

AIHM İÇTİHATLARI ÇERÇEVESİNDE ÖZEL HAYATA VE AİLE HAYATINA SAYGI GÖSTERİLMESİ HAKKI BAĞLAMINDA SAĞLIK HAKKININ KORUNMASI

Özge Yücel Dericiler

Özyeğin Üniversitesi

Özet: Bilindiği üzere bir sosyal hak olan sağlık hakkı, kişisel ve siyasal hakları düzenleyen bir belge olan AIHS'te yer almaz. Bununla birlikte, *Airey/İrlanda* kararından bu yana Mahkeme ekonomik-sosyal haklar ile sivil-siyasal haklar alanında su geçirmez bir ayırım olmadığını kabul etmiş ve bu yaklaşım, AIHM içtihatlarında sosyal haklara ilişkin bir içtihat hukukunun gelişimine de yol vermiştir.

Bu tebliğde, sosyal bir hak olan sağlık hakkı AIHM içtihatları çerçevesinde özel hayata ve aile hayatına saygının korunması hakkı bağlamında ele alınmaktadır. Böylece, özellikle üremeye ilişkin ve çevreyle ilgili sorunlar üzerinde odaklanılarak, Sözleşme'nin 8. maddesi çerçevesinde sağlık hakkını ele almanın sağladığı katkılara ve taşıdığı kimi risklere işaret etmek amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Özel hayata saygı hakkı, sağlık hakkı, AIHS 8. madde, engellilik, çevre, gebeliğin sonlandırılması, takdir hakkı.

Abstract: As it is known ECHR –as an instruments containing civil and political rights– does not include social rights. None the less since *Airey v. Ireland* case it has been accepted that “there is no water-tight division” separating economic and social rights from civil and political ones, and this approach has led to the development of a social rights jurisprudence within the ECHR case law.

This paper deals with the protection of the right to health, a social right, in the context of ECHR caselaw relating to the right to respect for private and family life. By especially focusing on reproductive and environmental issues, it aims at indicating both contributions and also some risks of dealing with health issues under Article 8 of the Convention.

Keywords: The right to respect for private life, right to health, ECHR Article 8, disability, environment, abortion, margin of appreciation.

GİRİŞ

Bilindiği üzere AIHS, insan haklarının yerleşik tasnifine göre kişisel ve siyasal hakları içeren bir insan hakları belgesi olarak, sosyal bir hak olan sağlık hakkını kap-

samamaktadır. Bununla birlikte Mahkeme'nin 1979 tarihli *Airey-İrlanda* kararıyla haklar arasında su geçirmez bir ayırım yapılamayacağını kabul etmesinden bu yana, kimi kararların sosyal haklar alanına da etki eden hükümler getirdiği ve otuz yılı aşan bu süre boyunca verilen bu kararlar neticesinde AİHM içtihatlarında bir sosyal hukuktan sözetmenin mümkün hale geldiği görülmektedir (Clements ve Simmons, 2009: 409-427).

Sağlık hakkı temelde herkesin ulaşılabilir en yüksek fiziksel ve zihinsel sağlık standardına sahip olma hakkını ifade eder. Aslında bu hakkın doğrudan ya da dolaylı olarak ilgili olmadığı hiçbir insan hakkı yok gibidir. BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi'nin (ESKHK) 14 no'lu genel yorumunda belirttiği gibi bu hak; gıda, konut, çalışma, eğitim, insan onuruna yaraşır bir hayat sürdürme, yaşama, ayırimcılık gözetmeme, eşitlik, işkence yasağı, özel hayatın gizliliği, bilgiye erişim, toplanma ve dernek kurma özgürlüğü ve seyahat etme özgürlüğü gibi diğer insan haklarının gerçekleşmesiyle yakından ilgilidir (ESKHK, 2006: parag. 3).

AİHM içtihatlarına bakıldığında ise sağlık hakkının özellikle üç temel hak¹ çerçevesinde ve devletin pozitif yükümlülükleri² bağlamında gündeme geldiği görülmektedir: yaşama hakkı; işkence ve insanlık dışı muamele yasağı; özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı. Bunlardan ilki, yani yaşama hakkı ile sağlık hakkı ilişkisi, bağlantısı en açık olanıdır. Sağlık hakkının işkence ve insanlık dışı muamele yasağıyla ilişkilendirilmesi, mahpusların hapisane koşullarında maruz kaldıkları muamele ya da sağlık sorunlarına rağmen alikonulmaları durumlarında sözkonusu olmaktadır. Sağlık hakkının özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı ile ilişkisi ise, engelli ya da hasta kişilerin özel veya aile hayatları, üreme hakkıyla ilgili sorunlar veya çevre kirliliğinin neden olduğu sorunlar dolayısıyla gündeme gelmektedir (Mowbray, 2004: 127-186). Bu tebliğde sağlık hakkının AİHS'in 8. maddesi aracılığıyla korunmasına ilişkin temel argümanlar üzerinde durulacaktır.

AİHM içtihatlarında sosyal hakların izini sürmek birkaç nedenle büyük önem taşır. Öncelikle, AİHM'nin yaptırım gücü açısından sosyal haklara ilişkin enstrümanların koruma mekanizmalarından daha etkili bir koruma sağladığı şüphesizdir. İkinci olarak, özellikle "kaynakların eşgüdümü" ilkesinin benimsenmesiyle (Marguenaud, 2012: 222-227; Mouly, 2012: 231-232), AİHS hükümlerinin yorumlanması sırasında diğer insan hakları belgelerinin ve ESKHK, ILO gibi organların kararlarının da kaynak olarak hesaba katılması, devletin pozitif yükümlülüklerini vurgulaması açısından teşvik edici olmaktadır.³ Üçüncü ve spesifik olarak ulusal hukukumuz açısından önem taşıyan boyut da, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel

¹ Temel hak ve insan hakkı kavramları aynı anlamda kullanılmaktadır.

² AİHM içtihatlarında pozitif yükümlülüklerin gelişmesi hakkında bkz.: Mowbray, Alastair (2004) *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford: Hart Publishing.

³ Bu noktada, bir hususu hatırlatmakta fayda var: ESKHS'ye Ek Protokol ile Komite'ye bireysel başvuru yolunun kabul edilmiş olması, her bir hakkın normatif içeriğini daha

başvuru yolunun açılmış ve fakat başvuru konusu hakların uluslararası sözleşmelerden sadece AİHS ile sınırlandırılmış olmasıdır. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesi'nin incelediği kararlarda sosyal hakların korunmasını sağlayacak yöndeki tespit ve değerlendirmelerini de görünür kılmak gerekmektedir (Ancak bu tebliğde ulusal hukuka ilişkin bir inceleme yapılmayacak ve sadece bu gerekliliğe işaret etmekle yetinilecektir).

Öte yandan, tüm bu olumlu görünüme biraz mesafe alınarak bakıldığında, bir sosyal hakkı AİHS aracılığıyla korumanın taşıdığı kimi riskler de farkedilebilir. Tebliğin son kısmında bu risklere işaret edilecektir.

I. SAĞLIK HAKKI

Sağlık hakkının bir insan hakkı olmak bakımından biricik özelliği, adeta yaşam hakkı gibi bu hakkın da diğer pek çok haktan faydalanmanın bir bakıma ön koşulu olmasıdır. Kişinin sağlık hakkının korunduğundan söz edebilmek için, insana ilişkin bütünsel bir yaklaşıma sahip olmak gerekir. Nasıl ki yaşama hakkına sahip olmak nefes alıp vermektен ve var kalabilmekten fazlasını ifade ediyorsa, sağlık hakkına sahip olmak da, kişinin sağlığına kasteden bir durumun yokluğundan çok daha fazlasını ifade eder. Sağlık hakkının korunmasından söz ettiğimizde aslında kişinin fiziksel veya ruhsal sağlığını doğrudan ya da dolaylı olarak etkileyen tüm koşulları ve bunlara ilişkin çeşitli ihlalleri dikkate almamız gerekir.

Modern anlamda kamu sağlığının gündeme gelmesi 19. yüzyılda Sanayi Devriminin ortaya çıkardığı sağlık problemlerinden sonra olmuş ve kamusal sağlık politikalarının oluşturulması gerekmiştir (Rosen, 1993: 2-3, Aktaran Toebes, 2001: 171). BM sisteminde sağlık hakkı ilk kez Dünya Sağlık Örgütü (WHO) Anayasası'nda⁴ yer bulmuştur: "Erişilebilecek en yüksek düzeyde sağlıktan yararlanmak, ırk, din, siyasi inanç, ekonomik ve sosyal koşullar gözetmeksizin her insanın temel haklarından biridir." Ayrıca WHO Anayasası'nda, sağlığın sadece hasta veya sakat olmama hali olarak değil, fiziksel, ruhsal ve sosyal açıdan iyi olma hali olarak tanımlandığını görürüz. Bundan kısa bir süre sonra da sağlık hakkı İHEB'de düzenlenmiştir.⁵ Sağlık hakkının sağlığa etki eden diğer faktörlerle birlikte ele alınması gerekliliğini vurgulayan bir diğer uluslararası belge de, Biyoetik ve İnsan

da somut bir şekilde ortaya koymayı mümkün kılarak, sosyal hakların taşıdığı iddia edilen normatif belirsizliğe ilişkin tartışmaları zamanla büyük ölçüde temelsiz bırakacaktır. Bununla birlikte sağlık hakkı, yine Komite'nin belirttiği üzere zaten hukuken icra edilebilir belirli unsurlar içermektedir (CESCR, 2000: parag. 1).

4 Constitution of the World Health Organisation (<http://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/EN/constitution-en.pdf?ua=1>; Erişim Tarihi: 10.6.2014).

5 İHEB, m. 25/1: Herkesin, kendisinin ve ailesinin sağlığı ve iyi yaşaması için yeterli yaşama standartlarına hakkı vardır; bu hak, beslenme, giyim, konut, tıbbi bakım ile gerekli toplumsal hizmetleri ve işsizlik, hastalık, sakatlık, dulluk, yaşlılık ya da kendi denetiminin dışındaki koşullardan kaynaklanan başka geçimini sağlayamama durumlarında güvenlik hakkını da kapsar.

Hakları Evrensel Bildirgesi'dir. Burada da, sağlığın sadece bilimsel ve teknolojik araştırmalardaki ilerlemelerle korunamayacağı, aynı zamanda psiko-sosyal ve kültürel faktörlerle ilişkili olduğu kabul edilir. Yine WHO, sağlığın belirleyeni olarak toplumsal, fiziksel ve ekonomik çevrenin de kişisel faktörler gibi dikkate alınması gerektiğini belirtir (Yücel Dericiler, 2011: 99).

Kimi insan hakları belgelerinde *sağlık hizmetleri hakkı veya sağlığın korunması hakkı* ifadeleriyle karşılaşılmakla birlikte, en kapsayıcı kavram olarak kullanılan sağlık hakkı⁶ temelde iki boyuta sahiptir: Bir yandan sağlık hizmetlerine, diğer yandan da sağlıklı olmanın önkoşulunu oluşturan diğer haklara sahip olmayı gerektirir. Bunların başında temiz içme suyu, yeterli beslenme, yeterli hijyen, çevre sağlığı ve iş sağlığı gelir. Bunun da ötesinde, doğrudan sağlık hakkının kapsamında düzenlenmeyen ancak sağlık hakkının korunması için gerekli olan çok sayıda başka hak bulunmaktadır. Örnek olarak, sağlıkla ilgili gerekli enformasyona sahip olmak bakımından, eğitim hakkına sahip olmanın oynadığı rol düşünülebilir (Toebeş, 2001: 174-175).

Ayrıca bu hakkın hem hak, hem de özgürlük⁷ boyutları bulunmaktadır: özgürlük boyutunda kişinin, cinsiyet ve üreme özgürlükleri dahil olmak üzere, kendi sağlığı ve vücudunun kontrolünü elinde bulundurması, işkence, rızaya dayanmayan tıbbi ve deneysel müdahale gibi müdahalelere maruz kalmaması bulunur. Hak boyutu ise, insanların ulaşılacak en yüksek sağlık standardından eşit şekilde faydalanabilmelerine olanak tanıyan bir sağlık sistemine sahip olma hakkını kapsamına alır (ESKHK, 2006: parag. 8).

İnsan hakları belgelerinde sağlık hakkından söz edilirken fiziksel ve zihinsel olarak *ulaşılacak en yüksek sağlık standardı* ifadesinin kullanılma nedeni, kişinin sağlığının, genetik faktörler, riskli yaşam koşulları, bünyenin zayıflığı ya da kuvvetli olması gibi pek çok başka faktöre de bağlı olmasıdır. Yani kişinin sağlığını, bir kısmı kontrol edilebilen bir kısmı ise edilemeyen çeşitli faktörler belirlemektedir. Burada devletin yapması gereken, kişilerin ulaşılacak en yüksek sağlık standardına ulaşmalarını sağlayabilecek mal, hizmet ve şartları sunmaktır (parag. 9).

II. ESKHK, ASHK ve AIHM'NİN SAĞLIK HAKKINA İLİŞKİN YAKLAŞIMLARI

Sosyal haklara ilişkin olarak devletin temel yükümlülüklerini tespit etmek ve aynı zamanda her bir insan hakkına ilişkin göstergeler belirlemek, söz konusu hakların

⁶ Sağlık hakkına ilişkin belli başlı uluslararası düzenlemeler; İHEB'in 25. maddesi, ESKHS'nin 12. maddesi, CEDAW'ın 11(1) ve 12. maddeleri, ÇHS'nin 24. maddesi, Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi'nin 5. maddesi, Avrupa Sosyal Şartı'nın 11. maddesi, San Salvador Protokolü'nün 10. maddesi ve Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı'nın 16. maddesidir.

⁷ Özgürlük, burada özerklik anlamında kullanılmaktadır.

hangi ölçüde korunabildiğini ölçmek ve daha üst düzey bir korumanın neleri gerektirdiğini tespit etmek bakımından önem taşır. Sağlık hakkı açısından ESKHK'nin 14 no'lu genel yorumu; hakkın ne ölçüde korunabildiğini ölçmek açısından ise, yine BM organları tarafından geliştirilen sağlık hakkı göstergeleri aydınlatıcı olur.

Komite, sağlık hakkını geniş bir şekilde yorumlamaktadır. Bu çerçevede sağlık hakkının, mevcudiyet, erişilebilirlik, kabul edilebilirlik ve kalite ölçütlerini karşılaması gerekir. Mevcudiyet, sağlıkla ilgili yeterli miktarda mal, olanak, hizmet ve sağlık programlarının mevcut olması anlamına gelir. Sağlıkla ilgili mal ve hizmetlerin erişilebilirliğinden söz edebilmek içinse; ayırimcılık yapılmasının herkes tarafından erişilebilir olması, özellikle risk altındaki gruplar dahil olmak üzere fiziksel açıdan herkes tarafından erişilebilir olması, ekonomik olarak erişilebilir olması ve sağlıkla ilgili konularda bilgiye erişimin mümkün olması gerekir. Sağlık olanaklarının, mal ve hizmetlerinin kabul edilebilir olması, tıp etiğine saygı ve kültürel açıdan uygunluk boyutlarını kapsar. Kalite ise, sağlık olanakları, mal ve hizmetlerin bilimsel ve tıbbi açıdan uygun ve kaliteli olması gerekliliğini ifade eder (ESKHK, 2006: parag. 11-12). Bu unsurlar, devletin sağlık hakkına ilişkin yükümlülüklerinin çerçevesini çizer. Bu çerçevede, BM'nin insan haklarına ilişkin üç tür devlet yükümlülüğünü –hakka saygı gösterme, hakkı koruma ve hakkın gereğini yerine getirme– sağlık hakkı açısından tespit etmek mümkün hale gelir. Saygı gösterme yükümlülüğü, kimsenin sağlık hizmetlerine erişiminin engellenmemesini gerektirir. Bu yükümlülük ayrıca, kadınların sağlığına ve ihtiyaçlarına ilişkin ayırimcı uygulamalar empoze etmekten kaçınma ödevini de yükler. Bu doğrultuda devlet “gebeliği önleyici korunma yöntemlerine ve cinsel sağlık ve üreme sağlığını koruma yollarına erişimi engellememeli; cinsel eğitim ve cinsel bilgi de dahil olmak üzere sağlık ile ilgili bilgileri yaymaktan kaçınmamalı ve bu bilgileri sansüre tabi tutmamalı ve bireylerin sağlık ile ilgili konularda katılımını engellememelidir.” Koruma yükümlülüğünde asıl öne çıkan gereklilik, üçüncü kişilerin sağladığı sağlık hizmet ve olanaklarına eşit şekilde erişimin sağlanması ve sağlık sektörünün özelleştirilmesi durumunda, mevcudiyet, erişilebilirlik, kabul edilebilirlik ve kalite ölçütlerinin güvence altına alınmasıdır. Yerine getirme yükümlülüğü, sağlık hakkına ulusal politika ve hukuk sisteminde gereken önemi verme gerekliliği anlamına gelir. Ayrıca, çevresel faktörlerden ve çalışma ortamlarıyla ilgili faktörlerden kaynaklanan olumsuzluklara karşı da tedbir alınması gerekir. İlaveten, sağlık hakkından faydalanmaya destek olacak olumlu tedbirlerin alınması gerekir (parag. 34-37).

Konumuz açısından önemi nedeniyle, ESKHS'nin çevresel ve sınai sağlık şartlarının her yönüyle iyileştirilmesine dair 12 (2) (b) hükmüne de değinmek yerinde olur. Komiteye göre “meslek dolayısıyla meydana gelen hastalık ve kazaların önlenmesini; güvenli ve içilebilir su ve temel hijyen koşullarının sağlanması; toplumun insan sağlığı üzerinde doğrudan veya dolaylı olarak etki doğuracak radyasyon gibi zararlı madde ve kimyasallara ve zarar verici çevresel koşullara maruz kalmasının önlenmesini” kapsar. Bu noktada Komite, 1972 tarihli ve “herkesin, özgürlük, eşitlik ve elverişli yaşam koşullarına hakkı vardır” hükmünü içe-

ren Stockholm Deklarasyonu'na ve San Salvador Protokolü'ne atıfta bulunur (parag. 15).

İnsan haklarının gerçekleştirilme düzeyini ölçme ve değerlendirmeye yönelik nicel ve nitel verilerden oluşan insan hakları göstergeleri, her bir hak için oluşturulmaktadır. Sağlık hakkına ilişkin olarak, Evrensel Bildirge'nin 25. maddesi, ESKHS'nin 12. maddesi ve Komite'nin 14 no'lu genel yorumu belirleyici olur. BM organları özellikle İHEB'den hareketle, sağlık hakkı için 5 temel unsur (attributes) belirlemiştir: cinsel sağlık ve üreme sağlığı; çocuk ölümleri ve sağlık hizmetleri; doğal çevre ve çalışma ortamı; hastalıkların önlenmesi, tedavisi ve kontrolü; sağlık olanaklarına ve temel ilaçlara erişim. Bu unsurlar belirlendikten sonra, bunlara ilişkin iki tip yapısal gösterge (structural indicators) oluşturulur: hukuki yapı ile bunu tamamlayıcı kurumsal altyapıyı ve devletin yükümlülüklerini gerçekleştirme yönünde bir politika. Daha sonra, bu politikaların pratikte nasıl gerçekleştirileceğine ilişkin süreç göstergeleri (process indicators) ve nihayet yapılanları ölçmeye yönelik sonuç göstergeleri (outcome indicators) oluşturulur (OHCHR, 2012: 80-81, 90). Bu göstergelerden hareketle, bir devlet kendi hukuk sisteminin ve uygulamalarının, sağlık hakkının temel unsurlarını ne ölçüde karşıladığını ölçme ve değerlendirme imkanına sahip olur.

372

Avrupa Sosyal Haklar Komitesi (ASKH), sosyal hakları Avrupa Konseyi üyesi ülkeler açısından düzenleyen temel metin olan Avrupa Sosyal Şartı'nın denetim organıdır. Avrupa Sosyal Şartı'nın 11. maddesi,⁸ sağlığın korunması hakkından (the right to protection of health) söz eder. Buna göre devletlerin, sağlığın korunması hakkının etkili bir şekilde kullanılması amacıyla, doğrudan ya da kamusal veya özel örgütlerle işbirliği içinde, diğer önlemlerin yanı sıra 3 temel önlemi almayı taahhüt ettikleri kabul edilir: 1- Sağlığın bozulmasına yol açan nedenleri olabildiğince ortadan kaldırmak; 2- Sağlıklı olmayı teşvik etmek ve sağlık konularında kişisel sorumluluk duygusunu geliştirmek üzere eğitim ve danışma hizmetleri sağlamak; 3- Kazalar açısından olduğu gibi, salgın, yöresel ve diğer hastalıkları olabildiğince önlemek üzere tasarlanmış uygun önlemler almak. Şart'ın 13. maddesi de, sosyal ve tıbbi yardım hakkını düzenler. Bu maddenin ilk fıkrası, maddenin amacını açıklar niteliktedir: "Yeterli olanağı bulunmayan ve kendi çabasıyla veya başka kaynaklardan, özellikle bir sosyal güvenlik sisteminde yararlanarak böyle bir olanak sağlayamayan herkese yeterli yardımı sağlamayı ve hastalık halinde bunun gerektirdiği bakımı sunmayı" taahhüt etmek. Bu madde, Komite'nin de yorumları çerçevesinde, çevre temizliğini sağlamak, gü-rültü kirliliğini önlemek, radioaktif maddelere karşı korumak, gıdaların hijyenini sağlamak, alkolizm ve uyuşturucuya karşı korumak gibi tedbirleri de içerir (Hunter, 1996: 113-114).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise sağlık hakkını sadece Sözleşme'deki bazı haklarla ilgisi çerçevesinde ve sınırlı bir kapsamda ele almaktadır. Zira sağlık hakkı Sözleşme'nin ve ek protokollerinin düzenlediği bir hak değildir. Sözleşme kapsa-

⁸ Burada, Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı metni esas alınmıştır.

mındaki bir hakka ilişkin denetimin sağlık hakkına da etki eden sonuçlar doğurması genellikle, AİHM'nin insan haklarına ilişkin yükümlülükleri salt müdahaleden kaçınmaya ilişkin negatif yükümlülüklerle sınırlamayı, pozitif yükümlülükleri de dikkate almasından kaynaklanır. Pozitif yükümlülük ile, devletlerin belirli şekillerde eyleme geçme yükümlülüğünün ifade edildiği söylenebilir. Bu yükümlülük örneğin, kimi durumlarda bir ölüm olayını soruşturmayı, kimi zaman da maddi imkanları elverişli olmayan bir kişiye adli yardım sağlanmasını gerektirir (Mowbray, 2004: 7).

Sağlık hakkı söz konusu olduğunda, AİHS kapsamındaki bazı hakların korunmasına yönelik olarak devletin eyleme geçme yükümlülüğü, bu alana da etki eden sonuçlar doğurmaktadır. Örneğin, çevre kirliliğinin önlenmesi için gerekli yükümlülüklerin yerine getirilmemesi dolayısıyla kişi özel hayatına, aile hayatına veya konutuna saygı gösterilmesi hakkının ihlal edildiğini iddia ettiğinde, bu iddia dolayısıyla kişinin sağlığına etki eden bir ihlale, yani sağlıklı bir çevrede yaşama hakkının ihlal edilip edilmediğine ilişkin bir denetim de yapılmış olmaktadır.

III. AİHS'TE ÖZEL HAYATA VE AİLE HAYATINA SAYGININ KORUNMASI HAKKI

8. madde, kendi içinde birbiriyle bağlantılı dört hak barındırır ve bireyin özel hayatının, aile hayatının, haberleşmesinin ve konutunun keyfi müdahalelere karşı korunmasını gerektirir. Sözleşme'deki çoğu hak gibi bu hakkın formülasyonunda da, Avrupa'nın 1930'lu ve 40'lı yıllarda tecrübe ettiği faşizmin etkisi görülür. Nazi yasalarının aile ve çocuklar üzerinde yarattığı baskı gibi totaliter bir anlayışa karşı, özel hayatın ve aile hayatının korunması kaygısı öne çıkmıştır (Janis vd., 2008: 371). Bunun da temelinde, hakların esas olarak devlete karşı korunması gerekliliğini öne çıkaran liberal düşüncenin olduğu düşünülebilir.

Maddenin ilk fıkrasına göre herkes, özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Bu hakkın ihlaline dair bir başvuru geldiği zaman Mahkeme önce şikayet konusunun maddedeki kavramlarla ilişkilendirilip ilişkilendirilemeyeceğine, daha sonra söz konusu olayın bir müdahale sayılıp sayılamayacağına ve nihayet müdahalenin 2. fıkrada sayılan ve müdahaleyi meşru hale getiren sebeplerden birine girip girmediğine bakacaktır. Müdahalenin meşru olabilmesi için; yasal olması, güdülen amacın meşru olması ve müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olduğunun kabul edilmesi gerekecektir (Gözübüyük ve Gölcüklü, 2009: 331). Maddede belirtilen gerekçelere göre söz konusu müdahalenin, ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması gerekir.

Maddedeki anlamıyla özel hayat sadece kişinin evi ya da özel alanı olarak ele alınmamakta ve kamusal alanda gerçekleşen kimi müdahaleler de özel hayata saygı hakkının ihlali olarak değerlendirilebilmektedir. Mahkeme içtihatlarında

özel hayat “her bireyin özgür olarak kişiliğini oluşturabildiği ve geliştirebildiği, hem diğer insanlarla hem de dış dünya ile ilişkili bir alanı kapsayan, mahremiyetten daha geniş bir kavram” olarak ele alınmaktadır (Roagna, 2010: 12). Yani buradaki özel hayatı, ‘gizli’ (secret) olan değil ‘kişisel/kişiye yönelik’ (personal) olan olarak ele almak gerekir. Burada söz konusu olan, mahremiyete saygı değil, daha geniş bir kavram olan özel hayata saygıdır. Mahkeme, 8. maddenin sağladığı korumanın kapsamını, “her bireyin diğer insanlarla ilişki içinde ve dışsal müdahale olmaksızın kişiliğini geliştirmesi”ni esas alarak belirlemektedir (Harris vd., 2009: 362-363).

Mahkeme ayrıca kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğünün “özel yaşam”ıyla ilgili olduğunu kabul etmiş ve bu çerçevede rızası alınmadan yapılan tıbbi müdahaleleri de özel yaşamına saygı hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir. *X ve Y/Hollanda* davasında, kişinin fiziksel ve psikolojik özerkliği, özel hayat kapsamına alınmıştır (s. 366-367).

Özel hayatın merkezinde bulunan *özel alan* nosyonu, çevreyle ilgili sorunların da 8. madde çerçevesinde ele alınmasını sağlamıştır. Zira gürültü kirliliği, hava kirliliği veya kimyasal atıkların neden olduğu çevre kirliliği nedeniyle kişinin sadece fiziksel olarak zarar görmeyeceği, aynı zamanda istenmeyen müdahalelerden arınmış bir şekilde özel alanında yaşama hakkına da bir müdahale gerçekleşeceği düşünülür (s. 367).

374 | AİHM, 8. madde çerçevesinde aile hayatından sözedilebilmesi için, ailenin sadece evlilik temelinde ele alınamayacağını ve aile bağlarının fiili birliktelikleri de kapsayabileceğini, bir ilişkinin aile hayatı sayılıp sayılmayacağına karar verirken pek çok faktörün dikkate alınabileceğini belirtir. Örneğin; çiftin birlikte yaşaması, ilişkilerinin uzunluğu, birlikte bir çocuğa sahip olmaları vb. (ECHR, 1994: parag. 30; ECHR, 1997: parag. 36). Dolayısıyla, bir ilişkinin 8. madde anlamında aile hayatı sayılıp sayılmayacağı her somut duruma göre belirlenebilecektir. Kimi durumda ise somut ilişkiler “kişisel bağın kuvveti, düzenlenmesi ve özelliklerine bağlı olarak” hem özel hayat hem de aile hayatı kapsamında değerlendirilebilir. Sonuçta her iki durumda da 8. maddenin korumasından yararlanılacaktır (Roagna, 2010: 28).

Konut, kişinin özel hayatını sürdürdüğü yerdir ancak Komisyon ve Mahkeme kimi kararlarında meslek ve ticaret faaliyetlerinin sürdürüldüğü yeri de konut olarak saymıştır (Gözbüyük ve Gölcüklü 2009: 340).

Haberleşme kavramı 8. madde çerçevesinde, kişiler arasında her çeşit yöntem ve araç ile gerçekleştirilen özel nitelikteki haberleşme olarak kabul edilir (s. 341). Haberleşmeye saygı da, kişinin haberleşmesinin kesintisiz ve sansürsüz olabilmesi demektir (Harris vd., 2009: 380).

AİHM'nin, 8. maddenin uygulama alanını son on yılda oldukça genişlettiğine dikkat çeken Roagna, bu genişlemeyi, 8. maddenin, insan haklarının korunması ile devletin takdir hakkı arasında bir denge bulmayı gerektiren maddelerden ilki oluşuna bağlar (2012: 7).

IV. AİHS'İN 8. MADDESİ ÇERÇEVESİNDE SAĞLIK HAKKININ KORUNMASI

AİHS içtihatları çerçevesinde sağlık hakkı pek çok farklı hak ile bağlantılı olarak ve farklı sorunlar çerçevesinde gündeme gelebilmektedir: zihinsel sağlık, tutuklu ve hükümlülüklerin hakları, kamuoyunun sağlıkla ilgili konularda bilgilendirilmesi, yanlış tedaviler, tıbbi tedaviye erişim, çevresel felaketler vb. (ECHR, 2013). Sözleşme'nin 8. maddesi çerçevesinde sağlık hakkı ise özellikle şu sorunlarla bağlantılı olarak gündeme gelmektedir: engelli ya da hasta kişilerin özel veya aile hayatı; üreme hakkıyla bağlantılı sorunlar ve çevreyle ilgili sorunlar.

Çevreyle ilgili davalar; gürültü kirliliği, endüstrileşmeden kaynaklanan kirlilik, ormanın tahribi ve kentsel gelişmeden kaynaklanan sorunlar veya pasif içicilik gibi sorunlar çerçevesinde başvuru konusu olabilmektedir (ECHR, 2014; ECHR, 2013; ECHR, 2012). Bu tür başvurulara imkan veren de daha ziyade, devletin pozitif yükümlülüklerinin kabulüdür. Palmer, pozitif yükümlülükler içtihadında⁹ muhtemelen en beklenmedik gelişmenin, devletin çevre felaketlerini önlemek üzere yasal ve fiili tedbirler alarak bireylerin sağlığının korunmasını 8. madde ile ilişkilendirmesi olduğunu belirtir. Ancak pozitif yükümlülükler sadece çevreyle ilgili sorunlarla sınırlı kalmamış ve sosyal yükümlülükler alanına da uzanmıştır (2007: 74-75). AİHM'nin, 8. maddeyi engelli bireylere ilişkin sosyal yükümlülükleri kapsayacak şekilde yorumladığı ilk dava *Botta/İtalya* davasıdır (ECHR, 1998). Söz konusu davada başvurucu fiziksel engelli olup, tatil için gittiği yerdeki özel plajın engellilere uygun şekilde dizayn edilmemesi nedeniyle plajı ve denizi kullanamamış, bu nedenle özel hayatının ve kişiliğinin gelişiminin zarar gördüğünü iddia etmiştir. Başvurucu, İtalyan Hükümetinin özel güneşlenme imkanları sağlayacak şekilde gereken tedbirleri almayarak bir ihlale neden olduğunu ileri sürmektedir. Zira bu tedbirlerin alınmaması yüzünden kendisi normal toplumsal hayata katılamamaktadır. Bu davada Mahkeme, kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğünün, Sözleşme'nin 8. maddesi anlamında ve devletin korumakla yükümlü olduğu özel hayatının bir parçası olduğuna karar vermiştir. Her ne kadar nihai olarak, söz konusu plajın özel hayat kavramı dahilinde yorumlanamayacağına karar vererek bu olayda kişinin özel hayatı ile devletin alması gereken tedbirler arasında doğrudan bir bağlantı olmadığını belirtse de, davanın önemi, fiziksel ve psikolojik bütünlüğün özel hayatın bir parçası olduğunun teyit edilmesidir.

⁹ Devletin yükümlülükleri konusunda BM ve AK yaklaşımları arasındaki farkı göstermesi açısından bkz.: Yücel Dericiler, 2012a. AİHM içtihatlarında pozitif yükümlülüklerin asıl gündeme geldiği dava ise *Marckx v. Belgium* davasıdır. Bu davada Mahkeme 8. maddeye ilişkin olarak, "bu hüküm Devleti sadece bu tür müdahaleden sakınmakla yükümlü tutmaz; bu öncelikli negatif yükümlülüğe ilaveten, aile yaşamına etkili biçimde saygı gösterilmesine için pozitif yükümlülükler de olabilir" tespitinde bulunmuştur (bkz.: Gemalmaz, 2012: 203).

Çevre hakkı ya da sağlıklı bir çevrede yaşama hakkına gelince; bu hak Sözleşme’de doğrudan koruma altına alınan bir hak değildir. Bu durum, Sözleşme’nin 1950’de yürürlüğe girmesine karşılık BM’de çevreyle ilgili küresel sorunlara dikkat çeken ilk konferansın 1972’de yapılmış olması karşısında normal karşılanmaktadır. Dolayısıyla, Komisyon da ilk dönemlerde çevreyle ilgili olarak önüne gelen meseleleri kabul edilemez bularak incelememiştir. Ancak 70li yılların sonundan itibaren, çevreden kaynaklanan sorunların bireysel hak ve özgürlüklerin kullanılmasyla doğrudan ilgili olabileceği kabul edilmiş ve bu tür başvurular incelenmeye başlanmıştır (San Jose, 2005: 7-8).

Günümüzde Mahkeme, Sözleşme’deki haklardan etkili bir şekilde yararlanabilmenin, sakin ve sağlıklı bir çevrede yaşamaya bağlı olduğunu vurgulamaktadır (CE, 2012: 30). Dolayısıyla, çevreyle ilgili bir sorun özel hayata veya aile hayatına ya da konuta saygıyı ihlal ettiği ölçüde 8. madde çerçevesinde inceleme konusu olmakta ve bu bağlamda sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı da dolaylı olarak incelenmektedir. Ancak çevreyle ilgili sorunların ele alınması da, Mahkeme’nin devletlere geniş takdir hakkı bıraktığı alanlardandır (s. 31).

376 | Çevreyle ilgili sorunların ve sağlığa etkilerinin 8. madde dolayısıyla Mahkeme önüne geldiği çeşitli örneklerle geçmeden önce, Mahkemenin konuya ilişkin yaklaşımının temel hatlarını ortaya koymak yerinde olur. Çevreyle ilgili bir sorunun 8. maddeye konu olabilmesi için öncelikle, çevresel faktörlerin özel hayata, aile hayatına veya konuta yönelik doğrudan ve ciddi bir müdahale teşkil etmesi ve bu müdahalenin 2. fıkradaki ölçütlerle bağdaşmaz nitelikte bulunması gerekir. Mahkeme, söz konusu zararlı etkiler ile kişinin uğradığını ileri sürdüğü zarar arasında illiyet bağına ve her somut olay çerçevesinde kişiyi etkileyen durumun süresine, yoğunluğuna vb. diğer özel şartlara bakarak değerlendirme yapar. Diğer bir husus, çevreye ilişkin her zararın 8. maddenin ihlalinin doğurmadığı; bu durumda Mahkemenin esas olarak kişinin özel veya aile hayatına ya da konutuna bir müdahale sonucu doğurup doğurmadığına baktığıdır. Zira çevre hakkı ya da çevrenin korunması, Sözleşme’nin açıkça düzenlediği bir hak değildir. Dolayısıyla Mahkemenin *esas olarak* incelediği konu da, çevresel bir zararın olup olmadığı ya da bunun kişinin sağlığı üzerindeki etkileri değildir. Bir başka husus, her ne kadar 8. maddenin amacı kişinin özel ve aile hayatını keyfi müdahalelere karşı korumak olsa da, Mahkemenin bu tür müdahalelerin yokluğunu yeterli görmeyerek, üçüncü kişilerin meşru olmayan müdahalelerine karşı koruma şeklinde pozitif bir yükümlülüğün de olduğunu ve korumaya yönelik bir eylemsizlik durumunda bu pozitif yükümlülüğün ihlal edildiğini kabul etmesidir. Ve son olarak Mahkeme, çevreyle ilgili politikaların oluşturulmasında esas yetkinin ulusal makamlarda olduğunu ve bu politikalar çerçevesinde uygulamaya konulacak projelerin teknik detaylarını da en iyi ulusal makamların değerlendirebileceğini kabul ederek, devletlere geniş bir takdir marjı bırakmaktadır. Ancak bu tür durumlarda da, ulusal makamların gerekli özeni gösterme yükümlülüğüne uyup uymadığını ve tarafların yararı arasında dengenin gözetilip gözetilmediğini incelemektedir (s. 44-60).

Çevre hakkının dolaylı olarak gündeme geldiği ilk davalardan olan *Powel ve Rayner/Birleşik Krallık* başvurusunda (ECHR, 1990), her iki başvurucunun evi de Heathrow havaalanına yakın bir mesafededir. Ancak ilk başvurucunun bulunduğu mesafeden gelen uçak gürültüsü düşük düzeyde rahatsız edici kabul edilirken, ikincisi yüksek düzeyde rahatsız edici gürültü kategorisindedir. Mahkeme bu başvuruyu değerlendirirken, kişilerin özel veya aile hayatlarında duyduğu rahatsızlık ile ülkenin ekonomik refahı arasındaki dengeyi gözetmeyi amaçlamış ve alınan tedbirleri de dikkate alarak, 8. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir. *Lopez Ostra/İspanya* davasında (ECHR, 1994) ise başvurucu, evinin sadece birkaç metre ötesinde bulunan atık su işleme ünitesinde Belediye'nin gereken önlemleri almadığını belirtmiştir. Ailenin şikayetlerine rağmen önlem alınmayınca, doktorun da tavsiyesi üzerine, aile başka bir yere taşınmıştır. Bu davada Mahkeme, olayı başvurucunun kızının sağlığının etkilenip etkilenmemesi temelinde değil, bireysel ve toplumsal çıkarlar arasında dengenin gözetilmesi çerçevesinde ele almıştır. Sonuçta, başvurucunun yararı ile kasabanın ekonomik refahı arasında adil bir dengenin gözetilmediğine ve bu nedenle ihlalin gerçekleştiğine karar vermiştir (parag. 58).

Kyrtatos/Yunanistan davası (ECHR, 2003), Mahkemenin 8. maddenin çevrenin korunmasını değil özel hayata saygının korunmasını amaçladığını vurgulaması açısından dikkat çekicidir. Başvurucu, kentsel gelişim nedeniyle mülkünün yakınındaki bataklık kurutulması sonucunda, evinin çevresindeki doğal güzelliğin bozulduğunu ileri sürmüştür. Mahkeme ise Sözleşme'nin genel olarak çevrenin korunmasını özellikle amaçlamadığını belirtmiştir. *Fadeyeva/Rusya* davasında (ECHR, 2005) ise, çelik fabrikasının yakınında yaşayan başvurucunun, havadaki zehirli elementlerin sağlığı açısından ciddi bir tehdit oluşturması nedeniyle yaptığı bir başvuru söz konusudur. Bu başvuruda Mahkeme, uzun bir süre boyunca çelik fabrikasından yayılan endüstriyel elementlerin havaya karışmasının, evi bu fabrikanın çok yakınında bulunan başvurucunun sağlığı ve esenliği açısından ciddi bir sorun oluşturması nedeniyle, özel hayatına saygının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Devletin pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediği için verilen ihlal kararlarına örnek olarak, *Guerra ve Diğerleri/İtalya* (ECHR, 1998) ve *Dubetska ve Diğerleri/Ukrayna* (ECHR, 2011) başvuruları gösterilebilir. Bunlardan ilkinde, başvurucuların yaşadıkları yerin yakınında bulunan ve yüksek risk taşıdığı kabul edilen bir kimya fabrikasının neden olduğu kirlilik, koku ve gaz yayılımından kaynaklanan bir ihlal iddiası vardır. Başvurucular, devletin eylemsizliğinden yakınmış; Mahkeme de, başvurucuların yetkililerden, kendilerinin ve ailelerinin maruz kaldıkları riske ilişkin herhangi bir bilgilendirme almamış olmaları nedeniyle, özel ve aile hayatlarının ihlal edildiğine karar vermiştir. İkinci vakada ise, yine devletin eylemsizliği eleştirilmiş; davaya konu olan fabrikanın özelleştirilmiş olmasından bağımsız olarak devletin sorumlu olup olmadığını tespit edebilmek için, durumun beklenmedik ve ani bir durum mu, yoksa uzun süredir devam eden ve bilinen bir durum mu olduğuna bakılmıştır. Son olarak değinmek istediğimiz

ve atık su işleme ünitesinden kaynaklanan sorunların dava konusu edildiği *Giacomelli/İtalya* başvurusunda (ECHR, 2006) ise Mahkeme, ilgili vatandaşların karar alma süreçlerine katılımlarının ve kendilerini ilgilendiren bir durum açısından değerlendirme yapma imkanına sahip olmamalarını eleştirmiştir. Görüldüğü üzere çevreyle ilgili sorunlardaki esas unsur, kişinin sağlığını tehdit eden durumun, özel hayatına veya aile hayatına meşru olmayan bir müdahale teşkil etmesidir.

8. madde çerçevesinde sağlık hakkının dolaylı olarak denetlendiği diğer bir alan da ebeveynlik hakkı ve üremeyle ilgili konular, spesifik olarak da gebeliğin sonlandırılması/kürtaj sorunudur. Konunun özelliği, Sözleşme'nin yaşam hakkıyla ilgili maddesine ilişkin kimi tartışmalara değinmeyi de gerekli kılmaktadır.

Kürtaj AİHM önüne, Sözleşme'de düzenlenen haklardan hem yaşam hakkı, hem de özel hayata saygı gösterilmesi hakkıyla ilişkili olarak gelebilmektedir. Bir başka açıdan, kürtaja ilişkin düzenlemeler Sözleşme çerçevesinde iki temel soruna neden olmaktadır: kürtaja yasal olarak izin verilmemesi 8. maddedeki özel hayata saygı kapsamına giren bireysel özerkliğe aykırı olacaktır. Yasal olarak izin verilmesi durumunda ise, 2. madde çerçevesinde fetüsün yaşam hakkı gündeme gelebilecektir (Jannis vd. 2007: 435). Öte yandan Mahkeme ne fetüsün yaşam hakkına sahip olduğunu ve kürtajın bunu ihlal eden bir müdahale olduğunu, ne de kürtajın bir hak olduğunu açıkça kabul eder. Avrupa Konseyi'ne üye devletlerdeki genel durum şudur: Bu devletlerden 30'unda kürtaja, bazı sınırlamalarla birlikte izin verilmekte; 40 devlette kadının sağlığının gerektirdiği durumlarda izin verilmekte; 35inde kadının esenliği çerçevesinde izin verilmekte; 3 devlette ise her durumda kürtaj yasaklanmış bulunkatadır (Andora, Malta ve San Marino). İrlanda'da ise sadece gebe kadının yaşam hakkı risk altında ise kürtaja izin verilmektedir (Arslan Öncü, 2011: 219). Kısacası, üye devletlerin büyük çoğunluğunda kürtaj şu ya da bu nedenle izin verilen bir operasyondur.

Rosemarie Brüggemana ve Adelheid Scheuten/Almanya davasında (ECHR, 1976), normalde kürtaja 12 haftaya kadar izin veren yasanın Almanya Federal Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi ve bunun üzerine başvuruçuların, özel hayata saygı gösterilmesi hakkının ihlal edildiği iddiasıyla AİHKomisyonu'na başvurmaları söz konusudur. Komisyon bu kararında, gebeliğin sona erdirilmesinin sadece gebe kadının özel hayatı çerçevesinde ele alınamayacağını, kadının özel yaşamının fetüs ile yakından bağlantılı olduğunu, bu çerçevede kürtaja yönelik her sınırlamanın da özel hayata saygı hakkının ihlalini oluşturmayacağını belirtmiştir: "... hamilelik sadece özel yaşam alanına giren bir husus değildir. Bir kadın hamile kaldığında, kendisinin özel yaşamı, büyümekte olan fetüse yakından bağlantılı hale gelir" (parag. 59). Öte yandan Komisyon, "bu bağlamda doğmamış çocuğun Sözleşme'nin 2. maddesi anlamında bir 'yaşam' mı olduğu, yoksa Sözleşme'nin 8(2) fıkrası anlamında 'başkalarının haklarının korunması için' müdahale edilebilecek bir varlık mı olduğu konusunda karar vermeyi gerekli" görmemiş; böylece fetüsün yaşam hakkına sahip bir özne olup olmadığı konusunda bir görüş beyan etmemiştir (parag. 61).

Daha sonra *X-Birleşik Krallık* davasında (ECHR, 1980) Komisyon, AİHS'nin 2. maddesindeki herkes kelimesinin fetüsü kapsamadığını belirtmiştir. *Vo-Fransa* davası (ECHR, 2012; Doğru ve Nalbant, 2012: 31-35), fetüsün yaşam hakkı ve kürtaj konusunda Mahkeme'nin yaklaşımını göstermesi bakımından önemli bir davadır. Bu vakada, soyadı benzerliği nedeniyle yanlışlıkla kendisine müdahale yapılan ve bu yanlış müdahale neticesinde kürtaj olmak zorunda kalan başvuru-cunun ulusal makamlara yaptığı başvuruda, olayın doğacak çocuğun taksirle öldürülmesi şeklinde değerlendirmesinden ötürü, AİHS'nin 2. maddesinin gerektirdiği şekilde yaşam hakkının yasa tarafında korunmadığı iddiası söz konusudur. Başvurucu, 6 aylık gebe iken muayene olmak üzere hastaneye gitmiştir. Aynı gün aynı soyadını taşıyan başka bir kişi de, karnındaki kisti aldırarak üzere hastaneye gelmiştir. Yaşanan karışıklık neticesinde gebe kadına müdahale edilmiş; kadının rahminin delinmesi üzerine de kürtaj gerekliliği doğmuştur. Bu davada Mahkeme *H-Norveç* davası, *Open Door ve Dublin Well Woman* davası gibi başka bazı davalarda verilen kararlara atıf yaptıktan sonra, şu sonuca varmıştır:

Bugüne kadar Sözleşme organları tarafından kürtaj yasalarının incelendiği olaylarda, doğmamış çocuk Sözleşme'nin 2. maddesiyle doğrudan korunan “kişi” olarak görülmemektedir; doğmamış çocuk “yaşama hakkı”na sahip olsa bile, bu hak annenin hakları ve menfaatleriyle zımnen sınırlıdır. Ancak Sözleşme organları, koruyucuların belirli koşullarda doğmamış çocuğu da kapsayacak şekilde genişletilebileceği ihtimalini yok saymamışlardır. İşte bu, Komisyon'un “Sözleşme'nin 8(1). fıkrasının, hamileliğin sonlandırılmasının sadece annenin özel yaşamına giren bir mesele olarak yorumlanamayacağını” söylerken tam da düşündüğü şeydir (karar no.); Mahkeme de yukarıda geçen Boso kararında aynı şeyi düşünmüştür. Bu davaların incelenmesinden anlaşıldığına göre bu mesele daima, çeşitli ve bazen bir anne olan kadının veya bir babanın birbirine göre doğmamış çocuk karşısında çelişen hak ve özgürlükleri dengelenerek karara bağlanmıştır (parag. 80; Doğru ve Nalbant, 2012: 34).

Mahkeme Fransa'da ve Avrupa'da yaşamın başlangıcı konusunda bir konsensüs olmadığını belirttikten sonra şöyle demektedir: “En iyi ihtimalle, embriyo ve/veya ceninin insan ırkına ait olduğunun devletler arasında yaygın olarak kabul edildiği söylenebilir. Embriyo ve/veya ceninin kişi haline gelme potansiyeli ve kapasitesi, onu Sözleşme'nin 2. maddesi bakımından yaşama hakkına sahip bir kişi saymaksızın, insanlık onuru adına korumayı gerektirir. Bu düşüncelerle Mahkeme, doğmamış çocuğun Sözleşme'nin 2. maddesi bakımından bir kişi olup olmadığı sorusunu soyut olarak cevaplandırmanın mümkün ve istenilen bir şey olmadığına kanaat getirmiştir” (s. 35).

Open Door ve Dublin Well Woman davasında (ECHR, 1992; parag. 63) Mahkeme, kürtajın Sözleşme'de korunan bir hak olup olmadığı ve Sözleşme'nin 10(2) hükmünün doğmamış fetüsü de kapsayıp kapsamadığı sorularını yanıtız bırakmıştır. Öte yandan, kürtaja ilişkin mevcut yasaların da, İrlanda'nın çoğunluğuna hakim olan ve doğmamış çocuğun yaşamını korumanın ahlaki değerlerle ilgili olduğu şeklindeki anlayışa dayandığını ve dolayısıyla 2. fıkradaki meşruluk ölçütlerine

girdiğini kabul etmiştir. *A, B ve C/İrlanda* davasında da (ECHR, 2010) benzer bir yaklaşım vardır. Davada, İrlanda'da sadece belirli hallerde kürtaja izin verilmesi nedeniyle kürtaj olmak üzere İngiltere'ye giden 3 kadının başvurusu söz konusudur. Başvurucu A istemeyerek gebe kalmıştır. Evli değildir, dört çocuğu vardır, işsizdir ve yoksulluk içindedir. Aynı zamanda alkoliktir ve çocukları vesayet altındadır. Üstelik çocuklarından birisi de engellidir. Daha önceki hamileliklerinin hepsinde depresyona girmiştir. İrlanda'da kürtaj olamadığı için, borç para bularak İngiltere'ye gitmiş, kürtaj olmuştur. Diğer başvurucular da farklı gerekçelerle istenmeyen gebeliklerine son vermek üzere İngiltere'de kürtaj olmuşlardır. İlk iki durumda başvurucular İngiltere'ye sağlık nedeniyle gitmişler, üçüncü başvurucu da hayatına ilişkin bir risk olduğundan kürtaj olmak üzere gitme kararı vermiştir.

Mahkeme bu başvuruyu değerlendirirken, *Open Door* davasına da atıfta bulunarak, İrlanda hukuku çerçevesinde doğmamış çocuğun yaşam hakkından söz etmenin, 1983'te İrlanda'da yapılan referandum sonucunda ortaya çıktığı üzere, İrlanda toplumunun çoğunluğunda hakim olan kürtaj karşıtı tutuma dayandığını ve bunun İrlanda'daki ahlaki değerlerle ilgili olduğunu hatırlatır (parag. 222). Mahkemeye göre, o tarihten bu yana İrlanda halkı değişmiştir. Bununla birlikte Mahkeme, ulusal makamların, kendi ülkelerindeki ahlakın gerekliliklerinin ne olduğunu belirleme konusunda uluslararası makamlardan daha iyi durumda olduğunu da belirtir. Burada Mahkeme, "İrlanda toplumunun içine işleyen ahlaki görüşler" (profound moral views) ifadesini kullanır. Sonuç olarak da, ilk iki başvurunun özel hayatlarına saygı hakkının ihlal edilmediğine karar verir (parag. 241-242).

Farklı başvurular çerçevesinde Mahkeme'nin yaklaşımının ana hatlarını tespit etmek gerekirse: Mahkeme, fetüsün hak sahibi bir kişi olup olmadığını soyut olarak cevaplanabilir bulmamaktadır. Bu çerçevede, fetüsün yaşam hakkına sahip olduğu,¹⁰ ya da tersine hiçbir şekilde fetüsün yaşam hakkından söz edilemeyeceği gibi kesin tespitler yapmamaktadır. Benzer şekilde, kürtaj meselesine ilişkin olarak da, kürtajın tartışmasız bir hak olduğu ya da tersine, kürtajın başlıbaşına bir hak ihlali olduğu (ki burada fetüsün yaşam hakkı gibi, biyolojik babanın hakları da gündeme gelebilmektedir)¹¹ gibi tespitler de yapmamaktadır. Her vakıanın özelliği ve dikkate alınması gereken spesifik durumlar bir kenara bırakıldığında, Mahkeme bu sorunların çözümünü taraf devletlerin takdirine bırakmaktadır. Taraf devletlerin takdirine bırakılması gerekçelendirilirken ise, yaşamın başlangıcı

¹⁰ Yaşam hakkından hangi dönemden itibaren söz edilebileceği, kişiliğin ne zaman oluştuğu gibi sorular, yanıtı farklı etik görüşlere ve hukuk sistemlerine göre değişen, çetrefil sorulardır. Bu nedenle Mahkeme bu sorulara kesin bir yanıt vermekten kaçınmakta ve topu ulusal makamlara atmaktadır (Bu konudaki farklı yaklaşımlara ilişkin bilgi için bkz.: Metin, 2010: 139-182).

¹¹ Biyolojik babanın özel yaşamına saygı hakkının ihlali iddiasıyla gebeliği sonlandıran kadına karşı açtığı dava örnekleri için bkz.: R. H v. Norway, ECHR, App. No. 17004/90; Boso-Italy, App. No. 50490/99.

ya da kişiliğin başlama anına ilişkin olarak AK üyesi devletlerdeki yaklaşım farklılıklarını gerekçe göstermektedir. Ancak bu noktada, farklı etik yaklaşımlar kadar, farklı ahlaki yaklaşımlar da rol oynamaktadır.

DEĞERLENDİRME

İnsan hakları, önem bakımından değil ancak nitelikleri bakımından kimi farklılıklar gösterir. Hakların devlete hangi yükümlülükleri yüklediğini ise, o hakkın hangi kategoride yer aldığından ziyade, somut durumda neyi gerektirdiği ekseninde belirlemek gerekir. Bu çerçevede AİHM yargılamasında pozitif ve negatif yükümlülükler ölçütünden hareket edilmektedir. Kimi sosyal hakların AİHM kararlarına konu olması da bu pozitif yükümlülükler dolayısıyla olmaktadır.

Tebliğin başında da belirtildiği gibi, sosyal hakların AİHS aracılığıyla kısmi de olsa bir denetime konu olması önemlidir. Zira AİHS, sosyal hakları düzenleyen diğer araçlardan farklı bir yaptırım gücü taşır. Bu tebliğde AİHS'nin 8. maddesi çerçevesinde denetim imkanı bulan ve sağlık hakkına ilişkin konulardan özellikle ikisi üzerinde durulmuştur. 8. maddeye ilişkin Mahkeme içtihatlarının kanımızca en olumlu yanı, özel hayat kavramının sadece kişinin mahremiyeti ekseninde tanımlanmaması, kişiyi diğerleriyle ilişki içinde ve kamusal bağlamda ele alması, böylece kişiye yapılacak gayri meşru müdahaleler alanını daraltması ve dolayısıyla maddenin sağlayacağı korumanın sınırını genişletmesidir.

Öte yandan bir sosyal hakkı, konumuz özelinde sağlık hakkını AİHS aracılığıyla korumaya çalışmak, bazı sorunları gözden kaçırmamıza da neden olabilmektedir.

Sağlık hakkı özelinde AİHM içtihatlarından yola çıkıldığında üremeye ilişkin konuların taşıdığı temel risk, kanımızca, özellikle gebeliğin sonlandırılması/kürtaj meselesinde kendini gösterir. Bu da, kimi zaman yerel pratiklere ve dolayısıyla değer yargılarına fazlasıyla yer açan bir pratik olarak somutlanan, devletlerin takdir marjı doktrindir. Mahkeme kürtajı ne sadece fetüsün yaşam hakkını merkeze koyarak, ne de sadece kişinin özel hayatı veya aile hayatı ekseninde ele alır. Bunların her ikisiyle ilgili olduğunu ve bu haklar arasında bir denge kurulması gerektiğini düşünür. Ve nihai kararı da ulusal makamlara bırakır. Ancak, gebeliğin sonlandırılması meselesi asıl olarak kadının sağlık hakkıyla ilgili bir meseledir. Konunun sadece AİHM içtihatlarında işaret edilen alana sıkıştırılması ise, kürtajın –ve daha geniş anlamda da üremenin– sosyal adaletle ilgili boyutlarını görünmez kılarken, kültürel değer yargılarının belirleyici olması olasılığını artırır.

Yeri gelmişken, “kürtaj hakkı” ifadesini kavramsal olarak çok isabetli bulmadığımızı da belirtelim. Kürtajı temel bir hak olarak tanımlamak, amaçlanan sonucu doğurmayabilir. Gebeliğin belirli hallerde sonlandırılmasının temel haklarla ilgili olduğu bağlamı açık olarak ortaya koymak gerekir. Zira aksi durumda devlet pekala kürtajı serbest bırakabilir ancak bu alandaki pozitif yükümlülüklerinden imtina edebilir. Örneğin bu operasyon, yasal bir engel olmamakla birlikte, ekonomik açıdan erişilebilir durumda olmayabilir.

Bu meselenin, kadının sağlık hakkının temel bir unsuru olarak değerlendirilmesi gerekir. Kadının insan haklarına ilişkin belgelerde bu yaklaşım çok daha nettir. Örneğin, 1985 yılında yapılan BM Dünya 3. Kadın Konferansı'nda Kadının Gelişmesi İçin Nairobi İleriye Yönelik Stratejiler benimsenmiş ve burada "kadının kendi doğurganlık kabiliyetini kontrolü, diğer haklarını da kullanması açısından en önemli unsurdur" görüşü benimsenmiştir (parag. 156; Moroğlu, 2009). 1995 yılında kabul edilen Pekin Bildirgesi'nin 17. maddesine göre "kadın sağlığının her açıdan olduğu gibi, özellikle doğurganlığa ilişkin haklarının açıkça tanınması ve onaylanması kadınların güçlendirilmesinin temelidir." 2000 yılında yapılan Pekin+5'te de, kadın sağlığının korunması için yapılması gerekenler arasında "kürtajın sağlıklı ve erişilebilir olmasını yasaklayan yasal düzenlemelerin ayıklanması, kadının ihtiyaçlarına cevap verebilecek bir sağlık sisteminin oluşturulması, sağlıklı şartlarda kürtaj için gerekli önlemlerin alınması" gerekliliği vurgulanmıştır. CEDAW da, aile planlamasının kadın-erkek eşitliği temelinde ve sağlık bakım hizmetleri çerçevesinde ele alınması gerektiğini belirtir. Gebeliği sonlandırmak isteyen kadın açısından, sağlıklı, güvenli koşullarda, ekonomik olarak erişilebilir ve yasal zemine sahip olarak kürtaja erişebilmek, her şeyden önce kadının sağlık hakkının, bedensel ve ruhsal bütünlüğünün, ayrıca özel ve aile yaşamına saygı gösterilmesi hakkının ve kimi durumlarda kadının yaşam hakkının bir gereği olarak ortaya çıkar.

Çevresel sorunların AİHM içtihatlarına konu edildiği durumda çoğunlukla gözden kaçan husus ise daha farklıdır. Buradaki sorun, çevre kirliliğinin ya da doğada yaratılan tahribatın -Sözleşme'de korunan bir hak olmaması dolayısıyla- her durumda başlıbaşına bir ihlal teşkil etmemesidir. Çevresel bir sorunun ihlal teşkil etmesi için, özel hayata, aile hayatına ya da konuta yönelik ciddi ve doğrudan bir etkisinin olması gerekir. Burada Mahkeme ulusal makamların takdir marjı çerçevesinde, kişinin özel hayatına, aile hayatına ya da konutuna verilen zarar ile ekonomik refah arasında gözetilen dengeye bakmakta ve kimi durumlarda bu dengenin yeterince gözetildiğine karar vererek, bir ihlal bulmamaktadır. Zira ülkenin ekonomik refahı, 8(2). maddede sayılan ve müdahaleye meşruluk kazandıran ölçütlerden biridir. Dolayısıyla Mahkeme tarafında verilecek böyle bir karar, söz konusu olay ya da durumun sağlık hakkı açısından bir sorun oluşturmadığı anlamına gelmemektedir. Kimi zaman ise, çevreyle ilgili sorun sağlık açısından ciddi bir tehdit oluşturmasa bile özel hayata ya da aile hayatına yönelik meşru olmayan bir müdahale olarak görülebilmekte ve ihlal kararı verilebilmektedir. Zira Sözleşme'nin asıl olarak korumayı amaçladığı hak, özel hayata saygıdır. Diğer yandan, ekonomik refah ölçütünün çoğu durumda insan haklarının gerekleri ekseninde anlaşılmadığı da pekala söylenebilir.

Buradaki temel sorun aslında, insan hakları arasında yapılan ayırmada, hakların gerektirdiklerine ilişkin bir nitelik farklılığının değil, bir önem hiyerarşisinin gözetilmesinin örtük olarak varlığını sürdürmesi ve insan haklarına ilişkin bütünsel bir yaklaşımın hala yerleşik hale gelememesidir. Avrupa Konseyi üyesi ülkelerde bulunan insanların temel haklarını içeren metin olan AİHS, sosyal hakları içermez. ASS'nin ise ancak tamamlayıcı bir araç olarak dikkate alındığı görülür. BM düzeyinde de durum farklı değildir. Bu durumda da, sözleşmelerin taşıdığı eksik-

likler yorum yoluyla giderilmeye çalışılmakta; kimi zaman ise insan haklarının ilişkisel doğası bunu zorlamaktadır. Ancak bu olumlu yönlerine rağmen, sağlık hakkını WHO Anayasası'nda belirtildiği gibi kişinin “fiziksel, ruhsal ve sosyal açıdan iyi olma hali” olarak ele almak ve sağlık hakkına ilişkin yükümlülüklerin çerçevesini oluştururken de, AİHM içtihatlarındakinden çok daha kapsamlı ve bütünsel bir yaklaşıma sahip olmak gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Arslan Öncü, Gülay (2011) *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı*, İstanbul: Beta Yayını.
- CE (2012) Council of Europe, *Manuel on Human Rights and the Environment*, Strasbourg: Council of Europe Publishing.
- CESCR (2000) Committee on Economic, Social and Cultural RighNo.14: *The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)*, E/C.12/2000/4.
- Clements, Luke ve Allan Simmons (2009) “European Court of Human Rights”, Malcolm Lagford (der.) *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law* içinde, New York: Cambridge University Press.
- Doğru, Osman, Atilla Nalbant (der.) (2012) *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar*, İstanbul: Legal Yayıncılık.
- ECHR (2014) *Factsheet- Reproductive Rights*, April.
- ECHR (2013) *Factsheet- Health*, December.
- ECHR (2012) *Factsheet- Environment related cases in the Court's case law*, December.
- ECHR (2011) Case of Dubetska and Others v. Ukraine, App. No. 30499/03, 10 February.
- ECHR (2010) A, B and C-Ireland, App. No. 25579/05, 16 December.
- ECHR (2006) Case of Giacomelli v. Italy, App. No. 59909, 2 November.
- ECHR (2005) Case of Fadeyeva v. Russia, App. No. 55723/00, 30 November.
- ECHR (2004) Case of Vo v. France, App. No. 53924/00, 8 June.
- ECHR (2003) Case of Kyrtatos v. Greece, App. No. 41666/98, 22 May.
- ECHR (1998) Case of Botta v. Italy, App. No. 153/1996/772/973, 24 February.
- ECHR (1998) Case of Guerra and Others v. Italy, App. No. 116/1996/735/932, 19 February.
- ECHR (1997) Case of X, Y and Z v. The United Kingdom, App. No. 21830/93, 22 April.
- ECHR (1994) Case of Lopez Ostra v. Spain, App. No. 16798/90, 9 December.
- ECHR (1992) Open Door Counselling and Dublin Well Women v. Ireland, App. No. 25 October.
- ECHR (1990) Case of Powell and Rayner v. The United Kingdom, App. No. 9310/81, 21 February.
- ECHR (1980) Case of X-the United Kingdom, App. No. 8416/79, 13 May.
- ECHR (1976) Case of Rosemarie Brüggemann and Adelheid Scheuten v.the Federal Republic of Germany, App. No. 6959/75, 19 May.
- ESKHK (2006) Genel Yorum No. 14, Madde 12: Ulaşılabilecek En Yüksek Sağlık Standardına Sahip Olma Hakkı, *Birleşmiş Milletlerde İnsan Hakları Yorumları*, Lema Uyar (der.) İstanbul: Bilgi Üniversitesi Yayınları.
- Gemalmaz, Mehmet Semih (2012) *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, Cilt I, İstanbul: Legal Yayıncılık.
- Gözübüyük, Şeref ve Feyyaz Gölcüklü (2009) *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve*

Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemleri, Ankara: Turhan Kitabevi.

Harris, D. J., M. O'Boyle, E.P. Bates, C. M. Buckley (der.) (2009) *Law of the European Convention on Human Rights*, New York: Oxford University Press.

Hunt, Paul (1996) *Reclaiming Social Rights*, Aldershot: Dartmouth Publishing.

Janis, Mark W., Richard S. Kay ve Anthony W. Bradley (2008) *European Human Rights Law: Text and Materials*, New York: Oxford University Press.

Kaboğlu, İbrahim (der.) (2012) *Anayasal Sosyal Haklar (Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye)*, İstanbul: Legal Yayıncılık.

Marguenaud, Jean-Pierre (2012) "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinde Sosyal Hakların Korunması ve Sözleşme'nin Geniş Yorumu", İbrahim Kaboğlu (der.) *Anayasal Sosyal Haklar* içinde.

Metin, Sevtap (2010) *Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Moroğlu, Nazan (2009) *Kadınların İnsan Hakları Sözleşmesi*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Mouly, Jean (2012) "Büyük Dairenin 12 Kasım 2008 Tarihli Demir ve Baykara C/Türkiye Kararı Sosyal Hakların Genişletilmesinde İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi", İbrahim Kaboğlu (der.) *Anayasal Sosyal Haklar* içinde.

Mowbray, Alastair (2007) *Cases and Materials on the European Convention on Human Rights*, New York: Oxford University Press.

Mowbray, Alastair (2004) *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford: Hart Publishing.

OHCHR (2012) *Human Rights Indicators-A Guide to Measurement and Implementation*, New York and Geneva: United Nations.

Palmer, Ellie (2007) *Judicial Review, Socio-Economic Rights and the Human Rights Act*, Portland: Hart Publishing.

Roagna, Ivana (2012) *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması*, Strasbourg: Avrupa Konseyi Yayını (çev. Ayşe Gül Alkış Schaling).

San Jose, Daniel Garcia (2005) *Environmental Protection and the European Convention on Human Rights*, Strasbourg: Council of Europe Publishing.

Toebes, Brigit (2001) "The Right to Health", Asbjorn Eide, Catarina Krause, Allan Rosas (der.) *Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook* içinde, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers.

Yücel Dericiler, Özge (2012a) "Sosyal Haklara İlişkin Devlet Yükümlülükleri ve Devletin Değişen İşlevi", *HİSA Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, (23).

Yücel Dericiler, Özge (2012b) "Ceninin Yaşam Hakkı", *Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar VI Sempozyumu*, Yayımlanmamış Tebliğ, İstanbul Üniversitesi Kültür ve Kongre Merkezi ve Hukuk Fakültesi, 26-29 Kasım 2012.

Yücel Dericiler, Özge (2011) "Social Responsibility and Health, and Obligations of the State: a Legal Framework", *Universal Declaration on Bioethics and Human Rights: Social Responsibility and Health*, İstanbul: Bioethics Committee, Turkish National Commission for UNESCO (<http://unesco.org.tr/dokumanlar/komiteler/bio/bio.pdf>, Erişim Tarihi: 18.07.2014).