Dr. Öğr. Üyesi Dilara ELTİMUR*

ANAYASA HUKUKU KAPSAMINDA SAĞLIK HAKKI VE DAVA EDİLEBİLİRLİK SORUNU

THE RIGHT TO HEALTH AND THE ISSUE OF JUSTICIABILITY UNDER CONSTITUTIONAL LAW

ÖZET

İnsan onuruna yaraşır bir hayat sürdürmenin asgari standardı olarak sağlanması gereken sağlık hakkının, yaşam hakkı, maddi ve manevi bütünlüğün korunması hakkı, eşitlik ilkesi, ayrımcılık yasağı ve sosyal güvenlik hakkı ile oldukça yakın ilişkisi bulunmaktadır. Sağlık hakkının diğer temel haklarla girift ilişkisi, dava edilebilirliğinin ve etkili korunmasının anayasal önemini gündeme getirmektedir. Bu sebeple de sağlık hakkının kapsamı, hukuki niteliği ve dava edilebilirliği sorunu çalışmamızın temel araştırma alanlarını oluşturmaktadır. Ayrıca sağlık hakkının sağlanması çoğu kez devletin olumlu edimine bağlı olduğundan, Anayasa'nın 2., 5., 10., 17. ve 56. maddesi çerçevesinde devletin sorumluluğu ve bu sorumluluğu sınırlayan anayasal ölçütler, Anayasa Mahkemesi kararları ışığında değerlendirilmiştir. .

Anahtar Kelimeler: Sağlık Hakkı, Sosyal Hak, Sağlıklı Çevrede Yaşama Hakkı, Sosyal Devlet, Devletin Yükümlülükleri, Anayasanın Bütünselliği İlkesi.

ABSTRACT

The right to health, which should be provided as the minimum standard of living a life worthy of human dignity; it has a very close relationship with the right to life, the right to physical and moral integrity, equality principle, prohibition of discrimination, and the right to social security. The intricate relationship of the right to health with other fundamental rights raises the constitutional importance of justiciability and effective protection. Therefore, the scope, legal nature and justiciability of the right to health constitute the main research areas of our study. In addition, since the provision of the right to health is mostly dependent on the positive action of the state, the responsibility of the state and the constitutional criteria limiting this responsibility within the framework of Articles 2, 5, 10, 17 and 56 of the Constitution have been evaluated in the light of the decisions of the Constitutional Court.

Keywords: Right to Health, Social Right, Right to Live in a Healthy Environment, Social State, State Obligations, Principle of the Integrity of the Constitution.

Araştırma Makalesi

Makale Geliş Tarihi: 18.07.2022 **Kabul Tarihi:** 01.09.2022

* **ORCID ID:** https://orcid.org/0000-0003-1398-8938

İzmir Bakırçay Üniversitesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, dilara.eltimur@bakircay.edu.tr,

Giriş

Bireylerin bedensel, sosyal ve zihinsel açıdan tam anlamıyla sıhhat ve esenlik içinde bulunmaları olarak ifade edebileceğimiz sağlık kavramına ilişkin doktrinde üzerinde uzlaşı sağlanmış bir tanım olmasa da günümüzde genel kabul gören anlayış, sağlığın salt sakatlık ya da hastalığın olmamasına indirgenemeyeceğidir.

19. yüzyılın ortalarında sanayi devrimi sonucunda, sağlıksız yaşam ve çalışma koşullarının bireylerin ve toplumun sağlığını kötü etkilemesiyle sağlık, bir hak olarak uluslararası sözleşmelerde ve anayasalarda koruma altına alınmıştır. Pozitif hukukta güvence altına alınan sağlık hakkının, jürisprüdansiyel yaklaşım ile birlikte kapsamı genişlemiş ve bu minvalde devletin yükümlülükleri ön plana çıkmıştır.

İnsan hakları hukuku uygulaması ve sosyal devlet anlayışının güçlenmesi ile beraber sosyal ve ekonomik haklar kategorisinde yer alan sağlık hakkının sağlanmasında Anayasamızda benimsenen "amaca uygun öncelik" ve "mali kaynaklarının yeterliliği" ölçütleri tartışmaya açık hale gelmiştir. Dolayısıyla anayasal çerçevede devletin sağlık hakkını sağlama sorumluluğu ve bu sorumluluğun sınırlarını ortaya koymak gerekmektedir. Bu bağlamda 1982 Anayasası'nın 2., 5., 10., 17. ve 56. maddesi devlete sağlık hakkını sağlamada yükümlülük getiren düzenlemelerdir.

Sosyal bir hak olarak sağlık hakkını diğer sosyal haklardan ayıran en temel özellik hakkın içeriğinde korunan menfaatlerin özelliği ve aynı zamanda bu hakkın özgürlük vurgusu içeren niteliğidir. Sağlık hakkının diğer temel haklarla yakın ve sıkı ilişkisi, bu hakkın etkili şekilde sağlanmasının da önemini ortaya koymaktadır. Bu bağlamda insan onurunun ve diğer temel hakların da sağlanmasının ilk basamağı olarak değerlendirebileceğimiz sağlık hakkının etkili şekilde sağlanmadığı durumlarda, bağlantılı olduğu diğer temel hakların da pratikte etkin korunması mümkün olmayabilir.

Neo-liberal görüşler çerçevesinde sosyal hakların dava edilebilirliği sorunu sıkça gündeme gelmekle birlikte bu sorunun sağlık hakkının hukuki niteliği, insan haklarının bütünlüğü/bölünmezliği ve anayasanın bütünselliği ilkesi temelinde ele alınması gerekmektedir. Sağlık hakkının dava edilebilir yahut dava edilemez niteliğine ilişkin öne sürülen tezlerin tartışılabilmesi için öncelikle sağlık hakkının konusunun ve kapsamının ortaya konulması gerekmektedir. Bu kapsamda çalışmamızda öncelikle sağlık hakkının kapsamı ve hukuki niteliği incelenmiştir. Akabinde ise sosyal bir hak olarak sağlık hakkının dava edilebilirliği sorunu ele alınmıştır. Ayrıca devlete yükümlülük getiren ve devletin sorumluluğunu sınırlayan anayasal normlar, Anayasa Mahkemesi kararları ışığında değerlendirilmiştir.

I. Sağlık Hakkının Konusu

Sağlık hakkının konusunu tespit etmek için öncelikle sağlık kavramını tanımlamak gereklidir. TDK'ye göre sağlık kavramı: *"bireyin fiziksel, sosyal ve ruhsal yönden tam bir iyilik halinde olması, vücut esenliği, esenlik, sıhhat, afiyet ve sağ, canlı, diri olma durumu"* olarak ifade edilmiş olsa da[1] bu kavram hakkında doktrinde görüş birliği sağlanmış bir tanımlama olmadığını söyleyebiliriz[2].

Demokratik yaşamın en temel unsurlarından birisi olarak kabul edilen sağlık hakkı[3] hem uluslararası belgelerde yer almış[4] hem de ana-

[1] Türk Dil Kurumu, Türk Dil Kurumu Sözlükleri, https://sozluKgov.tr/, E.T:20.12.2020.

[2] Ünal Er, *Sağlık Hukuku*, (Savaş Yayınları 2008), s. 14.

[3] Halil Kalabalık, *İnsan Hakları Hukuku* (4. Baskı, Seçkin Yayınevi 2015), s. 554.

[4] İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi Madde 25/I "Herkesin, kendisinin ve ailesinin sağlığı ve iyi yaşaması için yeterli yaşama standartlarına hakkı vardır; bu hak, beslenme, giyim, konut, tıbbi bakım ile gerekli toplumsal hizmetleri ve işsizlik, hastalık, sakatlık, dulluk, yaşlılık ya da kendi denetiminin dışındaki koşullardan kaynaklanan başka geçimini sağlayamama durumlarında güvenlik hakkını da kapsar."
Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi Madde 12 "Bu Sözleşme'ye Taraf Devletler, herkesin, ulaşılabilecek en yüksek fiziksel ve zihinsel sağlık standardına sahip olma hakkını kabul ederler. 2. Bu Sözleşme'ye taraf Devletlerin, bu hakkın tam olarak kullanılmasını sağlamak için alacakları tedbirler şu amaçlara yönelik olacaktır: (a) Ölü doğum ve çocuk ölümleri oranlarının düşürülmesini ve çocuğun sağlıklı bir şekilde gelişmesini sağlamak; (b) Çevresel ve sınai sağlık şartlarının her yönüyle iyileştirilmesi; (c) Salgın, yöresel, mesleki ve diğer hastalıkların önlenmesi, tedavisi ve kontrolü; (d) Hastalık durumunda herkese tıbbi hizmet ve tıbbi bakım sağlayacak koşulların yaratılması."

yasalarda[5] devlete belirli ödevler yükleyecek mahiyette korunmuştur[6]. Türk hukukunda sağlık hakkı, 1961 Anayasası'nın 49. maddesi ve 1982 Anayasası'nın 56. maddesi kapsamında temel bir hak olarak korunsa da sağlık kavramının sarih bir tanımı Anayasalarımızda yapılmamıştır. Sağlık, Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ) Anayasası'nda ise *"sadece hastalığın ya da sakatlığın yokluğu değil, fiziksel, zihinsel ve sosyal anlamda tam bir iyi olma hali"*[7] olarak tanımlanmıştır. ESKHK'nin 14 Sayılı Genel Yorumu'nda da DSÖ Anayasası'na atıf yapılarak paralel şekilde tanımlanmıştır.[8] Bu tanımda da sağlık, fiziksel ya da zihinsel hastalığın yokluğunun çok daha ötesinde ifade edilmiştir[9]. Sağlığı, insan refahı ile

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı madde 35 "Herkes, ulusal hukuk ve uygulamalar uyarınca koruyucu sağlık hizmeti alma ve tıbbi tedaviden yararlanma hakkına sahiptir. Birliğin tüm politikaları ve eylemlerinin tanım ve uygulamasında, daha ¸üst düzeyde bir insan sağlığı koruması hedeflenir."
Avrupa Sosyal Şartı Madde 11 "Âkit Taraflar, sağlığın korunması hakkının etkili bir biçimde kullanılması sağlamak amacıyla, ya doğrudan ya da kamusal veya özel örgütlerle işbirliği içinde diğer önlemlerin yanı sıra; 1- Sağlığın bozulmasına yol açan nedenleri olabildiğince ortadan kaldırmak; 2- Sağlıklı olmayı teşvik etmek ve sağlık konularında kişisel sorumluluk duygusunu geliştirmek üzere eğitim ve danışma hizmetleri sağlamak; 3- Kazalar açısından olduğu gibi, salgın, yöresel ve diğer hastalıkları olabildiğince önlemek üzere tasarlanmış uygun önlemler almayı; taahhüt ederler."

5 1993 Rusya Anayasası Madde 41 "1. Herkes sağlığının korunması ve tıbbi yardım almak hakkına sahiptir. Devlet ve belediye sağlık kurumlarında vatandaşlara tıbbi yardım ilgili bütçe kaynakları, sigorta primleri ve diğer gelirlerden karşılanarak hesabına ücretsiz yapılır. 2. Rusya Federasyonu'nda toplum sağlığının korunması ve güçlendirilmesiyle ilgili federal programlar finanse edilir; devlet, belediye ve özel sağlık hizmetleri sisteminin geliştirilmesi yönünde önlemler alınır; insan sağlığının güçlendirilmesine, beden eğitimi ve sporun geliştirilmesine, ekolojik ve hıfzı sıhhat konusundaki faaliyetleri teşvik edilir. 3. İnsanın yaşam ve sağlığı için tehlike oluşturan gerçeklik ve durumların yetkili kişiler tarafından saklanması federal kanunlar uyarınca sorumluluk altına alınmasını gerektirir." (https://rm.coe.int/constitution-of-the-russian-federation-en/1680a1a237) (erişim tarihi 10.04.2022).
1958 Fransa Anayasası'nın bir parçası olarak kabul edilen Çevre şartı madde 1 "Herkes dengeli ve sağlığa saygılı bir çevrede yaşama hakkına sahiptir". Metin için bkz. (https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/2019-03/20190304_charter_environnement_0.pdf) (erişim tarihi: 10.04.2022).
1999 Tarihli İsviçre Anayasası Madde 11" 1. Çocuklar ve gençler, sağlıklarının korunması ve gelişmelerinin özendirilmesi için özel önlemler alınmasını isteme hakkına sahiptir. 2. Bu haklar, çocukların ve gençlerin temyiz kudretine sahip olmaları çerçevesinde kullanılır. Anayasa metni için bkz. (https://fedlex.data.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/cc/1999/404/20210101/en/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-cc-1999-404-20210101-en-pdf-a.pdf) (erişim tarihi: 10.04.2022)

6 Münci Kapani, *Kamu Hürriyetleri* (7. Baskı, Yetkin Yayınları 1993) 55; Bülent Algan, *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması* (Seçkin 2007), s. 37; Nihat Bulut, *Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar* (On İki Levha Yayıncılık 2009), s. 52.

7 Steven D Jamar, 'The International Human Right to Health', (1994/22) Southern University Law Review, s. 17.

8 CESCR General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art 12) par 4. (https://www.refworld.org/pdfid/4538838d0.pdf) (erişim tarihi: 15.04.2022)

9 Audrey R Chapman, 'Conceptualizing the Right to Health: A Violations Approach', (1998) 65 (2) Tennessee Law Review, s. 391.

neredeyse eş anlamlı bir norm olarak kavramsallaştıran bu tanımın çok geniş ve kapsayıcı olması sebebiyle bir insan hakkı olarak sorunlu bir dayanak olduğu da iddia edilmektedir[10]. Kimi eleştirmenler ise devletin yükümlülüklerinin açıkça belirlenmesine imkân vermemesinden ötürü bu tanımı bir "istek listesi" olarak nitelendirmektedirler[11]. Öte yandan bu tanımın sağlık hakkını anlamsızlaştırdığı da ileri sürülmektedir.

Devletin sorumluluğunun ortaya konulması sağlık hakkı için özellikle önemlidir. Çünkü bu hakkın sağlanması çoğu kez devletin olumlu edimine bağlıdır[12]. Bu bağlamda sağlık hakkı, *"kişinin devletten, sağlığının korunmasını, gerektiğinde tedavi edilmesini, iyileştirilmesini isteyebilmesi ve toplumun sağladığı imkanlardan faydalanabilmesini"*[13] gerektirmektedir. Kanaatimizce sağlığa ilişkin olarak bir ideali ulaşmaya hedefleyen DSÖ'nün tanımı muğlak olmakla birlikte sağlığı, hastalığa ya da sakatlığa sahip olmamaya indirgemeyip daha kapsamlı ele alması yerindedir. Günümüzde yaşanan sosyal, siyasi, ekonomik, bilimsel ve teknolojik gelişmeler sağlık alanındaki çalışmaların gelişmesine zemin hazırlamanın yanında sağlık hakkının kapsamının daha da genişlemesine de sebebiyet vermiştir[14]. Bugün, sağlık hakkı denildiğinde; salt hastalık ve sakatlığın olmaması değil, cinsel sağlığı, üreme sağlığını, hasta haklarını, çevre sağlığını, sağlık hizmetlerine erişimi, sağlık hizmetlerinin yönetimi ve finansmanını da barındıran kapsamlı bir içeriğe ulaşılmaktadır. Dolayısıyla da sağlık hakkını genel olarak, "toplumda sağlığı koruyucu koşulları" talep etme hakkı olarak tanımlamak mümkündür[15]. Bu bağlamda sağlık hakkı; bireyin toplumdan ve devletten sağlığının korunmasını, bozulmuş ise tedavi edilmesini, sağlığına kavuşturulmasını isteyebilmesi ve

10 Chapman, s. 391; Jamar, s. 7.

11 Jamar, s. 9; F. Michael Willis, 'Ecomic Development, Environmental Protection, and the Right to Health' (1996/9) The Georgetown Int'l Environmental Law Review, s. 198.

12 Willis, s. 198.

13 Er, s. 31 vd.

14 Kahan Onur Arslan, 'Bir Temel Hak Olarak Sağlık Hakkı', (2015) 19 (1-2) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 41.

15 Şule Özsoy Boyunsuz, 'İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Kapsamında Sağlık Hakkı', (2014) 4 (124) Güncel Hukuk 52.

toplumun bu yönde sağladığı imkânlara erişebilmesi ve bu imkânlardan yararlanabilmesi şeklinde tanımlanabilir[16].

Yaşam, soluklanmaktan ve hayata devam edebilmekten fazlasını ifade ettiği gibi sağlık da kişinin sağlığını ihlal eden bir durumun yokluğundan daha fazlasını ifade etmektedir[17]. Yani sağlık hastalık ya da sakatlığın bulunmayışından öte, bir bireyin bedenen, ruhen ve sosyal açıdan iyi olmasını ifade etmektedir[18]. Tüm bu açıklamalar ışığında sağlık hakkının, sağlıklı olma hakkı ile konu bakımından aynı olmadığı sonucuna ulaşmaktayız[19]. Nitekim BM İnsan Hakları Yüksek Komiseri *Robinson'un* da belirttiği üzere sağlık hakkı ne sağlıklı olma hakkı ne de ekonomik kaynakları güçsüz ülkelerin pahalı sağlık hizmetlerini devreye sokması demektir. Fakat bu hak kamu otoritelerinin elde edilebilir ve ulaşılabilir sağlık hizmetlerine dayanan politika ve eylem planlarını mümkün olan en kısa sürede hayata geçirmesini gerektirir[20]. ESKHK'ye göre ise güvenli içme suyu ve yeterli temizlik, güvenli yemek, yeterli beslenme ve barınma, sağlıklı çalışma ve çevre koşulları, sağlıkla ilgili eğitim ve bilgi, cinsiyet eşitliği faktörleri sağlık hakkının belirleyicileri olarak[21] konusu kapsamına girmektedir.

Sağlık hakkının uygulamasında; fiziksel, zihinsel ve sosyal deneyimlerin karmaşık etkileşimi ve bunları değerlendirmek için kullanılan çeşitli kültürel ve sosyal normlar da göz önünde tutulmalıdır[22]. Öte yan-

16 Er, s. 31-32.

17 Özge Yücel Dericiler, 'AİHM İçtihatları Çerçevesinde Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı Bağlamında Sağlık Hakkının Korunması', *VI. Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyum Kitabı* (Petrol İş 2014), s. 369.

18 Enver *Bozkurt*, 'İnsan *Hakkı* Olarak *Sağlık Hakkı*' *Sağlık Hukuku Kurultayı* (Ankara Barosu 2007), s. 14.

19 World Health Organization, The Fact Sheet No. 31, Right to Health 5 (https://www.refworld.org/docid/48625a742.html) (erişim tarihi: 20.05.2022).

20 Nygren-Krug H, *25 Questions and Answers on Health and Human Rights, Health & Human Rights Publication Series* (2002/1) World Health Organization 11, (https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/42526/924154 5690-eng.pdf) (erişim tarihi: 05.02.2022).

21 Birgitta Rubenson, *Health and Human Rights* (Swedish International Development Cooperation Agency 2002) 11 (https://silo.tips/download/health-and-human-rights-4) (erişim tarihi: 07.02.2022), s. 19; WHO, s. 3.

22 Willis, s. 197.

dan kişinin sağlığını kontrol edilebilen ve edilemeyen çeşitli faktörler de belirlemektedir[23]. Sağlığın belirleyicisi olarak kişinin biyolojik/genetik faktörleri, kişinin, sosyo-ekonomik durumu, kişinin bünyesinin kuvvetli ya da güçsüz olması ve riskli yaşam koşulları gibi çok çeşitli faktörler de söz konusu olup, bu faktörler devletin kontrolü dışındadır[24]. Dolayısıyla da sağlık hakkı bu haktan yararlanabilmek için gerekli imkân ve hizmetlerin karşılanmasını da içermektedir[25]. Sonuç olarak, sağlık hakkını koşulsuz bir haktan öte ulaşılabilir en yüksek fiziksel ve zihinsel sağlık standartlarına ulaşma hakkı olarak tanımlamak daha yerindedir[26]. Nihayetinde de sağlık hakkının kapsamının ne denli kompleks olduğu ortaya çıkmaktadır.

II. Sağlık Hakkının Kapsamı

Günümüzde sağlık hakkının kapsamı insan hakları hukukunun yarattığı etki, toplumsal hayattaki gelişmeler ve sosyal devlet anlayışının güçlenmesi ile oldukça genişlemiştir[27]. Sağlık hakkının kapsamını temel olarak sağlıklı yaşam koşullarına sahip olmak ve sağlık hizmeti almak oluşturmaktadır. Pozitif statü hakkı kategorisinde yer alan sağlık hakkının, özel boyutu tıbbi bakım hakkını, genel boyutu ise sağlıklı yaşam koşullarına ulaşmayı ifade etmektedir[28]. Her iki boyutun da sağlanmasıyla mümkün olan en yüksek sağlık standardına erişim gerçekleşebilir. Sağlıklı yaşam koşullarına sahip olmanın ise hakkın öncül unsuru olduğunu söylemek mümkündür. Zira yaşam koşullarının sağlığı olumsuz etkilediği koşullarda haktan yararlanmanın gerçekleşmesi daha ilk aşamada güçleşecektir. Sağlık hizmeti alma açısından ise bu hizmetlerin coğrafi ve ekonomik bakımdan ulaşılabilir olması ve ayrıca adil şekilde sunulması gerekmektedir.

23 Yücel Dericiler, Sağlık Hakkı, s. 367.

24 Yücel Dericiler, Sağlık Hakkı, s. 367.

25 WHO, s. 5.

26 WHO, s. 5.

27 Bulut, Sosyal Haklar, s. 207.

28 Korkut Kanadoğlu/Kutluhan Bozkurt, 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uluslararası Hukuk Ekseninde Sağlık Hakkı', *Prof. Dr. Metin Günday Armağanı*, (Atılım Üniversitesi Yayınları 2020), s. 575

Sağlık hakkı içeriğinde birtakım hakları, özgürlükleri ve yükümlülükleri kapsamaktadır. Bir temel hak olarak sağlık hakkının kapsamını belirlemek, bu hakkın korunmasında devletin yükümlülüklerinin neler olduğunu tespit etmek açısından da önem taşımaktadır. Çünkü sağlık hakkının kapsamına baktığımızda hak ve özgürlüklerin yanı sıra yükümlülüklerin de söz konusu olduğunu ifade edebiliriz. Sağlığın hak boyutu, insanların ulaşılabilecek en yüksek sağlık standardından eşit şekilde faydalanmasına imkân tanıyan bir sağlık sistemine sahip olma taleplerini içermektedir[29]. Sağlık hakkının sosyal yönü ise tüm insanlığın mümkün olan en yüksek sağlık standartlarına erişiminin sağlanmasını gerektirir[30]. Sağlık hakkının özgürlük yönü, kişilerin cinsiyet ve üreme özgürlüklerine sahip olmasını, kendi sağlığını ve bedenini kontrol etme, kendi geleceğini belirleme[31] ve müdahaleye maruz kalmamayı içermektedir[32]. Özgürlük yönüyle sağlık hakkı, devletin müdahale etmemesini gerektirir[33].

Sağlık hakkı ve koruma kapsamı anayasa ve insan hakları uygulamasında sosyal ve ekonomik haklar için geleneksel olarak kabul edilen, devlete pozitif yükümlülükler yükleyen ve ancak devletin mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde gerçekleştirilebilecek sınırların aşılmasında ön plana çıkmıştır[34]. Bu bağlamda sağlık hakkının kapsamı itibarıyla sosyal ve ekonomik haklar kategorisindeki haklardan farklı yönlerinin de mevcut olduğu ortadadır.

29 Lema Uyar *Birleşmiş Milletler'de İnsan Hakları Yorumları*, (1. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2006), s. 239.

30 Nihat Bulut, 'Eski Yunan'dan Aydınlanma Çağı'na İnsan Onuru Kavramının Gelişimine Bir Bakış' (2008) 12 (3) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 2; Bulut, Sosyal Haklar, s. 206.

31 Ayrıntılı bilgi için bkz. Hamide Tacir, *Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı* (12 Levha Yayınları 2011).

32 Uyar, s. 239; Bulut, Sosyal Haklar, s. 206.

33 Bulut, Sosyal Haklar, s. 206.

34 Selman Karakul, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Sağlık Hakkı– II', (2017) 4 (1) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 171.

A. Sağlık Hakkının Öznesi

Anayasamızın 56. maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilen devletin, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlama görevi bireyler arasında herhangi bir fark gözetilmeksizin her bireyin bu haktan yararlanma talebine sahip olduğunu göstermektedir. Dolayısıyla hükümdeki "herkes" kavramının her gerçek kişiyi kapsadığı ve gerçek kişilerin 56. madde ile sağlanan koruma sisteminden doğal olarak yararlandığı ifade edilebilir[35].

Ekonomik kaynakların asıl ihtiyaç sahipliği önceliğine göre dağıtılması, sosyal haklardan yararlanan kişilerin kapsamını fiilî eşitsizliklerin düzeltilmesi düşüncesiyle sınırlandırmaktadır. Sağlık hakkının öznesinin herkes olması hakkın korunmasında eşitlik ilkesinin ve beraberinde ayrımcılık yasağının gözetilmesini daha da önemli kılmıştır. Kişilerin sahip olduğu hakları bulundukları statüye (kadın, erkek, çocuk, vatandaş, yabancı) göre farklılaşabilir. Dolayısıyla Anayasa'nın 56. maddesi nazarında bazı kimseler (çocuk, engelli, mahpus) özellik arz etmektedir. Fakat herkes sağlık hakkının korunmasını talep etme bakımından eşittir. Bunun sebebi, insan olarak her kişinin haklara sahip olma değerini taşımasından ileri gelmektedir[36].

Çocukların, engellilerin, mahpusların ya da yabancıların sağlık hakkının sağlanmasında hakkın koruma alanından ziyade devletin yükümlülükleri değişebilecektir. Örneğin, vatandaşlık bağı bulunmayan bireylerin sağlık hakkına ilişkin olarak devletin yükümlülükleri farklılaşabilecektir[37]. Bu bağlamda hakkın korunmasında belirli kategoriler için özel düzenlemelere ve uygulamalara gidilmesi, bu kişilerin haklardan yararlanmada diğer kişilere göre dezavantajlı konumda bulunmalarından

35 Bülent Tanör, *Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar* (May Yayınları 1978), s. 84.

36 Abdurrahman Eren, *Türkiye'de İnsan Haklarının Korunması Uluslararası Koruma Mekanizmaları ve Ulusal İnsan Hakları Kurumlarının Rolü*, (Turhan Kitabevi 2007), s.129.

37 Özgür Temiz, 'Türk Hukukunda Bir Temel Hak Olarak Sağlık Hakkı', (2014) 69 (1) Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi, s. 174.

kaynaklandığından[38], eşitlik yahut ayrımcılık yasağına aykırılık teşkil etmeyecektir. Herkesin eşit olarak hakkın öznesi olduğu şüphe götürmese de hakkın öznesinin bulunduğu statüye göre devletin yükümlülükleri meşru ölçütler temelinde değişebilecektir[39].

B. Sağlık Hakkının Yükümlülüleri

Sosyal hakların öznesini ve konusunu anayasaya uygun olarak düzenlemek zorunda olan yasama, yükümlülüklerini de anayasaya uygun olarak seçmek zorundadır[40]. Bu bağlamda Anayasamızda sosyal bir hak olarak güvence altına alınan sağlık hakkının temel yükümlüsü devlettir. Sağlık hakkının pozitif hukukta tanınması yeterli olmamakta aynı zamanda devletin bazı yükümlülüklerini yerine getirmesi gerekmektedir[41]. Devlet ise yükümlülüklerini yetkili kamu otoriteleri marifetiyle yerine getirir. Devlet hem merkezi hem de mahalli idari teşkilatı ile hakkın yerine getirilmesinde yükümlüdür. Öte yandan sağlık hizmetlerinin sunumunda görevli kamu kurumları da (örn. Sosyal Güvenlik Kurumu) hakkın sağlanmasında etkin rol oynamaktadır.

Özel kişilerin (üçüncü kişilerin) bu hakkın yükümlüsü olup olamayacağı doktrinde tartışmalıdır. Sosyal hakların yükümlüsünün yalnızca devlet olabileceği bu sebeple de özel kişilerin yükümlü olamayacağı görüşünün[42] karşısında sosyal hakların özel kişiler açısından olumlu edim ve katlanma yükümlülüğü doğurabileceği görüşü öne sürülmüştür[43]. Kanaatimizce özel kişilerin de dolaylı olarak sağlık hakkının yükümlüsü olması söz konusu olabilir. Örneğin, salgın hastalık dönemlerinde iş yerinde bulaşının önlenmesi için işveren tarafından alınması gereken

38 Erkan Duymaz, 'Çocuk Haklarına San Jose'den Bir Bakış: Amerikalılar-arası İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Çocuğun Korunması ve Çocuk Hakları', *Sosyal Adalet İçin İnsan Hakları, Sosyal Haklar* (TODAİE 2014), s. 134.

39 Temiz, s. 174.

40 Tanör, s. 341.

41 Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk, *Anayasa Hukuku Açısından Sağlık Hakkı* (Legal Yayıncılık 2012), s. 17.

42 Kemal Gözler, 'İnsan Hakları Normlarının Anayaüstülüğü Sorunu' (2000) *Türkiye'de İnsan Hakları* 298.

43 Tanör, s. 357-358; Tahmazoğlu Üzeltürk, s. 142.

tedbirler, bu bağlamda özel kişi olan işverenin, çalışanının sağlık hakkını korumada önleyici yükümlülükleri olduğunu göstermektedir. Özel hastane ve okulların hijyen sağlamak maksadıyla aldığı tedbirler de bu bağlamda olumlu edim yükümlülüğü olarak değerlendirilebilir. Özel kişilerin sağlık hakkına halel getirici eylemlerini denetlemek yahut yaptırıma bağlamak suretiyle sağlık hakkını koruma yükümlülüğü nihai olarak devletindir. Bu bağlamda sağlık hakkının temel yükümlüsü kamu otoriteleri ise de bu hakka ilişkin özel kişilerin de yükümlülükleri olduğunu gözetmek, hakkın daha nitelikli korunmasına hizmet eder.

III. Anayasalarımızda Sağlığın Bir Temel Hak Olarak Kabulü ve Hukuki Niteliği

A. 1961 Anayasası

Sağlığın bir temel hak olarak kabulü, 19. yüzyılın ortalarında sanayi devrimi sonucunda sağlıksız yaşam ve çalışma koşullarının toplum sağlığını olumsuz etkilemesi sonucunda söz konusu olmuştur. 19. yüzyıl itibarıyla özgür olma hakkının tek başına hakların gerçek anlamda kullanılmasına imkân vermediği ortaya çıkmış ve sosyal devlet anlayışı gündeme gelmiştir. Sanayi devrimiyle oluşan yeni sınıfsal mücadeleler ikinci kuşak hakların gelişiminde etkin rol oynamıştır. Bu dönemde ikinci kuşak haklar gerçekleştirilmeden birinci kuşak hakların tam manasıyla kullanılabilirliğinin mümkün olmadığı ve bu hakların anlamsızlaşacağı fikri ağır basmaya başlamıştır[44]. İkinci Dünya Savaşı sonrası BM tarafından başlatılan insan haklarını koruma ve geliştirme anlayışı birçok ülkenin anayasasında sosyal hakların tanınması ile güçlenmiş[45] ve İHEB, 1961 Anayasası'nın hazırlanmasında doğrudan etkili olmuştur[46]. Bu süreçte hak ve özgürlük alanında artarak devam eden düşünsel birikim

44 Kapani, s. 8.

45 D. M, Davis 'Socio- Ecomic Rights' (Ed) Michel Rosenfeld, András Sajó *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford 2012), s. 1021.

46 Örneğin, 1961'de yayımlanan Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun'un ilk maddesinde "İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinde bir hak olarak tanınan sağlık hizmetlerinin sosyal adalete uygun bir şekilde ifasını sağlamak" amacı ortaya konulmuştur. Rona Aybay, *İnsan Hakları Evrensel Bildirisi ve Türkiye (1945-1948)* (İstanbul Bilgi Üniversitesi, 2016), s. 87.

sonucu insan hakları kataloğu genişlemiş, eğitim hakkı, konut hakkı, çalışma hakkı, sosyal güvenlik hakkı, beslenme hakkı, sağlık hakkı gibi haklar kazanılmıştır. Akabinde anayasalarda da sağlık hakkına ilişkin düzenlemeler yer bulmuştur. Dolayısıyla konusu bakımından sosyal haklar arasında yer alan sağlık hakkı, tarihsel gelişim yönünden "ikinci kuşak haklar" arasında yer almaktadır[47].

1924 Anayasası'ndan kopma olarak ifade edilebilecek en büyük yenilik sosyal haklarda kendini göstermektedir[48]. Çünkü sosyal haklar sistematik şekilde ilk kez 1961 Anayasası'nda düzenlenmiştir[49]. Bu bağlamda sağlık, ilk defa düzenlendiği 1961 Anayasası'nın 49. maddesinde "sağlık hakkı" başlığı altında düzenlenmiştir. 1961 Anayasası'nın 49. maddesinin içeriğinde sağlık hakkı kavramına yer verilmeyip bu konuda devletin ödevleri ifade edilse de madde başlığının sağlık hakkı olması bu konudaki tereddütleri ortadan kaldırmaktadır[50]. 1961 Anayasası çerçevesinde devlet açık bir biçimde insanların beden ve ruh sağlığı içinde yaşayabilmesi ve tıbbi bakım görmesi hususlarında ödevli tutulmuştur.

B. 1982 Anayasası

Sağlık hakkı, 1982 Anayasası'nda "sosyal haklar ve ekonomik haklar" bölümünde, 56. maddede "sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması" başlığıyla düzenleme alanı bulmuştur. Sağlık hakkı, Anayasamızda bağımsız bir düzenleme ile ayrıntılı biçimde korunmamış[51] olsa da bu düzenleme Anayasa'nın sosyal devletin gerçekleşmesine yönelik amacını belirgin kılmaktadır[52].

47 Rona Aybay, *İnsan Hakları Hukuku,* (2. Baskı İstanbul Bilgi Ü. 2015), s. 62.

48 İbrahim Özden Kaboğlu, 'Anayasa'da Sosyal Haklar Alanı ve Sınırları' (Ed) İbrahim Kaboğlu, *Anayasal Sosyal Haklar* (Legal Yayıncılık 2012), s. 16.

49 Arslan, s. 52.

50 Bulut, Sosyal Haklar, s. 211.

51 Korkut Kanadoğlu, 'Türk Anayasa Hukukunda Sağlık Alanında Temel Haklar', (2015/19) TBB Dergisi12.

52 Zafer Gören, 'Sosyal Devlet İlkesi ve Anayasa Hukuku Açısından Yaşam Kalitesi', (1997/14) Anayasa Yargısı Dergisi, s. 111.

1961 Anayasası'nın aksine 1982 Anayasası'nın sağlık hakkını düzenleyen 56. maddesinin kenar başlığında sağlık hakkı kavramına yer verilmemiştir. Yaşam hakkı ve insan onuruyla yakın ilişkide olan ayrıca uluslararası düzeyde sosyal haklarla ilgili düzenlenen sözleşmelerde korunup, konferanslarda gündeme getirilen ve tüm bu sebeplerle çok önemli olduğu ileri sürülen sağlık hakkının 1982 Anayasası'nda başlı başına bir hak olarak değil de sağlıklı bir çevrede yaşama hakkıyla birlikte düzenlenmesi doktrinde eleştirilmiştir[53] .

1961 ve 1982 Anayasası'nda özellikle aynı olan düzenleme tekniği ise sosyal hakların bir kısmında, hak tanıyan norma eşlik edecek biçimde devletin ödevi veya hakka ilişkin düzenleme yetkisinin öngörülmesidir[54].

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nde yer alan haklar, 1982 Anayasası'nda sübjektif kamu hakkı olarak düzenlenmiştir. Bu etkinin doğrudan yansımalarından biri ise sağlık hakkıdır[55]. Sağlık hakkının 1982 Anayasası çerçevesinde korunmasıyla ilintili hükümler (m. 17, m. 20) mevcut olsa da[56] Anayasa'nın 56. maddesi bu dayanakların esas temelini teşkil etmektedir. Hükme göre;

> *"Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir.*
> *Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir.*
> *Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler.*

53 Algan, s. 267.

54 Bertil Emrah Oder, "Devletin Olumlu Edimini Gerektiren Sosyal Hakların Anayasal Düzeyde Korunması ve Yargısal Tutumlar", (2008/1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 208.

55 Fazıl Sağlam, 'İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin BM'de Kabulünün 60. Yıldönümünde Sosyal Haklar' *İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 60. Yılında İnsan Hakları* (Maltepe Üniversitesi Yayınları 2011) 114; Arslan, (n 18), s. 53.

56 Genel sağlığın korunması öte yandan Anayasa'da korunan birçok temel hak ve özgürlüğün (m. 20,21,22,23, 33, 51) sınırlanmasına ilişkin özel sebeplerden biridir.

Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir.
Sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir."

Sağlık hizmetlerinin planlanmasında devletin ödevini vurgulayan ve bu sebeple de herkese sağlık hakkı sağlanmasının daha geri planda tutulduğu izlenimi doğuran 56. madde, bu yönüyle doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir[57]. Çünkü sağlık hakkı ile beraberinde sağlık hakkından yararlanılabilmesini sağlayacak hakların, evrensel standartlar göz önünde bulundurularak, bu haktan yararlanmaya ihtiyacı olan herkese mutlak bir hak olarak tanınması gerekmektedir[58].

Anayasanın 56. maddesinin ilk fıkrasında sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı çerçevesinde devletin saygı yükümlülüğüne doğrudan işaret edilmiştir. Hükümde sağlık hakkı ve bağlantılı olarak çevrenin korunması negatif boyutuyla öne çıkmıştır. Devlet bu bağlamda müdahaleden kaçınma yükümlülüğü altındadır. İkinci fıkrada düzenlenen çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek ise devletin koruma yükümlülüğünü ortaya koymaktadır. Görüldüğü üzere devletin özel kişiler eliyle yürütülen sağlık hizmetleri çerçevesinde kişilerin sağlık hakkını koruma yükümlülüğü iki şekilde gerçekleşmektedir. Bu yükümlülük sağlık ve sosyal kurumları planlama ve denetleme faaliyetleri ile gerçekleştirilmektedir.

1982 Anayasası'nda çevrenin giderek artan önemine, sağlık ile bağlantı kurularak vurgu yapılması, sağlık hakkının kapsamını uluslararası belgelere kıyasen daha genişletmiştir[59]. Buna karşın anayasal açıdan sosyal hak kategorisindeki sağlık hakkının diğer kişisel ve siyasal haklar karşısında zayıflığına bir başka ifadeyle diğer temel haklardan farklı şekilde ve daha az güvenceli şekilde korunmasına sebep olan hususlardan

57 Algan, s. 268; Bulut, Sosyal Haklar, s. 212.

58 İbrahim Şahbaz, 'Bir Sosyal Hak Olarak Sağlık Hakkı' (2009) 22 (86) TBB Dergisi, s. 421.

59 Er, 32; Bulut, Sosyal Haklar, s. 211.

biri Anayasanın 65. maddesinde öngörülen mali kaynakların yeterliliği ölçütüdür[60]. Bir diğeri ise 2017 Anayasa değişikliğinden[61] önce sağlık hakkının kanunlardan daha az güvenceli olan mülga 91/I uyarınca kanun hükmünde kararnameler ile düzenlenebilmesi idi[62]. Günümüzde ise Anayasanın 104. maddesi gereği Anayasnın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle, dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemezken, üçüncü bölümde yer alan sosyal ve ekonomik haklar Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebilecektir. Bu bağlamda Anayasa hukuku açısından sağlık hakkının da kanuni düzenlemelere kıyasen daha az güvenceli şekilde korunduğu ifade edilebilir.

IV. Sağlık Hakkının İnsan Onuru ve Diğer Temel Haklarla İlişkisi

Sağlık hakkının diğer temel haklarla arasındaki ilişki kapsayıcı ve kuşatıcı bir hak niteliği taşımasından[63] ileri gelmektedir. Sağlık hakkı, kişinin yaşama hakkı maddi ve manevi bütünlüğü, özel hayatına ve aile hayatına saygı, ayrımcılık yasağı ve çevre hakkı gibi birçok hakkın önkoşulu olarak görülmekte[64] ve bu niteliği itibarıyla da ehemmiyet arz etmektedir[65]. Sağlık hakkının diğer haklarla ilişkisi iki temelde oluşur. İlki, sağlık hakkının diğer hakların kullanılması açısından büyük önem ifade etmesi bir diğeri ise sağlık hakkının gerçekleşmesinin bazı hakların sağlanmasına bağlı olmasıdır[66]. Sağlık hakkını güvence altına almadan diğer hakların varlığını yahut güvence altına alınmış olduğunu iddia et-

60 Tolga Şirin, 'Bir İhtimal Daha Var O da Ölmek mi Dersin? (Sosyal İnsan Haklarının Anayasa Şikâyeti Yoluyla Dava Edilebilirliği Lehine Tezler ve Öneriler)' *Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu VI. Anadolu Üniversitesi 13-14 Kasım 2014 Bildiri Kitabı* (Petrol İş Yayınları İstanbul 2014), s. 342.

61 21/1/2017-6771/16 md.

62 Şirin, s. 342.

63 WHO, s. 3.

64 Seda Uçar Akbulut ve Emre Akbulut, 'BM Ekomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin 12. Maddesi Çerçevesinde Sağlık Hakkı ve İdarenin Sorumluluğu', (2010/86) İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, s. 408.

65 Uyar, s. 36; Bulut, Sosyal Haklar, s. 206.

66 Bulut, Sosyal Haklar, s. 206.

mek mümkün değildir[67]. Çünkü sağlıklı olmayan bireylerin diğer hak ve özgürlüklerinden yararlanabilmeleri mümkün değildir. Sonuç olarak sağlık hakkının aşağıda belirtilen her bir hakla korunmak istenen hukuki yararların oluşturduğu kümenin ortak alt kümelerinden birini teşkil ettiğini ileri sürmek yerinde olacaktır.

A. Sağlık Hakkının İnsan Onuru ile İlişkisi

Anayasamızın kurduğu temel hak ve özgürlükler düzeni başlangıç kısmında yer alan insan onurunun korunmasına hizmet etmektedir[68]. Bu sebeple de sağlık hakkının diğer temel haklarla ilişkini ortaya koymadan evvel bu hakkın korunması bakımından insan onurunun rolüne ve değerine değinmek gerekir. Anayasamızın başlangıç kısmında her Türk vatandaşının *"hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu"* belirtilmiştir. Buradan hareketle bir insanın, onurlu bir yaşam sürdürebilmesi için öncelikle en yüksek sağlık standardına sahip olması gerekmektedir[69].

Anayasa hukukunun en soyut kavramlarından biri olarak nitelendirilen insan onuru kavramını[70], somut olarak insanların davranış ve yaşam ilişkilerine indirgemek doğru değildir. Zira insan onuru kavramı yaşamın ve davranışların daha geniş boyutunu kapsamaktadır[71]. Bu yönüyle sağlık hakkının da insan onurunun hak temelinde korunma biçimlerinden biri olarak tezahür ettiği görülmektedir.

67 Şahbaz, s. 409.

68 Gören, s. 95.

69 Uyar, s. 236.

70 Nazmi Zengin, Sağlık Hakkı ve Sağlık Hizmetlerinin Sunumu, 2020 1 (1) Sağlıkta Performans ve Kalite Dergisi, s. 74.

71 Şimşek O, Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması Yayımlanmamış Doktora Tezi, (Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 1999), s. 51.

İnsan onurun bireyin devlete karşı korunması ve devletin bireyi koruması olmak üzere iki yönü bulunmaktadır[72]. Dolayısıyla da bir hukuk devletinde bireylerin nesne düzeyine düşürülmesini önlemek ve sosyal devlet özelliğini yaşama geçirmek için sağlık hakkının her iki yönde de korunması gerekmektedir.

Anayasamızda insan onurunu koruyan normatif bir düzenleme söz konusu olmasa da temel hakları, insan onurunun anayasalar özelinde farklı hukuki menfaatler çerçevesinde somutlaşmış biçimi olarak yorumlamak mümkündür. Bir kimseyi sağlık imkânlarını gerçekleştirebilecek şekilde muamele görmesine layık kılan değer de insan onurudur[73]. Bu sebeple bir kimseyi sağlıksız kötü koşullarda yaşamaya zorlamak ya da sağlıklı yaşama koşullarından mahrum bırakmak insan onurunu zedelemektedir[74]. Dolayısıyla sağlık hakkı kapsamında insan onuru ön plana çıkmaktadır[75]. Sağlık alanında sosyal adaletin sağlanıp, bireyleri ekonomik güçlükten kurtarmak insan onurunun da bir gereğidir[76]. Bu yaklaşımla sağlık hakkını koruma anlayışı da öncelikle insanın onurlu bir varlık olduğu gerçeği temelinde düşünülmelidir.

Sosyal haklar, genel çerçevede ekonomik anlamda güçsüz kişilerin insan haklarından yararlanmalarını sağlamak ve bu sayede insan onuruna yaraşır bir hayat sürdürebilmeleri amacıyla doğan haklar olarak tanımlandığında[77], sağlık hakkı bakımından da insan onurunun korunması amacının önemi anlaşılmaktadır.

72 Bulut, Sosyal Haklar, s. 21.

73 İoanna Kuçuradi, *İnsan Hakları: Kavramları ve Sorunları* (2. Baskı, Türkiye Felsefe Kurumu 2011), s. 72.

74 Jamar, s. 8.

75 Bozkurt, s. 14.

76 Bulut, Sosyal Haklar, s. 23.

77 Bulut, Sosyal Haklar, s. 62.

B. Sağlık Hakkının Yaşam Hakkı ile İlişkisi

Sağlık, insan yaşamının devamını sağladığından bu yönüyle insan haklarının da temeli olan yaşam hakkı[78] ile doğrudan ve sıkı şekilde bağlantılıdır[79]. Devletin sosyal yükümlülüklerinden birini "*en geniş anlamda yaşam güvencesini*" sağlama oluşturmaktadır[80]. Sağlık hakkı da bu yaşam güvencesinin odağıdır. Bu bağlamda tıbbi hata ve ihmallerin en yoğun şekilde hem sağlık hem de yaşam hakkının ihlaline yol açması sebebiyle devletin bu alanda sorumluluğu sıkça gündeme gelmektedir.

Anayasanın 56. maddesinin ilk fıkrasında sağlığın, *"Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir"* ifadesi çerçevesinde korunması da bu bağlamda sağlığın yaşam hakkı ile bağlantısını doğrudan ortaya koymaktadır. Bu sebeple de sağlık hakkının en yakın ilişkide olduğu hak yaşam hakkı olmakla birlikte sağlık, yaşamın ayrılmaz bir parçasıdır[81]. Fakat sağlık hakkının yaşam hakkı içeriğinde eritilmemesi gerekmekle[82] birlikte çoğu durumda yaşamın devamlılığı sağlık hakkının sağlanmasına bağlıdır. Bu sebeple de her iki hakkın bir zincirin iki halkası gibi birbirine bağlı olduğu açıktır. Aşağıda ayrıntılı açıklandığı üzere Anayasa Mahkemesi de sağlık hakkını Anayasa'nın yaşama hakkını düzenleyen 17. maddesiyle bağlantılı şekilde ele alıp, değerlendirme yapmaktadır[83]. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 5. maddesinde sağlık hizmetlerinin sunulmasında *"Bedeni, ruhi ve sosyal yönden tam bir iyilik hali içinde yaşama hakkının, en temel insan hakkı olduğu"* düzenlemesi de sağlık hakkı ile yaşam hakkı arasındaki girift ilişkiyi ortaya koyacak niteliktedir.

78 Anayasa Madde 17 "Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir."

79 Bulut, Sosyal Haklar, s. 206; Kanadoğlu, s. 11-12; Akbulut ve Akbulut, s. 261; Şahbaz, s. 408-409 İzzet Mert Ertan, *Uluslararası Boyutlarıyla Sağlık Hakkı*, (Legal Yayıncılık 2012), s. 130.

80 Gören, s. 100.

81 Bulut, Sosyal Haklar, s. 207.

82 Kanadoğlu/Bozkurt, s. 581; Korkut Kanadoğlu/Bozkurt Kutluhan, *Uluslararası Hukuk, Avrupa Birliği Düzenlemeleri, AİHM İçtihatları ve AYM Kararları Kapsamında Sağlık Hakkı* (On iki Levha Yayıncılık 2021), s. 135.

83 Bkz Aşa VIII. Başlık.

Yaşam hakkının koruma alanından yararlanmak için bir olayın ölümle sonuçlanması zorunlu değildir. Zira bazı durumlarda bir bireyin yaşamının ciddi ölçüde tehlike altına girmesi yeterlidir. Bu nedenle mağdura yönelen eylemin ağırlığı ve niteliği, failin niyeti, amacı ve somut olayın koşulları çerçevesinde bazı durumlar yaşam hakkı kapsamında incelenebilir[84].. Örneğin, boş alanda bulduğu roketatar mermisinin patlaması sonucu yaralı olarak kurtulan başvurucunun şikayetini Anayasa Mahkemesi roketatar mermisinin öldürücü niteliği ve başvurucunun atlattığı hayati tehlikeyi göz önünde tutarak yaşam hakkı çerçevesinde incelemiştir[85].

Sağlık ve yaşam hakkı arasındaki bu sıkı ilişki bir hakkın diğerinin koruma kapsamında yok olmasına sebebiyet vermemelidir. Bu bağlamda her iki hakkın da koruma alanını iyi belirlemek gerekmektedir. Aksi durumda sağlık hakkının varlık nedeni ortadan kalkıp, yaşam hakkı içeriğinde yok olma riskiyle karşılaşabilir[86].

C. Sağlık Hakkının Maddi ve Manevi Varlığın Korunması ve Geliştirilmesi Hakkı ile İlişkisi

Sağlık, bir kimsenin maddi ve manevi varlığının özünü teşkil etmektedir. Bu sebeple de sağlık hakkının kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirmesinin asgari şartlarından birini olduğunu söylemek mümkündür. Zira sağlıklı olmayan bireyin hem fiziken hem de ruhen kendini geliştirmesi pek mümkün değildir. Anayasa Mahkemesi'nin de vurguladığı üzere *"Kişilerin maddi ve manevi varlıklarını geliştirilebilmelerinin, mutlu ve huzurlu olabilmelerinin başlıca şartı, ihtiyaç duydukları anda sağlık hizmetlerine ulaşıp ihtiyaç duydukları oranda bu hizmetlerden yararlanabilmeleridir."*[87].

84 İlhan/Türkiye, 22277/93, 27.06.2000, par. 76; Paşa ve Erkan Erol/Türkiye, 51358/99, 12.12.2006, par. 27; Makaratzis/Yunanistan, 50385/99, 20.12.2004, par. 52; Mehmet Karadağ, 2013/2030, 26.06.2014, par. 20-21.

85 Mehmet Karadağ, 2013/2030, 26.06.2014, par. 20-21.

86 Ertan, s. 106.

87 Anayasa Mahkemesi E 2005/10, K 2008/63, 21.02.2008, RG, T 07.11.2008, S 27047.

Bireylerin maddi ve manevi varlığı, Anayasa'mızın 17. maddesinde korunmaktadır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi, bireylerin tıbbi ihmal ya da hata sonucu zarara uğraması nedeniyle kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkının ihlali iddialarını 17. madde kapsamında değerlendirmektedir[88]. AİHS çerçevesinde maddi ve manevi bütünlük hakkı ise 8. madde kapsamında korunmaktadır[89]. Bu bağlamda AİHS'nin 8. maddesinde düzenlenen özel hayat, kişinin maddi ve manevi bütünlüğünü de kapsadığından bu yönüyle sağlık hakkı ile ilişkisi de ortaya çıkmaktadır.

Anayasanın 17. maddesinin temel amacı, bireylerin maddi ve manevi varlığına karşı kamu otoritelerinin keyfî müdahalelerinin önlenmesidir. Öte yandan devletin tıbbi müdahaleler ya da ihmaller nedeniyle kişilerin maddi ve manevi varlığını etkili olarak koruma yönünde pozitif yükümlülüğü de bulunmaktadır[90].

Sağlık hakkı, bireylerin sosyal ve fiziki olarak içinde bulunduğu koşullarla yakından ilişkilidir. Çevre kirliliğinin de sağlık üzerindeki etkisi söz konusu olduğundan, 8. madde kapsamında koruma alanı bulmuştur. Bireylerin içinde yaşadığı çevre, maddi ve manevi bütünlüklerine doğrudan tesir ettiğinden, çevre hakkının sağlık hakkı ile doğrudan ilişkili olduğu ortadadır[91]. Görüldüğü üzere bireylerin fiziki ve psikolojik açıdan iyi olma halini olumsuz yönde etkileyen tüm müdahalelerin aynı zamanda sağlık hakkını da ihlal ettiği gerçeği yadsınamaz. Bu bağlamda bireylerin içinde yaşadığı çevrenin korunmasının insan sağlığının korunmasına da hizmet ettiği söylenebilir[92]. Çünkü sağlık hakkından ancak temiz çevre koşullarının sağlandığı bir ortamda yararlanılması

88 Hüseyin Özhan Başvurusu, 2019/4121, 26.05.2022; Bilal Güvendi, Şevket Güvendi Başvurusu, 2018/1571, 04.07.2022; Türkan Ateş Başvurusu, 2018/6711, 11.05.2022; Meral Korkmaz Başvurusu, 2018/26949, 15.06.2002.

89 Ayrıntılı bilgi için bkz. Dilara Yüzer Eltimur, *AİHS Kapsamında Özel Hayat ve Aile Hayatının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri* (On İki Levha 2019), s. 21 vd.

90 Veysi Özcan Başvurusu, 2017/32272, 10.02.2021, par. 29; *Ahmet Acartürk Başvuru*su, 2013/2084, 15.10.2015, par. 49.

91 Çevrenin korunmasının sağlık hakkı üzerindeki etkileri hakkında bkz. Willis, s. 195-220.

92 Ertan, s. 170.

mümkündür. Öte yandan sağlık hakkı, ekonomik kalkınma ve çevrenin korunması arasındaki çatışmayı ortaya çıkaran ve aynı zamanda da bu çatışmayı uzlaştırma aracı olarak kullanılan bir haktır[93].

Maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı kapsamında korunan temel hukuki değerlerden biri de vücut bütünlüğüdür. Sağlık hakkının vücut bütünlüğü hakkı ile olan yakın ilişkisi ise tıbbi müdahaleler söz konusu olduğunda ortaya çıkmaktadır. Çünkü tıbbi müdahalelerin her biri ancak bireyin vücut bütünlüğüne yönelik bir eylem sonucunda gerçekleşmektedir. Bedenin doğal yapısının bölünmezliği vücut bütünlüğünü ifade ederken, bu bütünlüğün işleyişinde hastalığın, sakatlığın olmaması ve tam bir iyilik ve esenlik halinde işlemesi sağlığı ifade etmektedir. Özetle, vücut bütünlüğü hakkı, vücut sağlığının bozulmasından uzak olma anlamına gelir[94]. Bireyin bedeninde yer alan hücre, doku ve organ gibi biyolojik tüm organizmalar vücut bütünlüğü hakkının koruma alanındadır[95]. Bu bağlamda vücut bütünlüğü hakkı, bireyin bedeni üzerinde karar verme hakkını ifade etmektedir[96]. Birey, bedeni üzerinde tasarruf yetkisine sahip olmakla birlikte bu yetki sınırsız değildir[97].

İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 1. maddesinde de vücut bütünlüğü hakkı düzenlenmiştir. Hükme göre, *"Bu Sözleşmenin tarafları, tüm insanların haysiyetini ve kimliğini koruyacak ve biyoloji ve tıbbın uygulanmasında, ayırım yapmadan herkesin, bütünlüğüne ve diğer hak ve özgürlüklerine saygı gösterilmesini güvence altına alacaklardır."* Vücut bütünlüğü hakkı, aynı zamanda ruhsal sağlığı da koruma altına almaktadır[98]. Bu bağlamda devletin, bireyin vücut ve ruh bütünlüğüne saygı gösterme ödevi ise negatif yükümlülüklerindendir[99].

93 Willis, s. 196.

94 Kanadoğlu, s. 23; Kanadoğlu/Bozkurt, Sağlık Hakkı, s. 70.

95 Kanadoğlu, s. 23.

96 Kanadoğlu, s. 23; Kanadoğlu/Bozkurt, s. 576, dp. 5.

97 Anayasa Mahkemesi, E 2012/103, K 2013/105, 03.10.2013, RG T 17.12.2014, S 29208.

98 Kanadoğlu, s. 23; Kanadoğlu/Bozkurt, Sağlık Hakkı, s. 70.

99 Cezmi Demir ve diğerleri, 2013/293, 17.07.2014, par. 81; Vetha Oğru, 2018/25614, 16.06.2022, par. 69.

Anayasa Mahkemesi, kadının bedeni üzerindeki tasarruf yetkisine bağlı olan gebeliğin sonlandırılması kararına izin verilmemesine ilişkin olarak kürtajın "*kişisel özerklik ve ruhsal veya bedensel sağlık yönünden vücut bütünlüğü*" ile ilgili olması sebebiyle başvuruyu Anayasanın 17/I'de düzenlenen maddi ve manevi varlığının korunması hakkı kapsamında değerlendirmiştir[100]. Bu doğrultuda Anayasa'nın 17/II. maddesi fiziksel ve ruhsal bütünlük hakkı açısından özel bir güvence hükmü olarak yorumlanmaktadır[101]. Bu hüküm objektif bir değer hükmü niteliğinde anayasal bir ilke olup, hukukun tüm alanlarında mutlak şekilde geçerlidir[102]. Fakat Anayasa Mahkemesi'nin tıbbi müdahaleler bakımından özel güvence hükmü olan 17/II'yi göz ardı ederek, 17/I genel hükmü çerçevesinde değerlendirme yapması eleştirilmektedir[103].

Aydınlatılmış rızası alınmaksızın bireyin bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaması bedeninin bütünü üzerinde karar verme hakkına sahip olmasından kaynaklanır. Anayasanın 17/II hükmü uyarınca tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller vücut bütünlüğüne dokunulmasının istisnalarıdır. Örneğin, delil elde etmek amacıyla kanuna aykırı şekilde yapılan beden muayenesi vücut bütünlüğü hakkının ihlalidir. Vücut bütünlüğü hakkı, kamu otoritelerinin müdahalesine karşı önleyici işlevinin yanı sıra koruma yükümlülüğü de içermektedir[104].

D. Sağlık Hakkının İşkence ve Kötü Muamele Yasağı ile İlişkisi

Anayasanın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında yasaklanan işkence ve kötü muameleye yönelik eylemler bireylerin hem ruhsal hem de fiziksel sağlığına doğrudan tesir edecek niteliktedir. Bir kimsenin sağlık hizmetlerine erişimine imkân tanınmaması ya da sağlığına kavuşacağı ölçüde bu hizmetlerden yararlanmasına yönelik tedbir alınmaması in-

100 R.G. Başvurusu, 2017/31619, 23.07.2020, par. 74.

101 B. P. O. Başvurusu, 2015/19012, 27.03.2019, par. 47; Halime Sare Aysal, 2013/1789, 11.11.2015, par. 47.

102 Kanadoğlu/Bozkurt, Sağlık Hakkı, s. 66.

103 Kanadoğlu/Bozkurt, Sağlık Hakkı, s.73.

104 Kanadoğlu/Bozkurt, Sağlık Hakkı, s. 66.

san haysiyetiyle bağdaşmayacak muamele olarak değerlendirilebilir. Örneğin, bir kimsenin ciddi sağlık sorunları bulunmasına rağmen özgürlüğünden yoksun bırakılması yoluyla sağlık hizmeti alma hakkının engellenmesi sonucu kötü muamele yasağının ihlal edilmesi söz konusu olabilir. AİHM, sağlık durumunun endişe verici olduğu durumlarda alıkonulmanın devamını değerlendirirken üç hususu dikkate almaktadır. Bunlar mahpusun sağlık durumu, sağlanan bakımın kalitesi ve sağlık durumu açısından başvurucunun tutulmasına devam edilmesinin gerekip gerekmediğidir[105]. Bu bağlamda bireylerin sağlık durumları ile tutulma koşulları arasındaki uyumsuzluğun ortaya çıkardığı fiziksel ve psikolojik sonuçların kötü muamele düzeyine ulaşmaması için bazı tedbirlerin alınması gerekmektedir[106]. Dolayısıyla fiziksel ve psikolojik rahatsızlıklardan kaynaklanan sorunların yetkililerin sorumlu tutulabileceği tutukluluk koşullarından dolayı artması durumu ve tıbbi bakım yetersizliği kötü muamele yasağının ihlaline sebebiyet verebilir[107].

Anayasa Mahkemesi, cezaevlerinin fiziki ve tıbbi imkânlarının sağlık durumuna elverişli olmadığına yönelik şikayetleri kötü muamele yasağı kapsamında incelemektedir[108]. Tutulma koşullarının bireylerin sağlığına uygun şekilde organize edilmesi aynı zamanda bireylere tıbbi uygulama kurallarına uygun ve yeterli şekilde sağlık hizmeti sağlanması devletin pozitif yükümlülüklerindendir. Devletin pozitif yükümlülüğü, sonuç yükümlülüğü değil, uygun araçların kullanılması yükümlülüğüdür. Bu noktada sağlık hakkı ile kötü muamele yasağı arasındaki ilişki ortaya çıkmaktadır. Bireylerin sağlığına yönelik müdahalelerin kötü muamele olduğunun tespiti için "minimum ağırlık eşiğini"[109] aşması

105 Zarzycki/Polonya, 15351/03, 12.03.2013, par. 103, (https://hudoc.echr.coe.int) (erişim tarihi: 18.03.2022).

106 Hayati Kaytan, 2014/19527, 16.11.2016, par. 45.

107 Sibel Çapraz Başvurusu, 2017/19418, 12.01.2021, par. 124; Fatih Hilmioğlu, 2014/648, 18.09.2014, par. 66.

108 Mete Dursun, 2012/1195, 18.11.2015; Serdar Öztürk, 2013/7532. 04.02.2016; Sabri Kaya, 2014/8482, 29.06.2016; Ergin Aktaş, 2014/14810, 21.09.2016; Hayati Kaytan, 2014/19527, 16.11.2016; İmam Çelikdemir, 2014/20289, 05.12.2017.

109 Gafgen/Almanya, 22978/05, 01.06.2010, par. 88-90; Erdoğan Yağız/Türkiye, 27473/02, 06.03.2007 par. 35-37; Raninen/Finlandiya, 20972/92, 16.12.1997, par. 55; Costello-Roberts/Birleşik Krallık, 13134/87, 25.03.1993, par. 30.

beklenmektedir. Eylemlerin asgari ağırlık derecesine ulaşıp ulaşmadığının somut olayda değerlendirilmesinde ise bireylerin sağlık durumu da gözetilir. Bu husus, kötü muamele yasağının maddi boyutu kapsamında değerlendirilir. Kötü muamele yasağının usul boyutu kapsamında ise soruşturmanın etkili yürütülüp yürütülmediği incelenir[110].

A. Sağlık Hakkının Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı ile Olan İlişkisi

Sağlık hakkının eşitlik ve ayrımcılık yasağı ile olan ilişkisi toplumun ayrımcılığa uğrayan dezavantajlı ve korunmasız gruplarının sağlık sorunlarının daha yoğun olduğu durumlarda göze çarpmaktadır[111]. Sosyal hakların, insan haklarından özellikle ekonomik yahut sosyal açıdan güçsüz durumda olanların da yararlanabilmesini ve bu yolla bireyler arasında eşitliği sağlamak amacıyla ortaya çıktığı gözetildiğinde[112] sağlık hakkı bakımından eşitliğin önemi daha iyi anlaşılacaktır.

Bazı dezavantajlı kişi ve gruplar için sağlık programları ve sağlık hizmetlerine erişimin kısıtlılığı eşitsiz uygulamalara yol açmaktadır. Bu bağlamda eşitlik ve ayrımcılık yasağının sağlık hakkı ile ilişkisi noktasında çocuklar, yaşlılar, engelliler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınması gereken tedbirler gündeme gelmektedir. Anayasa'nın 10. maddesi gereğince sağlık hakkının korunması kapsamında bu kişiler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmayacaktır. Çünkü Anayasamız eylemli değil hukuksal eşitliği amaçlamaktadır. Bu eşitlik anlayışında da farklı hukuksal durumlar farklı, aynı hukuksal durumlar aynı kurallara bağlı tutulur[113].

Anayasamızın başlangıç kısmı uyarınca her Türk vatandaşının temel hak ve özgürlüklerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanması öngörüldüğünden, sağlık hakkından yararlanan tüm bireyler açısından

110 Cihan Koçak, 2014/12302, 21.09.2017, par. 46; Naim Aslan Başvurusu, 2018/31207, 16.06.2022, par. 27; Deniz Şah Başvurusu (2), 2018/29836, 14.04.2022, par. 35.

111 WHO, s. 13; Karakul, s. 195.

112 İbrahim Özden Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku* (6. Baskı, İmge Kitabevi 2002), s. 43.

113 Anayasa Mahkemesi, E 2005/10, K 2008/63, 21.02.2008, RG, T 07.11.2008, S 27047.

eşitliğin sağlanması ve ayrımcı uygulamaların engellenmesi gerekmektedir. Bu yükümlülük aynı zamanda Anayasa'nın 10. maddesinin de bir gereğidir. Bu bağlamda kadınlar ve erkekler eşit haklara sahip olduğundan[114], devlet bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Sağlık hakkının korunmasına yönelik olarak devletin sağlık bakımı ve sağlık hizmetlerinde eşitliği sağlayıcı uygulamalar yapması ve tedbirler alması gerekir. Nitekim eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, sağlık hakkının korunması kapsamında devletin sorumluluğunun belirlenmesinde özel öneme sahiptir.

Sağlık hakkının anayasal çerçevede tanınması bu haktan etkin şekilde yararlanılmasını maalesef doğrudan sağlamamaktadır. Bu nedenle bireylerin haklara ulaşabilmeleri, insanca yaşayabilmeleri için devlet tarafından bazı destekleyici tedbirlerin alınması elzemdir[115] .

Anayasanın 65. maddesinde öngörülen amaca uygun öncelik ve mali kaynakların yeterliliği kıstası sağlık hakkının devlete negatif edim yükleyen boyutu bakımından haklı bir gerekçe teşkil etmemektedir. Örneğin, eşit ve ayrımcı olmayan bir şekilde sağlık hakkını sağlamayı garanti altına almak bu kapsamdadır.

B. Sağlık Hakkının Sosyal Güvenlik Hakkı ile İlişkisi

Herkese sosyal güvenlik hakkını tanıyan ve devleti bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alma ve teşkilatı kurmakla yükümlü kılan Anayasanın 60. maddesi ile bireylerin toplumsal yaşamdan kaynaklanan risklerden korunması amaçlanmıştır[116]. Sosyal güvenlik hakkı iş kazalarına ve meslek hastalıklarına karşı koruma sağladığından sağlık hakkı ile

114 BM Genel Kurulu tarafından kabul edilen Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'nin (KKAÖS) 12. maddesinde de sağlık bakım hizmetlerinden erkeklerin ve kadınların eşitlik şekilde yararlanmalarını sağlamak üzere sağlık alanında kadınlara karşı ayrımcılık yasağına uygun önlemlerin alınması öngörülmüştür. Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Ulaş Karan, *Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*, (On İki Levha Yayınları 2017).

115 Kapani, s. 52

116 Kaboğlu, Sosyal Haklar, s. 19.

yakın ilişkili ve bağlantılı haklardandır[117]. Sosyal güvenlik hakkının sağlanamadığı durumlarda sağlık hizmetlerine erişim pratikte pek mümkün değildir. Özellikle gelir seviyesi düşük olan gruplar başta olmak üzere herkesin bu haktan yararlanabilmesi için devletin sosyal yardım ve sosyal güvence politikaları yürüterek imtiyazlı olmayan kesimin sosyal durumunu iyileştirme ödevini yerine getirmelidir[118]. Devletin sosyal yükümlülüklerini yerine getirmesi, kanun ile yapılan düzenlemenin ötesine geçerek, uygulamaya yönelik gerekli ve yeterli yönetim organizasyonu sağlaması, tedbirler alması ve denetim yapması ile mümkün olur[119]. Sosyal güvenlik hakkı kapsamında özel olarak korunması gereken kişiler söz konusu olduğunda sağlık hakkının korunmasının önemi artmaktadır. Anayasa'nın 61. maddesi uyarınca harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleriyle, malül ve gazileri korunması ve toplumda kendilerine yaraşır bir hayat seviyesi sağlanması için sağlık haklarının öncelikle sağlanması gerekmektedir. Sakatların korunmaları ve toplum hayatına intibaklarını sağlamak üzere sağlık hizmetlerine ulaşma ve hizmetlerden yararlanma imkânları arttırılmalıdır. Keza yaşlıların da sağlığının korunması için sağlık hizmetlerinden faydalanmalarını destekleyici ve kolaylaştırıcı uygulamalar sunulmalıdır.

Sosyal güvenlik hakkının yaşam, maddi ve manevi varlığın geliştirilmesi hakkıyla bağlantısını sağlık hakkı oluşturmaktadır. Devletin, bireylerin yaşamlarını sağlıklı biçimde sürdürmesini sağlaması sosyal güvenlik kuruluşları aracılığıyla mümkün olur. Bireyler için bir hak, devlet için ise bir görev olan bu amaca yönelik hareket edilirken, hakkı sınırlayıcı ve haktan yararlanmayı zayıflatıcı düzenlemeler ise Anayasanın 56. maddesine aykırı olacaktır[120].

Sosyal hakların temel amaçlarından biri de ekonomik yönden güçsüz durumda bulunan kişilerin desteklenerek, maddi ve manevi varlıklarının geliştirmesini sağlamak olduğundan, ekonomik imkânı sağlık

117 Şahbaz, s. 410.

118 Gören, s. 100.

119 Şahbaz, s. 405-423.

120 Anayasa Mahkemesi, E 1990/27, K 1991/2, 17.01.1991, RG, T 19.08.1991, S 20965.

hizmetlerine ulaşmaya yetmeyecek kişilerin sosyal güvenlik programları ile desteklenmesi de gerekmektedir. Bu gereklilik aynı zamanda sosyal devlet olmanın da gereğidir[121].

V. **Sağlık Hakkının Dava Edilebilirlik Sorunu**

Dava edilebilirlik (justiciability)[122], bir konunun yahut ihtilafın yargısal denetime tabi olup olmayacağına ilişkindir[123]. Bu kavramın aksine dava edilemezlik (nonjusticiability) ise *"bir hakkın korunması amacıyla dava edilememesi ya da yargısal uygulamaya açık olmaması"* şeklinde tanımlanmaktadır[124].

2010 yılında yapılan Anayasa değişikliği[125] ile Türk hukukunda tanınan bireysel başvuru yolunda Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurma imkânı getirilmiştir. Bu anayasal düzenleme ile kişisel ve siyasal haklar bireysel başvuruya konu edilebilirken sosyal haklar dışlanmıştır. Soyut/somut norm denetiminin temel hakların etkin korunmasında yetersiz kaldığı göz önünde tutulduğunda, sosyal hakların dava edilebilirliğine ket vuran bu düzenleme sonucu sosyal hakların korunması açısından aleyhe bir durum söz konusu olmuştur[126].

121 "Güçlüler karşısında güçsüzleri 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." E 1996/17, K 1996/38, 16.10.1996, RG, T 09.08.1997, S 23075.

122 Dava edilebilirlik kavramı ile kazaîlik ve uygulanabilirlik kavramları karıştırılabilmektedir. Kazaîlik, bir konunun münhasıran yargı organları önüne getirilebilmesini ifade ettiğinden, dar anlamda dava edilebilirliktir. Dava edilebilirlik ise yargı organlarının yanı sıra yargı benzeri işlev gören denetim mercilerine de başvurabilmeyi ifade etmektedir. Uygulanabilirlik ise hukuk düzeni tarafından öngörülen ve icra edilmesi gereken yetki ve görevlerin saptanması ve insan haklarının uygulanması ile ilgilidir. Algan, s. 144.

123 Serkan Yolcu, *Anayasa Yargısında Sosyal Hakların Korunması* (Seçkin Yayınları 2018), s. 92.

124 Algan, s. 144 vd.

125 7.5.2010-5982/18 md.

126 Şirin, s. 343.

Anayasamızda sosyal bir hak kategorisinde düzenlenen sağlık hakkının dava edilebilirliği sorunu, bu hakkın ihlâli iddialarına ve bu hak kapsamında taleplere ilişkin olarak yargısal yahut benzeri organlara başvurulup başvurulamayacağı noktasında kilitlenmektedir[127]. Bu bağlamda sosyal hakların dava edilebilir yahut edilemez olduğuna ilişkin tezler çerçevesinde soruna yaklaşılmalıdır.

A. Sosyal Bir Hak Olarak Sağlık Hakkının Dava Edilemez Nitelikte Olduğuna İlişkin Görüşler

Sosyal hakların dava edilebilir nitelikte olmadığına ilişkin görüşler doktrinde farklı gerekçelere dayanılarak ileri sürülmüştür. Bu gerekçeler genel olarak sosyal hakların muğlak olmasına, program hüküm niteliğinde olmasına, kademeli olarak gerçekleştirilebilmelerine, dava edildiklerinde hükümetin uyguladığı sosyal politikalara yönelik olarak yargı organlarının karar vermesinin kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı olacağın ve sosyal hakların pozitif yükümlülük getirmesine dayanmaktadır.

Sosyal hakların dava edilemez olduğunu savunan görüşler, temelde bu hakların klasik hak ve özgürlüklerden doğası ve normatif niteliği açısından farklılık göstermesine dayanmaktadır[128]. Bu görüş çerçevesinde sosyal hakların niteliksel farklılıkları sebebiyle dava edilebilirliğinin önü tıkanmaktadır[129].

Sağlık hakkının dava edilebilirliği tartışmalarına ilişkin olarak en çarpıcı örneklerden biri olan Brezilya'da, 1988 yılında Brezilya Anayasası'nın kabulünden sonra, on yıldan fazla süre boyunca Anayasanın sosyo-ekonomik normlarının pozitif haklar mı yahut salt programatik normlar mı olduğu tartışılmıştır. Fakat Federal Anayasa Mahkemesi bu tartışmayı sağlık hakkına ilişkin bir dizi karar alarak sonuçlandırmıştır[130]. Brezilya'da ilaç ve tedavinin ücretsiz sağlanmasına ilişkin sağlık-

127 Algan, s. 144.

128 Yolcu, s. 92.

129 Algan, s. 146.

130 Matthias Klatt, 'Positive rights: Who decides? Judicial review in balance', (2015) 13 I-CON, s. 355.

la ilgili davaların sayısında dikkate değer artış oranları göstermektedir. Artış oranları 2002 yılına kıyasla 2006-2009 yılları arasında yüzde 505 ila 1412 arasında değişirken, aynı zamanda davacıların başarı oranı da yüzde 80'in çok üzerinde olmuştur. Bu artış ise genellikle "sağlık hakkının yargılanması" olarak anılmaktadır[131].

1. Sağlık Hakkının Pozitif Hak Niteliği Bağlamında Dava Edilebilirliği

Kamu hukuku doktrinde benimsenen ölçüte göre, sosyal haklar devletin pozitif edimini gerektiren haklardır[132] ve bütçeden kaynak tahsisini gerektirir[133]. Buna karşın klasik haklar ise ilgili alanda devlete kaçınma, müdahale etmeme, gölge etmeme gibi negatif edimler getiren haklardır[134]. Bu doğrultuda hakların negatif statü hakları ve pozitif statü hakları şeklindeki kategorizasyonu, esas olarak Alman Hukukçusu Jellinek'in yaptığı sınıflandırmaya dayanmaktadır[135]. Türk hukuk doktrininde de hâkim olan görüş sosyal hakları ve klasik hakları edimlerin niteliğine göre ayırt etme ve tanımlamadır. Dolayısıyla da bu ayrımın temeli bireyin devlet karşısındaki konumu ve devletten beklediği edimin niteliğine dayanmaktadır[136]. Negatif haklar, yalnızca devlete karşı ileri sürülebilen ve bu amaçla devleti sınırlandıracak nitelikte kayıtlar içerek şekilde formüle edilerek, herkese eşit olarak uygulanan haklardır[137]. Pozitif haklar ise devletin olumlu edimini gerektiren haklardır[138].

131 Klatt, s. 358.

132 C. Fabre, 'Constitutionalising Social Rights' (1998) 6 (3) The Journal of Political Philosophy, s. 263; Tanör, s. 14; Klatt, s. 354.

133 Özge Yücel Dericiler, *Sosyal Haklar ve İnsan Hakları Hukuku Çerçevesinde Devletin Yükümlülükleri: Refah Devletinin Krizi Ekseninde Bir İnceleme* (On İki Levha Yayıncılık 2014), s. 223.

134 Fabre, s. 264; Tanör, s. 14.

135 Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (Oxford University Press 2010) 163; Kapani,s. 6; Abdülkadir Pekel, *Aile hayatına Saygı Hakkı (*Liberte Yayınları 2016), s. 40

136 Algan, s. 38; Alexy, s. 164 vd; Pekel, s. 40.

137 Ida Elisabeth Koch, 'The Justiciability of Indivisible Rights', (2003) 72 (1) Nordic Journal of International Law, s. 3.

138 Tanör, s. 14; Alexy, s. 169.

Klasik yaklaşıma göre devletin negatif statü hakları konusunda negatif yükümlülükleri, pozitif statü hakları konusunda ise pozitif yükümlülükleri bulunmaktadır. Nitekim devletin yükümlülüğünün pozitif ya da negatif olması, ilgili hakkın negatif statü hakkı ya da pozitif statü hakkı olarak nitelendirilmesinde kullanılmaktadır[139]. Fakat klasik görüş geçerliliğini büyük ölçüde yitirmiştir. Zira AİHM uzun süreden beri AİHS'te düzenlenen ve negatif statü hakkı olduğu kabul edilen hakların devletin pozitif yükümlülüklerini de içerdiğini vurgulamaktadır[140]. Anayasa Mahkemesi de AİHM'nin içtihatlarıyla aynı yönde kararlar vermektedir. Jürisprüdansiyel bağlamda hem AİHM hem de Anayasa Mahkemesi negatif ve pozitif haklar arasındaki kesin ayrımı esnetmiştir. Dolayısıyla artık devlete yüklenen edimin niteliğine göre kesin sınırlar çizilmesi mümkün görünmemektedir[141]. Bu durumda bir hakkın devlete pozitif yükümlülük getirdiğinden bahisle dava edilemeyeceğini ileri sürmek AİHS sistemini de anlamsız hale getirecektir[142].

Sosyal ve ekonomik hakların gerçekleştirilmesinin temel aracı pozitif yükümlülükler olmakla birlikte[143] doktrinde negatif hakların da devletin pozitif eylemini gerektirdiğinden bahisle negatif-pozitif hak ayrımının tutarlı olmadığı ileri sürülmektedir[144]. Nitekim AİHS sisteminde de klasik haklar bağlamında taraf devletlerin pozitif yükümlülükleri

139 Fabre, s. 263-264.

140 D. Harris, M. O'Boyle, CM Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, (Second Edition Oxford University Press 2009), s. 342; R. QC Singh, 'Using Positive Obligations in Enforcing Convention Rights' (2008) Hart Judicial Review Conference, s. 94.

141 Algan, s. 38; Pekel, s. 41.

142 Şirin, s. 343.

143 Elisabeth Fura, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Uygulamasında Aile İçi Şiddet', (Ed) Ahmet Taşkın *50. yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye* (Türkiye Adalet Akademisi Yayınları 2009), s. 72.

144 Jack Donnelly, *Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları*, (Çev. Mustafa Erdoğan, Levent Korkut) (Yetkin Yayınevi 1995), s. 43; Henry Shue, *Basic Rights: Subsistence, Affluence and US Foreign Policy*, (Second Edition, Princeton University Press 1996) s. 155; M. Payne, 'Henry Shue on Basic Rights' (2008) 9 (2) Essays in Philosophy A Biannual Journal, s. 1 vd; Mehmet Semih Gemalmaz *Devlet, Birey ve Özgürlük*, (Genişletilmiş 2. Baskı Legal Yayınevi 2012), s. 516.

olduğu kabul edilmiştir[145]. *Fredman*[146], *Shue*[147], *Khosla*[148] , *Mowbray*[149] ve *Donnelly'e*[150] göre yani özetle doktrindeki baskın görüşe göre tüm haklar hem negatif hem de pozitif yükümlülükler içermektedir. Bu bağlamda temel hak ve özgürlükler konusunda devletin karışmama, gölge etmeme gibi negatif bir tutum sergilemesi teorik düzeyde eleştirilmekte ve bu ayrımın ahlaki öneminin olmadığına işaret edilmektedir[151]. Aynı doğrultuda *Gemalmaz,* negatif ve pozitif statü hak sınıflandırmasının geçerliliğinin yapaylığına göz yumulduğu ölçüde söz konusu olabileceğini savunmuştur[152]. *Kaboğlu* ise hakların gerçekleşmesinin geleneksel anlayışın ileri sürdüğü isteme ve kaçınma hakları ayrımının terk edilmesi yoluyla mümkün olacağını belirtmiştir. Ayrıca tüm bu hakların güvence altına alınmasına yönelik pozitif önlemler alma gerekliliğine işaret etmiştir[153]. Zira yetkili otoritelerin müdahale etmemesi kriteriyle belirlenmeye çalışılan negatif haklar listesi içindeki hakların da esasında kurumsallaşıp uygulanabilmesi ve hak sahipleri tarafından bu haklardan yararlanılabilmesi için devletin olumlu edimi ve katkısı gerekmektedir[154].

Kanaatimizce pozitif-negatif hak ayrımı, sosyal hakların dava edilemezliğine ilişkin tezlerin ve hakların nitelik farklılıklarının temel dayanak noktasını oluşturse da yükümlülüklerin kesin sınırlarla belirli hak

145 Qc Singh, s. 94; İbrahim Özden Kaboğlu, 'İnsan Hakları Belgeleri ve Koruma Mekanizmaları' *İnsan Hakları Konferansları* (Ankara Barosu Yayınları 2006), s. 229; Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, s. 130; Oktay Uygun O, Devlet Teorisi (On İki Levha Yayıncılık 2014), s. 529.

146 Sandra Fredman, *Human Rights Transformed: Positive Rights and Positive Duties* (Oxford 2008), s. 65.

147 Shue, s. 155.

148 Madhav Khosla, 'Making Social Rights Conditional: Lessons from India', (2010) 8 Int'l J. ConsT L., s. 739, 741.

149 A. R. Mowbray, *The Development of Positive Obligations Under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights (Human Rights Law in Perspective)*, (Hart Publishing 2004), s. 224

150 Donnelly, s. 43.

151 Shue, s. 155; Payne, s. 6-7.

152 Gemalmaz, s. 516.

153 Kaboğlu, İnsan Hakları, s. 229.

154 Pekel, s. 41.

kategorisine özgülenememesi, bu ayrımın tutarlı olmaması sonucunu doğurmaktadır. Dolayısıyla da pozitif-negatif hak ayrımına dayanarak sosyal bir hak olarak sağlık hakkının dava edilemezliğini savunmak yerinde olmayacaktır.

2. Sağlık Hakkının Muğlaklığı Bağlamında Dava Edilebilirliği

Pozitif haklar, dava edilebilirliği, içerikleri ve nitelikleri itibarıyla bir dizi sorunu gündeme getirmektedir[155]. Sosyal hakların dava edilemezliğine ilişkin bir tez olarak klasik hakların içeriğinin belirlenebilir ve öngörülebilir olmasına karşın sosyal hakların içeriğinin muğlak olması öne sürülmektedir[156].

Hakların içeriğinin muğlaklığı hakkın özüne yahut pozitif hukukta formüle ediliş biçimine ilişkin olabilir[157]. Bu muğlaklığın hakların statüsünü zayıflatacak şekilde kullanılmaması gerekmektedir[158]. AİHM içtihatlarına da bakıldığında hakların maddi unsurlarının açık ve net olmadığı ve içeriklerinin somutlaştırılmasının yargı organlarının kararlarıyla ve yorumlarıyla olduğu ortadadır[159]. Her hakkın kapsamını ve içeriğini pozitif metinlerde apaçık surette ortaya koymak her zaman mümkün değildir. Zira güncel gelişmeler ışığında mahkemelerin dinamik yorumu yoluyla da hakların kapsamı belirginleştirilmektedir. Örneğin, kişisel hak kategorisinde yer alan özel hayata saygı hakkının da koruma kapsamı oldukça geniştir ve özel hayat kavramının net bir şekilde ortaya konulması pek mümkün değildir. Yine aynı yönde "aile" kavramı da toplumdan topluma değişmektedir. Bu çerçevede de salt hakkın kapsamının genişliğinden bahisle ve dolayısıyla sınırlarının belirlenmesindeki güçlükten yola çıkarak, dava edilebilir olmadığı sonucuna ulaşmak isabetli değildir.

155 Klatt, s. 355.

156 Algan, s. 137.

157 Algan, s. 138.

158 Yücel Dericiler, s. 225.

159 Yücel Dericiler, s. 225.

Sosyal hakların muğlak olması ve net bir tanımının yapılmasındaki güçlük sosyal hakların dava edilebilirliğine etki etmeye yetecek bir argüman değildir. Bu bağlamda sosyal haklarının içeriğinin muğlaklığı dava edilemezliği tezine haklı gerekçe olmamalıdır[160].

Tüm bu açıklamalar ışığında sağlık hakkının kapsamının muğlaklığından bahisle dava edilemezliğini savunan tezler de kanaatimizce yerinde değildir. Ayrıca hakların kapsamının yargı kararlarıyla somutlaştığını göz önünde bulundurduğumuzda da tüm sosyal hakların dava edilebilir olduğunu kabul etmek, hakkın kapsamını ve sınırlarını da somutlaştırmak açısından önem arz etmektedir.

3. Sağlık Hakkının Aşamalı Gerçekleştirilmesi Bağlamında Dava Edilebilirliği

Sosyal haklar devletin olumlu edimini gerektirdiğinden, bu hakların sağlanması mali kaynak tahsisi ile mümkün olmaktadır. Dolayısıyla da bu haklar mali kaynaklarının yeterli olduğu ölçüde ve bütçe yönetimi ile yani devletin bu hususta vereceği siyasi kararlar çerçevesinde belirlendiğinden, ancak belli bir program dahilinde yürürlük kazanabilmekte ve hayata geçirilebilmektedir[161]. Sosyal haklar hükümetler politika oluştururken yol gösterici nitelikte program hükümler/haklar[162] olarak nitelendirildiğinden, bu yönüyle hukuki değeri en çok tartışılan hak grubunu oluştururlar[163]. Bu minvalde de sosyal hakların aşamalı olduğu tezi ileri sürülerek dava edilemezliği savunulmaktadır.

Kişisel ve siyasal haklar devletin saygı gösterme yükümlüğünü yerine getirerek yani negatif edimiyle gerçekleştiğinden "derhal", sosyal hakların ise ancak "aşamalı" şekilde gerçekleştiğinden bahisle dava edilemezliğinin ileri sürülmesi yerinde değildir. Zira kişisel ve siyasal hakların birçoğundan yararlanmak için de devletin olumlu edimine ihtiyaç

160 Şirin, s. 343.

161 Yücel Dericiler, s. 223-224.

162 Yücel Dericiler, s. 223-224.

163 Tanör, s. 339.

duyulmaktadır. Örneğin, hak arama özgürlüğü için meşru vasıta ve yolların sağlanması ve bu yolları kolaylaştıracak tedbirlerin alınması hatta bireylerin mahkemeye başvurabilme imkânlarını hukuka aykırı şekilde tıkayan engellerin ortadan kaldırılması gerekmektedir. Bu yönde mahkemelerin kurulup, yargı mensuplarının atanması da devletin pozitif adımını gerektirmektedir.

Önemle belirtmek gerekir ki sağlık hakkı aşamalı şekilde gerçekleşmesi kabul edilebilecek haklardan biri değildir. Aksine sağlık hakkının derhal gerçekleştirilmesi gereken hakların en başında geldiği açıktır. Bu sebeple de kanaatimizce sosyal hakların program hüküm olduğundan bahisle sağlık hakkının dava edilemez nitelikte olduğu sonucuna varmak doğru değildir.

4. Sağlık Hakkının Kuvvetler Ayrılığı İlkesi Bağlamında Dava Edilebilirliği

Kuvvetler ayrılığı ilkesinin katı yorumu, sosyal hakların dava edilemez olduğu iddiasını güçlendirmektedir[164]. Sosyal hakların dava edilebilirliği, hakların kapsamı ve içeriğine demokratik yasama organları yerine mahkemelerin karar vermesi sorunu nedeniyle eleştirilmektedir[165]. Bu bağlamda doktrinde sosyal hakların muğlak niteliğinden ötürü anayasalarda tanınmasının bir değeri olmadığı öne sürülmektedir. Bu görüş, niteliği itibarıyla muğlak bu haklar için yargı yoluna gidildiğinde, yargıcın yorum yoluyla belirli bir sonucu elde etmeye yönelik bir program ortaya koymasını eleştirmektedir. Mali kaynakların yeterli sağlanmadığına ilişkin bir davada, yargıcın hakkı tanıma yönünde karar vermesi durumunda, yargıcın sosyal hakların telafi mekanizmalarını değerlendirebilecek nitelikte olmadığı ileri sürülmektedir[166]. Bu doğrultuda devletin olumlu edimini gerektiren hakların, yargı yoluyla uygulanamayacağı görüşün-

164 Yücel Dericiler, s. 227.

165 Klatt, s. 354.

166 Frank B Cross, 'The Error of Positive Rights' (2001/48) UCLA Law Review, s. 858.

den hareketle bu hakların anayasalara girmemeleri yönünde tartışmalar gündeme gelmiştir[167].

Sosyal hakların dava edilebilirliği konusunda yetkinlik sorunu bakımından tartışma doğmaktadır. Bu sorunun yargısal uzmanlık ve meşruiyetin sınırlarını zorlayan iki yönü bulunmaktadır. Yargısal uzmanlık sorunu, yüksek siyasi etkiye sahip karmaşık meseleleri ele almak için mahkemelerin genellikle yetersiz donanıma sahip olduğuna ilişkindir. Yasama organından farklı olarak mahkemelerin, çok çeşitli konu ve disiplinlerde bilgiler oluşturan ve işleyen büyük bürokrasiler tarafından desteklenmediği belirtilir[168]. Mahkemelerin sadece etik ve politik teoride sınırlı uzmanlığa sahip oldukları vurgulanır. Bir başka ifadeyle kuvvetler ayrılığı ilkesi çerçevesine endişe, hakimlerin sosyal hakların içeriği belirleme ve somut duruma uygulamada yeterli donanıma sahip olup olmadıklarına ilişkindir[169]. Meşruiyet açısından ise hakimlerin ne seçilmiş ne de hesap verebilir oldukları için sosyal hakların uygulanmasında anlamlı bir rolü olduğu reddedilir[170]. Bu görüşe göre, pozitif haklara müdahale gerekçesiyle mahkemelere yasama işlemlerini inceleme yetkisinin verilmesi, güçler dengesini bozmuştur[171]. Devletteki gerçek gücün, siyasi süreçten ve demokratik olarak seçilmiş temsilcilerden mahkemelere kaydırılması ile parlamenter yasama devletinin bir "anayasal yargı devleti" veya bir "yargı iktidarı" haline gelmesine neden olduğu ileri sürülür. Bu dönüşüm, ancak mahkemelerin pozitif hakları gözden geçirme yetkisini reddederek önlenebilir[172]. Tüm bu sebeplerle mali kaynak dağılımı sorununa ilişkin olarak, seçimle iş başına gelip, politika üretmekle görevli yasama organının yetkili olduğu savunulur[173].

167 Cross, s. 857.

168 Klatt, s. 358.

169 Cross, s. 857-858; Yücel Dericiler, s. 227.

170 Klatt, s. 358.

171 Klatt, s. 358.

172 Klatt, s. 359.

173 Oder, Olumlu Edim, s. 204.

Yargıçlar sosyal hakların içeriğini somutlaştırmada yeterli donanıma sahiptirler. Pozitif haklara ilişkin olarak yargıçlara değerlendirme yapma yetkisi tanımak meşruiyeti zedelemez. Zira modern demokrasiler salt halk egemenliği anlayışıyla tanımlanamaz. Bu bağlamda kuvvetler ayrılığı ilkesi de katı yorumlanmamalıdır[174]. Çünkü anayasal demokrasilerde egemenlik insan hakları lehine sınırlandırılabilir. Bu sebeple de yargıçların yasama ve yürütmenin tercihlerini denetleyebilmesi mümkündür. Zira yargı organı da yasama gibi egemenlik yetkisini kullanmaktadır[175].

5. Amaca Uygun Öncelik ve Mali Kaynakların Yeterliliği Ölçütü Bağlamında Dava Edilebilirlik

Anayasanın 65. maddesi uyarınca *"Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun önceliklerini gözeterek mali kaynakların yeterliliği ölçüsünde yerine getirir."* Devlete sübjektif hak doğurmayan, somut bir yükümlülük yüklemeyen, ulaşılması gereken hedefleri belirten ve daha çok Anayasa'nın yorumunda gözetilen program hüküm[176] niteliğinde değerlendirilen sosyal hakların devletin ekonomik gelişimi doğrultusunda mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yararlananlara katkıda bulunması kabul edilmiştir[177]. Devletin sosyal haklardan doğan ödevlerinin genel sınırını 65. madde oluştursa da[178], *Tanör*'e göre bu sınırlama kaydı Anayasamızın sosyal ve ekonomik haklar kısmında düzenlenen tüm haklar bakımından geçerli değildir[179].

Mali kaynakların yeterliliği ölçütü sosyal hakların yerine getirilmesinde ve somutlaştırılmasında öngörülen anayasal bir sınır olarak karşımıza çıksa da aslında diğer temel hakların da hayata geçirilmesi ve

174 Ece Göztepe, *Anayasa Şikâyeti* (AÜHF Yayınları 1998), s. 7.

175 Şirin, s. 343.

176 Tanör, s. 191.

177 Şahbaz, s. 405.

178 Kaboğlu, Sosyal Haklar, s. 16.

179 Tanör, s. 375-376.

bu konuda devletin yükümlülüklerini yerine getirebilmesi için de mali kaynaklarını kullanması gerekmektedir[180]. Buradan hareketle mali kaynakların yeterliliği ölçütünün de sosyal hakların dava edilmelerine engel nitelikte bir argüman olmadığı sonucuna ulaşılabilir. Nitekim kişisel bir hak olarak adil yargılanma hakkından yararlanabilmek için devletin mahkemeler kurması, yargı mensuplarını ataması, savunma hakkı için devletin yargıya başvuru yolları oluşturması, gerekli araç ve donanımı sağlaması gerekmektedir[181]. Sağlık hakkından yararlanmak için de tıpkı adil yargılanma hakkından yararlanmak için gerekli olduğu gibi tesis, istihdam ve donanım imkânlarının sağlanması gerekmektedir. Bu bağlamda tüm hakların sağlanmasının ön koşulu haktan yararlanmaya imkân tanıyacak şartların geliştirilmesidir.

Kanaatimizce mali kaynakların yeterliliği ölçütü özellikle sağlık hakkının negatif boyutu bakımından uygulanabilir değildir. Örneğin, sağlık hakkının 17. maddede korunan değerlerle ilgili boyutunda, 65. maddedeki sınırlayıcı hükümlerin uygulanmaması gerekir[182]. Anayasa'nın 65. maddesinde yer alan mali kaynakların yeterliliği ölçütü, sosyal hakların doğrudan talep edilememesi sonucunu doğurduğundan ve bu kapsamda tek yetkili olarak yasama organını gösterdiğinden bu hakların dava yoluyla talep edilemeyeceği tezini desteklese de[183] sağlık hakkının dava edilmesine hukuki bir engel teşkil etmemektedir.

B. Sosyal Bir Hak Olarak Sağlık Hakkının Dava Edilebilir Nitelikte Olduğuna İlişkin Görüşler

1. İnsan Haklarının Bütünlüğü/Bölünmezliği

İnsan hakları doktrininde insana yaraşır şekilde yaşamanın asgari standartları olarak insan hakları bir bütündür[184]. Çağdaş insan hakları

180 Algan, s. 131.

181 Gemalmaz, s. 516; Kalabalık, s. 59.

182 Temiz, s. 170. Aynı doğrultuda Anayasa Mahkemesi karar örnekleri; Anayasa Mahkemesi, E. 2010/29, K 2010/90, 16.07.2010, RG, T 04.12.2010, S 27775; Anayasa Mahkemesi, E1990/27, K1991/2, 17.01.1991, RG, T 19.08.1991, S 20965; Anayasa Mahkemesi, E 1972/2, K 1972/28, 23.05.1972, RG, T 21.11.1972, S 14368.

183 Uygun, s. 499.

184 Uygun, s. 548.

anlayışı, bütünsel bir başka ifadeyle bölünmez olarak tasavvur edilen bu hakların evrenselleşmesi ile karakterize edilir[185]. 1993 yılında Viyana İnsan Hakları Konferansında da insan haklarının bütünselliği ilkesi teyit edilmiştir. Konferans Deklarasyonunun 5. maddesine göre, *"Bütün insan hakları, bütünsel, evrensel ve birbirleriyle ilişkili ve birbirlerine bağlıdırlar. Uluslararası toplum insan haklarına küresel ölçekte, aynı temelde ve aynı duyarlılıkla adil ve eşit bir şekilde davranmalıdır"*[186]

Bölünmezlik, insan haklarının temel özelliklerinden biridir. Bu bağlamda birbirinin koruma çemberini tamamlayan nitelikteki bu hakların her biri kişisel, sosyal ya da siyasal niteliğinin önemi olmaksızın diğeriyle eşit değerde ve önemdedir. İnsan hakları birbiriyle bağlantılı olup, birinin sağlanmaması diğerinin de korunmasına engel olabilir. Hakların karşılıklı şekilde birbirini tamamlamadığı ortamlarda özgürlükten de söz edilmesi mümkün değildir.[187] Çünkü hakları bir bütün olarak değerlendirmek gerekir[188]. Örneğin, sağlık hakkı ile insan yaşamının devamı sağlandığından bu yönüyle yaşam hakkı ile doğrudan ve sıkı şekilde bağlantılıdır[189].

İnsan hakları arasında hiyerarşinin varlığının kabul edilmemesi, insan haklarının bütünlüğü, bölünmezliği ve karşılıklı bağımlılıklarının en önemli sonucudur[190]. Dolayısıyla da insan haklarının nitelikleri yahut diğer özellikleri baz alınarak, kategorize edilmesi sebebiyle aralarında hiyerarşi ya da önem sıralaması olduğu ileri sürülemez[191]. Nitekim kategorize etme, inceleme ve araştırma kolaylığı sağlama amaçlıdır[192] .

185 Flavia Piovesan, 'Social, ecomic and cultural rights and civil and political rights' (2004) 1 (1) Sur International Journal on Human Rights, s. 25.

186 Piovesan, s. 25.

187 Kapani, s. 7.

188 Kaboğlu, Sosyal Haklar, s. 34.

189 Akbulut ve Akbulut, s. 261; Bulut, Sosyal Haklar, s. 206; Şahbaz, s. 408-409; Ertan, s. 130.

190 Ömer Anayurt, 'Hakların Bütünlüğü İlkesi Açısından İnsan Haklarına İlişkin Sınıflandırmaların Değerlendirilmesi', *Türkiye'de İnsan Hakları* (TODAİE 2000), s. 48.

191 Algan, s. 74.

192 Uygun, s. 499.

Dolayısıyla da sosyal hakların dava edilebilir nitelikte olmadığına ilişkin görüşler insan haklarının bölünmezliği ve bütünselliği ilkesiyle çelişmektedir. Zira bu ilkeler çerçevesinde tüm haklar aralarında herhangi bir ayrım gözetilmeksizin aynı hukuki değere haizdir[193].

Anayasa Mahkemesi bazı kararlarında, devletin olumlu edimini gerektiren sosyal hakların koruduğu değerleri klasik haklardan bağımsız görmediğini ifade etmektedir[194]. İnsan haklarının bütünlüğü/bölünmezliği ve karşılıklı olarak birbirine bağlı olduğu görüşüne dayanarak, AİHM de sosyal hak ihlallerini de konu edinmektedir. Nitekim AİHM, Sözleşme'nin yorumunun sosyal ve ekonomik haklar alanına uzanabileceğini ve bu alanı Sözleşme'nin kapsamından ayıracak sızdırmaz bir bölme olmadığını vurgulamıştır[195]. Sosyal bir hak olan sağlık hakkının, "yaşam hakkı", "işkence yasağı" ve "özel hayatın korunması hakkı" kapsamında korunması da bu yaklaşıma örnek teşkil etmektedir.

Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi'ne bireysel başvuru usulünün[196] ve Avrupa Sosyal Şartı'na Ek Protokol'de Toplu Şikâyet Sistemi'nin öngörülmesi[197] uluslararası alanda eğilimin sosyal hakların dava edilebilirliği yönünde olduğunu göstermektedir[198]. Dava edilebilirliğe ilişkin tartışmaların geçmişte klasik haklar için de yapıldığı ve artık gündem dışı kaldığı göz önünde tutulduğunda[199] sosyal haklar için yapılan bu tartışmaların da aynı yönde sonuçlanması muhtemeldir.

193 Algan, s. 143.

194 " … 60. madde ile tanınan 'sosyal güvenlik hakkı' yine Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen 'yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma hakkı' ile bağlantılıdır." E 1996/17, K 1996/38, 16.10.1996, RG, T 09.08.1997, S 23075; Aynı yönde E 1990/27, K 1991/2, 17.1.1991, RG, T 19.08.1991, S 20965.

195 Airey/Ireland, . 6289/73, 9 October 1979 (https://hudoc.echr.coe.int) (erişim tarihi: 06.02.2022)

196 Optional Protocol to the International Covenant on Ecomic Social and Cultural Rights,10 December 2008, (https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/optional-protocol-international-covenant-ecomic-social-and) (erişim tarihi: 07.05.2022).

197 Additional Protocol to the European Social Charter Providing for a System of Collective Complaints, Strasbourg, 9.XI.1995 (https://rm.coe.int/168007cdad) (erişim tarihi: 03.01.2022).

198 Şirin, Tolga; "Bir İhtimal Daha Var O da Ölmek mi Dersin? (Sosyal İnsan Haklarının Anayasa Şikâyeti Yoluyla Dava Edilebilirliği Lehine Tezler ve Öneriler)", Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu VI. Anadolu Üniversitesi 13-14 Kasım 2014 Bildiri Kitabı, Petrol İş Yayınları, İstanbul 2014, s. 343- 344.

199 Koch, s. 6.

Hakların bütünselliği yaklaşımı ile devletin görevlerinin amaçlarına uygun önceliklerini dikkate alarak, sosyal ve ekonomik hakların sınırlarını belirlemesini kolaylaştırarak bu ölçütü daha işlevsel hale getirebilir[200]. Sağlık hakkının korunmasının klasik hakların korunmasında gördüğü önemli işlev göz önünde bulundurulursa insan hakları hukukunun yerleşik bir ilkesi olan bütünlük ve bölünmezlik ilkesinin anlamı daha da belirginleşir[201].

2. Anayasanın Bütünselliği

Anayasanın normatifliği ve bütünlüğü anayasanın yorumunu yönlendiren özellikleridir[202]. Anayasa hukukuna özgü bir yorum yöntemi olarak bütünsellik ilkesi, anayasanın somutlaştırılmasında kullanılan en önemli ilkedir. Anayasanın bütünselliği, anayasa yorumunun tek bir norm baz alınarak yapılmamasına, her kuralın içinde yer aldığı normlar bütününün temel ilişkisi içinde yorumlanması gerektiğine işaret eder[203]. Burada kastedilen Anayasa'nın tümel içeriği değildir. Kurallar arasındaki çelişkiler ahenkli bir denge oluşturacak biçimde çözülmelidir. Bu bağlamda anayasanın bütünselliği ilkesi sistematik yoruma dayanmaktadır[204].

Anayasa Mahkemesine göre "*Anayasa hükümlerinin anayasanın bütünlüğü (Die Einheit der Verfassung) ilkesi gözönünde tutularak yorum-*

200 Oder, Olumlu Edim, s. 225.

201 Temiz, s. 171.

202 İnsan hakları öğretisinin, klasik yorum yöntemlerinin ciddi bir biçimde sorgulanmasını zorunlu kılmasıyla beraber anayasa hukukuna özgü yorum yöntemleri gündeme gelmiştir. Bu bağlamda anayasa hukukuna özgü yorum yöntemlerini (temel haklar lehine yorum, anayasaya uygun yorum ilkesi, pratik uyuşum ilkesi, fonksiyonel doğruluk ilkesi, dinamik yorum ilkesi ve anayasanın bütünselliği ilkesi) klasik yöntemlerden ayıran en önemli özellik, insan hakları öğretisiyle kurduğu yakın ilişkidir. Dolayısıyla da anayasa hukukuna özgü yorum ilkeleri, Alman hukukçu Hesse, tarafından klasik yorum yöntemlerinden ayrı başlıklar altında incelenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Hesse, Konrad, *Grunzüge des Verfassungsrechts der Bundesrebulik Deutscheland,* (20. Auflage, C. F. Müller Verlag 1995); Ayrıca Bertil Emrah Oder, *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri* (Beta Yayınevi 2010).

203 Emin Memiş, *Anayasaya Uygun Yorum,* (Filiz Kitabevi 2007), s. 55; Oder, s. 56.

204 Oder, s. 56.

lanması zorunludur."[205] Anayasa Mahkemesi "Anayasanın bütünselliği ilkesi" ifadesine 2013 yılından bu yana bireysel başvuru kararlarında sıkça yer vermektedir. Anayasa Mahkemesi kararlarında bütünsellik ilkesinin gereklilikleri olarak *"Anayasa kurallarının bir arada ve hukukun genel kuralları göz önünde tutularak"* uygulanması zorunluluğundan bahsetmiştir[206].

Sağlık hakkına ilişkin düzenlemeler soyut ve somut norm denetimine tabi iken aynı düzenlemelerin bireysel başvuru denetimi kapsamının dışında bırakılması anayasanın bütünsel yorumunu güçleştirir[207]. 1982 Anayasası'nın sosyal hakları ikincil hak kategorisi olarak düzenleme konusu yapması bu anlamda sistematik sorun oluşturmaktadır[208]. Her ne kadar Anayasanın 148/III hükmü açık olsa da Anayasanın tüm normlarının bir arada gözetilmesini gerektiren bütünsellik ilkesi uyarınca, insan haklarına saygılı, sosyal devlet niteliği ve sağlık hakkının diğer kişisel haklarla doğrudan ilişkisi de göz önünde bulundurulmalıdır.

VI. Anayasal Çerçevede Devletin Sağlık Hakkını Sağlama Sorumluluğu

A. Devlete Yükümlülük Getiren Anayasal Normlar

Devlete sağlık hakkını sağlamada yükümlülük getiren düzenlemeler temel olarak Anayasanın 2., 5., 10., 17. ve 56. maddesidir. Anayasa Mahkemesinin de belirttiği üzere *"Anayasanın, 2., 5., 17. ve 56. maddeleriyle*

205 Anayasa Mahkemesi, Tülay Tuğcu, Fazıl Sağlam Karşıoy, E 2002/143, K 2004/46, 31.03.2004 (www.anayasa.gov.tr) (erişim tarihi: 05.02.2022).

206 Hilmi Yıldız Başvurusu, 2013/299, 04.02.2016; Yılmaz Öner, 2013/7535, 14.04.2016; Bülent Polat, 2013/7666, 10.12.2015, Hakan Erdoğan Başvurusu, 2013/9481, 24.03.2016, par 71; Tevfik Türkmen Başvurusu, 2013/9704, 03.03.2016, par 60; Hüseyin Yelkenci Başvurusu, 2013/9706, 10.03.2016, par 59; Veysel Kaplan Başvurusu, 2015/9192, 2.12.2015, par 38; Hüseyin Yelkenci Başvurusu, 2013/9706, 10.03.2016, par 59; Güzide Defne Samyeli Başvurusu, 2014/4399, 21.09.2016, par 74; İlknur Yüksel Başvurusu, 2014/7738, 13.07.2016, par 35; Ö. Ç. Başvurusu, 2014/8203, 21.09.2016, par 60; N. Ö. Başvurusu, 2014/19725, 19.11.2015, par 43 (https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr) (erişim tarihi: 10.02.2022).

207 Şirin, s. 346.

208 Kaboğlu, Sosyal Haklar, s. 34.

kişilere, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme ve hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürebilme hakkı tanınmış ve Devlete de, herkesin maddi ve manevi varlığını geliştirmesi için gerekli şartları hazırlama, kişilerin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlama görevi verilmiştir."[209] Bu normlar temelinde ve 10. madde gereğince kamu otoritelerinin, sosyal hukuk devleti niteliğine ve eşitlik ilkesine uygun şekilde, bireylerin maddi ve manevi varlıklarının gelişmesi için gerekli şartları hazırlayarak, sağlık hakkını sağlama sorumlulukları bulunmaktadır.

Anayasanın 2. maddesinde devletin, sosyal bir hukuk devleti niteliği belirtilmiştir. Bir devletin sosyal devlet olarak nitelendirilebilmesi için güçlüler karşısında güçsüzleri koruyarak, gerçek eşitliği sağlayıp, toplumsal dengeyi kurmalı ve korumalıdır[210]. Bu çerçevede sosyal devlet ve sosyal hakları sadece pozitif hukukta korumanın ötesine geçmek için sosyal devletin zorunlu olarak yerine getireceği asgari ödevler somutlaştırılmalıdır[211]. Örneğin, vatandaşların eşit şekilde temel sağlık hizmetlerine erişim imkânından yoksun bırakılamayacağı düzenlemesi buna örnektir[212]. Nitekim sağlık hakkı pozitif statü hakkı olması dolayısıyla da sosyal alanda da devlete bazı yükümlülükler getirmektedir[213]. Örneğin, sosyo-ekonomik bakımdan yetersiz kişilere gıda desteği sağlamak da devletin bu kapsamda yükümlülüklerindedir. Sosyal devlet niteliği gereği, kamu otoriteleri ekonomik kaynaklarının sınırlı yahut az olduğu dönemlerde dahi mevcut mali kaynaklarını eşitlik ve sosyal adalet ilkeleri uyarınca kullanmak zorundadır[214]. Çünkü bu ilkelerin korunmasını sekteye uğratacak politikaların yürütülmesi anayasal yükümlülüklerin de

209 Anayasa Mahkemesi, 2005/10 E 2008/63, 21.02.2008, RG, T 07.11.2008-, S 27047.

210 Anayasa Mahkemesi, 1996/17 E 1996/38, 16.10.1996, RG, T 09.08.1997, S 23075.

211 Sağlam, s. 117.

212 Sağlam, s. 117.

213 Kapani, s. 6.

214 Mesut Gülmez, 'Türkiye'de Sosyal Haklar: Sosyal Şart Açısından Anayasa'da Sosyal Devlet ve Sosyal Haklardaki Uyumsuzluklar' (Ed) İbrahim Kaboğlu Anayasal Sosyal Haklar (Legal Yayıncılık 2012), s. 144.

yerine getirilmemesi anlamına gelir[215]. Bu sebeple devletler kaynakları sınırlı olsa dahi mevcut kaynaklarla sağlık hakkını en üst düzeyde sağlamakla yükümlüdürler[216].

Anayasanın 5. maddesi[217] çerçevesinde ise *"insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak"* devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmıştır. Bu hüküm çerçevesinde sağlığın da maddi ve manevi varlıkla ilişkisi temelinde devletin sağlık hakkının gereklerini yerine getirme yükümlülüğünün olduğu söylenebilir[218]. Bireylerin sahip olduğu haklar ve devletin yükümlülükleri birbiriyle doğrudan bağlantılıdır[219]. Zira kamu otoriteleri yükümlülüklerini yerine getirmediğinde kişilerin hak talebi doğmaktadır[220]. Bu bağlamda sağlık hakkı kapsamında kişilerin hak talepleri öte yandan devletin yükümlülüklerine işaret etmektedir. Anayasa Mahkemesi de kişilerin ihtiyaçları oldukları anda sağlık hizmetlerine ulaşmalarını devlet için bir yükümlülük, bireyler için ise bir hak olarak nitelendirmiştir. Ayrıca bu amacın gerçekleştirilmesine ilişkin olarak sağlık hakkından yararlanmayı zorlaştırıcı ya da zayıflatıcı düzenlemelerin de Anayasaya aykırı düşeceğini vurgulamıştır[221]. Bu kapsamda bazı önemli hastalıkların (örn.

215 Gülmez, s. 144.

216 WHO, s. 5.

217 1961 Anayasası'nın 10/II fıkrası yerine devletin temel amaç ve görevlerine özgülenen 5. madde devletin normatif yükümlülüğünü gevşettiğinden bahisle eleştirilmektedir. (Kaboğlu, Sosyal Haklar, s. 16.) Nitekim 1961 Anayasası'nın "özgürleştirme normu" olarak benimsediği devletin temel amaç ve görevlerine ilişkin 10/II fıkrası, 1982 Anayasası'nın 5. maddesinde devletin ödevini yerine getirmek değil, getirmeye çalışmak ile sınırlı tutulması düzenlemenin daha zayıf biçimde yinelendiğini göstermektedir. Fakat 5. maddenin gerekçesinde doğrudan devletin görevi vurgulanarak, sözel bakımdan zayıf ifade kullanılmamıştır. "Ferdin hayatında onun temel hak ve özgürlüklerden olduğu gibi yararlanmasını engelleyen sebepleri ortadan kaldırmak, sosyal devletin görevidir." (Oder, OlumluEdim, s. 208).

218 "Kişinin maddi ve manevi varlığının koruması hakkı, Anayasa'nın 5. maddesiyle birlikte değerlendirildiğinde devlete pozitif ve negatif ödevler yükler." A.Z.Ö. Başvurusu, 2014/546, 19.12.2017, RG, T 28.02.2018, S 30346, par 62; "Devlet, bireyin maddi ve manevi varlığını her türlü tehlikeden, tehditten ve şiddetten korumakla yükümlüdür" Serpil Kerimoğlu ve diğerleri Başvurusu, 2012/752, 17.09.2013, par 51, Anayasa Mahkemesi, E 2005/151, K 2008/37, 03.01.2008; Anayasa Mahkemesi, E 201058/, K 2011/8, 06.01.2011 (https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/6/1/2011) (erişim tarihi 10.03.2022).

219 Shue, s. 51.

220 Shue, s. 51.

221 "Aile hekiminin sevk oranı ile kendisine yapılacak ödeme tutarı arasında bağlantı kuran dava konusu

SMA ve bazı kanser hastalıkların ilaçlarının) ve aşıların (örn. HPV) ilaç bedelinin SGK tarafından karşılanamaması ve bazı ilaçlara erişimin sağlanamaması sağlık hakkı ihlallerine sebebiyet verebilecek niteliktedir[222].

B. Devletin Sorumluluğunu Sınırlayan Anayasal Norm

Sosyal haklar bakımından ülkemizde yargısal koruma benimsenmiş olsa da Anayasanın 65. maddesi devletin olumlu edimini gerektiren sosyal hakların özellikle de sağlık hakkının ileri sürülmesini güçleştirici niteliktedir[223]. Devletin sağlık hakkını sağlama sorumluluğunun sınırı bakımından Anayasanın 65. maddesinin düzenleyici işlevi mali kaynakların kullanılışı ve tahsis önceliği ile ilgilidir. Öncelikler ödevlerin niteliğine göre yorum yoluyla belirlenebilir[224]. Anayasa'nın 65. maddesine, 2001 Anayasa Değişikliği Kanunu ile[225] "ekonomik istikrarın korunmasını gözetme" kaydı yerine "bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözetme" kaydının getirilmiş olması, kısmi bir iyileştirme olarak değerlendirilebilirse de Anayasa Mahkemesi kararlarına bakıldığında yargı önünde talep edilebilirlik açısından yeterli açılımı yapamadığı görülmektedir[226].

Sosyal ve ekonomik haklar konusunda devletin yerine getirme yükümlülüğü talep üzerine her durumda her hakkı finanse etme yönünde

düzenleme, ihtiyacı olan kişilerin sağlık hizmetlerine ulaşmalarını ve bu hizmetlerden gereği gibi yararlanmalarını güçleştirecek öte yandan Devletin kişilerin yaşamını ruh ve beden sağlığı içinde sürdürmelerini sağlamak görevini gereği gibi yerine getirmesini zorlaştıracak nitelikte bir düzenleme olduğundan Anayasa'ya aykırılık oluşturmaktadır." Anayasa Mahkemesi, E 2005/10 K 2008/63, 21.02.2008, RG, T 07.11.2008, S 27047.

222 Kanser hastalarının bazı ilaç bedellerinin SGK tarafından karşılanması talebiyle açılan davada yerel mahkeme, davacının ödeme gücünün bulunmadığı ve ilaç bedellerinin SGK tarafından karşılanmadığı takdirde tedavide kullanılamayacağı ve bu durumun telafisi mümkün olmayacak hayati tehlikelere yol açacağından bahisle ilaç bedellerinin SGK tarafından karşılanması yönünde ihtiyati tedbir kararı vermiştir. İzmir 9. İş Mahkemesi E. 2021/248. Aynı yönde İzmir 16. İş Mahkemesi, (https://www.sondakika.com/ekomi/haber-mahkemeden-emsal-niteliginde-karar-sgk-37-bin 14807537/) (erişim tarihi: 15.05.2022).

223 Oder, Olumlu Edim, s. 210.

224 Sağlam, s. 116.

225 3.10.2001-4709/22 m.

226 Kaboğlu, Sosyal Haklar, s. 29.

mutlak şekilde yükümlülük yüklemez[227]. Fakat sağlık hakkının en başta yaşam hakkı ve diğer temel haklarla yakın ilişkisi göz önünde tutulduğunda öncelikli olarak korunması gereken haklardan olduğu ortadadır. Dolayısıyla da devletin temelde sağlık hakkını koruma önceliğine uymadan mali kaynaklarını başka alanlara özgülemesi ve kaynak yetersizliğini gerekçe yapması doğru değildir. Bu sebeple 65. madde gereği devlet, sağlık hakkının korunma amacına uygun olarak önceliğini gözetme yükümlülüğü altındadır. Bu noktada sağlık hakkı ile sosyal güvenlik hakkı arasındaki ilişki de gündeme gelmektedir. Nitekim sosyal güvenlik hakkının sağlanmadığı ülkelerde maddi güçlük çeken kesimler bakımından sağlık hakkı yararlanılamaz bir hak haline dönüşme riskini taşır[228]. Dolayısıyla sağlık hakkı ve koruma alanının mali kaynakların öncelikle tahsis edilmesi gereken alanlardan biri olduğu ortadadır.

Anayasanın 65. maddesi, devletlerin, her durum ve koşulda kaynak yetersizliği gerekçesiyle yükümlülüklerini yerine getirmemesine haklı dayanak teşkil etmez. Çünkü 65. maddede öngörülen sınır devletin önlem alma yükümlülüğünü ortadan kaldırmamakta ve bu yükümlülüğün öngörülemeyecek şekilde ertelenmesine imkân vermemektedir[229]. Devlet, ekonomik olarak güçlüğe düşmüş olsa dahi bu zor durum onu bireyleri sağlık hakkından yararlandırmak için harekete geçme yükümlülüğü bulunmaktadır[230].

Özen prensibi çerçevesinde devletler mevcut kaynaklar dahilinde sağlık hakkını gerçekleştirmek ve gecikme olmaksızın bu yönde adımlar atmak için mümkün olan her türlü çabayı göstermelidir[231]. Bu sebeple devlet kaynak kısıtlamaları söz konusu olsa dahi bazı yükümlülüklerini gecikmeksizin yerine getirme taahhüdü altındadır. Dolayısıyla da sağlık hakkı kapsamında özel yasal düzenlemeler ve eylem planları geliştirerek, bu haktan tam anlamıyla yararlandırmak için gerekli adımları atmalıdır[232].

227 Fabre, s. 263, 279; Davis, s. 1025.

228 Şahbaz, s. 410.

229 Gülmez, s. 143.

230 WHO, s. 5.

231 WHO, s. 5.

232 WHO, s. 5.

Anayasa Mahkemesinin devletin olumlu edimini gerektiren sosyal haklar bakımından tutumu "hak" ile "mali kaynakların yeterliliği" ölçütlerini uyumlaştırma yönündedir[233]. Anayasa Mahkemesi de sağlık hizmet talebini en doğru şekilde karşılamanın devlet için kamusal bir zorunluluk ve sosyal bir devlet olmanın gereği olarak yorumlamış olsa da[234] sağlık hizmetlerine devletçe bir bedelin saptanması ve sağlık hizmeti giderine bireylerin belirli ölçüde katılımı bu hizmetlerin eksiksiz ve yaygın şekilde yerine getirilmesi için zorunluluk olarak değerlendirilmiştir[235]. Nitekim AİHM de sağlık güvencesi olan bir şahsın kullandığı ilaç ücretinin belirli bir miktarının kendisi tarafından karşılanması

233 Oder, Olumlu Edim, s. 221.

234 Anayasa Mahkemesi, E 2013/50, K 2015/38, 01.04.2015 RG, T 15.4.2015, S 29327 "…sağlık hizmeti talebini en doğru şekilde karşılamak, yüksek sermaye grubuna dâhil sürekli yenilenen tekloji elde etmek ve cihaz-ekipman-sigorta-bakım-yenileme maliyetlerini minimize etmek, birden çok kuruma ortak hizmet alanı yaratmak, yetersiz ve kısıtlı kalifiye insan gücü kaynağını değerlendirerek hizmette etkinlik ve verimlilik sağlamak, değişen şartlara ve ihtiyaca göre hizmet planlama ve sunumunu yapmak, yerinde sağlık hizmeti sunarak gereksiz hasta transferi ve beraberinde getireceği sosyal sorunlara son vermek, kaynak kullanımı kontrollü, kaliteyi yükselten, maliyeti düşüren etkin, süratli, kesintisiz bir sağlık hizmeti sunmak, gereksiz bina ve cihaz alımının önüne geçmek, kurumlar arası işbirliği ve halkın sosyal memnuniyetini arttırmak sağlık hizmetleri yönünden Devlet için bir kamusal zorunluluk ve sosyal devlet olmanın gereğidir."

235 Anayasa Mahkemesi, 52/35, 03.04.2007, RG, T 18.03.2008, S 26820. "Anayasa Mahkemesi'nin çeşitli kararlarında vurgulandığı gibi, sağlık hizmetlerinin devletçe saptanan bir bedelinin olması, bu hizmetlerin Anayasa'nın öngördüğü düzeyde yerine getirilmesi için zorunludur. Anayasa'nın 65. maddesinde belirtilen mali kaynakların yeterliliği ölçüsü Devleti kimi düzenlemeler yapmak zorunda bırakmaktadır. Anayasa'nın 56. maddesinin üçüncü fıkrasında Devletin herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamakla yükümlü olduğu, son fıkrasında da sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabileceği öngörülürken, bu maddede Devlete verilen görevin Anayasa'nın 65. maddesinde belirtilen mali kaynakların yeterliliği ölçüsü ile sınırlı olduğu kuşkusuzdur. Diğer taraftan, sağlık yardımları için sigortalıdan katkı payı alınabileceği uluslararası sözleşmelerde de öngörülmüştür. Nitekim "Sosyal Güvenliğin Asgari normlarına İlişkin" Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 102 sayılı Sözleşmesi'nin 10. maddesinde, sağlık yardımından faydalananlar veya bunların aile reislerinin, hastalık halinde yapılacak sağlık yardımı masraflarına iştirak ettirilebileceği, bunun ilgiliye ağır bir yük getirmeyecek şekilde tespit edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Avrupa Konseyi çerçevesinde oluşturulan Avrupa Sosyal Güvenlik Sözleşmesine göre de, korunan kimselerin doğrudan katkıda bulunmaları olanaklıdır. Türkiye, belirtilen iki sözleşmeye de katılarak onaylamıştır. Sağlık hizmetlerinin gerektirdiği tıbbi alet, cihaz ve diğer malzemelerin teknolojik gelişmeler karşısında artan bedellerinin mevcut gelir kaynaklarıyla karşılanmasının zorluğu gözetildiğinde, kamu hizmetinin giderlerine yurttaşın bir ölçüde katılımının istenmesi, bu hizmetin satışı anlamına gelmez. Sosyal Devlet ilkesi gereğince sağlık hizmetlerinden herkesin faydalanmasının gerçekleştirilebilmesi ve sürdürülebilmesi, sunulan hizmete bazı durumlarda katkı yapılmasını zorunlu kılabilmektedir. Bu nedenle sağlık hizmetlerinden herkesin yaygın ve eksiksiz olarak faydalanma amacını gerçekleştirmek için sunulan hizmete katkı sağlanmasını öngören kuralın, sosyal devlet ilkesiyle bağdaşmadığı ileri sürülemez. Kaldı ki sağlık sigortası dışında kalanlar içinde 3816 ve 4736 sayılı Yasalarda ücretsiz tedaviye ilişkin düzenlemeler yapılmıştır."

zorunluluğunun yaşam hakkını ihlal ettiğine ilişkin başvuru, sağlık hizmetinin ekonomik kaynaklara bağlı olması nedeniyle AİHM tarafından kabul edilemez bulunmuştur[236]. Anayasa Mahkemesi sağlık alanında yürütülen işlem ve faaliyetlerde önceliklerin ve kaynakların değerlendirilerek pozitif yükümlülüğün kamu otoriteleri üzerine aşırı yük oluşturacak şekilde yorumlanmaması gerektiğini vurgulamaktadır[237]. Fakat devletin katkısının azaltılıp, haktan yararlananlara ek yükümlülükler getiren düzenlemelerin sağlık hizmetlerine erişim bakımından 56. madde çerçevesinde de değerlendirilmesi gerekmektedir.

VII. Sağlık Hakkının Korunmasına Anayasa Mahkemesi'nin Yaklaşımı

Anayasa Mahkemesi'ne göre sağlık hakkı, *"insanların sağlıklarının korunması, hastalandıklarında iyileşmeleri, tıbbi bakım görebilmeleri ve tedavi edilebilmeleri için Devletin sağladığı her türlü imkândan yararlanma hakkıdır"*[238]. Sağlık hakkına ilişkin devletin negatif yükümlülüklerinin yanı sıra Anayasa'nın 17. maddesiyle bağlantılı şekilde devletin pozitif yükümlülükleri de gündeme gelmektedir. Bu bağlamda gerek Anayasa Mahkemesi[239] gerekse Danıştay kararlarında[240] tüm vatandaşların yaşam haklarının, devlet güvencesi ve onun pozitif yükümlülüğü kapsamı altında koruma altında olduğu belirtilmektedir. Bu bağlamda sağlıklı olma hakkının kişilerin bir kamusal korumaya tabi olduklarını ortaya koyduğu ifade edilmektedir.

236 Nitecki/Polonya, 65653/1, 21.03.2002 (https://hudoc.echr.coe.int) (erişim tarihi: 18.03.2022).

237 Serpil Kerimoğlu ve diğerleri Başvurusu, 2012/752, 17.09.2013, par 53.

238 Anayasa Mahkemesi, E 2012/103, K 2013/105, 03.10.2013, RG, T 17.12.2014, S 29208.

239 Engin Karabaşlar ve Esra Karabaşlar Başvurusu, 2016/4790, 04.07.2019; Dilek Dönmez ve diğerleri Başvurusu, 2015/13090, 12.09.2018; Mehmet Şerif Karakoyun ve diğerleri Başvurusu, 2015/12128, 17.04.2019, RG, T 15.5.2019, S 30775; İlker Başer ve diğerleri Başvurusu, 2013/1943, T 9/9/2015 RG, T 4.11.2015, S 29522; Zeki Kartal Başvurusu, 2013/2803, 21.1.2016; Saadet Ergün ve diğerleri Başvurusu, 2013/4194, 14.10.2015 RG, T 3.12.2015, S. 29551; Birgül İçin ve diğerleri Başvurusu, 2014/200, 8.2.2018 (https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr) (erişim tarihi: 05.01.2022).

240 Danıştay 15 D, 1241/7019, T 18.10.2018; Danıştay 15 D, 9326/6067, T 26.06.2018; Danıştay 15 D, 8367/1190, 06.02.2018; Danıştay 10 D, 9164/832, 01.03.2011; Danıştay 15 D, 2124/665, 14.02.2017; Danıştay 15 D, 4526/3551, 16.05.2016 (www.kazanci.com.tr) (erişim tarihi: 20.05.2022).

Anayasa Mahkemesinin kararlarında toplumsal yaşamın zorunlu ihtiyaçlarından olması ve bununla birlikte düzenlilik ve süreklilik gerektirmesi nedenleriyle sağlık hizmeti kamu hizmeti[241] olarak nitelendirilmekle birlikte[242] Anayasa'nın 56. maddesine ilişkin yorumunda sağlık alanında devletin yükümlülüklerine işaret edilmiştir. *Anayasa'nın 56. maddesinin 3., 4. ve 5. fıkraları yine devlete, kişilerin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmelerini sağlamak için sağlık kuruluşlarının hizmetlerini, düzenleme, denetleme ve organize etme gibi görevler yüklemiştir. Anlaşılmaktadır ki, devlet, kişilerin yaşamlarını sağlıklı biçimde sürdürmeyi sağlamak amacını çeşitli sosyal güvenlik kuruluşları ile gerçekleştirecektir. Devlet için bir görev, kişiler için de bir hak olan bu amaç gerçekleştirilirken bu hakkı sınırlayıcı, bu haktan yararlanmayı zayıflatıcı düzenlemeler Anayasa'nın 56. maddesine de aykırıdır"*[243].

Tıbbi müdahalelerde bireylerin sağlığının zarar görmesi nedeniyle açılan tazminat davalarının reddi dolayısıyla özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddiaları Anayasa Mahkemesi, Anayasa madde 17/I yönünden incelemektedir[244]. AİHM de sağlık hizmetleri alanında yürütülen faaliyetleri devletin yaşam hakkını koruma kapsamında pozitif yükümlülükleri kapsamında değerlendirmektedir. Anayasa Mahkemesi adli ve idari yargı mercilerinin etkililiğine ilişkin iddiaları da adil yargılanma hakkı kapsamında değil, 17. madde çerçevesinde devletin pozitif yükümlülükleri temelinde ele almıştır. Ayrıca etkili bir yargısal sistem kurmanın usule ilişkin pozitif yükümlülük olduğunu belirtmektedir.

241 Anayasa Mahkemesi kararlarında kamu hizmeti kavramı için bkz. Turgut Tan, Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı, (1991) 8 Anayasa Yargısı Dergisi ss. 233-252.

242 " … kamu hizmeti, devlet ya da diğer kamu tüzelkişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, ortak gereksinimleri karşılamak ve kamu yararını sağlamak için topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir. Toplumsal yaşamın zorunlu gereksinimlerinden olan düzenlilik ve süreklilik isteyen sağlık hizmeti de nitelikleri gereği kamu hizmeti olarak değerlendirilmektedir." Anayasa Mahkemesi, E 2004/114, K 2007/85, 22.11.2007; Anayasa Mahkemesi, E 2005/145, K 2009/112, 23.07.2009 (www.anayasa.gov.tr) (erişim tarihi: 02.02.2022).

243 Anayasa Mahkemesi, E 1990/27, K 1991/2, T 17.01.1991, RG, T 19.08.1991, S 20965.

244 Hasan Tahsin Gökcan, 'Hasta Haklarının Bireysel Başvuru Yoluyla Korunması' (Ed) Özge Yücel, Gürkan Sert *Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları* (2. Baskı Seçkin Yayıncılık 2021), s. 178.

Sağlık hizmetleri alanında devletin pozitif yükümlülüklerini değerlendirirken, Anayasa Mahkemesi AİHM'e paralel şekilde, tıbbi müdahale ve ihmal suretiyle meydana gelen ölüm yahut yaralama olaylarında kamusal makamların kendilerine verilen yetkileri göz ardı ederek, riskleri bertaraf etmek için gerekli ve yeterli önlemleri almadığı durumlarda pozitif yükümlülüklerin ve buna bağlı olarak yaşam hakkının ihlalinin söz konusu olacağı kanaatindedir[245]. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesinin sağlık hakkını 17. madde ile bağlantılı olarak ele alıp, bu hususta devletin pozitif yükümlülüklerini yerine getirip getirmediği değerlendirmesi yapması yerindedir. Fakat kanaatimizce sağlık hakkı, ihlali durumunda Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yoluna doğrudan konu edilebilecek haklar arasında yer almasa da koruma alanı ve diğer kişisel haklarla sıkı ilişkisi gözetildiğinde, daha etkili şekilde korunması için doğrudan bireysel başvuru yoluna konu edilebilmelidir. Ayrıca Anayasa'da korunan haklar arasında herhangi bir ayrım gözetilmeksizin tüm haklar için bireysel başvuru yolunun açık olması hak arama hürriyetinin de gereğidir.

Anayasa Mahkemesi kararlarında AİHM kararlarıyla aynı doğrultuda[246] sağlık alanında yürütülen faaliyetler çerçevesinde kamusal makamların hem özel kişilerin hem de kişinin kendisinin eylemlerinden kaynaklanabilecek risklere karşı koruma yönünde pozitif yükümlülüğü olduğu belirtilmektedir[247]. Kişilerin maddi ve manevi varlığını her türlü tehlike, tehdit ve şiddetten korumak devletin yükümlülüğüdür[248].

245 Saadet Ergün ve diğerleri Başvurusu, 2013/4194, 14.10.2015 RG, T 3.12.2015, S 29551; Hamdullah Aktaş ve diğerleri Başvurusu, 2015/10945, 19.07.2018, RG, T 5.10.2018, S 30556; Bircan Çelik ve Meryem Çelik Başvurusu, 2015/8572, 12.09.2018 (www.anayasa.gov.tr) (erişim tarihi: 02.02.2022).

246 Calvelli ve Ciglio/İtalya, 32967/96, 17.1.2002, par 49, Sevim Güngör/Türkiye, 75173/01, 14.4.2009 (https://hudoc.echr.coe.int) (erişim tarihi: 18.03.2022).

247 Turgay Çamlı Başvurusu 2012/1266, 17.9.2014 RG, T 5.11.2014, S 29166, par 38; Serpil Kerimoğlu ve diğerleri Başvurusu, 2012/752, 17.9.2013, par 51; İlker Başer ve diğerleri, 2013/1943, 09.09.2015, par. 44; Anayasa Mahkemesi, E 1999/68, K1999/1, KT 6.1.1999, (www.anayasa.gov.tr) (erişim tarihi: 02.02.2022); Danıştay 15 D, 7136/413, 30.01.2015 (www.kazanci.com.tr) (erişim tarihi 20.05.2021).

248 Anayasa Mahkemesi, E 2005/151 K 2008/37, T 3.1.2008; E 2010/58, K 2011/8, T 6.1.2011; Serpil Kerimoğlu ve diğerleri Başvurusu, 2012/752, 17.9.2013, par 51 (www.anayasa.gov.tr) (erişim tarihi: 02.02.2022).

Danıştay'ın konu ile kararlarının birçoğunda da AİHS'e ve AİHM kararlarına atıf yapıldığı görülmektedir[249]. Kararlara göre *"Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesinin devlete yüklediği pozitif yükümlülükler, devlet tarafından, özel ya da kamu hastanelerine hastaların yaşamını koruyacak nitelikteki tedbirleri alma zorunluluğu getiren yasal ve düzenleyici çerçevenin konulmasını gerektirmektedir. Bu yükümlülük, hastaları, tıbbi müdahalelerin bu bağlamda meydana getirebileceği ağır sonuçlardan mümkün olabildiğince koruma gerekliliğine dayanmaktadır"*[250]

Anlaşıldığı üzere devletin kişinin sağlığını koruma yükümlülüğü, özel kişilerin eylemlerini denetlemek suretiyle ihlali önlemek doğrultusunda ön plana çıkmaktadır. Nitekim sağlık alanında koruma yükümlülüğü çerçevesinde devletin sorumluluk sınırını çizen yargı kararları da bu yöndedir[251]. Fakat bunun yanı sıra kamu personellerinin bizzat sebep olduğu eylemler de koruma yükümlülüğü çerçevesinde değerlendirilmektedir. Zira Anayasanın 125. maddesinin son fıkrasında idarenin, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu açıkça belirtilmiştir. Örneğin, sağlık hakkına haksız müdahalelerin resmi görevliler tarafından gerçekleşmesi durumunda kişilerin uğradığı zararın devlet tarafından karşılanması yükümlülüğü söz konusudur[252]. Bu bağlamda kişilerin sağlık hakkına yönelen ihlallerden doğan maddi ve manevi zararlarını karşılama devletin düzeltici koruma yükümlülüğü kapsamında yer almaktadır. Öte yandan idarenin mali sorumluluğuna işaret eden bu düzenleme hukuk devletinin de bir gereğidir. Sağlık hizmetinin sağlanmasında yeterli özenin ve ehemmiyetin gösterilmemesi ise idarenin hizmet kusurunu teşkil etmektedir[253]. İdarenin sağlık hizmetini yükümlülüklerine uygun şekilde ifa etmemesi durumunda hizmetin

249 Codarcea/Romanya, 31675/04, 02.06.009 (https://hudoc.echr.coe.int) (erişim tarihi: 18.03.2022).

250 Danıştay 15 D, 2194/6549 2.10.2018; Danıştay 15 D, 9326//6067, 26.06.2018; Danıştay 15 D, 12134/3308, 03.04.2018, Danıştay 15 D, 13008/3265, 03.04.2018; Danıştay 15 D, 2124/665, 14.02.2017 (www.kazanci.com.tr) (erişim tarihi: 05.02.2002).

251 Bu yönde bkz. Danıştay 15 D, 4526/3551, 16.05.2016 (www.kazanci.com.tr) (erişim tarihi: 05.02.2002).

252 Eren, s. 140.

253 İdarenin sağlık hizmetinden doğan hukuki sorumluluğu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Serkan Çınarlı, *İdarenin Sağlık Hizmetinin Sunumundan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu* (Orion Yayıncılık 2013).

kötü işlemesi söz konusu olmaktadır. Bu hususta sağlık çalışanlarının sorumluluğuyla ilgili hukuki belirsizliğin sürdüğü ve etkin yargılama sisteminin de henüz geliştirilemediği görülmektedir[254]. Nitekim içtihatlarda görüldüğü üzere tıbbi ihmal ve müdahalelerden doğan davaların uzun sürmesi[255] gibi idari yargı alanındaki yapısal sorunlar sağlık alanında ihlallerin etki alanının genişlemesine sebebiyet vermektedir.

Özetle, sağlık hakkının bireysel başvuru yolunda korunmasında en yoğun şekilde sağlık hizmeti nedeniyle yaşama hakkı ihlali iddiaları gündeme gelmektedir. Ayrıca işkence, eziyet ve insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağının[256], özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının[257] ve adil yargılanma hakkının ihlali iddiaları[258] da gündeme gelen diğer önemli konulardır.

SONUÇ

Klasik liberal görüşler çerçevesinde sosyal hakların dava edilebilirliği sorunu sıkça tartışılsa da sağlık hakkının insan onuru ve diğer temel haklarla yakın ilişkisini göz önünde bulundurduğumuzda, dava edilemezliği tezini savunmak yerinde değildir. Çünkü sağlık hakkının kapsamı ve diğer temel haklarla ilişkisi, bu hakkın hem kamu otoritelerinin hem de özel kişilerin eylemlerine karşı yargı yoluyla korunmasının ne denli önemli ve kaçınılmaz olduğunu ortaya koymaktadır. Sağlık hakkı, bireysel başvuru yolunda diğer haklarla bağlantılı şekilde koruma alanı bulsa da, bireylerin maddi ve manevi bütünlüğüne bölünmeyecek suret-

254 Karakul, s. 182-183.

255 Anayasa Mahkemesi tıbbi ihmal ve hatalara ilişkin tam yargı davalarında yedi yıl ve üzeri süren yargılamalarda makul olmayan bir gecikmenin olduğu kanısına ulaşmıştır. Bkz. Naime Bayracı Başvurusu, 2013/7017 8.9.2014; Melahat Sönmez Başvurusu, 2013/7528, 9.9.2015, RG, T 22.10.2015, S 29510; Melik Uzun Başvurusu, 2013/8905, 8.9.2014 (www.anayasa.gov.tr) (erişim tarihi: 02.02.2022).

256 Turan Günana Başvurusu, 2013/3550, 19.11.2014, RG, T 07.03.2015, S 29288.

257 Binali Özkaradeniz ve diğerleri Başvurusu, 2014/4686, 01.02.2018, RG, T 04.05.2018, S 30411. "Başvuruculların ikamet ettiği bölgede belediyece öngörülen sürede su arıtma tesisi inşaatının tamamlanamaması nedeniyle uğramış oldukları zararların tazmini amacıyla açtıkları davanın makul bir gerekçe olmadan reddi özel hayata ve aile hayatına saygı hakkını ihlal eder."

258 Ahmet Acartürk Başvurusu, 2013/2084, 15.10.2015 (www.anayasa.gov.tr) (erişim tarihi: 02.02.2022).

te değer atfedilmesi gerektiğinden ve sağlık hakkının daha etkin korunması ve somutlaşması için dava edilebilirlik özelliğinin doğrudan kendisine özgülenmesi yerinde olacaktır.

Sağlık hakkının insan haklarının bütünlüğü/bölünmezliği ve Anayasanın bütünselliği ilkelerine dayanarak dava edilebilir nitelikte olduğunu savunmak, sosyal bir hak olarak sağlık hakkının uygulamada da korunmasının önünü açacaktır. Nitekim sosyal hakların ancak yargı yoluyla korunması ile birlikte toplumsal eşitsizlikler giderilerek sosyal adalet gerçekleştirilebilir. Bu bağlamda ekonomik ve sosyal hakların, kişisel ve siyasal haklardan doğaları, nitelikleri, düzenleniş biçimleri yahut bu haklardan yararlanılmasında kullanılan araçların farklılığı sebebiyle keskin bir ayrıma gidilerek, ikincil önem atfedilmesi ve geri plana itilmesi doğru değildir. Dolayısıyla da sağlık hakkının korunmasında devletin sorumluluğu belirlenirken bu hakkın nitel özelliklerinden öte bu hakkın içeriğinde korunan tümel hukuki menfaatler nazara alınarak değerlendirmede bulunulmalıdır.

Sağlık hakkı kapsamında kamu otoritelerinin yükümlülüklerini yerine getirmesinde devletin sosyal ve kültürel politikalarının yanı sıra malî politikaları büyük rol oynamaktadır. Bu bağlamda devletin pozitif edimini içeren sosyal haklar bakımından Anayasanın 65. maddesinde düzenlenen "mali kaynakların yeterliliği" ölçütü sağlık hakkının ileri sürülmesini bir ölçüde güçleştirse de "amaca uygun öncelik" ölçütü kapsamında sağlık hakkı ayrı değerlendirilmelidir. Çünkü sağlık hakkının en başta yaşam hakkı ve diğer temel haklarla yakın ilişkisi göz önünde tutulduğunda her koşulda öncelikli olarak korunması gerektiği açıktır. Sosyal ve ekonomik haklar bakımından devletin her hakkı, her durumda, koşulsuz ve eksiksiz şekilde finanse etme yönünde mutlak bir yükümlülüğü olmasa da sağlık hakkını koruma önceliğine uymadan mali kaynaklarını başka alanlara özgüleyerek, ekonomik kaynak yetersizliğini gerekçe yapması yerinde değildir. Bu çerçevede özellikle kanser, SMA gibi hayati risk taşıyan hastalıkların ilaç bedelleri ile bazı hastalıkların önlenmesine yönelik aşı bedellerinin karşılanmasına ilişkin ivedilikle politikalar geliştirilmelidir.

Bibliography/Bibliyografya

Akbulut SU, Akbulut E 'BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin 12. Maddesi Çerçevesinde Sağlık Hakkı ve İdarenin Sorumluluğu', (2010/86) İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, ss. 261-279.

Alexy R, *A Theory of Constitutional Rights* (Oxford University Press 2010).

Algan B, *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması* (Seçkin 2007).

Anayurt Ö, 'Hakların Bütünlüğü İlkesi Açısından İnsan Haklarına İlişkin Sınıflandırmaların Değerlendirilmesi', *Türkiye'de İnsan Hakları* (TODAİE 2000), ss. 47-58.

Arslan KO, 'Bir Temel Hak Olarak Sağlık Hakkı', (2015) 19 (1-2) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 35-59.

Aybay R, *İnsan Hakları Evrensel Bildirisi ve Türkiye (1945-1948)* (İstanbul Bilgi Üniversitesi, 2016)

Aybay R, *İnsan Hakları Hukuku,* (2. Baskı İstanbul Bilgi Ü. 2015).

Bozkurt E, 'İnsan Hakkı Olarak Sağlık Hakkı' *Sağlık Hukuku Kurultayı* (Ankara Barosu 2007), ss. 13-17.

Bulut N, 'Eski Yunan'dan Aydınlanma Çağı'na İnsan Onuru Kavramının Gelişimine Bir Bakış' (2008) 12 (3) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 1-12.

Bulut N, *Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar* (On İki Levha Yayıncılık 2009) (Sosyal Haklar)

Chapman AR, 'Conceptualizing the Right to Health: A Violations Approach', (1998) 65 (2) Tennessee Law Review, ss. 389-418.

Cross FB, 'The Error of Positive Rights' (2001/48) UCLA Law Review, ss. 858-923.

Davis DM, 'Socio- Economic Rights'(Ed) Michel Rosenfeld, András Sajó *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford 2012).

Duymaz Erkan; 'Çocuk Haklarına San Jose'den Bir Bakış: Amerikalılar-arası İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Çocuğun Korunması ve Çocuk Hakları*', Sosyal Adalet İçin İnsan Hakları, Sosyal Haklar* (TODAİE 2014) , ss. 133-152.

Donnelly J, *Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları,* (Çev. Mustafa Erdoğan, Levent Korkut) (Yetkin Yayınevi 1995).
Er Ü, *Sağlık Hukuku,* (Savaş Yayınları 2008).

Eren A, *Türkiye'de İnsan Haklarının Korunması Uluslararası Koruma Mekanizmaları ve Ulusal İnsan Hakları Kurumlarının Rolü,* (Turhan Kitabevi 2007).

Ertan İM, *Uluslararası Boyutlarıyla Sağlık Hakkı,* (Legal Yayıncılık 2012).

Fabre C, 'Constitutionalising Social Rights' (1998) 6 (3) *The Journal of Political Philosophy,* ss. 263-284.

Fredman S, *Human Rights Transformed: Positive Rights and Positive Duties* (Oxford 2008).

Fura, E, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Uygulamasında Aile İçi Şiddet', (Ed) Ahmet Taşkın *50. yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye,* (Türkiye Adalet Akademisi Yayınları 2009) , ss. 72-79.

Harris D., O'Boyle M, Warbrick, CM, *Law of the European Convention on Human Rights,* (Second Edition Oxford University Press 2009). Jamar SD, 'The International Human Right to Health', (1994/22) Southern University Law Review, ss. 1-68.

Gemalmaz MS, *Devlet, Birey ve Özgürlük,* (Genişletilmiş 2. Baskı Legal Yayınevi 2012).

Gökcan HT, 'Hasta Haklarının Bireysel Başvuru Yoluyla Korunması' (Ed) Özge Yücel, Gürkan Sert *Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları* (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021), ss. *155-190.*

Gören Z, 'Sosyal Devlet İlkesi ve Anayasa Hukuku Açısından Yaşam Kalitesi', (1997/14) Anayasa Yargısı Dergisi, ss. 89-153.

Gözler K, 'İnsan Hakları Normlarının Anayaüstülüğü Sorunu' (2000) *Türkiye'de İnsan Hakları,* ss. 25-46.

Göztepe E, *Anayasa Şikâyeti* (AÜHF Yayınları 1998).

Gülmez M, 'Türkiye'de Sosyal Haklar: Sosyal Şart Açısından Anayasa'da Sosyal Devlet ve Sosyal Haklardaki Uyumsuzluklar' (Ed) İbrahim Kaboğlu, *Anayasal Sosyal Haklar* (Legal Yayıncılık 2012), ss. 117-156

Kaboğlu İÖ, 'Anayasa'da Sosyal Haklar Alanı ve Sınırları' (Ed) İbrahim

Kaboğlu, *Anayasal Sosyal Haklar* (Legal Yayıncılık 2012), ss. 15-34.

Kaboğlu İÖ, *Özgürlükler Hukuku* (6. Baskı, İmge Kitabevi 2002) (Özgürlükler Hukuku).

Kaboğlu İÖ, 'İnsan Hakları Belgeleri ve Koruma Mekanizmaları' *İnsan Hakları Konferansları* (Ankara Barosu Yayınları 2006), ss. 199-232. (İnsan Hakları).

Kalabalık H, *İnsan Hakları Hukuku* (4. Baskı, Seçkin Yayınevi 2015).

Kanadoğlu K, 'Türk Anayasa Hukukunda Sağlık Alanında Temel Haklar', (2015/19) TBB Dergisi, ss. 11-35.

Kanadoğlu K/Kutluhan B, 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uluslararası Hukuk Ekseninde Sağlık Hakkı', *Prof. Dr. Metin Günday Armağanı,* (Atılım Üniversitesi Yayınları 2020), ss. 575-594.

Kanadoğlu K/Kutluhan B, *Uluslararası Hukuk, Avrupa Birliği Düzenlemeleri, AİHM İçtihatları ve AYM Kararları Kapsamında Sağlık Hakkı* (On iki Levha Yayıncılık 2021). (Sağlık Hakkı).

Kapani M, *Kamu Hürriyetleri* (7. Baskı, Yetkin Yayınları 1993).

Karakul S, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Sağlık Hakkı– II', (2017) 4 (1) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 17-58.

Klatt M, 'Positive rights: Who decides? Judicial review in balance', (2015) 13 I-CON, ss. 354-382.

Koch IE, 'The Justiciability of Indivisible Rights', (2003) 72 (1) Nordic Journal of International Law, ss. 3-39.

Kuçuradi İ, İn*san Hakları: Kavramları ve Sorunları* (2. Baskı, Türkiye Felsefe Kurumu 2011).

Khosla M, 'Making Social Rights Conditional: Lessons from India', (2010) 8 Int'l J. Const. L., ss. 739-765.

Memiş E, *Anayasaya Uygun Yorum,* (Filiz Kitabevi 2007).

Mowbray AR, *The Development of Positive Obligations Under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights (Human Rights Law in Perspective*), (Hart Publishing 2004).

Oder BE, 'Devletin Olumlu Edimini Gerektiren Sosyal Hakların Anayasal Düzeyde Korunması ve Yargısal Tutumlar', (2008/1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 199-231. (Olumlu Edim).

Oder BE, *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri* (Beta Yayınevi 2010).

Payne M, 'Henry Shue on Basic Rights' (2008) 9 (2) *Essays in Philosophy A Biannual Journal,* ss. 1-8.

Özsoy Boyunsuz Ş, 'İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Kapsamında Sağlık Hakkı', (2014) 4 (124) Güncel Hukuk.

Pekel A, *Aile hayatına Saygı Hakkı (*Liberte Yayınları 2016).

Piovesan F, 'Social, economic and cultural rights and civil and political rights' (2004) 1 (1) Sur International Journal on Human Rights, ss. 20-45.

QC Singh, R, 'Using Positive Obligations in Enforcing Convention Rights' (2008) Hart Judicial Review Conference, ss. 94-100.

Sağlam F, 'İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin BM'de Kabulünün 60. Yıldönümünde Sosyal Haklar' *İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 60. Yılında İnsan Hakları* (Maltepe Üniversitesi Yayınları 2011).

Shue H, *Basic Rights: Subsistence, Affluence and US Foreign Policy,* (Second Edition, Princeton University Press 1996).

Şahbaz İ, 'Bir Sosyal Hak Olarak Sağlık Hakkı', (2009) 22 (86) *TBB Dergisi*, ss. 405-423.

Şirin T, 'Bir İhtimal Daha Var O da Ölmek mi Dersin? (Sosyal İnsan Haklarının Anayasa Şikâyeti Yoluyla Dava Edilebilirliği Lehine Tezler ve Öneriler)' *Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu VI. Anadolu Üniversitesi 13-14 Kasım 2014 Bildiri Kitabı* (Petrol İş Yayınları İstanbul 2014) , ss. 341-366.

Şimşek O, *Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması* Yayımlanmamış Doktora Tezi, (Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 1999).

Tahmazoğlu Üzeltürk, S, *Anayasa Hukuku Açısından Sağlık Hakkı* (Legal Yayıncılık 2012).

Tanör B, *Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar* (May Yayınları 1978).

Temiz Ö, 'Türk Hukukunda Bir Temel Hak Olarak Sağlık Hakkı', (2014) 69 (1) Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi, ss. 165-188.

Uyar L, *Birleşmiş Milletler'de İnsan Hakları Yorumları,* (1. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2006).

Uygun O, Devlet Teorisi (On İki Levha Yayıncılık 2014).

Willis FM, 'Economic Development, Environmental Protection, and the Right to Health' 1996/9) The Georgetown Int'l Environmental Law Review, ss. 195-220.

Yolcu S, *Anayasa Yargısında Sosyal Hakların Korunması* (Seçkin Yayınları 2018).

Yücel Dericiler, Ö, 'AİHM İçtihatları Çerçevesinde Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı Bağlamında Sağlık Hakkının Korunması', *VI. Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyum Kitabı* (Petrol İş 2014) , ss. 367-384. (Sağlık Hakkı)

Yücel Dericiler Ö, *Sosyal Haklar ve İnsan Hakları Hukuku Çerçevesinde Devletin Yükümlülükleri: Refah Devletinin Krizi Ekseninde Bir İnceleme* (On İki Levha Yayıncılık 2014). (Sosyal Haklar).

Yüzer Eltimur D, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayat ve Aile Hayatının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri* (On İki Levha 2019).

Zengin N, Sağlık Hakkı ve Sağlık Hizmetlerinin Sunumu, 2020 1 (1) Sağlıkta Performans ve Kalite Dergisi, ss. 44-52.

İnternet Kaynakları

Additional Protocol to the European Social Charter Providing for a System of Collective Complaints, Strasbourg, 9.XI.1995 (https://rm.coe.int/168007cdad) (erişim tarihi: 03.01.2022).

CESCR General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12) (https://www.refworld.org/pdfid/4538838d0.pdf) (erişim tarihi: 15.04.2022)

Nygren-Krug H, *25 Questions and Answers on Health and Human Rights, Health & Human Rights Publication Series* (2002/1 World Health Organization, 1-32 (https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/42526/9241545690-eng.pdf) (erişim tarihi: 05.02.2022).

Rubenson B,, Health and Human Rights (Swedish International Development Cooperation Agency 2002) 1-24 (https://silo.tips/download/health-and-human-rights-4) (erişim tarihi: 07.02.2022).

World Health Organization, The Fact Sheet No. 31, Right to Health, (https://www.refworld.org/docid/48625a742.html) (erişim tarihi: 20.05.2022).

https://rm.coe.int/constitution-of-the-russian-federation-en/1680a1a237 (erişim tarihi 10.04.2022).

(https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/2019-03/20190304_charter_environnement_0.pdf) (erişim tarihi 10.04.2022).

(https://fedlex.data.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/cc/1999/404/20210101/en/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-cc-1999-404-20210101-en-pdf-a.pdf) (erişim tarihi 10.04.2022).

(www.kazanci.com.tr) (erişim tarihi: 10.02.2022).

(https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr) (erişim tarihi: 10.02.2022).

(https://hudoc.echr.coe.int) (erişim tarihi: 10.02.2022).