



ECZACININ 6502 SAYILI TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUNA GÖRE AYIPLI İFADAN SORUMLULUĞU*

Yrd. Doç. Dr. Burcu G. ÖZCAN BÜYÜKTANIR**

Arş. Gör. Dilâ OKYAR KARAOSMANOĞLU

Makalenin Geldiği Tarih: 23.11.2016 **Kabul Tarihi:** 30.11.2016

* **Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK-ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.**

** Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

ÖZ

Kamu sağlığını yakından ilgilendiren bir kamu hizmeti olarak karşımıza çıkan eczacılık faaliyeti kapsamında eczacının hukuki sorumluluğu, somut olaya göre çeşitli hukuki temellere dayandırılabilir. Bu çalışmanın konusu, eczacının 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında ayıplı ifadan sorumluluğu olarak sınırlandırılmıştır. 28 Mayıs 2014 tarihinde yürürlüğe giren 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda tüketici işleminin oldukça geniş bir şekilde tanımlanması ile birlikte konunun önemi daha da artmıştır. Tüketicinin korunması hukukunun temel amaçlarından biri de tüketicinin sağlığının korunmasıdır. Bu çalışmada; tüketici, satıcı-sağlayıcı kavramları ve tüketici işlemi açısından eczacı ile eczaneden ilaç/ilaç dışı ürün satın alan/edinen kişi arasındaki hukuki ilişkinin çeşitli olasılıklara göre nitelendirilmesi meseleleri ele alındıktan sonra, ayıplı ilaç kavramı incelenecek ve 6502 sayılı Kanun çerçevesinde tüketicinin eczacıya karşı ayıplı ilaçtan sorumluluğu kapsamında ileri sürebileceği haklar açıklanacaktır.

Anahtar Kelimeler: Eczacı, tüketici, tüketici işlemi, ayıplı ilaç, sorumluluk.

THE LIABILITY OF PHARMACIST FOR
DEFECTIVE PERFORMANCE UNDER THE
CONSUMER PROTECTION ACT NO. 6502

ABSTRACT

The profession of pharmacy constitutes a public service which is closely linked with public health. The legal liability of pharmacist may be examined under various legal grounds. The subject of this article is limited with the liability of pharmacist for defective drugs under the Consumer Protection Act No.6502. The importance of the subject has increased considering the substantial broadness of the definition of consumer transaction brought by this Act which entered into force in 28 May 2014. Consumer health protection is one of the fundamental aims of consumer protection law. This study aims to examine the terms of consumer, seller/service provider, consumer transaction according to different possible characterizations of the legal relationship between the parties. Followingly, the term of defective drug and the rights of the consumer in this respect will be covered.

Keywords: Pharmacist, consumer, consumer transaction, defective drug, liability.

KISALTMALAR

Art.	Artikel
ApoG	Apothekengesetz
AMG	Arzneimittelgesetz (Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln)
aşa.	aşağıda
akz.	bakınız
b.	bent
C.	Cilt
dn.	dipnot
E.	Esas No
EEHK	6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun
HD	Hukuk Dairesi
HGK	Hukuk Genel Kurulu
K.	Karar No
m.	madde
MHAD	Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
S.	Sayı
s.	sayfa
T.	Tarih
TBK	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TKHK	6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
vd.	ve devamı
Y.	Yargıtay
yuk.	yukarıda

I. Giriş

Hekim ve eczacı, hastanın ilaç kullanımını yoluyla tedavi edilmesi ya da sağlığının korunması aşamasında etkileşim halindedir. Hekimin reçeteye yazdığı ilaç, son tüketici konumunda olan hastaya eczacı aracılığı ile ulaşır.

Türk Hukukunda; 24.12.1953 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanan 6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun (EEHK), 12 Nisan 2014 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Yönetmelik ve 27.07.1968 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan Türk Eczacıları Deontoloji Tüzüğü eczacılık mesleği ile ilgili düzenlemeler içermektedir. Ancak Alman Hukukunun aksine, Türk Hukukunda ayrı bir ilaç yasası bulunmamaktadır.

Eczacı, ilacın son tüketiciye ulaşmasında deyim yerindeyse “tekel niteliğinde” bir hakka sahiptir^[1]. Eczacının sorumluluklarının düzenlendiği Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Yönetmelik m.7’ye göre eczacı;

“a) Hastanın ilaçlarını, ilaçların uygulanmasında kullanılan araçları ve tıbbi cihaz ve malzemeleri güvenli ve etkin bir şekilde kullanabilmesine yardımcı olur, bunlar hakkında yeterli bilgi ve kavrayışa sahip olmasını sağlar.

b) Tıbbi ürünlerin güvenli şekilde kullanımlarının sağlanması için advers etkilerin^[2] sistematik bir şekilde izlenmesi, bu hususta bilgi toplanması, kayıt altına alınması, değerlendirilmesi, arşivlenmesi, taraflar arasında irtibat kurulması ve beşeri tıbbi ürünlerin yol açabileceği zararın en alt düzeye indirilmesi için gerekli tedbirlerin alınması hususlarında farmakovijilans çalışmalarının yürütülmesinde mevzuatın yüklediği görevleri yerine getirir.

c) İlaç sunumunun hatasız, reçete edilme amacına uygun, hastanın gereksinimleri ile uyumlu ve güvenli olmasını sağlar.

[1] DEUTSCH, Erwin/LIPPERT, Hans-Dieter, **Kommentar zum Arzneimittelgesetz**, Springer Verlag, Berlin 2003, s. 468.

[2] 15.04.2014 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan İlaçların Güvenliliği Hakkında Yönetmelik’te ters (advers) etki “advers reaksiyon/şüpheli advers reaksiyon” olarak ifade edilmiş ve “bir ilaca karşı gelişen zararlı ve amaçlanmayan cevap” olarak tanımlanmıştır (m.4/1/a). Yürürlükten kaldırılan 2005 tarihli Beşeri Tıbbi Ürünlerin Güvenliğinin İzlenmesi ve Değerlendirilmesi Hakkında Yönetmelikte ise advers etki “Bir beşeri tıbbi ürünün hastalıktan korunma, bir hastalığın teşhis veya tedavisi veya bir fizyolojik fonksiyonun iyileştirilmesi, düzeltilmesi veya değiştirilmesi amacıyla kabul edilen normal dozlarda kullanımında ortaya çıkan zararlı ve amaçlanmamış bir etki” olarak tanımlanmıştır (m.4/e). Konu hakkında ayrıca bkz. ÖZCAN BÜYÜKTANIR, Burcu Gülseren “İlaç Patenti Hak Sahipliği ve Patent Hakkı Sahibinin İlacın Neden Olduğu Zararlardan Dolayı Sorumluluğu”, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2011, s.81, dn.277.

ç) Reçeteye tâbi olmayan ilaçların ve sağlığa ilişkin tüm ürünlerin hastanın gereksinimlerine uygun, güvenli ve akılcı bir şekilde tedarikini sağlar ve bu konuda danışmanlık hizmeti verir.

d) İlaçların kullanımı, saklanması ve imhası ile ilgili potansiyel zararlılık risklerine karşı hasta, toplum ve çevre bilinci oluşturulmasını sağlar ve sorunların çözümünde aktif görev alır.

e) İlgili mevzuat çerçevesinde geçerli mesleki ve etik davranışları sergiler. Hastanın veya faydalanıcının özel yaşam ve mahremiyetini korur. Akılcı ilaç kullanımını sağlayarak bireyin sağlıklı olma hâlini ve yaşam kalitesini arttırmaya çalışır.

f) Olağanüstü hâl veya kriz dönemlerinde her türlü ilaç tedarik süreçlerinde etkin rol alır ve kamu kurum ve kuruluşlarına yardımcı olur.

g) Sahip ve mesul müdürü olduğu eczanedeki, eczane çalışanları ve eczacılık fakültesi stajyerlerinin görev dağılımlarını gerçekleştirir, çalışmalarını denetler ve koordine eder.”

Bu çalışmada, eczacı ile eczaneden ilaç/ilaç dışı ürün edinen kişi arasındaki hukuki ilişkinin TKHK anlamında tüketici işlemi olup olmadığı ve buradan hareketle, eczacının TKHK'ya göre ilacın ayıplı olmasından sorumluluğunun hangi şartlarda doğacağı incelenecektir.

II. Eczacı ile Eczaneden İlaç/İlaç Dışı Ürün Edinen Kişi Arasındaki İlişkinin TKHK Kapsamına Dâhil Olup Olmadığının Belirlenmesi

A. Eczaneden İlaç ya da İlaç Dışı Ürün Edinen Kişinin Tüketici Sıfatı

Eczanelerde öncelikle ilaç satışı yapılmaktadır. Beşeri ve Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği'ne göre ilaç, “*etkin maddel/ maddeler açısından bilimsel olarak kabul edilebilir etkinlik, kalite ve güvenliğe sahip olduğu kanıtlanarak, dünyada pazara ilk defa sunulmak üzere ruhsatlandırılmış/ izin verilmiş ürün*”dür. Alman İlaç Kanunu (AMG) § 2 ise ilacı, “*insan ya da hayvanlara özgü hastalıkların, hastalığın neden olduğu ızdırabın, bedensel rahatsızlıkların tanısını koymak, tedavi etmek, ızdırabı azaltmak ya da bunları önlemek için kullanılan farmakolojik, immünolojik ya da metabolik bir etkisi olan maddeler*”^[3]

[3] Alman İlaç Kanunu (AMG) § 3'de, hükümde yer alan “madde” kavramının yasal tanımı verilmiştir. Buna göre kimyasal elementler ya da kimyasal bileşikler, bitkiler ya da bitki parçaları, hayvanlar ya da hayvanların bir parçası ve virüs ve metabolitler dâhil olmak üzere mikroorganizmalar bu kavram altında yer alır.

olarak tanımlamıştır. İlaç, kendine özgü özellikleri olan bir tıbbi ürün^[4] olmakla birlikte diğer tıbbi ürünlerden farklılık gösterir. İlacın farmakolojik (ilaç bilimsel) özellikleri onu, bedensel iyileşmenin sağlanması ya da kişinin yaşamının kolaylaştırılması amacıyla kullanılan diğer tıbbi ürünlerden (örneğin; protez, takma diş vb.) ayırmaktadır^[5]. Gıda destekleri^[6] ve kozmetik ürünler^[7] de ilaç olarak kabul edilmezler^[8]. Gıda desteklerinin ve kozmetik ürünlerin ilaçtan ayrılması kullanıcının sağlık hakkı açısından önem taşır^[9].

Eczanelerde ilaç satışı, reçeteli ve reçetesiz ilaç satışı olarak ikiye ayrılır. Reçeteli ya da reçetesiz satılabilecek ürünlerin yanında ilaç dışı ürünlerin de eczanelerde satışına izin verilmiştir. EEHK m.28/2'ye göre; “İlgili bakanlıktan izin, ruhsat veya fiyat alınarak üretilen veya ithal edilen gıda takviyeleri, eczacılık ve ziraatta kullanılan ilaç, kimyevi madde ve diğer sağlık ürünleri, veteriner biyolojik ürünler hariç veteriner tıbbi ürünleri, kozmetik ürünler, kapsamı Sağlık Bakanlığınca belirlenen tıbbi malzemeler, anne sütü ve beslenme yetersizliğinde kullanılan çocuk mamaları ile erişkinlerin metabolizma bozukluklarında kullanılan tüm destekleyici ürünler ve Türk Eczacıları Birliği tarafından çıkarılan bilimsel yayınlar eczanelerde satılabilir”. İlaç dışı ürünler açıkça belirlenememekle birlikte

- [4] Tıbbi ürün kavramı için bkz. DEUTSCH, Erwin/ SPICKHOFF, Andreas, **Medizinrecht, Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinprodukterecht und Transfusionsrecht**, Springer Verlag, Berlin 2003, s. 753 vd.; JENKE, Nina, **Haftung für fehlerhafte Arzneimittel und Medizinprodukte**, Springer Verlag Berlin, 2004, s. 10 vd.; DETTLING, Heinz-Uwe/ KOPPE-ZAGOURAS, Christina **Antiinfektiva und Desinfektiva: Arzneimittel, Medizinprodukte, Biomedizin oder Kosmetika?- Beispiel Chlorexidin-Produkte-, Pharmarecht** 2010, S. 4. s. 161.
- [5] GAßNER, Maximilian /REICH-MALTER, Miriam “Die Haftung bei fehlerhaften Medizinprodukten und Arzneimitteln-Recht und Rechtsprechung”, **MedR** 2006, Heft 3, s.147.
- [6] Gıda desteği insanların fizyolojik, biyolojik ve kimyasal işlevlerini sürdürebilmeleri için herhangi bir gıdadan alamadıkları bir besini tamamlamak için piyasada bulunan kapsül, tablet ya da benzeri formülasyonlar şeklindeki ürünleri kullanmaları olarak tanımlanmaktadır (BÜYÜKBİNGÖL, Erdem “İlacın Tanımı (İlaç-Gıda Desteği ve Kozmetik Farkı)”, **Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurultayı-2**, 7-8 Kasım 2008, s. 293). Gıda destekleri ilaç değildir.
- [7] Kozmetik ürünler, insan vücudunun dış yüzeyine sürülen, sprey şeklinde uygulanabilen, deriyi koruma, temizleme, nem ve sıcaklık dengesini sağlama, vücut formunu koruma ve güzelleştirme amacıyla kullanılan kimyasal maddelerdir (DETLING/KOPPE-ZAGOURAS, **2010**, s. 161). 5324 sayılı Kozmetik Kanunu kapsamındaki ürünlerin ilaç olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Bunun nedeni kanunun kapsamını belirleyen ikinci maddedeki ürünlerin ilaç unsuru taşımayan kozmetik nitelikli ürünler olmasıdır.
- [8] DEUTSCH/SPICKHOFF, **2003**, s.549; DEMİR, Mehmet, “İlaç Zararlarından Yapımcının, Eczacı ve Hekimin Sorumluluğu”, **Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurultayı-2**, 7-8 Kasım 2008, s. 339; BÜYÜKBİNGÖL, **2008**, s. 283.
- [9] Daha ayrıntılı bilgi için bkz. DETTLING/KOPPE-ZAGOURAS, **2010**, s. 152 vd.

İспенçiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu m. 2/1'e göre; tedavi edici özelliği olan sabunlar, ilaç kapsamına girmeyen ve kimyasal madde içermeyen tıbbi gıdalar ve içeriğinde zehirli madde bulunmayan temizlik ürünleri ilaç değildir.

İşte ister ilaç ister ilaç dışı ürün olsun, bu ürünleri eczaneden edinen kişi, TKHK bakımından tüketici olarak kabul edilir^[10]. 6502 sayılı TKHK tüketiciyi “*ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi*” olarak tanımlamıştır (m.3/k)^[11]. Görüldüğü üzere tüketici, gelir elde etme amacı

[10] Eczaneden tıbbi malzeme satın alan kişinin tüketici olduğu ve uyumsuzluğun çözümü bakımından tüketici mahkemesinin görevli olduğu hakkında bkz. Y. HGK, E.2005/13-265, K.2005/300, T.04.05.2005 (Kazancı, Erişim Tarihi: 28.07.2016). Eczane müşterisinin tüketici sıfatına ilişkin olarak bkz. DERYAL, Yahya “Eczanelerde Satılan İlaç ve İlaç Dışı Ürünlerin Ayıplı Olmasından Kaynaklanan Tüketici Hakları”, **Zirve Üniversitesi Sağlık Hukuku ve Politikası Dergisi**, S.1, 2014, s. 112.

[11] Tüketici, 4077 sayılı TKHK'da, “*bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişi*” olarak tanımlanmıştır (m.3/e). Her iki kanunda da tüketicinin belirlenmesi için gelir elde etme amacının olmaması ve özel kullanıma yönelik olarak mal ya da hizmeti edinmesi aranmaktadır. Buna karşılık, işlemin karşı tarafında yer alan satıcı ya da sağlayıcının, ticari veya mesleki amaçlarla hareket etmesi gerekmektedir (Bkz. PECHSTEIN, Christoph, **Schuldrecht BT 2. Darlehen, Reise, Bürgschaft, atypische Verträge, Verbraucherschutz**, V.2. Münster (Alpmann und Schmidt Juristische Lehrgänge) 2008, s. 223; AYDOĞDU, Murat. **Tüketici Hukuku Dersleri**, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 59 vd.). alıcının tacir olduğu durumlarda tacirin borçlarının ticari olduğu karinesine göre hareket edilecek (TTK m.19/I), ticari şirketler dışında alıcının tacir olması halinde dürüstlük kuralı gereği durumun gereğinden işin ticari olmadığı anlaşılıyorsa ya da tacir açıkça ticari işiyle ilgili olmadığını karşı tarafa söylemişse 6502 sayılı TKHK'ya göre aradaki işlem tüketici işlemi olarak kabul edilecektir (AYDOĞDU, 2015, s. 62).

Tüketicinin karma amaçlı olarak yaptığı işlemlerde ise somut olaya göre karar verilmeli ve ticari ya da özel amaçtan hangisinin ağır bastığına bakılmalıdır. Ancak kişi mali, özel amaçla kullanmak için almış olsa dahi ticari defterlerinde gider olarak göstermişse artık ticari amaçtan söz etmek gerekecektir. (ayrıca bkz. ZEVKLİLER, Aydın, **Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun**, Ankara 2001, s.52; ÖZEL, Çağlar, **Tüketicinin Korunması Hukuku**, Ankara 2015, s. 42; AYDOĞDU, 2015, s. 62; ASLAN, Yılmaz, **Tüketici Hukuku Dersleri**, İstanbul 2013, s. 32-33). Bununla birlikte bizzat işletmede kullanmak için alınan, ancak ticari kazançla konu olmayan mal veya hizmetleri edinen kişiler de tüketici sayılacaktır. Örneğin, işçileri için yemek alan çalıştıran, tüketici konumunda olacaktır (ZEVKLİLER, 2001, s. 52; PECHSTEIN, 2008, s. 223). Ancak karma amaçlı sözleşmelerde Aydoğdu'ya göre somut olayda satın alınan mal veya hizmet bölünebildiği ölçüde ticari olmayan amaçla satın alınan kısmına 6502 sayılı TKHK, ticari amaçla satın alınan kısmına ise genel hükümler uygulanarak uyumsuzluk çözülmelidir. Bölünme mümkün değilse durumun özelliğine göre hangi hükümlerin uygulanacağına karar verilmelidir. Burada ekonomik açıdan daha baskın olan amaca göre karar verilecektir (AYDOĞDU, 2015, s. 62-63). Zevkliler'e göre ise muhasebe tekniğine göre karar verilmelidir. Mal ya da hizmete ilişkin muhasebe kaydı varsa artık ticari amaçla o mal ya da hizmetin edinildiğinden hareketle genel hükümler uyumsuzluğa uygulanacaktır (ZEVKLİLER, 2001, s.52). Özel'e göre ise tüketici işlemine konu mal ya da hizmetin karma amaçla talep edilmemiş olması gerekir (ÖZEL, 2015, s. 42 vd.).

olmaksızın kendi özel gereksinimlerini karşılamak üzere mal ya da hizmet edinen kişidir^[12]. Buradaki kıstas, kişinin özel amaçları için mal ya da hizmet edinmesi; kazanç elde etme amacının olmamasıdır^[13]. Sosyal güvencesi olan hastaların ilaç ücretlerinin bir kısmının Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanması da hastanın “*özel amaçlarla hareket etme*” kıstasını etkilemez; alacaklının menfaati bulunmadıkça borçlu, borcunu bizzat ifa etmekle yükümlü değildir (TBK m.83). Tüketici sıfatının belirlenmesinde mal ya da hizmeti edinme amacı önemli olduğundan, eczaneden ilaç satın alan özel ya da devlet hastanelerinin tüketici sıfatı yoktur^[14].

Tüketici her ne kadar genellikle nihai kullanıcı olarak karşımıza çıksa da, bu zorunlu değildir; tüketicinin satın aldığı malı mutlaka kendisinin kullanması gerekmez^[15]. Kendi ailesinin kullanımı için mal satın alan kişi de tüketicidir^[16]. Örneğin eşi için ilaç satın alan kişi de tüketici olup, 6502 sayılı TKHK kapsamında tüketicieye tanınan haklardan yararlanacaktır^[17].

[12] Bkz. GÜMÜŞ, Mustafa Alper, **6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi**, İstanbul 2014, s. 16 vd.; AYDOĞDU, **2015**, s. 58 vd.; PECHSTEIN, **2008**, s. 223.

[13] AYDOĞDU, **2015**, s. 61; GÜMÜŞ, **2014** s. 17; PECHSTEIN, **2008**, s. 223.

[14] TOPSOY, Fevzi “Eczacının Tüketicieyi Bilgilendirme ve Aydınlatma Yükümlülüğü”, **Zirve Üniversitesi Sağlık Hukuku ve Politikası Dergisi**, Sayı 1, Mart 2014, Ankara 2014, s. 53-54, dn.2.

[15] AYDOĞDU, **2015**, s. 60.

[16] ZEVKLİLER, Aydın /AYDOĞDU, Murat, **Tüketicinin Korunması Hukuku**, 3. Bası, Ankara 2004, s.88-89.

[17] Üçüncü kişilerin tüketici sıfatına sahip olup olmadıklarına ilişkin olarak Havutçu, üçüncü kişilerin ancak üçüncü kişiyi koruyucu etkili akit ya da doğrudan haksız fiil hükümlerine göre talepte bulunabilecekleri görüşündedir. Yazara göre; 4077 sayılı TKHK'nın değişiklik öncesi metninde yer alan “bir mal veya hizmeti özel amaçlarla satın alarak nihai olarak kullanan veya tüketen gerçek veya tüzel kişi” şeklindeki tüketici tanımının, 4822 sayılı Kanun ile 2003 yılında “bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişi” olarak değiştirilmesi tüketici kavramını genişletmeyi amaçlamamaktadır; bkz. HAVUTÇU, Ayşe: **Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005, s.136. Yazar, 6502 sayılı Kanundaki kısaltılmış tüketici tanımının bir anlam farklılığı yaratmadığı düşüncesindedir; bkz. “HAVUTÇU, Ayşe “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun Konu Bakımından Uygulama Alanı: Özellikle Tüketici İşlemleri Bakımından Kanunun Kapsamı”, **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, Özel Sayı, C. 9, Kasım 2014, s.16. 2014, s.16. Benzer şekilde; tüketici sıfatının, tüketicinin ailesini, misafirlerini, tüketicinin taraf olduğu sözleşme konusu malı kullanan/hizmetten yararlanan üçüncü kişileri de kapsayacak şekilde genişletilmemesi gerektiği, üçüncü kişilerin sözleşmeye yabancı olduğu bu nedenle ancak üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kapsamında zararlarının tazminini isteyebilecekleri yönündeki görüş için bkz. ÖZEL, **2016**, s.13-20; ÖZEL, Çağlar, “Üçüncü Kişinin Uğradığı Zararlar Çerçevesinde Tüketici Kavramı”, **Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini Uluslararası Kongre**, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2016, s. 18. Üçüncü kişiyi

B. Eczacının Satıcı Sıfatı

Eczacılık; “*hastalıkların teşhis ve tedavisi ile hastalıklardan korunmada kullanılan tabii ve sentetik kaynaklı ilaç hammaddelerinden değişik farmasötik tipte ilaçların hazırlanması ve hastaya sunulması; ilacın analizlerinin yapılması, farmakolojik etkisinin devamlılığı, emniyeti, etkinliği ve maliyeti bakımından gözetimi; ilaçla ilgili standardizasyon ve kalite güvenliğinin sağlanması ve ilaç kullanımına bağlı sorunlar hakkında hastaların bilgilendirilmesi ve çıkan sorunların bildirimini yapılmasına ilişkin faaliyetleri yürüten sağlık hizmetidir*” (EEHK m.1). Bu anlamda eczacılık halk sağlığının korunması önceliğinde verilen bir kamu hizmetidir^[18].

Öte yandan, eczacıların tacir sıfatına sahip olduğu ve işlettikleri eczanelerin de ticari işletme olduğu kabul edilmektedir^[19]. TKHK m.3/II’ye göre satıcı,

koruyucu etkili sözleşme teorisi için bkz. SEROZAN, Rona, “‘Culpa in Contrehando’, ‘Akdin Müspet İhlali’ ve ‘Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme’ Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi”, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi (MHAD)**, C.2, S.3, 1968, s. 122. **Karşı görüşte:** ASLAN, 2013, s.36; KARA, İlhan: **Yeni Kanuna Göre Tüketici Hukuku**, 2015, s. 124. 14 Ocak 2015 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Paket Tur Sözleşmeleri Yönetmeliği’nde ise “katılımcı”, “herhangi bir paket turu satın alan veya almayı taahhüt eden, adına ya da lehine bir paket tur satın alınan veya satın alınması taahhüt edilen veya kendisine bir paket tur sözleşmesi devredilen tüketici” olarak tanımlanmıştır. Böylelikle, lehine bir paket tur sözleşmesi yapılan üçüncü kişinin de tüketici sıfatına sahip olacağı açıkça belirtilmiştir. 4077 sayılı Kanun döneminde de, paket tur sözleşmesi bakımından, tüketicilerin birlikte seyahat ettiği aile üyeleri veya arkadaşlarının da tüketici sıfatını haiz olduğu, dolayısıyla kanun kapsamındaki bu kişilerin de ayıplı ifa durumunda tüketiciye tanınan haklardan yararlanabileceği, 4077 sayılı TKHK’da yer alan tüketici tanımında geçen “kullanan veya yararlanan” ifadesinin de bu durumu desteklediği görüşü için bkz. HAMAMCIOĞLU, Vardar Gülşah “Paket Tur Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması”, **İÜHF M C. LXVIII, S.1-2, 2010, (s. 275–304), s. 286.**

[18] KORKMAZ, Yakup “Türk Hukukunda Eczacıların Hukuki Statüsü ve Sorumluluğu”, **Zirve Üniversitesi Sağlık Hukuku ve Politikası Dergisi**, Sayı 1, Mart 2014, s.27-28; TÜRK, Hikmet Sami “Eczacılık ve Adi Ortaklık”, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu: bildiriler-tartışmalar**, 8-9 Mayıs 1992, Ankara, s.208. Ayrıca bkz. ApOG § 1.

[19] Eczacının tacir olduğu hakkında Y 19.HD, E. 2015/5655, K. 2015/13795, T. 2.11.2015; Y 11.HD, E. 2014/17508, K. 2015/2563, T. 25.2.2015; Y 13.HD, E. 2011/9412, K. 2011/15956, T. 3.11.2011; “TTK.’nun 3. maddesi hükmü gereğince eczaneyi ilgilendiren bütün işlem, eylem ve işler ticari işler olduktan gayri eczacı da iktisadi faaliyeti nakdi sermayesinden ziyade bedeni çalışmasına dayanmadığı ve kazancı da ancak geçimini sağlamaya yetecek derecede az bulunamayacağı cihetle aynı Kanununun 17. maddesi hükmündeki tanıma uygun olarak esnaf da değildir ve ticari işletme olan eczaneyi işlettiğinden TTK.’nın 14. maddesi hükmü uyarınca tacirdir. 6197 sayılı Kanun’un 19.maddesinde, eczane sahibinin mesleği dışında bizzat ticaret yapamayacağının yazılı olması da sağlık yönünden kamu yararı amacına yönelik olup, eczacının eczane işletmekle tacir olması durumunu ve eczanenin ticari işletme olma niteliğini bertaraf edemez. Keza

“kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye mal sunan [...] gerçek veya tüzel kişi” dir. Kar elde etmek amacı ile hareket eden eczacının satıcı konumunda, eczanenin de bir ticari işletme niteliğinde olması, verilen hizmetin kamu hizmeti olmasına engel değildir.

Eczanelerin açılması için yetkili makam tarafından ruhsat verilmesi gerekmektedir (EEHK m. 5)^[20]. Anayasa'nın 17. maddesi ile koruma altına alınan yaşam hakkı ve sağlık hakkının gerçekleştirilmesinde kendilerine önemli rol düşen eczacıların başlıca görevi, birbirleriyle, hekim ve veteriner hekimlerle tam bir anlayış ve işbirliği içinde çalışmaktır (Türk Eczacıları Deontoloji Tüzüğü m. 2)^[21]. Aynı şekilde Alman İlaç Yasasında da mesleği gereği ilacı son

6643 sayılı Kanun uyarınca eczacıların, eczacı odalarına ve Türk Eczacılar Birliğine kayıt olma yükümlülüğünde bulunmaları da mesleki dayanışma ve oto kontrol gereğidir. Bu hal, açılışındaki ruhsat alınmada olduğu gibi ticari işletme ve tacirlikle çelişmez. 6917 ve 6643 sayılı Kanunların yukarıda sözü edilen hükümleri dışındaki hiçbir hükmü de eczanelerin ticari işletme ve eczacıların da tacir olmasını önleyici nitelikte bulunmamaktadır. Bu itibarla eczaneler TTK.'nın 12/1 ve 11. maddeleri hükmü gereğince ticari işletme ve eczacılar da aynı kanunun 3 ve 14. maddeleri uyarınca tacir olduklarına göre TTK.'nın 42. maddesinde yer alan (her tacir, ticari işletmenin açıldığı günden itibaren onbeş gün içinde ticari işletmesini ve seçtiği ticaret unvanını, işletme merkezinin bulunduğu yer ticaret siciline tescil ve ilan ettirmeğe mecburdur) hükmü gereğince davanın kabulü ve TTK.'nın 35/3. maddesi uyarınca davalının eczanesinin ticaret siciline tesciline karar verilmesi gerekirken, davanın reddine karar verilmiş olması usul ve kanuna aykırı bulunduğundan hükmün bozulması gerekli olduğu halde yanlışlıkla onandığı anlaşıldığından davanın karar düzeltme isteminin kabulü ile hükmün bozulması gerekmiştir” (Y 11. HD, E.1976/1903, K.1976/1650, T.29.03.1976 (Kazancı, Erişim Tarihi: 11.05.2016).

[20] Madde 5: “Serbest eczaneler, eczacılık yapma hakkını haiz bir eczacının sahip ve mesul müdürlüğünde yönetmelikte belirlenen belgelerle il sağlık müdürlüğünde düzenlenmiş ve valilikçe onaylanmış bir ruhsatname ile açılır. Ruhsatname konusunda meydana gelecek sorunların çözüm yeri Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumudur. Eczane açmak, devretmek veya başka bir yere nakletmek isteyen eczacılar, bulunduğu ilin sağlık müdürlüğüne dilekçe ile başvurur. Eczane açmak isteyenlerin belgelerinin tam olması hâlinde ruhsatname düzenlenir. Düzenlenen ruhsatnameler Sağlık Bakanlığına, Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumuna ve Türk Eczacıları Birliğine bildirilir. Eczaneler için belediyeden ayrıca bir iş yeri ruhsatı alınması ve belediyeye harç ödenmesi gerekmez. Eczaneler için ayrıca başka herhangi bir kurum veya kuruluştan kayıt veya onay belgesi aranmaz. [...]”

[21] Eczacının alanında uzman bir kişi olarak mesleğini icra ederken kişi sağlığını korumak adına en yüksek dikkat ve özeni göstermesi gerekir. Türk Eczacıları Deontoloji Tüzüğü'ne göre, “Eczacı, hekimin iznini almadan yazılan ilaçtan başkasını veremez ve hekimin isteği dışında hastaya veya hastanın yakınlarına tavsiyede bulunmaz” (m.5). Eczacıların da hastaları bilgilendirme yükümlülüğü vardır (EEHK m.1). Aydınlatma yükümlülüğü, reçeteli ilaçlarda daha dar kapsamda iken, reçetesiz ilaçlarda bu yükümlülüğün kapsamı artar. Ayrıca hastaya eşdeğer ilacın verilmesi durumunda eczacının bu bilgiyi de hastayla paylaşması gerekir. Hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı çerçevesinde tedaviyi ret hakkının varlığı da ilacı kullanıp kullanmamaya karar verme, kullanacaksa ne şekilde kullanacağını, yan etkilerini, varsa kullandığı diğer ilaçlarla etkileşimlerini öğrenmesi ancak aydınlatma ile sağlanabilecektir. Hastanın ilaç tedavisini uygulama kararını, eczacının ve hekimin onu

kullanıcıya ulaştırmada aracı olan eczacının, hekimle işbirliği içinde çalışacağı belirtilmiştir (AMG § 43).

C. Eczacı ile Eczaneden İlaç/İlaç Dışı Ürün Edinen Kişi Arasındaki Hukuki İlişkinin Tüketici İşlemi Niteliği

6502 sayılı TKHK'ya göre; “mal ya da hizmet piyasalarında kamu tüzelkişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek ya da tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan eser, taşıma simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlem” tüketici işlemi olarak tanımlamıştır (m.3/1/1). Maddede “sözleşme” ve “hukuki işlem” kavramlarının aynı anda kullanıldığı görülmektedir^[22].

Taraflardan birini tüketicinin diğerini ise mal satan ya da hizmet sağlayan gerçek ya da tüzel kişinin oluşturduğu işlemler tüketici işlemi olarak kabul edildiğinden bu işlemlere TKHK uygulanacaktır^[23]. İlgili maddede ayrıca

aydınlatması sonucunda verebileceği gerçeği karşısında eczacının hastayı bilgilendirmesi kaçınılmazdır. Ayrıca ilaç prospektüsünde ilaca ilişkin bilgilerin olması ilaç üreticisinin bilgilendirme yükümlülüğü ile ilgili olup, eczacının bilgilendirme yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Eczacının hastayı aydınlatma yükümlülüğü hakkında bkz. ÖZEL, Çağlar/ÖZCAN BÜYÜKTANIR Burcu G. “Akılcı İlaç Kullanımında Hekimin ve Eczacının Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü”, **İÜHFİM**, Sayı 2, 2008, s. 339 vd. Eczacının ilacın kullanılması ve yan etkileri konusunda hastayı aydınlatma yükümlülüğünü gerçekleştirmesi akılcı ilaç kullanımının sağlanması açısından da gereklidir. “İlaç kullanımından kaynaklanan riski azaltabilmek ve/veya hastanın en yüksek düzeyde yararını sağlamak için tedaviye uygun olan ilacın tam ve doğru olarak kullanılması” olarak kısaca tanımlanabilecek akılcı ilaç kullanımına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEL/ÖZCAN BÜYÜKTANIR, **2008**, s.327-345.

[22] Sözleşme ve hukuki işlem kavramlarının yanlılıkla mı yoksa bilinçli olarak mı bir arada kullanıldığı sorusu akla gelmektedir. Havutçu, bu kullanımın bilinçli olduğunu, tek tarafı hukuki işlemlere vurgu yapılmak istendiğini, özellikle tek tarafı hukuki işlemlerin de koşulları varsa tüketici işlemi olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmekte ve tedavi sözleşmesi kapsamında hastadan alınan aydınlatılmış onam formlarının bu anlamda tek tarafı tüketici işlemi sayılarak hastanın rızasının geçerliliğinin haksız şartlar kapsamında irdelenmesi olanağı bulacağını belirtmektedir (HAVUTÇU, **2014**, s. 15). Gümüş ise, tüketici işleminin, çoğunlukla sözleşme olarak karşımıza çıktığını, bu nedenle Yasada ilgili hükümde, işlemin tarafları olarak girişimci ve tüketiciden söz edilmesi nedeniyle sözleşme kavramına yer verilmesi yeterli olacakken, hukuki işlem kavramı kullanılacaksa ayrıca bir hukuki işlem olan sözleşme kavramına yer olamayacağını belirterek “sözleşme ve hukuki işlem” ibaresinin yersiz olduğunu belirtmektedir (GÜMÜŞ, **2014**, s. 9). Aydoğdu ise, 6502 sayılı yasada tüketici işlemi teriminin kullanıldığına, hukuki işlemin sözleşmeyi de içine alan üst bir kavram olduğuna işaret etmektedir (AYDOĞDU, **2015**, s. 58).

[23] TKHK'da hüküm bulunmayan hallerde ise, tüketici işlemlerine genel hükümler uygulanır (TKHK m.83/1). Tüketici sorunlarının büyük çoğunluğu sözleşmeler hukukunu

eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de tüketici sözleşmesi, dolayısıyla tüketici işlemi olarak kabul edilmiştir^[24]. Benzeri sözleşmelerin başında satış sözleşmesi, kira sözleşmesi gelecektir^[25]. Ayrıca taraflarından biri tüketici olan isimsiz sözleşmeler de tüketici işlemi olarak kabul edilecektir^[26]. Görüldüğü üzere, 6502 sayılı Tüketici Kanununda yapılan yeni tanım ile tüketici işlemi kavramının kapsamı oldukça genişletilmiş olup artık avukat ve müvekkil arasındaki vekâlet ilişkisi, hekim ile hasta arasındaki vekâlet ya da eser sözleşmesi ilişkisi tüketicinin korunması hukukunun konusunu oluşturacaktır^[27].

Tüketici işlemi olarak kabul ettiğimiz sözleşme ile ilgili olarak ortaya çıkan uyumsuzluk bakımından, TKHK'nın amacı kapsamında tüketicinin korunması gerekliliği olmalı ve TKHK da bu alanda tüketici için düzenleme yapmış olmalıdır^[28]. Tüketicinin sağlığının korunması TKHK'nın amaçları arasındadır (m.1). Kişinin sağlığının korunmasında eczacının sahip olduğu önemli rol

ilgilendirdiğinden, bu bağlamda özellikle önem taşıyan Türk Borçlar Kanunu hükümleri, boşlukların doldurulmasında kullanılacaktır. Bkz. Hükümün gerekçesi.

- [24] Uygulamadaki tereddütleri ortadan kaldırmak ve Yargıtay'ın 4077 s. TKHK dönemindeki daraltıcı yorumu nedeniyle TKHK'nın kapsamı dışında bıraktığı bazı sözleşmelerin 6502 sayılı TKHK'nın tüketici işlemi tanımında ismen sayılması yoluna gidildiği hakkında bkz. KARA, **2015**, s.58-61; HAVUTÇU, **2014**, s.16. Yeni TKHK'da yapılan tüketici işlemi tanımı ile adeta bir "tüketici krallığı" oluşturulduğu görüşü için bkz. GÜMÜŞ, **2014**, s.9.
- [25] GÜMÜŞ, **2014**, s. 9. Ancak kira sözleşmeleri söz konusu olduğunda TBK'nun kira sözleşmesine ilişkin hükümleri kiracıyı korumaya yönelik ayrıntılı hükümler içerdiğinden, kira sözleşmelerine TKHK hükümlerinin uygulanmasının gerekli olup olmadığı sorusu da akla gelecektir.
- [26] GÜMÜŞ, **2014**, s. 9. Ayrıca isimsiz sözleşmelerin tüketici sözleşmesi olması konusunda bkz. OZANOĞLU, Hasan Seçkin, "Yargıtay Uygulamasında TKHK'nun Uygulama Alanı Bakımından İsimsiz Sözleşmeler", **Ankara Barosu Dergisi**, 2000/36, (s. 53 vd.).
- [27] Tüketici işlemi alanının bu şekilde genişletilmesinin eleştirisi için bkz. GÜMÜŞ, **2014**, s. 10; "Tüketicinin korunmasının en ileri noktasına götürüldüğü Batı'da bile, yurttaşın mühendise, mimarlara, muhasebecilere, avukatlara, sanatçılara, kalfalara, kunduracılar, boyacılar, badanaçılara, otomobil tamircilerine, tesisatçılara, elektrikçilere, doktorlara ve benzeri iş edimi borçlularına karşı özel tüketiciyi koruma yasalarıyla korunmasına rastlanmaz; ancak tüketicinin gezi düzenleyen seyahat acentalarına, özel eğitim kursları düzenleyen dersanelere ve bir de sigortacılar karşı özel yasalarla korunmasına rastlanır." şeklinde kanunun uygulama alanının geniş tutulmasının eleştiren görüş için bkz. SEROZAN, Rona "Tüketiciyi Koruma Yasasının Sözleşme Hukuku Alanındaki Düzenlemesinin Eleştirisi", **Yasa Hukuk İçtihat ve Mevzuat Dergisi**, Cilt. XV, Sayı:173/4, s. 596-597.
- [28] HAVUTÇU, **2014**, s. 16.

düşünüldüğünde eczacı ile eczaneden ilaç/ilaç dışı ürün alan kişi arasındaki hukuki ilişkiye TKHK'nın uygulanması mümkündür^[29].

Sözleşmenin kurulması için tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları gerekir (TBK m.1). Borçlar hukuku sistemimizin dayandığı temel ilkelerden sözleşme özgürlüğünün istisnalarından olan sözleşme yapma zorunluluğunun örneklerinden biri de eczacılık hukukunda karşımıza çıkar. Eczacı eczanesinde bulunan ilaç/ ilaç dışı ürünleri satma zorunluluğu altındadır (TKHK m. 6; Türk Eczacılar Deontoloji Tüzüğü m. 3)^[30].

Eczacı ile tüketici arasındaki hukuki ilişkinin niteliğini tespit etmek açısından, reçeteli ilaç satışı, reçetesiz ilaç satışı ve eczacının eczanede ilaç hazırlaması olasılıkları ayrı ayrı irdelenmelidir. Ayrıca, tüketicinin bir ilaç/ilaç dışı ürünü doğrudan adını belirterek gelip istemesi ile tüketicinin ürün hakkında eczacıdan tavsiye alıp onun yönlendirmesi ile ürünü satın alması halinde de ilişkinin hukuki niteliği farklılaşacaktır.

Eczacı ile ilaç/ilaç dışı ürünü satın alan arasında temelde bir satış sözleşmesi kurulur. Ayrıca duruma göre, vekâlet sözleşmesinin ya da eser sözleşmesinin varlığından da söz edilebilecektir.

Şöyle ki; reçeteli ilaç satışında eczacı ile ilaç satın alan kişi arasındaki sözleşme satış sözleşmesidir. SGK'nın hasta adına ödeme yaptığı durumlarda, TBK m.83 gereği eczacı ile ilacı satın alan arasındaki hukuki ilişki etkilenmez. Aynı durum ilaç dışı bir ürünü eczaneden ürünün adını söyleyerek satın alan tüketici ile eczacı arasında da söz konusudur.

Reçetesiz ilaç satışında ise durum biraz daha farklıdır. Reçetesiz ilacı, bizzat ilacın adını söyleyerek satın alan hasta ile eczacı arasında tartışmasız olarak

[29] HAVUTÇU, 2014, s. 17.

[30] **TKHK m. 6:** “ (1)Vitrinde, rafta, elektronik ortamda veya açıkça görülebilir herhangi bir yerde teşhir edilen malın, satılık olmadığı belirtilen bir ibareye yer verilmedikçe satışından kaçınılamaz. (2) Hizmet sağlamaktan baklı bir sebep olmaksızın kaçınılamaz. (3) Ticari veya mesleki amaçlarla hareket edenler; aksine bir teamül, ticari örf veya adet ya da haklı bir sebep yoksa; bir mal veya hizmetin satışını o mal veya hizmetin, kendisi tarafından belirlenen miktar, sayı, ebat gibi koşullara ya da başka bir mal veya hizmetin satın alınması şartına bağlayamaz. (4) Bakanlık ve belediyeler, bu madde hükümlerinin uygulanması ve izlenmesine ilişkin işleri yürütmekle görevlidir.”

Türk Eczacıları Deontoloji Tüzüğü m.3: “Eczacı, reçeteyi yazan hekim, reçetede adı yazılı hasta veya reçeteyi getiren kişi kim olursa olsun; cinsiyet, dil ırk, milliyet, felsefi inanç, din ve mezhep, ahlâki düşünce, karakter ve kişilik, toplumsal seviye mevki ve siyasî düşünce ayrımı yapmaksızın ilâcını hazırlama ve reçete sahibine verme hususunda azamî dikkat ve ihtimamı göstermekle yükümlüdür.”

ilaç satış sözleşmesi kurulurken; kendisine ilaç önermesi^[31] istemiyle eczaneye başvurup eczaneden ilaç satın alan hasta ile eczacı arasında vekâlet sözleşmesi ve satış sözleşmesinin unsurlarını içeren bir isimsiz sözleşme kurulmuş olacaktır^[32]. Aynı şekilde ilaç dışı bir ürünü, örneğin bir kozmetik ürünü, eczaneden eczacının önerisi ve yönlendirmesiyle satın alan kişi ile eczacı arasında da vekâlet sözleşmesi ve satış sözleşmesi unsurlarından oluşan, kombine-karma nitelikte bir isimsiz sözleşme söz konusu olur.

Günümüzde nadir olarak rastlansa da, eczacının ilacı eczanede bizzat hazırlaması halinde ise eczacı ile hasta arasındaki sözleşme, eser sözleşmesi niteliğindedir^[33].

III. Eczacının Ayıplı İfadan Dolayı TKHK'ya Göre Sorumluluğu

A. Genel Olarak

Eczacının sorumluluğu, ilaç yapımından doğan zarardan sorumluluk, eczacının hatalı ya da eksik kullanım talimatı vermesinden doğan sorumluluk, adam çalıştıranın sorumluluğu, ifa yardımcısının fiilinden sorumluluk gibi çok çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilir^[34]. Eczacının sorumluluğu sözleşmesel sorumluluk olabileceği gibi haksız fiil^[35] sorumluluğu niteliğinde de olabilir. Konumuz

[31] Eczacıların sadece reçetesiz ilaçları önerebileceği konusunda bkz. Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Yönetmelik m.7/1/ç.

[32] İsimsiz sözleşmeler hakkında bkz. EREN, Fikret "İsimsiz Sözleşmelere İlişkin Bazı Sorunlar", **Turgut Akıntürk'e Armağan**, Beta Yayınları, Ankara 2008, (s. 85 vd).

[33] DERYAL, **2014**, s.111.

[34] Eczacının genel olarak sorumluluğu hakkında bkz. DEUTSCH / SPICKHOFF, **2003**, s. 739 vd.

[35] Eczacının haksız fiil sorumluluğu ilacın hazırlanıp satılmasına ilişkin olarak kendisine yükletilebilecek meslek kusuru veya satışın reddedilmesinden kaynaklanabilir. Reçetelerin karıştırılarak yanlış ilaç satılması, uygun olmayan dozda ilaç sağlanması ya da kanun gereği eczanede bulundurulması gereken ilaçların bulundurulmaması bu kapsamda değerlendirilir. Benzer şekilde, tıbbi yönden sakıncalı olduğu belirlenerek kullanımdan kaldırılan ilaçların veya hekimin önerdiği ilaçtan başka bir ilacın verilmesi, diğer şartların da bulunması durumunda eczacının sorumluluğuna yol açar. Eczacının bu fiilleri sonucunda zarar gören kişiler zararlarının tazmini için TBK m.49 vd. hükümleri çerçevesinde, haksız fiil esasına dayanarak maddi ve/veya manevi tazminat talebinde bulunabilir. Eczacının haksız fiil sorumluluğu bazı durumlarda sözleşme sorumluluğu ile bir arada bulunurken, bazı durumlarda tek başına da gerçekleşebilir. Örneğin; EEHK m.37'ye göre; hekimin eczanede hasta kabul etmesi yasaktır. Bununla birlikte, kaza veya ani bir tehlike sonucunda eczaneye gelen veya getirilen kişilerin ilk tedavisi yapılmalıdır. Eczaneye intikal ettirilen bu durumdaki kişinin bilinci yerinde olmadığı takdirde, sözleşme ilişkisinden bahsedilemez. İlk müdahale kapsamında eczacının fiilinden bir zarar doğduğunda, vekâletsiz iş görme ya da haksız fiil sorumluluğu gündeme gelecektir.

açısından bu çalışmada sadece ilacın ayıplı olması nedeniyle eczacının 6502 sayılı TKHK'ya göre ayıplı ifadan sorumluluğu incelenecektir.

Önemle belirtmek gerekir ki, eczacının ilacın ayıplı olması nedeniyle sorumluluğunun temelinde bozulan sağlığın iyileştirilememesi, tedavinin gerçekleştirilememesi ya da hekimin tıbbi müdahaleden doğan sorumluluğu gibi bir sorumluluk yoktur. Aynı şekilde ilaç üreticisinin sorumluluğu da eczacının ilacın ayıplı olmasından doğan sorumluluğundan farklıdır; ilaç üreticisinin hatalı ilaç nedeniyle sorumluluğu ilacın güvenli olmaması temeline dayanır. Güvenli olmayan her ürün aynı zamanda ayıplı olmakla birlikte, bu önermenin aksi her zaman doğru değildir^[36].

Sözleşmenin edime uygun ifası, ahde vefa ilkesinin bir sonucudur. TKHK ile satıcı, sözleşmeye uygun ifanın gerçekleşmemesinden tüketiciye karşı özel olarak sorumlu tutularak tüketici korunmak istenmiştir. Ayıplı ifa kısaca sözleşmenin, satın alınan malda ortaya çıkan ve alıcının o maldan yararlanmasını engelleyen eksikliklerle ifa edilmesidir. Bu anlamda ayıp, sözleşme ile belirlenen özelliklerin bulunmaması ya da alıcının o maldan beklediği yararı elde edememesi sonucunu doğuran eksikliklerdir.

Ayıplı mal teslimi ayıplı ifa olup temelde sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi hâlidir^[37]. Bu anlamda ayıplı ifadan sorumluluğa ilişkin TBK m. 219 vd. ile TKHK m. 8-12, borca aykırılığı düzenleyen TBK m. 112'nin özel bir görünümüdür^[38]. 6502 sayılı TKHK m.8'de yer alan “*Ayıplı mal... sözleşmeye aykırı olan maldır.*” düzenlemesi ile ayıbın sözleşmeye aykırılık olduğu ve gereği

[36] Bkz. aşa. dn. 53, 70.

[37] Satış sözleşmesinde ayıplı ifadan doğan sorumluluk ile sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğun farklı düzenlenmesi temelde Roma Hukuku geleneğinin günümüzde de kabul edilmesini bir sonucudur (ATAMER, Yeşim “İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistemataze Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematik”, **Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan**, C. I, XII Levha Yayınları, Eylül 2010, s. 222). Aslında ayıplı ifa gereği gibi ifa etmeme olup bir kötü ifa hali sayılmalıdır görüşü için bkz. SEROZAN, Rona “Parça Borcu–Çeşit Borcu, Aşılması Gereken Bir Ayırım”, **Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi (MHAD)** 1969, Yıl 3, Sayı 5, (s.211-222); ARAL, Fahrettin, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, B.2, Yetkin Yayınları, Ankara 1999, s. 114; YAVUZ, Cevdet, **Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler**, Beta Yayınları, İstanbul 2014, s. 123; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdülkadir, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu Borçlar Hukukuna Giriş- Hukuki İşlem –Sözleşme**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2010, s. 412; ATAMER, 2010, s. 323.

[38] ARAL, 2011, s. 192. Ayıplı ifadan sorumluluk halleri irade sakatlığı halleri ile de yarışır (ARAL, 1999, s. 114; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, 2010, s. 412).

gibi ifa etmemeyi kapsadığı belirlenmiştir^[39]. TKHK'nın ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümlerinin sadece tüketici satışları bakımından değil, tüm tüketici işlemleri bakımından uygulanacağını da belirtmek gerekir.

B. Eczacının Ayıplı İfadan Sorumluluğunun Şartları

1. Ayıp Teşkil eden bir Eksiklik Bulunmalıdır

Sözleşme konusu maldan hiç ya da gereği gibi yararlanılamamasına neden olan eksiklikler ayıp teşkil eder. İlaç/ilaç dışı ürünün sözleşmeyle kararlaştırılan mal olması ancak o malda bulunduğu belirtilen ya da objektif olarak bulunması beklenen niteliklere sahip olmaması halinde ayıplı ifadan bahsedilir.

6502 sayılı TKHK m.8'e göre; "ayıplı mal, tüketiciye teslimi anında, taraflarca kararlaştırılmış olan örnek ya da modele uygun olmaması ya da objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşıyamaması nedeniyle sözleşmeye aykırı olan maldır.

Ambalajında, etiketinde, tanıtma ve kullanma kılavuzunda, internet portalında ya da reklam ve ilanlarında yer alan özelliklerinden bir veya birden fazlasını taşımayan; satıcı tarafından bildirilen veya teknik düzenlemesinde tespit edilen niteliğe aykırı olan; muadili olan malların kullanım amacını karşılamayan, tüketicinin makul olarak beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren mallar da ayıplı olarak kabul edilir.

Sözleşme konu olan malın, sözleşmede kararlaştırılan süre içinde teslim edilmemesi veya montajının satıcı tarafından veya onun sorumluluğu altında gerçekleştirildiği durumlarda gereği gibi monte edilmemesi sözleşmeye aykırı ifa olarak değerlendirilir. Malın montajının tüketici tarafından yapılmasının öngörüldüğü hâllerde, montaj talimatındaki yanlışlık veya eksiklik nedeniyle montaj hatalı yapılmışsa, sözleşmeye aykırı ifa söz konusu olur."

TKHK'da yer alan bu düzenlemenin benzerine, satış sözleşmesinde satıcının ayıptan sorumluluğunun düzenlendiği TBK m.219 vd.'nda da rastlanır. TBK m.219'da^[40] da satıcının alıcıya bildirdiği (zikir ve vaat ettiği) niteliklerdeki

[39] ATAMER, Yeşim/ BAŞ, Ece "Avrupa Birliği Hukuku İle Karşılaştırmalı Olarak 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Satım Sözleşmesinde Ayıptan Doğan Sorumluluk", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 88, Yıl: 2014, Özel Sayı: 1, s. 22.

[40] TBK m.219: "Satıcı, alıcıya karşı herhangi bir surette bildirdiği niteliklerin satılarda bulunmaması sebebiyle sorumlu olduğu gibi, nitelik veya niteliği etkileyen niceliğine aykırı olan, kullanım amacı bakımından değerini ve alıcının ondan beklediği faydaları ortadan kaldıran veya önemli ölçüde azaltan maddi, hukuki ya da ekonomik ayıpların bulunmasından da sorumlu olur. Satıcı, bu ayıpların varlığını bilmeseydi onlardan sorumludur."

eksiklikler ile alıcının o maldan normal olarak beklediği özelliklerin bulunmaması şeklinde iki tür ayıp düzenlenmiştir.

Ancak, TKHK m.8'de objektif ve sübjektif ayıp kavramları ayrılmaksızın birbirinin içine geçmiş bir şekilde tanımlanmıştır^[41]. Sübjektif ayıp bakımından, TBK m.219'da "... bildirdiği nitelikler" şeklinde yapılan düzenleme, TKHK m.8/2'de "ambalajında, etiketinde, tanıtma ve kullanma kılavuzunda, internet portalında ya da reklam ve ilanlarında yer alan özelliklerden bir veya birden fazlasını taşımayan, satıcı tarafından bildirilen ..." olarak ifade edilmiştir. Her iki maddede de yer alan düzenleme, nitelik eksikliğidir. Aynı şekilde malın "tarafarca kararlaştırılmış olan örnek ya da modele uygun olmaması" da nitelik vaadine aykırılıktır (TKHK m.8/1)^[42]. Genel övme niteliğindeki sözler, ilke olarak, nitelik vaadi olarak kabul edilmez^[43]. Ancak tüketicinin o malı almasını sağlayan sözler ve yönlendirmeler nitelik vaadi teşkil eder. Örneğin, şampuanın saç dökülmesini durdurduğunun söylenmesi nitelik vaadi olacaktır. Abartılı söylemler ise nitelik vaadi olarak kabul edilmeyecektir.

Reklam yoluyla nitelik vaadinde bulunmada ise, vaade aykırılık nedeniyle sorumluluğu kabul edilen satıcıya sorumluluktan kurtulma olanağı tanınmıştır. TKHK m.9/2'ye göre; "*satıcı, kendisinden kaynaklanmayan reklam yoluyla yapılan açıklamalardan haberdar olmadığını ve haberdar olmasının da kendisinden beklenemeyeceğini veya yapılan açıklamanın içeriğinin satış sözleşmesinin akdi anında düzeltilmiş olduğunu veya satış sözleşmesi kurulma kararının bu açıklama ile nedensellik bağı içinde olmadığını ispatladığı takdirde açıklamanın içeriği ile bağlı olmaz.*"

Objektif ayıp ise tüketicinin söz konusu mal ile aynı özelliklere sahip mallardan beklediği yararı elde edememesidir. TKHK m.8/2'de bu tür ayıplar "... teknik düzenlemesinde tespit edilen niteliğe aykırı olan; muadili olan malların kullanım amacını karşılamayan, tüketicinin makul olarak beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler" biçiminde düzenlenmiştir. Satıcı, vaat etmiş olmasa bile bu çeşit ayıplardan sorumludur^[44].

[41] ATAMER/ BAŞ, 2014, s. 22; ŞENOCAK, Zarife "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Ayıplı Mal Teslimi Halinde Tüketicinin Hakları", **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, Özel Sayı, C. 9, Kasım 2014, s.31, dn.2.

[42] AYDOĞDU, 2015, s. 29.

[43] ZEVLİLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, Emre, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s. 119.

[44] ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, 2015, s. 116; AYDOĞDU, 2015, s. 30.

TBK'dan farklı olarak, satılanın süresi içinde teslim edilmemesi hali de TKHK'da ayıplı ifa olarak kabul edilmiştir. Diğer bir ifadeyle, temerrüt halinde tüketiciye ayıp hükümlerinden yararlanma olanağı tanınmıştır^[45].

Ayıplı ifadan sorumluluk için sözleşme konusu şeyin tüketiciye teslim edilmiş olması gerektiğinden, hiç ifa etmemede ayıplı ifadan sorumluluk olmayacağı gibi, satın alınan mal yerine başka bir malın teslim edilmesi halinde de *aliud* ifa söz konusu olduğundan ayıplı ifa hükümleri uygulanmaz. *Aliud* ifada belirlenmiş olan şey yerine başka ya da yanlış mal teslimi vardır^[46]. Eksik ifa ya da aliud ifa halinde borcun kötü ifasının sonuçları uygulanır^[47].

Türk Eczacıları Deontoloji Tüzüğü'ne göre, "eczacı, hekimin iznini almadan yazılan ilaçtan başkasını veremez ve hekimin isteği dışında hastaya veya hastanın yakınlarına tavsiyede bulunmaz" (m.5). Eczacının, hekimin reçetede yazdığı ilaç yerine başka bir ilaç vermesi, örneğin ateş düşürücü olarak yazılan "ibufen" yerine "calpol" vermesi, aliud ifa teşkil eder. *Aliud* ifa durumunda, istenilen ilaç yerine verilen ilacın kullanımı sonucunda zarar doğması halinde, eczacı genel hükümler çerçevesinde sorumlu olacaktır. Diğer bir ihtimal ise, aynı etken maddelere sahip "ibufen" in eşdeğeri olan "pedifen" şurubun verilmesidir. Bu durumda, ifa yerine edim olduğu için alacaklı konumunda olan hastanın rızası ifayı sözleşmeye uygun hale getirir. Ancak hastanın rızası olmaksızın "ibufen" yerine "pedifen" verilmesi halinde ise *aliud* ifa değil; akdin müspet ihlali söz konusu olur.

Sözleşmeye aykırı ifa her zaman ayıplı bir ilacın verilmesi anlamına gelmez; eksik ifa ya da fazla ifa da sözleşmeye aykırı ifa olarak karşımıza çıkar. Örneğin iki kutu alınacak ilacın bir kutu verilmesi durumunda eksik ifa vardır; ama ayıplı ifa söz konusu değildir. Öte yandan; 10 mg olarak reçete edilen bir ilacın, eczacı

[45] AYDOĞDU, 2015, s. 137. Yeni TKHK'daki bu düzenlemenin Türk Borçlar Kanununun ifa ihlallerini tiplendiren sistemine aykırı olduğu görüşü için bkz. HAVUTÇU, 2014, s. 17.

[46] EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 1048.

[47] Öte yandan, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda yer alan ayıptan sorumluluğa ilişkin düzenlemelerde, 1999/44/AT sayılı Tüketim Mallarının Satımı ve Bunlara İlişkin Garantilerin Belirli Yönlerine İlişkin Direktifteki sistemin benimsenmesinden yola çıkan Aydoğdu, Direktif'e uygun olarak eksik ifa ve *aliud* ifanın da ayıplı ifa kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir, AYDOĞDU, 2015, s.133-136.

tarafından 30 mg.'lık ticari sürümünün verilmesi, "niteliği etkileyen nicelik"^[48] olarak değerlendirilerek ayıp kapsamında kabul edilebilir^[49].

TKHK m.8/2 ve TBK m.219/2 üç tür ayıptan söz eder: Maddi, ekonomik ve hukuki ayıp. Maddi ayıp, satılanın yırtık, bozuk, kırık, lekeli olması gibi hallerde söz konusu olur. Örneğin; sprej şeklindeki burun damlasının sprej kısmının bozuk olması nedeniyle kullanılamaması. Ekonomik ayıp, satılanın değerini azaltan ayıplardır. Örneğin; bir ay boyunca her gün bir ceviz büyüklüğünde kullanıldığında bitmeyeceği söylenen şampuanın 10 gün içinde bitmesi, ekonomik ayıptır. Hukuki ayıp ise, kamu hukuku tarafından konulan sınırlamalardan doğan eksikliklerdir. Kullanımı yasak olan bir ilacın, kullanımının serbest olduğu belirtilerek satılması durumunda hukuki ayıp söz konusu olur^[50].

İlaçtaki ayıp, ilacın bozuk olması şeklinde ortaya çıktığında ilacın, ilacı kullananların beden bütünlüğü değerleri için tehlikeli olacak eksiklikler bulundurması anlamına gelir^[51]. Eczacının saklama koşullarına uymadığı için bozulan ilaç da ayıplı ilaç olarak kabul edilecektir. Eczacının bildirdiği nitelik vaadine uygun olmayan ilaçlarla, ambalajında kullanma kılavuzunda, internet sayfasında, aynı ilaç türünden beklenen ortalama yararı sağlamayan ilaçlar ayıplı ilaç olarak kabul edilecektir. Eczanede hazırlanan ilaçlar bakımından ise ayıplı ifa, ilaç birleşimi/karışım kusurları şeklinde terkip hataları olarak karşımıza çıkar.

Öte yandan, "tüketicinin, sözleşmenin kurulduğu tarihte ayıptan haberdar olduğu veya haberdar olmasının kendisinden beklendiği hâllerde, sözleşmeye aykırılık söz konusu olmaz." (TKHK m.10/2).

Son olarak, TBK ile TKHK çerçevesinde eczacının sorumluluğu açısından satım sözleşmesi kapsamında ele alınan ayıp kavramı ile ilaç üreticisinin sorumluluğu anlamında ayıp kavramlarının farklı olduğuna da işaret etmek gerekir^[52].

[48] 4077 sayılı önceki TKHK'da yer alan ayıp tanımında (m.4/1) ve 6098 sayılı TBK'da yer alan ayıp tanımında (m.219/1), "niteliği etkileyen nicelik" ifadesi bulunmasına rağmen, 6502 sayılı TKHK'da bu ifadeye yer verilmemesi isabetli olmamıştır.

[49] "Davacının, davalıya ait eczaneden reçete muhteviyatı 10 mg'lık Tolvon adlı ilacı istemesine rağmen, aynı ilacın 30 mg'lık ticari sürümünün verilmesi nedeniyle rahatsızlanarak düşmesi ve kafa travması geçirmesi nedeniyle maddi ve manevi zarar uğradığını ileri sürerek, 80,00 YTL ambulans ücreti ile 25.000 YTL manevi tazminat talebiyle açtığı dava tüketici mahkemesinde görülmelidir", karar için bkz. DERYAL, **2014**, s.115.

[50] AYDOĞDU, **2015**, s. 125.

[51] PETEK, Hasan, **İlaç Üreticisinin Hukuki Sorumluluğu**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 158.

[52] YILDIRIM, Mustafa Fadıl "Türk Hukukunda İlaç Üreticisinin Ayıptan Sorumluluğu", **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, I. Sağlık Hukuku Sempozyumu**, Mayıs 2009, s. 24.

Kavramlar arası karışıklığı önlemek adına, üreticinin sorumluluğu bakımından “güvenli olmayan (hatalı) ürün” kavramını kullanmayı daha uygun buluyoruz^[53].

2. Ayıp, Önemli Olmalıdır

Bir başka açıdan ayıp, “önemli-önemsiz ayıp” olarak ikiye ayrılır. Ayıbın önemsiz olması durumunda eczacının sorumluluğu gündeme gelmez^[54]. TKHK

[53] Satış sözleşmesi bakımından TBK ve TKHK’da tanımlanan ayıp, sözleşme konusu malda bulunması gereken niteliklerdeki eksiklik iken, ilaç üreticisinin sorumluluğunda “güvenli olmayan (hatalı) ürün”; tüketicinin tüm hal ve şartlar dikkate alındığında beklemekte haklı olduğu güvenliğin kendisine sağlanamaması ile ilişkili bir kavramdır. İlacın ayıplı olması, ilacın güvenli olmaması ve ilacın tehlikeli bir ürün olması birbirinden farklı kavramlardır. İlacın tedaviyi mutlaka gerçekleştirmesi özelliği gereği beklenemezse de eczacının özellikle nitelik vaadi ile sattığı ilaçlar ile saklama koşulları nedeniyle bozulmuş olan ilaçlar, ayıplı ilaç kabul edilir ve eczacının TKHK’ya göre ayıptan sorumluluğu doğar. İlacın güvenli olmaması ise, ilaç üreticisinin sorumluluğu ile ilgili olup, ilacın doğası gereği zarar doğurma riskini içinde barındırması onu tehlikeli bir ürün haline getirir.

2001/95/EC sayılı Genel Ürün Güvenliği Direktifi’nin 2. maddesinde güvenli ürün tanımı yapılmıştır. Bu tanıma göre “Güvenli ürün”; kullanım ömrü, hizmete sokulması, montajı ve bakımına ilişkin özelliklerin de göz önüne alındığı, normal veya makul öngörülebilir kullanım koşullarında hiç risk taşımayan veya ürünün kullanımıyla ilgili kabul edilebilir ölçülerde risk taşıyan ve aşağıdaki özellikler çerçevesinde insan sağlığı için üst düzey koruma sağlayan ürünü ifade eder. Ayrıca “Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmelik m. 5’te, ürün güvenliğinden hareketle ayıplı mal tanımı yapmıştır. Maddeye göre “Malın piyasaya sunum tarzı, makul kullanım şekli ve piyasaya sürüldüğü an ve benzeri diğer hususlar göz önüne alınarak, bir kimsenin o maldan haklı olarak bekleyebileceği güvenliği sağlamayan mal ayıplı sayılır”. Bu durumda bir ürün tüketicinin ya da 3. kişilerin güvenliğini ortadan kaldırıyorsa ürün ayıplı kabul edilecektir. İlaç üreticisinin sorumluluğunun ön koşulu malın ayıplı olmasıdır. Tüketicinin haklı olarak beklediği güvenlik şeklinde tanımladığımız ayıbın varlığını tespitinde tüketicinin subjektif beklentisini değil, ortalama bir tüketicinin o maldan objektif olarak beklemesi gereken güvenliğin dikkate alınması gerekir. İlaç söz konusu olduğunda ise ortalama tüketicinin objektif güvenlik beklentisini karşılamada ilacın hedef aldığı kitleye göre belirleme yapılmalıdır. Örneğin çocuk ilaçlarında ilacın kapağının çocukların açamayacağı şekilde tasarlanması ile ilacın güvenliği sağlanmış olur.

Ayrıca burada ilaçlar için “bilgilendirilmiş aracı” (*learned intermediary*) doktrinine de kısaca değinmek gerekir. Bu doktrine göre; ilacın üretiminden kullanıcıya ulaşmaya kadar geçen sürede bilgilendirilmiş araçlar olan hekim ve eczacının aydınlatma yükümlülükleri olduğundan, ilaç kullanımı nedeniyle ilacın doğasından doğan zararlardan ilaç üreticisinin değil, koşulları varsa öncelikle hekim, sonra eczacının sorumlu olacağı kabul edilmek suretiyle, ilaç üreticisinin sorumluluğu sınırlandırılmaya çalışılmaktadır. Bkz. GÖÇMEN, Erkin/GÖÇMEN, Ş. Ali “İlaç Kullanımından Doğan Zararlardan Hekimin, Eczacının ve İlaç Üreticisinin Sorumluluğu”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C.77, S.3, Yıl.2003, s.644; BORDES, Ozlem A. “The Learned Intermediary Doctrine and Direct-to-Consumer Advertising: Should the Pharmaceutical Manufacturer Be Shielded From Liability?”, **University of Detroit Mercy Law Review**, Vol.81, 2003-2004, s.268 vd.

[54] ÖZEL, 2015, s.95; ZEVLİLİLER, 2001, s.68.

m.8/2'de yer alan “tüketicinin makul olarak beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran” ifadesi, satıcının ayıptan sorumlu tutulabilmesi için önemli bir ayıbın bulunması gerektiğini gösterir.^[55]

Ayıbın önemli olup olmadığının belirlenebilmesi için objektif bir değerlendirme yapılarak öncelikle işlem konusu malın kullanım amacı tespit edilmiştir.^[56] Bu tespit doğrultusunda malın alıcı tarafından kullanılması olanağını azaltan ya da tamamen ortadan kaldıran eksiklik, önemli bir ayıp teşkil eder. Örneğin, baskı hatası sonucu ilacın renkli ambalajında kullanımı etkilemeyen renk solgunluğu^[57] ya da ilaç kutusunun kenarında basit bir yırtık olması^[58] önemsiz bir ayıptır.

3. Ayıp, Gizli Olmalıdır

Ayıbın niteliği bakımından yapılan bir diğer ayırım, “açık-gizli ayıp” şeklindedir. Olağan bir gözden geçirme ile anlaşılabilen ayıplar “açık ayıp”, olağan bir gözden geçirme ile anlaşılamayıp kullanma ile ya da daha uzun sürede ortaya çıkan ayıplar ise “gizli ayıp” olarak adlandırılır.

İlk bakışta, çıplak gözle fark edilebilecek nitelikteki ayıplar ise “aşikâr ayıp” niteliğindedir.^[59] TKHK m.10/2'ye göre, “Tüketicinin, sözleşmenin kurulduğu tarihte ayıptan haberdar olduğu veya haberdar olmasının kendisinden beklediği hallerde, sözleşmeye aykırılık söz konusu olmaz”. Diğer bir ifadeyle, aşikâr ayıp halinde eczacının ayıptan sorumluluğu bulunmamaktadır.

Öğretide “aşikâr ayıp” olarak nitelendirilen halleri kapsayacak şekilde “açık ayıp” nitelendirmesi yapan yazarlar, ayıptan sorumluluğun söz konusu olabilmesi için ayıbın gizli olması şartını aramaktadır.^[60]

[55] Aksi görüşte: AYDOĞDU, 2015, s.144.

[56] YAVUZ, 2014, s.130; BİLGİN, Melek Yüce “Satış Sözleşmesinde Ayıptan Dolayı Sorumluluğun Şartları ve Alıcının Seçimlik Hakları”, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Sempozyum No. III**, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Legal Yayıncılık, İstanbul 2012, s.386.

[57] ZEVKLİLER, 2001, s.68.

[58] DERYAL, 2014, s.113.

[59] Doktrinde Gümüüş, “aşikâr-aşikâr olmayan ayıp” “açık-gizli ayıp” şeklinde ayırım yaparken (GÜMÜŞ, Mustafa Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, C.1, İstanbul 2013, s.74-75), Aydoğdu, “aşikâr (açık)-basit (adi)-gizli ayıp” şeklinde bir ayırma yer vermektedir (AYDOĞDU, 2015, s.157).

[60] TANDOĞAN, Haluk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C.I/1, İstanbul 1988, s.174; SEROZAN, Rona, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İstanbul 2006, s.136; YAVUZ, 2014, s.130-131.

4. Satılan, Teslim Edilmiş Olmalıdır

TBK m.207/1’de satış sözleşmesi, “satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşme” olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla, satıcının asli edim yükümlülüğü, “zilyetlik ve mülkiyeti alıcıya devretme” olarak ifade edilmiştir. Ancak TKHK’den farklı olarak TBK’da satıcının ayıptan sorumluluğuna ilişkin düzenlemede gözden geçirme ve ayıbı bildirme külfeti muhafaza edildiğinden, bu külfetlerin yerine getirilebilmesi için malın teslimi gerekir. Bu nedenle, amaca uygun olanın, zilyetliğin herhangi bir yolla devri yerine teslim edilmiş olmasının aranması gerektiği ileri sürülmektedir^[61].

TKHK m.9/1’de ise, “Satıcı, malı satış sözleşmesine uygun olarak tüketiciye teslim etmekle yükümlüdür” denilerek zilyetliğin devri yollarından sadece “teslim”e yer verilmiştir.

5. Ayıp, En Geç Hasarın Geçiş Anında Var Olmalıdır

Bu koşul, TBK’da satıcının ayıptan sorumluluğuna ilişkin düzenlemede açıkça öngörülmemiştir. Ancak durumun niteliği gereği, satıcının ayıptan sorumlu tutulabilmesi için ayıbın en geç hasarın geçişi anında var olması gerektiği kabul edilmektedir. TBK m.208’e göre yarar ve hasarın geçiş anı; kural olarak, taşınır satışlarında zilyetliğin devri, taşınmaz satışlarında ise tescil anıdır. Öte yandan, TKHK m.8/1’de “ayıplı mal, *tüketiciye teslimi anında*, taraflarca kararlaştırılmış olan örnek ya da modele uygun olmaması ya da objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşımaması nedeniyle sözleşmeye aykırı olan maldır” denilmek suretiyle, TKHK’da açıkça teslim anı esas alınmıştır.

Ancak ayıp hasarın geçişi anından sonra ortaya çıksa bile, hasarın geçmesi anından önceki aşamadaki bir sebepten kaynaklanıyorsa, bu durumda satıcının sorumluluğu varlığını sürdürür^[62].

6. Sorumsuzluk Anlaşması Geçerli Değildir

Ayıptan sorumluluk bakımından akla gelen sorulardan biri de, kanundan kaynaklanan bu sorumluluğun, tarafların anlaşması ile sınırlandırılmasının ya da ortadan kaldırılmasının mümkün olup olmadığıdır. TKHK’da bu konuya ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. TKHK’da hüküm bulunmayan bu

[61] YAVUZ, 2014, s.139.

[62] YAVUZ, 2014, s.126; AYDOĞDU, 2015, s.150.

konuda taşınır satımları bakımından sorumsuzluk anlaşmalarının geçerliliğine ilişkin TBK m.221'in^[63] kıyasen uygulanması düşünülebilir. Ancak, böyle bir uygulamanın tüketicinin korunması hukukunun amacına uygun düşüp düşmeyeceği değerlendirilmelidir. TKHK'nın hazırlanmasında Avrupa Birliği mevzuatından yararlanılmasından yola çıkan bu görüş, Avrupa Birliği Direktifini^[64] dikkate alarak tüketicinin korunması hukuku bakımından zarardan sorumluluğu sınırlayan ya da kaldıran sözleşme koşullarının geçersiz olduğunu ileri sürmektedir^[65].

7. Muayene ve İhbar Yükümlülüğü Bulunmamaktadır

6502 sayılı TKHK ile tüketicinin korunması hukukuna getirilen önemli yeniliklerden biri de, ayıbı bildirim külfetinin ve bu külfetin malın tesliminden itibaren 30 gün içerisinde yerine getirilmesi gerekliliğinin kaldırılmış ve bununla bağlantılı olarak tüketici lehine bir ispat kolaylığı sağlanmış olmasıdır^[66]. TKHK m.10/I/c.1'e göre, "teslim tarihinden itibaren altı ay içinde ortaya çıkan ayıpların, teslim tarihinde var olduğu kabul edilir." Hükmün gerekçesinde, bir malın altı ay boyunca sorunsuz çalışmasının, hayatın olağan akışına uygun kabul edildiği

[63] "Sorumsuzluk anlaşması" başlıklı TBK m.221'e göre; satıcının sorumluluğunu sınırlandıran ya da ortadan kaldıran sorumsuzluk anlaşması yapılması mümkün olup, satıcının satılanı ayıplı olarak devretmekte ağır kusurlu olduğu durumlarda, ayıptan sorumluluğunu kaldıran veya sınırlayan her anlaşma kesin olarak hükümsüzdür. Buna göre, hile ya da ağır ihmal hali dışında sorumsuzluk anlaşması geçerli olup emredici nitelikte olmayan ayıptan sorumluluk böylelikle sınırlandırılabilir ya da ortadan kaldırılabilir, bkz. YAVUZ, 2014, s.131; YÜCE, 2012, s.387.

[64] Bkz. Ürün Sorumluluğu ile ilgili Üye Devletler Yasalarının, Yönetmeliklerinin ve İdari Hükümlerinin Yaklaşılmasına ilişkin 25 Temmuz 1985 tarih ve 85/374 sayılı Direktif m.8.

[65] AYDOĞDU, 2015, s. 160-162.

[66] TBK'da ise durum farklıdır. Alıcı, devraldığı satılanın durumunu işlerin olağan akışına göre imkân bulunur bulunmaz gözden geçirmek ve satılarda satıcının sorumluluğunu gerektiren bir ayıp görürse, bunu uygun bir süre içinde ona bildirmek zorundadır (TBK m.223/1). Alıcı gözden geçirmeyi ve bildirimde bulunmayı ihmal ederse, satılanı kabul etmiş sayılır. Ancak, satılarda olağan bir gözden geçirmeyle ortaya çıkarılmayacak bir ayıp bulunması hâlinde, bu hüküm uygulanmaz. Bu tür bir ayıbın bulunduğu sonradan anlaşılırsa, hemen satıcıya bildirilmelidir; bildirilmezse satılan bu ayıpla birlikte kabul edilmiş sayılır (TBK m.223/2). Alıcı malı teslim aldıktan sonra işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz, kanunun deyimile "uygun bir sürede", gözden geçirme ve ayıbı bildirim külfetini yerine getirmelidir. Bu külfeti yerine getirmeyen alıcı ayıplı malı kabul etmiş sayılır. Ancak ayıp olağan bir gözden geçirme ile fark edilemeyecek şekilde gizli ayıpsa ya da hile ile satıcı tarafından gizlenmişse "uygun süre" burada uygulanmaz. Alıcı, ayıp ortaya çıkar çıkmaz hemen satıcıya bildirmekle yükümlüdür (TBK m.223). Gözden geçirme ve muayene giderleri alıcıya aittir. Ancak malın ayıplı çıkması halinde alıcı yaptığı giderleri satıcıdan isteme hakkına sahiptir (TBK m.229/I).

ve bu süre içinde bozulmasının kaynağında teslim anında var olan bir ayıp olduğu düşüncesi ile böyle bir düzenleme getirildiği belirtilmiştir.

IV. Ayıplı İfa Halinde Tüketicinin Eczacıya Karşı İleri Sürebileceği Haklar

A. Genel Olarak

Yukarıda açıklanan ayıptan sorumluluk şartlarının gerçekleşmesi durumunda TKHK' tüketiciye dört adet seçimlik hak tanımaktadır (m.11): satılanı geri vermeye hazır olduğunu bildirerek sözleşmeden dönme(1), satılanı alıkoymuş ayıp oranında satış bedelinden indirim isteme(2), aşırı bir masraf gerektirmediği takdirde, bütün masrafları satıcıya ait olmak üzere satılanın ücretsiz onarılmasını isteme(3), imkân varsa, satılanın ayıpsız misli ile değiştirilmesini isteme(4). Bazı seçimlik hakların kullanımı bakımından birtakım sınırlandırmalar^[67] olmakla birlikte, tüketici bu haklardan dilediğini kullanmakta serbest olup satıcı da tüketicinin tercih ettiği talebi yerine getirmek zorundadır (m.11/2). Seçimlik hakların kullanımı sebebiyle ortaya çıkan tüm masraflar da hakkı yerine getiren tarafa yükletilmiştir (m.11/6).

Bu seçimlik haklara ek olarak tüketici, tercih ettiği seçimlik hak ile karşılanmayan zararlarının tazmini için tazminat talep etme hakkına da sahiptir. TKHK m.11/6/c.2'ye göre, "tüketici bu seçimlik haklardan biri ile birlikte 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca tazminat da talep edebilir". Tüketicinin tazminat talep etme hakkı doktrinde bir seçimlik haktan ziyade seçimlik haklardan biri ile beraber kullanılacak bir "yapışık hak" olarak nitelendirilir^[68]. Her ne kadar madde hükmünde tazminatın "seçimlik haklardan biri ile birlikte" talep edilebileceği ifade edilmişse de, tüketicinin seçimlik haklarını kullanmaksızın sadece tazminat talep etmesine de herhangi bir engel bulunmamaktadır^[69].

Eczacının ayıplı ilaç nedeniyle sorumluluğunun mahiyeti gereği tüketicinin eczacıya^[70] karşı; seçimlik haklardan sadece sözleşmeden dönme ve ayıpsız misli

[67] Ücretsiz onarım ve ayıpsız misli ile değiştirme bakımından bkz. TKHK m.11/3. Sözleşmeden dönme ve bedelde indirim hakları bakımından sınırlandırma getiren TBK m.227 ve TBK m.228 hükümlerinin, TKHK m.83 atfı gereği tüketici hukukunda da uygulama alanı bulacağı hakkında bkz. ŞENOCAK, 2014, s.34.

[68] AYDOĞDU, 2015, s.168.

[69] AYDOĞDU, 2015, s.168.

[70] Tüketicinin, ilaç üreticisine karşı yöneltebileceği haklar bakımından ise durum farklıdır. İlaç üreticisinin sorumluluğu açısından 4077 sayılı önceki TKHK'daki ayıptan sorumluluk

ile değiştirilmesini talep ile maddi ve/veya manevi tazminat talep etme hakkını kullanabileceği kanaatindeyiz. Ayıplı ilacın doğası gereği onarılması söz konusu olamayacağından ücretsiz onarım hakkının kullanılması mümkün olmadığı gibi, ayıplı ilacın insan sağlığı bakımından arz ettiği tehlike değerlendirildiğinde, bedelde indirim hakkının kullanılması da mümkün gözükmemektedir. Bu nedenle aşağıda sadece sözleşmeden dönme, ayıpsız misli ile değişim ve tazminat talep etme hakkında ilişkin açıklamalara yer verilmiştir.

hükümleri incelendiğinde, önceki TKHK'da 6502 sayılı TKHK'ya nazaran tüketicinin daha lehine bir yaklaşım benimsendiği görülmektedir. Önceki TKHK ayıplı mal durumunda tüketiciye açıkça imalatçı-üreticiden tazminat isteme hakkı tanımıştı. Söz konusu düzenlemeye göre, "tüketici [...] ayıplı malın neden olduğu ölüm ve/veya yaralanmaya yol açan ve/veya kullanımdaki diğer mallarda zarara neden olan hallerde imalatçı-üreticiden tazminat isteme hakkına da sahiptir" (4077 sayılı TKHK m.4/2/c.4). Yeni TKHK m.11'de ise; ayıplı mal durumunda tüketicinin satıcı yanında üretici ve ithalatçıya da yöneltebileceği ücretsiz onarım ve malın ayıpsız misli ile değiştirilmesi haklarına ilişkin düzenlemelerden sonra, "tüketici[nin] bu seçimler haklarından biri ile birlikte 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca tazminat da talep edebileceği" belirtilmiştir (m.11/6/c.2). Ancak burada sorumluluğun muhatabı olarak üreticiden bahsedilmemiştir. TBK hükümlerine atf yapıldığına göre tüketici arasında bir sözleşmesel ilişki bulunan satıcıdan TBK m. 227'ye göre, dönme hakkını kullanması durumunda da TBK m.229'a göre; arasında herhangi bir sözleşmesel ilişki bulunmayan üreticiden ise TBK m. 49 vd. haksız fiil hükümlerine dayanarak tazminat talep edecektir. Görüldüğü üzere, önceki TKHK'dan farklı olarak, yeni TKHK'da ayıptan sorumluluk kapsamında tüketiciye doğrudan üreticiye yöneltebileceği bir tazminat hakkı tanınmamıştır.

Bugün itibariyle Türk Hukukunda, üreticinin güvenli olmayan ürünler nedeniyle kusursuz sorumluluğunu düzenleyen ve böylelikle doğrudan üreticiye başvuru imkânı tanıyan açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Önceki TKHK döneminde bu boşluk, 13 Haziran 2003 yılında Resmi Gazete'de yayımlanan "Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmelik" ile giderilmeye çalışılmıştır. Yönetmeliğin 6. maddesine göre, "ayıplı bir malın, bir kişinin ölümüne veya yaralanmasına veya bir malın zarar görmesine sebep olması halinde imalatçı/üretici doğan zararı, kusuru aranmaksızın tazmin etmekle yükümlüdür". Söz konusu yönetmelik, şu an itibariyle yeni yönetmelik çıkarılmadığı için, yeni TKHK zamanında da uygulanacaktır (TKHK geçici m.1/3). Ancak, kusur sorumluluğu ilkesinin geçerli olduğu sorumluluk sistemimizde, kusursuz sorumluluk istisnai nitelikte olup üreticinin kusursuz sorumluluğunun bu şekilde bir Yönetmelik hükmü ile düzenlenmesi tartışmaları da beraberinde getirmektedir. Doktrindeki bir diğer görüş ise, üreticinin sorumluluğunun 11 Temmuz 2011 yılında yürürlüğe giren 4703 sayılı Ürünlerle İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun m.5/4'te düzenlendiğini savunmaktadır, bkz. OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt.2**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s.233-236; AYDOĞDU, 2015, s. 72-73. Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanun Taslağı ise henüz kanunlaşmamıştır.

B. Tüketicinin Sahip Olduğu Haklar

1. Sözleşmeden Dönme

Bozucu yenilik doğuran hak niteliğindeki sözleşmeden dönme hakkının tüketici tarafından yöneltilmesi gereken bir irade beyanı ile eczacıya karşı kullanılması durumunda, dönme beyanı eczacıya varmakla hüküm ve sonuçlarını doğurur.

TKHK'da tüketicinin sözleşmeden dönme hakkına sahip olduğu açıkça belirtilmiş ve sözleşmeden dönmenin sonucuna ilişkin olarak sadece m.11/5'e yer verilmiştir. Buna göre; tüketicinin dönme hakkını seçtiği durumlarda, ödemiş olduğu bedelin tümü derhal tüketiciye iade edilir. Sözleşmeden dönmenin diğer sonuçları ise TBK m.83/1 atfı gereği TBK hükümlerine tabi olacaktır^[71]. Sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasının bir sonucu olarak (klasik teoriye göre^[72]) sözleşme ilişkisi geçmişe yönelik olarak ortadan kalktığından henüz ifa edilmemiş edimler sona erer ve ifa edilmiş olan edimlerin de karşılıklı olarak iadesi gerekir. Buna göre; tüketici satın aldığı ürünü ve ondan elde ettiği faydaları iade ile yükümlü olup, eczacı da tüketicinin ödemiş olduğu bedelin tümünü faiziyle birlikte derhal ödemekle yükümlüdür (TBK m.229).

Sözleşmeden dönme hakkı ile birlikte tazminat talebinde de bulunulması durumunda, TBK m.229'da yer alan özel düzenleme uygulanır. Buna göre; tüketicinin uğramış olduğu doğrudan zararlar bakımından eczacı kusursuz olarak sorumlu iken, dolaylı zararlar bakımından getirilen kusur karinesi gereği, eczacı kusursuz olduğunu ispat etmedikçe tüketicinin uğradığı dolaylı zararları da karşılamak zorundadır (TBK m.229).

2. Ayıpsız Misli ile Değiştirilmesini Talep Etme Hakkı

Değiştirici yenilik doğuran hak niteliğindeki bu hak tüketici tarafından tek taraflı ve varması gereken irade beyanı ile kullanılır ve tüketicinin elindeki ayıplı malı iade yükümlülüğü doğar^[73]. Aksi somut olaydan anlaşılmadıkça misli olan mallar için kullanılabilen bu hak, diğer seçimlik haklardan farklı olarak, satıcı konumundaki eczacı yanında üretici veya ithalatçıya karşı da kullanılabilir. Bu

[71] AYDOĞDU, 2015, s. 169; ŞENOCAK, 2014, s. 33.

[72] Sözleşmeden dönmenin etkisine ilişkin çeşitli teoriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. EREN, 2015, s. 1120-1123; OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt.1**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 520 vd.

[73] ÖZEL, 2015, s. 104.

hakkın yerine getirilmesi bakımından satıcı, üretici ve ithalatçı müteselsilen sorumlu tutulmuştur (TKHK m.11/2).

3. Tazminat Talep Etme Hakkı

TKHK'nın getirdiği ayıptan sorumluluk sistemi çerçevesinde eczaneden edinmiş olduğu ilaç/ilaç dışı ürün nedeniyle zarara uğrayan tüketici, kendisine tanınan seçimlik haklardan biri ile birlikte ya da bu haklardan bağımsız olarak TBK m.112 vd. uyarınca eczacıdan^[74] tazminat talebinde bulunabilir (TKHK m.11/6/c.2).

Bu tazminat talebinin tabi olduğu esaslar bakımından TBK'da mevcut olan ikili sistem, TKHK m.83/1 atfı ile Tüketici Hukukuna da aktarılmıştır. Şöyle ki; yukarıda açıklandığı üzere, sözleşmeden dönme hakkının kullanıldığı durumda tazminat talebi TBK m.229'a tabi iken, diğer seçimlik haklarla birlikte ya da seçimlik haklar kullanılmaksızın sadece tazminat talebinde bulunulması durumunda bu talep TBK m.112'ye dayanacaktır. Bu olasılıkta, TBK 229'dan farklı olarak doğrudan-dolaylı zarar ayırımı ile karşılaşmayacak ve doğrudan zararlar bakımından TBK 229'da benimsenen kusursuz sorumluluk esası işlemeyecektir^[75].

Hükümde herhangi bir ayırım yapılmadığından, şartları gerçekleştiğinde hem maddi hem de manevi tazminat talebinde bulunulması mümkündür.

C. Zamanaşımı ve İspat Yükü

6502 sayılı TKHK'ya göre tüketici malın kendisine tesliminden itibaren iki yıl içinde seçimlik haklarını kullanabilir. Ancak ayıplı fark etmesine rağmen seçimlik haklarını kullanmayan tüketicinin davranışının dürüstlük kuralına aykırılık oluşturacağını da belirtmek gerekir^[76]. Hükümde de açıkça belirtildiği üzere, kanun ya da sözleşme ile daha uzun bir sürenin belirlenmiş olması mümkündür.

[74] Tüketicinin ilaç üreticisinden tazminat talebinde bulunmasına ilişkin olarak bkz. yuk. dn.70.

[75] Bu durumun eleştirisi için bkz. ŞENOCAK, 2014, s. 36; Aydoğdu ise olması gereken hukuk bakımından, satılan malın ayıplı olduğunun bilinmemesinin ayıptan sorumluluğu ortadan kaldırmaması esastan yola çıkarak, tazminat bakımından da ya kusursuz sorumluluğun ya da dönme hakkının kullanılması durumunda tazminata ilişkin düzenlemenin benimsenmesi gerektiği görüşündedir, AYDOĞDU, 2015, s. 179.

[76] ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, 2015, s. 125.

Satıcının ayıbın varlığını bildiği ya da ağır kusurlu olduğu ayıplar ise “hileli ayıp” olarak adlandırılır^[77]. Hileli ayıp durumunda, tüketicinin sahip olduğu seçimlik haklar TKHK m.12/1’deki iki yıllık zamanaşımı süresi yerine, TKHK m.83/1 atfı gereği, TBK m.146’da düzenlenen on yıllık genel zamanaşımı süresine tabi olacaktır.

Tüketicieye tanınan seçimlik haklar yenilik doğurucu hak niteliğinde olmasına rağmen söz konusu iki yıllık süre kanunda, hak düşürücü süre olarak değil, zamanaşımı süresi olarak düzenlenmiştir.

Ayıptan sorumluluk kapsamında eczacıya yöneltilecek tazminat talepleri ise, kanunda düzenlenmiş olan özel zamanaşımı süreleri saklı kalmak üzere, kural olarak, on yıllık genel zamanaşımı süresine tabidir (TBK m.146)

Yukarıda da açıklandığı üzere, 6052 sayılı TKHK m.10 ile tüketicieye ispat kolaylığı sağlanmıştır: “*teslim tarihinden itibaren altı ay içinde ortaya çıkan ayıpların, teslim tarihinde var olduğu kabul edilir. Bu durumda malın ayıplı olmadığına ispatı satıcıya aittir.*” (TKHK m.10/1/c.1,2). Böyle bir ispat kolaylığının getirilmesinin nedeni, bir malın altı ay boyunca sorunsuz çalışmasının yaşamın olağan akışına uygun olduğunun düşünülmesidir. Ancak “*bu karine, malın veya ayıbın niteliği ile bağdaşmıyor ise uygulanmaz*” (TKHK m.10/1/c.3). İlaçlar ya da ilaç dışı ürünler bakımından bu karinenin uygulanması zor gözükmektedir. İspat yüküne ilişkin olarak getirilen bu karine eczanede satılan ürünlerin niteliğine uygun düşerse uygulama alanı bulabilecektir. Örneğin; eczaneden alınan ürünün sprey kısmının teslimden itibaren altı ay içinde bozulmasında bu karine uygulama alanı bulabilir.

V. Sonuç

Toplum sağlığının korunması bakımından önemli bir konumda olan eczacının işlettiği eczane ticari işletme niteliğinde olmasına rağmen, eczacı aynı zamanda bir kamu hizmeti sunmaktadır. Eczacılık mevzuatı incelendiğinde, ilacın son kullanıcıya ulaştırılmasında aracılık yapan eczacıya önemli görevler yüklendiği görülmektedir. Eczacının hukuki sorumluluğu, kendisinden ilaç/ilac dışı ürün edinen kişi ile arasındaki ilişkinin özelliğine göre farklı sorumluluk temellerine dayandırılabilir.

28 Mayıs 2014 tarihinde yürürlüğe giren 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile birlikte getirilen tüketici işlemi tanımı oldukça geniştir.

[77] Hileli ayıbın kapsamına ağır kusur halinin de dâhil edilmesi suretiyle kapsamının genişletildiği görülmektedir, AYDOĞDU, 2015, s.191.

Bunun bir sonucu olarak, eczacı ile eczaneden ilaç/ilaç dışı ürün edinen kişi arasındaki sözleşmesel ilişkinin, incelenen çeşitli ihtimallerde TKHK'nın maddi uygulama alanı kapsamına girdiği görülmektedir.

Ayıplı ilaç nedeniyle eczacının TKHK kapsamında ayıptan sorumluluğuna başvurulabilmesi için aranan şartlar arasında, çalışma konumuz bakımından en çok önem arz eden, ayıplı bir ilacın varlığının ortaya konulmasıdır. Eczacının ayıplı ilaçtan/ilaç dışı üründen sorumluluğunun mahiyeti gereği tüketicinin kullanabileceği haklar ise; sözleşmeden dönme, ayıplı ilacın ayıpsız misli ile değiştirilmesi ve bunlardan biri ile birlikte ya da bağımsız olarak, tazminat talebinde bulunmaktır.

KAYNAKÇA

ARAL, Fahrettin, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, B.2, Yetkin Yayınları, Ankara 1999.

ASLAN, Yılmaz, **Tüketici Hukuku Dersleri**, İstanbul 2013.

ATAMER, Yeşim “İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistemize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematik”, **Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan**, C. I, XII Levha Yayınları, Eylül 2010, (s. 217-260).

ATAMER, Yeşim/ BAŞ, Ece “Avrupa Birliği Hukuku İle Karşılaştırmalı Olarak 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Satım Sözleşmesinde Ayıptan Doğan Sorumluluk”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 88, Yıl: 2014, Özel Sayı: 1, (s. 19-60).

AYDOĞDU, Murat, **Tüketici Hukuku Dersleri**, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.

BORDES, Ozlem A. “The Learned Intermediary Doctrine and Direct-to-Consumer Advertising: Should the Pharmaceutical Manufacturer Be Shielded From Liability?”, **University of Detroit Mercy Law Review**, Vol.81, 2003-2004, (s. 267-287).

BÜYÜKBİNGÖL, Erdem “İlacın Tanımı (İlaç-Gıda Desteği ve Kozmetik Farkı)”, **Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurultayı-2**, 7-8 Kasım 2008, (s. 281-298).

DEMİR, Mehmet, “İlaç Zararlarından Yapımcının, Eczacı ve Hekimin Sorumluluğu”, **Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurultayı-2**, 7-8 Kasım 2008, (s.329-354).

DERYAL, Yahya “Eczanelerde Satılan İlaç ve İlaç Dışı Ürünlerin Ayıplı Olmasından Kaynaklanan Tüketici Hakları”, **Zirve Üniversitesi Sağlık Hukuku ve Politikası Dergisi**, S.1, 2014, (s.105-117).

DETTLING, Heinz-Uwe/ KOPPE-ZAGOURAS, Christina **Antiinfektiva und Desinfektiva: Arzneimittel, Medizinprodukte, Biomedizin oder Kosmetika?-Beispiel Chlorexidin-Produkte-**, **Pharmarecht** 2010, S. 4. (s. 152-162).

DEUTSCH, Erwin/LIPPERT, Hans-Dieter, **Kommentar zum Arzneimittelgesetz**, Springer Verlag, Berlin 2003.

DEUTSCH, Erwin/ SPICKHOFF, Andreas, **Medizinrecht, Arztrecht, Arneimittelrecht, Medizinproduktrecht und Transfusionsrecht**, Springer Verlag, Berlin 2003.

EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.

EREN, Fikret “İsimsiz Sözleşmelere İlişkin Bazı Sorunlar”, **Turgut Akıntürk’e Armağan**, Beta Yayınları, Ankara 2008, (s. 85-111).

GAßNER, Maximilian /REICH-MALTER, Miriam “Die Haftung bei fehlerhaften Medizinprodukten und Arzneimitteln-Recht und Rechtsprechung”, **MedR** 2006, Heft 3, (s. 147-152).

GÖÇMEN, Erkin/GÖÇMEN, Ş. Ali “İlaç Kullanımından Doğan Zararlardan Hekimin, Eczacının ve İlaç Üreticisinin Sorumluluğu”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C.77, S.3, Yıl.2003, (s.640-645).

GÜMÜŞ, Mustafa Alper, **6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi**, İstanbul 2014.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, C.1, İstanbul 2013.

HAVUTÇU, Ayşe: **Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005.

HAVUTÇU, Ayşe “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun Konu Bakımından Uygulama Alanı: Özellikle Tüketici İşlemleri Bakımından Kanunun Kapsamı”, **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, Özel Sayı, C. 9, Kasım 2014, (s.8-19).

HAMAMCIOĞLU, Vardar Gülşah “Paket Tur Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması”, **İÜHF C. LXVIII, S.1-2**, 2010, (s. 275–304).

JENKE, Nina, **Haftung für fehlerhafte Arzneimittel und Medizinprodukte**, Springer Verlag Berlin, 2004.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdülkadir, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu Borçlar Hukukuna Giriş- Hukuki İşlem –Sözleşme**, Filiz Kitabevi İstanbul 2010.

KORKMAZ, Yakup “Türk Hukukunda Eczacıların Hukuki Statüsü ve Sorumluluğu”, **Zirve Üniversitesi Sağlık Hukuku ve Politikası Dergisi**, Sayı 1, Mart 2014, s.25-52.

OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt.1**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.

OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt.2**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.

OZANOĞLU, Hasan Seçkin, “Yargıtay Uygulamasında TKHK’nun Uygulama Alanı Bakımından İsimsiz Sözleşmeler”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2000/36, (s. 53 vd.).

ÖZCAN BÜYÜKTANIR, Burcu Gülseren “İlaç Patenti Hak Sahipliği ve Patent Hakkı Sahibinin İlacın Neden Olduğu Zararlardan Dolayı Sorumluluğu”, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2011.

ÖZEL, Çağlar, **Tüketicinin Korunması Hukuku**, Ankara 2015.

ÖZEL, Çağlar, “Üçüncü Kişinin Uğradığı Zararlar Çerçevesinde Tüketici Kavramı”, **Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini Uluslararası Kongre**, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2016, (s. 13-20).

ÖZEL, Çağlar/ ÖZCAN BÜYÜKTANIR, Burcu, “Akılcı İlaç Kullanımında Hekimin ve Eczacının Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Sayı: 2, 2008, (s. 327-345).

PECHSTEIN, Christoph, **Schuldrecht BT 2. Darlehen, Reise, Bürgschaft, atypische Verträge, Verbraucherschutz, V.2**, Münster (Alpmann und Schmidt Juristische Lehrgänge) 2008.

PETEK, Hasan, **İlaç Üreticisinin Hukuki Sorumluluğu**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.

SEROZAN, Rona, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2006.

SEROZAN, Rona, “‘Culpa in Contrehando’, ‘Akdin Müspet İhlali’ ve ‘Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme’ Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi”, **Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi (MHAD)**, C.2, S.3, 1968, (s.108-120).

SEROZAN, Rona “Parça Borcu–Çeşit Borcu, Aşılması Gereken Bir Ayırım”, **Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi (MHAD)** 1969, Yıl 3, Sayı 5, (s. 211-222).

ŞENOCAK, Zarife “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a Göre Ayıplı Mal Teslimi Halinde Tüketicinin Hakları”, **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, Özel Sayı, C. 9, Kasım 2014, (s.30-37).

TANDOĞAN, Haluk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C.I/1, İstanbul 1988.

TOPSOY, Fevzi “Eczacının Tüketiciyi Bilgilendirme ve Aydınlatma Yükümlülüğü”, **Zirve Üniversitesi Sağlık Hukuku ve Politikası Dergisi**, Sayı.1, Mart 2014, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, (s.53-73).

TÜRK, Hikmet Sami “Eczacılık ve Adi Ortaklık” **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu: bildiriler-tartışmalar**, 8-9 Mayıs 1992, Ankara, (s.159-213).

YILDIRIM, Mustafa Fadıl “Türk Hukukunda İlaç Üreticisinin Ayıptan Sorumluluğu”, **İlaç Hukuku, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 8-9 Mayıs 2009**, (s. 19-36).

YAVUZ, Cevdet, **Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler**, Beta Yayınları, İstanbul 2014.

YÜCE, Melek Bilgin “Satış Sözleşmesinde Ayıptan Dolayı Sorumluluğun Şartları ve Alıcının Seçimlik Hakları”, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Sempozyum No.III, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Legal Yayıncılık, İstanbul 2012, (s.377-413).

ZEVKLİLER, Aydın, **Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2001.

ZEVKLİLER, Aydın/AYDOĞDU, Murat, **Tüketicinin Korunması Hukuku**, 3. Bastı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004.

ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, Emre, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Turhan Kitabevi, Ankara 2015.