

CAN ZARARLARI TÜKETİCİ YASASI'NIN KONUSU DEĞİLDİR

ÇELİK AHMET ÇELİK

ÖZET:

1) Yeni Tüketici Yasası'nın bütünüyle ele alınıp temel amacın saptanması yerine, yalnızca "**tüketici işlemi**" tanımına bakılarak, tüm sözleşme türlerinin, ayırım yapılmadan, Tüketici Yasası kapsamında kabul edilmesi yanlıştır.

Doğru olan, her sözleşme türü içinde yer alan **hukuksal ilişkilerin özelliklerine ve konularına göre bölümlendirilmesi**; hangilerinin Tüketici Yasası'nın, hangilerinin genel veya başka özel yasaların konusu olacağıın ayrı ayrı saptanmasıdır.

2) Her **hukuki işlem** tüketim sonucu doğurmadığına göre, **hangi hukuki işlemlerin** tüketim (kullanma, hizmet) niteliği taşıdığıının kesin biçimde belirlenmesi gerekir.

3) Tüketici Yasası'nın geniş yorumu, yasadan beklenen yararları işlevsiz kılar. Tüketici mahkemelerinin görev alanı, kişilerin günlük temel ihtiyaçlarını karşılayacak nitelikteki mal ve hizmet alımları kapsamında "**ayıplı mal**" ve "**ayıplı hizmet**" ile sınırlandırılmalı; bunların dışındaki anlaşmazlıklar ve **sözleşmelere aykırılıklar**, bugüne kadar olduğu gibi, genel mahkemelerde görülmelidir.

4) **İnsan zararları**, Tüketici Yasası'nın konusu olamaz. Çünkü bunlarda **seçimlik hakların** kullanılması doğa yasalarına aykırı ve olanaksızdır. Hizmetin yeniden görülmesi veya ücretsiz onarım, bedelden indirim ya da sözleşmeden dönme gibi seçimlik haklar ölüyü diriltmez, eksilen organı geri getirmez.

Borçlar Yasası'na göre, **ölüm nedeniyle destekten yoksunluk ve beden gücü kayıpları** nedeniyle **tazminat** istemleri, ayrı bir uzmanlık alanı olmasının yanı sıra, 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 114/2.maddesine (önceki 818 BK.98/2) göre, sözleşmeden kaynaklanan sorumluluklara haksız fiil hükümleri uygulanır. Bu nedenle **haksız fiilin tarafı** durumundaki kişiler tüketici olarak nitelenemez.

5) **Sağlık hizmetleri**, "tüketici işlemi" tanımı içinde yer alamaz. Çünkü, Devletin sağlık hizmetlerini sağlama görevi Anayasa hükmüdür. Anayasa'nın 56.maddesine göre, Devlet, sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet verilmesini sağlamakla yükümlüdür. Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir.

Anayasa'nın bu hükmüne göre, ister kamu kuruluşu olsun, ister özel kesime ait olsun, tüm hastanelerin temel işlevi, "**kamusal**" nitelikli sağlık hizmetleri vermektir. Tıp biliminin çalışma alanı "**insan bedeni**"dir. Bilim ve teknoloji bunca ilerlemesine karşın insan bedeninin bilinmeyen yönleri bilinenlerin çok üzerindedir. İnsan, yoktan yaratılan bir nesne olmadığı içindir ki, hastalıkların tedavisinde her zaman için yanlıgılar olabilir. İnsan bedeninin bilinmezlikleri ve tıp biliminin çaresiz kaldığı durumlar gözönüne alındığında, hastayı "tüketici" ve hekimleri "hizmet sağlayıcı" olarak nitelemek, tıp bilimini ve insan yaşamını hafife almak olur.

Öte yandan, **hasta hakları**, tüketici haklarından daha önemlidir. Sağlık ve sağaltım, yalnızca **Sağlık Hukuku**'nun konusu olmalı; Tüketici Yasası ile ilişkilendirilmemelidir.

I- KONUYA GENEL BAKIŞ

1- Tüketicuyu koruma yasaları, tüketicileri koruyabilmekte midir ?

Çağımızın üretim ve tüketim ilişkilerine yön verenlere ayak uydurmak kaygısıyla yeniden düzenlenen Tüketicuyu Koruma Yasası'nın, öncekinden ne farkı olduğunu araştırırken şu soruya yanıt arama gereğini duyuyoruz : Tüketicuyu koruma amacıyla yürürlüğe konulan bu yasalar, beslenme, giyim, barınma gibi **temel ve yaşamsal ihtiyaçlarını karşılamaya çalışan gerçek anlamda tüketicileri koruyabilmekte midir ?** Önceki yasa koruyabilmiş midir, yeni yasa koruyabilecek midir ?

Önceki 4077 sayılı yasada olduğu gibi, yeni 6502 sayılı Yasa'nın "**amaç**" başlıklı 1.maddesine göre:

"Bu Kanunun amacı, kamu yararına uygun olarak **tüketicinin sağlık ve güvenliği ile ekonomik çıkarlarını koruyucu**, zararlarını tazmin edici, **çevresel tehlikelerden korunmasını sağlayıcı**, tüketicuyu aydınlatıcı ve bilinçlendirici önlemleri almaktır."

Şimdi soralım: Yasanın amacı, önceki yasa döneminde ne oranda gerçekleşebilmiştir, yeni yasa ne oranda gerçekleştirebilecektir ?

Sağlıksız beslenmenin önü alınabilecek midir? Doğal yapıları değiştirilmiş (GDO'lu), hormonlu, katkı maddeli, sağlıksız koşullarda üretilmiş, kullanım süresi dolmuş yiyeceklerden, hileli ve sağlığa zararlı ucuz pazaryeri ürünlerinden, kirli ve mikroplu sulardan, aflatoksinli tarım ürünlerinden, dioksin üreten plastiklerden, kanser yapıcı (kanserojen etkili) maddeler içeren yiyecek ve giyeceklerden, radyasyon saçan aygıtlardan, dahası zararlı maddeler içeren çocuk oyuncaklarından ve okul araç gereçlerinden yeni yasa halkımızı korunabilecek midir, önceki yasa koruyabilmiş midir?

Çevresel tehlikeler önlenebilecek midir? Yoksa zehir solumaya devam mı edeceğiz? Tehlikeli işletmelerin zararlı etkilerinden, radyasyon saçan aygıtlardan, yüksek gerilim hatlarından, mikro-dalgalardan, termik ve nükleer santrallardan, ırmakları ve dereleri kurutan hidroelektrik santrallerinden, siyanürlü altın arayıcılarından, ağaç katliamından, aşırı üretim-tüketim yoğunluğunun yarattığı hava, deniz, toprak kirlenmelerinden, zehirli atıklardan kurtulabilecek miyiz ?

2- Tüketicinin ekonomik çıkarlarını koruma yönünden, ölçsüz üretimin ve sınırsız tüketimin ülke ekonomisine etkileri

Kapitalist düzenin doymak bilmez kazanç hırsıyla, sınırsız üretim sisteminin yarattığı "**tüketim toplumu**" ile tekelleşmiş ve dünyayı sarmış dev şirketler el ele uyum içinde dünyamızın doğal kaynaklarını tüketirken, bozarken, değiştirirken, neyi niçin koruyacağız ?

Kapitalist sistemin, bir yandan, yoğun ve etkili reklâmlarla, beyin yıkama yöntemleriyle yarattığı "tüketim toplumunu" kışkırtarak, azdırarak daha çok almaya, daha çok tüketmeye **özendirirken**, sistemin tutsaklarını büsbütün güçsüz bırakmamak, bezdirmemek, yıldırım için önlem alma gereği duyarak, tüketicuyu koruma yasalarıyla tüketicinin değil, sistemin korunmaya çalışıldığını söylersen, haksız olur muyuz?

Sistemin yarattığı tüketim toplumuna şöyle bir bakalım: Yayılım ateşi gibi renkli ve etkili reklâmlarla beyni ve bilinci uyuşturulup tüketim çılgınına dönüştürülmüş geniş halk yığınları en güzel havalarda bile, parklara, gezi yerlerine, deniz kıyılarına gitmek, açık havada dolaşmak, kır gezileri yapmak, toplumsal ve kültürel etkinliklere katılmak yerine, alışveriş merkezlerine doluşup o kapalı alanlarda boş, anlamsız, amaçsız uzun saatler geçirmektedirler. Hele bir ucuzluk haberi almaya görsünler, birbirlerini ezercesine nasıl saldırdıklarını, ihtiyaçları olsun olmasın nice gereksiz şeyler satın aldıklarını hep görüyoruz, gözlemliyoruz.

İşte böylece, pazar ekonomisinin yarattığı insani duygulardan yoksun, tek amaçları daha çok kazanmak olan dev tekeller ile toplumsal, tarihsel ve kültürel bilincini yitirmiş çılgın tüketiciler el ele dünyamızı tüketmekte; havamızı, suyumuzu, toprağımızı kirletmekte; doğamızı, kültürümüzü bitirmekte, yoketmekte iken, tüketici yasalarını daha etkinleştirerek, tüketici işlemleri'nin kapsamını alabildiğine yayarak, dürüst üretici-satıcı-hizmet sunucular ile başarılı, ilkeli, özverili meslek sahiplerini ezen, hırpalayan bir "**tüketici egemenliği**" yaratmaktan kaçınılması gerektiği düşüncesindeyiz.

Şöyle de diyebiliriz: Bir yandan zorunlu ve yaşamsal ihtiyaçlarını gidermeye çalışan tüketiciyi **korumaya** çalışırken, öte yandan sistemin yarattığı sınırsız ve ölçsüz tüketim çılgınlıklarından **korunmanın** yollarını aramalıyız.

Bu genel değerlendirmelerden sonra, aşağıda, insan zararlarının (ölüm ve bedensel zararlar) Tüketici Yasası'nın konusu olamayacağına ve bu tür davaların Tüketici Mahkemelerinin görev alanına giremeyeceğine ilişkin görüşlerimizi açıklayacağız.

II-YORUMLAR VE YANLIŞLAR

1- Yeni Yasa'nın geniş yorumu yanlış ve yanıltıcıdır

6502 sayılı yeni Tüketici Yasası'nın yayınlanması ile yürürlüğe girmesi arasında geçen altı aylık sürede, çokça tartışma ortamları yaratılarak görüşlerin paylaşılması ve ortak çözümler oluşturulması yerine, ivedi ve aşırı yorumlarla **tüketici hakları abartılmış**; Yasa'nın uygulama alanını alabildiğine genişleten (bizce yasa koyucunun amacını aşan), Tüketici Mahkemelerini **uzmanlık mahkemeleri** olmaktan çıkarıp, genel mahkemeler gibi, onların birbirinden farklı dava konuları içinde boğulmaları ve **temel işlevlerini** yitirmeleri sonucunu doğuracak bir uygulamanın kapısı açılmıştır.

Bu yanlış ve yanıltıcı yorumlar yüzünden, bazı mahkemeler de ivedi davranarak, kendi görev alanlarına giren davaları, art arda verdikleri görevsizlik kararlarıyla Tüketici Mahkemelerine göndermeye başlamışlardır. Bunlar arasında bizi en çok ilgilendiren ve rahatsız eden ölüm ve bedensel zararlarla ilgili davalar olup, işleyeceğimiz konu da bunlar olacaktır.

Şimdilik şu kadarını söyleyelim ki, ölüm ve bedensel zararlar, ayrı bir uzmanlık konusu olup, davaların büyük bir bölümü tazminat davaları olmasına karşın, bugüne kadar "**insan zararları**" mahkemelerinin kurulmamış olması yargıda önemli bir eksikliklerdir.

Şöyle bir örnek verelim: Ölüm veya yaralanma trafik kazası sonucu ise asliye hukuk mahkemesinde; iş kazası sonucu ise iş mahkemesinde, hizmet kusuru sonucu ise idare yargıda dava açılacak; ama yeni yasadaki "tüketici işlemi" tanımına sapanıp kalındığında, hekim hastasının ölümüne veya sakat kalmasına neden olmuşsa; taşıma sırasında yolcu ölmüş veya bedensel zarara uğramışsa; ölüm tüpgaz patlaması veya gaz sızması sonucu ise, bütün bunlar Tüketici Mahkemesi'nin görevine mi girecektir?

Bir başka anlatımla, sözleşme dışı sorumluluklarda genel mahkemeler ve sözleşmeye dayanan sorumluluklarda Tüketici Mahkemeleri görevli kabul edildiğinde, aynı olayda hem **sözleşme dışı sorumluluk** hem **sözleşme sorumluluğu** söz konusu olduğunda görevli mahkeme hangisi olacaktır? Ticaret mahkemesi mi, asliye hukuk mahkemesi mi, iş mahkemesi mi, Tüketici Mahkemesi mi, hangisi?

Şunu da soralım: Ölümlerde destekten yoksun kalanlar veya beden gücü kaybına uğrayanlar Tüketici Yasasındaki **seçimlik hakları** nasıl kullanacaklar? Ölenin dirisini mi, kopan bacağın yenisini mi isteyecekler? Hayır, bunları isteyemezler ama, tazminat isteyebilirler denilmesi, sorunun çözümü değildir. Çünkü, destekten yoksun kalma tazminatı veya güç kaybı tazminatı ayrı ve özel uzmanlığı gerektiren konulardır. Bunları hafife almak,

en yüce hak olan **yaşama hakkına** saygı duymamak, hukukça en fazla korunması gereken bu hakka gereken değeri ve önemi vermemek demektir.

Bilinmesi gereken bir husus da şudur: İnsan zararlarının Tüketici Yasası kapsamında görülmesi, Borçlar Yasası'na ve yerleşik içtihadada da aykırıdır. Çünkü, sözleşme ilişkisi içerisinde meydana gelen ölüm ve bedensel zararlarda, hizmet sağlayıcının sorumluluğu, sözleşmeye aykırılığın yanı sıra, haksız eylem niteliğinde olup, tüketicinin taraf olduğu haksız eylemler Tüketicinin Korunması Yasası kapsamı dışındadır. 6098 sayılı TBK'nun 114.maddesi 2.fıkrasına ve önceki 818 sayılı BK'nun 98/2. maddesine göre "Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hallerine de uygulanır."

2- Yanlış yorumların nedenleri

Yeni Tüketici Yasası'nın bütünüyle ele alınarak genel bir değerlendirmesi yapılması ve temel amacın saptanması yerine, yalnızca abartılmış ve ölçüsü kaçırılmış "**tüketici işlemi**" tanımına sapanıp kalınması, bizce, yanlıştır.

Tüketici işlemi tanımında art arda sayılan ve "...benzeri sözleşmeler" de denilerek sınır konulmayan "her türlü sözleşmeleri" tek tek ele alıp kendi içlerinde **bölümlendirmek** suretiyle yapılacak bir ayırıştırma, hangi konuların Tüketici Mahkemelerinin görevine gireceği; hangi konuların genel veya özel mahkemelerin ya da idari yargının görev alanında kalacağı konusunda bizi doğru sonuçlara götürecektir.

3- Kavramlar ve tanımlar

Yasa'nın anlam ve amacını doğru belirlemek ve yanlışla düşmemek için, yorumlarımızı kavramlar ve tanımlardan başlatmalıyız. Her konuda terimbilimden yola çıkmak, her sözün, her terimin anlamını iyi ve doğru bellemek bizi yanlıştan kurtaracaktır.

Bu konuda Yasa'nın genel gerekçesinde, "Tasarının kaleme alınması sırasında en büyük güçlüklerden birinin **kavramların** doğru oturtulması olduğu; bu güçlüğü, AB mevzuatında sık sık kavramlara farklı anlamlar yüklenmesinden kaynaklandığı; en temel kavram olarak "**tüketici**" kavramının bile farklı yönergelerde farklı anlamlar taşıdığı; Tasarı hazırlanırken bunların en aza indirilmesine çalışıldığı, ancak AB uyumunun sağlanması açısından kaçınılmaz gözükken bazı hallerde, Tasarıda açıklama yapmak suretiyle istisnalara yer vermek zorunda kalındığı; tüketicinin işlem yaptığı karşı tarafın özelliklerine göre de bazen satıcı, bazen kredi veren, bazen sağlayıcı, bazen de bunların hepsini kapsayacak bir **kavrama** ihtiyaç duyulduğu; bu nedenle "ticari ve mesleki amaçlarla hareket eden" veya "sözleşmeyi düzenleyen" gibi ifadelerin Kanuna alınmasındaki temel gerekçenin bu olduğu; **tüketicinin** sözleşme yaptığı kişinin ediminin herhangi bir önem taşımadığı hallerde nötr bir **üst kavram** olarak bu iki ifadenin kullanıldığı" biçiminde açıklamalar yapılmıştır.

Görüldüğü gibi, Tasarıyı hazırlayanlar **kavramları** seçmede büyük güçlükler çekmişler, ama öyle anlaşılıyor ki hiç birini tam yerine oturtamamışlar; bu yüzden **Yasa'nın amacını aşan ve uygulama alanını gerektiğinden çok fazla genişletme yolunu açan yanlış tanımlar** yapmışlardır. Bu durumda, yoruma elverişli bu tanımlara bir sınır koymak birinci ve en önemli işlevimiz olacaktır.

Tüketici kavramından başlayalım:

Tüketici kimdir, neyi tüketir, nasıl, hangi amaçla tüketir? Bir kimsenin günlük yaşamında zorunlu olan veya olmayan her ilişki, her alıp verme olayı bir "tüketici işlemi" midir? Parasını, malvarlığını artırmak için yatırım yapan, alıp satan, ama tacir olmayan gelir sahiplerini tüketici mi sayacağız ?

Her **hukuki işlem** tüketim sonucu doğurmadığına göre, **hangi hukuki işlemlerin** tüketim (kullanma, hizmet) niteliği taşıdığı kesin biçimde belirlenmesi gerekir.

"**Tüketici işlemi**" tanımında yer alan sözleşme türlerinden bir kaçını ele alalım:

Eser sözleşmesinde her "**iş sahibi**" tüketici midir? Örneğin, kat karşılığı inşaat sözleşmesi yapan arsa sahipleri, binalarının boya badana ve cephe kaplama işlerini yükleniciye veren kat malikleri, kamu hizmetlerini yürütmek için ihale yoluyla iş yaptıran kamu tüzel kişileri tüketici mi sayılacaklar ? İhale makamları "iş sahibi" olarak tüketici sayılmayacağına göre, gerçek veya tüzel kişiler "iş sahibi" olarak yüklenici" ile anahtar teslimi sözleşme yaptıklarında tüketici mi sayılacaklar? Hem malvarlıklarının değerini artıran bu kişiler neyi tüketmektedirler?

Özellikle inşaat sözleşmelerinde son derece karışık, kapsamlı, yıllar süren bir yargılamayı gerektiren anlaşmazlıklar, eksik veya yarım bırakılan ya da fazladan yapılan işler, ruhsat, iskan, inşaatın gecikmesi gibi pek çok konular Tüketici Mahkemelerinin üzerlerine yıkıldığı takdirde, bu mahkemeler temel işlevlerini yitireceklerdir.

Vekalet sözleşmelerinin pek çoğunda **tüketim ve kullanma niteliği** yoktur. Çoğu vekalet verenler "tüketici" değildir. Şöyle bir sıralayalım: Örneğin avukata vekalet veren katil, hırsız, dolandırıcı, kaçakçı gibi kişiler; trafik kazası yapanlar, ırza geçenler, yasalara aykırı iş yapanlar "tüketici" midirler? Miras kavgasına giren mirasçılar, taşınmazlarla ilgili çeşitli sorunları olan mülk sahipleri, boşanmak isteyen eşler, ad ve ünvan değiştirmek, yaş düzeltmek, babalık, velayet, vesayet davası açtırmak isteyenler, çeşitli haksız eylemlerden zarar görenler ve daha nice anlaşmazlık ve uyuşmazlıklar için dava açtırmak üzere avukatlara vekalet veren kişiler "tüketici" mi sayılacaklar? Bütün bu saydıklarımız, vekalet verdikleri avukatla anlaşmazlığa düştüklerinde Tüketici Mahkemesinde mi dava açacaklar ? Elbette hayır.

Hekim ile hasta arasındaki ilişkinin (bizce yanlış olarak) vekillik sözleşmesi olarak nitelenmesi ve "tüketici işlemi" tanımında bu sözleşme türünün yer alması nedeniyle, ticari ve mesleki amaçlarla hareket etmeyen, mal ve hizmet piyasalarında yer almayan, Anayasa'nın 56.maddesi gereği **sağlık hizmetlerini** yerine getirmekle yükümlü Devlet kurumlarının veya Devletin denetiminde sağlık hizmete sunan özel hastanelerin sağlık hizmetlerinden yararlanan yurttaşlar "tüketici" olarak mı nitelenecekler ? Hem tüketici haklarından daha önemli olan "**hasta haklarını**" Tüketici Yasası kapsamına almak yerine, ayrı bir uzmanlık alanı olan "**Sağlık Hukuku**" alanına bırakmak gerekmez mi?

5502 sayılı Yasaya göre "özel hukuk hükümlerine tabi" bir kamu kuruluşu olan Sosyal Güvenlik Kurumu'nun sağlık hizmetleri "tüketici işlemi" ve ödedikleri prim karşılığı sağlık hizmetlerinden yararlanan "sigortalılar" tüketici midir? Kamu hastanelerinin Tüketici Yasası kapsamında olmadığı düşünülürse, o zaman Devletin denetiminde sağlık hizmeti sunan özel hastanelerin sorumlulukları ile kamu hastanelerinin hizmet kusurları nasıl ayırt edilecektir?

Örneğin, bir sözleşme ilişkisi kurulmadan, her hangi bir hastaneye getirilen ağır yaralı ya da bilinci kapalı kişiye, tedavi amaçlı el atıldığında yaralı kişi "tüketici" olarak mı nitelenecek; zorunlu tıbbi elatmaya "tüketici işlemi" mi denilecektir?

Satım sözleşmelerinde, her mülk alan tüketici midir? **Yatırım amaçlı** satın almaları nasıl ayırt edeceğiz? Bizce, gerçek tüketiciyi korumak istiyorsak, ekonomik yönden orta düzeyde bir yurttaşın **temel ve zorunlu gereksinimleri** dışındaki alım satım sözleşmelerini Tüketici Yasası'nın dışında tutmak ve bu tür sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda Tüketici Mahkemelerini değil, genel mahkemeleri görevli kabul etmek gerekir.

Taşınmaz satın alarak **malvarlıklarını artıran kişiler** neyi tüketmektedirler ? Bizce, Tüketici Yasası'nda özel sözleşme türleri arasında yer alan konut finansman sözleşmeleri ve ön ödemeli konut satış sözleşmeleri ile devre mülk ve devre tatil alımları dışındaki taşınmaz satışları Tüketici Yasası'nın konusu olamaz, olmamalıdır.

Bankacılık ve sigortacılık, Ticaret Kanunu'nun uzmanlığı gerektiren konularıdır. Uyuşmazlıklar genellikle, ayıplı hizmetten değil, **karşılıklı borç ve yükümlülüklerin** gereği gibi yerine getirilmemesinden kaynaklanır. Ticaret Kanunu'nun birbirinden farklı konuları için ayrı uzmanlık mahkemeleri kurmak yerine, bankacılık, sigortacılık ve taşımacılık ile ilgili davaları Tüketici Mahkemelerinin üzerine yıkmak, zaten ağır işleyen yargı düzenimizi iyice içinden çıkılmaz hale getirecektir.

Sigortacılık kesiminden somut örnekler verelim: Her sigorta davası Tüketici Yasası kapsamında değildir. Özellikle karşılıklı borç ve yükümlülüklerde uyuşmazlıkların çözüm yeri Ticaret Mahkemeleridir. Örneğin, motorlu araçların satışı, uzun süreli kiralanması gibi 2918 sayılı KTK'nun 3.maddesinde belirtilen hallerde, prim borçlarında, ihbar gerektiren yükümlülüklerde, rücu davalarında tüketici haklarından sözedilemez.

Bu örnekleri alabildiğine çoğaltabiliriz. Bunlar incelenerek, üzerinde düşünülerek sorulara yanıt bulunmalı ve "tüketici" kavramına bir sınır konulmalıdır.

4- Tüketici egemenliğine yolaçacak yorum ve uygulamalardan kaçınılmalıdır

Tüketici Yasası'nın amacının, ekonomik yönden güçlü ve örgütlü satıcı ve sağlayıcı karşısında, daha zayıf, güçsüz, deneyimsiz, bilinç ve bilgi düzeyi düşük tüketiciyi korumak olduğu söylenirken tek yanlı düşünülmekte; karşı tarafın, yani mal ve hizmet üretenlerin (bir ülkenin ekonomisini ayakta tutanların) da korunması gerektiği; çeşitli meslek ve sanat dallarında çalışanların geçimlerini sürdürebilmek için nasıl zorlu bir uğraş verdikleri gözardı edilmektedir. Onları, (özellikle hekimleri, öğretmenleri, kamu görevlilerini, hatta avukatları) oy uğruna şımartılmış ve azdırılmış tüketicilerden, tüketim çılgınlarından kim koruyacaktır ?

Bu genel değerlendirmelerden sonra, aşağıda, insan zararlarının (ölüm ve bedensel zararlar) Tüketici Yasası'nın konusu olamayacağına ve bu tür davaların Tüketici Mahkemelerinin görev alanına giremeyeceğine ilişkin görüşlerimizi açıklayacağız.

III-SÖZLEŞME TÜRLERİ İÇİNDE TÜKETİCİ YASASI'NIN YERİ

1- Ayıplı mal ve ayıplı hizmet ile sınırlandırma

Tüketici işlemi tanımı içinde bazı sözleşme türleri sayıldıktan sonra, "...benzeri sözleşmeler" denilerek Borçlar Yasası başta olmak üzere tüm yasalarımızdaki sözleşme türlerinin yeni Yasa'nın kapsamına alındığı yorumu, elbette yanlıştır. Yukarıda söylediğimiz gibi bir ayrıştırma yapılarak, **sözleşmelerin hangi bölümlerinin Tüketici Yasası kapsamına girdiği, hangi bölümlerin kapsam dışı olduğu** kolayca saptanabilir. Bu konuda temel ölçü "**ayıplı mal**" ve "**ayıplı hizmet**" olmalı; bunun dışında **sözleşmelere aykırılıklar**, uyuşmazlıklar genel ve özel mahkemelerin görev alanında kalmalıdır.

Birkaç örnekle açıklayalım:

Eser sözleşmesinde, kişiler satın almak yerine ısmarlama yoluyla eşya, aygıt, nesne edinmek istemişlerse, **ısmarlanan nesnenin "ayıplı" üretilmesi** durumunda, görevli mahkeme Tüketici Mahkemesi olacaktır. Buna karşılık inşaat sözleşmelerinde, iş sahibinin **yatırımcı niteliği** ağır bastığından ve tüketici sayılamayacağından, ayrıca bu tür sözleşmelerde **iş sahibi** ile **yüklenici** arasında **karşılıklı haklar, borç ve yükümlülükler** söz konusu olduğundan, genel mahkemeler görevli olacaktır.

Hekim-hastane-hasta ilişkilerinde aşırı ücret alınması, tesislerin bozuk ve sağlıksız olması, tıbbi elatmanın zamanında gerçekleştirilmemesi gibi konular Tüketici Yasası'nın konusu olabilir ise de, **tıbbi hata** sonucu hasta ölür veya sakat kalırsa, aşağıda açıklanacağı üzere, seçimlik haklar kullanılamayacağı için, bu gibi durumlarda, artık genel mahkemeler görevli olmalıdır.

Hekimlikte, estetik ameliyatlara ve diş protezleri sağlık amaçlı değilse, Tüketici mahkemesi; sağlık amaçlı ise asliye hukuk mahkemesi görevli olmalıdır.

Satın alınan ürün "ayıplı" ise, elbette Tüketici Yasası kapsamında ele alınacaktır. Ama **ürün insana zarar vermişse**, örneğin tüpgaz patlaması veya gaz sızması sonucu ölümlü bir olay meydana gelmişse, artık genel mahkemelerde dava açılmalıdır.

Taşımada, yolculuğun kötü geçmesi, gidilecek yere zamanında ulaşamaması, bilet alınmasına karşın yolculuğun gerçekleşmemesi, eşyanın kaybedilmesi "ayıplı hizmet" sayılarak, Tüketici Yasası kapsamında dava konusu edilirken, yolcunun ölümü veya bedensel zarara uğraması durumunda, ticaret mahkemeleri görevli olmalıdır.

2- Sözleşmelere aykırılıklarda Tüketici Yasası uygulanamaz

Bilindiği gibi kişiler arası ilişkiler çok ve çeşitlidir; bunları sınırlandırmak yaşam gerçeklerine aykırı ve olanaksızdır. Sözleşmelerin konusu her zaman mal veya hizmet alımı olmayabilir. Mal ve hizmet alımı olsa bile, eğer üründe bir bozukluk ve hizmette bir kusur yoksa, genel anlamda **sözleşmeye aykırılıklar** Tüketici mahkemelerinin değil, genel ve özel mahkemelerin konusu olmalıdır.

Örneğin, "tüketici işlemi" tanımındaki "...benzeri sözleşmeler" sınırsızlığını anımsayarak, kat karşılığı inşaat sözleşmelerindeki çok yönlü uyumsuzluklarda, kiracı-kiralayan ilişkilerinde, mal değişimlerinde, iş yasası dışındaki çalışan-çalıştıran ilişkilerinde, başka isimli sözleşmelerde Tüketici Yasası'nın uygulama yeri bulunmadığı görüşüdeyiz.

Gerçek anlamda eser sözleşmelerine Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu uygulanacağına göre, buna ilişkin sözleşmelerden kaynaklanan uyumsuzluklar da özel mahkemenin görev alanı içindedir. Örneğin, bir resim, heykel, kitap, müzik eseri satın alınmışsa veya ısmarlanmışsa, bunlardaki ayıplardan söz edilemez ve sözleşmeye aykırılık savlarının incelenme yeri genel ve başka özel mahkemelerdir.

IV- İNSAN ZARARLARINDA GÖREVLİ MAHKEMELER

1- Ölüm ve bedensel zararlarda sorumlular ve görevli mahkemeler

Haksız eylem ve hukuka aykırı bir olay sonucu ölüm ve bedensel zararlar nedeniyle sorumluluklar: 1.Sözleşme dışı haksız eylem sorumluluğu, 2.Sözleşmeye dayanan sorumluluklar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bu bölümlendirme görevli mahkemelerin belirlenmesinde temel ölçü olacaktır. Şimdi somut örnekler üzerinden görevli mahkemeleri belirleyelim:

a) Olay bir **iş kazası** ise, işçi ile işveren ve Sosyal Güvenlik Kurumu arasındaki ilişkiler sözleşmeye dayandığından, görevli mahkeme **iş mahkemesi** olacaktır. Yani taraflardan biri, yeni Tüketici Yasası'ndaki "tüketici işlemi" tanımına dayanarak Tüketici Mahkemesinin görevli olduğunu ileri süremeyecektir.

b) Olay bir yolcu **taşıma kazası** ise, taşımacılık Ticaret Kanunu'nda düzenlendiğinden, ölen yolcunun yakınlarının veya bedensel zarara uğrayan yolcunun **Ticaret Mahkemesinde** dava açması gerekmez mi ? Ama yeni Tüketici Yasası'nın "tüketici işlemi" tanımı içinde taşıma sözleşmesine yer verildiği gerekçesiyle, Ticaret Mahkemeleri art arda görevsizlik kararları vererek dosyaları Tüketici Mahkemesine göndermektedirler. Soralım: Yolcu taşıma sözleşmesi ile hizmet (iş) sözleşmesi arasındaki fark nedir ?

c) **Trafik kazaları**, eğer taşıma unsuru içermiyorsa (ticari amaçlı taşıma sözkonusu değilse) asliye hukuk mahkemeleri görevli olmak gerekir değil mi? Ama bakın neler oluyor: Ölen kişinin desteğinden yoksun kalanlar veya bedensel zarara uğrayanlar, ortaklaşa

sorumluluk gereği işletene, sürücüye ve sigorta şirketine karşı dava açmışlarsa, sigorta şirketi vekili sigorta hükümlerinin Ticaret Kanunu'nda yer aldığını ileri sürerek işbölümü (görev) itirazında bulunmakta; mahkemeler de bunun üzerine, trafik kazasının ticari bir olay olmadığını gözardı ederek görevsizlik kararı verip dosyaları Ticaret Mahkemesine göndermektedirler. Böylece tacir olmayan işleten (araç sahibi) ve sürücü de Ticaret Mahkemesine sürüklenmektedir.

Bu uygulama doğru mudur? Değil ama, Yargıtay Özel Dairesi bu yönde kararlar veriyor, mahkemeler de buna uyuyor... Bitmedi: Davacı eğer tedavi gideri de istemişse, sigorta şirketi vekili yine devreye giriyor; 2918 sayılı KTK'nun 98.maddesinin 6111 sayılı yasa ile değiştirilerek tedavi giderlerinden sorumluluğun sigorta şirketlerinden alınıp Sosyal Güvenlik Kurumu'na devredildiğini ileri sürüp davanın Kurum'a ihbar edilmesini istiyor. İhbar üzerine davaya katılan Kurum vekili de görev itirazında bulunuyor, Sosyal Güvenlik Kurumu'na karşı her türlü istemlerde görevli mahkemenin iş mahkemesi olduğunu ileri sürüyor. O da haklı, çünkü Yargıtay Özel Dairesi kararları böyle.

Şimdi bütün bunların üstüne, mahkemeler, her türlü görev itirazlarını bir yana bırakıp, 6502 sayılı Yasa'daki "tüketici işlemi" tanımına dayanarak tüm trafik dosyalarını Tüketici Mahkemesine gönderirse, işin içinden nasıl çıkacağız ?

d) **Trafik iş kazalarında**, hem işveren ve hem de üçüncü kişiler sorumlu ise, Yargıtay Özel Dairesi, davanın **iş mahkemesinde** açılacağı yönünde kararlar vermekte; dava, işverene, üçüncü kişi konumundaki karşı araç işletenine ve onun sürücüsüne, ayrıca işverenin sorumluluğundaki araç ile üçüncü kişiye ait aracın Trafik Sigortalarını yapan sigorta şirketlerine karşı dava açılmışsa, görevli iş mahkemesinde, sigorta şirketleri her nasılsa Ticaret Mahkemelerinin görevli olduğu yönünde bir itiraz ileri sürmemektedirler. Ama çelişkiye bakınız: Davalılar arasında işveren yoksa ve dava asliye hukuk mahkemesinde açılmışsa, sigorta avukatları bu kez görev itirazında bulunmakta ve itirazları kabul edilmektedir, Şimdi ise, mahkemeler, eğer "tüketici işlemi" tanımına ilişkin (bizim yanlış bulduğumuz) yorumların etkisinde kalmışlarsa, doğrudan görevsizlik kararları vererek dosyaları Tüketici mahkemelerine göndereceklerdir. Tam bir kargaşa. Bakalım bu düğümü kim ve nasıl çözecek ?

2- Karma sorumluluklarda görevli mahkeme hangisi olacaktır

Ölüme veya bedensel zarara neden olan ortaklaşa sorumlulardan birinin **sözleşme dışı** haksız eylem sorumlusu, ötekinin **sözleşme sorumlusu** olması halinde, görevli mahkemenin hangisi olacağını, davaları Tüketici mahkemelerinde toplamak isteyenlerin akıllarını karıştıran bir sorun olarak ortaya atıyoruz. Örnekler şöyle:

Bir yolcu otobüsü ile kamyon çarpışmış, yolculardan biri veya bir kaç ölmüş ya da yaralanmıştır. Otobüs şoförü de, kamyon şoförü de kusurludur. Yani yolcularla arasında sözleşme ilişkisi bulunan taşımacı ile sözleşme dışı kamyon işleteni ve her iki aracın sigortacıları ortaklaşa sorumludurlar. Böyle bir durumda görevli mahkeme hangisi olacaktır ?

1. Yolcu taşıma ticari bir iş olduğu için Ticaret mahkemesi mi?
2. Olay bir trafik kazası olduğu için asliye hukuk mahkemesi mi ?
3. Taşımacı ile yolcular arasında sözleşme ilişkisi nedeniyle Tüketici mahkemesi mi ?

Başka bir örnek:

Trafik kazasında bacağı kırılan ve hastaneye getirilen kişinin tıbbi hatadan kaynaklanan kangren sonucu ayağı kesilmiştir. Hastane yönetimi ve tıbbi hatayı yapan hekim ile hasta arasındaki ilişki (Yargıtay kabulüne göre) vekalet sözleşmesi ve davacıya çarpan araç sürücüsü haksız eylem sorumlusu (sözleşme dışı sorumlu) olmasına göre, dava hangi mahkemede açılacaktır ?

Gene bir tıbbi elatma örneği:

Koma halinde bilinci kapalı olarak hastaneye getirilen yaralıya tıbbi elatmada, hasta ile hekim ve hastane arasında henüz bir sözleşme ilişkisi kurulmamıştır. Belki daha sonra vekaletsiz işgörme denecektir. (TBK.m.527) Ama hasta tıbbi elatmadan zarar görmüşse ve elatmayı onamamışsa, görevli mahkeme hangisi olacaktır ?

3- Ölüm ve bedensel zararlar Tüketici Mahkemelerinin konusu olamaz

Şimdi geldik asıl konumuza: 6502 sayılı Yasa'daki "tüketici işlemi" tanımının yorumcuları, bundan böyle tüm sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda görevli mahkemenin Tüketici Mahkemeleri olacağını, olması gerektiğini ileri sürüyorlar. Bu görüşü doğru kabul edersek şöyle bir durum ortaya çıkar:

Sözleşme dışı sorumluluklardan (haksız eylemlerden) kaynaklanan ölüm ve bedensel zararlarda, yerine göre, asliye hukuk, ticaret, iş mahkemesi görevli olurken, sözleşmeye dayanan sorumluluklarda asliye hukuk ve ticaret mahkemeleri değil, Tüketici Mahkemeleri görevli olacak; ama iş kazalarına dokunulamayacak, onlar gene iş mahkemesinde görülecek. Yani hizmet (iş) sözleşmeleri bunun dışında olacak. Böyle şey olur mu ? Elbette olmaz.

Başka bir anlatımla, iş sözleşmesinden kaynaklanan sorumluluklarda, İş ve Sosyal Güvenlik Yasaları gereği, iş mahkemesi görevli olurken, ticari bir iş olan taşımada, yolcunun ölümü veya bedensel zarara uğraması halinde Ticaret Kanunu ve Karayoluyla Yolcu Taşıma Kanunu gereği Ticaret mahkemesi görevli olmak gerekirken, 6502 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girmesinden sonra, Ticaret mahkemeleri art arda görevsizlik kararları vererek dosyaları Tüketici mahkemesine göndermektedirler. Bu doğru mu ?

Bir de şu var: Trafik veya taşıma kazalarında, ölen kişinin yakınlarının veya bedensel zarara uğrayan kişilerin sorumluluk ve can sigortalarından tazminat istemlerinde, eğer tazminat ödenmezse veya eksik ödeme yapılırsa, bugüne kadarki uygulamada ya doğrudan mahkemeye başvurulmakta veya 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 30.maddesi uyarınca Sigorta Tahkim Komisyonuna başvurulmakta, uyuşmazlıkların dört ay gibi kısa bir sürede sonuçlandırılması olanağından yararlanılmaktadır. Şimdi 6502 sayılı yeni Tüketici Yasası'nın 3.maddesindeki "tüketici işlemi" tanımı içinde sigorta sözleşmelerinin de yer aldığı ileri sürülerek mahkemeler veya Tahkim Komisyonu görevsizlik kararı mı vermelidir ?

Bütün bu örneklere bakarak, "tüketici işlemi" tanımına takılıp kalınmasının yanlış olduğu, Yasa'nın uygulama alanının bunca genişletilemeyeceği, yasakoyucunun amacının da bu olmayıp yanlış algılandığı; yukarıda söylediğimiz gibi 6502 sayılı yasanın uygulama alanının "ayıplı mal" ve ayıplı hizmet" ile sınırlı olacağı, bunların dışındaki sözleşme uyuşmazlıklarında görevli mahkemelerin, Tüketici mahkemeleri değil, şimdiye kadar olduğu gibi, genel ve özel mahkemeler olduğu düşüncemizi bir kez daha açıklıyoruz.

4- Haksız eylem niteliğindeki sözleşmeye aykırılıklar, Tüketici Yasası'nın konusu değildir.

İnsan zararlarının Tüketici Yasası kapsamında görülmesi, Borçlar Yasası'na ve yerleşik içtihadı da aykırıdır. Çünkü, sözleşme ilişkisi içerisinde meydana gelen ölüm ve bedensel zararlarda, hizmet sağlayıcının sorumluluğu, sözleşmeye aykırılığın yanı sıra, haksız eylem niteliğinde olup, tüketicinin taraf olduğu haksız eylemler Tüketicinin Korunması Yasası kapsamı dışındadır. 6098 sayılı TBK'nun 114.maddesi 2.fıkrasına ve önceki 818 sayılı BK'nun 98/2. maddesine göre "Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hallerine de uygulanır."

5- Ölüm sonucu destekten yoksun kalanlar, sözleşmelerin tarafı olmayıp, üçüncü kişi konusundadırlar.

Ölümün yolaçtığı zarar, ölenin değil, destekten yoksun kalanların zararıdır. Destekten yoksun kalma tazminatı, ölenden bağımsız, doğrudan doğruya hayatta kalanların kişiliklerinde doğan bir haktır.

Buna göre, sözleşme ilişkisi çerçevesinde meydana gelen ölüm olayında, ölenin desteğinden yoksun kalanlar ile ölümden sorumlu kişiler arasında bir sözleşme ilişkisi yoktur. O halde, **üçüncü kişi konumundaki destekten yoksun kalanlar**, Tüketici Yasası anlamında "tüketici" değillerdir. Bu nedenle, haksız ve hukuka aykırı bir olay sonucu ölenin desteğinden yoksun kalanların açacakları maddi ve manevi tazminat davasında görevli mahkeme Tüketici Mahkemesi olmayıp, yerine göre asliye hukuk, ticaret ve iş mahkemeleridir.

Örneğin, taşıma sözleşmesi bir "tüketici işlemi", yolcu "tüketici" ve taşımacı "sağlayıcı" sayılsa bile, taşıma sırasında ölen yolcunun desteğinden yoksun kalanlar, taşıma sözleşmesinin tarafı olmayıp, üçüncü kişi konusundadırlar. Yolcu taşıma ticari bir iş olduğundan, onların taşımacıya ve sigortacıya karşı açacakları davada görevli mahkeme Ticaret Mahkemesi olacaktır.

V- İNSAN ZARARLARINA SEÇİMLİK HAKLAR UYGULANAMAZ

1- İnsan zararlarının geri dönülmezliği

Ölen geri getirilemez. O yüzden ilk çağlarda oç almanın ve kan gütmenin önüne geçmek ve toplum barışını sağlamak için önce kisas, sonra diyet uygulanmış; geçmişten günümüze bunların yerini maddi ve manevi tazminat almıştır.

Eksilen organ, kopan kol ve bacak yenisiyle değiştirilemez. Protez elbette yenisi değildir. Burada da sorumlulardan istenebilecek olan maddi ve manevi tazminattır.

Bunları kısaca anımsattıktan sonra, 6502 sayılı yeni Tüketici Yasası'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte, yanlış ve yanıltıcı görüşlerin etkisiyle bazı mahkemelerce (düşünülmeden) görevsizlik kararları verilip art arda dosyaların Tüketici Mahkemelerine gönderilmesi karşısında, bu tür davaların Tüketici Yasası'nın konusu olamayacağını, aşağıda "seçimlik hakları" teker teker ele alarak anlatmaya, daha doğrusu kavratmaya çalışacağız.

2- Ayıplı hizmette "seçimlik haklar" nelerdir

6502 sayılı Yasa'daki "ayıplı maldan" sorumluluk insan zararlarında söz konusu olamayacağına göre "**ayıplı hizmet**" yönünden "**seçimlik hakları**" inceleyelim:

Yasa'nın 13.maddesine göre **ayıplı hizmet**, sözleşmede belirlenen süre içinde başlamaması ve taraflarca kararlaştırılmış olan nesnel özellikleri taşımaması nedeniyle sözleşmeye aykırı olan hizmettir.

Yasa'nın "**Tüketicinin seçimlik hakları**" başlıklı 15.maddesine göre:

- Hizmetin ayıplı ifa edildiği durumlarda tüketici,
- hizmetin yeniden görülmesi,
 - hizmet sonucu ortaya çıkan eserin ücretsiz onarımı,
 - ayıp oranında bedelden indirim veya sözleşmeden dönme haklarından birini sağlayıcıya karşı kullanmakta serbesttir.
 - Sağlayıcı, tüketicinin tercih ettiği bu talebi yerine getirmekle yükümlüdür. Seçimlik hakların kullanılması nedeniyle ortaya çıkan tüm masraflar sağlayıcı tarafından karşılanır. Tüketici, bu seçimlik haklarından biri ile birlikte Türk Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca tazminat da talep edebilir.

3- Ölüm ve bedensel zararlarda "seçimlik haklar" kullanılmaz

Yukardaki seçimlik hakları somut olaylara uygulamaya çalışalım:

Örneğin, hekim hatası sonucu hasta ölmüşse, seçimlik haklar nasıl kullanılacak?

"*Hizmetin yeniden görülmesi*" istenirse, hekim, ölen hastasını diriltebilecek midir ?

"*Ücretsiz onarım*" istendiğinde de ölen geri gelmeyecektir.

"*Bedelden indirim ve sözleşmeden dönme*" boşa giden tedavi masraflarını geri isteme olarak yorumlansa bile, uğranılan zararın (bir kimsenin yakınına kaybetmesinin) karşılığı olamaz.

Bu üç seçimlik hakkı kullanamayan ölü yakınları, maddenin ikinci fıkrasında belirtildiği üzere, Borçlar Yasası hükümlerine dayanarak *maddi ve manevi tazminat* isteyebileceklerse, **destekten yoksun kalma tazminatı ayrı bir uzmanlık alanı olduğundan** ve ayrı bir yargılama yöntemini gerektirdiğinden, bu tür davaların Tüketici mahkemelerinde görülmesi doğru olmayıp, sistemin alt üst edilmesinden başka bir sonuç vermeyecektir.

Kaldı ki,yukarda belirttiğimiz gibi, sözleşme ilişkisi içerisinde iken ölen kişinin desteğinden yoksun kalan yakınları, sözleşmenin tarafı olmayıp, üçüncü kişi konumunda olduklarından ve destekten yoksunluk öleden bağımsız, doğrudan doğruya hayatta kalanların kişiliklerinde doğan bir hak olduğundan, Tüketici Yasasıyla ve tüketici haklarıyla bir ilgisi bulunmamaktadır.

Ayrıca aşağıda açıklanacağı üzere, **aynı konunun**, kamu düzeninden kaynaklanan görev bölümü gereği, **her mahkemede ayrı ayrı ve farklı biçimlerde görülmesi**, adalette eşitsizlik yaratacaktır.

Bir başka örnek:

Taşıma sözleşmesinin, 6502 sayılı Yasa'nın 3.maddesindeki "tüketici işlemi" tanımı içinde yer aldığı ileri sürülerek, Tüketici mahkemelerinin görevli olduğu ileri sürüldüğünde, ölen yolcunun yakınları veya **organ kaybına uğrayan yolcu**,Yasa'nın 15.maddesindeki seçimlik hakları kullanmaya kalksa nasıl bir sonuç alacaktır:

1. *Hizmetin yeniden görülmesi istenirse*, taşımacı, zamanı geriye sarıp yolculuğu yeniden başlatabilecek mi ve bir kaza olmadan (yolcunun bacağı kopmadan) onu gideceği yere sağ salım ulaştırabilecek mi ?

2. *Ücretsiz onarım istenirse*, kopan bacak yerine konabilecek midir? Protez bacak elbette onarım değildir.

3. *Bedelden indirim isteme ve sözleşmeden dönme* de, yaşam boyu sakat kalan kişiye bir yarar sağlamayacaktır.

Geriye ne kalıyor? Borçlar Yasası hükümlerine göre maddi ve manevi tazminat davası açmak. Eh, bunun yeri de Tüketici mahkemesi değildir. Çünkü, yukarda belirttiğimiz gibi, **aynı konunun**, kamu düzeninden kaynaklanan görev bölümü gereği, **her mahkemede ayrı ayrı ve farklı biçimlerde görülmesi**, adalette eşitsizlik yaratacaktır.

VI-İNSAN ZARARLARI UZMANLIK MAHKEMELERİ KURULMALIDIR

1- İnsan zararlarının özelliği

Ölüm ve bedensel zararlarda başlangıçta yoğun bir belirsizlik vardır; zararı ve kapsamını önceden bilmek ve kestirmek kesinlikle olanaksızdır. Zarar gören bir yargıç, konunun uzmanı bir hukukçu, bir uzman hekim dahi olsa ne kadar tazminat isteyebileceğini, zararının ne kadarını hüküm altına alırdabileceğini önceden ve başlangıçta hiçbir biçimde

kestiremez, bilemezler. Zararı ve kapsamını “**öğrenme olgusu**”, ancak yargılamanın ileri bir aşamasında gerçekleşebilecektir. Dava açıldıktan sonra, kusur oranları saptanacak, tanıklar dinlenecek, kazanç araştırması yapılacak ve tüm kanıtlar toplandıktan sonra uzman bilirkişi tarafından tazminat hesaplanacaktır. Bu aşamaya gelinceye kadar, raporlara itirazlar incelenecek, belki de önceki saptananlardan farklı bir sonuç ortaya çıkabilecektir.

Cana gelen zararlarla ilgili tazminat davalarının ayrıntılarına girdiğimizde zararı ve kapsamını “**öğrenme**” olgusunun ne kadar güç ve çetin bir iş olduğunu görürüz. Örneğin, ceza mahkemesinde belirlenen kusur oranları, hukuk mahkemesinde yeniden yapılacak inceleme sonucu değişebileceğine göre, bu hususta dahi kesin bilme ve öğrenmeden söz etmek olanaksızdır. Bunun gibi, beden gücü kayıplarında da, kişi bir uzman hekim dahi olsa, kendi beden zararını kesin bilemeyecek; bunun için sağlık kurullarının raporlarına gereksinim duyulacaktır. Ayrıca bedensel zararlarda zamanla gelişen ve değişen durumlar varsa, bunlar yargılamanın ilerleyen aşamalarında, giderek ilk dava sonuçlandıktan sonra bile ortaya çıkabilecek; bu gibi durumlarda sağlık kurullarından yeni raporlar alınması ve yeni bir zararın hesaplanması gerekecektir.

İşte, tazminat davalarındaki **başlangıçtaki belirsizlik ve bilinmezlik** nedeniyle, yeni yasalarımızda insana verilen zararlara özel bir önem verilmiştir. Ölüm sonucu destekten yoksun kalma ile beden gücü kayıplarına ilişkin tazminat davalarının çok özel durumu dikkate alınarak, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 55.maddesi ile 6100 sayılı HMK.'nun /107.maddesi özellikle düzenlenmiştir.

Bu nedenlerle, insana verilen zararların, diğer tazminat davalarından ayrı tutulması ve bu tür davaların özel bir uzmanlık mahkemesinde görülmesi gerekmektedir.

2- İnsan zararları mahkemelerinin gerekliliği

Yukarda belirttiğimiz gibi, ölüm ve bedensel zararlarda başlangıçtaki yoğun belirsizlik, farklı bir yargılamayı gerekli kıldığından, önceki yasalarda bulunmayan 6098 sayılı TBK'nun 55 ve 6100 sayılı HMK'nun 107.maddelerini tamamlayıcı nitelikte, 6100 sayılı Yasa'nın 3.maddesiyle insan zararlarına ilişkin davalar tek mahkemede toplanmak istenmişse de, görevli mahkemeler arasında idari yargı ile askeri yargı'nın da yer alması nedeniyle Anayasa Mahkemesi'nce iptal kararı verilmiştir. Ancak daha sonra bu eksiklik, 2577 sayılı İdari Yargılama Yasası'nın 16'ncı ve 1602 sayılı Yasa'nın 46'ncı maddelerinde yapılan değişiklikle giderilmiştir.

Bu aşamada artık yapılması gereken adli yargıda "**insan zararları mahkemesi**"nin kurulmasıdır. Hukukça en fazla korunması gereken en yüce hak "**yaşama hakkı**" ve bunun özelinde "**sağlıklı yaşama hakkı**" olduğuna göre uzmanlık mahkemelerine şiddetle ihtiyaç vardır. İnsan zararları mahkemesinin, diğer özel mahkemelerden çok daha önemli olduğunun artık ayırına varılmalıdır.

VII- SAĞLIK HİZMETLERİNİN HUKUKSAL NİTEMESİ

1- Devletin sağlık hizmetleri sağlama görevi

Anayasa'nın 56.maddesi, devlete “**sağlık hizmetleri**”ni düzenleme görevi vermiştir. Maddenin 5.fıkrasına göre “*Devlet, herkesin hayatını, **beden ve ruh sağlığı** içinde sürdürmesini sağlamak, insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırmak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla **sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp** hizmet vermesini düzenler.*” Aynı maddenin 6.fıkrasına göre ise “*Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir.*”

Anayasa'nın bu hükmüne göre, ister kamu kuruluşu olsun, ister özel kesime ait olsun, tüm hastanelerin temel işlevi, "**kamusal**" nitelikli sağlık hizmetleri vermektir. Tıp biliminin çalışma alanı "**insan bedeni**"dir. Bilim ve teknoloji bunca ilerlemesine karşın insan bedeninin bilinmeyen yönleri bilinenlerin çok üzerindedir. İnsan, yoktan yaratılan bir nesne olmadığı

içindir ki, hastalıkların tedavisinde her zaman için yanlıgılar ağır basmakta, beklenmeyen durumlar hekimleri zor durumda bırakmaktadır.

İnsan bedeninin bilinmezlikleri ve tıp biliminin çaresiz kaldığı durumlar gözönüne alındığında, iyileşmek için hekime ve sağlık kurumlarına giden hastayı "tüketici" ve hekimleri "hizmet sağlayıcı" olarak nitelemek, tıp bilimini ve insan yaşamını hafife almak olur. Zaten yukarda bundan önceki bölümde, Tüketici Yasası'ndaki "seçimlik hakları" ölüm ve bedensel zararlara uygulamaya kalkışmanın doğa yasalarına aykırı olduğunu gösterdik.

2- Hekim-hasta ilişkilerinin hukuksal niteliği

Bizce, hekim hasta ilişkisini vekalet sözleşmesi olarak nitelemek doğru değildir. Tedavi (hekimlik) sözleşmesi, özel bir sözleşme türü kabul olunmalıdır. Çünkü, hasta-hekim ilişkisinde, her iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde olduğu gibi karşılıklı bir edim değiş tokuşu olmayıp, sözleşmenin içeriğinde **yardım, güven, anlayış, yüksek özen ve sevecen davranma** gibi unsurlar bulunmaktadır.

Güç ve üstünlük hekimde; zayıflık, bilgisizlik, çaresizlik, korku, umut hastada toplanmış gibi gözükmekte ise de, insan bedeninin henüz yeterince keşfedilmemiş olması, tıp biliminde bunca ilerlemelere, teknolojik desteklere karşın bilinmezliklerin çokluğu, tanıda güçlükler ve önlenemez yanlıgılar, dünyamızın değişen koşullarında yeni hastalıkların ortaya çıkması, hastadaki bünyesel özellikler, tüm bu sayılanlar gözönüne alındığında hekimleri, hastalar karşısında daha güçlü görmek doğru değildir. Eğer, hastalar "tüketici" olarak nitelenip abartılı biçimde korunurlarsa; hekimleri suçlamada, dava etmede onlara aşırı olanaklar sağlanırsa, o zaman hekimler hastaya elatmaktan çekinecekler, görevlerini gerektiği gibi yerine getiremez hale geleceklerdir.

Öğretideki kimi görüşlere göre, tedavi sözleşmesiyle hastanın en derin ve gizli alanına girme ve hastanın bedeni üzerinde her türlü değişimi yapabilme yetkisini elde eden hekimin üstlendiği işin ve sorumluluğunun, mesleksel özelliği de dikkate alındığında, Borçlar Yasasındaki bilinen sözleşme türlerinden biriyle açıklanması doğru değildir.

Hem hekim-hasta ilişkisini vekalet sözleşmesi olarak nitelemek, ilişkinin kuruluş biçimine uygun düşmemektedir. Hastanelere bilinci kapalı ve koma halinde getirilenler ile hekim arasında vekillik ilişkisi oluşmaz. Bu gibi durumları vekaletsiz işgörme olarak nitelemek de yanlıştır. Çünkü hekimler acil servise getirilen hastalara veya her hangi bir yerde kalp krizi geçiren, ağır yaralanan kişilere bakmak, tıbbi yardımda bulunmak **zorundadırlar**. Aksi takdirde 5237 sayılı Yasa'nın 83 ve 98.maddelerine göre hekimler suç işlemiş olurlar. Böyle bir durum, yani **işgörme zorunluluğu** hangi sözleşmede vardır ?

Öte yandan, ayırtım gücünden yoksun olanlar, çocuklar, yaşlılar ile hekim arasında vekillik sözleşmesi yapılamaz. Onlar adına **veli ve vasi** gibi kimseler de böyle bir sözleşmenin aracısı olamazlar. Çünkü onlar, veli veya vasi olarak küçükleri, yaşlıları, ayırtım gücünden yoksun olanları başka konularda temsil edebilirler ise de, **insan bedeni üzerinde tasarruf yetkileri yoktur**. Kanun yararına bozma başvurusu üzerine oluşturulan bir Yargıtay kararında "Yasa koyucu, vasinin yapmasının yasak olduğu iş ve işlemleri, vesayet makamının izni gereken haller ile vesayet makamının izninden sonra denetim makamının da izninin gerekli olduğu halleri açıkça saymakla, bunun dışındaki iş ve işlemlerin yapılamayacağını da göstermiştir. Kaldı ki, en temel insan hakkı olan yaşam hakkı ve vücut bütünlüğüne ilişkin olarak Anayasa'da, tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı, rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tabi tutulamayacağı, Türk Medeni Kanunu'nda ise, ancak yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve naklinin mümkün olacağı, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan da edimini yerine getirmesinin istenemeyeceği açıkça düzenlenmiştir" denilmiştir. (Yargıtay 18.HD. 06.03.2014, E.2013/16178-K.2014/3998)

Şunu da anımsatalım ki, doğrudan kamu kurumlarının sağlık hizmetlerinden yararlananlar ile hekimler ve hastane yönetimi arasında bir sözleşme ilişkisi kurulmuş olmaz. Bu tür ilişkiler kamusal nitelikli olup, İdari Yargı görevlidir. Kamu görevlilerinin görevden ayrılabilir kişisel kusurları nedeniyle sorumluluklarının ise, haksız eylem kapsamında genel mahkemelerin görev alanı içinde olması gerektiği düşüncesindeyiz.

Bize göre de, hekimlik sözleşmesi özel bir sözleşme türü olarak yasalarda ayrıca yer almalı; Borçlar Yasasındaki ve başka yasalardaki sözleşme türleriyle özdeşleştirilmemeli; bugünkü düzenlemede bunlar "**isimsiz sözleşmeler**" olarak nitelenmeli ve Borçlar Yasası'nın sözleşmelere ve haksız eylemlere ilişkin genel hükümleri uygulanmalıdır.

3- Hasta-hekim-hastane ilişkisinin kurulma biçimleri

Hekim ile hasta ilişkisi üç biçimde oluşmaktadır.

Birincisi, hasta doğrudan hekime giderse veya hekimi evine çağırırsa, aracısız ve doğrudan bir ilişki kurulmuş olur. Eğer, hekim hastasını bir hastanede yatırmayı veya ameliyat etmeyi gerekli görüyorsa ve hastanın yatacağı hastane hekim tarafından seçilmişse, ilişki gene ikisi arasındadır.

İkincisi, hasta, doğrudan hekime başvurmak yerine, bir hastaneye giderse, hastane yönetiminin görevlendirdiği hekim ile hasta bu yoldan buluşmuş olur.

Eğer gidilen hastane özel bir sağlık kuruluşu ise, hasta ile hastane arasında bir sözleşmesel ilişki kurulmuş olur. Buna "hasta kabul sözleşmesi" denilmektedir. Böyle bir durumda, hekim kendi adına değil, hastane adına tedaviyi üstlendiğinden "yardımcı kişi" konumundadır.(TBK.m.116 ve BK.m.100)

Hastanın gittiği yer bir kamu hastanesi ise, hasta ile hastane arasında bir sözleşme ilişkisi kurulmuş olmaz. Kamu görevlisi olarak tedaviyi üstlenen hekim ile hasta arasında da doğrudan bir ilişki yoktur. Burada hasta yönünden bir "kamu hizmetinden yararlanma" söz konusudur. Hasta tedaviden zarar görürse "**hizmet kusuru**" nedeniyle **İdari Yargı**'da dava açabilir.

Üçüncüsü, hasta başvurmaksızın, hekimin tedaviyi üstlenmesidir. Örneğin, bilinci kapalı hasta, bir hastaneye getirilip, orada nöbetçi hekim tarafından ilk yardım yapılmışsa, burada bir sözleşme ilişkisi kurulmuş olmaz. Buna öğretide ve Yargıtay kararlarında "vekâletsiz iş görme" denilmektedir. Bizce, hastanın getirildiği hastanenin kamu hastanesi veya özel hastane olması, farklı bir nitelermeyi gerektirmez. Bu, hekim yönünden **kamusal** nitelikli "**zorunlu**" bir görev üstlenilmesidir. Eğer bu görev üstlenilmez ve savsaklanırsa, 5237 sayılı Yasa'nın 83 ve 98.maddelerine göre hekim suç işlemiş olur.

Yukardaki sorumuzu yinelersek, **özgür irade söz konusu olmaksızın "zorunlu" işgörme hangi sözleşmede vardır ?**

4- Hekim-hasta ilişkisini Tüketici Yasası kapsamında görmek doğru değildir

Yukarda yaptığımız değerlendirme ve açıklamalara dayanarak, hastanın "tüketici" ve hekimin "sağlayıcı" olarak nitelenemeyecekleri; başta Anayasa'nın 56.maddesi olmak üzere, sosyal devlet ilkesine ve ceza yasasındaki hükümlere göre, sağlık hizmetlerinin kamusal niteliği dikkate alındığında, hasta-hekim ilişkisinin, pazar ekonomisinin bir düzenlemesi olan Tüketici Yasası kapsamına alınamayacağı sonucuna varmış bulunuyoruz.

SONUÇ :

1) 6502 sayılı yeni Tüketici Yasası'nın 3.maddesindeki "**tüketici işlemi**" tanımı içinde art arda sayılan ve "...benzeri sözleşmeler" de denilerek sınır konulmayan her türlü sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların bundan böyle asliye hukuk veya ticaret mahkemelerinde değil, Tüketici Mahkemelerinde görüleceği, düşünülmeden ortaya atılmış bir savdır.

2) Yeni Yasa'nın anlam ve amacının doğru saptanabilmesi için, sözleşme türleri içinde yer alan **hukuksal ilişkilerin özelliklerine ve konularına göre bölümlendirilmesi**; hangi uyuşmazlıkların Tüketici Yasası kapsamına alınması gerektiğinin, hangilerinin genel mahkemelerin görev alanında kalacağına ayrı ayrı saptanması gerekir.

3) Her **hukuki işlem** tüketim sonucu doğurmadığına göre, **hangi hukuki işlemlerin** tüketim (kullanma, hizmet) niteliği taşıdığına kesin biçimde belirlenmesi gerekir.

4) Tüketici Yasası'nın geniş yorumu, yasadaki beklenen yararları işlevsiz kılar. Tüketici mahkemelerinin görev alanı, kişilerin günlük temel ihtiyaçlarını karşılayacak nitelikteki mal ve hizmet alımları kapsamında "**ayıplı mal**" ve "**ayıplı hizmet**" ile sınırlandırılmalı; bunların dışındaki anlaşmazlıklar ve **sözleşmelere aykırılıklar**, bugüne kadar olduğu gibi, genel mahkemelerde görülmelidir.

5) Alım satım ilişkileri içinde her mal veya hizmet satın alan alıcılar, işgörme sözleşmelerinde her iş gördüren iş sahipleri, her vekalet veren "tüketici" olarak nitelenemez; sözleşenlerden birine üstünlük tanınmaz.

6) **İnsan zararları** (ölüm ve bedensel zararlar), Tüketici Yasası'nın konusu olamaz. Çünkü bunlarda **seçimlik hakların** kullanılması doğa yasalarına aykırı ve olanaksızdır. Ölü diriltilemez. Yitirilen organın yerine yenisi konulamaz. Yasadaki seçimlik haklardan "**hizmetin yeniden görülmesi**" veya "**ücretsiz onarım**" ya da "**bedelden indirim**" isteği, öleni veya eksilen organı geri getirmez. "**Sözleşmeden dönme**" de bir sonuç doğurmaz. Tazminat isteği ise, ayrı bir konu olup, yerine göre, asliye, ticaret ve iş mahkemelerinin görev alanında kalması gereken bir dava türüdür.

7) Ayrıca, sözleşme ilişkisi içerisinde iken **ölen kişinin desteğinden yoksun kalan yakınları**, sözleşmenin tarafı olmayıp, **üçüncü kişi konumunda olduklarından** ve destekten yoksunluk öleden bağımsız, doğrudan doğruya hayatta kalanların kişiliklerinde doğan bir hak olduğundan, Tüketici Yasasıyla ve tüketici haklarıyla bir ilgisi bulunmamaktadır.

8) İnsan zararları, aynı olayda hem haksız eylemlerden (sözleşme dışı sorumluluklardan) ve hem de sözleşmeye aykırı eylem ve işlemlerden kaynaklanabilir. Bunları birbirinden ayırmak mümkün değildir. Sözleşmeden kaynaklanan insan zararlarını Tüketici Yasası kapsamına almak, sık sık görev uyuşmazlıklarına neden olabilir. Ayrıca insan zararları ayrı bir uzmanlık mahkemesi konusudur. Bu tür olayları çeşitli mahkemelere dağıtmak, içtihat farklılıkları yaratır; bugüne kadar oluşturulmuş yerleşik ilkeleri alt üst eder, sistemi bozar,

9) Sözleşme ilişkisi içerisinde meydana gelen **ölüm ve bedensel zararlarda**, hizmet sağlayıcının sorumluluğu, sözleşmeye aykırılığın yanı sıra, **haksız eylem** niteliğinde olup, tüketicinin taraf olduğu haksız eylemler Tüketicinin Korunması Yasası kapsamı dışındadır. 6098 sayılı TBK'nun 114.maddesi 2.fıkrasına ve önceki 818 sayılı BK'nun 98/2. maddesine göre "Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hallerine de uygulanır." Bu nedenle, haksız eylem niteliğindeki sözleşmelere aykırı olaylarda, yerine göre iş mahkemeleri, ticaret mahkemeleri ve asliye hukuk mahkemeleri görevli olmak gerekir. **Haksız fiilin tarafı** durumundaki kişiler tüketici olarak nitelenemez.

10)Sağlık hizmetleri, "tüketici işlemi" tanımı içinde yer alamaz. Çünkü, Devletin sağlık hizmetlerini sağlama görevi Anayasa hükmüdür. Anayasa'nın 56.maddesine göre, Devlet, sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet verilmesini sağlamakla yükümlüdür. Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir.

Anayasa'nın bu hükmüne göre, ister kamu kuruluşu olsun, ister özel kesime ait olsun, tüm hastanelerin temel işlevi, "**kamusal**" nitelikli sağlık hizmetleri vermektir. Tıp biliminin çalışma alanı "**insan bedeni**"dir. Bilim ve teknoloji bunca ilerlemesine karşın insan bedeninin bilinmeyen yönleri bilinenlerin çok üzerindedir. İnsan, yoktan yaratılan bir nesne olmadığı içindir ki, hastalıkların tedavisinde her zaman için yanılabilir olabilir. İnsan bedeninin bilinmezlikleri ve tıp biliminin çaresiz kaldığı durumlar gözönüne alındığında, iyileşmek için hekime ve sağlık kurumlarına giden hastayı "tüketici" ve hekimleri "hizmet sağlayıcı" olarak nitelemek, tıp bilimini ve insan yaşamını hafife almak olur.

11)Hasta hakları, tüketici haklarından daha önemlidir. Sağlık ve sağaltım, yalnızca **Sağlık Hukuku**'nun konusu olmalı; Tüketici Yasası ile ilişkilendirilmemelidir.

12)Sonuç olarak:

a) Tüketici Yasası'nın geniş yorumu, yasadan beklenen yararları işlevsiz kılar. Tüketici mahkemelerinin görev alanı "**ayıplı mal**" ve "**ayıplı hizmet**" ile sınırlandırılmalı; bunların dışındaki anlaşmazlıklar ve **sözleşmelere aykırılıklar**, bugüne kadar olduğu gibi, genel mahkemelerde ve özel mahkemelerde görülmelidir. Her iş yaptıran, her vekalet veren, her mal alan tüketici değildir.

b) **İnsan zararları**, Tüketici Yasası'nın konusu olamaz. Çünkü bunlarda seçimlik haklar uygulanamaz. Hizmetin yeniden görülmesi veya ücretsiz onarım, bedelden indirim ya da sözleşmeden dönme gibi seçimlik haklar ölüyü diriltmez, eksilen organı geri getirmez. Borçlar Yasası'na göre destekten yoksunluk ve beden gücü kayıpları nedeniyle tazminat istemleri ise ayrı bir konu, ayrı uzmanlık alanıdır.

c) Yeni Tüketici Yasası'nın bütünüyle ele alınıp temel amacın saptanması yerine, yalnızca "tüketici işlemi" tanımına bakılarak kapsamının alabildiğine genişletilmesi, sözleşme türlerinin kendi içlerinde ayrıştırılmaması, Tüketici Mahkemelerinin uzmanlık mahkemeleri olmaktan çıkarılıp, genel mahkemeler gibi, birbirinden farklı dava konuları içinde boğulması ve temel işlevini yitirmesi sonucunu doğurur.
