

PAPER DETAILS

TITLE: Avrupa İnsan Haklari Mahkemesi Kararlarinda Saglik Hakki - II

AUTHORS: Selman KARAKUL

PAGES: 17-58

ORIGINAL PDF URL: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1102236>

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Sağlık Hakkı - II*

The Right to Health in the Case-Law of the
European Court of Human Rights - II

Selman KARAKUL**

ABSTRACT

This paper is the second part of a two-part study concerning the case-law of the European Court of Human Rights (ECtHR or the Court) on the right to health and health-related issues in connection with the rights protected under the European Convention on Human Rights (ECHR or the Convention) and its additional Protocols. Although the case-law of the ECtHR to date has been far from establishing a theoretical basis for the right to health and health-related issues under the Convention, it still remains the most effective tool for promoting the right to health in international human rights law. In the predecessor paper to this one, the general issues with regard to health and treatment services, privacy, protection of and access to personal data relating to medical and health conditions and lastly the health related issues concerning vulnerable groups in the light of ECtHR jurisprudence were analysed. This paper intends to examine the remaining issues concerning the right to health and health-related issues in the case-law of the ECtHR under the three main headings of the equality and prohibition of discrimination in health services, health and environment and bioethical issues.

Keywords: Right to health, health-related rights, positive obligations, European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights.

Giriş

Sağlık hakkının normatif kaynakları, bu hakkın kapsam ve içeriğinin çok boyutlu olduğunu, hakkın sağladığı korumanın ve devletlere yüklediği negatif ve pozitif yükümlülüklerin belirlenmesinde tıbbi, ekonomik, etik, kültürel, psiko-

* Makale gönderim tarihi: 18.05.2017. Makale kabul tarihi: 21.06.2017.

** Yrd. Doç. Dr., İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. İletişim: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi - Kavacık Mah. Ekinciler Cad. No.19 Kavacık Kavşağı - Beykoz 34810 İstanbul.

lojik, sosyal ve hukuki unsurların birlikte ele alınması gerektiğini ortaya koymaktadır. Sağlık hakkını 1946 yılında uluslararası alanda temel bir insan hakkı olarak kabul eden Dünya Sağlık Örgütü kurucu antlaşmasının (anayasasının) başlangıcında, sağlık hakkıyla korunan değer ve koruma esaslarının belirlenmesinde sağlık hakkının çok boyutlu niteliğinin göz önüne alındığı görülmektedir. Dünya Sağlık Örgütü kurucu antlaşmasının başlangıcında; ulaşılabilecek en yüksek sağlık standardından yararlanmanın ırk, din, siyasi düşünce, ekonomik ve sosyal koşulları yönünden ayırım yapılmaksızın her insanın temel haklarından biri olduğu belirtilmektedir. Ayrıca tüm halkların sağlığının, barış ve güvenliğin sağlanmasının temelini oluşturduğu ve bunun gerçekleşmesinin bireyler ve devletlerin tam bir iş birliğine dayalı olduğu vurgulanmaktadır.¹ Birleşmiş Milletler ve bölgesel örgütler nezdinde kabul edilen genel kapsamlı veya tematik birçok insan hakları belgesinde esas alınan “ulaşılabilecek en yüksek sağlık standardından yararlanma” ifadesi, sağlık hakkının farklı derecelerde gerçekleştirilebileceğini kabul etmekle birlikte, sağlığın sürekli geliştirilmesi gereken dinamik bir süreç olduğunu da ortaya koymaktadır. Ayrıca insanlar arasında ayrımcılık temeli oluşturabilen farklılıkların, dezavantajlı ve incinebilir grupları sağlık hakkından yararlanmada mağdur duruma düşürmemesi gerektiği kabul edilmektedir. Bu nedenle sağlık hakkının korunmasında ayrımcılık yasağı ve eşitliğin sağlanması ön plana çıkmakta, dezavantajlı ve incinebilir gruplarla ilgili insan hakları belgelerinde sağlık hakkı veya sağlıkla ilgili hakların korunması özel önem kazanmaktadır. Diğer bir husus ise gelişmişlik farklılıklarına rağmen, tüm halkların sağlığının korunmasının barış ve güvenliğin temelini oluşturması ve bunun gerçekleştirilebilmesi için bireyler ve devletler arasında tam bir iş birliğinin sağlanmasının zorunlu olmasıdır. Tüm halkların ulaşılabilecek en yüksek sağlık standardından yararlanması, sağlık alanında uluslararası iş birliğini gerektirdiği gibi, küresel ve bölgesel barış ve güvenliğin sağlanması için sağlığın öneminin -henüz dayanışma hakları kavramsallaştırılmadan önce²- sağlık hakkıyla bağlantılı olarak gündeme geldiğini göstermektedir.

Birleşmiş Milletler (BM) Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi’nin, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’nin 12. maddesinde düzenlenen sağlık hakkının niteliği ve kapsamına açıklık getirdiği, ulaşılabilecek en yüksek sağlık standardı hakkıyla ilgili 14 No.lu Genel Yoru-

1 World Health Organization, “Constitution of the World Health Organization”, http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf (26 Kasım 2016).

2 Bkz. Karel Vasak, “A 30-Year Struggle: The Sustained Efforts to Give Force of Law to the Universal Declaration of Human Rights”, *The Unesco Courier*, 30, 10, (1977), s. 29-32; Burns H. Weston, “Human Rights: Concept and Content”, *Human Rights in the World Community: Issues and Action*, Richard Pierre Claude ve Burns H. Weston (Ed.), Philadelphia (2006), University of Pennsylvania Press, s. 21-23.

munda, sağlık hakkının -diğer insan hakları gibi- saygı duyma (ya da kaçınma), koruma ve yerine getirme (gerçekleştirme) olmak üzere taraf devletlere üç türde ya da düzeyde yükümlülük getirdiği kabul edilmektedir. Saygı duyma yükümlülüğü devletlerin doğrudan veya dolaylı olarak bireylerin sağlık hakkından yararlanılmasına müdahale etmekten kaçınmasını gerektirmektedir. Koruma yükümlülüğü, üçüncü şahısların sağlık hakkından yararlanılmasına yönelik müdahalelerinin önlenmesi amacıyla devletlerin gerekli tedbirleri almasını zorunlu kılmaktadır. Yerine getirme yükümlülüğü ise devletlerin sağlık hakkının tüm boyutlarıyla hayata geçirilebilmesi için uygun yasal, idari, mali, yargısal, destekleyici ve diğer tedbirleri almasını öngörmektedir. Diğer yandan 14 No.lu Genel Yorumda, sağlık hakkının taraf devletlerin icrai veya ihmali davranışlarıyla ihlal edileceği durumlar, devletlerin üç temel yükümlülüğü göz önüne alınarak; saygı duyma yükümlülüğüne, koruma yükümlülüğüne ve yerine getirme yükümlülüğüne yönelik ihlaller olarak üç başlık altında incelenmektedir.³ 14 No.lu Genel Yorumda açıklığa kavuşturulan yükümlülükler, sosyal bir hak olması nedeniyle yalnızca sağlık hakkına özgü olmayıp, kişisel, siyasal, sosyal, ekonomik veya kültürel tüm hak kategorileri için mevcut olan yükümlülüklerin sağlık hakkına uyarlanması niteliğindedir. Geleneksel olarak sosyal haklar kategorisinde kabul edilen sağlık hakkının, kişisel hak ve özgürlüklerden ayrı değerlendirilememesi nedeniyle, sağlıkla ilgili sorunlar, esasen kişisel hak ve özgürlükleri güvenceye almakla görevlendirilen uluslararası ve bölgesel insan hakları mekanizmalarının rapor ve kararlarına konu olmaktadır. Genel kapsamlı veya tematik uluslararası ve bölgesel insan hakları sözleşmelerinde güvenceye alınan hak ve özgürlükler çerçevesinde, insan haklarını koruma mekanizmalarının hazırladığı raporlarda ve verdiği kararlarda, doğrudan veya dolaylı olarak sağlık hakkının farklı boyutlarıyla ele alındığı görülmektedir.⁴

Sağlık hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS veya Sözleşme) ve Sözleşme'ye Ek Protokollerde güvenceye alınan hak ve özgürlükler arasında bulunmamaktadır. Bununla birlikte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM veya Mahkeme), toplumsal değişimleri dikkate alan, gelişime açık ve dinamik bir yorum yöntemi benimseyerek,⁵ sağlık hakkı ya da sağlıkla ilgili başvuruları

3 Bkz. Office of the High Commissioner for Human Rights, "CESCR General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12)", <http://www.refworld.org/pdfid/4538838do.pdf> (26 Kasım 2016).

4 Örneğin; bkz. Kadına Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi, *S. V. P. / Bulgaristan* (31/2011), 12 Ekim 2012, § 9.10 ve *González Carreño / İspanya* (47/2012), 16 Temmuz 2014, §§ 9.3-9.4; Avrupa İşkencenin Önlenmesi Komitesi, Sırbistan: 2015 Ziyareti, *CPT/Inf(2016) 21*, 24 Haziran 2016, §§ 173-175 ve Moldova: 2015 Ziyareti, *CPT/Inf(2016) 16*, 5 Nisan 2016 §§ 166-175.

5 Bkz. Steven Greer, *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights*, Strasbourg (2000), Council of Europe Publishing, s. 19.

Sözleşme ve Ek Protokollerde güvenceye alınan hak ve özgürlüklerle bağlantılı olduğu ölçüde esas yönünden incelemektedir. Sağlık hakkı veya sağlıkla ilgili başvurular yaşam hakkı; işkence, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağı; kişi özgürlüğü ve güvenliği; adil yargılanma hakkı; özel ve aile hayatına saygı hakkı; düşünce, vicdan ve din özgürlüğü; ifade özgürlüğü; toplantı ve dernek kurma özgürlüğü; etkili başvuru hakkı; (AİHS ve Ek Protokollerde düzenlenen haklarla bağlantılı) ayrımcılık yasağı; serbest dolaşım özgürlüğü; yabancıların sınır dışı edilmelerine yönelik usulî güvenceler ve genel ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirilebilmektedir. Ancak sağlıkla ilgili insan hakları sorunları çok ve çeşitli olduğundan, AİHS'nin kişisel hak ve özgürlükleri esas alan klasik sistematiği, Sözleşme organlarının sağlıkla ilgili kararlarının incelenmesinde elverişli bir yöntem değildir. Bu nedenle AİHM'nin sağlık hakkı ve sağlıkla ilgili kararları incelenirken, AİHS sistematiğinden ayrılarak, başvuruya konu olay ve şikâyetlerin niteliğinin ve bu kapsamda Mahkeme'nin tespit ve değerlendirmelerinin dikkate alınması daha uygun görünmektedir.⁶

AİHM kararları çerçevesinde sağlık hakkını ele alan bu çalışmanın daha önce yayımlanan birinci bölümünde sağlık ve tedavi hizmetleriyle ilgili genel sorunlar olarak yeterli sağlık bakımı alma hakkı, sağlık çalışanlarının sorumluluğu, zorla tıbbi müdahale ve sağlıkla ilgili konularda kamuoyunu bilgilendirme hakkı (1); gizlilik, kişisel verilerin korunması ve kişisel tıbbi kayıtlara erişim (2); korunmaya muhtaç grupların sağlık sorunları kapsamında engelli ve göçmenlerin sağlık haklarıyla ilgili sorunların yanı sıra tutuklu ve hükümlülerin sağlıkla ilgili hakları (3) ele alınmıştır.⁷ Söz konusu makalenin devamı niteliğindeki bu çalışmada ise birinci bölümde AİHM kararları çerçevesinde sağlıkta eşitlik ve ayrımcılık yasağına değinilmektedir. İkinci bölümde AİHM'nin çevreyle ilgili sağlık sorunlarına yaklaşımı üzerinde durulmaktadır. Üçüncü ve son bölümde ise deneysel tedavi ve ilaçlara erişim, kürtaç, taşıyıcı annelik, doku ve organ nakli ile ölme hakkı gibi biyoetik ile ilgili konular, AİHM önüne gelen başvurular çerçevesinde incelenmektedir.

I. AİHM Kararları Çerçevesinde Sağlıkta Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı

AİHS'nin, etkili başvuru hakkını düzenleyen 13. maddesi ve ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddesi AİHS ve Ek Protokollerde tanınan hak ve özgürlüklerle bağlantılı olarak ele alınmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (AİHK) ve AİHM kararlarında açıklığa kavuşturulduğu üzere, AİHS'nin 14. maddesi, iç hukukta tanınan hak ve özgürlüklerin tamamını kapsayacak biçimde, genel

6 Bkz. Selman Karakul, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Sağlık Hakkı - I", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3, 2, (2016), sa. 169 – 206, s. 174.

7 Bkz. Karakul, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Sağlık Hakkı - I", s. 169-206.

ayrımcılık yasağına karşı değil, yalnızca AİHS ve Ek Protokollerde güvenceye alınan hak ve özgürlüklerle bağlantılı ayrımcı eylem ve işlemlere karşı getirilen bir güvence niteliğindedir. Bu nedenle AİHM, ayrımcılık yasağıyla ilgili iddialar içeren başvuruları bağımsız ve soyut olarak yalnızca 14. madde kapsamında incelememekte, AİHS ve Ek Protokollerde güvenceye alınan hak ve özgürlüklerle bağlantılı olarak değerlendirmektedir.⁸ AİHM, ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddenin, AİHS ve Ek Protokollerde tanınan hak ve özgürlüklerle bağlantılı olarak ele alınabileceğini, ilk kez *Belçika Dil Davası (Belgian Linguistic Case)*⁹ kararında, daha sonra ise *Marckx / Belçika*¹⁰ kararında açıklığa kavuşturmuştur.¹¹

AİHS'nin 14. maddesine göre ayrımcılık teşkil eden fiiller “...cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi başka bir...” ayrımcılık temeline dayanabilir. AİHM ayrımcılığın cinsiyet, ırk, vatandaşlık, din, çocukların meşruiyeti ve cinsel yönelime dayalı olduğu başvurularda taraf devletlerin takdir marjını daha dar yorumlamakta, buna karşılık toplumun dar gelirli kesimlerine konut imkânı sağlanması ve vergi politikası gibi konularda devletlere daha geniş takdir marjı tanımaktadır.¹² Kuşkusuz kişilerin sağlık durumu da AİHS ve Ek Protokollerde güvenceye alınan haklar bakımından ayrımcılık temellerinden birini oluşturabilir. Diğer yandan ırk, cinsiyet, yaşlılık, engellilik ve cinsel yönelim gibi özelliklerin sağlık durumuyla çakışması halinde çoklu ya da kümülatif ayrımcılık durumu ortaya çıkabilir.¹³ Çoklu ya da kümülatif ayrımcılığın en belirgin örneği, cinsiyetin diğer ayrımcılık temelleri ile çakışması durumunda yaşanmaktadır. Bu bağlamda etnik azınlık grubuna dâhil kadınlar, yaşlı kadınlar, siyah kadınlar ve engelli kadınlar, en dezavantajlı gruplar arasında yer almaktadırlar. Diğer çoklu ve çakışan ayrımcılık durumları, etnik azınlıkların eşcinsel üyeleri, engelli siyahlar veya yaşlı engellilerde de söz konusu olabilmektedir.¹⁴

AİHS ve Ek Protokollerle bağlantılı ayrımcılık yasağı ihlalleri, belli statüye

8 Bkz. Peter Van Dijk, vd. *Theory and Practice of the ECHR*, Fourth Revised Edition, Mortsels (2006), Intersentia, s. 1027 vd.

9 Case “*Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium*” / *Belçika* (1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64), 23 Temmuz 1968.

10 *Marckx / Belçika* (6833/74), 13 Haziran 1979, § 32.

11 Selman Karakul, “Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitliğin Sağlanmasında Hukuki Yollar ve Siyasi Zorluklar”, *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi*, 6, 15, (2014), sa. 21 – 54, s. 40.

12 Clare Ovey ve Robin White, *Jacobs and White, The European Convention on Human Rights*, Third Edition, New York (2002), Oxford University Press, s. 358.

13 Bkz. Sandra Fredman, *Discrimination Law*, Second Edition, New York (2011), Oxford University Press, s. 139-143.

14 Karakul, “Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitliğin Sağlanmasında Hukuki Yollar ve Siyasi Zorluklar”, s. 36-37.

dâhil olan birey veya birey gruplarının, benzer durumda olan diğerlerinin gördüğü veya göreceği muameleye kıyasla istenmeyen, uygunsuz veya daha zarar verici bir muameleye maruz kalmasına yol açan “doğrudan ayrımcılık” şeklinde ortaya çıkabilir. Buna karşılık farklı durumlarda olan kişilere başkalarıyla aynı şekilde muamele edilerek, kişilerin başkalarına kıyasla dezavantajlı duruma düşürülmesi halinde “dolaylı ayrımcılık” da söz konusu olabilir. AİHM yakın tarihli bazı kararlarında dolaylı ayrımcılık uygulamalarını tespit ederek, “*bir muamele farkının, tarafsız bir dille ifade edilmiş olmakla beraber, bir gruba karşı ayrımcılık oluşturan genel bir politika veya düzenlemenin orantısız aleyhte etkileri şeklini alabileceğini*” ifade etmiştir.¹⁵ AİHM’ye göre Sözleşme’de düzenlenen hakların taraf devletlerce farklı yollarla (ve farklı derecelerde) güvenceye alınması mümkünse de, Sözleşme’nin 14. maddesi bu haklardan yararlanmada ayrımcılıktan kaçınılmasını gerektirmektedir. Sözleşme’nin 14. maddesi anlamında ayrımcılık kavramı, genel olarak bir kişi veya grubun haklı bir nedene dayanmaksızın diğerlerine göre daha az lehte muameleye maruz kaldığı vakaları da kapsamakta olup, lehte muamelenin Sözleşme’den kaynaklanan yükümlülüklerin yerine getirilmesi için zorunlu olmaması, varılan sonucu değiştirmeyecektir.¹⁶

AİHM gündemine gelen sağlıkla ilgili ayrımcılık iddiası içeren başvurularda genelde cinsiyet ve engellilik temeline dayalı farklı uygulamalar veya başvuruların bu özellikleri nedeniyle diğerlerine göre dezavantajlı konuma düşürülmesi, Sözleşme ve Ek Protokollerle bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının ihlalini oluşturmaktadır. *Konstantin Markin / Rusya* davasında AİHM, Rusya’da silahlı kuvvetler mensubu kadın personele üç yıllık doğum izni verilebilmesine karşılık, eşinden ayrılan ve üç çocuğunun velayetini üstlenen erkek personel için yalnızca üç aylık izin verilmesini cinsiyet temeline dayalı ayrımcılık olarak kabul etmiş ve Sözleşme’nin 8. maddesiyle bağlantılı olarak 14. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.¹⁷ *Glor / İsviçre* davası tip 1 diyabet hastası olan başvuranın zorunlu askerlik hizmetini veya alternatif sivil bir hizmeti yerine getirmek istemesine rağmen, askerlik hizmetine elverişli olmadığı gerekçesiyle askerliğe kabul edilmemesi; buna karşılık alternatif sivil hizmetin yalnızca vicdani retçiler için öngörülmesi nedeniyle bu yolun da mümkün olmaması; buna karşılık yürürlükteki mevzuat uyarınca yıllık vergiye tabi gelirin %2’si oranında vergi vermekle

15 Örneğin; bkz. *D.H. vd. / Çek Cumhuriyeti* (57325/00), 13 Kasım 2007, §§ 182-210; *Opuz / Türkiye* (33401/02), 9 Haziran 2009, §§ 184-202; *Zarb Adami / Malta* (No. 17209/02), 20 Haziran 2006, §§ 71-84. Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı ve Avrupa Konseyi, “Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı”, 2010, http://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_non_discrim_law_TUR.pdf (1 Temmuz 2014), s. 22, 29.

16 *Abdulaziz, Cabales ve Balkandali / Birleşik Krallık* (9214/80, 9473/81, 9474/81), 28 Mayıs 1985, § 82.

17 *Konstantin Markin / Rusya* (30078/06), 22 Mart 2012, §§ 129-152.

yükümlü tutulmasıyla ilgilidir. İsviçre Federal Mahkemesi kararları uyarınca askerlik hizmetinden tamamen muaf tutulabilmek için ağır engellilik halinin bulunması, yani engel oranının en az %40'ın üzerinde olması gerekirken, başvuranın rahatsızlığı bu oranının altında kaldığı için başvuran ağır engelli kategorisine girmemiştir. Başvuranın askerlik yükümlülüğünü eşdeğer sivil bir hizmetle yerine getirme isteği de bu yolun yalnızca vicdani retçiler için öngörüldüğü gerekçesiyle kabul edilmemiştir. Buna karşılık başvuran, gelir düzeyi göz önüne alındığında kendisi için küçümsenmeyecek bir miktarda vergi ödemek zorunda bırakılmıştır. AİHM, mevcut dava koşulları çerçevesinde askerlik hizmetine elverişli olmayanlar arasında yapılan vergi yükümlülüğünden muaf tutulanlar ile vergi yükümlülüğüne tabi olanlar ayrımının makul görülemeyeceği gerekçesiyle Sözleşme'nin 8. maddesiyle bağlantılı olarak 14. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.¹⁸

Kişilerin yalnızca içinde bulunduğu sağlık durumu temelinde farklı uygulamalara maruz kalması veya diğerlerine göre dezavantajlı konuma düşürülmesinin, AİHM tarafından Sözleşme ve Ek Protokollerle bağlantılı olarak ayrımcılık yasağını ihlal ettiği tespit edilen başvurular da bulunmaktadır. AİHM *Kiyutin / Rusya* davasında bireylerin sağlık durumuna dayalı olarak uygulanacak bir farklılığın Sözleşme'nin 14. maddesinde *numerus clausus* olarak öngörülmemeyen "...herhangi başka bir duruma dayalı..." ayrımcılık temeli teşkil edebileceğini kabul etmiştir. Özbek vatandaşı olan başvurana HIV pozitif olduğu gerekçesiyle Rusya'da ikamet izni verilmemesi AİHM tarafından Sözleşme'nin 8. maddesiyle bağlantılı olarak 14. maddesinin ihlali olarak değerlendirilmiştir.¹⁹ *Novruk vd. / Rusya* davası da benzer şekilde Rus vatandaşlarıyla evlenen veya birlikte yaşayan başvuranlara HIV pozitif teşhisi konulduktan sonra Rusya'da ikamet izni verilmemesiyle ilgilidir. AİHM'ye göre, özellikle incinebilir grupta yer alan HIV pozitif yabancılara ülkeye giriş, ziyaret ve ikamet konusunda mevcut engellemelerin kaldırılması konusunda Avrupa'da ve uluslararası alanda konsensüs oluşurken, davalı devlet sağlık nedenlerine dayalı olarak farklı muamelede bulunmayı dayandırdığı zorlayıcı sebepleri veya objektif gerekçeleri sunmamaktadır. Bu nedenle başvuranlar sağlık durumuna dayalı ayrımcılığın mağduru olup, Sözleşme'nin 8. maddesiyle bağlantılı olarak 14. maddesi ihlal edilmiştir.²⁰ *İ.B. / Yunanistan* davası mücevherat imalat şirketinde çalışan başvuranın HIV pozitif olduğu teşhis edildikten sonra çalışanların yaklaşık yarısının kendi sağlıklarının,

18 *Glor / İsviçre* (13444/04), 30 Nisan 2009, §§ 77-98.

19 *Kiyutin / Rusya* (2700/10), 10 Mart 2011, §§ 53-74.

20 *Novruk vd. / Rusya* (31039/11, 48511/11, 76810/12, 14618/13, 13817/14), 15 Mart 2016, §§ 95-112. Bkz. European Court of Human Rights, "Factsheet - Health", http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Health_ENG.pdf (26 Kasım 2016), s. 6.

çalışma haklarının ve şirketteki uyumlu çalışma ortamının korunması için başvuranın iş akdine son verilmesini talep etmeleri üzerine, işveren tarafından başvuranın yasal hakları ödenmek suretiyle iş akdine son verilmesiyle ilgilidir. Başvuranın iş akdinin feshinin hukuka aykırı olduğunun tespiti, işe iade ile maddi ve manevi zararlarının tazmini talebiyle iç hukukta açtığı dava, ilk derece ve istinaf mahkemeleri tarafından kısmen kabul edilmiştir. Ancak temyiz mahkemesi, iş akdinin işveren tarafından fesih işleminin çalışanlar arasında işyeri barışının korunması ve işletmenin düzgün çalışabilmesi yönlerinden haklı olduğu gerekçesiyle istinaf mahkemesinin kararını bozmuştur. AİHM *İ.B. / Yunanistan* kararında, temyiz mahkemesinin işverenin çıkarlarını başvuranın çıkarlarından üstün tutmasının gerekçelerine yeterince yer vermeyerek, Sözleşme'nin gerektirdiği şekilde iki tarafın hakları arasında denge kuramadığını belirterek, başvuranın sağlık durumu temelinde ayrımcılığa maruz kalması nedeniyle Sözleşme'nin 8. maddesiyle bağlantılı olarak 14. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.²¹

AİHS ve Ek Protokollerde tanınan hak ve özgürlüklerin ötesinde, taraf devletlerce hukuken güvenceye alınan tüm haklardan yararlanmada ayrımcılık yapılmasını genel olarak yasaklayan Sözleşme'ye Ek 12 No.lu Protokolün 1. maddesi, sağlık hakkı gibi Sözleşme'de yer almayan ancak iç hukukta düzenlenen haklardan eşit olarak yararlanılabilesini temin etmek bakımından önem taşımaktadır. Bununla birlikte Ek 12 No.lu Protokolün görece yakın bir tarihte yürürlüğe girmesi ve henüz Avrupa Konseyi (AK) üyesi devletlerin çoğunluğu tarafından onaylanmaması nedeniyle uygulama alanı sınırlı kalmıştır.²² Ek 12 No.lu Protokolün ihlal edildiği iddiası içeren başvurular ve ilgili Mahkeme kararları taraf devletlerde iç hukukta güvenceye alınan Sözleşme dışı haklardan yararlanmada karşılaşılan ayrımcılık temellerini ortaya koyabilmek için henüz yeterli veri sağlamamaktadır. AİHM'nin Sözleşme ve Ek Protokollerde güvenceye alınan bir hak ve özgürlükle bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının ihlal edildiğini tespit ettiği başvurularda, Ek 12 No.lu Protokolde düzenlenen genel ayrımcılık yasağı yönünden ayrıca inceleme yapılmamaktadır.²³ AİHM'nin Ek 12 No.lu Protokol ile ilgili olarak ihlal kararı verdiği ilk başvuru *Sejdić ve Finci / Bosna Hersek* davasıdır. Bosna Hersek seçim yasalarına göre, devlet başkanlığı seçimlerinde aday olabilmek için adayların kurucu halklardan birine²⁴ dâhil olduklarını beyan

21 *İ.B. / Yunanistan (552/10)*, 3 Ekim 2013, §§ 75-91.

22 1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe giren AİHS'ye Ek 12 No.lu Protokol, 47 AK üyesi devletin 20'si tarafından onaylanmıştır. Ek 12 No.lu Protokol, Türkiye dâhil 18 üye devlet tarafından imzalanmış, ancak henüz onaylanmamıştır. Bkz. https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/177/signatures?p_auth=P2Q75T9z (22 Nisan 2017).

23 Bkz. *Savez crkava "Riječ života" vd. / Hrvatsistan (7798/08)*, 9 Aralık 2010, §§ 96-115.

24 Bosna Hersek Anayasasına göre, kurucu halklar Boşnak, Hırvat ve Sırlardan oluşmaktadır.

etmek zorunda olmaları, AİHM tarafından Ek 12 No.lu Protokolün 1. maddesine aykırı bulunmuştur. Bosna Hersek'te yasama organı seçimlerine katılabilmek için de kurucu halklardan birine dâhil olma koşulu bulunmaktadır. Ancak yasama organı seçimlerine katılma hakkı, AİHS'ye Ek 1 No.lu Protokolün 3. maddesinde güvenceye alındığından, AİHM yasama organı seçimleri yönünden seçilme hakkıyla bağlantılı olarak, AİHS'nin 14. maddesinin ihlal edildiğine karar vermekle yetinmiştir.²⁵ AİHM önüne gelen davalarda yeterince uygulama alanı bulamamış olsa da Ek 12 No.lu Protokol, taraf devletlerin iç hukukta güvenceye aldığı hakların tamamı yönünden uygulanabilir olması nedeniyle -ayrımcılık yasağıyla sınırlı da olsa- AİHS'deki "sosyal açığı" gidermeye uygun görünmektedir.²⁶

II. AİHM'nin Çevreyle İlgili Sağlık Sorunlarına Yaklaşımı

Sağlık hakkı gibi sağlıklı çevre hakkı da AİHS ve Ek Protokollerde güvenceye alınan hak ve özgürlükler arasında yer almamaktadır. Bununla birlikte çevreye zarar verilmesi veya çevresel riskler ortaya çıkması halinde Sözleşme'de güvenceye alınan bazı hak ve özgürlüklerden istifade edilmesi olumsuz yönde etkilenebilmektedir.²⁷ Bu nedenle Sözleşme organlarının birçok kararında kişisel hak ve özgürlüklerle, çevrenin korunması arasında bağlantı olduğu kabul edilmiştir.²⁸ AİHM çevreyle ilgili sorunlar içeren başvuruları ağırlıklı olarak özel ve aile hayatına saygı hakkını güvenceye alan Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında incelemekle birlikte, çevre sorunları başta yaşam hakkı, adil yargılanma hakkı ve mülkiyet hakkı olmak üzere Sözleşme ve Ek Protokollerde düzenlenen diğer kişisel hak ve özgürlükler kapsamında da değerlendirilebilmektedir.²⁹

Tehlikeli endüstriyel faaliyetlerle bağlantılı olarak ortaya çıkan çevresel fe-

25 Bkz. *Sejdić ve Finci / Bosna Hersek* (27996/06 ve 34836/06), 22 Aralık 2009, §§ 52-56. AİHM *Sejdić ve Finci* davasıyla benzer iddialar içeren *Zornić / Bosna Hersek* (3681/06), *Šlaku / Bosna Hersek* (56666/12) ve *Pilav / Bosna Hersek* (3681/06) başvurularında da Ek 12 No.lu Protokolün 1inci maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Ayrıca AİHM *Šlaku / Bosna Hersek* kararında, bu konudaki ilk Sözleşme ihlalinin tespit edildiği *Sejdić ve Finci* kararına da atıfla, Sözleşme'nin 46. maddesi uyarınca Mahkeme kararlarının yerine getirilmesi sürecinde, bundan sonra benzer ihlallerin yaşanmasını önlemek amacıyla davalı devletin alması gereken tedbirlere dikkat çekmiştir.

26 Emmanuel Decaux, "Conclusions of the Chair", *Non-Discrimination: A Human Right. Seminar to mark the entry into force of Protocol No. 12*, Strasbourg (2006), Council of Europe Publishing, s. 112.

27 Bkz. *López Ostra / İspanya* (16798/90), 9 Aralık 1994, § 51; *Hatton vd. / Birleşik Krallık* (36022/97), 8 Temmuz 2003, §§ 96-104.

28 Bkz. Council of Europe, *Manual on Human Rights and the Environment*, Second Edition, Strasbourg (2012), Council of Europe Publishing, s. 30-31.

29 Bkz. European Court of Human Rights, "Factsheet – Environment and the ECHR", http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Environment_ENG.pdf (22 Nisan 2017).

laketler ve riskler nedeniyle meydana gelen ölüm olaylarında, Sözleşme'ye taraf devletlerin yaşam hakkından kaynaklanan sorumlulukları söz konusu olabilmektedir. *Öneryıldız / Türkiye* davası, 1993 yılında İstanbul'da, Ümraniye Hekimbaşı çöp toplama merkezinde metan gazı sıkışması nedeniyle oluşan patlamada, bölgedeki on gecekondunun çökmesi sonucunda aralarında başvuranın dokuz yakınının da bulunduğu 39 kişinin hayatını kaybetmesiyle ilgilidir. AİHM'ye göre, teknik standartlara uygun olmadığı halde açılan ve faaliyetini sürdüren Ümraniye çöp toplama merkezinde halkın korunması için yeterli önlemlerin alınmasını temin edecek denetim sisteminin, ayrıca çeşitli idari kurumlar arasında eşgüdüm ve iş birliğini sağlayacak mekanizmaların bulunmaması, insan hayatını tehlikeye atan bir durumun ortaya çıkmasına yol açmıştır. Bu durum kent planlamasındaki yetersizlikler ve yasal önlemlerin uygulanmasındaki belirsizliklerle birleşince davaya konu trajik olaylar meydana gelmiştir. Yetkili kişi ve kurumların bölgedeki gecekondularda yaşayanların içinde bulunduğu yakın ve bilinen risklerden korunması için gereken her türlü önlemi almamış olması, bölgede yaşayanların hayatını kaybetmesine yol açmıştır. Dolayısıyla AİHM, mevcut dava koşullarında başvuranın yakınlarının yaşam hakkının esas yönünden ihlal edildiği sonucuna varmıştır.³⁰ Mahkeme ayrıca meydana gelen ölüm olayları nedeniyle sorumluluğu bulunanların tespit edilmesi konusunda etkili bir ceza soruşturması yürütülmediği gerekçesiyle yaşam hakkının usul yönünden de ihlal edildiğine karar vermiştir.³¹ AİHM *Öneryıldız* davasında Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokolün 1. maddesinde düzenlenen mülkiyetin korunması hakkının; ayrıca Sözleşme'nin 13. maddesinde yer alan iç hukukta etkili başvuru hakkının, yaşam hakkının esas ve mülkiyetin korunmasıyla bağlantılı olarak ihlal edildiği sonucuna varmıştır.³²

Doğal afetlerle ilgili olarak AİHM, *Budayeva vd. / Rusya* davasında dağlık bölgede çamur kayması sonucunda başvuranın evinin yıkıldığı ve başvuranın eşi de dâhil sekiz kişinin hayatını kaybettiği olayda, yetkili makamların yaşam hakkının korunması konusunda zorunlu tedbirleri almadıkları gerekçesiyle, AİHS'nin 2. maddesinin esas yönünden, ayrıca olay hakkında yeterli bir adli soruşturma yürütülmediği gerekçesiyle aynı maddenin usul yönünden de ihlal edildiğine karar vermiştir.³³ 17 Ağustos 1999 Marmara Depremi'nde Çınarcık'ta yıkılan bir binada yakınlarını kaybedenlerin yaptığı *Özel vd. / Türkiye* başvurusunda ise AİHM, ölümlere neden olan binaların yıkılmasında sorumluluğu bu-

30 *Öneryıldız / Türkiye* (48939/99), 30 Kasım 2004, §§ 97-110.

31 *Öneryıldız / Türkiye* (48939/99), 30 Kasım 2004, §§ 111-118.

32 *Öneryıldız / Türkiye* (48939/99), 30 Kasım 2004, §§ 138, 155, 157.

33 *Budayeva vd. / Rusya* (15339/02 vd.), 20 Mart 2008, §§ 160, 165.

lunanların tespit edilmesi amacıyla yetkili makamlar tarafından derhal ve etkili bir soruşturma yürütülmediği gerekçesiyle yaşam hakkının usul yönünden ihlal edildiği sonucuna varmıştır.³⁴

AIHM çevresel sorunlarla ilgili olarak iç hukukta görülen çeşitli davaları, AIHS'nin 6. maddesi uyarınca başvuranların “*medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyumsuzluklar*” kapsamında kabul ederek, adil yargılanma hakkının gereklerine uygunluk bakımından incelemiştir. *L'Erablière A.S.B.L. / Belçika* vakasında çevrenin korunması alanında faaliyet gösteren başvuran derneğin, atık toplama alanının genişletilmesine yönelik idari işlemin iptali istemiyle açtığı dava, dava dilekçesinde davaya konu olayların gelişimi hakkındaki bilgilere yer verilmediği gerekçesiyle, Danıştay tarafından usul yönünden reddedilmiştir. Mahkeme öncelikle davaya konu olan şikâyetlerin dernek üyelerinin özel hayatını da doğrudan etkileyeceği gerekçesiyle, başvurunun *actio popularis* olarak nitelendirilemeyeceğini ve davada Sözleşme'nin 6. maddesinin uygulama alanı olduğunu tespit etmiştir. AIHM başvuran derneğin mahkemeye erişim hakkına getirilen sınırlamanın hukuki belirlilik ve adaletin doğru tecelli etmesi bakımından orantısız olduğu gerekçesiyle Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.³⁵ *Howald Moor vd. / İsviçre* başvurusu, çalıştığı dönemde asbeste maruz kalmaktan kaynaklanan bir tümör türü olan malign plevral mezotelyoma (MPM) teşhisi konulan ve bu rahatsızlığı nedeniyle hayatını kaybeden mağdurun yakınlarının iç hukukta açtığı tazminat davasının, zamanaşımı gerekçesiyle reddedilmesiyle ilgilidir. AIHM hastalığa sebep olan olayların yıllar sonra etkisini gösterebildiğinin bilimsel olarak kanıtlanabildiği vakaların, zamanaşımı süresinin hesaplanmasında dikkate alınması gerektiğini belirterek, başvuranların mahkemeye erişim hakkının sınırlanmasını Sözleşme'nin 6. maddesine aykırı bulmuştur.³⁶ *Karin Andersson vd. / İsveç* vakasında, taşınmazlarının üzerinden veya yakınından yeni demiryolu hattı geçecek olan başvuranlar, bu karara karşı Yüksek İdare Mahkemesi'nde iptal davası açmıştır. Yüksek İdare Mahkemesi, başvuranların açtığı ilk davayı demiryolu hattının nereden geçeceğinin henüz kesin olarak belirlenmediğini dikkate alarak, başvuranların taraf sıfatı bulunmadığı gerekçesiyle reddetmiştir. Demiryolu projesi kesinleştikten sonra açılan dava ise ulusal yargı organları tarafından yalnızca yürürlükteki mevzuata uygunluk yönünden incelenmiş ve taşınmaz maliklerinin itirazları üzerinde durulmadan reddedilmiştir. Bu durumda başvuranların demiryolu inşaatının konumunun taşınmaz maliklerinin haklarını ihlal edip etmediğinin yargısal denetimini

34 *Özel vd. / Türkiye (14350/05 vd.)*, 17 Kasım 2015, §§ 191-200.

35 *L'Erablière A.S.B.L. / Belçika (49230/07)*, 24 Şubat 2009, §§ 29-30, 39-44.

36 *Howald Moor vd. / İsviçre (52067/10, 41072/11)*, 11 Mart 2014, §§ 74-80.

talep etme yetkileri bulunmadığı sonucuna varan AİHM, başvuruların medeni haklarının belirlenmesi amacıyla mahkemeye erişim haklarının tanınmadığına, dolayısıyla Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.³⁷ Diğer yandan iç hukukta görülen davalar sonucunda çevreye zarar veren yapıların kaldırılması veya faaliyetlerinin durdurulması yönünde verilen kesinleşmiş yargı kararlarının yetkili makamlarca yerine getirilmemesi, AİHM içtihadında Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlali olarak değerlendirilmektedir.³⁸

Çevreyle ilgili sağlık sorunlarına yönelik şikâyetler AİHM tarafından genellikle özel ve aile hayatına saygı hakkını güvenceye alan Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında incelenmektedir. Özel ve aile hayatına saygı hakkı kapsamında ele alınan başvuruların büyük bölümü endüstriyel çevre kirliliği; gürültü kirliliği; çevresel risklerle ilgili bilgiye erişim hakkı; atıkların toplanması, işlenmesi ve bertaraf edilmesi ve su kaynaklarının kirlenmesiyle ilgilidir. Baz istasyonlarının insan sağlığına etkisi, dizel araçların emisyon değerleri, kentsel gelişimin çevreye olumsuz etkileri ve arkeolojik alanı tehdit eden baraj inşaatı gibi çevresel sorunlar da AİHM tarafından özel ve aile hayatına saygı hakkı kapsamında incelenmekle birlikte, belirtilen konularda henüz taraf devletlerin sorumluluğunu ortaya koyan bir Sözleşme ihlali tespit edilmemiştir.³⁹

Endüstriyel çevre kirliliğiyle ilgili olarak AİHM'nin Sözleşme ihlali tespit ettiği ilk vaka *López Ostra / İspanya* davasıdır. İspanya'nın Murcia özerk bölgesinde bulunan ve deri endüstrisinin yoğun olduğu Lorca şehrinde yaşayan başvuran, evinin yakınında faaliyet gösteren bir şirkete ait katı ve sıvı atık işleme tesisinden kaynaklanan kirlilik, koku ve duman gibi çevresel riskler nedeniyle konutlarından yararlanma hakkına, fiziksel ve psikolojik bütünlüğüne haksız müdahalede bulunulduğunu, yerel yönetimin bu duruma sessiz kaldığını belirterek, tesisin faaliyetlerinin geçici veya sürekli olarak durdurulması talebiyle bölge mahkemesinde dava açmıştır. Bölge mahkemesi söz konusu tesisin faaliyetlerinin çevrede yaşayanlar için belirli bir rahatsızlık yaratsa da, ciddi bir sağlık riski oluşturmadığı ve iddia edilen haklarını ihlal etmediği gerekçesiyle, başvuranın açtığı davayı reddetmiştir. Başvuranın bölge mahkemesinin kararına karşı yaptığı temyiz başvurusu ve nihayet anayasa şikâyeti de ulusal yargı organları tarafından kabul edilmemiştir. Başvuranla aynı binada yaşayan iki yakınının söz konusu şirketin kanunda öngörülen işletme ruhsatlarına sahip olmadığı iddiasıyla açtıkları davada ise bu kez yüksek bölge mahkemesi, gerekli izinler alınana kadar

37 *Karin Andersson vd. / İsveç* (29878/09), 25 Eylül 2014, §§ 68-70.

38 *Bkz. Kyrtatos / Yunanistan* (41666/98), 22 Mayıs 2003, §§ 27-32; *Apanasewicz / Polonya* (6854/07), 3 Mayıs 2011, §§ 67-83.

39 *Bkz. European Court of Human Rights, "Factsheet – Environment and the ECHR".*

tesisin faaliyetlerinin durdurulmasına karar vermiş, ancak yapılan itiraz üzerine bu kararın yürütmesi durdurulmuştur. Başvuranın kızında çevre kirliliğiyle bağlantılı bir takım sağlık sorunları ortaya çıkınca, kira bedeli yerel yönetim tarafından karşılanmak üzere, başvuran ailesiyle birlikte şehir merkezindeki bir eve taşınmıştır. Bu süreçte başvuran ve eşi şehrin başka bir bölgesinden ev satın almıştır. Nihayet yaşanan olaylardan sonra bölge mahkemesinin verdiği yeni bir karar uyarınca tesisin faaliyetleri geçici olarak durdurulmuştur.⁴⁰ Davaya konu olayları AİHS'nin 8. maddesi kapsamında inceleyen AİHM, tesisin kurulması ve işletilmesinin hukuka uygunluğuyla ilgili yargılama sürecinin karar tarihinde devam ettiğini belirterek, iç hukukun yorumlanması ve uygulanması konusundaki esas yetkinin ulusal makamlarda ve özellikle de yargı organlarında olduğuna dikkat çekmiştir. Ancak yetkili makamların iç hukuk düzenlemelerine uygun karar aldıkları varsayılsa bile başvuranın konut, özel ve aile hayatına saygı hakkının korunması için gerekli tedbirlerin alınıp alınmadığının ortaya konulması gerekmektedir. AİHM başvuran ve ailesinin konutlarından taşınmadan önce üç yılı aşkın bir süre tesisin yol açtığı olumsuz çevre koşullarına katlanmak zorunda kaldıklarını, tesisin çalışmaya devam edeceğinin anlaşılması ve kızlarının sağlık sorunları yaşamasından sonra, hekim tavsiyesini dikkate alarak konutlarından taşınmak zorunda kaldıklarını tespit etmiştir. Dava konusu olayların ardından başvuranın ailesiyle taşındığı konutun kira bedelinin yerel yönetimce karşılanmış olması, başvuranın mağduriyetini gidermek için elverişli değildir. AİHM'ye göre davalı devlete çevresel konularda tanınan takdir marjına rağmen, davalı devlet atık arıtma tesisine sahip olunmasından kaynaklanan ekonomik refahın sağladığı menfaat ile başvuranın konut, özel ve aile hayatına saygı hakkından etkili bir şekilde yararlanması arasında adil bir denge kurmayı başaramamıştır. Bu nedenle AİHM, *López Ostra / İspanya* davasında Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁴¹

Taşkın / Türkiye davası, İzmir'in Bergama İlçesi, Ovacık Köyü'nde bir şirkette altın madeni işletme ruhsatı verilmesinin ardından, altın üretiminde siyanür kullanılmasının yaratacağı çevresel risklerin insan sağlığı üzerinde olumsuz etkileri olacağı gerekçesiyle bölge sakinlerinin başlattığı yargısal süreç sonunda, Çevre Bakanlığı'nın verdiği işletme izni yargı kararıyla iptal edilmesine rağmen maden faaliyetlerinin sürdürülmesiyle ilgilidir. AİHM *Taşkın / Türkiye* davasında, daha önce *Hatton vd. / Birleşik Krallık* kararında temel ilkeleri ortaya konulduğu şekilde⁴², ulusal makamların çevre sorunlarıyla ilgili kararlarının AİHS'nin

40 *López Ostra / İspanya* (16798/90), 9 Aralık 1994, §§ 7-22.

41 *López Ostra / İspanya* (16798/90), 9 Aralık 1994, §§ 44-58.

42 *Hatton vd. / Birleşik Krallık* (36022/97), 8 Temmuz 2003, § 99.

8. maddesine uyumunu esas ve usul yönünden ayrı ayrı incelemeyi tercih etmiştir.⁴³ Devletin sağlıklı bir çevrede yaşam hakkını koruma yükümlülüğü göz önüne alınarak, altın madeni işletme izninin Danıştay tarafından hukuka aykırı bulunması nedeniyle, AİHM kararında ulusal makamların takdir marjı konusunda esas yönünden ayrıca bir değerlendirme yapmaya gerek olmadığı belirtilmiştir. Buna karşılık, işletme izninin yargı kararıyla iptal edilmesine rağmen, maden faaliyetlerinin karardan itibaren on ay, kararın ilgili makamlara tebliğinden itibaren de dört ay boyunca durdurulmamış olması, ayrıca daha sonra çevresel etki değerlendirme raporuna dayanmadan idari makamların madene yeniden işletme izni vermesi, başvuruları gerekli usul güvencelerinden mahrum bırakmıştır. Bu nedenle AİHM, davalı devletin başvuruların özel ve aile hayatına saygı hakkını koruma yükümlülüğünü yerine getirmediği gerekçesiyle Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁴⁴ AİHM ayrıca başvuruların sağlıklı bir çevrede yaşam hakkıyla ilgili olarak verilen mahkeme kararının -bu karara uyulmaması halinde başvuruların tazminat hakkının doğacağı da düşünüldüğünde- Sözleşme'nin 6. maddesi uyarınca medeni haklar kapsamında değerlendirilebileceğini belirterek, kesinleşmiş mahkeme kararlarına ulusal makamlar tarafından riayet edilmemesinin adil yargılama hakkını da ihlal ettiği sonucuna varmıştır.⁴⁵

Fadeyeva / Rusya davasında nüfusun yoğun olduğu bir bölgede faaliyet gösteren çelik üretim tesislerinin toksik emisyon değerlerinin yasada öngörülen sınırların üzerinde olduğu göz önüne alındığında, yakın çevrede yaşayanların sağlığına zarar verilmemesi için tesislere belirli bir mesafede konutların bulunmaması gerekirken, yasal tedbirlere uyulmamış olması, ayrıca başvuranın çevresel risklerden korunması amacıyla davalı devletin herhangi bir önlem almaması, AİHM tarafından başvuranın konut ve özel hayatına saygı hakkının ihlali olarak kabul edilmiştir.⁴⁶ AİHM *Giacomelli / İtalya* davasında özel atık depolama ve işleme tesisine 30 metre uzaklıktaki bir konutta yaşayan başvuranın -daha sonra alınan idari kararlarla tesisin işletme ve denetim koşullarında iyileşme olsa da- uzun yıllar tesisteki tehlikeli faaliyetlerden olumsuz etkilenmesi nedeniyle konut, özel ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.⁴⁷ *Tatar v. Romanya* davasında AİHM, başvuranın konutu yakınlarında özel bir şirket tarafından sürdürülen altın madeni faaliyetlerinin çevre ve insan sağlığına zararlı etkilerinden yurttaşları korumak için davalı devletin gerekli tedbirleri al-

43 *Taşkın / Türkiye* (46117/99), 10 Kasım 2004, § 115.

44 *Taşkın / Türkiye* (46117/99), 10 Kasım 2004, §§ 116-126.

45 *Taşkın / Türkiye* (46117/99), 10 Kasım 2004, §§ 128-138.

46 *Fadeyeva / Rusya* (55723/00), 9 Haziran 2005, §§ 132-134.

47 *Giacomelli / İtalya* (59909/00), 2 Kasım 2006, §§ 75-98.

madığı gerekçesiyle Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.⁴⁸ *Dubetska vd. / Ukrayna* davasında ise AİHM, başvuranların konutlarına yakın bölgede faaliyet gösteren devlete ait bir kömür madeni ve kömür işleme tesisinin olumsuz çevresel etkileri bilindiği halde, yetkili makamlar tarafından başvuranların farklı bir bölgeye taşınması veya çevre kirliliğinin insan sağlığına zarar vermeyecek değerlere indirilmesi gibi bir çözüm bulunamadığına dikkat çekerek, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁴⁹

Gürültü kirliliğiyle ilgili olarak AİHM gündemine gelen şikâyetler hava trafiği ve uçak gürültüsü, konutların yakınında faaliyet gösteren işletmelerden kaynaklanan gürültüler, trafik gürültüsü, rüzgâr türbini ve rüzgâr çiftliklerinin gürültüsü, endüstriyel gürültü kirliliği ve demiryolu gürültüsünden kaynaklanmaktadır.⁵⁰ Havaalanına yakın bölgelerde ikamet eden kişilerin maruz kaldığı hava trafiği ve uçak gürültüsünün yol açtığı rahatsızlık nedeniyle İngiltere ve Fransa hakkında yapılan başvurularda AİHM, davalı devletlerin hava trafiği ve uçak gürültüsünün olumsuz etkilerini azaltmak amacıyla yaptığı düzenlemelerin toplum ve kişilerin yarışan çıkarları arasında adil bir denge kurduğu sonucuna varmıştır.⁵¹

AİHM konutların yakınında faaliyet gösteren işletmelerden kaynaklanan gürültü kirliliğine yönelik şikâyetleri de Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında incelemektedir. *Moreno Gómez / İspanya* davasında başvuranın evinin yakınında bulunan gece kulüplerinin müsaade edilen en yüksek ses düzeyini aşmalarına yetkili makamlar tarafından müsamaha gösterilmesi, davalı devletin konut ve özel hayatına saygı hakkı kapsamındaki pozitif yükümlülüklerini yerine getirmede olduğu şeklinde yorumlanmıştır.⁵² *Mileva vd. / Bulgaristan* davasında AİHM, başvuranların yaşadığı binanın zemin katında bulunan bir dairede ruhsatsız olarak işletilen bilgisayar kulübünün yol açtığı ses ve gürültü kirliliğine karşı ilgili makamlara yapılan şikâyetlerden herhangi bir sonuç alınamaması nedeniyle davalı devletin başvuranların konutuna, özel ve aile hayatına saygı hakkı kapsamındaki pozitif yükümlülüklerini yerine getirmede olduğu sonucuna varmıştır.⁵³ AİHM *Zammit Maempel vd. / Malta* davasında başvuranların evlerinin 150 metre kadar ötesinde çeşitli kutlamalarda yapılan havai fişek gösterilerinin yol açtığı riskler

48 *Tătar v. Romanya* (67021/01), 27 Ocak 2009, §§ 98-125.

49 *Dubetska vd. / Ukrayna* (30499/03), 10 Şubat 2011, §§ 146-156.

50 Bkz. European Court of Human Rights, "Factsheet – Environment and the ECHR", s. 14-19.

51 Bkz. *Powell and Rayner / Birleşik Krallık*, (9310/81), 21 Şubat 1990, §§ 41-45; *Hatton vd. / Birleşik Krallık* (36022/97), 8 Temmuz 2003, §§ 116-130; *Flamenbaum vd. / Fransa*, (3675/04, 23264/04), 13 Aralık 2012, §§ 150-160.

52 *Moreno Gómez / İspanya* (4143/02), 16 Kasım 2004, §§ 57-63.

53 *Mileva vd. / Bulgaristan* (43449/02 ve 21475/04), 25 Kasım 2010, §§ 98-102.

nedeniyle konut ve özel hayatına saygı hakkının ihlal edildiği yönündeki iddialarına karşılık, somut dava koşullarında yetkili makamlar tarafından önceden gerekli düzenlemelerin yapılması ve önlemlerin alınması, ayrıca başvuruların ve toplumun çıkarları arasında adil bir denge kurulmasına yönelik takdir margininin aşılmamış olması nedeniyle Sözleşme'den kaynaklanan yükümlülüklerin ihlal edilmediğine kadar vermiştir.⁵⁴ AİHM *Alexandru Chiş / Romanya* vakasında, başvuranın yaşadığı binada faaliyet göstermeye başlayan bir barın yol açtığı iddia edilen gürültü kirliliğinin bina sakinlerini olumsuz etkileyecek düzeyde olmadığıнын yetkili makamlarca tespit edilmesi nedeniyle, Sözleşme'nin 8. maddesinin gerektirdiği asgari eşğin aşılmadığı gerekçesiyle başvuruyu kabul edilemez bulmuştur.⁵⁵ *Borisiewicz / Polonya* davasında başvuranın ikamet ettiği konutun yan binasında bulunan terzi atölyesinden kaynaklanan gürültünün iç hukukta veya ilgili uluslararası çevre standartlarında öngörülen gürültü sınırlarını aştığına veya gürültünün başvuranın sağlık durumu üzerinde olumsuz etki yarattığına dair herhangi bir belge veya rapor sunulmadığı gerekçesiyle, AİHS'nin 8. maddesiyle ilgili şikayetler kabul edilemez bulunmuştur.⁵⁶ Buna karşılık AİHM, başvuranın şikayete konu olaylarla ilgili olarak idare mahkemesinde açtığı davanın makul bir sürede sonuçlanmadığı gerekçesiyle AİHS'nin 6/1. maddesinde güvenceye alınan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.⁵⁷

AİHM'nin *Grimkovskaya / Ukrayna*⁵⁸ ve *Deés / Macaristan*⁵⁹ kararlarında ortaya koyduğu üzere, davalı devletlerin meskûn mahal yakınlarında yoğun trafik akışına izin vermeleri başlı başına Sözleşme'ye aykırılık teşkil etmemektedir. Bununla birlikte özellikle otoyol yakınındaki konutlarda yaşayanların motorlu araçların zararlı etkilerinden korunması için gereken tedbirlerin alınmaması, otoyoldan yararlananlarla bölgede ikamet edenlerin çıkarları arasında adil bir dengenin kurulamamasına, dolayısıyla Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlaline yol açabilir.⁶⁰ Rüzgâr türbini ve rüzgâr çiftliklerinin gürültüsüyle ilgili *Lars ve Astrid Fägerskjöld / İsveç* davasında AİHM, başvuruların ulusal makamlara

54 *Zammit Maempel vd. / Malta* (24202/10), 22 Kasım 2011, §§ 63-74.

55 *Alexandru Chiş / Romanya* (55396/07), 9 Eylül 2014, §§ 24-34.

56 *Borisiewicz / Polonya* (71146/01), 1 Temmuz 2008, §§ 44-56.

57 *Borisiewicz / Polonya* (71146/01), 1 Temmuz 2008, §§ 64-70.

58 *Grimkovskaya / Ukrayna*, (38182/03), 21 Temmuz 2011, §§ 58-73.

59 *Deés / Macaristan*, (2345/06), 9 Kasım 2010, §§ 18-24.

60 Diğer yandan AİHM *Tadeusz Frankowski / Polonya* vakasında meskûn mahal yakınlarında bulunan bir bölgenin sanayi bölgesi ilan edilmesi ve bölgeye ticaret merkezi inşa edilmesinin ardından artan trafik yoğunluğundan şikâyet eden başvuruların talepleri üzerine yetkili makamlar tarafından bölgede alınan önlemlerin toplum ve kişilerin yarışan çıkarları arasında adil bir denge kurduğunu belirterek, başvurunun kabul edilemez olduğuna karar vermiştir. *Tadeusz Frankowski / Polonya* (25002/09), 20 Eylül 2011.

ve Mahkeme'ye evlerinden yaklaşık 400 metre mesafede bulunan rüzgâr türbinesinden kaynaklanan ışık yansımaları ve gürültünün sağlık durumlarını olumsuz yönde etkilediğine ilişkin herhangi bir sağlık raporu sunmadıklarını belirterek, başvuruların şikâyetlerinin çevre sorunlarıyla ilgili davalarda aranan asgari eşiğe ulaşmadığı gerekçesiyle başvuruyu kabul edilemez bulmuştur.⁶¹ AİHM *Martinez Martinez ve María Pino Manzano / İspanya* davasında, evlerinin yakınlarında faaliyet gösteren taşocağı işletmesinden kaynaklanan gürültünün kendilerinde psikolojik bozukluklara yol açtığını iddia eden başvuruların, davalı devlet tarafından sunulan çeşitli resmi belgelerde ortaya konulduğu üzere, yerleşime açık olmayan sanayi bölgesinde yaşadıklarına dikkat çekmiştir. Buna rağmen ulusal yargı organlarının başvuruların şikâyetlerini değerlendirdiğini ve bilirkişi raporuna göre taşocağından kaynaklanan gürültü ve kirlilik düzeyinin müsaade edilen sınırlarda veya bu sınırların çok az üzerinde ölçüldüğü için tahammül edilebilir düzeyde olduğunu belirten AİHM, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.⁶² *Bor / Macaristan* vakasında, demiryolu istasyonunun karşı sokağında ikamet eden başvuranın, demiryolu gürültüsünün azaltılması ve zararının tazmin edilmesi amacıyla iç hukukta açtığı dava kısmen kabul edilmekle birlikte, demiryolu şirketi tarafından gürültünün azaltılmasına yönelik gerekli tedbirler alınana kadar başvuranın maruz kaldığı orantısız yük nedeniyle AİHM, davalı devletin başvuranın konutuna saygı hakkının güvenceye alınması için gereken pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediği gerekçesiyle, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.⁶³

Çevresel risklerle ilgili bilgiye erişim hakkı, AİHM tarafından özel ve aile yaşamına saygı hakkı kapsamında değerlendirilmektedir. *Guerra vd. / İtalya* davasında, bir kimyasal gübre fabrikasında geçmişte yaşanan bazı kazalar nedeniyle çevresel riskler meydana gelmesine ve bölgede yaşayanların sağlık durumunu tehdit eden vakalar yaşanmasına rağmen, fabrikada üretime 1994 yılında son verilene kadar, bölgede yaşamalarını sürdürmek konusunda karar verebilmeleri için, olası bir kaza durumunda ortaya çıkabilecek riskler konusunda başvurulara gerekli bilginin verilmemiş olması, AİHM tarafından başvuruların özel ve aile yaşamına saygı hakkının ihlali olarak değerlendirilmiştir.⁶⁴ *McGinley ve Egan / Birleşik Krallık* davası, 1952-1967 yılları arasında İngiltere'nin Pasifik Okyanusu'nda ve Güney Avusturalya'da bulunan Maralinga bölgesinde gerçekleştirdiği nükleer silah denemelerinin yol açtığı olumsuz sağlık koşullarıyla

61 *Lars ve Astrid Fägerskjöld / İsveç*, (37664/04), 26 Şubat 2008.

62 *Martinez Martinez ve María Pino Manzano / İspanya*, (61654/08), 3 Temmuz 2012, §§ 44-51.

63 *Bor / Macaristan*, (50474/08), 18 Haziran 2013, §§ 22-28.

64 *Guerra vd. / İtalya*, (116/1996/735/932), 19 Şubat 1998, §§ 56-60.

ilgilidir. Belirtilen dönemde Christmas adasında asker olarak görev yapan başvuranlar daha sonra yaşadıkları sağlık sorunlarının nükleer silah denemeleri sonucunda maruz kaldıkları radyasyonla bir ilişkisi olup olmadığını tespit edebilmek için gerekli bilgi ve belgelerin kendilerine verilmediğini iddia etmiştir. Davalı devletin Milli Savunma Bakanlığı'nın başvuranların radyasyon riskine maruz kalmadıkları iddiasını dayandırdığı belgeleri açıklaması için iç hukukta müracaat edilebilecek bir dava yolu olduğunu belirten AİHM, söz konusu hukuk yolunun etkisiz olduğunu gösterecek herhangi bir delil bulunmadığını, buna rağmen başvuranların iç hukukta öngörülen hukuk yoluna müracaat etmediğini tespit etmiştir. Bu nedenle AİHM, *McGinley ve Egan / Birleşik Krallık* davasında, davalı devletin AİHS'nin 8. maddesiyle bağlantılı pozitif yükümlüğünü yerine getirdiği sonucuna varmıştır.⁶⁵ AİHM *Roche / Birleşik Krallık* davasında, *McGinley ve Egan* kararında değinilen iç hukuktaki dava yoluyla başvuranların sağlık riskleriyle ilgili belgeleri ulaşması usulünün, davalı devletin pozitif yükümlülüklerini yerine getirdiğinin kabul edilebilmesi için mutlak bir nitelik taşımadığını belirtmiştir. 1960'lı yıllarda İngiliz ordusunda görev yaparken katıldığı hardal ve sinir gazı denemelerine bağlı olarak sonraki yıllarda sağlık sorunlarına maruz kaldığını iddia eden başvuran, yetkili makamlar nezdindeki ısrarlı taleplerine rağmen, hardal ve sinir gazı denemeleriyle ilgili belgelere ulaşamamıştır. AİHM İngiltere'de benzer vakalar kapsamında bilgilendirme ve sağlık çalışmalarının, başvuranın girişimlerinden on yıl sonra geliştirildiğine dikkat çekerek, *McGinley ve Egan* davasından esasa yönelik farklılıklar içeren *Roche / Birleşik Krallık* başvurusunda, bu kez davalı devletin AİHS'nin 8. maddesiyle bağlantılı pozitif yükümlüğünü yerine getirmediğine karar vermiştir.⁶⁶ *Vilnes vd. / Norveç* davası, Kuzey Denizi'nde petrol arama şirketlerinde dalgıç olarak çalışan başvuranların mesleki risklerle bağlantılı olarak engelli hale gelmelerinin ardından, derin deniz dalgıçlığının riskleri hakkında kendilerine yeterli bilginin verilmediği iddialarını içermektedir. AİHM'ye göre, dalgıçlara görevleriyle ilgili basınç tabloları hakkında gerekli bilgiler verilerek, sağlık ve güvenlik risklerini hesap etmeleri sağlanmadığı ve bu sektörde faaliyet gösteren şirketlerin mesleki bilgileri yeterli şeffaflıkla çalışanlarla paylaşmalarını temin edecek önlemler alınmadığı gerekçesiyle, *Vilnes vd. / Norveç* vakasında AİHS'nin 8. maddesi ihlal edilmiştir.⁶⁷ *Brincat vd. / Malta* davası ise tersane işçisi olarak çalışan başvuranların ve başvuran yakınlarının uzun yıllar asbeste maruz kalmalarına bağlı olarak ciddi sağlık sorunları yaşamaları, bir başvuran yakınının ise bu sağlık sorunları nedeniyle hayatını kaybetmesiyle ilgilidir. AİHM'ye göre, davalı devletin

65 *McGinley ve Egan / Birleşik Krallık* (10/1997/794/995-996), 9 Haziran 1998, §§ 98-104.

66 *Roche / Birleşik Krallık* (32555/96), 19 Ekim 2005, §§ 157-169.

67 *Vilnes vd. / Norveç* (52806/09 ve 22703/10), 5 Aralık 2013, §§ 233-245.

1970'li yılların başlarından itibaren tersane işçilerinin asbeste maruz kalmasının doğurabileceği sağlık risklerini bilmesi gerekirken, 2003 yılına kadar bu konuda herhangi bir olumlu adım atılmamıştır. Davalı devlet, başvuruların asbestin olumsuz etkilerinden yeterince korunması, olası sağlık ve yaşam riskleri konusunda bilgilendirilmeleri konusunda hukuksal ve uygulamaya yönelik tedbirleri almaması nedeniyle Sözleşme'den kaynaklanan pozitif yükümlülüklerini yerine getirmemiştir. AİHM, hayatını kaybeden başvuran yakını yönünden AİHS'nin 2. maddesinin, diğer başvurular yönünden ise AİHS'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁶⁸

AİHM kararları uyarınca, taraf devletlerin evsel ve diğer atıkların toplanması, işlenmesi ve bertaraf edilmesiyle ilgili olarak AİHS'nin 8. maddesi kapsamında yerine getirmeleri gereken pozitif yükümlülükleri bulunmaktadır. *Brândușe / Romanya* davası, cezaevine 20 metre mesafede bulunan eski bir katı atık toplama alanından gelen rahatsız edici kokuların cezaevinde hükümlü olarak bulunan başvuranın yaşam kalitesini ve sağlığını olumsuz yönde etkilediği iddialarını içermektedir. 1998-2003 yılları arasında kullanılan katı atık toplama alanı, resmi kullanıma son verildikten sonra yetkili makamlar tarafından alanın kapatılması için gerekli önlemler alınmadığı için özel şahıslar tarafından kontrolsüz olarak kullanılmaya devam edilmiştir. Katı atık toplama alanından kaynaklanan kirliliğin etkileri ancak 2003 yılında yani AİHM'ye yapılan başvurudan sonra ve 2006 yılında bölgede yaşanan şiddetli bir yangının ardından değerlendirilmeye alınmıştır. Yapılan ölçümler sonucunda, katı atık toplama alanından kaynaklanan kirliliğin çevre standartlarına aykırı olduğu tespit edilmiştir. AİHM *Brândușe / Romanya* davasında yetkili makamların katı atık toplama alanından kaynaklanan rahatsız edici kokuların giderilmesi konusunda gerekli tedbirleri almadığı gerekçesiyle AİHS'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁶⁹ *Di Sarno vd. / İtalya* başvurusu, İtalya'nın Campania bölgesinde 1994-2009 yılları arasında katı atıkların toplanması, işlenmesi ve bertaraf edilmesi konusunda yaşanan sorunlar nedeniyle olağanüstü hal ilan edilmesi; olağanüstü hal konusuyla ilgili faaliyetlerin merkezi idarenin atadığı memurlar tarafından yürütülmesi; özellikle 2007 yılının sonları ve 2008 yılının başlarında beş aylık süre zarfında katı atıkların toplanmaması nedeniyle sokaklarda çöp yığınlarının birikmesi; bu süreçte çevresel kirliliğin yarattığı risklerin başvuranların ve bölgede ikamet edenlerin konut ve özel hayatına saygı hakkını olumsuz yönde etkilemesiyle ilgilidir. AİHM bölgede katı atıkların toplanması, işlenmesi ve bertaraf edilmesi

68 *Brincat vd. / Malta* (60908/11 vd.), 24 Temmuz 2014, §§ 103-117.

69 *Brândușe / Romanya*, (6586/03), 7 Nisan 2009, §§ 68-76. AİHM *Brândușe / Romanya* davasında ayrıca başvuranın cezaevi koşullarının yetersizliği nedeniyle AİHS'nin 3. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

konusunda yaşanan sorunların -daha önce Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından tespit edildiğinden farklı olarak- bölgede ikamet edenlerin yaşamını ve sağlığını tehdit ettiğine ilişkin somut veriler bulunmamakla birlikte, halkın sağlığına yönelik ciddi tehlike olmayan hallerde de AİHS'nin 8. maddesinin uygulanabileceğini belirtmiştir. AİHM, davalı devletin başvuru konusu olayları mücbir sebep (*force majeure*) olarak nitelendirmesine katılmayarak, Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun devletlerin haksız fiilden kaynaklanan uluslararası sorumluluğuyla ilgili kurallarına atıf yaparak, mücbir sebebin, devletin kontrolünün ötesinde, uluslararası bir yükümlülüğü yerine getirmeyi maddi olarak imkânsız hale getiren koşullarda karşı konulamaz bir güç veya öngörülemez bir olay niteliğinde olması gerektiğini hatırlatmıştır. Oysa somut olayda davalı devlet yönünden mücbir sebep koşullarının bulunduğu söylenemeyecektir. AİHM'ye göre, krizin akut aşamasının davalı devletin ileri sürdüğü gibi 2007 yılının sonları ve 2008 yılının başlarında yaşanan beş aylık süre olduğu kabul edilse bile, devlete tanınan takdir marjına rağmen, İtalyan makamlarının katı atıkların toplanması, işlenmesi ve bertaraf edilmesi konusunda uzun süre yetersiz kalmalarının, başvuranların konut ve özel hayatına saygı hakkını olumsuz etkileyerek AİHS'nin 8. maddesini esas yönünden ihlal ettiği inkâr edilemez. Buna karşılık olağanüstü hal yönetiminin bölgede yaşamının potansiyel riskleri konusundaki bulgularını bölge halkı ve başvuranlarla paylaşması nedeniyle, AİHM davalı devletin halkı bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirdiğine ve AİHS'nin 8. maddesinin usul yönünden ayrıca ihlal edilmediğine karar vermiştir.⁷⁰

AİHM *Dzemyuk / Ukrayna* davasında konutların ve su kaynaklarının olumsuz etkilenebileceği kadar yakın mesafedeki bir alanın yerel yönetim tarafından mezarlık olarak tahsis edilmesini AİHS'nin 8. maddesi kapsamında değerlendirmiştir. AİHM, yerel yönetimin mezarlık alanı tahsisiyle ilgili kararının, Ukrayna'da ulusal çevre sağlığı düzenlemeleri uyarınca 300 metrelik sağlık koruma bölgesi zorunluluğuna aykırı olduğunu; mezarlık inşaatıyla ilgili olarak cenaze ve cenaze hizmetleri kanunu uyarınca onaylanmış bir inşaat planının olmadığını; ayrıca mezarlık inşaatının içme suları ve içme suyu kaynaklarıyla ilgili yasal düzenlemelere aykırı olduğunu tespit etmiştir. Nitekim yerel yönetimin mezarlık alanı tahsis işleminin hukuka aykırılığı, ulusal makamlar tarafından açıkça kabul edilmiş ve mahkeme kararıyla da tasdik edilmiştir. Bununla birlikte mezarlığın kapatılması yönündeki kesinleşmiş mahkeme kararı yerel yönetim tarafından yerine getirilmeyerek, çevre düzenlemelerine ve kesinleşmiş yargı kararına riayet edilmemiştir. AİHM dava konusu olayda yaşandığı gibi dağlık böl-

⁷⁰ *Di Sarno vd. / İtalya* (30765/08), 10 Ocak 2012, §§ 108-113.

gelerde su kaynaklarının kirlenmesini de içeren çevresel sorunların üstesinden gelmenin güçlüğü ve maliyetini kabul etmekle birlikte, mezarlık alanı tahsisi ve kullanılmasının birçok yönden hukuka aykırı olduğunu; somut olayla ilgili çevre makamlarının görüşlerinin göz ardı edildiğini; kesin ve bağlayıcı yargı kararları uygulanmayarak, su kirliliğine bağlı sağlık ve çevresel tehlikelerin dikkate alınmadığını vurgulamıştır. Bu nedenle AİHM başvurusunun konut ve özel hayatına saygı hakkına yapılan müdahalenin AİHS'nin 8. maddesi anlamında kanunla öngörülmüş olma koşulunu taşımadığı sonucuna varmıştır.⁷¹

III. AİHM Önüne Gelen Biyoetik ile İlgili Konular

A. Deneysel Tedavi ve İlaçlara Erişim

AK üyesi devletler arasında deneysel tedavi ve ilaçlara erişim hakkının tanınması konusunda genel bir kural ve uygulama birliği bulunmamakla birlikte, bazı istisnai durumlarda gönüllü hastalar üzerinde deneysel tedavi ve ilaçların kullanılabilmesi kabul edilmektedir.⁷² AİHM önüne gelen deneysel tedavi ve ilaçlarla ilgili başvuruları iki grup altında incelemek mümkündür. Birincisi, kişiye rızası dışında deneysel tedavi ve ilaç uygulanmasıdır ki; bu uygulamanın uluslararası ve bölgesel insan hakları normlarına ve AİHS'de güvenceye alınan hak ve özgürlüklere aykırı olduğuna kuşku yoktur. İkincisi ise kişinin serbest rızasına dayalı olarak deneysel tedavi ve ilaçlara erişimine izin verilmemesi veya olanak sağlanmaması olup, AİHM bugüne kadar incelediği vakalarda, taraf devletlerin AİHS kapsamında deneysel tedavi ve ilaçlara erişime izin verme yükümlülüğü olduğunu kabul etmemiştir.

İkinci Dünya Savaşı esnasında Nazi toplama kamplarında tutulan insanların bedeni üzerinde yapılan korkunç deney ve uygulamaların bir daha yaşanmaması amacıyla, 1947 yılının Ağustos ayında Nuremberg Kodu olarak bilinen ilkelerle deneysel tedavinin serbest rızaya dayanması mutlaka uyulması gereken bir zorunluluk olarak benimsenmiş ve deneysel tedavi uygulamasında kişinin bedensel ve ruhsal bütünlüğünün korunmasına öncelik veren esaslar geliştirilmiştir. Dünya Tıp Birliği'nin 1964 yılında kabul ettiği Helsinki Deklarasyonu'nda; Ruhsal Rahatsızlığı Bulunan Kişilerin Korunması ve Ruh Sağlığının Geliştirilmesine yönelik 17 Aralık 1991 tarihli Birleşmiş Milletler Prensipleri'nde ve Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Sözleşmesi'nde deneysel tedavi uygulamasında

71 *Dzemyuk / Ukrayna (42488/02)*, 4 Eylül 2014, §§ 87-92. AİHS'nin 8. maddesi kapsamında yapılan müdahalenin kanunla öngörülmüş olma koşulunu taşıyamaması halinde, Sözleşme'de belirtilen meşru amaçlardan birine dayanma ve demokratik bir toplumda zorunlu olma koşulları yönünden ayrıca incelemeye gerek bulunmamaktadır.

72 Bkz. Aurora Plomer, *The Law and Ethics of Medical Research: International Bioethics and Human Rights*, Londra (2005), Cavendish Publishing, s. 47-48.

mutlaka kişinin serbest rızasının bulunması, ayrıca kişinin bedensel ve ruhsal bütünlüğünün korunması zorunluluğu getirilmiştir. AK İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin⁷³ 5. maddesi uyarınca kişiye sağlık alanında yapılacak herhangi bir müdahalenin amacı, niteliği, sonuçları ve tehlikeleri hakkında önceden bilgi verilmesi ve kişinin açık muvafakatının alınması gerekmektedir. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 6. maddesine göre muvafakat verme yeteneğine sahip olmayanlar üzerinde tıbbi müdahale yalnızca bu kişilerin doğrudan yararı bulunması koşuluyla yasal temsilcisinin veya ilgili makamın izniyle yapılabilecek ve tıbbi müdahale uygulanacak kişinin mümkün olduğunca izin verme sürecine katılımı sağlanacaktır. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 15. maddesine göre *“(b)iyoloji ve tıp alanında bilimsel araştırma, bu Sözleşme hükümlerine ve insan türünün korunmasını güvence altına alan diğer yasal hükümlere bağlı kalmak şartıyla, serbestçe yapılabilir.”* Ancak bilimsel araştırmalarda, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 16. maddesinde yer alan, üzerinde araştırma yapılan kişilerin korunmasına yönelik koşullara uyulması gerekmektedir.⁷⁴ İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'ne, Biyotıp Araştırmalarıyla ilgili Ek Protokolde taraf devletlerde biyotıp araştırmalarının kişisel hak ve özgürlüklere ve etik ilkelere uygun yapılmasını güvenceye alacak kurallara ve koruyucu düzenlemelere yer verilmiştir. Ek Protokolün 3. maddesinde biyotıp araştırmalarında insa-

73 Türkiye, “Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi”ni 4 Nisan 1997 tarihinde imzalamış, 2 Temmuz 2004 tarihinde onaylamıştır (20 Nisan 2004 tarih ve 25439 sayılı Resmi Gazete). Türkiye, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'ne, Biyotıp Araştırmalarıyla ilgili Ek Protokolü ise 25 Ocak 2005 tarihinde imzalamış ve 21 Eylül 2011 tarihinde onaylamıştır (11 Haziran 2011 tarih ve 27961 (Mükerrer) sayılı Resmi Gazete). Bununla birlikte AK üyesi devletlerin çoğunluğu gibi Türkiye, İnsan Kaynaklı Organ ve Doku Nakliyle ilgili Ek Protokolü ve Sağlık Amaçlı Genetik Testlerle ilgili Ek Protokolü henüz onaylamamıştır. Bkz. <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/164> (22 Nisan 2017).

74 “Madde 16 – Üzerinde Araştırma Yapılan Kişilerin Korunması

Bir kimse üzerinde araştırma, ancak aşağıdaki şartların tümünün yerine getirilmesi halinde gerçekleştirilebilir:

i İnsanlar üzerinde yapılacak araştırmalarla karşılaştırılabilir etkinlikte başka bir araştırma seçeneğinin bulunmaması;

ii Şahsın maruz kalabileceği risklerin, araştırmadan beklenen yararlarla kıyasla orantısız olmaması;

iii Araştırma projesinin, yetkili bir kurum tarafından, araştırma amacının öneminin değerlendirilmesi ve etik bakımdan kabul edilebilirliğinin multidisipliner bir gözden geçirmeye tabi tutulması da dahil olmak üzere, projenin bilimsel değerinin bağımsız bir şekilde incelenmesinden sonra onaylanmış olması;

iv Üzerinde araştırma yapılan kişilerin, korunmaları için kanunda öngörülen hak ve güven-celeri konusunda bilgilendirilmiş olmaları;

v 5'inci maddede belirtilen muvafakatın, açıkça, özel olarak ve belgelendirilerek verilmiş olması. Bu muvafakat her zaman serbestçe geri alınabilir.”

nın önceliği açıkça vurgulanmakta olup, buna göre, “(a)raştırmaya katılan kişi-nin menfaatleri ve refahı, bilim ve toplumun menfaatlerinin üstünde tutulur.”

Kişilere zorla deneysel tedavi ve ilaç uygulanması, şikayete konu olayın nite-liğine ve sonuçlarına göre AİHS’nin 2., 3. ve 8. maddelerine aykırılık oluştura-bilir. *Bataliny / Rusya* vakası, birinci başvuranın intihar girişimi üzerine kaldı-rıldığı psikiyatri hastanesinde yaklaşık 15 gün iradesi dışında tutulması, sağlık görevlileri ve diğer hastalar tarafından kötü muameleye maruz kalması, ayrıca hastanede kaldığı süre zarfında kendisine o dönem yeni bulunan bir ilaç teda-visi uygulanarak, iradesi dışında bilimsel araştırmaya tabi tutulmasıyla ilgilidir. AİHM’ye göre *Bataliny / Rusya* davasında, birinci başvuranın tıbbi bir zorun-luluk olduğu tespit edilmediği halde psikiyatrik tedaviye zorlanması, başvurana yeni bir antipsikotik ilaç tedavisi uygulanarak rızası dışında bilimsel araştırmaya dâhil edilmesi, başvuranda aşağılanma ve küçük düşürülmeye yol açacak korku, endişe ve değersizlik hissi yaratmıştır. AİHM başvuranın rızası dışında maruz kaldığı muamelenin AİHS’nin 3. maddesi kapsamında insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağına aykırı olduğuna karar vermiştir.⁷⁵

Deneysel tedavi ve ilaçlara erişimle ilgili olarak AİHM’ye yapılan *Hristozov vd. / Bulgaristan* başvurusunda, kanser hastası olan başvuranlar, ruhsatsız olan deneysel bir anti kanser ilacına erişimlerinin davalı devlet tarafından engel-lendiğinden yakınmıştır. Bulgaristan kanunlarına göre ruhsatsız deneysel ilaç kullanılmasına izin verilmesi, ancak söz konusu ilaca başka bir ülkede ruhsat verilmesi halinde mümkündür. Bazı ülkelerde ağır hastaların söz konusu ilacı kullanmalarına müsaade edilmiş olsa da, hiçbir ülkede ilaca resmi ruhsat ve-rilmemiştir. Bu nedenle başvuranların ilacı kullanma izni talepleri İlaç İdare-si Kurumu tarafından reddedilmiştir. Bazı başvuranların Sağlık Bakanlığı’na ve Kamu Denetçiliği Kurumu’na yaptıkları başvurular da kabul edilmemiştir. Bunun üzerine başvuranlar ulusal mahkemelerde herhangi bir dava açmadan doğrudan AİHM’ye müracaat etmiştir. Başvuranların ulusal yargı organlarından olumlu sonuç alamayacakları düşüncesiyle doğrudan Strasbourg Mahkemesi’ne başvurması nedeniyle davalı devlet, iç hukuk yollarının tüketilmediği yönünde itirazda bulunmuştur. Öncelikle başvuruyu kabul edilebilirlik yönünden incele-

75 *Bataliny / Rusya* (42488/02), 23 Temmuz 2015, §§ 88-91. AİHM *Bataliny / Rusya* davasın-da birinci başvuranın psikiyatrik tedaviye zorlanmasından başka Sözleşme ihlalleri de tespit etmiştir. AİHM birinci başvuranın akıl hastanesinde iradesi dışında ve kanuna aykırı olarak tutulması nedeniyle AİHS’nin 5/1. maddesinin; başvuranın özgürlüğünden yoksun bırakılma-sının hukuka uygunluğunu denetleyecek müracaat yolu bulunmaması nedeniyle AİHS’nin 5/4. maddesinin; başvuranın akıl hastanesinde kötü muamele maruz kalması nedeniyle AİHS’nin 3. maddesinin esas yönünden; ayrıca başvuranın kötü muamele iddiasıyla ilgili olarak iç hu-kukta etkili bir soruşturma yürütülmemesi nedeniyle AİHS’nin 3. maddesinin usul yönünden ihlal edildiğine karar vermiştir.

yen AİHM, başvuranlar gibi ağır hastalığı bulunan şahısların ruhsatsız deneysel ilaçlara erişimlerine müsaade edilmemesinin iç hukukta yürürlükte bulunan açık düzenlemelere dayandığına dikkat çekmiştir. Davalı devletin deneysel ilaçlara erişim izni verilmesi konusunda AB Hukukundan kaynaklanan yükümlülüğü de bulunmayıp, bu konuda AB üyesi devletlerin ulusal mevzuatında farklı düzenlemeler yer almaktadır. AİHM'ye göre, davalı devletin iddia ettiği gibi AİHM kararlarının ulusal mahkemeler tarafından doğrudan uygulanabilir nitelikte olduğu kabul edilse bile, dava konusu hukuki uyumsuzluğun AİHM gündemine yeni gelen bir konu olması nedeniyle, AİHM'nin mevcut kararlarının iç hukukta etkili bir başvuru yolu sağlayacağını varsaymak mümkün değildir. Bu nedenle başvuranların ulusal hukukta müracaat edebilecekleri etkili bir iç hukuk yolu bulunmadığı sonucuna varan AİHM, davalı devletin iç hukuk yollarının tüketilmediği yönündeki itirazını reddetmiştir.⁷⁶

AİHM *Hristozov vd. / Bulgaristan* davasında başvuranların şikâyetlerinin esasını AİHS'nin 2, 3 ve 8. maddeleri kapsamında incelemiştir. Mahkeme taraf devletlerin yaşam hakkı kapsamındaki pozitif yükümlülüklerinin ölümcül hastalara ruhsatsız ilaçlara erişim hakkı tanınmasını gerektirecek şekilde yorumlanamayacağını; öte yandan deneysel ilaçlara erişim talebinin reddedilmesini insanlık dışı muamele olarak nitelendirebilmek için gerekli asgari eşiğin aşılmadığını belirterek, AİHS'nin 2 ve 3. maddelerinin ihlal edilmediğine karar vermiştir. AİHM özel hayat kavramının kişisel özerklik ve yaşam kalitesiyle desteklendiğini teyit eden önceki kararlarına atıfla, başvuranların şikâyetlerini esas olarak AİHS'nin 8. maddesi kapsamında incelemiştir. AİHM'ye göre, başvuranlar gibi ölümcül hastaların deneysel ilaçlara erişiminin sınırlandırılmasından elde edilecek kamusal menfaatin üç temele dayandırılması mümkündür. Birincisi, henüz yeterli veri bulunmayan deneysel tedavilerin olası risklerinden hastaların korunması; ikincisi, ruhsatsız ilaçların üretimi, ithali, ticareti, reklamı ve kullanılmasına yönelik yasakların, bu yolla etkisiz hale getirilmesi veya bertaraf edilmesinin önlenmesi; üçüncüsü ise örneğin, klinik araştırmalara hasta katılımının azalmasına yol açarak, yeni tıbbi ürünler geliştirilmesinden ödün verilmemesidir. AİHM'ye göre, ruhsatsız deneysel ilaç kullanılmasına izin verilebilmesi için söz konusu ilaca başka bir ülkede ruhsat verilmiş olması koşulunun aranmasının, diğer bir deyişle Bulgaristan makamlarının kamusal menfaatlerle bireysel çıkarların dengelenmesi konusunda tercih ettikleri çözümün, AİHS'nin 8. maddesiyle bağdaşmadığı söylenemez. Bu nedenle AİHM *Hristozov vd. / Bulgaristan* davasında AİHS'nin 8. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.⁷⁷

⁷⁶ *Hristozov vd. / Bulgaristan* (47039/11 ve 358/12), 13 Kasım 2012, §§ 86-90.

⁷⁷ *Hristozov vd. / Bulgaristan* (47039/11 ve 358/12), 13 Kasım 2012, §§ 116-127.

Durisotto / İtalya davası, serebral dejeneratif hastalığı bulunan başvuranın kızına “Stamina” yöntemi olarak bilinen deneysel tedavi uygulanmasına izin verilmesi talebinin İtalyan mahkemeleri tarafından reddedilmesiyle ilgilidir. AİHM, İtalyan Sağlık Bakanlığı tarafından oluşturulan bilim kurulunun söz konusu tedavi yöntemiyle ilgili olumsuz yönde görüş verdiğine, dolayısıyla tedavinin bilimsel değerinin ispat edilmediğine dikkat çekmiştir. AİHM’ye göre, bu durumda tıbbi tedavi uygulanmasına izin verilmesi talebi reddedilerek, başvuranın kızının özel hayatına saygı hakkına müdahale edilmesi demokratik bir toplumda zorunlu olarak kabul edilebilir. Diğer yandan başvuranın kızının durumu, tedavi için gerekli istisnai yargısal izni alan hastalarla mukayese edilebilir konumda olsa da, AİHM adli sistemin izin talebini reddetmesinin ayrımcılık teşkil ettiği sonucuna varılamayacağını belirtmiştir. AİHM başvuruya konu olan tedaviye erişime izin verilmemesinin, sağlığın korunması meşru amacına dayandığını ve öngörülen amaçla orantılı olduğunu değerlendirmiştir. Ayrıca İtalyan mahkemesinin kararında yeterli gerekçe yer verilmiş olup, karar keyfi olarak nitelendirilemez. AİHM son olarak “Stamina” yönteminin tedavi değerinin karar tarihine kadar bilimsel olarak ispat edilmediğini hatırlatmıştır. Dolayısıyla AİHM başvurunun AİHS’nin 8. maddesi ve bu maddeyle bağlantılı olarak 14. maddesi yönünden açıkça dayanaktan yoksun olduğu gerekçesiyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.⁷⁸

A.M. / Macaristan ve *A.K. / Macaristan* başvurularında birinci başvuran sistemik skleroz, ikinci başvuran ise multipl skleroz (MS) hastalığının tedavisinde hint kenevirinden elde edilen ilaçların kullanılmasına ulusal mevzuatın izin vermemesinden şikâyet etmektedir. Hint keneviri içeren ilaçların pazarlanması Macaristan’da yasak olmakla birlikte, Macaristan’daki bir hekim raporuna dayalı olarak pazarlama izni bulunmayan bir ilacın kullanılabilmesi için bireysel ithalat izni verilmesi talebiyle Ulusal Eczacılık ve Beslenme Enstitüsü’ne müracaat edilmesi mümkündür. Mahkeme başvuranların hekiminin veya diğer bir tıp uzmanının hint keneviri içeren ilaçlarla tedavinin gerekli ve uygun olduğuna dair görüşlerini içeren herhangi bir sağlık raporu sunmadıklarını, yalnızca hint keneviri içeren ilaçların ikinci başvuranın hastalığına potansiyel faydalarıyla ilgili bilgiler içeren tıbbi çalışma ve makaleler sunduklarını tespit etmiştir. Her ne kadar dava tarihine kadar hint keneviri içeren ilaçların bireysel ithali yönünde hiçbir talepte bulunulmamış olsa da, bu durumun hekimlerin soruşturmaya uğramaktan korkmaları nedeniyle gerekli reçeteyi yazamadıklarını gösterecek herhangi bir delil veya somut vaka bulunmamaktadır. Başvuranlar hastalıklarının tedavi sürecinde kullanılabilecek ilaçlar hakkında hekimlerine talepte bulun-

⁷⁸ *Durisotto / İtalya* (62804/13), 6 Mayıs 2014, §§ 31-41.

duklarına ve bu taleplerinin hekimleri tarafından reddedildiğine ilişkin bir bilgi vermedikleri gibi, Macaristan'da pazarlanması yasak olan ilaçların bireysel ithali konusunda öngörülen hukuki yola başvurmayı da denememişlerdir. Bu koşullar altında AİHM, başvuranlar iddialarını ispat edemedikleri için AİHS'nin 8. maddesinin ihlaline ilişkin bir emare bulunmadığını belirterek, başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun olduğu gerekçesiyle kabul edilemez bulmuştur.⁷⁹

B. Kürtaj

AİHM'nin önüne gelen biyoetik ile ilgili davalardan en tartışmalı grubu kürtajla ilgili başvuruların oluşturduğu söylenebilir. Bunun nedeni kürtajın salt hukuksal bir mesele olmasının ötesinde dini, ahlaki, kültürel ve toplumsal yönlerinin ağırlık taşımasıdır. Üreme hakları yönünden kürtajı bir kadın hakkı ve eşitlik sorunu olarak görenler bulunduğu gibi,⁸⁰ doğum öncesi yaşamın önemi-ne atfı yaparak isteğe bağlı kürtajın bir insan hakkı olmadığını savunanlar da bulunmaktadır.⁸¹ İki temel yaklaşımdan anlaşılacağı üzere, özellikle isteğe bağlı kürtajla ilgili tartışmalar doğum öncesi yaşam ile kadının özel ve aile yaşamına saygı hakkının sağladığı menfaatler arasında adil bir denge kurulması gereğinden kaynaklanmaktadır. AİHM'nin bugüne kadar kürtajla ilgili başvurular hakkında verdiği kararlarda taraf devletlerin ulusal hukuk kurallarında kürtaja erişim konusundaki farklı düzenlemelere dikkat çekildiği ve devletlerin diğer sağlık sorunları gibi kürtaj konusunda da geniş takdir marjına sahip olduğunun kabul edildiği, buna karşılık isteğe bağlı kürtajın AİHS kapsamında güvenceye alınan bir hak olarak görülmediği anlaşılmaktadır. Kürtaj konusu doğmamış çocuğun kişiliğinin tanınması ve buna bağlı olarak yaşam hakkının korunması ile yakından ilişkili olup, AİHM'nin mevcut kararlarında bu konuda taraf devletlerin sorumlulukları henüz tam olarak açıklığa kavuşturulmamıştır.⁸²

AİHM gündemine gelen kürtajla ilgili başvurular, kürtaj uygulaması konusunda kamuoyunu bilgilendirme amacıyla yapılan birtakım girişimlerin, Sözleşme'ye taraf bazı devletlerdeki toplumsal hassasiyetler nedeniyle orantısız bir şekilde sınırlandırılmasından; özellikle Polonya ve İrlanda'da yasal kürtaja erişimin hukuki koşullarının açıkça düzenlenmemiş olmasından ve uygulamaya yönelik ortaya çıkan birtakım sorunlardan kaynaklanmaktadır. Kürtaj uygulama-

79 A.M. / Macaristan ve A.K. / Macaristan (21320/15 ve 35837/15), 4 Nisan 2017, §§ 44-53.

80 Bkz. Liiri Oja ve Alicia Ely Yamin, "Woman" in the European Human Rights System: How is the Reproductive Rights Jurisprudence of the European Court of Human Rights Constructing Narratives of Women's Citizenship?", *Columbia Journal of Gender and Law*, 32, 1, (2016), sa. 62 – 95, s. 67-76.

81 Bkz. Grégor Puppincq, "Abortion in European Law: Human Rights, Social Rights and the New Cultural Trend", *Ave Maria International Law Journal*, 4, 1, (2015), sa. 29 -43, s. 29-36.

82 Bkz. Vo / Fransa (53924/00), 8 Temmuz 2004, §§ 74-95.

ması konusunda kamuoyunu bilgilendirme amacıyla yapılan birtakım girişimlerin sınırlandırılması konusu, sağlıkla ilgili konularda kamuoyunu bilgilendirme hakkı kapsamında, bu çalışmanın daha önce yayımlanan birinci bölümünde incelenmiştir.⁸³ Bu nedenle bu çalışmada yasal kürtaja erişimin hukuki koşullarının açıkça düzenlenmemiş olması ve uygulamaya yönelik ortaya çıkan birtakım sorunlarla ilgili başvurular üzerinde durulacaktır.

AIHM'nin yasal kürtaja erişimin engellenmesiyle ilgili Sözleşme ihlali tespit ettiği ilk vaka *Tysiç / Polonya* davasıdır. İleri derece miyop olan başvuran, üçüncü kez hamile kalınca, hamileliğinin sağlık durumunu olumsuz yönde etkileyeceği endişesiyle hekime müracaat etmiştir. Başvuranın muayene olduğu üç oftalmolog da retinadaki patolojik değişimler nedeniyle, hamileliğin sürdürülmesinin görme yeteneği üzerinde ciddi risk oluşturacağını tespit etmiştir. Ancak retina ayrılması riski kesin olmadığı için başvuranın taleplerine rağmen hekimler hamileliğin sona erdirilmesine onay vermekten kaçınmıştır. Başvuranın danıştığı bir pratisyen hekim, hamileliğin başvuranın retinasında sağlık riski oluşturacağı gibi, önceki iki sezaryenle doğumun ardından üçüncü kez doğum yapmasının da riskli olduğu yönünde rapor vermiştir. Hamileliğin ikinci ayından itibaren başvuranın her iki gözündeki miyop hastalığı ilerlemeye başlamıştır. Başvuramı muayene eden bir kamu hastanesinin kadın hastalıkları ve doğum kliniği şefi, başvurana tedavi amacıyla kürtaj uygulanması için tıbbi bir zorunluluk bulunmadığı yönünde rapor vermiştir. Bu koşullar altında hamileliğine son veremeyen başvuran, üçüncü doğumunu sezaryenle gerçekleştirmiştir. Doğumun ardından retinal kanama nedeniyle başvuranın görme yeteneği azalmış ve retinadaki değişim ileri aşamada olduğu için cerrahi müdahaleyle düzelmesi mümkün görülmemiştir. Başvuranın sağlık durumunu inceleyen bir sağlık heyeti, başvuranın sağlık sorunları nedeniyle tedaviye ve günlük yardıma ihtiyaç gösterdiği ve ağır engelli olduğu yönünde rapor vermiştir. Başvuran, kürtaj uygulanması için tıbbi bir zorunluluk bulunmadığı yönünde rapor veren hekim hakkında suç duyurusunda bulunmuş, ancak hekimin kararıyla başvuranın sağlık durumunun kötüleşmesi arasında bir nedensellik bağı bulunmadığı gerekçesiyle, bölge savcısı tarafından takipsizlik kararı verilmiştir. Söz konusu hekim hakkında herhangi bir disiplin soruşturması da açılmamıştır. Üç çocuğunu yalnız yetiştiren başvuran, ağır engelli olarak kayıtlı olup, görme yetisini tamamen kaybedeceğinden endişe etmektedir.⁸⁴

AIHM *Tysiç / Polonya* davasında öncelikle hamileliğe son verilmesiyle ilgili hukuk kurallarının özel hayat alanıyla ilgili olduğunu, kadının hamileliği süre-

83 Bkz. Karakul, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Sağlık Hakkı - I", s. 188-190.

84 *Tysiç / Polonya* (5410/03), 20 Mart 2007, §§ 7-31.

cinde özel hayatının ceninin gelişimiyle yakından ilişkili olduğunu tespit etmiştir. Mahkemeye göre dava koşullarında kürtajın reddedilmesinin özel hayata müdahale teşkil edip etmediğinin incelenmesine gerek olmayıp, davanın annenin fiziksel bütünlüğünün korunması yönündeki devletin pozitif yükümlülükleri bakımından incelenmesi daha doğrudur. Polonya’da yürürlükte olan hukuk kurallarına göre, iki hekim tarafından hamileliğin annenin hayatı veya sağlığı yönünden risk oluşturduğunun raporla tespit edilmesi halinde hamileliğe son verilmesine müsaade edilmektedir. Polonya kanunları uyarınca, hukuki koşullara aykırı olarak hamileliğe son verdiği tespit edilen bir hekimin üç yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılabilmesi mümkündür. Söz konusu müeyyidenin hekimleri tedavi amacıyla kürtaj kararı vermekten alıkoyduğu ileri sürülmekte olup, davalı devlet de kendi adına kanunun uygulanmasından kaynaklanan bazı eksiklikler bulunduğunu kabul etmektedir. AİHM’ye göre, yasal kürtajın koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda başvurulan hekimler arasında veya hekimlerin kendi aralarında bir uyuşmazlık olduğu zaman, bu durumu çözümleyecek usul güvencelerinin bulunması gerekmektedir. Böyle durumlarda hamile kadının hukuki konumuna açıklık getirilmesi, kürtaj yasağının caydırıcı etkisinin ve hekimler üzerindeki ceza sorumluluğu riskinin azaltılması gerekmektedir. Kanunla kürtaja müsaade edildikten sonra bunun pratikte uygulanmasını sınırlayıcı düzenlemelerden kaçınılmalı, bağımsız ve yetkili bir organın anneyi dinledikten sonra gerekçeli olarak karar vereceği etkili bir mekanizma oluşturulmalıdır. Bu kararın annenin sağlığına zarar gelmesini sınırlayacak veya önleyecek şekilde uygun zamanda alınması zorunlu olup, durumun olay gerçekleştikten sonra incelenmesi aynı işlevi görmeyecektir. İç hukukta söz konusu önleyici tedbirlerin bulunmaması, devletin pozitif yükümlülüklerinin ihlali sonucunu doğurabilir. Somut dava koşullarında sağlık çalışanlarının sorumluluğunu tespit etmeye yönelik hukuki düzenlemeler getirilmiş olsa da, başvuranın tedavi amaçlı kürtaj hakkına sahip olup olmadığı konusundaki uyuşmazlık göz önüne alındığında, davalı devletin başvuranın özel hayatına saygı hakkı kapsamındaki pozitif yükümlülüklerini yerine getirdiği söylenemez. AİHM bu gerekçeyle davalı devlet kurumlarının başvuranın özel hayatına saygı gösterilmesini sağlayacak pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediklerini tespit ederek, AİHS’nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁸⁵

A.B. ve C. / İrlanda davası, annenin hayatını tehdit eden gerçek ve önemli bir tehlike bulunmadığı müddetçe, İrlanda’da kürtajın hukuka aykırı olması ve ceza kanunu uyarınca suç teşkil etmesi nedeniyle, üç hamile kadının güç ve uygunsuz şartlar altında İngiltere’de özel bir klinikte kürtaj olmak zorunda kalmalarıyla

⁸⁵ *Tysiqc / Polonya* (5410/03), 20 Mart 2007, §§ 114-130.

ilgilidir. Birinci başvuran bekâr bir anne olup, dört küçük çocuğu koruyucu aile bakımı altındadır. Alkol sorununun üstesinden gelmek için çaba harcayan başvuran, bir çocuğu daha olması halinde çocuklarının velayetini geri alamayacağından endişe etmektedir. İkinci başvuran bekâr bir anne olmak istememektedir. Başvuranın dış gebelik riski olduğu tespit edilse de, kürtajdan önce bu risk dikkate alınmamıştır. Üçüncü başvuran ise kanser hastası olup, hamileliğinin devamı halinde hayati bir tehlikesinin olup olmadığını, ayrıca hamile olduğunu öğrenmeden önce kendisine uygulanan tıbbi müdahalelerden ceninin nasıl etkilenebileceğini teşhis edecek herhangi bir hekim bulamamıştır.⁸⁶ Birinci ve ikinci başvuran yönünden yurt dışında hukuka uygun olarak kürtaj olma ve kürtaj hakkında bilgiye erişim imkânının bulunduğunu dikkate alan AİHM, İrlanda halkının derin ahlaki değerlerine dayanan kürtajla ilgili sınırlamanın devletin takdir marjını aşmadığı, söz konusu yasağın başvuranların özel yaşamına saygı hakkı ile doğmamış çocuk adına dile getirilen haklar arasında adil bir denge kurduğu sonucuna varmıştır. Üçüncü başvuran yönünden ise AİHM dava tarihinde İrlanda'da tıbbi konsültasyon ve dava yollarının yasal kürtaj hakkının tespit edilebilmesi için etkili ve erişilebilir yöntemler olmadığını kabul etmiştir. AİHM'ye göre, İrlanda'da teorik olarak belli koşullarda mevcut olan yasal kürtaj hakkı konusundaki hukuki belirsizliğe bağlı olarak, Anayasa'da öngörülen yasal kürtajın pratikte uygulanabilirliğini sağlamaya yönelik etkili ve erişilebilir yöntemlerin bulunmaması, davalı devletin üçüncü başvuranın özel hayatına saygı hakkından kaynaklanan pozitif yükümlülüklerini yerine getirememesine yol açmıştır. Bu nedenle AİHM üçüncü başvuran yönünden AİHS'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁸⁷

R.R. / Polonya davasında başvuranın hamileliğinin 18. haftasında yapılan ultrason tetkikinde fetal malformasyon ihtimali teşhis edilmesi üzerine, başvuran teşhisin kesinleşmesi halinde derhal kürtaj olmak istediğini bildirmiştir. Başvurana amniyosentez testi yaptırması tavsiye edilmiş, ancak hekiminin ve diğer bazı hekimlerin başvuranı gerekli testler için sevk işlemini yapmamaları nedeniyle hamileliğin 23. haftasına kadar gerekli tetkikler gerçekleşmemiştir. Başvuranın bu aşamadaki kürtaj talebi de kabul edilmemiştir. İki hafta sonra alınan test sonuçlarına göre bebekte Turner sendromu teşhis edilmiştir. Polonya yasaları uyarınca fetal malformasyon nedeniyle kürtaja hamileliğin ilk 24 haftası içinde izin verildiği için, başvurana kürtaj uygulanamamıştır. Başvuranın sorumlu hekimler hakkında yaptığı şikâyetlerden sonuç alınamasa da, açtığı hukuk davası sonucunda, hekimlerin zamanında genetik testleri gerçekleştirmemeleri

⁸⁶ *A.B. ve C. / İrlanda (25579/05)*, 16 Aralık 2010, §§ 13-26.

⁸⁷ *A.B. ve C. / İrlanda (25579/05)*, 16 Aralık 2010, §§ 250-268.

ve sevk talebini reddetme işlemlerine dair kayıt tutmadıkları gerekçesiyle tazminata hükmedilmiştir. AİHM sağlık görevlilerinin gerekli muayeneleri geciktirmesi nedeniyle başvuranın maruz kaldığı belirsizlik ve üzüntünün AİHS'nin 3. maddesinde öngörülen asgari eşiği aştığı gerekçesiyle, 3. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. AİHM ayrıca başvuranın durumunda tecrübe edildiği gibi, Polonya hukukunda, yasal kürtaj yoluna başvurulabilmesi için gerekli olan muayene ve tetkiklerin yapılabilmesine imkân sağlayacak etkili mekanizmalar bulunmadığına dikkat çekmiştir. Dolayısıyla Polonya'da iç hukuk kurallarının pratikte uygulanması ile teoride mevcut olan yasal kürtaj hakkı arasında uyumsuzluk ortaya çıkmış ve davalı devlet başvuranın özel hayatına saygı hakkından kaynaklanan pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediği için AİHS'nin 8. maddesi ihlal edilmiştir.⁸⁸

P. ve S. / Polonya davası 14 yaşında uğradığı cinsel saldırı sonucunda hamile kalan çocuğa yasal kürtaj uygulanması sürecinde küçüğün ve annesinin karşılaştığı çeşitli güçlükler ve sorunlarla ilgilidir. Olayın medyaya yansıtılması nedeniyle mağdur ve ailesi kürtaj karşıtı kişi ve gruplar tarafından baskı altına alınmaya çalışılmıştır. Hamileliğin işlenen bir suç sonucunda gerçekleştiğine ilişkin güçlü deliller bulunması halinde kürtaj uygulanmasına izin veren Polonya yasalarında açık hüküm bulunmasına rağmen, kürtaj uygulaması geciktirilmiştir. Mağdur çocuk ve ailesini kürtajdan vaz geçirmeyi amaçlayan çeşitli zorlukların ardından, başvuranların yaşadığı şehre yaklaşık 500 kilometre uzaklıkta bulunan bir şehirdeki kamu hastanesinde, adeta gizli saklı bir şekilde kürtaj gerçekleştirilmiştir. Bu süreçte ailesinin mağdur çocuğu kürtaja zorlayarak velayet yetkisini kötüye kullandığı gerekçesiyle çocuğun velayetinin anneden alınması talebiyle Aile Mahkemesi'nde dava açılmış ve Mahkeme tedbiren çocuğun anneden ayrılarak koruma altına alınmasına karar vermiştir. Mağdurun annesinin Aile Mahkemesi kararına yaptığı itiraz sonucunda tedbir kararı kaldırılmış, ancak çocuk 10 gün boyunca aileden uzak koruma altında tutulmuştur. AİHM, yasal kürtaja erişim konusunda Polonya'da uygulamadan kaynaklanan belirsizlik ve sorunlar olması; ayrıca başvuranların kişisel ve tıbbi bilgilerinin hukuka aykırı olarak, meşru bir amaç olmaksızın açıklanması nedeniyle AİHS'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. AİHM çocuğun Aile Mahkemesi kararı uyarınca yaklaşık 11 gün boyunca, önce çocuk sığınma evinde, ardından da hastanede tutulmasını AİHS'nin 5/1. maddesinde güvenceye alınan kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına aykırı bulmuştur. AİHM son olarak, mağdur çocuğun yasal kürtaj uygulanması sürecinde yetkili makamların geciktirici tutumu nedeniyle maruz kaldığı ıstırapın, AİHS'nin 3. maddesinde öngörülen asgari eşiğe ulaştığı gerekçesiyle,

88 *R.R. / Polonya (27617/04)*, 26 Mayıs 2011, §§ 192-214.

Sözleşme'nin bu madde yönünden de ihlal edildiği sonucuna varmıştır.⁸⁹

C. Taşıyıcı Annelik

Özellikle geleneksel taşıyıcı annelik yeni bir üreme yöntemi olmamakla birlikte, taşıyıcı anneliğin giderek yaygınlaşan bir uygulama olduğu genel kabul görmektedir. Son zamanlarda yapılan araştırmalar, sınır aşan anlaşmalar dâhil olmak üzere taşıyıcı annelik uygulamasında artış olduğunu göstermektedir. Taşıyıcı annelikle ilgili bütün vakaları ve kesin istatistikleri ortaya koymak mümkün değildir. Bunun birinci nedeni geleneksel taşıyıcı anneliğin herhangi bir tıbbi müdahaleyi gerektirmemesi ve ilgili taraflar arasında gayri resmi olarak gerçekleşebilmesidir. İkincisi, yapay inseminasyonla oluşan taşıyıcı annelik tıbbi müdahaleyi gerektirse de, resmi kayıtlarda bu uygulamanın taşıyıcı annelik olarak geçmesi zorunlu olmadığından, genelde yalnızca *in Vitro Fertilizasyon* (IVF) olarak gösterilmektedir. Üçüncüsü, birçok ülkede yapay inseminasyon uygulaması veya taşıyıcı annelikle ilgili herhangi bir hukuki düzenleme ve izin sistemi bulunmayıp, ticari amaçlı taşıyıcı annelik uygulaması başka türlü yasaklanamayacağı için bazı düzenlemelerde sınırlı olarak yer verilmektedir.⁹⁰

Taşıyıcı annelikle ilgili hukuki sorunlar genelde taraflar arasındaki anlaşmazlıklardan ziyade, çocukların hukuki statüsü ve velayeti konusunda tarafların iradesinin ilgili devletlerce resmen tanınması sürecinde karşılaşılan zorluklardan kaynaklanmaktadır. Birinci senaryoya göre, taşıyıcı anneliği yasaklayan veya bu konuda herhangi bir yasal düzenleme bulunmayan devletlerde taşıyıcı annelik sonucunda doğan çocukların velayeti konusunda genel kurallar geçerli olmakta ve çocuklar kendileriyle herhangi bir hukuki bağlantısı olmayan ebeveynler tarafından yetiştirilmek zorunda kalmaktadır. Bu durum çocuğu yetiştiren ebeveynlerin velayetten kaynaklanan hukuki sorumluluğunun bulunmaması, nafaka ve miras hükümlerinin uygulanamaması gibi sorunlar ortaya çıkarmaktadır. Şayet yasal koşulları taşıyorsa, evlat edinme yoluna başvurulmakta veya hukuken mümkünse mahkemeler, çocuk ve ebeveynler arasındaki ilişkiyi bir dereceye kadar da olsa temin etmek için daha esnek aile hukuku kurallarını uygulamaktadır. Bazı Avrupa ülkelerinde mahkemeler taşıyıcı annelik sözleşmesinin ardından aile hukuku kurallarını uygulamayı tercih ederken, diğerlerinde kamu politikası kapsamında taşıyıcı anneliğin hukuki sonuçları kabul edilmemektedir. İkinci senaryo ise daha karmaşık olup, sınır aşan taşıyıcı anneliğin resmen tanınmasıyla ilgilidir. Burada çocuk sahibi olmak isteyen çift, taşıyıcı annelik anlaşmasının daha kolay ve/veya daha ucuz yapılabileceği bir başka ülkeye gitmeyi tercih et-

89 P. ve S. / Polonya (57375/08), 30 Ekim 2012, §§ 128-137.

90 Laurence Brunet vd., *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*, Brussels (2013), European Parliament, s. 9.

mektedir. Bu durumda yasal velayet konusunda benzer sorunlar yaşansa da, iki ülkenin velayetle ilgili düzenlemeleri birbirinden farklı olduğunda daha ciddi sorunlar ortaya çıkmaktadır. Örneğin; Ukrayna, Rusya ve Kaliforniya kanunlarına göre çocuk sahibi olmak isteyen anne otomatik olarak yasal anne olarak kabul edilirken, Avrupa devletlerinin birçoğunda, doğum nerde gerçekleşirse gerçekleşsin, yasal annelik doğum esasına dayanmaktadır. Benzer sorunlar yasal babalık veya aynı cinsten iki ebeveynin tanınması konusunda da yaşanmaktadır. Bu sorunlar çocuğu hukuken anne-babasız bırakabileceği gibi, vatansız kalmasına da yol açabilmektedir. Taşıyıcı annelik sonucunda doğan çocukların yurttaşlık statüsünü içeren bir seyahat belgesine sahip olması veya çocuk isteyen çiftin ülkesine girişte çocuklar için vize alma zorunluluğu bulunması durumunda sorun daha da ağırlaşmaktadır.⁹¹

Taşıyıcı annelikle ilgili olarak AİHM önüne gelen *Mennesson / Fransa*⁹² ve *Labassee / Fransa*⁹³ davaları, ABD’de taşıyıcı annelik sonucunda dünyaya gelen çocuklarla ebeveynleri arasında kurulan yasal velayet ilişkisinin Fransa’da tanınmasının mümkün olmamasından kaynaklanmaktadır. Ülke dışında gerçekleştirilen taşıyıcı annelik uygulaması sonucunda kazanılan velayet hakkının Fransa’da tanınması halinde, Fransız Medeni Kanunu’nda kamu politikaları nedeniyle hükümsüz olduğu kabul edilen taşıyıcı annelik sözleşmesine dolaylı yoldan geçerlilik kazandırılacağından endişe edilmektedir. AİHM her iki davayı da hem aile yaşamı, hem özel yaşam açısından incelemiştir. Başvuranlar aile hayatı kavramının kabul gören anlamı doğrultusunda, çocukların doğumundan itibaren onlara bakmışlar ve onlarla birlikte yaşamışlardır. Diğer yandan AİHM’ye göre kimlik hakkı özel hayat kavramının ayrılmaz bir parçası olup, taşıyıcı annelik sonucunda doğan çocukların özel hayatıyla, biyolojik ebeveynlerinin velayet hakkının hukuken tanınması arasında doğrudan bir ilişki bulunmaktadır. AİHM başvurular yönünden velayet hakkının Fransa’da tanınmaması nedeniyle özel ve aile hayatına yapılan müdahalenin AİHS’nin 8/2. maddesinde yer alan koşullara uygunluğunu incelemiştir. Buna göre müdahale Fransız Medeni Kanunu hükümlerine dayandığı için, kanunda öngörülmüş olma koşulunu taşımaktadır. İkincisi, başvuruya konu olan müdahale, sağlığın korunması ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması gibi meşru amaçlara dayanmaktadır. AİHM son olarak müdahalenin demokratik bir toplumda zorunlu olup olmadığı konusunda ise taşıyıcı annelik uygulaması hakkında Avrupa’da henüz bir konsensüs bulunmadığını ve önemli etik sorunlar içermesi nedeniyle bu konuda devletlerin geniş

91 Brunet vd., a.g.e., s. 9-10.

92 *Mennesson / Fransa* (65192/11), 26 Haziran 2014.

93 *Labassee / Fransa* (65941/11), 26 Haziran 2014.

bir takdir marjına sahip olduğunu tespit etmiştir. Buna karşılık AİHM, bireylerin kimliğinin temel unsurunu oluşturan velayet konusunda taraf devletlerin sahip olduğu takdir marjının daha dar olduğuna dikkat çekmiştir. Bu durumda devletin çıkarlarıyla bireylerin çıkarları arasında adil bir denge kurulması gerektiğini belirten AİHM, çocukların dâhil olduğu davalarda, onların üstün çıkarlarının önce geleceğini vurgulamıştır. AİHM her iki dava kapsamında da başvuranların aile hayatına saygı hakkı yönünden AİHS'nin 8. maddesinin ihlal edilmediğine; buna karşılık çocukların özel hayatına saygı hakkı yönünden AİHS'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁹⁴

AİHM taşıyıcı annelik uygulamasıyla ilgili olmakla birlikte Fransa aleyhine yapılan başvurulardan farklı unsurlar içeren *Paradiso ve Campanelli / İtalya* davasında özel ve aile yaşamına saygı hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir. *Paradiso ve Campanelli / İtalya* davasının temel farklılığı, başvuranların Rusya'da taşıyıcı annelik sözleşmesi sonucunda edindikleri çocuk ile aralarında hiçbir biyolojik bağ bulunmadığının tespit edilmesi; ayrıca İtalya'da yürürlükte bulunan evlat edinmeyle ilgili hukuk kurallarını bertaraf etmek için bu yola başvurulmuş olmasıdır. AİHS'nin 8. maddesi kapsamında kamusal çıkarlarla bireysel çıkarlar arasında adil bir denge kurulup kurulmadığını inceleyen Mahkeme, başvuranların çocuğu evlat edinme taleplerinin kabulünün, kendi eylemleriyle yol açtıkları İtalya'nın temel yasalarına aykırı bir durumun, hukuksallaştırılması anlamına geleceğini vurgulamıştır. Diğer yandan AİHM'ye göre İtalyan mahkemeleri, çocuğun İtalya'da kamusal hizmetlerden yararlandığını ve ayrı bir kimliğe sahip olduğunu göz önüne alarak, çocuğun başvuranlardan ayrılmasının ağır ve telafi edilemez bir zarara sebep olmayacağını değerlendirmiş, böylece farklı çıkarlar arasında adil bir denge kurarak, somut dava kapsamında kendilerine tanınan geniş takdir marjı içerisinde hareket etmiştir.⁹⁵

D. Doku ve Organ Nakli

Doku ve organ naklinin canlıdan veya kadavradan yapılması durumlarında farklı etik ve hukuki sorunlar ortaya çıkmaktadır. Canlıdan yapılacak nakillerin donörün serbest rızasına dayanması, hayatını ve sağlığını tehlikeye atması öncelikli koşullar arasındadır. Kadavradan yapılacak nakillerde ise ölenin

94 Bkz. European Court of Human Rights, "Factsheet – Gestational Surrogacy", http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Surrogacy_ENG.pdf (22 Nisan 2017). AİHM daha sonra Fransa aleyhine yapılan ve benzer iddialar içeren bireysel başvurularda da, taşıyıcı annelik sonucunda doğan çocuklarla biyolojik ebeveynleri arasındaki velayet ilişkisinin tanınmamasını, çocukların özel hayatına saygı hakkı yönünden AİHS'nin 8. maddesine aykırı bulmuştur. Bkz. *Foulon ve Bouvet / Fransa* (9063/14 ve 10410/14), 21 Temmuz 2016; *Laborie / Fransa* (44024/13), 19 Ocak 2017.

95 *Paradiso ve Campanelli / İtalya* (25358/12), 24 Ocak 2017, §§ 166-216.

sağlığında doku ve organ bağışında bulunmuş olması; öldükten sonra donörün yakınlarının muvafakatının alınması veya muvafakatin aranmayacağı koşulların gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Doku ve organ nakli AİHS’de güvenceye alınan hak ve özgürlüklerle ilişkilendirilebilecek önemli biyoetik sorunlar içermektedir. Doku ve organ nakli bekleyen hastalara uyumlu doku ve organ temin edilmesinde sağlık hakkının sosyal yönü ön plana çıkıyor gibi görünse de, doku ve organ nakli imkânlarının objektif ve etkili şekilde kullanılması yaşam hakkı, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağı, özel ve aile yaşamına saygı hakkı ve nihayet eşitlik ve ayrımcılık yasağıyla da bağlantılıdır. Doku ve organ naklinde donörün veya yakınlarının muvafakatının alınması ve muvafakatin aranmayacağı kabul edilebilir koşulların belirlenmesi özel ve aile yaşamına saygı hakkıyla yakından ilişkilidir. Diğer yandan nakil sürecinin doğru yürütülmesi, doku ve organ naklinin gerçekleştirilmesinden kaynaklanan sağlık sorunları, ayrıca nakil sonrasında yaşanabilecek bazı gelişmeler, AİHS kapsamında değerlendirilebilecek potansiyel sorunlara işaret etmektedir.

AİHM’nin organ ve doku nakliyle ilgili olarak bugüne kadar verdiği kararların tamamının Letonya hakkında olduğu görülmektedir. Letonya’da geçmişte yürürlükte olan yasal düzenlemelerden kaynaklanan belirsizlikler nedeniyle, donörün veya yakınlarının muvafakati alınmaksızın nakil işlemlerinin gerçekleştirilmesi Sözleşme’nin ihlaline yol açmıştır. *Petrova / Letonya* davasında bir trafik kazası sonucunda ağır yaralanan başvuranın oğlu, kaldırıldığı hastanede hayatını kaybetmiştir. Ölüm vakasından kısa bir süre sonra laparotomi uygulanarak ölünün böbrekleri ve dalağı organ nakli amacıyla çıkarılmıştır. Başvuran, oğlunun organlarının sağlığında rızası veya ölümünden sonra kendisinin onayı alınmadan çıkarıldığını, bu konuda kendisinin görüşlerini almak için herhangi bir girişimde de bulunulmadığını iddia etmiştir. AİHM başvuranın oğlunun öldüğü sırada organ nakli konusunda Letonya’da yürürlükte bulunan yasal düzenlemelerin yeterince açık olmadığını; ölenin en yakın akrabası olarak organların bağışlanması konusunda başvuranın karar verme yetkisi olduğu halde, bu yetkinin nasıl ve ne zaman kullanılabileceğine dair kendisine herhangi bir bilgi verilmediğini ve açıklama yapılmadığını tespit etmiştir. AİHM somut dava koşullarında, başvuranın özel hayatına saygı hakkına yapılan müdahalenin, AİHS’nin 8/2. maddesinde yer alan kanunda öngörülmüş olma koşulunu taşımadığı gerekçesiyle, AİHS’nin 8. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.⁹⁶

Elberte / Letonya davası başvuranın ölen eşinin vücut dokularının, ölümünden sonra kendi bilgisi ve rızası olmaksızın adli tıp uzmanları tarafından çıkarılmasıyla ilgilidir. Başvuranın bilgisi olmayan devlet onaylı bir anlaşma uyarınca baş-

96 *Petrova / Letonya* (4605/05), 24 Haziran 2014, §§ 85-98.

vuranın eşine uygulanan otopsi işleminin ardından cesetten doku alınarak, biyo implant yapımı için Almanya'daki bir farmakoloji şirketine gönderilmiştir. Başvuran bu olaydan ancak iki yıl sonra, kanuna aykırı şekilde kadavralardan geniş çaplı doku ve organ alındığı iddialarıyla ilgili olarak açılan bir ceza soruşturması kapsamında haberdar olmuştur. Sorumlular hakkında yürütülen ceza soruşturması sonucunda yetkili makamlar, suç unsurlarının oluşmadığı sonucuna varmıştır. Başvuranın şikâyetlerini öncelikle AİHS'nin 8. maddesi kapsamında inceleyen AİHM, doku alınmasında ilgililerin rızasının bulunması konusunda Letonya hukukunun yeterince açık olmadığı ve keyfi uygulamalara karşı uygun güvenceler içermediği; yasada en yakın akrabaların doku nakline onay verme veya reddetme yetkilerinin olduğu belirtilse de, onay alınması konusunda uzmanların yükümlülüğü ve takdir yetkilerinin açıkça tanımlanmadığını tespit etmiştir. Ayrıca AİHM'ye göre, donörün yakın akrabalarının görüş bildirme hakkını ne şekilde kullanacakları ve onay alma yükümlülüğünün kapsamı konusunda yerel makamlar arasında uyumsuzluk bulunmaktadır. AİHM daha önce *Petrova / Letonya* kararında olduğu gibi, başvuranın özel hayatına saygı hakkına yapılan müdahalenin, AİHS'nin 8/2. maddesinde yer alan kanunda öngörülmesi olma koşulunu taşımadığı gerekçesiyle, AİHS'nin 8. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.⁹⁷ AİHM ayrıca başvuranın eşinin bedeninden doku alınması uygulamasının mahiyeti, yöntemi ve amacı hakkında uzun süre belirsizlik ve ıstıraba maruz kaldığına, doku ve organ nakli konusunda insan bedenine ölümünden sonra bile saygı gösterilmesi gerektiğine dikkat çekerek, başvuran yönünden AİHS'nin 3. maddesinde düzenlenen insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir.⁹⁸

E. Ölme Hakkı

Ölme hakkı ve ötenazi tıp, felsefe ve hukuk gibi farklı disiplinlere konu olmakla birlikte, konunun iki temel ekseninde tartışıldığı söylenebilir. Birincisi, insan yaşamına yüklenen özel değerden yola çıkarak, genellikle ölme hakkına karşı çıkmaktadır. İnsan yaşamına yüklenen değer yaşamın kutsallığı inancıyla dini bakış açısıyla ele alınabildiği gibi, yaşama hakkının dokunulmazlığı düşüncesiyle doğa ve toplum kaynaklı bakış açısıyla da ele alınabilmektedir. Her iki yaklaşım da yaşamdan ya da yaşama hakkından kişinin kendi iradesi ile vazgeçebileceğini kabul etmemektedir. İkinci temel eksen ise yaşamın niteliği ve kişinin yaşam üzerinde tasarrufta bulunma hakkı doğrultusundadır. Bu yaklaşım, bazı din adamları tarafından dinin farklı yorumlanması yoluyla savunulabildiği gibi, doğa ve toplum

⁹⁷ *Elberte / Letonya* (61243/08), 13 Ocak 2015, §§ 105-117.

⁹⁸ *Elberte / Letonya* (61243/08), 13 Ocak 2015, §§ 135-143. AİHM bu konuda, AK İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi ve İnsan Kaynaklı Organ ve Doku Nakliyle ilgili Ek Protokolde benzer düzenleme ve güvenceler bulunduğu dikkat çekmiştir.

kaynaklı görüşler tarafından da benimsenmektedir. Seküler yaklaşım olarak nitelendirilebilecek görüşlerden ilki, hayatın kötü niteliğinin, onu yaşanmaz hale getirdiğini, bu nedenle kötü hayatı uzatmamak gerektiğini evrensel ve genel bir ilke olarak kabul ederken; ikincisi, kişinin kötü hayatı uzatıp uzatmamak arasında kişisel bir tercih yapabileceğini savunmaktadır. Ölme hakkını kabul eden görüşlerden ilki yeni bir değere, ikincisi kişisel özerkliğe dayanmakta, ancak her iki görüş de ötanazinin hukuka uygun olması gerektiğini savunmaktadır.⁹⁹

Ölme hakkı, intihar, intihara yardım ve ötanazi konuları AİHM tarafından başta yaşam hakkı olmak üzere, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağı ile özel ve aile yaşamına saygı hakkı kapsamında incelenebilmektedir.¹⁰⁰ Ölme hakkı AİHS’de güvenceye alınan haklar bakımından dört temel sorun etrafında değerlendirilebilir. Bunlardan birincisi, yaşamın, dolayısıyla yaşam hakkının hukuki korumasının ne zaman sona ereceğidir. Tıpkı yaşamın ne zaman başladığı gibi, ölümün ne zaman gerçekleştiği konusunda, gerek Avrupa’da gerek dünyanın diğer bölgelerinde bilimsel ve hukuksal olarak kesin bir görüş birliği yoktur. Üzerinde tam bir uzlaşma olmayan ölümün gerçekleşme anının belirlenmesini gerektiren başvurularda, AİHM’nin bu konuyu da, kürtajla ilgili kararlarında olduğu gibi, esas olarak taraf devletlerin takdirine bıraktığı söylenebilir.¹⁰¹

İkincisi, klinik ölümü gerçekleşen bir hastanın, yaşam destek ünitesine bağlı olarak hayatta kalması sağlanarak, ölüm sürecini uzatmanın uygun olup olmadığıdır. Burada Sözleşme’den kaynaklanan sorun, klinik ölümü gerçekleşen hastaların yaşam destek tedavisine son verilmesine hukuken olanak tanıyan devletlerde hastanın yaşam hakkının gereği gibi korunup korunmadığının tespit edilmesidir.¹⁰² AİHM *Lambert vd. v. Fransa* davasında, geçirdiği bir kaza sonucunda geri dönüşümsüz beyin hasarı oluşan ve yapay beslenme ve hidrasyonla yaşam destek tedavisi uygulanan hastanın, sağlık raporu üzerine tedavisine son verme kararı alınması ve kararın Fransız Danıştay tarafından hukuka uygun bulunmasını, davalı devletin yaşam hakkından kaynaklanan pozitif yükümlülüklerine aykırı görmemiştir.¹⁰³

99 Sibel İnceoğlu, *Ölme Hakkı (Ötanazi)*, İstanbul (1999), Ayrıntı Yayınları, s. 15-16.

100 Bkz. European Court of Human Rights, “Factsheet – End of Life and the European Convention on Human Rights”, http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Euthanasia_ENG.pdf (22 Nisan 2017).

101 Douwe Korff, *The Right to Life: A Guide to the Implementation of Article 2 of the European Convention on Human Rights*, Strasbourg (2006), Council of Europe Publishing, s. 15.

102 Korff, a.g.e., s. 15-16.

103 *Lambert vd. v. Fransa* (46043/14), 5 Haziran 2015, §§ 136-182. Diğer yandan AK Parlamenter Meclisinin 1418 (1999) sayılı tavsiye kararında, terminal ve ölüm sürecinde olan hastalara, tedavinin yan etkileri yaşam süresini azaltsa dahi, hastaların aksi yönde tercihi bulunmadığı sürece, ağrı giderici ve palyatif bakım tedavisi uygulanması gerektiği kabul edilmektedir. Bkz. <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=16722&lang=en> (22 Nisan 2017).

Üçüncüsü, devletlerin yaşamak istemeyen bir kişinin rızası hilafına yaşam hakkını koruma yükümlülükleri bulunup bulunmadığı; kişilerin kendi yaşamına son verme hakkı veya kendi yaşamına son verilmesi için yardım alma hakkı olup olmadığıdır. Burada öncelikle kişinin kendi yaşamına son verecek davranışlarda bulunmaya serbest rızasıyla karar verebilecek durumda olması, ayrıca devletin koruma ve gözetimi altında bulmaması önem taşımaktadır. Hukuka uygun olarak kişi özgürlüğü sınırlanan gözetimdeki, tutuklu ve hükümlü şahıslar yönünden devletin yaşam hakkını koruma yükümlülüğü, bu şahısların kendi yaşamına son verme yönündeki bir girişimlerine hukuki sınırlar dâhilinde engel olmasını gerektirmektedir.¹⁰⁴ AİHM'nin *Pretty / Birleşik Krallık* kararında temel ilkelerini ve gerekçelerini ortaya koyduğu üzere, tedavisi mümkün olmayan bir rahatsızlığı bulunan ve hastalığın son aşamalarında duyduğu acı ve ıstıraba son vermek isteyen başvuranın, kendi yaşamına son veremediği için -herhangi bir cezai soruşturmaya uğramayacağı güvencesi verilmesi koşuluyla- eşinden bu konuda yardım almak istemesinin, davalı devletin yetkili kurumları tarafından reddedilmesi, Sözleşme'ye aykırılık oluşturmamaktadır.¹⁰⁵ Bu durumda serbest rızasıyla karar verebilecek durumda olan, ayrıca devletin koruma ve gözetimi altında bulunmayan şahısların kendi yaşamına son vermesinin AİHS çerçevesinde ilke olarak bir sorun teşkil etmeyeceği; ancak taraf devletlerin kendi yaşamına son vermek isteyen şahısların yardım alma hakkını tanıma yükümlülüklerinin de bulunmadığı söylenebilir.

Dördüncüsü, hastanın rızasını ortaya koyabilecek durumda olmaması halinde, devletin acıya son vermek amacıyla hastanın yaşamına son verilmesine müsaade edip edemeyeceğidir. AİHM'nin sağlıkla ilgili başvurular hakkında verdiği kararlarında kişisel özerklik kavramına yaptığı vurgu göz önüne alındığında, -davanın özel koşulları farklı yönde karar alınmasını gerektirmediği¹⁰⁶- kişinin iradesi dışında yaşamına son verilmesi, taraf devletlerin AİHS'nin 2. maddesi kapsamındaki yükümlülüklerine aykırılık teşkil edebilir.¹⁰⁷ Palyatif bakım tedavisinin sağlanması devletlerin sorumluluğunda olmakla birlikte, sağlık hizmetlerinin yürütülmesinde devletlerin çatışan çıkarlar arasında adil bir denge kurma zorunluluğu nedeniyle, bilimsel ve objektif temellere dayanan düzenleme ve uygulamalar, AİHM tarafından dava koşulları kapsamında değerlendirilecektir. Ancak devletlerin bu konudaki takdir marjının ölme hakkıyla ilgili diğer sorunlardan daha dar yorumlanacağı söylenebilir.

¹⁰⁴ Korff, a.g.e., s. 15-17.

¹⁰⁵ *Pretty / Birleşik Krallık* (2346/02), 29 Nisan 2002, §§ 37-42, 61-78.

¹⁰⁶ Örneğin; bkz. *Lambert vd. v. Fransa* (46043/14), 5 Haziran 2015, § 181.

¹⁰⁷ Korff, a.g.e., s. 16-17.

AİHM *Pretty / Birleşik Krallık* davasında ölme hakkının AİHS’de güvenceye alınan hak ve özgürlükler kapsamında değerlendirilemeyeceğini, taraf devletlerin yasalarında düzenlenen genel nitelikli intihara yardım etme yasağının AİHS’ye aykırı olmadığını tespit etmiştir. AİHM’ye göre, intihara yardım etmenin tamamen yasaklanmış olması özel hayata orantısız bir müdahale oluşturmamaktadır.¹⁰⁸ AİHM *Haas / İsviçre* davasında ise AK üyesi devletler arasında bireyin kendi yaşamına nasıl ve ne zaman son vereceğine karar verme hakkı konusunda uzlaşma bulunmadığına dikkat çekmiştir. Devletlerin büyük çoğunluğu kişinin yaşamının korunmasına, yaşamına son vermesinden daha fazla ağırlık vermekte olup, bu konuda taraf devletler geniş bir takdir marjına sahiptir. AİHM’ye göre, İsviçre’de yaşamına son vermek amacıyla sodyum pentobarbital adlı ilacı satın almak isteyenlerden, tıbbi rapor almalarının istenmesi, kişilerin intihar konusunda acele edip, sürecin istismar edilmesini önlemeye yönelik meşru amaçlara dayanmaktadır. İntihara yardıma izin verilebilmesi için öngörülen tıbbi rapor, psikiyatrik değerlendirme ekseninde olup, kişinin yaşamına son verme kararının kendi özgür iradesine dayandığını tespit ederek, devletin yaşam hakkının korunması konusundaki pozitif yükümlülüklerini yerine getirilmesine hizmet etmektedir.¹⁰⁹

AİHM’nin *Gross / İsviçre* davası hakkındaki 14 Mayıs 2013 tarihli “Daire” kararında klinik bir rahatsızlığı bulunmamakla birlikte yaşamına son vermek isteyen yaşlı bir kadının intiharına yardım için öldürücü dozda ilaç almasına İsviçre makamları tarafından müsaade edilmemesi nedeniyle, İsviçre hukukunda intihara yardıma izin verilmesi konusunda yeterince açıklık bulunmadığı sonucuna vararak, AİHS’nin 8. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Ancak daha sonra davanın havale edildiği Büyük Daire, başvuranın şikâyetlerinin esasıyla ilgili önem arz eden, ölümüyle ilgili bilgilerin avukatına ve dolayısıyla Mahkeme’ye açıklanmaması konusunda özel önlemler aldığını tespit ederek, başvuranın bu davranışını başvuru hakkının kötüye kullanılması olarak nitelendirmiştir. Bu nedenle AİHM Büyük Dairesi, *Gross / İsviçre* davası hakkındaki “Daire” kararını kaldırarak, başvuruyu kabul edilemez bulmuştur.¹¹⁰

Koch / Almanya davasında, kuadripleji hastalığı nedeniyle çektiği acı ve ıstıraplara son vermek için Almanya’da evinde öldürücü dozda ilaç alarak intihar etmesine izin verilmesi yönünde Farmakolojik ve Tıbbi Ürünler Federal Enstitüsü’ne müracaat eden başvuranın eşinin talebi uygun görülmemiştir. Başvuran ve eşinin bu karara yaptığı idari itiraz da ilgili kurumlar tarafından

108 *Pretty / Birleşik Krallık* (2346/02), 29 Nisan 2002, §§ 37-42, 61-78.

109 *Haas / İsviçre* (31322/07), 20 Ocak 2011, §§ 50-61.

110 *Gross / İsviçre* (67810/10), 30 Eylül 2014, §§ 28-37.

reddedilmiştir. Bunun üzerine başvuran ve eşi İsviçre’de bir kliniğe gitmiş ve başvuranın eşi klinik görevlilerinin yardımıyla yaşamına son vermiştir. Olayın ardından başvuranın, eşi hakkında alınan idari kararın hukuka aykırı olduğunun tespiti amacıyla idare mahkemesinde açtığı dava reddedilmiştir. Temyiz ve anaya şikâyetinden de sonuç alamayan başvuran, iç hukukta mahkemelerin şikâyetlerinin esasını incelemeden reddetmeleri nedeniyle özel ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. AİHM başvuran ve eşi arasındaki yakın ilişkiye ve başvuranın eşinin yaşamına son verme talebinin yerine getirilmesi sürecine yakından dâhil olduğuna dikkat çekerek, başvuranın söz konusu idari karardan doğrudan etkilendiğinin kabul edilmesi gerektiği sonucuna varmıştır. AİHM Alman mahkemelerinin başvuranın şikâyetlerini esastan incelemeyi reddetmesi nedeniyle, başvuranın AİHS’nin 8. maddesi kapsamındaki usuli haklarının ihlal edildiğine karar vermiştir. AİHM intihara yardıma izin verilmesi konusunda AK üyesi devletler arasında uzlaşma bulunmadığına dikkat çekerek, başvuranın şikâyetlerinin esası hakkında yapılacak incelemenin Alman mahkemelerinin takdir yetkisi dâhilinde olduğunu ifade etmiştir.¹¹¹

Sonuç

AİHM’nin AİHS ve Ek Protokoller kapsamında önüne gelen başvurular hakkında verdiği kararlarda ortaya çıkan husus, diğer insan haklarında olduğu gibi, sağlık hakkı konusunda yorum yetkisine sahip organların izleyeceği yöntem ve benimseyeceği yaklaşımın, hakkın içerik ve kapsamının tespit edilmesinde önemli ve belirleyici bir role sahip olduğudur.¹¹² AİHM, sağlık hakkı ve sağlıkla ilgili başvurular hakkında davalı devletler tarafından yapılan konu yönünden (*ratione materiae*) yetkisizlik itirazlarını, zaman içinde AİHS ve Ek Protokollerde yer alan hakların uygulanabilirliğini (*applicability*) geniş yorumlayarak reddetmiş ve böylece taraf devletlerde sağlıkla ilgili yaşanan çeşitli sorun ve eksiklikleri gündeme getirmiştir. Bu yolla AİHM, geleneksel olarak sosyal haklar arasında değerlendirilen sağlık hakkının yargısal yollarla korunması konusunda, ulusal ve diğer uluslararası yargı organları için yol gösterici rol oynamıştır.

AİHM’nin sağlık hakkı ve sağlıkla ilgili kararları genel olarak incelendiğinde, taraf devletlerin, bireylerin sağlığını etkileyen icrai veya ihmali davranışları yoluyla yaptıkları müdahalelerin başta yaşam hakkı ile özel ve aile hayatına saygı hakkı olmak üzere, AİHS ve Ek Protokollerde yer alan hak ve özgürlüklerin ihlaline yol açabileceği görülmektedir. Çevresel riskler gibi AK üyesi devletlerin hemen tamamını ilgilendiren ortak sağlık sorunları olduğu gibi, belli dezavan-

111 Koch / *Almanya* (497/09), 19 Temmuz 2012, §§ 65-72.

112 Bkz. John Tobin, *The Right to Health in International Law*, Second Edition, Oxford ve New York (2012), Oxford University Press, s. 118.

tajlı gruplar hakkındaki ayrımcılık yasağı ve kürtaj gibi biyoetik ile ilgili bazı sorunlar yönünden özellikle belirli AK üyesi devletleri ilgilendiren sağlık sorunları da olduğu dikkat çekmektedir. AİHM'nin özellikle sağlıkla ilgili bir Sözleşme ihlaliyle bağlantılı olarak, AİHS'nin 46. maddesi uyarınca davalı devlet tarafından alınabilecek tedbirlerin neler olabileceği konusunda tavsiyelerde bulunduğu kararları, AK Bakanlar Komitesi'nde yapılacak denetimin kapsamı konusunda yol gösterici nitelik taşımaktadır. Bu sayede AİHM'nin, AİHS ve Ek Protokollerle sınırlı da olsa, taraf devletlerde sağlık hakkının gelişimi ve sağlıkla ilgili sorunların çözümüne katkıda bulunduğu söylenebilir.

AİHM'nin sağlık hakkı ve sağlıkla ilgili kararlarında dikkat çeken bir diğer husus ise ölme hakkı ve ötenazide olduğu gibi, sağlıkla ilgili insan hakları sorunları konusunda taraf devletler arasındaki uzlaşmanın veya genel eğilimin zaman içinde AİHM'nin yorumları üzerinde de etkili hale gelmesidir. Örneğin; AİHM'nin *Pretty / Birleşik Krallık* kararındaki katı yaklaşımın, *Gross / İsviçre* davasındaki “Daire” kararında ayrıca *Koch / Almanya* kararında daha esnek ve genişletici bir nitelik kazanmaya başladığı söylenebilir. Bu nedenle özellikle biyoetik ile ilgili sağlık sorunlarında AİHM'nin zamanla daha esnek ve genişletici bir yorum yöntemi benimseyebileceği anlaşılmaktadır. Ancak AİHM'nin sağlık hakkı ve sağlıkla ilgili sorunlarda her bir başvuruyu kendi özgün koşulları çerçevesinde incelediğini ve taraf devletlerin takdir marjını ortadan kaldıracak genel söylemlerden kaçınmaya çalıştığını, dava koşullarında küçük gibi görülebilecek bazı farklılıkların, davanın sonucu konusunda belirleyici olabileceğini gözden kaçırmamak gerekmektedir.

KAYNAKLAR

- Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı ve Avrupa Konseyi, “Avrupa Ayrımcılık Yasağı Hukuku El Kitabı”, 2010, http://www.echr.coe.int/Documents/ Handbook_non_discrim_law_TUR.pdf (1 Temmuz 2014).
- Brunet, Laurence vd., *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*, European Parliament, Brussels, 2013.
- Council of Europe, *Manual on Human Rights and the Environment*, Second Edition, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2012.
- Decaux, Emmanuel, “Conclusions of the Chair”, *Non-Discrimination: A Human Right. Seminar to mark the entry into force of Protocol No. 12*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2006.
- Dijk, Peter Van, vd. *Theory and Practice of the ECHR*, Fourth Revised Edition, Mortsel Intersentia, 2006.
- European Court of Human Rights, Factsheet - Health, http://www.echr.coe.int/Documents/ FS_Health_ENG.pdf (26 Kasım 2016).
- European Court of Human Rights, “Factsheet – End of Life and the European Convention on Human Rights”, http://www.echr.coe.int/Documents/ FS_Euthanasia_ENG.pdf (22 Nisan 2017).
- European Court of Human Rights, Factsheet – Environment and the ECHR, http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Environment_ENG.pdf (22 Nisan 2017).
- European Court of Human Rights, Factsheet – Gestational Surrogacy, http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Surrogacy_ENG.pdf (22 Nisan 2017).
- Fredman, Sandra, *Discrimination Law*, Second Edition, Oxford University Press, New York, 2011.
- Greer, Steven, *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2000.
- İnceoğlu, Sibel, *Ölme Hakkı (Ötanazi)*, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1999.
- Karakul, Selman, “Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitliğin Sağlanmasında Hukuki Yollar ve Siyasi Zorluklar”, *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi*, 6, 15, 2014, sa. 21 – 54.
- Karakul, Selman, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Sağlık Hakkı - I”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3, 2, 2016, sa. 169 – 206.
- Korff, Douwe, *The Right to Life: A Guide to the Implementation of Article 2 of the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2006.
- Office of the High Commissioner for Human Rights, “CESCR General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12)”, <http://www.refworld.org/pdfid/4538838do.pdf> (26 Kasım 2016).
- Oja, Liiri ve Yamin, Alicia Ely, ““Woman” in the European Human Rights System: How is the Reproductive Rights Jurisprudence of the European Court of Human Rights Constructing Narratives of Women’s Citizenship?”, *Columbia Journal of Gender and Law*, 32, 1, 2016, sa. 62 – 95.
- Ovey, Clare ve White, Robin, *Jacobs and White, The European Convention on Human Rights*, Third Edition, Oxford University Press, New York, 2002.

- Plomer, Aurora, *The Law and Ethics of Medical Research: International Bioethics and Human Rights*, Cavendish Publishing, Londra, 2005.
- Puppinc, Grégor, “Abortion in European Law: Human Rights, Social Rights and the New Cultural Trend”, *Ave Maria International Law Journal*, 4, 1, 2015, sa. 29 – 43.
- Tobin, John, *The Right to Health in International Law*, Second Edition, Oxford University Press, Oxford ve New York, 2012.
- Vasak, Karel, “A 30-Year Struggle: The Sustained Efforts to Give Force of Law to the Universal Declaration of Human Rights”, *The Unesco Courier*, 30, 10, 1977.
- Weston, Burns H., “Human Rights: Concept and Content”, *Human Rights in the World Community: Issues and Action*, Ed: Richard Pierre Claude ve Burns H. Weston, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2006.
- World Health Organization, “Constitution of the World Health Organization”, http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf (26 Kasım 2016).
- *Elektronik Kaynaklar*
- <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=16722&lang=en> (22 Nisan 2017).
- [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"documentcollectionid2":\["JUDGMENTS"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{) (22 Nisan 2017).
- <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/164> (22 Nisan 2017).
- https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/177/signatures?p_auth=P2Q75T9z (22 Nisan 2017).

ÖZ

Bu makale, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS veya Sözleşme) ve Ek Protokollerde güvenceye alınan hak ve özgürlüklerle bağlantılı olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM veya Mahkeme) sağlık hakkı ve sağlıkla ilgili konular hakkındaki kararlarını ele alan ve iki bölümden oluşan çalışmanın, ikinci bölümünü oluşturmaktadır. Bugüne kadar verilen AİHM kararları her ne kadar AİHS kapsamında sağlık hakkı ve sağlıkla ilgili konularda bir teorik temel oluşturmaktan uzak olsa da, uluslararası insan hakları hukukunda sağlık hakkının geliştirilmesinde en etkili araç olmayı sürdürmektedir. Konuyla ilgili önceki çalışmada, AİHM kararları çerçevesinde sağlık ve tedavi hizmetleriyle ilgili genel sorunlar, gizlilik, sağlıkla ilgili kişisel verilerin korunması ve kişisel tıbbi kayıtlara erişim ile son olarak korunmaya muhtaç bazı grupların sağlık sorunları ele alınmıştır. Bu çalışmada ise AİHM kararlarında sağlık hakkı ve sağlıkla ilgili görülen diğer sorunlar arasında sağlıkta eşitlik ve ayrımcılık yasağı, çevre ve sağlık, ayrıca biyoetik ile ilgili konular üç ana başlık altında incelenmektedir.

Anahtar kelimeler: Sağlık hakkı, Sağlıkla ilgili haklar, Biyoetik, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi.