

BM EKONOMİK, SOSYAL VE KÜLTÜREL HAKLAR SÖZLEŞMESİ'NİN 12. MADDESİ ÇERÇEVESİNDE SAĞLIK HAKKI ve İDARENİN SORUMLULUĞU

*Seda UÇAR AKBULUT**
*Emre AKBULUT***

I. GİRİŞ

İnsan hayatına etki eden teknolojik gelişmelerin tıp alanında kullanımı, teknolojik gelişmelere koşut olarak hızlı bir ilerleme kaydeden ilaç sektörü ve bilim dünyasındaki akıl almaz açılımlar insan ömrünün her geçen gün biraz daha uzamasını sonuçlamaktadır. Ne var ki; yoksulluk ve az gelişmişlik gibi sebepler, dünya üzerindeki her insanın, salt insan olmak dolayısıyla bilhassa hastalık, kaza veya sağlıklarını etkileyen benzer olumsuzluklarda etkin, verimli ve ulaşılabilir sağlık hizmetlerinden faydalanmasını engellemektedir.

Oysa sağlık, insan haklarının temeli olan yaşam hakkı ile doğrudan bağlantılı olup, diğer insan haklarından faydalanabilmek için elzemdir. Sağlık, insan yaşamının devamı için gerekli unsurlardan biri olduğundan; sağlık hakkı, insan hakları belgelerinde yer alan insan onuruna yaraşır bir hayat sürme, eşitlik, işkence yasağı, özel hayatın gizliliği, bilgiye erişim, toplanma ve dernek kurma, ifade, seyahat etme, gıda, konut, çalışma ve eğitim gibi diğer insan hak ve özgürlüklerinden yararlanılabilmesinin ön koşulunu oluşturmaktadır. Bu bağlamda, sayılan tüm diğer hak ve diğer özgürlükler, sağlık hakkını tamamlamaktadır.¹

Sağlık, bir insan hakkı olmasının yanı sıra, günümüzde devletler tarafından sunulması gereken başlıca kamu hizmetlerinden biridir. Dolayısıyla sağlık hakkının tanımı, kapsamı ve korunması ile ilgili konuların temel insan hakları belgeleri çerçevesinde ele alınması; diğer taraftan sağlık hizmetinin kuruluş ve işleyişinin idare hukuku disiplinine ilişkin ilke ve kurallar çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir.² Bu özelliği nedeniyle sağlık kavramı incelenirken

* Van 3. İdare Mahkemesi Hakimi

** Van 1. İdare Mahkemesi Hakimi

¹ UYAR, Lema, Birleşmiş Milletler'de İnsan Hakları Yorumları, 1. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2006, syf. 236-238.

² Belirtmek gerekir ki sağlık, insan hakları hukuku ile idare hukukunun yanı sıra diğer bir çok hukuk disiplini ile de yakından ilgilidir. (Örneğin; doktorların ve diğer sağlık personelinin cezai sorumluluğu açısından ceza hukuku, özel sağlık kuruluşları ile hastalar arasında imzalanan sözleşmeler açısından borçlar hukuku gibi)

konuya sadece insan hakları hukuku veya sadece idare hukuku açısından yaklaşılmalı, her iki disiplinin gerekleri ve birbirlerine olası etkileri mutlaka göz önünde bulundurulmalıdır.

İdare hukukunda kamu hizmetlerinin yürütülmesi bakımından kural olarak idarenin sorumluluğu ilkesi geçerlidir. “İdarenin kendi işlem ve eylemlerinden kaynaklanan zararlar nedeniyle sorumlu olması” şeklinde tanımlanan ve Anayasal düzeyde düzenleme alanı bulan idarenin sorumluluğu ilkesi doğrultusunda idare, toplumun müşterek nitelikteki ihtiyaçlarını gidermek amacıyla gerçekleştirdiği kamu hizmetlerindeki aksama ve eksiklikler nedeniyle kişilerin zarar görmesi halinde sorumlu olacaktır.

Gerek yasal düzenlemelere, gerekse yargısal içtihatlarla göre idare, idarenin sorumluluğu ilkesi uyarınca kamu hizmetinin kuruluşu ve işleyişindeki eksiklik ve aksaklık nedeniyle zarar görenin zararını tazminle yükümlüdür. İdarenin sorumlu olup olmadığı, sorumlu olduğu hallerde bu sorumluluğun derecesi ve ilgililere ödenmesi gereken tazminat miktarı ise, her somut olayda uyumsuzluğun koşulları dikkate alınarak yargısal merciler tarafından belirlenmeye çalışılmaktadır.

Sağlık hakkı ülkemiz açısından gerek Anayasa’da, gerekse taraf olduğumuz uluslar arası sözleşmelerde güvence altına alınmış bulunmaktadır. “Bu metinlerde sağlık hakkının ne şekilde düzenlendiği”, “sağlık hakkı kapsamında devletlere hangi ödevler yüklendiği” ve “bu ödevlerin hangilerininin Devlet tarafından yerine getirildiği” sorularına verilecek cevaplar, Devletin Anayasal ve sözleşmesel yükümlülüklerini ne ölçüde yerine getirdiğini anlamamıza yardımcı olacak; aynı zamanda sağlık kamu hizmetinin kuruluş ve işleyişinde bir bozukluk veya aksama olup olmadığının, dolayısıyla idarenin sorumluluğunun gündeme gelip gelmeyeceğinin tespiti açısından da yol gösterici olacaktır.

Bu bağlamda çalışmada, sağlık hakkının güvence altına alındığı uluslar arası insan hakları belgelerinden biri olan BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi’nin 12’nci maddesinden hareketle; Devletin sağlık alanında uluslar arası sözleşmelerden kaynaklanan yükümlülüklerinin, idarenin sorumluluğuna olan etkileri ele alınmaya çalışılacaktır.

II. SAĞLIK HAKKI

Sağlık kelimesinin anlamı Büyük Türkçe Sözlük’te “vücudun hasta olmaması durumu, vücut esenliği, esenlik, sıhhat, afiyet, sağ, canlı, diri olma durumu” şeklinde ifade edilmektedir.³ Dünya Sağlık Örgütü’nün (World Health Organization-WHO) kurucu belgesinde ise sağlık, “sadece hastalık ya da zaafiyet durumunda olmama değil, aynı zamanda fiziksel, aklî ve sosyal açıdan tam anlamıyla iyi durumda olma” olarak tanımlanmaktadır.⁴

³ <http://tdkterim.gov.tr/bts/>, erişim tarihi: 23.03.2011.

⁴ UYAR, syf. 238.

İnsan hakları, insanların salt insan olmaları nedeniyle sahip oldukları haklardır. Ancak bu haklardan bazıları Devlete sadece müdahale etmeme, karışmama ödevi yüklerken; bazıları insanlara Devletten bir edimde, olumlu bir davranışta bulunmayı isteme imkânı tanır.⁵ *Jellinek*'in sınıflandırmasıyla “pozitif statü hakları” olarak isimlendirilen bu haklar, Devletin aktif bir tutum takınmasını, hakkın kullanımını sağlayacak tedbirler almasını gerektirmektedir. İşte sağlık hakkı da bir pozitif statü hakkıdır ve sosyal alanda Devlete bir takım ödevler yüklemektedir.⁶

Herhangi bir hakkın ya da özgürlüğün, sınırları kesin olarak belirlenmiş şekilde, her zaman ve her yerde geçerli bir tanımının yapılabilmesi kanımızca mümkün değildir. Bununla birlikte bir insan hakkından söz edildiğinde bireylerin ve devletlerin yetki ve sorumlulukları gündeme geldiğinden, bir hak ya da özgürlüğün tanımlanmasında hakkın sujesinin sahip olduğu yetkiler ile diğer kişi ve kurumların sorumluluklarının mümkün olduğu ölçüde ortaya konulması gerekmektedir. Bu şekilde söz konusu hak ya da özgürlüğün hukuk metinlerinde tanınmış bir yetki olmanın ötesine geçmesi ve pozitif hukukta uygulama alanı bulması mümkün olabilecektir.

Bu açıdan bakıldığında WHO'nun kurucu belgesinde yer alan *sağlık* tanımından hareketle yapılacak bir *sağlık hakkı* tanımının gerçekçi bir tanım olmayacağı kanısındayız. Çünkü WHO'nun sağlık tanımından yola çıkılarak sağlık hakkı tanımlanmaya çalışıldığında, Devletin tüm fertler bakımından “fiziksel, aklî ve sosyal açıdan tam anlamıyla iyi durumda olma” koşulunu sağlaması gerekecektir. Oysa Devletin bu konuda her türlü tedbiri almasına, amaca uygun tüm olumlu edimlerde bulunmasına karşın insanların fiziksel, aklî ve sosyal açıdan tam anlamıyla iyi durumda olmamaları söz konusu olabilecektir.

İnsan haklarının uluslar arası alanda güvence altına alınması bakımından geri dönülmez bir aşamayı ifade eden ve sonrasında insan haklarına ilişkin olarak hazırlanacak bir çok sözleşmenin, bu kapsamda BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin de temelini oluşturan⁷ İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde de (İHEB) sağlık hakkına değinilmiştir. Bu bağlamda bildirgenin 25. maddesi, “Her şahsın gerek kendisi gerekse ailesi için, yiyecek, giyim, mesken, tıbbi bakım, gerekli sosyal hizmetler dahil olmak üzere *sağlığı ve refahını temin edecek uygun bir hayat seviyesine* ve işsizlik, hastalık, sakatlık, dulluk, ihtiyarlık veya geçim imkânlarından iradesi dışında mahrum bırakacak diğer hallerde güvenliğe hakkı vardır. Analık ve çocukluk özel ihtimam ve yardım görmek hakkını haizdir. Bütün çocuklar, evlilik içinde veya dışında doğ-

⁵ KAPANİ, Münci, Kamu Hürriyetleri, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 1993, syf.6

⁶ KAPANİ, syf. 6.

⁷ KABOĞLU, İbrahim, Özgürlükler Hukuku, 5. Bası, Afa Yayınları, İstanbul 1999, syf. 130-132.

sunlar, aynı sosyal korumadan faydalanırlar” hükmünü içermektedir. Maddede her şahsın, sağlığını temin edecek uygun bir hayat seviyesini istemeye ve hastalık, sakatlık gibi durumlarda sosyal güvenliğe hakkı olduğu öngörülmüş olmakla birlikte, nispeten soyut bir dille kaleme alınan bu maddeden yola çıkılarak sağlık hakkının kapsamına ilişkin somut tespitlerde bulunabilmenin mümkün olmadığı kanısındayız.

Türk Pozitif Hukukuna bakıldığında ise sağlık hakkı, 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 56. maddesinde düzenlenmiş bulunmaktadır. Madde “Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. ... 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. 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.” hükmünü içermekte olup; kanımızca bu madde metninden hareketle de sağlık hakkının içeriğinin somut olarak belirlenebilmesi mümkün bulunmamaktadır. Zira maddede herkesin sağlıklı yaşama hakkına, hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürme hakkına sahip olduğu öngörüldükten sonra, Devletin bu konuda yürüteceği faaliyetin genel çerçevesi “Devletin sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenlemek” şeklinde çizilmiştir. Ancak bu hükümden hareketle kişilerin sahip olduğu bu hakkın hangi yetkileri bünyesinde barındırdığı, Devletin hangi imkânı sağlamadığı ya da hangi işlem ve eylemlerde bulunmadığı zaman bu hakkın gerektirdiği yükümlülüklerini ihmal etmiş olacağını saptamak güçtür.⁸

Gerek WHO kurucu belgesindeki “fiziksel, aklî ve sosyal açıdan tam anlamıyla iyi durumda olma” ibaresi, gerek İHEB'deki her şahsın, sağlığını temin edecek uygun bir hayat seviyesini istemeye ve hastalık, sakatlık gibi durumlarda sosyal güvenliğe hakkı olduğunu belirten hüküm, gerekse de 1982 Anayasası'nda yer alan “Herkesin sağlıklı ... yaşama hakkına sahip olduğu ve Devletin sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenlemekle yükümlü bulunduğu” açıklaması, bireyler açısından somut istemlere

⁸ Ne yazık ki maddenin gerekçesinde de bu konuda değerlendirme yapmaya olanak sağlayacak yeterli veri bulunmamaktadır: “*Vatandaşın korunmuş çevre şartlarında beden ve ruh sağlığı içinde yaşamını sürdürmesini sağlamak Devletin ödevidir. Devlet sağlık ve sosyal yardım kurumları kuracaktır, özel kesimin bu tür kurumlar kurmasını destekleyecektir. Devlet, uygulamaları denetleyerek bu kurumların ana amaca uygun çalışmalarını sağlamalıdır. Maddenin getirdiği yenilik ‘genel sağlık sigortası’dır. Bu sigortanın kuruluş ve işleyişi ile ilgili Anayasada belirtilen ilke şudur: Vatandaşlar katılma payı ödeyecekler, yoksul ve dar gelirli vatandaşlara ise Devlet yardımı temin edilecektir...*” (Anayasa'nın 56. maddesinin gerekçesinden) AYDOĞDU, Emine, Teşkilâtı Esasiye'den Günümüze Anayasalar, 1. Baskı, Palme Yayıncılık, Ankara 2005, syf. 357.

konu edilebilecek bir hak tanımı yapabilmek için elverişli görünmemektedir. Bu noktadan yani WHO'nun ve İHEB'in sağlık tanımı ile Anayasa'nın 56. maddesinden hareket edildiğinde, sağlık hakkının tanımlanmasında ve dolayısıyla içeriğinin belirlenmesinde iki temel zorlukla karşılaşıldığı gözlenmektedir. Bunlar, “sağlık hakkının pratikte yaşama geçirilebilir bir şekilde, gerçekçi bir yaklaşımla tanımlanması” ve “yapılacak tanımın, hakkın içeriğinin somut olarak belirlenebilmesine olanak sağlayacak nitelikte olması”dır.

Esasen sağlık hakkı açısından pratik önem taşıyan husus, “hakkın ne olduğu” değil; “hakkın kişilere tanıdığı yetkiler ile Devlet bakımından öngördüğü yükümlülüklerin neler olduğu”dur. İşte bu noktada yasalar, içtihat ve öğreti gibi bir hukuk kaynağı olan uluslar arası sözleşmelere başvurularak, sözleşmelerden hareketle sağlık hakkının içeriğinin somutlaştırılmaya çalışılması mümkündür.

Özellikle Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrasında 2004 yılında yapılan değişiklikten sonra “usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslar arası antlaşmaların kanun hükmünde olduğu, ayrıca usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslar arası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda uluslar arası antlaşma hükümlerinin esas alınacağı” göz önünde bulundurulduğunda; *Türkiye'nin taraf olduğu* uluslar arası sözleşmelerde yer alan sağlık hakkına ilişkin hükümlerin, iç hukukumuzda yasalardan da önce uygulanacak bir norm olarak belirleyici olacağı ve bu konuda bireylerin sahip olduğu yetkilerle Devletin görevlerinin belirlenmesinde bir pozitif hukuk kuralı olarak uygulama alanı bulacağı söylenebilecektir.

Bu bağlamda BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi (Sözleşme) konumuz açısından özel bir önem taşımaktadır. Çünkü Türkiye bu sözleşmeye 23.12.2003 tarihi itibarıyla taraf olmuştur ve bu tarih itibarıyla Sözleşme, Anayasa'nın 90/1. maddesi uyarınca iç hukukumuz bakımından “kanun” niteliği kazanmıştır. Öte yandan Sözleşme'de sağlık hakkına ilişkin bir madde (m.12) bulunmakta ve bu maddede sağlık hakkının içeriğinin somutlaştırılmasına olanak sağlayacak önemli hükümler yer almaktadır. Dolayısıyla iç hukukumuz açısından “sağlık hakkının kişilere tanıdığı yetkiler ile Devlet bakımından öngördüğü yükümlülüklerin neler olduğu”nun belirlenebilmesi, Sözleşme'nin 12. maddesinin incelenmesini gerekli kılmaktadır.

III. BM EKONOMİK, SOSYAL VE KÜLTÜREL HAKLAR SÖZLEŞMESİ'NİN 12. MADDESİ

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 16 Aralık 1966 tarihli ve 2200 A (XXI) sayılı kararıyla kabul edilen BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara

İlişkin Uluslar Arası Sözleşme, 3 Ocak 1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir.⁹ Türkiye ise sözleşmeyi 15.08.2000 tarihinde imzalamış, Sözleşme'nin onaylanmasının uygun bulunduğuna ilişkin 04.06.2003 günlü, 4867 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra 23.09.2003 tarihinde Sözleşme onay belgesini depo etmiş ve 23.12.2003 tarihinde Sözleşme'ye taraf olmuştur.¹⁰

BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin 12. maddesi sağlık hakkına ilişkindir. Maddenin birinci paragrafında sağlık hakkı tanımlanmakta; ikinci paragrafında ise, hakkın gerçekleştirilmesi konusunda taraf devletlerin yükümlülüklerine örnekler verilmektedir.

Sözleşme'nin 12. maddesinde sağlık hakkı "**herkesin, ulaşılabilecek en yüksek fiziksel ve zihinsel sağlık standardına sahip olma hakkı**"¹¹ olarak tanımlanmış bulunmaktadır. Buna göre bu hak her şeyden önce, *kişilere* "ulaşılabilecek en yüksek sağlık standardının gerçekleşmesi için gerekli olan bir çok faaliyet, mal, hizmet ve şartlardan yararlanma yetkisi"ni tanımakta; *Devlete* ise "kişilere, ulaşılabilecek en yüksek sağlık standardının gerçekleşmesi için gerekli olan bir çok faaliyet, mal, hizmet ve şartları temin etme ödevi"ni yüklemektedir.

Sözleşme'nin 12'nci maddesinin ikinci paragrafında da, taraf devletlerin bu hakkın tam olarak kullanılmasını sağlamak için alacakları tedbirlerin yöneleceği amaçlar belirtilmiştir. Maddeye göre bu amaçlar:

- a) Ölü doğum ve çocuk ölümleri oranlarının düşürülmesini ve çocuğun sağlıklı bir şekilde gelişmesini sağlamak,
- b) Çevresel ve sınıai sağlık şartlarının her yönüyle iyileştirilmesi,
- c) Salgın, yöresel, mesleki ve diğer hastalıkların önlenmesi, tedavisi ve kontrolü ile
- d) Hastalık durumunda herkese tıbbi hizmet ve tıbbi bakım sağlayacak koşulları yaratılmasıdır.

Maddede taraf devletlerin alacağı tedbirlerin yöneleceği amaçlar sayılırken, dolaylı olarak sağlık hakkının yaşama geçirilebilmesi için taraf devletlerin alması gereken somut önlemler de öngörülmüş olmaktadır. Bu bağlamda Sözleşme'ye taraf olan Devletler, "*ölü doğum ve çocuk ölümleri oranlarını düşürmekle, çocukların sağlıklı bir şekilde gelişmesini sağlamakla, sağlık koşullarının iyileştirilmesini temin etmekle, hastalıkları önlemekle, hastalık halinde bunların tedavisi ve kontrolü ile ayrıca hastalık halinde herkese tıbbi hizmet ve tıbbi bakım sağlayacak koşulları oluşturmak*"la yükümlüdür. Kanımızca maddede öngörülen bu tedbirler tüketici olarak sayılmamış, yalnız örnek kabilinden

⁹ GEMALMAZ, Mehmet Semih, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, 5. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2005, syf.427.

¹⁰ GEMALMAZ, syf.428.

¹¹ <http://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr>, erişim tarihi:24.03.2011.

belirtilmiştir. Gelişen ve değişen koşullar çerçevesinde, Sözleşmenin ruhuna uygun olarak bu tedbirlerin artırılması her zaman mümkündür.

BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin 12. maddesi ile sağlık hakkı açısından getirilen düzenlemenin nispeten somut ve pratikte uygulanabilir hükümler içerdiğini söylemek mümkündür. Ne var ki Sözleşme, uluslar arası düzlemde güçlü bir denetim mekanizması getirmemiş; sadece raporlar temeline dayalı bir denetim yöntemi benimseyerek, bireysel ya da devletler arası şikayet temeline dayalı bir korumaya yer vermemiştir.¹²

Sözleşme'nin 16. maddesine göre taraf devletler, Sözleşme'de tanımlanan haklara saygı gösterilmesinin sağlanmasında aldıkları tedbirler ve kaydedilen gelişmeler konusunda raporlar vermekle yükümlüdürler. Bununla birlikte bu raporlar üzerine ya da bir başka yolla ortaya çıkan hak ihlalleri bakımından Sözleşme, herhangi bir yaptırım öngörmüş değildir. İhlal durumunda sadece Sözleşme'nin 23. maddesine göre hakların gerçekleştirilmesine yönelik uluslar arası düzeyde tedbirler alınabilecektir. Bu bu tedbirler ise, "sözleşmeler yapılması, tavsiye kararları alınması, teknik yardımda bulunulması ve danışma ve inceleme amacı ile ilgili Hükümetlerle birlikte düzenlenecek bölgesel ve teknik toplantılar yapılması" gibi yöntemleri kapsamaktadır.

Belirtmek gerekir ki, Sözleşme'nin 16. maddesi kapsamında taraf devletlerce sunulan raporların incelenmesi görevini yerine getirmek için 1985 yılında BM bünyesinde Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi (Komite) kurulmuştur.¹³ Daha önce bu görevi yapan Ekonomik ve Sosyal Konsey'den farklı olarak Komite, raporları incelemesinin yanı sıra taraf devletlerin rapor sunma yükümlülüklerine yardımcı olmak amacıyla Sözleşme maddeleri ile ilgili genel yorumlarda da bulunmuştur.¹⁴ Bu yorumlardan 2000 yılında yapılan 14 numaralı genel yorum Sözleşme'nin 12. maddesi ile ilgilidir ve bu maddenin taraf devletlerden istediği yükümlülükler konusunda somut bazı tespitlerde bulunmaktadır.

Kapsamına aldığı hakların ihlali durumunda etkili bir yaptırım öngörmemiş olması, bu haklar bakımından Sözleşme'nin hukukî ve fiili önemini bütünüyle ortadan kaldırmamaktadır. Çünkü daha önce de belirttiğimiz gibi, 1982 Anayasası'nın 90. maddesi gereğince usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslar arası sözleşmeler kanun hükmündedir, bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamayacaktır ve usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslar arası sözleşmeler ile kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıka-

¹² GÜLMEZ, Mesut, Birleşmiş Milletler Sistemi'nde İnsan Haklarının Korunması, 1. Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2004, syf. 232.

¹³ GÜLMEZ, syf. 232.

¹⁴ UYAR, syf. 127.

bilecek uyuşmazlıklarda uluslar arası sözleşme hükümleri esas alınacaktır. Dolayısıyla pozitif hukukumuz yönünden Sözleşme'nin 12. maddesi, esasen bir kanun hükmü olarak kişilere “ulaşılabilir en yüksek fiziksel ve zihinsel sağlık standardına sahip olma hakkını” tanımaktadır. Öte yandan Türkiye Cumhuriyeti Devleti bu hakkın gerçekleştirilmesini sağlamak için 12. maddenin 2. fıkrasında öngörülen tedbirleri almakla yükümlüdür ve Komite tarafından yapılan 14 Numaralı Genel Yorum, iç hukukumuz açısından 12. maddenin içeriğinin belirlenmesi noktasında yol gösterici olacaktır.

Kanımızca iç hukukumuz açısından Sözleşme'nin 12. maddesinde yer alan hak tanımı ile maddenin 2. fıkrasının (d) bendinde öngörülen yükümlülük özel önem taşımaktadır. Zira söz konusu tanım ve yükümlülük somut bir içeriğe sahip olduğundan; meydana gelen uyuşmazlıklarda kişilerin bu düzenlemeler uyarınca hak iddia etmeleri ve mahkemelerin uyuşmazlığın çözümünde doğrudan bu düzenlemelere başvurabilmesi mümkündür. Bu çerçevede belirtebiliriz ki Türk Pozitif Hukuku'nda herkes, “ulaşılabilir en yüksek fiziksel ve zihinsel sağlık standardından eşit şekilde faydalanmasına olanak tanıyan bir sağlık sistemine sahip olma” hakkına sahiptir.¹⁵ Yine belirtebiliriz ki, hukukumuzda herkesin “hastalık durumunda kendisine tıbbi hizmet ve tıbbi bakım sağlayacak koşulların yaratılmasını isteme” hakkı vardır.¹⁶ Dolayısıyla bu

¹⁵ Bu hak tanımında geçen ‘en yüksek fiziksel ve zihinsel sağlık standardı’ her Devlet açısından, o Devletin imkânlarına bağlı olarak farklılık gösterebilecektir. Bununla birlikte Komite'nin 14 Numaralı Genel Yorumu'nda belirtilen sağlık hakkının temel unsurları, bu standartın ne olduğunun ortaya konulması konusunda uygulayıcılara yardımcı olacak veriler içermektedir. Komite'ye göre *sağlık hakkı*, “*taraf devletteki kamu sağlığı hizmetleri, sağlıkla ilgili mallar, olanaklar, hizmetler ve sağlık programlarının yeterli miktarda olması*” şeklinde tanımlanabilecek **mevcudiyet**; “*taraf devletlerin yetki alanı içindeki herkes tarafından ayırım gözetilmeksizin sağlıkla ilgili olanaklar, mallar ve hizmetlere ulaşılabilmesi*” olarak tanımlanabilecek **erişilebilirlik**; “*bütün sağlık olanakları, mallar ve hizmetlerin tıbbi etiğe saygılı ve kültürel açıdan uygun olması*” şeklinde tanımlanabilecek **kabul edilebilirlik** ve “*bütün sağlık olanakları, mallar ve hizmetlerin bilimsel ve tıbbi açıdan uygun olması*” olarak tanımlanabilecek **kalite** olmak üzere dört temel unsurdan oluşmaktadır. Ayrıca belirtmek gerekir ki bu unsurlardan elverişlilik unsuru da kendi içinde alt unsurlar içermektedir. “Sağlık olanakları, mal ve hizmetlerin özellikle toplumun risk altındaki kesimleri başta olmak üzere, herkes açısından huzelen ve uygulamada herhangi bir ayırmacılık gözetilmeden erişilebilir olması” olarak tanımlanan *ayırmacılık yasağı*; “sağlık olanakları, mal ve hizmetlere herkes tarafından güvenli olarak ulaşılabilmesi” olarak tanımlanan *fiziksel erişilebilirlik*; “herkesin sağlık olanakları, mal ve hizmetlerin bedelini ödeyebilmesi” olarak tanımlanan *ekonomik erişilebilirlik* ve “sağlıkla ilgili konularda bilgi talep etme, bilgi alma ve verme ile görüş beyan etme” olarak tanımlanan *bilgiye erişilebilirlik* söz konusu alt unsurları oluşturmaktadır. Bkz. Komite 14 Numaralı Genel Yorum prg.7 ve 12. UYAR, syf. 239-242.

¹⁶ Komite'ye göre “*gerek fiziksel gerekse ruhsal açıdan, temel önleyici, iyileştirici, rehabilite edici sağlık hizmetlerine ve sağlık eğitimine; düzenli tetkik programlarına; yaygın hastalıkların, rahatsızlıkların, yaralanmaların ve sakatlıkların uygun şekilde tedavisine toplum geneli açısından eşit ve zamanında*

hakların yerine getirilmemesi durumunda kişiler, kendilerine hak tanıyan kanun gücündeki bu hükümlerin ihlal edilmesinin gerektirdiği yaptırımları uygulamalarını mahkemelerden isteyebileceklerdir. Nitekim Komite'nin de belirttiği gibi, sağlık hakkını tanıyan uluslar arası belgelerin kabul edilmesiyle birlikte mahkemeler, doğrudan sözleşmedeki yükümlülükler atıfta bulunarak sağlık hakkının ihlal edildiğini tespiti yetkili olmaktadır.¹⁷

IV. BM EKONOMİK, SOSYAL VE KÜLTÜREL HAKLAR SÖZLEŞMESİ'NİN 12. MADDESİNİN İDARENİN SORUMLULUĞUNA ETKİSİ

Kamu hizmeti, toplumsal hayatın sürdürülebilmesi için gerekli olan toplumsal ihtiyaçların karşılanması faaliyetinin Devlet tarafından, kamu hukukuna özgü kurallar çerçevesinde üstlenilmesini ifade etmektedir.¹⁸ Sağlık hizmeti de, idare tarafından sunulan en eski ve en önemli kamu hizmetlerinden bir tanesidir. Bu hizmet ya kendi personel ve imkanlarıyla idare tarafından bizzat sunulmakta ya da idarenin denetim ve gözetimi altında özel hukuk kişileri tarafından yerine getirilmektedir.¹⁹

Bireyler açısından sağlık hakkının kullanımının en görünür şekli Devlet ve bu kapsamda kamu idareleri tarafından sağlık kamu hizmetinin sunulmasıdır. Dolayısıyla sağlık hakkının kişilere tanıdığı yetkiler ve kamu otoritelerine yüklediği ödevler sağlık hizmetinin yürütümü esnasında gün yüzüne çıkmakta; bu hakkın kişilere tanıdığı yetkilerin ihlali ya da kamu otoritelerine yüklediği görevlerin ihmali kişiler açısından bir takım zararların meydana gelmesine sebebiyet verebilmektedir.

Hukuk devleti tarafından hukuk kuralları çerçevesinde yönetim görevi yerine getirilirken ve bu kapsamda sağlık hizmetleri ya da diğer kamu hizmetleri yürütülürken kusurlu ya da kusursuz olarak gerçekleştirilen bir takım eylem ve işlemler yoluyla maddi veya manevi çeşitli zararlara neden olunabilmesi mümkündür. Bu durum ise, idarî faaliyetler sonucu idare ile birey arasında

erişim"in sağlanması, bu hak kapsamında Devlete düşen ödevlerden biridir. Komite 14 Numaralı Genel Yorum prg.17 UYAR, syf. 244.

¹⁷ "Sağlık hakkını tanıyan uluslar arası belgelerin kabul edilmesi veya uygulanması, hak arama yollarının etkililiğini artıracaktır. Böylece, mahkemeler doğrudan Sözleşme'deki yükümlülükler atıfta bulunarak, sağlık hakkının ihlal edildiğini tespit etme yetkisine sahip olacaklardır. Hâkimler ve diğer hukukçular görevlerini yerine getirirken sağlık hakkı ihlallerine gereken özeni göstermelidir." Komite 14 Numaralı Genel Yorum prg.60, 61 UYAR, syf. 262.

¹⁸ KARAHANOĞULLARI, Onur, Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2004, syf. 5.

¹⁹ YILMAZ, Mustafa, İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Kusur Sorumluluğu, Sağlık Hukuku Sempozyumu Erzincan 15-16 Mayıs 2006, 1. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2007, syf. 135.

idare lehine, birey aleyhine bozulan malî dengenin eski hale iadesini amaç eden bir müessesese olarak idare hukukunda sorumluluk kavramını gündeme getirmektedir.²⁰

Anayasa'nın 125. maddesinde, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararları ödemekle yükümlü olduğu hükme bağlanmıştır. İdarenin sorumluluğunun kural olarak "kusur" esasına, yani hizmet kusuruna dayandığı²¹; hizmet kusurunun da genel olarak "bir kamu hizmetinin kuruluş ve işleyişindeki aksaklık ve bozukluk olduğu, hizmetin hiç işlememesi, geç işlemesi veya kötü işlemesi hallerinde hizmet kusurunun gündeme geleceği"²² gerek İdare Hukuku öğretisinde, gerekse Danıştay içtihatlarında genel kabul görmektedir.²³

²⁰ ÇAĞLAYAN, Ramazan, Tarihsel, Teorik ve Pratik Yönleriyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğu, 1. Bası, Asil Yayın Dağıtım, Ankara 2007, syf. 20-21.

²¹ ONAR, Sıddık Sami, İdare Hukununun Umumî Esasları Cilt III, 3. Bası, Hak Kitabevi, İstanbul 1966, syf.1696, GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, TAN, Turgut, İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar, 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2007, syf. 835, YAYLA, Yıldızhan, İdare Hukuku, 1. Bası, Beta Basım, İstanbul 2009, syf.362-363, EROĞLU, Hamza, İdare Hukuku, 3. Bası, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, Ankara 1978, syf.471, GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku Cilt II, 1. Bası, Ekin Kitabevi, Bursa 2003, syf.974-975, ÖZDEMİR, Necdet, Hizmet Kusuru Teorisi ve İdarenin Sorumluluğu, 1. Bası, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, Ankara 1963, syf.35, ATAY, Ender Ethem, İdare Hukuku, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2009, syf.706, "İdare mahkemesince davalı idarenin olaydaki tazmin sorumluluğu belirlenirken hem kusursuz sorumluluk hem hizmet kusuru ilkesine dayanılmıştır. Oysa öncelikle hizmet kusurunun araştırılması, kusurun belirlenememesi halinde kusursuz sorumluluk ilkesinin uyumsuzluğa uygulanıp uygulanamayacağı belirlenmesi gerekir." Danıştay 10.D., 15.10.1996, E:1995/482, K:1996/5981 www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp erişim tarihi:28.03.2011 "Hizmet kusurundan dolayı sorumluluk, idarenin sorumluluğunun doğrudan doğruya ve asli nedenini oluşturmaktadır." Danıştay 10.D., 29.04.2008, E:2007/3301 K:2008/2939, Danıştay Dergisi, Yıl 38, S.119, syf.331 "İdarenin hizmet kusuru sebebine dayalı sorumluluğu, temyizen incelenen kararda belirtilenin aksine, ikincil derecede sorumluluk olmayıp, asli bir sorumluluktur." Danıştay 10.D., 13.02.2006, E:2004/9120 K:2006/1220, Danıştay Dergisi, Yıl 36, S.113, syf. 311.

²² ONAR, syf.1736-1737, GÖZÜBÜYÜK, TAN, syf.836-837, YAYLA, syf.362, ÖZDEMİR, syf. 51 vd, GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, 9. Bası, İmaj Yayınevi, Ankara 2004, syf.331 vd, YILDIRIM, Turan, İdari Yargı, 1. Bası, Beta Basım, İstanbul 2008, syf.253, ATAY, syf.714 vd "...hizmetin kötü veya geç işlemesi, gereği gibi işlememesi sonucu bir zarara sebebiyet verilmiş olması halinde hizmet kusuru nedeniyle idareye meydana gelen maddi veya manevi zararları tazmin sorumluluğu yükleyeceği idare hukukunun yerleşmiş ilkelerindedir." Danıştay 2.D, 13.07.2007, E:2007/1297 K:2007/3247, Danıştay Dergisi, Yıl 38, S.117, syf.106, "İdarenin yürütmekle yükümlü olduğu bir hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde veya işleyişindeki nesnel bozukluk, aksaklık veya boşluk olarak tanımlanabilen hizmet kusuru; hizmetin kötü işlemesi veya hiç işlememesi hallerinde gerçekleşmekte ve idarenin tazmin yükümlülüğünün doğmasına yol açmaktadır." Danıştay 6.D, 23.05.2008, E:2006/4923 K:2008/3340, www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp erişim tarihi:28.03.2011, "İdarenin yürütmekle görevli olduğu bir hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde veya işleyişindeki nesnel nitelikli bozukluk, aksaklık

Danıştay sağlık kamu hizmetinin yerine getirilmesi esnasında meydana gelen zararlar nedeniyle idarenin sorumluluğunu incelerken “kusur sorumluluğu” esasına dayanmakta ve sağlık hizmetinin kuruluş, düzenleniş veya işleyişinde idareye atfedilebilir bir kusur bulunup bulunmadığını her somut olayda ayrıca incelemektedir. Hatta Danıştay sağlık hizmetinin yerine getirilmesi sebebiyle idarenin sorumluluğunu kabul etmek için normal kusuru yerinde görmemekte; kişilerin sağlık kamu hizmetinden yararlanan konumunda olduğu²⁴ ve sağlık hizmetinin doğası gereği bünyesinde risk barındırdığı gerekçesiyle, idarenin sorumlu tutulabilmesi için kusurun “ağır kusur” niteliğinde olmasını aramaktadır. Danıştay’a göre, “...zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumda olduğu ve hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı hallerde, idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için zararın, idarenin ağır hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir. Bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmetinden yararlananın zarara uğraması halinde, bu zararın tazmini ancak idarenin ağır hizmet kusurunun varlığı halinde mümkün olabilecektir.”^{25 26}

veya boşluk olarak tanımlanabilen hizmet kusuru; hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi hallerinde gerçekleşmekte ve idarenin tazmin yükümlülüğünün doğmasına yol açmaktadır.” Danıştay 10.D., 19.09.2007, E:2004/6540, K:2007/4237, Danıştay Dergisi, Yıl 38, S.118, syf. 326, “İdarenin hizmet kusurundan doğan sorumluluk halleri, ... günümüz öğreti ve içtihatlarında .. hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi ve hiç işlememesi şeklinde üç ana başlık halinde toplanmaktadır.” Danıştay 13. D., 02.12.2005, E:2005/2625 K:2005/5753 www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp erişim tarihi: 28.03.2011.

²³ Bununla birlikte günümüzde gelişen idari sorumluluk anlayışı çerçevesinde, risk ilkesi, kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi gibi bazı ilkeler çerçevesinde idarenin kusuru olmasa dahi bazı idarî işlem ve eylemlerden kaynaklanan zararların tazmini ile yükümlü olduğu kabul edilmektedir. Detaylı bilgi için bkz. ÇAĞLAYAN, syf. 255 vd.

²⁴ “Bünyesinde risk barındırma” sağlık hizmeti açısından ayırıcı bir nitelik taşısa da; “kişilerin yararlanan konumunda olması”nın sağlık hizmetini diğer kamu hizmetlerinden ayıran bir faktör olduğunu ileri sürmek güçtür. Tüm kamu hizmetlerinde kişiler yararlanan konumunda olduğundan; Danıştay’ın aksine, bu durumun sağlık hizmetlerinde hizmet kusurunun varlığı için ağır kusur aranmasına gerekçe oluşturamayacağı kanaatindeyiz.

²⁵ Danıştay 10.D, 27.03.2002, E:2000/1010 K:2002/852, Danıştay 10.D., 03.04.2001, E:2000/227 K:2001/1241, Danıştay 10.D., 16.04.2001, E:1998/7339 K:2001/1386 BAL, Yakup, ŞAHİN, Yahya, KARABULUT, Mustafa, Danıştay 10. Dairesinin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, syf.307, 310, 312. Benzer yönde bkz. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 18.10.2007, E:2004/721 K:2007/2030, Danıştay Dergisi, Yıl 38, S.118, syf.80: “...sağlık hizmetleri hizmetten yararlananın kişisel özelliklerine ve hizmetin yürütülmesine bağlı olarak önceden öngörülemeden belirli bir tehlikeyi içerdiğinden, idarenin tazmin sorumluluğu için kural olarak idarenin ağır hizmet kusurunun bulunması ve zararlar, yürütülen sağlık hizmeti arasında nedensellik bağı bulunması gerekmektedir...”

Danıştay, sağlık hizmetinin yürütülmesi esnasında meydana gelen zararlarda idarenin sorumlu olup olmadığını belirlerken genel olarak tıp mesleğinin gereklerini dikkate almakta ve olayda idarenin ağır hizmet kusurunun bulunup bulunmadığını meslek gereklerine göre değerlendirmektedir. Yüksek Mahkeme'ye göre, "...sağlık hizmetlerini yürütmekle görevli olan idare, hastanelerde yapılacak tedavilerin ve cerrahi müdahalelerin tıbbi esaslara uygun biçimde, hizmetin gerektirdiği yeterliliğe sahip personelle ve gerekli dikkat ve özenin gösterilmesi suretiyle yapılmasını sağlamakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi ağır hizmet kusuru niteliğinde..."²⁷ dir.

Hizmet kusuru teorisine göre hizmetin hiç işlememesi, geç işlemesi veya kötü işlemesi hallerinde hizmet kusurunun varlığı kabul edildiğine göre, bir olayda hizmet kusurunun bulunup bulunmadığının saptanması her şeyden önce "kamu hizmetinin nasıl yürütülmesi gerektiği" sorusuna verilecek cevaba bağlıdır. Zira özellikle hizmetin geç veya kötü işlediğinin tespit edilebilmesi, öncelikle hizmetin ne zaman "olması gerektiği şekilde işlemiş" sayılacağına bilinmesini gerektirmektedir. Bu bağlamda "sağlık kamu hizmeti"nin tıp biliminin esaslarına, tıp meslek kurallarına uygun şekilde ve ayrıca hizmetin önemine uygun gerekli özen ve dikkatin gösterilmesi suretiyle yerine getirilmesi gerektiği tartışmasızdır. Ancak bu noktada "tıp biliminin gereklerinin ne olduğu", "tıbbi esaslar çerçevesinde somut olayda gösterilmesi gereken dikkat ve özenin ne şekilde değerlendirileceği" sorularıyla karşılaşmaktadır.

Bazı hallerde tıp biliminin gerekleri ya da sağlık hakkı çerçevesinde kişilerin sahip olduğu imkânlar ile idarelere yüklenen ödevler pozitif mevzuat hükümlerinde yer alabilmektedir. Örneğin, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sa-

²⁶ Belirtmek gerekir ki Danıştay ağır hizmet kusurunun varlığını sadece bünyesinde risk barındıran tıbbi operasyonlar bakımından aramaktadır. Tıbbi operasyon kapsamında değerlendirilemeyen ve dolayısıyla risk taşımayan sağlık hizmetine ilişkin diğer faaliyetler açısından hizmet kusurunun varlığına hükmedebilmek için normal kusur yeterli görülmektedir. "...idarenin tazmin sorumluluğunun doğması için aranan ağır hizmet kusuru; riskli tıbbi müdahaleler ve operasyonlar bakımından geçerli olup; sağlık hizmeti içinde değerlendirilmekle beraber, tıbbi operasyon kapsamına dahil edilemeyecek birtakım bakım, gözetim ve yan müdahalelerin hiç veya gereği gibi yapılmaması dolayısıyla oluşan zararlarda, idarenin sorumluluğundan söz edebilmek için ağır hizmet kusurunun aranmasına gerek bulunmamaktadır. Bu bağlamda; dava konusu olayda, yoğun bakım ünitesinde tedavi görmekte olan davacıların yakınının sık sık kendisini solunum cihazına bağlayan maskeyi çıkarmaya çalıştığı ve olay tarihinde de solunum maskesini çıkarması sonucu hayatını kaybettiği anlaşıldığından, daha önce çeşitli kereler maskeyi çıkarmaya çalıştığı hastane personeline bilinen hastaya, solunum maskesini çıkarmasını engelleyecek ek müdahalelerde bulunmamak suretiyle yeterli dikkat ve özeni göstermeyen davalı idarenin bu tutumunun hizmet kusuru olarak kabulü zorunlu olup..." Danıştay 10.D., 24.09.2007, E:2005/3719 K:2007/4316, Danıştay Dergisi, Yıl 38, S.117, syf. 283.

²⁷ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 18.10.2007, E:2004/721 K:2007/2030, Danıştay Dergisi, Yıl 38, S.118, syf. 80.

natlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'da, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nda, Hasta Hakları Yönetmeliği'nde, Sağlık Bakanlığı'nın birçok genelgesinde bu yönde hükümlere rastlamak mümkündür. Mevzuatta açık bir hükmün bulunduğu bu gibi durumlarda, mevzuatın öngördüğü ödevin yerine getirilmemesi ya da kişilere tanıdığı imkânın kullandırılmaması sağlık hizmetinin kusurlu işletildiği yönünde bir karine oluşturacaktır. Örneğin bir ilacın yan etkisi nedeniyle işitme kaybına maruz kalan kimsenin açtığı tam yargı davasında Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, "...1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanununun 70. maddesinde 'Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın muvafakatını alırlar' hükmünün öngörüldüğü ve böylece uygulanacak işlem veya ilacın yan etkileri konusunda hastanın uyarılarak onayının ve gerekli tedbirlerin alınmasının amaçlanmış bulunduğu ... davacının kulak zarının delik olduğu doktor tarafından bilindiği halde, ilacın yan etkilerinin daha fazla olabileceği hususunun davacıya bildirilmemesi, böylece hizmetten yararlanmama hakkının tanınmaması, riskin azaltılabilmesi için ilaç dozunu ayarlamada gerekli özenin gösterilmemesinin ağır hizmet kusurunu oluşturduğu..." gerekçesiyle davacının manevi tazminat isteminin kabulü yönünde verilen ilk derece mahkemesi ısrar kararını onamıştır.²⁸ Yine bir başka olayda Danıştay 10. Dairesi "... Sağlık Bakanlığı'nun sağlık kurum ve kuruluşlarına gönderdiği 29.4.1993 tarih ve 05300 sayılı yazının 'HIV/AIDS TANISI' başlıklı bölümünün ilk paragrafında, '...Doğrulama testi yapılmadan pozitif sonucu geçerli olmaz ve hiç kimseye açıklanamaz' kuralına yer verilmiştir. ... Olayda, davacılar yakını olan ... 'ya ... Devlet Hastanesi'nde yapılan ve pozitif çıkan HIV testinin sonucunun, yukarıda belirtilen yazıya göre, davacıların yakını da dahil olmak üzere doğrulama testi yapılmadan hiç kimseye açıklanmaması ve ilgilinin doğrulama testi için bir üst basamak sağlık kuruluşuna sevki gerekirken, laboratuvar teknisyeni tarafından doğrulama testi yapılmadan önceki aşamada pozitif çıkan test sonucunun açıklanmasının neden ve etkisiyle davacılar yakını intihar etmek suretiyle yaşamını yitirmiştir. ... dava konusu olayın oluş şekli, hastalığın niteliği ve özelliği dikkate alındığında, davacılar yakınının idarenin ağır hizmet kusurunun neden ve etkisiyle intihar etmek suretiyle yaşamını yitirmesi sonucunda doğan zarar ile idari faaliyet arasında uygun nedensellik bağı bulun..."duğu gerekçesiyle maddi ve manevi tazminat istemini reddeden idare mahkemesi kararını bozmuştur.²⁹

Sağlık hizmetinin ne şekilde yürütülmesi gerektiği konusunda mevzuatta açık bir hükmün bulunmadığı hallerde Danıştay, bazen idare hukukuna ve idari

²⁸ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 07.03.2003, E:2002/716 K:2003/91, Danıştay Kararlar Dergisi, Yıl 1, S.2, syf. 122-126.

²⁹ Danıştay 10.D., 28.12.2007, E:2005/8407 K:2007/6526, Danıştay Dergisi, Yıl 38, S.118, syf. 328-330.

yargılama usulüne ilişkin temel kurallardan hareketle ağır hizmet kusurunun varlığını tespit edebilmektedir. Örneğin, idarelerin faaliyetlerinin, işlem ve eylemlerinin kayıt altına alınması ve bu kayıtların gerektiğinde bu işlem ve eylemlerin hukuka uygunluğunu denetleyen idari yargı mercilerine ibrazı gerektiği³⁰ açıktır. Bu bağlamda Danıştay “*davacıya 3 kez tıbbi müdahale uygulanmasına karşın, hastaya ait grafilerin gerekli şekilde muhafaza edilmesi ve hastaya ait dosyanın kaybedilmesinin, sağlık hizmetinin işletilmesine ilişkin ağır hizmet kusuru teşkil ettiği*”ne hükmetmiş ve aynı kararında, bu durumun ayrıca “*meydana gelen zarar nedeniyle idarenin sorumluluğunun bulunup bulunmadığının yargısal denetimini de engellediği*”ni belirtmiştir.³¹

Mevzuat hükümlerinden veya idare hukukuna, idari yargılama usulüne ilişkin genel hükümlerden hareketle idarenin sağlık hizmetini yürütürken ağır kusur işleyip işlemediğinin saptanamadığı hallerde Danıştay, dosyanın adalet hizmetlerinde bilirkişilik yapmak üzere görevlendirilmiş olan Adli Tıp Kurumu’na gönderilmesini ve dosya üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılmak suretiyle alınacak rapor doğrultusunda sorunun çözümlenmesini istemektedir. Danıştay’a göre “*tıbbi operasyonların sonuç ve etkilerinin ortak hayat deneyimleri veya hayatın olağan akışı göz önüne alınarak yargı yerince saptanamayacağı açıktır*”³² ve “*idarenin tazmin yükümlülüğü açısından ağır hizmet kusuru bulunup bulunmadığı hususunun adalet işlerinde bilirkişilik görevi yapmak üzere kurulan Adli Tıp Kurumu aracılığıyla, ... dosya üzerinden yaptırılacak inceleme sonucu saptandıktan sonra, ... belirlenmesi ve buna göre karar verilmesi*”³³ gerekmektedir. Diğer taraftan bu şekilde Adli Tıp Kurumu tarafından yapılan bir inceleme olmamasına karşın, somut uyuşmazlığa ilişkin bir Yüksek Sağlık Şurası kararı varsa ve bu kararda sağlık hizmetinin yürütümünde kusur bulunduğuna ilişkin bir tespit yapılmışsa Danıştay, Yüksek Sağlık

³⁰ 2577 sayılı Kanun’un 20. maddesi gereğince, “Mahkemeler belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilirler. Bu husustaki kararların, ilgililerce, süresi içinde yerine getirilmesi mecburidir.”

³¹ Danıştay 10.D., 29.04.2008, E:2007/3301 K:2008/2939, Danıştay Dergisi, Yıl 38, S:119, syf. 329-332.

³² Danıştay 10.D., 25.06.2008, E:2007/2965 K:2008/4831, Danıştay Dergisi, Yıl 39, S:120, syf. 311.

³³ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 18.10.2007, E:2004/721 K:2007/2030, Danıştay Dergisi, Yıl 38, S:118, syf.80 Benzer yönde bkz. Danıştay 10.D., 10.04.2006, E:2005/1870 K:2006/2294, Danıştay Dergisi, Yıl 36, S:113, syf. 309: “*idarenin tazmin yükümlülüğü açısından hizmet kusuru bulunup bulunmadığı hususunun adalet işlerinde bilirkişilik görevi yapmak üzere kurulan Adli Tıp Kurumu aracılığıyla dosya üzerinden yaptırılacak inceleme sonucu saptandıktan sonra bir karar verilmesi gerekirken ...*”

Şûrası kararından hareketle de hizmet kusurunun varlığına hükmedilebileceğini kabul etmektedir.³⁴

Yukarıda özetlenmeye çalışıldığı üzere Danıştay, sağlık kamu hizmetinin yürütülmesi nedeniyle idarenin sorumluluğunu, kural olarak ağır kusurun varlığı halinde kabul etmektedir. Yüksek Mahkeme, ağır kusurun var olup olmadığının belirlenmesine ilişkin olarak mevzuat hükümlerini ve idare hukukunun genel hükümlerini referans almakta, mevzuat ile genel idare hukuku ilkeleri dışında uyuşmazlığın çözümünün teknik bilgi gerektirmesi durumunda da Adli Tıp Kurumu aracılığıyla dosya üzerinde yaptırılacak bilirkişi incelemesi sonucunda düzenlenecek rapora göre hüküm kurulması gerektiğini kabul etmektedir. Bununla birlikte Danıştay, genel olarak sağlık hakkının kapsamının özelden de sağlık hizmetlerinde hizmet kusurunun belirlenmesi noktasında herhangi bir uluslar arası sözleşmeye, bu çerçevede BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin 12. maddesine atıfta bulunmamaktadır.

Oysa Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrası uyarınca usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslar arası antlaşmalar iç hukukumuz açısından kanun hükmündedir. Hatta BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi gibi temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmalar, kanunlara aykırı olsa dahi uygulanması gereken norm statüsündedir. Bu çerçevede BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin 12. maddesinin başta tam yargı davaları olmak üzere sağlık hakkına ilişkin uyuşmazlıklarda uygulama alanı bulması hem kanun gücündeki bir norma işlerlik kazandıracak, hem de sağlık hakkı ve sağlık hizmeti kavramlarının yorumlanması konusunda iç hukukumuz ile evrensel hukuk arasında bağ kurulmasını sağlayacaktır.

Öte yandan Sözleşme'nin 12. maddesinin Komite'nin 14 Numaralı Genel Yorumu çerçevesinde ele alınması, anılan genel yorumda yapılan bir çok somut tespit nedeniyle, iç hukukumuzda sağlık hakkının kapsamının daha belirgin, daha öngörülebilir olmasını netice verecektir. Bu bağlamda, “*sağlık hakkının zamanında ve uygun sağlık hizmetinin yanı sıra, güvenli ve içilebilir suya, yeterli temizliğe, güvenli gıdaya, beslenme ve konuta, sağlıklı yerleşim koşulları ile çevresel koşullara, cinsel sağlık ve üreme de dahil olmak üzere sağlıkla ilgili eğitim ve bilgiye sahip olmayı kapsadığı, sağlık hakkının mevcudiyet, erişilebilirlik, kabul edilebilirlik ve kalite şeklinde dört temel unsuru olduğu,*³⁵ *sağlık hizmetine ilişkin uygulamaların hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin yürütülmesi ve herkes tarafından ulaşılabilir olması, Devletin gerekli sağlık*

³⁴ “... Yüksek Sağlık Şûrası'nca yapılan tespitler uyarınca, davalı idarece yürütülen sağlık hizmetinin kuruluşunda ve işleyişinde ağır hizmet kusurunun bulunduğu açıktır.” Danıştay 10.D., 19.09.2007, E:2004/6540 K:2007/4237, Danıştay Dergisi, Yıl 38, S.118, syf. 327.

³⁵ Bu unsurların tanımı için bkz. Dipnot 17.

*sigortası ve tıbbi bakım hizmetleri için yeterli olanaklara sahip olmayanlara bu imkânları sunma veya sağlık hizmetleri ve tıbbi bakım konusunda ayrımcılığa uğramalarını engelleme yükümlülüğünde olduğu, sağlık hakkının Devlete 'saygı duyma, koruma ve yerine getirme yükümlülüğü' şeklinde üç tür sorumluluk yüklediği, koruma yükümlülüğünün üçüncü kişilerin sağlık hakkı kapsamındaki güvencelere müdahalesini engellemeye yönelik tedbirler alınmasını gerektirdiği, bu kapsamda Devlet tarafından gerekli şekilde denetlenmeyen üçüncü kişilerin faaliyetleri ile de sağlık hakkının ihlal edilebilmesinin mümkün olduğu*³⁶ gibi sağlık hakkı bakımından güvence oluşturan ve hakkı belirgin kılan bir çok yaklaşım iç hukukumuzda kazandırılmış olacaktır.

Komite tarafından yapılan genel yorum iç hukukumuz açısından bir kaynak olarak kabul edilmese dahi, doğrudan Sözleşme'nin 12. maddesi herkesin "ulaşılabilir en yüksek fiziksel ve zihinsel sağlık standardına sahip olma hakkı"nın bulunduğunu belirtmekte ve yine herkesin "hastalık durumunda kendisine tıbbi hizmet ve tıbbi bakım sağlayacak koşulların yaratılmasını isteme hakkı"na sahip olduğunu öngörmektedir. Ayrıca maddeye göre Devlet, "çevresel ve sınai sağlık şartlarının her yönüyle iyileştirilmesi" ile de yükümlü bulunmaktadır. Bu hükümler ise sağlık kamu hizmetinin yürütülmesi açısından Devlete açıkça pozitif yükümlülükler yüklemekte, sağlık hizmetlerinin herkese eşit şekilde ve ulaşılabilir en yüksek standartta sunulabilmesi için gerekli tedbirlerin alınmasını gerekli kılmaktadır. Bu bağlamda ülkenin herhangi bir bölgesinde kaza ya da hastalık gibi bir nedenle sağlık hizmetine ihtiyaç duyan ve ülkenin diğer bölgelerinden farklı olarak, salt bulunduğu yerdeki sağlık standartının yetersizliği nedeniyle kaliteli sağlık hizmeti alamayan bir kimse- nin, bir iç hukuk normu niteliğindeki Sözleşme hükmüne dayanarak idarenin sorumluluğunu ileri sürebilmesi mümkündür. Örneğin bir trafik kazası geçiren ve kendisine acil sağlık hizmeti sunulması gereken bir kimse, kazanın olduğu yerdeki koşulların diğer yerlere oranla daha niteliksiz olmasından ötürü bir zarara uğramışsa, Sözleşme'nin 12. maddesinden kaynaklanan yükümlülüğünü yerine getirmeyen idareden uğradığı zararların tazminini isteyebilmelidir. Yine örneğin ülkemizde kot taşıma işinde görev alan işçilerin sıklıkla yakalandığı silikozis hastalığının önlenmesi ve bu konuda gerekli denetimlerin yapılması bakımından Devletin sorumluluğu, Sözleşme'nin 12. maddesi çerçevesinde "sınai sağlık şartlarının her yönüyle iyileştirilmesi" ödevi kapsamında değerlendirilebilecektir.³⁷ Öte yandan bu gibi durumlarda idarenin sorumluluğunun

³⁶ Bkz. Komite 14 Numaralı Genel Yorum, UYAR, syf. 236 vd.

³⁷ 25.02.2011 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 6111 sayılı Kanun'la 2022 sayılı Kanun'a eklenen geçici 2. madde, silikozis hastalığı nedeniyle meslekte kazanma gücünü kaybedenlerin kendisine, bu hastalık nedeniyle vefat edenlerin de ailelerine aylık bağlanmasını; ayrıca bu kimselerin sağlık harcamalarının yeşil kart verilerek karşılanmasını öngörmektedir. Her ne kadar bu yönde bir yasal düzenleme yapıp yapılmaması idarenin sorumluluğu kapsamında

saptanması üzerine hükmedilecek manevi tazminatın miktarı belirlenirken, idarenin 12. maddede öngörülen somut bir yükümlülüğünü yerine getirmemiş olduğunun da dikkate alınması gerektiği düşüncesindeyiz. Hiç şüphesiz yargı erki tarafından bu yönde izlenecek bir tutum, kanun gücündeki bir norm aracılığıyla kişilerin sağlık hakkı kapsamındaki güvencelerini arttırmanın yanı sıra Türkiye'nin Sözleşme'den kaynaklanan uluslar arası sorumluluğunun gerekliliklerinin yerine getirilmesine de katkı sağlamış olacaktır.

V. SONUÇ

Diğer hak ve özgürlüklerin kullanılabilmesi için ön koşul niteliğindeki sağlık hakkı, kişilerin sadece “insan” olmaları nedeniyle sahip oldukları evrensel değerlerin, temel hak ve özgürlüklerin en önemlilerinden biridir. Ancak diğer haklarda olduğu gibi bu hakkın tanımlanması ve kapsamının belirlenmesinde de zorluklarla karşılaşmakta; hızla gelişen teknik, sosyal ve ekonomik koşullar hakkın içeriğinin tespitinde sürekli yeni yaklaşımlar geliştirilmesini gerekli kılmaktadır.

İç hukukumuz bakımından sağlık hakkı Anayasa'nın 56. maddesinde düzenlenmiş ve “Herkesin sağlıklı ... yaşama hakkına sahip olduğu ve Devletin sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenlemekle yükümlü bulunduğu” hükme bağlanmıştır. Buna göre herkesin sağlıklı yaşamaya, bu kapsamda hastalıklardan korunmaya, hastalıklarını ve rahatsızlıklarını giderme imkânlarına sahip olmaya hakkı vardır. Bu ise Devletin hareketsiz kalması ile ulaşılabilecek bir netice olmayıp; Devletin bazı edimlerde bulunmasını, aktif olarak bazı tedbirler almasını gerektirmekte, diğer bir ifadeyle Devlete pozitif bir takım mükellefiyetler yüklemektedir. Bununla birlikte Devletten, bireylerin sağlıklarını bozan tüm etkenlere karşı müdahale etmesinin ve bunların tamamını ortadan kaldırmasının beklenemeyeceği açıktır. Sonuçta Devletin pozitif yükümlülüğünü yerine getirerek bu alandaki edimlerini gerçekleştirebilmesi, elindeki imkânlar ile sınırlı bulunmaktadır. Bu durum ise sağlık hakkının kapsamının belirginleştirilmesi ihtiyacını arttırmakta, Devletin her somut olayda imkân yetersizliğini gerekçe göstermemesi için, bu hakkın Devlete yüklediği ödevler ile kişilere tanıdığı yetkilerin somut olarak saptanmasını zorunlu kılmaktadır.

Kuşkusuz ki, sağlık hakkına ilişkin uyuşmazlıkların çözümlenmesinde yargı mercileri, Anayasa'nın 90. maddesi gereğince kanun hükmünde olan uluslar arası sözleşmelerden de yararlanabileceklerdir. Ülkemizin taraf olduğu uluslar arası sözleşmeler içinde sağlık hakkına ilişkin en kapsamlı düzenleme ise BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin 12. maddesinde

değerlendirilemeyecek ise de; söz konusu düzenlemenin, Sözleşme'nin 12. maddesinden kaynaklanan sorumluluk bağlamında Devlet tarafından atılan olumlu bir adım olarak kaydedilmesi gerekir.

yer almaktadır. Dolayısıyla bu madde, bir kamu hizmeti olduğu tartışmasız bulunan sağlık hizmetinin yürütümü konusunda, gerektiğinde kanunlardan da önce uygulanması gereken bir iç hukuk normu niteliğindedir.

Uygulamada Danıştay, sağlık hizmetinin yürütümünden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin 12. maddesine atıfta bulunmamakta ve teknik bilgi gerektirmeyen uyuşmazlıklarda, diğer iç hukuk normları ile kamu hizmetinin yürütümüne ilişkin ilkelerden hareketle hüküm kurmaktadır. Oysa Sözleşme'nin 12. maddesinde yer alan ve kişiler açısından "ulaşılabilir en yüksek fiziksel ve zihinsel sağlık standardına sahip olma hakkı" ile "hastalık durumunda kendisine tıbbi hizmet ve tıbbi bakım sağlayacak koşulların yaratılmasını isteme hakkı" tanıyan hüküm, somut uyuşmazlıklarda doğrudan uygulanabilecek derecede açık kaleme alınmış olup; idareye, şimdiye kadar yargısal içtihatlarında değinilmeyen yeni bir sorumluluk yüklemektedir. Bu sorumluluğun, sağlık hakkı ihlal edilen kişilerin açtıkları davalarda yapılacak hizmet kusuru değerlendirmesini ve takdir edilecek maddi-manevi tazminat miktarlarını etkileyebileceği açıktır.

Öte yandan Sözleşme'nin 12. maddesi ve özellikle Komite'nin 14 Numaralı Genel Yorumu ile Sözleşme'ye kazandırılan anlam, kişilerin sağlık hakkı açısından bir çok somut güvenceyi bünyesinde barındırmakta ve bu hakka daha nitelikli bir koruma sağlamaktadır. Dolayısıyla uygulamada Sözleşme'nin 12. maddesinden yararlanılmaması kişileri bu güvencelerden yoksun bırakmakta ve Anayasa gereği kanun gücünde olan bir normu işlevsiz hale getirmektedir.

Sonuç olarak BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin 12. maddesi, Anayasamızda tanımlanan sağlık hakkının kapsamını belirginleştirecek ve böylece hakkın tanıdığı yetkiler ile yüklediği ödevleri öngörülebilir kılacak bir içeriğe sahiptir. Anılan maddenin iç hukukumuzda uygulanmasını engelleyen herhangi bir hüküm yoktur. Hatta Anayasamızın 90. maddesi uyarınca söz konusu maddenin, ilgili bulunduğu olaylarda kanunlardan da önce uygulanması gerekmektedir. Dolayısıyla maddenin iç hukukumuzda uygulama alanı bulması hem Anayasa'nın gereğinin temin edilmesi, hem kanun gücündeki bir norma işlerlik kazandırılması, hem de kişilerin sağlık hakkı kapsamında sahip oldukları güvencelerin evrensel kriterler doğrultusunda artırılması bakımından zorunluluk arz etmektedir.

KAYNAKÇA

AYDOĞDU, Emine, Teşkilâtı Esasiye'den Günümüze Anayasalar, 1. Baskı, Palme Yayıncılık, Ankara 2005.

ATAY, Ender Ethem, İdare Hukuku, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2009.

BAL, Yakup, **ŞAHİN**, Yahya, **KARABULUT**, Mustafa, Danıştay 10. Dairesinin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.

ÇAĞLAYAN, Ramazan, Tarihsel, Teorik ve Pratik Yönleriyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğu, 1. Bası, Asil Yayın Dağıtım, Ankara 2007.

EROĞLU, Hamza, İdare Hukuku, 3. Bası, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, Ankara 1978.

GEMALMAZ, Mehmet Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, 5. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2005.

GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku Cilt II, 1. Bası, Ekin Kitabevi, Bursa 2003.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, **TAN**, Turgut, İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar, 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2007.

GÜLMEZ, Mesut, Birleşmiş Milletler Sistemi'nde İnsan Haklarının Korunması, 1. Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2004.

GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, 9. Bası, İmaj Yayınevi, Ankara 2004.

KABOĞLU, İbrahim, Özgürlükler Hukuku, 5. Bası, Afa Yayınları, İstanbul 1999.

KAPANİ, Münci, Kamu Hürriyetleri, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 1993.

KARAHANOĞULLARI, Onur, Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2004.

ONAR, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumî Esasları Cilt III, 3. Bası, Hak Kitabevi, İstanbul 1966.

ÖZDEMİR, Necdet, Hizmet Kusuru Teorisi ve İdarenin Sorumluluğu, 1. Bası, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, Ankara 1963.

UYAR, Lema, Birleşmiş Milletler'de İnsan Hakları Yorumları, 1. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2006.

YAYLA, Yıldızhan, İdare Hukuku, 1. Bası, Beta Basım, İstanbul 2009.

YILMAZ, Mustafa, İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Kusur Sorumluluğu, Sağlık Hukuku Sempozyumu Erzincan 15-16 Mayıs 2006, 1. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2007.

YILDIRIM, Turan, İdari Yargı, 1. Bası, Beta Basım, İstanbul 2008.