



**İLAÇ TEMİN PROTOKOLÜ GENEL İŞLEM KOŞULLARININ MAHKEME
TARAFINDAN DENETİMİ**

İBRAHİM ANKARA

EYLÜL 2024

ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS TEZİ

İLAÇ TEMİN PROTOKOLÜ GENEL İŞLEM KOŞULLARININ MAHKEME
TARAFINDAN DENETİMİ

İBRAHİM ANKARA

EYLÜL 2024

ÖZET

İLAÇ TEMİN PROTOKOLÜ GENEL İŞLEM KOŞULLARININ MAHKEME DENETİMİ

ANKARA, İbrahim

Özel Hukuk Yüksek Lisans Tezi

Danışman: Prof. Dr. Cemal OĞUZ

Eylül 2024, 151 sayfa

Türkiye’de SGK kapsamında sigortalı olan tüketiciye yönelik perakende ilaç tedariki, sadece eczaneler aracılığıyla yapılmaktadır. Eczacılar, ilaç tedarik süreci için Sosyal Güvenlik Kurumu ile özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olan İlaç Temin Sözleşmesi’ni imzalamaktadırlar.

İlaç Temin Sözleşmesi’nin bir tarafı kamu kurumu niteliğine haiz Sosyal Güvenlik Kurumu, diğer tarafı ise tacir sıfatını haiz eczacılardır. Eczacılar adına İlaç Temin Sözleşmesi’nin müzakere sürecinde 6643 sayılı Kanun kapsamında Türk Eczacılar Birliği yetkili kılınmıştır.

Türk Borçlar Kanunu ile yürürlüğe giren genel işlem koşulları denetiminin kişi bakımından uygulama sınırı belirlenmediği için tacir olan eczacıların da bu korumadan yararlanması gerekmektedir. İlaç Temin Sözleşmesi, standart sözleşme niteliğinde olup mahkeme denetimine tabidir. Bu kapsamda ilgili sözleşme hükümleri; yürürlük, yorum ve içerik denetiminden geçecektir.

Çalışmamız genelinde; taraf hak ve yükümlülükleri, mahkeme kararları, denetim süreçleri ve eczacıların genel işlem koşulları karşısında korunabilmeleri değerlendirilmiştir.

Çalışmamızın sonuç bölümünde ise ulaşılan kanaat, öneri ve sonuçlara yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Eczacı, İlaç temin protokolü, Genel işlem koşulları

ABSTRACT

COURT SUPERVISION OF MEDICINE SUPPLY PROTOCOL GENERAL TERMS AND CONDITIONS

ANKARA, İbrahim
M.A. in Private Law

Supervisor: Prof. Dr. Cemal OĞUZ

September 2024, 151 pages

In our country, retail drug supply to consumers is only done through pharmacies. Pharmacists sign the Drug Supply Agreement, which is a private law contract with the Social Security Institution for this drug supply process. One side of the Drug Supply Agreement is the Social Security Institution, which has the status of a public institution, and the other side is the pharmacists, who have the status of merchants. During the Drug Supply Agreement negotiation process, the Turkish Pharmacists Association has been authorized on behalf of the pharmacists within the scope of Law No. 6643. Since the general transaction conditions audit that came into force with the Turkish Code of Obligations does not have a personal application limit, pharmacists who are merchants should also benefit from this protection. The Drug Supply Agreement is a standard contract and is subject to court review. In this context, the relevant contract provisions will undergo the control for the operation, the control for the interpretation and the control for the content review. In our study, the rights and obligations of the parties, court decisions, audit processes and the protection of pharmacists against general transaction conditions were evaluated. In the conclusion section of the study, the opinion reached, its leader and results are given.

Keywords: Pharmacist, Protocol on the provision of medicines, General term and condition

İÇİNDEKİLER

TEZDE İNTİHAL OLMADIĞINA DAİR BEYAN SAYFASI	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT	v
İÇİNDEKİLER	vi
KISALTMALAR LİSTESİ.....	x
GİRİŞ.....	1
BÖLÜM I.....	2
İLAÇ TEMİN PROTOKOLÜ/SÖZLEŞMESİ.....	2
1.1 İLAÇ TEMİN PROTOKOLÜ/SÖZLEŞMESİNİN TANIMI.....	2
1.2 İLAÇ TEMİN PROTOKOLÜ/SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	3
1.2.1 İlaç Temin Protokolünün Hukuki Niteliği.....	3
1.2.2 İlaç Temin Sözleşmesinin Hukuki Niteliği.....	5
1.3 İLAÇ TEMİN PROTOKOLÜNÜN TARAFLARI.....	7
1.3.1 Sosyal Güvenlik Kurumu.....	7
1.3.2 Türk Eczacıları Birliği.....	8
1.3.3 Eczane.....	8
1.4 İLAÇ TEMİN PROTOKOLÜNÜN UNSURLARI.....	9
1.4.1 Konu Unsuru.....	9
1.4.1.1 Sözleşmede Mal Unsuru Olarak İlaç.....	10
1.4.1.2 Sözleşmede Hizmet Unsuru Olarak İlaç Danışmanlığı	10
1.4.2 Bedel Unsuru.....	11
1.4.2.1 İlaç ve Reçete Hizmet Bedeli.....	11
1.4.2.2 İskonto.....	12
1.4.2.3 Ödeme Vadeleri.....	12
1.4.3 Anlaşma Unsuru.....	13
1.4.3.1 Sosyal Güvenlik Kurumu Açısından Sözleşme Yapma Zorunluluğu...13	
1.4.3.2 Eczane Açısından Sözleşme Yapma Zorunluluğu.....	14

1.5 İLAÇ TEMİN PROTOKOLÜ TARAF YÜKÜMLÜLÜKLERİ.....	15
1.5.1 Sosyal Güvenlik Kurum Açısından Yükümlülükler.....	15
1.5.1.1 Ödemeleri Zamanında Yapma Yükümlülüğü	15
1.5.1.2 Reçete Hizmet Bedeli Ödeme Yükümlülüğü	16
1.5.2 Eczane Açısından Yükümlülükler.....	16
1.5.2.1 Mevzuata Uygun Reçete Karşılama Yükümlülüğü.....	16
1.5.2.2 İndirim Yapma Yükümlülüğü.....	17
1.5.2.3 Fatura Düzenleme ve Teslim Etme Yükümlülüğü	18
1.6 İLAÇ TEMİN PROTOKOLÜNÜN SONA ERMESİ.....	19
BÖLÜM II	21
GENEL İŞLEM KOŞULLARI. ..	21
2.1 SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ ve SINIRLANDIRILMASI	21
2.2 TANIMI ve AMACI.....	23
2.3 TARİHSEL SÜRECİ.....	27
2.4 UNSURLARI.....	29
2.4.1 Metinlerin Önceden, Tek Taraflı Hazırlanması.....	30
2.4.1.1 Müzakere süreci.....	31
2.4.1.1.1 İçeriğe Etki Edebilme.....	32
2.4.1.1.2 Asli Edimlerin Müzakereye Konu Edilmemiş Olması.....	33
2.4.1.1.3 İspat Külfeti.....	34
2.4.2 İleride Çok Sayıda Sözleşme Yapma Beklentisi.....	35
2.4.3 Genel ve Soyut Olma.....	36
2.5 TARAFLARI.....	36
2.6 UYGULAMA ALANI.....	38
2.6.1 Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı.....	38
2.6.2 Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı.....	45
2.6.3 Genel İşlem Koşullarının Zaman Bakımından Uygulama Alanı.....	46
2.7 HUKUKİ NİTELİĞİ.....	47
2.7.1 Norm Görüşü.....	47
2.7.2 Sözleşme Görüşü.....	48
2.8 İLAÇ TEMİN SÖZLEŞMESİNİN GENEL İŞLEM KOŞULLARI	
AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ.....	48

BÖLÜM III.....	55
GENEL İŞLEM KOŞULLARININ MAHKEME TARAFINDAN DENETİMİ.....	55
3.1 GENEL OLARAK	55
3.1.1 İdari Denetim.....	56
3.1.2 Yargısal Denetim.....	58
3.2 YÜRÜRLÜK DENETİMİ.....	59
3.2.1 Genel Olarak.....	60
3.2.2 Unsurları.....	61
3.2.2.1 İlişkilendirme Anlaşması.....	63
3.2.2.2 Açıkça Bilgi Verme.....	64
3.2.2.3 İçeriğini Öğrenme İmkânı Sağlama.....	68
3.2.2.4 Kabul.....	69
3.2.3 Şaşırtıcı Koşullar.....	71
3.2.3.1 Genel Olarak.....	71
3.2.3.2 Yabancılık Unsuru Anlaşması.....	74
3.2.3.3 Beklenilemezlik Hali.....	74
3.2.4 Sonuçları.....	77
3.2.4.1 Yazılmamış Sayılma.....	77
3.2.4.2 Yazılmamış Sayılmanın Sözleşmeye Etkisi.....	78
3.2.5 İlaç Temin Sözleşmesi Kapsamında Değerlendirme.....	80
3.2.5.1 Açıkça Bilgilendirme Açısından.....	81
3.2.5.2 İçeriğin Öğrenilmesine İmkân Sağlanması Açısından.....	82
3.2.5.3 Kabul Açısından.....	83
3.2.5.4 Yazılmamış Sayılma Açısından.....	84
3.2.5.5 Şaşırtıcı Koşullar Açısından.....	84
3.3 YORUM DENETİMİ.....	85
3.3.1 Genel Olarak.....	85
3.3.2 Yorumun Şartları.....	87
3.3.2.1 Genel İşlem Şartının Varlığı.....	88
3.3.2.2 Bireysel Anlaşmanın Olmaması.....	88
3.3.2.3 Uyuşmazlığın Ortaya Çıkması.....	89

3.3.2.3.1 Açık ve Anlaşılır Olmama.....	89
3.3.2.3.1.1 Şeffaflık Denetimi.....	90
3.3.2.3.2 Birden Fazla Anlama Gelme.....	92
3.3.3 Yorum Araçları.....	92
3.3.4 Yorum İlkeleri.....	93
3.3.4.1 Objektif Görüş.....	93
3.3.4.2 Subjektif Görüş.....	93
3.3.5 Yaptırım.....	94
3.3.6 İlaç Temin Sözleşmesi Kapsamında Değerlendirme.....	95
3.4 İÇERİK DENETİMİ	101
3.4.1 Genel Olarak.....	101
3.4.2 TBK m.24 Kapsamında Denetim.....	104
3.4.2.1 Hüküm ve Sonuçları.....	106
3.4.3 TBK m.25 Kapsamında Denetim.....	106
3.4.3.1 Unsurları.....	108
3.4.3.1.1 Genel İşlem Şartının Sözleşme Hükümü Olması.....	108
3.4.3.1.2 Karşı Tarafın Aleyhine veya Onun Durumunu Ağırlaştırıcı Nitelikte Olması... ..	108
3.4.3.1.3 Dürüstlük Kuralına Aykırı Olması.....	110
3.4.3.2 Hüküm ve Sonuçları.....	113
3.4.4 İlaç Temin Sözleşmesi Kapsamında Değerlendirme.....	116
3.4.4.1 TBK m.24 Açısından Değerlendirme.....	116
3.4.4.2 TBK m.25 Açısından Değerlendirme.....	119
3.4.4.2.1 İfa Sürelerine İlişkin Kayıtlar.....	119
3.4.4.2.1.1 Hekim Şartının Sağlanmaması.....	122
3.4.4.2.1.2 Tedavideki Öncül İlacın Kullanılmaması.....	124
3.4.4.2.1.1 Belge ve Bilgi Eksikliği.....	124
3.4.4.2.2 Dönme Hakkına İlişkin Kayıtlar.....	125
3.4.4.2.3 Cezai Şarta İlişkin Kayıtlar.....	128
SONUÇ.....	131
KAYNAKÇA.....	134
ÖZGEÇMİŞ.....	140

KISALTMALAR LİSTESİ

age (agm, agt)	: Adı geçen eser (makale, tez)
Bkz.	: Bakınız
Agt	: Adı geçen tez
AGBG	: Genel İşlem Şartları Yasası(Almanya)
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BGB	: Alman Medeni Kanunu
EEHK	: Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun
EEHY	: Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Yönetmelik
GİK	: Genel İşlem Koşulu
m.	: Madde
Ödeme Yönetmeliği	: Sağlık Hizmet Sunucularının Faturalarının İncelenmesine ve Bedellerinin Ödenmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik
s.	: Sayfa
SASPY	: Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Hizmeti Satın Alım Sözleşmelerinin/Protokollerinin Hazırlanması ve Akdedilmesine İlişkin Yönetmeliği
SHSÖY	: Sağlık Hizmet Sunucularının Faturalarının İncelenmesine ve Bedellerinin Ödenmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik
SGK	: Sosyal Güvenlik Kurumu
TEB	: Türk Eczacıları Birliği
TKHK	: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
Vd	: Ve devamı

GİRİŞ

Türkiye’de bireylerin perakende ilaç tedarik edebileceği tek yasal kuruluş eczanelerdir. Bireyler, ilaç bedelini bizzat karşılayabileceği gibi sigortalı oldukları kurum tarafından da işbu bedel karşılanabilecektir. Çalışmamız kapsamında sadece Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) tarafından sigortalanan bireylerin ilaç tedariki üzerinde durulacaktır.

İdari mevzuat açısından birinci basamak sağlık hizmet sunucusu statüsünde olan eczane, özel hukuk açısından ticari işletmedir. Eczaneler ve SGK arasında akdedilen özel hukuk sözleşmesi kapsamında sigortalı bireyler, eczanelerden ilaç tedarik edebilmektedir.

İlaç tedarik sürecinde üç ana unsur göze çarpmaktadır. Bunlar; satıcı olarak eczacı, tüketici olarak hasta, hasta adına ödeme yapan SGK.

Eczaneden tedarik edilen ilaçların SGK tarafından ödenebilmesi için belirli usul ve esaslara uyulması gerekmektedir. Bunlardan en önemlisi ise Sağlık Uygulama Tebliği’dir. Bu tebliğle; reçete yazım ilkeleri, ödeme şartları ve koşulları belirlenmekte olup işbu tebliğ, güncel tıbbi ve ekonomik gelişmelere bağlı olarak sürekli güncellenmektedir.

SGK tarafından, Sağlık Uygulama Tebliği’ne aykırı ilaç tedariki nedeniyle eczane hak edişlerinden kesintiler yapılabilmektedir. Yine, taraflar arasında akdedilen sözleşmeye aykırı fiillerin tespiti halinde de eczaneye cezai şartlar uygulanabilmektedir. Bu iki durumda ortaya çıkan niza, genel olarak yargıya yansımaktadır.

SGK ve eczaneler arasındaki ihtilaflar çokça teknik süreç içeren uyuşmazlık tiplerindendir. Bu kapsamda mahkemeden; sözleşmenin hukuki niteliği, genel işlem koşulu varlığı ve genel hükümlere göre tespitlerin yapılması beklenmektedir.

Çalışmamız kapsamında, İlaç Temin Sözleşmesi’nin genel işlem koşulu denetimine tabi olması için gereken şartları içerip içermediği incelenecektir.

BÖLÜM I

İLAÇ TEMİN PROTOKOLÜ/SÖZLEŞMESİ

1.1 İLAÇ TEMİN PROTOKOLÜ/SÖZLEŞMESİNİN TANIMI

Tam adı “*Sosyal Güvenlik Kurumu Kapsamındaki Kişilerin Türk Eczacıları Birliği Üyesi Eczanelerden İlaç Teminine İlişkin Protokol*” olan düzenleme, uygulamada *İlaç Temin Protokolü*, *İlaç Alım Protokolü*, *İlaç Tedarik Protokolü* olarak kullanılmaktadır. Dünya Ticaret Örgütü; Avrupa Komisyonu ve Türkiye arasında ilaçta yerelleşme ihtilafına esas hazırladığı panel raporunda yer alan “procurement” ifadesiyle *tedarik* anlamının öne çıktığı görülmektedir.¹

İlaç Temin Protokolü ve *İlaç Temin Sözleşmesi* farklı hukuki niteliğe sahip olmasına rağmen gerek uygulamada gerekse yargı kararlarında *İlaç Temin Protokolü* şeklinde yeknesak bir kullanımın olduğunu görmekteyiz. Bu sebeple, biz de çalışmamızın bütünlüğü kapsamında *İlaç Temin Protokolü* ifadesini kullanmayı tercih edeceğiz.

29665 sayılı ve 26.03.2016 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Hizmeti Satın Alım Sözleşmelerinin/Protokollerinin Hazırlanması ve Akdedilmesine İlişkin Yönetmelik’in(SASPY) 4.maddesinin 3. fıkrasında, *Sözleşme* ve *Protokol* ifadeleri birlikte kullanılmış, ilgili kavramlar;

“Kurum ile Sağlık Bakanlığı tarafından ruhsatlandırılmış, Türk Silahlı Kuvvetleri sağlık hizmeti sunucuları hariç olmak üzere sağlık hizmeti sunucuları arasında imzalanan sağlık hizmeti satın alımına/teminine/tedarik edilmesine ilişkin metin” şeklinde tanımlanmıştır.

¹DÜNYA TİCARET ÖRGÜTÜ (2022), 28.04.2022 Tarihli Panel Raporu, Cenevre, s.70. https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds583_e.htm#art25, ET. 20.02.2024.

İlaç Temin Protokolü; kamu tüzel kişiliğini haiz Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) ve Türk Eczacıları Birliği (TEB) arasında akdedilen düzenleyici bir idari işlem niteliğindedir.² Bunun aksine İlaç Temin Sözleşmesi, İlaç Temin Protokolü'nden kaynak alan, eczacı ile SGK taşra teşkilatı arasında akdedilen bir özel hukuk sözleşmesidir.³Bu ayırım hem yargı yerinin belirlenmesi hem de uygulanacak hukuk bakımından önemlidir. Dolayısıyla iki ayrı metni ayrı olarak incelemek gerekecektir.

1.2 İLAÇ TEMİN PROTOKOLÜ/SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

1.2.1 İlaç Temin Protokolü'nün Hukuki Niteliği

İlaç Temin Protokolü, SGK ve TEB arasında imzalanan, serbest eczanelerden ilaç ve tıbbi malzeme teminine ilişkin usul ve esasları belirleyen metnin genel adıdır.⁴

Uygulamada ve öğretide İlaç Temin Protokolü'nün hukuki niteliği konusunda tartışmalar mevcuttur. Özellikle Yüksek Mahkeme içtihatları bize bu konuda yön göstermektedir. Danıştay bir kararında⁵ ;

²Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 08.02.2007 tarihli ve 2006/4286 E., 2007/60 K. Sayılı kararı; "...Sosyal Sigortalar Kurumu ile ...Türk Eczacılar Birliği'nin görev alanlarını ilgilendiren bir konuda bir araya gelerek, kapsamına aldığı kişilerin uyacakları esasları belirledikleri protokolün, iki idari organın birlikte tesis ettiği **tek yanlı idari işlem olduğunda** kuşku bulunmamaktadır." Benzer yönde; Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 15.11.2016 tarihli ve 2015/3748 E., 2016/2919 K. sayılı kararı.

³Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 25.01.2021 tarihli ve 2021/1 E., 2021/20 K. sayılı kararında; "...Gerek protokolün gerekse de sözleşmenin taraflara karşılıklı olarak çeşitli hak ve yükümlülükler getirdiği, tarafların serbest iradelerine dayandığı, ticari nitelikli olduğu, Kamu Hukukunun ve dolayısıyla kamu gücünün bu sözleşmede yerinin bulunmadığı; Protokolde, tarafların karşılıklı fesih yetkilerinin bulunduğu, belirlenen oranda indirim yapan her eczane ile anlaşma yapılacağı gibi hususlara yer verildiği görülmektedir. Bu durum karşısında, sözleşme kamu hukuku ağırlıklı değil, tarafların serbest iradesi ile oluşmaktadır. İdarenin sözleşmedeki fesih ve diğer yetkilerinin karşı taraftan fazla bulunması, bu sözleşmenin özel sözleşme niteliğini etkilemediği gibi; kamu hizmetine ilişkin bulunsu da idarenin üstün yetkilerle donatıldığı sonucunu doğurmamaktadır. Yapılan protokol, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından sağlık yardımları karşılanan kişilere eczaneden indirimli ilaç alınması koşullarını belirlediğine göre; sözleşmenin devamı aşamasında ortaya çıkan ve taraflar arasındaki sözleşmenin feshine ve cezai şart uygulanmasına ilişkin işlemin iptali isteminden doğan uyuşmazlığın; anılan sözleşme ve protokol hükümleri ile **özel hukuk kuralları uyarınca adli yargı yerinde** çözülmesi gerekmektedir."

⁴Danıştay 10.Dairesi'nin 29.12.2020 tarihli ve 2019/7046 E., 2020/7086 K. sayılı kararında İlaç Temin Protokolü'nün amacı belirtilmiştir. "...Protokol ve aktarılan kuralların, kişilerin ilaçlarını temin etmek için istedikleri eczaneye başvurabilmesine ilişkin gereken düzenlemeleri içermesi, eczacıların mesleki faaliyetleri kolaylaştırmak, eczacılığın genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, eczacıların birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hakim kılmak, meslek disiplini ve ahlakını korumak amacıyla uyuşması, belirlenen reçetelerin Sıralı Dağıtım Sistemine tabi olarak eşit paylaşım esasına dayanarak üst limitli olarak karşılanması esası getirmesi, diyaliz merkezlerinde düzenlenen tüm reçetelere de bu kapsamda yer vermesi, ..."

⁵Danıştay 10.İdari Dava Dairesi'nin 09.06.2010 tarihli ve E.2009/16817 sayılı kararı.

“..Dolayısıyla taraflarından biri kamu idaresi ve diğeri kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu olan kurumlar arasında, bir kamu hizmeti niteliğindeki sağlık hizmetinin yürütülmesi amacıyla imzalanan protokol, bu niteliği itibarıyla **genel düzenleyici nitelikte idari bir işlemdir**. Bu nedenle genel düzenleyici nitelikteki bu işlemin feshine yönelik dava konusu işlemin de düzenleyici işlem olduğunun kabulü gerekir. Bu itibarla, düzenleyici işlemlere karşı açılacak davanın görüm ve çözüm görevi, 2575 sayılı Yasanın 24/1-c maddesi gereğince Danıştaya verildiğinden, davalı idarenin bu davanın görüm ve çözümünde adli yargının görevli olduğu iddiası yerinde görülmemiştir.”

gereğesiyle işbu Protokol’ün genel düzenleyici nitelikte idari işlem olduğunu ifade etmiştir.

Önceki yıllarda taraflar arasında yaşanan bir ihtilaf sebebiyle TEB tarafından alınan hukuki görüşte⁶;

“SGK ile TEB arasında akdedilen **Protokolün düzenleyici bir idari işlem olduğu**, sözü edilen tek yanlı fesih işleminin idari yargı tarafından iptal edilmedikçe hukuka uygunluk karinesinden yararlanacağı ve 16.01.2010 tarihinden itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlayarak Protokolü o tarih itibarıyla geçersiz hale getireceği, **SGK ile münferit eczacılar arasında yapılan tip sözleşmelerin birer özel hukuk sözleşmesi olmakla** birlikte dayanağını SGK ve TEB arasında akdedilen ve SGK tarafından tek taraflı olarak feshedilen Protokolden aldığı, bu Protokolün 16.01.2010 tarihi itibarıyla yürürlükten kalkacağı ve geçersiz olacağı göz önüne alındığında tip sözleşmelerin de aynı gün itibarıyla Sosyal Güvenlik Kurumu’nun tek taraflı fesih işleminin hüküm ve sonuçlarını doğuracağı, tip sözleşmelerin de 16.01.2010 tarihinden itibaren hukuki dayanaktan yoksun hale geleceği ve bu tarih itibarıyla geçerliliklerini yitireceği”

şeklinde ifade edilmiştir.

Danıştay güncel bir kararında; protokolün iki tarafının kamu olduğu, ilaç tedariğinin kamusal nitelik taşıdığı, SGK tarafına feshetme, cezai şart uygulama gibi üstün yetkiler tanındığını gerekçe göstererek protokolün idari sözleşme niteliğinde olduğunu ifade etmiştir.⁷

İlaç Temin Protokolü’nün genel düzenleyici nitelikte idari bir işlem olduğu yönündeki tespiti katılmaktayız.

⁶Prof.Dr.Metin GÜNDAY’dan alınan hukuki görüş basına yansıtılmıştır.
<https://www.beo.org.tr/duyuru/danistayin-yurutmeyi-durdurma-karari-hakkinda-51866>, ET.
10.01.2024

⁷Danıştay 10.Daire’nin 22.06.2021 tarihli ve 2020/3119 E., 2021/3540 K. sayılı kararı.

1.2.2 İlaç Temin Sözleşmesi'nin Hukuki Niteliği

Bilindiği üzere SASPY'nin 6.maddesine göre sözleşmeler/protokoller, kanunlarla tanımlanmış istisnalar hariç olmak üzere Kurum tarafından hazırlanır. 6643 sayılı Türk Eczacıları Birliği Kanunu'nun 39.maddesinin j fıkrasına göre;

*“Eczanelerden sağlık hizmeti satın alacak bütün kamu ve özel kurum ve kuruluşlarla anlaşmalar yapmak, imzalanan protokole uygun **tip sözleşmeleri** bastırmak ve belirleyeceği bedel karşılığı eczanelere dağıtmak,”*

merkez heyetinin görevleri arasında sayılmıştır.

İlaç Temin Protokolü'nün 7.15.maddesinde, serbest eczanelerin Kurum ile sözleşme yaparken Türk Eczacılar Birliği tarafından bastırılmış, Protokolün 1 no.lu ekinde yer alan *‘Tip Sözleşmesini’* kullanacakları hüküm altına alınmıştır. Yine İlaç Temin Protokolü'nün 7.1.maddesi uyarınca SGK ile eczane arasında işbu protokol esaslarına göre her yılın Ekim ayında sözleşme yenilenecektir.⁸

SGK ile TEB arasında imzalanan İlaç Temin Protokolü'nün eki durumundaki tip sözleşmenin, SGK taşra teşkilatı ve serbest eczaneler arasında imzalanması ile sigorta kapsamındaki bireylere ilaç temini yapılmaktadır. Fakat işbu sözleşmenin imzalanması sırasında;

- Karşı taraf eczacıyla müzakere edilmediği,
- Karşı taraf eczacının sözleşme hükümlerinin değiştirilmesini talep edemeyeceği,
- İmzalamak veya imzalamamaktan başka seçeneğin olmadığı bilinmektedir.⁹

Danıştay'ın bir kararında¹⁰;

“..Sonuç olarak, Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı ve eczane arasında imzalanan tip sözleşme asıl protokolün eki mahiyetinde olup; ayrılmaz bir parçasıdır. Türk Eczacıları Birliği ile Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı arasındaki protokol hükümlerine, eczacılar da uymak zorunda olduklarından, Sosyal Güvenlik Kurumu

⁸İlaç Temin Protokolü madde 7.1 *“Kurum ile TEB arasında yapılacak ek protokol veya protokollerle düzenleme yapılması halinde, sözleşmeli eczacı bu düzenlemelere uymakla yükümlüdür. Kurum, Protokol hükümlerini kabul eden ve başvuru formunu getiren eczacı ile (feshi gerektirecek hususlar nedeniyle sözleşmeleri feshedilenlerin fesih süreleri boyunca ve muvazaalı olarak açıldığı kanıtlanan eczaneler hariç) sözleşme yapar. Eczacı sözleşmenin Kurumda kalacak nüshasının ön yüzüne protokol hükümlerini okuduğunu ve kabul ettiğini el yazısı ile yazarak imzalar diğer sayfaları paraflar.”*

⁹Ercan ŞAMLIOĞLU (2023), *İdare Hukuku Açısından Sosyal Güvenlik Kurumu ve Yargısal Denetimi*, Adalet Yayınevi, Ankara, s.167.

¹⁰Danıştay 10.Daire'nin 22.06.2021 tarihli ve 2020/3119 E., 2021/3540 K. sayılı kararı.

Başkanlığı'na tanınan ayrıcalıklı hak ve yetkiler, Kurumun eczacılar ile imzaladığı tip sözleşmede de devam etmektedir.”

şeklinde gerekçelendirmek suretiyle, SGK'nın sözleşme içerisindeki ayrıcalıklı hak ve yetkilerle donatıldığı ifade edilmiştir. Öğretide bazı yazarlar, düzenleyici idari işlem niteliğindeki protokol esas alınmak suretiyle SGK ile serbest eczaneler arasında imzalanan sözleşmeyi idari sözleşme olarak nitelendirse de¹¹bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira Danıştay bu kararında, SGK ile eczane arasındaki sözleşmenin idari nitelik taşıdığını ifade etmemekte, taraflar arasındaki sözleşmede SGK'nın üstünlüğüne vurgu yapmaktadır.

Öyle ki Uyuşmazlık Mahkemesi'nin yaklaşımı görüşümüzü destekler niteliktedir. Uyuşmazlık Mahkemesi;

*“...Protokolde, tarafların karşılıklı **fesih yetkilerinin** bulunduğu, belirlenen oranda indirim yapan her eczane ile anlaşma yapılacağı gibi hususlara yer verildiği görülmektedir. Bu durum karşısında, sözleşme kamu hukuku ağırlıklı değil, tarafların serbest iradesi ile oluşmaktadır. İdarenin sözleşmedeki fesih ve diğer yetkilerinin karşı taraftan fazla bulunması, bu sözleşmenin **özel sözleşme niteliğini etkilemediği gibi**; kamu hizmetine ilişkin bulunsu da idarenin üstün yetkilerle donatıldığı sonucunu doğurmamaktadır.”*

şeklinde gerekçesiyle, SGK ile eczacı arasındaki sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olduğunu ifade etmiştir.¹²

Benzer şekilde Danıştay eski tarihli bir kararında¹³;

*“%5 indirimli olarak vermeyi kabul eden ve protokol ekinde yer alan "Başvuru Formu" nu bağlı bulunduğu T.E.B. Bölge Eczacı Odasına onaylatarak kurumlara başvuran eczanelerle (başvuru formuyla bütün halde olan " Eczanelerde Yapılacak Anlaşma") anlaşma imzalanacağı ve protokolde belirlenen hükümlerin de bu anlaşmanın ekini oluşturacağı anılan anlaşmanın da **özel hukuk hükümlerine** tabi olduğu anlaşılmaktadır”*

gerekçesiyle, Protokol eki niteliğinde metnin, özel hukuk hükümlerine tabi olduğunu ifade etmiştir. Danıştay başka bir kararında sağlık hizmet sunucuları ile imzalanan hizmet sunumu sözleşmelerini, “*iltihaki sözleşme*” olarak tanımlamıştır.¹⁴

¹¹Ercan ŞAMLIOĞLU 2023, age. s.167.

¹²Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 08.04.2013 tarihli ve 2012/131 E., 2013/471 K. sayılı kararı.

¹³Danıştay 10.Dairesi'nin 11/04/2005 tarihli ve 2004/12712 E., 2005/1612 K. sayılı kararı.

¹⁴Danıştay 15.Dairesi'nin 27/11/2018 tarihli ve 2016/3732 E., 2018/7862 K. sayılı kararı; “Uyuşmazlığın çözümü açısından davalı idare ile sağlık hizmet sunucuları (SHS) arasında akdedilen

Yargıtay da¹⁵ TEB üyesi olan eczacılar ile SGK arasında imzalanan sözleşmenin, iki taraflı irade ile oluşan ve özel hukuk hükümlerine tabi olan bir sözleşme olduğunu vurgulamıştır.

Yukarıda atıf yapılan Yüksek Mahkeme kararlarında da¹⁶ açıkça ifade edildiği ve tarafların gerek kanunlarda gerek sözleşme içerisinde kullandığı “*tip sözleşme*” tabirleri de dikkate alındığında, İlaç Temin Sözleşmesi’nin özel hukuk sözleşmesi olduğu yönünde görüş birliği mevcuttur.

Her ne kadar tez konumuz bir “sözleşme” üzerine değerlendirme olsa da uygulama ve dil birliğini sağlamak amacıyla çalışmamızda İlaç Temin Protokolü ifadesini kullanmayı tercih edeceğiz.

1.3 İLAÇ TEMİN PROTOKOLÜNÜN TARAFLARI

Üst bölümde de ifade ettiğimiz üzere Protokol ve Sözleşme’nin tarafları ayrı olarak değerlendirilmelidir.

İlaç Temin Protokolü; *Sosyal Güvenlik Kurumu Kapsamındaki Kişilerin Türk Eczacıları Birliği Üyesi Eczanelerden İlaç Teminine İlişkin Protokol*’ün 1.1.maddesine göre SGK ve TEB arasında akdedilen bir düzenleyici idari işlemdir. İlaç Temin Sözleşmesi ise İlaç Temin Protokolü Ek-1’de yer alan metin üzerinden SGK ile eczanenin taraf olduğu özel hukuk hükümlerine tabi olan bir tip sözleşmedir.

1.3.1 Sosyal Güvenlik Kurumu

İlaç Temin Protokolü’nün tarafı olan SGK, kamu tüzel kişiliğini haiz bir kamu kurumudur. 5510 sayılı Kanun kapsamında temel görevi sosyal güvenlik hizmeti

hizmet alımı sözleşmesinin hukuki niteliğinin önem taşıdığı, davacı tarafından Kurum ile akdedilen hizmet sunumu sözleşmesinin, özel hukuk sözleşmesi ve tarafların eşitliğine dayalı olduğu ileri sürülse de; sunulan sağlık hizmetinin büyük oranda tek alıcısı konumunda olan Kurum ile SHS’ler arasında imzalanan sözleşmelerde tarafların eşitliğinin söz konusu olmadığı, Sözleşmeler ve eklerinin Kurum tarafından hazırlandığı ve imzacı taraf ile eşitler arası bir müzakere süreci olmadan akdedildiği dikkate alındığında, SHS’ler ile imzalanan hizmet sunumu sözleşmelerinin, "iltihaki sözleşme" niteliğinde olduğu”

¹⁵Yargıtay 3.Hukuk Dairesi’nin 22.03.2022 tarihli ve 2021/5543 E., 2022/2546 K. sayılı kararı.

¹⁶Danıştay 15.Daire’nin 22.12.2015 tarihli ve 2015/9987 E., 2015/9042 K.sayılı kararında; davacı ile davalı idare arasında imzalanan sözleşmenin, kamu hukuku kuralları çerçevesinde yapılan ve idarenin tek yanlı üstün hak ve yetkilerini içeren idari sözleşme niteliğinde olmayıp özel hukuk kurallarına göre tarafların serbest iradesine dayalı yapılmış sözleşmenin uygulanmasından doğduğuna hükmetmek suretiyle, Kurum ile serbest eczaneler arasındaki sözleşmeyi bir özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilmiştir

sunmak olan SGK, özellikle sağlık hizmetlerinin finansmanı noktasında özel hukuk kişileri ile sözleşme yapma yetkisine de haizdir. SGK, 5510 sayılı Kanun'un 73. maddesi ile *Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Hizmeti Satın Alım Sözleşmelerinin/Protokollerinin Hazırlanması ve Akdedilmesine İlişkin Yönetmelik* hükümleri çerçevesinde, yapmış olduğu sözleşmeler kapsamında kamu ve özel sağlık hizmet sunucularından hizmet alımı gerçekleştirmek suretiyle bu hizmeti ifa etmektedir.

1.3.2 Türk Eczacıları Birliği

İlaç Temin Protokolü'nün diğer tarafı olan TEB, Anayasa'nın 135.maddesi kapsamında kamu tüzel kişiliğini haiz bir kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşudur. TEB'in kuruluşu, vazifeleri, teşkilat yapısı, organları ve diğer hususlar 6643 sayılı Türk Eczacıları Birliği Kanunu¹⁷ ile düzenlenmiştir.

Çalışmamız kapsamında TEB'in önemi, eczaneler adına SGK ile müzakere yapmasından kaynaklanmaktadır. 6643 sayılı Türk Eczacıları Birliği Kanunu'nun 39. maddesinin j fıkrasıyla Türk Eczacılar Birliği; eczanelerden sağlık hizmeti alacak kuruluşlarla anlaşmalar yapmak, imzalanan sözleşmeye uygun 'tip sözleşmeleri bastırmak ve eczanelere dağıtmak hususlarında yetkili kılınmıştır.

1.3.3 Eczane

31746 sayılı ve 10.02.2022 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanan *Sağlık Hizmet Sunucularının Basamaklandırılmasına Dair Yönetmelik*'in 5.maddesinin 2.fıkrasının k bendi ile 6197 sayılı Kanun uyarınca serbest faaliyet gösteren eczaneler, birinci basamak sağlık hizmet sunucusu olarak nitelendirilmiştir.

¹⁷RESMÎ GAZETE (1956), 6643 sayılı Türk Eczacıları Birliği Kanunu, m.1, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/9216.pdf> , ET.01.01.2024, "Türkiye sınırları içinde meslek ve sanatlarını yürütmeye yetkili olup da, özel kanunlarında üye olamayacakları belirtilenler hariç, sanatlarıyla uğraşan ve meslekleriyle ilgili hizmetlerde çalışan eczacıların katılmasıyla; eczacıların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, eczacılığın genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak; eczacıların birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hakim kılmak üzere, meslek disiplini ve ahlakını korumak maksadıyla tüzelkişiliğe sahip kamu kurumu niteliğinde Türk Eczacıları Birliği kurulmuştur."

Eczacı, eczane ve eczacılık tanımlamaları, 28970 sayılı ve 12.04.2014 tarihinde yayınlanan Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Yönetmeliğin(EEHY) 4.maddesinde belirtilmiştir.¹⁸

Konumuz kapsamında özel hukuk alanında eczanelerin bir ticari işletme, eczacıların da bir tacir olduğu Yargıtay'ın da yerleşmiş içtihatları arasındadır.¹⁹ Konuya ilişkin eski tarihli bir kararda işbu husus;

“...eczacı da iktisadi faaliyeti nakdi sermayesinden ziyade bedeni çalışmasına dayanmadığı ve kazancı da ancak geçimini sağlamaya yetecek derecede az bulunamayacağı cihetle ... eczaneler TTK'nın 12/1 ve 11. maddeleri gereğince ticari işletme sayılırlar.”²⁰

şeklinde ifade edilmiş olup günümüzde de aynı içtihat istikrarını korumaktadır.

1.4 İLAÇ TEMİN PROTOKOLÜNÜN UNSURLARI

1.4.1 Konu Unsuru

İlaç Temin Protokolü'nün 1.2. maddesi uyarınca sözleşmenin konusu, SGK tarafından sağlık hizmetlerinin finansmanı sağlanan ve Protokolün (2) numaralı

¹⁸RESMÎ GAZETE (2014), 28970 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Yönetmelik, m.4, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/04/20140412.htm>, ET.05.01.2024, “c) Eczacı: Eczacılık fakültesi veya Eczacılık Mektebi'nden mezun olmuş ya da Kanuna göre yabancı okullardaki eğitiminin yeterliliğini ispat ve tescil ettirmiş, eczacılık faaliyetlerini yürütmeye yetkili sağlık meslek mensubunu, ç) Eczacılık: Hastalıkların teşhis ve tedavisi ile hastalıklardan korunmada kullanılan tabii ve sentetik kaynaklı ilaç hammaddelerinden değişik farmasötik tipte ilaçların hazırlanması ve hastaya sunulması; ilacın analizlerinin yapılması, farmakolojik etkisinin devamlılığı, emniyeti, etkililiği ve maliyeti bakımından gözetimi; ilaçla ilgili standardizasyon ve kalite güvenliğinin sağlanması ve ilaç kullanımına bağlı sorunlar hakkında hastaların bilgilendirilmesi ve çıkan sorunların bildiriminin yapılmasına ilişkin faaliyetleri yürüten sağlık hizmetini, d) Eczane: Bir eczacının sahip ve mesul müdürlüğünde, Kanuna göre açılmış sağlık hizmeti sunan sağlık kuruluşunu,”

¹⁹Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.10.2003 tarihli ve 2003/13-599 E., 2003/599 K., sayılı kararı: “6197 Sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun'un 19. maddesinde, eczacıların eczacılıktan başka ticaretle bizzat edemeyecekleri öngörülmek suretiyle, eczacıların tacir oldukları benimsenmiştir. Yargıtay uygulamasında da, eczacılar T.T.K.nun 14/1. maddesi anlamında tacir olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla, T.T.K.nun tacir olmanın sonuçlarını düzenleyen 20. maddesi ve özellikle bu maddenin 2. fıkrasındaki, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü, eczacılar için de söz konusudur.”; Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 24.06.2020 tarihli ve 2020/943 E., 2020/3379 K. sayılı kararı: “..Kaldı ki, kabul şekli bakımından da eczane ticari işletme eczacılarda tacir olup taraflar arasındaki sözleşmeden kaynaklanan uyumsuzluk 6102 Sayılı TTK m.3 ve 19/2 uyarınca ticari iş sayılırsa da; davalı taraf tacir olmadığına göre 6102 Sayılı TTK m.4 uyarınca uyumsuzluk 6102 Sayılı TTK m.5 gereğince Asliye Ticaret Mahkemesi'nin görevine girmediğinden uyumsuzluğa bakmakla asliye hukuk mahkemesi görevli iken yargılamaya Asliye Ticaret Mahkemesi sıfatıyla devam edilerek hüküm kurulmuş olması hatalıdır.”

²⁰Yargıtay 11.Hukuk Dairesi'nin 01.11.1976 tarihli ve 4293/4545 sayılı kararı (Karar için bkz. Gönen ERİŞ (1987), Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, Ticari İşletme ve Şirketler, Cilt 1, Ankara, s.207)

maddesinde belirtilen kişilere²¹, serbest eczanelerden ilaç ve provizyon sisteminde yer alan tıbbi malzemelerin teminine ilişkin usul ve esaslar ile karşılıklı hak ve yükümlülüklerin belirlenmesidir.

1.4.1.1 Sözleşmede Mal Unsuru Olarak İlaç

İlaç Temin Protokolü'nün 1.2. maddesine göre eczaneler, 5510 sayılı Kanun kapsamındaki sigortalılara ilaç ve tıbbi malzeme temin etmekle yükümlüdür. Çalışmamız kapsamında sadece ilaç tedariki irdelenecektir.

Türk hukukunda ilaç, birden fazla düzenlemede farklı şekillerde tanımlanmıştır.²² 1262 sayılı İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu 1.maddesinde ilaç;

“Kodekste muharrer şekil ve formül haricinde ve fenni kaidelere muvafık muayyen ve sabit bir şekilde yapılacak amilinin ismiyle veya hususi bir nam altında ticarete çıkarılan tababette müstamel her nevi basit ve mürekkep devai tertiplere ispençiyari ve tıbbi müstahzarlar ismi verilir.”

şeklinde tanımlanmıştır.

13.04.2013 tarihli ve 28617 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelik'in 4.maddesinin p fıkrasında ilaç;

“Hastalığı önlemek, teşhis etmek veya tedavi etmek, fizyolojik bir fonksiyonu düzeltmek, düzenlemek veya değiştirmek amacıyla insana uygulanan doğal, sentetik veya biyoteknoloji kaynaklı etkin maddeyi veya maddeler kombinasyonunu,”

şeklinde tanımlanmıştır.

1.4.1.2 Sözleşmede Hizmet Unsuru Olarak İlaç Danışmanlığı

6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun'un 1.maddesi uyarınca eczacılık, teşhis ve tedavisi ile hastalıklardan korunmada kullanılan tabii ve sentetik kaynaklı ilaç hammaddelerinden değişik farmasötik tipte ilaçların hazırlanması ve hastaya sunulması; ilacın analizlerinin yapılması, farmakolojik etkisinin devamlılığı, emniyeti, etkinliği ve maliyeti bakımından gözetimi; ilaçla ilgili standardizasyon ve

²¹5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve diğer kanunlardaki özel hükümler gereği genel sağlık sigortasından yararlandırılan kişiler.

²²Tanım çeşitliliği için bkz. İbrahim ANKARA (2022), *İlaç ve Eczacılık Hukuku*, İkinci Basım, Dora Yayınevi, Bursa, s.5-9.

kalite güvenliğinin sağlanması ve ilaç kullanımına bağlı sorunlar hakkında hastaların bilgilendirilmesi ve çıkan sorunların bildiriminin yapılmasına ilişkin faaliyetleri yürüten sağlık hizmeti olarak tanımlanmıştır.

Yine EEHY'nin 6.maddesi kapsamında eczacıların görev ve sorumlulukları belirlenmiştir. Gelineen noktada, eczacının hastalara yönelik ilaç danışmanlığı vermesi yasal bir yükümlülük olarak karşımıza çıkmaktadır. Öyle ki; sağlık mevzuatı tarafından eczaneler, “*sağlık hizmet sunucusu*” olarak nitelendirilmiştir.

İşbu danışmanlık hizmeti her ne kadar yasal mevzuat kapsamında ele alınsa da taraflar arasında akdedilen İlaç Temin Protokolü ilgili hükümlerinde de hizmete karşılık ücret tayin edilmiştir. İlaç Temin Protokolü'nün 3.4. maddesine göre SGK tarafından, eczanenin bir önceki yıl satış hasılatı (KDV hariç) üzerinden her reçete başına hizmet bedeli ödenilmesi akit altına alınmıştır.

1.4.2 Bedel Unsuru

Taraflar arasındaki akit uyarınca SGK, sigortalısının sağlık hizmetlerinin finansmanını sağlayacaktır. Bu kapsamda ilaç tedarik sürecinde sağlanacak finansmana konu edilecek birtakım ücretler ortaya çıkmaktadır.

1.4.2.1 İlaç ve Reçete Hizmet Bedeli

İlaç fiyatlarının belirlenmesinde kullanılan referans fiyat uygulamasında, 5 Avrupa Birliği üye ülkesindeki depocu satış fiyatlarının en ucuzu referans alınmaktadır. Bu ülkeler İspanya, İtalya, Fransa, Portekiz ve Yunanistan'dır.²³

Türkiye'de uygulanan sistem içinde perakende satış fiyatı, ilacın genel sağlık sigortası kapsamı dahilinde olmadan belirlenen satış fiyatıdır. İlacın genel sağlık sigortası kapsamında geri ödenmesi durumunda ise zorunlu kamu indirimleri, firma tarafından yapılan özel indirimler, hasta katılım payı, fark ücreti, SGK ile TEB arasında yapılan anlaşma hususları gibi nedenlerle yeni fiyat düzeyleri ortaya çıkmaktadır.²⁴ Bu durumda ilaçların eczaneden satışı sırasında; doğrudan bireylere perakende satış fiyatı ile SGK'ya satış fiyatı farklı olacaktır.

²³Beşeri Tıbbi Ürünlerin Fiyatlandırılması Hakkında Tebliğ m.4

²⁴Seda KUMRU ve Mehmet TOP (2017), “İlaç Fiyatlandırma ve Geri Ödeme Politikalarının Orijinal İlaç ve Jenerik İlaç Açısından Değerlendirilmesi: Hipertansiyon İlaçları Örneği”, *Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi*, Cilt 20, Sayı 2, s. 182.

Bununla birlikte SGK tarafından eczanelere her reçete karşılığında reçete hizmet bedeli ödenmektedir. Bu bedele ilişkin detaylı inceleme *1.5.1.2 Reçete Hizmet Bedeli Ödeme Yükümlülüğü* başlıklı bölümde yer alacaktır.

1.4.2.2 İskonto

İlaç Temin Protokolü'nün 7.1. maddesine göre SGK, mezkur protokol hükümlerini kabul eden her eczacı ile sözleşme yapma zorunluluğu altındadır. İşbu Protokol hükümlerinin biri de iskonto tutarını düzenleyen hükümdür.

Eczaneler, İlaç Temin Protokolü'nün 3.4. maddesinde belirlenen iskonto oranlarını SGK'ya karşı uygulamak zorundadır. Metinde *eczacı indirim oranı* olarak ifade edilen iskonto oranı, eczanenin bir önceki yıl satış hasılatı (KDV hariç) üzerinden hesaplanacaktır.²⁵

1.4.2.3 Ödeme Vadeleri

SGK tarafı, eczane tarafından ilgili ayın reçetelerinin usule uygun olarak fatura edilmesiyle ödeme yükümlülüğü altına girecektir.

İlgili ödeme planı İlaç Temin Protokolü'nün 4.3. maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre fatura inceleme prosedürü ile ilgili eczacıya, *örnekleme yöntemi*²⁶ veya *tamamının incelenmesi yöntemi*²⁷ şeklinde seçimlik hak tanınmıştır. Seçilen usul, ödeme vadeleri ve avans ödemesinde önem arz edecektir.²⁸

Uygulamada, avans ödemesi yapıldığı için genel olarak örnekleme yöntemi seçilmektedir. Örnek ile açıklamak gerekirse, 1-31 Ocak 2024 arası karşılanan

²⁵Madde 3.4'e göre 1.000.000 TL'ye kadar satış hâsılatı olan eczaneler tarafından %0 indirim, 1.000.000 TL'den 1.250.000 TL'ye kadar satış hâsılatı olan eczaneler tarafından %0,75 indirim, 1.250.000 TL'den 1.500.000 TL'ye kadar satış hâsılatı olan eczaneler tarafından %1,30 indirim, 1.500.000 TL'den 2.100.000 TL'ye kadar satış hâsılatı olan eczaneler tarafından %1,60 indirim, 2.100.000 TL'den 2.500.000 TL'ye kadar satış hâsılatı olan eczaneler tarafından %2,25 indirim, 2.500.000 TL'nin üzerinde satış hâsılatı olan eczaneler tarafından %2,50 indirim.

²⁶Madde 4.3.1.2'ye göre örnekleme yapılarak fatura incelenmesi yöntemini kabul eden eczacı tarafından Kuruma gönderilen fatura ve eki belgeler, teslim tarihinden itibaren en geç 60 (altmış) gün içerisinde "Ödeme Yönetmeliği"ne göre örnekleme yöntemiyle (A grubu, B grubu, C grubu için belirlenen oranlarda) incelenir ve inceleme sonucunda tespit edilen hata oranı reçetelerin kendi gruplarına uygulanarak ödeme gerçekleştirilir. Örnekleme yöntemini kabul eden eczacılara 60 (altmış) günden önce avans ödemesi yapılabilir.

²⁷Örnekleme yöntemini tercih etmeyen eczacı tarafından Kuruma teslim edilen fatura eki reçetelerin tamamı incelenerek, fatura teslim tarihinden itibaren 60 (altmış) ıncı gün itibarıyla "Ödeme Yönetmeliği"ne göre ödenir. Bu süreden önce avans ödemesi yapılmaz.

reçeteler, 31 Ocak 2024 tarihli fatura ile Kurum'a teslim edildikten sonra, ilgili fatura bedeli, İlaç Temin Protokolü'nün 4.3.1.2 maddesi uyarınca 60 gün içerisinde Kurum tarafından ödenecektir. Bu durumda 31 Ocak 2024 tarihli faturanın Kurum'a 4 Şubat 2024 tarihinde teslim edildiği varsayımında, vadenin son günü 4 Nisan 2024 olacaktır. Fakat mevzuat gereği SGK tarafından ödemeler her ayın 15'inci gününde yapılmaktadır.²⁹Bu durumda sözleşmesel vade süresi 4 Nisan 2024 tarihinde dolmasına rağmen, ödeme 15 Nisan 2024 tarihinde olmaktadır. Bu durumda ara 11 günlük bir faiz söz konusu olacağı akla gelebilecektir. Bunu önlemek isteyen Kurum, İlaç Temin Protokolü'nün 4.2.1 maddesinde yer alan "*Her ayın ilk 15 (onbeş) günü içerisinde teslim edilen faturaların teslim tarihi o ayın 15 (onbeş) inci günü olarak kabul edilir.*" hükmü ile faiz rizikosunu tek taraflı ortadan kaldırmıştır. Bu durumda 31 Ocak 2024 tarihli fatura 4 Şubat 2024 tarihinde teslim edilse bile teslimin başlangıç tarihi 15 Şubat 2024 olarak kabul edilecek ve vade süresi bu tarihten itibaren başlayacaktır.

Fakat İlaç Temin Protokolü'nün 4.2.1 maddesinde yer alan teslim tarihi ile ilgili hüküm, düzenleyen SGK'nın tabi olduğu Ödeme Yönetmeliği kapsamında yer almamaktadır. Faiz rizikosunu tek taraflı düzenleyen, lehe kaldıran ve ifa süresine ilişkin işbu hükmün, dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil edip etmeyeceği, içerik denetimi aşamasında gündeme gelebilecektir.³⁰

1.4.3 Anlaşma Unsuru

1.4.3.1 SGK Açısından Sözleşme Yapma Zorunluluğu

İlaç Temin Protokolü'nün 7.1.maddesine göre SGK, Protokol hükümlerini kabul eden ve başvuru formunu getiren eczacı ile (feshi gerektirecek hususlar nedeniyle sözleşmeleri feshedilenlerin fesih süreleri boyunca ve muvazaalı olarak açıldığı kanıtlanan eczaneler hariç) sözleşme yapmakla yükümlüdür.

Hükmün lafzı değerlendirildiğinde SGK, şartları sağlayan her eczacı ile sözleşme yapma zorunluluğu altındadır. Eczacı açısından bu şartlar; Protokol

²⁹08.03.2017 tarih ve 30001 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan *Sağlık Hizmet Sunucularının Faturalarının İncelenmesine ve Bedellerinin Ödenmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik* MADDE 24 – (1) Ödemeler her ayın 15 inci gününde yapılır.

³⁰ Yargıtay 13.Hukuk Dairesi'nin 25.02.2015 tarihli ve 2014/14129 E., 2015/5844 K.sayılı kararı ile, "*.....Ayrıca kurum eczacıya gerekli ödemeleri yaparken de gerekli dikkat ve özeni göstermesi gerekir.*" ifadesiyle bu yükümlülüğe dikkat çekmiştir.

hükümlerini kabul etmek, muvazaalı eczane işletmemek³¹, varsa sözleşme fesih sürecinin bitmiş olması ve başvuru formudur.

Bir kararında İlaç Temin Protokolü'nün 7.1.maddesini değerlendiren Yargıtay³²;

“Protokolün açıklanan bu hükmü, tarafı durumundaki davalı ... bağlamakla birlikte, protokolün diğer tarafını teşkil eden Türk Eczacıları Birliği üyesi olan eczacılar açısından sözleşme yapıp yapmama konusunda tam bir serbesti getirmiştir. Bu protokolle, sözleşme yapmak isteyen ve belirlenen şartlara uyan eczacılarla davalı Kuruma mutlak ve takdir hakkına dayalı olmaksızın sözleşme yapma zorunluluğu getirilmesine karşın, diğer tarafı olan eczacılara ise, bu sözleşmeye taraf olmak isteyip istememek ve başvurup başvurmamak yönünden bir takdir hakkı tanınmıştır. Bu yönüyle de; anılan protokol davalı Kurumun ayrıcalıklı, üstün hak ve yetkilerini içermemekte, diğer tarafı olan eczacı yönünden ise serbest iradeye dayanmaktadır. Uygulama birliğinin sağlanması için imzalanan ve davalı Kurumun kendisini kısıtlayan şekli düzenlemenin varlığı, koşulların mevcut olması halinde davalı ... sözleşme yapmaya mecbur kılar. Diğer bir anlatımla, sözleşme yapmak için başvuran davacının protokol hükümlerini yerine getirmiş olması halinde, davalı Kurum sözleşme yapmaktan kaçınamaz”

gerekçesiyle sözleşme yapma zorunluluğunu ifade etmiştir.

Sonuç olarak, taraflar arasındaki işbu madde ile SGK açısından sözleşme özgürlüğünün kısıtlandığı görülmektedir.

1.4.3.2 Eczane Açısından Sözleşme Yapma Zorunluluğu

İlaç Temin Protokolü'nün 7.1.maddesi kapsamında SGK'ya getirilen sözleşme yapma zorunluluğu karşı taraf olan eczacı açısından da değerlendirilmelidir.

İlaç Temin Protokolü hükümleri kapsamında 7.1.maddeye benzer şekilde SGK'ya atfedilen sözleşme yapma yükümlülüğüne benzer bir düzenleme eczaneler açısından getirilmemiştir. Bu kapsamda 6197 sayılı Kanun uyarınca açılan eczanelerin SGK ile sözleşme yapma zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu eczaneler, SGK dışındaki

³¹Detay için bkz, İbrahim ANKARA (2021), “Danıştay Kararları Işığında Eczacılıkta Muvazaa” *İçinde, I.İlaç ve Eczacılık Hukuku Kongresi Kitabı*, Ed. Hakan Hakeri, Cahid Doğan, İbrahim Ankara, Rezzan Günday, s.869 vd., Seçkin Yayınları, Ankara.

³²Yargıtay 3.Hukuk Dairesi'nin 22.03.2022 tarihli ve 2021/5542 E., 2022/2546 K. sayılı kararı; Yargıtay 3.Hukuk Dairesi'nin 14.04.2022 tarihli ve 2021/5279 E. 2022/3593 K. sayılı kararı; Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 20/05/2009 tarihli ve 2008/14635 E. 2009/6886K. sayılı kararı.

sigorta kurumları ile sözleşme yapabileceği gibi finansman yükü hastaya ait olmak üzere reçeteli perakende ilaç satışı da yapabilecektir.

Yargıtay'a göre de³³ Protokolün 7.1.maddesi SGK'yı bağlamakla birlikte, Protokol'ün diğer tarafını teşkil eden Türk Eczacıları Birliği üyesi olan eczacılar açısından sözleşme yapıp yapmama konusunda tam bir serbesti getirilmiştir. Bu Protokolle, sözleşme yapmak isteyen ve belirlenen şartlara uyan eczacılarla SGK'ya mutlak ve takdir hakkına dayalı olmaksızın sözleşme yapma zorunluluğu getirilmesine karşın, diğer tarafı olan eczacılara ise, bu sözleşmeye taraf olmak isteyip istememek ve başvurup başvurmamak yönünden bir takdir hakkı tanınmıştır.

1.5 İLAÇ TEMİN PROTOKOLÜ TARAF YÜKÜMLÜLÜKLERİ

1.5.1 Sosyal Güvenlik Kurumu Açısından Yükümlülükler

İlaç Temin Protokolü genelinde SGK'ya atfedilen en önemli yükümlülük sigortalıların tedarik ettiği ürünlerin bedelini eczanelere ödemektir. Protokol genelinde ödeme usul ve esaslarına yönelik hükümler belirlenmiştir. Bu yükümlülüklerden çalışmamız kapsamında konu edebileceğimiz yükümlülükler incelenecektir.

1.5.1.1 Ödemeleri Zamanında Yapma Yükümlülüğü

SGK tarafından eczanelere yapılacak ödemelerin usul ve esasları, 30001 sayılı ve 08.03.2017 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan Sağlık Hizmet Sunucularının Faturalarının İncelenmesine ve Bedellerinin Ödenmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik(SHSÖY) çerçevesinde belirlenmiştir.

SHSÖY'ün 24.maddesi uyarınca ödemeler, her ayın 15'inci gününde eczaneye yapılır. 15'inci günün hafta sonu veya resmî tatil olması halinde, ödeme takip eden ilk iş gününde yapılır. İlgili düzenleyici madde kapsamında sözleşmenin düzenleyen tarafında yer alan SGK, ödemeleri zamanında yapma yükümlülüğü altındadır. Yargıtay da *".....Ayrıca kurum eczacıya gerekli ödemeleri yaparken de gerekli dikkat ve özeni göstermesi gerekir."* ifadesiyle bu yükümlülüğe dikkat çekmiştir.³⁴

³³Yargıtay 3.Hukuk Dairesi'nin 22.03.2022 tarihli ve 2021/5542 E., 2022/2546 K. sayılı kararı.

³⁴Yargıtay 13.Hukuk Dairesi'nin 25.02.2015 tarihli ve 2014/14129 E., 2015/5844 K.sayılı kararı.

1.5.1.2 Reçete Hizmet Bedeli Ödeme Yükümlülüğü

SGK tarafından İlaç Temin Protokolü'nün 3.4.maddesine göre eczane tarafından karşılanan her reçete için reçete hizmet bedeli ödenir.³⁵ Reçete hizmet bedelleri belirlenirken eczanenin bir önceki yıla ait yıllık satış hasılatı belirleyici kıstastır. Madde derecelendirmesine göre yıllık satış hasılatı arttıkça eczaneye ödenecek reçete hizmet bedeli azalacaktır. Bu sözleşme hükmünün, cirosu yüksek eczanelerin reçete başına daha az hizmet bedeli almasına, cirosu düşük eczanelerin reçete başına daha fazla hizmet bedeli almasına yol açan ve sadece bir kısım eczacı lehine yapılan düzenlemenin Anayasa ve hukukun temel ilkelerine aykırı olduğu iddiasıyla iptali istense de Danıştay, satış hasılatı düşük olanların reçete başına daha fazla hizmet bedeli almasına olanak tanınarak, eczaneler arasında ekonomik bir denge kurulmasının ve rekabetin geliştirilmesinin amaçlandığı gerekçesiyle başvuru reddedilmiştir.³⁶

1.5.2 Eczane Açısından Yükümlülükler

İlaç Temin Protokolü genelinde eczacıya yönelik; reçete karşılama, tebligat, katılım payı tahsil etme, adres değişikliği bildirimi, iskonto yapma, faturalama, reçete düzeltme, harç ödeme gibi birçok yükümlülük atfedilmiştir. Bu yükümlülüklerden çalışmamız kapsamında konu edebileceğimiz yükümlülükler incelenecektir.

1.5.2.1 Mevzuata Uygun Reçete Karşılama Yükümlülüğü

İlaç Temin Protokolü'nün 3.2.maddesine göre reçete muhteviyatı ilaç bedellerinin eczaneye ödenebilmesi için, reçetelerin Sağlık Bakanlığı ve SGK mevzuatına uygun olarak düzenlenmiş olması ve belirtilen belgelerin reçete ekinde bulunması şarttır. Eczane tarafından bu özellikleri taşımayan reçeteler kabul

³⁵İlaç Temin Protokolü madde 4.3. “Bununla birlikte bir önceki yıl satış hasılatı (KDV hariç) üzerinden her reçete başına; 600.000 TL'ye kadar satış hasılatı olan eczacıya 5TL (beşTL), 600.000 TL'den 1.000.000 TL'ye kadar satış hasılatı olan eczacıya 2,55TL (ikiTL,ellibeşkr.), 1.000.000 TL'den 1.250.000 TL'ye kadar satış hasılatı olan eczacıya 1,70TL (birTL,yetmişkr.), 1.250.000 TL'den 1.500.000 TL'ye kadar satış hasılatı olan eczacıya 73Kuruş (yetmişüçkr.), 1.500.000 TL'den 2.100.000 TL'ye kadar satış hasılatı olan eczacıya 62Kuruş (altmışikikr.), 2.100.000 TL'den 2.500.000 TL'ye kadar satış hasılatı olan eczacıya 45Kuruş (kırkbeşkr.), 2.500.000 TL'nin üzerinde satış hasılatı olan eczacıya 43Kuruş (kırküçkr.), hizmet bedeli ödenir.”

³⁶Danıştay 15.İdari Dava Dairesi'nin 09.12.2015 tarihli ve 2013/14273 E., 2015/8659 K. sayılı kararı.

edilmeyecek, kabul edilse dahi bu reçetelerdeki ilaç bedelleri SGK tarafından ödenmeyecektir.

Bu durumda eczacı tarafından reçete karşılama esnasında sadece sözleşmenin karşı tarafı olan SGK mevzuatı değil Sağlık Bakanlığı mevzuatı da dikkate alınacaktır. SGK mevzuatına uygun olarak karşılanan ve kamu zararı oluşturmeyen reçetelerin; etik, deontolojik ve Sağlık Bakanlığı mevzuatına aykırı düzenlenmesi halinde yapılan hak ediş kesintileri, taraflar arasında uyuşmazlığa sebep olabilecektir. Örneğin; nöbet ihlali yapılarak mesai saati dışında karşılanan reçeteler Sağlık Bakanlığı mevzuatına aykırı olmasına rağmen SGK açısından bir kamu zararı oluşturmayacaktır.

1.5.2.2 İndirim Yapma Yükümlülüğü

İlaç Temin Protokolü'nün 7.1 maddesine göre SGK, Protokol hükümlerini kabul eden her eczacı ile sözleşme yapma yükümlülüğü altındadır. Eczacı tarafından kabul edilmesi zorunlu olan hükümlerden biri de indirim yapma yükümlülüğüdür.³⁷ Eczaneler, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve diğer kanunlardaki özel hükümler gereği genel sağlık sigortasından yararlandırılan kişilere ilaç satışı yapılması esnasında sözleşmede belirtilen baremler üzerinden indirim yapmak zorundadır. İlaç Temin Protokolü'nün 9.1.maddesine göre, mali konular bir önceki yılın hesaplamaları yapılarak, bir önceki yılın enflasyon oranında güncellenir.

İndirim oranlarını düzenleyen maddeye göre, bir eczanenin cirosu arttıkça yapacağı indirim oranı da artmaktadır. Bu hükmün eşitler arasında eşitsizliğe neden olduğu gerekçesiyle iptal edilmesine yönelik açılan davada Danıştay, eczaneler arasında ekonomik bir denge kurulmasının ve rekabetin geliştirilmesinin amaçlandığı, kamunun sağlık harcamalarında düşüş sağlandığı, hem eczanelerin öngörülenden daha yüksek indirimler yapması hem de haksız rekabete girilmesi engellenerek ekonomik anlamda korunduğu, eczanelerin söz konusu Protokol çerçevesinde sözleşme yapıp

³⁷İlaç Temin Protokolü madde 3.4'e göre eczacı indirim oranları, bir önceki yıl satış hasılatı (KDV hariç) üzerinden aşağıda belirtildiği şekilde uygulanacaktır; 1.000.000 TL'ye kadar satış hasılatı olan eczaneler tarafından %0 indirim, 1.000.000 TL'den 1.250.000 TL'ye kadar satış hasılatı olan eczaneler tarafından %0,75 indirim, 1.250.000 TL'den 1.500.000 TL'ye kadar satış hasılatı olan eczaneler tarafından %1,30 indirim, 1.500.000 TL'den 2.100.000 TL'ye kadar satış hasılatı olan eczaneler tarafından %1,60 indirim, 2.100.000 TL'den 2.500.000 TL'ye kadar satış hasılatı olan eczaneler tarafından %2,25 indirim, 2.500.000 TL'nin üzerinde satış hasılatı olan eczaneler tarafından %2,50 indirim.

yapmamakta serbest oldukları , dava konusu Protokol kuralının kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun olduğu gerekçesiyle başvuruyu reddetmiştir.³⁸

Her ne kadar ilgili hükümle birlikte hem eczanelerin ticari sürdürülebilirliği hem de kamu yararının gözetilmiş olduğu, böylece menfaat dengesinin oluştuğu ifade edilse de belirlenen kıstasların adaletsizlik oluşturabilecek yanları da mevcuttur. Şöyle ki; indirim oranları belirlenirken dikkate alınan kıstas, yıllık satış hasılatıdır. Fakat yıllık satış hasılatı kapsamında elde edilen kârlılık oranları farklılık gösterebilecektir. Yıllık satış hasılatı yüksek olan bir eczanenin kârlılığı düşük olabilecektir. Yıllık satış hasılatı düşük olup kârlılığı yüksek olan bir eczane, indirim yapmayacak iken yıllık satış hasılatı yüksek olup kârlılığı düşük olan bir eczane en üst baremden indirim yapacaktır. Bu durumda hüküm ile amaçlanan menfaat dengesi sağlanamayabilecektir.

İndirim oranlarını belirlemede kıstas olarak kabul edilen yıllık satış hasılatı, eczanenin sadece SGK'ya yaptığı satışları değil, tüm satışları kapsamaktadır. Bu durumda eczane tarafından SGK'ya yapılmayan satışlar da(*kozmetik ürünler, takviye edici gıdalar, itriyat vb.*) indirim oranlarının belirlenmesine konu edilmektedir. Böylece taraflar arasında akde konu edilmeyen ticari ürünler, taraflar arasında yapılacak indirimde belirleyici olacaktır. Bu durum, Danıştay'ın bir kararında karşı oy olarak;

“Eczanelerde sadece ilaç satışı yapılmadığı, ilaçların yanı sıra dermokozmetik ürünler, gıda destekleri, reçetesiz ilaçlar, medikal malzemeler, optik malzemeler, itriyat parfümeri ve kişisel bakım ürünleri gibi değişik ürünlerin satışının yapıldığı dikkate alındığında, satış hasılatı ölçütü getirilmesinin maddi gerçeğe ve hukuki duruma uygun olmadığı açıktır.”

şeklinde eleştirilerek aksi yöndeki çoğunluk kararına karşı çıkılmıştır.³⁹

1.5.2.3 Fatura Düzenleme ve Teslim Etme Yükümlülüğü

İlaç Temin Protokolü'nün 4.1.maddesine göre sözleşmeli eczanelerce, Protokolde belirtilen esaslar çerçevesinde karşılanan ve her ayın ilk ve son gününü kapsayan döneme ait reçeteler, o aya ait son günün tarihini taşıyacak şekilde provizyon sistemi üzerinden dönem sonlandırması yapılarak faturalandırılacaktır. Bu kapsamda 1-31 Ocak arasında karşılanan reçeteler, 31 Ocak tarihi ile faturalandırılacaktır.

³⁸Danıştay 15.İdari Dava Dairesi'nin 09.12.2015 tarihli ve 2013/14273 E., 2015/8659 K. sayılı kararı.

³⁹Danıştay 15.İdari Dava Dairesi'nin 30.04.2015 tarihli ve 2013/2613 E., 2015/2462 K. sayılı kararı.

Yine İlaç Temin Protokolü'nün 4.2.1.maddesine göre düzenlenen faturalar, dönem sonlandırması yapılan ayı takip eden ayın ilk on beş günü içinde SGK taşra teşkilatına teslim edilecektir. Teslim süreci ve kusurlu davranışlardan sorumluluk halleri de sözleşmede hüküm altına alınmıştır.⁴⁰

1.6 İLAÇ TEMİN PROTOKOLÜNÜN SONA ERMESİ

İlaç Temin Protokolü'nün 5.maddesi kapsamında sözleşme feshinin şartları düzenlenmiştir. Madde kapsamında eczacı tarafından gerçekleştirilecek eylemler neticesinde SGK, tek taraflı süreli fesih hakkına sahip olacaktır. İşbu süreler, 5.3.maddede belirlenen yasaklı eyleme göre değişmektedir.

Bununla birlikte İlaç Temin Protokolü'nün 5.1.maddesine göre taraflar bir ay önceden yazılı bildirimde bulunmak şartıyla sözleşmeyi her zaman feshedebilir. Tek taraflı gerekçesiz fesih yetkisi veren bu madde, içerik denetimi başlığı altında değerlendirilmiştir.

Yine İlaç Temin Protokolü'nün 6.20.maddesine göre konusu suç teşkil eden hususlarla ilgili bu Protokolün (6.1) maddesi uyarınca hakkında Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunulan ve kamu davası açılarak dava sonucunda suçlu sabit görülen eczacıya, ilgili madde gereğince fesih cezası uygulanacaktır. Söz konusu maddenin yürütümünde 5510 sayılı Kanunun 103. maddesi esas alınacaktır. Görüldüğü üzere hakkında kovuşturma yürütülen ve sonuncunda hüküm giyen eczacıların fesih süreci, 5510 sayılı Kanun'un 103.maddesi hükümlerince yapılacaktır.⁴¹ Elbette mezkûr maddede ifade edilen “suçu sabit görülen” ifadesi hükmün kesinleşmesi anlamında yorumlanacaktır.

⁴⁰İlaç Temin Protokolü m.4.2.2.'ye göre zamanında teslim edilmeyen reçetelerin inceleme ve ödeme süreci, teslim edildiği tarihten sonraki ay döneminde teslim alınmış gibi kabul edilerek bu tarihten itibaren başlar. Kuruma zamanında teslim edildiği halde Kurum tarafından hatalı kayıt yapılması ya da kayıt altına alınamama gibi nedenlerle ödeme geciktirilemez. Yine madde 4.2.3.'ye göre reçetelerin, faturaların ve fatura eki listelerin sorumluluğu Kurum tarafından teslim alınmaya kadar (kimin tarafından teslim edildiğine bakılmaksızın) eczacıya aittir. Fatura Kuruma teslim edildikten sonra fatura eki belgelerin/reçetelerin eksik teslim edildiğinin eczacı tarafından fark edilmesi veya Kurum tarafından fatura kontrolünde tespit edilmesi durumunda eczacının Kuruma gerekçesi ile belgeler/reçeteleri ibraz etmesi halinde söz konusu evrak Kurum tarafından teslim alınır. Bir sözleşme dönemi içerisinde 3 (üç) ayrı faturada yapılan tespit için cezai şart uygulanmaz, sonrasında yapılan tespitlerde eksik teslim edilen reçete bedelinin %20'si tutarında cezai şart uygulanır.

⁴¹5510 sayılı Kanun'un 103.maddesine göre; Kurumca yapılan inceleme neticesinde; a) Sağlık hizmeti sunulmadığı halde sağlık hizmetini fatura ettiği, b) Faturayı veya faturaya dayanak oluşturan belgeleri, gerçeğe aykırı olarak düzenlediği, c) 64 üncü madde gereğince kapsam dışı tutulan sağlık hizmetlerini, kapsam içinde olan sağlık hizmetleri gibi gösterdiği, d) Sağlık hizmetlerine hak kazanmayan kişilere,

Yine İlaç Temin Protokolü'nün 7.5.maddesine göre; eczanenin kapanması, devredilmesi, ruhsatın askıya alınması veya eczacının vefatı halinde sözleşme kendiliğinden sona erecektir.



sağlık hizmeti sunarak Kuruma fatura ettiği, e) 73 üncü madde gereğince belirlenen tavanın üzerinde ilave ücret aldığı, tespit edilen sağlık hizmeti sunucuları hakkında genel hükümlere göre takip yapılır. Bu fiiller nedeniyle Kurumun yersiz ödediği tutar 96 ncı maddeye göre geri alınır. Ayrıca bu fiilleri işleyen veya sağlık hizmeti satın alınmasına ilişkin sözleşmelerde belirtilen hükümlere aykırı davrandığı tespit edilen sağlık hizmeti sunucularının Kurum ile yaptıkları sözleşmeleri feshedilebilir ve Kurumca belirlenecek süre içinde tekrar sözleşme yapılmaz.

BÖLÜM II

GENEL İŞLEM KOŞULLARI

2.1 SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ ve SINIRLANDIRILMASI

Klasik anlamda sözleşme ilişkisi, eşit tarafların, özgür iradeleri ile menfaatlerini dengeledikleri bir süreç olarak ifade edilebilecektir. Aslında liberal sistemlerinin temelinde yatan özgürlükçü düşünce, sözleşme teorisine de yansımış, taraf iradeleri ile oluşan akitlere dokunulmazlık derecesinde koruma atfedilmiştir.

Sözleşme özgürlüğü kapsamında taraflar, emredici kurallara aykırı olmamak kaydıyla sözleşme içeriğini dilediği gibi oluşturabilmektedir. Müzakere süreci ile tarafların çatışan menfaatleri dengelenmekte ve ortaya bireysel sözleşme çıkmaktadır.⁴² Sözleşme özgürlüğü⁴³, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 48.maddesinde de koruma altına alınmıştır.

Taraf iradelerinin uyuşması neticesinde, sürece dışarıdan müdahaleyi engelleyen bu anlayış, son yüzyıl içerisinde tartışmalara neden olmuştur.⁴⁴ Zira değişen koşullar, bireylerin iradelerini de etkilemiştir. Artan ihtiyaçlar, sağlık, sosyal konular ve ekonomik şartlar, birey iradeleri üzerine neredeyse ipotek koymuştur. Yine, üretim ve tüketim süreci kapsamında ortaya çıkan hızlı finans ihtiyacı; bankacılık ve sigorta gibi kurumların da ön plana çıkmasını sağlamıştır. Bunlara bağlı olarak; ulaşım, lojistik, depolama, tedarik gibi birçok sektör gelişmiştir. İşte bu ihtiyaçlar,

⁴²Yeşim ATAMER 2001b, age, s.2; Umut YENİOCAK (2013), “Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 107, s.76; Ayşe HAVUTÇU (2011), “6098 sayılı Türk Borçları Kanunu’nun Genel İşlem Şartlarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, *İzmir Barosu Dergisi*, Sayı 2, s.29.

⁴³Sözleşme özgürlüğünün istisnai hali sözleşme yapma zorunluluğudur. Bireylerin temel ihtiyacı olan; su, elektrik, doğalgaz tedarigine yönelik sözleşmelerde, bireylerin şartları taşıması halinde tedarik edici firma sözleşme yapma zorunluluğu altındadır. Yine TKHK m.6 uyarınca vitrinde, rafta, elektronik ortamda veya açıkça görülebilir herhangi bir yerde teşhir edilen malın, satılık olmadığı belirtilen bir ibareye yer verilmedikçe satışından kaçınılamaz. Aşağıda detaylı inceleneceği üzere ilaç tedarik sürecinde SGK, şartları sağlayan her eczane ile İlaç Temin Protokolü m.7.1 uyarınca sözleşme yapma zorunluluğu altındadır.

⁴⁴Muzaffer ŞEKER (2019), *Yazılmamış Sayılma*, Onikilevha Yayınevi, İstanbul, s.15.

genel olarak standart sözleşmelerinin temelini oluşturmuştur. Öğretide, standart sözleşme ve genel işlem koşullarını, sanayi devriminin çocukları olarak nitelendiren yazarlar olmuştur.⁴⁵ Bu kapsamda hukuk literatüründe, *bireysel sözleşme- standart sözleşme* karşıt kavramı, *önceden hazırlanmış-görüşme sonucu kabul edilmiş* sözleşme kavramına dönüşmüştür.⁴⁶

Bireyler, sonuçtan elde edeceği menfaati önceliklendirerek, iradelerinin sağlıklı ortaya çıkmasını önemsememiştir. Güçlü olan, sözleşme özgürlüğü kavramını kötüye kullanmış, zaman içerisinde mağduriyetlere yol açmıştır. Gelineen noktada sözleşme özgürlüğü, zayıf taraf için sözleşmeyi imzalama veya imzalamama özgürlüğüne indirgenmiştir.⁴⁷ Artan mağduriyet ve ihtilaflar, otoriteyi, birey iradeleri üzerinde denetim yapmaya sevk etmiştir.

Sözleşme özgürlüğüne müdahalenin temel amacı, bozulan sözleşme adaletini sağlamaktır.⁴⁸ Zira sözleşme özgürlüğünün ana teması, irade özgürlüğüdür. İrade özgürlüğünü engelleyen her davranışın yargı denetimine tabi olması da adalet gereksinimin doğal bir sonucudur.

Sözleşme özgürlüğüne müdahale alanlarından biri de genel işlem koşullarının (GİK) denetimidir.

Elbette özgürlük ve sınırlandırma arasında da bir denge olmalıdır. Zira ters orantı şeklinde olan bu kurumların dengesi makul ayarlanmalıdır. Sınırlamanın artması halinde güçlü olarak adlandırılan kişi mağdur olabilecek iken, özgürlüğün artması da zayıf olarak adlandırılan tarafı mağdur edebilecektir. Bozulan sözleşme adaleti ise genel işlem koşullarının denetimi ile tesis edilmektedir.⁴⁹

GİK denetiminin bir işlevi de sözleşme özgürlüğünün güçlendirilmesidir. Çünkü işbu hükümlerin varlığı, düzenleyen açıısından caydırıcı olacak, sözleşme metni hazırlanırken karşı tarafın kanuni koruma altında olduğu bilinecektir. Bu caydırıcılık,

⁴⁵Gökhan ANTALYA (2019), *Marmara Hukuk Yorumu Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt:V/1,1*, Seçkin Yayınevi, Ankara, s.472.

⁴⁶Erwin DEUTSCH (1997), *Avrupa Ortak Pazarında Tüketicinin Korunması-Avrupa Direktifi ve Alman Genel İşlem Şartları Hakkında Kanun*, Çev. HAVUTÇU Ayşe, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, İzmir, s.263.

⁴⁷Yeşim ATAMER (2001b), *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*, İkinci Basım, Beta Basım, İstanbul, s.59.

⁴⁸Gökhan ANTALYA 2019, age. s.473; Muzaffer ŞEKER 2019, age. s.26; Manfred REHBİNDER ve Ömer TEOMAN (2011), *Genel İşlem Şartları ve Tüketicinin Korunması*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 42, Sayı 1-4, İstanbul, s.643.

⁴⁹İlknur SERDAR (2015), “TBK’nun Genel İşlem Şartları Hükümlerinin Kişi Bakımından Uygulama Alanı”, *İzmir Barosu Dergisi*, Cilt 80, Sayı 3, s.229.

düzenleyenin riziko aktarımını da sınırlayacaktır. Genel işlem koşulları kurumu, sözleşme adaletini ve taraf beklentilerini dengeleyerek sözleşme özgürlüğüne katkıda bulunacaktır.⁵⁰ Bu durumda genel işlem koşullarına yönelik hükümler, hâkime denetim yetkisi vererek standart sözleşmelerde sözleşme özgürlüğünün tesis edilmesine olanak sağlamaktadır.

Uygulamada, özellikle tüketicilerin taraf olduğu birçok sözleşmede yer alan hükümlerin müzakere edilmediği ve hatta müzakere yolunu açacak şekilde tüketici tarafından anlaşılamadığı bilinen bir gerçektir. Bu halde, sıkı bir denetim süreci işletildiğinde, müzakere yolunun gerçekleşmemesi sebebiyle birçok hükmün, genel işlem koşulu kapsamında değerlendirileceği aşıkardır. Bu sebeple, kendisine genel işlem koşulları dayatılan tarafın menfaatini dengeleyip dengelemediğine bakılmalıdır.⁵¹

Sözleşme özgürlüğü kapsamında taraf iradelerinin sağlıklı olarak yansması kanımızca ulaşılması kolay olmayan ütöpik bir yaklaşımdır. Zira kapitalist düzen içerisinde, taraf iradelerine saygı duymak, karşı menfaatleri önemsemek ve dengeli akitler koyma düşüncesi günümüz toplumlarının gerçekleri ile de örtüşmemektedir.⁵² Bu düşüncemizi destekleyen gelişmeler ise yıllar içerisinde gelişen yasal düzenleme yapma ihtiyacıdır. Bununla birlikte mevcut yasal düzenlemelerin dahi yeterli korumayı sağladığı tartışmalıdır. Kanun, öğreti ve yargı içtihatları arasındaki farklı görüşler uygulamayı daha da zorlaştırmaktadır. Bu sebeple daha somut düzenlemelere ihtiyacın varlığı açıktır.

Sözleşme hukukunda asıl olan sözleşme özgürlüğüdür. Fakat yukarıda belirttiğimiz gerekçeler kapsamında bireylerin korunma ihtiyacı doğmuş ve çeşitli hukuki müesseseler gelişmiştir. Bu müesseselerden biri de çalışmamıza konu olan genel işlem koşullarının denetlenmesidir.

2.2 TANIMI ve AMACI

TBK'nın 20.1. maddesine göre genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden,

⁵⁰Gökhan ANTALYA 2019, age. s.477.

⁵¹Tuğçe TUZCUOĞLU (2020), *Avrupa Birliği Normları ve 6098 sayılı TBK Hükümleri Işığında Genel İşlem Şartları*, Birinci Basım, Seçkin Yayınları, Ankara, s.105.

⁵² Yeşim ATAMER 2001b, age. s.3.

tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir.⁵³ Doktrinde de genel işlem koşulları ile ilgili tanımlamalar yapılmıştır.⁵⁴ Öğretide genel işlem koşulları, objektif esaslı hususlar dışında kalan sözleşme hükümleri olarak tanımlanmıştır.⁵⁵

Hukukumuzda genel işlem koşullarını düzenleyen hükümler, Alman Medeni Kanunu (BGB) esas alınarak düzenlenmiştir.⁵⁶ Bu durum, ilgili kanun maddelerinin gerekçelerinde de defalarca vurgulanmıştır.

TKHK ve TTK'da *şart* terimini kullanan kanun koyucu, TBK'da terimin Türkçeleşmesi⁵⁷ ve mevzuat tekniği açısından uyum sağlanması⁵⁸ amacıyla *şart* yerine *koşul* terimini tercih etmiştir. Öğretide bu kavramsal farklılığı eleştirenler de olmuştur.⁵⁹

Öğretide kanuni tanımı yetersiz bulan müellifler⁶⁰;

“Genel işlem şartları, bir sözleşme yapılırken kullananın, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek taraflı hazırlayarak kendisine genel işlem şartı dayatılan tarafa tartışmaya açmadan sunduğu sözleşme hükümleridir”

⁵³ Madde gerekçesinde genel işlem koşulları *“bir sözleşme yapılırken, ileride çok sayıdaki sözleşmelerde kullanma amacıyla taraflardan birinin tek başına önceden hazırlayıp diğer tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir”* şeklinde tanımlanmıştır.

⁵⁴ Ayşe HAVUTÇU 2011, agm. s.33 *“gelecekte yapılacak aynı türdeki çok sayıda sözleşmenin içeriğini oluşturmak üzere önceden tek yanlı olarak hazırlanan ve sözleşmenin kuruluşunda taraflardan birinin dayandığı, görüşme ve pazarlık konusu yapılmadan olduğu gibi sözleşmenin içeriğine dahil olmasını istediği sözleşme koşullarıdır”*; Yeşim ATAMER 2001b, age. s. 61 *“sözleşme taraflarından birinin, ileride kuracağı sözleşmelerde karşı akidene değiştirmeden kabul edilmek üzere sunmak niyetiyle, önceden, tek yanlı olarak saptadığı sözleşme koşullarıdır”*; Atilla ALTOP (2007), *“Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'ndaki Genel İşlem Koşulları Düzenlemesi”*, Prof. Dr. Ergon A.Çetingil ve Prof.Dr.Reyegan Kender'e 50.Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul, s.258 *“çok sayıda benzer sözleşmede kullanılmak üzere önceden düzenlenmiş olan ve sözleşmenin taraflarından birinin(kullanan) diğer tarafa sözleşme yapılırken sunduğu sözleşme hükümleri”*; Safiye Nur BAĞRIAÇIK (2012), *“Genel İşlem Şartları ve Denetlenmesi”*, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 11, Sayı 2, İstanbul, s.146.

⁵⁵ Gökhan ANTALYA 2019, age. s.490.

⁵⁶ Atilla ALTOP 2007, age. s.257; Umut YENİOCAK 2013, agm. 78; Seza REİSOĞLU (2011), *“Banka Uygulamaları Açısından Yeni Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşulları ve Eleştirisi”*, Bankacılık Dergisi, Sayı 77, s.108; Yeşim ATAMER 2001b, age. s.40; Ayşe HAVUTÇU 2011, agm. s.33.

⁵⁷ Gökhan ANTALYA 2019, age. s.471.

⁵⁸ Muzaffer ŞEKER 2019, age. s.5. (5.Dipnot)

⁵⁹ Karşı görüş için bkz. Yeşim ATAMER 2001b, age. s.7, *“Genel işlem şartları deyimi hem Yargıtay kararlarında hem de doktrinde yerleştiği için genel işlem şartları yerine genel işlem koşulları deyiminin kullanılması eleştirilebilir”*; benzer yönde, Murat AYDOĞDU (2014), *Türk Borçlar Hukuku'nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku'nda Haksız Şartların Denetimi*, Birinci Basım, Seçkin Yayınları, Ankara, s.28.

⁶⁰ Lale SİRMEN (2015), *“Genel İşlem Şartları Kavramı”*, İzmir Barosu Dergisi, Cilt 80, Sayı 3, s. 218; Tuğçe TUZCUOĞLU 2020, age. s.83.

şeklindeki tanımın daha uygun olacağını ifade etmiştir.⁶¹Düzenleyen ve kullananın farklı olabileceği, çok sayıdaki sözleşme kavramındaki asgari sözleşme sayısının subjektif nitelikte olması, tek başına hazırlama zorunluluğunun olmaması gibi anlamların, madde metninde eksik kaldığı kanısındayız.

Türk Borçlar Kanunu, icap ve kabul beyanlarının uyuşmasıyla oluşan bireysel sözleşme modelini esas almıştır.⁶² Ancak günümüzde; kitle, standart, formüler, tip sözleşme, katılımlı sözleşme, iltihaki sözleşme⁶³gibi tanımlar belirlemektedir. Yargıtay'ın 1944 tarihli bir içtihadında açıklanan iltihaki sözleşmeler, esaslı olarak tanımlanmıştır.⁶⁴ İltihaki sözleşmelerin, genel olarak kamu hizmetini tekel olarak yürüten kurum ve tüketiciler arasında akdedilmektedir. Taraf kısıtlaması olmayan standart sözleşmeler, iltihaki sözleşmeleri de içine alan daha geniş bir kavramdır.⁶⁵

Yargıtay tarafından standart sözleşmeler, içeriğini kısmen veya tamamen genel işlem koşullarının oluşturduğu, tarafların karşılıklı müzakereleri sonucu değil, aksine, taraflardan biri veya üçüncü kişi tarafından önceden hazırlanmış hükümlerin kullanıldığı sözleşme tipi olarak tanımlanmıştır.⁶⁶

Süreç içerisinde artan uluslararası nüfus, arz talep dengesini de etkilemiştir. İnsanların, hayatın idamesi için gerekli olan mal ve hizmetlere talebinin artması, üretim ve üretim metotlarını da değiştirmiştir. Bununla birlikte artık *talebi karşılamanın* yanı sıra *talebi seri şekilde karşılama* gibi bir ihtiyaç söz konusu olmuştur.⁶⁷ Karşı taraf, edime acil ihtiyacının olması ve teknik bilgi yetersizliği sebebiyle, genel olarak sözleşmenin asli unsurlarından bedel üzerinde değerlendirme yapmayı tercih etmiştir. Bunun dışındaki yan hükümler, karşı taraf için çoğu zaman

⁶¹age, s.83.

⁶²Ayşe HAVUTÇU 2011, agm, s.29; “*Bireysel sözleşme, sözleşme taraflarının karşılıklı görüşme ve pazarlıkları sonucunda mutabık kaldıkları içerikle sözleşmenin kurulmasıdır.*”; Yeşim ATAMER (2012), “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi, TKHK m. 6 ve TTK m. 55, F. 1, (f) İle Karşılaştırmalı Olarak”, *İçinde Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları ve Sempozyumu*, Bankacılık Enstitüsü Yayınları, Ankara, s.20. “*Bireysel sözleşme, tarafların karşılıklı pazarlığı ve görüşmeleri sonucunda sözleşme koşullarının belirlenmiş olması halidir.*”

⁶³Çağlar ÖZEL (2006), “Genel İşlem Koşulları Meselesi ve Borçlar Kanunu Tasarısının Genel İşlem Koşullarına Yönelik Olarak Getirdikleri”, *Sosyoekonomi*, Cilt 3, Sayı 3, s.155; Seza REİSOĞLU 2011, agm, s.108; Muzaffer ŞEKER 2019, age, s.10; Ayşe HAVUTÇU 2011, agm, s.29.

⁶⁴Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu’nun 05.04.1944 tarihli ve 1944/4 E. 1944/12 K. sayılı kararı.

⁶⁵Mustafa TİFTİK ve Zeynep ÖZCAN (2015), “Türk Borçlar Kanunu’na Göre Standart Sözleşmelerde İçerik Denetimi”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, İstanbul, s.28.

⁶⁶ Yargıtay 13.Hukuk Dairesi’nin 02.09.2013 tarihli ve 2013/21504 E., 2013/20403 K. sayılı kararı; Yargıtay 13.Hukuk Dairesi’nin 03.12.2013 tarihli ve 2013/28578 E., 2013/30187 K.sayılı kararı.

⁶⁷Murat AYDOĞDU 2011, age, s.18.

bir şey ifade etmemektedir. Öğretide bu zafiyet; psikolojik, entelektüel ve organizasyon açısından eksiklik üzerinden değerlendirmiştir.⁶⁸ Genel işlem koşulları, rasyonelleşmeye cevap veren bir araç olarak ifade edilmiştir.⁶⁹ Yine genel işlem koşullarının; rasyonelleşme, basitleştirme, ayrıntılaştırma ve standartlaştırma fonksiyonlarına vurgu yapılmıştır.⁷⁰

Son yıllarda klasik sözleşmelerin yerini alan standart sözleşmeler, düzenleyen tarafından; menfaat kaygısı güdülerek önceden hazırlanmaktadır. Genel olarak burada düzenleyen için açık amaç; zaman ve ekonomiden tasarruf etmek, gizli amaç ise; olası uyuşmazlıklarda avantaj sağlamak, rizikoyu karşı tarafa yüklemek veya sürecin seyrine göre sözleşmeye müdahale ederek koşulları lehine çevirmektir. Genel işlem koşulları; pratik olması, maliyetin az olması ve rizikoların önceden hesaplanabilir olmasından kaynaklı olarak tercih edilmektedir.⁷¹

Düzenleyen tarafından dayatılan genel işlem koşulları, tamamlayıcı hukuk kurallarına çok sınırlı bir alan bırakır.⁷² Genel olarak sözleşme içeriğini belirleme gücünü elinde tutan taraf; sosyal ve ekonomik açıdan güçlü olması, tekel gücü, imtiyaz gücü gibi sebeplere dayanabilir.⁷³

Düzenleyen tarafından standart sözleşmelere işbu menfaat kaygısıyla çeşitli genel işlem koşulları eklenmektedir. Karşı taraf ise, ihtiyacını bir an önce görme güdüsüyle hareket ederek genel işlem koşullarını dikkate almamaktadır. Bazı durumlarda ise karşı taraf, genel işlem koşullarını kavrayabilse bile üzerinde irade gösteremediği için zorunlu bir kabul yoluna gitmektedir. Öğretide bu husus; evet ama diyememe hali⁷⁴, ya al ya terket⁷⁵ gibi örneklendirilmiştir.

Sözleşme hukukunda esas olan, taraf iradelerinin makul oranda yansıdığı bireysel sözleşmelerdir. Sözleşme öncesi müzakere sürecinin işletildiği, taraf bilgilendirmelerinin dürüstlük kuralı çerçevesinde yapıldığı anlaşmalar, olması

⁶⁸Yeşim ATAMER (2001a), *Tacirlerin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması Yolları*, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, İstanbul, s.9

⁶⁹Tuğçe TUZCUOĞLU 2020, age, s.109; Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU (2014), *Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme*, Altıncı Basım, Filiz Kitabevi, İstanbul, s.226; Lale SİRMEN 2015, age, s.222; Fikret EREN 2017, age, s.215.

⁷⁰Gökhan ANTALYA 2019, age, s.471; Murat AYDOĞDU 2014, age, s.28.

⁷¹Manfred REHBİNDER ve Ömer TEOMAN 2011, agm, s.641; Tuğçe TUZCUOĞLU 2020, age, s.81.

⁷²Mustafa TİFTİK ve Zeynep ÖZCAN 2015, agm, s.33.

⁷³Umut YENİOCAK 2013, agm, 80.

⁷⁴Atilla ALTOP 2007, age, s.254; Muzaffer ŞEKER 2019, age, s.23.

⁷⁵Çağlar ÖZEL 2006, agm, s.165.

gerekindir. Bu sebeple bireysel sözleşme hükümlerinin genel işlem koşulu olamayacağı ve TBK'nın 20. ve 25.maddesi arasında düzenlenen hükümler kapsamında değerlendirilemeyeceği açıktır.⁷⁶ Dolayısıyla TBK'nın 20. ve 25.maddesi arasında düzenlenen hükümler çerçevesinde denetime tabi tutulacak sözleşme hükümlerinin, öncelikle genel işlem koşulu olup olduğu tespit edilmelidir.

Standart sözleşmeler, tamamen veya kısmen genel işlem koşulları içerebilir.⁷⁷ Bu kapsamda İlaç Temin Protokolü'nü, genel işlem koşulu içeren standart sözleşme olarak tanımlamak mümkün olabilecektir.

2.3 TARİHSEL SÜRECİ

Genel işlem koşullarının ortaya çıkış sebepleri olarak; endüstrileşme, liberalizm, sorumluluk hukuku ve zaman kaybı kavramlarını sayabiliriz. Ortaya çıkan sanayileşme ile gelişen iş alanları, profesyonel sözleşme tiplerini de gündeme getirmiştir.⁷⁸ Düzenleyen taraf, teknik nitelikte sözleşmeleri önceden hazırlatarak hem zamandan tasarruf etmiş hem de sorumluluk hukuku bakımından kendini korumaya almaya çalışmıştır.⁷⁹ Bunun sonucu olarak, sözleşme koşullarını dikte edene karşı, zayıf tarafın korunma ihtiyacı hasıl olmuş ve süreç içerisinde genel işlem koşullarının denetim müessesesi hukuk sisteminde gelişmeye başlamıştır.

Karşılaştırmalı hukukta 1993 tarihli *Tüketici Sözleşmelerinde Kötiye Kullanılabilir Sözleşme Şartları Hakkında 93/13 no.lu AB Direktifi* (Yönerge), Avrupa topluluğu için tüketici hukuku bağlamında öncül bir düzenleme niteliğindedir. Yönerge ile tüketicinin müdahalesine imkân vermeyen hükümler genel işlem koşulu olarak kabul edilmiştir.⁸⁰ Bu tarih itibariyle üye ülkeler kendi iç mevzuatlarını da Yönerge ile uyumlu hale getirmekle yükümlü kılınmışlardır.

Genel işlem koşullarının me hazı olan Alman hukukunda ilgili koşulların denetimi kapsamlı bir şekilde ele alınmıştır. İlk olarak Alman Genel İşlem Şartları Yasası (AGBG)⁸¹ ile düzenlenen hükümler, modernleştirme kapsamında BGB'ye

⁷⁶Murat AYDOĞDU (2011), “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 13, Sayı 2, s.13.

⁷⁷Murat AYDOĞDU 2014, age, s.41.

⁷⁸Tarihsel süreç için bkz, Tuğçe TUZCUOĞLU, 2020, age, s.30.

⁷⁹Lale SİRMEN 2015, agm, s.207; Fikret EREN 2017, age, s.216.

⁸⁰Ali Murat DİZDAR (2010), “Genel İşlem Şartları”, *Bankacılık Dergisi*, Sayı 72, s.86.

⁸¹Detaylı inceleme için, Tuğçe TUZCUOĞLU 2020, age, s.34-35

alınmıştır. AGBG ile Yönerge arasındaki en önemli farklardan biri ise kanunun kişi bakımından uygulama alanı olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira AGBG’de kişi ayırımına gidilmemesine rağmen Yönerge, sadece tüketici korumasına yöneliktir.⁸²

İsviçre hukukunda ise buna benzer bir düzenleme görülmemektedir. TBK’nın büyük ölçüde İsviçre hukukundan etkilenip, genel işlem koşulları nezdinde Alman hukukundan etkilenmesi ise öğretilerde eleştirilmiştir.⁸³Buna rağmen TBK’da düzenlenen genel işlem koşulları müessesinin, BGB’nin aksine kavram hukukçuluğundan uzaklaşarak, uygulamaya yönelik içtihat hukukuyla gelişiminin önü açılmıştır.⁸⁴

6098 sayılı TBK öncesinde 818 sayılı Borçlar Kanunu özelinde genel işlem koşullarını düzenleyen açık bir hükme rastlanılmamaktadır. Buna rağmen genel işlem koşulları denetiminin, genel koruyucu hükümler ve öğreti ile idame ettirildiği görülmektedir. Her ne kadar 818 sayılı Borçlar Kanunu genel işlem koşulları adı altında özel hükümler ihtiva etmese de gerek öğreti gerekse Yargıtay uygulamalarında denetimin varlığı açıkça kabul edilmiştir.⁸⁵ Açık bir hüküm olmamasına rağmen ilgili dönemde genel işlem koşulları; BK’nın 19,20 ve 21.maddeleri, Medeni Kanun’un 2.maddesinin 2.fikrası ve sair mevzuatta yer alan hükümlerle denetlenmekte idi.⁸⁶

6098 sayılı TBK öncesinde yürürlüğe giren 4077 sayılı TKHK, denetimin önemli ölçütlerindendi. Fakat kanunun tüketicileri kapsamı uygulamada bazı problemleri de beraberinde getirmekteydi. Hukukumuzda sistematik olarak genel işlem koşulu müessesesine ilk kez 4077 sayılı TKHK’ya 4822 sayılı Kanun ile eklenen 6.maddede rastlamak mümkündür. İlgili madde “Sözleşmedeki Haksız Şartlar” başlığı altında düzenlenmiştir. Bu madde uyarınca 13/6/2003 tarihli ve 25137 sayılı Resmî

⁸²Erwin DEUTSCH 1997, agm, s.260.

⁸³Fahri Erdem KAŞAK (2019), “Genel İşlem Koşullarının Yorumlanması(TBK m.23)”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 23, Sayı 3, Ankara, s.197, (6.Dipnot) “Genel işlem koşullarında İsviçre örneğinden ayrılmaya neden ihtiyaç duyulduğu ve TBK düzenlemesiyle genel işlem koşullarının sadece tüketici sözleşmeleriyle sınırlı olan uygulama alanının neden aşırı ölçüde genişletildiği cevapsız bırakılmıştır. TBK m.20 hükmünün gerekçesi “Tasarıda, genel işlem koşullarının tâbi olduğu geçerlilik kuralları, bunlara aykırılığın yaptırımları ve genel işlem koşullarının yorumlanması gibi konuların açıklığa kavuşturulması amacıyla, bütün sözleşmeleri kapsayacak emredici genel hükümler şeklinde düzenlenmesi zorunlu görülmüştür.” ifadeleriyle kanaatimizce doyurucu olmayan bir açıklama yapmıştır.”

⁸⁴Gökhan ANTALYA 2019, age, s.477.

⁸⁵Yargıtay 3.Hukuk Dairesi’nin 02.06.1990 tarihli ve 1998/4263 E., 1998/6098 K. sayılı kararı.

⁸⁶Tuççe TUZCUOĞLU 2020, age, s.56.

Gazete’de yayımlanan Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik yürürlüğe girmiştir.

Kanun koyucu, 07.11.2013 tarihli ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 5.maddesi ile haksız şartlar müessesini devam ettirmiştir. Süreç içerisinde Yönetmelik revize edilmiş ve 17.06.2014 tarihli ve 29033 sayılı Resmi Gazete’de yürürlükte olan Yönetmelik yayınlamıştır. Tüketici hukuku kapsamında yer alan bu düzenlemelerin merkezinde tüketiciyi koruma saiki yer almaktadır. Bu sebeple tüketicinin olmadığı bir süreçte işbu koruma hükümleri gündeme gelmeyecektir.

TKHK ile sadece tüketicilere gelen koruma, çalışmamız konusu 6098 sayılı TBK ile özellikle kişi bakımından uygulama alanı genişletilmiştir. Genel hükümlerin karşı tarafı koruma noktasında yetersiz kalması sebebiyle TBK’da yeni bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmuştur.⁸⁷

2.4 UNSURLARI

Denetim aşamasına geçmeden önce bir hükmün genel işlem koşulu olup olmadığının tespit edilmesi gerekir. Genel işlem koşulu tespit edildikten sonra ilgili hükmün geçerliliği veya içeriği denetlenebilecektir.

Bir metnin veya hükmün genel işlem koşulu olarak nitelendirilebilmesi için bazı unsurları içermesi gerekmektedir. İşbu unsurlar; gerek TBK’nın 20.maddesinde yer alan hüküm lafzından gerekse öğreti⁸⁸ ve içtihat katkısı ile şekillenmektedir.

Kanuni tanımdan yola çıkıldığında bir hükmün genel işlem koşulu olarak nitelendirilebilmesi için bazı şartların tespit edilmesi gerekmektedir. Bunlar;

- İleride çok sayıda sözleşme yapma beklentisi,
- Metinlerin düzenleyen tarafından önceden ve tek taraflı hazırlanmasıdır.

Yine öğretide genel ve soyut olma unsuru da kaleme alınmıştır.⁸⁹

Öğretide, işbu objektif unsurların varlığının genel işlem koşulunu nitelendirdiğini, sürecin gelişimi ve tarafların kimliklerinin ise denetleme noktasında

⁸⁷Gökhan ANTALYA 2019, age, s.476.

⁸⁸Ayşe HAVUTÇU 2003, agm, s.74 vd, Yazar, genel işlem koşulu unsurlarını “varlığı zorunlu olan unsurlar” ve “varlığı zorunlu olmayan unsurlar” olarak ikiye ayırmıştır.

⁸⁹Fikret EREN 2017, age, s.220; Safiye Nur BAĞRIAÇIK 2012, agm, s.148; Cemal OĞUZ (1993), *Genel İşlem Şartları ve İçerik Sınırları* (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, s.12; Mustafa TİFTİK ve Zeynep ÖZCAN 2015, agm, s.25-26; Murat AYDOĞDU 2014, age, s.47, Ayşe HAVUTÇU 2003, agm, s.74.

önem taşıyacağını ifade edilmiştir.⁹⁰ Benzer şekilde genel işlem koşullarının tespitinde önem taşımayan unsurlar ise BGB(§350,f.1,c.2)'ye paralel olarak TBK'nın 20.maddesinin 1.fıkrasının 2.cümlesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre koşulların, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli, nitelendirmede önem taşımaz.

Bu aşamada bir sözleşme hükmünün genel işlem koşulu olup olmadığı tespit edilmektedir. Belirtmek gerekir ki hukukumuzda genel işlem koşulları yasaklanmamış olup genel işlem koşullarının meşruluğu denetime tabi tutulmuştur. Bu sebeple genel işlem koşulları gerçekten taraf iradelerinin bir ürünü ise orada denetimden söz etmek mümkün olmayacaktır.

2.4.1. Metinlerin Önceden, Tek Taraflı Hazırlanması

Genel işlem koşulunu tanımlayan TBK'nın 20.maddesinin 1.fıkrası uyarınca mezkûr hükümlerin önceden tek taraflı olarak hazırlanmasının temel amacı, karşı tarafa üstünlük sağlamaktır. Genel işlem koşullarının müzakere yoluyla hazırlanması sürecin doğasına aykırıdır.

Tarafların birlikte önceden hazırladığı metinler, bu kapsamda değerlendirilemeyecektir. Dolayısıyla müzakerenin işletildiği bir süreçte, tek taraflı hazırlamadan bahsedilemeyecektir.

Her ne kadar metinlerin önceden ve tek taraflı hazırlanması genel işlem koşullarının bir unsuru olarak sayılsa da bu sürecin tamamlayıcı merasimi, müzakere sürecinin olup olmadığıdır. Dolayısıyla ilgili hükümler, önceden ve tek taraflı hazırlanmasına rağmen müzakere edilmiş ise artık genel işlem koşulundan bahsetmek mümkün olmayacaktır. Bu sebeple bir hükmün genel işlem koşulu olarak değerlendirilebilmesi için önceden ve tek taraflı hazırlama sürecinin müzakeresiz olarak sonuçlandırılması gereklidir.

Düzenleyen taraf, genel işlem koşullarını dikte ettiği metni, en geç sözleşme imzalama esnasından önce hazırlaması gerekmektedir. İşbu tespit yapılırken metinlerin sadece önceden hazırlanması değil, tek taraflı önceden hazırlanması

⁹⁰Yeşim ATAMER 2001b, age, s.61.

gerekmektedir.⁹¹ Zira metinlerin önceden, tek taraflı hazırlanmış olması müzakere olmadığına karine oluşturmaktadır.⁹²

2.4.1.1 Müzakere Süreci

Arapçadan köken alan müzakere, “*Bir konuyla ilgili fikir alışverişinde bulunma; olaşma*” ve “*etüt*” anlamlarıyla kullanılmaktadır.⁹³

Genel işlem koşullarını bireysel anlaşmadan ayıran en önemli özellik müzakere sürecinin işletilmemesidir.⁹⁴ Genel işlem koşullarının tespiti aşamasında tarafların sosyal veya ekonomik güç dengesinden ziyade müzakere sürecinin işletilip işletilmediği de önem taşımaktadır.⁹⁵

BGB(§350,f.1,c.3), müzakere edilmiş sözleşme koşullarının genel işlem koşulu sayılamayacağını ifade ederek, müzakere sürecine atfedilen önemi ortaya koymuştur. Düzenleyenin; tecrübe, güç ve zaman avantajlarını yansıttığı genel işlem koşullarında, karşı tarafın sürecin içerisinde olmaması sözleşme özgürlüğünün temelini oluşturan taraf eşitliği ilkesine aykırıdır.⁹⁶

Yönerge’nin 3.maddesinin 1.fıkrasında⁹⁷ münferiden müzakere edilmemiş bir akdi şartın, tüketici zararına önemli bir dengesizliğe neden olduğu takdirde haksız sayılacağı ifade edilmiştir.

TBK’nın 20.maddesinin 3.fıkrası uyarınca da;

“genel işlem koşulları içeren sözleşmeye veya ayrı bir sözleşmeye konulan bu koşulların her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar, tek başına, onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmaz.”

Bu hükümle birlikte görünürde müzakere süreci engellenmeye çalışılmıştır. Bu durumda gerçekten müzakereye konu edilmiş koşulların denetime tabi olup olmayacağı da öğretide tartışılmıştır. Gerçek bir müzakerenin tespiti için öğretide⁹⁸;

⁹¹age, s.66.

⁹²Murat AYDOĞDU 2011, age, s.31; Yeşim ATAMER 2012, age, s.15; Ayşe HAVUTÇU 2011, agm, s.34.

⁹³TÜRK DİL KURUMU (2024), <https://sozluk.gov.tr>, ET. 28.08.2024

⁹⁴Cemal OĞUZ 1993, agt, s.7; Yeşim ATAMER 2001b, age, s.65; Mustafa TİFTİK ve Zeynep ÖZCAN 2015, agm, s.30.

⁹⁵Umut YENİOCAK 2013, agm, 80.

⁹⁶Murat AYDOĞDU 2011, age, s.14.

⁹⁷ Madde 3/1’e göre “*Münferiden müzakere edilmemiş bir akdi şart, iyi niyet gereğine aykırı olarak, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülükleri açısından tüketicinin zararına önemli bir dengesizliğe neden olduğu takdirde haksız sayılır.*”

⁹⁸ Yeşim ATAMER 2012, age, s.21.

sözleşmenin birlikte belirme imkanının somut olarak oluşması, düzenleyenin karşı tarafın içeriği etki edebilmesi yönündeki tavrının açık ve anlaşılır olması, karşı tarafın da bu süreçle ilgili bilgili olması şartları öne sürülmüştür.

TBK'nın 20.maddesi kapsamında müzakeresizlik sürecinin değerlendirilmemesi öğretide eleştirilmiştir.

Öğretide, müzakere edilmeme unsurunun TBK'da aranmasına rağmen bunun açıkça belirtilmemesini eksiklik olarak ifade edilmiştir.⁹⁹ Kanımızca kanun lafzında, “müzakere edilmeme” unsurunun bir adım ötesine geçilmiş, “müzakere edilse dahi” karşı tarafın içeriğe etki edip etmediği denetlenmiştir. Bazı yazarlar bu süreci, “sonuca etkili müzakere” şeklinde vurgulamıştır.¹⁰⁰

Çalışmamızın konusu olan İlaç Temin Protokolü'nün taraflarca imzalanması sürecinde görünürde müzakere o kadar ileri seviyeye taşınmıştır ki, bu müzakere beyanları eczacı odaları tarafından eczacılara dikte edilmektedir. Öyle ki; eczacılara, sadece SGK'da kalacak sözleşme nüshalarına; “*Lütfen aşağıdaki ifadeyi el yazınızla Kuruma verilecek nüshanın ön sayfasına yazarak kaşeleyiniz ve imzalayınız. Protokol hükümlerini okudum, kabul ettim.*” şeklinde beyan yazılması dikte edilmektedir.¹⁰¹ Bu kapsamda SGK taşra teşkilatları ile eczacı arasında imzalanan İlaç Temin Protokolü'nün her sayfasının imzalanması¹⁰² ve *okudum,anladım* şeklinde beyanların kullanılması, görünürde müzakere olarak değerlendirilmelidir. Bu hükümler de TBK'nın 20.maddesinin 3.fıkrası kapsamında değerlendirilmelidir.¹⁰³

2.4.1.1.1 İçeriğe Etki Edebilme

Gerek uluslararası gerekse iç mevzuatımızda müzakerenin objektif olarak yürütülmesi kabul görmüştür. Bu durumda; gerçek bir müzakere ile görünürde

⁹⁹ Lale SİRMEN 2015, agm, s.222.

¹⁰⁰ Umut YENİOCAK 2013, agm, 82.

¹⁰¹ ZONGULDAK ECZACI ODASI (2024), <https://www.zeo.org.tr/haber-5926>, ET. 20.08.2024; SAMSUN ECZACI ODASI (2018), <https://www.samsuneczaciiodasi.org.tr/haber-25976>, ET. 20.08.2024; ŞANLIURFA ECZACI ODASI (2022), <https://sanliurfao.org.tr/upload/1650450073.pdf>, ET. 20.08.2024; AFYON ECZACI ODASI (2024), <https://www.afyoneczaciiodasi.org.tr/duyuru/sgk-sozlesmelerinin-yenilenmesi-hakkinda-7939>, ET. 20.08.2024; AĞRI ECZACI ODASI (2024), <https://www.agrio.org.tr/duyuru/2024-yili-sgk-sozlesme-islemleri-hakkinda-67013>, ET. 20.08.2024

¹⁰² İlaç Temin Protokolü m.7.15 “*Eczacılar, sözleşme yaparken 6643 sayılı Türk Eczacıları Birliği Kanununun 39 uncu maddesine dayanılarak, bu protokolün tüm maddelerini, sayfalarını ve eklerini içeren TEB tarafından bastırılmış ve her sayfası eczacı tarafından imzalanmış “Tip Sözleşmesini” (EK-1) ve “Sosyal Güvenlik Kurumu Kapsamındaki Kişilerin Türk Eczacıları Birliği Üyesi Eczanelerden Tıbbi Malzemelerin Temini Sözleşmesini” (EK-6) kullanırlar.*”

¹⁰³ Gökhan ANTALYA 2019, age, s.493.

müzakere arasında bir ayrımın yapılması gerekir. Müzakere sürecinin objektif olarak değerlendirilebilmesi için karşı tarafın içeriğe etki edebilme gücü olmalıdır. Karşı tarafın talepleri değerlendirmeye alınmalı, gerekirse sözleşme hükümleri bu çerçevede değiştirilmelidir.¹⁰⁴

Görünürde müzakerede, kanunu dolanma amacı, temel motivasyondur. Karmaşık bilgilendirmeler, teknik belgeler, tarafların belirli süre bir araya gelmesi gibi araçlarla müzakere süreci görünürde işletilmektedir. Bu durumda ortaya şeklen bir müzakere süreci çıksa da karşı tarafın içeriğe hiçbir şekilde müdahale edememesi hali mevcuttur.¹⁰⁵ Öğretide bu durum, “içeriğe etki etme kıstası” olarak ifade edilmektedir.¹⁰⁶ 6502 sayılı TKHK’nın 5.maddesinin 3.fıkrasında bu husus;

“Bir sözleşme şartı önceden hazırlanmış ve standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir”

hükmü ile “içeriğe etki edememe” haline sonuç bağlanmıştır.

Öğretide, tarafların gerçek iradelerinin tespit edilebilmesi için, sözleşme metninin birlikte hazırlanması ve bu hususun üçüncü kişilerce de kolaylıkla anlaşılabilmesi halinin varlığından söz edilmiştir.¹⁰⁷ Bu durumda karşı tarafın içeriğe etki edip etmediğinin objektif bir şekilde ortaya konulması gerekmektedir.

TBK hükümlerinde içeriğe etki edebilme kıstası açık olarak kaleme alınmamıştır. Buna rağmen gerek TBK 20.maddesinin gerekçesi, gerekse TBK 20.maddenin 3.fıkrasında yer alan *tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtların tek başına geçerli olmayacağı* ifadeleri, içeriğe etki edildiğine yönelik düzenleyeni ispat külfeti altına sokmaktadır.¹⁰⁸

2.4.1.1.2 Asli Edimlerin Müzakereye Konu Edilmemiş Olması

Genel işlem koşullarının konusu, bir sözleşmenin asli edimleri değil yan noktalarına ilişkindir. Öğretide, müzakere edilmeden belirlenmiş olması halinde asli edim niteliğinde olan bedelin dahi genel işlem koşulu olarak kabul edileceği yönünde

¹⁰⁴Erwin DEUTSCH 1997, age, s.260; Lale SİRMEN 2015, agm, s.222.

¹⁰⁵Yeşim ATAMER 2001a, age, s.34, “Karşılıklı görüşmenin varlığı için, bu şartların sunulduğu sözleşme tarafının şartların içeriğine etki edebilecek, istediği takdirde değişiklik yapılmasını sağlayabilecek durumda olması aranır.”

¹⁰⁶Ayşe HAVUTÇU 2003, age, s.158; Murat AYDOĞDU 2014, age, s.131.

¹⁰⁷ Tuğçe TUZCUOĞLU 2020, age, s.85.

¹⁰⁸ Murat AYDOĞDU 2014, age, s.62.

görüşler de mevcuttur.¹⁰⁹Bu görüşün temelinde müzakereye atfedilen önem ön plana çıkmaktadır. Zira müzakere süreci, sözleşme hukukunun temeli olan irade özerkliğinin yansıtılabileceği bir alandır. Bu sürecin işletilmemesi irade özerkliğini de şüpheli hale getirecektir. Bununla birlikte müzakere sürecine sıkı bir şekilcilik addetmek her zaman doğru sonuca ulaştırmayacaktır. Özellikle asli edimler noktasında(bedel) karşı tarafın müzakere etmiş olması genel olarak kabul edilebilecektir. Karşı taraf için, asli edimlerin yan edimlere göre daha çok anlam taşıması ve doğrudan karşı taraf menfaatlerini ilgilendirmesi hayatın olağan akışına uygundur. Olağan olan, karşı tarafın asli edime yönelik gösterdiği sorgulama, özen ve reflektir. Salt müzakere yapılmamış olmasının genel işlem koşuluna sebep olacağını savunmak karşı taraf için kolaycılık olabilecektir. Bu kapsamda müzakere süreci yürütülmeden sözleşme hükmü haline gelen asli edimleri, genel işlem koşulu kapsamında değerlendiren görüşlere katılmıyoruz.

Yönerge'nin 4.maddesinin 2.fıkrasında da bedel üzerinde denge kurulması, yargısal denetimin dışında bırakılmıştır. BGB(§307)'de de benzer düzenleme mevcut olup, bu düzenlemelerin temel kaynağı serbest piyasa ekonomisine müdahale edilmeme düşüncesidir.¹¹⁰Benzer şekilde asli edim yükümlülükleri arasında denge kurulmasının yargısal denetimin dışında bırakılacağı hususu TKHK'nın 5.maddesinin 7.fıkrasında da yer bulmuştur.¹¹¹

2.4.1.1.3 İspat Külfeti

TBK'da açıkça bir düzenleme olmasa da TMK'nın 6.maddesi uyarınca müzakere sürecinin yürütüldüğüne dair ispat külfeti düzenleyendedir.¹¹² Fakat müzakere sürecinde atfedilen ispat külfeti, düzenleyen açısından çoğu zaman nimete dönüşmektedir. Çünkü düzenleyenin çeşitli araçlarla müzakere yaptığını ispatlaması çok zor görünmemektedir. Dolayısıyla müzakere sürecinin ispatlanması dışındaki en önemli unsur, karşı tarafın içeriği etki edebilme gücüdür.¹¹³

¹⁰⁹ Lale SİRMEN 2015, agm, s.214-215; Murat AYDOĞDU 2014, age, s.50-51.

¹¹⁰ age, s.50.

¹¹¹ TKHK m.5/7'ye göre sözleşme şartlarının haksızlığının takdirinde, bu şartlar açık ve anlaşılır bir dille yazılmış olmak koşuluyla, hem sözleşmeden doğan asli edim yükümlülükleri arasındaki hem de mal veya hizmetin piyasa değeri ile sözleşmede belirlenen fiyat arasındaki dengeye ilişkin bir değerlendirme yapılamaz.

¹¹² Murat AYDOĞDU 2014, age, s.44.

¹¹³ İlknur SERDAR 2015, agm, s.234; Muzaffer ŞEKER 2019, age, s.14.

2.4.2. İleride Çok Sayıda Sözleşme Yapma Beklentisi

İleride çok sayıda sözleşme yapma beklentisi, düzenleyenin temel saikidir. Fakat TBK’da kaç sözleşmenin çok sayıda sözleşme olacağı belirlenmemiştir.

Kanuni tanım uyarınca önceden ve tek taraflı hazırlanan metinlerin, sadece bir karşı taraf için değil, çok sayıda karşı taraf için kullanılmasına yönelik beklenti olmalıdır. Çok sayıda kişi ile sözleşme yapma beklentisi ile hazırlanan metinler, düzenleyen açısından, içeriğini değiştirmeme konusunda bir gösterge olarak da kabul edilmektedir.¹¹⁴ Zira tek seferlik hazırlanan metinlerin pazarlığa açık olduğu ve taslak olarak nitelendirilebileceği kanaatindeyiz. Bunun aksi, metnin çok sayıda kişi için hazırlanmış olması, içeriğinde genel ve soyut ifadeler barındırdığına karinedir.

Öğretide, bir metnin çok sayıda kişi ile sözleşme yapmak için hazırlanmasına rağmen bir seferlik kullanılmasının durumu değiştirmeyeceği, buradaki temel saikin “çok sayıda sözleşme yapma amacıyla” kaleme alınmış olmasının yeterli olacağı ifade edilmiştir.¹¹⁵ Bu görüş, Yönerge’nin 3.maddesinin 2.fıkrası ve TKHK’nın 5.maddesi ile de paralellik arz etmektedir. Bununla birlikte TKHK kapsamında haksız şartı genel işlem koşullarından ayıran en önemli fark, haksız şartın *ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak amacıyla* hazırlanmasına gerek olmayışındır. Buna rağmen iki müessesenin de ortak amacı karşı tarafı korumak ve sosyal adaleti sağlamaktır.¹¹⁶

Hazırlayan kişide çok sayıda sözleşmeye temel oluşturma amacının olmasının yeterli olacağını ifade eden yazarlar mevcuttur.¹¹⁷ Bu kapsamda hazırlayanın amacı, sözleşmenin kaç adet kullanıldığına üstündür. Bir genel işlem koşulunun, birden fazla sözleşme ilişkisinde kullanılmak amacıyla hazırlanmış olmasına rağmen tek sözleşmede kullanılmış olması, o hükmü genel işlem koşulu olmaktan çıkarmayacaktır.

Bazı durumlarda düzenleyen, kanunu dolanmak amacıyla çok sayıda sözleşme yapma amacı taşımasına rağmen çok sayıda sözleşmenin içeriğinde esasa müessir olmayan değişikliklere gitmektedir. Düzenleyen taraf, aynı hukukiye etkiye sahip metinler içerisinde ufak değişiklikler yaparak taraflar arasında bireysel bir

¹¹⁴ Yeşim ATAMER 2001b, age, s.67.

¹¹⁵ Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU 2014, age, s.233; Yeşim ATAMER 2001b, age, s.67; Safiye Nur BAĞRIAÇIK 2012, agm, s.148; Lale SİRMEN 2015, agm, s.219; İlknur SERDAR 2015, agm, s.228; Fikret EREN 2017, age, s.219; Murat AYDOĞDU 2014, age, s.57.

¹¹⁶ Gökhan ANTALYA 2019, age, s.482.

¹¹⁷ Tuğçe TUZCUOĞLU 2020, age, s.95.

sözleşmenin varlığını ileri sürebilecektir. Bir nevi kanuna karşı hileyi engellemek isteyen kanun koyucu, TBK'nın 20.maddesinin 2.fıkrası ile özdeş metinler olmasa dahi aynı hukuki sonuçları oluşturan koşulların da bu kapsamda değerlendirileceğini açıkça ifade etmiştir. Bununla birlikte BGB(§306a)'da düzenlenen kanuna karşı hile yasağı, her ne kadar genel işlem koşullarını düzenleyen hükümler içerisinde yer almasa da genel hukuk mantığı çerçevesinde bu kuralın uygulanabilirliği GİK müessesesinin amacı ile de uyusmaktadır.¹¹⁸

2.4.3 Genel ve Soyut Olma

Standart sözleşmelerde yer alan genel işlem koşullarının genel ve soyut olması tipik bir haldir. Zira düzenleyen, standart sözleşmeleri tek bir kişi için değil, ileride yapacağı birden fazla kişi için hazırlamaktadır.

Hükümlerin, herhangi bir somut sözleşme ilişkisi için hazırlanmamış olmaları soyut olmalarını, belirli kişilerden ziyade belirli topluluklara hazırlanmış olmaları da genel olmalarını ifade eder.¹¹⁹

Gerek BGB gerekse TBK madde lafızlarında genellik ve soyutluk unsuru belirtilmemiş olsa da öğretide bu hususa değinilmektedir.¹²⁰ Genellik kapsamında genel işlem koşullarının muhatabı olacak taraf, düzenleyen açısından belirsizdir. Zira düzenleyen, bu hükümleri genel olarak birden fazla kişi için kullanmak amacıyla hazırlar. Dolayısıyla, düzenleyen açısından karşı da belirsiz bir kitle vardır. Soyutluk ise, düzenlenme aşamasında zaman ve yer bakımından belirsizliği ifade etmektedir.¹²¹

2.5 TARAFLARI

Kanuni lafızdan yola çıkılarak, TBK'nın 20.maddesi uyarınca genel işlem koşullarının tarafları; *düzenleyen* ve *karşı taraf* olarak belirtilmiştir. Burada düzenleyen olarak tabir edilen kişi, genel işlem koşullarını lehine kullanan, karşı taraf olarak tabir edilen kişi ise mezkûr hükümlerin aleyhine kullanıldığı kişi olarak nitelendirilebilecektir. Öğretide, düzenleyeni sözleşmenin diktatörü olarak ifade eden yazarlar olmuştur.¹²²

¹¹⁸Murat AYDOĞDU 2014, age, s.45; Tuğçe TUZCUOĞLU 2020, age, s.85.

¹¹⁹Cemal OĞUZ 1993, agt, s.12; Mustafa TİFTİK ve Zeynep ÖZCAN 2015, agm, s.25-26.

¹²⁰Murat AYDOĞDU 2014, age, s.57.

¹²¹Fikret EREN 2017, age, s.220; Safiye Nur BAĞRIAÇIK 2012, agm, s.148.

¹²²İlknur SERDAR 2015, agm, s.226.

Öğretide, kanuni lafızda yer alan “düzenleyen” tabiri eleştirilmiştir. Bu eleştirinin temeli bizim de katıldığımız bir şekilde, düzenleyen ve kullanan kişilerin farklı olabileceği, bu farklılığın da sorumluluk bakımından kargaşaya yol açabileceği şeklinde gerekçelendirilmiştir.¹²³ Öğretide “kullanan” terimi daha yaygın ifade edilmektedir. TTK’nın 55.maddesinin 1.fıkrasının f bendinde de “kullanan” ifadesi mevcuttur. *Düzenleyen* ifadesini savunan yazarlar¹²⁴;

“fıkra, düzenleyen değil de, önerildiği gibi, kullanan sözcüğü tercih edilmiş olsaydı, o takdirde “kullananın...kullanmak amacıyla” şeklinde, Türkçe cümle yapısına uygun düşmeyen bir ifadeye yer verilmiş olurdu”

gerekçesini öne sürmüştür.

Düzenleyen sıfatının temelinde yatan temel mesele dayatmacılıktır. Sözleşmeyi kullanan kişi, lehe olan hükümleri içeren metni karşı tarafa sınırlı seçenek ile dayatmaktadır. Bu kapsamda düzenleyen sıfatının belirlenmesi aşamasında dayatma unsurunun da değerlendirilmesi gerekir. Zira bazı hallerde genel işlem koşulları dayatılmadığı için kullanan/düzenleyen taraf olmayacaktır. Kaynağını yasadan alan hükümlerde dayatmacılık olmadığı için, düzenleyen taraftan söz edilemez. Yine iki tarafın müzakeresi sonucunda hazırlanan sözleşmelerde dayatmacılık olmadığı için düzenleyen taraf yoktur.¹²⁵

Karşı taraf ise genel işlem koşullarının dayatıldığı taraftır. Değişen dünya düzeniyle birlikte tüketicinin korunma ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Genel işlem koşulları ile ilgili yasal düzenlemeler incelendiğinde karşı tarafın tüketici olarak kurgulandığı görülmektedir. Günümüzde işbu koşullara karşı koruma şemsiyesi genişletilmiştir. Türkiye’de de tüketicilerin korunmasına yönelik özel mevzuat hükümleri olmasına rağmen tüketici dışındaki kişilerinde genel işlem koşullarına karşı korunabilmesi amacıyla genel kanun olan TBK’da düzenleme yapılmıştır. TBK ilgili hükümleri

¹²³Mehmet AKÇAAL (2014), “Borçlar Kanunu’nun Genel İşlem Koşullarına Dair Hükümleri Hakkında Bir İnceleme”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 18, Sayı 1, s. 53; Tuğçe TUZCUOĞLU 2020, age, s.88; Atilla ALTOP 2007, age, s.258; Yeşim ATAMER 2001b, age, s.6; İlknur SERDAR 2015, age, s.226; Gökhan ANTALYA 2019, age, s.490; Umut YENİOCAK 2013, agm, 79; Adem YELMEN (2015), “Değiştirme Yasağı”, *İzmir Barosu Dergisi*, Cilt 80, Sayı 3, s.370; Muzaffer ŞEKER 2019, age, s.6 (6.Dipnot); Ayşe HAVUTÇU 2011, agm, s.33; Murat AYDOĞDU 2014, age, s.35.

¹²⁴Nevzat KOÇ (2012), “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu(3-4 Haziran 2011) Sempozyum No:III Prof.Dr.Cevdet Yavuz’a Armağan”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, s.89.

¹²⁵İlknur SERDAR 2015, agm, s.229.

uyarınca karşı tarafın hukuki niteliğinde bir sınırlamaya gidilmeyerek tüketici dışındaki kişilerin de (tacir, esnaf, STK vd.) korumaya alındığını görmekteyiz.

Çalışmamız kapsamında bir nitelendirme yapılacak olursa; İlaç Temin Protokolü'nde düzenleyen taraf, SGK'dır. Mezkûr sözleşme; on binlerce eczaneye yönelik, önceden ve eczane ile müzakere edilmeden hazırlanmış metinlerdir. Bu durumda eczane ve SGK arasındaki sözleşmede dayatmacı olan taraf SGK'dır. Bunun aksi olarak ise eczaneler, sözleşmenin karşı tarafını oluşturmaktadır.

2.6 UYGULAMA ALANI

2.6.1 Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı

Genel işlem koşullarına yönelik tarihsel süreç incelendiğinde öncelikle tüketicilerin kişi bakımından konu edinildiği görülmektedir. Gelişen kapitalizm ile tüketiciler, satıcı/sağlayıcı karşısında çaresiz kalmıştır. Tüketiciler açısından bedel belirleme dışında neredeyse hiçbir şarta etki edememe durumu ortaya çıkmıştır. Bu sebeple tüketicinin korunması gerekliliği öncelikli mesele haline gelmiştir. Fakat gelişen ticari hayatla birlikte tüketici dışındaki kişilerin de sözleşme ilişkilerinde çaresiz kaldığı görülmektedir. Dolayısıyla hukuk sistemleri klasik olarak tüketici ve tüketici olmayan ayırımından vazgeçmiş, genel işlem koşullarından korunma yolunda daha kapsayıcı düşünce içerisine girmiştir.

Çalışmamız kapsamında değerlendirilmesi gereken diğer bir sorun ise genel işlem koşulları karşısında tacirlerin korunup korunamayacağı hususudur.

Genel uygulamada tacir iradesi ile tüketici iradesi eşit tutulmamış, tacirin yasal ödevleri kapsamında ticari işlerde daha dikkatli ve özenli davranması beklenmiştir. Olağan bir süreçte bunun aksini iddia etmek elbette mümkün değildir. Aksi düşüncede, tacir ve tüketici ayırımına gidilmemesi gibi bir sonuç çıkacaktır.

Tacirlerin genel işlem koşullarına karşı korunması sürecinde öğretide farklı görüşler mevcuttur. Çoğunluk görüşü, TBK'da yer alan şartların kişi açısından uygulama alanı ile ilgili sınırlama getirmemesinden dolayı tacirler açısından da uygulama alanı bulabileceği yönündedir.¹²⁶

¹²⁶Şebnem AKİPEK ÖCAL (2015), "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Genel İşlem Koşulları Hükümlerinin Konu Bakımından Uygulama Alanı", *İzmir Barosu Dergisi*, Cilt 80, Sayı 3, s.188; Murat AYDOĞDU 2011, age, s.35; İlknur SERDAR 2015, agm, s.230; Ezgi KUTLUAY (2017), "Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Koşulları", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 19, Sayı 3, s.1419; Fikret EREN 2017, age, s.217; Ayşe HAVUTÇU 2011, agm, s.31-32.

Görüldüğü üzere tacirlerin de bu koruma şemsiyesinden faydalanmasının maddenin amacı ile uyuştüğunu ifade eden yazarlar, TBK’da genel işlem koşullarını düzenleyen maddelerde herhangi bir kişi sınırlandırması olmaması ve mezkur kanunun genel niteliği sebebiyle bu görüşlerini gerekçelendirmişlerdir.¹²⁷ Öğretide, tacirler arasındaki güç dengesinden yola çıkılarak sözleşme dengesinin bozulabileceği, hukuk mantığının genel koruma içgüdüğü sebebiyle burada artık genel ve özel hüküm ayrımının yapılamayacağı, TTK ve TBK hükümlerinin birbirini tamamlayıcı nitelikte olduğunu belirtilmiştir.¹²⁸

Teorik olarak tüketicilerin; ekonomik, entelektüel ve psikolojik güçsüzlüğünün tacirler ile kıyaslanamayacağı ifade edilebilir.¹²⁹ Fakat dengesiz gelişen sosyal ve ticari hayatta söz konusu güçsüzlüğün uygulamada sadece tüketiciler açısından geçerli olamayacağı da kabul edilmelidir.¹³⁰ Buna vurgu yapan Yargıtay¹³¹, her somut olayın kendi şartları çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiş, kıstas olarak ise tacirin ekonomik mahvını belirlemiştir.

Her ne kadar bazı yazarlar¹³², çaresizlik halinin tüketiciye nazaran tacirler açısından geçerli olmadığı veya daha az etkiye sahip olduğunu ifade etse de bu görüşe katılmak mümkün değildir. Bu düşüncenin temelinde her tacirin standart bir farkındalığa sahip olduğu gerçeği yatmaktadır. Zira her somut olay kendi içerisinde

¹²⁷Mehmet AKÇAAL 2014, agm, s.63; Atilla ALTOP 2007, age, s.257.

¹²⁸Tuğçe TUZCUOĞLU 2020, age, s.124.

¹²⁹ Yeşim ATAMER 2001, age, s.113; Murat AYDOĞDU 2014, age, s.130.

¹³⁰Murat AYDOĞDU 2014, age, s.130, (643. Dipnot) “Genelde tüketiciler ekonomik açıdan zayıftır. Ancak Kanunlarımızda bu yönde bir sınırlama olmadığından bir “Ferrari” araba satın alabilen kişi de tüketici sayılabilecektir. Bu gibi durumlarda ekonomik açıdan güçlü olan kişinin bu durumu gözetilmelidir.”

¹³¹Yargıtay 17.Hukuk Dairesi’nin 03.07.2018 tarihli ve 2017/1825 E., 2018/6690 K. sayılı kararı “Uyuşmazlık davacının sigortalısı olan dava dışı F2 Ticaret-K1-K2 ile davalı şirket arasındaki alt kira sözleşmesinden kaynaklanmakta olup, tüketici yasası kapsamı dışındadır. Mahkemece genel işlem koşulları uyarınca bazı hükümlerin yazılmamış sayılması gerektiği belirtilmiş ise de, taraflar tacir olup 6102 sayılı TTK’nun 18/2. maddesi uyarınca her tacirin ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli iş adamı gibi hareket etmesi gerekir. Her ne kadar 6098 sayılı TBK’nun 20 ila 25. maddeleri arasında düzenlenmiş olan genel işlem koşullarına ilişkin hükümler tacirler yönünden de uygulanabilirse de, TTK 18/2. maddesi hükmü karşısında tacirler bakımından genel işlem koşullarının uygulanıp değerlendirilmesinde her somut olayın özelliğine göre daha dikkatli davranılması gerekmektedir. Açıklanan maddi ve hukuksal olgulara göre somut olayda alt kira sözleşmesinin 16.8. maddesinde yer alan su baskını veya diğer felaketler hasara ya da bozukluğa yol açtığı takdirde kiracının kiralayana karşı indirim ya da tazminat hakkı olmadığına dair hüküm, tacirler arasındaki sözleşmenin niteliği göz önüne alındığında tacir olan alt kiracı yönünden ekonomik yıkım yaratacak düzeyde olmayıp, ortada genel işlem koşullarına aykırılık teşkil edecek bir husus bulunmadığının kabulü gerekir. Mahkemenin sözleşmenin bu hükmünün genel işlem koşullarına aykırı olduğu yönündeki görüşüne katılmak mümkün değildir. Hükmün bu nedenle bozulması gerekmektedir.”

¹³²Yeşim ATAMER 2001a, age, s.10.

değerlendirilmelidir. Bazı hallerde tüketicinin, alelade bir tacire göre farkındalığının daha yüksek olduğu durumlar dahi karşımıza çıkabilecektir.

Tacirleri tip bir farkındalık seviyesinde değerlendirmek hatalı olacaktır.¹³³ Bununla birlikte, tüketicinin çaresizlik (ihtiyaç, zaman, tecrübe vb.) hallerinin benzer veya farklı şekillerde tacirlere de sirayet edebileceği gözden kaçırılmamalıdır. Tacirin ticari işletmesini ayakta tutabilmesi için, sözleşme süreçlerinde, çaresizlik içinde kalabileceği göz ardı edilmemelidir. Teknolojinin ilerlemesi ile değişen; yazılım, veri yönetimi, sevkiyat, teslimat gibi lojistik ve stoklama süreçleri, sözleşme sürecinde tacirin tecrübesizliğini artırabilecektir. Yine belirtmek gerekir ki tip bir farkındalık seviyesine oturtulmaya çalışılan tacirlerin, özellikle mesleki tecrübeleri konusunda farklılıkları dahi sözleşme süreçlerini etkileyecektir. Örnek vermek gerekirse; yeni eczane açan bir eczacının, ilaç deposu ile yapacağı sözleşme süreci ile yirmi beş yıllık tecrübesi olan bir eczacının yapacağı sözleşme sürecinde ortaya çıkan tecrübe farkı değerlendirmeye alınmalıdır. Yine tacirler arasındaki; tecrübe, organizasyon yapısı, insan kaynakları gibi etmenlerin, sözleşme süreçlerine etkisi yadsınamayacaktır.

Buna rağmen öğretide, istisnai hallerde, pazarlık gücünün olmadığı ve alternatifsizlik hallerinde tacirin de tüketici gibi kuvvetli olarak korunma ihtiyacının olduğunu ifade edilmiştir.¹³⁴ Eczanelerin de SGK ile sözleşme akitlerinde pazarlık gücünün olmadığı ve SGK dışında kamusal ilaç tedariği sağlayamayacağı göz önünde bulundurulduğunda, yazarın ifadesiyle “kuvvetli korunma” ihtiyacı doğacaktır.

Öğretide, İsveç hukukuna atıf yapılarak, küçük ve orta ölçekli işletmelerin daha büyük ölçekli işletmelere karşı korunma ihtiyacının açık bir hükümle kabul edilmesi gerekliliği, *olması gerek hukuk* bağlamında ifade edilmiştir.¹³⁵

Bazı yazarlar¹³⁶ tacirler nezdinde gabin müessesinin uygulanmasına engel olarak TTK’da yer alan basiretli tacir hükümlerini göstermiştir. İlgili dönemde TBK yürürlükte olmadığı için içerik denetimi henüz yasalaşmamış idi. Bu sebeple bu görüş, gabin için geçerli olsa da içerik denetimi için uygulanması bizce mümkün değildir.

Yine piyasa koşullarında ilgili ürünün stok seviyesinin dahi genel işlem koşulları sürecinde pazarlık konusu olabileceği bilinmektedir. Zira bir ürünün arz-

¹³³İlknur SERDAR 2015, agm, s.239.

¹³⁴Yeşim ATAMER 2001a, age, s.11.

¹³⁵Murat AYDOĞDU 2014, age, s.34.

¹³⁶Yeşim ATAMER 2001a, age, s.38.

talep dengesi düzenleyen lehine bozulmuş ise, düzenleyen karşı tarafa genel işlem koşullarını dikte edebilecektir. Karşı taraf ise ticari hayatının devamlılığı için ağır şartlara katlanmak zorunda kalabilecektir. Eczane işletmeciliği açısından bu süreç örneklendirilebilecektir. Şöyle ki; ağırlıklı olarak ticari iş yapılan ilaç deposu dışındaki diğer ilaç depolarından ürün almak isteyen eczacıya, katlanılamaz şartlar sunulabilmektedir. Bu tip az baremli satışlarda; ürünü geri iade almama, değiştirmeme veya prim noktasında dezavantajlar ileri sürülmektedir. Bu durumda eczacı, hastasını mağdur etmemek adına bu şartlara katlanmak zorunda bırakılmaktadır.

Öğretide, karşı taraf sıfatı üzerinden böyle bir ayırım yapmanın her somut olay nazara alınarak değerlendirilmesi gerektiği, bir işportacı ile bir KOBİ'nin, esnafın ya da bir bankanın aynı kefeye konularak değerlendirilmelerinin isabetli olmayacağı belirtilmiştir.¹³⁷

TTK hükümlerinin TBK'ya göre öncelik arz etmesi sebebiyle TBK genel işlem koşulları hükümlerinden tacirlerin yararlanamayacağı, kanun koyucunun böyle bir iradesi olsaydı TTK düzenlemesi ile tacirleri de tüketici benzeri korumaya alabileceği de öğretide ifade edilmiştir.¹³⁸Yazar, aksi düşüncenin, diğer bir tabirle TBK'nın ilgili hükümleri kapsamında tacirin korumaya alınmasının, serbest piyasaya müdahale anlamı taşıyacağı ve piyasa dengesini bozacağını belirtmiştir. Yazar bu görüşünü daha çok iki tarafın da tacir olduğu ticari standart sözleşmeler üzerine ifade etmektedir. Bu kapsamda yazarın kaygıları haklı gerekçe taşımakla birlikte özellikle bir tarafın kamu diğerin tarafın tacir olduğu koşullarda, yazarın görüşüne katılmak mümkün değildir. Bununla birlikte, genel işlem koşullarının temel amacının sözleşme adaletini sağlaması gerekçesiyle, tüketici açısından TKHK ve TBK hükümlerini TBK'nın 60.maddesi kapsamında sebeplerin yarışması¹³⁹ olarak nitelendiren yazarın, taciri bu korumadan mahrum bırakmasına katılmak mümkün değildir.

¹³⁷Tuğçe TUZCUOĞLU 2020, age, s.122.

¹³⁸ANTALYA, GÖKHAN (2012), 6098 sayılı *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt 1, Birinci Basım, Beta Yayıncılık, İstanbul, s.294.

¹³⁹Gökhan ANTALYA 2019, age, s.483.

Benzer şekilde öğretide, pazarlık olanağı bulunmamasına rağmen, bilinçli tercihle sözleşme kuran tacirin, sonradan genel işlem koşulları şemsiyesi altında korunmak istemesinin ticari hayatın güvenliğini temelden sarsacağını ifade edilmiştir.¹⁴⁰

Öğretide, iki tarafın alanında uzman tacir veya ticari işletme olduğu durumlarda bu korumadan yararlanamayacağı ileri sürülmüştür.¹⁴¹Bazı yazarlar, haksız rekabet niteliği taşımayan genel işlem koşulları içeren ticari sözleşmeler yönünden, tacirlerin basiretli bir iş adamı gibi hareket etme yükümlülükleri nedeniyle TBK'nın genel işlem koşullarını düzenleyen hükümlerinin, haklarında uygulanamayacağı görüşünde olduğunu ifade etse de her tacirin bu korumadan yoksun bırakılmasını doğru bulmamış, somut olay değerlendirmesi yapılmasını önermiştir.¹⁴²

Karşıt görüşlerin temelini TTK'da yer alan tacirin basiretli davranma yükümlülüğü oluşturmaktadır. Kanımızca bu yükümlülüğü dokunulmaz kılarak eşitliğin ve dengenin bozulduğu durumlara hukukun müdahale edemeyeceğini savunmak olması gereken hukuk bakımından uygun değildir.

Her tacirin, sırf tacir sıfatına bakılarak, diğer tacirle eşit şartlarda ticaret yaptığı söylenemez. Bu durumda, tacir sıfatı gibi teknik bir sığata değil, kişinin beklenmeyen durumların menfi etkilerini değerlendirebilecek deneyime sahip olup olmadığı değerlendirilmelidir.¹⁴³Bununla birlikte bir konuda deneyim ve bilgi sahibi olan tacirin, ürün alternatifinin olmaması sebebiyle zayıflığı da ortaya çıkabilir. Bu kapsamda sırf tacir sıfatı sebebiyle koruma şemsiyesinin dışında bırakmak hakkaniyete uygun olmayacaktır.

Çalışmamız kapsamında değerlendirilen eczacının, müzakere edebilme gücü açısından üstün olabileceği veya olamayacağı sözleşme süreçleri mevcuttur. Bu durumda eczacının müzakere kabiliyeti;

- SGK ve ecza depoları ile yapılan sözleşmelerde zayıf,
- Otomasyon şirketleri, tüketici ve ilaç dışı ürün alımında güçlü olacaktır.

¹⁴⁰Kerim ATAMER (2017), "Tacirler Arasındaki Sözleşmelere, Genel İşlem Koşullarıyla İlgili Hükümler(TBK m.20-25) Uygulanır Mı?", *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu*, İstanbul, s. 26.

¹⁴¹Erol CANSEL ve Çağlar ÖZEL (2017), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1*, İkinci Basım, Seçkin Yayınları, Ankara, s.130.

¹⁴²Oğuz ERSÖZ (2017), "Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı Ve Tacirler Hakkında Uygulanması", *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 3, Sayı 1, s.99.

¹⁴³Yeşim ATAMER 2001a, age, s.22; İlknur SERDAR 2015, agm, s.239.

Dolayısıyla aynı tacir sıfatını haiz eczacının, karşı tarafın durumuna göre müzakere gücü değişebilmektedir. Tacir eczacı, SGK ve ecza depoları ile yaptığı sözleşmede genel işlem koşullarına müdahale etme yetkisi olmadığı gibi imza atmaktan başka bir hareket alanı da yoktur. Burada eczacının tercih edebileceği farklı bir alternatif olmadığı için genel işlem koşulları koruması kapsamında olması beklenir. Bunun aksine eczacı, eczanede kullanacağı otomasyon programını piyasa koşulları kapsamında değerlendirip ihtiyaçlarına cevap verecek olanı tercih edebilecektir. Bu durumda tacir eczacı ile tacir otomasyon firması arasında bariz bir güç dengesizliği ortaya çıkmayacaktır.

Bu noktada Yüksek Mahkeme'nin de kararlarını incelemekte fayda olduğunu düşünüyoruz.

Eczane ve SGK arasındaki ihtilafların bir başka denetim noktası olan Yargıtay 3. ve 13. Hukuk Daireleri'nin görüşü, TBK'nın genel işlem koşullarını düzenleyen hükümlerinin tacir eczacıya uygulanamayacağı yönündedir.

Yargıtay¹⁴⁴ bir kararında;

"...Kaldı ki, davacı eczacı tacir olup, davalı ile arasında yapılan sözleşmenin özel hukuk hükümlerine tabi olduğu gözetildiğinde, anılan sözleşme hükmünün genel işlem koşulu olarak kabulü de mümkün değildir."

gerekçesiyle tacir eczacının TBK ilgili hükümlerinden yararlanamayacağını ifade etmiştir.

Benzer şekilde Yargıtay 3.Hukuk Dairesi¹⁴⁵ bir kararında;

"...davacı her ne kadar feshin haksız olduğunu ve sözleşmede yer alan hükümlerin genel işlem koşulu niteliğinde olduğunu iddia etmişse de her iki tarafça imzalanan sözleşmelerde yer alan hükümler gereği davalının sözleşmede yazılı fesih hakkını kullanmasının haksızlık olarak nitelendirilemeyeceği,"

gerekçesiyle Yargıtay 13.Hukuk Dairesi'nin içtihadını devam ettirmiştir.

¹⁴⁴Yargıtay 13.Hukuk Dairesi'nin 01.10.2015 tarihli ve 2014/24046 E., 2015/28127 K. sayılı kararı.

¹⁴⁵Yargıtay 3.Hukuk Dairesi'nin 09.01.2024 tarihli ve 2023/881 E., 2024/77 K. sayılı kararı.

Yargıtay 11.Hukuk Dairesi ise bazı kararlarında, TBK ilgili hükümlerinin tacir/tüketici ayırımı yapmadığından bahisle mezkûr hükümlerin tacirlere de uygulanabileceğine hükmetmiştir.¹⁴⁶

Yine Yargıtay 19.Hukuk Dairesi, TBK hükümlerinden önceki döneme ait kararlarında, tacirler arasında kararlaştırılmış olan cezai şartın fahiş olması halinde, TTK ilgili hükümlerine rağmen bu şartları, BK'nın 20.maddesi uyarınca batıl saymıştır.¹⁴⁷Yargıtay 3.Hukuk Dairesi'nin bir kararında **karşı oy** olarak;

“Protokolün 5.1 maddesi taraflara sözleşmeyi her zaman feshetme yetkisi verse de bu fesih hakkı daha çok Kurum lehine olan bir düzenlemedir. Pratikte eczacıların sözleşmeyi feshetmesi ticaret yapamaması anlamı taşımaktadır. Dolayısıyla Protokolün 5.1. maddesi, eczacıların menfaatine aykırı bir madde olması nedeniyle TBK m.20 vd. maddeler uyarınca “genel işlem koşulu” kapsamında yazılmamış sayılmalıdır. Zira SGK eczanelerden ilaç alımı konusunda tekel konumundadır”

açıklamasıyla, tacir sıfatını haiz eczacıların TBK ilgili hükümlerinde yer alan korumadan yararlanabileceği gerekçelendirilmiştir.¹⁴⁸

Görüldüğü üzere öğretide yer alan görüşler ağırlıklı olarak TBK genel işlem koşulları hükümlerinin tacirler açısından da uygulanabileceği yönündedir. Buna rağmen eczane ve SGK arasındaki ihtilafların intikal ettiği Yargıtay 3.Hukuk Dairesi ise öğretinin aksi görüştedir.

Tacirler arasında akdedilen sözleşmelerde genel olarak tarafların müzakere gücü, *eşit* veya *az farklı* olarak görülmektedir. Bu sebeple tacirlerin genel işlem koşullarına karşı korunması tüketicilere göre daha geniş yorumlanmaktadır. Fakat tacirlerin yaptığı her sözleşmeye bu şekilde yaklaşmak kanımızca doğru olmayacaktır. Bu tacirlerin başında da eczane işletmesi gelmektedir.

TTK'nın rekabete ilişkin hükümlerinin ortaya çıkan sonuca yönelik çözüm ürettiğini ve sözleşmeye müdahale etmediğini belirten yazarlar, eksik olan bu hususun TBK'nın içerik denetimi ile giderilebileceğini ifade etmiştir. ¹⁴⁹

¹⁴⁶Yargıtay 11.Hukuk Dairesi'nin, 27.6.2018 tarihli ve 2016/13015 E., 2018/4858 K.sayılı kararı ile Yargıtay 11.Hukuk Dairesi'nin 18.6.2018 tarihli ve 2016/13425 E., 2018/4484 K.sayılı kararı “...Bir sözleşmedeki genel işlem koşulunun niteliğinin, objektif unsurlara göre belirlenmesi gerekmekte olup, bu hususta tarafların icra ettikleri meslekleri ve sıfatları, tacir veya tüketici olup olmadıkları önem taşımaz.”

¹⁴⁷Yargıtay 19.Hukuk Dairesi'nin 30.10.1997 tarihli ve 1996/5007 E. 1997/9024 K. sayılı kararı.

¹⁴⁸Yargıtay 3.Hukuk Dairesi'nin 12.10.2022 tarihli ve 2022/4732 E., 2022/7674 K. sayılı kararı.

¹⁴⁹Tuğçe TUZCUOĞLU 2020, age, s.126.

TBK'nın 20.madde lafzında tüketici veya tacir ayrımına gidilmeden *karşı taraf* tanımının yapılması, ilgili hükümlerin salt tüketicileri ilgilendirmediği, tacirleri de kapsayan genel bir tanımlama olduğu sonucunu ortaya koymaktadır.¹⁵⁰

TBK'nın genel işlem koşullarını düzenleyen hükümlerinin kişi bakımından sınırlandırıcı bir hüküm içermemesi; TTK, TBK ve TMK'nın bağlayıcı hükümlerinin varlığı; yine TTK'nın ticari işletmeleri ölçeklendirerek korumaya alan hükümleri dikkate alındığında; genel işlem koşullarına yönelik koruma hükümleri, basiretli hareket etme yükümlülüğüne halel getirmemek kaydıyla, uygun şartların varlığı halinde SGK ile eczaneler arasındaki özel hukuk sözleşmelerinde uygulanabilecektir¹⁵¹

2.6.2 Genel İşlem Şartlarının Konu Bakımından Uygulama Alanı

Genel işlem koşullarının konu bakımından uygulama alanı, ilgili hükümlerin hangi hukuki ilişkilere uygulanabilirliğini incelemektedir.

Genel işlem koşullarını düzenleyen TBK ilgili hükümleri incelendiğinde işbu düzenlemelerin öncelikle sözleşmelere uygulanacağı kanun lafzından anlaşılmaktadır. Sözleşme türlerine yönelik madde lafzında herhangi bir sınırlama yapılmamıştır. Dolayısıyla genel işlem koşulu denetiminin yapılabilmesi için öncelikle ilgili hükmün sözleşmeye dahil olması ve genel işlem koşulu statüsüne ulaşması gerekmektedir. Öğretide, denetimin salt sözleşme ile sınırlamanın doğru olmayacağı, tek taraflı hukuki işlemlerde de uygun düştüğü hallerde ilgili hükümlerin uygulanabileceği ve hatta madde lafzında yer alan sözleşme tabiri yerine hukuki işlem tabirinin kullanılmasının uygun olacağı savunulmuştur.¹⁵²

Denetime ilişkin hükümlerin getiriliş amacı dikkate alındığında uygulanacak sözleşmelerin standart sözleşme niteliğinde olacağı izahtan varestedir. Zira taraf iradelerinin uyduğu bireysel sözleşmeler, bu kapsam dışında kalacaktır. Yine TBK'nın 20.maddesinin 4.fıkrası uyarınca genel işlem koşullarıyla ilgili hükümler, sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle

¹⁵⁰age, s.90.

¹⁵¹İbrahim ANKARA ve Şebnem AKİPEK ÖCAL (2023), “Yargıtay Kararları Işığında Eczanelerde Kimlik Tespit Yükümlülüğü ve Sürecin TBK m.23 Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı 55, s.486.

¹⁵²Şebnem AKİPEK ÖCAL 2015, agm, s.203.

yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de, niteliklerine bakılmaksızın uygulanacaktır.

Tüketiciye yönelik haksız şartın varlığı halinde öncelikle TKHK hükümleri uygulanacaktır. Benzer şekilde haksız rekabetin varlığı halinde TTK ilgili hükümleri gündeme gelecektir. Şartların oluşması halinde uygun düştüğü ölçüde TKHK ve TTK dışında TBK hükümlerinin uygulanabileceği de savunulmuştur.¹⁵³

2.6.3. Genel İşlem Şartlarının Zaman Bakımından Uygulama Alanı

Hukukumuzda pozitif düzenleme olarak 6098 sayılı TBK ile giren genel işlem koşullarının, mevcut ve önceki ilişkilere uygulanabilirliği diğer bir tartışma konusudur.

Bu süreci denetim türleri açısından incelemek gerekecektir. Kanunun yürürlük tarihi 01.07.2012 olup bu tarihten önceki sözleşmelerde düzenleyene atfedilen; bilgilendirme ve içeriği öğrenme imkânı sağlama yükümlülükleri yürürlükte değildir. Bu kapsamda ilgili maddelerin yürürlük denetiminin yapılması çok mümkün gözükmemektedir.

Yargıtay da bir kararında¹⁵⁴, sözleşme tarihinde genel işlem koşullarına yönelik bir düzenleme bulunmaması nedeniyle, mahkemece yapılan yürürlük denetimini doğru bulmamıştır.

Yargıtay başka bir kararında¹⁵⁵ ise yürürlük ve içerik denetimi ayrımı yapmadan TBK yürürlük tarihinden önce akdedilen sözleşmelere genel işlem koşulu denetimi yapılamayacağına karar vermiştir.

Bununla birlikte yorum ve içerik denetimi, kamu düzeninin gerekli kıldığı durumlarda uygulanabilecektir. Zira zayıf olanı koruma amacı, kamu düzenine

¹⁵³agm, s.199.

¹⁵⁴Yargıtay 19.Hukuk Dairesi'nin 26.01.2016 tarihli ve 2015/16741 E., 2016/836 K. sayılı kararı, "Yanlar arasındaki ticari kredi sözleşmesi 2009 yılında imzalanmıştır. Genel işlem koşullarını düzenleyen TBK ise 01.07.2012' de yürürlüğe girmiştir. Sözleşmenin düzenlendiği tarihte ticari kredilerle ilgili genel işlem şartlarının uygulanacağına dair yasal düzenleme bulunmamaktadır. Mahkemece, sözleşmenin imzalandığı tarihten sonra yürürlüğe giren TBK'nun 21. maddesi uyarınca değerlendirme yapılarak, bu sözleşmeyi de kapsar şekilde karar verilmesi doğru olmamış, mahkeme kararının bozulması gerekmiştir."

¹⁵⁵Yargıtay 11.Hukuk Dairesi'nin 16.11.2015 tarihli ve 2015/4597 E., 2015/12076 K.sayılı kararı, "Taraflar arasındaki sözleşme 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce 14.02.2012 tarihinde akdedilmiş olup, anılan Kanunun genel işlem koşullarına ilişkin hükümleri somut uyumsuzlukta nazara alınmayacaktır.", benzer şekilde, Yargıtay 11.Hukuk Dairesi'nin 10.04.2017 tarihli ve 2016/973 E., 2017/2012 K.sayılı kararı.

ilişkindir.¹⁵⁶ Öyle ki 6101 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 2.maddesinde bu husus; *“Türk Borçlar Kanunu'nun kamu düzenine ve genel ahlâka ilişkin kuralları, gerçekleştikleri tarihe bakılmaksızın, bütün fiil ve işlemlere uygulanır.”* ifadesiyle açıkça hüküm altına alınmıştır.

Buna rağmen ipotek resmi senedindeki kefalete ilişkin düzenlemenin TBK'nın 20.maddesi uyarınca genel işlem niteliğinde olduğu ve ilgili hükümlerin kamu düzenine ilişkin olduğuna karar veren ilk derece mahkemesinin kararı, ipotek akit tablosunun 818 sayılı BK'nın yürürlükte olduğu dönemde düzenlenmiş olması ve genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerin de 6098 sayılı TBK ile yürürlüğe girmesi gerekçesiyle Yargıtay tarafından bozulmuştur.¹⁵⁷

Yine Yüksek Mahkeme¹⁵⁸ başka bir kararında;

“salt genel işlem şartlarına aykırılığın ise kamu düzeni ve genel ahlak kapsamında bulunmamasına göre 6098 sayılı Yasa'nın Genel İşlem Koşullarına ilişkin 20-25 maddelerinin gerçekleşen somut uyuşmazlığın çözümünde uygulama olanağı bulunmadığı anlaşılmaktadır.”

gerekçesini ileri sürmüştür.

2.7 HUKUKİ NİTELİĞİ

2.7.1 Norm Görüşü

Tarafların irade beyanlarına önem vermeyen bu görüşe göre, genel işlem koşullarının, bir hukuk normu gibi sözleşmeye doğrudan uygulanabileceği ileri sürülmüştür.¹⁵⁹

Öğretide, genel işlem koşullarının denetlenmesinin, doğabilecek sorunları önceden çözüme kavuşturması nedeniyle yasa benzer bir etkiye sahip olduğu ifade edilmiştir.¹⁶⁰ Buna rağmen genel işlem koşullarının hukuki niteliği açısından norm görüşü, genel olarak kabul görmemiştir.

¹⁵⁶Tuççe TUZCUOĞLU 2020, age, s.117.

¹⁵⁷Yargıtay 19.Hukuk Dairesi'nin 21.03.2016 tarihli ve 2015/12623 E., 2016/4927 K.sayılı kararı.

¹⁵⁸Yargıtay 13.Hukuk Dairesi'nin 14.04.2014 tarihli ve 2014/8366 E., 2014/11767 K.sayılı kararı

¹⁵⁹Kemal OĞUZMAN ve Turgut ÖZ (1998), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Filiz Kitabevi, İstanbul, s.62.

¹⁶⁰Yeşim ATAMER 2001, age, s.79.

2.7.2 Sözleşme Görüşü

Sözleşme görüşünde, norm görüşünün aksine tarafların irade beyanlarına önem verilmiş, bu beyanların örtüşmesi halinde genel işlem koşullarının sözleşme içeriği haline gelebileceği ifade edilmiştir.

Genel işlem koşullarının hukuki niteliği konusunda, norm görüşü, örf ve âdet, teamül görüşü hakkında öğretilerde çok tartışma yapılmış olmakla birlikte, bugün için genel işlem koşullarının sözleşmesel niteliği konusunda görüş birliği olduğu söylenebilir.¹⁶¹

Genel işlem koşullarının hukuki niteliğinin öğretilerde norm teorisi olarak kabul edilmeyip, sözleşme olarak kabul edilmesi sebebiyle, ilgili hükümler sadece kabul eden için bağlayıcı olacaktır.¹⁶²

2.8 İLAÇ TEMİN SÖZLEŞMESİNİN GENEL İŞLEM KOŞULLARI AÇISINDAN DEĞERLEDİRİLMESİ

İlaç Temin Sözleşmesi bünyesinde yer alan hükümlerin genel işlem koşulu olup olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir.

Yönerge'nin 1.maddesinin 2.fıkrasına atıf yapan bazı yazarlar, direktif hükmünde yer alan *“Zorunlu kanuni veya düzenleyici hükümleri... yansıtan akdi şartlar bu Direktif hükümlerine tabi değildir.”* ifadesinden yola çıkarak, taraf iradeleri uyuşmasa dahi uygulanması zorunluluk teşkil eden, kamu kurumları ile akdedilen, tekele dayanan ve önceden düzenlenmiş çerçevede şekillenen hükümlerin genel işlem koşulu sayılamayacağını dile getirmiştir. Yazar, kamu kurumlarının kendi arzularına göre düzenlediği koşulların ise bu kapsama girmeyeceğini ifade etmiştir.¹⁶³ Buradan hareketle, genel işlem koşullarının mahkeme tarafından denetlenmesi için taraflar arasında idari sözleşme olmadığı dışlanmalıdır.

Öğretilerde¹⁶⁴, kamu kurumları ile akdedilen ve belirli hizmetlerin verilmesine yönelik olan sözleşmelerin genel işlem koşulu kapsamında olmayacağı ifade edilmiş, Yargıtay'ın kamu kuruluşları tarafından kullanılan bütün sözleşme koşullarının genel

¹⁶¹Ayşe HAVUTÇU 2003, age, s.93; Yeşim ATAMER 2001b, age, s.77.

¹⁶²Fikret EREN (2017), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 21.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, s.218; Cemal OĞUZ 1993, agt, s.45; Safiye Nur BAĞRIAÇIK 2012, agm, s.149; Yeşim ATAMER 2001b, age, s.77.

¹⁶³Lale SİRMEN 2015, agm, s.214.

¹⁶⁴Yeşim ATAMER 2001b, age, s.63.

işlem koşulu olarak nitelendirmesi eleştirilmiştir. Yazar, iltihaki sözleşmeler olarak nitelediği bu süreçte, genel işlem koşullarının uyuşmazlığın bünyesine uyduğu oranda uygulanabileceğini belirtmiştir. Fakat yazarın bu görüşünün TBK'nın 20.maddesinin 4.fıkrası ile çeliştiği açıktır. Zira madde uyarınca, genel işlem koşullarıyla ilgili hükümlerin, sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de niteliklerine bakılmaksızın uygulanacağı belirtilmiştir.

Başka bir müellif ise, kaynağını taraf iradeleri yerine yasadan alan sözleşme hükümlerinde, dayatan taraf olmadığı için kullanan sıfatının da olmayacağını ifade etmiştir.¹⁶⁵

Buradan yola çıkarak, SGK ve eczane arasındaki sözleşmeye dayanak olan Protokol'ün kanuni dayanağının; 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 63, 73 ve 107'nci maddeleri ile SASPY olduğu düşünüldüğünde, İlaç Temin Sözleşmesi hükümlerinin genel işlem koşulu kapsamı dışında kaldığı düşünülebilir. Zira SGK; bir kamu kurumu, ilaç tedariği; tek el bir dağıtım modeli olup taraflar arasındaki sözleşme ise önceden düzenlenmiş mevzuat hükümleri çerçevesinde şekillenmektedir.

Öğretide genel işlem koşullarının, bir sözleşme hükmü olması, bu hükümler sözleşme kurulmadan önce kaleme alınmış olması, sözleşmeyi düzenleyen bu hükümleri birden fazla sözleşmede kullanma niyeti bulunması, sözleşmede kullanılmak niyetiyle karşı tarafa sunulması, genel işlem koşullarının pazarlık edilme imkânı bulunmaması ve karşı tarafın bu koşulları değiştirme şansının bulunmaması öne sürülmüştür.¹⁶⁶ Bu kapsamda İlaç Temin Protokolü, ülke genelinde eczaneler tarafından pazarlık ve koşul değiştirme imkanı olmadan imzalanan bir tip sözleşmedir. Eczacı, bu sözleşmeyi imzalarken TBK gerekçesinde yer alan ifadeyle “evet, ama” seçeneğinden yoksundur.

Fakat taraflar arasındaki özel hukuk sözleşmesi, önceden düzenlenen kanuni ve düzenleyici hükümler çerçevesinde hazırlansa da kanuni hükümler, sözleşmenin hazırlanması noktasında genel ilkeleri ortaya koymaktadır. Örneğin; SASPY'nin 5.maddesinin 7.fıkrasına göre; “Sözleşmelerde/protokollerde, ceza koşulu ve/veya

¹⁶⁵İlknur SERDAR 2015, agm, s.229.

¹⁶⁶Şebnem AKİPEK ÖCAL 2015, age, s.193.

fesih gerektiren fiiller, fesih uygulama kriterleri ve sözleşme/protokol yapılmayacak sürelerle yer verilebilir.”

Görüldüğü üzere zorunlu kanuni ve düzenleyici hükümler, genel ilke olarak sözleşmeye cezai şart konulabileceğini ifade etmiş, cezai şartın usul ve esaslarını belirleme noktasında düzenleyen SGK'yı yetkili kılmıştır. SASPY'nin 5.maddesinin 2.fıkrasına göre;

“Sözleşmeler/protokoller yoluyla satın alınacak sağlık hizmetleri, bu hizmetlerin 24/3/2013 tarihli ve 28597 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliğinde tanımlanan sağlık hizmeti sunucularının hangilerinden karşılanacağı ile sağlık hizmetlerinin satın alımına ilişkin kurallar Kurum tarafından belirlenir.”

Yine SASPY'nin 6.maddesine göre, sözleşmeler/protokoller, kanunlarla tanımlanmış istisnalar hariç olmak üzere SGK tarafından hazırlanır. Bu kapsamda SGK, sağlık hizmetlerinin satın alımına ilişkin kuralları belirleme noktasında yetkilendirilmiştir. Bu durum, önceden ve tek taraflı hazırlama unsurunu karşılamaktadır.

Önceden ve tek taraflı hazırlanan İlaç Temin Protokolü'nün SGK ile eczacılar arasında müzakere edilip edilmediği de önem taşımaktadır. SASPY'nin 5.maddesinin 17.fıkrası uyarınca;

*“Sözleşmelerde/protokollerde, ek sözleşmelerin/ek protokollerin sağlık hizmet sunucuları tarafından **imzalanmaması durumunda**, sözleşmelerin/protokollerin feshedileceğine ilişkin hükümlere yer verilebilir.”*

Bu hüküm de sözleşmenin müzakereye tabi olmadığı, ya imza ya fesih seçeneğinin öne sürüldüğünün açık göstergesidir.

Taraflar arasında ek sözleşmelerin/ek protokollerin hazırlanmasını düzenleyen SASPY'nin 7.maddesi uyarınca, Kurum tarafından gerekli görüldüğü hallerde¹⁶⁷ işbu

¹⁶⁷Ek sözleşmelerin/ek protokollerin hazırlanması

MADDE 7 – (1) Kurumla sağlık hizmeti sunucuları arasında imzalanmış bulunan sözleşmelere/protokollere, geçerlilik süresi içerisinde ek sözleşmeler/ek protokoller yapılması mümkündür.

(2) Aşağıdaki kriterlerden herhangi birinin veya birkaçının gerçekleşmesi ve Kurumca uygun bulunması halinde ek sözleşme/ek protokol yapılabilir:

a) Sözleşme/protokol hükümlerinin mevzuat değişiklikleriyle çelişmesi.
b) Sağlık hizmetinin sunumuna ilişkin yeni uygulamaların hayata geçmesi ile mevzuat düzenlemesine ve sözleşmelerin/protokollerin güncellenmesine ihtiyaç duyulması.
c) Sözleşme/protokol yürütümünde sorunlarla karşılaşılması.
ç) Fatura incelemelerinde aksamalar yaşanması.

değişikliğin yapılabileceği hüküm altına alınmış, yapılan değişikliklere istinaden hazırlanan ek sözleşmelerin/protokollerin sağlık hizmet sunucuları tarafından imzalanmaması halinde SASPY'nin 5.maddesinin 17.fıkrası kapsamında sözleşme feshi yaptırımını ön görülmüştür.

İlaç Temin Sözleşmesi, SGK taşra teşkilatı ile eczane arasında akdedilmektedir. Uygulamada, sözleşme dönemi geldiğinde, mezkûr sözleşmeler için eczacılar, eczacı odasına çağrılmaktadır.¹⁶⁸Eczacı odasına başvuran eczacılar, SGK'nın da taraf olduğu sözleşmeleri imzalamakta ve ilgili sözleşmeler eczacı odası tarafından toplu olarak SGK'ya gönderilmektedir. Eczacının, ilgili sözleşmeye imza atmak dışında herhangi bir şerh düşmesi veya müzakere talep etmesi mümkün değildir. Zira eczanenin bir ticari işletme olduğu düşünüldüğünde, müzakere talep edilse dahi müzakere edilecek zaman diliminde (*sözleşmesiz dönem*) ticari zararları ortaya çıkacaktır. Görüldüğü üzere uygulamada, klasik bir sözleşme sürecinden bahsetmek mümkün olmadığı gibi, müzakerenin olmaması; tarafların bir araya dahi gelmemesi; üçüncü kişilerin sözleşmeleri toplu olarak teslim etmesi gibi hususlar göz önünde bulundurulduğunda, genel işlem koşullarının süreç içerisindeki varlığı önem kazanmaktadır.

Bununla birlikte değerlendirilmesi gereken diğer bir husus, eczacı açısından müzakere sürecinin meslek örgütü olan Türk Eczacıları Birliği tarafından yürütülmesidir. Gerçekten de 6643 sayılı Kanun kapsamında Türk Eczacıları Birliği merkez heyeti kurulu, eczacılar adına, eczanelerden sağlık hizmeti satın alacak bütün kamu ve özel kurum ve kuruluşlarla anlaşmalar yapmak, imzalanan protokole uygun tip sözleşmeleri bastırmak ve belirleyeceği bedel karşılığı eczanelere dağıtmak ile görevlendirilmiştir.¹⁶⁹Bu durumda Türk Eczacıları Birliği merkez heyetinin yaptığı

d) Kuruma iletilen taleplerin değerlendirilmesi sonucunda, nitelikli dolandırıcılık fiilleri nedeniyle uygulanan ceza koşulları hariç olmak üzere Kurumla aynı sözleşmeye/protokole tabi sağlık hizmeti sunucularının en az %30'na ilgili sözleşmede/protokolde yer alan aynı hüküm gereğince ceza koşulu uygulanması.

e) Kurumla sözleşmesi/protokolü bulunan SHS'nin sözleşmenin/protokolün mevcut bir maddesine ilişkin değişiklik, madde ilavesi veya madde çıkarılması talebinin Kurumca uygun bulunması.

f) Sözleşmede/protokolde ek sözleşme/ek protokol ile düzenleme yapılacağına ilişkin özel hüküm yer alması.

¹⁶⁸ZONGULDAK ECZACI ODASI (2024), <https://www.zeo.org.tr/haber-5926>, E.T. 01.07.2024

¹⁶⁹6643 sayılı Türk Eczacıları Birliği Kanunu m.39/j

görüşmeler eczacılar açısından müzakere sürecinin gerçekleştiği sonucunu doğuracak mıdır?¹⁷⁰

Öğretide, meslek/çıkarcı gruplarının temsilcileri arasında yapılan toplu görüşmeler ile belirlenen şartların bireysel görüşmelerin yerine geçmeyeceği, bu şartların müzakere edilmiş olduğu anlamına gelmeyeceği ve nihayetinde burada genel işlem koşulları vasfının ortadan kalkması gibi bir durumun oluşmayacağı ifade edilmiştir.¹⁷¹ Yine 6643 sayılı Kanunun merkez heyetine, eczanelerin aleyhine işlem yapma yetkisi vermediği, aksine eczacıların hak ve menfaatlerini korumakla yükümlü kıldığı ileri sürülmüştür.¹⁷² Kanımızca; İlaç Temin Protokolü'nün tarafı olan ve eczacıların menfaatini korumakla yükümlü olan TEB merkez heyetinin, gerek uzman hukukçulardan oluşmaması gerekse müzakere kabiliyeti ve tecrübesinin kamu tarafına göre zayıf olması sebebiyle, hukuken kabul edilebilir bir müzakere sürecinden bahsetmek mümkün değildir.¹⁷³ Bununla birlikte müzakerenin temel amacı, taraf iradelerin gerçekçi ve eşit olarak yansımalarıdır. “Gerçek” iradenin yansıtılmasında şekli unsurların da değerlendirilmesi yadsınamaz bir durumdur.¹⁷⁴ Müzakere

¹⁷⁰TÜRK ECZACILARI BİRLİĞİ (2020), <https://www.teb.org.tr/news/8908/SGK-Protokol-G%C3%B6rüşmeler-Hakk%C4%B1nda>, ET. 20.06.2024; KAYSERİ ECZACI ODASI (2022), <https://www.kayserieo.org.tr/duyuru/sgk-protokol-revizyonu-gorusmesi-hakkinda-6938>, ET. 20.06.2024; SOSYAL GÜVENLİK KURUMU (2023), <https://www.sgk.gov.tr/Haber/Detay/SGK-ile-TEB-arasinda-ilac-teminine-iliskin-ek-protokol-imzalandi-2023-04-28-05-25-22>, ET.20.06.2024.

¹⁷¹Tuğçe TUZCUOĞLU 2020, age, s.98.

¹⁷²Hasan Fehim ÜÇİŞİK (2023), *Eczacılık Hukuku*, Ötüken Neşriyat, İstanbul, s.122.

¹⁷³Murat DEMİRPOLAT (2008), “Müzakere ve Müzakere Teknikleri: Orta Kademe Yöneticilerin Müzakere Stilleri Üzerine Bir Araştırma (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)”, Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, s.32; “Müzakere gücünü; rekabet gücü, yasal güç, risk alma gücü, ekibe inanma gücü, uzman olma gücü, örnek olayların gücü, ısrarcı olma gücü, ikna etme yeteneği ve tutumun gücü, ihtiyaçları bilmenin gücü, ahlaklı olmanın gücü vs. şeklinde sıralamak mümkündür. Bunların arasında, ikna etmenin gücü en önemli güçlerden biridir.” Kanımızca, ikna edebilme gücünün işlevselliği ise günümüzde veri kapasitesi ve analizi ile doğrudan ilintilidir.

¹⁷⁴Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği m.11/4'e göre arabulucu, taraflar arasında eşitliği gözetmekle yükümlüdür. Yine Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından yayınlanan Arabuluculuk Temel Eğitim kitabının 1.2.maddesinde bu oturma düzeninin önemine değinilmiştir. Maddeye göre “Arabuluculuk sürecinde, eşitlik ilkesine de uygun olarak, arabulucunun taraflarla eşit mesafede oturmasını sağlayacak yuvarlak veya oval masanın toplantılar için en uygun masa şekli olduğu düşüncesi hâkimdir. Bu tip masalarda köşelerin bulunmaması nedeniyle, tarafların birbirleriyle zıtlama / cepheleşme eğiliminin azalacağı kabul edilmektedir. Buna karşılık, tarafların karşılıklı konuşmasına yardımcı olduğu sürece dikdörtgen bir masa etrafında da arabuluculuk yapılabileceği, süreç iyi yürütüldükten sonra kişilerin nereye oturduklarının pek önemli olmadığı da savunulmaktadır. Masa, ister yuvarlak veya oval, isterse kare veya dikdörtgen olsun, tarafların kendilerini rahatsız hissedecekleri kadar küçük veya çok uzak kalmalarına neden olacak kadar büyük olmamalıdır. Arabulucu taraflara eşit mesafede bir yer seçmeli, dikdörtgen ve oval masada ise masanın başında (kısa kenarında) oturmalıdır. Arabulucu, sürece hazırlığın bir parçası olarak, ilk ortak oturumda tarafların nerede oturacağını düşünmelidir. Burada birçok seçenek vardır. Taraflar yan yana oturtulabileceği gibi yüz yüze de oturtulabilirler, arabulucunun yanına oturtulabilecekleri gibi birbirlerinin karşısına

masasındaki konumlanma ve oturma düzeni, tarafların müzakerelere dair yaklaşım biçimi hakkında bilgi vericidir.¹⁷⁵ Bu halde, müzakere görüşmelerindeki oturma düzeni, taraf iradelerinin gerçekçi yansımaları, içeriğe etki edip etmediğini de etkileyebilecektir.¹⁷⁶ Müzakere sürecinde tarafların karşılıklı oturması, taraf eşitliği ilkesinin bir sonucu olarak değerlendirilebilir.¹⁷⁷ SGK ve TEB arasındaki müzakerelerde, SGK üst yetkilisinin masanın uç kısmında ve tek şekilde oturması, tarafların eşitliğini şekilsel anlamda zedelemekte, karşı tarafın içeriğe etki edebilmesi noktasında baskı oluşturmaktadır.¹⁷⁸

Ortaya çıkan diğer bir değerlendirme unsuru ise TBK'nın 20.maddesinin 3.fıkrasıdır. Taraflar arasındaki sözleşmeye dayanak Protokolün 7.1.maddesinde;

“Eczacı sözleşmenin Kurumda kalacak nüshasının ön yüzüne protokol hükümlerini okuduğunu ve kabul ettiğini el yazısı ile yazarak imzalar diğer sayfaları paraflar” hükmü, kanımızca “genel işlem koşulları içeren sözleşmeye veya ayrı bir sözleşmeye konulan bu koşulların her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar, tek başına, onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmaz.”

kapsamında değerlendirmeye alınmalıdır. Bu kapsamda her ne kadar eczacı tarafından okudum, anladım, imzaladım beyanı verilmiş olsa da işin niteliği gereği TBK'nın 20.maddesinin 3.fıkrası gündeme gelecektir.

Eczaneler ve SGK arasındaki sözleşmelerin özdeş olması sebebiyle TBK'nın 20.maddesinin 2.fıkrası açısından değerlendirmesi yapmaya gerek kalmayacaktır.

Tüm bunlarla birlikte TBK'nın 20.maddesinin 4.fıkrasına göre;

da oturtulabilirler. Arabulucu, taraflar arasındaki iletişimi teşvik etmek için en iyi yerleşim düzenini düşünmelidir. Masada karar vericilerin arabulucuya yakın oturması, arabulucunun süreç yönetimindeki etkinliğini artıracak, ilgili taraflarla doğrudan ve kesintisiz bir iletişim kurmasına yardımcı olacaktır. Bu nedenle, arabulucunun yanına önce tarafların sonra da varsa avukatlarının oturtulmasının faydalı olacağı kabul edilmektedir.”

¹⁷⁵Muammer ÖZTÜRK (2017), “Uluslararası Müzakereler ve Müzakere Gücü”, *FSM İlmî Araştırmalar İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi*, s.293.

¹⁷⁶Oturma düzeninin belirlenmesi, genel olarak psikolojik üstünlük sağlama amacı ile ilintilidir. Sözleşme görüşmelerinde psikolojik üstünlüğün ele geçirilmesi önemlidir. Müzakere sürecinde hissedilen güç ve stresin kişilik üzerine etkisi araştırma konusu olmuştur. Bu etki, öğreti de kabul gören “sonuca etkili müzakere” sürecine de gölge düşürebilmektedir. Detay için bkz. Oğuzcan SAMSUN (2010), *Müzakere Stratejilerinin Kullanımında Psikolojik Güçlendirme Algısı, Müzakerede Hissedilen Güç ve Strese Bağlı Kişiliğin Etkisi* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.

¹⁷⁷YENİ ŞAFAK (2013), “Toplu Sözleşmede Oturma Krizi”, 1 Ağustos 2013, <https://www.yenisafak.com/gundem/toplu-sozlesmede-oturma-krizi-549242>, ET.01.07.2024

¹⁷⁸TÜRK ECZACILARI BİRLİĞİ (2023), <https://www.teb.org.tr/news/9975/SGK-Protokol-Revizyonu>, ET. 01.07.2024.

“sundukları hizmetleri, kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi veya kuruluşların diğer tarafın katılımı olmaksızın kendi hazırladıkları sözleşmelere de niteliklerine bakılmaksızın genel işlem şartlarıyla ilgili hükümler uygulanır.”

Bu durumda düzenleyenin kamu tüzel kişiliğini haiz SGK olduğu bir sözleşme sürecinde, hükümlerin genel işlem koşulu denetiminin dışında kalması mümkün değildir. Yargıtay da bazı kararlarında, kamu kuruluşları tarafından kullanılan bütün sözleşme şartlarını genel işlem koşulu olarak nitelendirmektedir.¹⁷⁹ Öğretide her ne kadar¹⁸⁰, Yargıtay’ın bu değerlendirmesini eleştirerek sözleşme koşullarının kamusal bir tasarrufla belirlenmesi halinde genel işlem koşulundan bahsedilemeyeceğini ifade eden yazarlar olsa da bu görüşe katılmak mümkün değildir. Buna karşılık öğretide, mezkûr sözleşmelerin her durumda standart sözleşme kabul edileceği ve genel işlem koşullarının emredici düzenlemesine tabi olduğu¹⁸¹; kamu tarafı düzenleyicisinin oluşturduğu tüm hükümleri TBK 20.maddesinde yer alan tanıma uymasalar bile, genel işlem koşulu kabul edilmesi gerektiği¹⁸²; sözleşme özgürlüğü ilkesinin, kamu kuruluşlarına inisiyatif verilerek zedelenemeyeceği¹⁸³ ifade edilmiştir.

Sonuç olarak; sürecin eczacı açısından müzakereye kapalı olması, müzakeresiz sürecin SASPY ile de açıkça ön görülmüş olması, karşı taraf eczacı tarafından içeriğe etki etmenin mümkün olmadığı, içeriğe etki edilecek seçeneğin dahi sunulmamış olması, mezkur sözleşmelerin on binlerce eczane ile yapılacak olması, öğreti ve Yargıtay içtihatları bir arada değerlendirildiğinde, taraf arasındaki hükümlerin genel işlem koşulu olarak nitelendirilebileceği ve yargısal denetime tabi olacağı düşüncesindeyiz.

Bu görüşümüz çerçevesinde Yargıtay 3. ve 13. Hukuk Daireleri’nin içtihadına katılmamız mümkün değildir.¹⁸⁴

¹⁷⁹Yargıtay 13. Hukuk Dairesi’nin 18.03.1996 tarihli ve 1996/1734 E., 1996/2495 K. sayılı kararı.

¹⁸⁰Yeşim ATAMER 2001b, age, s.63. (6.Dipnot)

¹⁸¹Mehmet AKÇAAL 2014, agm, s.55.

¹⁸²Atilla ALTOP 2007, age, s.260.

¹⁸³Tuğçe TUZCUOĞLU 2020, age, s.87.

¹⁸⁴Yargıtay 13.Hukuk Dairesi’nin E.2014/24046, K.2015/28127, T.01.10.2015 künyeli kararında “..Kaldı ki, davacı eczacı tacir olup, davalı ile arasında yapılan sözleşmenin özel hukuk hükümlerine tabi olduğu gözetildiğinde, anılan sözleşme hükmünün genel işlem koşulu olarak kabulü de mümkün değildir.” gerekçesiyle tacir eczacının TBK ilgili hükümlerinden yararlanamayacağı ifade edilmiştir; benzer şekilde Yargıtay 3.Hukuk Dairesi, E.2023/881, K.2024/77, T.09.01.2024 künyeli kararında “..davacı her ne kadar feshin haksız olduğunu ve sözleşmede yer alan hükümlerin genel işlem koşulu niteliğinde olduğunu iddia etmişse de her iki tarafça imzalanan

BÖLÜM III

GENEL İŞLEM KOŞULLARININ MAHKEME TARAFINDAN DENETİMİ

3.1 GENEL OLARAK

Önceden hazırlanan sözleşmelerin düzenleyen lehine birçok avantaj sağladığı izahtan varestedir. Bu sözleşmeler, alanında uzman hukukçulara hazırlatılarak, düzenleyen açısından hukuki risk azaltılmaktadır. Yine işbu sözleşme süreçlerinde düzenleyen tarafın sözleşme kabiliyeti ve refleksleri, önceki süreçlerden gelen tecrübe nedeniyle fazladır. Benzer şekilde tip sözleşmeler, sözleşme süreçlerinde zaman tasarrufu kazandırmakta olup düzenleyen lehine, doğrudan veya dolaylı olarak ekonomik fayda sağlamaktadır.¹⁸⁵

Gelişen ve değişen Dünya düzeninde işbu avantajlar çoğu kez karşı taraf için dezavantaj haline gelmektedir. Bunun neticesi olarak karşı tarafın, güçlü olan tarafa karşı korunması ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere liberalizmin öncüsü olduğu düşünceler, sözleşme özgürlüğü kavramının içini boşaltmış, mağduriyetlere zemin hazırlamıştır.

Sözleşme hukukunda özgürlük esas, müdahale istisnadır. Bazı hallerde sözleşme dengesizliği ortaya çıkmakta ve sosyal adalet düşüncesi kapsamında zayıf tarafın korunma ihtiyacı gündeme gelmektedir. Böyle durumlarda müdahalenin amacı; sözleşme özgürlüğünü kısıtlamak değil bilakis özgür iradelerin ortaya çıkarılarak sözleşme özgürlüğüne katkı sağlamaktır.¹⁸⁶

Denetim müessesesi, standart sözleşme kurumunu toptan reddetme amacı gütmemektedir. Zira hukuk; değişen ekonomik ve sosyolojik gelişmelere karşı kendini güncelleme ihtiyacı duymaktadır. Sözleşme içi dengeden ziyade düzenleyenin

sözleşmelerde yer alan hükümler gereği davalının sözleşmede yazılı fesih hakkını kullanmasının haksızlık olarak nitelendirilemeyeceği,” gerekçesiyle Yargıtay 13.Hukuk Dairesi’nin içtihadını devam ettirmiştir.

¹⁸⁵Yeşim ATAMER 2001b, age, s.1; Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU 2014, age, s.226; Muzaffer ŞEKER 2019, age, s.19.

¹⁸⁶Gökhan ANTALYA 2019, age, s.474.

menfaatlerine hizmet eden genel işlem koşulları, hukukilik görüntüsü altında karşı tarafın sömürülmesine yönelik araç haline dönüştüğü için, sözleşme adaleti bakımından kanun koyucu tarafından denetime tabi tutulması kaçınılmazdır.¹⁸⁷

Elbette yargı denetiminin amacı, taraf iradelerini hiçe sayarak sözleşme özgürlüğü kurumunu bertaraf etmek, söz gelimi, bir Robin Hood'luk değildir. Burada esas amaç, taraf iradelerinin en saf haliyle ortaya çıkarılması ve bu iradeler üzerinde bir dengenin kurulmasıdır. Öyle ki; sözleşmenin zayıf tarafı, sözleşme öncesi yükümlülüklerin yerine getirilmesi halinde sözleşmeyi yapmama yönünde irade gösterecek idiyse, o zaman ortada iradelerin uyuşmadığı bir sözleşmeden bahsetmek gerekecektir. İşbu sözleşmelerin denetimi de yargı kurumlarınca yapılacak, iradelerin sağlıklı bir şekilde uyuşması yönünde gereken usul ve esasların uygulanıp uygulanmadığı denetlenecektir. Öyle ki genel işlem koşulu denetiminin amacı sözleşmenin esaslı unsurlarına müdahale etmek değil, esaslı unsurlar dışında kalan hükümlerde bozulan dengeyi tesis etmektir.¹⁸⁸

Bu bölümde genel işlem koşullarına yönelik kanunda öngörülen denetim süreçlerini, öğreti ve yargı kararlarını inceleme altına alacağız. Çalışmamız kapsamında denetim sürecinin, eczane işletmeciliğine özgü yargılamalarda nasıl uygulanabileceğine yönelik inceleme yapacağız.

3.1.1 İdari Denetim

Genel işlem koşullarının, önceden idarenin denetim ve onayından geçerek sözleşme hükmü haline gelme süreci, idari denetimi gündeme getirmektedir. İdari denetim, özel olarak kanunda düzenlenmesi halinde gündeme gelebilecek istisnai bir denetimdir.

Öğretide, aşırı ve haksız şartların tasfiyesini sağlayacağı düşüncesiyle idari ön denetimi yararlı görmekle beraber, uygulamada bürokrasi trafiğine takılabileceği endişesiyle Türkiye uygulamasına uygun olmayacağı¹⁸⁹; sektörel farklılıkların ayrı ayrı denetim mekanizmalarına ihtiyaç duymasının bürokratik karışıklık oluşturacağı¹⁹⁰; idari onay mecburiyetinin, değişen şartlara uyum sağlayacak

¹⁸⁷Manfred REHBİNDER ve Ömer TEOMAN 2011, agm, s.643; Mustafa TİFTİK ve Zeynep ÖZCAN 2015, agm, s.33-34.

¹⁸⁸Gökhan ANTALYA 2019, age, s.480.

¹⁸⁹Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU 2014, age, s.239.

¹⁹⁰Ayşe HAVUTÇU 2003, age, s.50.

işletmelere zorluk çıkaracağı, bunun da rasyonelleşme amacı ile örtüşmeyeceği¹⁹¹ ifade edilmiştir.

Belirtmek gerekir ki idari denetime tutulan bir hükmün yargısal denetime tabi olmayacağı söylenemez.¹⁹²Hukukumuzda idari denetimi kabul eden hükümlere rastlanılmaktadır. Sigortacılık Kanunu'nun 11.maddesinin 1.fikrası¹⁹³ ve Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 60.maddesinin 1.fikrası¹⁹⁴ önemli örneklerdir.

İlaç Temin Protokolü hükümlerinin kaynak aldığı temel mevzuat hükümleri SASPY'de düzenlenmiştir. İşbu yönetmelik, sağlık hizmet sunucuları ile yapılacak sözleşmelerle ilgili temel ilkeleri ortaya koyup usul ve esasları belirlemektedir. İdari denetim başlığı altında genel işlem koşullarının idari merci tarafından bir ön denetime tabi tutulması gerekliliği incelenmektedir. Kanımızca idarenin iş ve işlemlerini denetleyen idari yargının da aslında bir idari ön denetim fonksiyonu olduğu düşünülmektedir. Zira idari denetimi denetlemekte bir denetimdir. Bu kapsamda SGK tarafından düzenlenen SASPY hükümlerinin idari yargı tarafından denetlenmesi de dolaylı bir idari denetim olacaktır. SASPY hükümlerinin idari yargı tarafından uygun bulunmayarak iptal edilmesi, SGK'yı, sözleşmelere esas oluşturacağı hükümleri tarafların menfaat dengesi çerçevesinde hazırlama yükümlülüğü altına sokacaktır.

İdari denetimin temel amacı, karşı tarafın düzenleyene karşı korunmasıdır. Bu durumda düzenleyenin kamu kurumu olması bu sonucu değiştirmeyecektir. İdari denetim, düzenleyen kamu kurumu karşısında olan karşı tarafı da koruyabilecektir. Bu görevin yerine gelmemesi halinde, sürece idari yargının müdahil olması ve bunun sonucunda ilgili hükümlerin değişmesi, dolaylı bir idari denetim olacaktır.

Cezai şart nedeniyle sözleşmesi fesih olan sağlık hizmet sunucuları ile ceza süresi sonunda gerekli şartları taşıyanlarla sözleşme/protokol yapılabileceğini belirten

¹⁹¹Yeşim ATAMER 2001b, age, s.51.

¹⁹²Murat AYDOĞDU 2014, age, s.69.

¹⁹³Maddeye göre; “Sigorta sözleşmelerinin ana muhtevası, Müsteşarlıkça onaylanan ve sigorta şirketlerince aynı şekilde uygulanacak olan genel şartlara uygun olarak düzenlenir. Ancak, sigorta sözleşmelerinde işin özelliğine uygun olarak özel şartlar tesis edilebilir. Bu hususlar, sigorta sözleşmesi üzerinde ve özel şartlar başlığı altında herhangi bir yanılığa neden olmayacak şekilde açık olarak belirtilir.”

¹⁹⁴Maddeye göre; “Kurum; mevzuata, kullanım hakkı ve diğer yetkilendirme şartlarına uyulmasını izleme ve denetlemeye, aykırılık halinde işletmecilere bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde üçüne kadar idarî para cezası uygulamaya, millî güvenlik, kamu düzeni veya kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesi ve kanunlarla getirilen hükümlerin uygulanması amaçlarıyla gerekli tedbirleri almaya, gerektiğinde tesisleri tazminat karşılığında devralmaya, belirlediği süre içerisinde yetkilendirme ücretinin ödenmemesi ya da ağır kusur halinde verdiği yetkilendirmeyi iptal etmeye yetkilidir.”

SASPY ilgili hükmü, idareye bu alanda Kanunda olmayan bir takdir yetkisinin düzenleyici bir işlem ile ihdas edildiği gerekçesiyle Danıştay tarafından iptal edilmiştir.¹⁹⁵ Yüksek Mahkeme bu kararında sözleşme yapılmama hallerinin ve süresinin adalet ve eşitliği sağlayacak şekilde objektif kriterler üzerinden belirlenmesi gerektiğini ileri sürmüştür. İptal edilen Yönetmelik hükmü çerçevesinde kanuni şartları sağlayan sağlık hizmet sunucuları ile sözleşme yapma zorunluluğu getirilmiştir. Aslında tek taraflı sözleşme yapma yetkisi tanıyan genel işlem koşuluna dayanak hüküm, idari yargı tarafından iptal edilerek tekrar İdarece olması gereken hukuk çerçevesinde düzenlenmiştir. İdare'nin mahkeme kararı ile de olsa karşı tarafı koruyan bu değişikliği kanımızca bir idari denetim anlamı taşıyacaktır. Sözleşme yapılmama işleminin doğrudan adli yargıya yansımaları halinde de hâkim tarafından benzer gerekçe ile ilgili sözleşme hükmünün genel işlem koşulu denetimine takılacağını düşünmekteyiz.

3.1.2 Yargısal Denetim

Standart sözleşmeleri düzenleyenlerin, sosyal gücü haksız olarak ele geçmesi ve devlete ait norm koyma faaliyetini yürütmesi sebebiyle denetime tabi tutulması sosyal devlet ilkesinin bir gerekliliğidir. Bununla birlikte standart sözleşmelerin bazı durumlarda sözleşme özgürlüğü sınırlarını aşması da yargısal denetimi zorunlu kılmaktadır.¹⁹⁶

Öğretide genel olarak kabul edilen denetim türlerinin sınıflandırılması; yürürlük denetimi, yorum denetimi ve içerik denetimi şeklinde karşımıza

¹⁹⁵Danıştay 15.Daire'nin 27/11/2018 tarih ve 2016/3732 E., 2018/7862 K. sayılı kararı; “Dava konusu düzenleyici işlem ile idare ve sağlık hizmet sunucuları arasında imzalanacak sözleşme veya protokollerde cezai şartlar ve/veya fesih gerektiren fiil ve hallerin düzenlenebileceği ve sözleşme/protokol yapılmayacak süreler yer verilebileceği düzenlendikten sonra, iptali istenen 7. fıkranın ikinci cümlesinde ise belirlenen cezai süreler sonunda, ilgili SHS'nin başvurusu halinde gerekli şartları taşıyanlarla sözleşme/protokol yapılabileceği belirtilerek idareye bu alanda bir takdir yetkisi tanındığı, Hukukumuzda, idarelere takdir yetkisi tanınmakla birlikte bu yetkinin sınırsız kullanımı da söz konusu olmadığı, Kanunda olmayan bir takdir yetkisinin düzenleyici işlem ile ihdas edilemeyeceği, sağlık hizmetinin temel alıcısı olan davalı idarenin, SHS'ler ile sözleşme yapmaması halinde, SHS'lerin iktisadi ve ticari faaliyetlerini devam ettirmeleri mümkün olamayacağından, sözleşme yapılmama hallerinin ve süresinin adalet ve eşitliği sağlayacak şekilde objektif kriterler üzerinden belirlenmesi gerektiği,”

¹⁹⁶Cemal OĞUZ (1998), “Standart Sözleşmelerin BK.21 ile 99/2 ve 100/3 Hükümlerine Göre Hakim Tarafından Kontrolü”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 1, Ankara, s.30.

çıkmaktadır.¹⁹⁷Bunun aksine denetim türlerini çeşitlendiren yazarlar da mevcuttur.¹⁹⁸Bununla birlikte benzer nitelikte olan şeffaflık denetimi¹⁹⁹ ile saydamlık denetimi de²⁰⁰ öğretide ifade edilmiştir.

Öğretide genel işlem koşulları denetimi;

- Sözleşme muhtevasının belirlenmesi,
- Sözleşme hükümlerinin yorumlanması,
- Sözleşmede yer alan dürüstlük kuralına aykırı hükümlerin tespiti olarak şematize edilmiştir.²⁰¹

Hâkim tarafından yedek hukuk kurallarının tekrarı şeklinde sözleşme içerisine dercedilen hükümlerin denetlemesi, kanunun denetlenmesi anlamı taşıyacağından, buradaki temel sınır, yedek hukuk kurallarından sapan kayıtların denetlenmesidir.²⁰²

Genel işlem koşulu denetiminin temel amacı, yedek noktalardan sistemli bir biçimde sapılması, riskin paylaşılmayıp tek tarafa yüklenmesi, sözleşme taraflarının eşitsizliğinden kaynaklanan sözleşme özgürlüğünün tek tarafı olarak kullanılmasına ilişkin hususları denetlemektir.²⁰³

3.2 YÜRÜRLÜK DENETİMİ

Yürürlük denetimi hukukumuzda TBK'nın 21.maddesinin 1.fıkrasında düzenlenmiştir. Maddeye göre, karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme

¹⁹⁷Gökhan ANTALYA 2019, age, s.489; Muzaffer ŞEKER 2019, age, s.27; Ayşe HAVUTÇU 2011, ame, s.37 vd.; Yeşim ATAMER 2012, age, s.11; Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU 2014, age, s.232; Murat AYDOĞDU 2014, age, s.71.

¹⁹⁸Gökhan ANTALYA 2019, age, s.489, “ön denetim (TBK m.20), kapsam denetimi (TBK m.21), ilişkilendirme denetimi (TBK m.21), yürürlük denetimi (TBK m.21/1), yorum denetimi (TBK m.23), içerik denetimi (TBK m.24 ve m.25)”; Muzaffer ŞEKER 2019, age, s.26-27 “kapsam denetimi, şaşırtıcı genel işlem koşulları denetimi, yourm denetimi, değiştirme ve yeni düzenleme yapma yasağı denetimi, içerik denetimi.”

¹⁹⁹Ayşe ŞİMŞEK (2015), “Genel İşlem Şartlarında Şeffaflık Denetimi”, *İzmir Barosu Dergisi*, Cilt 80, Sayı 3, s. 324.

²⁰⁰Gökhan ANTALYA ve Doğa DOĞANCI (2018), “Genel İşlem Koşullarında Saydamlık Kuralının, Bunun TBK m.20 vd.’daki Görünümlerinin ve TTK m.55f.1 ile TBK m.20 vd.’nın Birlikte Uygulanabilirliğinin Değerlendirilmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 24, Sayı 2, s.823.

²⁰¹Murat DOĞAN, Gökhan ŞAHAN ve İsmail ATAMULU (2023), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 3.Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, s.162. (46.Dipnot)

²⁰²Mustafa TİFTİK ve Zeynep ÖZCAN 2015, agm, s.41.

²⁰³Tuğçe TUZCUOĞLU 2020, age, s.106.

imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır. Bu kapsamda yürürlük denetimi, ilgili koşulların sözleşme içeriği haline gelip gelmediğinin tespiti.

Genel işlem koşullarının denetlenmesinde kanımızca en hassas süreç yürürlük denetimidir. Zira burada hâkim; kanuni şartları dikkate almalı, bir savcı gibi taraf iradelerini araştırmalı, delilleri topladıktan sonra objektif olarak değerlendirmeli, karşı tarafın suistimalini göz ardı etmemeli ve tüm bu süreci vicdani kanısı ile örtüştürmelidir. Gerçekten de yürürlük denetimi; sözleşme özgürlüğü ile sınırlandırma arasında çok ince bir çizgi olarak hukuk aleminde varlığını devam ettirmektedir.

3.2.1. Genel Olarak

Bir sözleşme hükmünün genel işlem koşulu olarak tespiti yapıldıktan sonra yargı makamları tarafından denetim aşamasına geçilecektir.

Yürürlük denetimine ilişkin terminoloji olarak öğretide; bağlayıcılık denetimi, geçerlilik denetimi, kapsam denetimi gibi çeşitli ifadeler kullanılmaktadır.²⁰⁴Tanımlamalar farklı olsa da denetimin amacı; genel işlem koşullarının taraflar arasındaki sözleşme içeriğine dahil olup olmadığının tespit edilmesidir. Öğretide genel işlem koşullarını, kulübede bekleyen yedek oyuncu olarak ifade eden yazarlar, teknik direktörün direktifi ve hakemin izni olmadan sahaya giremeyeceği şeklinde tasvir etmiştir.²⁰⁵Bazı müellifler ise yürürlük denetimini, filtre olarak nitelendirmiştir.²⁰⁶

Yürürlük denetiminin sınıflandırılması noktasında öğretide farklı görüşler ortaya atılmıştır. İlişkilendirme denetimini yürürlük denetiminden ayrı tutan görüşler olduğu gibi²⁰⁷, yürürlük denetimini genel kapsam denetimi ve özel kapsam denetimi olarak ayıran, ilişkilendirme ve yürürlük denetimini genel kapsam denetimi, şaşırtıcı kayıt denetimini de özel kapsam denetimi olarak ayıran görüşler de mevcuttur.²⁰⁸

²⁰⁴Hilal YÜKSEL (2023), *Genel İşlem Koşullarında kapsam(yürürlük) denetimi* (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, s.107; Gökhan ANTALYA 2019, age, s.494; Ayşe HAVUTÇU 2011, agm, s.37.

²⁰⁵Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU 2014, age, s.229.

²⁰⁶Yeşim ATAMER 2001b, age, s.123.

²⁰⁷Ali Murat DİZDAR 2010, agm, s.90.

²⁰⁸Murat AYDOĞDU 2014, age, s.86; Gökhan ANTALYA ve Doğa DOĞANCI 2018, agm, s.829.

Öğretide kapsam denetimini yürürlük denetiminden daha geniş ele alan yazarlar, açıkça bilgi verme ve öğrenmeye imkân verme unsurlarını ilişkilendirme denetimi altında, kabul ve şaşırtıcı şartları ise yürürlük denetimi altında değerlendirmiştir.²⁰⁹

Yine öğretilde, yürürlük denetim aşamalarını; “görmedim”, “gördüm, okumadım” ve “okudum, anlamamışım” şeklinde formüle eden yazarlar mevcuttur.²¹⁰

Yürürlük denetiminin konusu; genel işlem koşullarını sözleşme metni içerisine alan anlaşmanın; koşul, kapsam ve geçerliliğini tespit etmektedir. Buradaki temel amaç; anlaşmanın salahiyetinin tespiti ile şaşırtıcı hallerin ortaya çıkarabileceği menfi durumlara karşı, bu şartları kabul edene yönelik koruma sağlamaktır. Güven teorisi uyarınca genel işlem koşulunun sözleşmeye dahil olmadığı tespit edilirse artık diğer denetim süreçlerine gerek kalmayacaktır.

Hukukumuzda, BGB(§310,f.1) uyarınca tacirler arasındaki sözleşmelerde yürürlük denetimi yapılamayacağına ilişkin hükmün aksi kabul görmüş, herhangi bir sınırlandırmaya gidilmemiştir. Öğretilde, tacirler arasındaki sözleşmelerde ticari hayattaki hız karşısında yürürlük denetimine gerek olmadığı ileri sürülmüştür.²¹¹ Fakat bu süreçte genel işlem koşullarına muhatap olan zayıf tarafın tüketici veya tacir sıfatını haiz olup olmadığı önem taşımamaktadır. Zira somut olayda beklenmeyen bir hükmün olası menfi etkilerini değerlendirebilecek kadar deneyimin varlığı aranmalıdır.²¹²

Yürürlük denetiminin amacı, tarafların genel işlem koşulları üzerinde uzlaşıp uzlaşmadığının denetlenmesidir.²¹³ Yürürlük denetimi sürecinde belirli unsurların değerlendirilmesi gerekmektedir.

3.2.2. Unsurları

Genel işlem koşullarının sözleşme içeriğine alınıp alınamayacağı yönünde birtakım unsurların gerekliliğinden söz etmek gerekir. BGB(§305) kapsamında bir genel işlem koşulunun sözleşme içeriğine dahil olabilmesi için;

²⁰⁹ Gökhan ANTALYA 2019, age, s.494-495.

²¹⁰ Melek BİLGİN YÜCE (2022), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Pratik Çalışmaları*, 9.Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, s.90.

²¹¹ Yeşim ATAMER 2012, age, s.35.

²¹² Tuğçe TUZCUOĞLU 2020, age, s.49.

²¹³ age, s.134.

- Genel işlem şartlarını kullananın, sözleşmenin kuruluşu sırasında diğer tarafı GİŞ kullanma isteği konusunda açıkça ya da koşulları varsa ilan yoluyla uyarması,
- Diğer tarafa, onun fark edilebilen fiziksel engeli de dikkate alınarak makul biçimde genel işlem şartlarının içeriğini öğrenme imkânı sağlaması,
- Diğer tarafın bu şartların bağlayıcılığı kabul etmesi koşulları aranır.²¹⁴

TBK'nın 21.maddesi uyarınca;

“Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır.”

Madde lafzından yola çıkıldığında bir genel işlem koşulunun yürürlük denetiminden geçebilmesi için bazı süreçlerin yerine getirilmesi gerekecektir. Bunlar; açıkça bilgi verme, içeriğin öğrenilmesine imkân sağlama ve karşı tarafın kabulüdür.

TBK'nın 1.maddesi uyarınca bir sözleşme ilişkisinin kurulması için; tarafların karşılıklı ve birbirlerine uygun irade açıklaması gerekmektedir. İşbu açıklamaların altında yatan iradenin sağlıklı olup olmadığı irdelenmelidir. Zira salt irade beyanı açıklaması bir sözleşmenin kurulması için yeterli olmamalı, irade beyanının özgür olarak kurulmasına önem atfedilmelidir.

Bu kapsamda taraf iradelerinin niteliği belirlenirken güven kuramını açıklama gerekliliği hasıl olacaktır. TBK'nın 2.maddesinin 1.fıkrası kapsamında tarafların objektif esaslı noktalar üzerinde anlaşması sözleşmenin kurulması için yeterli görülmüştür. Bu kabul, sözleşmede yer alan subjektif esaslı noktaların da tartışılmadan kabul edileceği anlamı taşımamaktadır.

Genel işlem koşulları ise düzenleyen tarafından sözleşmeye dahil edilmek istenen subjektif esaslı noktalardır.²¹⁵Bu kapsamda düzenleyen, TBK'nın 21.maddesinin 1.fıkrası uyarınca, genel işlem koşulları konusunda karşı tarafı bilgilendirme ve içeriğin öğrenilmesine imkân sağlamakla yükümlüdür. Aksi takdirde, güven kuramı kapsamında sağlıklı bir irade uyuşmasından bahsedilemeyecektir.

²¹⁴Ayşe HAVUTÇU (2015), “Genel İşlem Şartlarının Sözleşme ile İlişkilendirilmesinde Düzenleyen(Giş Kullanan) İçin Getirilen Külfetler”, *İzmir Barosu Dergisi*, Cilt 80, Sayı 3, s.242.

²¹⁵Yeşim ATAMER 2001b, age, s.82.

Madde lafzında geçen “*karşı tarafın menfaatine aykırılık*” unsuru, hali hazırda içerik denetiminde gündeme geleceği, bu haliyle kafa karışıklığına yol açacağı gerekçesiyle öğretide eleştirilmiştir.²¹⁶

3.2.2.1 İlişkilendirme Anlaşması

Hukukumuzda, genel işlem koşullarının sözleşme ile ilişkilendirilmesi TBK’nın 21.maddesinin 1.fıkrasında düzenlenmiştir.

Genel işlem koşullarının sözleşme içeriğine dahil edilerek bağlayıcılık kazanması hususunda tarafların anlaşmalarına, “*ilişkilendirme anlaşması*” denilmektedir.²¹⁷ İlişkilendirme anlaşması yapılması suretiyle genel işlem koşulları artık sözleşmenin bir unsuru haline gelmektedir. Öğretide, üstlenme anlaşması²¹⁸, teşmil denetimi²¹⁹ olarak dile getiren yazarlar olduğu gibi ilişkilendirme anlaşmasını, genel işlem koşullarının sözleşmeye alınmasına dair kullanıcı ile dayatılan taraf arasındaki mutabakat olarak tanımlayan yazarlar da mevcuttur.²²⁰

İlişkilendirme anlaşması BGB(§305,f.2)’de düzenlenmiştir.²²¹ Alman Medeni Kanunu’nun aksine 6098 sayılı TBK’da ilişkilendirme anlaşmasına ilişkin tüketici/tacir ayrımı yapılmamıştır.²²²

İlişkilendirme anlaşmasında, sözleşme felsefesinin temel unsurları olan; irade varlığı ve iradelerin uyuşması gerekmektedir. Bu çıkarım, TBK’nın 1.maddesinin de doğal sonucudur.²²³ Dolayısıyla mezkûr hükümler bir arada değerlendirildiğinde karşı tarafın iradesinin ortaya konulma şekli ve iki tarafın iradelerinin uyuşup uyuşmadığı değerlendirmeye alınacaktır.

Bu kapsamda kanun lafzından yola çıkıldığında düzenleyenin yükümlülüklerini yerine getirmesi koşuluyla karşı tarafın da kabul etmesi halinde ilişkilendirme gerçekleşecek ve ilgili genel işlem koşulu sözleşme içeriği haline

²¹⁶Mehmet AKÇAAL 2014, agm, s.57 (17.Dipnot); Yeşim ATAMER 2012, age, s.27-28; Murat AYDOĞDU 2014, age, s.89.

²¹⁷ Gökhan ANTALYA 2019, age, s.495; Ali Murat DİZDAR 2010, age, s.90; Muzaffer ŞEKER 2019, age, s.11; Tuğçe TUZCUOĞLU 2020, age, s.148.

²¹⁸ Fikret EREN 2017, age, s.218,

²¹⁹ Ahmet Hakan DAĞDELEN (2019), “Genel İşlem Şartları ve Teşmil ile Yürülük Denetiminin Esasları”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 25, Sayı 2, s.645.

²²⁰ Tuğçe TUZCUOĞLU 2020, age, s.148.

²²¹Madde çevirisi için Murat AYDOĞDU 2014, age, s.276.

²²²Tuğçe TUZCUOĞLU 2020, age, s.150.

²²³Ayşe HAVUTÇU 2011, agm, s.38.

gelecektir. Bunun aksine, düzenleyen tarafın kanundan kaynaklı yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde, kabul, kanun tarafından aranan diğer kurucu unsurdan yoksun sayılacağından yazılmamış sayılma yaptırımını gündeme gelecektir.²²⁴

3.2.2.2 Açıkça Bilgi Verme

Bir genel işlem koşulunun yürürlük denetiminden geçebilmesi için ilgili koşulun sözleşmenin bir parçası olduğuna yönelik karşı tarafın bilgilendirilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda kanunun emredici hükmü, düzenleyen kişiye, genel işlem koşullarının varlığı hakkında bilgilendirme yükümlülüğü getirmektedir.²²⁵ Bu yükümlülük, dürüstlük kuralından doğan aydınlatma yükümlülüğünün bir uzantısıdır.²²⁶

BGB(§305,f.2)'de de benzer yükümlülük düzenlenmiştir. Fakat Alman hukukunda karşı tarafın uyarılması yeterli görülmüşken, hukukumuzda açık bilgi verme yükümlülüğü kabul edilmiştir.²²⁷ Dolayısıyla kanun koyucu tarafından alelade bir bilgilendirme değil; açık, şeffaf, makul ve amaca uygun bir bilgilendirme talep edilmektedir.

Uygulamada, düzenleyenin bilgi verme amacı, karşı tarafı genel işlem koşulları nezdinde müzakereye davet etmek değil, kanuni yükümlülüğünü yerine getirerek karşı tarafın müdahale edemeyeceğini bildirmektir.²²⁸

Hukukumuzda işbu bilgilendirmenin şekli tarafını düzenleyen hükümlere rastlanılmaktadır. TKHK'nın 4.maddesinin 1.fıkrası uyarınca, kanunda yazılı olarak düzenlenmesi öngörülen sözleşmeler ile bilgilendirmelerin en az 12 punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir bir şekilde düzenleneceği, bunların bir nüshasının kâğıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye verileceği belirtilmiştir.

Yine TKHK'nın 4.maddesinin 1.fıkrası uyarınca yazılı yapılma zorunluluğu olan tüketici kredisi sözleşmeleri ve konut finansmanı sözleşmelerinde de işbu şekli bilgilendirme zorunluluk halidir.

²²⁴Gökhan ANTALYA 2019, age, s.494.

²²⁵age, s.496.

²²⁶Murat AYDOĞDU 2014, age, s.88.

²²⁷age, s.89.

²²⁸Hilal YÜKSEL 2023, agt, s.117.

TKHK'nın 40.maddesi vd.'da düzenlenen ön ödemeli konut satış sözleşmelerinde, tüketicilere sözleşmenin kurulmasından en az bir gün önce Bakanlıkça belirlenen hususları içeren ön bilgilendirme formu verilmek zorundadır.

Benzer şekilde işyeri dışında kurulan sözleşmelerde (TKHK m.47/3); mesafeli sözleşmelerde (TKHK m.48/2); finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmelerde (TKHK m.49/2); paket tur sözleşmesinde (TKHK m.51/4) ön bilgilendirme yapılması kanuni zorunluktur.

Görüldüğü üzere TBK'da düzenlenen açıkça bilgilendirme yükümlülüğü tüketici hukukunda ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. TBK ilgili madde lafzı incelendiğinde bilgi verme sürecinin *açık* olması gerektiği vurgulanmış, fakat bunun nasıl olacağı, tespiti ve geçerliliği hâkimin takdir yetkisine bırakılmıştır.

Standart sözleşme süreçlerinde düzenleyenin karşı tarafı tek tek bilgilendirmesi teknik olarak mümkün gözükmemektedir. Zira karşı tarafın tek tek bilgilendirilmesi ticari teamüllere uymadığı gibi zaman israfı da oluşturabilmektedir.

Fakat bu bilgilendirmenin nasıl olacağı hususu öğretilerde eleştirilmiştir. Özellikle bankacılık sektöründe her şartın noter huzurunda bilgilendirilmesi gerektiği, bunun imkânsız ve maliyetli olduğu, banka tarafından ispatlanamayan her hususun ise banka ve müşterileri arasında ihtilafların artmasına sebep olacağı ifade edilmiştir.²²⁹

Genel işlem koşullarına yönelik bilgilendirmenin, sözleşme içerisinde yer alan matbu metinlerle yapıldığına sıkça rastlanmaktadır. Düzenleyen, bu metinlerle karşı tarafı uyarmaktadır. Öğretilerde²³⁰, tereddütte yer vermeyecek şekilde yapılan yazılı bilgilendirmenin karşı tarafça onaylanmasının güven kuramı çerçevesinde mümkün olacağı ifade edilmiştir.

Buna çözüm olarak bazı yazarlar²³¹, her ne kadar Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmese de BGB(§305,f.2) uyarınca ilgili hükmün sağladığı duyuru/ilan yoluyla bilgilendirme yapılabileceğini ifade etmiştir.²³²

Öğretilerde, çok ve hızlı işlemlerin yapıldığı; tiyatro, futbol, otomat gibi alanlarda, ilan yoluyla yapılan bilgilendirmenin yeterli olacağı²³³; işyerinde yapılan sözleşmelerde, genel işlem koşullarının okunaklı şekilde duvara asılmış olmasının

²²⁹Seza REİSOĞLU 2011, age, s.112.

²³⁰Yeşim ATAMER 2001b, age, s.87.

²³¹Tuğçe TUZCUOĞLU 2020, age, s.137, Murat AYDOĞDU 2011, age, s.25.

²³²Ayşe HAVUTÇU 2011, agm, s.39.

²³³Yeşim ATAMER 2001b, age, s.89.

bağlayıcı olacağı²³⁴ ifade edilmiştir. Yine bazı yazarlar²³⁵, karşı tarafın öğrenme imkânı ile düzenleyenin bilgilendirme külfeti kıyaslandığında, sözleşmenin niteliği kapsamında yapılacak bildirimin düzenleyen açısından beklenemeyecek derecede güç olduğu hallerde ilan yoluyla bilgilendirme yapılabileceği ifade edilmiştir.

Kanımızca; kanun lafzında yer alan “açıkça” ifadesi dikkate alınarak söz konusu bilgilendirmenin ilan ile yapılması mümkündür. Bu durumda, “açıkça” ibaresi dikkate alındığında, ilanın; şekli, yazı stili, puntosu dahi önem arz edecektir. Silik, pasif bir ilan, dikkat çekici olmayacak, bilgilendirmenin “açıkça” yapılmadığı sonucunu doğuracaktır. Bu da maddenin esas amacına aykırı olacaktır.²³⁶ İlanın şekli sınırları noktasında kanımızca, TKHK’nın 4.maddesinin 1.fıkrası esas alınabilecektir.

Yapılan bilgilendirmenin şekli konusunda kanunda bir sınırlama getirilmemiştir. Bununla birlikte bilgilendirmenin yapıldığına dair ispatın düzenleyene ait olduğu tartışmasızdır. Zira işbu ispat külfeti TBK ilgili hükümlerinde açıkça belirtilmese de TMK’nın 6.maddesi kapsamında genel ispat koşulları açısından kıyas edilecektir.

Burada değerlendirilmesi gerek diğer bir husus ise tarafların aynı olduğu birden fazla sözleşmede mükerrer bilgilendirmenin yapılıp yapılmayacağı hususudur. Öğretide²³⁷; her ne kadar taraf ve hükümler aynı olsa da sözleşme koşulları ve etkilerinin farklı olabileceğinin göz önünde bulundurulması gerektiği ifade edilmiştir. Eczane işletmeciliğinde de mükerrer sözleşme süreçleri gözlenmektedir. Buradan hareketle her sözleşme döneminde değişen koşullar kapsamında, düzenleyen SGK tarafından eczacı tarafına açıkça bilgilendirme yapılması gerekmektedir. Değişen koşullara örnek olarak ise; reçete karşılama modelleri²³⁸ gösterilebilir.

Başka bir değerlendirilmesi gerek konu ise, yapılacak bilgilendirmenin genel işlem koşullarının varlığı ile sınırlı olduğudur. Madde lafzında geçen “*koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi*” ifadesi nedeniyle bilgilendirmenin sınırı tespit

²³⁴Cemal OĞUZ 1993, agt, s.64.

²³⁵Ayşe HAVUTÇU 2015, agm, s.250; Gökhan ANTALYA 2019, age, s.496.

²³⁶age, s.496; Murat AYDOĞDU 2014, age, s.95.

²³⁷Tuğçe TUZCUOĞLU 2020, age, s.138.

²³⁸ Sağlık Uygulama Tebliği m.4.1.5 kapsamında klasik olarak e-reçete ve manuel(kağıt) reçete düzenlenmektedir. Fakat pandemi döneminde bireylerin sağlık hizmet sunucularına ulaşımı mücbir sebeplerden dolayı kısıtlanmıştır. Bunun sonucunda bireylerin ilaca ulaşımı aksamaması için 418-Kronik hastalıklarda reçetesiz ilaç tedavisi şeklinde bir ilaç tedarik süreci başlatılmıştır. Detaylı bilgi için bkz; <https://www.titck.gov.tr/duyuru/eczacilara-ve-tum-ilgililere-duyurulur-16032020090441>

edilmiştir. Bu sebeple koşulların niteliği, içeriği gibi hususların bilgilendirme yükümlülüğü kapsamında kalmadığı, sadece koşulların varlığının bildirilmesinin yeterli olduğu anlaşılmaktadır.

Kanun maddesi lafzında düzenleyenin, genel işlem koşulu varlığı hakkında karşı tarafı bilgilendirmesi, kabul halinde karşı taraf iradesinin genel işlem koşulunu da kapsayacağı konusunda uyarması ve genel işlem koşulu içeriğini öğrenme imkânı sunması yeterli görülmüştür. Öğretide, hükmün kaleme alınış tarzından dolayı ilgili madde, düzenleyenin, karşı taraf lehine olan genel işlem koşullarıyla da ilgili bilgilendirme yükümlülüğü altında olduğu izlenimini örtülü biçimde vermesi sebebiyle eleştirilmiştir.²³⁹

Yine bilgilendirmenin en geç sözleşmenin yapılması sırasında olması gerektiği TBK'nın 21.maddesinin 1.fıkrası lafzından anlaşılmaktadır. Bu durumda, sözleşme kurulduktan sonra yapılan bilgilendirme kanuna aykırı olacağı için genel işlem koşullarının yürürlük kazanması mümkün değildir. Uygulamada; biletleme sistemi örnek olarak verilebilir. Zira biletleme işlemi, taraf iradelerinin objektif esaslı noktalar üzerinde uyuşmasından sonra yapılmaktadır. Bu sebeple bilet arkasında yer alan genel işlem koşulları, sözleşme ilişkisinden sonra karşı tarafa tebliğ edilmektedir. Bunun doğal sonucu olarak, kanuna uygun bilgilendirme yapılmadığı için bilet arkasında yer alan genel işlem koşulları, yazılmamış sayılma yaptırımını ile karşı karşıya kalacaktır.

Öğretide²⁴⁰, sözleşme ilişkisi kurulduktan sonra genel işlem koşullarının uygulandığına yönelik yapılan bilgilendirmenin, sözleşmenin değiştirilmesi yönünde icap niteliği taşıdığı, sadece karşı tarafın açık kabulü ile ilgili şartların yürürlük kazanabileceği ifade edilmiştir.

Uygulamada genel işlem koşullarına metin içinde yapılan atıfların karmaşık olduğunu görmekteyiz. Özellikle yabancı dilden çeviri tip sözleşmelerde gerek metin içi bütünlüğün bozulması gerekse anlam kargaşaları sebebiyle genel işlem koşullarına atıf yapılmış olsa dahi bunun açık bir bilgilendirme olmayacağı kanısındayız. Genel işlem koşullarının kasıtlı olarak metin içerisinde sözleşme ahengini bozacak şekilde yerleştirilmesi, açık bilgilendirme yükümlülüğünün temel amacı ile çelişecektir. Bu durumda düzenleyenin korunacak haklı bir güveni olmayacaktır. Bazı yazarlar ise

²³⁹Ayşe HAVUTÇU 2015, agm, s.245.

²⁴⁰Yeşim ATAMER 2001, age, s.91.

görüşümüzün aksini düşünerek, genel işlem koşullarının ahenk içerisinde yazılmasının yürürlük denetimi kapsamında gerekli olmadığını, bunun ancak içerik denetiminin konusu olabileceğini ifade etmiştir.²⁴¹

3.2.2.3 İçeriğini Öğrenme İmkânı Sağlama

Diğer bir unsur ise sözleşmede yer alan genel işlem koşullarına yönelik karşı tarafa öğrenme imkânı sağlanmasıdır. Burada değerlendirmesi gereken husus, öğrenmenin sağlanması değil, içeriğin öğrenilmesine imkanının sağlanmasıdır. Kanun koyucu bu aşamada düzenleyeni, sadece elverişli imkân sağlama noktasında yükümlü tutmuştur.²⁴²

Elbette imkân sağlama süreci, salt karşı tarafa metnin teslim edilmesi olmayacağı gibi, düzenleyeni katlanılamayacak bir külfet altına sokmak olarak da algılanmamalıdır. Yargının görevi işbu dengenin objektif olarak sağlanıp sağlanmadığını denetlemektir.

Düzenleyen tarafından öğrenme imkânı sağlanırken, karşı tarafın orta vasıftaki, makul ve dürüst bir muhatabın varlığı dikkate alınmalıdır.²⁴³

Hukukumuzda bunun örneklerine rastlamak mümkündür. Örneğin TTK'nın 1425.maddesinin 1.fıkrası uyarınca sigorta poliçesi, tarafların haklarını, temerrüde ilişkin hükümler ile genel ve varsa özel şartları içerir, rahat ve kolay okunacak biçimde düzenlenir.

Kanun koyucu tarafından istenen öğrenme imkânı sağlama süreci, dürüstlük kuralına uygun olmalıdır. Bu objektif kriterlerin sağlanması için de; makul süre önemli bir unsurdur. Olay, sözleşme türü, taraf gücü gibi subjektif değerlendirmelerin olduğu süreçlerde makul süre her somut olaya göre belirlenmelidir. Makul sürenin kanunda tanımlanması hukuk tekniği açısından uygun olmayacaktır. Buna rağmen bazı kanunlarda işbu süre net olarak belirlenmiştir.²⁴⁴

Yine sözleşme hükümlerinin karmaşık olması, ağır dil içermesi, yazı boyutları, öğrenme imkânı sağlamanın önünde engel olabilecektir.²⁴⁵

²⁴¹age, s.99.

²⁴²Ayşe HAVUTÇU 2011, agm, s.39.

²⁴³Ayşe HAVUTÇU 2015, agm, s.250; Gökhan ANTALYA 2019, age, s.498.

²⁴⁴TKHK m.40/2 “Tüketicilere sözleşmenin kurulmasından en az bir gün önce, Bakanlıkça belirlenen hususları içeren ön bilgilendirme formu verilmek zorundadır.”

²⁴⁵Hilal YÜKSEL 2023, agt, s.126.

3.2.2.4 Kabul

Son aşamada ise; açıkça bilgilendirilen ve genel işlem koşulları ile ilgili öğrenme imkânı sağlanan karşı tarafın kabulü gerekmektedir. Kabul ile genel işlem koşulu artık sözleşme içeriği haline gelecektir. Kabul olmadığı sürece ilgili hükümler bağlayıcı olmayacak²⁴⁶, sözleşme hazırlığından öteye geçemeyecektir.²⁴⁷

Karşı tarafın kabul beyanının açık ve anlaşılır olması hukuk düzeninin makul beklentisidir. Fakat uygulamada kabul beyanı sağlıklı bir şekilde tesis edilememektedir.

Bu noktada karşımıza, kabul beyanının nasıl olması gerektiği, çıkmaktadır. Hukuk düzeninin beklentisi olan tam kabul²⁴⁸; karşı tarafın düzenleyen tarafından bilgilendirilmesi ve içeriğin öğrenilmesi sonrasında, genel işlem koşulunun varlığı ve içeriği noktasında şüphesi kalamayacak şekilde idrak etmesi ve hür iradesi ile onaylamasıdır. TBK'nın 1.maddesinin 2.fıkrasına atıfla tam kabul, açık veya örtülü olabilecektir.²⁴⁹ Özellikle örtülü kabule; aktif veya pasif davranışlar neden olmaktadır. Esas olan aktif kabul olup, sözleşme ilişkisi bitmesine rağmen edimin ifa edilmesi aktif bir davranış sonucu örtülü kabule örnek gösterilebilecektir. Pasif kalma ise istisnai bir durumdur. Susma hali ise, konuşma yönünde yükümlülüğü olduğu kabul edilen durumlarda irade beyanı olarak kabul edilebilecektir.²⁵⁰

Tam kabul her ne kadar içeriğe konu edilecek hükümlerin yeteri kadar idrak edilmesinin sonucu olarak ifade edilse de bu irade beyanı tüm sözleşmenin müzakere edildiği anlamı taşımayacaktır.²⁵¹ Ne var ki; karşı tarafa bu imkanlar sağlıklı bir şekilde verilmiş olsa da çoğu zaman mezkûr koşullar okunmaz, okunsa da anlaşılmaz, araştırılmaz. Bazı durumlarda da mezkûr koşulların amacı ve kapsamı anlaşılabilir karşı tarafın değiştirme şansı olmaz. İşte bu hallerde de öğreti tanımlaması ile global kabul²⁵² söz konusu olacaktır.

²⁴⁶Muzaffer ŞEKER 2019, age, s.10; Yeşim ATAMER 2001b, age, s.79-80; Cemal OĞUZ 1993, agt, s.35.

²⁴⁷Yeşim ATAMER 2001b, age, s.78.

²⁴⁸age, s.102; Gökhan ANTALYA 2019, age, s.500; Ayşe HAVUTÇU 2003, age, s.111; Tuğçe TUZCUOĞLU 2020, age, s.141; Murat AYDOĞDU 2014, age, s.93.

²⁴⁹ Gökhan ANTALYA 2019, age, s.500.

²⁵⁰Yeşim ATAMER 2001b, age, s.100.

²⁵¹Hilal YÜKSEL 2023, agt, s.132.

²⁵²Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU 2014, age, s.236; Yeşim ATAMER 2001b, age, s.102; Hilal YÜKSEL 2023, agt, s.134; Gökhan ANTALYA 2019, age, s.501; Tuğçe TUZCUOĞLU 2020, age, s.141.

Global kabul, karşı tarafın, genel işlem koşullarını bilmesine rağmen, bu koşulların içeriği ve müstakbel hukuki sonuçlarını kavramadan, önemsemeden veya çaresizlikten yaptığı kabuldür.

Global kabulün yeterli olup olmayacağı hususu, diğer bir tartışma alanıdır. İçeriğin öğrenilmesi imkanının sağlanmasının, global kabulün yeterli olduğuna delalet olduğu öğretilde ifade edilmiştir.²⁵³ Kanun koyucu, karşı tarafın kabul yöntemi noktasında herhangi bir sınırlandırma getirmemiştir. Bu durumda TBK'nın 21.maddesinin 1.fikrası kapsamında global kabulün dışlanmadığını ifade eden müellifler mevcuttur.²⁵⁴ Fakat bu süreçte ulaşılması istenilen iradenin, tam kabul olduğu unutulmamalıdır. Sözleşmede yer alan asli edimlerde tam kabul, yan edimlerde ise global kabul makul görülebilecektir.²⁵⁵

Karşı tarafın, içeriğe etki edememe veya okusa da anlamayacağı inancı neticesinde verdiği global kabulün doğurduğu en önemli sonuç, güven teorisi uyarınca bu kabul beyanının şaşırtıcı, beklenmeyen şartları kapsamadığıdır.²⁵⁶

Öğretilde²⁵⁷ TBK'nın 21.maddesinin 1.fikrasının global kabulü reddettiği, 2.fikrasının ise global kabulü geçerli kıldığı ve bu durumun çelişki yarattığı ifade edilmiştir. Bazı yazarlar²⁵⁸ güven kuramı uyarınca karşı tarafın kabul beyanı ile ortaya çıkacak sonuçlara katlanması gerektiğini ifade etmiştir. Kanımızca buradan çıkan en önemli sonuç; global kabulün, karşı tarafın genel işlem koşullarına karşı korunmasının temelini oluşturduğudur.

Global kabul sonucunda sözleşme içeriğine dahil olan hüküm, bireysel sözleşme hükmü haline gelmeyecek olup diğer genel işlem koşulu denetimlerine de

²⁵³Esra KAŞAK (2012), "Sözleşme Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Olan Genel İşlem Koşulları(6098 sayılı TBK m.21/2)", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 3, Sayı 1, s.419; Murat AYDOĞDU 2014, age, s.90.

²⁵⁴Tuğçe TUZCUOĞLU 2020, age, s.143; Murat AYDOĞDU 2011, age, s.27; Ayşe HAVUTÇU 2011, agm, s.40; Esra KAŞAK (2012), agm, s. 426; Gökhan ANTALYA 2019, age, s.501.

²⁵⁵Murat AYDOĞDU 2011, age, s.25.

²⁵⁶Yeşim ATAMER 2001b, age, s.109; Ayşe HAVUTÇU 2011, agm, s.40, "Bu esas, TBK m.21/f.2 hükmüne yer verilerek konu, pozitif bir düzenlemeye kavuşturulmuştur."

²⁵⁷Ali Murat DİZDAR 2010, age, s.93 "...global kabul ile müşteri genel işlem şartlarının içeriğini bilmeyeceğinden genel işlem şartları ile sözleşmenin ilişkilendirilmesi mümkün olamayacaktır. Ayrıca Tasarımın 21/1 fıkrası hem global kabulü reddetmekte 21/2 maddesi ise sanki global kabul geçerliymiş gibi genel işlem şartlarının alınlmamış, şaşırtıcı şartlar içermesi durumunda global kabul ile ilişkilendirme anlaşması geçerli olarak kurulmuş olmasına karşın, sözleşmedeki alınlmamış, şaşırtıcı şartların karşı taraf için bağlayıcı olmayacağını ifade etmektedir."

²⁵⁸Yeşim ATAMER 2001b, age, s.102; Hilal YÜKSEL 2023, agt, s.135.

tabi olacaktır. Hükmün global kabul ile sözleşmeye dahil edilmiş olması müzakere sürecinin işletildiği anlamına gelmeyecektir.²⁵⁹

İlaç Temin Protokolü'nde yer alan genel işlem koşulları yönünden değerlendirme yapılacak olursa, eczacının yaptığı kabulün de global kabul niteliğine uygun olacağı kanaatindeyiz. Zira bu süreçte eczacı, her ne kadar koşulların içeriği veya müstakbel hukuki sonuçları hakkında bilgi sahibi olsa veya olması hukuken beklense bile, koşulların değişmesi veya kaldırılması yönünde söz hakkı olmadığı için global kabul yapmak zorunda bırakılmaktadır. Bunun aksine öğretide²⁶⁰, tacirlerde global kabulün daha esnek değerlendirilmesi gerektiği, zira meslek alanına ilişkin genel işlem koşulları noktasında bilgisi olması gerektiği öne sürülmüştür.

Tüm bunlarla birlikte kanun koyucu, TBK'nın 20.maddesinin 3.fıkrası uyarınca, koşulların her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtların, tek başına, onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmayacağını ifade etmiştir. Dolayısıyla karşı tarafın sözleşme metnine “*okudum, anladım, kabul ettim*” şeklindeki beyanı, tek başına sağlıklı bir iradenin varlığını göstermeyecektir. Bunun aksine düzenleyen tarafından kanuni yükümlülükler yerine getirilip bilgilendirme ve öğrenme fırsatı verilmesine rağmen karşı tarafın “*okumadım, okusaydım imzalamazdım*” yaklaşımı dürüstlük kuralına aykırı olacaktır. Bu durumda karşı tarafın yükümlülüklerini yerine getirmeyerek global kabul yaptıktan sonra itirazının hukuken korunamayacağı ifade edilmiştir.²⁶¹

3.2.3. Şaşırtıcı Koşullar

3.2.3.1 Genel Olarak

TBK'nın 21.maddesinin 2.fıkrası uyarınca sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları yazılmamış sayılır.

Bu durumda, açıkça bilgi verilmesi, içeriğin öğrenme imkânı sağlanması ve karşı tarafında bunu kabul etmesi ile sözleşme içeriği haline gelen genel işlem koşulları, TBK'nın 21.maddesinin 2.fıkrası uyarınca şaşırtıcı hale gelmesiyle yazılmamış sayılacaktır.

²⁵⁹Murat AYDOĞDU 2014, age, s.94-95.

²⁶⁰Gökhan ANTALYA 2019, age, s.501.

²⁶¹Esra KAŞAK 2012, age, s.418; Ali Murat DİZDAR 2010, age, s.93.

İlgili husus BGB(§305c)’de;

“hal ve şartlara ve özellikle sözleşmenin dış görünümüne göre, kullananın karşısındaki sözleşme tarafının hesaba katması beklenemeyecek ölçüde alışılmamış nitelikteki genel işlem koşulları sözleşme kapsamına dahil olmuş sayılmaz.”

şeklinde düzenlenmiştir.²⁶²

Genel işlem koşullarının sözleşme içeriği haline gelebilmesi için karşı tarafın bilgilendirilmesi ve içeriğin öğrenilmesine imkân verilmesi ön koşul olarak karşımıza çıkmaktadır. Ön koşulu sağlayarak sözleşmenin içeriği haline gelen genel işlem koşulları, süreç içerisinde beklenemez hale gelebilecektir.

Şaşırtıcı koşullar, karşı tarafın aslî edim yükümünü önemli ölçüde genişleten ve kısıtlayan hükümler ile genel işlem koşulları kullanan tarafın kanunî yükümlülüklerini alışılmış olanın dışında kaldıran hükümler olarak ortaya çıkabilmektedir.²⁶³

Öğretide şaşırtıcı şart, somut olayda söz konusu sözleşme açısından sözleşmenin bütünü dikkate alındığında sözleşmeyi anlamlı, mantıklı biçimde tamamlamayan, sözleşmeye yabancı şartlar²⁶⁴; taraf iradelerine uygun sözleşme çekirdeğini mantıklı, anlamlı bir şekilde tamamlamayan, yabancı hükümler²⁶⁵ olarak ifade edilmiştir. Yine şaşırtıcı koşul denetimini öğretide özel kapsam denetimi olarak ifade eden yazarlar da mevcuttur²⁶⁶. Bazı yazarlar²⁶⁷, TBK’nın 21.maddesinin 2.fıkrasını da tıpkı TBK’nın 25.maddesi gibi içerik denetimi olarak nitelendirmiş, buna gerekçe olarak ise iki hükmün dayanak noktasının dürüstlük kuralı olduğunu ifade etmiştir. Yine bu denetimi, ikinci bir filtre olarak²⁶⁸ değerlendiren yazarlar olduğu gibi şaşırtıcı şartlara ilişkin hükmün TBK’nın 21.maddesi yerine içerik denetimi kapsamında (TBK m.25) değerlendirilmesi gerektiğini²⁶⁹ ve şaşırtıcı şartlara ilişkin hükmün TBK’nın 21.maddesi yerine içerik denetimi kapsamında (TBK m.25) değerlendirilmesi gerektiğini ifade eden yazarlar mevcuttur. Yine şaşırtıcı koşul denetimi; hâkimi yoran, karışık, içerik denetimine gereksiz alternatif oluşturan bir

²⁶²Çeviri için bkz. Murat AYDOĞDU 2014, age, s.277.

²⁶³Esra KAŞAK 2012, age, s.427.

²⁶⁴Ayşe HAVUTÇU 2011, agm, s.41.

²⁶⁵Yeşim ATAMER 2001a, age, s.22

²⁶⁶Gökhan ANTALYA 2019, age, s.503.

²⁶⁷Hayrunnisa ÖZDEMİR (2016), “Genel İşlem Şartlarında Şaşırtıcı ve Beklenmedik Şartlar TBK m.21/II”, *MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 22, Sayı 3, s.2351.

²⁶⁸Yeşim ATAMER 2001b, age, s.109.

²⁶⁹Gökhan ANTALYA 2019, age, s.504.

denetim olarak ifade edilmiş ve olması gereken hukuk bakımından bu müessesenin kaldırılması savunulmuştur.²⁷⁰

Kanunun ön gördüğü şartları taşıyan ilişkilendirme anlaşması ile genel işlem koşulları sözleşme hükümleri haline gelir. Buna rağmen bazı hallerde ilişkilendirme anlaşmasına dahil olmakla birlikte yürürlük kazanmayan hükümler de bulunmaktadır.

Global kabul sonucu sözleşme hükmü haline gelen genel işlem koşullarından güven kuramı sınırlarını aşanlar, şaşırtıcı koşul olarak nitelendirilmektedir.²⁷¹ Buradan hareketle, ilişkilendirme sürecinin kusursuz işlemesi, ilgili hükmün şaşırtıcı koşul olmayacağı anlamına gelmeyecektir.

Öğretide, tam kabul durumunda, şaşırtıcı koşullara yönelik karşı tarafın açıkça bilgilendirilmesi, dikkatinin çekilmesi ve içeriği noktasında öğrenme imkânı sağlanması halinde, ilgili şartın artık şaşırtıcı veya beklenilmez olmayacağını savunan yazarlar mevcuttur.²⁷²Yargıtay ise aksi görüştedir.²⁷³Biz de Yargıtay'ın görüşüne katılmaktayız. Zira düzenleyen, ilişkilendirme sürecinde yükümlülüklerini yerine getirmiş ve karşı taraftan tam kabul almış olsa bile, ilgili hükmün çeşitli sebeplerle sözleşme sürecinde şaşırtıcı hale gelmesi göz ardı edilmemelidir. Bu değerlendirmede, ilgili hükmün sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olması, karşı tarafın tüketici/tacir olmasına göre de değişebilecektir. Hâkim, her iki tarafın tacir olduğu sözleşmelerde, sözleşmenin niteliği ve işin özelliği ölçütlerinde ticaret hukuku ilkelerini dikkate alabilecektir.²⁷⁴Yargıtay'ın da somut olayın kendine özgü verilerini kıstas olarak kabul ettiği kararlarına rastlanılmaktadır.²⁷⁵

²⁷⁰Murat AYDOĞDU 2014, age, s.110.

²⁷¹Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU 2014, age, s.237; Tuğçe TUZCUOĞLU 2020, age, s.156.

²⁷²Murat AYDOĞDU 2014, age, s.103; Hilal YÜKSEL 2023, agt, s.85.

²⁷³Yargıtay 11.Hukuk Dairesi'nin 11.4.2018 tarihli ve 2016/9857 E., 2018/2589 K., sayılı kararı, ile Yargıtay 11.Hukuk Dairesi'nin 18.6.2018 tarihli ve 2016/13425 E., 2018/4484 K. Sayılı kararı "*Şayet sözleşme, o sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı bir genel işlem koşulu taşıyorsa, yani şaşırtıcı hüküm içeriyorsa, bu nitelikteki hükümler yönünden, müşterinin önceden ve açıkça bilgilendirilmiş olup olmadığı, bu hükmün müzakere edilip edilmediği önem taşımaksızın, o sözleşme hükmü TBK m. 21/2 uyarınca sözleşmeye yazılmamış sayılmalıdır.*"

²⁷⁴Umut YENİOCAK 2013, agm, 88; Murat AYDOĞDU 2014, age, s.109.

²⁷⁵Yargıtay 13.Hukuk Dairesi'nin 18.03.1996 tarihli ve 1996/1734 E., 1996/2495 K. Kararı "*Gerçekten de mahkemeler; somut olayın kendine özgü verileri ve koşullarının gerçekleşmesi halinde ve yasal genel kurallar çerçevesinde; dikkati özel olarak çekilmeksizin sözleşmeye konan ve alışılmamış şartlarla, tüketiciyi bağlı tutmamalı ve hükümsüz saymalıdır. En önemlisi, yargı kararları ile tüketicinin bu yolda korunması hukuk devleti ve sosyal adaletin bir gereği kabul edilmelidir.*"

3.2.3.2 Yabancılık Unsuru

TBK’da yabancılık unsurunun, sözleşmenin niteliği ve işin özelliğine göre değerlendirileceği hüküm altına alınmıştır. Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olma durumuna karşılık, Alman hukukunda “şaşırtıcı koşullar” terimi kabul edilmişken, İsviçre Hukukunda “alışılmamış olma” veya “işleme yabancı olma” terimleri benimsenmiştir²⁷⁶

Öğretide²⁷⁷ yabancılık unsuru, genel işlem şartının taraflar arasındaki sözleşmenin özü ile çelişme hali olarak ifade edilmiştir. İlaç Temin Protokolü’nün amacı bireylere ilaç tedariki olmasına rağmen bunu engelleyen hükümlerin varlığında, yabancılık hususu tartışılabilir.

Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan hükümler, karşı tarafın asli edim yükümünü genişleten ve kısıtlayan, düzenleyenin kanuni yükümlülüklerini kaldıran nitelikte olabilir.²⁷⁸

3.2.3.3 Beklenilemezlik Hali

Şaşırtıcı koşullar; karşı tarafın dikkatinden kaçan, hesaplamadığı veya hesaplaması beklenemeyecek olan şartlardır. Bu durumda karşı tarafı için bir beklenilemezlik hali oluşacaktır.²⁷⁹

Beklenilemezlik halinin objektif unsuru, hükmün taraflar arasındaki sözleşme açısından ilgili çevrede beklenmez olması, subjektif unsur ise taraflar arasındaki ilişkide hesaba katılamayacak olmasıdır.²⁸⁰ Böylece beklenilemezlik halinin tespitinde; hem sözleşme türü açısından bir değerlendirme yapılacak, hem de sözleşme yapılırken içinde bulunulan durum açısından değerlendirme yapılacaktır. Subjektif unsorda ise karşı tarafın içinde bulunduğu durum değerlendirilecektir. Sözleşmenin tarafı olan kişinin, dürüstlük kuralına göre, sözleşme içeriğine ne anlam veriyor veya vermesi gerekir sorusunun cevabı subjektif unsuru oluşturmaktadır²⁸¹

²⁷⁶ Hayrunnisa ÖZDEMİR 2016, agm, s.2351.

²⁷⁷ agm, s.2352.

²⁷⁸ Yeşim ATAMER 2001b, age, s.111; Esra KAŞAK 2012, agm, s.423.

²⁷⁹ Hayrunnisa ÖZDEMİR 2016, agm, s.2358; Umut YENİOCAK 2013, agm, s.87.

²⁸⁰ Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU 2014, age, s.238; Yeşim ATAMER 2001b, age, s.11.

²⁸¹ Hayrunnisa ÖZDEMİR 2016, agm, s.2354.

Öğretide²⁸², işin karşı sözleşendeki subjektif etkisinin önemli olmadığı, TBK'nın bu unsuru aramadığı savunulmuştur.

Normalde objektif açıdan şaşırtıcı kabul edilebilecek bir hükümle ilgili, tarafların sözleşme öncesi yükümlülüklerini yerine getirmesi halinde subjektif açıdan beklenilmezlik ortadan kalkacaktır.²⁸³ Bu durumda güven teorisi kapsamında karşı taraf, beklenilmezlik halini ileri süremeyecektir. Bir hükmün şaşırtıcı şart olarak değerlendirilebilmesi için, karşı tarafın tam kabul veya global kabul yaptığı önem arz etmektedir.²⁸⁴ Bu görüşün aksini savunan bazı yazarlar²⁸⁵, şaşırtıcı koşulların ayrı bir denetim sürecine tabi olduğunu ve tam kabul halinde dahi müessesenin getiriliş amacına aykırı olacağını, aksi bir yorumun karşı tarafın sırf metni okuyup anladı diye cezalandırılmış olacağını ifade etmiştir.

Öğretide²⁸⁶, BGB(§305c,f.1)'in aksine TBK'nın 21.maddesinin 2.fikrasında objektif unsurun ön plana çıkarılıp subjektif unsurun açıkça değinilmediğine vurgu yapılmış, buna rağmen mehzaz hükme uygun olarak subjektif unsuru da içine alacak şekilde hükmün anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir.

Şaşırtıcı koşulların ne olacağı konusu öğretilerde tartışmalıdır. Şaşırtıcı koşulların ne olacağı konusunda her somut olaya göre değerlendirme açan hüküm eleştirilmiş, özellikle TBK'nın 21.maddesinin 2.fikrasının gerekçesinde yer alan örneğin her ne kadar olağan dışı olarak ifade edilse de bankacılık sektöründe olağan olduğu ifade edilerek yapılan değerlendirmenin sübjektifliği ortaya koyulmuştur.²⁸⁷

Yargıtay, “..*alışılmamış kayıtların geçersiz, şaşırtıcı kayıtların ise sözleşmenin içeriğinden dahi sayılamayacağı..*” şeklinde gerekçe içeren bir kararında, ikili ayrıma gitmiş ve ikisine ayrı yaptırımlar ön görmüştür. Bu durumu eleştiren yazarlar,²⁸⁸ ikisinde de yabancı hükümlerin mevcut olması sebebiyle yaptırımın aynı olması gerektiğini ve böyle bir ayrımın suni olduğunu ifade etmiştir.

²⁸²Gökhan ANTALYA 2019, age, s.504.

²⁸³Yeşim ATAMER 2001b, age, s.112; Tuğçe TUZCUOĞLU 2020, age, s.158.

²⁸⁴Şevket Günay BİGAT ve Ensar LOKMANOĞLU (2009), “Genel İşlem Şartları Açısından Şaşırtıcı, Sürpriz, Beklenmeyen, Haksız, Adil Olmayan ve Çok Anlamlı Koşullar”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt 83, Sayı 6, İstanbul, s.3152.

²⁸⁵Hilal YÜKSEL 2023, agt, s.113.

²⁸⁶Murat AYDOĞDU 2014, age, s.105.

²⁸⁷Seza REİSOĞLU 2011, agm, s.113.

²⁸⁸Yeşim ATAMER 2001b, age, s.115.

Öğretide²⁸⁹, güven kuramı sınırlarının dışında kalan hususların göze alınabilecek nitelikte olmaması halinde, global bir kabulün doğal sonucu olarak geçersiz olacağı savunulmuştur. Diğer bir tabirle, güven kuramı sınırları kapsamında değerlendirilebilecek hususların dahi global kabule konu olması halinde geçerli olup olmayacağı tartışmalı iken, bu sınırları aşan hususların sözleşmenin bir parçası olması beklenebilir bir durum değildir.

Yine belirtmek gerekir ki bir hükmün adil olup olmaması ile şaşırtıcı olması arasında bir bağlantı bulunmamaktadır. Adil olan bir hüküm taraf için şaşırtıcı olabilir.²⁹⁰

Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına dâhil olmadığı hâllerde hâkim, objektif esaslı noktalar üzerinde anlaşma olduğuna kanaat getirirse, sözleşmede düzenlenmemiş olan hususları tamamlayarak değerlendirme yapacaktır.²⁹¹ Burada hâkime geniş bir yetki tanınmaktadır.

Bu başlık altında diğer incelenmesi gereken durum ise tacirlerin taraf olduğu sözleşmelerde beklenmezlik halinin oluşup oluşmayacağıdır.

Beklenmezlik halinin tespitinde temel kıstasın zayıf ve deneyimsizlik olduğu vurgulanmış, tüketici/tacir ayrımının yapılamayacağı ileri sürülmüştür.²⁹² Bununla birlikte, tacir değerlendirmesi yapılırken, genel işlem koşulu içeren sözleşme dışında farklı bir alternatifinin olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiği de ifade edilmiştir. Benzer şekilde tacirlerin de deneyimsiz olabileceği ve beklenmezlik halinin ortaya çıkabileceği ileri sürülmüştür.²⁹³

Şaşırtıcı koşul olarak nitelendirilen *sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olma halinin* yaptırımını ise aşağıda detaylıca inceleneceği üzere yazılmamış sayılma olarak karşımıza çıkmaktadır.

²⁸⁹Tuğçe TUZCUOĞLU 2020, age, s.156.

²⁹⁰Yeşim ATAMER 2001, age, s.110.

²⁹¹Hayrunnisa ÖZDEMİR 2016, agm, s.2355.

²⁹²Yeşim ATAMER 2001a, age, s.22.

²⁹³Tuğçe TUZCUOĞLU 2020, age, s.49.

3.2.4. Sonuçları

3.2.4.1 Yazılmamış Sayılma

Yürürlük denetimi sonucunda kanuni şartları sağlamadığı tespit edilen hükümler, sözleşme içeriğine dahil olmama gibi bir sonuç ile karşılaşacaktır. Bu durum TBK'nın 21.maddesinin 1.fıkrasında “*yazılmamış sayılma*” olarak ifade edilmiştir. Böylece mezkûr hükümler, sözleşme içeriğine dahil olamadığı için daha sonraki denetim aşamalarına geçemeyecektir.

BGB(§305c,f.1)²⁹⁴ maddesinde yazılmamış sayılma ifadesi *sözleşme kapsamına dahil olmuş sayılmaz* şeklinde ifade edilmiştir. Hukukumuzda yazılmamış sayılma ifadesi TTK'da yer almaktadır.²⁹⁵

Öğretide yazılmamış sayılma ifadesi eleştirilmiştir.²⁹⁶İfadenin uygunluğunu savunan yazarlar,²⁹⁷kavramın uygulanacak yaptırımı daha iyi vurguladığını, düzenleyenin bağlayıcılığı olmayan uzun genel işlem koşulları yazmakla, boş yere, emek ve zaman harcamamaları gerektiği uyarısında da bulunduğu ifade etmektedir. Bazı yazarlar²⁹⁸ise, *yazılmamış sayılma* ile *sözleşmeye dahil sayılmama* ifadelerinin aynı sonucu doğuracağını, hukukumuzdaki şekil serbestisi göz önünde bulundurulduğunda sadece yazılı şeklin arandığı hallerde değil yazıl şeklin aranmadığı hallerde de yazılmamış sayılma yaptırımı uygulanabileceğinden, mehaza uygun olarak sözleşmeye dahil saymama ifadesinin daha uygun olacağını belirtmektedir.

Yazılmamış sayılma yaptırımının hukuki niteliği de öğretilerde tartışma konusu olmuştur. Yazılmamış sayılma, kesin hükümsüzlükten daha ağır bir yaptırım olan esnek geçersizlik²⁹⁹olarak³⁰⁰tanımlandığı gibi terimin kullanıldığı maddeye göre değerlendirme yapılarak TBK'nın 21.maddesi kapsamında “*kısmi yokluk*” olarak değerlendirilmiştir.³⁰¹Yine bazı yazarlar, gerçek bir irade beyanı olmaması sebebiyle

²⁹⁴Murat AYDOĞDU 2014, age, s.277; Atilla ALTOP 2007, age, s.258; Muzaffer ŞEKER 2019, age, s.33.

²⁹⁵TTK m.675, 679, 682, 784, 786, 789.

²⁹⁶Yeşim ATAMER (2004), “Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar”, *Prof.Dr.Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan*, Seçkin Yayınları, Ankara, s.306. Yazar, yazılmış olanın yazılmamış sayılamayacağını, GİK'in şeklen yazılma zorunluluğunun olmadığı dolayısıyla mantık hatasının olduğu, anlatılmak istenenin sözleşme içeriğine dahil olmama olduğunu belirtmiştir.

²⁹⁷Nevzat KOÇ 2012, agm, s.89.

²⁹⁸Murat AYDOĞDU 2014, age, s.74.

²⁹⁹Gökhan ANTALYA 2019, age, s.181.

³⁰⁰Gökhan ANTALYA 2019, age, s.505.

³⁰¹Ayşe HAVUTÇU 2015, agm, s.265; Fikret EREN 2017, age, s.221; Mehmet AKÇAAL 2014, agm, s.63.

yazılmamış sayılmanın yokluk yaptırımına benzeyen ancak, kendine özgü bir yaptırım türü olduğunu³⁰²; her somut olaya göre ayrı değerlendirme yapılması gerektiği, ilişkilendirme anlaşmasının olmadığı hallerde yokluk, yürürlük denetiminde ise hükümsüzlük yaptırımı olacağını³⁰³ ifade etmiştir. Görüldüğü üzere öğretide yazılmamış sayılma kurumunun yokluk, kesin hükümsüzlük ve kendine has özellikleri olan yaptırım şeklinde görüşler söz konusudur.

3.2.4.2 Yazılmamış Sayılmanın Sözleşmeye Etkisi

TBK'nın 22.maddesi kapsamında yazılmamış sayılma yaptırımının sözleşmeye etkisi düzenlenmiştir. Maddenin ilk cümlesine göre *sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini korur*. Benzer düzenleme mehz BGB(§306)'de de görülmektedir.

Görüldüğü üzere TBK'nın 22.maddesi uyarınca yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümlerin geçerliliğini koruyacağını ifade edilmiştir. Mehz BGB(§306,f.1)'de de benzer düzenleme mevcuttur. Maddeye göre genel işlem koşulları kısmen veya tamamen sözleşmeye dahil olmamışsa veya geçersizse, sözleşme kalan muhtevası ile geçerli olarak kalır.³⁰⁴

TBK'nın 22.maddesinin ikinci cümlesine göre;

“bu durumda düzenleyen, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez.”

Burada sürecin TBK'nın 27.maddesi çerçevesinde de değerlendirilmesi gerekir.

TBK'nın 27.maddesinin 2.fıkrasına göre *sözleşmenin içerdigi hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur*. İlk görünüşte TBK'nın 22.maddesi ve TBK'nın 27.maddesinin 2.fıkrasının birbiri ile çeliştiği düşünülebilmektedir. Öyle ki Türk hukuku, mehz BGB(§306,f.3)'ten bu konuda ayrılmıştır.³⁰⁵

³⁰²Umut YENİOCAK 2013, agm, 86.

³⁰³Murat AYDOĞDU 2014, age, s.75 vd.; Ahmet Hakan DAĞDELEN 2019, agm, s.647-649.

³⁰⁴Murat AYDOĞDU 2014, age, s.277.

³⁰⁵Madde gerekçesinde de bu hususa değinilmiştir. “Bu düzenlemeyle, Alman Medenî Kanununun (BGB) 306 ncı maddesinin üçüncü fıkrasından ayrılmıştır. Böylece sözleşmeyi düzenleyenin Tasarının 27 nci maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi hükmünden kıyas yoluyla yararlanması önlenmiş bulunmaktadır.”

İşbu kısıtlayıcı hüküm ile düzenleyenin TBK'nın 27.maddesinin 2.fıkrasının ikinci cümlesinden kıyas yoluyla yararlanmasının önüne geçilmiştir. Türk hukukunda genel kural TBK'nın 27.maddesinin 2.fıkrasının birinci cümlesi olup, ikinci cümlesi istisnai haldir. Kanun koyucu bu istisnai hali de TBK'nın 22.maddesinin ikinci cümlesi ile kısıtlamıştır. Fakat bu kısıtlama karşı taraf için geçerli olmayacak, şartların oluşması halinde karşı taraf, kısmi geçersizliği sözleşmenin tamamına sirayet ettirebilecektir.³⁰⁶

Yine taraflar arasında TBK'nın 27.maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinin uygulanabilirliği, diğer bir tabirle, sözleşme hükümlerinin bazılarının geçersizliği halinde tüm sözleşmenin tümünün geçersiz sayılacağı akit altında alınabilir. Fakat bu durumda TBK'nın 22.maddesi emredici nitelikte olduğu için işbu akit hükümsüz olacaktır.³⁰⁷

Kanun koyucu TBK'nın 22.maddesi ile, yürürlük denetiminden geçemeyen hükümlerin olmaması halinde sözleşme yapmayacağını ileri sürecek düzenleyenin, önünü kapatmıştır. Öğreti³⁰⁸, bu durumu yasadan doğan sözleşme yapma veya sözleşmeyi devam ettirme zorunluluğu olarak ifade etmektedir.

Esaslı noktalarda uyuşmanın sağlanması sözleşmenin kurulması için olmazsa olmazdır. Buradan hareketle, *“yazılmamış sayılan bir hüküm, sözleşmenin esaslı noktasını teşkil ediyorsa, genel işlem şartlarını ihtiva eden sözleşme kurulamaz”* sonucuna varılabilir.³⁰⁹

Yazılmamış sayılan hükümler dışında kalan hükümlerin, sözleşmenin asgari içeriğini oluşturamadığı hallerde, sözleşmenin varlığından bahsedilemeyeceği ifade edilmektedir.³¹⁰ Bu halde TBK'nın 22.maddesi değerlendirilirken sözleşme içeriğinde kalan hükümlerin esaslı noktaları dikkate alınmalıdır.

Yazılmamış sayılma yaptırımını ile sözleşme dışında kalan genel işlem koşulu niteliğindeki hükmün doldurulması nasıl olacaktır?

Mehaz BGB(§306,f.2) maddesine göre, genel işlem koşullarının geçersizliği veya sözleşmeye dahil olmaması halinde, sözleşmenin içeriği yasal düzenlemelere

³⁰⁶Gökhan ANTALYA 2019, age, s.506.

³⁰⁷Murat AYDOĞDU 2014, age, s.83.

³⁰⁸age, s.80.

³⁰⁹Yeşim ATAMER 2012, age, s.32; Hayrunnisa ÖZDEMİR 2016, agm, s.2356; Mehmet AKÇAAL 2014, agm, s.59; Murat AYDOĞDU 2014, age, s.79.

³¹⁰Umut YENİOCAK 2013, agm, 90; Adem YELMEN 2015, agm, s.387.

göre tayin edilir.³¹¹Mehaz hükümde sözleşme boşluğunun yasal düzenlemelerle doldurulacağı açıkça hüküm altına alınsa da bu kural özel olarak hukukumuzda alınmamıştır. Fakat TBK'nın 2.maddesi genel hüküm niteliğinde olup Türk hukuku açısından böyle bir ihtiyaç oluşmamaktadır.³¹²

Böyle bir durumda ortaya çıktığında öncelikle emredici hukuk kuralları, eğer yok ise tamamlayıcı hukuk kuralları gündeme gelecektir. Genel işlem koşulu denetim müessesesinin temel amacı taraflar arasındaki dengesizliği adaletli bir şekilde dengelemektedir. Dolayısıyla bu amaç, tamamlayıcı hukuk kurallarının varoluş felsefesi ile de uyumaktadır. Öğretide³¹³ tarafların farazi iradesini araştırmanın ikinci seçenek olması gerektiği vurgulanmıştır. Bu durumda hâkim, hüküm nasıl doldurulacak sorusuna, dürüstlük kuralları çerçevesinde objektif olarak mutabık kalınabilecek makul bir cevap arayacaktır.

3.2.5. İlaç Temin Sözleşmesi Kapsamında Değerlendirme

SGK ile eczacı arasında akdedilen İlaç Temin Protokolü kapsamında yer alan genel işlem koşullarının yürürlük denetimini geçip geçemeyeceği hususunun irdelenmesi gerekir.

Ticari hayatta işlem güvenliğinin sağlanması ile mal değişiminin hızlı ve sürtüşmesiz gerçekleşmesi ihtiyacı, tacirler arasında genel işlem koşullarının değerlendirmesinde önem arz etmiştir. Fakat tacirler arasındaki güç dengesinin bozulması halinde dahi işlem güvenliğine ağırlık verilmesi gerektiği öğretide savunulmuştur. Öğretide tacirin; genel işlem koşulları konusunda bilgilendirme veya içeriği öğrenme talebini önemsemeyerek süratle sözleşmeyi sonlandırma isteğine vurgu yapılmıştır.³¹⁴Bu durumda eczacının tacir sıfatı, yürürlük denetiminde önemli rol oynayacaktır.

³¹¹Çeviri için bkz, Murat AYDOĞDU 2014, age, s.277.

³¹²Hayrunnisa ÖZDEMİR 2016, agm, s.2356; Murat AYDOĞDU 2014, age, s.81.

³¹³Yeşim ATAMER 2001b, age, s.121.

³¹⁴age, s.86.

3.2.5.1 Açık Bilgilendirme Açısından

Yukarıda izah edildiği üzere düzenleyen taraf olan SGK'nın, sözleşme/protokol içeriğindeki genel işlem koşullarının varlığı noktasında eczacıyı açıkça bilgilendirmesi gerekmektedir.

Her ne kadar öğretide, tacirlerin genel işlem koşulları kapsamında açıkça uyarılmış olmasa da mezkûr hükümlerle bağlı olacağı ifade edilse de³¹⁵ tacirin bu şartlarla ilgili hukuki, ekonomik ve sosyolojik anlamda güçlü olan düzenleyen ile müzakere yapabilme kabiliyetine haiz olup olmadığının da değerlendirilmesi gerekmektedir.

Taraflar arasında akdedilen tip sözleşme incelendiğinde metin içerisinde genel işlem koşullarının varlığı noktasında bir bilgilendirmeye rastlanılmamıştır.

Bununla birlikte Protokolün 7.17 maddesinde yer alan;

*“Bu Protokol ve ilgili SUT hükümlerinin uygulanmasına yönelik olarak sözleşmeli eczane sahibi eczacıların ve eczacılık fakültesi öğrencilerinin **bilgilendirilmesi** ve eğitilmesi için Kurum, Türk Eczacıları Birliği ve Eczacı Odaları iş birliği halinde programlar hazırlar ve uygular.”*

hükmü, TBK'nın 21.maddesinin 1.fıkrasının sözleşme içerisine yansımış halidir. Bu hüküm ile SGK, paydaş kurumlarla işbu protokole yönelik eğitim programı düzenlemeyi taahhüt etmiştir. Fakat uygulamada böyle bir program ve eğitime rastlanılmamıştır. Her ne kadar bu hüküm akit altına alınmış olsa da düzenleyenin açıkça bilgilendirme yükümlülüğü sözleşme kurulmadan önce olması gerektiğinden,³¹⁶ sözleşmede böyle bir bilgilendirme yapılacağının taahhüt edilmesi düzenleyen SGK açısından eksiklik olarak tespit edilmiştir.

Yine İlaç Temin Protokolü'nün hazırlanma/revize görüşmelerine, 6643 sayılı kanun kapsamında eczacıları temsilen TEB yetkilileri katılmaktadır. SGK, işbu görüşmelerde, eczacıyı temsilen TEB yetkililerini genel işlem koşulları noktasında bilgilendirdiğini ispatlaması gerekmektedir. Zira TBK'nın 20.maddesinin 3.fıkrası uyarınca SGK, genel işlem koşullarının tartışıldığına ilişkin kayıtları sunmuş olsa bile mezkûr kayıtlar tek başına, ilgili hükümleri genel işlem koşulu olduğu gerçeğini değiştirmeyecektir. Zira bir kuruluşun kendi üyeleri adına toplu görüşmeler yaparak tesis ettiği sözleşmelerin bireysel sözleşme yerine geçmemesi sebebiyle ilgili

³¹⁵Tuğçe TUZCUOĞLU 2020, age, s.47.

³¹⁶Gökhan ANTALYA 2019, age, s.496.

hükümler genel işlem koşulu denetimine tabi olacaktır.³¹⁷ Yine TEB yetkililerinin içeriğe etki etme noktasında gücü yok ise söz konusu koşulların tartışılmış olması şekli kalacaktır.

İlaç Temin Protokolü revizyon görüşmelerinde sözleşmenin esaslı unsurları üzerinde yapılan müzakereler diğer hükümlerin genel işlem koşulu olması gerçeğini değiştirmeyecektir. Her ne kadar TKHK'nın 5.maddesinin 3.fıkrasında bu husus;

“Sözleşmenin bütün olarak değerlendirilmesinden standart sözleşme olduğu sonucuna varılırsa, bu sözleşmedeki bir şartın belirli unsurlarının veya münferit bir hükmünün müzakere edilmiş olması, sözleşmenin kalan kısmına bu maddenin uygulanmasını engellemez.”

şeklinde düzenlenmiş olsa da TBK'da böyle somut bir ifadenin olmaması düzenleyen lehine yorumlanamayacaktır. Zira TBK'da düzenlenen genel işlem koşullarının temel amacı doğrultusunda benzer yorum karşı taraf lehine yapılabilecektir.³¹⁸ Bu durumda sözleşmenin esaslı noktalarının müzakere edilmesi, genel işlem koşullarının da müzakere edildiği anlamına gelmeyecektir.

Bununla birlikte taraflar arasındaki sözleşme hükümlerinin internet sitesinde yayınlanması açıkça bilgilendirme şartını sağlamamaktadır. Zira ilan yoluyla bilgilendirme yapılabilmesi için sözleşme içerisindeki genel işlem koşullarına dikkat çekilmesi gerekmektedir. Salt sözleşme metninin yayınlanması açıkça bilgilendirme şartını taşımayacaktır.³¹⁹

Çalışma konumuz olan İlaç Temin Protokolü kapsamında, SGK tarafından sözleşme içeriğinde yer alan genel işlem koşullarına yönelik, ne sözleşme içerisinde ne ilan yoluyla ne de başka bir yöntemle açıkça bilgilendirme yapıldığı tespit edilmiştir. Bununla birlikte eczacının tacir olması, meslek odasına bağlı olması, birlik gücüne sahip olması gibi kıstaslar göz önünde bulundurulduğunda ortalama bir tüketiciye yapılması istenen bilgilendirme kıstasının beklenemeyeceği de açıktır.

3.2.5.2 İçeriğin Öğrenilmesine İmkân Sağlanması Açısından

Kanun lafzı gereği SGK, karşı taraf olan eczacıya İlaç Temin Protokolü kapsamındaki genel işlem koşulları içeriğinin öğrenilmesi yönünde imkân sağlamakla

³¹⁷Murat AYDOĞDU 2014, age, s.55.

³¹⁸Murat AYDOĞDU 2011, agm, s.34.

³¹⁹Hilal YÜKSEL 2023, agt, s.119.

yükümlüdür. Bu kapsamda SGK'nın, internet sitesi üzerinden yayımladığı İlaç Temin Protokolü çerçevesinde eczacıya bu imkânı sağladığı söylenebilecektir.

Yine her dört yılda bir yenilenen İlaç Temin Protokolü kapsamında her yıl imzalanan İlaç Temin Protokolü'nün 2009 yılından bu yana internet sitesinden yayınlanmış olması makul süre kıstasını da sağladığı söylenebilecektir.

3.2.5.3 Kabul Açısından

Genel işlem koşullarının sözleşme içeriği haline gelebilmesi için arzu edilen irade beyanı tam kabuldür. Yukarıda açıkladığımız gerekçelerle kanun koyucu global kabulü de yasaklamamıştır.

Uygulamada SGK ve eczacı arasında akdedilen sözleşmenin karmaşık yapısı, eczacının mevzuat bilgisinin yetersiz olması gibi hususlar bir arada değerlendirildiğinde, eczacının işbu genel işlem koşullarının sözleşme içeriği olarak kabul edilmesine yönelik gösterdiği beyanın global beyan olduğunu söylemek doğru olacaktır.

Diğer yandan, eczacının kabul beyanının türünü tespit ederken, gerçekten farklı bir alternatifinin olup olmadığı da tartışmalıdır. Eczacı, basiretli bir tacir gibi davranıp genel işlem koşulları noktasında her türlü bilgiye ulaşsa bile işbu koşulları kabul etmeme gibi bir seçeneği yoktur.³²⁰ Dolayısıyla her ne şart olursa olsun eczacının ortaya çıkan iradesinin tam kabul olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.

Taraflar arasındaki hukuki ilişkide, açıkça bilgilendirme ve içeriğin öğrenilmesine imkân sağlama unsurlarının gerçekleştiği kabul edilse dahi eczacının genel işlem koşulları yönünden tam bir farkındalığa sahip olduğu söylenemeyecektir. Fakat eczacının bu durumu taraflar arasındaki genel işlem koşullarının yürürlük denetiminden geçemeyeceği sonucunu doğurmayacaktır. Çünkü eczacının tacir vasfından dolayı basiretli tacir gibi davranma yükümlülüğü olup, genel işlem koşulları korumasından faydalanırken tüketici süreçlerinin emsal alınması, en azından bu denetim aşamasında hakkaniyetli olmayacaktır.

³²⁰Danıştay 15.Daire'nin 27/11/2018 tarih ve 2016/3732 E., 2018/7862 K. sayılı kararı; “..sağlık hizmetinin temel alıcısı olan davalı idarenin, sağlık hizmet sunuları ile sözleşme yapmaması halinde, sağlık hizmet sunucularının iktisadi ve ticari faaliyetlerini devam ettirmeleri mümkün olamayacağından, sözleşme yapılmama hallerinin ve süresinin adalet ve eşitliği sağlayacak şekilde objektif kriterler üzerinden belirlenmesi gerektiği,”

3.2.5.4 Yazılmamış Sayılma Açısından

TBK'nın 21.maddesi kapsamında karşı taraf eczacının, sözleşmenin tüm içeriğini öğrenip anlayarak kabul etmesinin önemli olmadığı, sözleşme içerisinde genel işlem koşulları kullanıldığı yönünde hakimiyet sağlaması yeterli görülecektir. Her ne kadar SGK'nın TBK'nın 21.maddesi kapsamındaki ödevlerini yerine getirip getirmediği tartışmalı olsa da eczacının tacir vasfını haiz olması sebebiyle bu denetim aşamasında tüketiciye sağlanan kuvvetli korumadan yararlanamayacağı aşıkardır.

Taraflar arasında gerçekleştirilen sözleşme ilişkisinde; düzenleyen tarafından açık bilgilendirmenin yapıldığı, içeriğin öğrenilmesine imkân verildiği, buna karşılık karşı taraf eczacının da en azından global beyanı olduğundan, sözleşme/protokol içerisinde yer alan genel işlem koşullarının yürürlük denetiminden geçebileceğini düşünmekteyiz.

3.2.5.5 Şaşırtıcı Koşullar Açısından

Öğretide yetkili mahkemeyi değiştiren hükümler, şaşırtıcı şart olarak nitelendirilmiştir.³²¹

Çalışmamız konusunu oluşturan İlaç Temin Protokolü'nde şaşırtıcı koşullara örnek olarak yetkili mahkemeyi değiştiren hükümler gösterilebilecektir.³²² Benzer şekilde İlaç Temin Protokolü'nün temel amacı olan sigortalılara ilaç tedariki ile çelişen hükümler şaşırtıcı koşul olarak nitelendirilebilecektir.

İlaç Temin Protokolü'nün 8.2.maddesine göre;

“Taşra teşkilatı ile eczaneler arasında imzalanan sözleşmelerin uygulanmasından doğan uyuşmazlıklarda sözleşmeyi yapan taşra teşkilatının bulunduğu yer mahkemeleri ve icra daireleri yetkilidir.”

Fiili durumda SGK taşra teşkilatı, birden fazla ilde bulunan eczane ile sözleşme yapabilmektedir. Örneğin; SGK İstanbul taşra teşkilatı; İstanbul, Kırklareli, Edirne ve Yalova illerinde bulunan eczanelerle sözleşme yapmaktadır. Bu durumda İstanbul dışında yer alan eczaneler ile taşra teşkilatı arasında yargıya intikal eden uyuşmazlıkların görülme yeri İstanbul mahkemeleri olacaktır. Yetki sözleşmesi niteliğindeki bu hüküm, İstanbul dışındaki eczaneler için doğrudan veya dolaylı

³²¹Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU 2014, age, s.237; Yeşim ATAMER 2001b, age, s.112.

³²²Yeşim ATAMER 2001b, age, s.112-113; Esra KAŞAK 2012, agm, s.423; Gökhan ANTALYA 2019, age, s.503.

külfetleri beraberinde getirebilecektir. Dolayısıyla ilgili hüküm, eczanenin adalete erişim hakkını güçleştireceği ve dürüstlük kuralına aykırı bir orantısızlık oluşturabileceğinden, kanımızca, şaşırtıcı koşul olarak nitelendirilebilecektir. Zira taraflar arasında çatışan menfaatler değerlendirildiğinde, eczacının mahkemeye erişim ve adil yargılanma hakkının ağır basacağı ve ilgili genel işlem koşulunun kamu düzenine aykırı olacağı değerlendirilebilecektir.³²³

Somut örnekte olduğu gibi (eczacı/SGK) taraflar arasında akdedilen yetki sözleşmesi, HMK'nın 17.maddesi ve TBK'nın 20. ve 25.hükümleri arasında düzenlenen hükümleri açısından değerlendirilmelidir. İlgili tarafların yaptığı sözleşmenin HMK'nın 17.maddesi uyarınca bağlayıcı olduğu açıktır. Fakat her taciri/kurumu hukuki açıdan eşit g  te gören bu anlayış, uygulamada zayıf taraflı koruma kapsamı dışına almaktadır. Öğretide, böyle bir durumda yetki kayıtlarının geçerli olacağı, yürürlük denetimi yapılamayacağı fakat dürüstlük kuralına aykırı şekilde sözleşmeye dahil edilmesi halinde genel işlem koşulları denetimine tabi olacağı savunulmuştur.³²⁴ Gerçekten de tacirlerin, TBK'da yer alan hükümler kapsamında genel işlem koşullarına karşı koruma altına alındığı göz önünde bulundurulduğunda, dürüstlük kuralına aykırı bu yetki kaydının şaşırtıcı koşul olarak değerlendirilmesi, bu mümkün olmaz ise en azından içerik denetiminden geçmemesi gerektiğini düşünmekteyiz.

3.3 YORUM DENETİMİ

3.3.1. Genel Olarak

Yorum denetimi TBK'nın 23.maddesi kapsamında düzenlenmiş olup unsurları ve yaptırımını açıkça ortaya konmuştur.³²⁵ TBK'nın 23.maddesi uyarınca genel işlem

³²³Yeřim ATAMER 2001b, age, s.283.

³²⁴Tuę e TUZCUOğLU 2020, age, s.70.

³²⁵Madde gerekçesinde “Maddeye göre, açık ve anlaşılır olmayan veya birden çok anlama gelen genel işlem koşulları, düzenleyenin aleyhine ve diğer tarafın lehine yorumlanır. Bu esaslar, 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun 2 nci maddesinde öngörülen dürüstlük kurallarının, genel işlem koşullarının yorumlanması bakımından özel bir uygulama alanı oluşturur. Gerçekten, d zenleyenden, sözleşme koşullarını dürüstlük kurallarının gerektirdiği önemi vererek hazırlaması beklenir. Sözleşmede açık olmayan veya duraksamaya sebep olan noktalar, düzenleyen aleyhine yorumlanacaktır. Sözleşme hükümlerinin düzenleyen aleyhine yorumlanması için, düzenleyenin o sözleşme bakımından uzman olması da gerekmez. Aksine bir çözüm tarzı, bir genel hukuk ilkesi olan, “ elişkili davranma yasağı”na (nemo audiatur propriam turpitudinem allegans) aykırı düşer. Sonuç olarak, bu tür genel işlem koşulları daima diğer taraf lehine yorumlanır. Nitekim, Roma hukukundan gelen “in dubio contra stipulatorem” (Sözleşme, şüphe h linde düzenleyen aleyhine yorumlanır) genel ilkesinden de aynı sonuç çıkmaktadır. Bu genel ilke ve buna uygun olan madde, sözleşmeyi veya sözleşmedeki bir hükmü

koşullarını düzenleyen, mezkûr hükümleri açık, anlaşılır ve birden çok anlama gelmeyecek şekilde hazırlama yükümlülüğü altındadır.³²⁶

Yorum denetimi, Roma Hukuku'ndan süre gelen “*in dubio contra stipulatorem*” (sözleşme, şüphe halinde düzenleyen aleyhine yorumlanır) ilkesinin uygulamaya yansıtılmış halidir.³²⁷

Yorum denetimi, BGB(§305c,f.2)'de de açıkça düzenlenmiştir. Maddeye göre, genel işlem koşullarının yorumunda, tereddüt halinde kullanan aleyhine olan anlam dikkate alınır.³²⁸ Buradaki genel işlem koşullarının açık ve anlaşılır olması gerekliliği, şeffaflık şartının bir sonucudur. Aslında aşağıda ayrıntılı olarak değinildiği üzere şeffaflık şartı da genel işlem koşullarının öğrenme imkânının karşı tarafa makul şekilde sunulmasından türemiştir³²⁹

Beyan sahibinin gerçek iradesini araştırma olarak tanımlanan yorum, beyanın amacını belirlemeye imkân veren her hadiseyi inceleme konusuna alır.³³⁰ Öğretide³³¹ yorum denetimi, tarafların sözleşmede yer alan irade beyanlarının hâkim tarafından araştırılması ve ne anlama geldiğinin tespit edilmesi olarak tanımlanmıştır. Bazı yazarlar³³² ise yorum denetimini maddi içeriği anlamlandırma olarak ifade etmiştir.

Öğretide ve yargı kararlarında yorum denetimi yerine belirsizlik ilkesi kavramının kullanıldığı görülmektedir.³³³ Belirsizlik ilkesi, genel işlem koşulu yorumlanırken, hükmün içeriğine yönelik tereddüt/ihtilaf söz konusu olduğunda, hükmün zayıf taraf konumunda olan lehine yorumlanması olarak

ya da bir sözcüğü kaleme alanın, onu istediği gibi ifade etme olanağına sahip bulunması sebebiyle, kaleme aldığı metnin kendi aleyhine yorumlanmasına katlanması gerektiği düşüncesine dayanmaktadır. Aynı şekilde, bir hükmü düşündüğü gibi yazmamış olan kişinin, “bu hüküm şöyle anlaşılmalıdır.” şeklinde, sonradan yapacağı yorum haklı sayılamaz. Alman Medenî Kanunun (BGB) 305c maddesinin ikinci fıkrasında benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir.” şeklinde ifade edilmiştir.

³²⁶Yeşim ATAMER 2001b, age, s.135; Fahri Erdem KAŞAK 2019, agm, s.209.

³²⁷Atilla ALTOP 2007, age, s.8; Çağlar ÖZEL 2006, agm, s.160; Mehmet DEMİR (2008), “2008 Şubat Tarihli Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nın Genel İşlem Koşulları’na İlişkin Maddelerinin(M.20-25) Değerlendirilmesi ve Çözüm Önerileri”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Cilt 21, Sayı 76, s.221.

³²⁸Çeviri için bkz, Murat AYDOĞDU 2014, age, s.277.

³²⁹Hilal YÜKSEL 2023, agt, s.127.

³³⁰Cemal OĞUZ 1993, agt, s.76.

³³¹Tuğçe TUZCUOĞLU 2020, age, s.191.

³³²Gökhan ANTALYA 2019, age, s.507.

³³³Yargıtay 11.Hukuk Dairesi’nin 21.5.2018 tarihli ve 2016/11123 E., 2018/3743 K. sayılı kararı, Yeşim ATAMER 2001b, age, s.134.

tanımlanabilir.³³⁴ İlkenin varlığı, zayıf konumda olan kişiyi korumakla birlikte, güçlü olan kişiyi de belirli ve net cümleler kurmaya zorlamaktadır.

Genel işlem koşulu ihtiva eden sözleşmelerde müzakere sürecinin işletilmemesi sebebiyle yorum denetiminde, sözleşme öncesi taraf iradelerinin değerlendirilmesi mümkün değildir.³³⁵

Öğretide yorum denetiminin bir denetim aracı olmadığını öne süren yazarlar, bu düşüncesini, mevcut yorumlardan düzenleyen aleyhine olanı tespit etme aracı olarak gerekçelendirmektedir.³³⁶ Bazı yazarlar,³³⁷ genel işlem koşulu sorununa kalıcı bir çözümün ancak içerik denetimi yoluyla üretilebileceğini savunmuş, yorum denetimi ile karşı taraf korunmasında sadece bir aşama kaydedilebileceğini ifade ederek, içerik denetimine olan ihtiyacın bertaraf edilemeyeceğini dile getirmiştir. Yine sözleşmenin zayıf tarafının korunması, yorum denetiminin değil içerik denetiminin amacı olduğu savunulmuştur.³³⁸ Bununla birlikte ilgili madde, subjektif unsurlar içermesi sebebiyle eleştirilmiştir.³³⁹

Yorum sürecinde karşı tarafın vasfı tüketici ise; taşıdığı vasıfları yorum da göz önünde bulundurulmayacaktır.³⁴⁰ Bunun aksine karşı tarafın tacir olması halinde bu vasıflar değerlendirmeye alınacaktır.

Yorum denetimi incelenirken çalışmamızda sırasıyla, yorumun şartları, yorum araçları, yorum ilkeleri ve yaptırım incelenecektir.

3.3.2 Yorumun Şartları

Genel işlem koşulunun hâkim tarafından denetimi; yürürlük, yorum ve içerik denetimi olarak yapılmaktadır. İşbu kapsamda konumuz gereği yorum denetiminin yapılabilmesi için öncelikle yorumun şartlarının oluşması gerekmektedir.

³³⁴Tuğçe TUZCUOĞLU 2020, age, s.50; Yeşim ATAMER 2001b, age, s.24.

³³⁵Cemal OĞUZ 1993, agt, s.75.

³³⁶Ayşe HAVUTÇU 2011, agm, s.46.

³³⁷Yeşim ATAMER 2001b, age, s.142.

³³⁸Fahri Erdem KAŞAK 2019, agm, s.198.

³³⁹Türkiye Bankalar Birliği (2005), Tavsiye Kararları, İstanbul, <https://www.tbb.org.tr/tr/bankacilik/duzenlemeler/tbb-gorusleri-ve-tavsiye-kararlari/77>, ET. 30.03.2024 “Madde sözleşme serbestisine ve eşitlik ilkesine aykırıdır. Subjektif yorumlara yol açabileceğinden, sözleşmeyi düzenleyenlerin haksız şekilde mağduriyetine neden olabilecektir. Bu nedenle yorumla ilgili genel kurallarla yetinilmesi ve maddenin Tasarı’dan çıkarılması yerinde olacaktır.”

³⁴⁰Cemal OĞUZ 1993, agt, s.90 “Tüketicinin hukukçu olması gibi”

3.3.2.1. Genel İşlem Koşulunun Varlığı

TBK m.23 uyarınca genel işlem koşullarının yorumlanabilmesi için sürecin doğal akışı gereği öncelikle genel işlem koşulunun varlığı gerekmektedir. Böylece sözleşme hükmü haline gelmeyen, yürürlük denetiminden geçemeyen bir hükmün genel işlem koşulu vasfı olmadığı için yorumlanması mümkün olmayacaktır. Bu kapsamda yorum denetimi yapılırken öncelikle TBK'nın 20.maddesi kapsamında genel işlem koşulunun varlığı aranacaktır.

3.3.2.2. Bireysel Anlaşmanın Olmaması

Genel işlem koşullarının bu aşamada denetimi yapılırken; önce bireysel anlaşmanın var olup olmadığı tespit edilecek, eğer yok ise yorum denetimine geçilecektir.³⁴¹

Tarafların, genel işlem koşuluna alternatif olarak bireysel bir anlaşma yapması halinde, bireysel anlaşmaya öncelik verilmesi gerekmektedir. Zira; bireysel anlaşma taraf iradelerinin sağlıklı yansıması noktasında genel işlem koşullarına üstünlük sağlayacaktır.³⁴²

İşbu süreç öğretide “*bireysel anlaşmaların önceliği ilkesi*”³⁴³ ve “*taraf iradeleri ile kurulan klasik sözleşmelerin önceliği ilkesi*”³⁴⁴ olarak nitelendirilmiştir.

Bireysel anlaşmaların genel işlem koşullarına göre öncelikle uygulanması gerektiği BGB(§305b)'de açıkça düzenlenmiştir. Bu duruma yönelik hukukumuzda açık bir hüküm bulunmamaktadır.³⁴⁵ Yargıtay da kararlarında bireysel anlaşmaların önceliğine vurgu yapmıştır.³⁴⁶

³⁴¹Yeşim ATAMER 2001b, age, s.124.

³⁴²Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU 2014, age, s.236; Manfred REHBİNDER ve Ömer TEOMAN 2011, agm, s.649; Tuğçe TUZCUOĞLU 2020, age, s.50; Murat AYDOĞDU 2011, age, s.11.

³⁴³Yeşim ATAMER 2001a, age, s.24.

³⁴⁴Tuğçe TUZCUOĞLU 2020, age, s.50.

³⁴⁵İbrahim KAPLAN (1991), “Banka Standart Sözleşmeleri ve Banka Genel İşlem Şartları”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt 16, Sayı 2, Ankara, s.63 “İtalyan ve Alman hukuklarının aksine İsviçre-Türk Borçlar Hukukunda bu konuda genel veya özel bir hüküm yoktur. Genel kabule göre, taraflar genel işlem şartlarının aksini sözleşmenin bir maddesi ile kabul etmişlerse bu kabulleri geçerlidir ve önce aksi kararlaştırılan bu özel kuralın, genel işlem şartlarındaki kurallardan önce uygulanması gerekir”;

³⁴⁶Yargıtay 11.Hukuk Dairesi'nin 14.04.1995 tarihli ve 1995/1993 E., 1995/3369 K. sayılı kararı.

Genel işlem koşulları, bireysel anlaşmalarla doğrudan ve dolaylı olarak çelişmesi durumunda, bireysel anlaşmalarla arasındaki hiyerarşik ilişki nedeniyle sözleşme içeriği haline gelemeyizler.³⁴⁷

Öğretide taraf anlaşmalarına aykırı genel işlem koşullarının, bu anlaşmalarla arasındaki hiyerarşik ilişki nedeniyle sözleşme içeriği haline gelemeyeceği, sigorta ilişkisi üzerinden süreç örneklenerek, sigorta ettirenin asıl amacının belirli bir zarara karşı korunmak olmasına karşı sigortacı tarafından herhangi bir kayıt ileri sürülmediği takdirde, genel işlem koşulları içerisinde yer alan ve bu zararı sigorta kapsamı dışında bırakan her koşulun geçersiz olduğu ifade edilmiştir.³⁴⁸ Benzer şekilde eczacı ve SGK arasındaki İlaç Temin Protokolü'nün asıl amacının sigortalıya ilaç tedarik etmek olduğu düşünüldüğünde, birtakım genel işlem koşulları ile sigortalının ilaca erişimini engelleyici hükümlerin geçersiz olacağı söylenebilir.

Sonuç olarak, bireysel anlaşmalar taraf iradelerinin özgür olarak yansımasının bir sonucu olduğundan dolayı, genel işlem koşulları ile çelişmesi halinde öncelik taşıyacaktır.³⁴⁹

3.3.2.3. Uyuşmazlığın Ortaya Çıkması

Genel işlem koşulunun varlığı tespit edildikten sonra aynı konu ile ilgili bireysel bir anlaşmanın olup olmadığı sorgulanacaktır. Eğer konu ile ilgili öncelikle uygulanması gereken bireysel bir anlaşma mevcut değil ise yorum denetimi sürecinin sonlandırılabilmesi için iki tarafın kayda farklı anlam yüklediği bir uyuşmazlığın ortaya çıkması gerekir. İlgili uyuşmazlığın ortaya çıkması, kanun kapsamında düzenleyen üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmemesi kaynaklıdır.

3.3.2.3.1. Açık ve Anlaşılır Olmama

TBK'nın 23.maddesine göre genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm açık ve anlaşılır olmak durumundadır. Bir genel işlem koşulunu açık ve anlaşılır şekilde yazma yükümlülüğü ise düzenleyene aittir.

Taraf iradelerinin özgür bir şekilde sözleşme içeriğine yansıtılabilmesi için sözleşme hükümlerinin açık ve anlaşılır olması önem arz etmektedir. Açık ve anlaşılır

³⁴⁷Cemal OĞUZ 1993, agt, s.83-85.

³⁴⁸agt, s.83.

³⁴⁹Murat AYDOĞDU 2014, age, s.44.

olmanın tespitinde ölçü olarak, dürüst ve ortalamaya zekaya sahip bireyin bilgisi esas alınır.³⁵⁰

Kanun lafzında yer alan açık ve anlaşılır olmama kavramı öğretide eleştirilmiştir. Hükmün lafzında geçen bu ifadenin BGB’de yer alan açık olmama kuralına karşılık geldiği, bu sebeple anlam kargaşasına yol açtığı, genel işlem koşuluna hiçbir anlam yüklenemeyen hâllere “*açık ve anlaşılır olmama*” anlamı hasredileceği ifade edilmiştir.³⁵¹ Ortaya çıkan karışıklığı temel sebebi BGB(§307,f.2) ile BGB(§305c,f.2)’de yer alan iki kriterin hukukumuzda TBK’nın 23.maddesi kapsamında bir araya getirilmesidir.³⁵²

Zira açık ve anlaşılır olmayan bir hükümden asgari iki farklı anlamın çıkması olağan akışa aykırıdır.³⁵³ Bu durumda açık ve anlaşılır olmayan bir hükmün içerik denetimine konu edilmesi, kanunun mehzazı olan BGB(§307,f.1)’ye de uygun düşecektir.³⁵⁴ Öğretide³⁵⁵, yorum denetimine ilişkin yaptırımın, düzenleyen aleyhine yorum değil geçersizlik olması gerektiği savunulmuştur. Buna gerekçe olarak, açık ve anlaşılır olmayan bir hükümden karşı taraf lehine yorum çıkarmanın da zorlama bir durum olacağını ileri sürülmüştür.

3.3.2.3.1.1 Şeffaflık Denetimi

Klasik anlamda genel işlem koşullarının denetimi yürürlük, yorum ve içerik denetimi olarak sayılmaktadır. Bununla birlikte son yıllarda öğretide tartışılan diğer bir denetim süreci şeffaflık, saydamlık³⁵⁶ denetimi olarak karşımıza çıkmaktadır. İki kavram da açık ve anlaşılır olmama halini ifade etmektedir.

Genel işlem koşullarının hukuk aleminde geçerli olabilmesi için düzenleyen tarafından açık ve anlaşılır bir biçimde düzenlenmesi gerekmektedir. İlgili hükümler nazarında karşı tarafın hak ve yükümlülüklerini bilmesi, karşı taraf için makul bir beklentidir.

³⁵⁰Murat AYDOĞDU 2014, age, s.117.

³⁵¹Fahri Erdem KAŞAK 2019, agm, s.206.

³⁵²Murat AYDOĞDU 2014, age, s.119.

³⁵³Fahri Erdem KAŞAK 2019, agm, s.213; Yeşim ATAMER 2001b, age, s.140.

³⁵⁴Fahri Erdem KAŞAK 2019, age, s.217.

³⁵⁵Murat AYDOĞDU 2014, age, s.120.

³⁵⁶Gökhan ANTALYA ve Doğa DOĞANCI 2018, agm, s.826.

Saydamlık ilkesi olarak da bilinen şeffaflık ilkesi, düzenleyene, düzenlediği hükümlerin açık, şeffaf, okunaklı olması noktasında yükümlülük altına sokar. Bu sürecin denetimi ise şeffaflık (saydamlık)denetimi olarak ifade edilir.

Öğretide bu ilkenin bağımsız bir denetim olduğunu savunan yazarlar olduğu gibi³⁵⁷, bunun aksini düşünen yazarlar da mevcuttur.³⁵⁸ Bu kapsamda şeffaflık denetimi, ayrı bir denetim şekli olarak değil “açık ve anlaşılır olmama” başlığı altında değerlendirilecektir.

Yönerge’nin 5.maddesinin c.1 fıkrası ile şeffaflık ilkesi açıkça düzenlemeye kavuşmuştur.³⁵⁹ Bununla birlikte Alman hukukunda ise BGB(§307,f.1,c.2) uyarınca şeffaflık ilkesine değinilmiştir.³⁶⁰

Hukukumuzda ise benzer düzenleme TBK’nın 23.maddesi(*açık ve anlaşılır değilse*), TKHK’nın 4.maddesinin 1.fıkrası (*anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir*), TKHK m.5/4(*açık ve anlaşılır bir dil*) ve TKHK’nın 5.maddesinin 7.fıkrası(*açık ve anlaşılır bir dil*) uyarınca kaleme alınmıştır.³⁶¹

Öğretide şeffaflık ilkesinin, rekabet sürecine pozitif etkisi olacağı dile getirilmiştir.³⁶² Şeffaflık ilkesinin ihlal edilmesi neticesinde karşı taraf, makul ve lehe olan diğer sözleşme tekliflerinden de mahrum kalacaktır. Bununla birlikte şeffaflık ilkesini ihlal eden düzenleyen, zaman içerisinde güven kaybedecektir. Bunun tam aksine şeffaflık ilkesi uyarınca karşı tarafı açık ve anlaşılır şekilde bilgilendiren düzenleyen, rekabet ilişkisinde avantaj sağlayacaktır.³⁶³

Şeffaflık ilkesi çerçevesinde genel işlem koşullarının açık ve anlaşılır bir şekilde sunulması, karşı tarafa rasyonel bir karar verme imkânı sağlayacaktır.³⁶⁴ Bununla birlikte şeffaflık; sözleşme özgürlüğünün korunmasına, piyasanın saydamlığına katkı sağlayacaktır.³⁶⁵

³⁵⁷ Ayşe ŞİMŞEK 2015, agm, s.360.

³⁵⁸ Tuğçe TUZCUOĞLU 2020, age, s.54 (Dipnot 79)

³⁵⁹ Yönerge m.5/c.1’e göre “Tüketiciye sunulan belirli koşulların veya tüm sözleşmenin yazılı olması halinde, bu koşulların daima açık ve anlaşılır bir dille yazılmış olması gerekir.”

³⁶⁰ Maddeye göre, “Kuralın açık ve anlaşılabilir biçimde kaleme alınmamış olmasından da, ölçüsüz(önemli) bir mağduriyetin varlığı sonucuna varılabilir.” Bkz. Murat AYDOĞDU 2014, age, s.278.

³⁶¹ Diğer düzenlemeler için bkz. Ayşe ŞİMŞEK 2015, agm, s.332 vd.

³⁶² Ayşe HAVUTÇU 2003, age, s.176.

³⁶³ Ayşe ŞİMŞEK 2015, agm, s.329.

³⁶⁴ agm, s.327.

³⁶⁵ Gökhan ANTALYA ve Doğa DOĞANCI 2018, agm, s.827.

Şeffaflık denetimi her denetim aşamasında dikkate alınmalıdır.³⁶⁶Bu kapsamda, yürürlük denetiminde bilgilendirme aşamasında, içerik denetiminde ise dürüstlük kurallarının değerlendirilmesi aşamasında şeffaflık ilkesi önem arz edecektir.

Sonuç olarak; bilgilendirme yükümlülüğünün özel bir görünüm biçimi olan şeffaflık ilkesi, düzenleyene, ortalama ve makul karşı tarafın anlayabileceği şekilde genel işlem koşullarını düzenleme ödevi yüklemektedir.

3.3.2.3.2.Birden Fazla Anlama Gelme

Klasik sözleşmelerin yorumlanmasında hâkim, tarafların sözleşmedeki menfaatlerine bakarak hakkaniyete uygun biçimde yorum yapabilir. Öğretide düzenleme yetkisinin refleksif etkisi olarak nitelendirilen bu durumda, taraflar, müzakere sonucu ortaya çıkan anlamsız veya açık olmayan hükmün risklerine katlanmak zorundadır.³⁶⁷

Bu kapsamda genel işlem koşullarının yorumlanması öncelikle güven teorisi açısından değerlendirilecek, sonuç alınamaz ise birden çok anlama gelme kuralına başvurulacaktır.³⁶⁸Bu durumda birden çok anlama gelme kuralı tali nitelikte olacaktır.³⁶⁹

Genel işlem koşullarının yorumlanması, ortaya çıkacak yorum sayısının asgari olarak iki farklı yorumun ortaya çıkması halinde uygulama alanı bulacaktır.³⁷⁰

Bu durumda TBK'nın 23.maddesi uyarınca taraflar, genel işlem koşuluna farklı yorumlar yükleyerek uyumsuzluk ortaya çıkarmaktadır.

3.3.3. Yorum Araçları

Genel işlem koşullarında ortaya çıkan yorum farkı belirlenirken, tarafların gerçek iradeleri tespit edilmeye çalışılır. Bu kapsamda öncelikle tarafların gerçek iradeleri tespit edilecek, eğer bu tespit yapılamaz ise gerçek irade tespiti güven

³⁶⁶Ayşe ŞİMŞEK 2015, agm, s.343.

³⁶⁷Cemal OĞUZ 1993, agt, s.95.

³⁶⁸Fahri Erdem KAŞAK 2019, agm, s.206.

³⁶⁹Yeşim ATAMER 2001b, age, s.136.

³⁷⁰Fahri Erdem KAŞAK 2019, agm, s.209; Cemal OĞUZ 1993, agt, s.94; İbrahim KAPLAN 1991, agm, s.70.

teorisine göre yapılacaktır.³⁷¹Bu kapsamda genel işlem koşullarının yorumlanmasında temel ölçü güven teorisidir.³⁷²

TBK, TKHK ve TTK’da yorum araçlarına ilişkin düzenleme olmaması nedeniyle, TBK’nın 19.maddesi ve öğreti görüşleri bu noktada gündeme gelecektir.³⁷³

3.3.4. Yorum İlkeleri

Genel işlem koşullarının yorumlanmasında, sözleşmenin karşı tarafından bağımsız olarak yorumlanmasını savunan objektif görüş ile somut olayın özelliklerini dikkate alarak yorumlanmasını savunan subjektif görüş ortaya çıkmaktadır.³⁷⁴

3.3.4.1. Objektif Görüş

Genel işlem koşullarını somut olaydan bağımsız yorumlayan objektif görüş, sözleşmenin karşı tarafının kim olduğu ile ilgilenmez.³⁷⁵Öğretide objektif görüşün, düzenleyenin menfaatlerine hizmet ettiği ifade edilmiştir.³⁷⁶

Objektif görüş, genel işlem koşullarının norm niteliğinde şeklinde kabule dayalı olduğu için eleştirilmiştir.³⁷⁷

Kanımızca da sözleşmenin karşı tarafının; sosyolojik, psikolojik ve ekonomik pozisyonundan bağımsız olarak değerlendirilmesi, zayıfı koruma amacı güden yorumun genel saiki ile örtüşmemektedir.

3.3.4.2. Subjektif Görüş

Bu görüşe göre, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorum yapılırken sözleşme süreci irdelenmelidir.³⁷⁸

³⁷¹Fahri Erdem KAŞAK 2019, agm, s.206.

³⁷²Mehmet DEMİR 2008, agm, s.221; Cemal OĞUZ 1993, agt, s.89; Çağlar ÖZEL 2006, agm, s.160; Umut YENİOCAK 2013, agm, 90.

³⁷³Tuğçe TUZCUOĞLU 2020, age, s.195; Gökhan ANTALYA 2019, age, s.507.

³⁷⁴Yeşim ATAMER 2001b, age, s.130.

³⁷⁵Fahri Erdem KAŞAK 2019, agm, s.203.

³⁷⁶Cemal OĞUZ 1993, agt, s.82; Yeşim ATAMER 2001b, age, s.133.

³⁷⁷Tuğçe TUZCUOĞLU 2020, age, s.196.

³⁷⁸Yeşim ATAMER 2001b, age, s.131 “Hükmün lafzı, sözleşme içinde bulunduğu yer, sözleşme görüşmelerinin yürüyüş şekli, sözleşmenin somut amacı, müşterinin o branşta deneyim sahibi olup olmadığı ve tarafların menfaatleri.”

Öğretide yorum sürecinde; beyana yol açan tüm şartlar gözden geçirilmeli, sözleşmenin kurulması esnasında mevcut hal ve şartlardan bir sonuç çıkarılamıyorsa metinlerle sınırlı yorum ilkesine başvurulması gerektiği ileri sürülmüştür.³⁷⁹

Bununla birlikte somut olay koşullarının ciddi bir etkisi olmaması sebebiyle genel işlem koşullarının sübjektif görüş uyarınca yorumlanmasının, objektif görüşe göre yapılacak yorumdan sonuç itibarıyla çok farklı olmayacağı da öğretide ileri sürülmüştür.³⁸⁰

Sonuç olarak, genel işlem koşullarının yorum sürecinde durum hal ve olanaklarını dikkate alan sübjektif görüşün daha hakkaniyetli bir değerlendirme olacağı kanaatindeyiz.

3.3.5 Yaptırım

TBK'nın 23.maddesinin yaptırımı, düzenleyen aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumdur. Hükümde belirtilen yorum kuralına, diğer yorum araçları kullanılmasına rağmen sonuç alınamaması halinde başvurulacaktır.³⁸¹

Öğretide, karşı taraf için en olumsuz anlam tespit edilerek kayıtların içerik denetimine takılmasının karşı taraf için daha müspet sonuçları olabileceğini ileri süren yazarlar olmuştur. Böyle bir durumda olumsuz anlam içeren kayıtlar, içerik denetiminden geçemeyecek, karşı taraf tamamlayıcı hukuk normlarından yararlanabilecektir.³⁸²Yorum denetiminin kapsamını aşan bu görüşe katılmak mümkün değildir. Öyle ki; tamamlayıcı hukuk normları karşı taraf açısından, her zaman lehe genel işlem koşulu kadar yarar sağlamayabilecektir. Tamamlayıcı hukuk normlarından daha lehe olan bir hükmün bu şekilde uygulamaya tabi tutulması genel işlem koşulu denetiminin temel felsefesine aykırı olacaktır.

Öğretide, eğer karşı taraf lehine yorum yapılsa dahi içerik denetimini geçemeyecek hükümleri varlığı tespit edilirse, yorum denetiminde emek harcanmaması gerektiği ileri sürülmüştür.³⁸³

Maddenin, sadece “*düzenleyen aleyhine yorum*” şeklinde sınırlandırılma algısı eleştirilmiştir. Genel işlem koşullarının yorumlanmasında en son metodun düzenleyen

³⁷⁹Cemal OĞUZ 1993, agt, s.79.

³⁸⁰Yeşim ATAMER 2001b, age, s.132; Fahri Erdem KAŞAK 2019, agm, s.205.

³⁸¹Umut YENİOCAK 2013, agm, s.90; Çağlar ÖZEL 2006, agm, s.160.

³⁸²Yeşim ATAMER 2012, age, s.37-38.

³⁸³Yeşim ATAMER 2001b, age, s.137; Fahri Erdem KAŞAK 2019, agm, s.198.

aleyhine yorum olacağını öne süren yazarlar, yorumun genel yorum metotları çerçevesinde sıraya dayalı olarak yapılması gerektiğini öne sürmüşlerdir.³⁸⁴

Yine düzenleyen aleyhine ve karşı taraf lehine yapılacak yorumun maksadı aşması halinde örtülü bir içerik denetimine yol açılacağı ileri sürülerek iki denetim türünün farklı yaptırımlara tabi olmasının, içerik denetimini aşan sonuçların ortaya çıkabileceği ifade edilmiştir.³⁸⁵

Öğretide, yoruma esas olacak temel ölçünün belirlenmesinde, makul ve dürüst karşı taraf yerine makul ve dürüst üçüncü kişinin, bildiği veya bilmesi gerektiği şekilde kendisine yöneltilen beyana, doğruluk ve güven kuralı gereği vereceği anlamın önem taşıdığı ifade edilmektedir.³⁸⁶

3.3.6. İlaç Temin Sözleşmesi Kapsamında Değerlendirme

Genel işlem koşullarının yorumlanmasında sözleşmenin amacı da önem arz etmektedir. İlaç Temin Protokolü'nün temel amacı, eczaneler aracılığıyla sigortalı bireylerin ilaca ulaşımını sağlamaktır. Bu amaca göre, ilaca ulaşım noktasındaki kayıtlar geniş, bunu engelleyici hükümler ise dar yorumlanmalıdır.³⁸⁷

Düzenleyen aleyhine yorum sürecinde, genel işlem koşullarının özünde sonuca etkili müzakere olmamasının doğal bir sonucu olarak, ilgili kayıtların açık ve anlaşılır olmasından düzenleyen sorumlu olacaktır. Bu kapsamda düzenleyene atfedilen bu külfet uyarınca, İlaç Temin Protokolü'nde eczacıları temsil eden TEB'in katılmış olması bir şey ifade etmeyecektir. Zira düzenleyen sıfatıyla SGK, kayıtların açık ve anlaşılır düzenlenmesinden sorumludur.³⁸⁸

Yorum denetimi sürecinde öncelikle İlaç Temin Protokolü kapsamındaki maddelerin genel işlem koşulu niteliğinde olup olmadığı tespit edilecektir. Yukarıda yer alan bölümde açıklandığı üzere İlaç Temin Protokolü hükümlerinin ekserisi genel işlem koşulu özelliğini taşımaktadır.

İkinci aşamada ise taraflar arasında öncelik sağlanabilecek bir bireysel anlaşmanın olup olmadığının tespiti gerekecektir. Gerek sağlık hakkı gerekse kanun ve yönetmeliklerde yer alan emredici hükümler ile ilaç tedarik sürecinin doğası gereği,

³⁸⁴Melek BİLGİN YÜCE 2022, age, s.94; Tuğçe TUZCUOĞLU 2020, age, s.193.

³⁸⁵Murat AYDOĞDU 2014, age, s.121.

³⁸⁶Fahri Erdem KAŞAK 2019, agm, s.203; Cemal OĞUZ 1993, agt, s.90.

³⁸⁷Cemal OĞUZ 1993, agt, s.85.

³⁸⁸agt, s.96.

sözleşme içeriğinde yer alan hükümlerin bireysel anlaşma olduğu ortaya atılabilecektir. Bu durumda iki tarafın açık veya örtülü şekilde kabul ettiği sözleşme hükümlerinin aksine düzenlenebilecek genel işlem koşulları geçerliliğini yitirecektir. Örneğin; İlaç Temin Protokolü'nün 3.1.3.maddesine göre;

“Sağlık Uygulama Tebliği'nde eczacının ilaç vermesi ile ilgili iş ve işlemlere ilişkin değişiklik yapılması halinde görüş birliği sağlanır.”

hükmü işin doğası gereği bireysel anlaşma niteliğindedir. Dolayısıyla, ilaç verme ile ilgili iş ve işlemleri tek taraflı olarak sınırlayan değiştiren genel işlem koşulları önceliğini bireysel anlaşmaya kaptıracaktır.

İlaç Temin Protokolü'nün 3.2.15.2.maddesi uyarınca *“reçete muhteviyatı, bu Protokol hükümlerine göre reçete sahibi/ilaçları alana teslim edilecektir.”* Bu madde kapsamında reçete içeriği ilaçlar salt hastanın kendisine değil *“ilacı alan”* kişiye de teslim edilebilecektir. Taraflar, *“ilacı alan”* kişiyi herhangi bir şekilde sınırlandırmamış olup herhangi bir alt/üst soy ilişkisi gözetmemiştir. Bu süreç, eczane işletmeciliğinin ve ilaç tedarik sürecinin temel amacına uygun düşmekte olup bireysel anlaşma olarak nitelendirilebilecektir.

Buna rağmen İlaç Temin Protokolü'nün 3.16.maddesi uyarınca;

“Eczaneler genel sağlık sigortalısı ve bunların bakmakla yükümlü oldukları kişilere sunmuş oldukları sağlık hizmetlerine ilişkin MEDULA eczane provizyon sistemine kayıtlı olan sağlık verilerini ve kişisel verileri üçüncü şahıslar ile paylaşamaz.”

Bu hüküm ise sözleşmenin amacına aykırı olan ve ilaç tedarikliğini zorlaştıran bir kayıt olması sebebiyle karşı taraf eczaneyi sınırlandıran bir genel işlem koşuludur. Görüldüğü üzere bir maddede üçüncü kişi ile veri paylaşılamayacağı ifade edilirken diğer bir maddede üçüncü kişi tarafından hastanın reçete içeriği öğrenilip teslim alınabilecektir. İşbu iki madde açık çelişki içerisindedir. Dolayısıyla bu durumda hastanın rızası halinde dahi üçüncü kişilere ilaç bilgisi teslimini sınırlayan genel işlem koşulu, kamu yararı taşımadığı gibi sözleşmenin temel amacı olan ilaç tedarikliğine de aykırı bir durum teşkil etmektedir. Bununla birlikte bireysel anlaşma ile genel işlem koşulu arasındaki çelişkinin açık bir çelişki de olması gerekmez.³⁸⁹

Eğer herhangi bir bireysel anlaşma olmayan bir kayıt söz konusu ise ve tarafların mezkûr kayda yüklediği anlam farklı ise artık burada yorum denetimi

³⁸⁹Yeşim ATAMER 2001b, age, s.126.

gündeme gelecektir. Bu durumda öncelikle genel yorum metotları uygulanacak, akabinde ise düzenleyen aleyhine, karşı taraf lehine olan yoruma öncelik tanınacaktır.

Bireysel anlaşmanın olmadığı durumda genel işlem koşuluna yüklenen farklı anlamlar taraflar arasında uyuşmazlık oluşturmaktadır. İlaç Temin Protokolü'nün 5.3.2.maddesi bunun tipik örneğidir.³⁹⁰ Maddeye göre eczacıya atfedilen hem imza kontrol yükümlülüğü hem de kimlik tespit yükümlülüğü anlamı çıkarılmaktadır.³⁹¹

İlaç Temin Protokolü'nün 5.3.2.maddesinin lafzı³⁹² incelendiğinde eczacıya atfedilen bir kimlik tespit yükümlülüğünden bahsedilmemektedir. Fakat Yüksek Yargı'nın *"eğer kimlik tespiti yapılsaydı ilacı almaya yetkili olmayan kişi tespit edilecekti"*³⁹³ gerekçesiyle konuya yaklaştığı görülmektedir. İlaç Temin Protokolü'nün 3.3.2.maddesine³⁹⁴ göre eczacı tarafından ilacı alan kişinin birtakım verileri işlenmelidir. Fakat Yargıtay işbu verilerin işlenmemesine bir sonuç bağlayarak bu durumun ayrıca 5.3.2 maddesindeki cezai şarta konu olacağını ifade etmiştir. Fakat sözleşme içeriğinde 3.3.2.maddeden kaynaklı oluşabilecek eksikliklerin giderilmesine yönelik usul ve esaslar 3.3.1.maddede belirlenmiştir. Eksikliğin giderilmesine yönelik usul ve esasların işletilip işletilmediğine bakılmaksızın, ilgili eksikliğin doğrudan kimlik tespitinin ihlali şeklinde yorumlanması yanlılgılı bir değerlendirmedir. Buna karşılık İlaç Temin Protokolü'nün 5.3.2.maddesinin lafzında yer alan;

³⁹⁰İlaç Temin Sözleşmesi m.5.3.2 *"Eczacının Kuruma fatura ettiği reçetelerde (e-reçete olarak düzenlenenler hariç) bulunması gereken ve reçete muhteviyatı ilaçların reçete sahibine ya da ilacı alana teslim edildiğine ilişkin imzanın, reçete sahibine veya ilacı alana ait olmadığının denetim ile tespitinin kesinlik kazanması halinde, reçete bedelinin 2 (iki) katı tutarında cezai şart uygulanarak eczacı yazılı olarak uyarılır, tekrarı halinde reçete bedelinin 5 (beş) katı tutarında cezai şart uygulanarak sözleşme feshedilir ve 1 (bir) ay süre ile sözleşme yapılmaz. Ancak hastanın veya ilacı teslim alan kişinin ilacı aldığını beyan etmesi durumunda bu madde hükmü uygulanmaz."*

³⁹¹Detay için bkz, İbrahim ANKARA ve Şebnem AKİPEK ÖCAL 2023, agm, s.463 vd.

³⁹²İlaç Temin Sözleşmesi m.5.3.2 *"Eczacının Kuruma fatura ettiği reçetelerde (e-reçete olarak düzenlenenler hariç) bulunması gereken ve reçete muhteviyatı ilaçların reçete sahibine ya da ilacı alana teslim edildiğine ilişkin imzanın, reçete sahibine veya ilacı alana ait olmadığının denetim ile tespitinin kesinlik kazanması halinde, reçete bedelinin 2 (iki) katı tutarında cezai şart uygulanarak eczacı yazılı olarak uyarılır, tekrarı halinde reçete bedelinin 5 (beş) katı tutarında cezai şart uygulanarak sözleşme feshedilir ve 1 (bir) ay süre ile sözleşme yapılmaz. Ancak hastanın veya ilacı teslim alan kişinin ilacı aldığını beyan etmesi durumunda bu madde hükmü uygulanmaz."*

³⁹³Yargıtay 13.Hukuk Dairesi'nin 21.10.2015 tarihli ve 2015/25571 E., 2015/30908 K. sayılı kararı.

³⁹⁴İlaç Temin Sözleşmesi m.3.2.2 *"Reçetelerin arka yüzünde; reçete sahibi ya da ilacı/ilaçları alan kişinin adı, soyadı, imzası ve ".... kalem kutu ilacı aldım" ibaresi, T.C. Kimlik Numarası, T.C. Kimlik Numarası olmaması halinde ibraz edilen kimlik belge numarası yer alacaktır. Okuma yazma bilmeyen reçete sahibi veya ilacı/ilaçları alan kişinin reçeteye parmak izi alınır."*

“...reçete muhteviyatı ilaçların reçete sahibine ya da ilacı alana teslim edildiğine ilişkin imzanın, reçete sahibine veya ilacı alana ait olmadığına denetim ile tespitinin kesinlik kazanması....”

halinde cezai şart gündeme gelecektir. Bu durumda, hak sahibi olmadığı halde reçete içeriğini teslim alan üçüncü kişinin imzasının reçeteye alınması, eczacı açısından yeterli olacaktır. Reçetede imzanın sahte olup olmadığına tespiti, hali hazırda eczane işletmeciliğinde mümkün olmayacaktır. Bu kapsamda sözleşme hükmü, eczacıya imzanın varlığının olup olmadığına yönelik bir kontrol yükümlülüğü getirmiştir.³⁹⁵ Bu durumda ilgili cezai şartın, imza kontrol yükümlülüğünün ihlali mi yoksa kimlik tespit yükümlülüğünün ihlali mi uygulanacağı taraflar arasında



³⁹⁵İbrahim ANKARA ve Şebnem AKİPEK ÖCAL 2023, agm, s.488, “Bu yükümlülüğün getiriliş amacı; imzasız şekilde karşılanan reçetelerin ay sonu kontrollerde SGK’na fatura edilmeden önce eczacı tarafından imzalanmasının engellenmesidir. Hal böyle olunca tam da hükmün lafzında belirtilen reçete arkası imzanın hasta/ilacı alana ait olmama durumu ortaya çıkmaktadır. Zira burada reçete muhteviyatı hasta/ilacı alan kişi tarafından tedarik edilmesine rağmen imza eczacıya ait olacaktır. Eksik imzayı tespit eden eczacı; reçete sahibi ve/veya ilacı alana ulaşarak imzasını tedarik etmelidir. Bu takip, eczacı tarafından ikincil denetim oluşturacaktır. Bu denetimden imtina eden eczacının hasta/ilacı alan adına imza atması/attırması cezalandırılmaktadır.”

yorum farkı çıkarmış,³⁹⁶ diğer bir tabirle ilgili koşul açık ve anlaşılır olmayıp birden fazla anlama gelmektedir. Bu durumda karşı taraf eczacı lehine olan yorumun tercih edilmesi gerekecektir. (*imza kontrol yükümlülüğü*)

Yine uygulamada çok karşılaşılan diğer bir husus ise düzenleyen SGK'nın idari düzenleyici işlemlerle özel hukuk sözleşme hükümlerine müdahale etmesidir. Örneğin; İlaç Temin Protokolü'nün 3.1.1.maddesi uyarınca *düzenlenen reçeteler sözleşmeli eczaneler tarafından bu Protokol ve bu Protokolün imzalandığı tarihteki SUT hükümleri çerçevesinde karşılanır*. Bu durumda sözleşme ilişkisi devam ederken yapılan SUT değişiklikleri yürürlük tarihinden sonraki ilaç tedarik süreçlerini kapsayacak, geçmişe yönelik yürütülemeyecektir.

Genel olarak İlaç Temin Protokolü uyarınca genel işlem koşullarının yorumu yapılırken, kamu yararı ve ilaca erişim hakkı karşı karşıya gelmektedir. Düzenleyen

³⁹⁶Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 04.04.2018 tarihli ve 2017/560 E., 2018/755 K. sayılı kararı, "...Davacı, eczacı olduğunu, davalı kurum çalışanlarına ilaç verdiğini, davalının aralarındaki sözleşmenin 6.3.3. maddesi gereğince reçetelerdeki ilaçların hasta veya yakınına teslim edildiğine ilişkin imzanın hasta veya yakınına ait olmadığı gerekçesiyle 8.120,98.TL para cezası verildiğini ileri sürerek haksız olarak verilen bu kararın iptali ve sözleşmenin aynı şartlarda devamı istenilmiştir. Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiş; hüküm, davalı tarafından temyiz edilmiştir. Toplanan delillerden ve dosya kapsamından davacı tarafından, davalı kuruma fatura edilen reçete arkasındaki imza hak sahibi ...'na ait olmayıp, resmi evrakta sahtecilik suçundan mahkum olan dava dışı Hasan Yangın isimli şahsın ilacı teslim alan ve ilacın teslimine ilişkin imzayı atan kişi olduğu görülmektedir. Hak sahibi ...'na teslim edilmiş gibi imzanın alındığı, bu şahıstan kimlik sorulması halinde hak sahibi olmadığının anlaşılacağı dikkate alındığında davacı eczacının ilaç teslim ettiği kişinin gerçek hasta olmadığını tespit imkanı mevcut olduğu anlaşılmaktadır. Somut olaya ilişkin yukarıda açıklanan aşamalar dikkate alındığında davacının sözleşme ile üzerine düşen yükümlülüğü yerine getirmediği ve sözleşmeye aykırı davrandığı görülecektir. Hal böyle olunca mahkemece davalı tarafından uygulanan cezai işlemin hukuka uygun olduğu gözetilerek davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde davanın kabulüne ilişkin hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir," gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece önceki kararda direnilmiştir. Mahkemece, davacı eczacının eylemi nedeniyle davalı kurumun zarara uğramadığı, davacı hakkında uygulanan para ve uyarı cezasının, eczanenin kapatılmasına kadar gidecek ağırlıktaki sonuçlara neden olabileceği, sözleşme ve protokol maddelerine göre eczacıya imza kontrolü yükümlülüğü getirilmesine rağmen imzanın gerçekliğini araştırma zorunluluğunun bulunmadığı, hakkaniyet gereği davacının talebinin yerinde olduğu gerekçesiyle davanın kabulü ile cezai işlemin iptaline karar verilmiştir. Yerel Mahkemece, davacının ibraz ettiği mahkeme kararları ve Yargıtay kararları karşısında, davacı ile aynı nedenlerle davalıya yönelik açılan benzer davalarda toplanan deliller, gerekçe ve temyiz sonuçları ile ceza yargılamasında cezalandırılmasına karar verilen dava dışı üçüncü kişi olan sanıklarla davacı arasında eylem ve fikir birliği içinde olduklarına dair delil ya da kesinleşmiş yargı kararı bulunmadığı, davalının davacı aleyhine uyguladığı işlemin hukuka aykırı ve dayanaksız olduğu gerekçesi ile direnme kararı verilmiş, direnme kararı davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, yerel mahkeme kararında açıklanan gerektirici nedenlere, taraflar arasında geçerli olan protokolün 6.3.3. maddesi dikkate alındığında, davalı kurum tarafından uygulanan cezai işlemin yerinde olmadığını anlaşılmasına göre yerel mahkeme kararı usul ve yasaya uygun olup direnme kararının onanması gerekir. S O N U Ç: Davalı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile **direnme kararının ONANMASINA,**" karar verilmiştir."

SGK tarafından yapılan sınırlayıcı yorumların temelinde kamu yararı (kamu maliyesi açısından) iddiası yatmaktadır. Fakat bu durumda genel işlem koşullarının kamu yararı şeklinde yorumlanması, çoğu zaman bireylerin ilaca erişimini engelleyebilmektedir. Bu durumda sözleşmenin amacı da dikkate alınarak yapılacak yorumda, bireylerin ilaca erişimini kısıtlayacak/engelleyecek şekilde düzenlenen genel işlem koşullarının makul ve mantıklı bir açıklamaya haiz olması gerekmekte, en azından açık ve anlaşılır olarak kaleme alınması gerekmektedir.

Şeffaflık denetimi açısından ise İlaç Temin Protokolü'nde yer alan bazı cezai maddelerin incelenmesi gerekebilecektir.

İlaç Temin Protokolü'nün 5.3.5.maddesine göre SGK, İl Sağlık Müdürlüğü veya Eczacı Odası tarafından eczanede yapılan denetimde, reçete sahibi veya ilacı alan kişiye teslim edilmeyen ilaçlara ait reçetelerin Kuruma fatura edildiğinin tespiti halinde ilaç bedelinin 2 (iki) katı tutarında cezai şart uygulanarak eczacı uyarılır. Tekrarı halinde ilaç bedelinin 10 (on) katı tutarında cezai şart uygulanarak sözleşme feshedilir ve 3 (üç) ay süre ile sözleşme yapılmaz. Ancak, Kurum tarafından yapılacak soruşturma neticesinde hastaya teslim edilmek üzere hastanın ilaç alım tarihinden itibaren 60 (altmış) günü geçmeyecek sürede ilaçların eczanede bekletildiğinin saptanması halinde bu madde hükmü uygulanmaz.

Reçete içeriği ilaçların; stok, sipariş ve lojistik kaynaklı nedenlerle tek seferde hastalara teslim edilemediği durumlarda eczacı, karşıladığı reçete içeriği ilaçları azami 60 gün içinde hastaya teslim etmekle yükümlüdür. İlgili madde, 60 gün içerisinde teslim edilememe halinde eczacıyı kusurlu olarak ifade etse de Yargıtay, 60 günlük süre içerisinde ilacın teslim edilmemesinde eczacının veya hastanın kusurunun incelenmesi gerektiğini ifade etmektedir.³⁹⁷ Öyle ki bazı durumlarda³⁹⁸ hastalar, 60 günlük süre içerisinde ilaçlarını teslim almamakta, bu süreyi aşan zamanlarda ilaçlarını talep edebilmektedir. Bu durumda, 61.gün itibariyle hastanın ilacı teslim alması veya 61.gün itibariyle ilaçların akıbetinin ne olacağı hususu sözleşmede açıkça düzenlenmemiştir. Her ne kadar ilgili hükmün temel amacı kamu kaynaklarının etkin

³⁹⁷Yargıtay 3.Hukuk Dairesi'nin 17.02.2022 tarihli ve 2021/6664 E., 2022/1189 K. sayılı kararı, *"...ilaçların davacı eczanede neden kaldığı, ilaçların hastalara teslim edilmemesinde eczacının bir kusurunun bulunup bulunmadığı belirlendikten sonra.."*

³⁹⁸Özellikle güney ve kuzey illerde, hastaların yaz aylarını yaylada geçirmesi sebebiyle kalan ilaçlarını ilgili zaman diliminde alamadığı bilinmektedir. Hastalar, yayla dönüşünde ilacı talep etse bile şeklen düzenlenen süre aşıldığı için eczacı, sözleşmesel cezai şarta maruz kalabilmektedir.

kullanımı noktasında eczacıya görev addetmiş olsa da hastanın kusurundan kaynaklanan sebeplerle süresi içerisinde teslim edilemeyen ilaçların akıbeti noktasında ilgili hüküm açık bir şekilde düzenlenmelidir.

Yine İlaç Temin Protokolü'nün 5.3.9.maddesine göre Kurumca yapılan incelemeler neticesinde provizyon sistemine gerçeğe aykırı reçete kaydı yapılarak Kuruma fatura edildiğinin tespiti halinde reçete bedelinin 5 (beş) katı tutarında cezai şart uygulanarak eczacıya ilk uyarı tebliğ edilir. Her ne kadar İlaç Temin Protokolü'nün 5.3.10.maddesi kapsamında *sahte reçete* ile ilgili yaptırımlar düzenlenmiş olsa da 5.3.9.maddesi kapsamında düzenlenen *gerçeğe aykırı reçete* tanımının neyi kapsadığı anlaşılır değildir. Zira ne Protokol'ün tanımlar kısmında ne de sair mevzuatta *gerçeğe aykırı reçete* tanımı yoktur. Açık ve anlaşılır olarak yazılmayan bu ifade, düzenleyene keyfilik tanımakta, geniş bir yorum alanı bırakmaktadır.

3.4 İÇERİK DENETİMİ

3.4.1. Genel Olarak

Hukukumuzda genel işlem koşullarının içerik denetimi TBK'nın 25.maddesi kapsamında düzenlenmiştir.

Genel olarak denetimin amacı, sözleşme özgürlüğünün tek taraflı kullanılmasını engellemek ve karşı tarafı dürüstlük kuralına aykırı hükümlere karşı korumaktadır.³⁹⁹ Bu sebeple öğretide içerik denetimi; sözleşme adaletinin göstergesi olan genel işlem koşullarının denetlenmesi olarak ifade edilmektedir.⁴⁰⁰

Alternatifsizlik sonucu sözleşmenin reddedilememesi, yürürlük denetimini çoğu zaman işlevsiz bırakabilmektedir.⁴⁰¹ Zira bu durumda karşı taraf, alternatifsizlik içerisinde olduğu için açık yürürlük şartlarını kabul etmek zorunda bırakılmaktadır.

Yürürlük denetiminden geçen bir genel işlem koşulu, artık sözleşmenin bir parçası haline gelecektir. Fakat bir genel işlem koşulunun yürürlük denetiminden geçmiş olması, o şartın uygulanabilir olduğu anlamı taşımayacaktır. Bu sebeple,

³⁹⁹Murat AYDOĞDU 2014, age, s.131.

⁴⁰⁰Yeşim ATAMER 2001b, age, s.143; Ayşe HAVUTÇU 2003, age, s.154; Tuğçe TUZCUOĞLU 2020, age, s.160.

⁴⁰¹Umut YENİOCAK 2013, agm, s.94; Yeşim ATAMER 2001b, age, s.145.

mezkûr şartın taraflar açısından bağlayıcı olup olmadığının tespiti için içerik denetimi gündeme gelecektir.

Yürürlük denetimini geçerek sözleşme içeriği haline gelen genel işlem koşulları, öncelikle TBK'nın 27.maddesi kapsamında genel hükümler çerçevesinde denetlenirler. Madde kapsamına aykırı hükümler kesin hükümsüzlük yaptırımı ile karşı karşıya kalacaktır. Bununla birlikte genel işlem koşullarının aşırı yararlanma ve irade sakatlığı çerçevesinde denetimi sonucunda iptal yaptırımı söz konusu olacaktır.⁴⁰²

Öğretide⁴⁰³ içerik denetimi yapılabilecek TBK genel hükümlerinin uygulama alanı incelenmiştir. Bunlardan⁴⁰⁴, ahlaka aykırılık, dürüstlük kuralı ve kamu düzeni kurumlarının içerik denetimine temel alınabileceği belirtilmiştir. Kamu düzenini temel alan İsviçre öğretisinden farklı olarak hukukumuzda dürüstlük kurallarının içerik denetiminin temeli olduğu ifade edilmiştir.⁴⁰⁵

Yürürlük denetimini geçerek sözleşme içeriği haline gelen genel işlem koşullarının geçerliliği içerik denetimi ile belirlenecektir. TBK'nın 25.maddesi uyarınca *“Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz.”* Bu kapsamda ilgili hüküm, hâkime, sözleşmeye doğrudan müdahale etme yetkisi vermektedir.

Sözleşme özgürlüğü adı altında, dürüstlük kurallarına aykırı ve karşı tarafın menfaatlerini zedeleyici şekilde tek taraflı hazırlanan sözleşmelerin, mahkeme denetiminden geçmesi hakkaniyet gereğidir. TBK'nın 25.maddesi kapsamında ele alınan içerik denetimi; sözleşme özgürlüğü ile zayıf tarafın menfaatleri noktasında bir denge kurmayı amaçlayan bir kurum olarak karşımıza çıkmaktadır. Öğretide bu denetim; hakkaniyet denetimi⁴⁰⁶ve koşulun, adil bir içeriğe sahip olup olmadığının denetimi olarak ifade edilmiştir.⁴⁰⁷

⁴⁰²Fikret EREN 2017, age, s.226.

⁴⁰³Gökhan ANTALYA 2019, age, s.474; Yeşim ATAMER 2001b, age, s.146; Ayşe HAVUTÇU 2003, agm, s.179; Murat AYDOĞDU 2014, age, s.39.

⁴⁰⁴Dürüstlük kuralına aykırılık ve buna bağlı olarak hakkın kötüye kullanılması(TMK m.2), edimin tek taraflı belirleme yetkisi(TBK m.86/c.2'ye kıyasen), kamu düzenine aykırılık(TBK m.27), ahlaka aykırılık(TBK m.27), aşırı yararlanma(TBK m.28)

⁴⁰⁵Gökhan ANTALYA 2019, age, s.474.

⁴⁰⁶age, s.509.

⁴⁰⁷Tuğçe TUZCUOĞLU 2020, age, s.160.

İçerik denetimini düzenleyen 25.maddenin gerekçesi incelendiğinde BGB(§307)'ye atıf yapıldığı görülmektedir.⁴⁰⁸TBK mehzaz olan BGB'de de ölçüt dürüstlük kuralı olarak belirlenmiştir. Fakat BGB'de dürüstlük kuralını somutlaştıran ölçütler ortaya konulmuş, TBK'da ise sadece dürüstlük kuralına atıf yapılmakla yetinilmiştir.

İçerik denetimi hakkaniyetin sağlanması noktasında önemli bir kurum olsa da kanun lafzı kapsamında menfaat dengesinin nasıl kurulacağını somutlaştırılmaması öğretide eleştirilmiştir.⁴⁰⁹Zira sürecin somutlaştırılmaması uygulama farklılıklarına zemin hazırlamakta, bu da içerik denetimi kurumuna olan güveni zedelemektedir.

Elbette içerik denetimi kurumu, özel hukuk ilişkilerinde uygulanan temel hukuk normlarının her şartta önüne geçemez. Doktrinde de bu hususun üzerinde durulmuş, içerik denetiminin asli edimler arasındaki dengesizliklerde uygulanamayacağı zira asli edimler arasında ortaya çıkan ihtilafların gabin vd. normlar tarafından çözülebileceği ifade edilmiştir.⁴¹⁰

Kanun koyucunun yürürlük denetimine daha çok önem verdiği, buna rağmen global kabul ile sözleşme içeriği haline gelen genel işlem koşullarının dürüstlük kuralları kapsamında nitelikli bir şekilde değerlendirilmesi gerekirken içerik denetimini düzenleyen hükmün kanun lafzında tek cümle olması da öğretide eleştiri almıştır. Öğretide, yürürlük denetimine ilişkin hükümlerin içerik denetimine göre daha detaylı düzenlenmesinin, yürürlük ve yorum denetimi aşamasında örtülü içerik denetimi yapılmasına imkân sağlayacağı ifade edilmiştir.⁴¹¹Gerçekten de içerik denetiminin gerekçesini açıklamak yerine yürürlük denetimindeki usul eksikliklerine atıf yapılması, kolaycılığın önünü açmaktadır. Bu durumda hâkim, somut koşulun neden dürüstlüğe aykırı olduğunu izah etmek yerine, genel işlem koşulunun yürürlük kazanmadığına yönelik şekli bir gerekçelendirme yapabilecektir.

⁴⁰⁸Alman Medeni Kanunu § 307 “Genel işlem koşulu içerisinde yer alan ve kullananın karşısındaki sözleşme tarafını dürüstlük kuralının gereklerine aykırı olarak ölçüsüz şekilde mağdur eden kayıtlar geçersizdir. Ölçüsüz mağduriyet durumu şüpheli ise, genel işlem koşulları içerisinde yer alan bir kaydın, sapılan düzenlemenin temelinde yatan asıl düşünce ile bağdaştırılmasının mümkün olmaması veya sözleşmenin doğasından kaynaklanan temel hak ve borçların sözleşmenin amacını tehlikeye atacak şekilde sınırlandırılması durumlarında ölçüsüz mağduriyetin varlığı kabul edilir”

⁴⁰⁹Tuğçe TUZCUOĞLU 2020, age, s.160.

⁴¹⁰age, s.161.

⁴¹¹age, s.162.

Yürürlük denetimi ile içerik denetimi arasındaki farkı ortaya koyarken şaşırtıcı hükümler örnek gösterilmiştir. Bu kapsamda bir hüküm şaşırtıcı nitelikte ise yürürlük denetiminde adil olup olmadığı önemli değilken, içerik denetimi kapsamında hükmün adil olup olmadığı değerlendirilmektedir.⁴¹²

Öğretide, TBK'nın 25.maddesinin lafzı uyarınca, dürüstlük kuralına aykırı biçimde karşı taraf aleyhine olan genel işlem koşullarının hâkim tarafından denetlenmesi *açık içerik denetimi*, ilgili koşulların şaşırtıcı veya açık olmaması halinin denetlenmesi ise *örtülü içerik denetimi* olarak ifade edilmiştir.⁴¹³ Bu ayırımdan yola çıkarak çalışmamızda içerik denetimi, TBK'nın 24.maddesi ve TBK'nın 25.maddesi kapsamında denetim olarak iki ayrı başlıkta incelenmiştir.

3.4.2. TBK'nın 24.maddesi Kapsamında Denetim

Düzenleyen lehine olmak üzere, genel işlem koşullarının tamamının veya bir kısmının değiştirilmesi konusunda düzenleyene yetki veren kayıtlarla sıkça karşılaşmaktadır. Sözleşme adaletini zedeleyen işbu kayıtlara yönelik kanun koyucu TBK'nın 24.maddesi uyarınca genel işlem koşullarını değiştirme yasağı getirmiştir. Bu kapsamda, düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtlar yazılmamış sayılır.

Genel işlem koşulu içeren sözleşmeleri hazırlayan taraf, çoğu halde sözleşme maddelerini değiştirme yetkisini elinde tutmak ister. Birçok sözleşmede ifade edilen "*hakkın saklı tutulması*" ibaresi tek taraflı olarak değiştirme yetkisine haiz olduğuna önemli bir örnektir.

TBK öncesi dönemde değiştirme yasağı denetimi incelenirken, özellikle Yüksek Mahkeme kararlarında MK'nın 2.maddesi uyarınca iyi niyet kurallarına atıf yapıldığı görülmektedir.⁴¹⁴

TBK'nın 24.maddesi uyarınca genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer alan ve düzenleyene tek yanlı olarak karşı

⁴¹²Murat DOĞAN, Gökhan ŞAHAN ve İsmail ATAMULU 2023, age, s.165.

⁴¹³Ayşe HAVUTÇU (2003), *Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması*, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir, s.154-155; Murat AYDOĞDU 2014, age, s.123.

⁴¹⁴Yargıtay 19.Hukuk Dairesi'nin 23.10.1997 tarihli ve 1997/5982 E., 1997/9028 K.sayılı kararı ile Yargıtay 19.Hukuk Dairesi'nin 25.11.1994 tarihli ve 1994/6472 E., 1994/11467 K. Sayılı kararı.

taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtlar yazılmamış sayılır.

Benzer şekilde 6502 sayılı TKHK’da da değiştirme yasağına ilişkin hükümlere rastlanılmaktadır. Mezkûr Kanun 4.maddesinin 2.fıkrası uyarınca sözleşmede öngörülen koşullar, sözleşme süresi içinde tüketici aleyhine değiştirilemez.

Yine TSHŞHY Ek-1/(1)-h)’ye göre, düzenleyenin sözleşme şartlarını, sözleşmede belirtilen haklı bir sebep olmaksızın tek taraflı olarak değiştirmesine imkân veren şartlar, haksız şart olarak nitelendirilmiştir.

BGB(§308,f.4)’de de; “*Kullanana, vaad ettiği edimi değiştirme veya saptırma hakkı veren hükümler, kendi menfaati dikkate alındığında karşı taraf için makûl ölçüde değilse, geçersizdir.*” ifadesi yer almaktadır.⁴¹⁵

Madde lafzı, karşı tarafın aleyhine meydana gelebilecek durumları içermesinden dolayı söz konusu değiştirme yasağının muhatabı düzenleyen lehine olan durumları içermekte olup, karşı taraf lehine değişiklikler bu yasak kapsamında değerlendirilmeyecektir.⁴¹⁶

Öğretide, TBK’nın 24.maddesi uyarınca düzenlenen değiştirme yasağı olmasaydı da bu türden bir koşulun karşı tarafı ölçüsüz bir şekilde mağdur edeceğinden içerik denetimine takılacağı ileri sürülmüştür.⁴¹⁷Düzenleyene verilen tek taraflı değiştirme yetkisinin dürüstlük kuralları kapsamında kullanılması halinde dahi TBK’nın 24.maddesi çerçevesinde yaptırıma tabi olacağı da öğretide eleştirilmiştir.⁴¹⁸

Yine, kanunlarda izin verilen hallerde değiştirme yasağının uygulanamayacağı ifade edilmiştir.⁴¹⁹Bu halde 5510 sayılı Genel Sigorta Kanunu uyarınca taraflar arasında yapılan İlaç Temin Protokolü’nün ilaç tedariği ve mali hükümlerine ilişkin düzenlemelerde SGK’ya verilen tek taraflı yetki, değiştirme yasağı kapsamında kalmayacaktır. Zira burada kamu menfaati öne çıkacağı için bu yetki TBK’nın 24.maddesinin ruhuna aykırı olmayacaktır.⁴²⁰

⁴¹⁵Murat AYDOĞDU 2014, age, s.279.

⁴¹⁶Gökhan ANTALYA 2019, age, s.520.

⁴¹⁷Ayşe HAVUTÇU 2011, age, s.45; Umut YENİOCAK 2013, agm, s.93; Murat AYDOĞDU 2014, age, s.110; Mehmet AKÇAAL 2014, agm, s.61.

⁴¹⁸Murat AYDOĞDU 2014, age, s.114, “*Olması gereken hukuk bakımından TBK m.25’de olduğu gibi “dürüstlük kuralına aykırı olarak karşı taraf aleyhine” ifadesinin kullanılması yararlı olurdu.*”

⁴¹⁹Lale SİRMEN 2012, agm, s.129-130

⁴²⁰Murat AYDOĞDU 2014, age, s.112.

Bununla birlikte İlaç Temin Protokolü'nün 7.11.maddesi uyarınca, Protokol hükümleri ancak tarafların mutabakatı ile değiştirilebilir. İlgili madde çerçevesinde taraflar, sözleşme hükümlerinin değiştirilmesine yönelik karşılıklı olarak mutabakat şartı aramışlardır.

3.4.2.1 Hüküm ve Sonuçları

TBK'nın 24.maddesinin lafzı incelendiğinde değiştirme yasağı kapsamına giren genel işlem koşulları yazılmamış sayılacaktır. Her ne kadar madde lafzında yazılmamış sayılma yaptırımı ifade edilmiş olsa da madde gerekçesinde⁴²¹ ilgili yaptırımın kesin hükümsüzlük olacağı belirtilmiştir.⁴²²Öğretide, değiştirme yasağına yönelik yaptırımın yazılmamış sayılma olması eleştirilmiş, değiştirme yasağının içerik denetiminin konusu olması sebebiyle kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olması gerektiğini ifade etmiştir.⁴²³

TBK'nın 22.maddesi uyarınca, sözleşme, yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri ile varlığını sürdürmeye devam edecektir. Bu durumda artık, kullanan, yazılmamış sayılan şartlar sözleşme kapsamına girmediği için, sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez. Yine madde gerekçesinde⁴²⁴ ifade edildiği üzere karşı taraf lehine yapılacak değişikliğe yetki veren hükümler bu kapsamda değerlendirilmeyecektir.⁴²⁵

3.4.3. TBK'nın 25.maddesi Kapsamında Denetim

TBK'nın 25.maddesi uyarınca genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz. Madde gerekçesi incelendiğinde hükmün amacı, ahlâka aykırılık ölçüsünde olmasa bile, öğretide dürüstlüğe aykırı olarak nitelendirilen bu tür davranışların, genel işlem koşulları alanında da önlenmesi, olarak ifade edilmiştir.

⁴²¹ Madde gerekçesi: Bir tip sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer verilen bu tür kayıtlar, Tasarımın 27 nci maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi anlamında kesin hükümsüzlük yaptırımına bağlı olacaktır.

⁴²² Murat AYDOĞDU 2014, age, s.110; Mehmet AKÇAAL 2014, agm, s.61.

⁴²³ Adem YELMEN 2015, agm, s.373; Mehmet AKÇAAL 2014, agm, s.61.

⁴²⁴ Madde gerekçesi: Maddede söz konusu edilen kayıtlar, sadece düzenleyen lehine, diğer taraf aleyhine olan değişiklik ya da yeni düzenleme yapma yetkisi veren genel işlem koşullarına ilişkindir. Buna karşılık, diğer taraf lehine yapılacak değişikliklerin ya da yeni düzenlemelerin geçerli olduğu konusunda duraksama yoktur.

⁴²⁵ Gökhan ANTALYA 2019, age, s.520.

Bu kapsamda genel işlem koşulunun dürüstlük kuralına aykırılığı tespit edildikten sonra bu durumun karşı taraf aleyhine veya durumu ağırlaştırıcı olup olmadığı tespit edilebilecektir. Tespit ölçütleri TBK ilgili hükümlerinde ifade edilmemiş, öğretiyeye bırakılmıştır. Öğretide bu kıstasları değerlendiren görüşler olmuştur.⁴²⁶Görüşler bir arada değerlendirildiğinde, *dürüstlük kuralına aykırı biçimde onun aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı koşul*, karşı taraf aleyhine ortaya çıkan orantısızlığın tespiti ile ortaya çıkacaktır.⁴²⁷ İçerik denetiminde düzenleyenin piyasa gücü, karşı tarafın edime ihtiyacı ve sağlanan yarar da değerlendirmede dikkate alınacaktır.⁴²⁸

İçerik denetimi BGB(§307,f.1)'de, dürüstlük kuralına aykırı düşecek ölçüde mağduriyete sebep olan kayıtlar şeklinde ifade edilmiştir. Madde devamında koşulun açık ve anlaşılır olmaması da mağduriyet sebebi olarak ifade edilmiştir. Yine BGB'nin 307.maddesinin 2.fikrasında genel işlem koşulunun, sapılan yasal düzenlemenin temel ilkelerine uygun olmaması ve sözleşmenin amacına ulaşmasını tehlikeye sokacak biçimde sözleşmenin niteliğinden kaynaklanan temel hak ve yükümlülüklerin karşı tarafı dürüstlüğe aykırı bir şekilde mağdur ettiği kabul edilmiştir.⁴²⁹

BGB(§307,f.2)'de düzenlenen kriterlere TTK'nın 55.maddesinin 1.fikrasının f bendinde yer verilmiştir. Maddeye göre; özellikle yanıltıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine;

1. Doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan, veya

2. Sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören, önceden yazılmış genel işlem şartlarını kullananlar dürüstlüğe aykırı davranmış olur. Bazı yazarlar,⁴³⁰bu kriterlerden Türk hukukunun da yararlanabileceğini ifade etse de bunun aksine üç kanunun bir bütün olduğu savunulsa

⁴²⁶age, s.513 “*GİK'nin nitelik veya özelliği, özellikle sözleşene sağladığı yarar, sağladığı yarar ve koruma; sözleşme ve sözleşmede kararlaştırılan edimlerin nitelik ve özellikleri, özellikle edim ve karşı edim yükümlülükleri, diğer yükümlülükler ve bunlardan doğan yarar ve rizikoların dağılımı; sözleşmenin ve bu sözleşmenin yollamada bulunduğu diğer sözleşmelerin tüm hükümleri; sözleşmenin yapılmasına etki yapan durumlar; tarafların kişilikleri; diğer durumlar*”

⁴²⁷Mehmet AKÇAAL 2014, agm, s.62; Ayşe HAVUTÇU 2003, agm, s.154; Murat AYDOĞDU 2014, age, s.123.

⁴²⁸Gökhan ANTALYA 2019, age, s.510.

⁴²⁹age, s.511.

⁴³⁰age, s.316.

da dürüstlük kuralına aykırılık hallerinin genel kanun olan TBK’da düzenlenmesinin daha doğru olacağını ifade eden yazarlar da mevcuttur.⁴³¹

TBK da ise net bir kıstas konulmamış, zarar verme ve ağırlaştırma kıstası getirilmiş, örneklendirme yapılmamıştır. İçerik denetiminde dürüstlük kuralına aykırı teşkil edecek bu hususlar öğreti ve içtihadı bırakılmıştır.⁴³²

İçerik denetimine tabi olan bir genel işlem koşulunun denetimi için birtakım unsurların varlığı aranacaktır. Çalışmamız kapsamında işbu unsurlar incelenecektir.

3.4.3.1 Unsurları

3.4.3.1.1 Genel İşlem Şartının Sözleşme Hükümü Olması

İçerik denetiminin yapılabilmesi için ön koşul ilgili koşulun sözleşme içeriği haline gelmesidir. Bu kapsamda genel işlem koşulunun yürürlük denetiminden geçmiş olması gerekir. Aksi halde yazılmamış sayılan hüküm, sözleşme içeriğine dahil olmadığı için içerik denetiminin yapılması mümkün değildir.

3.4.3.1.2 Genel İşlem Şartının, Karşı Taraf Aleyhine veya Onun Durumunu Ağırlaştırıcı Nitelikte Olması

TBK’nın 25.maddesi uyarınca karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz.

Doktrinde “*karşı tarafın durumunu ağırlaştırma*” ifadesinin, yine lafız içinde geçen “*karşı taraf aleyhine*” ifadesiyle aynı anlamına geldiği ve anlamsız bir tekrar oluşturulduğu ifade edilmiştir.⁴³³ Öyle ki TKHK’nın 5.maddesinin 1.fikrasında bu husus “*..dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan*” şeklinde daha açıklayıcı ve sade olarak kaleme alınmıştır.

TKHK’nın 5.maddesinin 1.fikrasında herhangi bir orantısızlık şartı aranmaksızın sadece, “*... tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarından...*” söz edilmiştir. Bu farklılığın sebebi öğretide, dürüstlük kuralı ve yaptırımının TMK’nın 2.maddesinde genel hukuk kuralı olarak düzenlenmesinin yeterli görülmesi olarak ifade edilmiştir.⁴³⁴

⁴³¹Tuğçe TUZCUOĞLU 2020, age, s.162.

⁴³²Gökhan ANTALYA 2019, age, s.513.

⁴³³Murat AYDOĞDU 2014, age, s.124; Fikret EREN (2015), “Genel İşlem Şartlarında İçerik Denetimi”, *İzmir Barosu Dergisi*, Cilt 80, Sayı 3, s.296.

⁴³⁴Gökhan ANTALYA 2019, age, s.515.

Yine BGB'nin 307.maddesinin 1.fıkrasında; “*Genel işlem koşulları içinde yer alan ve kullananın karşısındaki sözleşme tarafını dürüstlük kuralına aykırı düşecek ölçüde mağdur eden hükümler geçersizdir*”⁴³⁵ ifadesi ile Yönerge'nin 3.maddesinin 1.fıkrasında;

“*Münferiden tartışılmamış olan bir sözleşme koşulu iyi niyet kurallarına aykırı olarak tüketicinin zararına olacak şekilde, tarafların sözleşmeden doğan hak ve borçlarında önemli bir dengesizliğe sebep olmuşsa haksız olarak kabul edilir*”

şeklinde ifadeler, ortaya çıkan dengesizliğin ölçütünü, *önemli* olarak belirlemiştir.

Önemli dengesizlik ölçüsünün BGB'dekine benzer şekilde somut olarak ortaya konulması, değerlendirici hâkim açısından önemlidir.⁴³⁶ Hukukumuzda da TTK'nın 55.maddesinin 1.fıkrasının f bendinde yer alan *önemli ölçüde* kriteri BGB ve Yönerge'ye benzer şekildedir. TTK'nın 55.maddesinin 1.fıkrasının f bendinde belirlenen bu kıstasın doğrudan TBK'nın 25.maddesi kapsamında da kullanılabileceği ileri sürülmüştür.⁴³⁷ BGB ve Yönerge'de belirtilen ölçü kriterlerinin, yorum yoluyla TBK açısından da aynı sonuca ulaşılabilceğini ifade eden müellifler vardır.⁴³⁸ Bazı yazarlar⁴³⁹ ise tüm bu görüşlerin aksine, iki kanunun uygulama alanının farklı olduğu, bu tür ağır kıstasların kuralın uygulanması noktasında zorlaştırıcı etki oluşturacağını ifade etmiştir.

Karşı tarafa yönelik zarar verici veya onun durumunu ağırlaştırıcı her kaydın geçersiz olmadığı, bu menfi durumun dürüstlük kuralı çerçevesinde “açıkça” ortaya konulması gerektiği ileri sürülmüştür.⁴⁴⁰ Bu görüşe karşı çıkan bazı yazarlar,⁴⁴¹ TBK'nın 25.maddesinin temel aldığı maddenin TMK'nın 2.maddesinin 1.fıkrası olduğu ve dürüstlük kuralına aykırılığın yeterli olacağı, ayrıca açıkça aykırılığın aranmasının gerekli olmadığını ifade etmiştir.

Öğretide sözleşmede dengesizlik oluşturabilecek haller değerlendirilmiştir. Bunlar; karşı taraf aleyhine verilecek zarar, malvarlığı veya şahıs varlığında eksilme veya olumsuzluk olabilecektir.⁴⁴² Yine sözleşmenin ani veya sürekli edim niteliğinde

⁴³⁵Murat AYDOĞDU 2014, age, s.278.

⁴³⁶Ayşe HAVUTÇU 2003, age, s.44.

⁴³⁷Gökhan ANTALYA 2019, age, s.516.

⁴³⁸Yeşim ATAMER 2004, age, s.110; Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU 2014, age, s.247, “*Dürüstlük kuralına aykırı sayılacak düzeye ulaşmış bir dengesizliğin önemsiz bir dengesizlik olması düşünülemez*”, Öğretide belirtilen ölçü kriterleri için bkz. Murat AYDOĞDU 2014, age, s.125.

⁴³⁹Murat AYDOĞDU 2014, age, s.125.

⁴⁴⁰Gökhan ANTALYA 2019, age, s.515.

⁴⁴¹Murat AYDOĞDU 2014, age, s.126; Ayşe HAVUTÇU 2003, age, s.163; Yeşim ATAMER 2001b, age, s.168.

⁴⁴²Fikret EREN 2015, age, s.296.

olup olmadığı⁴⁴³, tarafların sözleşme ile güttükleri amaç⁴⁴⁴ değerlendirmede hâkime yardımcı olacaktır.

Sözleşmenin doğası dikkate alındığında, düzenleyenin asli edim yükümü ve karşı tarafın asli edim alacağını sınırlaması yarar dengesizliğine işaret etmektedir.⁴⁴⁵

3.4.3.1.3 Dürüstlük Kuralına Aykırı Olması

Genel olarak içerik denetiminin amacı karşı tarafın yararını korumaktır. Bu kapsamda tarafların hak ve yükümlülükleri incelenerek, karşı tarafın aleyhine yarar dengesizliği olup olmadığı değerlendirilecektir. Bu değerlendirmede en önemli kıstas ise dürüstlük kuralı olacaktır.⁴⁴⁶ Dürüstlük kuralı, sözleşme kapsamında bozulan dengeyi tekrar sağlama işlevine de sahiptir.⁴⁴⁷

Bu itibarla, TBK’da, TMK’nın 2.maddesinde düzenlenmiş olan dürüstlük kuralının genel işlem koşulları bakımından özel bir uygulamasına yer verilmiştir. Buna göre, sözleşmede karşı taraf aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte genel işlem koşuluna yer verilmişse, bunun dürüstlük kurallarına aykırı olarak konulup konulmadığı değerlendirilecektir.

Madde gerekçesi incelendiğinde yapılan düzenleme ile, ahlâka aykırılık ölçüsünde olmasa bile, öğretide dürüstlüğe aykırı olarak nitelendirilen bu tür davranışların, genel işlem koşulları alanında da önlenmesi amaçlanmıştır.

İçerik denetiminde temel ölçüt dürüstlük kuralıdır. Fakat hangi olayların dürüstlük kurallarına aykırı olacağı madde lafzında somutlaştırılmamıştır.⁴⁴⁸ Madde gerekçesinde (parafrat 3, c.2) ise bu ölçüt;

“ahlâka aykırılık ölçüsünde olmasa bile, öğretide dürüstlüğe aykırı olarak nitelendirilen bu tür davranışların, genel işlem koşulları alanında da önlenmesi amaçlanmıştır.”

⁴⁴³Ayşe HAVUTÇU 2003, age, s.175.

⁴⁴⁴Murat AYDOĞDU 2014, age, s.128.

⁴⁴⁵Gökhan ANTALYA 2019, age, s.515.

⁴⁴⁶age, s.514.

⁴⁴⁷Yeşim ATAMER 2001b, age, s.168; Ayşe HAVUTÇU 2003, age, s.180-186; Murat AYDOĞDU 2014, age, s.127.

⁴⁴⁸Yargıtay 11.Hukuk Dairesi, 27.06.2018 tarihli ve 2016/13461 E., 2018/4893 K. Sayılı kararı “İçerik denetimi yapılırken, genel işlem koşulu olduğu ileri sürülen hükmün “dürüstlük kuralı”na aykırı olup olmadığı, karşı tarafın aleyhine ve onun şartlarını ağırlaştırıcı nitelikte olup olmadığına bakılacaktır. Hangi tür sözleşme hükümlerinin dürüstlük kuralına aykırı ve diğer tarafın şartlarını ağırlaştırıcı nitelikte olduğu hususu kanunda düzenlenmemiş olup, mahkemece her somut olayda bu durumun tartışılması ve değerlendirilmesi gerekir.”

şeklinde ifade edilmiştir. Tüketicilerin korunma ihtiyacını önemseyen kanun koyucu, denetim ölçütlerini TKHK kapsamında belirlemiş iken aynı kaygı TBK kapsamında duyulmamıştır.⁴⁴⁹ Keza mehz BGB(§307,f.2)’de;

“Genel işlem koşulları içinde yer alan bir kayıt, kendisinden sapılan yasal düzenlemenin temelinde yer alan asli düşünceye aykırı düşüyorsa veya sözleşmenin doğasından doğan temel hak ve borçları, sözleşmenin amacına ulaşılmasını tehlikeye düşürecek ölçüde sınırlandırıyorsa, bu kaydın, tereddüt halinde, kullanan karşısındaki sözleşme tarafını dürüstlük kuralına aykırı düşecek ölçüde mağdur ettiği kabul edilir.”

şeklinde ölçüt getirilmiştir. Benzer şekilde Yönerge⁴⁵⁰ ve BGB’de⁴⁵¹ hangi hallerin dürüstlüğe aykırı olacağı yönünde örneklemeye gidilmiştir.

TBK’nın 25’inci maddesinde, genel işlem koşullarında içerik denetimi için hâkime tanınan tek ölçütün dürüstlük kuralı olması öğretilde eleştirilmiştir.⁴⁵²

Maddenin mehzı olan BGB’nin 307.maddesi uyarınca içerik denetimine özgü genel bir kural koyulmuş ve hangi hallerin dürüstlük kuralına aykırı olduğu örneklenmiştir. BGB’nin 308.maddesinde hâkime değerlendirme yetkisi veren nispi yasak şartlar sayılmış, BGB’nin 309.maddesinde ise hakime değerlendirme yetkisi vermeyen mutlak yasak şartlar sayılmıştır.⁴⁵³ Hukukumuzda ise Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik(Tüketici Yönetmeliği) ekinde haksız şart örnekleri verilmiştir. İçerik denetimine tabi genel işlem koşullarının dürüstlük kuralına atıf yapılarak yetinilmesini hatalı bulan görüşler, sürecin Tüketici Yönetmeliği gibi en azından örneklendirilmesi gerektiğini, yargıçların takdir yetkisine bırakmamak gerektiğini ifade etmiştir.⁴⁵⁴

Denetim ölçütlerinin genel kanunda net olarak belirlenmemesi özellikle tacirler açısından uygulamada bazı problemleri gündeme getirebilecektir. Öğretilde,⁴⁵⁵ hakkın açıkça kötüye kullanıldığı hallerde, dürüstlük kuralına aykırılığın ortaya çıkacağı, bunun da içerik denetimi bakımından geçersizliğe sebep olacağı ifade edilmiştir.

⁴⁴⁹Tuğçe TUZCUOĞLU 2020, age, s.164.

⁴⁵⁰Ayşe HAVUTÇU 2003, age, s.158.

⁴⁵¹age, s.177.

⁴⁵²Ayşe HAVUTÇU 2011, age, s.44 “genel ölçüt olan dürüstlük kuralının yanında, özel ölçütlere yer verilmesinin daha uygun olacağı” ifade edilmiştir; Mehmet AKÇAAL 2014, agm, s.64; Mehmet DEMİR 2008, agm, s.264; Tuğçe TUZCUOĞLU 2020, age, s.176.

⁴⁵³Murat AYDOĞDU 2014, age, s.138.

⁴⁵⁴Atilla ALTOP 2007, age, s.260.

⁴⁵⁵Murat AYDOĞDU 2014, age, s.128, “Yazar buna örnek olarak; kullanan için yararı olmayan bir hak kullanma, hakkı amacı dışında kullanma, çelişkili davranış, çıkarlar arasında aşırı dengesizlik, ifaya rağmen şekil eksikliği sebebiyle geçersizliği ileri sürme vd.”

Yine, içerik denetimine ilişkin denetim ölçütlerinin somut olarak belirlenmemesi sebebiyle oluşan eksikliklerin, TKHK ve TTK'nın 55.maddesinin 1.fikrasının f bendi hükümleri çerçevesinde doldurulabileceği ifade edilmiştir.⁴⁵⁶

Benzer şekilde bazı yazarlar, özel içerik denetimini düzenleyen TBK'nın 25.maddesi, BGB (§307,308 ve 309), TTK'nın 55.maddesinin 1.fikrasının f bendi, TKHK'nın 5.maddesi⁴⁵⁷ ve Yönerge'nin 3. ve 4.maddesinden yararlanılarak tamamlanabileceğini ifade etmiştir.⁴⁵⁸ Dürüstlüğe aykırılık tespitinde esas alınacak TTK'nın 55.maddesinin 1.fikrasının f bendinde yer alan kriterler kapsamında; tipik sözleşmelerde, sözleşmeye özgü pozitif hukuk kurallarından (yedek, tamamlayıcı, yorumlayıcı) sapılması; atipik sözleşmelerde ise, sözleşmenin amacından sapılmasının değerlendirileceği de ifade edilmiştir.⁴⁵⁹

Dürüstlük kuralına aykırılık belirlenirken kriterlerin nasıl tespit edileceği hüküm altına alınmamıştır. Bu çerçevede değerlendirilecek diğer bir kıstas sözleşmenin niteliği ve özelliğidir. Taraflar arasında kanunda tanımlanan bir sözleşme ilişkisi var ise o sözleşme ilişkisine özgü yedek hukuk kurallarından sapılması yarar dengesizliği oluşturur. Yine isimsiz sözleşmelerde ise sözleşmenin temel amacı kapsamında karşı tarafın temel hak ve yükümlülüklerini zorlaştıran/sınırlayan hükümlerin varlığı yarar dengesizliğine sebep olacaktır.⁴⁶⁰ Yine dürüstlüğe aykırı davranışların tespitinde; öğreti, madde gerekçesi, içtihatlar ve mukayeseli hukuk hükümlerinin değerlendirilmesi gündeme gelecektir.

İşbu denetim usulü ile ilgili olarak genel ölçütün dürüstlük kuralı olduğu, özel ölçütün ise objektif adalet düşüncesinden sapmayı gerektirecek haklı bir gerekçesinin olup olmadığının araştırılması olduğu ifade edilmiştir.⁴⁶¹ Yine TBK'nın 25.maddesinde BGB'ye benzer şekilde “ölçüsüz biçimde zarara uğratma” kavramının kullanılmayarak “dürüstlük kuralları ve ağırlaştırıcı hükümler” kavramlarının kullanılması, öğretilerde eleştirilmiştir.⁴⁶² Görüşe göre, düzenleyenin

⁴⁵⁶Tuğçe TUZCUOĞLU 2020, age, s.162..

⁴⁵⁷TKHK'un “Tüketici sözleşmelerindeki haksız şartlar” başlığını taşıyan 5/I. maddesine göre, “Haksız şart; tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarıdır.”

⁴⁵⁸Fikret EREN 2015, age, s.298; Gökhan ANTALYA 2019, age, s.517.

⁴⁵⁹age, s.517-518.

⁴⁶⁰age, s.515.

⁴⁶¹Tuğçe TUZCUOĞLU 2020, age, s.163.

⁴⁶²Seza REİSOĞLU 2011, agm, s.116.

ancak açıkça hakkını kötüye kullanması halinde genel işlem şartlarının geçersiz olması gerektiği, aksi takdirde karşı tarafın aleyhe olan tüm hususlarla ilgili ihtilaf çıkaracağı ve bu durumun sektör için belirsizlik ve risk oluşturacağı ifade edilmiştir.

BGB(§307)'de genel ölçüt olan dürüstlük kuralı ile beraber iki özel ölçütü ortaya koymuştur. Bunlar;

“genel işlem şartının, kendisinden saptığı yasal düzenlemenin temelinde yer alan asli ilke, düşünce ile bağdaşmaması ve sözleşmenin doğasından kaynaklanan asli hak ve yükümlülükleri sözleşmenin amacına ulaşmayı tehlikeye düşürecek biçimde sınırlandırması”

olarak ifade edilmiştir.⁴⁶³ İlaç temin Protokolü'nün de asli amacının bireylerin ilaca ulaşımı olduğu düşünüldüğünde, temel ilkedен sapan koşulların dürüstlük kuralına aykırı olacağı düşünülebilecektir.

Sözleşme kapsamında taraf beklentileri üzerinde kurulu dengeyi bozan her genel işlem koşulu dürüstlük kuralına aykırı hükümdür.⁴⁶⁴ Yine ekonomik geleceğin mahvına sebep olabilecek bir hüküm kişilik haklarının ihlali niteliğinde olabilecektir.⁴⁶⁵ Burada fahiş cezai şartlarla ilgili hükümlerin dürüstlüğe aykırı olacağı söylenebilecektir.

Düzenleyen tarafın şeffaflık ilkesi gereğince karşı tarafa açık davranması gerekirken, kişisel çıkarlarını ön planda tutması, çoğu zaman dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edebilecektir. Atipik sözleşmelerde, sözleşme amacına ulaşmayı tehlikeye düşürecek şekilde tarafların hak ve borçlarının sınırlandırılması, dürüstlük kuralına aykırı olarak değerlendirilmelidir.⁴⁶⁶

İçerik denetimini düzenleyen TBK'nin 25.maddesinin, TMK'nın 2.maddesinin tekrarı niteliğinde olduğunu ifade eden görüşler,⁴⁶⁷ içerik denetiminin aslında her hukuki işlem için yapılan geçerlilik denetiminden farklı olmadığını ileri sürmüştür. Yazar, kanun koyucunun, genel işlem şartları denetiminde uygulamanın daha dikkatli davranmasını amacıyla dürüstlük kuralına vurgu yaptığını ileri sürmüştür.

⁴⁶³ Ayşe HAVUTÇU 2011, age, s.44.

⁴⁶⁴ Fikret EREN 2015, age, s.297.

⁴⁶⁵ Yeşim ATAMER 2001b, age, s.154.

⁴⁶⁶ Mustafa TİFTİK ve Zeynep ÖZCAN 2015, agm, s.39; Tuğçe TUZCUOĞLU 2020, age, s.163.

⁴⁶⁷ Melek BİLGİN YÜCE 2022, age, s.93.

3.4.3.2 Hüküm ve Sonuçları

Hukukumuzda içerik denetimini düzenleyen TBK'nın 25.maddesi, denetim sonucu ortaya çıkacak yaptırımı kanun lafzında belirtilmemiştir. Buna rağmen hükmün yaptırımı, madde gerekçesinde⁴⁶⁸düzenlenmiştir. Gerekçede belirtildiği üzere, dürüstlüğe aykırılık teşkil eden genel işlem koşulunun yaptırımı kesin hükümsüzlük olacaktır. Gerekçede bahsedilen TBK'nın 27.maddesinin 2.fıkrasının birinci cümlesinden kasıt, kısmî kesin hükümsüzlüktür⁴⁶⁹

Kanun koyucu yaptırım konusunda madde gerekçesinde, TBK'nın 27.maddesinin 2.fıkrasının birinci cümlesine atıf yapmakla yetinmiştir. İçerik denetiminin yaptırımı TBK'nın 25.maddesi kapsamında açıkça düzenlenmeyip, madde gerekçesinde kesin hükümsüzlük haline değinilmiştir. Bu durum öğretide eleştirilmiştir.⁴⁷⁰

Mehaz BGB(§307)'de hükmün yaptırımı hüküm içinde belirtilmiştir.⁴⁷¹ Benzer şekilde hukukumuzda, TKHK'nın 5.maddesinin 2.fıkrasında kesin hükümsüzlük açık bir şekilde dile getirilmiştir.⁴⁷²

Öğretide, madde gerekçesinde belirtilen kesin hükümsüzlük yaptırımının, TBK'nın 22.maddesine benzer şekilde, *tek taraflı kısmi hükümsüzlük (esnek hükümsüzlük)*⁴⁷³ olarak anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir.⁴⁷⁴

Yine gerekçede, düzenleyenin TBK'nın 27.maddesinin 2.fıkrasının ikinci cümlesinden (sözleşmenin tamamen hükümsüz sayılması) yararlanamayacağı ifade edilmiştir. Bu yaptırımın TBK'nın 22.maddesi gibi hükmün lafzında değil de

⁴⁶⁸Madde gerekçesi: Bu tür hükümlerin yaptırımı, Tasarının 27 nci maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi anlamında kesin hükümsüzlük olacaktır. Başka bir ifadeyle burada, aynı fıkranın ikinci cümlesinin uygulanması söz konusu değildir. Bu sebeple, sözleşmenin kapsamına dahil edilen hükümlerden genel işlem koşullarına konulması yasak olanlar dışındakiler, geçerliliklerini koruyacaktır.

⁴⁶⁹Fikret EREN 2015, age, s.303; Gökhan ANTALYA 2019, age, s.518; Murat AYDOĞDU 2014, age, s.133; Mustafa TİFTİK ve Zeynep ÖZCAN 2015, agm, s.52; Yeşim ATAMER 2001b, age, s.223.

⁴⁷⁰Yeşim ATAMER 2012, age, s.62; Murat AYDOĞDU 2014, age, s.134.

⁴⁷¹Ayşe HAVUTÇU 2003, age, s.178; Yeşim ATAMER 2012, age, s.61; Murat AYDOĞDU 2014, age, s.133.

⁴⁷²Maddeye göre, tüketiciyle akdedilen sözleşmelerde yer alan haksız şartlar kesin olarak hükümsüzdür. Sözleşmenin haksız şartlar dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda sözleşmeyi düzenleyen, kesin olarak hükümsüz sayılan şartlar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez.

⁴⁷³Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU 2014, age, s.593.

⁴⁷⁴Murat AYDOĞDU 2014, age, s.134.

gerekçede belirtilmesi öğretide eleştirilmiştir.⁴⁷⁵Burada temel amaç, düzenleyenin eğer geçersiz hükümler olmasaydı, sözleşme yapmayacak olduğunu ileri sürmesini engellemektir.

Bununla birlikte kısmi hükümsüzlük halinde karşı tarafın sözleşmenin tamamının hükümsüz olmasını isteyebilmesi, genel işlem koşullarının amacına uygundur. Zira, genel işlem koşullarını düzenleyen hükümler ve kanun koyucunun iradesi, karşı tarafı korumaktadır. Genel işlem koşullarına yönelik kısmi hükümsüzlük halinde, karşı tarafın sözleşmenin tamamen hükümsüz kalmasını isteyememesi koruma amacı dışına çıkarak ayrı bir külfet yüklemektedir. Bu durumda karşı taraf, TBK m.27/f.2-c.2'deki düzenlemeden daha ağır bir külfetle karşı karşıya gelmiş olur.⁴⁷⁶

TBK'nın 27.maddesinin 2.fıkrasının birinci cümlesinde geçen “*sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmı*” ifadesi de öğretide tartışmalıdır. Kısmi geçersizlik hallerinde, hükümsüz sayılacak kısım, sözleşme hükümleri bazında mı uygulanacak yoksa edim bazında yasal sınırı aşan kısım geçersiz sayılıp kalanı mı geçerli olacaktır?

Öğretide, hâkime böyle bir imkân tanınmaması, içerik denetiminden geçemeyen işlem koşullarının doğrudan kesin hükümsüzlük yaptırımını ile karşı karşıya kalmasını savunan yazarlar olmuştur.⁴⁷⁷ Buna gerekçe olarak ise “*nasılsa mahkeme müdahale edecek*” anlayışının, genel işlem koşulunun getiriliş amacına aykırı olacağı düşüncesidir. Öyle ki bu durum, genel işlem koşullarının kullanımını niteliksiz olarak artıracaktır. Zira; genel işlem koşullarına yönelik hükümlerin sadece denetim fonksiyonu olmayıp aynı zamanda düzenleme aşamasından önce düzenleyen açısından bir sınırlama getirme fonksiyonu da vardır.

Genel işlem koşulunun TBK'nın 25.maddesi kapsamında kesin hükümsüzlüğü tespit edildikten sonra ortaya çıkan boşluk hâkim tarafından doldurulacaktır.

BGB(§306,f.2)'de, denetim sonucu ortaya çıkan boşluğun yine yasal düzenlemelerle doldurulacağı kabul edilmiştir. Genel işlem koşulu ile ilgili hükümlerde böyle bir düzenleme net olarak düzenlenmemiştir.

⁴⁷⁵Umut YENİOCAK 2013, agm, s.94; Akın ÜNAL ve Emre KÖROĞLU (2019), “Genel İşlem Şartlarının İçerik Denetiminin Sonuçları”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Sayı 13, s.528; Yeşim ATAMER 2012, age, s.61; Ayşe HAVUTÇU 2003, age, s.45; Murat AYDOĞDU 2014, age, s.134.

⁴⁷⁶ Akın ÜNAL ve Emre KÖROĞLU 2019, agm, s.535.

⁴⁷⁷age s.535.

Bu durumda hâkim ilk olarak; mevcut bir hukuki düzenlemenin olup olmadığına bakacak, eğer yedek hukuk kuralı yok ise TMK'nın 1.maddesi kapsamında örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verecektir. Hâkimin boşlukları doldururken koyduğu hüküm, sözleşme ile çelişmemeli, değiştirici etki oluşturmamalıdır.⁴⁷⁸

Genel işlem koşulunun denetimden geçmemesi halinde ortaya çıkacak boşluğun yine başka bir genel işlem koşulu ile doldurulacağına yönelik düşünceler ortaya atılmıştır. Bu görüşler, boşluğu dolduran genel işlem koşulunun dikkate alınabilmesi için taraflar arasındaki menfaati dengeleyip dengelemediğine bakılması gerektiğini ifade etmiştir.⁴⁷⁹

İstisnai olarak hâkim, hukuk boşluğunu doldururken edimler arası dengeyi düzenleyen aleyhine bozabilir. Bu durumda hem genel işlem koşulunun hükümsüz kılınması hem de menfaat dengesinin bozulması, düzenleyen aleyhine iki yaptırım uygulanması anlamına gelecektir. Öğretide, BGB(§306,f.3)'ye atıfla dengenin sağlanamadığı bu durumda, sözleşme çöktüğü için sözleşmenin tamamen hükümsüz olması gerektiğini öne süren yazarlar mevcuttur.⁴⁸⁰

3.4.4 İlaç Temin Sözleşmesi Kapsamında Değerlendirme

3.4.4.1 TBK'nın 24.maddesi Açısından Değerlendirme

Düzenleyen taraf, sözleşme hükümlerinde bir değişikliğe gitmek istemesi halinde karşı tarafın onayı almakla yükümlüdür. İşbu yükümlülük TBK'nın 24.maddesinin doğal sonucudur.

İlaç Temin Protokolü'nün 3.1.maddesinde;

“Sağlık Uygulama Tebliği'nde eczacının ilaç vermesi ile ilgili iş ve işlemlere ilişkin değişiklik yapılması halinde görüş birliği sağlanır.”

hükmü düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere eczane iş ve işlemlerine yönelik yapılacak değişikliklerde düzenleyen SGK, karşı taraf olan eczacının (temsilen TEB) onayını almalı ve görüş birliği sağlanmalıdır. Bu durumda görüş birliği sağlanmayan değişiklikler sözleşme hükmü haline gelemeyecektir ve TBK'nın 24.maddesi kapsamında yazılmamış sayılacaktır.

⁴⁷⁸age s.540.

⁴⁷⁹age s.541.

⁴⁸⁰age s.542.

Bilindiği üzere bir ilacın ödenme şartlarına ilişkin usul ve esaslar Sağlık Uygulama Tebliği'nde düzenlenir. Fakat uygulamada Sağlık Uygulama Tebliği'nde yapılan değişikliklerde herhangi bir görüş birliği sağlanmamakta, tek taraflı olarak ilgili tebliğ yürürlüğe alınmaktadır. Bu durum, sözleşme maddesine aykırı olduğu gibi düzenleyenin kamu gücü ile tebliğ değişikliği yaparak, sözleşmeye dışarıdan müdahalesi anlamı taşıyacaktır.

Yargıya yansımış bir somut olayda *Gonadotropin* isimli ilacın reçete edilmesine yönelik herhangi bir hekim şartı sınırlaması olmamasına rağmen, 25.08.2022 tarih ve 31934 Mükerrer sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Tebliğ'in 49.maddesi ile;

"Hipogonadotropik hipogonadizm tanısı; 6 ay ara ile yapılan değerlendirmelerde toplamda 3 yıl süre ile FSH ve LH değerleri normal aralığın alt sınırında veya düşük olan ve total testosteron değeri sayısal olarak düşük olan erkek hastalarda bu durumların belirtildiği en az biri endokrinoloji ve metabolizma uzman (Değişik:RG-16/03/2023-32134/36 md. Yürürlük: 24/03/2023) hekiminin yer aldığı 6 ay süreli sağlık kurulu raporuna dayanılarak endokrinoloji ve metabolizma hekimi tarafından reçete edilmesi halinde Kurumca bedeli karşılanır."

şeklinde, karşı taraf ile görüş birliği sağlanmadan değiştirilmiştir.

Yaklaşık yedi ay sonra aynı ilacın karşılanmasına yönelik 16.03.2023 tarih ve 32134 sayılı Resmi Gazetede yayınladığı tebliğin 36. maddesi ile;

"Hipogonadotropik hipogonadizm tanısı; 6 ay ara ile yapılan değerlendirmelerde toplamda 3 yıl süre ile FSH ve LH değerleri normal aralığın alt sınırında veya düşük olan ve total testosteron değeri sayısal olarak düşük olan erkek hastalarda bu durumların belirtildiği en az biri endokrinoloji ve metabolizma uzman (Değişik:RG-16/03/2023-32134/36 md. Yürürlük: 24/03/2023) hekiminin yer aldığı 6 ay süreli sağlık kurulu raporuna dayanılarak endokrinoloji ve metabolizma hekimi veya üroloji uzman hekiminin yer aldığı 6 ay süreli sağlık kurulu raporuna dayanılarak endokrinoloji ve metabolizma uzman hekimi veya üroloji uzman hekimi tarafından reçete edilmesi halinde Kurumca bedeli karşılanır."

şeklinde yine görüş birliği sağlanmadan değişiklik yapılmıştır.

Özetle; hekim şartı sınırlaması olmayan *Gonadotropin* isimli ilacın karşılanmasına yönelik 25.08.2022 tarihli tebliğ ile sadece *endokrinoloji ve metabolizma uzmanı* tarafından reçetelenmesi halinde karşılanabileceğine ilişkin kural, yaklaşık yedi ay sonra 16.03.2023 tarihli değişiklik ile *üroloji uzman hekimi* de

dahil edilerek yenilenmiştir. İşbu yedi aylık ara dönemde ülke geneli birçok eczane tarafından üroloji hekimi tarafından yazılan *Gonadotropin* isimli ilaç içeren reçeteler karşılanmıştır. Fakat SGK, üroloji hekim şartının 16.03.2023 tarihi ile getirildiği, bu sebeple ondan önceki dönemde üroloji hekimi tarafından yazılan reçetelerin karşılanamayacağı gerekçeleriyle hak ediş kesintileri oluşturmuştur.

Somut olay değerlendirildiğinde, *Gonadotropin* isimli ilacın karşılanması ile ilgili iş ve işlemler, taraflar arasında akdedilen Protokol'ün 3.1.maddesi uyarınca görüş birliği sağlanması halinde değiştirilebilecektir. Zira ilgili hüküm, tek taraflı değiştirme yasağı getirmektedir. Kanımızca, tek taraflı olarak değiştirilen hekim şartı, TBK'nın 24.maddesi uyarınca yazılmamış sayılacak ve görüş birliği sağlanan hüküm üzerinden iş ve işlemlerin yürütülmesi gerekecektir.

Buna rağmen somut olayla ilgili ilk derece mahkeme kararlarında TBK'nın 24.maddesi yerine 25.maddesi üzerinden örtülü içerik denetimi yapıldığı gözlenmektedir. Mahkeme gerekçelerinde⁴⁸¹ genel olarak, dürüstlüğe aykırılık ve

⁴⁸¹ İstanbul Anadolu 26.Asliye Hukuk Mahkemesi'nin (künye arşiv kayıtlarımdadır) kararı “...ek raporda belirtildiği üzere davaya konu 2 reçetenin uzman hekimlerce düzenlendiği ve bu reçetelere yönelik kesintinin haksız olduğu, diğer 5 reçetenin ise Aile Hekimleri tarafından yazılmış olduğu ve SUT'ta yapılan düzenlemeye uygun olmadığı; ancak davalı Kurumun, SUT'ta yaptığı düzenlemeyi MEDULA Provizyon Sisteminde kurgulamadığı ve hataya sebebiyet verdiği, zira SUT ile ilgili karar vermek veya SUT üzerinde değişiklik yapmak davalı kurumun yetkisinde olduğu, Medula sistemi bilgi yükleme, kontrol ve denetleme yetkisi SGK'da olan, başkaca herhangi bir paydaşın düzenleme yapma hakkı bulunmadığı bir sistem olduğu, eczacının Medula sistemi üzerinde sadece belirlenen ölçülerde veri işleme yetkisi bulunduğu, ilaç ve tedavilerin tamamının ödeme kriterlerini belirleyen SUT hükümlerinin Medula sistemine entegrasyonunun SGK sorumluluğunun eczacıya yüklenmesinin doğru olmadığı, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 2010/19296 Esas ve 2011/7720 Karar sayılı ilamı ile Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 2014/26470 Esas, 2015/23063 Karar ve 02/07/2015 tarihli kararında belirtildiği üzere Sosyal Güvenlik Kurumu'nun bilgi yükleme ve düzenleme yetkisini tamamen elinde bulundurduğu Medula sistemine kaydedilerek hastaya teslim edildiği sabit olan ilaçlar için eczanenin sorumlu tutulamayacağı, Sosyal Güvenlik Kurumunun doğan zararlardan sorumlu olacağının hüküm altına alındığı anlaşılmakla denetime elverişli bilirkişi raporu ve Yargıtay tarafından verilmiş emsal kararlar da göz önünde bulundurularak davalı kurum tarafından yapılan kesintinin yersiz olduğu kanaatine varılarak davanın kabulüne karar vermek gerekmiş” benzer şekilde, İstanbul Anadolu 19.Asliye Hukuk Mahkemesi'nin (künye arşiv kayıtlarımdadır) kararı “...03/09/2022 tarihinden itibaren Endokrinoloji ve Metabolizma Uzman Hekimleri dışındaki branş doktorları tarafından reçete edilen gonadotropin grubu ilaçların karşılanarak kuruma fatura edildiği gerekçesiyle SUT hükümlerine aykırı reçetelere karşılık kurumca karşılanan ödemenin iadesine ilişkin olarak tesis edildiği, bilirkişi raporu ile belirlendiği üzere dava konusu işleme dayanak davacı eczane tarafından karşılanan ve kuruma faturalandırılan reçetelerin 03/09/2022 tarihinden başka anlaşım ile SUT tebliği değişikliğinden sonrasına ilişkin olduğu ve bu sebeple tebliğ değişikliği kapsamında olduğu, tarafları bağlayıcı olan davalı kurumun söz konusu değişikliğin uygulanmasına yönelik 2022/1 sayılı duyurusu incelendiğinde, sistem tarafından uyarı verilmeyen ilacın, reçeteleme ve uygunluk kontrolü işlemlerinin uygulanageldiği şekilde sürdürülmesi gerektiğinin belirtildiği, teknik bilirkişi raporu ile davaya konu reçetelerin karşılanması esnasında medula sisteminin uyarı vermediğinin belirlendiği, davalı tarafından SUT 5 maddesi uyarınca medula sisteminin uyarı vermemesinin tek başına yeterli olmadığı ve davacı eczanenin SUT hükümleri uyarınca kontrol yükümlülüğü bulunduğu ileri sürülmüş ise de 03/09/2022 tarihinden sonra davacı tarafından 123 adet reçete fatura edilmiş olması, davalı kurumca uzun süre bu faturalandırma işlemlerine

hakkın kötüye kullanılmasına dolaylı vurgu yapılmakta, fakat TBK'nın 25.maddesi içerik denetimi ifadesine değinilmemektedir. Kanımızca bunun temel sebebi; genel işlem koşulları denetim sürecinin daha çok akademik kalması ve Yargıtay içtihatlarına konu edilmesidir.

3.4.4.2 TBK'nın 25.maddesi Kapsamında Değerlendirme

İlaç Temin Protokolü'ne yönelik içerik denetimi, BGB'de yer alan ve ilgili sözleşmeye uygulanabilecek hükümler çerçevesinde değerlendirilmiştir.

3.4.4.2.1 İfa Sürelerine İlişkin Kayıtlar

BGB(§308,f.1)'e göre bir edimin ifasını aşırı derecede uzun ya da yeterince belli olmayan bir süre için saklı tutmaya ilişkin koşulların varlığı halinde, hakime değerlendirme yetkisi verilmiştir.⁴⁸²Bu durumda ifa zamanının makul süre içerisinde gerçekleştirilmesi karşı taraf için dürüstlük kuralı uyarınca beklenmesi gereken bir durumdur.⁴⁸³Bununla birlikte ifa zamanının belirsiz olması dürüstlük kuralına aykırı olabileceği gibi ifa zamanının tek taraflı düzenleyen tarafından belirlenmesi de dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecektir. Yine bu bağlamda tek taraflı belirleme durumu, aynı zamanda TBK'nın 24.maddesi kapsamında değiştirme yasağına da tabi olacaktır.

İlaç Temin Protokolü'nün 5.3.5.maddesi uyarınca;

“Kurum, İl Sağlık Müdürlüğü veya Eczacı Odası tarafından eczanede yapılan denetimde, reçete sahibi veya ilacı alan kişiye teslim edilmeyen ilaçlara ait reçetelerin Kuruma fatura edildiğinin tespiti halinde ilaç bedelinin 2 (iki) katı tutarında cezai şart uygulanarak eczacı uyarılır. Tekrarı halinde ilaç bedelinin 10 (on) katı tutarında cezai şart uygulanarak sözleşme feshedilir ve 3 (üç) ay süre ile sözleşme yapılmaz. Ancak, Kurum tarafından yapılacak soruşturma neticesinde hastaya teslim edilmek üzere hastanın ilaç alım tarihinden itibaren 60 (altmış) günü geçmeyecek sürede ilaçların eczanede bekletildiğinin saptanması halinde bu madde hükmü uygulanmaz.”

müdahale edilmemiş olması ve söz konusu değişikliğin uygulanmasına yönelik 2022/1 sayılı duyurusunda sistem tarafından uyarı verilmeyen ilacın, reçeteleme ve uygunluk kontrolü işlemlerinin uygulanageldiği şekilde sürdürülmesi gerektiğinin bildirilmesi ve davacı eczanenin işleminin 2022/1 sayılı duyuru kapsamında olduğu hususu birlikte değerlendirildiğinde..”

⁴⁸²Murat AYDOĞDU 2014, age, s.278.

⁴⁸³Almanya Mahkeme kararlarında yer alan makul süre örnekleri için bkz. Murat AYDOĞDU 2014, age, s.139.

hükmü amirdir. Maddeye göre reçete içeriğinde yer alan ilaçların teslim hazır şekilde eczanede bekletilme süresi azami 60 gün olarak tek taraflı şekilde belirlenmiştir. Şeklen 61.gün itibariyle halen hastaya teslim edilmemiş bir ilacın eczanede olduğu tespit edilirse işbu cezai şart, düzenleyen SGK tarafından uygulanacaktır.

Taraflar arasında işbu süreyi aşan ifalara ilişkin uyuşmazlıklarda hâkim tarafından, dürüstlük kuralları çerçevesinde makul süre tespiti yapılabilecektir. İfa süresinin aşılmasında üçüncü kişinin kusuru araştırılabilecektir. Öyle ki 60 günlük süre zarfında eczacıya atfedilen temel yükümlülük, süresi içerisinde hastaya ulaşıp ilaçların hazır olduğunu bildirmesidir.⁴⁸⁴Eczacının üzerine düşen yükümlülüğü yerine getirerek ilaçların hazır olduğu konusunda 60 gün içerisinde hastaları bilgilendirmesine rağmen, hasta kaynaklı sebeplerle bu süre zarfında ilaçlar eczaneden alınmamaktadır. Bu sebepler arasında; hastanın kırsalda ikamet etmesi, yaylada olması, tatilde olması vb. sayılabilecektir.

Hükmün lafzından da anlaşılacağı üzere “*eczanelerde yapılan denetimlerde*” ilaçların hastalara teslim edilmediği tespit edilirse ilaçlar hastaya teslim edilmemiş sayılacaktır. Bununla birlikte 61.günde hala teslim edilmeyen ilaçların fiziki akibetinin ne olacağı konusunda sözleşmesel bir açık bulunmaktadır. Zira bu ürünler artık Kurum’a fatura edilmiş olmakla birlikte hasta tarafından süresi içerisinde teslim alınmamıştır. Miadı geçmediği için imha prosedürü de işletilememektedir.

Somut bir olayda, davalı SGK tarafından davacı eczanesinde yapılan denetim üzerine hastalara teslim edilmemiş 134 reçete muhteviyatı ilaç olduğu gerekçesiyle hakkında 2012 protokolünün 5.3.5 maddesi uyarınca 1 kez uyarı cezası ve 37.410,15 TL cezai şart ile 2.891,41 TL reçete bedelinin tahsiline karar verilmiştir. Somut olayda Yargıtay;⁴⁸⁵

⁴⁸⁴Danıştay 13.İdari Dava Dairesi’nin 10.02.2022 tarihli ve 2018/1144 E., 2022/371 K. sayılı kararı, “*eczanelerin Kurum kapsamındaki kişilere verdikleri ilaçları süresi içerisinde faturalandırması esas olmakla birlikte uygulamada eczacı tarafından ilaçların hastaya teslim edilmek üzere hazırlanarak eczanede teslim hazır bir şekilde bekletildiği durumlarla karşılaşılmasının muhtemel olduğu nazarı dikkate alınarak anılan Protokol maddesiyle bu durumlar için makul bir süre belirlenerek yaptırım kuralının istisnası düzenlenmiştir. Bu bağlamda, ilaçların hastaya tedavi olması gereken sürede temin edilerek teslim edilmemesinin, bedelinin ise Kurumca karşılanması hem Kurum zararına hem de hasta mağduriyetine sebebiyet vereceği açık olup, bunları önlemek maksadıyla makul bir süre belirlenerek, hastanın ilaç alım tarihinden itibaren 60 (altmış) günü geçmeyecek sürede ilaçların eczanede bekletilmesinin yaptırım kuralının istisnası olarak düzenlenmesinin kamu yararı ve hizmet gereklerine, hukuka uygun olduğu sonucuna varılmıştır.*”

⁴⁸⁵Yargıtay 3.Hukuk Dairesi’nin 17.02.2022 tarihli ve 2021/6664 E., 2022/1189 K. sayılı kararı.

“...mahkemece yapılması gereken HMK md. 31 uyarınca, hakimın davayı aydınlatma ödevi kapsamında olmak üzere, kurum işleminin konusunu oluşturan hastaların Kurumca alınan beyanları değerlendirilerek, eksik alınmış beyanlar varsa hastaların tekrar dinlenilmeleri suretiyle ilaçların davacı eczanede neden kaldığı, ilaçların hastalara teslim edilmemesinde eczacının bir kusurunun bulunup bulunmadığı belirlendikten sonra her bir cezai işlemin yerinde olup olmadığını gerekçeleri ile açıklayacak şekilde karar verilmesi gerekirken yetersiz gerekçe ile yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.”

şeklinde karar gerekçesi oluşturulmuştur.

Görüldüğü üzere şeklen ifa süresi, eczacı tarafından aşılmış olsa da işbu hüküm genel işlem koşulu olup, tek taraflı hazırlanması sebebiyle denetime tabi olacaktır. Yapılan denetimde sürenin aşılmış olmasında eczacı kusurunun olup olmadığının araştırılması ifade edilmiştir. Yukarıda değerlendirdiğimiz üzere, Yargıtay 3. ve 13.Hukuk Daireleri, işbu sözleşme hükümlerini genel işlem koşulu olarak değerlendirmemektedir. Yukarıda verilen somut mahkeme kararında; ilgili sürenin aşılmasında eczacının kusurunun olup olmadığının tespiti istenmiştir. Bu durumda mahkemece ilgili hükmün dürüstlük kuralına aykırı olduğu tespit edilecek, ortadaki boşluk TBK’nın 2.maddesi ve TMK’nın 1.maddesi göz önüne alınarak üçüncü kişinin kusuru veya makul süre şeklinde doldurulacaktır.⁴⁸⁶ Her ne kadar ilgili daireler İlaç Temin Protokol hükümlerini genel işlem koşulu olarak kabul etmese de örtülü içerik denetiminin yapıldığı düşünülmektedir.

Yine ifanın şekli ile ilgili uyuşmazlıklarda da dürüstlük kuralına aykırılık değerlendirmesi gündeme gelebilecektir. İfaya rağmen şekil eksikliği sebebiyle geçersizliği ileri sürme ve hakkı amacı dışında kullanma da dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecektir.⁴⁸⁷ Eczane işletmeciliğinde bunun en temel yansıması, hastaya tedarik edilen ilacın, SUT kurallarına aykırı olması sebebiyle yapılan hak ediş kesintileridir.

SUT, SGK’ya fatura edilen ilaçların karşılanmasına yönelik usul ve esasları belirleyen bir tebliğdir. Bu kapsamda gerek hekimin reçete yazma gerekse eczacının reçete karşılama aşamasında ilgili ilacın SUT kurallarına uygun olup olmadığını denetlemesi beklenir. Zira, SUT’un 5.1.4.maddesine göre sunulan hizmete ilişkin

⁴⁸⁶Murat AYDOĞDU 2014, age, s.143.

⁴⁸⁷age, s.129.

MEDULA sisteminden alınan provizyonlar, ön izin niteliğinde olup mevzuat ile açıkça belirtilmediği sürece tek başına yeterli değildir. Bu kapsamda otomasyon sistemi izin verse dahi hekim ve eczacının ilgili reçeteyi SUT kurallarına göre hazırlaması talep edilmektedir. Bu da sağlık meslek mensuplarına ayrı bir külfet getirmekte, diğer bir tabirle “*SUT Polisi*”⁴⁸⁸ vasfı yüklemektedir.

Uygulamada Medula sisteminin verdiği onaya güvenerek, hastanın acil ihtiyaçları veya SUT metninden çıkan yorum farkları sebebiyle hekim tarafından reçete yazılabilmekte ve işbu reçeteler eczane tarafından karşılanabilmektedir. Bu durumda SGK, şekli sınırlama olan SUT metnini öne sürerek hak ediş kesintileri yapmakta, karşı taraf ise hastanın sağlık hakkı üzerinden itiraz etmektedir. Hastanın ilaca ihtiyacı, ilacın teslimi ve kullanımı niza dışında olan işbu durumda, ifanın şekil şartlarına (SUT) aykırı olması sebebiyle süreç yargıya taşınmaktadır.

Bu şekli aykırılıkları örneklemek gerekirse;

3.4.4.2.1.1 Hekim Şartının Sağlanmaması

SUT ilgili hükümlerinde bir tedavinin belirlenmesi için branş hekim şartı ön görülebilir. Örneğin SUT’un 4.2.15.C. maddesine göre *ivabradin* etken maddeli ilacın karşılanma kuralında;

“kardiyoloji uzmanlarınca düzenlenen 1 yıl süreli uzman hekim raporuna dayanılarak kardiyoloji uzmanı veya iç hastalıkları uzmanı tarafından reçete edilebilir.”

hükmü haizdir. Bu durumda ilacın, kardiyoloji uzmanı veya iç hastalıkları uzmanı dışında yazan branşların reçete bedelleri SGK tarafından karşılanmayacaktır. Bu şekli kurala rağmen, sağlık hizmet sunucusunda(hastane, üniversite hastanesi vd.) ilgili branşların olmaması, hastanın ilaca ihtiyacı ve mücbir sebepler düzenlenmemiştir.

İfaya rağmen şekil eksikliği sebebiyle uyuşmazlık çıkan somut bir olayda Yargıtay’ın⁴⁸⁹;

“..Uyuşmazlık SUT hükümlerine göre 3 hekimin yazacağı ilacın tek hekimin yazdığı reçete ile karşılanamayacağı kararlaştırılmakla birlikte, Medula’nın işleme onay

⁴⁸⁸Yapay zeka sistemlerinin geliştiği Dünya düzeninde ilacın karşılanmasına ilişkin usul ve esasların otomasyon sistemleri üzerinden kontrolü rahatlıkla yapılabilecektir. Bu ön denetim ile kamu sağlık harcamaları kontrol altına alınacak, usulsüzlükler engellenecektir. Fakat bunun yerine kontrolün manuelleştirilmesi güvenlik açığını da beraberinde getirecektir. Bu manuel kontrol noktasında hekim ve eczacıya yüklenen külfet, sağlık danışmanlığının sürdürülebilirliği noktasında da menfi sonuçlar ortaya çıkarmaktadır.

⁴⁸⁹Yargıtay 13.Hukuk Dairesi’nin 02.07.2015 tarihli ve 2014/26470 E., 2015/23063 K. sayılı kararı.

vermesinden kaynaklanmaktadır. Hükme dayanak bilirkişi raporunda ilaç takip sisteminin tek başına kontrol mekanizması sayılamayacağı eczacının da SUT hükümlerine göre reçetelerin yerindeliği kontrol etmesi gerektiği mütalaa edilmiş ise de kurumun bizzat kendisinin bilgi yükleyerek oluşturduğu ve tek denetleyicisi olduğu sistemin onay vermesi ile hastaya ulaştırıldığı sabit olan ilacın kuruma fatura edilmesinde eczacı davacıya atfi kabil kusur bulunmadığının kabulü gerekir. Mahkemece bu husus gözetilerek davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup hükmün bozulmasını gerektirir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün davacı yararına **BOZULMASINA**, " şeklindeki kararı, şekil eksikliğine rağmen yapılan ifade, ilacın ihtiyaç olup olmadığı ve hastaya ulaştırılıp ulaştırılmadığı kıstas alınmıştır.

Benzer bir olayda Yargıtay⁴⁹⁰;

"..davacı, davalı kurum tarafından reçetelerin hematolog doktor tarafından yazılmadığı gerekçeleri ile haksız kesintilerin faizi ile tahsili için eldeki davayı açmıştır. Mahkemece, bilirkişi raporu doğrultusunda 24.11.2008 ve 25.12.2008 tarihli reçetelerin hematolog tarafından yazılmaması gerekçe gösterilerek davacının talebini bu reçeteler yönünden reddetmiştir. 5510 sayılı yasanın 63 ve devam maddeleri de dikkate alındığında, kurum sigortalısını, sıhate kavuşuncaya kadar tedavi ettirmek durumundadır. Reçetelerde yazılı ilaçların hastaya verildiği ve hasta tarafından kullanıldığı taraflar arasında uyumsuzluk dışıdır. Davalı kurum, reçetede uzman hekim eksikliğini gerekçe göstererek sigortalısı olan hastayı tedavi sorumluluğundan kurtulamaz. Ayrıca kurum eczacıya gerekli ödemeleri yaparken de gerekli dikkat ve özeni göstermesi gerekir. Şayet davalı kurum hastanın bu ilaçtan yararlanmaması gerektiği iddiasında ise, (ki kurumun böyle bir iddiası yok) fazla ödediğini iddia ettiği ilaç bedelini ilacını hastaya veren eczacıdan değil, ilacı kullanan sigortalı hastasından geri istemesi gerekir. Sonuçta Davacı Eczacının sattığı ilacı kurum sigortalısı olan hasta kullanmıştır. Bu sebeple, SGK'nın, dava konusu yapılan olaydaki ilaç bedelinin ödenmesinde bir kısım usulsüzlükler bulunduğu iddiasıyla kesinti yapması doğru değildir. Bu sebeple, kurum tarafından yapılan kesintinin tahsiline karar vermek gerekir. Hal böyle olunca mahkemece davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken aksi düşüncelerle yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir. "

şeklinde karar vermiştir.

⁴⁹⁰Yargıtay 13.Hukuk Dairesi'nin 25.02.2015 tarihli ve 2014/14129 E., 2015/5844 K. sayılı kararı.

3.4.4.2.1.2 Tedavideki Öncül İlacın Kullanılmaması

Bazı hallerde bir ilacın kullanılabilme şartı olarak öncül başka bir ilacın kullanımı SUT hükümleri ile gerekli görülebilir. Örneğin, SUT'un 4.2.1.C-7.maddesine göre *kanakinumab* etken maddeli ilacın kullanılabilmesi için *anakinra* veya *tosilizumab* ile 3 aylık ön tedavi kuralı getirilmiştir. Bu halde, öncül ilaç olan *anakinra* kullanılmadan *Kanakinumab* etken maddeli ilacın tedaviye alınması SUT'a aykırılık teşkil edecektir. Fakat hastanın metabolik durumu, öncül ilaca olan alerji gibi mücbir durumlarda, öncül ilaç kullanılmadan ana ilaca geçilme halleri maddede düzenlenmemiştir. Bu durumda da ifaya rağmen şeklen aykırılık oluşacaktır. Fakat İlaç Temin Protokolü'nün temel amacı sigortalıların sağlık ihtiyacının finanse edilmesi olduğu için, mücbir sebebe rağmen SGK tarafından yapılan kesinti dürüstlük kurallarına aykırı olacaktır.

3.4.4.2.1.3 Belge ve Bilgi Eksikliği

Bir takım tedavi süreçlerinde de ilgili ilacın kullanılabilmesi için bilgi ve belgeler talep edilmektedir. Örneğin; hastanın önceden kullandığı ilaçların bilgisi, Sağlık Bakanlığı'ndan alınması gereken izinlerin alınıp alınmadığı gibi. Bu bilgi ve belgelerin eksik olması hali de taraflar arasında niza oluşturmaktadır.

Tedaviye yönelik ilacın kullanılabilmesi için öncelikle statin grubu ilacın kullanılması gereken somut bir olayda Yargıtay;

"reçete sahibi hastaların raporlarına doktor tarafından "Statin grubu" ilaç tedavisi uygulanmadığı halde "Statinlerle kolesterol seviyesinin yeterince düşmediği" ibaresi de yazılmıştır. Bu durumda davacı eczacıyı hastaların statin kullanıp kullanmadığına dair geçmiş reçetelerini incelemeyi için sorumlu tutmak hatalı olacaktır. Zira eczacının doktor tarafından resmî belge şeklinde düzenlenen her reçete ve rapordaki bilginin doğruluğunu araştırma yükümlülüğü yoktur."

şeklinde karar vermiştir. Öncül ilaç kullanılmadığı halde hekim tarafından *kullanıldı* şeklinde sisteme not düşülmesine rağmen, Yüksek Mahkeme, öncül ilacın hastaya kullanılıp kullanılmadığı noktasında eczacıya araştırma yükümlülüğü atfetmemiştir. Her ne kadar eczacı tarafından yapılan ifa şekil eksikliği taşısa da dürüstlük kuralları gereği eczacıya altından kalkamayacağı bir külfet yüklenmemiştir.

Yine bilgi ve belge eksikliği süreçlerinde Yüksek Mahkeme'nin SGK otomasyon sistemi Medula'ya yaptığı atıflar dikkat çekicidir.

- "...sistemin onay vermesi ile hastaya ulaştırılan ilacın SGK'ya fatura edilmesinde davacı eczacıya atfı kâbil kusur bulunmadığı gerekçesiyle davalı kurum tarafından tesis edilen cezai işlemin iptaline.." ⁴⁹¹
- "...kurumun bizzat kendisinin bilgi yükleyerek oluşturduğu ve tek denetleyicisi olduğu sistemin onay vermesi ile hastaya ulaştırıldığı sabit olan ilacın kuruma fatura edilmesinde eczacı davacıya atfı kabil kusur bulunmadığının kabulü gerekir." ⁴⁹²

3.4.4.2.2 Dönme Hakkına İlişkin Kayıtlar

BGB(§308,f.3) uyarınca düzenleyenin, haklı biçimde gerekçelendirilemeyen bir nedenle sözleşmeden dönme hakkı tanınmasını geçersiz olarak ifade edilmiştir.

Benzer düzenleme hukukumuzda Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik Ek-1'in 1.maddesinin f bendi uyarınca sözleşmeyi düzenleyene, haklı sebeplerin var olduğu durumlar hariç olmak üzere, belirsiz süreli bir sözleşmeyi makul bir bildirimde bulunmaksızın ve süre tanımaksızın feshetme hakkı tanıyan şartlar geçersiz kabul edilmiştir.

İlaç Temin Protokolü'nün 5.1.maddesi uyarınca taraflar, bir ay önceden yazılı bildirimde bulunmak şartıyla sözleşmeyi her zaman feshedebilir. Söz konusu madde ile taraflara gerekçe sunmadan fesih hakkı tanınmıştır. Fakat bir eczanenin belirli şartlar dışında (ölüm, iflas, devir vb.) sözleşmesini feshetmesi olağan bir durum değildir. ⁴⁹³ İlgili madde, şeklen çift taraflı fesih yetkisi vermiş olsa da kanımızca tek taraflı gerekçesiz bir fesih yetkisi ön görülmüştür.

Kanımızca düzenleyen SGK, feshe gerekçe oluşturma yükümlülüğü altındadır. Zira eczanelerle yapılan başka bir özel hukuk sözleşmesi olan, Sosyal Güvenlik Kurumu Kapsamındaki Kişilerin Türk Eczacıları Birliği Üyesi Eczanelerden Tıbbi

⁴⁹¹Yargıtay 13.Hukuk Dairesi'nin 25.12.2019 tarihli ve 2019/5814 E., 2019/13068 K. sayılı kararı.

⁴⁹²Yargıtay 13.Hukuk Dairesi'nin 02.07.2015 tarihli ve 2014/26470 E., 2015/23063 K. sayılı kararı.

⁴⁹³Yargıtay 3.Hukuk Dairesi'nin 29.03.2023 tarihli ve 2021/5996 E., 2022/2871 K. sayılı kararı, "Zira eczanelerin gelirlerin hemen hemen tamamına yakını, genel sağlık sigortası kapsamındaki hastalara verdikleri ve SGK'dan tahsil ettikleri ilaç bedelleri oluşturmaktadır."; benzer şekilde Yargıtay 15.Ceza Dairesi'nin 19.11.2018 tarihli ve 2018/3394 E., 2018/8206 K. sayılı kararı ".....ilaç alışlarının %95'nin SGK tarafından yapıldığı ve bunun sonucu olarak eczanenin sözleşme feshi durumunda iflas etmek tehlikesi ile karşı karşıya bulunması nedeniyle hiçbir eczanenin bu hatayı yapmayacağı...." Benzer şekilde Yargıtay 3.Hukuk Dairesi'nin 12.10.2022 tarihli ve 2022/4732 E., 2022/7674 K. sayılı kararı, "Pratikte eczacıların sözleşmeyi feshetmesi ticaret yapamaması anlamını taşımaktadır."

Malzemelerin Temini Sözleşmesi'nin(Tıbbi Malzeme Temin Sözleşmesi)

6.1.1.maddesine göre;

*“Taraflar, 30 (otuz) gün öncesinden yazılı bildirimde bulunmak şartıyla, sözleşmeyi **herhangi bir sebep göstermeksizin** her zaman feshedebilir. Sözleşmenin eczane tarafından tek taraflı olarak feshedilmesi halinde 6 (altı) ay süreyle tekrar sözleşme yapılmaz.”*

Eczanelerle yapılan iki ayrı özel hukuk sözleşmesinin fesihle ilgili genel hükümlerinde farklılıklar olduğu gözlemlenmektedir. Zira Tıbbi Malzeme Temin Sözleşmesi'nde fesih için herhangi bir sebep istenmezken, bu irade İlaç Temin Protokolü'ne yansıtılmamıştır. Tıp sözleşmeyi hazırlayan tarafın aynı Kurum olduğu dikkate alındığında, eczanelerle iki ayrı ürün grubu için yapılan sözleşmede yer alan genel fesih maddelerinde yapılan bu farklılık dahi Kurum'un iradesini ortaya koymaktadır. Zira Kurum isteseydi İlaç Temin Protokolü'nü **tıpkı diğer tıp sözleşme metinleri** gibi *“Taraflar bir ay önceden yazılı bildirimde bulunmak şartıyla **sözleşmeyi herhangi bir sebep göstermeksizin** sözleşmeyi her zaman feshedebilir.”* şeklinde hüküm altına alabilirdi. Kurumun **“sözleşmeyi herhangi bir sebep göstermeksizin”** ibaresini 5.1.maddeye yerleştirmemesi bile mefhum-u muhalifi yönünden aslında sözleşme feshinde gerekçe/sebep gösterme yükümlülüğü altında olduğunun ispatıdır.

Yargıtay'ın⁴⁹⁴ tek taraflı gerekçesiz fesih süreci ile uyuşmazlıklarda TBK'nın 26.maddesine atıf yaparak;

“..özellikle protokolün 5.1. maddesi davalının bir ay önceden yazılı bildirimde bulunmak şartıyla her zaman fesih hakkının bulunduğu, sözleşmeyi imzalayan davacı tarafın da sözleşme hükümleri ile bağı olduğu, ayrıca tarafların her zaman yeniden sözleşme yapma imkanına da sahip olduklarının anlaşılmasına göre davacı vekilinin temyiz itirazlarının reddi”

şeklindeki gerekçesi istikrar kazanmıştır.

Öyle ki Yargıtay bir kararında⁴⁹⁵;

“davacı her ne kadar feshin haksız olduğunu ve sözleşmede yer alan hükümlerin genel işlem koşulu niteliğinde olduğunu iddia etmişse de her iki tarafça imzalanan sözleşmelerde yer alan hükümler gereğı davalının sözleşmede yazılı fesih hakkını

⁴⁹⁴Yargıtay 3.Hukuk Dairesi'nin 05.02.2024 tarihli ve 2023/2533 E., 2024/460 K. sayılı kararı; Yargıtay 3.Hukuk Dairesi'nin 12.10.2023 tarihli ve 2023/353 E., 2023/2682 K. sayılı kararı.

⁴⁹⁵Yargıtay 3.Hukuk Dairesi'nin 09.01.2024 tarihli ve 2023/881 E., 2024/77 K. sayılı kararı.

kullanmasının haksızlık olarak nitelendirilemeyeceği, davacının Medula ekranının daha önceki bir tarihte kapatılmış olmasından kaynaklanan zararlarına yönelik dava ve talep haklarını saklı tuttuğu anlaşılmakla davacı vekilinin temyiz itirazlarının reddine karar verilmiştir.”

şeklindeki gerekçesiyle içerik denetimi talebini reddetmiştir.

Buna rağmen Yargıtay kararlarında karşı oylara⁴⁹⁶ da rastlanmaktadır. Kararlarda;

*“Protokolün 5.1. maddesi taraflara sözleşmeyi her zaman feshetme yetkisi verse de bu fesih hakkı daha çok Kurum lehine olan bir düzenlemedir. Pratikte eczacıların sözleşmeyi feshetmesi ticaret yapamaması anlamını taşımaktadır. Dolayısıyla Protokolün 5.1. maddesi, eczacıların menfaatine aykırı bir madde olması nedeniyle TBK madde 20 vd. maddeler uyarınca **“genel işlem koşulu”** kapsamında yazılmamış sayılmalıdır. Zira SGK eczanelerden ilaç alımı konusunda tekel konumundadır. Sözleşmenin 5.1. maddesi, Kuruma gerekçe göstermeden fesih yetkisi verdiği düşünülse de Kurum bu yetkisini kullanırken MK madde 2 hükmünü gözetmelidir. Yani “Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.” Davalı kurum ilaç temininde tekeldir ve eczaneler yönünden en büyük alıcıdır. Bu nedenle Kurum, eczanelerin ekonomik geleceklerini sıkıntıya sokacak işlemlerde daha dikkatli olup somut veriler elde edildikten sonra işlem yapması gerekir. Aksi durum keyfi Kurum uygulamalarına yol açar. Protokolün 5.1 maddesinde sebep gösterilmeden fesih yetkisi verilmesi keyfi olarak fesih hakkının kullanılacağı anlamını taşımaz. Protokolün 7.1. maddesinde eczaneler ile sözleşme yapma zorunluluğu getirilmesi ile 5.1. maddede düzenlenen fesih yetkisi birbiriyle çelişmektedir. Kurumun delil olmadan eczane ile olan sözleşmesini feshi halinde eczacı tekrar Kuruma başvurduğunda yine sözleşme yapmak zorunda kalacaktır. Bu nedenle delilsiz sözleşme feshi, sözleşme kapsamında hukuki olmayacaktır. Zira protokolün 7.1. maddesine göre, feshi gerektirecek hususlar yoksa sözleşme yapılır denildiğinden fesih için gerekçe gösterilmesi gerekmektedir.”*

şeklinde görüş bildirilmiştir. Her ne kadar karşı oy görüşünde fesih hükmünün TBK’nın 20.maddesi vd. hükümlerince genel işlem koşulu sayılması gerektiği doğru ifade edilmiş olsa da kanımızca yazılmamış sayılma yaptırımı yanılığlı olarak

⁴⁹⁶Yargıtay 3.Hukuk Dairesi’nin 24.02.2022 tarihli ve 2021/4425 E., 2022/1490 K. sayılı kararı; Yargıtay 3.Hukuk Dairesi’nin 29.03.2022 tarihli ve 2021/5996 E., 2022/2871 K. sayılı kararı.

değerlendirilmiştir. Hakkın kötüye kullanılarak gerekçesiz şekilde sözleşmenin feshi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmesi sebebiyle TBK'nın 25.maddesi uyarınca içerik denetimi sonucunda kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi tutulmalıdır.

Sonuç olarak sözleşmeden dönme hakkına ilişkin kayıtların değerlendirilmesinde Yargıtay ilgili hukuk dairesi üyeleri arasında da farklı görüşler söz konusudur. Buna rağmen Yargıtay ilgili dairesinin üyelerinin ağırlıklı görüşü TBK'nın 26.maddesi ve eczacının tacirlik vasfına atıf yapmaktadır. Çalışmamız kapsamında biz de karşı oy görüşüne katılmaktayız.

3.4.4.2.3 Cezai Şarta İlişkin Kayıtlar

Cezai şarta ilişkin koşullar, mehzaz BGB(§309,f.6)'da mutlak anlamda yasak olarak belirtilmiştir. Maddeye göre kullanana, diğer tarafın edimi kabul etmemesi veya zamanında kabul etmemesi ya da borcunu ifada temerrüde düşmesi veya diğer tarafın sözleşmeden dönmesi halinde cezai şart talep etme imkânı tanınmasına ilişkin koşullar mutlak geçersiz olarak sayılmıştır.⁴⁹⁷Hukukumuzda ise cezai şarta ilişkin koşullar mutlak anlamda yasaklanmamış, aşırılık unsuru içermediği sürece sözleşmenin bir parçası olabileceği kabul edilmiştir.⁴⁹⁸

Bununla birlikte hukukumuzda cezanın miktarı, geçersizliği ve indirilmesini düzenleyen temel hüküm TBK'nın 182.maddesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Gerçekten de maddeye göre hâkim, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirebilecektir.

Eczacı ve SGK arasında akdedilen İlaç Temin Protokolü'nde cezai şart uygulanacak fiiller, 5.3.madde kapsamında düzenlenmiştir. 14 madde olarak düzenlenen cezai şartlardan 5.3.10.madde uyarınca eczacı ya da eczane çalışanlarınca Kurumu zarara uğratmak amacıyla kasıtlı olarak Kuruma sahte ilaç fiyat kupürü/sahte karekod, sahte reçete veya sahte rapor fatura edildiğinin tespiti halinde reçete bedelinin 10 (on) katı tutarında cezai şart uygulanarak eczacı uyarılır. Tekrarı halinde reçete bedelinin 20 (yirmi) katı tutarında cezai şart uygulanarak sözleşme feshedilir ve 1 (bir) yıl süreyle sözleşme yapılmaz.

⁴⁹⁷Murat AYDOĞDU 2014, age, s.280.

⁴⁹⁸Yeşim ATAMER 2001b, age, s.117.

Görüldüğü üzere 5.3.10.madde uyarınca, eczane tarafından kuruma fatura edilen sahte reçete sürecine eczacı dahil olmasa bile adam çalıştırmanın sorumluluğu kapsamında cezai şartta muhatap olacaktır. İşbu cezai şartın reçete bedelinin 10 katı oranında olması, ticari işletme niteliğinde olan eczanenin iktisadi mahvına neden olabilecek miktarlara ulaşabilmektedir. Her ne kadar eczacı, temel hukuk prensipleri gereği çalıştırdığı işçiden sorumlu olsa da ilgili süreçte çalışan işçi ve üçüncü kişiler ortaya çıkan usulsüzlükten menfaat elde ederken, süreçte menfaati olmayan eczacının menfaatten daha fazla külfete katlanacak olması hakkaniyetli gözükmemektedir. En azından ilk tespitte 10 katı oranında cezai şart yerine daha az miktarda bir cezai şartın ortaya konulması, taraflar arasındaki sözleşmenin de sürdürülebilirliğine katkı sunacaktır. Zira ilk cezai şartta maruz kalan eczacı, TBK'nın 66.madde kapsamında çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken yükümlülükleri daha dikkatli olarak yerine getirecektir.

İlaç Temin Protokolü'nde yer alan cezai şartların genel işlem koşulu niteliğinde olduğuna yönelik Yargıtay 3.Hukuk Dairesi nezdinde görüş birliği olmadığı tespit edilmiştir. Cezai şartların genel işlem koşulu olarak değerlendirilmesine yönelik görüş azınlıkta kalmıştır. Daire karşı oyunda⁴⁹⁹;

“Davaya esas olan sözleşmenin 5.3.3 maddesinde aralarında bulunduğu bir kısım hususlarda cezai şart olarak tamamen eczacı aleyhine olacak şekilde eczacı yükümlülüklerinin belirlendiği hükümler imza altına alınmıştır. Davalı SGK, sigortalılarının sağlık sigortası kapsamında kalan tedavilerinde ihtiyaç duyduğu ilaçları Türkiye Eczacılar Birliği ile yapılan Protokol Kapsamında birliğe bağlı Eczaneler ile yapılan TİP sözleşmeler yolu ile karşılamaktadır. Bu sözleşmelerin imzalanması öncesinde sigortalıya ilaç temin ile yükümlenen eczacı ile bu ilacın bedelini ödeme borcunu üstlenen SGK kurumu arasında sözleşme hükümleri üzerinde TEB in daha önce protokole bağladığı şartlara ilave olarak eczacının sözleşme yapma özgürlüğü kapsamında pazarlıkta bulunma ve tasarruf yetkisi yoktur. Eczanelerin en büyük ilaç alıcısı olan SGK ile anlaşma yapmaksızın ekonomik olarak hayatta kalma şansı bulunmadığına göre ilaç temin sözleşmesinin zayıf tarafı eczanelerdir.

⁴⁹⁹Yargıtay 3.Hukuk Dairesi'nin 15.03.2021 tarihli ve 2020/8466 E., 2021/2665 K. sayılı kararı; Yargıtay 3.Hukuk Dairesi'nin 02.06.2022 tarihli ve 2022/3868 E., 2022/5384 K. sayılı kararı.

Eczacıların bu sözleşmelerde doğrudan karşılıklı müzakere yapmaksızın SGK'nın lehine eczacı aleyhine ağır şartlar içeren, tamamen aleyhlerine olan hükümlerin kabul edilmesi genel işlem koşulu olarak değerlendirilmelidir. TBK m. 25 uyarınca ise genel işlem koşulu olarak dürüstlük kurallarına aykırı olacak şekilde karşı tarafın (eczacı) aleyhine ve onun durumunu oldukça ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamayacağı dikkate alındığında ilaç temini bakımından kurum sigortalısının karşılanan ihtiyacına göre kararlaştırılan cezai şart eczacının ekonomik mahvına sebep olabilecek nitelikte ağır olduğu kabul edilmeli, buna göre TMK m.4 deki hakkaniyet ilkesine göre uygun bir oranda indirim yapılmalıdır. İlk derece mahkemesince davalı kurumun cezai şart olarak belirlediği miktardan yaptığı %50 indirimde göre verdiği kısmen kabul kararı dosya kapsamı ile kanıt durumuna göre yerindedir.”

şeklinde görüş bildirilmiştir. Görüldüğü üzere bizim de katıldığımız karşı oyda, ortaya çıkan cezai şartın eczacının durumunu ağırlaştırıcı niteliğe haiz olması sebebiyle TBK'nın 25.maddesi kapsamında geçersiz olması gerekmektedir. Hükmün geçersizliği ile ortaya çıkan boşluk ise gerek TMK'nın 4.maddesi gerekse TBK'nın 182.maddesinin 3.fikrası uyarınca hâkim tarafından doldurulabilecektir.

Yargıtay başka bir kararında ise⁵⁰⁰ yasada düzenlenmesine rağmen müzakere edilmeden sözleşme hükmü haline gelen cezai şarta yönelik yürürlük denetimi yapılması gerekliliğini ifade etmiştir.

SASPY'nin 5.maddesinin 16.fikrasında, SGK'nın sağlık hizmet sunucuları ile yapacağı sözleşmelerde/protokollerde, mücbir sebeplerin varlığı halinde, ceza koşulu ve feshe ilişkin yaptırımların uygulanmayacağına ilişkin hükümlere yer verilebileceği ifade edilmiştir.

Bu kapsamda eczacının dahil olmadığı bir süreç üzerinden verilen cezai şartı miktarının, eczanenin ticari mahvına sebep olması dürüstlük kurallarına aykırılık olarak değerlendirilebilecektir.

⁵⁰⁰Yargıtay 11.Hukuk Dairesi'nin 10.02.2022 tarihli ve 2020/1898 E., 2022/1006 K. sayılı kararı, “Bunun yanı sıra karşı yan, genel işlem koşulları konusunda uyarılmış olsa dahi sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı bir hüküm de yine, TBK'nın 21. maddesi gereği yazılmamış sayılır. Somut olayda taraflar arasındaki sözleşmenin 7. maddesinde davalı aleyhine tek yanlı cezai şart kararlaştırılmıştır. Her ne kadar cezai şart yasada düzenlenmiş ise de bunun müzakere edilmeden sözleşmede yer alması, denetlenemeyeceği manasına gelmez. Bu durumda cezai şarta ilişkin bu hükmün, bozma ilamımızda gösterildiği gibi yürürlük denetimi yapılarak yazılmamış sayılmasına karar verilip verilmeyeceğinin öncelikle değerlendirilmesi,”

SONUÇ

Türkiye’de perakende ilaç dağıtım hizmeti SGK ile sözleşmeli eczaneler tarafından yapılmaktadır. Türkiye’de on binlerce eczanenin varlığı düşünüldüğünde, SGK’nın her bir eczane ile bireysel sözleşme yapması beklenebilir bir durum değildir. Oysaki her eczanenin; ekonomik, sosyolojik, insan kaynakları, veri kapasitesi, ciro ve stok yapısı farklı olup, tedarik zinciri içerisinde tip bir ticari işletme modelinden bahsetmek mümkün değildir. Fakat gelinen noktada gerek zaman tasarrufu gerekse ilaç tedarik sürecinin aciliyet arz etmesi sebebiyle tip sözleşmeler ortaya çıkmıştır.

İşbu tip sözleşmeler; SGK tarafından hazırlanmakta olup, TEB ile yapılan müzakereler neticesinde ortaya çıkan ve idari niteliği olan İlaç Temin Protokolü’ne bağlı özel hukuk sözleşmeleridir.

SGK, sağlık hizmetinin finansmanı için sağlık hizmeti sunucuları ile yapılacak sözleşmelerin/protokollerin hazırlanması ve akdedilmesi sürecini, 5510 sayılı Kanun’un 63, 73 ve 107 nci maddelerine dayanılarak hazırlanan Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Hizmeti Satın Alım Sözleşmelerinin/Protokollerinin Hazırlanması ve Akdedilmesine İlişkin Yönetmeliğin belirlediği usul ve esaslar çerçevesinde yürütmektedir.

Yönetmeliğin isminde geçen “*hazırlanması*” ifadesi, kamu erkine sözleşme öncesi dönemde bazı ödevler yüklemektedir. Yönetmelik, genel anlamda incelendiğinde sözleşme/protokolün nasıl hazırlanması gerektiğine yönelik ilkeler ortaya koymaktadır. Bununla birlikte temel ilkeler dışında; ticari işletmenin devri, doğmuş ve doğacak alacakların devir ve temlik süreci, veri yönetimi, fesih şartları vb. birçok sürecin nasıl hazırlanacağı noktasında emredici hükümleri içerdiği görülmektedir. Bu kapsamda Protokol, her ne kadar genel düzenleyici idari işlem niteliğinde ifade edilmiş olsa da hem Yönetmelik ismi/amacı hem de içeriği dikkate alındığında, protokol ve bağlı sözleşme maddelerinin önceden, tek taraflı ve birden fazla kullanılmak için hazırlandığı görülmektedir.

İlgili metinlerin; önceden, tek taraflı ve birden fazla kullanılmak için hazırlandığı dikkate alındığında, protokol görüşmelerinin karşı tarafı olan TEB'in de sözleşmeye müdahale etme imkânı fiilin mümkün görünmemektedir. Zira bir sözleşmenin önceden hazırlanmış olması müzakere edilmediğine karine oluşturmaktadır. Bazı durumlarda düzenleyen, “*şeklen müzakere*” yoluyla kanunu dolanmak isteyebilir. Dolayısıyla TEB ve SGK arasında Protokol müzakereleri yapılmış olsa da bu süreci “*şeklen müzakere*” olarak görmekte ve genel işlem koşullarından kaçınmanın başka bir versiyonu olarak ifade etmekteyiz. Zira genel işlem koşulu denetiminin amacı sadece zayıfı korumak değil, bilgilendirilmiş fakat müzakere edememiş/içeriğe etki edememiş tarafı da korumaktadır.⁵⁰¹

Yukarıda da ifade edildiği üzere, genel işlem koşullarının denetlenmesi noktasında karşı taraf açısından tacir ve tüketici ayrımı yapılmakta, tüketicinin tacire göre daha etkili korunma ihtiyacı olduğunu noktasında öğretide görüş birliği mevcut olduğu tespit edilmiştir. Zira, en kötü tacirin bile ticari işlem yapma tecrübesinin olduğu varsayılmaktadır. Elbette bu çıkarım makul görülebilecektir. Fakat; tacirin genel işlem koşullarına yönelik açıkça bilgilendirilmesi, içeriğin öğrenilmesine yönelik fırsatın verilmesi halinde dahi bunlara itiraz edip edemeyeceği hususu ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Bu imkanların verilme amacı, karşı taraf iradesini uyarmak, farkındalığını artırmak ve varsa itirazlarını sunmasına fırsat tanımaktır. İçeriğinde değiştirilmesinin mümkün olmadığı ve hatta itiraz dahi edilmesinin mümkün kılınmadığı bir sözleşme sürecinde TBK'nın 21.maddesinin 1.fıkrasının uygulama alanı olmayacaktır. Kanun lafzı ve uygulama örnekleri de dikkate alındığında, düzenleyen SGK'nın dikte ederek aldığı sözleşme öncesi kayıtlar, eczacının tacir vasfından dolayı genel işlem koşullarının yürürlük denetimini aşmasını sağlayacaktır.

Çalışmamızda incelediğimiz Yargıtay 3.Hukuk Dairesi ve Yargıtay 13.Hukuk Dairesi kararlarında da görüldüğü üzere, TTK'dan gelen birtakım yükümlülüklerin (*basiretli tacir gibi davranma yükümlülüğü*) tartışmaya dahi açılmayacağı tespit edilmiştir. Basiretli tacir gibi davranma yükümlülüğü; eşitlik, özgür irade, menfaat dengesi gibi hususların önüne geçmiştir. Bu düşünce ise taraf mağduriyetlerine yol açmaktadır. İlaç Temin Protokolü'ne yönelik Yargıtay daireleri arasındaki farklı kararlar da hak kayıplarına yol açmaktadır.

⁵⁰¹Tuğçe TUZCUOĞLU 2020, age, s.132.

Denetim türlerinin her ne kadar kanuni olarak sınırları çizilmiş olsa da uygulamada örtülü denetim engellenememektedir. İçerik denetimi yapmak istemeyen hakimlerin taraf iradeleri üzerinden yürürlük denetimi yapması görülebildiği gibi yürürlük denetimini önemsiz bir filtre olarak görüp içerik denetimi yapılmasına engel bir durum maalesef yoktur. Bununla birlikte Türk hukukunun kronik bir problemi olan “*gerekçesizlik*” hastalığı dikkate alındığında, uygulamada TBK’nın genel işlem koşullarını düzenleyen hükümlerinin özellikle ilk derece mahkemelerinde uygulama alanı bulup bulmadığı dahi tartışmalıdır. Zira mezkûr maddelerin Yargıtay tarafından ele alınıp değerlendirilmesi tek başına yeterli olmamakta, özellikle istinaf ve temyiz sınırına takılan uyuşmazlıklarda TBK ilgili hükümlerinin koruma şemsiyesinden mahrum kalınmaktadır.

Sonuç olarak çalışmamız kapsamında;

1. Eczacıların tacir olmasına rağmen TBK genel koşulları denetimi korumasından faydalanması gerektiği,
2. Yürürlük denetimi açısından, tüketiciye nazaran eczacıların daha bilinçli bir grup olması sebebiyle açıkça bilgilendirilmeme ve içeriğin öğrenilmesine imkân tanımama unsurlarını ileri süremeyeceği, bununla birlikte işbu imkanların düzenleyen tarafından sunulmasına rağmen, eczacının sözleşme içeriğine etki etme şansı olmadığı,
3. Yorum denetimi açısından, ortaya çıkan anlamlardan zayıf durumda olan eczacı lehine yorum yapılabileceği,
4. İçerik denetimi açısından, bireylerin sağlık hakkı, mücbir haller, ticari işletmenin mahvına sebep olacak hak ediş kesintileri gibi hususların, dürüstlüğe aykırılığın tespit edilmesi aşamasında değerlendirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

KAYNAKÇA

- AKÇAAL Mehmet (2014), “Borçlar Kanunu’nun Genel İşlem Koşullarına Dair Hükümleri Hakkında Bir İnceleme”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 18, Sayı 1, ss.49-69
- AKİPEK ÖCAL Şebnem (2015), “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Genel İşlem Koşulları Hükümlerinin Konu Bakımından Uygulama Alanı”, *İzmir Barosu Dergisi*, Cilt 80, Sayı 3, ss.187-206
- ALTOP Atilla (2007), “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’ndaki Genel İşlem Koşulları Düzenlemesi”, *İçinde, Prof.Dr.Ergon A.Çetingil ve Prof.Dr.Reyegan Kender’e 50.Birlikte Çalışma Yılı Armağanı*, ss.254-260, Çizgi, İstanbul.
- ANKARA İbrahim (2021), “Danıştay Kararları Işığında Eczacılıkta Muvazaa” *İçinde, I.İlaç ve Eczacılık Hukuku Kongresi Kitabı*, Ed. Hakan Hakeri, Cahid Doğan, İbrahim Ankara, Rezzan Günday, ss.869-892, Seçkin Yayınları, Ankara.
- ANKARA İbrahim (2022), *İlaç ve Eczacılık Hukuku*, İkinci Basım, Dora Yayınevi, Bursa.
- ANKARA İbrahim ve AKİPEK ÖCAL Şebnem (2023), “Yargıtay Kararları Işığında Eczanelerde Kimlik Tespit Yükümlülüğü ve Sürecin TBK m.23 Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı 55, ss.463-498
- ANTALYA GÖKHAN (2012), *6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C.1, Beta Yayıncılık, İstanbul.
- ANTALYA Gökhan ve DOĞANCI Doğa (2018), “Genel İşlem Koşullarında Saydamlık Kuralının, Bunun TBK m.20 vd.’daki Görünümlerinin ve TTK m.55f.1 ile TBK m.20 vd.’nın Birlikte Uygulanabilirliğinin Değerlendirilmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 24, Sayı 2, ss.823-860
- ANTALYA Gökhan (2019), *Marmara Hukuk Yorumu Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: V/1, I*, Seçkin Yayınevi, Ankara.

- ATAMER Kerim (2017), “Tacirler Arasındaki Sözleşmelere, Genel İşlem Koşullarıyla İlgili Hükümler(TBK m.20-25) Uygulanır Mı?”, *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu*, ss. 11-37, İstanbul.
- ATAMER Yeşim (2001a), *Tacirlerin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması Yolları*, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, İstanbul.
- ATAMER Yeşim (2001b), *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*, İkinci Basım, Beta Basım, İstanbul.
- ATAMER Yeşim (2004), “Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar”, *İçinde, Prof.Dr.Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan*, ss.291-331, Seçkin Yayınları, Ankara.
- ATAMER Yeşim (2012), “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi, TKHK m. 6 ve TTK m. 55, F. 1, (f) İle Karşılaştırmalı Olarak”, *İçinde, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları ve Sempozyumu*, ss. 9-73, Bankacılık Enstitüsü Yayınları, Ankara.
- AYDOĞDU Murat (2011), “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 13, Sayı 2, ss. 1-50
- AYDOĞDU Murat (2014), *Türk Borçlar Hukuku’nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku’nda Haksız Şartların Denetimi*, Birinci Basım, Seçkin Yayınları, Ankara.
- BAĞRIAÇIK Safiye Nur (2012), “Genel İşlem Şartları ve Denetlenmesi”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Sayı 2, ss.141-176
- BİGAT Şevket Günay ve LOKMANOĞLU Ensar (2009), “Genel İşlem Şartları Açısından Şaşırtıcı, Sürpriz, Beklenmeyen, Haksız, Adil Olmayan ve Çok Anlamlı Koşullar”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt 83, Sayı 6, ss.3147-3157
- BİLGİN YÜCE Melek (2022), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Pratik Çalışmaları*, Dokuzuncu Basım, Seçkin Yayınları, Ankara
- CANSEL Erol ve ÖZEL Çağlar (2017), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1*, İkinci Basım, Seçkin Yayınları, Ankara.

- DAĞDELEN Ahmet Hakan (2019), “Genel İşlem Şartları ve Teşmil ile Yürülük Denetiminin Esasları”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 25, Sayı 2, ss.637-652
- DEMİR Mehmet (2008), “2008 Şubat Tarihli Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nın Genel İşlem Koşulları’na İlişkin Maddelerinin(M.20-25) Değerlendirilmesi ve Çözüm Önerileri”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Cilt 21, Sayı 76, ss.217-230.
- DEMİRPOLAT Murat (2008), *Müzakere ve Müzakere Teknikleri: Orta Kademe Yöneticilerin Müzakere Stilleri Üzerine Bir Araştırma* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- DEUTSCH Erwin (1997), *Avrupa Ortak Pazarında Tüketicinin Korunması-Avrupa Direktifi ve Alman Genel İşlem Şartları Hakkında Kanun*, Çev. HAVUTÇU Ayşe, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, İzmir.
- DİZDAR Ali Murat (2010), “Genel İşlem Şartları”, *Bankacılık Dergisi*, Sayı 72, ss.85-93.
- DOĞAN Murat, ŞAHAN Gökhan ve ATAMULU İsmail (2023), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Üçüncü Basım, Seçkin Yayınları, Ankara
- DÜNYA TİCARET ÖRGÜTÜ (2022), *28.04.2022 Tarihli Panel Raporu*, Cenevre.
- EREN Fikret (2015), “Genel İşlem Şartlarında İçerik Denetimi”, *İzmir Barosu Dergisi*, Cilt 80, Sayı 3, ss.289-323
- EREN Fikret (2017), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 21.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara.
- ERSÖZ Oğuz (2017), “Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı Ve Tacirler Hakkında Uygulanması”, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 3, Sayı 1, ss.69-104.
- ÜÇİŞİK Hasan Fehim (2023), *Eczacılık Hukuku*, Ötüken Neşriyat, İstanbul.
- HAVUTÇU Ayşe (2003), *Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması*, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir
- HAVUTÇU Ayşe (2011), “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Genel İşlem Şartlarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, *İzmir Barosu Dergisi*, Sayı 2, ss.29-46.

- HAVUTÇU Ayşe (2015), “Genel İşlem Şartlarının Sözleşme ile İlişkilendirilmesinde Düzenleyen (GİŞ kullanan) İçin Getirilen Külfetler”, *İzmir Barosu Dergisi*, Cilt 80, Sayı 3, ss.241-288.
- KAPLAN İbrahim (1991), “Banka Standart Sözleşmeleri ve Banka Genel İşlem Şartları”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt 16, Sayı 2, ss.51-86.
- KAŞAK Esra (2012), “Sözleşme Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Olan Genel İşlem Koşulları (6098 sayılı TBK m.21/2)”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 3, Sayı 1, ss.415-430.
- KAŞAK Fahri Erdem (2019), “Genel İşlem Koşullarının Yorumlanması(TBK m.23)”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 23, Sayı 3, ss.195-222.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip (2014), *Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme*, Altıncı Basım, Filiz Kitabevi, İstanbul
- KOÇ Nevzat (2012), “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu(3-4 Haziran 2011) Sempozyum No:III Prof.Dr.Cevdet Yavuz’a Armağan”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, ss.85-90.
- KUMRU Seda ve TOP Mehmet (2017), “İlaç Fiyatlandırma ve Geri Ödeme Politikalarının Orijinal İlaç ve Jenerik İlaç Açısından Değerlendirilmesi: Hipertansiyon İlaçları Örneği”, *Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi*, Cilt 20, Sayı 2, ss 179-201.
- KUTLUAY Ezgi (2017), “Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşulları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 19, Sayı 3, ss.1369-1422.
- OĞUZ Cemal (1993), *Genel İşlem Şartları ve İçerik Sınırları* (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.
- OĞUZ Cemal (1998), “Standart Sözleşmelerin BK.21 ile 99/2 ve 100/3 Hükümlerine Göre Hâkim Tarafından Kontrolü”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 1, ss.25-37.
- OĞUZMAN Kemal ve ÖZ Turgut (1998), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Filiz Kitabevi, İstanbul

- ÖZDEMİR Hayrunnisa (2016), “Genel İşlem Şartlarında Şaşırtıcı ve Beklenmedik Şartlar TBK m.21/II”, *MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 22, Sayı 3, ss.2349-2360.
- ÖZEL Çağlar (2006), “Genel İşlem Koşulları Meselesi ve Borçlar Kanunu Tasarısının Genel İşlem Koşullarına Yönelik Olarak Getirdikleri”, *Sosyoekonomi*, Cilt 3, Sayı 3, ss.153-167.
- ÖZTÜRK Muammer (2017), “Uluslararası Müzakereler ve Müzakere Gücü”, *FSM İlmî Araştırmalar İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi*, ss.283-298.
- PEKCANITEZ Hakan, ATALAY Oğuz ve ÖZEKES Muhammet (2011), *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku*, 10.Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara.
- REHBİNDER Manfred ve TEOMAN Ömer (2011), “Genel İşlem Şartları ve Tüketicinin Korunması”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 42, Sayı 1-4, ss.641-653.
- REİSOĞLU Seza (2011), “Banka Uygulamaları Açısından Yeni Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşulları ve Eleştirisi”, *Bankacılık Dergisi*, Sayı 77, ss.108-117.
- SAMSUN Oğuzcan (2010), *Müzakere Stratejilerinin Kullanımında Psikolojik Güçlendirme Algısı, Müzakerede Hissedilen Güç ve Strese Bağlı Kişiliğin Etkisi* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.
- SERDAR İlknur (2015), “TBK’nun Genel İşlem Şartları Hükümlerinin Kişi Bakımından Uygulama Alanı”, *İzmir Barosu Dergisi*, Cilt 80, Sayı 3, ss. 226-240.
- SİRMEN Lale (2015), “Genel İşlem Şartları Kavramı”, *İzmir Barosu Dergisi*, Cilt 80, Sayı.3, ss. 207-225.
- ŞAMLIOĞLU Ercan (2023), *İdare Hukuku Açısından Sosyal Güvenlik Kurumu ve Yargısal Denetimi*, Adalet Yayınevi, Ankara
- ŞEKER Muzaffer (2019), *Yazılmamış Sayılma*, Onikilevha Yayınevi, İstanbul.
- ŞİMŞEK Ayşe (2015), “Genel İşlem Şartlarında Şeffaflık Denetimi”, *İzmir Barosu Dergisi*, Cilt 80, Sayı 3, ss. 324-367.
- TİFTİK Mustafa ve ÖZCAN Zeynep (2015), “Türk Borçlar Kanunu’na Göre Standart Sözleşmelerde İçerik Denetimi”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, ss.23-58.

- TUZCUOĞLU Tuğçe (2020), *Avrupa Birliği Normları ve 6098 sayılı TBK Hükümleri Işığında Genel İşlem Şartları*, Birinci Basım, Seçkin Yayınları, Ankara
- TÜRKİYE BANKALAR BİRLİĞİ (2005), *Tavsiye Kararları*, İstanbul.
- ÜNAL Akın ve KÖROĞLU Emre (2019), “Genel İşlem Şartlarının İçerik Denetiminin Sonuçları”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Sayı 13, ss.523-550.
- YELMEN Adem (2015), “Değiştirme Yasağı”, *İzmir Barosu Dergisi*, Cilt 80, Sayı 3, ss.368-393.
- YENİOCAK Umut (2013), “Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 107, ss.75-96.
- YÜKSEL Hilal (2023), *Genel İşlem Koşullarında kapsam(yürürlük) denetimi* (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.