

**Esas Sayısı : 2016/154**

**Karar Sayısı : 2017/106**

**Karar Tarihi: 31.5.2017**

**İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN:** Danıştay Onbeşinci Dairesi

**İTİRAZIN KONUSU:** 18.12.1953 tarihli ve 6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun'un, 17.5.2012 tarihli ve 6308 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle değiştirilen 5. maddesinin sekizinci, dokuzuncu ve onuncu fıkralarının, Anayasa'nın 2., 7., 13., 48., 49. ve 60. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine karar verilmesi talebidir.

**OLAY:** 12.4.2014 tarihli ve 28970 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Yönetmeliğin 16. maddesinin iptali talebiyle açılan davada, itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptalleri için başvurmuştur.

## **I- İPTALİ İSTENİLEN KANUN HÜKÜMLERİ**

Kanun'un itiraz konusu kuralları da içeren 5. maddesi şöyledir:

**"MADDE 5-** 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. Ruhsatname konusunda meydana gelecek sorunların çözüm yeri Türkiye İlaç ve Tıbbî Cihaz Kurumudur.

*Eczane açmak, devretmek veya başka bir yere nakletmek isteyen eczacılar, bulunduğu ilin sağlık müdürlüğüne dilekçe ile başvurur. Eczane açmak isteyenlerin belgelerinin tam olması hâlinde ruhsatname düzenlenir. Düzenlenen ruhsatnameler Sağlık Bakanlığına, Türkiye İlaç ve Tıbbî Cihaz Kurumuna ve Türk Eczacıları Birliğine bildirilir. Eczaneler için belediyeden ayrıca bir iş yeri ruhsatı alınması ve belediyeye harç ödenmesi gerekmez. (Ek cümle: 2/1/2014-6514/35 md.) Eczaneler için ayrıca başka herhangi bir kurum veya kuruluştan kayıt veya onay belgesi aranmaz.*

*Serbest eczane sayıları, ilçe sınırları içindeki nüfusa göre en az üç bin beş yüz kişiye bir eczane olacak şekilde düzenlenir. Hiç eczanesi olmayan yerleşim birimlerinde nüfus kriterine bakılmaksızın bir eczanenin açılmasına müsaade edilir. Ancak bu şekilde açılan eczanelerin başka yerlere naklinde nüfus kriteri işletilir. Eczanelerin aynı ilçe içerisindeki nakillerinde nüfusa göre eczane açılması kriteri uygulanmaz.*

*Doğal afet ve mücbir sebep nedeniyle nüfus azalması hâlinde o yerleşim yerinde bulunan eczanelerin naklinde nüfusa göre eczane açılması kriteri uygulanmaz. Bu hâlin tespit ve ilanı Sağlık Bakanlığınca yapılır.*

*Eczane açılmasına ilişkin kriterler belirlenirken ilçelerin sosyoekonomik gelişmişlik sıralamasına göre sınıflandırma yapılır. Bu sınıflandırmaya göre ilçelere ilçe katsayısı verilir. Eczacılar, o ilçede mesleki faaliyetlerini sürdürdükleri yıl sayısı ile ilçe katsayısının çarpımı kadar hizmet puanı verilir. Eczacı birden fazla ilçede çalışmış ise hizmet puanları toplanır. Hizmet puanı hesaplanırken ilçe katsayısı, doktora yapmış olanlar için dörtte bir oranında artırılarak uygulanır. Eczacılar, meslekte geçirilen toplam yıl sayısı ile eczacının hizmet puanı toplamı sonucu tespit edilen yerleştirme puanı verilir.*

*Nüfus kriterlerine göre eczane açılabilecek yerler, her yıl en az iki kez olmak üzere Sağlık Bakanlığınca ilan edilir. İlan edilen yerlere müracaat eden adaylardan yerleştirme puanı en yüksek olanlar eczane açma hakkı kazanır. Yerleştirme puanının eşit olması hâlinde kura çekilir.*

*Eczanesini devretmiş bir eczacı yeni bir eczane açmak istediğinde yerleştirme puanı yarı oranında düşürülür.*

*Serbest eczanelerde, reçete sayısı ve/veya ciro gibi kriterlere göre belirlenen sayıda ikinci eczacı çalıştırılması zorunludur.*

*Serbest eczane açmak veya serbest eczanelerde mesul müdür olarak çalışmak isteyen bir eczacı, en az bir yıl müddetle hizmet sözleşmesine bağlı olarak mesul müdür eczacı ile birlikte serbest eczanelerde yardımcı eczacı olarak çalışmak zorundadır. Hastane eczanelerinde veya ikinci eczacı olarak serbest eczanelerde en az bir yıl süre ile çalışanlar, yardımcı eczacı olarak çalışma şartını yerine getirmiş sayılır. Yardımcı eczacıların, il sağlık müdürlüğü ve/veya bölge eczacı odalarının denetimlerinde üç kez eczanede görevi başında mazeretsiz olarak bulunmadığının tespiti hâlinde çalışma süresi kabul edilmez.*

*Yardımcı eczacılara asgari ücretin bir buçuk katından, ikinci eczacılara da asgari ücretin üç katından aşağı olmamak üzere taraflarca belirlenecek ücret ödenir. Yardımcı eczacı ve ikinci eczacı çalıştırılması ile ilgili usul ve esaslar Türk Eczacıları Birliğinin görüşü alınarak Sağlık Bakanlığınca belirlenir.”*

## **II- İLK İNCELEME**

1. Anayasa Mahkemesi içtüzüğü hükümleri uyarınca, Zühtü ARSLAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA ve Rıdvan GÜLEÇ'in katılımlarıyla 7.9.2016 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

## **III- ESASIN İNCELENMESİ**

2. Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Cengiz ERTEN tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu kanun hükümleri, dayanan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ile bunların gerekçeleri ve diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

## A- Anlam ve Kapsam

3. Kanun'un 5. maddesinin itiraz konusu sekizinci fıkrasında, serbest eczaneler için reçete sayısı ve/veya ciro gibi kriterlere göre belirlenen sayıda ikinci eczacı çalıştırılmasının zorunlu olduğu belirtilmektedir. Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Yönetmeliğin 16. maddesi serbest eczanelerde, yıllık seksen bin reçete sayısının veya yıllık üç milyon Türk Lirası tutarında cironun aşılması halinde ikinci eczacının, bu reçete sayısı veya ciroya eklenen yıllık her seksen bin reçete veya yıllık her üç milyon Türk Lirası ciro için ilave olarak bir ikinci eczacının çalıştırılmasını öngörmektedir. Reçete sayısı ve ciro verilerindeki yıllık değişim oranı doğrultusunda bu değerlerin, Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu tarafından Türk Eczacıları Birliğinin de görüşü alınarak güncellenmesi ve ilân edilmesi gerekmektedir.

4. Yönetmeliğin 4. maddesinde ikinci eczacı "*Serbest eczanelerde, eczanenin sahip ve mesul müdürü olan eczacının yanında reçete sayısı ve/veya ciro gibi kriterlere göre çalıştırılması zorunlu olan veya isteğe bağlı olarak bu kriterlere tâbi olmaksızın da çalışabilecek eczacı veya eczacılar*" olarak tanımlanmaktadır.

5. Kanun'un 5. maddesinin itiraz konusu dokuzuncu fıkrasında, serbest eczane açmak veya serbest eczanelerde mesul müdür olarak çalışmak isteyen bir eczacının, en az bir yıl süreyle hizmet sözleşmesine bağlı olarak mesul müdür eczacı ile birlikte serbest eczanelerde yardımcı eczacı olarak çalışmak zorunda olduğu, hastane eczanelerinde veya ikinci eczacı olarak serbest eczanelerde en az bir yıl süre ile çalışanların yardımcı eczacı olarak çalışma şartını yerine getirmiş sayılacakları, yardımcı eczacıların il sağlık müdürlüğü ve/veya bölge eczacı odalarının denetimlerinde üç kez eczanede görevi başında mazeretsiz olarak bulunmadığının tespiti hâlinde çalışma süresinin kabul edilmeyeceği öngörülmektedir.

6. Yönetmeliğin 4. maddesi yardımcı eczacıyı, 2013 ve daha sonraki yıllarda eczacılık fakültesinde okumaya hak kazanmış ve mezun olduktan sonra da serbest eczane açmak veya serbest eczanelerde mesul müdür olarak çalışmak için en az bir yıl müddetle hizmet sözleşmesine bağlı olarak mesul müdür eczacı ile birlikte serbest eczanelerde veya hastane eczanelerinde çalışan eczacı olarak ifade etmektedir.

7. Kanun'un 5. maddesinin itiraz konusu onuncu fıkrasında ise yardımcı eczacılara asgari ücretin bir buçuk katından, ikinci eczacılara da asgari ücretin üç katından aşağı olmamak üzere taraflarca belirlenecek ücret ödeneceği, yardımcı eczacı ve ikinci eczacı çalıştırılması ile ilgili usul ve esasların Türk Eczacıları Birliğinin görüşü alınarak Sağlık Bakanlığınca belirleneceği hüküm altına alınmıştır.

8. Yönetmelik, öncelikle yardımcı eczacı olarak çalışmak isteyen eczacının, çalışabileceği eczaneyi kendisinin belirlemesine imkân vermektedir. Yardımcı eczacı olarak çalışmak isteyen eczacı, çalışacağı eczaneyi kendisinin bulamaması hâlinde, bölge eczacı odasına başvuracak ve eczacı odası müracaat sırasını dikkate almak suretiyle değerlendirmelerde bulunarak yerleştirmeyi yapacak ve il sağlık müdürlüğüne bildirecektir. Bu değerlendirmede ise her yılın Nisan ayında Türk Eczacıları Birliği tarafından Kuruma ve ilgili eczacı odasına bildirilen eczanelerin, yıllık satış hasılat durumları ve karşılanan yıllık reçete adetleri esas alınacaktır. Kurumca belirlenen limitin üzerinde olan eczanelere başvurulması hâlinde yardımcı eczacı çalıştırması zorunlu hale gelmektedir.

## **B- İtirazın Gerekçesi**

9. Başvuru kararında özetle, eczacılara istihdam oluşturmak için, belli bir ciroyu aşan serbest eczanelerde ikinci eczacı çalıştırılmasının tedbir değil zorlama niteliği taşıdığı, bir kısım bireylere asgari ölçüde bir yaşam düzeyi sağlanmaya çalışılırken diğer kesimin bunun yükünü çekmek zorunda kaldığı, ikinci eczacı çalıştırılması için gerekli ciro miktarının aşağı düşmesiyle ikinci eczacının işten çıkarılması karşısında iş güvenliği hakkının ortadan kalkacağı, yasama organı tarafından çerçevesi çizilmeden, belirsiz ve geniş bir alanı içeren ikinci eczacı ve yardımcı eczacı çalıştırılmasında usul ve esasları belirleme yetkisinin bütünüyle yürütme organına bırakıldığı, ikinci eczacı ve yardımcı eczacıyı çalıştırmak zorunda olan serbest eczacıya sözleşme yapıp yapmama, süresini tayin etme ve sözleşmenin tarafını belirleme hakkının tanınmadığı, çalışma ve sözleşme özgürlüğüne müdahale edildiği, kamu yararı ile kişisel hak ve çıkarlar arasında adil bir denge oluşturulmadığından ölçülülük ilkesine aykırılık olduğu, aynı şekilde ikinci eczacı ile yardımcı eczacıya ödenecek ücretin asgari miktarının belirlenmesinin de sözleşme serbestisine aykırılık teşkil ettiği, sadece istihdamı artırmak için belirli bir ücret ödenmesinde kamu yararının bulunmadığı belirtilerek kuralların, Anayasa'nın 2., 7., 13., 48., 49. ve 60. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

## **C- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu**

10. 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesi uyarınca kural, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 55. maddesi yönünden de incelenmiştir.

11. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve yasalarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

12. Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin önemli bir unsuru olan belirlilik ilkesi, bireylerin hukuk kurallarını önceden bilmeleri, davranış ve tutumlarını bu kurallara göre güvenle düzene sokabilmelerini gerektirmekte olup hukuk kurallarının belirliliğinin sağlanması yalnızca kanunla düzenleme yapılması anlamına gelmemektedir. Belirlilik ilkesi yalnızca yasal belirliliği değil, daha geniş anlamda hukuki belirliliği ifade etmektedir. Yasal düzenlemeye dayanarak erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir gibi niteliksel gereklilikleri karşılması koşuluyla mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. Aslolan muhtemel muhataplarının mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini öngörmelerini mümkün kılacak bir normun varlığıdır.

13. Anayasa'nın 7. maddesinde, yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğu ve bu yetkinin devredilemeyeceği kabul edilmiştir. Anayasa'da kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda, yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Ayrıca, yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasa'nın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkeleri koyması, çerçeveyi çizmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı yürütmenin düzenlemesine bırakmaması gerekir. Buna göre, kanun ile düzenlenmesi öngörülen konularda, yürütme organına, genel,

sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz bir düzenleme yetkisi verilmesi, yasama yetkisinin devri anlamına geleceğinden Anayasa'nın 7. maddesine aykırı düşer. Ancak, kanunda temel esasların ve çerçevenin belirlenmesi koşuluyla, uzmanlık ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların düzenlenmesinin yürütmeye bırakılması Anayasa'ya aykırılık oluşturmaz.

14. Anayasa'nın 13. maddesinde hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının ölçütü gösterilmiştir. "*Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması*" başlıklı maddede, "*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.*" denilmektedir.

15. Anayasa'nın "*Çalışma ve sözleşme hürriyeti*" başlıklı 48. maddesinin birinci fıkrasında "*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.*" denilmek suretiyle sözleşme özgürlüğü güvenceye bağlanmıştır.

16. Sözleşme özgürlüğü, Devletin, kişilerin istedikleri hukuki sonuçlara ulaşmalarını sağlaması ve bu bağlamda kişilerin belli hukuki sonuçlara yönelen iradelerini geçerli olarak tanınması, onların iradelerinin yöneldiği hukukî sonuçların doğacağını ilke olarak benimsemesi ve koruması anlamına gelmektedir. Sözleşme özgürlüğü uyarınca kişiler, hukuksal ilişkilerini özgür iradeleriyle ve sözleşmelerle düzenlemekte serbestlerdir. Anayasa'nın 48. maddesinde koruma altına alınan sözleşme özgürlüğü, sözleşme yapma serbestisinin yanı sıra yapılan sözleşmelere dışarıdan müdahale yasağını da içerir.

17. Anayasa'nın 48. maddesinde, sözleşme özgürlüğü için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiştir. Bununla birlikte Anayasa'nın ilgili maddesinde özel bir sınırlama nedeni öngörülmemiş hakların da hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırlarının bulunduğu kabul edilmektedir. Öte yandan düzenlendiği maddede hiçbir sınırlama nedenine yer verilmeyen hakların diğer anayasal hükümler nedeniyle sınırlandırılması da mümkün bulunmaktadır.

18. Ölçülülük ilkesi, yasal önlemin öngörülen amaç için zorunlu ve amaca ulaşmaya elverişli olmasını, ayrıca amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder. Bu nedenle, taraflara belirli şartlarla sözleşme yapma konusunda zorunluluk getiren hükümlerin, sözleşme özgürlüğünü ihlâl etmemesi için müdahalenin Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca ölçülü olması gerekmektedir.

19. Anayasa'nın 49. maddesinde, çalışmanın herkesin hakkı ve ödevi olduğu belirtilmiş, Devlete, çalışanların yaşam düzeyini yükseltmek, çalışma yaşamını geliştirmek için çalışanları korumak, çalışmayı denetlemek ve işsizliği gidermeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak için gerekli önlemleri almak ödevi verilmiştir. Devlet, kişinin çalışma hakkını kullanabilmesi için iş alanında gerekli önlemleri alacak ve sınırlamaları kaldırarak görevini yerine getirecek, birey de çalışarak topluma yük olmaktan kurtulacaktır.

20. Anayasa'nın "*Ücrette adalet sağlanması*" başlıklı 55. maddesinde "*Ücret emeğin karşılığıdır. Devlet, çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için gerekli tedbirleri alır. Asgarî ücretin tespitinde çalışanların geçim şartları ile ülkenin ekonomik durumu da gözönünde bulundurulur.*" denilmektedir.

21. Anayasa'nın 56. maddesinin üçüncü fıkrasında, Devlete, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlama ödevi verilmiştir. İnsanların doğuştan kazandıkları vazgeçilemez ve devredilemez haklarının başında gelen sağlık hakkı, insanların sağlıklarının korunması, hastalandıklarında iyileşmeleri, tıbbi bakım görebilmeleri ve tedavi edilebilmeleri için Devletin sağladığı her türlü imkândan yararlanma hakkıdır. Yine Devlet, Anayasa'nın 17. maddesindeki "*Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.*" hükmü gereğince, kişilere tanınmış olan yaşam hakkını güvence altına almakla yükümlüdür.

22. Anayasa'nın 5. maddesi de insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamayı Devletin temel amaç ve görevleri arasında saymıştır. Devlet, kişilerin sağlık hakkından tam anlamıyla yararlanabilmeleri ve sağlıklı bir yaşam sürdürebilmeleri amacıyla yasal, idari, mali, yargısal ve diğer önlemleri almak zorundadır. Bu nedenle Anayasa, kişiler için bir hak olan sağlık hizmetinin yerine getirilmesinde sosyal hukuk devleti olmanın gereği olarak Devlete pozitif yükümlülük getirmektedir.

23. Kanun'un 1. maddesinde eczacılığın, hastalıkların teşhis ve tedavisi ile hastalıklardan korunmada kullanılan ilaçların hazırlanması ve hastaya sunulması, emniyeti, etkinliği ve maliyeti bakımından gözetimi, ilaç kullanımına bağlı sorunlar hakkında hastaların bilgilendirilmesi ve çıkan sorunların bildirimini yapılması gibi faaliyetleri yürüten bir sağlık hizmeti olduğu açıklanmaktadır. İtiraz konusu kurallar da Devletin sağlık hakkında düzenleme ve denetleme görevleri çerçevesinde, eczacılık hizmetlerine ilişkin haklardan yararlanmayı artıracak önlemleri içermektedir.

24. Anayasa'nın 60. maddesinde de "*Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir*" denilmekle, bireylere, gelecekte karşılaşacakları sosyal riskler karşısında yoksulluğa düşmemeleri için asgari ölçüde bir yaşam düzeyinin amaçlandığı belirtilmektedir. Bu amaç, sosyal sigorta kuruluşlarınınca, kendi kuralları çerçevesinde gerçekleştirilir ve yerine getirilir.

25. İtiraz konusu kuralların yer aldığı madde gerekçesinde, eczane sınırlamasından kaynaklı olası bir istihdam daralmasının önüne geçmenin ötesinde, hastalara eczacının verdiği hizmetin kalitesinin ve süresinin artırılması, eczacı başına düşen hasta sayısının azaltılarak, hastaların eczacılık hizmetlerinden daha etkili bir biçimde yararlanmasının sağlanması için kuralda belirtilen kriterlerin gerçekleştiği serbest eczanelerde, ikinci eczacı çalıştırılmasının zorunlu olduğu, ayrıca yeni mezun eczacıların, eczane açmadan önce, eczane hakkında bilgi ve mesleki deneyim edinmelerinin sağlanması amacı ile yardımcı eczacılık uygulamasına geçileceği ifade edilmektedir.

26. İtiraz konusu kurallar ile ikinci eczacı ve yardımcı eczacı çalıştırılmasında, eczacılara istihdam alanının açılmasının yanı sıra halkın eczanelerden daha kaliteli ve işin ehli uzmanlar aracılığı ile hizmet almalarının sağlanmasının; serbest eczane açmak veya mesul müdür olarak çalışmak için de belirli bir deneyime sahip olunmasının amaçlandığı, böylece eczacılık alanında kamu yararının gerçekleştirilmek istendiği anlaşılmaktadır. Böyle bir düzenleme yapılması ise anayasal sınırlar içinde kanun koyucunun takdir yetkisindedir.

27. Diğer yandan Kanun'un 5. maddesinin sekizinci fıkrası, serbest eczanelerde ikinci eczacı çalıştırılmasının, reçete sayısı ve/veya ciro kriterlerinin yanı sıra bunlara benzer kriterlere göre belirleneceğini öngörmektedir. Yasama organının genel ve soyut bir kanuni düzenlemeyi, uygulamaları da içerecek şekilde ayrıntılı bir şekilde ve daha somut bir

biçimde yapmasına engel bir husus bulunmamaktadır. Ancak Anayasa'nın açıkça kanunla düzenlenmesini öngörmediği hususlarda, kanunlarda çok genel olarak bir düzenleme yapılarak gelişen ve sürekli yenilenmesi gereken alanlarda yürütmeye takdir yetkisi tanınarak kanunların uygulanmasını sağlamak üzere düzenleyici işlem yapma yetkisi verilebilir. Kuralda da ikinci eczacı çalıştırılmasında hesaplanabilir ve denetlenebilir kriterler açıklanmış, ekonomik duruma göre değişkenlik gösterebilecek söz konusu kriterlerin düzenlenmesi ise yürütme organına bırakılmıştır.

28. Kanunla, ikinci eczacı ve yardımcı eczacı çalıştırılmasında gerekli koşullar gösterilerek, temel ilkeler belirlenip çerçeve çizildikten sonra 5. maddenin onuncu fıkrasının ikinci cümlesinde, yardımcı eczacı ve ikinci eczacı çalıştırılması ile ilgili ayrıntı ve uzmanlık gerektiren usul ve esasların Türk Eczacıları Birliğinin görüşü alınarak Sağlık Bakanlığınca belirlenmesinin öngörülmesi yasama yetkisinin devri niteliğinde değildir. Bu nedenle belirtilen kuralların, belirlilik ve yasama yetkisinin devredilmezliği ilkelerine aykırı olduğu söylenemez. Dolayısıyla Anayasa'nın 7. maddesi anlamında bir ihlâl söz konusu değildir.

29. Öte yandan ikinci eczacı çalıştırılması konusunda getirilen kriterler orantılı ve ölçülüdür. Serbest eczacının birlikte çalışacağı ikinci eczacıyı seçerek sözleşme yapmasında bir müdahale söz konusu değildir. Yardımcı eczacı çalıştırılmasında da serbest eczane açabilmek veya mesul müdür olabilmek için öngörülen amaç dikkate alındığında sözleşme özgürlüğü için getirilen sınırlamanın ölçüsüz olduğu söylenemez.

30. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 26. maddesi, "*Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler*" hükmünü öngörmekte, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 9. maddesinde de hizmet sözleşmesinin, taraflarca Kanun hükümleriyle getirilen sınırlamalar saklı kalmak koşuluyla, ihtiyaçlarına uygun türde düzenlenebileceği ve bu sözleşmelerin belirli veya belirsiz süreli yapılabileceği belirtilmektedir. Bu hükümler çerçevesinde serbest eczacı ile ikinci eczacı ya da yardımcı eczacı arasındaki hizmet sözleşmesi, itiraz konusu kurallarda belirlenen şartlar ve sınırlamalar esas alınmak kaydıyla serbest bir şekilde akdedebilecektir. Hizmet sözleşmesinin herhangi bir şekilde sona ermesi hallerinde tarafların tabi olacakları haklar ve yükümlülükler yasal düzenlenmelerle belirlendiğinden, kriterlerin değişmesine bağlı olarak çalıştırılması gerekmediği için ikinci eczacının işten çıkartılmasıyla iş güvenliği hakkı ortadan kalkmayacaktır.

31. Kanun'un 5. maddesinin itiraz konusu onuncu fıkrasının birinci cümlesinde, yardımcı eczacılara asgari ücretin bir buçuk katından, ikinci eczacılara da asgari ücretin üç katından aşağı olmamak üzere taraflarca belirlenecek ücret ödeneceği belirtilmek suretiyle ödenecek ücretlerin alt sınırlarının gösterilmesinde, ikinci eczacılar ve yardımcı eczacıların aldıkları eğitimin, hizmet sürelerinin ve yapacakları işin göz önünde bulundurulduğu anlaşılmaktadır. Bunun yanında, kuralda belirtilen sınırların altına düşmemek kaydıyla düzenlenecek sözleşme ile ödenecek ücretin serbest bir şekilde tespit edilebilmesi de mümkündür. Böylece ikinci eczacılara ve yardımcı eczacılara emeklerinin karşılığı ve yaptıkları işe uygun adaletli bir ücretin temini için gerekli tedbirlerin alındığı, belirli bir yaşam düzeyinin sağlanmaya çalışıldığı ve çalışma koşullarının geliştirilerek korundukları anlaşılmaktadır.

32. İkinci eczacı ve yardımcı eczacılar ile sözleşme yapma konusunda kanundan kaynaklanan zorunluluk ve sınırlandırmaların, Anayasa'nın sosyal hukuk devleti ilkesini öngören 2. maddesi, çalışma hakkı ve ödevinin sağlanması için Devlete gerekli

önlemleri alma yükümlülüğü getiren 49. maddesi, emeğin karşılıksız bırakılmamasını amaçlayan 55. maddesi, herkese asgarî ölçüde bir yaşam düzeyinin hedeflendiği 60. maddesi göz önünde bulundurularak, halkın sağlığının korunması ve daha iyi bir eczacılık hizmeti verilmesi amacıyla getirildiği düşünüldüğünde, amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir denge olduğundan Anayasa'nın 13. maddesi kapsamında ölçülülük ilkesine aykırılık bulunmamaktadır.

33. Açıklanan nedenlerle kurallar, Anayasa'nın 2., 7., 13., 48., 49., 55. ve 60. maddelerine aykırı değildir. İptal taleplerinin reddi gerekir.

34. Serruh KALELİ bu görüşe katılmamıştır.

#### **IV- HÜKÜM**

18.12.1953 tarihli ve 6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun'un, 17.5.2012 tarihli ve 6308 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle değiştirilen 5. maddesinin sekizinci, dokuzuncu ve onuncu fıkralarının, Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve itirazın REDDİNE, Serruh KALELİ'nin karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA, 31.5.2017 tarihinde karar verildi.

Başkan  
Zühtü ARSLAN

Başkanvekili  
Burhan ÜSTÜN

Üye  
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye  
Serruh KALELİ

Üye  
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Üye  
Recep KÖMÜRCÜ

Üye  
Nuri NECİPOĞLU

Üye  
Hicabi DURSUN

Üye  
Celal Mümtaz AKINCI

Üye  
Muammer TOPAL

Üye  
M. Emin KUZ

Üye  
Hasan Tahsin GÖKCAN

Üye  
Kadir ÖZKAYA

Üye  
Rıdvan GÜLEÇ

Üye  
Recai AKYEL

Üye  
Yusuf Şevki HAKYEMEZ



## KARŞIOY

İtirazen iptali isteminde bulunan Danıştay 15. Dairesi 6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun'un (6308 sayılı Kanun'un 2. maddesi ile) değiştirilen 5. maddesinin sekizinci, dokuzuncu ve onuncu fıkralarının Anayasa'ya aykırı olduğunu ileri sürmüş, özetle de 6308 sayılı Yasa ile getirilen ikinci eczacı çalıştırma yükümlülüğü devletin sosyal güvenliği sağlayacak tedbirlerinden olmayıp, reçete sayısı/ciro gibi kriterlerle belirlenen istihdam çabasının bir zorunluluk olduğunu, bu yükün devlet için sosyal ödev iken, asgari yaşam düzeyi sağlanması ödevinin eczacılar üzerine yüklenemeyeceğini ciro kriterindeki değişkenliğin çalıştırılacak ikinci eczacının iş güvenliği hakkını sürekli bir tehlike içinde yaşatacağını, maddenin gerekçesinde hem ülkede eczane sayısı fazla eczacı sayısı az denilirken, böylece eczacı istihdamı artırmanın hedeflenmesinin kendi içinde çelişki olduğunu, yardımcı ve ikinci eczacı çalıştırmasına ilişkin usul ve esasların çerçevesi çizilmeden sınırsız ve belirsiz geniş alanın yürütme organına bırakılamayacağını, zorunlu eczacı ve yardımcı çalıştırma düzenlenmesinin sözleşme yapma taraf seçme hakkına yapılan müdahalenin kamu yararı ile kişisel hak menfaat dengesini korunmadığını, çalışacaklara öngörülen ücretin alt sınır belirlenmesinin sözleşme hürriyeti kapsamına aykırı olduğunu ifade ettikleri görülmüştür.

Yasanın değişiklik ile ilgili genel gerekçesinde ise kısaca ülke genelindeki eczanelerin eşitsiz dağılımını ve yeterinden fazla Eczane açılmasının ortaya çıkardığı milli gelir israfını önlemek için, nüfus kriterini esas alarak eczane açılmasını sağlayacak düzenleme öngörüldüğü, eczacının hastalara sunduğu hizmetin kalitesini ve süresini artırma gayesinin güdüldüğü bunun için reçete sayısı ve/veya ciroya göre ikinci eczacı çalışma zorunluluğunun getirildiği, eczacı başına düşen hasta sayısının azaltılması ile eczacılık hizmetlerinden daha etkili bir biçimde yararlanılmasının amaçlandığı ifade edilmektedir.

İtiraz konusu kuralın 5. maddesinin sekizinci fıkrası serbest eczaneler için reçete sayısı ve/veya ciro GİBİ kriterlere göre belirlenen sayıda ikinci eczacı çalıştırılmasını zorunlu hale getirmektedir. Dokuzuncu fıkrası, eczane açmak isteyen hizmet sözleşmesine bağlı olarak EN AZ BİR YIL yardımcı eczacı olarak çalışmak zorunda olduğunu onuncu fıkrası ise yardımcı eczacıya en az 1,5 kat 2. eczacılara en az asgari ücretin 3 katı ücret ödenmesi gerektiğini ifade etmektedir.

Sekizinci fıkrada yer alan "serbest eczanelerde reçete sayısı ve/veya ciro gibi kriterlere" cümlesinin değerlendirilmesinde;

Hukuk Devleti ilkesinin ön koşullarından olan hukuk güvenliği yasallık, gereklilik ve ölçülülük ilkesi ile kombine, bireyi öngörülemezlik ve belirsizlik hallerinde kötüleşecek durumuna karşı korunma hakkını oluşturur. Ayrıca Hukuk güvenliği istikrarlı ve öngörülebilir hukuk ortamı ve hukuk kalitesinin geliştirilmesini gerekli kıldığı gibi karmaşıklığın, belirsizliğin ve çelişkilerin giderildiği, Anayasa ya da yasa amacına aykırı ve keyfi yorum risklerine karşı koruma içermelidir.

Kanunların uzun süreli uygulanmasına güvenerek hayatını yönlendiren iş ve işlemlere girişen bireyin bağlı olduğu hukuk kurallarını önceden açık ve net olarak bilmesi hukuki bir zorunluluk olup, davranış kurallarını, düzene güven ve uyumunu ancak bu şekilde sağlayabilecektir.

Devletin işlem ve eylemlerine ve mevzuata duyulacak güven, vatandaşın maddi ve manevi varlığını korkusuzca geliştirebileceği ancak hukuk devleti sistemi içinde olanaklıdır.

Kuralda yer alan “reçete sayısı ve/veya ciro gibi” şeklindeki somutlaştırılmış gibi gözükten ikinci eczacı çalıştırma zorunluluğu, eczacıya ekstra mali bir yük getiren uygulama kriterleridir.

Mahkememiz, gelişen ve sürekli değişen alanlarda kanunla düzenleme yerine yürütmeye tanınan takdir yetkisi ile uygulama sağlayıcıya düzenleyici işlem yapma yetkisi tanınabilir demiş ve kararına gerekçe yapmış ise de; kural bu gerekçeyi karşılayacak genel ve soyut düzenleme içeriğini dahi karşılamaktan uzaktır.

İtirazen iptali istenen sekizinci fıkradaki kural okunduğunda ikinci eczacı çalıştırma zorunluluğunun “reçete sayısı ve/veya ciro gibi” kriterlere göre sayısal niteliklere sahip iki somut olguya dayalı olduğu ancak “GİBİ” şeklinde eklenmiş bir sözcük ile de bu olguların ucunun sınırsız, muğlak, objektiflikten uzak bir alana açıldığı görülmektedir.

Bu kapsamda, kanunda yer almamakla birlikte “gibi” sözcüğünden yararlanılarak pekala idarenin eczanelerin m<sup>2</sup> büyüklükleri ya da sermaye yapıları, gerçek ya da tüzel kişilik nitelikleri, çalışma saat süreleri, nöbet halleri gibi örneksene durumlara bağlı olarak da daha fazla eczacı çalıştırmalarına karar verebilmesi mümkündür. Bu gibi hallerin vukuu, idarenin keyfi uygulaması ve takdir yetkisini amacı dışında kullanmasına örnek olacak iken, karar sonucumuza göre ise idarenin takdir yetkisi kapsamında sayılması olanaklı hale gelmekte sınırsız yetki kullanımının denetim alanı ortadan kalmakta belirsizlik geniş bir uygulama alanı yaratmaktadır.

İdareye verilecek görev ve hizmetlerin bütün teferruatı ile kanunda tanımlanması hukuken zaruret bulunmamakla birlikte Anayasal teminata mazhar hak ve hürriyetlerin alakadarlarının korunabilmesi için yetki devrinin sınırlarının kanunda belirtilmesi bu konuların kuşkuya yer bırakmayacak biçimde açık, anlaşılabilir ve öngörülebilir olmasını gerektirir.

Kuralda yer alan “gibi” sözcüğü idarenin sınırlarını belirlemekten ve muhatabına hukuki güvenlik vermekten çok uzaktır.

Yasa koyucu düzenlediği normda alan sınırlarını belirlerken temel kurallar koyacak uzmanlık ve idare tekniği gerektiren hususları yürütmeye bırakacak ise de, koyduğu

kuralın çerçevesi içinde ancak yetki sınırı alanında faaliyet gösterebilecek düzenleyici işlem yapabilecektir.

Örneğin, Anayasa Mahkemesinin 1136 sayılı Kanun'un 5. maddesinde yer alan Avukatlık mesleğine kabul için öngörölmüş "Avukatlık mesleğine yaraşmayacak tutum ve davranışlar çerçevesinde bilinmiş olmak" şeklindeki normu, Baro yönetimine öngörülebilirlikten uzak, geniş takdir yetkisi veren keyfi uygulama olanaklı düzenleme diyerek iptal etmiştir.

Genelde "gibi" sözcüğü normatif düzenlemelerde idareye keyfiliğe yol açan geniş sınırsız bir takdir alanı bırakan, yasama yetkisinin genelliği unsurları aşan bir ÖRTÜLÜ İŞLEM sözcüğü olup bahaneler yaratma ve hukuk kalitesini geliştirme amacının tersi yasama organının hantal çalışma yoludur.

Yürütmenin düzenleme yetkisinin SINIRLI, TAMALAYICI VE BAĞIMLI bir yetki olduğu düşünöldüğünde, yürütme açıkça düzenlenmiş alanda genel nitelikte kural ihdas edemeyecektir.

İtirazen iptali istenen kuralda yer alan "gibi" sözcüğü ile dolayısıyla ikinci eczacı çalıştırmak zorunda olan serbest eczaneler yönünden kriterlerin önceden bilinebilir olduğu söylenemez. Kriterlerin tespiti hususunda idareye geniş takdir yetkisi tanıyan itiraz konusu kural, öngörülebilir olmadığı gibi ilgili serbest eczanelere, idarenin keyfi yorum ve uygulamalarına karşı yeterince koruma sağlayacak nitelikte olmadığı gibi idare yönünden de yetki aşımına yol açacak bir uygulamaya olanak sağlar niteliği ile hukuk devletinin hukuki güvenlik ilkesi ve de idarenin kanuniliği ilkesini zedelemektedir.

Sekizinci fıkra Anayasa'ya aykırı olduğunda 2. eczacılık tanımı Anayasal açıklık içermeyeceği için dokuzuncu ve onuncu fıkralarda yer alan ikinci eczacı tanımı içinde yer alan ve onlara yönelik mesleki çalışma koşulları ya da ücretlenmeyle ilgili olarak da iptal sonucuna ulaşılacağından ayrıca Anayasal değerlendirmeye gerek duyulmamıştır.

Açıklanan nedenler ile çoğunluk görüşüne katılmamıştır.

Üye  
Serruh KALELİ