

Araştırma Makalesi

Sağlık Uygulama Tebliğinde Sağlık Hakkı

Mahmut KABAKCI^(*), ^(**)

ORCID: 0000-0003-1261-8310

DOI: 10.54752/ct.1141934

Öz: Bir atasözü “Sağlık gibi dost, hastalık gibi düşman olmaz” der. Çünkü sağlık, yaşamdır. Bize göre Türkiye’de genel sağlık sigortasının kabulü 5510 sayılı Kanunun reform niteliğindeki tek yeniliğidir. Buna karşın Sosyal Güvenlik Kurumunun sağlık hizmetleriyle ilgili belirleme yetkisinin sırf ekonomik nedenlerle Sağlık Uygulama Tebliğinde sınırlandırıcı, yasaklayıcı biçimde kullanılması, sağlık hakkını ihlal eder niteliktedir. Bu yaklaşım finansmanı sağlanacak sağlık hizmetleriyle ilgili yasa maddesindeki “hekim tarafından gerekli görülme unsuru” nu dışladığı gibi, bu yaklaşımı hekimlerin mesleklerini ifade bağlı oldukları tıbbi deontoloji kuralları ve ayrıca hasta hakları ile bağdaştırmak mümkün değildir. Hastaların modern tıbbın gelişmiş imkanlarına erişimiyle ilgili SUT’un sağlık hizmetlerinin azami standart bakış açısı isabetsizdir. Olması gereken, bunların asgari standartlar olarak belirlenerek tıbben gerekli hallerde hastanın sağlık hakkına erişiminin önünü açık tutmaktır. SUT ile ilgili iptal davalarında Danıştay ve Kurumca bedeli ödenmeyen sağlık hizmetleriyle ilgili alacak davalarında Yargıtay, sağlık hakkının en temel hak olan yaşamın güvencesi olması niteliğine uygun isabetli kararlar verilmektedir. Ancak bize göre olması gereken, SUT sisteminin dava açılmasına gerek olmayacak şekilde sağlık hizmetlerine ilişkin asgari standartlar olarak yenide yapılandırılması, belirleme yetkisinin sigortacı SGK’dan alınarak bağımsız bir kamu otoritesine verilmesidir.

*Prof.Dr. İstanbul Teknik Üniversitesi İşletme Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Öğretim Üyesi, mkabakci@itu.edu.tr -0003-1261-8310

Kabakçı, M. (2022), “Sağlık Uygulama Tebliğinde Sağlık Hakkı”, Çalışma ve Toplum, C.3, S.74. s. 1769-1796

Makale Geliş Tarihi: 08.05.2022 - Makale Kabul Tarihi: 27.06.2022

** İTÜ’de araştırma görevlisi olarak başladığım Kasım 2000’de kısa bir süre de olsa birlikte ile çalışma imkanı bulduğum, akademisyen olarak kendime örnek aldığım, İTÜ İşletme Fakültesinin iş hukuku camiasında hukuk fakültelelerinin yanında saygın bir yer bulmasında büyük katkısı olan değerli hocam Prof. Dr. Öner Eyrenci’nin ruhu şad olsun, ışıklar içinde uyusun.

Anahtar Kelimeler: Sağlık hakkı, genel sağlık sigortası, Sağlık Uygulama Tebliği, tıbbi deontoloji kuralları, hasta hakları

Right to Health in the Communiqué on Healthcare Practices

Abstract: A proverb says, "There is no friend like health, no enemy like illness". Because health is life. In our opinion, the adoption of general health insurance in Turkey is the only reform of the Law No. 5510. On the other hand, the restrictive and prohibitive use of the Social Security Institution's determination regarding health services in the Communiqué on Healthcare Practices for purely economic reasons violates the right to health. As this approach excludes the "element of being deemed necessary by the physician" in the article of the law regarding the health services to be financed, it is not possible to reconcile this approach with the medical deontology rules on which physicians are bound to perform their profession, as well as patient rights. The Communiqué's maximum standard view of healthcare regarding patients' access to advanced facilities of modern medicine is inaccurate. What should be done is to set these as minimum standards and to keep the patient's access to the right to health open when medically necessary. In cases of annulment related to the Communiqué, the Council of State, and the Court of Cassation in cases of unpaid health services deliver accurate decisions in accordance with the quality of the right to health, which is the most fundamental right, as the assurance of life. However, in our opinion, what should happen is the restructuring of this system as minimum standards regarding health services without the need to file a lawsuit and giving the determination authority to an independent public authority, by taking the authority of determination from the insurer Social Security Institution (SGK).

Keywords: Right to health, general health insurance, Communiqué on Healthcare Practices, principles of medical deontology, patient rights.

Giriş

Genel sağlık sigortasıyla ilgili Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) tarafından yayınlanan Sağlık Uygulama Tebliği hemen herkesçe bilinir ancak SUT kısa adı ile. SUT kısaltmasına hukukçu olmayanların da aşınadır çünkü kendimizin, yakın uzak aile üyelerinden veya akrabalardan birisinin tedavisinde, SUT'ta yer almadığı yahut muadilinin olduğu gerekçesi ile SGK tarafından ödenmediğinden bedeli bizzat ödenmek zorunda kalınan bir ilaç, tedavi, tıbbi cihaz muhakkak olmuştur. Hatta

bazı hallerde ödenmeyen ilacın, tedavinin, cihazın fiyatı o denli yüksektir ki ailenin, sosyal çevrenin dayanışması suretiyle dahi bu paranın biriktirilmesi mümkün değildir. Öyle ki paranın toplanması adına başlatılan bağış kampanyalarından sürekli yardım talepli kısa mesajlar alırız. Bu nedenle SUT toplumunda herkesin yaşamına bir şekilde temas eden bir düzenlemedir.

Kendisi ya da yakını hastanede önemli bir tedavi gören kişi, doktorun teşhisinden sonra iyileşmesi için belirli bir ilacın, cihazın gerektiği ancak bu SUT'ta yer almadığından SGK tarafından ödenmediği beyanı üzerine nasıl davranacaktır?¹ Konu sağlık olunca doğaldır ki böyle bir durumda hiç kimse canını emanet ettiği doktorun önerisinin gerekliliğinin, iyileşmesi için bedeli SGK tarafından ödenen muadil ürüne göre daha iyi olup olmadığını sorgulamaz². Zaten bu nedenle hekimlik özel bir meslektir, hekimler tıbbi deontoloji kuralları ile bağlıdırlar. Bir şekilde gereken para toplanacak ve ilaç ya da cihaz temin edilecektir. Bundan sonraki aşamada SGK'nın neden ödemediği sorgulanacak, ödenen tutarın SGK'dan tahsili için yasal yollara başvurulacaktır.

Bu şekilde olaylar her sene çok sayıda davaya konu olmaktadır (Aydın, 2017: 827). Son 15-20 yıla ait Yargıtay kararları incelendiğinde, başlarda kalp hastalıklarıyla ilgili ilaçlı stent (kalp damarının açık kalmasını sağlayan tel örgü şeklinde genişletilebilir metal boru) bedeli dava edilirken, ayakta dik tutma cihazı, sol ventrikül destek cihazı (kalbin kan pompalamasına yardımcı olan cihaz), yapay karaciğer destek sistemi, lenf ödem bası giysisi, fotoferez tedavisi, dijital işitme cihazı vd. çok sayıda ilaç ve tıbbi cihaz bedelinin genel sağlık sigortası kapsamında iş mahkemelerinde dava konusu olduğu görülmektedir (Bkz. Sözer, 2020: 284 vd.). Konuyla ilgili diğer davalar

¹ Örneğin SUT'ub 1/D ekindeki hastalardan alınması öngörülen ve Kuruma karşı yasa yollarına başvurma hakkından feragat içerikli şu taahhütname, borçlar hukukundaki müzayaka halini akla getirmektedir: "Acil hal nedeniyle başvurduğum ...'da yapılan tedavim sonrası acil halimin sona erdiği ve bundan sonra sunulacak sağlık hizmetleri için Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından belirlenen usul ve esaslara göre ilave ücret ödemeyi ve ödediğim ilave ücreti Sosyal Güvenlik Kurumundan talep etmeyeceğimi kabul ve taahhüt ediyorum". Böyle bir durumda hastadan acil halinin sona erdiğine dair bir beyan alınması, konu hekimin takdir hakkını ilgilendirdiğinden ve hastadan her durumda doğru kararı vermesi beklenemeyeceğinden isabetli değildir.

² "... Kısa süre içinde müdahale gereken bir halde bulunan hastadan, hangi özellikte ve sayıdaki stentin kendi tedavisi için daha uygun olduğu hususunun **doğru bir şekilde değerlendirilmesi kendisinden beklenemeyecek olup, hekiminin yaptığı tercihi kabul edeceği**; yine, insan yaşamının kutsallığı ve temel insan haklarından olan, yaşama ve sosyal güvenlik hakkının özüne dokunacak sınırlamalar getirilemeyeceği yönündeki ilkeler göz önüne alındığında; ilaç salınımlı stentle sınırlı olarak, uyuşmazlığın, **hekimin tercihinin üstünlük tanınarak giderilip**, tedavide kullanılması durumunda, ilaç salınımlı stentin, hasta açısından tıbben gerekli olduğu esas alınarak sonuca gidilmesi gerekirken", Y10HD 15.3.2013 E. 2013/2012 K. 2013/4954.

SGK tarafından her sene yenilenen SUT hükümleriyle ilgili Danıştay'da açılan iptal davalarıdır. Uygulamada bir ilaç ya da cihazla ilgili dava sayısı arttıkça SGK bunu SUT kapsamına almaktadır. Örneğin ilaçlı stent 2010 yılında ödeme kapsamına alınmıştır, ancak alacak ve iptal davaları açılmaya devam etmektedir.

Her geçen gün SUT'ta yer almadığı gerekçesiyle yeni yeni ilaçların, tıbbi cihazların dava konusu edilmesinde sorunun kaynağı, 5510 sayılı Kanununun 63. maddesinin gerekçesinde belirtilen “kişilerin her türlü bireysel isteklerinin ve taleplerinin sınırsız olarak karşılanması” ya da hekimler ile diğer sağlık personelinin yeni tedavi yöntemleri geliştirmek, mesleğinde tanınır olmak yahut daha fazla para kazanmak istekleri değildir. Hekimin tek amacı, hastasının sağlığını o günün bilimsel ve teknolojik koşullarının elverdiği en iyi duruma getirmektir. Sorun, Kurumun 5510 sayılı Kanununun 63/2 maddesindeki finansmanı sağlanacak sağlık hizmetlerinin teşhis ve tedavi yöntemleri ile ortez, protez ve diğer iyileştirici nitelikteki araç ve gereçlerin türlerini, miktarlarını ve kullanım sürelerini belirleme yetkisini SUT ile kullanırken konuyu ele alma şeklindedir.

Tıp sürekli bir değişim, gelişim halindedir (Bkz. Güzel vd., 2021: 786). Önceden öldürücü olan bir hastalık zamanla geliştirilen bir tedavi yöntemi, ilaç ya da aşı ile tamamen iyileştirilebilir hale gelebilmektedir. Oysa SUT incelendiğinde tıbbın sürekli gelişimini göz ardı eden, arkadan izleyen, sağlığı değil Kurum bütçesini ön plana çıkaran bir yaklaşım ile bedeli ödenecek tedaviler, ilaçlar ve cihazlarla ilgili sınırlı sayım yöntemini benimsediği, hekimlerin hastalarını tedaviyle ilgili aşağıda bahsedilen tıbbi deontoloji kurallarından kaynaklanan yetki ve sorumluluklarını esaslı biçimde sınırlandırdığı görülmektedir. Başka deyişle hekimlere tedavileriyle ilgili SUT'ta imkân tanındığı ölçüde bir hareket alanı bırakılmış olmaktadır ki bunun tıpta hekimin tercihinin üstünlük tanınması ilkesiyle bağdaşmadığı açıktır. Anayasa Mahkemesinin bir kararında işaret ettiği gibi “Sağlık hizmetleri nitelikleri gereği diğer kamu hizmetlerinden farklıdır. Sağlık hizmetinin temel hedefi olan insan sağlığı sorunu, ertelenemez ve ikame edilemez. Bilime dayalı olması gereken tanı ve tedavi metotlarının insan yararına sürekli yenilik ve gelişme göstermesi, hizmet kalite ve beklentilerini çağın koşullarına yaklaştırmayı gerektirmektedir”³. Dolayısıyla SUT'un tıptaki değişimi, gelişimi belirli bir süre geriden takip eden düzenleme tarzı, genel sağlık sigortasının konusu ve amacı bakımından dinamik yapısına ters düşmektedir.

SUT sisteminde bir değişiklik yapılmadığı sürece genel sağlık sigortalılarının bedelini bizzat ödedikleri ilaç, tıbbi cihaz vb. için SGK'ya açtıkları alacak davaları ve tabip, eczacı meslek odaları ile hastaların SUT hükümleriyle ilgili Danıştay'da açtıkları iptal davaları hiç bitmeyecektir. Bu çalışmada amacımız, genel sağlık sigortasında mevcut SUT sisteminin, yasal dayanağı olan 5510 sayılı Kanununun 63/2

³ AYM 22.11.2007 E.2004/114 K.2007/85 (RG. 24.12.2007, 26736).

maddesinde SGK'ya tanınan finansmanı sağlanacak sağlık hizmetlerinin teşhis ve tedavi yöntemleri ile ortez, protez ve diğer iyileştirici nitelikteki araç ve gereçlerin türlerini, miktarlarını ve kullanım sürelerini belirleme yetkisiyle uyumlu olup olmadığını incelemektir. Bu kapsamda genel olarak sosyal güvenlik ve özel olarak da sağlık hakkının Anayasal dayanakları göz önünde bulundurularak bir değerlendirmeye tabi tutulacak, SUT uygulamasına ilişkin değişiklik önerimiz ortaya konulacaktır. Konu Anayasa Mahkemesinin sağlık hakkı bağlamında birçok kararına konu olduğu gibi, her sene yenilenen SUT'a karşı Danıştay'da açılan iptal davalarıyla ve genel sağlık sigortalıları tarafından ödenen bedelin tahsili için SGK'ya karşı açılan alacak davalarıyla ilgili Yargıtay'ın çok sayıda ilamı olup, aşağıdaki değerlendirmelerimizde ve görüşlerimizde büyük oranda bu içtihatlardan yararlanılacaktır.

Genel Sağlık Sigortasında Kurumun Finansmanı Sağlanacak Sağlık Hizmetlerine İlişkin Belirleme Yetkisinin Anlamı

Sağlık Hakkının Güvencesi Olarak Genel Sağlık Sigortası

1982 Anayasasında “Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, iş birliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler” hükmü (m. 56/3), aynı maddenin son fıkrasında “Sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir” hedefi ile tamamlamıştır. Bu hedefe ulaşılması için 30 yıl beklenmesi gerekmiş, 31.05.2006 tarih ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun genel sağlık sigortasına ilişkin düzenlemeleri, vatandaşların genel sağlık sigortası kapsamına alınmasına dair işlemlerin 2012 yılı Ocak ayı itibarıyla tamamlanması ile bütünüyle yürürlük kazanmıştır⁴.

Genel sağlık sigortası kişilerin ekonomik gücüne ve isteğine bakılmaksızın ortaya çıkacak hastalık riskine karşı, toplumun tüm bireylerinin sağlık hizmetlerinden eşit, kolay ulaşılabilir ve etkin bir şekilde yararlanabilmelerini sağlayan sağlık sigortasıdır. Kanununun 3. maddesindeki “Kişilerin öncelikle sağlıklarının korunmasını, sağlık riskleri ile karşılaşmaları halinde ise oluşan harcamaların finansmanını sağlayan sigorta” tanımı, daha ziyade finansal bir temele oturmaktadır (Tuncay, 2013: 586; Tuncay ve Ekmekçi, 2021: 608).

⁴ Zaten bu nedenle 5510 sayılı Kanuna 10.01.2013 tarih ve 6385 sayılı Kanun ile eklenen geçici 45. maddede, 31.01.2012'ye kadar olan yersiz sağlık ödemelerinin tahsil edilmeyeceği düzenlenmiştir. Bu maddeye ilişkin Yargıtay uygulaması hakkında bkz. Arıcı, 2019, s. 529-530.

Buna göre genel sağlık sigortası bizatihi sağlık hizmeti veren bir sigorta kolu olmayıp, sağlık hizmetlerinin finansmanını sağlayan bir sigorta koludur. Bu yapıda genel sağlık sigortası hastane işletmez, sağlık hizmetlerini resmi, özel dışarıdan satın alma yöntemiyle yerine getirir (Sözer, 2020: 250; Tuncay, 2013: 585; Arıcı, 2019: 528; Tuncay ve Ekmekçi, 2021: 608).

Genel sağlık sigortasının yürürlüğünden önceki mevzuattan temel farkı, ülkede yaşayan herkesi belirli koşullarda kapsamına almasıdır, bu surette çalışan-ışsız, zengin-fakir herkese sağlık hizmeti verilmesi amaçlanmıştır (Sözer, 2020: 16; Tuncay ve Ekmekçi, 2021: 608; Arıcı, 2015: 410). Bu amaçla 5510 sayılı Kanunda kimlerin genel sağlık sigortalısı olduğu, 4-6. maddedeki kısa ve uzun vadeli sigortalılardan ayrı olarak, 60. maddede ayrıntılı ve kapsayıcı biçimde düzenlenmiştir (Tuncay, 2015, s. 585). Genel sağlık sigortasının kişiler bakımından kapsamının düzenlendiği 60. maddesinin dikkati çeken hükmü, tek tek kimlerin genel sağlık sigortalısı olduğu sayıldıktan sonra, (g) alt bendinde “Yukarıdaki bentlerin dışında kalan ve başka bir ülkede sağlık sigortasından yararlanma hakkı bulunmayan vatandaşlar” şeklinde, burada sayılmayan kişilerin de genel sağlık sigortalısı olduğunu açıklamış olmasıdır. Buna göre 60. maddedeki sayımın amacı genel sağlık sigortalısı olanlar ile olmayanları ayırt etmek değildir; çünkü herkes sigortalıdır (Sözer, 2020: 204; Güzel vd., 2021: 800). Bu şekilde farklı genel sağlık sigortalısı gruplarının tanımlanmış olması, yararlanmayla ilgili prim ödeme ve katkı payları konusunda ayrıma gitmektir (Sözer, 2020: 204).

Genel sağlık sigortasının önceki mevzuattan tek farkı ülkede yaşayan herkesi kapsamına alması ile sınırlı değildir, en az bunun kadar önemli bir başka yenilik finansmanı sağlanacak sağlık hizmetlerinin önleyici sağlık hizmetleri de dahil olmak üzere esaslı biçimde geniş tutulmuş olmasıdır (Güzel vd., 2021: 825). 5510 sayılı Kanununun 63. maddesine göre genel sağlık sigortasının amacı, “genel sağlık sigortalısının ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin sağlıklı kalmalarını; hastalanmaları halinde sağlıklarını kazanmalarını, iş kazası ile meslek hastalığı, hastalık ve analık sonucu tıbben gerekli görülen sağlık hizmetlerinin karşılanmasını, iş göremezlik hallerinin ortadan kaldırılmasını veya azaltılmasını temin etmek” tir.

Kurumun bu amaçla finansmanını sağlayacağı sağlık hizmetlerinden olarak kişilerin hastalanmaları yahut analık halinde ayakta veya yatarak; hekim tarafından yapılacak muayene, hekimin göreceği lüzum üzerine teşhis için gereken klinik muayeneler, laboratuvar tetkik ve tahlilleri ile diğer tanı yöntemleri, konulan teşhise dayalı olarak yapılacak tıbbî müdahale ve tedaviler, hasta takibi ve rehabilitasyon hizmetleri, organ, doku ve kök hücre nakline ve hücre tedavilerine yönelik sağlık hizmetleri, acil sağlık hizmetleri, ilgili kanunları gereğince sağlık meslek mensubu sayılanların hekimlerin kararı üzerine yapacakları tıbbî bakım ve tedaviler sayılmıştır.

Ayrıca kişilerin hastalanmalarına bakılmaksızın kişiye yönelik koruyucu sağlık hizmetleri, insan sağlığına zararlı madde bağımlılığını önlemeye yönelik koruyucu

sağlık hizmetleri, ağız ve diş hastalıklarının tedavisi, yardımcı üreme yöntemi (tüp bebek) tedavileri ve tüm bu tedaviler için gereken kan ve kan ürünleri, kemik iliği, aşı, ilaç, ortez, protez, tıbbî araç ve gereç, kişi kullanımına mahsus tıbbî cihaz, tıbbî sarf, iyileştirici nitelikteki tıbbî sarf malzemelerinin sağlanması da genel sağlık sigortası tarafından finansmanı sağlanacak sağlık hizmetlerinin kapsamındadır (Güzel vd., 2021: 830). Kapsamın bu şekilde geniş tutulması, maddenin gerekçesinde “toplumun ihtiyaçlarını azami ölçüde karşılayacak düzey” amacı ile açıklanmıştır. Yine bu yolda olarak öğretilen 102 sayılı ILO sözleşmesi düzenlemesindeki gibi sağlığı koruma, çalışma gücünü iade ve şahsi ihtiyaçlarını karşılayabilme kabiliyetini artırma unsurlarından salt birinin gerçekleşmesi durumunda da iyileşmenin sağlandığının kabulü görüşü açıklanmıştır (Caniklioğlu, 2014: 466, 468; Uşan, 2013: 499-501).

Hekime Tanınan Yetki ile Kurumun Belirleme Yetkisi Arasındaki İlişki

5510 sayılı Kanununun 63. maddesinin ilk fıkrasında yukarıda özetlendiği şekilde genel sağlık sigortası kapsamında finansmanı sağlanacak sağlık hizmetleri ayrıntılı biçimde açıklandıktan sonra, her somut olayda nelerin, hangi ilaçların, cihazların gerekli olup kullanılacağına belirlenmesiyle ilgili tıp ilminin esasları ile tıp mevzuatına uygun olarak “hekim tarafından lüzum görülme” ölçütü esas alınmıştır. Bize göre işbu çalışmanın konusu bakımından değerlendirmede belirleyici olan bu ölçüttür, bu ölçüt aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.

Hekimin belirleme yetkisi sınırsız değildir, kanun koyucu Anayasanın 65. maddesindeki “Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir” hükmünden doğan yetkisini, 5510 sayılı Kanunda 63. maddedeki finansmanı sağlanacak sağlık hizmetlerinin hemen ardından 64. maddede Kurumca finansmanı sağlanmayacak sağlık hizmetlerini belirleyerek kullanmıştır. Maddenin konusu anayasal sağlık hakkının sınırlandırılması niteliğinde olduğundan, doğaldır ki buradaki sayım sınırlı sayı prensibine tabidir, bunu yorum yolu ile genişletmek mümkün değildir. Bundan varılacak sonuç, 64. maddede belirtilmeyen bir sağlık hizmeti hekimin kararı ile verilebilir ve bedelinin genel sağlık sigortası kapsamında Kurumca ödenmesi gerekir.

Kanunda genel sağlık sigortası kapsamında Kurumca finansmanı sağlanacak ve sağlanmayacak sağlık hizmetleri bu şekilde birbirini tamamlayan bir yapıda düzenlendiği halde, 63. maddenin 2. fıkrasında Kuruma ilk bakışta bu yaklaşım ile bağdaştırılması mümkün olmayan bir belirleme yetkisi verilmiştir ki bu yetki çalışmamızın konusu SUT’un yasal dayanağıdır. Maddenin ilk fıkrasındaki hekim tarafından lüzum görülen sağlık hizmetlerinin ödenmesi ve 64. maddede de ödenmeyecek sağlık hizmetlerinin arasında, ikinci fıkrada “Kurum, finansmanı

sağlanacak sağlık hizmetlerinin teşhis ve tedavi yöntemleri ile (f) bendinde belirtilen sağlık hizmetlerinin türlerini, miktarlarını ve kullanım sürelerini, ödeme usul ve esaslarını ... belirlemeye yetkilidir” kuralı yer almaktadır. Kuruma bu şekilde belirleme yetkisi verilmesi, hekimlerin mesleki deontoloji kuralları çerçevesindeki özgürlük alanının Kuruma devredilmesi amacıyla olamayacağına göre, 63. ve 64. maddelerin bağdaştırılması, tutarlı biçimde yorumlanması gerekir.

Sağlık hakkının en temel hak olan yaşamın teminatı, biricik güvencesi olduğu dikkate alınır, bu sistemde Kuruma yetki verilmesinin amacını, hukuki açıdan anlamak mümkün değildir. Bu nedenle öğretilerdeki SGK’ya tanınan bu yetkiye ilişkin eleştiriye katılmamak mümkün değildir (Bkz. Güzel vd., 2021: 831; Aydın, 2017: 839). Öğretilerde bu hükmün amacının ve nedeninin anlaşılmadığı, genel sağlık sigortası sağlık yardımlarının hekim muayenesi ile başlayan ve hekimin yönlendirmesi ile gelişip sonuçlandırılacak bir tedavi sürecini öngördüğü, gerekli olan tetkiklerin, müdahaleler ile ilaçların, bunların miktar ve sürelerinin hekim tarafından belirlenerek önündeki vakıya uygulanacağı, oysa 5510 sayılı Kanunun 63/2 hükmünde Kurumun bu konuda neye göre tedaviye ilişkin tür, miktar ve süre saptaması yapacağına belli olmadığı bildirilmiştir (Güzel vd., 2021: 831). Yazarlar hekimin önceliğine ve inisiyatifine müdahale edilebileceğinin kabul edilmesi halinde, Kurumun bu yoldan sağlık hizmetlerinde, hizmet sunumu ve ilaç kullanımında sınırlayıcı ve kısıtlayıcı müdahaleler yapabileceğine işaret etmişlerdir (Güzel vd., 2021: 831).

Kanun koyucunun hüküm ile amacını anlamak için maddenin gerekçesine bakmak yeterlidir. Gerekçede Kuruma tanınan yetki, bize göre hukuki olmayan şu gerekçe ile açıklanmıştır:

“Sistemin sürdürülebilirliği açısından genel sağlık sigortası kapsamında sağlanacak sağlık ve sağlıkla ilişkili hizmetler ile bu hizmetlerin sağlanması için sigortalılardan alınması gereken prim miktarı arasında paralellik kurulması zorunludur. Bu kapsamda sağlanan sağlık hizmetlerinin sınırsız artırılması ve genişletilmesi doğal olarak aktüeryal prim miktarının da yükseltilmesi sonucunu doğuracaktır. Bu nedenle, uluslararası sosyal sigorta uygulamalarında da olduğu gibi, bedeli karşılanacak sağlık hizmetlerinin toplumsal faydayı ve sürdürülebilirliği önceleyen bir yaklaşım ile düzenlenmesi gerekmektedir”⁵.

⁵ Bu gerekçe “Genel sağlık sigortası sisteminde kapsamda olan kişiler için gereken ölçüde sağlık hizmetlerinin bedelinin karşılanması esas olmakla birlikte, bu hizmetlerin kişilerin her türlü bireysel isteklerini ve taleplerini sınırsız olarak karşılaması beklenemez. Bu konuda dünyadaki çağdaş uygulamalar da gözden geçirildiğinde, benzeri ulusal ölçekli zorunlu sağlık sigortası sistemlerinde toplumsal faydayı ve hedefleri önceleyen ve bu hedeflere ulaşmasını sağlayan sağlık hizmetlerinin sağlanmasının, bireysel sağlık hizmetlerinin sınırsız karşılanmasının önünde tutulduğu ve bu sistemlerin sağladıkları sağlık hizmetlerini bu genel ilkeyi temel alarak belirledikleri saptanmaktadır...” şeklinde açıklanmıştır.

Bu gerekçede kuşkusuz haklılık payı vardır; ancak bize göre mevcut SUT düzenlemeleri amacını aşar niteliktedir. Sosyal güvenliğin önemli ayaklarından biri olarak genel sağlık sigortası, diğer sosyal sigorta kollarında olduğu üzere sigorta tekniğine dayanır, bunun anlamı edimlerin toplanan primlerin karşılığı olmasıdır. Ancak sosyal sigortanın özel sigortadan çok önemli farkı, sosyal, insancıl olma niteliğine bağlı olarak primler ile edimler arasındaki dengenin sigortalılar ve hak sahipleri lehine olarak mutlak olmaması, gerektiğinde devletin bütçeden katkılar ile eksi farkı kapatmasının gerekmesidir.

Dolayısıyla Kurumun belirleme yetkisiyle ilgili madde gerekçesinde vurgulanan genel sağlık sigortası edimleri ile alınması gereken primlerin paralelliği, hekimlerin tedaviyle ilgili gerekli gördüğü ilaç, cihaz vd. hizmetler ile çatışmaya neden olmadığı ölçüde mümkündür. Yoksa Kurumun belirleme yetkisi, sağlık hakkının özüne dokunur biçimde, hekimlerin mesleki yetki ve sorumluluklarına ilişkin mevzuatın önüne geçer şekilde yorumlanmamalıdır. Bu noktada madde gerekçesindeki “Düzenleme ile genel sağlık sigortası kapsamı dışında tutulan oldukça sınırlı sayılabilecek sağlık hizmetlerinin kişilerin istekleri doğrultusunda kendilerinin yapacakları doğrudan ödemelerle veya özel sağlık sigortası hizmeti sunan kurumlardan satın alacakları sağlık sigortacılığı hizmetlerinden yararlanma yoluyla karşılayabilmelerinin yolu da açık bulunmaktadır” hususu, devletin yaşama ve buna bağlı olarak sağlık ve sosyal güvenlik haklarıyla ilgili yükümlülüklerinin sınırlandırılması gerekçesi olamaz.

Kurumun Tespit Yetkisinin, Kanunda Ödenmeyeceği Öngörülen Sağlık Hizmetleriyle İlişkisi

Kanun yapma tekniği açısından önce 63. maddede hekim tarafından gerekli görülen sağlık hizmetlerinin verileceği belirtildikten hemen sonra 64. maddede Kurumca finansmanı sağlanmayacak sağlık hizmetlerinin tek tek sayılmış olması karşısında, 64. maddede sayılanlar dışında hekimin gerekliliğine karar vereceği her türlü ilaç, tıbbi cihaz vb. nin ödenmesi gerekeceği söylenir. Yargıtay’a göre finansmanı sağlanmayan sağlık edimleri 64. maddede düzenlenmiş olmakla, bunlar arasında bulunmayanlar kişilere hak sağlar, dolayısıyla dava konusu ilacın, aracın vb. SUT’ta yer almaması talep hakkını engellemez. Çünkü kanun ile tanınan bir hakkın bir tebliğ ile ortadan kaldırılması imkânı yoktur⁶.

Aynı yaklaşım, Anayasa Mahkemesi’nin 5510 sayılı Kanununun yayınlanması ertesinde açılan iptal davasında Kurumun belirleme yetkisiyle ilgili iptal isteminin ret gerekçesi olmuştur. Anayasa Mahkemesi’nin bu davada 15.12.2006 tarihinde

⁶ Y10HD 03.03.2015 E. 2014/25789 K. 2015/3636. Karardaki değerlendirmeye iştirak eden görüşler için Sözer, 2020: 295; Aydın, 2015: 831-836; Tuncay ve Ekmekçi, 2021: 644.

5510 sayılı Kanunun birçok maddesini iptali⁷, Kanunun ancak iki yıl sonra 01.10.2008’de yürürlüğe girmesine neden olmuştur.

Yüksek Mahkeme bu davada Kuruma tanınan finansmanı sağlanacak sağlık hizmetlerine ilişkin belirleme yetkisine ilişkin iptal talebini reddetmiştir. Davada ileri sürülen iptal gerekçesi, Kuruma tanınan yetki kapsamında sigortalılara verilecek sağlık hizmetlerinin yöntemini, verilecek ilaçlar ile tıbbi malzemelerin miktar ve süresini ve hastaya verilecek kan ve kan ürünleri ile ilaçların, kişisel tıbbi malzemelerin miktar ve süresini belirlemesinin, bunlarda sınırlandırma sonucunu doğurabileceği, dolayısıyla da sigortalı hastanın tam olarak sağlık hakkını kullanmasını önleyebileceğidir. Buna göre hastaya tedavisinin gerektirdiği kadar değil Kurumun belirlediği kadar ilaç vermek, hastanın iyileşmesinin önünde bir engel oluşturur. Belirleme yetkisi verilmesi yönteminin bir başka sakıncalı yönü de kanunda düzenleme yapılmaksızın Kuruma görevlerini ve sağlık hakkına ilişkin yükümlülüklerinin sınırlarını belirleme konusunda asli düzenleme yetkisi verilmiş olmasıdır, bu da keyfilige, belirsizliğe yol açar ve hukuki güvenliği ortadan kaldırır.

Yüksek Mahkemenin ret gerekçesi ise, genel olarak yasayla düzenlemenin, konunun tüm ayrıntılarının yasayla belirlenmesini değil, temel ilkelerin, ölçü ve sınırların yasada gösterilip uzmanlık ve teknik konulara yönelik ayrıntıların düzenlenmesinin ise yürütme organına bırakılmasını ifade ettiğidir. Buna göre 5510 sayılı Kanunda 63. maddesinde finansmanı sağlanan sağlık hizmetleri ve süresi belirtildikten sonra, 64. maddede Kurumca sağlanmayacak sağlık hizmetleri açıkça gösterilmiş olmakla, 63. maddenin ikinci fıkrası ile Kuruma verilen yetki, “bir sağlık hizmetinin kapsama alınması ya da alınmamasını saptama değil, sağlık hizmetinin teşhis ve tedavi yöntemleri ile türlerini, miktarlarını ve kullanım sürelerini” Sağlık Bakanlığının görüşü doğrultusunda belirlemektir. Sağlık hizmetlerinin çeşitliliği, teşhis ve tedavi yöntemlerindeki bilimsel gelişmeler karşısında bu yöntemlerin yasada belirlenmesi işin niteliğine uygun değildir. Ayrıca Kurumun bu belirlemeyi bilimsel komisyonlar kurarak ulusal ve uluslararası tüzel kişilerle iş birliği içinde gerçekleştirebileceği gözetildiğinde kural, Anayasanın 7. maddesinde belirtilen yetki devrini içermez.

Anayasa Mahkemesinin bu değerlendirmesine tam olarak katılmak mümkün değildir, bu değerlendirmeye birkaç yönden itiraz edilebilir (Bkz. Sözer, 2020: 91). Temel itiraz gerekçesi her bir somut olayda teşhis üzerine uygulanacak tedavinin yöntemi ile kullanılacak ilaç ve diğer donanımın belirlenmesi hekimin görev alanını ilgilendirir, hasta hakları ile tıbbi deontoloji kuralları çerçevesinde hekimin hastasıyla ilgili karar verme özgürlüğünün Kurumun bir tebliğ ile sınırlandırmasını sağlık hakkı ile bağdaştırmak olanaklı değildir (Akın, 2012, s. 440). Kurumun tebliğiyle ilgili Sağlık Bakanlığının görüşünü alması, sağlık hakkının özüne müdahale edildiği gerçeğini ortadan kaldırmaz.

⁷ AYM 15.12.2006 E. 2006/111 K. 2006/112 RG. 30.12.2006, 26392 (5. Mükerrer).

Kanun gerekçesinde de işaret edildiği üzere başka ülkelerde de yasal sağlık sigortasıyla ilgili sigorta kurumuna benzeri düzenleme yetkisinin verildiği örnekler vardır. Sorunun kaynağı sigorta kurumu tarafından bu yetkinin kullanılış tarzıdır. Olması gereken açısından iyi uygulama örneklerinden aşağıda söz edeceğiz. Ülkemizde SUT uygulamasında sorun, Kurumun belirleme yetkisini 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu'na dayanılarak çıkarılan Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 6. maddesindeki, hekim ve diş hekiminin sanat ve mesleğini yerine getirirken hiçbir etki ve nüfuza kapılmaksızın vicdani ve mesleki kanaatine göre hareket edeceği, hekim ve diş hekiminin uygulayacağı tedaviyi belirlemede serbest olduğu kuralını işlevsiz hale getirir biçimde kullanmasıdır.

Anayasa Mahkemesi'nin gerekçesine karşı bir başka eleştiri, SUT düzenlemelerinde bu şekilde somut sayım yönteminin, tıbbın konusu, değişim, gelişim hızı ile bağdaşmaması ile ilgilidir. Yüksek Mahkeme Kuruma verilen yetkinin bir sağlık hizmetinin kapsama alınması ya da alınmamasını saptama değil, sağlık hizmetinin teşhis ve tedavi yöntemleri ile türlerini, miktarlarını ve kullanım süreleriyle ilgili olduğu gerekçesi vardır. Buna karşın, teşhis ve tedavi yöntemleri, kullanılacak ilaçlar sağlık hizmetinin özüdür, dolayısıyla bu konuda Kuruma yetki verilmesi hekimin tedavisine müdahale oluşturur, yeni tedavi yöntemlerinin, cihazlar ile ilaçların hekimler tarafından mümkün olan en kısa sürede hastalarının tedavisinde kullanılmasına engeller.

Nasıl ki toplumsal hayattaki değişim kısa ya da uzun bir süre ardından hukuk metinlerinde değişikliği gerektirirse sağlık alanında da hukuki metinleri, bilimsel gelişmeler şekillendirir. Her ne kadar Kurum SUT'u her sene güncellemekte, eklemeler ve değişiklikler yapıyorsa da 5510 sayılı Kanunun 63/1 maddesinde sayılan sağlık hizmetleriyle ilgili bilimsel gelişimin tam olarak yakalanması olanaklı değildir. Tıp biliminin gelişim hızıyla ilgili korona virüs hakkında son iki yıl içinde yaşananlara bir göz atmak yeterli olacaktır. Bu konuda Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 18.06.2019 tarih ve E. 2015/3898 K. 2019/693 sayılı kararına konu iş mahkemesi ilamındaki gerekçe anılmaya değerdir: "Sağlık Bakanlığının tıbbi malzeme rayıcı belirleyen kurullarının rayiç belirleme sürelerinin sağlıktaki gelişmelerin gerisinde kaldığı ve yeni tedavi yöntemleri, gelişen cihazların makul sürede vatandaşların devlet eliyle ve yardımıyla ulaşımını geciktirdiği...".

Anayasa Mahkemesi'nin Kurumun belirleme yetkiyle ilgili ret kararı verdiği 15.12.2006 tarihinde henüz SUT yayımlanmamıştı. Şayet yayımlanmış olsa idi, mevcut SUT'un sınırlandırıcı yaklaşımı karşısında Yüksek Mahkemenin değerlendirmesinin farklı olacağını düşünüyoruz. Bu değerlendirmede dayanağımız, Anayasa Mahkemesinin bir yıl sonra verdiği şu kararıdır: "Sağlık hizmetleri nitelikleri gereği diğer kamu hizmetlerinden farklıdır. Sağlık hizmetinin temel hedefi olan insan sağlığı sorunu, ertelenemez ve ikame edilemez. Bilime dayalı olması gereken tanı ve tedavi metodlarının insan yararına sürekli yenilik ve gelişme

göstermesi, hizmet kalite ve beklentilerini çağın koşullarına yaklaştırmayı gerektirmektedir. Bu yönüyle sağlık hizmetleri, kendi iç dinamikleri ve nitelikleri gereği üretilmesi ve halk yararına sunulmasında özel sektörün kazanç, rekabet ve büyüme dinamiklerinden yararlanacak türdeki hizmetlerdendir”⁸.

Kanunda Değişiklik ile SUT ile Getirilen Sınırlandırmaya Kanunilik Kazandırılması

Anayasa Mahkemesinin sağlık hizmetleriyle ilgili Kuruma verilen belirleme yetkisinin Anayasaya aykırı olmadığı gerekçesi, kararın verildiği tarihte haklı görülebilirdi. Çünkü mahkemenin işaret ettiği 64. maddede Kurumca finansmanı sağlanmayacak sağlık hizmetleri tek tek sayılmış olmakla, doğaldır ki 63. maddede finansmanı sağlanacak sağlık hizmetleri sayıldıktan sonra Kuruma ikinci fıkrada tanınan yetki hiçbir biçimde finansmanı sağlanmayacak hizmet belirleme yetkisi değildir. Bu noktada Anayasa Mahkemesinin “Sağlık hizmetlerinin çeşitliliği, teşhis ve tedavi yöntemlerindeki bilimsel gelişmeler karşısında bu yöntemlerin yasa da belirlenmesinin işin niteliğine uygun olmadığı” tespitini bir daha hatırlatmak isteriz. Ancak Kurum SUT ile 63/2 maddedeki yetkisini, adeta 64. maddenin alternatifi şeklinde SUT ile finansmanı sağlanmayacak sağlık hizmetleri tespit etme şeklinde kullandığından ve Danıştay ve Yargıtay sağlık hakkının yaşam hakkı ile olan ilişkisine uygun olarak, hekimin değerlendirmesine bağlı olarak tıbbi açıdan gerekli durumlarda SUT’ta geçmeyen tedavilerin, ilaçların, cihazların bedelinin ödenmesi gerektiği şeklindeki isabetli kararları ile uygulamada yaşanan sorunlara büyük oranda çözüm getirmiştir. Yargının bu isabetli, istikrarlı uygulaması maalesef kanun koyucunun SUT’un yasaklayıcı yaklaşımını yasal bir zemine taşımasına neden olmuştur. 5510 sayılı Kanunda finansmanı sağlanmayacak sağlık hizmetlerinin düzenlendiği 64. maddeye, 17.01.2012 tarih ve 6270 sayılı Kanunun 7. maddesiyle eklenen d bendinde, “63 üncü maddeye göre yöntem, tür, miktar ve kullanım sürelerinin belirlenmesi sonucunda Kurumca finansmanı sağlanacak sağlık hizmetlerinin kapsamı dışında bırakılan sağlık hizmetleri”nin de ödenmeyeceği kuralı getirilmiştir.

Bu değişikliğe ilişkin madde gerekçesi, adeta yargının SUT ile ilgili kararlarından duyulan rahatsızlığın itiraf edilmesidir: “Sağlık hizmetleri, yapılan tıbbi tedaviler, mali etkililik ve verimlilik gibi yönlerden ele alınarak yapılan değerlendirme sonucunda ödeme kapsamına alınmakta veya alınmamaktadır. Ancak Sosyal Güvenlik Kurumunca finansmanı sağlanacak sağlık hizmetlerinin kapsamının tespiti hususunda uygulamada zaman zaman tereddütler oluşmaktadır. Madde ile, Sosyal Güvenlik Kurumunca finansmanı sağlanacak veya sağlanmayacak olan sağlık hizmetlerinin kapsamı konusundaki belirsizlik giderilmektedir”. Bu

⁸ AYM 22.11.2007 E.2004/114 K.2007/85 (RG. 24.12.2007, 26736).

gerekecekte SUT'un hazırlanmasıyla ilgili salt mali etkililikten, verimlilikten söz edilmesi, bu surette tıbbi açıdan gereklilik, uygunluk unsurlarının dikkate alınmamış olması isabetsizdir. Tıbbi açıdan gereklilik, uygunluk unsuru ise SUT ile genel geçer değerlendirilebilecek bir konu değildir, mutlak surette her somut olay özelinde hekim değerlendirmesini gerektirir.

SUT'taki yasak ve kısıtların 64. maddeye eklenen fıkra ile finansmanı sağlanmayacak sağlık hizmetleri olarak yasal zemine kavuşturulmak istenmesi, sağlık mevzuatı kapsamında bir yandan hasta hakları ve diğer taraftan da tıbbi deontoloji kuralları ile bağdaşmamaktadır. Yine bu değişiklik Anayasa Mahkemesinde 5510 sayılı Kanuna ilişkin 2006'da görülen iptal davasındaki "İdareye; görevlerini ve sağlık hakkına ilişkin yükümlülüklerinin sınırlarını belirleme konusunda, kanunda düzenleme yapılmaksızın verilecek bir asli düzenleme yetkisi, keyfiliğe, belirsizliğe yol açar ve hukuki güvenliği ortadan kaldırır" gerekçesini akla getirmektedir.

Sağlık Hakkının Diğer Sosyal Haklardan Farklı Değerlendirilmesi Gereği

Sağlık Hakkının En Temel Hak Olan Yaşamın Güvencesi Olması

5510 sayılı Kanun ile yürürlüğe giren genel sağlık sigortası dünyada çok sayıda ülkenin başaramadığı, sosyal devlet ilkesi açısından üst düzey koruma anlamına gelmektedir. Ancak mevcut SUT sistemi uygulaması, genel sağlık sigortası hakkında çok sayıda haklı eleştiriye neden olmaktadır (Aydın, 2017: 839). Kurumun sağlık hizmetlerine ilişkin belirleme yetkisinin, madde gerekçesinde açıkça ifade edildiği üzere ekonomik (primler ile sağlık edimlerinin dengeli) olması amacı, ister istemez Anayasanın 65. maddesi kapsamında bir değerlendirmeyi gerektirir. Çünkü bize göre genel sağlık hizmetlerindeki sınırlamalar 65. madde ile gerekçelendirilebilirse de mevcut SUT uygulamalarının ölçülü olduğu söylenemez.

Anayasanın 65. maddesi "Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir" hükmünü amirdir. Sosyal ve ekonomik hakların devlet tarafından hayata geçirilmesi, bunlar için malî imkanların tahsisini gerektirir. Dolayısıyla her bir sosyal ve ekonomik hak özelinde bunun ne derece hayat bulacağı, tahsis edilen malî kaynağın düzeyi ile ölçülür. Buna dayanarak genel bir bakışta Kurumun 63/2 maddeden kaynaklanan yetkisi kapsamında ödenmeyecek bazı tedavileri, ilaçları, cihazları Sağlık Bakanlığının görüşünü de dikkate almak suretiyle belirlemesinin, tahsil edilen genel sağlık sigortası primleri ile sağlık harcamalarının düzeyinin dengelenmesini amaçladığı, bu nedenle Anayasaya uygun olduğundan söz edilebilir.

Kurumun belirleme yetkisine dair madde gerekçesinde somut olarak gözlemlenen bu bakış açısını, sağlık hakkının diğer sosyal ve ekonomik haklardan ayrılan özel niteliğiyle bağdaştırmak mümkün değildir. Çünkü sağlık hakkı alelade bir sosyal hak değildir, varlığımızın temeli yaşam hakkının garantisidir, bu durum Anayasa hükümleri ile de sabittir (Sözer, 2020: 9-10, Güzel vd., 2021: 783).

Anayasaya göre Türkiye Cumhuriyeti sosyal bir hukuk devletidir (m. 2), kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışma görevi vardır (m. 5). Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir (m. 17). Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak, insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, iş birliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler (m. 56). Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir ve devlet, bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar (m. 60).

Buna göre Kurumun tespit yetkisinin niteliğinin ve buna bağlı olarak sınırlarının belirlenmesiyle ilgili Anayasanın 65. maddesi kapsamında bir değerlendirmede, sağlık hakkının diğer ekonomik ve sosyal haklar ile aynı ilke ve ölçülere tabi tutulması isabetsizdir. Sağlık hakkı yaşamın güvencesi olduğuna göre, sağlık için yapılacak hiçbir harcama yersiz yahut ölçüsüz değildir. Sosyal sigorta tekniği dahilinde sağlık edimlerinin bedeli ile toplanan primlerin dengeli olması amacı, hekimler tarafından objektif koşullarda gerekli olduğuna karar verilen sağlık hizmetleriyle ilgili Kurumun bir kısıtlamaya gitmesinin haklı gerekçesi olamaz. Aksine yaklaşım yaşam hakkının ihlali ile sonuçlanır. Sağlıkla ilgili bozulan prim-edim dengesi nedeniyle alınması gereken tedbir, bazı tedavi ya da ilaç bedellerinin ödenmemesi değil; devletin diğer sosyal hak ve ekonomik yükümlülüklerinde sınırlandırmaya giderek sağlık alanına kaynak aktarmasıdır.

Sağlık ve yaşam hakkına ilişkin bu yaklaşım isabetle yargıda da karşılık bulmuştur. Anayasa Mahkemesinin 1991 yılında mülga 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nda hastalık sigortası edimlerini 18 ay ile sınırlandıran hükmünün iptaline dair şu gerekçesi, çağının çok ilerisindedir, bu gerekçeye katılmamak mümkün değildir:

“Anayasa'nın 65. maddesindeki bu sınırlama ile 506 sayılı Yasa'nın 34. maddesindeki itiraz konusu '18 aya kadar' deyimi arasında bir ilişki kurulamaz. Anayasa'nın 60. maddesi kişilere 'sosyal güvenlik hakkını' vermekle birlikte ikinci fıkrasında bunun için alınacak tedbirleri devlete görev olarak verirken 65. madde ile de bu göreve bazı sınırlamalar getirmiştir. Ancak, 60. maddede belirtilen bu sosyal hak,

yine Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen 'yaşama, maddi ve manevi ve varlığını koruma hakkı' ile çok sıkı bağlantı içindedir. Dolayısıyla devlet ekonomik ve sosyal alandaki görevlerini yerine getirirken uygulayacağı sınırlamalarda 'yaşama hakkını' ortadan kaldıran düzenlemeler yapamayacaktır. Bu nedenle Anayasa'nın 65. maddesindeki sınırlamaları, 506 sayılı Yasa'nın 34. maddesindeki itiraz konusu '18 aya kadar' sözcüklerine uygulama olanağı yoktur"⁹.

Danıştay'ın SUT'la ilgili iptal davalarında verdiği kararlarında da aynı isabetli yaklaşımı görmek mümkündür. Yüksek Mahkemenin salt sağlık harcamalarında tasarruf sağlamak, sağlık kurum ve kuruluşlarına yapılan ödemeler noktasında ortaya çıkan denetim noksanlığını gidermek amacıyla yapılan düzenlemelerin, sağlık hizmetinin tıp biliminin öngördüğü biçimde yerine getirilmesini engelleyecek nitelikte olmaması gerektiği tespiti¹⁰, Kurumun 63/2 maddeden doğan belirleme yetkisini kullandığı SUT'ta düzenleme şekli itibariyle sağlık hakkının yaşam hakkıyla olan ilişkisinin dikkate alınmadığını bir kez daha göstermektedir.

Hastalıklar geçmişte ve günümüzde, her zaman bireyleri ve toplumları tehdit eden tehlikelerin en önemlilerinden biridir, dolayısıyla SUT'ta sağlık hakkının kullanılmasına engel oluşturan düzenlemelerin hukuka uygun olduğu söylenemez.

Hasta Hakları ve SUT

3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu uyarınca yayımlanan Hasta Hakları Yönetmeliği¹¹ düzenlemeleri de SUT'un sağlık hizmetlerinin finansmanını kısıtlayan yaklaşımıyla ilgili değerlendirmede dikkate alınabilir niteliktedir.

Yönetmeliğe göre sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan fertlerin, sırf insan olmaları sebebiyle sahip oldukları ve Anayasa, milletlerarası antlaşmalar, kanunlar ve diğer mevzuat ile teminat altına alınmış bulunan hakları, sağlık hizmetlerinin sunulmasında şu ilkelere uyulmasını gerektirir:

- Bedeni, ruhi ve sosyal yönden tam bir iyilik hali içinde yaşama hakkının, en temel insan hakkı olduğu, hizmetin her safhasında daima göz önünde bulundurulur.

- Herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkını haiz olduğu ve hiçbir merci veya kimsenin bu hakkı ortadan kaldırmak yetkisinin olmadığı bilinerek, hastaya insanca muamelede bulunulur.

Bu iki ilkeden varılan sonuç, 5510 sayılı Kanunda SUT'un yasal dayanağı olan belirleme yetkisinin, tam bir iyilik hali içinde yaşama hakkını ihlal ettiği ölçüde

⁹ AYM 17.1.1991 gün ve E.90/17, 91/2 sayılı kararı.

¹⁰ D15D 12.2.2016 E. 2013/12 K. 2016/846.

¹¹ RG. 01.08.1998, 23420.

kullanılmayacak olmasıdır. Konu sağlık olduğunda genel geçer standartlar esas alınarak herkesin istisnasız aynı koşullara tabi tutulması, tıbben her insanın özel olduğu gerçeğini yadsır. Bu nedenle SUT'ta açıkça ödenmeyeceğinden söz edilen yahut açık yasaklama getirilmediği halde ödenecekler arasında sayılmayan tedaviler, ilaçlar ve tıbbi cihazlarla ilgili yargıya başvurulmasına gerek kalmaksızın somut olay özelinde değerlendirme ile işleme imkân veren bir başvuru mekanizmasına açık kapı bırakılmalıdır.

Çünkü her hasta, adalet ve hakkaniyet ilkeleri çerçevesinde sağlıklı yaşamının teşvik edilmesine yönelik faaliyetler ve koruyucu sağlık hizmetleri de dahil olmak üzere, sağlık hizmetlerinden ihtiyaçlarına uygun olarak faydalanma hakkına sahiptir (Yönetmelik m. 6). Bu hak, sağlık hizmeti veren bütün kurum ve kuruluşlar ile sağlık hizmetinde görev alan personelin adalet ve hakkaniyet ilkelerine uygun hizmet verme yükümlülüklerini de içerir. Tedaviyi gerçekleştiren hekimlerin ve diğer sağlık personeli açısından bağlı oldukları adalet ve hakkaniyet ilkeleri ise tıbbi deontoloji kurallarıdır. Dolayısıyla her somut olayda genel sağlık sigortasının temin etmesi gereken hizmetler, kişinin ihtiyaçlarına uygun olmalıdır, SUT düzenlemeleri bu ihtiyaçlar ile uyumlu olmadığı ölçüde uygulanmamalıdır.

Hasta, modern tıbbi bilgi ve teknolojinin gereklerine uygun olarak teşhisinin konulmasını, tedavisinin yapılmasını ve bakımını istemek hakkına sahiptir. Tababetin ilkelerine ve tababet ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı veya aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavi yapılamaz (Yönetmelik m. 11). Bu durumda hekimin tedavi için gerekli olanları SUT düzenlemelerini esas alarak değil, modern tıbbi bilgi ve teknolojinin gereklerini ölçü olarak belirlemesi gerekir, aksine yaklaşım yaşam hakkı ile bağdaşmaz (Ekmekçi, 2011, s. 365).

Tıbbi Deontoloji Kuralları ve SUT

Hasta haklarından olarak her olay özelinde uygulanacak sağlık hizmetlerinin modern tıbbi bilgi ve teknolojinin gereklerine uygun olması, 5510 sayılı Kanununun 63. maddesinde finansmanı sağlanacak sağlık hizmetlerinin hekim tarafından lüzumlu görülenler olarak sayılması ile paraleldir. Çünkü sağlık hizmetlerinin konusu tedavi her hasta için özeldir, dolayısıyla SUT ile örneğin bir ilacın ödenmeyeceğinin düzenlenmesi, hekimin modern tıbbi bilgi ve teknolojinin gerekleri ölçütü ile sınırlı karar verme yetkisi ve sorumluluğunu ihlal eder. Hekimin buradaki konumu tıbbi deontoloji kuralları ile açıklanır.

SUT'a 22.06.2012'de eklenen "Ayaktan yapılan tedavilerde, SUT'un 6.1.6 numaralı maddesinde belirtilen durumlar dışında, bir reçete ile en fazla dört kalem ilaç yazılır ve her kalem ilaçtan bir kutunun...bedeli ödenir" hükmü hakkında Türk Tabipleri Birliği tarafından açılan davada Danıştay 10. Dairesi 18.12.2012 tarih ve E. 2012/5084 sayılı yürütmeyi durdurma kararı vermiştir. Yüksek Mahkemece açıklanan gerekçeler, SGK'nın genel sağlık sigortasında finansmanı sağlanacak

sağlık hizmetlerine ilişkin belirleme yetkisinin konusunun ve sınırlarının değerlendirilmesiyle ilgili ışık tutar mahiyettedir.

Yüksek Mahkeme gerekçesini hastası için gereken sağlık hizmetine karar verecek olan hekimin bağlı olduğu mevzuata dayandırmıştır. Bu kapsamda 1219 sayılı Tababet Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'da Türkiye Cumhuriyeti'nde hekimlik yapmak ve her ne suretle olursa olsun hasta tedavi edebilmek için, tıp fakültesi diplomasına sahip olmak gerektiği düzenlenmiştir (m. 1). Buna göre Türkiye'de hastalıkları tedavi hakkı tıp fakültesi mezunu hekimlere aittir. 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu'na dayanılarak çıkarılan Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 1. maddesinde, tabip ve dış tabiplerinin deontoloji bakımından bu Tüzüğe uymakla yükümlü oldukları belirtilmiş; 2. maddesinde hekim ve dış hekiminin başta gelen vazifesinin insan sağlığına, hayatına ve şahsiyetine ihtimam ve hürmet göstermek olduğu, hekim ve dış hekiminin hastalar arasında hiçbir ayırım yapmaksızın muayene ve tedavi hususunda azami dikkat ve özeni göstermekle yükümlü olduğu açıklanmıştır.

Tüzüğe göre hekim ve dış hekim sanat ve mesleğini yerine getirirken hiçbir etki ve nüfuza kapılmaksızın vicdani ve mesleki kanaatine göre hareket eder, hekim ve dış hekimini uygulayacağı tedaviyi belirlemede serbesttir (m. 6).

Tıbbi deontoloji, genel olarak hekimin mesleki etkinlikleri sırasında hastasına, hasta sahibine, meslektaşlarına ve topluma karşı uymak ve uygulamak zorunda olduğu kurallar, tutum ve davranışların normatif bilgisidir. Bu kurallardan ulaşılan sonuç, hastanın muayene ve tetkiklerini yapmak suretiyle teşhis ettiği hastalığa uygulanacak tedaviyi mesleki bilgisi ve vicdani kanaati ile belirleyerek hastanın iyileşmesini sağlayacak ilaç ve diğer tıbbi malzemeyi reçete etmek ve reçete edilen ilacın miktarını ve hastalığın tedavisinde ne kadar süreyle kullanılacağını saptamak hekimin yetkisinde bulunmaktadır. Dolayısıyla SUT'ta öngörülen "bir reçete ile en fazla dört kalem ilaç yazılır" ve benzeri sınırlandırıcı diğer hükümleri, tanıyı koyan ve hastalığın tedavisini belirleme hak ve yetkisine sahip olan hekimin bu hak ve yetkisine müdahale, kısıtlama niteliğindedir (Bkz. Doğramacı, 2017: 197).

Hekimlik Meslek Kuralları ile Kısmen Bağdaşmayan Yargı Kararları

Yargıtay ve Danıştay bugüne kadar olan uygulamasında isabetle SUT'a mutlak bir değer vermemiş; Kuruma verilen belirleme yetkisine dair sağlık hakkının yaşam hakkıyla olan ilişkine uygun bir yorum ile 5510 sayılı Kanundaki ve SUT'taki bazı kısıtları uygulamamıştır.

Örneğin 5510 sayılı Kanununun 73. maddesine göre acil haller dışında sözleşmesiz sağlık hizmeti sunucularından kişilerce satın alınan sağlık hizmeti bedelleri Kurumca ödenmez. Bu açık yasal kısıtlamaya rağmen Yargıtay'ın bunun Kurum tarifmesini aşan

tutara yönelik olduğu, aksinin kabulünün sosyal güvenlik ilkelerine aykırılık oluşturacağına karar vermiştir¹². Aynı kararda ek bir gerekçe, hiç ödememe sağlık primi tahsil edip, sağlık sigortası kapsamında tedavi giderlerini karşılaması gereken Kurum lehine sebepsiz zenginleşme oluşturur. Bu karar sağlık hakkının yaşam hakkıyla olan bağına uygundur. Yargıtay'a göre böyle bir durumda sigortalı veya hak sahiplerinin sözleşmesiz sağlık sunucusunda yapılan tedavi giderlerinin, sözleşmeli sağlık sunucuları için belirlenen bedeller esas alınarak ödeneceği gözetilmeli, mahkemece tedavi evrakları ve fatura gönderilerek, Kurum'dan veya resmi/sözleşmeli sağlık sunucusundan yapılan tedavilerin resmi tarife bedeli sorulup, talep ve fatura miktarı aşılmaksızın, sonucuna göre karar esi gerekir.

Danıştay'ın da benzer şekilde kararları vardır. Örneğin dış tedavilerinin kurumca finanse edilmesi yasal zorunluluğunun kamu imkanlarıyla gerçekleştirilemediği durumlarda, bu hizmetin dışarıdan gördürülmesi usul ve esasların belirlendiği SUT'un 7. ekiyle ilgili Danıştay kararına katılmamak mümkün değildir. Yüksek Mahkeme sevk işlemleri sonrası gerçekleştirilen tedaviler sebebiyle Kurumca yapılacak ödemelerin, sadece tedavinin yapıldığı ilde o işlem için fatura edilen en düşük fatura tutarı ile sınırlandırılmasının ve geri kalan miktarın hastaların üzerine bırakılmasının bu hizmetten faydalanacak olanların sağlık hakkına erişimini zorlaştırıcı bir nitelik taşıdığından bahisle iptal kararı vermiştir¹³.

Yargıtay Kurumun sağlık hizmetlerine ilişkin belirleme yetkisini SUT ile kullanırken, modern tıbbın gereklerine uygun sağlık hizmetlerine erişimi engeller nitelikte olmamasının altını çizmektedir. SUT kapsamında Kurumca finansmanı sağlanan sağlık hizmetleri için ödenecek bedelin belirlenmesinde Sağlık Hizmetleri Fiyatlandırma Komisyonu yetkilidir (Sözer, 2020: 89-90; Ersöz, 2016: 204 vd.). Ancak bu Komisyona tanınan yetki, genel sağlık sigortası prim gelirlerinin Kurumca sunulan sağlık hizmetinin finansmanında etkin bir şekilde kullanılmasını sağlamak amacıyla ilgilidir. Bu nedenle yetkisini, hastanın sağlık hizmetine erişim hakkını engelleyecek veya hastayı dolayısıyla genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişileri ödeyemeyeceği ağır bir maddi yük altında bırakacak şekilde kullanması, sağlıklı yaşam hakkına ve sosyal devlet ilkesine aykırılık teşkil eder¹⁴. Sonuçta doktor veya sağlık kurulu raporu ile hastanın tedavisinde kullanılması zorunlu görülen ve hasta tarafından bedeli mukabilinde piyasadan temin edilen ortez, protez, iyileştirme araç ve gereç bedelinin, komisyonca piyasa araştırmaları yapılarak kişilere en çok yarar sağlayan ve uygun bedelli olanın tespit edilmesi, sonrasında geri ödenecek bedelin belirlenmesi gerekir. Yoksa bu şekilde bir belirleme yapılmaksızın soyut

¹² Y10HD 25.01.2013 E. 2012/23963 K. 2013/994. Benzer kararlar ile isabetli bulan değerlendirmesi için Uşan, 2013, 494-497.

¹³ D15D 12.2.2016 E. 2013/12 K. 2016/846.

¹⁴ YHGK 18.06.2019 E. 2015/3898 K. 2019/693.

olarak öngörülen bedel üzerinden ödeme yapılması, öngörülen bedel ile de cihaz alınabileceği ortaya konulmaksızın, cihaz bedelinin büyük oranda hasta ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin üzerinde bırakılması mümkün değildir.

Çok sayıda davanın konusu olmasına bağlı olarak Yargıtay'ın ilaç salınımlı stentle sınırlı olarak, uyumsuzluğun, hekimin tercihine üstünlük tanınarak giderilip, tedavide kullanılması durumunda, ayrıca tedavide kullanılmasının gerekli olup olmadığı yönünde kardiyoloji uzmanından rapor alınmaksızın, ilaç salınımlı stentin hasta açısından tıbben gerekli olduğu kabul edilerek sonuca gidilmesi gerektiği yönünde kararları vardır¹⁵. Buna karşın Yüksek Mahkemenin, dava konusu yapılan çok sayıda sağlık hizmetiyle ilgili yargılama kapsamında önce bunun tıbben gerekli olup olmadığının araştırılması ve bu olumlu cevaplanırsa ödenecek bedelin belirlenmesi uygulaması vardır. Bize göre ortada alanında uzman hekimin ya da kurulun gerekli olduğu yolunda bir raporun bulunması karşısında, alacak davası yargılamasında mevcut raporun tıbbi açıdan bir yerindelik denetimine tabi tutulması isabetli değildir. Hele ki mevcut raporun hastayı takip eden, ona temas eden hekim tarafından hazırlandığı dikkate alınırsa, bu raporun salt dava dosyası üzerinden yapılacak tıbbi değerlendirmeye göre daha isabetli olması beklenir.

Yargıtay'ın 2021-2022 tarihli güncel kararlarında da sürdüğü gözlemlenen bu yaklaşımında, “Somut olayda, öncelikle davacıya ait tüm tedavi evrakları celp edilerek ve yukarıda açıklanan mevzuat kapsamında irdeleme yapılmak suretiyle; davaya konu ilacın söz konusu kanser hastalığının tedavisinde hayati önemi haiz ve kullanılmasının zorunlu olup olmadığı, dolayısıyla kullanılmasının tıbben ve fennen sigortalının iyileşmesine katkıda bulunup bulunmayacağı, ilacın hangi tür kanser hastalarında hangi evrede ve hangi dozda kullanılacağı ve bu hususların nasıl belirleneceği, davaya konu ilaçla yapılacak tedavinin bilinen mevcut tedavi yöntemlerine göre daha etkin ve daha yararlı olup olmadığı üniversitelerin tıbbi onkoloji bilim dalından alınacak sağlık kurulu raporu ile saptanmalı, bu saptama yapılırken dosya içinde mevcut görüş, karar ve raporlar da irdelenip varsa çelişkiler giderilmeli, ayrıca bu belirleme yapılırken iyileştirme kavramından anlaşılması gerekenin sigortalı hastanın sağlığına kavuşması ve hastalığın iyileşmesi hususu olduğu göz önünde tutulmalıdır. Bu kapsamda yapılacak araştırmalar sonucunda; davaya konu ilacın anılan hastalığın iyileşmesi için tedavisinde kullanılmasının hayati önemi haiz ve zorunlu olduğu sonucuna varıldığı takdirde ise ilaç bedelinin uygunluğu yönünden ve katkı payını da irdelenecek biçimde denetime elverişli hesap raporu alınarak sonucuna göre karar verilmelidir”¹⁶ anlayışı söz konusudur.

Öğretide Yargıtay'ın bu yaklaşımın kötünietli talepleri engellemek amacı

¹⁵ YHGK 21.05.2014 E. 2013/10-1282 K. 2014/678.

¹⁶ Y10HD 31.03.2022 E. 2022/2235 K. 2022/4771; aynı Daire 31.03.2022 E. 2022/1688 K. 2022/4772.

taşıdığı, örneğin alternatif ilaçlar, cihazlar arasında fahiş fiyat farkı olması halinde kötüninietin varlığının kabul edilebileceği ileri sürülmüştür (Canıklıoğlu, 2014, s. 466, Akın, 2012, s. 441). Bize göre salt alternatif ilaçların, cihazların fahiş fiyat farklı olması kötüninietin kabulü için yeterli değildir. En basitinden ithal eşyaların, yerli eşyalardan; Avrupa’da üretilen eşyaların Çin’de üretilen eşyalardan daha pahalı olduğu herkesçe malumdur, buna rağmen en ucuz olan Çin malını değil, kalitesi nedeniyle pahalı olan Avrupa malını alırız. Yukarıda da incelenen tıbbi deontoloji kuralları dikkate alınır, somut olayda tedaviyi gerçekleştiren hekimin, raporu veren sağlık kurulu tıbben ve fennen sigortalının iyileşmesine katkıda bulunacağına, gerekli olduğuna kanaat getirmiş ki ilgili ilacın, tıbbi cihazın kullanılmasına karar vermiştir. Bu nedenle ortada somut olarak bir kötüninietli uygulama ya da fahiş mesleki kusur vb. şeklinde bir iddia bulunmadığı sürece, gerekliliğiyle ilgili doktoruna güvenilerek bedeli zaten ödenmiş sağlık hizmeti bakımından yargılamada artık bir daha araştırma yapılmasının gerekmediğini düşünürüz. Başka deyişle böyle bir durumda kötüniniet ancak objektif mesleki koşullarda gerekli olup olmamaya göre değerlendirilmelidir (Sözer, 2017, s. 554).

Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin 2022 tarihli yeni kararlarında yazılan karşı oy yazısı düşüncemizi doğrular mahiyettedir. Karşı oyda Dünya Sağlık Örgütünce tanımlanmış “Akılcı İlaç Kullanımı” kapsamında öncelikle hastanın probleminin tanımlanması, kısaca hekim tarafından doğru teşhis konulması, sonrasında ise etkili tedavinin tanımlanması, ilaçlı tedavi uygulanacaksa uygun ilacın seçimi, dozunun ve uygulama süresinin belirlenmesi ve uygun reçete yazılması sırası ile izlenmesi gerektiği tespitinden sonra, devletlerin kişilerin sağlığını ve yaşamını korumak için tedbirleri almak zorunda olduğu, özellikle yaşam hakkının doğrudan ihlali oluşturabilecek durumlarda devletin, tedaviye ve ilaca erişim/bütçe olanakları şeklinde bir orantının geçerli olmadığına işaret edilmiştir. Tedavi veya ilaç temin edilmediği durumlarda kişinin bedensel bütünlüğünün bozulması veya ölüm riski varsa, artık devletin korumak zorunda olduğu yaşam hakkının sonucu bir pozitif yükümlülüğü de vardır, devlet kişilerin yaşamını koruma için zorunlu ilaçları temin etmek zorundadır. Sonuç olarak “kansere hastası olan davacı açısından ... ilacının kullanımı akılcı ilaç kullanım kapsamında kalmaktadır. Zira doğru teşhis konulmuş, anılan ilaç uygun olarak seçilmiş, dozu ve uygulama süresi belirlenmiş ve reçeteye bağlanmıştır. Yargılama aşamasında da davacının hastalığının ilerlemesini durdurduğu, tedavide fayda gördüğü alınan raporla saptanmıştır. Davacının yaşam süresinin uzaması, yaşam ve sosyal güvenlik hakkı kapsamındadır. İlacın esas itibarıyla yaşamın sürdürülmesini sağladığı anlaşıldığından, devletin yaşamı koruma yükümlülüğü içinde kaldığı açıktır. Burada salt iyileşme ve sağlığa kavuşma aranması, yaşam hakkının kısıtlanması anlamına gelecektir”¹⁷.

¹⁷ Öğretide bir sağlık hizmetinin gerekli olup olmadığının değerlendirilmesinde “iyileştirme vasıtaları”, “sigortalının sağlığını koruma”, “çalışma gücünü yeniden kazandırma”, “kendi

Sonuç

Sağlık hakkının yaşamın güvencesi olması, bunu temin eden sağlık hizmetleriyle ilgili alınacak her türlü kararda konunun mali boyutunun, diğer ekonomik ve sosyal haklardan farklı olarak ikinci planda belirleyici olmasını gerektirir. Asıl olan hekimin modern tıbbın imkanları dahilinde tıbbi deontoloji kurallarının ve hasta haklarının gereklerine uygun olarak belirleyeceği sağlık hizmetinin devlet tarafından temin edilmesi, genel sağlık sigortasının buna göre yapılandırılmasıdır. Ancak sosyal da olsa genel sağlık sigortası sistemi özünde sigorta tekniğine dayanır, sağlık hizmetlerinin finansmanı esasen ilgililerin prim ödemeleri üzerindedir. Sosyal devlet gerektiği ölçüde sistemi finansal yönden desteklemekle yükümlü ise de tüm toplumun ortak menfaatleri, hekimlerin hastalarıyla ilgili teşhis ve tedavide karar verme hakkını ihlal etmemesi şartı ile sağlık hizmetleri bakımından merkezi bir planlamayı gerektirir. Çünkü sağlık hizmetleri bilimsel gelişmelerin sonucu olumlu anlamda her geçen gün bir değişim halindedir.

Açıklanan nedenle 5510 sayılı Kanunda ardı ardına 63. ve 64. maddelerinde önce genel sağlık sigortalarında finansmanı sağlanacak sağlık hizmetleri sınırlandırıcı bir içerikte olmaksızın, hekim tarafından lüzum görülecek tüm sağlık hizmetleri ölçütü ile düzenlendikten sonra, finansmanı sağlanmayacak sağlık hizmetlerinin ise tersine sınırlı sayıda düzenlenmesi isabetlidir. Yine 63. maddenin gerekçesinde ifade edildiği üzere birçok ülkede genel sağlık sigortasıyla ilgili resmi otoritelere belirleme yetkisi verildiği malumdur. İşte bizi bu çalışmayı yapmaya sevk eden, hekim tarafından hastası için objektif koşullarda gerekli görüldüğü, modern tıba, deontoloji kurallarına ve hasta haklarına uygun olduğu halde birçok sağlık hizmetinin Kurum tarafından ödenmemesi, başka deyişle Kurumun, sağlık hizmetlerine ilişkin belirleme yetkisine SUT sisteminde sağlık hakkının özünü ihlal eder biçimdeki yasaklayıcı, sınırlandırıcı bakış açısıdır.

Burada ülkemiz için bir örnek olarak Alman yasal hastalık sigortası sistemine işaret etmek isteriz. Bu ülkede yasal hastalık sigortasının düzenlendiği SGB V'de finansmanı sağlanacak sağlık hizmetlerini belirleme konusunda verilen bir yetki söz konusudur (§ 92). 5510 sayılı Kanununun 63/2 maddesine göre çok daha ayrıntılı kaleme alınarak belirleme yetkisinin mali kaygılardan ziyade, sağlık hakkının amaçları ile çatışmayacak şekilde kullanılmasını sağlayacak yönergeler içeren § 92 SGB V düzenlemesinin SUT sisteminden esaslı iki farkı vardır. Bunlardan ilki, kamuoyu nezdinde belirlemelerin objektifliğiyle ilgili şüpheleri bertaraf eder biçimde belirleme yetkisinin ödemeleri yapacak sigorta kurumunun kendisine değil, bağımsız bir kurum olan Ortak Federal Komiteye (Gemeinsamer Bundesausschuss,

ihtiyaçlarını görme kabiliyetini arttırma”, “sigortalının iyileşmesine yarama”, “iş göremezliğin giderilmesini sağlama” olgularının hep birlikte dikkate alınmasına işaret edilmektedir, Ekmekçi, 2011, s. 362.

<https://www.g-ba.de>) verilmesidir. Bu komitenin bağımsızlığı, yönetiminde beşi hastalık sigortası kurumlarından, beşi sağlık hizmeti veren kurumların temsilcilerinden üyeler dışında, biri başkan olmak üzere üç tarafsız üyenin görevli olmasından ileri gelir.

Diğer fark ise bu Komitenin belirleme yetkisinin sınırları olarak maddede açıkça sağlık hizmetinin yeterli, amaca uygun/amaç bakımından ölçülü ve ekonomik olması unsurları ile sınırlandırılmış olmasıdır. 5510 sayılı Kanundan farklı olarak belirleme yetkisinin kapsamıyla ilgili bu şekilde üç unsurun açıkça sayılması, belirlemenin her üç unsuru bir arada en iyi seviyede karşılayacak şekilde olmasını güvence altına alması, örneğin salt sistemin ekonomik geleceğiyle ilgili kaygılarla belirleme yapılamamasıdır. Bağlantılı olarak § 92 SGB V düzenlemesinin isabetli bir hükmü, belirleme yetkisinin SUT'taki gibi açıkça yasaklama ya da sınırlandırma şeklinde değil, yasal asgari standartlar şeklinde öngörülmesi, bu surette her somut olayda yargıya gitmeye gerek olmaksızın hekimin gerekli gördüğü sağlık hizmetlerinin belirlemenin yapıldığı yönergede bulunmasa dahi ödenmesine imkan veren bir mekanizmanın bulunmasıdır.

Almanya örneği de dikkate alındığında bizim bu çalışmada incelediğimiz mevcut SUT sisteminin sağlık hakkı ile çatışan sınırlandırıcı yapısının değiştirilmesine esas olmak üzere 5510 sayılı Kanununun 63/2 maddesinde değişiklik ile sağlık hizmetlerine ilişkin belirleme yetkisi konusunda hem kurumsal açıdan bağımsızlığı sağlayacak hem de sağlık hizmetlerinde modern tıptaki gelişmelere uygun, hekimlerin tıbbi deontoloji kurallarına uygun karar verebilmelerini sağlayacak, hasta haklarını güvence altına alacak, sağlık hizmetlerini sınırlandıran, yasaklayan değil “yeterli, amaç bakımından ölçülü ve ekonomik” sağlık hizmetlerini asgari standart olarak belirleyen, gerektiğinde bunun üzerine çıkılabilen bir yapının düzenlenmesini öneririz.

Extended Summary

Right to Health in the Communiqué on Healthcare Practices

Medicine is in a state of constant change and development. Fatal diseases can become completely curable with a treatment method, drug or vaccine developed over time. However, when the Social Security Institution's Communiqué on Healthcare Practices (“SUT”) is examined, it is seen that, the communiqué has adopted the method of limiting counting regarding the treatments, drugs and devices to be paid with an approach that ignores the continuous development of medicine, falls behind this development, and puts the Institution's budget in the foreground, not the health, and the communiqué substantially limits the

authorities and liabilities of physicians arising from the medical deontology rules mentioned below regarding the treatment of their patients. In other words, physicians are left with a range of action to the extent that they are allowed in the “SUT” regarding their treatment, which is clearly incompatible with the principle of giving preference to the physician's preference in medicine. This regulation style of the “SUT” is in contradiction with the dynamic structure of the general health insurance in terms of its subject and purpose.

Unless a change is made in the “SUT” system, the lawsuits filed by the general health insurance holders against the Social Security Institution (“SGK”) for drugs, medical devices, and similar items that they personally pay for, and the annulment lawsuits filed by the physicians, pharmacists’ professional chambers and the patients at the Council of State regarding the provisions of the SUT will never end. In this study, our aim is to examine whether the existing SUT system in general health insurance is compatible with the authority to determine the diagnosis and treatment methods of health services to be financed, and the types, quantities, and duration of use of orthoses, prostheses and other healing tools and equipment, granted to the “SGK” in article 63/2 of Law No. 5510, which is the legal basis of “SUT”.

General health insurance is a health insurance that ensures that all members of the society can benefit from health services equally, easily, and effectively, against the risk of disease that may arise regardless of the economic power and desire of the people. General health insurance is not an insurance branch that provides health services per se, it is an insurance branch that provides the financing of health services. In this model, the general health insurance does not operate a hospital, rather it performs health services through official and private outsourced methods.

After explaining in detail, the health services to be financed within the scope of general health insurance as summarized above in the first paragraph of Article 63 of Law No. 5510, in each concrete case, the criterion of "deemed necessary by the physician" has been taken as a basis in accordance with the principles of medical science and medical legislation regarding the determination of what, which drugs, devices will be required and used. The physician's authority to determine is not unlimited, in Article 64, health services that will not be financed by the Institution have been listed as subject to the principle of limited number. A health service not specified in Article 64 can be given by the decision of the physician and its cost must be paid by the Institution within the scope of general health insurance.

Although the health services that will and will not be financed by the Institution are arranged in a structure that complements each other in this

way, in the second paragraph of Article 63, the Institution has been given a determination authority that cannot be reconciled with this approach at first glance, which is the legal basis of the SUT, which is the subject of our study. Between the payment of the health services required by the physician in the first paragraph of the article and the health services that will not be paid in the Article 64, the second paragraph contains the rule “The Institution is authorized to determine the diagnosis and treatment methods of the health services to be financed, and the types, amounts and periods of use, payment procedures and principles of the health services specified in subparagraph (f)...”

Considering that the right to health is the guarantee of life, which is the most fundamental right, it is not possible to understand the purpose of giving authority to the Institution in this system from a legal point of view. The parallelism of the general health insurance benefits and the premiums to be received, which is emphasized in the justification of the article regarding the authority of determination of the Institution, is possible to the extent that it does not cause conflict with the drugs, devices, and other services that physicians deem necessary for treatment. The authority of the Institution to determine should not be interpreted in a way that harms the essence of the right to health and overtakes the legislation on the professional powers and liabilities of physicians.

Just as changes in social life require changes in legal texts after a short or long period of time, scientific developments shape legal texts in the field of health. Health services are different from other public services due to their nature. The human health problem, which is the main goal of health care, cannot be postponed or substituted. The continuous innovation and development of diagnosis and treatment methods, which should be based on science, for the benefit of people requires bringing service quality and expectations closer to the conditions of the age. In this respect, health services are the kind of services that will benefit from the profit, competition and growth dynamics of the private sector in the production and presentation of them for the benefit of the public due to their internal dynamics and characteristics.

Intentions to provide legal basis of prohibitions and restrictions in SUT as health services that will not be financed with the paragraph added to Article 64 of Law No. 5510 in 2012 is incompatible with patient rights on the one hand and medical deontology rules on the other hand, within the scope of health legislation. The right to health is in close connection with the 'right to life, to protect the material and spiritual entity' regulated in Article 17 of the Constitution. Therefore, the state will not be able to make regulations that abolish the "right to life" in the restrictions it will apply while performing its duties in the economic and

social field pursuant to Article 65 of the Constitution. The use of the authority used with the SUT only to save money on health expenditures and to eliminate the lack of control in the payments made to health institutions and organizations should not prevent the fulfilment of health services as prescribed by medical science.

The patient has the right to demand diagnosis, treatment, and care in accordance with the requirements of modern medical knowledge and technology. Diagnosis and treatment cannot be made that is contrary to the principles of medicine and the provisions of the legislation related to medicine. In this case, the physician should determine what is necessary for treatment not based on SUT regulations, but by considering the requirements of modern medical knowledge and technology, otherwise the approach is incompatible with the right to life. According to the rules of Medical Deontology, physicians and dentists act according to their conscientious and professional convictions without any influence while performing their art and profession, and the physician and dentist are free to determine the treatment to be applied.

The prohibitive and restrictive point of view, which violates the essence of the right to health in the SUT system, should be changed, as many health services are not paid by the Institution even though they are deemed necessary by the physician in objective conditions for the patient and comply with modern medicine, deontology rules and patient rights. It should be ensured that the power of determination should be used in a way that does not conflict with the aims of the right to health, rather than financial concerns, by writing much more detailed than Article 63/2 of Law No. 5510. For this purpose, the determination authority should be given to an independent institution, not the insurance institution, SGK, that will make the payments, with the amendment in the Law in a way that eliminates doubts about the objectivity of the determinations in the eyes of the public. In addition, the limits of the Institution's authority to determine should be clearly limited to the elements that the health service should be adequate, fit for purpose/measured in terms of purpose and economic. In this way, these three elements related to the scope of the determination authority should be clearly listed in the legislation, it should ensure that the determination will meet all three elements together at the best level, for example, determination should not be made solely out of concerns about the economic future of the system.

Beyan

Çalışma ve Toplum Dergisi'nde yayınlanmak üzere tek yazarlı olarak hazırladığım "Sağlık Uygulama Tebliğinde Sağlık Hakkı"başlıklı makalemin içeriği ya da hazırlanışıyla ilgili herhangi bir kurumi kuruluş veya kiliiler ile bir çıkar atışması bulunmadığını sadece akademik eserler, mevzuat ve yarguukararlarından hareket ile hazırlandığından veri sağlama vb bir katkının söz konusu olmadığını kabul, beyan ve taahhüt ederim.

KAYNAKÇA

- Akın, L. (2012) “Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri Açısından Yargıtay’ın 2010 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2010**, Ankara: Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası Yayını, 403-596.
- Arıncı, K. (2015) **Türk Sosyal Güvenlik Hukuku**, Ankara: Gazi Kitabevi.
- Arıncı, K. (2019) “Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri”, **Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2017**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 497-548.
- Aydın, U. (2017) “Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri”, **Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2015**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 557- 866.
- Canıklıoğlu, N. (2014) “Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri Açısından Yargıtay’ın 2012 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2012**, Ankara: Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası Yayını, 377-532.
- Doğramacı, Y. G. (2017) “Sağlık Uygulama Tebliğinin Hekim ve Hasta Haklarına Etkisi” **VI. Sağlık Hukuku Kurultayı**, 6-7 Kasım 2015, Ankara, 193-214.
- Ekmekçi, Ö. (2011) “Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri Açısından Yargıtay’ın 2009 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2009**, Ankara: Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası Yayını, 317-408.
- Ersöz, A. K. (2016) **İlaç Hukuku Bağlamında İdarenin Sorumluluğu**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Güzel, A.; Okur, A. R.; Canıklıoğlu, N. (2021) **Sosyal Güvenlik Hukuku**, İstanbul: Beta Basım Yayım.
- Sözer, A. N. (2017) “Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri”, **Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2014**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 437-584.
- Sözer, A. N. (2020), **Türk Genel Sağlık Sigortası**, İstanbul: Beta Basım Yayım.
- Tuncay, A. C. (2015) “Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri Açısından Yargıtay’ın 2013 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013**, Ankara: Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası Yayını, 463-604.
- Tuncay A. C.; Ekmekçi, Ö. (2021) **Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri**, İstanbul: Beta Basım Yayım.
- Uşan, M. F. (2013) “Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri Açısından Yargıtay’ın 2011 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2011**, Ankara: Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası Yayını, 337-540.

