

## GÖZLEM VE GÖRÜŞLER

# ANAYASA MAHKEMESİ'NİN İKİ KARARIYLA SAĞLIK HİZMETLERİNE BAKIŞ

Ali Rıza AYDIN\*

### Giriş

Sağlık hizmetleri, Anayasa'nın "Temel Hak ve Ödevler" başlıklı ikinci kısmının, "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler" başlıklı üçüncü bölümünde yer alan 56. maddesinde, çevrenin korunmasıyla birlikte düzenlenmiştir.

Maddeye göre;

"Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir.

Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir.

Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler.

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."

Anayasa sağlığı bir temel hak olarak gösterip bunun ana ilkelerini belirlerken, aynı zamanda vatandaşlara ve Devlete de görevler vermiştir<sup>1</sup>. Devletin sağlıkla ilgili görevleri,

(i) Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirliliğini önlemek,

(ii) Sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenlemek,

(iii) Bu görevini yerine getirirken kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanmak ve onları denetlemek ve

(iv) Genel sağlık sigortası kurmak şeklinde sıralanabilir.

Ancak, sağlık hizmetleri ve Devlet ilişkisinin, yalnızca Anayasa'nın bu maddesi kapsamında değerlendirilmesi büyük eksiklik olur. Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesi, hiyerarşik bir ayrıma tabi tutulmaksızın tüm Anayasa maddeleriyle ve Anayasa'nın sözüne ve özüne bir bütünlük içinde uygunlukla ortaya çıkar. Bu bağlamda, Anayasa'nın Başlangıç'ındaki, her Türk vatandaşının maddi ve manevi varlığını geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu şeklindeki bölümü, 2. maddesindeki insan haklarına dayanan, demokratik, laik ve sosyal hukuk devleti, 5. maddesindeki Devlet'in insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya ilişkin temel amaç ve görevleri, 6. maddesindeki egemenliğin kayıtsız şartsız ulusun olduğuna ilişkin temel ilkesi, 12. maddesindeki herkesin, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve özgürlüklere sahip olması, 14. maddesindeki temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmaması, 17. maddesindeki herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olması, tıbbi zorunluluklar ve yasa yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı, rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağı ve 128. maddesindeki kamu hizmeti görevlileriyle ilgili genel ilkeleri sağlıklıla bağlantılı kurallar, olarak karşımıza çıkmaktadır.

\*Yargıçlar ve Savcılar Birliği (YARSAV) Genel Sekreteri

Ayrıca, Anayasa'ya göre "genel sağlık" nedeniyle temel hak ve özgürlüklerde sınırlama yapılması da olanaklıdır. Özel yaşamın gizliliği (m.20), konut dokunulmazlığı (m.21), haberleşme özgürlüğü (m.22), kamu tüzelkişilerinin elindeki basın dışı kitle haberleşme araçlarından yararlanma hakkı (m.31), dernek kurma özgürlüğü (m.33), toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı (m.34), sendika kurma hakkı (m.51), toplum zararına kullanılmaması nedeniyle grev ve lokavt hakkı (m.54) sınırlamanın ilgili maddelerde gösterildiği temel hak ve özgürlükler arasındadır. Kuşkusuz bu sınırlama, Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin 13. maddesindeki ilkelere bağlı olarak yapılacaktır. Bu yazıda, sağlık sisteminin anayasal çerçevesinin anlatılmasında bu girişle yetinilecek, 22.11.2007<sup>2</sup> ve 13.3.2006<sup>3</sup> günlü Anayasa Mahkemesi kararlarından hareketle sağlık hizmetlerine nasıl bakıldığı ve buna bağlı olarak nasıl bakılması gerektiği üzerinde durulacaktır.

#### Anayasa Mahkemesi Kararlarında Sağlık Hizmeti

Öncelikle inceleyeceğimiz 22.11.2007 günlü Anayasa Mahkemesi kararına konu olayda, sağlık hizmetlerinin hizmet satın alınması yoluyla gördürülmesine ilişkin Sağlık Bakanlığı'nca çıkarılan "Sağlık ve Yardımcı Sağlık Personeli Tarafından Yerine Getirilmesi Gereken Hizmetlerin Satın Alma Yoluyla Gördürülmesine İlişkin Esas ve Usuller" in iptali için açılan davada, Danıştay Beşinci Dairesi, söz konusu düzenleyici işlemin dayanağı olan yasa kuralının Anayasa'ya aykırılık savını ciddi bularak Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur.

Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülen kural, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 36. maddesinin "III- SAĞLIK HİZMETLERİ ve YARDIMCI SAĞLIK HİZMETLERİ SINIFI" başlıklı bendine 4924 sayılı Yasa'nın 11. maddesiyle eklenen paragraftır. Bu kurala göre, "Bu sınıfa dahil personel tarafından yerine getirilmesi gereken hizmetler, lüzumu halinde bedeli döner sermaye gelirlerinden ödenmek kaydıyla, Bakanlıkça tespit edilecek esas ve usullere göre hizmet satın alınması yoluyla" gördürülebilecektir.

Danıştay Dairesi tarafından yapılan başvuruda, idarenin dolaylı bir özelleştirme yöntemini benimsediği ve Anayasa'nın 128. maddesinde öngörülme-yen bir istihdam şeklinin düzenlendiği, bu nedenle kuralın Anayasa'nın 2. ve 128. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Ancak Anayasa Mahkemesi, yasaların Anayasa'ya aykırılığı konusunda ilgililer tarafından ileri sürülen gerekçelere bağlı kalmak zorunda olmadığından itiraz konusu kuralı ilgili nedeniyle Anayasa'nın 47. ve 56. maddeleri yönünden de incelemiştir. Böylece, Anayasa'nın "hukuk devleti", "sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması" ve "kamu hizmeti görevlileriyle ilgili" genel hükümleri 47. maddedeki "özelleştirme" hükümleriyle birlikte yorumlanmıştır.

Anayasa Mahkemesi kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Anayasa'nın 128. maddesinin birinci fıkrasında 'Devletin kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür' denilmektedir. Bu kurala açıkça memur ve kamu görevlisi tanımı yapılmamış, onlara gördürülecek iş belirlenme yoluna gidilmiştir.

En geniş tanımı ile kamu hizmeti, devlet ya da diğer kamu tüzelkişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, ortak gereksinimleri karşılamak ve kamu yararını sağlamak için topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir. Toplumsal yaşamın zorunlu gereksinimlerinden olan düzenlilik ve süreklilik isteyen sağlık hizmeti de nitelikleri gereği kamu hizmeti olarak değerlendirilmektedir.

Anayasa'nın 47. maddesine eklenen dördüncü fıkra ile kamu hizmetlerinden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile üçüncü kişilere yaptırılacağı veya bunlara devredilebileceği konusunda yasama organı yetkili kılınmıştır.

Anayasa'nın 5. maddesinde, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak şekilde sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak, devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmış, 56. maddesinde de, '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' denilmiştir.

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.

Bu çerçevede, artan sağlık hizmeti talebini en doğru şekilde karşılamak, yüksek sermaye grubuna dahil sürekli yenilenen teknoloji elde etmek ve cihaz-ekipman-sigorta-bakım-yenileme maliyetlerini minimize etmek, birden çok kuruma ortak hizmet alanı yaratmak, yetersiz ve kısıtlı kalifiye insan gücü kaynağını değerlendirerek hizmette etkinlik ve verimlilik sağlamak, değişen şartlara ve ihtiyaca göre hizmet planlama ve sunumunu yapmak, yerinde sağlık hizmeti sunarak gereksiz hasta transferi ve beraberinde getireceği sosyal sorunlara son vermek,

kaynak kullanımı kontrollü, kaliteyi yükselten, maliyeti düşüren etkin, süratli, kesintisiz bir sağlık hizmeti sunmak, gereksiz bina ve cihaz alımının önüne geçmek, kurumlar arası işbirliği ve halkın sosyal memnuniyetini arttırmak sağlık hizmetleri yönünden Devletin için bir kamusal zorunluluk ve sosyal devlet olmanın gereğidir.

Anayasa'nın 47. maddesi ile 128. maddesi birlikte değerlendirildiğinde, sağlık hizmetlerinin bütünüyle devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu bir kamu hizmeti şeklinde nitelendirilmesi olanaklı değildir. Dolayısıyla sağlık hizmetinin tamamının salt memur ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi gerektiğinden sözedilemeyeceği gibi, 47. maddesinde öngörülen hizmet kapsamında bunun özel hukuk sözleşmeleri ile üçüncü kişilere yaptırılabilmesi olanaklıdır. Anayasa'nın 2. maddesinde 'Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir' denilmiştir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirme bilincinde olan devlettir.

Sosyal hukuk devleti, insan hak ve özgürlüklerine saygı gösteren, kişilerin huzur, refah ve mutluluk içinde yaşamlarını güvence altına alan, kişi ile toplum arasında denge kuran, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak sosyal adaleti gerçekleştiren, bu bağlamda sağlık hizmetlerinden bireylerin yeteri kadar yararlanmasını sağlayan devlettir.

Anayasa gereği herkesin, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olması karşısında, ülkenin her yöresinde sağlık hizmetlerinden tam olarak yararlanabilmesini sağlamak amacıyla niteliği gereği sağlık hizmetlerinin yerine getirilmesinde ortaya çıkacak eksiklik ve gecikmelerin telafisi olanaksız sonuçlara yol açabilmesi, kamunun iktisadi ve teknik yetersizliği, teknolojik gelişme ve kullanıcıları ve hizmet sunucu ve donanımlarına olan ihtiyaç, görev ve yer yönünden erişim zorlukları, sağlık hizmetlerinin ertelenemez ve ikame edilemez özellikleri, doğal afet, salgın hastalıklar ve acil durumlar sağlık hizmetlerinin hizmet satın alma yoluyla karşılanmasını zorunlu kılmaktadır. Böylece, itiraz konusu kural ile, sağlık hizmetleri ve yardımcı sağlık hizmetleri sınıfına dahil personel tarafından yerine getirilmesi gereken hizmetlerin, ücretleri döner sermaye gelirlerinden karşılanmak kaydıyla, lüzumu halinde hizmet satın alınması yoluyla gördürülmesi olanaklı hale gelmektedir. Kuralın, Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen sosyal devlet ilkesini gerçekleştirmek, 5. maddesinde Devletin temel amaç ve görevleri arasında belirtilen kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, insanın maddi ve manevi varlığını geliştirmek, 56. maddesinde öngörülen sağlık hizmetlerini tam ve dengeli biçimde yerine getirebilmek amacıyla düzenlendiği anlaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2., 47., 56. ve 128. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir."<sup>4</sup>.

İkiye karşı dokuz oyla, oyçokluğuyla kabul edilen bu karar ilk bakışta, "Sağlık Hizmetleri ve Yardımcı Sağlık Hizmetleri Sınıfı"na dahil personel tarafından yerine getirilmesi gereken hizmetlerin, bütünüyle hizmet satın alınması yoluyla gördürülebileceğinin önünün açılması şeklinde algılanmaktadır. Kuralın Anayasa'ya aykırı bulunmaması böyle bir algılamayı hemen gündeme getirmekte ve endişelere neden olmaktadır. Ancak, kural ve karar birlikte okunduğunda bu yaklaşımın yeniden değerlendirilmesi gerektiği ortaya çıkmaktadır.

Anayasa Mahkemesi kararının doğru okunabilmesi için gerekli ipuçlarını, Yasa kuralı, karar ve Anayasa maddelerini değerlendirerek bulabiliriz.

(i) Öncelikle kural, hizmet satın alınması yoluyla gördürülebilecek sağlık hizmetlerini genelleştirmemiş, "lüzumu halinde" sözcükleriyle sınırlandırmıştır. Kural, bu konuda yetkiyi tamamıyla Sağlık Bakanlığı'na bırakmış, hatta esas ve usulleri belirleme konusunda da aynı Bakanlık yetkili kılınmıştır. Buradaki olumsuzluk, Yasa'nın hiçbir sınır çizmeksizin, çerçeve belirlemeksizin hem "lüzumu hali" hem de "esas ve usulleri" Bakanlığa bırakmasıdır. Konu yargı denetimine açık olmakla birlikte, "lüzum"un yargı denetimi için önemli bir gerekçe olmasının, sorunları aşmak için yeterli olup olmayacağı tartışmalıdır. Bunun sonucu, uygulamanın yargısal denetime taşınmasıyla görülebilecektir. Ancak, hukuk devletinde, sorunların yargısal denetime taşınmadan çözümlenmesi, kuralların en az uyumsuzlukla ve yargı denetimini gerektirecek açıklığa, netliğe, çerçeveye ve objektifliğe sahip olması gerektiği de kuşkusuzdur<sup>5</sup>.

(ii) Anayasa Mahkemesi kararındaki en önemli saptama, Anayasa'nın ve 128. maddesinin yorumlanmasıyla yoluyla "kamu hizmeti" tanımıdır. Mahkeme, en geniş anlamıyla kamu hizmetini tanımladıktan sonra, sağlık hizmetinin kamu hizmeti olduğunu, "toplumsal yaşamın zorunlu gereksinimlerinden olan düzenlilik ve süreklilik isteyen sağlık hizmeti de nitelikleri gereği kamu hizmeti olarak değerlendirilmektedir" sözcükleriyle vurgulamıştır.

(iii) Kararda, Anayasa'nın 5., 47. ve 56. maddeleri açıklandıktan sonra yukarıdaki genel değerlendirmeyi destekleyen şu saptamayla devam edilmiştir: "Sağlık hizmetleri nitelikleri gereği diğer kamu hizmetlerinden farklıdır. Sağlık hizmetinin temel hedefi olan insan sağlığı sorunu, ertelenemez ve ikame edilemez".

Bu genel saptama, sağlık hizmetlerinin niteliğiyle birlikte, Anayasa'nın sözü ve özünden çıkmaktadır. Dolayısıyla, bu saptama dışına çıkış olanaklı değildir. Diğer bir deyişle, temel hedefi insan sağlığı olan bu sorun Anayasa Mahkemesi'nin de belirttiği gibi, "ertelenemez ve ikame edilemez"; istisnası da olanaklı değildir. Nitekim, Anayasa'nın 56. maddesinde, Devlet'in sağlıkla ilgili

görevlerini yerine getirirken "kamu ve özel kesimlerdeki" sağlık ve sosyal yardım kurumlarından yararlanacağı belirtilmekle birlikte, sağlık kuruluşlarının tek elden planlanıp hizmet verilmesinin düzenlenmesi ve denetim görevi Devlet'e verilmiştir. Bu düzenleme ve görev, yine 56. maddedeki, Devlet'in "herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak" temel göreviyle birlikte değerlendirilmelidir. Asıl olan, herkesin yaşamının, beden ve ruh sağlığının düzenlilik ve süreklilik isteyen, ertelenemez ve ikame edilemez bir hizmet şekliyle sürdürülmesidir. Bu hedefin gerçekleştirilmesi için niteliği gereği diğer kamu hizmetlerinden farklı olan bir hizmetin gereğinin yerine getirilmesi gerekir. Burada da vazgeçilmez ve ikame edilmez tek hizmet türü Anayasa'nın 128. maddesinde tanımlanan asli ve sürekli görevlerle, genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetidir. Bu hizmetlerin özel kesim tarafından yerine getirilmesi ise, ancak Anayasa'daki temel ilke çerçevesinde ve hizmetin yerine getirilmesi yönünden hiçbir engellemeye takılmadan olanaklıdır.

(iv) Nitekim Mahkeme, bu genel değerlendirmeyi ve saptamayı yaptıktan sonra, "özel sektörün kazanç, rekabet ve büyüme dinamiklerinden yararlanmayı" değerlendirmiştir. "Bilime dayalı olması gereken tanı ve tedavi metotlarının insan yararına sürekli yenilik ve gelişme göstermesi", "hizmet kalite ve beklentilerinin çağın koşullarına yaklaştırılması", "sağlık hizmetlerinin kendi iç dinamikleri ve nitelikleri gereği üretilmesi ve halk yararına sunulması" özel sektörden yararlanmanın gerekleri olarak gösterilmiştir.

(v) Ancak, kararda, bu çerçevede yapılması gerekenler sıralanırken, bunların "sağlık hizmetleri yönünden Devlet için bir kamusal zorunluluk ve sosyal devlet olmanın gereği" olduğu da vurgulanmıştır<sup>6</sup>.

(vi) Kararda, bu genel açıklamalardan sonra, Anayasa'nın özelleştirmeye ilişkin 47. maddesiyle kamu hizmeti görevlileriyle ilgili 128. maddesi birlikte değerlendirilmiş, "sağlık hizmetlerinin bütünüyle devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu bir kamu hizmeti şeklinde nitelendirilmesi olanaklı değildir. Dolayısıyla sağlık hizmetinin tamamının salt memur ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi gereğinden söz edilemez" sonucuna varılmıştır. Bu yaklaşım, Anayasa'nın 56. maddesinde de var olan bir olgudur. Ancak, bizi, sağlık hizmetlerinin bütünüyle Anayasa'nın 47. maddesinde öngörülen hizmet kapsamında özel hukuk sözleşmeleriyle üçüncü kişilere yaptırılabilirliği sonucuna da götürmez. Anayasa'nın sağlık hizmetlerine verdiği önem, sağlık hizmetlerinin niteliği ve bu konuda Devlet'e verilen görevler bir arada değerlendirildiğinde böyle bir sonuca ulaşmak Anayasa'nın sözüne ve özüne aykırılık oluşturur ki, kararda da böyle bir sonuca varılmamıştır. O zaman, sağlık hizmetlerinin bütünü için özelleştirme genellemesi yapılamaz, hizmetin niteliğine ve koşullarına bakmak, temel sağlık hizmetlerini aksatmadan, Anayasa Mahkemesi kararındaki unsurlarla bağlantılı alanlarda düzenlilik ve sürekliliği bozmayacak

şekilde özel hukuk sözleşmeleriyle üçüncü kişilerden yararlanmak gerekecektir. Yasa kuralındaki "lüzumu halinde" sözcükleri de bu durumun gereği olarak yasa koyucu tarafından belirtilmiştir. Hizmet kamu hizmetidir, asıl görev de Devlettir.

(vii) Kararda, sosyal hukuk devleti yönünden yapılan incelemede de, sağlık hizmetlerinin, hizmet satın alma yoluyla gördürülmesinin gerekleri ayrıca sayılarak lüzumu halinde hizmet satın alınmasının olanaklı hale geldiği tekrar vurgulanmıştır<sup>7</sup>.

Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda incelenen kararı, bu genel değerlendirmelerle birlikte bir bütünlük içinde ele alındığı zaman doğru okunabilir. Kararda da belirtildiği gibi, "toplumsal yaşamın zorunlu gereksinimlerinden olan düzenlilik ve süreklilik isteyen sağlık hizmeti"nin "nitelikleri gereği kamu hizmeti" olarak değerlendirilmesi ve buna bağlı olarak da Anayasa'nın 128. maddesi kapsamında genel idare esaslarına göre yürütülmekle yükümlü olunan kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler arasında sayılması asıldır.

Anayasa Mahkemesi, sağlık hizmetinin niteliğini birçok kararında benzer şekilde vurgulamıştır. Örneğin, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na 5371 sayılı Yasa ile eklenen "Devlet hizmeti yapma yükümlülüğü"ne ilişkin kuralın Anayasa'ya aykırılık savının incelendiği ve Anayasa'ya aykırı görülmediği yakın tarihli (13.3.2006 günlü) kararında, "Herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olması karşısında, Ülkenin her yöresinde sağlık hizmetlerinden yararlanılabilmesini sağlamak amacıyla tabiplerin Devlet hizmeti ile yükümlü kılındığı ve niteliği gereği sağlık hizmetlerinin yerine getirilmesinde ortaya çıkacak eksiklik ve gecikmelerin telafisi olanaksız sonuçlara yol açacağı hususları dikkate alındığında, ülke ihtiyaçlarının söz konusu Devlet hizmeti yükümlülüğünü zorunlu kıldığı kabulü gerekmektedir" denilmiştir ve sağlık hizmetinin önemi ve anayasal çerçevesi vurgulanmıştır<sup>8</sup>.

Yaşam hakkıyla doğrudan bağlantılı olan ve anayasal güvence altında, Devlet'in asli ve sürekli görevleri arasında bulunan sağlık hizmetlerinin yerine getirilmesinde özel kesimin hizmet ve olanaklarından yararlanılması, kimi hizmetlerin "lüzumu halinde" hizmet satın alınması yoluyla giderilmesi Anayasa'ya aykırılık oluşturmamakla birlikte, asıl sorunun hizmetin niteliğinden kaynaklandığı, bu hizmetin "kamu hizmeti" olduğu, asli ve sürekli görevin de Devlet'e ait olduğu, Anayasa Mahkemesi kararlarının da bu öyle okunması gerektiği kuşkusuzdur. Kimi sağlık hizmetlerinin "lüzumu halinde" hizmet satın alınması yoluyla gördürülmesinin Anayasa'ya aykırılık savının reddedilmesiyle, zorunlu hizmet yükümlülüğünün Anayasa'ya aykırılık savının reddedilmesi ilk bakışta çelişkili görülebilir. Ancak, kararlar sağlık hizmetinin anayasal niteliği gözetilerek okunduğunda, bu kararlara uymak ve uygulamak zorunda bulunan tüm kesimlerin böyle bir çelişkiye düşmemeleri gerekir. Hukuk, kaynağını toplumdaki savı reddedilmediği ve sözün ve özün,

demokratik toplum gerekleriyle birlikte yorumlandığı zaman satırlardan kurtularak yaşama geçer. Kurallar getirilirken, ölçülülük (gereklilik, elverişlilik, orantılılık), belirlilik, yararlar dengesi gibi ilkelerle birlikte, sağlıklı yaşam hakkının ve bunun sürdürülmesinin insanın en temel hakkı olduğu, sağlığın bir meta gibi alınıp satılarak ticaret konusu yapılmaması gerektiği unutulmazsa, araçlar da buna göre seçilip düzenlenebilir ve uygulanabilir hale gelebilir. Böylece sosyal hukuk devletinin gerekleri de yerine getirilmiş olur<sup>9</sup>.

### Sonuç

Anayasa Mahkemesi'nin 22.11.2007 günlü kararının, sağlık hizmetlerinin bütünüyle özel hukuk sözleşmeleri yoluyla üçüncü kişilere gördürülebileceği şeklinde yorumlamak olanaklı değildir. Kural, "lüzumu halinde" kullanılması gereken bir yol açmıştır. Bu özel durum, genelleştirilemez ve yaygınlaştırılmaz. Kararın gerekçesinden de böyle bir sonuca ulaşılamaz.

Sağlık hakkı kaynağını, birey ve bu bireylerin oluşturduğu toplumdaki, birey ve toplumun maddi ve manevi yaşam hakkından aldığına göre, Anayasa'nın ve Devlet'in görevlerinin bu kaynağa bağlı olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Sağlık hakkı, toplumu oluşturan bireyin hakkı ve buna bağlı olarak ulusal egemenliğin sahibi olan toplumun hakkı olduğuna göre, egemenliği ulus adına kullanan yetkili organlardan oluşan Devlet'in bu hakkın korunması ve gereklerinin yerine getirmesi için kendisine verilen görevleri bütünüyle başka kişi ve kuruluşlara, diğer bir deyişle özel kesime devretme hak ve yetkisi yoktur. Gerekli ve elverişli ise, bu devir Anayasa'nın 56. maddesinde yer alan "özel kesim" sözcükleri ve kimi kamu hizmetlerinin özel kesimce gördürülmesine ilişkin Anayasa hükümleri ve bu kuralların yorumlandığı Anayasa Mahkemesi kararları bütünüyle böyle bir devrin olanaklı bulunduğu şeklinde yorumlanamaz. Devlet'in, tek elden planlama ve denetleme görev ve yetkisinin bulunması da bunun için yeterli gerekçe değildir.

Sağlık hizmetlerinin, Anayasa'nın ilgili maddeleri ve Anayasa Mahkemesi kararlarına göre bütünüyle özel sektör tarafından yürütülmesi, ilk bakışta hukuksal meşruiyete sahip gibi gözükse bile, Anayasa'nın sözü ve özüyle bütünü dikkate alındığında böyle bir yoruma gitmek yanlış olur.

Hukuksal meşruiyete sahip her alanda, olgusal meşruiyetin varlığından söz edilemez ki, sağlık bu alanların başında gelmektedir.

### DİPNOTLAR

1- Yazıda sağlık sözcüğü, beden, ruh ve çevreyi kapsayacak şekilde geniş olarak kullanılmıştır.

2- AYMK., 22.11.2007 günlü, E.2004/114, K.2007/85, Resmi Gazete: 24.12.2007/26736.

3- AYMK., 13.3.2006 günlü, E.2006/21, K.2006/38, Resmi Gazete: 11.12.2007/26727.

4- AYMK., Dipnot:2.

5- Kuralın, Anayasa'nın 47. maddesiyle bağlantısı olduğu varsayılabilir, maddenin gereklerine uygun bir belirginlik taşımadığı, Anayasa Mahkemesi kararının azınlık oyu da (Üye Şevket APALAK) açıklanmıştır. AYMK., Dipnot:2.

6- Metin içindeki karar alıntısının altıncı paragrafı.

7- Metin içindeki karar alıntısının on birinci (sondan üçüncü) paragrafı.

8- AYMK., Dipnot:3.

9-13.3.2006 günlü kararda, Devlet hizmeti yükümlülüğünün Anayasa'ya aykırı olduğu görüşünü savunarak ret kararına katılmayan Üye Fulya Kantarcıoğlu'nun, "İtiraz konusu kuralın, özellikle orta ve az gelişmiş bölgelerde hekime duyulan gereksinme ve bunun isteğe bağlı olarak karşılanamaması nedeniyle getirildiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle getirilen sınırlamanın, söz konusu kuralla ulaşılmak istenen amaç için gerekli ve elverişli olmadığı ileri sürülemez. Ancak bir hekimin tamamladığı eğitim aşamalarına göre üç kez de yapılabilecek biçimde zorunlu hizmetle yükümlü tutulmasının ulaşılmak istenen amaçla orantılı olduğu kabul edilemez" şeklindeki görüşü de, sağlık hizmetinin niteliği ve önemi yanında, yasama sürecinin ve yasa koyucunun sorumluluğunun anayasal sınırlarını gösterme yönünden önemli bir uyarı niteliğindedir.