Hukuk Bölümü 2012/162 E. , 2013/473 K.

- **Eczane işleten ve kendisiyle ilaçların indirimli alınması hususunda sözleşme imzalanmış olan davacıya, Türk Eczacıları Birliği ile Sosyal Güvenlik Kurumu arasında imzalanan "Sosyal Güvenlik Kurumu Kapsamındaki Kişilerin Türk Eczacıları Birliği Üyesi Eczanelerden İlaç Teminine İlişkin Protokol"ün 6.3.3 maddesine aykırı hareket ettiğinden bahisle, borç tahakkuk ettirilmesine ilişkin borç bildirim belgelerinin iptali istemiyle açılan davanın ADLİ YARGI YERİNDE görülmesi gerektiği hk.**

  - UYUŞMAZLIK MAHKEMESİNİN KURULUŞ VE İŞLEYİŞİ HAKKINDA KANUN (2247) Madde 19

"İçtihat Metni"

Davacı : Ö.K.

Vekili : Av.A.G.Ö.

Davalı : Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı

Vekili : Av.A.A.

O L A Y : 2009 yılına ilişkin, Sosyal Güvenlik Kurumu Kapsamındaki Kişilerin Türk Eczacıları Birliği Üyesi Eczanelerden İlaç Teminine İlişkin Protokol kapsamında, Serbest eczacılık yapan Davacı ile davalı Kurum arasında, 2009 yılında, ilaçların %2,5 indirimli alınması hususunda üç yıl süreli sözleşme imzalanmıştır.

Davacıya ait işyeri hakkında davalı Kurum tarafından anılan Protokol çerçevesinde yapılan teftiş sonucunda düzenlenen 17.05.2011 tarihli raporda; Protokolü'nün, Sözleşmenin Feshi ve Cezai Şartlar başlıklı 6. maddesinin 6.3.3 alt maddesine aykırı hareket ettiği ve böylece hasta A.F.E.'e ait 27.02.2009 tarih ve 3914 protokol no'lu reçeteye ilişkin 2113274 döküm no'lu fatura bedeli olan 220,10-TL'nin davacıya ödenmiş olması nedeniyle hem bu bedelin hem de Protokol'ün 6.3.3 alt maddesi gereğince bedelin 5 katı tutarındaki 1.100,50-TL cezai şartın davacıdan tahsil edilmesi gerektiğinin tespit edildiği belirtildiğinden; davacıya, uyarı mahiyetinde ve aynı zamanda yapılacak işlemleri anlatan 30.05.2011 tarih ve 11354027 sayılı yazı gönderilmiş; daha sonra ise anılan yazı ilgi tutularak; 29.06.2011 tarih ve 13.682.919 sayılı, 228,02 TL miktarlı Borç Bildirim Belgesi ile aynı tarih ve 132106702 sayılı, 1.106,50 TL miktarlı Borç Bildirim Belgesi gönderilmiştir.

Davacı vekili; müvekkili adına Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı'nca haksız ve yersiz olarak uygulandığı iddiasıyla, 29.06.2011 tarihli 132106702 ve 13682919 sayılı toplam 1.334,52 TL idari para cezasının (borç bildirim belgeleri) tüm sonuçlarıyla birlikte ortadan kaldırılmasına (iptaline) karar verilmesi istemiyle adli yargı yerinde dava açmıştır.

MERSİN 6.SULH CEZA MAHKEMESİ: 26.09.2011 gün ve Değişik İş Karar:2011/982 sayı ile, SGK tarafından gönderilen belgelerin incelenmesinden, eczacılık yapan ve protokole dayalı olarak SGK mensuplarına ilaç temin eden eczacı Özlem Karakaya hakkında, kuruma fatura edilen reçetelerde bulunması gereken ve reçete muhteviyatı ilaçların reçete sahibine ya da yakınına teslim edildiğine ilişkin imzanın reçete sahibi ya da ilaçların teslim olunduğu yakınına ait olmadığının tespit edildiği böylece adı geçen eczacının protokolün 6.3.3 maddesine aykırı davrandığı gerekçesiyle 1106,50 TL, 228,02 TL ve 46,82 TL borç tahakkuk ettirildiğinin anlaşıldığı; Kabahatlere ilişkin genel ilkeler ile kabahatler karşılığında uygulanabilecek olan idari yaptırımların türleri ve sonuçları, kabahatler dolayısıyla karar alma süreci, idari yaptırım kararlarına karşı gidilebilecek kanun yolu ile idari yaptırım kararlarının yerine getirilmesine ilişkin esasların Kabahatler Yasasında belirlenmiş ve bu yasada çeşitli kabahatlere yer verilmiş olduğu; Kabahatler Yasasının 4/1-2. maddesi uyarınca hangi fiillerin kabahat oluşturduğu kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi, kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriğinin idarenin genel ve düzenleyeceği işlemleriyle de doldurulabileceği; kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, süresi ve miktarının ancak kanunla belirlenebileceği; aynı Yasanın 27/1 maddesi uyarınca idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırım kararına karşı, kararın tebliğ veya tefhimi tarihinden itibaren en geç 15 gün içerisinde Sulh Ceza Mahkemesine başvurulabileceği; somut olayda ise, itiraz edenin 2009 yılı eczane protokolünün 6.3.3 maddesine aykırı davrandığı gerekçesiyle hakkında toplam 1361,42 TL borç tahakkuk ettirildiğinin anlaşıldığı; yukarıda açıklanan yasal düzenlemeler ve itiraza konu olay birlikte değerlendirildiğinde; Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından tahakkuk ettirilen borcun Kabahatler Kanunu kapsamında idari para cezası niteliğinde olmadığı, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2. maddesi uyarınca, tahakkuk ettirilen paranın "ceza" niteliğinde olmayıp, idarenin "borç tahakkuk ettirme" niteliğindeki işlemi olduğu, böylece Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından itiraz edene idari işlem niteliğinde borç tahakkuk ettirildiğinin anlaşıldığı; 5510 sayılı Yasanın 102. maddesinin 4. fıkrası uyarınca idari para cezalarının ilgiliye tebliğ ile tahakkuk edeceği, tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içinde kuruma ya da kurumun ilgili hesaplarına yatırılacağı veya aynı süre içinde kuruma itiraz edilebileceği, itirazın takibi durduracağı, Kurumca itirazı reddedilenlerin kararın kendilerine tebliğ tarihinden itibaren 30 gün içinde yetkili idare mahkemesine başvurabilecekleri, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2. maddesi uyarınca idarenin eylem ve işlemlerine karşı idare mahkemelerine iptal davası açılabileceği; somut olayda da idarece idare mahkemelerinin görevi kapsamında bir idari işlem tesis edilmiş olduğundan, görevli mahkemenin İdare Mahkemesi olduğu ve 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 27/8 maddesi uyarınca Mahkemelerinin görevsiz olduğu ifade edilerek; açıklanan gerekçelerle, 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 28/1-b maddesi uyarınca başvuru konusu idari yaptırım kararlarının Sulh Ceza Mahkemesinde incelenebilecek kararlardan olmayıp idari yargının görevi kapsamında bulunduğundan, mahkemelerinin görevsiz olması nedeniyle itiraz eden Ö.K.'nın başvurusunun reddine karar vermiş, yapılan itiraz Mersin 2.Ağır Ceza Mahkemesince reddedilmiş ve Mahkeme kararı kesinleşmiştir.

Davacı vekili, bu kez aynı istemle idari yargı yerinde dava açmıştır.

ADANA 1. İDARE MAHKEMESİ: 06.04.2012 gün ve E:2011/1944 sayı ile, 2247 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanun'un 19., 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun 'un "İdare Mahkemelerinin Görevleri" başlıklı değişik 5. maddelerine yer verdikten sonra; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "İdari Dava Türleri ve İdari Yargı Yetkisinin Sınırı" başlıklı 2. maddesinin 1. fıkrasında idari dava türlerinin; idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan iptal davaları, idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları, 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 olarak sayıldığı; 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Sağlık Sigortası Kanunu'nun 101. maddesinde, bu Kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde, bu Kanun hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıkların iş mahkemelerinde görüleceğinin hükme bağlandığı, öte yandan; 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 1. maddesinde "İki taraf karşılıklı ve birbirine uygun surette rızalarını beyan ettikleri takdirde, akit tamam olur. Rızanın beyanı sarih olabileceği gibi zımni dahi olabilir." hükümlerine

yer verildiği, aynı kanunun 11. maddesinde ise, "Akdin sıhhati, kanunda sarahat olmadıkça hiç bir şekle tabi değildir " hükümlerine yer verildiği; dosyanın incelenmesinden, Mersin ili'nde eczane işleten davacı ile davalı idare arasında 3 yıl süreli 2009 yılı Eczane Protokolü kapsamında sözleşme imzalandığı, 29.06.2011 tarihli, 132106702 ve 13682919 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı borç bildirim belgeleri ile Adana Sosyal Güvenlik İl Müdürlüğü Sağlık Sosyal Güvenlik Merkezi'nin 30.05.2011 tarih ve 1354027 sayılı yazısı ilgi tutularak, anılan protokolün 6/3/3. maddesi hükümlerine aykırı davranıldığından bahisle sözleşmenin 6. maddesinden kaynaklı kurum zararı, cezai şart ve yasal faiz olmak üzere davacıya 1.106,50-TL ve 228,02-TL olmak üzere toplam 1.334,52-TL borç tahakkuk ettirildiği, bunun üzerine Mersin 6. Sulh Ceza Mahkemesi'nde açılan davada, anılan Mahkeme'nin 26.09.2011 tarih ve Değişik iş No: 2011/982 sayılı kararı ile davanın görüm ve çözümünde idari yargı yerinin görevli olduğundan bahisle davanın reddine karar verildiği, davacı tarafından anılan karara itiraz edilmesi üzerine Mersin 2. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 17.10.2011 tarih ve Değişik iş No:2011/362 sayılı karan ile itirazın reddine kesin olarak karar verilmesiyle kararın kesinleştiği, adli yargı yerince verilen görevsizlik kararı üzerine Mahkemelerinde bakılmakta olan davanın açıldığının anlaşıldığı; bu durumda, uyuşmazlığın davacı ile davalı idare arasında imzalanan ve özel hukuk sözleşmesi niteliği taşıyan protokol hükümlerinin uygulanmasından kaynaklandığı açık olup, protokol hükümlerine uyulmadığından bahisle protokolün 6. maddesi uyarınca kurum zararı, cezai şart ve yasal faiz olmak üzere davacıya borç tahakkuk ettirilmesine ilişkin uyuşmazlığın özel hukuk hükümlerine göre adli yargıda çözümlenmesinin gerektiği sonucuna ulaşıldığı gerekçesiyle; 2247 Sayılı Uyuşmazlık Mahkemesi'nin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanun'un 19. maddesi uyarınca görevli yargı yerinin belirlenmesi için dava dosyasının Uyuşmazlık Mahkemesi'ne gönderilmesine, görev konusunda Uyuşmazlık Mahkemesi'nce bir karar verilmesine kadar yargılamanın ertelenmesine karar 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; İdare Mahkemesince, idari yargı dosyası ile birlikte adli yargı dosyasının onaylı bir örneği de gönderilmek suretiyle 2247 sayılı Yasa'nın 19. maddesinde öngörülen şekilde başvurulduğu ve usule ilişkin herhangi bir noksanlık bulunmadığı anlaşıldığından, adli ve idari yargı yerleri arasında doğan 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 ile Danıştay Savcısı Tuncay DÜNDAR'ın davada adli yargının görevli olduğu yolundaki sözlü açıklamaları da dinlendikten sonra GEREĞİ GÖRÜŞÜLÜP DÜŞÜNÜLDÜ:

Dava, eczane işleten ve kendisiyle ilaçların %2,5 indirimli alınması hususunda üç yıl süreli sözleşme imzalanmış olan davacıya, Türk Eczacıları Birliği ile Sosyal Güvenlik Kurumu arasında 2009 yılında imzalanan "Sosyal Güvenlik Kurumu Kapsamındaki Kişilerin Türk Eczacıları Birliği Üyesi Eczanelerden İlaç Teminine İlişkin Protokol"ün 6.3.3 maddesine aykırı hareket ettiğinden bahisle, 1.106,50- TL ve 228,02- TL olmak üzere toplam 1.334,52-TL borç tahakkuk ettirilmesine ilişkin 29.06.2011 tarihli, 132106702 ve 13682919 sayılı borç bildirim belgelerinin 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.

Olayda, , Mersin ili'nde eczane işleten davacı ile davalı idare arasında 3 yıl süreli 2009 yılı Eczane Protokolü kapsamında sözleşme imzalandığı, 29.06.2011 tarihli, 132106702 ve 13682919 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı borç bildirim belgeleri ile Adana Sosyal Güvenlik İl Müdürlüğü Sağlık Sosyal Güvenlik Merkezi'nin 30.05.2011 tarih ve 1354027 sayılı yazısı ilgi tutularak, anılan protokolün 6.3.3. maddesi hükümlerine aykırı davranıldığından bahisle sözleşmenin 6. maddesinden kaynaklı kurum zararı, cezai şart ve yasal faiz olmak üzere davacıya 1.106,50TL ve 228,02TL olmak üzere toplam 1.334,52TL borç tahakkuk ettirildiği, davanın da söz konusu borç bildirim belgelerinin iptali istemiyle açıldığı 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) 6.3.3.kısmında, "Eczanenin Kuruma fatura ettiği reçetelerde bulunması gereken ve reçete muhteviyatı ilaçların reçete sahibine ya da yakınına teslim edildiğine ilişkin imzanın, reçete sahibine veya ilaçların teslim edildiği yakınına ait olmadığının tespit edilmesi halinde, reçete

bedelinin 5 katı tutarında cezai şart uygulanarak eczacı yazılı olarak uyarılır, tekrarı halinde reçete bedelinin 5 katı tutarında cezai şart uygulanarak sözleşme feshedilir ve 1 (bir) ay süre ile sözleşme yapılmaz." 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; taraflar arasındaki sözleşmenin/protokolün uygulanmasından doğan uyuşmazlığın anılan sözleşme hükümleri ve özel hukuk kuralları uyarınca adli yargı yerinde çözümlenmesi gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle, Adana 1.İdare Mahkemesi'nin başvurusunun kabulü ile Mersin 6.Sulh Ceza Mahkemesi'nce verilen görevsizlik kararının kaldırılması gerekmiştir.

SONUÇ : Davanın çözümünde ADLİ YARGININ görevli olduğuna, bu nedenle Mersin 6.Sulh Ceza Mahkemesi'nin 26.09.2011 gün ve Değişik İş Karar:2011/982 sayılı GÖREVSİZLİK KARARININ KALDIRILMASINA, 8.4.2013 gününde OY BİRLİĞİ İLE KESİN OLARAK karar verildi.