür. İhtiyati tedbir ve ihtiyati haciz talepleri bakımından, bu kararları verme yetkisinin mahkemelere ait olması ve verilen kararların infazının zor kullanmayı gerektirmesi karşısında tüketici hakem heyetleri bu konuda karar verme yetkisine sahip değildirler⁴⁷⁹.

Tüketici Hakem Heyetleri tarafından verilen kararlara karşı taraflar (tüketici veya sağlayıcı), kararın tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde tüketici hakem heyetinin bulunduğu yerdeki tüketici mahkemesine itiraz edebilir. İtiraz, tüketici hakem heyeti kararının icrasını durdurmaz. Tüketici hakem heyeti kararlarına karşı yapılan itiraz üzerine tüketici mahkemesinin vereceği karar kesindir.

Tüketici hakem heyetlerinin verdikleri kararlar, verildikleri andan itibaren infaz edilebilirler. Bu kararlara tüketici mahkemeleri nezdinde yapılacak itirazlar, kararların icrasını durdurmaz. Heyetin verdiği kararların icrası hâkim tarafından talep edilmek şartıyla tedbir yoluyla durdurulabilir.

D. Tüketici Mahkemeleri

Ayıplı hizmet nedeniyle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a göre belirlenen ve 2015 yılı için 2.200 – 3.300 TL'yi aşmayan uyuşmazlıklarda öncelikle tüketici hakem heyetlerine başvurulması gerekmektedir birlikte, ayıplı tedavi hizmeti sebebiyle ileri sürülebilecek seçimlik hak ve tazminat taleplerinin genelde Kanun'da belirtilen bu miktarların üzerinde olması sebebiyle tüketici mahkemelerine gidilecektir⁴⁸⁰.

olmadığını sadece ilamlar gibi infaz edileceği şeklinde karar vermiştir. “Öte yandan, tüketici sorunları hakem heyetlerinin belli değer altındaki uyuşmazlıklar hakkında verdiği kararların İcra ve İflas Kanunu'nun ilamların icrası hakkındaki hükümlerine göre yerine getirileceğinin öngörülmesi, bu kararların ilam niteliğinde olduğunu değil ilamlar gibi infaz olunacağını göstermekte ve ilamların yerine getirilmesi usulüne ait bir kural koymaktadır” Anayasa Mahkemesi, 20.03.2008, 2006/78, 2008/84 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

⁴⁷⁹ **Tutumlu**, Hakem, s.49–50; **Tutumlu**, Heyet, s.71.

⁴⁸⁰ **Kök** (s.611), Kamuda veya özel sektörde ya da bağımsız olarak çalışan hekimin tanı ve tedavi amacı taşıyan ve doğrudan eser sözleşmesi niteliğinde değerlendirilmeyen tüm tıbbi müdahalelerine ilişkin davalarda vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği, hekime yönelik davalarda görevli mahkemenin Asliye Hukuk Mahkemeleri olduğu görüşündedir.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da belirtilen seçimlik haklar yenilik doğuran hak olduğu için mahkeme kararına ihtiyaç olmaksızın hastanın tek taraflı irade beyanıyla sonuç doğurmaktadır⁴⁸¹. Ayıplı tedavi hizmeti sebebiyle hastanın seçimlik haklarını kullanması, yenilik doğuran bir haktır. Hasta bu haklarını tek taraflı irade açıklamasıyla kullanılabilir. Hakkın kullanılabilmesi için tüketici hakem heyetlerine başvurmaya veya dava açılmasına gerek yoktur. Hastanın tek taraflı irade açıklamasıyla seçimlik hakkını kullanmasından sonra, hekim veya özel hastane işleticisinin seçimlik hakkı yerine getirmemesi durumunda önce tüketici hakem heyeti kararına, bunun da yerine getirilmemesi durumunda mahkeme kararına ihtiyaç duyulur. Ancak hemen belirtelim ki, ayıplı tedavi hizmeti nedeniyle eserin ücretsiz onarımı ve hizmetin yeniden görülmesi seçimlik haklarının, makul sayılabilecek bir süre içerisinde hizmet sağlayıcı tarafından yerine getirilmemesi durumunda (bu süre talebin sağlayıcıya yöneltilmesinden itibaren 30 işgünü geçemez), hasta tüketici hakem heyetine başvurmadan Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 15/4. maddesine göre seçmiş bulunduğu hakkın dışındaki, seçimlik haklardan birini sağlayıcıya karşı kullanmakta serbesttir.

Tüketicie sunulan hizmetin ayıplı olması durumunda, tüketicinin kullanacağı seçimlik hakların yerine getirilmesi bakımından tüketici hakem heyetlerine veya tüketici mahkemelerine başvurmaksızın, ilamsız icra takibi yapıp yapamayacağı doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde savunulan bir görüşe göre tüketici hakem heyetleri için kanunda belirtilen sınırın altında kalan uyuşmazlıklar için tüketici hakem heyetlerine başvurmaksızın doğrudan icra takibi yapılması sonuç doğurmayacaktır. Bu şekilde yapılabilecek icra takibi, borçlunun itirazı üzerine duracak ve tüketici tarafından açılan dava, dava şartı yokluğundan reddedilecektir⁴⁸². Buna karşılık savunulan diğer bir görüşe göre ilâmsız icra takibi tek başına bir uyuşmazlık çözüm yöntemi değildir. Bu nedenle, ilamsız icra takibi yapılamayacağı yönündeki görüşün ileri sürdüğü sonucun doğabilmesi için açık bir kanunî düzenlemeye ihtiyaç vardır. Bu yönde bir düzenlemeye Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da ve İcra ve İflâs Kanunu'nda yer verilmemiştir⁴⁸³. Kanaatimizce burada ilk görüş yerindedir.

⁴⁸¹ Akıncı, s.137-138; Atasoy/Taşkın/Acar, s.70; Tiryaki, s.110; Petek, Tüketici, s.995; Aslan, Dersler, s.102; Aslan, Tüketici, s.165.

⁴⁸² Tutumlu, Hakem, s.47.

⁴⁸³ Ermenek, s.606-607.

Çünkü Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, belirtilen sınırlar içerisindeki uyuşmazlıklar bakımından tüketici hakem heyetlerinin görevli olduğunu, bu sınırların üzerindeki uyuşmazlıklar ve tüketici hakem heyetlerinin kararlarına ilişkin itirazlar bakımından ise mahkemelerin yetkili olduğunu belirtmektedir. Belirtilen sınırların altında kalan uyuşmazlıklar bakımından mahkemelere dahi yetki verilmemişken, icra dairelerine başvurarak sonuca ulaşmak mümkün değildir⁴⁸⁴. Kanunda belirtilen sınırın altında kalan uyuşmazlıklar için tüketici hakem heyetlerine başvurmaksızın doğrudan icra takibi yapılmasının pratikte bir yararı da bulunmamaktadır. Çünkü yapılacak icra takibi, ilamsız icra şeklinde olacağı için, satıcı veya sağlayıcının itirazı üzerine takip duracaktır. Bu defa itirazın iptali için dava açılmak zorunda kalınacaktır. Ama belirtilen sınırlar altındaki uyuşmazlıklar için tüketici hakem heyetine başvurulması halinde, heyetin vereceği kararların tarafları bağlaması ve ilamların yerine getirilmesine dair hükümler uyarınca yerine getirilmesi usul ekonomisi bakımından daha uygundur.

Tüketici mahkemelerini düzenleyen Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 73/1. maddesi "*Tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin davalarda tüketici mahkemeleri görevlidir*" düzenlemesi ile Tüketici Mahkemelerinin sadece bu Kanun'da düzenlenen ihtilaflarda görevli olmadığını, tüm tüketici işlemleri ve tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin davaları da görmeye görevli olduğu belirtmektedir.

⁴⁸⁴ Yargıtay da hakem heyetine müracaat edilip uyuşmazlıkla ilgili olarak bir karar alınmadan icra takibi yapılamayacağı gibi, tüketici mahkemesinde de dava açılmayacağına karar vermektedir. "*...tüketici sorunları hakem heyetine müracaat edildiği tarihte yürürlükte olan 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun 22 nci maddesi ile davanın açıldığı tarihte ve karar tarihinde yürürlükte olan 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 68 inci maddesinde belirlenen miktarın altında kalan uyuşmazlıklar için, icra takibi yapılmadan veya dava açılmadan önce tüketici hakem heyetine müracaat edilmesi zorunludur. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun 70/2 nci maddesinde, il ve ilçe tüketici hakem heyetlerinin verdiği kararların tarafları bağlayacağı ve İcra ve İflas Kanunu'nun ilamların yerine getirilmesi hakkındaki hükümlere göre yerine getirileceği hükme bağlanmıştır. Buna göre, verdiği karar ilamlı icra yoluyla takibi mümkün olan Tüketici Hakem Heyetine müracaat etmeden ilamsız icra takibi yapmakta tüketicinin hukuki yararı yoktur. Bu durumda tüketici hakem heyetine müracaat edilip uyuşmazlıkla ilgili olarak bir karar almadan icra takibi yapılamayacağı gibi, tüketici mahkemesinde de dava açılmaz*" 13.HD., 18.03.2015, 10571/8738 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı). Aynı yönde bkz. 13.HD., 08.02.2005, 13486/1775 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

Yine Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 83. maddesindeki "(1) *Bu Kanun'da hüküm bulunmayan hallerde genel hükümler uygulanır. (2) Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu işlemler ile ilgili diğer kanunlarda düzenleme olması, bu işlemin tüketici işlemi sayılmasını ve bu Kanun'un görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulamasını engellemez*" şeklindeki düzenlemesi Tüketici Mahkemelerinde genel hükümlerin uygulanabileceğini açıkça ortaya koymaktadır.

Gerek Kanun'un 73/1. maddesi, gerekse 83/2. maddesi tüketici işleminden bahsetmektedir. Tüketici işlemi Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 3/1 maddesinde "*Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlem*" olarak tanımlanmaktadır. Yani taraflardan birinin tüketici olduğu, diğer tarafın kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden gerçek ve tüzel kişiler olduğu, her türlü sözleşme ve hukuki işlem tüketici mahkemelerinin görev alanına girmektedir. Dolayısıyla diğer kanunlardaki tüketici işlemi mahiyetindeki düzenlemeler sebebiyle oluşacak ihtilaflarda genel mahkemeler değil, tüketici mahkemeleri görevli olacaktır.

Tüketici Mahkemeleri genel hükümleri de uygulamak suretiyle sonuca varacaktır. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 15/1. maddesinin son cümlesi "*Tüketici, bu seçimlik haklarından biri ile birlikte Türk Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca tazminat da talep edebilir*" hükmünü içermektedir. Bu düzenlemeye göre tüketicinin seçimlik haklarını kullanırken, tazminat da talep etmesi halinde tüketici mahkemeleri genel hükümlere göre tazminat bakımından değerlendirme yapacaktır.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 73/5 maddesindeki "*Tüketici davaları, tüketicinin yerleşim yerinin bulunduğu yerdeki tüketici mahkemesinde de açılabilir*"⁴⁸⁵ düzenlemesi uyarınca tüketici davaları bakımından, tüketici

⁴⁸⁵ **Tutumlu** (Mahkeme, s.519), 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun zamanında belirtilen "ikametgâh" kavramının dar ve teknik anlamıyla anlaşılması gerektiğini, sürekli kalmak niyetiyle oturlan yer olarak değil, tüketicinin oturmakta olduğu yer olarak anlaşılması gerektiğini ifade etmektedir. Kanımızca bu görüş yerindedir. 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da belirtilen yerleşim yeri geniş olarak yorumlanmalıdır. Aksi takdirde Kanun'un öngörmediği tarzda, tüketicinin ayıplı hizmetler nedeniyle hak araması yolunda engel çıkartılmış

mahkemeleri özel yetkili mahkemelerdir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 6. maddesi uyarınca "*Genel yetkili mahkeme, davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesidir*". Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun uyarınca tüketici mahkemelerinin özel yetkili mahkeme olması, genel yetkili mahkemenin yetkisini kaldırmamaktadır. Kural olarak özel yetkinin genel yetkiyi kaldırmayacağı, yani davacının dilerse genel mahkemede dilerse özel yetkili mahkemede dava açabileceği kabul edilmektedir⁴⁸⁶. Dolayısıyla hasta, hekim ya da özel hastane işleticisi tarafından kendisine sunulan hizmetin ayıplı olduğu gerekçesiyle davayı; genel yetkili mahkeme olarak davalı hekim ya özel hastane işleticisinin yerleşim yeri mahkemesinde açabileceği gibi, özel yetkili mahkeme olarak kendi yerleşim yerinin bulunduğu yerdeki tüketici mahkemesinde de açabilir.

Sağlayıcılar karşısında ekonomik açıdan zayıf konumda bulunan tüketicileri korumak amacıyla kanun, onların dava açabilmeleri yönünde kolaylaştırıcı bir hüküm getirmiştir. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 73/2. maddesine göre tüketiciler tarafından açılacak davalar Harçlar Kanunu'nda belirtilen harçlardan muaftır.

Tüketici mahkemelerinde görülen davalar ise Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 316. ve devamı maddelerinde düzenlenen basit yargılama usulüne göre yürütülür.

Tüketici mahkemelerinde görülen dava sonucunda haklı çıkan ve kendisini vekile temsil ettiren taraf lehine, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 323. maddesine göre yargılama gideri olarak kabul edilen vekâlet ücreti hükmedilecektir. 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 70/6. maddesi uyarınca "*Tüketici hakem heyetlerinin tüketici lehine verdiği kararlara karşı açılan itiraz davalarında, kararın iptali durumunda tüketici aleyhine, avukatlık asgari ücret tarifesine göre nisbi tarife üzerinden vekâlet ücretine hükmedilir*". Ancak davanın tüketici lehine sonuçlanması durumunda ise Avukatlık Ücret Tarifelerindeki tüketici mahkemelerine ilişkin maktu ücret uygulanmalıdır⁴⁸⁷.

olacaktır.

⁴⁸⁶ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.167,172.

⁴⁸⁷ Tutumlu, Heyet, s.144.

6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 70/5. maddesi uyarınca “*Tüketici hakem heyeti kararlarına karşı yapılan itiraz üzerine tüketici mahkemesinin vereceği karar kesindir*”. Bu kararlara karşı temyiz yoluna başvurulamaz.

SONUÇ

Ülkemizde hasta hakları konusundaki çeşitli Kanun'lardaki dağınık düzenlemeler, ancak 01.08.1998 tarih ve 23420 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren Hasta Hakları Yönetmeliği ile bir araya toplanmıştır. Hasta Hakları Yönetmeliği'nde; değişen toplum düzeni, sağlıkta yapılmak istenen dönüşüm uygulamaları, insan haklarının hasta haklarına bakan yönü itibariyle birtakım eksikliklerin bulunması sebebiyle 08.05.2014 tarih ve 28994 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Hasta Hakları Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik ile önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliğin özellikle "Kendisine İlişkin Olarak Genel Bilgi İsteme Hakkı" (Bilgilendirilme, Aydınlatılma Hakkı) ve "İzin ve Onayı Olmaksızın Tıbbi İşleme Tabi Tutulmama Hakkı" (Tıbbi Müdahalede Hastanın Rızası) çerçevesinde yapıldığı görülmektedir.

Her ne kadar hastaların haklarının bu şekilde bir araya getirilerek yasal bir düzenlemeye bağlanması teorik anlamda olumlu olsa da, önemli olan bu düzenlemelerin uygulanırlığının sağlanması, denetimi, ihlali durumunda hasta haklarına aykırılıkların giderilmesidir.

Hasta haklarını gözetmekle yükümlü olanlar sadece bağımsız çalışan hekimler ile özel hastane işleticileri ve kamu kurum ve kuruluşları tarafından işletilen hastaneler değildir. Bunların yanında gerek istihdam ilişkisiyle, gerekse yardımcı kişi sıfatıyla hastanın tedavi sürecine katılan sağlık personelinin de bu hakların uygulanmasını sağlama ödevi vardır. Yasal düzenlemeye bağlanan bu haklar konusunda öncelikle yapılması gereken, tüm sağlık kurumu ve kuruluşları ile sağlık personelinin eğitilmesi, hastaların da hakları ve bu hakların ihlali durumunda başvurabilecekleri hukuki ve idari yollar ile yöntemler konusunda bilgilendirilmesidir.

Hasta haklarının ihlali durumunda, Hasta Hakları Yönetmeliği, 42. maddesinde "*Hastanın ve hasta ile ilgili bulunanların, hasta haklarının ihlali halinde, mevzuat çerçevesinde her türlü müracaat, şikâyet ve dava hakları vardır*", 43. maddesinde "*Hasta haklarının ihlali halinde, personeli istihdam eden kurum ve kuruluş aleyhine maddi veya manevi veyahut hem maddi ve hem de manevi tazminat davası açılabilir*" ve 44. maddesinde "*Bu Yönetmelik'te gösterilmiş olan hasta*

haklarının fiilen kullanılmasına mani olan veya bu hakları başka şekilde ihlal eden personelin, cezai, mali ve inzibati sorumluluklarının tamamı veya bunlardan bir kısmı doğabilir” düzenlemelerini getirmiştir.

Hasta haklarının ihlali neticesindeki, ihlal edene yönelik idari, cezai, inzibati müracaat ve şikâyet haklarının dışında, hastanın mağduriyetinin ortadan kaldırılmasını, onun menfaatinin gözetilmesini sağlayacak hukuki korunma yöntemi, yönetmelikte sadece maddi ve manevi tazminat olarak ifade edilmiştir.

Bağımsız çalışan hekim ile hasta arasında yapılan hekimlik sözleşmesi ve özel hastane işleticisi ile hasta arasında yapılan hastaneye kabul sözleşmesinin, genel olarak Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlenen vekalet sözleşmesinin hükümlerine tabi olduğu, doktrin ve Yargıtay uygulamalarında hakim olan görüştür. Diş hekimi ile hasta arasında protez, köprü veya implant yapılması, hastaya takma kol veya bacak takılması, estetik cerrah ile hasta arasında güzelleştirme amaçlı tıbbi müdahalelere ilişkin yapılan sözleşmelerde olduğu gibi meydana getirilen sonuç, tıp bilimi kuralları uyarınca başarılı bir sonuç olarak kabul ediliyorsa buna dair yapılan hekimlik veya hastaneye kabul sözleşmelerinin eser sözleşmesi hükümlerine tabi olacağı kabul edilmektedir.

Hasta ile bağımsız çalışan hekim veya özel hastane arasındaki hukuki ilişki bu çerçevede kabul edilmesine rağmen, 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun döneminde, bu Kanun’da düzenlenen hukuki korunma yollarından hastaların yararlanması bakımından, Kanun’da açıkça aleyhte bir düzenleme olmamasına rağmen mahkemeler olumsuz kararlar vermekteydiler. Mahkemeler vekâlet ve eser sözleşmesinden hareketle, çıkacak uyuşmazlıklarda genel hükümlerin uygulanması gerektiğini, Tüketici Mahkemeleri’nin değil genel mahkemelerin görevli olduğunu kabul etmekteydiler.

Ancak 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 3. maddesinde *“Tüketici: Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi”* ve *“Tüketici İşlemi: Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi”* ifade eder şeklindeki

düzenlemeler sonucunda, hasta tüketici olarak kabul edildiği gibi, hasta ile ona tedavi ve yan edimleri sunan bağımsız çalışan hekim veya özel hastane işleticisi sağlayıcı olarak kabul edilecek, taraflar arasındaki sözleşme de tüketici işlemi olarak değerlendirilecektir.

Kanun 3. maddesinde açıkça, ticari ve mesleki amaçlarla hareket edenler ile tüketici arasında yapılan, eser sözleşmesi ve vekâlet sözleşmesi gibi her türlü sözleşme ve hukuki işlemi tüketici işlemi olarak kabul ettiğinden, hastalar ile bağımsız çalışan hekimler ve özel hastane işleticileri arasındaki ilişkiler 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun çerçevesinde değerlendirilecektir.

Dolayısıyla hastalar, Hasta Hakları Yönetmeliği'nde düzenlenen haklarının ihlal edilmesi durumunda, sadece yönetmelikte bahsedilen birtakım idari, mali ve cezai yollara başvurmayacaklar, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un sağladığı korunma yollarından da yararlanabileceklerdir.

Hasta haklarının ihlalden sorumlu olan bağımsız çalışan hekim veya özel hastane işleticilerinin hastalarla sorumsuzluk anlaşmaları yapmaları, vekâlet sözleşmesinin ve tedavi faaliyetinin niteliği gereği mümkün değildir. Yine sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde hasta aleyhine dengesizliğe neden olan haksız şartlar hükümsüzdür.

Hastalar, haklarının ihlal edilmesi durumunda, kendilerine sunulan sağlık hizmetinin ayıplı olması sebebiyle, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da belirtilen ayıplı hizmetin yeniden görülmesi, hizmet sonucu ortaya çıkan eserin ücretsiz onarımı, ayıp oranında bedelde indirim, sözleşmeden dönme gibi seçimlik haklarını kullanabilecekleri gibi, gerek bu seçimlik haklarla birlikte gerekse seçimlik hakları kullanmadan Türk Borçlar Kanunu hükümlerine göre tazminat talebinde bulunabileceklerdir.

Hasta kişiler, hasta haklarının ihlalleri nedeniyle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da belirtilen haklarını, Tüketici Hakem Heyetlerine ve Tüketici Mahkemelerine başvurmak suretiyle zamanaşımı süreleri içerisinde talep edebilirler.

KAYNAKÇA

Akıncı, Şahin; Ayıplı Mal ve Hizmetlere Karşı Tüketicinin Korunması, Konya 1998.

Akıncı, Şahin; Borçlar Hukuku Bilgisi, 6.Baskı, Konya 2012 (Borçlar).

Akıntürk, Turgut / Ateş Karaman, Derya; Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, 21. Baskı, İstanbul 2013 (Borçlar).

Akıntürk, Turgut / Ateş Karaman, Derya; Medeni Hukuk, 19. Baskı, İstanbul 2013 (Medeni).

Akyıldız, Sunay / Özkan, Hasan; Hasta – Hekim Hakları ve Davaları, 2. Baskı, Ankara 2012.

Aslan, İ.Yılmaz; 6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku, 4.Baskı, Bursa 2014 (Tüketici).

Aslan, İ.Yılmaz; Tüketici Hukuku Dersleri, 5. Baskı, Bursa 2014 (Dersler).

Aşçıoğlu, Çetin; Doktorların Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Ankara 1982.

Atamer, Yeşim M. / Baş, Ece; Avrupa Birliği Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Satım Sözleşmesinde Ayıptan Doğan Sorumluluk, İstanbul Barosu Dergisi, Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı 1, Cilt 88, İstanbul 2014, s. 19-60.

Atamer, Yeşim M. / İnceoğlu, M.Murat; Satım Sözleşmesinde Tüketicinin Seçimlik Hakları ve Avrupa Birliği Hukuku ile Uyumu Sorunu, Otomotiv Distribütörleri Derneği Yayını, İstanbul 2012.

Atasoy, Ömer Adil / Taşkın, Mustafa / Acar, Hakan; Tüketiciyi Koruma Hukuku, 2.Baskı, Ankara 2000.

Ayan, Mehmet; Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 1991.

Ayan, Mehmet / Ayan, Nursen; Kişiler Hukuku, 6. Baskı, Konya 2014.

Aybay, Aydın; Borçlar Hukuku Dersleri Genel Bölüm, 13.Bası, İstanbul 2011.

Aydoğdu, Murat; 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Getirdiği Yeniliklere Genel Bakış, Sözleşmeye Aykırılık, Ayıplı İfa Kavramlarına Getirdiği Farklı Yaklaşım ve Bu Konuda Önerilerimiz, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 15, Sayı 2, İzmir 2013, s.1-62(Yenilik).

Aydoğdu, Murat; Türk Borçlar Hukuku'nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku'nda Haksız Şartların Denetimi, Ankara 2014 (Haksız Şart).

Aydoğdu, Murat; Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara 2015 (Tüketici).

Başpınar, Veysel; Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, 2.Baskı, Ankara 2004.

Baykan, Renan; Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Eksik ve Aksak Yönleri ile Tadiline İlişkin Çözüm Önerileri, İstanbul 2008.

Bulut, Gamze; Diş Hekiminin Yasal Sorumluluğu, Ankara 2013.

Canbolat, Ferhat; Kamu Hastanesinde Yapılan Tıbbi Müdahalede Hekimin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğunun Dayanağı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 80, Ankara 2009, s.156–181.

Çınar, Ömer; Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar, İstanbul 2009.

Demir, Mehmet; Tıbbi Organizasyon Kusuru Açısından Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu, Ankara 2010 (Hastane).

Demir, Mehmet; Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 57, Sayı 3, Ankara 2008, s.225–252 (Hekim).

Deryal, Yahya; Sağlık Hukuku Problemleri, Ankara 2012 (Sağlık).

Deryal, Yahya; Tüketici Hukuku, Ankara 2008 (Tüketici).

Ekici Şahin, Meral; Ceza Hukukunda Rıza, İstanbul 2012.

Eren, Fikret; Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014.

Eren, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara 2013 (Genel).

Erman, Barış; Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara 2003.

Ermenek İbrahim; Yargı Kararları Işığında Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Sorunlara İlişkin Çözüm Önerileri, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 17, Sayı 1–2, Ankara 2013, s.563–630.

Gökcan, Hasan Tahsin; Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, Ankara 2013.

Görkey, Şefik; Hasta Hakları, Medikal Etik, Tıp Organizasyonunda Etik ve Hukuk (Medico-Legal), İstanbul 2002, s.100–126.

Gümüş, Mustafa Alper; 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Cilt 1, İstanbul 2014 (Tüketici).

Gümüş, Mustafa Alper; Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt 1, İstanbul 2008 (I).

Gümüş, Mustafa Alper; Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt 2, İstanbul 2010 (II).

Günday, Rezzan; Tıbbi Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 2012.

Gündoğdu, Fatih; Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkânsızlığı ve Hukuki Sonuçları, İstanbul 2014.

Hakeri, Hakan; “Hasta Hakları ve Ceza Hukuku İlişkisi”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu, İstanbul 2011 (Hasta Hakları).

Hakeri, Hakan; Tıp Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2013 (Tıp).

Hakeri, Hakan; Ceza Hukuku Genel Hükümler Temel Bilgiler, 10.Baskı, Ankara 2013(Ceza).

Hakeri, Hakan / Ünver, Yener / Yenerer Çakmut, Özlem; Tıp/Sağlık Hukuku Mevzuatı, Ankara 2010.

Hancı, İ.Hamit; Yılan Hikâyesi, Türk Tabipler Birliği Sürekli Tıp Eğitimi Dergisi, Cilt 14, Sayı 8, Ankara 2005, s.6–9.

Hatemi, Hüseyin / Gökyayla Emre; Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 3. Baskı, İstanbul 2015.

Hatemi, Hüseyin / Kalkan Oğuztürk, Burcu; Kişiler hukuku, İstanbul 2013.

Hatırnaz Erol, Gültezer; Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları, 3. Baskı, Ankara 2013.

İlhan, Cengiz; Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun, Ankara 2006.

İnal, Tamer; Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlar, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 9, Sayı 89, Ankara 2014, s.32–57.

İnceoğlu, M. Murat; “Ayıba Karşı Tekeffül ve Garanti Sorumluluğu”, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı (Makaleler – Tartışmalar), İstanbul 2015, s.153–238.

Kadioğlu, Kamil; Gerekçeli-Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, 2.Bası, Ankara 2005.

Kara, İlhan; Tüketici Hukuku, Ankara 2012.

Karabağ Bulut, Nil; Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme, İstanbul 2009.

Kaya, Mine; Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 100, Ankara 2012, s.45–82.

Kılıçoğlu, Ahmet M.; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Bası, Ankara 2013.

Kök, Ahmet Nezh; Hekim – Hasta İlişkisi Tüketici Hukuku İle Bağdaşır mı? , Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 70. Yıl Armağanı, Ankara 2015, s.605-616.

Kurt, Ekrem; “Hekimlik Sözleşmeleri”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, İstanbul 2011, s.59–75.

Nomer, Haluk N.; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 13.Baskı, İstanbul 2013.

Onaran, Bilge; Hasta Hakları, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 1, Sayı 2, İstanbul 2005, s.273–323.

Oğuzman, M.Kemal / Öz, M.Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, 12.Bası, İstanbul 2014.

Oğuzman, M.Kemal / Selici, Özer / Özdemir, Saibe Oktay; Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler) , 14. Baskı, İstanbul 2014.

Ozanoğlu, Hasan Seçkin; Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Maddi Anlamda Uygulanma Alanı) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 50, Sayı 1, Ankara 2001, s.55-90.

Özay, Merter; Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2006.

Özçetin, Selvi / Balaban, Murat; Sağlık Hukuku, 2.Baskı, Ankara 2015.

Özdemir, Hayrünnisa; Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Ankara 2004.

Özel, Çağlar; Tüketicinin Korunması Hukuku, 2.Baskı, Ankara 2014.

Özgül, Mehmet Emin; Yeni Tıbbi Yöntemlerin Hukuka Uygunluğu, İstanbul 2010.

Özpınar, Berna; Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamadan Doğan Hukuki Sorumluluğun Sebepleri ve Sonuçları, Ankara Barosu Dergisi, Sayı 3, Ankara 2008, s.90–103.

Özsunay, Ergun; “Tıp Uygulamaları Bakımından Tüketicinin Korunması”, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları, Ankara 2014, s.608–622.

Öztürkler, Cemal; Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları, 2.Baskı, Ankara 2006.

Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet; Medeni Usul Hukuku, 14. Bası, Ankara 2013.

Petek, Hasan; Sağlık Hukuku, Eskişehir 2014 (Sağlık).

Petek, Hasan; Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Uygulanması, Prof.Dr. Polat Soyer'e Armağan II, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 15 (Özel Sayı), İzmir 2014, s.969–1017 (Tüketici).

Petek, Hasan; Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 8, Sayı 1, İzmir 2006, s.177–239 (Estetik).

Petek, Hasan; Amalgam Diş Dolgusu Nedeniyle Diş Hekiminin Hukuksal Sorumluluğu, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 82, Sayı 1, İstanbul 2008, s.79–92 (Amalgam).

Reisoğlu, Seza, Hizmet Akdi, Ankara 1968.

Reisoğlu, Safa; Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25.Baskı, İstanbul 2014 (Genel).

Sarıtaş, Hatice; Hasta Hakları Açısından Hekim Sorumluluğu, Ankara 2005.

Savaş, Halide; Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları Tıbbi Malpraktis Tıbbi Davaların Seyri ve Sonuçları, 3.Baskı, Ankara 2013.

Serozan, Rona; Çocuk Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2005.

Serozan, Rona; Medeni Hukuk Genel Bölüm/ Kişiler Hukuku, 5.Baskı, İstanbul 2014 (Kişiler).

Şahin, Turan / Kizir, Mahmut; 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Genel Esaslar, Haksız Şartlar ile Ayıplı Mal ve Hizmetler Konusunda Getirdiği Yenilik ve Değişiklikler, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 9, Sayı 89, Ankara 2014, s.68–78.

Şenocak, Zarife; Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 2001/4, s.65–80 (Rıza).

Şenocak, Zarife; Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara 1998 (Sorumluluk).

Şenocak, Zarife, “Tıbbi Kayıtların Tutulmasından Doğan Hukuki Sorumluluk”, Ankara Barosu III. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara 2011, s.622–631(Tıbbi Kayıtlar) .

Tacir, Hamide; Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, İstanbul 2011.

Tandoğan, Haluk; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II, 5.Bası, İstanbul 2010 (II).

Tandoğan, Haluk; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt I/1, 5.Bası, İstanbul 2008 (I/1).

Taneri, Gökhan; Hasta Hakları, Ankara 2014.

Tekben, Tuğçe; Hekim ve Hasta İlişkisinin Vekâlet Sözleşmesi Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Erhan Adal’a Armağan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, İstanbul 2012, s.859–906.

Tiryaki, Betül; Tüketicinin Korunması Hukuku Açısından Ayıplı Hizmetten Doğan Sorumluluk, Ankara 2007.

Tutumlu, Mehmet Akif; Tüketici Mahkemelerinin Görev ve Yetki Sınırları, Ankara 2006 (Mahkeme).

Tutumlu, M. Akif; Tüketici Sorunları Hakem Heyetlerinin Yapısı, İşleyişi Sorunları ve Çözüm Önerileri, Ankara 2006 (Hakem).

Tutumlu, M. Akif; Norm, Kuram ve İctihat Işığında Tüketici Hakem Heyetleri, Ankara 2015 (Heyet).

Türkmen, Ali; Hasta ve Hekim Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2013.

Yavuz, Cevdet; Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, 12.Baskı, İstanbul 2013.

Yavuz, Cevdet; Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10.Baskı, İstanbul 2014 (Özel).

Yavuz İpekyüz, Filiz; Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul 2006.

Yavuz, Nihat; Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, 2.Bası, Ankara 2010.

Yenerer Çakmut, Özlem; Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul 2003.

Yıldırım, Abdulkerim; Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması, İstanbul 2009.

Yılmaz, Battal; Hekimin Hukuki Sorumluluğu, 2.Baskı, Ankara 2010.

Zevkliler, Aydın; Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, 2. Bası, Ankara 2001.

Zevkliler, Aydın / Ertaş, Şeref / Havutçu, Ayşe / Gürpınar, Damla; Medeni Hukuk (Temel Bilgiler), 8. Bası, Ankara 2013.

Zevkliler, Aydın / Gökyayla, K.Emre; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 13.Bası, Ankara 2013.

Zevkliler, Aydın / Acabey, M. Beşir/ Gökyayla, K. Emre; Medeni Hukuk, 6. Baskı, Ankara 1999.