

"...

#### Anayasa'ya Aykırılığın Değerlendirilmesi

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

Sosyal hukuk devleti de, insan haklarına dayanan, kişilerin huzur, refah ve mutluluk içinde yaşamalarını güvence altına alan, kişi hak ve özgürlükleriyle kamu yararı arasında adil bir denge kurabilen, çalışma hayatını geliştirmek ve ekonomik önlemler alarak çalışanları koruyan, onların insan onuruna uygun hayat sürdürmelerini sağlayan, milli gelirin adalete uygun biçimde dağıtılması için gerekli önlemleri alan, sosyal güvenlik hakkını yaşama geçirebilen, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak sosyal adaleti ve toplumsal dengeleri gözetken devlettir.

Sosyal hukuk devletinin somut göstergelerinden biri sosyal güvenlik hakkıdır. Niteliği itibarı ile ekonomik ve sosyal bir hak olarak sosyal güvenlik hakkı, devlete bu hakkı hayata geçirmek için gereken tedbirleri almak ve teşkilatı kurmak gibi bir yükümlülük yükler. Sosyal güvenlik hakkı, pozitif statü hakları arasında yer alır ve bu anlamda insanlar için bir hak, devletler için ise bir ödev, bir yükümlülüktür. Pozitif statü hakları, bireylere devletten olumlu bir davranış, bir hizmet, bir yardım isteme imkanını tanıyan haklardır. Şu halde devlet, toplumda yaşayan bireylere ekonomik destek sağlamak, toplumu genel olarak risk kabul edilen iş kazası, hastalık, yaşlılık, maluliyet, işsizlik gibi olaylara ve olgulara karşı korumak ve toplumda yaşayan herkesin kişiliğinin gelişmesini sağlamak için kanuni düzenlemeleri yapmak ve herkesin sosyal güvenliğini sağlayacak tedbirleri almakla yükümlüdür.

Anayasa Mahkemesi sosyal güvenlik hakkı ile sosyal hukuk devleti arasındaki ilişkiyi kararlarında sık sık vurgulamaktadır; "Bireylere gelecekte karşılaşacakları sosyal riskler karşısında yoksulluğa düşmemeleri için asgari ölçüde bir yaşam düzeyi sağlamakla yükümlüdür"; "Sosyal güvenlik, sosyal riskler (işsizlik gibi) karşısında asgari yaşam düzeyinin sağlanmasını amaçlar. (29.5.2008 T., 2002/45 E., 2008/109 K.-RG, 06.11.2008, 27046).";

"Sosyal güvenlik, bireylerin istek ve iradeleri dışında oluşan sosyal risklerin kendilerinin ve geçindirmekle yükümlü oldukları kişilerin üzerlerindeki gelir azaltıcı ve harcama artırıcı etkilerini en aza indirmek, ayrıca sağlıklı ve asgari hayat standardını güvence altına alabilmektir" 17.4.2007 T., 2003/81 E., 2007/50 K. -RG, 09.11.2007, 26695)"

6308 sayılı Yasa ile getirilen ikinci eczacı çalıştırma yükümlülüğü, bu anlamda, devletin sosyal güvenliği sağlayacak tedbirlerinden değil bir zorunluluk olarak karşımız çıkmaktadır.

Devlet, çalışma alanını düzenlerken zorlayıcı değil, teşvik edici olmalıdır. Eczacılar istihdam oluşturmak için sadece belli bir ciroyu aşan eczacılara ikinci eczacı çalıştırılması zorunluluğu getirilmesi, tedbir değil zorlamadır. Bir kısım bireylere gelecekte karşılaşacakları

sosyal riskler karşısında yoksulluğa düşmemeleri için asgari ölçüde bir yaşam düzeyi sağlamaya çalışırken diğer bir kesimin bunun yükünü çekmek zorunda bırakılması, devletin sosyal güvenlik yükümlülüğünü yerine getirdiği anlamına gelmez. Serbest eczanelerde reçete sayısı ve/veya ciro gibi kriterlere göre belirlenen sayıda ikinci eczacı çalıştırılması zorunluluğu, kişinin istemediği birisiyle çalışmak zorunda bırakılarak maaş ödeme yükümlülüğü Anayasa'nın 48. maddesine, Anayasa'nın 60. maddesiyle Devlete verilen sosyal riskler (işsizlik gibi) karşısında asgari yaşam düzeyinin sağlanması ödevinin bir kısım eczacılara yüklenmesi, Anayasanın 60. maddesine aykırıdır.

Beri taraftan olayın tersinden bakıldığında da bir önceki yılın ciro verilerine göre ikinci eczacıyı çalıştırmak zorunda olan serbest eczacıların da, o yılki cirosunun düşmesi halinde, çalışmaya başlamış ikinci eczacının bir sonraki sene işten çıkarılmaları söz konusu olacaktır. İptali istenen Yönetmeliğin 16.maddesi hükmüne göre; 2015 yılına ait cirosu üç milyon TL. olan bir serbest eczacı, ikinci bir eczacıyı çalıştırmak zorunda olup otuz gün içinde işe başlatmak ve İl Sağlık Müdürlüğüne bildirmek zorundadır. Şayet eczacı bundan imtina ederse, ruhsatının otuz gün süreyle askıya alınacağı, hatta verilen otuz günlük süre sonunda da ikinci eczacıyı işe başlatmazsa sonunda ruhsatının süresiz askıya alınacağını bilen ve iş yerinin kapanmasını istemeyen serbest eczacı, ikinci bir eczacıyı işe başlatmak zorunda kalacak, prosedüre uyarak durumun bilgisini verecek ve Yönetmelikte öngörülen ücretten aşağı olmamak üzere ikinci eczacıyı çalıştırmaya başlayacaktır. 2016 yılına gelindiğinde serbest eczacının cirosunun farklı değişkenler nedeniyle Kurumun güncellediği ciro miktarından aşağı düştüğünü varsaydığımızda da 2017 yılında artık serbest eczacının kanunla öngörülmüş olan ikinci eczacı çalıştırmak zorunluluğu ortadan kalkmış olacaktır. Bu durumda ikinci eczacı olarak işe başlamış ve hayatını bu işe göre kurgulamış eczacının işten çıkarılması karşısında, tekrar iş arama, tekrar düzen kurma sıkıntıları baş gösterecektir. Bu durumda da ikinci eczacının sosyal güvenlik hakkının hayata geçirildiğinden ve iş güvenliği hakkından bahsedilemeyecektir.

Ayrıca bu durum, hukuk devleti ilkesinin önkoşullarından biri olan, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasa düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılan hukuk güvenliği ilkesine de aykırılık oluşturacaktır.

Bir başka husus da 6308 sayılı Kanun'un hem genel gerekçesinde hem de madde gerekçesinde, ülkemizde eczane sayısının fazla, eczacı sayısının yetersiz olduğu vurgulanmakta, ancak eczacı istihdamının arttırılmasından bahsedilmektedir. Eczacı sayısı ülkemizde yetersiz ise eczacıların istihdamının arttırılması maksadı ile ikinci eczacı olarak çalıştırılmak istenilmeleri, kanunun gerekçesinde kendi içinde çelişmektedir.

II)- Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyetimin "Başlangıçla belirtilen temel ilkelere dayanan bir Devlet olduğu vurgulanmış, 176. maddesi ile Anayasa metni içinde olduğu açıklanan "Başlangıç" bölümünde ise, kuvvetler ayrımı ilkesine yer verilmiştir. Bu ilke gereği yasama, yürütme ve yargı, bu yetkileri kullanacak organlar olarak belirlenmiş; Anayasa'nın 7. maddesinde; Yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce kullanılacağı ve devredilemeyeceği kurala bağlanmıştır.

Bu kural karşısında, Anayasa'da yasayla düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir.

Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Bu nedenle, Anayasa’da öngörülen ayrık durumlar dışında, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda, yasa ile yürütmeye genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemeyeceği açıktır.

Yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının, Anayasanın 7. maddesine uygun olabilmesi için, temel ilkeleri koyması, çerçeveyi çizmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı yönetimin düzenlemesine bırakmaması gerekmektedir. Temel kuralları koymadan, ölçüsünü belirlemeden ve sınırları çizmeden, yürütmeye düzenleme yetkisi veren bir kuralın, Anayasa’nın 7. maddesine aykırı düşeceğinde kuşku bulunmamaktadır. Yasa ile yetkilendirme, Anayasanın öngördüğü biçimde yasa ile düzenleme anlamına gelmeyeceği gibi, yasa koyucu, gerektiğinde sınırlarını belirlemek koşuluyla bazı konuların düzenlenmesini idareye bırakabilir. Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesi de 7. maddenin bu şekilde değerlendirilmesini ve uygulamaya geçirilmesini gerektirir.

6197 sayılı Kanunu’nun 5. maddesinin 10. fıkrasında yer alan düzenlemeye bakıldığında ise, yardımcı eczacı ve ikinci eczacı çalıştırılmasına yönelik usul ve esasları belirleme, bu konuda düzenleme yapma yetkisinin bütünüyle yürütme organına bırakıldığı görülmüştür. Yasama organı tarafından, çerçevesi çizilmeden, ilk defa uygulamaya konulacak belirsiz ve geniş bir alanı düzenleme yetkisinin yürütme organına bırakılması, Anayasa’nın 13. ve 20. maddelerine aykırı olduğu gibi, yasama yetkisinin devredilemeyeceğine ilişkin Anayasa’nın 7. maddesine ve sonuçta Anayasa’nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırı bulunmaktadır.

III- Çalışma hakkı, sözleşme hürriyeti ve özel teşebbüs kurma serbestiyeti temel hak ve özgürlükler arasında sayıldığından, Anayasanın 13. maddesi uyarınca bu hakların kullanımına getirilen sınırlamaların, her türlü keyfilikten uzak, objektif ve ölçülü olması, özel sektör tarafından sunulan bu hizmetlerin sunumuna getirilen kısıtlamalarla güdülen kamu yararı ile kişisel hak ve menfaatler arasında adil bir denge gözetilmesi, getirilen kural ve kısıtlamaların, hakkın özünü zedelemeyecek, yani çalışma hakkı, sözleşme hürriyeti ve özel teşebbüs kurma serbestiyetini güçleştirmeyecek, halihazırda çalışan kişilerin kazanılmış haklarını kullanmalarını engellemeyecek düzeyde olması gerekmektedir.

İkinci eczacı ve yardımcı eczacıyı çalıştırmak zorunda olan serbest eczaneler için söz konusu yasal düzenleme ile Anayasa ile teminat altına alınmış çalışma ve sözleşme hürriyeti çiğnenmiş olmaktadır. Şöyle ki; Kanun gereği, serbest eczane açmak isteyen yeni mezun olmuş bir eczacının en az bir yıl hizmet sözleşmesine bağlı olarak mesul müdür eczacı ile birlikte yardımcı eczacı olarak çalışmak zorunluluğu olduğu kadar, kendisine müracaat edilen ya da Bölge Eczacı Odası tarafından Kurumca belirlenen limitin üzerinde olan eczaneler arasından seçilen serbest eczacının da yardımcı eczacıyı çalıştırmak zorunluluğu bulunmaktadır. Aynı şekilde kriteri tutan serbest eczacı da ikinci eczacıyı çalıştırmak zorundadır. Bu durumda yardımcı eczacı ve ikinci eczacı için çalışma hakkı, onları çalıştıracak serbest eczacılar için sözleşme hürriyetini ortadan kaldırmaktadır. Nitekim ikinci eczacıyı ve Bölge Eczacı Odasının yerleştirme yaptığı yardımcı eczacıyı çalıştırmak zorunda olan serbest eczacıya, sözleşme yapıp yapmama, süresini belirleme serbestisi ve sözleşmenin tarafını seçme hakkı tanınmamaktadır. En az bir yıl müddetle aynı mekanda ve kesintisiz birlikte çalışacağı insanı seçmeden, süresini belirlemeden sözleşme yapmak zorunda bırakılmaktadırlar. Bu sebeple söz konusu yasal düzenleme, çalışma ve sözleşme hürriyetine aykırı olup, çalışma hürriyetine getirilen bu

sınırlama hakkın özünü ortadan kaldıracak nitelikte olup, kamu yararı ile kişisel hak ve menfaatler arasında adil bir denge oluşturmadığından, ölçülülük ilkesine de aykırıdır.

Yardımcı eczacılık kavramının getirildiği 6308 sayılı Kanun'un gerekçesinde, gerek hizmet sunumu gerekse eczacı istihdamını artırmak ve yeni mezun eczacıların, eczane açmadan önce eczane hakkında bilgi ve mesleki deneyim edinmelerini sağlamak amacı ile yardımcı eczacı çalıştırılması düzenlemesi getirildiği ifade edilmiştir.

Sözleşme hürriyeti en geniş anlamda temel yasalardan olan Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiştir. Kanunun 26. maddesinde "Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler." hükmüne yer verilmiştir. Kişilerin emredici kurallara, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olmadıkça her konuda sözleşme yapıp yapmamakta karar verme serbestisi olarak ifade edilen ve Borçlar Hukukuna hakim olan sözleşme serbestisi ilkesi uyarınca, kanuni sınırlamalara uyulmak kaydıyla kişinin dilediği kişiyle, istediği içerik ve şekilde sözleşme yapabileceği tartışmasızdır.

Anayasanın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlükler ancak, Anayasanın özüne ve ruhuna uygun olarak, Yasa ile sınırlanabilir. Anayasanın temel insan hak ve hürriyetlerinden olan çalışma hürriyetinin, Yasa ile sınırlanması sırasında da, kamusal gereklilikler ile temel insan hak ve özgürlükleri yönünden "ölçülülük" ilkesi gözetilerek düzenleme yapılması esastır.

Sözleşme özgürlüğü ilkesini sınırlandıran durumlardan birisi, Kanunla, bazı hallerde işverene sözleşme yapma zorunluluğunun getirilmesidir. 4857 sayılı İş Kanunu, özel ve Devlete ait belli koşulları taşıyan işyerlerinde belirtilen oranlarda engelli ve eski hükümlü çalıştırma yükümlülüğü getirmektedir. Kanunla getirilen yükümlülüğün, engelli ve eski hükümlü olmalarından dolayı çalışma hayatında dezavantajlı konumda olan kişilerin, çalışma hayatına kazandırılarak insan onuruna yaraşır hayat sürmelerini amaçladığından, Anayasa'nın 2. maddesindeki sosyal devlet ilkesinin bir sonucu olduğu söylenebilir. Ancak sadece istihdamın artırılması saikiyle reçete ve/veya kriteri tutan serbest eczacının asgari ücretin üç katından aşağı olmamak üzere ücret ödemek zorunda bırakılarak, ikinci eczacı çalıştırılmasının korunmaya üstün bir kamu yararı olduğu söylenemez. Aynı şekilde yardımcı eczacı ve ikinci eczacı için ödenecek ücretin alt sınırının belirlenmesi de sözleşme serbestisine aykırıdır. Bu sebeple 6197 sayılı Kanun'un iptali istenen hükümleri Anayasanın 48. maddesindeki çalışma ve sözleşme hürriyetine aykırı bulunmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, bir davaya bakmakta olan mahkemenin, o davada uygulanacak bir kanun hükmünü Anayasa'ya aykırı görmesi durumunda, bu kanaatini içeren gerekçeli kararı ile Anayasa Mahkemesine başvurusu gerektiğini düzenleyen 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddesinin 1. fıkrası gereğince, 6197 sayılı Kanun'un 5. maddesinin 8., 9. ve 10. fıkralarının Anayasa'nın 2., 7., 13., 60., 48. ve 49. maddelerine aykırı olduğu kanısına ulaşılması nedeniyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasına, dosyada bulunan belgelerin onaylı bir örneğinin Anayasa Mahkemesi Başkanlığı'na gönderilmesine, 6197 sayılı Kanunun 5. maddesinin 8 ve 9. fıkraları yönünden oyçokluğu, anılan maddenin 10. fıkrası yönünden oybirliğiyle 18.05.2016 tarihinde karar verildi".