

İdarenin 4734/ 3 h usulü ihalede yapılan sözleşme hükümlerinin suç oluşturacak şekilde ihlal edildiğinden bahisle sözleşme feshedilerek suç duyurusunda bulunulan hallerde isnad edilen fiilin suç oluşturduğu sonucuna varılarak savcı tarafından dava açılmasına karşın, yargılama sonunda mahkemece beraat kararı verildiğinde yeniden sözleşme yapılmasına imkan tanınırken, dava açılmasına dahi gerek görülmemeyerek takipsizlik kararı verilen hallerde fesih süresinin sonuna kadar yeni

sözleşme yapılmamasını öngören maddesinde hukuka uygunluk bulunmadığı hk

Danıştay Kararı – 15. D., E. 2016/1335 K. 2019/405 T. 6.2.2019
DAVANIN KONUSU :

Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı ile Türk Eczacıları Birliği arasında imzalanan 01/07/2007 tarihli Sosyal Güvenlik Kurumu Kapsamındaki Kişilerin Türk Eczacıları Birliği Üyesi Eczanelerden İlaç Teminine İlişkin Protokolün; 4.3.1., 4.3.2., 4.3.3., 4.3.4., 4.3.5., 4.3.6., 4.3.7., 5.1., 5.2., 5.3., 5.4., 5.5., 6.3.1., 6.3.21., 6.3.22., 6.3.23., 6.3.24., 6.3.25., 6.5. maddelerinin, 6.3.3. maddesindeki " reçete bedelinin 5 katı tutarındaki cezai şart uygulanarak" ibaresinin, 6.3.4. maddesindeki "ilaç bedelinin fazladan fatura edilen kısmının 5 katı tutarında cezai şart uygulanarak eczacı yazılı olarak uyarılır, tekrarı halinde ilaç bedelinin fazladan fatura edilen kısmının 10 katı cezai şart uygulanarak" ibaresinin, 6.3.5. maddesindeki "kupür tutarının 5 katı tutarında cezai şart uygulanarak eczacı yazılı olarak uyarılır, tekrarı halinde Kurumun ödediği tutarın 10 katı cezai şart uygulanarak" ibaresinin, 6.3.6. maddesindeki "ilaç bedellerinin 5 katı tutarında cezai şart uygulanarak eczacı yazılı olarak uyarılır, tekrarı halinde ilaç bedelinin 10 katı cezai şart uygulanarak" ibaresinin, 6.3.7. maddesindeki "reçete bedelinin 5 katı tutarında cezai şart uygulanarak" ibaresi ile "tekrarı halinde reçete bedelinin 10 katı cezai şart uygulanarak" ibaresinin, 6.3.8. maddesindeki "reçete bedelinin 5 katı tutarında cezai şart uygulanarak" ibaresi ile "tekrarı halinde reçete bedelinin 10 katı cezai şart uygulanarak" ibaresinin, 6.3.9. maddesindeki "kupür tutarının 5 katı tutarında cezai şart uygulanarak" ibaresi ile "tekrarı halinde kupür tutarının 10 katı cezai şart uygulanarak" ibaresinin, 6.3.10. maddesindeki "kupür bedelinin/kupürü

kesilmiş ilaç bedelinin 5 katı tutarında cezai şart uygulanır" ibaresi ile "tekrarı halinde kupür bedelinin/kupürü kesilmiş ilaç bedelinin 10 katı cezai şart uygulanır" ibaresinin, 6.3.11. maddesindeki "fatura edilen bu ilaç/ilaçlara ait bedelin 5 katı tutarında cezai şart uygulanır" ibaresi ile "tekrarı halinde ilaç/ilaçlara ait bedelin 10 katı cezai şart uygulanarak" ibaresinin, 6.3.12. maddesindeki "yanlış verilen ilaç bedelinin 5 katı tutarında cezai şart uygulanır" ibaresi ile "tekrarı halinde ilaç bedelinin 10 katı cezai şart uygulanarak" ibaresinin, 6.3.13. maddesindeki "kupür bedelinin 5 katı tutarında cezai şart uygulanarak" ibaresi ile "tekrarı halinde kupür bedelinin 10 katı cezai şart uygulanarak" ibaresinin, 6.3.14. maddesindeki "verilen ilaç bedelinin 5 katı tutarında cezai şart uygulanarak" ibaresi ile "tekrarı halinde ilaç bedelinin 10 katı cezai şart uygulanarak" ibaresinin, 6.3.15. maddesindeki "ilk tespitte tahsil edilmeyen katılım paylarının 5 katı tutarında cezai şart uygulanarak" ibaresi ile "tekrarı halinde 10 katı cezai şart uygulanarak" ibaresinin, 6.3.16. maddesindeki "kupür tutarlarının 10 katı cezai şart uygulanarak" ibaresinin, 6.3.17. maddesindeki "reçete bedelinin 10 katı cezai şart uygulanarak" ibaresinin, 6.3.18. maddesindeki "reçete bedelinin 10 katı cezai şart uygulanarak" ibaresinin, 6.3.19. maddesindeki "kurumun uğradığı zararın 10 katı tutarında cezai şart uygulanarak" ibaresinin, 6.3.20. maddesindeki "kupürlerin 10 katı cezai şart uygulanarak" ibaresinin iptali istenilmektedir.

DAVACININ İDDİALARI :

Davacı tarafından dava konusu Protokolün 6.3.21., 6.3.22., 6.3.23. maddelerine yönelik olarak; 4735 sayılı Yasanın 25. maddesinde yasak fiil ve davranışların sayıldığı, sözleşmenin ancak bu maddede belirtilen filler sebebiyle feshedilebileceği, anılan Kanun'un 26. maddesinde ise; 25. maddede belirtilen fillerin tespiti halinde bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar yasaklama kararı verileceğinin düzenlendiği, idarenin en fazla iki yıl süre ile fesih sebebiyle sözleşme yapmama yaptırımını düzenleyebileceği, 4734

sayılı Kanun'da da benzer düzenlemelerin yer aldığı, bu hükümler dikkate alınmaksızın 3 yıl süre ile sözleşme yapılmayacağı yönündeki düzenlemede hukuka uyarlık bulunmadığı, 5510 sayılı Kanun'un 103. maddesinde dahi en uzun fesih süresinin 1 yıl olduğu ileri sürülerek, anılan düzenlemelerin iptali istenilmiştir.

DAVALILARIN SAVUNMALARI :

Davalılar tarafından, dava konusu Protokolün 6.3.21., 6.3.22., 6.3.23. maddelerine yönelik olarak; geçmiş protokollerde fesih sürelerinin daha uzun olduğu (7 yıl), davacının bu sürelerle itiraz etmediği, bu protokol ile fesih sürelerinde iyileşmeye gidildiği, 5510 sayılı Yasanın yürürlüğe girmesi ile fesih sürelerinde zaten yeni düzenlemelerin yapılacağı, anılan düzenlemelerin hukuka uygun olduğu savunulmuştur.

DANIŞTAY TETKİK HÂKİMİ K1'İN DÜŞÜNCESİ :

Dava konusu Protokolün 6.3.21, 6.3.22, 6.3.23. maddelerinde yer alan "3 yıl süreyle sözleşme yapılmayacağına" ilişkin kuralların kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun olduğu, davanın reddi gerektiği düşünülmektedir.

DANIŞTAYSAVCISIARZUBOZKURTŞEN'İN DÜŞÜNCESİ :

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında, temyiz incelemesi sonunda Danıştay'ın; görev ve yetki dışında bir işe bakılmış olması, hukuka aykırı karar verilmesi ve usul hükümlerine uyulmamış olunması sebeplerinden dolayı incelenen kararı bozacağı; 4'üncü fıkrasında, mahkemenin bozmaya uymayarak eski kararında ısrar edebileceği; 6'ncı (son) fıkrasında da, Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak baktığı davaların temyizen incelenmesinde de bu maddenin 4'üncü fıkrası hariç diğer fıkralarının kıyasen uygulanacağı hükme bağlandığından; ilk derece mahkemesi sıfatıyla bakılan davaların temyiz incelemesi sonucu ilgili dava daireleri kurulunca verilen bozma kararına karşı, ilk kararı veren Danıştay dava dairesine "ısrar" hak ve yetkisi tanınmamıştır. Dolayısıyla, kararı bozulan Danıştay dava dairesi, bozma kararına uymak zorundadır.

Dosyanın incelenmesinden; Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı ile Türk Eczacıları Birliği arasında imzalanan 01/07/2007

tarihli Sosyal Güvenlik Kurumu Kapsamındaki Kişilerin Türk Eczacıları Birliği Üyesi Eczanelerden İlaç Teminine İlişkin Protokolün;4.3.1, 4.3.2, 4.3.3, 4.3.4, 4.3.5, 4.3.6, 4.3.7, 5.1, 5.2, 5.3, 5.4, 5.5, 6.3.1, 6.3.21, 6.3.22, 6.3.23, 6.3.24, 6.3.25, 6.5 maddelerinin, 6.3.3 maddesindeki " reçete bedelinin 5 katı tutarındaki cezai şart uygulanarak" ibaresinin, 6.3.4 maddesindeki "ilaç bedelinin fazladan fatura edilen kısmının 5 katı tutarında cezai şart uygulanarak eczacı yazılı olarak uyarılır, tekrarı halinde ilaç bedelinin fazladan fatura edilen kısmının 10 katı cezai şart uygulanarak" ibaresinin, 6.3.5 maddesindeki "kupür tutarının 5 katı tutarında cezai şart uygulanarak eczacı yazılı olarak uyarılır, tekrarı halinde Kurumun ödediği tutarın 10 katı cezai şart uygulanarak" ibaresinin, 6.3.6 maddesindeki "ilaç bedellerinin 5 katı tutarında cezai şart uygulanarak eczacı yazılı olarak uyarılır, tekrarı halinde ilaç bedelinin 10 katı cezai şart uygulanarak" ibaresinin, 6.3.7 maddesindeki "reçete bedelinin 5 katı tutarında cezai şart uygulanarak" ibaresi ile "tekrarı halinde reçete bedelinin 10 katı cezai şart uygulanarak" ibaresinin, 6.3.8 maddesindeki "reçete bedelinin 5 katı tutarında cezai şart uygulanarak" ibaresi ile "tekrarı halinde reçete bedelinin 10 katı cezai şart uygulanarak" ibaresinin, 6.3.9 maddesindeki "kupür tutarının 5 katı tutarında cezai şart uygulanarak" ibaresi ile "tekrarı halinde kupür tutarının 10 katı cezai şart uygulanarak" ibaresinin, 6.3.10 maddesindeki "kupür bedelinin/kupürü kesilmiş ilaç bedelinin 5 katı tutarında cezai şart uygulanır" ibaresi ile "tekrarı halinde kupür bedelinin/kupürü kesilmiş ilaç bedelinin 10 katı cezai şart uygulanır" ibaresinin, 6.3.11 maddesindeki "fatura edilen bu ilaç/ilaçlara ait bedelin 5 katı tutarında cezai şart uygulanır" ibaresi ile "tekrarı halinde ilaç/ilaçlara ait bedelin 10 katı cezai şart uygulanarak" ibaresinin, 6.3.12 maddesindeki "yanlış verilen ilaç bedelinin 5 katı tutarında cezai şart uygulanır" ibaresi ile "tekrarı halinde ilaç bedelinin 10 katı cezai şart uygulanarak" ibaresinin, 6.3.13 maddesindeki "kupür bedelinin 5 katı tutarında cezai şart uygulanarak" ibaresi ile "tekrarı

halinde kupür bedelinin 10 katı cezai şart uygulanarak" ibaresinin, 6.3.14 maddesindeki "verilen ilaç bedelinin 5 katı tutarında cezai şart uygulanarak" ibaresi ile "tekrarı halinde ilaç bedelinin 10 katı cezai şart uygulanarak" ibaresinin, 6.3.15 maddesindeki "ilk tespitte tahsil edilmeyen katılım paylarının 5 katı tutarında cezai şart uygulanarak" ibaresi ile "tekrarı halinde 10 katı cezai şart uygulanarak" ibaresinin, 6.3.16 maddesindeki "kupür tutarlarının 10 katı cezai şart uygulanarak" ibaresinin, 6.3.17 maddesindeki "reçete bedelinin 10 katı cezai şart uygulanarak" ibaresinin, 6.3.18 maddesindeki "reçete bedelinin 10 katı cezai şart uygulanarak" ibaresinin, 6.3.19 maddesindeki "kurumun uğradığı zararın 10 katı tutarında cezai şart uygulanarak" ibaresinin ve 6.3.20 maddesindeki "kupürlerin 10 katı cezai şart uygulanarak" ibaresinin iptali istemiyle açılan davada;

Danıştay Onuncu ve Onbirinci Dairelerinden oluşan Müşterek Kurul'un 01/03/2011 günlü, E:2007/5434, K:2011/834 sayılı kararıyla; 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu'nun "Fatura ve benzeri belgelerin incelenmesi" başlıklı Ek 1. maddesinde, sağlık hizmeti sunan gerçek veya tüzel kişiler ile kamu idarelerine ait döner sermayeli işletmelerin hizmet bedeli olarak düzenledikleri ve ödenmek üzere Kuruma (5502 sayılı Kanunla devredilen kurumlar dahil) gönderdikleri faturaların, genel sonuçlar verecek şekilde % 5 ilâ % 10 oranında örnekleme yoluyla inceleneceği, bu inceleme sonucunda sağlık hizmeti sunan gerçek veya tüzel kişiler ile kamu idarelerine ait döner sermayeli işletmelerin incelenen döneme ait bütün faturalarına uygulanmak suretiyle ödenecek tutarın tespit edileceği ve buna göre ödeme yapılacağı, örnekleme yapılarak fatura incelemesi yöntemini kabul etmeyen gerçek veya tüzel kişiler ile kamu idarelerine ait döner sermayeli işletmelerin, bu tercihlerini hizmet vermeye başlamadan önce ilgili kuruma yazılı olarak bildirecekleri, bildirimde bulunulmaması halinde örnekleme yönteminin kabul edilmiş sayılacağı kuralına yer verildiği; davacı tarafından, hizmet bedeli olarak düzenlenen ve ödenmek üzere Kuruma gönderilen faturaların, örnekleme yöntemiyle incelenmesi

hususunda sağlık hizmeti sunucularına Kanun ile tanınmış olan tercih hakkının kaldırıldığı ileri sür÷lmekte ise de, protokolün yukarıda sözü edilen dava konusu maddelerinde, örnekleme yöntemini kabul eden sağlık hizmeti sunucularının faturalarının örnekleme yöntemiyle incelenerek ödenmesine ilişkin usul ve esasların düzenlendiği ve örnekleme yönteminin tercih edilmesi hususunda sağlık hizmeti sunucularına zorunluluk getiren bir kuralın yer almadığı gör÷ldüğünden, Protokolün 4.3.1, 4.3.2, 4.3.3, 4.3.4, 4.3.5, 4.3.6. ve 4.3.7 maddelerinde hukuka aykırılık bulunmadığı; öte yandan, Protokolün cezai hükümleri düzenleyen kısmında ve Kurumun sağlık hizmeti satın aldığı eczaneleri, protokol hükümlerine uygun olarak faaliyette bulunmalarını sağlamak amacıyla denetleyebileceğini öngören 6.3.25. maddesinde hukuka aykırılık gör÷lmediği; buna karşın, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununun 3 üncü Maddesinin (h) Bendinde Belirtilen Alımlara İlişkin Yönetmelik hükümleri gereği, sigorta kapsamında tedavisi sağlanan kişilerin ilaç ve gereçlerinin temini ihale usullerine tabi tutulmamış ise de, Protokolde öngör÷len üç yıl süreyle sözleşme yapılmamasına ilişkin yaptırımın, 4734 sayılı Kanunda idareye tanınan bir yetki olan "ihaleden yasaklama" yaptırımına benzer bir nitelik taşıdığı, bu haliyle 4734 sayılı Kanunda öngör÷len iki yıla kadar ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımını aşar şekilde üç yıl süreyle sözleşme yapılmaması yolunda hüküm getiren Protokolün 6.3.21., 6.3.22. ve 6.3.23. maddelerinde yer alan "3 yıl süreyle sözleşme yapılmayacağına" ilişkin hükümlerde hukuka uyarlık bulunmadığı; ayrıca, eczacı veya çalışanının kasıt veya kusuru tespit edilmediği sürece, üçüncü kişiler tarafından sahte olarak tanzim edilen reçete, küpür veya raporun bu fiile herhangi bir katkısı bulunmayan eczacı tarafından Kuruma fatura edilmesi işleminden dolayı eczacının cezalandırılmasını öngören 6.3.24. maddesinde hukuka uyarlık gör÷lmediği; bunun yanında, eczacı ile yapılan sözleşme hükümlerinin suç oluşturacak şekilde ihlal edildiğinden bahisle sözleşme feshedilerek suç duyurusunda bulunulan hallerde, isnad edilen fiilin suç oluşturduğu sonucuna

varılarak savcı tarafından dava açılmasına karşın, yargılama sonunda mahkemece beraat kararı verildiğinde yeniden sözleşme yapılmasına imkan tanınırken, dava açılmasına dahi gerek görülmeyerek takipsizlik kararı verilen hallerde fesih süresinin sonuna kadar yeni sözleşme yapılmamasını öngören 6.5 maddesinde de hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçeleriyle, Protokolün 6.3.21. maddesinin "...ve 3 (üç) yıl süre ile sözleşme yapılmaz." ibaresinin, 6.3.22. maddesinde ve 6.3.23. maddesinde yer alan "... Fesih tarihinden itibaren 3 (üç) yıl süreyle sözleşme yapılmaz." cümlesinin, 6.3.24. ve 6.5. maddelerinin iptaline, Protokolün dava konusu edilen diğer madde ve ibarelerinin iptali istemi yönünden davanın reddine karar verildiği, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 31.10.2013 tarih E: 2011/1840 K: 2010/3411 sayılı kararıyla tarafların temyiz istemleri reddedilerek bu kararın onandığı ancak yine İdari Dava Daireleri Kurulunun 24.6.2015 günlü, E: 2014/1099 K: 2015/2950 sayılı kararıyla davalı idarelerden Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığının karar düzeltme isteminin kısmen kabulü ile Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 31/10/2013 günlü, E:2011/1840, K:2013/3411 sayılı kararının, Danıştay Onuncu ve Onbirinci Daireleri Müşterek Kurulu'nun 01/03/2011 günlü, E:2007/5434, K:2011/834 sayılı kararının dava konusu düzenlemenin 6.3.21., 6.3.22. ve 6.3.23. maddelerinde yer alan "3 yıl süreyle sözleşme yapılmayacağına" ilişkin kurallarının iptali yolundaki bölümünün onanmasına dair kısmının kaldırılmasına; Danıştay Onuncu ve Onbirinci Dairelerinden oluşan Müşterek Kurul'un temyize konu kararının, Protokolün 6.3.21., 6.3.22. ve 6.3.23. maddelerinin iptaline ilişkin kısmının BOZULMASINA; davalı idare ile davacının kararın diğer kısımlarına yönelik karar düzeltme istemlerinin ise reddine karar verildiği anlaşılmaktadır.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu kararına uyularak, bozma kararı doğrultusunda karar verilmesi yukarıda anılan yasa hükmü gereği olduğundan anılan bozma kararı doğrultusunda, Protokolün 6.3.21., 6.3.22. ve 6.3.23. maddelerinde yer alan "3 yıl süreyle sözleşme yapılmayacağına" ilişkin kurallar yönünden davanın reddine karar verilmesi gerekeceği

düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun Ek 1. maddesi uyarınca Danıştay Onikinci ve Onbeşinci Dairelerinden oluşan Müşterek Kurulca; Danıştay Onuncu ve Onbirinci Dairelerinden oluşan Müşterek Kurulun 01/03/2011 tarih ve E:2007/5434, K:2011/834 sayılı kararının dava konusu Protokolün 6.3.21., 6.3.22. ve 6.3.23. maddelerinde yer alan "3 yıl süreyle sözleşme yapılmayacağına" ilişkin kurallarının iptaline ilişkin kısmının, karar düzeltme aşamasında İdari Dava Daireleri Kurulunun 24/06/2015 tarihli ve E.2014/1099; K:2015/2950 sayılı Kararı ile bozulması üzerine bozulan kısım hakkında gereği görüşüldü:

MADDİ OLAY VE HUKUKİ SÜREÇ :

Dava, Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı ile Türk Eczacıları Birliği arasında imzalanan 01/07/2007 tarihli Sosyal Güvenlik Kurumu Kapsamındaki Kişilerin Türk Eczacıları Birliği Üyesi Eczanelerden İlaç Teminine İlişkin Protokolün; 4.3.1., 4.3.2., 4.3.3., 4.3.4., 4.3.5., 4.3.6., 4.3.7., 5.1., 5.2., 5.3., 5.4., 5.5., 6.3.1., 6.3.21., 6.3.22., 6.3.23., 6.3.24., 6.3.25., 6.5. maddelerinin, 6.3.3. maddesindeki " reçete bedelinin 5 katı tutarındaki cezai şart uygulanarak" ibaresinin, 6.3.4. maddesindeki "ilaç bedelinin fazladan fatura edilen kısmının 5 katı tutarında cezai şart uygulanarak eczacı yazılı olarak uyarılır, tekrarı halinde ilaç bedelinin fazladan fatura edilen kısmının 10 katı cezai şart uygulanarak" ibaresinin, 6.3.5. maddesindeki "kupür tutarının 5 katı tutarında cezai şart uygulanarak eczacı yazılı olarak uyarılır, tekrarı halinde Kurumun ödediği tutarın 10 katı cezai şart uygulanarak" ibaresinin, 6.3.6. maddesindeki "ilaç bedellerinin 5 katı tutarında cezai şart uygulanarak eczacı yazılı olarak uyarılır, tekrarı halinde ilaç bedelinin 10 katı cezai şart uygulanarak" ibaresinin, 6.3.7. maddesindeki "reçete bedelinin 5 katı tutarında cezai şart uygulanarak" ibaresi ile "tekrarı halinde reçete bedelinin 10 katı cezai şart uygulanarak" ibaresinin, 6.3.8. maddesindeki "reçete bedelinin 5 katı tutarında cezai şart uygulanarak" ibaresi ile

“tekrarı halinde reçete bedelinin 10 katı cezai şart uygulanarak” ibaresinin, 6.3.9. maddesindeki “kupür tutarının 5 katı tutarında cezai şart uygulanarak” ibaresi ile “tekrarı halinde kupür tutarının 10 katı cezai şart uygulanarak” ibaresinin, 6.3.10. maddesindeki “kupür bedelinin/kupürü kesilmiş ilaç bedelinin 5 katı tutarında cezai şart uygulanır” ibaresi ile “tekrarı halinde kupür bedelinin/kupürü kesilmiş ilaç bedelinin 10 katı cezai şart uygulanır” ibaresinin, 6.3.11. maddesindeki “fatura edilen bu ilaç/ilaçlara ait bedelin 5 katı tutarında cezai şart uygulanır” ibaresi ile “tekrarı halinde ilaç/ilaçlara ait bedelin 10 katı cezai şart uygulanarak” ibaresinin, 6.3.12. maddesindeki “yanlış verilen ilaç bedelinin 5 katı tutarında cezai şart uygulanır” ibaresi ile “tekrarı halinde ilaç bedelinin 10 katı cezai şart uygulanarak” ibaresinin, 6.3.13. maddesindeki “kupür bedelinin 5 katı tutarında cezai şart uygulanarak” ibaresi ile “tekrarı halinde kupür bedelinin 10 katı cezai şart uygulanarak” ibaresinin, 6.3.14. maddesindeki “verilen ilaç bedelinin 5 katı tutarında cezai şart uygulanarak” ibaresi ile “tekrarı halinde ilaç bedelinin 10 katı cezai şart uygulanarak” ibaresinin, 6.3.15. maddesindeki “ilk tespitite tahsil edilmeyen katılım paylarının 5 katı tutarında cezai şart uygulanarak” ibaresi ile “tekrarı halinde 10 katı cezai şart uygulanarak” ibaresinin, 6.3.16. maddesindeki “kupür tutarlarının 10 katı cezai şart uygulanarak” ibaresinin, 6.3.17. maddesindeki “reçete bedelinin 10 katı cezai şart uygulanarak” ibaresinin, 6.3.18. maddesindeki “reçete bedelinin 10 katı cezai şart uygulanarak” ibaresinin, 6.3.19. maddesindeki “kurumun uğradığı zararın 10 katı tutarında cezai şart uygulanarak” ibaresinin, 6.3.20. maddesindeki “kupürlerin 10 katı cezai şart uygulanarak” ibaresinin iptali istemiyle açılmıştır.

Danıştay Onuncu ve Onbirinci Dairelerinden oluşan Müsterek Kurulca verilen 01/03/2011 tarih ve E:2007/5434, K:2011/834 sayılı kararda; dava konusu Protokolün 6.3.21. maddesinin “...ve 3 (üç) yıl süre ile sözleşme yapılmaz.” ibaresinin, 6.3.22. madesinde ve 6.3.23. maddesinde yer alan “... Fesih tarihinden

itibaren 3 (üç) yıl süreyle sözleşme yapılmaz.” cümlesinin, 6.3.24. ve 6.5. maddelerinin iptaline, Protokolün dava konusu edilen diğer madde ve ibarelerinin iptali istemi yönünden davanın reddine karar verilmiştir.

Dava konusu Protokolün 6.3.21., 6.3.22. ve 6.3.23. maddelerinde yer alan “3 yıl süreyle sözleşme yapılmayacağına” ilişkin hükümleri bakımından kararın gerekçesi;

“4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununun 3 üncü Maddesinin (h) Bendinde Belirtilen Alımlara İlişkin Yönetmelik hükümleri gereği, sigorta kapsamında tedavisi sağlanan kişilerin ilaç ve gereçlerinin temini ihale usullerine tabi tutulmamış ise de, Protokolde öngörülen üç yıl süreyle sözleşme yapılmamasına ilişkin yaptırımın, 4734 sayılı Kanunda idareye tanınan bir yetki olan ‘ihaleden yasaklama’ yaptırımına benzer bir nitelik taşıdığı, bu haliyle 4734 sayılı Kanunda öngörülen iki yıla kadar ihalelere katılmaktan yasaklama yaptırımını aşar şekilde üç yıl süreyle sözleşme yapılmaması yolunda hüküm getiren Protokolün 6.3.21., 6.3.22. ve 6.3.23. maddelerinde yer alan ‘3 yıl süreyle sözleşme yapılmayacağına’ ilişkin hükümlerde hukuka uyarlık bulunmadığı” yönündedir.

Kararın redde ilişkin kısmının davacı tarafından, iptale ilişkin kısmının davalı idarelerden Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı tarafından temyiz edilmesi üzerine İdari Dava Daireleri Kurulunun 31/10/2013 tarihli ve E.2011/1840; K:2013/3411 sayılı Kararı ile; “ tarafların temyiz istemlerinin reddine, kararın onanmasına” karar verilmiştir.

Davacı ile davalı idarelerden Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı’nın, kararın, aleyhlerine olan kısımlarının düzeltilmesi istemiyle karar düzeltme yoluna başvurmaları üzerine, İdari Dava Daireleri Kurulunun 24/06/2015 tarihli ve E.2014/1099; K:2015/2950 sayılı Kararı ile; “davalı idarelerden Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığının karar düzeltme isteminin kısmen kabulü ile Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 31/10/2013 tarihli ve E:2011/1840, K:2013/3411 sayılı kararının, Danıştay Onuncu ve Onbirinci Daireleri Müşterek Kurulu’nun 01/03/2011 tarihli ve

E:2007/5434, K:2011/834 sayılı kararının dava konusu düzenlemenin 6.3.21., 6.3.22. ve 6.3.23. maddelerinde yer alan '3 yıl süreyle sözleşme yapılmayacağına' ilişkin kurallarının iptali yolundaki bölümünün onanmasına dair kısmının kaldırılmasına; kararın Protokolün 6.3.21., 6.3.22. ve 6.3.23. maddelerinin iptaline ilişkin kısmının bozulmasına;davalı idare ile davacının kararın diğer kısımlarına yönelik karar düzeltme istemlerinin ise reddine" karar verilmiştir.

Kararın gerekçesi;

"4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 'Yasak fiil veya davranışlar' başlıklı 17. maddesinde; 'İhalelerde aşağıda belirtilen fiil veya davranışlarda bulunmak yasaktır: a) Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek. b) İsteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak.c) Sahte belge veya sahte teminat düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek. d) Alternatif teklif verebilme halleri dışında, ihalelerde bir istekli tarafından kendisi veya başkaları adına doğrudan veya dolaylı olarak, asaleten ya da vekaleten birden fazla teklif vermek. e) 11 inci maddeye göre ihaleye katılmayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmak. Bu yasak fiil veya davranışlarda bulunanlar hakkında bu Kanunun Dördüncü Kısımında belirtilen hükümler uygulanır.' hükmü ile aynı Kanunun 'Yasaklar ve ceza Sorumluluğu' başlıklı dördüncü kısmında yer alan 'İhalelere katılmaktan yasaklama' başlıklı 58. maddesinin birinci fıkrasında: '17 nci maddede belirtilen fiil veya davranışlarda buldukları tespit edilenler hakkında fiil veya davranışlarının özelliğine göre, bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar, üzerine ihale yapıldığı halde mücbir sebep halleri dışında usulüne göre sözleşme yapmayanlar hakkında ise altı aydan az olmamak üzere bir yıla kadar, 2 nci ve 3 üncü maddeler ile istisna edilenler dahil bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilir. Katılma yasakları, ihaleyi yapan bakanlık veya

ilgili veya bağılı bulunulan bakanlık, herhangi bir bakanlığın ilgili veya bağılı kuruluşu sayılmayan idarelerde bu idarelerin ihale yetkilileri, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağılı birlik, müessese ve işletmelerde ise İçişleri Bakanlığı tarafından verilir.' düzenlemesi yer almaktadır.

Dava konusu Protokolün 'Cezai Şart ve Sözleşmenin Feshi' başlıklı 6. bölümde, sözleşmenin feshi ve 3 yıl süreyle sözleşme yapılmaması sonucunu doğuran fiiller (6.3.21). maddesinde; 'Provizyon sistemine gerçeğe aykırı, hayali reçete kaydının yapılması', (6.3.22) maddesinde; 'Eczanede yapılan denetimde, eczacı veya eczane çalışanları tarafından sahte olarak tanzim edilmiş reçete veya kupür veya raporun eczanede bulundurulması', (6.3.23). bendinde; 'Eczacı veya eczane çalışanları tarafından sahte olarak tanzim edilmiş reçete veya kupür veya raporun Kuruma fatura edilmesi' olarak sayılmıştır. Görüldüğü üzere, 4734 sayılı Yasanın 58. maddesinde, dava konusu edilen Protokolün 'Cezai Şart ve Sözleşmenin Feshi' başlıklı kısmında belirtilen fiillerle hiçbir şekilde benzeşmeyen, tamamen ihalelerin sağlıklı bir şekilde gerçekleşmesini engelleyici mahiyette olan ve 4734 sayılı Yasanın 17. maddesinde sayılan fiillerde bulunanlar hakkında 2. ve 3. maddelerle istisna edilenler dahil bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verileceği yönünde hükme yer verilmiş olup, dava konusu Protokolün yukarıda alıntısına yer verilen maddeleri ile getirilen yaptırımların, 4734 sayılı Yasa'da yer alan 'ihaleden yasaklama' yaptırımına benzer nitelik taşıdığından söz edilemeyeceğinden, Protokol hükmüyle getirilen yaptırımların 4734 sayılı Yasa'da öngörülen yaptırımı aşar nitelikte olduğundan bahisle verilen iptal kararında hukuki isabet görülmemiştir."şeklindedir.

Dosya bozulan kısım hakkında yeniden karar verilmek üzere Dairemize gönderilmiştir.

İNCELEME VE GEREKÇE:

Anılan bozma kararında belirtilen gerekçeler doğrultusunda dava konusu Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı ile Türk Eczacıları Birliği arasında imzalanan 01/07/2007 tarihli

Sosyal Güvenlik Kurumu Kapsamındaki Kişilerin Türk Eczacıları Birliği Üyesi Eczanelerden İlaç Teminine İlişkin Protokolün 6.3.21., 6.3.22. ve 6.3.23. maddelerinde yer alan "3 yıl süreyle sözleşme yapılmayacağına" ilişkin kurallaryeniden incelendiğinde;

5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu'nun dava konusu düzenleme tarihinde yürürlükte olan haliyle 1. maddesinde; bu Kanun ile Kuruma görev ve yetki veren diğer kanunların hükümlerini uygulamak üzere Sosyal Güvenlik Kurumunun kurulduğu belirtilmiştir.

6643 sayılı Türk Eczacıları Birliği Kanunu'nun 34. maddesinde, Birliği temsil görev ve yetkisinin Merkez Heyetine ait olduğu; 39/j maddesinde de Birliğin temsilcisi olan Merkez Heyetinin, eczanelerden sağlık hizmeti satın alacak bütün kamu ve özel kurum ve kuruluşlarla anlaşmalar yapmak, imzalanan protokole uygun tip sözleşmeleri bastırmak ve belirleyeceği bedel karşılığı eczanelere dağıtma görevi bulunduğu belirtilmiştir.

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 2008 yılında yürürlüğü girecek olması nedeniyle dava konusu düzenleme tarihinde halen yürürlükte bulunan 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 123. maddesine, 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanununun Ek 11. maddesinin 3. fıkrasına ve 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanununun Geçici 139. maddesine göre sosyal güvenlik kuruluşları kapsamında bulunan kişilere verilecek olan sağlık yardımı kamu veya özel sağlık kurumundan veya kuruluşundan sağlık hizmeti satın alınmak suretiyle karşılanmaktadır. Bu Kanunlar uyarınca çıkarılan ve 25/05/2007 tarih ve 26532 mükerrer sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliğinin "Eczanelerle yapılacak sözleşmeler" başlıklı 13. maddesinde "Kurum, Tebliğin kapsam bölümünde sayılan kişilerin tedavileri için gerekli olan ilaç ve gereçlerin sağlanmasının mümkün olmadığı hallerde eczaneler ile yapılacak sözleşmeye esas teşkil etmek üzere Türk Eczacıları Birliği Merkez Heyeti (TEB) ile protokol imzalamaya yetkilidir." kuralı yer almıştır.

Bu kurallar çerçevesinde Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı ile

Türk Eczacıları Birliği arasında, 01/07/2007 tarihli Sosyal Güvenlik Kurumu Kapsamındaki Kişilerin Türk Eczacıları Birliği Üyesi Eczanelerden İlaç Teminine İlişkin Protokol imzalanmıştır.

Anılan Protokol ile Sağlık Uygulama Tebliğinin (1.2.) numaralı maddesinde belirtilen kişileri kapsamak üzere eczanelerden temin edilecek ilaçlar ile ilgili olarak eczaneler ile yapılacak sözleşmeler için uygulanacak usul ve esaslar ile karşılıklı hak ve yükümlülükler belirlenmiştir.

Anılan Protokolün, "cezai şart uygulanacak fiiller, fesih nedeni fiiller ve sözleşme yapılmayacak süreler" in düzenlendiği bölümünde yer alan dava konusu 6.3.21. maddesinde, "Provizyon sistemine gerçeğe aykırı, hayali reçete kaydının yapılması durumunun tespiti halinde, reçete bedelinin 10 katı tutarı cezai şart ile sözleşme feshedilir ve 2 (iki) yıl süre ile sözleşme yapılmaz, tekrarı halinde 10 katı cezai şart uygulanarak sözleşme feshedilir ve 3 (üç) yıl süre ile sözleşme yapılmaz. Ancak bu durumun sehven yapıldığının eczacı tarafından bildirilmesi ve Kurumca kabul edilmesi halinde, bu hüküm uygulanmaz." kuralına;

6.3.22. maddesinde, "Eczanede yapılan denetimde, eczacı veya eczane çalışanları tarafından sahte olarak tanzim edilmiş reçete veya kupür veya raporun eczanede bulunduğunun tespiti halinde 10.000 (onbin) TL cezai şart uygulanır ve sözleşme feshedilir. Fesih tarihinden itibaren 3 (üç) yıl süreyle sözleşme yapılmaz. Bir fatura döneminde, belirtilen fiillerden birden fazlasının tespiti halinde uygulanacak cezai şart, her bir fiil için 10.000 (onbin) TL den az olamaz." kuralına;

6.3.23. maddesinde, "Eczacı veya eczane çalışanları tarafından sahte olarak tanzim edilmiş reçete veya kupür veya raporun Kuruma fatura edildiğinin tespiti halinde, 10.000 (onbin) TL den az olmamak kaydıyla sahte reçete veya sahte kupürlü reçete veya sahte raporlu reçete bedelinin 10 katı tutarında cezai şart uygulanır ve sözleşme feshedilir. Fesih tarihinden itibaren 3 (üç) yıl süreyle sözleşme yapılmaz. Bir fatura döneminde, belirtilen fiillerden birden fazlasının tespiti halinde uygulanacak cezai şart, her bir fiil için 10.000

(onbin) TL den az olamaz.” kuralına yer verilmiştir.

Sözleşmenin feshi ve 3 yıl süreyle sözleşme yapılmaması sonucunu doğuran fiiller (6.3.21.) maddede; 'Provizyon sistemine gerçeğe aykırı, hayali reçete kaydının yapılması', (6.3.22.) maddede; 'Eczanede yapılan denetimde, eczacı veya eczane çalışanları tarafından sahte olarak tanzim edilmiş reçete veya kupür veya raporun eczanede bulundurulması', (6.3.23.) maddede; 'Eczacı veya eczane çalışanları tarafından sahte olarak tanzim edilmiş reçete veya kupür veya raporun Kuruma fatura edilmesi' olarak sayılmıştır.

Buna göre, Protokolün yukarıda alıntısına yer verilen maddeleri ile getirilen yaptırımların kamu maliyesi aleyhine oluşan veya oluşması mümkün olan olumsuz sonucun önlenmesi ve bu fiillerin tekrarının engellenmesi amacını güttüğü anlaşılmaktadır. Söz konusu fiillerin ağırlığı da göz önünde bulundurulduğunda kamu yararı ve hizmet gerekleri gözetilerek tesis edilen, anılan fiillerin tespiti halinde “3 yıl süreyle sözleşme yapılmamasına” ilişkin düzenlemede hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

KARAR SONUCU:

Açıklanan nedenlerle;

1. Dava konusu Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı ile Türk Eczacıları Birliği arasında imzalanan 01/07/2007 tarihli Sosyal Güvenlik Kurumu Kapsamındaki Kişilerin Türk Eczacıları Birliği Üyesi Eczanelerden İlaç Teminine İlişkin Protokolün 6.3.21., 6.3.22. ve 6.3.23. maddelerinde yer alan “3 yıl süreyle sözleşme yapılmayacağına” ilişkin ibareler yönünden oyçokluğuyla **DAVANIN REDDİNE**,

2. Aşağıda dökümü gösterilen 72,00-TL posta giderinin davacı üzerinde bırakılmasına,

3. Bozmadan önceki ilk Kararda davalı idareler lehine vekâlet ücretine hükmedildiğinden, davalı idareler lehine yeniden vekâlet ücretine hükmedilmemesine,

4. Posta gideri avansından artan tutarın kararın kesinleşmesinden sonra davacıya iadesine,

5. Bu kararın tebliğ tarihini izleyen otuz (30) gün içinde Danıştay İdari Dava Daireleri Kuruluna temyiz yolu açık olmak

üzere, 06/02/2019 tarihinde karar verildi.

KARŞIY:

Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı ile Türk Eczacıları Birliği arasında imzalanan 01/07/2007 tarihli Sosyal Güvenlik Kurumu Kapsamındaki Kişilerin Türk Eczacıları Birliği Üyesi Eczanelerden İlaç Teminine İlişkin Protokolün "cezai şart uygulanacak fiiller, fesih nedeni fiiller ve sözleşme yapılmayacak süreler" in düzenlendiği bölümde yer alan dava konusu 6.3.21. maddesinde, "Provizyon sistemine gerçeğe aykırı, hayali reçete kaydının yapılması durumunun tespiti halinde, reçete bedelinin 10 katı tutarı cezai şart ile sözleşme feshedilir ve 2 (iki) yıl süre ile sözleşme yapılmaz, tekrarı halinde 10 katı cezai şart uygulanarak sözleşme feshedilir ve 3 (üç) yıl süre ile sözleşme yapılmaz. Ancak bu durumun sehven yapıldığının eczacı tarafından bildirilmesi ve Kurumca kabul edilmesi halinde, bu hüküm uygulanmaz." kuralına;

6.3.22. maddesinde, "Eczanede yapılan denetimde, eczacı veya eczane çalışanları tarafından sahte olarak tanzim edilmiş reçete veya kupür veya raporun eczanede bulunduğu tespiti halinde 10.000 (onbin) TL cezai şart uygulanır ve sözleşme feshedilir. Fesih tarihinden itibaren 3 (üç) yıl süreyle sözleşme yapılmaz. Bir fatura döneminde, belirtilen fiillerden birden fazlasının tespiti halinde uygulanacak cezai şart, her bir fiil için 10.000 (onbin) TL den az olamaz." kuralına;

6.3.23. maddesinde, "Eczacı veya eczane çalışanları tarafından sahte olarak tanzim edilmiş reçete veya kupür veya raporun Kuruma fatura edildiğinin tespiti halinde, 10.000 (onbin) TL den az olmamak kaydıyla sahte reçete veya sahte kupürlü reçete veya sahte raporlu reçete bedelinin 10 katı tutarında cezai şart uygulanır ve sözleşme feshedilir. Fesih tarihinden itibaren 3 (üç) yıl süreyle sözleşme yapılmaz. Bir fatura döneminde, belirtilen fiillerden birden fazlasının tespiti halinde uygulanacak cezai şart, her bir fiil için 10.000 (onbin) TL den az olamaz." kuralına yer verilmiştir.

Yukarıda anılan Protokol ile sözleşmenin feshi ve 3 (üç) yıl süreyle sözleşme yapılmaması sonucunu doğuran fiiller ve

haller sayılmış ve buna göre, (6.3.21.)maddesinde; 'Provizyon sistemine gerçeğe aykırı, hayali reçete kaydının yapılması', (6.3.22.)maddesinde; 'Eczanede yapılan denetimde, eczacı veya eczane çalışanları tarafından sahte olarak tanzim edilmiş reçete veya kupür veya raporun eczanede bulundurulması', (6.3.23.)maddesinde ise; 'Eczacı veya eczane çalışanları tarafından sahte olarak tanzim edilmiş reçete veya kupür veya raporun Kuruma fatura edilmesi' olarak belirlenmiştir.

Anayasa Mahkemesi kararlarında da belirtildiği üzere, Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasa koyucunun da uyması gereken temel hukuk ilkeleri ve Anayasa'nın bulunduğu bilincinde olan devlettir.

Hukuk devletinin sağlamakla yükümlü olduğu hukuki güvenlik ilkesi ise, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yaptığı düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılan ve temel hak güvencelerinde korunan ortak değerdir.

Hukuk devletinde, idarenin işlem ve eylemlerinde başvurduğu yolların, kullandığı araçların elde etmek istediği amaca uygun olması gerekir. Buna göre, kanun koyucu ve idareler, düzenleme yaparken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle de bağlıdır.

Ölçülülük ilkesi elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkedен oluşmaktadır. Elverişlilik, başvuru önlemin ulaşılacak istenen amaç için elverişli olmasını, gereklilik, başvuru önlemin ulaşılacak istenen amaç bakımından gerekli olmasını, orantılılık ise başvuru önlem ve ulaşılacak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir. Bir kuralda öngörülen düzenleme ile ulaşılacak istenen amaç arasında da ölçülülük ilkesi gereğince makul bir dengenin bulunmasının zorunlu olduğu Anayasa Mahkemesi

kararlarında açıkça vurgulanmıştır. (Anayasa Mahkemesi'nin 15/01/2019 tarihli ve 30656 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 27/12/2018 tarihli ve E:2018/153, K:2018/119, sayılı kararı)

Dava konusu düzenlemelerde, yaptırıma tabi tutulan fillerin niteliği göz önünde bulundurularak cezai şart ve sözleşme feshi öngörülmüş, bunun yanı sıra bu filleri gerçekleştiren eczacı ile 3 (üç) yıl süreyle sözleşme yapılmaması yaptırımına da yer verilmiştir.

Kamu maliyesi aleyhine oluşan veya oluşması mümkün olan olumsuz sonucun önlenmesi için getirildiği anlaşılan anılan düzenlemelerde verilen, 3 (üç) yıl süreyle sözleşme yapılmaması yaptırımının, fiilin tekrarını önlemek ve caydırıcılık amacı güttüğü anlaşılmakla birlikte, yukarıda yer verilen Anayasal ilkeler gereği kuralların, bu önleme ve iyileştirme amaçlarına uygun olarak ölçülü, adil ve orantılı olması gerekir.

Buna göre, dava konusu düzenlemelerde öngörülen yaptırımın muhatabı olan eczacı açısından caydırıcılık etkisini göstermesi amaca ulaşmak için yeterlidir. Caydırıcılık etkisi bakımından belli bir süre sözleşme yapılmaması gerekli ve elverişli olmakla birlikte, bu sürenin 3 (üç) yıl olarak belirlenmesi, hakkında idari yaptırım uygulanan muhatabı üzerinde ağır bir etki bırakacak ve amaçtan uzaklaşarak muhatabını ağır ve orantısız bir şekilde cezalandırma sonucunu doğuracak ve hukuk devleti ilkelerinden olan ölçülülük ilkesine uygun düşmeyecektir.

Zira, 3 (üç) yıl gibi uzun bir süre sözleşme yapılmaması, yaptırımın muhatabı olan ve geçimini serbest eczacılık faaliyeti ile sağlayan eczacıyı mali yönden sıkıntıya düşürecek, eczacının sözleşme hürriyetinin önemli bir biçimde sınırlandırılması sonucunu doğuracak ve böylece kuralda öngörülen düzenleme ile ulaşılmak istenen amaç arasında adil olmayan bir orantısızlık ortaya çıkacaktır.

Nitekim, dava konusu düzenleme sonrası 2007 yılını takip eden 2008, 2009, 2012 ve 2016 yıllarında taraflar arasında imzalanan protokollerde, 3 (üç) yıllık bu süre davalı idarelerce resen ölçülü ve adil görülmeyerek, 2 (iki) yıl ve 1

(bir) yıl olarak belirlenmiştir.

Bu durumda, dava konusu düzenlemelerde öngörülen "3 yıl süreyle sözleşme yapılmayacağına" ilişkin kural ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin bulunmadığı, bu durumun ölçülülük ve orantılılık ilkesine aykırılık teşkil ettiği sonucuna ulaşılmaktadır.

Yukarıda belirtilen nedenlerle, dava konusu Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı ile Türk Eczacıları Birliği arasında imzalanan 01/07/2007 tarihli Sosyal Güvenlik Kurumu Kapsamındaki Kişilerin Türk Eczacıları Birliği Üyesi Eczanelerden İlaç Teminine İlişkin Protokolün 6.3.21., 6.3.22. ve 6.3.23. maddelerinde yer alan "3 yıl süreyle sözleşme yapılmayacağına" ilişkin ibarelerin iptali gerektiği görüşüyle, aksi yöndeki çoğunluk kararına katılmıyoruz.