



MUVAZAALI ECZANELER VE SORUŞTURMA SÜREÇLERİ

Türkiye’de eskiden beri var olan maalesef olumsuz uygulamalardan birisi, hukuki adı muvazaalı eczane olan ama halk arasında “diploma kiralama” olarak bilinen, eczacının ismi ve diploması kullanılarak bir başkasının fiilen eczane açıp işletmesi ve bunun karşılığında da taahhüt ettiği bedeli, diploma sahibi eczacıya ödemesi yöntemidir. Ülkemizde eczane açıp işletebilmek için eczacılık fakültesi mezunu olmak ve kanunun aradığı diğer koşulları taşımak şarttır. Eczane açmak için gerekli şartlar, konu ile ilgili özel kanun hükmü olan 6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun’un 2.-5. Maddeler arasında sayılmıştır.

Muvazaalı eczaneler ile ilgili süreçlerin nasıl yürütüleceği hususunda ise yasal düzenlemeler başta 6197 sayılı Kanunun 6/ II. Maddesinde, Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Yönetmelik’in 11. ve 48. Maddelerinde ve TİTCK tarafından çıkarılan Muvazaa Değerlendirme Komisyonlarının Teşekkülü ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönerge ile düzenleme altına alınmıştır. Kanun ve yönetmelikte muvazaaya ilişkin yasaklar, yaptırımlar düzenlenmiş ancak muvazaa ile ilgili idari süreçler, özellikle de muvazaa iddiasının nasıl somutlaştırılacağına ilişkin herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir.

Yönerge'nin 8. Maddesinde bir eczanenin muvazaalı olup olmadığının nasıl tespit ve ispat edileceğine ilişkin son derece ayrıntılı düzenlemelere yer verilmektedir. Buna göre bir eczanenin muvazaalı olduğunun tespit edilebilmesi için faaliyette bulunan eczane hakkında muvazaalı olduğu yönünde ihbar veya şikayetlerin olması, muvazaaya ilişkin bilgi ve belgelerin bulunması yani idarece re’sen öğrenilmiş olması veya eczanenin sahip ve mesul müdürü olan eczacının mazeretsiz olarak görevi başında bulunmadığının tespit edilmesi veya ilk denetim dahil olmak üzere bir yıllık periyot içerisinde görevi başında bulunmadığının ikinci fıkrada belirtilen şekilde tespit edilmesi hallerinde, konu il sağlık müdürlüğü tarafından ilgili eczacı odasına bilgi ve belgeler ile birlikte bildirilir. Eş zamanlı olarak yetkili il sağlık müdürlüğünce de incelemelere başlanır. Faaliyette olan eczanenin sahip ve mesul müdürü olan eczacının mazeretsiz olarak görevinin başında bulunmadığının tespiti; bir yıllık periyot içinde eczaneye üç farklı zamanda yapılacak denetimin her birinde eczacının eczanede bulunmadığının tespiti halinde, 24 saat sonra yapılacak denetim ile eczacının eczanede bulunup bulunmadığının tutanak ile belgelendirilmesi şeklinde yapılır. Birinci denetimde eczanesinde olmadığı halde 24 saat sonra yapılan ikinci denetimde yerinde bulunmuş olsa dahi, eczacı hakkında muvazaa karinesi oluşacağından bu eczacılar hakkında araştırmaların titizlikle yapılması gerekir. Yönergenin aktarılan hükmünden de anlaşılacağı üzere bir eczanenin muvazaalı işletildiğinin kabul edilebilmesi için eczanenin fiilen, sürekli ve sistemli bir şekilde eczacı dışındaki bir kişi tarafından "işletiliyor" olması ve bu durumun da davalı idarelerce şüpheye mahal bırakmayacak açıklıkta tespit edilmesi gerekmektedir. Danıştay’ın istikrarlı bir şekilde vurguladığı üzere bir eczanenin muvazaalı bir şekilde işletildiğinin kabul edilebilmesi için objektif bilgi ve belgelere dayanılması ön şarttır (Danıştay 15. D., 5.12.2017, E. 2017/ 2981, K. 2017/ 7204. Danıştay 15. D., 22.04.2016, E. 2015/ 10027, K. 2016/ 2783).

Eczacılık gibi, ciddi ve akademik bir çabadan sonra elde edilen, Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na göre hukuken sağlık personeli veya sağlık hizmeti sunucusu olduğu kabul edilen bir meslek mensubunun, mesleğini belirli bir süre yapmaktan alıkoyacak bir yaptırım ile karşılaşabilmesi için isnat edilen fiilin maddi, olgusal bir temele dayanması, "sübut" olması şarttır. Aksi takdirde, ortaya konulan idari tasarruf nedeniyle eczacının Anayasamızın 48. Maddesinde ifadesini bulan Çalışma ve Sözleşme Serbestisi hakkı ile 35. Maddesinde ifadesini bulan mülkiyet hakkı elinden alınmış olacaktır. Bir işin yürütülmesi için verilen çalışma ruhsatları, Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanında yer alan mülkiyet hakkının konusunu oluşturur. AİHM'e göre verilen ruhsat ve izinlerin sona erdirilmesi, ilgili şirketin veya işyerlerinin ticari itibarına ve değerine olumsuz etkide bulunmakta olup mülkiyet hakkına müdahale niteliğindedir. Bununla birlikte AİHM; ruhsat veya izinlerin sona erdirilmesini, Sözleşme'ye ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesinin birinci paragrafının ikinci cümlesi anlamında mülkiyetten yoksun bırakma kapsamında değil anılan maddenin ikinci paragrafı anlamında mülkiyetin kontrolü kapsamında bir müdahale olarak incelemektedir (Tre Traktörer Aktiebolag/İsveç, B. No: 10873/84, 7/7/1989, §§ 53, 55; Rosenzweig And Bonded Warehouses Ltd./Polonya, B. No: 51728/99, 28/7/2005, § 49; Capital Bank AD/Bulgaristan, B. No: 49429/99, 24/11/2005, §§ 130, 131; Bimer S.A./Moldova, B. No: 15084/03, 10/7/2007, §§ 49-51; Megadat.com SRL/Moldova, B. No: 21151/04, 8/4/2008, §§ 62, 63, 65). Uygulamada muvazaa soruşturmalarında, soruşturulan eczacıların banka hesap hareketlerinin denetime tabi tutulduğu görülmektedir. Buna göre gerek TİTCK gerekse de İl Sağlık Müdürlükleri tarafından, ecza deposuna ödemenin kimin hesabından yapıldığı, kalfa ile eczacı arasındaki para alışverişleri, muvazaaya esas olmak üzere sorgulanmaktadır. Halbuki yukarıda arz ettiğimiz yasal süreçler içerisinde hakkında muvazaa soruşturması yürütülen eczacıların banka hesaplarının il sağlık müdürlükleri, TİTCK veya Sağlık Bakanlığı tarafından sorgulanabileceğine müsaade eden kanun hükmü yoktur. Kişisel verilerin korunması, Anayasamızın 20/ III. Maddesinde, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun ve Türk Ceza Kanunu'nun 135. ve 136. Maddelerinde emredilmiş ve riayet edilmemesi durumu yaptırıma bağlanmış bir ilkedir. 6698 sayılı Kanunun 28/ 2. Maddesindeki istisnadan yararlanılabileceği iddia edilebilir. Bahse konu kanun düzenlemesi şu şekildedir: *"Bu Kanunun amacına ve temel ilkelerine uygun ve orantılı olmak kaydıyla veri sorumlusunun aydınlatma yükümlülüğünü düzenleyen 10 uncu, zararın giderilmesini talep etme hakkı hariç, ilgili kişinin haklarını düzenleyen 11 inci ve Veri Sorumluları Siciline kayıt yükümlülüğünü düzenleyen 16 ncı maddeleri aşağıdaki hâllerde uygulanmaz. (...) c) Kişisel veri işleminin kanunun verdiği yetkiye dayanarak görevli ve yetkili kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarınca, denetleme veya düzenleme görevlerinin yürütülmesi ile disiplin soruşturma veya kovuşturması için gerekli olması"*. 6698 sayılı Kanundaki istisna düzenlemesi, genel ifadelerle tanzim edilmiş ve kanunun amacı ile orantılılık ilkelerine uygun olması şartları aranmıştır. Hukukta kuralların geniş, istisnaların dar yorumlanması, esastır. Bu nedenle kural hükümler, ayrıntılı ve teknik olmazken; istisna düzenlemelerin sınırının ve dayandığı olguların soyut olmayacak şekilde düzenlenmesi gereklidir. Mezkûr kanun düzenlemesi, istisnayı genelleştirmekte ve sınırsız bir hale getirmektedir. Kişilerin banka hesaplarının nasıl kontrol edileceği, denetimi yapacak kurumun görevlendirildiği özel bir kanun çerçevesinde yapılması, 6698 sayılı Kanunun 28/ 2. Maddesindeki genel hükme tabi olmaması Anayasamızın 13. maddesinin amir hükmüdür.

Çünkü temel hak ve özgürlükler ancak "kanun" ile "açıkça", "ölçülülük" ilkelerine uygun olarak sınırlandırılabilir. Dolayısıyla ne İl Sağlık Müdürlüklerinin ne de TİTCK'nin muvazaalı soruşturması kapsamında hakkında soruşturma başlatılan kişinin banka hesaplarını inceleme, hesap sorma yetkisi yoktur. Danıştay'ın da bir kararında belirttiği üzere ceza soruşturmalarında uygulanması yasak usullerin idarece uygulanan soruşturmalarda da riayet edilmesi gereklidir (D12D., E. 2012/6421, K. 2016/324, 28.01.2016. D12D., 19.03.2019, E. 2018/ 1955, K. 2019/2065). İdarenin yürüttüğü tüm soruşturmalarda elde edilmesi yasak olan delillerle karar verilmemesi, masumiyet karinesi, savunma hakkı, adil yargılanma hakkı, ölçülülük ilkesi gibi hukukun evrensel kaidelerine riayet şarttır. Anayasa Mahkemesi'nin 14/10/2015 tarih ve E:2014/100, K:2015/6 sayılı kararında da belirtildiği üzere, ceza hukukunun temel ilkelerinin disiplin hukuku açısından da geçerli olduğunun kabulü gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin 22/06/2001 tarih ve E:1999/2, K:2001/2 sayılı kararında; CMUK'un 254/2. maddesinde yasaklanan deliller hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerdir. Hukuka aykırılıktan kasıt ise, tüm pozitif hukuk kuralları ile birlikte hukukun kabul edilmiş evrensel ilkelerine aykırılıktır. Bu anlamıyla yasadışıktan daha geniş bir içeriğe sahiptir. ... Anayasal haklara ağır bir müdahale söz konusu ise, özel kişiler tarafından hukuka aykırı bir şekilde elde edilen delillerin de delil yasakları kapsamına girmesi gerekir. Çünkü delil yasaklarının asıl amacı, temel insan hak ve özgürlüklerini korumaktır. ...Buna aksi bir görüşü savunmak, özel kişilere bireylerin temel hak ve özgürlüklerini ihlal etme imkanı verir ki, bu bir hukuk devletinde kabul edilemez. ...İnsan hakları çiğnenerek elde edilen delillerin mahkemeler tarafından dikkate alınması CMUK 254/2 hükmü nedeniyle mümkün değildir. Belirtilen ilke ve kurallara uyulmaması AİHM tarafından da hak ihlali sayılmıştır (Bkz. Alatulkkila ve Diğerleri / Finlandiya, § 49. Le Compte, Van Leuven ve De Meyere / Belçika; Philis / Yunanistan (No. 2), § 45. Benthem / Hollanda, § 36).

Bu nedenle eczanelerin muvazaalı işletilip işletilmediğinin tespiti amacıyla yapılan tahkikatların usuli süreçlerinin belirlenmesi, sınırlarının ve ilkelerinin tespiti, soruşturmalarda uygulamada olduğu gibi hem il sağlık müdürlüğü hem de TİTCK değil, tek bir mercinin yetkilendirilmesi, hangi delil araçlarının kullanılabilceği açıkça ve "kanun" ile düzenlenmesi gereklidir. Tıbbi müdahalenin bileşenlerinden birisi olan ilaç maddesini halka temin eden ve ilacın nasıl kullanılacağı konusunda bilgilendirme yükümlülüğü bulunan bir mesleği soruştururken, halk sağlığı-insan sağlığı ile çalışma hakkı-mülkiyet hakkı arasındaki dengeyi kurabilmek için muvazaalı eczane konusunun, kanun koyucu tarafından yeniden ele alınması ve kanunla çözümlenmesi elzemdir.

Av. Doç. Dr. A. Kürşat Ersöz
Av. Esra Uzunkaya Kıpçak, M.A.

+90 (242) 243 48 93

www.ersozkipcak.com

Altındağ Mah. Tonguç Cad. Mehmet Zeki Balcı İş Merkezi No:26 Kat:4 Ofis:14 Muratpaşa / Antalya