



İSTANBUL MEDENİYET ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
TIP HUKUKU ANABİLİM DALI

**Online Görüşme Sırasında Sağlık Çalışanları ile Hasta
ve Danışan Arasında Kurulan Sözleşmenin Hukuki
Niteliği**

Yüksek Lisans Tezi

Beste Kardelen Yigitler Aslan

Eylül 2023



İSTANBUL MEDENİYET ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
TIP HUKUKU ANABİLİM DALI

**Online Görüşme Sırasında Sağlık Çalışanları ile Hasta
ve Danışan Arasında Kurulan Sözleşmenin Hukuki
Niteliği**

Yüksek Lisans Tezi

Beste Kardelen Yigitler Aslan

Danışman

Prof. Dr. Ümit Gezder

Eylül 2023

TEZ JÜRİSİ ONAYI

Beste Kardelen Yigitler Aslan tarafından hazırlanan "Online Görüşme Sırasında Sağlık Çalışanları ile Hasta ve Danışan Arasında Kurulan Sözleşmenin Hukuki Niteliği" başlıklı bu Yüksek Lisans Tezi, Tıp Hukuku Anabilim Dalı'nda hazırlanmış ve jürimiz tarafından kabul edilmiştir.

JÜRİ ÜYELERİ

İMZA

Tez Danışmanı:

Prof. Dr. Ümit Gezder
İstanbul Medeniyet Üniversitesi

Üyeler:

Prof. Dr. Mehmet Deniz Yener
Marmara Üniversitesi

Dr. Öğr. Üyesi Nihan Koyuncu Aktaş
İstanbul Medeniyet Üniversitesi

Tez Savunma Tarihi: 9/ Eylül / 2023

BEYANLAR

Yazım ve Kaynak Gösterme Kılavuzu Beyanı

Danışmanlığımda yazılan bu tezin Chicago yazım ve kaynak gösterme kılavuzunda belirtilen kurallara uygun olarak yapılandırıldığı ve bu kılavuzun dipnot kaynak gösterme standartlarının bu tezde tutarlı olarak uygulandığı tarafımdan incelenerek teyit edilmiştir.

İmza

Prof. Dr. Ümit Gezder

Etik İlkeler Sadakat Beyanı

Hazırladığım bu tezin tamamen kendi çalışmam olduğunu, akademik ve etik kuralları gözeterek çalıştığımı ve her alıntıya kaynak gösterdiğimi beyan ederim.

İmza

Beste Kardelen Yigitler Aslan

ÖZET

Online Görüşme Sırasında Sağlık Çalışanları ile Hasta ve Danışan Arasında Kurulan Sözleşmenin Hukuki Niteliği

Yigitler Aslan, Beste Kardelen

Yüksek Lisans Tezi, Tıp Hukuku Anabilim Dalı

Danışman: Prof. Dr. Ümit Gezder

Eylül 2023

Covid-19 salgın döneminde bireylerin kalabalık alanlardan ve özellikle virüsün yayılma hızının en yüksek olduğu mecralar olan hastanelerden uzak durma istekleri sağlık çalışanları ile hasta ve danışanların yüz yüze hastane ortamında görüşme yerine farklı platformları kullanarak online görüşme yapma fikrine sıcak bakmalarını sağlamıştır. Taraflar arasında yapılan online görüşme neticesinde kurulacak sözleşmesel ilişki mesafeli sözleşmelerin unsurlarını taşıyabilecek olduğundan mesafeli olarak kurulabilecek ve içerdiği edimlere göre vekalet, danışmanlık, eser, sui generis vb. sözleşme olarak nitelendirilebilecektir.

Anahtar Kelimeler: çevrimiçi sağlık hizmeti, sağlık çalışanı, sağlık personeli, hasta, danışan, çevrimiçi sağlık hizmeti sözleşmeleri, vekalet sözleşmesi, eser sözleşmesi,

ABSTRACT

Legal Nature of the Agreement Established Between Healthcare Professionals, Patient and Client During Online Interview

Yigitler Aslan, Beste Kardelen

Master's Thesis, Department of Medical Law

Supervisor: Prof. Dr. Ümit Gezder

September 2023

During the Covid-19 pandemic period, the desire of individuals to stay away from crowded areas and especially from hospitals, which are the channels where the spread rate of the virus is the highest, has made healthcare professionals and patients and clients warm to the idea of online meetings using different platforms instead of meeting face-to-face in a hospital environment. Since the contractual relationship to be established as a result of the online meeting between the parties may carry the elements of distance contracts, it can be established at a distance and can be characterised as a contract of mandate, consultancy, work, sui generis, etc. according to the acts it contains.

Keywords: online health service, health worker, health personnel, patient, client, online health service contracts, contract of mandate, contract of work,

ÖNSÖZ

2020 yılı itibariyle pandemi dönemi günümüz insanların yaşantılarında birçok değişikliğe sebep olmuş ve bu değişiklikler hepimizin yaşamının bir parçası haline gelmiştir. Covid -19 virüsünün tüm dünyayı etkisi altına almasını takiben, hepimizin yaşantısı, çalışma düzeni değişmiş, kişiler virüsün en yaygın olduğu hastanelerden kaçınmaya başlamışlardır. Virüse yakalanmaktan imtina eden kişiler sağlık hizmetlerine online ortamlarda ulaşmaya çalışmış bunu takiben sağlık çalışanları online ortamlarda hasta ve danışanlara sağlık hizmeti sunumu faaliyeti göstermeye başlamıştır. Online olarak gerçekleşen sağlık hizmetinin sunumu faaliyeti sırasında taraflar arasında kurulan sözleşmenin hukuki niteliğinin belirlenmesi ileride ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümünde yol gösterici olacağından tez konumun seçiminde bana yol gösterici olmuştur.

Öncelikle tez danışmanlığımı üstlenen, savunma jürimde bulunan ve tez konum kapsamında bana yol gösterici olan kıymetli sayın hocam Prof. Dr. Ümit Gezder'e ve tezimi geliştirmeme yardımcı olan diğer jüri üyeleri saygıdeğer hocalarım Prof. Dr. Mehmet Deniz Yener ve Dr. Öğr. Üyesi Nihan Koyuncu Aktaş'a teşekkür ederim.

Son olarak fiziken yanımda olamasada beni ben yapan, uzaklardan beni izlediğine ve benimle gurur duyduğuna her daim inandığım çok özlediğim canım babam Aykut Yigitler'e, ellerimi bir gün bırakmayan bana her daim güvenerek yanımda olan ve destekleyen çok sevdiğim canım annem Pınar Yigitler'e, beni eğitim hayatım boyunca hep destekleyen çok sevdiğim anneannem Şakire Nurtam Çam'a, tez çalışmam sırasında motivasyonum ne zaman düşse yükselten, bana güvenen, inanan ve her an yanımda olan çok sevdiğim eşim Av. Mithat Aslan'a teşekkür ederim.

Beste Kardelen Yigitler Aslan

Eylül, 2023

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM	4
ONLINE GÖRÜŞMELERDE SAĞLIK ÇALIŞANI İLE HASTA VE DANIŞAN ARASINDA KURULAN MESAFELİ SÖZLEŞMELER.....	4
I. GENEL OLARAK.....	4
II. MESAFELİ SÖZLEŞMELERE İLİŞKİN DÜZENLEMELER	7
III. MESAFELİ SÖZLEŞMELERİN TANIMI VE UNSURLARI.....	8
A. TANIM.....	8
B. UNSURLARI.....	10
C. MESAFELİ SÖZLEŞMENİN KURULMASI, HÜKÜM İFADE ETMESİ ANI 15	
Ç. MESAFELİ SÖZLEŞMELERDE ÖN BİLGİLENDİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜ	19
D. CAYMA HAKKI.....	21
İKİNCİ BÖLÜM.....	26
ONLINE GÖRÜŞMELER NETİCESİNDE KURULAN MESAFELİ SÖZLEŞMELERİN TARAFLARI OLAN HASTA, DANIŞAN VE SAĞLIK ÇALIŞANI KAVRAMLARI.....	26
I.HASTA VE DANIŞAN KAVRAMI.....	26
A. HASTA	26
B. DANIŞAN.....	28
C. HASTA VE DANIŞAN HUKUKEN TÜKETİCİ MİDİR? SAĞLIK ÇALIŞANI İLE HASTA VE DANIŞAN ARASINDAKİ UYUŞMAZLIKLAR THKH HÜKÜMLERİNE GÖRE Mİ ÇÖZÜMLENİR?	29

II. SAĞLIK ÇALIŞANI VE HUKUKA UYGUN TIBBİ MÜDAHALE KAVRAMI	33
A.Sağlık Çalışanı Kavramının Kapsamı	35
1. Asli Sağlık Çalışanı.....	37
2. Yardımcı Sağlık Çalışanı	40
B. HEKİMİN AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE HUKUKA UYGUN TIBBİ MÜDAHALE KAVRAMI.....	45
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	53
ONLİNE GÖRÜŞME SIRASINDA SAĞLIK ÇALIŞANLARI VE HASTA/DANIŞAN VE ÖZEL HASTANE ARASINDA KURULAN SÖZLEŞME İLİŞKİSİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	53
I. UZAKTAN SAĞLIK HİZMETİNİN SUNUMU MEVZUATI.....	53
A. GENEL OLARAK	53
B. UZAKTAN SUNULABİLECEK SAĞLIK HİZMETLERİNİN KAPSAMI... ..	54
C. SAĞLIK TESİSİNİN UZAKTAN SAĞLIK HİZMETİ SUNUMU ÇERÇEVESİNDE FAALİYET İZNİ SÜRECİ.....	57
D. UZAKTAN SAĞLIK BİLGİ SİSTEMİ.....	58
E. DENETİM VE İDARİ YAPTIRIMLAR.....	59
II. SAĞLIK ÇALIŞANI İLE HASTA VEYA DANIŞAN ARASINDA AKDEDİLEN SÖZLEŞMENİN NİTELİĞİ.....	60
A. HEKİM İLE HASTA ARASINDA AKDEDİLEN SÖZLEŞMENİN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	60
1.Bağımsız Çalışan Hekim ile Hasta Arasında Akdedilen Sözleşmenin Hukuki Niteliği	60
2.Özel Hastanede Çalışan Hekim, Hastane ve Hasta Arasında Akdedilen Sözleşmenin Hukuki Niteliği	79
B. HEMŞİRE İLE HASTA ARASINDA AKDEDİLEN SÖZLEŞMENİN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	91

1.Bağımsız Çalışan Hemşireler ile Hasta Arasında Akdedilen Sözleşmenin Hukuki Niteliği	91
2.Özel Hastanede Çalışan Hemşireler ile Hasta Arasında Akdedilen Sözleşmenin Hukuki Niteliği	94
C. DİYETİSYEN İLE HASTA/DANIŞAN ARASINDA AKDEDİLEN SÖZLEŞMENİN HUKUKİ NİTELİĞİ	95
1.Bağımsız Çalışan Diyetisyen ile Hasta/Danışan Arasında Akdedilen Sözleşmenin Hukuki Niteliği	95
2.Özel Hastanede Çalışan Diyetisyenle Hasta/Danışan Arasında Akdedilen Sözleşmenin Hukuki Niteliği	102
D. ECZACILAR İLE HASTA ARASINDA AKDEDİLEN SÖZLEŞMENİN HUKUKİ NİTELİĞİ	103
SONUÇ	110
KAYNAKÇA	115

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ATTYÖSKHY	: Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik
Ar-ge	: Araştırma ve geliştirme
AİTİAD	: Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi
b.	: Bent
BK	: 818 Sayılı Borçlar Kanunu
Bkz. / bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
DSÖ	: Dünya Sağlık Örgütü
E.	: Esas
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
IJSR	: International Journal of Science and Research
m.	: madde
MK	: 743 Sayılı Medeni Kanun
S.	: Sayı
s.	: sayfa
T.	: Tarih
TBK	: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
THD	: 2011/83/EU sayılı Tüketici Hakları Direktifi
Eski BK	: 881 sayılı mülga Borçlar Kanunu
TMK	: 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu
TKHK	: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
Nizamname	: Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi
1219 sayılı Kanun	: Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun
6023 sayılı Kanun	: Türk Tabipler Birliği Kanunu
6283 sayılı Kanun	: Hemşirelik Kanunu
6197 sayılı Kanun	: Eczacılar ve Eczaneler Hakkında

4077 sayılı Kanun	: 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
SBYS	: Sağlık Bilgi Yönetim Sistemi
TKHK	: 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
THD	: 22 Kasım 2011 tarihli ve L 304/64 sayılı Avrupa Birliği Resmî Gazetesi'nde yayımlanan ve 12 Aralık 2011 tarihinden itibaren yürürlüğe konulan 2011/83/EU sayılı Tüketici Hakları Direktifi
MSEHY	: Mesafeli Sözleşmeler Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
MSD	: 97/7/EC sayılı ve 20 Mayıs 1997 tarihli Mesafeli Sözleşmeler Direktifi
MSY	: Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği
MSHY	: Mesafeli Sözleşmeler Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
HHK	: 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu
ÖHY	: Özel Hastaneler Yönetmeliği
TUT	: 2002 tarihli Tıpta Uzmanlık Tüzüğü
USBS	: Uzaktan Sağlık Bilgi Sistemi
USHSHY	: Uzaktan Sağlık Hizmetlerinin Sunumu Hakkında Yönetmelik
AABT	: Ambulans ve acil bakım teknikeri
T.T.K.	: Türk Ticaret Kanunu
YHGK	: T.C. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
vd.	: ve devamı

GİRİŞ

Her ne kadar 2020 yılı itibariyle tüm dünyayı etkileyen ve hepimizin hayatında değişikliklere sebep olan Covid-19 salgını nedeniyle hazırlanan tez çalışmalarının giriş bölümünde pandemi konusuna değinmek gelenek haline gelmiş olsa da pandemi dönemi günümüz insanların yaşantılarında birçok değişikliğe sebep olmuş ve bu değişiklikler yaşamımızın bir parçası haline gelmiştir. İnsanlar Covid-19 salgınının başladığı 2020 yılı mart ayı itibariyle temastan kaçınmaya başlamış, kalabalık ortamlardan uzaklaşmış, çalışma düzenlerini değiştirmiş ve bazı meslek grupları ise işlerini tamamıyla çevrimiçi (online) ortamlardan yürütmeye başlamıştır.

Covid-19 virüsünün hızla yayılması nedeniyle insanlar bu virüse yakalanma olasılıklarının en yüksek olduğu yerler olan hastanelerden kaçınmaya başlamışlardır. Bu virüse yakalanmaktan imtina eden kişiler de sağlık hizmetlerine online ortamlarda ulaşmaya çalışmış ve gerekirse bu mecralarda danışmanlık hizmeti alma eğilimi göstermiştir. Hayatın her alanında olduğu gibi, Covid-19 virüsü sağlık alanında da hastaların ve danışanların beklentilerinin farklılaşmasına neden olmuştur. Geline nokta da her ne kadar Covid-19 virüsü etkisini azaltmış ve salgın tedbirleri ortadan kaldırılmış olsa da hasta ve danışanlar sağlık hizmetlerini online (çevrimiçi) mecralardan alma eğilimi göstermektedir.

Bu hizmetler direkt olarak sağlık hizmeti sunanın hastayı fiziki olarak incelemesine imkân vermese de günümüz şartlarında birçok kolaylık sağlamaktadır. Gerek sağlık turizmi gerekse normal sağlık hizmeti almak isteyen bir kişi çevrimiçi ortamlarda bulunan birçok mecra üzerinden kolaylıkla muhatapları olan sağlık çalışanları ile iletişime geçebilmektedir. Hatta bazen direkt olarak hekimlerine çevrimiçi ulaşabilmektedir.

Türk Lirasının yabancı para kurları karşısında değer kaybetmesi nedeniyle ülkemizin sağlık turizmi açısından uygun fiyatlı ve kaliteli hizmet alınacak bir cazibe merkezi haline geldiği de ortadadır. Sağlık hizmeti almak isteyen yabancılar ülkemize gelmeden önce sağlık turizmi acenteleri üzerinden bulduğu hekimlerle ve diğer sağlık çalışanlarıyla çevrimiçi iletişim kurarak fiziki olarak yüz yüze gelmeden görüşmeler

gerçekleştirebilmektedir. Bu çevrimiçi iletişimin hukuk dünyasındaki karşılığının ne olacağı, taraflar arasında kurulan sözleşmenin hukuki niteliğinin ise belirlenmesi gerekmektedir.

Hukuk dünyasında ilgili sağlık çalışanları ve hastalar ile danışanlar arasında kurulan ilişki sözleşmesel ilişki olarak vücut bulmaktadır. Hukuki işlemler tez çalışmamızın devamında ayrıntılı olarak izah edileceği üzere; online ve offline hukuki işlemler olarak iki kategoride incelenecektir. Online hukuki işlemlerde taraflar sözleşmeyi internet aracılığıyla akdettiği gibi, sözleşmesel yükümlülüklerini de internet aracılığıyla online olarak yerine getirmektedir. Online hukuki işlemlerde sözleşmenin konusunu bir malın satılması oluşturabileceği gibi, online olarak sunulan hizmetler de oluşturabilir.

Tez çalışmamızın konusu online görüşmelerde, sağlık çalışanlarıyla hastalar veya danışanlar arasında kurulan sözleşmenin hukuki niteliğinin belirlenmesidir. Sağlık çalışanı ile hasta/danışan arasında gerçekleşen online görüşmelerin hukuki niteliğini belirlemek açısından online ve offline hukuki işlemler tarafımıza yol gösterici olacaktır. Taraflar arasında yalnızca online görüşmeler sırasında kurulan sözleşmenin hukuki niteliği incelenecek olup, inceleme yapılırken sözleşmenin kurulması aşamasının online olarak gerçekleşmesiyle birlikte, ifa aşamasının da online olarak gerçekleştirildiği durumlar üzerinden hukuki nitelik belirlenmesi yapılacaktır.

Sağlık çalışanlarıyla hastalar veya danışanlar arasında gerçekleştirilen online görüşmelerde hasta veya danışanın tüketici, sağlık çalışanının ise kâr amacı güden mal veya hizmet sağlayıcı olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği, sözleşmenin mesafeli olarak kurulup kurulamayacağı inceleme konusu yapılacaktır. Mesafeli sözleşmelerin unsurları, ön bilgilendirme yükümlülüğü ve cayma hakkı irdelenecek olup, tez konumuz kapsamında somut olaylara uygulanabilirliği incelenecektir. Tarafımızca bu inceleme yapılırken, sağlık çalışanları ile hasta ve danışan arasında çevrimiçi ortamda kurulan sözleşmeler esasen 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (*TKHK*), Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği (*MSY*), Uzaktan Sağlık Hizmetlerinin Sunumu Hakkında Yönetmelik (*USHSHY*) ile 12 Aralık 2011 tarihinden itibaren yürürlüğe konulan 2011/83/EU sayılı Tüketici Hakları Direktifi ışığında incelenecektir. Taraflar arasında kurulan sözleşmelerin mesafeli olarak kurulup

kurulamayacağı inceleme konusu yapıldıktan sonra sözleşmelerin nitelendirilmesi yapılacak olup, çalışmamızda inceleme kapsamında olan sağlık çalışanları ise hekim, hemşire, diyetisyen ve eczacı olacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

ONLINE GÖRÜŞMELERDE SAĞLIK ÇALIŞANI İLE HASTA VE DANIŞAN ARASINDA KURULAN MESAFELİ SÖZLEŞMELER

I. GENEL OLARAK

Covid-19 virüsünün tüm dünyayı etkisi altına almasını müteakiben, virüsün yayılma olasılığının en yüksek olduğu mecralar olan sağlık kurum ve kuruluşları hastalar ve danışanlar açısından oldukça tedirgin edici yerler haline gelmiştir. Bu nedenle hastalar ve danışanlar, sağlık çalışanlarından alacakları hizmetleri yüz yüze fiziksel olarak aynı ortamda bulunarak almak yerine, online ortamda bilgisayar ve cep telefonu aracılığıyla yine yüz yüze ve fakat fiziksel olarak aynı ortamı paylaşmadan almayı tercih etmişlerdir. Gelişen teknoloji, sağlık çalışanları ile hasta ve danışanların online olarak görüşmesine imkân sağlamaktadır ve bireyler açısından online görüşmenin tercih edilirliliği her geçen gün artmaktadır.

Online görüşmeler Covid-19 salgın döneminde aktif olarak taraflarca yapılmaya başlamıştır. 2020 yılı mart ayı sonrasında uygulamada online görüşmeler yapılmaya başlanmış olsa da sağlık hizmetlerinin uzaktan sunumuna ilişkin usul ve esasları belirleyen yönetmelik 10.02.2022’de yayımlanmıştır. USHSHY’nin amacı; uzaktan sağlık hizmetlerinin kapsamının belirlenmesine, sağlık hizmetini uzaktan sunacak tesislere izin verilmesine, uzaktan sağlık hizmetinin sunumu esnasında kullanılacak sağlık bilgi sistemlerinin geliştirilmesine ve uzaktan sağlık bilgi sisteminin (USBS) tescil edilmesi ile denetlenmesine ilişkin usul ve esasların düzenlenmesidir. Salgının ilk dönemlerinde, hukukumuzda mevcut düzenlemelerin kıyasen uygulanması yoluyla online görüşmeler neticesinde sağlık çalışanı ile hasta ve danışan arasında kurulan sözleşmenin hukuki niteliği belirlenmeye ve ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümü sağlanmaya çalışılmış olsa da 2022 yılı itibariyle uzaktan sunulan sağlık hizmetinin yasal sınırları belirlenmiştir.

Her ne kadar salgın ilk günkü etkisini yitirmiş olsa da bir kısım hasta ve danışan Covid-19 salgın döneminde sürekli maske kullanımı vb. sebeplerle yeni ve başkaca

virüslere karşı bağışıklıklarının düşmesi nedeniyle sağlık hizmetini halen online olarak alma taraftarıdır. Bireylerin hastalıklara karşı temkinli olmasının yanında, günümüz toplumunda bireylerin çalışma tempolarının yoğun olması, trafik yoğunluğunun her geçen gün çekilmez bir hal alması nedeniyle sağlık çalışanlarıyla yapılan online görüşmeler bireylerin hayatlarını kolaylaştırmakta ve zamandan tasarruf etmelerini sağlamaktadır. Uygulamada taraflar arasında online görüşmelerin tercih ediliyor olması, işbu online görüşmeler neticesinde taraflar arasında kurulan sözleşmelerin hukuki niteliğinin belirlenmesinin gerekli olduğunu göstermiştir.

Biz de tez çalışmamızda online görüşmelerde sağlık çalışanları ile hasta ve danışan arasında kurulan sözleşmelerin hukuki niteliklerini doktrindeki görüşler ışığında tartışacak olmakla birlikte; öncelikle online görüşmelerde, sağlık çalışanları ile hasta ve danışan arasında kurulan sözleşmelerin hukuki niteliklerini değil kuruluş yöntemini farklı görüşler ışığında incelenecektir.

Online görüşmeler neticesinde sağlık çalışanları ile hasta ve danışan arasında kurulan sözleşmeler hukukumuzda, 6052 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK), mehz hukuk olan AB hukukundaki ilgili düzenleme olan 2011/83/EU sayılı Tüketici Hakları Direktifi (*THD*) ışığında düzenleme altına alınan ve özel bir sözleşme kurma yöntemi olan Mesafeli Sözleşmeler başlığı altında incelenecektir. Mesafeli sözleşmeler başlığı altında inceleme yaparken, tarafımızca yalnızca online hukuki işlemlere yoğunlaşılacaktır. Somut duruma göre, her bir sağlık çalışanı açısından hasta veya danışanı ile hem sözleşmenin kuruluşu aşamasını hem de ifası aşamasını online olarak gerçekleştirdiği hallere ilişkin olarak hukuki nitelendirme yapılacaktır.

Mesafeli sözleşmeler TKHK 48'inci maddesinde düzenleme altına alınmaktadır. Mesafeli sözleşme kavramı lafzi olarak yorumlandığında bünyesinde iki unsur barındırmaktadır. İlk unsur “mesafe unsuru”¹ olup, ikinci unsur ise “sözleşme müessesesidir”². Mesafeli sözleşmenin taraflarından biri, ticari ve mesleki amaçları

¹ Ümit Gezder, *Erzurumlu Şerhi Mesafeli Sözleşmeler*, (İstanbul: Beta Yayıncılık 2006), s. 28; Mehmet Demir, *Mesafeli Sözleşmelerin İnternet Üzerinden Kurulması* (Ankara 2004), s. 16; Abdülkerim Yıldırım, *Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması* (İstanbul 2009), s.61; Zeynep Naz Güneş, *Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler* (Ankara 2018), s.33.

² Gezder, *Erzurumlu Şerhi*, s.26.

bulunmayan gerçek veya tüzel kişi kısacası tüketicidir. Diğerisi ise ticari ve mesleki saikleri bulunan, tüketicilere mal ve hizmet sağlamak üzere çalışan veya mal ve hizmet sağlayıcısı, satıcısı adı ve namına davranan gerçek veya tüzel kişilerdir. Sözleşmenin, mesafeli sözleşme olarak kurulabilmesi için mal ve hizmetlerin pazarlanması için oluşturulmuş bir sistem çerçevesinde³, tarafların aynı anda fiziksel olarak karşı karşıya gelmeden, çeşitli iletişim araçlarını kullanarak sözleşmeyi kurmuş olması gerekmektedir. Tarafların aynı anda fiziksel olarak karşı karşıya gelmemesi ile sözleşmenin tarafları arasında fiziki uzaklık bulunmasıdır.⁴

Sözleşmenin taraflarının, sözleşmenin kuruluş süreçlerinde birbirlerinden maddi açıdan uzak olmaları kurulan sözleşmenin mesafeli sözleşme olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği konusunda önem arz etmektedir.⁵

Kanuni düzenlemeye göre; Mesafeli sözleşmeler THKH kapsamında düzenlenmiş ve esasında tüketici hukukunun bir kavramıdır. Tüketici, ekonomik, sosyal ve başkaca dış etkenler ile sözleşmenin zayıf tarafını oluşturmaktadır ve bu nedenle koruma altına alınması gerekmektedir. Tüketicinin korunması için gereken yasal düzenlemeleri içeren hukuka ise tüketici hukuku denilmektedir⁶.

Tez çalışmamız açısından önem arz eden husus; sağlık çalışanlarıyla hastalar veya danışanlar arasında kurulan sözleşmelerin, mesafeli sözleşme olup olmadığının tespitini yapmak, sözleşmenin kurulduğunu anı belirlemek ve bu tespiti yaparken mesafeli olarak akdedilen sözleşmelerin hukukumuzdaki düzenlemeleri ile tanımını ve unsurlarını da ortaya koymaktır. Taraflar arasında kurulan sözleşmelerin özel bir sözleşme kurma yöntemi⁷ olarak mesafeli sözleşmeler olup olmadığının tespitini takiben, tez çalışmamız kapsamında sağlık çalışanlarıyla hastalar veya danışanları arasında kurulan sözleşmelerin hukuki niteliği de doktrindeki görüşler incelenmek suretiyle belirlenecektir.

³ Aydın Zevkliler ve Çağlar Özel, *Tüketicinin Korunması Hukuku* (Ankara 2016), s. 322.

⁴ Zevkliler, Özel, *Tüketicinin Korunması Hukuku*, s. 320-321; Zeynep Naz Güneş, *Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler*, s.33.

⁵ Mustafa Topaloğlu, *TKHK md 48 Şerhi* (Ed: Hakan Tokbaş ve Özlem Tüzüner, Milli Şerh, 6502 Sayılı *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*) (İstanbul 2016), s. 762.

⁶ Seda Kara Kılıçarslan, "Tüketici Sözleşmelerinde Bilgilendirme Yükümlülüğü", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.5, S.2, (Ankara 2015=, s.186.

⁷ Ümit Gezder, "Mesafeli Sözleşmeler", *Yeni Tüketici Hukuku Konferansı*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık 2015), s.327-343.

II. MESAFELİ SÖZLEŞMELERE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Mesafeli sözleşmelere ilişkin hukukumuzdaki düzenlemeler; 97/7/EC sayılı Mesafeli Sözleşmeler Direktifi'nin (*MSD*) iç hukukumuzda aktarılması suretiyle yapılmıştır. Bu direktif, Avrupa Birliği üyesi ülkelerde tüketicileri yanıltıcı ve agresif satış yöntemlerine karşı korumak amacıyla hazırlanmıştır. Bu doğrultuda, hukuk sistemimizde etkin bir şekilde uygulanmak üzere aktarılmıştır⁸.

Mesafeli sözleşme kavramı hukukumuzda 4822 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 14. maddesi ve Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne uyum sürecinde 97/7/EC sayılı direktifin iç hukukumuzda aktarılması suretiyle, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a (*4077 sayılı Kanun*) 2003 yılında eklenen 9/A maddesiyle girmiştir. 9/A maddesinin nasıl uygulanacağını izah etmek üzere hazırlanan Mesafeli Sözleşmeler Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik (MSEHY) de 2003 yılında yürürlüğe girmiştir. Bu yönetmelik 2011 tarihli Mesafeli Sözleşmelere Dair Yönetmelik'in yürürlüğe girmesi ile mülga olmuştur.

TKHK ve MSEHY öncesinde mesafeli sözleşme kavramı hukukumuzda yer almamakla birlikte, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı⁹ tarafından çıkarılan Kapıdan Satışlara İlişkin Uygulama Usul ve Esaslarına Dair Tebliğ'in 2'inci maddesinin d bendinde mesafeli satışlarda işbu Tebliğ'in uygulama alanı bulacağına ilişkin düzenleme mevcuttu. Tebliğin 4'üncü madde 1'inci fıkrasının f bendinde mesafeli satış kavramı tanımlanmıştır. Bu tanıma göre, mesafeli satış, yazılı veya görsel yayın yoluyla sunulan ürünlerin posta veya diğer taşıma araçlarıyla tüketiciye ulaştırıldığı satış yöntemidir. Bu tanımın günümüzde mesafeli sözleşmeleri tanımlamak için kullanılan tanımın kapsamında değerlendirilebileceği söylenebilir. Bunun sonucu olarak ise, hukukumuzda mesafeli sözleşmelerinin ilk olarak bu tebliğde düzenleme altına alındığı da söylenebilecektir.

⁸ Cihan Avcı Braun, "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Mesafeli Sözleşmeler", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12, S. 2, (Kasım 2015), s.21.

⁹ O dönemki adı Sanayi ve Ticaret Bakanlığıdır.

Uygulamada Tüketici Hukukuna ilişkin mevcut düzenlemelerin uyumsuzlukları çözmek konusunda yeterli olmadığına görülmesi üzerine, AB tarafından asıl amacı tüketicinin korunmasını ve MSD'nin modernize edilmesini sağlamak¹⁰ olan 2011/83/EU sayılı “*Tüketici Haklarına İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi*” çıkarılmıştır. AB tarafından çıkarılan işbu yönerge ve buna ek olarak çıkarılan diğer yönerge ve tavsiye kararlarının iç hukukumuzda aktarılması için 2014 yılında TKHK hazırlanmıştır. İlgili kanunun 48'inci maddesinde mesafeli sözleşmeler düzenleme altına alınmıştır. Yeni kanunun yürürlüğe girmesinden sonra 48'inci ve 84'üncü maddeler uyarınca mesafeli sözleşmelerinin uygulama esaslarını gösteren MSY 27 Şubat 2015 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

III. MESAFELİ SÖZLEŞMELERİN TANIMI VE UNSURLARI

A. TANIM

Mesafeli sözleşmeler hukukumuzda 4077 sayılı kanuna eklenen 9/A maddesinde düzenleme altına alınmıştır. İlgili maddede mesafeli satış sözleşmesi görsel olarak, telefonla, yazılı olarak, elektronik ortamlarda veya diğer benzeri iletişim araçları kullanılarak, uzaktan tüketiciye mal, hizmetin anlık olarak veya sonradan teslim edilmek üzere akdedilen sözleşme olarak tanımlanmıştır. Madde lafzına göre mesafeli sözleşme, mektup, broşür, ilan, katalog televizyon, ev telefonu, cep telefonu aracılığıyla veya internet ortamında akdedilen sözleşmeleri ifade etmektedir. Diğer iletişim araçlarıyla kastedilenin ise gelecek yıllarda ortaya çıkacak yeni sistem ve ağlar kastedilmektedir¹¹. Kanun sözleşmenin taraflarının karşı karşıya gelmemesi gerektiğine ilişkin düzenleme yapmış olup, ilgili düzenleme hatalı olmuştur. Şöyle ki, taraflar telefonun aynı anda iki ucunda olduğunda ilgili düzenlemeye göre kurulan sözleşmenin mesafeli sözleşme olduğu söylenemeyecektir ki; kanun koyucunun yaptığı bu düzenlemeyle kastettiğinin aslında tarafların aslen fiziksel olarak karşı karşıya gelmemeleri olduğu açıktır¹². Aksi halde mesafeli sözleşmelerin yalnızca TBK 5'inci maddesinde (881 Sayılı mülga Borçlar Kanunu (Eski BK) madde 5) hazır olmayanlar arasında akdedilen sözleşmeleri kapsadığı, TBK 4'üncü maddesinde (881 Sayılı mülga Borçlar Kanunu (Eski BK) madde 4) düzenlenen hazır olanlar arasındaki sözleşmeleri kapsamadığı ifade edilmiş olsaydı, uzaktan iletişim aracı olan telefon

¹⁰ Murat Aydoğdu, *Tüketici Hukuku Dersleri*, (Ankara 2015), s.42.

¹¹ Ümit Gezder, *Elektronik Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması* (İstanbul, 2003), s.33-34.

¹² Gezder, *Elektronik Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması*, s.52-53.

yoluyla hazır olanlar arasında kurulan sözleşmelerin mesafeli sözleşme olmadığı yönünde bir tespit yapılır ve hukuken doğru olmayan bir sonuca ulaşıldı¹³.

Mesafeli sözleşmeler TKHK'un ise 48'inci maddesinde düzenleme altına alınmış olup, yukarıda değinmiş olduğumuz fiziksel olarak karşı karşıya gelmeme noktasında kanun koyucu amacına uygun bir düzenleme yapmıştır. Buna ek olarak ise, mesafeli sözleşmelerin kurulması için kullanılacak iletişim araçları tek bir başlık altında toplanmış ve mesafeli sözleşmelerin kurulması için oluşturulmuş bir sistemin varlığı aranmıştır.

THKH 48'inci madde düzenlemesinde, mesafeli sözleşmelerin kuruluşu hususunun düzenlenmiş olması, işbu hususa ağırlık verilmesi mesafeli sözleşmelerin taahhüt işlemi olduğuna ilişkin görüşü desteklemektedir¹⁴. 4077 sayılı kanuna eklenen 9/A maddesinden farklı olarak, THKH 48'inci maddesinde sözleşmenin ifasını düzenleyen ifadeler yer verilmemiştir. 9/A maddesinde; sözleşmenin ifa zamanının taahhüt işlemi ile aynı anda ya da taahhüt işleminden sonra olacağı düzenleme altına alınmışken, THKH 48'inci madde düzenlemesinde sözleşmenin ifa zamanına ilişkin düzenleme yapılmamış, yalnızca mesafeli sözleşmelerin taahhüt işlemi niteliğini haiz olmasına vurgu yapılmıştır¹⁵

Mesafeli sözleşme yeni bir sözleşme tipini tanımlamamakta, sözleşme akdinin tarzını tanımlamaktadır¹⁶. Mesafeli sözleşmeler; uzaktan iletişimi sağlayan araçlar kullanılarak, sözleşmenin tarafları fiziksel olarak yan yana gelmeden, uzaktan pazarlamaya ilişkin olarak oluşturulmuş bir sistem aracılığıyla malın veya hizmetin sağlandığı tüketici sözleşmesi olarak tanımlanabilir¹⁷. Sözleşme tiplerinin büyük çoğunluğu, sözleşmenin akdedilmesi sırasında kullanılan iletişim araçlarının türüyle ilgili bir sınırlamanın olmaması ve sadece spesifik olarak belirtilen satış vb. sözleşme türü ile sınırlanmaması nedeniyle mesafeli olarak kurulabilir. Mesafeli sözleşmenin

¹³ Gezder, *Erzurumlu Şerhi*, s.29.

¹⁴ Gezder, *Erzurumlu Şerhi*, s.26

¹⁵ Yekta Ongun Özkan, "Mesafeli Sözleşmeler" (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2019), s.7.

¹⁶ Gezder, *Erzurumlu Şerhi*, s.26.

¹⁷ Derya G. Bütün Yılmaz, "Mesafeli Sözleşmeler", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 69 (2) (2020), s.363.

uygulama alanının oldukça yaygın olduğunu göstermektedir¹⁸. Tez çalışmamız kapsamında ağırlıklı olarak ele alınacak olan vekalet sözleşmesi, danışmanlık sözleşmesi mesafeli olarak kurulabilecek nitelikte sözleşmelerdir. Tez çalışmamızda sağlık çalışanları ile hasta/danışan arasında online görüşmelerde kurulan sözleşmelerin hukuki niteliği inceleme konusu yapılacağından, öncelikle mesafeli sözleşmelerin unsurları incelenecek olup ardından sağlık çalışanları ile hasta ve danışanları arasında online görüşmelerde kurulan sözleşmelerin mesafeli sözleşme olarak tanımlanmasının belirlenen kriterlere uygunluğu incelenerek mümkün olup olmadığı belirlenecektir.

B. UNSURLARI

1.Sözleşme Taraflarının Fiziksel Olarak Yan Yana Gelmemesi

Sözleşme taraflarının fiziksel olarak yan yana gelmemesi doktrinde mesafe unsuru olarak tanımlandığı ifade etmiştik. 4077 sayılı kanun döneminde, kanunun 9/A maddesinde bu unsur tarafların karşı karşıya gelmemesi şeklinde ifade edilmiş olsa da kastedilenin aslında sözleşmenin taraflarının fiziksel olarak yan yana gelmemesi olduğu açıktır. Kanun koyucunun şimdiki kanun döneminde olduğu gibi 4077 sayılı kanun döneminde de bu düzenlemeyle sözleşmenin taraflarının karşılıklı olarak telefon veya internet yoluyla görüşmesi halinde mesafe unsurunun ortadan kalkmış olmayacağını düzenlemek istemiştir. Uygulamada bu dikkatsiz kullanım göz önüne alınmamış olmakla birlikte, TKHK ile düzeltilmiş ve madde düzenlemesinde, karşı karşıya gelmemekle kastedilenin tarafların aynı anda fiziksel olarak yan yana gelmemesi olduğu madde metninde açıkça yazılmıştır¹⁹. Mesafe unsuru yani maddi uzaklık olgusu, sözleşme görüşmelerindeki asiller ile birlikte asillerin temsilcileri açısından da aranmaktadır. Mesafe unsuru hem sözleşmenin tarafı olan asiller hem de temsilciler açısından aranmakta olup; temsilciler yönünden de maddi uzaklık unsurunun gerçekleşmemesi halinde sözleşme mesafeli sözleşme olarak nitelendirilemeyecektir²⁰.

¹⁸ Şebnem Akipek, “Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması Hakkında Avrupa Birliği Direktifi ve Türkiye’nin Uyumı”, *BATİDER*, C.XXI, S.4, (2002), 45-66.

¹⁹ Gezder, *Elektronik Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması*, s.52-53.

²⁰ Güneş, s.33; Abdülkerim Yıldırım, *Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması*, s.60.

Tarafların fiziksel olarak yan yana gelmemesi unsurunun sağlık çalışanları ile hasta ve danışanları arasında gerçekleşen online görüşmeler neticesinde kurulan sözleşmelerde sağlanabilecektir. şÖyle ki; Covid-19 salgını döneminde şehirden uzaklaşarak yazlık yerlerde yaşamayı tercih edenler veya şehirlerde yaşamakla birlikte bulaş ihtimalinin oldukça fazla olduğu hastanelere gitmekten imtina eden hasta ve danışanlar kendilerini takip eden başta hekimler olmak üzere diğer sağlık çalışanlarıyla internet üzerinden online olarak görüşmeler yaparak sağlık hizmetinden faydalanmaya başlamışlardır. Online sağlık hizmeti sunumu çerçevesinde, taraflar aynı anda eş zamanlı olarak karşı karşıya gelmekle birlikte; kanun koyucunun mesafeli sözleşmelere ilişkin düzenlediği mesafe unsuruna uygun olarak fiziksel olarak yan yana gelmeden sağlık hizmetini alabilmektedir. Sistem sözleşmenin her iki tarafı içinde efektif olduğundan, her ne kadar salgın hafiflemiş ise de online sağlık hizmeti verilmeye devam edilmekte ve bu nedenle de uyuşmazlıkların çözümü için aralarında kurulan sözleşmelerin hukuki niteliğinin tespit edilmesi gerekliliğini de beraberinde getirmektedir. Fakat tekrar belirtmek isteriz ki; salgının başında uzaktan verilecek sağlık hizmetlerinin sınırlarını belirleyen geniş bir yasal mevzuat mevcut değilken 2022 yılı itibariyle “Uzaktan Sağlık Hizmetinin Sunulması Hakkında Yönetmelik” ile birlikte verilecek sağlık hizmetinin yasal sınırları çizilmiş olup gerekli inceleme çalışmamızın devamında yapılacaktır.

2. Sözleşmenin Kurulmasında Uzaktan İletişim Aygıtlarının Kullanılması

Mesafeli sözleşmeden söz edilebilmesi için sözleşmenin kurulması anı dahil, bu ana kadar uzaktan iletişimi sağlayan araçların kullanılması gerekmektedir. Tarafların sözleşmenin kurulması sırasında birçok farklı iletişim aracı kullanması halinde de mesafeli sözleşmelere ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır²¹. Özetle en az bir uzaktan iletişim aracının kullanılması mesafeli sözleşmeden söz edilebilmesi için yeterli olmakla birlikte, tek bir sözleşmenin kurulması sırasında farklı iletişim araçlarının kullanılıyor olması sözleşmenin mesafeli olarak akdedilmesine engel değildir.

²¹Gezder, *Erzurumlu şerhi*, s.26; mit Gezder, *Mukayeseli Hukuk Açısından İnternette Akdedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması* (İstanbul: Beta 2004), s. 54; Alev Erten, *Türk ve Alman Hukukunda Mesafeli Sözleşmeler* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2009), s.171.

4077 sayılı kanun 9/A maddesinde yer alan mesafeli sözleşme tanımında iletişim araçları kategorik bazda tek tek sayılmakla birlikte, TKHK'un 48. maddesinde tek tek iletişim araçları sayılmak yerine tek bir başlık altında toplanarak "uzaktan iletişim aracı" ifadesi kullanılmıştır.

Uzaktan iletişim aracı kavramı, MSY'nin 4'üncü maddesinin h fıkrasında ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Kanun koyucunun lafzından anlaşıldığı üzere, tarafların fiziksel olarak yan yana gelmesini gerektirmeyecek tüm iletişim araçlarını uzaktan iletişim aracı kavramı altında toplamıştır. Tanımlamada tarafların fiziki olarak yüz yüze gelmesine ihtiyaç olmaksızın sözleşmelerin yapılmasına olanak sağlayan tüm araç veya ortamları ifade ettiği belirtilerek, gelecekte teknolojik gelişmeler sonucunda ortaya çıkacak uzaktan iletişim araçlarının da bu kavrama dahil edilmesinin önü açılmış, gelecekte kanun metninde bu yönde bir değişiklik yapılmasına ihtiyaç duyulmayacak şekilde geniş düzenleme yapılmıştır.

Taraflar arasında mesafeli bir sözleşme kurulabilmesi için sözleşme öncesi görüşmeler süresince uzaktan erişim araçlarının kullanılması, tarafların bu süreçte de fiziken yüz yüze gelmemesi gerekmektedir. Sözleşme görüşmeleri ve sözleşmenin kurulum anı dahil olmak üzere tarafların fiziksel olarak yüz yüze geldiği bir an olursa, kurulan sözleşmenin mesafeli sözleşme olarak nitelendirilmeyecektir²².

Tarafların bilgi alma amacıyla uzaktan iletişim araçlarını kullanmaksızın fiziksel olarak yan yana gelmeleri bir görüşe göre; ileride aralarında akdedilecek olan mesafeli sözleşmeye engel olmayacaktır. Sözleşme öncesi müzakere görüşmeleri ve sözleşmenin kurulum anı haricinde taraflar bilgi almak amacıyla fiziksel olarak yan yana gelebilirler. Sözleşme öncesi müzakere süreci ve sözleşmenin kurulum anı sırasında fiziken yan yana gelmek yerine uzaktan iletişim araçlarını kullanmaları mesafeli sözleşmenin kurulması için yeterli olacaktır²³. Tüketici tarafından satıcı veya

²² Gezder, "Mesafeli Sözleşmeler", s.337-338.

²³Mustafa Topaloğlu, "Mesafeli Sözleşmeler", *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.2, S.3, (2016), s.13-50.

sağlayıcının işyerine giderek sözleşme müzakere edildikten sonra akdedilen sözleşmenin mesafeli sözleşme olduğu söylenemeyecektir²⁴.

Günümüz teknolojisinde bilgisayar ve telefon aracılığıyla sağlık çalışanı ile bağlantı kurulabilmektedir. Açıkça görüldüğü üzere, sağlık çalışanı ile hasta ve danışan arasında online olarak yapılan görüşme neticesinde kurulan sözleşmenin mesafeli sözleşme olarak kurulmasına ilişkin açıklanan bu unsur açısından bir engel mevcut değildir. Online görüşmelerde taraflar sözleşme görüşmeleri sırasında ve sözleşmenin kurulması anında uzaktan erişim araçlarını kullanabileceklerdir. Bu açıdan tez çalışma konumuz kapsamında, sağlık çalışanları ile hasta veya danışanlar arasında sözleşmenin kurulması sırasında uzaktan iletişim araçlarının kullanılmasına ilişkin olarak teknolojik bir imkânsızlık mevcut değildir.

3. Mal ve Hizmetin Uzaktan Pazarlanmasına İlişkin Sistemin Olması

Online görüşmelerin Covid-19 döneminde ülkemiz ve dünyada oldukça popüler olduğu yadsınamaz bir gerçektir. Online görüşmelerin popülaritesinin ve arzının arttığı günümüz dünyasında sağlık kurum ve kuruluşları, hastaneler, muayeneciler sağlık çalışanlarının hasta ve danışanlarına online olarak sağlık hizmeti verebilmesi için hizmetin pazarlanmasına yönelik sistemler kurmak mecburiyetinde kalmışlardır. Ülkemizde TKHK'un 48'inci maddesi uyarınca mesafeli satış sözleşmesi kurulabilmesi için mal ve hizmetlerin pazarlanmasına yönelik bir sistemin de kurulması şartı aranmaktadır.

4077 sayılı kanun döneminde, mesafeli sözleşmelerde mal ve hizmetin pazarlanmasına ilişkin bir sistemin bulunması zorunluluğu mevcut değilken, MSD'de uzaktan pazarlamaya ilişkin sistemin mevcudiyeti şartı vardı. Mal ve hizmetin sunumuna ilişkin sistem şartı mevcudiyetinin zorunlu olmadığı 4077 kanun döneminde, istisnai olarak uzaktan iletişim aracı kullanılarak yalnızca bir kereye mahsus sözleşme kurulması halinde bu sözleşme mesafeli sözleşme kapsamında değerlendirilmekte ve bu değerlendirme satıcının haksız yere ağır sorumluluklarla

²⁴ İ. Yılmaz Aslan, *6502 Sayılı Kanununa Göre Tüketici Hukuku* (Ekin Yayınevi, 2015), s. 556.

karşı karşıya kalmasına sebebiyet vermekteydi²⁵. 4077 sayılı kanunun yürürlükte olduğu dönemde, sistemin mevcudiyeti zaruri olmasa da doktrinde mevcut olması gerektiğini savunan görüşler vardı²⁶. TKHK döneminde; sözleşmenin mesafeli olarak nitelendirilebilmesi için uzaktan iletişim araçlarının satıcı ya da hizmet sağlayıcısı tarafından bir kereye mahsus olmamak üzere sistematik bir biçimde veya düzenli olarak kullanılması gerekmektedir²⁷.

Bir örnekle açıklayacak olursak; hekim istisnai olarak, bir kereye mahsus olmak üzere hastasıyla online olarak görüşme yaparsa, bu durumda hekim ile hasta arasında kurulan sözleşmenin mesafeli olarak kurulduğu söylenemeyecektir. Fakat hekim hem fiziken hem de online görüşme seçeneğini internet sitesi üzerinden hastalarına sunabiliyorsa ve hastalar iki seçenekten birini tercih edebiliyorsa bu durumda taraflar arasında kurulan sözleşme mesafeli sözleşme olarak nitelendirilebilecektir. Günümüzde özel hastanelerin internet sitesinde randevu al kısmını tıkladığımızda hem online görüşme seçeneğini hem de fiziken görüşme seçeneğini bize sunabildiklerini ve iş bu sistemin sözleşmenin mesafeli olarak kurulmasına olanak sağladığını görebiliyoruz. Ayrıca, USHSY'ın yürürlüğe girmesiyle birlikte, mal ve hizmetin pazarlanmasına ilişkin olarak kurulması gereken sisteminde yasal sınırları çizilmiş olup ayrıntılı bilgilendirme çalışmamızın devamında yapılacaktır²⁸. Yeni yasal düzenlemelerle, sağlık çalışanları ile hasta ve danışan arasında kurulacak mesafeli sözleşmelerde kullanılacak sistemin gerekliliklerinin yasal bir zemine kavuşturulduğu söylenebilecektir.

4. Ücret veya Menfaat Karşılığı Olması

TKHK'un 3'üncü maddesinde mal ve hizmete ilişkin yapılan tanımlamalar dikkate alındığında, mesafeli sözleşmelerin bir unsurunun da ücret veya menfaat karşılığı olması olduğu görülmektedir. THK 3'üncü maddesi uyarınca ücret veya menfaat karşılığında yapılan mal sağlanmasını içermeyen tüketici işlemleri hizmet

²⁵ Avcı Braun, *Mesafeli Sözleşmeler*, s.28.

²⁶ Demir, *Mesafeli Sözleşmelerin İnternet Üzerinden Kurulması*, s. 25-29.

²⁷ Topaloğlu, "Mesafeli Sözleşmeler", s. 18.

²⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. s. 54 vd.

olarak tanımlanırken, taşınır veya taşınmaz mallar ile yazılım, ses görüntü gibi gayri maddi varlıklar mal olarak tanımlanmaktadır.

TKHK’da yer alan mal ve hizmet tanımlarında da açıkça ifade edildiği üzere, tüketici sözleşmelerinde mal ve hizmetin ivazlı olması şartı aranmaktadır²⁹. Mesafeli olarak kurulan tüketici sözleşmesinin tarafı olan tüketicinin de bir karşı edimi olması gerekmektedir³⁰. Sözleşmenin mesafeli olarak kurulabilmesi için, hizmetin veya malın ücret veya bir menfaat karşılığında olması ve tüketici ile sağlayıcı yani sözleşmenin taraflarının işbu menfaat karşılığından hem fikir olup anlaşmaları gerekmektedir³¹. Mesafeli sözleşmelerin öncelikle tüketici işlemi olması gerektiğinden, mesafeli sözleşmelerin ivazlı olarak kurulması gerektiğinin kanunen aranan bir zorunluluk olduğunu söyleyebiliriz. Şöyle ki; mesafeli sözleşmenin tüketici sözleşmesi olduğu ve ivazlı olmaması yani ivazsız olması halinde tüketicilerin korunmasını gerektirir özel bir durum olmadığı kabul edilmektedir³².

Sağlık çalışanı ile hasta ve danışan arasında online olarak kurulan mesafeli sözleşmelerde, sözleşmenin konusunu sağlık hizmetinin sağlanması oluşturmakta iken, hizmetin niteliği gereği sağlık çalışanına ücret ödenmektedir. Sağlık çalışanları ile hekim ve danışan arasında online olarak yapılan görüşmeler neticesinde kurulan mesafeli sözleşmelerin ücret karşılığı olma unsurunu da sağladığı söylenebilecektir.

C. MESAFELİ SÖZLEŞMENİN KURULMASI, HÜKÜM İFADE ETMESİ ANI

Taraflar arasında sözleşmenin kurulabilmesi için, iki veya daha çok şahsın hukuki bir sonuç meydana getirebilmek için karşılıklı olarak birbirlerine uygun irade beyanlarını açıklamaları gerekmektedir. Sözleşmenin kurulduğunun söylenebilmesi

²⁹ Ahmet Karakocalı ve Ali Suphi Kurşun, *Tüketici Hukuku (6502 sayılı Kanun ve İlgili Yönetmeliklere Göre)*, 1. Baskı, (İstanbul: Aristo Yayınevi, Kasım 2015), s. 158; Aydın Zevkliler ve Çağlar Özel, *Tüketicinin Korunması Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, Kasım 2016), s.327.

³⁰ Hasan Seçkin Ozanoğlu, “Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Maddi Anlamda Uygulama Alanı)”, *AÜHFD*, C: 50, S: 1, (2001), s. 65,70-71.

³¹ Avcı Braun, “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Mesafeli Sözleşmeler”, s. 26.

³² Çabri, Sezer, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, 2. Baskı, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021), s.103.

için, bir tarafın teklifini, diğer tarafın kabul etmesi gerekmektedir³³. Sözleşmenin kurulabilmesi için karşılıklı ve birbirine uygun iki irade beyanından ilkinde öneri, diğerine ise kabul denilmektedir³⁴.

Öneri tek taraflı hukuki işlem olup, sözleşme yapmaya çağrı olarak nitelendirilebilir. Sözleşmenin taraflarından birinin beyanının öneri niteliğini haiz olabilmesi ve hukuki sonuç doğurabilmesi için; önerinin karşı tarafa yöneltilmiş olması, önerenin önerisiyle bağlı olma gayesinde olması ve önerinin sözleşmenin esaslı noktalarını barındırması gerekmekte olup, ikincil unsurların öneride yer almaması ya da saklı tutulması halinde ise önerinin niteliğini ve bağlayıcılığını ortadan kaldırmayacaktır³⁵.

Kabul ise tek taraflı, karşı tarafa ulaşması gereken bir irade beyanı olup yenilik doğuran hukuki işlemdir. İrade beyanının kabul olarak nitelendirilebilmesi ve sözleşmenin kurulmuş olduğundan bahsedilebilmesi için kabul beyanının, tamamıyla öneriye uygun olması gerekmekte olup, sözleşmenin kurulabilmesi için beyanın bağlama süresi içerisinde öneriyi yapan tarafa ulaşması gerekmektedir. Kabul beyanı açık veya örtülü şekilde olabilecek olmakla birlikte, açıkça kabul edilmiş olmalıdır³⁶.

Mesafeli sözleşmeler özelinde öneri ve kabul beyanlarını özellikle tez çalışmamız kapsamında inceleme konusu yapmak gerekmektedir. Şöyle ki; MSY uzaktan iletişim araçlarını sınırlı olarak saymakla madde düzenlemesine başlamış olup, devamında fiziksel olarak karşı karşıya gelmeksizin sözleşmenin akdedilmesine imkân veren her türlü aracı ve ortamı mesafeli sözleşme kurulması sırasında kullanılabilir kılmıştır.

Uzaktan iletişim araçlarıyla kurulan mesafeli sözleşmeler açısından sözleşmenin kurulma anı hazırlar arasında veya hazır olmayanlar arasında olmasına göre farklılık göstermektedir. Hazır kavramıyla kastedilen, öneri yapıldığı anda öneriyi öğrenebilecek tarafın var olmasıdır. Sözlü olarak yapılan görüşmeler hazırlar

³³ M. Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013), s.49-50.

³⁴ Safa Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (Beta Yayıncılık, 2014), s.63.

³⁵ Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.65.

³⁶ Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.68.

arasında yapılmış sayılır. Önerilerin hazırlar arasında yapıldığının söylenebilmesi için, tarafların arasındaki mesafenin, coğrafi yakınlığın veya uzaklığın bir önemi yoktur. Telefon veya bilgisayar aracılığıyla her iki tarafın doğrudan iletişimi sırasında yapılan öneriler hazırlar arasında yapılmış sayılır. Taraflar arasında doğrudan iletişim ile anlatılmak istenen, önerinin karşı tarafa eş zamanlı ulaşması, karşı tarafın öneriyi görebilmesidir. E-mail yoluyla yapılan önerilerde, karşı taraf öneriyi eş zamanlı olarak göremediğinden hazır olmayanlar arasında yapılmış sayılır. Yazılı olarak yapılan öneriler faks, telgraf yoluyla yapılır ise hazır olmayanlar arasında yapılmış sayılır³⁷.

Hazırlar arasındaki sözleşmelerde, öneren öneri beyanına karşı kabul beyanı satıcı yad sağlayıcıya yönlendirildiğinde işbu kabul beyanını aynı anda öğrenme fırsatına sahip olacağından, sözleşme kabul beyanının yapılmasıyla kurulmuş olacak ve hüküm ifade etmeye başlayacaktır³⁸. Tez konumuz açısından sağlık çalışanı ile hasta arasında online görüntülü olarak gerçekleşecek görüşmede, öneri ve kabul beyanının hazırlar arasında yapıldığı, bu nedenle kabul beyanının önerene yönelmesini takiben sözleşmenin kurulduğu ve sonuç doğurmaya başlayacağı söylenebilecektir. İnternet aracılığıyla yapılan görüşmede sağlık çalışanı ile hasta arasında kesintisiz ve direk olarak iletişim mevcut olduğundan ve öneri ile kabul beyanları taraflarca direk öğrenilebildiğinden artık hazırlar arasında akdedilmiş bir mesafeli sözleşmeden bahsedilebilecektir³⁹.

Hazır olmayanlar arasındaki sözleşmelerin kurulması ise hazır olanlardan farklıdır. TBK 5'inci madde düzenlemesine göre, sözleşmelerde, kabul beyanının önerene ulaştığı anda sözleşme kurulmuş olur⁴⁰. Mesafeli olarak kurulan sözleşme hazır olmayanlar arasında kabul beyanının satıcı veya sağlayıcının hakimiyet alanına

³⁷ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.62.

³⁸ Hüseyin Hatemi ve Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 3. Baskı, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015), s.36; Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 21. Baskı, (Ankara:Turhan Kitabevi, 2017), s.107; Özge Uzun Kazmacı, "İnternet Ortamında Kurulan Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 22, S. 3, (İstanbul: Aralık 2016), s. 2797.

³⁹ Ulvi Altınışık, *Elektronik Sözleşmeler*, 1. Baskı, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, Ocak 2003), s. 49. Yazar taraflar arasında kesintisiz ve direk olarak iletişim mevcut olduğunda ve öneri ile kabul beyanları taraflarca direk öğrenilebildiğinde artık hazırlar arasında akdedilmiş bir mesafeli sözleşmeden bahsedilebileceğini ifade etmektedir.

⁴⁰ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 22. Baskı, (Ankara: 2017), s.296.

girmesi kurulur. Fakat kurulan bu sözleşme, kabul beyanının gönderildiği an itibariyle hüküm ve sonuç doğurur⁴¹.

Bazı hallerde sözleşmenin kurulması için TBK 6'ncı maddesi gereğince açık bir kabul beyanının mevcudiyeti şart olmadığından, önerinin karşı tarafa ulaşmasını takiben uygun bir süre içerisinde ret beyanı önerene ulaşmadığında yine sözleşme kurulmuş olur. TBK 11'inci madde düzenlemesine göre; hazır olmayanlar arası sözleşmenin kurulduğu ve hüküm ifade etmeye başladığı an kabul beyanının gönderildiği an olacaktır. Açık olarak kabul beyanının beklenmediği durumdaysa sözleşme önerinin ulaşma ânından itibaren hüküm doğuracaktır.

Konuyu vekalet sözleşmesi özelinde ele aldığımızda ise, TBK 507'inci maddesi irdelenmelidir. İlgili madde düzenlemesine göre; işi görmesine ilişkin olarak kendisine öneride bulunulan kişi görülecek iş açısından resmi kimliğe sahipse, işin görülmesi sahip olduğu meslek gereği ise veya önerilen iş niteliğindeki işleri kabul edeceğine ilişkin bir duyuru yapmışsa, öneriyi hemen reddetmediği durumda taraflar arasında vekalet sözleşmesi kurulmuş sayılır.

4077 sayılı kanun 9/A maddesinde yer alan mesafeli sözleşmelerin kurulması için taraflardan birinin önerisini diğer tarafın kabul etmesinin yanında, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından çıkartılacak tebliğ ile belirlenecek bilgilerin sözleşmenin tarafı olan satıcı/sağlayıcı tarafından tüketiciye bildirilmesi ve işbu bildirimin tüketiciye yapıldığına ilişkin teyit yazısının mevcudiyeti aranmıştır. Aksi halde mesafeli sözleşme geçersiz olacaktır ve tüketici sözleşmenin hükümsüzlüğünü her zaman ileri sürebilecektir. Şöyle ki; tüketici malı almış veya hizmet kendisine sağlanmış olsa bile sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre ücretinin iadesini isteyebileceği gibi, kendisine verilen şeyin iade alınmasını da süre kısıtı olmaksızın talep edebilecektir⁴².

MSY 7'inci maddesinde ön bilgilendirmenin teyidi düzenlenmiştir. Sağlayıcı taraf ön bilgilerin tüketici tarafından edinildiğini teyit etmek zorundadır. Bu teyit uzaktan iletişim aracına uygun olarak teyit edilmelidir. Doktrinde ön bilgilendirmenin

⁴¹ Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.70.

⁴² Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.176.

teyidine ilişkin düzenlemenin sorun teşkil edebilecek⁴³ ve zorlayıcı bir kural olduğu ifade edilmektedir⁴⁴. Teyit etme sözlü iletişimde sesli olarak, web sitesi üzerinden kurulan iletişimde ise tüketicini bilgilendirildiğine ilişkin bir onay kutucuğunu işaretlenmesi şeklinde olabilir⁴⁵.

MSY 7'inci madde düzenlemesine göre ön bilgilendirmenin teyidinin yapılmaması halinde sözleşme kurulmamış sayılacaktır. Fakat teyidin alınmamasının sözleşmenin geçerliliğine etki etmemesinin daha doğru olacağı yönünde bir görüş vardır⁴⁶. Ön bilgilendirmenin sözleşmenin geçerliliğe etki ettiğinin düşünüldüğü durumda ise tüketici açısından tek taraflı olarak bağlamazlık şeklinde değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir⁴⁷.

Ç. MESAFELİ SÖZLEŞMELERDE ÖN BİLGİLENDİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

TKHK'un 48'inci madde düzenlemesinde, tüketicinin satıcı veya sağlayıcının teklifini kabul etmeden önce yönetmelikte belirtilen hususlarda ve özellikle ödeme yükümlülüğü altına gireceği hususunda bilgilendirilmesi gerektiğini düzenleme altına almıştır. Kanunun lafzına bakıldığında bilgilendirmenin kabulden önce yapılması gerektiği ortadadır. Mesafeli sözleşmelerin tarafı olan tüketicinin bilgilendirilmesi yükümlülüğünün birincil kaynağı 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 2'inci maddesinde yer alan dürüstlük kuralıdır⁴⁸. Tüketici işlemleri çerçevesinde bilgilendirmeye kastedilen ise genel olarak tüketiciye fiyat, fonksiyon ve nitelik konusunda en güncel bilgilerin verilmesidir⁴⁹. TKHK 48/2 ve 49/2 maddeleri tüketicinin bilgilendirilmesi yükümlülüğünü düzenleme altına almıştır. TKHK 77'inci madde düzenlemesinde ise işbu bilgilendirmeye ilişkin yükümlülükleri yerine

⁴³ Yeşim M Atamer, "TKHK m. 9/a ve Mesafeli Sözleşmelere İlişkin Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'in AB Mevzuatı Uyumuna İlişkin Görüş ve Değişiklik Önerileri" *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, s.182.

⁴⁴ Ece Baş Süzel, "Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Sözleşmenin Kurulmasından Önce Korunması: Ön Bilgilendirme Yükümlülüğü", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (2018), s. 358.

⁴⁵ Baş Süzel, "Mesafeli Sözleşme", s. 358.

⁴⁶ Baş Süzel, "Mesafeli Sözleşme", s. 360; Atamer, *Mesafeli Sözleşmeler*, s.185.

⁴⁷ Özge Uzun Kazmacı, *Mesafeli Sözleşmeler*, s.2805.

⁴⁸ Halûk Tandoğan, *Tüketicilerin Korunması ve Sözleşme Özgürlüğünün Bu Açıdan Sınırlanması*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1977), s. 23.

⁴⁹ Çabri, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, s.106.

getirmeyenlere karşı idari para cezası yaptırımını öngör÷lmüştür. Mesafeli sözleşmelerde bilgilendirme yükümlölüğüne ilişkin olarak ise MSY 5,6,7,8 ve 9'uncu maddelerinde ayrıntılı olarak düzenlemeye gidilmiştir.

Bilgilendirme yükümlölüğü içeriğinde iki yükümlölük barındırmaktadır. İlk yükümlölük açıklama yükümlölüğü iken, ikinci yükümlölük ise özenli şekilde bilgi verme yükümlölüğüdür⁵⁰. Açıklama yükümlölüğü ile kastedilen; sözleşmenin konusu, içeriğı ve sözleşme kapsamında yer alan diğér hususlar yani tarafların sözleşme kurma iradesini etkileyen noktalarda sözleşme taraflarının bilgilendirilmesidir⁵¹. İkincil yükümlölük ise, verilen bilgilerin eksik ve yanlış olmaması anlamına gelmektedir. Keza ikincil yükümlölüğün ihlali açıklama yükümlölüğünün aktif hareketle ihlali anlamına gelmektedir⁵². Tüketici işlemlerinde sözleşme öncesi süreçte bilgilendirme yükümlölüğü tüketicinin genel anlamda aydınlatılması yükümlölüğü olarak değérlendirilebilecektir⁵³. Bilgilendirme yükümlölüğü başkaca sözleşmelere göre mesafeli sözleşmelerde daha önemli bir kavram olarak önümüze çıkmaktadır⁵⁴. Bilgilendirme yükümlölüğü sözleşmenin ifası öncesinde yerine getirilmesi gereken bir yükümlölük olması nedeniyle culpa in contrahendo sorumluluğı gündeme gelebilecektir⁵⁵. Kusur nedeniyle sözleşme öncesinde yapılması gereken bilgilendirmede Tüketicii sözleşmenin asli edimi ile ilgili olarak yeterli derecede aydınlatmayan tarafın culpa in contrahendo sorumluluğına başvurulabilecektir⁵⁶. Sözleşme öncesinde bilgilendirmedeki kusur sebebiyle zarar meydana geldi ve zarar ile bilgilendirmedeki kusur arasında nedensellik bağı mevcutsa, zarar genel hükümlere göre tazmin edilebilecektir⁵⁷.

Satıcı veya sağlayıcı, tüketiciyi MSY 5'inci maddesinin 3'üncü fıkrasına göre ek masraflara ilişkin olarak bilgilendirmek zorundadır. Aksi halde tüketici işbu ek masrafları ödemekle yükümlü olmaz. İşbu bilgilendirmenin yapılmaması, satıcı veya

⁵⁰ Huriye Reyhan Demircioğlu, *Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2009), s. 222.

⁵¹ Demircioğlu, *Güven Esası*, s. 223.

⁵² Demircioğlu, *Güven Esası*, s. 231-232.

⁵³ Özge Erbek, "Tüketici Satımlarında Satıcının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlölüğü ve İhlalinin Sonuçları", (Doktora Tezi, 2010), s.309.

⁵⁴ Karakocalı ve Kurşun, *Tüketici Hukuku*, s. 159.

⁵⁵ Başak Benli, "Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Cayma Hakkı", (Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi 2018), s.11-12.

⁵⁶ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 24. Baskı, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2019), s.39.

⁵⁷ Erten, *Mesafeli Sözleşmeler*, s.192; Benli, *Cayma Hakkı*, s.15.

sağlayıcının bu masraflara katlanması sonucunu beraberinde getirir. TKHK’a göre de uyumsuzluk ortaya çıktığında ön bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirdiğini ispat yükü satıcı/sağlayıcı da olacaktır⁵⁸.

Eski yönetmelik döneminde ön bilgilendirmenin nasıl yapılacağı genel bir biçimde belirtilmiş olup, ön bilgilendirmeye ilişkin formun sözleşme konusu mal ise tüketiciye ulaşmadan, hizmet ise sözleşmenin ifası edilmesinden önce yazılı olarak yada veri taşıyıcısıyla tüketici tarafa ulaşması gerektiği belirtilmekle birlikte sözlü iletişim araçlarıyla akdedilen sözleşmelerde en geç malın teslimi anında bilgilendirme formunun teslimi gerekmektedir⁵⁹. Ön bilgilendirme yöntemine ilişkin detaylar, MSY 6’ncı maddesinde düzenlenmiştir.

Eski yönetmelik döneminde ön bilgiler tüketici tarafından teyit edilmedikçe, sözleşmenin akdedilemeyeceği belirtilmiştir. MSY 7’inci madde düzenlemesine göre ise; satıcı/sağlayıcının tüketicinin ön bilgileri öğrenmiş olduğunu teyit etmesi gerektiğini bunu yapamazsa sözleşmenin kurulmamış sayılacağını belirtmiştir. Ön bilgilendirme yapılmadığı ya da teyidin gerçekleştirilmediği durumda tüketici sözleşmenin kurulmasını istiyorsa sözleşmenin kurulmamış sayılması doğru bir yaklaşım olmayacaktır⁶⁰. Aksi halde kötü niyetli olan sözleşmenin diğer tarafının sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemek için bir fırsat olarak değerlendirilebilir⁶¹.

D. CAYMA HAKKI

Cayma hakkı mesafeli sözleşmelerde tüketiciye tanınan koruyucu tedbirlerden en önemlisi olup cayma hakkının tanınmasını 3 (üç) sebebe bağlanmıştır. Teknolojik olanakların artması mesafeli sözleşmelerin kurulmasını kolaylaştırdığından ilk sebep ortaya çıkmıştır. Cayma hakkının tanınmasının ilk sebebi, tüketicinin ayrıntılı olarak düşünmeden, hızlı bir şekilde aceleci bir tavırla sözleşmeyi akdetmesi ve bedel ödeme borcu altına girmesidir. İkinci olarak ise tüketici mesafeli sözleşmelerde sözleşme

⁵⁸ Avcı Braun, “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Mesafeli Sözleşmeler”, s.34.

⁵⁹ Avcı Braun, *Mesafeli Sözleşmeler*, s.34.

⁶⁰ Karakocalı ve Kurşun, *Tüketici Hukuku*, s. 96.

⁶¹ Uzun Kazmacı, *Mesafeli Sözleşmeler*, s.2805.

öncesinde teslim edilecek ürünü fiziki olarak görememekte veya hizmetin doğasını tam olarak tespit edememektedir. Hatta sözleşmenin ve taraflarının doğrudan ilişkisi olmamaktadır. Bu nedenle cayma hakkı tanınmaktadır. Sözleşmenin mesafeli olarak kurulmasına imkân veren uzaktan iletişim araçlarının sözleşmenin yapılmasını hızlandırması ve tüketiciyi sözleşme yükümlülüğü altına sokmasının kolay olması ise cayma hakkının tanınmasının üçüncü sebebidir⁶².

Cayma hakkıyla tüketiciye belirli süre boyunca, mesafeli olarak kurduğu sözleşmeyle bağlı olup olmadığının tespitini yapabilmesi, yukarıda belirtilen 3 (üç) negatif unsurun etkisinden kurtulması için düşünme olanağı tanınmıştır⁶³. Cayma hakkı taraflar arasındaki doğmuş ve etkisi görülmeye başlanmış hukuki işlemi sonlandıran hak olarak tanımlanmaktadır⁶⁴. Tüketicinin cayma hakkını kullanabilmesi için bir sebebe ihtiyacı bulunmamaktadır. Tüketici satıcı veya sağlayıcının herhangi bir kusuru davranış veya fiili bulunmasa dahi hakkını kullanabilir⁶⁵.

4077 sayılı kanun döneminde Mesafeli Sözleşmeler Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'te (MSHY) cayma süresi 7 (yedi) gün olarak düzenlenmişken; THKH 48'inci maddesinin 4'üncü fıkrasında ve MSY 9'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında tüketiciye 14 (on dört) gün içerisinde cayma hakkının kullanılması gerektiğine ilişkin düzenleme yapılmıştır. MSD cayma süresini 7 (yedi) iş günü olarak düzenlemişken, eski kanun döneminde 7 (yedi) gün olarak düzenlemesi tüketicinin cayma süresine tatil günlerinin de eklenmesine sebep olmuş olumsuz bir düzenlemedir⁶⁶. Yine TKHK ve MSY'de yer alan 14 (on dört) günlük sürede tatil günlerini içine almakta ve tüketicinin cayma sürecini kısaltan olumsuz bir düzenleme olmuştur. Tüketici tarafından 14 (on dört) gün içerisinde cayma hakkı kullanılmazsa hak sona erecek olup bu süre hak düşürücü süredir⁶⁷.

⁶² Gezder, Erzurumlu Şerhi, s. 165.

⁶³ Gezder, Erzurumlu Şerhi, s. 165.

⁶⁴ Şebnem Akipek, *Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi*, 1. Baskı, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 1999), s. 323.

⁶⁵ Başak Baysal, "Cayma Hakkının Sözleşme Hukukundaki Yeri", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 75, S. 1, (İstanbul: 2017), s.227.

⁶⁶ Gezder, Erzurumlu Şerhi, s. 165.

⁶⁷ Topaloğlu, "Mesafeli Sözleşmeler", s.42.

Cayma süresinin başlaması için aranan 2 (iki) koşul vardır. MSD düzenlemesine göre ilk koşul, cayma hakkının kullanılabilmesi için tüketicinin bilgiyi doğru ve eksiksiz olarak alması gerektiğidir. Satıcı/sağlayıcı bilgi verme yükümlülüğünü yerine getirmediği sözleşme kurulmamış olacak olduğundan tüketicinin cayma hakkını kullanması hususu da gündeme gelmeyecektir. MSD döneminde cayma hakkının kullanılabilmesine ilişkin sürenin başladığının ifade edilebilmesi için bilgilendirmenin tam yapılması ve yükümlülüğün yerine getirilmesi gerekmektedir⁶⁸. MSY 7'inci madde düzenlemesi de aynı eksende olup, tüketicinin bilgilendirilmediği durumda sözleşmenin kurulmadığını söyleyebilecek olmakla birlikte cayma hakkı süresinin başladığı söylenemeyecektir. Bilgilendirme yükümlülüğü yerine getirilmiş ise; cayma süresinin mallar ve hizmetler açısından başlaması farklılık göstermektedir. MSHY 8'inci madde düzenlemesine göre; sözleşmenin konusunu bir malın satışı oluşturuyor ise malın tüketici tarafından teslimi tarihi itibarıyla cayma süresi başlayacaktır. Cayma hakkının malın görülerek kontrolü sağlandıktan sonra kullanılıyor olması tüketicinin lehine bir düzenlemedir. Aksi halde satıcının sözleşmenin akdedilmesinden sonra 7 günlük (TKHK döneminde 14 günlük) süre geçtikten sonra malı göndermesi beklenir ve cayma hakkının kullanılabilmesinin önüne geçilirdi⁶⁹. MSY 9'uncu madde ve THD 9'uncu madde düzenlemesine göre de cayma süresi malın tüketiciye teslim edilmesiyle başlar. Düzenlemede yalnızca tüketiciye yer verilmemiş olup tüketici tarafından seçilen üçüncü kişiye tesliminde cayma süresini başlatacağı belirtilmiştir. İlgili madde düzenlemesinde cayma hakkı süresinin başlama anına ilişkin düzenlemeye yer verilmekle birlikte, her halde sözleşmenin kurulmasından malın teslimine kadar geçen sürede de cayma hakkının kullanılabileceğine işaret edilmiştir. MSY 9'uncu maddenin 3'üncü fıkrasında, mal teslimine ilişkin özellikli durumları düzenlemiştir.

Hizmetin sunulmasına ilişkin sözleşmenin mesafeli olarak kurulduğu halde MSD ile MSHY hükümleri cayma hakkının kullanım süresinin başlamasına ilişkin olarak kuruluş ve imzalanma ayrımı yapmaktadır. MSD, cayma süresini sözleşmenin kuruluşuyla başlatmakta, MSHY sözleşmenin imza tarihinde başlatmaktadır. Fakat sözleşmenin imzalanması aslında kurulması anlamına geldiğinde MSHY düzenlemesi

⁶⁸ Gezder, *Erzurumlu Şerhi*, s. 168.

⁶⁹ Gezder, *Erzurumlu Şerhi*, s. 169.

MSD düzenlemesine uygundur⁷⁰. MSY 9’uncu maddesinde hizmetin sunulmasına ilişkin sözleşmenin kurulduğu gün itibariyle cayma hakkı kullanım süresinin başladığını düzenlemiş⁷¹ olmakla birlikte; mal satımı ve hizmet ifasına ilişkin olarak kurulan mesafeli sözleşmede mal teslimine ilişkin cayma hakkı süre başlangıç düzenlemelerinin esas alınması gerektiğini düzenlemiştir.

Satıcı/sağlayıcı tüketiciye MSY 10’uncu maddesinin 1’inci fıkrası ve THD 10’uncu maddesinin 1’inci fıkrası düzenlemelerine göre ön bilgilendirmeyi yapmadıysa 14 (on dört) gün ile bağlı olmayacaktır, fakat bu düzenleme sınırsız bir cayma hakkı kullanım süresi olduğu anlamına gelmemektedir. Bu durumda tüketici MSY’ne göre, 14 (on dört) günlük cayma süresinin bittiği günden itibaren 1 (bir) yıllık süre içerisinde cayma hakkını kullanabilecek iken THD’ye göre 14 günlük sürenin ardından 12 ay olacak şekilde düzenlenmiş olup her iki düzenleme aynı eksendedir. Ayrıca cayma hakkının mevcudiyetine dair bilgilendirmenin yapılmaması her durumda cayma hakkının kullanımına ilişkin süreyi 1 yıl uzatmayacaktır. MSY 10’uncu maddesinin 2’inci fıkra hükmüne göre, satıcı veya sağlayıcı cayma hakkına ilişkin bildirim yaptıktan sonra bilgilendirme tarihi itibariyle tüketicinin süresi 14 (on dört) gündür. Kanun koyucu sözleşme kurulduktan sonra tüketiciye cayma hakkına dair bildirim yapılmasını imkanı kılmıştır⁷².

Cayma hakkının kullanılması için cayma bildiriminin TKHK 48/4 ile MSY 11/1 maddelerinde tüketici tarafından satıcı veya sağlayıcıya yöneltilmesinin yeterli olduğu düzenlenmiştir. Bu nedenle cayma hakkına ilişkin beyanın “*yöneltilmesi gereken beyanlardan*” olduğu söylenebilir⁷³. TKHK 48/4 ile MSY 11/1 madde düzenlemelerine göre, tüketicinin cayma beyanının hüküm doğurabilmesi için ilgili hak düşürücü süre içerisinde tüketicinin hakimiyet kurduğu alandan çıkması yeterlidir. İlgili beyan veya cayılan malın satıcı veya sağlayıcıya ulaşması ve öğrenilmesi şartı aranmaz⁷⁴. Cayma beyanı tek taraflı yöneltilmesiyle yenilik doğuran irade beyanıdır⁷⁵.

⁷⁰ Gezder, *Erzurumlu Şerhi*, s. 169.

⁷¹ Aynı yönde düzenleme THD 9/2/(a).

⁷² Çabri, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, s.882.

⁷³ Çabri, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, s.885.

⁷⁴ Gezder, *Erzurumlu Şerhi*, s. 173; Avcı Braun, *Mesafeli Sözleşmeler*, s. 19-20.

⁷⁵ Baş Süzel, “Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Kurulmasından Sonra Korunması: Cayma Hakkı”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 13, S. 169-170, s. 269.

Tüketicinin cayma hakkını kullanması bazı hallerde dürüstlük kuralına aykırı olacaktır. Sözleşmeye konu mal üçüncü başka bir kişiye verilemiyorsa ya da hizmet tüketilmişse cayma hakkı kullanılamaz. TKHK esasında güçsüz konumda bulunan tüketiciyi korumayı amaçlasa da sağlayıcı veya satıcıyı da gerekli gördüğü durumlarda korumaktadır⁷⁶.

Cayma hakkının kullanılmasının istisnaları yönetmeliğin 15’inci maddesinde düzenleme altına alınmıştır. Getirilen istisnalar mala ilişkin olmakla birlikte uzaktan verilen sağlık hizmetine uygulanabilecek olan ğ ve h fıkralarıdır⁷⁷. 15’inci maddenin ğ fıkrası düzenlemesine göre; elektronik ortamda anında hizmetin ifa edilmesi ile tüketiciye anında malın teslim edilmesi halinde cayma hakkının kullanılamayacağı ancak hizmetin ifası veya malın tesliminin tamamlanmadığı halde cayma hakkının kullanılabileceği görüşü öne sürülmüştür⁷⁸. Bir görüşe göre ise; hizmetin başlamış olması cayma hakkının kullanılamaması için yeterlidir⁷⁹. Örneğin; hastanın tahlil sonuçlarını göstermek için hekim ile elektronik ortamda hekimle görüşme yaptıktan sonra hekim hizmetin ifasını gerçekleştirmiş olduğundan bu aşamada hastanın cayma hakkını kullanamayacağı söylenebilecektir. 15’inci maddenin h fıkrasına göre ise; cayma hakkı süresi geçmeden önce tüketicinin onayıyla ifasına başlanılan hizmetler açısından cayma hakkı kullanılamayacaktır. İlgili düzenlemenin yapılmasının nedeni, hizmet edimlerinin geri iade edilmesinin zor hatta mümkün olmamasıdır⁸⁰. İlgili düzenleme hizmete ilişkin sözleşmeyle sınırlıdır. Bu nedenle hem mal teslimi hem de hizmete ilişkin sözleşmenin bir arada bulunduğu somut bir olayla karşılaşılsa bu madde uygulanmayacaktır.

Cayma hakkı hizmetin ifasına başlanmış olmasıyla birlikte sona erer. Cayma hakkının sona ermesi için hizmetin ifasının tamamlanmış olması değil, ifaya başlanmış olması yeterlidir⁸¹. Tüketicinin açık onayı olması gerektiğinden, işbu onay olmaksızın hizmet ifasına başlanıldığı halde cayma hakkı ortadan kalkmayacaktır⁸².

⁷⁶ Selin Sert Sütçü, *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Hükümlerine Göre Tüketicinin Cayma Hakkı* (Adalet Yayınevi, 2016), s. 69-70.

⁷⁷ Yakup Gökhan Doğramacı, “Teletıp, Sağlık Turizmi ve Uzaktan Sağlık Hizmetleri: Mesafeli Sözleşmeler”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, (2020), s.701.

⁷⁸ Uzun Kazmacı, *Mesafeli Sözleşmeler*, s.2809.

⁷⁹ Benli, *Cayma Hakkı*, s.66.

⁸⁰ Sert Sütçü, *Cayma Hakkı*, s. 118,

⁸¹ Gezder, *Mesafeli Sözleşmeler*, s.174

⁸² Karakocalı ve Kurşun, *Tüketici Hukuku*, s. 164.

İKİNCİ BÖLÜM

ONLINE GÖRÜŞMELER NETİCESİNDE KURULAN MESAFELİ SÖZLEŞMELERİN TARAFLARI OLAN HASTA, DANIŞAN VE SAĞLIK ÇALIŞANI KAVRAMLARI

Sözleşmelerin kuruluş yöntemi olan mesafeli sözleşmelerin tanımı, unsurları ve kuruluş anı açıklandıktan sonra, işbu sözleşmenin sağlık hizmetlerinin sunumu çerçevesinde tarafları olan hasta ve danışan ile sağlık çalışanı kavramları mevzuatımızdaki düzenlemeler ışığında açıklanacaktır.

I.HASTA VE DANIŞAN KAVRAMI

A. HASTA

Hasta kavramı, Hasta Hakları Yönetmeliği'nde ve doktrinde sağlık hizmeti alma gereği olan kişi olarak tanımlanmaktadır⁸³. Dünya Sağlık Örgütü Uluslararası Sağlık Tüzüğü'nde ise hasta yerine hasta kişi kavramı kullanılmıştır. Hasta kişi kamu sağlığı açısından risk oluşturabilecek, fiziksel rahatsızlığı bulunan kişi olarak tanımlanmıştır⁸⁴. Türk Dil Kurumu'na göre ise hasta; hastalık, kaza veya yaralanma nedeniyle fiziksel veya ruhsal sağlığı bozulan kişidir. Hastalık ise; “sağlığın bozulması durumu” olarak tanımlanmaktadır.

Günümüzde bireyin yalnızca sağlık sorunlarına çözüm bulmak, hastalığın etkilerini hafifletmek için hekime başvurmadığı görülmektedir. Kişiler; güzelleşme amacıyla estetik müdahaleler, doğum kontrol uygulamaları ya da rutin sağlık kontrolleri için hekime başvurmaktadır. Hasta Hakları Yönetmeliğinde yapılan tanıma uygun olarak, hasta sağlık hizmetinden faydalanma ihtiyacı olan kişi olarak tanımlanabilecektir. Amsterdam 1994 tarihli Avrupa Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesinde de hasta; sağlıklı veya hasta olarak sağlık hizmetini kullanan kişi olarak

⁸³ Ali Selman Erkuş, “Yargıtay Kararları Işığında Sağlık Çalışanlarının Hukuki Sorumluluğu”, *Tıp Hukuku Dergisi*, C.3, S.6, (2014), s.115-121.

⁸⁴ *Uluslararası Sağlık Tüzüğü*, (2005), 2. Baskı.

tanımlanmış olup bu tanımlama ile Hasta Hakları Yönetmeliğindeki tanımlama birbirlerine paraleldir⁸⁵.

Hasta, hasta-hekim ilişkisinin tarafıdır. Kişinin hasta olarak tanımlanmasının ehliyeti olup olmamasıyla ilgisi yoktur. Kişi ister tam ehliyetli, sınırlı ehliyetli veya tam ehliyetsiz olsun, sağlık hizmetinden bizzat yararlandığı halde hasta sıfatını haiz olmakta, hasta-hekim ilişkisinin tarafı olmaktadır⁸⁶.

Hasta kavramı, tıbbi ve hukuki anlamda farklılık göstermektedir. Tıbbi anlamda hasta kavramında, hastanın herhangi bir sağlık hizmetinden faydalanıp faydalanmadığına bakılmaksızın hastanın tıbbi durumuna (fiziki ve ruh sağlığı açısından) göre değerlendirme yapılır. Hukuki anlamda hasta kavramında ise, sağlık hizmetinden yararlanma talebinde bulunan bir kişinin varlığı aranmaktadır. Sağlık hizmetinden yararlanma talebinde bulunan kişinin sağlıklı ya da sağlıklı olmaması ayırt edici bir kriter olarak değerlendirilmemektedir. Hukuki anlamda hasta kavramından bahsedebilmek için kişinin sağlık hizmetinden yararlanması şart olmayıp yalnızca danışma amacıyla sağlık kurumuna başvurmuş olması da yeterlidir⁸⁷.

Ayrıntılı olarak yukarıda izah edilen nedenlerle, sağlık çalışanı ile karşı karşıya gelen hastanın yalnızca herhangi bir nedenle fizik veya ruh sağlığı bozulmuş kimse olması veya organizmada birtakım değişikliklerin ortaya çıkması nedeniyle sağlığının bozulmuş olması şartını aramak doğru olmayacaktır. Hastanın bazı durumlarda tedaviye ihtiyacı olmamakla birlikte yalnızca manevi yönden tatmin olmak amacıyla sağlık çalışanına sağlık hizmeti alabilmek için başvurma durumu da söz konusu olabilecektir. İşbu başvuru yalnızca danışma boyutunda kaldığı halde de hukuki anlamda hasta kavramının varlığından söz edilebilecektir. Örneğin, hasta burnu herhangi bir solunum problemine yol açmamasına, burun kemiğinde bir eğrilik olmamasına rağmen burnunun şeklinden memnun olmayabilir. Bu durumda hasta sadece burnunun şeklinden memnun olmadığı için güzel görünme kaygısıyla, estetik

⁸⁵ Nihan Koyuncu Aktaş, *Hekimin Özen Borcuna Aykırılıktan Doğan Sözleşmesel Sorumluluğu*, (Oniki Levha Yayıncılık, 2020), s.23.

⁸⁶ Zafer Zeytin, “Vekâlet ve Eser Sözleşmeleri Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahaleleri Konu Edinen Sözleşme İlişkilerinin Nitelendirilmesi”, *Tıp Hukuku Dergisi*, S.6, (2014), s.104.

⁸⁷ Özge Yücel ve Gürkan Sert, *Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları*, (Seçkin Yayıncılık, 2018), s.36.

operasyon geçirmek için hekime başvurabilir. Bu örnekte görüldüğü üzere, birey tıbbi anlamda hasta ve tedaviye ihtiyacı olmamakla birlikte manevi yönden kendini daha iyi hissedebilmek için sağlık çalışanına başvurmuştur ve hukuken hasta statüsündedir.

B. DANIŞAN

Danışan kavramı son yıllarda özellikle Instagram isimli sosyal medya platformunda ve televizyon programlarında oldukça sık karşımıza çıkan bir kavramdır. Diyetisyenlerin ve klinik psikologların sosyal medya uygulamalarında yer almaya başlamasıyla birlikte danışan kavramı göz önünde yer almaya başlamıştır.

Danışan kavramı ise hasta kavramında farklı olarak mevzuatımızda yeni yer almaya başlamıştır. Danışan kavramı, 1219 sayılı kanun ve Hasta Hakları Yönetmeliğinde düzenleme altına alınmamakla birlikte kavramın mevzuatımıza girmesi Millî Eğitim Bakanlığı Rehberlik ve Psikolojik Danışma Hizmetleri Yönetmeliği ile gerçekleşmiştir. Yönetmeliğe göre danışan, rehberlik, psikolojik danışma servisleri veya psikolojik danışma merkezlerine, ilgili danışma hizmetlerinden yararlanmak için başvuran kişiyi ifade etmektedir.

Uygulamada günlük yaşantıda danışan kavramı sıklıkla kullanılmakla birlikte Millî Eğitim Bakanlığı Rehberlik ve Psikolojik Danışma Hizmetleri Yönetmeliği dışında yasal mevzuatta yer almamaktadır. Bu nedenle yardımcı sağlık personeli olan diyetisyenlerin kullandığı danışan kavramının hukuki karşılığının yasal mevzuatta bulunmadığını söyleyebiliriz. Şöyle ki; Hasta Hakları Yönetmeliğinde hastanın sağlık hizmetinden faydalanma ihtiyacı bulunan kişi olarak tanımlandığına ve işbu sağlık hizmetinden faydalanma ihtiyacının yalnızca hastalıkları hafifletmek ve iyileştirmek amacıyla olmadığına, hastalıkların tedavisine ek olarak bireyin herhangi bir fiziki rahatsızlık ve yakınması olmasa da estetik müdahale isteği veya rutin sağlık kontrolleri için sağlık çalışanına başvurabildiğine ve bu durumda da hasta olarak tanımlanmasında bir engel bulunmadığına ilişkin görüşe yer vermiştik. Hasta kavramı ele alındığında aslında danışanın da hasta kavramı içerisinde vücut bulabileceği ve diyetisyenler tarafından da kendilerine başvuran bireylerin hasta olarak tanımlanabileceği söylenebilecektir. Fakat uygulamaya bakıldığında diyetisyen ve klinik psikologlara başvuran bireylerin psikolojik olarak kendilerini daha rahat

hissetmeleri için sağlık çalışanları tarafından danışan olarak nitelendirildiklerini düşünmekle birlikte, işbu kişilerin hasta olarak nitelendirilebileceğini kavramın içerisinde zikredilebileceğini düşünüyoruz.

C. HASTA VE DANIşAN HUKUKEN TÜKETİCİ MİDİR? SAğLIK ALIşANI İLE HASTA VE DANIşAN ARASINDAKİ UYUşMAZLIKLAR THKH HÜKÜMLERİNE GÖRE Mİ ÇÖZÜMLENİR?

Danışan kavramı tez çalışmamızda hasta kavramının bir alt başlığı olarak zikredilecek olduğunu belirtmekle birlikte; hasta kişinin sağlık çalışanı ile gerçekleştireceği online görüşme neticesinde kurulan mesafeli sözleşmeye taraf olup olamayacağına ilişkin soruya cevap verebilmek için öncelikle hasta kişinin TKHK kapsamında sözleşmenin tarafı olma niteliğine sahip olup olmadığı belirlenmelidir ki, burada önemli olan husus hastanın tüketicisi olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğidir.

4077 sayılı kanun döneminde Yargıtay Tüketicisi Kanunuyla hedeflenen amacın tüketicinin ayıplara karşı korunması olduğu gerekçesiyle hasta ile hekim arasında kurulan ilişkinin tüketicisi işlemi olmadığı ve uyuşmazlıkların tüketicisi kanunu hükümlerine göre çözümlenmesinin mümkün olmadığına ilişkin hükümler tesis edilmiřken⁸⁸; hekimle hasta arasında akdedilen sözleşmelerde Tüketicisi Kanunu hükümlerinin uygulanacağı, ortaya çıkan uyuşmazlıklarda Tüketicisi Mahkemelerinin görevli olduğuna ilişkin görüşler de mevcuttur⁸⁹. Aksi yönde ki görüşlere rağmen Yargıtay içtihatlarına göre; 4077 sayılı kanun döneminde açılan davaların karar tarihinde TKHK yürürlükte olsa dahi, uyuşmazlığın davanın aıldığı dönemde yürürlükte olan 4077 sayılı kanun hükümlerine göre çözümlenmesi gerektiğinden

⁸⁸ T.C. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 2013/24241E., 2013/23878K. sayılı ve 01.10.2013 tarihli kararı; Aynı yönde T.C. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 2014/14297E., 2014/18011K. sayılı ve 09.06.2014 tarihli kararı.

⁸⁹ Yahya Deryal, *Sağlık Hukuku Problemleri* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012), s.16-20, 110-113, 116, 141, 326, 407, 436, 459, 463.

görevli yargı yeri tüketici mahkemeleri değil genel mahkemeler olduğuna ilişkin yerleşmiş bir uygulama mevcuttur⁹⁰.

TKHK döneminde ise, Yerleşik Yargıtay İçtihatlarına göre; hasta ile hekim arasında kurulan ilişki tüketici işlemidir⁹¹. Yukarıda ayrıntılı olarak izah ettiğimiz danışan kavramı da aynı kapsamda ele alınabilecek olup, danışanın aslında hasta olduğuna ilişkin görüşümüzü de yinelemek kaydıyla sağlık çalışanı ile danışan arasında kurulan ilişkinin de tüketici işlemi olarak değerlendirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Bu nedenle aşağıda yapacağımız açıklamalar sağlık personeliyle hasta ve günlük hayatta sıklıkla kullanılan danışan arasında kurulan ilişki açısından ortaktır. Şöyle ki; TKHK'nun 3'üncü maddesi uyarınca bir kişinin tüketici sıfatına sahip olabilmesi için ticari veya mesleki amaçlar dışındaki bir amaçla hareket etmesi gerekmektedir. Bir işlemin tüketici işlemi olarak kabul edilebilmesi için tüketici ile ticari ve mesleki saiklerle hareket eden bir kişi veya temsilcisi arasında eser, vekalet, taşıma, simsarlık, bankacılık vb. sözleşmeler dahil bir sözleşme veya hukuki işlem olması gerekir.

TKHK'nun 48'inci maddesinde düzenleme altına alınan mesafeli sözleşmelerin bir tarafı tüketici, diğer tarafının ise sağlayıcı/satıcıdır. Sağlık çalışanı ile hasta arasında kurulan sözleşmenin konusu sağlık personeli açısından sağlık hizmeti verilmesi, hasta ve danışan açısından ise sağlık hizmetinin alınmasıdır. Sağlık çalışanı, hasta ve danışana mal satışı yapmadığından, sağlık hizmeti sunduğundan THKH 3'üncü maddesinin 1 fıkrasına göre sağlayıcıdır. Sağlayıcı olan sağlık çalışanı TKHK'un düzenlediği şekilde ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye hizmet sağlayan insanı ifade etmektedir. Sağlık çalışanı olan hekim ile hasta arasında akdedilen sözleşme genellikle vekalet sözleşmesi olup bazı durumlarda eser sözleşmesi bazı durumlarda ise tezimizin ilerleyen bölümlerinde ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz danışmanlık sözleşmesi vb. sözleşmeler olmaktadır. TKHK vekalet ve eser sözleşmelerinin tüketici işlemi olduğunu açıkça belirtmiş olup, benzeri diğer sözleşmelerin de dahil olmak üzere her türlü sözleşmeyi tüketici işlemi başlığı altında

⁹⁰ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 2014/37027E., 2014/35687K. sayılı ve 13.11.2014 tarihli kararı, Yargıtay 20. Hukuk Dairesi'nin 2016/10333E., 2016/10545K. sayılı ve 11.11.2016 tarihli kararı.

⁹¹ Koyuncu Aktaş, *Hekimin Özen Borcu*, s.92; T.C. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 2016/18107E., 2018/3804K. sayılı ve 29.09.2018 kararı.

toplamıştır. Aksi halde yardımcı sağlık personeli ile danışanı arasında kurulan danışmanlık sözleşmesinin tüketici işlemi olmayacağı görüşü ortaya çıkacaktır ki, bu durumda danışana tüketici olarak TKHK kapsamında sağlanan koruma etkisiz hale gelecektir. Hasta ve hekim arasındaki ilişkinin tüketici işlemi olarak kabul edilmesini; hekim, avukat gibi kişilerle kurulan özel ilişkilerde TKHK hükümlerinin uygulanmasının uygun olmadığını savunan bir görüşte mevcuttur⁹².

Sağlık çalışanı ile hasta arasında kurulan ilişkinin tüketici işlemi olduğu kabul edilmekle birlikte, taraflar arasında ortaya uyuşmazlıklar tüketici mahkemelerinde çözümlenmektedir. Tüketici mahkemelerinde ikame edilen davaların harçtan muaf olması, hastanın hak arama özgürlüğü önündeki ekonomik engelleri bertaraf etmektedir.

Ayıplı ifa, gereği gibi ifa etmemenin bir alt türü olup TBK’da düzenlenen satış, kira ve eser sözleşmesi gibi spesifik sözleşme tipleri için düzenleme altına alınmıştır⁹³. Bu sözleşme tipleri bir mal teslimi borcu içermekte olup, bir şey yapma borcu içeren sözleşmelerde ayıplı ifada değil, gereği gibi ifa kavramı gündeme gelecektir. Bu nedenle bir görüşe göre; tüketici işleminden kaynaklanan uyuşmazlıklarda uyuşmazlığı çözmekle ilgili görevli mahkeme tüketici mahkemesiyken, uyuşmazlığa TKHK hükümlerinin uygulanmayacağı, özel hükümlerin uygulanması gerektiği, özel hükmün bulunmadığı halde ise genel hükümlerin uygulanması gerektiği savunulmaktadır. Çalışmamızın devamında ayrıntılı olarak izah edilecek hekimlik sözleşmesi kaynaklı uyuşmazlıklarda işbu açıklamalar ışığında TKHK hükümleri değil TBK 506’ncı madde hükümlerinin uygulanması gerekmektedir⁹⁴. Tıbbi müdahalelerin doğası gereği sonuç taahhüdüne elverişli olmaması gerekçesiyle ayıplı hizmet kavramının niteliğine uygun düşmeyeceği ve ayıp denetimine elverişli olmadığı ifade edilmektedir⁹⁵. Sonuç taahhüdünü içermeyen iş görme sözleşmelerinde ayıptan söz edilemeyeceğinden

⁹² Melek Bilgin Yüce, *Hasta Hekim İlişkisinde Yapay Zekâ Kullanımı ve Hukuki Sonuçlar* (İstanbul: Aristo Yayınevi, 2020), s. 8.

⁹³ Aslı Makaracı Başak, “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Gereğince Ayıplı Hizmet Hükümlerinin Uygulama Alanı”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.11, Sa.145-146, s. 507-537, s. 522.

⁹⁴ Makaracı Başak, “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Gereğince Ayıplı Hizmet Hükümlerinin Uygulama Alanı”, s. 523-524.

⁹⁵ Koyuncu Aktaş, *Hekimin Özen Borcu*, s.94.

gereği gibi ifa etmeme halinde özel bir düzenleme yoksa TBK 112'inci madde düzenlemesine göre sorumluluk gündeme gelecektir⁹⁶. Yazar estetik amaçlı olarak yapılan tıbbi müdahalelerde ise ayıplı ifanın günceme geleceğini belirtmektedir⁹⁷.

Uygulamada hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişkiye TKHK hükümleri uygulandığından bir görüşe göre; hekimin kötü ifası durumunda ayıplı hizmete ilişkin hükümler devreye girecektir. Ayıplı hizmet THKH 13'üncü maddesinde düzenleme altına alınmaktadır. İlgili madde düzenlemesinde hem ayıplı hizmetin hem ayıplı malın yani ifanın hiç yapılmaması başka bir deyişle temerrüde düşüldüğü halin düzenlenmesi kanunun sistematığına uygun düşmemektedir⁹⁸. Ayıplı hizmetin mevcudiyeti halinde TKHK 15'inci madde düzenlemesine göre; tüketici hizmetin tekrar görülmesini, hizmetin verilmesi neticesinde ortaya çıkan eserin ücretsiz olarak onarılmasını, ayıp oranında bedelden indirim yapılmasını veya sözleşmeden dönme haklarından birini kullanabilir. Fakat sağlık hizmetinin sunulması açısından ilgili maddenin uygulanabilirliği tartışmaya açıktır. Şöyle ki; hasta tedavisinin tekrar yapılmasını isteyebilir fakat özellikle ameliyatlarda bunun uygulanabilirliği bulunmamaktadır⁹⁹. Keza tarafların birbirlerine karşı duydukları güvenin zedelenmesi sebebiyle hastanın işin yeniden görülmesini istemeyeceği veya eserin onarılmasını talep etmeyeceği ortadadır¹⁰⁰. Hasta hatanın düzeltilmesini talep edebilecek olduğu halde talepte bulunabilecek olmakla birlikte, örneğin yapılan ameliyat neticesinde telafisi mümkün olmayan bir hatanın gerçekleşmesi halinde bu hakkın kullanılabilirliği zaten ortadan kalkmış olacaktır. Hastanın bedelde indirim istemesi durumunda ise, yapılacak indirimin tespit edilebilmesi pek mümkün görünmemektedir¹⁰¹.

Kanun koyucunun seçimlik olarak saydığı son hak olan dönme gündeme geldiğinde ise, hekim ile hasta arasında kurulan vekalet sözleşmesinin niteliğini irdelemek gerekmektedir. Bir kısım yazara göre, vekalet sözleşmesi ani edimli bir sözleşme olarak kabul edilse de genel kabul gören görüşe göre vekalet sözleşmesi sürekli ifalı bir sözleşme olarak kabul edilmekte ve dönme değil fesih gündeme

⁹⁶ Ece Baş Süzel, "Tüketici Hukukunda İş Görme (Hizmet) Sözleşmelerinde Ayıplı İfa", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.24, S.2, (2018), s. 970-971.

⁹⁷ Baş Süzel, "Tüketici Hukukunda İş Görme (Hizmet) Sözleşmelerinde Ayıplı İfa", s. 972.

⁹⁸ Yüce, *Yapay Zekâ*, s.8.

⁹⁹ Yüce, *Yapay Zekâ*, s.10.

¹⁰⁰ Koyuncu Aktaş, *Hekimin özen Borcu*, s.94.

¹⁰¹ Yüce, *Yapay Zekâ*, s.10; Koyuncu Aktaş, *Hekimin Özen Borcu*, s.95.

gelmektedir. Ancak ifa başlamadı ise bu durumda dönme hakkı kullanılabilir durumdadır¹⁰². Hekim ile hasta arasındaki ilişkide ise, eğer hasta tedaviye başlanmamış ya da hasta daha muayene edilmemişse dönme hakkı kullanılabilirken, tedavinin kötü ya da özensiz olarak yapıldığı durumda bu hak kullanılmaya müsait olmayacaktır. Açıklanan nedenlerle, hasta ile hekim (geniş anlamda tez konumuz kapsamında hasta ile sağlık çalışanları) arasındaki ilişkin TKHK kapsamında değerlendirilse de zararın tazmini boyutuna geçilince hastanın TBK 112'inci madde genel hükümlerine göre olumlu zararın tazminini talebi gündeme gelecektir¹⁰³. Yukarıda açıklandığı üzere tüketici olması nedeniyle korunmaya muhtaç durumda olan hastaya ilişkin olarak koruyucu hükümler uygulama alanı bulamamakta, hasta seçimlik haklarını efektif olarak kullanabilir bir pozisyonda bulunmamaktadır.

II. SAĞLIK ÇALIŞANI VE HUKUKA UYGUN TIBBİ MÜDAHALE KAVRAMI

Sağlık alanında çalışanları tanımlamak için; sağlık çalışanı, sağlık personeli, sağlık mensubu gibi birçok değişik kavram kullanılmaktadır. Son yıllarda sağlık alanında çalışanları tanımlamak için çatı kavram olarak sağlık meslek mensubu kavramı ortaya çıkmıştır¹⁰⁴.

Dünya Sağlık Örgütü'ne (DSÖ) göre; sağlık çalışanı kavramı birincil amacı sağlığı iyileştirme olan ve bu amaca uygun eylemlerde bulunan tüm kişileri kapsamaktadır. DSÖ yapmış olduğu tanımlamayla, hekim, diş hekimi, hemşire gibi sağlık hizmetini sağlık kuruluşlarında hastalara ulaştırmakla görevli kişileri sağlık çalışanı olarak tanımlamaktadır. Ayrıca DSÖ, daha katı bir yaklaşımla hasta çocuklarını iyileştirmekte olan annelerin de birincil amaçlarının çocuklarının sağlığını iyileştirmek olduğu görüşünden yola çıkarak, anne ve çocuklara ücretsiz olarak bakmakta olan kişileri de sağlık çalışanı olarak nitelendirmektedir¹⁰⁵. Ülkemizdeki yasal mevzuat uyarınca, anne ve çocuklara bakmakta olan kişiler sağlık çalışanı olarak nitelendirilmediğinden, tez çalışmamızın devamında anne ve çocuklara bakmakta olan

¹⁰² Suat Sarı, *Vekalet Sözleşmesinin Tek Taraflı Sona Erdirilmesi* (İstanbul: Beşir Kitabevi, 2004), s.256-257; Yüce, *Yapay Zekâ*, s. 11.

¹⁰³ Yüce *Yapay Zekâ*, s. 9-10-11, Koyuncu Aktaş, *Hekimin Özen Borcu*, s.95.

¹⁰⁴ Hakan Hakeri, *Tıp Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2022), Cilt 1, s.155.

¹⁰⁵ *Working Together for Health The World Health Report 2006*, s.1.

kişiler sağlık çalışanı olarak nitelendirilmeyecek ve çalışma kapsamına alınmayacaktır.

Sağlık çalışanı kavramı gündeme geldiği zaman akla ilk gelen hekim olmasına karşın, hekimlerin sağlık hizmetlerinin sunumunu tek başlarına yürütmedikleri ve yürütmelerinin mümkün olmadığı açıktır. Sağlık hizmetinin hastaya sunulması aşaması bir ekip işidir. Bu nedenle hekimler, sağlık hizmetlerinin sunumu sırasında farklı niteliklere sahip sağlık çalışanlarından destek almaktadır. Sağlık hizmetini üreten meslek grubunu “Sağlık Meslekleri”, işbu sağlık meslekleri üyelerini ise “Sağlık Meslek Mensubu” olarak tanımlamak mümkündür¹⁰⁶.

Tez çalışmamızın devamında hasta ve danışanlara sağlık hizmeti sunan meslek grubu çalışanları tarafımızca sağlık çalışanı olarak tanımlanacak olmakla birlikte, yasal mevzuatın sağlık hizmeti sunan meslek grubunu nasıl tanımladığı inceleme konusu yapılacaktır.

Sağlık çalışanı, Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik’te (ATTYÖSKHY) sağlık meslek mensubu olarak nitelendirilmiştir. Yönetmeliğin “Tanımlar” başlıklı 4/g maddesi lafzından da açıkça görüldüğü üzere, fikrimizce sağlık hizmeti sunumu sırasında herhangi bir aşamada görev alan, ekibin bir parçası olan kişiler sağlık meslek mensubu yani sağlık çalışanıdır. Bu tanımdan yola çıkılarak örneklendirme yapmamız gerekirse, hastaya sağlık hizmeti verilmesinde asli kahraman olan hekim sağlık çalışanı olarak nitelendirilmekteyken, ambulans şoförü veya hekimin sekreteri de sağlık hizmetinin sunulması için dolaylı da olsa görev üstlendiğinden sağlık çalışanı olarak nitelendirilecektir.

Sağlık çalışanının, Sağlık Meslek Mensupları ile Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelikte ise sağlık çalışanlarının çatı kavram olan sağlık meslek mensubu olarak tanımlandığı görülmekle birlikte, Tanımlar başlıklı 4’üncü maddesinin b ve c bentlerinde sağlık çalışanları, sağlık meslek mensupları ile diğer sağlık meslek mensupları olarak ikiye

¹⁰⁶ Aykut Cemil Aykın ve Serkan Çınarlı, *Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğu* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2016), s.37.

ayrılmaktadır. Hekim, diş hekimi, eczacı sağlık meslek mensubu iken sağlık meslek mensubu olmadığı halde sağlık hizmetinin sunumu aşamasında görev alan çalışanların da diğer sağlık meslek mensubu olarak nitelendirildiği görülmektedir¹⁰⁷.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin sağlık çalışanını personel olarak nitelendirilmiş olduğu 4'üncü madde düzenlemesinde, sağlık meslek mensubu ve sağlık meslek mensubu olmasa bile hizmetin verilmesinde görev alan kimseler olmak üzere ikili bir ayrımına gidilmiştir.

Yasal mevzuat uyarınca sağlık çalışanı için yapılan tanımlamalardan yola çıkarak, geniş anlamda sağlık hizmetinin ulaştırılmasında görev alan, birincil amacı sağlığı iyileştirme olan, sunmuş olduğu hizmete ilişkin olarak gerekli eğitimi almış ve görevinin ifası sırasında hukuka ve tıp etiğine uygun olarak hareket eden her bir sağlık insan gücü olarak tanımlanabilecektir. Kısaca geniş anlamda sağlık çalışanı, sağlık hizmeti sunan tüm kurum ve kuruluşlarda çalışan kişileri ifade etmektedir. Sağlık hizmeti sunumu çerçevesinde, hastanede temizlik görevini yerine getiren personel olduğu gibi ambulans şoförü de sağlık çalışanıdır. Sağlık çalışanı kavramı dar anlamda ise, tıbbi faaliyetleri yerine getirme yetkisi bulunan hekim, diş hekimi, hemşire vb. kişileri ifade etmektedir¹⁰⁸.

A.Sağlık Çalışanı Kavramının Kapsamı

Hukukumuzda sağlık çalışanlarının kimlerden oluştuğunu Kanun, Yönetmelik ve Tüzükler ile düzenleme altına alınmıştır. Bu nedenle çalışma kapsamında mevzuatta yer alan düzenlemeler incelenecektir.

Sağlık Meslek Mensupları ile Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik; hekim, diş hekimi, eczacı, hemşire, ebe ve optisyeni sağlık meslek mensubu olarak saymakla birlikte, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunun (1219 sayılı kanun) ek 13'üncü maddesinde tanımlanan diğer meslek mensuplarını da sağlık meslek mensubu

¹⁰⁷ Aynı yönde bkz. Hakeri, *Tıp Hukuku*, Cilt 1, s.158.

¹⁰⁸ Hakeri, *Tıp Hukuku*, Cilt 1, s.158-159.

olarak nitelendirilmektedir. 1219 Sayılı Kanun'un ek-13'üncü maddesinde ise sağlık meslek mensupları sayılmıştır. Bu bağlamda diyetisyen, anestezi teknisyeni/teknikeri, podolog, fizyoterapist, diyaliz teknikeri, klinik psikolog, tıbbi laboratuvar ve patoloji teknikeri, diş protez teknikeri, adli tıp teknikeri, odyolog, dil ve konuşma terapisti, sağlık fizikçisi, tıbbi görüntüleme teknisyeni/teknikeri, tıbbi protez ve ortez teknisyeni/teknikeri, ağız ve diş sağlığı teknikeri, perfüzyonist, ameliyathane teknikeri, fizyoterapi teknikeri, odyometri teknikeri, radyoterapi teknikeri diğer sağlık meslek mensubu olarak sayılmaktadır. Yönetmelikte sağlık meslek mensubu olmayan ancak sağlık hizmetleri sunumu ile ilgili özgün bir görevi olan ve bu alanda çalışanlar, diğer meslek mensupları olarak tanımlanmıştır. Bu meslek mensuplarının iş ve görev tanımları Yönetmeliğin Ek 2. kısmında düzenlenmiştir. Buna göre, psikologlar, biyologlar, çocuk gelişimcileri, sosyal çalışmacılar, sosyal hizmet uzmanları, sağlık eğitimcileri, tıbbi teknologlar, sağlık idarecileri, çevre sağlık teknisyenleri, çevre sağlık teknikerleri, yaşlı bakım teknikerleri, evde hasta bakım teknikerleri, tıbbi sekreterler ve biyomedikal cihaz teknikerleri sağlık hizmetlerinde çalışan diğer meslek mensubu olarak sayılmaktadır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 280'inci maddesinde sağlık çalışanlarının suçu bildirmemesi fiili suç olarak düzenlenmiştir. İlgili düzenlemede hemşire, ebe, eczacı, diş doktoru, doktor ve sağlık hizmeti sunan diğer kişiler sağlık çalışanı olarak tanımlanmıştır. Nitekim aynı şekilde Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmeliğin 3'üncü maddesinde de aynı kategorideki kişiler sağlık çalışanı olarak sayılmıştır.

Sağlık çalışanı kavramı içerisine yalnızca hekim, hemşire ve diş hekimi dahil ederek dar anlamda yorumlamak kavramı tanımlamak için yeterli olmayacaktır. Sağlık hizmetinin sunumu hizmeti bir bütün olarak değerlendirilmeli ve işbu hizmetin sunumu çerçevesinde tüm basamaklarda yer alan çalışanlar sağlık çalışanı olarak nitelendirilmelidir. Hekim, hemşire ve diş hekimi her ne kadar hizmetin sunumu çerçevesinde ilk basamakta yer alan sağlık çalışanları olsa da hizmetin başarılı bir biçimde duraksama olmaksızın devam edebilmesi için hastanenin temizlik görevlisinden, acil tıp teknisyenine, ambulans şoförüne, anestezi teknisyenine kadar tüm diğer meslek mensubu sağlık çalışanları da sağlık çalışanı olarak nitelendirilmelidir.

Tez çalışmamız kapsamında sağlık çalışanı olarak hekim, hemşire, eczacı ile diğer meslek mensubu sağlık çalışanı olan diyetisyenlerle hastaları ve danışanları arasında kurulan sözleşmenin hukuki nitelendirmesi yapılacaktır. Sonrasında ise bu hukuki nitelendirmelerin online görüşmelerde sağlık çalışanı ile hasta ve danışan arasında kurulan sözleşmelere nasıl yansdığı inceleme konusu yapılacaktır.

Çalışmamızda öncelikle sağlık hizmet sunumu çerçevesinde sağlık çalışanlarının belirli sıfatlarla adlandırmaları için yasal mevzuatın belirlemiş olduğu asgari koşulları hekim/uzman hekim, hemşire, eczacı ve diyetisyen açısından inceleme yapılacaktır. İnceleme yapılırken sağlık çalışanlarını, asli ve yardımcı sağlık çalışanı olarak iki başlık altında incelenecektir.

1. Asli Sağlık Çalışanı

i. Hekim ve Uzman Hekim

1219 sayılı Kanun'da diploma alarak tıp fakültesi eğitimini tamamlayan, tıbbi müdahale yetkisine sahip kişiye hekim adı verilir. Tıp mesleğini icra yetkisi verilen kişiye hekim denilmektedir¹⁰⁹. Hekimlik sözleşmesinin bir tarafında da almış olduğu eğitim, yetenekleri ve sahip olduğu özel bilgi sebebiyle kendisine başvuru alan hekim bulunmaktadır¹¹⁰.

1219 sayılı Kanun'un 2'inci madde düzenlemesi gereği tıp fakültesinden alınan diplomanın geçerli olabilmesi için, diplomanın Sağlık Bakanlığınca onaylanması ve tescil edilmesi gerekmektedir¹¹¹. Ayrıca mesleklerini serbest olarak icra edecek olan hekimler Türk Tabipleri Birliği'ne üye olmak ve üyelik görevlerini yerine getirmek mecburiyetindedirler. Türk Tabipler Birliği Kanunu'nun (6023 sayılı kanun) 7'inci maddesinde hekimlerin birliğe üye olma zorunluluğu açısından ikili bir ayrıma gidilmiştir. Şöyle ki; mesleğini serbest olarak icra edecek hekimler açısından Türk Tabipler Birliği'ne üye olmak bir mecburiyet iken kamu kurum kuruluşları veya kamu iktisadi teşebbüslerinde çalışanlar ile herhangi bir sebeple çalışmayan hekimler açısından birliğe üye olmak zorunluluk değil tercihtir. Son olarak hekimin mesleğini

¹⁰⁹ Erkuş, "Yargıtay Kararları Işığında Sağlık Çalışanlarının Hukuki Sorumluluğu", s.116.

¹¹⁰ Koyuncu Aktaş, *Hekimin Özen Borcu*, s.20.

¹¹¹ Aykın ve Çınarlı, *Hukuki Sorumluluk*, s.38.

icra edebilmesi için hekimlik mesleğine engel geçici veya sürekli engel hali bulunmamalıdır. 6023 sayılı kanun gereğince yetkili Tabip Odası tarafından verilen ve odanın yüksek disiplin kurulunca onaylanarak kesinleşen geçici meslekten men cezası verilen hekimler belirlenen süre içerisinde mesleklerini icra edemezler. 1219 sayılı kanunun 28’inci maddesi gereğince hekimin mesleğini icrasını engelleyen sürekli engel bir durumu varsa hekim meslek icra etmekten yasaklanır ve diploması geri alınır.

Tıp fakültesindeki eğitimine devam eden 6’ncı sınıf öğrencileri, hekimliğe başlamadan önce 1 sene boyunca “Intern (*okunuşu Intörn*)” olarak adlandırılırlar. Türk Dil Kurumu’na göre “intern” ön hekim anlamına gelmektedir. 1219 sayılı kanuna göre; bir kimsenin hekim unvanı kazanabilmesi için tıp fakültesinden diploma sahibi olması ve diplomasının Sağlık Bakanlığınca onaylanması ve tescil edilmesi gerekmektedir. Bu nedenle henüz tıp fakültesi diploması sahibi olmayan internler, hekim unvanını kullanamazlar¹¹².

Hekimler, uzman hekim ve pratisyen hekim olmak üzere ikiye kategoride incelenmektedir. Pratisyen hekim, tıp fakültesi diploması alarak, hekim sıfatını kazanmış ve tıp mesleğini icra eden kişidir. Uzman hekim, tıp fakültesinden mezun olduktan sonra Tıpta Uzmanlık Tüzüğü (*TUT*) çerçevesinde uzmanlık eğitimi alan ve eğitimini tamamlayarak, uzmanlık alanına göre sanatını uygulayan ve uzman sıfatını haiz olan hekimdir¹¹³.

Tıpta uzmanlık, 2547 Sayılı Yüksek Öğretim Kanunu’nda tanımlanmıştır. Tıpta uzmanlık eğitimi, hekimlere özel yetenek ve yetkinlik kazandırılması amacıyla Sağlık Bakanlığı¹¹⁴ tarafından belirlenen kriterlere göre verilen yükseköğretimdir.

Tıpta ve Diş Hekimliğinde Uzmanlık Eğitimi Yönetmeliği uzmanı yorumlamaktadır. Uzman, yönetmelik içerisinde yer alan çizelgelerde mevcut dallara ilişkin olarak uzmanlık eğitimi tamamlayan, ilgili dalda hekimlik görevini icra etme hakkına ve yeterliliğine sahip olan hekimi ifade etmektedir. Yönetmeliğin çizelge olarak tanımladığı ise, 1219 sayılı Kanunun eki olan ek-1, ek-2 ve ek-3’tür.

¹¹² Hakeri, *Tıp Hukuku*, Cilt 1, s.298.

¹¹³ Mine Kaya, “Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Yükümlülüğü”, *TBB Dergisi*, S. 100, (Mayıs-Haziran 2012), s.49.

¹¹⁴ Sağlık Bakanlığının adı 1983 yılına kadar Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı olarak kullanılmıştır.

Çizelgelerde, uzmanlığın dalları ve alınan eğitime ilişkin süreleri yer almaktadır. Tıp fakültesini mezunu olmakla birlikte, uzmanlık eğitimini alan hekimler uzman hekim unvanına sahip olurlar.

Ülkemizde hekim ve uzman hekimler 6023 sayılı Kanunun düzenlemelerine uygun olarak davranmak yükümlülüğü altındadır. 6023 sayılı kanun, hekimlerin meslek örgütlerinin kuruluşu ile hekimlik meslek mensuplarının hak ve yararlarını korumak, mesleki dayanışmayı sağlamak, hekimlerin mesleki ve ahlaki sorumluluklarını düzenlemek, düzenlemelere aykırı davranışlar neticesinde haklarında uygulanacak yaptırımları düzenlemek amacıyla hazırlanmıştır.

Hekim ve uzman hekimlerin görevlerini icra ederken, hastaları, diğer hekim ve uzman hekimler ile diğer sağlık çalışanları arasındaki ilişkileri Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nde (*Nizamname*) düzenlenmektedir. Nizamname'de; sağlık hizmeti sunumu çerçevesinde mesleğini icra eden hekimin hiçbir baskı ve etki altında kalmaksızın, aldığı eğitim ile tıp etiğine uygun olarak mesleki kanaatine göre hareket etmesi gerektiği düzenlenmiştir. Yine Nizamnamenin 6'ncı maddesine göre hekim, hastasına uygulayacağı tedaviyi seçme hakkına sahiptir.

1219 sayılı kanunun ilk metninde hekim, diş hekimi, ebe, hasta bakıcı, hemşire, sünnetçilere ilişkin düzenlemeler yapılmış iken, 2014 yılında yapılan değişiklik ile sünnetçilere ilişkin olarak yapılan düzenlemeler kanun metninden çıkarılmıştır. 1219 sayılı kanundaki tüm düzenlemeler dikkate alındığında, kanunun teşhis, tedavi ve reçete yazma yetkisini yalnızca hekim ve diş hekimlerine verdiği görülmektedir. Kanunun 52'inci maddesinde, ebelerin reçete yazma yetkisine sahip olmadığı ve reçete yazmalarının yasak olduğu açıkça belirtilmektedir. Sağlık hizmetlerinin sunulması aşamasında teşhis, tedavi ve reçete yazma aşamalarında aktif olarak yer alan direkt olarak karar verip uygulama yetkisini haiz sağlık çalışanları asli sağlık personeli olarak nitelendirilmektedir¹¹⁵.

Teşhis, tedavi ve reçete yazma aşamalarında aktif olarak yer alan sunacağı sağlık hizmetinin sunumu aşamasında karar verme ve verdiği kararı doğrudan

¹¹⁵ Betül Çatak Irız, *Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu* (Ankara: 2011), s.18-19.

uygulama ve hastaya doğrudan tıbbi müdahalede bulunma yetkisine sahip sağlık çalışanı olan hekimi ve diş hekimini asli sağlık çalışanı olarak nitelendirmek doğru olacaktır.

Çalışmamız kapsamında online görüşmelerde yalnızca hekim ile hasta arasında kurulan sözleşmenin hukuki olarak nitelendirilmesi yapılacak olup, diş hekimleri çalışma kapsamına alınmamıştır.

2. Yardımcı Sağlık Çalışanı

i. Hemşire

6283 sayılı Hemşirelik Kanunu'nun (6283 sayılı kanun) 1'inci maddesine göre; bir sağlık çalışanının ülkemizde hemşirelik görevini icra edebilmesi için, hemşirelikle ilgili lisans eğitimi veren bir fakülteden ya da bir yüksekokuldan mezun olması ve diplomalarının Sağlık Bakanlığınca tescil edilmesi şartı aranmaktadır. Kanun sadece ülkemizde eğitim veren eğitim kurumlarından mezun olan kimselerin ülkemizde Hemşirelik görevini icra edebilme şartlarını düzenleme altına almakla yetinmemiş, yurt dışında hemşirelik eğitimi veren kurumlarda eğitim alan kimselerin, eğitimini Devletimizin tanıdığı bir okulda alması veya denkliğinin onaylanması şartıyla ülkemizde de Hemşirelik görevini icra edebileceğini düzenlemiştir.

Hemşireler, Hemşirelik Kanunu 4'üncü madde düzenlemesine göre; acil haller hariç tutulmak kaydıyla aslen asli sağlık personeli olan hekim tarafından kendilerine yazılı olarak verilen tedavileri uygulamakla yükümlüdürler. Hemşireler hastaların sağlıkla ilgili ihtiyaçlarını belirleme ve hemşirelik bakımını planlama, uygulama, denetleme ve değerlendirmekle de görevli sağlık çalışanıdır. Hemşireler kendi görev alanları içerisinde hastaların bakımına ilişkin olarak aktif rol almakla birlikte; hekime bağlı, hekimin yardımcısı olarak hastalığın tedavi sürecinde de rol almaktadır.¹¹⁶

1219 sayılı kanunun ek 13'üncü madde düzenlemesine göre teşhiste bulunma, tedavi planlama ve reçete yazma yetkisi yalnızca hekim ve diş hekimlerine verilmiştir.

¹¹⁶ Zekeriye Kurşat, "Hemşirelerin Hukuki Sorumluluğu", *İÜHFM C. LXVI*, S.1, s. 293-322, (2008), s.303.

Hemşirelerin, teşhis, tedavi planlama ve reçete yazma yetkileri yoktur. Hemşirelerin, hekimin vermiş olduğu talimat ve yönlendirmeler olmaksızın, ilk yardım anı ile acil tıbbi müdahalelerin gerekli olduğu anlar hariç olmak üzere, hastaya direk olarak tıbbi hizmet sunma yetkisi yoktur.

Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nin 132'inci maddesinde; hemşirenin gerekli eğitimi almış, hastanın hastalığı ile tıbben ve psikolojik olarak ilgilenebilecek nitelikte yardımcı sağlık personeli olduğu düzenleme altına alınmıştır. Yönetmelikte hemşireler yardımcı sağlık personeli olarak tanımlanmaktadır. Bu tanımdan yola çıkarak, hemşirelerin, asli sağlık personeli olan hekim ve dış hekimlerinin sağlık hizmeti sunumu çerçevesinde yürüttüğü faaliyetlere yardımcı nitelikte faaliyetler yürüten yardımcı sağlık personeli olduğu ifade edilebilir.

ii. Diyetisyen

1219 sayılı Kanun'da Diyetisyenin diyetetik ve beslenme alanlarında lisans eğitimi veren üniversite veya yüksekokullardan mezun olması gerektiğine ilişkin düzenleme yapılmıştır. Diyetisyenin görevleri kanunda 3 temel alt başlıkta toplanmıştır. Diyetisyen ilk olarak; hekim yönlendirmesiyle hasta kişilerin mevcut hastalığına uygun beslenme programları hazırlamaktadır. İkinci olarak; hasta olarak nitelendirilemeyecek sağlıklı kişiler için, sağlıklı ve onlara doğru beslenmeyi öğretme amaçlı programlar hazırlamaktadır. Üçüncü olarak ise; okul ve işyeri yemekhanesi gibi, bireylerin toplu olarak beslenme yaptıkları yerlerde beslenme programları hazırlamakta ve besin güvenliğini sağlamaktadır.

Kanun diyetisyeni, hekimin hastanın mevcut durumu ve hastalığına ilişkin olarak yönlendirmesini takiben tedavi ve sonrası süreçte gerekli, olması gereken beslenme programlarını hazırlayan sağlık meslek mensubu olarak tanımlamıştır. Kanaatimizce diyetisyenler de hekimlerin hastalarına sağlık hizmet sunumu çerçevesinde yardımcı faaliyet yürüten yardımcı sağlık personeli olarak nitelendirilebilecektir.

Sağlık Meslek Mensupları ile Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelikte diyetisyenlerin görev ve iş tanımlamaları yapılmıştır. Diyetisyenler yönetmelikteki görev tanımlarına göre; sağlıklı beslenmeye ve toplumun ihtiyaç duyan örneğin çölyak vb. hastalıklara sahip bireylere faydalı olabilmesi için özel amaçlara yönelik besin grupları ve beslenme programları geliştirir, bu programların hastalar ve danışanlar tarafından doğru kullanımını sağlar, besinlerin analizlerini yapar, toplumda mevcut ve gelecekte hastalık oranlarının artışına sebep olması muhtemel beslenme sorunlarına ve bu sorunların çözümüne yönelik çalışmaları yürütür, hekim yönlendirmesi ile hastaların ihtiyaç duyduğu beslenme programlarını hazırlar, hastalara teşhis konulan hastalıklarına uygun beslenme eğitimi verirler, hastaların sağlık kuruluşlarında ve yaşamlarında malnütrisyonla karşı karşıya kalmamaları için gerekli önlemleri alır, hastalara verilecek olan beslenme ürünlerinin hazırlanmasında, denetiminde aktif rol alır, beslenme hizmetinin sunumu aşamasında çalışan personeli denetler, hizmet içi verilmesi gereken eğitimlerinin planlamasını yapar, işbu eğitimleri kendisi uygulayabileceği gibi uygulatabilir.

Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği 124'üncü maddesinde; diyetisyen beslenme ve diyetetik lisans derecesi almış ve diyetisyen unvanı kullanmaya hak kazanmış kişi olarak tanımlanmaktadır. Yönetmeliğe göre; yataklı tedavi kurumlarında birden fazla diyetisyen istihdam ettirilirse, başhekimlik diyetisyenlerden birini baş diyetisyen olarak görevlendirilmelidir. Görevlendirilen baş diyetisyen, hastane ve hastanın gereksinimlerini göz önünde bulundurularak hastanın ihtiyacına yönelik beslenme programının hazırlanıp, tatbik edilmesini sağlamakla mükelleftir. Ayrıca diğer diyetisyenler arasında iş bölümünün yapılmasında da görev alır¹¹⁷.

Diyetisyenin yardımcı sağlık personel olarak, hekimin yönlendirmesiyle hastaya uygun beslenme programı hazırlama yükümlülüğü olduğundan bahsetmiştik. İşbu yükümlülük hekimin doğrudan yönlendirmesiyle gündeme gelebileceği gibi, diyetisyenin direk olarak inisiyatif kullanmasını ve hekimi uyarmasını gerektirebilen

¹¹⁷ Rukiye Kart, "Sağlık Çalışanlarının Diyetisyenlere Yönelik Tutum ve Davranışlarının Belirlenmesi", (Yüksek Lisans Tezi, Başkent Üniversitesi, 2018), s.23.

bir yükümlölük olarak da ortaya çıkabilecektir. Örneğin diyetisyen; yüksek tansiyon ve kalp yetmezliğı hastalığı olan kişinin tedavisi hekim tarafından hastanede yürütüldüğü sırada; hekim tarafından hasta dosyasına hastaya tuzsuz beslenme programı uygulanması hususunda not düşölmemiş olsa dahi, diyetisyenin hastanın yemek listesini ayarlama ve denetleme yükümlölüğü nedeniyle, hastaya uygulanması gereken beslenme programı konusunda hekimi uyarmakla yükümlüdür. Aksi takdirde hekimle birlikte hukuki sorumluluğı gündeme gelecektir¹¹⁸.

iii. Eczacı

6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Çıkarılan Kanun (6197 sayılı kanun) ile eczaneler ve eczacılara ilişkin önemli yasal düzenlemeler yapılmıştır. 6197 sayılı kanunun 1'inci madde düzenlemesi, eczacılar ve hekimlerin bir ekip çalışmasının ayrılmaz parçası olduğunu göstermektedir. Bu maddeye göre eczacılar hastalıkların teşhis ve tedavisinde kullanılacak ilaçları hazırlama, hastalıklardan korunmak amacıyla kullanılacak ilaçları hazırlama, ilaçların güvenilirliğini denetleme ve en önemlisi hastayı ilacın kullanımına bağılı sorunlar hakkında (yan etki vb.) bilgilendirme görevini yerine getiren sağıık meslek mensubudur. Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Yönetmelik eczacıyı; fakölte, Eczacılık Okulundaki eğitimini başarıyla tamamlamış ya da yabancı okullarda eğitim alarak mezun olmuş ve eğitiminin yeterliliğini ölkemizde ispat ve tescil ettirmiş, eczacılık mesleğini icra etmeye ehil yetkili sağıık meslek mensubu olarak tanımlamaktadır.

Sağıık Meslek Mensupları ile Sağıık Hizmetlerinde Çalışan Diğier Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik'in Ek-1'inde eczacılık mesleğinin görev tanımı düzenleme altına alınmıştır.

Eczaneler hastalara ilaçların nasıl kullanılacağıının öğıretildiğı, hastanın ilaç kullanımı konusunda yönlendirildiğı, ilacın kullanımının da takip edilmesi gereken sağıık birimidir. Eczaneler, ilaç firmalarının hazırladığı ilaçların yanında "majistral

¹¹⁸ Yakup Gökhan Doğramacı, *Tıbbi Uygulamalarda Ekip İş Birliğı ve Güven İlkesi*, (Legal Yayıncılık, 2016), s.44.

ilaç” olarak tanımlanan eczanelerde hazır bulunmayan ancak hekimler tarafından reçete edilen ilaçların hazırlanıp satıldığı yerlerdir¹¹⁹.

Eczacı, hekim ve diş hekimleri tarafından reçete edilen hazır ilaçları satmak, eğer reçete edilen ilaç kendisi tarafından hazırlanması gereken bir ilaç ise hazırlayıp satmak ve hastalara işbu ilaçları nasıl kullanacaklarına ilişkin olarak bilgilendirmekle yükümlü olan, ilacın tüketiciye yani hastaya ulaştırılmasında “tekel niteliğinde” hakka sahip bir statüdedir¹²⁰.

Eczacılar, asli sağlık personeli olan ve tıbbi müdahale yetkisi bulunan hekimlerin yanında sağlık hizmetinin sunumu çerçevesinde yardımcı faaliyet yürüten, hastanın teşhis sonrasında tedavi amacıyla kullanacağı ilaçları hazırlayan, hastayı ilaçların yan etkilerine karşı bilgilendiren ve en önemlisi piyasada hastalar ve hastalıktan korunmak istenen kişiler tarafından kullanılan ilaçlar nedeniyle ortaya çıkan kullanım kaynaklı sorunların bildirimini sorumlu hekime ve ilaç firmalarına yapan yardımcı sağlık personelidir. Kanaatimizce hekim tarafından hastalığın teşhisi sonrasında, tedavi aşamasında ilaç kullanımı nedeniyle hastayla en yakın temasta bulunan sağlık personeli oldukları söylenebilecektir.

6197 sayılı kanuna göre, eczane açmak ve işletmek için eczacı olmak şarttır. Eczacı olmayan kişilerin eczane açıp işletmesi yasaktır. Eczacılar ilaç deposunun mesul müdürlüğünü yapabileceği gibi; ilaç ve kozmetik malzemelerin üretim tesisleri ile ilaç AR-GE merkezi gibi tesisleri de açıp, işletebilir ya da mesul müdürlük görevini yürütebilir.

6197 sayılı kanun, eczacılık mesleği için gereken şartları düzenlemiştir. Kanuna göre eczacılık mesleğini icra etmek isteyen kişinin Türk vatandaşı olması gerekmektedir. Bunun yanında Türkiye Eczacı Mektep veya Fakültelerinde eğitim alarak diploma almış olması ve diplomasının Sağlık Bakanlığında tescil edilmiş olması

¹¹⁹ Mehmet Doğar, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Eczacıların Yardımcı Kişilerin Eylemlerinden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.29, S.4, (2021), s.3259.

¹²⁰ Burcu G. Özcan Büyüktanır ve Dila Okyar Karaosmanoğlu, “Eczacının 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Ayıplı İfade Sorumluluğu” *Ankara Barosu Dergisi*, C.0, S.4, (2016), s. 213.

gerekmektedir. Kanun yabancı ülkelerdeki eczacı mektep veya fakültelerinden mezun olarak diploma alan ve aynı kanunu 3'üncü maddesinde yer alan şartları sağlayan kişilerin de diplomalarının Sağlık Bakanlığınca tescil edilmek kaydıyla eczacılık mesleğini icra edebileceği düzenleme altına alınmıştır.

B. HEKİMİN AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE HUKUKA UYGUN TIBBİ MÜDAHALE KAVRAMI

Sağlık çalışanı kavramı ile hasta ve danışan kavramları ayrıntılı olarak izah edildikten sonra, taraflar arasında online görüşme sırasında kurulan sözleşmenin hukuki niteliği belirlenmeden önce hekimin hastayı bilgilendirme yükümlülüğünü ve tıbbi müdahale ile hukuka uygun tıbbi müdahale kavramlarının izah edilmesi gerektiğini düşündüğümüzden, ilgili kısmı tez çalışmamıza ekleme ihtiyacı hissetmekteyiz. Şöyle ki;

Tıbbi müdahale kavramı Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 4'üncü maddesinde, bireylerin sağlığını koruma, mevcut hastalıklarının teşhis edilmesi ve teşhis doğrultusunda tedavisinin uygulanması sırasında meslekî yükümlülükler ve tıbbi standartlara uygun olarak tıbbın belirlediği sınırlar içerisinde sağlık hizmetini sunan tıp mesleğini icra etmeye yetkili kişiler tarafından gerçekleştirilen fizikî ve ruhî girişim olarak tanımlanmaktadır.

Tıbbi müdahale, kişinin bedeni üzerinde, tıp biliminin izin verdiği ölçüde yetkili sağlık personeli tarafından yapılan fiziki ve ruhi girişim olarak tanımlanır. Hastalıkların teşhisi ve tedavisi ile tedavi sonrasındaki süreçte yapılan tüm tetkiklerle tahliller, kişinin adli muayeneye tabi tutulması, hastaya uygulanan müdahale¹²¹ ve cerrahi müdahaleler¹²², ilaçla tedavi yöntemleri, hastalıkların önlenmesi,

¹²¹ Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik 3'üncü maddesinde müdahale “*Tabip veya diğer sağlık personeli tarafından tanı, tedavi, rehabilitasyon veya önlem amacıyla yapılan muayene, tedavi veya diğer tıbbî işlemler*” olarak tanımlanmaktadır.

¹²² Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik 3'üncü maddesinde cerrahî müdahale “*tıbbî aletler yardımıyla vücutta yapılan tanı ya da tedaviye yönelik operasyonlar*” olarak tanımlanmaktadır.

hastalıklardan korunma amaçlı uygulanan tıbbi girişimler tıbbi müdahale olarak değerlendirilmektedir¹²³.

Hukuka uygun bir tıbbi müdahalenin varlığından bahsedilebilmesi için; hastanın müdahaleye ilişkin olarak bilgilendirilerek aydınlatılmış rızasının alınması, tıbbi müdahalede bulunacak kişinin yetkili sağlık personeli olması ve müdahalenin tıp biliminin verileri ile standartlarına göre gerekli ve uygun olması gerekmektedir¹²⁴. Belirtmek isteriz ki; USHSY’te sağlık çalışanının¹²⁵ sağlık hizmetini uzaktan sunması halinde de hastayı aydınlatma yükümlülüğünün mevcut olduğu özel olarak düzenleme altına alınmıştır.

Tıbbi müdahalede bulunma yetkisi yalnızca sağlık çalışanlarına verilmiştir. Tıbbi müdahalede bulunma yetkisi verilen sağlık çalışanları 1219 sayılı kanunda sınırlı sayıda sayılmıştır. 1219 sayılı kanuna göre; hemşire, doktor, sağlık memuru, diş doktoru, hasta bakıcı, ebe, sünnetçi¹²⁶, diş protez teknisyenlerine verilmiştir.

Hastaya tıbbi müdahalede bulunma yetkisi kural olarak hekimlere tanınmıştır. Fakat doktrinde bazı görüşler hekimin denetim ve gözetimi altında diğer sağlık çalışanlarının da tıbbi müdahalede bulunma yetkisine sahip olduğu savunulmaktadır¹²⁷. Fakat burada hekimin denetim ve gözetimi altında tıbbi müdahalede bulunma yetkisi olan sağlık çalışanlarını dar anlamda yorumlamak ve 1219 sayılı kanunda tıbbi müdahalede bulunma yetkisi sahibi olarak sayılan sağlık çalışanlarıyla sınırlı tutmak kanunun ruhun daha uygun olacaktır. Aksi halde diyetisyen, eczacı gibi sağlık çalışanlarının da tıbbi müdahalede bulunma yetkisi olduğu sonucuna varılacak olup, işbu sonuç açıkça kanuna aykırı sonuç doğuracaktır.

Ambulans ve acil bakım teknikeri (*AABT*), Ambulanslar ve Acil Bakım Teknikerleri ile Acil Tıp Teknisyenlerinin Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Tebliğ’de

¹²³ Serap Kaygusuz, Ahmet Er ve Ömür Topaç, *Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Cezai ve İdari Sorumluluk*, (2021), 1. Baskı, s.33.

¹²⁴ Hakeri, *Tıp Hukuku*, Cilt 1, s.294.

¹²⁵ Yönetmelikte sağlık meslek mensubu olarak anılmaktadır.

¹²⁶ 1219 sayılı kanunun ilk metninde hekim, diş hekimi, ebe, hasta bakıcı hemşire, sünnetçilere ilişkin düzenlemeler yapılmış iken, 2014 yılında yapılan değişiklik ile sünnetçilere ilişkin olarak yapılan düzenlemeler kanun metninden çıkarılmıştır.

¹²⁷ Aykın ve Çınarlı, *Hukuki Sorumluluk*, s.267; Mustafa Kıcalıgoğlu, *Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklı Hukuki Sorumlulukları* (Ankara: Adalet, 2011), s.12.

kendilerine verilen tıbbi müdahale yetkilerini sadece hastane öncesi alanda görev yapan hekimsiz ambulanslar veya acil sağlık araçları ile görev yaparken tebliğde usul ve esasları yer alan temel eğitim programını başarıyla tamamladıktan sonra tebliğ Ek-2’de yer alan akış şemalarında verilen direktiflere göre uygulayabilirler. AABT tebliğde sayılan yetkileri hekimin sözlü veya yazılı talimatı, onayı olmaksızın acil sağlık araçları ile ambulanslar haricinde kullanamazlar.

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olarak gerçekleşebilmesi için ikinci şart hastanın aydınlatılmış rızasının alınmış olmasıdır. 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunun 70. maddesinde; hekimlerin, dişçi ve diş hekimlerinin hastaya uygulayacakları her türlü tıbbi müdahale için hastanın rızasını almaları gerektiği düzenleme altına alınmıştır. Yapılan düzenlemeden anlaşıldığı üzere, hastaya uygulanacak tıbbi iş ve işlemler ile ilacın yan etkileri vs. hususlarda hastanın bilgilendirilmesi, uyarılması, onayının ve gerekli tedbirlerin alınması amaçlanmıştır.

Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 4’üncü maddesinin 3. fıkrasında bilgilendirme kavramı tanımlanmış olup; hastaya, hekim daha geniş anlamda sağlık çalışanı tarafından gerçekleştirilecek tıbbi müdahale öncesinde gerekli olan bilginin verilmesidir. Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 15’inci madde düzenlemesinde hastanın aydınlatılması yükümlülüğüne dair açık bir hüküm düzenlenmiştir. Bu hükme göre hastaya; hastalığın olası nedenleri ve seyir grafiği, tıbbi müdahalenin kimler tarafından nerede, hangi yöntemle ve ne şekilde yapılacağı, tıbbi müdahalenin ne kadar süreceği, uygulanması planlanan tanı ve tedavi dışındaki opsiyonlar hakkında bilgi verilmesi ve diğer opsiyonlar nedeniyle hastanın karşı karşıya kalacağı fayda ve riskler ile hastanın sağlığı üzerinde olası yansımaları, olası komplikasyonları, tedavinin kabul edilmemesi yani reddedilmesi durumunda ortaya çıkma ihtimali olan yarar ve riskler, tedavi veya teşhis sırasında kullanılacak olan ilaçların önemli nitelik ve özellikleri, hastanın sağlıklı olabilmesi veya mevcut hastalıkları açısından için kritik olan yaşam tarzına ilişkin öneriler, gerektiğinde veya talep edildiğinde aynı hususta hasta tarafından tıbbi yardıma nasıl ulaşabileceği konularında bilgi verilmesi gerekmektedir. Tıbbi müdahalede bulunacak Sağlık çalışanı bilgiyi sözlü olarak vermektedir. Bilgilendirme yapacak sağlık çalışanının tıbbi müdahaleyi yapacak sağlık çalışanından farklı

olmasını gerektiren bir durum varsa durum hastaya izah edilerek bilgilendirme yeterliliğine sahip olan başka bir sağlık çalışanı bilgilendirmeyi yapabilir.

Yeterli aydınlatmanın yapılmaması ve hastanın rızasının alınmamış olduğu durumlarda, hekim gerçekten hastayı iyileştirme saikiyle tıbbi müdahalede bulunmuş olsa bile, hastanın yalnızca tıbbi müdahaleye maruz kalması dahi maddi ve manevi zarar olarak kabul edilebilecektir. Hastadan alınan rızanın geçerli ve sonuç doğrulabilir olabilmesi için, öncelikle hastanın hangi tıbbi müdahaleye rıza gösterdiğini bilmesi gerekmektedir. Bu da ancak hastanın hukuka uygun olarak aydınlatılmasıyla mümkün olabilecektir. Uygulamada sıkça görülen tıbbi müdahaleye ilişkin olarak yeterince aydınlatılmamış hastadan alınmış rızanın, neye rıza gösterdiği bilinmeden alınması sebebiyle geçerli sayılması mümkün değildir. Aksi durum kanunun ruhuyla bağdaşmamaktadır. Nitekim T.C. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 07/03/1977 tarihli, 1977/6297E., 1977/2541K. sayılı kararında hastanın yeteri kadar aydınlatılmaksızın verdiği rızanın hukuken geçerli bir rıza olmadığını ve bu rızaya dayanarak yapılan tıbbi müdahalenin açıkça hukuka aykırı olduğunu, maddi ve manevi tazminatı beraberinde getirdiğini hükme bağlamıştır.

Hasta ile hekim arasında çıkan uyuşmazlıklarda geçerli bir rızanın mevcudiyetinin mahkemeler huzurunda tartışıldığı görülmektedir. Hastadan imzalı olarak alınan onam formunun geçerli bir rızayı barındırdığını söyleyebilmemiz ve ortaya çıkan uyuşmazlıklarda hukuken geçerli bir rızanın mevcudiyetini ispatlayabilmemiz için işbu onam formunda bazı ve tanımlamaların ayrıntılı yapılması gerekmektedir. İşbu husus ise hukukun konusunu oluşturmaktadır. Örneğin; Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi 02/12/2020 tarihli 2020/1235 karar sayılı kararında onam formunda hastanın yalnızca imzasının bulunduğu, uygulanacak tedavi yöntemi, yöntemin başarı şansı ve sair konularda yeterli aydınlatma yapılmadığından gerekli araştırmanın yapılması gerektiğine ilişkin karar vermiştir. Onam formunda hastaya hangi uygulamanın yapılacağını ayrıntılı bir şekilde aktarılması, bunun sonuçları ve oluşabilecek risklerin belirtilmesi ve ardından hastadan onam alınması gerekmektedir. Unutulmamalıdır ki, onam formunun yalnızca usulen alınması hekimin bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirdiği anlamına gelmeyecektir¹²⁸. Aydınlatma ve rıza

¹²⁸ Hakeri, Hakan, *Tip Hukuku*, s.338.

yükümlülüğünün yerine getirildiğini ispat yükü ortaya çıkan uyuşmazlıklar mahkemeye intikal ettiğinde ise hekim ve hastanede olmaktadır. Aydınlatmanın yapılmaması veya yetersiz yapılması halinde, her iki durum birbiriyle eş tutulmakta ve aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmeyen hekim, bütün zararlardan sorumlu tutulmaktadır.

Aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesinde hedeflenen, hastanın teşhis ve uygulanacak tedavi hakkında bilgilendirilmesidir. İşbu bilgilendirmenin ilk işlevi hastanın uygulanacak tedavi hakkında aydınlatılmasıdır ki doktrinde buna güvenlik yani bir başka deyişle tedavi aydınlatması denilmektedir. İkincil işlevi, tıbbi müdahalenin hukuka uygun olmasını sağlamaktır ki doktrinde buna bir başka deyişle otonomi aydınlatılması denilmektedir¹²⁹. Hasta tarafından hekim veya sağlık personeline tıbbi müdahalede bulunma yetkisi verilmiş olsa dahi hasta aydınlatılmadıkça verilen rıza geçersizdir ve hukuki anlamda sonuç doğurmayacaktır.

Yerleşik Yargıtay İçtihatları ışığında; hekim tıp biliminin gereklerine uygun olarak tıbbi müdahalede bulunmuş olsa bile sadece aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmemesi ve hastanın aydınlatılmış onamının alınmaması hekimin tazminat sorumluluğunu doğuracaktır. Hasta neden, ne amaçla kendisine tıbbi müdahalede bulunulduğunu bilmediğinde geçerli bir rızasının mevcudiyetinden bahsedilemeyecektir. Hastanın kendisine uygulanacak tıbbi müdahaleye ilişkin olarak aydınlatılmaması halinde ise hekim hastayı iyileştirme amacıyla tıbbi müdahalelerde bulunsa ve ortaya çıkan sonuç hasta açısından olumlu olsa dahi işbu tıbbi müdahalelerin tümünün hukuka aykırı nitelikte olacağına ilişkin görüşü benimsemekteyiz¹³⁰. Hastadan tıbbi müdahalede bulunmak için rıza alınması halinde alınan rızanın hukuken geçerli olabilmesi için hastanın ne için rıza verdiğini bilmesi, kendisine uygulanacak işlemler, işlemlerin veya kullanılacak ilaçların yan etkileri hakkında bilgilendirilmesi gerekmektedir diyebiliriz.

T.C. Yargıtay 13. H.D. 2013/1948 Esas, 2013/10659 Karar sayılı ve 29/04/2013 tarihli kararında; dosyada davalı olan doktor ile hastanenin işlemlerinin tıp kurallarına ve tıbbi standarda uygun olması halinde dahi hastaya karşı aydınlatma

¹²⁹ Hakeri, *Tıp Hukuku*, Cilt 1, s.341.

¹³⁰ Çetin Aşçıoğlu, *Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar*, (Ankara: 1992), s.100.

yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halinde davacı hasta lehine maddi ve manevi tazminata hükmedilmesi gerektiğine ilişkin hüküm tesis etmiştir.

Aynı şekilde T.C. Yargıtay 13. H.D. 2013/16471 E., 2013/24506 K. sayılı ve 07/10/2013 tarihli kararında ameliyatın yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan mevzuata uygun olduğu belirtilmişse de dosya kapsamında mevcut delillerden dosya davalılarının hastayı aydınlatıp, aydınlatılmış onamını almadığı anlaşıldığından davacı hasta lehine uygun bir tazminata hükmedilmesi gerektiğine ilişkin hüküm tesis etmiştir.

Yine T.C. Yargıtay 13. H.D. 2015/11729 E., 2016/9861 K. sayılı ve 07/04/2016 tarihli kararında; dosya kapsamında hazırlanan bilirkişi raporunda, işlemi yapan doktorun işlemle ilgili olarak davacı hastaya yaptığı bilgilendirmenin tıbbi kurallara uygun olduğu yönünde görüş bildirilmişse de, dosya kapsamında hastaya enjeksiyon işlemi öncesinde işbu enjeksiyonun komplikasyonları hakkında bilgi verildiği ve aydınlatılmış onamına ilişkin formun alındığı ispat edilemediğinden davacı hasta lehine uygun bir manevi tazminata hükmedilmesi gerektiğine ilişkin hüküm tesis etmiştir.

Son olarak T.C. Yargıtay 13. H.D. 2015/6125 E., 2016/10662 K. sayılı ve 18/04/2016 tarihli kararında; hazırlanan bilirkişi raporlarında ameliyat sonrasında meydana gelen kanamanın komplikasyon niteliğinde olduğu yönünde görüş bildirilmiştir. Yargıtay, davalı tarafın, meydana gelen komplikasyon nedeniyle hukuken sorumlu olup olmadığına ilişkin hüküm tesis edebilmek için hastanın ameliyat öncesinde, ameliyat sonrasında yaşayacağı sürece ilişkin olarak bilgilendirilip bilgilendirilmediğinin tespiti için delilleri toplamıştır. Toplanan deliller ışığında, hastanın ameliyat öncesi süreçte kanama sonrası yaşama ihtimali olan sağlık sorunlarına ilişkin aydınlatılmadığı anlaşıldığından davacı hastanın maddi ve manevi tazminat kalemlerine ilişkin taleplerinin değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin karar vermiştir. Bu nedenle, işbu kararda yer alan komplikasyon kavramının da çalışmamızda izah edilmesinin faydalı olacağı görüşündeyiz.

Komplikasyon kavramı, hekim veya hastanın neden olmadığı ancak gerçekleşmesi tıbbi standartlara göre tahmin edilebilen ancak istenmeyen sonuç olarak

tanımlanmaktadır¹³¹. Komplikasyon, bir hastalığın seyri ya da tıbbi uygulamanın gerçekleştirilmesi sırasında ortaya çıkan istenmeyen durum olarak ifade edilmektedir¹³². Komplikasyon; sağlık çalışanları tarafından tıp açısından uygun tedavi ve uygulamalar yapılmasına ve gerekli önlemler alınmasına rağmen, benzer tıbbi müdahalelerde ortaya çıkma olasılığı bulunan riskler olarak da tanımlanabilir.

Nitekim hekimin ilgili tıbbi girişimini tıp bilimi ve tıp biliminin meslek kurallarına riayet edilerek özenli şekilde yerine getirmesi durumunda meydana gelen komplikasyondan hukuken sorumlu tutulmaması gerekmektedir. Hekimin müdahale sırasında kusuru bulunmadığı halde komplikasyon olarak ortaya çıkan sonuç nedeniyle hekime başvurulamayacaktır. Komplikasyonlardan hekimin sorumlu tutulmaması için başkaca öngörülebilecek bir komplikasyonun meydana gelmemesi veya komplikasyon durumunda ortaya çıkan olumsuz sonucu önlemek amacıyla gerekli tüm tedbirleri alması gerekir¹³³. Komplikasyon sağlık çalışanın tıbbi müdahale sırasında hiçbir hatalı davranışı olmamasına rağmen meydana gelen istenmeyen sonuçtur. Komplikasyonun gündeme gelebilmesi için, müdahalenin yetkili kişi tarafından gerçekleştirilmesi gerekmektedir¹³⁴.

T.C. Yargıtay 13 H.D. 2016/7750 E., 2017/8617 K. sayılı 27.9.2017 tarihli kararında; hastaya uygulanan tüm tıbbi işlemlerin tıbbi standartlara uygun yapıldığını, bu işlemlerin uygulanması sırasında ve sonrasında herhangi bir uygulama hatası bulunmadığını, gerçekleşen durumun önceden öngörülüp önlenemeyecek, her türlü özene rağmen görülebilecek bir komplikasyon olduğunu ve bu nedenle davalı kurumun ihmal ve kusuru bulunmadığından maddi ve manevi tazminat taleplerinin reddedilmesi gerektiğine ilişkin hüküm tesis etmiştir. İşbu tesis edilen hükümde de açıkça vurgulandığı üzere hekim, tıbbi standartlara uygun bir tıbbi müdahale de bulunuyor ve ortaya çıkan istenmeyen sonuç açısından hiçbir kusuru tespit edilemiyorsa, bu durumda sonuçtan sorumlu tutulamayacaktır.

¹³¹ Kerem İlğün, *Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu*, 1. Baskı, (Seçkin Yayınları, 2021), s.24.

¹³² Sunay Akyıldız, Ahmet Nezih Kök ve Turan Yıldırım, *Tıp Hukuku Atölyesi – II*, (Ankara: Seçkin Yayınları, Ağustos 2014), s.152.

¹³³ Hasan Tahsin Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk*, 4. Baskı, (Ankara: 2022), s.74.

¹³⁴ Hakeri, *Tıp Hukuku*, Cilt 2, s.1117.

Hukuka uygun bir tıbbi müdahalenin olması için aranan 3'üncü şart ise endikasyon şartıdır¹³⁵. Endikasyon şartının ilk yansıması 1982 Anayasa'sında düzenlenmektedir¹³⁶. Anayasa'nın 17'inci madde düzenlemesinde, kanunda yazılı haller ve tıbbi zorunluluklar dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağını ve kişilerin rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağı düzenleme altına alınmıştır.

Hukuka uygun bir tıbbi müdahalenin varlığından söz edilebilmesi için tıp biliminin verilerine göre zorunlu ve bu verilere uygun bir tıbbi müdahalenin mevcudiyeti aranmaktadır. Endikasyon, bir operasyonun hangi koşullarda veya kullanılacak bir ilacın hangi hastalıklara, ne şekilde uygulanmasının gerekli olduğunu ifade eder¹³⁷.

Tıbbi müdahalenin tıp bilimi verilerine göre gerekli veya zorunlu olması şartına endikasyon adı verilmektedir. Tıbbi endikasyon, hastaya uygulanacak tıbbi müdahalenin tıp bilimi veriler açısından gerekli veya zorunlu olmasıdır¹³⁸. Endikasyon tıbbi endikasyon olabileceği gibi sosyal ve psikolojik endikasyon da olabilir. Sosyal ve psikolojik endikasyon ise özellikle estetik müdahalelerde karşımıza çıkmaktadır¹³⁹. Estetik müdahaleler her zaman yalnızca kişinin isteğine bağlı ve tedavi amacı gütmeyen uygulamalar değildir. Bazı durumlarda estetik müdahaleler tıbbi zorunluluk sebebiyle de yapılabilir. Hastanın bir kaza sonrasında kırılan burnuna estetik müdahalede bulunulması tıbbi zorunluluk gerektirmektedir. Fakat bir kişinin burnunun görüntüsünden memnun olmadığı için psikolojik olarak kendini iyi hissetmemesi, bunalıma girmesi, kompleks yaparak kendisini toplumdan soyutlaması nedeniyle estetik operasyon geçirmek için hekime başvurması halinde psikolojik bir endikasyonun varlığından söz edilmelidir. Tıbbi, sosyal veya psikolojik endikasyon olmaksızın hastaya tıbbi müdahalede bulunulması halinde tıbbi müdahale endikasyon şartı noksanlığı nedeniyle hukuka aykırı olacaktır¹⁴⁰.

¹³⁵Nevzat Gürelli, "Hukuk Açısından Cerrahi Müdahalenin Sınırları", *İÜHF* 1979,1980,1981, *Doğumunun 100 yılında Atatürk'e Armağan*, C.XL V-XLVII, S.1-4, s.268,272.

¹³⁶ Hakeri, *Tıp Hukuku*, Cilt 1, s.594.

¹³⁷<https://covid19asi.saglik.gov.tr/TR-78033/endikasyon.html#:~:text=Bir%20ilac%C4%B1n%20hangi%20hastal%C4%B1klara%20ve,ko%C5%9Fullarda%20gerekli%20oldu%C4%B1Funu%20ifade%20eder>. (Son Erişim Tarihi: 15.07.2022)

¹³⁸ Hakeri, *Tıp Hukuku*, Cilt 1, s.593; Aykın ve Çınarlı, *Hukuki Sorumluluk*, s.272.

¹³⁹ Hakeri, *Tıp Hukuku*, Cilt 1, s.601.

¹⁴⁰ Aykın ve Çınarlı, *Hukuki Sorumluluk*, s. 275.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ONLINE GÖRÜŞME SIRASINDA SAĞLIK ÇALIŞANLARI VE HASTA/DANIŞAN VE ÖZEL HASTANE ARASINDA KURULAN SÖZLEŞME İLİŞKİSİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Tez çalışmamızda online görüşme sırasında sağlık çalışanları ile hasta/danışan ve tedaviyi üstlenen özel kuruluş arasındaki ilişkinin hukuki niteliği inceleme konusu yapılacaktır. Bunun nedeni özellikle Covid-19 salgın döneminde online sağlık hizmetinin bazen bağımsız çalışan sağlık çalışanlarından, bazen ise özel hastane bünyesinde çalışan sağlık çalışanlarından alınıyor olmasıdır.

Çalışmamızda öncelikle 10/02/2022 tarihinde yayımlanan USHSHY inceleme konusu yapılacaktır. Ardından ise her bir sağlık çalışanı açısından bağımsız çalışması ve özel hastanede çalışması durumları gözetilerek hasta ile danışan arasında kurulan sözleşmenin hukuki nitelendirmesi yapılarak taraflar arasında kurulan sözleşmenin türü belirlenecektir. En son ise, USHSHY düzenlemeleri ışığında online görüşmeler neticesinde taraflar arasında kurulan ilişkinin aslen tüketici işlemi olması dolayısıyla TKHK'un 48'inci maddesinde düzenleme altına alınan mesafeli sözleşme olarak nitelendirilmesi yapılarak online görüşmelerde taraflar arasında kurulan sözleşmenin türü kendi görüşümüz ışığında incelenecektir.

I. UZAKTAN SAĞLIK HİZMETİNİN SUNUMU MEVZUATI

A. GENEL OLARAK

Covid 19 salgın dönemiyle birlikte 2020 yılı mart ayı sonrasında hasta ve danışanlar sağlık hizmetlerini uzaktan alma konusunda eğilim gösterdiklerinden, kanun koyucu uzaktan verilen sağlık hizmetlerine ilişkin olarak ana hatları belirlemek istemiş ve USHSHY'i yayımlamıştır.

Sağlık hizmetlerinin uzaktan sunumu Covid-19 salgın dönemiyle birlikte aktif olarak hayatımıza girmiştir. Öncesinde her ne kadar Türk Sağlık Bakanlığı ve ilgili

birimler farklı alanlar veya tıbbi müdahale biçimleri için birden fazla genelge, yönerge, kılavuz vb. idare hukuku düzenlemesi kabul etmiş olsalar da bu düzenlemeler çıkarıldıkları alan veya tıbbi müdahale biçimi ile sınırlı kalmıştır¹⁴¹. Yönetmelik öncesinde mevcut olan idare hukuku düzenlemeleri¹⁴² USHSY kadar kapsamlı olamamıştır. Yönetmelik öncesinde, Covid-19 tanısı alan ve temaslı hastalarla fiziki muayene neredeyse imkânsız hale geldiğinden, 07/10/2020 tarihli Tele sağlık Entegrasyon Kılavuzu da yayınlanmış olup, bu kılavuzla virüs tanısı almış veya temaslı hastaların sağlık kurumuna gitmeden ve hekim tarafından fiziki olarak muayene edilmeden görüntülü muayenelerinin yapılmasına imkân sağlanmıştır. Açıkça görüldüğü üzere; değişen dünyada insanlığın karşı karşıya kaldığı salgın neticesinde hasta ve sağlık çalışanlarının arz ve talepleri ile ortaya çıkan uyumsuzlukların hukuken çözülmesi gerekliliği yasal mevzuatta değişiklikler ve gerekli düzenlemeleri yapma ihtiyacını beraberinde getirmiştir.

Yönetmeliğin amacı lafzından da anlaşılabileceği üzere, uzaktan sunulabilecek sağlık hizmetinin kapsamını belirleyerek, sağlık hizmetini uzakta sunabilecek sağlık tesislerine izinlerin verilmesi, USBS'nin geliştirilmesi ve tescil edilmesi, sağlık tesislerinin bu kapsamda değerlendirilmesine ilişkin usul ve esasları belirlemektir. Bu yönetmelik ile sağlık hizmeti mekândan ve konumdan bağımsız olarak değerlendirmiş ve günümüz tıbbi teknolojisine uygun olarak sağlık hizmetinin sunulmasının önü açılmıştır. Yönetmelik uzaktan sağlık hizmeti sunan tüm tesisleri, bu kapsamda hizmet veren tüm sağlık çalışanlarını¹⁴³, USBS geliştiricileri ile sağlık hizmetini uzaktan almayı talep eden kişileri yani bir başka deyişle hastalar ile danışanları kapsamaktadır.

B. UZAKTAN SUNULABİLECEK SAĞLIK HİZMETLERİNİN KAPSAMI

Online görüşmeler sırasında hasta ve danışana sunulacak sağlık hizmetinin kapsamını belirleyebilmemiz ve hukuka aykırı bir tıbbi müdahalenin önüne

¹⁴¹ Yener Ünver, “Uzaktan Sağlık Hizmeti ve Türk Tıp Ceza Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, *Tıp Hukuku Dergisi*, S.22 (Ekim 2022), s. 305.

¹⁴² Örneğin, 26/03/2015 tarihli Tele Sağlık Sistemi Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönerge ile seyir halindeki deniz ve hava araçlarında sağlık sorunu yaşanması halinde tıbbi tavsiye, tıbbi organizasyon hizmetlerinin verilmesi hakkında düzenlemeler yapılmıştır.

¹⁴³ Yönetmelik sağlık çalışanlarını “sağlık meslek mensubu” olarak nitelendirmiştir.

geçebilmemiz açısından yönetmelik kapsamında uzaktan sunulmasına izin verilen sağlık hizmetlerinin üzerinden tek tek geçmemiz faydalı olacaktır.

Yönetmelik uzaktan sunulabilir sağlık hizmetlerini belirlerken hizmetin niteliğinin uzaktan sunuma elverişli olması şartını aramıştır. Yönetmelikte sağlık hizmetinin uzaktan sunulmasına izin verilmesi yeterli görülmemiş, yönetmeliğin iznine ek olarak ilgili hizmetin uzaktan verilmesinin hizmetin niteliğine uygun olup olmadığının araştırılması ön şart olarak düzenlemiştir. Bu nedenle, sağlık hizmetini uzaktan almak isteyen gerçek kişi hekim ya da hastaneye başvurduğunda, ilgili sağlık hizmetini sunacak olan sağlık çalışanı hizmetin niteliği itibarıyla uzaktan verilip verilemeyeceğine karar vermelidir. Bu noktada sağlık hizmetinin uzaktan verilmeye uygun olup olmadığını belirleyebilecek olan hasta veya danışan değil sağlık hizmetin sunacak olan sağlık çalışanıdır.

Yönetmeliğe göre; sağlık çalışanının, hastalar veya danışanlarını sağlık hizmetinin uzaktan sunulması durumunda aldıkları sağlık hizmetinin, sağlık tesisi ortamında fiziksel olarak eş zamanlı yüz yüze verilen sağlık hizmetine eşdeğer kabul edilemeyeceği ve sağlık hizmetinin uzaktan verilmesi halinde uygulamalı tedavilerle aynı olamayacağı hususunda bilgilendirmesi gerekmektedir. Kanun koyucunun bu düzenlemeyle hastayı bilgilendirmeyi hedeflemekte olduğu ve her iki sağlık hizmetinin aslında bire bir aynı sonuçları beraberinde getirmeyeceğini belirterek hastayı isterse fiziki görüşmeye yönlendirebileceği ortadadır.

Yönetmeliğin 7'inci madde düzenlemesine göre; hastalar veya danışanlar uzaktan sağlık hizmetinin elverdiği imkan dahilinde muayene edilebilir. Hekim yönetmelik kapsamında sağlık hizmeti sunarken muayene yapmaktadır. Hastayı çoğunlukla online olarak görmekte yalnızca hastaya fiziki olarak temas edememektedir. Hekim online görüşme sırasında tıbbi olarak hastayı ne ölçüde muayene edebiliyorsa o seviyede muayene etmeli, hastayı özellikle görmesi gerekiyor ise ve fiziki olarak muayene etmesi gerektiğine kanaat getirdiyse fiziki muayene yapmalıdır¹⁴⁴. Sağlık çalışanı tarafından hastaların veya danışanların tıbbî gözlemi, izlemi ve takibi ile değerlendirmesi yapılabilir ve ayrıca daha önceden tanı almış

¹⁴⁴ Hakeri, *Tıp Hukuku*, Cilt 2, s.1027.

hastalıkları varsa bunlar kontrol edilebilir. Kişiy e tıbbî danışmanlık hizmeti verilebilir ki; çalışmamızın devamında ayrıntılı olarak inceleme konusu yapılacak olmakla birlikte hasta ve danışanların online görüşme sırasında sağlık çalışanlarından yüksek oranda tıbbi danışmanlık hizmeti aldığı görülecektir. Yönetmeliğe göre, hasta uzaktan konsültasyon veya ikincil görüş talep edebilir. Fakat önemle belirtmek isteriz ki; uzaktan sağlık hizmetinin sunumu sırasında hekim veya diğer sağlık çalışanları gerekli gördükleri durumlarda, kişiy e bir sağlık kuruluşuna fiziken müracaat etmesini önerebilir. Hekim hastasına uzaktan e-reçete ve e-rapor tanzim edebilir.

Yönetmeliğe göre; hastaların mevcut kronik hastalıklarının uzaktan kontrol altında tutulabilmesi için, hastanın kan şekeri ve tansiyon parametreleri değerlendirilebilir, takip edilebilir, tedavi ile ilaç uygulanabilir ya da tedavi yöntemi ile kullanılan ilaçlar değiştirilebilir. Tarafımızca da ilgili düzenlemenin Covid-19 salgın döneminde yüksek oranda uygulandığına defaatle şahit olunmuştur ki; tez konumuzu belirlerken de kronik hastalığı olan kişilerin ilgili takiplerini hekimleriyle uzaktan internet veya telefon yoluyla yürütmeleri yol göstericimiz olmuştur. Hekimlerin şeker ve tansiyon hastalarının ilgili klinik parametrelerini uzaktan takip edilebilmesi ve en önemlisi sonuçlara göre tedavi ve ilaç yönetimi sağlayabilmesi açıkça hukuka uygun görülmüştür. Yönetmeliğe göre, uzaktan sağlık hizmeti sunumu çerçevesinde kronik hastaların takibinin yapılabileceği gibi, hastalık riski yüksek olan veya yaşı gereğince takipte kalması gereken kişilerin çok yönlü değerlendirmesi ve takibi de yapılabilecektir.

Yönetmelikte sağ lıklılık halinin korunması ile takipte tutulmasına, sağ lıklı yaşamın desteklenmesine, psikososyal destek hizmetlerinin sağ lanmasına yönelik hizmetlerin de uzaktan verilebileceği düzenlenmiştir. Yönetmelikte uzaktan verilen sağlık hizmetinin tanımı yapılırken sağlık meslek mensubu tanımı kullanılmış olup, düzenleme hekim dışında yer alan diğer sağlık çalışanlarının uzaktan sağlık hizmeti sunabilmesinin önünü açmış görünmektedir. Fakat yönetmelik uzaktan sağlık hizmetini alabilen gerçek kişiy i hasta olarak nitelendirmiş olup, danışan kavramı yönetmeliğin kapsamında bu isimler yer almamıştır. Ayrıntılı olarak izah ettiğimiz üzere, danışan kavramı hasta kavramının bir alt baş lığı olarak değerlendirildiğinde diyetisyene giden danışan ile diyetisyeni ile arasındaki hukuki ilişkiye uygulanabilirliği olacaktır.

Yönetmelikte, gelecekte teknolojik imkanların elverişli olması ihtimaline binaen Bakanlıktan gerekli izinlerin alınması ile hastalara, Bakanlıkça çerçevesi çizilen girişimsel ve/veya cerrahi operasyon hizmetlerinin de uzaktan sunulabilir olduğuna ilişkin düzenleme yapmıştır. Uzaktan girişimsel veya cerrahi operasyon hizmetinin verilmesini bir örnekle anlatmak isteriz. Gelişen teknolojiyle birlikte girişimsel cerrahi operasyonlar robotik aletler aracılığıyla yürütülmeye başlanmış ve bu aletlerin kullanımı uzakta bulunan kimi zaman başka bir ülkede mukim hekimin bilgisayar üzerinden yönlendirmesiyle gerçekleştirilmektedir. Mevcut teknolojik durumda ülkemizde bu tarz uygulamalar hekimler tarafından yapılmamakla birlikte, teknolojinin gelişmesiyle birlikte gelecekte uygulama alanı bulabilecektir. Yönetmeliğe göre; giyilebilir teknolojilerden ve diğer tıbbî cihazlardan yararlanılması suretiyle talepte bulunan kişilerin sağlık verilerinin, örneğin tansiyon ve kan şekeri verilerinin, uzaktan ölçülebilmesi ve takip edilebilmesi mümkündür.

Yönetmelikte endemik veya epidemik salgınlarda yayınlanan ulusal kılavuzlar doğrultusunda kişilerin sağlığının korunmasına yönelik gerekli tıbbî işlemler yürütülebileceği düzenleme altına alınmıştır. Endemik enfeksiyon etkenlerinin veya hastalıkların belirli bir coğrafya ya da toplumda sürekli olarak görülmesi, epidemik bir hastalığın bir yerde beklenenden fazla görülmesi, pandemi ise bir hastalığın veya enfeksiyonun çok geniş alanlarda görülmesi olarak tanımlanabilir. Fikrimizce, pandemik hastalıklarda da sağlığın korunmasına ilişkin gerekli tıbbi işlemler uzaktan yürütülebilecek olup bu kapsamda değerlendirilmelidir.

Yönetmelikte son olarak sağlık tesisinin, uzaktan sağlık hizmeti verilmesine ilişkin olarak aynı branşta faaliyet izin belgesi sahibi olması koşuluyla, başka sağlık tesisinde de hasta veya danışana uzaktan sağlık hizmeti sunabileceğine ilişkin düzenleme yapılmıştır. Bu düzenleme ile birlikte sağlık tesislerinin faaliyet izin belgelerinin bulunması gerektiği hususu gündeme gelmiş olup, çalışmamızın devamında bu nokta aydınlatılacaktır.

C. SAĞLIK TESİSİNİN UZAKTAN SAĞLIK HİZMETİ SUNUMU ÇERÇEVESİNDE FAALİYET İZNİ SÜRECİ

USHSHY'in 8'inci madde düzenlemesine göre; gerekli şartları sağlayan sağlık tesislerine Sağlık Bakanlığınca sağlık hizmetinin uzaktan sunulabilmesi için faaliyet izin belgesi verilebilmektedir. İlgili faaliyet iznini almak isteyen tesislerin yönetmeliğin EK-1'inci maddesinde sayılan belgelerle İl Sağlık Müdürlüğüne başvurması gerekmektedir. Sağlık İl Müdürlüğü, sağlık tesisinin başvurusunu dosya üzerinden inceler. Bir eksiklik bulunması durumunda dosyadaki eksiklik, uygunsuzluklar 15 iş günü içerisinde başvuru yapana bildirilir. Bir eksiklik yoksa İl Sağlık Müdürlüğüne bir komisyon oluşturulur ve gerekli görüldüğünde yerinde inceleme de dahil olmak üzere, inceleme yapılır. İhtiyaç halinde birden fazla komisyon kurulabilir. Komisyon başvuruda bir eksiklik ve uygunsuzluk olmadığını tespit ederse raporuyla birlikte başvuruyu Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü'ne gönderir. Sağlık tesisinin uzaktan faaliyet izni başvurusunda belirttiği uzaktan sağlık bilgi sisteminin, Bakanlık kayıt tescil sisteminde kayıtlı olması ve başvurunun Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü tarafından uygun görülmesi hâlinde, sağlık tesisi için uzaktan sağlık hizmeti faaliyet izin belgesi düzenlenir. Faaliyet izin belgesinde, faaliyet alanı ve sınırları belirtilir. Bakanlığa bağlı sağlık tesisleri için Sağlık Bakanlığı resen uzaktan sağlık hizmeti faaliyet izni verebilir.

D. UZAKTAN SAĞLIK BİLGİ SİSTEMİ

USBS, Sağlık Bakanlığı veya Bakanlık harici yetkilendirilmiş geliştiriciler tarafından Bakanlığın belirlemiş olduğu asgari standartlara uygun olarak geliştirilen ve uzaktan sağlık hizmetinin verilmesi faaliyeti sırasında kullanılan sistemdir. Geliştirilen USBS, Bakanlığın sistemine tescil edilir. Sağlık Bakanlığı'nın sistemine tescil edilmemiş USBS uzaktan sağlık hizmeti sunumunda kullanılamaz. Yönetmeliğin düzenlemesinden de anlaşılacağı üzere; sağlık çalışanlarının online olarak sağlık hizmeti sunumu faaliyeti gerçekleştirebilmesi için hasta ve danışanları ile Sağlık Bakanlığının sistemine tescil edilmiş ve Sağlık Bakanlığı'nın belirlemiş olduğu asgari standartlara uygun olarak geliştirilen bir USBS kullanması gerekmektedir. Fakat uygulamada çoğunlukla bağımsız çalışan hekimler ve diğer sağlık çalışanları (özellikle diyetisyenler WhatsApp Messenger uygulaması üzerinden danışan ve hastalarıyla görüşmektedirler) Sağlık Bakanlığının sistemine tescil edilmiş bir USBS kullanmamaktadır. Sağlık Bakanlığının sistemine tescil edilmemiş bir USBS

kullanılmadan sunulan sağlık hizmeti nedeniyle sağlık çalışanlarının tıbbi müdahalesinin hukuka uygunluğu ve işbu tıbbi müdahale neticesinde sağlık çalışanın sorumluluğu gündeme gelecektir ki; Yönetmeliğin 14nc madde düzenlemesine göre zaten sağlık tesisinin, Bakanlıktan izin almadan uzaktan sağlık hizmeti sunması yasaklanmıştır. Kanaatimizce Sağlık Bakanlığınca tescili yapılmamış USBS aracılığı olmadan uzaktan sağlık hizmeti verilmesi açıkça hukuka aykırı olacaktır.

Sağlık Bilgi Sistemleri Genel Müdürlüğü 08/08/2022 güncelleme tarihli duyurusuyla Sağlık Bilgi Yönetim Sistemi (SBYS) reticilerinin Sağlık Bilgi Sistemleri Genel Müdürlüğünün internet sitesinde aktif ve pasif olmak üzere iki farklı liste halinde ilan edileceğini, aktif listede bulunan firmaların sağlık bilişim standartlarına, Genel Müdürlük tarafından yayımlanan veri gönderim servislerine uyum sağlamış yazılımları ile veri gönderimlerinde başarılı, istenilen bilgi, belge ve sertifikaları teslim etmiş olduğunu, bu şartlardan herhangi birini sağlamayanlar firmaların ise pasif listede bulunacağını ilan etmiştir. İlan edilen aktif ve pasif firma listeleri ışığında uzaktan sağlık bilgi sistemi kurmak isteyen sağlık tesislerinin talep ettikleri firmaya başvurmaları ve uzaktan sağlık hizmeti verebilmeleri için talep edilen USBS’ni kurması gerekmektedir.

E. DENETİM VE İDARİ YAPTIRIMLAR

Yönetmeliğin 16ıncı maddesinde uzaktan sağlık hizmetlerinin il sağlık müdürlüğü tarafından denetimi ve aykırılık halinde uygulanacak idari yaptırımları düzenlenmiştir. Müdürlük uzaktan sağlık hizmeti veren kurumları yılda 1 defa denetlemektedir. Keza yönetmelik düzenlemesine göre; sağlık tesisleri özel ve kamu olarak ikiye ayrılmış olup, kamu sağlık tesislerinin yönetmeliğe aykırı davranması halinde ilgililer hakkında kendi mevzuatına ilişkin hükümlerin uygulanacağı düzenlenmiştir. Özel sağlık tesislerinin ise yönetmeliğe aykırı olarak davranması halinde uygulanacak yaptırımlar yönetmeliğin Ek-2 maddesinde dzenlenmiřtir¹⁴⁵. Ek-2’de aykırılıklara ilişkin olarak idari yaptırımlar 1.,2.,3. ve 4. tespit durumlarında farklılık göstermektedir. En ağır yaptırım uzaktan sağlık hizmeti sunumu yetki

¹⁴⁵Bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=39363&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5> (Son Erişim: 04.09.2023).

belgesinin geri alınması olup, 1 yıldan önce tekrar ilgili yetki belgesini almak için sağlık kuruluşu başvuruda bulunamayacaktır. Bakanlıktan izin alınmadan sağlık hizmeti sunulması halinde ise sağlık tesisinin uzaktan sağlık hizmeti faaliyeti derhal durdurulur.

II. SAĞLIK ÇALIŞANI İLE HASTA VEYA DANIŞAN ARASINDA AKDEDİLEN SÖZLEŞMENİN NİTELİĞİ

A. HEKİM İLE HASTA ARASINDA AKDEDİLEN SÖZLEŞMENİN HUKUKİ NİTELİĞİ

1.Bağımsız Çalışan Hekim ile Hasta Arasında Akdedilen Sözleşmenin Hukuki Niteliği

Bağımsız çalışan hekimle hasta arasında kurulan ilişki; sözleşme ilişkisi, vekaletsiz iş görme ilişkisi veya haksız fiil ilişkisi olabilir. Bağımsız çalışan hekimle hasta arasında sözleşme öncesi sorumluluğa (culpa in contrahendo) dayalı bir ilişki de kurulabilir¹⁴⁶.

Bağımsız çalışan hekimle hasta arasında akdedilen sözleşmeye hekimlik veya tedavi sözleşmesi adı verilmektedir¹⁴⁷. Kanun koyucu hukukumuzda hekim ve hasta

¹⁴⁶ Hakan Hakeri, *Tıp ve Sağlık Hukuku El Kitabı* (Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, 2022), s.337.

¹⁴⁷ Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk*, s.1287; Filiz Yavuz İpekyüz, *Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi* (Vedat Kitapçılık, 2006), s.13; Hakan Hakeri, *Tıp Hukuku*, Cilt 2, 25. Baskı (Ankara: Seçkin Yayıncılık 2022), s.1050; Ayşe Betül Özcanoğlu Görkey, *Hekimlik Sözleşmesi ve Hekimin Tazminat Sorumluluğu*, (Seçkin, Mart 2022), s.3.

haklarına ilişkin olarak düzenlemeler yapmışsa da hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişkinin niteliği, tanımını ve bünyesinde barındırması gereken unsurları açıkça düzenleyen bir mevzuat hazırlanmamıştır. Hukuki niteliğinin tespiti için sağlık hukukuna ilişkin yapılan kanuni düzenlemelerden yararlanılmalıdır¹⁴⁸.

Hekim ile hasta arasındaki ilişkide hekim tıbbi olarak faaliyet göstermekle yükümlüyken hastanın ücret ödeme borcu altına girip girmediğine ilişkin neticeye varabilmek için mevzuatın incelenmesi gerekmektedir. Nizamnamede hastanın ücret ödeme borcuna ilişkin çeşitli düzenlemeler yer almaktadır¹⁴⁹. Örneğin; yönetmeliğin 33'üncü maddesinin 1'inci fıkra düzenlemesinde cerrahi müdahaleler için hekimin hastadan maktu ücret talep edebileceği düzenlenmiştir.

Hekim ve hasta anlaşma yaparken hekimlik faaliyeti gereğince hasta tarafından ödenecek ücreti kararlaştırabilir ki, teamül gereği hekime ücret ödendiğinden aralarında bir anlaşma olmasa dahi hekimin ücrete hak kazanacağı sabittir¹⁵⁰. Bu açıklanan nedenle doktrinde hekimlik sözleşmesinin tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme olduğu ifade edilmektedir¹⁵¹. Fakat ücretim hekimlik sözleşmesinde esaslı unsur olmaması gerekçesiyle eğer taraflar arasında konuşuldu ise sözleşmenin tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme, aksi halde eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşme olduğuna ilişkin görüşe katılmaktayız¹⁵².

Hekimlik sözleşmesi mevzuatımızda özel olarak ve açıkça tanımlanmamakla birlikte, doktrinde hekimlik sözleşmesine ilişkin farklı tanımlar mevcuttur. Doktrinde bir görüşe göre; hekimlik sözleşmesi, serbest çalışan hekim ile hastası veya hastanın kanuni temsilcisi arasında yapılan ve hekimin öncelikle tıp bilimi ve uygulamasının öngördüğü esaslar çerçevesinde gerekli teşhisi koymak ve konulan teşhise en uygun tedaviyi seçip uygulamak yükümlülüğü altına girdiği bir ilişkidir¹⁵³. Diğer bir görüşe göre; hekim ile hasta veya hastanın kanuni temsilcisi arasında hasta veya kanuni

¹⁴⁸ Koyuncu Aktaş, *Hekimin Özen Borcu*, s. 45.

¹⁴⁹ Nizamname m.21, m.30, m. 31.

¹⁵⁰ Zevkliler ve Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, s.606.

¹⁵¹ Hayrunnisa Özdemir, *Sağlık Hukuku Alanında Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi* (Ankara: Yetkin, 2017), s.84.

¹⁵² Koyuncu Aktaş, *Hekimin Özen Borcu*, s.49.

¹⁵³ Köksal Bayraktar, *Hekimin Tedavi Nedeniyle Sorumluluğu*, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi, 1972), s.33.

temsilcisinin ödeyeceği bedel karşılığında hekimin asli görevinin tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerini yerine getirdiği sözleşmedir¹⁵⁴.

Hekim ile hasta arasında kurulan hukuki ilişkinin sözleşmesel ilişki olduğu durumda, hekim ile hasta veya onun temsilcisinin karşılıklı olarak sözleşme kurma iradelerinin birbirine uygun olarak açıklanmış olması gerekmektedir. Bir sözleşmenin kurulabilmesi için öneri ve kabul olmak üzere karşılıklı ve birbirine uygun iki irade beyanının varlığı aranmaktadır¹⁵⁵. Hasta, hekime sözleşme akdetme teklifinde bulunurken ve hekimin sözleşme önerisini kabul ederken, iradesi sakatlanmadan, özgür ve sağlıklı işlem iradesini bildirmelidir. Özellikle hastanın hekim tarafından aydınlatılmış bilgilere dayanarak tıbbi müdahaleye rıza göstermesi gerekmektedir. Hekim ile hasta arasında kurulan sözleşme gereği hekim, üstlendiği tüm tıbbi teşhis, tedavi, bakım edimlerinin ifasını içeren tüm sözleşmesel borçlarını yerine getirmekle mükelleftir¹⁵⁶.

Hekimin, hastanın semptomlarını inceleyerek hastalığı teşhis etmesi ve/veya teşhis edilen hastalığa uygun tıbbi tedavi yöntemini tıbbi standartlara uygun olarak uygulaması hekimlik sözleşmesinin konusu oluşturmaktadır¹⁵⁷. Yapılan tanımlamada hekimlik sözleşmesinin konusu teşhis ve/veya tedavi hizmetleri olarak belirtildiğinden; hekimlik sözleşmesinin konusunu her zaman teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin bir bütün olarak oluşturması şart olmayacaktır. Bu nedenle hekimin mutlaka hastayı tedavi edici eylemlerde bulunuyor olması şartı aranmayacak, hekim alacağı ücret karşılığında hastanın semptomlarına uygun olarak gerekli testleri yapıp, hastalığı teşhis etmesi de sözleşmenin konusunu oluşturacaktır.

Yukarıda yer verilen tanımlamalar ışığında hekimlik sözleşmesi, hekim ile hasta arasında akdedilen, hekimin tıp biliminin yöntem ve öngördüğü esasları gözeterek kendisine ödenecek bedel karşılığında hastaya karşı tıbbi teşhis, tedavi ve bakım edimini birlikte ya da ayrı ayrı yerine getirme yükümlülüğü altına girdiği

¹⁵⁴ Mehmet Demir, “Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu”, *AÜHFD*, C.57, Sayı 3, (2008), s.226.

¹⁵⁵ Safa Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (Beta Yayıncılık, 25. Baskı, 2014), s.63.

¹⁵⁶ Mehmet Demir, “Hekimlik Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun Koşulları”, *Ankara Barosu-Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Kurultayı*, (Ankara: 2007), s.154-155.

¹⁵⁷ Selvi Özçetin ve Murat Balaban, *Sağlık Hukuku Güncel Sorun ve Yaklaşımlar Örnek Yargı Kararları* (Ankara: 2015), s.190.

sözleşme olarak tanımlanabilecektir. Tıbbi teşhis, tedavi ve bakım ediminin yerine getirilmesi aynı anda olabileceği gibi, hekim yalnızca teşhis, tedavi ve bakım edimlerinden yalnızca birini de kurulan sözleşme kapsamında yerine getirebilir. Hekim ile hasta veya hasta yakını arasında, hastanın bağımsız çalışan hekime başvurması durumunda (hastanın hekime sözleşme akdetme teklifinde bulunması), hekimin hastayı kabul etmesi, muayene etmesi ve tedavi sürecine ilişkin işlemleri başlatması (hekimin sözleşme önerisini kabul etmesi) halinde hekim ile hasta arasında sözleşme ilişkisi kurulmuş olur. Hekim ile hasta arasında tarafların serbest iradeleriyle kurulan sözleşme “Tedavi Sözleşmesi” veya “Hekimlik Sözleşmesi” olarak adlandırılır¹⁵⁸.

Taraflar arasında kurulan sözleşmenin hukuki sonuç doğurabilmesi hastanın, TMK 9’uncu maddesine göre kendi fiilleriyle hak edinebilir ve borç altına girebilecek durumda olması gerekmektedir. Aksi halde sözleşme hekim ile hastanın yasal temsilcisi arasında kurulmaktadır. Hastanın çocuk olması durumunda ise, anne ve baba TMK 342’inci maddesi gereği velayet hakları çerçevesinde çocuğun yasal temsilcisidir ve sözleşme hekim ile velayet hakkı sahibi anne ve baba arasında kurulmaktadır. Hastanın kısıtlı veya vesayet altındaki küçük olması durumunda ise TMK 403’üncü maddesi gereği vasi, kısıtlının ve küçüğün bütün menfaatlerini korumak ve hukukî işlemlerde onu temsil etmekle yükümlüdür. İşbu nedenle kısıtlı ve vesayet altındaki küçük için akdedilen hekimlik sözleşmesinde taraflar hekim ile vasidir. Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 24. maddesi gereğince, kanuni temsilci rızası yeterli olsa bile, küçük veya yetenekleri kısıtlı olan hastaların anlayabilecekleri ölçüde dinlenerek mümkün olan en kapsamlı bilgilendirme sürecine ve tedaviyle ilgili kararlara katılımlarının sağlanması gerekmektedir. Yönetmelik bu düzenlemeyle; ayırt etme gücüne sahip kısıtlı veya küçüğün kendisine uygulanacak tıbbi müdahalelerde rızasının mevcudiyetini aramaktadır. Türkiye tarafından onaylanmış ve iç hukuk metni niteliği taşıyan, Avrupa Konseyi Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Onurunun Korunması Sözleşmesi’nin 6. maddesinin 2. bendinde, küçüklerin rıza gösterecek ehliyeti olmaması durumunda, tıbbi müdahalenin ancak temsilci ya da yasal bir kişi veya kurumun izniyle gerçekleştirilebileceği belirtilmektedir. Ancak

¹⁵⁸ Ali Türkmen, *Hasta ve Hekim Hukuku*, (Adalet Yayınevi, 2013), 2. Baskı, s.54.

bunun yanı sıra küçüğün iradesi de dikkate alınmalı ve bu yaş ve olgunluk durumuyla orantılı olarak gittikçe daha belirleyici bir faktör olarak ele alınmalıdır.¹⁵⁹.

Hekim ile hasta arasındaki ilişkide tıbbi standartlara uygun tıbbi hizmeti veren, tıbbi müdahalede bulunan ve tıbbi hizmetin verilmesi sürecini aktif olarak yöneten taraf hekim iken alacağı sağlık hizmeti karşılığında ücret ödeme borcu altına giren hekime göre pasif hareket eden hastadır.

Hekimin hastayı muayene etmesi, ameliyat etmesi, hastadan kan alınması, röntgen çekilmesi işlemleri tıbbi müdahaleye örnek verilebilir¹⁶⁰. Hekimlik sözleşmesi hekimin, hastayı odasına alması, hastanın yakınmalarını dinlemeye başlamasıyla ve muayene etmesiyle birlikte kurulmuş olacaktır.

Hekimlik sözleşmesinin özel olarak mevzuatımızda düzenlenmediğinden geçerlilik şartlarına ilişkin olarak da özel düzenleme mevcut değildir. Bu nedenle kıyasen Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanması gerektiği görüşündeyim. TBK 12. madde düzenlemesine göre, sözleşmelerin geçerliliği kanunda aksi belirtilmedikçe herhangi bir şekle bağlı değildir. Taraflar kanunda kurulacak sözleşme için şekil şartı öngörülmemiş olsa dahi, aksini kararlaştırabilirler. Bu durumda kararlaştırılan şekle uyulması zorunludur. Aksi halde taraflar bağlanmış olmaz¹⁶¹. Hasta ve hekim arasında kurulan sözleşme içinse kanun geçerlilik şartı öngörülmemiştir. Hasta ile hekim arasında kurulan sözleşme açısından mevzuatımızca herhangi bir şekil şartı öngörülmediğinden sözleşmenin yazılı olarak kurulması geçerlilik şartı olmayacaktır.

Hasta ile hekim arasında kurulan sözleşmenin hukuki niteliğinin tespiti tarafların hak ve borçlarının belirlenmesi, uyuşmazlıkların çözülmesi, sözleşmenin sona ermesi halinde uygulanacak hükümlerin belirlenmesi açısından önem arz etmektedir. Doktrinde hekimlik sözleşmesinin; vekalet sözleşmesi, eser sözleşmesi, hizmet sözleşmesi veya kendine özgü yapısı olan sui generis sözleşme olduğu yönünde

¹⁵⁹ Hakeri, *Tıp Hukuku*, Cilt 1, s. 455.

¹⁶⁰ Ayşe Betül Özcanoglu Görkey, *Hekimlik Sözleşmesi ve Hekimin Tazminat Sorumluluğu* (Seçkin, Mart 2022), s.31.

¹⁶¹ M. Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013), s.142.

görüşler vardır. Çalışmamızın devamında tüm sözleşme türleri incelenecek olup, online görüşme sırasında taraflar arasında kurulan hekimlik sözleşmesinin niteliği ve kurulma şekli belirlenecektir.

i. Vekalet Sözleşmesi

Vekalet sözleşmesi TBK 502'inci maddesinde düzenlenmiştir. Vekalet sözleşmesiyle vekil, sözleşmeyle belirlenen bir işi görmeyi veya işlemi yapmayı borçlanmaktadır. Vekalet sözleşmesinde vekilin yerine getireceği görev, kanun hükümleriyle düzenlenen sözleşmelerden herhangi birinin konusuna girmemektedir. Vekil, sözleşme veya teamül gereği ücrete hak kazanmaktadır. Vekalet sözleşmesinde vekil, vekil başkası yararına ve onun iradesine uygun olarak iş görme yükümlülüğü altına girmektedir¹⁶².

T.C. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun (YHGK) 2011/13-161E., 2011/276K. ve 04/05/2011 tarihli kararında vekilin, vekâlet sözleşmesi gereği başkası adına işler yapmakla yetkilendirilmiş olan kişi olacağı ve vekilin bu açıdan bakıldığında, bir avukat, doktor, bankacı, mimar, bir taşınmazı vekâleten satın alan veya satan kimse vb. kimseler olabileceğini hükme bağlamıştır¹⁶³.

YHGK'nun 2018/1067E., 2019/141K. ve 14/02/2019 tarihli kararında 01/07/2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 502. maddesinin birinci fıkrasına göre vekâlet sözleşmesinin; vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşme olduğunu, geniş anlamda bir iş görme sözleşmesi olan vekâlet sözleşmesiyle vekilin kendisine verilen işin ya da işlemin vekâlet verenin irade ve yararına uygun olarak yapılmasını üstlendiğini, Borçlar Kanunu'nun temsil ve vekâlet ilişkisini düzenleyen hükümlerine göre vekâlet sözleşmesinin büyük ölçüde tarafların karşılıklı güvenine dayandığını, vekilin

¹⁶² Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler* (İstanbul: Beta Yayınları, 2014), s.632, Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, (Ankara: 2019), s.698.

¹⁶³<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=hgk-2011-13-161.htm&kw='04.05.2011'&cr=yargitay#fm> (Son erişim: 10/04/2022).

borçlarının çoğu bu güven unsurundan, onun vekil edenin yararına ve iradesine uygun davranış yükümlülüğünden doğduğunu hükme bağlamıştır¹⁶⁴.

Vekalet sözleşmesi, vekil ile vekalet veren arasında kurulmaktadır. Vekalet sözleşmesinde vekil, vekalet verene karşı bir hizmetin ifası, işin görülmesi, hukuki bir işlem ve sözleşmenin yapılması, nesnel bir sonucun yaratılması veya emek harcayarak bir işin yapılmasıdır.¹⁶⁵ Vekalet sözleşmesinin konusu hizmetin ifası veya işin görülmesi olduğundan bir yapmama edimi vekalet sözleşmesinin konusunu oluşturmayacağı gibi haksız fiil niteliğindeki maddi fiillerde vekalet sözleşmesinin konusunu oluşturamaz¹⁶⁶.

Vekil iş görme edimini yerine getirirken vekil edenin menfaatine ve iradesine uygun olarak davranmalıdır. Sözleşme ile vekil, vekalet veren yararına ve iradesine uygun olarak iş görme borcu altına girer¹⁶⁷. TBK 505'inci maddesine göre vekil, vekalet verenin talimatına uygun davranmakla yükümlüdür. Vekil, vekalet verenden izin alma imkânı bulunmadığı halde izin alma imkânı olsa dahi izin vereceğinin açık olduğu hallerde talimattan ayrılabilir. Vekil bu belirtilen hal dışında talimattan ayrılırsa, vekalet verenin zararını gidermedikçe vekalet edimini yerine getirmiş sayılmaz. Vekil, edim sonucunu değil, edim fiilini üstlenmektedir ki kanaatimizce eser ve vekalet sözleşmesi arasındaki asıl fark bu noktada doğmaktadır. Vekilin, iş görme borcunu yerine getirirken bağımsız hareket etmektedir.

Vekil iş görme edimi neticesinde ücrete hak kazanabileceği gibi iş görme edimini ücretsiz olarak da yerine getirebilir. Vekalet verenin, vekile karşı asli görevinin ücret ödemesi olduğu durumda taraflar arasında kurulan sözleşme tam ve çift tarafa borç yükleyen sözleşmedir¹⁶⁸. Vekalet verenin ücret ödeme yükümlülüğünün bulunmadığı durumlarda hukuki işlem eksik, çift tarafa yükümlülük doğuran bir sözleşmedir¹⁶⁹. Taraflar arasında akdedilen sözleşmede hüküm olması

¹⁶⁴<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=hgk-2018-1067.htm&kw=14.02.2019`&cr=yargitay#fm> (Son Erişim: 10/04/2022).

¹⁶⁵ Aydın Zevkliler ve Emre Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri* (Ankara: 2019), s.604.

¹⁶⁶ Yavuz, Acar ve Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler*, s.633.

¹⁶⁷ Sami Akkurt, Kenan Erdoğan ve Hüseyin Tokat, *Borçlar Hukuku* (Ankara: Seçkin, 2022), s.530; Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s.711.

¹⁶⁸ Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s.706.

¹⁶⁹ Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s.706.

durumunda veya teamül gereği vekil ücrete hak kazanır. Tarafların sonradan anlaşarak vekile bir ücret ödenmesine karar verebilmesi de mümkündür. TBK 503'üncü maddesine göre; sözleşmede hüküm teamül olarak vekile ücret ödenmesi durumu söz konusu olabilir. İş hayatı içerisinde görülen iş karşılığında ücret ödenmesi yerleşmiş bir uygulama ise vekil ücrete hak kazanır. Örneğin; hasta bir hekime muayene olduğu zaman hayatın olağan akışı içerisinde ücret ödemektedir. Bu nedenle teamül gereği hekime ücret ödenmesi gerektiği noktasında fikrimizce tartışma mevcut değildir.

Vekilin iş görme edimi hukuki işlem, hukuki işlem benzeri veya maddi fiilden kaynaklı olabilir¹⁷⁰. Hekimin hastasını muayene etmesi, tıbbi tedavi sürecini yürütmesi halinde vekil olan hekim vekalet veren hastasına karşı maddi fiilden kaynaklı iş görme borcu altına girmektedir.

Vekalet sözleşmesinde vekil, vekalet verenin işinin görülmesi sırasında özenli davranmak mecburiyetinde olmakla birlikte iş görme sonucunu kesin olarak taahhüt edemez. Vekilin işin görülmesi sırasında özenli davranma yükümlülüğüyle kastedilen, ulaşılmak istenen edim sonucunu elde etmek için gerekli olan tüm davranışları özen ve dikkat ile yerine getirmesidir. Vekili, edim sonucuna ulaşabilmek için gerekli olan davranışları yerine getirirken işi ihmal etmemeli ve gerekli dikkat ve özeni göstermelidir.

Taraflar arasındaki Hekimlik Sözleşmesinin niteliği tartışmalı olmakla birlikte; Yargıtay, taraflar arasındaki sözleşmenin vekalet sözleşmesi olduğu konusundaki görüşünü istikrarlı bir biçimde korumaktadır¹⁷¹. Kararlarda, hekimlik sözleşmesinden kaynaklı uyuşmazlıkların vekâlet sözleşmesi hükümlerine göre çözülmesi gerektiğine ilişkin hüküm tesis edilmektedir.

Doktrinde hasta ve hekim arasındaki hukuki ilişkiye TBK 502 maddesinin 2'inci fıkrasının göndermesiyle vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiği yaygın görüştür¹⁷². Hekimin sonuç garantisi vermemesi, hasta ile arasındaki özel güven ilişkisi, hekimin hastanın emir ve talimatları ile değil kendi özel bilgisiyle

¹⁷⁰ Akkurt, Erdoğan ve Tokat, *Borçlar Hukuku*, s.533-534.

¹⁷¹ Detaylı bilgi için bkz. YHGK'nun, 2013/13-1204E.,2014/965K. sayılı ve 26.11.2014 tarihli kararı.

¹⁷² Mehmet Ayan, *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*, (Ankara: Kazancı, 1991), s.54,56; Aydın Zevkliler ve Emre Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri* (Ankara: 2019), s.598.

ifanın yapılması nedeniyle taraflar arasındaki ilişki vekalet sözleşmesi olarak nitelendirilebilecektir¹⁷³. Vekalet sözleşmesi hükümleri, hekimlik sözleşmesine entegre edildiği zaman vekil yani hekimin, vekil eden yani hastanın yararına ve onun iradesine uygun olarak iş görme edimini yerine getirdiğini söyleyebiliriz. Hekim ile hasta arasında kurulan vekalet sözleşmesinde, hukuki işlemlere değil maddi eylemlere yönelik kurulmuş bir vekalet ilişkisi vardır¹⁷⁴. Hekim ile hasta arasında kurulan maddi eylemlere dair vekalet sözleşmesinde hekim hastanın vekili olmadığı gibi hasta adına ve onun hesabına hukuki işlem yapmamaktadır. Bu nedenle TBK 510/1 maddesinde düzenleme altına alınan vekili borçtan kurtarmaya ilişkin hüküm hekimlik sözleşmesinin niteliği gereği uygulanamayacaktır¹⁷⁵.

Hasta ile hekim arasında kurulan vekalet sözleşmesi niteliğini haiz hekimlik sözleşmesinde hekim hastasını tedavi etmek için tıbbi standartlara uygun tıbbi müdahalede bulunması asli borcuyken, hastanın borcu hekime ücret ödemektir. Hekim hastayı tedavi etmek için gerekli tıbbi müdahalelerde bulunurken özen ve dikkat yükümlülüğüne uygun davranmalıdır. Vekalet sözleşmesinin niteliği gereği, hekim hastanın menfaatleri doğrultusunda tedavi olması için gerekli olan tıbbi müdahalede bulunmaktadır ve fakat sonuç taahhüdünde bulunmamaktadır. Hekiminin kusuru olmaksızın tıbbi müdahalelerin beklenen sonucu doğurmaması halinde hekimin sorumluluğu gündeme gelmeyecektir. Hekim yükümlülüğü yalnızca hastanın menfaatine ve tıbbi standartlara uygun tıbbi müdahalelerde bulunmaktır.

Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin. 2020/9693E. 2021/9450K. ve 04/10/2021 tarihli kararında hekimle hasta arasında kurulan vekalet sözleşmesi niteliğini haiz hekimlik sözleşmesinde hekimin sonucu elde edememesinden dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı bir hareketiyle ihmali olmaması halinde sorumlu olmayacağını düzenlemiştir. Hekimlik sözleşmesinin vekalet sözleşmesi niteliğini haiz olması nedeniyle hekimin hastasına bir sonuç taahhüdünde bulunmadığını da hükme bağlamıştır.

Eser sözleşmesini vekalet sözleşmesinden ayıran en önemli unsur vekil tarafından sonucun elde edilmeme riskinin üstlenilmemesidir¹⁷⁶. Hekim özenli olarak

¹⁷³ Yüce, *Yapay Zekâ*, s. 5.

¹⁷⁴ Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C.2, (Ankara: Vedat Kitapçılık, 2008), s.356.

¹⁷⁵ Koyuncu Aktaş, *Hekimin Özen Borcu*, s.57.

¹⁷⁶ Zevkliler ve Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, s.600.

tıbbi müdahalede bulunmakla yükümlü olmakla birlikte, tıbbi müdahalesinin başarılı sonucunu taahhüt edemeyeceği için başarısız neticeden sorumlu tutulmayacaktır ve bu nedenle vekalet sözleşmesi olarak değerlendirilmiştir. Vekalet sözleşmesinde olduğu gibi vekalet sözleşmesi niteliğindeki hekimlik sözleşmesinde de işin görülmesi belirli bir süreye tabi değildir.¹⁷⁷ Hekimlik sözleşmesinde tedavinin süresi hastalıklar açısından farklılık göstermekle birlikte, hastaların tedaviye yanıt süreleri de farklı olduğundan sözleşme kapsamında işin görülmesi belirli bir süreyle sınırlamak yanlış olacaktır.

Hekim ile hasta arasında kurulan hekimlik sözleşmesinin mesafeli olarak kurulması önünde bir engel mevcut değildir. Hekim (sağlayıcı) ile hasta (tüketici) sözleşme öncesi müzakereler ve sözleşmenin kuruluş anı dahil olmak üzere yüz yüze fiziksel olarak karşı karşıya gelmeden, sözleşmenin kurulması aşamasında kanun ve yönetmeliğin belirlediği uzaktan iletişim araçlarını kullanarak, hizmetin pazarlanması için oluşturulmuş ve sürekli olarak kullanılan sistem aracılığıyla, belirli bir ücret karşılığında anlaşarak aralarında mesafeli olarak hekimlik sözleşmesi kurabilirler. Sözleşmenin kurulma anı dahil tarafların belirtilen mesafeli sözleşmeye ilişkin 4 (dört) şartı sağlamaları gerekmektedir.

İnternet üzerinden yapılan işlemler online ve offline hukuki işlemler olarak ikiye ayrılmakta olup, offline hukuki işlemlerde tüketici ile satıcı/sağlayıcı arasında akdedilen sözleşme internet üzerinden akdedilmekte ve fakat taraflar sözleşmesel yükümlülükleri internet üzerinden değil geleneksel yollarla yerine getirilmektedir. Örneğin; tüketici mağazanın web sitesi üzerinden bir elbise satın alıp elbiseyi mağazadan teslim alma seçeneğini tercih ettiğinde sözleşme internet üzerinden mesafeli olarak kurulmakla birlikte satıcı ifasını internet harici geleneksel yöntemle yerine getirmektedir. Böyle işlemler offline hukuki işlem olarak anılmaktadır. Online hukuki işlemlerde ise taraflar sözleşmeyi internet aracılığıyla akdettiği gibi, sözleşmesel yükümlülüklerini de internet aracılığıyla online olarak yerine getirmektedir. Örneğin, web sitesi üzerinden e- kitap alan tüketici ödemeyi internet sitesinden yapmakta olduğu gibi e-kitap online olarak bilgisayara indirildiğinden teslim aşamasında geleneksel yöntem kullanılmamış olacaktır. Ayrıca online olarak

¹⁷⁷ Alpaslan Akartepe, “Tedavi Sözleşmesinin Hukuki Niteliği”, *Erzincan Sağlık Hukuku Sempozyumu*, (Ankara: 2007), s. 13-22.

sunulabilen hizmetlerde vardır¹⁷⁸. Tez konumuz kapsamında sağlık çalışanı ile hasta/danışan arasında gerçekleşen online görüşmelerin hukuki niteliğini belirlemek açısından online ve offline hukuki işlemler tarafımıza yol gösterici olacaktır.

Sözleşme mesafeli olarak internet üzerinden kurulup, ifa geleneksel yöntemlerle yapılabilecektir¹⁷⁹. Mesafeli olarak kurulan hekimlik sözleşmesinde hekimin borçlandığı edim dikkate alınacak olup vekalet sözleşmesi hükümleri uygulama alanı bulabilecektir. Tez çalışmamız kapsamında mesafeli olarak taraflar arasında sözleşme kurulduktan ve hüküm ifade etmeye başladıktan sonra ifa aşamasında da taraflar yan yana ve fiziksel olarak yüz yüze gelmemekte, mesafeli olarak kurulan sözleşmenin ifası da online olarak gerçekleştirilmektedir. Bu nedenle tez çalışmamız kapsamında mesafeli olarak kurulan hekimlik sözleşmesinin geleneksel yöntemlerle ifası inceleme konusu yapılmayacaktır.

Hekim ile hasta arasında mesafeli olarak sözleşme akdedildikten sonra ifa aşamasına geçilmektedir. İfa tez çalışmamız kapsamında online olarak gerçekleştirilecek olup, hekimin USHSHY'e uygun olarak ifayı yapması gerekmektedir.

Taraflar arasında kurulan sözleşme mesafeli olarak kurulabilmekte olup, online görüşmeler sırasında hekimle hasta arasındaki sözleşme ilişkisinin vekalet sözleşmesi olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğinin belirlenmesi açısından hekimin sözleşme ile borçlandığı edimleri incelemek doğru olacaktır. Şöyle ki; hekim online olarak hastasına uzaktan sağlık hizmetinin elverdiği ölçüde muayene edilebileceği gibi, hastasının tıbbî gözlem, izlem ve takibi ile değerlendirmesi ile hastasının teşhis edilmiş hastalıklarına ilişkin kontrollerini yapabilecektir. Ayrıca hastasına uzaktan konsültasyon veya ikincil görüş verebilecek olup, uzaktan e-reçete ve e-rapor tanzim edilebilecektir. Hekim Covid 19 döneminde yüz yüze görüşmeye gelemeyen kronik hastalıkları olan hastasının kronik hastalıklarını da uzaktan yönetebileceği gibi takibi için kişinin kan şekeri ve kan basıncı gibi klinik parametrelerini de değerlendirilebilecek, izleyebilecek, tedavi ve ilaç yönetimini sağlayabilecektir. Hekim tarafından verilebilecek bu hizmetlerin yüz yüze ve online görüşme ayrımı yapmaksızın, vekalet sözleşmesi kapsamında değerlendirileceği ve hekim ile hasta

¹⁷⁸ Gezder, *İnternette Akdedilen Sözleşmeler*, s.107.

¹⁷⁹ Ahmet Bülter, "Tüketicinin Korunması Hukukunda Mesafeli Sözleşme Kavramı", *Gazi Üniversitesi Endüstriyel Sanatlar Eğitim Fakültesi Dergisi*, Y.11, S.13, (2003), s. 25.

arasında kurulan sözleşmeden kaynaklı uyuşmazlıkların vekalet sözleşmesi hükümlerine göre çözülmesi gerektiği görüşünü savunuyoruz¹⁸⁰. Sonuç olarak, online görüşme sırasında hekim ile hasta arasında mesafeli olarak kurulan hekimlik sözleşmesinin içerdiği edimlere göre vekalet sözleşmesi niteliğine sahip olduğunu söylenebilecektir.

ii. Eser Sözleşmesi

Eser sözleşmesi TBK 470'inci maddesine göre, yüklenici bir eser meydana getirmeyi, iş sahibi ise meydana getirilecek eser karşılığında yükleniciye bir bedel ödemeyi taahhüt etmektedir. Bu sözleşme iş sahibi ile yüklenici arasında kurulmaktadır. Hekim ile kıyaslanabilecek yüklenicin bu sözleşmeden doğan borcu en genel ifadeyle sonuç meydana getirmektir¹⁸¹. Eser sözleşmesinde, yüklenici işin görülmesini değil, sonucu borçlanır¹⁸². Doktrinde eser sözleşmesinden bahsedebilmemiz için; bir eserin ortaya çıkarılması, bunun karşılığında ücret ödenmesi ve tarafların anlaşması unsurlarının bulunması gerekmektedir¹⁸³.

Hekimin tıbbi müdahalenin sonucu hakkında, hastalık ve tıbbi müdahale neticesinde meydana çıkabilecek riskleri en başından öngörmesi mümkün olmadığından, hastaya sonuç taahhüdü veremeyeceğine ilişkin görüş mevcuttur¹⁸⁴. Bu nedenle hekim ve hasta arasında kurulan hekimlik sözleşmesine eser sözleşmesine ilişkin olan düzenlemelerin uygulanamayacağı ifade edilmektedir¹⁸⁵. Fakat estetik ameliyatlarda hekim hastasına ameliyat neticesinde estetik görünüm konusunda belli bir teminat vermişse taraflar arasındaki sözleşme eser sözleşmesidir¹⁸⁶.

¹⁸⁰ Çetin AŞÇIOĞLU, *Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar* s. 20; Ayan, *Hukuki Sorumluluk*, s. 54; Sarı, *Vekalet Sözleşmesinin Tek Taraflı Sona Erdirilmesi*, s.16; Zarife Şenocak, *Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu* (Ankara: 1998), s. 33 vd.

¹⁸¹ Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, C.1, 3. Baskı, (İstanbul: 2013), s.412 vd.

¹⁸² Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, C.2, 3. Baskı, (İstanbul: 2013), s.8 vd.

¹⁸³ Fahrettin Aral ve Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* 10. Baskı, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2013), s.333; Ferhat Canbolat, *İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları*, 1. Baskı, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2009), s.35; Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C.2, (Ankara: Vedat Kitapçılık, 2008), s.1.

¹⁸⁴ Ayan, *Hukuki Sorumluluk*, s. 54 vd.; Sarı, *Vekalet Sözleşmesinin Tek Taraflı Sona Erdirilmesi*, s.16; Şenocak, s. 33 vd.; Yavuz İpekyüz, *Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi*, s.272;

¹⁸⁵ Ayan, *Hukuki Sorumluluk*, s. 52; Şenocak, s. 21.

¹⁸⁶ Filiz Yavuz İpekyüz, *Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi*, s.61; Hasan Petek, "Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.8, Sa.1, (2006), s. 192 Detaylı bilgi için bkz. T.C. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 05.04.1993 tarihli, 1993/131 E., 1993/2741 K. sayılı kararı.

Estetik müdahalelere ilişkin olarak doktrinde ikili bir ayrım yapılmıştır. Bu ikili ayrıma göre; estetik müdahaleler hastanın bedensel olarak rahatsızlığını gidermek amacıyla yapılan veya ruhsal olarak rahatsızlığını gidermek için yapılan estetik müdahalelerdir¹⁸⁷. Tedavi amaçlı olarak yapılan estetik müdahalelerin vekalet sözleşmesi hükümlerine tabi olduğu belirtilmekle birlikte, ayrım yapılmaksızın tüm estetik müdahalelerin eser sözleşmesi hükümlerine tabi olduğu da belirtilmektedir¹⁸⁸.

Sadece güzelleştirme amacıyla yapılan estetik müdahalelerin eser sözleşmesi hükümlerine tabi olduğuna ilişkin baskın bir görüş mevcuttur¹⁸⁹. Fakat doktrinde bu ilişkinin vekalet sözleşmesi hükümlerine tabi olduğu da ifade edilmektedir¹⁹⁰. Ayrıca müdahalenin tehlikeli olma durumuna göre hukuka aykırılığı da gündeme gelmektedir¹⁹¹.

Hekimin hastasının vücuduna estetik amaçla müdahale etmesi eser sözleşmesinin konusunu oluşturduğundan, dövme izinin ortadan kaldırılması amaçlı olarak yapılan cerrahi müdahalenin eser sözleşmesi niteliğinde olduğu kabul edilmektedir. T.C. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi kararında; eser sözleşmesinde davacının kolundaki dövme için estetik amaçla silmek için müdahalede bulunan hekimin izi tamamen yok etmeyi de taahhüt etmiş sayılacağından yapılan cerrahi müdahalenin izi olarak yeni çirkin bir iz meydana getirdiği halde eser sözleşmesinin sonuç taahhüdünün yerine getirilmemiş sayılarak ayıplı olarak kabul edileceğini hükme bağlamıştır¹⁹².

Doğum sonrası karında meydana gelen deformasyonların giderilmesi amacıyla yapılan estetik müdahaleler eser sözleşmesinin konusunu oluşturur. Yargıtay kararında; hasta ve hekimin doğum sonrasında hastanın karın bölgesinde meydana gelen deformasyonların giderilmesi amacıyla anlaştıkları halde asıl amaçlarının belli

¹⁸⁷ Petek, “Güzelleştirme”, s.181

¹⁸⁸ Koyuncu Aktaş, *Hekimin Özen Borcu*, s.68.

¹⁸⁹ Yavuz İpekyüz, *Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi*, s.61; Özay Merter, *Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu* (Ankara: Yetkin, 2006), s. 47.

¹⁹⁰ Zekeriya Kurşat, “Eser ve Vekalet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükümü”, *İÜHFM*, C. 67, Sa.1-2, (2009), s.153.

¹⁹¹ Ayan, *Hukuki Sorumluluk*, s.34; Aydın Zevkliler “Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (1983), s.29.

¹⁹² Detaylı bilgi için bkz. T.C. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 1999/4007E., 1999/3868K. ve 3.11.1999 tarihli kararı.

bir sonucun yani eserin meydana getirilmesi olduğunu, sözleşmenin eser sözleşmesi olarak değerlendirilmesi gerektiğini hükme bağlanmıştır¹⁹³.

Göğüslere yapılan estetik amaçlı müdahaleler eser sözleşmesinin konusunu oluşturmaktadır. Yargıtay kararında; büyük ve sarkık meme şikayetiyle hekime başvuran hastanın, sırt ve boyun ağrılarına neden olan büyük memelerinin küçültülmesi yanında, meme başları da taşınmak suretiyle estetik bir görünüm kazandırılmasının da amaçlandığı ameliyatının plastik ve rekonstrüktif cerrahi uzmanı hekim tarafından gerçekleştirildiği, böylece taraflar arasında kurulan sözleşmenin eser sözleşmesi niteliğini haiz olduğunu hükme bağlanmıştır¹⁹⁴.

Yargıtay saç ekimi ameliyatı konusunda mutabakata varmış hekim ve hasta arasındaki sözleşmenin eser sözleşmesi olduğu görüşündedir. Kişinin güzelleşmek için yüzünde değişiklik yaptırmayı, şeklinden memnun olmadığı burnunu yaptırmayı, yüzünü gerdirmesi, fazla yağlarını aldırması, göğsüne, dudaklarına silikon taktırması, cinsel organında değişiklik yaptırmayı gibi estetik operasyonlar eser sözleşmesi kapsamında nitelendirilmektedir.

Hekim ile hasta arasında kurulan ilişkide sonuç taahhüdünün mevcut olduğu müdahalelerin estetik operasyonlar olduğunun kabul edildiğini belirtmiştik. Hekim ile hasta arasında estetik müdahaleler nedeniyle kurulan hukuksal ilişkiyi eser sözleşmesi olarak kabul eden görüşler olduğu gibi tedavi sınırları içerisinde kalındığı müddetçe hukuki ilişkinin vekalet sözleşmesi olduğunu da kabul eden görüşler de mevcuttur¹⁹⁵.

Estetik operasyonlar ve tedavi amacı dışında hekim ile diş hekimlerince¹⁹⁶ yapılan estetik amaçlı müdahalelerde taraflar arasında kurulan sözleşme, eser sözleşmesi olarak tanımlanmaktadır. Estetik operasyonların iki amacı vardır. Bunlardan birincisi tedaviyken ikincisi güzelleşme amacıdır. Estetik müdahalelerde her iki amaç tek başına bulunabileceği gibi iki amaç birlikte de bulunabilir.

¹⁹³ Detaylı bilgi için bkz. T.C. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 2005/7988E., 2006/3417K. ve 8.06.2006 tarihli kararı.

¹⁹⁴ Detaylı bilgi için bkz. T.C. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 2012/177E., 2012/6939K. sayılı ve 15.03.2012 tarihli kararı.

¹⁹⁵ Kurt, *Estetik Müdahaleler İçin Kurulan Sözleşmelerde Cerrahin Yükümlülükleri*, s.111-112.

¹⁹⁶ Detaylı bilgi için bkz. T.C. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 14/02/2005, 3331/698.

Hekim, eser sözleşmesinde vekalet sözleşmesinden farklı olarak hastasına bir sonuç vaadinde bulunmaktadır. Eser sözleşmelerinde, hekimin “eser” denilen olumlu-olumsuz bir sonuç taahhüdü bulunmaktadır. Eser sözleşmesinde, vekalet sözleşmesinde aranan hekimin özen ve dikkat yükümlülüğüne uygun olarak davranması şartının yanında tıbbi müdahalesi neticesinde ortaya çıkan sonuç önem arz etmektedir¹⁹⁷. Hekim, eser sözleşmesi kapsamında tıbbi müdahalede bulunurken sanat ve becerisini kullanmalı ve hastasına sonucu garanti etmelidir.

Yargıtay 15.Hukuk Dairesi, 2006/ 4800E., 2007 / 5945K. ve 03.10.2007 tarihli kararında diş hekiminin hastasına protez yaptığı halde eser sözleşmesi hükümlerinin uygulama alanı bulacağını ve eser sözleşmesinde vekalet sözleşmesinden farklı olarak sonuç taahhüdünün mevcut olduğu yönünde karar vermiştir.

Hekimlik sözleşmesinin tarafı olan hekim ile hasta arasında kurulan sözleşmenin kanun koyucunun belirli şartları sağladığında mesafeli olarak kurulabilecektir. Örneğin, hasta internet sitesi üzerinden hekim ile anlaştığında hekimlik sözleşmesinin mesafeli olarak kurulduğu söylenebilecektir. Fakat tez konumuz kapsamında sözleşmenin ifası aşamasında sözleşmenin tarafları olan hekim ile hasta arasında yükümlülüklerini online olarak gerçekleştireceklerdir. Hekim sözleşmenin konusuna göre hekim tıbbi faaliyet yürütme borcunu online olarak ifa ederken, hasta da ücret ödeme borcunu online olarak ifa etmektedir.

Taraflar arasında kurulan sözleşme mesafeli olarak kurulabilmekte olup, online görüşmeler sırasında hekimle hasta arasındaki sözleşme ilişkisinin eser sözleşmesi olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğinin belirlenmesi açısından hekimin sözleşme ile borçlandığı edimleri incelemek doğru olacaktır. Hekim ile hastası arasında eser sözleşmesi kurulduğunda hekim hastasına karşı sonuç taahhüdünde bulunmaktadır. Estetik müdahalelerde hastaya sonuç taahhüdü verildiğinden ve hekimin online görüşme sırasında bu sonuç taahhüdünü ortaya çıkarması mümkün olmadığından tarafların online görüşmeler sırasında kurdukları mesafeli hekimlik sözleşmesinin eser sözleşmesi olarak nitelendirilemeyeceğini düşünmekteyiz. Örneğin, saç ekimi konusunda hasta hekim ile görüşebilir, müzakere ve kuruluş anı dahil olarak aynı anda fiziksel olarak yan yana gelmeden, online olarak ve mesafeli sözleşmenin akdedilmesi için gerekli diğer tüm şartları sağlayarak mesafeli olarak

¹⁹⁷ Hakeri, *Tıp Hukuku*, Cilt 2, s.1051.

sözleşmeyi akdedebilirler. Saç ekimi işleminin ifası için ise tarafların fiziksel olarak yan yana gelmesi, ifanın geleneksel yöntemlerle gerçekleştirilmesi hekimlik sözleşmesinin mesafeli olarak kurulmasına engel değildir. Fakat taraflar arasında kurulan mesafeli eser sözleşmesinde saç ekim işlemi geleneksel yollarla ifa edilecek bir işlem olduğundan, yalnızca ifanın da online olarak yapıldığı haller tez konumuz kapsamında incelendiğinden işbu durum tez konumuz kapsamında değildir.

iii. Hizmet Sözleşmesi

Hizmet sözleşmesi TBK'nın 393'üncü vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Hizmet sözleşmesinin unsurları; iş görme, bağımlılık, zaman ve ücrettir¹⁹⁸. İşçi tarafından işverene karşı hizmet ediminin yerine getirilmesi karşılığında işçi ücrete hak kazandığından hizmet sözleşmesinin tam ve iki tarafa borç yükleyen sözleşme olduğu söylenebilecektir¹⁹⁹. Açıkça görüldüğü üzere; vekalet sözleşmesinin aksine ücret unsuru hizmet sözleşmesinde zorunlu unsur olarak karşımıza çıkmaktadır.

İşçi ile işveren arasındaki sözleşmenin hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi için; işçinin belirli ya da belirsiz bir zaman süresi içerisinde iş gücünü işverene tahsis etmeyi, işverenin de bunun karşılığında ücret ödemesi gerekmektedir²⁰⁰. Hizmet sözleşmesinin en önemli unsuru, işçinin işverene bağımlı olarak çalışmasıdır²⁰¹. İşçi belirli ya da belirli olmayan süreyle işverene bağlı olarak çalışmaktadır ve işçi ile işveren arasında bağıl ve hiyerarşik bir düzen vardır²⁰².

YHGK'nun 2017/23-1692E., 2021/949K. ve 07.07.2021 tarihli kararında hizmet sözleşmesinin unsurları ayrıntılı olarak incelenmiş ve işçinin işverene bağımlı ve denetimi altında çalışıyor olması hususuna vurgu yapılmıştır. Kararda işçinin işverenin denetim ve gözetimi altında ve işverene bağımlı olarak iş gördüğüne dikkat çekmiştir. Hekim hastanın emrinde çalışmadığı gibi, hastaya karşı bağıllık ilişkisinde

¹⁹⁸ EREN, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s.542; Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak ÖZEN, *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler*, (İstanbul: Beta Yayınları 2019), s.844; O. Gökhan Antalya, "Hizmet Akdinin Tanımı, Unsurları, Hukuki Niteliği", *YD.*, C. 13, S. 1-2, (1987), s.141.

¹⁹⁹ Fahrettin Korkmaz ve Nihat Seyhun Alp, *Bireysel İş Hukuku*, (Ankara: Seçkin, 2019) s.70-97; Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu ve Talat Canbolat, *İş Hukuku Dersleri*, Yenilenmiş 32. Baskı, (Beta, 2019), s.178.

²⁰⁰ Cevdet Yavuz, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 6. Bası, (İstanbul: Beta Basım Yayım, 2002), s.408-409.

²⁰¹ Aydın Zevkliler, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Temel Bilgiler*, (Ankara: 2001), s.148.

²⁰² Şenocak, *Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu*, s. 19, Yavuz İpekyüz, *Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi*, s.57.

çalışmamakta ve hastaya iş gücü tahsis etmemektedir. Hekim hastanın emir ve yönetimi altında olmayıp, aralarındaki ilişkide amir konumundadır²⁰³.

Hasta ile bağımsız çalışan hekim arasında kurulan sözleşmenin hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi, hizmet sözleşmesinin unsurları göz önüne alındığında, hukuken mümkün olmadığı görüşüne katılıyoruz²⁰⁴. Hekimlik sözleşmesi ile hizmet sözleşmesi ortak olarak ücret karşılığı olma unsurunu barındırmaktadır. Hekim; hastayı hastasının emir ve talimatlarına uygun olarak değil, hekimlik mesleğinin gerektirdiği şekilde tıbbi standartlara uygun olarak serbestçe tedavi etmeyi üstlenmektedir. Bu nedenle hekim, hastanın direktif ve talimatlarına bağlı olmaksızın, iş görme edimini mesleğinin gerektirdiği şekilde yerine getirmektedir. Hekim hastasını belirli veya belirli olmayan süreyle tedavi etmeyi üstlenmemektedir²⁰⁵.

Doktrinde ücret karşılığı belirli ya da belirsiz bir süre hekimin hastanın tedavisini üstlenen hekim ile hasta arasında akdedilen hekimlik sözleşmesinin hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilebileceği savunulmaktadır. Örneğin, aile doktorluğu görevinin ücret karşılığında yürütülmesi için akdedilen sözleşme gereğince bağımsız çalışan hekim ile hasta arasında kurulan sözleşmenin hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilmiştir²⁰⁶.

Yaygın olarak kabul edilen göre yüz yüze görüşmelerde hekim ile hasta arasında kurulan sözleşmenin hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi hizmet sözleşmesinin unsurları dikkate alındığında mümkün olmadığından, online görüşme sırasında hekim ile hasta arasında kurulan sözleşmenin mesafeli hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilmesinin hukuken mümkün olmadığını düşünüyoruz.

iv. Sui Generis (Kendine Özgü Sözleşme)

Sözleşme türlerinin bir kısmı kanunda spesifik olarak düzenlenmiş olmasına rağmen bir kısım sözleşme kanunda düzenlenmemiştir. Taraflar bazı durumlarda nitelikleri bakımından bağımsız veya farklı tipte birden fazla sözleşmeyi tek

²⁰³ Reşat Atabek ve Merih Sezen, “Hekimin Mesuliyeti”, *İstanbul Barosu Dergisi*, S.2, (1954), s.142.

²⁰⁴ Koyuncu Aktaş, *Hekimin Özen Borcu*, s.45.

²⁰⁵ Ayan, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk*, s.52.

²⁰⁶ Süheyl Donay “Doktorun Hukuki Sorumluluğu”, *İktisadi ve Ticari İlimler Dergisi*, S.10, (1968), s.45.

sözleşmeymiş gibi akdedebilirler. İşbu sözleşmelere kanun tarafından düzenlenmeyen sözleşmeler ya da isimsiz sözleşmeler denilmektedir. Kanun tarafından düzenlenmeyen sözleşmeler, sui generis (kendine özgü yapısı olan sözleşme), karma sözleşmeler ve birleşik sözleşmeler olarak 3' e ayrılmaktadır²⁰⁷.

Sözleşmenin tarafları isimsiz sözleşmeleri, sözleşme özgürlüğünün sınırlarına uygun olarak istedikleri içerikte akdedebilirler²⁰⁸. İsimsiz sözleşmeler, asli edimlerinin isimli sözleşmelere ait olup olmamasına göre ikiye ayrılmaktadır²⁰⁹. Asli edimlerin isimli sözleşmelere ait olup olmamasına göre yapılan sınıflandırmaya göre hukuki işlemler karma ve kendine özgü (sui generis) akitler olarak ikiye ayrılmakta ve sınıflandırılmaktadır²¹⁰. Ayrıca doktrinde bileşik sözleşmelerin de isimsiz sözleşme kapsamında değerlendirildiği görülmektedir²¹¹.

Sui generis, Latince bir deyiştir. Türkçede tam olarak, kendine özgü, nevi şahsına münhasır gibi sıfatlarla karşılanabilir²¹². İsimsiz sözleşmelerin bir türü olan sui generis sözleşmelerin unsurları, kısmen ya da tamamen kanunun öngördüğü sözleşme tiplerinin hiçbirinde mevcut değildir. Bu nedenle kanunda, iş bu sözleşmelere uygulanacak hükümlerin varlığından söz edilemez. Sui generis sözleşmenin taraflarınca unsurları kamu düzenine ve hukuka aykırı olmayacak şekilde belirlenen bir sözleşme türüdür²¹³. İş bu sözleşmelerde ortaya çıkacak uyuşmazlıklar iyiniyet kuralları ve teamüllere göre çözümlenmelidir²¹⁴. Kendine özgü sözleşmelere nitelikleri izin verdiği müddetçe kanunda düzenlenmiş diğer sözleşme tiplerine ilişkin hükümler

²⁰⁷ Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler*, (İstanbul: Beta Yayınları, 2014), s.13.

²⁰⁸ O. Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I*, 2. Baskı, (İstanbul: 2012), s. 150; Ahmet Cemal Ruhi, *Sözleşmeler Hukuku*, Cilt I, 2. Baskı, (Ankara: 2013), s.88; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.207; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.47-48.

²⁰⁹ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.207; Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler*, s.12-13; Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s.938.

²¹⁰ Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I*, s.151; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.207; Ruhi, *Sözleşmeler Hukuku*, s.89.

²¹¹ Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt I*, s.5; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I*, s. 151; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.207; Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s.938; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.48.

²¹² https://tr.wikipedia.org/wiki/Sui_generis#:~:text=Kendine%20%C3%B6zg%C3%BC%20%C3%B6zellikleri%20olan%20ve,hukukta%20da%20s%C4%B1k%20s%C4%B1k%20ba%C5%9Fvurulur (Son Erişim Tarihi: 11.07.2022).

²¹³ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.209; Ruhi, *Sözleşmeler Hukuku*, s.90; Mehmet Ayan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 11. Baskı, (Ankara: 2016), s.160.

²¹⁴ Bahu Güneş Kılıç, "Hekimin Hukuki Sorumluluğu" (Yüksek Lisans Tezi, Yeditepe Üniversitesi, 2014), s.56; Şenocak, *Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu*, s.27.

de uygulanabilir. Bu sözleşmelere ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde mahkeme içtihatlarına da başvurulabilir. TMK 1'inci maddesi bağlamında kendine özgü sözleşmelerden kaynaklı uyuşmazlıklarda kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa hâkimin örf ve âdet hukukuna göre uyuşmazlıkları çözmesi beklenirken, uygulanabilir örf ve âdet hukuku da yoksa hâkimin kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir çözüm getirirdi ona göre karar vermesi gerekmektedir²¹⁵.

Kanun koyucu tarafından düzenleme altına alınmış olan isimli sözleşmelerin asli edimlerinden bir kısmının ya da tamamının bulunduğu sözleşmeler karma sözleşme olarak nitelendirilmektedir²¹⁶. Ayrıca karma sözleşmeler, unsurlarını taşıdıkları isimli sözleşmelerden bağımsız bir nitelik kazanmış sözleşmeler olarak nitelendirilmektedir²¹⁷.

Tarafların birden fazla bağımsız sözleşmenin niteliklerini koruyarak kanunda öngörülme­yen bir şekilde bir araya getirilmesiyle oluşturulan sözleşmelere birleşik sözleşme denilmektedir²¹⁸.

Hekim ile hasta arasında kurulan hekimlik sözleşmesi doktrindeki bir görüşe göre kendine özgü bir sözleşme niteliğindedir²¹⁹. Doktrinde genel görüşün aksine, hekimlik sözleşmesi ile vekalet sözleşmesinin unsurlarının birbirinden ayrıldığı ifade edilmektedir. İlk olarak, hekimin hastanın adına ve hesabına hiçbir işlem yapmadığı belirtilmiştir. İkinci olarak vekilin vekil edenin emir ve talimatlarına uygun olarak hareket etmesi gerekmekte iken, hekimin hastasının emir ve talimatlarına uygun olarak hareket etmesi gerekmemektedir. Üçüncü olarak vekil edenin tüm sorduklarına doğru cevap verme yükümlülüğü altındayken, hekim bazı özel durumlarda sorulara cevap

²¹⁵ Yavuz, Acar ve Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler*, s.15-16.

²¹⁶ Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I*, s.151; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.208; Ruhi, *Sözleşmeler Hukuku*, Cilt I, s.90; Ayan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.161; Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s.939; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.48.

²¹⁷ Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s.939; M. Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt I, 13. Baskı, (İstanbul: 2013), s. 48; Mehmet Ayan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 11. Baskı, (Ankara: 2016), s. 161.

²¹⁸ Ruhi, *Sözleşmeler Hukuku*, s.90; Ayan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.160; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.209.

²¹⁹ Demir, *Hekimlik Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun Koşulları*, s.154; Vildan Eryılmaz, *Hekim ile Hasta Arasındaki Hukuki İlişkinin Tıbbi Müdahaleler Bakımından Değerlendirilmesi, Farklı Çerçevelerden Tıp Hukuku Sorunları* (Ankara: 2014), s.47; Kılıç Güneş, *Hekimin Hukuki Sorumluluğu*, s.56.

vermekten imtina edebilmektedir. Bu açıklanan nedenlerle hasta ile hekim arasındaki sözleşmenin sui generis yapıda olduğu savunulmaktadır²²⁰.

Yukarıda ayrıntılı olarak izah ettiğimiz üzere, hekimlik sözleşmesinin kendine özgü sözleşme olduğu görüşünü savunanlar için ortaya çıkan uyuşmazlıkların iyiniyet kuralları ve teamüllere göre çözümlenmesi gerekmektedir. Bir görüşe göre ise, uygulamada hekim ile hasta arasındaki sözleşmenin sui generis olarak nitelendirilmesi uyuşmazlıkların çözümü açısından yetersiz kalacaktır²²¹. Açıkça görüldüğü ve tarafımızca da benimsenen görüşe göre, hekim ile hasta arasında kurulan hekimlik sözleşmesinin vekâlet sözleşmesi ile birçok benzerliğinin bulunuyor olması sözleşme kaynaklı uyuşmazlıkların vekalet sözleşmesi hükümlerine göre çözümlenmesinin daha makul olduğunu ortaya koymaktadır.

Bağımsız çalışan hekim ile hasta arasında mesafeli olarak hekimlik sözleşmesi kurulmasında gerekli şartların sağlanması halinde mümkün olup, online görüşme neticesinde de çoğunluk görüşüne katılarak; hekim ile hasta arasında kurulan hekimlik sözleşmesinin de mesafeli sui generis sözleşme olduğu görüşünün uygulamada uyuşmazlıkların çözümünde yetersiz kalacağı görüşündeyiz. Hele ki online görüşme sırasında taraflar arasındaki sözleşmenin mesafeli olarak, tüketici olan hasta ile hizmet sağlayıcısı hekim arasında kurulduğu göz önüne alındığında, hastanın tüketici olarak korunmaya muhtaç taraf olduğu ve sözleşmenin vekalet sözleşmesi olarak nitelendirilmesinin uyuşmazlıkların çözümü açısından daha efektif olduğu görüşünü savunmamıza neden olmuştur.

2.Özel Hastanede Çalışan Hekim, Hastane ve Hasta Arasında Akdedilen Sözleşmenin Hukuki Niteliği

Özel hastaneye giden bir hasta ile özel hastane arasında kurulan hukuki ilişki sözleşme ilişkisine dayanmaktadır. Yerleşik Yargıtay İçtihatlarında da açıkça belirtildiği üzere; özel hastanelerde kural olarak hekim ile hasta arasında değil; hastane ile hasta arasında bir sözleşme ilişkisi vardır. Özel hastane ile hasta arasındaki hukuki

²²⁰ Atabek ve Sezen, “*Hekimin Mesuliyeti*”, s.145.

²²¹ Ayan, *Hukuki Sorumluluk*, s.54.

ilişkinin ise bir sözleşme ilişkisi olduğu her türlü duraksamadan uzaktır²²². Hastanın isteğiyle hekimin dışarıdan çağırılması durumunda ise, hastane işleticisi ile hekim arasında bir ilişki mevcut olmayıp, direk olarak hasta ile hekim arasında sözleşmesel bir ilişki mevcut olup, iş bu sözleşme tedavi sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir²²³.

Hastanın özel hastanede yatırılarak veya ayakta tedavi edilmesine göre taraflar arasında kurulan sözleşme farklı nitelendirilmektedir²²⁴. Şöyle ki; hastanın ayakta tedavi edildiği durumda kurulan sözleşme vekalet sözleşmesi olarak nitelendirilmekteyken, hastanın yatırılarak tedavi edildiği halde taraflar arasındaki ilişki hastaneye kabul sözleşmesi olarak adlandırılmaktadır²²⁵. Hastaneye kabul sözleşmesinin mevcudiyetinden bahsedebilmek için, hastanın hastaneye yatışının gerçekleşmiş olması ve yatarak tedavi edilmesi gerekmektedir. Hastanın ayakta teşhis ve tedavi edilmesi halinde taraflar arasında kurulan sözleşme hastaneye kabul sözleşmesi olarak nitelendirilemeyecektir²²⁶.

Özel hastanede çalışan hekim ile hasta, hasta ile hastane arasında kurulan hukuki ilişkinin niteliğini açıklamaya geçmeden önce özel hastane kavramını tanımlamak gerektiğini düşünüyoruz. Hastane; hastalara yatarak veya ayakta tanı, tedavi ve bakım hizmetlerinin hekim, hemşire veya diğer sağlık çalışanları tarafından verildiği sağlık kuruluşudur²²⁷.

1219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu'nun (HHK) 1. maddesi, resmi hastaneler, hususi idareler ve belediye hastaneleri dışında açılan ve sağlık kuruluşları olarak hizmet veren sağlık yurtlarının, özel hastaneler olarak kabul edildiğini belirterek, özel hastanelerin tanımını yapmaktadır. Özel hastanenin bir tanımı da Özel Hastaneler Yönetmeliği'nin (ÖHY) 4/1-f bendinde ayakta ve yatarak muayene tahlil tetkik tıbbi müdahale ameliyat tıbbi bakım ve diğer tedavi hizmetleri verilen ve en az on yatak kapasitesi olan gerçek veya özel hukuk kişilerine ait tedavi kuruluşları olarak

²²² YHGK'nun, 2009/13-393E., 2009/452K. sayılı ve 21/10/2009 tarihli kararı.

²²³ Aykın, Çınarlı, *Hukuki Sorumluluk*, s.231.

²²⁴ Murat Doğan, "Özel Hastanelerin Tazminat Sorumluluğu", *Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu* (16-17 Ekim 2014), s.23.

²²⁵ Doğan, *Tazminat Sorumluluğu*, s.23; Ayan, *Hukuki Sorumluluk*, s.133.

²²⁶ Yasemin Durak, "Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi", *Tıp Hukuku Dergisi*, Yıl 3, Sayı 6, (2014), s. 148.

²²⁷ <https://sozluk.gov.tr/> (Son Erişim Tarihi: 15.07.2022).

yapılmıştır. Özel Hastaneler Yönetmeliği'nin 4'üncü maddesinde özel hastane tanımlaması ayrıntılı olarak yapılmasına karşın, Yönetmeliğin 4. maddesinin f bendi Özel Hastaneler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 22. maddesi ile 2009 yılında yürürlükten kaldırılmıştır.

Özel sektörde hastaya sağlık alanında hizmet; tıp merkezi, poliklinik, özel muayenehaneler yani ayakta teşhis ve tedavi hizmeti veren özel sağlık kuruluşları ile devlet veya diğer kamu tüzel kişisi dışında gerçek veya tüzel kişiler tarafından kurulan, alanlarında uzmanlaşmış özel hastaneler gibi yataklı teşhis ve tedavi hizmeti sunan özel sağlık kuruluşlarında verilmektedir.

Ayakta teşhis ve tedavi yapılan özel sağlık kuruluşları, Ayakta Teşhis Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik kapsamında tanı ve tedavi merkezleri, tedavi merkezleri, tanı merkezleri ve muayenehaneler olmak üzere dört kategoriye ayrılmaktadır. Tanı ve tedavi merkezleri; tıp merkezleri ve poliklinikler olmak üzere iki grupta, tedavi merkezleri fizik tedavi ve rehabilitasyon müesseseleri, radyoterapi müesseseleri olmak üzere iki grupta, tanı merkezleri ise; tıbbi laboratuvarlar, radyoloji müesseseleri, nükleer tıp müesseseleri olmak üzere üç grupta sınıflandırılmaktadır.

Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği, 2'inci maddesinde de düzenlendiği üzere; Sağlık Bakanlığına bağlı ağız ve diş sağlığı merkezleri ile Yönetmeliğin 5 inci maddesinde sayılan ilçe belde hastanesi, gün hastanesi, genel hastaneler, özel dal hastaneleri, eğitim ve araştırma hastanelerini kapsamaktadır.

Kuruluş, örgütleniş ve işleyiş biçimi itibarıyla devlet veya diğer kamu tüzel kişisi dışındaki kişiler tarafından hizmet yürütmek ve hastayı yatırarak tedavi etmek, rehabilitasyon hizmeti vermek ve doğum yardımlarında bulunmak amacıyla kurulan sağlık kuruluşunun, özel hastane olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir²²⁸.

Özel hastaneler, özel hukuk kurallarına göre gerçek kişiler veya özel hukuk tüzel kişileri tarafından işletilirler. Her ne kadar muayenehane işletenin hekim sıfatını

²²⁸ Ferhat Canbolat, "Kamu Hastanesinde Yapılan Tıbbi Müdahalede Hekimin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğunun Dayanağı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı:80, (Ocak-Şubat 2009), s. 158.

haiz olması gerekmektedir, özel hastane işletenin hekim olma mecburiyeti olmadığı gibi belirttiğimiz üzere gerçek veya özel hukuk tüzel kişisi de olabilecektir. Mevzuatta özel hastanelerin işletenlerinin ticari şirket olması gerektiğine ilişkin bir düzenleme de mevcut değildir. Fakat uygulamada özel hastanelerin genellikle 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre kurulmuş ticaret şirketleri tarafından işletildiği görülmektedir²²⁹.

Hastanın özel hastaneye başvurması halinde, özel hastane ile hasta veya kanuni temsilcisi arasında sözleşmesel ilişki kurulur²³⁰. Yasal mevzuatımızda açıkça tanımlanmamakla birlikte, hastaneye kabul sözleşmesi doktrinde, “özel hastaneye tedavi için başvuran kişi ile hastane arasına kurulan sözleşme”²³¹olarak tanımlanmıştır. Hastaneye tam kabul sözleşmesinde; tüm hizmetler eksiksiz olarak hastaya sunulur ve hekim ile hasta arasında hiçbir sözleşme bağı kurulmamaktadır²³².

Hastaneye başvuru neticesinde tedaviyi yürüten hekim veya yardımcı sağlık çalışanı sözleşmenin tarafı olamaz. Hasta doğrudan hastane ile muhatap olmakla birlikte, hekim hastane adına tıbbi tedavi hizmeti sunan TBK 116’ıncı maddesine göre ifa yardımcısı konumundadır. Özel hastane ile hasta arasında kurulan sözleşmeye “*Hastaneye Kabul Sözleşmesi*” adı verilmektedir²³³.

Özel hastane ile hasta veya kanuni temsilcisi arasında kurulan sözleşme, Türk Borçlar Kanunu'nda düzenleme altına alınmış tipik bir sözleşme değildir. Bu nedenle hasta ile hastane arasında kurulan sözleşme, iş görme sözleşmeleri olan vekalet sözleşmesi ve çeşitleri, hizmet sözleşmesi ve eser sözleşmesi arasında yer

²²⁹ Özel Çağlar ve Doğan N. Leblebici, “Organizasyon Kusurundan Doğan Zarar Açısından Özel Hastane ve Hekimlerin Sorumluluklarına Kısa Bir Bakış”, *Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi*, C. X, S. 2, (2007), s.183.

²³⁰ Gültezer Hatırnaz Erol, “Özel hastane ile Hasta Arasında Kurulan Hastaneye Kabul Sözleşmeleri ve 21.09.2009 Tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı İncelmesi”, *Sağlık Hukuku Makaleleri I*, (İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, Nisan 2012), s. 196.

²³¹ Mehmet Demir, *Tıbbi Organizasyon Kusuru Açısından Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu*, (Ankara: 2010), s.150; Ünal Er, *Sağlık Hukuku*, (Ankara: 2008), s.69; Battal Yılmaz, *Açıklamalı-İçtihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2007), s.160.

²³² Battal Yılmaz, *Açıklamalı-İçtihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu*, s.160.

²³³ Ayan, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk*, s.45-46; Hatırnaz Erol, “Özel hastane ile Hasta Arasında Kurulan Hastaneye Kabul Sözleşmeleri ve 21.09.2009 Tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı İncelmesi”, s.196.

almadığından iş görme sözleşmelerinin unsurlarını taşıyıp taşımadıklarını incelemek gerekmektedir.

Hastaneye kabul sözleşmesi isimsiz sözleşmelerden olup, karma nitelikte bir sözleşmedir²³⁴. Hastane ile hasta arasında kurulan sözleşmenin konusunu hastanın hastaneye yatırılarak tedavi edilmesi oluşturmaktadır²³⁵. Sözleşmenin asıl ediminin hastanın hastaneye yatırılarak tedavi edilmesi olduğunun yansıması HHK'da 1'inci ve 8'inci maddelerinde kendini göstermektedir. İlgili maddelerde; hastanın yatırılarak tedavi edilmesi unsuru ortak olarak yer almakta olup, hastane işleticisinin tedavi ve diğer edimlerin yanında hastaya barınma yeri borçlandığını göstermektedir. Hastaya yalnızca muayene, müşahade ve tedavi amacıyla hastane sınırları içerisinde sürekli kullanımında olan oda tahsis edilirse bu durumda da hastaneye kabul sözleşmesinin varlığı kabul edilir²³⁶. Hasta, hastaneye yatırılmadan yani kendisine devamlı bir yer yani oda tahsisi yapılmadan özel hastane tarafından hastaya hizmet sunulması halinde hastane ile hasta arasında hastaneye kabul sözleşmesi kurulduğu söylenemeyecektir²³⁷.

Özel hastane, hastayı hastaneye kabul ettikten sonra hastayı yatırarak tedavi etme borcu altına girmektedir. Tedavi kavramı içerisinde yer alan tıbbi yardım ve hastane bakımı, hasta hastaneden taburcu olana kadar devam eder²³⁸.

YHGK'nun 2009/13-393E., 2009/452K. ve 21.10.2009 tarihli kararında da; özel hastane işleticisinin hastaya karşı hem tıbbi, hem de yatış, yeme- içme hizmeti vb. edimleri yerine getirmeyi üstlendiği sözleşmeye “*Hastaneye Kabul Sözleşmesi*” adı verildiği belirtilmekle birlikte, hastanenin hastaya sağladığı tıbbi teşhis ve tedavi hizmetinin yanında hastanın yatışını yapıp kendisine yemek hizmeti de sunduğu halde

²³⁴ Cahit DOĞAN, “Hekimlik Sözleşmesi Katkılı Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi (Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi ve Hekimlik Sözleşmesi) ile Bölünmüş-Kısmi Hastaneye Kabul Sözleşmesi (Kısmi Hastaneye Kabul Sözleşmesi ve Hekimlik Sözleşmesi, Dar Anlamda Hastaneye Kabul Sözleşmesi)”, *Tıp Hukuku Dergisi*, C. 3, S. 6, (Ekim 2014), s.183.

²³⁵ Gülltezer Hatırnaz Erol, *Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları*, (Ankara: Seçkin 2017), 5. Baskı, s.58.

²³⁶ Ayan, *Hukuki Sorumluluk*, s.133.

²³⁷ Doğan, “Hekimlik Sözleşmesi Katkılı Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi (Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi ve Hekimlik Sözleşmesi) ile Bölünmüş-Kısmi Hastaneye Kabul Sözleşmesi (Kısmi Hastaneye Kabul Sözleşmesi ve Hekimlik Sözleşmesi, Dar Anlamda Hastaneye Kabul Sözleşmesi)”, s.177.

²³⁸ Doğan, “Hekimlik Sözleşmesi Katkılı Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi (Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi ve Hekimlik Sözleşmesi) ile Bölünmüş-Kısmi Hastaneye Kabul Sözleşmesi (Kısmi Hastaneye Kabul Sözleşmesi ve Hekimlik Sözleşmesi, Dar Anlamda Hastaneye Kabul Sözleşmesi)”, s.183.

özel hastane ile hasta arasında kurulan sözleşmenin hastaneye tam kabul sözleşmesi adını aldığını hükme bağlamıştır. Özel hastanenin hastaya sağlayacağı tıbbi teşhis ve tedavi haricindeki hizmetler ayrı bir sözleşmeye konu oluyorsa, tıbbi müdahaleye ilişkin olarak özel hastane ve hasta arasında kurulan sözleşme “*Hastaneye Bölünmüş Kabul Sözleşmesi*” veya “*Hastaneye Kısmi Kabul Sözleşmesi*” adını almaktadır²³⁹.

Hastaneye kabul sözleşmesinin kurulması için herhangi bir şekil şartına uyulması zorunluluğu bulunmamaktadır. YHGK’nun., 2009/133-93E., 2009/452K. sayılı ve 21.10.2009 tarihli kararında; Hastaneye Kabul Sözleşmesinin açık veya zımni irade açıklaması ile kurulmasının mümkün olduğunu hükme bağlamıştır. Yine aynı kararda, hastaneye kabul sözleşmesi adı altında, birden fazla edimi içeren, karma yapıda ve nitelikte, bir sözleşme ilişkisinin kurulduğunu da hükme bağlamıştır.

Hastaneye kabul sözleşmesi; Alman, İsviçre ve Türk Hukukunda karma sözleşme olarak kabul edilmekle birlikte, uyuşmazlıkların çözümünde hangi sözleşme türüne ait düzenlemelerin uygulanacağı hususunda farklılıklar mevcuttur. Alman hukukunda hastaneye kabul sözleşmesine, hizmet sözleşmesi hükümleri uygulanmaktadır. İsviçre hukukunda, hasta ile özel hastane arasındaki ilişki, aynen bağımsız çalışan bir hekim ile hasta arasındaki hukukî ilişkide olduğu gibi vekâlet sözleşmesi hükümleri uygulanmaktadır. Türk hukukunda ise, hastaneye kabul sözleşmesinin, asıl edimini oluşturan tıbbî tedavi ediminin vekâlet sözleşmesi hükümlerine tabi tutulması, ancak diğer yükümlülöklere (bakım, yeme, içme hizmeti verilmesi vb.) ilişkin kanunda düzenleme altına alınmış tipik sözleşme hükümlerinin de niteliklerine uygun düştüğü oranda kıyasen uygulanmasının amaca elverişli olacağı belirtilmiştir²⁴⁰.

Hastaneye kabul sözleşmesinde hastane, hizmet (temizlik, bakım), kira (hastaya oda verilmesi), vekalet (tıbbi tedavi), ve satış (hastanın beslenmesi) gibi sözleşmelerin içerdüğü birden çok edimi yerine getirmektedir. Hastaya tıbbi tedavi hizmeti verilmesi vekalet sözleşmesiyle, hastaya oda tahsis edilmesi kira sözleşmesiyle, hastanın temizliğinin ve bakımının yapılması hizmet sözleşmesiyle, hastaya kahvaltı, öğle ve akşam yemeğı verilmesi ise satış sözleşmesiyle yakın ilişki

²³⁹ Gültezer Hatırnaz Erol, *Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğı ve Hasta Hakları*, s.58.

²⁴⁰ Er, *Sağlık Hukuku*, s.70-71.

içerisindedir. Hastaneye kabul sözleşmesinde hastane birden fazla edim yüklenirken hastanın edimi ücretin ödenmesidir²⁴¹.

Hastaneye Kabul Sözleşmesinin türleri özel hastane işleticisi, hasta ve hekim arasında kurulan ilişkiye göre belirlenmektedir²⁴². Hastaneye kabul sözleşmesi bir görüşe göre; hastaya tıbbi tedavi hizmeti verilip verilmemesine bağlı olarak “tam hastaneye kabul sözleşmesi” ve “bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesi” olarak kurulmaktadır²⁴³. Başka bir görüş uyarınca da hastaneye kabul sözleşmesi; tam hastaneye kabul sözleşmesi, bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesi ve hekimlik sözleşmesi ekli tam hastaneye kabul sözleşmesi olarak kurulabilmektedir²⁴⁴.

Tarafımızca çalışmamızda, Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi ve Bölünmüş Hastaneye Kabul Sözleşmesi başlıkları altında inceleme yapılacaktır.

i. Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi

Hastaneye tam kabul sözleşmesinde hasta, hastane işletmecisiyle anlaşmakta bulunan hastalığının tedavisi için gerekli olan tüm hizmeti hastane işleticisinden almaktadır. Bu sözleşmede hastane işleticisi tarafından sözleşmede yer alan tüm edimlerin yerine getirilmesi üstlenilmektedir²⁴⁵. Hastaneye tam kabul sözleşmesinde, hastaneye hasta arasında sözleşme kurulmuş olup hekimle hasta arasında sözleşme kurulmamıştır. Hekim TBK 116’ncı maddesi gereği özel hastane işleticisinin ifa yardımcısı pozisyonundadır²⁴⁶. Hastaneye tam kabul sözleşmesinde TBK 12’ye göre şekil serbestisi ilkesi geçerlidir. Bu nedenle hastanın hastanedeki tedavi yöntemini kabul etmesiyle birlikte sözleşme hastane ile hasta arasında kurulmuş olur.

²⁴¹ Halil Akkanat, “Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Görünüm Tarzları ve Sorumluluk Düzeni”, *Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2006), s.28; Ayan, *Hukuki Sorumluluk*, s.142.

²⁴² Mehmet Demir, *Hekim ve Hastane Yönünden Tıbbi Sorumluluk Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2018), s.128.

²⁴³ Kıcalıoğlu, *Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları*, s.376.

²⁴⁴ Demir, *Hekim ve Hastane Yönünden Tıbbi Sorumluluk Hukuku*, s.128.

²⁴⁵ Firdevs Arslan, “Hekimin Sorumluluğunun Belirlenmesi Bakımından Hekim ile Hasta Arasındaki İlişkinin Hukukî Mahiyeti”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi*, Cilt 26, Sayı 1, (2020), s.414; Durak, “*Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi*”, s.150.

²⁴⁶ Hatırnaz Erol, *Özel Hastaneler*, s.326.

Hastaneye tam kabul sözleşmesinin; barındırma, kira, eser, vekalet ve satım sözleşmesi olarak nitelendirilebileceğine ilişkin görüşler mevcuttur. Barındırma sözleşmesinde asli edim hastalığı nedeniyle kendine bakma konusunda yetersiz kalan hastanın muhafazasını sağlamaktır. Barındırma sözleşmesinde hastaya karşı tıbbi tedavi hizmeti verilmesi ikinci planda kalmaktadır. Bu nedenle hastaneye tam kabul sözleşmesinin barındırma sözleşmesi olarak nitelendirilmesinin doğru olmayacağı öne sürülmüştür²⁴⁷.

Doktrinde savunulan ve tarafımızca benimsenen görüşe göre, hastaneye tam kabul sözleşmesinin ayırt edici unsurunun, hastanın hastaneye yatırılarak tedavi edilmesi olması nedeniyle eser sözleşmesi olarak nitelendirilemeyeceği görüşü savunulmaktadır²⁴⁸. Eser sözleşmesinde yüklenici bir eser meydana getirmeyi, iş sahibi ise meydana getirilecek eser karşılığında yükleniciye bir bedel ödemeyi taahhüt etmektedir. Bu sözleşmede yüklenici hastane işleticisi olarak vücut bulmakta ve fakat sonuç meydana getirme taahhüdünde bulunmamaktadır. Nizamname'nin 13'üncü maddesince de desteklendiği üzere, hekimin tedavi özerkliğine sahip olması hekime şifa garantisi verme yetkisi tanımamaktadır²⁴⁹. Bu sözleşmede ayırt edici özellik hastanın yatırılarak tedavi edilmesi olup, tıbbi standartlara uygun olarak hastaya tıbbi tedavi hizmeti verilerek sonuç taahhüdünde bulunulması değildir. Açıklanan nedenlerle, hastaneye tam kabul sözleşmesinde hastane işleticisi bir eser meydana getirme borcu altına girmediğinden, hastayı yatırarak tedavi etme edimini yerine getirme yükümlülüğü olduğundan sözleşmenin eser sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi mümkün değildir. Hastanın hastaneye yatırılarak tedavi edilmesiyle amaçlanan, hasta açısından bir sonuç yani eser meydana getirmek ise bu durumda taraflar arasındaki hastaneye kabul sözleşmesi açısından eser sözleşmesine ilişkin hükümlerin de uygulanabileceğine ilişkin Yargıtay İçtihatlarına iştirak etmekle²⁵⁰ birlikte, hastaya tıbbi tedavi hizmeti yanında (Eser meydana getirme) barınma, yeme-içme ve otelcilik hizmeti de sunulduğundan taraflar arasındaki sözleşmenin bire bir eser sözleşmesi niteliğine uygun düşmediği kanaatindeyiz.

²⁴⁷ Ayan, Mehmet, *Hukuki Sorumluluk*, s.150.

²⁴⁸ Ayan, *Hukuki Sorumluluk*, s.140.

²⁴⁹ Aynı yönde bkz. Hakeri, *Tip Hukuku*, Cilt 1, s.204.

²⁵⁰ bkz. Yar. 3.HD, 9077/5505, 11.04.2016 tarihli kararı.

Doktrinde, hastanın i   e (yeme, içme, vb.), ilaçla yapılan tedavisi ve bakımı yönünden satım sözleşmesinin unsurlarını içeriyor olsa da işbu unsurlar hastanın tedavisi açısından ikincil durumda kaldığından hastaneye kabul sözleşmesinin satım sözleşmesi olarak nitelendirilmeyece  i g  r     savunulmaktadır²⁵¹. Satım sözleşmesi, karşılıklı borç doğuran bir sözleşmedir. Satım sözleşmesi ile satıcı alıcının ödeyeceği satış bedel karşılığında malı alıcıya teslim ve mülkiyeti geçirme borcu altına girmektedir²⁵². Hastaneye tam kabul sözleşmesinde hastane işleticisi hastaya barınma, yeme, içme ve ilaçla tedavi hizmeti verirken hasta; ücret ödeme borcu altına girmekte, hastane işletici ise bir bakıma yiyecek, içecek, barınma ve ilaçla tedavi hizmetinin hastaya satımını yapmaktadır. Basit haliyle hastane ileticisi tarafından hastanede yatan hastaya       g  n yiyecek satımı yapıldığı da söylenebilir. Fakat bu tabloda, hastane işletmecisinin hastanın yatırılarak tedavi edilmesi borcunu üstlenmesi arka planda kalmakta, bu nedenle hastaneye tam kabul sözleşmesinin salt satım sözleşmesi olarak nitelendirilmesi de doğru olmayacaktır.

²⁵¹ Ayan, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk*, s.140.

Hastaneye tam kabul sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların vekalet sözleşmesi hükümlerine göre çözümlenmesinin uygun olacağına ilişkin görüşe göre; sözleşmenin esaslı unsuru olan tıbbi tedavi unsuru gözetilerek sözleşmenin karma nitelikte bir sözleşme olduğu kabul edilmekte ve fakat ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümünde vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiği savunulmuştur²⁵⁵.

Hastaya tıbbi tedavi ve bakım hizmeti verilmesi vekalet sözleşmesi olarak nitelendirilmesine neden olabileceken; hastaya yeme, içme hizmeti verilmesi otelcilik sözleşmesi olarak nitelendirilmesine neden olabilecektir. Kanaatimizce, hastaneye tam kabul sözleşmesi yasal mevzuatta düzenlenmiş olan farklı sözleşme türlerinin içerdiği farklı unsurların birleşimiyle meydana gelmiş olan, karma nitelikte bir sözleşme niteliğini haizdir. Fakat sözleşmenin asıl edimi hastanın tedavi edilmesi olduğundan, tedavi dışındaki diğer edimler yan edimler olacaktır. Bu nedenle, sözleşmenin asıl edimi olan tedavi hizmeti açısından vekalet sözleşmesi hükümleri uygulanmalıyken, diğer yan edimler açısından uygun düştüğü oranda ait oldukları sözleşmelere ilişkin hükümler uygulanmalıdır²⁵⁶.

ii. Hastaneye Bölünmüş Kabul Sözleşmesi ve Hekimlik Sözleşmesi

Hastaneye bölünmüş kabul sözleşmesinin, doktrinde “Hastaneye Kısmi Kabul Sözleşmesi” olarak tanımlandığı da görülmektedir. Bunun nedeni, hastane işleticisinin hastaya tam bir sağlık hizmeti vermiyor oluşu olarak açıklanmıştır²⁵⁷.

Hastaneye bölünmüş kabul ve hekimlik sözleşmesinde hasta, doğrudan bir hekime başvurarak tedavisinin başvurduğu hekim tarafından yürütülmesini talep etmektedir. Hastanın hekime başvurması ile birlikte tıbbi tedavi hizmetlerini yürütme borcu hekime ait olacakken, bakım, barınma, yeme, içme vb. hizmetlerini sağlama borcu hastane işleticisine ait olacaktır. Hekimlik hizmeti verilmesine ilişkin olan sözleşme hasta ve hekim arasında, hekimlik hizmeti haricinde kalan diğer hizmetlerin

²⁵⁵ Durak, “*Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi*”, s.153.

²⁵⁶ Aynı yönde bkz. Hatırnaz Erol, *Özel Hastaneler*, s.71.

²⁵⁷ Hatırnaz Erol, *Özel Hastaneler*, s.166.

verilmesi konusunda ise hasta ile hastane işleticisi arasında sözleşme kurulmuş olur²⁵⁸. Bu sözleşmede hasta, tıbbi tedavi edimini kendisinin belirlediği hekimden almayı amaçlamaktadır. Bu hekim özel hastane bünyesinde çalışan bir hekim olabileceği gibi, bağımsız çalışan bir hekimde olabilir²⁵⁹. Hekim bağımsız çalışan bir hekim olabileceği gibi, hastanede kısmi statüde çalışıp aynı zamanda kendi muayenehanesinde de çalışan bir hekim de olabilir²⁶⁰.

Hastaneye kısmi kabul sözleşmesinde, hastane işleticisinin hastaya vereceği hizmet hastaneye tam kabul sözleşmesine oranla daha dar kapsamlıdır. Hastane işleticisi, hastanın yalnızca bakım hizmetlerinden sorumlu olmakta, hastanın tedavi edilmesi ile hastaya yapılan tıbbi müdahaleyle ilgili hiçbir sorumluluğu bulunmamaktadır²⁶¹. Hastane işleticisinin sorumluluğu, tıbbi müdahalenin gerçekleştirileceği ortamı sağlamak, tıbbi müdahale sırasında ihtiyaç duyulabilecek yardımcı personeli ayarlamak, hastayı tıbbi müdahaleye hazırlamak ve tıbbi müdahale sonrası hastanın bakım hizmetlerini yürütmektir²⁶².

Bu sözleşme çerçevesinde hasta, tıbbi müdahale öncesinde, tıbbi müdahale sırasında ve tıbbi müdahale sonrasında bakım hizmetlerinden kaynaklı olarak zarara uğradığı iddiasıyla dava ikame etmek istiyorsa davasını hastane işleticisine yöneltmelidir. Eğer ki tıbbi müdahalenin hukuka aykırı olması nedeniyle zarara uğradığını iddia ediyorsa bu durumda davayı yalnızca hekime yöneltmelidir²⁶³. Hastanın tedaviyle ilgili uğradığı zararlardan hekim sorumluyken, diğer zararlardan hastane işleticisi sorumludur²⁶⁴.

Hastaneye Kabul Sözleşmesinin tez konumuz kapsamında mesafeli sözleşme olarak akdedilip akdedilemeyeceği inceleme konusu yapılacaktır. Hastaneye Kabul Sözleşmesi taraflar arasında, mesafeli sözleşmenin kurulması için barındırması gereken unsurlarını taşımak şartıyla mesafeli olarak kurulabilecektir. Sözleşme mesafeli olarak internet üzerinden kurulup, ifa geleneksel yöntemlerle

²⁵⁸ Hatırnaz Erol, *Özel Hastaneler* s.166.

²⁵⁹ Aşçıoğlu, *Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar*, s.119.

²⁶⁰ Akkanat, Halil, *Sorumluluk*, s.25.

²⁶¹ Hatırnaz Erol, *Özel Hastaneler*, s.166.

²⁶² Akkanat, *Sorumluluk*, s.38.

²⁶³ Erzan Erzurumluoğlu, "Hastane Yönetimi ve Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğu", *AİTİAD*, C. 8, S. 1-2, (1976), s.200.

²⁶⁴ Battal Yılmaz, *Açıklamalı-İçtihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu*, (Ankara: 2007), s.160.

yapılabileceğinden kurulan sözleşmenin mesafeli olarak kurulması için bir engel mevcut değildir. Mesafeli sözleşme bir borçlandırıcı işlem olup, tarafların iradelerini aynı yönde açıklamalarını takiben sözleşme kurulacak olup, taraflar arasındaki hukuki ilişki TKHK kapsamında mesafeli sözleşme hükümlerine tabi olacaktır. Şöyle ki; İstanbul'da saç ekimi konusunda uzmanlaşmış bir klinik ile Erzurum'da yaşayan kişi görüşme yaparak, saç ekimi işleminin yapılması konusunda belirli bir ücret karşılığında anlaşabilir. Taraflar görüşmelerini online ortamda fiziken yüz yüze gelmeden gerçekleştirmekte, görüşmeler sırasında kliniğin her zaman kullandığı ve sözleşmenin mesafeli olarak kurulması için geliştirilmiş sistem kullanılmakta ve saç ekim işleminin karşılığı olarak hasta bir ücret ödeme borcu altına girmektedir. Keza hasta tüketici, klinik ise hizmet sağlayıcısı sıfatını haizdir. Taraflar arasında mesafeli olarak sözleşme online olarak akdedilmiş olup, mesafeli sözleşmeye ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır. Erzurum'da yaşayan hastanın saç ekim işlemi için İstanbul'a geldiği durumda sözleşmenin ifasının online olarak gerçekleşmesi mümkün olmayacağından tez konumuz kapsamında değildir ve inceleme konusu yapılmayacaktır. Bir başka örneğimizde ise, İstanbul'da bir özel hastanenin internet sitesine giren ve iç hastalıkları uzmanına muayene olmak isteyen Erzurum'da yaşayan bir kişi düşünelim. Bu kişi özel hastanenin internet sitesine girdiği zaman, özel hastane bünyesinde çalışan iç hastalıkları uzmanları ile görüşmek için hem yüz yüze hem de online görüşme seçeneğiyle karşılaşmaktadır. Hasta online görüşme seçeneğini tıkladığında, hekim ile görüşeceği gün ve saat ile bu görüşme karşılığında ödeyeceği ücret belli olmaktadır. Hasta ödemesini yaparak, online olarak hekimle görüşebilmektedir. Hastanın ayakta tedavi edildiği durumda kurulan sözleşmenin içerdiği edimlere göre vekalet sözleşmesi, hastanın yatırılarak tedavi edildiği halde ise taraflar arasındaki ilişkinin hastaneye kabul sözleşmesi olarak adlandırıldığını ifade etmiştik. Hasta ile hekim sözleşmeyi mesafeli olarak kurduktan sonra muayenede online gerçekleştiği halde, hastaneye kabul sözleşmesinin konusu hastanın hastaneye yatırılarak tedavi edilmesi olduğundan, mesafeli olarak kurulan bir hastaneye kabul sözleşmesinin varlığından bahsedilemeyecektir.

B. HEMŞİRE İLE HASTA ARASINDA AKDEDİLEN SÖZLEŞMENİN HUKUKİ NİTELİĞİ

1.Bağımsız Çalışan Hemşireler ile Hasta Arasında Akdedilen Sözleşmenin Hukuki Niteliği

Hemşirelerin hekimin yardımcısı olarak hastanın tedavi sürecinde üstlendikleri rolleri olduğu gibi hastaların bakımı alanında da üstlendikleri rolleri olduğu tarafımızca daha önce izah edilmişti. Bağımsız çalışan hemşire dediğimiz zaman aklımıza ne bir hekim ne de özel ya da kamu hastanesine bağlı olarak çalışmayan bir hemşire gelmektedir. Bağımsız çalışan hemşirelere günlük yaşantımızda; ev hemşiresi olarak hastaların yanında çalışan ya da evde hastalara enjeksiyon, pansuman vb. tıbbi hizmetleri hasta tarafından talep edildiği zaman veren hemşireler olarak rastlamaktayız.

Bağımsız çalışan hemşire ile hasta arasında kurulan hukuki ilişkinin doğrudan bir sözleşmesel ilişki olduğu kurulan sözleşmenin, hemşire evde hastaya bakıyorsa iş sözleşmesi, hemşire enjeksiyon, pansuman vb. işler için hastaya hizmet veriyorsa vekalet sözleşmesi olarak vücut bulacaktır.

Tez çalışmamızın devamında evde hastaya bakan hemşireler ev hemşiresi olarak nitelendirilecektir. Ev hemşiresi olarak çalışan hemşireler ile hasta arasında kurulan sözleşme iş sözleşmesidir²⁶⁵. İş sözleşmesi, her iki tarafa borç yükleyen, devamlılık arz eden ve bağımlılık unsuru içeren bir özel hukuk sözleşmesidir. Hasta işveren sıfatını, hemşire ise işçi sıfatını kazanmaktadır. Hemşire, hastaya ilişkin olarak bakım yükümlülüğünü, hastaya bağlı olarak görme borcu altındayken, hasta da hemşireye ücret ödeme borcu altına girmektedir²⁶⁶.

²⁶⁵ Fahrettin Korkmaz ve Nihat Seyhun ALP, *Bireysel İş Hukuku*, Seçkin, s. 97.

²⁶⁶ Haluk Hadi SÜMER, *İş Hukuku*, (Ankara: Seçkin, 2020), s.37-40.

Ev hemşiresi olarak çalışan hemşireler, tıbbi bakıma ihtiyaç duyan hastaların bakım hizmetlerini (örneğin burundan beslenen hastaların beslenme hizmetlerini takip etmek) ve tıbbi olarak ihtiyaç duydukları işlemleri (pansuman, enjeksiyon vb. hizmetleri) yürütme hizmeti vermektedir. İşbu ilişkide hemşire ile hasta arasında sözleşme ilişkisi kurulmaktadır. Kurulan sözleşmenin iş sözleşmesi olduğu Yargıtayca da benimsenmiştir. Yargıtay, evde hastaya bakan hemşirelerin iş kanunu kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini hükme bağlamıştır²⁶⁷.

Hastanın bazı durumlarda tıbbi sağlık hizmeti vermesi açısından bağımsız çalışan bir hemşire ile anlaştığı görülmektedir. Örneğin; hekim tarafından hastaya teşhis konulduktan, gerekli tedavi protokolü hazırlandıktan sonra hasta hastaneden taburcu edilebilir. Fakat tedavinin devamı kapsamında hekimin reçetelendirmiş olduğu ilaçların enjeksiyonunun hastaya yapılması gerekmektedir. Bu nedenle hasta enjeksiyonlarını yapılması için bir hemşireyle anlaşır. Hemşire her gün belirli saatlerde gelecek ve hastaya enjeksiyon yapacaktır. Hasta, hekim tarafından hastaya haftalık olarak reçetelendirilmiş ilaçların enjeksiyonu için hemşireyle anlaşabilir. Hemşirenin hastaya karşı iş görme edimini (tıbbi tedavi hizmeti vererek enjeksiyonunu yapmayı) yerine getirme, hastanın da bunun karşılığında hemşireye ücret ödeme yükümlülüğü altına girmesiyle birlikte aralarında bir sözleşme kurulur. Kurulan işbu özel hukuk sözleşmesinin vekalet sözleşmesi olarak nitelendirilebilecektir²⁶⁸. Vekalet sözleşmesi, vekilin (hemşire) vekâlet verenin (hastanın) bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir. İşbu sözleşmede taraflar hemşireye iş görme edimi karşısında ücret ödemeyi kararlaştırırlarsa ya da hemşirenin teamül gereği ücrete hak kazanması durumu mevcutsa hemşire ücrete hak kazanır. Hemşireye enjeksiyon hizmeti karşılığında ücret ödenmesinin teamül gereği yerleşmiş bir uygulama olduğu hususunda zaten tartışma mevcut değildir ki, uygulamada hastalar hemşire ile anlaştıklarında tıbbi tedavi hizmeti karşılığında bir ücret belirlerler.

Hasta ile hemşire arasında kurulan sözleşme ilişkisi uyarınca, hemşire hastanın iradesine ve menfaatine uygun olarak kendi yetki ve görev alanına giren tıbbi hizmeti ifa etmektedir. Hemşirenin kendi görev ve yetki alanına girmeyen hizmetlerle ilgili

²⁶⁷ Detaylı bilgi için: T.C. Yargıtay 9 Hukuk Dairesi'nin 2016/18218E., 2020/6372K. ve. 24.6.2020 tarihli kararı.

²⁶⁸ Aynı görüşte: Sümer, s.64.

hemşire ile hasta arasında sözleşme kurulmayacaktır. Hekimin görev ve yetki alanına ilişkin işlemler için hasta doğrudan hekim ile sözleşme ilişkisi içerisine girmekte, hemşire bu ilişki de ifa yardımcısı rolünü üstlenmektedir²⁶⁹.

Bağımsız çalışan hemşirenin ev hemşiresi olarak çalışması durumu ile hastanın enjeksiyon vb. tıbbi tedavi hizmeti alması için hemşireyle anlaşması durumunda hasta ile bağımsız çalışan hemşire arasında sözleşme mesafeli olarak kurulsada dahi, çalışmamızda mesafeli olarak kurulan sözleşmenin ifasının da online olarak gerçekleşmesi halinde sözleşmenin hukuki niteliğinin belirlenmesi olduğundan ve hemşirenin ifayı online olarak gerçekleştirmesi işin niteliğine uygun olmadığından tez çalışmamız kapsamında inceleme konusu yapılmayacaktır.

Covid-19 salgın döneminde tarafımızca şahit olunan bir hususu da tez çalışmamızda inceleme konusu yapmak isteriz. Covid-19 salgın döneminde, diyabet hemşirelerinin yeni diyabet tanısı almış olan hastalara online olarak diyabet eğitimi verdikleri ve insülin iğnesi yapmayı öğrettiklerine tanık olduk. Teşhisi koyan hekim hastasına tedavisiyle ilgili ilaçları reçete ettikten sonra insülin iğnesi ve diyabetle ilgili eğitim verilmesi için bağımsız çalışan diyabet hemşiresinin iletişim bilgilerini paylaşmaktaydı. İletişim bilgisini alan hasta öncelikle diyabet hemşiresiyle randevulaşarak online bir görüşme organize edebiliyordu. İşbu görüşme de ise hemşire, hastaya diyabet eğitimi verirken (dikkat etmesi gereken hususlar vb.) insülin iğnesini nasıl uygulanacağıyla ilgili de görüntülü olarak eğitim vermekte adeta bir simülasyon yapmaktaydı. Ardından ise hastanın insülin iğnesini kendisine online görüşme sırasında gerekli yönlendirmeleri yaparak uygulamasını görmek istiyordu. Bu durumda aklımıza ilk gelen husus bu gibi spresifik durumlarda hemşire ile hastanın diyabet eğitimi ve insülin iğnesinin uygulanmasına ilişkin olarak online olarak görüşebilmesinin mümkün olduğu ve bu durumda da taraflar arasında bir hukuki ilişki kurulduğudur. Fakat burada dikkat çekmek istediğimiz husus, bağımsız çalışan diyabet hemşirelerinin hastayla yaptığı online görüşmenin hukuka uygun olabilmesi için gerekli olan USHSY 'te düzenleme altına alınan USBS'yi kullanmıyor olmalarıdır. Hukuki ilişki danışmanlık sözleşmesi olarak nitelendirilebilecek olup mesafeli olarak kurulabilmektedir ve fakat USBS üzerinden görüşme yapılmadığından hukuka uygun

²⁶⁹ Kurşat, "Hemşirelerin Hukuki Sorumluluğu", s.307.

bir uzaktan sağlık danışmanlık sözleşmesinin mevcudiyetinden bahsedilemeyecektir. Danışmanlık sözleşmesi iş görme sözleşmelerinden olup, danışmanlık sözleşmesiyle danışmanın, danışanına herhangi bir konu hakkında bilgi hizmeti vermeyi üstlendiği sözleşmedir. Danışmanlık sözleşmesi; danışmanın sözleşmeyle danışanına belirli bir konuda tavsiyede bulunmayı ya da bilgi vermeyi asli edimi olarak yüklendiği adi vekalet sözleşmesi niteliğinde bir sözleşme olarak tanımlanmaktadır²⁷⁰. İşbu online görüşme neticesinde hemşire ve hasta arasında kurulan sözleşme mesafeli olarak kurulan danışmanlık sözleşmesi olarak nitelendirilebilecektir. Hemşire yani danışman, hasta yani danışana diyabet eğitimi vererek hastalığına uygun tüketmemesi gereken besin bilgilerini vermekte, örneğin yanında herhangi bir hipoglisemi durumuna karşı kp şeker bulundurması gerektiğine ilişkin bilgi vermekte ve insülin iğnesini nasıl uygulaması gerektiğiyle ilgili danışmanlık hizmeti vermekte olup bunu mesafeli olarak kurduğu sözleşmeye istinaden online olarak da verebilmektedir.

2.Özel Hastanede alışan Hemşireler ile Hasta Arasında Akdedilen Sözleşmenin Hukuki Niteliği

Hasta ile özel hastane işleticisi arasında sözleşme kurulmakla birlikte hemşire ve hasta arasında sözleşme ilişkisi kurulduğu söylenemez. Özel hastanede çalışan hemşire, hastane yönetimi ile iş sözleşmesi akdetmektedir. Hastane yönetimi ile akdedilen işbu sözleşme özel hukuk sözleşmesi olmakla birlikte her iki tarafa borç yükleyen, devamlılık arz eden, bağlılık unsuru içeren bir hizmet sözleşmesidir. Hemşire, hastane işleticisi adına vekaleten iş görmektedir. Hemşire ile hastane işleticisi arasında adam çalıştıran ilişkisi mevcuttur. Vekaleten iş gören hemşirenin, kusurundan hastane işleticisi sorumludur. Aralarında adam çalıştıran ilişkisi mevcut olduğundan TBK 66'ıncı maddesi uygulama alanı bulacak ve hastane işleticisi, hemşireyi seçerken, görevi ile ilgili talimat verirken, gözetimi ve denetimi altındayken gerekli özeni göstermezse, hemşirenin kusurlu davranışından sorumlu olacaktır²⁷¹.

Özel hastaneye giden bir hasta ile özel hastane arasında kurulan hukuki ilişki sözleşme ilişkisine dayanmaktadır. Yerleşik Yargıtay İçtihatlarında da açıkça belirtildiği üzere; özel hastanelerde kural olarak hekim ile hasta arasında değil; hastane

²⁷⁰Mustafa Alper Gümüş, *Türk-İşvire Hukukunda Vekilin zen Borcu*, (İstanbul: Beta, 2001), s.240.

²⁷¹ Ece Sindel, "Hekimin zen Ykmllğ", (Yüksek Lisans Tezi, ankaya Üniversitesi, Aralık 2014), s.30.

ile hasta arasında bir sözleşme ilişkisi kurulmaktadır. İşbu nedenle özel hastane bünyesinde çalışan bir hemşire ile hasta arasında sözleşme kurulmadığı, özel hastane ile hasta arasında sözleşmenin kurulduğu söylenebilecektir. Bağımsız çalışan hemşire ile hasta arasında kurulan sözleşmenin danışmanlık sözleşmesi olarak nitelendirilebileceğini taz çalışmamız kapsamında belirtmiştik. Ancak uygulamada özel hastanede çalışan hemşirelerin online olarak hastalara hizmet vermesiyle sık karşılaşılmamaktadır.

C. DİYETİSYEN İLE HASTA/DANIŞAN ARASINDA AKDEDİLEN SÖZLEŞMENİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Diyetisyenler, Ulusal Sağlık Hizmetinin (National Health Services) öngördüğü üzere; kreşler, okullar, üniversiteler gibi eğitim alanlarında, hastane, okul, otel vb. yemek hizmetlerinde, özel ve kamu hastanelerinde, özel ofis, havaalanı, oteller gibi kurumsal alanlarda, toplum sağlığı merkezlerinde, hükümet ve hükümet dışı örgütlerde istihdam edebilirler²⁷². Günümüzde obezite sorununun ve sağlıksız yaşam koşullarının giderek artması, bireylerin bir diyetisyenden yardım alma ihtiyacı hissetmesine ve diyetisyenlerin popülaritesinin her geçen gün artmasına vesile olmuştur.

Tez çalışmamızda, bağımsız olarak kendi muayenahanelerinde çalışan diyetisyenler ile özel hastane bünyesinde çalışan diyetisyenler ve hasta/danışanları arasında kurulan sözleşmenin hukuki niteliği inceleme konusu yapılacaktır. Ardından ise hem bağımsız çalışan hem de özel hastane bünyesinde istihdam ettirilen diyetisyenlerin hasta ve danışanları ile arasında kurulan sözleşmenin mesafeli olarak akdedilip akdedilemeyeceği ve niteliği tartışma konusu yapılacaktır.

1.Bağımsız Çalışan Diyetisyen ile Hasta/Danışan Arasında Akdedilen Sözleşmenin Hukuki Niteliği

²⁷² The British Dietetic Association, www.bda.uk.com (Son Erişim Tarihi: 16.07.2022); Idris Mohammed Shadia ve Nada Al Jannakl, “The Role of Dietitian in Nutrition Service at King Khalid Hospital”, International Journal Of Science And Research, Volume 2, Issue 5, Mayıs 2013.

Bağımsız çalışan diyetisyenler kendi özel ofislerinde, muayenahanelerinde hasta ve danışanlarına hizmet vermektedirler. Diyetisyenlerin hastalık dışı durumlarda bireylere sağlıklı yaşam için danışmanlık hizmeti sunan yardımcı sağlık personellerini ifade ettiğini çalışmamızda daha önce ayrıntılı olarak izah etmiştik.

Çalışmamızda danışan kavramının aslen hasta kavramının içerisinde yer aldığı ve fakat diyetisyene başvuran kişilerin danışan olarak tanımlandığı halde psikolojik olarak daha iyi hissetmeleri nedeniyle bu tanımın sıklıkla kullanıldığını düşündüğümüzü belirtmiştik²⁷³. Bu kapsamda danışmanlık hizmeti alan danışanın, koruyucu sağlık hizmeti talebinde bulunduğu göz önüne alındığında, diyetisyenin hekim yönlendirmesine ihtiyacı olmayacağı kanaatindeyiz. Koruyucu sağlık hizmeti, danışanların hastalıklar oluşmadan kendilerini korumak için aldıkları sağlık hizmetlerinin tamamıdır. Koruyucu sağlık hizmeti; çevreye yönelik sağlık hizmeti ve insana yönelik koruyucu sağlık hizmeti olarak ikiye ayrılmaktadır. Beslenmenin iyileştirilmesi insana yönelik koruyucu sağlık hizmeti kavramı içerisinde yer almaktadır²⁷⁴.

İnsan vücudunun hangi besinlere hangi oranlarda ihtiyacı olduğunu öğrenerek sağlıklı beslenmeyi yaşam biçimi haline getirmek isteyen ya da ailesinde Diabetes Mellitus (şeker hastalığı) vb. kronik hastalıklar bulunan bireylerin uzun vadede hastalığa yakalanma olasılıklarını düşürmek ve doğru beslenmeyi öğrenmek için diyetisyene başvurduğu görülmektedir. Danışanlar, sağlıklı ve doğru beslenme konusunda diyetisyenden danışmanlık hizmeti almaktadır. Örneğin; sporcuların kas-yag oranlarını olması gereken aralıkta sabit tutabilmek amacıyla diyetisyenle çalıştığı görülmektedir.

Diyetisyenden koruyucu sağlık hizmeti talebinde bulunan danışan ile kendi ofisinde bağımsız çalışan diyetisyen arasında kurulan sözleşmenin danışmanlık sözleşmesi niteliğini haiz olduğu ve alınan hizmet koruyucu amaçlı alındığından ve hekim yönlendirmesi olmaksızın diyetisyen tarafından verilebileceğinden, ilgili

²⁷³ bkz. s.37-38.

²⁷⁴ Recep Akdur, *Türkiye’de Sağlık Hizmetleri ve Avrupa Topluluğu Ülkeleri ile Kıyaslanması*, (Ankara: 1999), s.5-6.

danışmanlık sözleşmesinin hekim yönlendirmesiz danışmanlık sözleşmesi olarak nitelendirilebilecektir.

Diyetisyenin; teşhis, tedavi veya palyatif amaçlı sağlık hizmeti talebinde bulunan kişilere hizmet verebilmesi için mutlaka hekim yönlendirmesi gerekmekte olup, teşhis, tedavi veya palyatif amaçlı sağlık hizmeti talebinde bulunan bireyler hasta olarak tanımlanabilir. Bu durumda diyetisyen, ancak hekimin planlama ve yönlendirmesiyle hastasına hizmet verebilecektir. Hekim, hastanın mevcut semptomlarını değerlendirerek hastalığın teşhisini koyduktan sonra, yardımcı sağlık personeli olan diyetisyen işbu teşhis ve hekim yönlendirmesine göre hastaya hastalığına uygun ve ihtiyacı olan beslenme konusunda danışmanlık hizmeti verebilecektir. Bu nedenle, hasta ile bağımsız çalışan diyetisyen arasında kurulan sözleşmenin hekim yönlendirmeli danışmanlık sözleşmesi olarak nitelendirilebilecektir. Sağlık Meslek Mensupları ile Sağlık Hizmetlerinde Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik'te diyetisyenin görevlerinin düzenlendiği ilgili madde de “*ç) Hekimin yönlendirmesi ile hastalar için gerekli beslenme programlarını düzenler. Bireylerin hastalığına, antropometrik ölçümlerine, laboratuvar bulgularına ve tedavisine uygun olarak besin ögesi gereksinimlerini belirler, diyet tedavilerini ve beslenme eğitimi hizmetlerini planlar, uygular ve izler.*” şeklinde yapılan düzenlemeyle hekim yönlendirmeli danışmanlık sözleşmesinin bir yansıması karşımıza çıkmaktadır.

Danışmanlık sözleşmesi iş görme sözleşmelerinden olup, danışmanlık sözleşmesiyle danışman, danışanına herhangi bir konu hakkında bilgi hizmeti vermeyi üstlenmektedir. Danışmanlık sözleşmesi verilen bilginin hangi alana ilişkin olduğuna göre isimlendirilir. (Psikolojik ve tıbbi danışmanlık, hukuk danışmanlığı, iletişim danışmanlığı vb.)²⁷⁵ Danışmanlık sözleşmesi; danışmanın sözleşmeyle danışanına belirli bir konuda tavsiyede bulunmayı ya da bilgi vermeyi asli edimi olarak yüklediği adi vekalet sözleşmesi niteliğinde bir sözleşme olarak tanımlanmaktadır²⁷⁶.

²⁷⁵Seda Arslan Durmuş, “Danışmanlık Sözleşmesi”, *Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.3, S.6, (Aralık 2016), s.83.

²⁷⁶ Gümüş, *Türk-İsviçre Hukukunda Vekilin Özen Borcu*, s.240.

Çalışmamızda, danışmanlık sözleşmesinin iş görme sözleşmeleri olan vekalet, eser ve hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği her bir sözleşmeye uygunluk açısından inceleme konusu yapılacak olup, ardından diyetisyen ve danışanı arasında mesafeli olarak sözleşme akdedilip akdedilemeyeceği, akdedilen sözleşmenin ise niteliği tartışılacaktır.

i. Hizmet Sözleşmesi

Danışmanlık sözleşmesinde diyetisyenin hasta ve danışana bağımlı olarak iş görme yükümlülüğü olmadığından aralarındaki sözleşmenin hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Danışmanlık sözleşmesinde hizmet sözleşmesinde olduğu gibi bağımlılık unsuru sözleşmenin unsurlarından değildir. Danışmanlık sözleşmesinde bağımlılık unsuru bulunmamakta, danışman serbest çalışmaktadır²⁷⁷.

Diyetisyen, hasta/danışanın emir ve talimatları altında iş görme edimini yerine getirmediğinden ve sözleşme bağımlılık unsurunu barındırmadığından aralarındaki sözleşmenin, hekimlik sözleşmesinde olduğu gibi hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi mümkün olmayacaktır²⁷⁸.

ii. Vekalet Sözleşmesi

Vekalet sözleşmesinde vekile, danışmanlık sözleşmesinde danışmana karşı güven unsuru ön plandadır. Danışman, danışmanlık sözleşmesine konu iş görme edimini özenle ve sadakatle yerine getirmektedir ve fakat vekalet sözleşmesinde olduğu gibi danışana karşı sonuç taahhüdünde bulunmamaktadır. Danışman bir sonucun mutlak olarak elde edilmesi taahhüdü olmaksızın, sonucun elde edilmesi için özenle ve sadakatle çalışma borcu altında olduğundan danışmanlık sözleşmesinin esas itibarıyla vekâlet sözleşmesinin özelliğini taşıdığı söylenebilecektir²⁷⁹.

²⁷⁷ Arslan Durmuş, “Danışmanlık Sözleşmesi”, s.92.

²⁷⁸ bkz. s.96.

²⁷⁹ Arslan Durmuş, “Danışmanlık Sözleşmesi”, s.93.

iii. Eser Sözleşmesi

Danışmanlık sözleşmesinin konusu bir sonuç elde etmekse, danışmanın bir sonuç taahhüdü varsa sözleşmenin eser sözleşmesi niteliği kazanması hususu gündeme gelecektir²⁸⁰.

Uygulamada diyetisyenlerin danışanlarıyla akdettikleri yazılı sözleşmelerde sözleşmenin konusunun diyetisyenin, danışana uzman olduğu alanlarda görüş, fikir ve tavsiye sunma, danışmanlık hizmeti vermek olduğu görülmektedir. Ayrıca sözleşmelerde, diyetisyenin mesleki mevzuat gereğince vermeye yetkili olduğu danışma hizmetini aşan tavsiye ve önerilerden kaçınacağı da düzenlenmektedir. Diyetisyenin fikir, tavsiye ve danışmanlık hizmeti vermesi halinde, bir sonucu meydana getirmeyi taahhüt edemeyeceği, akdedilen sözleşmenin ise eser sözleşmesi olarak nitelendirilemeyeceği kanaatinde olmakla birlikte somut durumun şartlarının da inceleme konusu yapılması gerekmektedir.

Günümüzde sporcu diyetisyenliği kavramı popülaritesini giderek arttırmaktadır. Kavram popülerleşmekle birlikte, koruyucu amaçlı sağlık hizmeti için diyetisyene başvuran sporcular açısından sonuç taahhüdünün mevcut olup olmadığı ise tez çalışmamızda tartışılmaya muhtaç bir konu haline gelmiştir. Diyetisyene başvuran sporcu danışan, beslenme programı ile yağ/kas/boy dengesinin, kas ağırlıklarının belirli bir seviyede tutulmasının sağlanması ve hedeflenen vücut kitle indeksinin yakalanmasını vb. amaçlarla diyetisyen yardımı almaktadır. Diyetisyen; kendi belirlemiş olduğu beslenme programına danışan tarafından eksiksiz riayet edildiği takdirde yağ/kas/boy dengesinin belirli bir seviyede tutulacağını, kas ağırlıklarının belirli bir seviyede olmasının sağlanacağını ve hedeflenen vücut kitle indeksinin yakalanacağına ilişkin sonuç taahhüdünde bulunuyor ise taraflar arasında kurulan sözleşme eser sözleşmesi olarak nitelendirilebilecektir. Bu halde tabi ki sporcunun tüm metabolik faaliyetlerinin olması gerektiği seviyede seyrettiği ve tüm diğer değerlerinin olması gereken seviyelerde olduğu varsayılmaktadır. Diyetisyenin danışmanından talep ettiği bazı test sonuçlarıyla bu verileri varsayımın ötesine

²⁸⁰ Arslan Durmuş, “Danışmanlık Sözleşmesi”, s.92.

taşıyabilecek olduğu da aşıkardır. Bu nedenle, diyetisyen danışmanın hekim tarafından öncesinde muayene edilmesini, gerekli tetkiklerinin yapılmasını talep etmelidir. Hekim tarafından danışanın herhangi bir metabolik hastalığı olmadığı tespit edildikten sonra danışanın beslenme programı hazırlanmalıdır. Bu durumda da beslenme programının hazırlanması ve beslenme konusunda verilen danışmanlık hizmetinin sonuç taahhüdü içermesi nedeniyle diyetisyen ve danışanı arasında kurulan sözleşme eser sözleşmesi olarak nitelendirilebilecektir.

Tarafımızca hekim yönlendirmeli danışmanlık sözleşmesi olarak nitelendirdiğimiz sözleşme türünde ise bazı durumlarda sözleşmenin eser sözleşmesi olarak nitelendirilebileceğini bir örnekle açıklamak isteriz. Uzman Endokrinoloji hekimi takibi altındaki diabetes mellitus hastası; kandaki glukoz oranının normal seviyede seyretmesinin sağlanması amacıyla bir diyetisyene başvuruyorsa, diyetisyenin hazırlayacağı beslenme programı ve hastaya vereceği doğru beslenme eğitimi ile kandaki şeker oranının makul seviyelerde tutulması gibi bir sonuç taahhüdünü beraberinde getiriyorsa, sözleşmenin eser sözleşmesi olarak nitelendirilebileceğini düşünmekteyiz. Bu örneğimizde, hastanın diğer tüm metabolik faaliyetlerinin normal seviyelerde seyrettiği ve diyetisyen tarafından uygulanan beslenme programıyla hedefine ulaşp bir sonuç meydana gelebileceği durum ifade edilmiştir.

iv. İsimsiz Sözleşmeler

Kanun tarafından düzenlenmeyen sözleşmelerin kanun tarafında düzenlenmeyen ya da isimsiz sözleşmeler olarak adlandırıldığını ve sui generis (kendine özgü bir yapısı olan sözleşme), karma sözleşmeler ve birleşik sözleşmeler olarak 3' e ayrıldığını çalışmamız kapsamında daha önce ayrıntılı olarak inceleme konusu yapılmıştır.

Bağımsız çalışan diyetisyenin akdetmiş olduğu sözleşme vekalet ve eser sözleşmesi olarak nitelendirilemiyorsa karma sözleşmelerin bir çeşidi olan kombine

sözleşme niteliğini haiz olduğu savunulabilir²⁸¹. Kombine sözleşmelerde, taraflardan biri tek bir, örneğin ücret ödeme, edim yükümlülüğü altındayken, diğer taraf (diyetisyen) birden fazla sözleşme türüne ait (vekalet ve eser sözleşmesi) edimleri yerine getirme yükümlülüğü altındadır²⁸².

Bağımsız çalışan diyetisyenlerin hasta ve danışanlarıyla genel olarak online görüşmeler gerçekleştirdiklerine hepimiz tanık oluyoruz. Bağımsız çalışan diyetisyen ile danışanı ya da hastası arasında kurulan hukuki ilişkinin sözleşmesel ilişki olduğu ve kurulan sözleşmenin içerdiği edimlere göre vekalet, eser veya isimsiz sözleşme olarak nitelendirilebileceğini yukarıda ayrıntılı olarak izah etmiş bulunmaktayız. Somut duruma göre bağımsız çalışan diyetisyen ile hasta ve danışanları arasında kurulacak sözleşme mesafeli olarak kurulmaya uygundur. Şöyle ki; taraflar uzaktan iletişim araçlarını kullanarak, mal ve hizmet sunulması için oluşturulan sistem çerçevesinde, fiziksel olarak yan yana gelmeksizin, ücret karşılığında aralarındaki sözleşmeyi mesafeli olarak akdedebilmektedirler. Aralarındaki sözleşmenin mesafeli olarak kurulması hastanın da TKHK hükümlerine göre koruma altında olmasına imkân sağlamaktadır. Mesafeli olarak sözleşme kurulduktan sonra taraflar ifa aşamasına geçmekte olup, ifa aşamasında USHSY'ın uzaktan sağlık hizmeti sunan veya sunumda rol oynayan sağlık meslek mensuplarının tamamını kapsadığından diyetisyenler de ancak yönetmelikte çizilen çerçeve kapsamında uzaktan sağlık hizmeti verebilecektir. Bu nedenle diyetisyenlerin hasta ve danışanlarıyla online olarak görüşme yaparken USBS kullanması gerekmektedir. Fakat uygulamada diyetisyenler görüşmelerini WhatsApp Messenger uygulaması aracılığıyla ve uzaktan sağlık hizmeti sunulmasına ilişkin olarak Bakanlıktan izin alınmadan gerçekleştirmektedir. WhatsApp Messenger uygulaması, Bakanlıkça uzaktan sağlık sunumu için üretilen veya onaylanan güvenli yazılımlar arasında değildir. Fakat taraflar arasında Whatsapp Messenger uygulaması kullanılarak mesafeli sözleşme kurulabilir. Bakanlıktan izin alınmadan uzaktan sağlık hizmeti verilmesinin tespit edilmesi halinde sağlık kuruluşunun uzaktan sağlık hizmeti faaliyeti USHSK Ek-2 maddesine göre derhal durdurulacaktır.

²⁸¹ Arslan Durmuş, “Danışmanlık Sözleşmesi”, s.96; Yavuz, Acar ve Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler*, s. 14.

²⁸² Arslan Durmuş, “Danışmanlık Sözleşmesi”, s.96.

2.Özel Hastanede Çalışan Diyetisyenle Hasta/Danışan Arasında Akdedilen Sözleşmenin Hukuki Niteliği

Hasta/danışan ile özel hastane arasında sözleşme kurulmakla birlikte diyetisyen ve hasta/danışan arasında sözleşmesel ilişkisi kurulduğu söylenemeyecektir. Tez çalışmamızda özel hastanelerde çalışan hekimlerle hasta arasında sözleşmesel ilişki kurulmadığı, asıl sözleşmesel ilişkinin özel hastane ve hasta arasında kurulduğunu ifade etmiştik. Özel hastanelerde çalışan diyetisyenle hasta veya danışan arasında kurulan sözleşmesel ilişkinin de aynı özel hastanede çalışan hekim ile hasta arasındaki ilişkiye benzemektedir. Özel hastanede çalışan diyetisyen, hastane yönetimi ile iş sözleşmesi akdetmektedir. Hastane yönetimi ile akdedilen işbu sözleşme özel hukuk sözleşmesi olmakla birlikte her iki tarafa borç yükleyen, devamlılık arz eden, bağlılık unsuru içeren bir sözleşmedir. Diyetisyen, hastane işleticisinin ifa yardımcısıdır. Diyetisyen ile hastane işleticisi arasında adam çalıştıran ilişkisi mevcuttur. Vekaleten iş gören diyetisyenin, kusurundan hastane işleticisi sorumludur. Aralarında adam çalıştıran ilişkisi mevcut olduğundan TBK 66'ncı maddesi uygulama alanı bulacak ve hastane işleticisi, hemşireyi seçerken, görevi ile ilgili talimat verirken, gözetimi ve denetimi altındayken gerekli özeni göstermezse, diyetisyenin kusurlu davranışından sorumlu olacaktır²⁸³.

Özel hastanelerin internet sitelerine girildiği zaman diyetisyenler için randevu alınması için yönlendirilen sayfada hem online görüşme hem de fiziken yüz yüze görüşme için ayrı randevu butonlarının mevcuttur. Hasta veya danışan, diyetisyen ile istediği görüşme şeklini kendisi tayin edebilmektedir. Taraflar sözleşmenin akdedilmesi sırasında uzaktan iletişim araçlarını kullanmakta, hizmetin sunumu için oluşturulmuş sistem aracılığıyla iletişim kurmaktadır. Diyetisyen tarafından verilecek hizmet karşılığında ise hasta/danışanın ücret ödeme borcu gündeme gelecektir. Açıkça görüldüğü üzere; özel hastanede çalışan diyetisyenden alınan hizmet karşılığında özel hastane işleticisi ile hasta/danışan arasında kurulan sözleşme mesafeli olarak kurulabilecektir. Hasta veya danışanın diyetisyenden talep ettiği hizmet içeriğine yani diyetisyenin borçlandığı edime göre taraflar arasındaki sözleşme nitelendirilebilecek olup taraflar arasındaki sözleşme mesafeli olarak kurulmasında hiçbir engel

²⁸³ Sindel, Özen Yükümlülüğü, s.30.

bulunmadığı gibi, ifasının da online olarak gerçekleştirilmesinde hiçbir engel bulunmamaktadır. Sözleşmenin ifası ise USHSHY kapsamında yapılmalıdır.

D. ECZACILAR İLE HASTA ARASINDA AKDEDİLEN SÖZLEŞMENİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Çalışmamızda bağımsız çalışmakta olan eczacılarla hastalar arasında kurulan sözleşmenin hukuki niteliği inceleme konusu yapılacaktır. Bunun nedeni hastanın eczacıyı görebildiği, konuşabildiği, tıbbi destek ve danışmanlık hizmeti alabildiği yerin büyük çoğunlukla bağımsız çalışan eczacıların eczanelerinin olmasıdır. Özellikle Covid-19 salgını döneminde, hastaların hastane ve kliniklere erişiminin kısıtlı olduğu göz önüne alındığında, her bireyin mahallesinde bulunan eczacısına fiziksel olarak ya da online kanallarla eriştiği ve eczacısından ilk basamak tıbbi danışmanlık hizmeti aldığı yadsınamaz bir gerçektir. Eczacılar, hekim tarafından hastaya reçete edilen ilaçları satan, hazırlayan ve ilaçlarının kullanımı hakkında hastaya bilgi vermekle sorumlu olan, ilaçların tüketici sıfatını haiz hastaya ulaşmasında inhisar niteliğe sahip statüdedir²⁸⁴.

Eczacılar bağımsız olarak kendi eczanelerinde çalışabilecekleri gibi, ilaç firmaları, ilaç depoları, kozmetik firmaları, Adli Tıp, klinik araştırma hizmeti veren laboratuvarlarda çalışmaktadır.

Özellikle çalışmamızın ana konusunu online görüşmeler sırasında hasta ile sağlık çalışanı arasında kurulan sözleşmeler oluşturduğundan, online görüşmenin ise bağımsız çalışan eczacı ile hasta arasında vücut bulması ihtimali yüksek olduğundan yalnızca bağımsız çalışan eczacılar ile hastalar arasında kurulan sözleşmenin hukuki nitelendirmesi ve mesafeli olarak kurulup kurulamayacağına ilişkin inceleme yapılacaktır.

²⁸⁴ Burcu G. Özcan Büyüktanır ve Dila Okyar Karaosmanoğlu, “Eczacının 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Ayıplı İfadan Sorumluluğu”, *Ankara Barosu Dergisi*, (2016), S.4, s. 213.

YHGK kararlarıyla²⁸⁵ da sabit olduğu üzere eczanelerin ticari işletme, eczacıların ise tacir olarak kabul edildiğı sabittir. Yargıtay uygulamasında, eczacılar Türk Ticaret Kanunu'nun (T.T.K) 14/1. maddesi uyarınca tacir sayılmaktadır. Bu bağlamda, T.T.K.'nın 20. maddesinin 2. fıkrası uyarınca eczacılar faaliyetlerini yürütürken basiretli tacir olarak hareket etmelidir.

Eczacılar, TKHK madde 3/1-i bendi gereğince aynı zamanda satıcı sıfatına sahiptir. Eczanelerin kâr amacı güderek hareket etmesi ise verilen hizmetin kamu hizmeti olmasına engel olmayacaktır. Ticari, mesleki amacı olmayan hasta, eczacıyla arasındaki ilişkide tüketici sıfatını haizdir. Eczacının satıcı, hastanın ise TKHK m. 3/1-k bendi uyarınca tüketici olması halinde aralarındaki işlemin tüketici işlemi olacağı hususunda bir tartışma mevcut değildir. İşbu nedenle, eczacıdan ilaç, reçetesiz herhangi mal satın alan kişiyle eczacı arasındaki ilişkinin tüketici işlemi olarak nitelendirilmesi mümkün olmakla birlikte, aralarındaki ilişkide TKHK hükümlerinin uygulanması gerekir. TKHK'da hüküm bulunmayan hallerde ise TBK genel hükümleri uygulama alanı bulacaktır²⁸⁶.

YHGK'nun 2005/13-265E., 2005/300K. ve 04/05/2005 tarihli kararında da eczaneden ürün satın alan kişinin yani hastanın tüketici olduğuna ve eczacı ile hasta arasında ortaya çıkan uyuşmazlığın çözümünde görevli mahkemenin tüketici mahkemelerinin olduğuna ilişkin hüküm tesis edilmiştir.

Eczacı ile hasta arasında kurulan hukuki ilişkinin niteliğini belirleyebilmek için öncelikle irdelenmesi gereken hususlar vardır. Hukuki ilişkinin niteliğinin belirlenebilmesi için eczacının ilacı reçeteli ya da reçetesiz olarak satması, eczacının ilaç dışı ürünü satması veya eczacının eczanede ilacı kendi hazırlıyor olması önem arz etmektedir. Bunun yanında tüketici yani hastanın bir ilaç ya da ilaç olmayan, sayılmayan ürünü direkt olarak ismini kendi söyleyerek alması ile ürün hakkında eczacıdan tavsiye isteyerek satın alması halleri de hukuki ilişkinin niteliğini belirlemek

²⁸⁵ YHGK'nun 2003/13E., 2003/599K. ve 15.10.2003 tarihli kararı, Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin, 2015/5655E., 2015/13795K. ve 2.11.2015 tarihli kararı, Yargıtay 11.Hukuk Dairesi'nin 2014/17508E., 2015/2563K. ve 25.2.2015 tarihli kararı, Yargıtay 13.Hukuk Dairesi'nin 2011/9412E., 2011/15956K. ve 03.11.2011 tarihli kararı.

²⁸⁶ Doğar, "6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Eczacıların Yardımcı Kişilerin Eylemlerinden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları", s.3264.

açısından önemlidir. Eczacı ile hasta arasında kurulan sözleşmenin satış sözleşmesi, vekalet sözleşmesi, eser sözleşmesi ve isimsiz sözleşme olarak nitelendirilebilecektir. Çalışmanın devamında ise online eczacı ile hasta arasında kurulan sözleşmenin mesafeli olarak kurulup kurulamayacağı ve niteliğine ilişkin ayrıntılı inceleme yapılacaktır.

i. Satış Sözleşmesi

Eczaneden veya eczacıdan ilaç ya da gıda takviyesi, vitamin gibi ilaç haricinde bir ürün satın alan hasta (tüketici) arasında kurulan hukuki ilişkinin esasen satış sözleşmesi olarak nitelendirilmesi mümkündür²⁸⁷.

Satıcının satılan ürünün mülkiyetini ve fiziki olarak devrini sağlaması karşılığında alıcının da bir bedel ödeme yükümlülüğü altına girdiği sözleşmeler satış sözleşmesi olarak adlandırılmaktadır. Satış sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen, satılanın teslimi tek bir seferde gerçekleştiğinden ani edimli, tarafların iradelerinin uyuştugu, borçlandırıcı bir sözleşmedir²⁸⁸.

Eczaneye başvuran hastanın reçete edilmiş bir ilacı eczacıdan satın aldığı durumlarda, eczacı ürünün zilyetlik ve mülkiyetini hastaya devrederken, hasta da eczacıya ilaç bedeli ödemektedir. İşbu nedenle taraflar arasındaki sözleşmenin satış sözleşmesi olarak nitelendirilebilecektir.

Hastanın reçete edilmiş ilaç dışında eczaneden “ismini kendi belirterek” ilaç ve ilaç dışı ürün satın aldığı ihtimallerin de değerlendirilerek, taraflar arasında kurulan sözleşmenin niteliğini belirlememiz gerekmektedir. Örneğin, hasta eczacıya başvurarak kendisine reçete edilmemiş bir ağrı kesicinin ismini belirterek satın alma iradesini ortaya koyabilir. Bu durumda talep edilen ilacı hastaya satma iradesini ortaya koyan eczacı ile hasta arasında kurulan sözleşme satış sözleşmesinin unsurlarını taşıyacak olup taraflar arasında kurulan sözleşme satış sözleşmesi olarak nitelendirilebilecektir. Başka bir örnek vermemiz gerekirse, eczaneye başvuran hasta ilaç dışı bir ürünün örneğin gıda takviyesinin ismini belirterek satın alma iradesini

²⁸⁷ Özcan Büyüktanır ve Okyar Karaosmanoğlu, *Eczacının Ayıplı İfadan Sorumluluğu*, s.222.

²⁸⁸ Ömer ERGÜN, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Ders Notları* (Ankara: Seçkin Hukuk, Mayıs 2018), s 44; Akkurt, Erdoğan ve Tokat, *Borçlar Hukuku*, s.410.

ortaya koyabilir. Bu halde eczacı belirtilen ilaç dışı ürünü hastaya satma iradesini ortaya koyduğu halde taraflar arasında kurulan sözleşmenin de satış sözleşmesinin unsurlarını taşıdığı ve satış sözleşmesi olarak nitelendirilebileceği sabittir.

Tez çalışmamız açısından önem arz eden husus ise, eczacı ile hasta arasında satış sözleşmesinin mesafeli olarak kurulup kurulamayacağı ile ifanın online olarak yapılıp yapılamayacağıdır. Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun'un 24.maddesiyle internet veya başka bir elektronik ortamda ilaç satışının yapılması yasaklanmıştır. Elektronik ortam, sadece bilgisayar ağlarını değil, telefon, fax, elektronik olarak veri değişimi kavramlarını ifade etmektedir²⁸⁹. Bu nedenle elektronik ortam kavramı içine eczacıların hastalarla internet aracılığıyla iletişime geçtiği Whatsapp, e-mail, telefon vb. tüm iletişim araçları girmektedir. Ayrıca ilgili düzenlemede, eczacıların kendi adlarına ve eczaneleri adına internet sitesi açmaları da yasaklanmıştır. İşbu açıklanan nedenlerle; eczacıların internet sitesi açarak veya herhangi bir elektronik ortamda hastalara ulaşması ve hasta ile arasında mesafeli olarak satış sözleşmesi kurabilmesi yasal mevzuat gereğince hukuken mümkün değildir.

Eczacıların internet sitesi açarak veya herhangi bir elektronik ortamda hastalara ulaşmasının yasak olduğu ve hasta ile arasında mesafeli olarak ilaç satış sözleşmesi akdedemeyeceği ortadadır. Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun'un 24.maddesi lafzına göre, eczacılar tarafından ilaç dışı ürünlerin satışının internet veya elektronik ortamda yapılabileceğine ilişkin yorum yapabilecek olsak da eczacıların eczaneleri ve kendi adlarına internet sitesi açmaları da yasal olmadığından ilaç dışı ürünlerin de internet sitesi yoluyla eczacılar tarafından satılamayacağı ve eczacı ile hasta arasında mesafeli olarak bir satış sözleşmesi kurulabilmesinin yasal mevzuat gereğince hukuken mümkün olmadığı ortadadır. Fakat uygulamada hastaların eczacılara telefon ya da whatsapp yoluyla ulaşarak ilaç siparişi verdiği, teslimatın ise bazı durumlarda hastanın evine yapıldığı bilinmektedir. Sözleşme taraflar arasında bu durumda mesafeli olarak kurulmakta olup, aksi kabulün tüketici olan hastanın TKHK kapsamında korunmasına mâni olacağı görüşündeyiz.

²⁸⁹ Akkurt, *Elektronik Ortamda Hizmet Sunumu ve Buna İlişkin Sözleşmelerin Hukuki Özellikleri*, s.26.

ii. Eser Sözleşmesi

Eczanelerin, “majistral ilaç” olarak tanımlanan hekimler tarafından reçete edilen ilaçların hazırlanıp satıldığı yerler olduğu, eczacıların ise ilaçları hazırlayan sağlık çalışanı olduğundan bahsetmiştik. Her ne kadar günümüzde eczanelerde eczacılar tarafından ilaç hazırlanması uygulaması popüler olmamakla birlikte, geçmişte eczacıların ilaç hazırlama faaliyetini aktif olarak yerine getirdiği bilinmektedir.

Doktrinde eczacının ilacı eczanede hazırlaması durumunda, eczacı ile hasta arasındaki sözleşmenin eser sözleşmesi niteliğini haiz olduğu savunulmaktadır.²⁹⁰. Eczacı hekim tarafından reçete edilmiş bir ilacı kendisi yaptığı zaman hastaya bir sonuç taahhüdünde bulunmaktadır. Sonuç taahhüdünden kastettiğimiz, reçete edilen ilacın reçeteye uygun olarak hazırlanmasıdır. Bu durumda hasta açısından bir sonuç taahhüdünde bulunulduğu için taraflar arasında eser sözleşmesinin kurulduğu söylenebilir.

Hastasına hekim tarafından reçete edilen ilacı reçetesine birebir uygun olarak hazırlayan eczacı ile hasta arasında kurulan eser sözleşmesinin, eczacının herhangi bir elektronik ortamı kullanarak hastasına ulaşması mümkün olmadığından yukarıda ayrıntılı olarak izah ettiğimiz nedenlerle, yine mesafeli olarak kurulmasının hukuken mümkün olmadığı ve fakat uygulamada sözleşmenin hastanın TKHK kapsamında koruma altına alınabilmesi için mesafeli olarak kurulabildiği görüşündeyiz.

iii. İsimli Sözleşme

Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Yönetmeliğin 7. maddesine göre, eczacılar yalnızca reçeteye zorunluluğu bulunmayan ilaçları ve sağlık ürünlerini önerebilmektedir. Bu nedenle, eczacılar kendilerine ilaç veya sağlıkla ilgili ilaç dışı ürün önerilmesini talep eden hastalara; yakınmalarının hafifletilmesi veya tamamen ortadan kaldırılması için yalnızca reçete gerektirmeyen ilaç ve sağlığa ilişkin ürünler önerilebilecektir.

²⁹⁰ Yahya Deryal, “Eczanelerde Satılan İlaç ve İlaç Dışı Ürünlerin Ayıplı Olmasından Kaynaklanan Tüketici Hakları”, *Zirve Üniversitesi Sağlık Hukuku ve Politikası Dergisi*, S.1, (2014), s.111.

Hastanın eczacının önermesiyle ilaç veya sağlıkla ilgili ilaç dışı bir ürün satın aldığı halde taraflar arasındaki sözleşmesinin yalnızca satış sözleşmesinin unsurlarını taşımadığı, vekalet sözleşmesinin unsurlarını da taşımaktadır.

Kanun tarafından düzenlenmeyen sözleşmelerin isimsiz sözleşmeler olarak adlandırıldığını ve sui generis (kendine özgü yapısı olan sözleşme), karma sözleşmeler ve birleşik sözleşmeler olarak 3' e ayrıldığını inceleme konusu yapmıştık. Eczacının önerisiyle reçete gerektirmeyen ilaç veya sağlıkla ilgili ürün satın alan hasta ile eczacı arasında vekalet ve satış sözleşmesinin unsurlarını bir arada bulunduran karma sözleşmelerin bir alt türü olan kombine nitelikte bir isimsiz sözleşmenin varlığından söz edilebilecektir. Kombine sözleşmelerde taraflardan biri çeşitli tiplere özgü birden fazla edimde bulunma, diğeri ise tek bir edimi yerine getirme, genellikle ücret ödeme borcu altına girmektedir. Eczacı hem vekalet hem de satış sözleşmesinden kaynaklı edimleri yerine getirme borcu altına girmişken, hasta yalnızca ücret ödeme borcu altına girmektedir.

Eczacılar tarafından internet üzerinden veya başkaca elektronik ortamlarda ilaç satışı yapılması yasak olmakla birlikte, eczacıların kendileri ve eczaneleri adına internet sitesi açmaları da yasak olduğundan, hasta ile eczacı arasında uzaktan iletişim aracı olan telefon, e-mail vb. iletişim araçları kullanılarak mesafeli sözleşme kurulması hukuken mümkün değildir şeklinde bir yorumun TKHK kapsamında tüketici olan hastanın korumadan yararlanmasının önüne geçeceği görüşünderiz.

iv. Danışmanlık Sözleşmesi

Yapılan araştırmalara göre, eczacıların %87,9'u kendisine başvuran hastalara danışmanlık hizmeti sunmaktadır²⁹¹.

Hastalar eczacılara ilaç kullanımı dışında, bazı basit nitelikli sağlık sorunlarını çözüme ulaştırmak için başvurabilecekleri gibi, laboratuvar test sonuçlarının

²⁹¹ Emel Aşkın, "Ankara İl Merkezindeki Serbest Eczane Eczacılarının Eczacı-Hasta İletişimine Yaklaşımları Üzerine Bir Çalışma", (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2007) s.85,149.

yorumlanması, mevcut rahatsızlıklarıyla ilgili olarak bir hekim tavsiyesinde bulunulması, tansiyon ve kan şekeri takiplerinin yapılması vb. nitelikte sağlıkla ilgili konularda danışmanlık hizmeti almak için başvurmaktadır. Eczacıların ise kendisine başvuran hastalara belirtilen konularda yardımcı olma durumu olmadığı takdirde bir danışma mekanizması olarak yetkili kurum, kuruluş ve kişilere yönlendirme yaptığı yapılan araştırmalar neticesinde saptanmıştır²⁹².

Danışmanlık sözleşmesi iş görme sözleşmelerinden olup, danışmanlık sözleşmesiyle danışmanın, danışanına herhangi bir konu hakkında bilgi hizmeti vermeyi üstlendiği inceleme konusu yapılmaktadır. Danışmanlık sözleşmesi; danışmanın sözleşmeyle danışanına belirli bir konuda tavsiyede bulunmayı ya da bilgi vermeyi asli edimi olarak yüklediği adi vekalet sözleşmesi niteliğinde bir sözleşme olarak tanımlanmaktadır²⁹³.

Eczacıya laboratuvar test sonuçlarının yorumlanması, mevcut rahatsızlıklarıyla ilgili olarak bir hekim tavsiyesinde bulunulması, tansiyon ve kan şekeri takiplerinin yapılması için başvuran hasta yönünden eczacı ile hasta arasında kurulan sözleşmenin danışmanlık sözleşmesi olarak nitelendirebilecektir. Şöyle ki; danışmanlık sözleşmesinde danışmana karşı güven unsuru ön plandadır. Eczacının hasta açısından ulaşılabilir ve hastanın gözünde güvenilir konumda olması nedeniyle hasta ile eczacı arasındaki ilişkide güven unsurunun ön planda olduğu söylenebilecektir. Danışman, danışmanlık sözleşmesine konu iş görme edimini özenle ve sadakatle yerine getirmektedir ve fakat vekalet sözleşmesinde olduğu gibi danışana karşı sonuç taahhüdünde bulunulmamaktadır. Eczacı ile hasta arasında kurulan sözleşmede de eczacının hastaya yönlendirme yaparken dikkatli ve özenli davranma yükümlülüğü varken, örneğin hastanın yakınmalarıyla ilgili bir hekime yönlendirilmesi halinde eczacının kesin bir sonuç taahhüdü bulunmamaktadır. Eczacı ile hasta arasında kurulan bu ilişkide sonucun mutlak olarak elde edilmesi taahhüdü bulunmadığından, eczacının yönlendirmeyi yaparken özenle ve sadakatle çalışma borcu bulunduğundan eczacı ile hasta arasında kurulan ve tarafımızca danışmanlık sözleşmesi olarak

²⁹² Selen Yeğenoğlu ve Gülbin Çelikay, “*Counselling of pharmacists to community on issues other than drug purchasing and drug related information: A survey in Ankara*”, Turkish Journal of Pharmaceutical Sciences 2, no.2, 2005, s.83-91.

²⁹³ Gümüş, *Türk-İsviçre Hukukunda Vekilin Özen Borcu*, s.240.

nitelendirilebileceği savunulan işbu sözleşmenin esas itibariyle vekâlet sözleşmesinin özelliklerini taşıdığı söylenebilecektir.

Eczacı ile hasta arasındaki hukuki ilişki incelendiğinde, uygulamada eczacının hastaya online olarak danışmanlık hizmeti vermediğı görölmektedir. Tez çalışmamızın konusunu mesafeli olarak sözleşme kurulduktan sonra ifa aşamasında da ifanın geleneksel değıl online yöntemlerle yapıldığı durumlar oluşturmaktadır. Bu sebeple, eczacı ile hasta arasında kurulan danışmanlık sözleşmesinin mesafeli olarak kurulmasına ilişkin inceleme çalışmamız kapsamında yapılmamıştır.

SONUÇ

Sonuç olarak, tüm dünyayı uzunca bir süre etkisi altına alan Covid-19 virüsünün yaşattığı endişe ortamı, bireylerin kalabalık ortamlardan ve en önemlisi sağlık çalışanlarının bulunduğu hastane ortamlarından uzak olma istekleri sağlık çalışanları ile hasta ve danışanların fiziken bir araya gelmeden online olarak görüşme yapabilmelerinin önünü açmıştır. Gelineen noktada tüm sağlık çalışanları ile hasta ve danışanlar arasında online olarak sağlık hizmetinin sunumu çerçevesinde görüşmelerin çoğunluğu online olarak yapılmaktadır.

Online görüşmelerin tarafı başta hekimler olmak üzere diyetisyenler olup, hemşireler ve eczacılar hasta ve danışanlar ile online görüşme gerçekleştirememektedir. Taraflar sağlık hizmetinin sunumu için karşılıklı olarak anlaşmaktadır. Online görüşme ile sözleşmenin ifası aşamasına geçilmeden önce, çalışmamızda taraflar arasında kurulan sözleşmenin kuruluş yöntemi incelenmiştir. Sağlık çalışanı ile hasta/danışan arasında fiziki olarak yüz yüze gelmeden, uzaktan iletişim araçlarının kullanılması suretiyle, uzaktan mal ve hizmet pazarlanmasına ilişkin olarak oluşturulmuş sistem çerçevesinde, ücret karşılığında kurulan sözleşmeler mesafeli olarak kurulan sözleşmelerdir. Mesafeli sözleşmelerin bir tarafı tüketici olan hasta, diğler tarafı ise hizmet sağlayıcısı olan sağlık çalışanıdır. Taraflar arasında kurulan sözleşmenin mesafeli olarak kurulması dolayısıyla tüketici olan hastaya kanun koyucunun cayma hakkı inceleme konusu yapılmış, keza mesafeli sözleşmelerdeki ön bilgilendirme yükümlülüğü ve kapsamına da tez çalışmamızda yer verilmiştir. Mesafeli olarak kurulan sözleşmelerde kanun koyucunun tüketiciye tanıdığı seçimlik

haklara yer verilmiş olup, seçimlik hakların kullanımının nasıl olacağı ve sonuçlarının neler olabileceği doktrindeki çeşitli görüşlerle incelenmiştir.

Çalışmamız kapsamında mesafeli sözleşmelere ilişkin açıklamalarımızdan sonra, tez çalışmamız kapsamında sözleşmenin tarafları yasal mevzuat çerçevesinde tanımlanmıştır. Amacımız konunun daha anlaşılabilir olmasını sağlanmaya çalışmaktır ki, çalışma sırasında tanık olduğumuz üzere tüketici sıfatına sahip hasta ve danışan dahi sağlık çalışanı kavramının kimleri içine aldığına tam olarak genel hatlarıyla hâkim değildir. Hasta kavramı ele alınmış olup, özellikle diyetisyenler tarafından sıklıkla kullanılan danışan kavramıyla ilişkisi inceleme konusu yapılmıştır. Sonuç olarak ise danışanın da hasta kavramı içerisinde vücut bulabileceği ve diyetisyenler tarafından da kendilerine başvuran bireylerin hasta olarak tanımlanabileceği kanaatine varılmıştır.

Taraflar arasında sağlık hizmetinin sunumu için online görüşmeler yapılacağından, yasal mevzuatımızda Covid-19 öncesi uzaktan sağlık hizmetinin sunumuna ilişkin olarak mevcut olan idari düzenlemelerin tıbbi hizmetin niteliği veya yeriyle sınırlı tutulduğu, Covid-19 virüsünün tüm dünyayı etkisi altına almasının ardından ise, sağlık çalışanları ile hasta ve danışanlar arasındaki online görüşmelerin yasal çerçevesinin çizilmesi için USHSHY yürürlüğe girdiği belirtilmekle birlikte yönetmelikteki düzenlemeler incelenmiştir. Online olarak verilecek sağlık hizmetinin hukuka uygun nitelikte olabilmesi için uzaktan verilecek sağlık hizmetinin niteliği, içeriği, nasıl verileceği ve sağlık çalışanının yükümlülüklerine ilişkin açıklamalar yapılmıştır.

Tez çalışmamızda öncelikle sağlık çalışanları ile hasta ve danışanlar arasında kurulan sözleşmenin mesafeli sözleşmelerin unsurları değerlendirilerek mesafeli olarak kurulup kurulamayacağı ve sözleşmenin ifasının online olarak gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceği her bir sağlık çalışanı açısından incelenmiştir. İfanın online olarak gerçekleşmesinin mümkün olmadığı durumlar konumuz ile bağlantılı olmadığı için incelenmemiştir.

Uzaktan sağlık hizmetinin sunumu çerçevesinde aktif olarak rol oynayan ilk sağlık çalışanı olan hekimin bağımsız çalışması ve özel hastanede çalışması durumuna

göre sözleşmenin hukuki niteliği incelenmiştir. Taraflar arasında mesafeli olarak sağlık hizmetinin sunulmasına ilişkin sözleşme akdedilebilecek olup, bağımsız çalışan hekim ile hasta arasında online görüşme neticesinde kurulan sözleşme mesafeli olarak vekalet ve su generis sözleşme olarak kurulabilmektedir. Eser sözleşmesinin ise mesafeli olarak kurulması mümkün olup, ifası için tarafların geleneksel yöntemlere başvurması gerektiğinden, online olarak ifa yapılamadığından tez konumuz kapsamında incelenmemiştir. Özel hastanenin internet sitesi üzerinden muayene olmak isteyen hasta sözleşmeyi mesafeli olarak (mesafeli sözleşmenin unsurlarını taşıyarak) kurabilmekte, özel hastanede çalışan hekimden online olarak hizmet alabilmektedir. Hastanın ayakta tedavi edildiği durumda kurulan sözleşmenin içerdiği edimlere göre vekalet sözleşmesi, hastanın yatırılarak tedavi edildiği halde ise taraflar arasındaki ilişkinin hastaneye kabul sözleşmesi olarak adlandırıldığını ifade edilmiştir. Hastaneye kabul sözleşmesinin konusu hastanın hastaneye yatırılarak tedavisi olduğundan, taraflar arasındaki sözleşme mesafeli olarak kurulsada dahi ifa online olarak gerçekleştirilemeyeceğinden çalışmamız kapsamında incelenmemiştir.

Bağımsız çalışan hemşirenin ev hemşiresi olarak çalışması durumu ile hastanın enjeksiyon vb. tıbbi tedavi hizmeti alması için hemşireyle anlaşması durumunda hasta ile bağımsız çalışan hemşire arasında mesafeli olarak sözleşme kurulabileceği bir an düşünülse dahi kurulan sözleşmenin niteliği, bağımsız çalışan hemşirenin hastaya online olarak tıbbi sağlık hizmeti vermesinin, ifanın online olarak yapılmasının işin niteliğine uygun olmaması sebebiyle tez çalışmamızda inceleme konusu yapılmamıştır. Çalışmamızda yer verdiğimiz Covid 19 salgın döneminde diyabet hemşireleri ile mesafeli olarak sözleşme kurulabileceği ve diyabet hemşirelerinin insülin iğnesi yapılması vs. hususlarda online olarak hizmet verebilmesi nedeniyle taraflar arasında kurulan mesafeli sözleşmenin danışmanlık sözleşmesi olarak nitelendirilebileceğini ilişkin tespit yapılmıştır. Fakat uygulamada taraflar arasındaki görüşme USBS üzerinden yapılmadığından ve uzaktan sağlık hizmetinin sunulmasına ilişkin olarak Bakanlıktan alınan bir izin olmadığından hukuka uygun bir uzaktan sağlık danışmanlık sözleşmesinin mevcudiyetinden bahsedilemeyeceği belirtilmiştir.

Diyetisyenler açısından ise online sağlık hizmeti sunumu sırasında bağımsız çalışan diyetisyen ve hasta ile danışanlar arasında kurulan sözleşmenin mesafeli olarak kurulabileceği; somut duruma göre vekalet, eser, danışmanlık ve isimsiz sözleşme

olarak adlandırılabileceği belirtilmiştir. Özel hastanede çalışan diyetisyenler ile hastalar arasında doğrudan sözleşme ilişkisi kurulmadığı, aslen özel hastane ve hasta ile danışan arasında mesafeli olarak sözleşmesel ilişki kurulduğu gözetilerek taraflar arasında online görüşme neticesinde kurulan sözleşme diyetisyenin sözleşme ile borçlandığı edimlere göre nitelendirilebilecektir.

Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun'un 24. maddesiyle internet veya başka bir elektronik ortamda ilaç satışının yapılması yasaklanmıştır. Elektronik ortam kavramı içine eczacıların hastalarla internet aracılığıyla iletişime geçtiği Whatsapp, e-mail, telefon vb. tüm iletişim araçları girmektedir. Eczacıların kendi adlarına ve eczaneleri adına internet sitesi açmaları da yasaklanmıştır. İşbu açıklanan nedenlerle; eczacıların internet sitesi açarak veya herhangi bir elektronik ortamda hastalara ulaşması ve hasta ile arasında mesafeli olarak satış sözleşmesi kurabilmesi yasal mevzuat gereğince hukuken mümkün değildir. Majistral ilaçlar açısından eczacı ile hasta arasında kurulan sözleşmenin eser sözleşmesi niteliğini haiz olduğu söylenebilecek olsa da ilaçların online olarak satılması yasaya aykırı olduğundan mesafeli eser sözleşmesi kurulduğu da gündeme gelemeyecektir. Eczacı ile danışan ve hasta arasında kurulan sözleşmenin isimsiz sözleşmelerden kombine sözleşme olarak nitelendirilebildiği durumda da eczacılar tarafından internet üzerinden veya başkaca elektronik ortamlarda ilaç satışı yapılması ve eczacıların kendileri ve eczaneleri adına internet sitesi açmaları da yasak olduğundan, hasta ile eczacı arasında uzaktan iletişim aracı olan telefon, e-mail vb. iletişim araçları kullanılarak mesafeli sözleşme kurulması hukuken mümkün olmamakla birlikte uygulamada hastaların eczacılara telefon yada Whatsapp yoluyla ulaşarak ilaç siparişi verdiği, teslimatın ise bazı durumlarda hastanın evine yapıldığı bilinmektedir. Sözleşme taraflar arasında bu durumda mesafeli olarak kurulmakta olup, aksi kabulün tüketici olan hastanın TKHK kapsamında korunmasına mâni olacağı görüşündeyiz.

İlgili tartışmalar yapılırken, mevzuatımızdaki bir kısım eksiklikler ve aydınlatılması gereken noktalara da vurgu yapmamız gerektiğini düşünmekteyiz. Şöyle ki; çalışmamızda hasta ve danışan ayrı iki kavram olarak ele alınmış olmasına rağmen, danışan kavramı hasta kavramının bir alt kavramı olarak nitelendirilebilecektir. Ülkemizdeki yasal mevzuatta danışan kavramı yeterince yer almamaktadır. Her ne kadar çeşitli sosyal medya uygulamalarında danışana sağlık

hizmeti verme kavramı yer almakta ise de sözleşmenin tarafı olan danışanın daha açık ve net olarak yasal karşılığını bulması gerektiğini düşünmekteyiz. Uzaktan sağlık hizmetlerinin sunumunun yasal çerçevesini çizen USHSHY dahi sadece hasta kavramına ilişkin düzenleme yapmıştır. Danışan kavramının hasta kavramının bir alt kavramı olarak değerlendirildiği durumda, danışan kavramının da yönetmelik kapsamında değerlendirilebileceği açıktır.

Sağlık hizmetinin sunumu faaliyeti niteliği itibariyle insan hayatıyla birebir ilişkili olduğundan çizilen yasal çerçeveye uygun olarak verilmelidir. USHSHY belirli bir yazılı, sesli veya görüntülü iletişim aracılığıyla verilecek uzaktan sağlık hizmetinin, sadece Bakanlıkça yetkilendirilmiş sağlık kuruluşları tarafından sunulmasını ve Bakanlık tarafından onaylanan yazılım aracılığıyla gerçekleştirilmesini öngörmektedir. Ancak, bu yasal mevzuata aykırı olarak bağımsız çalışan hekim, hemşire, diyetisyenlerin uzaktan sağlık hizmeti sunumu gerçekleştirdiği açık bir şekilde görülebilmektedir. Özellikle Instagram isimli sosyal medya uygulamasında, tüm diyetisyenlerin WhatsApp Messenger yoluyla danışmanlık hizmeti verdiğine ilişkin reklamlar yer almasına rağmen, yasal mevzuata aykırı hizmet sunumları nedeniyle karşılaştıkları hiçbir yaptırım söz konusu değildir. İnsan sağlığını tehlikeye atmaya yönelik olarak yasal mevzuata aykırı verilen tüm uzaktan sağlık hizmetlerine ilişkin denetleme ve düzenleme getirilmesi ve bunun günümüz teknolojik gelişmeleri gözetilerek tüm mecralar üzerinden yapılması gerekmektedir. Önemli olan kanaatimizce yasal düzenlemelerin aktif olarak günlük hayatta uygulamaya geçirilmesidir.

KAYNAKÇA

Akartepe, Alpaslan, Tedavi Sözleşmesinin Hukuki Niteliği, Erzincan Sağlık Hukuku Sempozyumu, Ankara, 2007.

Akdur, Recep, Türkiye’de Sağlık Hizmetleri ve Avrupa Topluluğu Ülkeleri ile Kıyaslanması, Ankara 1999.

Akkanat, Halil, “Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Görünüm Tarzları ve Sorumluluk Düzeni”, *Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan*, Seçkin Yayınları, Ankara 2006. (Sorumluluk)

Akkurt, Sami, Kenan Erdoğan ve Hüseyin Tokat, Borçlar Hukuku, Seçkin, 5. Baskı, Ankara 2022.

Akkurt, Sinan Sami, Elektronik Ortamda Hizmet Sunumu ve Buna İlişkin Sözleşmelerin Hukuki Özellikleri

Akyıldız, Sunay, Ahmet Nezih Kök ve Turan Yıldırım, Tıp Hukuku Atölyesi – II, Seçkin Yayınları, 1.Baskı, Ankara, Ağustos 2014.

Akipek, Şebnem, “Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması Hakkında Avrupa Birliği Direktifi ve Türkiye’nin Uyumu”, *BATİDER*, C.XXI, S.4, 2002.

Akipek, Şebnem, Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1999.

Antalya, O. Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, 2. Baskı, İstanbul, 2012.

Antalya, O. Gökhan, “Hizmet Akdinin Tanımı, Unsurları, Hukuki Niteliği”, *YD.*, C. 13, S. 1-2, 1987.

Aral, Fahrettin ve Hasan Ayrancı, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, 10. Baskı, Ankara 2013.

Arslan, Firdevs, “Hekimin Sorumluluğunun Belirlenmesi Bakımından Hekim ile Hasta Arasındaki İlişkinin Hukukî Mahiyeti”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi*, Cilt 26, Sayı 1, 2020.

Arslan Durmuş, Seda, “Danışmanlık Sözleşmesi”, *Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:3, S:6, Aralık 2016.

Aslan, İ. Yılmaz, 6502 Sayılı Kanununa Göre Tüketici Hukuku, Ekin Yayınevi, 2015.

Aşçıoğlu, Çetin; Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar, Ankara, 1993.

Aşkın, Emel, “Ankara İl Merkezindeki Serbest Eczane Eczacılarının Eczacı-Hasta İletişimine Yaklaşımları Üzerine Bir Çalışma”, Yüksek Lisans Tezi. Ankara Üniversitesi, 2007.

Atabek, Reşat ve Merih Sezen, “Hekimin Mes’uliyeti”, *İstanbul Barosu Dergisi*, S.2, 1954.

Atamer, Yeşim M, “TKHK m. 9/a ve Mesafeli Sözleşmelere İlişkin Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik’in AB Mevzuatı Uyumuna İlişkin Görüş ve Değişiklik Önerileri” *23 Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, (Mesafeli Sözleşmeler)

Avcı Braun, Cihan; “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Mesafeli Sözleşmeler”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12, S. 2, Kasım 2015. (Mesafeli Sözleşmeler)

Ayan, Mehmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara, 2016.

Ayan, Mehmet, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., Ankara 1991. (Hukuki Sorumluluk)

Aydoğdu, Murat, Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara 2015.

Aykın Aykut Cemil ve Serkan Çınarlı, Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğu, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016. (Hukuki Sorumluluk)

Baş Süzel, Ece, “Tüketici Hukukunda İş Görme (Hizmet) Sözleşmelerinde Ayıplı İfa”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.24, Sa.2, 2018.

Baş Süzel, Ece; “Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Kurulmasından Sonra Korunması: Cayma Hakkı”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 13, S. 169-170, s. 257-307.

Baş Süzel, Ece, “Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Sözleşmenin Kurulmasından Önce Korunması: Ön Bilgilendirme Yükümlülüğü”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, s.339-369 2018 (Mesafeli Sözleşme)

Baysal, Başak, “Cayma Hakkının Sözleşme Hukukundaki Yeri”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 75, S. 1, İstanbul, 2017.

Benli, Başak, “Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Cayma Hakkı”, Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi 2018 (Cayma Hakkı)

Bütün Yılmaz, Derya G., “Mesafeli Sözleşmeler”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 69 (2) 2020, 325-368.

Bülter, Ahmet, “Tüketicinin Korunması Hukukunda Mesafeli Sözleşme Kavramı”, *Gazi Üniversitesi Endüstriyel Sanatlar Eğitim Fakültesi Dergisi* Y.11, S.13, s. 12-29 2003.

Çabri, Sezer, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2021.

Canbolat, Ferhat, İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları, Turhan Kitabevi, 1. Baskı, Ankara 2009.

Canbolat, Ferhat, “Kamu Hastanesinde Yapılan Tıbbi Müdahalede Hekimin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğunun Dayanağı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı:80, Ocak-Şubat 2009.

Çağlar, Özel ve Doğan N. Leblebici, “Organizasyon Kusurundan Doğan Zarar Açısından Özel Hastane ve Hekimlerin Sorumluluklarına Kısa Bir Bakış”, *Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi*, C. X, S. 2, 2007.

Çatak Irız, Betül, Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu, Ankara 2011.

ÇELİK, Nuri, Nurşen Canikoğlu ve Talat Canbolat, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 32. Baskı, Beta, 2019.

Demir, Mehmet; Hekim ve Hastane Yönünden Tıbbi Sorumluluk Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2018.

Demir, Mehmet, “Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu”, *AÜHFD*, C.57, Sayı 3, 2008.

Demir, Mehmet, “Hekimlik Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun Koşulları”, *Ankara Barosu-Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Kurultayı*, Ankara, 2007.

Demir, Mehmet, Mesafeli Sözleşmelerin İnternet Üzerinden Kurulması, Ankara 2004.

Demir, Mehmet, Tıbbi Organizasyon Kusuru Açısından Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu, Ankara, 2010.

Demircioğlu, Huriye Reyhan, Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009. (Güven Esası)

Deryal, Yahya, “Eczanelerde Satılan İlaç ve İlaç Dışı Ürünlerin Ayıplı Olmasından Kaynaklanan Tüketici Hakları”, *Zirve Üniversitesi Sağlık Hukuku ve Politikası Dergisi*, S.1, 2014.

Deryal, Yahya, Sağlık Hukuku Problemleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.

Doğan, Cahit, “Hekimlik Sözleşmesi Katkılı Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi (Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi ve Hekimlik Sözleşmesi) ile Bölünmüş-Kısmi Hastaneye Kabul Sözleşmesi (Kısmi Hastaneye Kabul Sözleşmesi ve Hekimlik Sözleşmesi, Dar Anlamda Hastaneye Kabul Sözleşmesi)”, *Tıp Hukuku Dergisi*, C. 3, S. 6, Ekim 2014.

Doğan, Murat, “Özel Hastanelerin Tazminat Sorumluluğu”, *Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu* 16-17 Ekim 2014 (Tazminat Sorumluluğu).

Doğar, Mehmet, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Eczacıların Yardımcı Kişilerin Eylemlerinden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.29, S.4, 2021.

Doğramacı, Yakup Gökhan, Tıbbi Uygulamalarda Ekip İş Birliği ve Güven İlkesi, Legal Yayıncılık, 2016.

Doğramacı, Yakup Gökhan, “Teletıp, Sağlık Turizmi ve Uzaktan Sağlık Hizmetleri: Mesafeli Sözleşmeler”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 2020. (Teletıp)

Donay, Süheyl, “Doktorun Hukuki Sorumluluğu”, *İktisadi ve Ticari İlimler Dergisi*, S.10, 1968, s.39-54.

Durak, Yasemin, “Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi”, *Tıp Hukuku Dergisi*, Yıl 3, Sayı 6, 2014.

Er, Ünal, Sağlık Hukuku, Seçkin, Ankara, 2008.

Erbek, Özge, Tüketici Satımlarında Satıcının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğü ve İhlalinin Sonuçları, Doktora Tezi, 2010, s.309.

Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara, 2017.

Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019.

Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.

Ergün, Ömer, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Ders Notları, Seçkin Hukuk, Ankara Mayıs 2018.

Erkuş, Ali Selman, “Yargıtay Kararları Işığında Sağlık Çalışanlarının Hukuki Sorumluluğu”, *Tıp Hukuku Dergisi*, C.3, S.6, 2014.

Erten, Alev, Türk ve Alman Hukukunda Mesafeli Sözleşmeler, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2009. (Mesafeli Sözleşme)

Eryılmaz, Vildan, Hekim ile Hasta Arasındaki Hukuki İlişkinin Tıbbi Müdahaleler Bakımından Değerlendirilmesi, Farklı Çerçevelerden Tıp Hukuku Sorunları, Ankara, 2014.

Erzurumluoğlu, Erzan, “Hastane Yönetimi ve Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğu”, *AİTİAD*, C. 8, S. 1-2, 1976.

Gezder, Ümit, Elektronik Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması, İstanbul, 2003.

Gezder, Ümit, Erzurumlu Şerhi Mesafeli Sözleşmeler, İstanbul 2006.

Gezder, Ümit, “*Mesafeli Sözleşmeler*”, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015. (Mesafeli Sözleşmeler)

Gezder, Ümit: Mukayeseli Hukuk Açısından İnternette Akdedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması, Beta, İstanbul 2004. (İnternette Akdedilen Sözleşmeler)

Gökcan, Hasan Tahsin, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, 4. Baskı, Ankara 2022.

Gümüş, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.1, 3. Baskı, İstanbul 2013.

Gümüş, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.2, 3. Baskı, İstanbul 2013

Güneş, Zeynep Naz, Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler, Ankara 2018.

Gümüş, Mustafa Alper, Türk-İsviçre Hukukunda Vekilin Özen Borcu, Beta, İstanbul 2001.

Gürelli, Nevzat, “Hukuk Açısından Cerrahi Müdahalenin Sınırları”, *İÜHFM* 1979,1980,1981, Doğumunun 100 yılında Atatürk’e Armağan, C.XL V-XLVII, S.1-4, s.267-275

Hatemi, Hüseyin ve Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 3. Baskı, İstanbul Vedat Kitapçılık, 2015.

Hakeri, Hakan, Tıp Hukuku, Seçkin Yayınları, Cilt 1, 25. Baskı, Ankara 2022.

Hakeri, Hakan, Tıp Hukuku, Seçkin Yayınları, Cilt 2, 25. Baskı, Ankara 2022.

Hakeri, Hakan, Tıp ve Sağlık Hukuku El Kitabı, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, 2022.

Hatırnaz Erol, Gültezer, “Özel hastane ile Hasta Arasında Kurulan Hastaneye Kabul Sözleşmeleri ve 21.09.2009 Tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı İncelmesi”, *Sağlık Hukuku Makaleleri I*, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, Nisan 2012.

Hatırnaz Erol, Gültezer, Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları, Ankara, 2017, Seçkin, 5. Baskı. (Özel Hastaneler)

Idris, Mohammed Shadia ve Nada Al Jannakl “*The Role of Dietitian in Nutrition Service at King Khalid Hospital*”, International Journal Of Science And Research, Volume 2, Issue 5, Mayıs 2013.

İlgün, Kerem, Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Seçkin Yayınları, 1. Baskı, 2021.

Yavuz İpekyüz, Filiz, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006.

Kara Kılıçarslan, Seda, “Tüketici Sözleşmelerinde Bilgilendirme Yükümlülüğü”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.5, S.2, Ankara 2015.

Karakocalı, Ahmet ve Ali Suphi Kurşun, Tüketici Hukuku (6502 sayılı Kanun ve İlgili Yönetmeliklere Göre), 1. Baskı, İstanbul, Aristo Yayınevi, Kasım 2015. (Tüketici Hukuku)

Kart, Rukiye, “Sağlık Çalışanlarının Diyetisyenlere Yönelik Tutum ve Davranışlarının Belirlenmesi”, Yüksek Lisans Tezi, Başkent Üniversitesi, Ankara 2018.

Kaya, Mine, “Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Yükümlülüğü”, *TBB Dergisi*, S. 100, Mayıs-Haziran 2012.

Kaygusuz, Serap, Ahmet Er ve Ömür Topaç, Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Cezai ve İdari Sorumluluk, 1. Baskı, 2021.

Kıcalıçoğlu, Mustafa, Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklı Hukuki Sorumlulukları, Adalet, Ankara, 2011.

Kılıç Güneş, Bahu, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, Yüksek Lisans Tezi, Yeditepe Üniversitesi, İstanbul, 2014.

Kılıçoğlu, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2017, s.107.

Korkmaz, Fahrettin ve Nihat Seyhun Alp, Bireysel İş Hukuku, Seçkin, Ankara 2019.

Koyuncu Aktaş, Nihan, “Hekimin Özen Borcuna Aykırılıktan Doğan Sözleşmesel Sorumluluğu”, İstanbul Üniversitesi Doktora Tezi, Oniki Levha Yayıncılık, 2020. (Hekimin Özen Borcu)

Bayraktar, Köksal, Hekimin Tedavi Nedeniyle Sorumluluğu, İstanbul Üniversitesi, İstanbul 1972.

Kurşat, Zekeriya, “Hemşirelerin Hukuki Sorumluluğu”, *İÜHFM C. LXVI*, S.1, s. 293-322, 2008.

Kurşat, Zekeriya, “Eser ve Vekalet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükmü”, *İÜHFM*, C. 67, Sa.1-2, 2009, s.143-166, s.153.

Makaracı Başak, Aslı, “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Gereğince Ayıplı Hizmet Hükümlerinin Uygulama Alanı”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.11, Sa.145-146, s. 507-537.

Merter, Özay, Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara, Yetkin, 2006. (Estetik)

Oğuzman, M. Kemal ve Turgut ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013.

Özcan Büyüktanır, Burcu G. ve Dila Okyar Karaosmanoğlu, “Eczacının 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Ayıplı İfadan Sorumluluğu” *Ankara Barosu Dergisi*, C.0, S.4, 2016. (Eczacının Ayıplı İfadan Sorumluluğu)

Özcanoğlu Görkey, Ayşe Betül, Hekimlik Sözleşmesi ve Hekimin Tazminat Sorumluluğu, Seçkin, Mart 2022.

Özçetin, Selvi ve Murat Balaban, Sağlık Hukuku Güncel Sorun ve Yaklaşımlar Örnek Yargı Kararları, Ankara, 2015.

Özdemir, Hayrunnisa, Sağlık Hukuku Alanında Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Ankara, Yetkin, 2017.

Petek, Hasan, “Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.8, Sa.1, 2006, s.177-239. (Güzelleştirme)

Reisoğlu, Safa, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayıncılık, 25. Baskı, 2014.

Ruhi, Ahmet Cemal, Sözleşmeler Hukuku, Cilt I, 2. Baskı, Ankara, 2013.

Sert Sütçü, Selin, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Hükümlerine Göre Tüketicinin Cayma Hakkı, Adalet Yayınevi, 2016. (Cayma hakkı)

Sindel, Ece, “Hekimin Özen Yükümlülüğü”, Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi, Aralık 2014. (Özen Yükümlülüğü)

Sümer, Haluk Hadi, İş Hukuku, Seçkin, Ankara 2020.

Şenocak, Zarife, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara 1998.

Tandoğan, Halûk, Tüketicilerin Korunması ve Sözleşme Özgürlüğünün Bu Açıdan Sınırlanması, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1977.

Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C:2, Vedat Kitapçılık, Ankara 2008.

Topaloğlu, Mustafa: “Mesafeli Sözleşmeler”, *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.2, S.3, 2016.

Topaloğlu, Mustafa, TKHK md. 48 Şerhi (Ed: Hakan TOKBAŞ/ Özlem TÜZÜNER, Milli Şerh, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi), İstanbul 2016.

Türkmen Ali, Hasta ve Hekim Hukuku, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, 2013.

Uzun Kazmacı, Özge, “İnternet Ortamında Kurulan Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 22, S. 3, İstanbul, Aralık 2016, s. 2791-2818. (Mesafeli Sözleşmeler)

Ünver, Yener, “Uzaktan Sağlık Hizmeti ve Türk Tıp Ceza Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, *Tıp Hukuku Dergisi*, S.22, Ekim 2022.

Yavuz, Cevdet, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Beta Basım Yayım, 6. bası, İstanbul 2002.

Yavuz, Cevdet, Faruk Acar ve Burak Özen, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, Beta Yayınları, İstanbul 2014.

Yavuz, Cevdet, Faruk Acar ve Burak Özen, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, Beta Yayınları, İstanbul 2019.

Yeğenoğlu Selen ve Gülbin Çelikay, “*Counselling of pharmacists to community on issues other than drug purchasing and drug related information: A survey in Ankara*”, *Turkish Journal of Pharmaceutical Sciences* 2, no.2, 2005.

Ozanoğlu, Hasan Seçkin, “Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Maddi Anlamda Uygulama Alanı)”, *AÜHFD*, C: 50, S: 1, Y: 2001, s. 55-90.

Özkan, Yekta Ogun, “Mesafeli Sözleşmeler”, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, Ankara 2019.

Yıldırım, Abdülkerim, Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması, İstanbul 2009.

Yılmaz, Battal, Açıklamalı-İçtihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007.

Yücel, Özge ve Gürkan Sert Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, Seçkin Yayıncılık, 2018.

Yüce, Melek Bilgin, Hasta Hekim İlişkisinde Yapay Zekâ Kullanımı ve Hukuki Sonuçlar, İstanbul, Aristo Yayınevi, 2020. (Yapay Zekâ)

Zevkliler, Aydın, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Temel Bilgiler, Ankara 2001.

Zevkliler, Aydın ve Gökyayla, Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2019. (Özel Borç İlişkileri)

Zevkliler, Aydın ve Özel, Çağlar, Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara 2016.

Zevkliler, Aydın “Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1983, s.1-37.

Zeytin, Zafer, “Vekâlet ve Eser Sözleşmeleri Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahaleleri Konu Edinen Sözleşme İlişkilerinin Nitelendirilmesi”, *Tıp Hukuku Dergisi*, S.6, 2014.

İnternet Kaynakları

1929 sayılı Tıpta ve Diş Hekimliğinde Uzmanlık Eğitimi Yönetmeliği

<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=19629&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5> (Son görüntüleme tarihi: 11.07.2022).

2011/83/EU sayılı Tüketici Haklarına İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32011L0083&from=EN>, (Son görüntüleme tarihi: 05/02/2023).

2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu

<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=2219&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=3> (Son görüntüleme tarihi: 12.07.2022).

2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanunu

<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=2547&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5> (Son görüntüleme tarihi: 11.07.2022).

4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun

<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=4077&MevzuatTur=5&MevzuatTertip=5> (Son görüntüleme tarihi: 02/04/2023).

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu

<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=5237&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5> (Son görüntüleme tarihi: 16.04.2022).

6052 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun

<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.6502.pdf> (Son görüntüleme tarihi: 02/04/2023).

6283 sayılı Hemşirelik Kanunu

<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=6283&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=3> (Son görüntüleme tarihi:05/03/2023).

8202 sayılı Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmeliği

<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=8202&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5>. (Son görüntüleme tarihi:16.04.2022).

97/7/EC sayılı Mesafeli Sözleşmeler Direktifi

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:31997L0007&from=en> (Son görüntüleme tarihi:21.01.2023).

Ambulanslar ve Acil Bakım Teknikerleri ile Acil Tıp Teknisyenlerinin Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Tebliğ

<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=12941&MevzuatTur=9&MevzuatTertip=5> (Son görüntüleme tarihi:15/07/2022).

Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik

<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=11969&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5> (Son görüntüleme tarihi: 05/03/2023).

Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Yönetmelik

<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=19569&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5> (Son görüntüleme tarihi: 07/11/2021).

Endemi Hakkında

<https://covid19.saglik.gov.tr/TR-66461/endemi.html> (Son görüntüleme tarihi:26/03/2023).

Epidemi Hakkında

<https://covid19asi.saglik.gov.tr/TR-78038/epidemi-salgin.html> (Son görüntüleme tarihi:26/03/2023)

Hasta Hakları Yönetmeliği

<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=4847&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5> (Son görüntüleme tarihi: 15.08.2022).

Kapıdan Satışlara İlişkin Uygulama Usul ve Esaslarına İlişkin Tebliğ

<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22500.pdf> (Son görüntüleme tarihi: 21.01.2023).

Mesafeli Sözleşmelere Dair Yönetmelik

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/03/20110306-4.htm> (Son görüntüleme tarihi: 21.01.2023).

Mesafeli Sözleşmeler Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2003/06/20030613.htm#14> (Son görüntüleme tarihi: 21.01.2023).

Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği

<https://www.mevzuat.gov.tr/File/GeneratePdf?mevzuatNo=20237&mevzuatTur=KurumVeKurulusYonetmeligi&mevzuatTertip=5> (Son görüntüleme tarihi: 05/02/2023).

Millî Eğitim Bakanlığı Rehberlik ve Psikolojik Danışma Hizmetleri Yönetmeliği

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/08/20200814-2.htm> (Son görüntüleme tarihi: 02.04.2022).

Pandemi Hakkında

<https://covid19.saglik.gov.tr/TR-66494/pandemi.html> (Son görüntüleme tarihi: 26/03/2023).

Sağlık Meslek Mensupları ile Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/05/20140522-14.htm> (Son görüntüleme tarihi: 11.07.2022).

Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun

<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=1219&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=3> (Son görüntüleme tarihi: 15.08.2021).

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi

<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=412578&MevzuatTur=2&MevzuatTertip=3> (Son görüntüleme tarihi: 11.07.2022).

Türk Tabipler Birliği Kanunu

<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=6023&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=3> (Son görüntüleme tarihi: 16.04.2023).

Uluslararası Sağlık Tüzüğü

https://www.hssgm.gov.tr/content/documents/uluslararasi_antlasmalar/Uluslararası%20Sağlık%20Tüzüğü.pdf (Son görüntüleme tarihi: 16.04.2023)

Uzaktan Sağlık Hizmetlerinin Sunumu Hakkında Yönetmelik

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2022/02/20220210-2.htm> (Son görüntüleme tarihi: 04/03/2023).

Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği

<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=85319&MevzuatTur=3&MevzuatTertip=5> (Son görüntüleme tarihi: 15.07.2022).

Working Together for Health The World Health Report

https://www.who.int/whr/2006/whr06_en.pdf (Son görüntüleme tarihi: 05.03.2023).