

^HTİBBÎ MÜDAHALELERDEN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARDA TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN'UN UYGULANMASI

*Doç. Dr. Hasan PETEK**

GİRİŞ

4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, kamu yararına uygun olarak tüketicinin sağlık ve güvenliği ile ekonomik çıkarlarını koruyucu, aydınlatıcı, eğitici, zararlarını tazmin edici, çevresel tehlikelerden korunmasını sağlayıcı önlemleri almak ve tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini özendirmek ve bu konudaki politikaların oluşturulmasında gönüllü örgütlenmeleri teşvik etmeye ilişkin hususları düzenlemek amacıyla (m.1) 23.2.1995 tarihinde çıkartılmış, 8.3.1995 tarih ve 22221 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak 6 ay sonra (8.9.1995) yürürlüğe girmiştir (m.33). Kanun'da 4226, 4703, 4822 ve 5217 sayılı Kanun'larla değişiklikler yapılmıştır; özellikle 6.3.2003 tarihli 4822 sayılı Kanun'la esaslı değişikliklerin getirildiği belirtilmelidir¹.

Tüketicilerin mal veya hizmet sunan meslek erbabı karşısında bilgi, tecrübe ve ekonomik bakımdan mücadele edemeyecek durumda olmaları, borçlar hukukunun mevcut kurallarının onların korunmasında yetersiz kalması, tüketicilerin özel bir kanunla korunması ihtiyacını ortaya çıkarmıştır;

^H Hakem incelemesinden geçmiştir.

^{*} İzmir Gediz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ Çalışmamızın baskıya verildiği tarihte Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı Türkiye Büyük Millet Meclisine sevkedilmekle birlikte henüz yasalaşmadığından, çalışmamızda yürürlükteki Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a göre açıklamalar yapılmış, önemli görülen hususlarda ise Tasarı hükümlerine değinilmiştir.

bu Kanun'u uygulamak üzere, uzmanlık esasına dayanan özel Tüketici Mahkemeleri kurulmuştur. Bu özel konumdaki mahkemeler² genel mahkemelerin işyükünü azalttığı gibi, önlerine gelen dava ve işleri özel yargılama usulleri içerisinde daha hızlı ve isabetli bir şekilde sonuçlandırmaktadır³.

4077 sayılı Kanun'un kabulünden bu yana, Kanun'un kapsamına - Tüketici Mahkemelerinin görev alanına- nelerin girdiği yoğun tartışmalara

² Genel mahkemeler, medenî yargı alanında tarafları kim olursa olsun her türlü uyuşmazlığa bakan mahkemelerdir. Özel mahkemeler ise, belirli kişi veya meslek grupları arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklar ile kapsamı kanunla belirlenmiş uyuşmazlıklara bakmak için özel kanunlarla kurulan mahkemelerdir. Özel mahkemelere örnek olarak iş mahkemeleri, kadastro mahkemeleri, tüketici mahkemeleri verilebilir (**Ulukapı**, Ömer: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları (Tüketici Mahkemeleri), Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1996/1-2 (Prof.Dr.Şakir Berki'ye Armağan), s. 87); **Atasoy**, Ömer Adil/**Taşkın**, Mustafa/**Acar**, Hakan: Tüketiciyi Koruma Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2000, s. 198. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 23. maddesinin ikinci fıkrasına göre "Tüketici mahkemeleri nezdinde tüketiciler, tüketici örgütleri ve Bakanlıkça açılacak davalar her türlü resim ve harçtan muaftır."; bu durum, genel mahkemelere göre başvuruları kolaylaştırıcı ve tüketicilerin haklarını daha kolay yoldan elde etmelerini sağlayıcı niteliktedir (**Zevkliler**, Aydın/**Aydoğdu**, Murat: Tüketicinin Korunması Hukuku, 3.Bası, Ankara 2004, s. 443). "Tüketici Mahkemesi özel bir mahkemedir ve özel mahkemelerin görevi genel mahkemelerin görevinden önce gelir. Talepler arasında bağlantı bulunması hâlinde taleplerin tamamı için özel mahkeme durumundaki Tüketici Mahkemesi görevlidir." 14.HD., 177.3.2008, 2462/3299 (**Kırmızı**, Mustafa: Tüketici Hukuku, Ankara 2011, s. 300, dn.22).

³ **Ulukapı**, s. 88; **Tutumlu**, Mehmet Akif: Tüketici Mahkemelerinin Görev ve Yetki Sınırları, Ankara 2006, s. 63-64. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 22. maddesine göre, tüketici ile satıcı/sağlayıcı arasındaki uyuşmazlığın değeri belirli bir miktarın altındaysa (2013 yılı için 1.191,52 TL; Büyükşehir statüsünde bulunan illerde faaliyet gösteren il hakem heyetlerinin uyuşmazlıklara bakmakla görevli ve yetkili olmalarına ilişkin alt parasal sınır 3.110,58 TL), tüketici sorunları hakem heyetine başvurulması zorunludur; bu heyetin vereceği karara karşı 15 gün içinde tüketici mahkemesine itiraz edilebilir ve bu durumda tüketici mahkemesinin uyuşmazlık hakkında vereceği karar nihaidir. Uyuşmazlığın değeri itibariyle öncelikle tüketici sorunları hakem heyetine başvurulmadan doğrudan tüketici mahkemesine dava açılmışsa, mahkeme tarafından görevsizlik kararı verilmektedir. Söz konusu değer üzerinde uyuşmazlıklar için ise, doğrudan tüketici mahkemesine dava açılabilir (**Ertabak**, Ünal: Tüketici Mahkemelerinde Çözülmesi Gereken İhtilaflar, Legal Hukuk Dergisi 2012/115, s. 39-40).

konu oluşturmuştur. Bunların birçoğu doktrinde hâlâ tartışılmaya devam edilmekle birlikte, Yargıtay kararlarıyla bazı konularda mahkemelere verecekleri kararlarda emsal oluşturabilecek şekilde sorunların hükme bağlandığı görülmektedir. Fakat Yargıtay kararlarında varılan sonuçların isabetli olup olmadığının sorgulanması gerekir.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin yakın bir tarihte verdiği kararda⁴, tıbbî müdahalelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında tüketici mahkemelerinin görev alanına girdiğine hükmedilmiştir. Söz konusu kararın isabetli olup olmadığı ve bu kararın sonuçları çalışmamızda incelenecektir.

Hemen belirtmelidir ki, tıbbî müdahalelerden kaynaklanan uyuşmazlıklar bazen bu faaliyetlerde kullanılan malzemelerle (ürünlerle) ilgili ayıplar (örneğin hatalı bir uygulama olmaksızın sadece kullanılan ayıplı iğnenin vücut içinde kırılması yüzünden) ortaya çıkabilse de, çalışmamızda ayıplı ürün sebebiyle üreticisinin sorumluluğu değil, tıbbî müdahalelerin hatalı yürütülmesi sebebiyle sağlayıcının sorumluluğu üzerinde durulacaktır. Eğer kullanılan ürünün ayıbı yanında, tedavi hizmetinin de ayıplı ifası söz konusuysa, bu durum da çalışmamıza (sadece sağlayıcının sorumluluğuyla sınırlı olarak) dâhildir.

Yine belirtmelidir ki, tıbbî müdahaleler sözleşmeye dayanabileceği gibi, haksız fiil veya vekâletsiz işgörme şeklinde de ortaya çıkabilir. Çalışmamızda, sadece sözleşmeye dayanan tıbbî müdahaleler göz önünde bulun-

⁴ 13.HD., 28.9.2012, 21184/20509 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Yargıtay 13. Hukuk Dairesi bozma kararına karşı yapılan karar düzeltme talebinde, "... 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, uyuşmazlığın genel mahkemede görülmesi gerekir. Davaya bakmak, genel mahkemelerin görevi içinde kalacağından bu hususun gözden kaçırılarak sehven bozulduğu yeniden yapılan inceleme sonucundan anlaşılacakla davalının karar düzeltme taleplerinin kabulüne ve Dairemizin 28.09.2012 gün, 2012/21184 esas, 2012/20509 karar sayılı Bozma kararının kaldırılarak, tarafların temyiz itirazlarının incelenmesine karar vermek gerekmiştir." ifadesiyle önceki verdiği karardan dönmüştür (13.HD., 15.4.2013, 1177/9534; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Çalışmamızda Yargıtay'ın verdiği ilk kararın doğru, ikinci kararın hatalı olduğu ortaya konulmaya çalışılacaktır.

durulmuştur; haksız fiil veya vekâletsiz işgörmeye dayanan tıbbî müdahalelerde bir tüketici işleminden söz edilebilmesi mümkün olmadığından, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un uygulanabilmesi ve tüketici mahkemelerinin görevli olabilmesi de mümkün değildir.

I. TIBBÎ MÜDAHALELERDEN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARDA TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN'UN UYGULANMA ŞARTLARI

A. TEMEL KAVRAM VE TANIMLAR

1. Tıbbî Müdahale

Tıbbî müdahale, “*Tıp mesleğini icraya yetkili bir kişi (hekim) tarafından⁵, doğrudan ya da dolaylı tedavi amacına yönelik olarak gerçekleştirilen her türlü faaliyeti ifade eder.*” şeklinde tanımlanmakta olup, en basit teşhis ve tedavi yöntemlerinden en kapsamlı ve ağır cerrahî ameliyatlara kadar uzanmaktadır⁶. Cerrahî müdahale ise, doğrudan doğruya organ veya dokular üzerinde fiziksel değişiklikler meydana getirmek üzere yapılan, organdaki ve dolayısıyla organizmadaki bozuklukları gidermeye yönelik tıbbî girişimdir⁷.

⁵ 11.4.1928 tarih ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 3. maddesine göre, hekim olabilmek için aranan koşullar: a) Türk vatandaşı olmak, b) Tıp fakültesi diplomasına sahip olmak, c) Tabip odasına kayıtlı bulunmak, d) Hekimlik mesleğinin icrasına geçici veya sürekli engel hâli bulunmamaktır. Önemli cerrahi müdahaleler için uzmanlık diplomasına da sahip olmak gerekmektedir.

Kanunlarda genel uzmanlığın çalışma alanı -kural olarak- sınırlandırılmadığından, genel uzmanlığı bulunan bir hekim, özel uzmanlık bulunan alanlarda çalışma yaptığında hukuka aykırılık söz konusu olmamaktadır; fakat özel uzmanlık dalının gereği olan bilgiler ile araç ve gereçlere sahip olmadan yapılacak tıbbî müdahaleden doğan zararlar hukuka aykırı bir hâle gelebilir ve hekim kusuru nedeniyle sorumlu tutulabilir (Aşçıoğlu, Çetin: Tıbbî Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar, Ankara 1993, s. 45; Ayan, Mehmet: Tıbbî Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 1991, s. 6; Hakeri, Hakan: Tıp Hukuku, 4.Bası, Ankara 2012, s. 256 vd.); 4.HD., 6.5.1991, E.1990/5104, K.1991/429 (Aşçıoğlu, s. 45-46).

⁶ Ayan, s. 5; İpekyüz, Filiz Yavuz: Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul 2006, s. 22; Ozanoğlu, Hasan Seçkin: Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü, AÜHFHD 2003/3, s. 58-59.

⁷ İpekyüz, s. 30.

2. Hizmet

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 3/d hükmüne göre "*Hizmet: Bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan mal sağlama dışındaki her türlü faaliyeti*" ifade eder. Kanun anlamında mal denildiğinde, alış-verişe konu olan taşınır eşyayı, konut ve tatil amaçlı taşınmaz malları ve elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri gayri maddî malları anlamak gerekir (m.3/c)⁸.

Kanun'un kapsamına giren bir hizmetten söz edilebilmesi için, mal sağlama dışında bir faaliyetin bulunması (bedensel ve/veya fikrî emek ürünü olması) ve hizmetin belirli bir parasal menfaat (ücret) karşılığı yapıyor olması gerekir⁹. Buna göre, hastanın tedavisini sağlayan bir ameliyat

⁸ Kanun'un hizmet tanımı, İş Kanunu'ndaki ve Türk Borçlar Kanunu'ndaki hizmet (iş) sözleşmelerindeki hizmet anlamında değil, geniş anlamda işgörme sözleşmelerindeki anlamıyla kullanılmıştır (Aydoğdu, Murat: 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Ayıplı Mal Veya Hizmetlerde Tüketicinin Korunması, İzmir Barosu Dergisi 1997/4, s. 44). Kanun'da hizmetin kapsamının geniş tutulmasındaki amaç, tüketiciyi koruma düşüncesidir; fakat Yargıtay bunu dar yorumlayarak bazı hizmetleri kanun kapsamında değerlendirmemektedir (Kara, İlhan: Tüketici Hukuku, Ankara 2012, s. 393).

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı'nın 3/1-d hükmünde hizmet, "*bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan ya da yapılması taahhüt edilen mal sağlama dışındaki her türlü tüketici işleminin konusunu*", 3/1-h hükmünde ise mal "*Alışverişe konu olan; taşınır eşya, konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallar ile elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri her türlü gayrimaddî malları*" ifade eder şeklinde tanımlanmıştır.

⁹ Zevkililer/Aydoğdu, s. 93; Atasoy/Taşkın/Acar, s. 37 vd.; Aslan, İ. Yılmaz: Tüketici Hukuku, 3.Bası, Bursa 2006, s. 26-27; Aslan, İ. Yılmaz: Tüketici Hukuku Dersleri, Bursa 2006, s. 51; Deryal, Yahya: Tüketici Hukuku, 2.Bası, Ankara 2008, s. 82; Doğan, Gül: Satıcının Ayıplı Mallardan ve Sağlayıcının Ayıplı Hizmetlerden Sorumluluğu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2008/1, s. 200; Tutumlu, s. 85; Tiryaki, Betül: Tüketicinin Korunması Hukuku Açısından Ayıplı Hizmetten Doğan Sorumluluk, Ankara 2007, s. 41. Bu kapsamda bir bahçe duvarının yapılması, bir binanın boyanması, bir binanın kalorifer tesisatının yapılması, PVC pencere doğrama imalatı ve montajının yapılması, koltuk takımının imal edilmesi, mutfak dolaplarının yapılması, evin parke işlerinin yapılması gibi faaliyetlerin hizmet kavramına girmesi gerekmele birlikte, Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin kararlarında bu türdeki işler eser sözleşmesi olarak değerlendirilmekte ve genel mahkemelerde dava açılması gereken bu tür uyuşmaz-

lıklarda mahkemelerin Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun hükümlerini değil, genel hükümleri uygulaması gerektiği kabul edilmektedir (Tutumlu, s. 85).

Gerçekten de Yargıtay 15. Hukuk Dairesi istikrarlı bir şekilde, “4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 3/f bendinde “Tüketici bir mal veya hizmeti özel amaçlarla satın alarak nihai olarak kullanan veya tüketen gerçek veya tüzel kişi” olarak tanımlanmıştır. Burada, Yasanın daha çok bir mal veya hizmeti satın alarak onu günlük yaşamında tüketen kişiyle ilgilendiği ve bu tüketiciyi korumayı amaçladığı kabul edilmiştir. Zira, kanun koyucunun amacı genişletilirse, örneğin; zorunlu olarak bir binanın yapım işinin dahi kanun kapsamında kaldığını ve buna ilişkin ortaya çıkacak uyuşmazlıklara da Tüketici Mahkemesinde bakılması icap edeceğinin kabulü gerekir.” 15.HD., 9.4.2002, 5915/1689 (Tutumlu, s. 309); “4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 3/f bendinde “Tüketici bir mal veya hizmeti özel amaçlarla satın alarak nihai olarak kullanan veya tüketen gerçek veya tüzel kişi” olarak tanımlanmıştır. Bu tanımlamaya göre yasa hazır bir malı veya hizmeti satın alarak onu günlük yaşamında kullanan veya tüketen kişiyi korumaktadır. Aksinin düşünülmesi hâlinde üst düzey teknolojiyle gerçekleştirilen eser sözleşmesi ilişkilerinin dahi yasa kapsamında kaldığını ve bunlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların da -yasanın amacına rağmen- Tüketici Mahkemelerinde bakılması gerekeceğinin kabulü icap eder.” 15.HD., 16.6.2003, 1042/3187 (Tutumlu, s. 310-311); “Yasa dar kapsamlı mal veya hizmet ilişkileri, olağan tüketim işleri kapsama alınmıştır.” 15.HD., 21.6.2005, 6035/3720 (Tutumlu, s. 311); “Söz konusu Kanun, hazır bir mal veya hizmeti satın alarak, onu günlük yaşamında kullanan veya ondan yararlanan kişiyi korumak için çıkarılmıştır. Başka bir anlatımla, satım akdine konu oluşturan, tüketime yönelik dar kapsamlı mal ve hizmet ilişkileri kanun kapsamına alınmıştır.” 15.HD., 18.7.2005, 4425/4339 (Tutumlu, s. 312); “Aksi hâlde bir baraj, liman, bir otoyol, bir santral ve bir bina yapımı gibi üst düzeyde teknoloji gerektiren ve istisna (eser) sözleşmesinin konusunu oluşturan işlerin de yasa kapsamında kaldığının ve bunlarla ilgili uyuşmazlıklara da tüketici mahkemelerinde bakılması icabettiğinin kabulü gerekir.” 15.HD., 25.9.2003, 697/4297 (Tutumlu, s. 312-313); “Bu hâliyle taraflar arasındaki hukukî ilişki istisna (eser) sözleşmesi olup, anılan yasanın, istisna sözleşmesinin konusunu oluşturan bu boyut ve ağırlıktaki ilişkilerde uygulanması hukuken ve fiilen mümkün değildir.” 15.HD., 15.5.2002, 1401/2522 (Tutumlu, s. 314) gibi gerekçelerle, eser sözleşmesi olarak nitelendirdiği sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların genel mahkemelerde görülmesi gerektiğine hükmetmektedir.

Kanaatimizce Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 26.2.2003 tarih ve 15-127/102 nolu kararına karşı oy yazan üyenin bu konudaki açıklamaları daha isabetlidir: “Tüketici mahkemeleri nezdinde dava açabilmenin koşulları şunlardır:

1- Uyuşmazlık, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un uygulanması ile ilgili olmalı ve

2- Davanın tüketiciler, tüketici örgütleri ve bakanlıkça açılması gerekmektedir.

Uyuşmazlık konusu somut olaya baktığımızda davayı açanın tüketici olduğunda duraksamaya yer yoktur. Zira olayımızda davayı açan anılan Kanun'un 3. maddesinde tanımını bulan "bir mal veya hizmeti özel amaçlarla satın alarak nihai olarak kullanan veya tüketen gerçek veya tüzel kişi" den olan gerçek kişidir.

Taraflar arasındaki ilişkide satın alam ile monte işlemleri, diğer bir ifade ile satın alma akdi ile eser sözleşmesi birbiri içine girmiştir. Bunun için taraflar arasındaki işi "hizmet" olarak kabul etmek gerekir. Öğretide "buna göre yalnızca bedeni emeğe dayalı bir hizmet (binanın boyanması, duvarın örülmesi, otomobil motorunun onarılması vb.) ya da yalnızca fikri emeğe dayalı bir hizmet (bir plan ya da projenin yapılması, bir başvuru dilekçesinin hazırlanması, sipariş üzerine bir telif eserinin hazırlanması vb.) başlı başına hizmet sayılacağı gibi; bunların karması olan yani hem bedeni hem de fikri nitelikli faaliyetleri de (inşaat plan ve projenin yapılması ev binanın buna uygun olarak yapılması, belirli mesajı ya da konuyu yansıtacak bir kompozisyon yaratarak bunu bir binanın duvarına boya veya mozaik ile işleme; en çetin hava koşullarına dayanıklı bir yalıtım sisteminin getirilip projelendirilmesi ve bunun bir binanın çatısına uygulanması) hizmet sayılır (Prof.Dr.Aydın Zevkliler, Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, 2001-2 baskı) denilmek suretiyle olayımızdaki işin de bir hizmet olduğunun kabulü gerekir." (Tutumlu, s. 336-337).

Doktrinde de **Aslan** (s. 16; **Aslan**, Dersler, s. 43) tarafından, Kanun'da hizmet tanımının çok geniş bir şekilde yapıldığı, mal olmayan ve bir bedel karşılığı olan her şeyin hizmet sayıldığı, taraflardan birisinin tüketici olduğu her türlü hukukî işlemin de kanun kapsamında kabul edildiği, eser sözleşmesini ayırık tutan bir hükmün bulunmadığı, sadece taraflardan birisinin tüketici tanımına uymadığı eser sözleşmelerinin kanun kapsamında olmaması gerektiği belirtilerek Yargıtay'ın tavrı eleştirilmektedir. Benzer görüş için bkz **Kara**, s. 39, 108-109, 122-124; **Doğan**, s. 200, dn.30. **Akıncı** da, hazır giyim mağazasından elbise satın alan kişiyi tüketiciyi koruyan hükümler kapsamına alırken, terziye elbise diktiren kişiyi bu korumadan yararlandırmamanın (satım yerine eser sözleşmesi yaptı diye tüketiciyi korumamanın) gerekçesinin anlaşılmasız olduğunu ifade etmektedir (**Akıncı**, Şahin: Ayıplı Mal ve Hizmetlere Karşı Tüketicinin Korunması, Konya 1998, s. 22-23). Vekâlet ve eser sözleşmesinin de Kanun kapsamında olduğu hakkında bkz. **Erdoğan**, İhsan: Satıcının Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Karşısında Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Türk Hukuk Enstitüsü Dergisi 1996/2, s. 12. **Kırmızı**'ya (s. 27) göre de, Kanun'da sayılan sözleşmeler dışındaki sözleşmelerde de Kanun'un 1. maddesinde belirtilen amaçlarla mal ve hizmet piyasalarında tüketicinin taraflardan birini oluşturduğu her türlü tüketici işlemleriyle ilgili uyuşmazlıklarda da Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun uygulanır.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı'nın tüketici mahkemelerini düzenleyen 73. maddesinin birinci fıkrasındaki "Tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin davalarda tüketici mahkemeleri görevlidir." hükmünde herhangi bir açıklık bulunmamakla birlikte, hükmün gerekçesinde,

bedensel, teşhise yönelik danışmanlık ise fikrî bir emek ürünü olarak Kanun anlamında hizmet kabul edilir; teşhisten sonra tedavi faaliyeti şeklinde her ikisinin bir arada bulunması da şüphesiz mümkündür.

Kanun anlamında hizmetin bazıları doğrudan malla ilgiliyken (örneğin kuru temizleme faaliyeti), bazıları doğrudan kişiyle (örneğin tedavi faaliyeti), bazıları ise dolaylı olarak mal veya kişiyle ilgilidir. Tıbbî müdahaleler şeklindeki hizmetlerde mallar yerine gerçek kişiler obje olarak alınmakta, bu hizmetler kişiler üzerinde doğrudan etkide bulunmaktadır¹⁰; bu sebeple, hizmet türlerinden doğrudan kişiyle ilgili hizmetler inceleme konumuza girmektedir.

3. Tüketici

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 3/e hükmüne göre "Tüketici: Bir mal veya hizmeti ticarî veya meslekî olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişiyi" ifade eder¹¹.

"Birinci fıkrada, kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere kendi işi, işletmesi, zanaatı veya mesleğine ilişkin ticarî amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında yapılan, eser, taşıma, simsarlık sözleşmeleri de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukukî işlem ve tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklarda tüketici mahkemeleri görevlendirilmiştir." denilmek suretiyle, doktrinde belirtilen eleştiriler karşılanmıştır. Kanun'un tüketici işlemini tanımlayan 3/1-l hükmünde daha da ayrıntılı bir düzenlemeyle, "Tüketici işlemi, kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticarî veya meslekî 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 hukukî işlemi" ifade ettiği hükmüne yer verilmiştir. Bu hükmün gerekçesinde "Yapılan en esaslî değişiklikler... tüketici işlemi kavramının kapsamının genişletilmesidir. Buna göre tüketici işlemi; eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere kurulan her türlü sözleşme ve hukukî işlemi ifade eder şeklinde yeniden düzenlenmiştir. Böylece uygulamada ortaya çıkan ve tüketici sözleşmelerinin kapsamını daraltan yorumların da önüne geçilmiş olacaktır." Görüldüğü gibi, yeni Kanun yürürlüğe girdiğinde doktrinde yapılan yukarıdaki tartışmalar önemini kaybedecektir.

¹⁰ Bu konuda geniş bilgi için bkz. **Tiryaki**, s. 44 vd.

¹¹ Tüketici kavramı hakkında geniş bir değerlendirme için bkz. **Ozanoğlu**, Hasan Seçkin: Mukayeseli Hukuk ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Tüketiciyi

Tıbbî müdahaleler bakımından değerlendirildiğinde, tedavi hizmetinden yararlanan tüketicinin tüzel kişi olabilmesi mümkün değildir. Medenî Kanun'un 48. maddesinde tüzel kişilerin, cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün haklara ve borçlara ehil oldukları belirtilmiştir; bu sebeple, tedavi hizmeti söz konusu olduğunda, tıbbî müdahalenin uygulandığı bedene sahip olan sadece gerçek kişilerin tüketici olarak kabul edilmesi gerekir.

Tıbbî müdahalelerde tüketici, hasta olarak adlandırılmalıdır. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 4. maddesinin b bendine göre, "*sağlık hizmetlerinden yararlanma ihtiyacı bulunan kimse*" hasta olarak tanımlanmıştır. Fakat bu tanımın, yönetmelikteki haklardan yararlanacak kişiler olarak hasta yakınlarını da kapsamı sebebiyle çok geniş olduğu ifade edilmelidir. Sağlığı bozuk olan, esenliği yerinde olmayan, hastalanmış, rahatsız kişiler (dar anlamda) hasta olarak tanımlandığına; sağlık da, kişinin bedensel, ruhsal ve sosyal yönden tam bir iyilik hâli olarak tanımlandığına göre, bu durum içerisinde bulunmayan (tam bir sağlık ve iyilik hâlinde olmayan) kişileri hasta olarak tanımlamak mümkündür. Bu bakımdan, bedensel ve ruhsal olarak iyilik hâlinde bulunmadığı için sağlık hizmetine gereksinimi olan kişi, hasta (tüketici) olarak kabul edilmelidir.

Bedensel ve/veya ruhsal sağlığı bozuk kişilere hasta denildiği gibi, sağlık bakımından bir sorunu olmadığı hâlde, örneğin estetik kaygılarla ya da sünnet gibi toplumsal veya dinî düşüncelerle ya da tıbbî zorunluluk bulunmamasına rağmen kürtaj gibi sebeplerle hekime başvuran kişiler de hasta olarak değerlendirilmektedir; çünkü bu sebeplerle de olsa hekime başvuran kişi sonuçta sağlık hizmeti talebinde bulunmaktadır. Hasta haklarına ilişkin 1994 tarihli Amsterdam Bildirgesi'nde de, "*sağlıklı veya hasta olarak sağlık hizmeti kullananlar*" hasta kabul edilmektedir. Bu sebeple, hangi nedenle olursa olsun sağlık hizmeti talebinde bulunan kişinin hasta (tüketici) olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

Koruyan Düzenlemelerin Kişi Bakımından Uygulanma Alanı (Tüketici Kavramına Mukayeseli Bir Yaklaşım), Prof.Dr.M.Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 663 vd.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı'nın 3/I-k hükmünde tüketici, "*Ticari veya meslekî olmayan amaçlarla hareket eden gerçek kişiyi*" ifade eder şeklinde tanımlanmıştır.

4. Sağlayıcı

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 3/g hükmüne göre “Sağlayıcı: Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticarî veya meslekî faaliyetleri kapsamında tüketiciye hizmet sunan gerçek veya tüzel kişileri” ifade eder¹². Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticarî veya meslekî faaliyetleri kapsamında tüketiciye mal sunan gerçek veya tüzel kişiler ise satıcı olarak tanımlanmaktadır (m.3/f). Tıbbî müdahalelerde tüketicilere bir mal sunumu söz konusu olmadığından, satıcı kavramı çalışmamızın konusunu oluşturmamaktadır.

Kanun anlamında sağlayıcı sayılabilmek için gerçek veya tüzel kişi olmak, kamu tüzel kişisi veya özel işletme sahibi olmak, bir hizmeti bedel karşılığında tüketiciye sunmak ve hizmetle ilgili faaliyetleri kazanç sağlamak amacıyla sürekli olarak (ticarî veya meslekî faaliyetleri kapsamında) yapmak gerekir¹³.

Sağlayıcı sıfatını gerçek kişiler yanında, kamu tüzel kişileri veya özel işletme sahibi olanların taşıyabileceği Kanun'da belirtilmiştir. Burada sözü edilen işletme kavramı, Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan ticarî işletmeyle sınırlı değildir; esnaf, kamu kurum ve kuruluşları ile vakıf ve dernekler de Kanun'da yapılan tanım kapsamında faaliyetlerde bulunuyorlarsa, sağlayıcı sayılabilirler. Sağlayıcının tacir veya esnaf niteliğinde olması, tüketicinin Kanun kapsamında korunması bakımından bir farklılık yaratmamaktadır¹⁴.

Tıbbî müdahale denildiğinde, tıp mesleğini icraya yetkili bir hekim tarafından, doğrudan ya da dolaylı tedavi amacına yönelik olarak gerçekleştirilen her türlü faaliyet anlaşıldığından, bu tedavi faaliyetini yerine getiren bağımsız çalışan hekimler gerçek kişi sağlayıcı olarak kabul edilmelidir¹⁵.

¹² Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı'nın 3/I-ı hükmüne göre sağlayıcı, “Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticarî veya meslekî amaçlarla tüketiciye hizmet sunan ya da hizmet sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi” ifade eder.

¹³ Zevkliler/Aydoğdu, s. 85-87; Aslan, s. 20; Tiryaki, s. 31; Deryal, s. 78.

¹⁴ Zevkliler/Aydoğdu, s. 86; Tiryaki, s. 31; Deryal, s. 78.

¹⁵ Doktrinde, meslekleri bir işgörmeye içermekle birlikte, örneğin avukatların veya doktorların işlerinin özel kanunlarla düzenlenmesi sebebiyle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında sağlayıcı olmadıkları, tanımın dışında oldukları ileri sürülmüştür (İlhan, Cengiz: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Ankara 2006, s. 17). Bu görüş

Eğer tedavi faaliyetini yürüten hekim bağımsız çalışmayıp bir sağlık kurumunda istihdam ediliyorsa, sağlayıcı sıfatını, hekimi çalıştıran kurum taşır. Bu durumda da karşımıza, kamu kurum ve kuruluşlarına ait sağlık kuruluşları, özel hastaneler, ayakta teşhis ve tedavi verilen özel sağlık kuruluşları ile diğer sağlık kurum ve kuruluşları çıkar.

5283 sayılı Bazı Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Ait Sağlık Birimlerinin Sağlık Bakanlığı'na Devredilmesine Dair Kanun'a¹⁶ göre, kamu kurum ve kuruluşlarına (bakanlıklara, bakanlıkların bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşları ile diğer kamu kurum ve kuruluşlarına) ait tüm sağlık birimleri (hastane, doğumevi, sanatoryum, prevantoryum, dispanser, sağlık ocak ve merkezleri) Sağlık Bakanlığı'na devredilmiş, yönetim ve sorumluluk Sağlık Bakanlığı'na geçmiştir. Kanun'a göre, kamu kurum ve kuruluşlarına ait tüm sağlık birimleri (kurum tabiplikleri hariç olmak üzere, kamu kurum ve kuruluşlarına ait hastane, dispanser, sağlık merkezi veya istasyonu ile her ne ad altında olursa olsun insan sağlığıyla ilgili hizmet sunan tüm birimleri), 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 Bakanlığı'na devredilmiştir.

dayanağını, Kanun'da değişiklik yapılması amacıyla hazırlanan öntasarıdaki "özel bir kanunla düzenleme konusu yapılmamış hizmet" ifadesinden almaktadır; öntasarıdaki bu düzenlemeyle avukatlık, serbest muhasebeci mali müşavir ve benzeri hizmetleri düzenleyen kanunlar kapsamında gerçekleştirilen hizmetlerin kanun kapsamına girmeyeceği, özel bir kanunla düzenlenmemiş hizmetlerin Kanun kapsamında sayılacağı öngörülmüştü (Atasoy/Taşkın/Acar, s. 36-37). Öntasarının bu ifadesi Kanun'da yer bulmadığından, yürürlükteki mevzuat bakımından bu görüşün kabul edilmesi mümkün değildir. Başka bir ifadeyle, bazı mesleklere ve faaliyetlere ilişkin özel kanunların bulunması Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un uygulanmasına engel değildir; zira söz konusu Kanun tüketici işlemi sayılan her türlü işlemi kapsamına aldığından, çok farklı amaçlarla çıkartılan diğer özel kanunların tüketici işlemi niteliğinde düzenlediği ilişkiler için, artık daha özel nitelikte kabul edilmesi gereken ve tüketicinin korunmasını amaçlayan Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un uygulanması gerekir.

Bu husus yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı'nın 82. maddesinin ikinci fıkrasında "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 uygulanmasını engellemez." denilmek suretiyle vurgulanmıştır.

¹⁶ RG.: 19.1.2005, S. 25705.

Bununla birlikte, Cumhurbaşkanlığı, yüksek mahkemeler, Sayıştay, Türk Silahlı Kuvvetleri, Milli İstihbarat Teşkilatı, üniversiteler, mahalli idareler ve mazbut vakıflara ait sağlık birimleri bu devrin kapsamı dışında kaldığından, bu kurum ve kuruluşların hâlen kendilerine ait sağlık birimleri bulunmaktadır. Hangi statüde olursa olsun, söz konusu kamu kurum ve kuruluşlarını, tedavi hizmetini bedel karşılığında tüketiciye sunmaları ve bu faaliyetleri kazanç sağlamak amacıyla sürekli olarak (ticarî veya meslekî faaliyetleri kapsamında) yapmaları durumunda sağlayıcı olarak değerlendirmek gerekmektedir.

Özel hastaneler, 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu¹⁷ çerçevesinde faaliyette bulunan özel sağlık kuruluşlarıdır. Söz konusu Kanun'un uygulanma şeklini göstermek amacıyla Özel Hastaneler Tüzüğü¹⁸ ve Özel Hastaneler Yönetmeliği¹⁹ çıkartılmıştır; Özel Hastaneler Yönetmeliği, Devlete, il özel idarelerine, belediyelere, üniversitelere ve diğer kamu tüzelkişilerine ait hastaneler hariç olmak üzere, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzelkişilerine ait hastaneleri kapsayan düzenlemeler getirmiştir. Özel hastanelerin açılma, kullanma ve kapanma işlemleri bu mevzuata göre yürütülmektedir. Sağlık Bakanlığına bağlı hastaneler ise, Yataklı Tedavi Kurumları İşletmeleri Yönetmeliği hükümlerine göre yönetilmektedir. 2219 sayılı Kanun'a göre Devletin resmi hastanelerinden ve özel idareler ile belediye hastanelerinden başka, yatırılarak hasta tedavi etmek veya yeni hastalık geçirmişlerin zayıfları yeniden eski kuvvetlerini buluncaya kadar sıhhî şartlar içinde beslenmek ve doğum yardımlarında bulunmak için açılan ve açılacak olan sağlık yurtları özel hastanelerden sayılır. Sırf kendi çalışanlarına hizmet vermek üzere kişiler, özel şirketler, işçi kuruluşları ve benzerleri tarafından kurulmuş sağlık yurtları 2219 sayılı Kanun dışında olmakla birlikte, bunları da özel hastane olarak değerlendirmek gerekir. Özel hastane niteliğindeki tüm sağlık kuruluşlarını, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında sağlayıcı olarak değerlendirmek gerekir.

Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik²⁰ hükümlerine göre, ayakta teşhis ve tedavi hizmeti verilen özel

¹⁷ RG.: 5.6.1933, S. 2419.

¹⁸ RG.: 1.1.1983, S. 17924.

¹⁹ RG.: 27.3.2002, S. 24708.

²⁰ RG.: 15.2.2008, S. 26788.

sağlık kuruluşları; tıp merkezleri, poliklinikler, laboratuvarlar, müessese ve muayenehanelerdir. Hasta Hakları Uygulama Yönergesine göre Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapan Sağlık Kuruluşları; Sağlık Evi, Sağlık Birimi, Sağlık Ocağı, Ana Çocuk Sağlığı ve Aile Planlaması Merkezi, Verem Savaş Dispanseri, Kanserele Savaş Dispanseri, Sağlık Merkezi, Halk Sağlığı Laboratuvarı ve 112 Acil Hizmetleri Birimi ve benzeri kamu kurum ve kuruluşlarını ifade etmektedir. Tıbbî müdahalelerin gerçekleştirildiği ve tedavi hizmetlerinin sunulduğu bütün bu sağlık kuruluşları da, sağlayıcı olarak kabul edilmelidir.

Yukarıda belirtilen kuruluşlar dışında, sağlıkla ilgili olan ya da sağlık hizmeti veren daha birçok kurum ve kuruluş bulunmaktadır. Bunlardan bazıları şunlardır: Tıpta Uzmanlık Kurulu, Sağlık Meslekleri Kurulu, Türkiye Halk Sağlığı Kurumu, Türkiye İlaç ve Tıbbî Cihaz Kurumu, Türkiye Hudut ve Sahiller Sağlık Genel Müdürlüğü, Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumu, ağız ve diş sağlığı hizmeti sunan sağlık kuruluşları, akupunktur tedavisi uygulayan sağlık kuruluşları, genetik hastalıklar tanı merkezleri, hiperbarik oksijen tedavisi uygulayan sağlık kuruluşları, güzellik ve estetik merkezleri, üremeye yardımcı tedavi merkezleri, diyaliz merkezleri, kanser kayıt teşhis ve tarama merkezleri, radyoloji radyum ve elektrikle tedavi merkezleri, kaplıcalar ve içmeler.

Yukarıda belirtilen kamu tüzel kişileri ile özel hukuk tüzel kişileri, tedavi hizmetini bedel karşılığında tüketiciye sunuyorsa ve istihdam ettikleri hekimler veya diğer sağlık personeli aracılığıyla yürüttükleri faaliyetlerini kazanç sağlamak amacıyla sürekli olarak (ticarî veya meslekî faaliyetleri kapsamında) yerine getiriyorsa, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun anlamında sağlayıcı olarak kabul edilirler. Fakat kamu kurum ve kuruluşlarına ait hastanelerde ve diğer sağlık birimlerinde eğer özel hukuka dayanan bir sözleşme ilişkisine göre değil de, kamu hukukundan doğan (ticarî nitelikte olmayan) bir sağlık hizmeti sunulması söz konusuysa, Kanun anlamında sağlayıcılık sıfatından söz edilebilmesi ve Kanun hükümlerinin uygulanabilmesi mümkün değildir²¹.

²¹ 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren Türk Borçlar Kanunu'nun 55. maddesinin ikinci fıkrasına göre, "Bu Kanun hükümleri, her türlü idarî eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya

5. Tüketici İşlemi

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun tüketicilerin taraf olduğu her türlü hukukî işlemi değil, sadece tüketici işlemlerini esas almaktadır. Kanun'un 3/h hükmüne göre; “*Tüketici işlemi: Mal veya hizmet piyasalarında tüketici ile satıcı-sağlayıcı arasında yapılan her türlü hukukî işlemi*” ifade eder. İnceleme konumuz bakımından tüketici işlemi (sözleşmesi²²)ni, 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 tanımlamak mümkündür²³. Bu kapsama giren bir sözleşmeye, Kanun'un tüketicilere tanıdığı hükümler uygulanabilir.

tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanır.” Görüldüğü gibi, idarî eylem ve işlemlerin veya idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen kaybedilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlarda artık Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacaktır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 3. maddesine göre de “*Her türlü idarî eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut kişinin ölümüne bağlı maddî ve manevî zararların tazminine ilişkin davalara asliye hukuk mahkemeleri bakar.*” Bu hüküm gereği, kamu hastanelerinde tıbbî müdahalelerin sebep olduğu zararlara karşı asliye hukuk mahkemelerinde Sağlık Bakanlığına karşı davalar açılacak, açılan bu davalarda Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacaktır. Fakat Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 3. maddesi, Anayasa Mahkemesi tarafından anayasaya aykırı görülerek iptal edildiğinden (RG.: 19.5.2012, S. 28297), yeni düzenlemeye göre kamu hastanelerinde tıbbî müdahalelerin sebep olduğu zararlara karşı idare mahkemelerinde Sağlık Bakanlığına karşı davalar açılacak, fakat açılan bu davalarda Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacaktır.

²² Kanun'da sözü geçen “*işlem*” terimi tek taraflı işlemleri de kapsadığından, sadece iki taraflılığı ifade eden “*tüketici sözleşmesi*” kavramının kullanılmasının daha isabetli olacağı vurgulanmaktadır (Zevkliler/Aydoğdu, s. 72); Baykan, Renan: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Eksik ve Aksak Yönleri İle Tadiline İlişkin Çözüm Önerileri, İstanbul 2008, s. 21.

²³ Aslan, s. 10; Aslan, Dersler, s. 37; Tiryaki, s. 34; Deryal, s. 73; Doğan, s. 185; Yavuz, Nihat: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, 2.Bası, Ankara 2010, s. 11 vd.; Kara, s. 36. Ozanoğlu da tüketici sözleşmelerini “*(kural olarak) girişimciler (müteşebbisler) ile gerçek ya da tüzel kişi tüketiciler arasında gerçekleştirilen ve girişimcilerin kendi işletmesel faaliyetleri çerçevesinde, tüketicilerin nihai özel (ticarî, meslekî ya da*

Tüketici sözleşmesinin ayırt edici özelliklerinin tıbbî müdahaleler bakımından şu şekilde belirtilmesi mümkündür²⁴:

- a) Tüketici sözleşmelerinde amaç, ivaz karşılığı hizmet arzının sağlanmasıdır; hasta da, bir ücret karşılığında tedavi olmak istediğinde sağlayıcı ile arasında böyle bir tüketici sözleşmesi kurulur. Karşılık (ücret) alınmaksızın tedavi hizmeti sunuluyorsa, tüketici sözleşmesinden söz edilemez.
- b) Her türlü hukukî işlem, sözleşmenin türü ve niteliği önem taşımaksızın, tüketici sözleşmesi sayılır; sağlayıcının bir sonuç üstlendiği eser sözleşmesi (örneğin estetik ameliyatlar) veya sadece gerekli her türlü özeni göstererek hastanın tedavisinin üstlenildiği (ücretli) vekâlet sözleşmesi şeklindeki diğer tüm sözleşmeler de tüketici sözleşmesi kabul edilir.
- c) Sözleşmenin taraflarından birinin tüketici, diğer tarafının ise meslekî faaliyeti gereği hizmet sunan kişi olması gerekir; tıbbî müdahalelerde ise tüketici sayılan hasta karşısında, meslekî faaliyet gereği tedavi faaliyetini üstlenen bağımsız çalışan hekim veya kamu ya da özel hukuk tüzel kişisi niteliğinde bir sağlayıcı bulunmaktadır.

işletmesiyle ilgili olmayan) ihtiyaçlarını karşılamak üzere bir malın mülkiyetini veya kullanım hakkını devretmeyi ya da hizmetin sağlanmasını, tüketicilerin ise bir bedel ödemeyi yükümlendikleri sözleşmelerdir.” şeklinde tanımlamaktadır (Ozanoğlu, Hasan Seçkin: Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Uygulanma Alanı, AÜHFD 2001/1, s. 65).

Eğer ortada tüketici işlemi değil de haksız fiil varsa, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamına giren ve tüketici mahkemesinin görevli olduğu bir uyuşmazlıktan söz edilemez (Tutumlu, s. 162; Bulut, Uğur: Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumlulukta Tüketici Mahkemelerinin Görevine İlişkin Bir Yargıtay Kararı İncelemesi, ABD 2012/2, s. 338). “Taraflar arasında sözleşme ilişkisi bulunmadığından ve uyuşmazlığı doğuran asıl hukukî ilişki, “haksız fiil”den kaynaklandığından, eldeki davaya genel hükümlere göre Asliye Hukuk Mahkemesinde bakılması gerekir.” HGK, 17.02.2010, 4-61/84 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

²⁴ Zevkliler/Aydoğdu, s. 73 vd.; Ceylan, Ebru: 4822 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un Getirdiği Yeni Düzenlemeler, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2002/2, s. 269; Ozanoğlu, Tüketici Sözleşmeleri, s. 66 vd.; Tiryaki, s. 36; Kara, s. 36 vd., 57-58.

- d) Tüketicinin hizmetten, ticarî ve meslekî olmayan amaçlarla yararlanması gerekir; tıbbî müdahalelerde hasta (tüketici), sağlığına kavuşmak amacıyla tedavi hizmetinden yararlandığından bu şart da sağlanmış olmaktadır.
- e) Sözleşme konusunun Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun anlamında bir hizmet olması gerekir; tıbbî müdahalelerde de, tedavi amacına yönelik olarak sağlayıcı tarafından hizmet sunumu söz konusudur.

B. TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN'UN UYGULANMA ŞARTLARI

1. Ayıplı Hizmet

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 4/A maddesinin birinci fıkrasındaki "Sağlayıcı tarafından bildirilen reklam ve ilânlarında veya standardında veya teknik kuralında tespit edilen nitelik veya niteliği etkileyen niceliğine aykırı olan ya da yararlanma amacı bakımından değerini veya tüketicinin ondan beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddî, hukukî veya ekonomik eksiklikler içeren hizmetler, ayıplı hizmet olarak kabul edilir."²⁵ şeklindeki düzenlemeyle, tıbbî müdahalelerde de söz konusu olacak ayıplı tedavi hizmetinin taşınması gereken özellikler belirtilmiştir.

Hükümde belirtilen ilk iki durum (sağlayıcı tarafından bildirilen reklam ve ilânlarında veya standardında veya teknik kuralında tespit edilen nitelik veya niteliği etkileyen niceliğine aykırı olan maddî, hukukî veya ekonomik eksiklikler içeren hizmetler) için eksikliklerin ayrıca sözleşme konusu hizmetin değerini, kullanım amacını, o hizmetten beklenen yararları

²⁵ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı'nın 13. maddesine göre "(1) Ayıplı hizmet, sözleşmede belirlenen süre içerisinde başlamaması veya taraflarca kararlaştırılmış olan ve objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşımaması nedeniyle sözleşmeye aykırı olan hizmettir. (2) Hizmet sağlayıcısı tarafından bildirilen veya reklam ve ilanlarda yer alan özellikleri taşımayan ya da yararlanma amacı bakımından değerini veya tüketicinin ondan makul olarak beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddî, hukukî veya ekonomik eksiklikler içeren hizmetler ayıplıdır."

olumsuz etkilemesi şartı aranmamaktadır; yapılan hizmetin bildirilen veya bildirilmesi gereken niteliklere sahip olmaması sağlayıcının sorumlu tutulması için yeterlidir. Fakat “*yararlanma amacı bakımından değerini veya tüketicinin ondan beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddî, hukukî veya ekonomik eksiklikler içeren hizmetlerde*”, eksikliklerin hizmetin değerini düşürmesi veya beklenen faydaları azaltması gerekir²⁶. Örneğin uyguladığı özel bir teknik sayesinde bir ayda ameliyat izinin kaybolacağını belirten bir hekime tedavi olan hastanın dikiş izleri öngörülen sürede yok olmamışsa ya da normal şartlarda bir haftada taburcu edilmesi gereken hastanın 5 günde taburcu edilebileceği belirtilmesine rağmen bu gerçekleşmemişse, çürüdüğü için ağrıyan dişlerine dolgu yaptırmasına rağmen hastanın şikâyetleri hâlâ devam ediyorsa, boyun fitiği ameliyatı olan hastanın ellerinde uyuşukluk hissi ortaya çıkmışsa maddede belirtilen türlerde ayıptan söz edilir.

Sağlayıcının sözleşmede hizmetin ayıplı olması durumunda sorumluluk kabul etmeyeceğine yönelik şartlar konulabilmesi mümkün değildir. Zira Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlar Hakkında Yönetmeliğin²⁷ 5. maddesinin dördüncü fıkrasında, Yönetmeliğin ekinde yol gösterici mahiyette ve sınırlayıcı olmamak üzere haksız olarak kabul edilebilecek şartlar listesinin yer aldığı belirtilmiş, ekte yer alan listenin a/1 düzenlemesinde “*Tüketicinin, satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin yapma veya yapmama şeklinde bir fiili sonucu hayatını kaybetmesi veya maddî zarara uğraması halinde, satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin yasal sorumluluğunu kaldıran veya sınırlayan şartlar*” haksız şart olarak ifade edilmiştir. Yönetmeliğin 7. maddesinde, bu tür şartların batıl olduğu; yok sayılan bu hükümler olmadan da sözleşme ayakta tutulabiliyorsa, sözleşmenin geri kalanının varlığını koruyacağı hükme bağlanmıştır²⁸. Bu düzenleme olmasaydı da, söz konusu sorumsuzluk

²⁶ Zevkliler/Aydoğdu, s. 137; İlhan, s. 88; Yavuz, s. 208; Doğan, s. 200; Kara, s. 396. Kanun’da belirtilen hakların kullanılmasına imkân sağlayan ayıbın önemli nitelikte olması gerekir; bu dürüstlük kuralının bir gereğidir (Doğan, s. 188).

²⁷ RG.: 13.6.2003, S. 25137.

²⁸ Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmeliğin (RG.: 13.6.2003, S. 25137) 8. maddesine göre, “*Sözleşme metninde veya müstakil herhangi bir belgede tüketicinin bu Yönetmelikte yer alan, haklarını kullanmaktan feragat ettiğine dair veya imalatçının/üreticinin bu Yönetmelikten kaynaklanan yükümlülüklerini sınır-*

şartlarının geçerli olmayacağına Türk Borçlar Kanunu hükümlerinden hareketle ulaşılabildi. Gerçekten de, Türk Borçlar Kanunu'nun 115. maddesine göre, borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür. Benzer şekilde, 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; hekimlik mesleği böyle bir nitelik taşıdığından, borçlunun kendi filleri sebebiyle hiçbir şekilde sorumsuzluk anlaşması yapabilmesi mümkün değildir. Türk Borçlar Kanunu'nun 116. maddesine göre de, eğer borçlu borcun ifasını yardımcı kişiye bırakmışsa ve uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma da kesin olarak hükümsüzdür; eğer hastanın sözleşme yaptığı hekim veya sağlık kuruluşu bu sözleşmeden kaynaklanan borçlarını yardımcı kişiler aracılığıyla yerine getiriyorsa, hastaya karşı ayıplı hizmet sebebiyle sorumlu olunmayacağına ilişkin sözleşme yapılabilmesi mümkün değildir.

layan veya ortadan kaldıran kayıtlar geçersizdir.” Fakat bu Yönetmeliğin kapsamını düzenleyen 2. maddesinde “*Bu Yönetmelik, ayıplı malın neden olduğu zararlara uygulanır.*” ifadesi yer aldığından, Yönetmelikteki hükümleri ayıplı hizmetlerin söz konusu olduğu hâllerde de kıyasen uygulayabilmek mümkün değildir. Bununla birlikte, Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik'te hizmetler bakımından da geçerli olacak bir düzenleme getirildiğinden, artık genel hükümlerin uygulanmasına gerek bulunmamaktadır. Bu bağlamda, sorumsuzluk anlaşmasına ilişkin şartlar genel işlem şartı niteliği taşıyorsa Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un 6. maddesi veya Türk Borçlar Kanunu'nun 20 ve devamı maddelerindeki genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerin uygulanması suretiyle bunların yazılmamış kabul edilmesine ihtiyaç yoktur.

Doktrinde, Borçlar Kanunu'nun 221. maddesindeki “*Satıcı satılanı ayıplı olarak devretmekte ağır kusurlu ise, ayıptan sorumluluğunu kaldırır veya sınırlayan her anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.*” hükmüne benzer bir düzenlemenin Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da bulunmamasına rağmen, Kanun'un uygulanması bakımından sorumluluğu kaldırır ve sınırlayan bu gibi şartların geçerli olmadığı; Kanun'un hazırlanmasında temel alınan Avrupa Birliği Konseyinin ve Avrupa Birliği Bakanlar Konseyinin program ve ilke kararlarında da buna ilişkin düzenlemelerin bulunduğu ifade edilmiştir (Zevkliler/Aydoğdu, s. 117). Aynı görüş için bkz. Doğan, s. 186.

Doktrinde bir görüş, sonuç taahhüdü içermeyen hizmet (işgörme) sözleşmelerinde ayıplı hizmetten söz edilebilmesinin mümkün olmadığını savunmaktadır. Bu görüşe göre, hizmet (işgörme) esasına dayanan sözleşmeler (hizmet, eser, vekâlet vs.) arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır; örneğin vekâlet sözleşmesinde, eser sözleşmesinden farklı olarak cismani varlığı bulunan bir eserin meydana getirilmesi zorunlu değildir. Vekil, belirli bir sonucun mutlaka elde edilmesi için değil, belirli bir yönde çalışma yükümlülüğü için taahhüt altına girer. Bu çalışma sırasında istenilen sonuç meydana gelme bile, vekil belirli yönde işi özenle ve sadakatle yapmışsa, sözleşmeden doğan yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılır. Eğer ortada sağlayıcı tarafından imal edilmiş ve iş sahibine teslim edilmiş bir şey yoksa, ayıplı veya ayıpsız olarak nitelendirilebilecek bir şeyden de söz edilemez. Böyle bir değerlendirme, ancak eser sözleşmelerinde ortaya konulan sonuç bakımından mümkün olabilir; zaten Borçlar Kanunu'nda ayıp, satım sözleşmesi dışında, bir şey imalini ve teslimini öngören eser sözleşmesinde düzenlenmiştir. Hizmet ve vekâlet sözleşmelerinde ise ayıplı imalat diye bir kavram söz konusu olmayıp, işçi veya vekil taahhüt ettiği işi özenle yapma yükümlülüğü altındadır. Bu sebeple, hizmet ve vekâlet gibi belirli bir sonucun ortaya konulması taahhüdünü içermeyen sözleşmeler, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 4/A maddesinin dışındadır. Madde ancak, belirli bir sonuç taahhüt etmeyi içeren işgörme sözleşmelerinde uygulanabilir; çünkü ancak bu sözleşmelerde sonucun ayıplı olup olmadığı değerlendirilebilir. Bu görüşe göre ayıplı olan hizmet değil, hizmetle elde edilen sonuçtur; bu sebeple, bir sonuç taahhüdü içermeyen işgörme sözleşmeleri 4/A kapsamında değildir. Ayıp sözleşmeye aykırılığın özel bir hâli olmakla birlikte, hizmetin sonucunu oluşturan (hizmetin somutlaştığı) eserde kendisini somut olarak göstermektedir²⁹. Sağlayıcının temel yükümlülüğü, sözleşme şartlarına uygun hizmeti ifa etmek, sözleşmeyle hedeflenen sonuca ulaşmak, tüketiciye teslim edilecek bir eser meydana getirerek hizmeti somutlaştırmak, tüketicinin bundan yararlanmasını sağlamaktır. Meydana getirilecek eserin bildirilmesi gereken veya olması gereken nitelikleri, aynen

²⁹ İlhan, s. 82-83. İlhan (s. 85-86) aynı gerekçelerle, hasta ile hekim arasında herhangi bir sonuç taahhüdünü içermeyen vekâlet sözleşmesi niteliğindeki tedavi sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların, genel mahkemelerde genel hükümlere ve kendi kanunlarına göre değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir.

bildirilen nitelikleri gibi, sözleşmede yazılı olmasa bile sözleşmenin bir şartı sayılır ve tüketiciye teslim edilen sonuçta (sözleşmenin içerdiği hizmetin gerçekleştirilerek elde edilen, ortaya konulan sonuçta) aranır. Vekâlet sözleşmesinde olduğu gibi sözleşmenin amacı bir eser ortaya çıkarma olmayıp sadece bir hizmeti yerine getirmekse, ortada ayıp aranacak bir hizmet olmadığından, bu durumda ancak bir özen eksikliğinden söz edilebilir³⁰.

Benzer bir görüş³¹ de, Kanun'da kullanılan ayıp kavramından hareket etmekte, mevzuatımızda (satım kira veya hizmet sözleşmelerinde) özel olarak düzenlenen ayıplı ifa hükümlerinin sadece taşınır maddî mallar ve verme niteliğindeki edimler bakımından söz konusu olduğunu, hizmet kavramıyla kastedilenin ise maddî olmayan bir şey (faaliyet) olduğunu, edimin niteliği bir şey yapmak (hizmet edimi) şeklindeyse ayıplı ifadan değil kötü ifadan söz edilebileceğini, Kanun'daki ayıplı hizmet kavramının doğrudan veya dolaylı malla ilgili hizmetlerde söz konusu olabileceğini, bir hizmet faaliyeti doğrudan veya dolaylı olarak bir malı etkiliyor ve onun ayıplı hâle gelmesine sebep oluyorsa Kanun'un ayıplı hizmetlerle ilgili düzenlemelerin uygulanmasının gerekeceğini, kişiyle ilgili hizmetlerde kötü ifa durumunda sözleşmenin niteliğine göre genel hükümlerin uygulanması gerektiğini ifade etmektedir. Bu görüşe göre, bir hastanede tedavi sözleşmesi kapsamında verilen hizmet sonucunda hastanın zarara uğraması durumunda, ilgili sözleşmenin hükümlerinin uygulanması gerekecek ve kusurlu bir hizmet olup olmadığı araştırılacaktır. Örneğin doğrudan kişiyle ilgisi olan bir hizmeti konu alan hastanede tedavi sözleşmesi, hastanın tedavisine yönelik tıbbî faaliyet, hastane işletmecisi tarafından denetlenmesi mümkün hastanede bulunan cihazların kullanılması, bakımı, hijyen gereklerinin yerine getirilmesi, ilaçların verilmesi, yatak ve bakım sunulması faaliyetlerinden ibarettir; bu yükümlülükler aykırı hareket edilmesi, hastanenin sözleşmeye aykırılık hükümlerine göre genel mahkemelerde sorumluluğunu gerektirir³².

³⁰ İlhan, s. 87.

³¹ Tiryaki, s. 58 vd.

³² Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un ayıplı hizmetlerle ilgili hükümleri doğrudan ve dolaylı kişiyle ilgili hizmetler için uygulanma imkânı bulamasa da, Kanun'un ayıplı hizmet düzenlemesi dışındaki koruyucu hükümlerinin bu hizmet türlerini konu alan sözleşmeleri de kapsamına aldığı belirtilmektedir (Tiryaki, s. 64). Fakat, dolaylı kişiyle

Kanaatimizce bu görüşün kabul edilmesi, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un amacına³³ ve Kanun'un kapsamını belirleyen 2. maddesinin açık hükmüne aykırıdır. Zira Kanun, Kanun'un 1. maddesinde belirtilen amaçlarla mal ve hizmet piyasalarında tüketicinin taraflardan birini oluşturduğu³⁴ her türlü tüketici işlemini kapsamaktadır. Kanun'un 4/A maddesindeki ayıplı hizmetlerle ilgili düzenlemede, ayıplı hizmetin doğrudan veya dolaylı malla ilgili hizmetlerde ortaya çıkması gerektiğinden söz edilmediğine göre, doğrudan ve dolaylı kişiyle ilgili hizmetler için de söz konusu Kanun'un uygulanması gerekir; doktrinde doğrudan veya dolaylı kişiyle ilgili hizmetler için "*kusurlu ifa*" veya "*kötü ifa*" terimlerinin, doğrudan veya dolaylı malla ilgili hizmetlerde "*ayıp*" kavramının kullanılıyor

ilgili hizmetler için Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un ayıplı hizmetle ilgili hükümleri uygulanamayacağından, uyuşmazlığın tüketici mahkemelerinde görülmesi durumunda mahkemenin Borçlar Kanunu'ndaki genel hükümleri mi uygulayacağı, genel mahkemelerde görülmesi durumunda Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'daki koruyucu hükümlerin genel mahkemelerce nasıl uygulanabileceği yazar tarafından açıklanmamaktadır.

Yargıtay da bir kararında "*Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un 4/1. maddesinde ayıplı mal ve hizmetin tanımı, 4/2. maddesinde ayıplı mal ve hizmetten dolayı satıcı ve diğerlerinin sorumluluğu düzenlenmiştir. Kanun'un 4/6. maddesindeki "Ayıplı olduğu bilinenek satın alınan mal hizmetler hakkında yukarıdaki hükümler uygulanmaz" şeklinde düzenleme, ayıplı mal ve hizmetler için Kanun'un 4. maddesi hükmünün uygulanmayacağına ilişkin olup, Tüketiciyi Koruma Kanunu'nun lehe hükümlerinin uygulanmayacağı şeklinde yorumlanamaz.*" şeklinde hüküm kurmuştur. 3.HD., 30.4.2002, 4350/4562 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

³³ Kanun'un 1. maddesine göre, "*Bu Kanun'un amacı, kamu yararına uygun olarak tüketicinin sağlık ve güvenliği ile ekonomik çıkarlarını koruyucu, aydınlatıcı, eğitici, zararlarını tazmin edici, çevresel tehlikelerden korunmasını sağlayıcı önlemleri almak ve tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini özendirme ve bu konudaki politikaların oluşturulmasında gönüllü örgütlenmeleri teşvik etmeye ilişkin hususları düzenlemektir.*"

³⁴ Kanun'un kapsamını belirleyen 2. maddesinde, tüketici işleminin diğer tarafı dikkate alınmaksızın bir tarafın tüketici olmasının yeterli görüldüğü bir ifade tarzı tercih edilmiş; buna karşılık aynı Kanun'da, tüketici işlemi satıcı/sağlayıcı ile tüketici arasında yapılan her türlü hukukî işlem olarak tanımlanmıştır. Bu durumda, tüketici işleminin bir tarafı zaten her durumda tüketici olacağından 2. maddede tüketicinin taraflardan birini oluşturması gerektiğinin tekrarlanması gereksizdir (Bulut, s. 336, dn.34).

olması, tüketicinin korunmasında sınırlama getirecek bir yoruma sebep olmamalıdır.

Yargıtay önceleri verdiği kararlarda hasta kabul sözleşmesinin Borçlar Kanunu'nda düzenlenen vekâlet sözleşmesi hükümlerine tâbi olması sebebiyle tüketici mahkemesinin görev alanına girmediğine hükmederken³⁵, daha sonra görüş değiştirerek tüketici mahkemelerini görevli saymaya başlamıştır³⁶.

Yukarıda da belirtildiği üzere, hatalı bir tıbbî tedavi sonucu hastanın zarar görmesi ayıplı bir hizmet olarak değerlendirilmelidir. Tıbbî tedavi genellikle vekâlet sözleşmesine konu olmakla birlikte, sonucun garanti edilebildiği durumlarda eser sözleşmesi olarak da karşımıza çıkabilir. Yargıtay artık vekâlet sözleşmesi şeklindeki tedavi sözleşmelerini de tüketici işlemi sayıp tüketici mahkemelerinin görev alanına giren bir uyuşmazlık olarak nitelendirmekle birlikte, eser sözleşmesi şeklindeki (estetik ameliyat, diş protezi, saç ekimi gibi) tedavi faaliyetlerini -sırf eser sözleşmesine konu oluşturmaları sebebiyle- aynı kapsamda değerlendirmemektedir³⁷. Çünkü

³⁵ 13.HD., 29.12.2009, 14158/15615 (**Kara**, s. 1008); 13.HD., 14.7.2010, 1927/10579 (**Kırmızı**, s. 439-440). Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümlerine değil, ilgili sözleşmeye göre talepte bulunulabileceğine ilişkin benzer bir karara konu olayda da, davacılar ikiz çocuklarının doğum sırasında aşırı oksijen yüklenmesi nedeniyle gözlerinde rahatsızlık oluştuğunu ve hastane doktorunun zamanında kontrolde bulunmaması, çocukların gözlerinde çapaklanma, sulanma olduğunu bildirmelerine rağmen doktorun gereken müdahaleyi yapmaması sonucu telafisi mümkün olmayan zarara yol açtığı iddiasında bulunmuştur. Yargıtay, davalılar ile hastane arasındaki hukukî ilişkinin vekâlet ilişkisi olduğunu ve vekilin görevini yerine getirirken en hafif kusurundan dahi sorumluluğunun bulunduğunu belirterek kusur oranına bakılmaksızın zararın tamamından hastanenin ve doktorun sorumlu olduğuna hükmetmiştir (13.HD., 26.10.2004, 6493/15431; **Tiryaki**, s. 62, dn.83).

³⁶ 13.HD., 28.9.2012, 21184/20509 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Yargıtay 13. Hukuk Dairesi karar düzeltme incelemesinde bu karardan kanaatimizce hatalı olarak dönmüştür (13.HD., 15.4.2013, 1177/9534; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

³⁷ Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 23.11.2005 tarih ve 7386/6293 sayılı kararıyla aynen onanan yerel mahkemenin kararına göre “*Dava, saç ekimi uygulamasından kaynaklanan tazminat istemine ilişkindir. Davacı saç dökülmesi nedeni ile davalı sağlık merkezine başvurmuş, estetik müdahale ile kendisine saç ekimi uygulaması yapılmıştır. Davada dayanılan maddî olgu, başa saç ekimi için cerrahi müdahale yapılmak suretiyle istenilen ve kararlaştırılan biçim ve şekle uygun güzel bir görünüm kazandırılmasıdır. Bu*

olgudan hareket edildiğinde, böyle bir sözleşmede sonucun ortaya çıkması yönünden teminat verilerek borç altına girdiği açıktır. O nedenle bu tip sözleşmelerin istisna sözleşmeleri olarak kabul edilmesi hâlin icaplarına ve tarafların iradesine uygun düşeceği kabul edilmiştir. İstisnada yüklenicinin işinin sadakat ve özenle yapma ve onu teslim etme borcu bulunmaktadır. Çalışma sonucunda istenilen belli bir sonucun mutlaka elde edilmesi amacı güdülmektedir.

Güzellik ve estetik amaçla sağlık kuruluşları hakkındaki yönetmelikte, bu yönetmeliğe aykırı hareket edenler hakkında 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un uygulanacağı belirtilmiş ise de, bir davada ileri sürülen maddî olguları nitelendirmek, uygulanacak yasa maddelerini bulmak ve uygulamakla hâkim doğrudan görevlidir. İstisna sözleşmesinden doğan bu uyuşmazlığa tüketici mahkemesinde bakılması mümkün olmayıp, bu tür davalarda görevli mahkemenin müddeabihin değerine göre genel mahkemeler olduğu anlaşılmıştır. Bu nedenle mahkememizin görevsizliğine karar verilmesi gerekmiştir." (Tutumlu, s. 482-483).

Yakın tarihli bir başka kararda ise Yargıtay "Davacı; davalı ile başına saç ekilmesi, bunun başarısız olması durumunda saç ekimi karşılığında ödemiş olduğu 2,500 TL'nin kendisine iadesi konusunda anlaşmalarını, belirlenen süre sonunda başında saç çıkmadığını, daha sonra yaptırdığı tedavilerde kök ekiminin bölge itibari ile mümkün olmadığını öğrendiğini, 2.500 TL'nin tahsili için davalı hakkında icra takibi başlattığını, ödeme emrine itiraz ile takibin durduğunu belirterek takibe vaki itirazın iptali ile % 40 icra inkar tazminatı talep ve dava etmiştir.

Mahkemece, davanın, tüketicinin iade edilmesini istediği bedel için yapılan takibe itirazın iptali davası olduğu, bu tür davalara bakmakla Tüketici Mahkemelerinin görevli olduğu gerekçesi ile dava dilekçesinin usulden reddine karar verilmiş, hüküm davalı; tarafından temyiz edilmiştir.

Dava; saç ekiminden kaynaklanmaktadır. Bir uyuşmazlığa Tüketici Mahkemesi'nde bakılabilmesi için uyuşmazlığın 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un uygulanmasıyla ilgili olarak çıkmış olması gerekir.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Amaç başlıklı 1. maddesinde yasanın amacı açıklanmış, kapsam başlıklı 2. maddesinde Kanun'un birinci maddesinde belirtilen amaçlarla mal ve hizmet piyasalarında tüketicinin taraflardan birini oluşturduğu her türlü tüketici işlemini kapsayacağı hükmüne yer verilmiştir.

Anılan Kanun'un 3/e maddesinde tüketici; bir mal veya hizmeti ticarî veya meslekî olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişi olarak tanımlanmıştır. Bu tanımlamaya göre yasa, hazır bir malı veya hizmeti satın alarak onu günlük yaşamında kullanan veya tüketen kişiyi korumaktadır. Yasada dar kapsamlı mal ve hizmet ilişkileri olağan tüketim işleri kapsama alınmıştır.

Yargıtay'a göre hangi amaçla yapılırsa yapılsın bütün eser sözleşmeleri Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında bir tüketici işlemi değildir³⁸. Kanaatimizce her türlü tüketici işlemi Kanun'un kapsamına girdiğinden, yapılan faaliyetin bir sonuç taahhüdünü içermesi veya ortaya bir eser çıkarması durumunda Kanun'un kapsamı dışında bırakılması isabetli değildir; sadece tıbbî müdahaleye ilişkin eser sözleşmelerinin değil, tüketicinin taraf olduğu diğer bütün eser sözleşmelerinin de Kanun kapsamına dâhil edilmesi gerekir. Kanun'un yapmadığı bir ayırımın Yargıtay tarafından gerçekleştirilmesi mümkün değildir.

2. Süresi İçinde Bildirim

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 4/A maddesinin ikinci fıkrasına göre, seçimlik haklarını kullanabilmesi için tüketici, hizmetin ifa edildiği tarihten itibaren otuz gün içerisinde bu ayıbı sağlayıcıya bildirmekle yükümlüdür. Hakdüşürücü nitelikteki bu sürenin kesilmesi veya durması söz

O hâlde; bir hukukî işlemin 4077 sayılı Yasa kapsamında kaldığının kabul edilmesi için yasanın amacı içerisinde taraflar arasında mal ve hizmet satışına ilişkin bir hukukî işlemin olması gerekir.

Somut olayda; davacı ile davalı arasındaki hukukî ilişki eser sözleşmesine dayanmakta olup, Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun hükümlerinin eser sözleşmesinden kaynaklanan uyumsuzluklarda uygulanması hukuken mümkün değildir. Davaya bakma genel mahkemelerin görevinde olup, bir yerdeki Tüketici Mahkemesi ile Asliye Hukuk Mahkemeleri arasındaki ilişki görev ilişkisi olduğu açıktır.

4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un uygulanmasıyla ilgili olarak çıkacak her türlü uyumsuzluklara, Tüketici Mahkemelerinde bakılır. Tüketici davaları; Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Uygulanması ile ilgili olarak tüketiciler, tüketici örgütleri veya bu konu ile ilgili olarak açılan davalardır (4077 sayılı Kanun'un 23 md.). Taraflar arasındaki sözleşmenin şekil ve doğurduğu esaslar yönünden eser sözleşmesinin bulunduğu anlaşıldığından 4077 sayılı Kanun'un 23.maddesi uygulanamaz.

Bu durumda mahkemece işin esasına girilerek sonucuna göre hüküm tesisi gerekirken, görev yönünden dava dilekçesinin reddi usul ve yasaya uygun görülmemiş, hükmün bozulması gerekmiştir." şeklinde hüküm kurmuştur. 3.HD., 24.1.2013, 2012/22501, 2012/1065 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Benzer sonuca ulaşan başka bir karar için bkz. 3.HD., 21.11.2011, 14437/18077 (Kara, s. 988).

³⁸ Bkz. yuk. 9 nolu dipnotta yapılan açıklamalar.

konusu değildir. Sürelerin hesabına tatil günleri dâhildir; fakat sürenin son günü tatile rastlarsa, son gün en yakın işgününe uzar (TBK.m.93).

Ayıplı hizmet hâlinde de (ayıplı mallarda olduğu gibi), açık ayıp-gizli ayıp ayırımı yapılmalıdır; otuz günlük süre³⁹ açık ayıplar hâlinde uygulanmalıdır. İlk anda ve basit bir incelemeyle anlaşılamayan, hizmetin ifasından sonra kullanım veya yararlanma süresi içerisinde ortaya çıkan gizli ayıplar için, daha uzun bir süre garanti verilmemiş ise⁴⁰, hizmetin ifasından itibaren iki yıl içinde seçimlik haklar için talepte bulunulabilir⁴¹. Örneğin hatalı boyun fitiği ameliyatının üzerinden otuz gün geçtikten sonra hastanın

³⁹ Otuz günlük sürenin hesabında Türk Borçlar Kanunu'nun sürelerin hesabına ilişkin 92. maddesinin uygulanması; buna göre ayıbın öğrenildiği gün sayılmaksızın, 30. günün dolduğu zamana kadar ayıp ihbarında bulunulması gerekir. Eğer sürenin son günü, kanunlarda tatil olarak kabul edilen bir güne rastlarsa, kendiliğinden bu günü izleyen ve tatil olmayan ilk güne geçer (TBK.m.93).

“Davalı tarafta aksaklıkların düzeltileceği umudu verildiği sürece yasal ayıp ihbarı süresi işlemez. Sözleşme konusu hizmette meydana gelen ayıpların katlanılamayacak hâle gelmesinden sonra yasal ihbar süresinin başladığının kabulü gerekir.” 13.HD., 18.3.2010, 2009/13513, 2010/3505 (Kırmızı, s. 31-32).

⁴⁰ Tedavi hizmetlerinde garanti vermekten kastedilenin, uygulanan tedavi sebebiyle kullanılabilir seçicilik haklar ve tazminat talebi için Kanun'da öngörülenden daha uzun sürede kendisine başvurulabileceği yönünde sağlayıcının taahhüdü olarak anlaşılması gerekir; yoksa tedavi hizmetlerinde garanti belgesinden söz edilebilmesi mümkün değildir. Türk Borçlar Kanunu'nun 148. maddesine göre, Kanun'un üçüncü ayırımında belirtilen zamanaşımı sürelerinin sözleşmeyle değiştirilmesi mümkün olmamakla birlikte, Kanun'un diğer bölümleri ile diğer Kanunlardaki tüm zamanaşımı sürelerinin sözleşmeyle artırılması veya azaltılması mümkündür. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 4/A maddesinin dördüncü fıkrasında da, Kanun'da öngörülen 2 ve 3 yıllık zamanaşımı sürelerinin sözleşmeyle artırılmasına (Türk Borçlar Kanunu'nun 148. maddesiyle uyumlu bir şekilde) imkân sağlanmıştır; fakat sürelerin tüketicinin aleyhine olacak şekilde kısaltılması mümkün değildir.

⁴¹ İlhan, s. 91; Kara, s. 398. *“4822 sayılı yasa ile değişik 4077 sayılı yasanın 4. maddesi uyarınca her ne kadar ayıbın 30 gün içinde ihbar yükümlülüğü mevcut ise de, bu ayıbın açık olması veya bu süre içinde ortaya çıkması hâlinde söz konudur. Ancak kullanım hatasından kaynaklanmayıp üretimden kaynaklanan ve zaman içinde ortaya çıkan ayıplar gizli ayıp olup, aynı yasanın 4/4 maddesi gereğince “satılan malın ayıbı tüketiciden satıcının ağır kusuru veya hile ile gizlenmişse zamanaşımı süresinden yararlanılmaz.” hükmü uyarınca gizli ayıbın varlığı hâlinde tüketici malın değiştirilmesini ya da bedel iadesi hakkını kullanabilir.”* 13.HD., 4.2.2010, 2009/11211, 2010/1191 (Kırmızı, s. 23, dn.4).

ellerinde uyuşukluk meydana gelmeye başlamışsa, gizli nitelikteki bu ayıbın öğrenilmesinden itibaren derhal, ama her hâlükârda ameliyatın yapılmasından itibaren 2 yıllık süre içerisinde ayıp ihbarında bulunulması gerekir. Buna karşılık hastanın yanlış dişi çekilmişse, hastanın otuz gün içerisinde ayıp ihbarında bulunması gerekir.

Görüldüğü gibi açık ayıplara ilişkin ihbarı tüketici, hizmetin ifa edildiği tarihten itibaren otuz gün içerisinde yapmalıdır; gizli ayıplar bakımından ise, anlaşıldığı anda derhal (dürüstlük kuralına uygun olan en kısa sürede) ayıp ihbarında bulunulması gerekir. Tüketicinin bunu ihmal etmesi, hizmeti bu hâliyle kabul ettiği anlamına gelir. Ayıbın gizli olup olmadığına, uyuşmazlık durumunda mahkeme karar verir⁴².

Söz konusu bildirim (ayıp ihbarı) bir mükellefiyet veya borç değildir; zira tüketici ihbarda bulunmadığında sağlayıcı tarafından buna zorlanamaz veya sözleşmeye aykırılık sebebiyle tüketiciden tazminat istenemez. İhbar sadece, sağlayıcıdan ayıba karşı tekeffülden kaynaklanan borçlarını talep edebilmek için bir külfet niteliğindedir⁴³.

İhbar tek taraflı bir tasavvur açıklamasıdır. Bu yüzden, süresinde yapıp yapılmadığının tespitinde varma anı değil, gönderme anı esas alınmalıdır. İhbarın tüketici veya yetkili temsilcisi tarafından sağlayıcıya veya yetkili temsilcisine yapılması gerekir⁴⁴.

İhbarda, hizmetteki ayıbın açık ve somut bir şekilde tanımlanması ve belirtilmesi gerekir. Ayıbın sebeplerinin açıklanması gerekmemekle birlikte, hizmetin tatmin edici olmadığı, ayıplı olduğu gibi yuvarlak ve soyut ibarelerle ihbarda bulunulması yeterli kabul edilmemektedir⁴⁵. Örneğin yapılan kalp ameliyatından sonra hasta tarafından “*beklentilerin gerçekleşmediği*” yönündeki bir beyan ayıp ihbarı olarak nitelendirilemez; “*ağrıların devam ettiği*”, “*ameliyat yerinde iltihaplanma olduğu*” gibi mutlaka somut bir şekilde beyanda bulunulmalıdır.

İhbarda, hizmetteki ayıplar sebebiyle tüketicinin hizmeti mevcut şekliyle kabul etmeme iradesinin anlaşılabilmesi gerekir. Fakat tüketicinin hangi

⁴² Aslan, s. 140; Deryal, s. 93; Yavuz, s. 221; Tiryaki, s. 108; Kara, s. 403.

⁴³ Aydoğdu, s. 55; Aslan, s. 138; Aslan, Dersler, s. 81; Doğan, s. 190-191; Yavuz, s. 220.

⁴⁴ Aslan, s. 138; Aslan, Dersler, s. 81; Akıncı, s. 79; Yavuz, s. 220.

⁴⁵ Aslan, s. 138; Aslan, Dersler, s. 81; Akıncı, s. 78; Doğan, s. 191; Yavuz, s. 221.

seçimlik hakkını kullandığının bu ihbarda belirtilmesi şart değildir; çünkü tüketici seçimlik haklarını Kanun'un 4/A maddesinin dördüncü fıkrasındaki 2 yıllık zamanaşımı süresi içerisinde kullanabilir⁴⁶.

İhbar herhangi bir şekil şartına bağlı olmadığından yazılı, sözlü, elektronik ortamda, noter marifetiyle, iadeli taahhütlü mektupla yapılabilir; ayıbın süresi içerisinde ihbar edildiği her türlü delille ispatlanabilir. Bu bakımdan, sözlü ihbarın ispatı için tanık dinlenebilir⁴⁷.

II. TIBBÎ MÜDAHALELERDEN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARDA TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN'UN UYGULANMASININ SONUÇLARI

A. TÜKETİCİNİN SAHİP OLDUĞU HAKLAR

1. Seçimlik Haklar

a. Seçimlik Hakların Hukukî Niteliği

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da ayıplı hizmet durumunda tüketicinin sahip olduğu seçimlik hakların bir talep hakkı olduğu, bu hakkın tek taraflı ve varması gereken bir irade beyanıyla kullanılabilceği, tüketicinin bu taleplerden herhangi birisini seçmekte serbest olduğu, sağlayıcının tüketicinin tercih ettiği bu talebi yerine getirmek zorunda olduğu açıkça ifade edilmiştir. Tüketici, seçimlik haklarını ne mahkemenin aracılığına ne de sağlayıcının onayına gerek olmaksızın kendi iradesiyle kullanabilir; iradesini süresi içerisinde sağlayıcıya bildirmesi yeterlidir. Tüketici bu haklarından hangisini seçtiğini bir kere bildirmekle seçim hakkını kullanmış olur ve artık tercihini değiştiremez. Bu sebeple, seçim hakkının bir kere kullanılmakla sona erdiği, yenilik doğuran seçim hakkını kullanmakla diğer hakları yerine artık seçtiği hakkın geçtiği kabul edilmelidir⁴⁸.

⁴⁶ Aslan, s. 138; Akıncı, s. 79; Yavuz, s. 221.

⁴⁷ Aydoğdu, s. 55; Aslan, s. 139; Aslan, Dersler, s. 81; Akıncı, s. 77; Doğan, s. 191-192; Yavuz, s. 221; Kara, s. 398.

⁴⁸ Atasoy/Taşkın/Acar, s. 70-71; Aslan, s. 170-171; Aslan, Dersler, s. 98-99; Akıncı, s. 136; Tiryaki, s. 110-111.

b. Seçimlik Hak Türleri⁴⁹

aa. Sözleşmeden Dönme

Ayıplı hizmet durumunda tüketicinin sözleşmeden dönebilmesi için, durumun gereği olarak haklı görülme şartının gerçekleşmesi gerekir; tüketicinin sözleşmeden dönme konusunda haklı görülmemesi durumunda, bedelden indirimle yetinecektir. Kanun'da haklı görülme hâli ayrıca düzenlenmediğinden, ayıplı işlerin değeri ile ayıpsız işlerinin değerinin karşılaştırılması bu konuda bir ölçü olabilir⁵⁰. Örneğin çok başarılı bir beyin ameliyatı yapılmasına rağmen, dikiş konusunda aynı başarı sergilenemediği için hastada dikiş izinin kalması durumunda sözleşmeden dönme yerine, bedelde indirim seçeneğinin uygulanması daha haklıdır. Eğer ayıbın daha kolay ve daha ucuz giderilmesi mümkünse, sözleşmeden dönülemez; ayıbı düzeltmek mümkün değilse veya çok zor ya da pahalıya mal olacaksa, bu durumda dönme seçeneği tercih edilmelidir⁵¹.

⁴⁹ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı'nın 15. maddesinde, tüketicinin sahip olduğu seçimlik haklar konusu yeniden düzenlenmiştir. Buna göre, "(1) Hizmetin ayıplı ifa edildiği durumlarda tüketici, hizmetin yeniden görülmesi, hizmet sonucu ortaya çıkan eserin ücretsiz onarımı, ayıp oranında bedelden indirim veya sözleşmeden dönme haklarından birini sağlayıcıya karşı kullanmakta serbesttir. Sağlayıcı, tüketicinin tercih ettiği bu talebi yerine getirmekle yükümlüdür. Seçimlik hakların kullanılması nedeniyle ortaya çıkan tüm masraflar sağlayıcı tarafından karşılanır. Tüketici, bu seçimlik haklardan biri ile birlikte Türk Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca tazminat da talep edebilir. (2) Ücretsiz onarım veya hizmetin yeniden görülmesinin sağlayıcı için orantısız güçlükleri beraberinde getirecek olması hâlinde tüketici bu hakları kullanamaz. Orantısızlığın tayininde hizmetin ayıpsız değeri, ayıbın önemi ve diğer seçimlik haklara başvurmanın tüketici açısından sorun teşkil edip etmeyeceği gibi hususlar dikkate alınır. (3) Tüketicinin sözleşmeden dönme veya ayıp oranında bedelden indirim hakkını seçtiği durumlarda, ödemiş olduğu bedelin tümü veya bedelden indirim yapılan tutar derhal tüketicisine iade edilir. (4) Ücretsiz onarım veya hizmetin yeniden görülmesinin seçildiği hâllerde, hizmetin niteliği ve tüketicinin bu hizmetten yararlanma amacı dikkate alındığında, makul sayılabilecek bir süre içinde ve tüketici için ciddi sorunlar doğurmayacak şekilde bu talep sağlayıcı tarafından yerine getirilir. Her hâlükârda bu süre talebin sağlayıcıya yöneltilmesinden itibaren otuz işgünü geçemez. Aksi takdirde tüketici diğer seçimlik haklarını kullanmakta serbesttir."

⁵⁰ İlhan, s. 89.

⁵¹ Aydoğdu, s. 69; İlhan, s. 90.

Fakat, hizmetin görülmesinin tamamlandığı durumlarda ayıplı da olsa artık sözleşmeden dönülemeyeceği, bunun yerine bedelde indirim hükmetmenin daha adil olduğu belirtilmektedir⁵². Tıbbî müdahale henüz tamamlanmamışsa sözleşmeden dönülebilmesi mümkün olmakla birlikte, örneğin bir beyin ameliyatının tamamlandığı hâllerde artık bu sözleşmeden dönülemeyeceği, fakat ayıp oranında indirim yapılması gerektiği kabul edilmelidir; zira sözleşmeden dönmeyle hastanın elde edeceği bir menfaat bulunmamakta veya aynı menfaate bedelden indirimle kavuşabilmektedir.

Sözleşmeden dönmeyle, sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalktığından, artık tarafların edimlerini ifa etmeleri gerekmez; ifa edilen edimlerin ise, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre birbirlerine iadesi gerekir. Fakat burada, dönmenin sadece bedel iadesi sonucunu doğuracağı, verilen hizmetin iadesinin işin niteliği gereği mümkün olmadığı gözden kaçırılmamalıdır⁵³. Bununla birlikte, ayıplı da olsa görülen hizmetten hastanın elde ettiği bir menfaat varsa, bunun değerinin dikkate alınarak hasta henüz kendi edimini ifa etmemişse bunun bedelini ödeme, ifa etmişse geri alacağı tedavi ücretinden bunun bedelinin indirilmesi gerektiği belirtilmelidir⁵⁴.

Dönme sebebiyle zarar gören hastanın, uğradığı maddî ve/veya manevî zararlarının tazminini talep edebilmesi de mümkündür.

bb. Hizmetin Yeniden Görülmesi

Hizmetin yeniden görülmesi, tüketicinin edimin ifa edilmesinde hâlâ menfaati varsa, eksik bırakılmış ya da kötü yapılmış hizmetlerin sözleşmeye uygun şekilde yeniden düzeltilerek yapılmasını da kapsar⁵⁵. Hizmetin yeni-

⁵² **Zevkliler/Aydoğdu**, s. 139; **Aslan**, s. 173; **Aslan**, Dersler, s. 107; **Kara**, s. 400. Hizmetler ifa edildikleri anda tüketilme özelliğine sahip olduğundan, yararlanılan hizmetin ayıplı çıkması durumunda genellikle iadesi veya ayıpsız hizmetle değiştirilmesi söz konusu olamamaktadır. Bu sebeple, hizmetin ifası tamamlanmışsa, artık bedelde indirim hükmedilmelidir (**Atasoy/Taşkın/Acar**, s. 85); **Ceylan**, s. 286; **Doğan**, s. 202, dn.34.

⁵³ **Aslan**, Dersler, s. 109; **Kara**, s. 401.

⁵⁴ **Aydoğdu**, s. 69; **Zevkliler/Aydoğdu**, s. 139; **Doğan**, s. 202.

⁵⁵ **İlhan**, s. 90; **Tiryaki**, s. 112. Hizmet ediminin niteliği gereği ayıplı hizmetin yeniden görülmesi imkânsız veya amaca aykırı sonuçlar doğuracağından, uygulamada ayıplı hizmetin tamamen veya ayıp oranında yeniden görülmesini isteme genellikle gerçekleşmeyecek ve tüketici diğer seçimlik haklarını tercih etmek durumunda kalacaktır (**Aydoğdu**, s. 69); **Zevkliler/Aydoğdu**, s. 139.

den görülmesi masrafları sağlayıcı tarafından karşılanır. Örneğin hastanın hatalı diş dolgusunun düzeltilerek yeniden yapılması talebi bu niteliktedir; hasta yeniden ücret ödemek zorunda kalmaksızın hekim tarafından bütün masrafların karşılanması gerekir. Hastanın bu hatalı tedavi sebebiyle uğradığı maddî ve/veya manevî zararlarının tazminini talep etme hakkı ayrıca mevcuttur.

cc. Ayıp Oranında Bedelden İndirim

Bu hakkın kullanılmasıyla sözleşme sona ermemekte veya sağlayıcıdan hizmetin yeniden görülmesi istenmemekte, sözleşmenin özüne dokunulmadan tüketicinin edimi değişmektedir; amaç, sağlayıcı ile tüketicinin edimlerinin hizmetin ayıplı olması durumuna göre denkleştirilmesidir. Bu bir tazminat hakkı olmadığından, tazminata ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi mümkün değildir. Tarafların anlaşamaması durumunda, mahkeme kararıyla bedelde indirimde gidilecektir⁵⁶. Ayıplı malların bedelinin indiriminde Yargıtay tarafından kabul edilen nisbî yöntem, hizmetler bakımından da uygulanmaktadır. Buna göre, sağlanan hizmetin değeri, ayıplı olan biçimiyle ve ayıpsız piyasa değeri şeklinde tespit edilmekte; ayıplı değer ile ayıpsız değer arasındaki fark oranı hesaplanarak, bu oran hizmet bedeline uygulanmakta, yüzde hesabıyla hizmet bedelinden indirilmesi gereken miktar bulunmaktadır⁵⁷. Örneğin hastanın kırılan koluna iyi kalitede platin yerine daha düşük kalitede bir platin takılması durumunda, hasta ikisi arasındaki fark oranında bedelde indirim yapılmasını talep edebilir.

Tüketicinin bu hakkını kullanması durumunda, henüz hizmet bedelini ödemişse indirim miktarı kadar az bedel öder; hizmet bedelinin ödenmiş olması durumunda ise, indirim miktarı kadarını geri ister⁵⁸. Tüketici sözleşmeden dönme durumunda sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre bu imkâna sahip olmakla birlikte, sözleşmeden dönmeyip ayıp oranında bedelden indirim hakkını seçtiğinde sözleşme hâlâ ayakta olduğundan, talebinin dayanağı sebepsiz zenginleşme değil sözleşmedir.

Tüketici verilen hizmetin ayıplı olduğunu bilerek bu hizmeti talep etmişse, seçimlik haklarını kullanamaz. Örneğin tedavisini yürütecek hekim

⁵⁶ Aslan, s. 193; Tiryaki, s. 113.

⁵⁷ Aydoğdu, s. 69; Tiryaki, s. 113.

⁵⁸ Aslan, s. 193.

çok tecrübeli olmadığı için ücrette indirim yapılmışsa, daha sonra tedavisinin istenilen nitelikte olmaması (ayıplı olması) sebebiyle bedelde indirim talep edemez⁵⁹. Hastanın böyle bir durumda gösterdiği rıza kişilik hakkına aykırı olması sebebiyle geçerli kabul edilmiyorsa, yapılan sözleşme de geçerlilik taşımadığından, bu sözleşmeden doğan seçimlik haklardan söz edilebilmesi de mümkün değildir⁶⁰. Fakat sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre tarafların edimlerinin iadesinde bu durumun göz önünde bulundurulması gerekir. Şüphesiz hastanın ayrıca tazminat talep hakkı da bulunmaktadır; Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 4/A maddesinin beşinci fıkrasında, ayıplı hizmetin neden olduğu zararlardan sorumluluğa ilişkin hükümler dışında, ayıplı olduğu bilinerek edinilen hizmetler hakkında seçimlik haklara ilişkin maddedeki düzenlemelerin uygulanmayacağı belirtilmektedir.

2. Tazminat İsteme Hakkı

Tüketici sözleşmeye konu hizmetin ayıplı olması ve ayıbın ayrıca bir zarara yol açması hâlinde, Kanun'un kendisine tanıdığı seçimlik haklarla birlikte ve bunlara ek olarak gördüğü zararlar karşılığında tazminat da isteyebilir⁶¹. Bu tazminatın şartlarını ve özelliklerini şu şekilde belirlemek mümkündür⁶²:

⁵⁹ **Kara**, s. 401.

⁶⁰ Yargıtay bir kararında, uyuşmazlığın tüketici mahkemesinde görülebilmesi ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümlerinin uygulanabilmesi için geçerli bir sözleşme olması gerektiğine hükmetmiştir. 13.HD., 29.12.2004, 12111/19172 (**Kadioğlu**, Kâmil: Gerekçeli-Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, 2.Bası, Ankara 2005, s. 3-4). Doktrinde, görevli mahkemenin belirlenmesinde sözleşmenin değil, geçerli bir hukuki işlemin varlığının araştırılması gerektiği; sözleşmenin geçersiz olması nedeniyle uyuşmazlığın tüketici mahkemeleri görevinde kabul edilmemesini Kanun'un amacı ve kapsamıyla bağdaştırmanın kolay olmadığı ifade edilmiştir (**Bulut**, s. 338, dn.44).

⁶¹ Tüketicinin tazminat talep etme hakkı, diğer seçimlik haklar gibi ayrı bir seçimlik hak olarak değerlendirilmemelidir. Kanun'da böyle bir imkân tanınmamış veya tüketici seçimlik haklar için yerine getirmesi gereken şekli şartları gerçekleştirilmemiş ya da seçimlik haklarını kullanmamış olsa bile ayıplı hizmet sebebiyle sözleşmeye aykırı davranan sağlayıcıya karşı kusur esasına dayanan tazminat talebinde bulunabilir (**Doğan**, s. 196). Kanun'un 4/A maddesindeki "Tüketici, bu seçimlik haklardan biri ile birlikte... tazminat da isteyebilir." ifadesinden, tazminat isteme hakkının maddede öngörülen seçimlik haklardan biri olmadığı, bunlar dışında ayrı bir hak olduğu anlaşılmaktadır.

⁶² **İlhan**, s. 92.

- Ayıplı hizmette sağlayıcının seçimlik haklar bakımından sorumluluğu kusura bağlı olmamasına rağmen⁶³, tazminat sorumluluğu bir kusur sorumluluğudur. Fakat Kanun'da düzenlenen bir başka sorumluluk türüne giren durumlarda (örneğin sağlayıcının adam çalıştıran sıfatıyla sorumluluğundan söz edilebiliyorsa) bu kuralın istisnası kabul edilir⁶⁴.

⁶³ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 4/A maddesinin üçüncü fıkrasının son cümlesinde "Sunulan hizmetin ayıplı olduğunun bilinmemesi bu sorumluluğu ortadan kaldırmaz." denilmek suretiyle bu husus belirtilmiştir.

⁶⁴ Sağlayıcının haksız fiile dayanan adam çalıştıran sıfatıyla sorumluluğu (TBK.m.66) ile sözleşmeye dayanan yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğu (TBK.m.116) birbiriyle yarışabilir. Zarar gören istediği hükme dayanabilir. Türk Borçlar Kanunu'nun 66. maddesine dayanarak sağlayıcıya karşı dava açılabilmesi için, sağlayıcı ile zarar veren yardımcı kişi arasında bir çalışma ilişkisi bulunmalı; zarar, hizmetin ifası sırasında ve hizmetin ifasıyla ilgili verilmiş olmalıdır. Açılan davada sağlayıcı, durumun gerektirdiği bütün özeni gösterdiğini veya nedensellik bağı kesen sebepleri (mücbir sebep, zarar görenin ağır kusuru, üçüncü kişinin ağır kusuru) ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir. Sağlayıcı, hastaya ödediği tazminat için kusuru oranında yardımcı kişisine rücu edebilir. Hasta ile yardımcı personel arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi bulunmadığından, yardımcı kişilerin fiillerinden zarar gören hasta, onlara karşı da genel haksız fiil hükümlerine göre (BK.m.49 vd.) dava açabilir. Türk Borçlar Kanunu'nun 116. maddesine göre sorumluluğun doğması için, yardımcı şahsın kusurlu olması şart değilse de, hastanın uğradığı zarar ile yardımcı kişinin fiili arasında uygun nedensellik bağının bulunması gerekir. Borçlar Kanunu'nun 116. maddesi anlamında yardımcı şahıs, borçlunun kendi rızasıyla, sözleşmesel yükümlülüklerinin ifasında kullandığı herkestir. Tanı ve tedavi faaliyetlerinde yardımcı kişi kullanan sağlayıcı, yardımcı kişinin seçiminde, ona talimat verilmesinde, onun gözetim ve denetiminde özen göstermekle yükümlüdür; gereken özeni gösterdiğini ispatlayarak bu maddeye göre sorumluluktan kurtulamaz. Bazı işleri kendi yönetimi altındaki yardımcı kişilere yaptırmış olsa da, işi sağlayıcının kendisi yapmış sayılmakta ve sorumluluğu söz konusu olmaktadır. Bununla birlikte sağlayıcının, yardımcı kişinin fiilinin kendisi için dahi kusurlu sayılamayacağı ispatlayarak sorumluluktan kurtulması mümkündür. Başka bir ifadeyle, sağlayıcı, yardımcı şahıs gibi hareket etmiş olsaydı, bu hareket tarzı kendisi için de kusurlu sayılamayacak idiyse, bunu ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir.

Tüketici sözleşmesinden kaynaklanan ayıplı hizmet sebebiyle sağlayıcıya karşı tüketici mahkemesinde açılan davada, arada herhangi bir sözleşme ilişkisi bulunmayan sağlayıcının çalıştırdığı kişiden veya ifa yardımcısından da haksız fiil hükümlerine göre tazminat talep edilebilir. Gerçekten de, uyuşmazlıkta davalılardan biri bakımından tüketici mahkemesi yetkiliyse, diğer kişilerin bakımından da bu özel nitelikteki mahkemenin yetkili olduğu kabul edilmektedir (Ertaç, s. 45). Fakat sadece bu kişilere karşı haksız

- Ayıplı hizmet zararından sorumlulukta tüketiciye karşı sağlayıcı ile birlikte bayi, acente ve kredi veren kuruluş⁶⁵ da -sunulan hizmetin ayıplı olduğu bilinmese bile- müteselsilen sorumlu tutulmuştur. Fakat işin niteliği gereği, doğrudan veya dolaylı olarak malla ilgili olmayan hizmetlerde (örneğin tedavi hizmetlerinde) bayi ve acentenin müteselsilen sorumluluğundan söz edilemez⁶⁶.

- Ayıplı hizmetten sorumlu olanlar tüketicinin ortaya çıkan her türlü zararından (maddî ve/veya manevî) sorumludur. Eğer tüketici tazminat davası açtıktan sonra ölmüşse, külli halef durumundaki mirasçılarının bu davaya devam edebilmesi gerekir; hatta tüketici uğradığı maddî zarar için tazminat davası açmamış olsa bile, artık onun malvarlığı içerisinde değerlendirilmesi gereken bu talep hakkı ölüm yoluyla mirasçılara intikal eder. Buna karşılık manevî zararlarda Medenî Kanun'un 25. maddesinin dördüncü fıkrasındaki "*Manevî tazminat istemi, karşı tarafça kabul edilmiş olmadıkça devredilemez; mirasbırakan tarafından ileri sürülmüş olmadıkça mirasçılara*

fiile dayalı tazminat davası açılacaksa, bu durumda genel mahkemelerin görevli olduğu kabul edilmelidir.

⁶⁵ Örneğin bir bankanın verdiği tedavi kredisini kullanarak, bankanın işaret ettiği hekim tarafından veya özel hastanede tedavi olan kişi, ayıplı hizmet sebebiyle uğradığı maddî ve/veya manevî zararlarını bağlı krediyi veren bankadan da müteselsilen talep edebilir; seçimlik haklarını bankaya karşı da kullanabilir (**Kara**, s. 403). Fakat hastanın kredi veren bankaya karşı, işin niteliğine uygun düşmeyen (örneğin, hizmetin yeniden görülmesi) seçimlik haklarını kullanabilmesi mümkün değildir. Kredi veren banka yapılan hizmetteki ayıbı bilmeseydi bile, tüketiciye karşı sağlayıcıyla birlikte müteselsilen sorumludur. Sağlayıcının mesleği gereği hizmetteki ayıbı bilmesi gerekir; fakat kredi veren bankanın bu konudaki bilgisizliğine rağmen hastaya karşı sorumlu tutulması, tamamen tüketicinin korunması (tüketici karşısında mümkün olduğunca fazla sayıda sorumlu bulundurma) amacının gerçekleşmesine yönelik bir düzenlemedir.

Doktrinde **Doğan** (s. 197) da, tüketici sözleşmesine taraf olmayan bayi, acenta ve kredi kuruluşlarının ücretsiz değiştirme ve tamir hakkı gibi fiilen yerine getirmelerinin mümkün olmadığı seçimlik haklara muhatap olmalarını anlamsız görmektedir.

⁶⁶ Örneğin Yargıtay bir kararında, akaryakıt satışı sırasında bayi tarafından verilen ayıplı hizmetten (araca mazot yerine benzin konulmasından) kaynaklanan hasar bedeli, değer kaybı ve yol parasının tazmini ile seçimlik haklardan sağlayıcının da müteselsilen sorumlu olduğuna hükmetmiştir. HGK., 19.9.2012, 13-153/598 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

geçmez.” kuralı geçerlidir. Tüketici işlemine taraf olmayanlar da, hatalı tıbbî müdahale sebebiyle zarar görmüş olabilirler; onların uğradıkları zarar yansıma yoluyla zarar kabul edilir⁶⁷. Her ne kadar Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da “*Tüketici... tazminat da isteyebilir.*” denilmiş olsa da, kanaatimizce zararın kaynağı bir tüketici sözleşmesi olduğundan Türk Borçlar Kanunu’nun 53. maddesine göre ölenin yakınlarının talep edebileceği maddî tazminat (özellikle destekten yoksun kalma tazminatı) ile 56. maddesinin ikinci fıkrasına göre manevî tazminata ilişkin davanın da tüketici mahkemesinde görülmesi gerekir. Hatta tüketicinin maddî ve/veya manevî tazminat alacağını Borçlar Kanunu’nun 183 ve devamı hükümlerine göre devretmesi durumunda da, devralan tüketici mahkemesine dava açmalıdır; çünkü talebin kaynağı hâlâ tüketici sözleşmesidir. Bu itibarla, tüketici işlemi sebebiyle görevli olan tüketici mahkemesi, gerek Tüketicinin Korunması

⁶⁷ Tıbbî müdahalenin yapıldığı hasta dışındakilerin, bu müdahale sebebiyle zarar görmesi muhtemeldir. Hukukumuzda fiilin muhatabı olmadıkları halde fiilden zarar gören kişilerin uğradıkları zararlar yansıma yoluyla zarar olarak nitelendirilmekte ve bu kişilere kural olarak tazminat davası açma hakkı tanınmamaktadır. Bu kişilerin, istisnai olarak Türk Borçlar Kanununun 53. maddesindeki destekten yoksun kalma tazminatı ile 56. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen manevî tazminat davası açabilmeleri mümkündür. Bunun dışındaki, örneğin tıbbî müdahale sonucu yaralanan kişinin anne babası ya da diğer yakınlarının başka şehirden hastaneye ziyarete gelmeleri nedeniyle yaptıkları yol giderleri gibi zararlar sorumludan talep edilemez (**Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, Ankara 2012, s. 295-296).

Hasta ile hekim veya sağlık kuruluşu arasında kurulan tedavi sözleşmesi nisbî nitelik taşıdığından, sadece taraflarının bu sözleşmeye dayanarak talepte bulunabilmesi mümkündür. Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme teorisi, alacaklı ile borçlu arasındaki sözleşmenin koruma alanına girdiği anlaşılabilen üçüncü kişilerin borçlunun borca aykırı davranışı sebebiyle zarara uğradıkları durumlarda, sözleşmeye göre daha etkili başka bir hukukî yolları bulunmadığı takdirde, bu kişilere de sözleşmeye dayanarak tazminat talep edebilme imkânı sağlamaktadır. Burada borçlu edim borcuna veya koruma yükümlülüklerine aykırı davrandığında, alacaklının koruma alanında bulunan ve borçlunun edimine yakınlıkları sebebiyle üçüncü kişilerin uğradıkları zararlardan da borçlunun sözleşmeye aykırılık hükümlerine göre sorumlu tutulması söz konusudur (**Kılıçoğlu**, s. 12). Tıbbî müdahalelerde böyle bir durumun ortaya çıkması kanaatimizce mümkün görünmemekle birlikte, istisnai olarak bu teorisinin uygulanabileceği durumlarda üçüncü kişilere sözleşmeye dayanarak uğradıkları zararların tazminini talep edebilme imkânı tanınabilir.

Hakkında Kanun'da düzenlenen hükümleri gerekse genel hükümleri uygulayarak uyuşmazlığı çözüme bağlamalıdır⁶⁸.

- Türk Borçlar Kanununun 114. maddesinin ikinci fıkrasında "*Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hâllerine de uygulanır.*" hükmü yer aldığından, zararın tespitinde ve talep edilecek tazminatın belirlenmesinde haksız fiillere ilişkin hükümler uygulanır.

- Ayıplı olduğu bilinerek edinilen hizmetler bakımından seçimlik hakların kullanılması mümkün olmamakla birlikte, uğranılan zararların tazmininin talep edilmesine bir engel bulunmamaktadır. Fakat bu hususun hâkim tarafından tazminat miktarının belirlenmesinde dikkate alınması mümkündür.

a. Seçimlik Hakları Kullanmadan Tazminat Talebi

Tüketicinin ayıplı hizmet sebebiyle tazminat talep etmesi, seçimlik haklarından bağımsızdır; seçimlik haklarını kullanmasa bile, tazminat isteyebilir. Örneğin seçimlik haklarını kullanmaktan vazgeçen veya ayıbı ihbar külfetini zamanında yerine getirmediği için seçimlik haklarını kullanamayan ve hizmeti ayıplı hâliyle kabul etmiş sayılan tüketici de tazminat isteyebilir⁶⁹. Seçimlik hakların kullanılmamış olması tazminatta bir indirim sebebi sayılmamakla birlikte, hâkimin Türk Borçlar Kanunu'nun 51. maddesi kapsamında durumu göz önünde bulundurması mümkündür.

b. Seçimlik Haklarla Birlikte Tazminat Talebi

Tüketici dönme veya ayıp oranında bedelden indirim ya da hizmetin yeniden görülmesi seçimlik hakkını kullanmış olsa bile, ayıplı hizmetten

⁶⁸ Tüketici mahkemelerinde açılacak davada talep konusunun özel olarak Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da düzenlenmiş olması gerekmemektedir. Örneğin tüketici mahkemeleri görevine giren konularda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre ihtiyati tedbir kararı verebilir (**Ulukapı**, s. 94). Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı'nın 15. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinde "*Tüketici... Türk Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca tazminat da talep edebilir.*" denilerek, tüketici mahkemesinin genel hükümlere göre tazminat bakımından değerlendirme yapması gerektiği açıkça ifade edilmiştir.

⁶⁹ **Tiryaki**, s. 114.

doğan zararlarının tazminini talep edebilir. Kanun'da ayıplı hizmetten ve ayıplı hizmetin neden olduğu her türlü zarardan sorumluluk öngörüldüğünden, ayıbın doğrudan neden olduğu zararlar ve diğer zararlar ayırımı yapılmasına gerek bulunmamaktadır⁷⁰.

B. ZAMANAŞIMI

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 23. maddesinin birinci fıkrasına göre "Bu Kanun'un uygulanmasıyla ilgili olarak çıkacak her türlü ihtilaflara tüketici mahkemelerinde bakılır." Bu hüküm eğer, "Tüketici Mahkemeleri sadece Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'u uygular" şeklinde anlaşılırsa⁷¹, ayıplı hizmet sebebiyle açılacak davalarda zamanaşımı

⁷⁰ Tiryaki, s. 116.

⁷¹ Doktrindeki bir görüşe göre, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da özel olarak düzenlenmiş konularda tüketici mahkemeleri görevlidir; örneğin ayıplı hizmetten doğan tüketicinin seçimlik hakları konusu Kanun'da özel olarak düzenlendiğinden, tüketici mahkemeleri bu konudaki uyuşmazlıkları çözümleyebilir; fakat hizmet bedelinin ödenmemesi Kanun'da özel olarak hükme bağlanmadığından genel mahkemelerin görev alanına giren bir uyuşmazlık söz konusudur (Aslan, s. 640; Aslan, Dersler, s. 37). Diğer görüş ise, tüketici sözleşmesinden doğan tüm uyuşmazlıkların Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında değerlendirilmesi ve uyuşmazlık hâlinde tüketici mahkemelerinin görevli olması gerektiğini savunmaktadır (Kara, s. 38). Ozanoğlu da (Tüketici Sözleşmeleri, s. 88), Kanun'un hizmetin gereği gibi ifa edilmemesini (ayıplı olmasını) düzenlemesine rağmen, hiç ifa etmemeyi güvence altına almamasını, bunu genel hükümlere bırakmasını bir eksiklik olarak görmektedir

Bulut (s. 340, dn.50) "Bu Kanun'da hüküm bulunmayan hâllerde genel hükümler uygulanır." şeklindeki Kanun'un 30. maddesinin tüketici mahkemelerinin sadece Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'u değil, bu Kanun'da özel olarak düzenlenmeyen konularda ilgili diğer kanun hükümlerini uygulayacağına ilişkin olduğunu, bir tüketici işlemi olarak Kanun kapsamında kalan ve ancak özel olarak düzenlenmeyen hususları tüketici mahkemelerinin görevi dışına çıkarmadığını ifade etmektedir. Bu görüşe uygun şekilde Yargıtay, özel eğitim kurumunda verilen eğitim bedelinin ödenmemesi durumunda (hizmet bedelinin ödenmemesi Kanun'da özel olarak hükme bağlanmamasına rağmen) kurum tarafından tüketici mahkemelerine dava açılabilmesine karar vermiştir. 13.HD., 27.12.2004, 10788/18921 (Kadioğlu, s. 4-5). Zevkliler/Aydoğdu'ya göre de (s. 446), Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un uygulanmasıyla ilgili olan bir uyuşmazlıkta ister satıcı/sağlayıcı isterse tüketici olsun, tüketici mahkemesinde dava açabilmelidir. **Ertabak** da (s. 46), eczacının tüketicinin satın aldığı ilaçların bedelini

Kanun'un 4/A maddesinin dördüncü fıkrasındaki zamanaşımı süresine tâbi olacaktır: "*Daha uzun bir süre için garanti verilmemiş ise, ayıp daha sonra ortaya çıkmış olsa bile ayıplı hizmetten dolayı yapılacak talepler hizmetin ifasından itibaren iki yıllık zamanaşımına tâbidir*"⁷². *Ayıplı hizmetin neden olduğu her türlü zararlardan dolayı yapılacak talepler ise üç yıllık zaman-*

ödememesi hâlinde açacağı alacak davasında veya satın alınan malın bedelinin ödenmesi için yapılan icra takibine tüketici tarafından itiraz edilmesi hâlinde itirazın iptali davasında tüketici mahkemesinin görevli olduğunu belirtmektedir.

Hatta **Bulut** (s. 340) kira sözleşmesine ilişkin düzenlemeler Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da yer almamasına rağmen, bu sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların da tüketici mahkemelerinin görev alanına girdiğini ifade etmektedir; zira burada da tüketici işlemi söz konusudur. Bu kabulün, tüketici mahkemelerinin görev alanını çok fazla genişleteceği için sakıncalı olduğu iddia edilebilir. Gerçekten de **İhan** (s. 309) "*...ticarî işlemler hariç, sözleşmeler hukuku kapsamına giren işlemlerin, hemen hemen tamamına yakınının bir tüketici işlemi olarak ele alınması ve tüketici mahkemelerinin görev alanı içerisinde düşünülmesi gerekir.*" şeklinde bu sakıncaya işaret etmektedir. Fakat tüketici işleminden söz edilebilmesi için bir tarafın tüketici olması yanında, işlemin diğer tarafının da ticarî veya meslekî amaçlarla mal veya hizmet sunan gerçek veya tüzel kişi olması gerektiğinden, taraflardan birinin tüketici olarak kabul edilmediği ticarî amaçlarla yapılan işlemler yanında, bir tarafın meslekî veya ticarî faaliyeti nedeniyle mal veya hizmet sunumunun söz konusu olmadığı işlemler de Kanun kapsamında kabul edilmeyeceğinden, söz konusu sakınca büyük boyutta gerçekleşmeyecektir (**Bulut**, s. 341, dn.53); **Erdoğan**, s. 12.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı'nın 82. maddesinin ikinci fıkrasında "*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 uygulanmasını engellemez.*" denilmiş, Kanun'un tüketici işlemi tanımlayan 3/I-1 hükmünde ise, "*Tüketici işlemi, kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticarî veya meslekî 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 hukukî işlemi*" ifade ettiği düzenlemesine yer verilmiştir. Görüldüğü gibi, yeni Kanun'da doktrinde yapılan yukarıdaki tartışmaların önemi kalmayacaktır. Kanun'da örnekseyici olarak sayılan sözleşmelere benzer diğer sözleşmelerde de tüketici işlemi söz konusuysa, tüketici mahkemelerinin gerektiğinde genel hükümleri de uygulayarak sonuca varması gerekecektir.

⁷² Tüketicinin sahip olduğu talep hakları yenilik doğurucu nitelikte olmalarına ve bu sebeple hakedüşürücü süreye tâbi olmalarına rağmen, kanunkoyucu bu kurala bir istisna getirerek bu hakların zamanaşımına tâbi olduğunu kabul etmiştir (**Akıncı**, s. 138).

aşımına tâbidir⁷³. Ancak, sunulan hizmetin ayıbı, tüketiciden sağlayıcının ağır kusuru veya hile ile gizlenmişse zamanaşımı süresinden yararlanılamaz.”

Bu durumda, zamanında ayıp ihbarında bulunmak şartıyla, tüketicinin ayıplı hizmetten kaynaklanan seçimlik hakları için hizmetin ifasından itibaren 2 yıllık; ayıplı hizmet sebebiyle uğradığı zararların tazmininde ise, ayıbın, zararın ve sorumlunun öğrenildiği veya öğrenilebileceği andan itibaren⁷⁴ 3 yıllık zamanaşımı süresi işlemeye başlayacaktır; Borçlar Kanunu'nun

⁷³ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı'nın 16. maddesinde, yürürlükteki Kanun'un 4/A maddesinde olduğunun aksine ayıplı hizmetin neden olduğu her türlü zararlar sebebiyle açılacak tazminat davalarının tâbi olduğu zamanaşımı hakkında özel bir düzenleme yapılmamıştır: “(1) 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 tâbidir. (2) Ayıp, ağır kusur ya da hile ile gizlenmişse zamanaşımı hükümleri uygulanmaz.” Tasarının 15. maddesinin birinci fıkrasındaki “Tüketici...Türk Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca tazminat da talep edebilir.” hükmü ile 16. maddenin birinci fıkrasındaki “Kanunlarda... daha uzun bir süre belirlenmediği takdirde...” ifadelerinden, eğer Türk Borçlar Kanunu'nda tazminat konusunda daha uzun bir zamanaşımı süresi öngörül-müşse, buna göre karar verileceği; diğer hâllerde ise, Tasarının 16. maddesindeki 2 yıllık zamanaşımı süresinin geçerli olduğu sonucuna varmak gerekir.

⁷⁴ Kanun'da ayıplı hizmetten dolayı yapılacak taleplerin zamanaşımı sürelerinin -ayıp daha sonra ortaya çıkmış veya öğrenilmiş olsa dahi- “hizmetin ifasından itibaren” başlayacağı belirtilmekte, fakat ayıplı hizmetin sebep olduğu her türlü zarardan dolayı yapılacak taleplerin zamanaşımının başlangıcı açık bir şekilde gösterilmemektedir. Hükümdeki “Ayıplı hizmetin neden olduğu her türlü zararlardan dolayı yapılacak talepler ise üç yıllık zamanaşımına tâbidir.” cümlesindeki “...ise...” vurgusundan, bu sürenin de bir önceki cümlede olduğu gibi -ayıp daha sonra ortaya çıkmış olsa bile- “hizmetin ifasından itibaren” başlayacağını kabul edildiği sonucuna varılabilir. Kanaatimizce, Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmeliğin 9. maddesindeki “Ayıplı malın neden olduğu her türlü zararlardan dolayı yapılacak talepler, zarar görenin, zararı, maldaki ayıbı ve imalatçının/üreticinin kim olduğunu öğrendiği veya öğrenebileceği günden itibaren üç yıllık zamanaşımına tâbidir.” şeklinde düzenlemenin, zamanaşımının başlaması bakımından ayıplı hizmetler için de uygulanması ve tüketicinin zararını, ayıbı ve sorumlu kişiyi öğrendiği veya öğrenebileceği andan itibaren 3 yıl içerisinde dava açması gerektiği kabul edilmelidir (Doktrinde **Baykan** (s. 135), Kanun'daki ifadenin dikkate alınması durumunda sürenin malın tüketiciye tesliminden itibaren başlayacağını, kanunkoyucunun başka bir düşüncesi olsaydı zamanaşımının

zamanaşımının kesilmesine veya durmasına ilişkin hükümleri burada da geçerlidir. Eğer sağlayıcı sunduğu hizmetin ayıbını, tüketiciden ağır kusuru veya hileyle gizlemişse zamanaşımı süresi söz konusu değildir⁷⁵. Fakat burada yararlanılamayacak zamanaşımı süresi, 2 yıllık veya 3 yıllık zamanaşımıdır; yoksa talebin her hâlükârda Borçlar Kanunu'nun 146. maddesindeki genel zamanaşımı olan 10 yıllık süre içerisinde yapılması gerekir; aksi takdirde tüketiciye hiç zamanaşımına tâbi olmayan bir talep hakkı verilmesi hükmün amacına uygun değildir⁷⁶.

başlamasını farklı bir şekilde ifade edeceği belirtilmiştir). Zira zamanaşımının başlaması için bu olguların birlikte aranmaması, tüketicinin aleyhine sonuçlar doğurabilir. Bu bakımdan, ayıplı hizmet ifa edilmesine ve tüketici tarafından ayıbın varlığı öğrenilmesine rağmen henüz zarar ortaya çıkmamışsa -ki bu hatalı tedavilerin söz konusu olduğu hâllerde oldukça normaldir; örneğin hastanın midesinde gazlı bez unutulduğu hasta tarafından öğrenilmesine rağmen henüz hastaya bir zararı olmamışsa-, tazminata ilişkin zamanaşımının işlemeye başladığından da söz edilemez; bu sebeple, zararın hizmetin ifasından ve ayıbın öğrenilmesinden sonra olduğu hâllerde, sürenin ayıbın öğrenilmesiyle değil, zararın öğrenilmesiyle başlaması gerekir. Hastanın ayıbı öğrenmesine ve zararı ortaya çıkmasına rağmen zararını öğrenememesinden söz edilebilmesi mümkün görülmemekle birlikte, istisnaen böyle bir durumun gerçekleşmesi hâlinde de zararın öğrenildiği veya öğrenilebileceği anın, zamanaşımının başlayacağı tarih olarak kabul edilmesi gerekir. Bu sebeple, ayıplı hizmetin ifasıyla zararın hemen ortaya çıktığı (ve öğrenildiği) hâllerde zamanaşımının başladığını, zararın hemen ortaya çıkmadığı hâllerde ise zararın doğduğu (ve öğrenildiği) andan itibaren zamanaşımının işlemeye başladığını kabul etmek gerekir; aksi takdirde, zarar henüz oluşmadan (sorumluluğun şartları gerçekleşmeden) zamanaşımının başlatılması, tüketicinin henüz tazminat talep hakkı doğmadan zamanaşımının dolması tehlikesi sebebiyle aleyhine olacaktır. Hastanın ayıbı ve zararını öğrenmesine rağmen henüz sorumlu kişiyi öğrenemediği durumlarda da, yine zamanaşımının işlemeye başlamasından söz edilemez.

⁷⁵ Buradaki hile kavramının geniş yorumlanması, sağlayıcının hizmetin bildiği ayıpları konusunda tüketiciyi uyarmamasının da hile olarak kabul edilmesi gerektiği, sağlayıcının hizmetin ayıbını fiilen bilmese bile bilmesi gerekiyorsa yine aynı hükmün uygulanacağı kabul edilmektedir (Aslan, s. 178). Fakat burada da Türk Borçlar Kanunu'nun 146. maddesindeki genel zamanaşımı olan 10 yıllık sürenin geçerli olduğu unutulmalıdır.

⁷⁶ Zevkliler/Aydoğdu, s. 148; Aslan, s. 178-179. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un ayıplı mala ilişkin 4. maddesinin dördüncü fıkrasında "Bu talepler zarara sebep olan malın piyasaya sürüldüğü günden başlayarak on yıl sonra ortadan kalkar." şeklinde, hakedüşürücü sürenin kabul edildiği bir düzenlemeye gidilmiştir. Kanun'un

Ayıbın tüketiciden ağır kusur ve hileyle gizlendiği durumlarda sağlayıcının zamanaşımı süresinden yararlanamayacağına ilişkin hükme benzer düzenlemelerin Türk Borçlar Kanunu'nda da yer aldığını belirtmek gerekir. Örneğin satım sözleşmesine ilişkin 225. maddenin birinci fıkrasında “*Ağır kusurlu olan satıcı, satılandaki ayıbın kendisine süresinde bildirilmemiş olduğunu ileri sürerek sorumluluktan kısmen de olsa kurtulamaz.*”; 231. maddenin ikinci fıkrasında “*Satıcı, satılanı ayıplı olarak devretmekte ağır kusurlu ise, iki yıllık zamanaşımı süresinden yararlanamaz.*” Buna karşılık 244. maddenin üçüncü fıkrasında “*Bir yapının ayıplı olmasından doğan davalar, mülkiyetin geçmesinden başlayarak beş yılın ve satıcının ağır kusuru varsa yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.*”; 478. maddenin birinci fıkrasında, “*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.*” şeklindeki düzenlemeler, ağır kusur bulunsa bile zamanaşımı süresinin söz konusu olduğuna ilişkindir. Dolayısıyla Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un uygulanmasında da hizmetteki ayıp tüketiciden ağır kusur ve hileyle gizlenmişse, Türk Borçlar Kanunu'nun 146. maddesindeki genel zamanaşımı süresi uygulanmalıdır; zira söz konusu hükme göre, kanunlarda aksine bir hüküm bulunmadıkça, her alacak on yıllık zamanaşımına tâbidir.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 4/A maddesinin dördüncü fıkrasındaki zamanaşımı sürelerinin Türk Borçlar Kanunu hükümlerinden farklılık taşıdığı görülmektedir. Zira Borçlar Kanunu'nun 147. maddesinin birinci fıkrasının beşinci bendinde, vekâlet sözleşmesinden doğan alacak-

ayıplı hizmete ilişkin 4/A maddesinde ise böyle bir süre öngörülmemiştir; fakat bu düzenlemenin, “*hizmetin sunulduğu tarih*” şeklinde kıyasen ayıplı hizmet hakkında da uygulanması mümkün değildir. Çünkü zamanaşımı süreleri ve hakedüşürücü süreler ancak bir kanunla ve açıkça düzenlenir; kıyas yoluyla genişletilmesi mümkün değildir. Kanaatimizce Borçlar Kanunu'nun 146. maddesindeki 10 yıllık sürenin, zararın doğumuyla başlaması gerekir; zira talebin muaccel hâle gelmesi, zararın ortaya çıkmasıyla gerçekleşmektedir. Nitekim Türk Borçlar Kanunu'nun haksız fiillerdeki zamanaşımını düzenleyen 72. maddesinin gerekçesinde de, haksız fiilin şartları oluşmadan 10 yıllık zamanaşımının başlamadığı belirtilmiştir.

ların beş yıllık zamanaşımına tâbi olduğu hükme bağlanmıştır. Bu durumda, hasta ile hekim veya özel sağlık kuruluşu arasındaki tedaviye ilişkin vekâlet sözleşmesinden doğan alacaklar (örneğin hastanın hatalı tedavi yüzünden uğradığı maddî ve/veya manevî zararın tazmini talebi) Borçlar Kanunu'na göre zararın öğrenilmesinden itibaren⁷⁷ 5 yıllık zamanaşımına tâbiyken, - amacı tüketicinin korunması olan- Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da 3 yıllık bir zamanaşımı süresi söz konusudur⁷⁸. Benzer şekilde, belirli bir sonucun taahhüt edilebildiği tedavi sözleşmeleri eser sözleşmesi niteliği taşıdığından (Yargıtay'ın eser sözleşmelerinin Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun kapsamına girmediği yönündeki yerleşmiş hatalı görüşüne rağmen) hekimin veya özel hastanenin yükümlülüklerini ağır kusuruyla hiç ya da gereği gibi ifa etmemesinden kaynaklanan talepler zararın öğrenilmesinden itibaren 10 yılda, diğer durumlardaki talepler ise 5 yılda zamanaşımına uğrarken, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da 3 yıllık -tüketicinin aleyhine- bir zamanaşımı süresi öngörülmüştür.

Kanaatimizce Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da öngörülen zamanaşımı sürelerini, tüketicinin lehine daha uzun süreler bulunmaması durumunda uygulamak Kanun'un amacına daha uygundur⁷⁹. Bu konuda

⁷⁷ “...özen eksikliği nedeniyle bir zarar doğmuş ise müvekkilin (hastanın) tazminat isteme hakkı doğacak, zamanaşımı süresinin başlayacağı tarih de söz konusu zararın varlığının öğrenildiği tarih olacaktır.” 13.HD., 20.2.2004, 8721/1901 (**Kadioğlu**, s. 226-228).

⁷⁸ Doktrindeki bir görüş, yeni Türk Borçlar Kanunu'nun genel nitelikte olmasına rağmen Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a göre sonraki kanun olması sebebiyle, Türk Borçlar Kanunu'ndaki zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir (**Kara**, s. 405). Fakat 818 sayılı önceki Borçlar Kanunu'nun 126. maddesinin birinci fıkrasının dördüncü bendinde de vekâlet sözleşmesinden kaynaklanan alacakların 5 yıllık zamanaşımına tâbi olduğu düzenlenmişti; yukarıdaki görüş doğrultusunda, bu durumda (Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 1.7.2012 tarihinden önce) özel ve sonraki kanun olan Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'daki 3 yıllık zamanaşımının uygulanacağını kabul etmek gerekecekti. Bu yüzden konunun özel-genel veya önceki-sonraki kanun hükümlerine göre değil, başka bir şekilde çözümlenmesi gerekir.

⁷⁹ Yargıtay daha sonraları verdiği kararlarında eser sözleşmesini Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında değerlendirmemekle birlikte, önceki bir kararında, Kanun kapsamında gördüğü pimapen doğramaların bir yıllık garanti süresi dolmasına rağmen, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun yerine Borçlar Kanunu'ndaki eser sözleşmesine ilişkin 5 yıllık zamanaşımının geçerli olacağına hükmetmiştir. 13.HD., 16.12.2001, 5727/5883 (**Zevkliler/Aydoğdu**, s. 1115)

Türk Borçlar Kanunu'nun 60. maddesinden yararlanılması da mümkündür. Söz konusu hükme göre *"Bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayanılabiliyorsa hâkim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir."* Buna göre, eğer sağlayıcının sorumlu tutulabileceği süreler farklı kanunlarda farklı şekillerde düzenlenmişse, tüketiciye en iyi giderim imkânı sağlayan (zamanaşımı süresinin en uzun olduğu) kanuna göre hareket edilmelidir. Başka bir ifadeyle, tüketici mahkemeleri sadece Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'u ve bu Kanun'daki hükümleri değil, tüketici sözleşmelerinden kaynaklanan tüm ilişkilerde tüketicinin lehine olan hükümleri uygulamalıdır.⁸⁰

⁸⁰ 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 24. maddesine göre, *"Genel mahkemelere ait olup da bu Kanun'un uygulanması ile ilgili dava ve işlere belirlenen usul ve esaslara göre bakmak üzere her kadastro bölgesinde tek hâkimli ve Asliye Mahkemesi sıfatını haiz yeter sayıda kadastro mahkemesi kurulur."* Bu mahkemeler tüketici mahkemeleri gibi özel nitelik taşımalarına rağmen, Kanun'un 25 ve 26. maddelerinde görevleri tek tek sayılmak suretiyle belirtilmiştir. Tüketici mahkemeleri bakımından ise böyle bir sayım yapılmayarak *"Bu Kanun'un uygulanmasıyla ilgili olarak çıkacak her türlü ihtilaflara tüketici mahkemelerinde bakılır."* denilmekle yetinilmiştir. Maddenin gerekçesinde ise, *"Saticılarla tüketiciler arasında çıkan uyuşmazlıkların yaygınlığı ile çözümünün uzmanlık gerektirmesi dikkate alınarak "Tüketici Mahkemeleri"nin kurulması öngörülmüştür."* ifadesine yer verilmiştir (Kadıoğlu, s. 596). Görüldüğü gibi ne madde metninde ne de gerekçesinde, tüketici mahkemelerinin görevinin sadece Kanun'da düzenlenen hükümleri uygulamak olduğu belirtilmemektedir. Kanaatimizce madde metninden ve gerekçesinden, tüketici mahkemelerinin sadece Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'daki hükümleri uygulayan bir mahkeme olmadığı, Kanun'un tüketici işlemi olarak kabul ettiği her türlü işlemle ilgili olarak özellikle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'daki tüketicinin lehine olan hükümlerin, fakat diğer kanunlarda daha lehe hükümler varsa bu hükümlerin uygulandığı mahkemeler olarak kabul edilmesi gerekir. Başka bir ifadeyle, tüketici mahkemesinin görev sınırını Kanun'daki düzenlemeler değil, tüketici işlemi sayılma belirlemeli; çözümü uzmanlık gerektiren tüketici işlemlerinden kaynaklanan her türlü uyuşmazlığa tüketici mahkemesi bakmalıdır. Örneğin Yargıtay bir kararında, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da özel bir düzenleme bulunmamasına rağmen, taraflar arasında sözleşme ilişkisi bulunduğundan bu sözleşmeye dayalı olarak haksız verilen paranın iadesinin 10 yıllık zamanaşımına tâbi olduğu, davalı banka yönünden ticarî iş niteliği taşıdığı için tüketici yönünden de ticarî sayılan bu uyuşmazlık sebebiyle avans faizi talep edilebileceği sonucuna varmıştır. 13.HD., 5.3.2013, 4374/5267 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

Burada, tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda uzamış ceza zamanaşımından söz edilmesinin mümkün olup olmadığı da değerlendirilmelidir. Bilindiği gibi, Türk Borçlar Kanunu'nun 72. maddesinde haksız fiillere ilişkin zamanaşımı düzenlendikten sonra, "*Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır.*" hükmüne yer verilmiştir. Sözleşmeye dayalı olarak yapılan bir tıbbî müdahale sonucu hastanın zarar görmesi durumunda, tüketici işlemi sebebiyle tüketici mahkemesine dava açıldığında, hâkim tazminat konusunda daha uzun süreli zamanaşımı öngören Türk Borçlar Kanunu hükümlerine göre karar vermelidir; bu durumda örneğin vekâlet veya eser sözleşmelerindeki 5 veya 10 yıllık zamanaşımı süreleri uygulanmalıdır. Hastaya uygulanan hatalı tıbbî müdahale aynı zamanda ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren fiil oluşturuyorsa, kanaatimizce hâkimin bu uzamış ceza zamanaşımını dikkate alması gerekir. Çünkü gerek yukarıda belirtilen Türk Borçlar Kanunu'nun 60. maddesi, gerekse Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un amacı göz önünde bulundurulduğunda, tüketicinin (zarar görenin) en lehine olacak şekilde hareket edilmesi gerekmektedir.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a göre ayıplı hizmet durumunda zamanaşımı süresi içerisinde tazminat talebinde bulunabilmek için,

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı bu bakımdan tüketicinin daha lehinedir. Öncelikle tüketici işleminin kapsamı genişletilmiş; Tasarının 82. maddesinde "(1) *Bu Kanun'da hüküm bulunmayan hâllerde 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 uygulanmasını engellemez.*" denilmek suretiyle, tüketici mahkemelerinde görülecek uyuşmazlıklarda genel hükümlerin uygulanabilmesi daha açık bir şekilde belirtilmiştir. Hükmün gerekçesine göre, "*Bu madde ile tüketici işlemleri ile ilgili tüketici hakem heyetlerinin veya tüketici mahkemelerinin bu Kanun'da hüküm bulunmayan konularda genel hükümleri uygulayacaklarına ilişkin düzenleme yapılmıştır. Tüketici sorunlarının büyük bir çoğunluğu sözleşmeler hukukunu ilgilendirdiği için özellikle Türk Borçlar Kanunu hükümleri bu bağlamda büyük önem taşıyacak ve boşlukların doldurulmasında kullanılacaktır. -İkinci fıkrada, taraflardan birini tüketicilerin oluşturduğu bir işlemle ilgili diğer kanunlarda düzenleme olmasının o işlemin tüketici işlemi olmasını engellemeyeceği ve tüketicilerin tüketici hakem heyetlerine veya tüketici mahkemelerine başvurmasını da engellemeyeceği açıkça vurgulanmıştır.*"

ayıbı ihbar yükümlülüğünü yerine getirmenin gerekip gerekmediği de incelenmelidir: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 4/A maddesindeki seçimlik hakların kullanılabilmesi için süresi içerisinde ve usûlüne göre ayıp ihbarında bulunulması gerekir; aksi takdirde verilen hizmet ayıplı hâliyle kabul edilmiş sayılır. Fakat bu durumda mahrum kalınan hak, sadece seçimlik hakları kullanabilme imkânıdır; süresi içerisinde ayıp ihbarında bulunulmaması, tüketicinin tazminat hakkına zarar vermemektedir. Aksinin kabulü, tüketicinin korunmasını amaçlayan bir Kanun'da tüketici aleyhine bir düzenleme yapıldığı sonucuna ulaştırır. Çünkü genel hükümlere göre tüketicinin hâlâ dava açma imkânı varken (örneğin Türk Borçlar Kanunu'ndaki sözleşmeye aykırılık veya haksız fiillere göre belirli bir süre içerisinde ayıp ihbarında bulunmaksızın uğradığı zararların tazminini talep edebileceken), tüketicinin korunması amacını güden bir kanuna göre bu hakkını kullanamıyor olması, görev kamu düzeninden sayıldığı için tüketici mahkemelerinin görevli olması sebebiyle genel mahkemelerde de dava açamıyor olması, tüketiciye telafisi mümkün olmayan biçimde zarar verir. Bu sebeple, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamına girdiği için tüketiciyi korumak amacıyla tüketici mahkemesinde dava açılmasının zorunlu olduğu bir ayıplı hizmet durumunda, tüketici zamanında ayıp ihbarında bulunmamışsa sadece bu Kanun'dan doğan seçimlik haklarını kaybetmeli; tüketici mahkemesinin genel hükümleri uygulayamayacağı kabul edilerek, korunması amaçlanan tüketici -tüketici sayılmayanlara göre- daha dezavantajlı bir duruma sokulmamalıdır. Başka bir ifadeyle, tüketici tarafından dava açılması durumunda tüketici mahkemesi, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun veya genel hükümlerden hangisi tüketicinin lehineyse onu uygulamalıdır; örneğin süresinde ayıp ihbarında bulunmaması durumunda sadece seçimlik haklarını kullanabilmesi engellenmeli, fakat tazminat hakkı ihbardan etkilenmemelidir⁸¹. Kanun'un amacının ancak bu şekilde gerçekleşmesi mümkündür.

⁸¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun aksi yöndeki kararına rağmen, karşı oy yazan üyenin görüşleri kanaatimizce daha isabetlidir: *"Eksik teslim sebebi ile genel hükümlere göre açılmış bir davada alıcı hiçbir ihbar koşuluna bağlı olmadan 10 yıllık zamanaşımı içerisinde dava açabilecek iken, 4077 sayılı yasa ile eksik ifa durumunda bunun bir ayıp sayılacağı ve dolayısı ile ihbar koşuluna bağlı olarak 5 yıllık zamanaşımı süresinde dava açabileceğinin kabulü 4077 sayılı yasanın özüne ve ruhuna açıkça aykırılık teşkil*

C. YETKİLİ MAHKEME

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 23. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, "Tüketici davaları tüketicinin ikametgahı mahkemesinde de açılabilir."⁸² Hükümdeki ikametgah kavramı, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu hükümlerine göre belirlenmelidir⁸³. Söz konusu yetki kuralı kamu

eder. Hâl böyle olunca, 4077 sayılı Yasa kapsamına giren taşınmaz satımına ilişkin sözleşmelerde şayet eksik ifa söz konusu ise aynı yasanın 30.maddesinin göndermesiyle genel hükümlerin uygulanması zorunludur (Prof.Dr.Aydın Zevkliler. Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun sayfa 86-87). 4077 sayılı yasa ile diğer kanunlara nazaran tüketicinin özellikle korunması gereken hususlarda düzenlemeler getirilmiş olup, tüketici mahkemelerinin gerektiğinde genel hükümlere göre de karar vermeleri anılan 4077 sayılı yasanın 30.maddesi gereğidir. Bir örnek vermek gerekirse, mağazaya alışveriş için giden tüketicinin raftan düşen eşya ile yaralanması nedeniyle açılan manevî tazminat davasında görevli mahkeme tüketici mahkemesidir ancak, manevî tazminatın koşulları ve miktarı ile ilgili inceleme genel hükümlere göre yapılacaktır. Yani tüketici mahkemesi BK nun ilgili hükümlerine göre uyuşmazlığı çözecektir. Konunun Hukuk Genel Kurulundaki görüşmeleri sırasında; "dava mademki tüketici mahkemesinde açıldı o hâlde 4077 sayılı yasa dışında genel hükümlerin uygulama olanağının bulunmadığı" ortaya atılmış ve bu düşünce ile sonuca gidilmiştir. Oysa, bu düşüncenin tüketici lehine hükümler getiren 4077 sayılı yasanın ruhuna ve özellikle 30.maddesine uygun düşmediği hiçbir duraksamaya yer vermeyecek şekilde açık ve belirgindir. Eksik ifa bir başka deyişle sözleşmeye aykırılık nedeni ile açılacak davada alıcının yarışan iki hakkının bulunduğu yani alıcının genel hükümlere ve BK nun 96.maddesine dayalı tazminat isteminde de bulunabileceği doktrinde oybirliği ile kabul edilmektedir." HGK., 2.11.2011, 13-468/666 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁸² Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 6. maddesinin birinci fıkrasındaki "Genel yetkili mahkeme, davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesidir." genel yetki kuralının uygulanması suretiyle, tüketicinin satıcının/ sağlayıcının yerleşim yerinde dava açmak zorunda bırakılması, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 1. maddesindeki amaçla bağdaştırılabilecek bir durum olmadığından, Kanun'da değişiklik yapılma gereği duyulmuştur. Hükümün gerekçesine göre "Tüketici davaları, tüketicinin ikametgahı mahkemesinde de açılabilir hükmüyle, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun yetki kurallarına istisna getirilerek tüketicilerin karşılaştıkları güçlükler ortadan kaldırılmaya çalışılmıştır." (Tutumlu, s. 518).

⁸³ Doktrindeki bir görüş, Kanun'daki ikametgah kavramının Medenî Kanun'daki dar ve teknik anlamıyla algılanmaması gerektiğini, aksi takdirde memur olarak bir yerde bulunan tüketicinin dava açmak için nüfusa kayıtlı olduğu yer mahkemesine başvurmak zorunda kalması gibi bir sonuca ulaşılacağını, bunun da Kanun'un amacına uygun bir

düzeniyle ilgili, mutlak nitelikte bir yetki kuralı değildir; bu yüzden tüketici isterse bu hükme göre, isterse Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre yetkili mahkemelerden birinde dava açma imkânına sahiptir⁸⁴.

SONUÇ

8.9.1995 tarihinde yürürlüğe giren 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, getirdiği birçok düzenlemeyle Türk Hukuku bakımından bir milat kabul edilebilir. Fakat kanunkoyucunun bıraktığı bazı eksiklikler veya Kanun'daki muğlak ifadeler uygulama tarafından doldurulurken ya da yorumlanırken, zaman zaman tüketicinin korunması amacının gözden kaçırıldığına tanık olunmuştur. Örneğin Kanun'da eser sözleşmesinin kapsama dâhil olmadığı yönünde en küçük bir belirti bulunmazken, Yargıtay yıllardan beri bu tür sözleşmeleri Kanun kapsamında kabul etmemektedir. Benzer şekilde, tıbbî müdahalelerden kaynaklanan uyuşmazlıklar da önceleri Kanun kapsamında sayılmazken, yakın bir tarihte Yargıtay bu sözleşmeleri de -kanaatimizce de isabetli olarak- artık Kanun kapsamında değerlendirmeye başlamıştır.

Fakat bu tür uyuşmazlıklarda şimdiye kadar uygulanan Borçlar Kanunu hükümleri ile bundan sonra uygulanmaya başlanacak Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümleri arasında, örneğin zamanaşımı gibi bazı konularda farklılıklar bulunmaktadır. Tıbbî müdahale sebebiyle zarar gören tüketici hakkında Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun uygulanırken, tüketicinin genel hükümlere göre sahip olduğu daha avantajlı imkânları elinden alınmamalıdır. Başka bir ifadeyle, tüketici mahkemelerinin bakması gereken bir uyuşmazlık olduğu tespit edildikten sonra, yetkili ve görevli tüketici mahkemeleri tüketici lehine bir tutum sergilemeli; Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun veya genel hükümlerden (örneğin Türk Borçlar Kanunu'ndan) hangisi tüketicinin lehineyse, onu uygulamalıdır.

yorum şekli olmadığını, Kanun'un amacının tüketicinin dava açmasını zorlaştırmak değil kolaylaştırmak olduğunu, bu yüzden metinde geçen ikametgah kavramının sürekli kalmak niyetiyle oturlan yer olarak değil, tüketicinin oturmakta olduğu yer şeklinde anlaşılmasının daha doğru olacağını savunmaktadır (**Tutumlu**, s. 519).

⁸⁴ **Zevkliler/Aydoğdu**, s. 442; **Tutumlu**, s. 519.

Yararlanılan Kaynaklar

- Akıncı, Şahin:** Ayıplı Mal ve Hizmetlere Karşı Tüketicinin Korunması, Konya 1998.
- Aslan, İ. Yılmaz:** Tüketici Hukuku Dersleri, Bursa 2006 (Kısaltma: Dersler).
- Aslan, İ. Yılmaz:** Tüketici Hukuku, 3.Bası, Bursa 2006.
- Aşcıoğlu, Çetin:** Tıbbî Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar, Ankara 1993.
- Atasoy, Ömer Adil/Taşkın, Mustafa/Acar, Hakan:** Tüketiciyi Koruma Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2000.
- Ayan, Mehmet:** Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 1991.
- Aydoğdu, Murat:** 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Ayıplı Mal Veya Hizmetlerde Tüketicinin Korunması, İzmir Barosu Dergisi 1997/4, s.28-81.
- Baykan, Renan:** Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Eksik ve Aksak Yönleri ile Tadiline İlişkin Çözüm Önerileri, İstanbul 2008.
- Bulut, Uğur:** Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumlulukta Tüketici Mahkemelerinin Görevine İlişkin Bir Yargıtay Kararı İncelemesi, ABD 2012/2, s.321-346.
- Ceylan, Ebru:** 4822 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un Getirdiği Yeni Düzenlemeler, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2002/2, s.267-295.
- Deryal, Yahya:** Tüketici Hukuku, 2.Bası, Ankara 2008.
- Doğan, Gül:** Satıcının Ayıplı Mallardan ve Sağlayıcının Ayıplı Hizmetlerden Sorumluluğu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2008/1, s.185-204.
- Erdoğan, İhsan:** Satıcının Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Karşısında Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Türk Hukuk Enstitüsü Dergisi 1996/2, s.12-18.

- Ertabak, Ünal:** Tüketici Mahkemelerinde Çözülmesi Gereken İhtilaflar, Legal Hukuk Dergisi 2012/115, s.39-81.
- Hakeri, Hakan:** Tıp Hukuku, 4.Bası, Ankara 2012.
- İlhan, Cengiz:** Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Ankara 2006.
- İpekyüz, Filiz Yavuz:** Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul 2006.
- Kadioğlu, Kâmil:** Gerekçeli-Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, 2.Bası, Ankara 2005.
- Kara, İlhan:** Tüketici Hukuku, Ankara 2012.
- Kılıçoğlu, Ahmet M.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16.Bası, Ankara 2012.
- Kırmızı, Mustafa:** Tüketici Hukuku, Ankara 2011.
- Ozanoğlu, Hasan Seçkin:** Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü, AÜHFD 2003/3, s.55-77 (Kısaltma: AÜHFD).
- Ozanoğlu, Hasan Seçkin:** Mukayeseli Hukuk ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Tüketiciyi Koruyan Düzenlemelerin Kişi Bakımından Uygulanma Alanı (Tüketici Kavramına Mukayeseli Bir Yaklaşım), Prof.Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s.663-692 (Kısaltma: Armağan).
- Ozanoğlu, Hasan Seçkin:** Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Uygulanma Alanı, AÜHFD 2001/1, s.55-90 (Kısaltma: Tüketici Sözleşmeleri).
- Tiryaki, Betül:** Tüketicinin Korunması Hukuku Açısından Ayıplı Hizmetten Doğan Sorumluluk, Ankara 2007.
- Tutumlu, Mehmet Akif:** Tüketici Mahkemelerinin Görev ve Yetki Sınırları, Ankara 2006.
- Ulukapı, Ömer:** Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları (Tüketici Mahkemeleri), Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1996/1-2 (Prof.Dr. Şakir Berki'ye Armağan), s.77-101.

Yavuz, Nihat: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, 2.Bası, Ankara 2010.

Zevkliler, Aydın/**Aydoğdu**, Murat: Tüketicinin Korunması Hukuku, 3.Bası, Ankara 2004.