

# 6225 Sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 9. ve 10. Maddeleri Uyarınca Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanuna Eklenen "Ek madde 13/(b, o, s, ş) Hükümlerinin ve "Ek madde 14" Hükümünün Kimi Yönlerinin Anayasa'ya Aykırılığı Hakkında Mütalaa

Prof. Dr. Bertil Emrah ODER

Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

6 Nisan 2011 tarihinde kabul edilen ve 26 Nisan 2011 tarihli 27916 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6225 sayılı Kanun, Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanuna eklemeler yaparak, hem kimi sağlık meslek mensuplarının görev tanımları ile mesleklerini icra tarzlarına ilişkin genel koşul ve sınırları belirlemiş hem de tıpta uzmanlık yan dalları, bağlı ana dalları ve eğitim sürelerini çizelge yöntemini de kullanarak saptamıştır. Aşağıda yer alan hukuksal görüş ve değerlendirmeler, 6225 sayılı Kanunun Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanuna eklediği "Ek madde 13/(b, o, s, ş)" ve "Ek madde 14"ün gönderme yaptığı "Ek-3 Sayılı Çizelge"nin 33 nolu satırı bakımından Anayasa'ya aykırı olduğunu kanıtlayan gerekçeli mütalaaı içermektedir. Mütalaa, Türkiye Fiziksel Tıp ve Rehabilitasyon Derneği'nin başvurusu üzerine Prof. Dr. Bertil Emrah Oder tarafından hazırlanmıştır.

## I. 6225 sayılı Kanunun 9. maddesi ile 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanuna eklenen "Ek madde 13/(b)"nin Anayasa'ya aykırılığı sorunu

6225 sayılı Kanunun 9. maddesi ile 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanuna eklenen "Ek madde 13/(b)" aşağıdaki düzenlemeyi içermektedir:

"b) Fizyoterapist; fizyoterapi alanında lisans eğitimi veren fakülte veya yüksekokullardan mezun sağlık meslek mensubudur.

Fizyoterapist, hastalık durumları dışında, kişilerin fiziksel aktivitelerini düzenlemek ve hareket kabiliyetlerini arttırmak için mesleğiyle ilgili ölçüm ve testleri yaparak kanıta dayalı koruyucu ve geliştirici protokolleri belirler, planlar ve uygular. Hastalık durumlarında ise fiziksel tıp ve rehabilitasyon uzmanı tabibin veya uzmanlık eğitimleri sırasında fiziksel tıp ve rehabilitasyon rotasyonu yapmış veya uzmanlık sonrasında ilgili dalın rotasyon süresi kadar fiziksel tıp ve rehabilitasyon eğitimi almış uzman tabiplerin kendi uzmanlık alanları ile ilgili teşhisine ve tedavi için yönlendirmesine bağlı olarak hastaların hareket ve fiziksel fonksiyon bozukluklarının ortadan kaldırılması veya iyileştirilmesi amacıyla gerekli uygulamaları yapar. Hastaların tedavisi yönünden rehabilitasyon ekibinin diğer üyeleri ile işbirliği içinde çalışır ve tedavinin gidişi hakkında ilgili uzman tabibe bilgi verir."

Yukarıda yer alan hüküm, "sağlık meslek mensubu" olarak "fizyoterapist"i ele alırken iki temel düzenleme tekniğini kullanmaktadır:

(1) Fizyoterapistin sağlık meslek mensubu olarak statüsünün tanınması için gerekli öğrenim koşulları ("fizyoterapi alanında lisans eğitimi veren fakülte veya yüksekokullardan mezun olmak").

(2) Fizyoterapistin iki farklı olasılığa göre, görev ve yetki alanı ile ekip çalışmasına bağlı yükümlülüklerinin belirlenmesi. Söz konusu iki farklı olasılık, "hastalık durumları dışındaki görev ve yetkiler" ile "hastalık durumlarındaki görev ve yetkiler"i birbirinden ayırmaktadır.

Bu tür özgül ve ayrıntılı düzenleme tekniği, çalışma özgürlüğü ve hakkının kullanımının özel yeterlilikler gerektirdiği mesleklerde ve sağlık alanı gibi Anayasa'nın 17. maddesindeki "yaşam hakkı" ve "kişinin bedensel ve ruhsal bütünlüğünün korunması ve geliştirilmesi"ni ("kişinin maddi ve manevi varlığı") öngören ana hakkın kullanımını ilgilendiren mesleklerde bir zorunluluk olarak belirlemektedir. Çünkü sağlık meslek mensupluğuna bağlı çalışma özgürlüğü ve hakkı potansiyel olarak diğer kişilerin "yaşam hakkı" ve "kişinin bedensel ve ruhsal bütünlüğünün korunması ve geliştirilmesi" ("kişinin maddi ve manevi varlığı") ile çatışma olasılığına sahiptir. Yaşam hakkının, diğer hak ve özgürlükler ile ilişkisinde görece üstün bir değer taşıdığı dikkate alındığında ve "kişinin bedensel ve ruhsal bütünlüğünün korunması ve geliştirilmesi" ("kişinin maddi ve manevi varlığı") hakkının diğer hak ve özgürlükler karşısında "ana hak" olarak görülmesi nedeniyle, sağlık meslek mensuplarının görev ve yetkileri ile sorumluluklarının "ayrıntılı, açık, tartışmasız ve öngörülebilir" olması, Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen ve değiştirilmezlik güvencesi ile donatılan "insan haklarına saygılı devlet" ile "hukuk devleti" ilkelerinin zorunlu bir sonucudur. Bu zorunlu sonuç, sağlık meslek mensubunun mesleğini icrasında nesnel ve açık davranış ve sorumluluk kurallarının varlığını sağlayarak, onu da güvence altına alır. Özetle, yukarıda aktarılan "Ek madde 13/(b)" düzenleme tekniği bakımından, ilk bakışta -prima facie- Anayasa'nın insan haklarına saygılı devlet ve hukuk devleti ilkeleri çerçevesinde aradığı özgüllük ve ayrıntılılık ölçütlerine uygundur.

Bununla birlikte, "hastalık durumları dışında" ve "hastalık durumlarında" fizyoterapistin görev ve yetkisinin kullanımı –dolayısıyla mesleğin icrası- bakımından getirilen düzenlemeler, Anayasa'nın temel hak ve özgürlükler için öngördüğü ilkeler başta olmak üzere başka ilkeler, haklar ve özgürlüklere aykırı düşmektedir. Yasa koyucu, mesleğin icrasına ilişkin olarak yasama yetkisini kullanırken siyasal takdir yetkisine sahiptir. Ancak

(a) özgül yeterlilikler gerektiren,

(b) profesyonel yeterlilik alanları meslek kuruluşları tarafından ulusal ve uluslararası biçimde tanımlanmış olan ve

(c) yeterlilikleri ile meslek icraları insan sağlığı alanına ilişkin olduğu için yaşam hakkı ve kişinin bedensel ve ruhsal bütünlüğünün korunması ve geliştirilmesi ile doğrudan ilintili mesleklerde, siyasal takdir yetkisinin kullanımı özel bir dikkat ve sıkı bir yargısal denetimi (strict scrutiny) gerekli kılabilir.

"Ek madde 13/(b)"de "hastalık durumlarında" fizyoterapistin görev ve yetkisinin kullanımı –dolayısıyla mesleğin icrası- bakımından getirilen sınırlamalar, bu yönüyle Anayasa ile bağdaşmamaktadır. Düzenlemeye göre,

"Hastalık durumlarında ise fiziksel tıp ve rehabilitasyon uzmanı tabibin veya uzmanlık eğitimleri sırasında fiziksel tıp ve rehabilitasyon rotasyonu yapmış veya uzmanlık sonrasında ilgili dalın rotasyon süresi kadar fiziksel tıp ve rehabilitasyon eğitimi almış uzman tabiplerin kendi uzmanlık alanları ile ilgili teşhisine ve tedavi için yönlendirmesine bağlı olarak hastaların hareket ve fiziksel fonksiyon bozukluklarının ortadan kaldırılması veya iyileştirilmesi amacıyla gerekli uygulamaları yapar."

Bu çerçevede, fizyoterapistin teşhis ve tedavi için yönlendirmelerine bağlı olarak hareket edeceği tabiiler aslında üç farklı grupta ve "veya" bağlacı nedeniyle eşit yetkili olarak düzenlenmiştir: (1) Fiziksel tıp ve rehabilitasyon uzmanı tabip. (2) Uzmanlık eğitimleri sırasında fiziksel tıp ve rehabilitasyon rotasyonu yapmış tabiiler. (3) Uzmanlık sonrasında ilgili dalın rotasyon süresi kadar fiziksel tıp ve rehabilitasyon eğitimi almış uzman tabiiler. Öte yandan, düzenlemenin içeriği fizyoterapistin tedavi kapsamında ekip içinde fiziksel tıp ve rehabilitasyon uzmanı olmaksızın hastaya rehabilitasyon tıbbi alanında hizmet vereceği kanısını vermektedir. "Hastalık dışı durumlarda" fizyoterapistin değerlendirme yetkisini çağrıştıran düzenlemeler de anayasal bakımdan kaygı uyandırıcıdır. Fiziksel tıp ve rehabilitasyon uzmanı tabiiler dışındaki uzman tabiilere yetki veren düzenlemenin Anayasa'ya aykırılığı, tabiplik yeterliliğine sahip olmayan fizyoterapist için "evleviyetle" geçerlidir ("argumentum a fortiori"). Düzenleme yakından incelendiğinde Anayasa'ya aykırılık sorunu ("Anayasa meselesi") aşağıdaki biçimde somutlaşmaktadır:

Ek madde 13/(b), hastalık durumunda tıp alanında özel yeterlilikler gerektirdiği ulusal ve uluslararası standartlarla saptanmış olan fiziksel tıp ve rehabilitasyon uzmanlarını, fiziksel tıp ve rehabilitasyon tedavisinin yan ve seçimliğin ögesi statüsüne sokarak, bu alanın özgül düzenleme gerektiren niteliğine aykırı düşmektedir. Ek madde 13/(b)'deki düzenleme, yeterliliğe dayalı yetkilerden fiziksel tıp ve rehabilitasyon uzmanı tabibin yetkilerini hem başka alanlardaki uzmanlara hem de fizyoterapistlere devretmektedir. Bu yönüyle düzenleme, temel hak ve özgürlükler bakımından

(a) yeterli mesleki ulusal ve uluslararası standartlara sahip uzmandan nitelikli sağlık hizmeti alma hakkının Anayasa'daki

temeli olan yaşam hakkı ve kişinin maddi ve manevi bütünlüğünün korunması ve geliştirilmesi hakkı ile

(b) fiziksel tıp ve rehabilitasyon uzmanı tabiilerin çalışma özgürlüğü ve hakkı bakımından hukuksal değerlendirmeye muhtaçtır.

Aşağıdaki değerlendirmeler, öncelikle yukarıdaki a ve b şıklarını esas alarak yapılacaktır. Ancak a ve b şıklarında ele alınan temel hak ve özgürlük ihlallerinin diğer Anayasa kuralları ile yakından ilintisi nedeniyle, burada yapılan değerlendirmeler -sistematiik yorum doğrultusunda "Anayasa'nın bütünlüğü ilkesi" gözetilerek- Anayasa'nın 2., 5., 13., 15., 17. ve 56. maddelerini ve uluslararası insan hakları hukukunu içerecek biçimde ele alınacaktır. Aşağıda c şikkında, Ek madde 13/(b)'deki düzenlemenin eşitlik ilkesi bakımından doğurduğu Anayasa'ya aykırılık sorununa ayrıca değinilecektir. Son olarak d şikkı bakımından, Ek madde 13/(b)'nin hak ve özgürlük bağlamı dışında, hukuk devleti bakımından yarattığı sorun ayrıca ele alınacaktır.

(a) Ek madde 13/(b), yeterli mesleki ulusal ve uluslararası standartlara sahip uzmandan nitelikli sağlık hizmeti alma hakkının Anayasa'daki temeli olan yaşam hakkı ve kişinin maddi ve manevi bütünlüğünün korunması ve geliştirilmesi hakkı ile bağdaşmamaktadır. Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen bu iki hak, özgül biçimde korunmaktadır. Bunun anlamı, öncelikle her iki hak bakımından "pozitifleşmiş öz güvenceleri" ya da "ek güvenceler" olarak bilinen güvencelerin Anayasa'da yer almış olmasıdır. O nedenle, bilimsel ve tıbbi deneylere tutulmada kişinin rızasının aranması ya da tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaması özgül olarak düzenlenmiştir. Yaşam hakkına yönelik müdahalenin istisnaları da Anayasa'da (madde 17/son) açıkça ve sınırlı sayıda (numerus clausus) olmak üzere sayılmıştır. Öte yandan, her iki hakkın "sert çekirdekli haklar" olarak özel ve göreceli önemi, bunların Anayasa'nın 15/2. maddesinde ayrıca vurgulanmış olmaları ile de pekişmektedir. Anayasa'nın 15/2. maddesi olağanüstü yönetim usulleri gibi temel hak ve özgürlükler bakımından en riskli uygulamalarda dahi, "savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşam hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamayacağını" güvence altına almaktadır. Anayasa Mahkemesi içtihadında da yaşam hakkı ve kişinin maddi ve manevi bütünlüğünün korunması, bu hakların diğer hakların kullanımının öncülü olmaları ya da "ana hak" nitelikleri ile uyumludur. Anayasa Mahkemesi yaşam hakkını temel bir yorum ilkesi olarak benimseyerek tüm hukuk düzenine egemen kılarken, bu hakkın öncül ve ana hak değerini sadece kişiye özgü (sübjektif) yönüyle değil, nesnel yönüyle de tanımaktadır:

"Şu yönü de açıklamak gerekir ki, hukuk devletinde korunması gereken en büyük değer insanın canı ve sağlığı olduğu açıktır ve bu konuda görüş birliği vardır. Nitekim Anayasa'nın 10., 14. ve 49. maddelerindeki kurallara desteklik eden temel ilke dahi bu düşünceye dayanmaktadır. Hukuk kurallarının konuluşunda ve yorumlanmasında, insan canı ve sağlığının en yüksek ve en önemli değer olduğu yolundaki bu temel ilkenin sürekli olarak göz önünde tutulması zorunludur (...)"<sup>1</sup>

Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan kişinin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme

<sup>1</sup> 1961 Anayasası döneminde verilen bu karar için bkz. AYM, E. 1975/198, K. 1976/18, K.t. 18.3.1976. İtalik (eğik yazı) bölüm özellikle vurgulanmıştır.

hakki ile Anayasa'nın 56. maddesinde devlete sağlık konusunda verilen ödev ("herkesin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak" amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenleme) arasındaki ilişkiyi bütüncül biçimde yorumlamaktadır:

"Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrası "Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir." şeklindedir. "

"Kişinin yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma hakkı, birbirleriyle sıkı bağlantıları olan, devredilmez, vazgeçilmez temel haklardandır. Bu haklara karşı her türlü engelin ortadan kaldırılması da devlete görev olarak verilmiştir. Güçlüler karşısında güçsüzlere koruyacak olan devlet, gerçek eşitliği sağlayacak, toplumsal dengeyi koruyacak ve böylece devlet sosyal niteliğine ulaşacaktır. Sosyal devlet, yaşama hakkının korunması, sosyal güvenliğin sağlanmasıyla gerçekleşecektir. Yaşama hakkının korunması ve sosyal güvenliğin sağlanması, sosyal devlet olmanın gereğidir. Sosyal güvenlik kuruluşlarına ilişkin düzenlemelerin "yaşama hakkı ile maddî ve manevî varlığı koruma haklarını zedeleyecek veya ortadan kaldıracak kuralları içermemesi gerekir."

"Anayasa'nın 56. maddesiyle, Devlete, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak amacıyla sağlık kuruluşlarının hizmetlerini düzenleme, denetleme ve organize etme gibi görevler verilmiştir. Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal güvenlik kurumlarını oluşturarak, onlardan yararlanarak ve onları denetleyerek yerine getirecektir. Devlet için bir görev, kişiler için de bir hak olan bu amacın gerçekleştirilmesinde, bu hakkı sınırlayıcı, yararlanmayı zorlaştırıcı ya da zayıflatıcı düzenlemeler 56. maddede yer alan kurallara aykırı düşer."<sup>2</sup>

Anayasa Mahkemesi'nin yaşam hakkı ile kişinin maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkı bağlamında, bu haklarla ilintili olarak "kişinin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürme hakkı"ndan da söz ettiği ve bu konuda devletin ödevini vurguladığı gözden kaçırılmamalıdır:

"(...) EK 14. maddenin (a) bendinin sağlık yardımı bakımından sınırlayıcı düzenleme getiren itiraz konusu ikinci fıkrası, henüz tedavisi süren kişinin yaşama hakkını, hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürme hakkının özünü zedelediğinden ve Devletin, kişilerin yaşamını, ruh ve beden sağlığı içinde sürdürmelerini sağlamak amacını yerine getirmesini sınırlayıcı zorlaştırdığından Anayasa'nın 17. ve 56. maddelerine aykırıdır."<sup>3</sup>

Anayasa Mahkemesi'nin kişinin maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkını devletin sosyal ödevleri bağlamında gören bu yaklaşımı, Anayasa'nın 5. maddesi bakımından da hukuksal dayanağa sahiptir. Anayasa'nın 5. maddesine göre, devlet "kişinin temel hak ve hürriyetlerini sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleri ile bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya" çalışmalıdır. Böylece, kişinin maddî ve manevî varlığının korunması ve geliştirilmesi saygı duyulması gereken bir hak olduğu kadar, devletin pozitif edimleri ile yaşama geçirilmesi gereken bir yükümlülük olarak belirmektedir. Bu durumda Anayasa, söz konusu hakkın sınırlanmasını değil, gerçekleştirilmesini hukuksal bir varsayım olarak kabul etmektedir.

Ek madde 13/(b)'de fizyoterapistin uygulamalarında fiziksel tıp ve rehabilitasyon uzmanının yönlendirmesini zorunlu kılmayan düzenleme, "kişinin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürme hakkı"nı zayıflatarak onun özünü zedelemektedir. Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması bakımından uygulanan bir ölçüt olan hakkın özü, sadece onu açık ya da örtülü biçimde kullanılamaz duruma getiren sınırlamalar için değil, kullanımını güçleştiren, "zayıflatan ya da etkisiz hale getiren" sınırlamalar için de geçerlidir. Ek madde 13/(b)'de fizyoterapistin uygulamalarında fiziksel tıp ve rehabilitasyon uzmanının yönlendirmesini zorunlu kılmayan düzenleme, hakkın etkili biçimde kullanımını sağlamayarak "zayıflatılması"na neden olmaktadır.

Hakkın özüne dokunan bir düzenlemenin Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ve sınırlama aracı ile sınırlama amacı arasında "hakkaniyete uygun makul bir denge"nin kurulmasını emreden "ölçülülük ilkesi"ne uygun olduğu; bu ilkenin alt ilkeleri olan "elverişlilik, gereklilik ve orantılılık" ilkelerini karşıladığı da söylenemez.

Hakkın kullanımını zayıflatarak onun özüne dokunan bir düzenlemenin, Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan "demokratik toplum düzeninin gerekleri" bakımından da değeri yoktur. Çünkü bu tür bir düzenleme, "demokratik toplumda gerekli bir toplumsal ihtiyaca karşılık vermemekte", tersine demokratik toplumda gerekli toplumsal ihtiyacı karşılamayı engellemektedir.

Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlamaların denetiminde belirtilen diğer bir ölçüt olan "Anayasa'nın ruhu ve sözüne aykırı olmama" ölçütü de karşılanmamaktadır. Aksine, Anayasa'nın yaşam hakkı ve kişinin maddî ve manevî varlığını koruması ve geliştirmesi hakkına ilişkin normatif bağlam (sistematik), bu hakların geniş biçimde yorumlanmasını ve öncelikli olarak gözetilmesini gerektirmektedir: *Anayasa'nın 17. maddesinde yaşam hakkına ilişkin istisnaların sınırlı sayıda tutulmuş olması, bu hakka istisnalar dışında mutlak nitelik kazandırmakta; yaşam hakkı ve kişinin maddî ve manevî varlığını geliştirme hakkı, Anayasa'nın 15/2. maddesi çerçevesinde "sert çekirdekli haklar" arasında sayılmakta; 17. maddede her iki hakkı ilgilendiren pozitifleşmiş öz güvencelerine yer verilmekte ve kişinin maddî ve manevî varlığını geliştirme sadece hak değil, devletin ödevi olarak nesnel anlamıyla kabul edilmektedir.* Bu normatif bağlam ışığında, Ek madde 13/(b)'de fizyoterapistin uygulamalarında fiziksel tıp ve rehabilitasyon uzmanının yönlendirmesini zorunlu kılmayan düzenlemenin, "Anayasa'nın bütünlüğü ilkesi çerçevesinde" "Anayasa'nın sözüne ve ruhu"na uygun olduğu söylenemez. Sonuç olarak, Ek madde 13/(b)'deki düzenleme, Anayasa'nın 2., 5., 13., 15., 17. ve 56. maddelerine aykırıdır.

Ek madde 13/(b)'deki düzenleme, uluslararası insan hakları hukuku bakımından incelendiğinde de, sağlık alanında insan haklarının korunması ve mesleki standartlara uygun sağlık hizmeti alma hakkı ile çelişmektedir. Bu konuda en açık ve temel "destek ölçü norm" Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Onurunun (Haysiyetinin) Korunması Sözleşmesidir. Sözleşme'nin 1 ve 3. maddeleri uyarınca, Taraf Devletler temel iki yükümlülük altındadır:

-İnsan onuru ve kimliğini koruyarak biyoloji ve tıbbın uygulanmasında, ayırım yapmadan herkesin, bütünlüğüne ve diğer hak ve özgürlüklerine saygı gösterilmesini güvence altına almak

-Uygun nitelikteki sağlık hizmetlerinden adil bir şekilde yararlanılmasını sağlayacak uygun önlemleri almak.

Bu yükümlülükler ek olarak, "mesleki standartlara uygun araştırma ve müdahale" özel bir hükümle düzenlenmiştir. Sözleşme'nin 4. maddesine uyarınca, "araştırma dahil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak" yapılması gerekir. Sözleşme'nin 23. maddesi, Sözleşmedeki güvencelerin siyasal değil, etkili bir yaptırım düzeneği ile "hukuksal" olmasını sağlayan ("normatif bağlayıcılık") ayrı bir hüküm içermektedir:

*"Taraflar, bu Sözleşme'de öngörülen hakların ve ilkelerin hukuka aykırı bir şekilde ihlalinin en kısa sürede önlenmesi veya durdurulması için uygun yargısal korumayı sağlayacaklardır."*

Anayasa Mahkemesi uluslararası insan hakları hukukunun temel belgeleri ile Anayasa'nın uyumlu yorumlanmasını kabul eden içtihadında, Anayasa ile uluslararası insan hakları belgelerinin koruduğu değerleri özdeş saymıştır. "Özde uyum" yaklaşımı olarak adlandırılacak bu yargısal yorum, Anayasa'nın 2. maddesindeki insan haklarına saygılı devlet ilkesi ile Anayasa'nın 15/2. ve 90/son maddelerinde de ortaya çıkan "Anayasa'nın uluslararası insan hakları hukukuna açıklığı ilkesi"nin bir sonucudur. Ek madde 13/(b)'de yer alan düzenleme, Taraf Devletlerin yükümlülükleri ve özellikle "araştırma dahil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak" yapılması kuralına (Sözleşme madde 4) aykırı düşmektedir. Anayasa'nın öngördüğü yaşam hakkı ve kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Onurunun (Haysiyetinin) Korunması Sözleşmesi ile uyumlu yorumlandığında, Ek madde 13/(b)'nin içerdiği düzenlemenin Anayasa'ya uygun olduğu söylenemez.

(b) Ek madde 13/(b), fiziksel tıp ve rehabilitasyon uzmanı tabiplerin çalışma özgürlüğü ve hakkı bakımından Anayasa'ya aykırıdır.

Fiziksel tıp ve rehabilitasyon uzmanlığı, karmaşık sağlık sorunlarına birden çok tıp profesyonelinin katıldığı, organize çözümler ve özelleşmiş rehabilitasyon ekipleri gerektiren bir mesleki faaliyet alanına karşılık gelmektedir. Bu uzmanlık alanının özgüllüğü Avrupa Tıp Uzmanları Birliği (UEMS) Yürütme Kurulu, Avrupa Doktorları Daimi Komitesi, Avrupa Rehabilitasyon Tıbbı Akademisi, Avrupa Fiziksel Tıp ve Rehabilitasyon Derneği gibi farklı mesleki kuruluşların karar ve rapor biçimindeki işlemleri ile de kabul edilmiştir. Fiziksel tıp ve rehabilitasyon uzmanlık diploması 6225 sayılı Kanununun Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanuna eklediği madde uyarınca (Ek madde 14 ve 1 sayılı ekli çizelge 14 nolu satır) 4 yıllık eğitim süresinin sonunda kazanılmaktadır. Ek madde 13/(b) fiziksel tıp ve rehabilitasyon uzmanı tabiplerin uzmanlık bilgisini zorunluluk değil, bir seçenek durumuna indirgediği için, "mesleki faaliyetin yetkili kişiler tarafından icrası anlamında" çalışma özgürlüğüne yönelik bir müdahaledir.

"Mesleki faaliyetin yetkili kişiler tarafından icrası anlamında" çalışma özgürlüğüne ilişkin müdahaleler

- mesleğe girişte ve yükselmede şekil koşullarını,
- mesleğin kapsamını, tanımını,
- meslek mensuplarının görev, yetki ve sorumluluk alanını,

-mesleki faaliyetin diğer meslekler karşısındaki sınırları ile aynı mesleğin uzmanlık dalları içindeki sınırları içerirler. Bu tür müdahalelerin Anayasa'ya uygun sayılması için Anayasa'nın 13. maddesindeki sınırlama ilkelerine ve 48. maddesinde yer alan "çalışma özgürlüğü"ne ilişkin güvenceye aykırı olmaması gerekir.

Anayasa çalışma özgürlüğünü genel olarak meslekler, yeterlilik kuralları ya da herhangi mesleğe sahip olmadan çalışma yönünden ayrıntılı düzenlemeye tabi tutmamıştır. Ancak özel bir hüküm ile (Anayasa madde 135) kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarını düzenleyerek, mesleklerin özgül niteliklerine bağlı kimi konuların da olabileceğini zımnen kabul etmiştir. Tabiplik, avukatlık, mühendislik, mimarlık ve eczacılık gibi eğitim, uzmanlık eğitimi ve özel yeterlilik koşulları ya da standartları gerektirebilen meslekler ve bunların farklı yoğunlaşma alanlarında, çalışma özgürlüğü bir hak ve yetki boyutu da kazanmaktadır. O nedenle bu tür mesleklerde, özel imza veya müdahale yetkileri ya da mesleğin kamu hizmeti niteliği taşıması gibi (örneğin; avukatlık) unsurlar kanun, tüzük ve yönetmeliklerle açıkça düzenlenmektedir. Sayılan gerekçelerle, bu tür mesleklerde çalışma özgürlüğü ile çalışma hak ve yetkisinden söz etmek daha uygun olur. Anılan türden meslekler için çalışma hakkı, Anayasa'nın 49/2. maddesindeki "istihdam" odaklı çalışma hakkı ve ödevinden çok, 48. maddedeki çalışma özgürlüğünün bir sonucu gibidir ("özgürlüğün implikasyonu"). Bu nedenle, anılan mesleklerle ilişkin hukuksal sorunlar, çalışma özgürlüğü ile bağlantılı biçimde çalışma hakkının (Anayasa madde 49/1) norm alanına da girerler.

Yasa koyucu, çalışma özgürlüğünde "mesleğin icrasına ilişkin çerçeve"yi (mesleğe girişte ve yükselmede şekil koşulları, mesleğin kapsamı, tanımı, görev, yetki ve sorumluluk alanı, mesleki faaliyetin diğer meslekler karşısındaki sınırları ve aynı mesleğin uzmanlık dalları içindeki sınırlar) düzenlerken iki unsurla bağlıdır:

(1) Yasa koyucu öncelikle "mesleğin uzmanlık alanına ilişkin yeterlilik standartları"ni "eşyanın doğası" gereği gözetmek zorundadır. Bu zorunluluk, "mesleğin amacına uygun" düzenleme yapılmasının önkoşuludur.

(2) Yasa koyucu, ilk unsurla da bağlantılı olmak üzere, mesleğin icrasına ilişkin çerçeveyi "ölçülülük ilkesi"ne uygun biçimde belirlemek zorundadır. Bu iki unsur, Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan sınırlama ilkelerinin uygulanmasında kendini gösterir.

Ek madde 13/(b), fiziksel tıp ve rehabilitasyon uzmanı tabiplerin çalışma özgürlüğü ve hakkı yönünden Anayasa'nın 13. ve 48. (Anayasa madde 48/1'in sonucu olarak çalışma hakkına ilişkin Anayasa madde 49/1'in de kapsaması suretiyle) maddeleri esas alınarak incelendiğinde aşağıdaki sonuçlara ulaşılabılır:

-Anayasa'nın 48. maddesi, çalışma özgürlüğünü düzenlerken yalnızca bir koruma normuna yer vermekte ve "mesleki çalışma özgürlüğü" bakımından özel düzenleme ya da sınırlama nedenleri içermemektedir. Bu durumda, mesleki çalışma özgürlüğü "Anayasa'nın sözü ve ruhu"na uygunluk ölçütü uyarınca, sistematik yorum kuralları ışığında, Anayasa'nın bütünlüğü ilkesi gözetilerek sınırlanabilir. Başka bir anlatımla, mesleki çalışma özgürlüğü diğer "anayasal değerler" ile (diğer hak ve özgürlükler ve anayasal ilkeler) çatıştığı ölçüde ve bu çatışma ölçülülük ilkesi ışığında uyumlaştırılarak sınırlanabilir.

-Mesleki çalışma özgürlüğü bakımından, Ek madde 13/(b)'deki düzenlemede, fiziksel tıp ve rehabilitasyon uzmanı tabiplerin çalışma özgürlüğü ile fizyoterapist ve hükümde sayılan

<sup>4</sup>Örnek olarak bkz. AYM, E. 1997/62, K. 1998/52, K.t. 16.9.1998; E. 1997/1, K. 1998/1, K.t. 16.1.1998; E. 1990/30, K. 1990/31, K.t. 29.11.1990; E. 1996/15, K. 1996/34, K.t. 23.9.1996. Uluslararası insan hakları belgelerinin Anayasa-üstü sayılması bakımından karşı. AYM, E. 1990/15, K. 1991/5, K.t. 28.2.1991: "Uygur ülkeler, nesebi sahih ve nesebi gayri sahih çocuklar arasındaki tüm eşitsizlikleri kaldırmışlar, Anayasa üstü normlar olarak niteleyebileceğimiz sözleşmelerde çocuklar arasında her türlü ayrımcılığa son vermişlerdir." İtalik (eğrik yazı) bölüm özellikle vurgulanmıştır.

diğer tabiplerin çalışma özgürlükleri çatışmaktadır. Bu çatışmanın uyumlaştırılmasında sınırlamanın “demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaması”, “ölçülülük ilkesi” ve “öze dokunma yasağı” özel değer taşımaktadır.

-Demokratik toplum düzeninin gerekleri bakımından, fiziksel tıp ve rehabilitasyon uzmanı tabiplerin çalışma özgürlüğünün sınırlanmasında, bu sınırlamayı nesnel biçimde haklı kılabilecek “zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaç” bulunmamaktadır. Fiziksel tıp ve rehabilitasyon uzmanı tabiplerin uzmanlık eğitiminin niteliği, süresi ve sürekli profesyonellik eğitimleri bakımından eşdeğer statüde olmayan tabip ve fizyoterapistlerle eşdeğer tutulmalarını “zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaç”la açıklayacak hiçbir rasyonel gerekçe yoktur.

-Ölçülülük ilkesi bakımından, yasakoyucunun mesleki çalışma özgürlüğüne ilişkin getirdiği sınırlamanın aracının, sınırlama amacı ile hakkaniyete uygun makul bir denge kurması gerekir. Ancak bu dengenin kurulmasında ilk aşama, sınırlama aracının rasyonel olması ve faaliyet alanının gerek ve amaçlarına uygun düşmesidir. Fiziksel tıp ve rehabilitasyon uzmanı tabiplerin fizyoterapisti “yönlendirme” işlevini seçimlik hale getirerek, bu tabiplerin çalışma özgürlüğünü sınırlayan Ek madde 13/(b) ne rasyonel ne de uzmanlık yeterliliklerinin nesnel biçimde haklı ya da eşdeğer kıldığı verilere dayanmaktadır. Bu nedenle, ölçülülük ilkesinin alt ilkesi olan “elverişlilik ilkesi” bakımından, sınırlama aracının sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olduğu dahi öne sürülemez. Ölçülülük ilkesinin alt ilkelerinden olan “gereklilik ilkesi” bakımından, sınırlama aracının sınırlama amacını gerçekleştirmek için gerekli olması aranır. Ek madde 13/(b)’de fizyoterapist ile fiziksel tıp ve rehabilitasyon uzmanı dışında anılan tabiplerin çalışma özgürlüğünün korunması bakımından, fiziksel tıp ve rehabilitasyon uzmanı tabiplerin çalışma özgürlüklerinin sınırlanması “gerekli” değildir. Ölçülülük ilkesinin diğer bir alt ilkesi olan “orantılılık ilkesi” bakımından da durum incelenmelidir. Bu alt ilke, sınırlama amacı ile sınırlama aracı arasında orantısız bir ilişkinin kurulmamasını gerektirir. Ek madde 13/(b), fiziksel tıp ve rehabilitasyon uzmanı tabiplerin uzmanlık yeterliliğine ilişkin özgül koşullarını, maddedeki diğer meslek grupları ile eş sayarak “orantısız” bir düzenleme yapmaktadır. Bu yönüyle madde, eşitlik ilkesine aykırıdır ve bu konudaki hukuksal değerlendirme aşağıda yapılacaktır. Ancak Ek madde 13/(b)’nin eşitlik ilkesine aykırılığı, aynı zamanda onun “orantısız” bir düzenleme sayılmasını pekiştiren bir unsurdur.

-“Öze dokunma yasağı” bakımından incelendiğinde, Ek madde 13/(b), bu yasağı ihlal etmektedir. Ek madde 13/(b), fiziksel tıp ve rehabilitasyon uzmanlığının özgül niteliğini üstü örtülü (zımnı) biçimde yok saymaktadır. Çünkü onu, mesleki yeterlilikler ve standartlar bakımından kendisiyle karşılaştırılmayacak uzmanlık gruplarına eşdeğer saymaktadır. Bu eşdeğerlik varsayımı, hiçbir nesnel, bilimsel ve mesleki veri ve standartlarla açıklanamamaktadır. Böyle bir durum karşısında, orta ve uzun vadede fiziksel tıp ve rehabilitasyon uzmanlığının yalnızca özgüllüğü değil, kendisini de ortadan kalkma riski altındadır. Karşılaştırmalı hukukta da gözlemlendiği gibi,

-bir “mesleği seçmeyi” nesnel koşullar yaratmaksızın engelleyen ya da

-o mesleğin ortadan kalkmasına yol açan üstü örtülü düzenlemeler, “mesleğin icra tarzı”na ilişkin düzenlemelerle de yapılabilir. Mesleğin icra tarzına ilişkin düzenlemelerle meslek seçimine müdahale eden düzenlemelerin Anayasa’ya uygunluğu, çok daha sıkı bir denetime tabi tutulmalıdır. Bu tür düzenlemelerde, yasa koyucunun takdir yetkisi daha sınırlıdır. Meslek seçimini değersiz ya da önemsiz kılarak, o mesleğin ve meslek içi uzmanlık alanının ortadan kalkmasına yol açabilen yasama işlemleri “öze dokunma yasağı”nı ihlal ederler. Ek madde 13/(b), fiziksel tıp ve rehabilitasyon uzmanlığının nesnel ve bilimsel olarak tartışmasız olan özgül niteliğini yok sayarak, orta ve uzun vadede bu uzmanlığın seçimini tehlikeye düşürmektedir. Böylece, fiziksel tıp ve rehabilitasyon uzmanlarının çalışma özgürlüğü ve hakkının özünü, uzmanlığı “etkisiz hale getirerek” ve “zayıflatarak” ortadan kaldırmaktadır.

(c) Fiziksel tıp ve rehabilitasyon uzmanı tabiplerin -bu uzmanlık alanının özel yeterlilikleri, eğitim süreleri, eğitim yoğunlukları ve sürekli profesyonellik eğitimi uygulamaları gibi unsurlar yönünden- düzenlemede belirtilen diğer uzman tabiplerle (“uzmanlık eğitimleri sırasında fiziksel tıp ve rehabilitasyon rotasyonu yapmış veya uzmanlık sonrasında ilgili dalın rotasyon süresi kadar fiziksel tıp ve rehabilitasyon eğitimi almış uzman tabipler”) eşdeğer sayılması Anayasa’nın eşitlik ilkesine aykırıdır. Özellikle rotasyon yapan tabipler, rotasyon yaptıkları alanın uzmanlık yetkilerini kazanmadıkları gibi, tabiplerin rotasyon yapılan alanda bilgi edinme süreleri ve yoğunlukları, fiziksel tıp ve rehabilitasyon uzmanı tabiplerin uzmanlık eğitimi ile karşılaştırılmayacak kadar azdır. Eşitlik ilkesi öncelikle, aynı hukuksal konumlarda olanların eşitliği olarak (de jure / hukuksal eşitlik) anlaşılmalı ve Anayasa Mahkemesi hukuksal eşitliğe öncelik veren yorumunu sürekli biçimde yinelemektedir. Eşdeğer sayılmayacak kişi ya da kişi gruplarından bir kısmı, mesleğin gerekleri bakımından özel yeterlilik ve beceriler ile donatılmış iseler, nesnel olarak bu tür yeterlilikleri farklı uzmanlıkları nedeniyle daha az olanların, diğerleri ile eş tutulması düşünülemez. Çünkü bu tür eşdeğerliği, eşitlik ilkesi yönünden nesnel ve hakkaniyete uygun biçimde meşru kılabilecek hiçbir “haklı neden” bulunmamaktadır. Aksi, farklı uzmanlıkları nedeniyle fizik tedavi ve rehabilitasyon yeterliliği az olanların imtiyazlı muameleye tabi tutulması anlamına gelir. İmtiyazlı muamele ise Anayasa madde 10/4 uyarınca yasaklanmıştır. Sonuç olarak, aynı hukuksal konumda olmayan kişi veya kişi gruplarının, fizyoterapistin yönlendirilmesi söz konusu olduğunda, yetki ve sorumluluk yönünden eşit sayılması Anayasa’nın 10. maddesinin 1. ve 4. fıkralarına aykırıdır.

(d) Ek madde 13/(b), fiziksel tıp ve rehabilitasyon uzmanı tabipler ile “uzmanlık eğitimleri sırasında fiziksel tıp ve rehabilitasyon rotasyonu yapmış veya uzmanlık sonrasında ilgili dalın rotasyon süresi kadar fiziksel tıp ve rehabilitasyon eğitimi almış uzman tabipler” ve fizyoterapist arasındaki mesleğin gereklerine bağlı işlevsel dağılımı ve uzmanlık dengesini bozmaktadır. Bu yön, tıp etiğine aykırı olduğu kadar, hukuk etiğine de aykırılık içermektedir. Hukuk etiğine ilişkin ilkeler “hukukun genel ilkeleri” olarak, Anayasa’nın 2. maddesinde yer alan “hukuk devleti”nin kapsamında değerlendirilirler. Bu tür

<sup>5</sup>Karş. AYM, E. 2001 / 309, K. 2002 / 91, K.t. 15.10.2002: “Anayasa’nın tüm maddeleri aynı etki ve değerde olup, aralarında bir üstünlük sıralaması bulunmadığından, uygulamada bunlardan birine öncelik tanımak olanaklı değildir. Bu nedenle, kimi zaman zorunlu olarak birlikte uygulanan iki Anayasa kuralından biri diğerinin sınırını oluşturabilir. Ne var ki bu sınırlamaların da temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunmaması, demokratik toplum düzeninin gerekli kıldığından fazla olmaması ve ulaşılmak istenilen amacı aşmaması, başka bir anlatımla ölçülülük ilkesiyle uyum içinde bulunması zorunludur.” Aynıca bkz. AYM, E. 2001 / 309, K. 2002 / 91, K.t. 15.10.2002: “Anayasa’nın 48. maddesinde de, herkesin, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahip olduğu belirtilirken bu özgürlük için bir sınırlama nedeni öngörülmemiş ise de dava konusu kuralla getirilen sınırlama, bu maddeden değil, Anayasa’nın mahkemelerin bağımsızlığı ilkesini düzenleyen 138. maddesinden kaynaklanmaktadır.” İtalik (eğik yazı) bölüm özellikle vurgulanmıştır.

ilkeler, öncelikle hakkaniyete uygun sonuçlar doğuracak kamusal işlemlerin yapılmasını emrederler. Dava konusu düzenleme bakımından “eşyanın doğası”, mesleğin belirli liyakat koşullarına uygun biçimde icrasını zorunlu kılmaktadır. Uzmanlık bilgisi çerçevesinde özel yeterlilik koşulları ve standartlara bağlı mesleklerde, ilgili mesleğin ulusal ve uluslararası özgül koşul ve ölçütleri gözetilmeksizin yapılan düzenlemeler “eşyanın doğası” ile bağdaşmaz. Bu halde, hakkaniyete ve dolayısıyla hukuk devletine uygun bir düzenlemenin varlığından söz edilemez.

**II. 6225 sayılı Kanununun 9. maddesiyle 1219 Sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanuna eklenen “Ek madde 13 / (o, s, ş)”nin Anayasa’ya aykırılığı**

6225 sayılı Kanunun 9. maddesiyle 1219 Sayılı Kanuna eklenen Ek madde 13/ (o, s, ş) “fizyoterapi teknikeri”, “iş ve uğraşı terapisti (ergoterapist)” ve “iş ve uğraşı teknikeri (ergoterapi teknikeri)” ne ilişkin düzenlemeler içermektedir. Bu düzenlemeler, yargısal yorum ve idari düzenleyici işlemler ile uygulama bakımından kimi sorunları içermektedirler. Düzenlemeler, -Anayasa’ya uygunluk denetimi bakımından önemli görülen unsurların altı çizilmek suretiyle- şöyledir:

o) Fizyoterapi teknikeri; meslek yüksekokullarının fizyoterapi programından mezun; fiziksel tıp ve rehabilitasyon uzmanı veya fizyoterapist gözetiminde, fizik tedavi ve egzersiz uygulamalarına yardımcı olan sağlık teknikeridir.

s) İş ve uğraşı terapisti (Ergoterapist); iş ve uğraşı terapisi alanında lisans eğitimi veren fakülte veya yüksekokullardan mezun, sağlıklı kişilerde mesleği ile ilgili ölçüm ve testleri yaparak, mesleği ile ilgili koruyucu ve geliştirici programları planlayan ve uygulayan; hasta kişiler için uzman tabibin teşhisine bağlı olarak bireylerin günlük yaşam, iş ve üretkenlik, boş zaman aktivitelerine katılımını artırmak, sağlık durumlarını iyileştirmek, özürüllülüğü önlemek ve çevreyi düzenleyerek katılımı artırmak için gerekli iş ve uğraşı terapisi yöntemlerini uygulayan sağlık meslek mensubudur.

ş) İş ve uğraşı teknikeri (Ergoterapi teknikeri); meslek yüksekokullarının iş ve uğraşı terapisi bölümlerinden mezun, uzman tabibin tedavi planına bağlı olarak, uzman tabip veya iş ve uğraşı terapisti gözetiminde iş ve uğraşı terapisi programını uygulayan sağlık teknikeridir.

Ek madde 13/ (o)’da düzenlenen fizyoterapi teknikerinin görev tanımı kapsamında yer alan “fiziksel tıp ve rehabilitasyon uzmanı veya fizyoterapist gözetiminde, fizik tedavi ve egzersiz uygulamalarına yardımcı olan” ifadesi, bu alanda çalışacak sağlık teknikerinin üstlendiği görevin niteliği ile bağdaşacak biçimde yorumlanmalıdır. Görevin niteliği ile bağdaşan yorum ise, fizyoterapi teknikerinin fiziksel tıp ve rehabilitasyon uzmanı veya fizyoterapist gözetiminde, fizik tedavi ve egzersiz uygulamalarını yardımcı düzeyde yapması ya da yerine getirmesidir. Bu durumda, sağlık alanı gibi -yaşam hakkı ve kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirmesi hakkı ile doğrudan bağlantılı olduğu için- tartışmasız ve net sözel düzenleme gerektiren görev tanımlarında, Anayasa Mahkemesi, görevin niteliği ile yasakoyucunun görev tanımlarındaki takdir yetkisini bağdaştıracak Anayasa’ya uygun yorum yöntemini tercih edebilir. Yargısal tercih Anayasa’ya uygun yorum yönünde olduğunda, “yardımcı olma” ifadesi, “fiziksel tıp ve rehabilitasyon

uzmanı veya fizyoterapist gözetiminde” kimi uygulamaların tekniker tarafından yapılabilmesi anlamını taşır. Ek madde 13/ (o)’nun yargısal denetiminde diğer bir hukuksal tercih, sağlık alanında tartışmasız ve net sözel düzenlemenin önceliğine ağırlık vermek ve “yardımcı olma” ifadesinin belirsizliği üzerinden hükmü iptal etmektir. Bu tür belirsiz ve sınırları öngörülemeden düzenlemeler, Anayasa’nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmazlar. Bağdaşmazlığın iptal ya da yorumlu ret kararını ne ölçüde gerektirdiği Anayasa Mahkemesi’nin yargısal takdirinde sayılmalıdır.

Ek madde 13/(s) iş ve uğraşı terapistin (ergoterapist) görev tanımını yaparken, ikili bir ayrıma gitmektedir:

(1) İş ve uğraşı terapistin (ergoterapist), sağlıklı kişilerde mesleği ile ilgili ölçüm ve testleri yaparak, mesleği ile ilgili koruyucu ve geliştirici programları planlanması ve uygulaması.

(2) İş ve uğraşı terapistin (ergoterapist), hasta kişiler için uzman tabibin teşhisine bağlı olarak bireylerin günlük yaşam, iş ve üretkenlik, boş zaman aktivitelerine katılımını artırmak, sağlık durumlarını iyileştirmek, özürüllülüğü önlemek ve çevreyi düzenleyerek katılımı artırmak için gerekli iş ve uğraşı terapisi yöntemlerini uygulaması.

Bu durumda düzenleme, sağlıklı kişiler ve hasta kişiler için iki ayrı başlıkta incelenmelidir:

-İş ve uğraşı terapistine (ergoterapist) sağlıklı kişiler için verilen görev, uzman tabibe bağlı olarak ya da uzman tabibe danışarak ilerleyecek bir süreç değildir. O nedenle,

(a) sürecin insan sağlığı konusunda değerlendirme ve yönlendirme içermeyecek biçimde işlemesi;

(b) bu nedenle yasakoyucunun, iş ve uğraşı terapistin (ergoterapist) görev alanını sağlıklı kişiler için çizerken insan sağlığına ilişkin ve tabibin yetkisiyle çakışmayacak kimi ölçütleri kanun ile belirlemesi ve

(c) bu gibi ayrıntıların yönetmeliklere bırakılmaması gerekir. Sağlık alanının yaşam hakkı ve kişinin maddi ve manevi varlığını koruması ve geliştirmesi hakkı ile yakın bağı, hukuk devleti ilkesinin zorunlu sonucu olan yasakoyucunun açık, öngörülebilir ve net düzenleme yapma yükümlülüğünü daha da önemli kılmaktadır. Bu yükümlülüğe uyulmaması, ilgili düzenlemeyi, Anayasa’nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesi ile çatışır hale getirmektedir.

-İş ve uğraşı terapistin (ergoterapist) hasta kişiler için “uzman tabibin teşhisine bağlı olarak” gerekli iş ve uğraşı terapisi yöntemlerini uygulaması, tabibin öngördüğü “tedavi planını mı, yoksa bağımsız bir tedavi planını mı” uygulayacağı konusunda yorum sorunlarını beraberinde getirmektedir. Maddenin ş bendinde “iş ve uğraşı teknikeri (ergoterapi teknikeri)” için “uzman tabibin tedavi planına bağlılık” aranması ve s bendinde aynı ifadenin iş ve uğraşı terapisti (ergoterapist) için aranmaması (“sistemik yorum”), düzenlemede teşhis ve tedavi ayırımının özgül olarak ayrı kullanıldığı kanısını uyandırmaktadır. Bu durumda, idari düzenleyici işlemler bakımından bu görev tanımlarının nasıl yorumlanacağı (dar veya geniş) belirsiz hale gelmekte ve hukuk devletinin “öngörülebilirlik” ölçütü sarsılmaktadır. Anayasa Mahkemesi, iş ve uğraşı terapistin (ergoterapist) hasta kişiler için yasa koyucu tarafından belirlenen

<sup>6</sup>Özellikle “meslek özgürlüğü” üst başlığında, “meslek seçimi” ve “mesleğin icrası”nı birbirinden ayırmakla birlikte, onları ilişkilendiren Alman hukukundaki tartışmalar için bkz. Gubelt, Manfred, “Berufsfreiheit”, Grundgesetz-Kommentar, Band 1, 4. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 1992, Rdnr. 45 / 49; Avrupa kamu hukukunda karşılaştırmalı gözlemler bakımından bkz. Borrmann, Alexandra, Der Schutz der Berufsfreiheit im deutschen Verfassungsrecht und im europäischen Gemeinschaftsrecht: eine rechtsvergleichende Studie, Berlin, Duncker u. Humblot Verlag, 2002; ayrıca bkz. Auer, Arnd, Berufsbegriff des Art. 12 Abs 1 Grundgesetz, Frankfurt a. Main, Lang Verlag, 1991.

yetkisine ya yorum yolu ile açıklık getirmeli (“yaşam hakkı ve kişinin maddi ve manevi varlığını koruması ve geliştirmesi hakkı çerçevesinde Anayasa’ya uygun yorum”) ya da hükmü hukuk devleti ilkesine aykırı bularak iptal etmelidir. Düzenlemede “teşhis” sözcüğünün dar ve açık anlamına dayanıldığında, iptal seçeneği ağır basmalıdır.

Ek madde 13/(ş) uyarınca iş ve uğraşı teknikeri (ergoterapi teknikeri), “uzman tabibin tedavi planına bağlı olarak, uzman tabip veya iş ve uğraşı terapisti gözetiminde iş ve uğraşı terapisi programını uygulayan” sağlık teknikeridir. Bu ve benzeri düzenlemeler bakımından, “uzman tabip” kavramının iş ve uğraşı teknikerinin görev alanı (ergoterapi teknikeri) bakımından nasıl saptanacağı belirsizdir. Yasa koyucu, iş ve uğraşı teknikerinin görev alanı (ergoterapi teknikeri) bakımından uzman tabiplerin hangi uzmanlık alanlarından geleceğini tek tek sayma yöntemini seçemese bile, bu alanların nasıl belirlenebileceğine ilişkin nesnel ölçütleri belirlemelidir. Bu yönüyle, düzenleme Anayasa’nın 2. maddesinde güvence altına alınan hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmamaktadır.

**III. 6225 sayılı Kanununun 10. maddesi ile 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanuna eklenen “Ek madde 14”ün gönderme yaptığı “Ek-3 sayılı çizelge”nin 33 nolu satırında yer alan ve “klinik nörofizyoloji yan dalının ana dal olarak nörolojiye bağlanması” öngören düzenlemenin Anayasa’ya aykırılığı sorunu**

6225 sayılı Kanununun 10. maddesi ile 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanuna eklenen “Ek madde 14”ün gönderme yaptığı “Ek-3 sayılı çizelge”nin 33 nolu satırında yer alan düzenleme, “klinik nörofizyoloji yan dalının ana dal olarak nörolojiye bağlanması” öngörmekte ve eğitim süresini de iki yıl olarak saptamaktadır. Kanun, “klinik nörofizyoloji” yan dalının ana dal olarak yalnızca “nöroloji”ye bağlanması bakımından tipik bir “eksik düzenleme” örneğidir. Eksik düzenleme ve aşkın düzenleme sorunları, Anayasa Hukuku’nda eşitlik ilkesi ile hukuk devleti ilkesinin uygulanmasını ilgilendiren sorunlardır. Eşitlik ilkesi ve hukuk devleti ilkesi açısından, eksik ya da aşkın düzenlemenin yapılması, “keyfilik yasağı” ile bağdaştığı ölçüde Anayasa’ya uygun sayılabilir. Bu tür düzenlemelerin Anayasa’ya uygunluğu için

-nesnel olarak sınılabilen ve uygulamayı zorunlu kılan “haklı neden”e dayanmaları;

-böylece hukuk devleti ilkesi uyarınca “keyfi” olmadıklarının açıkça kanıtlanabilir olması gerekir. Anayasa Mahkemesi içtihadında, eksik düzenlemeyi Anayasa’ya aykırı bulan örnekler bulunmaktadır.

Ek madde 14 ve bağlantılı olarak Ek-3 sayılı çizelgenin 33 nolu satırı nesnel olarak sınılabilir ve eksik düzenlemeyi zorunlu kılan hiçbir “haklı neden”e dayanmamaktadır. Aksine “klinik nörofizyoloji” ile doğrudan ilişkili olan ve bu konudaki hizmetlerin nitelikli biçimde verilmesinde önemli bir etken olan kas ve iskelet sistemi, santral sinir sistemi ve periferik sinir sistemi hastalıklarına ilişkin eğitimi alma koşulu, fizik tedavi ve rehabilitasyon uzmanları tarafından karşılanmaktadır. O nedenle, “klinik nörofizyoloji”nin fizik tedavi ve rehabilitasyon tabiplerine yan dal olarak tanınması, ABD ve Avrupa uygulamalarında görüldüğü gibi bir zorunluluk olarak belirlemektedir. Sağlık hizmetlerinin kalitesi ile fizik tedavi ve rehabilitasyon tabiplerinin uzmanlık eğitimin niteliği, “klinik nörofizyoloji”nin kendilerine yan dal olarak tanınmasını gerektirmektedir. Bu gereklilik, bireylerin nitelikli sağlık hizmetlerine sahip olma olanakları ile birlikte düşünüldüğünde, “eksik düzenleme”nin, kişinin sağlık hakkı ile ilintili olan yaşam hakkı ve maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı üzerindeki olumsuz etkisi de ayrıca tartışılabilir. Bu konuda, I. bölümde Ek madde 13/(b) için yapılan değerlendirmenin bir benzeri aynen geçerlidir.

### Sonuç

Yukarıdaki hukuksal değerlendirme ve görüşler ışığında,

-6225 sayılı Kanununun 9. maddesi ile 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanuna eklenen Ek madde 13/(b), Anayasa’nın özellikle 2., 5., 10/1-4., 13., 15/2., 17., 48/1., 49/1. ve 56. maddelerine ve Anayasa ile özde uyum içinde olan Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Onurunun (Haysiyetinin) Korunması Sözleşmesi’ne;

-6225 sayılı Kanununun 9. maddesi ile 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanuna eklenen Ek madde 13/(o, s, ş), Anayasa’nın 17. maddesi ile bağlantılı olarak Anayasa’nın 2. maddesine;

-6225 sayılı Kanununun 10. maddesi ile 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanuna eklenen “Ek madde 14”ün gönderme yaptığı “Ek-3 sayılı çizelge”nin 33 nolu satırı, Anayasa’nın 2. ve 10/1-4. maddelerine aykırı unsurlar içermektedir.

Bu konudaki, hukuksal mütalaamı bilgilerinize sunarım.

<sup>7</sup>E. 1979/19, K. 1979/39, K.t. 9.10.1979: “(A)çık bir gerekçeyle rastlanmamakla birlikte söz konusu hükmün, günün siyasal ve ahlâki değer yargılarının etkisiyle yasalarda yer aldığı ve özellikle Devlet sırlarının korunması kaygısından kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Oysa yabancı ile evli olmayanın, hâkim adaylığı görevinin gerektirdiği bir nitelik sayılması olanaksızdır. Cünümüzün değer yargıları, bir hâkim adayının yabancı ile evlenmiş olmasını, hâkimlik mesleğinin onurunu yok eden veya ona gölge düşüren ya da hâkime karşı güvensizlik duyulmasını gerektiren ve böylece hâkimlik mesleğinin saygınlığını azaltan ya da yitiren bir durum saymaya olanak vermemektedir.

Öte yandan söz konusu niteliği, Devlet sırlarının korunması nedeniyle de açıklamaya olanak yoktur. Yabancı ile evli olanlar Devlet sırlarını koruyamazlar biçiminde bir varsayım da ileri sürülemez. (...)

Bu açıklamalar karşısında, hâkim adaylarının yabancılarla evlenmelerini ödevin gereği bir nitelik biçiminde sayılmasını zorunlu kılan haklı bir nedenin bulunmadığı kendiliğinden ortaya çıkmaktadır.” İtalik (eğik yazı) bölüm özellikle vurgulanmıştır.

Ayrımcılık nedeni olarak, “üyeleri işyerinde belli çoğunluğa ulaşmış sendika” ölçütünün Anayasa’ya aykırılığı için bkz. E. 1970/48, K. 1972/3, K.t. 8-9.2.1972. Sosyal güvenlik hakkı bakımından karşı. E. 1963/138, K. 1964/71.