İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ
İDARE HUKUKU BÜTÜNLEME SINAVI
(Tek Numaralı Öğrenciler ve İkinci Öğretim Öğrencileri İçin)
20.06.2014

Sınav süresi 2 saattir. Yalnızca yarım tabaka ek kâğıt alınabilir. Cevapların gerekçeli olması aranır. Başarılar dileriz.

Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) ile Türk Eczacılar Birliği, *"Sosyal Güvenlik Kurumu Kapsamındaki Kişilerin Türk Eczacıları Birliği Üyesi Eczanelerden İlaç Teminine İlişkin"* bir "Protokol" imzalamıştır.

1- Protokol'ün 3. maddesinde yedi bent halinde sayılan kimi ilaçların sağlanmasının, sisteme dâhil eczanelerden sırasıyla (dönüşümlü olarak) yapılacağı öngörülmüş; ilgili hekim tarafından yazılan bu tür ilaçların temini için öncelikle sıranın hangi eczanede olduğunun ilgili Eczacı Odasından sorulacağı, Odanın yönlendirmesi ile gidilen eczaneden ilacın alınması sonrasında tekrar Eczacı Odasından onay alınması gerekeceği belirtilmiştir.

Bazı eczane sahipleri, **a)** SGK ile Birlik arasında, ilaç temininin dönüşümlü olarak yapılması zorunluluğu getirerek hastaların ilaçlarını dilediği eczaneden almasının engellenmesi sonucunu doğuran bu tür bir Protokol yapılmasının hukuksal bakımdan mümkün olmadığını; **b)** Bu husus bir tarafa bırakılacak olsa bile, durumun büyük kentlerde yaşayan kimi hastaların tedavisinde gecikmelere neden olduğu, özellikle haftada üç - dört kez diyaliz tedavisi gören hastaların uygulamadan olumsuz etkilendiğini belirterek anılan protokol maddelerinin hukuka aykırı olduğunu iddia etmektedirler.

SGK ise Protokol'ün 3. maddesinde yer alan düzenlemenin diyaliz ilaçlarını ihtiva eden reçete ve ilaçların, hastalar için yaşamsal öneme sahip ve pahalı olması gibi nedenlerle bu ilaçların alınması aşamasında meydana gelebilecek yolsuzlukları, bir başka ifadeyle, Kurumun haksız yere ödeme yapmasını önlemek, eczacıların birbirleri ve hasta ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hâkim kılmak, hastanın ve Devletin menfaatini korumak amacıyla eczanelerden dönüşümlü olarak karşılanmasına yönelik tesis edildiği; diyaliz ilacı temininde bir takım aksaklık ve gecikmeler yaşansa da bunların zaman içinde ve imkânlar dâhilinde düzeltilebileceği gerekçesi ile bu iddiaları reddetmiştir.

2- Sevinç Eczanesi tarafından SGK'ya fatura edilen reçetelerden yedisinin üçüncü kişiler tarafından sahte olarak tanzim edildiği anlaşılmış, bunun üzerine Kurum, Protokolün 6. maddesinde yer alan, *"10 veya daha az adette, eczacı ya da çalışanları dışında (üçüncü kişilerce) sahte olarak tanzim edildiği tespit edilen reçete veya kupür veya raporun Kuruma fatura edildiğinin tespiti halinde, bulunan sahte reçete veya sahte kupürlü reçete veya sahte raporlu reçete tutarının 5 katı tutarında cezai şart uygulanır ve sözleşme feshedilerek 3 (üç) ay süreyle sözleşme yapılmaz"* hükmüne dayanarak Sevinç Eczanesi'nin sahibi Ayşe Sevinç'e cezai şart uygulamış ve sözleşmesini feshetmiştir.

3- (B) Belediyesi zabıta görevlileri tarafından 5 Mayıs 2012 tarihinde yapılan denetimlerde, Sevinç Eczanesi'nin işyeri açma ve çalışma ruhsatı olmadığı tespit edilmiştir. Bunun üzerine Belediye tarafından Ayşe Sevinç'e işyeri açma ve çalışma ruhsatı alması için bir aylık süre verilmiş; söz konusu süre içinde başvuru yapıp ruhsatını almaz ise eczanesinin kapatılacağı ve ayrıca para cezası kesileceği bildirilmiştir. Ancak Ayşe Sevinç, bu süre içinde herhangi bir ruhsat başvurusunda bulunmamıştır. Bunun üzerine Belediye Encümeni, 6 Haziran 2012 tarihinde Sevinç Eczanesi'ni kapatma kararı almış ve Kabahatler Kanunu'nun 32. maddesi uyarınca Ayşe Sevinç'e para cezası kesilmesine karar vermiştir. Bu arada 6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun'un 5. maddesinde 6308 sayılı Kanunla yapılan değişiklik 31 Mayıs 2012 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiş ve söz konusu değişiklik ile Eczaneler için belediyeden ayrıca bir iş yeri ruhsatı alınması zorunluluğu kaldırılmıştır.

İLGİLİ MEVZUAT

5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu

Madde 73 – (Değişik: 17/4/2008-5754/45 md.) Bu Kanuna göre sağlık hizmetleri, Kurum ile yurt içindeki veya yurt dışındaki sağlık hizmeti sunucuları arasında yapılan sözleşmeler yoluyla ve/veya bu Kanun hükümlerine uygun olarak genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin sözleşmesiz sağlık hizmeti sunucularından satın aldıkları sağlık hizmeti giderlerinin ödenmesi suretiyle sağlanır.

6643 Sayılı Türk Eczacıları Birliği Kanunu

Madde 39 – (Birlik) Merkez Heyetinin görevleri şunlardır:

... j) 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 dağıtmak.

İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmelik

Madde 6 – (Değişik birinci fıkra: 19/3/2007 – 2007/11882 K.) Yetkili idarelerden usulüne uygun olarak işyeri açma ve çalışma ruhsatı alınmadan işyeri açılamaz ve çalıştırılamaz. İşyerlerine bu Yönetmelikte belirtilen yetkili idareler dışında diğer kamu kurum ve kuruluşları ile ilgili meslek kuruluşları tarafından özel mevzuatına göre verilen izinler ile tescil ve benzeri işlemler bu Yönetmelik hükümlerine göre ruhsat alma mükellefiyetini ortadan kaldırmaz. İşyeri açma ve çalışma ruhsatı alınmadan açılan işyerleri yetkili idareler tarafından kapatılır.

6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun

Madde 5 – (Değişik: 17/5/2012-6308/2 md.)

Serbest eczaneler, eczacılık yapma hakkını haiz bir eczacının sahip ve mesul müdürlüğünde yönetmelikte belirlenen belgelerle il sağlık müdürlüğünce düzenlenmiş ve valilikçe onaylanmış bir ruhsatname ile açılır...

Eczaneler için belediyeden ayrıca bir iş yeri ruhsatı alınması ve belediyeye harç ödenmesi gerekmez.

5326 Sayılı Kabahatler Kanunu

Madde 32 – (1) Yetkili makamlar tarafından adlî işlemler nedeniyle ya da kamu güvenliği, kamu düzeni veya genel sağlığın korunması amacıyla, hukuka uygun olarak verilen emre aykırı hareket eden kişiye yüz Türk Lirası idarî para cezası verilir. Bu cezaya emri veren makam tarafından karar verilir.

SORULAR

1- Sosyal Güvenlik Kurumu ve Türk Eczacılar Birliği'nin Türk İdare Teşkilatı içindeki yerini tespit ediniz. *(5 Puan)*

2- "Eczacılar Birliği" ile tüzel kişiliği olan "İstanbul Eczacı Odası" arasında nasıl bir ilişki olabilir? "Sağlık Bakanlığı" ile "Eczacılar Birliği" arasındaki ilişki de aynı mahiyette midir? Açıklayınız. *(10 puan)*

3- a) Eczanelerin yürütmekte olduğu faaliyet kamu hizmeti midir? Gerekçeli olarak açıklayınız. Sevinç Eczanesi'nin protokol kapsamında SGK'ya ilaç temin etmesi, yaptığı faaliyetin niteliğini değiştirir mi? Açıklayınız. *(5 puan)*

b) Olayda SGK'nın hastalara ilaç temin etmesi ne tür bir faaliyettir? Açıklayınız. *(5 puan)*

4- SGK ile Birlik arasında imzalanan protokolü bir düzenleyici işlem mi; yoksa bir sözleşme olarak mı değerlendirmek gerekir? Gerekçeli olarak açıklayınız. *(10 puan)*

5- Protokol'ün idari işlem olduğu varsayımında, SGK'nın haksız ödemelere ve yolsuzluğa engel olmak amacıyla düzenlediği 3. maddeyi *yetki, sebep ve maksat* unsurları bakımından değerlendiriniz. *(10 puan)*

6- Ayşe Sevinç'e sahte reçeteler dolayısıyla cezai şart uygulanmasının ve sözleşmesinin feshedilmesinin hukuka uygun olup olmadığını Protokol'ün ilgili maddesini dikkate almak suretiyle açıklayınız. *(10 puan)*

7- Olayda Belediye'nin yürüttüğü faaliyetin türünü açıklayınız. Bu faaliyet yerine getirilirken kullanılan usuller nelerdir? *(10 puan)*

8- Belediye Encümeni'nin kanunda ruhsat alınma zorunluluğunu kaldıran değişiklik yapılmasından sonra aldığı kapatma ve para cezası kararlarının hukuka uygun olup olmadığını tartışınız. *(10 puan)*

9- Birlik, Türk Eczacılar Birliği Kanunu'nda herhangi bir yetki verilmemiş olsa da hizmet binası ihtiyacı gerekçesi ile kamulaştırma yapabilir mi? Konuya ilişkin yargı kararları ışığında tartışınız. *(10 puan)*

10- Türk Eczacılar Birliği Genel Sekreteri, Belediye Zabıtası ve Belediye Başkanı'nın kamu personel rejimi bakımından statülerini ihtimallere göre açıklayınız. *(5 puan)*

11- Diyaliz hastası (D), Protokol uygulaması sebebiyle ihtiyaç duyduğu ilaca zamanında ulaşamamış ve tedavisi zamanında yapılamadığı için hayatını kaybetmiştir. (D)'nin yakınlarının İdare'nin sorumluluğu kapsamında bu durumdan dolayı tazminat hakları var mıdır? Hangi İdare'ye hangi esas ve ilkelere göre başvurmalıdırlar? Açıklayınız. *(10 puan)*

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ

Fakülte Numarası .....
Adı ve Soyadı .....
Yarıyıl : II. Yarıyıl
Ders : İdare Hukuku

76

Sınav Sonucu
İmza 76 İmza

(2)

1- c: Türk idari teşkilatı merkezden yönetim ve yerinden yönetim olmak üzere ikiye ayrılır. Merkezden yönetim Devlet tüzel kişiliğinden oluşur ve merkez teşkilatı ve taşra teşkilatından meydana gelir. Yerinden yönetim kuruluşları ise yer bakımından yerinden yönetim kuruluşları (bunlar tahdidi olarak belirlenmiştir - köy, belediye, il özel idaresi) ve hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşları olarak ikiye ayrılır.

SGK → Kamu tüzel kişiliğini haiz, özel olarak bir veya birkaç konuda faaliyet gösteren hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşudur. KK,

Türk Eczacılar Birliği → Kamu tüzel kişiliğini haiz, belirli bir meslek alanında çalışanların ihtiyaçlarını karşılamak, koordinasyonu sağlamak ve. faaliyetlerini göstaran bir kamu kurumu nitaliğinde meslek teşekkülü (birliği) 'dir. HBY

~~c- Türk Eczacılar Birliği bir~~

3- c: Eczanelerin yürüttüğü faaliyet bir kamu hizmeti değildir Bir faaliyetin kamu hizmeti sayılabilmesi için toplumun genel ve sürekli bir ihtiyacını yönelik olması gerekir ve bu faaliyetin yasa koyucu tarafından idare görevi olarak verilmesi gerekir. Eczanenin yürüttüğü faaliyet kar na kadar toplumun genel ve sürekli bir ihtiyacına yönelik olsa da yasa koyucu tarafından bu faaliyet idareye görevi olarak verilmediği ve bir kamu tüzel kişiliği veya onun gözetimi altında bir özel kişi tarafından icra edilmediği için bir kamu hizmeti değildir. Bir faaliyetin hizmet olarak kabul edilmesi konusunda kanun koyucunun takdir yetkisi vardır ve kanun koyucu takdir yetkisini burada kullanmamıştır. Eczanelerin protokol ile SGK'ya ilaç temin etmesi bu durumu değiştirmez

b- ~~Eczanelerin~~ SGK'ya ilaç temin etmesi bir kamu hizmetidir İlaç temin edilmesi SGK'ya görevi olarak verilmiştir ve toplumdaki ~~sağlık~~ maddi durumu yetersiz kişilere uygun bir ücret karşılığında temin edilmesi sürekli ve toplumun belirli bir kısmı için genel-ortak- bir ihtiyaçtır Tatmin edilmediği takdirde toplumda bir huzursuzluk oluşabileceği ~~için~~ göz önüne alındığında bir kamu hizmeti olduğu söylenilebilir.

→ Eczaneler birer özel kuruluşlardır, kamu hizmeti alanındaki ruhsat işlemi ile değil, valilik ve sağlık bakanlığından alınan -kolluk alanındaki- ruhsat ile faaliyete başlarlar.

4- C: Bir sözleşmenin idari sözleşme olabilmesi için taraflardan birinin idare olması ve idarenin üstün kamusal yetkilere sahip olması gerekir. Söz konusu olayda taraflardan her ikisi de bir kamu tüzel kişisidir. Düzenleyici işlemler ise genel, soyut, sürekliliği, idarenin tek yanlı irade-sinin ürünüdür. Burda idarenin tek yanlı bir işleminden ziyade iki taraflı bir anlaşma sonucu meydana gelen bir idari sözleşme [redacted] vardır. Her ne kadar sözleşmenin maddeleri özel hukuktaki gibi tartışılarak ve müzakere edilerek ortak bir irade sonucu oluşmuş olmasa da bu bir idari sözleşmedir ve idare burada üstün nitelikli kamu gücü haklarını kullanarak karşı tarafa bu sözleşmeyi bir bütün olarak kabul ettirmiştir. Taraflardan [redacted] en az biri idare olduğu ve kamu gücü haklarına sahip olduğu için bu bir idari sözleşmedir. Ortak bir iradenin ürünü olmaması ve bir bütün olarak kabul ettirilmesi bu protokolü düzenleyici işlem haline getirmez. [redacted]

6- C: Hukuka uygunluk açısından SGK protokolün ilgili maddesi uygunca yetkilidir ve yedi sahte reçete ibraz edilmesi de bu işlemin sebep unsurunu oluşturur, işlemin konusu ise uygulanan cezai şart ve sözleşmenin feshedilmesidir. Ancak burda orantılılık ve kamu yararı açısından bir hukuka aykırılık olduğu söylenebilir ve amaç unsuru tartışılabilir. Zira sahte reçeteler eczacı ve çalışanları tarafından değil, 3. kişiler tarafından düzenlenmektedir. Her ne kadar burda SGK sahte reçeteler nedeniyle ödediği hatalı ücretleri yükümlü konusunda bir kamu yararı olduğu ve bu yolla eczanelerin daha dikkatli bir denetimle reçeteleri kabul etmesini amaçlasa da eczane sahiplerine uygulanan bu yaptırım çok ağır ve ölçüsüzdür. [redacted]

Ayrıca eczanelerin sözleşmelerinin feshedilmesi de sadece eczanelerı değil, ordan yararlanan vatandaşları da mağdur etmektedir ve bu durumda kamu yararı olduğu söylenemez. Bu yaptırımın çok ağır olduğu, ölçülülük ilkesine aykırı olduğu ve vatandaşları da mağdur ettiği göz önüne alındığında bu ceza amaç bakımından sakattır ve kamu yararına dönülmemiştir.

7- C: Olayda belediye kamu düzenini sağlamak ve yerine getirmek amacıyla kolluk yetkisini kullanmıştır. İş yeri açılması, ruhsat verilmesi kamu düzenini ilgilendiren bir husustur. Kolluk usulleri baskıcı usuller ve önleyici usuller olarak ikiye ayrılır. Önleyici usuller izin, bildirim ve serbestliktir. İzin bir işlem veya fiilin gerçekleştirilmesi için kolluk yetkilisi tarafından verilen olumlu görüşün alınmasıdır, aksi halde işlem gerçekleştirilemez. Bildirim bir faaliyete girişmek serbest olmakla birlikte gerekli önlemlerin alınması için idareye bir açıklamada bulunulur, idarenin takdir yetkisi yoktur, yasaklayamaz. Yasaklama ise kamu düzenini bozan faaliyetlerin gerçekleşmesinin önlenmesi amacıyla müeyyideye bağlanması usulüdür.

Baskıcı usuller ise re'sen icra ve caydırıcı icradır. Re'sen icrada kolluk görev-

fiilari kamu düzenini bozan bir durumu genel yetkileri çerçevesinde izne gerek olmaksızın müdahale edarlar. Caydırıcı icrada ise ilgilinin aktif veya pasif bir şekilde direnmesi halinde durumun zorunlu kıldığı ölçüde kolluk görevlileri şiddet kullanmayı da içeren bir şekilde zorla gerekeni yaparlar.

9-C: Türk Eczacılar Birliği kamu kurumu niteliğinde bir meslek kuruluşudur. Ayrıca bütün kamu tüzel kişileri herhangi bir fark gözetilmeden kamulaştırma yapmaya yetkili kılınmıştır. TEB'de bir kamu tüzel kişiliği olduğu için kamulaştırma yapmaya asıl olarak yetkili olması gerekir. Ancak Danıştay'ın aldığı son kararlar çerçevesinde bu meslek birliklerinin anayasada sayılanlar hariçlikte kamu tüzel kişilikleri olmadığı, bunların sadece verilen görevler çerçevesinde sınırlı bazı yetkileri bulunduğu, bunların dışında yetkileri olmadığı için kanunlarında aksi öngörülmedikçe kamulaştırma yetkileri olmadığı kabul edildiğinden TEB kamulaştırma yapmaya yetkili değildir. Ancak bu karar isabetli değildir. Zira Anayasa herhangi bir fark gözetmeden kamu tüzel kişiliğine sahip olmanın kamulaştırma yapmak için yeterli olduğunu kabul etmesine rağmen Danıştay'ın Anayasaya aykırı olarak böyle bir kararı vermesi isabetli değildir.

10-C: Türk Eczacılar Birliği Genel Sekreteri: Bir kamu kurumunda asli ve sürekli bir görev ifa ettiği, hiyerarşi ve liyakat ilkelerine bağlı olduğu için memur statüsündedir.
Belediye Zabıtası: Bir kamu kurumunda asli ve sürekli bir görev ifa ettiği, hiyerarşi ve liyakat ilkelerine bağlı olduğu için memur statüsündedir.
Belediye Başkanı: Asli ve sürekli bir görev ifa etmesine rağmen hiyerarşi ve liyakat ilkelerine tabi olmadığı (seçimle iş başına gelmesi, meslekten yetişmemesi) için bir diğer kamu görevlisidir.

2-C: Eczacılar Birliği ve İstanbul Eczacılar Odası arasında hiyerarşi ilişkisi olmaz, zira her iki kurum da tüzel kişiliği haizdir ve hiyerarşi tek bir tüzel kişilik içinde var olan genel bir yetkidir. Eczacılar Birliği ve İstanbul Eczacılar Odası arasında vesayet denetimi söz konusu olabilir. Vesayet iki ayrı tüzel kişilik arasında görülür, bu tüzel kişiliklerden biri merkez olarak kabul edilen bir tüzel kişilik'tir ve diğeri üzerinde vesayet denetimi uygular. Vesayet idarenin bütünlüğü ilkesinin bir sonucu olup istisnai bir yetkidir. Vesayet söz konusu olması için kanunla düzenlenmesi gerekir, istisnai bir yetki olduğu için kanunla düzenlendiği takdirde mevcut olur. ~~Anayasamızda vesayet yetkisi~~ Türk Eczacılar Birliği T.E.B'na göre merkez olarak kabul edilebileceğinden kanunda düzenlendiği takdirde vesayet yetkisi söz konusu olabilir. Sağlık Bakanlığı ve Eczacılar Birliği arasında vesayet yetkisi kanunda düzenlendiği takdirde söz konusu olabilir. Sağlık Bakanlığı Devlet tüzel kişiliği altında bir birimdir ve merkezi

yönetimin bir parçasıdır. Bu nedenle iki tüzel kişilik arasında kanunla belirlenmiş bir yetki olduğu için vesayet denetimi vardır.

⇒ Ancak anayasamızda vesayet yetkisi sadece merkezi yönetimle mahalli idareler arasında öngörüldüğü için Eczacılar Birliği ile İstanbul Eczacı Odası arasındaki ilişkinin üst denetim olduğunu ileri sürebiliriz.

6- C: Söz konusu konun yapılan işlemlerin hukuki dayanağını oluşturduğu için bu konun değiştirildiği takdirde bu işlemler hukuki dayanaktan yoksun kalır, zira işlemin sebep unsuru ortadan kalkar. Bu durumda işlemler hukuka uygun hale gelmiş olur. Ancak bir işlemin hukuka uygunluğunu olduğu tartışması yapılırken işlemin yapıldığı andaki durum göz önüne alınır. Bu durumda işlem yapıldığı zaman söz konusu kanun yürürlükte bulunduğu için işlem hukuka uygundur ve kanun değiştirilmesi işlemi hukuka aykırı hale getirmez. Ancak hukuk güvenliği ve kamu yararı gerektirince işlemin yeniden ihdas ettirilmesi, yeni bir işlem ihdas ettirilmesi gündeme gelebilir. Bu durumda işlem hukuka aykırı hale gelmese bile idarenin kamu yararını gözetmesi beklenir.

1. Görüş

2. Görüş

11- C: İdarenin sorumluluğunun gündeme gelebilmesi için idari bir eylem/eylemsizlik/işlem, bir zarar ve zarar ile idari eylem arasında illiyet bağı gerekir. Burda idarenin kusurlu bir eylemi sonucunda Burda D'nin gerekli biyolojik ihtiyaçlarına ulaşamadığı için öldüğü bilgisine yer verildiği için sağlık hizmetinin geç ifa edilmesi söz konusudur. Hizmetin geç ifa edilmesi gibi, hiç veya geç ifa edilmesi idarenin kusurlu sorumluluğunu gündeme getirir. İdarenin yaptığı protokol sonucu hasta D ilaçlara zamanında ulaşamamış ve hayatını kaybetmiştir. Burda D'nin yukarıdaki protokolle bağlı olan ve protokolü uygulamaya çalışan eczanelere başvuramazlar, zira eczanenin kusurlu bir davranışı yoktur. Bu durumda D'nin ailesi hastaların ilaçlara ulaşmasını hastalık durumlarını ve aciliyetlerini göz önüne almadan böyle bir protokol hazırlayan SGK'ya bu kusurlu davranışından dolayı tazminat talebiyle başvurabilirler. Zira SGK'a gibi bir kurumun bunları göz önünde bulundurmadan böyle bir protokol hazırlaması kusurlu bir davranıştır ve buna bağlı olarak meydana gelen zararların kusurlu sorumluluk çerçevesinde tazmin etmesi gerekir.

5- C: İlgili konuda bu konuda protokol hazırlamak SGK'ya yetki olarak verildiğinden SGK bu konuda yetkilidir. Ancak SGK kuruma bağlı olanların bu işlemlerden, sağlık faaliyetlerinden uygun bir şekilde yararlanması için yetkili kılındığından bu amaç dışında başka amaçlarla işlem tesis etmek konusunda yetkisizdir.