

YARGITAY KARARLARI İŞİĞİNDE ECZANELERDE KİMLİK TESPİT YÜKÜMLÜLÜĞÜ ve SÜRECİN TBK m.23 ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

*Obligation of Authentication in Pharmacies in the Light of Court
of Appeals Decisions and Evaluation of the Process within the Framework
of Article 23 of Turkish Code of Obligations*

İbrahim ANKARA*

Şebnem AKİPEK ÖCAL**

ÖZET

5510 sayılı Kanun ve Sağlık Uygulama Tebliği ilgili hükümlerince sağlık hizmet sunucuları tarafından kişilerin müracaatı aşamasında, acil hallerde ise acil halin sona ermesinden sonra; nüfus cüzdanı, sürücü belgesi, evlenme cüzdanı, pasaport veya verilmiş ise Kurum sağlık kartı belgelerinden biri ile kimlik tespiti ve biyometrik yöntemlerle kimlik doğrulaması yapılması zorunludur. Kimlik tespiti yükümlülüğünü ihlal eden sağlık hizmet sunucuları hem idari mevzuat hem de idarenin özel hukuk sözleşmeleri kapsamında yaptırıma tabi tutulmuştur.

Uygulamada sigortalı adına düzenlenen sahte reçete içerikleri sigortalıdan habersiz bir şekilde eczanelerden temin edilebilmektedir. Bu sürecin temel sebebi Medula sisteminin güvenlik açığıdır. Bunun yanında sahteciliğin faili ve/veya iştirakçisi olan kişinin sağlık hizmet sunucularında kimlik tespit/kontrolünün usule uygun yapılmaması da Kurum zararına yol açmaktadır.

SGK, eczanelerle akdettiği İlaç Temin Sözleşmesi kapsamında sahte reçete bedellerini “yersiz ödeme” adı altında tahsil etmekle birlikte, sözleşmeden kaynaklanan cezai koşulu uygulamaktadır. SGK, uygulanan cezai koşulunun sebebini, eczacının kimlik tespit/kontrol yükümlülüğünü ihlal etmesi şeklinde gerekçelendirmektedir.

SGK, tip sözleşme 5.3.2 maddesini kimlik tespit yükümlülüğünün ihlaline dayanak oluşturmaktadır. Doktrinde ve bazı Yüksek Yargı kararlarında bu durum “kimlik tespit yükümlülüğünden” ziyade “imza kontrol yükümlülüğü” olarak değerlendirilmektedir.

➤ Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 12.01.2023

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 13.06.2023

* Eczacı, Sağlık Bakanlığı, ibrahimankara22@hotmail.com, <https://orcid.org/0000-0003-3324-758X>.

** Prof. Dr., TED Üniversitesi Öğretim Üyesi, sebnem.akipekocal@tedu.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-4216-405X>.

Söz konusu cezai koşul; eczane ticarethanesinin mahvına ve hatta sözleşmenin feshine sebep olacak niteliktedir. Madde lafzından çıkan bu yorum farkından dolayı taraflar arasında akdedilen tip sözleşmede genel işlem koşulları denetiminin uygulanıp uygulanamayacağı tartışma konusudur.

Genel mevzuat hükümlerince yaptırma tabi tutulan kimlik tespit/kontrol yükümlüğünün ihlalinin ayrıca yoruma dayalı olarak sözleşmesel ceza koşuluna tabi tutulması da tartışmalıdır. Mezkûr yükümlülüğün ihlalinin esasa müessir bir sonuç ortaya çıkarıp çıkarmayacağı, reçetenin şekli, hasta yakını kavramı ve kapsamı, kimlik tespiti ve kimlik kontrolü kavramlarının çelişkisi ve eczanede uygulanabilirliği en temel sorunların başında gelmektedir.

Anahtar Kelimeler: Eczane, kimlik, yargıtay, cezai şart, reçete.

ABSTRACT

In accordance with the relevant provisions of the Law No. 5510 and the Communiqué on Healthcare Practices, during the application process of the individuals by the health service providers, in case of emergency, after the end of the emergency; identity card, driver's license, marriage certificate, passport or, if given, one of the Institution's health card documents, and identity verification by biometric methods is mandatory. Health service providers who violate the identification obligation have been sanctioned under both administrative legislation and private law contracts of the administration.

In practice, the contents of fake prescriptions issued on behalf of the insured can be obtained from pharmacies without the insured's knowledge. The main reason for this process is the security vulnerability of the Medula system. In addition, the failure of the identity detection/control of the person who is the perpetrator and/or participant of the fraud in the health service providers in accordance with the procedure also leads to the loss of the Institution.

While the Social Security Institution collects the cost of fake prescriptions under the name of "undue payment" within the scope of the Drug Supply Agreement it has concluded with pharmacies, it applies the penal clause arising from the contract. SGK justifies the reason for the penal clause applied as the pharmacist's violation of the identification/control obligation.

The Social Security Institution bases the article 5.3.2 on the type contract for the violation of the identification obligation. In the doctrine and in some Supreme Court decisions, this situation is considered as "signature control obligation" rather than "identification obligation". The penal clause in question; It is of such a nature as to cause the destruction of the pharmacy business and even the termination of the contract. Due to this difference in interpretation arising from the wording of the article, it is a matter of debate whether the general transaction conditions control can be applied in the type contract concluded between the parties.

It is also controversial that the violation of the identity detection/control obligation, which is sanctioned by the provisions of the general legislation, is also subject to the contractual penalty condition based on interpretation. Whether the violation of the aforementioned obligation will lead to a substantive result, the form of the prescription, the concept and scope of the patient's relative, the contradiction of the concepts of identification and identity control, and its applicability in pharmacies are among the most fundamental problems.

Key Words: Pharmacy, identity, Supreme Court, penal clause, prescriptions.

GİRİŞ

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve bağlı mevzuat kapsamında sağlık hizmet sunucularına kimlik tespit yükümlülüğü getirilmiştir. Bu yükümlülüğün getiriliş amaçlarının başında kamu zararını önleme saiki yer almaktadır. Zira ülkemizde gerek sahte kimlik gerekse üçüncü kişilerin kimlikleriyle tedavi olan kişiler bu yasa dışı tedavinin külfetini Sosyal Güvenlik Kurumu'na (SGK) yüklemektedirler.

Sahte kimlik ve/veya üçüncü kişi kimlikleriyle mağdur edilen sağlık hizmet sunucularının başında eczaneler gelmektedir. Eczaneler; birinci basamak sağlık hizmet sunucu olup SGK ile akdettiği İlaç Temin Sözleşmesi kapsamında sigortalıların reçetelerini karşılamaktadır. Söz konusu özel hukuk sözleşmesi, perakende ilaç tedarikine yönelik usul ve esasları belirlemektedir. Sözleşmede yer alan ceza koşulu ise birçok kez ihtilafa konu olmaktadır.

Güncel Yargı içtihatlarında, sözleşmede yer alan 5.3.2 maddesinin¹, eczacılara kimlik tespit yükümlülüğü getirdiği şeklinde bir yorum bulunmaktadır. Bu konuya ilişkin ayrık yargı kararları da mevcut olup söz konusu madde, Türk Borçlar Kanunu m.23 kapsamında da değerlendirilmeye muhtaçtır.

Bu kapsamda sözleşmenin 5.3.2 maddesinin; “*kimlik tespit yükümlülüğü*” mü yoksa “*imza kontrol yükümlülüğü*” olarak mı yorumlanacağı işbu çalışmamızın konusu oluşturmaktadır. Söz konusu çekişmeli yorum; Yargıtay içtihatları ve TBK m.23 kapsamında değerlendirilecektir.

Çalışmamız Sosyal Güvenlik Kurumu'na fatura edilen reçetelerle sınırlı tutulmuştur.

I. SÜREÇ İLE İLGİLİ TEMEL TANIM VE KAVRAMLAR

A. Kimlik Tespiti/Kimlik Kontrolü Kavramı²

Bir insanın tanınmasında, tanımlanmasında ve diğer insanlardan ayırt edilmesinde etkin olan özelliklerin tümüne kimlik adı verilir. Yaşayan ya da ölü bir kişinin bu özelliklerinin ortaya konulmasına ise kimlik tespiti denir.³ Mevzuat-

¹ Sosyal Güvenlik Kurumu Kapsamındaki Kişilerin Türk Eczacıları Birliği Üyesi Eczanelerden İlaç Teminine İlişkin Protokol, 2020, Madde 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 aldığı beyan etmesi durumunda bu madde hükmü uygulanmaz.*”

² İbrahim Ankara, ‘İlaç ve Eczacılık Hukuku’ (2nd, Dora Yayınları, 2022) 324 vd.

³ Yıldırım Zeyfelioglu, İ. Hamit Hancı, ‘İnsanlarda Kimlik Tespiti’ (2001) 10(10) Türk Tabipler Birliği STED Dergisi 375, 375.

ımızda kimlik kontrol/tespitine yönelik usul ve esaslar daha çok adli makamların mevzuatında düzenlenmiştir.

Kimlik tespit işlemleri, kimlik sormaya göre kişiler yönünden daha ağır bir tedbir olduğundan hukukumuz, bu durumu daha sıkı şartlara bağlamıştır. Nitekim konu 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu 4/A ve 5. maddeleri ile CMK'nın 81. ve 86. maddelerinde açık bir şekilde düzenlenmiştir. Kolluğun, kimlik sorması ile kimlik tespiti arasında fark vardır⁴ Doktrinde de genel olarak bu görüşün kabul edildiği görülmektedir.

ERDAĞ'a göre “Ancak bu arada gözden kaçırmamak gerekir ki; kolluğun “kimlik sorması” ile “kimlik tespit etmesi” kurumları birbirinden esasen farklı işlemlerdir. Kimlik sorma işlemi sırasında kimliği sorulan kişi kayıtlara geçirilemezken, kimlik tespit etme işlemi, bir kişinin kayıtlara geçirilmesi, yaygın ifadesiyle ile “fişlenmesi” anlamına gelmektedir.”⁵

KAYGUSUZ'a göre “Kimlik sorma işlemi, durumundan şüphe edilen ya da belirli yerlerde yapılan araştırma ve kontrollerde kişilerin kimlik bilgilerine ulaşmak, belge düzenlemek, işlem yapmak, geçişine izin vermek gibi amaçlarla yapılır. Kimlik tespiti ise, kişinin kimliğinin belirlenmesi ve tespit edilmesi amacıyla, kimlik bilgileri ile fizik kimliği özelliklerinin kayda alınması ve mevcut veri sistemi tabanından karşılaştırma yapılması olarak ifade edilebilir”⁶

METLİ'ye göre de “.....kimlik tespiti, içeriği ve niteliği itibariyle bir üst kavram olarak kabul edilmesi gerekir. Zira kimlik tespiti hem adli hem de idari amaçla yapılabileceği gibi hem ölü hem de yaşayan kişiler üzerinde uygulanabilir. Kişinin kimliği tespit edilene kadar basitten başlayarak gerektiği ölçüde daha detaylı inceleme ve araştırma yapılması gerekebilir.”⁷

Her ne kadar mevzuatta; kimlik tespiti, kimlik kontrolü ve kimlik doğrulaması kavramları birbirlerine ikame olarak kullanılsa da uygulamada; teknik imkanların çeşitliliği sebebiyle birtakım farklılıklar olduğu açıktır. Burada; “salt kontrol” ve “bir veri tabanı üzerinden kontrol” farklı şeyleri ifade etmektedir. Bununla ilgili Türk Dil Kurumu sözlüğü incelendiğinde;

Tespit: Bir durumu kuşkuya düşürmeyecek biçimde gösterme, belirleme,

Kontrol: Bir şeyin gerçeğe ve aslına uygunluğuna bakma, denetleme, yoklama

⁴ Feridun Yenisey, ‘Hazırlık Soruşturması Ve Polis’ (3rd, Beta Yayınevi, 1993) 10.

⁵ Ali İhsan Erdağ, ‘Kolluğun Durdurma ve Kimlik Sorma Yetkisi (PVSK m.4/A)’ (2010) (4) Ankara Barosu Dergisi 37,45.

⁶ Ziyaettin Kaygusuz, ‘Kimlik Sorma ve Kimlik Tespiti’ (2008) 10(1) Polis Bilimleri Dergisi 81,82.

⁷ Osman Metli, ‘Kolluk Görevlilerinin Durdurma Kontrol Kimlik Sorma ve Kimlik Tespiti Yetkileri’ (Yüksek Lisans Tezi, Zirve Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015) 36.

Doğrulama: Doğrulamak işi, teyit, tasdik, konfirmasyonu ifade etmektedir.

Aynı kavramsal karışıklık Yüksek Yargı kararlarında da tespit edilmiştir. “....kişilerin **kimlik tespitinin** usulüne uygun yapılmadığı belirlenmiş ve bu eczanelerin sahtecilik eylemine iştirakleri olmadığından protokolün (6.3.19) maddesinden değil, yalnızca **kimlik kontrol** yükümlülüğüne aykırılık nedeniyle..... eczanenin 5510 sayılı Kanun, ilgili Yönetmelik ve SUT hükümleri gereğince yapmakla yükümlü olduğu **kimlik tespit ve kontrol** işlemini yerine getirmemesi...”⁸

METLİ, kimlik tespit işleminin amacını;

- 1- Ceza muhakemesi bakımından kişinin kimliğinin tespit edilmesi,
- 2- Önleme amaçlı olarak kişinin kimliğinin tespit edilmesi,
- 3- Verilecek hizmetle ilgili kişinin kimliğini doğrulama olarak üç başlık altında toplamıştır.⁹

Eczanelerde kimlik tespitinin temel amacı sahte reçete ve sahte ilaç tedarikini önlemektir. Kimliğin usule uygun tespit edilmesi çoklu menfaate hizmet eder. Şöyle ki; olası sahtecilik faaliyetinde hem eczane hem SGK hem de hasta mağdur olmaktadır. Dolayısıyla eczanenin kimlik kontrolü yapması üçlü ilaç tedarik zincirinin (hasta, SGK, eczane) menfaatindedir.

Uygulamada sağlık hizmet sunucularından böyle farklı yaklaşım ve eylemler (*kontrol veya tespit*) beklenmiyor olsa bile dilin yeknesak kullanması mevzuat tekniği açısından önemlidir.

Tüm bu genel gerekçelerden yola çıkarak kimlik kontrolünün, kimlik tespite göre daha basit bir usul olduğu belirtilebilir . Zira kimlik tespiti için arka planda bir veri tabanının varlığı gerekmektedir. Eczanelerde ise kimlik karşılaştırma ve doğrulama yapabilecek teknik bir altyapı yoktur. Söz gelimi ilacı alan kişinin kimliğini doğrulayacak teknik bir sistem olmadığı için eczacı ve eczane çalışanları sadece kimliği kontrol etmekle yetinecektir.

Uygulamada eczanelerin tüketici sirkülasyonu yüksek ticari işletmeler olması sebebiyle zaman zaman kimlik kontrolünde ihmali davranışlar sergilediğini gözlemlenmektedir. Bu ihmali davranışın altında yatan en önemli sebeplerden biri de kimlik tespitinin ilk başvurduğu sağlık hizmet sunucusunda yapıldığı inancıdır.

Çalışmamızda, katılmamakla birlikte, mevzuat diline uygun olarak “*kimlik tespiti*” ifadesi kullanılacaktır.

⁸ Yargıtay HGK, E 2017/1977 K 2021/1346, 04.11.2021

⁹ Metli (n 9) 34.

B. Kimlik Tespitinin Yasal Dayanağı

Sağlık hizmet sunucularından hizmet alan kişilere yönelik kimlik tespitinin yasal dayanağını 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu oluşturmaktadır. Anılan Kanun'un "Sağlık hizmetlerinden yararlanma Şartları" başlıklı 67. maddesinin üçüncü fıkrasına göre "...genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin sağlık hizmetlerinden ve diğer haklardan yararlanabilmeleri için sağlık hizmet sunucularına başvurduklarında acil haller hariç olmak üzere (acil hallerde ise acil halin sona ermesinden sonra); biyometrik yöntemlerle kimlik doğrulamasının yapılması ve/veya nüfus cüzdanı, sürücü belgesi, evlenme cüzdanı, pasaport veya Kurum tarafından verilen resimli sağlık kartı belgelerinden birinin **gösterilmesi** zorunludur".

Bu husus Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu m. 71'de "Sağlık hizmeti sunucuları, genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilere sağlık hizmeti sunumu aşamasında (acil hallerde ise acil halin sona ermesinden sonra), 67 nci maddenin üçüncü fıkrasında sayılan belgeleri (biyometrik yöntemlerle kimlik doğrulamasının yapılması ve/veya nüfus cüzdanı, sürücü belgesi, evlenme cüzdanı, pasaport veya Kurum tarafından verilen resimli sağlık kartı belgelerinden biri) ve bu belgelerin başvuran kişiye ait olup olmadığını **kontrol etmek** zorundadır." şeklinde ifade edilmiştir.

Sağlık Uygulama Tebliği'nde "Kimlik Tespiti" başlıklı m.1.6'ya göre "Sağlık hizmeti sunucularınca, kişilerin müracaatı aşamasında, acil hallerde ise acil halin sona ermesinden sonra, nüfus cüzdanı, sürücü belgesi, evlenme cüzdanı, pasaport veya verilmiş ise Kurum sağlık kartı belgelerinden biri ile **kimlik tespiti** ve biyometrik yöntemlerle **kimlik doğrulaması** yapılması zorunludur. Kimlik tespiti, biyometrik kayıt işlemi veya biyometrik kimlik doğrulama işlemini **usulüne uygun yapmayan ve bu nedenle bir başka kişiye sağlık hizmeti sunulması nedeniyle Kurumun zarara uğramasına sebebiyet veren sağlık hizmeti sunucularından ödenen tutar geri alınır.**"

Tüm hükümler birlikte incelendiğinde hem kavramsal hem de usul ve ispatla yönelik birtakım çelişkilerin olduğu görülmektedir. Bununla birlikte ilgili maddeler birlikte değerlendirildiğinde hem sigortalıya hem de sağlık hizmet sunucusuna bazı yükümlülükler getirmektedir. Buna göre madde 67 kapsamında sigortalının yükümlülüğü ilgili belgeleri **göstermek** iken, madde 71 kapsamında sağlık hizmet sunucusunun yükümlülüğü ise **kimlik tespit ve/veya kimlik doğrulaması** yapmaktır.

Sağlık Uygulama Tebliği hükümlerince kimlik tespitinin usule uygun yapılması gerekliliği ifade edilmiş olup bu usulün nasıl bir süreç olduğu ortaya konmamıştır. Özellikle kimlik kontrolü şeklinde yapılan tespitlerde ispat yöntemlerinin ne olacağı belirsizdir. Zira eczanelerde yapılan kimlik kontrolleri salt fiziki olup herhangi bir kimlik fotokopisi vb. belge teslim alınmamaktadır.

Bu sebeple kimlik kontrolünün yapıp yapılmadığı noktasında belirsiz bir alan oluşmaktadır. Bu alan ise karine ve yorumlarla doldurulmaktadır.

GÜLCÜ'ye göre kimlik sorma sonucu kişilerin kimlik göstermesi, anlık bir gösterip çekme değil, kimliğin görülüp anlaşılması için gerekli olan belli bir süreyi kapsayabilir.¹⁰ Bu sebeple eczaneler; ilacı alan kişi kimliğinin eczane çalışanlarının geçici zilyetliğinde olması ve gerekli kontrollerin yapılması beklenebilmektedir. Fakat adli makamlara kimlik ibraz etmeyenlere yasal yaptırımlar düzenlenmişken, eczane işletmeciliğinde bunun bir yaptırımı yoktur. Öyle ki ilacı alan kişiden kimlik talep etmek çoğu zaman mobbinge zemin hazırlamaktadır.

Kanımızca; aşağıda açıklanacağı üzere, sağlık hizmet sunucusu rolüne haiz eczanelerin kimlik tespit yükümlülüğü olup bunun usulü ve ispatı belirsizliğini korumaktadır. Bu belirsizlik uygulamada eczacılara yersiz ödeme, ceza koşulu uygulaması ve yaptırım olarak yansımaktadır.

C. Eczanelerin Sağlık Hizmet Sunucusu Rolü

Kimlik tespit yükümlülüğünün irdelenebilmesi için eczanelerin sağlık sistemi içerisindeki rolünün belirlenmesi gerekir.

T.C. Sağlık Bakanlığı tarafından 31.05.2019 tarihinde yayımlanan 2019/10 sayılı “*Sağlık Hizmeti Sunucularının Basamaklandırılması*” başlıklı genelgede, eczaneler birinci basamak sağlık hizmet sunucusu olarak tanımlanmış idi. Bu sınıflandırmanın genelge ile düzenlenmesi mevzuat tekniği açısından hukuki güvenlik sağlamıyor idi. Bu sebeple de 10.02.2022 tarihinde Resmî Gazete’de yayımlanan *Sağlık Hizmet Sunucularının Basamaklandırılmasına Dair Yönetmelik* m.5/2-k ile 6197 sayılı kanun kapsamında serbest faaliyet gösteren eczaneler, birinci basamak sağlık hizmet sunucusu olarak nitelendirilmiştir.

Aynı husus Sağlık Uygulama Tebliği 1.4 maddesinde de düzenlenmiş olup mezkur madde kapsamında eczaneler birinci basamak özel sağlık hizmet sunucusu olarak nitelendirilmiştir.

Mevzuat hükümlerinden de anlaşılacağı üzere eczaneler birinci basamak sağlık hizmet sunucusu olup kimlik tespiti yapma yükümlülüğü altındadır.

D. Reçete Şekilleri

Çalışmamızda; reçetelerin esasa ilişkin türlerinden (*beyaz, kırmızı, yeşil, turuncu, mor*) ziyade düzenlendiği şekil olarak ele alacağız.

Reçetelerin usûli olarak düzenlenebileceği şekiller Sağlık Uygulama Tebliği’nde ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Genel olarak; “*elektronik reçete*” ve “*ma-*

¹⁰ Mustafa Gülcü, ‘Özel Güvenlik Görevlilerinin Kimlik Sorma, Arama ve Elkoyma Yetkileri’ (2003) (34) Polis Dergisi 184,197.



“*manuel/matbu/kâğıt reçete*” olarak iki farklı şekil öngörülmüştür. Bunun istisnası olan “*devam reçeteleri*” adıyla anılan reçete grubunun incelemesi aşağıda detaylı olarak yapılacaktır. SUT terminolojisinde “*manuel*” tabiri kullanıldığı için uygulama birliği adına çalışmamızda matbu/kâğıt reçete tabiri yerine “*manuel reçete*” tabiri kullanılacaktır. Buna rağmen SGK tarafından yayımlanan duyurularda “*kağıt reçete*”¹¹ kavramının kullanıldığı da görülmekte olup mevzuat yeknesaklığı açısından bu ikilemin giderilmesi gereklidir.

Elektronik reçetelerle ilgili usûl ve esasları düzenleyen SUT m.4.1.5.2’ye göre “*Sağlık kurum/kuruluşları tarafından düzenlenecek reçeteler SGK Hekim Şifresi ile düzenlenecektir. Kurumca belirlenecek istisnalar haricinde manuel reçetelerin bedelleri karşılanmayacaktır. Kurum tarafından gerekli düzenlemelerin yapılması sonrasında ise reçeteler Kurum tarafından belirlenecek tarihten itibaren elektronik imza ile imzalanacaktır. Eczaneler tarafından manuel giriş yapılan reçetelerin bedelleri karşılanmayacaktır.*” Görüldüğü üzere eczaneye gelen bir elektronik reçetenin “sahte” olarak düzenlenebilmesi için mutlaka hekimin SGK şifresi ve elektronik imzasının ele geçirilmesi gerekmektedir. Hekimin güvenlik bilgileri olmadan elektronik reçete düzenlenmesi imkansızdır.

Sağlık raporlarını düzenleyen SUT m.4.1.3.2’ye göre de “*MEDULA hasta-ne sistemini kullanan sağlık hizmeti sunucuları raporları elektronik ortamda düzenleyecek ve bu raporlar başhekimlik tarafından elektronik ortamda onaylanacaktır.*” Söz konusu elektronik raporların oluşturulmasında başhekimlik onayı aranarak ikincil bir güvenlik mekanizması getirilmiştir. Aynı mekanizma elektronik reçete düzenleme aşamasında yoktur. Dolayısıyla hekimin e-imzasının ele geçirilmesi sahte reçete oluşturmak için yeterlidir.

Elektronik reçeteler günümüzde daha ziyade kullanılan reçete şeklini oluşturmaktadır. Elektronik reçeteye geçişin temel nedeni kamuya yönelik dolandırıcılığın önlenmesidir. Zira manuel reçetelerin sahte olarak hazırlanması elektronik reçetelere göre daha kolaydır. Çünkü sahte e-reçete oluşturabilmek için hekime zimmetli ve hekim sorumluluğunda olan bir takım güvenlik veri ve aygıtlarına erişmek gerekmektedir. Sahte manuel reçetelerde ise böyle bir zorunluluk yoktur.

ÖZDEMİR’e göre hastaların elektronik reçeteleri belli bir veri bankasında saklanıp korunmaktadır. Bu bilgiler kişisel bilgiler olduğundan bunların korunması için gerekli tedbirler alınmalıdır. Aksi halde hastalara ait kişisel bilgiler kötü niyetli kişilerin ellerine geçerek başka alanlarda ve kötüye kullanıma yol açabilir. Bu tür istenmeyen sonuçların doğmaması için gerekli tedbirler

¹¹ <http://eski.sgk.gov.tr/wps/portal/sgk/tr/kurumsal/merkez-teskilati/ana_hizmet_birimleri/gss_genel_mudurlugu/anasayfa_duyurular/duyuru_20201603_20> (Erişim Tarihi 01.12.2022)

alınmalıdır.¹² Bizim de katıldığımız bu görüş kapsamında gerekli tedbirleri alma noktasında asli yükümlülük hekime ve dolaylı olarak İdare'ye aittir. Yine de İdare her ne önlemi alırsa alsın hekim ihmalinden kaynaklı güvenlik açıkları, kamu zararının doğmasına yol açabilir.

Elektronik reçete ve manuel reçete dışında pandemi dönemine özgü yeni bir reçete şekli daha ortaya çıkmıştır. SGK tarafından yayımlanan ve daha sonra kapsam genişletilerek devam eden duyurular ile¹³ hekime başvurmadan, salt ilaç kullanım raporu ile eczaneden ilaç temin dönemi başlamıştır. Bu model için; “418 – Kronik hastalıklarda reçetesiz ilaç tedavisi”, “reçetesiz ilaç temini” ve “devam reçetesi” gibi kavramlar kullanılmıştır. Bu modelin temel amacı; pandemi döneminde oluşan hasta yükünü hafifletip, kronik hastaların hastaneye ve hekime başvurmadan kendilerine haiz raporlarla eczaneye başvurup ilacını temin etmesidir. Böylece pandemi döneminde kronik hastalar doğrudan eczaneye başvurarak ilaçlarını temin etmişlerdir.

Elbette bu modelde de birtakım sahtecilik faaliyetleri ortaya çıkmış olup eczacılar, hastalar ve SGK sürecin mağduru olmuşlardır.

Söz konusu reçeteler şekli anlamda klasik reçetelerden farklılık arz etmektedir. Dolayısıyla bu reçete şeklinin, e-reçete mi yoksa manuel reçete mi olduğu tartışmalıdır. Çünkü iki farklı reçete şekline uygulanan sözleşmesel cezai şartlar farklı olup, bu farklılık konumuz temelini oluşturan kimlik tespiti noktasında da kendini göstermektedir. Bu reçetelerin niteliği değerlendirildiğinde; elektronik ortamda eczacılar tarafından oluşturulan ve manuel reçetelerdeki sözleşmesel teslim usûlleri uygulanan kendine özgü (*sui generis*) bir reçete şekli olduğu belirtilebilir.

Son olarak belirtmek gerekir ki; hekimin iradesi, bilgisi ve dahil olmadan sahte manuel reçete ve sahte devam reçetesi düzenlenebilecektir. Fakat elektronik reçete için bunu söylemek biraz zor olacaktır. Zira e-reçete için mutlaka hekim güvenlik bilgileri ve e-imzasının ele geçirilmesi gerekmektedir. E-imza muhafaza yükümlülüğü hekime ait olup söz konusu süreçte hekimin ihmali, kusuru var ise oluşabilecek kamu zararından da sorumlu tutulması gerekmektedir. Çünkü hekimin kusuru hem eczaneleri hem SGK'yı hem de hastaları mağdur etmektedir.

¹² Hayrunnisa Özdemir, 'Tele Tıp ve İlaç Kullanımı' in Hakan Hakeri and İbrahim Ankara and Rezzan Günday and Cahid Doğan(eds), I.İlaç ve Eczacılık Hukuku Kongresi Kitabı (Seçkin Yayınları 2021) 114.

¹³ <<https://www.eskisehireo.org.tr/duyuru/sgknin-kronik-hastaligi-nedeniyle-saglik-raporu-olan-hastalarin-ilac-teminine-iliskin-18032020-tarihli-duyurusu-hakkinda-63714>>
<<https://ordueczaciodasi.org.tr/sgknin-kronik-hastalıklarda-recetesiz-ilac-temini-icin-medulada-yaptigi-duzenlemeler-hakkinda/>> (Erişim Tarihi 01.12.2022)

II. YÜKÜMLÜLÜK İHLALİNİN SÖZLEŞMESEL SONUÇLARI

A. Reçete Şekillerine Göre Kimlik Tespit Usûlleri

5510 sayılı Kanun ve SUT kapsamında birtakım belgeler ile kimlik tespit yükümlülüğü getirilmiştir(*kimlik, ehliyet, pasaport vd.*). Bununla birlikte reçete şekillerine göre de eczane işletmeciliği özelinde birtakım kontrol/teyit usûlleri belirlenmiştir.

1. Manuel reçetelerde kimlik tespiti

İlaç Temin Protokolü m.3.2.1'e¹⁴ göre genel olarak; reçete önü ve reçete arkasında birtakım bilgilerin kontrolü eczacı tarafından sağlanacaktır. Bu süreç , manuel sahte reçeteler kapsamında bir ön güvenlik tespiti olarak nitelendirilebilir. Şeklen uygunluğu tespit edilen reçetelerin kaydı ile birlikte reçete içeriğini teslim alacak kişinin kimlik tespiti aşamasına geçilecektir. Bu iki zaman dilimi arasında; manuel reçetelerin şeklen usule uygun olması, e-reçetelerin ise Medula sisteminden provizyon alması sebebiyle eczacıda, reçetelerin sahte olmadığına yönelik makul güven sağlanmış olacaktır. Bu makul güven, uygulamada, kimlik tespitinin ihmallerine zemin hazırlamaktadır. Fakat kimlik tespit yükümlüğünün ihlali halinde sadece kamu zararının mı karşılanacağı, yoksa bununla birlikte cezai şartın da uygulanıp uygulanamayacağı tartışmalıdır.

Manuel reçetelerde protokolden kaynaklanan kimlik tespiti m.3.2.2'de düzenlenmiştir. İlgili maddeye göre “*Reçetelerin arka yüzünde; reçete sahibi ya da ilacı/ilaçları alan kişinin adı, soyadı, imzası ve “... kalemkutu 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.*” Görüldüğü üzere ilacı; reçetenin sahibi veya üçüncü kişiler teslim alabileceklerdir. Manuel reçetenin sahte olması halinde reçeteyi düzenleyen failin eczaneye

¹⁴ Sosyal Güvenlik Kurumu Kapsamındaki Kişilerin Türk Eczacıları Birliği Üyesi Eczanelerden İlaç Teminine İlişkin Protokol, 2020, Madde 3.2.1., “*Reçetelerde, hekimin adı soyadı, kuruluş/kurumun adı, hekimin ana uzmanlık dalı ile birlikte var ise yan uzmanlık dalı, asistanlar için ihtisas yaptığı uzmanlık dalı, hekimin diploma numarası veya Sağlık Bakanlığınca verilen doktor diploma tescil numarası bilgileri ve hekimin ıslak imzası mutlaka yer alacaktır. Ayrıca reçetelerde hasta adı soyadı, T.C. Kimlik Numarası, reçete tanzim tarihi ile MEDULA takip numarası veya protokol numarası yer alacaktır. İmza dışındaki bilgiler, el yazısı ile yazılabileceği gibi kaşe veya bilgisayar ortamında veya hastane otomasyon sistemleri tarafından basılan etiketin/barkodun yapıştirılması veya bilgisayardan yazılmış reçete şeklinde olabilir. Hastane bilgi etiketinde yer alan tarih ile hekimin yazdığı reçete tarihi arasında farklılık bulunması halinde hekimin reçeteye yazmış olduğu tarih esas alınır. Reçetelerde, kurum başhekiminin onayı ve mühür aranmayacaktır. Kurumla sözleşmeli resmi sağlık kurumlarınca temin edilemeyen yatan hastalara ait reçetelerde “Eczanemizde Yoktur. Yatan Hasta” kaşesi ve başhekimlik onayı aranacaktır.”*

başvurarak reçete arkası bilgileri doldurması halinde şekilsel gerçeklik sağlanacaktır. Dolayısıyla burada eczacının kimlik tespiti yapması da sahte reçetenin karşılanmaması için yeterli olmayacaktır. Yine ilacı alan kişinin okuma yazma bilmemesi iddiasında parmak izi alınacaktır. Bu durumda da ilacı alan kişinin okuma-yazma bilip bilmediği eczane işletmesinde tespit edilebilecek bir durum değildir.

2. Elektronik reçetelerde kimlik tespiti

Elektronik reçetelerde de protokolden kaynaklı kimlik tespiti m.3.2.15.2’de düzenlenmiştir. Maddeye göre “*Reçete muhteviyatı, bu Protokol hükümlerine göre reçete sahibi/ilacıları alana teslim edilecektir. Bu işlem, eczaneden ilaçları alan kişinin T.C. Kimlik Numarasının ve istenmesi halinde ilacı alan kişi ile ilgili diğer ek doğrulama bilgilerinin MEDULA eczane provizyon sistemine kayıt edilmesi ile tamamlanmış olacaktır. Bu şekilde yapılan işlemlerden sonra eczacı hastaya ilaçlarını teslim etmiş sayılacaktır. Teslime ilişkin herhangi bir belge aranmayacaktır.*” Söz konusu reçeteler tıpkı manuel reçetelerde olduğu gibi hem reçete sahibine hem de üçüncü kişiye teslim edilebilecektir. Fakat manuel reçetelerden farklı olarak reçete sahibi/ilacı alanın imzası aranmayacaktır. Bunun dışında herhangi bir belge talep edilmeyecektir. Söz konusu maddede yer alan “ek doğrulama” bilgilerinin ne olduğu konusunda sözleşmede herhangi bir tanımlama yapılmamıştır.

3. Devam reçetelerinde kimlik tespiti

Kronik Hastalıklarda Reçetesiz İlaç Temini bakımından devam reçetelerinde de özel kimlik tespit yöntemleri belirlenmiştir. 14.03.2020 tarihli SGK duyurusuna istinaden “*Kronik hastalıklarda reçetesiz ilaç temini kapsamında kayda alınan reçeteler için reçete arkası çıktısı alınarak, çıktıya, ilaçları teslim alan kişinin T.C. kimlik numarası, adı, soyadı yazılmalı ve çıktı teslim alan kişi tarafından imzalanmalıdır.*” Görüldüğü üzere bu reçete şeklinde de manuel reçete teslim gerekliliklerine benzer süreç işletilmiştir.

B. Reçete İçeriğinin Teslim Edilebileceği “Hasta Yakını” Ve “İlacı Alan” Kişi Kavramları

Uygulamada; reçete içeriği sadece reçete sahibi hastalara teslim edilmemektedir. Bu durum; hastaların özel halleri, lojistik problemler, hastanın lokasyon dışında olması vb. nedenlere dayanabilecektir. Bu ihtimalleri değerlendiren SGK, eczanelerle yaptığı İlaç Temin Sözleşmesinde reçete içeriklerinin “*hasta yakınlarına*” ve “*ilacı alanlara*” teslim edebileceğini akit altına almıştır.

2009 ve 2012 yıllarında yapılan İlaç Temin Protokolünde ilaçların reçete sahibine ve “*hasta yakınına*” teslim edilebileceği hükmü düzenlenmişti. Uygulamada yaşanan problemler sebebiyle 2016 ve sonrası Protokollerde “*hasta*



yakını” ibaresi “ilacı alan” olarak değiştirilmiştir. Bu durumda artık “ilacı alan” kişinin hasta yakını olması şartı kaldırılmış söz gelimi ilaç teslim edilebilecek kişilerin kapsamı belirsiz şekilde genişletilmiştir.¹⁵

Reçete içeriğinin teslim edilebileceği kişiler “ilacı alan” kişi olarak belirlenmiş olup bu kavram belirsizlik arz etmektedir. Bu durumda “ilacı alan” kişiler; hasta yakınları, birinci derece yakınları, yasal temsilcileri, mirasçıları olabileceği gibi komşuları ve hatta arkadaşları da olabilecektir. Kanımızca eczacı ve eczane çalışanları dahi hasta adına “ilacı alan” kişi olabilecektir. Bu durumda eczacı ve eczane çalışanları “ilacı alan” sıfatı ile reçete arkasına imza atabileceklerdir. Çünkü eczacı ve eczane çalışanlarının “ilacı alan” kişiler olamayacağına dair bir kısıtlama ilgili Protokolde yer almamaktadır.

Aslında “hasta yakını” kavramının “ilacı alan” şeklinde değiştirilmesi kanımızca teknik anlamda bir değişiklik yaratmayacaktır. Zira “hasta yakını” kavramı da hukukumuzda aynen “ilacı alan” kadar belirsizdir. Hastanın komşusu, arkadaşı ve hatta eczacısının da hasta yakını olmasını engelleyen bir mevzuat hükmü hukukumuzda yoktur. Fakat Yüksek Yargı’nın bu konuda katılmadığımız kararları da mevcuttur.

Yüksek Yargı’nın¹⁶ “...Cezaî işlem uygulanan iki adet reçetenin hastaların **dayısının damadı** ... tarafından alındığı yapılan ceza soruşturmasında anlaşılmıştır. Bu kişi hastaların **birinci derece yakını olmadığına** göre davacı eczacının reçete arkasına ...’ün bilgilerini yazıp bu kişiden teslim alan olarak imzasını alması ve SUT’un 67/3 ve 71. maddeleri gereğince de kimlik kontrolünü yapması gerekirdi. Ancak bu yükümlülüklerini yerine getirmeyerek ilaçların hastalar dışında başka kişilere teslim edilmesine sebebiyet vererek..” şeklindeki içtihadı tartışmaya açıktır. Zira Yüksek Yargı, hangi kriterleri ve yasal düzenlemeleri ele alarak “birinci derece hasta yakını” tanımını yaptığını gerekçelendirmemiştir.

Hukukumuzda “hasta yakını” ibaresinin bu kadar geniş ve belirsiz olduğu bir durumda Yüksek Yargı’nın¹⁷ “...şayet ilaçları teslim etmek için reçeteyi

¹⁵ Sosyal Güvenlik Kurumu Kapsamındaki Kişilerin Türk Eczacıları Birliği Üyesi Eczanelerden İlaç Teminine İlişkin Protokol, 2020, Madde 5.3.2., “...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...”

Sosyal Güvenlik Kurumu Kapsamındaki Kişilerin Türk Eczacıları Birliği Üyesi Eczanelerden İlaç Teminine İlişkin Protokol, 2009, Madde 6.3.3., “...reçete muhteviyatı ilaçların reçete sahibine yada **yakınına** teslim edildiğine ilişkin imzanın, reçete sahibine veya **ilaçların teslim edildiği yakınına** ait olmadığının tespit edilmesi halinde...”

¹⁶ Yargıtay 3 HD, E 2020/2595 K 2021/3490, 01.04.2021.

Yargıtay 3.HD, E 2020/886 K 2020/5528, 07.10.2020.

¹⁷ Yargıtay 13.HD, E 2015/11301 K 2015/30911, 21.10.2015.

Yargıtay 13.HD, E 2015/7144 K 2015/30906, 21.10.2015.

*ibraz eden kişilerden kimlik bilgilerini sormuş olsa idi bu kişilerin ilaçları teslim almaya **yetkili** olmadıklarının anlaşılacağını,..”* şeklindeki içtihadına da katılmak mümkün değildir . Zira ilaçları teslim almaya yetkili/yetkisiz kişilerin kim olduğuna dair gerekçelendirilme yapılmamasının Anayasa'nın 141. maddesine de aykırılık teşkil edeceği kanaatindeyiz.

Hasta Hakları Yönetmeliği m.24/7'de “...mümkünse hastanın orada bulunan yakını veya kanuni temsilcisi; mümkün olmadığı takdirde de tıbbi müdahale sonrasında hastanın yakını veya kanuni temsilcisi bilgilendirilir.” ifadesiyle “hasta yakını” ve “kanuni temsilci” ayrımının yapıldığı görülmektedir. Dolayısıyla buradan hasta yakını ifadesinin kanuni temsilciyi de kapsayan geniş bir tanımlama olduğu sonucu çıkarılabilir.

DOĞRAMACI'ya göre de¹⁸ uygulamada, hasta yakınının belirsizliği konusu sağlık personeli açısından da zorluk teşkil etmektedir. Hasta yakınının mevzuatla açıkça belirlenmemesine karşın, sağlık personelinin de doğrudan

Yargıtay 13.HD, E 2016/8299 K 2019/4992, 16.04.2019.

Yargıtay 13.HD, E 2015/31129 K 2016/8849, 29.03.2016.

“...5.3.2.ve 6.3.3 maddeleri uyarınca cezai işlem tesis edildiği,; davacı eczanenin ibraz edilen reçetelerin arkasına ilaçları teslim alan kişilerin kimlik bilgilerini yazması gerektiği, davacının kendisinin de taraf olarak imzaladığı protokol hükümlerine göre kendisine yüklenen kimlik tespiti yapma yükümlülüğünü yerine getirmedeği, **şayet ilaçları teslim etmek için reçeteyi ibraz eden kişilerden kimlik bilgilerini sormuş olsa idi bu kişilerin ilaçları teslim almaya yetkili olmadıklarının anlaşılacağını**, davaya ve davalının işlemine konu reçetelerin sahteliği sabit olup, bilirkişi raporu ile belirlenen iğfal kabiliyeti hususunun ceza yargılaması yönünden sonuç doğuracağı, davacının kimlik tespiti yapma yükümlülüğünü yerine getirmemiş olması nedeniyle sorumluluğunun ortadan kalkmayacağı, davacı eczanenin eylemi sabit olup, yapılan işlemin protokole uygun olduğu dolayısıyla uygulanan cezai işlemin hukuka uygun olduğu, tereddüte ya da duraksamaya mahal bırakmayacak şekilde sabittir. Dava konusu para cezasına ilişkin işlemin dayanağı olan taraflar arasındaki sözleşmenin 6.3.3. maddesinde;” eczanenin kuruma fatura ettiği reçetelerden bulunması gereken ve reçete muhteviyatı ilaçların reçete sahibine yada yakınına teslim edildiğine ilişkin imzanın, reçete sahibine veya ilaçları teslim edildiği yakınına ait olmadığına tespit edilmesi halinde, reçete bedelinin 5 katı tutarında cezai şart uygulanarak eczacı yazılı olarak uyarılır, tekrarı halinde reçete bedelinin 5 katı tutarında cezai şart uygulanarak sözleşme feshedilir ve 1 (bir) ay süre ile sözleşme yapılmaz” şeklinde düzenleme yapılmıştır. Dosya kapsamı ve özellikle dava dışı sigortalının şikayet dilekçesi içeriği itibarıyla ilaçların dava dışı davalı kurum sigortalısına teslim edilmediği halde bu kişiye teslim edilmiş gibi reçete arkasının imzalandığı sabit olup, davacının bu şekilde sözleşmenin 6.3.3.maddesine aykırı davranması nedeniyle davacı hakkında uygulanan cezai işlemin yerinde olduğu, gözetilerek davanın reddine karar verilmesi gerekirken aksi düşüncelerle yazılı şekilde davanın kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir. SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz edilen hükmün davalı yararına BOZULMASINA, 21/10/2015 gününde oybirliğiyle karar verildi.”

¹⁸ Yakup Gökhan Doğramacı and Zehra Zerrin Erkol, ‘Hasta ‘Yakını’ Kimdir?’ in Hamit Hancı and Yener Ünver (eds), IV. Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi Kitabı (Seçkin Yayınları 2018) 794.

hasta yakınıni belirleme görev, yetki ve imkânı bulunmamaktadır. Bu sebeple hastayı getiren kişi bile hasta yakını olarak görülebilmektedir. Bu durum yanlış kişinin hasta yakını olarak kabul edilmesine, hastanın hak ihlaline, sağlık personelinin yasal sorumluluğuna ve tarafların zarar görmesine neden olabilecek ciddi bir belirsizliktir.

COŞKUN'a göre hasta yakını, kişinin hastalık sürecinde yüklerini paylaştığı alt-üst soyu veya sosyal paylaşım içinde olduğu kişilerdir.¹⁹

DERYAL'a göre kişinin beden bütünlüğü ve ruh sağlığı gibi en temel kişilik değerlerini yakından ilgilendiren sağlık hakkının kullanılması da “*şahsen kullanılacak haklar*” kapsamında bir hak kullanımı olarak temsil yasağına tabi olacaktır. Fakat yine de sağlık hizmeti alımına yönelik bir kısım işlemlerin kişilikle yakından ilgili görülmeyle temsilde konu edilebilmesi tartışmaya açıktır.²⁰ DERYAL'ın söz ettiği istinasların kapsamına ilaç tedarik sürecinin de dahil edilebileceği kanaatindeyiz.

DOĞRAMACI'nın da katıldığımız görüşüne göre hasta yakını kavramının belirsizliği, ciddi hak ihlalleri ve yasal sorumluluklara neden olabileceği için kavramın açıkça tanımlanması ve düzenlenmesi gerekmektedir. Ancak bu düzenlemenin yönetmelik ile yapılması yeterli olmayıp Anayasa m.13'ün amir hükmü doğrultusunda ve Kanun düzeyinde yapılması şarttır.²¹

Böyle belirsiz bir tanım üzerinden Yargıtay'ın²² reçete karşılama sürecinde “*..hasta ya da yakını olduğunu gösterir belgenin ibrazını istemesi..*” görüşüne de katılmak mümkün değildir. Zira hukukumuzda “*hasta yakını olduğunu gösterir belge*” diye bir belge bulunmamaktadır.

C. Reçete Şekillerine Göre Sahte Reçete Senaryoları, Cezai Şart ve Eczacının Kusuru

Uygulamada halen üç farklı reçetelendirme usulü olup, üç farklı şekilde

¹⁹ Yuzarsif Selçuk Coşkun, ‘Tıp Hukukunda Hasta Yakını’ (2022) (154,155,156) Leges Hukuk Dergisi, 79, 99.

²⁰ Yahya Deryal, ‘Hasta Yakını Kavramı Üzerine Bir Tanım Denemesi’ *Sağlık Hukuku Problemleri* (1st edn Seçkin Yayıncılık 2012) 257.

²¹ Doğramacı and Erkol (n 20) 795.

²² Yargıtay 3.HD, E 2020/920 K 2020/5529, 07.10.2020. “*Somut olayda, reçetenin sahte olduğu, ilaçların hasta ya da yakınına teslim edilmediği, Protokolün 5.3.5. maddesindeki sorumluluğu bilerek sözleşmeyi imzalayan ve basiretli bir tacir gibi davranması beklenen eczacının ilaçların tesliminde kendisinden beklenen özeni göstermesi ve ilaçların teslim edildiği kişinin hasta ya da yakını olduğunu gösterir belgenin ibrazını istemesi gerektiği, anılan maddelerin uygulanabilmesi için hasta ya da yakınına teslim edilmeyen ilaçlara ait reçetelerin Kuruma fatura edilmiş olmasının yeterli olduğu, eczacı ya da çalışanlarının kastı veya dahili aranmadığı da değerlendirildiğinde, Kurum işlemi usul ve yasaya uygundur.*”

sahtecilik fiili ortaya çıkabilir. Manuel reçetelerde sahtecilik genel olarak hekimin kaşe ve imzası taklit edilerek ortaya çıkar. Bu durumda herhangi bir provizyon sistemi devreye girmediği için sahte reçete şeklen usûle uygunluk arz eder. Bu sahte reçete ise eczacı ve eczane çalışanları için aldatma yeteneği (iğfal kabiliyeti) yüksek bir belgedir. Söz konusu reçetenin üçüncü kişilere teslim edilmesi halinde yapılacak kimlik tespiti reçeteyi karşılamaya engel teşkil etmeyecektir. Zira reçete içeriğini üçüncü bir kişi de (*ilacı alan vasfı ile*) teslim alabilecektir. Üçüncü kişi ile reçete sahibi arasındaki yakınlık/tanışıklık ilişkisi eczane şartlarında tespit edilebilecek bir durum değildir. Bu durumda şeklen usule uygun reçeteyi kaydederek ilacı alan kişiye teslim edilen ürünler sadece kamu zararı oluşturacaktır.

Elektronik reçetelerde sahtecilik ise aldatma yeteneği (iğfal kabiliyeti) en yüksek olan süreçtir. Zira söz konusu reçeteler hekim e-imzası ile oluşturulmakta ve Medula sisteminden provizyon almaktadır. Bu durum; eczacı ve eczane çalışanları için makul güvenin sağlanması adına yeterlidir. Çünkü uygulamada, e-reçetede yer alan e-imzanın hekimin iradesi doğrultusunda oluşturulup oluşturulmadığının tespiti mümkün değildir. Yine e-reçetelerde teslimine ilişkin herhangi bir belge, söz gelimi imza, aranmayacağı için güvenlik açığı daha da artmış olacaktır.

Uygulamada; Medula'ya kaydı yapılan bu reçete içeriklerinin teslim edildiği kişi bölümüne, örneğin "*ilacı alan*" kısmına, sehven ve/veya yoğunluktan "*hastanın kendisi*" şeklinde kayıtlar yapılmaktadır. Bu durumda; manuel reçetelerde reçete arkasındaki imza üçüncü kişiye ait olmasına rağmen, Medula kaydında ilacın hastaya teslim edildiği, e-reçetelerde ise fiilen ilacı alan üçüncü kişi olmasına rağmen Medula sisteminde ilacı alanın reçete sahibi olarak kayıt altına alındığı görülmektedir. SGK tarafından sorgulanan hastalar imzalarının kendilerine ait olmadığını söyleyerek bu tespiti gerekçe oluşturmaktadır. Hal böyle iken aşağıda incelenecek yargı kararlarında da izah edildiği üzere eczacıya İlaç Temin Sözleşmesinden kaynaklanan m.5.3.2²³ ve m.5.3.10²⁴

²³ Sosyal Güvenlik Kurumu Kapsamındaki Kişilerin Türk Eczacıları Birliği Üyesi Eczanelerden İlaç Teminine İlişkin Protokol, 2020, Madde 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 olmadığına 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 aldığı beyan etmesi durumunda bu madde hükmü uygulanmaz.*"

²⁴ Sosyal Güvenlik Kurumu Kapsamındaki Kişilerin Türk Eczacıları Birliği Üyesi Eczanelerden İlaç Teminine İlişkin Protokol, 2020, Madde 5.3.10. "*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*



hükümleri uygulanabilmektedir. Bu iki maddenin temelini; kimlik tespit yükümlülüğünün ihlali ile sahte reçeteye müdahillik kastı oluşturmaktadır. Fakat bu uygulama kanımızca doğru değildir. Zira eczacı bu durumda kimlik kontrolü yapmış olsaydı ve “ilacı alan” kısmına failin kimlik numarasını işleseydi bile kurum zararı ortaya çıkacak idi. Çünkü reçete başından itibaren sahtelik unsuru içermektedir. Eczacı ve çalışanlarının genel olarak sehven ve/veya yoğunluktan yaptığı, SGK ve Yüksek Yargı’nın “kimlik tespit yükümlülüğünün ihlali” olarak nitelendirdiği bu usûli hata, kamu zararının oluşması için bir neden olmayacaktır. Çünkü kimlik tespiti yapılsaydı dahi kamu zararı oluşacak idi.

Devam reçeteleri ise hekimden bağımsız salt eczacı ve hasta iradesine dayanan bir reçeteleme sürecidir. Söz konusu süreçte hastanın talebi halinde eczacı tarafından devam reçetesi oluşturulur. Akabinde bu reçeteler teslim esnasında reçete sahibi ve/veya ilacı alan kişiye imzalatılacaktır. Uygulamada; üçüncü kişi faillerce kronik hastalığı bilinen kişilerin reçeteleri, hastadan habersiz olarak eczanelerden tedarik edilmektedir. Bu durumda da üçüncü kişi failin hastanın T.C. Kimlik numarasını ve kronik hastalığı olduğunu bilmesi, eczacı ve eczane çalışanları nezdinde makul güven oluşturmaktadır. Zira bu reçetelerde tıpkı diğerleri gibi üçüncü kişiye teslim edilebilecektir. Bu durumda da reçete arkası üçüncü kişi fail tarafından imzalanacaktır. Yukarıda izah ettiğimiz Medula kaydı ve reçete arkası imzanın farklı olması hususları burada da geçerlidir. Reçete arkası teslim alan kişi ile Medula sistemi nazarında teslim alan kişinin farklı olması kamu zararı oluşumuna engel olmayacaktır.

D. Sahte Kimlik

Bu süreçte cezai yaptırım uygulanabilmesi için eczacının kimlik tespiti yapıp yapmadığının somut olarak ortaya konulması gerekmektedir. Sahte reçete ve rapor oluşturacak kişilerin sahte kimlik de oluşturabileceği değerlendirilmelidir. Uygulamada; hastanın kimliğini failin kendi fotoğrafı ile oluşturmak zor bir işlem değildir. Günümüzde sahte pasaport ile onlarca ülkenin güvenlik önlemlerinin aşıldığı düşünüldüğünde basit bir renkli yazıcı ile hazırlanabilecek kimlik belgesi ile ilaç tedarikinin ne kadar kolay olabileceği akıldan çıkarılmamalıdır. Örneğin; hasta Ahmet Duman adına oluşturulacak sahte kimliğe failin fotoğrafı eklendiğinde bu belgenin iğfal kabiliyeti eczacı açısından yüksek

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. Ancak, söz konusu sahte ilaç fiyat kupürü/sahte karekod, sahte reçete veya sahte raporun eczacı ya da eczane çalışanları dışında üçüncü kişilerin dahil ile Kuruma fatura edildiğinin yapılacak araştırma ve/veya inceleme sonucunda tespit edilmesi halinde, bu madde hükmü uygulanmaz.”

olacaktır. Medula yazılımında hastanın fotoğrafı da olmadığı için eczacının kimlik tespiti yapmış olsa bile bunu ortaya çıkarması mümkün değildir. Zira eczacı için sadece T.C. No ve e-reçete numarası gerekli olacaktır.

Uygulamada zamanla görüldüğü gibi sürücü belge fotoğrafının değiştirilmesi veya yüzün fotoğrafta ki şahsa benzetilmesi suretiyle resmi veya özel makamlara sunulması yöntemleriyle ehliyet sahteciliği gerçekleşmektedir.²⁵

YOSUNTAŞ'ın çalışmasında yer alan onlarca örnekten birkaçını sunarak aslında bu sürecin ne kadar kolay olabileceğine de dikkat çekilebilir.²⁶

- Adana Nüfus Müdürlüğü'nde görevli memurun, vatandaşların değiştirmek için verdiği kimlikleri imha etmeyerek, üzerine başkasına ait fotoğrafı yapıştırmak suretiyle 300 YTL'ye sattığı ve İstanbul'dan gelen bir kişi için sahte işlem yaparken suç üstü yakalandığı belirtilmiştir.
- Fenerbahçe'nin tribün lideri olarak tanınan "Amigo Sefa"nın aslında yıllardır "Nihat ÖZPOLAT" isimli sahte kimlik kullandığı, asıl adının S. K. olduğu tespit edilmiştir.
- Çöpte bulunduğu A.S.Ş. isimli kadına ait kimlik fotokopisini kullanmak suretiyle kendisine yeni bir kimlik çıkarttığını, bu kimlikle bankalardan kredi kartı alarak binlerce YTL harcama yaptığını belirten H.A. asayiş ekiplerine yaptığı açıklamada; "Önce kimlikteki kadının isminden telefonunu buldum. Daha sonra oturduğu yeri öğrenerek bağlı olduğu muhtarlığa gittim. Burada kendi resmimi vererek aldığım kimlik değiştirme belgesiyle nüfus müdürlüğünden sahte bir nüfus cüzdanı çıkarttım." diyerek suçunu itiraf etmiştir.

E. Yüksek Yargı Uygulamaları

Sahte reçete süreçlerinde iki husus yaptırıma tabi tutulmaktadır. Bunlarda ilki sahte reçete süreçlerinde eczacının kurumu zarara uğratma kastının varlığıdır. Diğer ise eczacının kimlik tespit yükümlülüğünü ihlal etmesidir. Kanımızca kimlik tespit yükümlülüğü, Yüksek Yargı tarafından aşağıda gerekçelendirileceği üzere doğru bir şekilde uygulanmamaktadır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun E. 2017/1977, K. 2021/1346 ve 4.11.2021 tarihli kararında eczacının kimlik tespit yükümlülüğüne atf yapılarak "....*Bu çerçevede yapılan incelemede davacının da aralarında bulunduğu bazı eczanelerde söz konusu sahte belgeleri sunarak ilaç isteyen kişilerin kimlik tespitinin usulüne uygun yapılmadığı belirlenmiş ve bu eczanelerin sahtecilik eylemine iştirakleri olmadığından protokolün (6.3.19) maddesinden değil,*

²⁵ Çiğdem Yosuntaş, 'Sahte Kimlik' (Yüksek Lisans Tezi, Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008) 42.

²⁶ Yosuntaş (n 27) 58-63.



yalnızca kimlik kontrol yükümlülüğüne aykırılık nedeniyle (6.3.3) maddesi çerçevesinde cezai işlem uygulanmıştır... Ne var ki dava konusu işlemin sahtecilik eylemi ile ilgisi bulunmamaktadır. Zira protokolün (6.3.3) hükmü şekli bir sözleşmeye aykırılık hâlini düzenlemekte ve eczanenin 5510 sayılı Kanun, ilgili Yönetmelik ve SUT hükümleri gereğince yapmakla yükümlü olduğu kimlik tespit ve kontrol işlemini yerine getirmemesine cezai sonuç bağlamaktadır. Söz konusu yaptırımın uygulanması için eczacı veya eczane çalışanlarının zarar kastı yahut Kurumun zarara uğraması gerekmez.”

Görüldüğü üzere Yüksek Yargı, Protokolün m.5.3.2 (eski hali 6.3.3) maddesini kimlik tespit yükümlülüğünün ihlaline sonuç bağlayan şekli bir aykırılık olarak nitelendirmiştir. Yüksek Yargı bu içtihadı ile eczacının kimlik tespit yükümlülüğünü yerine getirmediğini, eğer kimlik tespiti yapsa idi sahteciliği anlayacağını iddia etmiştir. Yüksek Yargı somut olayda ilacı alan üçüncü kişi failin kendisini hasta olarak tanıttığını ve bu bilgileri reçete arkasına işlediğini, eğer eczacı kimlik tespiti yapmış olsaydı failin hasta olmadığını anlayacağını ileri sürmektedir. Öncelikle belirtmek isterim ki eczacı bu durumda kimlik kontrolü yapmış olsaydı bile kamu zararı engellenemeyecek idi. Zira reçete içeriği üçüncü kişilere de teslim edilebilecektir.

Bununla birlikte Yüksek Yargı'nın kimlik tespit yükümlülüğünün ihlaline sonuç bağladığı Protokol 5.3.2 (eski hali 6.3.3) maddesi de kanımızca eksik yorumlanmaktadır. Söz konusu maddenin uygulanabilmesi için “reçete sahibine ya da ilacı alana teslim edildiğine ilişkin imzanın, reçete sahibine veya ilacı alana ait olmadığına denetim ile tespitinin kesinlik kazanması halinde” eyleminin gerçekleşmesi gerekmektedir. Yüksek Yargı'nın incelediği somut olayda reçete içeriği üçüncü kişi faile teslim edilmiş, reçete arkası imza da üçüncü kişi fail tarafından hasta adına atılmıştır. Dolayısıyla somut olayda, ilacı alan ve imzalayan kişi aynıdır. Denetim ile de bu tespit edilebilecektir. İmzanın hasta adına atılmış olması, ilacı alan tarafından atılmış olma gerçeğini değiştirmeyecektir. Bunu kimlik tespit yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirmek zorlama bir yorumdur. Örnekle açıklanacak olursa; A hastası adına ilaç alan B faili, reçete arkasına A adına imza atmıştır. Bu durumda ilacı alan A kişisi, şeklen imzayı atan da A kişisidir. Bununla birlikte B faili, A'nın bilgilerini ve kendi fotoğrafını taşıyan sahte kimliği de kullanmış olabilir. Bu durumda her ne kadar B faili A adına imza atmış olsa da sahte kimlik sebebiyle eczacı, A failinin B hastası olmadığını anlayamayacaktır. Bu sebeple m.5.3.2 uygulama alanı bulamayacaktır. Süreç kavramın zıddından çıkarım yapmak suretiyle yorumlandığında; ilacı alanın A veya B olması halinde reçete arkası C tarafından imzalanmışsa bu durumda m.5.3.2 uygulanabilecektir. Bu örnekleme ülkemizde yıllardan beri gelen bir süreçten ibarettir. Reçete sahibi ve/veya ilacı alan kişi teslim anında reçete arkasını çeşitli nedenlerden (*unutma, yoğunluk, imzadan imtina vb.*) dolayı imzalamamaktadır. Bu durumda eczacı

tarafından yapılan ay sonu kontrollerinde reçete arkası imza eksik olduğu için çoğu zaman bu eksik imza eczacı tarafından tamamlanabilmektedir. Böylece tam da 5.3.2 lafzında geçen reçete arkasındaki imzanın reçete sahibi veya ilacı alana ait olmama durumu ortaya çıkmaktadır. Söz gelimi Yüksek Yargı'nın ifadesiyle “*şekli bir sözleşmeye aykırılık*” meydana gelmektedir.

Bu yorum sözleşme taraf iradeleri dikkate alınarak şu şekilde de gerekçelendirilebilir. Söz konusu m.5.3.2'ye şekli aykırılık sebebiyle birçok eczacıya cezai şart uygulanmakta iken eczacılar bu konuda mağdur olmaktadır. Öyle ki reçetenin sahte olmadığı ve ilaç tesliminin yapıldığı bir ortamda imzanın farklı olmasından dolayı fahiş cezalar uygulanabiliyordu. Bu durumu ekarte edebilmek adına 2012 İlaç Temin Sözleşmesi ile ek fıkra getirilmiş ve imza üçüncü kişiye ait olsa bile hastanın ilacı aldığını beyan etmesi durumunda bu maddenin uygulanmayacağı akit altına alınmıştır.²⁷ Görüldüğü üzere ilgili madde saha uygulamalarına yönelik olup (*eczacı tarafından atılan imza*) kimlik tespit yükümlülüğünün ihlalinin bu maddeye gerekçe oluşturması mümkün değildir.

Yine söz konusu 5.3.2 maddesinin hükmünün lafzında da yer aldığı üzere e-reçete olarak düzenlenen reçetelere bu cezai şart uygulanmamaktadır. E-reçete kaydı esnasında ilacın üçüncü kişi faile teslim edilmesi, fakat Medula kaydının “*hastanın kendisine teslim edildi*” şeklinde işaretlenmesi halinde sonuç ne olacaktır? Bu durumda da üçüncü kişi fail kendini hasta olarak tanıtır reçete içeriğini teslim almıştır. Eczacı kimlik tespiti yapmış olsa idi failin hasta olmadığını anlayabilecekti. Bu sebeple reçetelerin salt elektronik olması m.5.3.2'nin uygulanmasına engel olacağı için kimlik tespitinin ihlali yaptırıma tabi olamayacaktır. İki reçete şeklinde de meydana gelen aynı irade yanılması farklı yaptırımlara tabi olacaktır. Bu bile kimlik tespit yükümlülüğünün cezai şartta konu olamayacağının açık göstergesidir.

Bununla birlikte 5.3.2 maddesinde reçete sahibi veya ilacı alan kişinin imzasının sahteliğinin hasta beyanları ile değil “*denetim*” ile tespit edilmesi önemlidir.²⁸ Söz konusu imza; hasta/ilacı alan kişi iradesinin somut yansımasıdır. Burada imzanın şekli vasfından ziyade hasta/ilacı alan kişinin iradesi önemlidir. Dolayısıyla madde hükmü; hastanın/ilacı alan kişinin iradesinin yokluğunu aramaktadır. Öyle ki 2020 İlaç Temin Protokolünde yer alan ikinci fıkrada “*Ancak hastanın veya ilacı teslim alan kişinin ilacı aldığını beyan etmesi durumunda bu madde hükmü uygulanmaz.*” hükmü amirdir. Bu lafızdan, reçete arkası imzanın hasta/ilacı alana ait olmasa bile söz konusu kişilerin ilaçları aldığına yönelik

²⁷ Sosyal Güvenlik Kurumu Kapsamındaki Kişilerin Türk Eczacıları Birliği Üyesi Eczanelerden İlaç Teminine İlişkin Protokol, 2020, Madde 5.3.2/2 “*Ancak hastanın veya ilacı teslim alan kişinin ilacı aldığını beyan etmesi durumunda bu madde hükmü uygulanmaz.*”

²⁸ Sosyal Güvenlik Kurumu Kapsamındaki Kişilerin Türk Eczacıları Birliği Üyesi Eczanelerden İlaç Teminine İlişkin Protokol, 2020, Madde 5.3.2 “*.....imzanın, reçete sahibine veya ilacı alana ait olmadığına denetim ile tespitinin kesinlik kazanması halinde,*”



beyan vermesi halinde bu hükmün uygulanmayacağı akit altına alınmıştır. Dolayısıyla bu hüküm hasta/ilacı alan kişinin iradesi dışında atılan imzalar için uygulanabilecektir. Uygulamada; hasta/ilacı alan adına atılan imzalar; eczacı ve eczane çalışanları tarafından atılabilmektedir. Bu sürecin temel sebebi; hasta/ilacı alan ile eczacı arasındaki güven ilişkisi, hasta/ilacı alanın lojistik problemleri olarak gösterilebilmektedir. Bu durumda ilgili madde hükmü uygulanacaktır. Fakat istisnai cümle ile sonradan hasta/ilacı alan kişinin ilacı aldığını beyan etmesi durumunda imza bu kişilere ait olmasa bile cezai şart uygulanamayacaktır. İşbu amaçla getirilen cezai şartın “kimlik tespit yükümlülüğünün ihlali yaptırımı” şeklinde yorumlanması sözleşme hukukuna aykırıdır.

Yargıtay ilginç bir kararında²⁹; ilk derece mahkemesinin ilaç temin sözleş-

²⁹ Yargıtay 3.HD, E 2021/4888 K 2021/9190, 28.09.2021.

“Mahkemece; 04/12/2014 tarihli bilirkişi raporu hükme esas alınarak, davaya konu **reçetelerdeki imzaların hasta veya hasta yakınına ait olmadığı** sabit olduğu, bu nedenle kurum işleminin **2009 yılı Eczane Protokolünün** (6.3.3.) maddesine uygun olarak tesis edildiği gerekçesiyle, davanın reddine dair verilen hüküm, davacı tarafın temyizi üzerine; Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 24/09/2018 tarihli ve 2016/2955 E. 2018/8248 K. sayılı kararıyla; **2016 yılı Eczane Protokolünün** (5.3.2.) maddesi çerçevesinde değerlendirme yapılarak hasıl olacak sonuca uygun bir karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle bozulmuştur.

Bozmaya uyan **mahkemece**; 2009 yılı Eczane Protokolünün (6.3.3.) maddesi gereği, **ilaçların tesliminde hasta veya hasta yakınının imzası aranırken**; 2016 yılı protokolünün (5.3.2.) maddesi uyarınca, **ilaçların teslim edildiği kişi, hasta ya da hasta yakını olmasa da**, bu kişiye ait imzanın yeterli olduğu, davaya konu reçetelerdeki imzanın ise ilaçları teslim alan kişiye ait olduğu hususunda uyumsuzluk bulunmadığı gerekçesiyle; davanın kabulüne, kurum işleminin iptali ile davacının davalı kuruma 59.676,15 TL’den borçlu olmadığı tespitine karar verilmiş; hüküm, davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden; davalı kurum tarafından 2009 yılı protokolünün (6.3.3.) maddesi dayanak gösterilerek davacı eczacı hakkında toplam 59.676,15 TL cezai şart uygulandığı ve davacının uyarıldığı; davaya konu reçetelerin sahte olduğu, **sahte reçetelerin dava dışı Gürdal ve Uğur tarafından düzenlendiği**, bahse konu kişilerin sanık olarak yargılandığı ceza dosyası incelendiğinde ise; kuruma fatura edilen reçeteler ve reçetelere dayanak raporlar sahte olup işgal kabiliyetinin bulunduğu, sahte reçetelere konu **ilaçların sanıklardan Uğur’a teslim edildiği** ve reçetede imzanın da yine bu kişinin eli ürünü olduğu, sanık Uğur’un ilacı almakla görevlendirildiği, diğer sanık Gürdal’ın ise pahalı ilaçları düşük bedelle piyasaya sürerek haksız menfaat temin ettiği gerekçesiyle, sanıkların sahtecilik ve dolandırıcılık suçlarından cezalandırılmalarına karar verildiği anlaşılmaktadır.

Hal böyle olunca, mahkemece; yukarıda açıklanan maddi ve hukuki olgular çerçevesinde, **davaya konu sahte reçetelerdeki imzalar, ilaçların teslim edildiği şahsa ait olsa da; reçete muhteviyatı ilaçların kurum sigortalısı hastalar tarafından kullanılmadığı sabit olduğundan**, davacı eczacının sözleşmenin ilgili madde hükmünü ihlal ettiği dikkate alınarak, 2016 yılı protokolünün (5.3.2.) madde hükmü değerlendirilmek suretiyle yeniden rapor alınıp, hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, yanılığılı değerlendirme ile yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir. SONUÇ: Yukarıda birinci bentte açıklanan nedenlerle davalı vekilinin sair temyiz itirazlarının REDDİNE, ikinci bentte açıklanan nedenlerle hükmün HUMK’nın 428. maddesi gereğince davalı yararına BOZULMASINA,”

mesinde yer alan “hasta yakını” ifadesinin “ilacı alan” şeklinde değişmesinin 5.3.2 (eski hali ile 6.3.3) maddesinin yorumunu da değiştireceği şeklindeki kararını bozmuştur. Kanımızca ilk derece mahkemesinin “2009 yılı Eczane Protokolünün (6.3.3.) maddesi gereği, **ilaçların tesliminde hasta veya hasta yakınının imzası aranırken; 2016 yılı protokolünün (5.3.2.) maddesi uyarınca, ilaçların teslim edildiği kişi, hasta ya da hasta yakını olmasa da, bu kişiye ait imzanın yeterli olduğu**” kanaati, olması gereken içtihatır.

F. Yersiz Ödeme/Cezai Şart Ayrımı

5510 sayılı Kanun m.103/e-2’ye göre “kimlik tespiti yükümlülüğünü yapmayan ve bu nedenle bir başka kişiye sağlık hizmeti sunulması nedeniyle Kurumun zarara uğramasına sebebiyet veren sağlık hizmeti sunucularından **uğranılan zarar** geri alınır.”

Yine SUT m.1.6’ya göre “...başka kişiye sağlık hizmeti sunulması nedeniyle Kurumun zarara uğramasına sebebiyet veren sağlık hizmeti sunucularından **ödenen tutar** geri alınır.”

Görüldüğü üzere Protokolün dayanak aldığı 5510 sayılı Kanun ve SUT hükümleri, kimlik tespit yükümlülüğünün ihlali halinde uğranılan zararın/ödenen tutarın geri alınacağını ön görmüştür.

Kamu zararı kavramı ise İlaç Temin Protokolü m.4.3.6’da “Protokolün (5.3) numaralı maddesindeki fiillerin tespit edildiği reçetede fiili ilgilendiren **reçete veya ilaç bedelleri ödenmez** (5.3.3, 5.3.6 ve 5.3.14 maddeleri hariç). Kurumca yapılan **yersiz ödemeler** varsa, ödeme tarihinden itibaren hesaplanacak yasal faizi ile birlikte eczacının Kurumda tahakkuk etmiş alacağından mahsup edilir. Eczacının alacağına yersiz ödeme tutarını karşılamaması veya alacağına olmaması halinde, genel hükümlere göre tahsil edilir.” şeklinde “yersiz ödeme” olarak düzenlenmiştir. Kanun ve tebliğ hükümlerinde görüldüğü üzere SGK tarafından kimlik tespit yükümlülüğünün ihlalinin tespiti halinde **sadece kamu zararı** olan reçete bedeli talep edilebilecektir. Uygulanan cezai şart kamu zararı niteliğinde olmayıp özel hukuk sözleşmesinden kaynak alır.

Uyuşmazlık Mahkemesi ve Yargıtay her defasında İlaç Temin Sözleşmesinin; özel hukuk sözleşmesi olduğu, tarafların serbest iradelerine dayandığı, ticari nitelikli olduğu, kamu hukukunun ve dolayısıyla kamu gücünün bu sözleşmede yerinin bulunmadığı, taraflar arasında eşitlik olduğu, basiretli tacir yükümlülüklerinin ön plana çıktığı gibi hususlara atıf yapmıştır.³⁰ İşbu kapsamda İlaç Temin Sözleşmesi’nin 5.3.2 maddesinde açıkça “kimlik tespit yükümlülüğünün ihlali” yorumu çıkmadığı halde ilgili maddenin bu şekilde yorumlanması Anayasa Mahkemesi ve Yüksek Yargı içtihatlarıyla da çelişmektedir. Zira yukarıda da gerekçelendirildiği üzere kimlik tespit yükümlülüğünün ihlali, kamu zararının tahsili sonucunu doğururken, bunun ayrıca söz-

³⁰ Uyuşmazlık Mahkemesi, E 2019/269 K 2019/304, 29.04.2019.

leşmesel cezai şarta tabi tutulması mümkün değildir. Aksi durum SGK lehine sebepsiz zenginleşme durumu oluşturacaktır. Öyle ki bu sürecin genel işlem koşulları çerçevesinde sözleşmenin zayıf tarafı olan eczacı lehine yorumlanması gerekebilir.

Kanımızca; kimlik tespit yükümlülüğü ihlalinin, kamu zararı/yersiz ödeme/ uğranılan zarar/ödenen tutar şeklinde tanımlandığı bir mevzuatta ayrıca cezai şarta konu edilmesi hakkaniyete uygun değildir.

III. -KİMLİK TESPİT YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN TBK M.23 KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Genel işlem koşulunun hâkim tarafından denetimi; yürürlük, yorum ve içerik denetimi olarak yapılmaktadır³¹. İşbu kapsamda konumuz gereği yorum denetiminin yapılabilmesi için öncelikle ilgili sözleşme hükümlerinin genel işlem koşulu olarak kabul edilmesi ve TBK m.23 kapsamında yorum şartlarının oluşması gerekmektedir.

SGK ve eczaneler arasında akdedilen İlaç Temin Sözleşmesi SGK'nın tek tarafı hazırladığı ve karşı taraf olan eczanelere imzalatılan tip sözleşme³² niteliğindedir. Doktrinde ve Yargı kararlarında eczanelerin tacir vasfından dolayı genel işlem koşullarının tacirlere uygulanıp uygulanamayacağı tartışılmaktadır.

Eczanelerin bir ticari işletme, eczacıların da bir tacir olduğu Yargıtay'ın da yerleşmiş içtihatları arasındadır.³³ Eski tarihli bir kararda “... eczacı da

³¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bknz.: Şebnem Akipek Öcal, ‘Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Yer Alan Haksız Sözleşme Şartları ile Türk Borçlar Kanununda Yer Alan Genel İşlem Koşullarının Bankacılık Sektörü Açısından Değerlendirilmesi’ (2. Tüketici Hukuk Sempozyumu, İstanbul, 2013) 331-340.

³² Yargıtay 13.HD, E 2011/17970 K 2012/3322, 20.02.2012.
“...Taraflar arasında 2009 yılı Sosyal Güvenlik Kurumu Protokolü kapsamında imzalanan tip sözleşmenin...”

³³ Yargıtay HGK, E 2003/13-599 K 2003/599, 15.10.2003.
“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. HD, E 2020/943 K 2020/3379, 24.06.2020.
“..Kaldı ki, kabul şekli bakımından da eczane ticari işletme eczacılarda tacir olup taraflar arasındaki sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlık 6102 Sayılı TTK m.3 ve 19/2 uyarınca ticari iş sayılırsa da; davalı taraf tacir olmadığına göre 6102 Sayılı TTK m.4 uyarınca uyuşmazlık 6102 Sayılı TTK m.5 gereğince Asliye Ticaret Mahkemesi'nin görevine girmediğinden uyuşmazlığa bakmakla asliye hukuk mahkemesi görevli iken yargılamaya Asliye Ticaret Mahkemesi sıfatıyla devam edilerek hüküm kurulmuş olması hatalıdır.”

iktisadi faaliyeti nakdi sermayesinden ziyade bedeni çalışmasına dayanmadığı ve kazancı da ancak geçimini sağlamaya yetecek derecede az bulunamayacağı cihetle ... eczaneler TTK.nun 12/1 ve 11. maddeleri gereğince ticari işletme sayılırlar"³⁴ bu ifade edilmiş olup günümüzde de aynı içtihat devam etmektedir.

Doktrinde genel işlem koşullarının TTK m.55 özel hükmüne rağmen tacirlere uygulanamayacağı yönündeki görüşler³⁵ olduğu gibi, TBK genel nitelikteki hükümlerin hem tacir hem de tüketicilere uygulanabileceği yönünde görüşler³⁶ de mevcuttur. Her ne kadar doktrinde ikinci kısım görüş ağırlıkta olsa da Yargıtay eczaneler özelinde ilk görüşü dikkate almakta ve eczanelerin tacir vasfından dolayı genel işlem koşullarına tabi olmadığı düşüncesindedir.

Aynı şekilde Yargıtay bazı kararlarında tacirin basiretli hareket etme yükümlülüğüne atıfla genel işlem koşullarının uygulanamayacağı yönünde içtihat geliştirirken³⁷ bazı kararlarında da TBK ilgili hükümlerinin tacir/tüketici ayırımı yapmadığından bahisle mezkur hükümlerin tacirlere de uygulanabile-

³⁴ Yargıtay 11.HD, E 1976/4293 K 1977/4545, 01.11.1976. (Karar için bkz. Gönen Eriş, Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu Ticari İşletme ve Şirketler, (1st edn Seçkin Yayınevi 1987) 207.

³⁵ Oğuz Ersöz, 'Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı ve Tacirler Hakkında Uygulanması' (2017) 3(1) İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3 (1), 2017, 69, 99. "*Haksız rekabet niteliği taşımayan genel işlem şartları içeren ticari sözleşmeler yönünden ise tacirlerin basiretli bir iş adamı gibi hareket etme yükümlülükleri nedeniyle TBK m.20-25'in haklarında uygulanamayacağı görüşündeyiz. Ancak tacirin her ihtimalde bu korunmadan yoksun bırakılması da doğru değildir. Somut olaya göre sınırlı hallerde özgü istisna niteliğinde olmak üzere tacirin de (örneğin küçük ölçekli tacirin orta ve büyük ölçekli tacirler karşısında olduğu haller vb.) TBK m.20-25'in öngördüğü korunmadan yararlanabilmesini mümkün görmekteyiz.*" Kerim Atamer, *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu*, (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2017) 26. "*Özgür iradesiyle tercihini kullanan basiretli tacir, pazarlık etmesinin bulunmamasına rağmen, bilinçli bir tercih doğrultusunda sözleşmesini kurmuşsa, sonradan mahkemeye başvurup GİK denetimi istemesi, ticaret hayatının büyük ihtiyaç duyduğu güveni temelden sarsar.*"

³⁶ Şebnem Akipek Öcal, '6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Genel İşlem Koşulları Hükümlerinin Konu Bakımından Uygulama Alanı' (2015) (3) İzmir Barosu Dergisi 187,188; Murat Aydoğdu, '6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı' (2011) 13(2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1,35; İlknur Serdar, 'TBK'nun Genel İşlem Şartları Hükümlerinin Kişi Bakımından Uygulama Alanı' (2015) 80(3) İzmir Barosu Dergisi 226,230; Ezgi Kutluay, 'Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Koşulları' (2017) 19(Özel Sayı) D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan 1369,1419.

³⁷ Yargıtay 13.HD, E 2014/24046 K 2015/28127, 01.10.2015. "*... 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.*"

ceğine hükmetmiştir.³⁸ Özellikle Yargıtay 3.H.D'nin karşı oy şerhlerinde İlaç Temin Sözleşmesi'ne genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerin uygulanabileceğine dikkat çekilmiştir.³⁹

Aynı şekilde AKİPEK ÖCAL'a göre de genel işlem koşulları, bir sözleşme hükmü olmalıdır, bu hükümler sözleşme kurulmadan önce kaleme alınmış olmalıdır, sözleşmeyi düzenleyen bu hükümleri birden fazla sözleşmede kullanma niyeti bulunmalı, sözleşmede kullanılmak niyetiyle karşı tarafa sunulmalı, genel işlem koşullarının pazarlık edilme imkânı olmamalı ve karşı tarafın bu koşulları değiştirme şansı bulunmamalıdır.⁴⁰ Söz konu süreçte İlaç Temin Sözleşmesi, 81 ilde 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.

TBK m. 20-25'in 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 koşullarının tacirler nezdinde basiretli hareket etme yükümlülüğüne hanel getirmemek kaydıyla uygun şartların varlığı halinde SGK ile Eczaneler arasındaki özel hukuk sözleşmelerinde uygulanabileceği kanaatindeyiz. İşbu gerekçe ile sözleşme hükümlerinin hâkim denetimine tabi olduğu, bu denetimin ise sırayla; yürürlük, yorum ve içerik denetimi şeklinde yapılacağı açıktır. Çalışma kapsamında sadece yorum denetimi üzerinde durulacaktır.

Birden çok anlama gelme kuralında esas olan, genel işlem koşulundan birden fazla olası anlam çıkarılabilmekle birlikte, hangi anlam üzerinde tarafların iradelerinin uyuşmuş olduğunun net ve tam olarak anlaşılabilmesidir.⁴¹

³⁸ Yargıtay 11.HD, E 2016/13015 K 2018/4858, 27.06.2018.

Yargıtay 11.HD, E 2016/13425 K 2018/4484, 18.06.2018.

“...Bir sözleşmedeki genel işlem koşulunun niteliğinin, objektif unsurlara göre belirlenmesi gerekemekte olup, bu hususta tarafların icra ettikleri meslekleri ve sıfatları, tacir veya tüketici olup olmadıkları önem taşımaz.”

³⁹ Yargıtay 3.HD, E 2020/8466 K 2021/2665, 15.03.2021.

“...Bu sözleşmelerin imzalanması öncesinde sigortalya 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. Eczacıların bu sözleşmelerde doğrudan karşılıklı müzakere yapmaksızın SGK'nın lehine eczacı aleyhine ağır şartlar içeren, tamamen aleyhlerine olan hükümlerin kabul edilmesi **genel işlem kosulu olarak değerlendirilmelidir**...”

⁴⁰ Akipek Öcal, ‘6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Genel İşlem Koşulları Hükümlerinin Konu Bakımından Uygulama Alanı’ (n 38) 193.

⁴¹ Fahri Erdem Kaşak, ‘Genel İşlem Koşullarının Yorumlanması (TBK m. 23)’ (2019) 23(3) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 195,213.

TBK m. 23'e göre genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır. Dolayısıyla burada İlaç Temin Sözleşmesi m. 5.3.2 kapsamında birden çok anlam çıktığı/çıkarılabildiği kanaatindeyiz. İşbu anlamlardan hangisi karşı taraf eczacı lehine ise o uygulama alanı bulacaktır. Zira genel işlem koşuluna maruz kalan bu ilişkide eczacıdır.

Öncelikle TBK m. 23 kapsamında yorumun nasıl yapılacağı doktrinde de tartışılan bir durumdur. Objektif görüş; genel işlem koşullarını bir kanun maddesi gibi karşı taraftan bağımsız olarak yorumlamaya dayanırken, subjektif görüş; genel işlem koşullarını bir sözleşme maddesi gibi karşı tarafın somut halini de dikkate alarak yorumlamaya çalışır.⁴² İlaç Temin Sözleşmesi m.5.3.2 kapsamında değerlendirilen kimlik tespit yükümlülüğü, ülke genelinde tüm eczacılara uygulanması sebebiyle eczacıdan bağımsız olarak objektif görüş çerçevesinde yorumlanabileceken, eczacılık hizmetinin sosyolojik faktörler ve sağlık okuryazarlığı seviyesi dikkate alınarak, subjektif görüşe göre de yorumlama yapılabilecektir. Kanımızca bu maddenin yorumlanmasında objektif görüş kriterlerinin uygulanması daha doğru olacaktır.

A. Çalışma Konusu Maddenin Birden Çok Anlama Gelen Yorumları

1. Kimlik Tespit Yükümlüğünün İhlali Anlamı

Genel işlem koşullarını kullananın, yani bunları kaleme alan veya hazırlatan kişinin, sahip olduğu tek taraflı belirleme imkânı sebebiyle genel işlem koşullarını hiçbir anlam karışıklığına yer vermeyecek özenli bir şekilde düzenlemesi gerekir.⁴³ Öncelikle belirtmek gerekir ki madde lafzında asla bir kimlik tespitinden söz edilmemektedir. Çünkü kimlik tespitinin ihlali hem 5510 sayılı Kanun hem de SUT hükümlerinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bu ihlalin yaptırımını ise kamu zararının geri alınması şeklindedir.

Yüksek Yargı “eğer kimlik tespiti yapılsaydı ilacı almaya yetkili olmayan kişi tespit edilecekti” kanaatiyle içtihat geliştirmektedir. İşbu kimlik tespit yükümlülüğünün dayanağı olarak ise Sözleşmenin 3.3.2⁴⁴ maddesi gösterilmektedir. İlgili maddeye göre ilacı alan kişinin reçete arkasına birtakım verileri işlenmesi istenmektedir. Bu kapsamda Yüksek Yargı, reçete arkasına işlenmeyen verilerin tespiti halinde bu ihlalin yaptırımının m.5.3.2 olacağı şeklinde yanıl-

⁴² Detaylı bilgi için bkz. Kaşak (n 43) 202-205.

⁴³ Yeşim Atamer, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi (2nd Beta Yayınları 2001) 135.

⁴⁴ 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.

gılı bir yorum çıkarmaktadır. Oysaki m.3.3.2 kapsamında reçete arkasında yer alması gereken belgelerin eksikliği halinde sözleşmenin 3.3.1-b⁴⁵ maddesinin atfıyla eczacıya eksiklerin düzeltilmesi amacıyla iadesi gündeme gelecektir. Söz gelimi sözleşme 3.3.2’de istenen bilgilerin eksikliği 5.3.2 maddesinde yer alan cezai şarta konu olmayıp 3.3.2 maddesinde yer alan eksikliğin giderilmesi yaptırımına tabidir.

Bununla birlikte SGK’nın özel sağlık hizmeti sunucuları ile yaptığı sözleşmelerde⁴⁶ “kimlik tespiti” hususu ayrıca düzenlenmiştir. Bu düzenleme İlaç Temin Sözleşmesinde bulunmamaktadır. Buradan sözleşme düzenleyen tarafın kimlik tespit yükümlülüğünün ihlaline yönelik sözleşmesel cezai şart uygulama iradesi olmadığını, yaptırımın genel mevzuat şeklinde uygulanacağı yönünde iradesi olduğu söylenebilir. Zira düzenleyenin kimlik tespit ihlalini sözleşmesel cezai şarta bağlamaya yönelik açık bir iradesi olsa idi bu husus sözleşme görüşmelerinde veya hükmün lafzında açıkça ortaya konabilirdi.

2. İmza Kontrol Yükümlülüğünün İhlali Anlamı

Madde lafzını incelediğimizde “....reçete muhteviyatı ilaçların reçete sahibine ya da ilacı alana teslim edildiğine ilişkin imzanın, reçete sahibine veya ilacı alana ait olmadığından denetim ile tespitinin kesinlik kazanması....” halinde cezalandırmanın gerçekleşeceği anlaşılmaktadır. İşbu kapsamda reçeteyi getiren kişi sahtecilik eyleminin faili olsa da attığı imza kendisine ait olacaktır. Madde lafzında imzanın sahtelik tespitinde bahsedilmemekte, tam tersi imzanın olup olmadığından bahsedilmektedir. Bu kapsamda sözleşme hükmü eczacıya imzanın varlığının olup olmadığına yönelik bir kontrol yükümlülüğü getirmiştir.

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.

⁴⁵ b) Reçete arkasında; 1. İlaç/ilaçları alan kişinin adı, soyadı, reçete sahibi veya birinci derece yakını dışındaki kişilerce alınmış ise T.C. Kimlik Numarası, T.C. Kimlik Numarası olmaması halinde ibraz edilen kimlik belge numarası ve imzasının “...kalem/kutu ilacı aldım.” İbaresinin olmaması reçete iade sebebidir.

⁴⁶ 2022 Yılı Sosyal Güvenlik Kurumu Özel Sağlık Hizmeti Sunucularından Sağlık Hizmeti Satın Alım Sözleşmesi m.8.1.1.

Uygulamada bu süreç ile çokça karşılaşılmaması mümkündür. Zira karşılanan reçetelerin imzasız olması halinde hastaya veya yakınına ulaşmak zor olabilmektedir. Bununla birlikte hasta ile yakın ilişkisine güven duyan eczacı, hastadan habersiz imza atabilmektedir.

3. Çelişkinin Ortaya Konulması

a. Yargıtay içtihatlarında yer alan çelişki

Yukarıda değinilen Yüksek Yargı kararlarını dikkate alındığında Yüksek Yargının da ayrık kararlar ortaya koyarak aslında tam olarak bu konuda net bir içtihat oluşturmadığı görülmektedir. Yüksek Yargı hakimlerinin dahi net olarak ortaya koyamadığı bir yorumun varlığı apaçık ortada iken, ilgili hükmün karşı taraf eczane aleyhine geniş yorumlanması hakkaniyete uygun değildir.

Yüksek Yargının ilginç bir ayrık kararında⁴⁷ “...eczacının kimlik kontrolü yaptığına dair iddiası ve dinlettiği tanıkların beyanlarının aksinin Kurumca ispatlandığının kabulü mümkün değildir. Zira 3. bir şahıs, ...'in ehliyetini kullanarak kişileri ve kurumları yanıltmaktadır. Davacı tarafın sözleşmeye aykırı bir eylemi bulunmadığı gibi, davacının eylemi ile Kurumun uğradığı zarar arasındaki illiyet bağı 3. kişinin ağır kusuru ile kesilmiştir...” şeklinde gerekçelendirme yapılmıştır. Katıldığımız bu kararda, sahte kimlik/fail eyleminin eczacı ve Kurum zararı arasındaki illiyet bağı kestigi belirtilmiştir.

Söz konusu süreçte oluşan kamu zararı genel mevzuat hükümlerince tahsil edilebilecek iken yukarıda gerekçelendirildiği üzere sahtecilik eyleminde kusuru olmayan eczacıya sözleşmesel cezai şart uygulanmamalıdır. Fakat hatalı yorumlarla eczacıya cezai şart uygulanmaktadır. Hastanın “*almadım, imza bana ait değil*” ifadesini içerir reçete, aklen ve mantıken sahte reçetedir. Dolayısıyla İlaç Temin Sözleşmesi’nde sahte reçetenin düzenlendiği 5.3.10⁴⁸ maddesi gündeme gelecektir. Eczacının sahteciliğe iştiraki ispatlanmadığı müddetçe ilgili madde de uygulanamayacaktır. Öyle ki bu konuda Yargıtay’ın da ikilemede kaldığı kanaatindeyiz. Zira Yüksek Yargı bir kararında⁴⁹ hasta adına

⁴⁷ Yargıtay 3.HD, E 2021/797 K 2021/11623, 18.11.2021.

⁴⁸ Eczacı ya da eczane çalışanlarının 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. Ancak, söz konusu sahte ilaç fiyat kupürü/sahte karekod, sahte reçete veya sahte raporun eczacı ya da eczane çalışanları dışında üçüncü kişilerin dahil ile Kuruma fatura edildiğinin yapılacak araştırma ve/veya inceleme sonucunda tespit edilmesi halinde, bu madde hükmü uygulanmaz.

⁴⁹ Yargıtay 3.HD, E 2021/792 K 2021/11621, 18.11.2021.

“Kurum mensubu ...'e ait dava konusu 1 adet reçete nedeniyle davacı eczacı ve çalışanları tarafından **kimlik kontrolü yapılmadığı için**, ilaçları almaya gelen kişi yerine, reçete sahibinin bizzat kendisi tarafından ilaçların alındığının reçete arkasına yazıldığı, oysaki



atılan imza sürecinde m.5.3.2'nin (eski hali ile m.6.3.3) değil m.5.3.5'in⁵⁰ uygulanacağı, diğer bir kararında⁵¹ iki maddenin birlikte uygulanacağı, başka bir

reçetelerin yazıldığı tarihte ...'ün yurt dışında olduğunun, yurt dışı giriş çıkış kayıtları ile sabit olduğu, her ne kadar reçete arkasındaki imza; reçete sahibinin yakını tarafından atılmışsa da, reçetenin arkasında ilaçları alanın "... " kaydı oluşturulup, altının imzalanmış olması ve hastanın söz konusu reçetede ilaçları almadığı şeklindeki beyanları birlikte değerlendirildiğinde; cezai işlemin dayanağı olan 1 adet reçete muhteviyatı ilaçların adı geçen sigortalıya teslim edilmediği, teslim edilen kişinin de kimlik tespiti yapılmadığı halde sigortalının kendisine teslim edilmiş gibi kayıt oluşturulduğu anlaşılmuştur. Hal böyle olunca, davacının 2012 protokolü 5.3.5 ve 3.2.2. maddelerine aykırı davranışı sabit olduğundan, davanın reddi yönünde karar verilmesi gerekirken yanılığılı değerlendirme ile davanın kabulüne karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir."

⁵⁰ Sosyal Güvenlik Kurumu Kapsamındaki Kişilerin Türk Eczacıları Birliği Üyesi Eczanelerden İlaç Teminin İlişkin Protokol, 2020, Madde 5.3.5., "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 hükümü uygulanmaz."

⁵¹ Yargıtay 13.HD, E 2015/25571 K 2015/30908, 21.10.2015.

"6.3.3,6.3.10 ve 6.3.19 maddeleri uyarınca ceza uygulaması yapılmıştır. Dava konusu reçetelerin, 3. kişiler tarafından sahte olarak tanzim olunduğu ve bedellerinin kuruma fatura edilmesinden dolayı idare tarafından cezai işlem tesis edildiği; davacı eczanenin ibraz edilen reçetelerin arkasına ilaçları teslim alan kişilerin kimlik bilgilerini yazması gerektiği, davacının kendisinin de taraf olarak imzaladığı protokol hükümlerine göre kendisine yüklenen **kimlik tespiti yapma yükümlülüğünü yerine getirmediği**, şayet ilaçları teslim etmek için reçeteyi ibraz eden kişilerden kimlik bilgilerini sormuş olsa idi, bu kişilerin ilaçları teslim almaya yetkili olmadıklarının anlaşılacağını, davaya ve davalının işlemine konu reçetelerin sahteliği sabit olup, bilirkişi raporu ile belirlenen işgal kabiliyeti hususunun ceza yargılaması yönünden sonuç doğuracağı davacının kimlik tespiti yapma yükümlülüğünü yerine getirmemiş olması nedeniyle; sorumluluğunun ortadan kalkmayacağı; davacı eczanenin eylemi sabit olup, yapılan işlemin porotokole uygun olduğu dolayısıyla uygulanan cezai işlemin hukuka uygun olduğu, tereddüte ya da duraksamaya mahal bırakmayacak şekilde sabittir. Dava konusu para cezasına ilişkin işlemin dayanağı olan taraflar arasındaki sözleşmenin 6.3.3. maddesinde; "eczanenin kuruma fatura ettiği reçetelerden bulunması gereken ve reçete muhteviyatı ilaçların reçete sahibine ya da yakınına teslim edildiğine ilişkin imzaların reçete sahibine veya ilaçların teslim edildiği yakınına ait olmadığının tespit edilmesi halinde, reçete bedelinin 5 katı tutarında cezai şart uygulanarak eczacı yazılı olarak uyarılır; tekrarı halinde reçete bedelinin 5 katı tutarında cezai şart uygulanarak sözleşme feshedilir ve 1 (bir) ay süre ile sözleşme yapılmaz" şeklinde düzenleme yapılmıştır. Dosya kapsamı ve özellikle dava dışı sigortalının şikayet dilekçesi içeriği itibarıyla ilaçların dava dışı davalı kurum sigortalısına teslim edilmediği halde, bu kişiye teslim edilmiş gibi reçete arkasının imzalandığı sabit olup, davacının bu şekilde sözleşmenin 6.3.3. maddesine ve 6.3.10 maddesine aykırı davranması nedeniyle; davacı hakkında uygulanan cezai işlemin yerinde olduğu gözetilerek, davanın reddine karar verilmesi gerekirken, aksi düşüncelerle

kararında⁵² ise sadece 5.3.2'nin (*eski hali ile m.6.3.3*) uygulanacağı şeklinde karar vermiştir.

Tüm bunlarla birlikte Yargıtay ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun, sahte reçete sürecinde eczacının sahteciliğe iştiraki yok ise m.5.3.2'nin (*eski hali ile m.6.3.3*) de uygulanmayacağına yönelik kararları vardır. Yargıtay bir kararında⁵³ ise sahteciliği organize edenlerin eczanelerle işbirliği yaptığına dair bir kanıt bulunmadığı, sahte reçeteler kullanılarak eczaneden ilaç alınması sebebiyle gerek 2009 yılı protokolünün 6.3.3. maddesi gerekse 2016 yılı protokolünün aynı fiile ilişkin 5.3.2. maddesi uyarınca ceza düzenlenmesinin yerinde olmadığını ve sadece kamu zararı adı altında yersiz ödeme sürecini düzenleyen 4.3.6 maddesinin uygulanması gerektiğini savunmuştur. Yargıtay bu kararında diğer kararlarının aksine bir içtihat geliştirmiştir. Biz de bu görüşe katılıyoruz.

yazılı şekilde davanın kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.”

⁵² Yargıtay 13.HD, E 2014/48324 K 2015/30909, 21.10.2015.

“Dosya kapsamı ve özellikle dava dışı sigortalının şikayet dilekçesi içeriği itibariyle ilaçların dava dışı davalı kurum sigortalısına teslim edilmediği halde bu kişiye teslim edilmiş gibi reçete arkasının imzalandığı sabit olup, davacının bu şekilde sözleşmenin 6.3.3.maddesine aykırı davranması nedeniyle davacı hakkında uygulanan cezai işlemin yerinde olduğu, gözetilerek davanın reddine karar verilmesi gerekirken aksi düşüncelerle yazılı şekilde davanın kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.”

⁵³ Yargıtay 3.HD, E 2020/1118 K 2020/6631, 16.11.2020.

“Davalı kurum tarafından davacı aleyhine 2009 yılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kapsamındaki Kişilerin Türk Eczacıları Birliği Üyesi Eczanelerden İlaç Teminine İlişkin Protokole dayalı olarak sahte olduğu tespit edilen 4 adet reçete bakımından protokolün 4.3.6. maddesi uyarınca yersiz ödeme yapıldığı gerekçesiyle toplam reçete bedeli 3.831,94 TL'nin ve yine protokolün 6.3.3. maddesi uyarınca reçetelerde bulunması gereken imzanın reçete sahibine ya da ilaçların teslim edildiği yakınına ait olmadığı ve eczanenin kimlik kontrol yükümlülüğünü yerine getirmediği gerekçesiyle reçete bedelinin beş katı tutarında 19.159,70 TL ceza bedelinin tahsiline dair işlem yapılmış ve davacıya 16.09.2013 tarihli 3379392 sayılı yazıyla bildirilmiştir. Davacı tarafça ilk derece mahkemesi kararı istinaf edilmemiştir. Her ne kadar davalının istinaf başvurusu üzerine bölge adliye mahkemesince; davalının istinaf talebi kısmen kabul edilerek 2016 yılı Sosyal Güvenlik Kurumu kapsamındaki kişilerin Türk Eczacıları Birliği Üyesi Eczanelerden İlaç Teminine İlişkin Protokol uygulanarak cezai işleme konu edilen fiil bakımından öngörülen 5.3.2. maddesi gereğince reçete bedelinin 2 katı tutarında cezai şart uygulanarak kurumun uyguladığı ceza bedeli indirilmiş ise de kurum müfettişi tarafından hazırlanan 12.04.2013 tarihli soruşturma raporunda sahteciliği organize edenlerin eczanelerle işbirliği yaptığına dair bir kanıt bulunmadığı, sahteciliğe aracı kişilerin eczanelere gidip bir iki reçete karşılığı ilacı aldıktan sonra eczaneye bir daha uğramadıkları belirtildiği gibi ceza uygulanmasına konu olan reçeteler sahte olup, sahte reçetelerin hak sahiplerinden de bahsedilemez. Bu durumda mahkemece, cezai işleme konu eylem bakımından protokol hükmünde yer alan unsurların gerçekleşmediği, sahte reçeteler kullanılarak eczaneden ilaç alınması sebebiyle gerek 2009 yılı protokolünün 6.3.3. maddesi gerekse 2016 yılı protokolünün aynı fiile ilişkin 5.3.2. maddesi uyarınca ceza düzenlenmesinin yerinde olmadığı gözetilerek bu işlem bakımından talebin kabulüne karar verilmesi gerekirken yanlışlığı değerlendirme ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş bozmayı gerektirmiştir.”

Bu görüşümüzü destekleyen Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da bir kararında yerel mahkemenin “*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*” şeklindeki direnme gerekçesini onamıştır.⁵⁴

⁵⁴ Yargıtay HGK, E 2017/560 K 2018/755, 04.04.2018.

“...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 olmadığını anlaşılabileceği 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 sanıkların 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,**”

b. Sözleşme tadillerinden kaynaklanan çelişki

ÖĞUZ'a göre sözleşme beyanlarının yorumunda, beyana yol açan tüm şartların gözden geçirilmesi gerekliliğidir. Genel işlem şartlarının metinleriyle sınırlı yorumlanacağı ilkesine, sözleşmenin kurulması esnasında mevcut hal ve şartlardan bir sonuç çıkarılamıyorsa gidilmelidir.⁵⁵

İlgili sözleşme hükmü (m.5.3.2) imza kontrol yükümlüğünün ihlalini cezalandırmaktadır. Bunun ispatı ise sözleşmeye daha sonra eklenen “*Ancak hastanın veya ilacı teslim alan kişinin ilacı aldığını beyan etmesi durumunda bu madde hükmü uygulanmaz.*” ibaresidir. Bu süreçlerde eczacı tarafından atılan imzaların tespiti halinde eğer hastadan müspet beyan alınırsa bu hüküm uygulanmayacaktır. Tarafların iradesi mevcut hal ve şartlara göre değerlendirilerek eczacı lehine düzenlenmiştir. Lafza atfedilecek yorumun da bu çerçevede değerlendirilmesi gerekmektedir.

Bu bile aslında tek başına madde hükmünün kimlik tespiti ile ilgili olmadığına açık göstergesidir. Zira eczacı kimlik tespiti yapmadan reçete muhteviyatını karşılasa bile hasta beyanının eczacı lehine olması durumunda kimlik tespitinin ihlali nedeniyle cezai şart uygulanamayacaktır. Bu husus Yüksek Yargı'nın “*kimlik tespit yükümlülüğünün ihlaline sonuç bağlayan şekli bir aykırılık*” olarak niteliğindeki görüşünü boşa düşürmektedir. Çünkü olayda eczacı kimlik tespitini yapmasa dahi hastanın müspet beyanı sayesinde cezai şarta maruz kalmayacaktır.

Bununla birlikte reçete muhteviyatı kimlik tespiti yapılmadan faile teslim edilmiş olsa bile hasta sırf eczacı zarar görmesinde diye müspet beyan vermesi halinde dahi bu madde hükmü uygulanamayacaktır.

c. E-Reçete kaynaklı çelişki

Yukarıda da izah edildiği ve madde lafzında da açıkça geçtiği üzere m.5.3.2, sadece manuel reçetelerde uygulanabilmektedir. Bu kapsamda e-reçetelerde kimlik tespit yükümlülüğünün ihlalinde hangi cezai madde uygulanacaktır? Görüldüğü üzere e-reçete sürecinde kimlik tespit yükümlülüğünün ihlali halinde sadece mevzuattan kaynaklı kamu zararı giderilecektir. Zira sözleşmede ayrıca bir cezai şart öngörülmemiştir. Yüksek Yargı'nın m.5.3.2'ye bağladığı kimlik tespit yükümlülüğü, m.5.3.2'nin e-reçetelere uygulanmasının mümkün olmadığı için e-reçetelerde kimlik tespit yükümlülüğü ihlali sözleşmesel anlamda cezasız kalacaktır. Sırf bu durum dahi kendi içerisinde çelişki oluşturmaktadır. Bu durum Yüksek Yargı'nın m.5.3.2'ye atfettiği geniş yorumun neticesidir.

karar verilmiştir.”

⁵⁵ Cemal Oğuz, ‘Genel İşlem Şartları ve İçerik Sınırları’(Doktora tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1993) 79.

B. Kanaatimiz

Belirsizlik ilkesi olarak adlandırılan kural uyarınca bir genel işlem koşulunun yorumunda hükmün içeriğine ilişkin tereddüt yaşanması halinde muhtemel yorumlardan en fazla karşı taraf lehine olanı, yani genel işlem koşullarını kullanan aleyhine sonuç doğurana tercih edilir.⁵⁶

Yukarıdaki yorumların yapılması halinde ortaya çıkan sonucun İlaç Temin Sözleşmesi'ni düzenleyen SGK'nın aleyhine ve eczacı lehine yorumlanması gerekecektir. Bu sebeple m.5.3.2'nin kimlik tespit yükümlülüğünün ihlalini değil, imza kontrol yükümlülüğünün ihlalini düzenlediği sonucuna varılmalıdır. Süreç içerisinde ayrıca bir kimlik tespit ihlali gündeme gelirse bunun yaptırımını genel mevzuata tabi olup sözleşmenin konusu değildir.

KAŞAK'a göre de genel işlem koşullarının yorumlanmasında daraltıcı yorum yoluna başvurulabilir. Özellikle tamamlayıcı kanun hükümlerinden sapan genel işlem koşullarının dar yorumlanması ve anılan koşulların anlamının muhatabın lehine olacak şekilde sınırlandırılması yerinde olur.⁵⁷ Bu çerçevede emredici ve tamamlayıcı mevzuat hükümlerinde açıkça kimlik tespit yükümlülüğüne atfedilen yaptırımın kamu zararının tahsili olması sebebiyle İlaç Temin Sözleşmesinde bu hususun geniş yorumlanarak ayrıca cezai koşula bağlanması şeklinde yorum TBK m. 23 kapsamında mümkün olmayacaktır.

SONUÇ

Kimlik tespit yükümlülüğünün ihlaline sonuç bağlanan madde hükmü saha uygulamalarına aykırı yorumlanmaktadır. Zira Yüksek Yargı'nın yorumuna göre;

- İlacı alan kişiye kimlik tespiti yapmayan eczacı cezalandırılmakta,
- İlacı alan kişiye kimlik tespiti yapmayan fakat ilacın hasta tarafından alındığı beyan edilen durumda eczacı cezalandırılmamakta,
- İlacı alan kişiye kimlik tespiti yapan, fakat ispatlayamayan eczacı cezalandırılmaktadır.

Kimlik tespiti, 5510 sayılı Kanun başta olmak üzere birçok alanda sağlık hizmet sunucularının temel görevi olarak düzenlenmiştir. Bu yükümlülüğün ihlali neticesinde ortaya çıkan kamu zararı, ihlali yapan sağlık hizmet sunucularınca giderilmektedir.

SGK ve eczacı arasında akdedilen özel hukuk sözleşmesinde yer alan 5.3.2 maddesi uzun yıllardır kimlik tespit yükümlülüğünün ihlali olarak yorumlanmaktadır. Kimlik tespit yükümlülüğünün ihlalinin tespiti halinde temel mevzuat

⁵⁶ Kutluay (n 38) 1406.

⁵⁷ Kaşak (n 43) 215.

kapsamında sadece kurum zararı (reçete bedeli) karşılanacaktır. Bu bedelin üzerinde eczacının mahvına sebep olacak ve mesleki hayatını riske sokacak cezai şartın salt yoruma dayalı uygulanması hukuken kabul edilebilir bir durum değildir.

Kanımızca ilgili madde lafzının açık ve net anlaşılır olmaması sebebiyle TBK m. 23 kapsamında yorum denetimine tabi olması gerekir. Düzenleyenin aleyhine ve eczacı lehine çıkan yorumlar uygulamaya konu edilmelidir. Bu kapsamda İlaç Temin Sözleşmesi 5.3.2. maddesinin “kimlik tespit yükümlülüğü” olarak değil “imza kontrol yükümlülüğü” şeklinde yorumlanması gerekmektedir.

Yine hükmün lafzında yer alan “Denetim ile tespiti” kavramının etkin şekilde uygulanması, salt hasta beyanlarının esas alınmaması gerekmektedir.

Hükmün lafzında yer alan “..imzanın, reçete sahibine veya ilacı alana ait olmaması..” hususunun da açıklığa kavuşturulması gerekir. Zira “ilacı alan” kişinin eczacı veya eczane çalışanı olmasını yasaklayan bir sözleşme hükmü yoktur. Söz gelimi, hasta adına “ilacı alan” kişi eczacı veya çalışanları olabilecektir. Bu noktada da eczacı ve çalışanları reçete arkasını “ilacı alan” olarak imzalayabilecektir. Fakat bu durumda Medula sistemine “ilacı alan” kısmına mutlaka eczacı/ çalışanların T.C. Kimlik No’larının da işlenmesi önem arz edecektir.

Uygulamada sigortalıların salt beyanının cezaya esas alınarak işlem yapılması da uygun değildir. Zira sigortalıların ifadesi alınırken “sigortam iptal olur, kamu zararı bana yansıtılır” kaygısının ön planda olacağı ihtimali her zaman düşünülmelidir. SGK’na verilen ifadelerin aksinin mahkemelere verildiği uygulamada görülmektedir.

Bununla birlikte 5510 sayılı Kanun madde 67 kapsamında kimlik göstermek hastanın temel yükümlülüğü iken uygulamada birtakım zorluklar ortaya çıkmaktadır. Eczaneler, adli makamlar veya hastaneler kadar etkin karşılaştırmalı sistemlere sahip olmadığı için mağdur olabilmektedir. Hastalardan kimlik talep edilmesi zaman zaman mobbinge de zemin hazırlayabilmektedir.

Günümüzde yaygın olan ve birçok eczanenin mağdur olduğu “sahte kimlik” süreci de bertaraf edilmeden cezalandırmaya tabi tutulması hakkaniyete uygun olmayıp, hâkimin davayı aydınlatma ödevinin ihlali niteliğindedir. Sahte kimlik sürecini dikkate almayan Yargıtay’ın “.....davacı eczanenin eylemi sabit olup, yapılan işlemin protokole uygun olduğu dolayısıyla uygulanan cezai işlemin hukuka uygun olduğu, tereddüte ya da duraksamaya mahal bırakmayacak şekilde sabittir...”⁵⁸ şeklindeki içtihatına da katılmak mümkün değil-

⁵⁸ Yargıtay 13.HD, E 2015/18488 K 2015/30912, 21.10.2015.

“Davacının sahibi olduğu eczane ile birlikte 31 eczane hakkında yapılan şikayet ve soruşturma neticesinde düzenlenen müfettiş raporu doğrultusunda davacıya ait eczanede usulüne uygun olarak düzenlenmemiş 4 adet reçetenin bulunduğu belirlendiği, bu



dir. Zira sahte kimlik sürecinin bu kadar yoğun olduğu günümüzde tek başına bu şüphe bile “tereddüt” ve “duraksama” için makul bir nedendir.

Sözleşmeyi düzenleyen taraf olan SGK, sözleşmenin geliştirilmesi ve mağduriyetlerin azaltılmasına yönelik tedbirleri de almakla yükümlüdür. Bugün birçok sektörde kullanılan SMS Doğrulama Sistemi'nin kullanılması SGK nezdinde zor olmayacaktır. Bu uygulama ile SGK, hasta ve eczane mağdur olmayacak; olası kamu zararı kaynağında önlenecektir.

KAYNAKÇA

Akipek Öcal Ş, ‘6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Genel İşlem Koşulları Hükümlerinin Konu Bakımından Uygulama Alanı’ (2015) (3) İzmir Barosu Dergisi 187-206.

Akipek Öcal Ş, ‘Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Yer Alan Haksız Sözleşme Şartları ile Türk Borçlar Kanununda Yer Alan Genel İşlem Koşullarının Bankacılık Sektörü Açısından Değerlendirilmesi’ (2. Tüketici Hukuk Sempozyumu, İstanbul, 2013) 331-340.

reçetelerin 3.kişiler tarafından sahte olarak tanzim olunduğu ve bedellerinin kuruma fatura edilmesinden dolayı idare tarafından sözleşmenin 5.3.2.ve 6.3.3 maddeleri uyarınca cezai işlem tesis edildiği,; davacı eczanenin ibraz edilen reçetelerin arkasına ilaçları teslim alan kişilerin kimlik bilgilerini yazması gerektiği, davacının kendisinin de taraf olarak imzaladığı protokol hükümlerine göre kendisine yüklenen kimlik tespiti yapma yükümlülüğünü yerine getirmediği, şayet ilaçları teslim etmek için reçeteyi ibraz eden kişilerden kimlik bilgilerini sormuş olsa idi bu kişilerin ilaçları teslim almaya yetkili olmadıklarının anlaşılacağını, davaya ve davalının işlemine konu reçetelerin sahteliği sabit olup, bilirkişi raporu ile belirlenen iğfal kabiliyeti hususunun ceza yargılaması yönünden sonuç doğuracağı, davacının kimlik tespiti yapma yükümlülüğünü yerine getirmemiş olması nedeniyle sorumluluğunun ortadan kalkmayacağı, davacı eczanenin eylemi sabit olup, yapılan işlemin protokole uygun olduğu dolayısıyla uygulanan cezai işlemin hukuka uygun olduğu, tereddüte ya da duraksamaya mahal bırakmayacak şekilde sabittir. Dava konusu para cezasına ilişkin işlemin dayanağı olan taraflar arasındaki sözleşmenin 6.3.3. maddesinde;” eczanenin kuruma fatura ettiği reçetelerden bulunması gereken ve reçete muhteviyatı ilaçların reçete sahibine yada yakınına teslim edildiğine ilişkin imzanın, reçete sahibine veya ilaçları teslim edildiği yakınına ait olmadığı tespit edilmesi halinde, reçete bedelinin 5 katı tutarında cezai şart uygulanarak eczacı yazılı olarak uyarılır; tekrarı halinde reçete bedelinin 5 katı tutarında cezai şart uygulanarak sözleşme feshedilir ve 1 (bir) ay süre ile sözleşme yapılmaz” şeklinde düzenleme yapılmıştır. Dosya kapsamı ve özellikle dava dışı sigortalının şikayet dilekçesi içeriği itibarıyla ilaçların dava dışı davalı kurum sigortalısına teslim edilmediği halde bu kişiye teslim edilmiş gibi reçete arkasının imzalandığı sabit olup, davacının bu şekilde sözleşmenin 6.3.3.maddesine aykırı davranması nedeniyle davacı hakkında uygulanan cezai işlemin yerinde olduğu, gözetilerek davanın reddine karar verilmesi gerekirken aksi düşüncelerle yazılı şekilde davanın kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir. SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz edilen hükmün davalı yararına BOZULMASINA” karar verilmiştir.”

Ankara İ, *İlaç ve Eczacılık Hukuku* (2nd edn, Dora Yayınları 2022).

Aydoğdu M, '6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Konu Bakımından Uygulama Alanı' (2011) 13(2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-50.

Atamer Y, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi* (2nd edn, Beta Yayınları, 2001).

Atamer K, *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2017) 25-26.

Coşkun Y S, 'Tıp Hukukunda Hasta Yakını' (2022) (154,155,156) Leges Hukuk Dergisi 79-100.

Deryal Y, 'Hasta Yakını Kavramı Üzerine Bir Tanım Denemesi' *Sağlık Hukuku Problemleri* (1st edn Seçkin Yayıncılık 2012) 236-257.

Doğramacı Y G and Erkol Z Z, "Hasta 'Yakını' Kimdir?" in Hamit Hancı and Yener Ünver (eds), IV. Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi Kitabı (Seçkin Yayınları 2018) 793-796.

Erdağ A İ, 'Kolluğun Durdurma ve Kimlik Sorma Yetkisi (PVSK m.4/A)' (2010) (4) Ankara Barosu Dergisi 37-60.

Ersöz O, 'Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı ve Tarcirler Hakkında Uygulanması' (2017) 3(1) İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 69-104.

Gülcü M, 'Özel Güvenlik Görevlilerinin Kimlik Sorma, Arama ve Elkoyma Yetkileri' (2003) (34) Polis Dergisi 184-214.

Kaşar F E, 'Genel İşlem Koşullarının Yorumlanması (TBK m. 23)' (2019) 23(3) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 195-222.

Kaygusuz Z, 'Kimlik Sorma ve Kimlik Tespiti' (2008) 10(1) Polis Bilimleri Dergisi 81-116.

Kutluay E, 'Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Koşulları' (2017) 19(Özel Sayı) D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi 1369-1422.

Metli O, 'Kolluk Görevlilerinin Durdurma Kontrol Kimlik Sorma ve Kimlik Tespiti Yetkileri' (Yüksek Lisans Tezi, Zirve Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015).

Oğuz C, 'Genel İşlem Şartları ve İçerik Sınırları' (Doktora tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1993).

Özdemir H, 'Tele Tıp ve İlaç Kullanımı' in Hakan Hakeri and İbrahim Ankara and Rezzan Günday and Cahid Doğan(eds), I.İlaç ve Eczacılık Hukuku Kongresi Kitabı (Seçkin Yayınları 2021) 109-116.



Serdar İ, 'TBK'nun Genel İşlem Şartları Hükümlerinin Kişi Bakımından Uygulama Alanı' (2015) 80(3) İzmir Barosu Dergisi 226-240.

Yenisey F, Hazırlık Soruşturması ve Polis (3rd, Beta Yayınevi, 1993)

Yosuntaş Ç, 'Sahte Kimlik' (Yüksek Lisans Tezi, Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008)

Zeyfelioglu Y, and Hancı H İ, 'İnsanlarda Kimlik Tespiti' (2001) 10(10) Türk Tabipler Birliği STED Dergisi 375-377.