Hukuk Bölümü 2012/131 E. , 2013/471 K.

- **Eczacı olan davacının, muvazaalı olarak eczane işlettiğinden bahisle Türk Eczacıları Birliği ile Sosyal Güvenlik Kurumu arasında imzalanan "Sosyal Güvenlik Kurumu Kapsamındaki Kişilerin Türk Eczacıları Birliği Üyesi Eczanelerden İlaç Teminine İlişkin Protokol"ün 6.3.21. maddesindeki kural uyarınca Kurumla olan sözleşmesinin feshine ilişkin işlemin ve bu işlemin dayanağı olan protokolün maddesinin iptali istemiyle açılan davanın ADLİ YARGI YERİNDE görülmesi gerektiği hk.**

  - UYUŞMAZLIK MAHKEMESİNİN KURULUŞ VE İŞLEYİŞİ HAKKINDA KANUN (2247) Madde 10

"İçtihat Metni"

Davacı : A.B.S.

Davalılar : 1-Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı

Vekili : Av. M.A.

2-Türk Eczacıları Birliği

Vekili : Av.G.P.

3-Sağlık Bakanlığı

O L A Y : Eczacı olan davacının, muvazaalı olarak eczane işlettiğinden bahisle Türk Eczacıları Birliği ile Sosyal Güvenlik Kurumu arasında 19.1.2009 tarihinde imzalanan "Sosyal Güvenlik Kurumu Kapsamındaki Kişilerin Türk Eczacıları Birliği Üyesi Eczanelerden İlaç Teminine İlişkin Protokol"ün 6.3.21. maddesindeki "Muvazaalı olarak eczane işlettiği tespit edilen eczacı ile sözleşme yapılmaz. Sözleşme yapılmış ise feshedilir ve bir daha sözleşme yapılmaz." kuralı uyarınca Kurumla olan sözleşmesinin feshine ilişkin 9.7.2009 tarih, .../9017002 sayılı işlemin ve bu işlemin dayanağı olan sözü edilen protokolün 6.3.21. maddesinin iptali istemiyle idari yargı yerinde dava açılmıştır.

Davalı idarelerden Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı vekilince, davanın görüm ve çözüm yerinin adli yargıya ait olduğu öne sürülerek görev itirazında bulunulmuştur.

DANIŞTAY ONUNCU DAİRESİ: 13.5.2011 gün ve E:2010/3652 sayı ile, kamu tüzelkişiliğini haiz ve genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin ilaç ve diğer sağlık hizmetlerini karşılamakla yükümlü olan Sosyal Güvenlik Kurumu ile kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu olan Türk Eczacılar Birliğinin ilaç teminine ilişkin usul ve esasları birlikte belirledikleri protokolün düzenleyici işlem olduğu; 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu kapsamında bulunan genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin ilaçlarının temini ihale usullerine tabi tutulmamış olsa da; dava konusu uygulama işleminde, davacı ile davalı Kurum arasında herhangi bir süre şartı getirilmeksizin, bir başka ifade ile davacıyla süresiz olarak sözleşme yapılmaması şeklinde ifade edilen yaptırımın, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda idareye tanınan bir yetki olan "ihaleden yasaklama" yaptırımına benzer bir nitelik taşıdığı, bu haliyle uygulama işleminin kamu gücüne dayalı olarak tesis edildiğinin görüldüğü; bu durumda, protokolün 6.3.21. maddesinin ve bu maddeye dayanılarak tesis edilen işlemin iptali istemiyle açılan bu davanın görüm ve çözümünün, idari yargının görev alanında bulunduğu gerekçesiyle; davalı Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığının görev itirazının reddine, idari yargının görevli olduğuna karar vermiştir.

Davalı idarelerden Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı vekilince süresi içinde verilen dilekçe ile olumlu görev uyuşmazlığı çıkarılması istemiyle başvuruda bulunulması üzerine dilekçe dava dosyasının onaylı örneği ile birlikte Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmiştir.

YARGITAY CUMHURİYET BAŞSAVCISI; Dosyanın incelenmesinden, Siirt ili Kurtalan ilçesinde bazı eczaneler ve sağlık kuruluşlarında çalışan doktorlar arasında işbirliği ile sahte reçete düzenlenmesi ve bu reçetelerin anlaşmalı kurum olan SGK'ya fatura edilmesi şeklinde ortaya çıkan sahtecilik ve kamu kurumunun dolandırılması iddiası ile yapılan soruşturma sonucunda, bu eylemlere karıştığı iddia edilen Yaşam Eczanesinin eczacısı olan davacının gerçekte bu eczane ile ilgisi olmadığı halde diplomasının Halil Petek isimli kişiye kullandırdığının, böylece muvazaalı eczane çalıştırdığının tespit edilmesi nedeniyle, Türk Eczacılar Birliği ve Sosyal Güvenlik Kurumu arasında 19/01/2009 tarihinde imzalanan "Sosyal Güvenlik Kurumu Kapsamındaki Kişilerin Türk Eczacıları Birliği Üyesi Eczanelerden İlaç Teminine İlişkin Protokol uyarınca ekindeki Tip sözleşmeyi imzalayarak SGK ile anlaşma yapan Yaşam Eczanesinin sözleşmesi bu sözleşmeye ek anılan protokolün 6.3.21. maddesi uyarınca süresiz olarak feshedildiği ve davanın konusunun da sözleşmenin feshine ilişkin idare işleminin ve fesih işlemine dayanak gösterilen sözleşme eki protokol maddesinin iptaline ilişkin olduğunun anlaşıldığı; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "İdari Dava Türleri ve İdari Yargı Yetkisinin Sınırı " başlıklı 2.maddesinin değişik (1/c) bendinde, "Tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar."ın idari davalar arasında sayıldığı; 6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkındaki Kanun'un 1. maddesinde eczacılık mesleği ve faaliyetinin " Eczacılık; eczane, ecza deposu, ecza dolabı, galenik, tıbbi ve ispençiyari mevat ve müstahzarat laboratuvarı veya imalathanesi gibi müesseseler açmak ve işletmek veya tıbbi ve ispençiyari müstahzarat ihzar veya imal etmek veyahut bu kabil resmi veya hususi müesseselerde mesul müdürlük yapmaktır." şeklinde tarif edildiği, kanunun 15. maddesindeki "Serbest eczane bulunmayan yerlerde bu kanunla gösterilen umumi hükümlere tevfikan mesul müdür bulundurmak şartiyle belediye veya özel idareler eczane açabilirler" hükmü ile birlikte değerlendirildiğinde eczahane işyeri açma ve işletme faaliyetinin özel yasasında belirlenen kurallara tabi, ancak Belediye ve Kaymakamlıklardan izin ve ruhsat şartına tabi bir serbest meslek faaliyeti olduğu; davanın çözümünün, feshedilen sözleşmenin idari sözleşme mi yoksa özel nitelikte bir sözleşme mi olduğunun tespitini gerektirdiği; idari sözleşmelerin, konusu bir kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin bulunan ve hüküm ve koşulları itibariyle idareye üstün hak ve yetkiler tanıyan; dolayısıyla idarenin kamu gücüne dayalı, resen ve tek yanlı hareket edebilme yetkilerini içeren sözleşmeler olduğu; bu nitelikte olmayan diğer sözleşmelerin ise, genelde özel hukuk alanında özel hukuk kurallarına göre düzenlendiği; 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunun 68. maddesinin 7. fıkrası "Değişik fıkra: 25106/2009-5917 S.K.l40.mad) Katılım paylarını, gelir veya aylık alan kişilerin gelir veya aylıklarından, çalışanların ücret veya maaşlarından mahsup edilmek suretiyle veya eczaneler ile diğer kurum ve kuruluşlar aracılığı ile tahsile ve katılım paylarının ödenme usulünü belirlemeye Kurum yetkilidir. Sözleşmeli sağlık hizmeti sunucularına, tahsil ettikleri katılım payı düşüldükten sonra kalan tutar ödenir." hükmüne göre, davalı kurumunun ilaçların alımı konusunda eczacılar ile protokol yapabileceğinin belirlendiği; 5510 sayılı yasanın 101. maddesine göre de, Bu Kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde, bu Kanun hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıkların iş mahkemelerinde görüldüğü; serbest meslek erbabı olan eczacının mesleğini icra edebilmesi için davalı idare ile sözleşme imzalaması gibi bir zorunluluk bulunmadığı; ancak davalı SGK

sigortalılarına ücretini daha sonra davalı kurumdan tahsil etmek şartı ile ilaç satışına aracılık etmesi için eczanelerin bağlı olduğu meslek örgütü olan Türk Eczacılar Birliği ile davalı SGK arasında yapılmış olan ve ekinde Tip sözleşmeyi içeren protokol kurallarına ve sözleşme hükümlerine uymayı kendi rızaları ile kurumla karşılıklı sözleşme imzalayarak kabul edebilecekleri; dosyaya getirtilip incelen 19/01/2009 tarihinde imzalanan "Sosyal Güvenlik Kurumu Kapsamındaki Kişilerin Türk Eczacıları Birliği Üyesi Eczanelerden İlaç Teminine İlişkin Protokol'ün ve sözleşmenin ise, taraflara karşılıklı olarak çeşitli hak ve yükümlülükler getirdiği ve özel hukuk hükümlerine tabi olduğu, davalı kurum tarafından hazırlanmış bir imtiyaz sözleşmesi niteliğinde bulunmadığının anlaşıldığı; Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 04/05/2009 günlü ve 2008/104 E, 2009/103 K numaralı emsal sayılabilecek kararına göre de, İdare ile eczane arasında, indirimli ilaç satışına ilişkin sözleşme uyarınca verilen ilaçların bedelinin ödenmesi istemiyle açılan davanın adli yargı yerinde görülmesi gerektiğine karar verilmiş olduğu; Danıştay 10. Dairesinin 11/04/2005 günlü ve 2004/12712 E, 2005/1612 K sayılı kararı ile de, eczaneler ile kamu kurum ve kuruluşları arasında özel hukuk hükümleri çerçevesinde yapılan anlaşmaların uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlıkların görüm ve çözümünde adli yargı yerinin görevli olduğu kararına varılmış bulunduğu; yukarıda açıklanan nedenlerle, uyuşmazlığa konu sözleşmenin feshinin iptali işlemi ile fesih işlemine dayanak olan eki protokol maddesinin iptaline dair istemin taraflar arasında serbest iradeleri ile yapılan bir sözleşmenin uygulanması aşamasında ortaya çıkan bir sorun olduğu ve özel hukuk hükümlerine göre adli yargı yerinde görüm ve çözümü gerektiğinin anlaşıldığı gerekçesiyle; 2247 sayılı Kanun'un 10 ve 13. maddeleri gereğince, olumlu görev uyuşmazlığı çıkarılmasına, dosyanın Uyuşmazlık Mahkemesi Başkanlığına gönderilmesine karar vermiştir.

Başkanlıkça, 2247 sayılı Yasa'nın 13. maddesine göre Danıştay Başsavcısı'nın da yazılı düşüncesi istenilmiştir.

DANIŞTAY BAŞSAVCISI; Uyuşmazlığın çözümü için öncelikli olarak iki kamu kurumu arasında imzalanan protokolün ve kamu kurum ve kuruluşları ile eczane arasında özel hukuk hükümleri çerçevesinde yapılan anlaşmaların niteliklerinin ortaya konulmasının gerektiği; bu bağlamda, bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için sürekli bir kamu hizmetinin görülmesi veya gördürülmesi amacını taşıması, taraflardan birinin idare olması ve kamu hukukuna özgü kamu hukukundan doğan şart ve hükümlerin sözleşmede yer almasının zorunlu bulunduğu; uyuşmazlık konusu olayda, eczane ile Sosyal Güvenlik Kurumu arasında imzalanan sözleşme ile davalı Sosyal Güvenlik Kurumu sigortalılarına ücretini daha sonra davalı kurumdan tahsil etmek şartı ile ilaç satışına aracılık etmesi için eczanelerin bağlı olduğu meslek örgütü olan Türk Eczacılar Birliği ile davalı Sosyal Güvenlik Kurumu arasında yapılmış olan protokol kurallarına uymayı kendi rızaları ile kabul etmekte oldukları, tarafların serbest iradeleri ile imzalanan sözleşmenin, taraflara karşılıklı hak ve yükümlülükler getirdiği ve özel hukuk hükümlerine tabi bulunduğu; dolayısıyla, taraflar arasında kamu hukuku kuralları çerçevesinde yapılmayan ve kamu gücü kullanılmayan özel hukuk sözleşmesinin uygulanmasından kaynaklanan sözleşmenin feshine ilişkin işleme karşı açılan bu davanın görümü ve çözümünün adli yargı yerine ait olduğu; öte yandan; dava dosyasında mevcut bilgi ve belgelere göre, Siirt Sosyal Güvenlik İl Müdürlüğü tarafından Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığına hitaben yazılan 07.12.2010 gün ve B.13.2.SGK. 56.00.111-200 sayılı yazıdan, davacı tarafından sözleşmenin feshi işlemine karşı İdari Yargı'da açtığı davadan ayrı olarak Kurtalan Asliye Hukuk Mahkemesinin E:2009/167 esasına kayıtlı davanın açıldığının anlaşıldığı; Türk Eczacılar Birliği ile Sosyal Güvenlik Kurumu arasında 19.1.2009 tarihinde imzalanan Sosyal Güvenlik Kurumu Kapsamındaki Kişilerin Türk Eczacılar Birliği Üyesi Eczanelerden İlaç Teminine İlişkin Protokol'ün 6.3.21'inci maddesinin iptal istemine gelince; davalı, Sosyal Güvenlik Kurumu sigortalılarına ücretini daha sonra davalı kurumdan tahsil etmek şartıyla ilaç satışına aracılık etmesi için eczanelerin bağlı olduğu meslek örgütü olan Türk Eczacılar Birliği ile davalı Sosyal Güvenlik Kurumu arasında imzalan ve (2) numaralı maddesinde belirtilen kişiler için temin edilecek ilaçlarla ilgili olarak eczanelerle yapılacak sözleşmeye ilişkin usul ve esaslar ile karşılıklı hak ve yükümlülüklerin belirlendiği protokolün, iki taraflı irade ile oluşan ve eczanelerden ilaç temini ile ilgili oranları belirleyen bir idari sözleşme olduğu; 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "İdari Dava Türleri ve İdari Yargı Yetkisinin Sınırı" başlıklı 2'inci maddesinin 1 'inci fıkrasının (a) bendinde, "İdari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan iptal davaları"; (c) bendinde de, "Tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlarına ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar"ın idari davalar arasında sayıldığı; 2577 sayılı Kanunun 2'nci maddesinin 1 'inci fıkrasının (a) bendinde tanımı yapılan iptal davasının konusunun, idarenin kamu hizmetinin yürütümü sırasında, kamu gücü kullanılarak tek yanlı irade açıklamasıyla tesis etmiş olduğu idari işlemler olduğu; oysa; İdari sözleşmenin, biri idare eden, diğeri de, idare edilen konumundaki tarafın karşılıklı irade açıklamalarıyla oluşan, iki yanlı hukuki durum olduğu; bu nedenle de, bir idari sözleşmenin iptal davasına konu edilmesinin "İptal Davası Teorisine" ve Pozitif Hukukumuza aykırı olduğu; hukuki durum bu olmakla birlikte, bir idari sözleşme olan protokolün iptali isteğinin, hukuka uygun olmadığını söylemeye yetkili yargı yerinin, Anayasamızla, idarenin hukuka uygunluğunu yargısal yöntemlerle denetlemekle görevlendirilen İdari Yargı Düzenine dahil yargı yerleri olduğu; nitekim, Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 17.3.1986 gün ve 19050 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 21.10.1985 gün ve E:1985/14 K:1985/26 sayılı kararının da bu yönde bulunduğu gerekçesiyle; Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca 2247 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanunun 10'uncu ve 13'üncü maddeleri uyarınca yapılan başvurunun sözleşme feshine ilişkin kısmının kabuIü; davanın Türk Eczacılar Birliği ile Sosyal Güvenlik Kurumu arasında 19.1.2009 tarihinde imzalanan Sosyal Güvenlik Kurumu Kapsamındaki Kişilerin Türk Eczacıları Birliği Üyesi Eczanelerden İlaç Teminine İlişkin Protokol'un 6.3.21 'inci maddesine ilişkin kısmıyla ilgili olarak yapılan başvurunun reddi gerektiği yolunda yazılı düşünce vermiştir.

İNCELEME VE GEREKÇE :

Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü'nün, Serdar ÖZGÜLDÜR'ün Başkanlığında, Üyeler: Mustafa AYSAL, Eyüp Sabri BAYDAR, Sıddık YILDIZ, Nurdane TOPUZ, Ayhan AKARSU ve Metin ULUKANLIGİL'in katılımlarıyla yapılan 8.4.2013 günlü toplantısında;

I-İLK İNCELEME:Dosya üzerinde 2247 sayılı Yasa'nın 27. maddesi uyarınca yapılan incelemeye göre; davalı idarelerden Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı vekilinin anılan Yasanın 10/2 maddesinde öngörülen yönteme uygun olarak yaptığı görev itirazının reddedilmesi ve 12/1. maddede belirtilen süre içinde başvuruda bulunması üzerine Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nca, 10. maddede öngörülen biçimde anılan davalı İdare yönünden olumlu görev uyuşmazlığı çıkarıldığı anlaşılmaktadır. Usule ilişkin herhangi bir noksanlık bulunmadığından, görev uyuşmazlığının esasının incelenmesine oybirliği ile karar verildi.

II-ESASIN İNCELENMESİ: Raportör-Hakim Taşkın ÇELİK'in, davanın çözümünde adli yargının görevli olduğu yolundaki raporu ile dosyadaki belgeler okunduktan; ilgili Başsavcılarca görevlendirilen Yargıtay Cumhuriyet Savcısı M. BAYHAN'ın davanın adli yargının, Danıştay Savcısı Tuncay DÜNDAR'ın ise, davanın, protokol maddesinin iptali istemine ilişkin kısmının idari yargının, sözleşmenin feshine ilişkin kısmının adli yargının görevinde olduğu yolundaki sözlü açıklamaları da dinlendikten sonra GEREĞİ GÖRÜŞÜLÜP DÜŞÜNÜLDÜ:

Dava, eczacı olan davacının, muvazaalı olarak eczane işlettiğinden bahisle Türk Eczacıları Birliği ile Sosyal Güvenlik Kurumu arasında 19.1.2009 tarihinde imzalanan "Sosyal Güvenlik Kurumu Kapsamındaki Kişilerin Türk Eczacıları Birliği Üyesi Eczanelerden İlaç Teminine İlişkin Protokol"ün 6.3.21. maddesindeki "Muvazaalı olarak eczane işlettiği tespit edilen eczacı ile sözleşme yapılmaz. Sözleşme yapılmış ise feshedilir ve bir daha sözleşme yapılmaz." kuralı uyarınca Kurumla olan sözleşmesinin feshine ilişkin 9.7.2009 tarih, .../9017002 sayılı işlemin ve bu işlemin dayanağı olan sözü edilen protokolün 6.3.21. maddesinin iptali istemiyle açılmıştır.

Bir kamu hizmetinin yürütülmesi için ihtiyaç duyulan mal veya hizmet temini sırasında, "idarede kanunilik" ilkesi gereğince idarenin

belirli usul ve esaslara uyması zorunlu olup; işin sözleşmeye bağlanmasından önce geçen bu süreçte tesis edilen işlemlerin, kamu gücüne dayalı, re'sen ve tek yanlı olması nedeniyle idari işlem niteliğini taşıması karşısında, yargısal denetiminin idare hukuku ilkelerine göre idari yargı yerlerince yapılacağı tartışmasızdır. Ancak, işin sözleşmeye bağlanmasından sonraki işlemlerin hangi hukuki rejime tabi olacağının tespiti için: yapılan sözleşmenin konusu ile içerdiği hüküm ve koşulların niteliğinin ayrıca incelenmesi gerekecektir.

İdari sözleşme, idarenin kaM.l yetkisine dayanarak, kamu hizmeti gerekleri ve kamu yararı nedeniyle yaptıkları sözleşmelerdir. Bunlar idarenin ayrıcalıklı ve üstün hak ve yetkilerini içerirler. İdare, bu sözleşme hükümlerinde tek yanlı değişiklik yapabilir ya da sözleşmenin feshine gidebilir, Bu nitelikte olmayan diğer sözleşmeler ise, genelde özel hukuk alanında, özel hukuk kurallarına göre düzenlenir.

Dava dosyasının incelenmesinden; Siirt İli, Kurtalan İlçesi sağlık kurum ve kuruluşları görevlileri hakkında Sağlık Bakanlığı Teftiş Kurulu Başkanlığı'nca yaptırılan soruşturma sonucunda düzenlenen 09/04/2009 tarihli ve 13/4 ve 16/7 sayılı Soruşturma Raporu'nun "Netice ve Kanâat" kısmında; "C- Yaşam Eczanesi; "Yaşam Eczanesinin asıl sahibi ve isletmecisi Halil Petek olup, Eczacısı A.B.S.'ün sadece diplomasını kullandırdığı ve muvazaalı olduğu ifade ve belgelerden anlaşıldığı cihetle, 6197 sayılı Eczaneler ve Eczacılar Hakkında Kanun ve ilgili yönetmeliği ile Bakanlığın 19.12.2005 gün ve 62056 sayılı Genelgeleri doğrultusunda eczanenin kapatılarak, ruhsatın iptal edilmesi gerekmektedir."Yolunda görüş ve kanaat bildirilmesi üzerine; Rapordaki teklif doğrultusunda; Siirt Valiliği'nin 24/06/2009 tarihli ve 5848 sayılı işlemi ile, davacıya ait eczanenin kapatılarak, ruhsatının iptal edildiği; bilahare, Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı, Diyarbakır Sosyal Güvenlik İl Müdürlüğü, Diyarbakır Sağlık Sosyal Güvenlik Merkez Müdürlüğü tarafından tesis edilen 09.07.2009 tarih B.13.2.SGK.4.21.20.01/9017002 sayılı işlem ile, Türk Eczacılar Birliği ile Sosyal Güvenlik Kurumu arasında 19/01/2009 tarihinde imzalanan "Sosyal Güvenlik Kurumu Kapsamındaki Kişilerin Türk Eczacıları Birliği Üyesi Eczanelerden İlaç Teminine İlişkin Protokol"ün 6.3.21. maddesi uyarınca davacının Kurumla olan sözleşmesinin feshedildiği; durumun davacıya tebliği üzerine; davacı vekili tarafından, Kurumla olan sözleşmesinin feshine ilişkin 9.7.2009 tarih, …/9017002 sayılı işlemin ve bu işlemin dayanağı olan sözü edilen protokolün 6.3.21. maddesinin iptali istemiyle dava açıldığı; davacıya aiteczanenin kapatılarak, ruhsatının iptal edilmesinin, bu davanın konusunu oluşturmadığı anlaşılmıştır.

Diğer taraftan, 2009 yılına ilişkin "SOSYAL GÜVENLİK KURUMU KAPSAMINDAKİ KİŞİLERİN TÜRK ECZACILARI BİRLİĞİ ÜYESİ ECZANELERDEN İLAÇ TEMİNİNE İLİŞKİN PROTOKOL" hükümleri incelendiğinde; Protokolün taraflarının Sosyal Güvenlik Kurumu ve Türk Eczacıları Birliği olduğu; konusunun, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından sağlık yardımları karşılanan ve bu protokolün (2) numaralı maddesinde belirtilen kişiler için temin edilecek ilaçlarla ilgili olarak eczanelerle yapılacak sözleşmeye ilişkin usul ve esaslar ile karşılıklı hak ve yükümlülüklerin belirlenmesi olarak belirtildiği; dayanak olarak, protokolün; 5510 sayılı Kanunun 73. maddesi (Değişik:17/4/2008-5754/45 md.), 5502 sayılı Kanun ile 6643 sayılı Türk Eczacıları Birliği Kanununun 39 uncu maddesinin (j) fıkrası hükümlerinin gösterildiği; protokolün (2) numaralı maddesinde, protokole göre hizmet alacak kişilerin sayıldığı; 3.maddede, hastalara düzenlenen reçetelerin, sözleşmeli eczaneler tarafından bu protokol çerçevesinde ve protokolün imzalandığı tarihte yürürlükte olan SUT(Protokolün geçerli olduğu dönemde Kurum tarafından uygulanan Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliği) hükümleri (Kamu kurum iskontosu ve eczacı iskontosu hariç) doğrultusunda karşılanacağının belirtildiği, aynı maddede; reçete muhteviyatı ilaç bedellerinin eczaneye ödenebilmesi için; reçetelerin özelliklerinin ve reçete ekinde bulunması gereken belgelerin neler olduğunun; endikasyon uyumuna bakılacak durumların; reçete iadesinin ve usule ilişkin olarak riayet edilmesi gereken hususların gösterildiği; 4.maddede, Ödeme Şartları ve Zamanı üst başlığı altında, faturaların düzenlenmesi, teslimi, fatura inceleme ve ödeme hususlarına; "Cezai Şart Tahsili" başlıklı 5.maddenin 1.fıkrasında; Protokolün (6.3) numaralı maddesinde (6.3.19) numaralı maddesi hariç olmak üzere belirtilen fiiller için Kurumca uygulanacak cezai şart tutarının her fiil için 250 TL'den az olması halinde, alınacak cezai şart bedelinin 250 TL'ye tamamlanacağı, Protokolün (6.3) numaralı maddesinde (6.3.19) numaralı maddesi hariç olmak üzere belirtilen aynı fiilin/fiillerin son bir yıl içinde tekrarlandığının tespit edilmesi halinde uygulanacak cezai şart bedelinin her fiil için 500 TL'den az olması halinde, alınacak cezai şart bedelinin 500 TL'ye tamamlanacağı hususuna yer verildiği; "SÖZLEŞMENİN FESHİ VE CEZAİ ŞARTLAR" başlığını taşıyan 6.maddesinde; tarafların bir ay önceden yazılı bildirimde bulunmak şartıyla sözleşmeyi her zaman feshedebilecekleri; Eczanenin kapanması halinde; kapanma tarihinde sözleşmenin kendiliğinden sona ereceğinin belirtildiği; Cezai şart uygulanacak fiiller, fesih nedeni fiiller ve sözleşme yapılmayacak sürelerin neler olduğunun sayıldığı alt başlığın, (dava konusunu oluşturan) 6.3.21.kısmında, "Muvazaalı olarak eczane işlettiği tespit edilen eczacı ile sözleşme yapılmaz. Sözleşme yapılmış ise feshedilir ve bir daha sözleşme yapılmaz." denildiği; aynı maddenin diğer alt bentlerinde; bu protokol hükümleri ile ilgili olarak ceza hukuku açısından suç teşkil eden fiillerin tespiti halinde, Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunulacağı; açılan Kamu davası sonucunda ceza mahkemesi tarafından beraat kararı verilen eczacının beraat kararından sonra talebi halinde sözleşme yapılacağı; fesih nedeniyle sözleşme yapılmayacak süre içinde sözleşmesi feshedilen eczacının yeni bir isimle veya başka bir adreste (il değişikliği dahil) eczane açması veya eczane devir alması halinde eczacı ile sözleşme yapılmayacağı; gerek görüldüğü hallerde Kurumun (Tanımlarda, Kurum: Sosyal Güvenlik Kurumu), bu protokolün uygulanmasıyla ilgili hususları, eczane nezdinde yapılacak olan da dahil olmak üzere, Kurum Başkanlık Müfettişleri veya Kurum yetkilileri marifeti ile her zaman incelettirebileceği; Sağlık Bakanlığı İl Sağlık Müdürlükleri, Türk Eczacıları Birliği Merkez Heyeti ve Bölge Eczacı Odaları tarafından eczanelerde yapılan denetimlerde bu protokolde sözleşmenin feshini ve/veya cezai şart gerektiren hususların tespit edilerek Kuruma bildirilmesi halinde bu durumun Kurum tarafından değerlendirilerek, belirtilen fesih hükümleri ve süreleri ile cezai şartlara ilişkin işlem yapılacağı; Protokolün "PROTOKOLE İLİŞKİN USUL VE ESASLAR" başlıklı 7.maddesinde; (7.1.)Kurumlaeczaneler arasında bu protokol esaslarına göre her yılın Şubat ayında sözleşme yenileneceği, Kurum ile Türk Eczacıları Birliği arasında yapılacak Ek Protokol veya Protokollerle düzenleme yapılması halinde, sözleşmelieczanelerin bu düzenlemelere uymakla yükümlü oldukları; Kurumun, protokol hükümlerini kabul eden ve başvuru formunu getiren hereczane ile (feshi gerektirecek hususlar nedeniyle sözleşmeleri feshedilenlerin fesih süreleri boyunca ve muvazaalı olarak açıldığı kanıtlananeczaneler hariç) sözleşme yapacağı; (7.9.) Eczanelerin, sözleşme yaparken 6643 sayılı Türk Eczacıları Birliği Kanununun 39 uncu maddesine dayanılarak TEB tarafından bastırılmış, bu protokole uygun "Tip Sözleşmeleri" (EK-1) kullanacakları, eczanenin yapacağı indirim oranının tespiti amacıyla SUT eki EK-3/B formunun bir örneğinin Kurum taşra teşkilatına ibraz edileceği; "YETKİLİ MAHKEME" başlıklı 8.maddesinde; protokolün uygulanmasında Kurum ile TEB arasında doğan uzlaşmazlıklarda Ankara mahkemeleri ve icra dairelerinin; taşra teşkilatı ile eczaneler arasında imzalanan sözleşmelerin uygulanmasından doğan uyuşmazlıklarda sözleşmeyi yapan taşra teşkilatının bulunduğu yer mahkemeleri ve icra dairelerinin yetkili bulunduğu; 9.maddesinde, bu protokolün 01/02/2009 tarihinde yürürlüğe gireceği, süresinin 3 (üç) yıl olduğu; "YÜRÜTME" başlıklı 10.maddesinde; bu protokolün yürütümünün Sosyal Güvenlik Kurumu ve Türk Eczacıları Birliği tarafından yapılacağı; Kurum ve TEB arasında 3'er kişilik yetkililerden oluşan bir komisyon kurulacağı, Komisyonun 3 ayda bir, müteakip ayın ilk haftasında toplanacağı ve protokol/sözleşmenin yürütülmesindeki aksaklıkları değerlendireceği, tarafların bir ay önceden yazılı bildirimde bulunmak şartıyla, bu protokolü feshetme hakkına sahip oldukları; bu protokol gereği yapılan sözleşmenin yürütümünün Kurumun taşra teşkilatı tarafından yapılacağı imza altına alınmış; Protokol eki "TİP SÖZLEŞME"de ise Sosyal Güvenlik Kurumu ile Eczane sahibi ve mesul müdürü arasında, Sosyal Güvenlik Kurumu ile Türk Eczacıları Birliğinin ortaklaşa imzaladıkları protokol esaslarına uygun olarak hizmet sunulması amacıyla iş bu sözleşmenin yapılmış olduğu; bu sözleşmenin; Sosyal Güvenlik Kurumu sağlık yardımlarından yararlandırılanların tabi oldukları mevzuat hükümleri çerçevesinde muayene ve tedavileri sonucunda düzenlenecek reçetelerdeki muhteviyatın (sözleşme yapılan) eczaneden protokolde belirlenen hükümlere göre, belirlenen oranda indirim uygulanmak suretiyle alınmasını kapsadığı; Kurum ile Türk Eczacıları Birliği arasında yapılacak Ek Protokol/Protokollerle düzenleme yapılması halinde, sözleşmelieczanelerin bu düzenlemelere uymakla yükümlü oldukları hususlarına yer verildiği

görülmüştür.

Serbest meslek erbabı olan eczacıların, mesleklerini icra edebilmeleri için Kurum ile sözleşme imzalaması gibi bir zorunluluk bulunmadığı; ancak olayda olduğu gibi, davalılardan Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığının sigortalılarına, ücretini daha sonra Kurumdan tahsil etmek şartı ile ilaç satışına aracılık etmesi için bağlı oldukları meslek örgütü olan Türk Eczacılar Birliği ile yapılmış olan ve ekinde Tip sözleşmeyi içeren protokol kurallarına ve sözleşme hükümlerine uymayı kendi rızaları ile kurumla karşılıklı sözleşme imzalayarak kabul edebilecekleri de açıktır.

Gerek protokolün gerekse de sözleşmenin, taraflara karşılıklı olarak çeşitli hak ve yükümlülükler getirdiği, tarafların serbest iradelerine dayandığı, ticari nitelikli olduğu, Kamu Hukukunun ve dolayısıyla kamu gücünün bu sözleşmede yerinin bulunmadığı; Protokolde, tarafların karşılıklı fesih yetkilerinin bulunduğu, belirlenen oranda indirim yapan her eczane ile anlaşma yapılacağı gibi hususlara yer verildiği görülmektedir

Bu durum karşısında, sözleşme kamu hukuku ağırlıklı değil, tarafların serbest iradesi ile oluşmaktadır. İdarenin sözleşmedeki fesih ve diğer yetkilerinin karşı taraftan fazla bulunması, bu sözleşmenin özel sözleşme niteliğini etkilemediği gibi; kamu hizmetine ilişkin bulunsa da idarenin üstün yetkilerle donatıldığı sonucunu doğurmamaktadır. Yapılan protokol, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından sağlık yardımları karşılanan kişilere eczaneden indirimi ilaç alınması koşullarını belirlediğine göre; sözleşmenin devamı aşamasında ortaya çıkan ve taraflar arasındaki sözleşmenin feshine ve fesih işlemine dayanak olan protokol maddesinin iptali isteminden doğan uyuşmazlığın; anılan sözleşme ve protokol hükümleri ile özel hukuk kuralları uyarınca adli yargı yerinde çözümlenmesi gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın başvurusunun kabulü ile davalılardan SGK Başkanlığı vekilinin görev itirazının reddine ilişkin Danıştay Onuncu Dairesi'nin Görevlilik Kararının kaldırılması gerekmiştir.

SONUÇ : Davanın çözümünde ADLİ YARGININ görevli olduğuna, bu nedenle, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın BAŞVURUSUNUN KABULÜ ile, davalılardan Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı vekilinin görev itirazının reddine ilişkin, Danıştay Onuncu Dairesi'nin 13.5.2011 gün ve E:2010/3652 sayılı GÖREVLİLİK KARARININ KALDIRILMASINA, 8.4.2013 gününde Üyelerden Sıdık YILDIZ ile Nurdane TOPUZ'un KARŞI OYLARI VE OY ÇOKLUĞU İLE KESİN OLARAK karar verildi.

KARŞI OY

Dava, eczacı olan davacının, muvazaalı olarak eczane işlettiğinden bahisle Türk Eczacıları Birliği ile Sosyal Güvenlik Kurumu arasında 19.1.2009 tarihinde imzalanan "Sosyal Güvenlik Kurumu Kapsamındaki Kişilerin Türk Eczacıları Birliği Üyesi Eczanelerden İlaç Teminine İlişkin Protokol"ün 6.3.21. maddesindeki "Muvazaalı olarak eczane işlettiği tespit edilen eczacı ile sözleşme yapılmaz. Sözleşme yapılmış ise feshedilir ve bir daha sözleşme yapılmaz" kuralı uyarınca Kurumla olan sözleşmesinin feshine ilişkin 9.7.2009 tarih, .../9017002 sayılı işlemin ve bu işlemin dayanağı olan Protokolün 6.3.21. maddesinin iptali istemiyle açılmıştır.

Sosyal Güvenlik Kurumu ile Türk Eczacıları Birliği tarafından eczanelerden temin edilecek ilaçlarla ilgili olarak Kurum ile eczaneler arasında yapılacak sözleşme için imzalanan Protokol, iki tarafın karşılıklı olarak irade açıklaması ile oluşan, yalnızca sözleşmeyi imzalayan taraflar için bağlayıcı nitelikte bir sözleşme değil, Kurum tarafından eczanelerden temin edilecek ilaçlarla ilgili olarak Kurum ile eczaneler arasında imzalanacak sözleşmelere esas oluşturacak kuralların belirlendiği objektif, genel, kural koyucu nitelikte yapılan idari bir düzenleme olduğundan, 19.1.2009 tarihinde imzalanan "Sosyal Güvenlik Kurumu Kapsamındaki Kişilerin Türk Eczacıları Birliği Üyesi Eczanelerden İlaç Teminine İlişkin Protokol"ün 6.3.21. maddesindeki "Muvazaalı olarak eczane işlettiği tespit edilen eczacı ile sözleşme yapılmaz. Sözleşme yapılmış ise feshedilir ve bir daha sözleşme yapılmaz" kuralının iptali istemiyle açılan davanın görüm ve çözümü idari yargının görev alanında bulunmaktadır.

Öte yandan; eczacı olan davacının, muvazaalı olarak eczane işlettiğinden bahisle Protokol"ün 6.3.21. maddesi uyarınca Kurumla olan sözleşmesinin feshine ilişkin 9.7.2009 tarih, .../9017002 sayılı işlemin iptali istemine gelince:

Yukarıda sözü edilen Protokol maddesine göre sözleşmenin feshi, sözleşmesi feshedilenle bir daha sözleşme yapılmaması gibi bir yaptırımı da beraberinde getirdiğinden, bu haliyle uygulama işleminin kamu gücüne dayalı olarak tesis edildiğinin kabulü gerekmektedir.

Bu itibarla, Protokolün 6.3.21. maddesi ile birlikte bu maddeye dayanılarak tesis edilen uygulama işleminin iptali istemiyle açılan davanın idari yargı yerinde çözümlenmesi gerektiği oyu ile karara katılmıyoruz.

ÜYE	ÜYE
Sıdık YILDIZ	Nurdane TOPUZ