

HEKİM - HASTA İLİŞKİSİ TÜKETİCİ HUKUKU ANLAYIŞI İLE BAĞDAŞIR MI?

*(Does physician-patient relationship accord with
the consumer law understanding?)*

Prof. Dr. Ahmet Nezh KÖK¹

ÖZ

Tıp etkinlik alanının başrollerini paylaşan hekim ve hasta arasındaki ilişkinin hukuki açıdan ne olduğu ve nasıl yorumlanması gerektiği hususunda çok önemli ayrılıkların ve aykırılıklardan kaynaklanan sorunların olduğu yadsınamaz gerçektir. Öğreti ve Yüce Yargıtay tarafından vekâlet sözleşmesi olarak kabul edilen hekim hasta arasındaki ilişkide tıbbi müdahalelerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda açılan davalarda görevli mahkemenin asliye hukuk mahkemeleri olduğu ile ilgili uygulama 7 Mayıs 2014 tarihinde yürürlüğe giren 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile uyuşmazlığa neden olmuştur. Bu makalede, sağlık hizmeti sunumunun tüketici hukuku anlayışı ile bağdaşır bağdaşmayacağı hukuk ve tıp eğitimi birlikte almış yazar tarafından tartışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Hekim-hasta ilişkisi, Vekâlet sözleşmesi, Tüketici hukuku, Tıp etiği ilkeleri, Tıbbi uygulama hataları.

ABSTRACT

It is a reality that there are a lot of problems originating from conflicts on what the meaning of physician-patient relationship. Court having jurisdiction in divergences originating from physician-patient relationship accepted as an attorney agreement by doctrine and the Supreme Court is court instance. But this practice becomes a highly controversial topic on May7, 2014 because of Consumer Protection Law. In this article whether delivery of health care accords with consumer law or not will be discussed by the article author having medical and legal education.

Key Words: Physician-patient relationship, Attorney agreement,

¹ Erzurum Atatürk Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı Başkanı, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eski Dekanı, anezihkok@gmail.com.



Consumer law, Medical ethics principles, Medikal malpractice.

GİRİŞ

Dünya üzerinde sosyal hayatın başlaması ile birlikte ortaya çıkan ilk etkinlik alanının tıp daha sonra hukuk olduğunun kabul edilirliği gerek günlük hayatta gerekse akademik hayatta oldukça yüksektir. Tıp ve hukuk gerek çalışma alanı gerekse çalışma yöntemleri ile çift yumurta ikizi benzerliğindedirler². Bu benzerliklere rağmen bazen birbirlerini anlamaz hale de gelebilmektedir. Bu birbirlerini anlamaz hale gelme sıklığı maalesef son elli yıldır giderek artmaktadır. Son yarım asırdır tıpta olan müthiş pozitif ivmeli gelişmeler alışılacemış dini, ahlaki, etik ve hukuki bakış açılarını oldukça etkilemiştir. Tüp bebek, taşıyıcı annelik, beyin sapı ölümlü, canlıdan ve kadavradan organ nakli, ötenazi gibi gelişimler ister istemez değer tartışmalarına zemin hazırlarken, normatif bir uğraşı olan hukuk etkinliğini de farklı değerlendirmelere taşımıştır.

21. yüzyılın ikinci on yılını taşıyan dünyamızda ve ülkemizde her alandaki hızlı değişimlerin herkes tarafından kolaylıkla hissedildiği alan tıp etkinlik alanıdır. Farklı paydaşlarına rağmen tartışmasız bir şekilde tıp etkinlik alanının başrollerini paylaşan hekim ve hasta arasındaki ilişkinin ne olduğu ve nasıl yorumlanması gerektiği hususunda çok önemli ayrılıkların ve aykırılıklardan kaynaklanan sorunların olduğu yadsınamaz gerçektir. Nitekim, 7 Kasım 2013 tarihinde kabul edilerek 7 Mayıs 2014 tarihinde yürürlüğe giren 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile hekim hasta arasındaki ilişki, tüketici işlemi olarak değerlendirilmiştir.

Bu makalede, hasta hekim arasındaki ilişkinin tüketici işlemi olarak değerlendirilemeyeceği savı ele alınarak tıbbi ve hukuki gerekçelendirme yapılmaya çalışılacaktır.

1. HEKİM HASTA İLİŞKİSİNE TARİHSEL BAKIŞ

a. DÜNYADA

Tıp tarihinin kilometre taşlarına baktığımızda dinsel inançların ön planda olduğu bilimsel bilginin yeterli olmadığı ilk zamanlarda hekim figürünün dinsel motiflerle bezenmiş olduğunu gözlemlemekteyiz. Eski Yunan Mitolojisinde sağlık tanrısı Asklepius ve sağlık tanrıçası Hygiea gibi³. Orta Asya Türk toplumlarında metafizik güçleri olduğuna inanılan "Kam" adındaki sihirbaz hekimler de dinsel ritüeller içerisinde sağlık hizmeti vermekteydi. Bu dönemlerde sağlık hizmetlerini sunan hekimlerin

2 Ahmet Nezih Kök, Türk Ceza Adalet Sisteminde Adli Tıp Uygulamaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s.7.

3 Erdem Aydın, Dünya ve Türk Tıp Tarihi, Güneş Kitabevi, Ankara, 2006, s.56-59.

tanrısal (ilahi) bir güçleri olduğuna inanıldığından yaptıkları tıbbi işlemlerden dolayı sorumlulukları bulunmamaktaydı.

Hekim hasta arasındaki ilişkide hekime sorumluluk yükleyen ilk hukuki metin, M.Ö 2200 yıllarında bu günkü Irak topraklarında hüküm sürmüş Babil Kralı Hammurabi'ye atfedilen "Hammurabi Kanunu" dur⁴. Köle ve özgür kişi ayırımının kabul edildiği bir dönemde yerel olarak uygulanmış bu Kanun, tıbbi uygulama hatalarında köle kişileri bir mal olarak değerlendirip tazmin yöntemini kabul ederken, özgür kişilerde cezada kısas yöntemini uygulamıştır.

Tarih sahnesine milattan önce beşinci yüzyılda çıkan Hipokrat, tıp etkinlik alanını bilimsel zemine oturturken hekimi dinsel motiften baba figürüne indirgemıştır. Baba rolünü üstlenen hekimin sorumluluğu da etikle belirlenmiştir. Baba rolündeki hekimin hastasına öncelikle yararlı olacağı, yararlı olamadığı hallerde en azından hastasına zarar vermeyeceği, mevcut hali koruması gerektiği anlayışı kabul edilmiştir⁵. Paternalizm olarak iki milenyum süresince uygulamada kalan Hipokratik tıp anlayışı, insanlık tarihinde yaşanan düşünce değişimlerine bağlı olarak yirminci yüzyılın ikinci yarısında yerini özerkliğe saygı anlayışına bırakmıştır.

Toplumların geleceklerini kendilerinin belirleme (self determinasyon) haklarının olduğunun genel geçer kural olarak kabul edilmesi, tıpta da kendisini özerkliğe saygı ilkesi olarak ortaya koymuştur. II.Dünya Savaşından sonra 1945 yılında kurulan Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilen ve 10 Aralık 1948 yılında yayınlanan İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi⁶ ile hukuki metin haline getirilen insan hakları kavramının yükselen bir değer haline gelmesi her alanda olduğu gibi tıp etkinlik alanında da yüksek ölçekli bir depremin meydana gelmesine neden olmuştur. Çalışma alanı insanın yaşam hakkı ve bu hakkın en önemli bileşeni niteliğindeki sağlık hakkı olarak belirlenmiş tıp etkinlik alanında çok önemli artçı sarsıntılar olmuştur.

Dünya Tıp Birliği tarafından 1964 yılı Haziran ayında yayınlanan Helsinki Bildirgesi⁷ ile başlayan süreçte tıbbi araştırmalarda ve tıbbi uygulamalardaki etik ilkeler ön plana çıkarılarak asırlarca hekim hasta arasındaki ilişkinin temelini oluşturan paternalist Hipokratik tıp anlayışının

4 Jason Payne James, Anthony Busuttill, William Smock, Forensic Medicine Clinical and Pathological Aspects, GMM, London, 2002, p.6.

5 Jennifer Jackson, Ethics in Medicine, Polity Press, Cambridge, 2006, p.

6 İlyas Doğan, Abdülkadir Akıl, Gülden Çamurcuoğlu, Uluslararası Hukukun Değişim Süreci ve İstanbul Protokolünün Uygulamadaki Anlamı, (içinde: İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü. Editör İlyas Doğan., Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı), Özkan Matbaacılık, Ankara, 2009, s.3-46.

7 Erdem Aydın, Tıp Etiğine Giriş, Pegem Yayıncılık, Ankara, 2001, s.203-207.



yerine hastanın bilgilendirilmesini ve rızasını ön plana çıkaran özerkliğe saygısı ilkesinin benimsendiği tıp anlayışının temelleri atıldı. 1981 yılında Portekiz'in Lizbon kentinde yapılan 34.Dünya Tıp Birliği Genel Kongresinde hastaların self determinasyon hakkının olduğu ve kendisi ile ilgili kararları vermekte özgür olduğu karara bağlandı. Bu metin daha sonra 1995 yılında Endonezya'nın Bali ve 2005 yılında Şili'nin Santiago kentinde yapılan Dünya Tıp Birliği Genel Kongrelerinde geliştirildi⁸.

4 Nisan 1997 tarihinde İspanya'nın Oviedo kentinde toplanan Avrupa Konseyi üyesi devletler, biyoloji ve tıp alanında gittikçe artan bir hızla ortaya çıkan gelişmelerin bilinciyle; biyoloji ve tıbbın kötüye kullanılmasının, insan onurunu tehlikeye sokacak eylemlere neden olacağına bilinciyle İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesini kabul etmişlerdir⁹. Bu Sözleşme'nin belkemiğini de "Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir" ifadesiyle özerkliğe saygı ilkesinin klinik sonucu olan aydınlatılmış onam (bilgilendirilmiş rıza) oluşturmuştur.

b. TÜRKİYE'DE

Osmanlı Devleti'nin son dönemlerinde başlayan batılılaşma çalışmalarını 29 Ekim 1923 tarihinde kurulan genç Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nde de devam etmiştir. Atatürk Dönemi Türkiye'sinde Sağlık Bakanlığı görevini yaklaşık on beş yıl yerine getiren Dr.Refik Saydam döneminde oluşturulan sağlık mevzuatı ile şekillenen hekim hasta ilişkisi hukuk içerisinde ele alınmıştır. 1960 yılında yürürlüğe giren Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi (Tüzüğü) ile hasta hekim arasındaki ilişkide deontolojik ilkelere önem verilmiş ancak, paternalist Hipokratik tıp anlayışı hekim hasta ilişkisinde önemini korumuştur. Bu süreçten sonra dünyadaki gelişmeleri yakından takip eden Türkiye Cumhuriyeti Devleti, 1981 Lizbon Bildirgesi ile birlikte tıp uygulamasında paternalist Hipokratik tıp anlayışından yavaş yavaş uzaklaşarak Avrupa Konseyi tarafından kabul edilen İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'ni kriter olarak 1 Ağustos 1998 tarihinde Hasta Hakları Yönetmeliği'ni yürürlüğe koyup tıp etkinlik alanında özerkliğe saygı ilkesini kabul etmiştir. Adı geçen Yönetmelik'te 2014 yapılan değişiklikle özellikle hastaların bilgilendirilmeleri ve hastalardan alınacak rıza ile ilgili önemli değişikliklere gidilmiştir.

8 Gürkan Sert, Hasta Hakları, Babil Yayınları, İstanbul, 2004, s.320.

9 Ahmet Nezih Kök, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesine Göre Aydınlatma ve Rıza, KhukA, 2005; 8: 116-121.

2. TIBBİ UYGULAMALARDA HEKİM HASTA ARASINDAKİ İLİŞKİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Hukuk, toplumsal hayatın ortaya koyduğu bir faaliyettir. Toplumdaki sosyal dayanışmanın kurulması, sürdürülmesi ve ihlal edildiğinde sosyal dayanışmayı sekteye uğratanlara çeşitli yaptırımların uygulanması hukuk sistemlerinin kurulmasında önemli rol oynamıştır. Önceleri ceza yaptırımlarının uygulandığı bilimsel yönden gelişmenin yetersiz, insanlar arasındaki farklılaşmanın az olduğu mekanik dayanışma örüntülü toplumlarda zaman içerisinde bilgi ve beceri birikiminin artarak ihtiyaçların farklılaşması ve insanların birey haline gelmesi sürecinde organik dayanışma örüntüsünün artması, uygulanan hukuku ve dolayısıyla yaptırımları da değiştirmiş, ceza yaptırımlarının yanı sıra iade edici, onarıcı hukuk yaptırımları gündeme gelmiştir¹⁰.

Çağdaş dünyanın saygın bir üyesi olarak Türkiye Cumhuriyeti Devleti, sağlık hizmetlerine yön veren uluslararası birçok hukuki metine imza atarak bu düzenlemeleri iç hukukunun bir parçası haline getirdiği gibi pozitif hukukta yapılan düzenlemelerle hekim hasta ilişkisinin hukuki niteliğini ortaya koymuştur. Diğer yandan somut uyuşmazlıklarda yargılamayı yapan yerel mahkeme kararları ve yerel mahkeme kararlarının temyizini gerçekleştiren yüksek mahkeme kararları bu hukuki metinlerin nasıl yorumlanması gerektiğini ortaya koyarak Türkiye'deki sağlık uyuşmazlıklarına çerçeve oluşturmaktadırlar.

Bu gün Türk Hukuk Sistemine baktığımızda Kara Avrupası Hukuk Sistemini esas aldığını görmekteyiz. Bunun neticesinde, kamu hukuku özel hukuk ayırımını kabul etmiş görünen Türk Hukuk Sisteminde adli, idari ve askeri yargı kendilerine özgü yargılama usullerine sahiptir. Bunun yanı sıra adli yargı da ceza ve hukuk yargılaması açısından farklı yargılama usullerine sahiptir. Bu nedenle sağlık personelinin mesleğini icra ederken ortaya çıkabilecek husumetlerin hukuki değerlendirmesi çeşitli yargı kollarına göre çok önemli farklılıklar ortaya koymaktadır.

Bu kapsamda, tıbbi uygulamalarda hasta hekim ilişkisi Türk hukuk sisteminde; Haksız fiil, Vekâlet Sözleşmesi ya da Eser Sözleşmesi şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Bu ilişkilerden kaynaklanan tazminat davalarının nasıl bir çözüme kavuşturulabileceği ise özellikle sağlık hizmeti sunan tarafın idare adına hareket ettiği olgular olmak üzere önemli uyuşmazlıklara neden olmaktadır.

Hasta ile hekim arasındaki ilişkinin hukuki niteliğinin adlandırılmasında hekimin bağımsız olarak çalışıp çalışmadığı önemlidir. Hekim

¹⁰ Sunay Akyıldız, Ahmet Nezh Kök, Turan Yıldırım, Tıp Hukuku Atölyesi-II, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s.129-130.



bağımsız olarak mesleğini icra ediyorsa hasta ile hekim arasındaki tüm tanı ve tedavi amacı taşıyan tıbbi müdahalelerdeki ilişkiyi Yüce Yargıtay, “Vekâlet Sözleşmesi” hükümlerine göre yorumlamaktadır. Vekalet sözleşmesi hükümlerine göre vekil sıfatındaki hekim, Türk Borçlar Kanunu (TBK)'nın 506.maddesine göre, üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür. Vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır¹¹.

Hiç kuşkusuz ki TBK 506.maddesi, hekimin (sağlık personelinin) statüsüne göre yargılamanın yapıldığı mahkemelerin farklılığına rağmen ister kamuda ve isterse özelde verilen sağlık hizmetinin sunumunda yer alan sağlık personelinin aktif ya da pasif nitelikteki tıbbi eylemlerinin bilimsel tıp ve tıp etiği açısından değerlendirilmesinde bilirkişiye yol gösterici mahiyettedir.

Herhangi bir yanlış anlaşılmaya neden olmamak adına bir kez daha belirtmek gerekirse tanı ve tedaviye ilişkin tıbbi uygulama hatalarına ilişkin davalarda uyuşmazlığa konu olan tıbbi eylemin, hukuk dışında özel veya teknik bilgi yönünden değerlendirilmesinde görüşüne başvuru hekim bilirkişi, vekalet sözleşmesiyle ilgili TBK 506.madde hükmünü öncelikle göz önüne almak zorundadır. Nitekim, hekimin (sağlık personelinin) kamuda çalışması halinde tıbbi müdahalelerden doğan zararlar bakımından sorumluluk özel hukuk kurallarına göre değil, kamu hukuku kapsamında idare hukuku kurallarına göre belirlenecektir¹². Buna göre, Anayasa'nın 129/5. maddesine 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” hükmüne göre idarenin, kurum zararının tazmini amacıyla kişisel sorumluluğuna dayanılarak ilgili kamu görevlisi aleyhine açtığı rücu davaları adli yargı yerinde görülür. Diğer bir ifadeyle kamu görevlisinin sebebiyet verdiği kurum zararının ödettilmesi amacını taşıyan rücu davaları, özel hukuk hükümlerine göre adli yargıda görülür¹³. Bu durumda hiç kuşkusuz ki vekâlet sözleşmesinin ruhu, tıbbi müdahaleler açısından hekimin (sağlık personelinin) eyleminin değerlendirilmesinde öne çıkacaktır.

Yukarıda anlatılanların muvacehesinde makalede vermek istediğimiz

11 Ahmet Nezh Kök, Şiddetin Kıskaçında Hekim Hakları ve Vekalet Sözleşmesinin Farklı Yorumu, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, 2014; 9 (100):784-789.

12 Hakan Hakeri, Tıp Hukuku, 4.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s.47-55.

13 Cemil Kaya, Rücu Tazminat İstemiyle Açılan Davalarda Görevli Yargı yerinin Belirlenmesi Konusunda Uyuşmazlık Mahkemesi Uygulaması, İÜHFİM C.LXX, S.1, s.115-122, 2012.

görüşümüzü özetlersek, ister kamuda ister özel sektörde isterse bağımsız olarak çalışsın hekimin tanı ve tedavi amacı taşıyan ve doğrudan eser sözleşmesi niteliğinde değerlendirilmeyen tüm tıbbi müdahalelerinde TBK vekâlet sözleşmesi hükümleri uygulanmalı, bu gibi durumlarda hekime yönelik davalarda görevli mahkeme Asliye Hukuk Mahkemeleri olmalıdır.

Hal böyleyken, yargının iş yükünün fazla oluşu, davaların fazla masraflı oluşu ve uzun sürmesi nedeniyle 1995 yılında yürürlüğe giren 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'la birlikte Türk Hukukunda kendine özgü kuralları olan yeni bir özel hukuk alanı doğmuştur^{14,15}. Tüketici hukuku anlayışındaki gelişmelere paralel olarak Avrupa Birliği ile mevzuatın uyumlu hale getirilmesi amacı ile 23/2/1995 tarihli ve 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun yürürlükten kaldırılarak yerine 7/Kasım/2013 tarihli ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun yürürlüğe girmiştir. Kanun'un kapsamının her türlü tüketici işlemi ile tüketiciye yönelik uygulamalar olduğu belirtilirken, Kanun'un "Tanımlar" başlığını taşıyan 3.maddesinin "1" bendinde "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 arasında kurulan eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlem şeklinde tanımlanmaktadır.

Yürürlüğe girmesinden sonra Kanun'un bu hükümlerine dayanarak uygulamada ve öğretilerde sağlık hizmetlerinin sunumunda hasta hekim arasındaki ister vekâlet, ister eser ve isterse benzeri sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümlerinin uygulanması gerektiği düşüncesine sahip olanlar hekim hasta arasındaki uyuşmazlıklarda Tüketici Mahkemelerinin görevli olduğunu iddia etmişlerdir.

Nitekim, Mersin'de özel bir hastanede meydana gelen bir tıbbi uygulama hatası nedeni ile bir hasta ve hasta yakınları tarafından tıbbi müdahaleyi yapan hekim ve tıbbi müdahalenin yapıldığı özel hastane aleyhine Mersin 2. Asliye Hukuk Mahkemesinde açılan tazminat davası ile ilgili olarak yerel mahkeme verdiği 27/02/2015 tarihli görevsizlik kararında; 4077 sayılı Tüketici Yasasını yürürlükten kaldıran 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 28.05.2014 tarihinde yürürlüğe girdiği, 6502 sayılı Kanun'un Tüketici işlemi 3-1-1 maddesinde tanımladığını,

14 Tuğba Kaya Sal, Tüketici Hakem Heyetlerinde Yaşanan Sorunlar, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, 2014; 9 (100):739-741.

15 İlhan Kara, Tüketici Hukuku, Engin Yayınevi, Ankara, 2012, s.33.



buna göre; Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler arasında kurulan eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekalet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dahil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemin tüketici işlemi olduğunu hükme bağladığını, 4077 sayılı Yasanın ise sadece mal ve hizmet piyasalarında tüketici ile satıcı-sağlayıcı arasındaki her türlü işlemi tüketici işlemi olarak kabul ettiğini, bu durumda yeni Tüketici Yasası uyarınca sözleşmenin bir tarafını tüketicinin oluşturduğu vekalet sözleşmelerinin tüketici işlemi olduğunu, mahkemeye açılan somut uyuşmazlıkta davacılar ve davalılar arasındaki ilişkinin vekalet sözleşmesi niteliğinde olduğu, bu nedenle mahkemelerinin (Asliye hukuk mahkemesi) görevsizliğine, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 20/1 maddesi uyarınca dava dosyasının görevli olan Mersin Nöbetçi Tüketici Mahkemesine gönderilmesine temyiz yolu açık olmak üzere karar vermiştir.

Her ne kadar Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından verilen 27/02/2015 tarihli bu görevsizlik kararının temyiz edildiği ve temyiz süreci sonuçlanmadığından sonucu hakkında bilgimiz olmamakla birlikte hemen hemen aynı dava konusu ile ilgili Yargıtay 13.Hukuk Dairesinin aynı somut olayla ilgili yedi ay içinde verilmiş iki farklı kararı bulunmaktadır¹⁶. Aynı olayla ilgili 28/09/2012 tarih E:2012/21184, K:2012/20509 sayılı ilk kararında Yargıtay 13. Hukuk Dairesi; somut olay değerlendirildiğinde taraflar arasındaki uyuşmazlık teşhis ve tedavi hizmetinden kaynaklanmakta olup davacıların Yasada tanımlanan şekilde tüketici (tedavi hizmeti alıcısı) ve davalının (hizmet sunucusu) olduğunun anlaşıldığı, hal böyle olunca davaya bakmaya genel mahkeme değil Tüketici Mahkemesinin görevli olduğu, görevle ilgili düzenlemelerin kamu düzenine ilişkin olup taraflar ileri sürmese dahi yargılamanın her aşamasında resen gözetildiği, görevle ilgili hususlarda kazanılmış hakkın söz konusu olmadığı, o nedenle mahkemece görevsizlik kararı verilmesi gerekirken davanın esasına girilerek hüküm kurulmasının usul ve yasaya aykırı olup bozma nedeni olduğu gerekçesi ile temyiz edilen kararın bozulmasına oybirliğiyle karar vermiştir. Bu karardan yaklaşık yedi ay sonra aynı somut olay için Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 15/04/2013 tarih E:2013/1177, K:2013/9534 sayılı kararında; somut olayda, davacı ve davalı arasında vekil-müvekkil ilişkisinin mevcut olduğunu, davadaki taleplerin vekillerin vekâlet görevini ifada özen borcuna aykırı davrandıkları iddiasına dayalı bulunduğunu, uyuşmazlığa vekalet hükümlerinin uygulanması ve doğal olarak uyuşmazlığın bu çerçevede değerlendirilmesi gerektiğini, yukarıda açıklandığı üzere, ta-

¹⁶ Mehmet Akif Tutumlu, Özel Hastanede Yanlış Teşhisten ve Tedaviden Kaynaklanan Tazminat Davasında Görevli Mahkeme Sorunu, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, 2014;9 (93): 172-175.

raflar arasındaki hukuki ilişkinin 4822 sayılı Yasa ile değişik 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığını, Tüketici Yasası ile güdülen amacın tüketicinin tüketime yönelik satışlarda mal ve hizmetlerdeki ayıplara karşı korunması olduğundan uyuşmazlığın genel mahkemede görülmesi gerektiğini, davaya bakmak genel mahkemelerin görevi içinde kalacağından bu hususun gözden kaçırılarak sehven bozulduğunun yeniden yapılan inceleme sonucundan anlaşılacakla Dairenin 28/09/2012 gün, 2012/21184 esas, 2012/20509 karar sayılı Bozma kararının kaldırıldığını belirtmektedir.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin aynı olayla ilgili verdiği iki karar aslında tanı ve tedavi amacı taşıyan ve vekâlet sözleşmesi kapsamında değerlendirilen hekim hasta arasındaki uyuşmazlıklarda görevli mahkemenin Tüketici mahkemeleri olamayacağını, genel mahkemeler (asliye hukuk) olması gerektiğini açıkça ortaya koymaktadır. Yüce Yargıtay tarafından belirtildiği üzere, görevle ilgili düzenlemelerin kamu düzenine ilişkin olduğu taraflar ileri sürmese dahi yargılamanın her aşamasında resen gözetilmesi gerektiği, görevle ilgili hususlarda kazanılmış hakkın söz konusu olmadığı hususunda herhangi bir şüphe yoktur. Esasen makalemizin konusu da bu değildir. Vurgulamak istediğimiz gerçek, tıp etkinlik alanı içerisinde tanı ve tedavi amacı taşıyan tıbbi uygulamalarda ilişkinin bir tüketici hukuku mantığı ile çözülemeyeceği gerçeğidir. Tıp etkinlik alanı, sadece bilimsel bir faaliyet değil aynı zamanda hemen hemen tamamı hukuk normu haline gelmiş yaklaşık iki bin beş yüzyıllık etik ilkeler çerçevesinde yapılan bir sağlık hizmeti sunum alanıdır. Sağlık hizmetlerinin sunumunda hekim hasta arasındaki ilişkiyi doğrudan etkileyen Devlet'in belirlediği sağlık politikalarının, hastanın dini inançlarının, bizzat hastanın bedeninden kaynaklanan farklılıkların çok önemli katkısı bulunmaktadır. Belirtilen katkıların Tüketici Hukuku kapsamında karşılıklarını bulabilmek hemen hemen imkânsızdır.

Diğer yandan 6502 sayılı Kanun'un tanımlar başlığını düzenleyen 3.maddesine baktığımızda Kanunun tıp etkinlik alanı ile bağdaşmadığı kolaylıkla anlaşılacaktır. Mesela "h" bendinde malın tanımı yapılmaktadır. Acaba, tıpta ya da insan bedeninde mal tanımı yapılabilir mi? Yapılan bir kan nakli sonucunda bir bulaşıcı hastalık etkeninin alıcıya geçmesi halinde kan bir mal mıdır? Kan mal olarak kabul edilecek olsa ayıplı bir mal mıdır? Kan, ayıplı bir mal olarak kabul edilecek olsa tüketici olarak tanımlanan hasta seçimlik tüketici hakkını nasıl kullanacaktır? Kanunun 11/1-ç maddesi, imkan varsa satılanın ayıpsız bir misli ile değiştirilmesini isteme seçimlik hakkından bahsetmektedir. Bu durumda, tüketici olarak adlandırılan hasta, kendisinden nakledilen miktarda kan alınıp yerine o



miktarda kan talebinde mi bulunacaktır?

Tıp etkinlik alanı bağdaşmayan ve Kanunun amacına aykırı olan yukarıdaki kan örneğine benzer birçok örnek verilebilir. Ancak ilave örnekler hiç de gerek yoktur. Bunun yerine hem 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hem de bu Kanun'un 72. ve 84. Maddelerine dayanılarak hazırlanmış 27 Kasım 2014 tarih ve 29188 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş olan Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliğine baktığımızda hem Kanun'un hem de Yönetmeliğin uygulanmasında Bakanlık, Gümrük ve Ticaret Bakanlığını ifade eder denilmektedir. Bu hüküm bile tıp etkinlik alanını tıp etiği ilkelerinden koparmak anlamına gelir. Aşağıda verilen ve tıp deontolojisi ve tıp etiğini ilgilendiren normları tamamen geçersiz kılmaktadır.

*1960 yılında yürürlüğe giren Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi (Tüzüğü)'nin 8.maddesi; "Tabiplik ve dış tabipliği mesleklerine ve tedavi müesseselerine ticari bir veçhe verilemez".

*Türk Tabipleri Birliği'nin 10-11 Ekim 1998 tarihinde yapılan 47.Büyük Kongresinde kabul edilerek 6023 sayılı yasanın 59/g maddesine dayanılarak hazırlanan ve 01/02/1999 tarihinde yayımlanan Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 11.maddesi; "Hekim mesleğini uygularken reklam yapamaz, ticari reklamlara araç olamaz, çalışmalarına ticari bir görünüm veremez".

* Avrupa Konseyi üyesi devletler tarafından imza altına alınmış 4 Nisan 1997 tarihli İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin 21. maddesi; insan vücudu ve parçaları bu nitelikleri dolayısıyla ticari kazanç sağlanmasına konu olamayacaktır.

* 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanununun 59 uncu maddesine dayanılarak hazırlanmış ve 28/04/2004 tarih 25446 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş Türk Tabipleri Birliği Disiplin Yönetmeliğinin 4/c maddesine göre; "Her türlü iletişim mecrasında reklam amacına yönelik yazılar yazmak, yazdırmak veya açıklamada bulunmak yahut ortağı olduğu kuruluş veya şirket aracılığıyla bu anlamda reklam yapılmasını sağlamak" para cezasını gerektiren bir disiplin suçudur.

Sonuç olarak;

Tüm dünyada olduğu gibi Türkiye'de de yaşanan yüksek ivmeli toplumsal, ekonomik, teknolojik gelişmeler ve değişimler her alanda olduğu tıp etkinlik alanında da gelişmelere ve özellikle çok önemli değişmelere neden olmuştur. İnsan hakları bilincinin artması sürecinde bireyselleşmenin hızlanması, hekim başta olmak üzere sağlık personeline ve sağlık hizmetlerine ulaşımın kolaylaşması, kişi başına hekime ya da hastaneye

başvuru ve tıbbi müdahale sayısını artırmıştır. Geline süreçte etki eden bazı katalizörlerin de etkisiyle hasta-hekim ya da hasta-hastane ilişkilerindeki yargıya yansıyan uyuşmazlık sayısında da çok önemli bir artış yaşanmıştır.

Tıbbi uygulama hatalarının yargısal çözümünde yaşanan çeşitli sorunlara (açılan dava sayısındaki artış, bilirkişilik sistemi, rücu davaları gibi) bağlı olarak yargılama sürecinin uzaması, bunun sonucu yargılamanın pahalı olması, adaletin gerçekleşmesindeki gecikme devletin en önemli görevi ve erki olan yargıyı ister istemez olumsuz etkilemiştir. Ancak, sorunun çözümü olarak sağlık hizmetleri sunumunda hekim-hasta arasındaki ilişkide ortaya çıkan uyuşmazlıkları tüketici hukuku mantığı ile Tüketici Mahkemelerine verme fikri, bilimsel-etik ve hukuki değerler üçgeninde bir faaliyet gösteren tıp etkinlik alanı açısından uygun değildir.

Tüketici mahkemeleri nezdinde tüketiciler ve tüketici örgütleri tarafından açılan davaların 492 sayılı Harçlar Kanununda düzenlenen harçlardan muaf olduğunu belirten hüküm, sağlık alanında özellikle bilimsel ve etik gerekçelerden yoksun olarak açılacak davaların sayısını çığ gibi büyütür ve sağlık hizmetlerindeki çalışma barışını ve huzurunu bozarak, hekimler başta olmak üzere tüm sağlık personelinin ve sağlık özel tüzelkişilerinin motivasyonunu azaltarak sonuç itibarı ile ülkemiz sağlık hizmetlerinin sunumunda yeni sorunlara neden olacağı gibi Tüketici mahkemelerini de ağır bir yükün altına sokacaktır.

Hekim hasta arasındaki ilişkinin vekâlet sözleşmesi olarak kabul edildiği ve hali hazırda vekalet sözleşmesi hükümlerinin sağlık personeli lehine olan bazı hükümlerinin uygulanmadığı yönünde önemli gerekçelerin ileri sürüldüğü bu süreçte hekim hasta arasındaki ilişkinin kendine özgü bir sözleşme olarak yeniden yapılandırılması ve bu ilişkiye ilişkin uyuşmazlıkların çözümü görevinin kurulacak "Tıp İhtisas Mahkemesi"ne verilmesinin uygun olacağını belirtmek isterim. Tıbbi uygulama hataları ile ilgili olarak ileriki günlerde açılacak dava sayısının önemli derecede artacağını bugünden öngörebilmek açılan davaların ivmesine baktığımızda hiç de zor değildir.

Son söz olarak, ilahi bir sanat olarak başlayan tıp etkinlik alanında başrol oynayan ve tanrısal bir güce sahip olduğu kabul edilen hekimin Hipokrat döneminde baba gibi kabul edilerek yeryüzüne indirilmesi sürecinden sonra gelinen noktada, insan haklarının gelişimi ile daha büyük bir anlam kazanan yaşam hakkı ve bu hakkın en önemli bileşeni olan sağlık hakkının ticari bir anlayışla değerlendirilerek hekimin bir ticaret erbabı olarak algılanması, üzerinde çok düşünülmesi gereken önemli bir sonuçtur.



KAYNAKLAR

AKYILDIZ, Sunay -KÖK, Ahmet Nezih -YILDIRM, Turan: Tıp Hukuku Atölyesi-II, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s.129-130.

AYDIN, Erdem: Dünya ve Türk Tıp Tarihi, Güneş Kitabevi, Ankara, 2006, s.56-59.

AYDIN, Erdem Aydın: Tıp Etiğine Giriş, Pegem Yayıncılık, Ankara, 2001, s.203-207.

DOĞAN, İlyas -AKIL, Abdülkadir -ÇAMURCUOĞLU, Gülden: Uluslararası Hukukun Değişim Süreci ve İstanbul Protokolünün Uygulamadaki Anlamı, (içinde: İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü, Editör İlyas Doğan, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı), Özkan Matbaacılık, Ankara, 2009, s.3-46.

HAKERİ, Hakan: Tıp Hukuku, 4.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s.47-55.

JACKSON, Jennifer: Ethics in Medicine, Polity Press, Cambridge, 2006, p.

JAMES, Jason Payne -BUSUTTIL, Anthony -SMOCK, William: Forensic Medicine Clinical and Pathological Aspects, GMM, London, 2002, p.6.

KARA, İlhan: Tüketici Hukuku, Engin Yayınevi, Ankara, 2012, s.33.

KAYA, Cemil Kaya: Rücuen Tazminat İstemiyle Açılan Davalarda Görevli Yargı yerinin Belirlenmesi Konusunda Uyuzmazlık Mahkemesi Uygulaması, İÜHFM C.LXX, S.1, s.115-122, 2012.

KÖK, Ahmet Nezih: Türk Ceza Adalet Sisteminde Adli Tıp Uygulamaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s.7.

KÖK, Ahmet Nezih: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesine Göre Aydınlatma ve Rıza, Khuka, 2005; 8: 116-121.

KÖK, Ahmet Nezih: Şiddetin Kıskaçında Hekim Hakları ve Vekâlet Sözleşmesinin Farklı Yorumu, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, 2014; 9 (100):784-789.

SAL, Tuğba Kaya: Tüketici Hakem Heyetlerinde Yaşanan Sorunlar, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, 2014; 9 (100):739-741.

SERT, Gürkan: Hasta Hakları, Babil Yayınları, İstanbul, 2004, s.320.

TUTUMLU, Mehmet Akif: Özel Hastanede Yanlış Teşhisten ve Tedaviden Kaynaklanan Tazminat Davasında Görevli Mahkeme Sorunu, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, 2014;9 (93): 172-175.