

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**ULUSLARARASI HUKUKTA
SOSYAL HAKLARIN DAVA EDİLEBİLİRLİĞİ BAĞLAMINDA
SAĞLIK HAKKI**

Doktora Tezi

Nurten YAYLACI

Ankara, 2021

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**ULUSLARARASI HUKUKTA
SOSYAL HAKLARIN DAVA EDİLEBİLİRLİĞİ BAĞLAMINDA
SAĞLIK HAKKI**

Doktora Tezi

Nurten YAYLACI

**Tez Danışmanı
Doç. Dr. Bülent ALGAN**

Ankara, 2021

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**ULUSLARARASI HUKUKTA
SOSYAL HAKLARIN DAVA EDİLEBİLİRLİĞİ BAĞLAMINDA
SAĞLIK HAKKI**

DOKTORA TEZİ

Tez Danışmanı

Doç. Dr. Bülent ALGAN

TEZ JÜRİSİ ÜYELERİ

Adı Soyadı

İmzası

1- Prof. Dr. Abdurrahman SAYGILI

2- Doç. Dr. Bülent ALGAN

3- Doç. Dr. Hamdi Gökçe ZABUNOĞLU

4- Doç. Dr. Burçak YILDIZ

5- Dr. Öğr. Üyesi Ali Ersoy KONTACI

Tez Savunması Tarihi

11/06/2021

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü'ne

Doç. Dr. Bülent ALGAN danışmanlığında hazırladığım “Uluslararası Hukukta Sosyal Hakların Dava Edilebilirliği Bağlamında Sağlık Hakkı (Ankara, 2021)” adlı doktora tezimdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu, başka kaynaklardan aldığım bilgileri metinde ve kaynakçada eksiksiz olarak gösterdiğimi, çalışma sürecinde bilimsel araştırma ve etik kurallarına uygun olarak davrandığımı ve aksinin ortaya çıkması durumunda her türlü yasal sonucu kabul edeceğimi beyan ederim.

Nurten YAYLACI

Tarih: 11/06/2021

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	i
KISALTMALAR.....	vi
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

SOSYAL HAKLARIN NİTELİĞİ VE DAVA EDİLEBİLİRLİĞİ

I. SOSYAL HAKLARIN NİTELİĞİ.....	9
A. Sosyal Haklar: Kavram ve Tanım	9
B. Sosyal Hakların İnsan Hakları Kataloğundaki Yeri	12
1. “İnsan Hakları” Fikri ve Birinci Kuşak Haklar	13
2. İkinci Kuşak Hakların Ortaya Çıkışı	22
C. İnsan Haklarına İlişkin Belli Başlı Sınıflandırmalar ve Sosyal Haklar	26
1. Klasik İnsan Hakları Tasnifi ve Sosyal Haklar	28
2. Bireysel Haklar-Kolektif Haklar Tasnifi ve Sosyal Haklar	30
3. Konularına Göre İnsan Hakları Ayrımı ve Sosyal Haklar	31
4. Kuşaklara Göre Yapılan Ayrım ve Sosyal Haklar	32
5. Kuçuradi’nin “İnsan Hakları” Tasnifi ve Sosyal Haklar	34
D. İnsan Onuru ve Sosyal Haklar	36
E. Evrensellik - Kültürel Görelilik Tartışması ve Sosyal Haklar	41
II. SOSYAL HAKLARIN DAVA EDİLEBİLİRLİĞİ	44
A. Genel Olarak	44
B. Dava Edilebilirlik Kavramı	45
C. Sosyal Hakların Dava Edilemezliğini İleri Süren Temel Tezler	47
1. Negatif Haklar – Pozitif Haklar Ayrımı Bağlamında Dava Edilebilirlik	48
2. Hakların Maliyet Boyutu Bağlamında Dava Edilebilirlik	53
3. Hakların Derhal-Aşamalı Gerçekleştirilmesi Bağlamında Dava Edilebilirlik	55
4. Hakların Muğlak - Açık Olmaları Bağlamında Dava Edilebilirlik	56
5. Hakların İdeolojik-Politik Oluşu Bağlamında Dava Edilebilirlik	58
6. Kuvvetler Ayrılığı ve Demokratik Meşruluk Bağlamında Dava Edilebilirlik	59
D. Sosyal Hakların Dava Edilebilirliğini Güçlendiren Temel Araçlar	64

1. İnsan Haklarının Bütünlüğü, Bölünmezliği ve Karşılıklı Bağımlılığı İlkesi	64
2. Devletin Yükümlülüklerine İlişkin Üçlü Tipoloji	68
3. Sosyal Hakların Yorumu: Yargıcın Hukuk Yaratması ve “Dolaylı Koruma”	71
4. Sosyal Hakların Özü: Derhal Uygulama İlkesi ve Asgari Çekirdek Yükümlülükler.....	80
III. SOSYAL HAKLARIN DAVA EDİLEBİLİRLİĞİ BAĞLAMINDA	
ULUSAL VE ULUSLARARASI DENETİM ARAÇLARI.....	85
A. Genel Olarak	85
1. Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Yoluyla Dava Edilebilirlik	88
2. Genel Yargısal Merciler Eliyle Dava Edilebilirlik	89
B. Uluslararası Düzeyde Denetim Usulleri.....	91
1. Periyodik Rapor Verme Sistemi.....	93
2. Evrensel Periyodik Gözden Geçirme Usulü.....	97
3. Bireysel Başvuru Yolu ve Diğer Başvuru/Şikâyet Sistemleri.....	99
a. BM Sisteminde Bireysel Başvuru Usulü	100
b. Avrupa Sosyal Şartı’nda Toplu Şikâyet Usulü.....	109
c. ILO Sistemine Özgü Şikâyet Usulü.....	110
d. Amerikalılar-arası İnsan Hakları Sisteminde Bireysel Başvuru Usulü	112
e. Afrika Birliği Örgütünde Bireysel Başvuru Usulü	112
4. Birinci Kuşak Haklara Özgülenen Bireysel Başvuru Sistemlerinin Sosyal Hakların Dava Edilebilirliğine Katkısı	113
a. İnsan Hakları Komitesi’nin Sosyal Haklar Yorumu.....	113
b. AİHS Kapsamında Sosyal Hakların Korunması	118
c. Ame.İHS Kapsamında Sosyal Hakların Korunması.....	122
IV. DEĞERLENDİRME	124

İKİNCİ BÖLÜM

DAVA EDİLEBİLİRLİK EKSENİNDE ULUSLARARASI HUKUKTA

SAĞLIK HAKKI

I. KAVRAMSAL OLARAK SAĞLIK VE SAĞLIK HAKKI.....	128
A. Sağlık Kavramı.....	128
B. Sağlık Hakkı: Tanım ve Teorik Tartışmalar.....	133
C. Sağlık Hakkının Konusu ve Kapsamı	152

D. Sağlık Hakkının Özneleri	155
1. Genel Özne: Herkes	156
2. Spesifik Özneler: Dezavantajlı Gruplar	157
II. ULUSLARARASI HUKUKTA SAĞLIK HAKKININ HUKUKÎ	
TEMELLERİ	163
A. Genel Olarak	163
B. BM Sisteminde Sağlık Hakkı	164
1. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinde Sağlık Hakkı	165
2. Dünya Sağlık Örgütü Anayasası	166
3. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi	171
a. Sağlık Hakkı: 14 Nolu Genel Yorum	173
b. Cinsel Sağlık ve Üreme Sağlığı Hakkı: 22 Nolu Genel Yorum	178
c. ESKHS Hükümlerinin İç Hukukta Uygulanması: 9 Nolu Genel	
Yorum	185
4. Diğer BM İnsan Hakları Belgelerinde Sağlık Hakkı	188
a. Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi	188
b. CEDAW	189
c. Çocuk Hakları Sözleşmesi	196
d. Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Üyelerinin Haklarının Korunmasına	
Dair Uluslararası Sözleşme	199
e. Engelli Kişilerin Hakları Sözleşmesi	200
f. Yerli Halkların Hakları Birleşmiş Milletler Bildirisi	201
C. Bölgesel Düzlemde Üretilen Belgelerde Sağlık Hakkı	202
1. Avrupa Konseyi Belgelerinde Sağlık Hakkı	202
a. Avrupa Sosyal Şartı	203
b. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi	207
c. İstanbul Sözleşmesi	212
d. AİHM İçtihadında Sağlık Hakkının Dolaylı Korunması	215
aa. Sağlık Hakkı ve Yaşama Hakkı (2. madde)	218
i. Yetersiz Sağlık Hizmeti Sunumu	220
ii. Sağlık Giderlerinin Tamamının Devletçe Karşılanmaması	222
iii. Sağlık Çalışanlarının Kusurlarından Kaynaklanan Ölümmler	227
iv. Özel Sağlık Kuruluşlarının Yetersizliği Sebebiyle Devletin	
Sorumluluğu	228
v. Acil Sağlık Hizmetlerine Erişememe	229

ab. Sağlık Hakkı ve İşkence, İnsanlıkdışı Muamele Yasağı (3. madde) ..	237
i. Tutuklu ve Hükümlülere Gerekli Tıbbî Yardımın Yapılmaması	238
ii. Salıvermeyi Gerektiren Sağlık Sorunlarına Rağmen Alıkoymalar	240
iii. Açlık Grevindeki Mahpusları Zorla Besleme	241
iv. Yaşamın Riske Atıldığı Sınırdışı Edilmeler	243
ac. Sağlık Hakkı ve Özel Hayatın Korunması Hakkı (8. madde).....	245
i. Sağlık Hizmetleri Nedeniyle Vücut Bütünlüğünün İhlâl Edilmesi	246
ii. Çevre ile İlgili Sorunlar	248
iii. Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması ve Mahremiyet İhlâlleri	253
iv. Üreme Sağlığı Hizmetleri ve Kürtaj Uygulamaları.....	257
v. Kişinin Açık Rızasına Dayanmayan Tıbbî Müdahaleler	262
2. Amerikan Devletleri Örgütü Belgelerinde Sağlık Hakkı	266
3. Afrika Birliği Belgelerinde Sağlık Hakkı	275
III. DEĞERLENDİRME.....	279

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

DEVLETİN SAĞLIK HAKKINA İLİŞKİN GENEL VE ÖZEL YÜKÜMLÜLÜKLERİ

I. DEVLETİN SAĞLIK HAKKINA İLİŞKİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ	289
A. Genel Olarak	289
B. Karşılaştırmalı Hukukta Sağlık Hakkına İlişkin Eğilimler	290
C. Devletin Sağlık Hakkına İlişkin Genel Yükümlülükleri	294
1. En Üst Düzeyde Ulaşılabilir Sağlık Standardı Sağlama.....	295
2. Mevcut Kaynakların Azami Ölçüde Kullanılması Yükümlülüğü	296
3. Aşamalı Gerçekleştirme Yükümlülüğü	298
4. Adım Atma Yükümlülüğü	299
5. Asgari Çekirdek Yükümlülüğü Kavramı.....	301
6. Uluslararası Yardım ve İşbirliği Yükümlülüğü	311
D. Üçlü Yükümlülük Tipolojileri Çerçevesinde Sağlık Hakkı	314
1. Saygı Gösterme Yükümlülüğü	315
a. Sağlık Hizmetlerine Erişimi Engellemek	315
b. Ayrımcı Uygulamalardan Kaçınmak.....	317
c. Kadınlara Yönelik Ayrımcı Uygulamalardan Kaçınmak	321
d. Geleneksel Tıbbî Uygulamaları Yasaklamamak	323
e. Güvensiz İlaçların Piyasaya Arzını Yasaklamak.....	324

f. Yasal İstisnalar Hariç Zorla Tedavi Yöntemleri Uygulamamak.....	324
g. Üreme Sağlığı Hizmetlerine Erişimi Engellemek	328
h. Sağlık Eğitimi ve Bilgisine Sansür Uygulamamak	329
1. Sağlık ile İlgili Konularda Katılımcılığı Engellemek.....	330
i. Çevreyi Kirletmekten ve İnsan Sağlığına Zararlı Nükleer, Biyolojik ve Kimyasal Deneme ve Silah Kullanımından Kaçınmak.....	332
j. Bir Cezalandırma Aracı Olarak Sağlık Hizmetlerine Erişimi Engellemek.....	333
2. Koruma Yükümlülüğü.....	335
a. Üçüncü Kişilerce Sunulan Sağlık Hizmetlerine Herkesin Erişimini Sağlayacak Tedbirleri Almak.....	336
b. Özelleştirmeler Nedeniyle Sağlık Hizmetlerinin Olumsuz Etkilenmemesi İçin Gerekli Önlemleri Almak	337
c. İlaç ve Tıbbî Cihazların Piyasaya Arzını Denetlemek	339
d. Nitelikli Sağlık Personeli Yetiştirilmesini Sağlamak.....	344
e. Sağlığa Zararlı Geleneksel Uygulamaları Kaldırmak.....	345
f. Toplumun Risk Altındaki Kesimlerini Koruyacak Tedbirleri Almak	352
3. Yerine Getirme Yükümlülüğü.....	358
a. İç Hukuk Sisteminde Sağlık Hakkına Gereken Önemi Vermek	358
b. Temel Sağlık Göstergelerine Erişimi Güvence Altına Almak	362
aa. Temel Sağlık Hakkına İlişkin Yükümlülükler	362
ab. Yaşamaya Elverişli Konut Hakkına İlişkin Yükümlülükler	367
ac. Yeterli Beslenme Hakkına İlişkin Yükümlülükler.....	370
ad. Güvenli ve Yeterli Su Hakkına İlişkin Yükümlülükler	374
c. Cinsel Sağlık ve Üreme Sağlığı Hizmetlerine Erişimi Sağlamak	377
d. Bilgilendirme Kampanyaları Düzenlemek	386
e. Ülke Geneline Sağlık Kurumlarını ve Personelini Yaygınlaştırmak.....	387
f. Bedeli Herkesçe Ödenebilir Sigorta Sistemi Kurmak.....	389
g. Her Türlü Çevresel Kirletmeyle Mücadele Etmek	391
h. İş Sağlığı ve Güvenliğini Sağlamak	395
II. DEĞERLENDİRME	397
SONUÇ	401
KAYNAKÇA.....	406
ÖZET	442
ABSTRACT	443

KISALTMALAR

Af.İHHK	: Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu
Af.İHHM	: Afrika İnsan ve Halkların Hakları Mahkemesi
Af.İHHŞ	: Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı
Ame.İHK	: Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu
Ame.İHM	: Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi
Ame.İHS	: Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sözleşmesi
AİHK	: Avrupa İnsan Hakları Komisyonu
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
ASS	: Avrupa Sosyal Şartı
ASHK	: Avrupa Sosyal Haklar Komitesi
AÜHF	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Bkz.	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
C.	: Cilt
CEDAW	: Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women)
CESCR	: Committee on Economic, Social and Cultural Rights
CO CRC	: Concluding Observations of the Committee on the Rights of the Child
CO ESC	: Concluding Observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights
ÇHK	: Çocuk Hakları Komitesi
ÇHS	: Çocuk Hakları Sözleşmesi
DB	: Dünya Bankası
DTÖ	: Dünya Ticaret Örgütü
DSÖ	: Dünya Sağlık Örgütü
ECHR	: European Court of Human Rights

Ed.	: Editör
EPGG	: Evrensel Periyodik Gözden Geçirme
ESKHK	: Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi
ESKHS	: Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi
ESKHS/EP	: Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesine Ek İhtiyarî Protokol
GG-ASS	: Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı
GSYİH	: Gayri Safi Yurtiçi Hâsıla
GY	: Genel Yorum
ILO	: Uluslararası Çalışma Örgütü (International Labour Organization)
İHEB	: İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi
İHK	: İnsan Hakları Komitesi
İHKom.	: İnsan Hakları Komisyonu
İHKon.	: İnsan Hakları Konseyi
MSHS	: Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi
OECD	: Organization for Economic Co-operation and Development
para	: paragraf
paras	: paragraflar
SSP	: San Salvador Protokolü (Amerika İnsan Hakları Sözleşmesine Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Alanında Ek Protokol)
STK	: sivil toplum kuruluşu
s.	: sayfa
ss.	: sayfa aralığı
UN	: United Nations
UN Doc	: United Nations Documents
vd.	: ve diğerleri
Vol.	: volume
WHO	: World Health Organization

GİRİŞ

Son yıllarda sağlık hakkının politik, sosyal, kurumsal, hukukî, tıbbî ve akademik görünürlüğünün hayli arttığı söylenebilir. Herşeyden önce buna zemin hazırlayan politik iklim, Soğuk Savaşın sona ermesi ve 1993 yılında uluslararası toplumun Viyana Dünya İnsan Hakları Konferansı'nda bir araya gelerek, klasik haklar ile ekonomik, sosyal ve kültürel hakların bütünlüğü, karşılıklı bağımlılığı ve bölünmezliği ilkesini kabul etmesiyle başlayan süreçtir. Nitekim, 90'lı yılların sonunda İkiz Sözleşmelerin sosyal haklar kanadında ESKHK sağlık hakkına ilişkin 14 nolu Genel Yorumunu hazırlarken,¹ klasik hak ve özgürlükler kanadında İHK, sağlık hakkını geliştirmek ve korumak için gerekli önlemlerin karşılıklı işbirliği içinde alınması amacıyla 2002 yılında ilk kez sağlık hakkı özel raportörünü atamıştır.² Uluslararası insan hakları organları nezdinde yaşanan bu pozitif gelişmelere koşut olarak, akademisyenler ve uygulayıcılar sağlık ve insan hakları arasındaki bağları keşfetmeye; sivil toplum sağlık hakkı savunuculuğuna yönelmeye; üniversiteler müfredatlarına sağlık ve insan hakları dersleri eklemeye; uluslararası insan hakları denetim organları sağlık hakkını dolaylı ya da doğrudan koruyan içtihatlar vermeye; Güney Afrika, Hindistan ve Kolombiya gibi ülkelerde ulusal yüksek mahkemeler temel ilaçlara ve acil tıbbî tedaviye erişimi güvence altına alan içtihatlarla imza atmaya başlamışlardır. Böylelikle, uluslararası düzlemde ilk kez 1946 yılında DSÖ Anayasası'nda ve 1948 yılında İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde tanınmasının ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nde 1966 yılında normatifleşmesinin ardından uzunca bir süre büyük ölçüde sessiz kalan sağlık hakkı

¹ CESCR, **General Comment No 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health**, UN Doc E/C/12/2000/4, 11.08.2000 (Bundan sonra "14 Nolu Genel Yorum" olarak anılacaktır).

² Commission on Human Rights, **The Right of Everyone to the Highest Attainable Standard of Health**, Res 2002/31, UN Doc E/CN.4/RES/2002/31, 22.04.2002, para 5.

tartışmaları, *inter alia*, insan hakları teorisi ile yargılama ve savunuculuk pratiğinde öne çıkmaya başlamıştır.³

Uluslararası öğretilerde, sağlık hakkının katettiği mesafeyi iyimser ve coşkulu bir bakış açısıyla savunan yazarlar olduğu gibi,⁴ elde edilen tüm ilerlemelere karşın, dava edilebilirlik de dahil sağlık hakkının dünya genelinde merkezî bir konum kazandığının pek söylenemeyeceğini savunan daha ihtiyatlı teorisyenler de vardır.⁵ Yine kimi yazarlar, dava edilebilirlik ve aktivist yargısal tutumları sayesinde Latin Amerika ve Hindistan başta olmak üzere bazı ülkelerdeki yargı organlarının, ülkelerinin sağlık sistemlerine olumlu etki yaptığını yani dava edilebilirliğin dönüştürücü etkisinin olduğunu savunurken,⁶ kimi yazarlar özellikle Latin Amerika'daki sağlık hakkı yargılamalarından yola çıkarak sağlık hakkının dava edilebilirliğinin artmasının ve yargısal aktivizmin sadece bu yola erişebilen orta sınıflar için anlamlı olduğunu, oysa toplumun en yoksul kesimlerinin hak arama yollarına erişimlerinin çok düşük kaldığını

³ John TOBIN, *The Right to Health in International Law*, Oxford University Press, Reprinted 2013, s.1-2.

⁴ Harrington ve Stuttaford'a göre, bir insan hakkı olan sağlık hakkı, dünya çapında siyasi tartışmaların ve sosyal politikanın merkezine taşınmıştır. Sözgelimi sivil toplum örgütleri, bu hakkı ulusal ve küresel düzeydeki sağlık adaleti kampanyalarının merkezine koymuş; BM ve bölgesel insan hakları organlarının yanı sıra ulusal mahkemeler sağlık hakkına daha çok önem vermeye başlamış; yasama organları yaygınlıkla ulusal anayasalarda sağlık hakkını tanımıştır. John HARRINGTON and Maria STUTTAFORD, "Introduction", *Global Health and Human Rights*, (Eds.) John Harrington and Maria Stuttaford, Routledge, 2010, s. 1.

⁵ Tobin, 2013, s. 3; Paul Hunt ise, özellikle üçlü yükümlülük tipolojisinin kabul edilmesiyle sağlık ve insan haklarıyla ilgili literatürün genişlediğini ve sağlık hakkı konusundaki anlayışımızın derinleştiğini belirtmektedir. Bkz. Paul HUNT, *Reclaiming Social Rights: International and Comparative Perspectives*, Great Britain, Darmouth, 1996, s. 146.

⁶ Kolombiya örneği için bkz. Aquiles Ignacio ARRIETA-GÓMEZ, "Realizing the Fundamental Right to Health through Litigation: The Colombian Case", *Health and Human Rights Journal*, Vol. 20, No. 1, (ss. 133-145), June 2018, <https://www.hhrjournal.org/2018/06/realizing-the-fundamental-right-to-health-through-litigation-the-colombian-case/> (Erişim Tarihi: 10 Ocak 2020); Brezilya'da mahkeme kararlarının halk sağlığı ve sanitasyon sorunlarının siyasi bir öncelik hâline gelmesine yardımcı olabileceğine dair verileri ortaya koyan bir çalışma için bkz. Ana Paula DE BARCELLOS, "Sanitation Rights, Public Law Litigation, and Inequality: A Case Study from Brazil", *Health and Human Rights Journal*, Vol. 16, No. 2, (ss. 35-46), December 2014, s. 42-43. <https://cdn1.sph.harvard.edu/wp-content/uploads/sites/2469/2014/12/Norheim-final.pdf> (Erişim Tarihi: 10 Ocak 2020); yine bkz. Danielle Da Costa Leite BORGES, "Individual Health Care Litigation in Brazil through a Different Lens: Strengthening Health Technology Assessment and New Models of Health Care Governance", *Health and Human Rights Journal*, Vol. 20, No. 1, (ss. 147-162), June 2018, s. 157-159. <https://cdn1.sph.harvard.edu/wp-content/uploads/sites/2469/2018/06/Borges.pdf> (Erişim Tarihi: 13 Ocak 2020); Hindistan örneği bakımından bkz. Carolijn TERWINDT, "Health Rights Litigation Pushes for Accountability in Clinical Trials in India", *Health and Human Rights Journal*, Vol. 16, No. 2, (ss. 84-95), December 2014. <https://cdn1.sph.harvard.edu/wp-content/uploads/sites/2469/2014/12/Terwindt-final1.pdf> (Erişim Tarihi: 15 Ocak 2020).

belirterek sözü edilen görüşe eleştirel yaklaşmakta ve mevcut hak temelli yaklaşımdan daha dönüştürücü bir sağlık hakkı savunuculuğu önermektedirler.⁷

Sağlık hakkı bakımından katedilen görece olumlu mesafe ve ayrıca ulusal anayasaların pek çoğunda sağlık hakkının bir temel insan hakkı olarak tanınmış olması⁸ hakkın etkili bir şekilde korunması için belli ölçüye kadar iyimser olmaya imkân vermekle birlikte, 1970’lerin sonundan itibaren refah devletinin krizine yanıt olarak ortaya çıkan küresel neoliberalizm rüzgârıyla devletin küçültülmesi, özelleştirmeler yoluyla sosyal devletin aşındırılması ve bu ilkenin temel gerçekleştirme aracı olan sosyal hakların geriletilmesi gibi neoliberal devlet politikaları dünya çapında derinleşen eşitsizlikler ve sosyal krizler yaratmıştır. Bu gelişmeler, özünde herkesin insan onuruna yaraşır bir yaşam sürdürmesini güvence altına alan sosyal hakların önemini bir kez daha ortaya koymuş ve bu alana ilgiyi artırmıştır. Aynı nedenler, bir sosyal hak olan sağlık hakkının da *hak temelli* bir bakış açısıyla korunması için daha güçlü ve etkili tedbirlerin neler olabileceği üzerinde daha kapsamlı düşünmeyi zorunlu hâle getirmiştir.

Neoliberal yaklaşımın sağlık hakkına bakışı ile insan hakları temelli yaklaşımın sağlık hakkını ele alışı arasında temelde normatif bir uyumsuzluk vardır. Çünkü, hak temelli yaklaşım nüfusun geneline fayda sağlamak üzere sağlık hizmetlerini, olanaklarını ve mallarını “sosyal veya kamusal hizmet ve mallar” olarak gören bir hak anlayışına dayanmakta iken, neoliberal yaklaşım bunların mevcudiyetini,

⁷ Daniel M. BRINKS and Varun GAURI, “A New Policy Landscape: Legalizing Social and Economic Rights in the Developing World,” **Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World**, (Eds.) Varun Gauri and Daniel M. Brinks, Cambridge: Cambridge University Press, (ss. 303-337), 2008; Daniel M. BRINKS, Varun GAURI, “The Law’s Majestic Equality? The Distributive Impact of Judicializing Social and Economic Rights,” **Perspectives on Politics** 12, No. 2, ss. 375-393, June 2014; Amy KAPCZYNSKI, “Access to Medicines in a Neoliberal Age”, **Humanity Journal**, Issue 10 (1), (ss. 79-107), 2019. <http://humanityjournal.org/issue10-1/the-right-to-medicines-in-an-age-of-neoliberalism/> (Erişim Tarihi: 6 Haziran 2020); Alicia Aly YAMIN, “Struggles For Human Rights in Health in An Age Of Neoliberalism: From Civil Disobediences to Epistemic Disobediences”, **Journal of Human Rights Practice**, 11, (ss. 357-372), 2019.

⁸ 2004 tarihli çalışmada dünya anayasalarının % 67,5’inde sağlık hakkını düzenleyen anayasal norm olduğu ve bu anayasaların hemen hepsinde, evrensel nitelikte sağlık hakkına ve sağlık hizmetlerine ilişkin düzenleme öngörüldüğü belirtilmektedir. Bkz. Eleanor D. KINNEY and Brian Alexander CLARK, “Provisions for Health and Health Care in the Constitutions of the Countries of the World”, **Cornell International Law Journal**, Vol. 37, Issue 2, 2004, Article 2, (ss. 285-355), s. 291.

erişilebilirliğini, fiyatlandırılmasını ve dağıtımını diğer tüketim malları gibi tamamen piyasaya bırakılması gereken bir meta olarak görme eğilimindedir.⁹ Dolayısıyla, diğer sosyal haklarda olduğu gibi, sağlık hakkının dava edilebilirliğinin lehinde ve aleyhinde ileri sürülen tezler esas itibarıyla bu dikotomi üzerinde yükselmektedir. Çalışmada, her iki yaklaşımı temsil eden görüşler dava edilebilirlik-edilemezlik ekseninde ayrıntılı bir şekilde ortaya konulmakla birlikte, tezin temel savunusu “sağlık hakkının dava edilebilir olduğu” yaklaşımı üzerinden ilerlemektedir.

Bu çalışma, uluslararası hukukta sağlık hakkının genel normatif içeriğini, durumunu ve bu alanda devletin yükümlülüklerini incelemektedir. Bu çerçevede, öncelikle sosyal hakların dava edilemezliğine yönelik tezler ortaya konulduktan ve bunları aşmaya yönelik ilke, yöntem ve araçlar belirlendikten sonra şu üç temel soruya yanıt aranmaktadır: (i) Sağlık hakkı uluslararası hukukta hangi düzeyde güvence altına alınmaktadır ve uluslararası-bölgesel insan hakları denetim-izleme organlarının sağlık hakkına yaklaşımı ne yöndedir? (ii) Sağlık hakkı devletlere hangi yükümlülükleri getirmektedir? (iii) Uluslararası hukukta ve anayasalarda sağlık hakkının tanınmış olması herkesin sağlık hakkından evrensel düzeyde ve eşit şekilde yararlanması için yeterli olmadığından ve dünya genelinde sağlık hakkı sorunları ve ihlalleri devam ettiğinden, dava edilebilirlik bu sorunun çözümünde kilit bir kavram olarak dönüştürücü etki yapabilir mi?

Çalışmanın amacı, dava edilebilirliğe odaklanmak suretiyle, uluslararası ve bölgesel insan hakları denetim-izleme organlarının sağlık hakkını koruyan içtihatlarına ve yargısal aktivizm benimseyen karşılaştırmalı hukuktan örneklerle işaret ederek, hem

⁹ Audrey R. CHAPMAN, **Global Health, Human Rights and the Challenge of Neoliberal Policies**, New York: Cambridge University Press, 2016, s. 85; nitekim Hunt da, sağlık hakkının hak temelli yaklaşımın merkezine açıkça yerleştirilmesini ve ESKHS'nin “yoksulluğu azaltmak ve ortadan kaldırmak” yolundaki amacı da gözetilerek, yoksulluk içinde yaşayanların sağlık hakkına ilişkin tartışmaların da buna dahil edilmesini, böylelikle sağlık hakkının uluslararası insan hakları hukuku ve kamu hukuku temelinde yorumlanmasını önermektedir. Bkz. Paul HUNT, “Interpreting the International Right to Health in a Human Rights-Based Approach to Health”, **Health and Human Rights Journal**, Vol. 18, No. 2, (ss. 109-130), December 2016, s. 122-123. <https://cdn1.sph.harvard.edu/wp-content/uploads/sites/2469/2016/12/Hunt-final-1.pdf> (Erişim Tarihi: 5 Ocak 2020).

aksi tezleri çürütüp sağlık hakkının dava edilebilir bir sosyal hak olduğunu göstermek ve hem de sağlık hakkının layıkıyla korunması ve etkili olarak güvence altına alınabilmesi için dava edilebilirliğin (yargısal korumanın) anahtar kavram olduğunu ortaya koymaktır.

İşaret edilen temel sorular ekseninde çalışma üç ana bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, sosyal haklar kavramı açıklanarak, bu hak kategorisinin insan hakları kataloğundaki yeri ortaya konulmuştur. Ardından, insan haklarına ilişkin belli başlı sınıflandırmalar sosyal haklar bağlamında irdelenmiştir. Bu bölümde, sosyal hakların dava edilebilir olmadığına dair temel tezler eleştirel bir bakış açısıyla ele alınarak çürütülmeye çalışılmış ve dava edilebilirliği güçlendiren temel araçlar olarak hakların bütünlüğü ilkesi, devletin yükümlülüklerine ilişkin üçlü yükümlülük tipolojisi, sosyal hakları dava edilebilir kılmaya yönelik yorum yöntemleri, asgari çekirdek yükümlülükler kavramı irdelenmiştir. Sosyal hakların dava edilebilirliği bağlamında uluslararası denetim araçları olarak sağlık hakkı ihlallerini irdeleyen “bireysel başvuru (şikâyet) yolu” ve ayrıca “periyodik rapor verme sistemi” çalışmanın nirengi noktasını oluşturmaktadır. Kuşkusuz, periyodik rapor sistemi klasik anlamda yargısal bir değerlendirmeye karşılık gelmese de, bu çalışma bağlamında uluslararası denetim-izleme organlarının dünya genelinde sağlık hakkına ilişkin öncelikli sorunlara ve buna dair çözümlere ilişkin geliştirdiği standartları bütüncül bir bakışla resmedebilmek ve bu yolla sağlık hakkının normatif içeriğine ilişkin ipuçları elde edebilmek bakımından son derece değerlidir. Ulusal düzeyde yargısal koruma bakımından ise, değişik ülkelerde değişik adlarla düzenlenmekle birlikte, esas itibarıyla sağlık hakkı ihlallerini denetleyen iç hukuk yolları ele alınmış, örnek içtihatlar da ağırlıklı olarak bu alandan tercih edilmiştir.

Çalışmanın ikinci bölümü uluslararası hukukta sağlık hakkına ayrılmıştır. Bu bağlamda öncelikle sağlık ve sağlık hakkı kavramlarının niteliği üzerindeki teorik

tartışmalar dava edilebilirlik ekseninde ortaya konulmuştur. Bu kapsamda, teorik yelpazade kuşkusuz pek çok yaklaşıma yer verilebilir ise de, çalışmanın odaklandığı çerçeve içerisinde kalınarak, sağlık hakkını reddeden ve hatta bir insan hakkı olmadığını iddia eden klasik liberal ve neoliberal yaklaşımlara yer verilmiştir. Akabinde sözkonusu bakış açısını çürütmeye elverişli olduğunu düşündüğümüz, “insan onuru” kavramını önceleyen *hak temelli* yaklaşımlar ile sosyal adalet/dağıtıcı adalet ilkesini esas alan temel yaklaşımlar üzerinden sağlık hakkına ilişkin kaynak dağıtımının yeniden yapılabileceği savunulmuştur. Sözü edilen teorik tartışmanın ardından, uluslararası insan hakları sözleşmelerinde ve pek çok ülke anayasasında temel bir insan hakkı olarak normatifleşen sağlık hakkının konusu, kapsamı ve öznelere ayrıntılı olarak irdelenmiş; uluslararası insan hakları sözleşmelerinde sağlık hakkının hangi düzeyde güvence altına alındığı ortaya konulduktan sonra uluslararası-bölgesel insan hakları denetim-izleme organlarının içtihatlarında sağlık hakkına yönelik yaklaşımları değerlendirilmiştir.

Çalışmanın üçüncü bölümünün odak noktası ESKHS’de benimsenen sağlık hakkı formülasyonu olmuştur. Bu çerçevede devletlere sağlık hakkına ilişkin olarak yüklenen genel yükümlülükler analiz edilmiş; ardından üçlü yükümlülük tipolojisine göre devletlere yüklenen saygı gösterme, koruma ve yerine getirme ödevleri çerçevesinde sağlık hakkına içkin ödevler somutlaştırılmış ve hakkın normatif içeriğinin belirlenmesine çalışılmıştır. Bu somutlaştırmada uluslararası hukukta sağlık hakkına ilişkin en kapsayıcı bakış açısını ortaya koyan 14 ve 22 nolu Genel Yorumlar yol alabilmeye imkân sağlamış; ESKHK’nin -bununla sınırlı olmamakla birlikte- ağırlıklı olarak son beş yıldaki nihaî gözlem ve raporları dikkate alınarak, dünya genelinde odaklanılması gereken sağlık hakkı meselelerinin altı çizilmiş ve “olan” ile “olması gereken” arasındaki mesafe resmedilmeye çalışılmıştır. Bu bölümde, tezin temel iddiası olan dava edilebilirliğin sağlık hakkının gerçekleştirilmesine katkı sağlayıp sağlamadığını belirleyebilmek bakımından Hindistan ve etki ettiği diğer bazı Güney

Asya ülkeleri, Kolombiya başta olmak üzere kimi Latin Amerika ülkeleri ve Güney Afrika ile ışık tuttuğu diğer kimi Afrika ülkelerinin yüksek mahkeme kararları tercihen aktivist yargısal tutumları nedeniyle ele alınmış ve bu kararların sağlık hakkının genel normatif içeriğine ve asgari özüne ilişkin tartışmaları ileri taşıyıp taşıyamayacağı ve hakkın geliştirilmesine katkı sağlayıp sağlayamayacağı analiz edilmiştir.

Çalışmada; genel olarak “*literatür taraması*” metodu kullanılmış, bu çerçevede konuyla ilgili yerli ve yabancı literatür titizlikle derlenerek teorik analizi yapılmıştır. Uluslararası ve bölgesel insan hakları sözleşmelerinin sağlık hakkına ilişkin normları, atıfda bulunulan uluslararası ve bölgesel denetim-izleme organlarının yargısal ve yarı-yargısal içtihatları ile nihaî gözlemleri ve ayrıca sağlık hakkının dava edilebilirliğine katkı sağladığı düşünölen ulusal mahkeme kararları derlenerek sözkonusu norm ve içtihatların “*içerik analizi*” yapılmıştır.

Uluslararası insan hakları ve Türk hukuk öğretisinde, sosyal hakları dava edilebilirlik temelinde irdeleyen kapsamlı eserler mevcut olup bu çalışmada da yol gösterici metinler olmuşlardır. Keza, sağlık hakkını bir temel hak olarak kamu hukuku disiplinleri çerçevesinde analiz eden akademik literatür de genişlemektedir. Bununla birlikte, elinizdeki çalışmada spesifik olarak uluslararası hukukta “sağlık hakkının dava edilebilirliği” konusuna odaklanılmış ve ağırlıklı olarak BM Örgütü ve bunun yanında Avrupa, Amerika ve Afrika insan hakları denetim sistemlerinin sağlık hakkına olan yaklaşımı irdelenmiştir.

Kuşkusuz çalışmayı sınırlandırmak gerekmiş, bu çerçevede Avrupa Birliği ve DTÖ-TRIPS sistemi inceleme dışı bırakılmıştır. Uluslararası hukuk bakımından söylenilenler bu sistemin bir parçası olan Türkiye için de belli ölçüye kadar geçerli olmakla birlikte, bu çalışmada spesifik olarak Türkiye örneği inceleme konusu yapılmamıştır. BM sistemine ilişkin bireysel başvuru kararları ile nihaî gözlemler ve yıllık raporlara BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği’nin resmî internet veri

tabanından; AIHM kararlarına da aynı şekilde Mahkeme'nin resmî internet veri tabanından erişilmiş olup bunlar dışındaki kararların erişildiği kaynaklara ilgili dipnotlarda yer verilmiştir. Çalışmanın zorlukları olarak Güney Amerika'ya ilişkin bazı içtihatların İspanyolca, yine kimi AIHM içtihatlarının Fransızca olması gösterilebilir.

Uluslararası insan hakları hukukunda ve pek çok ülke anayasasında temel bir insan hakkı olarak düzenlenen sağlık hakkını “dava edilebilirlik” veçhesinden inceleyen ve kavramın normatif içeriğine anlam ve işlevsellik katan uluslararası insan hakları denetim organlarının içtihatlarını ve karşılaştırmalı hukuktan örnek kararları analiz edip değerlendiren bu çalışmanın sağlık hakkına ilgi duyan tüm akademisyenlere, yargıçlara ve hak savunucularına faydalı olması ümit edilmektedir.

BİRİNCİ BÖLÜM

SOSYAL HAKLARIN NİTELİĞİ VE DAVA EDİLEBİLİRLİĞİ

I. SOSYAL HAKLARIN NİTELİĞİ

A. Sosyal Haklar: Kavram ve Tanım

İnsan hakları öğretisinde, sosyal haklar kategorisinin kapsamı ve bütüncül bir tanımının yapılması konusunda konsensüs olmadığı gibi terminoloji açısından da yeknesaklık yoktur.¹⁰ Sosyal hakları, bu hakların dava edilebilirliği bakımından ele almadan önce, insan hakları öğretisinde sosyal haklar kavramının tanımı ve anlamı ile sınıflandırılması konusundaki argümanlara yer vermek ve ardından, sosyal hakların insan hakları içindeki yerini tespit etmek gerekir.

Tanör, Batı demokrasisi çerçevesinde sosyal hakları genel olarak sosyal eşitlik amacına yönelmiş haklar olarak tanımlamakta; bununla birlikte, sosyal eşitlik kavramından anlaşılması gerekenin, hukukun ya da sosyal hakların sosyal eşitliği sağlayabileceği fikri olmayıp burada kastedilenin, kapitalist toplumdaki eşitsizliklerin en aşırı yönlerinin törpülenmesi yönelimi olduğuna açıklık getirmektedir.¹¹ Yine, sosyal hakların tüketici bir listesini yapmanın zorluğunu ve hatta imkânsızlığını da vurgulamaktadır.¹²

¹⁰ Bülent ALGAN, *Ekonomik Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması*, Seçkin Yayınları, Ankara 2007, s. 25.

¹¹ Bülent TANÖR, *Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar*, May Yayınları, İstanbul 1978, s. 92-94; aynı yönde görüş için bkz. Z. Gönül BALKIR, *Türk Anayasa Yargısında Sosyal Hakların Korunması*, Kocaeli Üniversitesi Yayınları, Yayın No: 335, 2009, s. 7.

¹² Tanör, 1978, s. 96; Tanör, belli başlı sosyal haklar kataloğunu herhangi bir sistemleştirme amacı gütmeksizin şu şekilde belirler: Sağlık hakkı, sosyal ve tıbbî yardım görme hakkı, ailenin ve özellikle anne ve çocuğun korunmasıyla ilgili haklar, kimsesiz çocukların korunmasıyla ilgili haklar, sakat, yaşlı, hasta ve diğer incinebilir bireylerin korunmasıyla ilgili haklar, yeterli beslenme hakkı, konut hakkı, parasız öğrenim ve eğitim görme hakkı, çalışma hakkı, sendika kurma, sendikalara serbestçe girebilme ve sendikalardan serbestçe çıkabilme hakkı, grev ve toplu sözleşme hakkı, işyerinin yönetimine katılma

Gülmez, sosyal hakları “temelde ekonomik yönden güçsüz olanların korunmasını ve öncelikle özel olarak korunmaya gereksinmesi bulunan sosyal sınıflar, elverişsiz konumdaki kişi, grup ya da kesimleri ve toplumdan dışlanan kişiler için ekonomik ve sosyal adaleti ve eşitliği gerçekleştirmeyi amaçlayan haklar” olarak tanımlamakta ve bu hakları, sosyal devleti gerçekleştirmenin hukukî araçları olarak nitelemektedir.¹³

Savcı’ya göre sosyal haklar, “devlet tarafından kişiye, sosyal durumunu düzeltmek amacıyla tanınmış olan haklar”dır.¹⁴

Talas’a göre sosyal haklar geniş anlamda, devlet tarafından halkın yaşam düzeyini geliştirmek ve yükseltmek için alınması gereken önlemler bütünüdür. Dar anlamda ise, ekonomik yönden güçsüz olanların korunmasına ve geliştirilmesine yönelik olmak üzere, bilhassa işçilerin hak ve menfaatlerinin emek-sermaye ilişkisinde güç dengesi kurabilmesi amacıyla, devletçe üstlenilen ekonomik ve sosyal nitelikli önlemler bütünüdür.¹⁵

Algan ise, sosyal hakları “insan haklarının, bireyin bir topluluğun üyesi sıfatıyla ve topluluğun diğer üyeleriyle ilişkisi bağlamında sahip olduğu ve bireyin sosyal statüsü ile ilişkilendirilebilecek olan özel bir kısmı” olarak tanımlar. Bu tanımda bir yandan sosyal hakların, ekonomik hakların yanında ve fakat ince bir çizgiyle olsa da ondan ayrı belirlenmesi gereken haklar olduğuna işaret edilmekte, diğer yandan bu hak grubunun salt devletin pozitif edimleri ile gerçekleştirilebilecek olan haklar kategorisinde olduğu yolundaki genellemeye karşı çıkılmaktadır. Gerçekten de, sosyal hakların her durumda

hakkı, çalışma koşullarıyla ilgili haklar, düşünsel emeğin korunmasıyla ilgili haklar, kültürel hayata katılabilme hakkı, kamu giderlerine malî gücü oranında katılma hakkı, adlî yardım talep hakkı. Bkz. Tanör, 1978, s. 101-102.

¹³ Mesut GÜLMEZ, “İnsan Hakları Olarak Sosyal Haklar ve Sosyal Haksızlıklar”, **Uluslararası Sosyal Haklar Sempozyumu Bildiriler Kitabı**, Belediye İş Sendikası Yayınları, Ankara 2009, s. 10.

¹⁴ Bahri SAVCI, **İnsan Hakları (Kanunilik Yolu İle Korunması)**, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik, Ankara 1953, s. 38-39.

¹⁵ Cahit TALAS, “Sosyal Haklar ve Türk Anayasalarında Sosyal Hakların Evrimi”, **İnsan Hakları Yıllığı**, C. 3-4, (ss. 38-76), 1981-1982, s. 43-44.

devletin pozitif yükümlülüğünü gerektirdiği söylenemez.¹⁶ Sözgelimi, çalışmanın ana konusu olan sağlık hakkının, devlet ve üçüncü kişilerce müdahale edilmemesi gereken, hakkın özgürlük boyutunu içeren bir veçhesi de vardır.

Ekonomik haklar, birey yararına belli ekonomik amaçları gerçekleştirmeye matuf haklar olarak tanımlanabilir.¹⁷ Bu haklar bir yandan, bireyin sosyal ve ekonomik özgürlüğü için temel oluştururken, diğer yandan tatmin edici bir yaşam seviyesinin sağlanması için bireye gerekli yetkiyi sağlarlar.¹⁸

Öğretide bazı klasik hakların sosyal hak olarak kabul edilmesine dair yanılgıdan söz eden Tanör, sözgelimi mülkiyet hakkının sosyal bir hak değil, ekonomik hak olduğunu; dernek kurma hakkının sosyal ve ekonomik eşitsizlikleri gidermek amacının çok ötesinde başkaca amaçlarla da kurulabildiğinden sosyal bir hak değil klasik haklardan olduğunu; sendikal hakların sosyal hak yönünün salt işçilerin sendikal haklarını kapsadığını ve fakat işverenlerin sendikal haklarının sosyal değil, ekonomik hak olarak sayılması gerektiğini belirtir. Yine, çalışma hakkı sosyal bir hak iken, çalışma özgürlüğü klasik haklardandır.¹⁹ Dolayısıyla bu ayırımdan, klasik haklar demetine ait olanların ekonomik hak ve özgürlük olarak, diğerlerinin ise 19. yüzyılda işçi mücadeleleri neticesinde ortaya çıkmış ikinci kuşak haklar olarak nitelenebileceği ortaya çıkmaktadır. Ayrıca, ekonomik hakların, ekonomik yönden zayıf olanların korunması gibi bir amacı olmayıp bu özellik tamamen sosyal haklara özgüdür.²⁰

Son olarak kültürel haklar, kültür öğelerine erişebilme, iştirak edebilme ve bu öğelerden faydalanabilme ile ilgili olan haklardır. Sözgelimi, eğitim ve kültürel

¹⁶ Algan, 2007, s. 26.

¹⁷ ibid, s. 28.

¹⁸ Asbjørn EIDE, “Economic, Social and Cultural Rights As Human Rights”, **Economic, Social and Cultural Rights A Textbook**, (Eds.) Asbjørn Eide, Catarina Crause, Allan Rosas, Second Revised Edition, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht / Boston / London 2001, (ss. 9-28), s. 18.

¹⁹ Tanör, 1978, s. 97-98.

²⁰ Özge YÜCEL DERİCİLER, **Sosyal Haklar ve İnsan Hakları Hukuku Çerçevesinde Devletin Yükümlülükleri: Refah Devletin Krizi Ekseninde Bir İnceleme**, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2014, s. 40.

örgütlenme hakları ile düşünme, ifade etmek, yazmak, yayın yapmak bu kategoriye girer.²¹

Sonuç olarak, çalışmanın spesifik konusu olan sağlık hakkını da bünyesinde barındıran sosyal haklar, öğretideki genel kabule uygun olarak ikinci kuşak haklar kategorisinde yer alan ekonomik, sosyal ve kültürel hakların spesifik bir bölümü olarak anlaşılmalıdır.²² Şu hâlde, elinizdeki çalışmanın konusuna uygun olarak, sosyal haklar ile ekonomik hakların konusu bakımından birbirinden ayrılması yönünde yaklaşım benimsenerek, sosyal haklar ekonomik haklardan ayrı bir kavram olarak kullanılmıştır. Terminoloji olarak da, ekonomik, sosyal ve kültürel hakların tamamını veya özel olarak birini vurgulamak gerekli değilse, metnin genelinde “sosyal haklar” terimi kullanılacaktır.

B. Sosyal Hakların İnsan Hakları Kataloğundaki Yeri

Sosyal haklar kategorisi uluslararası düzeyde insan haklarının en tartışmalı konularından biridir. İHEB’nin ilânından sonra ve bilhassa hakların iki temel sözleşme (İkiz Sözleşmeler) ile düzenlendiği 1966 yılından beri, sosyal hakların büyük ölçüde ihmâl edildiği söylenebilir.²³ Ancak, sosyal hakların normatifleşme sürecini anlamak için öncelikle bu bölümde insan haklarının modern anlamda ortaya çıkışına ve sosyal hakların insan hakları kataloğundaki yerine kavramsal ve tarihsel boyutlarıyla değinilecektir.

²¹ Algan, 2007, s. 29-31.

²² ibid, s. 23-33.

²³ Yücel Dericiler, 2014, s. 1.

1. “İnsan Hakları” Fikri ve Birinci Kuşak Haklar

İnsan hakları, “insanın salt insan olması sebebiyle öznesi olduğu, onun tüm yönleriyle kişiliğini ve değerini korumayı ve geliştirmeyi amaçlayan evrensel ilke ve kurallar bütünü”²⁴ olarak tanımlanabilir. Tanör’e göre, “insan hakları [...] pozitif hukuk tarafından tanınmış olsun olmasın, belli bir tarihsel aşamada insanların sahip olmaları gerekli sayılan bütün hak ve özgürlükleri ifade eder, pozitif hukukun dışında ve üstünde bir anlam taşır, yalnız olanı, yani kamu otoritelerince tanınanı değil, olması gerekeni de içine alır. O kadar ki, kamu otoritelerince reddedilenler bile insan hakları çerçevesinden sürülüp çıkartılmış sayılmazlar.”²⁵ Kuşkusuz insan hakları, insanların onurlu hayat sürdürmelerine, özgür ve eşit yurttaşlar olmalarına, kendi yaşamlarında anlamlı seçimler yapabilmelerine ve yaşam plânlarını sürdürebilmelerine olanak tanıyan kıymetli araçlar olarak değerlendirilmektedir.²⁶

İnsanın salt insan olması nedeniyle doğuştan bazı hak ve özgürlüklere sahip olduğu ve bunlara devlet tarafından dahi dokunulamayacağı yolundaki düşüncenin sistemli olarak ortaya çıkışı 17. yüzyıla dayanmaktadır. 17. yüzyıla kadar insanın saygınlığını ve değerini belirten kimi görüşler ortaya atılmış ise de,²⁷ bu görüşler hiçbir zaman bu yüzyılda olduğu gibi sistemli bir siyasi ve felsefi doktrin niteliğine bürünmemiştir.²⁸

²⁴ Mesut GÜLMEZ, **İnsan Hakları ve Demokrasi Eğitimi Egemenlik İnsanındır**, TODAİE Yayınları, 2. baskı, Ankara 2001, s. 4.

²⁵ Bülent TANÖR, **Türkiye’de İnsan Hakları Sorunu**, BDS Yayınları, İstanbul 1990, s. 16.

²⁶ Alicia Ely YAMIN, “Will We Take Suffering Seriously? Reflections on What Applying a Human Rights Framework to Health Means and Why We Should Care”, **Health and Human Rights**, 10, No. 1, (ss. 45-63), s. 46, 2008. <https://cdn1.sph.harvard.edu/wp-content/uploads/sites/2469/2013/07/7-Yamin.pdf> (Erişim Tarihi: 27 Aralık 2019).

²⁷ Antik çağlarda ve ilk ve orta çağlardaki insan hakları anlayış ve uygulamaları ile toplum ve siyasal düşünüş konusunda bkz. Alaeddin ŞENEL, **İnsanlık Tarihi Boyunca İnsan Hakları Demokrasi İlişkisi**, İzmir Barosu Yayınları, İzmir 1996; Alaeddin ŞENEL, **Siyasal Düşünceler Tarihi**, 2. baskı, Ankara 2010; Mehmet Semih GEMALMAZ, **Devlet, Birey ve Özgürlük**, Legal Yayınları, 2. baskı, İstanbul 2012; Ahmet MUMCU, Elif KÜZECİ, **İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri**, 8. baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2019.

²⁸ Münci KAPANİ, **Kamu Hürriyetleri**, 7. baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 1993, s. 30; Anıl ÇEÇEN, **İnsan Hakları**, Gündoğan Yayınları, 2. baskı, 1995, s. 11.

Siyasal iktidara bir sınır çizmek²⁹ için doğal hukuk teorisine başvurulduğu gibi,³⁰ insan hakları doktrininin ve belgelerinin doğuşunda da doğal hukuk³¹ akımı belirleyici rol oynamıştır.³² Kuşkusuz burada kastedilen doğal hukuk, ortaçağın ve mutlak monarşiler döneminin dinsel kaynaklı doğal hukuku değil fakat, artık dinsel kalıplardan sıyrılmış, laikleşmiş, rasyonelleşmiş, yani gökyüzünden yeryüzüne inmiş,³³ Aydınlanmacı doğal hukuktur.³⁴ Bu değerlendirmeden çıkarılacak temel sonuç, - Tanör'ün yaptığı insan hakları tanımıyla da uyumlu olarak- insan haklarının “pozitif hukuktan önce geldiği ve onun üstünde yer aldığı” bilgisidir. Bu tespit doğal hukuk geleneğiyle tam örtüşme hâlinde olmakla birlikte, öncelik ve üstünlüğün temellendirilmesi sözkonusu olduğunda, doğal hukuk teorileriyle aynı yolda yürümek mümkün olmaz.³⁵ Bu sebeple, insan hakları teorisini laik “doğal hukuk” öğretisi ile

²⁹ Egemen gücün sınırlanması konusundaki arayış, modern çağda iyice ön plâna çıkmış ve doğal hukuk geleneğini büyük hukuk ve siyaset teorilerine bağlamıştır. Bu teoriler, Leviathan'ın gemlenmesi zorunluluğunu önceler. Modern insan haklarının doğumu böyle başlamıştır. Kuvvetler ayrılığı, demokrasi ilkesi ve özel bir hukuksal güçle donatılmış yazılı anayasayla birlikte insan hakları, devlet kudretini sınırlamak için kurgulanmışlardır. Bkz. Mithat SANCAR, “Devlet Aklı” Kısacasında Hukuk Devleti, İletişim Yayınları, 5. baskı, İstanbul 2010, s. 111.

³⁰ Kapani, 1993, s. 30.

³¹ Kimi düşünürlere göre kaynağını tanrıdan, kimilerine göre doğadan, kimilerine göre ise insan doğasından (veya akıldan) alan doğal hukuk, insan iradesinin ürünü olmayıp, toplumların niteliğine göre veya zaman içinde değişmeyen evrensel bazı ilkelere dayanır. Değişmeyen ilkelere, yani “olması gereken”e dayalı hukuk, “olan” hukukun üstünde tutulur. Bkz. Sancar, 2010, s. 106; Yücel Dericiler, 2014, s. 21; ayrıca doğal hukuk okulu ile alâkalı olarak bkz. Adnan GÜRİZ, **Hukuk Başlangıcı**, AÜHF Yayınları, 2. baskı, Ankara 1987, s. 191-199; Nussbaum'un belirttiği gibi, günümüz insan hakları hareketinin birincil kaynağı olan “doğal hukuk” fikri Stoacı bir düşüncedir. Stoacılar her bir insanın, yalnızca insan olmaktan kaynaklanan bir onuru, bu nedenle de saygı görmeye layık olduğunu öğütler. Ortaçağ'da Aristocu düşünürlerce geliştirilmiş olan doğal hukuk, Stoacı yazarları okumuş olan Grotius ve Kant gibi ilk modern düşünürlere aracılığıyla uluslararası görev ve haklar düşüncesine ulaşmıştır. Bkz. Martha C. NUSSBAUM, **Yapabilirlikler Yaratmak** İnsani Gelişmişlik Yaklaşımı, (Çev.) Selda Somuncuoğlu, İletişim Yayınları, İstanbul 2018, s. 147.

³² Sancar, 2010, s. 106.

³³ Kapani, 1993, s. 30.

³⁴ Yeni Çağda doğal hukukun ayırıcı özelliklerinden birisi, insan hakları kavramı üzerinde ısrarla durulması gerçeğinde kendini gösterir. Eski Çağdan farklı olarak, Yeni Çağ doğal hukuku özellikle Amerikan ve Fransız ihtilallerinden önceki dönemde ve ihtilaller sonrasında, ihlâl edilmesi imkânsız, vazgeçilmez insan ve yurttaş hakları kavramını özenle işlemeye çalışmıştır. Amerikan ve Fransız ihtilallerinin düşünsel hazırlığında etkili bir rol oynayan doğal hukukun, mutlakiyetçi yönetim biçimlerinin bertaraf edilmesinden, insan haklarına dayalı düzen görüşünün başarı kazanmasından sonra, daha önce Ortaçağ'da görüldüğü gibi, yeniden ‘*status quo*’nun korunması amacına yönelik anlamda yorumlandığını ve değerlendirildiğini söylemekte yanlışlık yoktur. Bkz. Adnan GÜRİZ, **Hukuk Felsefesi**, AÜHF Yayınları, 3. baskı, Ankara 1992, s. 152.

³⁵ “Tabii hukuk teorileri, öncelik ve üstünlüğü temellendirirken tabii haklar modelini kullanmışlardır. İnsan haklarını doğadan türeyen doğuştan haklar olarak açıklayan bu model, hakların tarihsel ve toplumsal bağlamlarını göz ardı ettiği gerekçesiyle eleştirilmektedir. Bu eleştiriler esas itibarıyla doğrudur. Gerçekten de, insan hakları, tabii hukuk akımlarının iddia ettiği gibi tarih dışı, toplum dışı bir nitelik taşımazlar; aksine insanlığın özgürleşim ve kurtuluş sürecinin tarihsel ürünüdürler ve toplumsal

temellendirerek, insan hakları normlarının pozitif hukuktan önce geldiğini yani onun üstünde yer aldığını kabul edip üstünlüğünü vurgulamak, hukukî pozitivizme karşı doğal hukuk geleneğinin takipçiliğine de indirgenemez.³⁶

Günümüzde sınırları aşan adalet ütopyasının insan haklarından daha belirgin bir dili yoktur.³⁷ İnsan hakları, pozitif hukuk karşısında normatif ölçüt işlevi gören “daha üst-devlet üstü” olma iddiası içerdiğinden, tarih boyunca dillendirilen adalet ütopyaları günümüzde insan hakları kavramında karşılık bulmaktadır.³⁸

Bu bağlamda, adalet düşüncesinin adaletsizlik durumundan türetilen talep ve ilkelerde somutlaşması gibi, insan haklarının doğuşu da haksızlık tecrübeleri sonucunda ortaya çıkan hak taleplerinden doğmaktadır.³⁹ İnsan hakları, tarih boyunca her zaman

mücadelelerden doğmuşlardır. Bu hakların pozitif hukuka öncelik ve üstünlüğü de, [...] yine tarihsel ve toplumsal nedenlere dayanır. Bununla birlikte, tabii haklar doktrininin, bütün insanların haklara eşit olarak sahip olmaları gerektiği tezini temellendirme amacına yöneldiği ölçüde, insan haklarının vazgeçilmezliği ve evrenselliği fikrini yerleştirmede önemli bir rol oynadığı söylenebilir. Buna karşılık, insan haklarının toplumsal-somut insandan koparılması uygulamasını, yani burjuva insan hakları anlayışını meşrulaştırmayı hedeflediği ölçüde, tersi bir işlev görmeye başlar... İnsanı toplumsal ilişkilerden soyut, tarih dışı bir varlık olarak gören bu anlayışa [insanın ebedi doğası meselesi], Bloch’a atfen, insanın homojen antropolojik bir sabite olarak görülemeyeceği, toplumla karşılık içinde tanımlanan kapalı, statik bir insan doğası kavramının tarihin dinamizmiyle bağdaşmadığı şeklinde kısa bir yanıt verilebilir. İkinci mesele, tabii hukuk teorilerinin tabii haklar olarak ilân ettikleri kataloğa ilişkindir. Öncelikle, insan haklarının tamamlanmış, kapalı bir katalogdan ibaret görülemeyeceğini belirtiyim. Tabii hukuk geleneğinden süzülüp çıkarılabilecek özgürleşimci yapılarla en fazla çatışma içinde olan husus ise, mülkiyetin tabii ve kutsal insan hakkı olarak kabul edilmesidir. Mülkiyetin tabiatla temellendirilmesindeki isabetsizlik bir yana, üretim araçları üzerindeki özel mülkiyet, bizzat tabii hukukçuların savunduğu ve insan hakları kavramının varoluş temelini oluşturan ‘bütün insanların özgürlüğü ve eşitliği’ ilkesinin gerçekleşmesinin önündeki en büyük engellerden biridir.” Sancar, 2010, s.106-114.

³⁶ Yasemin ÖZDEK, **Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye**, TODAİE Yayınları, Ankara 2004, s. 94.

³⁷ Kapczynski, 2019, s. 79; Costas DOUZINAS, **İnsan Haklarının Sonu**, Dipnot Yayınları, Ankara 2018, s. 270.

³⁸ Sancar, 2010, s. 131-132.

³⁹ “Haksızlık tecrübeleri ile insan haklarının doğuşu (...) arasında kurulan ilişki, adalet ve adaletsizlik kavramları arasındaki ilişkiye teşmil edilirse Kuçuradi’ye atıfla şu belirlemeler yapılabilir: ‘Genel olarak adaletsizlik, mevcut koşulların, kişilerin ya da grupların insansal olanaklarını gerçekleştirmeye, aynı zamanda insanın bazı olanaklarını gerçekleştirebilmesine elverişsiz olduğu durum ya da doğrudan doğruya veya dolaylı olarak engel oluşturduğu durumdur.’ Adalet fikri, adaletsizlik durumundan türetilen talep ve ilkelerde tecessüm edeceğine göre, adalet de insan ‘haklarının korunması ve mevcut koşullarda gereklerinin sürekli olarak, ülkeler ve dünya düzeyinde gerçekleştirilmesi talebi olarak somutlaşır. Böylece ‘bir üst ilke olarak adalet’in talep ettiği şey ‘sosyal ve siyasal ilişkilerin düzenlenmesini belirleyen ilkelerin, her tarihsel anda mevcut koşullara insan hakları bilgisinin ışığında bakarak türetilmesi’ oluyor. Velhasıl ‘insan hakları kavramı, toplumda, tarihte nelerin olduğu, nelerin bulunduğu, nelerin bulunmasının doğru ve insanın mutluluğuna olacağına ölçütlerini verir. İnsanları olanı olması gereken yönünde etkileyerek değiştirmeye, geliştirmeye yöneltir.” Bkz. Sancar, 2010, s. 132.

mücadele alanı olmuştur ve hep böyle olacaktır.⁴⁰ İnsan haklarının bundan sonraki evrimi bakımından da geçilecek bir bitiş çizgisi olmadığını belirtmek gerekir.⁴¹ Gerçekten de, “hak ve hürriyetler serüveni, henüz tamamlanmamış bir insanlık serüvenidir.”⁴² Öte yandan bu serüven, acısız, özverisiz, bedelsiz ve mücadelesiz bir tarih değildir.⁴³ İşte, insan haklarının normatifleşmeden önce, hak talebi ve mücadelesiyle başlayan ve “norm öncesi durumdan norm aşamasına geçiş” olarak adlandırılabilir oluşum sürecinden geçtiği söylenebilir.⁴⁴ Bu süreç, insan haklarının toplumsal olarak kaynaklarını oluşturur.⁴⁵

18. yüzyılda, burjuva sınıfının aristokrasiye karşı verdiği özgürlük ve eşitlik mücadelelerinin nüvesini oluşturan hak taleplerinin “insan hakları” kavramı altında sistemleştirilmesi ve çağdaş anlamına kavuşması⁴⁶ Aydınlanma Felsefesi ve Endüstri Devrimi ile birlikte olmuştur.⁴⁷ Kökeni, Rönesans ve Reform hareketlerine dayanan ve akli önceleyen Aydınlanma Felsefesi, siyasal ve ekonomik liberalizmi doğurmuştur.⁴⁸

Öte yandan, temelleri Hobbes ve Locke ile atılan ve Rousseau’nun görüşleriyle daha da pekişen kişi hakları öğretisi aristokrasiye karşı toplumsal mücadele veren burjuvazinin gereksinim duyduğu teorik çerçevenin oluşumuna önemli katkı sağlamıştır.⁴⁹ Bu öğreti, iki temel hipotez üzerine inşâ edilmiştir: *Tabiat hâli* ve *sosyal sözleşme*.⁵⁰

⁴⁰ Philip ALSTON, “The Populist Challenge to Human Rights”, **Journal of Human Rights Practice** 9(1): 1–15, 2017.

⁴¹ Yamin, 2019, s. 358.

⁴² Bakır ÇAĞLAR, **Anayasa Bilimi: bir çalışma taslağı**, BFS Yayınları, İstanbul 1989, s. 135.

⁴³ Gülmez, 2001, s. 11.

⁴⁴ Bkz. İbrahim Ö. KABOĞLU, **Özgürlükler Hukuku (İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı)**, İmge Kitabevi, 6. baskı, Ankara 2002, s. 39-45.

⁴⁵ Sancar, 2010, s. 115.

⁴⁶ ibid, s. 115.

⁴⁷ Gülmez, 2001, s. 11; 1789 Fransız Devrimi ile çağdaşı olan Endüstri Devrimi’nin dünyayı değiştirmesinin izini süren bir çalışma için bkz. Eric HOBSEAWM, **Devrim Çağı**, Dost Kitabevi, 5. baskı, Ankara 2005.

⁴⁸ M. Niyazi ÖKTEM, **Özgürlük Sorunu ve Hukuk**, İÜHF Yayınları, İstanbul 1977, s. 213.

⁴⁹ Yüksel, 2004, s. 141.

⁵⁰ Gülmez, 2001, s. 14; Eroğul’a göre, bu dönemde siyasal topluluğun açıklanmasında temel kavram olarak sözleşmenin kullanılması, sermaye toplumunun yarattığı yeni insan tipinin burjuva olmasından, burjuvazinin temel değerlerini ticarî ilişkiler içinde kurması ve ticarete en yaygın hukukî aracın sözleşme olmasından kaynaklanır. Bkz. Cem EROĞUL, **Anatüze Giriş**, İmaj Yayınları, Ankara 1995, s. 19.

Modern düşüncenin sözleşmecî teorisyenlerinden olan *Hobbes*, siyasal topluluğun “*ne olması gerektiği*”ni⁵¹ ortaya koyduğu teorisinde, devlet olmadıkça insanların tabiat hâlinde sürekli savaş ve kargaşa içinde olduklarını belirtir. Tabiat hâlinde korku içinde yaşayan insanlar güvenlik ihtiyacı duyduklarından, diğer insanlar üzerinde hegemonya kurma amacı güderler. Fakat bu hiç de kolay değildir, çünkü tabiat hâlinde “insanlar doğuştan eşittir” ancak, sözgelimi iki kişi birlikte elde edemeyecekleri bir nesneyi aynı anda istediklerinde “bu eşitlikten güvensizlik doğar”. Devletin amacı ise, “*bireysel güvenlik*”tir. Bu güvenlik tabiat hâlinde sağlanamaz zira, çoğu doğa kanunları,⁵² bunlara riayet edilmesini sağlayacak üstün bir gücün korkusu olmaksızın hayata geçirilemez. İşte, insan topluluğu kendi arasında bir sözleşme akdederek, onların temsilcisi olmak hakkının hangi kişiye veya kurula verileceği hususunda çoğunlukla uzlaştığında devlet kurulmuş olur. Sonuçta, tabiat hâlinde savaşan insanlar, bu kaostan kurtulmak ve mutluluk içinde yaşayabilmek için, kendilerini koruma yetkisini egemen güce (devlete) devrederler ki, bu güç insan topluluğunun güvenlik ve mutluluğunu güvence altına alsın.⁵³ Böylelikle Hobbes, başlangıçta ilk insanların eşitliği

⁵¹ Klasik kamu hukuku kitaplarının birçoğunda, Hobbes’un, Locke’un ve Rousseau’nun siyasal teorileri “devletin temelini toplumsal sözleşmeye dayandıran görüşler” başlığı altında uzun uzadıya incelenir. Aslında ne Hobbes ne Locke ve ne de Rousseau “tabiat hâli” ve “toplum sözleşmesi” hipotezlerini işlerken devletin nasıl ortaya çıktığını açıklamak amacını gütmüşlerdir. Onlar bu hipotezleri siyaset teorilerinin kuruluşunda sadece bir çıkış noktası olarak almışlardır. Asıl göstermek istedikleri şey, devletin kaynağının ne olduğu değil, fakat devlet denilen siyasal topluluğun temelini ne olması gerektiğidir. Bkz. Münici KAPANİ, **Politika Bilimine Giriş**, Bilgi Yayınevi, 35. basım, Ankara, 2014, s. 41; modern devletin doğuşunu sözleşme kuramlarına eleştirel yaklaşımla irdeleyen bir çalışma için bkz. Abdurrahman SAYGILI, **Kutsallık ve Rasyonellik Sarkacında Devlet**, İmaj Yayınevi, Ankara 2014.

⁵² Sözgelimi, “başkalarının sana ne yapmalarını istiyorsan, sen de onlara onu yap” gibi. Thomas HOBBS, **Leviathan**, (Çev.) Semih Lim, Yapı Kredi Yayınları, 13. baskı, İstanbul 2014, s. 104.

⁵³ Hobbes, 2014, s. 99-137; Strauss, Hobbes’un tüm ahlakî ve siyasi öğretisini uç örneklerle ilişkin gözlemler üzerine inşâ ettiğini, nitekim, tabii hâl öğretisinin de iç savaş deneyimi üzerine kurulu olduğunu belirtir. Hobbes’un egemenlik öğretisinin hukukî bir öğreti olduğunu niteleyen Strauss, bu öğretinin esasının, tüm iktidarın yönetici otoriteye bağlanmasının elverişli bir yol izlemek olacağını öngörmesi değil, tüm iktidarın zaten bir hak olarak yönetici otoriteye ait olduğunu ileri sürdüğünün altını çizer. Yani, egemenlik hakları üstün iktidara pozitif hukuk ya da örf adet hukuku gereği değil, tabii hukuk gereği devredilmiştir. Bkz. Leo STRAUSS, “Tabii Hak ve Tarih”, **Devlet Kuramı**, (Der.) Cemal Bâli AKAL, Dost Kitabevi, 4. baskı, Ankara 2013, (ss. 269-320) s. 284-288; Berberoğlu’nun vurguladığı gibi, sonuçta devletin mutlak güce sahip olmasını savunan Hobbes aslında var olan sosyal, ekonomik ve politik düzenin meşruluğunu haklı çıkarmaya hizmet etmiş, bunu yaparken baskın olan egemen sınıfın çıkarlarını yüceltmıştır. Bkz. Berch BERBEROĞLU, **Küresel Çağda Siyasal Sosyoloji - Devlet ve Topluma Giriş**, (Çev.) Edip Sönmez, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2014, s. 7.

düşüncesinden, bireylerin üzerinde yer alacak egemen güç düşüncesine ulaşır ki, bu güç, devlet ya da *Leviathan*'dır.

Burjuva ideolojisinin kurucusu ve doğal haklar öğretisinin başlıca temsilcilerinden *John Locke* da insanların uygar toplum evresinden önce tabiat hâlinde yaşadıklarını varsaymış ancak, Hobbes'un ileri sürdüğünün aksine, tabiat hâlinde herkesin bir özgürlük ve eşitlik durumunda olduğunu, insanların "yaşama hakkı"na ve "özgürlük"le birlikte "mülkiyet hakkı"na sahip olduklarını belirtmiştir.⁵⁴ Bununla birlikte, tabiat hâlinde özgürlüğün ve mülkiyetin çok iyi korunabildiğini söylemek olanaklı değildir. Bu tür yaşamda üç temel şey eksiktir. Bunlardan ilki, herkesin itaat edeceği ve herkese eşitçe uygulanan yasalar, ikincisi herkesin cezalandırma hakkını kullanmasını engelleyecek tarafsız yargıçlar ve üçüncüsü, yargıçların kararını yaşama geçirecek bir toplumsal güçtür. Bundan dolayı insanlar, bir sosyal sözleşme akdederek, özgürlüğün ve mülkiyetin layıkıyla korunamadığı tabiat hâline son vermişlerdir. Yargılama yapma ve ceza verme haklarını devrederek, tabiat hâlinde uygar toplum aşamasına evrilmişlerdir.⁵⁵ Siyasal iktidara karşı ileri sürebilecekleri diğer haklarını ise saklı tutmuşlardır.⁵⁶ Dolayısıyla, Locke'a göre, devletin varlık nedeni tabiat hâlinde her insan için geçerli olan, "vazgeçilmez", "devredilmez" hakları güvence altına almaktır.⁵⁷ Şu hâlde, yönetim yönetilenlerin sosyal sözleşmeden evvel sahip oldukları yaşama,

⁵⁴ Locke tabiat hâlini şöyle tasvir eder: "Bu, tabiat yasalarının sınırları içinde insan davranışlarını düzenleyen mükemmel özgürlük keyfiyetidir. İnsanların, sahip oldukları varlıkları ve kişilikleri hakkında, kendilerine uygun gördükleri şekilde, birisinin iznine başvurmaya ihtiyaç duymadan tasarrufta bulunabildikleri ve hiç kimsenin arzusuna bağımlı olmadıkları bir durumdur. Ayrıca bu, bütün iktidar ilişkilerinin karşılıklı olduğu bir eşitlik hâlidir." Hardy BOUILLON, **John Locke**, (Çev.) Ali İbrahim Savaş, Liberte Yayınları, Ankara 1998; bu konuda geniş bilgi için ayrıca bkz. İlhan AKIN, **Kamu Hukuku**, Beta Yayınları, 5. baskı, İstanbul 1987, s. 126-127; Mehmet AKAD, Bihterin VURAL DİNÇKOL, **Genel Kamu Hukuku**, Der Yayınları, Gözden Geçirilmiş 5. baskı, İstanbul 2009, s. 125-126.

⁵⁵ Şenel, 2010, s. 373; Mehmet YÜKSEL, **Modernite ve Postmodernite ve Hukuk**, Siyasal Kitabevi, 2. baskı, Ankara 2004, s. 137.

⁵⁶ Gülmez, 2001, s. 15.

⁵⁷ Gencay ŞAYLAN, **Değişim, Küreselleşme ve Devletin Yeni İşlevi**, İmge Kitabevi, 2. baskı, 2003, s. 79.

özgürlük ve mülkiyet haklarını çiğnerse, sözleşmeyi bozmuş olur ve yönetilenlerin direnme hakkı doğar.⁵⁸

Locke, bir yandan yönetimin kaynağını gökyüzünden yeryüzüne indirerek tanrısal iradenin yerine aklı koyarken, öte yandan, insanların kanun önünde eşit olduklarını, doğuştan sahip oldukları kimi hak ve özgürlüklere devletin müdahale etme yetkisinin olamayacağını vurgulayarak, aristokrasinin ve kilisenin ayrıcalıklı konumunu zayıflatmıştır. Dolayısıyla, yükselmekte olan burjuva sınıfının taleplerini ve kapitalist bir ekonominin iyi işlemesi için gerekli olan siyasal öğretiyi ve ideolojik arka plânı ortaya koymuştur.⁵⁹

Siyasal iktidarın oluşumunu sosyal sözleşme hipotezine dayandıran bir diğer düşünür *Rousseau*, *Toplum Sözleşmesi* adlı eserine “İnsan özgür doğar, oysa her yerde zincire vurulmuştur”⁶⁰ sözleri ile başlar. Rousseau’ya göre de, insanlık varsayımsal olarak bir tabiat hâli döneminden geçmiştir.⁶¹ Bununla birlikte Rousseau, tabiat hâlini ne Hobbes gibi “tam bir kaos” ne de Locke gibi “tam bir huzur ortamı” olarak görür.⁶² Rousseau’nun varsayımsal insanının tabiat hâlindeyken beklenti ve talepleri düşük, sorunları da azdır, özgür ve eşittirler.⁶³ Ne var ki, “bir toprak parçasının etrafını çitle çevirip bu, bana aittir diyebilen ve kendisine inanacak kadar saf insanlar bulabilen ilk

⁵⁸ Şenel, 2010, s. 373.

⁵⁹ Yüksel, 2004, s. 138.

⁶⁰ Jean-Jacques ROUSSEAU, **Toplum Sözleşmesi**, (Çev.) Vedat Günyol, Türkiye İş Bankası Yayınları, 13. baskı, İstanbul 2015, s. 4; Aydınlanma’nın önde gelen teorisyenlerinden biri olan Rousseau gibi büyük sosyal düşünürler, 17. yüzyılda hâkim olan rasyonalist ve ampirist düşünce tarzlarının temelleri üzerine fikirlerini inşâ etmiş olsalar da, aynı zamanda Newton gibi doğaya dair çalışmalarda devrim yaratan ve yeni bir bilimsel araştırma standardı getiren düşünürlerin bilimsel keşiflerini kendi sosyal analizleriyle birleştirerek kendilerine ait ve 18. yüzyıla özgü bir toplum ve toplumsal ilişkiler kavramı ürettirler. Bkz. Berch BERBEROĞLU, **Klasik ve Çağdaş Sosyal Teoriye Giriş – Eleştirel Bir Perspektif**, (Çev.) Can Cemgil, 2. baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2012, s.1.

⁶¹ “Artık var olmayan, belki de hiçbir zaman var olmamış ve olasılıkla hiçbir zaman var olmayacak olan, bununla birlikte şimdiki durumumuzu gereğince anlayabilmemiz için, hakkında doğru dürüst bilgi edinmemizin hiç de gerekli olmadığı bir durum.” Bkz. Rousseau, 2015, s. 4.

⁶² Jean-Jacques ROUSSEAU, **İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı**, (Çev.) R. Nuri İleri, Say Yayınları, 10. baskı, İstanbul 2009, s. 115.

⁶³ Akad, Vural Dinçkol, 2009, s. 134.

insan, sivil toplumun hakiki kurucusudur.”⁶⁴ diyen Rousseau, tarihsel evrim sürecinde mülkiyetin doğmasıyla kavgaların başladığına gönderme yapar.

Rousseau’ya göre “üyelerinden her birinin canını, malını bütün ortak güçle savunup koruyan öyle bir toplum biçimi bulmalı ki, orada her insan hem herkesle birleştiği hâlde yine kendi buyruğunda kalsın, hem de eskisi kadar özgür olsun.”⁶⁵ İşte, sosyal sözleşmenin amacı budur. Buna göre, insanlar kendi aralarında yaptıkları toplum sözleşmesi ile bütün güçlerini bir araya getirerek, genel iradenin emrine verirler. Böyle olunca, “toplum üyelerinden her biri, bütün haklarıyla birlikte kendini baştan başa topluluğa bağlar; çünkü bir kez, her kişi kendini tümüyle topluma verdiğinden, durum herkes için birdir; durum herkes için bir olunca da bunu başkanlarının zararına çevirmekte kimsenin bir çıkarı olamaz.”⁶⁶ Rousseau’ya göre, genel irade kamusal yarara dönük olup her zaman doğrudur. Ancak bu, herkesin istemi ile genel iradenin her zaman uyacağı anlamına gelmez. Çünkü, genel irade yalnızca ortak yararı gözetirken, öbürü özel çıkarların toplamından ibarettir.⁶⁷ Genel iradenin somutlaşması ise, yasalar yoluyla olur ve yasaların konusu geneldir. Yani, “yasalar yurttaşları bir bütün, davranışlarını da soyut olarak gözönüne alır; yoksa özel bir kişiyi ya da özel bir davranışı dikkate almaz.”⁶⁸

Daha sonra Fransız Devrimi ile ortaya çıkan bireyci öğreti ise, kişi haklarının temellendirmesini tabiat hâli-sosyal sözleşme varsayımıyla yapan kişi hakları öğretisini bir kenara bırakmış ve insan haklarının ortaya çıkışını doğrudan doğruya insanı ölçü olarak temellendirmiştir. Buna göre, her hakkın kaynağı insandır. Bu öğreti, insan

⁶⁴ Rousseau, 2009, s. 109.

⁶⁵ Rousseau, 2015, s. 14.

⁶⁶ ibid, s. 14.

⁶⁷ ibid, s. 26.

⁶⁸ ibid, s. 34-35; Berberoğlu’nun belirttiği gibi, Rousseau da diğer muhafazakâr kimi kuramcılar gibi, neticede toplumdaki egemen sınıfın iktidarını sürdürecektir bir takım kurumsal rasyonalizasyonlar ileri sürerek, var olan toplumsal durumların ve süregelen sosyal düzenin meşruluğunun savunulmasında muhafazakâr bir rol üstlenmiştir. Bkz. Berberoğlu, 2014, s. 7; Saygılı’ya göre de, Rousseau uygar insan eleştirisinden yola çıkarsa da diğer kuramcılarının çizgisine varmış, devletsiz bir toplum olabileceği düşüncesi toplum sözleşmesiyle birlikte Rousseau’dan fersah fersah uzaklaşmıştır. Bkz. Saygılı, 2014, s. 93-94.

haklarını doğrudan doğruya, insanın irade sahibi oluşu ile özgür ve sorumlu tek gerçek varlık oluşundan çıkarsamıştır. Devletin amacı insandır ve insanların ortak çıkarlarını sağlamaktır.⁶⁹

18. yüzyılda yaşanan köklü toplumsal dönüşüm, aynı zamanda insan haklarının pozitif hukukla bütünleşme serüveninin habercisidir. Bunu görünür kılan ve hatta belgeye döken metinler ise, ilk yazılı anayasalar olarak karşımıza çıkar. Başında bir insan hakları bildirisi bulunan bu anayasaların ilk örneği 1776 Virginia Anayasası'dır. Birleşik Devletleri oluşturan diğer devletler de Virginia örneğini takip ederek kendi anayasalarının başına bir haklar bildirisi koyarlar. Her ne kadar, 1787'de kabul edilen Birleşik Devletler Anayasası'nda başlangıçta kapsamlı bir haklar listesi yer almasa da, Anayasa'nın bu hâliyle kabul edilmesi, anayasaya daha sonra bir haklar listesi eklenmesi koşuluyla sağlanabilmiştir. Bu koşul, 1791'de anayasaya eklenen ve Haklar Bildirisi olarak bilinen "On Ek"nin ilavesiyle sağlanmıştır. Devrim'den sonra yapılan ilk Fransız Anayasası olan 1791 tarihli Anayasası 1789 Bildirgesi'ni bünyesine yedirerek onu anayasallaştırmıştır.⁷⁰ Tarihsel kronolojiye göre, yazılı ilk insan hakları belgesi 1776 Virginia Anayasası'nın başında yer alan Haklar Bildirisi (Bill of Rights) ise de,⁷¹ 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi, aristokrasiye karşı burjuvazinin kazandığı mücadelenin ve o güne kadar gelen kuramsal birikimin somutlaşmış belgesi olarak, insan hakları listesini tüm dünyaya ilân eden sembolik metindir.⁷²

Ele alınan dönemin ürünü olan burjuva anayasacılığının önemi; dinsel temelli bir hukuk anlayışı yerine maddî temelli insanın doğası ve doğal ihtiyaçları olan bir laik hukuk anlayışının boy atmasında, anayasaların ve anayasacılık hareketlerinin ortaya çıkmasında, arka plândaki güdü ve beklentiler ne olursa olsun eşitlik ve evrensellik

⁶⁹ Kapani, 1993, s. 39-40; Çeçen, 1995, s. 39-41; Gülmez, 2001, s. 15; Algan, 2007, s. 34.

⁷⁰ Sancar, 2010, s. 115-116.

⁷¹ ibid, s. 115.

⁷² Algan, 2007, s. 35.

görüşlerini oluşturmaya ve giderek geliştirmeye yarayan bir etik anlayışının ortaya çıkmasında oynadığı rolde yatmaktadır.⁷³

2. İkinci Kuşak Hakların Ortaya Çıkışı

16. yüzyıldan itibaren Kuzeybatı Avrupa’da ortaya çıkan kapitalizm 19. yüzyıla damgasını vuran Endüstri Devrimiyle birlikte olgunlaşarak köklü bir dönüşümü doğurmuştur. Bu dönüşüm sanayileşme ve kentleşme ile karakterize olup; “19. yüzyılın ikinci yarısından itibaren başat toplumsal düzen sanayileşmiş kent toplumu olarak tarih sahnesine çıkmıştır.”⁷⁴

Başta işçi sınıfı olmak üzere yeni toplumsal sınıfların ortaya çıkışı da Endüstri Devrimi ile olmuştur. Bir zamanlar burjuva sınıfı, hukukî eşitlik bakımından aristokrasi sınıfının karşısındaki ezilmişliğinin farkına vardığında nasıl mücadeleye girişmişse, tarih sahnesine 18. yüzyıl sonlarında çıkan yeni bir sınıf da⁷⁵ burjuvazinin siyasal ve ekonomik liberalizmine dayalı kapitalist düzenin kendilerini sömürdüğünü kavradığında, haklarını koruyamayan liberal demokrasiden umudunu keserek mücadeleye başlamıştır.⁷⁶ Bu mücadelenin özünde, 18. yüzyılda İngiltere’de başlayan ve 19. yüzyılda Kıta Avrupası’na yayılan⁷⁷ Endüstri Devrimi’yle ortaya çıkan dönüşümün ortaya çıkardığı adaletsizlik tecrübeleri yatmaktadır. Anayasalara yazılan eşitlik ve özgürlük retoriği soyut ve kuramsal kelimelerden ibaret kalmıştır.⁷⁸ Mülkiyet, yasal eşitlik ve sözleşme özgürlüğü gibi klasik haklar sadece özel mülkleri olanı ve sözleşmenin taraflarından güçlü olanı yani sermaye sahibinin insan haklarını

⁷³ Gemalmaz, 2012, s. 195.

⁷⁴ Gencay ŞAYLAN, **Postmodernizm**, 4. baskı, İmge Kitabevi, Ankara 2009, s. 7.

⁷⁵ 18. yüzyılın ikinci yarısından 19. yüzyılın ortalarına uzanan dönemde, dünyanın ilk piyasa toplumunun kuruluşunu hazırlayan fikirlerin ve kurumların ortaya çıktığı İngiltere’de işçi sınıfının sosyal hak taleplerini ve modern topluma geçiş sürecini anlatan bir çalışma için bkz. Edward P. THOMPSON, **İngiliz İşçi Sınıfının Oluşumu**, Birikim Yayınları, İstanbul 2004.

⁷⁶ Ülker GÜRKAN, “Sosyal Adalet”, **Adalet Kavramı**, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara 2008, s. 115.

⁷⁷ Gemalmaz, 2012, s. 216.

⁷⁸ Gülmez, 2001, s. 20.

korumaktadır.⁷⁹ Şu hâlde, burjuvazinin insan hakları anlayışı esasen burjuva sınıfının insancıl olması imkânsız kendi haklarından ibarettir.⁸⁰

Devrim öncesinde sahip olduğu ekonomik gücün yanına siyasal gücü de alarak iktidar araçlarını kontrol etmeye başlayan burjuva sınıfının elindeki sermaye, endüstri devrimi ile devasa boyuta ulaşırken, orta sınıflar çöküntü içine girmiş; köylüler fabrikalarda çalışabilmek için kırsaldan kente akın etmeye başlamış; bunun sonucunda ücretler düşmüş, işsizlik artmış ve çalışma koşulları kötüleşmiştir. Aslında, 1789'dan hemen sonra Bildirge'de yer alan hakların sosyal haklarla güçlendirilmesi gerektiğini savunanlar vardır.⁸¹ Nitekim, Anayasanın başına eklenen ikinci İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirisi'nde kamu yardımı yapılması, toplumun çalışabilecek durumda olanlara iş bulması, çalışamayacak olanlara ise yaşama imkânı vermek suretiyle yoksulların geçimini sağlama yükümlülüğü, herkesin ihtiyacı olan öğrenim imkânlarının bütün yurttaşlara sağlanması yükümlülüklerinden söz edilmektedir.⁸² Ancak, bunlar hukukî güvenceden tamamen yoksundur. Ayrıca, sınırlı oy sisteminin iddia ettiğinin aksine, hukukî eşitlik bile tam olarak sağlanamamıştır.⁸³

Sosyal haklar mücadelesinin ilk büyük yükselişi 1848 devrimleridir.⁸⁴ 1848 Devrimi, henüz hukukî güvenceden yoksun sosyal haklar ile hümanist-idealist bir sosyalizmden esinlenerek siyasal demokrasiyi tamamlamayı hedefleyerek tarih sahnesine çıkmış;⁸⁵ burjuva devrimleri sonrasında ortaya çıkan klasik hakların, sosyal

⁷⁹ Algan, 2007, 36.

⁸⁰ M. BUHR, W. SCHRODER, K. BARCK, **Aydınlanma Hareketi ve Felsefesi - Bilimsel Düşüncenin İlkeleri 2**, (Çev.) Veysel Atayman, Birim Yayınları, İstanbul 1984, s. 94; Endüstri Devrimi ve Fransız Devrimi sürecinin toplumsal ve ekonomik yapısı ile bu temel üstünde gelişen akım ve eylemler arasındaki ilişkileri irdeleyen temel bir eser olarak bkz. Leo HUBERMAN, **Feodal Toplumdan Yirminci Yüzyıla**, (Çev.) Murat Belge, İletişim Yayınları, 19. baskı, İstanbul 2019.

⁸¹ Algan, 2007, s. 36; sözgelimi, 1793'te ilk kez bu haklardan söz eden Robespierre'dir. Gerçekten de, "ferdiyetçi hürriyet anlayışının en parlak ifadesini nasıl ki Fransız İhtilâlinde buluyorsak, sosyal ve ekonomik haklardan ilk defa söz edildiğini de gene aynı İhtilâl döneminde görürüz. Robespierre'in, Jacobin'lerin radikal ideolojisinden esinlenerek 1793'de Konvansiyon'a sunmuş olduğu ünlü tasarı, sosyal hak ve adalet kavramlarının açık ve belirli ifadelerini taşımakta idi." Kapani, 1993, s. 53.

⁸² Gürkan, 2008, s. 115.

⁸³ Tanör, 1978, s. 50.

⁸⁴ Yasemin ÖZDEK, Marksizm ve Haklar, **Kuramsal ve Tarihsel Boyutlarıyla Hak Mücadeleleri**, (Eds.) Yalçın Bürkev vd., C. I, 2. baskı, NoteBene Yayınları, (ss. 51-88), Ankara 2011, s. 67.

⁸⁵ Gürkan, 2008. s. 116; Kapani, 2003, s. 53.

ve ekonomik birtakım haklarla tamamlanmasının yolunu açmıştır.⁸⁶ Bu bağlamda, 1848 Fransız Anayasası sosyal hak anlayışını benimser.⁸⁷ Ne var ki, bu anayasa 19. yüzyılda ekonomik ve sosyal haklara yer veren tek örnek pozitif hukuk belgesi olarak kalmış, bu hakların anayasallaşmasını görmek için Birinci Dünya Savaşı'nın sonrasını beklemek gerekmiştir.⁸⁸

20. yüzyıla gelindiğinde, esas itibarıyla 1917 Ekim Devrimi ile Sovyetler Birliği'nin dağıldığı 1991 yılları arasındaki dönemde siyasi, ekonomik, askerî ve entelektüel alanlarda dünya gündemini sosyalizmin kapitalizme meydan okuması belirlemiştir. Kapitalizme alternatif olarak sosyalizmin bir sistem olarak varlığı hiç kuşkusuz, 1929 yılında tepe noktasına ulaşan kapitalizmin evrensel krizine karşı yeniden yapılanmayı önemli ölçüde etkilemiştir. Keynesci paradigmaya dayanan refah devleti ve demokratikleşme, yeniden yapılanma sürecinin ana unsurları arasında sayılabilir. Bu yeniden yapılanma ile kapitalizm, yalnızca 1929 bunalımının etkisinden kurtulmakla kalmamış, sosyalizm tarafından kendisine yöneltilen radikal eleştirilere de hafife alınmaması gereken bir yanıt vermiştir.⁸⁹

Yine, sözü edilen yeniden yapılanma süreci içinde insan haklarının yeniden yorumlanması ve özgürlüğün pozitif tanımını esas alan ikinci kuşak hakların birinci kuşak hakları tamamlaması bu çerçevede açıklanabilmektedir. Özgürlüğün negatif tanımına dayanan ve bireyin talep ve eylemlerini sınırlayacak dış bir müdahalenin olmamasını yeterli gören özgürlük anlayışı, eşitliği esas alan sosyalist kritik karşısında yetersiz kalmıştır. Bireyin başkasının özgürlüğünü kısıtlamamak koşulu ile istediğini yapabilmesini ifade eden negatif özgürlük anlayışında, sözgelimi bireyin müzik enstrümanı çalmak istemesi hâlinde onu engelleyebilecek dış bir güç olmaması yeterli görülmekte iken, bireyin olanaklarının yetersizliği hâlinde özgürlüğün kendiliğinden

⁸⁶ Algan, 2007, s. 37.

⁸⁷ Gürkan, 2008, s. 116; Kapani, 2003, s. 53.

⁸⁸ Algan, 2008, s. 37.

⁸⁹ Şaylan, 2009, s. 21-22.

sınırlı kalacağı kritiği önemli hâle gelmektedir. Yine, sağlık hizmetlerinden gerektiği gibi yararlanamayan bireyin sağlık ve yaşama hakkı, bu olanaklardan büyük ölçüde yararlanan bireyinkinden çok farklı olacaktır. Burada engelleyici dış güç, bireyin yoksulluğu olarak ortaya çıkmaktadır. Şu hâlde, bireyin hak ve özgürlüklerini gerçekleştirmesi için etik açmaz ile karşı karşıya kalınmaması için bir dış güç tarafından “özgürleştirilmesi” gerekir. İşte bu, özgürlüğün pozitif tanımıdır. İkinci Dünya Savaşı sonrasında evrensel bir geçerlilik kazanan refah devleti, özgürlüğün pozitif tanımına dayalı olarak gelişmiştir. Devletin, daha adil ve eşitlikçi bir toplum düzeni inşâ etmek için bireyi özgürleştirme işlevini yüklenmesi, sosyalist kritik karşısında kapitalizmin kendini yeniden üretmesi ve meşruluk iddiası için temel dayanak noktasını oluşturmuştur.⁹⁰

Sözü edilen sosyal ve tarihsel dönüşümün neticesinde ortaya çıkan sosyal haklar ilk olarak Birinci Dünya Savaşı’nın ardından hazırlanan anayasalarda yer almaya başlamış ise de, yaygın olarak normatifleştiği dönem İkinci Dünya Savaşı sonrasına denk düşmektedir.⁹¹ Bu bağlamda, ilk kez 1917 tarihli Meksika Anayasası’nda sosyal haklar tanınmış ancak, bu anayasa 1931’e kadar fiilen uygulanamamıştır.⁹² 1919 tarihli Weimar Anayasası olarak da bilinen Alman Anayasası’nda sosyal haklara yer verilmiş ve bu düzenleme diğer Avrupa ülkelerinin anayasalarına ilham kaynağı olmuştur.⁹³ Bununla birlikte, sosyal haklar İkinci Dünya Savaşı sonrası 1946 Fransız, 1947 İtalyan ve 1949 Alman Anayasalarına kadar güvenceli ve uygulanabilir bir kategori olmaktan uzaktır.⁹⁴

⁹⁰ ibid, 2009, s. 22-23.

⁹¹ Ayşen SEYMEN ÇAKAR, **Sosyal Hakların Gerçekleştirilebilirliği**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli 2018, s. 57.

⁹² ibid, s. 64.

⁹³ Kapani, 1993, s. 55-56, Algan, 2007, s. 37, Seymen Çakar, 2018, s. 64.

⁹⁴ Orhan ALDIKAÇTI, “Sosyal Devlet”, **Anayasa Yargısı**, C.14, Ankara 1997, (ss. 79-85), s. 80.

İkinci Dünya Savaşı'ndan sonraki dönemde hazırlanan anayasaların tamamında sosyal haklar normatif olarak yer almıştır.⁹⁵ Hem savaş sonrasında ortaya çıkan köklü siyasal değişikliklerin anayasalarda değişiklik yapılması gereğini ortaya çıkarmasından ötürü ve hem de savaşlar sonucunda bozulan ekonomik ve toplumsal dengelerin yeniden sağlanması için devletlerce sosyal haklara önem verilmesi kaçınılmaz olmuştur.⁹⁶ Şu da var ki, İkinci Dünya Savaşı aynı zamanda sağcı totaliter rejimlere karşı bir özgürlük mücadelesine dönüştüğünden, bu rejimler tarafından alenen çiğnenen insan haklarına kimi güvenceler sağlamak gerekli hâle gelmiştir.⁹⁷

C. İnsan Haklarına İlişkin Belli Başlı Sınıflandırmalar ve Sosyal Haklar

İnsan hakları, geçmişten günümüze çeşitli sebeplerle ve farklı bakış açılarıyla kategorize edilmektedir.⁹⁸ Bu sınıflandırmaların bir gayesi de, sosyal hakların insan hakkı olmadığını iddia eden görüşlerdir. Bu bölümde, öğretilerde yapılan sınıflandırmalara ve buna ilişkin eleştirilere yer verilerek, çalışmanın ana konusu olan sağlık hakkının ayrıntılı olarak analizine geçilmezden evvel, sağlık hakkının da içinde yer aldığı sosyal hakların insan hakları içindeki konumuna ilişkin belirleme yapılacaktır.

Hakların sınıflandırılmasının ideolojik arka plânını insan hakları mücadelesi ve hakların ikiye bölünme süreci ile Soğuk Savaş dönemine egemen politik iklim oluştururken, felsefi arka plânını Isaiah Berlin'in negatif özgürlük-pozitif özgürlük dikotomisi üzerinden yaptığı temellendirme oluşturmaktadır.⁹⁹

Berlin'e göre, özgürlüğün negatif anlamı, bir kimsenin herhangi bir müdahale ile karşılaşmaksızın içinde eylemde bulunabildiği alandan ibarettir. Bu bağlamda,

⁹⁵ Seymen Çakar, 2018, s. 66.

⁹⁶ Cahit TALAS, "Harp Sonu Anayasalarda Sosyal Haklar", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Dergisi**, C. 1, Ankara 1956, s. 286; Algan, 2007, s. 37.

⁹⁷ Kapani, 1993, s. 57.

⁹⁸ Algan, 2007, s. 38.

⁹⁹ Koen RAES, "The Philosophical Basis of Social, Economic and Cultural Rights", **Social, Economic and Cultural Rights: An Appraisal of Current European and International Developments**, (Eds.) Peter Van der Auweraer vd., (ss. 43-53), 2002, s. 43.

eyleyebilecek ya da olabilecek olduğu şeyi yapmaktan veya olmaktan, başkaları tarafından alıkonan insan o ölçüde özgür değildir.¹⁰⁰ Özgürlüğün pozitif anlamı ise, bireyin kendi efendisi olma isteğinden kaynaklanır.¹⁰¹ Berlin'e göre, "müdahale" özgürlüğü kısıtlar. Bu nedenle, birey seçimlerini yapabilmek ve tercihlerini kullanabilmek için gerekli olanaklara sahip olmasa bile, seçim ve tercihlerine başkası tarafından müdahale edilmediği sürece özgürdür. Bu bağlamda, sözgelimi yoksulluk, başkalarının bilinçli eylemleri sonucunda meydana gelmemişse, özgürlükten mahrum olmak anlamına gelmez. Şu hâlde, negatif-pozitif hak ayrımına felsefi açıdan dayanak olan Berlin'in anlayışı, pozitif özgürlük düşüncesini reddeder, salt "müdahale etmeme" yükümlülüğünü savunur.¹⁰² Klasik hak ve özgürlükler ile sosyal haklar arasında yapılan ayırım, "ilkinin getirdiği yükümlülüklerin negatif, ikincisinin ise pozitif nitelikte olduğu tezine dayandırılmıştır." Dolayısıyla, sosyal haklar pozitif hak, medeni ve siyasal haklar ise negatif hak olarak nitelendirilmektedir.¹⁰³

¹⁰⁰ Isaiah BERLIN, "İki Özgürlük Kavramı", **Liberal Düşünce**, (Çev.) Mustafa Erdoğan, C. 12, No: 45, Kış-Bahar 2007, (ss. 59-72), s. 62; Berlin'e göre, "Negatif özgürlük, muayyen bir durumda genişliğinin/kapsamının kestirilmesi zor olan bir şeydir. O ilk bakışta sadece en azından iki alternatif arasında tercih yapma kabiliyetine bağlı görünebilir. Bununla beraber, bütün tercihler aynı derecede özgür veya hiç özgür değildir. Eğer totaliter bir devlette işkence tehdidi altında arkadaşşıma ihanet edersem, hatta işimi kaybetme korkusuyla hareket edersem, özgür olarak hareket etmediğimi söylemem akla yatkın olabilir. Yine de, şüphesiz bir tercih yapmışımdır ve en azından teorik olarak öldürülmeyi veya işkence edilmeyi yahut hapse atılmayı tercih edebilirdim. Bundan dolayı, alternatiflerin sırf varlığı benim eylemimi, gönüllü olmasına rağmen, kelimenin olağan anlamında özgür yapmaya yeterli değildir." Bkz. Berlin, 2007, s. 69, dipnot 10.

¹⁰¹ Berlin'e göre, "kendimin efendisi olmamdan oluşan özgürlük [pozitif] ile dilediğim gibi tercihte bulunmaktan başkaları tarafından alıkonmamamdan [negatif] oluşan özgürlük, yüzeysel bir bakışla, mantıken hiç de birbirine uzak olmayan kavramlar –hemen hemen aynı şeyi söylemenin negatif ve pozitif yolları– olarak görünebilir. Yine de, özgürlüğün pozitif ve negatif anlayışları, her zaman mantıken saygın adımlarla olmasa da, tarihsel olarak sonunda birbiriyle doğrudan bir çatışmaya girecek kadar, farklı istikametlerde gelişmişlerdir... Fakat kendisinin efendisi olma şeklindeki pozitif özgürlük anlayışı, kendisine karşı bölünmüş bir insan düşüncesiyle birlikte, doktrin ve pratik olarak gerçekte kişiliğin bu şekilde ikiye parçalanmasına daha kolayca hizmet etmiştir: Bir yanda aşkın, hâkim, kontrolcü öbür yanda disiplin altına alınması ve dizginlenmesi gereken arzular ve tutkuların empirik bir yığını. Etkili olmuş olan bu tarihi gerçektir. Bu, özgürlük anlayışlarının, doğrudan doğruya bir beni, bir kişiyi, bir insanı oluşturan şeyin ne olduğuna ilişkin görüşlerden türediğini göstermektedir, eğer böyle aşikâr bir hakikatin gösterilmesine ihtiyaç varsa. İnsanın tanımının yeterince manipüle edilmesiyle birlikte, özgürlüğe manipülâtörün kastettiği anlamın verilmesi mümkündür. Yakın tarih, meselenin sırf akademik olmadığını da çok açık bir şekilde göstermiştir." Bkz. Berlin, 2007, s. 70-72.

¹⁰² Serkan YOLCU, **Anayasa Yargısında Sosyal Hakların Korunması**, Seçkin Yayınları, Ankara 2018, s. 84.

¹⁰³ Eide, 2001, s. 10; Yücel Dericiler, 2014, s. 57.

İşte, negatif hak-pozitif hak ayrımı, insan hakları arasındaki farklı sınıflandırma biçimlerinin felsefi ve ideolojik dayanağını oluşturduğu gibi, klasik haklar ile sosyal haklar arasındaki hiyerarşik ayrıştırmanın da temel kriteri olmaktadır.

1. Klasik İnsan Hakları Tasnifi ve Sosyal Haklar

Klasik insan hakları tasnifi *Jellinek*'in artık klasikleşen “negatif statü, pozitif statü ve aktif statü hakları” ayrımı üzerinden inşâ edilmektedir. Negatif statü hakları, bireyin devletçe hiçbir surette müdahale edilemeyecek özel alanı içinde kalan hak ve özgürlüklerdir. Bunlar devlete “müdahale etmeme” ödevi yüklerler. Düşünce özgürlüğü, din ve vicdan özgürlüğü, rızası olmaksızın tıbbî müdahalede bulunma yasağı gibi. Pozitif statü hakları, yurttaşa devletten pozitif bir edimde bulunma, talepde bulunma hak ve imkânını verir. Sözgelimi, çalışma hakkı, konut hakkı, sağlık hakkı, sosyal güvenlik hakkı gibi. Aktif statü hakları ise, siyasal görüşlerini açıklama, örgütlenme, oy kullanma, seçme ve seçilme yollarıyla yurttaşa toplum yönetiminde söz sahibi olma ve kararlara katılma yetkisini veren siyasal haklardır. Bu formülasyonun özellikleri incelendiğinde, yurttaşların devlet karşısındaki durumunu ölçü aldığı anlaşılmaktadır.¹⁰⁴

Ancak, klasik insan hakları tasnifine göre yapılan ayrım her zaman doğru sonuç vermez. Çünkü, devletin üstlendiği yükümlülüğün niteliğine bakılarak hak kategorileri arasında net sınırlar çizmek olanaklı değildir. Sözgelimi, adil yargılanma hakkının gerçekleştirilmesi için devletin her hâlde negatif tutum değil aksine çoğunlukla pozitif edimde bulunması gerekir. Sözgelimi, mahkemelerin ve ceza infaz sisteminin kurulması, seçim güvenliğinin sağlanması, yoksul bireylere adlî yardım sağlanması, müdafî ve çevirmen atanması gibi yükümlülükler devletin pozitif edimini gerektirir.¹⁰⁵

¹⁰⁴ Kapani, 1993, s. 6-7; Gülmez, 2001, s. 18-20; Akın, 1987, s. 262; Tarık Zafer TUNAYA, **Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku**, 4. baskı, İstanbul 1980, s. 228-229; Yavuz SABUNCU, **Anayasa'ya Giriş**, İmaj Yayıncılık, 4. baskı, Ankara 1996, s. 34-35.

¹⁰⁵ Algan, 2007, s. 39.

Şu hâlde, adil yargılama hakkı bağlamında devletin yegâne negatif edimi, olsa olsa yargı bağımsızlığı çerçevesinde mahkemelere müdahale etmemektir.¹⁰⁶

Aynı durum sosyal haklar açısından da geçerlidir. Sözgelimi, grev hakkı, toplu iş sözleşmesi hakkı gibi sendikal haklar devletin karışmamasını zorunlu kılan, bu yönüyle de derhal kullanılabilen haklardandır.¹⁰⁷ Yine eğitim ve öğrenim hakkı gibi bazı sosyal haklar, hem pozitif hem de negatif edimi içkindir.¹⁰⁸ Yine, çalışmanın konusu olan sağlık hakkının pozitif edimi gerektiren yönü dışında negatif boyutu da vardır. Sözgelimi, bireyin rızası olmaksızın tıbbî müdahalede bulunulmaması, mahremiyetinin ihlâl edilmemesi, rızasız klinik deneylere tâbi tutulmaması yani bedensel özerkliğine ilişkin kimi hak ve özgürlükler devletin ve üçüncü kişilerin müdahale etmemesini zorunlu kılan veçhesidir.

Donnelly'nin haklı olarak belirttiği gibi, her bir hakkın negatif ve pozitif veçhesi olabileceği gibi, hakka ilişkin yükümlülüklerin pozitiflik-negatiflik durumu her somut konu için değişebilir.¹⁰⁹ Sözgelimi, işkence yasağı normalde negatif bir hak iken, işkencenin genel idarî pratik hâline geldiği ülkelerde hakkın pozitif boyutu öne çıkar. Bu bağlamda, işkence yasağı gereğince kişinin bedenine dokunmamak kâfi olmayıp devletin işkenceyi önleme yükümlülüğü çerçevesinde ilgili kamu ajanlarının eğitime ve denetimine yönelik mekanizmalar oluşturması gerekir.¹¹⁰ Dolayısıyla, klasik haklar tasnifinin sosyal hakların açıklanmasında ve sınıflandırılmasında -her hâlde- elverişli bir araç olduğu söylenemez.

Bu tasnif, insan hakları arasında hiyerarşi olduğunu iddia eden klasik liberal düşünürlerin argümanlarının da temel dayanak noktalarından biridir.¹¹¹ Söz konusu

¹⁰⁶ Gemalmaz, 2012, s. 516.

¹⁰⁷ Ergun ÖZBUDUN, **Türk Anayasa Hukuku**, 19. baskı, Ankara 2019, s. 152; Gülmez, 2004, s. 9-10.

¹⁰⁸ Seymen Çakar, 2018, s. 17.

¹⁰⁹ Jack DONNELLY, **Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları**, (Çev.) Mustafa Erdoğan – Levent Korkut, Yetkin Yayınları, Ankara 1995, s. 43.

¹¹⁰ Yücel Dericiler, 2014, s. 59.

¹¹¹ Algan, 2007, s. 40.

ayrımdan hareketle klasik liberal düşünürler, sosyal devleti, sosyal adalet anlayışını ve sosyal hakları radikal biçimde eleştirirler.¹¹²

2. Bireysel Haklar-Kolektif Haklar Tasnifi ve Sosyal Haklar

Hakkın öznesine göre yapılan bu tasnifte, hak öznesi ya da hakkın sahibi “birey” olmaktadır. Birey hakları olarak kodlanan kategorinin karşısına da kolektif haklar konulmaktadır.¹¹³ Buna göre, bireysel haklar tekil olarak bireyin kullanabileceği haklar iken, kolektif haklar çoğul olarak kullanabilen haklardır. Dolayısıyla, klasik haklar tasnifinde olduğu gibi, öze değil şekle ilişkin bir sınıflandırma olan bu ayrım,¹¹⁴ pratik bir zorunluluktan beslenir. Çünkü, öznesi grup, topluluk ya da halklar olarak nitelendirilen kolektif haklar bireylerce öne sürülemeyecek, çünkü temellendirilmesinde ve savunulmasında güçlükler çıkacaktır.¹¹⁵

Bu ayrım çerçevesinde bakıldığında; sosyal haklar, devlet tarafından öncelikle gözetilmesi gereken sınıfların ya da dezavantajlı kesimlerin haklarıdır. Böyle bir ayrım, çıkış noktası itibarıyla tarihsel bir gerçekliğe karşılık gelse de, genellikle sosyal haklar uluslararası insan hakları belgelerinde yaratıcıları olan topluluklara değil, o toplulukları oluşturan bireylere tanınmaktadır.¹¹⁶ Yine, sendikal haklar doğrudan bireysel haklardandır, ancak bu hakların kullanılabilmesi için hak süjelerinin bir araya gelmesi gerektiğinden, bu tür haklar için kullanımı bakımından kolektif haklar kavramlaştırılması yapmak daha isabetli olacaktır.¹¹⁷

¹¹² Sultan TAHMAZOĞLU ÜZELTÜRK, **Anayasa Hukuku Açısından Sağlık Hakkı (Ulusal ve Uluslararası Boyutuyla)**, Legal Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 8; insan hakları ile sosyal haklar arasında uçurum koyan ve kategorik olarak sosyal hakların insan hakkı olduğunu reddeden Hayek, Nozick, Rand, Cranston gibi kimi liberal düşünürler göre, insan hakları yalnızca birinci kuşak haklarla, medeni ve siyasal haklarla sınırlıdır. Sosyal haklar ise, bu kapsamın dışındadır. Bu yazarların fikirlerine *Negatif Haklar-Pozitif Haklar Ayrımı Bağlamında Dava Edilebilirlik* başlığı altında değinilecektir.

¹¹³ Gemalmaz, 2012, s. 518.

¹¹⁴ Algan, 2007, s. 41.

¹¹⁵ Gemalmaz, 2012, s. 518.

¹¹⁶ Gülmez, 2009, s. 9.

¹¹⁷ Algan, 2007, s.41; Altın Aslı ŞİMŞEK, **Sosyal Devlet İlkesinin Hukukî Değeri**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2015, s.160.

3. Konularına Göre İnsan Hakları Ayrımı ve Sosyal Haklar

Bu sınıflandırma insan haklarının korudukları ya da düzenledikleri konular temelinde yapılmaktadır.¹¹⁸ Bazı yazarlarca bireyin fizik özgürlükleri, düşünce özgürlükleri, kolektif özgürlükler şeklinde üçlü bir ayrım önerilmektedir.¹¹⁹

Donnelly ise, yerleşik dikotomiye aşmak üzere, hak kategorilerinin kendi içinde alt gruplara ayrılmasını önerir. Bu bağlamda, yaşayabilmek için elzem asgari kaynakları güvence altına alan geçim hakları; sosyal güvenlik, sendika kurma, boş zaman ve dinlenme haklarını kapsayan iktisadî haklar; eğitim hakkı, aile kurma haklarının belli unsurlarını içeren sosyal haklar; topluluğun kültürel hayata katılmasını öngören kültürel haklar olarak alt ayrımlara gider.¹²⁰

Öğretide yapılan bir başka ayırmada, bireyin yapısal bütünlüğünün tanınmasına ve korunmasına ilişkin olan haklar ile yapısal bütünlüğünün sürdürülmesine ve geliştirilmesine ilişkin olan haklar sınıflandırması önerilir. Buna göre, ilk kategoride yaşama hakkı, işkence yasağı, kölelik yasağı gibi haklar, ikinci kategoride sağlık ve çevre hakkı, entelektüel özgürlükler, kamusal yaşama katılma, eğitim, çalışma gibi haklar yer alır.¹²¹

Konularına göre ayrım temellendirilirken, klasik hakların, bireyin ahlakî, entelektüel ve ruhsal gelişmesini sağladığı ifade edilirken, sosyal hakların bireyin maddî, ekonomik ve sosyal yönden gelişmesini kolaylaştırdığı vurgulanmaktadır.

¹¹⁸ Algan, 2007, s. 44.

¹¹⁹ Gemalmaz, 2012, s. 517; bu çerçevede, Colliard kişisel özgürlükler, ekonomik özgürlükler, entelektüel özgürlükler şeklinde üçlü tasnif önerirken, Rivero, bireysel güvenlik, özel hayatın gizliliği, fiziksel özgürlükler, entelektüel ve moral özgürlükler, sosyal ekonomik özgürlükler şeklinde beşli sınıflandırma önermektedir. Burdeau ise, insanın yapısında bulunan haklar, ekonomik sosyal haklar şeklinde ikili tasnif önermektedir. Daha çok Fransız yazarların başını çektiği bu tasnif konusunda bkz. İbrahim Ö. KABOĞLU, **Kolektif Özgürlükler**, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Diyarbakır 1989, s. 25.

¹²⁰ Donnelly, 1995, s. 45-47; Yücel Dericiler, 2014, s. 63.

¹²¹ Gemalmaz, 2012, s. 517.

Dolayısıyla bu ayırmada sosyal haklar, hakkın etkin şekilde kullanılabilmesi için devletin olumlu edimini gerektirir.¹²²

4. Kuşaklara Göre Yapılan Ayırım ve Sosyal Haklar

Fransız hukukçu Karel Vasak'ın klasik hâle gelen ayırımı çerçevesinde, insan haklarını doğuran hak mücadelelerinin tarihsel evrimine koşut olarak, üç kuşak haktan söz edilmektedir.¹²³ İnsan haklarının her bir kuşağının, insanlık tarihi içinde birer dönüm noktası olarak kabul edilebilecek önemli tarihsel ve siyasal olaylar ile sosyal dönüşümlerin ardından ortaya çıktığı, bu kuşakların birbirleriyle diyalektik bir ilişki içinde, iç içe oldukları ve birbirleri üzerinde yükseldikleri kabul edilmektedir.¹²⁴

İnsan haklarının diyalektik gelişimi, birbirini takip eden üç kuşak içinde gerçekleşmiştir ve hâlen bu ilerleme süreci devam etmektedir. İnsan haklarının evrimci özelliğini vurgulayan, salt teorik ilkeler değil, gelişiminde belirleyici rol oynayan sosyal, ekonomik ve politik nedenlerin varlığını kavramamıza imkân veren, sözkonusu gelişim süreci içinde insan hakları listesinin tüketilmiş olmadığına işaret eden üç kuşaklı evrim yaklaşımı çerçevesinde¹²⁵ artık günümüzde dördüncü kuşak evrim sürecindeki insan hakları tartışılmaktadır.¹²⁶

¹²² Gülmez, 2009, s. 9.

¹²³ Donnely, 1995, s. 153; Özdek, 1993, s. 27-28; Adil ŞAHİN, “Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Ekonomik Sosyal ve Kültürel Hakların Niteliği Bağlamında Sağlık Hakkının Kapsamı Üzerine Bir İnceleme”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 59 (4), (ss. 711-766), 2010, s. 717.

¹²⁴ Erol ANAR, *İnsan Hakları Tarihi*, Çivi Yazıları, 2. baskı, İstanbul 2000, s. 24-25; Algan, 2007, s. 47.

¹²⁵ Yasemin ÖZDEK, *İnsan Hakkı Olarak Çevre Hakkı*, TODAİE Yayınları, Ankara 1993, s. 27; Kaboğlu, 2002, s. 30-34; Oktay UYGUN, “İnsan Hakları Kuramı”, *İnsan Hakları*, Cogito, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2000, (ss. 13-44), s. 21-25; Gülmez, 2001, s. 19-22; Algan, 2007, s. 46-47.

¹²⁶ Bilim insana sonsuz olanaklar sunmuş olmakla birlikte, biyoloji-tıp alanındaki örneklerde görüldüğü gibi, insan onurunu zedeleyen kimi uygulamalara yol açabilmektedir. İnsan kopyalamayı yasaklayan Avrupa Konseyi belgeleri dördüncü kuşak insan haklarının ilk örneklerini oluşturmaktadır. Bkz. Gülmez, 2001, s. 22; Son yıllardaki gelişmeler dördüncü kuşak haklar kavramını gündeme getirmiştir. Farklı olma hakkı, biyoetik haklar, siber-uzay hakkı gibi hakları üçüncü kuşak haklar listesine ekleyerek listeyi gereksiz uzatmak yerine, bunları ayrı bir kategoride toplamak düşüncesi ağırlık kazanmıştır. 1989'da BM tarafından hazırlanan Konvansiyon'un çocuk hakları arasına aldığı ihmâl, kıyım, sömürü ve ayrımcılığa karşı koruma hakkı, en azından ilk düzeyde zorunlu ve bedelsiz eğitim hakkı, akıl ve fizik sağlığı hakkı, oyun hakkı, engelli çocukların özel eğitimden yararlanma hakkının da dördüncü kuşak insan hakları arasında sayıldığı görülmektedir. Irk, cinsiyet, inanç ve renk ayırımı yapılmaksızın tüm yurttaşları temsil

Birinci kuşak haklar, klasik tasnifteki negatif ve aktif statü haklarına karşılık gelmektedir. 1776 Amerikan ve 1789 Fransız Bildirgeleri'nde ifadesini bulan bireycilik öğretisine ve doğal hukuk teorisine dayanır.¹²⁷ Tarihsel olarak temelinde, aristokrasi ve burjuvazi arasındaki çatışma yatar.¹²⁸

İkinci kuşak haklar, klasik haklar tasnifinde pozitif statü haklarına denk düşer.¹²⁹ Sosyal haklar da, ekonomik ve kültürel haklarla birlikte bu kuşakta yer almaktadır.¹³⁰ Tarihsel olarak temelinde, işçi sınıfı ile burjuvazi arasındaki çatışma yatmaktadır.¹³¹

Üçüncü kuşak haklar, dayanışma hakları, halkların hakları, grup hakları¹³² ya da insanlığın kolektif hakları¹³³ olarak da adlandırılır. 1970'li yıllardan başlayarak dünyanın baş etmeye çalıştığı sorunlara karşı bir yanıt olarak geliştiği söylenebilir. Bu kategori içinde barış hakkı, sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı, tabii kaynaklardan faydalanma hakkı, gelişme hakkı, insanlığın müşterek mirasına saygı hakkı sayılabilir. Ayrıca vurgulamak gerekir ki, üçüncü kuşak insan haklarını, ilk iki kuşaktaki gibi bir bütün olarak ilân eden bir uluslararası belge yoktur.¹³⁴ Mahiyeti tartışmalı olan bu kategorinin ayırıcı özelliği ise, bireyler için gerekli dayanışma ortamını ve insancıl bir toplum yaşantısını yaratabilme amacını gütmesidir.¹³⁵

İnsan haklarının sınıflandırılma biçimlerine karşı pek çok haklı eleştiri dile getirilse bile, bu yerleşik tasniflere didaktik ve işlevsel yararları nedeniyle sıkça başvurulmaktadır. Bununla birlikte, insan hakları hukukunda yaygın kabul gören temel

eden demokratik bir siyasal rejimde yaşama hakkı da bu kategoride yer almaktadır. Bkz. Can HAMAMCI, "Üçüncü Kuşak İnsan Hakları", **Yeni Kuşak İnsan Hakları**, (Ed.) Kıvılcım Akkoyunlu Ertan, TODAİE Yayınları, Ankara 2013, s. 53-54.

¹²⁷ Şimşek, 2015, s. 161.

¹²⁸ Gülmez, 2001 s. 19.

¹²⁹ Algan, 2007, s. 49.

¹³⁰ Şimşek, 2015, s. 161.

¹³¹ Uygun, 2000, s. 25.

¹³² Algan, 2007, s. 51-52.

¹³³ Hamamcı, 2013, s. 52.

¹³⁴ ibid, s. 51-53.

¹³⁵ Gülmez, 2001, s. 21.

ilkelerin “insan haklarının evrenselliği” ve bu ilkeyi tamamlayan¹³⁶ “hakların bütünlüğü ilkesi” olduğu hatırdan uzak tutulmamalıdır.¹³⁷

5. Kuçuradi’nin “İnsan Hakları” Tasnifi ve Sosyal Haklar

İnsan hakları düşüncesi de içinde olmak üzere, insan felsefesinin ortaya çıkmasında belirleyici olan ve günümüz hukuk ve siyaset düşüncesinin de temelini oluşturan Kant’ın “*insanın ikili bir varlık (doğa ve akıl varlığı) olduğu*”¹³⁸ şeklindeki insan görüşünün sonucu olarak, insanı diğer her şeyden ayıran yeti “akıl”dır.¹³⁹ Kant’ın düşüncesinde insan bir “olanaklar varlığı”dır.¹⁴⁰ Bireyler, insan olarak yapılarında içkin bu olanağı gerçekleştirebilirler veya aksine hiç özgür veya ahlâklı eylemde bulunmayabilirler.¹⁴¹

Kant’tan yola çıkarak ontolojik temelli bir insan görüşü ortaya koymaya ve insanı, “tür olarak insana özgü etkinliklerden yakalamaya çalışan” yaklaşımı takip eden Kuçuradi ise, kendi insan hakları kavramını geliştirmiştir. İnsan fenomenleri arasında bir ayrım yaparak, insanın özellikleri ile olanaklarını birbirinden ayırmış ve “insanın bu olanaklarını geliştirmesinin imkânının koşulunu oluşturan kendi insan hakları düşüncesini geliştirmiştir. İnsanı kimi özellik ve kimi olanaklara sahip bir varlık olarak

¹³⁶ Algan, 2007, s. 74.

¹³⁷ Yücel Dericiler, 2014, s. 65.

¹³⁸ “Kant insanı ikili bir varlık, doğa ve akıl varlığı olarak görür. Bir doğa varlığı olarak insan, doğadaki diğer canlı ve cansız varlıklar gibi doğa yasalarına tâbidir. Duyuları, algıları, duyu yaşamı, eğilimleri, duygu yaşamı, kısaca görünüşten ibaret olan *psychique* varlık olarak insan doğal varlık alanına aittir. İnsanın bu yanı, zaman ve mekân içinde bulunan her şey gibi neden-etki yasalarına bağlıdır. Ama insan kendinde gerçekten bir yeti bulur ki, bununla kendini diğer her şeyden, nesnelerce uyarılan kendinden bile ayırır; bu da akıldır. [...] Akıl, ide denilenlerle öylesine saf bir kendi kendine etkinlik gösterir ki, bununla yalnızca duyusallığın ona sağlayacaklarının çok üstüne çıkar ve duyular dünyasını anlama yetisi dünyasından ayırt etmekle, bununla da anlama yetisinin kendine sınırlarını çizmekle en soylu işleyişini kanıtlar. Bunun için akıl sahibi bir varlık kendine, (daha aşağı yetiler bakımından değil) *düşünce varlığı* olarak, duyular dünyasına değil, anlama yetisi dünyasına ait bir varlık olarak bakmalıdır.” Harun TEPE, “İnsan, İnsan Onuru ve İnsan Hakları”, **Antalya Bilim Üniversitesi İnsan Onuru ve İnsana Saygı Sempozyumu**, (Eds.) Sezgin Seymen Çebi, Kerem Öz, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 21.

¹³⁹ ibid, 2019, s. 21.

¹⁴⁰ Yani, özgürlük ve ahlâklılığı olanak olarak yapısında taşır. Bkz. Harun TEPE, “Giriş”, **İnsanın Kosmostaki Yeri**, (Ed.) M. Scheler, (Çev.) Harun TEPE, BilgeSu Yayınları, Ankara, 2012, (ss. 7-30), s. 19.

¹⁴¹ ibid, 2012, s. 19.

gören bu insan anlayışı, aynı zamanda insanın sahip olduğu onur ve değerin kaynağının da çıkarıldığı yerdir.”¹⁴²

Kuçuradi insan haklarını bir ide, bir gereklilik düşüncesi olarak niteler. İnsan olmanın kendinde değer taşıdığı, bunun için de yaşarken bu değere zarar verilmemesi gerektiği düşüncesidir.¹⁴³ “İnsan hakları, her insanla ilgili bazı gerekleri dile getirirler. Bu gerekler, insanın değerini tanıma ve koruma istemleri olarak, yani insanları sadece insan oldukları için koruma istemleri olarak ortaya çıkarlar.”¹⁴⁴

Kuçuradi, bir insan hakkının temel hak olup olmadığına dair bir kriter öngörür.¹⁴⁵ Söz konusu kriteri sağlayan “İnsanlık olarak başardıklarımıza bakarak edindiklerimiz, insanın olanaklarına ilişkin sistematik bilgi ve bu olanakların gerçekleşebilmesini sağlayan koşulların bilgisi[dir]...Ters yönden, yani bu olanakların bugün nasıl körletildiğini görmekle desteklenen ve temellendirilen bu bilgi, bize hangi istemlerin temel haklar olduğunu ve olabileceğini, hangilerinin ise olmadığını ve olamayacağını ayırt edebilmek için bir ölçüt sağlamakla kalmaz; ayrıca temel hakların özünün gereklerini gitgide daha açık görmemiz için de bir yol açar.”¹⁴⁶

Kuçuradi’nin insan hakları sınıflandırmasında üç kategori yer alır: Birincisi, insanın yapısal olanaklarıyla doğrudan doğruya ilgili olan haklar. İkincisi, bu yapısal olanakların geliştirilmesi için genel olarak gerekli ön koşullara ilişkin olanlar ve son olarak, bazı değişken koşullara ilişkin olanlar. Kuçuradi, insan hakları (veya temel kişi hakları) kavramını bu kategorilerden ilk ikisi için kullanmaktadır. Birinci grupta; bireyin güvenliği, kölelik yasağı, işkence yasağı, keyfi olarak tutuklanmama, düşünce ve kanaat özgürlükleri ile barışçıl toplanma özgürlükleri gibi özgürlükler yer alır. Kişi

¹⁴² Tepe, 2019, s. 23-24; bkz. İonna KUÇURADİ, **İnsan ve Değerleri**, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, 8. baskı, Ankara 2020, s. 17-22.

¹⁴³ Harun TEPE, “İnsan Hakları ve Evrensellik Tartışması”, **Yeni Kuşak İnsan Hakları**, (Ed.) Kıvılcım Akkoyunlu Ertan, TODAİE Yayınları, Ankara 2013, s. 6.

¹⁴⁴ İonna KUÇURADİ, “Felsefe ve İnsan Hakları”, **İnsan Haklarının Felsefi Temelleri**, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Yayına Hazırlayan: İonna Kuçuradi, Ankara 2016, (ss.73-80), s. 73.

¹⁴⁵ Harun TEPE, “Sosyal Haklar ve İnsan Hakları: Sosyal ve Ekonomik Haklar Olmadan İnsan Hakları Korunabilir mi?”, **Uluslararası Sosyal Haklar Sempozyumu**, Belediye İş Sendikası Yayınları, (ss.97-104), Ankara 2009, s. 102.

¹⁴⁶ Kuçuradi, 2016, s. 75.

insan türünün bir üyesi sıfatıyla bu olanakları kendinde taşır. Bu hakların korunması, ancak kişilere bu olanaklarını gerçekleştirirken dokunmamakla sağlanır. İnsanın yapısal olanaklarının geliştirilmesi için genel olarak gerekli ön koşullara ilişkin olan ya da Kuçuradi'nin “dolaylı korunan temel haklar”¹⁴⁷ dediği ikinci grup insan hakları arasında, sağlık, eğitim ve çalışma gibi haklar yer almaktadır. Yurttaşlık hakları denilen bu hakların sağlanması, devletin kişilere tanıdığı haklara bağlıdır.¹⁴⁸

O hâlde, Kuçuradi'ye göre insan hakları kapsamında “kişinin güvenliğine ilişkin istemleri ve/veya temel özgürlükleri” ve “insanın olanaklarını korumanın genel olarak ön koşullarına ilişkin istemleri” sayılabilir.¹⁴⁹ Bu çerçevede sosyal haklar, tüm insanların eşitlik temelinde insan olarak sahip olduğu, yani tanınmayı gerektirmeyen, herkesin insan olarak olanaklarını geliştirebilmesini sağlayan temel haklar olup devletlerce, gereklerinin yerine getirilmesi yükümlülüğü bulunmaktadır.¹⁵⁰

D. İnsan Onuru ve Sosyal Haklar

Felsefi açıdan, Aydınlanma düşüncesi içinde en yetkin biçimde Kant tarafından insan otonomisi üzerine temellendirilen insan onuru kavramı,¹⁵¹ Aydınlanma felsefesinin ürünü olan insan hakları belgelerinde de temel ilke olarak yer alır. Bu bağlamda, İHEB'nin birinci maddesinde yer alan “insan onuru” kavramı¹⁵² BM

¹⁴⁷ İonna KUÇURADİ, “Küreselleşme, Sosyal Adaletsizlik ve Sosyal Haklar”, **Anayasal Sosyal Haklar (Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye)**, (Ed.) İbrahim Ö. KABOĞLU, Legal Yayınları, İstanbul 2012, s. 45.

¹⁴⁸ Kuçuradi, 2016, s. 76-77; Tepe, 2009, s. 102; Tahmazoğlu Üzeltürk, 2012, s. 7, dipnot 27; Yücel Dericiler, 2014, s. 64.

¹⁴⁹ İonna KUÇURADİ, **Uludağ Konuşmaları**, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, 2019, s. 18; Tepe, 2009, s. 102.

¹⁵⁰ Seymen Çakar, 2018, s. 35-36.

¹⁵¹ Nihat BULUT, **Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009, s. 14; “Kant'ta onur, insan otonomisi üzerine temellendirilmiştir. Buna göre, insan kendi aklı tarafından yapılandırılan, otonom (özerk) bir öznedir. Otonom ve akıllı bir özne olarak insanlar eşit bir onura sahiptirler. Bugün için insan hakları kavramının temelini oluşturan insan onuru da, daha ziyade bu anlayışın ürünüdür. Bu bağlamda onur, bir yandan bireyin özerkliğine vurgu yaparken, öte yandan eşitlik ilkesini de içine almakta ve insanların haklarda eşit olduğu prensibini beraberinde getirmektedir.” Bulut, 2009, s. 14.

¹⁵² İHEB'in birinci maddesi şöyledir: “Bütün insanlar özgür, onur ve haklar bakımından eşit doğarlar. Akıl ve vicdanla donatılmışlardır, birbirlerine kardeşlik anlayışıyla davranmalıdırlar.”

Şartında, “temel insan haklarına, insan kişiliğinin onur ve değerine olan inancı yeniden ilân etme” gerekliliği olarak vurgulanmış; İkiz sözleşmelerin giriş bölümünde de insan onuruna atıfta bulunulmuştur.

İHEB’de ifade edilen, “insana ilişkin bir kabuldür: bütün insanların özgür, onur ve haklar bakımından eşit doğdukları kabulüdür. Burada tüm insanların eşit olduğu söylenmektedir; ama bu eşitlik belirli açıdan, onur ve haklar bakımından eşitliktir. Her tek kişinin diğer herkesle eşit haklara ve onura sahip olduğudur söylenen. Tüm insanların neden eşit onur ve haklara sahip oldukları [...] akıl ve vicdanla donatılmış olmasına dayandırılmaktadır. Bu aynı zamanda bu Bildirge’nin olduğu kadar genel olarak uluslararası insan hakları belgelerinin temelinde yatan insan anlayışıdır.”¹⁵³

İnsan haklarının koruma altına almayı amaçladığı değer, insan onurudur.¹⁵⁴ Keza, insan onuru sosyal hakların da “özünü” ifade etmektedir.¹⁵⁵

İnsan onuru kavramının pozitif bir hukuk kuralı olarak ne şekilde işlevsel hâle getirileceğini tespit etmek zor olduğu gibi,¹⁵⁶ insan haklarının ve sosyal hakların metafizik bir kavrama dayandırılması veya ne olduğu belirsiz olan bir şeyin korunmaya çalışılması da hayli tartışmalıdır.¹⁵⁷ Başlıbaşına bir çalışmanın konusu olabilecek insan onuru kavramının felsefi, metafizik, tarihsel¹⁵⁸ ve normatif olarak her yönüyle burada tartışılması çalışmanın sınırlarını aşmakla birlikte, vurgulamak gerekir ki, “gücünü

¹⁵³ Tepe, 2019, s. 19-20; Tepe’nin vurguladığı gibi; “İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin birinci maddesinde ortaya konulan insan görüşünün genel olarak Aydınlanma’nın veya 18. yüzyılın insan görüşü olduğu söylenir. Gerek akıldan gelen bir yasaya göre eylemde bulunmayı ahlâklılığın temeli olarak gören Kant, gerekse 18. yüzyılın duyguları öne çıkaran filozofları –Shaftesbury ve bir yeti olarak doğal vicdandan söz eden Hutcheson burada ilk akla gelen filozoflardır- bunu doğrular gibidir. Ama bu bağlamda ilk akla gelen filozof Immanuel Kant’tır. Onun insan görüşüdür. Kant’ın insanı ikili bir varlık, akıl ve doğa varlığı olarak görmesi, akıl sahibi olmanın ona ahlâklılığın ve değerliliğin yolunu açması bunu destekler gibidir. Ahlâklı eylemde bulunabilmenin beraberinde bir yükümlülük getirmesi de, birinci maddede söylenenle bir koşutluk içindedir.” Bkz. Tepe, 2019, s. 24-25.

¹⁵⁴ Yücel Dericiler, 2014, s. 66.

¹⁵⁵ Yolcu, 2018, s. 57.

¹⁵⁶ Yücel Dericiler, 2014, s. 66.

¹⁵⁷ Tepe, 2019, s. 25.

¹⁵⁸ Antikite’den günümüze insan onuru kavramına ilişkin tarihsel bir değerlendirme ve analiz için bkz. Nihat BULUT, “Eski Yunan’dan Aydınlanma Çağına İnsan Onuru Kavramının Gelişimine Genel Bir Bakış”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XII, S. 3-4, 2008, s. 1-12.

özgürlükten alan klasik liberal hakların (medeni ve siyasal haklar) aksine, insan onuru özgürlük ve eşitliğin maddî şartlarını kapsayarak sosyal hakların temelini oluşturur.”¹⁵⁹

Nussbaum’un haklı olarak vurguladığı gibi, onur kavramı çok açık olmayan ve içerik verilmesi gereken bir nitelik taşısa da, fark yaratan bir kavramdır; insanın içinde olan ve geliştirilmesi gereken bir şeydir, bu nedenle herkeste eşittir. Dolayısıyla, her birey yasalar ve kurumlar karşısında eşit saygı ve muamele görmeyi hak eder.¹⁶⁰

İnsan onuru kavramı üzerine yapılan çalışmalarda içkin onur-içkin olmayan onur ayrımı yapılır; içkin onurun her insanda eşit olarak bulunduğu varsayılır. Bunun yanında, toplumsal bir özellik taşıyan ikinci bir insan onuru kavramından, “kazanılan/atfedilen onur”dan da söz edilir. Çoğunlukla, “insan onuruna yakışan bir hayatın neler gerektirdiği”¹⁶¹ şeklinde yapılan atıflar bu türden onur kavramına işaret eder. İşte, “onurlu bir yaşamın gereksinimleri” olarak tezahür eden onur kavramı, sosyal haklar ile yakından ilgili olduğundan devlete sorumluluk yükleyecek bir nitelik taşıdığı kabul edilir.¹⁶²

Diğer bir ayırım, yetkilendirme olarak insan onuru-sınırlandırma olarak insan onuru ayırımıdır. İlki, bireyin özerkliğine vurgu yaparak insan onurunu insanın doğuştan özünde sahip olduğu bir değer olarak ele alan liberal anlayışı yansıtırken, ikincisi, gerektiğinde bireyin özerkliğini sınırlandıran ve devletin yükümlülüğüne dayanak oluşturan muhafazakâr anlayışı yansıtmaktadır. Ampirik onur-içsel insan onuru ayırımında ise, ilki sosyal olarak tevdi edilmiş saygıya gönderme yaparken, ikincisi insan onurunu bütün insanların doğuştan sahip olduğu bir olgu olarak ele almaktadır.¹⁶³

Kuçuradi’nin yaptığı ayırım ise, “taşınan onur (*dignity*) ve yüklenilen onur (*honour*)” şeklindedir. O’na göre, yüklenilen onur bir kişinin değerine ya da atfedilen

¹⁵⁹ Margit COHN, Dieter GRIMM, “Human Dignity as a Constitutional Doctrine”, **Routledge Handbook of Constitutional Law**, (Eds.) Mark Tushnet, Thomas Fleiner, Cheryl Sanders, London&New York, Routledge, 2013, (ss.193-203), s. 193’den nakleden Yolcu, 2018, s. 57.

¹⁶⁰ Nussbaum, 2018, s. 47-48.

¹⁶¹ ibid, 2018, s. 49.

¹⁶² Tepe, 2019, s. 27.

¹⁶³ Yetkilendirme olarak insan onuru-sınırlandırma olarak insan onuru ayırımı ve ampirik-içsel insan onuru ayırımı ile ilgili detaylı açıklama ve örneklendirmeler bakımından bkz. Yolcu, 2018, s. 62-69.

değerine saygıyı dile getirirken, taşınan onur insanın yapısına ilişkin (antropolojik) bilgiden oluşur.¹⁶⁴ Bu bağlamda, Kuçuradi, insan haklarına antropolojik yaklaşımın belirli bir değer kavramına dayandığını, buna göre insanın değerinden anlaşılması gerekenin, insanın tüm türler içindeki biricik olan kimi özellikleri, yani insanın yapısal kimi olanaklarını da kapsayan özellikler olduğunu söyler. Kuçuradi'ye göre, “insan onuru dediğimiz şey insanın bu değerinin farkındalığına işaret etmektedir. Her insanı bir insan olarak görülmeye ve davranılmaya layık kılan da bu değerdir. İnsan onuru, insanın nesnel değerinin karşılığıdır ve tür olarak insanın değerinin felsefi/antropolojik bilgisinden, yani insan türünün yapısal özellikleri, olanaklarının ve bunlardan kaynaklanan ve ona evrendeki yerini sağlayan tarihteki başarılarının bilgisinden oluşur. Bir kişinin her şeyden önce insan olduğunun bilincine varmasını, tek ortak kimliğimiz olan insan kimliğimizin farkına varmasını sağlayan da bu bilgidir.”¹⁶⁵

Sonuçta, insan hakları insanın kendi değerine¹⁶⁶ uygun bir yaşam sürebilmesi için, salt insanın taşıdığı yapısal olanakları gerçekleştirebilmesinin koşullarının sağlanmasıyla ilgili görüldüğünden,¹⁶⁷ insan onuru da, insan olmanın değerinin farkında olmak demektir. İnsan onurunun gerekleri ise, “insan hakları” olarak tezahür eder.¹⁶⁸

Tepe'ye göre, insan onuru ya da değeri ile insan hakları arasında yakın bir ilişki vardır. İnsan hakları düşüncesi temelde insanın değerli bir varlık olduğu görüşüne

¹⁶⁴ Tepe, 2019, s. 27-28.

¹⁶⁵ İonna KUÇURADI, “İnsan Onuru Kavramı ve İnsan Hakları”, **İnsan Hakları: Kavramları ve Sorunları**, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, (ss. 69-76), Ankara 2007, s. 70-73; Tepe, 2019, s. 28.

¹⁶⁶ “‘İnsanın değeri’ derken kastedilen, insanın, cins olarak insanın, diğer varlıklarla (insan olmayan herşeyle) ilgisi bakımından özel durumu ve bu özel durumundan dolayı kişilerin insanlararası ilişkilerde sahip olduğu bazı haklar, başka bir deyişle insanın varlıktaki özel yeridir. Dünyaya gelen her kişinin yaşama, beslenme, eğitilme hakkı, dokunulmazlığı, kısaca çeşitli uluslararası bildirilerde ve anayasalarda birçoğu ‘insan hakları’ adı altında toplanan –ama her gün binlerce defa çiğnenen- haklar, temellerini insanın değerinde bulurlar.(...) ‘Kişinin değeri’, kişinin toplumla ilgisi bakımından özel durumudur. Kişinin bir sayıdan fazla bir şey olması, ‘insan hakları’ bakımından diğer kişilerle eşitliği, hiçbir şekilde araç olarak kullanılmaması gerekliliği ve bu gibi şeyler kişinin değerinin ifadesidir.(...) ‘Bir kişinin değeri’ ise, diğer kişilere göre onun o tek olan yapı bütünlüğüne sahip olması, onun o kişi olma özelliği ve bütünlüğünün bu özelliğinden dolayı diğer kişilerden farklı imkânları, farklı yaşantıları, farklı gerçekleştirmeleridir. Bir kişinin kahraman, özgür, dürüst, seven... bir kişi olmasının ifadesidir kişinin değeri; bir Brand’ın, bir Prometheus’un, bir Antigone’nin bir Schweitzer’in, bir Küçük Prens’in değeri...” Bkz. Kuçuradi, 2020, s. 40-41.

¹⁶⁷ Tepe, 2009, s. 101.

¹⁶⁸ Kuçuradi, 2007, s. 70-73.

dayanır. İnsan ve diğer canlılar arasında etik özne ve etik nesne (etik ilgi alanına girme) olma bakımından bir fark yok denilirse insan haklarından da söz edilemez. İnsan diğer insanlara ve canlılara yapıp ettiklerinden sorumlu tutulabilir, ama diğer canlılar yapıp ettiklerinden sorumlu tutulamazlar. İnsana bu niteliği kazandıran özellik Kant’a göre onun otonomiye, özgürlüğe ve ahlâklı eyleme olanağına sahip olmasıdır. Bunu sağlayan ise akıldır.¹⁶⁹ Kuçuradi’ye göre, insanın değerler (bilim, sanat, teknik, felsefe gibi insan başarıları ve sevgi, saygı, hoşgörü gibi etik değerler) ortaya koyabilen bir varlık olmasıdır. Ancak, her hâlde insanın diğer canlılardan kendini farklı kılan bir değere ve onura sahip olmasıdır. Dolayısıyla, uluslararası insan hakları belgelerine de yansıdığı şekliyle, insan haklarının temelinde böyle bir insan onuru ya da değeri kavramının yattığını söylemek yanlış olmaz.¹⁷⁰

İnsan onuruna yaraşır bir hayatın gerekliliklerine işaret eden düşünürlerden hareketle, devletin her birey için “başlangıç olabilecek bir eşiğin üzerinde” olanaklar sağlamasının insan onuruna saygı gereği olduğu söylenebilir.¹⁷¹ Kuşkusuz, eşitlik ve toplumsal adalet asgari eşiğin sağlanmasında ilksel yere sahiptir. Yoksulluk ise, bireyin yapısal olanaklarını gerçekleştirebilmesinin olanaksızlığına işaret eden bir olgudur. Sözgelimi, hasta olduğunda sağlık hizmetine erişemeyen bir kişinin yapısal olanaklarını gerçekleştirebildiğinden söz edilemez. O hâlde, insan onurunu korumaya yönelik normların işlevselliğini sağlayan hak kategorisi esas itibarıyla “sosyal haklar”dır.¹⁷²

Konuya siyasal iktidarın sınırlandırılması veçhesinden bakıldığında ise, siyasal iktidarı “insan onuru” üzerine inşâ edilerek sınırlayan insan haklarının bir kategorisini

¹⁶⁹ Hayvan hakları bağlamında meseleyi ele alan düşünürlerden Nussbaum ise haklı olarak, onur/saygınlık söyleminin genişletilmesi gerektiğini, çünkü artık yalnızca insan onuruna yakışır hayatlarla ilişkin değil, duyguları olan çok çeşitli canlıların onurlu bir şekilde sürdüreceği hayatlar hakkında konuşulması gerektiğini ifade eder. Sözgelimi, hayvanlara iyi davranma görevimizi kendi içimizdeki hayvanı destekleme görevimizden yola çıkarak tanımlayan genişletilmiş Kantçı yaklaşımın tersine, “Yapabilirlikler Yaklaşımı” her bir hayvan türünü onurlu kabul eder; bu onura saygı gösterme görevi kendimize karşı görevlerimizden türetilmez. Bkz. Nussbaum, 2018, s. 175-181.

¹⁷⁰ Tepe, 2019, s. 29-30.

¹⁷¹ Nussbaum, 2018, s. 52.

¹⁷² Yücel Dericiler, 2014, s. 68.

de sosyal haklar oluşturmaktadır.¹⁷³ Gerçekten de, başlangıçta insan onurunun korunmasının salt devlet iktidarının sınırlandırılmasıyla sağlanacağı düşünülürken, bilhassa Endüstri Devrimi ile birlikte, insanın sadece devlet gücüne karşı korunmasının yeterli olmadığı, bunun yanında, toplumsal adaletin sağlanması ve en azından bireylere asgari yaşam standardı sağlanmasıyla insan onurunun korunmuş olacağı kabul edilmiştir.¹⁷⁴

Sonuç olarak, herkesin onuruna saygı duyulmalıdır; özellikle yoksulluk içinde bulunanlar, kadınlar, çocuklar, azınlıklar, sığınmacılar, engelliler gibi toplumun en savunmasız ve incinebilir gruplarının onuruna saygı gösterilmelidir.¹⁷⁵ İnsan onuruna saygı, devletin, toplumun en dezavantajlı olanlarına eşit değerde saygı göstermesini ve yoksulluğu sürekli hâle getiren şartları düzeltmek için gerekli önlemleri almasını gerektirir. Bu nedenle, insan onuru sosyal hakların gerçekleştirilmesinde temel bir ilke olarak ele alındığında, onurlu bir yaşam için gerekli koşullara sahip olmayanların hak taleplerine meşruiyet sağlar.¹⁷⁶

E. Evrensellik - Kültürel Görelilik Tartışması ve Sosyal Haklar

İnsan hakları; üzerinde karşıt fikirlerin yan yana varlığını sürdürdüğü kavramlardan birisidir. Kimileri için uğruna can verilecek bir değerken, kimileri için Batı uygarlığının ihraç ettiği kavramlardan birisidir.¹⁷⁷

İkinci görüşü savunanlarca, insan haklarının ortaya çıkışı itibarıyla Batılı bir hareket olması nedeniyle, insan hakları normlarının “temel insanî amaçlar” olarak sunulmasının Batılı olmayan kültürlerin Batılı bir ideolojiye boyun eğmesine yol açtığı,

¹⁷³ Yahya Kazım ZABUNOĞLU, **Bir Hukuk ve Siyaset Bilim Problemi Olarak Devlet Kudretinin Sınırlanması**, Ajans-Türk Matbaası, Ankara 1963, s. 219-220.

¹⁷⁴ Bulut, 2009, s. 14-15.

¹⁷⁵ Virginia A. LEARY, “The Right to Health in International Human Rights Law”, **Health and Human Rights**, Volume 1, No: 1, 1994, (ss. 24-56), s. 37.

¹⁷⁶ Sandra LIEBENBERG, “The Value of Human Dignity in Interpreting Socio-Economic Rights”, **South African Journal of Human Rights**, C. 21, 2005, (ss. 1-31), s. 1-3.

¹⁷⁷ Tepe, 2013, s. 4.

emperyalist devletlerin egemenliğinden yeni kurtulmuş pek çok kültürün bu suretle yeniden sömürgeleştirilmesine zemin hazırladığı ileri sürülmektedir.¹⁷⁸ Bu bağlamda kültürel, siyasal ve sosyal gelenekler bakımından toplumlar arasında değer yargılarının farklı olduğu, belli kültürel ortamlar dışında objektif olarak savunulabilir ahlakî standartların ya da yargıların ortaya çıkamayacağı, kültürel ve sosyal değer yargılarının kendi bağlamları dışında hiçbir geçerliliği olamayacağı iddia edilmektedir.¹⁷⁹

Nussbaum'un haklı olarak belirttiği gibi, insan haklarının tarihsel olarak Batılı bir hareket olduğu doğruysa da sadece bu realite üzerinden dünyanın diğer coğrafyalarında yer alan ülkeler için uygun olmadığı öne sürülerek insan haklarının reddi gerekmez. Zira, insanlık tarihi boyunca farklı kültürlerin birbirlerinden sürekli bir şeyler alıp vererek sağladığı kaynak zenginliği, insanlık tarihinin en değerli gerçeklerinden biridir. Kaldı ki, İHEB'nin oluşturulmasıyla başlayan uluslararası insan hakları hareketinin mimarları salt Batılı ülkeler değil, Mısır, Çin, Fransa gibi birbirinden çok farklı kültürel ve dinsel geleneklere bağlı dünya ülkeleridir. Batılı ülkelerin başını çeken ABD ise, CEDAW, ÇHS gibi belli başlı insan hakları belgelerini henüz imzalamamıştır.¹⁸⁰ Dolayısıyla, “insan haklarına emperyalizm üzerinden muhalefet etmek yerinde değildir. İnsan hakları tüm insanların değerleri ve onurları bakımından eşit olduğunu ifade eder. Eşit değerde olma fikri bir tek Batı'ya ait olmadığı gibi, kesinlikle emperyal de değildir. İnsan hakları güçlünün karşısında, zayıfın yanındadır.”¹⁸¹

Evrenselliğin insan hakları bağlamındaki yeri, felsefî bir kavramsal kategori olarak “evrensel”den çok tüm dünya ölçeğinde genel kabul gören, genel geçer ya da

¹⁷⁸ Nussbaum, 2018, s. 120.

¹⁷⁹ Algan, 2007, s. 69.

¹⁸⁰ İnsan hakları hareketine yönelik evrensellik ve kültürel görelilik tartışmasını yapabilirlik yaklaşımı çerçevesinde analiz eden bir çalışma için bkz. Nussbaum, 2018, s. 119-130; yine, evrensellik ve kültürel görelilik ilişkisinin birbirinin karşıtı olmaktan ziyade birbirini bütünler ve tamamlar yönlerini ortaya koyan, eş söyleyişle kültürel göreliliğe açık bir evrensellik anlayışının olabilirliğini vurgulayan bir çalışma için bkz. H. Gökçe ZABUNOĞLU, “Kültürel Görecelik ve İnsan Haklarının Evrenselliği”, **Zabunoğlu Armağanı**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 316, Ankara 2011, ss.789-812.

¹⁸¹ ibid, 123.

benimsenen dolayısıyla uygulanması gereken ilke ve normlar ile bağlamıyla konumlandırılır.¹⁸² İnsan haklarının evrensel olması, bu hakların belli bir yere, zamana ve belli insanlara özgü olmayıp tüm yer ve zamanlarla, tüm insanlar için geçerli olması anlamına gelmektedir.¹⁸³

Felsefi açıdan bakıldığında ise, bu tür normların, verili koşullarda insanın değerini veya insanın onurunu oluşturan şeyin bilgisi ışığında türetilen normlar olduğudur. Başka bir ifade ile, bu normlar doğrudan ya da dolaylı olarak, insanın onurunu oluşturan şeyin bilgisinin ve normal olarak insan onurunu koruyanlarla, insan onuruna zarar veren koşulların karşılaştırılmasıyla ortaya konulan bilgilerin oluşturduğu öncüllerden çıkarılan normlardır. Bu bağlamda, “evrensel insan haklarından” söz edilecekse, bunlar ancak bu tür öncüllerden çıkarılan, her durumda insan onurunun nasıl korunabileceğini ifade eden normlardan söz edilebilir.¹⁸⁴

Bu tartışmanın sosyal haklar bakımından pratik anlamı, kimi insan haklarının dünyanın bir bölgesinde uygulanırken, başka bir bölgesinde uygulanmasının gerekli olup olmadığına dair politikaların güdülüp güdülemeyeceği noktasında düşünülmektedir.

Kültürler arasında hiyerarşik bir değer sıralaması, bir altlık-üstlük ilişkisi öngören yaklaşımlar bugün artık büyük ölçüde aşılmıştır. Nitekim, modern insan hakları öğretisi, böyle bir hiyerarşik anlayışın reddedilmesi temelinde yükselmektedir. Uluslararası ve bölgesel insan hakları sözleşmeleri organları, sözleşmelerin evrensel geçerliliğini, yani her koşulda ve her yerde uygulanması gerektiğini tespit ederek, taraf devletlerin yeknesak sözleşmesel sorumluluklarını öngörmüşlerdir. Yine, kültürel

¹⁸² Gemalmaz, 2012, s. 539.

¹⁸³ Yasemin ÖZDEK, “1990’larda İnsan Hakları: Sorunlar ve Yönelimler”, **İnsan Hakları Yıllığı**, C.15, Ankara 1993, s. 8.

¹⁸⁴ Tepe, 2013, s.13-14.

göreliliğe bakılarak farklı standartlar uygulanmasına izin vermeyen bir içtihat birikimi mevcuttur.¹⁸⁵

Öte yandan, hiçbir kültür çevresinin, dünya uygarlığı bütünü içinde bir unsur olmayı aşan geçerlik ve işlevinden söz edilemez.¹⁸⁶ Kùltürlerin çeşitliliğini mutlak bir kültürel göreliliğe bağlamak sonuçta olmazsa olmaz nitelikteki insan haklarında ifadesini bulan değerlerin ve insan onurunun yadsınmasına varacak noktaya gelebilir. Sözgelimi, herhangi bir kültürde çocuk evliliği, zorla evlendirme, kadın sünneti gibi zararlı geleneklerin devam ettirilmesi, yine bireylere ırk, dil, din, etnik ve sosyal yönden ayrımcılık yapılması sırf kültürel temeli olduğundan söz edilerek meşrulaştırılmaz, hoş görülemez.¹⁸⁷

II. SOSYAL HAKLARIN DAVA EDİLEBİLİRLİĞİ

A. Genel Olarak

Dava edilebilirlik kavramına geçmezden evvel, bu kavramla bağlantılı olan denetim ve gözetim, icrâ ve gerçekleştirme terimlerine açıklık getirmekte yarar görölmektedir.

Denetim, bir uluslararası sözleşmeye taraf devletin o sözleşmeden doğan yükümlölüklerine uygun davranıp davranmadığının, uluslararası bir mekanizma tarafından gözetimini (*supervision*) ifade etmektedir. Bununla bağlantılı olarak, uluslararası hukukta *implementation* terimi, denetim ve gözetim yerine kullanılmakta iken, ulusal hukukta aynı terim, ulusal yargı mercilerinin kararları çerçevesinde sorumlulukların zorunlu olarak yerine getirilmesi anlamında icrâ (*enforce*) terimi ile ifade olunur. Bir hakkın gerçekleştirilmesi (*realisation*) ise, hakkın fiilen kullanılır hâle

¹⁸⁵ Gemalmaz, 2012 s.540.

¹⁸⁶ Mehmet Semih GEMALMAZ, “İnsan Hakları: Temellendirilmesinden Tamamlanmasına”, **Bahri Savcı’ya Armağan**, Mülkiyeliler Birliği Yayınları, (ss. 244-259), Ankara 1988, s. 252.

¹⁸⁷ Gemalmaz, 2012, s. 538.

gelmesini, eş söyleyişle, o hakka yürürlük kazandırılmasını ifade eder. Hakkın tam anlamıyla gerçekleştirilmesinden söz edilebilmesi için, hem ulusal hem de uluslararası aktörlerin yükümlülüklerini yerine getirmesi zorunludur.¹⁸⁸

Sosyal hakların gerçekleştirilmesi için devlete pek çok yükümlülük yüklenmiştir. Ancak, bunların içinde gerçek anlamda zorlama gücüne sahip olan, soyut kuralların somut olaylara uygulanabilmesine olanak sağlayan yani, hakkın gerçekleştirilmesinin (*realisation*) etkinliğini sağlayan temel kavram “dava edilebilirlik”tir. Bu nedenle, sosyal hakların gerçekleştirilmesi denildiğinde, gerçekte aynı anlama gelmemekle birlikte, çoğunlukla anlaşılan dava edilebilirlik olmaktadır.¹⁸⁹

Bu bölümde, dava edilebilirlik kavramının insan hakları hukukundaki anlamı netleştirildikten sonra, öğretide sosyal hakların dava edilebilirliğine karşı çıkan temel yaklaşımlar, karşı tezleri ortaya konularak tartışılacaktır. Ardından, sosyal hakların dava edilebilir olmadıklarını savunan yaklaşımları çürütmeye ve sosyal hakların dava edilebilirliğini güçlendirmeye matuf temel ilke ve araçlar belirlenmeye çalışılacaktır.

B. Dava Edilebilirlik Kavramı

Dava edilebilirlik (*justiciability*), en dar anlamda bir meselenin ya da ihtilâfın yargısal denetime tâbi olup olmayacağıdır.¹⁹⁰ Dava edilebilirlik kavramı, “bir hakkın yargı organlarının ya da benzer bir işlevi yerine getiren diğer organların incelemesine konu edilebilmesi yeteneği”¹⁹¹ olarak tanımlanmakta; bu kavramın tersi olan “*non-justiciability*” yani dava edilemezlik ise, “bir hakkın korunması amacıyla dava edilememesi ya da yargısal uygulamaya açık olmaması” anlamına gelmektedir.¹⁹²

¹⁸⁸ Yücel Dericiler, 2014, s. 141.

¹⁸⁹ Seymen Çakar, 2018, s. 2.

¹⁹⁰ Yolcu, 2018, s. 92.

¹⁹¹ Kitty ARAMBULO, *Strengthening the Supervision of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Theoretical and Procedural Aspects*, Intersentia Publications, Antwerpen, Groningen, Oxford, 1999, s. 55.

¹⁹² Algan, 2007, s.143-144.

Şu hâlde, insan hakları hukukunda hakların dava edilebilirliğini, “haklarının ihlâl edilmesi dolayısıyla mağdur olduğunu iddia eden bireylerin, bağımsız ve tarafsız bir yargı organı önünde şikâyetle bulunabilmesi ve bu organ tarafından ihlâl mevcut olduğuna hükmedilmesi hâlinde yeterli hukukî çözümü talep edebilmesi ve hükmün icrâ edilebilmesi”¹⁹³ olarak tanımlamak mümkündür.

Dava edilebilirlik kavramı ile karıştırılabilecek başka bir kavram olan *kazaîlik* ise, bir konunun münhasıran yargı organları önüne getirilebilmesi olduğundan, kazaîliğin “dar anlamda dava edilebilirlik” anlamına geldiğini ve yargı organları yanında yargı benzeri işlev gören denetim mercilerine de başvurabilmeyi kapsayan dava edilebilirlik ile arasında ince bir fark bulunduğunu hatırdan uzak tutmamak gerekir.¹⁹⁴

Sosyal hakların dava edilebilir olmadığı tezinin savunucularından Vierdag,¹⁹⁵ bir hakkın dava edilebilir olmasını, “icrâ edilebilir” olması ile ilişkilendirir. Vierdag’a göre, icrâ edilebilirlik, devletin yetkili bir organının ya da uluslararası yetkili bir organın, ihlâl iddiasına ilişkin bir başvuruyu inceleyebilmesi ve sonuç olarak ihlâlâ yol açan eylemin ya da yasal düzenlemenin ortadan kaldırılmasına ve/veya zararın tazminine hükmedebilmesi demektir.¹⁹⁶ Ancak, dava edilebilirlik ve icrâ edilebilirlik kavramları arasındaki ince farkın doğru şekilde görülmesi önem taşır. Bu bağlamda, icrâ edilebilirlik insan haklarının uygulanması bağlamında hukuk sistemi tarafından öngörülen ve devletçe yerine getirilmesi gereken görev ve yetkilerin tespitiyle ilgili¹⁹⁷ iken, dava edilebilirlik hukuk sisteminin öngördüğü kurallara uygun davranılıp

¹⁹³ Yolcu, 2018, s. 92.

¹⁹⁴ Algan, 2007, s. 144.

¹⁹⁵ VIERDAG, E. W., “The Legal Nature of the Rights Granted by the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. 9(1), (ss. 69-105), 1978.

¹⁹⁶ Yücel Dericiler, 2014, s. 221-222; “Vierdag’ın tezine yöneltilen temel eleştiri, dava edilebilirlik ve icrâ edilebilirlik kavramlarını aynı anlamda kullanması ve fakat icrâ edilebilirlik kavramının ulusal ve uluslararası hukuk sistemlerinde aynı anlama gelmemesidir. Vierdag’ın tanımında icrâ edilebilirlik, ulusal hukuk sistemlerindeki anlamlarıyla, uluslararası sisteme uyarlanmaya çalışılmaktadır. Ayrıca burada, mahkemeler dışında dava edilebilirliği sağlayan hiçbir mekanizmanın olmadığı varsayımından hareket edilmektedir. Oysa uluslararası hukukta, mahkeme kararları aracılığıyla icrâ edilebilirlik kural olmayıp, istisnai bir duruma işaret eder. Diğer bir görüşe göre, uluslararası hukukta iç hukuktan farklı olarak, zorlamaya dayalı dikey bir normatif düzen değil, yatay ve karşılıklılık esasına dayalı bir düzen söz konusudur.” Bkz. Yücel Dericiler, 2014, s. 222.

¹⁹⁷ Algan, 2007, s. 144.

davranılmadığına karar verecek olan bir denetim mekanizmasının varlığıyla ilişkilidir.¹⁹⁸

Sosyal hakların dava edilebilirliği bakımından tartışma, sosyal haklara ilişkin talepler ile hak ihlâli iddialarına ilişkin olarak, yargısal ya da benzeri organlara başvurulup başvurulamayacağı noktasında düğümlenmektedir.¹⁹⁹ Yani, pratik bir sorun olarak yargıçlar sosyal adaletin gerçekleştirilmesine veya toplumsal eşitsizliklerin giderilmesine katkı sağlayabilirler mi? Zira, negatif haklar dava edildiğinde yargıcın görevi hak sahibinin hakkını kullanırken hukuka aykırı bir müdahaleye maruz kalıp kalmadığına ilişkin bir karar vermekten ibaret iken, sosyal haklar sözkonusu olduğunda yargıç, hak sahibinin talep hakkı olan bir kaynaktan mahrum bırakılıp bırakılmadığına karar verir. Böyle bir karar, sosyal adalet, eşitlik ve ayrımcılık yasağı ilkeleri bakımından bir analiz yapılarak kaynakların eşit ve hakkaniyetli olarak dağıtılıp dağıtılmadığını değerlendirmeyi gerekli kılar.²⁰⁰ İşte, sosyal hakların dava edilebilirliği-edilemezliği hakkındaki tartışmalar yargı organlarının sosyal hak talepleri ile ilgili tutumlarının ne yönde olması gerektiği noktasında düğümlenir.

C. Sosyal Hakların Dava Edilemezliğini İleri Süren Temel Tezler

Öğretide sosyal haklar ile medeni ve siyasal haklar arasındaki düalizm şu şekilde şematize edilmiştir:²⁰¹

¹⁹⁸ MAPULANGA-HULSTON, Jackbath, K., “Examining the Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights”, *The International Journal of Human Rights*, Vol. 6, No: 4, 2002, (ss. 29-48), s. 36-37.

¹⁹⁹ Algan, 2007, s. 144.

²⁰⁰ Yolcu, 2018, s. 93.

²⁰¹ Craig SCOTT, “The Interdependence and Permeability of Human Rights Norms: Towards a Partial Fusion of the International Covenants on Human Rights”, *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 27, No: 4, 1989, s. 833.

Sosyal Haklar

- 1.Pozitif
- 2.Kaynak yoğun
- 3.Tedrici
- 4.Muğlâk
- 5.Karmaşık
- 6.İdeolojik
- 7.Politik
- 8.Dava edilemez
- 9.Hedef ve amaçların ifadesi

Medeni ve Siyasal Haklar

- Negatif
- Bedava (maliyetsiz)
- Derhal sağlanan
- Kesin
- Yalın
- İdeolojik olmayan
- Politik olmayan
- Dava edilebilir
- Gerçek ya da yasal haklar

Sosyal hakların dava edilemez olduğuna dair varsayım, esas itibarıyla bu hakların klasik hak ve özgürlüklerden gerek *doğası* ve gerek *normatif karakteri* yönünden belirgin farklılıklar gösterdiği tezine dayanmaktadır.²⁰² İki hak kategorisi arasında varolduğu iddia edilen niteliksel farklılıklara bakılarak, sosyal hakların kategorik olarak dava edilemez olduğu sonucuna varılmakta; böylece, sözkonusu hakların gerçekleştirilmesinin en etkin yollarından olan dava edilebilirliğin önü baştan kapatılmaktadır.²⁰³

1. Negatif Haklar – Pozitif Haklar Ayrımı Bağlamında Dava Edilebilirlik

Sosyal hakların dava edilemezliği konusundaki başat iddia, sosyal hakların klasik haklardan *doğası gereği* farklı olması, yani medeni ve siyasal haklar negatif edimli²⁰⁴ iken, sosyal hakların pozitif edimli olmasıdır. Aynı gerekçeyle birinci

²⁰² Yolcu, 2018, s. 92.

²⁰³ Algan, 2007, s. 146.

²⁰⁴ Negatif haklar, sadece devlete karşı ileri sürülebilen ve devleti sınırlandıran hükümler biçiminde formüle edilip herkese eşit olarak uygulanan haklardır. Bkz. Ida Elisabeth KOCH, “The Justiciability of Indivisible Rights”, *Nordic Journal of International Law*, 2003, Vol. 72, (ss. 3-39), s. 3.

gruptakilerin talep ve dava edilebilir olduğu, ikinci gruptakilerin talep ve dava edilebilir olmadığı ileri sürölmektedir.²⁰⁵

Daha önce de belirtildiği gibi, bu görüş, en bilinen klasik insan hakları tasnifinin yansımasıdır. Bu görüşe göre, birinci kuşak hakların devlete yüklediği yegâne edim “saygı göstermek” ile sınırlıyken, sosyal hakların devlete pozitif edim yüklediğinden söz edilmektedir.²⁰⁶

Sosyal devlete ve sosyal haklara karşı en radikal eleştirileri yapan klasik liberal düşünürlerden *Hayek*’e göre, liberal devlet anlayışı, bireylerin önüne yüce amaçlar koymayıp aksine bireylerin ve/veya birey topluluklarının da benimseyeceği farklı amaçlar karşısında devletin tarafsızlığını savunmaktadır. Bu bakımdan, sosyal devlet ve sosyal adalet anlayışı açıkça dayatmacıdır.²⁰⁷ *Hayek*’e göre, bireyler ancak serbest piyasa ekonomisi içinde özgürdür. Devletin sosyal adalet amacıyla piyasaya müdahale etmesi devlet gücünün meşru olmayan kullanımıdır. İnsan haklarının işlevi, serbest piyasa koşulları içinde devleti, bireyin özerkliğine müdahaleden alıkoymaktan ibarettir.²⁰⁸ Şu hâlde, devletin müdahalesini gerektiren sosyal haklar insan hakları olarak nitelenemez.²⁰⁹ İHEB’de yer alan “herkesin kendi onur ve kişiliğinin serbestçe gelişmesi için zorunlu olan ekonomik, sosyal ve kültürel hakların gerçekleştirilmesine hakkı olduğu” ifadesinin hukukî değeri olmadığını²¹⁰ savunan *Hayek*’e göre, sosyal haklar evrensel nitelik taşımadığı gibi, devletin zor kullanarak bir kesimin kaynaklarını diğer kesimlere yeniden dağıtması nedeniyle klasik hakları tahrip etmektedir. *Hayek*’in savunduğu bu görüş bugün dahi etkisini yitirmiş değildir.²¹¹

²⁰⁵ Seymen Çakar, 2018, s. 82.

²⁰⁶ Algan, 2007, s. 129.

²⁰⁷ Galip L. YALMAN, “Devlet”, **Siyaset Bilimi, Kavramlar İdeolojiler, Disiplinler Arası İlişkiler**, Hazırlayanlar: Gökhan Atılğan, E. Attila Aytekin, Yordam Kitap, 4. baskı, İstanbul 2014, s. 73.

²⁰⁸ Sandra FREDMAN, **Human Rights Transformed: Positive Rights and Positive Duties**, Oxford University Press, Oxford 2008, s. 10-11’den nakleden Yolcu, 2018, s. 84.

²⁰⁹ Algan, 2007, s. 40.

²¹⁰ Friedrich A. HAYEK, **Hukuk, Yasama ve Özgürlük, II. Kitap: Sosyal Adalet Serabı**, (Çev.) Mustafa Erdoğan, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2012, s. 346-348.

²¹¹ Tahmazoğlu Üzeltürk, 2012, s. 8.

Liberal bireyci kuramcılardan *Rand*'a göre, insan hakları negatif karakterlidir. Bireyin hakları, çevresindekiler için onun haklarını ihlâl etmeme yükümlülüğü dışında başkaca yükümlülük doğurmaz. Devletin amacı ve varoluş nedeni, bireyi fiziksel şiddetten korumak suretiyle onun haklarını güvence altına almaktan ibarettir.²¹² *Rand*, kimsenin başkası üzerinde onun seçimi olmayan bir zorlamayla köleleştirme hakkı olmadığını ileri sürmekte; yine, bir kimsenin talep ettiği herhangi bir hakkın şayet başkalarının haklarını ihlâl ediyorsa bir hak olamayacağını,²¹³ mülkiyet hakkının ekonomik bir hak değil politik hak olduğunu ve bir kimseye başka birinin, birşeyin sahipliğini kazandırması demek değil salt, bireye nesnelere kendi çabalarıyla sahip olabilme hakkının tanınması olduğunu ifade etmektedir.²¹⁴

Nozick, devleti sadece güvenlik ve yargı hizmetlerini yürüten “minimal devlet” olarak görür. Pozitif hakların kabulü ise, bir anlamda bireyler arasında özgürlüklerin değerini koruyacak eşitliği sağlamaya yönelik yeniden dağıtım girişimidir.²¹⁵ *Nozick*'e göre, yurttaşından bağlılık talep eden devlet, yurttaşlarına karşı tarafsız olmalıdır. Bu anlayış, hem eşitlikçi ve hem de liberteryen akımdan olmak üzere liberallerin çoğu tarafından benimsenmektedir. Devlete yüklenen siyasal tarafsızlık anlayışının temelinde devleti sınırlandırma doktrini yer almaktadır. Pozitif özgürlükleri tehlikeli bulan bu özgürlük anlayışına göre, devlet farklı ideolojiler ve değerler karşısında tarafsız kalmalı ve sadece negatif özgürlükleri güvence altına almalıdır.²¹⁶

Cranston, sadece yaşam, hürriyet ve mülkiyetten oluşan klasik hakları evrensel, üstün, mutlak, ahlakî haklar olarak kabul eder. “Hak” kavramının kullanıldığı bir durumda bu hakkın konusu olan şey yerine getirilebilir, saygı gösterilebilecek, hatta

²¹² Seymen Çakar, 2018, s. 14.

²¹³ Ayn RAND, “İnsan(ın) Hakları”, **Sosyal ve Siyasal Teori**, (Ed.) Atilla Yayla, Siyasal Kitabevi, Ankara 1993, s. 255.

²¹⁴ Atilla YAYLA, “İnsan Hakları”nın Kavramsal ve Aktüel Anlamı”, **Liberal Bakışlar**, Bahar 1991, (ss. 95-118), s. 101 <http://www.liberal.org.tr/upresimler/atilla-yayla-insan-haklari.pdf> (Erişim Tarihi: 12 Nisan 2020).

²¹⁵ Mehmet KOCAOĞLU, **Robert Nozick: Adalet Teorisi ve Temel Kavramları**, İmaj Yayınları, Ankara 2014, s. 66.

²¹⁶ Yolcu, 2018, s. 88.

ahlakî bakımdan derhal saygı gösterilmesi gereken bir şey olmalıdır. Bu özellikleri taşımayan ve sadece gerçekleştirilmek istenen idealleri gösteren yani tanım gereği derhal gerçekleştirilemez olan sosyal haklar, evrensel bildirgenin de etkisiyle, klasik hakları da ütöpik bir alacakaranlığa sürüklemektedir.²¹⁷

Rasmussen de benzer şekilde, hakların ahlakî birer kavram olduğunu ve işlevlerinin, bireyin kendisini yönetmesi veya özerkliğini koruması ve böylelikle tek tek bireylerin ahlakî iyiliğinin içinde gerçekleşebileceği sosyal ortamı temin etmek olduğunu ileri sürmekte ve sosyal hakların niteliği itibarıyla bu çerçevede kafa karışıklığı yarattığını iddia etmektedir.²¹⁸

Sunstein, Doğu Avrupa’da komünizm sonrasında kurulan yeni devletlerde sosyal hakların tanınmasını felâket olarak nitelemektedir. Serbest piyasa ekonomisine geçen bu ülkelerin anayasalarında salt klasik liberal haklar ile serbest piyasa ekonomisinin koşulları güvence altına alınmalıdır. Sosyal hakları tanımak, hukuken icrâ edilebilir güvencelerden oluşan bir sistem kurmayı tehlikeye atabilir çünkü, bir anayasa bünyesinde herşeyi içermeye kalkışırsa sadece bir kâğıt parçasından ibaret olma ve hiçbir şey ifade etmeme riskiyle karşı karşıya kalır.²¹⁹

Liberal yaklaşımdan biraz daha ılımlı *Shue*’nun görüşüne göre, temel insan hakları klasik haklardan ibaret olmayıp varlığını sürdürme hakkı da temel insan haklarındandır. Sözkonusu hakkın anlamı, bireyin asgari seviyede kimi ekonomik güvencelere sahip olarak varlığını sürdürebilmesidir.²²⁰ *Shue*, temel hakları “her kişinin

²¹⁷ Maurice CRANSTON, “İnsan Hakları Nelerdir?”, Sosyal ve Siyasal Teori, (Ed.) Atilla Yayla, Siyasal Kitabevi, Ankara 1993, s. 255 vd.; Tahmazoğlu Üzeltürk, 2012, s. 9-10.

²¹⁸ Douglas B. RASMUSSEN, “Haklar, Hukuk ve Ahlak”, Liberal Düşünce, (Çev.) Mustafa Erdoğan, C. 9, Sayı: 36, Güz 2004, s. 285 vd.; Tahmazoğlu Üzeltürk, 2012, s. 10.

²¹⁹ Cass R. SUNSTEIN, “Against Positive Rights”, **Western Rights? Post-Communist Application**, (Ed.) Andras Sajó, Hague, Kluwer Law International, 1996, (ss. 225-232), s. 225-227; Sunstein daha sonra -her ne kadar, dava edilebilirlik yönünde bir eğilim ortaya koymasa da- negatif ve pozitif haklar ayrımının geçersizliğini kabul etmiştir. Bkz. Cass SUNSTEIN, **The Second Bill of Rights: Roosevelt's Unfinished Revolution and Why We Need It Now More than Ever**, Basic Books, 2005’ten nakleden Eric C. CHRISTIANSEN, “Adjudicating Non-Justiciable Rights: Socio-Economic Rights and the South African Constitutional Court”, **Columbia Human Rights Law Review**, Vol. 38, No.2, (ss.1-42), 2007, s. 10.

²²⁰ Tepe, 2009, s. 99.

insanlığın geri kalanına yönelttiği akla yatar taleplerin en azı” olarak niteler. “Temel hakların, temel olmasının nedeni şudur: Tüm öteki haklardan yararlanabilmek için bunların korunması gerekir.”²²¹ Bu kategori içinde asgari seviyede koruyucu sağlık hizmetlerini, temiz havaya, temiz suya, yeterli ve güvenli gıdaya erişimi ve barınma hakkını saymaktadır.²²²

Klasik liberal yazarların ileri sürdüğünün aksine *Donnelly*’nin haklı olarak vurguladığı gibi, birinci kuşakta yer alan kimi haklar da pekâlâ devletin pozitif edimini gerektirmektedir (vice versa).²²³ Zira günümüzde insan hakları anlayışı artık devlete salt “müdahale etmeme” yükümlülüğü getiren Hohfeldyan anlayıştan²²⁴ hızla uzaklaşmaktadır. Haklar arasındaki negatif-pozitif ayrımı terkedilmekte, devletin tüm haklar bakımından negatif ve pozitif ödevleri olduğu kabul edilmektedir. Şayet, bir hakkın devlete pozitif yükümlülük getirmesinden ötürü dava edilebilirliği tartışmaya açılacaksa bir bütün olarak AIHS sistemi anlamsız hâle gelecektir. Ayrıca, Avrupa Konseyi bünyesindeki ASS’nın toplu şikâyet prosedürü ve ESKHK’ye bireysel başvuru usulünün öngörülmesi gözönüne alındığında, dünya genelinde sosyal hakların dava edilebilirliği yönünde bir eğilimin mevcut olduğu açıktır.²²⁵

BM sistemi içinde kabul gören ve insan haklarına ilişkin devletin yükümlülüklerinin negatif edimler-pozitif edimler temelinde açıklanmasına bir eleştiri olarak ortaya çıkan devletin “saygı gösterme, koruma, yerine getirme” şeklindeki üçlü

²²¹ Henry SHUE, “Temel Hakların Evrenselliği”, **İnsan Haklarının Felsefi Temelleri**, Yayına Hazırlayan: İonna Kuçuradi, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, (ss.39-65), Ankara 2016, s. 47.

²²² Yücel Dericiler, 2014, s. 63.

²²³ Donnelly, 1995, s. 43.

²²⁴ Amerikan yaklaşımında hakların sistemleştirilmesinde Hohfeld’in analitik sistematiği göze çarpar. Buna göre haklar, istenen haklar, özgürlüğe hak, yetki hakkı ve bağışık olma hakkı olarak sınıflandırılmaktadır. Bkz. Tahmazoğlu Üzeltürk, 2012, s. 7, dipnot 27.

²²⁵ Tolga ŞİRİN, “Bir İhtimal Daha Var O da Ölmek mi Dersin? (Sosyal İnsan Haklarının Anayasa Şikâyeti Yoluyla Dava Edilebilirliği Lehine Tezler ve Öneriler)”, **Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu VI. Anadolu Üniversitesi 13-14 Kasım 2014 Bildiri Kitabı**, Petrol İş Yayınları, İstanbul 2014, s. 343-344.

yükümlülük tipolojileri açıklaması da, sosyal hakların da dava edilebilir olduğunu gözler önüne sermektedir.²²⁶

Aslında, negatif haklar-pozitif haklar ayrımı, sosyal hakların dava edilemezliğine ilişkin ileri sürülen ve yukarıdaki tabloda şematize edilen diğer tüm varsayımsal farklılıkların nirengi noktasını oluşturmaktadır.²²⁷ Hak kategorilerini ayırtırmak için kullanılan kriterlere bakıldığında, birbirleriyle yakından ilişkili ve pek çoğunun iç içe geçen tezlere dayandırıldığı, ayrımların temel dayanağının devletin pozitif yükümlülüklerini sosyal haklara, negatif yükümlülüklerini ise klasik haklara özgülemek olduğu anlaşılmaktadır.²²⁸ Negatif haklar-pozitif haklar ayrımının bizatihi kendisinde muğlaklık ve aşılmaz bir iç çelişki varken, böyle bir ayrımın sosyal hakların dava edilemezliği iddiasının haklılığına gerekçe olarak sunulması isabetli değildir.

2. Hakların Maliyet Boyutu Bağlamında Dava Edilebilirlik

Sosyal hakların maliyetli oluşundan ve kaynak gerektirmesinden yola çıkılarak dava edilebilirliği sorgulanmaktadır.²²⁹ Buna göre, medeni ve siyasi haklar devlete maliyeti olmayan, deyim yerindeyse bedelsiz haklar olmalarına karşılık, sosyal hakların çokça malî kaynak kullanımına gerek duyan haklar olduğu ileri sürülmektedir.²³⁰

Tüm insan hakları bakımından geçerli olmak üzere, her hakkın gerçekleştirilebilmesi için devlete maliyetinin olacağı tartışmasızdır.²³¹ Bu bağlamda, yalnızca hastane açmak için değil, etkili bir yargı ya da seçim sistemi kurmak için de

²²⁶ Dianne OTTO, “Defending Women’s Economic and Social Rights: Some Thoughts on Indivisibility and a New Standard of Equality”, **Giving Meaning to Economic, Social and Cultural Rights**, (Eds.) Isfahan Merali and Valerie Oosterveld, 2001, (ss. 52-70), s. 58.

²²⁷ Algan, 2007, s. 131.

²²⁸ Yücel Dericiler, 2014, s. 223.

²²⁹ Şimşek, 2015, s. 175.

²³⁰ Eide, 2001, s. 10; Christiansen, 2007, s. 1.

²³¹ Algan, 2007, s. 131.

kaynak tahsisi gerekir.²³² Sosyal haklar gibi birinci kuşak haklar da bedava değil çoğu zaman maliyetlidir. “Örneğin, demokrasi ve adaletin yönetilmesi, yerleşik düzenle uyum içerisinde sürdürüldüğünde, pahalı taahhütlerdir. Eğitime ilişkin haklar, akademik özgürlük, insan hakları eğitimi, sendikal özgürlükler ve pek çok diğer çalışma standartları, tıpkı, medeni ve siyasal haklarda olduğu gibi doğrudandır ve mutlaklıdır.”²³³ Yaşama hakkı yönünden bakıldığında, pozitif yükümlülük doktrini çerçevesinde sözelimi acil sağlık hizmetlerini tüm ülke geneline yaygınlaştırmak suretiyle devletin bireyin yaşama hakkına yönelik ihlalleri önleme yükümlülüğü vardır. Şu hâlde, devlete maliyet yüklemeyen bir insan hakkı yoktur.

Öte yandan, ESKHS’de “*mevcut kaynakları ölçüsünde*” ifadesine yer verilerek, devletler bakımından esneklik tanınmış ise de,²³⁴ malî kaynakların yeterliliğine yapılan bu atıf, sosyal hakların yerine getirilmemesinde sınırlanacak mutlak bir norm olarak okunmamalıdır. Çünkü, sosyal hakların yerine getirilmesi kaynakların yeterliliğine belli ölçüde tâbi olsa bile, bu esneklik devletleri, herkes için o hakkı asgari *eşik seviyede* güvence altına almak yükümlülüğünden kurtarmaz.²³⁵ Aksi düşünüş, uluslararası ve ulusal düzeyde tanınan insan haklarının hiçbir normatif değerinin olmadığı sonucuna götürür ki, bu da insan hakları hukukunun varlık nedenini sorgulamaya neden olur.

²³² Iain BYRNE, “The Importance of Economic, Social and Cultural Rights in Guaranteeing Civil and Political Rights within the Euro-Mediterranean Partnership”, **Mediterranean Politics**, 2004, Vol. 9:3 (ss. 344-367), s. 345.

²³³ Gudmundur ALFREDSSON, “A Few Practical Suggestions Concerning Human Rights and Development Co-operation”, **Legal Assistance to Developing Countries: Swedish Perspectives on the Rule of Law**, (Ed.) Per Sevastik, Kluwer Law International, Martunus Nijhoff Publishers, Stockholm, 1997, (ss. 81-105), s. 93-94.

²³⁴ Algan, 2007, s. 134.

²³⁵ Virginia MANTOUVALOU, “The Case for Social Rights”, **Georgetown Public Law Research**, Paper No. 10-18, (ss.1-32), April 2010, s. 11.

3. Hakların Derhal-Aşamalı Gerçekleştirilmesi Bağlamında Dava Edilebilirlik

Sosyal hakların dava edilemezliğini savunanların ileri sürdüğü tezlerden biri de, klasik hakların devletçe derhal gerçekleştirilmesi gerekli olan haklar iken, aksine sosyal hakların aşamalı olarak sağlanabilecek “program haklar” yani birer idealler listesi²³⁶ olduğu yönündedir. Medeni ve siyasal hakların derhal gerçekleştirilmesinin gerektiğine dair çıkarım da negatif hak olmalarına bağlanmaktadır. Bu haklar bakımından devletin müdahale etmeme yükümlülüğü olduğundan, devlet bu haklara derhal ve evrensel olarak saygı göstermekle yükümlüdür.²³⁷

Dava edilemezliği savunanlara göre, sosyal haklar devletin pozitif müdahalesiyle gerçekleştirilebilen haklar olduğundan, bütçeden kaynak tahsisini gerektirmektedir. Bu ise, devletin malî kaynaklarının yeterli olmasına bağlıdır. Hangi kaynaktan hangi alana ne kadar bütçe ayrılacağı zorunlu olarak devletin vereceği siyasal karara göre belirleneceğinden, hakkı gerçekleştirmenin malî boyutu, hakkın ancak belli bir program dahilinde yürürlük kazanabileceğini göstermektedir. Dolayısıyla bu haklara ilişkin hükümler, hükümetlere politika oluşturma aşamasında yol gösteren program hükümlerdir.²³⁸

Sosyal hakların aşamalı, medeni ve siyasal hakların ise derhal uygulanabilir olduğu tezinin geçersiz olduğunu gösterecek pek çok örnek vardır. Örneğin, bir ülkede işkence pratiği yerleşmiş ise, bunun önüne geçilmesi için devletin pozitif adımlar atması gerektiğine kuşku yoktur, çünkü böyle bir durumda işkence yasağının yasalarda

²³⁶ Bkz. Cranston, 1993, s. 251-256.

²³⁷ Marc BOSSUYT, “International Human Rights Systems: Strengths and Weakness”, **Human Rights in The Twentieth Century**, (Eds.) K.E.Mahoney and P. Mahoney, Martinus Nijhoff, Dordrecht/Boston/London 1993, (ss. 47-55), s. 52.

²³⁸ Yücel Dericiler, 2014, s. 223-224.

düzenlenerek derhal kabul görüp uygulamaya geçileceğini söylemek gerçekçi olmayacaktır.²³⁹

İleri sürülenin aksine, kimi sosyal hakların “derhal gerçekleştirilmesi gereken” haklardan olduğu apaçık ortadadır. Nitekim ESKHK, 3 nolu GY’de Sözleşme’nin taraf devletler üzerinde derhal gerçekleştirilmesi gereken pek çok yükümlülük getirdiğini belirtir. Bunlardan ilki, hakların ayırım gözetilmeksizin herkesçe kullanılmasını sağlamak, diğeri, “adım atma yükümlülüğü”dür. Adım atma yükümlülüğü bakımından gerekli olan temel araçlar 2. maddenin 1. paragrafında “özellikle yasama tedbirlerinin kabulü de dahil olmak üzere tüm uygun araçlar” olarak öngörülmüştür. Uygun araçlar kavramı içinde, ulusal hukukta tanınan “etkili hak arama yolları” başat olandır. Bu bağlamda ESKHK, sosyal hakların ayırım gözetilmeksizin gerçekleştirilmesinin en çok da, etkili hak arama yollarının tesis edilmesiyle sağlanacağına işaret etmektedir.²⁴⁰

4. Hakların Muğlak - Açık Olmaları Bağlamında Dava Edilebilirlik

Sosyal hakların dava edilemezliğini ileri sürenlerin iddialarından bir diğeri, sosyal hakların muğlak olmasına karşılık medeni ve siyasal hakların kesin haklar olduğuna ilişkindir. Burada, klasik hakların içeriğinin belirlenebilir ve öngörülebilir olmasına rağmen, sosyal hakların içeriğinin kolayca belirlenebilir olmadığı ileri sürülmektedir.²⁴¹

Cross’a göre, sosyal hakların anayasalarda tanınmasının bir değeri yoktur. Çünkü, sosyal haklar esas bakımından muğlak haklardır. Niteliği gereği muğlak olan bu haklar için yargı organına başvurulduğunda, yargıcın belirli bir sonucu elde etmeye yönelik bir program ortaya koyması gerekir. Sözgelimi, devletten yeteri kadar malî

²³⁹ İzzet Mert ERTAN, *Sosyal Hakların Uluslararası Korunması ve Avrupa Sosyal Şartı Sistemi*, Beta Yayınları, İstanbul 2015, s. 12; ayrıca bkz. Lema UYAR (Der.), *Birleşmiş Milletler’de İnsan Hakları Yorumları: İnsan Hakları Komitesi Ekonomik Sosyal Kültürel Haklar Komitesi*, 1981-2006, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2006, s. 136-142.

²⁴⁰ Seymen Çakar, 2018, s. 83-84.

²⁴¹ Algan, 2007, s. 137.

destek sağlanmadığı ileri sürülen bir davada, yargıcın kişilere belirli bir asgari ücret seviyesi tanıyan anayasal hakkı yargılamaya kalkışması hâlinde, yanıtını bulması gereken sorular son derece girifttir. Oysa, yargıçlar sosyal hakların öngördüğü telâfi mekanizmalarını değerlendirebilecek niteliklere sahip değildir.²⁴²

ESKHK'ye bireysel şikâyet mekanizması öngörülmesine dair İhtiyarî Protokol'ün hazırlık sürecinde ABD, İngiltere ve Avustralya'nın başını çektiği bir grup ülke sosyal hakların muğlak olduğunu ve öngörülen mekanizmanın devletlerin sosyal politika kararlarına müdahale anlamına geleceğini ileri sürerek sosyal hakların dava edilemezliği tezini savunmuşlardır.²⁴³

Hakların içeriğinin belirli olup olmaması hakkın özüne ilişkin olabileceği gibi, hakkın pozitif hukukta formüle ediliş biçimiyle ilgili de olabilir.²⁴⁴ Hangi sebebe dayanırsa dayansın, ileri sürülen iddia, hakkın varlığını ve dava edilebilirliğini tartışmaya açabilecek mahiyette olmayıp olsa olsa yargısal yorum faaliyetine ilişkin bir mesele olarak görülebilir. Nitekim, negatif nitelikli birinci kuşak haklar da dahil tüm insan hakları bakımından gündeme gelebilecek “muğlaklık” hâlinde normu yorumlamak sadece insan hakları hukukunda değil, genel olarak hukukun her alanında yargının açık fonksiyonudur.²⁴⁵ İnsan hakları metinlerine bakıldığında, birçok medeni ve siyasal hakkın içeriğinin de yargısal ve yarı-yargısal organlarca belirlendiği bilinmektedir. Şayet, tanım belirsizliği bir sorun olarak görülüyorsa bu sorun, dava edilemezlik tezine haklılık gerekçesi olmamalıdır. Bilakis, etkili şekilde dava edilebilirliğe bir an önce kapı aralanmalı ki, klasik haklarla olan tarihsel açık kapansın.²⁴⁶

Dolayısıyla, sosyal hakların ulusal düzeyde dava edilebilirliği etkin bir şekilde sağlandıktan ve uluslararası düzlemde de hak ihlâllerine karşı, “teorik ve hayalî değil

²⁴² Frank B. CROSS, “The Error of Positive Rights”, *UCLA Law Review*, Vol. 48, 2001, s. 858.

²⁴³ Aoife NOLAN, Bruce PORTER, Malcolm LANGFORD, “The Justiciability of Social and Economic Rights: An Updated Appraisal”, *Center For Human Rights and Global Justice Working Paper*, No. 15, (ss. 7-19), New York University School of Law, 2007, s. 4; Seymen Çakar, 2018, s. 84.

²⁴⁴ Algan, 2007, s. 138.

²⁴⁵ Algan, 2007, s. 137-138; Seymen Çakar, 2018, s. 84.

²⁴⁶ Şirin, 2014, s. 343.

etkin ve somut koruma sağlayan”²⁴⁷ bireysel şikâyet yolları sağlandıktan sonra, sosyal hakların normatif içeriğine ilişkin bu tartışmanın tümünden temelsiz kalacağı açıktır.

5. Hakların İdeolojik-Politik Oluşu Bağlamında Dava Edilebilirlik

Kuşkusuz, ulusal ve uluslararası düzeyde uygulanan ekonomik ve sosyal politikalar, hangi hakların ne ölçüde sağlanacağına ve ne ölçüde sınırlandırılacağına dair seçimleri de içerdiğinden son tahlilde ideolojik ve politiktir. Aynı durum klasik haklar bakımından da geçerlidir.²⁴⁸ İki hak kategorisi arasında yaratılan hiyerarşi de, Soğuk Savaş dönemindeki ideolojik ve politik mücadelenin insan hakları alanına yansımasıdır. Bu ideolojik kamplaşma, BM’nin sözleşme sistemine de yansyarak, her iki hak kategorisi arasındaki bağı koparmış ve sözleşmelerin hazırlık sürecinde birinci kuşak haklar lehine, sosyal haklar aleyhine algı yaratılmasına sebebiyet vermiştir.²⁴⁹ Esasen, uzun süre sosyal hakların dava edilebilir nitelikte kabul edilmeyişinin nedeni ideolojiktir. Yukarıda kimi klasik liberal düşünürlerden kısaca aktarılan görüşler de, sosyal hakların hâkim politik ve ideolojik tercihler sonucunda ikincilleştirildiği tezini desteklemektedir.

Normatif olarak sosyal hakların klasik haklardan farklı düzenlenmesi²⁵⁰ sosyal hakların değerini ve önemini tartışmalı hâle getirmemelidir. Kaldı ki, normatif farklılıklar her hak bakımından geçerli olmayıp her iki hak kategorisi içinde genelleme yapmayı olanaksız kılan her bir hakka özgü durumlar mevcuttur.²⁵¹ 1948 yılında, birinci kuşak haklardan pek çoğu zamanımızdaki sosyal haklar kadar muğlak görülmektedir.²⁵²

²⁴⁷ Airey v. Ireland, Application No. 6289/73, ECHR, 09.10.1979.

²⁴⁸ Yücel Dericiler, 2014, s. 224-225.

²⁴⁹ Ertan, 2015, s. 11.

²⁵⁰ ibid, s. 9.

²⁵¹ Philip ALSTON, “Out of the Abyss: the Challenges Confronting the New U.N. Committee on Economic, Social and Cultural Rights”, **Human Rights Quarterly**, Vol. 9, No: 3, 1987, (ss. 332-381), s. 351.

²⁵² Philip ALSTON, “Making Economic and Social Rights Count: A Strategy for the Future”, **The Political Quarterly**, Vol. 68, Issue 2, (ss.188-195), 1997, s. 191.

İnsan hakları denetim organlarının içtihatları sayesinde bu tartışmalar zaman içinde aşılabilmektedir. Şu hâlde, sosyal haklar bakımından şimdiki hâlde yapılan tartışmaların bir zamanlar klasik haklar için de yapıldığını ve bunların pek çoğunun gündemden kalktığını hatırdan uzak tutmamak gerekir.²⁵³

Sosyal hakların niteliği ve dava edilebilirliği ile ilgili tartışmaların çağın egemen söylemi olan klasik liberal-neoliberal politikalara sığınarak bundan sonra da devam edeceği açık olsa da, uluslararası insan hakları sözleşmelerinde normatifleşen sosyal hakları geniş yorumlayarak insan onurunu korumayı, toplumsal eşitsizlikleri gözeterek sosyal adaleti gerçekleştirmeyi, ayrımcılık yasağını ve eşitlik ilkesini önceleyen yargısal aktivist tutumlarla ve sosyal hakların gerçekleştirilmesine yönelik hak savunuculuğunun önem kazanmasıyla, -tıpkı birinci kuşak haklar da olduğu gibi- bu tartışmaların güncelliğini yitirmesi kaçınılmazdır.

6. Kuvvetler Ayrılığı ve Demokratik Meşruluk Bağlamında Dava Edilebilirlik

Kuvvetler ayrılığı ilkesi, yasama, yürütme ve yargı fonksiyonlarının devletin farklı organlarınca kullanılması esasına dayanmaktadır. Söz konusu ilke katı yorumlandığında, bu durum, mahkemelerin sadece yasaları uygulayan mercilere dönüşmesine yol açmaktadır.²⁵⁴

Sosyal hakların dava edilebilirliğinin kuvvetler ayrılığı ilkesini ihlâl edeceğine ilişkin iddianın temelinde, mahkemelerin sosyal hakların yargısal denetimini yaparken, yasama ve yürütmenin görev ve yetki alanına müdahale edeceği, bunun da fonksiyon gaspına neden olacağı düşüncesi yatmaktadır. İddia edilen odur ki; bu da, kuvvetler

²⁵³ Koch, 2003, s. 6-7.

²⁵⁴ Yücel Dericiler, 2014, s. 227.

arasında olması gereken fren ve denge mekanizmasını bozacaktır.²⁵⁵ Buradan hareketle, sosyal hakların gerçekleştirilmesine ilişkin kararların nihaî olarak yasama ve yürütme organının takdirine bağlı olduğu, yargıçların seçilmiş yasama ve yürütmenin yerine geçerek karar almasının meşruiyetinin tartışmalı olduğu, sosyal politikalara, kaynak dağıtımına ve bütçe tahsisine ilişkin kararların doğrudan seçmene karşı sorumlu olan yasama ve yürütmeye ait olduğu;²⁵⁶ yine, mahkemelerin genel anlamda sosyal haklarla ilgili iddiaları karara bağlamak için yeterli donanıma sahip olmadığı ve çok merkezli sorunları çözmekte yetersiz kaldıkları²⁵⁷ ileri sürülmektedir.

Demokrasi teorisi perspektifinden sosyal hakların dava edilebilirliğine yönelik temel itiraz, yargı fonksiyonunun yasama ve yürütme organının görevine giren dağıtıcı karar alma süreçlerine karışmaması gerektiği yönündedir. Son tahlilde, sosyal haklarla ilgili nihaî karar verme yetkisi demokratik yetki ve meşruiyeti haiz siyasal organlara aittir.²⁵⁸ Demokratik meşruluk itirazı olarak isimlendirilen bu görüş içinde Dworkin'in ilkeler ve politikalar dikotomisi²⁵⁹ üzerinden yaptığı değerlendirme de sayılabilir. Dworkin'e göre, halk tarafından seçilmemiş olan yargıçların yasamanın işlemlerini denetlemesi demokrasi ilkeleriyle bağdaşmaz. Dolayısıyla, ülke siyasalarına ilişkin karar alma süreçleri demokratik yönden halka hesap verebilen yasama ve yürütme organlarına aittir. Yargı mercileri "ilke kurumları" olarak nitelendiğinden, yargıçlar

²⁵⁵ Nolan, Porter, Langford, 2007, s. 11; Yücel Dericiler, 2014, s. 227; Şimşek, 2015, s. 172-173.

²⁵⁶ Mapulanga-Hulston, 2002, s. 39-41; Nolan, Porter, Langford, 2007 s. 11; Yücel Dericiler, 2014, s. 227.

²⁵⁷ Fuller'e göre, yargılamada niceliksel olarak etkilenen pek çok tarafın bulunduğu sorunlar çok merkezlidir. Bu bağlamda, kamusal kaynakların dağıtımına ilişkin uyuşmazlıklar "çok merkezli (polycentric)" niteliktedir. Bu nedenle de yargısal denetime uygun değildir. Sözgelimi, işçi ücretlerinin belirlenmesi için sendikaların açtığı davalar bu niteliktedir. Çok merkezli bu tür davaların görülmesinde bazı sorunlar ortaya çıkar: İlk olarak, yargıç tarafından getirilen çözüm başarısız olabilir ve kararın akim kalmasına neden olur. İkincisi, yargıç davada temsil edilmeyen taraflara danışır, kanıtlanmamış gerçeklere dair kimi tahminler yapar. Üçüncüsü, mevcut usul kurallarını uygulayarak meseleyi çözmek yerine, çözüme uygun hâle getirecek şekilde meseleyi yeniden formüle edebilir. Bkz. Lon L. FULLER, "The Forms and Limits of Adjudication", **HARVARD LAW REVIEW**, C. 92, No. 2, 1978, s. 395-404.

²⁵⁸ Yolcu, 2018, s. 117.

²⁵⁹ Ronald Dworkin, politika ve ilkeleri şu şekilde tanımlar: "Bir politika toplumun genellikle ekonomik, siyasi ve sosyal özelliklerindeki bir gelişmeyi hedefleyen ulaşılmak istenen standartlardır. İlkeler ise, arzu edilen ekonomik, siyasi ve sosyal koşulları güvence altına alacağı için değil, adalet ya da hakkaniyet öyle gerektirdiği için dikkate alınacak standartlardır. Bu bağlamda, örneğin otomobil kazalarının azaltılması bir politika, hiç kimsenin kendi hatasından menfaat elde etmemesi bir ilkedir." Ronald DWORKIN, **Taking Rights Seriously**, Cambridge, Harvard University Press, 1977, s. 22.

önüne gelen davaları ilkelere göre karara bağlamalı ve politika meselelerine ilişmemelidir. Bu çerçevede, yasama organı ile yargı fonksiyonu arasında karar alma fonksiyonunun katı ve kavramsal bir bölüşümü esastır.²⁶⁰

Demokratik meşruluk tezinin kökeninde, devletin kaynak sağlama ve dağıtmasının sonuçlarının sosyal haklarla yakından ilişkili olduğu görüşü yatmaktadır. Bilhassa, Anglosakson hukuk sisteminde, bütçe konusunda karar alma yetkisinin yasamanın üstünlüğüne ve yürütme yetkisine diğer yetkilerden daha fazla koruma sağladığı düşüncesi hâkimdir. Öte yandan, modern anlamda yargılamanın, hükümetin kararlarını temel haklara uygunluk bakımından denetlemek suretiyle demokratik yönetimi geliştirmede önemli bir işlevi olduğu fikri ve bu tür denetimin meşruiyeti, politika ve kararların çoğunluk prensibine göre alınması nedeniyle, azınlıkta kalanların ve toplumun dezavantajlı kesimlerinin haklarının korunması ve ihlâl edilmemesi görüşüne dayanmaktadır.²⁶¹

Sosyal hakların yargı denetimine tâbi olmasının kuvvetler ayrılığı ilkesini ve demokratik meşruiyeti zedeleyeceğine dair tezlere katılmak mümkün değildir. Öğretide haklı olarak belirtildiği gibi, modern anayasal demokrasilerin salt halk egemenliğiyle tanımlanamayacağı ve kuvvetler ayrılığı ilkesinin en katı hâliyle anlaşılamayacağı açıktır.²⁶² Yargı organı da, yasama ve yürütme gibi egemenlik yetkisini doğrudan anayasadan almaktadır. Ayrıca, anayasal demokrasilerde egemenliğin mutlak nitelikte olmayıp insan hakları lehine sınırlandırıldığı açıktır. Dolayısıyla, insan hakları ve anayasal yargının egemen olduğu günümüzde yargıların, yasama ve yürütmenin tercihlerini denetleyemeyeceğini savunmak -deyim yerindeyse- modası geçmiş bir argümandır.²⁶³

²⁶⁰ ibid, s. 22.

²⁶¹ Nolan, Porter, Langford, 2007, s. 11; Şimşek, 2018, s. 171.

²⁶² Ece GÖZTEPE, **Anayasa Şikâyeti**, AÜHF Yayınları, Yayın No: 45, Ankara 1998, s. 7.

²⁶³ Şirin, 2014, s. 343.

Kuşkusuz, yasama ve yürütme organları meşruiyetini sadece seçimlerden almadığı gibi, demokrasinin tek kriteri de serbest seçimler değildir. İnsan haklarına bağlı olan bir devlette, sosyal hakların kullanımının önemli ölçüde veya tamamen engellendiği hâllerde, yargı mercilerinin daha etkin rol oynamaları gerekmektedir.²⁶⁴ Dolayısıyla bu yaklaşım, demokratik ülkelerde insan haklarına ilişkin anayasal kuralların özünün, seçilmiş yasama ve yürütme üyelerinin eylemlerini insan hakları lehine sınırlandırmaya dayandığı bilgisini ihmâl etmektedir.²⁶⁵

Öte yandan, ESKHK'nın 9 nolu Genel Yorumunda²⁶⁶ kaynak tahsisine karar verme yetkisinin asıl olarak siyasi yetkililere ait olduğunun altı çizilmekle birlikte, yargı organlarının önüne gelen davalarda bu konularla ilgilenmeleri gerektiği vurgulanmaktadır. Komite'ye göre, gerek hakların bütünlüğü ilkesinin yaşama geçirilmesinde ve gerek toplumdaki risk altındaki grupların ve dezavantajlı kesimlerin haklara erişiminin sağlanmasında mahkemelere son derece önemli görev düşmektedir.²⁶⁷

Mahkemelerin ve yargıçların sosyal haklara ilişkin yargılamaları yaparken amaçları yasama ve yürütmenin yerine geçerek sosyal ve ekonomik programlar oluşturmak değildir. Yargısal faaliyetin amacı, bireylere tanınan ve anayasalar ile güvence altına alınan sosyal hakların yerine getirilip getirilmediğinin ve yine, yasama

²⁶⁴ Yücel Dericiler, 2014, s. 229.

²⁶⁵ Nolan, Porter, Langford, 2007, s. 11; Şimşek, 2018, s. 172; yargı denetimine ve bilhassa anayasa yargısına karşı kuvvetler ayrılığı ve demokrasi tezlerinden yola çıkılarak yapılan eleştirileri detaylı olarak değerlendiren bir çalışma için bkz. Göztepe, 1998, s. 7-15.

²⁶⁶ 9 Nolu Genel Yorum'un 10. paragrafı şu şekildedir: "Kimi zaman, kaynakların tahsisıyla ilgili meselelerin mahkemelerden ziyade siyasi yetkililere bırakılması gerektiği görüşü dile getirilmektedir. Hükümetin farklı kollarının sahip olduğu yetkilere saygı gösterilmesi gerekmektedir de, genellikle kaynaklarla önemli ölçüde ilgili pek çok meseleye mahkemelerin hâlihazırda dahil olmuş olduğunu kabul etmek yerinde olacaktır. Ekonomik, sosyal ve kültürel hakları tanım itibarıyla mahkemelerin erişim alanının dışında tutan katı bir sınıflamanın yapılması, bu nedenle, hem keyfî ve hem de iki insan hakları grubunun birbirine bağlı ve ayrılmaz bir bütün olduğunu öngören ilkeyle çelişen bir uygulama olacaktır. Bu tür bir uygulama, ayrıca, toplumdaki savunmasız ve dezavantajlı grupların haklarının korunması konusunda mahkemelerin sahip oldukları kapasitenin önemli ölçüde azalmasına yol açacaktır." Bkz. CESCR, General Comment No 9: the Domestic Application of the Covenant, UN Doc. E/C.12/1998/24, 03.12.1998.

²⁶⁷ Yücel Dericiler, 2014, s. 228.

ve yürütme tarafından hazırlanan sosyal ve ekonomik programa uyulup uyulmadığının yargısal olarak denetlenmesidir.²⁶⁸

Getirilen eleştiri yargısal faaliyette genişletici yorum yapılmasına ise, insan hakları sözkonusu olduğunda, bir hakkın anlamını içtihadıyla yazacak olan yargıcın uygulaması gereken yorum yöntemi, normun ya da norm koyucunun iradesini ortaya çıkarmaya çalışan katı pozitivist klasik yorum yöntemi değil, norm ile sosyal realite arasında bağ kuran dinamik yorum yöntemi olmalıdır.²⁶⁹ Yargı organlarının ve bilhassa anayasa yargısının insan haklarını koruma fonksiyonunu yerine getirirken, bu hakları zamanın değişen şartlarına uygun olarak yeniden yorumlayıp geliştirmeleri gerektiği hatırdan uzak tutulmamalıdır.²⁷⁰ Tıpkı birinci kuşak insan haklarında olduğu gibi, geliştirici ve genişletici yorum tercih edilerek, toplumdaki savunmasız ve dezavantajlı grupların haklarının korunabilmesi için hak temelli yaklaşıma dayanan aktivist bir tutum (*judicial activism*) benimsenmelidir.

Yargı organlarının, yasamanın ve yürütmenin takdir yetkisini kaldırarak şekilde yerindelik denetimi yapamayacağına kuşku bulunmamakla birlikte, yerindelik denetimi ile hukukîlik denetiminin sınırlarının nerede başlayıp nerede biteceğinin isabetli bir şekilde belirlenmesi gerekir. Yargı organlarının, kaynakların nasıl ve ne şekilde tahsis edileceğine ilişkin politikaları denetleyememesi, tahsis edilmiş kaynakların amaca uygun kullanılıp kullanılmadığının hukukî denetimini de yapamayacağı anlamına gelmez.²⁷¹ Takdir hakkı ve siyasal politikalar hakkında karar verme yetkisi; bireyler arasında ayrımcılık ve eşitsizlik, toplumun dezavantajlı ve incinebilir gruplarının gözetilmemesi, keyfî davranma, o hakları asla gerçekleştirmeme ya da ihmâl şeklinde

²⁶⁸ Ülkü HALATÇI ULUSOY, “Uluslararası Hukuk Açısından Sosyal Hakların Yargılanabilirliği Üzerine Bir Değerlendirme”, **Sosyal Adalet İçin İnsan Hakları: Sosyal Haklar**, (Eds.) Kıvılcım Akkoyunlu Ertan, Filiz Kartal, Yeliz Şanlı Atay, TODAİE Yayınları, (ss.71-84), Ankara, 2014, s. 76.

²⁶⁹ Özdek, 2004, s. 94; ayrıca, klasik yorum öğretisinin bir eleştirisi ve anayasal normların yorumunda sosyal gerçekliğin gözönünde tutulması gerekliliği üzerine bkz. Sancar, 2010, s. 206-208.

²⁷⁰ Göztepe, 1998, s. 15.

²⁷¹ Algan, 2007, s. 149-150.

tezahür ediyorsa, artık devletin o hakkı hangi kriterlere göre bireylere sağlaması gerektiği tartışılabilir. ²⁷²

D. Sosyal Hakların Dava Edilebilirliğini Güçlendiren Temel Araçlar

Bu başlık altında dava edilebilirlik tezinin güçlendirilmesine ve sosyal hakların ikincilliğinin aşılmasıyla daha etkili korunmasına yönelik başlıca ilke ve araçlara değinilecektir.

1. İnsan Haklarının Bütünlüğü, Bölünmezliği ve Karşılıklı Bağımlılığı İlkesi

“İnsan, soyut ve tek boyutlu bir varlık değildir. İnsan bölünmez bir kişiliğe sahiptir.” ²⁷³ İnsanın varoluşunun fiziksel, biyolojik, psikik, sosyal, kültürel ve düşünsel pek çok boyutunun bulunmasının doğal sonucu olarak, insanın ve insanlığın korunmasının ve geliştirilmesinin araçları olan insan haklarının bütün olduğu, birbirleriyle arasında önem sıralaması yapılamayacağı ve hiyerarşi kurulamayacağı sonucuna varmak mümkündür.

²⁷² Donnelly, 1995, s. 42-43; Şimşek, 2015, s. 176.

²⁷³ “İnsan, düşünen, düşündüklerini ifade etmek isteyen, belli bir toplumsal, ekonomik, kültürel ve siyasal çevrede yaşayan ve bu çevreyi onunla etkileşime girerek geliştirmek, yönetim ve işleyişine katılmak isteyen, dinsel inançları olan ve buna göre davranmak isteyen, üretime düşünsel, sanatsal ve eylemsel emeğiyle katılmak, emeğinin hakça karşılığını almak, bu amaçla da örgütlenip birlikte davranmak isteyen vb. birçok istek gereksinim, özlem ve beklentisi olan bir varlıktır. İnsan hakları ve özgürlükleri de, bunları karşılamanın ve gerçekleştirmenin araçları olan üstün kurallar bütünüdür. İnsan haklarının karşılıklı bağımlılık ve bölünmezlik ilkelerinin temelinde, insanın çok boyutlu varlık olması gerçeği vardır. Herhangi bir hakkın, başka hak ya da hakları kullanmaksızın, onlardan somut olarak yararlanmaksızın, tek başına kullanılması hemen hemen olanaksızdır. İnsan kişiliğinin korunması ve geliştirilmesi, salt birinci kuşak haklarla ya da ikinci kuşak haklardan kimiyle sağlanamaz. Kişilik, ancak biyolojik, düşünsel, siyasal, toplumsal, kültürel vb. yönleriyle bir bütün olarak korunup geliştirildiğinde anlam taşır. İnsan hem kendini geliştirmek hem de insanlığın evrensel değerlerine katkıda bulunmak isteyen bir varlık olarak, bu özellikleriyle diğer canlılardan ayrılır. Bu nedenle de, insanın bu özelliklerinin, ayırım gözetilmeksizin korunması ve geliştirilmesi gerekir. Yine bu nedenle, insan hakları arasında önem ya da derece sıralaması sonucu doğurabilecek sınıflandırmalar yapılmamalıdır.” Bkz. Gülmez, 2001, s. 3.

İHEB tüm hakların eşit önemde olduğu kabulü üzerine inşâ edilmiş ise de,²⁷⁴ Bildirge'nin kabulünden bu yana geçen zaman zarfında sosyal hakların içeriği ve birinci kuşak haklara nazaran konumu hep tartışmalı olmuştur.²⁷⁵ İkiz Sözleşmelerin öngördüğü yükümlülüklerin nitelik itibarıyla farklılaştırılması ve denetim sistemlerinin ayrı kurgulanması nedeniyle,²⁷⁶ klasik hakların icrâ edilebilir, dava edilebilir ve derhal uygulanabilir haklar olduğu savunulagelmiş, sosyal hakların ise aşamalı olarak yerine getirilebilen haklar olduğu, devletin olumlu bir edimle müdahalesini gerektirdiği, program hükümler olduğu ileri sürülmüştür.²⁷⁷

Tarihsel süreç içinde uluslararası toplum her iki hak kategorisi arasındaki bu bölünmeyi aşmak için çeşitli adımlar atmıştır. Sözgelimi, BM Genel Kurulu'nun 1950 tarihli ve 421 (v) sayılı kararında, her iki hak kategorisinin karşılıklı ilişkili oldukları, sosyal haklardan mahrum kalınmasının İHEB'de öngörülen ideal özgür bireyin gerçekleşmesine engel olacağı vurgulanmıştır.²⁷⁸

Uluslararası İnsan Hakları Konferansı'nın 13 Mayıs 1968 tarihli Tahran Bildirisi'nde, "İnsan hak ve temel özgürlükleri bölünemez; ekonomik, sosyal ve kültürel haklardan yararlanmadıkça, kişisel ve siyasal haklardan tam olarak yararlanmak mümkün değildir; insan haklarının gerçekleşmesi yolunda sürekli ilerleme, ekonomik ve sosyal ilerlemeye yönelik, ulusal ve uluslararası alanda akılcı ve etkili bir politikanın uygulanmasına bağlıdır." denilmektedir.²⁷⁹

²⁷⁴ İkiz Sözleşmelerin başlangıç kısmında, "Evrensel İnsan Hakları Bildirisine göre, medeni ve siyasal özgürlükleri ve korku ve yoksulluktan kurtulma özgürlüğünü kullanan özgür insan idealinin, ancak her kişinin medeni ve siyasal hakların yanı sıra ekonomik, sosyal ve kültürel haklardan da yararlanacağı koşulların yaratılması hâlinde gerçekleştirebileceğini kabul ederek, ..." ifadesi yer almaktadır.

²⁷⁵ Seymen Çakar, 2018, s. 32.

²⁷⁶ Ertan, 2015, s. 14.

²⁷⁷ Theodoor C. van BOVEN, "Distinguishing Criteria of Human Rights", **The International Dimensions of Human Rights**, (Ed.) Karel Vasak, Vol. 1, Greenwood Press, UNESCO, Paris, France, 1982, (ss. 43-61), s. 50.

²⁷⁸ Ida Elisabeth KOCH, **Human Rights as Indivisible Rights: the Protection of Socio-Economic Demands under the European Convention on Human Rights**, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff, 2009, s. 30; Şirin, 2014, s. 344.

²⁷⁹ Melda SUR, "Sosyal Hakların Uluslararası Alanda Korunma Sistemleri", **İnsan Hakları Yılığ**, C.19-20, 1997-1998, s. 69; Seymen Çakar, 2018, s. 33.

Ancak, klasik haklar ile sosyal haklar arasındaki bu ikiliğin aşılması için Soğuk Savaşın sona ermesini beklemek gerekmiştir. 1991’de Sovyetler Birliği’nin dağılarak Soğuk Savaşın sona ermesiyle dünya genelinde oluşan olumlu politik iklim her iki hak kategorisi arasında süregelen keskin ayrımın yumuşaması için gerekli hukukî zemini yaratmıştır. Hakların bütünlüğü ilkesinin normatifleşmesi bakımından 1993 yılında yapılan Dünya İnsan Hakları Konferansı dönüm noktası olmuş ve Konferans sonucunda kabul edilen Viyana Bildirgesi ve Eylem Planı’nın 5. maddesinde şu norm öngörülmüştür:

“İnsan hakları evrensel, bölünemez, birbirine bağımlı ve birbiriyle ilişkilidir. Uluslararası toplum, insan haklarını küresel olarak adil ve eşit biçimde, aynı sağlam temeller üzerinde ve aynı vurgularla uygulamalıdır. Ulusal ve bölgesel özellikler ile değişik tarihî, kültürel ve dinsel arka plânların önemi akılda tutulmakla birlikte politik, ekonomik ve kültürel sistemleri ne olursa olsun devletlerin görevi tüm insan haklarını ve temel özgürlükleri korumak ve geliştirmektir.”²⁸⁰

Viyana Bildirgesi’nde altı çizilen hakların bütünlüğü ilkesi karşısında, artık sosyal hakların dava edilemezliği tezi büyük ölçüde geçerliliğini yitirmektedir.

Sosyal hakların korunmasına ilişkin yargı içtihatları da, gün be gün sosyal hakların dava edilebilir olduğu kabulü üzerinde yükselmektedir. Bu bağlamda, AİHM’nin 1979 yılında verdiği, sosyal hakların AİHS sisteminde dolaylı olarak korunmasının da kapısını aralayan *Airey / İrlanda*²⁸¹ kararında geçen, “sosyal haklar alanını Sözleşme alanından ayıran sızdırmaz bir duvar yoktur” diskuru, insan haklarının bütünlüğü ilkesinin çarpıcı bir ifadesi olmuştur.²⁸²

²⁸⁰ Vienna Declaration and Programme of Action, adopted by the World Conference on Human Rights on 24 June 1993, U.N. Doc. A/Conf. 157/24 (Part 1), s.20-46 (18 October 1993), para. 5; DSÖ, **Sağlık ve İnsan Hakları Üzerine 25 Soru 25 Cevap**, 2002.

²⁸¹ *Airey v. Ireland*, Application No. 6289/73, ECHR, 09.10.1979.

²⁸² Seymen Çakar, 2018, s. 165.

Yine, ulusal mahkeme düzeyinde verilebilecek klasikleşmiş bir örnek olarak *Grootboom* kararında²⁸³ hakların bütünlüğü ilkesi şu sözlerle ifade edilmiştir:

“Anayasamız hem medeni ve siyasal hakları hem de sosyal ve ekonomik hakları güvence altına alır. Hak kataloğumuzdaki tüm haklar birbirleriyle ilişkilidir ve karşılıklı olarak birbirlerini desteklerler. Toplumumuzun temel değerleri olan insan onuru, özgürlük ve eşitliğin yiyeceği, kıyafeti ya da barınağı olmayanlardan esirgenmediğinden şüphe duyulamaz. Bu nedenle, sosyal ve ekonomik hakları tüm insanlara tanımak, onların Bölüm 2’de [Hak Kataloğu] güvence altına alınan diğer hakları da kullanabilmesini sağlar. Ayrıca, bu hakların gerçekleştirilmesi, ırk ve cinsiyet eşitliğinin geliştirilmesi ve kadınlarla erkeklerin kendi potansiyellerini eşit biçimde gerçekleştirebildikleri bir toplumun evrimi için anahtardır.”²⁸⁴

Dava edilebilir haklar her durumda daha etkili şekilde korunmaktadır. Bu nedenle, ulusal ve uluslararası denetim mercilerinin zaman içinde gelişen ve değişen sosyal gerçekliği ve toplumsal ihtiyaçları gözönüne alarak, hakların içeriğinin somutlaşmasına ve zenginleşmesine katkı sağlamaları büyük önem taşımaktadır.²⁸⁵ Viyana Bildirgesi’nde normatifleşen hakların bütünlüğü ilkesi, tarihsel süreç içinde insan haklarının bölünmüşlüğüne aşılabileceğinin çok değerli bir örneği olup, bu yönüyle sosyal hakların dinamik ve gelişmeci yorumuna olanak sağlayan çok önemli bir enstrümandır.

²⁸³ Government of the Republic of South Africa and Others v. Irene Grootboom and Others, Constitutional Court of South Africa, Case CCT 11/00, 04.10.2000; sözkonusu davayı anayasa hukuku ve sosyal hakların dava edilebilirliği çerçevesinde analiz eden bir çalışma için bkz. Bertil Emrah ODER, “Devletin Olumlu Edimini Gerektiren Sosyal Hakların Anayasal Düzeyde Korunması ve Yargısal Tutumlar”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2008/1, (ss.199-233).

²⁸⁴ Case CCT 11/00, para. 23; (Çev.) Oder, 2008, s. 216.

²⁸⁵ Yücel Dericiler, 2014, s. 231.

2. Devletin Yükümlülüklerine İlişkin Üçlü Tipoloji²⁸⁶

Son yıllarda, insan hakları teorisinde negatif hak-pozitif hak dikotomisinin aşılması²⁸⁷ ve sosyal hakların dava edilebilirliği tezinin sağlamlaştırılması²⁸⁸ bakımından, devletlerin insan haklarına ilişkin yükümlülükleri üçlü tipoloji üzerine inşa edilmektedir.

İlk olarak 1980’li yıllarda Henry Shue tarafından ortaya atılan üçlü yükümlülük yaklaşımında “devletlerin bireyi haktan mahrum bırakmaktan kaçınmak, korumak ve bireye yardımda bulunmak yükümlülüğü olduğu” vurgulanmıştır.²⁸⁹ Daha sonra, BM gıda hakkı Özel Raportörü Eide tarafından saygı gösterme (*to respect*), koruma (*to protect*) ve gereğini yerine getirme (*to fulfill*) yükümlülüğü olduğundan sözedilerek üçlü tipoloji günümüzdeki kullanımıyla formüle edilmiş ve BM sistemine girmiştir.²⁹⁰

Üçlü tipoloji ESKHK tarafından işlevsel bir şekilde hayata geçirilmiş ve içtihadî standarda dönüşmüştür. Bu bağlamda, 3 nolu GY’de devletlerin saygı gösterme, koruma ve gereğini yerine getirme yükümlülükleri olduğu vurgulanmıştır.²⁹¹ Limburg İlkeleri²⁹²

²⁸⁶ İngilizce “tripartite typology of state obligations” kavramının Türkçe karşılığı olup eldeki çalışmada bu kavramın kullanılması tercih edilmiştir. Aynı kavramı karşılamak üzere “devletin üç temel ödevi” ya da “devletin üçlü ödevi” kavramlarını tercih eden bir çalışma için bkz. Özgür TEMİZ, “Türk Hukukunda Bir Temel Hak Olarak Sağlık Hakkı”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 69, No.1, (ss. 165-188), 2014, s. 167.

²⁸⁷ Ida Elisabeth KOCH, “Dichotomies, Trichotomies or Waves of Duties?”, *Human Rights Law Review*, 2005, Vol. 5, (ss. 81-103), s. 85; Algan, 2014, s. 83.

²⁸⁸ Yücel Dericiler, 2014, s. 232.

²⁸⁹ Henry SHUE, *Basic Rights: Subsistence, Affluence and U.S. Foreign Policy*, Princeton, Princeton University Press, Second Edition, 1996, s. 52; Koch, 2005, s. 84; Steiner ve Alston, devletin yükümlülüklerini “saygı gösterme, hakların gerçekleştirilmesi için zorunlu kurumsal mekanizma oluşturma, hakları koruma ve ihlalleri önleme, hakların karşılanması için mal ve hizmet sağlama ve hakların gelişmesine yardımcı olma” olarak sınıflandırır. Bkz. Henry J. STEINER, Philip ALSTON, *International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals*, United States, Oxford University Press, Second Edition, 2001, s. 182-184; Ertan, 2015, s. 18-19; Van Hoof, “saygı gösterme, koruma, güvence altına alma, hakların geliştirilmesine yardımcı olma” şeklinde ayrıma gider. Bkz. G. Van HOOFF, “The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: A Rebuttal of Some Traditional Views”, *The Right to Food*, (Eds.) Philip Alston, Katarina Tomasevski, 1985, s. 97.

²⁹⁰ Eide, 2001, s. 23-25; Temiz, 2014, s. 176.

²⁹¹ CESCR, General Comment No. 3: the Nature of States Parties’ Obligations *UN Doc. E/1991/23*, 14.12.1990.

²⁹² 1986 yılında Hollanda’nın Maastricht kentinde bulunan Limburg Üniversitesi’nde Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi’nin Uygulanmasına İlişkin Limburg İlkeleri (kısaca Limburg İlkeleri) yayımlanmıştır. Limburg İlkeleri, ekonomik, sosyal ve kültürel hakların öngördüğü yükümlülüklerle ilişkin ilkeleri ortaya koymakta olup; 3 nolu Genel Yorumun da öncülüdür. Bkz. Yücel Dericiler, 2014, s. 156-158.

ile Maastricht Rehber İlkeleri²⁹³ üçlü tipolojiyi benimsemiştir. Böylelikle, üçlü tipoloji BM sisteminin ve komitelerinin benimsediği temel kriter olmuştur.²⁹⁴ Her üç yükümlülüğe içkin “belirli bir davranışta bulunma” ve “sonuç yükümlülüğü” unsurları da mevcuttur.²⁹⁵

İnsan haklarına saygı gösterme yükümlülüğü; devletin o hak karşısında tamamen negatif tutum benimsemesini ifade eder.²⁹⁶ Bunun nedeni, bu yükümlülüğün insan haklarına ilişkin klasik liberal öğretiyi yansıtması ve özgürlük boyutuna odaklanmasıdır. Hakkın kullanılabilmesi ancak, devletin müdahale etmemesiyle olanaklıdır.²⁹⁷ Önemli bir nokta da, saygı gösterme yükümlülüğünün aynı zamanda, hak ve özgürlüklerin salt belirli sebeplerin varlığı hâlinde, belirli yöntemlerle sınırlandırılabilmesini ve yine getirilen bu sınırlamanın hakkın özüne dokunmamasını gerekli kılmasıdır.²⁹⁸

İnsan haklarını koruma yükümlülüğü; insan haklarına karşı olabilecek her türlü devlet-dışı tehdit ve ihlâlin devletçe önlenmesi anlamına gelmektedir.²⁹⁹ Eş söyleyişle bu yükümlülük, devletin insan haklarının üçüncü taraflarca ihlâlini engellemesini

²⁹³ 1997 yılında Maastricht kentinde, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların İhlâline İlişkin Maastricht Rehber İlkeleri oluşturulmuştur. Maastricht İlkeleri’nde, üçlü yükümlülük tipolojilerinin (saygı gösterme, koruma ve yerine getirme yükümlülüğü) anlamı, hakların ihmâli ve icrai ihlâllerinden doğan sorumluluklar hakkında temel prensipler yer almaktadır. Bkz. Yücel Dericiler, 2014, s. 166-169; “(6) Kişisel ve siyasal haklar gibi, ekonomik, sosyal ve kültürel haklar da devletlere üç tür yükümlülük yükler: saygı gösterme, koruma ve gereğini yerine getirme yükümlülükleri. Bu üç yükümlülüğün herhangi birinin yerine getirilmemesi, bu hakların ihlâlini oluşturur. Saygı gösterme yükümü, ekonomik, sosyal ve kültürel haklardan yararlanılmasına devletlerin engel olmaktan kaçınmasını gerektirir... Koruma yükümü devletlerin bu hakların üçüncü kişiler tarafından ihlâl edilmesinin önlenmesini gerektirir... Gereğini yerine getirme yükümü, bu haklardan tam yararlanılabilmesi için devletlerin uygun yasal, yönetsel, bütçesel, yargısal ve diğer önlemleri almasını gerektirir...” (7) Saygı gösterme, koruma ve gereğini yerine getirme edimlerinin her biri, eylemde bulunma ve sonuçlandırma yükümlülükleri unsurlarını içerir. Eylemde bulunma yükümlülüğü, belirli bir haktan yararlanılmasının gerçekleştirilmesinin makul biçimde tasarlanması eylemini gerektirir... Sonuçlandırma yükümlülüğü, devletlerin, ayrıntılı bir maddî standardı sağlamak amacıyla belirli hedeflere ulaşmasını gerektirir.” Theo C. van BOVEN vd., (Eds.) **The Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights**, SIM Special No. 20, Netherlands Institute of Human Rights, 1998, s. 4; Algan, 2007, s. 83.

²⁹⁴ Yücel Dericiler, 2014, s. 232.

²⁹⁵ Belirli bir şekilde davranma yükümlülüğü, belirli bir hakkın kullanımının gerçekleştirilmesi için makul bir şekilde hesaplanmış eylemi gerektirir. Sonuç yükümlülüğü ise, devletin ayrıntılı bir maddî standardı karşılamak için spesifik hedeflere ulaşmasını gerektirir. Bir başka deyişle, ilki için belirli yasal, idarî ya da yargısal önlemleri almak yeterli iken, ikincisi için belirli bir sonuca ulaşmak zorunludur. Bunların yerine getirilmemesi, devletin yükümlülüklerinin ihlâli anlamına gelir. Bkz. Ertan, 2014, s. 21.

²⁹⁶ Algan, 2007, s. 85; Eide, 2001, s. 23.

²⁹⁷ Yücel Dericiler, 2014, s. 132.

²⁹⁸ Algan, 2007, s. 86.

²⁹⁹ Algan, 2007, s. 86; Yücel Dericiler, 2014, s. 132.

gerektirir.³⁰⁰ Bunun pratik anlamı, devletin hem hakkın kullanımı için gerekli hukukî altyapıyı kurması ve gereken mekanizmaları oluşturmaları ve hem de, hakka üçüncü kişilerden gelebilecek olası müdahalelerin önlenmesi için gerekli tedbirleri almasıdır.

Koruma yükümlülüğünün devlet bakımından yerine getirilmesinde, *dikey koruma* ve *yatay korumadan* söz edilir. Bunun anlamı; devlet ile bireyler arasındaki dikey ilişkinin sonucu olarak, kamu makamlarının bireylerle olan ilişkilerinin dikey etkisinin sözkonusu olması; eşitlik temelinde şekillendiği varsayılan bireyler arasındaki ilişkileri yöneten kuralların ise yatay etki doğurmasıdır. Bu bağlamda, koruma yükümlülüğü insan haklarının dikey etkisinin yanında, hakların üçüncü kişilere etkisi olarak okunabilecek yatay etkisini de içkindir.³⁰¹ Devlet tarafından bireyler arasındaki hukukî ilişkileri düzenleyen yasal düzenlemeler yapılması, toplumun zayıf ve dezavantajlı kesimlerinin korunması, bireyler arasındaki ihtilâfların giderilmesi ve hak ihlallerinin önlenmesi koruma yükümlülüğünün farklı temsilleridir.³⁰²

İnsan haklarının gereğini yerine getirme yükümlülüğü: bireylerin insan haklarından tam olarak yararlanabilmesi için devletin uygun yasal, idarî, bütçesel, yargısal ve diğer önlemleri almasını ifade eder. Eş söyleyişle, devletin elindeki olanakları insan haklarının gerçekleştirilmesine yönlendirmesidir. Bazı haklar bakımından, bireylerin haklardan yararlanabilmesi için devletin gerekli şartları sağlaması yeterli görülür iken, bazı haklar bakımından devletin bizzat bu hakkı bireylere temin etmesi beklenir.³⁰³ Örneğin, konut hakkının kullanımı için devletçe teşvik edici ve destekleyici tedbirler alınması beklenirken, eğitim, sağlık ve sosyal güvenlik gibi

³⁰⁰ Seymen Çakar, 2018, s.100.

³⁰¹ Stephen GARDBAUM, “The Horizontal Effect of Constitutional Rights”, **Michigan Law Review**, 2003-2004, Vol 102, (ss. 387-459), s. 388; Matthew CRAVEN, **The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: A Perspective on Its Development**, Clarendon Press, Oxford 1995, s. 111; Algan, 2007, s. 86-87.

³⁰² Algan, 2007, s. 87.

³⁰³ *ibid*, s. 88-89.

alanlarda devlet tarafından gerekli hukukî ve maddî altyapının kurulması ve bireylerin eşit şekilde bu hizmetlere erişiminin sağlanması gerekli görülmektedir.³⁰⁴

Üçlü tipoloji BM sistemi ve ilgili komitelerinde benimsenmiş ve içtihadî standarda dönüşmüşken, AİHM devletin pozitif ve negatif yükümlülükleri kriterini kullanmaktadır.³⁰⁵ Yani, üçlü tipoloji sosyal haklar için teoride, yargı içtihatlarında ve savunuculuk pratiğinde yaygın olarak başvurulan bir kriter iken, klasik haklar bakımından salt teoride ve hak savunuculuğu pratiğinde kullanılmaktadır.³⁰⁶

Sonuç olarak; üçlü tipoloji, insan hakları teorisinde devletin yükümlülüklerini şematize eden bir çerçeve olmasının yanı sıra, sosyal hakları klasik haklardan kategorik olarak ayırmaya ve ikincilleştirmeye matuf geleneksel varsayımları çürütmeye yarayan bir araçtır.³⁰⁷ Ayrıca, hak ihlallerinin denetlenmesinde yargısal ve yarı-yargısal organlar için elverişli bir denetim ölçütüdür.

3. Sosyal Hakların Yorumu: Yargıcın Hukuk Yaratması ve “Dolaylı Koruma”

İnsan hakları hukukunun ulusal ve uluslararası düzeyde yaygınlaşmasıyla birlikte, insan hakları yargıçlarının “yorum” ya da “hukuku biçimlendirme”³⁰⁸ faaliyetleri ayrı bir anlam kazanmıştır. Şu soruyla başlanabilir: “Yargıç, Montesquieu’nun deyimiyle yasanın sözlerini telâffuz eden bir ağızdan mı ibarettir” yoksa insan hakları normunun ne anlama geldiğini belirleyen midir?³⁰⁹ Bu soruya verilecek yanıt, kuşkusuz insan hakları ya da anayasa yargıçlarının hiçbir zaman salt

³⁰⁴ Yücel Dericiler, 2014, s. 133.

³⁰⁵ Ertan, 2015, s. 25.

³⁰⁶ Temiz, 2014, s. 176.

³⁰⁷ Craven, 1995, s. 109-110; Yolcu, 2018, s. 82.

³⁰⁸ Sancar, 2010, s. 206.

³⁰⁹ Ozan ERGÜL, **Yeni Kurumsalcı Yaklaşımla Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi**, Adalet Yayınevi, Ankara 2007, s. 138; Kaboğlu ise, anayasa yargısının meşruluğunu tartışırken ilk olarak şu soruyu sormaktadır: “Anayasa yargıcının Anayasa metinlerini yorumlamakla mı yetinir, yoksa aynı zamanda hukuku yaratma görevini de mi yerine getirir?” İbrahim Ö. KABOĞLU, **Anayasa Yargısı Avrupa Modeli ve Türkiye**, İmge Kitabevi, 4. baskı, Ankara 2007, s. 235.

“yasanın ağız” olarak hareket eden organ olarak telâkki edilemeyeceği bilgisidir.³¹⁰

Bunun sebebi, normun metni ile o metinden çıkan anlamlar arasındaki farktır.³¹¹

Öğretideki şu iki önemli analiz, sosyal hakların yorumunda yol gösterici olabilir:

i- “Yargıcın hukuk yaratma erki, hak ve özgürlükleri tanıma araçlarından biridir”.³¹²

ii- “Hukukun [...] uygulanmasının en önemli parçasını oluşturan yorum, yürürlükteki hukuk ve anayasa metninin basit bir bilgisinden ibaret değildir. Bu faaliyet, aynı zamanda hukukun biçimlendirilmesi anlamına da gelmektedir.”³¹³

Çağdaş anayasalarda yer alan insan hakları, özgürlük, eşitlik gibi ilkeler insan haklarını geliştirmek için yargıcın dayanabileceği pozitif hukukî temelleri temsil eder. Bu bağlamda, hak ve özgürlüklerin tanınma araçlarından birisi de “yargıcın hukuk yaratma yetkisi”dir. Şu hâlde, hak ve özgürlükler şartı olan anayasayı içtihadıyla yazacak olan yargıcın uygulaması gereken yorum yöntemi katı pozitivist değil, norm ile sosyal gerçeklik arasında bağ kuran dinamik bir yorum yöntemi olmalıdır. İnsan hakları sözkonusu olduğunda, sosyal gerçekliğin değerlendirilmesi ise, toplumsal hak ve özgürlük taleplerinin dikkate alınmasını ve bu talepler çerçevesinde hak ve özgürlükler alanının genişletilmesini gerektirir.³¹⁴

³¹⁰ Mithat SANCAR, **Temel Hakların Yorumu**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1995, s. 287.

³¹¹ Ergül, 2007, s.139; Anayasal yorum meselesiyle ilgili olarak Kaboğlu, öğretideki kimi görüşlere değinerek şu belirlemeleri yapmaktadır: “Bir görüşe göre, Anayasal hükümler, kendi başlarına bir anlama sahiptirler. Bu objektif bir anlamdır. Yargıç kendisine ait olmayan bir kuralı, anlamı önceden belirlenmiş olan ve kendilerine empoze edilen normu uygular. Yargıç sadece Anayasanın sözcüsü olduğundan anayasal adaletin meşruiyeti sorunu, denetim işlemi nötr olduğu ölçüde ortaya çıkmaz. Bir başka görüşe göre, anayasal hükümler, yasanın içeriğini kesin bir biçimde belirleyecek objektif anlatıma sahip değildir. Her hüküm, birçok anlatımı kapsamına aldığından yargıç, karar vermeden önce anayasal metnin anlamını belirlemek zorundadır. Parlamento, yerinde addettiği bütün yasaları oylamaya yetkilidir. Her metin, birden çok anlatımın taşıyıcısıdır. Değişik anlatımlar arasındaki seçim, bir yorumlamadır.” Bkz. Kaboğlu, 2007, s. 236.

³¹² Kaboğlu, 2002, s. 65; “Yargıcın yazdığı anayasanın üç taşıyıcısı olduğu söylenebilir: Bir Hukuk düşüncesi ya da demokrasi anlayışının maddileştirilmesi, hak ve hürriyetlerin teminatı, hak ve hürriyetlerin tanınmasına açık bir mekân yaratılması.” bkz. Bakır ÇAĞLAR, “Anayasanın Hukuku ve Anayasanın Yargıcı, Yenilenen Anayasa Kavramı Üzerine Düşünceler”, **Anayasa Yargısı**, S. 8, 1991, (ss. 13-62), s. 28.

³¹³ Sancar, 2010, s. 206.

³¹⁴ Özdek, 2004, s. 94-95.

Yargıçların, insan hakları alanına yapabileceği en büyük katkı, “yeni hakların anayasal sisteme katılması” işlevidir.³¹⁵ Bu işlevin görünümleri şunlardır: (i) Daha geniş bir anlam ve içeriğe sahip olan “insan hakları” ile pozitifleşen “temel haklar” arasında köprü kurulur. (ii) Uluslararası insan hakları belgeleri yorum faaliyetinde doğrudan esas alınır. (iii) Yeni kuşak insan hakları ile var olan haklar arasında ilişki kurulur ya da yeni olan hak mevcut hakkın bir unsuru kabul edilerek genişletici yorum yapılır.³¹⁶

İnsan haklarının korudukları değerler bakımından “üstün” bir nitelik taşıdıklarının ifade edilmesi, normatifleşen insan hakları sözleşmelerinin insan haklarına her zaman yeterli güvenceyi sağladıklarını göstermez. Bu bağlamda, insan hakları sözleşmeleri de bazen sosyal gerçekliğin gerisinde kalabilir, hak ve özgürlükleri dar bir liste ile tanıyabilir ya da sosyal haklarda olduğu gibi tanıdığı haklara “aşamalı gerçekleştirme” ve “malî kaynakların yeterliliği” gibi kayıtlar getirerek mahiyeti tartışmalı bir güvence sağlayabilir. Bu durum, insan hakları sözleşmelerinin de esasen pozitif hukuk kaynağı olmasının bir sonucudur. Bu nedenle, yargıcın hukuk yaratma yetkisi kapsamında, aktivist yargısal tutum benimsenip hak ve özgürlüklerin geliştirilmesinin ölçü alınması insan haklarının korunmasında ve geliştirilmesinde başlıca güvencelerden en önemlisidir. “Yargıç, hukukun genel ilkeleri, uluslararası hukuk ve iç hukuk kaynaklarından yararlanarak, aynı zamanda kendisinin hukuk yaratma yetkisinin de hukukun kaynaklarından biri olduğunu hatırd tutarak, mümkün olan en özgürlükçü içtihadi anayasayı yazmakla, ancak kendisine atfedilen insan haklarının güvencesi işlevini ve sorumluluğunu yerine getirebilir.”³¹⁷

Bu çerçevede sosyal haklar ile klasik haklar arasındaki ikiliğin aşılması ve hakların bütünlüğü ilkesi çerçevesinde sosyal hakların etkili bir şekilde dava edilebilirliğinin sağlanması için, yargı mercilerinin sosyal hakları geliştirmekten yana aktivist tutum benimsemeleri büyük önem taşımaktadır.

³¹⁵ Algan, 2007, s. 124.

³¹⁶ Sancar, 1995, s. 268-269; Algan, 2007, s. 124-125.

³¹⁷ Özdek, 2004, 95-96.

Günümüzde, sosyal hakların birinci kuşak hakları koruyan sistemler içinde dolaylı korunması sözkonusudur. AİHM de bu kapsamda denetim yetkisi alanına giren haklar dolayısıyla kimi sosyal hakları korumaktadır. AİHM'nin ağırlıklı olarak başvurduğu “amaçsal³¹⁸-gelişmeci yorum” yöntemi, “AİHS’i Avrupa insan hakları hukukunun anayasası yapan özelliğidir.”³¹⁹ AİHM'nin AİHS’i günün değişen koşullarına göre yorumlayan dinamik yorum yönteminin³²⁰ ve pozitif ödev doktrininin bir sonucu olarak, klasik haklar korunurken bazı sosyal hakların korunması esasen yansımali bir korumadır. Bunu haklılaştıran öncül ise hakların bütünlüğü ilkesidir.³²¹ AİHM, dinamik yorum yöntemini kullanarak, devletlere Sözleşme ile tanınan hakların etkili korunması yükümlülüğü getirirken, klasik hakları sosyal ve ekonomik boyutuyla değerlendirmeye ve teorik haklar olmasının ötesine taşıyarak gerçek ve kullanılabilir haklar hâline getirmeye çalışmaktadır. Bu nedenle, Sözleşme yaşayan bir belge (*living instrument*) olarak nitelenmektedir.³²²

Örneğin, AİHM'nin, *Airey / İrlanda* davası sosyal hakların yorumu bakımından dikkate değerdir.³²³ Sözödedilen kararda AİHS'nin esas olarak tanıdığı medeni ve siyasal hakların çoğunun sosyal haklarla bağının altı çizilmiş ve Sözleşme'nin koruma alanına

³¹⁸ “Genel olarak amaçsal yorum, normun yapıldığı andaki değil, uygulandığı andaki yasa koyucunun nesnel amacını gözetken bir yorumdur. Önemli olan, kanun koyucunun ne istemiş olduğu değil fakat, hukukun genel kavramlarına göre tekniğin gelişimi ve günün şartları gözönünde tutularak ondan çıkarılan anlamdır.” Bkz. Yüksel METİN, *Anayasanın Yorumlanması*, Ankara 2008, s. 113.

³¹⁹ Naz ÇAVUŞOĞLU, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesini Yaşayan Belge Yapan Yorum Teknikleri”, *İnsan Hakları Yıllığı*, C.14, 1992, (ss. 131-146) s. 132.

³²⁰ Oder’e göre, “...dinamik yorum, yargıcın anayasa koyucu ya da yasa koyucunun tarihsel iradesini ya da normun yapıldığı tarihsel bağlamı araştıran bir tarihçi değil, normların anlamlarını yaratan kişi olduğunu benimser. Bu yaklaşım, normların anlamlarının yasa koyucu tarafından tek ve değişmez biçimde belirlenemeyeceğini, anlamların özellikle zaman içinde değişebileceğini varsaymaktadır. Yargıcın işlevi de zaman içindeki değişimi norma yansıtmak ve normun anlamını değişime uyarlamaktır. Bu yönüyle yargıç, yalnızca bir uygulayıcı değil, hukuku geliştiren kişidir. Dworkin’in yaratıcı yorum ile her bir bölümü farklı yazarlar tarafından kaleme alınan zincirleme bir roman arasında benzerlik kuran yaklaşımı, dinamik yorum bakımından değer taşır. Böylece yasa koyucu normu yaparak onun anlamı konusunda yalnızca ilk adımı atar. Normun nasıl uygulanacağı yargıçlar tarafından somutlaştırılır ve norm, yargıç tarafından her uygulandığında, yeniden anlam kazanır. Dinamik yorum devingen, gerçekçi ve değişimci bir hukuk anlayışı ile ilintilidir.” Bkz. Bertil Emrah ODER, *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*, Beta Yayınları, İstanbul 2010, s. 225; ayrıca, dinamik yorumun anlamı ve diğer yorum yöntemleri ile ilişkisi ve ayrıca genel olarak demokratik meşrûluk ve sınırları çerçevesinde bu yorum yöntemine yönelik eleştiriler bakımından daha ayrıntılı bilgi için bkz. ibid, s. 225-260.

³²¹ Şirin, 2014, s. 347-348.

³²² Örneğin, *Tyrer v. United Kingdom*, Application No. 5856/72, ECHR, 25.04.1978, para 31; Çavuşoğlu, 1992, s. 143.

³²³ Çavuşoğlu, 1992, s. 138; Yücel Dericiler, 2014, s. 231.

giren haklarla sosyal haklar arasında “sızdırmaz (*water-tight*)” bir ayrımın olmadığı ifade edilmiştir.³²⁴ Sözleşme’nin amacı teorik hakların değil, somut ve kullanılabilir hakların koruma altına alınmasıdır. Aynı kararda, kişinin mahkemeye erişim hakkını fiilen kullanabilmesinin bir avukatın hukukî yardımını gerektirmesi hâlinde medeni hukuk davalarındaki adli yardım kuralının işletilmesinin³²⁵ devletin yükümlülüğü olduğuna işaret edilerek, pozitif yükümlülük (*obligation positive*) doktrini formüle edilmiştir.³²⁶

AİHM’nin *Öneryıldız / Türkiye* kararı,³²⁷ yaşama hakkının devlete pozitif ödevler yüklediği yönündeki içtihadını uyguladığı önemli kararlardan bir diğeridir. Öneryıldız kararıyla bir adım daha ilerletilmiş olan AİHM’nin pozitif ödev içtihadının yaşama hakkının geniş yorumuna katkıda bulunduğunu vurgulamak gerekir. Bu ve buna benzer pek çok kararıyla AİHM, yaşama hakkına sadece devletin “öldürmeme yükümlülüğü” olarak yaklaşan klasik (negatif) anlayışın yetersizliğini vurgulamış³²⁸ ve hakkın içeriğini ve anlamını somutlaştırıp zenginleştirmiştir.

MSHS’nin denetim organı olan İHK da, yaşama hakkına ilişkin olarak devletin pozitif yükümlülüklerini geniş yorumlamaktadır. Bu çerçevede Komite, sağlık hakkının unsurlarından olan “çocuk ölümlerinin azaltılması, kötü beslenme ve salgın hastalıkların önüne geçilmesi” gibi konuları yaşam hakkının çerçevesi içinde değerlendirmekte, bu bağlamda devletin yaşamı korumak için pozitif ödevleri olduğuna işaret etmektedir.³²⁹ Komite’nin bu kararı,³³⁰ çalışmanın ana konusu olan sağlık hakkı ile yaşam hakkı arasındaki geçirgenlik bağlamında bir sosyal hakkın dolaylı korunmasına iyi bir örnektir.

³²⁴ Airey v. Ireland, para. 26.

³²⁵ Airey v. Ireland, para 26; Çavuşoğlu, 1992, s.138, dipnot 34.

³²⁶ Çavuşoğlu, 1992, s. 138.

³²⁷ Öneryıldız v. Turkey, Application No.48939/99, ECHR, 30.11.2004.

³²⁸ Özdek, 2004, s. 155-157.

³²⁹ Ayşe Işıl KARAKAŞ, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yaşam Hakkı: McCann’dan Kaya Kararına”, **Türkiye’de İnsan Hakları**, (Ed.) Oya Çitçi, TODAİE Yayınları, Ankara 2000, s. 202, dipnot 6.

³³⁰ 6 (16), 27/07/1982, A/37/40, Annex V, s. 93.

AİHS ile tanınan hakların bireyler arasındaki (yatay) ilişkilerde korunmasının devletin pozitif ödevi ile ilişkilendirilmesi de önemli bir yorum yöntemi olarak ortaya çıkmaktadır.³³¹ Bu bağlamda, AİHM *Young, James ve Webster / U.K* kararında, belirlenen sendikaya üye olmayı reddettikleri için işten çıkarılan kişilerin başvurusunu incelerken, ihtilâfın demiryolu idaresi ile ilgili sendika arasındaki sorundan kaynaklanmasına karşın, 11. maddedeki örgütlenme özgürlüğüne işaret ederek, devletin kendi yargı yetkisi içindeki bireylere Sözleşme'deki hak ve özgürlükleri tanıma konusunda pozitif ödevi olduğuna işaret etmiştir.³³² Dikkat edilirse, bu yorum yöntemi üçlü yükümlülük tipolojisindeki devletin koruma yükümlülüğüne denk düşmektedir.

Öğretide dolaylı korumaya konu olan içtihatları değerlendirip teorileştirme çabaları mevcuttur.³³³ Bu çerçevede ele alınabilecek “insan hakları normlarının geçirgenliği teorisi”ne göre, bir kategorideki hak diğer kategorideki hakkın içine geçerek doğrudan ya da dolaylı olarak korunmaktadır.³³⁴ Sözgelimi, ESKHS’de korunan sağlık hakkı MSHS’deki kendiyle ilişkili yaşam hakkının içine geçerek denetime konu edilebilmektedir. “Bütüncül yaklaşım” teorisi ise, klasik hakları koruyan sözleşme denetim organlarının hakların bütünlüğü ilkesi çerçevesinde kimi sosyal hakları, klasik hakların unsuru olarak ele alıp o sosyal hakkı dolaylı olarak korumalarıdır.³³⁵

Öğretideki kimi görüşlere göre, dolaylı koruma ve buna dair teorik yaklaşımlar, iki hak kategorisi arasındaki hiyerarşinin aşılması ve hakların bütünlüğü ilkesinin yerleştirilerek sosyal hakların dava edilebilirliğinin güçlendirilmesi bakımından önemli bir adım olsa da, bu durumda sosyal hakların klasik hakların tâli unsurları gibi

³³¹ Çavuşoğlu, 1992, s. 140.

³³² *Young, James and Webster v. United Kingdom*, Application No. 7601/76 - 7806/77, ECHR, 18.10.1982.

³³³ Ertan, 2015, s. 22.

³³⁴ “Geçirgenlik” kavramını Scott, “...bir insan hakları kategorisi ile ilgili bir sözleşmenin normlarının, farklı bir hak kategorisine ilişkin başka bir sözleşmenin normlarının doğrudan ya da dolaylı korunmasında araç olarak kullanılmasına açıklığı...” olarak tanımlamaktadır. Bkz. Scott, 1989, s.771.

³³⁵ Martin SCHEININ, “Economic and Social Rights as Legal Rights”, **Economic, Social, and Cultural Rights A Textbook**, (Eds.) Asbjørn EIDE, Catarina Krause & Allan Roses, Second Revised Edition, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London 2001, s. 29-54.

görülmesi ya da yorumun başka hak kategorisine ait hükmün ödünç alınması üzerine inşâ edilmesi sözkonusu olmaktadır. Bu durum, sonuçta sosyal hakları doğrudan koruyan mekanizma ve yorum yöntemlerinin geliştirilememiş olmasına sebebiyet verdiğinden eleştirilmektedir.³³⁶

Sözü edilen eleştirilere katılmak mümkün değildir. Zira, klasik haklar kapsamında denetim yapmakla görevli AİHM ve Ame.İHM gibi denetim organları tarafından başvuru “dolaylı koruma” mevcut durumda sosyal bir hakkın dava edilebilirliğinin ve gerçek anlamda korunmasının yolunu açtığı sürece, hakkın içeriğinin zenginleştirilmesine ve içtihadî gelişimine katkı sağlamış olmaktadır. Sözgelimi sağlık hakkının negatif veçhesine ilişkin gelişen AİHM içtihadı ulusal anayasa mahkemelerine de ışık tutmakta ve sağlık hakkının negatif veçhesinin dava edilebilirliğine gözardı edilemez önemde katkı sağlamaktadır. Dolaylı korumayı sağlayan içtihadî çizginin zaman içinde doğrudan korumanın yolunu açabileceğine ilişkin olumlu bir örnek olması

³³⁶ Öğretide, sosyal hakların bütüncül yaklaşımla ya da geçirgenlik ilkesi dolayısıyla korunmasının, sosyal hakların yalnızca klasik hakları destekleyen tâli unsurlar olduğu düşüncesini güçlendireceği riskini barındırdığı ileri sürülmektedir. Bütüncül yaklaşıma eleştiriler bakımından bkz. Ida Elizabeth KOCH, “Social Rights as Components in the Civil Right to Personal Liberty: Another Step Forward in the Integrated Human Rights Approach?”, *NQHR*, Vol. 20, No: 1, 2002, s. 39; yine Koch’a göre, geçirgenlik ve bütüncül yaklaşım teorileri esasen başka bir sözleşmedeki hükmün ödünç alınması üzerine inşâ edilmiştir. Bkz. Ida Elizabeth KOCH, “Economic, Social and Cultural Rights as Components in Civil and Political Rights: A Hermeneutic Perspective”, *The International Journal of Human Rights*, Vol. 10, No. 4, s. 405-430; Geçirgenlik teorisine eleştiriler bakımından bkz. Chisanga PUTA-CHEKWE, Nora FLOOD, “From Division to Integration: Economic, Social and Cultural Rights as Basic Human Rights”, *Giving Meaning to Economic Social and Cultural Rights*, Isfahan Merali, Valeria Oosterveld (Eds.), 2001, s. 45; eleştirel bir bakış ortaya koyan Ertan’a göre de, “Geçirgenlik ya da bütüncül yaklaşım kavramlarının, kendi içlerinde belirli bir teorik arka plâna dayandıklarına şüphe yoktur. Bununla birlikte, sözkonusu koruma türü için dolaylı koruma kavramını kullanmanın; sosyal hakların sözkonusu korunma biçimini daha iyi tarif ettiği ileri sürülebilir. Çünkü yalnızca, medeni ve siyasal hakların öngörülmesi olduğu sözleşmelerin denetim organlarının bütüncül yaklaşım ile aslen koruduğu haklar yine ilgili sözleşmede öngörülen medeni ve siyasal hak(lar)dır. Korunan ya da korunduğu izlenimini veren sosyal hak, ancak sözkonusu medeni ve siyasal hakların korunmasına hizmet etmesi ölçüsüyle sınırlıdır. Örneğin, yeterli tıbbî bakım göremeyen bir mahpusun sağlık hakkı, yerleşik içtihatlarla göre ancak ihlâl iddiasına konu olan olayların belirli bir şiddet eşliğini geçmesi durumundan işkence ve kötü muamele yasağı ihlâlini sonuçlayacaktır. Dolayısı ile, korunan ya da korunduğu izlenimini veren sosyal hak, ancak bir/birden fazla medeni ve siyasi hakkın/hakların bir unsuru olarak, bir başka deyişle o medeni ve siyasal hak/hakların dolayımı ile korunmaktadır.” Ertan, 2015, s. 23; yine Ertan’a göre, bu suretle sosyal haklar kataloğundaki tüm haklar korunmuş olmamaktadır. Bir sosyal hak bütün boyutlarıyla da korunmamaktadır. Burada korunan sosyal haklar, ihlâl ileri sürülen birinci kuşak hakların birer unsuru olarak korunmaktadır. Sözleşme organları yaptıkları incelemede, dolaylı olarak korudukları sosyal hakkın değil ve fakat, ihlâl edildiği ileri sürülen birinci kuşak hakkın kapsamına dair bir yorumda bulunmaktadırlar. Oysa, insan hakları hukukunun gelişimi, doğal olarak sözleşme organının önüne gelen vakadaki olguları nitelmesi ve böylelikle ilgili sözleşmede öngörülen hakkın normatif dayanağının yorumlanması ile sağlanmaktadır. Aynı eleştiride sosyal hakların birinci kuşak hak sistemlerince korunmasını adeta “Pirüs Zaferi” olarak nitelirmektedir. Bkz. Ertan, 2015, s. 52-53.

bakımından belirtmek gerekir ki, -ilerde bu kararlara değinilecek olmakla birlikte- uzunca bir süre sağık hakkını klasik haklarla bağlantı kurarak dolaylı şekilde koruyan Ame.İHM son dönem içtihatlarında “özerk” bir statü vererek doğrudan sağık hakkını koruyan içtihatlara imza atmaya başlamıştır. Şu hâlde, dolaylı korumanın yolunu açan birinci kuşak insan hakları denetim organlarının içtihatları da hakların bütünlüğü ilkesi ve pozitif yükümlölükler doktrini çerçevesinde sosyal haklar lehine genişlemektedir.

Öte yandan, dolaylı koruma yaklaşımı hakların bütünlüğü ilkesiyle tam olarak uyum hâlinedir. Tüm insan hakları arasında varolduğı iddia edilen hiyerarşinin reddedilerek hakların bütünlüğü ilkesinin uluslararası insan hakları hukukun temel öncülü hâline gelmesiyle, iki hak ketogorisine ilişkin her türlü ayırım ve anlayış reddedilmiş olmaktadır. Kuşkusuz, her bir insan hakkına ilişkin özgül nitelikler ve buna dair spesifik yorumlama ilkelerinin var olması gerektiğı kabul edilmekle birlikte, hakların bütünlüğü ilkesi çerçevesinde aslında “olması gereken”in, tüm insan hakları bakımından geçerli olacak müşterek yorumlama ilke ve yöntemleri benimsemek olduğı açıktır. Birinci kuşak denetim organlarının sağık hakkına ilişkin yaklaşımlarının hakkın dava edilebilirliğine olumlu katkısı ve buna dair içtihatlar ileride ayrıntılı olarak irdelenmek üzere bu konu şimdilik bırakılabilir.

Son olarak, mahkemelerin sosyal hak davalarında kullandığı “makûllük, yeterlilik ve orantınlık” gibi ölçütlerin de sosyal hakların yorumu meselesi içinde değerlendirilmesi uygun olacaktır.³³⁷

Güney Afrika Anayasa Mahkemesi’nin makûllük ölçütünden (*reasonableness test*)³³⁸ hareket ettiğı davalardan ilki, *Grootboom* kararıdır.³³⁹ Sosyal haklar alanında

³³⁷ Seymen Çakar, 2018, s. 98.

³³⁸ Makûllük içtihadını formüle eden Güney Afrika Anayasa Mahkemesi’ne göre, sosyal haklar bağlamında bir devlet programının makûl kabul edilebilmesi için “sosyal hakların gerçekleştirilmesini kolaylaştırması; kapsamlı, uyumlu ve koordineli olması; ilgili program için uygun bütçe ve insan kaynağı olması; ölçölü ve esnek olması, kısa-orta-uzun vadeli ihtiyaçlara ilişkin önlemler alması; makûl biçimde tasarlanıp uygulanması; şeffaf olması ve kamuoyunu içerik hakkında bilgilendirmesi; acil gereksinimi olanlar ve kabul edilemez koşullarda yaşayanlar için kısa vadeli önlemler alması” gerekmektedir. Bkz. Yolcu, 2018, s. 182.

devletin pozitif yükümlülüğünün sınırının ne olduğunu belirlerken yol gösterici kavramların “(i) devletlerin imkânlar dahilindeki kaynakları çerçevesinde (ii) aşamalı gerçekleştirme yükümlülüğü dahilinde (iii) makûl yasama tedbirleri ve diğer tedbirlerin alınması” olması gerektiğini belirten Mahkeme’ye göre, ilk iki unsur çerçevesinde alınacak tedbirlerin neler olduğunu belirlemek yargı organının değil, yasama ve yürütme organlarının görevidir. Üçüncü unsur olan “makûllük” kriterini, ESKHK’nın 3 nolu Genel Yorumundaki “asgari çekirdek yükümlülükler” ölçütünün yerine ikame eden Mahkeme, buna gerekçe olarak sözkonusu kritere bir eşik belirlemenin zorluğunu göstermekle yetinmiştir.³⁴⁰ Somut olayda Mahkeme, devletçe alınan tedbirlerin makûl olup olmadığını değerlendirirken, konut hakkını düzenleyen anayasal normu kendi bağlamı içinde yorumlayıp ülkedeki barınma sorununu ise toplumsal ve tarihsel bağlamı içinde değerlendirmiş ve halkın önemli bir kesimini dışlayan bir uygulamanın makûl olduğundan söz edilemeyeceğini vurgulamıştır.³⁴¹

Arjantin Yüksek Mahkemesi de, 2003 tarihli *Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta / Sağlık Bakanlığı* davasında makûllük ölçütünü kullanmıştır. Sağlık Bakanlığı’nın, multipl skleroz hastalarına uygulanan ilacın bu hasta grubu için mutlak surette gerekli bir tedavi olmadığı gerekçesiyle ödeme kapsamından çıkarmasına ilişkin düzenlemesine karşı açılan davada Mahkeme, yapılan düzenlemenin aynı durumda olup

³³⁹ Davanın konusu şöyledir: “Güney Afrika’da Oostenberg’deki Wallacedance bölgesi, imarsız bir yerleşim, bir gecekondu bölgesidir. Bölgedeki halk, yoksulluk sınırının altında yaşamaktadır. Bölgenin su, kanalizasyon, elektrik gibi alt yapısı yoktur. Ayrıca bir kısmı, su ve sel tehlikesi altındadır. Bölge halkı çok uzun zaman önce, düşük gelirliyle uygulanan toplu konut projesi listesine adlarını yazdırmıştır. Bu kişilerin bir bölümü, neredeyse yedi yıldır bekleme listesindedir. Zaman içinde aralarında Grootboom’un da olduğu 900 kişilik (510 çocuk, 390 yetişkin) grup, barınakları ile birlikte (çadır, baraka vb.) yakındaki boş, ancak özel kişiye ait alana taşınmıştır. Alan, toplu konut yapımı için kamulaştırılması kararlaştırılan bir alandır. Malikin başvurusu üzerine, Grootboom ve komşuları alandan çıkarılır. Ancak Mahkeme, belediye ile bölge sakinlerinin arasında, müzakere ile geçici veya kalıcı bir yerleşimin sağlanmasına da hükmeder. Bölge sakinleri, bulundukları araziden tahliye edilerek, bir spor alanına taşınırlar, ama başvurularına rağmen geçici ya da kalıcı bir yerleşim yeri kendilerine verilmez. Tahliye, kış koşullarında ve ırkçı dönemin (“aparteid”) zorla tahliye uygulamalarını hatırlatacak biçimde yapılır. Sakinlerin bir kısmı, kişisel eşyalarını bile boşaltmadan, evleri buldozerlerle yıkılır. Taşınan yeni yer de kış koşullarına dayanıklı değildir Böylece başlayan dava sürecinde, bölge sakinlerinin barınmaya ilişkin istemleri önce Cape Yüksek Mahkemesi, daha sonra da Anayasa Mahkemesi tarafından incelenmiştir.” Bkz. Oder, 2008, s. 214; Güney Afrika Anayasa Mahkemesi’nin makûllük kriterini uyguladığı Treatment Action Campaign (TAC) kararı İkinci Bölümde ayrıntılı olarak incelenecektir.

³⁴⁰ Oder, 2008, s. 216-217.

³⁴¹ Case CCT 11/00, para. 41-43; Oder, 2008, s. 215, dipnot 62.

farklı zamanlarda tedaviye başlayan hastalar arasında ayırım yapmakla kalmayıp düzenleme ile alınan tedbirin makûl bir temeli bulunmadığını belirtmiştir.³⁴²

Orantılılık (ölçülülük) kriteri ise, geleneksel olarak elverişlilik, gereklilik/zorunluluk ve dar anlamda ölçülülük yani orantılılık alt ölçütleri çerçevesinde ele alınmaktadır. Medeni ve siyasal haklar yargılaması yapan uluslararası tüm denetim organlarında olduğu gibi AIHM içtihatlarında da bu kritere sıkça başvurulmaktadır. Böyle bir incelemenin yapılması için öncelikle meşru amacın belirlenmesi cihetine gidilir. Yani, terazinin bir tarafına ulaşılacak istenilen meşru amacın ağırlığı, diğer tarafına müdahalenin ağırlığı konulur.³⁴³ Sözgelimi, yaşama hakkı yönünden orantılılık ilkesi, kamu kurumlarının bir tehlikenin gerçekleşmesini önlemek amacıyla alacakları tedbirlerin “makûl ölçü” ile sınırlı tutulmasını veya anayasada öngörülen amaçlara ulaşmak için başka bir seçeneğin kalmadığı “zorunlu durumlarda” devlet yetkililerince güç kullanılmasının sınırlarını belirlemek amacıyla kullanılmaktadır.³⁴⁴

4. Sosyal Hakların Özü: Derhal Uygulama İlkesi ve Asgari Çekirdek Yükümlülükler

ESKHS’nin 2(1). maddesi³⁴⁵ çerçevesinde devletlerin sosyal hakları aşamalı gerçekleştirme yükümlülüğü bulunmakla birlikte, Komite’nin taraf devletlerin

³⁴² <https://www.globalhealthrights.org/health-topics/health-care-and-health-services/asociacion-de-esclerosis-multiple-de-salta-v-ministerio-de-salud-estado-nacional/> (Erişim Tarihi: 3 Mayıs 2020); Seymen Çakar, 2018, s. 99.

³⁴³ Tolga ŞİRİN, “Türk Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Türkiye Uygulamasının Almanya ve Strazburg Ekseninde Karşılaştırılması**, Hazırlayanlar: Ece Göztepe, Mustafa Mert Alpbaz, On İki Levha Yayınları, (ss.25-107), İstanbul 2017, s. 81.

³⁴⁴ Şirin, 2017, s. 83.

³⁴⁵ ESKHS’nin 2(1). maddesi şöyledir: “Bu Sözleşmeye taraf her devlet, münferiden ve ekonomik ve teknik plân başta olmak üzere uluslararası yardım ve işbirliği yoluyla, mevcut kaynakların azamisini kullanarak, bilhassa yasal düzenleme suretiyle alınacak tedbirleri de içerecek şekilde her türlü uygun yöntem vasıtasıyla, bu Sözleşme’de tanınan hakların tam olarak kullanılmasını aşamalı olarak sağlamak amacıyla tedbirler almayı taahhüt eder.” İkiz kardeşi MSHS’nin 2(1). maddesi ise, “Bu Sözleşmenin tarafı her Devlet, kendi ülkesinde bulunan ve yargı yetkisine tabi olan bütün bireyler bakımından, ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da diğer görüş, ulusal ya da sosyal köken, mülkiyet, doğum yahut başka statüler gibi herhangi bir türde farklılık gözetmeksizin, Bu Sözleşmede tanına haklara saygı göstermeyi ve bunları temin etmeyi taahhüt eder.” şeklinde kesin bir yükümlülük hükmü olarak kaleme alınmıştır.

yükümlülüklerini belirlediği 3 nolu GY’de ve Sözleşme’nin iç hukukta uygulanmasına ilişkin 9 nolu GY’de kimi sosyal hakların derhal uygulanması gerektiği ve uygulanmazsa dava edilebilir olduğu açıkça vurgulanmıştır.³⁴⁶ Aslında normun içeriğinde şu dört unsur mevcuttur; aşamalı gerçekleştirme, mevcut kaynakların azami düzeyde kullanılması, adım atma yükümlülüğü ve uluslararası işbirliği.

Aşamalı gerçekleştirme: Sözleşme sosyal hakların aşamalı olarak hayata geçirilmesini öngörmektedir. Kuşkusuz bu düzenleme, devletlere sosyal hakları ilânihaye gerçekleştirme konusunda sınırsız esneklik tanıyan, belirsiz bir norm olarak okunamaz. Taraf devletler, herhangi bir *geriye gidiş* olmaksızın ilerlemeye dönük bir şekilde sosyal hakları gerçekleştirme yükümlülüğü altındadır.³⁴⁷

Mevcut kaynakların azami düzeyde kullanılması: Günümüzde tüm insan haklarının gerçekleştirilmesinin devletlere mutlak surette malî külfeti olduğu hususunda bir duraksama kalmamakla birlikte, sosyal haklar bakımından devletlerin yükümlülüklerinin ekonomik gelişim düzeyleriyle doğru orantılı olarak artacağını söylemek mümkündür.

Adım atma yükümlülüğü: Sosyal haklar alanında aşamalı gerçekleştirmeyi hayata geçirmek için gerekli tedbirlerin alınmasını ve adımların “derhal” atılmasını ifade etmektedir.³⁴⁸ Sözleşme’de tanınan haklardan tam anlamıyla yararlanılmasının sağlanması, mevcut kaynakların yeterliliğine ve aşamalı gerçekleştirmeye bağlı kılınsa da, bu amaçla adım atma yükümlülüğü, devletler bakımından derhal sonuç doğuran bir edimdir.³⁴⁹ Limburg İlkeleri’nin 14. paragrafında da bu konu özellikle vurgulanmıştır.³⁵⁰

³⁴⁶ Yücel Dericiler, 2014, s. 233.

³⁴⁷ Manisuli SSENYONJO, *Economic Social and Cultural Rights in International Law*, Hart Publishing, 2009, s. 58-59; Ertan, 2014, s. 88.

³⁴⁸ Seymen Çakar, 2018, s. 114.

³⁴⁹ ESKHK’ya göre; “...hakların tam olarak gerçekleştirilmesi aşamalı şekilde sağlanabilirken, bu amaca yönelik tedbirler Sözleşme’nin ilgili devletler bakımından yürürlüğe girmesinden itibaren makûl kısıllıktaki bir zaman içinde alınmalıdır. Söz konusu tedbirler plânlı, somut ve mümkün olduğunca Sözleşme’de tanınmış olan yükümlülükleri karşılamaya hedefli olmalıdır.” 3 nolu Genel Yorum, para. 5.

³⁵⁰ Algan, 2007, s. 178-179; Adım atma yükümlülüğü esasında salt ESKHS’ye özgü bir yükümlülük olmayıp antlaşmalar hukukunun temeli olan ahde vefa (*pacta sunt servanda*) ilkesinin doğal sonucudur.

Uluslararası işbirliği yükümlülüğü; ESKHK, uluslararası işbirliği yükümlülüğünün hukukî dayanaklarını 3 nolu GY’de saymıştır. Bunlar; ESKHS başta olmak üzere, BM Şartı’nın 55. ve 56. maddeleri³⁵¹ ile uluslararası hukukun genel ilkeleridir. Bu yükümlülük, devletlerce diğer ülkelerde insan haklarının gerçekleştirilmesini engelleyecek eylem ve davranışlardan uzak durulmasını ifade eden saygı gösterme yükümlülüğünü; devletler tarafından diğer kuruluşların ve şirketlerin diğer bir ülkedeki bireylerin insan haklarını ihlâl etmelerinden kaçınmalarını temin etmeyi içeren koruma yükümlülüğünü ve yine, devletlerce diğer ülkelere yardımda bulunulmasını ifade eden yerine getirme yükümlülüğünü de içermektedir.³⁵²

Sosyal hakların devletlere yüklediği yükümlülüklerin temel unsurları böyle olmakla birlikte, kimi sosyal haklar aşamalı gerçekleştirmeye tâbi olmayıp derhal uygulanması gerekmektedir. Bunlar; kadın-erkek eşitliği (md.3), eşit işe eşit ücret (md.7/a), örgütlenme özgürlüğü (md.8), çocukların korunması (md.10/3), ilköğretimin ücretsiz olması (md.13/2-a), velilerin çocukları için eğitim kurumu seçme özgürlüğü (md.13/3), eğitim kurumları kurma ve yönetme özgürlüğü (md.13/4) ve son olarak bilim ve sanat özgürlüğüne ilişkin (md.15/3) hükümlerdir.³⁵³ Şu hâlde, ESKHS’yi iç hukukunda kabul eden devletlerin sözü edilen hakları derhal icrâ edilebilir kılması zorunlu bulunmaktadır.

Asgari çekirdek yükümlülükler ilkesine gelince: İnsan hakları hukukunda, “hakkın özü/çekirdeği” kavramı birinci kuşak haklar bakımından hakların

Nitekim, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’nin 26. maddesi de, bir antlaşmanın iyi niyetle icrâ edilmesi gereğinden söz eder. Bkz. Ertan, 2014, s. 90.

³⁵¹ BM Şartı’nın 55. maddesi şöyledir: “Uluslararası halkların hak eşitliği ve kendi yazgılarını kendilerinin belirlemesi ilkesine saygı üzerine kurulmuş barışçı ve dostça ilişkiler sağlanması için gerekli istikrar ve refah koşullarını yaratmak üzere Birleşmiş Milletler: a. Yaşam düzeylerinin yükseltilmesini, tam istihdamı, ekonomik ve sosyal alanlarda ilerleme ve gelişme koşullarını, b. Ekonomik, sosyal alanlarla sağlık alanındaki uluslararası sorunların ve bunlara bağlı başka sorunların çözümü, kültür ve eğitim alanlarında uluslararası iş birliğini ve, c. Irk, cinsiyet, dil ya da din ayrımı gözetmeksizin herkesin insan haklarına ve temel özgürlüklerine, bütün dünyada etkin bir biçimde saygı gösterilmesini kolaylaştıracaktır.” Şart’ın 56. maddesi ise şöyledir. “Üyeler, 55. maddede belirtilen amaçlara ulaşmak için, gerek birlikte gerekse ayrı ayrı, Örgütle iş birliği içinde hareket etmeyi yükümlenirler.”

³⁵² Craven, 1995, s. 147-150; Ertan, 2012, s. 69; Ertan, 2014, s. 91.

³⁵³ 3 Nolu Genel Yorum, para. 5.

sınırlandırılmasının sınırı olarak işlev gören önemli bir kriter olarak, denetim organlarınca hak ihlâlinin belirlenmesinde sıklıkla kullanılmaktadır.³⁵⁴ Söz konusu ölçüt, sosyal haklar bakımından Komite tarafından aşamalı gerçekleştirme ve kaynakların yeterliliği ilkelerinin yeniden yorumlanması sonucunda içtihadî bir kriter olarak yeni bir anlam kazanmış ve “asgari çekirdek yükümlülükler ilkesi” olarak isimlendirilmiştir.

Devletler, bilhassa “...*yasal tedbirler başta olmak üzere bütün uygun yollarla*” sosyal hakları güvence altına almaya mecburdur. ESKHK, sosyal hakların hangi yöntemlerle güvence altına alınacağı konusunda devletlere takdir hak ve yetkisi vermiş ise de, bunun sınırsız olmayıp amaca uygun olarak kullanılıp kullanılmadığının Komitece denetleneceği açıktır.³⁵⁵ Limburg İlkeleri’nin 56. paragrafında, sosyal haklara getirilecek bir sınırlamanın, hakkın özünü ortadan kaldıracak şekilde yorumlanamayacağı belirtilmektedir. Yine, 3 nolu GY’de taraf devletlerin sosyal hakları hiç olmazsa *asgari ölçüde* yerine getirmekle mükellef oldukları vurgulanmıştır.³⁵⁶

İşaret edilen bu yorum ve ilkeler, asgari çekirdek yükümlülüğü doktrininin normatif dayanağını oluşturmaktadır.³⁵⁷ Bu noktada, asgari çekirdek yükümlülüğün her bir hak bakımından nasıl belirleneceği ve yargı mercilerinin bunu değerlendirirken yasama ve yürütme organının yetki alanına müdahale ederek yerindelik denetimi yapmış olup olmadıkları soruları akla gelmektedir.³⁵⁸

³⁵⁴ İzzet Mert ERTAN, “Sosyal Hakların Özü: Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi Standartlarında Öz/Çekirdek Yükümlülükler”, **Sosyal Adalet İçin İnsan Hakları: Sosyal Haklar**, (Eds.) Kuvılcım Akkoyunlu Ertan, Filiz Kartal, Yeliz Şanlı Atay, TODAİE Yayınları, Ankara 2014, s. 85.

³⁵⁵ Nitekim, 3 Nolu Genel Yorum’daki şu ifadelerden bu sonuca ulaşmak mümkündür: “‘Tüm uygun yollarla’ ifadesine tam ve doğal anlamının yüklenmesi gerekir. Her taraf devlet, bu haklarla ilgili koşullarda hangi araçların en uygun düşeceğine karar vermek zorunda olmakla birlikte, seçilen araçların ‘uygunluğu’ her zaman açık değildir. Dolayısıyla, taraf devletlerin raporlarının yalnızca alınan önlemleri değil, aynı zamanda bu önlemlerin neye dayanılarak mevcut koşullar altında en uygun önlemler olarak değerlendirildiğini de göstermeleri arzu edilir bir durumdur. Ne var ki, tüm uygun önlemlerin alınıp alınmadığı konusunda karar verilmesi, Komite’nin yapacağı bir iştir.” 3 Nolu Genel Yorum, para 4.

³⁵⁶ “Bir taraf devletin, en azından asgari yükümlülüklerini yerine getirmede başarısız olmasını kaynaklarının yokluğuna bağlayabilmesi için, kendi tasarrufundaki tüm kaynaklarını, öncelikle, bu asgari yükümlülüklerini yerine getirmek amacıyla kullanmak için her türlü çabayı gösterdiğini kanıtlaması gerekir.” 3 Nolu Genel Yorum, para 10.

³⁵⁷ Ertan, 2014, s. 93.

³⁵⁸ Eva BREMS, “Indirect Protection of Social Rights by the European Court of Human Rights”, **Exploring Social Rights; Between Theory and Practise**, (Eds.) Daphne Barak-Erez and Aeyal M. Gross, Hart Publishing, Oxford/Portland 2007, s. 136; Yücel Dericiler, 2014, s. 233.

Birinci sorun bakımından vurgulamak gerekir ki; tüm insan hakları bakımından o hakka müdahale edilmesi ya da o hakkın gerçekleştirilmemesi hâlinde varoluş sebebini tamamen yitireceği unsurları bulunur.³⁵⁹ Yukarıda da ifade edildiği gibi, ESKHK, klasik hakların sınırlandırılmasında bir ölçüt olarak kullanılan “hakkın özü/çekirdeği” kriterini ödünç alarak sosyal haklar alanına uyarlamış ve “asgari çekirdek yükümlülükler” doktrininin geliştirmiştir. Böylelikle, devletlerin sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ifâ etmemelerine mazeret olarak sundukları “aşamalı gerçekleştirme” ve “kaynakların yeterliliği” ilkelerini kayıtlamış ve sosyal hakların yorumunda bu ilkelerin dar yorumlanması gerektiğini ortaya koymuştur. Aksi durumu da hak ihlâli olarak tespit etmiştir.³⁶⁰ Şu hâlde, her bir hak bakımından asgari çekirdek yükümlülüğün ihlâli hakkın özünü zedeleyecek ve hakkı kullanılamaz hâle getirecektir. Dolayısıyla, asgari çekirdek yükümlülükler yargı organlarının gözetmesi gereken bir değerlendirme kriteri işlevi gördüğü gibi, insan onurunun korunması bakımından gerekli olan *asgari eşiğe* işaret etmektedir.

Yargıçların asgari çekirdek yükümlülüklerle göre denetim yaparken ve hakkın özünü belirlerken yasama ve yürütme organlarının yetki alanına müdahale ederek yerindelik denetimi yaptıkları iddiasının ise, sosyal haklara ilişkin önceliklerin belirlenmesinde ve kaynakların dağıtılmasında devletin takdir yetkisini isabetli olarak kullanıp kullanmadığına ilişkin yapılan denetimin de niteliği itibarıyla hukukîlik denetimi içinde yer alması karşısında, kabul edilebilir bir temeli olmadığı açıktır.

³⁵⁹ Oktay UYGUN, **1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1992, s. 186; Esin ÖRÜCÜ, “The Core of Rights and Freedoms: the Limit of Limits”, **Human Rights: From Rhetoric to Reality**, (Ed.) Tom Chambell vd., Blackwell, New York, 1986, s. 37-59; Ertan, 2014, s. 92.

³⁶⁰ Ertan, 2014, s. 92.

III. SOSYAL HAKLARIN DAVA EDİLEBİLİRLİĞİ BAĞLAMINDA ULUSAL VE ULUSLARARASI DENETİM ARAÇLARI

A. Genel Olarak

Devlet kudretinin sınırsız olmadığı düşüncesi, kadim zamanlardan beri ileri sürülmüş ve daha insan hakları düşüncesi gün ışığına çıkmadığında dahi, devletin üstün iktidarını, hiç değilse, keyfilikten kurtarmanın çareleri aranmıştır. “Yeniçağ Leviathan’ın yaratıcısı Hobbes bile, bu dev kuvveti büsbütün başıboş bırakmağa yanaşmamıştır.”³⁶¹

Devlet kudretinin sınırlandırılması amacına yönelik pek çok araçtan en önemlisi hukuktur.³⁶² Hukukun devleti sınırlayabilmesinin temellendirilmesinde ise, açıkça belirtmek gerekir ki, devleti belirli kurallara uymaya zorlayacak ve ona yaptırım uygulayabilecek kendisinden daha üstün otorite olmadığına göre, devletin hukukla sınırlandırılması –olsa olsa- “kendi kendini sınırlama (*oto-limitation*)” niteliğindedir.³⁶³

Uluslararası toplumda, İkinci Dünya Savaşı döneminde yaşanan vahşetten sonra devlet egemenliğini bazı araçlarla kayıtlamaya yönelik gelişmeler olmuştur. Bir yandan dünya barışının korunması, öte yandan topyekün ekonomik kalkınmanın gerçekleştirilmesi amacıyla devletler karşılıklı olarak, egemenliklerinin bir kısmından uluslararası örgütler lehine vazgeçmek zorunda kalmışlardır.³⁶⁴ İşte, devlet kudretinin sınırlandırılmasının bir aracı olarak “insan hakları”, sadece devletleri iç hukukta sınırlamakla kalmamış, İkinci Dünya Savaşından sonra daha da öteye geçerek, uluslararası hukukun vazgeçilmez enstrümanı olmuş ve uluslararası hukuk yoluyla devlet kudretini kayıtlamıştır.³⁶⁵

³⁶¹ Kapani, 1993, s. 249.

³⁶² Zabunoğlu, 1963, s. 194-212; Algan, 2007, s. 76.

³⁶³ Kapani, 1993, s. 258-259.

³⁶⁴ ibid, s. 258, dipnot 18.

³⁶⁵ Algan, 2007, s. 76.

İç hukukta ise, anayasaların yapım sürecinde insan hakları, kurucu iktidarların görmezden gelemeyeceği ve kendine has dinamikleri olan bir potansiyel güç niteliğindedir. Anayasa kavramının tarihsel ve ontolojik anlamı gözönüne alındığında, kurucu iktidarların insan haklarını tanıyıp tanımama hususunda fiilen bir seçim hakkı olmadıkları görülür. Nasıl ki, temel insan hakları metinleri, insan haklarını “yaratmaz” ve sadece var olan hakları duyurur ve tanır ise,³⁶⁶ insan haklarının iç hukukta tanınip normatifleşmesi de, bu hakları salt “bildiren” nitelik taşır.³⁶⁷ Şu hâlde, insan hakları devlet kudretini iç hukukta ve uluslararası hukukta sınırlayan temel enstrümanlardan biridir.³⁶⁸

İnsan hakları aynı zamanda devletin meşruiyetinin kaynağı ve ölçütüdür. İlk yazılı anayasaların insan hakları bildirileriyle varlık kazanmasıyla birlikte, insan hakları kavramı anayasa kavramının da anlamını belirlemiştir. Dolayısıyla, devleti inşâ eden kurucu belge olan anayasanın insan haklarından yoksun olması “anayasanın olmaması”³⁶⁹ demektir. Anayasa ve insan hakları kavramları arasındaki ilişkiselliğin doğal sonucu olarak, insan hakları modern devletin en önemli meşruluk ölçütü işlevini görür.³⁷⁰

İç hukukta insan haklarının tanınmasıyla devlet, bu haklara ilişkin saygı gösterme, koruma ve gereğini yerine getirme yükümlülüklerini üstlenmiş olur.³⁷¹ Yani, hukuksal tanımayla birlikte, ortaya birey bakımından devletten beklediği üçlü bir güvence ortaya çıkar. Normatifleşmeyle birlikte ortaya çıkan bu güvenceler büyük önem taşısa da, bunlar yerine getirilmediğinde, devletin insan haklarının ihlâlcisi durumuna geleceğini de hatırdâ tutmak gerekir. Bu açıdan, devlet ve insan hakları

³⁶⁶ Gülmez, 2001, s. 9.

³⁶⁷ Sancar, 2010, s. 118.

³⁶⁸ Kapani, 1993, s. 249-258; Kapani’nin, devlet kudretini sınırlayan hukuk dışı faktörler (kamu oyu, siyasal partiler, baskı grupları ve sendikalar) ve devlet kudretini sınırlayan hukukî faktörler (seçimler, katı anayasa sistemi, kuvvetler ayrılığı, çift meclis sistemi, devlet başkanının vetosu, yargı denetimi, yarı doğrudan demokrasi araçları) ayrımı için bkz. Kapani, 1993, s.263-298.

³⁶⁹ 1789 Fransız Bildirgesi madde 16: “Hakların güvence altına alınmadığı ve kuvvetler ayrılığının kurallaştırılmadığı toplumların anayasası yoktur.”

³⁷⁰ Sancar, 2010, s. 116.

³⁷¹ Algan, 2007, s. 77.

kavramının madalyonun iki yüzü gibi, hem birbirini tamamlayan ve hem de birbiriyle çelişen iki veçhesi vardır.³⁷² Sözü edilen temel çelişki, insan haklarının ulusal düzeyde korunmasının yanı sıra uluslararası koruma mekanizmalarının ortaya çıkışının da en önemli sebebidir.³⁷³

İkinci Dünya Savaşına kadar, insan hakları bazı istisnalar hariç³⁷⁴ iç hukuk düzenlerince korunmuş ise de, İkinci Dünya Savaşında yaşanan vahşet deneyimi ve ulusal düzeydeki yargısal korumanın yetersiz kalması, insan hakları alanında devlet üstü güvence arayışına yol açmıştır.³⁷⁵

Bununla birlikte, ulusal düzeyde koruma her zaman insan haklarının birincil (aslı) koruma mekanizması olma özelliğini korumaktadır. Bunun bir nedeni, anlatılageldiği üzere, insan haklarını korumakla yükümlü aygıtın öncelikle devlet olması ve klasik-liberal bakış açısıyla insan haklarına yönelik ihlallerin de devletten geldiğine dair düşüncedir.³⁷⁶ Bu geleneksel anlayış, devlet dışındaki başka odakların da insan haklarını ihlâl ettiğinin ya da etme potansiyeline sahip olduğunun anlaşılmasıyla terkedilmeye başlanmış ise de, devletten veya üçüncü kişilerden gelen veyahut gelmesi olası ihlallerden sorumlu olan ve bunu önlemekle yükümlü kılınan öznenin, her hâlde devlet olduğunu vurgulamak gerekir. Ulusal düzeyde korumanın birincil olmasının arkasında yatan diğer neden ise, elbette modern devlete içkin niteliklerden kaynaklanır.

³⁷² Jacques MOURGEON, **İnsan Hakları**, (Çev.) Ayşen Ekmekçi, Alev Türker, İletişim Yayınları, Cep Üniversitesi Dizisi, 2. baskı, İstanbul 1991, s.111-117.

³⁷³ Sancar, 2010, s.119-120; Algan, 2007, s. 77-78.

³⁷⁴ 20. yüzyılın ilk yarısında bireyin uluslararası hukukun öznesi olmaya başlamasına yönelik atılmaya başlanan adımlar hakkında bkz. Gemalmaz, 2012, s. 431-445.

³⁷⁵ Sancar, 2010, s. 128; gerçekten de, insan haklarının bir uluslararası hukuk konusu hâline gelmesi, asıl olarak İkinci Dünya Savaşı sonrasına özgü bir olgudur. Bu konuda belirleyici olan dönüm noktası, 1948 yılında İHEB'in ilân edilmesidir. Bildiri'nin tarihsel önemi, bireyin haklarını evrensel boyutta formüle etmesinde, böylelikle ulus devletlerin bir iç hukuk meselesi olarak görülen “yurttaş hakları”ndan “evrensel insan hakları” düşüncesine doğru bir kırılmayı simgelemesinde yatar. İkinci Dünya Savaşı sonrasında yaşanan bu dönüşümün neticesinde, birey uluslararası hukukun öznelereinden biri hâline gelmiştir. İşte bu gelişmeler sonucunda, bir insan hakları hukuku doğmuştur. Bkz. Özdek, 2004, s. 329.

³⁷⁶ Necmi YÜZBAŞIOĞLU, “İnsan Haklarının Ulusal Düzeyde Korunması”, **İnsan Hakları**, (Ed.) Korkut Tankuter, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2000, (ss. 397-406), s. 397.

Modern devlet, güç ve meşru şiddet tekeline sahip en üst bürokratik-siyasi yapı olarak varlığını sürdürmekte ve sahip olduğu aygıtlar onu diğerlerinden üstün kılmaktadır.³⁷⁷

1. Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Yoluyla Dava Edilebilirlik

Bireysel başvuru (anayasa şikâyeti), bireylerin anayasalarca güvence altına alınan hak ve özgürlüklerinin, anayasada ya da yasada öngörülen yöntemle korunması için yapılır. Bu yöntemle sadece yasaya değil, haklarını ihlâl ettiği düşünülen tüm kamusal işlemlere karşı dava açılabilir. Bireysel başvurunun *actio popularis* niteliği olmadığından, davayı ancak haklarının ihlâl edildiğini iddia eden kişi açabilir.³⁷⁸

İnsan hak ve özgürlüklerinin korunması ve olası ihlâllerin önlenmesi öncelikle yasama, yürütme organları ile genel yargı mercilerinin görevidir. Devletin temel organları nezdinde hak ve özgürlüklerin çiğnendiği savı karşılanmamış ve ihlâlin giderilmediği düşünülüyor ise, anayasa şikâyeti yoluna başvurulabilir. Yani, “bireysel başvuru, temel hak ve özgürlüklerin ulusal düzlemde korunması amacıyla başvurulabilecek son hukukî çaredir.”³⁷⁹

Bireylerin kendilerini ilgilendiren her türlü kamu gücü kararına veya faaliyetine karşı kendini savunma ve ifade etme hakkının varlığı olarak tanımlanabilen “katılma” kavramının kurucu unsurları esas alınarak konuya yaklaşıldığında ise, kuşkusuz yasamanın ve yürütmenin işlemlerine katılma kadar yargı kararlarına katılmadan da sözedilebilir. Nitekim, bireylerin genel mahkemeler nezdinde dava açması yanında idare mahkemelerinde de dava açabilmesi zaman içinde yargısal katılmanın kapsamının genişlemesine olanak sağlamıştır. Bireysel başvuru yolu da, anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklerin doğrudan doğruya anayasa mahkemesine başvurarak korunması

³⁷⁷ Algan, 2007, s. 79-80.

³⁷⁸ Yılmaz ALİFENDİOĞLU, **Anayasa Yargısı ve Anayasa Mahkemesi**, Yetkin Yayınları, Ankara 1996, s. 58.

³⁷⁹ Öykü Didem AYDIN, “Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** C. XV, S. 4, 2011, (ss. 121-170), s. 126, http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/15_4_5.pdf (Erişim tarihi: 30 Ocak 2020).

imkânını sağlaması nedeniyle, katılmanın önemli bir boyutunun anayasa yargısı kapsamında gerçekleşmesine olanak sağlamak ve demokratik katılımın yargısal boyutunun en iyi örneğini sunmaktadır.³⁸⁰

Bireysel başvuru daha çok kişilere uygulanan idarî işlemler sebebiyle yapılmakta ise de, yasama işlemleri ve kesin yargı kararları da bireysel başvurunun konusu olabilmektedir.³⁸¹ Bireysel başvuru yolunun, çeşitli ülke örneklerinden yola çıkılarak tamamında ortak olan temel ilkeleri; (i) hak ve özgürlüklerin dolaysız şekilde kullanılmasını sağlamak ve insan haklarını korumak, (ii) anayasaya uygun yorum ilkesini genişletmek, (iii) yargısal içtihatlarda birliği sağlamak ve yurttaşların demokratik bilincinin gelişmesine katkıda bulunmak olarak sayılabilir.³⁸² Dolayısıyla, insan hakları kataloğu içinde yer alan sosyal hakların dava edilebilirliği ve gerçekleştirilmesi bakımından başlıca ulusal yargılama mekanizmalarının en önemlilerinden biri anayasa şikâyeti yoludur.

2. Genel Yargısal Merciler Eliyle Dava Edilebilirlik

Genel anlamda, yargısal mercilerin insan haklarına ilişkin temel görevi, yasama ve yürütme organlarının eylem ve işlemlerinden kaynaklanan insan haklarına ilişkin uyuşmazlıkların çözülmesi, gerektiğinde temel hak ve özgürlüklere ilişkin görevlerini yerine getirmeyen organların buna zorlanmasıdır. Yargı kararları, yargılamaya konu uyuşmazlığı kesin olarak çözüme kavuşturan kararlar olup başta yasama ve yürütme olmak üzere tüm kamu organlarını bağlayıcı nitelik taşırlar. İşte, yargı kararlarının

³⁸⁰ Göztepe, 1998, s. 15-16; Fuller, yargılamanın ayırdedici özelliğinin, tarafların kendi lehine kanıtlar ve gerekçeli argümanlar sunarak karara katılmalarında yattığını belirtir. Bkz. Fuller, 1978, s. 364.

³⁸¹ Zafer GÖREN, “Anayasa Mahkemesine Kişisel Başvuru (Anayasa Şikâyeti)”, **Anayasa Yargısı** 11, 1995, s. 97-142; Hakan PEKCANİTEZ, “Mukayeseli Hukukta Medeni Yargıda Verilen Kararlara Karşı Anayasa Şikâyeti”, **Anayasa Yargısı** 12, 1995, s. 257-287.

³⁸² Ece GÖZTEPE, “Türkiye’de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikâyeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi** 2011, (13-40), s. 21, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2011-95-718> (Erişim Tarihi: 30 Ocak 2020).

“kesinlik” ve “bağlayıcılık” niteliği temel hak ve özgürlüklerinin korunmasında yargısal denetimi vazgeçilmez kılmaktadır.³⁸³

Öte yandan, anayasalarda tanınıp pozitifleşen insan hakları, hukuk düzenince koruma altına alınan ve bu düzenin sunduğu bütün olanaklarla takip edilebilen subjektif haklara dönüşürler.³⁸⁴

Pozitif hukuka giren bir hakkın bireylerce kullanılabilmesi için devletlerin, yasama ve yürütme erki işlemleriyle her türlü yasal, idarî ve malî tedbir alması gerektiği açık olmakla birlikte, yalnızca bu yükümlülüklerin yerine getirilmesi yeterli olmayacaktır. En önemlisi, hakkın ihlâlî durumunda sözkonusu ihlâlîin dava edilebilir olması gerekir. Aksi hâlde hakkın korunmasına ilişkin güvenceler noksan kalacaktır.³⁸⁵ Yargısal denetimin etkinliğinin bir diğer aracı, devlet organlarının ve idarenin keyfî uygulamalarına karşı bireyi ve haklarını koruyabilmek için, yürütmenin tüm eylem ve işlemlerinin yargısal denetime açık olmasıdır.

Yukarıda açıklandığı gibi, sosyal hakların kategorik olarak dava edilemezliğini ileri sürmek olanaklı değildir; zira, uluslararası sözleşmelerde ve ulusal anayasalarda bunu ileri süren teorik iddiaları çürütecek denli düzenleme yer aldığı gibi, hukukî değer atfedilecek ölçüde içtihadî birikim mevcuttur.³⁸⁶ Bu nedenle, üzerinde durulması ve mücadele verilmesi gereken nokta, bir insan hakkı kategorisi olarak sosyal hakların daha etkili korunması için neler yapılması gerektiğidir. Dünya genelindeki değişik ülke örneklerinde sosyal haklara ilişkin yargısal korumanın temel çerçevesini belirleyen esasen, yargısal yorum ve tutumlar olmaktadır.³⁸⁷

Scheinin’in, dava edilebilirliğin ispatı ile ilgili kırlangıç benzetmesi dikkate değerdir; bu anekdotta, yaşayan bir kırlangıç bulmak kırlangıçların yaşadığını ispat

³⁸³ Algan, 2007, s. 123.

³⁸⁴ Sancar, 2010, s. 120.

³⁸⁵ Seymen Çakar, 2018, s. 80.

³⁸⁶ Genel olarak sosyal haklara ve bilhassa sosyal hakların dava edilebilirliğine ilişkin içtihatlarla karşılaştırmalı hukuk çerçevesinde örneklerle yer veren önemli çalışmalar için bkz. Oder, 2008, s. 199-233; Seymen Çakar, 2018.

³⁸⁷ Oder, 2008, s. 211.

etmek için yeterlidir. Benzer şekilde, sosyal hakların somut davalarda sübjektif hak olarak ileri sürüldüğü ve karara bağlandığı hem ulusal ve hem de uluslararası düzeyde sayısız içtihat mevcuttur. Kırılmaçların varolduğu bilgisi gibi, dava edilebilirlik olgusunun varlığı da kanıtlanmış durumdadır. Sonuç olarak, bir şeyin varlığını kanıtlamak için o şeyin bir örneğini göstermek yeterliyse, sosyal hakların dava edilebilirliğini mümkün kılan her türlü yargısal içtihat nedeniyle sosyal haklar da dava edilebilirdir.³⁸⁸

B. Uluslararası Düzeyde Denetim Usulleri

Uluslararası sistemde spesifik olarak sosyal hakları koruyan sözleşmeler; BM sistemi içinde ikinci kuşak haklara özgülenmiş ESKHS,³⁸⁹ BM'nin bir uzmanlık örgütü olmakla birlikte kuruluşu 1919 tarihli Versay Anlaşmasına dayanan ve BM'nin kuruluşundan sonra ona bağlı bir özel uzmanlık örgütü haline gelen ILO,³⁹⁰ Avrupa Konseyi sistemi içinde yer alan ASS ve GG-ASS,³⁹¹ Afrika Örgütü içinde Af.İHHŞ³⁹² ve Amerikan İnsan Hakları Örgütü içinde SSP'dir.³⁹³

³⁸⁸ Martin SCHEININ, "Justiciability and the Indivisibility of Human Rights", **The Road to a Remedy: Current Issues in the Litigation of Economic, Social and Cultural Rights**, (Eds.) John Squires, Malcolm Langford, Bret Thiele, Sydney, University of South Wales Press, 2005, s. 17. <https://static1.squarespace.com/static/5a6e0958f6576ebde0e78c18/t/5abbb4e8aa4a99a0ab55e0da/1522250990312/The-Road-to-a-Remedy.pdf> (Erişim Tarihi: 6 Haziran 2020).

³⁸⁹ 16 Aralık 1966 tarihinde BM Genel Kurulu tarafından kabul edilerek imzaya açılmış ve ESKHS'nin 27. maddesi uyarınca 3 Ocak 1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir. ESKHK'nin 66. oturumunun kapanış tarihi olan 18 Ekim 2019 itibarıyla 170 Devlet, Sözleşme'ye taraf olmuştur. Türkiye, ESKHS'ye 23 Eylül 2003 tarihi itibarıyla taraftır. Bkz: CESCR, Report on the sixty-fifth and sixty-sixth sessions, (18.02–08.03.2019, 30.09–18.10.2019), E/2020/22, E/C.12/2019/3, 2020, s. 1. https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2f2020%2f22&Lang=en (Erişim Tarihi: 10 Aralık 2020); öte yandan, BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği'nin resmi internet sayfasındaki son güncelleme tarihi olan 29 Eylül 2020 tarihi itibarıyla ESKHS'ye taraf devlet sayısı 171'e ulaşmıştır. <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx> (Erişim Tarihi: 10 Aralık 2020).

³⁹⁰ ILO'nun kurulmasında, *inter alia*, en önemli etkenin devrimci sosyalizme karşı bir önlem almak olduğu, 1917'de Rusya'daki Bolşevik Devrimi'nden hemen sonra kurulmasının da bunu gösterdiği ileri sürülmektedir. Bkz. Mesut GÜLMEZ, **Uluslararası Sosyal Politika**, TODAİE Yayınları, Ankara 2000, s. 52-53; Ertan, 2015, s. 69, dipnot 25.

³⁹¹ 1961 yılında Avrupa Konseyi tarafından kabul edilmiş ve 1965 yılında yürürlüğe girmiştir. Avrupa Sosyal Haklar Sözleşmesi olarak da bilinen Şart, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini tamamlayıcı niteliktedir. ASS, 1998, 1991 ve 1995 yıllarında üç kez değişikliğe uğramış, 1996 yılında son hâliyle imzaya açılmış ve 1 Haziran 1999 yılında Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı yürürlüğe girmiştir.

Medeni ve siyasal hakları düzenleyen AİHS, sosyal haklardan sadece eğitim hakkını³⁹⁴ sırf negatif boyutuyla düzenlemektedir. Her ne kadar, AİHS'nin kapsamı birinci kuşak haklara ilişkin olsa da, denetim organı olan AİHM'ye bireysel başvuru yolu, sosyal hakların dolaylı korunması söz konusu olduğunda gözardı edilemez.

Genel olarak, insan haklarını koruma işlevini üstlenen uluslararası kuruluşlar, devletlerin insan haklarına ilişkin yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini üç farklı sistemi kullanarak denetlemektedir: (i) periyodik rapor verme sistemi, (ii) devletlerarası şikâyet sistemi ya da devlet başvurusu, (iii) bireysel başvuru sistemi.³⁹⁵

Çalışmanın teorik çerçevesinin özgülendiği kapsam ve sınırlılık itibarıyla, yukarıda sözedilen uluslararası sözleşme sistemlerinin yapısına, denetim organlarının teşkili ile çalışma usul ve esaslarına yer verilmeyecektir.³⁹⁶ Bununla birlikte, yine çalışmanın spesifik konusu olan sağlık hakkı bağlamında uluslararası sözleşmelerin öngördüğü denetim usullerinden “periyodik rapor verme” ve “bireysel başvuru” sistemlerinin karşılaştırılabilir etkinliği ve bu usullerin hakkın korunmasına ve geliştirilmesine katkılarının değerlendirilmesi önem taşıdığından ve ayrıca periyodik rapor sistemi ve görece yeni bir tarihte BM sistemine giren evrensel periyodik gözden geçirme usulü, -her ne kadar dava edilebilirlik çerçevesinde ele alınan yargısal denetim usulü olmasalar da- devletin yükümlülüklerinin yerine getirilip getirilmediğinin

Ancak, GG-ASŞ, ASŞ'nin henüz yerini almamıştır. Sosyal hakları düzenleyen iki Şart da yürürlüktedir. Bkz. Algan, 2007, s. 190-208; Yücel Dericiler, 2014, s. 197-206; Ertan, 2015, 95-133.

³⁹² Afrika Birliği Devlet ve Hükümet Başkanları Kurulu, 1981 yılında Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı'nı kabul etmiş ve 21 Ekim 1986'da yürürlüğe koymuştur. Denetim organı, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu'dur. Afrika Şartı, özellikle Afrikalı ülkelerin kaygılarına, geleneklerine ve durumuna cevap verecek şekilde tasarlanmıştır. Avrupa ve Amerika insan hakları sözleşmelerinden farklı olarak Afrika Şartı, medeni, siyasal, ekonomik, sosyal ve kültürel hakların tümünü, üçüncü kuşak haklar ya da kolektif haklar olarak adlandırılan hak grubunu ve bunların yanı sıra bireyin ödevlerini düzenlemektedir. Bkz. Algan, 2007, s. 227-239; Yücel Dericiler, 2014, s. 217-218; Ertan, 2015, 85-90.

³⁹³ 17 Kasım 1988 tarihinde kabul edilen Protokol, 16 Kasım 1999 tarihinde yürürlüğe girmiştir. San Salvador Protokolü olarak da isimlendirilmektedir. Belge, aslen medeni ve siyasal haklara yer veren Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinde yer almayan ekonomik, sosyal ve kültürel haklardan on üçüne yer vermiştir. Bkz. Algan, 2007, s. 224-227; Yücel Dericiler, 2014, s. 219-220; Ertan, 2015, 75-85.

³⁹⁴ AİHS 1 Nolu Ek Protokol ile düzenlenmiştir.

³⁹⁵ Algan, 2007, s. 164.

³⁹⁶ Sosyal hakların uluslararası düzeyde koruma sistemleri ile ilgili olarak kapsamlı inceleme ve değerlendirme için bkz. Algan, 2007; Yücel Dericiler, 2014; Ertan, 2015; Seymen Çakar, 2018.

ölçülmesinde önemli bir “izleme mekanizması” olmaları nedeniyle her iki denetim usulünün kavramsal olarak bu bölümde irdelenmesi gerekli görülmektedir.

Sosyal hakların uluslararası düzeyde denetimi denildiğinde akla ilk önce BM Örgütü gelir. Sosyal haklar, BM düzeyinde başta insan haklarını düzenleyen “genel norm” mahiyetindeki İHEB’den sonra, “özel norm” niteliğindeki ESKHS’de ve spesifik konulara özgülenen diğer uluslararası sözleşmelerde düzenlenmiştir.³⁹⁷

2020 sonu itibarıyla, BM’ye üye 193 devletten toplam 171 devletin ESKHS’ye taraf olduğu düşünüldüğünde,³⁹⁸ ikinci kuşak haklara özgülenmiş bu sözleşmeye BM üyesi devletlerin taraf olmaktan kaçınmadıkları realitesi, hem bu çalışma açısından dikkate değer bir bilgidir ve hem de, evrensel ölçekte sosyal hakların en geniş kapsamlı olarak uygulama alanı bulduğu bu Sözleşme’nin denetim usullerinin sağlık hakkı bakımından ağırlıklı olarak irdelenmesini gerekli kılmaktadır.

1. Periyodik Rapor Verme Sistemi

Spesifik olarak sosyal hakları koruyan sözleşmelerin tamamında periyodik rapor verme sistemi mevcuttur.³⁹⁹ Bu denetim aracının amaca uygun olarak işletilmesi için; raporların ilgili sözleşmede öngörülen sıklıkta düzenli olarak sunulması, raporu alan uluslararası organın bunu ayrıntılı olarak inceleme ve değerlendirme kapasitesi olması, bunu sağlamak üzere öngördüğü usulün etkili olması, raporu sunan devlet temsilcileri ile uluslararası sözleşme organları arasında yapıcı bir diyalog ilişkisinin olması, gerektiğinde rapor dışında istenilen bilgi ve belgelere ulaşabilme kapasitesi bulunması gibi unsurların birlikte mevcut olması gerekir.⁴⁰⁰

³⁹⁷ Seymen Çakar, 2018, s. 127.

³⁹⁸ https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CESCR/OHCHR_Map_ICESCR.pdf (Erişim Tarihi: 5 Ocak 2021).

³⁹⁹ Algan, 2007, s. 165.

⁴⁰⁰ ibid, s. 166.

Öğretideki kimi görüşlere bakılacak olursa; periyodik rapor usulü insan hakları hukuku alanında uluslararası denetim mekanizmalarının en zayıfıdır. Rapor usullerini reforme etmek için kimi adımlar atılmakta ise de, ne derece iyileşme sağlayacağı tartışmalıdır. Mekanizma ne kadar güçlendirilse de, sonuçta taraf devletlerden beklenen, gönderdikleri raporlarda iyiniyetle kendilerini eleştirmeleridir. Devletler ise, genellikle sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirdiklerini ispat etme çabasına girmektedirler.⁴⁰¹ Yine, devletlerin birbiriyle çakışan çok sayıda sözleşmeye taraf olmaları ve her biri bakımından rapor vermekle yükümlü tutulmaları önemli bir handikap olduğu gibi, sözleşme organlarının sözleşme dışı bilgileri talep ettiklerine de tesadüf edilmektedir. Kısaca, rapor verme ediminin yığılması ve birbiriyle çakışmasının sonucunda eksik, yetersiz ya da gecikmeli raporlar hazırlanması sonucu ortaya çıkmaktadır.⁴⁰²

Sözkonusu görüşlere iştirak edilmekle birlikte, esasen uygulamaya ilişkin bu gibi sorunların aşılması mümkün olup; genel olarak bakıldığında periyodik rapor verme sisteminin, uluslararası sözleşmelere taraf olan devletlerin düzenli olarak izlenip değerlendirilmesi ve katettikleri mesafelerin belirlenmesi bakımından son derece elzem olduğuna kuşku yoktur.

Yine, rapor usulünün, sadece ilgili devletlere verilen biçimsel bir ödevin yerine getirilmesi olarak algılanması yerine, sosyal haklar alanında uzman örgütler ve bu vesileyle ilgili hükümet dışı kuruluşlar ile diğer ilgili taraflarla karşılıklı işbirliği ve fikir alışverişi çerçevesinde yapıcı bir diyalog ortamı geliştirilebilmesine, taraf devletlerin gönderdikleri raporda iyi niyetle öz eleştiri verebilmelerine ve üye devletlerin kamusal organlarında sosyal haklar alanında farkındalık yaratılarak sosyal hakların genişlemesine katkı sağlayacak bir enstrüman olarak görülmesi gerekir.

⁴⁰¹ Yücel Dericiler, 2014, s.152.

⁴⁰² Algan, 2007, s. 167.

Ayrıca, etkili bir şekilde işletilen rapor usulü, üye devletlerin sözleşmeden doğan yükümlülüklerinin yerine getirilip getirilmediğini geniş bir bakış açısıyla anlayabilme olanağı sağlamaktadır. Bu bakış açısıyla, periyodik raporlar aslında ülkelerin genel olarak sosyal haklar alanında ya da spesifik olarak sözcüğü sağlık hakkı alanında ilgili yıl karnesi olmaktadır. Pek çok eleştiri ileri sürülebilecek bir usul olsa da, periyodik raporların dünya ülkelerinde benzerlik gösteren ya da farklılaşan sosyal hak sorunlarının neler olduğunu belirlemek, spesifik bir ülkeye ait sosyal hak sorunlarını tanımlayarak ulusal ve uluslararası çözümler üretebilmek için son derece önemli olduğu inkâr edilemez.

Değinilen bu olumlu yönlerine karşın, rapor usulünün etkin bir uluslararası sosyal haklar sisteminde aslî denetim usulü olarak görülemeyeceği de aşîkârdır. Bu nedenle, ilgili devletlerin sundukları raporların incelenip devletlerin eleştirilmesi ve birtakım tavsiyelerde bulunulması şeklinde işleyen rapor usulünün, daha çok işlerlik kazandırılmaya muhtaç bir kurum olduğuna kuşku bulunmamakla birlikte, “bireysel başvuru” yolunun yanında onu destekleyecek etkin bir rapor usulünün varlığını sürdürmesinin,⁴⁰³ bu çalışmada ileri sürülen sosyal hakların dava edilebilirliği tezine katkı sağlayacak önemi haiz olduğu sonucuna varılmaktadır.

ESKHS’nin 16. maddesinde, taraf devletlere periyodik rapor sunma yükümlülüğü getirilmiştir.⁴⁰⁴ 16. maddenin 2(a) paragrafında, raporları inceleyecek organ Konsey olarak gösterilmiş ise de, Konsey’in bu görevi yapmak için önce bir Çalışma Grubu oluşturması ve akabinde 1985/17 tarihli kararı alarak bu yapıyı ESKHK’ya dönüştürmesi üzerine, hâlihazırda ESKHK denetim görevini yerine getirmektedir.⁴⁰⁵ Taraf devletlerin sözleşmeyi imzaladıktan itibaren ilk iki yıl içinde ve müteakiben her beş yılda bir periyodik rapor sunması beklenir. ESKHK, taraf

⁴⁰³ Bkz. Algan, 2007, s. 166-168; Yücel Dericiler, 2014, s. 152-154.

⁴⁰⁴ Sözleşme’nin 16. maddesinde, “...bu Sözleşmede tanınmış haklara riayet edilmesinin sağlanmasında almış oldukları önlemler ve kaydetmiş bulundukları ilerleme hakkında ...” rapor sunma yükümlülüğünden söz edilmektedir.

⁴⁰⁵ Ertan, 2015, s. 62-63.

devletlerin sundukları periyodik raporları incelemek suretiyle denetimini gerçekleştirmektedir. Komite, nihaî gözlemlerini taraf devlete bildirir. Nihai gözlemlerde hem ilgili devletin sosyal haklar alanında aldığı mesafe değerlendirilir, endişeler dile getirilir ve hem de atılacak adımlar konusunda ilgili devlete tavsiyelerde bulunulur. Taraf devletin raporu yeterli bulunmazsa ya da ilgili devletçe hiç rapor sunulmazsa, ESKHK, hükümetler arası kuruluşlardan ve STK'lardan bilgi edinmek suretiyle raporunu hazırlar ve ilgili devletin sosyal haklara ilişkin mevcut durumu değerlendirir.⁴⁰⁶

Komite, periyodik rapor usulünün etkinleştirilmesi için birtakım faaliyetler yürütmektedir. Bu bağlamda, devletlerin sunacakları raporları hazırlarken onlara yardım etmek amacıyla yapılan Genel Yorum faaliyeti çok önemlidir. Komite ilk olarak taraf devletlerin rapor sunmasına ilişkin bir genel yorum; ardından, Sözleşme'de düzenlenen bir hakkın anlam ve kapsamının belirlenmesine yönelik ya da Sözleşme'nin uygulanmasını göstermek üzere pek çok genel yorum yayımlamıştır.⁴⁰⁷

Taraf devletlerin periyodik rapor sunma karnesi, diğer uluslararası sözleşmelerde olduğu gibi ESKHS bakımından da hayli zayıftır.⁴⁰⁸ Bununla birlikte Komite, bilhassa

⁴⁰⁶ Yücel Dericiler, 2014, s. 145-152.

⁴⁰⁷ Genel Yorumların Listesi şöyledir: Genel Yorum No:1 Taraf Devletler tarafından rapor sunulması; Genel Yorum No: 2 Uluslararası teknik yardım önlemleri (md. 22); Genel Yorum No: 3 Taraf devletlerin yükümlülüklerinin niteliği (md 2/1); Genel Yorum No: 4 Yeterli barınma hakkı; Genel Yorum No: 5 Engelli kişiler; Genel Yorum No: 6 Yaşlı kişilerin ekonomik, sosyal ve kültürel hakları, Genel Yorum No: 7 yeterli barınma hakkı (cebri tahliyeler) (md.11/1); Genel Yorum No: 8 Ekonomik yaptırımlar ile ekonomik, sosyal ve kültürel haklara saygı arasındaki ilişki; Genel Yorum No: 9 Sözleşmenin iç hukukta uygulanması; Genel Yorum No: 10 Ekonomik, sosyal ve kültürel hakların korunmasında ulusal insan hakları kuruluşlarının rolü; Genel Yorum No: 11 İlköğretim için eylem plânları (md. 14); Genel Yorum No: 12 Yeterli beslenme hakkı; Genel Yorum No: 13 Eğitim hakkı (md.13); Genel Yorum No: 14 Ulaşılabilir en yüksek sağlık standardı hakkı (md.12); Genel Yorum No: 15 Su hakkı (md. 11 ve 12); Genel Yorum No: 16 Kadın ve erkeklerin tüm ekonomik, sosyal ve kültürel haklardan eşit şekilde yararlanma hakkı (md. 3); Genel Yorum No: 17 Herkesin kendisinin yaratıcısı olduğu bilimsel, edebi ya da sanatsal ürünlerden kaynaklanan maddi ve manevi faaliyetlerinin korunmasından yararlanma hakkı (md. 15/1/c); Genel Yorum No: 18 Çalışma hakkı (md. 6); Genel Yorum No: 19 Sosyal güvenlik hakkı (md. 9); Genel Yorum No: 20 Ekonomik, sosyal ve kültürel haklarda ayrımcılık yapmama; Genel Yorum No: 21 Herkesin kültürel hayata katılma hakkı; Genel Yorum No: 22 Cinsel sağlık ve üreme sağlığı (md. 12); Genel Yorum No: 23 Adil ve elverişli çalışma koşulları hakkı (md. 7); Genel Yorum No: 24 Ticari faaliyetler bağlamında ESKHS kapsamındaki devlet yükümlülükleri; Genel Yorum No: 25 Bilim ve ekonomik, sosyal ve kültürel haklara ilişkin (md. 15-1/b, 2, 3, 4).
https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=9&DocTypeID=11 (Erişim Tarihi: 8 Kasım 2020).

⁴⁰⁸ Yücel Dericiler, 2014, s. 152; Ertan, 2015, s. 65.

hükümet dışı kuruluşlardan yararlanarak ya da “raporun yokluğunda incelenmesi” yolunu işleterek, periyodik rapor verme sistemine işlerlik kazandırmaya çalışmaktadır.⁴⁰⁹ 2015 yılından itibaren basitleştirilmiş raporlama prosedürünü⁴¹⁰ uygulamaya karar vermiş ve raporlarının hazırlanmasında interaktif diyalogu öne çıkarmıştır.⁴¹¹

2. Evrensel Periyodik Gözden Geçirme Usulü

EPGG usulü, İHKom.’un yerine geçmek üzere İHKon.’u kuran BM Genel Kurulu’nun 15 Mart 2006 tarihli ve 60/251 sayılı Kararı ile,⁴¹² BM’ye üye olan 193 devletin insan haklarına ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmeye yönelik uygulamalarını periyodik olarak izlemek amacıyla öngörülmüştür. Tüm ülkelerin katılımını öngörmesi nedeniyle evrensel nitelik taşıyan bu usulde, tüm devletler için eşit muamele ilkesi geçerlidir.⁴¹³

EPGG, dört yıllık döngü içinde tüm BM üyesi devletlerin insan hakları karnesinin değerlendirilmesini amaçlamaktadır.⁴¹⁴ Bir yıl içinde üç oturum yapılır ve her birinde 16 devletin durumu incelenir. Böylece bir yılda toplam 48 devlet

⁴⁰⁹ Algan, 2007, s. 185; Ertan, 2015, s. 65.

⁴¹⁰ “simplified reporting procedure”

⁴¹¹ Bkz. CESCR Report on the sixty-fifth and sixty-sixth sessions, (18.02–08.03.2019, 30.09–18.10.2019), E/2020/22, E/C.12/2019/3, 2020, s. 4, para 19.

⁴¹² UN, General Assembly, Sixtieth Session, **Resolution 60/251**, Human Rights Council, adopted Seventy-Second plenary meeting, 15 March 2006.

⁴¹³ Evrensel periyodik gözden geçirme usulü ile ilgili detaylı bilgi için bkz. UN Human Rights Council, **Basic Facts about the UPR**, <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/UPR/Pages/BasicFacts.aspx> (Erişim Tarihi: 4 Ağustos 2020); ayrıca, bu usule ilişkin ayrıntılı bir çalışma için bkz. Pınar ÇAĞLI, “Evrensel Periyodik Gözden Geçirme Usulü ve Türkiye İncelemesi”, **Public and Private Law Bulletin**, Vol. 31, Issue 1, ss. 153-189, 2012; sağlık hakkına özgü olarak EPGG usulünü inceleyen bir çalışma için bkz. Judith Bueno DE MESQUITA, “The Universal Periodic Review: A Valuable New Procedure for the Right to Health?”, **Health and Human Rights Journal**, Vol. 21, No. 2, (ss. 263-277), December 2019. <https://cdn1.sph.harvard.edu/wp-content/uploads/sites/2469/2019/12/Mesquita.pdf> (Erişim Tarihi: 23 Ağustos 2020).

⁴¹⁴ EPGG usulünde üç ana bilgi kaynağından yararlanılmaktadır: (i) incelenmekte olan devlet tarafından sunulan bir ulusal rapor, (ii) BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği tarafından derlenen ve BM kuruluşları tarafından sunulan bilgiler dahil olmak üzere diğer BM insan hakları mekanizmaları tarafından yapılan incelemelerden ve resmi BM belgelerinden yararlanılarak, incelenmekte olan devlet hakkında bilgi sentezini sağlayan BM raporu ve (iii) BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği tarafından derlenen ve ağırlıklı olarak STK’lar, ulusal insan hakları kurumları ve akademisyenler tarafından sağlanan bilgileri özetleyen bir paydaş raporu. Bkz. De Mesquita, 2019, s. 267.

incelemeden geçirilir. İlk dört yıllık döngü içinde tüm BM üyesi devletlerin ilk EPGG denetimleri yapıp birinci tur tamamlandıktan sonra ikinci tur incelemeye geçilmektedir. Dolayısıyla, her devlet dört yılda bir EPGG değerlendirmesinden geçmiş olmaktadır.⁴¹⁵

EPGG bakımından devletlerin sorumluluk alanının kapsamını BM Şartı, İHEB, ilgili devletçe taraf olunan tüm insan hakları belgeleri ile beyan edilen gönüllü taahhüt ve güvenceler (örneğin, ulusal insan hakları politikaları ve/veya uygulanan programlar), yürürlükteki uluslararası insancıl hukuk kuralları oluşturmaktadır.⁴¹⁶ Gözden geçirmenin kapsamının bu denli geniş yelpazede belirlenmesinin, insan haklarının bütünlüğü ilkesinin hayata geçirilmesi bakımından dikkate değer olduğunu vurgulamak gerekir.⁴¹⁷

Periyodik rapor usulünde olduğu gibi EPGG usulünde de izleme sonucunda devletlere sunulan nihaî raporlar⁴¹⁸ tavsiye niteliği taşımakta olup hukuken bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Bununla birlikte, BM insan hakları denetim-izleme sistemlerinin mevcut mekanizmalarına yönelik “fazlasıyla siyasi ve yüzleşmeci oldukları” yolundaki eleştiriler EPGG usulünün hazırlık aşamasında gözönünde tutularak, sürece katılan tüm aktörler arasında işbirliğini ve karşılıklı diyalogu esas alan ve ilgili devlete destek olunmasını amaçlayan bir usul öngörülmüştür.⁴¹⁹

⁴¹⁵ Çağlı, 2012, s. 162.

⁴¹⁶ Institution Building of the United Nations Human Rights Council, **A/HRC/5/21**, HRC Res. 5/1. Annex, para 1(1), 1(2), 18.07.2007.

⁴¹⁷ Çağlı, 2012, s. 164.

⁴¹⁸ Nihaî raporun içeriği şu şekildedir: (i) İlgili ülkede insan haklarının durumunun, olumlu gelişmeleri ve devletin karşılaştığı sorunları da içeren nesnel ve şeffaf bir değerlendirmesi, (ii) iyi uygulamaların paylaşımı, (iii) insan haklarının korunması ve geliştirilmesini teşvik konusuna vurgu, (iv) ilgili devletin onayı üzerine sağlanacak teknik yardım ve kurumsal yapılandırmaya ilişkin hükümler, (v) ilgili devletçe verilen teminat ve taahhütler. Bkz. Institution Building of the United Nations Human Rights Council, **A/HRC/5/21**, HRC Res. 5/1. I (E).(2) (27).

⁴¹⁹ Çağlı, 2012, s. 170; özetlemek gerekirse, EPGG usulünün (i) tüm BM üyesi ülkeler için evrensel erişimi öngörmesi ve eşit muamele ilkesini kabul etmesi, (ii) her devlete ilişkin incelemenin tüm insan haklarını içermesi ve (iii) işbirliği ruhunu geliştirmeyi amaçlayan sözkonusu prosedürün devletler arasındaki eşitler arası ilişkiye ya da bir nevi akran değerlendirme formatına dayanması onu diğer uluslararası izleme mekanizmalarından ayıran özellikleridir. Bununla birlikte, EPGG usulünün sosyal hakları ihmal ettiğine dair eleştiriler de vardır. Sözgelimi, ilk döngü sırasında yapılan tavsiyelerin yalnızca %17'sinin sosyal haklara ilişkin olması, sosyal hakların medeni ve siyasal haklara nazaran çok daha az ilgi gördüğü sonucuna varılmasına neden olmuştur. Benzer şekilde, yoksulluk ve insan hakları

3. Bireysel Başvuru Yolu ve Diğer Başvuru/Şikâyet Sistemleri

Bireysel başvuru hakkı, geleneksel devletler hukukunun sadece devletleri süje olarak kabul eden yaklaşımını değiştiren ve bireyleri de uluslararası hukukun süjesi hâline getiren çağdaş uluslararası hukukun ürünlerinden biridir. Aynı şekilde, insan haklarını devletlerin bir iç meselesi sayan geleneksel anlayışı değiştirerek, ulusal insan hakları sorunlarının uluslararası alana taşınmasının aracı olmaktadır. Bu yönüyle bireysel başvuru hakkı, devletlerarası ilişkileri düzenleyen klasik uluslararası anlaşmalardan farklıdır.⁴²⁰

Bir insan hakları sözleşmesinin denetim mekanizmasının etkili olduğunun temel göstergesi bireysel başvuru sisteminin varlığıdır. Bireysel başvuru yolunun yaptırım mekanizmasının etkili bir şekilde kurgulanması, ihlâlin etki ve sonuçlarını telâfi etmedeki başarısını doğrudan etkiler.⁴²¹ Bireysel başvuru sistemi, gerek BM insan hakları sisteminde ve gerek bölgesel insan hakları sözleşmelerinde değişik tarihlerde düzenlenerek kendisine yer bulmuştur.

Özel Raportörü, sosyal haklarla ilgili tavsiyelerin hem sayısının ve hem de kalitesinin düşük olduğuna dair endişelerini dile getirmiştir. Sağlık hakkına gelince; nicel ve nitel analize dayanan De Mesquita'nın çalışmasında, tavsiyelerin %22'sinin (3.862/17.638) sağlık hakkı ile ilgili olduğu; bunun ikinci döngüde %25'e (8.356/33.956) yükseldiği gösterilmektedir. Tavsiyelerin sağlık hakkı içindeki konusal dağılımına bakıldığında ise, cinsiyete dayalı şiddet ve zararlı uygulamalar (birinci döngü tavsiyelerinin %33'ü; ikinci döngü tavsiyelerinin %30'u) ve anne ve çocuk sağlığı ile ergen sağlığı (%21; %19) en sık dile getirilenler olup bunları sağlığın sosyal belirleyicileri (%13; %20) ve sağlık sistemleri ve hizmetleri (%9; %9) takip etmektedir. HIV/AIDS (%2; %2), su ve sanitasyon (%1; %2), ruh sağlığı (%1; %1) iken, bulaşıcı olmayan hastalıklar, bulaşıcı hastalıklar, temel ilaçlar başlıklarında çok az tavsiye yer almaktadır. Getirilen tavsiyeler; (i) ilgili devletin ulusal politikalarında, programlarında ve mevzuatında gerekli önlemlerin alınması ve mali kaynakların yeterli ölçüde sağlık hakkına özgülenmesi (%70; %72); (ii) uluslararası insan hakları mekanizmalarına katılıma özen gösterilmesi (%27; %26) ve (iii) uluslararası işbirliği yükümlülüğüne ilişkin tedbirlerin alınması (%3; %1) şeklinde sınıflandırılabilir. Bkz. De Mesquita, 2019, s. 266-269; De Mesquita'nın haklı olarak belirttiği gibi, mevcut veriler dünya genelinde sağlık hakkının gerçekleştirilmesinin önündeki engellerin dengesini çok az yansıtan bir dizi tavsiyeden oluşmaktadır. Dahası, tavsiyeler genellikle özgün nitelik taşımamaktadır. Sağlık hakkına ilişkin tarafların ve tüm paydaşların EPGG usulüne etkin şekilde katılımının sağlanması, daha spesifik öneriler getirilmesine yardımcı olabilir. Bkz. De Mesquita, 2019, s. 274.

⁴²⁰ Özdek, 2004, s. 53.

⁴²¹ A. H. ROBERTSON-J.G.MERRILLS, **Human Rights in the World: An Introduction to the Study of The International Protection of Human Rights**, Fourth Edition, Manchester University Press, Manchester-New York 1996, s. 54.

Bireysel başvurular öncelikle kabul edilebilirlik koşulları bakımından incelenmekte;⁴²² kabul edilebilirlik kararı verilen başvurular için esastan incelemeye geçilmekte; esasa geçilen başvuru için de önce taraflar dostça çözüme davet edilmekte ve sorunun taraflar arasında uzlaşmayla çözümlenmesi sağlanmaya çalışılmaktadır.⁴²³

a. BM Sisteminde Bireysel Başvuru Usulü

BM sistemi içinde yer alan pek çok uluslararası sözleşmeye dayalı bireysel başvuru yolu bulunmaktadır. Bunlardan biri de oldukça yeni tarihli, ESKHS'ye istinaden yapılan bireysel başvuru yoludur. Sosyal hakların korunmasında, özellikle 90'lı yıllardan itibaren başlayan dönüşümün en önemli sonucu bireysel başvuru yolunu öngören ESKHS/EP'nin Sözleşme denetim sistemine girmiş olmasıdır.⁴²⁴

ESKHK, Viyana İnsan Hakları Konferansı'ndan beri MSHS sisteminde öngörülene benzer şekilde sosyal haklar için de bireysel şikâyet mekanizmasına yer vermek ve denetimin etkinliğini arttırmak için çaba sarfetmekteydi. Zira, sadece periyodik rapor verme sistemi ile sosyal hakların gerçekleştirilemeyeceği düşüncesi hâkimdi.⁴²⁵ ESKHS/EP'nin 5 Mayıs 2013 tarihinde yürürlüğe girmesiyle birlikte,⁴²⁶

⁴²² Algan, 2007, s.171.

⁴²³ Özdek, 2004, s. 65.

⁴²⁴ ESKHK, 1990 yılında bir ihtiyarî protokol üzerine çalışmaya başlamış ve 1996 yılında İHK'nın görüşüne bir taslak önerisi sunmuştur. İHK, 2001 yılına kadar öneriyi kabul etmemiş, İHK ve Ekonomik ve Sosyal Konsey, 2002 yılında bir ihtiyarî protokol kurmak için ilgili seçenekleri dikkate alan bir bakış açısıyla açık uçlu çalışma grubunu kurmaya devam etmiştir. İHK Çalışma Grubu, 23 Şubat - 5 Mart 2004 tarihleri arasında yapılan ilk toplantısında devlete yönelik bireysel ve toplu şikâyetlerin yargılanabilmesini bu Sözleşme altında sağlamak amacıyla, bu hakların uygulanabilirliğini tartışmış, katılan devletler arasında teklifin gerçekleştirilebilirliği konusunda ciddi bir anlaşmazlık olduğu için konu o tarih için karara bağlanmadan kalmıştır. Bkz. Seymen Çakar, 2018, s. 138-139.

⁴²⁵ ESKHS/EP'nin hazırlık sürecinde farklı ülkelerin görüşlerine bakıldığında; sözgelimi Güney Afrika'nın sosyal hakların dava edilebilirliğini savunurken, ABD ve Kanada'nın, devletin kaynak tahsisine ilişkin kararlarına müdahale etmeksizin bu hakların dava edilebilirliğinin sağlanmasının mümkün olmadığı gerekçesiyle karşı çıktıkları görülmektedir. Keza Kanada ve Danimarka da nihaî taslak hakkında benzer görüşleri savunmuşlardır. Türkiye'nin ise, sosyal hakların aşamalı olarak gerçekleştirilebilecek yapıda olduğuna ilişkin hükmün taslaktan çıkarılmasına ilişkin olarak menmuniyetsizliğini dile getirip çekince koyma yaklaşımını desteklediği görülmektedir. Bkz. Yücel Dericiler, 2014, s. 174-175.

⁴²⁶ ESKHS/EP, BM Genel Kurulu'nun 10 Aralık 2008 tarih ve 63/117 sayılı kararıyla kabul edilmiş, 24 Eylül 2009 tarihinde imzaya açılmış, Sözleşme'nin 18. madde uyarınca on ülkenin onaylamasıyla 5 Mayıs 2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir. ESKHS/EP'yi 24 devlet onaylamıştır. Bu devletler: Arjantin,

sosyal hakların uluslararası düzeyde dava edilebilirliğinin normatif dayanağı açık ve net olarak ortaya çıkmıştır.⁴²⁷ Şu hâlde, en azından biçimsel ve normatif açıdan dava edilemezlik tezinin önemini büyük ölçüde yitirdiği ve bundan sonra sosyal hakların dava yoluyla korunması yönünde önemli bir adım atıldığı söylenebilir.

ESKHS'nin 2. maddesi uyarınca, taraf bir devletin yargılama yetkisi içinde bulunan ve Sözleşme'de tanınan bir hakkın ihlâl edildiğini iddia eden birey ya da birey grupları Komite'ye başvuru yapabilir. Kabul edilebilirlik koşulları, genel olarak insan haklarına ilişkin sözleşmelerdeki bireysel başvuru ile ilgili koşullar ile benzerdir.⁴²⁸ Kabul edilebilirlik koşullarını sağlamayan başvurular hakkında kabul edilemezlik kararı verilir.

Başvuru hakkında kabul edilebilirlik kararı verilerek esasa geçildiğinde Komite, ESKHS/EP'nin 6. maddesi uyarınca, ihlâl iddialarını taraf devlete iletir. Taraf devlet altı ay içinde açıklamalarını ve varsa hukukî çözüm yollarına ilişkin teklifini Komite'ye sunar. Mağdur açısından telâfisi imkânsız zararların ortaya çıkması muhtemel olan hâllerde Komite 5. madde uyarınca, bildirim yapıldıktan sonra ve esasa ilişkin karar verilmezden önce taraf devletin geçici tedbirler almasını talep edebilir.⁴²⁹

Belçika, Bolivya, Bosna Hersek, Cabo Verde, Orta Afrika Cumhuriyeti, Kosta Rika, Ekvador, El Salvador, Finlandiya, Fransa, Gabon, Honduras, İtalya, Lüksemburg, Moğolistan, Karadağ, Nijer, Portekiz, San Marino, Slovakya, İspanya, Uruguay ve Venezuela. Bkz: CESCR, Report on the sixty-fifth and sixty-sixth sessions, (18 February–8 March 2019, 30 September–18 October 2019), E/2020/22, **E/C.12/2019/3**, 2020, s. 1. <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx> (Erişim Tarihi: 10 Aralık 2020); Türkiye, ESKHS/EP'ye taraf değildir. Komite, 2011 yılı raporunda Türkiye'yi ESKHS/EP'yi imzalamayı düşünmeye teşvik etmiştir. Bkz. CO ESC, Turkey, **UN Doc E/C.12/TUR/CO/1**, 2011, para. 35.

⁴²⁷ Ertan, 2015, s. 65.

⁴²⁸ Ek İhtiyarî Protokol'ün 3. maddesine göre; (i) Öncelikle mevcut iç hukuk yolları tüketilmeli ve bu tarihten itibaren bir yıl içinde başvuru yapılmalıdır. Mevcut iç hukuk yollarını tüketmenin makul olmayacak ölçüde uzun olması hâlinde iç hukuk yollarının tüketilmesi şartı aranmaz. (ii) Başvuru konusu olay, Ek İhtiyarî Protokolün onaylanmasından sonra gerçekleşmiş olmalı, şayet önceden gerçekleşmiş ise ihlâl halen devam ediyor olmalıdır. (iii) Başvuru konusu olay daha önce Komite tarafından incelenmemiş olmalı veya uluslararası başka bir soruşturma ya da çözüm usulüne konu edilmemiş ve edilmemekte olmalıdır (iv) İhlâl iddiası dayanaktan yoksun olmamalı, yeterince somut bulgulara dayanmalı ya da sadece kitle iletişim araçlarınca yayılan raporlara dayanmakta olmamalıdır. (v) Başvuru, bir hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olmamalı, Sözleşme hükümleriyle uyumsuz olmamalı, isimsiz-imzasız olmamalı, yazılı olmalıdır. Bkz: Yücel Dericiler, 2014, s. 176-177; ayrıca <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/OPCESCR.aspx> (Erişim Tarihi: 4 Şubat 2020).

⁴²⁹ Yücel Dericiler, 2014, s. 177.

Komite'nin taraf devlete yönelik görüşlerin bildirilmesi kararı, ihlâlin mevcut olduğu ya da mevcut olmadığı yolunda olabileceği gibi tavsiye niteliğinde de olabilir.⁴³⁰

ESKHS/EP'nin yürürlüğe girdiği Mayıs 2013 tarihinden 2020 sonuna kadar yapılan bireysel başvuru sonuçlarına bakıldığında; sonuçlanan 55 başvurudan 19'u hakkında kabul edilemezlik (*inadmissibility desicion*) kararı verildiği; 27 başvurunun geri çekildiği (*discontinuance desicion*); 7'si hakkında görüşlerin bildirilmesine (*adoption of views*) karar verildiği; 2'si hakkında görüş verildiği (*opinion*) görülmektedir.⁴³¹ Görüşlerin bildirilmesine karar verilen dört başvuruda konut hakkının, bir başvuruda sosyal güvenlik hakkının ve bir başvuruda sağlık hakkının ihlâl edildiğine karar verilmiş; sosyal güvenlik hakkıyla ilgili yapılan bir başvuruda ihlâlin yokluğuna hükmedilmiştir.⁴³²

*I.D.G / İspanya*⁴³³ başvurusu, Komite'nin esas incelemesi yaptığı ilk karar olma özelliğini taşımasının yanı sıra, yaşamaya elverişli konut hakkı ve bu hakkı korumak için mahkemelere etkili erişim hakkını -temel ilkeleriyle birlikte- formüle ettiği ilk karar olması bakımından çok önemlidir. Komite'nin karar gerekçesinde ilkesel olarak belirttiği şu hususlar önemlidir: Yaşamaya elverişli konut hakkı, tüm sosyal haklardan yararlanmada merkezî önem taşıyan temel bir haktır ve diğer tüm insan haklarıyla ayrılmaz bir bütün oluşturur. Bu hak, bireylerin gelir düzeyine bakılmaksızın herkese sağlanması gereken bir temel hak olduğundan, taraf devletler hakkın tam olarak hayata geçirilmesi için gereken tüm tedbirleri almalıdır. Haktan etkili bir şekilde yararlanabilmek için iç hukuk yollarının sağlanması büyük önem taşır. Bu bağlamda, bireylerin zorla tahliye ve diğer tehditlere karşı yasal olarak korunması için bir kullanım güvenliği sağlanması gerekir. Zorla tahliyelerde devletin bireylere usule ilişkin uygun

⁴³⁰ Seymen Çakar, 2018, s. 143-144.

⁴³¹ <https://juris.ohchr.org/> (Erişim Tarihi: 20 Aralık 2020).

⁴³² <https://juris.ohchr.org/Search/Results> (Erişim Tarihi: 8 Kasım 2020).

⁴³³ CESCR, *I.D.G v. Spain*, E/C.12/55/D/2/2014, CESCR, 17.06.2015; somut olayda başvuran, kredi ödemesinin gecikmesi nedeniyle yeterli bildirim yapılmaksızın konutundan zorla tahliye edilmesinin konut hakkını ihlâl ettiğini ileri sürmüştür. <https://juris.ohchr.org/Search/Details/2010> (Erişim Tarihi: 5 Haziran 2020).

koruma sağlama yükümlülüğü bulunmaktadır. Sözgelimi tahliye ile sonuçlanması muhtemel olan durumlarda, tahliye tarihinden önce ilgili kişilerle istişare için gerçek bir fırsat, yeterli ve makûl bir ihtar gibi usulî koruma sağlaması gerekir.⁴³⁴ ESKHS'nin 2. maddesi uyarınca devletlerin “derhal” yürürlüğe koyması gereken kimi yükümlülükleri bulunmaktadır. Buna göre, Sözleşme'nin 2. maddesinin 1. paragrafıyla bağlantılı olarak taraf devletler, hakkın kullanılmasını sağlamak amacıyla özellikle yasal tedbirlerin kabul edilmesi dahil tüm uygun önlemleri almakla yükümlüdür. Bu gereklilik, 9 nolu GY'de belirtildiği üzere korunması için gerekli çarelerden yoksun bir hak olamayacağı için, Sözleşme'de tanınan hakların korunmasını sağlamak amacıyla etkili yargısal yollara erişimi sağlayan tedbirlerin kabul edilmesini de kapsar.”⁴³⁵ Bu itibarla, taraf devletler, zorla tahliye işlemlerinden etkilenmesi muhtemel bireyler için etkili yargı yoluna erişimi sağlamalıdır.⁴³⁶

Komite'nin bu kararı, bazı temel haklar bakımından “devletin usule ilişkin uygun bir koruma sağlama yükümlülüğü”nün “hakkın özüne ilişkin koruma”yla nasıl birbirine bağlı olduğunu göstermesi bakımından dikkate değerdir.⁴³⁷ Devletin, sözkonusu hakka ilişkin asgari çekirdek yükümlülüklerinin derhal gerçekleştirilmesi ödevine vurgu yapılması ayrıca önem taşımaktadır.

Komite'nin üçlü yükümlülük tipolojisine göre somut olayı irdelediği *Ben Djazia ve diğerleri / İspanya*⁴³⁸ kararı ise, Sözleşme'nin yatay etkisine ve devletin üçüncü

⁴³⁴ I.D.G v. Spain, paras 11.1, 11.2.

⁴³⁵ I.D.G v. Spain, para 11.3.

⁴³⁶ Seymen Çakar, 2018, s. 143-144, dipnot 462.

⁴³⁷ Sözkonusu kararı ayrıntılı olarak irdeleyen bir makale için bkz. Özge Yücel DERİCİLER, “Yaşamaya Elverişli Konut Hakkı ve BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesinin I.D.G.-İspanya Kararı”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.13, S. 163, Mart 2018, (ss. 215-232).

⁴³⁸ Ben Djazia ve diğerleri / İspanya başvurusunda Komite, kiralanan taşınmazların zorla tahliyesinde üçüncü kişilerin eylemlerine karşı devletin koruma yükümlülüğü meselesini ele almıştır. Somut olayda başvuran, alternatif barınma olanağı ve yeterli geliri bulunmamasına ve ayrıca küçük çocuklarını da olumsuz etkilemesine rağmen, sözleşme süresi sona eren kiralık konutundan zorla tahliyesinin yaşamaya elverişli konut hakkını ihlâl ettiğini ileri sürmüştür. Komite'ye göre, kira sözleşmeleri kiracı-kiralayan arasında akdedilse bile, taraf devletler, yalnızca Sözleşme'deki haklara saygı göstermek ve bunları ihlâl etmekten kaçınmakla değil, aynı zamanda bireylerin doğrudan veya dolaylı olarak yararlanmalarına üçüncü kişilerin müdahalesini önleyici tedbirler alarak koruma yükümlülüğüne sahiptir (para 14.2). Taraf devlet, Sözleşme'deki hakları korumak için uygun önlemleri almazsa, hakkı zedeleyen eylem, bir kişi veya özel bir kuruluş tarafından gerçekleştirilmiş olsa bile, devletin sorumluluğu doğar. Tahliye, bireyleri

kişilerin haksız eylemlerine karşı bireyleri koruma yükümlülüğüne işaret etmesi bakımından son derece önemlidir. Komite, böylece kararlarında yorum yöntemi olarak üçlü yükümlülük tipolojisini kullanacağını işaretini vermektedir. *Miguel Ángel López Rodríguez / İspanya*⁴³⁹ başvurusunda Komite, orantılılık kriterini somut olaya uygulamış, uygulanan tedbir ile amaçlanan meşru hedef arasında orantılılık olduğuna karar vermiştir. *Marcia Cecilia Trujillo Calero / Ekvador*⁴⁴⁰ başvurusunda Komite'nin ayrımcılık yasağı, eşitlik ilkesi ve sosyal güvenlik hakkı arasında bağlantı kurarak ihlâl kararı vermesi dikkate değerdir. Kararda, kadınların toplumsal cinsiyet temelinde

evsiz duruma düşürmemelidir. Bireyler alternatif konut edinme araçlarına sahip değilse, taraf devletler, mümkün olduğunca yeterli alternatif konut, yeniden yerleşim veya verimli araziye erişimin mevcut olmasını sağlamak için gerekli tüm tedbirleri almalıdır. Taraf devletler, sistemik ayrımcılığa maruz kalan kadınlar, çocuklar, yaşlılar, engelli kişiler veya diğer savunmasız kişiler veya grupları içeren tahliyelere özellikle dikkat etmelidir. Somut olayda, tahliye kararının küçük çocuklar üzerindeki olası etkileri hiç gözetilmemiştir (para 15.2). Bu nedenle, Komite ilgili devlete Sözleşme'nin 11. maddesindeki yaşamaya elverişli konut hakkını koruma yükümlülüğü bulunduğunu hatırlatarak, zorla tahliyelere karşı bireylere etkili hukuk yolu sağlanması gerektiğini tavsiye etmiştir (para 20). Bkz. CESCR, Ben Djazia and others v. Spain, UN Doc EC/61/D/5/2015E/C.12, 20.06.2017, <https://juris.ohchr.org/Search/Details/2407>; yaşamaya elverişli konut hakkının ihlâlüne ilişkin ayrıca bkz. CESCR, López Albán and others v. Spain, UN Doc EC/66/D/37/2018E/C.12, 11.10.2019, <https://juris.ohchr.org/Search/Details/2606> ve yine, CESCR, Rosario Gómez-Limón Pardo v. Spain, UN Doc EC/67/D/52/2018E/C.12, 05.03.2020 <https://juris.ohchr.org/Search/Details/2711> (Erişim Tarihi: 5 Haziran 2020).

⁴³⁹ Cezaevinde bulunan başvuran, tarafına ödenen engelli yardımının azaltılmasının sosyal güvenlik hakkını ve ayrımcılık yasağını ihlâl ettiğini ileri sürmüştür. Taraf devlet ise, mahkûmun hapisanede barınma ve beslenme ihtiyaçlarının devlet tarafından karşılanması sebebiyle sözkonusu yardımda indirimle gidilmesinin mevzuata uygun olduğunu savunmuştur. Komite, tedbirin kanunla öngörülmesi, makûl ve orantılı olması koşuluyla Sözleşme'de belirtilen yükümlülükler ile uyumlu olacağını vurgulamıştır (para 13.2). Bu çerçevede, işlemin yasalar tarafından verilen yetkiyle yapıldığına, Sözleşme'yle de uyumlu olduğuna, taraf devletin özgürlüğünden yoksun olup yardım alan kişiler ile hastanelerde, tedavi merkezlerinde veya sığınma evlerinde olup yardım alan özgür kişilere aynı muameleyi yapmakla yükümlü olmadığına, bu nedenle Sözleşme hükümlerinin ihlâl edilmediğine karar vermiştir (para 14.9). Bkz. CESCR, Miguel Ángel López Rodríguez v. Spain, UN Doc E/C.12/57/D/1/2013, 04.03.2016 <https://juris.ohchr.org/Search/Details/2095> (Erişim Tarihi: 5 Haziran 2020).

⁴⁴⁰ Başvuran, isteğe bağlı emeklilik primi olarak pekçok ödeme yaptığı hâlde emeklilik hakkı verilmediğini, kadın olarak ayrımcılığa maruz kaldığını, çeşitli zamanlarda ilgili kuruma yaptığı müracaatlarda kendisine sözlü olarak hiçbir sorun iletilmediğini belirterek sosyal güvenlik hakkının ihlâl edildiğini ileri sürmüştür. Komite, sosyal güvenlik hakkının insan onurunu güvence altına almada merkezi bir öneme sahip olduğunu, devletin herhangi bir ayırım gözetmeksizin, asgari temel düzeyde fayda sağlayan bir sosyal güvenlik programına bireylerin erişimini sağlamakla yükümlü olduğunu vurgulamıştır (paras 11.1, 11.2). Komite'ye göre, devletlerin bu hakkı kullanmada kadınlar gibi zorluklarla karşılaşan bireylere ve gruplara daha özel dikkat göstermeleri, sosyal güvenliğe herhangi bir ayırım gözetmeksizin herkesin hakkını tam olarak gerçekleştirmek için etkin önlemler alması ve gerektiğinde, mevcut olan azami kaynaklarını harekete geçirmesi gerekmektedir (paras 13.2, 13.3). Komite, uygulamada, kadın ve erkeklerin eşitlik temelinde sosyal haklarından yararlanmalarını sağlamak için adımlar atması, kamu politikaları ve mevzuat ile uygulamada kadınların yaşadığı eşitsizlikleri hesaba katarak ayrımcılığı sürdüren koşulları ortadan kaldırmak için bazen kadınlar lehine önlemler alınması gerektiğini tavsiye ederek, somut olayda sosyal güvenlik hakkının ihlâl edildiğini belirtmiştir (paras 20-23). Bkz. CESCR, Marcia Cecilia Trujillo Calero v. Ecuador, Un Doc EC/63/D/10/2015E/C.12, 26.03.2018. <https://juris.ohchr.org/Search/Details/2409> (Erişim Tarihi: 5 Haziran 2020).

yaşadıkları ayrımcılığa işaret edilerek, bunu gidermeye yönelik kadınlar lehine düzenlemelerin yapılması gerekliliği vurgulanmıştır.

Görüldüğü gibi, ESKHK bir mahkeme olmamakla birlikte, bireysel şikâyet başvurularının incelenmesinde yarı-yargısal işlev görmektedir. Bireysel şikâyet yolunun öngörülmesinin ardından, sosyal haklar alanındaki ihlâl iddialarının her somut olay çerçevesinde irdelenmesi, Sözleşme hükümlerinin yorumlanması ve asıl olarak Komite'nin aktivist tutumu, sosyal hakların dinamik yanını ortaya çıkaracaktır. Kararların bir tazminat hükmünü içermemesi sebebiyle yaptırım gücünün kuşkusuz AİHM kadar kuvvetli olmayabileceği öne sürülse de, önemli bir avantaj ve üstünlük sebebi olarak, Komite'nin AİHM gibi bölgesel olmayıp insan haklarının küresel koruma sistemi olan BM Örgütü içinde yer alması ve sosyal haklar alanında evrensel etki düzeyine sahip olması sebebiyle kararlarının doğrudan ya da dolaylı etkisinin çok daha yaygın olacağı hatırdan uzak tutulmamalıdır.⁴⁴¹

Yeni bir tarihte yürürlüğe giren bireysel başvuru yolu henüz emekleme döneminde ve çokça usule ilişkin verilen kabul edilemezlik kararından öteye geçememiş olsa bile, yukarıda değinilen⁴⁴² az sayıdaki içtihatındaki yaklaşımı, Komite'nin çekingen tavrını bir tarafa bırakıp sosyal haklar alanında önemli kararlar vereceğinin işareti olarak okunabilir. Bununla birlikte, ESKHS'nin dünya devletlerinin neredeyse tamamı tarafından onaylanmasına karşın, bireysel başvuru yolunun hâlihazırda çok az devletçe onaylanmış olduğunu ve doğal olarak bu durumun –en azından bireysel başvuru yönüyle- şimdiki hâlde Sözleşme'nin doğrudan ve etkili bir şekilde uygulanma imkânını azalttığını belirtmek gerekir.

BM sistemi içinde uluslararası insan hakları sözleşmeleri çerçevesinde bireysel başvuruların incelendiği diğer komiteler şunlardır:

⁴⁴¹ Yücel Dericiler, 2014, s. 255.

⁴⁴² Komite'nin sağlık hakkına ilişkin tek içtihadı İkinci Bölümde incelenecektir.

İHK.⁴⁴³ MSHS'nin⁴⁴⁴ taraf devletlerce uygulanmasını takip etmek üzere bağımsız uzmanlardan kurulmuş bir komitedir. Taraf devletlerin gönderdiği periyodik raporları ve devletlerarası şikâyetleri inceleme ve değerlendirme yetkisi yanında 1 nolu İhtiyarî Protokole istinaden MSHS'nin ihlâlîne ilişkin bireysel şikâyet başvurularını değerlendirmektedir.⁴⁴⁵

CEDAW Komitesi.⁴⁴⁶ CEDAW Sözleşmesine Ek İhtiyarî Protokolün yürürlüğe girmesiyle birlikte⁴⁴⁷ CEDAW Komitesine, taraf devletlerin yargılama yetkisi içindeki bireyler, birey grupları ve bunlar adına hareket eden kişilerce yapılan bireysel başvuruları inceleme yetkisi verilmiştir. Komite'nin kararları taraf devlete tavsiye niteliğindedir. Bu tavsiyeler çerçevesinde taraf devletten ihlâl varsa ortadan kaldırılması ve gereken adımların atılması beklenmektedir. Ancak, Komite'nin uluslararası mahkeme statüsü olmadığından kararlarda maddî yaptırıma hükmedilemediği gibi, kararların uygulanmasını zorlayacak bir mekanizma da bulunmamaktadır.⁴⁴⁸

Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi: Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi hükümlerinin taraf devletlerce uygulanmasını izlemek üzere bağımsız uzmanlardan oluşan Komite, periyodik raporları değerlendirmek, devletlerarası şikâyet yolu ve erken uyarı görevleri yanında, Sözleşme'nin 8. maddesine istinaden ilgili devletin yargılama yetkisini kabul etmesi hâlinde, hak ihlâli iddiasıyla iç hukuk yollarını tüketen, devletin yargı yetkisine tâbi

⁴⁴³ <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CCPR/Pages/CCPRIndex.aspx> (Erişim Tarihi: 24 Mayıs 2020).

⁴⁴⁴ MSHS, BM Genel Kurulu tarafından 16 Aralık 1966 tarihinde kabul edilmiş ve 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye Sözleşme'yi 15 Ağustos 2000 tarihinde imzalamış ve 15 Aralık 2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir. MSHS'nin koruduğu haklar kataloğu İHEB'deki birinci kuşak insan haklarıdır. Denetim organı BM İnsan Hakları Komitesi'dir.

⁴⁴⁵ Yücel Dericiler, 2014, s. 137.

⁴⁴⁶ <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CEDAW/pages/cedawindex.aspx> (Erişim Tarihi: 24 Mayıs 2020).

⁴⁴⁷ 6 Ekim 1999 tarihinde imzalanmış ve 22 Aralık 2000 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Protokol'ün 17. maddesi uyarınca devletler, taraf olurken çekince koyamayacaklardır.

⁴⁴⁸ Yücel Dericiler, 2014, s. 281-282.

bireylerin veya grupların şikâyet başvurularını inceler. Komite tavsiye niteliğindeki kararını yıllık raporuna ekler.⁴⁴⁹

ÇHK:⁴⁵⁰ ÇHS ve İhtiyarî Protokole göre ÇHS hükümlerinin taraf devletlerce uygulanmasını izlemek ve denetlemek, periyodik raporları değerlendirmek, Sözleşmeye ek olarak akdedilen Silahlı Çatışmada Çocuklar ve Çocukların Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisine ilişkin iki İhtiyarî Protokolün işleyişini denetlemek üzere ÇHK kurulmuştur. İhtiyarî Protokol'ün 5. maddesinde bireysel başvuru yolu ve 12. maddesinde devletlerarası başvuru yolu öngörülmüş olup Komite bireysel başvuruları ve devletlerarası başvuruları da değerlendirmektedir.⁴⁵¹

Göçmen İşçiler Komitesi: Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Üyelerinin Haklarının Korunması Uluslararası Sözleşmesi'nin taraf devletlerce uygulanmasını denetlemek üzere kurulmuştur. Bağımsız uzmanlardan müteşekkil Komite, taraf devletlerin periyodik raporlarını değerlendirmek görevi yanında, Sözleşme'nin 77. maddesi uyarınca bireysel şikâyetleri inceleme yetkisine sahiptir.⁴⁵²

Engelli Kişilerin Hakları Komitesi: Engelli Kişilerin Hakları Sözleşmesi'nin taraf devletler nezdinde uygulanmasını izlemek üzere bağımsız uzmanlardan oluşan Komite, tüm taraf devletlerin Sözleşme'deki hakların nasıl uygulandığı konusunda düzenli olarak sundukları periyodik raporları değerlendirmek, rapor üzerinde uygun gördüğü önerilerde ve genel tavsiyelerde bulunmak görevi yanında, Sözleşmeye İlişkin

⁴⁴⁹ <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CERD/Pages/CERDIndex.aspx> (Erişim Tarihi: 23 Mayıs 2020).

⁴⁵⁰ BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin Başvuru Usulüne İlişkin İhtiyari Protokol, BM Genel Kurulu'nun 19 Aralık 2011 tarih ve 66/138 sayılı kararıyla kabul edilmiş ve imzaya açılmıştır. 14 Nisan 2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bkz. <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/CRCIndex.aspx> (Erişim Tarihi: 24 Mayıs 2020).

⁴⁵¹ Türkiye, Çocuk Haklarına Dair Sözleşmesinin Başvuru Usulüne İlişkin İhtiyari Protokolü 24 Eylül 2012 tarihinde imzalamıştır. Onayın uygun bulunduğu ilişkin 9 Mart 2017 tarihli ve 6976 sayılı Kanun, 3 Nisan 2017 tarihli ve 30027 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2018/02/07/cocuk_haklari_sozlesmesi_ihtiyari_protokol.pdf (Erişim Tarihi: 24 Mayıs 2020).

⁴⁵² <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/TBPetitions/Pages/HRTBPetitions.aspx> (Erişim Tarihi: 24 Mayıs 2020).

İhtiyarî Protokol'e taraf devletlerce Sözleşme'nin ihlâl edildiği iddiasıyla ilgili bireysel şikâyetleri inceleme yetkisi bulunmaktadır.⁴⁵³

*İşkenceye Karşı Komite:*⁴⁵⁴ İşkenceyi ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Her Türlü Muameleyi veya Cezalandırmayı Ortadan Kaldırma Sözleşmesi'nin taraf devletlerce uygulanmasını izlemek üzere bağımsız uzmanlardan oluşur. Belirli koşullar altında bireysel şikâyetleri ve devletlerarası başvuruları inceleme yetkisi bulunmaktadır. *İşkenceyi Önleme Alt Komitesi* ise, Sözleşmeye Ek İhtiyarî Protokol ile kurulmuştur. Alt Komite, taraf devletlere ziyarette bulunarak kişilerin özgürlüklerinden yoksun bırakılabileceği tüm mekânları ziyaret eder, taraf devletlere ulusal önleyici mekanizmalar oluşturmaları konusunda yardım ve önerilerde bulunurlar. Dolayısıyla, taraf devletlere öneri ve yardım sağlamayı içeren bir danışma işlevi vardır.⁴⁵⁵

Zorla Kaybedilenler Komitesi: Kişilerin Zorla Kaybedilmeye Karşı Korunmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme'ye taraf olan devletlerin periyodik raporlarını değerlendirmek görevi yanında, Sözleşme'nin 31. maddesi uyarınca, Sözleşme'nin ihlâl edildiği iddiasıyla ilgili bireysel şikâyetleri inceleme ve Sözleşme'nin 32. maddesi uyarınca devletlerarası başvuruları değerlendirme yetkisi bulunmaktadır.⁴⁵⁶

⁴⁵³ <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/CRPDIndex.aspx> (Erişim Tarihi: 24 Mayıs 2020).

⁴⁵⁴ <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CAT/Pages/CATIntro.aspx> (Erişim Tarihi: 24 Mayıs 2020).

⁴⁵⁵ <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/OPCAT/Pages/OPCATIndex.aspx> (Erişim Tarihi: 24 Mayıs 2020).

⁴⁵⁶ <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CED/Pages/CEDIntro.aspx> (Erişim Tarihi: 24 Mayıs 2020).

b. Avrupa Sosyal Şartı'nda Toplu Şikâyet Usulü

ASS ve GG-ASS'de yer alan sosyal hakların etkinleştirilmesi ve dava edilebilirliğinin sağlanması için öngörülen toplu şikâyet usulü⁴⁵⁷ ASHK'nın yargısal boyutunu öne çıkarmıştır.⁴⁵⁸ Toplu şikâyet yoluna başvurabilecekler dört grup hâlinde nitelikleri ve listesi belirlenen (i) uluslararası işveren örgütleri ve sendikalar, (ii) uluslararası hükümet dışı örgütler, (iii) aleyhinde toplu şikâyet yoluna başvuru devleti yargı yetki alanındaki "temsil etme" niteliğini haiz ulusal işveren örgütleri ve sendikalar, (iv) taraf devleti yargı yetkisi alanındaki temsil etme niteliğine ve ASS'nin kapsadığı konularda yetkinliği bulunun ulusal hükümet dışı örgütlerdir.⁴⁵⁹ Şu hâlde, Ek Protokol bireylere değil, salt belirli gruplara şikâyet hakkı vermiş olmaktadır.

Başvuru yapıldığında ilk olarak, ASHK şikâyetlerin kabul edilebilirliği hakkında karar verir.⁴⁶⁰ Kararlar, AIHM kararlarına benzer şekilde yapılandırılır. Komite, başvuru konusu olayın esasına ilişkin incelemeyi yaptıktan sonra hazırladığı raporunu ilgili taraflara ve Bakanlar Komitesi'ne gönderir. Nihai olarak Bakanlar Komitesi bir karar (*resolution*) verir.⁴⁶¹ Komite'nin raporunun ASS ve GG-ASS'nin gerektiği gibi uygulanmadığı tespiti ihtiva etmesi hâlinde, Bakanlar Komitesi ilgili devlete yönelik bir tavsiye kararı

⁴⁵⁷ Avrupa Konseyi, 9 Kasım 1995 tarihli ASS'ye bir Ek Protokol ile toplu şikâyet sistemini getirmiştir. Ek Protokol 1 Temmuz 1998'de yürürlüğe girmiştir. Bkz. <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/158> (Erişim Tarihi: 8 Kasım 2020).

⁴⁵⁸ Yücel Dericiler, 2014, s. 212.

⁴⁵⁹ Ek Protokol md. 1.

Bkz. <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168007cdad> (Erişim Tarihi: 8 Kasım 2020).

⁴⁶⁰ Ek Protokol md. 6 ve md. 7.

Bkz. <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168007cdad> (Erişim Tarihi: 8 Kasım 2020).

⁴⁶¹ Ek Protokol md. 8.

Bkz. <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168007cdad> (Erişim Tarihi: 8 Kasım 2020); Yücel Dericiler, 2014, s. 213.

almakla yükümlüdür.⁴⁶² Tavsiye kararı üçte iki nitelikli çoğunluğa bağlandığından, taraf devletlere yönelik bu yönde karar almak zorlaştırılmış olmaktadır.⁴⁶³

Görüldüğü gibi, öngörülen denetim mekanizması ikizi olan AİHS benzeri bir yaptırım gücü taşımamaktadır. Şart'ın içeriğindeki maddî hakların zenginliğine karşın denetim sisteminin AİHM'nin gerisinde kalması;⁴⁶⁴ konu itibarıyla medeni ve siyasal haklara özgülenen AİHM'nin dahi pozitif yükümlülükler doktrini çerçevesinde sosyal hakları dolaylı olarak koruyan içtihatlarla imza atarken, bizzat sosyal haklara özgülenen ASS denetim sisteminin AİHM sisteminin gerisinde kalması haklı olarak eleştirilmektedir.⁴⁶⁵

c. ILO Sistemine Özgü Şikâyet Usulü

ILO sisteminin öngördüğü şikâyet usulleri BM ve Avrupa Konseyi sistemlerinden farklı olarak bireysel başvurulara açık değildir. Dolayısıyla, başvuranın sözleşmeye aykırılık oluşturan durumdan doğrudan zarar görmesi veya iç hukuk yollarının tüketilmesi gibi bireysel başvuru usulünün klasik şartları aranmaz. Esas itibarıyla, ILO sisteminde şikâyetler sendikalar ya da diğer bir hükümetçe yapılmaktadır. Amacı da, ilgili devletin sözleşme hükümlerine aykırılık taşıyan yasal düzenleme ve uygulamalarına ilişkin genel çözümler üretmektir.⁴⁶⁶

Bu bağlamda, ilk usul “sendikaların şikâyetleri”dir. ILO Anayasası'nın 24. ve 25. maddelerine göre, bir işçi veya işveren örgütü, üye devletlerden birinin sözleşme hükümlerini yerine getirmediğinden bahisle Uluslararası Çalışma Bürosu'na şikâyetçi olabilir. Şikâyet üzerine ilgili devletten açıklama talep edilir ve Yönetim Kurulu

⁴⁶² Ertan, 2015, s. 132; Yücel Dericiler, 2014, s. 213; Seymen Çakar, 2018, s. 161.

⁴⁶³ Ek Protokol md. 9.

Bkz. <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168007cdad> (Erişim Tarihi: 8 Kasım 2020); Ertan, 2015, s. 133.

⁴⁶⁴ Rüçhan IŞIK, “Toplu Şikâyet Prosedürü”, **Anayasal Sosyal Haklar Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye**, (Ed.) İbrahim Özden Kaboğlu, Legal Yayınevi, İstanbul 2012, s. 57.

⁴⁶⁵ Yücel Dericiler, 2014, s. 214-215.

⁴⁶⁶ ibid, s. 190.

tarafından şikâyet incelenir. Şikâyetin kabul edilebilirliğine karar verilirse üçlü bir komiteye sevk edilir. Komite, gerekirse ilgili ülkeye ziyarette bulunarak yerinde inceleme yapabilir. Komite soruna ilişkin çözüm önerilerinin de yer aldığı raporunu Yönetim Kurulu'na sunar. Bu raporlar Uzmanlar Komitesi'ne ve Konferans Komitesi'ne yol gösterici nitelik taşırlar. Burada amaçlanan, bir yargılama yaparak ilgili devleti suçlu ya da suçsuz bulmak değildir. Bir ihlâl olup olmadığını tespit etmek ve şayet sendikal özgürlüklerin ihlâli söz konusu ise, ilgili devlete bu sorunun giderilmesi için yardımcı olmaktır.⁴⁶⁷

ILO sisteminde *sui generis* bir başvuru usulü ise, “sendika özgürlüğüne ilişkin özel şikâyet yolu”dur. Sözleşmelerin kabulünden sonra 1951 yılında ILO, sendika özgürlüğü ilkesinin, sözleşmeleri onaylamayan ya da BM'ye üye olup ILO'ya üye olmayan ülkelerde de uygulanmasını sağlamak için sendika özgürlüğü ihlâllerine ilişkin şikâyetleri incelemek üzere Sendika Özgürlüğü Komitesi'ni kurmuştur. Sözleşmelere taraf olunmasını şart koşturması nedeniyle geleneksel uluslararası hukuk anlayışından kopma olarak nitelenebilecek bu usulde, şikâyetle bulunulduktan sonra Sendika Özgürlüğü Komitesi ilgili devletle temasa geçerek gerekli verileri toplar. Nihâi olarak sendikal örgütlenme özgürlüğünün ihlâl edildiğine karar verirse bir rapor düzenleyerek sorunların nasıl giderileceğine dair tavsiyelerini bildirir. İlgili devletlerin bu tavsiyeler çerçevesinde yapılanları derhal Komite'ye bildirmeleri gerekmektedir.⁴⁶⁸ ILO sisteminde öngörülen kendine özgü denetim mekanizmasının oldukça etkili olduğu söylenebilir.⁴⁶⁹

⁴⁶⁷ ibid, s. 190-191.

⁴⁶⁸ ibid, s. 194.

⁴⁶⁹ Nitekim Komite, yetmiş yıldır üçbinden fazla vaka incelemiş ve beş kıtada altmıştan fazla ülke Komite'nin tavsiyelerine uyarak son otuzbeş yıldır sendika özgürlüğünün gelişimine ilişkin bildirimlerde bulunmuşlardır. Bkz. Seymen Çakar, 2018, s. 154.

d. Amerikalılar-arası İnsan Hakları Sisteminde Bireysel Başvuru Usulü

17 Kasım 1988 tarihinde kabul edilen SSP, asıl olarak medeni ve siyasal hakları düzenleyen Ame.İHS’de yer almayan ekonomik, sosyal ve kültürel haklardan on üçüne yer vererek, bunları da insan hakları koruma sistemi içine almıştır. SSP ile devletlerden, bu belgede sayılan sosyal haklardan yararlanmanın ayırım gözetilmeksizin herkes için güvence altına alınması beklenmektedir. Taraf devletlerce, mevcut kaynakların elverdiği ölçüde ve bu haklardan tam anlamıyla yararlanılmasını zamanla sağlamak amacıyla, özellikle ekonomik, teknik ve diğer gerekli tedbirlerin alınması gerekmektedir.⁴⁷⁰

Sosyal haklarla ilgili Ame.İHM ve Ame.İHK’da bireysel başvuru sistemi, SSP’de yer alan tüm sosyal haklar için geçerli olmayıp sadece sendikal haklar (8(a) md.) ve eğitim hakkına (13. md) ilişkindir.

e. Afrika Birliği Örgütünde Bireysel Başvuru Usulü

Af.İHHS’nin 55. maddesinde “diğer başvurular” başlığı altında, bireylerden gelen şikâyetlerden söz edilmektedir.⁴⁷¹ Şart’ın denetim organı Af.İHHK bireysel başvuruları inceler. Bireysel başvuru, bireyler ve STK’lar tarafından kullanılabilen bir yoldur. STK’lara da bireysel başvuru olanağının tanınmasıyla, BM ve Avrupa Konseyi sistemindeki katı şekilde düzenlenen “mağdur” sıfatını farklılaştırmıştır.⁴⁷² 1998 yılında kabul edilen Protokol ile kurulan Af.İHHM ise, hem yargısal ve hem de danışsal işlev görür. Mahkeme’nin faaliyete geçmesi için 15 devletin onayı şart koşulmuştur.⁴⁷³

Bireysel başvuruyu da kapsayan şikâyet başvurusu usulü Af.İHHS’de düzenlenen hak ve özgürlüklerin tümü için geçerlidir. Şart’ın içerdiği hak listesinde

⁴⁷⁰ Algan, 2007, s. 225-226.

⁴⁷¹ ibid, s. 233.

⁴⁷² Yücel Dericiler, 2014, s. 218.

⁴⁷³ ibid, s. 218.

sosyal haklar da yer almaktadır. Bu durum, sosyal hakların dava edilebilir olduğunu baştan kabul etmesi sebebiyle, Af.İHHŞ’yi uluslararası insan hakları hukukunda çok değerli kılmaktadır.⁴⁷⁴

4. Birinci Kuşak Haklara Özgülenen Bireysel Başvuru Sistemlerinin Sosyal Hakların Dava Edilebilirliğine Katkısı

Bu bölümde, BM sistemi içinde yer alan İHK’nın, Avrupa Konseyi sistemi içinde yer alan AİHM’nin, Ame.İHS sistemi içinde yer alan Ame.İHM’nin sosyal hakları vurgulayan kararlarına işaret edilecektir. Belirtilen üç sözleşme sisteminin aslında, münhasıran birinci kuşak hakları korumakla görevli olduğunu hatırdan uzak tutmamak gerekir. Zira, yukarıda da ifade edildiği gibi, Afrika Örgütü sisteminde sosyal haklar zaten birinci kuşak haklarla bir bütün olarak koruma altındadır.

a. İnsan Hakları Komitesi’nin Sosyal Haklar Yorumu

İHK, medeni ve siyasal haklara ilişkin yaptığı değerlendirmelerde inceleme alanındaki hakları geniş yorumlayarak, sosyal hakların korunmasına katkı sağlamaktadır.

Komite’nin 6 nolu GY’sinde yaşama hakkının dar yorumlanması eleştirilerek, taraf devletlere “bebek ölümlerini azaltmak, yaşam süresini uzatmak ve özellikle yetersiz beslenme ve salgın hastalık durumlarını ortadan kaldırmak” konusunda pozitif ödevler yüklenmiştir.⁴⁷⁵ Dikkat edileceği üzere, Komite’nin işaret ettiği hususlar esasen sağlık hakkının unsurlarını yaşama hakkının çerçevesi içinde değerlendirmektedir. Bu

⁴⁷⁴ Yücel Dericiler, 2014, s. 218; Ertan, 2015, s. 90.

⁴⁷⁵ “Doğuştan gelen yaşama hakkı ifadesi dar yorumlandığı takdirde net olarak anlaşılamaz. Belirtilen hakkın korunması devletlerin olumlu tedbirler almasını gerektirir. Bu bağlamda, taraf devletlerin bebek ölümlerini azaltmak, yaşam süresini uzatmak ve özellikle yetersiz beslenme ve salgın hastalık durumlarını ortadan kaldırmak için mümkün olan tüm tedbirleri alması gerekmektedir.”

bağlamda, çocuk ölümlerinin azaltılması ve salgın hastalıkların önüne geçilmesi ESKHS'nin 12. maddesinin 2. paragrafında sağlık hakkının koruduğu spesifik unsurlardır. Yeterli beslenme ise, ESKHK'nın 14 nolu GY'de sağlık hakkının unsuru olarak saydığı bir kriterdir. Kuşkusuz, İHK her üç unsuru yaşama hakkı bağlamında ele almakta ise de, işaret ettiği üç kriter de gerek normatif ve gerek içtihadî olarak sağlık hakkına içkindir.⁴⁷⁶

İHK'nın 7 nolu GY'sinin 2. paragrafı⁴⁷⁷ çerçevesinde verdiği içtihatlarında, alıkonan kişilerin yeterli beslenme ve tıbbî bakımdan mahrum kalmalarının belirli bir şiddet eşiğini aşması hâlinde MSHS'nin 7. maddesindeki işkence yasağı kapsamında; bu eşiğin aşılmaması hâlindeyse MSHS'nin 10. maddesi⁴⁷⁸ kapsamında değerlendirilmektedir.⁴⁷⁹

Bulaşıcı hastalık taşıyan mahpuslarla aynı yerde alıkonulmalarının sağlık hakkını ihlâl ettiğinden bahisle yapılan bir başvuruda İHK,⁴⁸⁰ Sözleşme'nin spesifik olarak sağlık hakkını korumadığını ifade ettikten sonra, somut olayın MSHS'nin 6(1). maddesindeki yaşama hakkı ve 10(1). maddesinde düzenlenen özgürlüklerinden yoksun bırakılan herkese insanca davranılması hakkına konu olabileceğini belirtmiş; somut olayda ise, başvuruçuların iddialarını kanıtlayamadıkları gerekçesiyle başvurunun bir

⁴⁷⁶ Ertan, 2012, s. 136.

⁴⁷⁷ 7 Nolu GY'nin 2. paragrafı şöyledir: "Özgürlüklerinden yoksun bırakılan bütün bireylere karşı 7. maddeye aykırı muamelelerin gerçekleştirilmesinin yasaklanması, Sözleşmenin 10. maddesinin 1. paragrafında belirtilen özgürlüklerinden yoksun bırakılan herkese insanca ve kişinin doğuştan sahip olduğu onura saygı gösterilerek davranılır şeklindeki pozitif tedbirle desteklenmiştir." Bkz. Uyar, 2006, s. 13.

⁴⁷⁸ MSHS'nin 10. maddesi şöyledir: "Madde 10- Tutulanların hakları

1. Özgürlüğünden yoksun bırakılan herkes, insani muamele ve insanın doğuştan sahip olduğu insanlık onuruna saygı görme hakkına sahiptir.
2. a) Tutuklu sanıklar, istisnai haller dışında mahkûmlardan ayrı tutulur ve kendilerine mahkûm edilmemiş kimselerin statüsüne uygun tarzda ayrı bir muamele uygulanır. b) Tutuklu küçük sanıklar yetişkinlerden ayrı tutulur ve en kısa sürede yargısal makamların önüne çıkarılırlar.
3. Ceza infaz sistemi, mahpusları iyileştirme ve toplumsal rehabilitasyonlarını sağlama gibi temel amaçlara sahip olur. Küçük failler yetişkinlerden ayrılır ve yaşları ile hukuki statülerinin uygun bir muamele görürler."

⁴⁷⁹ Ertan, 2015, s. 48.

⁴⁸⁰ Cabal and Pasini v. Australia, Communication No. 1020/2001, CCPR /C/78/D/1020/2001, 07.06.2003. <https://juris.ohchr.org/Search/Details/1067> (Erişim Tarihi: 20 Nisan 2020).

kısmı bakımından kabul edilemezlik kararı vermiştir.⁴⁸¹ Alıkonulan bir tutuklunun yiyecek, havalandırma ve tıbbî yardımdan yoksun bırakılmasını ise Sözleşme'nin 10(1). maddesinde düzenlenen özgürlüklerinden yoksun bırakılan herkese insanca davranılması hakkının ihlâli olarak değerlendirmiştir.⁴⁸²

İHK, yaşama hakkına ilişkin 14 nolu GY'sinin 3. paragrafında,⁴⁸³ insan yaşamını tehdit eden silahlı çatışmalardan ve kitle imha silahlarının kullanımından duyduğu endişeyi dile getirmekte ve bu durumlarda özellikle gelişmekte olan ülkeler için ekonomik ve sosyal menfaatlerin de yaşamsal nitelik taşıyabileceğine vurgu yapmaktadır.⁴⁸⁴

17 nolu GY'nin 3. paragrafında, çocukların korunması için MSHS'deki haklardan tam olarak yararlanmalarının sağlanmasının ve bu kapsamda ekonomik, sosyal ve kültürel alanda tedbirlerin alınmasının gerektiğine işaret edilmiştir. Ayrıca, çocukların diğer sosyal haklarının yanında sağlık hakkının korunması gerektiğine vurgu yapılmıştır.⁴⁸⁵

MSHS'nin 22. maddesinde sendikalar kurma ve sendikalara girme hakkı da dahil olmak üzere örgütlenme özgürlüğü düzenlenmiştir. 1982 yılında, Kanada'da bir kamu çalışanları sendikasının yönetim kurulu üyeleri ülkede kamu çalışanları için uygulanan grev yasağının sendika hakkını ihlâl ettiğinden bahisle konuyu Komite'nin

⁴⁸¹ Ertan, 2015, s. 47.

⁴⁸² Kalenga v. Zambia, Communication No: 526/1993, CCPR/C/48/D/326/1988, 27.07.1993. <https://juris.ohchr.org/Search/Details/612> (Erişim Tarihi: 25 Mayıs 2020).

⁴⁸³ İHK'nın 14 nolu GY'sinin 3. paragrafı şöyledir: "İnsan hayatının, silahlı çatışmalarda konvansiyonel silahlarla ortadan kaldırılması konusunda hassas olan Komite, Genel Kurul'un birbirini takip eden oturumları süresince, farklı coğrafi bölgelerden gelen temsilcilerin insan hayatını tehdit eden ve aynı zamanda özellikle gelişmekte olan ülkelere yaşamsal ekonomik ve sosyal çıkarlara zarar veren ve böylelikle insan haklarının korunması ve geliştirilmesi için kullanılacak kaynakları tüketen kitle imha silahlarının kullanımının yaygınlaşması karşısındaki endişelerini belirttiğine dikkat çekmek istemektedir."

⁴⁸⁴ Seymen Çakar, 2018, s. 146.

⁴⁸⁵ Çocuk haklarına ilişkin 17 nolu GY'nin 3. paragrafı şöyledir: "Her Devlet sınırları içerisinde ve yetkisi altındaki çocukların korunma ihtiyaçlarına göre gerekli tedbirleri belirler. Bu bağlamda Komite'ye göre, alınan tedbirler öncelikle çocukların Sözleşme'de belirtilen diğer haklardan tam anlamıyla yararlanabilmesine yönelik olmalı; ekonomik, sosyal ve kültürel alanda tedbirler de alınmalıdır. Çocuk ölümlerini ve beslenme yetersizliğini azaltacak ve çocukların şiddet eylemlerinin, zalimane ve insanlık dışı muamelelerin mağduru olmalarını veya zorla çalıştırılmaları ve fuhuşa zorlanmalarını, ayrıca uyuşturucu ticaretinde ve diğer benzeri işlerde kullanılmalarını engelleyecek her türlü ekonomik ve sosyal tedbir alınmalıdır." Bkz. Uyar, 2006, s. 37.

önüne taşımış ve Komite, sendika hakkına grev hakkının içkin olmadığını ve İHEB’de grev hakkının düzenlenmediğini belirterek kabul edilemezlik kararı vermiş ise de, bilâhare, bir nihaî gözleminde, “kamu çalışanlarının grev hakkının mutlak şekilde yasaklanmasının Sözleşme’nin 22. maddesindeki sendika hakkını ihlâl edebileceğini”⁴⁸⁶ hatırlatmıştır. 2007 yılında başka bir nihaî gözleminde ise, “greve giden işçilerin yerine yeni işçilerin alınmasını” eleştirerek,⁴⁸⁷ Sözleşme’nin 22. maddesindeki hakların tanınmasının önündeki yasal ve diğer tüm engellerin kaldırılması gereğine işaret etmiştir.⁴⁸⁸ Görüldüğü gibi, zaman içinde Komite’nin bakış açısı hakların genişletilmesi yönünde evrilmiş ve sendika hakkının içeriğine bir başka sosyal hak (grev hakkının) dahil edilerek daha geniş yorumlanmıştır.

Komite’nin getirdiği bir başka yenilik de, diğer insan hakları sözleşmelerinde ayrımcılık yasağı genelde o sözleşme kapsamındaki haklarla bağlantılı olarak incelenmekte iken, Komite’nin ayrımcılığa uğramamayı başlı başına bir insan hakkı olarak nitelemesindedir.⁴⁸⁹ Zira, Sözleşme’nin 26. maddesi eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağını müstakil olarak düzenlenmektedir.⁴⁹⁰ Bu çerçevede Komite, *F.H.Zwaan-de Veries / Hollanda* başvurusunda, bekâr kadınlara ve evli olup olmadığına bakılmaksızın tüm erkeklere sağlanan işsizlik ödeneğinden salt evli olması nedeniyle kadın bireyin yararlanamadığından ve bu suretle Sözleşme’nin 26. maddesindeki ayrımcılık yasağının ihlâl edildiğinden bahisle yapılan başvuruyu⁴⁹¹ incelerken; MSHS’nin spesifik olarak sosyal güvenlik hakkını korumadığını belirtse de,⁴⁹² sonuçta ayrımcılık yasağının ihlâl

⁴⁸⁶ CO HRC, Germany, UN Doc CCPR/C/79/Add.73, 18.11.1996, para 18.

⁴⁸⁷ CO HRC, Chili, UN Doc CCPR/CHL/CO/5, 18.05.2007, para 14.

⁴⁸⁸ JB, PD, LS, TM, DP, DS v. Canada, Communication No 118/1982, Admissibility, 18.07.1986’dan nakleden Ertan, 2015, s. 45-46.

⁴⁸⁹ Yücel Dericiler, 2014, s. 239-240.

⁴⁹⁰ MSHS’nin 26. maddesi şöyledir: “Herkes yasalar önünde eşittir ve hiçbir ayırım gözetilmeksizin yasalarca eşit derecede korunur. Bu bakımdan, yasalar her türlü ayrımı yasaklayacak ve ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka fikir, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum veya diğer statüler gibi, her bağlamda ayrımcılığa karşı eşit ve etkili korumayı temin edecektir.”

⁴⁹¹ F.H.Zwaan-de Veries v. Holland, Application No. 182/1984, 09.04.1987.

⁴⁹² F.H.Zwaan-de Veries v. Holland, para 12.4.

edildiğini tespit ederken başvuranın bir sosyal hakkını dolaylı olarak korumuş olmaktadır.⁴⁹³

Sağlık hakkı bakımından Komite'nin 24 Temmuz 2018 tarihli olarak verdiği *Nell Toussaint / Kanada*⁴⁹⁴ başvurusu önemlidir. Ayrımcılık yasağı ve yaşama hakkı dolayısıyla sağlık hakkını irdeleyen İHK'nın bu içtihamı, devletin, herkesin yaşamı için öngörülebilir riskleri önlemek için gerekli temel sağlık hizmetlerine erişimini asgari düzeyde sağlama yönündeki pozitif yükümlülüğü bulunduğunu teyit etmesi ve başta sağlık hizmetleri ile yaşam hakkı arasındaki bağlantı olmak üzere hakların bütünlüğü ilkesini vurgulaması bakımından önemlidir. Yine, *KNLH / Peru*⁴⁹⁵ başvurusunda İHK,

⁴⁹³ Yücel Dericiler, 2014, s. 240-241.

⁴⁹⁴ Somut olayda, başvuran, Kanada hükümetinin göçmenlere yönelik sağlık hizmetleri programı kapsamında düzensiz (belgesiz) göçmenlere sağlık hizmeti verilmemesine yönelik kararına itiraz etmiş, iç hukuk yollarını tükettikten sonra, Komite nezdinde bireysel başvuru yapmıştır. Komite, 6 nolu GY'sine işaret edip yaşam hakkının sıklıkla çok dar bir şekilde yorumlandığı eleştirisini tekrarlayarak, yaşam hakkının korunmasının devletlere pozitif yükümlülükler yüklediğini vurgulamıştır. [...] sağlık hizmetlerine erişim eksikliği, bir kişiyi yaşam kaybına neden olabilecek makul olarak öngörülebilir bir riske maruz bırakıyorsa, taraf devletin asgari olarak sağlık hizmetlerine erişim sağlama yükümlülüğü bulunmaktadır (para 11.3). Komite, taraf devletin, başvuranın acil bakım hizmetlerine erişimini ve kamu tarafından finanse edilen tıbbî bakımını sağladığını ve dolayısıyla, Sözleşme'nin 6. maddesi uyarınca başvuranın yaşam hakkının korunmasına ilişkin yükümlülüklerini yerine getirdiğini düşünmekte ise de, sadece acil sağlık hizmetlerinin tek başına yaşam hakkının korunmasını sağlamak için yeterli olmadığını, Temmuz 2009'dan Nisan 2013'e kadar davacının sağlık hizmet talebinin reddedilmesi nedeniyle 6. maddenin ihlâl edildiğine karar vermiştir (paras 11.4, 11.5, 12). Komite, ayrımcılık yasağı hakkında 18 sayılı GY'yi hatırlatarak, 26. madde uyarınca herkesin ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi veya diğer görüşler, ulusal veya sosyal köken, mülk, doğum veya diğer statü gibi her türlü ayrımcılığa karşı eşit ve etkili koruma hakkı olduğunu vurgulamaktadır. Bu çerçevede, 2. madde, Sözleşme'de öngörülen haklar bakımından ayrımcılığı yasaklasa da, 26. madde herhangi bir sınırlama belirtmeksizin, *de facto* veya *de jure* ayrımcılığı yasaklamaktadır. Sözleşme kapsamındaki yabancıların durumu bakımından 15 nolu GY'sine işaret eden Komite, genel kuralın, Sözleşmenin haklarından her birinin yurttaşlar ve yabancılar arasında ayırım gözetilmeksizin güvence altına alınması olduğunu belirtmiştir. Sözleşme, yabancılara bir taraf devletin topraklarına girme ve ikamet etme hakkı tanımasa da, taraf devletler düzenli ve düzensiz göçmenler arasında yaşam hakkına saygı gösterilmesi ve korunması bakımından bir ayırım yapamazlar (para 11.7). Komite bu yorumuyla göçmenlik durumunun Sözleşme kapsamında yasaklanmış bir ayrımcılık alanı olduğuna dikkat çekmiştir. Bu nedenle, Kanada'nın ayrımcılık yasağını düzenleyen Sözleşme'nin 26. maddesini ihlâl ettiğini belirlemiştir (para 12). Bkz. *Nell Toussaint v. Canada*, CCPR/C/123/D/2348/2014, Communication No. 2348/2014, 24.07.2018, Kararın İngilizce metnine şuradan erişilmiştir:

https://www.esqr-net.org/sites/default/files/caselaw/toussaint_judgment.pdf (Erişim tarihi: 11 Mayıs 2020).

⁴⁹⁵ Başvuran, 17 yaşındayken gebe kalmış ve bir devlet hastanesinde yapılan tarama testinde fetüsün anensefali olduğu tespit edildiğinden ilgili hekim tarafından kürtaj yapılması tavsiye edilmesine karşın kürtaj izni talebi Sağlık Bakanlığınca reddedilmiş, başvuranın doğumdan sonra bebeği dört gün hayatta kalmış, bu travmatik deneyiminden sonra başvuran ağır depresyon geçirmiştir. Komite, başvuranın hamileliğinin onu yaşamsal olarak tehdit eden bir riske maruz bıraktığını doğrulayan bir hekim raporu mevcut olduğunu, ayrıca psikiyatrik raporun da teyit ettiği gibi, küçük yaşta oluşu nedeniyle şiddetlenen ciddi psikolojik sonuçlara maruz kaldığını, devlet hastanesinde bir jinekoloğun, operasyon ile hamileliği sonlandırmasını önerdiğini, bu durumda, yetkililerin başvuranın yaşamı için mevcut riskin farkında olduğunu vurgulamıştır (para 6.2). Bu tespitler sonucunda, başvuranın Sözleşme'nin 7. maddesindeki zalimane, insanlık dışı ve onur kırıcı muamele görmeme hakkının, 17. maddedeki özel yaşama saygı ve

insanlık dışı ve onur kırıcı muamele yasağını düzenleyen 7. madde dolayısıyla sağlık hakkını korumuştur.⁴⁹⁶

Görüldüğü gibi, İHK'nın genel yorumlarında ve içtihatlarında, medeni ve siyasal hakların kapsamı geniş yorumlanmış, sosyal haklara ve çalışmanın odaklandığı sağlık hakkına dolaylı koruma sağlanmıştır.

b. AİHS Kapsamında Sosyal Hakların Korunması

AİHS ile Avrupa kıtasında, insan haklarının bölgesel bir koruma sistemi yaratılmıştır. Bu sistem, daha sonra Amerika ve Afrika kıtalarında örnekleri görülecek olan bölgesel koruma sistemlerinin de öncüsüdür.⁴⁹⁷ Esasen, AİHS'nin içerdiği hak kataloğu, akdedildiği dönemde Batılı anayasalarda düzenlenen kimi klasik hak ve özgürlüklerden ibarettir.⁴⁹⁸ Bununla birlikte, insan hakları alanında radikal bir dönüşümü yansıtır. Böylelikle insan hakları yalnızca ulus devletlerin “iç işleri” olmaktan çıkmış ve devletlerin işledikleri insan hakları ihlalleri nedeniyle uluslararası bir mahkemede dava edilebilirliğinin yolu açılmıştır. Daha önce de ifade edildiği gibi, sadece devletleri uluslararası hukukun öznesi kabul eden geleneksel yaklaşımı yıkarak bireyi uluslararası hukukun süjesi hâline getirmiştir. Ayrıca, devletlerin hak ihlalleri sebebiyle uluslararası düzlemde dava edilebilirliğini mümkün kılarak, insan hakları alanında uluslararası yargısal bir düzen inşâ edilmiştir. En önemlisi, Sözleşme'nin

mahremiyet hakkının, başvuranın reşit olmayan bir kız çocuğu olarak özel savunmasızlığını vurgulayarak 24. maddeki küçükler için özel koruma tedbirleri hakkının ve yeterli iç hukuk yolunun sağlanmaması nedeniyle de işaret edilen maddelerle bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının ihlâl edildiğini belirtmiştir (paras 6.3, 6.4, 6.5, 6.6). Bkz. KNLH v. Peru, UN Doc CCPR/C/85/D/1153/2003/Rev.1, HRC, 14.08.2006. Karara şuradan erişilmiştir: bkz. https://www.escri-net.org/sites/default/files/caselaw/decision_0.pdf (Erişim Tarihi: 11 Ocak 2020).

⁴⁹⁶ Tobin, 2013, s. 204.

⁴⁹⁷ Özdek, 2004, s. 28; 1949'da kurulan Avrupa Konseyi tarafından imzaya açılan ve 4 Kasım 1950'de Roma'da imzalanan AİHS, 3 Eylül 1953'te yürürlüğe girmiştir.

⁴⁹⁸ Ertan, 2015, s. 30.

uygulama sürecinde biriken ve uluslararası insan hakları hukukunun da kaynağı hâline gelen zengin bir içtihat hukuku oluşmuştur.⁴⁹⁹

Sosyal haklar AİHS'nin hak kataloğunda yer almamaktadır. Ancak, sosyal haklar sözkonusu olduğunda, AİHS sistemi tamamıyla inceleme dışı bırakılamaz. Zira, Sözleşme organları, Sözleşme'nin amaçsal ve dinamik yorumuyla, bazı sosyal hakları Sözleşme'deki hakların bir vechesi olarak ele almakta⁵⁰⁰ ve sosyal haklar alanında sonuç doğuran değerlendirmeler yaparak bu hakları dolaylı olarak korumuş olmaktadır.⁵⁰¹ Esasen, bu durum Sözleşme'nin insan hakları hukukuna çok değerli bir katkısı olarak okunmalıdır.

AİHM, negatif ve pozitif ödev tipolojisini kullanmaktadır. Mahkeme'ye göre, pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmemesi hakkın ihlâli anlamına gelir.⁵⁰² Dolaylı korumanın yolunu açan *Airey / İrlanda* kararını AİHM çok önemli şu tespit ile bitirir: "...sosyal haklar alanını Sözleşme alanından ayıran sızdırmaz bir duvar yoktur." Bu tespitin teorik neticesi, AİHS'nin sosyal haklar alanına geçirgenliğidir.⁵⁰³

Marguénaud'a göre, ASŞ'nin varlığına karşın AİHM'yi sosyal hakların korunmasına yönelten yorumsal ilkeler şunlardır: (i) İnsan haklarının bölünemezliği, (ii) AİHS'nin 14. maddesinde geçen ayrımcılık yapmama ilkesinin özerk rolü, (iii) kaynaklarının eşgüdümü.⁵⁰⁴

⁴⁹⁹ Özdek, 2004, s. 27-28

⁵⁰⁰ Ertan, 2015, s. 30.

⁵⁰¹ Yücel Dericiler, 2014, s. 216.

⁵⁰² ibid, 2014, s. 241.

⁵⁰³ Jean-Pierre MARGUENAUD, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinde Sosyal Hakların Korunması ve Sözleşme'nin Geniş Yorumu (Çev.) Gülten Kurt, **Anayasal Sosyal Haklar (Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye)**, (Ed.) İbrahim Ö. KABOĞLU, Legal Yayınları, İstanbul 2012, s. 224.

⁵⁰⁴ Marguénaud, 2012, s. 227; Brems'in belirlediği yöntemler ise şunlardır: "1. Yorum yoluyla koruma, 2. Usul yoluyla koruma, 3. Ayrımcılık yasağı dolayısıyla koruma." Brems, 2007, s. 137; DeSchutter ise dört temel yöntemden söz eder. Bunlar; "1. Sözleşme çerçevesinde özerk korumadan faydalanan temel sosyal haklar (örneğin Sözleşmenin zorla çalıştırma yasağına ve adil ücret hakkına ilişkin 4 üncü maddesi ile kişinin özel ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkına ilişkin 8 inci maddesi), 2. Sözleşmede yer alan hak ve özgürlüklerin etkili bir şekilde korunmasını sağlamak amacıyla dolaylı olarak korunan sosyal haklar, 3. Ulusal hukuk düzeyinde koruma altına alınan ve Sözleşme desteğiyle garanti altına alınan haklar, 4. Korunması ve uygulanması AİHS'ye taraf bir devlet tarafından meşru olarak sürdürülen temel sosyal haklar." Olivier De SCHUTTER, "The Protection of Social Rights by the European Court of Human Rights", **Social, Economic and Cultural Rights: An Appraisal of Current European and**

AİHM tarafından dolaylı koruma sağlanan sosyal haklar, Sözleşme'nin 2. maddesindeki yaşama hakkı, 3. maddesindeki her türlü kötü muamele, insanlık dışı ve onur kırıcı müdahale yasağı, 6. maddesindeki adil yargılanma hakkı, 8. maddesindeki aile hayatının ve özel hayatın korunması hakkı, 11. maddedeki dernek kurma veya derneğe üye olma özgürlüğü olarak sayılabilir.

Mahkeme'nin, sağlık hakkını Sözleşme'nin 2., 3. ve 8. maddeleri çerçevesinde dolaylı olarak koruduğu içtihatlarına ileride ayrıntılı olarak değinilecektir.⁵⁰⁵ Bununla birlikte, bu kısımda Sözleşme'nin 6. ve 11. maddeleri dolayısıyla sosyal hakların korunmasına vesile olan iki içtihadın üzerinde durulmasında yarar görülmektedir.

Bunlardan ilki, adil yargılanma hakkını⁵⁰⁶ sadece medeni hak ve yükümlülükler ve kişiye isnad edilen bir suçla ilgili cezaî nitelikteki uyuşmazlıklar bakımından tanıyan normun, AİHM tarafından anlam ve içeriğinin daha geniş yorumlanarak, “bir hakkın medeni hak olup olmadığının iç hukukta hangi hukuk dalında sınıflandırıldığına göre değil, ulusal hukuklardan bağımsız olarak hakkın maddî içeriğine ve etkilerine bakılarak karar verileceği”nin belirtilmiş olmasıdır.⁵⁰⁷ Bu bağlamda, *Feldbrugge / Hollanda* davasında⁵⁰⁸ AİHM, sağlık tazminatı hakkının medeni bir hak olup olmadığının o ülkenin iç hukukuna göre belirlenmeyeceğine işaret ederek,⁵⁰⁹ her ne kadar sözkonusu hak ilgili ülkede kamu hukuku alanında düzenlense de, bireysel ve ekonomik yönünün daha ağır bastığını vurgulayarak, 6(1). madde dolayısıyla sosyal güvenlik hakkını korumuştur.⁵¹⁰

International Developments, (Eds.) Peter Van Der AUWERAERT vd., Maklu Publication, Antwerpen-Apeldoorn, 2002, s. 213-239.

⁵⁰⁵ AİHM İçtihadında Sağlık Hakkının Dolaylı Korunması kısmı.

⁵⁰⁶ AİHS'nin 6(1). maddesi şöyledir: “Herkes, medeni hak ve yükümlülüklerinin ya da kendisine isnad edilen herhangi bir suçun belirlenmesinde, yasayla kurulmuş bağımsız ya da tarafsız bir mahkeme tarafından, makul bir süre içinde, adil ve aleni olarak yargılanma hakkına sahiptir. Hüküm aleni olarak açıklanır, ancak demokratik bir toplumda ahlak, kamu düzeni ya da millî güvenlik amaçlarıyla, küçüklerin çıkarlarının ya da tarafların özel yaşamlarının korunmasının gerektirmesi hâlinde ya da mahkemece kesinlikle gerekli görüldüğü ölçüde aleniliğin adaletle zarar vereceği özel hâllerde, basın ve izleyiciler duruşmanın tamamından ya da bir kısmından çıkarılabilir.”

⁵⁰⁷ Özdek, 2004, s. 198-199.

⁵⁰⁸ *Feldbrugge v. the Netherlands*, Application No: 8562/79, ECHR, 29.05.1986.

⁵⁰⁹ *Feldbrugge v. the Netherlands*, para 26.

⁵¹⁰ Yücel Dericiler, 2014, s. 243.

Diğeri ise, AİHM'nin, Sözleşme'nin 11. maddesinde⁵¹¹ düzenlenen toplanma ve örgütlenme özgürlüğünün sendika hakkı bağlamında yorumuna getirdiği yeniliktir. Mahkeme, 70'li yıllarda verdiği kimi kararlarda sendika kurma ve sendikalara katılma hakkını 11. madde kapsamında saymış ve fakat sendikalara danışılma,⁵¹² toplu sözleşme⁵¹³ ve grev⁵¹⁴ haklarını bu madde kapsamında kabul etmemiştir. Bu durum öğretide sıkça eleştirilmiştir.⁵¹⁵ *Demir ve Baykara / Türkiye* başvurusunda⁵¹⁶ AİHM, toplu görüşme ve sözleşme hakkını 11. madde bağlamında ele almış ve daha önceki daraltıcı yorumundan vazgeçmiştir. Mahkeme, 11. maddeyi dinamik ve geliştirici yorumlayarak toplu sözleşme ve grev hakkına teşmil etmekle kalmayıp AİHS yanında diğer uluslararası hukuk normlarının da karara esas alınabileceğini belirterek, öğretide “kaynakların eşgüdümü ilkesi”⁵¹⁷ olarak kavramsallaştırılan ilkeyi hayata geçirmiştir.⁵¹⁸

Mouly'nin isabetli olarak vurguladığı gibi, “kaynakların eşgüdümü” bir yandan Mahkeme'nin kendisine sınırsız normatif bir kaynak oluşturmaya ve böylelikle dinamik yorum yönteminin insan hakları lehine geliştirilmesine imkân sağlayan

⁵¹¹ AİHS'nin 11/1. maddesi şöyledir: “Herkes barışçıl bir biçimde toplanma özgürlüğü ve çıkarlarını korumak için sendikalar kurma ve sendikalara katılma hakkı da dahil olmak üzere, başkalarıyla birlikte örgütlenme özgürlüğü hakkına sahiptir.”

⁵¹² National Union of Belgian Police v. Belgium, Application No. 4464/70, ECHR, 27.10.1975.

⁵¹³ Swedish Engine Drivers Union v. Sweden, Application No. 5614/72, ECHR, 06.02.1976.

⁵¹⁴ Schmidt and Dahlström v. Sweden, Application No. 5589/72, ECHR, 06.02.1976.

⁵¹⁵ Bkz: Özdek, 2004, s. 262-263; Melda Sur, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Sendika Hakkı”, **İnsan Hakları Yılığ**, C. 16, 1994; Ersel ALDABAK, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Örgütlenme Özgürlüğü”, **Bülent Tanör Armağanı**, Yayına Hazırlayan: Öget Öktem Tanör, Legal Yayınları, İstanbul 2004, s.79.

⁵¹⁶ Demir and Baykara v. Turkey, Application No. 34503/97, ECHR, 12.11.2008.

⁵¹⁷ “Büyük Daire'nin bu kararıyla şu artık kabul edilmelidir: [...] sosyal haklar alanına ilişkin tüm Avrupa kaynakları, Topluluk hukuku kaynakları ve uluslararası kaynaklar beraberce Sözleşme'yle garanti altına alınan medeni ve siyasal hakların sosyal boyutunu güçlendiren ve mahkemenin uygun gördüğü durumlarda yararlanabileceği sınırsız normatif bir kaynak oluştururlar. Bu durum da sosyal haklar alanında yeni normatif ilerlemelerden başka bir şeye yol açamaz.” Jean MOULY, “Büyük Dairenin 12 Kasım 2008 Tarihli Demir ve Baykara Türkiye Kararı, Sosyal Hakların Genişletilmesinde İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi”, **“Anayasal Sosyal Haklar...”**, (Ed.) Kaboğlu 2012, s. 232.

⁵¹⁸ Büyük Daire, 1950 Sözleşmesinin hükümlerinin, Sözleşmede yer alan hak ve özgürlüklerin yorumunda hiçbir zaman tek dayanak olarak kabul edilmediğini (para 67); Avrupa Konseyi'nin bağlayıcı olmayan belgelerinin geçmişte de kullanıldığını (para 74-77) ve özellikle 78. paragraftaki şekliyle “uluslararası hukuk normları açısından ortak paydalar oluşturulurken, kaynaklar arasında, üye devlet tarafından imzalanmış ve onaylanmış olup olmadığı bakımından ayırım yapılmadığını” ifade ederek, aksi yöndeki davalı devlet itirazını reddetmiştir. Mahkeme, “söz konusu uluslararası belgelerin, uluslararası hukukta veya Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin çoğunluğunun iç hukukunda uygulanan norm ve ilkelerin izlediği gelişme çizgisinde olmasının ve net bir şekilde modern toplumlardaki görüş birliğini ifade etmesi”nin yeterli olduğunu da eklemiştir. Bkz. Mouly, 2012, s. 231.

metodolojik ilerlemeye vesile olmuş; öte yandan, sosyal hakların AİHM tarafından korunmasında yenilikçi bir bakış açısını ortaya koymuştur.

Mahkeme Enerji Yapı Yol Sen / Türkiye başvurusunda⁵¹⁹ bu kez 87 nolu ILO Sözleşmesi'ne gönderme yaparak, grev hakkının sendika hakkının ayrılmaz bir parçası olduğunu vurgulamış⁵²⁰ ve 11. maddenin ihlâl edildiğine karar vermiştir. Bu kararında da AİHM, AİHS sistemi dışında bir sözleşmeye atıf yaparak kaynakların eşgüdümü ilkesini yaşama geçirmeye devam etmiştir.⁵²¹

c. Ame.İHS Kapsamında Sosyal Hakların Korunması

Ame.İHK ve Ame.İHM birinci kuşak haklara ilişkin denetim yaparken tıpkı AİHM gibi sosyal hakların dolaylı olarak korunmasına katkı sağlayacak içtihatlarla imza atmaktadır. Ame.İHK ve Ame.İHM'nin sağlık hakkını koruduğu içtihatlarla *Amerikan Devletleri Örgütü Belgelerinde Sağlık Hakkı* kısmında ayrıntılı olarak değinilecek olduğundan, bu başlık altında genel olarak sosyal hakların korunması alanındaki içtihadî yaklaşımına bakılacaktır.

Ame.İHM, *Mapiripán Massacre / Kolombiya ve Ituango Massacres / Kolombiya* başvurularında, Kolombiya'daki paramiliter gruplarca yapılan katliamlar nedeniyle masum sivillerin yerinden edilmesine, evlerinin ve geçim kaynaklarının kaybedilmesine sebebiyet verildiğini ve bu duruma, *inter alia*, bölgedeki denetimi sağlayan ordunun sivil nüfusu bu grupların saldırıdan korumadaki başarısızlığının neden olduğunu belirterek, devletin sosyal hakları koruma görevini ihlâl ettiğini belirtmiştir.⁵²² *Ituango Massacres / Kolombiya* başvurusunda Mahkeme, Kolombiya ordusu ve bunlara destek veren paramiliter grupların yaptığı sivil halk katliamından sonra, halkın büyükbaş

⁵¹⁹ Enerji Yapı-Yol Sen v. Turkey, Application No. 68959/01, ECHR, 21.04.2009.

⁵²⁰ Enerji Yapı-Yol Sen v. Turkey, para 24.

⁵²¹ Yücel Dericiler, 2014, s. 251.

⁵²² Seymen Çakar, 2018, s. 186.

hayvanlarını çalarak kendi kontrolleri altındaki bölgelere taşımaları için, herhangi bir ücret ödemediği tehdit altında köylüleri zorlamalarını angarya yasağı kapsamında değerlendirmiş; bu yasağın derhal uygulama yükümlülüğü kapsamında olduğunu dikkate alarak ve 29 nolu ILO Sözleşmesi'ni gözönünde bulundurarak, Ame.İHS'nin 6. maddesinin (angarya yasağı) ve 7. maddesinin (bireysel özgürlük hakkı) ihlâl edildiğini tespit etmiştir.⁵²³ Görüldüğü gibi, AİHM kararlarında olduğu gibi, kaynakların eşgüdümü ilkesini Ame.İHM de ilgili ILO sözleşmesine atıf yapmak suretiyle uygulamaktadır.

Ame.İHS, sosyal güvenlik hakkı kapsamında olan emeklilik maaşında yapılan kesintileri mülkiyet hakkı dolayısıyla incelemektedir.⁵²⁴ *Five Pensioners / Peru*⁵²⁵ başvurusunda Ame.İHM, emekliliğe hak kazanan başvuru sahiplerinin maaşlarında yüzde seksen oranında kesintiye gidilmesinin haksız olduğunu, çünkü mülkiyet hakkı kapsamında olan emeklilik maaşının keyfi olarak miktarının düşürülemeyeceğini belirterek mülkiyet hakkının ihlâl edildiğini belirtmiştir.⁵²⁶

Örgütlenme özgürlüğü ve sendika hakkı ile ilgili yapılan başvurulara bakıldığında, Ame.İHM, *Huilca-Tesce / Peru* başvurusunda, bir sendika liderinin yargısız infaza uğramasıyla ilgili olarak sadece örgütlenme özgürlüğünün bireysel veçhesinin değil aynı zamanda belirli bir grubun özgürce ve korkusuzca örgütlenme hak ve özgürlüğünü sınırladığını;⁵²⁷ *Milton Garcia Fajarda ve diğerleri / Nikaragua*

⁵²³ ibid, s. 186.

⁵²⁴ AİHM de aynı yaklaşımı benimsemiştir. Sözgelimi, *Gaygusuz / Avusturya* davasında AİHM, malın sosyal bir işlevi olduğunu vurgulayarak, sosyal güvenlik haklarından özellikle parasal değere sahip olanları mülkiyet hakkının kapsamında değerlendirmektedir. Bkz. Murat Erdoğan, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Gaygusuz Kararı: Mülkiyet Hakkının Geniş Yorumu ve Ayrımcılık Yasağı”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVIII, S.1-2, 2014, s. 160; yine, bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Haydar Burak GEMALMAZ, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı**, Beta Yayınları, İstanbul 2009, s. 375-390.

⁵²⁵ Ertan, 2015, s. 42.

⁵²⁶ Ame.İHK, *National Association of Discharged and Retired Staff of the Office of the Comptroller General of the Republic of Peru / Peru* başvurusunda, emekli maaşı ödemelerinin başka kuruma devri sebebiyle maaşların düşürülmesi uygulamaları ile *Jesus Manuel Naranjo Cardena ve diğerleri / Venezuela* başvurusunda, bir şirketin özelleştirilmesinden sonra iflas etmesi üzerine burada çalışan işçilerin emeklilik hakkından feragat sözleşmesi imzalamaya zorlanmaları sebebiyle yapılan mülkiyet hakkının ihlâli iddialarını kabul edilebilir bulmuştur. Bkz. Ertan, 2015, s. 42-43.

⁵²⁷ ibid, s. 43.

başvurusunda, toplu işten çıkarmaya karşı alınan grev kararı üzerine hükümetçe grevin kanun dışı ilân edilerek polis gücüyle bastırılmasında işçilerin Sözleşme'nin 26. maddesi çerçevesinde sosyal haklarının ihlâl edildiğini⁵²⁸ belirtmiştir.

IV. DEĞERLENDİRME

İnsan hakları, salt kuramsal önermeler olmayıp hukuk öncesi oluşum sürecinden geçen yani, toplumsal sınıfların hak talebi ve mücadeleleri sonucunda ortaya çıkan kazanımlardır. Nasıl ki, burjuva sınıfının aristokraziyle girdiği savaşım sonucunda klasik haklar demeti ortaya çıkmışsa, 19. yüzyılda endüstri devrimiyle ortaya çıkan işçi sınıfının burjuvazi ile girdiği mücadele sonucunda da sosyal haklar demeti ortaya çıkmıştır.

1948 tarihli İHEB bütün insan haklarının eşit önemde olduğu kabulü üzerine inşa edilmiş ise de, Bildirge'nin kabulünden bu yana geçen zaman içerisinde sosyal hakların içerikleri ve klasik haklara nazaran konumu hâlen tartışmalıdır. Bu bağlamda, aşılması gereken sorunlardan en önemlisi sosyal hakların klasik haklara nazaran ikincilliği, yani iki hak kategorisi arasında varsayımsal olarak yaratılan hiyerarşidir.

Sosyal haklarının tanınması sürecine bakıldığında, bir yandan bu hakların pozitifleştirilip anayasalara dercedilirken öte yandan bu hakları etkisizleştirmeye yarayacak hukuksal mekanizmaların hızla işletildiği görülmektedir. Gerçekten de, günümüzde sosyal haklar hemen her ülkenin anayasasında yer almakta ise de, bunlardan dolayı devlete yüklenen ödevlerin yerine getirilmesi ekonomik istikrar, malî kaynakların yeterliliği gibi her tarafa çekilebilecek kriterlere bağlanmaktadır. Bu ise, baştan o hakka ilişkin güvenceleri kırılğan ve güvenilmez hâle getirmektedir.⁵²⁹

⁵²⁸ ibid, s. 44.

⁵²⁹ Sancar, 2010, s. 126.

Sosyal hakların anayasalarda formüle edilirken kullanılan dilin belirsiz olması, bu hakların etkin bir yargısal denetiminin yapılmasında bir handikap olarak görülse de, son tâhlilde, medeni ve siyasal haklara ilişkin içtihat birikiminin katettiği mesafe de göstermektedir ki, sosyal hakların dava edilebilirliği konusunda asıl belirleyici olan “yargısal tutumlar” olmaktadır.⁵³⁰

Gerçekten de, ulusal hukuk çerçevesinde öngörülen güvencelerden özellikle yargı mekanizmasının sosyal hakların korunmasına ve geliştirilmesine önemli katkıda bulunması mümkündür. Sosyal hakların gerçekleştirilmesinde ve etkin bir şekilde korunmasında sosyal hakların normatifleşmesi kadar, bunlara ilişkin sübjektif hak taleplerinde ve ihlâl iddialarında aktivist yargısal tutumlar ve hak temelli, dinamik ve geliştirici yargısal yorumlar büyük önem taşımaktadır.

Pozitifleşen sosyal haklar hukuk düzenince koruma altına alınan ve bu düzenin sunduğu hukuksal imkânlarla talep edilebilen sübjektif haklara dönüşürler. Bu durumda, sosyal hakların anayasalarda kırılğan formlarla düzenlenmiş olmasına bir yanıt olarak, içtihadıyla o hakkı yaratacak olan yargıcın sosyal haklara yaklaşımı “katı pozitivist klasik yorum yöntemi değil, sosyal gerçekliği de dikkate alan, norm ile sosyal gerçeklik arasındaki kopukluğu önlemeye çalışan geliştirici ve genişletici bir yorum”⁵³¹ olmalı ki, sosyal haklar daha etkili korunsun.

İkinci Dünya Savaşı ile insan haklarının uluslararasılaşması, insan haklarını devletlerin iç tasarrufu olmaktan çıkaran ve bireyi de uluslararası hukukun öznelerinden biri hâline getiren en önemli kilometre taşlarındandır. Hâlihazırda, uluslararası sosyal haklar sözleşme sistemlerinde “bireysel (şikâyet) başvuru” yolu kabul edilmiş olmakla, hesap verebilirlik (*accountability*), sosyal hakların daha etkili korunması ve dava edilebilirliğinin etkinleştirilmesi için gereken hukukî zemin oluşmuş görünmektedir.

⁵³⁰ Seymen Çakar, 2018, s. 197.

⁵³¹ Özdek, 2004, s. 94-95.

Bu bağlamda, sosyal haklar ve klasik haklar kategorisi arasında olduğu iddia edilen farklılıkları çürütecek ve hakların bütünlüğü ilkesinin anlam ve içeriğini yeniden belirleyecek araçlar da üretilmektedir. Sözgelimi, negatif haklar - pozitif haklar gibi artık modası geçmiş bir ayrım yerine, devletin tüm haklar bakımından üçlü yükümlülük tiyolojileri olarak nitelenen “saygı gösterme, koruma ve gereğini yerine getirme yükümlülüğü”nın olduğunu vurgulayan teorileştirmeler bu bakımdan önemlidir.

Klasik hakları koruyan sözleşme denetim organlarının dolaylı koruma yoluyla sosyal hakları koruyan içtihatlar üretmeleri de büyük önem taşımaktadır. Bunlardan en önemlisi kuşkusuz AİHM’nin, klasik haklar ile sosyal haklar arasında “su geçirmez bir ayrım” olmadığını ilân ettiği 1979 tarihli *Airey* kararıyla başlayan süreçtir. Mahkeme’nin sosyal haklar alanına da etki edecek şekilde 40 yılı aşkın süredir verdiği bu kararlar sonucunda artık AİHM içtihatlarında bir sosyal hukuktan söz etmek mümkün hâle gelmiştir.⁵³²

Sosyal hakların devletler bakımından aşamalı gerçekleştirilmesinin öngörüldüğü ve bir de bunun malî yeterlilik koşuluna bağlandığı gözönüne alındığında, hakların asgari çekirdek yükümlülüklerini yani her bir sosyal hakkın özünü belirlemek gerekmektedir. Nussbaum’un belirttiği gibi, “insan onuruna yakışan bir hayatın neler gerektirdiği”⁵³³ sorusunun yanıtı olarak hakkın varoluş sebebini ortadan kaldırmayacak şekilde asgari düzeyin belirlenmesi gerekir. Bu itibarla, klasik haklar bakımından geçerli olan “hakkın özü/çekirdeği” kavramını sosyal haklar bakımından uygulanabilir kılmak ve buna dair içtihadı oluşturmak yargıcın temel görevleri arasında bulunmaktadır.

Bu bölümde, sosyal haklara yöneltilen dava edilemezlik tezini çürütmeye elverişli olduğu tespit edilen ilke ve araçlar olarak hakların bütünlüğü ilkesinin, üçlü

⁵³² Özge YÜCEL DERİCİLER, AİHM İçtihatları Çerçevesinde Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı Bağlamında Sağlık Hakkının Korunması, **6. Sosyal İnsan Hakları Sempozyumu**, 119, Petrol-İş Yayınları, 2014, s. 368.

⁵³³ Nussbaum, 2018, s. 49.

yükümlölük tipolojisinin, asgari çekirdek yükümlölükler doktrininin ve bilhassa aktivist “yargısal tutum ve yorumlar”ın sağık hakkının dava edilebilirliğıinin güçlendirilmesine katkısı olup olmayacağı Çalışma’nın bundan sonraki bölümlerinde ayrıntılı olarak irdelenecektir.



İKİNCİ BÖLÜM

DAVA EDİLEBİLİRLİK EKSENİNDE ULUSLARARASI HUKUKTA

SAĞLIK HAKKI

I. KAVRAMSAL OLARAK SAĞLIK VE SAĞLIK HAKKI

A. Sağlık Kavramı

Uluslararası hukukta sağlık kavramının tanımlanmasında iki farklı yaklaşım mevcuttur.⁵³⁴ İlki, DSÖ Anayasası'nın başlangıç kısmında yer alan “sadece hastalık ya da sakatlığın olmayışı değil, bedensel, ruhsal ve sosyal yönden tam bir iyilik içinde olma hâli”⁵³⁵ şeklindeki tanımdır.⁵³⁶

⁵³⁴ Tobin, 2013, s. 125.

⁵³⁵ Prof. Dr. Nusret Fişek'in Kitaplaşmamış Yazıları-I, **Sağlık Yönetimi**, http://www.ttb.org.tr/n_fisek/kitap_1/33.html (Erişim Tarihi: 10 Şubat 2020); 22 Temmuz 1946 tarihinde imzalanan ve 7 Nisan 1948 tarihinde yürürlüğe giren DSÖ Anayasası'nın (Constitution of The World Health Organization) Başlangıç kısmında “Health, a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity” ifadesi yer almaktadır.

⁵³⁶ Sağlık kavramının bileşenlerinden olan “*bedensel sağlık*”; bir kişinin vücudunun uzuvlarının uygun işlemesi, fiziksel kapasitesini kullanmaya muktedir olması, herhangi bir rahatsızlığının, hastalığının veya kişinin fiziksel fonksiyonlarını kullanmasını veya vücudunun fonksiyonlarını tehlikeye düşüren, azaltan herhangi bir durumun olmaması”, “*ruhsal sağlık*”; bir kişinin zihinsel melekelerini kullanma gücü, stres, anksiyete ve benzeri sorunlarla yeterince baş edebilmesi ve bireyin zihinsel yeteneklerini etkileyen veya stres ve anksiyete ile başetmesini engelleyen herhangi bir düzensizliğin ve hastalığın olmaması” hâlidir. “*Sosyal sağlık*”; bireyin, toplumun diğer üyeleri ile ilişki içinde olmasıdır. Sosyal sağlık için toplumun niteliği de önemlidir. Toplum istikrarlı, yani kaos ve ciddi çatışmalardan uzak ve bireye etkileşim ve bu ilişkinin karşılığını biçimlendirme olanakları sağlayan bir toplumdur.” Bkz. A.T. BREI, **Our Right To Health and Duty to Nature**, (PhD), Purdue University, 2009, s. 51-53; Özge YÜCEL, “Sağlık ve Tıp Hukukuna İlişkin Temel Kavramlar ve Özneler”, **Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları**, (Eds.) Özge Yücel, Gürkan Sert, Seçkin Yayınları, Ankara 2018, (ss.23-46), s. 26; Alma Ata Bildirgesi'nde sosyal sağlığın anlam ve kapsamı şu şekilde vurgulanmıştır: “...II-Sağlık hizmetlerindeki eşitsizliğin ve dengesizliğin gelişmiş memleketler ile gelişmekte olan ve özellikle sosyal ve ekonomik alanlarda bir varlık göstermemiş memleketler arasında en yüksek derecesine ulaşması, bu durumu tüm ülkelerin ortak sorunu haline getirmiştir. III-Yeni uluslararası ekonomik düzene dayanan ekonomik ve sosyal gelişmeler tüm insanların tam bir sağlığın elde edilmesi ve gelişmekte olan memleketlerle, gelişmiş memleketlerin sağlık durumları arasındaki boşluğun kapatılması yönünden büyük bir önem ifade etmektedir. İnsanların sağlıklarının geliştirilmesi ve korunması ekonomik ve sosyal kalkınmayı devam ettirme bakımından gerekli olup daha iyi bir yaşam seviyesine ve dünya barışının elde edilmesine katkısı vardır.” Bkz. Alma-Ata Bildirgesi, Alma-Ata: Uluslararası Temel Sağlık Hizmetleri Konferansı, 1978; Sağlık kavramının “kusurlu, sakat ya da eksik insan makinasının onarılması” anlamına gelen mekanik ve sınırlı tanımı (mekanik model) bir kenara bırakılırsa, DSÖ'nün bu tanımı ile kavramın “modern” anlamına büründüğü, zira bireyin psikolojik ve sosyal yönünü de kavrar şekilde iyi olma hâlini getirdiği (sosyal model) söylenebilir. Bkz. Tahmazoğlu Üzeltürk, 2012, s. 4.

Bu yaklaşımın devamı niteliğinde olarak Alma Ata Bildirgesi'nde⁵³⁷ sağlık hakkına vurgu yapılarak sağlık kavramının geniş yorumu benimsenmiştir.⁵³⁸ Bildirge'deki tanım; sağlığın bir insan hakkı olduğunu teyit edip “sosyo-ekonomik durumu” da sağlığın bir vechesi olarak değerlendirmekte ve tüm üye ülkelerin temel hedeflerinden birinin sağlık alanında eşitlik sağlamak olduğunu ifade etmektedir.⁵³⁹

Ancak sağlık kavramına DSÖ'nün yaklaşımı, ESKHS'nin hazırlık sürecinde kimi devletlerce kabul edilmemiştir. Bazı devletler, sağlık kavramının unsurlarından olması ve hastalıklar ile sosyal çevre arasındaki tutarlı ilişkiyi ortaya koyması nedeniyle tanımda “sosyal sağlık” ifadesinin de yer almasının gerektiğini savunsalar da,⁵⁴⁰ BM Genel Kurulu'nun Üçüncü Komitesi ESKHS'nin 12. maddesini kaleme alırken DSÖ Anayasası'nın başlangıç kısmında yer alan sağlık tanımını benimsememiş ve “sosyal sağlık” kavramına tanımda yer vermeyerek, “ulaşılabilecek en yüksek fiziksel ve zihinsel sağlık standardı”na gönderme yapmıştır.⁵⁴¹

DSÖ'nün yaptığı tanım üzerinden sağlığın aynı zamanda “sosyal bir olgu” olduğunu⁵⁴² vurgulamak üzere, 1990'ların ortalarından itibaren *sağlığın belirleyicileri*⁵⁴³ şemsiyesi altında *sağlığın sosyal belirleyicileri* kavramı giderek yaygınlaşmıştır.⁵⁴⁴

⁵³⁷ **Declaration of Alma Ata**, International Conference on Primary Health Care, Alma Ata, USSR, 6-12 September 1978.

⁵³⁸ “Konferans, yalnızca hastalığın ve sakatlığın olmasından daha çok tüm bir bedensel, ruhsal ve sosyal dirliğin topluca oluşturdukları sağlığın temel insan haklarından biri olduğunu ve bunu da mümkün olan en iyi bir seviyede tutulmasının dünya çapında en önemli sosyal bir amaç olduğu ve bu amacın gerçekleştirilebilmesi için de, sağlık sektörüne ek olarak diğer birçok sosyal ve ekonomik sektörlerin çabalarını gerektirdiği gerçeği bir defa daha vurgulanmıştır.”

Bkz: <http://195.142.135.65/who/ALMAATA.HTM> (Erişim Tarihi: 11 Temmuz 2020).

⁵³⁹ Sanjay BASU, “Kapsamlı Bir Halk Sağlığı Hareketi İnşa Etmek: HIV/AIDS Örgütlenmesinden Alınacak Dersler”, **Kapitalizmde Sağlık-Sağlıksızlık Semptomları**, Hazırlayanlar: Leo Panitch, Colin Leys, (Çev.) Umut Haskan, Yordam Kitap, İstanbul 2011, s. 318.

⁵⁴⁰ Tobin, 2013, s. 125.

⁵⁴¹ 14 Nolu Genel Yorum, para 4.

⁵⁴² Jonathan MANN, “Public Health and Human Rights”, **Human Rights**, Vol. 25, No.4, 1998, s. 2-5; Dilşad Çiğdem SEVER, “Sağlık Hakkının Tanımlanması ve Mahkemelerce Kullanılması”, **Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları**, (Eds.) Özge Yücel, Gürkan Sert, Seçkin Yayınları, Ankara 2018, (ss.73-102), s. 75.

⁵⁴³ Tarlov, genel olarak “sağlığın belirleyicileri” için dört kategori belirler: (i) genetik ve biyolojik faktörler, (ii) tıbbî bakım hizmetleri, (iii) sağlıkla ilgili bireysel davranışlar ve (iv) yaşam alanının sosyal koşulları. Bkz. A. TARLOV, “Social determinants of health: the sociobiological translation”, **Health and Social Organization**, (Eds.) D. In Blane, E. Brunner, R. Wilkinson, London: Routledge, 1996, s.71-93.

⁵⁴⁴ Sağlığın sosyal belirleyicileri kavramı, DSÖ Sağlığın Sosyal Belirleyicileri Komisyonu'nun 2008 yılındaki raporunda açıklığa kavuşturulmuştur. Bu ufuk açıcı rapor, sağlığı bir sosyal adalet meselesi

Tarlov'un belirttiği gibi, sağlığın belirleyicileri arasında başat kategori sosyal koşullardır.⁵⁴⁵ Bir toplumdaki yoksulluk olgusu, yoksunluğun oransal olarak genişliği ve sosyal dışlanma sağlık üzerinde büyük etkilere sahiptir. Açıktır ki, sosyo-ekonomik durumu kötü olanlar sağlık açısından da kötü durumdadır. Bu durum, toplumda sadece en yoksulların kötü bir sağlığa sahip oldukları anlamına gelmeyip aynı zamanda sağlıksızlık ve mortalite (ölüm nedeni) farklılıklarının tüm sosyo-ekonomik katmanları kapsadığını ifade etmektedir.⁵⁴⁶

DSÖ'ye göre sağlığın sosyal belirleyicileri gelir (sosyo-ekonomik gösterge), eğitim, meslek, sosyal sınıf ve cinsiyet olarak sayılmaktadır.⁵⁴⁷ Yine, DSÖ tarafından hazırlanan ve konut edinme ile ilgili sorunları bilhassa salgın hastalık analizlerinde "hastalığa sebep olabilecek çevresel faktörler" arasında değerlendiren Konut Sağlığı Prensiplerine (*Health Principles of Housing*) göre, yaşamaya elverişsiz konut ve kötü yaşam koşulları her zaman yüksek ölüm ve hastalık oranlarıyla yakından ilgilidir.⁵⁴⁸

Nitekim, pek çok araştırma sağlığın temel göstergeleri ile sosyo-ekonomik durum arasında bağlantı olduğunu göstermektedir. Gelir eşitsizliğinin artması ile o toplumun ortalama yaşam beklentisi arasında, gelişmekte olan ülkelerde gelir eşitsizliği ile bebek ölüm oranları arasında bağlantı vardır. Yine, gelir eşitsizliğinin hasta sağlığında ileriye dönük nedensel rol oynadığı, daha düşük sosyo-ekonomik statüye

olarak ele alma gerekliliğini ortaya koyarak, sosyal adaletin yokluğunu "büyük ölçekte insanın ölümü" ile sonuçlanabilecek bir realite olarak vurgulamakta ve sosyal eşitsizliklerin azaltılmasının etik bir gereklilik olduğunu belirtmektedir. Bkz. WHO Commission on the Social Determinants of Health, **Closing the gap in a generation: health equity through action on the social determinants of health**, 2008, s. 40. https://www.who.int/social_determinants/thecommission/finalreport/en/ (Erişim Tarihi: 21 Aralık 2020); Kristi HEATHER KENYON, Lisa FORMAN, Claire E. BROLAN, "Deepening the Relationship between Human Rights and the Social Determinants of Health: A Focus on Indivisibility and Power", **Health and Human Rights Journal**, Vol. 20, No 2, (ss. 1-9), December 2018, s. 1.

⁵⁴⁵ DSÖ, **Sağlığın Sosyal Belirleyicilerine Yönelik Eylemler: Önceki Deneyimlerden Elde Edilenler**, 2010, Çev. Turkish Healthy Cities Association 2019, s. 39.

<https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/44488/9786058079519-tur.pdf?sequence=8&isAllowed=y> (Erişim Tarihi: 30 Nisan 2020).

⁵⁴⁶ Mary SHAW, Danny DORLING, George Davey SMITH, **Yoksulluk, Toplumsal Dışlanma ve Azınlıklar, Sağlığın Sosyal Belirleyicileri**, (Eds.) Michael Marmot, Richard G. Wilkinson, (Çev. Ed.) İlker Kayı, Yeşim Yasin), İNSEV Yayınları, İstanbul 2009, (ss. 226-256) s. 226-227.

⁵⁴⁷ WHO, "A Conceptual Framework For Action On The Social Determinants of Health", **Social Determinants of Health Discussion Paper 2**, Geneva 2010.

https://www.who.int/sdhconference/resources/ConceptualframeworkforactiononSDH_eng.pdf (Erişim Tarihi: 31 Mayıs 2020);

⁵⁴⁸ 14 Nolu Genel Yorum, para 8(d).

sahip olanların sağlık ihtiyaçlarını karşılamak için sağlık kurumlarına erişilebilirliğinin düşük olduğu, sağlık hizmetlerine erişimin azalmasının tedavi edilmeyen rahatsızlıkların komplikasyonlarına (istenmeyen yan etkilerine) yol açarak daha uzun erimde ciddi sağlık sorunlarına yol açtığı bildirilmektedir.⁵⁴⁹ Hastalıkların sebeplerinin günümüzde daha iyi anlaşılabiliyor olması sayesinde, en yoksul ülkelerdeki en yoksul bireylerin yaşam koşullarında sağlanan herhangi bir iyileşme, elverişli şartlar altında, salt bireysel davranış biçimlerini değiştirerek dahi sağlık düzeyini yükseltebilmektedir. Ancak genel olarak bakıldığında, gelişmiş ülkelerde ortalama ömür süresinde kaydedilen olumlu yükselişin büyük bölümü, yaşam süreleri üzerindeki artışı başlatan koruyucu sağlık hizmetlerinin kapsamının giderek genişlemesiyle elde edilmiştir.⁵⁵⁰ İlginç olan, temel sağlık göstergelerindeki olumlu gelişmeler, görece gelirin eşitlik temelinde blştrldğ dönemlerde gerçekleşmiş, yine en zengin ülkeler arasındaki ortalama ömür sıralamasında GSYİH değil, yurttaşlar arasındaki gelir eşitliği düzeyi belirleyici olmuştur.⁵⁵¹

Sosyal koşullarla sağlık arasındaki ilişkinin incelendiği ayrıntılı araştırmaların hemen hepsine ev sahipliği yapan gelişmiş ülkelerde, zıt eğilimlerin bir araya geldiğini görmek mümkündür. Ortalama lm oranları düşerken, sosyo-ekonomik eşitsizliklerle ilişkili olarak, ortalama yaşam sürelerinde giderek büyüyen bir farklılaşma ortaya çıkmaktadır.⁵⁵² Smith bu durumla alakalı olarak şunları söyler: “...doğumdan ölüme kadar maruz kalınan ve imtiyazsız toplumsal çevrelerde yoğunlaşan elverişsiz koşulların

⁵⁴⁹ Richard WILKINSON, **Unhealthy Societies: The Afflictions of Inequality**, Routledge, London&New York, 1996, s. 59.

⁵⁵⁰ öte yandan, beslenme şartlarındaki iyileşme ve kişisel tüketimin diğer ögeleri daha gerilerde kalmakta, sağlık hizmetlerinin payının ise yalnızca %10-15 seviyesinde olduğu düşünülmektedir. Bkz. Richard WILKINSON, **The Impact of Inequality: How to Make Sick Societies Healthier**, New York: The New Press, 2005, s. 59.

⁵⁵¹ Colin LEYS, “Sağlık ve Kapitalizm”, **Kapitalizmde Sağlık-Sağlıksızlık Semptomları**, Hazırlayanlar: Leo Panitch, Colin Leys, eviren: Umut Haskan, Yordam Kitap, İstanbul 2011, s. 24; Nussbaum da haklı olarak, GSYİH oranlarındaki yükselişin yaşam kalitesini iyileştirmediğinin açık olduğunu; yoksul vatandaşların yaşam standartlarını dikkate almadan, ekonomik büyümeyle kendiliğinden gelişmesi mümkün olmayan sağlık ve eğitim sorunlarına eğilmeden, yalnızca ekonomik olarak büyüme hedefi için çaba gösterilmesinin yetersizliğine vurgu yapmaktadır. Bkz. Nussbaum, 2018, s. 11.

⁵⁵² ibid, s. 24.

nedeni niteliğindeki toplumsal süreçleri teşhis etmek mümkün. (...) Bu durumdan etkilenen bireylerin ve ayrıca onların ebeveynlerinin toplumsal yapıya göre şekillenmiş beslenme, sağlık ve çevresel etki deneyimleri, bireyin ilerki yaşlarında ortaya çıkacak sağlık tablosuyla ilgili önemli göstergeleri, örneğin doğum ağırlığını, boyu, kiloyu ve akciğer işlevlerini etkiliyor. Vücuda dair bu biyolojik göstergeler (ve bedenin geçmişi), toplumsal ilişkilerin somutlaşmış hâli olarak görülmelidir...’’⁵⁵³

Bireyin yaşam alanının sosyal koşullarını düzeltmek için devletlerin müdahale etmesi gereken dört ana başlık şöyle belirlenebilir: (i) toplumdaki gelir eşitsizliklerini azaltmak,⁵⁵⁴ (ii) dezavantajlı birey ve grupların hastalık etkenlerine maruziyetini azaltmak, (iii) dezavantajlı birey ve grupların hastalık etkenlerine karşı zaafiyetini azaltmaya çabalamak, (iv) sağlık hizmetlerinin eşitlik temelinde sunulması suretiyle hastalıkların eşitsiz sonuçlar doğurmasını ve özellikle dezavantajlı birey ve grupların sosyo-ekonomik durumunu daha da kötüye götürmesini engellemek.⁵⁵⁵

Uluslararası insan hakları öğretisinde, sağlık kavramının içeriğinin sosyal boyutu da kavrar şekilde bu denli geniş tutulması kimi yazarlarca eleştirilse de,⁵⁵⁶ kanımızca insanın tek boyutlu bir varlık olmayıp varoluşunun fiziksel, biyolojik, ruhsal, zihinsel, sosyal pek çok boyutunun bulunmasının doğal sonucu olarak, sağlıklı olmanın ön

⁵⁵³ George Davey SMITH, **Health Inequalities: Lifecourse Approaches**, Bristol, The Policy Press, 2003, sxlvi’den nakleden Leys, 2011, s. 24.

⁵⁵⁴ J. MACKENBACH, M. BAKKER, M. SIHTO, F. DIDERICHSEN, “Strategies to Reduce Socioeconomic Inequalities in Health”, **Reducing Inequalities in Health: A European Perspective**, (Eds.) J. Mackenbach, M. Bakker, London: Routledge, 2002.

⁵⁵⁵ DSÖ, “**Sağlığın Sosyal Belirleyicilerine ...**” 2019, s. 20.

⁵⁵⁶ Uluslararası insan hakları öğretisinde, DSÖ Anayasası kapsamında kabul edilen sağlık tanımının reddedilmesinin tutarlı olduğunu savunan yazarlar mevcuttur. Örneğin, Ruger, “sosyal refah” üzerine odaklanmanın insan hakları, politikası ve hukuku bakımından hiç de makûl olmayan bir standart oluşturacak kadar geniş olduğunu ileri sürer. Benzer şekilde Daniels de, sosyal refahın DSÖ tanımına dahil edilmesinin tüm sosyal felsefe ve sosyal politikayı sağlık hizmetlerine dönüştürme riski taşıdığını ileri sürmektedir. Toebeş, uluslararası belgelerde “sağlık” ve “sağlık hakkı” tanımının gerçekten gerekli olup olmadığını tartışmaya açarak, uluslararası hukukta sağlığın anlamı ile ilgili bir anlayışın, bu hakkın uluslararası ve ulusal mahkemeler önünde uygulanmasıyla gelişmesini önerir. Tobin ise, Toebeş’in bu yaklaşımını eleştirerek, uluslararası hukukta sağlık hakkının, yargı organları önünde nadiren uygulanabilir ve uluslararası hukukta sağlığın anlamı ile ilgili bir anlayış geliştirilmesine yönelik sınırlı bir hukuksal güvence olduğunu, keza sağlık kavramının anlamının gelişiminin yargısal uygulama yoluyla gerçekleşecek olsa bile, bunun, ilgili taraflardan sağlık kavramının anlamının sınırlarının nerede çizileceğine dair tartışmalar olmadan gerçekleşmeyeceğini ileri sürer. DSÖ tarafından yapılan sağlık tanımına yönelik eleştirel bakış açılarını ortaya koyan ayrıntılı bir çalışma olarak bkz. Tobin, 2013, s. 121-174.

koşulunun tüm bu unsurları bütüncül şekilde içermesine bağlı olduğu, dolayısıyla bilimsel araştırmaların da açık ettiği üzere, sosyal belirleyicilerin sağlık kavramından dışlanamayacağı açıktır. Nitekim, ESKHS'nin imza edildiği tarihsel sürecin politik ve ideolojik dinamikleri çerçevesinde sosyal sağlık dışlanarak bir sağlık tanımı üretilmiş ise de, 2000'lere gelindiğinde ESKHK dahi⁵⁵⁷ sağlığın sosyal belirleyicilerinin etkisini kabul etmektedir.

B. Sağlık Hakkı: Tanım ve Teorik Tartışmalar

Uluslararası insan hakları hukukunda sağlık hakkı, temel ve evrensel bir insan hakkı olarak tanınmış ve pozitif hukuk kaynaklarında yer almıştır.⁵⁵⁸ İnsan hakları tasnifinde konusu bakımından “sosyal haklar”, tarihsel gelişim sürecinde “ikinci kuşak haklar” arasında sayılmaktadır.⁵⁵⁹ Diğer sosyal haklarda olduğu gibi, sağlık hakkının tanımlanması ve kapsamının belirlenmesi birtakım güçlükleri içermektedir.⁵⁶⁰ Bu bağlamda, esasen sağlık kavramının tanımı üzerinde tam bir oydaşmanın olmayışı sağlık hakkının tanımının yapılmasını zorlaştırmaktadır.

Sağlığı bir hak olarak düzenleyen 1948 tarihli İHEB'nin 25/1. maddesi, herkesin, kendisinin ve ailesinin sağlık ve refahı için beslenme, giyim, konut, tıbbî bakım ve gerekli sosyal hizmetlerden yararlanmayı da içeren yeterli bir yaşam standardı hakkına sahip olduğunu vurgulamaktadır.⁵⁶¹ Sağlık hakkı, 1946 tarihli DSÖ Anayasası'nda şu şekilde ifade edilmiştir: “Erişilebilecek en yüksek seviyede sağlıktan yararlanmak, ırk, din, siyasi inanç, ekonomik ve sosyal koşullar gözetilmeksizin her insanın temel haklarından biridir.” 1966 tarihli ESKHS'nin 12. maddesinde ise,

⁵⁵⁷ Bkz. 14 Nolu Genel Yorum, para 4.

⁵⁵⁸ Sjef GEVERS, “The Right to Health Care”, *European Journal of Health Law*, Vol. 11, 2004, (ss. 29-34), s. 29.

⁵⁵⁹ Temiz, 2014, s. 168.

⁵⁶⁰ Sever, 2018, s. 73.

⁵⁶¹ Bkz. Uyar, 2006, s. 237.

“herkesin, ulaşılabilecek en yüksek fiziksel ve zihinsel sağlık standardına sahip olma hakkı”nın varolduğu kabul edilmiştir.⁵⁶²

Şu hâlde, üç temel uluslararası belgedeki formüle ediliş tarzı da dikkate alınarak kapsayıcı bir tanım vermek gerekirse sağlık hakkı, “her bireyin, hiçbir ayırım gözetilmeksizin erişilebilecek en yüksek fiziksel ve zihinsel sağlık standardına sahip olma hakkı”dır.

Sağlık hakkının çerçevesi ve sınırları uluslararası insan hakları sözleşmelerindeki diğer insan hakları normları ile de örüldüğünden, mahiyeti itibarıyla *normlar kompleksi*⁵⁶³ olarak nitelenebilecek girift bir yapıda olduğu söylenebilir.⁵⁶⁴ Sağlık hakkı, insan haklarının birbiriyle ilişkili ve çoğu zaman iç içe geçen doğası nedeniyle kimi insan haklarıyla da ilişkilidir.⁵⁶⁵ Bu nedenle, devletlerin yanlış sağlık politikaları benimsemeleri ve sağlık alanında hatalı uygulamalarda bulunmaları aynı zamanda sağlık hakkıyla ilişkili pek çok hakkın ihlâlüne sebebiyet verebileceği gibi, olumlu nitelikli politika ve uygulamalar da aynı şekilde pek çok hakkın korunmasına imkân sağlayacaktır. Yine, sağlık hakkıyla ilişkili hakların ihlâli insan sağlığı üzerinde olumsuz etki edebilecektir. Bu ilişkisellik nedeniyle sağlık hakkı, temel hak niteliğinde kabul edilmektedir.⁵⁶⁶

Öte yandan, sağlık hakkı tıbbî hizmetleri aşan çok yönlü ve girift yapısı nedeniyle uluslararası insan hakları sözleşmelerinde sağlık bakım hakkı ya da sağlık hizmetlerine erişim hakkı gibi isimlerle değil, genel anlamda “sağlık hakkı” olarak

⁵⁶² Ertan, 2012, s. 3.

⁵⁶³ Normlar kompleksi; temel hakların, koruduğu yaşam alanını düzenleyen çok sayıda normun bileşiminden oluşmasını ifade eder. Kavram için bkz. Fazıl SAĞLAM, “Temel Hakların Sınırlanması ve Özütü”, **AÜSBF Yayını**, No: 506, Ankara 1982, s. 37-38.

⁵⁶⁴ Özgür TEMİZ, **Türk Hukukunda Sağlık Hakkı ve Bir Kamu Hizmeti Olarak Sağlık**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2013, s. 4.

⁵⁶⁵ Sever, 2018, s. 74; 14 Nolu GY’de belirtildiği gibi, sağlık hakkı başta yaşam hakkı olmak üzere, gıda (yeterli beslenme), güvenli ve yeterli su, konut, insan onuruna yaraşır bir hayat sürme, ayrımcılık gözetmeme, eşitlik, işkence yasağı, özel hayatın gizliliği, bilgiye erişim, sağlıklı bir çevre, çalışma, eğitim, seyahat özgürlüğü gibi diğer insan haklarının gerçekleşmesi ile yakından ilgilidir. Bkz. 14 Nolu Genel Yorum, para 3.

⁵⁶⁶ Sofia GRUSKIN, Daniel TARANTOLA, “Health and Human Rights”, **Perspectives on Health and Human Rights**, (Ed.) Sofia GRUSKIN, Routledge, (ss.1-58), 2005, s. xii ve s. 28.

düzenlenmiştir.⁵⁶⁷ Nitekim, 14 nolu GY’de, “ulaşılabilecek en yüksek fiziksel ve zihinsel sağlık standardı” atfı hatırlatılarak, sağlık hakkının, sadece gerekli sağlık koşullarına sahip olmaya yönelik sağlık bakım hakkı ya da sağlık hizmeti hakkı gibi sınırlı mahiyette olmayıp aksine, “sağlığın sosyal belirleyicileri”ni yani insanların sağlıklı bir yaşam sürdürmelerini sağlamaya yönelik bir çok sosyo-ekonomik faktörü, yine “sağlığın temel belirleyicileri” olarak beslenme, gıda, konut, güvenli içme suyu ve hijyen, güvenli ve sağlıklı çalışma koşullarıyla sağlıklı bir çevreye erişimi de içerdiği vurgulanmaktadır.⁵⁶⁸ Bu da, sağlık hakkı denildiğinde, sırf sağlık hizmetine erişebilme hakkını değil, bunun ötesine geçen ve aslında tam anlamıyla bir idealden söz edildiğini gösterir.⁵⁶⁹

Tarihsel olarak bakıldığında; modern anlamda sağlık hizmetlerinin ortaya çıkışı 19. yüzyılda endüstri devrimiyle artan sağlık sorunlarından sonra olmuş ve devletlerce kamusal nitelikli sağlık plân ve politikaları oluşturma gereği ortaya çıkmıştır.⁵⁷⁰ Almanya’da Bismarck’ın 1880’lerde o dönemdeki sınıf çelişkilerinin sosyal bir patlamaya yol açmasını önlemek, işçileri devlete sadık kılmak ve devletin kontrolünde bir çalışma hayatı oluşturmak için uygulamaya koyduğu sosyal güvenlik rejimi, sosyal hakların pozitif hukuka girişinin ilk öncüllerinden olduğu gibi,⁵⁷¹ bu kapsamdaki hastalık (1883), kaza (1884) ve yaşlılık (1889) sigortalarının çıkarıldığı yasalar da sağlığın bir hak olarak gündeme gelmesini sağlamıştır. Endüstri devrimiyle ortaya çıkan

⁵⁶⁷ Ertan, 2012, s. 4; Sever, 2018, s. 75.

⁵⁶⁸ 14 Nolu Genel Yorum, para 4; WHO, **Human rights and health, Key facts**, 2017. <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/human-rights-and-health> (Erişim Tarihi: 23 Ekim 2020).

⁵⁶⁹ Sever, 2018, s. 75.

⁵⁷⁰ Carmano SEPULVEDA MAGDALENA, Teo VAN BANNING, Gudrun D. GUDMINDSDOTT, Christine CHAMOUN, W.J.M. VAN GENUGTEN, **Human Rights Reference Handbook, University for Peace**, 2004, s. 283; İngiltere 19. yüzyılda kamu sağlığı (1848), madenler, eğitim ve güvenlik gibi alanlarda parlamenter düzenlemelere sahne olmuştur. Bkz. Onur KOVANCI, **Kapitalizm, Yoksulluk ve Yoksullukla Mücadelede Tarihsel Bir Deneyim: İngiliz Yoksul Yasaları**, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, Tezler Dizisi: 14, Ankara 2003, s. 105; İngiltere’de yaşanan Hıfzıssıhha Hareketi (herkes için temiz su, kanalizasyon hizmetleri, aşılama faaliyetleri gibi) ile birlikte Ölüm Oranı Devrimi de denilen ortalama ömür süresinin uzaması, tıp bilimin ve koruyucu önlemlerin gelişmesi gibi sağlık hizmetlerinin tarihsel sürecine eleştirel olarak bakan bir çalışma için bkz. Leys, 2011, s. 15-42; 18. yüzyıldan 20. yüzyıla sağlık hakkının tarihsel gelişimi için ayrıca bkz. Ezeli AZARKAN, **Uluslararası Hukukta Sağlık Hakkı**, Seçkin Yayınları, 2018, s. 48-51.

⁵⁷¹ Yolcu, 2018, s. 24.

işçi sınıfının sağlık hizmetlerinden faydalanmaya malî gücü elvermediğinden, Almanya’da işçilerin devletten sağlık hizmet sunumu talebinde bulunması, sağlığın bir hak olarak talep edilebilirliğini gündeme getirmiş ve bu da sağlık sigortası sisteminin oluşmasını sağlamıştır.⁵⁷²

Beauchamp’a göre, sağlık hakkının, gerek klasik haklar ve gerek pek çok sosyal hak ile mukayese edildiğinde, görece daha kısa bir tarihe sahip olmasının nedeni, sağlık hizmetleri gibi yeni gelişen kimi sosyal gereksinimlerin devletin yükümlülükleri arasında sayılmasının yakın zamanlarda gözönüne alınmaya başlanmasıdır. Sağlık, uzun süre bir haktan ziyade hayırseverlik çerçevesinde ele alınmış, ihtiyaç sahibi bireylerin sağlık gereksinimleri geleneksel olarak dinsel kurumlar ve hayır kuruluşları aracılığıyla sağlanmıştır. Ancak, modern çağda gelişen teknoloji ile sağlık harcamalarının artması, kentlerin gittikçe büyümesi hayırseverlik temelinde kurgulanan bu sistemi işlemez hâle getirmiştir.⁵⁷³ Sağlığın bir hak olarak kabulüyle birlikte, sağlık hizmetlerinin yaygınlaştırılması ve herkes için erişilebilir kılınması yanında, toplum sağlığının korunması için koruyucu sağlık hizmetleri öncelenmiştir.⁵⁷⁴

Sağlık hakkı, pozitif hukuka girmiş bir insan hakkı olmakla birlikte, sosyal hakların gerçekten bir hak olmadığını savunan klasik liberal-neoliberal yaklaşımlar, sağlık hakkının da gerçekte bir hak olmadığını ileri sürmektedir.

Nozick gibi liberteryenlerce savunulan liberal adalet teorileri, herkese tıbbî bakım veya sağlık sigortası veyahut sağlığın sosyal belirleyicilerini düzeltmek için herhangi bir toplumsal yükümlülüğü tamamen reddederler; çünkü bu hizmetlerin

⁵⁷² İnsanlık tarihinde yüzyıllar boyu hastaların hekimlik hizmetinden yararlanabilmesi için bu hizmeti satın alabilecek güce olmaları doğal sayılır ve bu gücü olmayanın kaderine razı olması da yadırganmazdı. Bu duruma ilk tepki 19. yüzyıl ortalarında Almanya’da işçilerden geldi. Bu tepki sonucu sağlık sigortası sistemi doğdu. Almanya’yı diğer sanayi ülkeleri kovaladı. Onlar da sağlık sigorta sistemini kabul etti. Bir kısım ilerici hekim ve düşünürler herkesin sağlık hizmetinden yararlanması olanağının sağlanmasının bir devlet görevi olduğunu savunmaya başladılar. Bu düşünce akımı 1948 Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi ile amacına ulaştı. Bkz. Fişek, http://www.ttb.org.tr/n_fisek/kitap_1/33.html (Erişim Tarihi: 13 Şubat 2020).

⁵⁷³ Tom L. BEAUCHAMP, “The Right to Health Care in a Capitalistic Democracy”, **Rights to Health Care**, (Eds.) Thomas J. Bole III-William B. Bondeson, Kluwer Academic Publishers, Netherlands, 1991.

⁵⁷⁴ Yücel, 2018, s. 27.

sunumu için gerekli olan vergilerin artması bireysel özgürlükleri ihlâl eder. Liberteryen teori özgürlük ilkesini mutlak olarak alır ve sağlığa karşı da duruşu değişmez. İnsan hakları teorisi ve pratiğindeki liberal konsensüs, genel olarak negatif hakların yerine getirilmesini destekleyen ancak pozitif hakların yerine getirilmesine karşı duran liberteryen bir yaklaşım benimser. Evrensel insan hakları konusundaki liberal görüş birliği, yoksulların ve dar-orta gelirliilerin pozitif haklarını yerine getirmek için varislların vergilendirilmesinin bu bireylerin bireysel özgürlüklerini veya negatif haklarını azalttığını savunarak sosyal hakları tamamen reddederler. Bu nedenle, negatif özgürlükleri güvence altına alan düzenlemeleri desteklemekle birlikte, pozitif hakları yerine getirmek için gerekli olan kaynakların yeniden dağıtılmasına karşıdır.⁵⁷⁵

Goodman'a göre, tüm pozitif haklar gibi sağlık hakkı da başkalarının kaynakları üzerinde hak iddiasında bulunmak anlamına gelir. Bu hak kategorisinde, devletin ekonomiye müdahale ederek ve serveti yeniden dağıtarak, bireylerin refahını sağlamak için olumlu bir yükümlülüğü olduğu varsayılır. Bu yönüyle pozitif haklar, sivil toplumdan ortaya çıkan iddialardan ziyade bireyin topluma karşı iddialarını temsil ederler.⁵⁷⁶ Sağlık hakkı, temelde sağlık hizmetlerine güvenli bir erişim gayesiyle motive edilmekte ise de, bu hatalı bir yaklaşımdır. Sosyal hakların çoğalması sadece hükümetleri yoksullaştırmakla tehdit etmez, aynı zamanda toplumda mal ve hizmetlerin toplam üretimini azaltır. Çünkü kaynakları üreticilerden sosyal hakların faydalanıcılarına yeniden dağıtmak için gereken zorlama, üretimin sürekliliğini engeller.⁵⁷⁷ Toplumlar gerçekten sağlık seviyesini en üst düzeye çıkarmak istiyorsa, bunu bir insan hakkı olarak değil, yasalarca zorlanmayan, özel sektör yatırımları aracılığıyla yerine getirilen serbest piyasa ekonomisine dayalı talepler olarak

⁵⁷⁵ Bkz. Jennifer Prah RUGER, "Toward a Theory of a Right to Health: Capability and Incompletely Theorized Agreements", *Yale Journal of Law & Humanities*, Vol. 18: 273, 2006, (ss. 273-326), s. 282.

⁵⁷⁶ Timoty GOODMAN, "Is There a Right to Health?", *Journal of Medicine and Philosophy*, Vol. 30, No 6, 2005, (ss. 643-662), s. 647.

⁵⁷⁷ Richard A. EPSTEIN, *Mortal Peril: Our Inalienable Right to Health Care?*, New York: Addison Wesley Publishing Company, 1997, s. 44.

görmelidirler. Devletler halk sağlığını geliştirmek ve sağlık kaynaklarına erişimi kolaylaştırmak için ellerinden geleni yapmalı, ancak yeniliği mümkün kılan piyasaya dayalı mekanizmalara da saygı göstermeli ve korumalıdır.⁵⁷⁸

Sağlık hakkının bir insan hakkı olarak kabul edilmesine karşı ileri sürülen argümanları basitçe ifade etmek gerekirse, “negatif hakların korunması hoşgöründen başka bir şey gerektirmezken, pozitif hakların korunması kaynakların yeniden dağıtılmasını gerektirir.”⁵⁷⁹ Bu da, mülkiyet düzenine haksız bir müdahale anlamına gelir. Ayrıca sağlık tanımı ve sağlık hakkı belirsiz bir içeriğe sahiptir ve bu şekilde tanınması mümkün değildir. Bu yaklaşıma göre, sağlık tanımındaki “hasta olmama” hâlini aşar tarzda tam bir iyilik hâli belirsiz olduğu gibi, “ulaşılabilir en yüksek sağlık standardı” kavramını tanımlayıp sınırlarını belirlemek neredeyse imkânsızdır.⁵⁸⁰

Negatif özgürlüğe ilişkin klasik haklardan farklı olarak sağlık hakkının dava edilebilir olmasının devleti belirli bir ölçüde ve belirli bir amaç için kaynak tahsis etmeye mecbur kıldığı, ancak böyle bir hukuk yolunun mevcudiyetinin, yasama ve yürütme organlarınca gerçekleştirilmesi gereken kolektif karar alma sürecini açıkça bozacağı düşüncesinden hareketle, pek çok ulusal mahkemeler de subjektif olarak ileri sürülen sağlık hakkı taleplerini reddedebilmektedir.⁵⁸¹

Genel olarak tüm sosyal haklar gibi sağlık hakkını bir insan hakkı olarak kabul etmeyen ve dolayısıyla bireye subjektif talep hakkı vermediğini iddia ederek dava edilebilir olamayacağını ileri süren klasik liberal-neoliberal yaklaşımlara pek çok nedenle katılmak mümkün değildir.

İnsan haklarının sınıflandırılmasına ilişkin teorik bilgiden yola çıkan ve negatif-pozitif hak ayrımını mutlak kabul eden yaklaşım aslında hatalıdır. Sağlık hakkının

⁵⁷⁸ Goodman, 2005, s. 659.

⁵⁷⁹ Tony EVANS, “A Human Right To Health?”, **Third World Quarterly**, Vol. 23, No 2, 2002, (ss. 197-215), s. 200.

⁵⁸⁰ Audrey R. CHAPMAN, “Conceptualizing the Right to Health: A Violations Approach”, **Tennessee Law Review**, Vol. 65, No: 2, Winter 1998, (ss. 389-418), s. 390.

⁵⁸¹ Dieter GIESEN, “A Right to Health Care?: A Comparative Perspective”, **Health Matrix**, Vol. 4, No. 2, 1994, (ss. 277-296), s. 279.

normatif içeriğinin pozitif yanının nisbeten daha ağır bastığı doğrudur ve fakat, “sağlık kavramı yukarıda anılan geniş tanımı içinde kavrandığında, sağlık hakkının negatif bir boyutu bulunduğu da gözden kaçırılmamalıdır. Sağlık hakkıyla korunan değer olan sağlık, yalnızca bozulduğu zaman düzeltilmesine yönelik hizmetin sunulmasını gerektiren bir değer değildir. Bilakis o, aynı zamanda, tıpkı vücut bütünlüğü gibi, saygı gösterilmesi ve korunması gereken bir değerdir.”⁵⁸² Sağlık hakkı negatif ve pozitif veçhesiyle birlikte bir bütün hak olduğu gibi, insan haklarının bütünlüğü ilkesi gereğince bütüncül bir bakış açısıyla ele alınmayı gerektirir. Üçlü yükümlülük tipolojisi de sağlık hakkının aynı şekilde ele alınmasını gerektiren bir yaklaşımın tezahürü olup hakkın kimi unsurlarına ayrılarak bir kısmının dava edilebilir diğer kısmının dava edilemez olduğu iddiasına açık ve net olarak karşı durulması gerekir. Sağlık kavramına fiziksel, ruhsal ve sosyal yönden tam iyilik hâli olarak bakan yaklaşım, sağlık hakkının da her yönüyle dava edilebilir olmasını zorunlu kılar.

Günden güne daha fazla üzerinde durulan ve önemi artan,⁵⁸³ sadece sağlık hizmet sunumuna ilişkin bir mesele değil sağlığın temel belirleyicileri yanında “sosyal bir olgu” olarak da kabul edilen sağlığın, sağlık hakkının ve sağlığa ilişkin kaynakların dağıtımının (bölüşümünün) toplumsal adalet çerçevesinde ele alınması gerekir.⁵⁸⁴

Nitekim, sağlık hakkını düzenleyen uluslararası belgeler de sağlık hakkını, sadece sağlık hizmetlerine erişim hakkı olarak değil, bunun yanı sıra toplumsal ilişkiler

⁵⁸² Temiz, 2014, s. 169; sağlık hakkını salt pozitif bir hak olarak görerek eleştiren klasik liberal-neoliberal yaklaşımlar hakkın negatif yönünü ihmâl etmesi nedeniyle eksik ve yetersiz bir analiz olarak kalmaya mahkumdur. Gerçekten de, sağlık hakkının hem pozitif statü haklarından olduğu yönündeki yaygın kabul yanında hakkın negatif veçhesi de mevcuttur. Negatif veçhesinde, cinsiyet ve üreme özgürlükleri, bireyin özerkliği çerçevesinde kendi sağlığının ve bedeninin kontrolünü elinde bulundurma hakkı, işkenceye, rızası olmaksızın tıbbî müdahalelere ve deneylere maruz bırakılmaması kastedilmektedir. Bu alan, hem devletin müdahale edemeyeceği ve hem de hakka üçüncü kişilerce müdahale edilmeyecek şekilde devletin önlem almasını gerektiren alanı ifade etmektedir. Bkz. Bulut, 2009, s. 206; Tahmazoğlu Üzeltürk, 2012, s. 16; Yücel Dericiler, 2014a, s. 370.

⁵⁸³ Eleanor D. KINNEY, “The International Human Right to Health: What Does This Mean For Our Nation and World?”, **Indiana Law Review**, Vol. 34, Issue 4, 2001, (ss. 1457-1475), s. 1457-1458; Leary, 1994, s. 51-52.

⁵⁸⁴ Sever, 2018, s. 75.

bağlamında ele almışlardır.⁵⁸⁵ Sağlığın sosyal belirleyicileri de bunu zorunlu kılmaktadır. Bu noktada, -sırasıyla- John Rawls, Norman Daniels, Amartya Sen, Martha C. Nussbaum, İonna Kuçuradi ve Cecile Fabre'nin yaklaşımlarından yola çıkarak sözü edilen klasik liberal-neoliberal yaklaşımlara karşı-yanıt aranacaktır.

Bu çerçevede ilk olarak, 20. yüzyılın en önemli düşünürlerinden biri olan ve eşitlikçi bir adalet anlayışını savunan *John Rawls*'un “hakkanîyet olarak adalet” şeklinde özetlenebilecek sosyal adalet yaklaşımı üzerinde durulmalıdır. Liberal düşünce geleneği içinde yer almakla birlikte, “adaleti farklı unsurları içeren bir matris içinde yorumlayan”⁵⁸⁶ Rawls'a göre, adalet diğer tüm değerlerin önemini belirlemeye yarayan bir ölçüt⁵⁸⁷ ve “sosyal kurumların en önde gelen erdemidir.”⁵⁸⁸ Rawls, *Bir Adalet Teorisi* isimli eserinde adaletli bir toplumu düzenleyen temel siyasal, sosyal ve ekonomik kurumları belirlemeye ve toplumda bölüşümü yeniden düzenlemeye çalışır. Bunu yapabilmek için iki varsayımsal araçtan hareket eder: başlangıç durumu (*original position*)⁵⁸⁹ ve cehalet perdesi (*veil of ignorance*).⁵⁹⁰ Böylece, adil ve eşitlikçi bir toplumun dayanması gereken ilkelerin belirlenmesinde keyfî ihtimallere bağlı önyargılı olunması önlenmiş olacak, hiç kimse bu ilkeleri kendi lehine veya başkası aleyhine çeviremeyecek, sonuçta objektif davranılması sağlanacaktır.

Rawls, adalet teorisini temellendirirken orijinal pozisyonda iki adalet ilkesinden söz eder:⁵⁹¹ “(a) Her kişi, tamamen yeterli bir eşit temel özgürlükler şemasında aynı

⁵⁸⁵ YAMIN, Alicia Ely, “The Right to Health Under International Law and Its Relevance to the United States”, *American Journal of Public Health*, Vol. 95, No. 7, July 2005, (ss. 1156-1161), s. 1156.

⁵⁸⁶ Mehmet KOCAOĞLU, *John Rawls: Adalet Teorisi ve Temel Kavramları*, İmaj Yayınları, 2. baskı, Ankara 2015, s. 63.

⁵⁸⁷ Will KYMLICKA, *Çağdaş Siyaset Felsefesine Giriş*, (Çev.) Ebru KILIÇ, 2. baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2006, s. 237.

⁵⁸⁸ John RAWLS, *Bir Adalet Teorisi*, (Çev.) Vedat Ahsen Coşar, Phonenix Yayınevi, 3. baskı, Ankara 2020, s. 32.

⁵⁸⁹ Orijinal pozisyon düşüncesi, adil olduğu konusunda üzerinde anlaşılan ilkelere adil bir usul kurmayı amaçlar. Rawls, 2020, s. 163; bu tarih dışı ve kurmaca durum, adalet ilkelerini seçmek amacıyla tarafların bir araya geldiği soyut bir durumdur. Kocaoğlu, 2014, s. 22.

⁵⁹⁰ Cehalet perdesi arkasında olduklarında tarafların bazı özel olguları bilmedikleri varsayılır. Herşeyden önce, kimse, bu konumdaki kişinin yerini, sınıfını veya sosyal statüsünü bilmediği gibi, kişinin kendisi de doğal varlıklarının ve yeteneklerinin dağıtılmasındaki şansını, kendi zekâsını, gücünü ve benzeri şeyleri bilmez. Rawls, 2020, s. 163-169.

⁵⁹¹ Rawls, 2020, s. 331.

vazgeçilmez hakka sahiptir; bu şema, herkes için aynı özgürlükler şemasıyla uyumludur. (b) Toplumsal ve ekonomik eşitsizliklerin iki koşulu karşılaması gerekir. İlk olarak onların hakkaniyetli fırsat eşitliği koşulları altında herkese açık olan makam ve mevkilerle bağlantılı olmaları gerekir. İkinci olarak, toplumun en az avantajlı üyelerine en büyük yararı sağlamaları gerekir (fark ilkesi).⁵⁹² İkinci ilkeye göre önceliği bulunan birinci ilke, klasik liberal haklara karşılık gelir. İkinci ilke içinde liberal eşitliğe denk düşen⁵⁹³ “hakkaniyetli fırsat eşitliği” fark ilkesinden önce gelmekte olup fırsat eşitliğinden sonra doğacak eşitsizlikleri Rawls, fark ilkesi aracılığıyla ortadan kaldırmayı amaçlamaktadır. Böylece, ortaya çıkacak eşitsizlikler en az avantajlı olanların lehine olacak şekilde, kaynakların yeniden dağıtılmasıyla ortadan kaldırılacaktır.⁵⁹⁴

Rawls’ın birinci adalet ilkesi (klasik hak ve özgürlükler) bakımından devlete pozitif ödevler düşmekte ise de, ikinci adalet ilkesinde (eşitliğin liberal savunusu) bu ödevler daha etkili olmaktadır. Rawls’ın teorisinde öncelik özgürlüğe verilmekte ancak, bu önceliğin özgürlüklerin adil değerini sağlayacak şekilde sosyal ve ekonomik alanda demokratik eşitliği gerektirdiği kabul edilmektedir. Yani, Rawls’ın teorisi hem siyasal hak ve özgürlükleri ve hem de ekonomik refahın dağıtımı ile ilgili alanı düzenler.⁵⁹⁵ Aksi takdirde, sosyal ve ekonomik eşitsizlikler bireylerin özgürlüklerinin adil değerini zedeler.⁵⁹⁶

Rawls’ın teorisinde başlangıçta sağlık alanı kapsam dışında tutulmuş ise de,⁵⁹⁷ daha sonra, özellikle Amartya Sen’in itiraz ve eleştirilerine yanıt mahiyetinde⁵⁹⁸

⁵⁹² John RAWLS, **Hakkaniyet Olarak Adalet**, (Ed.) Erin Kelly, (Çev.) Osman Baş, Pinhan Yayınları, 2020a, s. 71.

⁵⁹³ Rawls, 2020a, s. 72.

⁵⁹⁴ M. Onur ARUN, “Yapabilirlikler Yaklaşımı ve Değerli Yapabilirliklerin Tanımlanması Sorunsalı Yanlış Bilinç mi, Yapısal Eşitsizlikler mi?”, **Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, 2016, (ss. 9-24), s. 12.

⁵⁹⁵ Yolcu, 2018, s. 86.

⁵⁹⁶ Kocaoğlu, 2015, s. 162.

⁵⁹⁷ Rawls’ın *Bir Adalet Teorisi* isimli eserindeki temel görüşü, sağlık gibi doğal malların rasyonel olan birincil sosyal mallar listesinde yer almamasıdır. Doğal mallarla ilgili olarak Rawls, Bir Adalet Teorisi’nde sağlık ve canlılık, zeka ve hayal gücü gibi diğer birincil malların doğal mallar olduğunu,

sağlığın, sadece doğal rastlantı olarak belirlenmediği, sosyal belirleyicilerin sağlık üzerinde doğal rastlantılardan daha belirleyici olabildiği kabul edilerek, özellikle halk sağlığına doğrudan olumlu etki eden temel sağlık hizmetlerinin önemi üzerinde durulmuştur.⁵⁹⁹ Fark ilkesi rehberliğinde sağlık hizmetlerine erişim meselesini ele alan Rawls’a göre, sağlık hizmetlerini sağlamak, en az avantajlı olanların talep ettikleri hizmetin bedelini karşılayamadıklarında onların gelirine takviye yapmak değildir, tam aksine, diğer birincil değerlerde olduğu gibi, özgür ve eşit yurttaşların sağlık ihtiyaçlarını karşılamak demektir. Böylelikle, bir yandan sağlık hizmetinin farklı türlerinin aciliyeti takdir edilmiş olmakta, diğer yandan temel sağlık hizmetlerine ilişkin taleplerin diğer toplumsal ihtiyaçlara göre önceliği tespit edilmektedir. İşte bu, fırsat eşitliği ilkesi tarafından belirlenen aciliyete sahiptir, yani hastalıklar ve kazalar nedeniyle bireyin minimumun altına düşüp toplumsal rollerini yerine getiremediğinde yeteneklerini onarmaya ve iyileştirmeye yönelir.⁶⁰⁰

Bu çerçevede, adil ve eşitlikçi bir toplumda “herkes için temel düzeyde sağlık hizmeti”⁶⁰¹ sağlanmalıdır. Sağlık hakkı Rawls’ın adalet teorisi ile ilişkilendirildiğinde, yaşamsal bir gereksinim olan sağlık hakkının, tüm temel sosyal ihtiyaçlar gibi, toplum tarafından hakkaniyet ve eşitlik temelinde dağıtılması sağlanmalıdır.⁶⁰²

Daniels, sağlık ve sağlığın sosyal belirleyicilerini Rawls’ın teorisine dahil ederek ve hakkaniyetli fırsat eşitliği ilkesinden yola çıkarak, ihtiyacı olan ya da zor durumdaki bireylere sağlık hizmetlerini temin etme zorunluluğunun etik temellerini sorgular. Bunu yaparken, insan türüne özgü normal fonksiyon ve fırsat eşitliği

toplumun temel yapısından etkilenmesine rağmen, doğrudan onun kontrolü altında olmadıklarını belirtir. Bkz. Rawls, 2020, s. 15; Jennifer Pruh RUGER, “Health and Social Justice”, *Lancet*, Vol. 364, (ss. 1075-1080), 2004, s. 1075; Ruger, 2006, s. 283.

⁵⁹⁸ Rawls, Sen’in birincil değerler listesinin hakkaniyetli olmayacak kadar esneklikten uzak olduğu itirazı üzerine, *inter alia*, sağlık konusunu irdemiştir. Bkz. Rawls, 2020a, s. 225-235.

⁵⁹⁹ Rawls, 2020a, s. 229-235; Ruger, 2004, s. 1075; Ruger, 2006, s. 283; Perihan Elif BOR EKMEKCİ, **Tıp Etiği Açısından Sağlık Hakkı ve Romanlar Üzerinde Bir Çalışma**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, 2014, s. 33.

⁶⁰⁰ Rawls, 2020a, s. 233.

⁶⁰¹ *ibid*, s. 235.

⁶⁰² Tahmazoğlu Üzeltürk, 2012, s. 23.

kavramlarını kullanarak ilerleyen Daniels, başlangıçta şu üç soruyu sorar: (i) Sağlığın özel bir etik değeri var mıdır? (ii) Sağlık eşitsizlikleri ne zaman adaletsizdir? (iii) Kaynakların kısıtlı olduğu gözönünde bulundurulduğunda, sağlık hizmetleri nasıl adil ve hakkaniyetli bir şekilde dağıtılabılır?⁶⁰³

Daniels ilk sorusunu, sağlığın ve sağlığın sosyal belirleyicilerinin etik değerini, bireylerin insan türüne özgü normal fonksiyonları göstermelerini sağlamalarından aldığını ileri sürerek yanıtlamaktadır. Bu çerçevede, insan türüne özgü normal fonksiyonları gösteremeyen bireylerin fırsatlara erişimi azalır. Bu nedenle, sağlık ve sağlığın sosyal belirleyicileri, diğer sosyal hizmetlerle karşılaştırıldığında özel bir etik değere sahiptir. Rawls'ın "hakkaniyetli fırsat eşitliği" ilkesini kendi teorisine uygulayan Daniels, sağlık ve sağlığın sosyal belirleyicileri sayesinde bireylerin sağlık gereksinimlerinin karşılanması, fırsat eşitliğine çok önemli bir katkı sağladığı sonucuna ulaşır. Bu bağlamda, ikinci soruya "fırsat eşitliğini bozan sağlık eşitsizliklerinin adaletsiz olduğu" şeklinde yanıt veren Daniels'e göre, bireyin gerekli sağlık donanımına sahip olmaması, sağlık ve sağlığın sosyal belirleyicilerine ilişkin dağıtımın adil yapılmadığının gösterir. Kaynakların kısıtlı oluşundan ötürü, sağlık hizmetlerinin nasıl hakkaniyetli şekilde dağıtılacağı yolundaki üçüncü soruya yanıt verebilmek için "mantığa uygun/makul olduğuna dair hesap verebilirlik" şeklinde dilimize çevrilebilecek "*accountability for reasonableness*" kavramını geliştiren Daniels, bu kavramın hayata geçirebileceği sağduyulu bireylerden oluşan kurgusal bir toplum öngörür. Bu koşullar altında alınan kararların makûl olduğuna dair hesap verilebilirliği sağlaması için, "kamusallık, uygunluk, değiştirilebilirlik ve düzenleyicilik"⁶⁰⁴ koşullarını taşıması gerekmektedir.⁶⁰⁵

⁶⁰³ Bor Ekmekci, 2014, s. 48.

⁶⁰⁴ Bor Ekmekci, 2014, s. 52-53.

⁶⁰⁵ "Kamusallık", alınan kararların ardında yatan rasyonellerin ne olduğuna ilişkin bilgilerin toplum tarafından bilinebilir olmasıdır. Kısıtlı kaynakların ne şekilde dağıtılacağına ilişkin alınan kararların gerekçeleri, sağduyu kişiler tarafından kabul edilen ilke ve değerlerle uyumluysa ya da bu değer ve ilkelere dayanıyorsa "uygunluk" koşulu sağlanmış olur. "Değiştirilebilirlik", kararın uygunluğu ve

Şu hâlde, Daniels'in bakışında sağlık hakkının getirdiği hak ve yükümlülükler ele alınırken, sadece sağlık hizmetleri değil sosyal politikaların sağlığa olan etkileri de gözönünde tutulmalıdır. Sağlık hakkının salt sağlık hizmetlerini kapsadığı düşüncesi eksik ve hatalıdır. İnsana özgü işlevlerin gerçekleştirilebilmesi için gereken sağlık seviyesine erişebilmede, sağlığı ve sağlık hizmetlerini tüm belirleyicileri ile birlikte ele almak gerekir.⁶⁰⁶

Amartya Sen Rawls'ın yaklaşımına eleştirel yaklaşarak, kusursuz adaleti araştırmaktansa dünyadaki adaletsizliği önlemenin önemi üzerinde durur. Adaletin konusu, sadece kusursuz adil topluma veya adil düzenlemelere varmak değil, adaletsizliği önlemektir. Sözelimi, insanlar köleliğe karşı mücadele ederken köleliğin kaldırılmasının dünyayı kusursuz adil bir yer yapacağını ileri sürmüyorlardı. İleri sürülen, köleliğin olduğu toplumun tamamen adaletsiz olduğuydu.⁶⁰⁷ Sen'e göre, Rawls'ın yaklaşımında, en basit hâliyle “bir ülkenin kaynaklarının bütün yurttaşlarına eşit şekilde ya da eşite yakın bölüştürülüyorsa daha iyi bir ülke hâline geleceği” ifade edilse de, bu durum her zaman olumlu netice vermez. Örneğin, yaşamlarını sürdürmek için çocuklar yetişkinlerden daha çok proteine gereksinim duymaktadırlar. Yine, hamile ve emziren kadınlar diğer kadınlara göre daha iyi beslenmelidir. Dolayısıyla, duyarlı bir kamu politikası beslenmeyle ilgili kaynakları herkese eşit olarak dağıtamaz. Çocukların, hamile ve emziren kadınların bu gereksinimlerini gözeterek kaynak dağıtımını yapar. Yine, süregiden toplumsal eşitsizlikler devam ettikçe mesela kadınların eğitim düzeyinin düşük olduğu bir toplumda eğitim fırsatları bakımından kadınlarla erkeklerin eşitlenmesi için kadın eğitime daha fazla kaynak aktarılması gerekir. Aynı şekilde,

geçerliliği hakkında zaman içerisinde elde edilen veriler ışığında kararın gözden geçirilerek değiştirilebilmesidir. “Düzenleyicilik” ise, bir kararın alınmasında önceki üç koşulun karşılandığını denetleyen süreçtir. Bkz. ibid, s. 48-52.

⁶⁰⁶ Norman DANIELS, *Just Health*, Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2008'den nakleden Bor Ekmekci, 2014, s. 47-48.

⁶⁰⁷ Gülriz UYGUR, *Hukukta Adaletsizliği Görmek*, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara 2013, s. 90-91.

fiziksel engelli bireylerin “normal” insanlar kadar toplumsal yaşama katılmaları savunuluyorsa, onlar için daha fazla kaynak ayrılması gerektiği de kabul edilmelidir.⁶⁰⁸

İnsan hakları herkese tanınmış ise, bireylerin bunları kullanmasına getirilen haksız pratikler ve adaletsizlikler görmezden gelinemez. Bunlar, hoşgörüsüzlükten ya da despotizmden kaynaklanacağı gibi, yoksulluk, sağlıksızlık veya eğitimsizlikten de kaynaklanabilir. Sen’e göre, ekonomik olanaklar, siyasal özgürlükler, sosyal güçler ve iyi sağlık, temel eğitim, girişimlere teşvik ve yetiştirme şartlarının sağlanması bireylerin başarabileceklerini belirler.⁶⁰⁹ Sen’in teorisinde özgürlük kavramının çok önemli bir yeri vardır. “Özgürlükler sadece seçme ve seçilme hakkı gibi formel özgürlükleri değil, fakat sağlık ve eğitim hakkı gibi reel özgürlükleri de kapsar.”⁶¹⁰

Sen, bu özgürlük anlayışını ve devletçe sosyal adaletin sağlanmasına yönelik temel gereksinimlerin belirlenmesini *Yapabilirlik (Capability)* teorisinde ortaya koyar. Yapabilirlik “bireyin var olabilme olanaklarına” işaret eder. Temel gereksinimlerin karşılanmasının önemi, sadece faydaya dayanmaz. Dolayısıyla temel gereksinimlerin karşılanması, sadece insanların sahip olduğu maddî değerler ile ilişkilendirilemez. Ülkelerin GSYİH miktarlarının artmasından ziyade bunun nasıl dağıtıldığı önem taşır.⁶¹¹

Yapabilirlik eksikliklerinden biri olarak ele aldığı *açlık* konulu eserinde Sen, açlığın yalnızca gıda eksikliğinden kaynaklanmadığını, insanın gereksinim duyduğu şeyleri elde etmesi için olanaklarının bulunmamasıyla (örneğin yoksulluk, işsizlik gibi) ilgili olduğunu vurgular. Dolayısıyla, yalnızca gıda yardımı yapmak çare değildir. Gerçek çözüm, yaşamsal gereksinimleri karşılamak için iş ve başka kaynaklar yaratarak

⁶⁰⁸ Nussbaum, 2018, s. 73-75.

⁶⁰⁹ Amartya SEN, *Development as Freedom*, New York, Alfred A Knophi, 2000, s. 5.

⁶¹⁰ Hülya KİRMANOĞLU, *Amartya Sen’in Özgürlük ve Kalkınma Üzerine Düşüncelerine Bir Bakış*, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Maliye Araştırma Merkezi Konferansları 47. Seri, Prof. Dr. Türkan Öncel’e Armağan, 2005, s. 25.

⁶¹¹ Kirmanoğlu, 2005, s. 28.

kırılgan ve dezavantajlı konumdaki halkın yetersiz koşullarının iyileştirilmesidir.⁶¹² Bu örnek sağlık hakkına uyarlandığında, hastalanan bireyler için hastaneler kurarak sağlık hizmeti sunmak çare değildir. Sağlığın sosyal belirleyicileri olan yoksulluk, gelir eşitsizliği, cinsiyet, eğitim, meslek gibi dezavantajlı konumların koşullarının iyileştirilmesi gerekir.

Sen, bireylerin sosyal ve diğer kaynaklardan ne kadar pay alması gerektiğinin, onların yapabilirliklerine bağlı olarak belirlenmesinin adaletin gereği olduğunu belirtir. Bu bağlamda, bireyin kazandığı işlevlerin sağladığı iyilik hâlinin eşit olmasının adil olduğunu savunur. Böylece bireyler, toplum tarafından değer verilen ve bireysel olarak değer atfettikleri işlevleri yerine getirebilecek fırsatlara ulaşmış olurlar. İşte bu koşullar altında, bireyler arasındaki fırsat eşitliği sağlanmış olur. Bu akıl yürütme gereğince, yapabilirlik yaklaşımı, sağlığı doğal olarak içerdiği gibi, adil bir sosyal sistemin parçası olarak devletin yurttaşlara sağlık hizmeti sunması gerektiğini öngörür.⁶¹³ Nitekim, Sen, toplumları tek tek değerlendirmeye aldığında, sağlık, eğitim, siyasi katılım, ırk, din ve cinsiyet ayrımcılığına karşı durmak gibi belirli yapabilirlikleri diğerlerinden daha önemli oldukları için öne çıkarır.⁶¹⁴

Yapabilirlik yaklaşımının bir diğer öncü ismi olan ve bu yaklaşımı insan hakları teorisine taşıyan *Nussbaum*, “yaşam kalitesini karşılaştırmalı olarak değerlendirmeyi ve sosyal adaleti sağlayacak temel konularla ilgili bir kuram oluşturmayı amaçlayan bir yaklaşım” olarak tanımladığı teorisinin *tercihe* veya *özgürlüğe* odaklandığını, zira toplumların insanlar için yapacağı en önemli iyiliğin, geniş bir yelpazede bir dizi fırsat sunarak onlara özgürlük sağlamak olduğunu söyler; bireyler kendilerine sağlanan bu fırsatları değerlendirir ya da değerlendirmez, tercih onlarındır. Toplumda kök salmış

⁶¹² Nussbaum, 2018, s. 162.

⁶¹³ Bor Ekmekci, 2014, s. 59.

⁶¹⁴ Nussbaum, 2018, s. 88.

toplumsal adaletsizlik ve eşitsizliklere vurgu yapan Nussbaum, özellikle de ayrımcılık ve yok sayılmanın sonucu olarak yapabilirliklerin zaafa uğradığını belirtir.⁶¹⁵

Nussbaum’a göre, dünyanın her ülkesinde insan onuruna yaraşan bir yaşamın ötesinde, eşitlik ve adalet için mücadele verilmektedir. BM nezdindeki insanî gelişmişlik raporları daha çok gelişmekte olan ülkeleri kapsıyormuş gibi düşünülse de, son zamanlarda zengin ülkelerin de bu raporları hazırladıkları bilinmektedir. Sözelimi, sağlık hizmetleri ve beslenme konusundaki eşitsizlik ABD’de de çok yaygındır. Oysa bu ülkenin zenginliği düşünüldüğünde böyle bir zaafın kabul edilmesi mümkün değildir. Bu nedenle, bireyler için tam anlamıyla yeterli bir yaşam kalitesi ve toplumsal adalet sağlanamadıkça, “...bütün ülkeler birer gelişmekte olan ülkedir. Tamamı, her bir bireye saygın ve fırsatlarla dolu bir hayat sağlamak açısından sınıfta kalmıştır.”⁶¹⁶

Bu bağlamda, *insan onuru* kavramını öne çıkaran Nussbaum, “insan onuruna yaraşan bir hayatın neler gerektirdiğini” sorgular. Asgari düzeyde, on kalem şeklinde merkezî yapabilirlikler listesi sunar ve bu yapabilirliklerin gerçek anlamda insanî işlevleri yerine getirebilmesi için devlete pozitif yükümlülükler atfeder. Nussbaum’a göre, devletin görevi “insanların onurlu ve asgari bir gelişmeye imkân veren bir hayat sürmelerini sağlamak ve ahlâklı bir siyasi düzen altında bütün yurttaşlar için on Merkezî Yapılabilirlik’i bir asgari eşik olarak hayata geçirmek”tir.⁶¹⁷ Bunun anlamı, yapabilirlikler listesinin ideal bir temel haklar listesi olmayıp bilakis, bir *eşik seviyesine* işaret etmesidir.⁶¹⁸ Nussbaum, on kalemlik yapabilirlikler listesini temel hak ve özgürlükler ile anayasal hukuk düşüncesine temel kabul eder.

Teorisini uluslararası insan hakları hareketiyle doğrudan ilişkili ve insan hakları temelli yaklaşımın bir türü olarak niteleyen Nussbaum, “her iki yaklaşımın ortak temelinde bütün insanların insan olmaktan kaynaklanan özlük hakları ve bu haklara

⁶¹⁵ ibid, s. 34-35.

⁶¹⁶ ibid, s. 31.

⁶¹⁷ ibid, s. 49.

⁶¹⁸ ibid, s. 57.

saygı gösterip desteklemenin toplumun en temel görevi olduğu fikrinin varolduğunu” belirtir.⁶¹⁹ Ayrıca, insan haklarıyla üstlenilmesi gereken sorumluluklar arasındaki bağlantının üzerinde de açıkça durur. Temel insan hak ve özgürlüklerini kapsayan merkezî yapabilirlikler düşüncesi ile yükümlülükler düşüncesi arasında kavramsal bir bağ bulunmaktadır. Belirli kişi ve gruplara belirli sorumluluklar yüklenmese bile, hak ve özgürlüklerin yerine getirilme sorumluluğu vardır. “Bu görev ve sorumluluk en başta tüm yurttaşlarına bütün hak ve özgürlükleri yeterli bir eşik düzeyde dağıtmakla sorumlu olan ülkenin politik yapısına aittir.” Nussbaum, yoksul ülkelerin tek başlarına bu yükümlülüğü yerine getiremeyeceğini belirterek, uluslararası insan hakları sözleşmelerinde öngörülen uluslararası yardım ve teknik işbirliği ilkesinin altını çizer.⁶²⁰

Devletin, varoluş amacı bağlamında görevi, insanların onurlu bir hayat sürmelerini asgari düzeyde sağlamaktır. Merkezî olmayan yapabilirlikler devletin görevleri arasında olmasa da, şayet asgari düzeyde adaletli bir ülkeden söz edilecekse, listede yer alan on yapabilirlikten devlet sorumludur.⁶²¹ Birinci kuşak haklarla ikinci kuşak haklar ayrımını da reddeden Nussbaum, bu ayrımın klasik hakların ekonomik ve sosyal koşullarla bir ilgisi olmadığı iddiasıyla yapıldığını ileri sürer. Oysa, yapabilirlikler yaklaşımına göre hakların koşullarla ilgisi vardır, bütün hak talepleri bir dereceye kadar ekonomik ve sosyal haklardır, zira, tümü için ödenek ayırmak dahil olmak üzere, devletin pozitif ayrımcılık yapması gerekir.⁶²²

Nussbaum’un yapabilirlikler listesinde yer alan unsurlardan biri de, “*Beden sağlığı: Üreme sağlığı da dahil, insanın sağlığının her açıdan yerinde olması; yeterli şekilde beslenmesi; uygun bir konutta oturması*”dır.⁶²³ Nussbaum’un sağlık kavrayışı

⁶¹⁹ ibid, s. 80.

⁶²⁰ ibid, s. 81.

⁶²¹ ibid, s. 82-83.

⁶²² ibid, s. 84.

⁶²³ Merkezî Yapabilirlik Listesi şöyledir: “1.Yaşam. İnsan ömrünün sonuna kadar yaşayabilmesi; zamanından önce ya da hayatı yaşamaya değmeyecek kadar kısıtlanmadan ölmemesi. 2. *Beden sağlığı*. Üreme sağlığı da dahil, insanın sağlığının her açıdan yerinde olması; yeterli şekilde beslenmesi; uygun bir konutta oturması. 3.*Bedensel Bütünlük*. İnsanın bir yerden bir yere özgürce gidebilmesi; cinsel saldırı ve ev içi şiddet dahil, her türlü saldırıya karşı güvende hissetmesi; cinsel tatmin imkânına ve üreme

DSÖ'nün “fiziksel, bedensel ve sosyal tam bir iyilik hâli” tanımına uygundur.⁶²⁴ Ona göre, yapabilirlikler listesindeki on kalemde her biri, devletin bütün yurttaşları eşik düzeyin üstüne çıkarmakla yükümlü olduğu alanlardır.⁶²⁵

Nussbaum'a göre, “bütün insanların sınıf, din, kast, ırk veya cinsiyet gözetilmeksizin eşit değere ve onura sahip olduğundan hareket eden ve herkesin insan onuruna yakışan bir hayata ulaşmasını hedefleyen” yapabilirlikler yaklaşımının, egemen yaklaşımların eksikliklerine karşı getirdiği çözüm önerisi, yaşam kalitesi üzerine geliştirdiği karşılaştırmalı bakış açısı ve temel alınacak bir toplumsal adalet kuramıdır. Bu yaklaşım, dezavantajlı grupların yaşam mücadelelerine odaklanarak, diğerlerinin yanı sıra bölüşümle ilgili konulara eğilir. İnsanların seçim yapma ve harekete geçme kapasitelerinin eşitlenebilmesi için gereksinim duyacakları kaynak miktarının farklı olacağı gerçeğini hatırlar tutar.⁶²⁶

Sen'in ve Nussbaum'un yapabilirlikler teorisinden yola çıkarak sağlık hakkı bakımından şu sonuçlara ulaşılabilir: Sağlığın sosyal belirleyicilerine yani sağlık

konusunda seçim hakkına sahip olması. 4.*Duyular, hayal gücü ve düşünce.* İnsanın hayal kurabilmesi, düşünebilmesi, karar verebilmesi ve aklını kullanabilmesi –ve bunları “insana uygun” bir şekilde, okuryazarlık, temel matematik ve fen bilimleri eğitimi de dahil, ancak bunlarla sınırlı olmayan bir eğitimle bilgilenmiş, donanmış şekilde yapabilmesi. İnsanın hayal gücünü ve düşüncelerini kullanarak kendini dini, edebi, müzik v.b. seçimime uygun şekilde yaşaması ve üretimde bulunması. Aklını politik ve sanatsal konuşmalarında, ifade özgürlüğünün güvence altına alındığı ve dini ibadetini yerine getirme özgürlüğünün korunduğu ortamlarda kullanabilmesi. Keyif aldığı deneyimler yaşayabilmesi ve kendine yararı yoksa acı çekmekten kaçınabilmesi. 5.*Duygular.* İnsanın kendi dışındaki şeylerle ve insanlarla bağ kurabilmesi; ona değer verip sevenleri sevmesi, yokluklarında yas tutabilmesi; genel olarak sevebilmesi, yas tutabilmesi, hasret, minnettarlık ve haklı öfke duyabilmesi. Kendi duygusal gelişimini korku ve kaygılarla harap etmemesi. 6.*Pratik Akıl.* İnsanın iyi olanı kavrayabilmesi ve kendi hayatını planlarken eleştirel bir bakışa sahip olabilmesi. 7.*Bağlanma.* (A) İnsanın başkalarıyla birlikte yaşayabilmesi, başka insanlara olan ilgisini belirtmesi ve göstermesi, çeşitli toplumsal ilişki biçimlerinde yer alabilmesi; başkasının içinde bulunduğu durumu anlayabilmesi. (B) Kendine saygının ve hor görülmemenin toplumsal temelini olması, insanlara değer açısından herkesle eşit ve onurlu kişiler olarak davranılması. Bu kapsamda ırk, cinsiyet cinsel yönelim, etnik köken, kast, din, ulusal köken ayrımcılığını engelleyici önlemlerin alınması. 8.*Öteki türler.* İnsanların hayvanlarla, bitkilerle ve doğayla ilişki içerisinde ve onları gözeterek yaşayabilmesi. 9.*Oyun.* İnsanın gülüp oynayabilmesi, eğlendirici faaliyetlerde bulunabilmesi. 10.*Kişinin çevresine yönelik denetimi.* (A) *Siyasi.* İnsanın yaşamın bir parçası olan siyasi seçimlere etkin şekilde katılabilmesi; siyasi katılım, ifade özgürlüğü ve dernekleşme hakkının korunması. (B) *Maddi.* Mülk edinebilmesi, herkesle eşit mülkiyet hakkına sahip olması; herkesle eşit iş arama hakkına sahip olması; yasal izin olmaksızın aranmama ve yakalanmama özgürlüğüne sahip olması. İş hayatında insana yaraşan ve kararlar alabileceği şekilde çalışabilmesi, iş arkadaşlarıyla karşılıklı saygıya dayalı anlamlı ilişkiler kurabilmesi.” Bkz. Nussbaum, 2018, s. 49-51.

⁶²⁴ Bkz. TENGLAND, Per Anders. “Health and Capabilities: a Conceptual Clarification”, **Medicine Health Care and Philosophy** 23, (ss. 25-33), 2020. <https://doi.org/10.1007/s11019-019-09902-w> (Erişim Tarihi: 2 Haziran 2020).

⁶²⁵ Nussbaum, 2018, s. 127.

⁶²⁶ ibid, s. 204.

hakkına erişim bakımından dezavantajlı kişi ve gruplara odaklanılarak, sağlık eşitsizliklerini ortadan kaldırmaya yönelik eşik seviyede yapabilirlikleri sağlamak devletin yükümlülükleri arasındadır. Gerçekten de, sağlığın sosyal belirleyicileri dikkate alındığında, gelir dağılımındaki eşitsizliklerin, daha çok toplumdaki yoksul, dezavantajlı ve incinebilir kesimlerin sağlığını olumsuz etkilediğini söylemek mümkündür. Öte yandan, sağlık hizmetleri niteliği gereği pahalı ve maliyetli hizmetler olup yoksul kesimlerce karşılanması mümkün değildir. Bu nedenle, toplumun sözü edilen kesimlerini koruyan ve kaynakların dağıtımını buna göre düzenleyen, devlet desteği olmadan sağlık giderlerini ödeme gücü olmayan bireylerin temel sosyal haklardan faydalanmasını sağlayan bir sağlık hizmet sistemi kurulmasının ve toplumsal temel yapının en dezavantajlı kesimler lehine düzeltilmesinin, *insan onurunun* ve *sosyal adaletin* gereği olduğu açıktır.

Sosyal haklar içinde sağlık hakkının unsurlarını belirleyen ve bu alanda kaynak dağıtımının nasıl yapılacağına kafa yoran bir diğer düşünür ise *Fabre*'dir. Fabre'nin yaklaşımında, sosyal haklar⁶²⁷ özerklik ve refah odaklı ahlakî bir değere dayanır.⁶²⁸ Bu iki ilke asgari iyi bir yaşam için öncelikli şarttır ve bu yaşama sahip olmada herkes eşit çıkarlara sahiptir. Bireyin gereksinimleri ile özerkliği arasında yakın ilişki vardır. Bu bağlamda, sağlık hizmetlerine erişemeyen birey özerk olamayacağı gibi, açlık, yoksulluk ve hastalık gibi yoksunluk hâllerinde refah içinde olduğundan bahsedilemez.⁶²⁹

Fabre'ye göre, sağlık hakkı üç unsurdan oluşur. Bunlar, temel sağlık hakkı, sağlık hizmetlerine erişim hakkı ve bireysel özerkliğine ilişkin haklar (gizlilik, kişisel

⁶²⁷ Fabre'nin çözümlemesinde sosyal haklar şu şekilde formüle edilir: (1) Her birey özerklik (*autonomy*) ve refah (*well-being*) temellerine dayanan düzgün (*decent*) bir yaşama sahip olmada eşit temel bir menfaate sahiptir. (2) Bireyler bu menfaat ve onun iki unsuruna (özerklik ve refah) saygı duyulmasını gerektiren haklara sahiptir. (3) Bu hakların bireylere verilmesi, düzgün bir hayat süren kişiler olmanın 'ahlakî' değeri ile izah edilir. (4) Eğer bireylerin bazı ihtiyaçları karşılanmazsa, böyle bir kişi olamazlar. (5) Bu yüzden, bireyler bu ihtiyaçlarının karşılanması için eşit haklara sahiptir. Cecile FABRE, **Social Rights Under the Constitution**, Oxford University Press, Oxford 2000, s. 8.

⁶²⁸ Fabre, 2000, s. 8; Yolcu, 2018, s. 22.

⁶²⁹ Fabre, 2000, s. 8; Tahmazoğlu Üzeltürk, 2012, s. 26.

sağlık verilerine ulaşabilme, bilgi alma ve tıbbî müdahaleye karar verebilme hakları)'dır.⁶³⁰ Bu üç unsuru kapsayan sağlık hakkının bireylere sağlanması elzemdir. Ancak, bazı toplumlarda bütçenin tamamı sağlık hizmetlerine ayrılrsa bile bunun yeterli olmayacağına dikkat çeken Fabre, kaynakların nasıl dağıtılacağına ilişkin şu öneriyi getirir: Refah ve özerklik asgari iyi bir yaşam için öncelikli koşul ise, hastalığın bu iki koşula zarar verip vermeyeceğine göre karar verilmesi gerekir.⁶³¹ Fabre, yoksulluk sınırında ya da bunun altında olan kişilerden sağlık hizmet sunumu için bedel alınmamasını önerir. Birey bu durumda sağlık hizmetlerinden ücretsiz yararlanmalıdır. Bu durumda, üç unsurdan oluştuğunu ifade ettiği sağlık hakkına “sağlık hizmeti için yapılacak ödeme eğer bireyi yoksulluk eşiğinin altına düşürüyorsa ödeme yapmama hakkı”nı eklemektedir.⁶³²

Kuçuradi'nin insan hakları sınıflandırmasında, temel hakların ikinci grubunu oluşturan yurttaşlık hakları bağlamında sağlık da insan haklarından sayılmakta,⁶³³ dolayısıyla sağlık hakkının devlet tarafından tanınan bir hak olarak korunabileceği kabul edilmektedir.⁶³⁴ İnsanın yapısal olanaklarının gerçekleştirilebilmesi için hakların kullanmasının önündeki engellerin kaldırılması ve bunu sağlayacak toplumsal temel yapının inşâ edilmesi gerekir. Yoksulluk, bireyin yapısal olanaklarını gerçekleştirebilmesinin önündeki başat engellerden biridir. Bu bağlamda, hasta olduğu hâlde ödeme gücü olmadığı için sağlık hizmetinden faydalanamayan bir kişinin yapısal olanaklarını gerçekleştirebildiğinden söz edilemeyeceğine göre, *insan onurunun* gereği olarak⁶³⁵ bir insan hakkı olan sağlık hakkının tanınması elzemdir.

⁶³⁰ Fabre, 2000, s. 37-39; Yolcu, 2018, s. 79-80.

⁶³¹ Fabre, 2000, s. 35; Tahmazoğlu Üzeltürk, 2012, s. 27.

⁶³² Fabre, 2000, s. 38-39; Tahmazoğlu Üzeltürk, 2012, s. 27-28.

⁶³³ Kuçuradi, 2016, s. 76-77; Yücel Dericiler, 2014, s. 64.

⁶³⁴ Kuçuradi, 2016, s. 77-78; Tepe, 2009, s. 102; Tahmazoğlu Üzeltürk, 2012, s. 17-18; Yücel Dericiler, 2014, s. 64.

⁶³⁵ Yücel Dericiler, 2014, s. 67-68.

C. Sağlık Hakkının Konusu ve Kapsamı

İnsana dair bütüncül yaklaşım, sağlık hakkının kapsamının belirlenmesinde bize ışık tutabilecek bir göstergedir. Sağlık kavramının, yalnızca “hastalık ve sakatlık olmayışı”ndan ibaret dar anlamından, bunun yanı sıra “bireyin bedensel, ruhsal ve sosyal bütünlüğüyle tam bir iyilik hâlinde olma”ya evrilmesi, sağlığın sosyal yönünün özellikle görünür kılınması ve uluslararası insan hakları sözleşmeleri ile ulusal anayasalarda sağlık hakkının bir insan hakkı olarak düzenlenmesi sağlık hakkının kapsamını genişletmiştir.

Sağlık hakkının kapsamı üç çekirdek unsurdan meydana gelir:⁶³⁶

Birincisi, “temel sağlık hakkı”dır. Bu hakkı gerçekleştirmeye yönelik temel sağlık hizmetlerinin amacı, devletler tarafından gerekli tedbirleri alarak insanların hastalanmasının önüne geçmektir.⁶³⁷ Alma-Ata Bildirgesi’nde temel sağlık hizmetlerinin amacı “biyomedikal ve sağlık hizmetleri alanlarında yürütülen araştırmaların sonuçlarını ve halk sağlığı deneyimlerini” temel alarak, “toplumdaki temel sağlık sorunlarına yanıt vermek, bu doğrultuda geliştirici, koruyucu, tedavi edici ve rehabilite edici hizmetler sunmak” olarak öngörülmektedir. Bu bağlamda, “yaygın sağlık sorunlarıyla ve bunların önüne geçilip denetim altına alınmasıyla ilgili eğitimler;⁶³⁸ gıda temininin ve uygun beslenmenin desteklenmesi; yeterli miktarda güvenli suyun ve temel hijyenin temini; aile plânlaması da dahil olmak üzere anne ve çocuk sağlığına yönelik hizmetlerin sunulması; belli başlı bulaşıcı hastalıklara karşı aşılama; yerel salgın hastalıkların önlenmesi ve denetimi; sık rastlanan hastalık ve

⁶³⁶ Fabre, 2000, s. 37-39; Tahmazoğlu Üzeltürk, 2012, s. 18; Yolcu, 2018, s. 79-80.

⁶³⁷ Tahmazoğlu Üzeltürk, 2012, s. 18.

⁶³⁸ Örnek olarak, sağlıkla ilgili gerekli enformasyona sahip olmak bakımından eğitim hakkına sahip olmanın oynadığı rol önemlidir. Bkz. Brigit TOEBES, “The Right To Health”, **Economic, Social, and Cultural Rights A Textbook**, (Eds.) Asbjørn Eide, Catarina Krause, Allan Roses, Second Revised Edition, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London 2001, (ss. 169-190), s. 174-175.

yaralanmalara yönelik uygun tedaviler ve temel ilaçların sağlanması” temel sağlık hizmetlerinin kapsamında sayılmaktadır.⁶³⁹

İkincisi, “sağlık hizmetlerine erişim hakkı”dır. Bu kapsamda, acil durumlarda devletin acil sağlık hizmetlerini sunma yükümlülüğü, salgın hastalıklarla mücadele, fiziksel ve mental hastalıklarda zorunlu ilaçların temini, hekime erişebilirlik, sağlık hizmetlerine ulaşılabilirlik, incinebilir grupların durumlarına göre iyi kalitede sağlık hizmeti sunma yükümlülüğü sayılabilir.⁶⁴⁰

Üçüncüsü ise, bireysel özerklikle ilgili haklar olup kendi içinde dördü ayrıma tâbi tutulmaktadır. Bunlardan “sağlık bilgilerinin gizliliği hakkı” ve “bireyin kendine ait kişisel sağlık verilerine erişim hakkı” bireyin özel hayatının korunmasını amaçlamaktadır. Neden ve nasıl bir tıbbî müdahaleye tâbi tutulacağını bilerek (tam olarak bilgilendirilerek) “tıbbî müdahaleye önceden onay verme hakkı” ile “tedaviyi reddetme hakkı” ise, bireyin özerkliği ilkesinin sonucudur.⁶⁴¹

14 nolu GY’nin 8. paragrafında, sağlık hakkını düzenleyen 12. maddenin normatif içeriğiyle ilgili olarak, sağlık hakkının iki veçhesi olduğuna işaret edilerek şu tespit yapılır:

“...Özgürlük boyutu, bir kimsenin, cinsiyet ve üreme özgürlükleri de dahil olmak üzere kendi sağlığı ve vücudunun kontrolünü elinde bulundurması; işkence, rızaya dayanmayan tıbbî ve deneysel müdahaleler gibi müdahalelere tâbi olmamasını içermektedir. Hak boyutu ise, insanların ulaşılacak en yüksek sağlık standardından eşit şekilde faydalanmasına olanak tanıyan bir sağlık sistemine sahip olma hakkını içermektedir.”⁶⁴²

⁶³⁹ Naomi ROGERS, **A History of The World Health Organization**, New Haven: Yale University Global Health Course, 2008’den nakleden Basu, 2011, s. 318-319.

⁶⁴⁰ Tahmazoğlu Üzeltürk, 2012, s. 29.

⁶⁴¹ ibid, 2012, s. 18.

⁶⁴² Çeviri için bkz. Uyar, 2006, s. 239.

14 nolu GY'nin 12. paragrafında sağlık hakkının unsurları ise mevcudiyet, erişilebilirlik, kabul edilebilirlik ve kalite olarak belirlenmiştir.⁶⁴³ Devletler tarafından asgari olarak sağlanması gereken bu dört unsura örnek olarak, sağlık hizmetlerinin sunumunda ayrımcılık yapılmaması, dezavantajlı veya incinebilir kişi ve grupları korumaya yönelik tedbirlerin alınması, gelir seviyeleri dikkate alınarak sağlık hizmetlerinin fiyatlarının belirlenmesi ve belirlenen fiyatların hizmete erişilebilirliği engellememesi, verilen hizmetin insanî koşullarda sunulması için belirli standartları taşıması sayılabilir.⁶⁴⁴ Bunlara riayet edilmemesi sağlık hakkının ihlâl edildiğini gösterir.

Weale'in haklı olarak belirttiği gibi, sağlık hakkının mevcudiyeti, erişilebilirliği ve kalitesi insan onuruna saygı ilkesine karşılık gelmektedir. İnsan onuruna saygı ile

⁶⁴³ "12. Sağlık hakkı, her anlamda ve her aşamada gerçekleşmesi belirli bir ülkedeki koşullara dayalı olan temel unsurları içermektedir:

"(a) *Mevcudiyet*. Taraf devletteki kamu sağlık hizmetleri, sağlıkla ilgili mallar, olanaklar, hizmetler ve sağlık programları yeterli miktarda olmalıdır. Bu olanakların, malların ve hizmetlerin kapsamı taraf devletin gelişim düzeyi gibi birçok faktöre de bağlı olarak değişecektir. Ancak, sağlıkla ilgili göstergeler, güvenli içme suyu ve yeterli sağlık hizmetleri, klinikler ve sağlıkla ilgili diğer binalar, yetişmiş, yeterli maaşla çalışan tıbbî profesyonel personel ve Temel İlaçlarla İlgili Dünya Sağlık Örgütü Eylem Plânı her zaman bu kapsam dahilindedir.

"(b) *Erişilebilirlik*. Sağlıkla ilgili olanaklar, mallar ve hizmetler ayrımcılık gözetilmeden taraf devletin yetkisi altındaki herkes açısından erişilebilir olmalıdır. Erişimin birbiriyle örtüşen dört yönü vardır:

Ayrımcılık yasağı: Sağlık olanakları, malları ve hizmetleri özellikle toplumun risk altındaki kesimleri başta olmak üzere, herkes açısından, hukuken ve uygulamada da, herhangi bir ayrımcılık gözetilmeden erişilebilir olmalıdır.

Fiziksel erişilebilirlik: Sağlık olanaklarına, mallarına ve hizmetlerine, özellikle toplumun risk altındaki kesimleri, etnik azınlıklar, yerel nüfus, kadınlar, çocuklar, gençler, yaşlılar, engelli insanlar ve HIV/AIDS pozitif insanlar başta olmak üzere herkesin güvenli fiziksel erişimi mümkün olmalıdır. Erişim, aynı zamanda, kırsal alanlarda da sağlık hizmetleri ve sağlıkla ilgili güvenli ve içilebilir su ve yeterli sağlık koşulları gibi sağlık göstergelerine erişimi anlamındadır. Erişim, ayrıca binaların engelli insanların erişimini sağlayacak nitelikte olması anlamındadır.

Ekonomik erişilebilirlik (bedeli ödeyebilme): Herkes sağlık olanaklarına, mallara ve hizmetlere erişimin bedelini ödeyebilmelidir. Sağlıkla ilgili gerek kamusal gerekse özel sektör hizmetlerinin, hakkaniyet ilkesine dayalı olarak toplumdaki dezavantajlı kesimleri de içerecek şekilde, bedelinin herkes tarafından ödenebilmesi güvence altına alınmalıdır. Hakkaniyet ilkesi daha yoksul olan hane halklarının daha zengin durumdaki hane halkına göre orantısız bir sağlık masrafı altına girmesinin engellenmesini gerektirir.

Bilgiye erişebilme: Erişilebilirlik, sağlıkla ilgili konularda bilgi talep etme, bilgi alma ve bilgi verme ve görüş bildirmeyi içermektedir. Ancak, bilginin erişilebilirliği kişisel sağlık bilgilerinin gizliliğini zedelememelidir.

(c) *Kabul edilebilirlik*. Bütün sağlık olanakları, mal ve hizmetleri tıbbî etiğe saygı göstermeli ve kültürel açıdan uygun olmalıdır. Bireylerin, azınlıkların, halkların, toplulukların kültürlerine saygı duyulmalı, cinsiyet konusundaki duyarlılıklar ve hayat döngüsünün gerekleri gözönünde tutulmalı ve aynı zamanda hizmetler gizlilik esası ve ilgililerin sağlık durumunun geliştirilmesine özen göstermelidir.

(d) *Kalite*. Kültürel açıdan kabul edilebilir olmanın yanı sıra, sağlık olanakları, malları ve hizmetleri, bilimsel ve tıbbî açıdan uygun ve kaliteli olmalıdır. Bu, *inter alia*, deneyimli tıbbî personel, bilimsel açıdan onaylı ve kullanım süresi sona ermemiş ilaç ve hastane teçhizatı, güvenli ve kullanıma elverişli su ve yeterli hijyen koşullarını gerektirir."

⁶⁴⁴ Sever, 2018, s. 79.

sağlık hakkının temel unsurları arasındaki bağlantı bazı durumlarda doğrudan, bazılarında daha dolaylıdır. Bağlantı, herkes için yüksek kaliteli sağlık hizmetinin mevcut olması şartıyla doğrudandır. Sonuçta, eğer bireyler arasında eşit bir onur sözkonusu ise, o zaman sağlık hizmetlerini bazılarına erişilebilir kılmak, bu prensibe doğrudan bir saldırı olacaktır. Tıpkı eşitlik ilkesi ile mevcudiyet kavramı arasında olduğu gibi, onur ideali ile kaliteli bakım kavramı arasında da doğrudan bir bağ vardır. Örneğin, kamu kurumları bir kişinin aldığı sağlık hizmeti kalitesi ile diğerinin aldığı hizmet kalitesi arasında bir ayrım yaparsa iki vaka arasında sadece hizmet farkından değil, kişinin onuruna saygı duyulmamasından söz edilir. Dahası, muamele farklılıkları toplumun dezavantajlı gruplarına karşı sistematik bir biçimde ilerlediğinde, insan onuruna yönelen eşitsizlik daha da artar.⁶⁴⁵

D. Sağlık Hakkının Özneleri

Diğer sosyal haklar gibi, sağlık hakkı da herşeyden önce insan haklarının ilişkisel doğasından ötürü bütün insanların tam anlamıyla yararlanması gereken bir haktır. Dolayısıyla, aslolan *hak temelli* yaklaşımla sağlık politikalarının yöneldiği kesimi genişletmek ve olabildiğince dezavantajlı kesimlerin eşitliğini önceleyecek şekilde tüm bireylere yaygınlaştırmaktır.⁶⁴⁶

Sağlık hizmetlerinin nasıl plânlanacağı ve örgütleneceği meselesi, aynı zamanda insan haklarına ilişkin olduğundan, sağlık hakkı yönünden dezavantajlı grupların öncelikli olarak korunmasının hedef tutulması⁶⁴⁷ temel kuraldan bir sapma olarak görülmemelidir. Nitekim, ESKHK'nin 3 nolu GY'sinde devletin kaynak sıkıntısı çektiği dönemlerde dahi, sözleşmesel hakları mümkün olan en geniş şekilde gerçekleştirme

⁶⁴⁵ Albert WEALE, "Between the Highest and the Attainable? Reflections on the Right to Health", **Essex Human Rights Review**, Vol. 5, No. 1, 2008, (ss. 1-4), s. 2.

⁶⁴⁶ UN, "Transforming our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development", UN General Assembly, 21 October 2015. UN Doc A/RES/70/1; WHO, **Human rights and health, Key Facts**, 2017.

⁶⁴⁷ Sever, 2018, s. 75.

yükümlülüğünün devam ettiği; ekonomik gerileme, uyum süreci gibi nedenlerle kaynak sıkıntısının çok artması hâlinde bile, risk altındaki grupların düşük maliyetli programlar yoluyla korunması gerektiği vurgulanmıştır.⁶⁴⁸ Bu yaklaşımdan hareketle, sağlık hakkının öznelere genel özne ve spesifik özneler olarak ayrımına tâbi tutmak mümkündür.

1. Genel Özne: Herkes

İnsan hakları temelinde bir hakkın öznesi “hakkı kullanan ve haktan yararlanan kişi”dir. Belirli bir özneye yönelen uluslararası insan hakları sözleşmeleri hariç, kural olarak, insan haklarının sahibi olan özne “herkes”tir.⁶⁴⁹ Modern anlamda insan haklarının doğuşu ve tarihsel gelişim süreci dikkate alındığında, bireyi yücelten Aydınlanma Felsefesi çerçevesinde insan hakları fikri ile bireyin tarihsel bir özne olarak ortaya çıkması eş zamanlıdır. Bu nedenle, hem genel özne ve hem de spesifik özneler bakımından genel kural, hak süjesinin “birey” olmasıdır.⁶⁵⁰ Devletler açısından bakıldığında ise, insan hakları sözleşmelerini kabul eden devletler egemenlik alanı içinde yaşayan tüm bireyler için sözleşmesel hak ve özgürlükleri tanımak ve güvence altına almak zorundadır.⁶⁵¹

Sağlık gibi herkes için ve fakat, bilhassa toplumun yoksul ve dezavantajlı kesimleri lehine karşılanması gerekli sosyal hakların amacı, insan onuru ilkesi çerçevesinde temel insanî gereksinimlerin sağlanması⁶⁵² olduğuna göre, sağlık hakkının

⁶⁴⁸ Yücel Dericiler, 2014, s. 258.

⁶⁴⁹ Ertan, 2012, s. 50.

⁶⁵⁰ ibid, s. 50.

⁶⁵¹ İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nde “herkes”; Avrupa Sosyal Şartında “yeterli kaynağı olmayan kişi”; Ekonomik Sosyal Kültürel Haklar Sözleşmesi’nde “herkes”; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde “herkes”; Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi’nde “her kişi”; Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı’nda “halk”; Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi Ek Protokolü’nde “tüm bireyler” ifadesi yer almaktadır. Bkz. Şahin, 2010, s. 739.

⁶⁵² Paul O’CONNELL, George KATROUGALOS, “Fundamental Social Rights”, **Routledge Handbook of Constitutional Law**, (Eds.) Mark Tushnet, Thomas Fleiner, Cheryl Saunders, London&New York, Routledge, 2013, s. 376; Yolcu, 2018, s. 19.

öznesi kural olarak herkeştir. Bununla birlikte, en çok da toplumun dezavantajlı gruplarını korur.⁶⁵³

Sağlık hakkının hastalar gibi belli kategorilere uygulanması sebebiyle insan hakkı olamayacağını iddia eden yaklaşıma yanıt olarak Fabre, klasik hakların da öznesinin her zaman herkes olmadığını, sözelimi mülkiyet hakkı mülkü olanlar içindir, adil yargılanma hakkı bir ceza kovuşturması olanlar içindir denilemeyeceğine göre, sağlık hakkının da salt hastalar için geçerli olduğunu ileri sürebilmenin mümkün olmadığını ifade eder.⁶⁵⁴

2. Spesifik Özneler: Dezavantajlı Gruplar

Spesifik özneler, aslında “herkes” olarak ifade edilen genel öznenin kapsamında bulunmaktadır. Ancak, uygulamada özel hak sùjelerini gösterme ihtiyacı, bunların haktan *de jure* veya *de facto* olarak hiç ya da yeterince yararlanamamalarından kaynaklanır.⁶⁵⁵ Bu nedenle, insan haklarının öznesinin genel olarak herkes olması, sosyal politikalar oluşturulurken hükümetlerin bir öncelik sıralaması yaparak belirli gruplara yönelik pozitif önlemler alması gerekliliğiyle çelişmez.⁶⁵⁶

Sağlık hakkı bakımından özellikle çocuklar ve ergenler, kadınlar, engelliler, göçmenler ve sığınmacılar, yaşlılar, HIV/AIDS ile yaşayan kişiler gibi bazı birey ve birey grupları kimi engellerle karşılaşmaktadır. Bu engeller biyolojik veya sosyo-ekonomik faktörlerden, ayrımcılıktan ve sosyal damgalanmadan veya bu sayılanların kesişiminden kaynaklanabilir. Sağlığı bir insan hakkı olarak görmek, toplumdaki savunmasız bireylere ve birey gruplarına daha fazla özen gösterilmesini gerektirir.

⁶⁵³ Yolcu, 2018, s. 19.

⁶⁵⁴ Fabre, 2000, s. 27; Tahmazoğlu Üzeltürk, 2012, s. 29.

⁶⁵⁵ Ertan, 2012, s. 57.

⁶⁵⁶ Yücel Dericiler, 2014, s. 257.

Sözelimi, tarafsız gibi görünen yasa ve politikaların dezavantajlı olan birey ve kesimler lehine düzenlenmesi gerekir.⁶⁵⁷

Kimi zaman, aynı bireyin birden fazla dezavantajlı durumundan ötürü çoklu ayrımcılığa (*multiply discrimination*) maruz kalması sözkonusu olabilir, bunun da göz ardı edilmemesi gerekir. Sözelimi, yaşlı bireyler başlı başına risk grubu oluştururken, yaşlı bireyin bir de kadın olması ve/veya engelli olması, yine çocuk bireyin aynı zamanda engelli olması ve/veya kız çocuğu olması alınacak pozitif önlemlerin niteliğini farklılaştırır.⁶⁵⁸

Kadınlar: Sağlık hakkını, kadın ve toplumsal cinsiyet sorunu çerçevesinde irdelerken, konuya farklı yönlerden ayna tutmak mümkündür. Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağından, sağlık hakkının kadınlar için taşıdığı özel önemden, çalışma hayatında kadınlara yönelik ayrımcılıktan, gebelik dönemine ilişkin koruyucu hükümler ve üreme sağlığı gibi kadınlara özgü düzenlemelerden, kadın sünneti, kürtaj, kısırlaştırma gibi özel yaşamına ve bireysel özerkliğine ilişkin tartışmalardan, aile içi şiddetten hareket edilebilir.⁶⁵⁹ Kadınlara ilişkin bu ve bunun gibi pek çok başat sorun, kadınların ulusal hukuk sistemlerinde ve uluslararası insan hakları sözleşmelerinde ek pozitif önlemler alınarak korunmasını ve dolayısıyla spesifik bir süje olarak belirlenmesini gerekli kılmaktadır. Nitekim, DSÖ *sağlığın sosyal belirleyicileri* arasında cinsiyete de yer verir.

ESKHK, taraf devletlerin kadın ve erkek sağlığı konusunda “toplumsal cinsiyet” perspektifli politikalar benimsemelerinin önemi üzerinde durur, bu bağlamda sağlıkla ilgili veriler ile sosyo-ekonomik verilerin cinsiyete göre ayrılmasının, sağlık alanındaki eşitsizlikleri doğru tespit etmek ve ortadan kaldırmak için elzem olduğunu vurgular.⁶⁶⁰

Tüketici bir liste olmamakla birlikte, kadınları etkileyen başlıca hastalıkların

⁶⁵⁷ WHO – Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, **The Right to Health**, Fact Sheet No 31, 2008, s. 11-12.

⁶⁵⁸ Yücel Dericiler, 2014, s. 258.

⁶⁵⁹ *ibid*, s. 259.

⁶⁶⁰ 14 Nolu Genel Yorum, para 20.

belirlenmesi ve bu hastalıkları önlemeye yönelik stratejiler benimsenmesi; üreme sağlığı ile ilgili hizmetler başta olmak üzere sağlık hizmetlerinin bedelinin ödenebilir ve uygun kalitede olması; doğuma bağlı ölümlerin azaltılması; kadınların aile içi şiddetten korunması; kadınların sağlıkla ilgili eğitimine özel önem verilmesi ve bilgiye erişiminin önündeki engellerin kaldırılması; çocuk evliliği, zorla evlendirme, kadın sünneti gibi sağlığa zararlı geleneksel uygulamaların ve üçüncü kişilerden kadınların sağlık hakkına yönelecek her türlü şiddetin ortadan kaldırılması; kadınların sağlık hakkını ihlâl eden durumlarda etkili hukuk yollarının ve telâfi mekanizmalarının öngörülmesi bu kapsamdaki ilave pozitif önlemler olarak sayılabilir.⁶⁶¹

Çocuklar ve Ergenler: Uluslararası insan hakları sözleşmelerine göre, çocukların korunması gereken en hassas gruplardan olduğuna kuşku bulunmamaktadır. Bu bağlamda, çocuk sağlığı, yüksek ölü doğum ve bebek ölüm oranları, çalışma hayatında çocuk emeğinin sömürülmesi, çocuklarda yüksek obezite, çocukluk çağındaki intihar vakaları, sokak çocukları, kız çocuklarının evlendirilmesi, çocuk yaştaki gebelikler, kadın sünneti, engelli çocuklar, çocukların cinsel istismarı, pedofili, çocuk pornografisi gibi pek çok majör sorun çocukların sağlığının korunmasında devletlerce ilave pozitif önlemler alınmasına ihtiyaç gösteren olgulardır. ESKHK, 14 nolu GY’de, ESKHS’nin 12/2(a). maddesine ve ÇHS’nin 24/1. maddesine işaret ederek, çocukların sağlık hakkının en üst düzeyde korunması için tedavi olanaklarına ve sağlık hizmetlerine erişimlerinin sağlanması gerekliliğini özellikle vurgular.⁶⁶²

Çocukların sağlık hakkının korunmasına yönelik bütün politika ve programların oluşturulmasında, ilksel olarak “çocuğun yüksek yararı”nın gözönünde bulundurulması gerekmektedir.⁶⁶³

Ergenler genel olarak sağlıklı bir nüfus grubu olarak kabul edilse de, riskli davranışlara, cinsel şiddete ve cinsel istismara açıktırlar. Sözgelimi, genel olarak tüm

⁶⁶¹ 14 Nolu Genel Yorum, para 21.

⁶⁶² 14 Nolu Genel Yorum, para 22.

⁶⁶³ 14 Nolu Genel Yorum, para 24.

ergenler cinsel yollarla bulaşan hastalıklara, ergen kızlar ise erken gebeliklere karşı daha savunmasızdır. Dünyanın pek çok bölgesinde HIV enfeksiyonları büyük ölçüde gençler (15-24 yaş) arasında yoğunlaşmaktadır. Ergenlerin sağlık hakkı ele alınırken mahremiyet ilkesi hep hatırdta tutulmalı; yaşa uygun, özellikle cinsel sağlık ve üreme sağlığı alanında farkındalık yaratmaya dayalı bir sağlık eğitimi politikası benimsenmelidir.⁶⁶⁴

Yaşlılar: Her ülke, insan ömrünün uzaması sayesinde giderek artan yaşlı nüfusun engellilik ve sağlık sorunlarıyla yüzleşmektedir.⁶⁶⁵ Yaşlı bireylerin koruyucu, tedavi edici ve rehabilite edici sağlık hizmetlerine bütüncül bir şekilde olan gereksinimi, düzenli sağlık kontrollerinin yapılması, kronik hastalar ile ölüme mahkûm hastaların bakımının sağlanması, ızdırıp çekmelerinin önlenmesi, yaşlı bireylerin bakımının sağlanması ve tek başlarına da hareket edebilmelerini sağlayacak tedbirlerin alınması sağlık hakkı bağlamında büyük önem taşımaktadır.⁶⁶⁶

Engelliler: Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı çerçevesinde, engelli bireylerin sağlık hizmetlerine fiziksel erişiminin sağlanması, gerekirse bu hizmetlerin engelli bireyin yaşadığı yerde sunulması, engellilerin sağlık sorunlarına yönelik ilave pozitif önlemler alınması gereklidir. Bu önlemler, sadece kamu sağlık kurumlarının görevi olmayıp özel sektörün de ayrımcılık gözetmeme ilkesini uygulaması zorunludur.⁶⁶⁷

Yerli Halklar: Devletlerin yerli halklara özgü sağlık politikalarını ve stratejilerini oluşturmaları, bu politikaların uygulanmasını sağlamaları ve süreçlerin uygunluğunu denetlemeleri gerekir. Söz konusu politikalar oluşturulurken yerli halkların sürece aktif şekilde katılımı sağlanmalıdır ki, alınan kararların etkili şekilde uygulanabilirliği sağlansın. Sağlık hakkı özel raportörü, yerli halkların sağlık hizmetlerine erişiminin sağlanması için mümkün olduğunca yerli halkların konuştuğu dillerde sağlık

⁶⁶⁴ WHO – Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, “**The Right to Health...**” 2008, s. 15.

⁶⁶⁵ Nussbaum, 2018, s. 169.

⁶⁶⁶ 6 Nolu Genel Yorum, paras 34-35; 14 Nolu Genel Yorum, para 25.

⁶⁶⁷ 5 Nolu Genel Yorum, para 34; 14 Nolu Genel Yorum, para 26.

hizmetlerine ulaşılabilirliğin sağlanmasını; yerli halktan sağlık personeli yetiştirilerek ilgili kesime etkili sağlık hizmeti sunulmasının sağlanmasını; sağlık personelinin yerli kültür meselelerinden haberdar olacak şekilde farkındalıklarının yükseltilmesini tavsiye etmektedir.⁶⁶⁸ ESKHK, yerli halklara yönelik sağlık hizmetlerinin kültürel açıdan elverişli olmasını ve geleneksel önleyici uygulamaları, tedavileri ve ilaçları dikkate alma gerekliliğine işaret etmektedir.⁶⁶⁹

Göçmenler ve Sığınmacılar: Önemli bir siyasi, sosyal ve ekonomik olgu olarak kabul edilen göç aynı zamanda önemli bir insan hakları sorunudur.⁶⁷⁰ Uluslararası Göç Örgütü'nün 2020 Raporu'na göre dünya genelinde yaklaşık 272 milyon (dünya nüfusunun % 3,5'i) uluslararası göçmen olduğu tahmin edilmektedir.⁶⁷¹ Göçmenlerin sağlık hakkından yararlanmaları genellikle sırf göçmen oldukları için ve ayrıca ayrımcılık, dil ve kültürel engeller veya yasal statüleri gibi diğer faktörler nedeniyle sınırlı kalmaktadır. Devletler, uluslararası insan hakları organları nezdinde veya ulusal mevzuatlarında, göçmenlere kendi yurttaşlarıyla aynı düzeyde koruma sağlayamayacaklarını açıkça beyan etmektedir. Buna göre, çoğu ülke yurttaş olmayanlara karşı sağlık yükümlülüklerini yalnızca “temel sağlık hizmetleri” veya “acil

⁶⁶⁸ The Report of the Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, on the Right of Everyone to the Enjoyment of the Highest Attainable Standard of Physical and Mental Health, Mr. Paul HUNT, A/59/422, 08.10.2004, para 58.

⁶⁶⁹ 14 Nolu Genel Yorum, para 27.

⁶⁷⁰ Göçmenlerin (özellikle belgesiz göçmenlerin) sağlık hakkı ile ilgili olarak karşılaştığı zorluklar şunlardır: (i) Göçmenler genellikle devlet sağlık sistemleri tarafından yetersiz bir şekilde kapsamaktadır ve genellikle sağlık sigortası alamazlar. Göçmen seks işçileri ve özellikle belgesiz göçmenlerin sağlık ve sosyal hizmetlere erişimi çok düşüktür. (ii) Göçmenler, sağlık konuları ve mevcut hizmetlere ilişkin bilgilere erişimde zorluk yaşarlar. Bilgi genellikle devletler tarafından yeterince sağlanmamaktadır. (iii) Belgesiz göçmenler, sağlık hizmet sağlayıcılarının kendilerini göçmenlik makamlarına ihbar edebileceği korkusuyla sağlık hizmetlerine erişmeye cesaret edemezler. (iv) Kadın ev işçileri cinsel istismara ve şiddete özellikle açıktır. (v) Göçmen işçiler genellikle güvenli olmayan ve sağlıksız koşullarda çalışırlar. (vi) Göçmen işçiler, savunmasız durumları, ailelerinden uzakta olmaları ve cinsel yolla bulaşan hastalıklar ve HIV/AIDS ile ilgili büyük önleme ve bakım programlarından dışlanmış olmaları nedeniyle riskli cinsel davranışlara daha yatkın olabilirler. Durumları bu nedenle bu hastalıkların hızla yayılmasına yardımcı olur. (vii) Belgesiz göçmenlerin gözetimine alındığı merkezlerdeki koşullar da hastalıkların yayılmasına yardımcı olabilir. (viii) İnsan ticareti mağduru kişiler fiziksel şiddet ve istismara maruz kalırlar ve üreme sağlığı haklarıyla ilgili büyük engellerle (HIV/AIDS enfeksiyonu dahil cinsel yolla bulaşan hastalıklar, istenmeyen gebelikler, güvenli olmayan kürtajlar) karşı karşıya kalırlar. Bkz. WHO – Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, “**The Right to Health...**” 2008, s. 19.

⁶⁷¹ International Organization for Migration, **World Migration Report 2020**, Chapter 2, s. 19. <https://www.iom.int/wmr/> (Erişim tarihi: 21 Ekim 2020).

sağlık hizmetleri” olarak belirlemektedir. Bu kavramlar farklı ülkelerde farklı anlamlara geldiğinden yasal düzenlemeler ve uygulamalar bu nedenle ayrımcı hâle gelebilmektedir.⁶⁷² Bu da, göçmenleri sağlık hakkı bakımından spesifik özne olarak ele almayı zorunlu kılmakta ve ilave pozitif önlemler alınmasını gerektirmektedir.

HIV/AIDS ile yaşayan bireyler: Dünya genelinde önemli bir sağlık sorunu olan HIV/AIDS milyonlarca insanın ölümüne neden olduğu gibi, birçok ciddi insan hakları sorununu da gündeme getirmektedir. Bu bağlamda, HIV/AIDS salgını ile yoksulluk, sosyal damgalanma ve ayrımcılık arasındaki bağlantı geniş çapta kabul edilmektedir. HIV/AIDS görülme sıklığı ve yayılması kadınlar, çocuklar, yoksulluk içinde yaşayanlar, yerli halklar, göçmenler, seks işçileri ve ülke içinde yerinden edilmiş kişiler dahil olmak üzere belirli nüfuslar arasında orantısız bir şekilde yüksektir. Yaşadıkları ayrımcılık onları daha fazla HIV enfeksiyonuna açık hâle getirmektedir. Aynı zamanda, HIV/AIDS ile yaşayan kişilerin sağlık hakları ayrımcılık ve sosyal damgalanma nedeniyle zayıflatılmaktadır. Örneğin, HIV/AIDS ile özdeşleşme korkusu, seks işçileri veya damar içi uyuşturucu kullananlar gibi ayrımcılığa maruz kalan kişilerin sağlık hizmetlerine erişimine engel olabilmektedir. Bu nedenle devletler, HIV/AIDS durumu dahil olmak üzere sağlık durumu temelinde ayrımcılığı yasaklamalı ve bu kişileri ayrımcılıktan korumalıdır. Sağlık hizmetlerine evrensel erişim, bu kişiler için sağlık hakkının önemli bir bileşenidir. Aynı şekilde, HIV ile ilgili bilgilendirme ve eğitim yoluyla anneden çocuğa bulaşmayı önlemek ve temel ilaçlara erişimi sağlamak büyük önem taşır.⁶⁷³

Çalışmada belirlenen spesifik özneler DSÖ’nün⁶⁷⁴ ve ESKHK’nin 14 nolu GY’sinde saydığı⁶⁷⁵ dezavantajlı kesimlere koşut olarak belirlenmiştir. Bununla birlikte, bu belirlemenin tüketici değil örnekleyici olduğunu kabul etmek gerekir. Zira, yabancılar, mahkûmlar, azınlıklar, işsizler, evsizler, yoksullar, LGBTI bireyler gibi pek

⁶⁷² WHO – Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, 2008, “**The Right to Health...**”, s. 18-19.

⁶⁷³ ibid, s. 20-21.

⁶⁷⁴ ibid, s.11-22.

⁶⁷⁵ 14 Nolu Genel Yorum, paras 21-27.

çok kategori sağlık hakkı yönünden dezavantajlı ve incinebilir gruplar kapsamında bulunmakta olup çalışmada yeri geldikçe sözüedilen özneler bakımından da devletlerin yükümlülüklerine işaret edilecektir.

II. ULUSLARARASI HUKUKTA SAĞLIK HAKKININ HUKUKİ TEMELLERİ

A. Genel Olarak

Sağlık ve insan hakları arasındaki ilişkisellik, İkinci Dünya Savaşından sonra görünürlük kazanmış ve sosyal devlet ilkesinin yaygınlaşmasıyla insan hakları belgelerine ve ulusal anayasalara girmiştir.⁶⁷⁶ Bu bağlamda, uluslararası alanda bir insan hakkı olarak sağlık hakkı ilk olarak 1945 yılında BM Konferansı'nda dile getirilmiş ve BM Şartı'nın 55/b. maddesinde BM'nin kuruluş amaçlarından biri, sağlık alanındaki uluslararası problemler ile bunlara bağlı olarak gelişen diğer sorunların çözümünü kolaylaştırmak olarak belirlenmiştir.

Sağlık hakkının uluslararası hukuk bakımından tanınması, ulaşılabilir en yüksek sağlık standardının tüm insanlar için olanaklı kılınması, dünya kaynaklarının eşit olarak bölüştürülmesi ve sosyal adaletin sağlanması bakımından son derece önemlidir. Bu yüzden, 1945 yılından günümüze kadar geçen süreçte sağlık hakkının gerçekleştirilmesi için atılan adımlar ve öngörülen ulusal ve uluslararası mekanizmalar oldukça anlamlıdır.⁶⁷⁷

Çalışmanın bu bölümünde, sağlık hakkının uluslararası insan hakları hukukundaki temel normatif dayanaklarına ilişkin genel çerçeve çizilmekte ve temel kaynaklara odaklanılmaktadır. Bunun yanı sıra, çalışmanın odak konusu esas itibarıyla

⁶⁷⁶ Sever, 2018, s. 77.

⁶⁷⁷ Tahmazoğlu Üzeltürk, 2012, s. 189.

dava edilebilirlik ve bu suretle sağlık hakkının etkili bir şekilde geręekleřtirilmesi imkânlarını sorguladığından, uluslararası insan hakları belgelerindeki sağlık hakkına ilişkin normatif düzenlemelerin teorik analiziyle yetinilmeyip bilhassa o sözleşme sisteminin öngördüğü denetim usulleri çerçevesinde denetim organlarının verdiği kararlar da analiz edilecektir.

Sağlık hakkını düzenleyen çok sayıda hukukî belgeden ve bunları biçimlendiren evrensel ve bölgesel sistemden söz etmek mümkün olmakla birlikte, bu kapsamdaki bir çalışma tezin sınırlarını fazlasıyla aşacağından, evrensel ve bölgesel ağırlıkları ve etkililikleri nedeniyle BM sistemi ile bölgesel sistemlerden Avrupa Konseyi, Amerikan Devletleri Örgütü ve Afrika Birliği Örgütü çerçevesinde sağlık hakkı incelenecektir.

B. BM Sisteminde Sağlık Hakkı

BM sisteminde sağlık hakkını düzenleyen temel uluslararası belgeler, diğer bir deyişle sağlık hakkının birincil kaynakları şunlardır: İHEB (md.25), DSÖ Anayasası,⁶⁷⁸ ESKHS (md.12), ÇHS (md.24), Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme (md.5(e)(iv)), CEDAW (md.11.1(f) ve md. 12), Engelli Kişilerin Hakları Sözleşmesi, Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Üyelerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme, Yerli Halklara İlişkin Belgeler (Yerli ve Kabile Nüfus/(Ahali) Sözleşmesi, Yerli ve Kabile Halklar Sözleşmesi, Yerli Halkların Hakları BM Bildirisi).

⁶⁷⁸ DSÖ Anayasası'nın icraî hükümlerinde sağlık hakkına ilişkin bir düzenleme bulunmaması sebebiyle, uluslararası öğretilerde bu belgenin sağlık hakkının kaynakları arasında sayılmaması gerektiği yönünde görüşler vardır. Bkz. Holger P. HESTERMEYER, "Access to Medication as A Human Right", **Max Planck Yearbook of United Nations Law**, Vol. 8, 2004, (ss. 101-180) s. 145-146; DSÖ Anayasası, bir insan hakları sözleşmesi olmadığından, ilgili icraî hükümlerinde sağlık hakkına değinmemesi normal karşılanmalıdır. Bkz. Ertan, 2012, s. 14.

Sağlık hakkının ikincil kaynakları olarak ise, ESKHS'nin 12. maddesine ilişkin 14 ve 22 Nolu GY'leri başta olmak üzere sözleşmelere ilişkin genel nitelikli diğer Genel Yorumlar, Limburg İlkeleri ve Maastricht Rehber İlkeleri sayılabilir.⁶⁷⁹

1. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinde Sağlık Hakkı

Hukuken bağlayıcı olmamakla birlikte, insan hakları alanındaki önemi ve etkisini tartışmak yersiz olan⁶⁸⁰ İHEB'de insan hakkı olarak tanımlanan birçok hakkın *evrensel idealler* olarak beyan edilmesinin ardından, devletler için bağlayıcı olacak düzenlemeler yapma arayışı başlamış,⁶⁸¹ bu amaçla, öncelikle BM bünyesinde kurulan bir komisyon klasik haklar ile sosyal hakları tek bir sözleşme ile hazırlamaya davet edilmiş, ancak bir yıl sonra Batılı devletlerin müdahalesi ile bu yaklaşımdan vazgeçilerek iki ayrı sözleşme ile Bildirge'nin hukuken bağlayıcı forma dönüştürülmesine karar verilmiş ve İkiz Sözleşmelere giden süreç böyle başlamıştır.⁶⁸²

Sağlık hakkı, Bildirge'nin 25. maddesinde⁶⁸³ tartışmalı bir şekilde yer almıştır.⁶⁸⁴ Öğretideki bir görüşe göre, Bildirge'nin 25. maddesi, sağlık hakkını

⁶⁷⁹ İkincil kaynaklar, sosyal haklara ilişkin uluslararası normların hangi çerçevede yorumlanacağını ve uygulamaya ilişkin temel ilkeleri gösteren yardımcı kaynaklar olarak önem taşır. Bkz. Yücel Dericiler, 2014, s. 130.

⁶⁸⁰ Tahmazoğlu Üzeltürk, 2012, s. 192; 1948 tarihinde İHEB'in kabul edilmesi, tüm dünyada insan haklarına saygı kültürüne ilham vermiş, dünya çapında savunmasız ve ezilen insanlara umut ışığı olmuştur. Bkz. Jerome Amir SINGH, Michelle GOVENDER, Edward J. MILLS, "Health and Human Rights 2, Do Human Rights Matter to Health", *Lancet*, Vol. 370, August 2007, (ss. 521-527), s. 521; İHEB metni hukuken bağlayıcı olmasa da geçen zaman içinde modern insan hakları hukukunun kurucu belgesi hâline gelmiştir. İnsan hakları sözleşmelerinin önemli bir bölümü Bildirge'ye başlangıç kısımlarında atıf yapmakta ya da Bildirge'de öngörülen haklara doğrudan kendi hak listelerinde yer vermektedirler. Bunun yanında, birçok ulusal ya da uluslararası yargı yeri, Bildirge'yi bir ölçü norm olarak kullanmıştır. Bkz. Ertan, 2012, s. 19.

⁶⁸¹ Yücel Dericiler, 2014, s. 125.

⁶⁸² Tahmazoğlu Üzeltürk, 2012, s. 193; İHEB hayat bulduğunda ekonomik, sosyal ve kültürel haklar kategorisinde yer verilen hakların da medeni ve siyasal haklar kadar evrensel oldukları noktasında kuşku yoktu. Öyle ki, İHEB'in başlangıç kısmı hakların ilişkiselliğini ve bölünmezliğini vurguladığı gibi, ekonomik, sosyal ve kültürel haklarından yoksun olan bir insanın, Bildirge'deki anlamıyla özgür insan fikrine uymayacağını da belirtmektedir. Bkz. Arambulo, 1999, s. 15.

⁶⁸³ İHEB'nin 25. maddesi şu şekildedir: "1. Her şahsın, gerek kendisi gerekse ailesi için, yiyecek, giyim, mesken, tıbbî bakım, gerekli sosyal hizmetler dâhil olmak üzere sağlığı ve refahını temin edecek uygun bir hayat seviyesine ve işsizlik, hastalık, sakatlık, dulluk, ihtiyarlık veya geçim imkânlarından iradesi dışında mahrum bırakacak diğer hâllerde güvenliğe hakkı vardır. 2. Ana ve çocuk özel ihtimam ve yardım görmek hakkını haizdir. Bütün çocuklar, evlilik içinde veya dışında doğsunlar, aynı sosyal korunmadan

düzenleyen bir madde değildir. Bildirge'nin Başlangıç kısmında da atıfta bulunulan husus sağlık değil, yeterli bir yaşama standardıdır. Sağlık, bu hükümde yeterli yaşama standardı hakkının unsurlarından biri olarak öngörülmektedir. Bildirge'nin hazırlık sürecinde madde tasarısı sadece sağlık hakkına münhasır iken, çalışmalar sonucunda mevcut hâlini almıştır.⁶⁸⁵ Ancak, normun formüle ediliş tarzını ve norm koyucunun iradesini tarihsel olarak ortaya çıkarmak suretiyle yapılan bu yorum, normun düzenlendikten sonra onu koyan iradede ve lafzından bağımsız olarak kazandığı objektif anlamı ihmâl etmesi nedeniyle eleştiriye açıktır. Bildirge'de diğer sosyal haklarla ilişkisel bir yaşam standardı öngörülmesi, bugün için sağlık hakkının kapsamının geniş yorumuna olanak tanıdığından, normun formüle edilişine yönelik bu tercih, esasen ilerici bir yaklaşımı ortaya koymaktadır. Sağlık, Bildirge'de yalnızca tıbbî bakımı öngören bir hak anlamında değil fakat, diğer sosyal haklarla da bağlantılı ve ilişkisel bir “yaşam standardı” olarak formüle edilmiştir.⁶⁸⁶ Bu yönüyle bakıldığında Bildirge, bütüncül bir bakış açısıyla insanlığa kamusal sağlığın etik ilkelerini beyan eder.⁶⁸⁷

2. Dünya Sağlık Örgütü Anayasası

BM'ye bağlı olarak faaliyet gösteren bir uzmanlık örgütü olan DSÖ'nün Anayasası'nda⁶⁸⁸ sağlık kavramının en kapsayıcı tanımı verilmiş ve ulaşılabilecek en

faydalanırlar.” <http://www.un.org.tr/humanrights/images/pdf/1-insan-haklari-evrensel-beyannamesi.pdf> (Erişim Tarihi: 16 Şubat 2020).

⁶⁸⁴ Singh, Govender, Mills, 2007, s. 521.

⁶⁸⁵ Ertan, 2012, s. 19.

⁶⁸⁶ Sever, 2018, s. 77.

⁶⁸⁷ George ANNAS, “Human Rights and Health: The Universal Declaration of Human Rights at 50”, **Perspectives on Health and Human Rights**, (Eds.) Sofia Gruskin vd., New York-London, Routledge, 2005, s. 67.

⁶⁸⁸ 19-22 Temmuz 1946 tarihlerinde New York'ta düzenlenen Uluslararası Sağlık Konferansı'nda BM'ye üye 51 ülkenin temsilcisi ile FAO, ILO, UNESCO, OIHP (Merkezi Paris'te bulunan Uluslararası Halk Sağlığı Bürosu), Kızılhaç, Dünya İşçi Sendikaları Federasyonu ve Rockefeller Vakfı Temsilcileri, DSÖ Anayasasını hazırlamışlardır. DSÖ Anayasası, 22 Temmuz 1946 tarihinde Türkiye'nin de aralarında olduğu 61 ülkenin temsilcisi tarafından imzalanmış; 26 üye ülkenin onaylamasının ardından, 7 Nisan

yüksek seviyede sağlık standardından yararlanmanın herkesin temel hakkı olduğu vurgulanmıştır.⁶⁸⁹

DSÖ Anayasası'ndaki sağlık tanımı, daha sonra kabul edilen insan hakları sözleşmelerine kaynaklık etse de, DSÖ uluslararası alandaki öncü rolünü devam ettirememiştir.⁶⁹⁰ Bunun sebebi DSÖ'nün yetkilerinin sınırlı oluşundan değildir. Aksine, Anayasası'nın 19. maddesinde⁶⁹¹ anlaşmalar ve sözleşmeler yapma yetkisi düzenlenmekte; 20. maddeye göre⁶⁹² devletlerin bu anlaşma ve sözleşmelere uygun olarak eylemde bulunma yükümlülüğü öngörülmektedir. 21. maddede ise⁶⁹³ DSÖ'nün üye devletler nezdinde hukukî bağlayıcılığı olan regülasyonlar çıkarma yetkisi

1948 tarihinde resmen kurulmuştur. Bkz. <http://www.mfa.gov.tr/who.tr.mfa> (Erişim Tarihi: 17 Şubat 2020).

⁶⁸⁹ DSÖ Anayasası'nın Başlangıç kısmında, barış ve güvenliğe ulaşmak için tüm insanların sağlığının temel unsur olduğu ve bunun da bireyler ve devletler arasındaki tam işbirliğine bağlı olduğu; herhangi bir devletin, sağlığın gelişimi ve koruma yönünde elde ettiği başarının herkes için değerli olduğu vurgulandıktan sonra, bulaşıcı hastalıklar başta olmak üzere tüm hastalıkların kontrolünde görülen farklı gelişmelerin tüm insanlar için ortak bir tehlike olduğuna işaret edilmiştir. Yine, çocukların sağlıklı gelişiminin önemi vurgulanmış ve çocuk sağlığı ile her gün değişen bir çevre içinde uyumlu yaşama yeteneği arasındaki ilişkiye dikkat çekilmiştir. Sağlığa tam anlamıyla erişmek için tıp, psikoloji ve ilgili bilgi olanaklarının tüm insanlara ulaştırılması gerektiğine işaret edilmiştir. Halk sağlığının geliştirilmesinde, kamunun bu konuda aydınlatılmasının ve aktif işbirliğinin önemine dikkat çekildikten sonra, hükümetlerin, kendi halklarının sağlığından sorumlu olduklarının ve bunu da ancak yeterli sağlık ve sosyal önlemler almak koşuluyla gerçekleştirebileceklerinin altı çizilmiştir.

⁶⁹⁰ DSÖ'nün tarihsel süreç içinde değer ve ilkelerindeki değişime ilişkin eleştirel bir değerlendirme için bkz. Necati DEDEOĞLU, "Dünya Sağlık Örgütü ve Sosyal Haklar", Uluslararası Sosyal Haklar Sempozyumu – Bildiriler, **Belediye İş Sendikası Yayını**, Ankara 2009, (ss. 194-198), s. 195; Gazanfer AKSAKOĞLU, "Herkes İçin Sağlıktan Hedef 21'e: Dünya Sağlık Örgütü Değişiyor", **Toplum ve Hekim**, 2002, C. 17, S. 2, s. 91-100.

⁶⁹¹ Madde 19: "Asamble, Örgüt'ün yetkisinde olan her konuya ait sözleşme veya anlaşmalar yapma yetkisine sahiptir. Kendi yasal işlemlerine uygun olarak kabul edildiğinde, her Üye Devlet için yürürlüğe girecek olan bu tip sözleşme ve anlaşmaların onaylanması için Asamblenin üçte ikisinin oy vermesi gereklidir." Bkz. <http://www.tiphukuku.org.tr/icerik.php?gid=169&cat=29> (Erişim Tarihi: 18 Şubat 2020).

⁶⁹² Madde 20: "Her Üye Devlet, Asamble tarafından bir sözleşme veya anlaşmanın onaylanmasını takip eden 18 ay içinde bu tip sözleşme veya anlaşmaların kabulü için icap eden tedbirleri almayı taahhüt eder. Her Üye Devlet alınan tedbiri Genel Direktöre bildirir. Belirtilen süre içinde bu anlaşmayı veya sözleşmeyi kabul etmeyecek olursa, nedenlerini açıklayan bir beyan gönderir. Kabul ettiği takdirde her Üye Devlet, Bölüm XIV'e uygun olarak, Genel Direktöre bir yıllık rapor göndermeyi taahhüt eder." Bkz. <http://www.tiphukuku.org.tr/icerik.php?gid=169&cat=29> (Erişim Tarihi: 18 Şubat 2020).

⁶⁹³ Madde 21: "Asamble aşağıdaki konularla ilgili yönetmelikleri kabule yetkilidir: a) Hastalıkların ülkeler arasında yayılmasını önlemek için sağlık ve karantina tedbirleri ve diğer işlemler; b) Hastalıklar, ölüm nedenleri ve halk sağlığı uygulamaları ile ilgili terimler; c) Uluslararası çerçeve içerisinde tatbiki mümkün teşhis usulleri hakkında standartlar; d) Uluslararası ticaret alanında bulunan ve kullanılan biyolojik, farmasötik ve benzeri maddelerin zararsızlığı, sağlığı ve etkiliği ile ilgili esas standartlar; e) Uluslararası ticaret alanında bulunan, kullanılan biyolojik, farmasötik ve benzeri maddelerin reklamı ve etiketlenmesi ile ilgili şartlar." Bkz. <http://www.tiphukuku.org.tr/icerik.php?gid=169&cat=29> (Erişim Tarihi: 18 Şubat 2020).

düzenlenmiştir. Ancak, BM'nin diğer uzmanlık örgütleri olan ILO ve UNESCO'nun aksine DSÖ, anayasal yetkilerini etkili şekilde kullanamamıştır.⁶⁹⁴

Kimi yazarlara göre bunun sebebi olarak DSÖ'nün yapısal özellikleri gösterilmektedir.⁶⁹⁵ DSÖ'de ağırlıklı olarak tıp mesleklerinin yer alması, küresel sağlık sorunlarına salt tıp mesleklerinin uygulanmasıyla çözülecek tıbbî-teknik sorunlar olarak bakılan bir *ethos* üretmiş; bu da, odak noktası dar ve statik, görece esnek olmayan ve başta uluslararası hukuk olmak üzere disiplinlerarası duyarlılıklar taşımayan bir bakış açısı yaratmıştır.⁶⁹⁶ Dolayısıyla, BM sistemi içinde DSÖ'nün oynadığı rol, Anayasası'nın 2. maddesinde “sağlık alanındaki uluslararası faaliyetlerde yönlendirici ve koordinasyon sağlayıcı yetkili kurum fonksiyonunu yerine getirmek” olarak tanımlanmışken, DSÖ'nün küresel sağlık politikalarının tespit edilmesi sürecinde *hak temelli* bakış açısından uzaklaşıp sadece tıbbî-teknik bakış sergilemesi önemli bir sorun olarak ortaya çıkmıştır.

DSÖ'nün etkinliğinin zayıflamasına ilişkin olarak üzerinde durulması gereken bir diğer mesele, küresel sağlık politikalarının tespit edilmesi sürecinde açık olarak ticaret ve ekonomi politikalarının öne çıkmasıyla DB, DTÖ ve OECD gibi kuruluşların söylemde, önceliklerde ve görüşlerde referans noktası hâline gelmesi ve DSÖ'nün geri plânda kalmasıdır.⁶⁹⁷ DSÖ'nün finansmanı üye ülkelerin verdiği aidatlardan karşılanmaktadır. Ancak, bu kaynakların yeterli olmaması nedeniyle başka fonların (zengin ülkelerin bağışları gibi) rolü günden güne önem kazanmaktadır. Bu realite, DSÖ'nün küresel düzenleyici sağlık politikalarını hayata geçirme gücünü olumsuz

⁶⁹⁴ Sözelimi, DSÖ yetkisi dahilindeki anlaşma yapma yetkisini neredeyse hiç kullanmamıştır. 19. maddedeki yetkilerini kullanmak için ilk çabası, Tütün Denetimi Çerçeve Sözleşmesi olmuştur. Regülasyonlar çıkarma yetkisini de çok az kullanmıştır. Bkz. David P. FIDLER, “International Law and Global Public Health”, **Kansas Law Review**, Vol. 48, (ss. 1-58), 1999, s. 21-22.

⁶⁹⁵ Allyn Lise TAYLOR, “Making the World Health Organization Work: A Legal Framework for Universal Access to the Conditions for Health”, **American Journal of Law and Medicine**, Vol. 18, No: 4, 1992, (ss. 301-344), s. 303; Ertan, 2012, s. 15-17.

⁶⁹⁶ Taylor, 1992, s. 336; Fidler, 1999, s. 22-23.

⁶⁹⁷ Meri KOIVUSALO, “Küresel Sağlık Politikalarının Biçimlenişi”, **Kapitalizmde Sağlık Sağlıksızlık Semptomları**, Hazırlayanlar: Leo Panitch-Colin Leys, (Çev.) Umut Haskan, Yordam Kitap, 2011, (ss. 302-317), s. 303.

etkilemekte, DSÖ'ye, bağışçı zengin ülkelere egemen neoliberal politikaların yön vermesine neden olmaktadır.⁶⁹⁸

Dolayısıyla, 1970'li yıllarda Alma Ata Deklarasyonu ile ilân edilen ve “*Herkes İçin Sağlık*” hedefiyle başlayan süreç, 1990'lara varıldığında küreselleşmeyle birlikte yerini artık, temel sağlık hizmetlerini yalnızca yoksul ülkeleri ilgilendiren ve sadece asgari (en zorunlu) sağlık hizmetlerinin devletçe sunumunu içeren bir anlayışa bırakmıştır. Dahası, küreselleşmeyle birlikte DB'nin uluslararası konjonktürde en etkin kuruluşlardan biri hâline gelmesiyle, devletlerin sağlık alanındaki rolünün sadece piyasanın düzenlenmesine indirgenmesi, özel sektörün ise tüm sağlık hizmetlerini devralması yolundaki anlayış egemen hâle gelmiştir. DB'nin sağlık sektörü üzerindeki rolü inanılmaz ölçekte artmakta iken, DSÖ geri plânda kalmaktadır. Mukayese olanağı sağlaması bakımından bir örnek vermek gerekirse, sözgelimi DB'nin salt sıtma programı için aktardığı kredi tutarı, DSÖ'nün tüm bütçesinin üzerine çıkmaktadır. Şu hâlde, DB “az gelişmiş ülkelerde sağlık hizmetlerinin en büyük tekil finansman kaynağı olarak sağlık politikaları üzerinde belirleyici güce sahip olmuştur.”⁶⁹⁹

⁶⁹⁸ Koivusalo, 2011, s. 311; nitekim, kuruluşundan beri ABD, DSÖ nezdinde çok etkili olmuştur. Önceleri DSÖ bütçesinin yarısını ABD karşılamakta iken, sonradan bunun sakıncaları görülerek bu pay görece azaltılmıştır. Yine de, DSÖ politikalarında ve sağlığın sosyal bir hak olarak algılanışında yönlendirici etkisi vardır. Zaman içinde, ABD kökenli uluslararası şirketlerin menfaatlerine dokunan durumlarda ABD de DSÖ'nün karşısında yer almıştır. Sözgelimi, sağlık alanındaki uluslararası şirketler Afrika kıtasına anne sütü yerine bebek maması dağıtılmasını teşvik etmiş, bebek mamalarının hazırlanmasındaki yanlış uygulamalar ise, beslenmesi bozulan bebeklerin ölümüne neden olmuştur. Anne sütüne rağmen bebek maması dağıtılmasına karşı tavır alan DSÖ ise uluslararası ticareti engellemekle itham edilmiştir. Benzer şekilde, dünyanın en büyük ilaç firmalarından pek çoğuna ev sahipliği yapan ABD, DSÖ'nün akılcı ilaç politikalarını özendirmesi ve ülkelerin gereksinim duydukları temel ilaçları kendilerinin üretmesi gibi teşviklerine de karşı çıkarak parasal desteğini durdurmuştur. Bkz. Dedeoğlu, 2002, s. 195; nitekim, coronavirus pandemisi sürecinde ABD yönetimi (eski başkan Donald Trump) DSÖ'nün Çin'le yakın ilişki içinde hareket ettiğinden bahisle örgüte maddî yardımı sonlandıracağını açıklamıştır. Bkz. <https://www.dw.com/tr/trump-ds%C3%B6-ile-ili%C5%9Fkimizi-sonland%C4%B1r%C4%B1yoruz/a-53624175> (Erişim Tarihi: 17 Haziran 2020).

⁶⁹⁹ Mohan RAO, “Herkes İçin Sağlık” ve Neoliberal Küreselleşme: Bir Hint İllüzyonu”, **Kapitalizmde Sağlık Sağlıksızlık Semptomları**, Hazırlayanlar: Leo Panitch-Colin Leys, (Çev.) Umut Haskan, Yordam Kitap, 2011, (ss. 285-301), s. 288-289; 1970'lerde ortaya çıkan ekonomik krizler İkinci Dünya Savaşı sonrasında kurulan refah devletlerinin altın çağını sona erdirmiş; 1980'li yıllarla beraber refah sistemlerinin krizine karşı önerilen küreselleşme, liberalleşme ve ülkeler arasında yeni bir işbölümünün ortaya çıkması gibi gelişmeler ışığında, yeni bir dönüşüm süreci ortaya çıkmıştır. Genel olarak “liberalleşme” olarak tanımlanan piyasa ilişkileri, sağlık sistemleri dahil olmak üzere her alanda yaygınlaşmaya başlamıştır. Bu süreçte, yeni küresel işbölümünün bir sonucu olarak, hizmet sektörü önem kazanmış ve önemli bir hizmet sektörü olan sağlık alanı da yapısal değişimlerin ilgi odağı olmuştur. Zira, post-endüstrileşme sürecine girilmesiyle birlikte, endüstriyel istihdamın azalıp esnek istihdam biçimlerinin yaygınlaşması, temel gelirleri çalışanlar tarafından ödenen sosyal sigorta primleri ve

Yine, küresel ölçekte DTÖ ve Hizmet Ticareti Genel Anlaşması yoluyla neoliberal politikalar öncelendiğinden, temelde ticarî düzenleme niteliği taşıyan bu anlaşma, sağlık hizmetleri alanında ulusal düzenleyici politikaların kapsamını sınırlandırmakta; bu da, sağlık sistemlerinin ticarileşmesine, çok-uluslu şirketler kontrolündeki özel sektör eliyle ticarî kurallara göre verilmesine ve böylece DTÖ kurallarının sağlık hizmetleri alanındaki bağlayıcılığının artmasına neden olmaktadır. DTÖ kamu tarafından fazlaca malî kaynağın aktarıldığı ve sağlık hizmetleri alanında geniş sağlık piyasalarına sahip olan zengin ülkelere yönelmekte; buralarda devletin sağlık alanındaki sorumluluklarını özel sektör marifetiyle devralmaktadır.⁷⁰⁰

DTÖ ve TRIPS Anlaşmasıyla birlikte, fikrî mülkiyet hakları da küresel ticaret politikalarının önemli bir parçası hâline geldiğinden, bilimsel araştırmaların büyük önem taşıdığı küresel ilaç endüstrisinin menfaatleri sözkonusu olduğunda, orijinal ilaçlara nazaran daha ucuz ve gelişmekte olan ve az gelişmiş ülkelerin halkları için elzem olan jenerik ilaçlara erişim önemli bir sorun teşkil etmektedir.⁷⁰¹

vergilerden oluşan sosyal güvenlik sistemleri için risk oluşturmaya başlamıştır. Bu koşullara bir de, gittikçe yaşanan Avrupa nüfusunun artan gereksinimleri ve düşük doğum oranları da eklenince, refah sistemlerinin ve yüksek sağlık harcamalarının sürdürülebilirliği sorun hâline gelmiştir. Öte yandan, özellikle ilaç ve sağlık teknolojisi alanlarında artan yatırımlar hem hükümetlerin hem de çok-uluslu şirketlerin sağlık sektörünü dinamik ve kârlı bir endüstri olarak algılamalarına yol açmıştır. Sağlık alanında önüne geçilemeyen kamu harcamaları, çok-uluslu şirketleri ülkelere çeken yeni bir yatırım alanı olarak yeniden tanımlanmış; bu potansiyelin farkında olan hükümetler ise sağlığın “endüstriyel veçhesinin” ülke ekonomisinin büyümesine olan katkısını öncelemeye başlamışlardır. Bu dönüşümden gelişmekte olan ülkelerin ekonomileri de paylarını almış ancak bu, Latin Amerika, Doğu ve Güneydoğu Asya ve Afrika’da birçok ülkede ekonomik krizler sonucu GSYİH’larında ciddi düşüşler, işsizliğin artması, satın alma gücünün azalması, vergi ve primlerin toplanmasında zorluklar yaşanması gibi önemli sorunlar olarak tezahür etmiştir. İşte bu koşullar altında, sağlık sistemleri de kaynakların azalmasından olumsuz etkilenmiş ve mevcut tablo IMF ve DB gibi uluslararası finans kuruluşlarının müdahalesine uygun ortam yaratmıştır. Her iki kuruluş, ülkelerin mevcut borçlarını yeniden yapılandırırken, finans sektörü, yönetim ve rekabet politikaları ile sağlık ve sosyal güvenlik alanlarında çeşitli makroekonomik uyum politikalarının uygulanmasını şart koşmuşlardır. Dolayısıyla, uluslararası borç kredileri ve bunlar çerçevesinde uygulanan “Yapısal Uyum Programları” sağlık reformlarının temel belirleyicisi olmuştur. Bkz. Tuba AGARTAN, “Sağlıkta Reform Salgını”, **Avrupa’da ve Türkiye’de Sağlık Politikaları**, (Der.) Çağlar Keyder, Nazan Üstündağ, Tuba Ağartan, Çağrı Yoltar, İletişim Yayınları, 2. baskı, İstanbul 2011, (ss. 37-54), s. 39-42; Genel olarak, 1980’li yıllardan itibaren sağlık politikalarındaki dönüşümün ardında yatan genel ideolojik çerçeve ve ekonomik nedenler ile ilgili genel olarak bkz. Keyder, Üstündağ, Ağartan, Yoltar (Der.) **“Avrupa’da ve Türkiye’de...”**, 2011; yine bkz. Panitch, Leys (Haz.) **“Kapitalizmde Sağlık...”**, 2011.

⁷⁰⁰ Koivusala, 2011, s. 304-305.

⁷⁰¹ Koivusala, 2011, s. 305; BM sağlık hakkı özel raportörü Anand Grover, BM Genel Kurulu’nda yaptığı konuşmada, fikrî mülkiyet hakkı yasalarının ilaca erişim olanaklarına olumsuz etkisi hakkında şunları ifade etmiştir: “Az gelişmiş ülkeler, TRIPS [Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması] standartlarını ulusal yasalarına dahil etmemelidir. Gelişmiş ülkelerse, az gelişmiş ülkeleri TRIPS

Son olarak, DSÖ'nün sağlık sistemlerine yönelik veri toplama, araştırma yapma ve analizde bulunma olanaklarının sınırlandırılması eyleme geçme kapasitesinin zayıflamasıyla ortaya çıkan boşluğu OECD doldurmuş; 1980'lerden itibaren sağlık ve kamu reformları üzerinde çalışma ve sağlık sistemleri hakkında veri toplama işlevini OECD yerine getirmeye başlamıştır.⁷⁰²

Dünya genelindeki ülkelere en geniş temsil olanağı sunan uluslararası sağlık örgütlenmesi olan DSÖ'nün sağlık hakkını önceleyerek, Anayasası'nda belirtilen görevlerini yapmak üzere tarafsız kararlar alabilmesi, Alma Ata Deklarasyonu sonrasında ortaya konulan “herkes için sağlık” amacına ve temel sağlık hizmetlerine ağırlık vermesi, sağlıkta sosyal belirleyicileri gündeme getirerek sağlığı olumsuz etkileyen etkenlerle mücadele etmesi büyük önem taşımaktadır. Ancak, DSÖ'nün mali kaynak konusunda sıkıntı çekmesi nedeniyle küresel aktörlerce ve zengin devletlerce desteklenmesi nedeniyle bu aktörlere bağımlı hareket ederek, uluslararası sağlık politikalarındaki hedeflerini *hak temelli* bakış açısıyla ileriye taşıyamaması ve disiplinlerarası bir yaklaşım ortaya koyamaması hâlinde, uluslararası sağlık politikalarındaki öncü rolüne kavuşamayacağı açıktır.

3. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi

Hukuken bağlayıcı bir uluslararası insan hakları normu olarak sağlık hakkı, ESKHS'nin 12. maddesinde⁷⁰³ açık olarak yer almıştır.⁷⁰⁴ Söz konusu hüküm, sağlık

kapsamında serbest ticaret anlaşmaları düzenlemeye teşvik etmemeli, sağlık hakkının ihlâli anlamına gelebilecek eylemler konusunda dikkatli adımlar atmalıdır.” Anand GROVER, “Report of the Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health”, **BM Genel Kurulu, A/HRC/11/12**, 31 Mart 2009.

⁷⁰² Koivusalo, 2011, s. 307.

⁷⁰³ ESKHS'nin sağlık hakkını düzenleyen 12. maddesi şöyledir: “1. Bu Sözleşme'ye taraf devletler, herkesin, ulaşılabilecek en yüksek fiziksel ve zihinsel sağlık standardına sahip olma hakkını kabul ederler. 2. Bu Sözleşme'ye taraf devletlerin, bu hakkın tam olarak kullanılmasını sağlamak için alacakları tedbirler şu amaçlara yönelik olacaktır: (a) Ölü doğum ve çocuk ölümleri oranlarının düşürülmesini ve çocuğun sağlıklı bir şekilde gelişmesini sağlamak; (b) Çevresel ve sınavi sağlık şartlarının her yönüyle iyileştirilmesi; (c) Salgın, yaresel, mesleki ve diğer hastalıkların önlenmesi, tedavisi ve kontrolü; (d) Hastalık durumunda herkese tıbbi hizmet ve tıbbi bakım sağlayacak koşulların yaratılması.”

hakkının ve hakkın koruduğu değerin en geniş ve eksiksiz kavranışını düzenlemektedir.⁷⁰⁵ Normun birinci paragrafında sağlık hakkı tanımlanmış; ikinci paragrafında hakkın tam anlamıyla gerçekleştirilmesi amacıyla alınacak spesifik önlemlere işaret edilmiştir. Bu önlemler *numerus clausus* (sınırlandırıcı) değil asgari olarak gösterilmiştir.

Sözleşme'nin 12. maddesini kaleme alırken BM Genel Kurulu'nun Üçüncü Komitesi DSÖ Anayasası'nın Başlangıcında yer alan sağlık tanımını "sosyal sağlık" açısından benimsememiş ise de; Komite 14 nolu GY'sinde bu tarihsel bilgiye yer verdikten sonra 12(1). maddedeki düzenlemenin sadece gerekli sağlık koşullarına sahip olmaya yönelik olmadığını, 12(2). maddenin kaleme alınış tarzı ve nedenlerinin, insanların sağlıklı bir yaşam sürdürmelerini sağlamaya yönelik birçok sosyo-ekonomik faktörü ve beslenme, gıda, konut hakkı, güvenli içme suyu ve hien, güvenli ve sağlıklı çalışma koşulları ile sağlıklı bir çevreye erişimi de içerdiğini belirtmiştir⁷⁰⁶ Komite, böylelikle Sözleşme'deki sağlık hakkı kavramının tarihsel ve katı pozitivist yorumunu değil, hakkın günün değişen koşullarına göre dinamik ve gelişmeci yorumunu benimsediğini, sağlığın sosyal belirleyicilerinden olan sosyo-ekonomik faktörlere gönderme yaparak ortaya koymuştur.

12. maddenin 2. paragrafında sağlık hakkına ilişkin spesifik önlemler gösterilmiştir; bunlardan (a) alt bendinde, ölü doğumların ve çocuk ölüm oranlarının düşürülmesi ve ayrıca çocuğun sağlıklı olarak gelişiminin sağlanması ulaşılması gereken bir hedef olarak konulmuştur. 2. paragrafın (b) alt bendinde, çevresel ve endüstriyel sağlık koşullarının her bakımdan düzeltilmesi ve iyileştirilmesi öngörülmektedir. Ardından (c) alt bendinde, bulaşıcı ve salgın hastalıkların, meslek hastalıklarının, endemik hastalıkların ve diğerlerinin önlenmesi, tedavisi ve kontrol

⁷⁰⁴ Singh, Govender, Mills, 2007, s. 521.

⁷⁰⁵ Chapman, 1998, s. 397.

⁷⁰⁶ 14 Nolu Genel Yorum, para 4.

altına alınması hedefi öngörülmüştür. Son olarak, (d) alt bendinde, hastalık hâllerinde herkese sağlık hizmeti ve tıbbî yardım sağlayacak koşulların yaratılması hedeflenmiştir.

a. Sağlık Hakkı: 14 Nolu Genel Yorum⁷⁰⁷

ESKHK'nın, Sözleşme'deki normların hangi çerçevede yorumlanacağına ve nasıl uygulanacağına ilişkin temel ilkeleri gösterdiği metinlerden biri olan ve 11 Ağustos 2000 tarihinde yayımlanan 14 nolu GY, sağlık hakkını düzenleyen 12. maddeye özgülenmiştir.

14 nolu GY'nin 1. paragrafında, sağlığın bütün diğer insan haklarından yararlanabilmek için elzem bir hak olduğu; herkesin insan onuruna yakışır bir yaşam sürdürebilmek için, erişilebilecek en yüksek sağlık standardına sahip olmasının gerektiği belirtilmektedir. Sağlık hakkının gerçekleştirilmesi için devletlerin bir dizi eylemde bulunması gerekir. Bu kapsamda öncelikle ulusal sağlık politikaları oluşturulur. Sağlık politikaları hazırlanırken ve uygulanırken sağlık alanında uzman uluslararası örgüt olan DSÖ'nün geliştirdiği programların uygulanması gerekir. Ayrıca, belirli hukuk belgelerinin ve yasal düzenlemelerin kabulü gerekebilir. Sağlık hakkı hukuken icrâ edilebilir⁷⁰⁸ kimi unsurlar içermekte olup buna göre birçok ülkenin ulusal hukuk düzeninde sağlık hizmetlerine erişimde ayrımcılık yasağı uygulanmalıdır.⁷⁰⁹

⁷⁰⁷ ESKHK'nın görevlerinden biri de, Sözleşme hükümlerinin nasıl anlaşılması gerektiğine ilişkin ayrıntılı yorumlar yayımlamaktır. Bu yorumlar, hem Sözleşmenin genel ruhunu hem de belirli bir hakkın gerçekleştirilmesinin devletlere yüklediği ödevleri anlamak açısından yol gösterici niteliktedir. Sözleşme kapsamına alınan hakların genel hükümlerle düzenlenmesi, Sözleşme'nin dinamik yorumuna imkân verse de, aynı belirsiz hükümlerin ifasından kaçınmak için uygun zemini de hazırlamaktadır. Bu nedenle, denetim organı olan ESKHK'ye normların içeriğini belirleme ve geliştirme konusunda önemli bir görev yüklenmiştir. Bkz. Yücel Dericiler, 2014, s. 145-146; Komite'nin 1989 yılında aldığı kararla ESKHS'nin çeşitli hükümlerini ve taraf devletlerin rapor sunma yükümlülüklerinin yerine getirilmesi hususunda "Genel Yorum" başlıklı kararlar çıkarmak üzere kendini yetkilendirmesi üzerine, Komite'nin 25 Nisan – 12 Mayıs 2000 tarihleri arasında Cenevre'deki 22. Oturumunda hazırlanmış ve spesifik olarak sağlık hakkına özgülenmiştir. (E/C.12/2000/4, 11 Ağustos 2000).

⁷⁰⁸ İngilizce metinde geçen *enforceable* sözcüğü "icrâ edilebilir" olarak çevrilmiştir. *Enforce*, yani icrâ, ulusal yargı organlarının kararları doğrultusunda sorumlulukların zorunlu olarak yerine getirilmesi anlamındadır. Bkz. Yücel Dericiler, 2014, s. 141.

⁷⁰⁹ 14 Nolu Genel Yorum, para 1.

ESKHK, sağlık hakkının *sağlıklı* olmak hakkı şeklinde anlaşılmaması gerektiğini vurgular.⁷¹⁰ Komite'nin, sağlık hakkının ne olmadığına ilişkin yaptığı bu negatif formüstasyon, insan hakları öğretisinde kimi yazarlarca da kabul görmektedir.⁷¹¹ Oysa, öğretide haklı olarak eleştirildiği gibi, nasıl ki yaşıama hakkına ilişkin olarak öğretide ve yargılama pratiğinde “yaşıama hakkının hiç ölmeme hakkı olarak anlaşılamayacağı” tarzında ifadelerin yer alması düşünölmeyeceğine göre, sağlık hakkı için yapılan bu tür belirlemelerin, hakkın muğlaklığına yapılan eleştirilerin yeniden üretilmesine katkı sağlamaktan öte anlam taşımadığı açıktır.⁷¹²

14 nolu GY'nin 14. ilâ 17. paragraflarında, ESKHS'nin 12(2). paragrafında yer alan ve sağlık hakkını güvence altına almaya yönelik spesifik önlemlere işaret edilmiştir. Bunlar;

Bebek ve çocuk ölümlerini azaltmak, doğum öncesi-sonrası hamile ve anne sağlık hizmetlerini sağlamak, aile plânlaması hizmetleri ve eğitimi başta olmak üzere koruyucu sağlık hizmetlerini geliştirmek yükümlölüğü: Çağdaş toplumlarda sağlık hakkını güvence altına almak için en kritik önlem devletler için bebek ve çocuk ölüm oranlarını azaltmaktır.⁷¹³ Çünkü, bir ölkedeki bebek ölümleri ve beş yaşı altındaki çocuk ölüm oranları o öлке için en önemli sağlık göstergelerinden kabul edilmektedir.⁷¹⁴ Bir diğer önemli sağlık göstergesi de anne ölümleridir.⁷¹⁵ Bu yükümlölük kapsamında anne

⁷¹⁰ 14 Nolu Genel Yorum, para 8.

⁷¹¹ Toebes, 2001, s. 170; Hestermeyer, 2004, s. 120; Tahmazoğlu Üzeltürk, 2012, s. 6; Tobin, 2013, s. 173.

⁷¹² Ertan, 2012, s. 2.

⁷¹³ Tobin, 2013, s. 255.

⁷¹⁴ 14 Nolu Genel Yorum, para 14; Çocuk ölümlerinin azaltılması, 1990'lara kıyasla 2000–2019 döneminde hızlanmış, küresel beş yaşı altı ölüm oranındaki yıllık azalma oranı 1990–1999'da yüzde 1,9'dan 2000–2019'da yüzde 3,7'ye yükselmiştir. Son birkaç on yılda çocuk ölümlerini azaltmadaki küresel ilerlemeye rağmen, sadece 2019 yılında 5 yaşı n altındaki tahmini 5,2 milyon çocuk ölmüş; bu ölümlerin yarısından fazlası Sahra altı Afrika'da meydana gelmiştir. Küresel beş yaşı altı ölüm oranı 1990'da 1000 canlı doğumda 93 ölümden 2019'da 38'e düşerek % 59 azalmış ise de, çocuk ölümleri küresel ölçekte önemini korumaktadır. Sadece 2019 yılında, her gün yaklaşık 14.000 beş yaşı altı ölüm meydana gelmiş olup bu, tahammöl edilemeyecek kadar yüksek sayıdadır. Bkz. <https://data.unicef.org/topic/child-survival/under-five-mortality/> (Erişim Tarihi: 20 Eylül 2020).

⁷¹⁵ Dünya genelinde sadece 2000 yılında 451.000; sadece 2017 yılında 295.000 anne ölümü yaşanmıştır. Buna göre, anne ölümlerinde iki tarih aralığında %35 düşüş yaşandığı tahmin edilmektedir. Düşüşe rağmen anne ölümleri sorun olmaya devam etmektedir. Bkz. WHO, **Trends in Maternal Mortality 2000 to 2017: estimates by WHO, UNICEF, UNFPA, World Bank Group and the United Nations**

sağlığı, cinsel sağlık, doğum öncesi ve sonrası sağlık hizmetleri, acil obstetrik (doğum) hizmetleri yer almaktadır. Üreme sağlığı hizmetleri bireylerin üreme hakkını kullanacakları zamana kendilerinin özgürce karar vermebilmesini, diledikleri gebeliği önleyici yöntemleri kullanabilmelerini ve hamile kadınların sağlıklı bir gebelik dönemi ve doğum süreci geçirmesini kapsar.⁷¹⁶

İş sağlığı ve güvenliğini sağlamak, meslek hastalıklarını önlemek, sağlığa yönelik çevresel tehditleri belirlemek yükümlülüğü: ILO verilerine göre, iş kazaları veya meslek hastalıkları sonucu yılda 2.78 milyondan fazla kişi ölmektedir. Buna ek olarak, her yıl 374 milyon kişi -ölümcül olmayan- iş kazaları nedeniyle dört günden fazla çalışmamaya neden olan sakatlık geçirmektedir. Bu olumsuzluğun insanî maliyetine bakıldığında, iş sağlığı ve güvenliği uygulamalarındaki zayıf ekonomik yükün, her yıl küresel GSYİH'nin %3,94'ü olduğu tahmin edilmektedir.⁷¹⁷ Daha da önemlisi, insan hakları perspektifinden bakıldığında bu ölümler ve yaralanmalar sadece MSHS kapsamındaki yaşama hakkının değil, aynı zamanda ESKHS'nin 12(1). maddesi uyarınca sağlık hakkını koruma yükümlülüğünün ihlallerini temsil etmektedir.⁷¹⁸ Bu nedenle, meslek hastalıklarının ve iş kazalarının önlenmesi, güvenli ve içilebilir su sağlanması, insan sağlığına olumsuz etki eden radyoaktif maddelere, kimyasallara ve zarar verici çevresel koşullara maruziyetin önlenmesi gerekir. Ayrıca, endüstriyel sağlık şartları, mümkün olduğunca çalışma ortamında sağlığı tehdit eden sebepleri azaltmayı gerektirir.⁷¹⁹

Hastalıkların önlenmesi, tedavisi ve kontrolü yükümlülüğü: Hastalıkların önlenmesine yönelik eğitim ve bilinçlendirme faaliyetleri yapılması son derece önemlidir. Yine, hastalıkları önleyici tedbirler alınmalıdır. Hastalıkların kontrolü ise,

Population Division, 2019, s. x. <https://www.who.int/reproductivehealth/publications/maternal-mortality-2000-2017/en/> (Erişim tarihi: 20 Eylül 2020).

⁷¹⁶ 14 Nolu Genel Yorum, para 14.

⁷¹⁷ ILO, **Safety and Health at Work**, <https://www.ilo.org/global/topics/safety-and-health-at-work/lang--en/index.htm> (Erişim tarihi: 2 Ağustos 2020).

⁷¹⁸ Tobin, 2013, s. 286.

⁷¹⁹ 14 Nolu Genel Yorum, para 15.

salgın hastalıkların kontrolünün geliştirilmesi, veri toplanması, yaygın bağışıklık programlarının uygulanması gibi faaliyetler olarak düşünülmelidir.⁷²⁰ Tıbbî yardım sağlama yükümlülüğü, “acil sağlık hizmetleri sistemi oluşturulması ve afetlerde yardım ve olağanüstü durumlarda insanî yardım sağlanması” yükümlülüğünü de içerir. Bu hizmetler önemli kaynak gerektirse bile, bireyin doğrudan yaşama hakkına ilişkin ve sunulmadığı takdirde bireyin yaşamını tehlikeye düşüren yönü bulunduğundan, taraf devletlerce etkili ve ülke geneline yaygın acil sağlık hizmetleri sistemi kurulmaması yerine getirme yükümlülüğünün ihlâlini temsil etmektedir.

Birinci basamak sağlık hizmetleri dahil tıbbî yardım ve sağlık hizmetlerini sağlama yükümlülüğü: Fiziksel ve ruhsal açıdan koruyucu, tedavi ve rehabilite edici sağlık hizmetlerine ve sağlık eğitime, düzenli tarama programlarına, yaygın hastalıkların ve sakatlıkların uygun şekilde tedavisine toplum geneli açısından eşit ve zamanında erişim sağlanmasını, temel ilaçların teminini ve ihtiyacı olanlara uygun ruhsal tedavi hizmetlerinin verilmesini içerir. Diğer önemli bir nokta, toplum genelinde ve ulusal düzeyde koruyucu ve tedavi edici sağlık hizmetleri ile ilgili siyasi kararlara bireylerin katılımının artırılması gerekmektedir.⁷²¹

ESKHK, sağlık hakkının aşamalı olarak gerçekleştirilmesini ve mevcut kaynakların sınırlı oluşu gerçeğinden doğan zorlukları kabul etse de, aşamalı gerçekleştirme yükümlülüğü, devletlerin dilediği zamanda ve/veya öncelik tercihi ile hareket etme özgürlüğü olarak anlaşılabilecek bir ilke değildir. Aksine, devletlerin “mümkün olduğu kadar etkili ve hızlı hareket etmek konusunda açık ve sürekli bir yükümlülük” altında olduklarının altını çizen bir zorunluluktur.⁷²² Ciddi kaynak sıkıntısı çekilen hâllerde bile, toplumun risk altındaki kesimlerinin korunması gerekir.⁷²³

⁷²⁰ 14 Nolu Genel Yorum, para 16.

⁷²¹ 14 Nolu Genel Yorum para 17.

⁷²² 14 Nolu Genel Yorum, para 31; Şahin, 2010, s. 743.

⁷²³ 14 Nolu Genel Yorum, para 18; 3 Nolu Genel Yorum, para 12.

Sağlık hakkının gerçekleştirilmesi için, taraf devletlerin derhal yerine getireceği ilk yükümlülük “ayrımcılık yapmamak” ödevidir. Diğer ise, Sözleşme’nin 12. maddesinde belirtilen sağlık hakkına ilişkin yükümlülükleri tam olarak hayata geçirmek için “adım atma yükümlülüğü”dür.⁷²⁴ Komite, sağlık hizmetleri ve tıbbî bakıma erişimde eşitliği özellikle vurgulamaktadır. Taraf devletler, yeterli olanaklara sahip olmayan bireylere bunları sunma ve sağlık hakkına ilişkin temel yükümlülükler açısından ayrımcılığı engelleme yükümlülüğü altındadır.⁷²⁵ Sözgelimi öncelikli sağlık yatırımlarının, nüfusun genelini kapsayan temel sağlık hizmetleri yerine, orantısız bir biçimde, toplumun dar ve imtiyazlı kesimlerine yönelik pahalı sağlık hizmetlerine yönlendirilmesi ayrımcılık yaratır.⁷²⁶

Sağlık hakkını normatif yönden oldukça ayrıntılı bir şekilde ele alıp yorumlayan 14 nolu GY’nin hukuken bağlayıcılığı olmamakla birlikte, hakkın somutlaştırılması ve yorumlanması bakımından çok önemli olduğuna ve genel yorumların konuluş sebebi itibarıyla taraf devletlerce “dikkate alınması gereken”⁷²⁷ nitelikte bir hukukî belge olduğuna kuşku yoktur.⁷²⁸

⁷²⁴ 14 Nolu Genel Yorum, para 30.

⁷²⁵ 14 Nolu Genel Yorumun 18. paragrafında belirtildiği gibi; sağlık hizmetlerine ilişkin ayrımcılık yasağı pek çok ülkenin ulusal mevzuatında yer almaktadır. Tıbbî bakım ve sağlıkla ilgili unsurlara erişim ve aynı zamanda bu konudaki yetkiler açısından, ırk, dil, din, renk, cinsiyet, siyasal veya başka bir düşünce, etnik köken, mülkiyet, fiziksel veya zihinsel engellilik, sağlık durumu (HIV/AIDS dahil), cinsel yönelim, medeni, siyasal, sosyal veya diğer statüler bakımından sağlık hakkından herkesin eşit şekilde faydalanmasını ve sağlık hakkının herkes tarafından eşit şekilde kullanılmasını ortadan kaldıracak veya zedeleyici etki ve amaca sahip her türlü ayrımcılık yasaktır.

⁷²⁶ 14 Nolu Genel Yorum, para 19.

⁷²⁷ Gerard QUINN et al., **Human Rights and Disability: The Current Use and Future Potential of United Nations Human Rights Instruments in the Context of Disability**, United Nations, New York / Geneva 2002, s. 54.

⁷²⁸ Sever, 2018, s. 79.

b. Cinsel Sağlık ve Üreme Sağlığı Hakkı: 22 Nolu Genel Yorum

DSÖ cinsel sağlık kavramını “cinsellikle ilgili fiziksel, zihinsel, duygusal ve sosyal yönden iyilik hâli” olarak tanımlamaktadır.⁷²⁹ Üreme sağlığı ise, cinsel sağlığın bilgilendirilmiş, özerk kararlar alma özgürlüğü ve üreme kapasitesi ile ilgili boyutu olarak tanımlanabilir.⁷³⁰

ESKHK, 2016 yılında sağlık hakkını, cinsel sağlık ve üreme sağlığı alanına özgüleyerek yeniden yorumlamıştır.⁷³¹ Cinsel sağlık ve üreme sağlığı hakkını sağlık hakkının ayrılmaz bir parçası olarak niteleyen Komite, bu alana özgü yeni bir genel yorum ihtiyacını ortaya çıkaran nedenleri şöyle sıralamıştır: Birincisi, pek çok yasal, usulî, pratik ve sosyal engeller sebebiyle, dünyadaki milyonlarca insanın sözkonusu hizmetlere ve bilgilere erişme imkânı ciddi şekilde sınırlanmaktadır. Bundan en çok etkilenenler ise, kadınlar olmaktadır. Öte yandan, gerek mevzuatta ve gerek pratikte sosyal dışlanmayı artıran ayrımcılığın kesişen birden fazla türünü yaşayan LGBTİ ya da engelli bireylerin sözkonusu haktan yararlanması daha da sınırlıdır. İkincisi, bu alana ilişkin hak ihlallerinin gözardı edilemez boyutta olduğu dikkate alındığında, bu alanın müstakil olarak ele alınması ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Üçüncüsü, tüm genel yorumlarda olduğu gibi taraf devletlerde sözleşmede yer alan hakların uygulamasına ve periyodik rapor yükümlülüklerinin yerine getirilmesine rehberlik edilmesi amaçlanmıştır.⁷³²

Cinsel sağlık ve üreme sağlığı hakkı, özgürlükleri ve yetkileri birlikte içermektedir. Bireylerin sahip olduğu yetkiler bağlamında, Sözleşme’nin 12. maddesi

⁷²⁹ WHO, *Sexual health, human rights and the law*, 2015, s. 1.

https://www.who.int/reproductivehealth/publications/sexual_health/sexual-health-human-rights-law/en/ (Erişim Tarihi: 21 Ekim 2020).

⁷³⁰ CESCR, **General comment No. 22 (2016) on the right to sexual and reproductive health (article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)**, Un Doc E/C.12/GC/22 (Bundan sonra “22 Nolu Genel Yorum” olarak anılacaktır.), para 6.

⁷³¹ 22 Nolu Genel Yorumun çevirisi için bkz. Gürkan SERT vd., “Cinsel Sağlık ve Üreme Sağlığında Haklar Ekonomik Kültürel Haklar Sözleşmesi’nin 22 No’lu Yorumu 2016”, **Türkiye Biyoetik Dergisi**, Vol. 6, No. 2, (ss.65-81), s. 69-81, 2019.

https://www.journalagent.com/tjob/pdfs/TJOB_6_2_65_81.pdf (Erişim Tarihi: 29 Nisan 2020).

⁷³² 22 Nolu Genel Yorum, paras 2, 3, 4.

uyarınca sözkonusu hizmetlere, ürünlere, olanaklara ve bilgilere herhangi bir engelleme olmaksızın adil şekilde ve evrensel düzeyde erişim hakkını kapsar. Özgürlük boyutunda ise, bireyin kendi bedeni üzerinde, herhangi bir şiddet veya zorlama olmaksızın ve ayrımcılığa maruz bırakılmaksızın, özerk kararlar verme ve seçimler yapabilmesini ifade eder.⁷³³

Haklarının bütünlüğü ilkesi çerçevesinde meseleye bakıldığında; ilk olarak, cinsel sağlık ve üreme sağlığı hakkının gerçekleştirilmesi, devletlerin diğer insan haklarına ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmesini gerektirir. Bu bağlamda, sözgelimi eğitim hakkı, kadın-erkek eşitliği ve ayrımcılık yasağı ile bütüncül olarak ele alındığında, kapsamı itibarıyla cinsellik ve üreme konusuna odaklanan, kanıta dayalı, ayrımcı olmayan, bilimsel bilgiye dayalı, doğru ve yaşa uygun bir eğitim verilmesini gerektirir. Çalışma hakkı, ayrımcılık yasağı ve kadın-erkek eşitliği ile birlikte ele alındığında, işyerinde cinsel tacizin önlenmesini; kadın olmak, hamile olmak, doğum yapmak, ebeveynlik veya cinsel yönelim, cinsel kimlik gibi farklılıklar temelinde olabilecek her türlü ayrımcılığın yasaklanmasını; istihdam alanlarında anneliğin korunması ve gerektiğinde ebeveyn izni verilmesini gerekli kılar.⁷³⁴ İkinci olarak, klasik hak ve özgürlüklerle yakından ilişkilidir. Örneğin, acil sağlık hizmetleri kapsamında obstetrik (doğum) bakım hizmetinin gerektiği gibi sunulmaması ya da kürtajın tamamen yasaklanması nedeniyle sağlıklı olmayan koşullarda gizli kürtajın artması, genellikle anne ölümlerine ve morbiditeye (hastalık ve sakatlığa) sebebiyet verir ki, bu da, ortaya çıkacak sonuca göre yaşam veya maddî ve manevî bütünlüğünü koruma hakkının ihlâli anlamına gelir.⁷³⁵

Sağlığın sosyal belirleyicileri cinsel sağlık ve üreme sağlığı hakkı için de geçerlidir. Toplumlardaki bu alana ilişkin davranış kalıplarını, genellikle sosyal

⁷³³ 22 Nolu Genel Yorum, para 5.

⁷³⁴ 22 Nolu Genel Yorum, para 9.

⁷³⁵ Yaşama hakkı, maddî ve manevî bütünlüğünün korunması hakkı, özgürlük ve kişinin güvenliği hakkı, işkence yasağı, mahremiyetin korunması, özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı, ayrımcılık yasağı, eşitlik ilkesi bu kapsamda sayılabilir. Bkz. 22 Nolu Genel Yorum, para 22.

eşitsizlikler, toplumsal cinsiyet rolleri, etnik köken, yaş, engellilik gibi etkenlere dayalı eşitsiz güç dağılımları belirler. Cinsel sağlık ve üreme sağlığının sosyal belirleyicileri olarak yoksulluk, gelir eşitsizlikleri, sistematik ayrımcılık, marjinalleştirme ve sosyal damgalama sayılabilir. Bu nedenle, hakkın gerçekleştirilmesini engelleyen yasalar, idarî düzenlemeler ve sosyal davranış kalıplarıyla tezahür eden sosyal belirleyiciler gözönünde tutulmalıdır.⁷³⁶

Komite, cinsel sağlık ve üreme sağlığı hakkının tam olarak hayata geçirilebilmesi için dört unsur belirler. Bunlar, sırasıyla mevcûdiyet (*availability*);⁷³⁷ erişilebilirlik (*accessibility*);⁷³⁸ kabul edilebilirlik (*acceptability*)⁷³⁹ ve kalitelilik (*quality*)’dir.⁷⁴⁰

⁷³⁶ 22 Nolu Genel Yorum, para 7-8.

⁷³⁷ *Mevcûdiyet*: (12) Topluma, mümkün olan en kapsamlı cinsel sağlık ve üreme sağlığı hizmetini sunmak için yeterli miktarda sağlık tesisi, hizmeti, ürünü ve programı bulundurulmalıdır. Bu, güvenli ve içilebilir içme suyu, yeterli sağlık tesisi, hastane ve klinikler gibi cinsel sağlık ve üreme sağlığı hakkının hayata geçirilmesinin temel belirleyicilerinin güvence altına alınması için tesis, hizmet ve ürünlerin bulundurulmasını sağlamayı içermektedir. (13) Eğitimli profesyonelin, tıbbî personelin ve tüm cinsel sağlık hizmetleri ve üreme sağlığı hizmetlerini yerine getirme konusunda eğitim almış uzmanların mevcûdiyetinin sağlanması, genel anlamda mevcûdiyetin sağlanmasında kritik bir bileşen oluşturmaktadır. Ayrıca prezervatifler ve acil kontrasepsiyon, düşük ve sonrası bakım için ilaçlar, cinsel yolla bulaşan enfeksiyonların ve HIV’in önlenmesi ve tedavisinde kullanılan jenerik ilaçlar gibi çeşitli kontraseptif yöntemler de dahil olmak üzere gerekli temel ilaçlar da mevcut olmalıdır. (14) Vicdanî nedenlere dayanarak hizmet sunmayı reddetme gibi, ideolojik temelli politikalar veya uygulamalar nedeniyle ürün ve hizmetlerin mevcut olmaması, hizmetlere erişimde bir engel teşkil etmemelidir; bu tür hizmetleri sağlayabilen ve bu konuda istekli ve yeterli sayıda sağlık çalışanı hem kamu kurumları hem özel kurumlarda, makul coğrafi erişim dâhilinde, her zaman mevcut olmalıdır.” Bkz. 22 nolu Genel Yorum, para 12, 13, 14.

⁷³⁸ *Erişilebilirlik*: (15) Cinsel sağlık ve üreme sağlığı ile ilgili sağlık kurumları, ürün, bilgi ve hizmetler, tüm birey ve gruplar için ayırım gözetmeksizin ve engelsiz olarak erişilebilir olmalıdır. Komitenin 14 nolu GY’inde detaylandırıldığı gibi erişilebilirlik, fiziksel erişilebilirlik, ödenebilirlik ve bilgiye erişilebilirliği içermektedir. (16) *Fiziksel erişilebilirlik*: Cinsel sağlık ve üreme sağlığı bakımı ile ilgili sağlık tesisi, ürün, bilgi ve hizmetler, herkes için güvenli fiziksel ve coğrafi erişim içinde olmalıdır, böylece ihtiyaç sahibi kişilerin zamanında hizmet ve bilgi alabilmeleri sağlanmalıdır. Özellikle dezavantajlı ve marjinal gruplara mensup kişiler, kırsal alanlarda ve uzak bölgelerde yaşayan kişiler, engelliler, mülteciler ve ülke içinde yerinden olmuş kişiler, vatansız kişiler ve gözaltında tutulanlar da dahil olmak üzere, bunlarla sınırlı olmayan herkes için, fiziksel erişilebilirlik sağlanmalıdır. Cinsel sağlık ve üreme sağlığı ile ilgili hizmetlerin uzak bölgelere ulaştırılamadığı durumlarda temel eşitlik bağlamında ihtiyaç duyan kişilerin bu tür hizmetlere ulaşması ve ulaştırılmasını sağlamak için olumlu önlemler alınmalıdır. *Ödenebilirlik*: (17) Kamudan veya özel olarak sağlanan cinsel sağlık ve üreme sağlığı hizmetleri herkes için ödenebilir olmalıdır. Cinsel sağlık ve üreme sağlığı belirleyicilerine ilişkin olanlar da dâhil olmak üzere, temel ürün ve hizmetlerin, bireylerin ve ailelerin sağlık giderlerine orantısız bir şekilde yüklenmemesi için (bu ürün ve hizmetler) hiçbir maliyet olmaksızın sağlanmalı ya da eşitlik ilkesine göre fiyatlandırılmalıdır. Yeterli imkânı olmayan kişilerin, sağlık sigortası masraflarının karşılanması, cinsel sağlık ve üreme sağlığı hizmetleri ile ilgili bilgilendirilmesi, bu ürünleri ve hizmetleri sağlayan sağlık kuruluşlarına erişebilmesi için gerekli önlemler alınmalıdır.” Bkz. 22 nolu Genel Yorum, para 17. (18) *Bilgiye erişilebilirlik*: Bilgiye erişilebilirlik, genel olarak cinsel sağlık ve üreme sağlığı konularında bilgi ve fikir isteme, alma ve yayma ve ayrıca bireylerin belirli sağlık durumu hakkında özel bilgileri alma hakkını kapsamaktadır. Adölesanlar ve gençler de dahil olmak üzere tüm bireyler ve gruplar, anne sağlığı, kontraseptifler, aile planlaması, cinsel yolla bulaşan enfeksiyonlar, HIV önleme, güvenli düşük ve düşük sonrası bakım, infertilite ve

Sözkonusu unsurların özüne bakıldığında, bir taraf devlette cinsel sağlık ve üreme sağlığı hakkının layıkıyla gerçekleştirildiğini söyleyebilmek için, yeterli sayıda ve nitelikte sağlık kurumunun, sağlık hizmetinin ve ürünün ve ayrıca bilgilendirme programının mevcûdiyetinin yanında, yeterli sayıda ve ülke geneline yaygın şekilde eğitilmiş sağlık personelinin istihdam edilmesi gerekir. Ayrıca, cinsel sağlık ve üreme sağlığına yönelik ilaçlar, kontraseptifler, gebelikten korumaya yönelik materyaller de dahil tüm ilaç ve tıbbî cihazların yeterince mevcut olması; sözü edilen kurum, hizmet, ürün ve bilginin ayırım gözetilmeksizin erişilebilir olması; kamu ve özel sağlık hizmetlerinin herkes için ödenebilir olması, yani bunların ücretsiz sağlanması ya da eşitlik ilkesine göre uygun fiyatlı belirlenmesi, toplumun yoksul kesimlerine yönelik hizmet bedellerinin devletçe (genel sağlık sigortasınca) karşılanması; son olarak, sözkonusu hizmetlerin kaliteli olmasıdır.

Ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesi, cinsel sağlık ve üreme sağlığı hakkı bakımından özel önem taşır.⁷⁴¹ Nussbaum'un haklı olarak belirttiği gibi, "dünyanın tamamında kadınlar çeşitli bakımlardan tam eşit konumda değildir ve bu büyük bir adaletsizliktir."⁷⁴² Yasal düzenlemeler ve kamusal politikalar görünürde tarafsız olsa da, geleneklerden aktarılan uygulamalar toplumda mevcut cinsiyet eşitsizliğini ve kadınlara yönelik ayrımcılığı yeniden üretmektedir. Bu nedenle, kadınların yaşadığı

fertilite seçenekleri, üreme sistemi ile ilgili kanserler gibi cinsel sağlık ve üreme sağlığının tüm yönleriyle ilgili kanıta dayalı bilgiye sahip olma hakkına sahiptir. (19) Bu bilgiler, örneğin yaş, cinsiyet, dil yeterliliği, eğitim düzeyi, engellilik, cinsel yönelim, cinsel kimlik ve interseks durumu gibi özelliklerini gözönüne alarak bireyin ve toplumun ihtiyaçlarıyla tutarlı bir şekilde sağlanmalıdır. Bilgiye erişilebilirlik, kişisel sağlık verileri ve bilgilerinin mahremiyeti ve gizliliği hakkını ihlal etmemelidir." Bkz. 22 nolu Genel Yorum, paras 15-19.

⁷³⁹ *Kabul edilebilirlik (uygunluk)*: (20) Cinsel sağlık ve üreme sağlığı ile ilgili tüm tesis, ürün, bilgi ve hizmetler, bireylerin, azınlıkların, halkların ve toplumların kültürlerine saygılı olmalı ve cinsiyet, yaş, engellilik, cinsel çeşitlilik ve yaşam döngüsü gereksinimlerine duyarlı olmalıdır. Ancak bu, belirli gruplara özel tesis, ürün, bilgi ve hizmet sunmayı reddetmeyi haklı çıkarmak için kullanılamaz." Bkz. 22 nolu Genel Yorum, para 20.

⁷⁴⁰ *Kalite*: (21) Cinsel sağlık ve üreme sağlığı ile ilgili tesis, ürün, bilgi ve hizmetler iyi kalitede olmalı, yani kanıta dayalı, bilimsel ve tıbbî açıdan uygun ve güncel olmalıdırlar. Bu, eğitilmiş ve vasıflı sağlık personeli ile bilimsel olarak onaylanmış ve son kullanım tarihi geçmemiş ilaç ve ekipmanın bulunmasını gerektirir. Düşük için ilaç, yardımcı üreme teknikleri ve HIV ve AIDS'in tedavisinde ilerlemeler gibi teknolojik ilerleme ve yeniliklerin sağlanmasında başarısızlık veya sağlanmasının reddi, cinsel sağlık ve üreme sağlığı hizmetinin kalitesini tehlikeye atmaktadır." Bkz. 22 nolu Genel Yorum, para 21. Çeviri için bkz. Sert vd., s. 71-73, 2019.

⁷⁴¹ 22 Nolu Genel Yorum, para 22.

⁷⁴² Nussbaum, 2018, s. 164.

dezavantajların gözönünde tutulması gerekir. Sözgelimi, kadınların erkeklerden sınıfsal olarak daha altta görülmesi, kadınların toplumsal rollerinin salt annelik ve çocuk bakımına indirgenmesi, ev içi emeğin ve bakım emeğinin görmezden gelinmesi, eve kazanç sağlayanın ve evin reisinin erkek olduğu kabulü gibi ataerkil kalıplar gerçek cinsiyet eşitliğinin sağlanmasında birer handikaptır.⁷⁴³

Bu çerçevede, ayrımcı yasal ve idarî düzenlemelerin ve uygulamaların kaldırılması ve amaca uygun olarak yeniden gözden geçirilmesi; cinsel sağlık ve üreme sağlığı hizmetlerinin önündeki tüm engellerin kaldırılması; anne ölüm oranlarının azaltılması için özellikle kırsal kesimde nitelikli acil obstetrik (doğum) bakım hizmetlerinin sağlanması; güvenli olmayan düşüklerin önlenmesi; istenmeyen gebeliklerin önlenmesi; devletler tarafından ergenler başta olmak üzere tüm bireylerin güvenli ve etkili kontraseptiflere erişiminin sağlanması; bu alanda amaca ve yaşa uygun eğitim verilmesi; kısıtlayıcı kürtaj yasalarının esnetilmesi; sağlık profesyonellerinin eğitilerek kadınların kaliteli ve güvenli kürtaj ve kürtaj-sonrası bakım hizmetlerine erişiminin sağlanması; kadınların özerk karar verme haklarına saygı gösterilmesi ve bu hakkın ihlâl edilmesini önlemek için gerekli yasal tedbirlerin alınması; kadınları ve bilhassa kız çocuklarını sağlığa zararlı geleneksel uygulamalardan ve cinsiyete dayalı şiddetten korumak için önleyici, destekleyici ve telâfi edici mekanizmalar öngörülmesi gerekmektedir.⁷⁴⁴

Toplumun bilhassa dezavantajlı kesimlerinin sözkonusu hizmetlere erişimi sağlanmalı ve spesifik durumları gözönünde tutulmalıdır. Sözgelimi, engellilerin bu hizmetlere aynı nitelikte ulaşabilmeleri için gerekli tedbirlerin alınması gerektiği gibi, engellerinden dolayı özellikle ihtiyaç duyacakları hizmetlerden de yararlanabilmeleri sağlanmalıdır.⁷⁴⁵

⁷⁴³ 22 Nolu Genel Yorum, paras 25-27.

⁷⁴⁴ 22 Nolu Genel Yorum, paras 28-29.

⁷⁴⁵ 22 Nolu Genel Yorum, para 22.

Dezavantajlı ve incinebilir gruplara mensup bireyler, bu alanda kesişen (çoklu) ayrımcılıktan daha çok etkilenmektedir.⁷⁴⁶ Komite'ye göre, ayrımcılığa uğramama, herkesin cinsel yönelim ve cinsel kimliğine saygı gösterilmesi hakkını da kapsadığından, aynı cinsiyette olan yetişkinler arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişkinin veya kişinin cinsel kimliğinin ifade edilmesinin suç olarak öngörülmesi; LGBTI bireylere psikiyatrik hastalar olarak muamele edilmesi veya iyileştirme adı altında sözde tedavi edilmesini gerektiren düzenleme ve uygulamalar yapılması insan haklarının açık ihlâlidir.⁷⁴⁷

Sağlık hakkına (cinsel sağlık ve üreme sağlığı hakkına) ilişkin olarak, ESKHK'nin bireysel başvuru yoluyla incelediği ilk ve tek karar *S.C. and G.P. / İtalya*⁷⁴⁸ başvurusudur. Komite, kararında hakların bütünlüğü ilkesine ve 22 nolu GY'ye atıf yaparak, cinsel sağlık ve üreme sağlığı hakkının diğer tüm insan haklarıyla bölünemez ve birbirine bağımlı olduğunu, özellikle bu hakkın bireylerin özerkliklerini öngören klasik haklarla yakından ilişkili olduğunu vurgulamıştır. Üçlü yükümlülük tipolojileri çerçevesinde somut olayı irdeleyen Komite, cinsel sağlık ve üreme sağlığı hakkına devletin saygı gösterme yükümlülüğü bulunduğunu, bu bağlamda bireyin kendi bedenini kontrol etme ve bedeni üzerinde özerk karar verme özgürlüğüne müdahalenin saygı gösterme yükümlülüğünü ihlâl edeceğini vurgulamıştır.⁷⁴⁹ Komite, somut olayda başvuranın başlangıçta gösterdiği rızanın geri alınamaması suretiyle rahim içine

⁷⁴⁶ Sayılanlarla sınırlı olmamak üzere, yoksul kadınların, engellilerin, göçmenlerin, yerli veya diğer etnik azınlıkların, ergenlerin, LGBTI bireyler ve HIV/AIDS'le yaşayan insanların çoklu ayrımcılığa maruz kalma olasılığı daha fazladır. Özellikle, çatışma ortamlarında yaşayan kadınlar ve kız çocukları sistematik tecavüz, cinsel kölelik, zorunlu hamilelik ve zorla sterilizasyon da dahil olmak üzere cinsel sağlık ve üreme sağlığı haklarının ihlâlinin yüksek riskli olduğu durumlara orantısız bir şekilde maruz kalmaktadır. Hukukî statüleri nedeniyle savunmasızlıkları gözönüne alındığında tutuklu ve mahkûmlar, mülteciler, vatansızlar, sığınmacılar ve belgesiz göçmenler, sağlık hizmetlerine erişimlerini sağlamak için belirli adımlar atmalarını gerektiren özel gereksinimi olan gruplardır. Devletler, seks endüstrisinde çalışan kişilerin her türlü şiddet, zorlama ve ayrımcılığa karşı tam koruma önlemlerini almalıdır. Bu kişilerin sağlık hizmetlerine erişebilmelerini sağlamalıdır. Sistematik ayrımcılığın ortadan kaldırılması, geleneksel olarak ihmâl edilen bu gruplara devletlerce daha fazla kaynak tahsis edilmesini gerektirdiği gibi, ayrımcılıkla mücadele yasalarının ve politikalarının uygulamada resmî ve diğer makamlar tarafından uygulanmasını sağlamayı da gerekli kılar. Bkz. 22 Nolu Genel Yorum, paras 30-32.

⁷⁴⁷ 22 Nolu Genel Yorum, para 23.

⁷⁴⁸ CESCR, *S.C. and G.P. v. Italy*, Communication No. 22/2017, E/C.12/65/D/22/2017.

<https://undocs.org/en/E/C.12/65/D/22/2017> (Erişim Tarihi: 6 Haziran 2020).

⁷⁴⁹ *S.C. and G.P. v. Italy*, para 8.1.

embriyo transferine zorlamak anlamına gelen mevcut uygulama nedeniyle sağlık hakkının ihlâl edildiğini belirtmiştir.⁷⁵⁰ Somut olayı ayrımcılık yasağı çerçevesinde de irdeleyen Komite, Sözleşmenin 2(2). paragrafındaki cinsiyete dayalı ayrımcılık yasağı ile 3. maddesindeki kadınlara eşitlik ilkesinin, doğrudan ve dolaylı ayrımcılığın ortadan kaldırılması suretiyle kadınlar ve erkekler arasındaki hem şekli hem de maddî eşitliğin sağlanmasını gerektirdiğini vurgulamıştır.⁷⁵¹ İç hukuktaki kural, bireylerin başlangıçta embriyo transferine rıza göstermesi hâlinde, kişinin daha sonra rızasını geri alması hakkında kısıtlama getirmektedir. Bu durum, her iki cinsiyeti de etkilese bile, kadınlar üzerinde daha yüksek bir yük oluşturmaktadır. Komite, kadınlar üzerindeki muhtemel sonuçların son derece ciddi olduğunu ve kadınların sağlık ve fiziksel bütünlük hakkının doğrudan ihlâl edildiğini belirtmiştir. Embriyonun geçerli rızası olmadan SC'nin rahmine transfer edilmesi, hem tek başına Sözleşme'nin 12. maddesindeki sağlık hakkının ve hem de 3. madde ve 12. maddenin birlikte okumasıyla sağlık hakkının kullanılmasında cinsiyet eşitliği hakkının ihlâli anlamına gelmektedir.⁷⁵² Komite, taraf devlete hem insan hakları sözleşmelerinden doğan yükümlülükleri çerçevesinde iç hukuk kurallarını acil olarak değiştirmesini⁷⁵³ ve hem de işaret edilen ihlâller nedeniyle yeterli tazminat hakkı da dahil, taraf devletin etkili iç hukuk yollarını sağlamasını tavsiye etmiştir.⁷⁵⁴

Komite'nin sağlık hakkına ilişkin olarak verdiği ilk karar olma özelliğini taşıyan *S.C. and G.P. / İtalya* kararı, doğurganlık tedavileri bağlamında bir kadının rızası olmadan embriyonun rahmine nakledilmesinin, kadının sağlık hakkının açık ihlâli olduğunu ortaya koymaktadır. Söz konusu karar, sağlık hakkı ile ayrımcılık yasağı arasında kurduğu bağlantı açısından önem taşıdığı gibi, hakların bütünlüğü ilkesini vurgulaması ve ayrıca, üreme sağlığına ilişkin 22 nolu GY'deki ilerici yorum ve

⁷⁵⁰ S.C. and G.P. v. Italy, paras 10.1, 11.1.

⁷⁵¹ S.C. and G.P. v. Italy, para 8.2.

⁷⁵² S.C. and G.P. v. Italy, para 10.3.

⁷⁵³ S.C. and G.P. v. Italy, para 11.4.

⁷⁵⁴ S.C. and G.P. v. Italy, para 13.

yaklaşımı ile üçlü yükümlülük tipolojileri çerçevesinde öngördüğü temel ilkeleri kararına yorum yoluyla taşıması bakımından dikkate değerdir.

c. ESKHS Hükümlerinin İç Hukukta Uygulanması: 9 Nolu Genel Yorum

Sağlık hakkının normatif olarak düzenlendiği ESKHS'nin 12. maddesinin taraf devletlerin iç hukuklarında uygulanması, hakkın gerçekleştirilmesinde önemli rol oynamaktadır. Komite, genel olarak sözleşmesel hakların taraf devletlerde daha etkin şekilde uygulanabilmesi için 9 nolu GY'yi oluşturmuştur. Anılan genel yorumda yer verilen ilke ve yaklaşımların sağlık hakkı bakımından da aynen geçerli olduğu açıktır.

Sözleşme'nin iç hukukta uygulanması, uluslararası hukukun iki prensibine göre temellendirilebilir. İlki, Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 27. maddesine göre “bir tarafın bir antlaşmayı icrâ etmeme gerekçesi olarak iç hukuk hükümlerine başvuramamasıdır.” Bunun anlamı, ahde vefa ilkesinin sonucu olarak, devletlerin iç hukuk düzenlerini, Sözleşme'den doğan yükümlülüklerine uygun şekilde gözden geçirip değiştirmeleri gereğidir. İkincisi, İHEB'in 8. maddesinde yer alan “her şahsın kendisine anayasa veya kanun ile tanınan temel haklarını çiğneyen muamelelere karşı fiilî sonuç verecek şekilde ulusal mahkemelere müracaat hakkı”nı öngören evrensel hak arama hürriyeti ilkesidir.⁷⁵⁵

Sözleşme'de tanınan hakların, ülkelerin iç hukukunda ne suretle etkili kılınacağına dair yöntem her devlet için değişiklik gösterse de, aslolan, bunun Sözleşme'den doğan yükümlülükleri tam anlamıyla yerine getirmeye elverişli olmasıdır. Komite, denetim yaparken, devletlerce seçilen yöntemi de sonuca etkililik yönünden denetler. Uygulamada, yasal düzenleme yapılması veya yasa değişikliği gibi yollarla Sözleşme'nin iç hukukta uygulanması mümkün olduğu gibi, kimi devletlerin Sözleşme'yi doğrudan iç hukukun bir parçası olarak kabul edip hükümlerini noksansız

⁷⁵⁵ 9 Nolu Genel Yorum, para 3.

olarak uygulama yoluna gittiği görülmektedir. Genellikle, Sözleşme hükümlerinin iç hukukta geçerlilik kazanması, anayasal düzenlemelere dayanılarak, uluslararası insan hakları sözleşmelerinin kendisiyle çatışan iç hukuk kuralına karşı üstün tutulmasıyla gerçekleşmektedir.⁷⁵⁶

Bir hakkın iç hukukta etkili olması için ilk olarak “hukukî başvuru yollarının oluşturulması” gerekmektedir. İkinci olarak, diğer insan haklarının korunmasını sağlamak için ülkede hangi yolların etkili olduğunun belirlenmesi gerekir ki, böylelikle, ESKHS’nin etkinliğini sağlayacak yollarla, diğer hakların korunmasına matuf usuller farklılık gösterdiğinde, bu farklılığa haklı bir gerekçe gösterilebilsin. Son olarak, taraf devletleri Sözleşme hükümlerini iç hukukta kabul etmeye zorlayan bir hüküm Sözleşme’de yer almasa bile, Komite’ye göre, Sözleşme’nin iç hukukta doğrudan kabulü, hem yükümlülüklerin iç hukuka aktarılması aşamasında ortaya çıkması muhtemel sorunların önlenmesi ve hem de sosyal hakların bireyler tarafından ulusal mahkemeler önünde dava edilebilmesine olanak tanınması bakımından tercihe şayandır.⁷⁵⁷ Bu bağlamda, Komite’ye göre, Sözleşme hükümlerinin iç hukukta doğrudan uygulanabilirliğine, son tahlilde idarî merciler ya da yasama organları değil, mahkemeler karar vermektedir. Bu nedenle, yargı organlarının ve yarı-yargısal mercilerin Sözleşme’nin hükümleri ve uygulama koşulları hakkında bilgi sahibi olmaları gerekmektedir. Bunun için, taraf devletlerce Sözleşme hükümlerine etkinlik kazandıracak iç hukuk hükümlerinin geliştirilmesi ve yargı eğitiminin içeriğinde Sözleşme’ye ilişkin olarak yargı yollarına başvurabilme imkânlarına yer verilmesi sağlanmalıdır.⁷⁵⁸

Komite, hak ihlâline uğrayan kişilerin başvuracağı etkili hak arama yollarının iç hukukta sağlanması gerektiğini belirtmektedir. Etkili hak arama yolları denilince sadece mahkemeler akla gelmemeli, etkili idarî başvuru yolları da öngörülmelidir. Çünkü idarî

⁷⁵⁶ 9 Nolu Genel Yorum, paras 5-6.

⁷⁵⁷ 9 Nolu Genel Yorum, paras 7-8.

⁷⁵⁸ 9 Nolu Genel Yorum, para 11.

yollar çoğu kez hakkın yerine getirilmesinde ve etkili korunmasında yeterli olacaktır. İdarî başvuru yolundan sonuç alınamadığında, ayrıca yargısal başvuru olanaklarının da tanınması gerekmektedir. Aynı şekilde, ayrımcılık yapılmamasına yönelik, salt bununla sınırlı olmayacak şekilde, hak arama yollarına başvuru olanağının tanınması da Sözleşme'deki yükümlülüklerin yerine getirilmesi bakımından çok önemlidir. Eş söyleyişle, Sözleşme'de yer alan hakların mahkemelere başvurulmaksızın etkili kılınması mümkün olmuyorsa, bireylerin yargısal hak arama yollarına başvurma olanağına sahip olması şarttır.⁷⁵⁹

Klasik hak ve özgürlüklerin çiğnenmesi hâlinde, ihlâlin giderilmesi için yargısal yollara başvuru ihtiyacı olağan kabul edilirken, sosyal hakların maliyetli, yani kaynak kullanımını gerektiren haklar olması sebebiyle bunların aşamalı gerçekleştirilebileceği varsayımının kabul edilebilir bir dayanağı olmadığını belirten Komite, Sözleşme'deki birçok hükmün derhal uygulamaya konulabilecek nitelikte olduğunu belirtmektedir. Komite, sosyal haklar için kaynak kullanımına ilişkin kararların siyasi organlara bırakılmasını olağan karşılamakla birlikte, mahkemelerin de önemli kaynak kullanımı gerektiren konularla ilgilenmeleri gerektiğini belirtmektedir. Bu nedenle, sosyal hakları mahkemelerin ilgisi dışında bırakacak herhangi bir anlayış, “insan haklarının bütünlüğü” ilkesiyle bağdaşmayacağı gibi, mahkemelerin dezavantajlı toplum kesimlerinin ve incinebilir grupların haklarını koruma kapasitesini de büyük ölçüde zedeleyecektir.⁷⁶⁰

Son olarak vurgulamak gerekir ki; iç hukukta karar verme yetkisini haiz organ, Sözleşmeyle çelişen bir iç hukuk normu ile uluslararası hukuktan doğan yükümlülük normu arasından seçim yapmak durumunda kalırsa, Sözleşme hükümlerinin amacına ve

⁷⁵⁹ 9 Nolu Genel Yorum, para 9.

⁷⁶⁰ 9 Nolu Genel Yorum, para 10.

ruhuna uygun yorumu tercih etmeli; yine eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının yorumlanmasında da sosyal hakların korunması amacını öncelemelidir.⁷⁶¹

4. Diğer BM İnsan Hakları Belgelerinde Sağlık Hakkı

Bu başlık altında, BM sistemi içindeki belirli bir insan hakkına ya da spesifik öznelerle ilişkin olan sözleşmelerin sağlık hakkına ilişkin normları analiz edilerek, yeri geldiğinde sözleşme denetim organlarının sağlık hakkına ilişkin içtihatlarına değinilecektir. Bu kapsamda, Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi, CEDAW, ÇHS, Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Üyelerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme, Engelli Kişilerin Hakları Sözleşmesi, Yerli Halkların Hakları BM Bildirisi'nde yer alan sağlık hakkına ilişkin normatif düzenlemelere bakılacaktır.

a. Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi

Irk ayrımcılığı ile mücadele amacıyla hazırlanan Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi'nin sosyal haklara ilişkin ayrımcılığı yasaklayan 5. maddesinde, taraf devletlerin her şekliyle ırk ayrımcılığını yasaklamayı ve ortadan kaldırmayı ve ırk, renk ya da ulusal yahut etnik kökeninde farklılık gözetilmeksizin, haklardan yararlanmada herkesin yasa önünde eşitlik hakkını güvence altına almaları gerektiği belirtilmiş ve (e) bendinin (iv) paragrafında sağlık hakkı da eşitlik temelinde ve ırk ayrımcılığı gözetilmeksizin sağlanacak haklardan biri olarak vurgulanmıştır.⁷⁶²

⁷⁶¹ 9 Nolu Genel Yorum, para 15.

⁷⁶² Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi, 21 Aralık 1965 tarihinde hazırlanmış ve 4 Ocak 1969 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme'nin 1. maddesinde, “Siyasi, ekonomik, sosyal, kültürel alanda ya da kamusal yaşamın herhangi bir alanında, eşitlik temelinde olarak, insan haklarının ve temel özgürlüklerin tanınmasını, bunlardan yararlanılmasını yahut bunların kullanılmasını kaldırmak yahut zayıflatmak amacını taşıyan ya da etkisini doğuran ve ırk, renk, soy ya da ulusal yahut etnik kökene dayanan herhangi bir farklılık gözetme, dışlama, kısıtlama yahut öncelik tanıma” olarak tanımlanmıştır.

Komite, *inter alia* sağlık hakkı yönünden ırk ayrımcılığını incelediği *A.A.M. / İsviçre*⁷⁶³ başvurusunda, sağlık hizmetlerine erişim konusunda başvuranın ileri sürdüğü hususların Sözleşme'nin 1. maddesi anlamında “ırk, renk, ulusal veya etnik kökene dayalı bir ayrımcılık” oluşturduğuna ikna olmadığını belirtmiş ise de,⁷⁶⁴ bu davada ulaşılan sonuçtan bağımsız olarak, ilgili devletin mültecilik statüsü verilmeyen göçmenlere ilişkin öngördüğü geçici kabul statüsüne ilişkin düzenlemelerin belirsizliğine işaret ederek bu hükümleri gözden geçirmesini tavsiye etmiştir.⁷⁶⁵

b. CEDAW

CEDAW, 1979 yılında kabul edilmiş ve bugüne kadar 189 devlet tarafından onaylanmış bir sözleşmedir.⁷⁶⁶ Sözleşme, kadına karşı ayrımcılığın ne olduğunu tanımlayıp⁷⁶⁷ ayrımcılığa son vermek için ulusal eylem planı yapılmasına yönelik temelleri belirlemektedir.⁷⁶⁸ Sözleşme'nin III. Bölümünde yer alan hükümler (10-14. maddeler) kadınların sosyal haklarını düzenlemektedir. Bu bölümde yer alan sağlık hakkı 12. maddede düzenlenmiştir.⁷⁶⁹ Ayrıca, Sözleşme'de sağlık hakkı ile bağlantılı pek çok hüküm de mevcuttur.⁷⁷⁰

⁷⁶³ Somut olayda, başvuran, İsviçre'de mülteci statüsü kriterlerini karşılamadığı için kendisine “geçici kabul” statüsü verildiğini, ancak İsviçre'de bulunduğu dönemde yoğun şekilde kökeninden kaynaklı ayrımcılığa maruz kaldığını, sağlık hizmetlerine erişimde nüfusun geri kalanıyla eşit muamele görmediğini iddia ederek, *inter alia*, Sözleşme'nin sağlık hakkına ilişkin hükmünün ihlâl edildiğini ileri sürmüştür. Bkz. Committee on the Elimination of Racial Discrimination, *A.A.M. v. Switzerland*, Communication No. 50/2012, CERD/C/84/D/50/2012, 18.02.2014 <https://juris.ohchr.org/Search/Details/1799> (Erişim Tarihi: 23 Mayıs 2020).

⁷⁶⁴ *A.A.M. v. Switzerland*, para 8.6.

⁷⁶⁵ *A.A.M. v. Switzerland*, para 10-11.

⁷⁶⁶ Türkiye, CEDAW'ı 20 Aralık 1985 tarihinde onaylamıştır.

Bkz. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&lang=en (Erişim Tarihi: 14 Temmuz 2020).

⁷⁶⁷ Sözleşme'nin 1. maddesine göre kadına karşı ayrımcılık, “siyasal, ekonomik, sosyal, kültürel, kişisel veya diğer alanlardaki kadın ve erkek eşitliğine dayanan insan haklarının ve temel özgürlüklerin, medeni durumları ne olursa olsun kadınlara tanınmasını, kadınların bu haklardan yararlanmalarını veya kullanmalarını engelleme veya hükümsüz kılma amacını taşıyan veya bu sonucu doğuran cinsiyete dayalı herhangi bir ayırım, dışlama veya kısıtlama” anlamına gelmektedir.

⁷⁶⁸ Yücel Dericiler, 2014, s. 269.

⁷⁶⁹ BM Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi'nin sağlık hakkını düzenleyen 12. maddesi şöyledir: “1. Taraf devletler, aile planlamasına ilişkin olanlar dahil, sağlık bakım

CEDAW Komitesi değişik zamanlarda yayımladığı genel tavsiyelerde sağlık hakkının devletlerce nasıl uygulanacağına açıklık getirmiştir. Kadınların sağlık hakkına ilişkin genel tavsiye kararlarında Komite, kadınlar açısından farklılık gösteren sağlık sorunlarına dikkat çekerek, dezavantajlı durumda olan kadınların sağlık sorunlarına ilişkin özel düzenleme ve uygulamaların öngörölmesi gerekliliğini ifade eder. Kadınların sağlık hakkının tam olarak gerçekleştirilebilmesi için, güvenli ve dengeli beslenmenin ve sağlık bakım hizmetlerine eşit şekilde erişimlerinin sağlanması gereklidir.⁷⁷¹ 18 nolu Genel Tavsiye kararında ise, engelli kadınların sağlık hizmetlerine erişimini sağlamaya yönelik ilave özel tedbirler alınması gerektiğini vurgulamıştır.⁷⁷²

19 nolu Genel Tavsiye kararında; daha önce aile içi şiddetin bir “özel alan” meselesi olarak görülmesi nedeniyle Sözleşme kapsamına alınmamasına yönelik tutum terkedilerek, kadına yönelik şiddet ilk kez “kadınlara yönelik ayrımcılık” olarak tanımlanmıştır.⁷⁷³ 19 nolu Kararda, kadına yönelik şiddetin tüm boyutlarına

hizmetlerinden erkeklerin ve kadınların eşitlik temelinde yararlanmalarını temin etmek için, sağlık bakım alanında kadınlara karşı ayrımcılığı ortadan kaldıran uygun/gerekli bütün önlemleri alacaklardır. 2. Bu maddenin 1. paragrafına hâlel gelmeksizin, taraf devletler, gebelik, loğusalık ve doğum sonrası dönemlerle ilgili uygun/gerekli hizmetleri kadınlara, gerekli hallerde hizmetleri bedelsiz sunarak ve bunun yanı sıra, gebelik ve emzirme döneminde (kadınların) yeterli düzeyde beslenmeleri imkânını yaratarak, sağlayacaklardır.”

⁷⁷⁰ Komite, 24 nolu Genel Tavsiye kararında da, sağlıkla bağlantılı şu hükümlere işaret eder: Aile eğitiminin bir sosyal anlayış olarak anneliğe ilişkin doğru bir anlayış olarak kavranmasını öngören 5/b. maddesi; eğitime eşit olarak erişimi ve böylelikle kadınların sağlık bakımına daha hazır bir şekilde erişmelerini ve sıklıkla erken gebeliğin bir sonucu olarak okulu bırakma oranlarının düşürölmesini öngören 10. maddesi; aile plânlaması hakkındaki bilgi ve tavsiyeler de dahil olmak üzere, ailelerin sağlık ve esenliğini sağlamaya yardımcı olacak özel eğitici bilgilendirmeyi öngören 10/h. maddesi; doğurganlığın korunması dahil olmak üzere, güvenli çalışma koşulları ve sağlığın korunmasını, gebelik sırasında zararlı türdeki işlerden özel olarak korunma ve ücretli doğum iznini öngören 11. maddesi; kırsal kesimdeki kadınlara ilişkin 14/2. maddesi; aile plânlaması konusunda bilgi ve danışmanlık ve hizmetler dahil olmak üzere yeterli sağlık bakımına erişmeyi öngören 14/2(b) maddesi; özellikle konut, sanitasyon, elektrik ve su kaynakları, ulaşım ve iletişimi kapsayan yeterli yaşama şartlarına erişimi öngören 14/2(h) maddesi; çocukların sayısı ve çocuk sahibi olma zamanı hakkında erkeklerle aynı şekilde, özgürce ve sorumlulukla karar verme ve bu hakları kullanabilme imkânı veren bilgi, eğitim ve araçlara erişimi öngören 16/1. maddesi. Bkz. CEDAW Committee Recommendation No 24; Ertan, 2012, s. 24-25.

⁷⁷¹ CEDAW Committee Recommendation No 15, Women and AIDS, 1990; CEDAW Committee Recommendation No 24, Women and health, (article 12), 1999; Yücel Dericiler, 2014, s. 287.

⁷⁷² CEDAW Committee, General Recommendation No 18.

⁷⁷³ 19 Nolu Genel Yorumda; “...Cinsiyete dayalı şiddet, kadının, kadın erkek eşitliğine dayanan haklarını ve özgürlüğünü zedeleyen bir ayrım biçimidir. Üye devletlere, aile içi şiddete ve her türlü cinsel istismara, tacize, tecavüze karşı tüm kadınları koruyacak yasaları çıkarmaya; taraf devletlerin, kadınlara karşı şiddetin sürdürölmesine neden olan davranışların, örf ve adetlerin ve uygulamaların niteliği ve yaygınlığı ile bunların sonucu olan şiddet türlerini Komiteye verdikleri ülke raporlarında belirtmeyi tavsiye eder” denilmiştir. Bkz. Nazan MOROĞLU, Şükran EROĞLU (hazırlayanlar), **Kadına Yönelik Şiddetin ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi** –

değnilmekte ve şiddetin tehdit ettiğı haklar arasında sağık hakkının da bulunduğı belirtilmektedir.⁷⁷⁴

Komite'nin 14 Temmuz 2017 yılında kabul ettiğı 35 nolu Genel Tavsiye kararı⁷⁷⁵ kadına yönelik şiddetin “özel alan” meselesi olarak görülmemesi ve cezasız bırakılmasına izin verilmemesi gerektiğini pekiştirmesi bakımından önemlidir.⁷⁷⁶ Tavsiyeler kısmında, sağık hakkı ile doğrudan ilişkili olarak, kadınlara yönelik sağığa zararlı uygulamalar (kadın sünneti, zorla kürtaj, zorla kısırlaştırma gibi) dahil şiddete izin veren, bunu hoş gören veya görmezden gelen hükümlerin yürürlükten kaldırılması ve bu eylemlerin cezasız bırakılmaması, tıbbî süreçlerde özgür şekilde verilmiş bilgilendirilmiş rızanın alınması, mahremiyet ve gizlilik prensiplerine riayet edilmesi ve bunların yeterli bir biçimde belgelendirilmesi hususları sayılabilir.⁷⁷⁷

Kadınlara sağık hakkı bakımından üzerinde durulması gereken önemli bir konu da, anne bakım ve doğum hizmetlerinin ücretsiz verilir verilmeyeceğidir. CEDAW'ın 12(2). maddesine göre, sağık hakkının gerçekleştirilmesi için, devletlerin kadınlara uygun anne sağığı bakımı sağılama yükümlülüğü bulunduğı ve bu hizmetin gerektiğinde ücretsiz sağılanması gerektiğı açıktır. Bununla birlikte, sözkonusu hizmetlerin hangi durumlarda ücretsiz olacağına dair soru işareti bulunmaktadır. Kimi insan hakları sözleşme organları, anne sağığı hizmetlerinin ücretli olması konusundaki endişelerini açıkça dile getirmektedir. Örneğın, ÇHK çok isabetli olarak “temel sağık hizmetlerinin, özellikle de doğum öncesi ve sonrası anne bakımı hizmetlerinin ücretli

İstanbul Sözleşmesi, İstanbul Barosu Kadın Hakları Merkezi 8 Mart 2019 Özel Yayını, İstanbul 2019, s. 114-115.

⁷⁷⁴ CEDAW Committee, General Recommendation No 19, Violence against women, 1992.

⁷⁷⁵ CEDAW Committee, General Recommendation No. 35 on gender-based violence against women, updating general recommendation No. 19, CEDAW/C/GC/35.

⁷⁷⁶ Nussbaum'un belirttiğı gibi, devletin karışmaması ve negatif özgürlük düşüncesinin özellikle zararlı sonuçlar verdiğı alanlardan biri, aile (hane) ile devlet arasındaki ilişkidir. Kamusal ve özel alan arasındaki klasik liberal ayrım nedeniyle kimi klasik liberal düşünürlerin karşı çıktığının aksine, insan haklarını güvence altına almak ve kadına karşı aile içi şiddeti önlemek için devletin harekete geçmesi gereken alanlardan biri de “ev”dir. Aile içi şiddetin görmezden gelinmesi kadınlar tarafından haklı olarak eleştirilmektedir. Aile üyelerinin hakların ihlâl edilmesi sözkonusu olduğunda, ev içine de müdahale edilmesi meşrudur. Bkz. Nussbaum, 2018, s. 84.

⁷⁷⁷ Moroğlu, Eroğlu, 2019, s. 114-117.

olmasının, dezavantajlı toplum kesimlerindeki çocukların ve annelerinin sağlık hizmetlerine erişimini sınırlayabileceğini” belirtmektedir.⁷⁷⁸

Bu konuda CEDAW’ın yaklaşımının ÇHK kadar ilerici olduğu söylenemez. CEDAW Komitesi 24 nolu Genel Tavsiye kararında “taraf devletlerin, kadınların güvenli annelik ve acil doğum hizmetlerinden yararlanma hakkını sağlamakla yükümlü olduğunu ve bu hizmetlere mevcut kaynakların azamisini tahsis etmeleri gerektiğini” belirtmektedir.⁷⁷⁹ Şu hâlde, CEDAW’a göre devletlerin tüm kadınlara “ücretsiz” anne sağlığı hizmeti sağlama yükümlülüğü altında oldukları söylenemez.⁷⁸⁰ Oysa 12(2). madde uyarınca, bu tür hizmetlerin “gerektiğinde” devletçe ücretsiz olarak sağlaması gerektiği açık olup bu konunun Komitece açıklığa kavuşturulmaması önemli bir noksanlıktır.

Komite, *Alyne de Silva Pimental Teixeira / Brezilya* kararında da bu yaklaşımını tekrarlamıştır.⁷⁸¹ Dava, hem özel hem de kamu sağlık tesislerinde kaliteli anne sağlığı hizmeti verilmemesinin ardından gebeliğe bağlı komplikasyonlardan dolayı ölen Afro-Brezilyalı bir kadınla ilgilidir. Söz konusu davada başvuran, sağlık hizmetleri alanında Sözleşme’nin 2. ve 12. maddeleri kapsamındaki yükümlülüklerin derhal yürürlüğe giren yükümlülükler olduğunu, çünkü yaşama hakkı ve ayrımcılık yasağının “derhal uygulama ilkesi”ne tâbi olması gerektiğini ileri sürmektedir. Komite ise, 24 nolu Genel Tavsiye Kararına atıf yaparak, kadınların güvenli annelik ve acil obstetrik (doğum) hizmetlerine erişim hakkının güvence altına alınması için devletlerin “mevcut kaynaklarının azami ölçüde tahsis edilmesi” gerektiğini vurgulamıştır.⁷⁸² Komite, 12(2). maddede geçen “gerektiğinde” ifadesinin anlamını açıkça değerlendirmese de, ortaya koyduğu yaklaşım bu eşiği, anne sağlığı hizmetlerinin sunumunda bir çocuğun veya

⁷⁷⁸ CO CRC, Central African Republic, UN Doc CRC/C/15/Add.138, para 54.

⁷⁷⁹ CEDAW Committee, General Recommendation No 24: Women and Health, UN Doc A/54/38 (1999), para 27.

⁷⁸⁰ Tobin, 2013, s. 289.

⁷⁸¹ *Alyne da Silva Pimentel Teixeira v. Brazil*, Communication No: 17/2008, CEDAW/C/49/D/17/2008, 10.08.2011, para 3.3 Karara şuradan erişilmiştir: <https://undocs.org/CEDAW/C/49/D/17/2008> (Erişim Tarihi: 12 Mayıs 2020); Tobin, 2013, s. 288.

⁷⁸² *Alyne da Silva Pimentel Teixeira v. Brazil*, para 7.3.

anneninin yaşamına yönelik herhangi bir gerçek tehdidin varlığına rağmen bu tehdidi önlemek için makûl tedbirlerin alınmamış olmasıyla sınırlı kabul ettiğini göstermektedir.⁷⁸³ Neyse ki, somut olaya özgü yaptığı değerlendirmede, devletin tıbbî hizmetleri kamu dışı kaynaklardan temin etmesi hâlinde dahi özel sağlık kuruluşlarının faaliyetlerinden de doğrudan sorumlu olduğunu; devletin her halükârda özel sağlık kuruluşlarını düzenleme ve denetleme görevini sürdürdüğünü ve sağlık politikaları ile ilgili olarak özel sektörün faaliyetlerinin uygunluğunu temin etmek için devletin tedbir alma yükümlülüğü bulunduğunu vurgulamıştır.⁷⁸⁴ Komite'ye göre, taraf devlette uygun anne sağlığı bakım hizmetlerinin mevcut olmayışı, kadınların belirli ve ayırdedici sağlık ihtiyaçlarının karşılanmasında açık başarısızlığın göstergesidir. Bu nedenle, hem Sözleşme'nin 2. maddesi ve 12(1). maddesi çerçevesinde ayrımcılık yapılmış ve hem de, 12(2). madde çerçevesinde anne sağlığı hizmetleri verilmeyerek sağlık ve yaşam hakları ihlâl edilmiştir.⁷⁸⁵

Kuşkusuz CEDAW Komitesi'nin, anne sağlığı hizmetlerinin ücretsiz olarak verileceği durumları açıklığa kavuşturmayarak aşamalı gerçekleştirme ve mevcut kaynakların yeterliliği ilkelerinin tartışmalı alanına bırakması eleştirilmesi gereken bir konudur. En azından, toplumun dezavantajlı kesimlerindeki anne ve çocuk sağlığı hizmetlerinin ücretsiz olarak sunulması gerekir ki, dünya genelinde anne ve çocuk ölümleri azaltılabilsin. Öte yandan, bu davada Komite ilk defa bir devleti önlenebilir bir anne ölümünden sorumlu tutmuştur. Ayrıca, Komite'nin Sözleşme'den doğan hak ve yükümlülüklerin kapsamını belirlemek bakımından ESKHS'nin 12. maddesine ve ESKHK tarafından geliştirilen 14 nolu GY'ye atıfta bulunması,⁷⁸⁶ "kaynakların eşgüdümü ilkesi" bakımından önemlidir.

⁷⁸³ Tobin, 2013, s. 289.

⁷⁸⁴ Alyne da Silva Pimentel Teixeira v. Brazil, para 7.5.

⁷⁸⁵ Tobin, 2013, s. 289.

⁷⁸⁶ Alyne da Silva Pimentel Teixeira v. Brazil, s. 14, dipnot 13.

Üzerinde durulması gereken önemli bir diğer konu da “bilgilendirilmiş rıza” meselesidir. Üreme sağlığı hizmetlerinde ve doğumla ilgili tıbbî tedavi süreçlerinde bilgilendirilmiş rıza temel bir insan hakkıdır. Kadınların bilinçli ve iyi düşünülmüş kararlar alabilmeleri için önerilen tedaviler hakkında tam olarak bilgi alma hakkı mevcuttur.⁷⁸⁷ Uluslararası Jinekoloji ve Obstetrik Federasyonu da, bilgilendirilmiş rızanın alınmasının zorlayıcı ve zaman alıcı olsa bile bir zorunluluk olduğunu kabul etmektedir.⁷⁸⁸

CEDAW Komitesi, *Szijjarto / Macaristan*⁷⁸⁹ başvurusunda, bireyin rızası alınmaksızın yapılan kısırlaştırma operasyonunu sağlık hakkının ihlâli olarak nitelendirmiştir. Komite, olayın Ek İhtiyarî Protokol’ün ilgili ülke tarafından kabulünden önce gerçekleşmiş olmasına karşın, başvurunun zaman bakımından (*ratione temporis*) uygulanamazlığına karar vermemiş ve kısırlaştırma işleminin sonuçları itibarıyla geri dönüşü olmayan sürekli bir üreme yeteneğinin kaybı hâli olduğunu dikkate alarak başvuruyu kabul edilebilir bulmuştur.⁷⁹⁰ Kararında 19 sayılı Genel Tavsiyesini hatırlatan Komite, Sözleşme’nin 10(h), 12. ve 16(1)(e). maddelerine⁷⁹¹ işaret ederek, kadınların çocuklarının sayısını ve aralığını belirleme hakkı olduğunu

⁷⁸⁷ Dubravka ŠIMONOVIC, UN Human Rights Council, Special Rapporteur on Violence against Women. UN Secretary General, **A human rights-based approach to mistreatment and violence against women in reproductive health services with a focus on childbirth and obstetric violence**, UN Doc A/74/137, 2019, para 4. <https://digitallibrary.un.org/record/3823698?ln=en> (Erişim Tarihi: 21 Kasım 2020).

⁷⁸⁸ International Federation of Gynecology and Obstetrics, **Ethical Issues in Obstetrics and Gynecology**, 2012, s. 13-15.

<https://www.glowm.com/pdf/english%20ethical%20issues%20in%20obstetrics%20and%20gynecology.pdf> (Erişim Tarihi: 22 Kasım 2020).

⁷⁸⁹ Somut olayda, üç çocuk annesi gebe Roman bir kadın, gebelik süresince takip edilmiş ve son muayenesinde fetüsün öldüğünün tespit edilmesi üzerine acil ameliyata karar verilmiş ve kendisine ilgili hekim tarafından ameliyat masasında bir form imzalatılmış; ameliyatta kendisine sterilizasyon (kısırlaştırma) uygulanan başvuran, bu konuda anlayacağı şekilde kendisine bilgilendirme yapılmadığını ileri sürerek iç hukuk yollarına başvurmuş ise de, talepleri reddedilmiş ve bunun üzerine CEDAW Komitesi’ne başvurmuştur. Bkz. CEDAW Committee, *Szijjarto v. Hungary*, Communication No. 4/2004, CEDAW/C/36/D/4/2004, 14.08.2006.

Karara şuradan erişilmiştir: <https://juris.ohchr.org/Search/Details/1716> (Erişim Tarihi: 12 Mayıs 2020).

⁷⁹⁰ A.S. v. Hungary, para 10.4.

⁷⁹¹ Sözleşme’nin 10(h) maddesine göre, “ h) Aile plânlaması hakkında bilgi ve tavsiyeler dahil, aile sağlığını ve iyiliğini sağlayamaya yardımcı olacak özel bazı eşitsel bilgiler verilir.” Sözleşme’nin 16(1)(e) maddesi: “e) Çocukların sayısına ve dünyaya getirilme zamanına serbestçe ve makûlce karar verme konusunda aynı hakka sahip olma ve bu hakları kullanabilmeleri için gerekli bilgiye, eğitime ve araçlara sahip olma” hakkını tanıır.

vurgulamıştır.⁷⁹² Ayrıca, kısırlaştırma işleminin başvuranın tam ve bilgilendirilmiş rızası olmadan yapıldığını, başvuranın doğal üreme kapasitesinden kalıcı olarak mahrum bırakıldığını, gebelik ve doğum sonrası dönem ile ilgili uygun hizmet alma hakkına erişimin sağlanamadığını vurgulayan Komite, sağlık hakkının ihlâl edildiğini tespit etmiştir.⁷⁹³

Görüldüğü gibi, uluslararası insan hakları denetim organları rıza dışı sterilizasyon (kısırlaştırma) karşısında güçlü şekilde pozisyon almaktadır.⁷⁹⁴ Bu kararda da, sağlık hizmeti almak üzere başvuran bir kadına, kendi bedeni ve üreme hakları çerçevesinde özerk karar verme yetkisi bulunduğu hâlde, kısırlaştırma operasyonu konusunda anlayacağı şekilde gerekli bilgilendirme yapılmamasından ve üreme sağlığı prosedürleri için tam ve bilinçli rıza alınmamasından ötürü ilgili devlet sorumlu tutulmuştur.

CEDAW Komitesi'nin sağlık hakkına ilişkin verdiği bir diğer önemli karar Filipinler devleti ile ilgili 22 Nisan 2015 tarihli kararıdır.⁷⁹⁵ Komite, ulaştığı ihlâl tespitleri çerçevesinde⁷⁹⁶ Filipinler hükümetine kadınların üreme haklarına saygı

⁷⁹² A.S. v. Hungary, para 11.4.

⁷⁹³ A.S. v. Hungary, paras 11.2-11.3.

⁷⁹⁴ Tobin, 2013, s. 154; ileride değinilecek olan AİHM içtihatları da rıza dışı kısırlaştırma operasyonlarının insan hakkı ihlâli olarak nitelendirilmesi konusundaki açık ve net tutumu ortaya koymaktadır.

⁷⁹⁵ CEDAW Committee, UN Doc CEDAW/C/OP.8/PHL/1, 22.04.2015. Karara şuradan erişilmiştir: <https://undocs.org/CEDAW/C/OP.8/PHL/1> (Erişim Tarihi: 11 Mayıs 2020); kadın hakları alanında faaliyet gösteren STK'lar tarafından yapılan bu başvuruda, 1991'de Filipinler devletinin halk sağlığı ile ilgili sorumluluğunu yerel idarelere devrederek bu yetkinin kullanılmasıyla ilgili olarak idarî kararlar yayınladığı, buna göre, modern doğum kontrol yöntemlerine ilişkin sağlık hizmetlerinin merkezî yönetimce resmen yasaklanmasa bile bu hizmetlerin sunumunun ve karar yetkisinin yerel yönetimlere bırakıldığı, Manila yerel yönetimince sağlık tesislerinde bu hizmetlerin sistematik biçimde sunulmayıp ve fon da ayrılmayıp *de facto* olarak bu hizmetlere erişimin engellendiği ve uygulamanın sonuçlarının kadın sağlığı açısından ciddi risk oluşturduğu, kararda ideolojik olarak modern doğum kontrol yöntemlerine karşı çıkışın etkili olduğu ileri sürülmüştür.

⁷⁹⁶ Komite, ilgili devletçe alınan idarî kararın uygulamada yüksek oranda istenmeyen gebeliklere, güvenli olmayan düşüklere, artmış anne ölümlerine ve hastalıklara, cinsel yolla bulaşan hastalıklara, suç neticesinde meydana gelen gebeliklerin sona erdirilememesine ve HIV'e daha fazla maruz kalınmasına neden olduğunu tespit etmiştir. Komite tarafından, modern kontraseptiflere erişilememesi nedeniyle bir doğum kontrol yöntemi olarak güvenli olmayan kürtaja başvurulduğu tespit edilmiştir. Bu ise, potansiyel olarak kadınların hayatını tehdit edici sonuçlar doğurmaktadır. Güvenli olmayan kürtaj ile modern doğum kontrol yöntemlerine erişim eksikliğinden kaynaklanan yüksek anne ölüm oranları arasında doğrudan bir bağlantı bulunmaktadır. Tespit edilen her bir ihlâlin, özellikle ekonomik yönden dezavantajlı olan kadınlar için sağlık, kişisel gelişim ve ekonomik güvenlik açısından olumsuz sonuçları mevcuttur. Modern doğum kontrol yöntemleri dahil olmak üzere uygun fiyatlı cinsel ve üreme sağlığı hizmetlerine

duymak, korumak ve sözleşmesel yükümlülüklerini yerine getirmek, yasal düzenlemeler de dahil olmak üzere, tüm cinsel ve üreme sağlığı hizmetlerine, ürünlerine ve bilgilere erişimi sağlamak ve modern kontraseptiflere uygun fiyatlı erişimi sağlamak, bu alanda gerekli bilgilendirme ve eğitimi sunmak, başvuruya konu idarî kararları yürürlükten kaldırmak, kürtajı suç olmaktan çıkarmak ve kadınların sağlık haklarını sınırlandıran ideolojik engelleri ortadan kaldırmak gibi bir dizi tavsiyede bulunmuştur.⁷⁹⁷

Komite'nin bu kararı, kadınların cinsel sağlık ve üreme sağlığı hakları bakımından kapsamlı bir değerlendirme içermektedir. Bu karardaki tespitler, sadece ilgili devlet açısından değil, aynı zamanda kadınların sağlık hakkına yönelik benzer ihlallere maruz kaldığı diğer taraf ülkeler bakımından da önemli bir emsal teşkil etmektedir.

c. Çocuk Hakları Sözleşmesi

BM düzleminde hazırlanan ÇHS, 20 Kasım 1989 tarihinde kabul edilmiş ve 2 Eylül 1990 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sağlık hakkı, Sözleşme'nin 24. maddesinde düzenlenmiştir.⁷⁹⁸

erişimin reddedilmesi, sadece birçok kadının yaşamı ve sağlığı için değil, aynı zamanda Sözleşme'de belirtilen istihdam ve eğitim gibi çeşitli haklardan yararlanmalarını da olumsuz etkilemiştir. Komite, kadınların çocuklarının sayısını ve aralığını özgürce seçme haklarını sınırlandırarak, kadınlar ve kız çocuklarının erkeklerle aynı eğitim ve istihdam fırsatlarına erişme ve bu çabaları sürdürme konusunda etkin bir şekilde zayıflatıldığını ve böylelikle daha fazla yoksulluğa maruz kaldığını vurgulamıştır. Bu nedenlerle, Sözleşme'nin 12. maddesinin ihlâl edildiğine karar vermiştir (paras 33-34). Komite, ilaveten, modern kontraseptif yöntemler ve bunların kullanımı hakkında topluma yönelik bilgi sağlanamamasının, taraf devletlerin aile plânlaması hakkında bilgi ve tavsiye de dahil olmak üzere sağlıkla ilgili eğitime erişim sağlamasını öngören Sözleşme'nin 10.(h) maddesini ihlâl ettiği sonucuna varmıştır (para 39).

⁷⁹⁷ CEDAW/C/OP.8/PHL/1, para 51.

⁷⁹⁸ Sözleşme'nin sağlık hakkına ilişkin 24. maddesi şöyledir: "1. Taraf devletler, çocuğun ulaşılabilir en yüksek sağlık standardından ve hastalık hâlinde tedavi ve rehabilitasyon sağlayan kuruluşlardan yararlanması hakkını tanırlar. Taraf devletler, hiçbir çocuğun bu tür tıbbî bakım hizmetlerine ulaşma/hizmetlerden yararlanma hakkından yoksun kalmamasını temin etmek üzere çaba göstereceklerdir. 2. Taraf devletler, bu hakkın tam olarak uygulanmasının takipçisi olacaklardır ve özellikle aşağıdaki hususlarda uygun tedbirleri alacaklardır. (a) Bebek ve çocuk ölüm oranlarının düşürülmesi, (b) Temel tıbbî bakım hizmetlerinin geliştirilmesine önem verilerek, bütün çocuklara gerekli tıbbî yardımın ve tıbbî bakımın sağlanmasının temin edilmesi, (c) Çevre kirliliği tehlikeleri ve riskleri dikkate alınarak, diğer hususların yanı sıra, halihazırda mevcut teknolojinin uygulanması ve yeterli miktarda besin değeri bulunan gıdalar ve temiz içme suyu sağlanması yollarıyla temel tıbbî bakım hizmetleri çerçevesi içinde olanlar da dahil, hastalık ve yetersiz beslenmeye karşı mücadele edilmesi, (d)

Normun 1. paragrafında çocuklar için “ulaşılabilir en yüksek sağlık standardı hakkı” tanındığı gibi, bunun yanı sıra “çocukların hastalanmaları durumunda tedavi kurumlarından yararlanma hakkı” da açık olarak düzenlenmiştir. 2. paragrafta spesifik yükümlülükler ESKHS’den daha geniş düzenlenmiş; ESKHS’de yer almayan “yetersiz beslenme ile mücadele yükümlülüğü” ÇHS’de somut olarak öngörülmüştür. Bu çerçevede, çocukların yeterli miktarda besin değeri bulunan gıdalara ve temiz içme suyuna erişimlerinin sağlanması yanında tüm toplum kesimlerinin (özellikle anne-babaların ve çocukların) çocuk sağlığı ve beslenmesi ile anne sütü ile beslenmenin yararları konusunda eğitimi ve bilgilendirilmesi gerekliliği vurgulanmıştır.

Zararlı geleneksel uygulamalar ESKHS hazırlanırken açıkça ele alınmasa da, ÇHS’yi hazırlayanlar bir çocuğun sağlık hakkının doğasını formüle ederken bu realitenin farkındaydılar. Bu nedenle, ÇHS’nin hazırlık sürecinde ortaya çıkan öneriler doğrultusunda, çocukların sağlığının korunması amacı öncelenerek Sözleşme’nin 24(3) maddesi, “Taraf devletler, çocukların sağlığı için zararlı geleneksel uygulamaların kaldırılması amacıyla uygun ve etkili her türlü önlemi alırlar” şeklinde düzenlenmiştir. Sözleşme’de benimsenen bu formülasyon, kuşkusuz belirli bir kültürü kendi başına açıkça karalamayı veya değerini düşürmeyi değil aksine, kökenlerine bakılmaksızın çocukların sağlığına zarar veren kimi geleneksel uygulamaların ortadan kaldırılmasını amaçlamaktadır.⁷⁹⁹

Anneleer için doğum öncesi ve doğum sonrası uygun tıbbî bakım hizmetlerinin temin edilmesi, (e) Toplumun bütün kesimlerinin, özellikle de anne-babaların ve çocukların, çocuk sağlığı ve beslenmesi, anne sütü ile beslenmenin yararları, sağlıklı olma (hijyen) ve çevre sağlığı ve kazaların önlenmesine dair temel bilgi konularında bilgilendirilmelerinin, eğitim görmelerinin ve bu bilgileri kullanmakta desteklenmelerinin temin edilmesi, (f) Koruyucu sağlık bakım hizmetlerinin anne-babalar için rehberlik ve aile plânlaması eğitimi ve hizmetlerinin geliştirilmesi. 3. Taraf devletler, çocukların sağlığı bakımından zararlı geleneksel uygulamaların kaldırılması amacıyla etkin ve uygun tüm önlemleri alacaklardır. 4. Taraf devletler, bu maddede tanınan hakkın aşamalı biçimde tam olarak gerçekleşmesini sağlamak amacıyla uluslararası işbirliğini geliştirmeyi ve teşvik etmeyi taahhüt ederler. Bu bağlamda, gelişmekte olan ülkelerin ihtiyaçlarına özel bir önem atfedilecektir.”

⁷⁹⁹ Tobin, 2013, s. 303-324.

Normatif karşılaştırma yapıldığında, ÇHS gerek sağlık hakkının anlam ve içeriği bakımından ve gerek devlete yüklenen genel ve spesifik yükümlülükler bakımından ESKHS'nin daha ilerisindedir.⁸⁰⁰

ÇHK, önüne gelen *J.A.B. / İspanya*⁸⁰¹ başvurusunda, ÇHS'ye hâkim olan “çocuğun yüksek yararı” ilkesini özellikle gözönünde tutmuş; genel yorumlara istinaden, göçmenler ve çocuklar bakımından orijinal resmî kimlik belgelerinin aksi ispatlanana kadar öncelikle kabul edilmesi gereğini vurgulamıştır. Kararda, ilgili devletin karar alma süreçlerinde bu ilkeleri ihmâl ederek varsayım üzerinden küçüğü sağlık hakkından, insan haklarından ve usulî güvencelerden mahrum bırakamayacağını belirtmiştir.⁸⁰²

⁸⁰⁰ Virginia A. LEARY, “Implications of A Right to Health”, **Human Rights in the Twenty-first Century: A Global Challenge**, (Eds.) Kathleen E. Mahoney, Paul Mahoney, Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, s. 489; genel olarak uluslararası hukukta çocukların sağlık hakkını detaylı olarak analiz eden bir çalışma için bkz. Tobin, “**The Right to Health...**”, 2013.

⁸⁰¹ Committee on the Rights of the Child, *J.A.B. (represented by Fundación Raíces) v. Spain*, Communication No. 22/2017, UN Doc CRC/C/81/D/22/2017, 31.05.2019, Karara şuradan erişilmiştir: <https://juris.ohchr.org/Search/Details/2527> (Erişim Tarihi: 23 Mayıs 2020).

⁸⁰² Somut olayda, başvuran küçük, Kamerun vatandaşı olduğunu ve 2000 yılında doğduğunu, İspanya'ya girişinden sonra sınırdışı kararı verilmesi üzerine çocuk olduğunu beyan ettiği hâlde yetişkin gibi görüldüğünden bahisle yaş belirleme testi yapılmasının istendiği ve bunu kabul etmediğinde resmî yetkililerce yetişkin olarak kabul edildiğini, kendi ülkesinin yetkilileri tarafından düzenlenen resmî kimlik ve pasaport belgelerinin asıllarının dikkate alınmadığını, tüberkuloz dahil pek çok ciddi hastalığının olduğunu, sağlıksız şekilde sokaklarda yaşadığını ve ülkeden sınırdışı edilme riski taşıdığını belirterek -diğer hakları yanında- sağlık hakkının ihlâl edildiğini ileri sürmüştür. Komite, küçük olduğu iddia edilen bir gencin yaşının belirlenmesinin, çocuk olarak göç edilen ülkenin korumasından yararlanıp yararlanmayacağı açısından önem taşıdığını ve bu sürecin tamamlanması gerektiğini (para 13.3) kabul etmekle birlikte, Komite'nin ve Göçmen İşçiler Komitesi'nin Genel Yorumlarını hatırlatarak aksi kanıt bulunmadıkça orijinal kimlik belgelerinin kabul edilmesi gerektiğini ve ayrıca bir kişinin sadece tıbbî testlere katılmayı reddetmesi nedeniyle yetişkin sayılamayacağını (para 13.4), bu süreçlerin yürütülmesi için çocuğa vasi tayin edilmesi gerektiğini (para 13.5), taraf devletin hasta olan korunmasız, son derece savunmasız refakatsiz çocuk göçmeni yetişkin kabul ederek tıbbî yardımdan mahrum bıraktığını, çocuğa tıbbî tedavi ve aşılama hizmetleri için de ayrıca vasi tayini gerektiğini (para 13.7), oysa tüm süreç boyunca orijinal kimlik belgelerinin yetkili makamlara sunulmasına karşın bu gerekliliklerin yerine getirilmediğini belirterek, Sözleşme'nin 24. maddesindeki sağlık hakkının ihlâl edildiğine karar vermiştir (para 13.11).

d. Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Üyelerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme

Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Üyelerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme 1990 yılında kabul edilmiştir. Sözleşme'nin sağlık hakkına ilişkin düzenlemeleri çeşitli hükümlerine serpiştirilmiştir.⁸⁰³

Sağlık hakkına ilişkin normlarda dikkat çeken yön, göçmen işçiler ve ailelerinin, bulundukları ülke uyrukları ile eşit muamele görme hakkına vurgu yapılmak suretiyle sağlık hakkına işaret edilmesidir. Bu çerçevede denilebilir ki, Sözleşme'de sağlık hakkı eşit muamele hakkı üzerine inşâ edilmiştir. Öte yandan, dikkat çeken diğer husus, acil tıbbî bakım hakkı yönünden, kişinin o ülkede kaçak bulunmasının veyahut kaçak çalışmasının hiçbir öneminin bulunmaması yani, acil durumlarda sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkının ilgili devlet açısından mutlak yükümlülük şeklinde düzenlenmesidir. Genel olarak acil sağlık hizmetleri dışında kalan sağlık hizmetlerine erişim hakkı ise, sağlık sigortası sistemine katılım gerekliliklerinin yerine getirilmesi koşuluna tâbi kılınmıştır.⁸⁰⁴

⁸⁰³ 28. madde hükmü şöyledir: “Göçmen işçiler ve ailelerinin üyeleri, ilgili devlet uyrukları ile eşit muamele temelinde, yaşamlarının korunması ya da sağlıklarına yönelik telâfisi mümkün olmayan zararın önlenmesi için acil olarak gerekli olan her türlü tıbbî bakımı alma hakkına sahip olacaklardır. İkamet ya da istihdama ilişkin herhangi bir kural dışılık nedeniyle bu tür bir acil tıbbî bakımdan yoksun bırakılmayacaklardır.” 43. madde hükmü şöyledir: “Göçmen işçiler aşağıdakilerle ilişkili olarak istihdam eden devlet uyruklarıyla eşit muameleden yararlanacaklardır: (...) (e) Söz konusu programlara katılım gerekliliklerinin karşılanmış olması şartıyla sosyal hizmetler ve sağlık hizmetlerine erişim;...” 45. madde hükmü şöyledir: “1. Göçmen işçilerin ailelerinin üyeleri, istihdam eden devlette, bu devletin uyrukları ile, aşağıdakilere ilişkin olarak eşit muameleden yararlanacaklardır: (...) (c) Söz konusu programlara katılım gerekliliklerinin karşılanmış olması şartıyla sosyal hizmetler ve sağlık hizmetlerine erişim; ...”

⁸⁰⁴ Ertan, 2012, s. 29.

e. Engelli Kişilerin Hakları Sözleşmesi

BM düzleminde hazırlanan Engelli Kişilerin Hakları Sözleşmesi 13 Aralık 2006 tarihinde kabul edilmiş ve 3 Mayıs 2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sağlık hakkı Sözleşme'nin 25. maddesinde düzenlenmiştir.⁸⁰⁵

Sözleşme, genel nitelikli ESKHS'nin “ulaşılabilir en yüksek sağlık standardı” hakkını, engelli bireyler bakımından engellilik temelinde bir ayrımcılık yapılmaması yasağı üzerine inşa etmiştir.⁸⁰⁶ Sözleşme'nin bu yönüyle ESKHS'nin ilerisinde bir düzenlemeye işaret ettiği söylenebilir. Yine, birinci paragrafta ikinci bir ayrımcılık şekli olarak, toplumsal cinsiyete duyarlı sağlık hizmetlerine erişime işaret edilerek, çoklu ayrımcılığın (*multiply discrimination*) önlenmesi de amaçlanmıştır. Bu bağlamda Sözleşme, hem engelli ve hem de kadın veya çocuk veyahut yaşlı bireylerin karşılaşılabileceği çoklu ayrımcılığın gözönünde tutulduğu ilerici bir yaklaşımı ortaya koymaktadır.

Engelli Kişilerin Hakları Komitesi *Mr. X / Arjantin* başvurusunda, hapishanede tutuklu bulunan ve geçirdiği trafik kazası nedeniyle ağır felçli olan Bay X'in durumuna uygun şekilde tedavi ve rehabilitasyon hizmetlerine düzenli olarak tam erişiminin

⁸⁰⁵ Sözleşme'nin sağlık hakkına ilişkin 25. maddesi şöyledir: “Taraf devletler engelli bireylerin, engellilik temelinde ayrımcılık olmaksızın ulaşılabilir en yüksek sağlık standardı hakkına sahip olduklarını tanırlar. Taraf devletler engelli kişilerin toplumsal cinsiyete duyarlı sağlık hizmetlerine erişimlerini temin etmek için sağlıkla ilişkili rehabilitasyon da dahil olmak üzere uygun tüm önlemleri alacaklardır: (a) Engelli kişilere diğer kişilere sağlananlarla aynı kapsam, kalite ve standartta cinsel sağlık ve üreme sağlığı alanındakiler ve nüfus temelli halk sağlığı programları dahil olmak üzere, ücretsiz ya da karşılanabilir sağlık bakımı ve programlarının sunulması; (b) Engelli kişilerin, erken teşhis ve gerektiğinde müdahale de dahil olmak üzere, özellikle engellerinden dolayı ihtiyaç duydukları sağlık hizmetlerini ve çocuklar ve ileri yaştaki kişiler arasındakiler de dahil olmak üzere, başkaca engellilik durumlarını asgariye indirmek ve önlemek için tasarlanmış hizmetleri sağlamak; (c) Bu sağlık hizmetlerini kişilerin içinde bulundukları topluluğa, kırsal bölgeler de dahil olmak üzere, olabildiğince en yakın şekilde sunmak; (d) Sağlık çalışanlarının engelli kişilere, özgür ve bilgilendirilmiş rıza temelinde olması dahil olmak üzere, meslek içi eğitim ve kamusal yahut özel sağlık bakımı için etik standartlar kabul etmek suretiyle, insan hakları, kişi onuru, otonomi ve engelli kişilerin ihtiyaçlarına dair bilinci artırarak, diğer kişilerle aynı kalitede bakım sunmalarını zorunlu kılmak; (e) Sağlık sigortası ve ulusal mevzuat tarafından cevaz verildiği durumlarda, adil ve makul şekilde sağlanacak olan, yaşam sigortası sağlanmasında engelli kişilere yönelik ayrımcılığı yasaklamak; (f) Sağlık bakımı yahut sağlık hizmetleri veyahut besin ve sıvıların engellilik temelinde ayrımcı şekilde esirgenmesinin önlenmesi.”

⁸⁰⁶ Ertan, 2012, s. 32.

sağlanmasına karar vermiş ve ayrıca benzer ihlallerin önlenmesi için taraf devlete özgürlüğünden yoksun bırakılan engelli kişilerin, ayırım gözetilmeksizin, sağlık hakkından yararlanabilmeleri için tıbbî ve rehabilitasyon tedavilerine erişimlerini sağlamak için uygun önlemleri almasını tavsiye etmiştir.⁸⁰⁷

f. Yerli Halkların Hakları Birleşmiş Milletler Bildirisi

BM düzleminde hazırlanan Yerli Halkların Hakları Birleşmiş Milletler Bildirisi BM Genel Kurulu tarafından 13 Eylül 2007 tarihinde kabul edilmiştir. Bildiri şeklinde kabul edilmesi nedeniyle hukukî bağlayıcılığı olmayan belgenin insan hakları hukukundaki önemi, yerli halkların temsilcilerinin ilk kez uluslararası bir forumda yer aldıkları yıl olan 1977'den beri yerli halkların haklarının uluslararası hukukta tanınması mücadelesinin otuz yılın sonunda verdiği neticeyi göstermesindedir.⁸⁰⁸

Sağlık hakkı Bildiri'nin 24. maddesinde düzenlenmiştir.⁸⁰⁹ Sağlık hakkına ilişkin bu norm yerli halklara özgü formüle edilmiştir. Buna göre, öncelikle yerli halkların geleneksel ilaçlarını kullanma ve kendi sağlık uygulamalarını sürdürme hakkına sahip oldukları vurgulanmıştır. İkinci olarak, sağlık hizmetlerine erişimde yerli halklara ayrımcılık yasağı ilkesine işaret edilmiştir. Üçüncü olarak, yerli halkların sağlık hakkına eşitlik temelinde sahip oldukları belirtilmiştir.

⁸⁰⁷ Committee on the Rights of Persons with Disabilities, Mr. X v. Argentina, Communication No: 8/2012, CRPD/C/11/D/8/2012, 11.04.2014, para 9(a)-(b)(iii); Komite'nin engellilik temelinde ayrımcılık gözetmeksizin ulaşılabilir en yüksek sağlık standardı hakkının sağlanmasına ilişkin bir diğer kararı için bkz. HEG and BG v. Sweden, Communication No: 3/2011, CRPD/C/7/D/83/2011, 19.04.2012. <https://juris.ohchr.org/Search/Details/1989> (Erişim Tarihi: 10 Kasım 2020).

⁸⁰⁸ Ertan, 2012, s. 35; ILO tarafından Güney Amerika'daki emek gücüne yönelik ayrımcılıkla mücadele etmek üzere çıkartılan 26/06/1957 tarihli "Yerli ve Kabile Nüfus/Ahali Sözleşmesi (107 nolu Sözleşme)" ve yine ILO tarafından yerli halkların haklarına ilişkin çıkartılan ve esasen 107 nolu Sözleşme'nin gözden geçirilmiş hali olan 27/06/1989 tarihli "Yerli ve Kabile Halklar Sözleşmesi (169 nolu Sözleşme) mevcuttur.

⁸⁰⁹ Bildiri'nin sağlık hakkına ilişkin 24. maddesi şöyledir: "1.Yerli halklar, kendileri bakımından hayati önemi haiz bitkilerin, hayvanların ve minerallerin muhafazası dahil olarak, geleneksel ilaçlarını (kullanma) ve kendi sağlık uygulamalarını sürdürme hakkına sahiptirler. Yerli bireyler, herhangi bir ayrımcılık yapılmaksızın, tüm sosyal ve sağlık hizmetlerine erişme hakkına da sahiptirler. 2.Yerli halka mensup bireyler, bedensel ve ruhsal sağlık bakımından erişilebilir en yüksek standarttan yararlanmada eşit hakka sahiptirler. Devletler, bu hakkın aşamalı biçimde tam olarak gerçekleştirilmesini sağlamak üzere gerekli adımları atacaklardır."

Bildiri; yerli halkların kendileri bakımından yaşamsal canlıların ve minerallerin korunması dahil geleneksel ilaçlarını kullanma ve kendi sağlık uygulamalarını sürdürme hakkına sahip olduklarını vurgular. Bu bağlamda, konu iki açıdan dikkat çekicidir: Birincisi, modern tıp ve teknolojilerinin evrensel tıbbi da yönlendirdiği günümüzde, kültürel rölativist bir bakışla yerli halkların geleneksel tıp uygulamalarını sürdürmelerinin bir insan hakkı olarak kabul edilmesidir. İkincisi, kültürel çoğulculuğa saygı temelinde öngörülen bu normun, zararlı geleneksel tıbbî uygulamaların devam ettirilmesi şeklinde asla okunamayacağıdır. Çünkü, devletlere “zararlı geleneksel uygulamaların kaldırılması amacıyla gerekli önlemleri alma” yükümlülüğü getirilmiştir. Bu sebeple, yerli halklara tanınan geleneksel sağlık uygulamalarını sürdürebilme hakkının sınırını sağlığa zararlı geleneksel tıbbî uygulamalar oluşturmaktadır. Aksi düşünüş, olmazsa olmaz nitelikteki insan haklarında ifadesini bulan değerlerin ve insan onurunun yadsınması anlamına gelir.

C. Bölgesel Düzlemde Üretilen Belgelerde Sağlık Hakkı

Bölgesel düzlemde yer alan insan hakları belgelerinden belli başlı üç sistem üzerinde durulacak olup bunlar sırasıyla, Avrupa Konseyi, Amerikan Devletleri Örgütü ve Afrika Birliği belgeleridir.

1. Avrupa Konseyi Belgelerinde Sağlık Hakkı

Avrupa Konseyi düzleminde sağlık hakkını doğrudan ya da dolaylı ilgilendiren birçok sözleşme yer almaktadır.⁸¹⁰ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, 2000 yılında yayımladığı Tavsiye Kararında, üye devletlere iç uygulamalarında aşırı yoksulluk içindeki kişilerin, asgari olarak temel tıbbî hizmetler, beslenme, giyim, barınma gibi

⁸¹⁰ Bkz: <http://conventions.coe.int> (Erişim Tarihi: 12 Temmuz 2020).

ilksel temel ihtiyaçlarını karşılama yükümlülüğü getirmektedir.⁸¹¹ Bu da, Avrupa Konseyi'ne ye ülkelerin yer aldığı Avrupa kıtasında temel insan hakkı olan sağlık hakkının en azından asgari çekirdek yükümlülüklerin gereklerinin ye devletlerce yerine getirilmesinin öncelendiğini göstermektedir.

Bu başlık altında Avrupa Konseyi sisteminde yer alan ASş ve GG-ASş'nin; "Oviedo Sözleşmesi" olarak da anılan Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Onurunun Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin; "İstanbul Sözleşmesi" olarak da anılan Kadına Yönelik şiddetin ve Aile İçi şiddetin önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin sağlık hakkını ilgilendiren hükümleri irdelenecektir.

Yine, sağlık hakkına ilişkin açık hükümler içeren bu sözleşmelerin yanı sıra AİHS, her ne kadar içeriğinde sağlık hakkını düzenleyen bir norm bulunmamakla birlikte, dinamik ve gelişmeci yorum yöntemiyle sağlık hakkına dolaylı koruma sağlayan son derece zengin AİHM içtihatları sebebiyle incelenecektir.

a. Avrupa Sosyal şartı

ASş'yi, Avrupa Konseyi'nin ekonomik ve sosyal haklara⁸¹² özgülenmiş sözleşmesi olarak tanımlamak yanlış olmaz. İiz Sözleşmelere benzer şekilde, Avrupa Konseyi sisteminde AİHS'nin sosyal alandaki karşılığı olan şart, 18 Ekim 1961 tarihinde, AİHS'den 11 yıl sonra kabul edilmiş ve 26 şubat 1965 tarihinde yürürlüğe girmiş,⁸¹³ ardından 1988 yılında ASş'ye Ek Protokol, 1991 yılında şart'ta değişiklik

⁸¹¹ Kaboğlu, 2010, s. 55.

⁸¹² Bu sözleşme kapsamında kültürel haklar yer almamaktadır.

⁸¹³ Türkiye, Avrupa Sosyal şartı'nın 16.06.1989 tarihli ve 3581 sayılı Kanunla onaylanmasını uygun bulmuştur. (14.10.1989 gün ve 20312 sayılı Resmi Gazete).

öngören Protokol, 1995 yılında toplu şikâyet sistemi öngören Ek Protokol ve nihayet 1996 tarihinde GG-ASŞ kabul edilmiş ve 1999’da yürürlüğe girmiştir.⁸¹⁴

Şart’ın çeşitli hükümlerinde sağlık ile ilgili serpiştirilmiş düzenlemelere⁸¹⁵ yer verilmiş olmakla birlikte, esas itibarıyla, her iki Şart’ın temel ilkelerini gösteren Birinci Bölümünde ve Şart’ın 11. maddesinde sağlığın korunması hakkı,⁸¹⁶ 13. maddesinde ise sosyal ve tıbbî yardım hakkı düzenlenmiştir.⁸¹⁷

Öğretideki bir görüşe göre, Şart’ta sağlık hakkına ilişkin yapılan düzenleme ile belli bir asgari standardı içeren yükümlülöklere yer verilmiş ise de, sözkonusu norm, “...devletin sunması gereken sağlık hizmetleri konusunda açık bir düzenlemeyi içermemekte, daha çok kolluk ve teşvik düzeyindeki işlevleri düzenlemektedir.”⁸¹⁸

Şart hükümlerini bütüncöl bir bakış açısıyla ele alan bir başka görüşe göreyse, sağlık hakkını düzenleyen 11. madde, “temel ilkeler” bölümünde yer alan “herkesin ulaşılabilir en yüksek sağlık düzeyinden yararlanmasını mümkün kılacak her türlü tedbirden yararlanma hakkı olduğu” yolundaki düzenleme ile birlikte okunduğunda,

⁸¹⁴ Türkiye, Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı’nın 27.09.2006 tarihli ve 5547 sayılı Kanunla onaylanmasını uygun bulmuştur. (09.04.2007 gün ve 26488 sayılı Resmi Gazete).

⁸¹⁵ Şart’ın, güvenli ve sağlıklı çalışma koşullarını düzenleyen 3. maddesi; çocukların ve gençlerin sağlıkları bakımından zararlı işlerde çalıştırılmamasını öngören 7. maddesi; gebe, yeni doğum yapmış ve emzirme döneminde bulunan kadınların sağlıkları bakımından zararlı işlerde çalıştırılmamasını öngören 8. maddesi bu kapsamda sayılabilir.

⁸¹⁶ Şart’ın I. Bölümü’nde “Herkes, ulaşılabilir en yüksek sağlık düzeyinden yararlanmasını mümkün kılacak her türlü önlemden yararlanma hakkına sahiptir” denilmektedir. <https://www.ailevecalisma.gov.tr/media/1318/avrupa-sosyal-%C5%9Fart%C4%B1.pdf> (Erişim Tarihi: 24 Şubat 2020); Şart’ın “sağlığın korunması hakkı” başlıklı 11. maddesinde şu hüküm öngörülmüştür: “Taraflar, sağlığın korunması hakkının etkin şekilde kullanılmasını sağlamak amacıyla, ya doğrudan ya da kamusal yahut özel örgütlerle işbirliği yaparak, diğer önlemlerin yanı sıra: 1-Sağlığın bozulmasına yol açan nedenleri olabildiğince ortadan kaldırmak; 2-Sağlıklı olmayı geliştirmek ve sağlıkla ilgili konularda kişisel sorumluluk üstlenmeyi teşvik etmek üzere, danışma ve eğitim olanaklarını sağlamak; 3-Salgın hastalıkları, yoresel ve süreklilik arz eden endemik hastalıkları ve diğer hastalıkları ve bunların yanı sıra kazaları mümkün olduğunca önlemek üzere tasarlanmış uygun önlemleri almayı; üstlenirler.”

⁸¹⁷ Şart’ın “sosyal ve tıbbî yardım hakkı” başlıklı 13. maddesi şöyledir: “Taraflar, sosyal ve tıbbî yardım hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla: 1. Yeterli olanağı bulunmayan ve kendi çabasıyla veya başka kaynaklardan, özellikle bir sosyal güvenlik sisteminden yararlanarak böyle bir olanak sağlayamayan herkese yeterli yardımı sağlamayı ve hastalık hâlinde bunun gerektirdiği bakımı sunmayı; 2. Böyle bir yardım görenlerin, bu nedenle siyasal ve sosyal haklarının kısıtlanmasını önlemeyi; 3. Herkesin, kişisel veya ailevi mahrumiyet halini önlemek, gidermek ya da hafifletmek için gerekebilecek öneri ve kişisel yardımları uygun kamusal ya da özel hizmetler eliyle alabilmesini sağlamayı; 4. Bu maddenin 1., 2. ve 3. fıkralarında değinilen hükümleri, ölkelerinde yasal olarak bulunan diğer akit tarafların vatandaşları ile kendi vatandaşlarını eşit tutarak, 11 Aralık 1953’te Paris’te imzalanmış olan Avrupa Sosyal ve Tıbbî Yardım Sözleşmesi ile üstlendiği yükümlölükler çerçevesinde uygulamayı; taahhüt ederler.” <https://www.ailevecalisma.gov.tr/media/1318/avrupa-sosyal-%C5%9Fart%C4%B1.pdf> (Erişim tarihi: 24 Şubat 2020).

⁸¹⁸ Sever, 2018, s. 78.

tarihsel olarak DSÖ Anayasası'ndaki "ulaşılabilir en yüksek sağlık standardı" kavramına yer veren ikinci uluslararası belge olduğu söylenebilir.⁸¹⁹ Gerçekten de, temel ilkeler kısmında öngörülen yaklaşım ile Şart'ın sağlık hakkını koruyan normu birlikte okunduğunda, böyle bir tercihin, denetim organlarınca hakkın dinamik ve gelişmeci yorumuna imkân tanıdığına kuşku yoktur.

Şart'ın 11. maddesiyle ilgili işaret edilmesi gereken bir nokta da üçüncü paragrafta yer verilen kazalardan kastedilenin, iş kazaları, trafik kazaları, ev kazaları, okul kazaları, tatil kazaları, hayvanların neden olduğu kazalar gibi kapsamı hayli geniş tutulan kazalar olduğudur.⁸²⁰

13. maddede yapılan düzenlemeden çıkarılacak sonuç, herkesin ulaşılabilir en yüksek sağlık standardından yararlanma hakkı olduğunun; ikincisi ise, yeterli olanağı bulunmayan ve sosyal güvenlik sisteminden de yararlanamayanların, sosyal ve tıbbî yardımdan yararlanma haklarının bulunduğu vurgulanmasıdır.⁸²¹

ASHK, Şart'ın "sağlık, sosyal güvenlik ve sosyal koruma" hükümleri kapsamında "rapor usulü" ile yaptığı değerlendirme neticesine göre, en son 2017 yılında raporunu 24 Ocak 2018'de yayımlamıştır. Bu raporda 33 devletin değerlendirmesini yapan Komite, 83 vakanın bilgi eksikliğinden incelenemediğini, 175 vakada ilgili devletlerin mevzuatında veya uygulamasında Şart'a uygunsuzluk tespit ettiğini, 228 vakanın ise Şart'a uygun olduğunu belirtmiştir. Komite, Avrupa'daki pek çok ülkede yoksulluk düzeyinin hayli yüksek olduğunu vurgulayarak bu sorunun giderilmesine yönelik tedbirlerin yetersiz olduğuna işaret etmiştir. Bilhassa, işsizlik ve yaşlılık aylığı gibi sosyal yardımlar yoksulluk düzeyinin çok altında kalmaktadır. Ayrıca, pek çok devlet tarafından sürekli yüksek seyreden bebek ve anne ölüm oranlarını düşürmek ve ölümle sonuçlanan iş kazalarının sayısını azaltmak için yeterli adımlar atılmamaktadır.

⁸¹⁹ Ertan, 2012, s. 37.

⁸²⁰ Tahmazoğlu Üzeltürk, 2012, s. 259; Ertan, 2012, s. 38; European Council European Committee of Social Rights, December 2006, Digest of the Case Law.

⁸²¹ Tahmazoğlu Üzeltürk, 2012, s. 259.

Bununla birlikte, Komite, bazı ülkelerde iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili önlemlerin alınmasını ve özellikle sağlık ve engellilik ile ilgili sosyal güvenlik yardımlarının genişletilmesi konusundaki memnuniyetini belirtmiştir.⁸²²

ASHK'nın sağlık hakkını incelediği *FIDH / Fransa*⁸²³ şikâyet başvurusunda ilk olarak yorum yöntemine açıklık getiren Komite, “insan haklarının bütünlüğü” ilkesinin ve “insan onuru”nun Avrupa insan hakları hukukunun çekirdeği olduğunu vurgulamıştır.⁸²⁴ Karar, düzensiz göçmenlerin Şart çerçevesinde tıbbî yardım hakkının kapsamlı bir yorumunu sunması bakımından önemli olduğu gibi, çocukların hak ihlallerine karşı özel kırılganlıklarının gözönünde tutulması açısından ayrı önem taşımaktadır. Bu bağlamda Komite, bu durumda olan çocukların sağlık hakkının derhal gerçekleştirilmesinde bir dereceye kadar aciliyet ve ihtiyaç olduğunu farkındadır. Ayrıca, Komite ASS ile ÇHS'yi bütüncül yorumlayarak, uluslararası alanda uyumun arttırılmasını ve kaynakların eşgüdümünü sağlamış olmaktadır.

⁸²² <https://www.coe.int/en/web/european-social-charter/-/several-states-parties-to-the-european-social-charter-marked-by-a-high-levels-of-poverty-in-2017> (Erişim Tarihi: 11 Temmuz 2020); Öte yandan, ASHK 2018 yılı işçi haklarına ilişkin nihaî raporunu, 2019 yılı çocuklar, aile ve göçmenlere ilişkin nihaî raporunu yayımlamıştır.

⁸²³ Somut olayda başvuran, Fransa'nın, gelirleri çok düşük yasadışı göçmenlerin sağlık ve hastane masraflarından muaf tutulması uygulanmasına son vererek, Şart'ın 13. maddesinde düzenlenen tıbbî yardım hakkını ihlâl ettiğini, yine kaçak göçmenlerin çocuklarına yönelik tıbbî hizmetlere erişimi kısıtlayan düzenlemeyle de çocuklarının korunması hakkının ihlâl edildiğini ileri sürmüştür. Bkz. European Committee of Social Rights, The International Federation of Human Rights Leagues (FIDH) v. France, Decision No 13/2003, 08.09.2004. Karara şuradan erişilmiştir: https://www.escri-net.org/sites/default/files/caselaw/committee_social_rights_decision_merits.pdf (Erişim Tarihi: 12 Mayıs 2020).

⁸²⁴ Komite'ye göre, 1993 tarihli Viyana Bildirgesi çerçevesinde, tüm insan hakları “evrensel, bölünmez ve birbirine bağımlı ve birbiriyle ilişkili”dir. Komite'nin ifadesiyle; “Şart, temel sosyal haklara hayat ve anlam verecek şekilde yorumlanmalıdır. Sonuç olarak... haklar üzerindeki kısıtlamalar... hakkın özünü koruyacak ve Şart'ın genel amacına ulaşacak şekilde anlaşılmalıdır ...” İnsan onuru, Avrupa insan hakları hukukunun temel değeri ve çekirdeği olup Şart'ın buna göre yorumlanması gerekmektedir (paras 26-31). Dolayısıyla, Komite, bir taraf devletin topraklarında, yabancı uyruklu olsalar ve yasalara aykırı bulunsalar bile, Şart'a aykırı olmamakla birlikte, yabancı uyrukluların tıbbî yardım alma hakkını reddeden mevzuat veya uygulamaların Şartlara aykırı olduğunu kabul etmiştir (para 32). Somut olayın niteliğine bakıldığında ise, 13. maddedeki sağlık hakkının ihlâl edilmediğini, çünkü yabancıların yasal ikamet koşullarını taşımasa bile üç aylık ikamet sonrasında bazı tıbbî yardımlara erişebildiğini yani, bu kişilere fayda sağlayan bir tıbbî yardımın var olduğunu; öte yandan, tüm yabancı uyrukluların her koşulda “acil durumlar ve hayatı tehdit eden haller” için tıbbî yardım haklarının mevcut olduğunu belirtmiştir (para 34). Öte yandan, Komite, 17. maddenin (çocukların korunma hakkı) tıbbî yardım hakkından daha geniş olduğunu ve ÇHS ile birlikte yorumlandığında refakatsiz çocuklar da dahil olmak üzere tüm çocukların ve gençlerin bakım ve yardım alma hakkının genel olarak taraf devletlerce korunması gerektiğini belirterek, çocukların korunması hakkının ihlâl edildiğini tespit etmiştir (paras 36-37).

“*Interights*” / *Hırvatistan* kararında ASHK, devletin kapsamlı ve nesnel, kanıta dayalı cinsel sağlık ve üreme sağlığı eğitimi programı sağlamada uzun vadeli başarısızlığının, devletlerin “sağlıklı olmayı geliştirmek ve sağlıkla ilgili konularda kişisel sorumluluk üstlenmeyi teşvik etmek üzere, danışma ve eğitim olanaklarını sağlama”yı öngören Şart’ın 11(2). maddesinin ihlâli anlamına geldiğini vurgulamıştır.⁸²⁵

b. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi’nin 28 Temmuz 1991 tarihli ve 1160 sayılı Tavsiye Kararı’nın ardından hazırlanan ve 4 Nisan 1997 tarihinde Oviedo’da imzalanan “Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Onurunun Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi” 1 Aralık 1999 tarihinde yürürlüğe girmiştir.⁸²⁶

Sözleşme’nin ardından imzalanan ek protokoller ise şunlardır: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesine İnsan Klonlama Yasağına İlişkin Ek Protokol,⁸²⁷ İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesine İnsan Kaynaklı Organ ve Dokuların Nakline İlişkin Ek Protokol,⁸²⁸ İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesine Biyomedikal Araştırmalar Konusunda Ek Protokol⁸²⁹ ve İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesine Sağlık Amaçlı Genetik Test Yapmaya İlişkin Ek Protokol.⁸³⁰

⁸²⁵ European Committee of Social Rights, International Centre for the Legal Protection of Human Rights “*Interights*” v. Croatia, Decision No 45/2007, 30.03.2009’dan nakleden Tobin, 2013, s. 201, dipnot 140.

⁸²⁶ Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine (1997) <https://rm.coe.int/168007cf98> (Erişim Tarihi: 25 Şubat 2020).

⁸²⁷ Additional Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine, on the Prohibition of Cloning Human Beings. (1998) <https://rm.coe.int/168007f2ca> (Erişim Tarihi: 25 Şubat 2020).

⁸²⁸ Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine, Concerning Transplantation of Organs and Tissues of Human Origin (2002) <https://rm.coe.int/1680081562> (Erişim Tarihi: 25 Şubat 2020).

⁸²⁹ Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine, Concerning Biomedical Research (2005) <https://rm.coe.int/168008371a> (Erişim Tarihi: 25 Şubat 2020).

⁸³⁰ Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine, Concerning Genetic Testing for Health Purposes (2008) <https://rm.coe.int/1680084824> (Erişim Tarihi: 25 Şubat 2020).

Hatırlanacağı üzere, önceki bölümde, ESKHK'nin 14 nolu GY'sine⁸³¹ ve öğretideki görüşlere⁸³² işaret edilerek, sağlık hakkının hak ve özgürlük boyutu olmak üzere iki veçhesi olduğu belirtilmiş idi. Sözleşme'nin en önemli özelliği, sağlık hakkının hem hak ve hem de özgürlük veçhesine yönelik hükümlere yer vermesidir.

Sözleşme'nin 3. maddesinde sağlık hakkı düzenlenmiştir.⁸³³ Normun içeriğinde, hakkın gerçekleştirilmesinde “kullanılabilir kaynaklar” ifadesine yer verilmiş ve böylelikle malî kaynaklara ilişkin sınıra gönderme yapılmıştır. Yine, taraf devletlerin yargı yetkileri içinde sağlık hizmetlerinden adil bir şekilde yararlanılmasını sağlayacak önlemler alması öngörülmekle, uyrukluk ayrımı bertaraf edilerek, devletlerin egemenlik alanı içindeki tüm bireylere bu hakkın eşitlik temelinde tanınması öngörülmüştür.⁸³⁴

Sözleşme'nin 4. maddesinde, “araştırma dahil sağlık alanındaki herhangi bir müdahalenin meslekî yükümlülüklerle ve standartlara uygun olması gerektiği” ifade edilmektedir. Bu norm, ESKHK'nın 14 nolu GY'deki sağlık hakkının unsurlarından olan “kalite” ilkesine işaret etmektedir. Bir başka söyleyişle, sağlık hizmetlerinin tıbbî ve bilimsel açıdan uygun ve kaliteli olması, deneyimli tıbbî personel eliyle verilmesi, bilimsel açıdan onaylı ve miadı geçmemiş ilaç ve hastane teçhizatı, yeterli hijyen koşulları sağlanması gerekmektedir.

Sözleşme'nin diğer hükümleri incelendiğinde, esas itibarıyla sağlık hakkının özgürlük boyutuna yönelik, yani bireyin özerkliğini gözeten yönüne ağırlık verildiği görülmektedir. Bu bağlamda, tıbbî müdahaleye rıza, özel hayatın korunması ve bilgilendirme hakkı, insan üzerinde araştırma, genetik, organ ve doku aktarımı gibi pek

⁸³¹ 14 Nolu Genel Yorum, para 8.

⁸³² Tahmazoğlu Üzeltürk, 2012, s. 18; Yücel Dericiler, 2014a, s. 370.

⁸³³ Sözleşme'nin “sağlık hizmetlerinden adil şekilde yararlanma” başlıklı 3. maddesi şöyledir: “Taraflar, sağlığa duyulan ihtiyaçları ve kullanılabilir kaynakları gözönüne alarak, kendi yargı yetkileri içinde, uygun nitelikteki sağlık hizmetlerinden adil bir şekilde yararlanılmasını sağlayacak uygun önlemleri alacaklardır.”

⁸³⁴ Ertan, 2012, s. 40.

çok madde sağlık hakkının bir boyutu olan hasta haklarının korunmasını amaçlamaktadır.⁸³⁵

Çalışma'nın kavramsal çerçevesi dava edilebilirliğe odaklandığından ve Oviedo Sözleşmesi'nin bireyin özerkliğini esas alarak hakkın özgürlük boyutuna ilişkin öngördüğü her bir başlığın ayrı ayrı irdelenmesi çalışmanın kapsamını ziyadesiyle aşacağından burada Sözleşme'nin koruduğu hak listesine işaret edilmekle yetinilecektir.

Sözleşme'nin ikinci bölümünde tıbbî müdahaleye rıza gösterilmesine ilişkin esaslar düzenlenmiştir. Bu çerçevede 5. maddede, genel kural olarak, bireyin kendi bedeni üzerindeki kontrolü ve karar verme özgürlüğünden yani bireyin özerkliğinden hareketle, her türlü tıbbî müdahalenin, kişinin özgürce ve bilgilendirilmiş rızasına dayanması gerektiği öngörülmektedir. Tıbbî müdahale uygulanacak kişiye bu müdahalenin amacı, mahiyeti, sonuçları ve riskleri konusunda ayrıntılı bilgilendirme yapılmalı, kişinin rızasını her aşamada özgürce geri alabileceği de vurgulanmalıdır.

Sözleşme'nin 6. ilâ 9. maddelerinde bu genel kuralın istisnaları düzenlenmiştir. 6. maddeye göre, tıbbî müdahaleye rıza gösterme yeteneği olmayan kişiler üzerinde tıbbî müdahale, ancak doğrudan tıbbî yarar bulunması hâlinde yapılabilir. Bu bağlamda, tıbbî müdahale yapılması gereken küçüklere, ancak yasal temsilcisinin izni ile tıbbî müdahalede bulunulabilir. Vurgulamak gerekir ki, küçüğün yaşı ve olgunluk derecesiyle orantılı olarak, tıbbî müdahale hakkındaki görüşü de belirleyici olarak gözönüne alınmalıdır. Benzer şekilde, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, diğer hastalıklar veya benzer nedenlerden ötürü tıbbî müdahaleye rıza verme yeteneği olmayan yetişkinlere yasal temsilcinin izni ile tıbbî müdahalede bulunulabilir. Bununla birlikte, mümkün olduğunca ilgili kişi de sürece dahil edilmelidir. Ayrıca, bu durumlarda bilgilendirme yasal temsilciye yapılır; daha evvel verilmiş rıza yasal temsilci tarafından her zaman geri alınabilir. 7. maddeye göre, yasada açıkça belirtilen koruyucu şartlara uyulmak

⁸³⁵ Gürkan SERT, “Hasta Hakları”, **Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları**, (Eds.) Özge Yücel, Gürkan Sert, Seçkin Yayınları, (ss.125-153), Ankara 2018, s. 128.

kaydıyla, akıl hastalığı olan kişilere, tıbben gerekli olması ve tedavi edilmezse sağlığının ciddi olarak tehlikeye düşmesi hâlinde, rıza aranmaksızın, akıl hastalığının tedavisine yönelik tıbbî müdahale uygulanabilecektir. 8. maddede, acil hallerde rıza şartı aranmaksızın ilgili kişinin sağlığı için tıbben gerekli olan tıbbî müdahalenin derhal yapılabileceği öngörülmektedir. 9. maddede ise, bir tıbbî müdahale sırasında iradesini açıklayabilecek durumda olmayan kişinin, tıbbî müdahale ile ilgili daha önceden açıklamış olduğu iradesinin nazara alınacağı belirtilmiştir.

Sözleşme'nin üçüncü bölümünde özel yaşamın korunmasına, mahremiyet ve bilgilendirme hakkına ilişkin bir norm öngörülmüştür. Buna göre, herkesin, kendine ait sağlık bilgilerinin gizli tutulmasını isteme hakkı vardır. Öte yandan, herkes kendi sağlığı ile ilgili bilgi alma hakkına sahiptir. Bunun yanında, bilgilendirilmeme istekleri varsa bu durum gözönünde tutulur. Bilgilendirme hakkının kullanılmasında hastanın yararı bakımından yasayla sınırlama getirilebilir.

Sözleşme'nin dördüncü bölümünde insan genomuna ilişkin düzenlemeler öngörülmüştür. Temel ilke olarak, genetik kalıtımı sebebiyle bir kimseye ayrımcılık yapılması yasaktır. Bu bağlamda, genetik hastalıkları teşhis etmek amacını güden tetkikler ancak "sağlık amaçlarıyla veya sağlık amaçlı bilimsel araştırma için ve uygun genetik danışmada bulunmak" koşuluyla mümkündür. İnsan genomunu değiştirmeye matuf tıbbî müdahaleler, ancak önleme, tanı ve tedavi amaçlarıyla ve yalnızca amacının, herhangi bir altsoyun genomunda değişiklik yapılmamış olmaması hâlinde mümkündür. Doğacak çocuğun cinsiyetini belirlemek veya seçmek amacıyla yapay döllenme teknikleri kullanılamaz; cinsiyetle ilgili ciddi kalıtsal hastalıklardan kaçınma hâli bunun istisnasıdır.

Sözleşme'nin beşinci bölümünde bilimsel araştırmaların esasları düzenlenmiştir. Genel kural olarak, bu Sözleşme'de yer alan normlara ve insanın varlığının korunmasını güvence altına alan diğer yasal düzenlemelere uygun olarak, bilimsel araştırmalar

özgürce yapılabilir. Ancak, üzerinde bilimsel araştırma yapılacak bireylerin korunmasına yönelik birtakım şartlar öngörülmüştür. Bu şartlar; zorunluluk, orantılılık, etik olma, yasayla öngörülme, açık ve her zaman geri alınabilir rızadır.⁸³⁶ Sözleşme’de, rıza verme yeteneği olmayan kişilerin korunması için de özel hüküm öngörülmüş olup burada temel kriter bilimsel araştırmanın sonuçlarının ilgili kişinin sağlığı üzerinde gerçek ve doğrudan yarar sağlama beklentisinin mevcut bulunmasıdır.

Sözleşme’nin altıncı bölümünde canlıdan organ ve doku nakli düzenlenmektedir. Buna göre, yaşayan bir kimseden nakil amacıyla organ veya doku alınması için şu üç şartın birlikte gerçekleşmesi zorunludur: Birincisi, alıcının tedaviye ilişkin tıbbî yararının bulunması; ikincisi, ölmüş bir kimseden uygun organ veya doku bulunamaması; üçüncüsü, karşılaştırılabilir etkinlikte başka bir tedavi yönteminin olmaması. Organ ve doku nakline rıza, 5. maddeye uygun olarak, yazılı ya da resmî bir merci önünde, açık ve belirli bir şekilde verilmiş olmalıdır.

Kural olarak, organ ve doku nakli için onayını açıklama yeteneği olmayan kişiden organ ve doku alınamaz. Bu kuralın istisnaları şunlardır: Sadece kendisini yenileyen dokuların alınması koşuluyla; (i) rıza verme yeteneği olan uygun bir vericinin olmayışı, (ii) alıcının, vericinin kız ya da erkek kardeşi olması, (iii) bağışlamanın, alıcının hayatını kurtarma beklentisinin olması, (iv) küçükler ve akıl hastalığı bulunanlar bakımından rızanın yasaya uygun şekilde yetkili merci tarafından onaylanmış şekilde, belirli ve yazılı olarak verilmiş olması, (v) vericinin buna bir itirazının olmaması.

Sözleşme’de, insan vücudunun ve onun parçalarının, bu nitelikleri dolayısıyla ticarî kazanç konusu olması yasaklanmıştır. Bu hüküm daha ziyade canlıdan organ ve doku naklinde karşılaşılan ciddi bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, Sözleşme’de insan vücudunun ve uzuvlarının ticarete konu edilmesi kesin bir ifadeyle

⁸³⁶ Tahmazoğlu Üzeltürk, 2012, s. 264.

yasaklanmıştır. Bununla bağlantılı olarak, bir tıbbî müdahale sırasında vücuttan herhangi bir parça alındığında, çıkarılan bu parça, ancak uygun şekilde bilgilendirme ve rıza alma usullerine riayet edilerek, çıkarılma maksadından farklı bir amaç için saklanıp kullanılabilir.

Oviedo Sözleşmesi ayrı bir denetim organı kurmamıştır. Bununla birlikte, bu sözleşmenin denetimi kısmen AİHM'ye bırakılmıştır. Buradaki denetim ifadesini bireysel başvuruya karıştırmamak gerekir.⁸³⁷ Öte yandan, çalışma boyunca yer verilen uluslararası denetim-izleme organlarının kararlarına ve nihaî gözlemlerine bakıldığında, Oviedo Sözleşmesi'nde yer alan normların uygulama alanı bulduğu görülecektir. Bunu, bir insan hakları sözleşmesinin temel normlarının diğer insan hakları denetim organlarına normatif kaynak sağlamayı amaçlayan kaynakların eşgüdümü ilkesinin sonucu olarak okumak mümkündür.

c. İstanbul Sözleşmesi

Avrupa Konseyi tarafından, kadına yönelik şiddet⁸³⁸ ve ev içi şiddetle⁸³⁹ her yönüyle mücadele edilmesi amacıyla hazırlanan “Kadına Yönelik Şiddetin ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi”⁸⁴⁰ 11 Mayıs 2011 tarihinde İstanbul'da imzaya açılmıştır. Bu nedenle, İstanbul Sözleşmesi

⁸³⁷ Mehmet Semih GEMALMAZ, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, Beta Yayınları, İstanbul 1997, s. 1192.

⁸³⁸ Sözleşme'nin 3. maddesinin (a) bendinde, “kadına yönelik şiddet: ister kamusal ister özel alanda meydana gelsin, kadınlara fiziksel, cinsel, psikolojik ve ekonomik acı veya ıstırap veren veya verebilecek olan cinsiyete dayalı her türlü eylem veya bu tür eylemlerle tehdit etme, zorlama veya keyfi olarak özgürlükten yoksun bırakma anlamına gelir ve bir insan hakları ihlâli ve kadınlara yönelik ayrımcılığın bir biçimi” olarak tanımlanmıştır.

⁸³⁹ Sözleşme'nin 3(b). maddesinde, “aile içi şiddet: mağdur ve faille aynı haneyi paylaşırsa da paylaşmasa da, aile veya hanede, eski veya şimdiki eşler ya da partnerler arasında meydana gelen her türlü fiziksel, cinsel, psikolojik ve ekonomik şiddet” olarak tanımlanmıştır.

⁸⁴⁰ Sözleşme'nin 1. maddesine göre, Sözleşmenin amacı kadının ve aile bireylerinin şiddetten korunması, kadına yönelik şiddetin ve aile içi şiddetin önlenmesi ve kovuşturulması, şiddet mağduruna ve failine yönelik destek politikaları oluşturulmasıdır.

olarak da anılmaktadır. Sözleşme, yürürlük maddesi uyarınca 10 ülkece onaylanmasını müteakip 1 Ağustos 2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir.⁸⁴¹

Sözleşme'nin sağlık hakkı ile ilişkili hükümlerine bakıldığında, şiddet mağdurlarının sağlık hizmetlerine erişim hakkına ilişkin devletlerin yükümlülüklerini öngören düzenlemeler yer aldığı gibi, kadın sünneti, rıza alınmaksızın kürtaj ve kısırlaştırma gibi fiillerin sözleşmecî devletlerin iç hukuklarında cezalandırılmasına dair düzenlemelere de yer verildiği görülmektedir.

Mağdurların sağlık hakkının korunmasına ve sağlık hizmetlerine erişimine ilişkin 20. maddede düzenlenen norm⁸⁴² ile amaçlanan, mağdur bireylerin uzun erimdeki sağlık ve sosyal gereksinimlerinin karşılanabilmesi için bu hizmetlere devlet tarafından yeterli kaynağın aktarılmasını sağlamaktır. Bunun yanı sıra, şiddetin farklı görünüşleri konusunda ilgili personelin eğitilmesi gerekliliği ve yine mağdurların özel gereksinimlerinin belirlenmesi ve bu gereksinimlere destekleyici biçimde nasıl yanıt verilebileceği vurgulanmaktadır. Öte yandan, Sözleşme metnini hazırlayanların, kaynakların tahsisini düzenleyen 8. maddede, üye devletlerin farklı ekonomik durumlarını gözönünde bulundurarak bu sözleşmeden doğan yükümlülüklerinin kapsamını “uygun kaynakların tahsisi” şeklinde sınırlamayı tercih ettikleri görülmekte iken, 20. maddede “yeterli kaynak tahsisini” öngörerek, mağdurların sağlık hizmetlerine erişimini öncelediği sonucuna varılmaktadır.⁸⁴³ Bu da, sağlık hakkının korunmasına ilişkin normun aşamalı gerçekleştirmeye tâbi olmayıp “derhal” uygulanması gereken bir norm olarak düzenlendiğini göstermektedir.

⁸⁴¹ Moroğlu, Eroğlu, 2019, s. 7.

⁸⁴² Sözleşme'nin 20(2). maddesinde şu düzenleme yer almaktadır: “2. Taraf devletler, mağdurların sağlık ve sosyal hizmetlere erişebilir olmasını ve hizmetler için yeterli kaynak ayrılmasını ve uzmanların mağdurlara yardımcı olmak ve uygun hizmetlere yönlendirmek üzere eğitim almalarını sağlamak üzere gereken yasal veya diğer tedbirleri alır.”

⁸⁴³ Moroğlu, Eroğlu, 2019, s. 67-68.

Sözleşme'nin cinsel şiddet mağdurlarının sağlık hakkını düzenleyen 25. maddesi⁸⁴⁴ çerçevesinde denilebilir ki; cinsel şiddet eylemlerinin son derece travmatik olan sonuçları nedeniyle, bu alanda eğitimli ve uzman personel istihdamı sağlanmalı ve bu personel tarafından cinsel şiddet mağdurlarına yönelik duyarlı bir yaklaşım gösterilmelidir. Mağdurların acil tıbbî bakım hizmetlerine ve travma desteğine gereksinim duydukları gözönünde bulundurularak, sağlık hizmetleri buna uygun olarak organize edilmeli; psikolojik danışmanlık ve terapi sürecinin çok uzun sürebileceği hatırdan tutulmalıdır. Aynı zamanda, suç delillerinin toplanmasında ve adli tıp incelemeleri sürecinde ivedi ve etkin hareket edilmesi sağlanmalıdır. Sözleşme'nin 25. maddesinde öngörülen merkezler yeterli sayıda olmalı; haftada 7 gün 24 saat açık, tüm ülkeyi kapsayan ücretsiz yardım hattı kurulmalı; merkezler erişilebilir olmalı ve hizmetlerin Sözleşme'nin amacına uygun olarak verilmesi sağlanmalıdır. Avrupa Konseyi Aile İçi Şiddet Dâhil Olmak Üzere Kadınlara Yönelik Şiddete Karşı Mücadele Görev Birimi'nin Nihai Faaliyet Raporu'nda (EG-TFV 2008)⁸⁴⁵ her 200 bin yurttaş için bir merkez kurulması ve bunların coğrafi olarak kentsel ve kırsal kesimlerdeki mağdurlarca kolay erişilebilirliği sağlayacak şekilde ülke geneline yaygınlaştırılması tavsiye edilmektedir.⁸⁴⁶

Sözleşme'de, çalışmanın konusu içinde yer alan zararlı geleneksel ve kültürel uygulamalarla mücadele edilebilmesi için taraf devletlere kimi yükümlülükler getirilmiştir. Bu bağlamda, 37. maddede yetişkin bir bireyi ya da çocuğu zorla evlendirme eyleminin suç sayılmasını sağlamak üzere taraf devletlerce yasal tedbirleri

⁸⁴⁴ Sözleşme'nin 25. maddesinde şu düzenleme yer almaktadır: “Taraf devletler, cinsel şiddet mağdurlarına yönelik tıbbî ve adli muayene, travma desteği ve danışmanlık sağlamak üzere yeterli sayıda, uygun ve kolay erişilebilir tecavüz kriz ve cinsel şiddet yönlendirme merkezlerinin kurulması için gereken yasal veya diğer tedbirleri alır.”

⁸⁴⁵ Council Of Europe Task Force to Combat Violence against Women, including Domestic Violence (EG-TFV) **Final Activity Report**, s. 51.

[http://euromed-justiceii.eu/files/repository/20090428172539_CoE.ViolenceagainstwomenEG-TFV\(2008\)6_en.pdf](http://euromed-justiceii.eu/files/repository/20090428172539_CoE.ViolenceagainstwomenEG-TFV(2008)6_en.pdf) (Erişim Tarihi: 14 Temmuz 2020).

⁸⁴⁶ Moroğlu, Eroğlu, 2019, s. 70-71.

alma yükümlülüğü öngörülmüştür.⁸⁴⁷ 38. maddede kadın sünnetinin suç olarak düzenlenmesi yükümlülüğü düzenlenmiştir. DSÖ Dünya Sağlık Asamblesi'nin 61.16 sayılı kararında, kadın sünneti yapan sağlık profesyonellerinin eylemlerinin devletlerce suç olarak düzenlenmesi gerekliliği vurgulanmıştır.⁸⁴⁸ 39. maddede, gerekli bilgilendirme yapılmadan ve rıza alınmadan gebeliğin sonlandırılmasının suç olarak öngörülmesi konusunda devletlere gerekli yasal düzenlemeleri yapma yükümlülüğü getirilmiştir. Zorla kısırlaştırma suçu ise, bir kadının üreme kapasitesinin sona erdirilmesi amacıyla ya da bu sonucu doğuracak şekilde, daha önce bilgilendirilmeden ve rızası olmadan kısırlaştırma müdahalesinin yapılması hâlinde oluşmaktadır. 39. maddede öngörülen bilgilendirme ve rıza alma prosedürü bakımından, Oviedo Sözleşmesi'nin 5. maddesindeki standartlara uygun olarak mağdurun tam bilgilendirme temelinde kendisinin özgürce verdiği rızası dışında kalan her türlü kürtaj ve kısırlaştırma işlemi bu kapsama girmektedir.⁸⁴⁹

d. AİHM İçtihadında Sağlık Hakkının Dolaylı Korunması

AİHS'de güvenceye alınan haklar arasında sosyal haklar yer almamaktadır. Dolayısıyla, doğrudan sağlık hakkını koruyan bir hüküm bulunmamaktadır.⁸⁵⁰ Ancak AİHM, hakların bütünlüğü ilkesine dayanarak, Sözleşme'de öngörülen bazı hakların dolayısıyla sağlık hakkını koruyan kararlar vermektedir.⁸⁵¹ Sözleşme'de düzenlenen klasik haklardan birine ilişkin denetimin sağlık hakkına da etki etmesinin bir sebebi, Mahkeme'nin insan haklarına ilişkin yükümlülükleri sadece devletin negatif ödevi ile

⁸⁴⁷ Ayşe NUHOĞLU, “İstanbul Sözleşmesi ve Cinsel Suçlar”, Moroğlu, Eroğlu, 2019, s. 11.

⁸⁴⁸ Moroğlu, Eroğlu, 2019, s. 79-80.

⁸⁴⁹ ibid, 2019, s. 80.

⁸⁵⁰ Tahmazoğlu Üzeltürk, 2012, s. 199; Yücel Dericiler, 2015, s. 216; Ertan, 2015, s. 29; Sever, 2018, s. 83; Seymen Çakar, 2018, 164; Yolcu, 2018, s. 362.

⁸⁵¹ Sever, 2018, s. 84.

sınırlı tutmayıp devletin her hak bakımından pozitif ödevi de olduğunu kabul etmesidir.⁸⁵²

Bu çalışma açısından, AİHM içtihatlarında sağlık hakkının izini sürmek birkaç nedenle önem taşımaktadır. İlk olarak, AİHM'nin getirdiği denetim mekanizması diğer uluslararası denetim usulleriyle mukayese edildiğinde çok daha etkilidir. Zira, hak ihlalleri bakımından hukuken etkin yaptırımlar öngörülmüştür. Dolayısıyla, AİHM'nin ihlâl kararı vermesiyle devletlerce sözkonusu ihlâl telâfi (tazmin) edilmekte ve hakka etkin bir şekilde hukukî güvence sağlanmış olmaktadır. İkincisi, AİHM'nin dinamik yorum yöntemiyle ve pozitif yükümlülük doktriniyle ilerlemeci bir içtihadî çizgi izlemesi, hem uluslararası ve hem de ulusal denetim organlarına ışık tutmaktadır. Üçüncüsü, pratik bir içtihadî kazanım olarak, bu yolla sağlık hakkının dava edilebilirliği sağlanmış olmaktadır.

AİHM içtihat hukukunda sağlık hakkının esas itibarıyla Sözleşme'nin yaşama hakkına ilişkin 2. maddesi,⁸⁵³ işkence ve her türlü insanlık dışı muamele ve cezayı yasaklayan 3. maddesi⁸⁵⁴ ve özel hayatın ve aile hayatının korunmasına dair 8. maddesi⁸⁵⁵ çerçevesinde ele alındığı pek çok karar mevcuttur.⁸⁵⁶

AİHM'nin sağlık hakkının negatif veçhesinde yer alan tüm özgürlükleri klasik haklar dolayımıyla noksansız koruyabilme imkânı olduğuna tereddüt yoktur. Bunun nedeni, sağlık hakkının negatif veçhesinin yaşama hakkı, özel yaşama saygı hakkı,

⁸⁵² Yücel Dericiler, 2014a, s. 372-373.

⁸⁵³ AİHS'nin 2. maddesinin 1 inci fıkrasında, "1. Her bireyin yaşama hakkı hukuk tarafından korunur." denilmektedir. 2. maddenin 2. fıkrasında istisnalar sayılmıştır. Bunlar; "a) herhangi bir kişinin hukuka aykırı bir şiddete karşı savunması b) hukuka uygun bir gözüaltına alma kararının yerine getirilmesi ya da hukuka uygun olarak tutulan bir kişinin kaçmasının önlenmesi c) bir ayaklanma ya da isyanın hukuka uygun biçimde bastırılması."

⁸⁵⁴ AİHS 3. madde: "Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemlere tâbi tutulamaz."

⁸⁵⁵ AİHS 8. madde: "1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. 2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda, zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla sözkonusu olabilir."

⁸⁵⁶ Yücel Dericiler, 2014, s. 244; Sever, 2018, s. 84; Selman KARAKUL, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Sağlık Hakkı – I", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3 (2), Güz 2016, (ss.169-206), s. 174.

işkence yasağı ile geçirgenliğinin en açık olduğu alana denk düşmesidir. AİHM'nin geliştirdiği pozitif yükümlülükler doktrininden bakıldığında; AİHM her bir hakkın devlete pozitif bir ödev yükleyen yönü de olduğunu göstermiş olmaktadır. ESKHK'nın benimsediği üçlü yükümlülük tipolojisinden bakıldığında ise, her bir hakkın devlete *saygı gösterme* (müdahale etmeme) ve bunun yanında *koruma* yükümlülüğü getirmiş olduğunu ortaya koyar.

Bununla birlikte, sağlık hakkının yapısal olarak norma içkin pozitif veçhesinde, eş söyleyişle pozitif statü (isteme) hakkı olarak da nitelenebilecek boyutunda normatif olarak “herkesin ulaşılabilir en yüksek sağlık standardından eşit şekilde faydalanmasına olanak tanıyan bir sağlık sistemine sahip olma hakkı olduğu” kabul edilmekte ise de;⁸⁵⁷ bu hak aşamalı gerçekleştirme ve malî kaynakların yeterliliği kriterlerine tâbi kılındığından, AİHM tarafından devletin takdir yetkisine bırakılan bu alana genellikle ilişilmediği görülmektedir.

AİHM'nin diğer uluslararası-bölgesel insan hakları denetim organlarıyla mukayese edildiğinde, denetim alanına giren coğrafyanın görece zengin ve refah düzeyi yüksek ülkelerin yer aldığı Avrupa bölgesi olduğu gözönüne alındığında, devletlerin malî kaynaklarına ilişkin başvurularda gözlenen çekingen ve muhafazakar tutumunun temelinde, malî kaynakların yeterliliği gibi nicel bir değerlendirmenin ötesinde AİHS sistemine dahil devletlere egemen klasik liberal-neoliberal ekonomik ve politik yaklaşımın AİHM'deki izdüşümünün olduğu sonucuna varılabilir. Bu noktada, Avrupa Konseyi içinde sosyal haklara özgülenen ASŞ sistemi içinde yargılama yapıldığı ileri sürülebilir ise de, ASHK'nın yargılama pratiğinin yeterince gelişmemesinin temelinde de aynı gerekçenin yattığı hatırdan uzak tutulmamalıdır.

⁸⁵⁷ 14 Nolu Genel Yorum, para 8.

aa. Sağlık Hakkı ve Yaşama Hakkı (2. madde)

Yaşama hakkı ile ilgili içtihatlarında AİHM, ilk dönemlerde çekingen ve muhafazakâr bir tutum sergilemekte iken, 90'lı yılların ortalarından itibaren verdiği kararlarında Sözleşme'nin yatay etkisini benimseyerek devletin yaşama hakkının korunmasında koruyucu tedbirler alma yükümlülüğü olduğunu kabul etmiştir.⁸⁵⁸

AİHM içtihadında dönüm noktası olarak nitelenebilecek L.C.B. kararında, Sözleşme'nin 2(1). maddesindeki “Her bireyin yaşama hakkı hukuk tarafından korunur” hükmünün, devlete sadece hukuk dışı öldürme eylemlerinden kaçınma ödevi değil, aynı zamanda egemenlik (yargı yetkisi) alanındaki bireylerin yaşamlarını korumak için uygun önlemler alma ödevini yüklediği belirtilmiştir.⁸⁵⁹ Bunun anlamı, devletin yaşama hakkının korunması bakımından doğan yükümlülüğünün, sırf yaşama kasten son verme yasağıyla sınırlı olmayıp, ihmâl veya ağır kusur ile insan yaşamının ihlâl edilmesi riskine yönelik olarak tedbirler almakla da yükümlü olmasıdır. Bu tedbirler, hem maddî hukuka hem de usul hukukuna ilişkin olabilir.⁸⁶⁰

İnsan haklarının korunmasında AİHM, yaklaşım olarak negatif ve pozitif yükümlülükler tipolojisini kullanmaktadır.⁸⁶¹ Pozitif yükümlülük doktrini, Sözleşme’de yer alan hakların etkinliğinin sağlanması amacını gütmektedir. Mahkeme’nin içtihat hukukunda geliştirilen pozitif yükümlülük doktrininin unsurların ne olduğu sınırlı sayma yoluyla belirlenmiş değildir. Örnekleme yoluyla sayılacak olursa, devletlerin

⁸⁵⁸ Karakaş, 2000, s. 202; Özdek, 2004, s. 33; AİHM ilk defa pozitif ödev kavramını *Marckx* kararında (1979) kullanmıştır. Bkz. Özdek, 2004, s. 119; bu anlamda önce karara bağlanan önemli davalar, 1979 tarihli İrlanda’ya karşı *Airey* ve Belçika’ya karşı *Marckx* davaları ve 1985 tarihli Hollanda’ya karşı *X ve Y* davalarıdır. Bkz. Metin YÜKSEL, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlığın Korunması ile İlgili Olarak Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler”, *Uluslararası İlişkiler*, C. 7, S. 27 (Güz 2010), (ss. 111-132), s. 112.

⁸⁵⁹ Özdek, 2004, s. 149.

⁸⁶⁰ Durmuş TEZCAN, Mustafa Ruhan ERDEM, Oğuz SANCAKDAR, Rifat Murat ÖNOK, **İnsan Hakları El Kitabı**, Seçkin Yayınları 4. baskı, Ankara 2011, s. 98; Ayşe ÖZKAN DUVAN, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 2. Maddesi Çerçevesinde Yaşam Hakkının Korunmasında Devletin Yükümlülüğü”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 24, Sayı 2, 2018, (ss. 660-681), s. 662.

⁸⁶¹ Brems, 2007, s. 136; Yücel Dericiler, 2014, s. 241.

gerekli iç hukuk düzenlemelerini yaparak hakları güvence altına alması, hak ihlallerini önleyecek her türlü tedbirleri alması, hak ihlâline ilişkin iddialarla ilgili etkili soruşturma yapması, hak ihlallerini telâfi etmeye yönelik iç hukukta etkili hak arama yollarını tesis etmesi, cezaî ve hukukî yaptırımları etkili şekilde uygulaması, yargı yetkisi içinde bulunan bireylerin hayatlarını korumaya yönelik tedbirleri alması bu kapsamdadır.⁸⁶²

AİHM'nin yaşama hakkı ile ilgili içtihatlarına bakıldığında, devletin sağlık hizmetleri alanındaki pozitif yükümlülükleri iki temel başlıkta toplanabilir: Birincisi, devletin, sağlık kuruluşlarına başvuran hastaların yaşamlarını korumak için gerekli tedbirleri almaya yönelik düzenlemeleri yapma yükümlülüğü mevcuttur. İkincisi, taraf devletlerin, kamu ve özel tüm sağlık kuruluşlarında gerçekleşen ölüm olaylarının nedeninin ortaya çıkarılması ve ilgili sağlık personelinin sorumlu olup olmadığının belirlenmesi için etkili bir bağımsız yargısal sistem kurma yükümlülüğü bulunmaktadır.⁸⁶³ Sözü edilen ikinci yükümlülük, 2. maddedeki yaşama hakkının usulî yönünü ifade eder.⁸⁶⁴

Sözleşme denetim organlarından AİHK ve daha sonra Sözleşmeye ek 11. Protokolle tek mahkeme sistemine geçilmesiyle birlikte AİHM tarafından, yaşam hakkı aracılığıyla sağlık hakkına koruma sağlanan kararlara bakıldığında, birkaç başlık altında toplanabilecek olay tipleri göze çarpmaktadır. Bunlar; yetersiz sağlık hizmet sunumu, sağlık giderlerinin tamamının devletçe karşılanmaması, sağlık çalışanlarının kusurlarından doğan ölümler, özel sağlık kuruluşlarındaki tıbbî yetersizlikler, acil sağlık hizmetlerinin yetersizliği olarak kategorize edilebilir.

⁸⁶² Özkan Duvan, 2018, s. 668.

⁸⁶³ Daniela TATU, **Medical Negligence: In the Case-Law of the European Court of Human Rights**, Key Editore, Milano, 2018, s. 22.

⁸⁶⁴ Usulî yükümlülük devletin pozitif sorumluluğunun bir uzantısı olarak nitelenebilir. Çoğunlukla ölümle sonuçlanmış vakalara dair taraf devletin resmî makamlarınca etkili bir soruşturma yürütülmesini ifade eder. Negatif ve pozitif yükümlülük ihlallerinden farklı olarak usulî yükümlülüğün ihlâli, ölüm sonucunun gerçekleşmesinden sonraki süreçte olabilmektedir. Bu anlamda ölüm sonucunun gerçekleşmesinden bağımsız bir sorumluluk alanıdır. Bkz. Özkan Duvan, 2018, s. 674; bkz. Lopes de Sousa Fernandes v. Portugal, Application No. 56080/13, ECHR (Grand Chamber), 19.12.2017, para 214.

i. Yetersiz Sağlık Hizmeti Sunumu

İlk olarak 1978 yılında *Association X / Birleşik Krallık*⁸⁶⁵ davasında AİHK, aşılama sebebiyle ölüm ve kalıcı sakatlık nedeniyle önüne gelen vakada davayı reddetmiş olsa da, kararın sağlık hakkı bakımından önemi, Komisyon'un Sözleşme'nin 2. maddesini sağlık hizmetleri alanında uygun olmayan tıbbî tedavi ve tıbbî ihmâlin önlenmesi yükümlülüğünü yani devletin pozitif ödevini de kapsar hâle gelmesindedir.⁸⁶⁶ Ek 11. protokolün yürürlüğe girip tek mahkeme sistemine geçilmesiyle birlikte AİHM'nin sağlık hakkıyla ilişkili olarak baktığı ilk önemli dava olan *L.C.B. / Birleşik Krallık*⁸⁶⁷ başvurusunda pozitif yükümlülük doktrinini yerleşik hâle getiren AİHM⁸⁶⁸ sağlık hakkının dolaylı korunmasının yolunu açmıştır.

*Kıbrıs Rum Kesimi / Türkiye*⁸⁶⁹ başvurusunda AİHM, devletlerin sağlık hakkına ilişkin yükümlülüklerine dair ilkesel şöyle bir belirleme yapmıştır: Devletlerce nüfusun geneline verilmesi gereken sağlık hizmetlerinin sunulmaması ya da bireylerin bu hizmetlerden yararlanmasına engel olunması yüzünden kişinin yaşamının tehlikeye

⁸⁶⁵ Somut olayda başvuranlar, devletçe uygulanan ulusal aşı programı çerçevesinde aşının uygulandığı bebeklerinin aşıya bağlı olarak kalıcı sakatlanması ve ölümü sebebiyle yaşama hakkının ihlâl edildiğini ileri sürmüşlerdir. Bkz. *Association X. v. United Kingdom*, Application No. 7154/75, ECHR, 12.07.1978.

⁸⁶⁶ Komisyon, somut olayda ulusal aşılama programının salgın hastalıkların önlenmesine yönelik tedbirler çerçevesinde yürütüldüğünü; devletin, aşıların bazı önemli yan etkilerinin olduğunun farkında olduğunu ve fakat, aşılama programıyla daha geniş ölçekte sağlık risklerinin ortaya çıkmasını önlemeyi amaçladığını, ilgili devletin ulusal aşılama sisteminin denetimi ve izlenmesinde belli bir program uygulamaya koyduğunu ve advers etkiler, tıbbî riskler ve kontraendikasyonlar konusunda sağlık çalışanlarını bilgilendirdiğini ve sonuç olarak ulusal aşı programının kötü yönetildiği kanaatine varılmadığını ifade ederek başvuruyu reddetmiştir. Bkz. Tatu, 2018, s. 23-24; S. MICHALOWSKI, "Health Care Law", *The European Union Charter of Fundamental Rights*, Steve Peers, Oxford, 2004, s. 295; Tahmazoğlu Üzeltürk, 2012, s. 202-203.

⁸⁶⁷ Somut olayda başvuru, babasının nükleer test programında çalışması nedeniyle kendisinin lösemi hastalığına yakalandığını, muhatap devletin ebeveynlerini, babanın maruz kaldığı radyasyonun çocuğun da sağlığını olumsuz etkileyebileceği konusunda uyarmadığını ve ayrıca babasının çalışmakta olduğu dönemde maruz kaldığı radyasyon dozu düzeylerinin ölçülmediğini, babasının denetimsiz bir şekilde radyasyona maruz bırakılmasının çocukluğunda geçirdiği lösemisinin muhtemel nedeni olduğunu iddia etmiştir. Bkz. *L.C.B. v. United Kingdom*, Application No. 23413/94, ECHR, 09.06.1998; Mahkeme, eldeki bilirkişi delillerine göre, babasının radyasyona maruz kalmasıyla daha sonra döllen bir çocukta lösemi oluşması arasında bir nedensellik ilişkisi olduğuna dair kanıt olmadığı gerekçesiyle 2. maddenin ihlâl edilmediğine karar vermiştir. Bkz. Gilles DUTERTRE, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler*, Avrupa Konseyi Yayınları, s. 35-36, Bkz: <https://www.anayasa.gov.tr/media/3600/aihmkararlarindanornekler.pdf> (Erişim Tarihi: 8 Mart 2020).

⁸⁶⁸ *L.C.B. v. United Kingdom*, para 36.

⁸⁶⁹ *Cyprus v. Turkey*, Application No. 25781/94, ECHR (Grand Chamber), 10.05.2001.

atılmasına neden olunması hâlinde Sözleşme'nin ihlâli gündeme gelebilir.⁸⁷⁰ Üçlü yükümlülük tipolojisinden bakıldığında AİHM, sağlık hakkının pozitif veçhesine ilişkin olan, bireyin sağlık hizmetlerine eşit erişim hakkı ve devletlerin halka sağlık hizmetlerini ayrımcılık yapmaksızın sunma (yerine getirme yükümlülüğü) ile sağlık hizmetlerine erişimi engellememe (saygı yükümlülüğü) ödevine vurgu yaparak, hakların bütünlüğü ilkesi çerçevesinde sağlık hakkı ile yaşam hakkı arasında bağ kurmuş ve ilkesel olarak “dolaylı koruma” yaklaşımını pekiştirmiştir. Benzer şekilde, başvuruyu somut olay bakımından reddetmekle birlikte ilkesel belirleme yaptığı *Erikson / İtalya*⁸⁷¹ başvurusunda Mahkeme, devletin hastanelerde yatan hastaları korumak için gerekli düzenlemeleri yapmaları gerektiğine vurgu yapmıştır.⁸⁷² Böylelikle, hastanelerin yapısal ve işlevsel bakımdan hastalarını korumak için gerekli düzenlemelere sahip olması gerekliliği de devletin pozitif yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmiştir.

AİHM'nin bir yandan mağdur kavramını geniş yorumladığı, öte yandan hem esas ve hem de usul yönlerinden ihlâl kararı verdiği kilit davalardan olan *Câmpeanu adına Hukusal Kaynaklar Merkezi / Romanya*⁸⁷³ davasında, doğumda terk edilip bir yetimhaneye yerleştirilen ve küçük bir çocukken AIDS ve ağır mental rahatsızlık tanısı konularak bir psikiyatri hastanesine yerleştirilen 18 yaşındaki Câmpeanu'nun ölümü üzerine onun adına bir STK tarafından⁸⁷⁴ yapılan başvuru 2. madde çerçevesinde

⁸⁷⁰ Somut olayda başvuran devlet, Kuzey Kıbrıs'ta idarî pratik olarak yeterli acil sağlık ve uzmanlık hizmetleri ile geriatrik bakım hizmetlerinin verilmemesini ileri sürerek, Kıbrıslı Rum ve Maronitlerin yaşama hakkının ihlâl edildiğini iddia etmiştir. Mahkeme, KKTC makamlarının kasıtlı olarak Kıbrıslı Rumların ve Maronilerin tıbbî tedavilerini üstlenmeyi reddettiğine veya hastaların güneyde tıbbî tedavi alma taleplerini ertelediğine yönelik bir uygulama kabul ettiğine dair somut kanıt bulunmadığını, ne Kıbrıslı Rum ne de Maroni nüfusun kuzeydeki hastaneler de dahil olmak üzere tıbbî hizmetlerden faydalanmasının önlendiğini belirtmiş; Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlâl edilmediğine karar vermiştir. Bkz. *Cyprus v. Turkey*, para 219.

⁸⁷¹ *Erikson v. Italy*, Application No. 37900/97, ECHR, 26.10.1999.

⁸⁷² Koch, 2009, s. 62.

⁸⁷³ *Centre For Legal Resources On Behalf of Valentin Câmpeanu v. Romania*, Application No. 47848/08, ECHR (Grand Chamber), 17.07.2014.

⁸⁷⁴ *Centre For Legal Resources On Behalf of Valentin Câmpeanu v. Romania*, paras 96-114; “Mağdurun hukukî destek ve yardım almadan yerel mahkemelerde dava açmasının mümkün olmaması; mağdurun sağlığında bilinen hiçbir yakınının bulunmaması; mağdurun ölümünden sonra olayın aydınlatılması amacıyla idarî ve yargısal süreçlerini başvuran kuruluşun başlatması ve bu durumun iç hukukta yetkili kurumlar tarafından sorgulanmaması; devletin yasal zorunluluğa rağmen mağdura bir yasal temsilci atamaması; davanın kabul edilmemesi hâlinde davalı devletin mağdura yasal temsilci atama

incelenmiştir. Mahkeme, Câmpeanu'nun mevcut sağlık tablosuna rağmen yeterli bakımı sağlayabilecek nitelikleri haiz olmayan bir hastaneye yerleştirildiğini, doğru tanı konulmaksızın bir birimden diğerine sevk edildiğini ve yetkililerin AIDS hastalığına yönelik anti-retroviral ilaçlarla uygun tedavi sağlayamadıklarını tespit etmiştir. Ayrıca hastanedeki personel yetersizliği, yetersiz beslenme ve ısınma problemi gibi kötü koşulların adigeçenin yaşam hakkına yönelik gerçek bir tehlike oluşturduğunun yetkililerce bilindiğine ya da bilinmesi gerektiğine işaret eden Mahkeme, bu tehlikeyi önlemek için yetkililerce hiç bir önlemin alınmamış olmasını da nazara alarak 2. maddenin esas yönünden ihlâl edildiğine karar vermiştir.⁸⁷⁵ Mahkeme, olayı 2. maddenin içerdiği usulî yükümlülüklerle uyulup uyulmaması bakımından da incelemiş; iç hukukta kişinin ölüm koşullarına ilişkin yeterli ve etkili bir soruşturma yapılmadığını belirtmiştir. Ayrıca devletin mental rahatsızlıkları olan kişilere tazminat için uygun bir telâfi mekanizması sağlamadığını gözönünde bulundurarak, 2. madde ile bağlantılı olarak 13. maddedeki etkili iç hukuk yolu hakkının da ihlâl edildiğini tespit etmiştir.⁸⁷⁶ 46. madde çerçevesinde, mental rahatsızlıkları bulunan kişilerin sağlık hizmetlerine erişim sorunlarına ve sağlık durumlarına ilişkin şikâyetlerin bağımsız bir organ önünde incelenmesine imkân vermek üzere bağımsız temsilcilik oluşturması için ilgili devletin gerekli tedbirleri almasını tavsiye etmiştir.⁸⁷⁷

ii. Sağlık Giderlerinin Tamamının Devletçe Karşılanmaması

Bu kapsamda sayılabilecek başvurulara genel olarak bakıldığında birkaç nokta dikkat çekmektedir. İlk olarak, AIHM'nin sağlık giderlerinin tamamının devletçe karşılanmamasına ilişkin yapılan başvurular hakkında verdiği kararlarda genellikle

sorumluluğundan kurtulma riski bulunması; başvuran kuruluşun mağduru temsil etmesine olanak verilmesinin akıl sağlığı yerinde olmayanlara Sözleşme'nin 5/4. maddesi uyarınca mahkemeye erişim hakkı tanınması yönündeki Mahkeme'nin yaklaşımına uygun olmasıdır." Bkz. Karakul, 2016, s. 197.

⁸⁷⁵ Centre For Legal Resources On Behalf of Valentin Câmpeanu v. Romania, paras 134-144.

⁸⁷⁶ Centre For Legal Resources On Behalf of Valentin Câmpeanu v. Romania, paras 145-147.

⁸⁷⁷ Centre For Legal Resources On Behalf of Valentin Câmpeanu v. Romania, para 161.

çekingen bir tutum benimsediği; devletlerin malî kaynaklarına ilişkin politika tercihlerini denetlemekten kaçındığı; bütçe ve kaynakların dağıtımı gibi konularda devletin takdir yetkisine ilişmemeyi tercih ettiği söylenebilir.⁸⁷⁸

Bu açıdan bakıldığında AİHM, sağlık hakkının devletten isteme hakkı (pozitif statü) doğuran, eş söyleyişle pozitif veçhesine ilişkin olan talepler yönünden, BM sistemi içindeki sosyal haklara ilişkin sözleşmelerin devlete yüklediği ödevleri “aşamalı gerçekleştirme” ve “malî kaynakların yeterliliği” kriterine bağlayan temel yaklaşımı aynen devam ettirmekte, bu yaklaşımı aşabilen gelişmeci bir içtihadî yorum ortaya koymamaktadır. Bu nedenle, önüne gelen davalar için belirlediği yegâne içtihadî kriter, nüfusun geneline sağlanan sağlık hizmetlerinden başvuranların da aynı şekilde yararlanıp yararlanmadığıyla sınırlı kalmakta, istisnaî durumlar hariç Mahkeme sosyal adalet meselelerine ilişmemeyi tercih etmektedir.

*Nitecki / Polonya*⁸⁷⁹ davasında AİHM, herkese her türlü sağlık hizmetinin ücretsiz olarak temin edilmesi arzu edilse bile, bu talebin karşılanabilirliğinin devletin malî kaynaklarıyla ilgili bir mesele olduğunu, başvurucunun nüfusun geneline sunulan sağlık hizmetlerinden aynı şekilde yararlandığını, bu nedenle başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olduğunu, zira devletin kısmen de olsa, tedavi masraflarını üstlenmesinin pozitif yükümlülüğün yerine getirildiğini gösterdiğini, geri kalan kısmın karşılanmaması kararının ise o devletin politikalarıyla ilgili olduğunu belirtmiştir.⁸⁸⁰

*Pentiacova ve diğerleri / Moldova*⁸⁸¹ kararında da benzer gerekçeyle AİHM, kronik böbrek yetmezliği hastalığı sebebiyle hemodiyalize bağımlı olan başvuruçuların, tedavi masraflarının daha evvel tamamen devlet karşılanmakta iken, hastanelere ayrılan

⁸⁷⁸ Yolcu, 2018, s. 368.

⁸⁷⁹ Somut olayda ALS hastası olan başvuran, devletin genel sağlık sigortası kapsamında tedavi maliyetlerinin sadece %70'ini karşıladığını ve fakat kendisinin geri kalan kısmı ödeme imkânı olmadığını, yetkililerin tüm tedavi giderlerini karşılamayı reddetmesi sebebiyle tedavisine devam edemediğini ve durumunun kötüleştiğini belirterek Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlâl edildiğini iddia etmiştir. Bkz. *Nitecki v. Poland*, Application No. 65653/01, ECHR, 21.03.2002.

⁸⁸⁰ Yücel Dericiler, 2014, s. 246; Yolcu, 2018, s. 368; Oktay BAHADIR, **Yaşama Hakkı**, Seçkin Yayınları, Ankara 2015, s. 152.

⁸⁸¹ *Pentiacova ve others v. Moldova*, Application No: 14462/03, ECHR, 04.01.2005.

bütçenin azaltılması nedeniyle tedavilerinin bir kısmını kendilerinin ödemek zorunda kalmalarının 2. maddenin ihlâlî anlamına gelmediğini belirtmiştir.⁸⁸²

*Scialacqua / İtalya*⁸⁸³ davasında Mahkeme, devletin pozitif yükümlülüğüne gönderme yaparak, nüfusun geneline yönelik sunulan sağlık hizmetleri kapsamında bireylerin sağlık hizmeti ve ilaç giderlerinin devletçe karşılanması gerektiğini ilkesel olarak vurgulamakla birlikte, resmî ilaç listesinde olmayan bitkisel ilaçların devletlerce karşılanmasının Mahkemece dayatılamayacağını belirterek başvuruyu reddetmiştir.⁸⁸⁴

*Sentges / Hollanda*⁸⁸⁵ davasında, başvuranın ihlâl iddiası çerçevesinde Mahkeme, somut olayı 8. maddedeki özel hayatın korunması hakkı bağlamında değerlendirmiştir. Başvuranın talep ettiği tedbir (robotik kol) ile özel yaşamı arasında doğrudan ve ivedi bir bağlantı bulunup bulunmadığı sorununun devletin takdir yetkisi içinde olduğunu vurgulamıştır. Yani, ilgili devlette benzer durumda olan kişilerin tâbi oldukları sigorta şeması çerçevesinde kalındığına ve herkese uygulanan standart sağlık hizmetinin ilgiliye de sağlandığına işaret ederek, meselenin devletin malî kaynakları üzerinde yaratacağı etkinin hesabında ulusal otoritelerin yetkili olduğuna, devletin takdir yetkisini aşmadığına ve başvurunun dayanaktan yoksun olduğuna karar vermiştir.⁸⁸⁶

Diğer içtihatlardan içerik itibarıyla farklılaşan *Panaïtescu / Romanya*⁸⁸⁷ kararında ise, ilgiliye ulusal mevzuat uyarınca ücretsiz tedavi ve ilaç temin edilmesi

⁸⁸² Yolcu, 2018, s. 369.

⁸⁸³ Başvuran, uyuşturucu bağımlısı bir kişiye yardım ederken enfekte iğnenin kendisine batması üzerine Hepatit B hastalığına yakalandığını, durumunun kötüye gitmesi ve tıbbî tedavilerden sonuç alamaması üzerine alternatif bitkisel tedaviye başladığını ve bitkisel tedavi için ödediği hayli yüksek meblağı ulusal ilaç geri ödeme kurumundan talep etmesine rağmen ödenmediğini belirterek Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlâl edildiğini ileri sürmüştür. Bkz. *Scialacqua v. Italy*, Application No. ECHR, 34151/96, 01.07.1998.

⁸⁸⁴ Özkan Duvan, 2018, s. 668.

⁸⁸⁵ Somut olayda felçli olan 17 yaşındaki gencin ebeveynleri olan başvuruçular tarafından, gencin hayatını başkalarına muhtaç olmaksızın idame ettirebilmek için genel sağlık sigortasından karşılanmak suretiyle robotik kol takılmasını talep ettiği ancak bu talebinin reddedildiğini belirtilerek, devletin bu tıbbî cihazı karşılamamasının devletin pozitif yükümlülüğünü ihlâl ettiğini iddia etmiştir. Bkz. *Sentges v. the Netherlands*, Application No. 27677/02, ECHR, 08.07.2003.

⁸⁸⁶ Yücel Dericiler, 2014, s. 246-247; Yolcu, 2018, s. 369-370.

⁸⁸⁷ Somut olayda başvuran, yetkililerin kötü bir yaklaşımla babasının tedavisi için gerekli ücretsiz tıbbî tedavi hakkının bulunduğuna karar veren mahkeme kararlarının uygulanmasını reddettiklerini ve bu

gerektiğini tespit eden AİHM, yerel mahkemece tedavi ve ilaç bedellerinin ödenmesi gerektiği yönünde karar verilmesine rağmen yargı kararlarının yetkililerce yerine getirilmemesini 2. maddenin usulî yönden ihlâli kabul etmiştir. Mahkeme’ye göre, insan hayatının korunmasına ilişkin olan mahkeme kararlarının uygulanmaması taraf devletlerce “malî kaynakların yetersizliği” gerekçesiyle haklılaştırılmaz.⁸⁸⁸ Esasında Panaitescu kararı iç hukukta verilen mahkeme kararlarının uygulanmamasına ilişkin bir ihlâli ortaya koymaktan ibarettir. Kuşkusuz, bu denli ağır hak ihlâllerinin bile olabildiği nazara alındığında, kararın insan hakları hukukundaki önemi inkâr edilmemekle birlikte, son tahlilde tıbbî tedavi için malî kaynak aktarımının ancak ulusal otoritelerce öngörüldüğü takdirde AİHM nezdinde kabul gördüğü bir gerçektir.

İşaret edilen kararlardan çıkarılacak sonuç, Mahkemece, hayatı belirli bir ilacı kullanmaya bağlı olan kişilere bu ilaçların devletçe ücretsiz sağlanmasının pozitif ödev kapsamında değerlendirilmediğidir.⁸⁸⁹ Bu da göstermektedir ki, Mahkemece her ne kadar yaşama hakkı aracılığıyla sağlık hakkına dolaylı bir koruma sağlansa da, AİHM içtihat hukukunun dayandığı sınırlardan biri ESKHS’deki “devletlerin malî yeterliliği” kriterine devletler lehine ilişmeme şeklinde tezahür etmektedir.

Oysa, hiçbir ödeme gücü olmayan bireylerin hayatı ilaca bağımlı ise bunların tamamının devletçe karşılanması gerekliliğinin devletin pozitif ödevi kapsamında değerlendirilmesi, insan haklarının temeli olan insan onurunun korunmasının gereğidir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, 19 Ocak 2000 tarihli Tavsiye Kararında üye devletlere “aşırı güçlük-sıkıntı durumunda olan kişiler için bireysel, evrensel ve uygulanabilir bir temel maddî ihtiyaçların yerine getirilmesi” hakkının ulusal düzeyde tanınmasını önermiştir. Tavsiye Kararına göre, bu hak asgari olarak *inter alia* temel

durumun babasının hayatını tehlikeye attığını, bunun da Sözleşme’nin 2. maddesini ihlâl ettiğini iddia etmiştir. Bkz. Panaitescu v. Romania, Application No. 30909/06, ECHR, 10.04.2012.

⁸⁸⁸ Karakul, 2016, s. 175.

⁸⁸⁹ Ertan, 2015, s. 36.

tıbbî bakım haklarını ihtiva etmektedir.⁸⁹⁰ AİHM'nin bu tavsiye kararını içtihatlarında genişletici bir yorum kaynağı değerlendirebileceği ve yoksulluk içindeki bireyler için tedavi giderlerinin tamamının devletlerce karşılanmamasını devletlerin takdirinde görmeyerek hak ihlâli olarak kabul etmesi gerektiği düşünülmektedir.

Sosyal adalet meselesine değindiği önemli kararlarından *Oyal / Türkiye*⁸⁹¹ davasında AİHM, somut olayın ağırlığını ve olumsuz sonuçlarını gözeterek, devletin malî yeterliliği ya da bütçe kısıtlamaları gibi ülkelerin takdir yetkisinde olan hususlara bakmaksızın, tazminat miktarının ve sürekli bakım giderlerinin yeniden belirlenmesi yoluyla sosyal adaleti sağlayan bir içtihadı imza atmıştır. Yeni doğan bebeğe HIV pozitif kan transfüzyonu yapılması suretiyle tıbbî ihmâl işlendiği iddiasına dayanan davada⁸⁹² AİHM, pozitif yükümlülük kavramını geniş yorumlamış ve yaşama hakkını düzenleyen 2. maddenin ihlâl edildiğine karar vermiştir.⁸⁹³ AİHM başvurular lehine maddî ve manevî tazminata hükmetmekle kalmayıp geçmiş döneme ilişkin maddî tazminata ve ayrıca küçüğün hayat boyu tam tıbbî bakımının devletçe ücretsiz sağlanmasına hükmetmiştir.⁸⁹⁴

Sonuç olarak, Mahkeme sosyal adalet meselelerine ve devletin malî kaynaklarına ilişkin olan sağlık hakkı ihlâlleri bakımından açık ve ilkesel kriterlere

⁸⁹⁰ Naz ÇAVUŞOĞLU, “Sosyal Hakların Gerçekleştirilmesi”, **Yoksulluk, Şiddet ve İnsan Hakları**, (Ed.) Yasemin Özdek, TODAİE Yayınları, Ankara 2002, s. 475.

⁸⁹¹ *Oyal v. Turkey*, Application No. 4864/05, ECHR, 23.03.2010.

⁸⁹² Somut olayda başvuranlar, bir devlet hastanesinde yeni doğmuş bir bebek olan birinci başvurana kan verilmesi sırasında HIV virüsü bulaştığını, Kızılay ve Sağlık Bakanlığı aleyhine tazminat davaları açtıklarını ve ayrıca suç duyurusunda bulunduklarını, ancak ilgililer hakkında herhangi bir ceza davası açılmadığını, Kızılay aleyhine açılan davada hukuk mahkemesinin bir miktar tazminata hükmettiğini, Sağlık Bakanlığı aleyhine açılan davada da idare mahkemesinin bir miktar tazminata hükmettiğini, ancak geline süreçte küçüğün yakalandığı bu hastalık sebebiyle tedavi ve ilaç giderlerini karşılama imkânlarının olmadığını, ödenen tazminatın da çok cüzi kaldığını, etkili bir ceza soruşturması yapılmadığını ve tazminat davalarının da çok uzun sürdüğünü, ilgili sağlık personeline yeterli eğitim verilmemiş ve işlerinin denetlenmemiş olması nedeniyle ulusal makamların birinci başvuranın yaşam hakkını korumadıklarını iddia etmişlerdir. Bkz. *Oyal v. Turkey*, paras 62-63.

⁸⁹³ Mahkeme'ye göre, başvurana tazminat ödenmesine olanak sağlayan mahkemelere erişiminin sağlanması olumlu ise de, ulusal mahkemelerin bulduğu çözüm yeterli değildir. Zira, başvuranlara ödenen tazminatın küçüğün ancak bir yıllık tedavisine ve ilaç masrafına yetebildiği, ailenin bu süreçte borç ve yoksulluk içerisinde yalnız bırakıldığı ve çok yüksek tedavi ve ilaç masraflarını karşılayamadıkları; bu koşullardaki en uygun hukuk yolunun, davalılara manevî tazminat ödenmesine ek olarak, devletin küçüğün hayatı boyunca tedavi ve ilaç masraflarının karşılanması olabileceği; başvuranlara sunulan tazminatın Sözleşme'nin 2. maddesi kapsamındaki pozitif yükümlülük anlamında tatmin edici olmaktan uzak olduğu vurgulanmaktadır. *Oyal v. Turkey*, paras 70-72.

⁸⁹⁴ *Oyal v. Turkey*, para 102.

dayalı kararlar vermekten ziyade somut olaya özgü değerlendirmeler yaparak bir sonuca ulaşmaktadır.⁸⁹⁵

iii. Sağlık Çalışanlarının Kusurlarından Kaynaklanan Ölüm

Genel olarak, sağlık çalışanlarının kusurlarından kaynaklanan ölüm vakalarında AİHM, yaşama hakkının usulî boyutu çerçevesinde etkili bir soruşturma yapma, bu soruşturmayı makul sürede tamamlama ve etkili bir iç hukuk yolu öngörme gerekliliklerini ön plâna çıkarmakta, bunlara uyulmamasını hak ihlâli olarak nitelemektedir.

Komisyon'un ilk dönem verdiği çekingen kararlardan biri olan *Tavares / Fransa*⁸⁹⁶ davasında, doğum sırasında yaşanan bir komplikasyon sebebiyle ölüm olayı 2. madde çerçevesinde irdelenmiştir. Kararda ilgili devletin tıbbî hizmetlerin sunulmasında gerekli yasal yükümlülüklerini yerine getirdiği, ulusal mahkemenin bulgularından ayrılmak için hiçbir neden bulunmadığı belirtilmiştir.⁸⁹⁷ *İşiltan / Türkiye*⁸⁹⁸ davasında da Mahkeme aynı yaklaşımını devam ettirmiştir.⁸⁹⁹

⁸⁹⁵ Ingrid LEIJTEN, “The European Convention on Human Rights and Minimum Core Socio-Economic Rights Protection”, **IXth World Congress of Constitutional Law**, Oslo, 16-20 June 2014, s. 2; Yolcu, 2018, s. 367.

⁸⁹⁶ Somut olayda başvuran, eşinin bir Fransız hastanesinde doğum yaparken yaşanan ciddi komplikasyonlar neticesinde hayatını kaybettiğini ve doğumu yaptıran jinekoloğun komplikasyonlara geç müdahale ederek ihmâlî davrandığını, yerel mahkemece de komplikasyona geç müdahale edildiğinin kabul edildiği ve fakat bunun nedeninin görevli uzmanın o sırada başka hastaya müdahale etmesi olduğunu ifade ederek bu durumun ilgili hekimin ihmâlîni oluşturmadığını belirttiği, oysa eşinin hastanede ölümüne sebebiyet verilerek Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlâl edildiğini iddia etmiştir. Bkz. *Tavares v. France*, Application No. 16593/90, ECHR, 12.09.1991.

⁸⁹⁷ Andre Pieter den EXTER, “Health Care Law-making in Central and Eastern Europe, Review of A Legal Theoretical Model”, **Social Europe Series 3**, Intersentia, Antwerp-Oxford-New York, 2002, s. 87-88; Tatu, 2018 s. 24-25.

⁸⁹⁸ Somut olayda başvuran, malign beyin tümörü tanısı konulan ve önce radyoterapi uygulanan kızının bilahare beyin ameliyatına alındığını, operasyonu yapan hekimlerin tıbbî hata ve ihmâlleri sebebiyle komaya giren çocuğun sekiz hafta sonra vefat ettiğini ileri sürerek Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlâl edildiğini iddia etmiştir. Bkz. *İşiltan v. Turkey*, Application No. 20948/92, ECHR, 22.05.1995.

⁸⁹⁹ Komisyon, ilgili hekimler hakkında ulusal otoritelerce yapılan soruşturma neticesinde elde edilen bulgularda olayın yetkililerce keyfî olarak değerlendirildiğini düşündürecek bir bulgu olmadığını ve hekimlerin suçlanmalarını gerektirecek yeni bir delil bulunmadığını belirterek, başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur. Bkz. Karakul, 2016, s. 177; Tatu, 2018, s. 29; Bahadır, 2015, s. 152.

*Taylor, Crampton, Gibson ve King aileleri / Birleşik Krallık*⁹⁰⁰ davasında, tıbbî ihmâl nedeniyle bir klinikte yeni doğan bebeklerin ölümünü 2. madde çerçevesinde inceleyen Komisyon, McCann davasına⁹⁰¹ gönderme yaparak, devletin yaşama hakkını koruma ödevinin usulî boyutunda ölüm olayı hakkında etkili soruşturma yapmasının gerektiğini belirtmiş, somut olayda da yeterli ceza soruşturması yapıldığına ve ilgili sağlık personeline mahkûmiyet kararı verildiğine işaret ederek, ihlâl iddiasını reddetmiştir.⁹⁰²

AİHM, *Šilih / Slovenya*,⁹⁰³ *Öztürk / Türkiye*,⁹⁰⁴ *Altuğ ve diğerleri / Türkiye*⁹⁰⁵ kararlarında, ölüm olaylarının nedeninin ortaya çıkarılması ve ilgili sağlık personelinin sorumlu olup olmadığının belirlenmesi için etkili bir soruşturma yapılmadığı gerekçesiyle yaşama hakkının usulî yönden ihlâlüne karar vermiştir. Yine, *G.N. ve diğerleri / İtalya*⁹⁰⁶ başvurusunda, iç hukuktaki yargılama sürecinin uzun sürmesi ve başvuruların bu gecikmelere karşı başvurabilecekleri etkili bir iç hukuk yolunun bulunmaması nedeniyle usulî yönden ihlâl kararı vermiştir.⁹⁰⁷

iv. Özel Sağlık Kuruluşlarının Yetersizliği Sebebiyle Devletin Sorumluluğu

*Calvelli ve Ciglio / İtalya*⁹⁰⁸ başvurusunda Mahkeme, bir yeni doğan bebeğin ölümünden dolayı özel sağlık kuruluşunun ve hekimin sorumluluğu üzerinden devletin

⁹⁰⁰ Somut olayda başvuranlar, İngiltere’de bir hastanede yaklaşık iki aylık süreçte bir hemşirenin tıbbî hata ve ihmâliyle dört bebeğin öldüğünü dokuz bebeğin de yaralandığını, ulusal otoritelerce yapılan ceza soruşturması neticesinde hemşirenin ömür boyu hapis cezası aldığını belirterek, soruşturmanın yetersiz olduğunu ileri sürerek Sözleşme’nin 2. maddesinin ihlâl edildiğini iddia etmişlerdir. Bkz. *Taylor, Crampton, Gibson ve King Family v. United Kingdom*, Application No. 23412/94, ECHR, 30.08.1994.

⁹⁰¹ *McCann ve others v. United Kingdom*, Application No. 18984/91, ECHR, 27.09.1995.

⁹⁰² Komisyon bu davada, dava sürecinde ortaya çıkan kamusal sorunlar ve kamu sağlığı alanında kabul edilen ulusal politikalara duyulan kuşku bakımından ileri sürülen iddialarla ilgili olarak, ulusal sağlık sistemlerinin iç siyasette kamusal ve siyasal tartışma konusu olabileceğini, bunun 2. madde kapsamı ve dolayısıyla Komisyon’un yargılaması dışında kalan bir husus olduğunu belirtmiş ve devletin takdir yetkisine ilişmemiştir. Bkz. Tatu, 2018, s. 28.

⁹⁰³ *Šilih v. Slovenia*, Application No. 71463/01, ECHR, 09.04.2009.

⁹⁰⁴ *Öztürk v. Turkey*, Application No. 25774/09, ECHR, 21.07.2015.

⁹⁰⁵ *Altuğ and others v. Turkey*, Application No. 32086/07, ECHR, 30.06.2015.

⁹⁰⁶ *G.N. ve others v. Italy*, Application No. 43134/05, ECHR, 01.12.2009.

⁹⁰⁷ *G.N. ve others v. Italy*, para 98.

⁹⁰⁸ *Calvelli ve Ciglio v. Italy*, Application No. 32967/96, ECHR, 17.06.2002.

pozitif yükümlülüğünü irdelemiştir. Mahkeme'ye göre, başvuranların kendi iradesiyle hukuk davasından vazgeçmesi nedeniyle AİHM ihlâl kararı vermemiş olsa bile,⁹⁰⁹ devletin pozitif yükümlülüğü kapsamında kamu ve özel tüm sağlık tesislerine başvuran hastaların yaşamlarını korumak için gerekli tedbirleri öngören yasal ve idarî düzenlemelerin yapılması ve ayrıca, ölüm sebebi ile tıbben kusurlu personelin belirlenmesi için etkili ve bağımsız bir yargısal sistem kurulması gerektiğini hatırlatmaktadır.⁹¹⁰

v. Acil Sağlık Hizmetlerine Erişememe

Uluslararası insan hakları belgelerinin sağlık hakkına ilişkin hükümlerinin tamamında, acil sağlık hizmetlerine bireylerin erişimine özel önem verilmektedir. Bu bağlamda, vatandaş olsun ya da olmasın devletlerin egemenlik alanında bulunan tüm bireyler için erişilebilir olan acil sağlık hizmetleri sistemi kurulması gerekir.

AİHM kararlarında acil sağlık hizmetlerine erişilememesinden kaynaklanan hak ihlallerinin üzerinde önemle durulmasının en önemli nedeni, acil vakalara zamanında ve uygun şekilde tıbbî müdahalede bulunulmaması hâlinde kişinin hayatının tehlikeye

⁹⁰⁹ Somut olayda, devletin usulî yükümlülüğünün kapsamını irdeleyen AİHM'ye göre, Sözleşme'nin 2. maddesi, üçüncü kişiler aleyhine ceza davası açılmasını isteme hakkını güvence altına almamakla birlikte, 2. maddenin gerektirdiği etkili bir adli sistem, bazı hâllerde ceza hukukuna başvurmayı içerebilir. Buna göre, başvuru sahiplerinin mağdurluk statüleri bulunmadığına dair ilgili devlet itirazı isabetli değildir. Ne var ki, yaşama hakkının kasıtsız olarak ihlâl edildiği hâllerde, devletin etkili adli sistem kurma yükümlülüğü, her olayda mutlaka cezaî hükümlerin öngörülmüş olmasını gerektirmez; tıbbî hata gibi özel bir alanda, mağdurların sorumluluğu kanıtlayabilecekleri ve bir tazminat elde edebilecekleri bir hukuk mahkemesine başvuru yolu da bu şartı yerine getirebilir. İtalyan hukuk sistemi zarar gören tarafa, hem ceza davası açılmasını isteme ve hem de hukuk davası açma hakkı tanımaktadır; şayet, hekim hukuk davasında sorumlu görülecek olursa, disiplin soruşturması da açılabilir (para 51). Sonuç olarak, İtalyan sistemi uyumsuzluğun taraflarına, Sözleşme'nin 2. maddesinin gereklerini teorik olarak karşılayan bir koruma sağlamaktadır. Ancak, bu koruma, mahkemelerin her bir davanın görülmesini süresi içinde tamamlamalarına imkân verecek şekilde, pratikte de etkili bir şekilde işlemelidir (para 53). Mevcut olayda ceza davası, usulî gecikmeler nedeniyle zamanaşımına uğramıştır. Ancak başvuru sahipleri hukuk davası açma hakkına sahip olup böyle bir dava açmamışlardır. Hekimin sorumluluğunun hukuk mahkemesi tarafından tespit edilememiş olmasının sebebi, başvuru sahiplerinin hekimin sigortacısıyla anlaşmaya varmış olmalarıdır. Böylece başvuru sahipleri hekimin tazminat ödemesine hükmedilebilecek bu davaya devam etme haklarından isteyerek vazgeçmişlerdir (para 54). Bu yolla başvuru sahipleri, olayın şartları içinde Sözleşme'nin 2. maddesinden doğan devletin pozitif yükümlülüğünü karşılayacak olan davadan vazgeçmek suretiyle, çocuklarının ölümü nedeniyle hekimin sorumluluğunun boyutlarının açıklanmasının en iyi aracından da kendilerini mahrum bırakmışlardır. Bu sonuç, ceza davasında zamanaşımının Sözleşme'nin 2. maddesiyle bağdaşıp bağdaşmadığını incelemeyi gereksiz kılmaktadır (para 55-56).

⁹¹⁰ Calvelli ve Ciglio v. Italy, para 49.

girmesinin kaçınılmaz oluşudur. Bu da, sağlık hakkı ile yaşam hakkı arasında kurulacak en yakın ilişkiye işaret eder. AİHM, hastanelerdeki yapısal ve sistemsal işlev bozukluğunun bireylerin acil sağlık hizmetlerine erişimini engelleyerek hayatî tehlikeye neden olmasını, sağlık profesyonellerinin buna ilişkin kusurlu davranmalarını ve ayrıca, acil sağlık hizmeti için ücret ödenmediğinden söz edilerek acil tedavinin reddedilmesini hak ihlâli olarak değerlendirmektedir. Yine, bu tür hak ihlallerinin çoğu zaman ölümle veya organ kaybıyla sonuçlanması nedeniyle 2. maddenin usulî boyutu da sıklıkla gündeme gelmektedir.

*Metin Şentürk – Bekir Şentürk / Türkiye*⁹¹¹ davasında Mahkeme iç hukukta, acil bir vakanın sağlık durumunun gerektirdiği tıbbî bakımın sunulmamasına engel olabilecek prosedürlerin düzenlenmemiş olduğunu; hastane hizmetlerinin gösterdiği açık fonksiyon bozukluğu sonucunda yaşamını yitiren kişinin uygun tıbbî bakıma erişim hakkından mahrum bırakıldığını belirterek, 2. maddenin esas yönünden ihlâl edildiğini tespit etmiştir.⁹¹² Ayrıca, hastanın hayatta kalması için acil müdahale edilmesi gerekliliği ortada iken bunun yapılmamasının basit bir tıbbî hata olarak görülemeyeceği ve etkili bir ceza soruşturması yapılması gerektiği hâlde somut olayda idarî soruşturma aşamasında bariz eksiklikler ve uzamalar yaşandığı, ceza kovuşturmasının uzaması

⁹¹¹ Somut olayda başvuranlardan ilki, gebe eşini ağrı yakınmasıyla üç ayrı devlet hastanesine götürdüğünü ve doğumla ilgili sorun olmadığından bahisle evine gönderildiğini, akşam saatlerinde tekrar rahatsızlanması üzerine üniversite hastanesinin acil servisine götürdüğünü, burada bebeğin anne karnında öldüğü ve ameliyatla alınması gerektiği belirtilerek öncelikle tedavi ücretinin yatırılmasının istendiği, ödeme yapılamaması üzerine, içinde tıbbî personeli olmayan bir ambulansla devlet hastanesine sevk edilirken yolda eşinin vefat ettiğini belirterek, Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlâl edildiğini iddia etmiştir. Bkz. Mehmet Şentürk and Bekir Şentürk v. Turkey, Application No. 13423/09, ECHR, 09.04.2013.

⁹¹² Mahkeme'ye göre, hastanın üniversite hastanesine başvurduğundaki tıbbî tablosunun ağırlığı ve müdahale edilmediği takdirde son derece ağır sonuçlara yol açabilecek acil bir operasyonun gerektiği hususunda hiçbir kuşkunun bulunmadığı; başvurduğu üniversite hastanesinde kendisine sağlık hizmeti sunmayıp hastayı başka bir hastaneye nakleden tıbbî personelin bunun doğuracağı hayatî tehlikenin farkında oldukları, ayrıca, tıbbî personel hakkında cezaî takibat için soruşturma izni vermeyen komisyonunun hazırladığı dosyanın tetkikinden, hastaneye yatırılmayı gerektiren acil tıbbî durumlarda, hastane masrafinin ödenmemesi hâlinde ne yapılması gerektiğini belirleyemedikleri, bu hâliyle hastanın acil tıbbî müdahaleye erişiminin sağlanmadığı tespit edilmiştir. Bkz. Mehmet Şentürk and Bekir Şentürk v. Turkey, paras 96-97.

yüzünden biri hariç tüm davaların zamanaşımına uğradığı gerekçeleriyle, usul yönünden de ihlâl kararı vermiştir.⁹¹³

*Sayan / Türkiye*⁹¹⁴ davasında Mahkeme, somut olayla ilgili hekimlerin bir kısmı için soruşturma izni verilirken bir kısmı için verilmemesinin, sorumluluğun belirlenmesi bakımından eksik inceleme olduğunu, yine ceza yargılamasının çok uzun sürmesi sebebiyle zamanaşımıyla sonuçlandığını, idarî yargılamayla ilgili olarak da, Adli Tıp Kurumu'nun sonuca varırken, hastanın tedavi edilme koşullarının olaya etkisini yeterince incelemediğini belirterek usul yönünden ihlâl kararı vermiştir.⁹¹⁵

*Genç / Türkiye*⁹¹⁶ kararında, devletin kamu sağlık hizmetleri alanındaki pozitif yükümlülüklerine işaret eden Mahkeme,⁹¹⁷ acil hasta nakledilirken hastaneler arasında etkin koordinasyon sağlanmayışını, hastanelerin hiçbirinde yenidoğan yoğun bakım

⁹¹³ Mehmet Şentürk and Bekir Şentürk v. Turkey, paras 105-106;

⁹¹⁴ Somut olayda başvuran, dokuz aylık gebe olan eşinin fenalaşması üzerine devlet hastanesi acil servisine başvurduğunu, hastasına ilaç yazılarak evine gönderildiğini ve tekrar fenalaşan hastanın başka bir hastaneye ikinci başvurusunda sağlık güvencesi olmadığından hizmet bedelini ödemesinin talep edildiği, bunu ödemesinin mümkün olmadığını bildirdiği, birden çok hastaneye başvuran ve buralardan diğer hastanelere yönlendirildiğini belirten başvuran, akabinde eşinin hastanede vefat ettiğini ve bebeğin de ölü doğduğunu ileri sürerek Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlâl edildiğini iddia etmiştir. Bkz. Sayan v. Turkey, Application No. 81277/12, ECHR, 11.10.2016.

⁹¹⁵ Sayan v. Turkey, paras 114-122.

⁹¹⁶ Somut olayda başvuran, prematüre doğan bebeğinin solunum sıkıntısı sebebiyle ileri basamak hastaneye sevk edildiğini ve fakat, sevk edildikleri hastanelerde yenidoğan yoğun bakım ünitelerinde yer olmadığı gerekçesiyle geri çevrildiklerini ve bebeğin doğumundan yaklaşık dört saat sonra yine ambulansla vefat ettiğini belirterek, Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlâl edildiğini ileri sürmüştür. Bkz. Genç v. Turkey, Application No. 24109/07, ECHR, 27.01.2015.

⁹¹⁷ Sözleşme'nin 2. maddesinin sağlık hizmetleri alanında devlete yüklediği pozitif yükümlülüklerden ilki "sağlık personeli bakımından yüksek bir yeterlik seviyesi sağlamaya yönelik ve ister özel ister devlet hastaneleri olsun, hastanelerin, hastaların yaşamlarının korunmasını teminat altına almaya elverişli tedbirler almalarını gerektiren düzenleyici çerçeve oluşturulmasını gerektirmektedir (para 67). Devletin pozitif yükümlülüklerinden diğeri ise, "ister özel sektör, ister kamu sektöründe olsun, sağlık çalışanlarının sorumluluğu altında yaşamını yitiren bir kişinin ölüm nedeninin belirlenmesini ve sözkonusu sağlık çalışanlarının, gerektiğinde, eylemlerinin sorumluluğunu üstlenmelerini zorunlu kılan etkin ve bağımsız bir yargı sistemi kurulması gerekliliği"dir (para 68). İç hukukta öngörülen etkin ve bağımsız koruma mekanizmalarının teorik olarak var olması kâfi olmayıp bunların pratikte de etkin, makûl bir ivedilik ve özen içinde işliyor olması gerekmektedir. Etkin bir adli sistem oluşturma yönündeki pozitif yükümlülük, mutlak surette ceza yargı yolunu gerektirmeyip tıbbî ihmâlin kendine has bağlamı dikkate alındığında, benzer yükümlülüklerin sağlanması, örneğin, iç hukuk sisteminin, ilgililere, suçlanan hekimlerin sorumluluğunun belirlenmesi ve gerektiğinde duruma uygun tüm hukukî yaptırımların uygulanması amacıyla tek başına hukuk mahkemelerine -veya idare veyahut disiplin süreçlerine- ya da ceza mahkemeleri önünde bir başvuruyla birlikte başvuruda bulunma imkânı tanınması hâlinde yerine getirilebilmektedir (para 71). Genel olarak, devlet görevlilerine veya organlarına atfedilebilir kusur, takdir hatasının veya ihmâlin ötesine geçtiğinde, insanların hayatını tehlikeye atan kişiler hakkında soruşturma açılmaması, yargılanabilir kişilerin kendi inisiyatifleri ile kullanabilecekleri diğer her türlü hukuk yolunun dikkate alınmamasına, dolayısıyla Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlâl edilmesine yol açabilmektedir. Bu yaklaşım, taraf devletin, vatandaşların tümüne sağlamakla yükümlü oldukları tıbbî bakımı vermeyi reddederek bir kimsenin hayatını tehlikeye atmaları hâlinde veya tehlikeye atıklarının kanıtlanması hâlinde, kamu sağlığı alanında da geçerlidir (para 73).

ünitelerinde yer olmayışını, doğumun gerçekleştiği hastanede mevcut olan kuvözün de arızalı oluşunu, hiçbir sağlık kurumunda bebeğe acil tıbbî müdahale yapılmamış olmasını bebeğin hayatının açıkça tehlikeye atılmış olduğunu anlamak için yeterli olduğunu belirtmiştir. Mahkeme'ye göre bu durum, yetkililerce sağlık sisteminin düzgün olarak organize edilmesiyle ve işleyişiyle yeterince ilgilenilmediğini ve dolayısıyla somut olayın sadece hasta yoğunluğundan kaynaklanan öngörülemez bir yer olmayışına indirgenemeyeceğini göstermektedir. Mahkeme, bebeğin gerekli acil tedaviye ulaşamamasına neden olan bu koşulları ve bu bağlamda iç hukukta yürütülen soruşturmaların yetersizliğini gözönünde bulundurarak, esas ve usul yönünden ihlâl kararı vermiştir.⁹¹⁸

*Aydoğdu / Türkiye*⁹¹⁹ kararında Mahkeme, acil kuvöz ihtiyacı nedeniyle sevk edilen bebeklerin çocuk özel dal hastanesinde dahi tedaviye erişememesinin istisnâ değil genel bir sorun olduğuna; müfettişlik tespitlerine göre sağlık hizmetlerinden sorumlu olan yetkililerce, o dönemde sevk ihtiyacı olan tüm prematüre bebeklerin yaşamlarının tehlike altında olduğunun bilindiği ya da bilinmesi gerektiğine işaret ederek, somut olay (ölüm vakası) ile kamu hastane hizmetlerinin yapısal sorunları arasında nedensellik bağı kurmuş ve küçüğün yaşam hakkının korunması gereğinin

⁹¹⁸ Genç v. Turkey, paras 77-87.

⁹¹⁹ Somut olayda başvuran tarafından, bir devlet hastanesinde erken doğum neticesinde dünyaya gelen bebeğinde solunum sıkıntısı gelişmesi üzerine, acil olarak kuvöz ve mekanik ventilasyon tedavisi gerektiği ancak mevcut hastanede bu teknik altyapının olmaması sebebiyle bebeğin başka hastaneye sevk edildiği ve fakat burada da boş yer olmadığından bebeğin yeni doğan servisinde tutulduğu ve geçici tedbirlerle tedavisine devam edildiği, durumu kötüleşen bebeğin mevcut kuvözlerde yer boşalması üzerine oraya nakledildiği ve fakat bir süre sonra öldüğü belirtilerek, Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlâl edildiği iddia edilmiştir. Bkz. Aydoğdu v. Turkey, Application No. 40448/06, ECHR, 30.08.2016; AİHM'ye göre, somut olaydaki sevke ilişkin eksiklikler ve ardından uygulanan tedavinin yetersizliği, sadece nakil yapılan özel dal devlet hastanesinde boş yer olmamasıyla ya da hasta yoğunluğuyla açıklanamaz. Nitekim, olayı inceleyen müfettiş, asıl sorunun, o bölgede dünyaya gelen prematüre bebeklerin tedbirsizce ve iyi düzenlenmeyen şekilde nakledilmesinin gerekçesinin, bu tür nakilleri kabul etmeyen bölgedeki diğer üniversite hastanelerinin konumundan kaynaklandığını tespit etmekte ve sevk eden hastanede yeni doğan yoğun bakım ünitesi olmadığından mevcut çocuk hekimlerinin düşük verimlilikle polikliniklerde çalıştığını eklemektedir (para 81). Mahkeme'ye göre, "Hükümetin, öncelikler ile kaynaklar bakımından yapılacak operasyonel seçimler konusunda bu tür tedbirlerin alınmasının hangi hususta katlanılmaz veya aşırı bir yük yükleyebileceğini kanıtlanamaması [...] ve bilhassa, hastanelerin, başvuranların kızının da aralarında yer aldığı prematüre bebeklerin yaşamının korunmasını güvence altına alan kurallara uymasını sağlamaya elverişli düzenleyici bir çerçevenin bulunmaması nedeniyle, Türkiye'nin, ülkenin bu bölgesinde, kamu hizmetinin iyi şekilde düzenlenmesini ve işleyişini yeterince sağlamadığı sonucuna varmak gerekir..." (para 85.2).

gözüldü edildiğini, uygun acil tıbbî bakım almaktan yoksun bırakıldığını vurgulamıştır.⁹²⁰

*Cojocaru / Romanya*⁹²¹ davasında Mahkeme, tıbbî hizmetlerin koordinasyonundaki eksikliğin ve uygun acil tedavinin uygulanmasındaki gecikmenin, sistemsel veya yapısal bir eksikliğe karşılık gelmese de, kamu hastane hizmetlerinin işlevsizliğini kanıtladığını vurgulamış;⁹²² başvuranın yakınının yeterli acil tedaviye erişememesi nedeniyle ölümünü ve ardından etkin bir ceza soruşturması yapılmamasını 2. maddenin esas ve usul bakımından ihlâli olarak değerlendirmiştir.⁹²³

AİHM'nin devletin sağlık hizmetleri alanındaki pozitif yükümlülüklerini çok geniş yorumladığı ve acil sağlık hizmetlerine erişilememesi nedeniyle ihlâl kararı verdiği sözkonusu kararlarından sonra verdiği *Lopes de Sousa Fernandes / Portekiz* kararı⁹²⁴ kanımızca sağlık hakkına ilişkin içtihatlarında kendi kendini sınırlandırmasını (*oto-limitation*) ve evvelki içtihadî çizgisinden geriye gidiş olarak okunabilecek bir kırılmayı ifade etmektedir. Kararda AİHM Büyük Daire, önceki içtihatlardaki yorumuna açıklık getirdiğini ifade etse de, ilgili daire kararının ve kararın karşı oyunun gerekçesi, yine Büyük Daire kararının ve bu karara düşülen karşı oy gerekçesi birlikte okunduğunda, ilerlemeci bir içtihadî çizgide olmadığı açıkça ortaya çıkmaktadır.

İlk olarak AİHM ilgili dairesince verilen 15 Aralık 2015 tarihli kararda, hastanın ameliyat edildiği bölüm ile acil servis arasındaki koordinasyon eksikliğinin kamu

⁹²⁰ Aydoğdu v. Turkey, para 85.3.

⁹²¹ Somut olayda başvuran, kızının gebelik sürecindeyken rahatsızlandığını ve hastaneye başvurduğunu, fakat gerekli acil müdahaleler yapılmaksızın 150 km uzaklıktaki başka bir hastaneye –yanında hekim olmaksızın- ambulansla sevk edildiğini, nakil sırasında kötüleşen hamile kızının ve doğan bebeğinin de iki gün sonra sevk edilen hastanede öldüğünü belirterek Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlâl edildiğini iddia etmiştir. Bkz. *Cojocaru v. Romania*, Application No. 74114/12, ECHR, 22.03.2016.

⁹²² Elena Cojocaru v. Romania, para 111.

⁹²³ Elena Cojocaru v. Romania, para 125.

⁹²⁴ Somut olayda, başvuranın eşi nazal polipektomi operasyonu geçirir ve taburcu edilir. Müdahaleden kısa bir süre sonra şiddetli baş ağrıları sebebiyle hastaneye tekrar başvurur. Yapılan tedaviye rağmen hastanın durumu kötüleşmeye devam eder ve üç aydan kısa bir süre sonra yaygın peritonit şüphesiyle hastaneye yatırılır. Acil cerrahi müdahalede bulunulmasına rağmen ameliyatın ertesi günü hasta hayatını kaybeder. Ceza davasında ilgili hekim hakkında beraat, tazminat davasında da red kararı verilmesi üzerine iç hukuk yollarını tüketen başvuran, tıbbî personelin ihmâli bulunduğu iddiasının yanı sıra, ulusal makamların kişideki ani sağlık bozulmasının kesin nedenini açıklayamadığını ileri sürer. Bkz. *Lopes de Sousa Fernandes v. Portugal*, Application No. 56080/13, ECHR (Grand Chamber), 19.12.2017, para 27.

hastane hizmetlerindeki yetersizliği ortaya koyduğu ve başvuranın eşinin uygun acil tıbbî bakıma erişimden mahrum kaldığı gerekçesiyle 2. maddenin esas ve usul yönünden ihlâl edildiğine karar verilmiş ise de,⁹²⁵ iki yargıcın muhalefet şerhi düştüğü⁹²⁶ karar, ilgili devletin talebi çerçevesinde AİHM Büyük Daire'ye sevk edilmiştir. Büyük Daire, bozma kararı vermiş ve çok istisnâî şu hallerde 2. maddenin esas yönünden ihlâl edilebileceğini belirtmiştir:

(i) İhlâlê hükmedilmesi için bir hastanın salt eksik, hatalı ve geciken bir tıbbî hizmet alması yeterli olmayıp “hayat kurtaran acil tedaviye erişimin engellenmesi” suretiyle hastanın hayatının bilerek tehlikeye atılması gibi tıbbî ihmâlin ötesine geçen istisnâî bir durumun mevcut olması gerekir. Bu duruma emsal olarak Şentürk kararı gösterilmiştir.⁹²⁷

(ii) Hastane hizmetlerindeki sistemsal veya yapısal bir işlev bozukluğunun, bir hastanın hayat kurtaran acil tedaviye erişimden mahrum kalmasına neden olabileceğinin yetkililerce bilindiği ya da bilinmesi gerektiği hâlde, bu riskin gerçekleşmesini engellemek için gerekli önlemlerin alınmadığı durumları içerir. Bu duruma emsal olarak Cojocar, Genç ve Aydoğdu kararları gösterilmiştir.⁹²⁸

Bu çerçevede Büyük Daire somut olaya dörtlü bir test⁹²⁹ uygulamış ve bunun sonucunda, başvuranın eşinin tedavi gördüğü hastaneyi etkileyen sistemsal veya yapısal

⁹²⁵ AİHM ilgili Daire'nin atıfta bulunduğu içtihatlar, Şentürk ve Genç kararları olmuştur.

⁹²⁶ Daire kararına muhalefet şerhi düşen yargıçlar; Byrzykowski / Polonya, Erikson / İtalya ve Powell / U.K. kararlarındaki “Mahkeme, sözleşmecî devletin sağlık görevlileri arasında yüksek meslekî standartları güvence altına almak ve hastaların yaşamlarını korumak için yeterli düzenlemesi mevcut ise, takdir hatası, tıbbî hata, ihmâl gibi konuları kabul edemez” ilkesine dayanarak, Mahkeme'nin bu davada takdir hatasını incelememesi gerektiğini belirtmişlerdir. Karşı Oy'a göre, çoğunluğun tespiti, haklı neden olmadan Mahkeme'nin mevcut içtihatlarından radikal bir ayrılma olarak değerlendirilmiştir. Ayrıca bu yaklaşım tehlikeli olarak da görülmüştür, çünkü bu durum 2(1). maddenin amaçları doğrultusunda belirli bir sağlık hizmeti düzeyi sağlama görevini empoze etmektedir. Karşı Oy görüşüne göre, bu yaklaşım Mahkeme'yi sağlık politikalarını dikte etme pozisyonuna sokacaktır. Bkz. Dissenting opinion submitted by Judges Sajó and Tsotsoria to Lopes de Sousa Fernandes v. Portugal, Application No. 56080/13, ECHR (Chamber), 15.12.2015.

⁹²⁷ Lopes de Sousa Fernandes v. Portugal, ECHR (Grand Chamber), para 191.

⁹²⁸ Lopes de Sousa Fernandes v. Portugal, Grand Chamber, para 192.

⁹²⁹ Tıbbî ihmâl vakaları ile hayat kurtarıcı tedaviye erişimin reddedildiği durumlar arasındaki ayrımın yapılabilmesini kolaylaştırmak için Büyük Daire kümülatif olarak mevcut olması gereken şu dört kriteri (testi) belirlemiştir: (1) Sağlık hizmeti sunanlar meslekî yükümlülüklerini ihlâl ederek tedavinin sağlanmadığı durumlarda hastanın hayatının risk altında olduğunun tam olarak farkında olmalarına

herhangi bir işlev bozukluğunun tespit edilemediğini, bu bağlamda yetkililerce bilinen ya da bilinmesi gereken hayatı tehlikeye atan risklere rağmen etkin önlemlerin alınmadığına ilişkin bir tespit de bulunmadığını belirterek, esas yönünden ihlâl iddiasını reddetmiş; ulusal yargılama süreçlerinin çok uzun sürmesinden ötürü usul yönünden ihlâl kararı vermiştir.⁹³⁰

Karara muhalefet şerhi düşen Portekizli üye Yargıç Pinto de Albuquerque’nun görüşü, bu çalışmanın temel iddiası olan “sağlık hakkının dava edilebilirliği”ne sunduğu katkı nedeniyle önemlidir. Öncelikle, son yıllarda Ame.İHM ve Af.İHHM’nin sağlık hakkını koruyan içtihatlarının hayli geliştiğini belirten ve karşı oyunda pek çok içtihadı da atıf yapan Yargıç, AİHM’nin bu davada “kendi yargılama alanını sınırlandırmak” için mümkün olduğunca önceki içtihatlarını dar yorumlamasını eleştirmiş ve bu yaklaşımın son derece hatalı olduğunu vurgulamıştır. Karşı Oy görüşüne göre, taraf devletlerce alınan siyasi ve ekonomik kararlarla sağlık hizmetleri metalaştırdığında ve kamusal nitelikli sağlık hizmetleri zayıflatıldığında, insanların yaşam hakkı da unutulacaktır. Somut olayda çok bariz şekilde uzman hekim eksikliği mevcuttur. Ayrıca, kararda en uygun telâfi mekanizmasının iç hukuktaki tazminat davası olarak gösterilmesi de eleştirilmiştir. Bu bağlamda, devletlerin etkili bir ceza hukuku yolu öngörmedikleri hâllerde uluslararası sorumlulukları doğmazsa, toplumun yoksul kesimlerinin hukuk (tazminat) yoluna erişim imkânlarının çok sınırlı olduğu dikkate alındığında, özellikle dar-orta gelirli yoksul aileler, sağlık profesyonellerine ve sigorta şirketlerine karşı tıbbî malpraktis davalarıyla savaşmak zorunda bırakılmış olacaktır. Tazminat davalarının büyük çoğunluğunun yoksul ve orta sınıf hastalara ilişkin olduğu dikkate alındığında, buna bağlı ölüm veya sakatlıkları kovuşturmak için maddî

rağmen, hastanın acil tıbbî tedavisini reddetmeleri hâlinde, sözkonusu eylem ve ihmalleri tıbbî hata veya ihmâlin ötesine geçer (para 194); (2) sözkonusu işlev bozukluğunun devlet makamlarına atfedilebilmesi için nesnel ve gerçekten sistemik veya yapısal olarak tanımlanabilir olması gerekir ve yalnızca bir şeylerin yanlış gitmesi veya kötü işlev görme anlamında işlevsiz olabileceği bireysel durumları içermemelidir (para 195); (3) şikâyet edilen işlev bozukluğu ile hastanın maruz kaldığı zarar arasında bir bağlantı olmalıdır. (4) son olarak, sözkonusu işlev bozukluğunun, devletin düzenleyici çerçeve sağlama yükümlülüğünü yerine getirememesinden kaynaklanmış olması gerekir (para 196).

⁹³⁰ Lopes de Sousa Fernandes v. Portugal, Grand Chamber, para 202.

olanaklardan yoksun olanların yaptığı şikâyetler genelde sonuçsuz kalacaktır.⁹³¹ Muhalif üye yaşam hakkıyla ilgili AİHM içtihadının daha da geliştirilmesi talebini şöyle dile getirmektedir:

“Avrupa’da, hukukun ve yargının hapisanelere ve ordu kışlalarına giremediği, gardiyanlar ve subayların dokunulmaz tanrılar olduğu, mahkûmlar ve askerlerin önemsiz varlıklar olduğu bir dönem vardı. Bu durum hapisaneler ve askerî kışlalar için uzun bir süre önce sona erdi, fakat ne yazık ki, hastaneler için henüz sona ermedi. Çoğunluğun bakış açısıyla Sözleşme ‘hastane kapısında’ kalmıştır...”⁹³²

Şu hâlde, AİHM’nin yaşama hakkı ile sağlık hakkı arasında kurduğu hat üzerinden izlediği içtihadî çizgisine bakıldığında; ilk dönem kararlarında geleneksel olarak tıbbî ihmâlden ve sağlık hizmetlerinin gerektiği gibi sunulmamasından kaynaklanan ölüm vakalarını 2. madde kapsamında sadece devletin usulî yükümlülükleri bağlamında incelediği görülmektedir. Daha sonra⁹³³ esas yönünden de - bilhassa hayat kurtaran acil sağlık hizmetlerine erişimin sağlanamaması hâllerinde- ihlâl kararları vermeye başlamış ve belirli bir sağlık hizmeti düzeyinin sağlanması bakımından devletin pozitif yükümlülüklerini oldukça geniş yorumlamıştır. Bu anlamda, Mahkeme’nin dinamik ve gelişmeci yorumu Lopes de Sousa Fernandes davasına kadar verdiği kararlarda hayli belirgindir.

AİHM’nin kilit kararlarından olan Lopes de Sousa Fernandes davasında Büyük Daire’nin kararı, mahkemelerce somut olaylara uygulanması zor ve kafa karıştırıcı bir dördümlü testi öngörmesinin ötesinde, kendisinin yargılama yetkisini de ciddi şekilde sınırlandırdığını göstermektedir.⁹³⁴ Deyim yerindeyse AİHM, yaşama hakkı dolayısıyla

⁹³¹ Partly dissenting opinion submitted by Judge Pinto de Albuquerque to Lopes de Sousa Fernandes v. Portugal, Grand Chamber, para 73.

⁹³² Lopes de Sousa Fernandes v. Portugal, Partly Dissenting Opinion of Judge Pinto de Albuquerque, Grand Chamber, para 93.

⁹³³ Yukarıda sözü edilen Aydoğdu davası, Genç davası, Şentürk davası, Cojucaru davası bu kapsamdaki davalardandır.

⁹³⁴ Büyük Daire kararını, Daire kararını bozması açısından olumlu ve fakat bulduğu çözüm (dördümlü test) yönünden karmaşık bulan eleştirel bir çalışma için bkz. Thomas HOWARD, “A Review of Lopes de Sousa Fernandes v. Portugal (56080/13) (GC) Strasbourg’s Approach to the Right to Life in Medical

sağlık hakkını koruduğu içtihatlarını konu yönünden sadece acil sağlık hizmetlerinin yetersizliğine ilişkin alana hapsedmiş görünmektedir. Gerçekten, Büyük Daire, davanın esasını değerlendirirken, “salt tıbbî ihmâl iddialarına ilişkin olaylar” ile “acil sağlık bakımının açıkça reddinin sözkonusu olduğu durumlar” arasında ayırım yaparak, tıbbî ihmâl konularında devletin üzerine düşen pozitif yükümlülüğün sadece “uygun bir düzenleyici çerçeve oluşturmakla sınırlı olduğunu”⁹³⁵ kabul ederek, bu alanı tamamen devletlerin takdir yetkisine ve yargısal koruma sınırlarına bırakmıştır.

ab. Sağlık Hakkı ve İşkence, İnsanlıkdışı Muamele Yasağı (3. madde)

Sözleşme’nin 3. maddesi işkence, insanlıkdışı, onur kırıcı muamele ve cezayı mutlak olarak yasaklamaktadır. Bunun anlamı, yasağın hiçbir istisnasının olmaması ve Sözleşme’nin 15. maddesi uyarınca olağanüstü durumlarda dahi 3. maddeye aykırı tedbirler alınamamasıdır.

AİHM’nin pozitif yükümlülükler içtihadı sadece yaşama hakkı ile sınırlı değildir.⁹³⁶ Pozitif ödev yaklaşımı 3. madde için de geçerli olup bu madde dolayısıyla sağlık hakkı da korunmaktadır. Bu kapsamdaki konular şu başlıklar altında sınıflandırılabilir: Tutuklu ve hükümlülere gerekli tıbbî yardımın yapılmaması; salıvermeyi gerektiren sağlık sorunlarına rağmen alıkoymalar; açlık grevindeki mahpusları zorla besleme; yaşamın riske atıldığı sınırdışı edilmeler.

Negligence Cases”, *The Oxford University Undergraduate Law Journal*, Issue IX, (ss. 131-152), 2020.

⁹³⁵ AİHM’nin Lopes de Sousa Fernandes kararındaki dörtlü testi uygulayarak esas yönünden ihlâl bulunmadığı yönünde verdiği bir karar için bkz. Tülay Yıldız v. Turkey, Application No. 61772/12, ECHR, 11.12.2018, paras 59-60.

⁹³⁶ Özdek, 2004, s. 168.

i. Tutuklu ve Hükümlülere Gerekli Tıbbî Yardımın Yapılmaması

Gözetiminde ve cezaevinde tutulan kişilerin yaşamından ve sağlığından devlet sorumludur. Bu nedenle, tutuklu ve hükümlülere gerekli tıbbî yardımın yapılmaması AİHM içtihadı çerçevesinde devletin sorumluluğunu doğurur.⁹³⁷ Mahpusa bulunanlar ile ilgili AİHM'nin tutumuna bakıldığında, 3. maddedeki kötü muamele yasağı çerçevesinde konuyu incelediği ve devletin, alıkonulan kişinin mahpusluğunun sonucu olarak, *inter alia*, ona gerekli tıbbî yardımı sağlamakla yükümlü olduğunu vurguladığı görülmektedir.

AİHM, bu alanda devletin yükümlülüklerine ilişkin önemli üç tespit yapmıştır.⁹³⁸ İlk olarak devlet, mahpus tutulananın insanlık onuruna saygılı koşullarda alıkonmasını sağlamakla yükümlüdür. İkincisi, tedbirin uygulanma şekli ve yönteminin, kişiyi alıkonmanın doğasında kaçınılmaz olan sıkıntı seviyesini aşan bir acı veya zorluğa maruz bırakmaması gerekir. Üçüncüsü, alıkonmanın pratik gereklilikleri gözönüne alındığında, *inter alia*, kişiye gerekli tıbbî yardım sağlamak suretiyle sağlık ve esenliğini yeterince garanti altına almakla yükümlüdür.⁹³⁹

AİHM, *Keenan / Birleşik Krallık*⁹⁴⁰ başvurusunda, tutuklunun sağlık durumunun cezaevi görevlilerince etkin bir şekilde izlenmemesini, tedavisinde uzman psikiyatrik yardım alınmamış olmasını ve mevcut tıbbî tablosuna rağmen tutukluya tecrit cezası verilmesini;⁹⁴¹ *Khudobin / Rusya*⁹⁴² başvurusunda cezaevi sağlık kurumlarında sunulan sağlık hizmeti ile genel olarak sağlık kurumlarındaki hizmetlerin eş tutulamayacağını

⁹³⁷ Ertan, 2015, s. 37.

⁹³⁸ Bkz. Kudla v. Poland, Application No. 30210/96, ECHR (Grand Chamber), 26.10.2000.

⁹³⁹ Kudla v. Poland, para 94; somut olayda Mahkeme, kronik depresyon nedeniyle iki kez intihar teşebbüsünde bulunan başvuranın tutukluluk sürecinde yeterli psikiyatrik tedavi alamadığından bahisle yaptığı başvuruda AİHM, başvuranın periyodik olarak uzman hekimlerce muayene edildiğini ve sık sık psikiyatrik yardım aldığını belirterek, ihlâl kararı vermemiştir. Kudla v. Poland, paras 95-100.

⁹⁴⁰ Keenan v. United Kingdom, Application No. 27229/95, ESCR, 03.03.2001.

⁹⁴¹ Keenan v. United Kingdom, para 116.

⁹⁴² Khudobin v. Russia, Application No. 59696/00, ECHR, 26.01.2007.

kabul etmekle birlikte,⁹⁴³ HIV pozitif olan ve ciddi bir ruhsal rahatsızlığı bulunan başvurana, hapishanede bir sağlık birimi olmasına rağmen gerekli sağlık hizmetinin sağlanmamasını;⁹⁴⁴ *Serifis / Yunanistan*⁹⁴⁵ davasında başvuranın hastalığının ciddiyetine rağmen esas gereksinimlerini karşılayacak tıbbî yardımın geciktirilmesini;⁹⁴⁶ *Elefteriadis / Romanya*⁹⁴⁷ davasında ağır akciğer hastalığı olan bir mahpusun koğuşunda sürekli maruz bırakıldığı sigara dumanının olumsuz etkilerinden korunması için gerekli tedbirlerin alınmamasını;⁹⁴⁸ *M.S. / Birleşik Krallık*⁹⁴⁹ davasında akıl hastası olan başvuranın, acilen hastanede tedavi edilmesi gereken bir dönemde polis gözetiminde tutulmasını ve tıbben gerekli tedaviden yoksun olarak uzun süre alıkonmasını;⁹⁵⁰ *Helhal / Fransa*⁹⁵¹ başvurusunda ağır engelli başvurana sağlanan rehabilitasyon tedavisinin yetersizliğini ve cezaevi şartlarının başvuranın engellilik durumuna uygun hâle getirilmemesini⁹⁵² 3. maddenin ihlâli olarak değerlendirmiştir.

AİHM, tutuklu ve hükümlülere tıbbî hizmet sunumu sırasında kötü muamelede bulunulmasını 3. madde kapsamında değerlendirmektedir.⁹⁵³ *Uyan / Türkiye*⁹⁵⁴ başvurusunda, terör örgütü üyeliğinden hüküm giyen başvuranın jinekolojik muayene

⁹⁴³ Khudobin v. Russia, para 93.

⁹⁴⁴ Khudobin v. Russia, para 96; HIV pozitif olup cezaevinde tutuklu ve hükümlü bulunanlara tıbbî yardım sağlanmamasından ötürü Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlâline hükmedilen diğer davalara örnek olarak bkz. Aleksanyan v. Russia, Application No. 46468/06, ECHR, 22.12.2008; A.B. v. Russia, Application No. 1439/06, ECHR, 14.10.2010; Logvinenko v. Ukraina, Application No. 13448/07, ECHR, 14.10.2010; Kozhokar v. Russia, Application No. 33099/08, ECHR, 16.12.2010; E.A. v. Russia, Application No. 44187/04, ECHR, 23.05.2013; Salakhov and Islyamova v. Ukraina, Application No. 28005/08, ECHR, 14.03.2013; Martzaklis and others v. Greece, Application No. 20378/13, ECHR, 09.07.2015.

⁹⁴⁵ Serifis v. Greece, Application No. 27695/03, ECHR, 02.11.2006.

⁹⁴⁶ Serifis v. Greece, paras 34-36.

⁹⁴⁷ Elefteriadis v. Romania, Application No. 38427/05, ECHR, 25.01.2011.

⁹⁴⁸ Elefteriadis v. Romania para 48; benzer bir ihlâl kararı için bkz. Florea v. Romania, Application No. 37186/03, ECHR, 14.09.2010.

⁹⁴⁹ M.S. v. United Kingdom, Application No. 24527/08, ECHR, 03.05.2012.

⁹⁵⁰ M.S. v. United Kingdom, para 44.

⁹⁵¹ Helhal v. France, Application No. 10401/12, ECHR, 19.02.2015; engelli olan tutuklu ve hükümlülere yönelik muameleyi ve sağlık bakımına ilişkin yetersizlikleri irdeleyen diğer kararlara örnek olarak bkz. Price v. United Kingdom, Application No. 33394/96, ECHR, 10.07.2001; Vincent v. France, Application No. 6253/03, ECHR, 24.10.2006; Yıldırım v. Turkey, Application No. 2778/02, ECHR, 03.05.2007; Arutyunyan v. Russia, Application No. 48977/09, ECHR, 10.01.2012; D.G. v. Poland, Application No. 45705/07, ECHR, 12.02.2013.

⁹⁵² Helhal v. France, para 63.

⁹⁵³ Ertan, 2012, s. 149; Karakul, 2016, s. 185;

⁹⁵⁴ Uyan v. Turkey, Application No. 7496/03, ECHR, 08.01.2009.

sırasında güvenlik gerekçesiyle kelepçesinin çıkarılmamasının ve güvenlik görevlilerinin poliklinik muayene odasında paravan arkasında beklemesinin orantısız bir güvenlik önlemi olduğunu belirtmiştir.⁹⁵⁵

ii. Salıvermeyi Gerektiren Sağlık Sorunlarına Rağmen Alıkoymalar

AİHM içtihatlarında, tutuklu ve hükümlü olanların belirli koşullar altında elverişsiz sağlık durumuna rağmen salıverilmeyerek alıkonulmaya devam edilmesi 3. maddenin ihlâli sonucunu doğurabilir.

AİHM, *Mouisel / Fransa*⁹⁵⁶ davasında, lösemi hastalığı giderek ilerleyen başvuranın tutukluluğunun devam ettirilmesi ve hastalığına yönelik uygun tedbir alınmaması, ayrıca, kemoterapi sürecinde güvenlik riski gerekçesiyle kelepçelenmesinin orantısız olması⁹⁵⁷ ve bu durumda ulusal makamların başvurucunun sağlığına yeterli özeni göstermedikleri,⁹⁵⁸ *Yıldız / Türkiye*⁹⁵⁹ davasında, uzun süreli açlık grevi sonucunda wernicke-korsakoff sendromuna yakalanan ve sağlık sebebiyle cezası ertelenen, fakat ardından faaliyetlerine yeniden başladığı şüphesiyle yakalanıp tekrar cezaevine gönderilen başvuranın tutuklanmasının mevcut tıbbî durumu nedeniyle mahzurlu olduğunun sürekli olarak saptanmasına rağmen tutukluluğunun devam ettirilmesi;⁹⁶⁰ *Çetin / Türkiye*⁹⁶¹ davasında, ileri evre mide kanseri tanısı konulduğu

⁹⁵⁵ Uyan v. Turkey, para 32.

⁹⁵⁶ Mouisel v. France, Application No. 67263/01, ECHR, 14.11.2002.

⁹⁵⁷ Mouisel v. France, paras 45-47.

⁹⁵⁸ Mouisel v. France, para 48; fiziksel hastalığı bulunan tutuklu ve hükümlülere yönelik tıbbî yardımın verilmemesi sebebiyle Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlâline hükmedilen diğer davalar olarak bkz. Tarariyeva v. Russia, Application No. 4353/03, ECHR, 14.12.2006; Testa v. Croatia, Application No. 20877/04; Pogoshyan v. Georgia, Application No. 9870/07, ECHR, 24.02.2009; Ghavtadze v. Georgia, Application No. 23204/07, ECHR, 03.03.2009; V.D. v. Romania, Application No. 7078/02, ECHR, 16.02.2010; Slyusarev v. Russia, Application No. 60333/00, ECHR, 20.04.2010; Harutyunyan v. Armenia, Application No. 34334/04, ECHR, 15.06.2010; Davtyan v. Armenia, Application No. 29736/06, ECHR, 31.03.2015; Xiros v. Greece, Application No. 1033/07, ECHR, 09.09.2010; Vasilyev v. Russia, Application No. 28370/05, ECHR, 10.01.2012; Stanciu v. Romania, Application No. 35972/05, ECHR, 24.07.2012.

⁹⁵⁹ Yıldız v. Turkey, Application No. 22913/04, ECHR, 10.11.2005; benzer gerekçelerle verilen kararlar için bkz. Gürbüz v. Turkey, Application No. 26050/04, ECHR, 10.11.2005, Kuruçay v. Turkey, Application No. 24040/04, ECHR, 10.11.2005.

⁹⁶⁰ Yıldız v. Turkey, para 77.

hâlde başvuranın hapiste tutulmaya devam ettirilmesi⁹⁶² 3. maddenin ihlâli olarak kabul edilmiştir.

iii. Açlık Grevindeki Mahpusları Zorla Besleme

Açlık grevindeki kişilerin beslenmesi uluslararası bildirgelerde⁹⁶³ ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 7 sayılı Tavsiye Kararı'nda detaylı olarak düzenlenmiştir.⁹⁶⁴ Buna göre, açlık grevindeyken tıbbî müdahalenin ve tedavinin reddedilmesi hâlinde, hekimin bir tanık huzurunda hastaya gerekli bilgilendirmeyi yapması ve hastanın tam olarak durumu kavramasından sonra imzalı yazılı beyanını alması ve bu konuda gerekirse deneyim sahibi bir tercümandan faydalanması gerektiği; açlık grevi yapan kişinin klinik yönden değerlendirilmesinin, psikiyatrik açıdan ciddi ruhsal bozukluğu yoksa, ancak açık rızasına dayalı olarak yapılabileceği; bu kişilere açlık grevinin kendileri üzerindeki zararlı etkileri konusunda bilimsel ve objektif açıklamaların yapılmasının ve uzun süre açlık grevinde kalmanın sağlık yönünden risklerinin anlatılmasının gerektiği; kişinin durumu önemli ölçüde kötüleşmekteyse, hekimin bu durumu yetkili otoriteye bildirmesinin ve meslek etiği standartlarını da içeren iç hukuk kurallarına göre önlem alması gerektiği belirtilmektedir.

⁹⁶¹ Çetin v. Turkey, Application No. 44084/10, ECHR, 05.03.2013.

⁹⁶² Çetin v. Turkey, para 102.

⁹⁶³ Ekim 1975 yılında 29. Dünya Tabipler Birliği Genel Kurulu'nda kabul edilen ve bilâhare 2005 ve 2006 yıllarında revize edilen "Tokyo Bildirgesi" olarak da anılan Dünya Tabipler Birliği'nin Alıkoyma ve Hapis Sırasında İşkence ve Diğer Zalimâne, İnsanlıkdışı ve Aşağılayıcı Muamele veya Cezalara İlişkin Olarak Hekimler için Kılavuz'un 6. maddesinde şu hüküm öngörülmüştür: "Bir mahpusun beslenmeyi reddetmesi durumunda, eğer hekim, beslenmeyi gönüllü olarak reddetmenin yol açacağı sonuçlar üzerinde kişinin tam ve doğru bir yargıya varabilecek durumda olduğu kanaatine sahipse, bu kişiyi başka yoldan beslemeyecektir. Mahpusun böyle bir yargıya varma yeterliliğiyle ilgili karar, en azından başka bir bağımsız hekimce onaylanmalıdır. Beslenmeyi reddetmenin yol açacağı sonuçlar hekim tarafından tutukluya anlatılmalıdır." Öte yandan, Kasım 1991'de 43. Dünya Tıp Kongresi'nde kabul edilen ve açlık grevi yapan mahpusların sağlığından sorumlu hekimler için rehber niteliğinde hazırlanan "Malta Bildirgesi" veya diğer adıyla Açlık Grevcileri Üzerine Deklarasyonu'nda açlık grevine girenlere tıbbî ve etik yaklaşım detaylı olarak düzenlenmiştir. Bkz. Tahmazoğlu Üzeltürk, 2012, s. 213-214.

⁹⁶⁴ Council of Europe, Committee of Ministers, **Recommendation No. R (98) 7 concerning the Ethical and Organisational Aspects of Health Care in Prison** (08.04.1998), paras 60-63.

*X / Almanya*⁹⁶⁵ davasında AİHK, açlık grevlerindeki zorla beslemeye ilişkin genel yaklaşımını şu şekilde ortaya koymuştur: Bir kişiyi zorla beslemek, bazı durumlarda 3. madde ile yasaklanmış kabul edilebilecek aşağılayıcı unsurları içerebilir. Öte yandan, taraf devletler 2. madde uyarınca herkesin yaşama hakkını güvence altına almakla yükümlüdür. Böyle bir yükümlülük, belirli durumlarda, taraf devletlerin pozitif edimini gerektirmektedir. Somut olayda olduğu gibi, tutuklu bir kişinin açlık grevini sürdürmesi hâlinde, bu kaçınılmaz olarak devletin, bireyin fiziksel bütünlük hakkının ve yaşam hakkının korunması kapsamındaki yükümlülükleri arasında bir çatışmaya yol açabilir. Alman yasalarına göre, açlık grevi nedeniyle bir kişide kalıcı hasarlar oluşması veya hayatının açık tehlikeye düşmesi hâlinde zorla beslemeye imkân tanınmaktadır. Bu tıbbî koşulların değerlendirilmesi yetkili hekime bırakılmış ise de, nihaî olarak zorla besleme kararı ancak yargı kararı ile mümkündür.⁹⁶⁶ Komisyon'a göre, somut olayda kimi küçük düşürücü davranışlar mevcut ise de, bu uygulamanın kısa süreliğine ve başvuranın yaşamını ve sağlığını korumak amacına matuf olarak yapıldığı dikkate alındığında, başvuranın öngörülen amaca nazaran daha fazla bir sınırlamaya tâbi tutulduğunun söylenemeyeceği gerekçesiyle 3. maddenin ihlâl edilmediğini belirtmiştir.⁹⁶⁷ Buna karşılık, *Ciorap / Moldova*⁹⁶⁸ davasında AİHM, başvuranın hayatının ve sağlığının ciddi şekilde tehlikede olduğuna dair tıbben kabul edilebilir herhangi bir delil olmaksızın zorla beslendiğini, oysa asıl amacın başvuranı eyleminden

⁹⁶⁵ X. v. Germany, Application No. 10565/83, ECHR, 09.05.1984.

⁹⁶⁶ X. v. Germany, para 152.

⁹⁶⁷ X. v. Germany, paras 153-154; Komisyon, benzer şekilde bir psikiyatri kurumunda yatan hastaya zorla besleme uygulamasının uzun sürmesinin endişe verici olduğunu ifade etse de, uygulamanın amacının kişinin sağlığının korunması olduğu gerekçesiyle başvuruyu reddetmiştir. Bkz. *Herczegfalvy v. Austria*, Application No. 10533/83, ECHR, 24.09.1992, paras 83-84

⁹⁶⁸ *Ciorap v. Moldova*, Application No. 12066/02, ECHR, 19.06.2007; cezaevinde açlık grevine başlayan mahpusların zorla beslenmeleri sebebiyle verilen diğer ihlâl kararı ise *Nevmerzhitsky / Ukrayna* kararıdır. Mahkeme, tıbbî gerekliliklerden doğan bir tedbirin prensip olarak insanlık dışı ve alçaltıcı muamele olarak ele alınamayacağını tekrarlayarak, aynı prensibin gıda almayı bilinçli olarak reddeden bir mahpusun yaşamını korumayı amaçlayan zorla besleme için de geçerli olduğunu belirtmiştir. Bununla birlikte, Sözleşme organları tıbbî gerekliliğin mevcut olduğu hususunda tatmin olmalıdır. Ayrıca, Mahkeme zorla beslemeye ilişkin alınan kararda usulî güvencelere uyulduğunu araştırmak zorundadır. Dahası, bir açlık grevi sırasında başvuruçunun zorla beslemeye tâbi tutulması biçimi Mahkeme'nin Sözleşme'nin 3. maddesi çerçevesinde belirlediği eşik sınırı aşmamalıdır. Bkz. *Nevmerzhitsky v. Ukraina*, Application No. 54825/00, ECHR, 05.04.2005, para 29.

caydırmak olduğunu gösteren yeterli kanıtlar olduğunu belirterek 3. maddenin ihlâl edildiğine karar vermiştir.⁹⁶⁹

iv. Yaşamın Riske Atıldığı Sınırdışı Edilmeler

Bu başlık altında sözü edilen hukukî sorun; çoğu zaman özellikli sağlık bakımı gerektiren kimi hastalıklardan muzdarip yabancıların sınır dışı edilmeleri hâlinde, gidilecek ülkede aynı nitelik ve kalitede sağlık hizmeti alamayacak olmaları nedeniyle yaşamlarının riske gireceğinin kuvvetle muhtemel olması nedeniyle sınır dışı edilmenin 3. maddenin ihlâlini oluşturup oluşturmayacağıdır. Doğal olarak, bu davalarda “bulunulan ülke” sağlık hizmetlerinin yeterli ve kaliteli olduğu görece gelişmiş ülkeler iken, “gönderilecek ülke” sağlık hizmetlerinin yetersizliğinin bilindiği az gelişmiş ülkeler olmaktadır.⁹⁷⁰

AIHM’nin bu konudaki kilit davalarından ilki *D. / Birleşik Krallık* davasıdır.⁹⁷¹ Bu davada, AIDS hastası olan yabancı başvuran, sınır dışı edilmesinin, gönderildiği ülkede yetersiz tıbbî hizmet sağlanacak olması sebebiyle yaşam süresini kısaltmasının ve hastalığının çok kötüye gitmesinin kaçınılmaz olması karşısında, bunun insanlıkdışı muamele olduğunu iddia etmiştir. Mahkeme’ye göre, ilkesel olarak göçmenlerin veya yabancıların sağlık durumunun iyi durumda olmamasının sınırdışı edilmeye engel teşkil etmeyeceği, yani sırf sağlık hizmetinden yararlanma gereksinimin varlığının, başlı başına, devletlerin hükümlüleri ve/veya ülkede yasa dışı bulunan yabancıları sınırdışı edemeyeceği anlamına gelmediği açıktır.⁹⁷² Ancak, somut olayda, AIDS hastası olan

⁹⁶⁹ Mahkeme’ye göre, başvuranın açık itirazına karşın, zorla kelepçelenmesi ve ağzını açıp dilini çıkarmaya zorlamak için metal aletler kullanılması dahil olmak üzere zorla besleme yöntemlerine başvurulmuş; başvuranın talebini bildirmesine rağmen, damardan damlatma gibi daha az zorlayıcı seçenekler tercih edilmemiştir. Bu nedenle, Mahkeme, başvuranın büyük bir fiziksel acıya ve aşağılanma duygusuna maruz bırakılarak gereksiz yere defalarca zorla beslenmesi tutumunun yalnızca işkence olarak düşünülebileceğini belirtmiştir. Bkz. *Ciorap v. Moldova*, paras 85-89.

⁹⁷⁰ Ertan, 2012, s. 139.

⁹⁷¹ *D. v. United Kingdom*, Application No. 30240/96, ECHR, 02.05.1997.

⁹⁷² *Sever*, 2018, s. 86-87.

başvuranın iade edilmesinin yaşam süresini kısaltacak olması nedeniyle, bu davanın çok istisnâî şartları ve zorlayıcı insanî mülâhazalar⁹⁷³ gözönüne alındığında, sınır dışı edilmesinin insanlıkdışı muamele olduğuna ve 3. maddenin ihlâlüne karar vermiştir. AİHM, bu vakada formüle edilen “çok istisnâî şartlar ve zorlayıcı insanî mülâhazaların varlığı” kriterini bundan sonraki başvurularda da bir değerlendirme ölçütü olarak kullanmış ve sözkonusu kriteri hayli dar yorumlamıştır.⁹⁷⁴

*N / Birleşik Krallık*⁹⁷⁵ davasında AİHM, bu tür davalarda ihlâlin oluşması için gereken kriterleri, *D. / Birleşik Krallık* kararına atıfla şu şekilde formüle etmiştir: (i) Başvuranın çok ağır hasta ve ölüme yakın olması, (ii) Kendi ülkesinde yeterli tıbbî bakımdan yararlanabileceğinin kesin olmaması, (iii) Kendi ülkesinde başvuranla ilgilenebilecek veya ilgilenmek isteyecek bir yakınının bulunmaması, (iv) Kendi ülkesinde başvuranın yaşamını idame ettirebilecek ekonomik imkânlardan yoksun olması ve kendisine kalacak yer, yiyecek ya da sosyal destek sağlayacak hiçbir akrabasının olmaması.⁹⁷⁶ Mahkeme’ye göre, sözü edilen koşulların birlikte mevcut olmaması hâlinde, başvuranın gönderileceği kendi ülkesinde tedavi koşullarının görece kötü olması 3. maddenin ihlâli bakımından belirleyici bir kriter olmamaktadır.⁹⁷⁷ Öte yandan AİHM, sözkonusu içtihatların HIV/AIDS hastalığı ile ilgili olmasına karşın, aynı kriterleri yaşamı tehdit eden diğer ciddi hastalıklar bakımından da uygulanabileceğini belirtmiştir.⁹⁷⁸

⁹⁷³ D. v. United Kingdom, paras 53-54.

⁹⁷⁴ B.B. / Fransa başvurusunda Komisyon, sınır dışı edilmenin 3. maddeyi ihlâl edeceği kararına varmış ve dava Mahkeme’ye tevdi edilmiştir fakat Mahkeme, kararını vermeden önce, Fransız Hükümeti, başvuranı sınır dışı etmeyeceğini taahhüt ettiğinden dava kayıttan düşürülmüştür. Bkz. B.B. v. France, 30960/96, ECHR, 07.09.1998; AİHM’nin başvuruları reddettiği davalar ise, Karara v. Finland, Application No. 40900/98, ECHR, 29.05.1998; S.C.C. v. Sweden, Application No. 46553/99, ECHR, 15.02.2000; Bensaid v. the United Kingdom, Application No. 44599/98, ECHR, 06.02.2001; Arcila Henao v. the Netherlands, Application No. 13669/03, ECHR, 24.06.2003; Ndangoya v. Sweden, Application No. 17868/03, ECHR, 22.06.2004; Amegnigan v. the Netherlands, Application No. 25629/04, ECHR, 25.11.2004.

⁹⁷⁵ N. v. United Kingdom, Application No. 26565/05, ECHR (Grand Chamber), 27.05.2008.

⁹⁷⁶ N. v. United Kingdom, para 42.

⁹⁷⁷ Ertan, 2012, s. 143.

⁹⁷⁸ N. v. United Kingdom, para 45; nitekim, Bensaid / Birleşik Krallık davasında şizofreni hastası bir başvuranın durumu irdelenmiştir. Bkz. Bensaid v. the United Kingdom, Application No. 44599/98, ECHR, 06.02.2001.

Paposhvili / Belçika davasında ise AİHM Büyük Daire göçmenlerin veya yabancılardan sınır dışı edilmelerinde sağlık hakkının korunmasına önem ve öncelik veren bir içtihadı imza atmıştır.⁹⁷⁹

ac. Sağlık Hakkı ve Özel Hayatın Korunması Hakkı (8. madde)

AİHM, 8. maddede düzenlenen özel hayatın ve aile hayatına saygı hakkının devlete yüklediği sorumluluk alanını hayli geniş düşünmektedir. AİHM içtihadına göre, anılan maddede tanınan saygı hakkının sözleşmeciler devletlere yüklediği ödevin, müdahale etmeme (negatif) ve koruma (pozitif) olmak üzere iki veçhesi vardır. Bu nedenle AİHM, Sözleşme'nin bazı hükümleri bakımından kabul ettiği AİHS'nin devletlere pozitif ödevler yüklediğine ilişkin yorumunu 8. maddeye de uygulamaktadır. Mahkeme'nin bu konudaki ilk içtihadı olan *Marckx / Belçika*⁹⁸⁰ kararında 8. maddenin devlete salt keyfî bir müdahaleden kaçınma ödevini değil aynı zamanda aile hayatına saygının etkili olabilmesi için pozitif ödevleri de kapsadığını vurgulamıştır. Bu görüşüne koşut olarak, sözgelimi *Osman / Birleşik Krallık*⁹⁸¹ kararında, bireylerin 8. maddede tanınan haklarına üçüncü kişilerden gelebilecek hukuka aykırı müdahalelere karşı devletin koruma ödevi olduğunu belirtmiştir.⁹⁸²

AİHS'nin 8. maddesinde bireysel hayatın çeşitli yönleri koruma altına alınmaktadır: Özel hayat, aile hayatı, konut ve haberleşme.⁹⁸³ Bireyin cinsel kimlik ve

⁹⁷⁹ AİHM bu davada *N. / Birleşik Krallık ve D. / Birleşik Krallık* davalarındaki katı yorumunda esnekliğe giderek, yakın ölme riski taşımamakla birlikte, gönderilecek ülkede uygun tedavinin olmaması veya tıbbî hizmete erişimin bulunmaması nedeniyle gerçek bir riskle karşı karşıya kalınacağını gösteren önemli gerekçelerin gösterilmiş olması veya bu muamele sonucunda kişinin sağlık durumunda ciddi, hızlı ve geri dönülemez bir düşüş olması ve bunun sonucunda yoğun acı çekmesi veya beklenen yaşam süresinde bir azalma olması hâlinde ihlâlin varlığını kabul etmiştir. Bkz. *Paposhvili v. Belgium*, Application No. 41738/10, ECHR (Grand Chamber), 13.12.2016, para 183.

⁹⁸⁰ *Marckx v. Belgium*, Application No. 6833/74, ECHR, 13.06.1979.

⁹⁸¹ *Osman v. United Kingdom*, Application No. 23452/94, ECHR, 28.10.1998.

⁹⁸² Özdek, 2004, s. 223.

⁹⁸³ Özdek, 2004, s. 221; Sözleşme'deki pek çok hak gibi bu hakkın öngörülmesinde de, Avrupa'nın 1930'lu ve 1940'lı yıllarda içinden geçtiği faşizmin etkisi görülmektedir. Haklı olarak, nazi yasalarının ve pratiğinin gösterdiği totaliter zihniyetin aşılabilmesi ve bir daha tecrübe edilmemesi için, özel hayatın ve aile hayatının korunması kaygısı öne çıkmıştır. Bkz. Yücel Dericiler, 2014a, s. 373.

üreme özgürlükleri, bireyin bedensel ve ruhsal bütünlüğü, bireysel özerkliği bağlamında mahremiyet hakkı ile sağlığının ve bedeninin kontrolünü elinde bulundurma hakkı, bedeni üzerinde rızası dışında tıbbî ve deneysel müdahalelerde bulunulamaması da kuşkusuz özel hayata içkindir. AİHM içtihatlarında “özel hayat” kavramı, “kişisel özerklik, kişisel gelişim, diğer insanlarla ilişki kurma ve geliştirme hakkı, çocuk yapma veya yapmama kararlarına saygı gösterilmesi hakkı gibi bir bireyin fiziksel, psikolojik ve sosyal kimliğinin unsurlarını kapsayan geniş bir kavram” olarak tanımlanmaktadır.⁹⁸⁴

AİHM, 8. maddeyle ilgili önüne gelen bir başvuruyu aşamalı olarak değerlendirmektedir. İlk olarak, başvuruya konu olan işlem veya önlemin 8. maddede korunan hakka bir *müdahale* teşkil edip etmediğini incelemekte ve ancak bir müdahalenin varlığını tespit ederse bunun Sözleşme çerçevesinde *meşru* olup olmadığını değerlendirmektedir. AİHM, müdahalenin meşruluğunu değerlendirirken, 2. fıkrada sayılan sınırlama nedenlerinden birine dayanıp dayanmadığını, hukuka uygun olup olmadığını ve *demokratik bir toplumda gerekli* olup olmadığını irdelemektedir.⁹⁸⁵

Bu çerçevede, 8. madde dolayısıyla sağlık hakkının korunduğu belli başlı durumlar, sağlık hizmetleri nedeniyle vücut bütünlüğünün ihlâl edilmesi, çevre ile ilgili sorunlar, kişisel sağlık verilerinin korunması ve mahremiyet ihlalleri, üreme hakkıyla ilgili sorunlar ve kürtaj uygulamaları, kişinin açık rızasına dayanmayan tıbbî müdahaleler olarak kategorize edilebilir.

i. Sağlık Hizmetleri Nedeniyle Vücut Bütünlüğünün İhlâl Edilmesi

Sağlık hizmetlerinin sunumu sırasında gerçekleşen ölüm olaylarını 2. madde çerçevesinde inceleyerek dolaylı koruma sağlayan AİHM, sağlık hizmet sunumu

⁹⁸⁴ Bkz. Evans v. United Kingdom, Application No. 6339/05, ECHR, para 71; E.B. v. France, Application No.43546/02, ECHR, 22.01.2008, para 43; Mahkeme içtihatlarına göre bakıldığında özel hayatı gizli (secret) olan değil, kişisel/kişiyeye ilişkin (personal) olan olarak ele almak gerekir. Burada kastedilen, salt mahremiyete saygı değil, daha geniş bir kavram olan özel hayata saygıdır. Bkz. Yücel Dericiler, 2014a, s. 374.

⁹⁸⁵ Özdek, 2004, s. 222; Yücel Dericiler, 2014a, s. 373.

sonucunda vücut bütünlüğünün bozularak bireyin engelli hâle gelmesini 8. madde çerçevesinde incelemektedir.

Kurt ve diğerleri / Türkiye başvurusunda⁹⁸⁶ AİHM, öncelikle ilkesel olarak şu noktayı vurgulamıştır: Her ne kadar, sağlık hakkı Sözleşme veya eki Protokollerinde güvence altına alınan haklar arasında yer almasa da sözleşmeci devletlerin, 2. madde kapsamındaki pozitif yükümlülüklerine koşut olarak, 8. madde kapsamında da bir yandan kamu ve özel tüm hastanelerin hastalarının vücut bütünlüğünü koruması için uygun önlemleri almaya yönelik mevzuatı yürürlüğe koyma, diğer yandan tıbbî ihmâlden mağdur olanlara bedensel zararları için tazminat ödenmesini sağlayacak bir telâfi mekanizması sağlama yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu nedenle, tıbbî ihmâl konusunda, 2. maddeye ilişkin AİHM içtihadında yer alan temel ilkeler⁹⁸⁷ vücut bütünlüğünün ihlâl edilmesiyle ilgili durumlarda 8. madde kapsamında da uygulanmalıdır.⁹⁸⁸ Somut olayda AİHM, tazminat davasında alınan bilirkişi raporunun doyurucu bir gerekçe içermediğini belirterek, başvuranların, küçüğün vücut bütünlüğü hakkının korunmasıyla ilgili gerekliliklere uygun bir yargısal karşılık alamamaları gerekçesiyle 8. maddenin ihlâl edildiğine hükmetmiştir.⁹⁸⁹

⁹⁸⁶ Somut olayda, çok ciddi konjenital kalp hastalığı tanısı konulan küçüğe ailesinin yazılı rızası alınarak açık kalp ameliyatı yapılmış ve ilk ameliyattan altı ay sonra, ameliyat yerine konulan yamada kaçak olduğu tespit edilerek ikinci kez ameliyat edilmiştir. İkinci ameliyattan sonra ameliyat yerindeki kaçak onarılsa da, hastada hipoksik iskemik ensefalopati nedeniyle ağır derecede mental motor retardasyonu ve ağır psikomotor gerilik gelişmiş ve hasta % 92 engelli hâle gelmiştir. Başvuranlar bunun üzerine suç duyurusunda bulunmuşlar ve hukuk mahkemesinde tazminat davası açmışlardır. Dava süreçlerinde alınan bilirkişi raporlarında, hastada ortaya çıkan tablonun bir komplikasyon olduğu ve burada hekimlerin tıbbî ve cerrahi bir hatasının sözkonusu olmadığı belirtilmiştir. Yargı süreci, hukuk davasının reddedilmesiyle, ceza soruşturmasının da soruşturma izni verilmemesiyle sonuçlanmıştır. Bunun üzerine başvuranlar 8. maddenin ihlâl edildiğini ileri sürmüştür. Bkz. *Kurt and others v. Turkey*, Application No. 50772/11, ECHR, 01.07.2017.

⁹⁸⁷ *Kurt and others v. Turkey*, paras 52- 56.

⁹⁸⁸ *Kurt and others v. Turkey*, para 51; aynı yöndeki içtihatlar için ayrıca bkz. *Jurica v. Croatia*, Application No. 30376/13, ECHR, 02.05.2017, para 84; *Vasileva v. Bulgaria*, Application No. 23796/10, ECHR, 17.03.2016, para 63; *Codarcea v. Romania*, Application No. 31675/04, ECHR, 02.06.2009, para 101; *İbrahim Keskin v. Turkey*, Application No. 10491/12, ECHR, 27.03.2018, para 61; yine AİHM, *Lopes De Sousa Fernandez* kararından doğan öğretinin bu tür davalarda da geçerli olduğunu vurgulamaktadır. Bkz. *Mehmet Ulusoy and others v. Turkey*, Application No. 54969/09, ECHR, 25.06.2019, paras 82-83.

⁹⁸⁹ AİHM bilirkişi raporuna ilişkin olarak şu tespiti yapar: İlgili hekimlerin operasyon öncesinde, operasyon sırasında ve sonrasında modern tıp kurallarına uygun hareket edip etmedikleri raporda hiç tartışılmamıştır. Oysa, somut olayda hekimlerin, tıbbî müdahalenin neden olabileceği riskleri gözönünde bulundurarak meslek kurallarına göre ameliyatı gerçekleştirdiklerinin tespiti hâlinde ancak ortaya çıkan

ii. Çevre ile İlgili Sorunlar

Tıpkı sağlık hakkı gibi çevre hakkı veya sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı da⁹⁹⁰ Sözleşme ve eki Protokollerde düzenlenmemiştir.⁹⁹¹ Ancak, çevreye zarar verilmesi ve çevresel risklere maruz kalma sonucunda Sözleşme'nin koruduğu bazı hakların da ihlâl edilmesi nedeniyle AİHM bu konuya önem atfetmektedir. AİHM tarafından, çevresel meselelerin 8. madde çerçevesinde incelenebilmesi için, bu durumun özel yaşama, aile yaşamına ve konuta yönelen direkt ve ciddi bir müdahale oluşturması, ayrıca 2. fıkradaki ölçütlerle de bağdaşmaz olması gerekmektedir. Mahkeme, çevresel zararlı etkiler ile kişinin uğradığını iddia ettiği zarar arasında nedensellik ilişkisinin varlığını, kişinin bu duruma maruz bırakılma süresini ve yoğunluğunu ve diğer şartları birlikte gözönünde bulundurarak karar vermektedir.⁹⁹²

AİHM, salt çevrenin korunmasına yönelik talepleri 8. madde kapsamında incelememekte ve bu tür davaları reddetmektedir. Nitekim, *Kyrtatos / Yunanistan*⁹⁹³ davasında Mahkeme, AİHS'nin 8. maddesinin spesifik olarak çevrenin korunmasını amaçlamayıp özel hayata, aile hayatına ve konuta saygı hakkını koruduğunu vurgulayarak davayı reddetmiştir.⁹⁹⁴

komplikasyonların tedaviyle ilgili bir riskten kaynakladığı ve hekimin sorumlu tutulamayacağı söylenebilir. Aksi bir düşünüş, her cerrahi operasyonun doğasında bulunan riskten ötürü cerrahların hiçbir zaman kaygı taşımamaları sonucunu doğurur. Bkz. Kurt and others v. Turkey, paras 66-67.

⁹⁹⁰ Çevre hakkı, kısaca herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı anlamına gelmektedir. Daha kapsamlı ele alındığında ise, “sahiplerine çevrelerinde olup biten ve çevreyi etkileyen olaylar hakkında bilgi edinme, çevreyle ilgili kararların alınması süreçlerine katılma ve bozulan çevrenin bozulmadan önceki haline getirilmesini yönetsel ve yargısal kurumlardan isteme yetkisi” veren bir hak olarak tanımlanır. Bkz. Ayşegül MENGİ, Menaf TURAN, “Türkiye’de Çevre Hakkının Gerçekleşmesi: Hidroelektrik Santraller Örneğinde”, **Yeni Kuşak İnsan Hakları**, (Ed.) Kivılcım Akkoyunlu Ertan, TODAİE Yayınları, Ankara 2013, s. 83.

⁹⁹¹ AİHS 1950 yılında imzalanmış iken, çevre sorunlarının uluslararası düzlemde tartışılmaya başlandığı yıllar 1960’ların sonuna denk gelmektedir. Çevre sorunlarının tartışılmaya başlanmasıyla da BM öncülüğünde yapılan toplantılar neticesinde kabul edilen sözleşme, bildiri ve şartlarda çevre hakkı yer almaya başlamıştır. Bu bağlamda, BM çevreyle ilgili küresel sorunlara dikkat çeken ilk konferansını 1972 yılında düzenlemiştir. Bkz. Mengi, Turan, 2013, s. 83; Yücel Dericiler, 2014, s. 376.

⁹⁹² Yücel Dericiler, 2014a, s. 376.

⁹⁹³ Başvuran, kentsel dönüşüm nedeniyle evinin yakınındaki bataklığın kurutulması nedeniyle, evinin civarındaki doğal güzelliğin bozulduğunu ileri sürerek 8. maddenin ihlâl edildiğini ileri sürmüştür. Bkz. *Kyrtatos v. Greece*, Application No. 41666/98, ECHR, 22.05.2003.

⁹⁹⁴ *Kyrtatos v. Greece*, para 52.

Mahkeme'ye göre, çevresel risklere maruz kalınmasıyla ilgili vakaların 8. madde çerçevesinde ele alınması için, mutlaka ilgililerin yaşamları bakımından ciddi bir risk hâlinin varlığı şart değildir. Mahkeme bu yaklaşımını kilit davalarından *Lopez Ostra / İspanya*⁹⁹⁵ kararında ortaya koymuş ve "ilgililerin sağlığı ile özel ve aile yaşamlarını ve meskenlerinden yararlanmalarını ciddi tehlikeye atabilecek ağır çevre ihlallerinin varlığının yeterli olduğunu" belirtmiştir.⁹⁹⁶

*Taşkın ve diğerleri / Türkiye*⁹⁹⁷ davasında Mahkemece, yetkili makamlarca verilen siyanür liçi yöntemiyle altın arama izninin Danıştayca iptal edildiği, iptal kararı verilirken, menfaatler dengesi gözetilerek ve ruhsatın kamu yararına olmadığı değerlendirilerek, başvuranların yaşama ve sağlıklı bir çevrede yaşama haklarını etkili bir şekilde kullanmaları gerektiğine vurgu yapıldığı belirtilerek, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlâl edildiğine hükmedilmiştir.⁹⁹⁸ Bu davada, AİHM ayrıca, idarî yargıda verilen iptal kararına rağmen Bakanlar Kurulunca şirketin faaliyetine devam etmesi yönünde karar alınmasının, başvuranların kullanabilecekleri usulî güvencelerin etkilerini açıkça ortadan kaldırdığını değerlendirerek 6. maddenin de ihlâline hükmetmiştir.⁹⁹⁹

AİHM'nin 8. madde çerçevesinde devletin pozitif yükümlülükleri arasında saydığı bir diğer konu, çevreye ve dolayısıyla sağlığa zarar verme riski olan eylemlere

⁹⁹⁵ Somut olayda başvuran, konutunun yakınındaki atık arıtma tesisinden gelen koku, gürültü ve kirlı gazlar nedeniyle taşınmak zorunda kaldıklarını belirterek 8. maddenin ihlâl edildiğini ileri sürmüştür. Bkz. *Lopez Ostra v. Spain*, Application No. 16798/90, ECHR, 09.12.1994.

⁹⁹⁶ Mahkeme, ailenin başka bir eve taşınmadan önce üç yıldan fazla atık arıtma tesisinin yol açtığı zararlı etkilere katlanmak zorunda kaldıklarını, fiili durumun değişme olasılığının bulunmadığını anladıklarında da hekim tavsiyesi üzerine başka yere taşınma kararı aldıklarını, yerel otoritenin ise bu durumu telâfi etmek için yeterli tedbir almadığını belirterek, bu durumda, ilgili devletin, o yörede atık arıtma tesisi kurup kentin ekonomik refahının sağlanması yönündeki kamusal menfaat ile başvuranın 8. madde ile korunan hak arasında adil bir denge sağlamadığı gerekçesiyle 8. maddenin ihlâl edildiğine karar vermiştir. Bkz. *Lopez Ostra v. Spain*, para 51.

⁹⁹⁷ *Taşkın and others v. Turkey*, Application No. 46117/99, ECHR, 10.11.2004 (Bergama'da yaşayan yöre sakinlerinin yaptığı başvuruda, siyanür liçi yöntemi ile altın madeni arama ruhsatı verilen bir şirketin bu faaliyetlerinin ulusal mahkemece iptal edilmesine rağmen devlet tarafından devamına izin verildiği belirtilerek 8. maddenin ihlâl edildiği ileri sürülmüştür.); benzer şekilde 8. maddenin ihlâlüne karar verilen diğer davalar ise *Öçkan and others v. Turkey*, Application No. 46771/99, ECHR, 28.03.2006 ve ayrıca *Lemke v. Turkey*, Application No. 17381/02, ECHR, 05.06.2007.

⁹⁹⁸ *Taşkın and others v. Turkey*, paras 121-126.

⁹⁹⁹ *Taşkın and others v. Turkey*, paras 135-137.

ilişkin yürütülen faaliyetlerden ve bunların muhtemel sonuçlarından etkilenme ihtimali taşıyan bireylerin konu hakkında bilgilendirilmesi gerekliliğidir. Bu bağlamda, *Guerra ve diğerleri / İtalya*¹⁰⁰⁰ başvurusunda AİHM, ciddi boyuttaki çevre kirliliğinin bireylerin sağlık ve esenliğini doğrudan etkileyebileceğine ve konutlarını layıkıyla kullanabilmelerine engel olacağına işaret etmiştir. Somut olayda bilgilendirme yükümlülüğü ilgili devletçe yerine getirilmemiştir. Bu nedenle AİHM, devletin pozitif ödevlerini yerine getirilmediğini vurgulayarak 8. maddenin ihlâlüne hükmetmiştir.¹⁰⁰¹ Benzer şekilde *Roche / Birleşik Krallık*¹⁰⁰² başvurusunda AİHM bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmediği gerekçesiyle 8. maddenin ihlâl edildiğini tespit etmiştir.¹⁰⁰³

Mahkeme'ye göre, taraf devletlerce çevreye zararlı etkileri olan büyük işletme ve fabrikaların kurulmasında görülen “kamusal yarar” ile mağdurların “özel ve aile hayatlarına saygı hakkını etkili bir şekilde kullanmaları” arasında adil bir denge kurulmaması hak ihlâlinin tespitinde önemli bir kriterdir.

Bu bağlamda, *Tâtar / Romanya*¹⁰⁰⁴ davasında Mahkeme, yetkili idarî mercilerin, altın madeni işletmeciliği yapan şirketin faaliyetlerinin oluşturabileceği çevresel riskleri

¹⁰⁰⁰ Somut olayda, bir gübre fabrikasının bir kilometre uzağında yaşayan başvuranlar, fabrikada değişik zamanlarda ve en ağır olarak 1976 yılında yaşanan kazalar nedeniyle çevreye toksik arsenik içeren tonlarca zehirli madde yayılması nedeniyle 150 kişinin akut arsenik zehirlenmesi yakınımasıyla hastaneye kaldırıldığını, devletin bu durumu önlemek için hiçbir tedbir almadığını, muhtemel riskler hakkında da bilgilendirilmediklerini belirterek, 8. maddenin ihlâl edildiği ileri sürmüşlerdir. Eldeki davada, başvuruçular, maruz kalabilecekleri risklere ilişkin temel bilgileri edinmek için gübre üretiminin durdurulduğu 1994 yılına kadar beklemişlerdir. Bkz. *Guerra and others v. Italy*, Application No. 14967/89, ECHR, 19.02.1998.

¹⁰⁰¹ *Guerra and others v. Italy*, paras 56-60.

¹⁰⁰² Somut olayda, başvuran İngiliz ordusundan 60'ların sonunda terhis edildiğini ve 80'lerde kendisine hipertansiyon, bronşit ve bronşiyal astım teşhisleri konulduğunu, sağlık sorunlarının sebebinin orduda çalıştığı dönemde yürütülen iperit ve sinir gazı denemelerine katılması olduğunu, bu denemelere katıldığı süreçte maruz kaldığı her türlü tehlikeyi değerlendirebilmesine olanak sağlayacak verilere erişemediğini belirterek, 8. maddenin ihlâl edildiği ileri sürmüştür. Bkz. *Roche v. United Kingdom*, Application No. 32555/96, ECHR (Grand Chamber), 19.10.2005.

¹⁰⁰³ AİHM, ilgili devletin, başvuranın sözkonusu denemelere katıldığı süreç boyunca maruz kaldığı her türlü riski değerlendirmesini sağlayacak gerekli tüm bilgi ve belgelere erişimine olanak sağlayan etkili bir prosedür oluşturmaya yönelik pozitif yükümlülüğünü yerine getirmedeğini değerlendirerek ve ayrıca benzer vakalarda bilgilendirme ve sağlık çalışmalarının, başvuranın girişimlerinden on yıl sonra gerçekleştirildiğine dikkat çekerek, ihlâl kararı vermiştir. Bkz. *Roche v. United Kingdom*, paras 157-169.

¹⁰⁰⁴ Somut olayda başvuran, evlerinin yakınında devam eden ve siyanür liçi yöntemiyle altın arama faaliyetleri sırasında barajda sızıntı olması sebebiyle siyanürün toprağa karıştığını ve sağlıklarının

gerektiği gibi değerlendirmediklerini, halkı bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmediğini ve başvuranların özel yaşamlarına ve konutlarına saygı gösterilmesini talep etme ve daha genel olarak, sağlıklı bir çevrede yaşama haklarını korumak için gereken önlemleri almadıklarını değerlendirerek, 8. maddenin ihlâl edildiğine hükmetmiştir.¹⁰⁰⁵ Benzer şekilde, *Fadeyeva / Rusya*¹⁰⁰⁶ davasında, yetkili idarî mercilerce, nüfusun yoğun olduğu bir kasabada çevre kirliliğine neden olan bir işletmenin çalıştırılmasına müsaade edilmesi ve bu işletmeden sızan zehirli maddelerin burada yaşayanların hayatını tehlikeye atma olasılığının mevcut olmasına rağmen gerekli yasal tedbirlerin uygulanmaması nedeniyle 8. maddenin ihlâlüne hükmetmiştir.¹⁰⁰⁷ *Dubetska ve diğerleri / Ukrayna*¹⁰⁰⁸ davasında AİHM, yetkili mercilerce maden işletmesinin ve fabrikanın çevreye olumsuz etki ettiğinin farkında olunmasına karşın ilgilileri başka bir yere nakletmek, çevresel kirliliği burada yaşayan insanlara zarar vermeyecek seviyeye indirmek için hiçbir çözüm üretmediklerini belirterek, 8. maddenin ihlâl edildiğine hükmetmiştir.¹⁰⁰⁹ *Giacomelli / İtalya*¹⁰¹⁰ davasında AİHM, başvuranın evinin çok yakınında kurulan tesisten yayılan zararlı

olumsuz etkilendiğini, ancak devlet yetkililerinin konuya ilgisiz kaldığını belirterek 8. maddenin ihlâl edildiğini ileri sürmüştür. Bkz. *Tâtar v. Romania*, Application No. 67021/01, ECHR, 10.02.2011.

¹⁰⁰⁵ *Tâtar v. Romania*, paras 98-125.

¹⁰⁰⁶ Somut olayda başvuran, Moskova civarında yer alan büyük bir çelik üretim merkezine yakın yaşadığını ve evinin yakınındaki büyük bir çelik fabrikasının faaliyeti sebebiyle sağlık ve esenliğinin tehlikeye atıldığını belirterek, 8. maddenin ihlâl edildiğini ileri sürmüştür. Bkz. *Fadeyeva v. Russia*, Application No. 55723/00, ECHR, 09.06.2005.

¹⁰⁰⁷ *Fadeyeva v. Russia*, paras 132-134.

¹⁰⁰⁸ Somut olayda başvuranlar, evlerinin yakınındaki devlete ait bir maden işletmesi sebebiyle sağlıklarının bozulduğunu ve konutları ile yaşadıkları çevrenin zarar gördüğünü ve fakat devlet yetkililerinin hiçbir çözüm üretmediklerini belirterek, 8. maddenin ihlâl edildiğini ileri sürmüşlerdir. Bkz. *Dubetska ve others v. Ukraina*, Application No. 30499/03, ECHR, 10.02.2011.

¹⁰⁰⁹ *Dubetska ve others v. Ukraina*, paras 154-156.

¹⁰¹⁰ Somut olayda başvuran, özel atık depolama ve arıtma tesisine yakın bir konutta yaşadığını, ancak, tesisin daha sonra kimsesiz madde ile zararlı atıkların detoksifikasyonunu yapmak için ruhsat aldığını, bu duruma bağlı olarak sürekli gürültünün ve tesisten gelen zararlı sızıntıların sağlığı için ciddi tehdit ve konutu açısından da risk oluşturduğunu belirterek, 8. maddenin ihlâl edildiğini ileri sürmüştür. Tesisi işleten şirkete ruhsat verilmeden önce bir çevresel etki değerlendirmesi yaptırması talep edilmemiş, çok daha sonra ise çevresel risk tespit edilmiş ve ilgili kararnamede tesisin işletilmesine ve denetlenmesine yönelik koşulların geliştirilmesi amacıyla Bölge Konseyi tarafından öngörülen şartlara uygun hareket edilmesi hâlinde şirketin tesisi işletmeye devam edebileceği belirtilmiştir. Bkz. *Giacomelli v. Italy*, Application No. 59909/00, ECHR, 02.11.2006.

atıklar nedeniyle uzun yıllar ciddi ölçüde zarar gördüğünü vurgulayarak, 8. maddenin ihlâl edildiğine karar vermiştir.¹⁰¹¹

İş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması ile sağlık hakkı ve yaşama hakkı arasında bağ kurduğu çok önemli davalardan olan *Brincat ve diğerleri / Malta*¹⁰¹² başvurusunda AIHM, asbestin çalışan işçiler üzerinde yarattığı tehlikenin ciddiyetini gözönüne alarak, bu tür tehlikeli faaliyetlerin yönetimi konusunda devletlere bırakılan takdir yetkisine rağmen ilgili devletin, başvuranların yeterli şekilde korunmasına, yaşamlarına ve sağlıklarına yönelik olası tehlikelerden bilgi sahibi olmaları için herhangi bir düzenleme yapılmayarak ve başkaca uygulamaya yönelik idarî tedbir alınmayarak, Sözleşme'den doğan pozitif yükümlülüklerinin yerine getirilmediğini belirlemiştir. Bu sebeple, ölen işçiler bakımından 2. maddenin, hayatta kalan işçiler bakımından 8. maddenin ihlâlüne hükmetmiştir.¹⁰¹³

Çevresel atıkların toplanması ve bertarafı konusunda devletin yükümlülüklerinin irdelendiği *Di Sarno vd. / İtalya*¹⁰¹⁴ başvurusunda Mahkeme, idarî yetkililerce atıkların toplanması ve bertarafı işlemlerinin yürütülmemesinin bölgede yaşayanların hayatını ve sağlığını ciddi olarak tehdit ettiğine dair somut veri bulunmasa bile, 8. maddenin uygulanabilmesi için mevcut durumun halkın sağlığını ciddi olarak riske atması gerekmediğini; Hükümet'in iddia ettiğinin aksine uluslararası hukuk çerçevesinde somut durumun mücbir sebep olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığını;¹⁰¹⁵ krizin akut evresinin beş ay sürmesi ve ilgili devlete bırakılan takdir yetkisi dikkate alınsa bile,

¹⁰¹¹ Giacomelli v. Italy, paras 76-98.

¹⁰¹² Somut olayda başvuranlar, çalıştıkları tersanede 50'li yıllardan itibaren 2000'lerin başına kadar asbeste maruz kaldıklarını, kimi işçilerin bu nedenle öldüğünü ve bazılarının da hastalandığını, devletin ise asbestin ölümcül etkilerine karşı kendilerini korumadığını belirterek, 8. maddenin ihlâl edildiğini ileri sürmüşlerdir. Bkz. *Brincat and others v. Malta*, Application No. 60908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11, 62338/11, ECHR, 24.07.2014.

¹⁰¹³ *Brincat and others v. Malta*, paras 103-117.

¹⁰¹⁴ Somut olayda başvuranlar, İtalya'nın Campania bölgesinde atıkların toplanıp bertaraf edilmesi iş ve işlemlerinin olağanüstü hâl sebebiyle yürütülemeyip çöplerin beş ay boyunca sokaklarda yığılı kalması nedeniyle, yetkili mercilerin yaşadıkları bölgede ciddi çevresel zarara yol açtığını ve sağlıklarını tehlikeye attığını ileri sürerek, 8. maddenin ihlâl edildiğini ileri sürmüşlerdir. Bkz. *Di Sarno and others v. Italy*, Application No. 30765/08, ECHR, 10.01.2012.

¹⁰¹⁵ *Di Sarno and others v. Italy*, para 111.

bu konuda uzun süre yetersiz kalmak suretiyle, 8. maddenin maddî yönden ihlâl edildiğini;¹⁰¹⁶ öte yandan, süreçlerde kamuya yönelik gerekli bilgilendirme yapıldığından 8. maddenin usul yönünden ihlâl edilmediğine¹⁰¹⁷ karar vermiştir.

Gürültü kirliliği konusuna gelince, *Hatton ve diğerleri / Birleşik Krallık*¹⁰¹⁸ davasında AİHM, havalimanında gece uçuşuna izin verilmesiyle ekonomik yararın gözetildiğini, gürültüden rahatsız olanların sayısal olarak az olduğunu, bu duruma bağlı olarak konut fiyatlarının düşmediğini, dolayısıyla başvuruların maddî kaybı olmadan her zaman başka bir yere taşınabileceklerini belirterek, bu düzenlemelerden etkilenmiş olan bireylerin “özel yaşamlarına saygı hakkı” ile “toplumun çakışan menfaatleri” arasında adil bir denge kurmak bakımından ilgili devletin takdir yetkisini aşmadığını belirterek, 8. maddenin ihlâl edilmediğine hükmetmiş iken,¹⁰¹⁹ başvuruların konutuna yakın ya da bitişik nizam işletmelerden¹⁰²⁰ ve otoyol trafiğinden¹⁰²¹ kaynaklanan gürültü kirliliği bakımından 8. maddenin ihlâl edildiğine karar vermiştir.

iii. Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması ve Mahremiyet İhlalleri

Sağlık hakkının negatif (özgürlük) boyutuna ilişkin olan ve 8. madde çerçevesinde denetlenen önemli bir konu tıbbî verilerin gizliliğine, bu bağlamda (i) üçüncü kişilere karşı gizliliği asıl olan bu verilerin kişinin rızası olmaksızın

¹⁰¹⁶ Di Sarno and others v. Italy, para 112.

¹⁰¹⁷ Di Sarno and others v. Italy, para 113.

¹⁰¹⁸ Somut olayda Heathrow havalimanı yakınlarında yaşayan başvuranlar, ilgili devletin gece uçuşlarına müsaade etmesi nedeniyle gürültüye maruz kaldıklarını, uykularının sürekli bölünmesi nedeniyle sağlıklarının bozulduğunu belirterek 8. maddenin ihlâl edildiğini ileri sürmüşlerdir. Bkz. *Hatton and others v. United Kingdom*, Application No. 36022/97, ECHR (Grand Chamber), 08.06.2003; *Heathrow Havalimanının gürültüsünden muzdarip olanların 90’lı yıllarda açtığı bir başka davada verilen 8. maddenin ihlâl edilmediğine ilişkin karar için bkz. Powel and Rayner v. United Kingdom*, Application No. 9310/81, ECHR, 21.02.1990; yine aynı yönde bkz. *Flamenbaum and others v. France*, Application No. 3675/04, 23264/04, ECHR, 13.12.2012.

¹⁰¹⁹ *Hatton and others v. United Kingdom*, paras 121-130.

¹⁰²⁰ *Moreno Gómez v. Spain*, Application No. 4143/02, ECHR, 16.11.2004, paras 62-63; *Mileva and others v. Bulgaria*, Application No. 43449/02, 21475/04, ECHR, 25.11.2011, para 97.

¹⁰²¹ *Deés v. Hungary*, Application No. 2345/06, ECHR, 09.11.2010, para 23.

açıklanmasına, (ii) kişinin kendisine kişisel sağlık verilerinin verilmemesine ve (iii) kişinin mahremiyet hakkına saygı gösterilmemesine ilişkin hak ihlalleridir.

Kişisel sağlık verilerinin gizliliğine saygı göstermek, Sözleşme'ye taraf tüm devletlerin hukuk sistemleri için hayatî önem taşıyan bir ilkedir. Bu durum, sadece bireyin mahremiyetine saygı duymak bakımından değil, aynı zamanda sağlık profesyonellerine ve genel olarak sağlık hizmetlerine olan güveni korumak bakımından da çok önemlidir.¹⁰²²

Kişisel sağlık verilerinin korunmasının önemi toplumun incinebilir kesimleri bakımından daha da fazladır. Bu bağlamda, devlet tarafından kişisel sağlık verileri için yeterli koruma sağlanmadığı takdirde, tıbbî yardıma gereksinim duyanlar ve özellikle de HIV/AIDS gibi bulaşıcı hastalığı olanlar, mahrem nitelikteki bilgilerin ifşa edilmesi endişesiyle sağlık kurumlarına başvurma talebinden vazgeçebilirler ki, bu durum hem kendi sağlıkları ve hem de toplumun genel sağlığı için önemli risk teşkil eder. Ayrıca bu durum sosyal yönden damgalanmaya, dışlanmaya ve istihdam açısından ayrımcılığa maruz kalınmasına neden olabilir.¹⁰²³

AİHM, Z. / *Finlandiya* davasında, başvuranın kimliğinin ve hastalığına ilişkin bilgilerin mahkemece basının erişimine açık olan karar metninde ifşa edilmesini;¹⁰²⁴ *Armonas / Litvanya ve Biriuk / Litvanya*¹⁰²⁵ davalarında, sağlık bilgilerinin gizliliğine bizzat sağlık personeline riayet edilmemesini;¹⁰²⁶ I. / *Finlandiya*¹⁰²⁷ davasında, hemşire olan başvuranın HIV pozitif tanısının işyerindeki çalışma arkadaşları tarafından rızası

¹⁰²² Bkz. Z. v. Finland, Application No. 22009/93, ECHR, 25.02.1997, para 95; Varapnickaitė-Mažylienė v. Lithuania, Application No. 20376/05, 17.01. 2012, para 44; L.H. v. Latvia, Application No. 52019/07, ECHR, 29.04.2014, para 56.

¹⁰²³ Z. v. Finland, paras 95-96; Recommendation no. R (89) 14 on “The ethical issues of HIV infection in the health care and social settings”, adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 24 October 1989, in particular the general observations on confidentiality of medical data in para 165-168 of the explanatory memorandum.

¹⁰²⁴ Z. v. Finland, para 113.

¹⁰²⁵ Somut olaylarda başvuranlar, Litvanya'nın en yüksek tirajlı gazetelerinden birinde Litvanya'nın uzak bir bölgesinde AIDS tehdidiyle ilgili haber yapıldığını, haberde bir hastaneki sağlık çalışanlarından başvuranların HIV pozitif virüsü taşıdıklarının teyit edildiği yönünde bilgiye yer verildiği belirtilerek, 8. maddenin ihlâl edildiğini ileri sürmüşlerdir. Bkz. Armonas v. Lithuania, Application No. 36919/02, ECHR, 25.11.2008; Biriuk v. Lithuania, Application No. 23373/03, ECHR, 25.11.2008.

¹⁰²⁶ Armonas v. Lithuania, paras 42-48; Biriuk v. Lithuania, paras 41-47.

¹⁰²⁷ I. v. Finland, Application No. 20511/03, ECHR, 17.07.2008.

dışında sızdırılmasını;¹⁰²⁸ *Kiyutin / Rusya*¹⁰²⁹ davasında salt HIV pozitif olması sebebiyle başvurana seyahat kısıtlaması uygulanmasını¹⁰³⁰ 8. maddenin ihlâli olarak değerlendirmiştir.

Kişisel sağlık verilerinin toplanmasına ve işlenmesine ilişkin iç hukukta *yasallık* koşulunun var olmasının yanı sıra, bu düzenlemelerin yetkili kamu otoritelerine ve sözkonusu otoritelerin yetki kullanma şekillerine tanınan takdir yetkisinin kapsamına ilişkin olarak da *açıklık* taşıması gerekir. Eş söyleyişle, kapsamı ve sınırları, veriyi toplama ve işleme amacı ve bunun önemi ortaya konulmaksızın keyfî şekilde kişisel sağlık verilerinin toplanması hak ihlâli olacaktır.

Bu bağlamda, *L.H. / Letonya*¹⁰³¹ davasında Mahkeme, iç hukuk kurallarının bir devlet kurumunca toplanabilecek özel verilerin kapsamını hiçbir şekilde sınırlamadığını ve yedi yıl boyunca kişisel sağlık verilerinin toplandığını, toplanan verilerin “potansiyel olarak belirleyici”, “ilgili” veya “önemli” olup olmadığına dair herhangi bir ön değerlendirme yapılmadan gelişigüzel veri toplandığını, somut olayda iç hukuk düzenlemesinin yeterli hassasiyetle formüle edildiğini ve keyfiliğe karşı yeterli yasal koruma sağlandığını gösteren bir delil de bulunmadığını vurgulayarak 8. maddenin ihlâline hükmetmiştir.¹⁰³² Buna karşılık, *M.S. / İsveç*¹⁰³³ davasında AİHM, başvuranın tıbbî kayıtlarının kendisinin talep ettiği tazminatın ödenebilmesi için yasal koşulları sağlayıp sağlamadığının değerlendirilmesi bağlamında bir kamu kurumu tarafından sosyal güvenlik ofisine iletilmesinde haklı nedenlerin bulunduğunu ve tedbirin meşru

¹⁰²⁸ I. v. Finland, paras 44-49.

¹⁰²⁹ *Kiyutin v. Russia*, Application No. 2700/10, ECHR, 10.03.2011; benzer nitelikteki kararlar için bkz. *Novruk and others v. Russia*, Application No. 31039/11, 48511/11, 76810/12, 14618/13, 13817/14, ECHR, 15.03.2016.

¹⁰³⁰ *Kiyutin v. Russia*, para 67-69; ayrıca AİHM, incinebilir bir grubun üyesi olan başvuranın sağlık durumu nedeniyle ayrımcılığa da maruz bırakıldığı gerekçesiyle, 8. madde ile bağlantılı olarak 14. maddedeki ayrımcılık yasağının ihlâl edildiğine karar vermiştir. Bkz. *Kiyutin v. Russia*, para 74.

¹⁰³¹ Somut olayda başvuran, sağlık kurumunda mevcut kişisel sağlık verilerinin başka bir devlet kurumu tarafından, kendisinin rızası olmaksızın yedi yıl boyunca toplandığını belirterek, 8. maddenin ihlâl edildiğini ileri sürmüştür. Bkz. *L.H. v. Latvia*, Application No. 52019/07, ECHR, 29.04.2014.

¹⁰³² *L.H. v. Latvia*, paras 57-60.

¹⁰³³ *M.S. v. Sweden*, Application No. 20837/92, ECHR, 27.08.1997.

amaçla orantısız olmadığını değerlendirerek, 8. maddenin ihlâl edilmediğine hükmetmiştir.¹⁰³⁴

Kişisel sağlık verilerinin korunmasına yargısal mercilerin bilhassa özen gestermesi beklenmektedir. *L.L. / Fransa*¹⁰³⁵ davasında AİHM, ulusal mahkemenin karar gerekçesini temellendirmek için bir zorunluluk taşımadığı hâlde başvurana ait tıbbî rapora dayanmasının *demokratik bir toplumda gereklilik* yönünden haklı gerekçesinin olmadığını;¹⁰³⁶ *Avilkina ve diğerleri / Rusya*¹⁰³⁷ davasında Yehova Şahidi olan başvuranlara ilişkin kişisel sağlık verilerinin savcılık tarafından toplanması sürecine bunların ifşa edilmesini önlemek için yeterli güvencelerin eşlik etmediğini¹⁰³⁸ belirterek, 8. maddenin ihlâl edildiğine karar vermiştir.

Bireyin kendisi hakkındaki kişisel sağlık verilerinin tamamına mutlak erişim hakkı ve özel hayata saygı hakkının korunması bağlamında devletin de pozitif yükümlülüğü bulunmaktadır. Kişisel sağlık verilerinin veri sahibinin kendisine (vekiline) verilmemesine ilişkin olan *K.H. ve diğerleri / Slovakya*¹⁰³⁹ davasında, kişisel sağlık verilerinin üçüncü kişilerce olası suistimaline karşı gerekli tedbirlerin devletlerce alınması gerektiğini belirten Mahkeme, bu tür bir kötüye kullanım riskinin, dosyaların örneklerinin veri sahibine verilmemesi dışında başka yollarla sağlanacağını, bunun kişisel sağlık verilerinin üçüncü kişilere ifşa edilmemesinin koşullarının belirlenmesi ve verilere erişebilecek şahısların sınırlandırılması yoluyla sağlanabileceğini belirtmiş; özel

¹⁰³⁴ M.S. v. Sweden, paras 42-44.

¹⁰³⁵ L.L. v. France, Application No. 7508/02, ECHR, 10.10.2006.

¹⁰³⁶ L.L. v. France, paras 45-48; benzer şekilde, Panteleyenkov / Ukrayna davasında başvuran, özellikle, zihinsel durumuna ve psikiyatrik tedavisine ilişkin gizli bilgilerin bir duruşma sırasında açıklanması nedeniyle ihlâl iddiasında bulunmuş; Mahkeme, başvuranın ruhsal sağlığına ve tedavisine ilişkin gizli bilgilerin psikiyatri hastanesinden elde edilmesinin ve kamuya açık bir duruşmada açıklanmasının başvuranın özel hayatına saygı hakkına haksız bir müdahale oluşturduğuna ve 8. maddenin ihlâl edildiğine karar vermiştir. Bkz. Panteleyenkov v. Ukraine, Application No. 11901/02, ECHR, 29.06.2006, paras 56-62.

¹⁰³⁷ Avilkina and others v. Russia, Application No. 1585/09, ECHR, 06.06.2013.

¹⁰³⁸ Avilkina and others v. Russia, para 53.

¹⁰³⁹ Somut olayda başvuranlar, iki hastanenin jinekoloji kliniğinde tedavi görmelerini müteakip artık çocuk sahibi olamamaları üzerine, sterilizasyon (kısırlaştırma) ameliyatı yapıldığı kuşkusuyla tıbbî kayıtlarının avukatlarına verilmesini talep ettikleri hâlde bu belgelerin avukatlara verilemeyeceği gerekçesiyle reddedildiğini belirterek 8. maddenin ihlâl edildiğini ileri sürmüşlerdir. Bkz. K.H. and others v. Slovakia, Application No. 32881/04, ECHR, 28.04.2009.

hayatın korunması hakkına ilişkin pozitif yükümlülüğün yerine getirilmesinde başarısız olduğunu vurgulayarak 8. maddenin ihlâlüne karar vermiştir.¹⁰⁴⁰

Tıbbî muayenelerde kişinin rızası hilâfına üçüncü kişilerin bulunması mahremiyet hakkının ihlâli anlamına gelmektedir. Bu bağlamda, *Konovalova / Rusya*¹⁰⁴¹ başvurusunda AİHM, başvuranın açık rızası olmaksızın hastane yönetimince bir grup tıp öğrencisinin doğumu gözlemlemesine izin verilmesi ve fakat tıp öğrencilerinin doğum prosedürlerine katılımı için iç hukukta açık rıza alınması konusunun hiç düzenlenmemesi nedeniyle 8. maddenin ihlâl edildiğine karar vermiştir.¹⁰⁴²

iv. Üreme Sağlığı Hizmetleri ve Kürtaj Uygulamaları

Sağlık hakkının özgürlük veçhesinde yer alıp AİHM tarafından incelenen alanlardan biri de kadınların üreme hakları içinde yer alan kürtaj sorunudur.

Kürtajı kadının bireysel özerkliği ve kendi bedeni üzerinde karar verme hakkı kapsamında görenler bulunduğu gibi, konuya embriyonun/fetüsün yaşama hakkı bağlamında bakılması gerektiğini savunanlar da bulunmaktadır.¹⁰⁴³ Bu iki bakış açısı arasındaki gerilim, AİHM önüne kürtaj meselesinin geliş sebeplerini de farklılaştırmaktadır. AİHM önüne bu konu, Sözleşme’de düzenlenen haklardan yaşama hakkı bağlamında ceninin yaşama hakkı olup olmadığı yönüyle, özel hayata saygı gösterilmesi hakkı bağlamında ise, isteğe bağlı kürtaja yasal olarak izin verilip verilmeyeceği bakımından gelmektedir.¹⁰⁴⁴ Aynı gerilim AİHM’in konuya bakışında da

¹⁰⁴⁰ K.H. and others v. Slovakia, paras 55-58.

¹⁰⁴¹ Konovalova v. Russia, Application No. 37873/04, ECHR, 09.10.2014.

¹⁰⁴² Konovalova v. Russia, paras 45-50.

¹⁰⁴³ Selman KARAKUL, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Sağlık Hakkı – II”, **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 4 (1), Bahar 2017, (s.17-58), s. 42; AİHM’in kürtaj konusuna yaklaşımını toplumsal cinsiyet bağlamında detaylı olarak irdelleyen bir çalışma olarak bkz. Muhammet KOÇAKGÖL, “AİHM’nin Kürtajla İlgili Kararlarındaki Etkinlik İradesi ve Toplumsal Cinsiyet İlişkisi”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2018/3.

¹⁰⁴⁴ Yücel Dericiler, 2014a. s. 378.

ortaya çıkmakta olup, Mahkeme, ne fetüsün yaşama hakkına sahip olduğunu ve kürtaj işleminin de bu hakkın ihlâli anlamına geldiğini, ne de isteğe bağlı kürtajın Sözleşme ile garanti altına alınan bir hak olduğunu söyler.¹⁰⁴⁵ Bu konuda net bir bakışı olmayan ve çekingen davranan Mahkeme, önüne gelen başvuruları her olayın kendine özgü koşulları çerçevesinde değerlendirmekte, anne-baba ile ceninin hak ve özgürlükleri ile menfaatlerini dengelemeye çalışmaktadır. Şu var ki, bu tartışma isteğe bağlı kürtaj için geçerlidir; öte yandan annenin yaşam hakkına ilişkin bir durum mevcutsa yani kürtaj tıbben gerekli ve buna izin veren bir yasa mevcutsa Sözleşme'nin ihlâlinden söz edilemez.¹⁰⁴⁶

Özetle, AİHM'nin verdiği kararlarda, sözleşmeci devletlerin ulusal hukukunda kürtaja erişim konusundaki farklı düzenlemelere dikkat çekilerek devletlerin kürtaj konusunda geniş takdir yetkisine sahip olduğu kabul edilir.¹⁰⁴⁷ Bu bağlamda, yasal kürtaja 12 haftaya kadar izin veren yasal düzenlemenin anayasa mahkemesince iptali üzerine yapılan bir ihlâl iddiasını içeren *Brüggemena ve Scheuten / Almanya*¹⁰⁴⁸ davasında AİHK, "...gebeliğin salt özel yaşam alanına ait olduğu söylenemez. Bir kadın hamile kaldığında, özel hayatı gelişmekte olan fetüsle yakından bağlantılı hâle gelir" diyerek,¹⁰⁴⁹ kürtaj sınırlamasının her durumda 8. maddenin ihlâli anlamına gelmeyeceğini ifade etmiştir.¹⁰⁵⁰

*Vo / Fransa*¹⁰⁵¹ davası ise AİHM'nin kürtaj konusundaki geçmiş içtihadını gözden geçirerek bu meseleyi yeniden değerlendirdiği ve fakat aynı sonuca ulaştığı

¹⁰⁴⁵ ibid, s. 378.

¹⁰⁴⁶ Abdurrahman SAYGILI, "Yaşama Hakkı Üzerine Düşünceler", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, (10)2, (ss. 539-547), 2019, s. 545.

¹⁰⁴⁷ Karakul, 2017, s. 42.

¹⁰⁴⁸ Somut olayda başvurular, Almanya Federal Anayasa Mahkemesince isteğe bağlı kürtaja 12 haftaya kadar izin veren yasanın iptal edilmesi üzerine 8. maddenin ihlâl edildiğini ileri sürmüşlerdir. Bkz. *Brüggemena ve Scheuten v. Germany*, Application No. 6959/75, ECHR, 19.05.1976.

¹⁰⁴⁹ *Brüggemena ve Scheuten v. Germany*, para 59.

¹⁰⁵⁰ *Brüggemena ve Scheuten v. Germany*, para 61.

¹⁰⁵¹ Somut olayda başvuran, gebeliğinin altıncı ayında kontrol için hastaneye gittiğinde, aynı soyisme sahip başka bir hasta ile karıştırılarak yapılan tıbbî müdahale sırasında amniyon kesesinin yırtılmasına sebebiyet verildiğini, tedavi amaçlı kürtaj yapılmak zorunda kalındığını, çocuğun taksirle ölümüne sebebiyet verildiği gerekçesiyle ceza davası açılmasını talep ettiğini ve bunun reddedildiğini belirterek yaşam hakkının ihlâl edildiğini ileri sürmüştür. (Söz konusu karar, aslında Mahkeme'nin 2. madde

önemli bir davadır. Mahkeme, Ame.İHS'nin “yaşam hakkının genel olarak kadının gebe kaldığı andan itibaren korunacağını” öngören 4. maddesinin aksine, AİHS'nin 2. maddesinin bu konuda sessiz kaldığını belirterek, kendisinin de bu hüküm kapsamında yaşam hakkının “başlangıcı” konusunu ve doğmamış çocuğun yaşam hakkı olup olmadığını henüz belirlemediğini¹⁰⁵² ifade etmiştir. Mahkeme, bugüne kadar Sözleşme organlarınca kürtaj konusunun incelendiği davalarda, doğmamış çocuğun 2. maddede “doğrudan korunan kişi” olarak görülmediğini vurgular. Sözleşme'ye göre şayet doğmamış olan çocuk “yaşam” hakkına sahip olsa dahi, bu, annenin hak ve menfaatleri ile dolaylı olarak sınırlandırılmıştır. Bununla birlikte, Sözleşme organları, bazı durumlarda güvencelerin doğmamış çocuğu da kapsayabileceği olasılığını dışlamamışlardır. İşte bu, Komisyon'un geçmiş içtihatlarında “Sözleşmenin 8. maddesinin 1. fıkrasının gebeliğin sonlandırılmasının sadece annenin özel hayatına giren bir mesele olarak yorumlanamayacağını” belirtirken tam olarak kastettiği şeydir. Bu davaların incelenmesinden, sorunun her zaman bir kadının, bir annenin veya bir babanın birbiriyle veya karşılıklı olarak iddia ettiği, çeşitli ve bazen birbiriyle çelişen hak veya özgürlükler tartılarak karara bağlanmıştır.¹⁰⁵³ Mahkeme, Avrupa düzeyinde embriyonun ve/veya fetüsün doğası ve statüsü konusunda herhangi bir fikir birliği olmadığını, embriyonun ve/veya fetüsün birey olabilme potansiyeli ve kapasitesinin, onu 2. madde uyarınca yaşama hakkına sahip bir birey saymaya yeterli olmamakla birlikte, aynı sebeple insan onuru adına korunmasını gerekli kıldığını;¹⁰⁵⁴ bu nedenle, doğmamış çocuğun 2. madde çerçevesinde birey olup olmadığını soyut olarak

çerçevesinde inceleme yaptığı kararlardan ise de, konusal bütünlük ve AİHM'nin kürtaj konusuna en bütüncül bakışını yansıtmaması sebebiyle bu kısımda yer verilmesi daha uygun görülmüştür.) Bkz. Vo v. France, Application No. 53924/00, ECHR (Grand Chamber), 08.07.2004.

¹⁰⁵² Vo v. France, para 75.

¹⁰⁵³ Vo v. France, para 80; Osman DOĞRU, Atilla NALBANT, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar**, Legal Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 34; Yücel Dericiler, 2014a, s. 379.

¹⁰⁵⁴ Vo v. France, para 84.

yanıtlamanın imkân dahilinde ve arzu edilen bir şey olmadığını belirtmekle yetinmiştir.¹⁰⁵⁵

*A., B. ve C. / İrlanda*¹⁰⁵⁶ davasında başvuranlardan ilki, istemeden gebe kalmış, evli olmayıp dört çocuğu olmakla birlikte, yoksulluk içinde işsizdir ve alkol problemi olduğundan çocukları koruyucu aileler yanına yerleştirilmiştir.¹⁰⁵⁷ Diğer başvuran, anne olmayı istemediğinden kürtaj olmayı istemektedir.¹⁰⁵⁸ Sonuncusu ise, kanser hastası olup gebeliğin hastalığını tetiklemesinden ve ayrıca gebe olmadan önce aldığı kanser tedavisinin fetüsü olumsuz etkilemiş olmasından endişe ettiğinden kürtaj olmayı istemektedir.¹⁰⁵⁹ AİHM, ilk iki başvuran yönünden, yurt dışında kürtaj imkânının olduğunu da gözönünde tutarak, İrlanda toplumuna hâkim olan kürtaj karşıtlığının ahlakî değerleriyle ilgili olduğunu hatırlatmış¹⁰⁶⁰ ve kürtajla ilgili sınırlamanın devletin takdir yetkisini aşmadığını belirterek, sözkonusu yasağın başvuranların “özel yaşamına saygı hakkı” ile “doğmamış çocuk adına dile getirilen haklar” arasında adil bir denge kurduğu sonucuna varmıştır.¹⁰⁶¹ Sonuncu başvuran yönünden, ilgili ülkede belli şartlar altında mevcut olan yasal kürtaj hakkı konusunda hukukî belirsizlik olduğunu, bu bağlamda yasal kürtajın pratik olarak uygulanamadığını ve erişilebilir bir hizmet olmadığını, bu durumda özel hayatına saygı hakkından kaynaklanan pozitif yükümlülüklerin ilgili devletçe yerine getirilmediğini belirterek, 8. maddenin ihlâl edildiğine hükmetmiştir.¹⁰⁶²

Kanımızca, kürtaj uygulamaları karşısında AİHM’nin nötr tutumu eleştiriye açıktır. ESKHK’nın ve CEDAW Komitesi’nin nihaî gözlemlerinde ve kararlarında yer

¹⁰⁵⁵ Vo v. France, para 85; Doğru, Nalbant, 2012, s. 35.

¹⁰⁵⁶ Somut olayda, İrlanda’da yaşayan üç gebe kadın, İrlanda’da yasal kürtaj hakkı olmaması sebebiyle kürtaj yaptırmak amacıyla İngiltere’ye gitmek zorunda kaldıklarını, prosedürlerin küçültücü ve damgalayıcı şekilde yürütüldüğünü ve sağlıklarının tehlikeye atıldığını belirterek, 8. maddenin ihlâl edildiğini ileri sürmüşlerdir. Bkz. A., B. and C. v. Ireland, Application No. 25579/05, ECHR (Grand Chamber), 16.12.2010.

¹⁰⁵⁷ A., B. and C. v. Ireland, paras 13-17.

¹⁰⁵⁸ A., B. and C. v. Ireland, paras 18-21.

¹⁰⁵⁹ A., B. and C. v. Ireland, paras 22-26.

¹⁰⁶⁰ A., B. and C. v. Ireland, paras 224-228.

¹⁰⁶¹ A., B. and C. v. Ireland, paras 239-241.

¹⁰⁶² A., B. and C. v. Ireland, paras 253- 268; Yücel Dericiler, 2014a, s. 380; Karakul, 2017, s. 45.

verdiği gibi, kürtajın yasaklanması hem gizli ve sağlıksız koşullarda kürtajın önünü açarak kadının yaşamını ve sağlığını açıkça tehlikeye atmakta ve hem de kadının üreme hak ve özgürlüklerini sınırlandırmaktadır. Bu nedenle, AİHM'nin konuyu devletlerin takdir yetkisine ilişkin alana bırakmak yerine “kaynakların eşgüdümü ilkesi”ni gözeterek ve BM sistemi içindeki *sınırsız normatif kaynağı* kendisine rehber alarak, bu konuda devletleri aşan ve kadının insan hak ve özgürlüklerini önceleyen bir tutum sergilemesi gerekir.

AİHM'nin anne sağlığı bakımından tıbben gerektirici nedenler olmasına rağmen kürtaja izin verilmemesi konusundaki yaklaşımı, anne sağlığına ve yaşamına öncelik ve üstünlük tanınması yönünde son derece isabetli bir yaklaşımı ortaya koymaktadır. *Tysiac / Polonya*¹⁰⁶³ davasında Mahkeme, gebeliği sonlandırma kararlarında işin doğasının zaman faktörünü kritik öneme sahip hâle getirdiğini; dolayısıyla yürürlükteki prosedürlerin geç kürtaj yapılması nedeniyle bir kadının yaşamı ve sağlığı için olası zararları sınırlandırmak veya önlemek için bu tür kararların zamanında alınmasını sağlayacak şekilde kurgulanması gerektiğini; gebeliğin tıbben gerektirici nedenlerle sonlandırılmasına ilişkin kararların “sonradan” incelendiği prosedürlerin ise böyle bir işlevi yerine getiremeyeceğinin açık olduğunu; şu hâlde iç hukukta bu tür önleyici prosedürlerin bulunmamasının ilgili devletin 8. madde kapsamındaki pozitif yükümlülüklerine uymaması anlamına geldiğini belirtmiştir.¹⁰⁶⁴

Üreme sağlığı hizmetleri kapsamında, hamile kadınların evde doğum yapma taleplerinin devletçe karşılanmamasını 8. madde kapsamında inceleyen AİHM, *Ternovsky / Macaristan* davasında, evde doğum hizmetlerine izin verilmesi bakımından iç hukukta gerekli düzenlemelerin yapılmadığı, sağlık profesyonellerinin ise ceza tehdidi altında kalmaları nedeniyle bu hizmetlerden çekindikleri, böylelikle başvuranın

¹⁰⁶³ Somut olayda üçüncü bebeğine hamile ve uzun yıllardan beri ağır miyop hastası olan başvuran, göz bozukluğunun ciddi bir şekilde ağırlaşması riskine rağmen kürtaja izin verilmemesi nedeniyle 8. maddenin ihlâl edildiğini ileri sürmüştür. Bkz. *Tysiac v. Poland*, Application No. 5410/03, ECHR, 20.03.2007.

¹⁰⁶⁴ *Tysiac v. Poland*, paras 118.

kendi seçimine imkân tanıyan bir fırsattan fiilen yoksun bırakıldığı gerekçesiyle çok isabetli olarak 8. maddenin ihlâl edildiğine karar vermiş iken¹⁰⁶⁵ daha sonra, *Dubská ve Krejzová / Çek Cumhuriyeti* davasında, ebelerin evde doğum yaptırmasını yasaklayan iç hukuk kurallarının özel hayata müdahale niteliği taşımadığını;¹⁰⁶⁶ yine *Pojatina / Hırvatistan* davasında, iç hukukta yer alan evde doğum yasağının 8. maddeyi ihlâl etmediğini belirtmiştir.¹⁰⁶⁷

v. Kişinin Açık Rızasına Dayanmayan Tıbbî Müdahaleler

Bireyin kendi bedeni ve sağlığı üzerinde söz sahibi olmak hakkının en somut dışavurumu, tıbbî müdahalelerde kişinin önceden yeterince bilgilendirilmesi ve ardından tıbbî müdahale konusunda rızasının alınmasıdır. Sağlık hakkının açıkça düzenlendiği uluslararası sözleşmelerin tamamında bu konu sağlık hakkının ihlâli kapsamında ele alınmaktadır. Daha önce de ifade edildiği gibi, Oviedo Sözleşmesi'nin 5. maddesi uyarınca bireyin özerkliğinden hareketle, herhangi bir tıbbî müdahalenin, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde rıza vermesinden sonra yapılabileceği vurgulanmıştır. Yine, CEDAW ile ilgili bölümde kadınların açık ve bilgilendirilmiş rızası alınmaksızın yapılan zorla kısırlaştırma operasyonlarına CEDAW Komitesi'nin yaklaşımını gösteren kararlara yer verilmiş idi.

Sağlık hakkının açıkça düzenlenmediği AIHS çerçevesinde denetim yapan AIHM'ye göre, kişinin rızası hilâfına tıbbî müdahale uygulanması Sözleşme'nin 8. maddesindeki özel yaşama ve bilhassa da fiziksel bütünlüğe saygı hakkına haksız müdahale anlamına gelmektedir. Dolayısıyla, kişinin rızası aranmadan tıbbî müdahaleye tâbi tutulması ancak “yasallık, sınırlı sayıdaki sınırlama ölçütlerine dayanma, amaç-araç

¹⁰⁶⁵ Ternovszky v. Hungary, Application No. 67545/09, ECHR, 14.03.2011, paras 25-26.

¹⁰⁶⁶ Dubská and Krejzová v. the Czech Republic, Application No. 28859/11 and 28473/12, ECHR, 15.11.2016, paras 184-189.

¹⁰⁶⁷ Pojatina v. Croatia, Application No. 18568/12, ECHR, 04.02.2019, paras 79-90.

dengesi ve sınırlamanın sınırı ölçütlerini aşmamaktan oluşan sınırlama rejiminin gerekliliklerinin yerine getirilmesi hâlinde mümkündür.”¹⁰⁶⁸ Bu koşullardan birinin yerine getirilmemesi durumunda Sözleşme’nin 8 inci maddesi ihlâl edilmiş olur.

Bu kapsamda, öncelikle zorunlu aşı uygulamasına ilişkin AİHM’nin yaklaşımına işaret etmek gerekir. Yukarıda sayılan kriterler zorunlu aşı uygulaması bakımından da aynen geçerlidir. Bu nedenle, öncelikle tıbbî müdahalenin yasal dayanağının bulunması, müdahalenin sağlığın korunması amacını gütmesi ve demokratik bir toplumda gereklilik koşulunu sağlaması gerekir. *Carlo Boffa ve diğerleri / San Marino*¹⁰⁶⁹ davasında AİHK, bir kişiyi ceza tehdidi altında herhangi bir tıbbî tedaviye veya aşı olmaya zorlamanın 8. madde kapsamında özel yaşama saygı hakkına müdahale oluşturabileceğini, ancak somut olayda zorunlu aşı uygulamasının yasada öngörüldüğünü, halk sağlığının korunması amacını taşıdığını ve ayrıca, öngörülen amaçla orantılı olduğunu belirtmiştir. Komisyon’a göre, birçok ülkede yürütülmekte olan zorunlu aşı uygulamaları, bireylerin kamu yararına uygun hareket etmesi ve kendi yaşamları risk altında olmasa bile diğer insanların sağlığını riske atmamaları amacını önelemekte, böylece devletlere bırakılan takdir yetkisinin ötesine geçmemektedir.¹⁰⁷⁰

*Vavřička / Çek Cumhuriyeti*¹⁰⁷¹ kararında AİHM sözkonusu yaklaşımını daha da ileriye taşımış ve ESKHS, ÇHS ve ASS normlarına da gönderme yaparak sağlık hakkının korunmasını önceleyen önemli bir içtihadı imza atmıştır.

¹⁰⁶⁸ Ertan, 2012, s. 151.

¹⁰⁶⁹ Carlo Boffa and others v. San Marino, Application No. 26536/95, ECHR, 15.01.1998.

¹⁰⁷⁰ Karakul, 2016, s. 188; benzer şekilde, *Solomakhin / Ukrayna* başvurusunda da AİHM, tıbbî müdahalenin açıkça kanunla düzenlendiğini ve sağlığın korunması meşru amacını güttüğünü; demokratik bir toplumda gereklilik koşulu yönünden incelendiğinde ise, uygulamanın halk sağlığı mülahazaları ve bölgede bulaşıcı hastalıkların yayılmasını kontrol etme gerekliliğinden kaynaklandığını; sözkonusu aşının başvuranın sağlığına gerçekten zarar verdiğini gösteren hiçbir kanıt bulunmadığını belirterek, 8. maddenin ihlâl edilmediğine karar vermiştir. *Solomakhin / Ukraine*, Application No. 22429/03, ECHR, 15.03.2012, paras 35-37.

¹⁰⁷¹ AİHM kararında şu önemli hususları vurgulamıştır: Uluslararası uzman kurulaşlara göre aşılama etkili ve uygun maliyetli tıbbî müdahalelerden biridir ve taraf devletler arasında mümkün olan en yüksek aşılama seviyesine ulaşmayı hedeflemek konusunda genel bir fikir birliği mevcuttur (para 277). Bununla birlikte, taraf devletlerde tek bir aşılama modeli üzerinde fikir birliği olmayıp gönüllülük esasından zorunluluk esasına farklılaşan politikalar yelpazesi bulunmaktadır. Ancak, gittikçe gönüllü aşılama azalma devletleri zorunlu aşılama yöneltmektedir (para 278). Çocukluk çağı aşılama yükümlülüğünün amacı özellikle toplumun savunmasız durumda bulunanlar olmak üzere halk sağlığının

Vurgulamak gerekir ki, çocukluk çağındaki ulusal aşılama programları salt o aşırı yaptıran bireyi değil toplumun genelinde yaygın bağışıklık oluşturarak kamu sağlığını ve özellikle bulaşıcı ve salgın hastalıklara açık, toplumun dezavantajlı kesimlerinde yer alan yoksul ve iyi beslenemeyen çocukları korumayı amaçlamaktadır.¹⁰⁷² Özellikle sığınmacı ve göçmen çocuklar bu kapsamda daha da risk altındadır. ÇHS uyarınca çocuklar hakkındaki tüm karar ve işlemlerde “çocuğun yüksek yararı” gözönünde tutulmalıdır. Bu nedenlerle, bilimsel verilere dayalı ulusal aşılama programlarında halk sağlığının korunması amacının öncelendiği dikkate alındığında, AİHM’nin yaklaşımının isabetli olduğu açıktır.

Bu başlık altında ele alınabilecek bir diğer konu, kadınların üreme sağlığı haklarını ihlâl eden, rıza alınmasızın sterilizasyon (kısırlaştırma) ameliyatları yapılmasıdır.

*V.C. / Slovakia*¹⁰⁷³ başvurusunda Mahkeme, yetkililerce başvuranın “bir hasta olarak özerkliğini ve seçme hakkını gözardı eden ve önemsemeyen”¹⁰⁷⁴ bir tavırla

korunması amacını güttüğünden, çocukların aşılama bir sosyal dayanışma değerini de içermektedir (para 279). Sağlık politikası meseleleri ulusal makamların takdir yetkisindedir ve aşılama konusunda bu takdir yetkisi hayli geniştir (paras 280-285). Devletler yargılama yetkisi alanındaki kişilerin yaşamlarını ve sağlıklarını korumak için uygun tedbirleri almakla yükümlüdürler. Bu yükümlülükler ESKHS’nin 12.2.(c). paragrafında, 14 nolu GY’nin 16., 36. ve 44. paragrafında mevcuttur. ESKHK nihaî gözlemlerinde bu konuyu vurgulamaktadır; örneğin, nüfusun mümkün olan en yüksek yüzdesinin aşılama gerektirdiğine dair Kazakistan nihaî gözlemi (E/C.12/KAZ/CO/1, 07.06.2010, para 4), aşılama oranının düşürülmesini eleştirdiği Mısır nihaî gözlemi (E/C.12/EGY/CO/2-4, 13.12.2013, para 21) yine aşılama konusundaki olumsuz eğilimin tersine çevrilmesi çağrısına dair Ukrayna nihaî gözlemi (E/C.12/UKR/CO/6, 13.06.2014, para 19) gibi. Yine ÇHS’de ve ASS’de benzer yükümlülükler bulunmaktadır. ASHK’nın *Médecins du Monde-International / Fransa* başvurusunda verdiği 11.09.2012 tarihli ve 67/2011 sayılı kararında, “Şart’ın 11.3 maddesi uyarınca devletlerin yalnızca hastalıkların görülme sıklığını azaltmak için değil, aynı zamanda virüs rezervlerini etkisiz hâle getirmek ve böylece DSÖ tarafından belirlenen hedeflere ulaşmak için yüksek bağışıklama düzeylerini sağlaması gerektiği, büyük çapta aşılamanın bulaşıcı ve salgın hastalıklarla mücadelede en etkili ve en ekonomik yol olarak kabul edildiği” belirtilmiştir (paras 129-137 and 282). Mahkeme içtihadında, çocuklarla ilgili kararlarda “çocuğun yüksek yararı” ilkesinin çok önemli yeri vardır (paras 287-288). Bu nedenle, aşılama yapılmayan az sayıdaki hassas çocuk için, evrensel koruyucu tedbir olan aşılama tedbirinin -yasal bir görev ve sosyal dayanışma gereği- kabul edilmesinin talep edilmesi orantısız olarak değerlendirilemez (para 306). Mahkeme, ulusal sistem bağlamında değerlendirdiği başvuru konusu tedbirlerin, davalı devletin aşılama görevini yerine getirmek için izlediği meşru amaçlarla makul bir orantılılık içinde olduğu kanaatinde (para 309). Bkz. *Vavříčka and others v. the Czech Republic*, Application No. 47621/13, ECHR, 08.04.2021.

¹⁰⁷² Korkud KANADOĞLU, “Zorunlu Aşının Anayasallığı”, *LexPara Blog*, 20.02.2020.

<https://blog.lexpera.com.tr/zorunlu-asinin-anayasalligi/> (Erişim tarihi: 30 Ağustos 2020).

¹⁰⁷³ Somut olayda Roman kökenli başvuran, ikinci çocuğunun doğumunun ardından, tam olarak bilgilendirilip rızası alınmadan bir kamu hastanesinde kısırlaştırıldığını; doğum süreci devam ederken kendisine üçüncü çocuğunu doğurduğu takdirde kendisinin ya da yeni doğan bebeğin öleceğinin

hareket edilerek, rızası alınmaksızın kısırlaştırılması gerekçesiyle 3. maddenin ihlâl edildiğine karar vermiştir. Yine, uluslararası insan hakları denetim organlarının çeşitli raporlarına ve CEDAW Komitesi'nin 2008 tarihli raporundaki tavsiyesine işaret eden¹⁰⁷⁵ AİHM, başvuranın, Roman bir kadın olarak üreme sağlığına özel olarak önem gösterilmesini sağlayan güvencelerden tümüyle yoksun bırakıldığı gerekçesiyle 8. maddenin ihlâl edildiğine karar vermiştir.¹⁰⁷⁶ Mahkeme, benzer şekilde *N.B. / Slovakia*¹⁰⁷⁷ ve *I.G., M.K. ve R.H. / Slovakia*¹⁰⁷⁸ başvurularında da, bilgilendirilmiş rıza alınmaksızın kısırlaştırma operasyonu yapılması nedeniyle 3. ve 8. maddenin ihlâl edildiğine karar vermiştir.

*G.B. ve R.B. / Moldova*¹⁰⁷⁹ davasında mağdurun bilgilendirmiş rızası alınmaksızın, sezaryen ameliyatı sırasında yumurtalıkların alınıp tüplerinin bağlanması;¹⁰⁸⁰ *Csoma / Romanya*¹⁰⁸¹ davasında başvuranın kürtaj sırasında rahim ve yumurtalıkların alınmasında tıbbî gereklilik olmaması, tedavi plânının belirlenmesi sürecine hastanın dahil edilmemesi ve yeterli düzeyde bilgilendirilmemesi¹⁰⁸² gerekçeleriyle 8. maddenin ihlâl edildiğine karar vermiştir.

Hanzelkovi / Çek Cumhuriyeti davasında, yeni doğmuş bir bebeğin annesinin rızası bulunmaksızın ve tıbben gerektirici bir sebep ortaya konulmaksızın, sağlık kurumunca mahkemeden alınan tedbir kararına istinaden bakım için hastaneye tekrar yatırılması ve bu durumun annenin de hastaneye yatırılması sonucunu doğurması

söylenmesi üzerine, ne söylendiğini anlamadan ve bu işlemin geri alınıp alınamayacağına ilişkin herhangi bir bilgi sahibi olmadan rıza formunu imzaladığını; söz konusu olayın ardından Roman toplumu tarafından dışlandığını ve daha sonra eşinden de boşandığını, eşiyle ayrılımlarının gerekçelerinden birinin de kısırlaştırılması olduğunu belirterek 8. maddenin ihlâl edildiğini ileri sürmüştür. Bkz. *V.C. v. Slovakia*, Application No. 18968/07, ECHR, 08.11.2011, paras 9-20.

¹⁰⁷⁴ *V.C. v. Slovakia*, para 119.

¹⁰⁷⁵ CEDAW Komitesi'nin ilgili devlete yönelik 2008 tarihli tavsiye kararında "Roman kadınlarının, açık rızaları olmaksızın kısırlaştırıldıkları yönünde elde edilen bilgiler nedeniyle endişe duyulduğu" belirtilmiş ve Hükümete, "hastaların, her kısırlaştırma için, açık ve tam rızalarını verme durumunda olduklarının sağlanması için gerekli tedbirleri alması" tavsiye edilmiştir. Bkz. *V.C. v. Slovakia*, paras 146-148.

¹⁰⁷⁶ *V.C. v. Slovakia*, paras 150-154.

¹⁰⁷⁷ *N.B. v. Slovakia*, Application No. 29518/10, ECHR, 12.06.2012.

¹⁰⁷⁸ *I.G., M.K. ve R.H. v. Slovakia*, Application No. 15966/04, ECHR, 13.11.2012.

¹⁰⁷⁹ *G.B. ve R.B. v. Moldova*, Application No. 16761/09, ECHR, 18.12.2012.

¹⁰⁸⁰ *G.B. ve R.B. v. Moldova*, paras 29-35.

¹⁰⁸¹ *Csoma v. Romania*, Application No. 8759/05, ECHR, 15.01.2013.

¹⁰⁸² *Csoma v. Romania*, para 68.

nedeniyle ilgili devletin takdir yetkisini aştığını, müdahalenin orantısız olduğunu ve demokratik bir toplumda gerekli olmadığını belirterek 8. maddenin ihlâl edildiğine karar vermiştir.¹⁰⁸³

2. Amerikan Devletleri Örgütü Belgelerinde Sağlık Hakkı

Avrupa Konseyi dışında, sosyal hakların gerçekleştirilmesinin denetlendiği bir diğer bölgesel sistem Amerikan Devletleri Örgütü'dür. İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra, 30 Nisan 1948'de Kolombiya'nın Bogota şehrinde ADÖ Şartı imzalanmış; 13 Aralık 1951'de 14 üncü devlet olarak Kolombiya'nın onay vermesiyle de yürürlüğe girmiştir.¹⁰⁸⁴

Bu bölümde, ADÖ'nün kabul ettiği Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi, SSP ve Amerikan Sosyal Şartı'nda sağlık hakkına ilişkin düzenlemeler ve denetim organlarınınca sağlık hakkına ilişkin olarak verilen içtihatlar analiz edilecektir.

İHEB'nin ilân edilmesinden yedi ay önce karşı kıtada ADÖ, 2 Mayıs 1948 tarihinde Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi'ni kabul etmiştir. Bildiri'nin 11. maddesinde sağlık hakkı düzenlenmiştir.¹⁰⁸⁵ Bu hüküm, zamansal olarak bakıldığında, DSÖ Anayasası'ndan sonra sağlık hakkını normatif olarak düzenleyen ikinci uluslararası hukuk belgesi ve fakat, ilk insan hakları hukuku belgesidir. Öte yandan, sağlık hakkını "sağlığın korunması hakkı" olarak isimlendirmekte ve beslenme, giyim ve barınma ile normatif bağ kurarak müstakil bir norm olarak düzenlemektedir.¹⁰⁸⁶

Daha sonra, bir diğer adı San Jose Paktı olan Ame.İHS kabul edilmiştir. Sözleşme'de sosyal haklara ilişkin bir hak kataloğu bulunmamakta, bu nedenle sağlık

¹⁰⁸³ Hanzelkovi v. Czech Republic, Application No. 43643/10, ECHR, 11.03.2015, para 79.

¹⁰⁸⁴ <http://www.mfa.gov.tr/amerikan-devletleri-orgutu.tr.mfa> (Erişim Tarihi: 17 Temmuz 2020).

¹⁰⁸⁵ Bildiri'nin sağlık hakkını düzenleyen "Sağlığın ve refahın korunması hakkı" başlıklı 11. maddesi şöyledir: "Her kişi, kamunun ve toplumun kaynaklarının elverdiği ölçüde beslenme, giyim, barınma ve tıbbî bakıma ilişkin olarak sağlık ve sosyal alanlardaki önlemler yoluyla, sağlığın korunmasına hak sahibidir."

¹⁰⁸⁶ Ertan, 2012, s. 40-41.

hakkına ilişkin düzenleme yer almamaktadır. Belgede tıpkı AİHS gibi, medeni ve siyasal haklar düzenlenmiştir. Tek farkı, AİHS’de 1 nolu Ek Protokolde düzenlenen mülkiyet hakkı ADÖ sisteminde Sözleşme’de yer almaktadır. Yine, medeni ve siyasal haklar arasında klasik haklar dışında örgütlenme özgürlüğüne, aileye ilişkin kimi haklara ve çocuk haklarına yer verilmiştir.¹⁰⁸⁷

Sosyal haklarla ilgili olarak Sözleşme’nin 26. maddesinde aşamalı gerçekleştirme ilkesi kabul edilmiştir.¹⁰⁸⁸ 26. maddede atıf yapılan Şart’a 1967 Buenos Aires Protokolü ile giren haklar 45. maddede belirtilen maddî esenlik ve manevî gelişme hakkı, çalışma hakkı, örgütlenme hakkı ve 49. maddede öngörülen eğitim hakkıdır.¹⁰⁸⁹ Bununla birlikte, denetim organlarının içtihatlarında 26. madde, sosyal hakların dolaylı korunmasına temel çerçeve teşkil ettiğinden ve bu maddeye sıkça gönderme yapıldığından ayrı önem taşımaktadır.¹⁰⁹⁰

SSP ise, 17 Kasım 1988’de kabul edilmiş olup düzenlediği sosyal haklar arasında rapor gönderme usulüne tâbi olanlar ve bireysel başvuru konusu olabilecek haklar ayrımı yapmaktadır. Buna göre, sendikal haklar ile eğitim hakkı bireysel başvuruya konu olabilmektedir. Diğerleri için sadece rapor usulü öngörülmüştür.¹⁰⁹¹

SSP’nin 10. maddesinde sağlık hakkı düzenlenmiştir.¹⁰⁹² Protokol sağlık hakkını güvence altına alırken, “en üst düzeyde fiziksel, zihinsel ve sosyal esenlik” yolundaki

¹⁰⁸⁷ Ayşe SEYMEN ÇAKAR, “Sosyal Hakların Gerçekleştirilmesinin Amerikan Devletleri Örgütü Sisteminde Denetimi”, **Bilecik Şeyh Edebali Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, C. 3, S. 2, 2018a, s. 425.

¹⁰⁸⁸ Sosyal haklarla ilgili olarak Sözleşme’nin “Aşamalı gelişim” başlıklı 26. maddesi şöyledir: “Taraf devletler, Buenos Aires Protokolü ile değişik Amerikan Devletleri Örgütü Şartında öngörülen ekonomik, sosyal, eğitimsel, bilimsel ve kültürel standartların içerdiği hakların, mevzuat çıkartılması ya da diğer uygun yollarla, tam olarak gerçekleştirilmesini aşamalı biçimde sağlamak amacıyla, hem ulusal düzeyde hem de uluslararası işbirliği yaparak, özellikle ekonomik ve teknik niteliktekiler olmak üzere, önlemler almayı taahhüt ederler.”

¹⁰⁸⁹ Ertan, 2015, s. 78.

¹⁰⁹⁰ Bkz. aşağıda, Case of Jorge Odir Miranda Cortez et al v. El Salvador, Report: 29/11, Case: 12.249, admissibility decision, Inter-American Court of Human Rights, 07.03.2001.

¹⁰⁹¹ Yücel Dericiler, 2014, s. 220; Seymen Çakar, 2018a, s. 425.

¹⁰⁹² San Salvador Protokolü’nün 10. maddesi şöyledir: “1. Herkes, en yüksek düzeydeki bedenî, aklî ve sosyal esenlik hâlinde yararlanma anlamında anlaşılmak gereken sağlık hakkına sahip olacaktır. 2. Sağlık hakkının kullanılmasını temin etmek amacıyla, taraf devletler, sağlık meselesini kamunun iyiliğine dair bir konu olarak tanımak ve özellikle, bu hakkı temin etmek amacıyla aşağıdaki önlemleri almak hususunda mutabıktırlar: a. Toplum içindeki tüm bireylerin ve ailelerin yararlanacakları zorunlu sağlık

DSÖ Anayasası'ndaki tanıma koşut bir düzenleme yapmış ve birinci basamak sağlık hizmetlerine yani toplumdaki tüm bireylere ve ailelere sunulan temel sağlık hizmetleri bakımından devletlerin asgari yükümlülüklerine işaret etmiştir.

Son olarak, ADÖ Genel Kurulunca 4 Haziran 2012 tarihinde kabul edilen Amerikan Sosyal Şartı'nın 17. maddesinde sağlık hakkı düzenlenmiştir.¹⁰⁹³

Ame.İHS'nin 4. maddesi yaşam hakkını, 5/1. maddesi vücut bütünlüğü hakkını, 5/2. maddesi işkence ve kötü muamele yasağını güvence altına almaktadır. Sözleşme denetim organları¹⁰⁹⁴ belirtilen maddeler dolayısıyla sağlık hakkını koruyan içtihatlarla imza attıkları gibi, özellikle son yıllarda Sözleşme'nin 26. maddesine atıfla sağlık hakkını doğrudan koruyan kararlar vermektedir.

HIV/AIDS tedavisi gören pek çok kişinin sağlık hizmetlerine ve temel ilaçlara erişimi meselesini irdeleyen *Jorge Odir Miranda Cortez et al / El Salvador*¹⁰⁹⁵ davası, devletin pozitif yükümlülüklerine dair oldukça önemli bir konuyu ortaya koymaktadır. Ame.İHK, SSP'nin 10. maddesinde düzenlenen sağlık hakkı ihlallerinin konu

bakımını teşkil eden temel sağlık bakımı; b.Sağlık hizmetlerinden yararlanmanın, devletin yargı yetkisine tabi tüm bireyleri kapsayacak şekilde genişletmesi; c.Başlıca bulaşıcı hastalıklara karşı evrensel aşı kampanyası yürütülmesi; d. Bölgesel ve süreklilik arz eden hastalıkların, meslek hastalıklarının ve diğer hastalıkların önlenmesi ve tedavisi; e.Sağlık sorunlarının önlenmesi ve tedavisi konusunda halkın eğitilmesi; f.Yüksek risk gruplarının ve yoksulluk nedeniyle en fazla mağdur olabilir durumda bulunanların sağlık gereksinimlerinin karşılanması.”

¹⁰⁹³ Amerikan Sosyal Şartı'nın 17. maddesinde sağlık hakkı şöyle düzenlenmiştir: “1.Taraf devletler, ulaşılabilir en yüksek sağlık standardından yararlanmanın ayırım yapılmaksızın tüm kişilerin temel hakkı olduğunu teyit edip; sağlığın bütünsel gelişim, ekonomik büyüme, sosyal ve sosyal bütünlük için önemli bir koşul olduğunu kabul eder. Bu bağlamda taraf devletler sağlık hizmetlerinin kullanılabilirliğini, erişimini ve kalitesini artırma konusundaki sorumluluklarını ve bağlılıklarını teyit eder. Amerika Sağlık Gündemi tarafından desteklenen ilkelere (2008-2017; insan hakları, evrensellik, kapsamlılık, erişilebilirlik, Pan Amerikan dayanışması, sağlıkta eşitlik ve sosyal katılım) uygun olarak üye devletler, kendini sağlık alanındaki bu çabalara adanmıştır. 2.Taraf devletler sağlıklı yaşam tarzlarını destekleme konusundaki kararlılıklarını teyit eder. Aynı zamanda kronik bulaşıcı olmayan hastalıkları, mevcut ve ortaya çıkmakta olan bulaşıcı hastalıkları ve çevre sağlığıyla ilgili riskleri önleme, tespit etme ve bu hastalıklara yanıt verme kapasitelerini güçlendirmenin gerekliliği beyan ederler. Taraf devletler ayrıca, önleme ve bakım stratejileri yoluyla halklarının refahını teşvik etmeyi ve kamu veya özel kuruluşlarla işbirliği içinde sağlık hizmetlerine erişimi iyileştirmeyi taahhüt ederler.”

¹⁰⁹⁴ Sözleşme, hak ihlallerinin denetimi konusunda Ame.İHK ve Ame.İHM olarak iki denetim mekanizması işletmektedir. Bkz. Seymen Çakar, 2018, s. 179.

¹⁰⁹⁵ Somut olayda, HIV ile yaşayan bir grup başvuran, HIV/AIDS tedavisi için gerekli olan anti-retroviral ilaçların ücretsiz olarak devletçe sağlanmadığını, böylelikle yaşam ve insanca muamele görme haklarının ihlâl edildiğini, Salvador Sosyal Güvenlik Enstitüsü'nün başvuranlara HIV/AIDS taşıyıcıları oldukları için ayrımcılık yaptığını, ayrıca amparo davasında yargılamanın çok uzun sürmesi nedeniyle adil yargılanmadıklarını ileri sürmüşlerdir. Bkz. Jorge Odir Miranda Cortez et al v. El Salvador, Merits, Case No: 12.249, Admissibility Decision Report No. 27/09, Inter-American Commission on Human Rights, 20.03.2001.Kararın İngilizce metnine şuradan erişilmiştir:

<http://www.cidh.org/annualrep/2009eng/ElSalvador12249eng.htm> (Erişim Tarihi: 19 Temmuz 2020).

bakımından (*ratione materiae*) denetim yetkisi içine girmediğini belirtmekle birlikte, Sözleşme'nin 26. ve 29. maddeleri ışığında, SSP'yi somut vakaya uygulanabilir hükümlerin yorumlanmasında değerlendirebileceğini belirtmiştir.¹⁰⁹⁶ Bu bağlamda, 26. madde uyarınca taraf devletlerin sosyal hakların gerçekleştirilmesi için sürekli çaba göstermekle yükümlü olduğunu belirten Komisyon, bu yükümlülüğün, elde edilen gelişme düzeyi ile ilgili olarak *geriye gidiş* sonucunu doğuran kararlar almama yükümlülüğünü de beraberinde getirdiğini¹⁰⁹⁷ vurgulayarak, başvuruyu Ame.İHS'nin 2. maddesi (iç hukuktaki etkiler), 26. maddesi (aşamalı gelişim), 24. madde (eşit korunmaya hak) ve 25. madde (yargısal korunma hakkı) ile ilişkili olarak kabul edilebilir bulmuş;¹⁰⁹⁸ konunun aciliyetine binaen ilgili devletten, bu davada iddia edilen mağdurlarla ilgili olarak, gerekli tıbbî hizmetlerin sağlanması ve anti-retroviral ilaçları alabilmeleri için tedbir kararı vermiştir.¹⁰⁹⁹ Nihai kararında ise, başvuranlar hakkında sağlık tedbirlerinin uygulandığı dikkate alındığında sağlık hakkının ihlâl edilmediğine,¹¹⁰⁰ ancak davadaki bir kişinin ayrımcı muameleye tâbi tutulduğuna ve eşit korunma hakkının ihlâl edildiğine karar vermiştir.¹¹⁰¹ Davanın en önemli sonucu, Komisyon'un Ame.İHS'nin 26. maddesine işaret ederek bu davada kabul edilebilirlik kararı vermekle, sağlık hakkının Sözleşme kapsamında dolaylı olarak korunduğunu kabul etmesi ve sağlık hakkına ilişkin ihlâl iddialarının bireysel başvuru yoluyla dinlenilebilmesinin yolunu açmasıdır.

*Albán-Cornejo ve diğerleri / Ekvador*¹¹⁰² davasında Ame.İHM, Sözleşme'nin yaşama hakkını düzenleyen 4. maddesi uyarınca özel bir hastanede Laura Albán'ın ölümünde devlete sorumluluk atfetmek için yeterli kanıt bulunamadığını belirtmiş;

¹⁰⁹⁶ Jorge Odir Miranda Cortez et al v. El Salvador, para 77 (Report on Admissibility 29/01, 07.03.2001, para 36).

¹⁰⁹⁷ Jorge Odir Miranda Cortez et al v. El Salvador, paras 105-107.

¹⁰⁹⁸ Jorge Odir Miranda Cortez et al v. El Salvador, para 77.

¹⁰⁹⁹ Jorge Odir Miranda Cortez et al v. El Salvador, paras 32-33.

¹¹⁰⁰ Jorge Odir Miranda Cortez et al v. El Salvador, para 129.

¹¹⁰¹ Jorge Odir Miranda Cortez et al v. El Salvador, paras 126-127.

¹¹⁰² Albán Cornejo et al v. Ecuador (Merits, Reparations and Costs), Inter-American Court of Human Rights, 22.11.2007, Series C No. 171.

ancak devletin, yaşama hakkını ve vücut bütünlüğü hakkını korumak için özel veya kamu sağlık kuruluşları tarafından verilen sağlık hizmetlerini düzenleme ve denetleme yükümlülüğü olduğunu vurgulayarak insanca muamele hakkının ihlâl edildiğine karar vermiştir.¹¹⁰³

*The Xákmok Kásek yerli topluluğu / Paraguay*¹¹⁰⁴ davasında Ame.İHM, *inter alia*, devletin sağlık hizmetlerine, temiz suya ve gıdaya erişimi sağlayamamasının, sözkonusu yerli topluluğun onurlu bir yaşam hakkını ihlâl ettiğine karar vermiştir. Ayrıca Mahkeme, doğum hizmetlerinin gerektiği gibi sunulması için yeterli eğitim almış personelin istihdam edilmemesi ve topluluk üyelerine doğum öncesi ve doğum sonrası yeterli tıbbî yardımın sağlanmaması nedeniyle meydana gelen ölümler nedeniyle yaşama hakkının ihlâl edildiğine hükmetmiştir.¹¹⁰⁵

*Suarez Peralta / Ekvador*¹¹⁰⁶ davasında Ame.İHM, devletin kamu ve özel sağlık kurumları üzerindeki denetim ve gözetim yükümlülüğünün özellikle acil tıbbî hizmetler sözkonusu olduğunda sürekliliğinin sağlanması gerektiğini,¹¹⁰⁷ tıbben yetkisiz bir kişinin bir tıp kliniğinde uyguladığı yetkisiz müdahale nedeniyle kişinin zarar görmesinden ötürü devletin sağlık hizmetlerini gözetim ve denetim yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmediği gerekçesiyle vücut bütünlüğü hakkının ihlâl edildiğine karar vermiştir.¹¹⁰⁸

*Gonzales Lluy vd. / Ekvador*¹¹⁰⁹ davasında Ame.İHM, bireylerin temel tıbbî hizmetlere erişim hakkını¹¹¹⁰ açıkça kabul etmiş; HIV gibi en temel güvenlik

¹¹⁰³ Albán Cornejo et al v. Ecuador, para 119.

¹¹⁰⁴ Somut olayda başvuran yerli topluluk, aslen Paraguay Chaco bölgesinde yaşadıklarını ve geleneksel topraklarının devlet tarafından başka şahıslara rızaları alınmadan satıldığını ileri sürmüşlerdir. Bkz. *The Xákmok Kásek Indigenous Community v. Paraguay*, Admissibility Report No. 11/03, Merits Report No. 30/08, Inter-American Court of Human Rights, 24.08.2010.

¹¹⁰⁵ *The Xákmok Kásek Indigenous Community v. Paraguay*, paras 231-234.

¹¹⁰⁶ *Case of Suarez Peralta v. Ecuador (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs)*, Inter-American Court of Human Rights, 21.05.2013.

¹¹⁰⁷ *Suarez Peralta v. Ecuador*, paras 152-153.

¹¹⁰⁸ *Suarez Peralta v. Ecuador*, para 149.

¹¹⁰⁹ *Gonzales Lluy et al v. Ecuador (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs)*, Inter-American Court of Human Rights, 01.09.2015.

¹¹¹⁰ *Gonzales Lluy et al v. Ecuador*, paras 194-197.

testlerinden geçirilmemiş kanın hastaya nakledilmesi nedeniyle kan transfüzyonunun standarda uygun sağlanması konusundaki gözetim ve denetleme yükümlülüğünün ihlali nedeniyle yaşama ve vücut bütünlüğü haklarının ihlâl edildiğine karar vermiştir.¹¹¹¹

*Coulter et al. Case / Brezilya*¹¹¹² davasında Ame.İHK, Hükümetin alternatif bir yer sunmaması nedeniyle yaşam, özgürlük ve kişisel güvenlik haklarının ihlâl ettiğine karar vermiş;¹¹¹³ bulaşıcı hastalıklara maruz kalan Kızılderililerin yaşamını ve sağlığını korumak için ilgili devletin önleyici ve iyileştirici sağlık önlemleri almasını tavsiye etmiştir.¹¹¹⁴

İnter-Amerikan denetim organları mahpus tutulan veya akıl hastanelerinde yatan kişilerin yaşamlarının ve sağlıklarının korunmasında devletin sorumluluğunu kabul etmektedir. Bu bağlamda, Ame.İHK, *Hernandez Lima / Guetemala* kararında, mahpus bir kişinin yetersiz sağlık hizmeti nedeniyle ölümünden devleti sorumlu tutmuştur. Ame.İHK içtihatlarına göre, alıkonanların tâbi tutuldukları muamelenin niteliğinin ölçütlerinden biri sağlığa ilişkin koşullar olduğundan buna aykırı davranışlar insanca muamele görme hakkının ihlali sayılmaktadır.¹¹¹⁵ Yine, *Ximenes Lopes / Brezilya* başvurusunda, akıl hastalığı olan kişilerin daha savunmasız olduğunu belirterek, devletin bu bireylerin etkili sağlık hizmetlerine erişiminden, tedavi sürecinde bu hastaların onurunun korunmasından ve BM standartlarına göre tedavi edilmesinden devletin sorumlu olduğunu belirtmiştir.¹¹¹⁶

¹¹¹¹ Gonzales Lluy et al v. Ecuador, para 189.

¹¹¹² Somut olayda inşaat çalışması nedeniyle yerli halklardan Yanomami topluluğunun üyesi birçok insanın grip, kızamık ve diğer salgın hastalıklardan ölmesine neden olduğu ve fakat devletin gerekli sağlık tedbirlerini almadığı ileri sürülmüştür. Bkz. *Coulter et al. Case v. Brazil*, Resolution No 10/85, Case No. 7615, Inter-American Commission on Human Rights, 05.03.1985. Karar için bkz. <http://www.cidh.oas.org/annualrep/84.85eng/Brazil7615.htm> (Erişim Tarihi: 19 Temmuz 2020).

¹¹¹³ *Coulter et al. Case v. Brazil*, paras 10-11.

¹¹¹⁴ Tobin, 2013, s. 202, dipnot 141.

¹¹¹⁵ *Hernandez Lima v. Guetemala*, Case 11.297-28/96, Inter-American Court of Human Rights, 16.10.1996; *Paul Lallion v. Grenada*, Case 11.765, 55/02, Inter-American Commission on Human Rights 21.10.2002 kararlarından nakleden Ertan, 2015, s. 40-41.

¹¹¹⁶ *Ximenes Lopes v. Brazil*, (Merits, Reparations and Costs, Judgment) (ser. C) No. 149, Inter-American Court of Human Rights, 04.07.2006, paras 128-136. Karara şuradan erişilmiştir: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_ing.pdf (Erişim Tarihi: 19 Temmuz 2020).

*Poblete Vilches ve diğerkleri / Şili*¹¹¹⁷ başvurusunda Mahkeme, öncelikle sağlık hakkının Ame.İHS'nin 26. maddesinden türetilen “özerk (otonom)” bir hak olduğunu ve uluslararası hukukta da geniş şekilde korunan sosyal haklar içerisinde yer aldığını vurgulamıştır.¹¹¹⁸ Bu nedenle, devletlerin sağlık hizmetlerine erişimde ayrımcılık yapılmamasını güvence altına almak başta olmak üzere sağlık hakkını korumak için “acil” nitelikteki önlemleri ve bunun yanı sıra, hakkın “tam olarak etkinliğinin sağlanmasına yönelik mümkün olan en hızlı ve etkili bir şekilde ilerlemek” için “aşamalı” tedbirleri alma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu noktada Mahkeme, sağlık hakkıyla ilgili “derhal yerine getirilmesi gereken yükümlülükler” ile “aşamalı gerçekleştirilecek yükümlülükler” ayrımına atıfta bulunmuş ve aşamalı nitelikteki yükümlülüklerin de Mahkeme'nin yargı yetkisinde olduğunu belirtmiştir.¹¹¹⁹ Ancak somut olayda aşamalı değil,¹¹²⁰ derhal gerçekleştirilmesi gereken bir yükümlülüğün ihlâli sözkonusudur, zira, acil tıbbî hizmetler bağlamında Şili en azından mevcut, erişilebilir, kabul edilebilir ve kaliteli tıbbî hizmet sunmamış¹¹²¹ ve kamu ve özel hastaneleri yeterli şekilde denetlememiştir.¹¹²² Bunun yanı sıra, yaşlı bireyler özellikle savunmasız oldukları için devletlerin yaşlıları özel olarak koruma yükümlülüğü mevcuttur.¹¹²³ Mahkeme, Bay Vilches'in taburcu edildiğinde sağlık durumunun kötü olduğunu, ikinci hastanede aldığı tıbbî bakımın yetersiz olduğunu tespit etmiştir. Bunların yanı sıra, gerekli tıbbî ekipman eksikliği, mevcut ambulanslar ve yeterli yoğun bakım yataklarındaki eksiklikle birlikte devletin sağlık hizmetlerine ilişkin görevlerini

¹¹¹⁷ Somut olayda 76 yaşındaki Bay Vilches ciddi solunum yetmezliği yakınmasıyla bir devlet hastanesine başvurmuş, birkaç gün boyunca bilinçsiz bir durumda yoğun bakım ünitesinde kalmış ve ardından aydınlatılmış rıza alınmaksızın ameliyat edilip taburcu edilmiş ve fakat, tekrar rahatsızlanarak başvurduğu aynı hastanede vefat etmiştir. Ailesi, *inter alia*, sağlık hakkının ihlâl edildiğini iddia etmiştir. Bkz. Poblete Vilches y otros vs. Chile, (Fondo, Reparaciones y Costas) Corte InterAmericana de Derechos Humanos, 08.03.2018, párr. 43-58.

Kararın İspanyolca metni için bkz. https://www.escribnet.org/sites/default/files/caselaw/seriec_349_esp.pdf (Erişim Tarihi: 18 Temmuz 2020).

¹¹¹⁸ Poblete Vilches y otros vs. Chile, párr. 105-110, párr. 174.

¹¹¹⁹ Poblete Vilches y otros vs. Chile, párr. 104.

¹¹²⁰ Poblete Vilches y otros vs. Chile, párr. 134.

¹¹²¹ Poblete Vilches y otros vs. Chile, párr. 121, párr. 139, párr. 174.

¹¹²² Poblete Vilches y otros vs. Chile, párr. 124.

¹¹²³ Poblete Vilches y otros vs. Chile, párr. 125-132.

yerine getiremediğini ve sağlık hakkını ihlâl ettiğini belirtmiştir.¹¹²⁴ Yine, devletin, sağlık bilgilerine erişimi de içeren temel erişilebilirlik standartlarını sağlaması gerektiğini ve aydınlatılmış rızanın da bu erişimin bir unsuru olduğunu, Şili'nin ilgili mevzuatı uyarınca, bir hastanın karar verme kapasitesi olmadığında, aile üyelerinin veya yasal temsilcisinin rıza verme sorumluluğunu üstlendiğini, oysa Bay Vilches'in ameliyata alındığında bilinçsiz olduğundan ve doğal olarak tıbbî müdahaleye rıza gösteremeyeceğinden, ameliyattan önce aile üyelerinden bilgilendirilmiş rızanın alınması ve aileye hastanın sağlık durumu hakkında yeterli bilgi verilmesi gerektiği hâlde, somut olayda bunun da yapılmadığını belirterek, bilgilendirmiş onam hakkının da (13. maddenin) ihlâl edildiğine karar vermiştir.¹¹²⁵

Bu kararla, ilk defa Ame.İHM, Ame.İHS'nin 26. maddesi ile korunan sosyal haklar kapsamında bulunan ve otonom (özerk) olarak nitelediği sağlık hakkının ihlâl edildiğine karar vermiştir. Yani, sağlık hakkını daha önceki kararlarında dolaylı olarak koruyan Mahkeme bu içtihadıyla sağlık hakkını doğrudan koruyan bir içtihadı imza atmıştır. Muhakkak ki bu karar, devletlerin yükümlülüklerinin daha da netleşmesine, hakların daha doğru bir şekilde tanımlanmasına ve Amerika kıtasında sağlık hakkının etkinleştirilmesi için bir yol açılmasına katkı sağlayacak; sağlık hakkının dava edilebilirliği bakımından ulusal mahkemelerin rolüne ilişkin yeni olanaklara kapı aralayacaktır.

*Cuscul Piveral vd. / Guetemala*¹¹²⁶ başvurusunda Mahkeme, sağlık hakkının Ame.İHS'nin 26. maddesinden türetilen otonom (özerk) bir hak olduğunu teyit etmiştir.¹¹²⁷ Sağlık hakkını daha da ileriye taşımak için bir devlet, yeterli yasal

¹¹²⁴ Poblete Vilches y otros vs. Chile, párr. 133-143.

¹¹²⁵ Poblete Vilches y otros vs. Chile, párr. 157-174.

¹¹²⁶ Somut olayda 1992 ilâ 2003 yılları arasında HIV pozitif tanısı alan, 15'i dava devam ederken ölen 49 yoksul kişi ve aileleri, HIV tedavisinde kullanılan anti-retroviral tedavinin yetersiz olmasından ötürü, *inter alia*, sağlık haklarının ihlâl edildiğini ileri sürmüşlerdir. Bkz. Cuscul Piveral y otros vs. Guetemala, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Corte InterAmericana de Derechos Humanos, 23.08.2018. Karar'ın İspanyolca metnine şuradan erişilmiştir: https://www.escrib-net.org/sites/default/files/caselaw/seriec_359_esp.pdf (Erişim Tarihi: 19 Temmuz 2020).

¹¹²⁷ Cuscul Piveral y otros vs. Guetemala, párr. 73-74.

düzenlemeleri içeren bütüncül bir yaklaşımla uygun, kabul edilebilir, erişilebilir ve kaliteli tıbbî hizmet sağlamakla yükümlüdür. İlaça erişim de bu kapsamdadır. Devletler, 26. maddeden türetilen sağlık hakkını, ileride gerçekleştirmelerini sağlayacak şekilde, belirli acil yükümlülükleri ve bu hakların gerçekleştirilmesini ilerletmek için gerekli tedbirleri almalıdır.¹¹²⁸ Mahkeme, ilk olarak, ilgili devletin mağdurlara mevcut, erişilebilir ve kaliteli sağlık hizmeti sağlama görevini ihlâl ettiğini, 48 kişinin 2004'ten önce hiç tedavi görmediğini ve birinin sadece düzensiz bakım ve anti-retroviral aldığını belirtmiştir.¹¹²⁹ 2004 sonrası ile ilgili olarak Mahkeme, her mağdurun durumunu analiz ederek düzensiz, mevcut olmayan veya sağlık hizmetlerine yetersiz erişim nedeniyle çok sayıda ihlâl tespit etmiştir.¹¹³⁰ Mahkeme ayrıca, HIV pozitif statüsünün cinsiyet, sosyo-ekonomik durum gibi birden fazla dezavantajlı konumun somut olaydaki kimi mağdurlar bakımından kesişerek çoklu ayrımcılığa sebebiyet verdiği gerekçesiyle, sağlık hakkını güvence altına alma yükümlülüğüyle ilgili ayrımcılık yasağının ihlâl edildiğine karar vermiştir.¹¹³¹ Sağlık hakkının aşamalı gerçekleştirilmesi ilkesi ile ilgili olarak Mahkeme, devletin malî kaynaklarının sınırlılığı hesaba katılsa bile, mevcut davada “devletin eylemsizliği” dikkate alındığında, aşamalı gerçekleştirme ilkesi çerçevesinde gerekli “acil” adımların dahi atılmadığını, aksine ilaç tedarikini zorlaştıran patentler gibi *geriye götürücü* uygulamalar yapıldığını belirtmektedir. Bu durum, sağlık hakkının aşamalı olarak gerçekleştirilmesi yükümlülüğüne aykırı düşmüştür.¹¹³²

Bu karar, sağlık hakkının Amerikanlararası sistemdeki dava edilebilir “otonom” bir hak olduğunu belirten *Poblete Vilches vd. / Şili* kararında ortaya çıkan bakış açısını pekiştirmiştir. Mahkemenin kararı, HIV pozitif statüsü, cinsiyet, sosyo-ekonomik durum ve diğer faktörlerle ilgili olarak birden fazla dezavantajlı konumların kesişimsel analizini yaparak çoklu ayrımcılığa işaret etmesi açısından dikkate değer olduğu gibi,

¹¹²⁸ Cuscul Pival y otros vs. Guetemala, párr. 107-108.

¹¹²⁹ Cuscul Pival y otros vs. Guetemala, párr. 119.

¹¹³⁰ Cuscul Pival y otros vs. Guetemala, párr. 121-127.

¹¹³¹ Cuscul Pival y otros vs. Guetemala, párr. 128-139.

¹¹³² Cuscul Pival y otros vs. Guetemala, párr. 140-148.

ESKHS'nin uygulanmasına ilişkin çok isabetli analizler içermektedir. Bu çerçevede, aşamalı gerçekleştirme ilkesi ve derhal uygulanması gereken hükümler kuralını “temel ilaçlara erişim” konusunda yorumlayarak bu ilaçlara erişimin patent hakları nedeniyle engellenmesini geriye götürücü tedbir olarak nitelemesi çok önemlidir.

3. Afrika Birliği Belgelerinde Sağlık Hakkı

Af.İHHŞ'nin¹¹³³ 16. maddesinde sağlık hakkı düzenlenmiştir.¹¹³⁴ Af.İHHŞ sağlık hakkına birinci kuşak insan hakları ile birlikte aynı hukuksal rejim içinde yer vermektedir. Dolayısıyla, AIHS'de hiç yer almayan, Ame.İHS'de ise bir ek protokol ile eklenen sağlık hakkı, Af.İHHŞ'nin hak kataloğu içinde yer almakta ve bu özelliğinden dolayı bireysel şikâyet başvurusu ile korunan haklar arasında bulunmaktadır.¹¹³⁵

Yine, diğer insan hakları sözleşmelerindeki normlarla mukayese edildiğinde, sözkonusu hüküm ayrıntılı bir şekilde değil kısa ve öz formüle edilmiştir. Ayrıca, sağlık hakkının korunmasına yönelik spesifik önlemler sınırlı sayıda (*numerus clauses*) sayılmak yerine genel bir yükümlülük normu olarak “gerekli önlemler” ifadesi tercih edilerek, Af.İHHK tarafından normun dinamik ve gelişmeci yorumuna olanak sağlamaktadır.¹¹³⁶

Şart'ın kadın haklarına ilişkin Protokolü'nün 14. maddesinde¹¹³⁷ sağlık ve üreme sağlığı hakları özel olarak düzenlenmiştir. Yine, Afrika Çocuk Hakları ve Esenliği

¹¹³³ Afrika Birliği'nin temel insan hakları belgesi olan Af.İHHŞ, 27 Haziran 1981 tarihinde Afrika Birliği Örgütü Devlet ve Hükümet Başkanları 18. Konferansında kabul edilmiştir. Şart, 63/3. maddesi uyarınca, 26 ülkenin onay ve katılma işlemlerinin gerçekleştirilmesi ile birlikte 21 Ekim 1986 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

¹¹³⁴ Şart'ın sağlık hakkını düzenleyen 16. maddesi şöyledir: “1. Her birey, ulaşılabilir en yüksek düzeyde bedensel ve ruhsal sağlık standartlarından yararlanma hakkına sahip olacaktır. 2. Bu Şarta taraf devletler, kendi halklarının sağlığını korumak ve hastalandıklarında tıbbi bakım görmelerini temin etmek için gerekli önlemleri alacaklardır.”

¹¹³⁵ Ertan, 2012, s. 44; Ertan, 2015, s. 87.

¹¹³⁶ Ertan, 2012, s. 44.

¹¹³⁷ Şart'ın kadın haklarına ilişkin Protokolü'nün “Sağlık hakkı ve üremeye ilişkin haklar” başlıklı 14. maddesindeki düzenleme şöyledir: “1. Taraf devletler, kadınların cinsel sağlık ve üremeye ilişkin sağlığı dahil, sağlık hakkına saygı gösterilmesini ve bu hakkın geliştirilmesini temin edeceklerdir. Bu şunları içerir: a) Kendi doğurganlıklarıyla ilişkili kararları verme hakkı, b) çocuk sahibi olmamaya, çocukların

Şartı'nın 14. maddesinde¹¹³⁸ çocukların sağlık hakkının korunmasına ve 21. maddesinde çocukların zararlı sosyal ve kültürel uygulamalarından korunmasına dair normlar öngörülmüştür.¹¹³⁹ Her iki norm, ÇHS'ye koşut düzenlemeler içerdiği gibi, Afrika coğrafyasında hâlen yaygın sağlığa zararlı geleneklerden olan kadın sünneti ve çocuk evlilikleri sorununun bağımsız birer normda düzenlenmek suretiyle konuya özel olarak önem verildiği ortaya konulmaktadır.¹¹⁴⁰

sayısına ve çocukların doğum aralıklarına karar verme hakkı, c) herhangi bir doğum kontrol yöntemini seçme hakkı, d) HIV/AIDS dahil, cinsel ilişki yoluyla bulaşan hastalıklara karşı kendini koruma ve korunma hakkı, e) kişinin kendisinin ve eşinin özellikle HIV/AIDS dahil, cinsel ilişki yoluyla bulaşan hastalıklardan etkilenmiş ise, sağlık durumu hakkında uluslararası düzeyde tanınmış standartlara ve en iyi uygulamalara uygun olarak, bilgilendirme hakkı, f) aile plânlaması eğitimi almaya hak. 2.Taraf devletler; a) Özellikle kırsal kesimdeki kadınlara, bilgilendirme, eğitim ve iletişim programları dahil, yeterli, temin edilebilir ve ulaşılabilir nitelikte sağlık hizmetlerini sağlamak, b) gebelik sırasında ve emzirme döneminde kadınlar için doğum öncesinde, doğum sırasında ve doğum sonrasında sağlık ve beslenme hizmetlerini oluşturmak ve mevcutları güçlendirmek, c) cinsel saldırı, ırza tecavüz, enest vakalarında ve bunun sonucu ortaya çıkan gebeliklerde ve gebeliğin sürmesi annenin ruhsal ve bedensel sağlığını yahut annenin ya da fetüsün yaşamını tehlikeye düşüren vakalarda, tıbbî kürtaja izin vermek suretiyle, kadınların üremeye ilişkin haklarını korumak üzere uygun önlemleri alacaklardır.”

¹¹³⁸ Afrika Çocuk Hakları ve Esenliği Şartı'nın 14. maddesinde sağlık hakkı ile ilgili düzenleme şöyledir: “1. Her çocuk, bedensel, aklî ve ruhsal sağlık bakımından temin edilebilir en yüksek derecedeki standartlardan yararlanma hakkına sahip olacaktır. 2. Bu Şarta taraf devletler, bu hakkın tam olarak uygulanmasının takipçisi olmayı üstleneceklerdir ve özellikle aşağıdaki hususları gerçekleştirmek üzere önlemler alacaklardır: a) bebek ve çocuk ölüm oranlarının düşürülmesi, b) temel sağlık hizmetlerinin geliştirilmesine önem verilerek, bütün çocuklara gerekli tıbbî yardımın ve sağlık hizmetlerinin sağlanması, c) temiz içme suyu ve yeterli beslenmenin sağlanması, d) temel sağlık hizmetleri çerçevesi içinde, uygun nitelikteki teknolojinin kullanılması yoluyla, hastalıklara ve yetersiz beslenmeye karşı mücadele edilmesi, e) annelere doğum öncesinde ve sonrasında, uygun nitelikte tıbbî bakımın sunulması, f) koruyucu sağlık hizmetlerinin ve aile yaşamına ilişkin eğitimin geliştirilmesi ve bu hizmetlerin sunulması, g) temel sağlık hizmetleri programlarının, ulusal gelişme planlarıyla bütünleştirilmesi, h) bilhassa ebeveynler, çocuklar, toplum önderleri ve sosyal hizmetlerde çalışanlar olmak üzere, toplumun bütün kesimlerinin, çocuk sağlığı ve çocuk beslenmesi, anne sütü ile beslenmenin yararları, hijyen ve çevre temizliği ve ev içinde ve diğer yerlerde vuku bulan kazaların önlenmesi konularında temel bilgileri edinmelerinin ve bu bilgilerin kullanılmasında desteklenmelerinin temin edilmesi, i) çocuklara yönelik bir temel hizmet programının plânlanmasına ve idaresine, hükümetler-dışı örgütlerin, yerel toplulukların ve bu hizmetlerden yararlanacak olan nüfusun anlamlı şekilde katılımının temin edilmesi, j) çocuklar için temel sağlık hizmetlerinin geliştirilmesinde, teknik ve yöntemler yoluyla yerel toplum kaynaklarının harekete geçirilmesinin desteklenmesi.”

¹¹³⁹ Afrika Çocuk Hakları ve Esenliği Şartı'nın “Zararlı sosyal ve kültürel uygulamalara karşı koruma” başlıklı 21. maddesi şöyledir: “1. Bu Şarta taraf devletler, çocuğun esenliğini, onurunu, normal büyüme ve gelişimini etkileyen zararlı sosyal ve kültürel uygulamaları ve özellikle de; a) çocuğun sağlığı yahut yaşamı bakımından zararlı geleneklerin ve uygulamaların ve, b) cinsiyet yahut herhangi bir başka statü temelinde çocuğa yönelik ayrımcı geleneklerin ve uygulamaların ortadan kaldırılması için uygun bütün önlemleri alacaklardır. 2. Çocuk evlilikleri ve kız ve erkek çocuklarının nişanlanması yasaklanacaktır ve evlenme için asgari 18 yaş koşulunun ve tüm evliliklerin resmî kaydının tutulması zorunluluğunun getirilmesi amacıyla, yasa çıkarılması dahil, etkili tasarruflarda bulunulacaktır.”

¹¹⁴⁰ Ertan, 2012, s. 46-47.

Af.İHHK, pek çok kararında yeterli ilaç temin edilememesi de dahil olmak üzere, mümkün olan en iyi fiziksel ve zihinsel sağlık standartlarından yararlanma hakkını düzenleyen 16. maddenin ihlâl edildiğini tespit etmiştir.¹¹⁴¹

*Free Legal Assistance Group vd. / Zaire*¹¹⁴² başvurusunda Şart'ın 16. maddesini gözönünde bulunduran Af.İHHK, her bireyin mümkün olan en iyi fiziksel ve zihinsel sağlık durumundan yararlanma hakkına sahip olduğunu ve taraf devletlerin halkın sağlığını korumak için gerekli önlemleri almaları gerektiğini vurgulamıştır. Hükümet tarafından güvenli içme suyu ve elektrik gibi temel hizmetlerin sağlanamaması ve ilaç sıkıntısının mevcudiyeti gerekçesiyle, Şart'ın 16. maddesinin ihlâl edildiğine karar vermiştir.¹¹⁴³

*SERAC and CESR / Nijerya*¹¹⁴⁴ başvurusunda, öncelikle evrensel tüm insan haklarının getirdiği yükümlülüklerin “saygı gösterme, koruma ve yerine getirme” şeklinde, hem negatif ve hem de pozitif yükümlülükleri içerdiğini ve tüm taraf devletlerin ESKHS'nin 2(1). maddesindeki “yasama tedbirleri de dahil olmak üzere tüm uygun yollarla adım atmayı” taahhüt ettiklerini belirten Af.İHHK, bireylerin sosyal haklardan anlamlı bir şekilde yararlanılmasını sağlamak üzere devletlerin adım atmakla (pozitif edimde bulunmakla) yükümlü olduklarını vurgulamıştır.¹¹⁴⁵ Komisyon'a göre,

¹¹⁴¹ Bkz. *Free Legal Assistance Group et al. v. Zaire*, Communication No. 25/89, 47/90, 56/91, 100/93, 11.10.1995; *SERAC and CESR v. Nigeria*, Communication No. 155/96, Fifteenth Annual Activity Report 2001-2002, annex V; *Purohit and Moore v. the Gambia*, Communication No. 241/2001, Sixteenth Activity Report 2002-2003, annex VII.

¹¹⁴² Somut olayda savaş hâlindeki eski Zaire (şimdiki Kongo Demokratik Cumhuriyeti) aleyhinde dört STK tarafından, *inter alia*, kamu maliyesinin yanlış yönetimi sonucunda sağlık ve eğitim gibi temel hizmetlerin dahi verilemediği, ilaç sıkıntısı olduğu ve halkın yeterli tıbbî tedavi hizmetlerine erişemediği iddia edilmiştir. Bkz. *Free Legal Assistance Group et al. v. Zaire*, African Commission on Human and Peoples' Rights, Communication No. 25/89, 47/90, 56/91, 100/93 (1995). Kararın metnine şu kaynaktan ulaşılmıştır: <https://www.escri-net.org/caselaw/2008/free-legal-assistance-group-and-others-v-zaire-comm-no-2589-4790-5691-10093> (Erişim tarihi: 25 Nisan 2020).

¹¹⁴³ *Free Legal Assistance Group and Others v. Zaire*, para 47.

¹¹⁴⁴ Somut olayda başvuranlar Nijerya askeri hükümetinin, Ogoni bölgesindeki petrol şirketlerinin faaliyetleri nedeniyle oluşan çevresel kirliliğin önemli sağlık sorunlarına yol açtığını ve Hükümetin hiçbir önlem almadığını belirterek, *inter alia*, sağlık hakkını ihlâl ettiğini iddia etmişlerdir. Bkz. *Social and Economic Rights Action Centre (SERAC), Centre for Economic and Social Rights (CESR) v. Nigeria*, Communication No. 155/96, African Commission on Human and Peoples' Rights, 27.10.2001. Kararın İngilizce metnine şuradan erişilmiştir: <https://www.escri-net.org/sites/default/files/serac.pdf> (Erişim Tarihi: 25 Nisan 2020).

¹¹⁴⁵ *Social and Economic Rights Action Centre (SERAC), Centre for Economic and Social Rights (CESR) v. Nigeria*, paras 44-48.

büyük endüstriyel faaliyetlerin sağlığa ve çevre sağlığına etkileri konusunda yeterli veri olmayışı ve bağımsız bir çevresel ve sosyal etki değerlendirmesinin yapılmayışı¹¹⁴⁶ nedeniyle, Nijerya'nın taraf olduğu ESKHS'nin 12. maddesindeki “devletin çevresel ve endüstriyel sağlığın tüm yönlerinin iyileştirilmesi için gerekli adımları atmasını” öngören uluslararası yükümlülüğünü ve Af.İHHS'nin 16. (sağlık hakkı) ve 24. (çevre hakkı) maddelerinden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmediğini açıkça göstermektedir.¹¹⁴⁷ Davanın önemi, Komisyon'un sağlık hakkı ve sağlıklı bir çevre hakkı bağlamında devletlere getirilen negatif ve pozitif yükümlülüklerle işaret etmesindedir. Üçlü yükümlülük tipolojisi çerçevesinde somut olayı analiz eden karar, devletlerin yurttaşlarının sağlık hakkına *saygı yükümlülüğü* yanında, üçüncü kişiler tarafından bireylere gelebilecek ihlallere ve zararlı davranışlara karşı *koruma yükümlülüğü* olduğunu ve bu görevin de devlete pozitif yükümlülük yüklediğini vurgulaması bakımından dikkate değerdir.

*Purohit and Moore / Gambiya*¹¹⁴⁸ davasında öncelikle, Af.İHHS'yi kabul edip onaylayan devletlerin iç hukuklarındaki yasal düzenlemelerini Şart'a uygun hâle getirmek için “derhal adım atma yükümlülüğü” olduğunu vurgulayan Af.İHHK, Gambiya'nın 1917 tarihli yasayı yeniden düzenlemeyerek Şart'ın gereklerini yerine getirmediğinin altını çizmiştir.¹¹⁴⁹ Af.İHHK, sağlık hakkının, bireylerin herhangi bir ayırım gözetilmeksizin tüm sağlık tesislerine, mal ve hizmetlerine erişimini içerdiğini ve bu haktan yararlanmanın diğer temel hak ve özgürlüklerin gerçekleştirilmesi için elzem olduğunu vurgulamış; ayrıca, ruh ve akıl sağlığı problemi olan hastalara BM tarafından

¹¹⁴⁶ Social and Economic Rights Action Centre (SERAC), Centre for Economic and Social Rights (CESR) v. Nigeria, para 53.

¹¹⁴⁷ Social and Economic Rights Action Centre (SERAC), Centre for Economic and Social Rights (CESR) v. Nigeria, paras 51-54.

¹¹⁴⁸ Somut olayda başvurular, *inter alia*, ilgili devlette ruh ve akıl sağlığı hastaları için öngörülen yasal düzenlemenin, Afrika Şartı'nda güvence altına alınan sağlık hakkı (md. 16) ile yaşlılar ve engelliler için özel koruma önlemleri alınması hakkını (md. 18/4) ihlâl ettiğini ileri sürmüştür. Bkz. Purohit and Moore v. the Gambia, Communication No: 241/2001, African Commission on Human and Peoples' Rights, 29.05.2003, Sixteenth Activity Report 2002-2003, annex VII. Kararın İngilizce metnine şuradan erişilmiştir: https://www.escr-net.org/sites/default/files/caselaw/purohit_v_moore_judgment.pdf (Erişim Tarihi: 25 Nisan 2020).

¹¹⁴⁹ Purohit and Moore v. the Gambia, para 42.

belirlenen ilkeler¹¹⁵⁰ çerçevesinde ve 18(4). maddedeki kriterlere göre, sadece en iyi bağımsızlık ve performans seviyelerini elde etmelerini değil, aynı zamanda bunu sürdürmelerini sağlayacak özel tedaviler uygulanması gerektiğini belirtmiştir.¹¹⁵¹ Afrika ülkelerine, sağlık hakkından yararlanmayı kolaylaştırmak için gerekli altyapıyı ve kaynakları sağlama konusunda yetersiz kılan hâkim yoksulluğun varlığını kabul eden Af.İHHK, taraf devletlerin, sağlık hakkının herhangi bir ayırım gözetilmeksizin tüm yönleriyle ve tam anlamıyla hayata geçirilmesini sağlamak için devletlerin mevcut kaynaklarından tam olarak yararlanarak somut ve hedefi belirli adımlar atma yükümlülüğü olduğunu vurgulamıştır.¹¹⁵² Bu gerekçelerle, sağlık hakkının ve yaşlılar ile engelliler için özel koruma önlemleri alınması hakkının ihlâl edildiğine karar veren Af.İHHK *inter alia*, insan haklarına ve özgürlüklerine açıkça aykırı sözkonusu yasal düzenlemeyi yürürlükten kaldırmaya ve Af.İHHŞ'ye ve uluslararası norm ve standartlara uygun bir düzenleme yapmaya, Gambiya topraklarında ruh sağlığı sorunlarından muzdarip kişiler için yeterli tıbbî bakım sağlamak için gerekli tedbirleri almaya ve periyodik rapor sunmaya davet etmiştir.¹¹⁵³

Af.İHHK'nın, Şart'ın sağlık hakkını düzenleyen 16. maddesinin normatif içeriğini belirlediği *Purohit and Moore* kararında dikkat çeken nokta, devletlerin sağlık hakkını gerçekleştirmek için mevcut kaynaklarından tam olarak yararlanarak, somut, kararlı ve hedefi belirli adımlar atma yükümlülüğüne işaret edilmesidir.

III. DEĞERLENDİRME

Sağlık hakkının pek çok uluslararası insan hakları sözleşmesinde bir insan hakkı olarak tanınması ve anayasalarda da düzenlenerek pozitif hukuka girmesi, “ulaşılabilir

¹¹⁵⁰ Purohit and Moore v. the Gambia, para 54.

¹¹⁵¹ Purohit and Moore v. the Gambia, paras 80-81.

¹¹⁵² Purohit and Moore v. the Gambia, para 84.

¹¹⁵³ Purohit and Moore v. the Gambia, para 85.

en yüksek sağlık standardı” idealinin tüm insanlar için bir amaç olarak mümkün kılınması anlamına gelmektedir. DSÖ tarafından “sadece hastalık ve sakatlık olmayışı değil, kişinin fiziksel, ruhsal ve sosyal yönden tam bir iyilik hâli içinde olması” olarak tanımlanan sağlığın aynı zamanda “sosyal bir olgu” olduğu ve “sağlığın temel belirleyicileri” yanında “sağlığın sosyal belirleyicileri” tarafından da belirlendiği gözönünde tutulduğunda, sağlık hakkının gerçekleştirilmesi ile dünya kaynaklarının hakça bölüştürülmesi ve sosyal adaletin sağlanması arasında doğrudan ilişkisellik olduğu açıktır.

Öte yandan, sağlık hakkının *hak temelli* bir yaklaşım ile korunmasının, sağlık alanında devletin müdahalesine neden olacağı için, bireylerin servetlerinin zorla yeniden dağıtımı sonucunu doğuracağını ve bunun da mülkiyet düzenine haksız bir müdahale oluşturacağını belirterek sağlık hakkını reddeden klasik liberal-neoliberal yaklaşıma, sosyal adaleti önceleyen düşünürlerden hareketle karşı durulacaktır.

Bu bağlamda, pozitif özgürlüklere duyulan gereksinimin izlerini taşıyan Rawls’ın adalet teorisi ile sağlık hakkı ilişkilendirildiğinde, yaşamsal bir gereksinim olan sağlık hakkının, tüm temel sosyal ihtiyaçlar gibi, toplum tarafından hakkaniyet ve eşitlik temelinde dağıtılmasının gerekli olduğu ortaya çıkmaktadır.¹¹⁵⁴ Nitekim Daniels, sağlık ve sağlığın sosyal belirleyicilerini Rawls’ın Adalet Teorisi’ne dahil ederek, gereksinimi olan ya da zor durumdaki bireylere sağlık hizmetlerinin devletçe temin etme zorunluluğunun etik temellerini ortaya koymuştur. Rawls’ın “adil fırsat eşitliği” ilkesini kendi teorisine uygulayan Daniels, sağlık ve sağlığın sosyal belirleyicileri sayesinde bireylerin sağlık gereksinimlerinin karşılanmasının, adil fırsat eşitliğini sağlamak için gerekli olduğunu ve bu ilkeyi bozan sağlık eşitsizliklerinin adaletsiz olduğunu savunmuştur.¹¹⁵⁵

¹¹⁵⁴ Tahmazoğlu zeltrk, 2012, s. 23.

¹¹⁵⁵ Bor Ekmekci, 2014, s. 47-48.

“Bir ülkenin kaynaklarının bütün yurttaşlarına eşit şekilde ya da eşite yakın bölüştürülüyorsa daha iyi bir ülke olduğunu” ifade eden Rawlsçı yaklaşımı eleştiren Sen ve Nussbaum, bu durumun her zaman olumlu netice vermeyeceğini, çünkü yoksul, dezavantajlı ve incinebilir kesimlere çoğu zaman daha fazla kaynak aktarılması gerektiğini yani pek çok durumda sosyal adaleti sağlamak için pozitif ayrımcılığın gerekli olduğunu savunurlar.¹¹⁵⁶ Yapabilirlik yaklaşımı çerçevesinde Sen, bireylerin sosyal kaynaklardan ne kadar pay alması gerektiğinin, onların yapabilirliklerine bağlı olarak belirlenmesinin adaletin gereği olduğunu, bireyin kazandığı işlevlerin sağladığı iyilik hâlinin eşit olmasının adil olduğunu savunur. Bu akıl yürütme gereğince, yapabilirlik yaklaşımı, sağlığı doğal olarak içerdiği gibi, sosyal adaletin gereği olarak devletin yurttaşlara sağlık hizmeti sunması gerektiğini öngörür.¹¹⁵⁷

Yapabilirlik yaklaşımını insan hakları teorisine taşıyan Nussbaum, *insan onuru* kavramını öne çıkararak “insan onuruna yakışan bir hayatın neler gerektirdiğini” sorgular. Asgari düzeyde, on kalem şeklinde Merkezî Yapabilirlikler listesi sunar ve bu yapabilirliklerin gerçek anlamda insanî işlevleri yerine getirebilmesi için devlete pozitif yükümlülükler atfeder. Nussbaum’un yapılabirlikler listesinde yer alan unsurlardan biri de, “*Beden sağlığı: Üreme sağlığı da dahil, insanın sağlığının her açıdan yerinde olması; yeterli şekilde beslenmesi; uygun bir konutta oturması*”dır.¹¹⁵⁸ Nussbaum’un sağlık kavrayışı DSÖ’nün “fiziksel, bedensel ve sosyal tam bir iyilik hali” tanımına uygundur.¹¹⁵⁹ Ona göre, yapabilirlikler listesindeki on kalemden her biri, devletin bütün yurttaşları eşik düzeyinin üstüne çıkarmakla yükümlü olduğu alanlardır.¹¹⁶⁰

Nussbaum’un haklı olarak vurguladığı gibi, her bireyin eşit değere ve onura sahip olduğu ve herkesin insan onuruna yakışan bir hayata ulaşması gerektiği yaklaşımından hareketle, bireylerin yaşam kalitesine karşılaştırmalı bir bakış açısını

¹¹⁵⁶ Nussbaum, 2018, s. 73-75.

¹¹⁵⁷ Bor Ekmekci, 2014, s. 59.

¹¹⁵⁸ Nussbaum, 2018, s. 34-35.

¹¹⁵⁹ Tenglant, 2020, s. 25.

¹¹⁶⁰ Nussbaum, 2018, s. 57.

esas alan toplumsal adalet anlayışı çerçevesinde, dezavantajlı grupların yaşam mücadelelerine odaklanması ve insanların seçim yapma ve harekete geçme kapasitelerinin eşitlenebilmesi için gereksinim duyacakları kaynak miktarının farklı olacağı gerçeğinin hatırd tutulması gerekir.¹¹⁶¹ Dolayısıyla, kaynakların da buna göre dağıtılması gerekmektedir. Bu bağlamda denilebilir ki, sağlığın sosyal belirleyicilerine yani sağlık hakkına erişim bakımından dezavantajlı kişi ve gruplara odaklanılarak, sağlık eşitsizliklerini ortadan kaldırmaya yönelik eşik seviyede yapabilirlikleri sağlamak devletin yükümlülükleri arasındadır.

Fabre'nin yaklaşımında, sağlık hakkı “temel sağlık hakkı, sağlık hizmetlerine erişim hakkı ve bireysel özerklikten kaynaklanan haklar” olarak kategorize edilmekte ve üç unsur kapsayan sağlık hakkının bireylere devletlerce sağlanması gerektiği belirtilmektedir. Bununla birlikte, kaynakların yetersizliğini dikkate alan Fabre, “yoksulluk sınırı” kavramına atfen, sağlık hizmeti için yapılacak ödeme şayet bireyi yoksulluk eşiğinin altına düşürüyorsa ödeme yapmama hakkı olduğunu savunmakta ve bu hakkı sağlık hakkının dördüncü unsuru olarak eklemektedir.¹¹⁶²

Kuçuradi'nin insan hakları sınıflandırmasında, temel hakların ikinci grubunu oluşturan yurttaşlık hakları bağlamında sağlık da insan haklarından sayılmakta, bireyin insan olması ve insanın olanaklarını korumanın genel olarak ön koşullarına ilişkin istemleri içermesi sebebiyle sağlık hakkının devlet tarafından tanınan bir hak olarak korunabileceği kabul edilmektedir.¹¹⁶³ Kuçuradi'ye atıfla denilebilir ki, insanın yapısal olanaklarının gerçekleştirilebilmesi için sağlık hakkının kullanılmasının önündeki engellerin kaldırılması ve buna yönelik toplumsal temel yapının inşâ edilmesi gerekir. Yoksulluk ve gelir adaletsizlikleri gibi sağlığın sosyal belirleyicileri ise, bireyin yapısal olanaklarını gerçekleştirebilmesinin önündeki en önemli engellerdendir. Ödeme gücü

¹¹⁶¹ ibid, s. 204.

¹¹⁶² Fabre, 2000, s. 39; Tahmazoğlu Üzeltürk, 2012, s. 26-28.

¹¹⁶³ Kuçuradi, 2016, s. 76-78; Tepe, 2009, s. 102; Tahmazoğlu Üzeltürk, 2012, s. 17-18; Yücel Dericiler, 2014, s. 64.

olmadığı için sağlık hizmetlerinden diğer insanlarla eşit şekilde faydalanamayan bir kişinin yapısal olanaklarını gerçekleştirebildiğinden söz edilemez. Dolayısıyla, insan onurunun bir gereği olarak sağlık hakkının devletçe tüm bireylere eşitlik temelinde ve ayrımcılık yapılmaksızın sağlanması gerekmektedir.

Yukarıda sözü edilen zengin teorik çerçevenin yanı sıra, son yıllarda sağlık hakkı alanındaki uluslararası denetim organlarının içtihatları epey görünür hâle gelmiştir. BM sistemi, İnter-Amerikan, Afrika ve Avrupa insan hakları sözleşme denetim organlarının sağlık hakkına ilişkin zengin bir içtihat birikimi ortaya koydukları görülmektedir.

Uluslararası insan hakları denetim organlarının içtihadî çizgilerine bakıldığında; bir mahkeme olmamakla birlikte bireysel şikâyet başvurularının incelenmesinde yarı-yargısal işlev gören ESKHK'nın, bireysel şikâyet yolunun öngörülmesinin ardından, sosyal bir hak olan sağlık alanındaki ihlâl iddialarıyla ilgili olarak Sözleşme hükümlerini yorumlama şekliyle, sağlık hakkının dinamik yanını ortaya çıkaracağı öngörülmektedir. Kararların bir tazminat hükmünü içermemesi sebebiyle yaptırım gücünün kuşkusuz AİHM kadar kuvvetli olmayabileceği ve ayrıca hâlihazırda bireysel başvuru sistemini getiren ihtiyarî protokolü onaylayan ülke sayısının çok az olduğu ileri sürülebilir ise de, önemli bir avantaj ve üstünlük sebebi olarak, Komite'nin AİHM gibi bölgesel olmayıp insan haklarının küresel koruma sistemi olan BM Örgütü içinde yer alması ve sosyal haklar alanında evrensel etki düzeyine sahip olması sebebiyle kararlarının ve yorumlarının etkisinin çok daha yaygın olacağı¹¹⁶⁴ ve bu bakış açısının nihaî gözlemlerine ve raporlarına yansıtacağı, keza ulusal mahkemelerin yargısal içtihatlarına ışık tutabileceği düşünülmektedir. ESKHS kapsamında denetim yapmak üzere yeni bir tarihte yürürlüğe giren bireysel başvuru yolu henüz emekleme döneminde olsa bile, ESKHK'nın az sayıda verdiği esasa ilişkin içtihatlarındaki tutumu, Komite'nin

¹¹⁶⁴ Yücel Dericiler, 2014, s. 255.

çekingen tavrını bir tarafa bırakıp sağlık hakkı ve genel olarak sosyal haklar alanında önemli kararlar vereceğinin işareti olarak ümitvar olmayı olanaklı kılmaktadır.

Öte yandan ESKHK, uluslararası düzeyde yapılacak yargılamaların ötesinde, sözleşmesel hakların iç hukukta doğrudan doğruya uygulanabilir olmasını daha çok önemsemektedir. İnsan hakları uluslararası sözleşmelerinin bireyin haklarını korumadaki ikincil (*subsidiary*) rolünün doğal sonucu olan bu yaklaşım neticesinde, Komite, 9 nolu GY’de ve nihaî gözlemlerinde sözleşmesel hakların iç hukukta doğrudan uygulanması meselesine önemle vurgu yapmaktadır. Komite’ye göre sözleşme hükümlerini iç hukukta doğrudan uygulanabilir kılmak elbette “ulusal mahkemeler” eliyle olacaktır. Bunun anlamı, ulusal mahkemelerin ESKHS’nin 12. maddesindeki sağlık hakkına ilişkin hükme ve genel olarak Sözleşme’nin genel ilkelerine doğrudan gönderme yaparak ihlâl kararı verebilmesidir. Özellikle, sosyal hak yargılamalarında yargısal aktivizmi benimseyen ülkelerin yargı kararlarında “ESKHS’nin doğrudan uygulanması” bakımından dikkate değer farkındalık gözden kaçmamaktadır. Bu farkındalığın oluşmasını sağlamak üzere Komite de, 9 nolu GY’de ve nihaî gözlemlerinde, genel olarak toplumda ve bilhassa yargıçlar, kamu görevlileri, polis ve kolluk kuvvetleri, sağlık profesyonelleri arasında sosyal haklar konusundaki farkındalığı artırmak için etkili önlemler alınmasını¹¹⁶⁵ ve “yasal eğitim müfredatlarında yargıçlar ve avukatlara yönelik Sözleşme’de yer alan hakların dava edilebilirliğine ilişkin kurslar düzenlenmesini” tavsiye etmektedir.¹¹⁶⁶

Periyodik rapor usulü insan hakları hukuku alanında uluslararası denetim mekanizmalarının en zayıfı olarak görülmekte ise de, daha çok uygulamaya ilişkin olduğu düşünülen sorunların aşılması mümkündür. Çünkü, periyodik rapor verme sisteminin, uluslararası sözleşmelere taraf olan devletlerin düzenli olarak izlenip

¹¹⁶⁵ CO ESC, Great Britain and Northern Ireland, UN Doc E/C.12/GBR/CO/5, para 15; Tobin, 2013, s. 194-195.

¹¹⁶⁶ CO ESC, Turkey, UN Doc E/C.12/TUR/CO/1, 2011, para 7.
https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fTUR%2fCO%2f1&Lang=en (Erişim Tarihi: 16 Nisan 2020).

değerlendirilmesi, katettikleri mesafelerin belirlenmesi bakımından önemli bir yöntem olduğu düşünülmektedir. Pek çok eleştiri ileri sürülebilecek bir yöntem olsa da, periyodik raporların dünya ülkelerinde benzerlik gösteren ya da farklılaşan sağlık hakkı sorunlarının neler olduğunu belirlemek, spesifik bir ülkeye ait sağlık hakkı meselelerini tanılayarak ulusal ve uluslararası çözümler üretebilmek için son derece önemli olduğu inkâr edilemez. Ancak, rapor usulünün etkili bir uluslararası insan hakları sisteminde alternatifsiz bir denetim yolu olarak görülemeyeceği de aşîkârdır. Bu itibarla, “bireysel başvuru” yolunun yanında onu destekleyecek etkili bir rapor usulünün varlığını sürdürmesinin, çalışmada ileri sürülen sağlık hakkının dava edilebilirliği tezine katkı sağlayacağı, aynı şekilde periyodik raporlara göre yapılan denetim sonuçlarının, ülkedeki sağlık profesyonelleri başta olmak üzere insan hakları eğitiminin bir parçası olarak paylaşılması gerektiği düşünülmektedir.

BM sistemi içindeki İHK, CEDAW Komitesi, ÇHK gibi diğer komitelerin de bireysel başvuru neticesinde verdikleri kararlarla sağlık hakkının gerçekleştirilmesine önemli katkı sağladıkları görülmektedir. Gerek BM sistemi içindeki sözleşmelerdeki hükümlerin ve gerek diğer bölgesel insan hakları sözleşmelerindeki hükümlerin “*kaynakların eşgüdümü ilkesi*” çerçevesinde tüm yargısal ya da yarı-yargısal organların kararlarında dayanak alınmasının, hem bu organlara insan hakları alanında *sınırsız normatif kaynak* oluşturması bakımından ve hem de uluslararası uyum açısından önemli katkı sağladığı düşünülmektedir. Nitekim, yukarıda yer verilen Amerika ve Afrika insan hakları denetim organlarının içtihatlarında ESKHS’nin ve ESKHK’nın genel yorumlarının açık izleri görülmektedir.

AİHS’de sağlık hakkına ilişkin bir norm yer almamakla birlikte, AİHM içtihatlarında sağlık hakkının izini sürmek kuşkusuz önem taşımaktadır. İlk olarak, AİHM’nin getirdiği uluslararası denetim mekanizmasının öngördüğü yaptırımlar ve somut güvenceler diğer uluslararası denetim mekanizmalarıyla mukayese edildiğinde

çok daha etkilidir. İkincisi, AİHM dinamik yorum tekniğiyle ve pozitif ödev yaklaşımıyla, sağlık hakkını dolaylı olarak koruyan pek çok içtihat üretmiştir. Nitekim, AİHS'nin hak ve özgürlükler için getirdiği denetim sisteminin daha sonra BM sözleşmeleri ile Amerika ve Afrika kıtalarında üretilen insan hakları sözleşmelerinde model alınması gibi, izlediği içtihadî çizgiyle de bu alandaki öncü rolünü ortaya koymaktadır.

AİHM kararları yönünden eleştiri konusu yapılacak olan temel nokta, sağlık hakkının negatif veçhesine ilişkin kararlara klasik haklar dolayımıyla tam koruma sağlayan içtihatlar üretirken, hakkın pozitif veçhesine yönelik olan ve esasen kaynak dağıtımını gerektiren başvurularda meseleyi salt “nüfusun geneline aynı faydanın sağlanıp sağlanmaması” açısından ele alması ve şayet nüfusun geneline sağlanan bir sağlık hizmeti ise konuyu devletin takdir hakkına ilişkin gördüğünü belirtmekle yetinip ihlâl kararı vermekten çekinmesidir. AİHM'nin diğer uluslararası-bölgesel insan hakları denetim organlarıyla mukayese edildiğinde, denetim alanına giren coğrafyanın görece zengin ve refah düzeyi yüksek ülkelerin yer aldığı Avrupa bölgesi olduğu gözönüne alındığında, devletlerin malî kaynaklarının dağıtımına ilişkin başvurularda gözlenen çekingen tutumunun temelinde, malî kaynak kaygısının ötesinde AİHS sistemine dahil devletlere egemen klasik liberal-neoliberal ekonomik ve politik yaklaşımın AİHM'deki izdüşümü olduğu sonucuna varılmaktadır. Oysa, insan hakları hukukunda ve yargılama pratiğinde öncü rolünü üstlenen aktörlerden biri olan AİHM'nin önüne gelen başvuruları kaynakların eşgüdümü ilkesi çerçevesinde bütüncül bir bakış açısıyla yorumlayıp insan hakları normlarının anlam ve içeriklerini yeniden yazmasıyla ancak Sözleşme'nin “yaşayan bir belge” olacağı açıktır.

Avrupa Konseyi içinde sosyal haklara özgülünen ASS'nin öngördüğü denetim mekanizması ikizi olan AİHS gibi bir yaptırım gücü taşımamaktadır. Şart'ta yer alan maddî hakların zenginliğine karşın denetim sisteminin AİHM'nin çok gerisinde kalması

ve Şart'ın ESKHS ile ILO sözleşmelerinde öngörülen modellerden çok daha ileri bir denetim mekanizmasını hedeflememiş olması haklı olarak eleştirilmektedir. Keza, konu itibarıyla birinci kuşak haklara özgülenen AİHM'nin dinamik yorum yöntemi ve pozitif ödev yaklaşımıyla sağlık hakkını dolaylı olarak koruyan içtihatlar verirken, varlık sebebi sosyal haklar olan ASS denetim sisteminin verdiği kararların AİHM sisteminin gerisinde kalması da eleştirilecek bir noktadır.¹¹⁶⁷ Kuşkusuz, yukarıda AİHM'nin sağlık hakkının kaynak dağıtımına ilişkin meselelerdeki muhafazakâr tutumuna yöneltilen eleştiri, sağlık hakkını açık bir norm ile düzenleyen ASS sistemi bakımından da evleviyetle geçerlidir.

Avrupa Konseyi dışında, sağlık hakkının gerçekleştirilmesinin denetlendiği bir diğer bölgesel sistem Amerikan Devletleri Örgütü'dür. Tıpkı AİHM örneğinde olduğu gibi, Ame.İHS'de de sağlık hakkına ilişkin norm bulunmamakla birlikte İnter-Amerikan denetim organları sağlık hakkını dolaylı olarak koruyan içtihatlarla imza atmaktadır. Hatta, yukarıda yer verilen içtihatlardan da anlaşılacağı gibi, AİHM'nin Lopes de Sousa Fernandez kararının aksine, Ame.İHM konusal yönden kendini sınırlamamakta ve içtihatlarını günden güne geliştirmektedir. Nitekim, İnter-Amerikan Mahkemesi, ilk defa 2018 yılında verdiği iki kararda (Poblete Vilches vd. ve Cuscul Piveral vd. kararları) sağlık hakkının Ame.İHS'nin 26. maddesinden türetilen “özerk (*otonom*)” bir hak olduğuna işaret ederek, dolaylı korumayı bir kenara itip doğrudan sağlık hakkının ihlâl edildiğine karar vermiştir. Eş söyleyişle, birinci kuşak haklar dolayımıyla değil, ilk defa doğrudan sağlık hakkına işaret ederek özerk sağlık hakkının ihlâl edildiğini vurgulamıştır.¹¹⁶⁸ Kuşkusuz bu kararlar, sağlık hakkı alanında devletlerin yükümlülüklerinin daha da netleşmesine, sağlık hakkının normatif içeriğinin

¹¹⁶⁷ Yücel Dericiler, 2014, s. 214-215.

¹¹⁶⁸ Pedro VILLARREAL, “The Direct Justiciability of the Right to Health at the IACtHR – What is the Added Value?” **Völkerrechtsblog**, 22.10.2018, <https://voelkerrechtsblog.org/articles/the-direct-justiciability-of-the-right-to-health-at-the-iacthr/> (Erişim Tarihi: 27 Eylül 2020).

tanımlanmasına ve Amerika kıtasında ulusal mahkemelere de örnek olacak bir yol açılmasına katkı sağlayacaktır.

Avrupa Konseyi ve ADÖ dışında, sağlık hakkının denetlendiği bölgesel sistem Afrika Birliği'dir. Çalışma açısından öncelikle vurgulanması gereken husus, Afrika Şartı'nda sağlık hakkına birinci kuşak insan hakları sözleşmesi sistematığı içinde yer verilmesidir. Gerçekten de, AİHS'de hiç yer almayan, Ame.İHS'de ise ek protokol ile ilave edilen sağlık hakkı, Af.İHHŞ'nin hak kataloğu içinde düzenlenmekte ve bu özelliğinden dolayı bireysel şikâyet başvurusu ile korunan haklar arasında yer almaktadır. Söz konusu norm ile ilgili olarak not edilmesi gereken diğer husus, diğer insan hakları sözleşmelerindeki düzenlemelerle karşılaştırıldığında hükmün öz şekilde formüle edilmiş olması nedeniyle yargısal denetim organlarınca normun dinamik yorumuna imkân sağlamasıdır. Nitekim, Af.İHHK, sağlık hakkına ilişkin olarak verdiği pek çok içtihadında, hakların bütünlüğü ilkesine vurgu yaparak, tüm insan haklarının evrenselliğini ve bölünmezliğini pekiştiren bir yaklaşım sergilemekte; ESKHS'ye egemen ilke ve normlar ile üçlü yükümlülük tipolojisini kararlarında içtihadî kriter olarak kullanmaktadır.

Çalışma'nın bu bölümünde, uluslararası hukukta ve denetim organları nezdinde sağlık hakkının ve hak ihlallerinin ele alınışı ayrıntılı olarak irdelenmiş olup; uluslararası hukukun ve denetim-izleme organlarının içtihat ve nihaî gözlemlerinin ulusal hukuka yansması ve ulusal mahkemelerin örnek kararları Üçüncü Bölüm'de incelenecektir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

DEVLETİN SAĞLIK HAKKINA İLİŞKİN GENEL VE ÖZEL YÜKÜMLÜLÜKLERİ

I. DEVLETİN SAĞLIK HAKKINA İLİŞKİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

A. Genel Olarak

Gerek uluslararası düzeyde insan hakları sözleşmelerinin ve gerek ulusal düzeyde anayasaların yapısı, kural olarak insan haklarının tek tek sayıldığı bir haklar listesinden ve bu haklara ilişkin olarak devletlere yüklenen yükümlülüklerin genel ve spesifik olarak belirlendiği normlardan oluşmaktadır.¹¹⁶⁹

İnsan haklarına saygı gösterme, koruma ve gereğini yerine getirme şeklindeki üçlü yükümlülük tipolojisi bir insan hakkı olan sağlık hakkı bakımından da aynen geçerlidir.¹¹⁷⁰ Sağlık hakkı açısından üçlü yükümlülük tipolojisi öğretide, savunuculuk pratiğinde ve BM sistemi içindeki denetim organlarının içtihatlarında benimsendiğinden¹¹⁷¹ ve esas itibarıyla sağlık hakkına özgü olan 14 ve 22 nolu GY'lere damgasını vuran temel kriter olduğundan, devletin sağlık hakkına ilişkin yükümlülüklerinin irdelendiği bu bölümün genel çerçevesinin belirlenmesinde üçlü tipoloji esas alınmıştır.

Bu bölümde ESKHK'nın nihaî gözlemlerinde taraf devletlere yönelttiği belli başlı eleştiri ve tavsiyeler dikkate alınarak, devletin sağlık hakkına ilişkin yükümlülükleri analiz edilecek ve sağlık hakkının ulusal mahkemeler eliyle dava edilebilirliğine katkı sağlayan karşılaştırmalı hukuktan örnek içtihatlarla yer verilecektir.

¹¹⁶⁹ Algan, 2007, s. 82; Ertan, 2012, s. 61-62.

¹¹⁷⁰ Şahin, 2010, s. 737.

¹¹⁷¹ Temiz, 2014, s. 176.

B. Karşılaştırmalı Hukukta Sağlık Hakkına İlişkin Eğilimler

Uluslararası toplum uzun yıllardır klasik haklara odaklanmışken, 1990'lardan itibaren sosyal hakların dava edilebilirliği daha fazla dikkat çekmeye başlamıştır.¹¹⁷² Yalnızca klasik hakların sağlık hakkını dolaylı olarak koruyan boyutlarını değil, aynı zamanda sağlık hakkının özerk bir norm olarak dava edilebilirliğine ilişkin çalışmaları ele alan literatür günden güne arttığı gibi,¹¹⁷³ sağlık hakkının dava edilebilirliğinin ve kimi ülkelerdeki yargı organlarının aktivist tutumlarının, ülkelerin sağlık sistemlerine etkilerini değerlendiren akademik literatür de günden güne artmaktadır.¹¹⁷⁴

Bu çalışmada, ulusal mahkeme içtihatları bakımından daha ziyade Latin Amerika, Hindistan ve başta Güney Afrika olmak üzere kimi Afrika ülkeleri gibi modeller, genel olarak diğer sosyal haklarda olduğu gibi sağlık hakkı alanında da mahkemelerinin aktivist tutumlarıyla sağlık politikalarını dönüştürücü yönleriyle dikkate değer olmalarından ötürü tercih edilmiştir.

Karşılaştırmalı hukukta sosyal haklara ilişkin yargılama hukukunun analizinde temel kriter makûl, olgun içtihat bulunmasıdır. Ulusal yüksek mahkemelerin bazılarının verdiği kararlar ağırlıklı olarak ilerlemeci değildir.¹¹⁷⁵ Buna karşın sözgelimi, ABD'nin

¹¹⁷² Bkz. Alicia Ely YAMIN, "The Future in the Mirror: Incorporating Strategies for the Defense and Promotion of Economic, Social and Cultural Rights into the Mainstream Human Rights Agenda", **Human Rights Quarterly** 27, No. 4, (ss.1200-1244), 2005, s. 1201; Alicia Ely YAMIN, "Promoting Equity in Health: What Role for Courts?", **Health and Human Rights**, Vol. 16, No 2, (ss. 1-9), December 2014.

¹¹⁷³ Özellikle, 1990'ların sonlarına kadar sağlık hakkına ilişkin içtihatların kapsamlı bir incelemesini sunan bir çalışma için bkz. Brigit TOEBES, **The Right to Health as a Human Right in International Law**, Intersentia/Hart, (ss. 167-242), 1999.

¹¹⁷⁴ Bkz. Brinks and Gauri, "The Law's Majestic Equality? ...", 2014; Arrieta-Gómez, "Realizing the Fundamental Right to ...", 2018; Everaldo LAMPREA, Lisa FORMAN and Audrey R. CHAPMAN, "Structural Reform Litigation, Regulation and the Right to Health in Colombia," **Comparative Law and Regulation: Understanding the Global Regulatory Process**, (Eds.) Francesca Bignami and David Zaring, Northampton, MA: Edward Elgar Publishing, 2016, s. 350-351; eleştirel bir yaklaşım içinse bkz. Kapczynski, 2019, s. 81.

¹¹⁷⁵ Seymen Çakar, 2018, s. 90; gerçekten de, Güney Afrika, Kolombiya ve Brezilya gibi ülkeler hem anayasalarına sağlık hakkını dahil etmiş ve hem de mahkemelerinde yargısal aktivizmi benimsemişlerdir. Bununla birlikte, Avustralya ve Birleşik Krallık dahil olmak üzere diğer birçok yargı bölgesi bunu kararlı bir şekilde reddetmiştir. Bkz. Tobin, 2013, s. 5; yine ABD, Fransa ve İrlanda, Polonya, Rusya, Almanya, Filipinler, Endonezya mahkemeleri sosyal haklara daha mesafelidir. Bkz. Malcolm LANGFORD, "The Justiciability of Social Rights: From Practice to Theory", **Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law**, (Ed.) Malcolm Langford, Cambridge, Cambridge

federal mahkemelerinde dahi dava edilebilirlik yönünde bir eğilim ruh sağlığı, eğitim ve kolluk gibi pozitif yükümlülük alanlarında görünür hâle gelmiştir.¹¹⁷⁶

Sosyal hakların dava edilebilirliği sözkonusu olduğunda Güney Afrika, tüm sosyal hakların dava edilebilirliğini kabul eden önemli bir örnek olarak öne çıkmaktadır. Bunun yanı sıra, anayasal sisteminde de sağlık hakkını açık bir şekilde düzenleyen ülkelerdendir.¹¹⁷⁷ İlk kararını verdiği günden itibaren tüm dünyanın dikkatini çeken Mahkeme, sosyal hakların dava edilebilirliği yoluyla ülkede had safhada olan yoksulluk ve eşitsizlik ile mücadeleye yönelmiş görünmektedir.¹¹⁷⁸

Hindistan, anayasal düzeyde sağlık hakkına ilişkin açık ve bağlayıcı bir norm bulunmamasına karşın, mahkemelerin sağlık reformlarını yönlendirdiği ülkelerin en ünlü örneği olarak dikkat çekmektedir.¹¹⁷⁹ Hindistan Yüksek Mahkemesi, 1970’lerin sonuna kadar sosyal hakların dava edilemez olduğu görüşünü benimserken, 1980’lerden günümüze “sosyal hakların insan onuruna yaraşır yaşama hakkının ayrılmaz bir parçası olduğunu kabul etmiş ve sosyal hakları dava edilebilir kılmak yolunda belirgin yargısal aktivizm sergilemiştir.”¹¹⁸⁰ Hindistan Yüksek Mahkemesi yargıçlarından Murlidhar dünya genelindeki sosyal hak yargılamalarında iki yaklaşım olduğuna işaret ederek, Hindistan yüksek mahkemelerinin sosyal hakların doğrudan medeni ve siyasal

University Press, 2008, s. 8-9; sosyal hakların dava edilebilirliği alanındaki akademik çalışmalarda ABD ve Avrupa bölgesi dışındaki “Küresel Güney” ülkeleri üzerine giderek artan bir ilgi mevcuttur. Küresel Güney içinde tanımlanan Latin Amerika, Hindistan ve başta Güney Afrika olmak üzere kimi Afrika ülkeleri “güney”in karakteristik sorunları ile baş etmeye çalıştıkları gibi küresel neoliberal politikalarla kaynaklanan problemlerle de yüzleşmektedirler. Benzer ve farklılaşan pek çok yönlerine rağmen bu ülkeler sosyal hakların yargısal korunmasına yönelik zengin deneyim barındırmaktadırlar. Bkz. Yolcu, 2018, s. 161-165.

¹¹⁷⁶ Katherine G. YOUNG, “The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content”, *Yale Journal of International Law*, Vol 33, 2008, (ss. 113-175), s. 161.

¹¹⁷⁷ Singh, Govender, Mills, 2007, s. 521; Güney Afrika Anayasası’nın 2. Bölümü “Haklar Beyannamesi” (*Bill of Rights*) başlığını taşımaktadır. Bu bölümde haklar arasında herhangi bir tasnife gidilmeksizin medeni ve siyasal haklar ile ekonomik, sosyal ve kültürel haklar bir bütün hâlinde yer almaktadır. Güney Afrika Anayasası için bkz. <http://www.justice.gov.za/legislation/constitution/SACConstitution-web-eng.pdf> (Erişim Tarihi: 20 Temmuz 2020).

¹¹⁷⁸ Güney Afrika Anayasa Mahkemesi’nin sosyal haklara yaklaşımını irdeleyen ayrıntılı bir çalışma için bkz. Yolcu, 2018, s. 166-206.

¹¹⁷⁹ Singh, Govender, Mills, 2007, s. 521.

¹¹⁸⁰ Yolcu, 2018, s. 240.

haklardan (başta yaşama hakkı) türetilmesi yaklaşımını benimsediğinden söz eder.¹¹⁸¹

Bu yaklaşım diğer Güney Asya ülkelerinde ve esasen uluslararası insan hakları denetim organlarının kararlarında da yaygındır.¹¹⁸²

Hindistan Yüksek Mahkemesi yaşama hakkının sınırlarını, pek çok ülkenin yargı sisteminin makul kabul etmeyeceği sınırların ötesine taşımıştır; sözgelimi, sağlık hakkını, yaşama hakkının kapsamı içinde ele alarak, dava edilebilirliğini kabul etmiştir. Yine gözaltına karşı koruma hakkına,¹¹⁸³ geçim hakkına¹¹⁸⁴ ve sağlıklı bir iş yerinde çalışma hakkına¹¹⁸⁵ yaşama hakkı kapsamında yer vermiştir.¹¹⁸⁶ Hindistan'ın olağanüstü genişlikteki sosyal hak yargılamaları yelpazesi¹¹⁸⁷ anayasal bir normun bulunmayışına rağmen anayasa yargısının hükümeti bu hakkı yerine getirmeye zorlamak için yaratıcı ve aktivist tutum izlediğini göstermektedir. Bütüncül olarak bakıldığında bu tutum, *hak temelli* bir yaklaşımın işlevsel bir demokraside insan sağlığı üzerindeki olumlu etkileri olabileceğini göstermektedir.¹¹⁸⁸

Latin Amerika'da ise, 1980'li yıllardan başlayarak insan hakları hareketi ilgisini sosyal hakların dava edilebilirliğine yönlendirmiştir. Latin Amerika'da anayasalardaki

¹¹⁸¹ Diğerleri ise, medeni ve siyasal hakların da sosyal boyutu olduğunun gösterilmesidir. Bu usulde, eşitlik ve ayrımcılık yasağı geleneksel haklar içine nüfuz ettirilerek sosyal haklara koruma sağlanır. Bu yöntem Kanada ve ABD mahkemelerinden örnek verilebilir. Sözgelimi, *Eldridge v. British Columbia* davasında maliyet ve bütçe konularını ele alan Kanada Yüksek Mahkemesi, eşitlik hakkının, hükümetin işitme engelli insanların tercümana erişimini sağlamak için kaynak tedarik etmesini gerektirdiğine karar vermiştir. Keza, Amerikan Yüksek Mahkemesinin, Başyargıç Warren döneminde (1953-1969) verdiği çığır açan kararlardan olan *Brown v. Board of Education* davasında, devlet okullarındaki ırk ayrımcılığının anayasaya aykırı olduğuna karar verilirken, eşitlik ilkesi ile eğitim hakkı arasındaki ilişkiye vurgu yapılmıştır. Bkz. Seymen Çakar, 2018, s. 92; Yolcu, 2018, s. 141-142.

¹¹⁸² Seymen Çakar, 2018, s. 91-93.

¹¹⁸³ Bkz. *Francis Mullin v. Administrator, Union of Delhi*, 2 SCR 516, Supreme Court of India, (1981)'den nakleden Tobin, 2013, s. 187.

¹¹⁸⁴ Bkz. *Olga Tellis v. Bombay Municipal Corporation*, AIR SC 180, Supreme Court of India, 10.07.1985'den nakleden Tobin, 2013, s. 187.

¹¹⁸⁵ *Consumer Education and Research Centre v. Union of India*, 1 SCR 626, Supreme Court of India, (1995)'den nakleden Tobin, 2013, s. 187.

¹¹⁸⁶ Tobin, 2013, s. 187.

¹¹⁸⁷ Bu noktada vurgulamak gerekir ki, Hindistan'da kabul edilen bir yargılama usulü olan “kamu yararı yargılaması (*public interest litigation-PIL*) çerçevesinde, herhangi bir insan hakkı ihlâlinin yargı önüne taşınabilmesi için “mağdur olma” sıfatı şart olmayıp, bu yargılama usulünün varlığı Hindistan'da sosyal hak ihlallerinin hak savunucuları ve STK'larca geniş çerçevede yargı önüne taşınmasına olanak sağlamaktadır. Bkz. Ramaswamy SUDARSHAN, “Courts and Social Transformation in India”, **Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?**, (Eds.) Roberto Gargarella, Pilar Domingo, Thénus Roux, Hampshire & Burlington, Ashgate, 2006, (ss. 153-168), s. 166, dipnot 8.

¹¹⁸⁸ Singh, Govender, Mills, 2007, s. 523.

temel hak ve özgürlüklerin ihlâl edilmesine veya ihlâl edilme girişimine koruma sağlayan bireysel başvuru (amparo) yolu¹¹⁸⁹ sosyal hakları da kapsayacak şekilde işlemektedir.

Bu çerçevede dikkat çeken kimi örneklerle yer vermek gerekirse, sözgelimi, Kolombiya’da temel haklar için koruma davası (*tutela davası*) öngörülmüştür. Anayasa’nın birinci bölümünde temel haklar ikinci bölümünde sosyal haklar listelenmiştir. Kolombiya Anayasası’nın 86. maddesine göre sadece temel haklar için tutela davası öngörülmüş ise de, Kolombiya Anayasa Mahkemesi temel haklar kavramını 1992 yılında verdiği kararlarla yorum yoluyla genişletmiş; her somut olayın kendi içinde değerlendirilmesi gerektiğini belirterek, anayasanın bütününe yansımış değer ve ilkelerle ilişki içinde ya da onlarla bağlantılı olan sosyal hakların da bu yolla korunması gerektiğine işaret etmiştir.¹¹⁹⁰ Mahkeme, kural olarak sosyal hakların aşamalı gerçekleştirileceğini benimsemekle birlikte, uluslararası hukukta da kabul edildiği gibi, bu ilkenin devletlerin yükümlülüklerini ihlâl etmesine gerekçe olamayacağını ortaya koymuştur. Sosyal hakların derhal uygulanmasında, (i) temel hakların geniş yorumu, (ii) onurlu bir yaşam için asgari şartlar kavramı ve (iii) anayasaya aykırı gidişat kavramı olmak üzere üç temel yorum tekniği geliştiren Mahkeme¹¹⁹¹ sağlık hakkı alanında olgun içtihatlarla imza atmaktadır. Mahkeme, sağlık hakkını yaşama hakkı ile bağlantılı temel bir hak olarak nitelendirirken şu ilkelere hareket etmektedir: (i) sağlık hakkının devletçe sağlanamaması sebebiyle yaşama hakkının tehlikeye girmesi hâlinde her iki hak arasında ayrılmaz bir ilişki olduğunun kabul edilmesi ve dolayısıyla hakkın her

¹¹⁸⁹ Amparo sözcüğü etimolojik olarak “yardım, koruma, himaye” anlamına gelmektedir. Bu hukukî yol Guatemala’da *amparo* olarak adlandırılırken, Arjantin, Ekvator, Uruguay, Paraguay, Honduras, Venezuela’da *accion de amparo* (koruma davası), El Salvador ve Peru’da *proceso de amparo* (koruma usulü), Bolivya, Kosta Rika, Dominik Cumhuriyeti Nikaragua ve Panama’da *recurso de amparo* (koruma başvurusu), Kolombiya’da *accion de tutela* (vesayet-koruma davası), Meksika’da *juicio de amparo* (koruma yargılaması-anaysal haklar yargılaması), Şili’de *recurso de proteccion* (koruma başvurusu), Brezilya’da *mandado de segurança* ya da *mandado de injunção* olarak isimlendirilmiştir. Bkz. Sibel İNCEOĞLU, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Türkiye ve Latin Modelleri*, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2017, s. 4.

¹¹⁹⁰ İnCEOğlu, 2017, s. 233-234.

¹¹⁹¹ Yolcu, 2018, s. 213; Kolombiya Anayasa Mahkemesi’nin sosyal haklar yaklaşımı ve yorum teknikleri bakımından detaylı bir çalışma için bkz. Yolcu, 2018, s. 206-236.

birey için icrâ edilebilir olması (ii) başvuranın özel olarak savunmasız durumda olması sebebiyle sağlık hizmeti sağlanmasının zorunlu olması ve (iii) Mahkemece, belirli bir sağlık hizmetinin ve mallarının sağlık hakkının asgari çekirdeği olduğunun belirlenmesi. Mahkeme T-760/2008 kararında, Hükümetin sağlık sistemini sözü edilen ilkelere uygun olarak yeniden yapılandırmasını emretmiştir.¹¹⁹²

Öte yandan, Şili Anayasası'na göre amparo yoluna başvurulacak haklar listesinde genellikle medeni ve siyasal haklar bulunmakla birlikte, içlerinde sağlık bakım sistemini seçme hakkı, sağlıklı bir çevreye sahip olma hakkı, öğretme ve çalışma özgürlüğü, sendikaya üye olma hakkı da yer almaktadır.¹¹⁹³

Meksika'da amparo davasına konu olabilecek haklar arasında sosyal haklar yer almamasına rağmen, yargının genişletici yorumu ile sosyal haklar da dahil oldukça kapsamlı bir alan korumaya alınmıştır. 2011 yılında yapılan anayasa değişikliği ile amparo davasına konu hakların kapsamının “ülkenin taraf olduğu bütün uluslararası sözleşmelerde tanınan insan hakları ve sağlanan güvenceler” olarak belirlenmesiyle koruma alanı hayli genişlemiştir.¹¹⁹⁴

C. Devletin Sağlık Hakkına İlişkin Genel Yükümlülükleri

Daha önce de işaret edildiği gibi, ESKHS'de düzenlenen sosyal haklara ilişkin “genel yükümlülük normu” olan 2(1). maddeye göre, devletlere yüklenen yükümlülüğün dört unsuru bulunmaktadır. Bunlar: (i) mevcut kaynakların azami düzeyde kullanılması, (ii) önlem alma (adım atma), (iii) aşamalı gerçekleştirme, (iv) uluslararası işbirliği.

¹¹⁹² Tobin, 2013, s. 203; Kapczynski, 2019, s. 85; Kolombiya Anayasa Mahkemesi'nin T-760/2008 sayılı kararını sağlık hakkının dava edilebilirliği bağlamında irdeleyen bir çalışma için bkz. Arrieta-Gómez, “**Realizing the Fundamental Right ...**”, 2018.

¹¹⁹³ Inceoğlu, 2017, s. 232-233.

¹¹⁹⁴ ibid, s. 235-236.

ESKHK'nın 3 nolu GY'sinde 2. maddenin Sözleşme'nin tam anlamıyla anlaşılmasındaki önemine değinilerek, bu maddenin Sözleşme'nin diğer maddeleriyle dinamik bir ilişki içinde olduğunun gözönünde tutulması gerektiği salık verilir.¹¹⁹⁵ Sözü edilen genel yükümlülük normundan ve spesifik olarak sağlık hakkının düzenlendiği normlardan hareketle, devlete sağlık hakkı ile ilgili atfedilen yükümlülükler beş ayrı başlık altında incelenecektir.

1. En Üst Düzeyde Ulaşılabilir Sağlık Standardı Sağlama

Sağlık hakkının en geniş kapsamıyla düzenlendiği iki uluslararası metinden hareketle, devlete sağlık hakkı alanında verilen en temel yükümlülüğün “en üst düzeyde ulaşılabilir sağlık standardı sağlamak” olduğu söylenebilir. 14 nolu GY'de, herkesin insan onuruna yakışır bir hayat sürdürebilmesi için ulaşılabilir en yüksek sağlık standardına sahip olmasının gerektiği vurgulanır.¹¹⁹⁶ Bu çerçevede devletin sağlık hakkını gerçekleştirmek bakımından temel görevi sağlık hizmetlerine, olanaklarına ve mallarına tüm bireylerin evrensel düzeyde ve ayrımcılık gözetilmeksizin eşit şekilde erişimini sağlamaktır.

Devletler, bu amaca ulaşmayı sağlayacak ulusal sağlık politikalarını oluşturmak, politikaları oluştururken DSÖ'nün geliştirdiği sağlık programlarını dikkate almak, sağlık hakkının gerçekleştirilmesine matuf başta yasal düzenlemeler ve idarî tedbirler olmak üzere gerekli iç hukuk düzenlemelerini yapmak, ulusal hukuk sistemlerinde hakkın gerçekleştirilmesine yönelik etkili hak arama yollarını öngörmek ve sağlık hakkının hukuken icrâ edilebilir olması için sağlık hizmetlerinin sunumunda her türlü ayrımcılığı engellemek yükümlülüğü altındadır.¹¹⁹⁷

¹¹⁹⁵ 3 Nolu Genel Yorum, para 1.

¹¹⁹⁶ 14 Nolu Genel Yorum, para 1.

¹¹⁹⁷ 14 Nolu Genel Yorum, para 1.

Ayrıca, sağlık hakkı diğer insan haklarıyla bütünlüklü bir şekilde ele alınmalı ve insan haklarının tamamının birbirleriyle karşılıklı ilişkili olduğu gözardı edilmemelidir.¹¹⁹⁸ Bu noktadan hareketle denilebilir ki, sağlık yönünden tam bir iyilik ve esenlik durumunda olmayan bir kişinin öteki hakları layıkıyla kullanamayacağı açık olduğu gibi, temiz hava, temiz çevre, içilebilir su gibi ön koşullar olmaksızın, en üst düzeyde ulaşılabilir sağlık standardını tesis etmek de mümkün olmaz.¹¹⁹⁹ Uluslararası insan hakları sözleşmelerinde ulaşılacak en yüksek sağlık standardına yapılan atıf sadece, gerekli sağlık koşullarına sahip olmaya yönelik olmayıp bununla birlikte *sağlığın sosyal belirleyicileri* olarak nitelenen insanların sağlıklı bir hayat sürdürmelerini sağlamaya yönelik sosyo-ekonomik faktörleri dikkate almayı, gelir eşitsizliğini gidermeyi, ayrımcılığı ortadan kaldırmayı; yine, *sağlığın temel belirleyicileri* olarak beslenme, gıda, yaşamaya elverişli konut hakkı, yeterli ve güvenli içme suyu, hijyen, sanitasyon, güvenli ve sağlıklı çalışma koşulları ve sağlıklı bir çevreye erişimi de ihtiva etmektedir.¹²⁰⁰

2. Mevcut Kaynakların Azami Ölçüde Kullanılması Yükümlülüğü

ESKHS'nin 2/1. maddesi, sosyal haklar ile devletlerin ekonomik durumu arasındaki bağlantıyı vurgularken, bu hakların devletlere malî yükümlülükler getirdiği ön kabulünden yola çıkmaktadır. Bununla birlikte, tüm insan haklarının devletler için malî yükümlülükler getirdiği artık tartışmasız kabul edilmektedir.

Dolayısıyla, bu yükümlülüğün sağlık hakkı yönünden anlamı, devletlerin sağlık hakkının hayata geçirilmesindeki sorumluluklarının ekonomik gelişmişlik düzeyleriyle doğru orantılı olarak ele alınması gereğidir.¹²⁰¹ Bir başka ifadeyle, ESKHK, sağlık

¹¹⁹⁸ Şahin, 2010, s. 737.

¹¹⁹⁹ ibid, s. 737-738.

¹²⁰⁰ 14 Nolu Genel Yorum, para 4.

¹²⁰¹ Ertan, 2014, s. 87.

hakkının hayata geçirilmesi için devletin mevcut kaynaklarının dikkate alındığını¹²⁰² belirtmekle, her bir devletin spesifik olarak ekonomik durumuna vurgu yapmaktadır. Dolayısıyla, devletlerin bu konudaki yükümlülüğünün sağlık hakkını gerçekleştirmek için mevcut kaynaklarının azami ölçüde kullanılmasını gerektirdiği ve bu yükümlülüğün keyfi olarak yerine getirilmemesinin kabul edilemeyeceği açıktır.

Komite, 3 nolu GY’de bu yükümlülüğün alt sınırını belirleyen bir formülü ortaya koyar. Buna göre, devletlerin sağlık hakkının hayata geçirilmesini asgari düzeyde sağlama yükümlülüğü bulunmaktadır. Şu hâlde, *inter alia*, temel sağlık hizmetlerinden faydalanamayan, açlık sınırında yaşayan, evsiz ve korumasız durumda olan önemli sayıda yurttaşın bulunduğu bir devletin Sözleşme’den doğan yükümlülüklerini yerine getirmediği karineten kabul edilir. Çünkü Sözleşme böyle bir asgari yükümlülük getirecek şekilde yorumlanmazsa varlık nedenini kaybeder. Asgari yükümlülüklerin yerine getirilip getirilmediğinin değerlendirilmesinde, o ülkedeki “sınırlı kaynakların yetersizliği” gözönünde bulundurulur. Bir ülkenin “mevcut kaynaklarının yetersizliği” gerekçesine başvurabilmesi için, mevcut tüm kaynaklarını asgari yükümlülüklerine öncelik vererek kullanıldığını ispatlaması gerekir. Yani, kaynak sıkıntısı çekilen hâllerde dahi, ilgili devletin asgari yükümlülükleri devam eder. Kaynak yetersizliğinin uyum süreci, ekonomik gerileme veya diğer benzer sebepler yüzünden ciddi boyutlara ulaştığı durumlarda dahi, toplumun sağlık yönünden risk altındaki dezavantajlı kesimlerinin sağlık hakkı düşük masraflı programların uygulanması yoluyla korunmalıdır.¹²⁰³

Bu yükümlülük, devletin mevcut kaynaklarının rasyonel kullanımını da içermektedir. Sağlık hakkı bağlamında meseleye bakıldığında, kaynakların dağıtımının mümkün olan “en yüksek” yararı nüfusun olabildiğince “en geniş kesimine” sağlayacak

¹²⁰² 14 Nolu Genel Yorum, para 9.

¹²⁰³ 3 Nolu Genel Yorum, paras 10, 11, 12; 14 Nolu Genel Yorum, para 18.

şekilde yapılmasını gerektirir.¹²⁰⁴ Bu da, sağlık hakkı konusundaki ayrımcılığı ortadan kaldırmaya yönelik stratejilerin, programların ve hukukî düzenlemelerin hayata geçirilmesi ile sağlanabilir. Komite'ye göre, sağlık hakkının gerçekleştirilmesi için sağlık hizmetlerine erişimde eşitlik sağlanmalı, toplumun genelini kapsayacak sağlık sigortası öngörülmesi, sağlık hizmetlerine erişemeyenlere bu imkânlar sunulmalı, sağlık hakkına ilişkin temel yükümlülükler açısından ayrımcılık engellenmeli ve sağlık alanındaki yatırımlarda, toplumun geniş bir kesiminin faydalanabileceği temel sağlık hizmetleri öncelenmelidir.¹²⁰⁵

3. Aşamalı Gerçekleştirme Yükümlülüğü

Sağlık hakkının aşamalı gerçekleştirilmesiyle kastedilen, taraf devletlerin sağlık hakkının gerçekleştirilmesi için olabildiğince etkili ve hızlı karar almak ve harekete geçmek konusunda açık ve devamlı bir yükümlülüğe sahip olmalarıdır.¹²⁰⁶ Şu hâlde, sözkonusu yükümlülük, sağlık hakkının sonsuz belirsizlikteki bir gelecekte hayata geçirilmesi seçeneğine sahip olmak şeklinde okunamaz.¹²⁰⁷

Bununla birlikte, aşamalı gerçekleştirme ilkesi esasen sağlık hakkının tam olarak hayata geçirilmesinin kısa erimde başarılamayacağını örtülü olarak kabulü olup¹²⁰⁸ bu yönüyle, MSHS'nin 2. maddesindeki tüm haklara saygı gösterme ve bunu derhal gerçekleştirme yükümlülüğünü öngören açık ve net tutumdan farklılaşır.¹²⁰⁹

Öte yandan, bu yükümlülük kapsamında, devletin haktan yararlanmayı doğrudan ya da dolaylı olarak *geriye götürücü* tedbirler alma yasağı yönünde bir karine

¹²⁰⁴ Ertan, 2012, s. 64.

¹²⁰⁵ 14 Nolu Genel Yorum, para 19.

¹²⁰⁶ 14 Nolu Genel Yorum, para 31.

¹²⁰⁷ Ertan, 2014, s. 88.

¹²⁰⁸ Nitekim, 14 nolu GY'de "Komite, dünya üzerindeki milyonlarca insan için sağlık hakkından tam anlamıyla faydalanmanın erişilmesi uzak bir hedef olduğunun farkındadır. Ayrıca, birçok durumda yoksulluk içinde yaşayanlar için bu hedef daha da ulaşılması zor bir hedeftir. Komite, çok sayıda taraf devlet açısından 12. maddenin tam anlamıyla gerçekleşmesini engelleyen uluslararası faktörler ve diğer faktörlerden kaynaklanan atılması güç yapısal engeller ve diğer engellerin bilincindedir" denilerek bu husus ifade edilmektedir. Bkz. 14 Nolu Genel Yorum, para 5.

¹²⁰⁹ Seymen Çakar, 2018, s. 106.

mevcuttur. Buna göre, bir taraf devletin sağlık hakkını geriye götürücü bir tedbir alması hâlinde, bu tedbirin diğer bütün olasılıkların dikkatlice değerlendirilmiş olması ve elverişli tüm kaynaklarının azami ölçüde kullanılması bağlamında ESKHS’de yer alan hakların tamamının gözönünde bulundurulmuş olması suretiyle alındığını kanıtlaması gerekir.¹²¹⁰

Geriye götürücü tedbirler alma yasağına yargı içtihatlarında da başvurulmaktadır. Örneğin, Arjantin Yüksek Mahkemesi, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin yasal düzenlemede tam tazminat hakkını bilinçli olarak sınırlandıran bir tedbir öngörülerek geriye götürücü tedbirler alma yasağının ihlâl edildiğine karar vermiştir.¹²¹¹ Kolombiya Anayasa Mahkemesi, sağlık sigortası ile ilgili olarak çıkarılan yasadaki düzenlemeyi geriye götürücü tedbir olarak değerlendirip iptal etmiştir.¹²¹² Portekiz Anayasa Mahkemesi, ulusal sağlık hizmet sistemi kurulmasını öngören tüzüğün yürürlükten kaldırılmasına ilişkin düzenlemeyi, devlet tarafından ulusal düzeyde sağlık hizmeti kurulmasının anayasadan kaynaklanan bir yükümlülük olduğunu belirterek, yapılan düzenlemenin geriye götürücü tedbir alma yasağını ihlâl ettiğini vurgulamıştır.¹²¹³

4. Adım Atma Yükümlülüğü

ESKHS’deki haklar bakımından aşamalı gerçekleştirme ilkesi kabul edilmiş olsa bile, sözleşme taraf devletlere derhal etki doğuran birçok sorumluluk yüklemektedir.¹²¹⁴

¹²¹⁰ 14 Nolu Genel Yorum, para 32.

¹²¹¹ Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A. s/accidentes ley 9.688, Argentine Supreme Court, 21.09.2004’ten nakleden Seymen Çakar, 2018, s. 119.

¹²¹² T-671/2002, The Colombian Constitutional Court, 20.08.2002’den nakleden Seymen Çakar, 2018, s. 119.

¹²¹³ Decision (Acórdão) N° 39/84, Portuguese Constitutional Tribunal (Tribunal Constitucional), 11.04.1984’den nakleden Seymen Çakar, 2018, s. 119-120.

¹²¹⁴ Bu bağlamda, Komite’ye göre; “...hakların tam olarak gerçekleştirilmesi aşamalı şekilde sağlanabilirken, bu amaca yönelik tedbirler Sözleşme’nin ilgili devletler bakımından yürürlüğe girmesinden itibaren makûl kısıllıktaki bir zaman içinde alınmalıdır. Söz konusu tedbirler plânlı, somut ve mümkün olduğunca Sözleşmede tanınmış olan yükümlülükleri karşılamaya yönelik olmalıdır.” Bkz. 3 Nolu Genel Yorum, para 2.

Bunlardan ilki, sağlık hakkını gerçekleştirmeye matuf olmak üzere belirli stratejiler ve programlar geliştirmek üzere derhal adım atma yükümlülüğü;¹²¹⁵ ikincisi, sağlık hakkının herhangi bir şekilde ayrımcılık yapılmaksızın kullanılmasının güvence altına alınması; ncs, sağlık hakkının gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğini izlemek üzere gerekli mekanizmaları oluşturmak ve hakkın ihlâl edilmesi durumunda erişilebilir telâfi (tazmin) yollarının öngörülmesi taahhüdüdür.¹²¹⁶

ESKHS’nin 2(1). paragrafında öngörülen “*bilhassa yasal düzenlemeler suretiyle alınacak tedbirleri de içerecek şekilde her türlü uygun vasıtaıyla*” ifadesi çerçevesinde, sağlık hakkının gerçekleştirilmesine yönelik gerekli yasal düzenlemelerin yapılmadığı durumlarda sağlık hakkının tüm unsurlarıyla hayata geçirildiğinden sözetmek mümkün olmayacağı gibi, ayrımcılıkla etkili bir şekilde mücadele etmek de imkânsız hâle gelebilir.¹²¹⁷

Komite, alınacak tedbirlerin yasal düzenlemeler veya yerine göre idari tedbirler olarak belirlenmesinde devletlere takdir yetkisi bırakmaktadır.¹²¹⁸ Bu itibarla, devletlerin anayasal sistemlerine göre yasal düzenleme yapılması şart olanların yasa şeklinde, daha teknik ve ayrıntılı düzenleme gerektiren diğer hususların ise idari düzenlemelerle hayata geçirilmesi gerekmektedir. Sonuçta gerekli adımların atılıp atılmadığını ve devletlerin takdir yetkisini Sözleşme’nin sözüne ve ruhuna uygun olarak kullanıp kullanmadıklarını denetleme yetkisi ESKHK’ye aittir.¹²¹⁹ Sözleşme’nin 2(1). paragrafındaki “uygun diğer tedbirler” ise, tüketicisi olmamak kaydıyla, sosyal, malî, eğitsel ve ilgili diğer önlemleri kapsar. Bu nlemler, kararlı ve somut olmalı, sağlık hakkının tam olarak hayata geçirilmesi amacını gütmelidir.¹²²⁰

¹²¹⁵ 14 Nolu Genel Yorum, para 30.

¹²¹⁶ 3 Nolu Genel Yorum, para 2; United Nations Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, **Frequently Asked Questions on a Human Rights-Based Approach to Development Cooperation**, New York and Geneva 2006, s. 3; Ertan, 2012, s. 65-66.

¹²¹⁷ 3 Nolu Genel Yorum, para 3; 14 Nolu Genel Yorum, para 30.

¹²¹⁸ 3 Nolu Genel Yorum, para 4.

¹²¹⁹ 3 Nolu Genel Yorum, para 4.

¹²²⁰ 3 Nolu Genel Yorum, para 2; 14 Nolu Genel Yorum, para 30.

Uygun tedbirler içindeki diğer alan ise, “ulusal hukuk sisteminde tanınan hak arama yolları”dır.¹²²¹ Çalışmanın temel savı, sağlık hakkının dava edilebilirliği üzerine odaklandığından, bu unsur tezin temel iddiasının güçlendirilmesi bakımından nirengi noktasıdır. Komite’nin örnekleme yoluyla saydığı ve dikkat çektiği husus, tüm sosyal haklar gibi sağlık hakkının da ayrımcılık gözetilmeden tüm bireylerce kullanılmasının sağlanması için başta adlî olmak üzere tüm etkili hak arama yolları ile hak ihlallerinde tazmin yollarının mevcut olmasıdır. Bu durumda, devletlerin sağlık hakkının ayrımcılık yapılmadan icrâ edileceğini güvence altına alması gerekmekte olup¹²²² bu da, ayrımcılık yapıp yapılmadığının yargı mercileri tarafından doğrudan denetlenmesi anlamına gelmektedir.

5. Asgari Çekirdek Yükümlülüğü Kavramı

Tüm insan haklarında olduğu gibi, sağlık hakkının da hayata geçirilmesi için devletlerce adım atılmaması, tedbir alınmaması veya haksız müdahalede bulunulması hâlinde hakkın varoluş sebebinin ortadan kalkacağı unsurları mevcuttur.¹²²³ İşte bu unsurlar sağlık hakkının asgari çekirdek yükümlülüklerini yani hakkın çekirdeğini/özünü oluşturmaktadır.

Sosyal hakların aşamalı gerçekleştirme yükümlülüğünün soyut ve açık uçlu doğasının aksine, 3 nolu GY’de Komite, Sözleşme’ye taraf devletlerin en azından hakların her birinin asgari temel düzeylerinin karşılanmasını sağlamak için asgari çekirdek yükümlülük kavramını ortaya atmıştır. Komite, bu kavrama daha fazla anlam kazandırmak amacıyla, sağlık hakkının asgari çekirdeğini belirlerken gözönünde bulundurulması gereken başlıca uluslararası belgeler olarak, devletlerin bu konudaki

¹²²¹ 3 Nolu Genel Yorum, para 5.

¹²²² 14 Nolu Genel Yorum, para 1.

¹²²³ Ertan, 2012, s. 113.

temel yükümlülüklerini belirten 14 ve 22 nolu GY'lere, Alma-Ata Bildirgesi ve Uluslararası Nüfus ve Kalkınma Konferansı Raporu'na işaret etmiştir.¹²²⁴

Bu bağlamda, DSÖ tarafından 1978 tarihli Alma-Ata Konferansı'nda ilân edilen Temel Sağlık Hizmetleri Bildirisi'nde sağlık hakkının çekirdeğini oluşturan temel sağlık hizmetleri¹²²⁵ için “en az bakım” (*minimal care*) kavramından söz edilmektedir. Bu kapsamda devletler şu ödevleri yerine getirmek zorundadır: “1.Halkın sağlık eğitimi 2.Beslenme durumunun geliştirilmesi 3.Temiz su temini ve sanitasyon 4.Ana-çocuk sağlığı ve aile plânlaması 5.Başlıca bulaşıcı hastalıklara karşı bağışıklama 6.Endemik hastalıkların kontrolü 7.Sık görülen hastalıkların uygun tedavisi 8.Temel ilaçların sağlanması.”¹²²⁶

ESKHK sağlık hakkının asgari yükümlülüklerini 14 nolu GY'de, ayrımcılık gözetilmeksizin bilhassa risk altındaki gruplar ile toplum dışına itilmiş gruplar bakımından sağlık hizmetlerine, olanaklarına ve mallarına erişimi sağlamak; herkesin açlıktan kurtulması için asgari temel gıdaya erişimi sağlamak; temel barınma, konut, hijyen ile güvenli ve içilebilir su kaynağına erişimi sağlamak; temel ilaçlara erişimi sağlamak; toplumun incinebilir ve dezavantajlı kesimlerini gözeten, katılımcı ve şeffaf

¹²²⁴ 14 Nolu Genel Yorum, para 43; BM, Uluslararası Nüfus ve Kalkınma Konferansı Raporu, (Report of the International Conference on Population and Development), Cairo, 5-13.09.1994 (United Nations Publication, Sales No. E.95.XIII.18), 1. Bölüm, Karar No.1; Tobin, 2013, s. 238.

¹²²⁵ Bildiri'de temel sağlık hizmetleri (*primary health care*) şöyle tanımlanmıştır: “... Temel sağlık hizmetleri, ülkenin sağlık hizmetinin çekirdeğini oluşturur ve genel anlamdaki toplumsal ve ekonomik kalkınmanın vazgeçilmez bir parçasıdır. Ulusal sağlık sisteminin; insanların yaşadığı ve çalıştığı yerlerin mümkün olduğu kadar yakınına götürülmüş, bireylerin, ailelerin ve toplumun ilk başvuru yeri olan, sağlık hizmeti zincirinin birinci halkasını oluşturur.” Bkz. Zafer ÖZTEK, “Temel Sağlık Hizmetleri 1978-2018”, **Halk Sağlığı Uzmanları Derneği Yayını**, 2018/3, s. 2.

<https://hasuder.org.tr/wp-content/uploads/Temel-Sa%C4%9Fl%C4%B1k-Hizmetleri-1978-2018.pdf> (Erişim Tarihi: 24 Mart 2020).

¹²²⁶ Öztekin, 2018, s. 8-9; Temel İlaçlar (essential drugs) listesi, DSÖ tarafından ortaya atılmış bir kavramdır. Bu listede, öncelikli sağlık sorunlarında kullanılmak üzere seçilmiş en etkili, güvenli ve maliyet-yarar açısından yüksek değerdeki ilaçlar çocuklar ve erişkinler için ayrı ayrı yer almaktadır. DSÖ çekirdek liste olarak adlandırdığı bir ilaç listesini her iki yılda bir açıklar. Ülkeler, kendi koşullarını dikkate alarak bu listeyi ülkelerine uyarlarlar. Bkz. Öztekin, 2018, s. 11-12; Bu listede asılara da yer vermektedir. 2019 yılı için belirlenen Temel İlaçlar Listesi için bkz. <https://www.who.int/groups/expert-committee-on-selection-and-use-of-essential-medicines/essential-medicines-lists> (Erişim Tarihi: 21 Aralık 2020).

bir kamu sağığı stratejisi ve eylem plânı hazırlayıp her zaman güncel tutmak olarak öngörmüştür.¹²²⁷

Cinsel sağık ve üreme sağığı hakkının asgari çekirdek yükümlölükleri ise, bireylerin ve grupların bu hizmetlere erişimini engelleyen yasa ve uygulamaları ortadan kaldırmak; yeterli bütçe tahsisiyle birlikte ulusal bir strateji benimsemek; dezavantajlı toplum kesimlerinin uygun fiyatlı, kabul edilebilir ve kaliteli hizmetlere, ürünlere ve tesislere erişimini sağlamak; zararlı geleneksel uygulamaları engellemek; mahremiyet ilkesini, kişisel sağık verilerinin gizliliğini, bilgilendirilmiş onam hakkını koruyan yasaları yürürlüğe koymak; güvenli olmayan isteğe bağılı kürtaıları önlemek ve kürtaı sonrası bakım ve danışmanlık hizmeti vermek; tüm bireylerin bu hizmetlere erişebilmesini sağlamak; gerekli ilaç, tıbbî ekipman ve teknolojileri sağlamak; hakkın ihlâli durumunda etkili ve şeffaf hak arama yolları ve gerekli tazmin imkânına erişimi sağlamaktır.¹²²⁸

Komite, sağık hakkının asgari çekirdek yükümlölükleri olarak saydığı alanın dışında ve fakat bu alanla “karşılaştırılabilir öncelikte” olduğunu kabul ederek, genel yükümlölükler ile asgari çekirdek yükümlölükler arasına “öncelikli yükümlölükler” halkası yerleştirmiştir.¹²²⁹ Bu yaklaşım eleştiriye açıktır. Zira, 14 nolu GY’nin 43. paragrafında, sağık hakkının asgari çekirdek yükümlölüklerin hiçbir surette “askıya alma”ya veya “aksine düzenleme getirme”ye konu olamayacağı belirtilmektedir.¹²³⁰

¹²²⁷ 14 Nolu Genel Yorum, para 43.

¹²²⁸ 22 nolu Genel Yorum, para 49.

¹²²⁹ Sağık hakkı bakımından yerine getirilmesi gereken “öncelikli yükümlölükler” şunlardır (14 nolu Genel Yorum, para 44):

- (a) Üreme sağığı, doğum öncesi ve doğum sonrası anne ve çocuk sağığıının güvence altına alınması,
- (b) Toplumda görülen temel bulaşıcı hastalıklara karşı bağıışıklık sağılanması,
- (c) Salgın ve yöresel hastalıkları engellemeye, tedavi ve kontrol etmeye yönelik tedbirlerin alınması;
- (d) Toplumdaki temel sağık konularına ilişkin, engelleme ve kontrol metotları da dahil olmak üzere, eğitim verilmesi ve bilgiye erişimin sağılanması;
- (e) Sağık personeline, sağık ve insan hakları eğitimi de dahil olmak üzere uygun eğitimin verilmesi.”

¹²³⁰ 14 Nolu Genel Yorumun 47. paragrafında bu husus şöyle ifade edilmektedir: “...Mevcut kaynaklarının azamisini kullanarak sağık hakkının gerçekleştirilmesi konusunda isteksiz olan bir devlet 12. madde çerçevesindeki yükümlölüklerini ihlal etmektedir. Kaynak sıkıntısı nedeniyle sağık hakkını gerçekleştiremeyen devlet, mevcut bütün kaynakların öncelikle yukarıda belirtilen yükümlölükleri yerine getirmek için kullanılması konusunda gereken tüm çabanın gösterildiğini ispatlamakla yükümlüdür. Ancak, belirtmek gerekir ki, taraf devlet hiçbir şekilde, 43. paragrafta belirtilen askıya almanın veya

Böylelikle Komite, 3 nolu GY'deki yaklaşımını sadece sağlık hakkının asgari çekirdeği olan alan bakımından daha ileriye taşıyarak, her durumda “dokunulmaz” olan bir alan yaratmış¹²³¹ ve fakat, öncelikli yükümlülükleri bu dokunulmaz alan içine almamıştır.

Oysa “öncelikli yükümlülükler” olarak belirlenen kategori Alma-Ata Bildirgesi'nde ifadesini bulan temel sağlık hizmetlerinin yani hakkın çekirdeğinin ta kendisidir. Bu yönüyle temel yükümlülüklerle eşdeğer kabul edilmelidir. Komite'nin ana-çocuk sağlığı, salgın hastalıklarla mücadele, aşılama, halk eğitimi ve bilgiye erişim, sağlık personelinin eğitimi gibi son derece somut nitelik taşıyan öncelikli kategoriye ikincilleştirerek aşamalı gerçekleştirme ilkesine tâbi kıldığı düşünülemez. Kanımızca, Komite'nin ilkesel düzeyde belirlediği “temel yükümlülükler” ile tek tek somut konular olarak koyduğu “öncelikli yükümlülükler” kategorisinin her ikisi de aynı önem ve derecede sağlık hakkının özü olarak yerine getirilmesi zorunlu yükümlülükler arasındadır.

Hakkın çekirdeği/özü kavramı sağlık hakkının dava edilebilirliği konusunda mahkemelerin yararlandığı değerlendirme ölçütlerinden biridir.¹²³² Yargılama pratiğinde “*vital minimum*” ya da “*minimum level of existence*” olarak kavramlaştırılan hakkın çekirdeği/özü doktrinini ilk geliştiren Alman Federal Anayasa Mahkemesi'ne göre devlet, bireylerin insan onuruna yakışır bir hayat sürmelerini sağlamak üzere, gereksinimi olan bireyler için uygun ve gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür.¹²³³ Göçmen yasasının yargısal denetimini yaptığı 2012 tarihli kararında Mahkeme, bireylerin “yaşamsal asgari” bir hakka sahip olduklarını ve devletin sağlık, gıda, barınma, giyinme ve sosyal yardımı da içine alacak şekilde temel hakların güvence

aksine düzenleme getirmenin mümkün olmadığı temel yükümlülüklerle uymamasını mazur gösteremez.” Bkz, Uyar, 2006, s. 258.

¹²³¹ Tobin, 2013, s. 239.

¹²³² Young, 2008, s. 158.

¹²³³ Seymen Çakar, 2018, s.121;

altına alınması olarak tanımlanan onurlu asgari bir yaşamı sağlama yükümlülüğü bulunduğunu vurgulamıştır.¹²³⁴

Başkaca kimi mahkemeler de bu kavrama ilgi duymuş ve kararlarında bir ölçü norm olarak kullanmış ise de,¹²³⁵ bazı mahkemeler bu kavramın uygulanmasını zor ve kafa karıştırıcı bulmuştur.¹²³⁶

Bu bağlamda, Brezilya Federal Yüksek Mahkemesi, *RE 436996/SP* kararında sağlık hakkının asgari çekirdeği olan temel sağlık hizmetlerine erişimin sağlık hakkının önemli bir bileşeni olduğunu belirtmiştir. Arjantin Yüksek Mahkemesi de, *Reynoso, Nida Noemi c/ INSSJP s/amparo* kararında uluslararası hukukta ve anayasada güvence altına alınan sağlık hakkı çerçevesinde, devletin hakkın asgari çekirdeği olan temel sağlık hizmetlerini eksiksiz olarak sağlaması gerektiğine vurgu yapmıştır.¹²³⁷

Aksine, Güney Afrika Anayasa Mahkemesi asgari çekirdek yükümlülükler kriterini eleştirerek kendine özgü makûllük formülünü geliştirmiştir. Sağlık hizmetlerine erişilebilirliğe odaklanan bu formülasyon, uluslararası hukukta kabul edilen hakkın çekirdeği kriterinden daha dar olsa da, “erişilebilirlik” uluslararası hukukta sağlık hakkının temel bir unsuru olduğundan, Güney Afrika Anayasası’nın 27. maddesi¹²³⁸

¹²³⁴ Rabia İlay PEERZADE, **Uluslararası Hukukta Gıda Hakkı**, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2019, s. 348-349.

¹²³⁵ Sözgelimi Af.İHHK, Ogoni davasında gıda hakkına ilişkin devletin yükümlülüklerini temellendirirken Afrika Şartı’nda yer almayan “asgari çekirdek” kavramına gönderme yapmıştır. Bu bağlamda, sözkonusu kararda, “gıda hakkının asgari çekirdeğinin Nijerya Hükümeti’nin gıda kaynaklarını yok etmemesini veya kirlenmemesini gerektirdiği gibi devletin, özel şirketlerin gıda kaynaklarını yok etmesine veya kirlenmesine izin vermemesini gerektirdiğini” belirtmiştir. African Commission on Human and Peoples’ Rights, Social and Economic Rights Action Centre (SERAC), Centre for Economic and Social Rights (CESR) v. Nigeria, Communication No. 155/96, 27.10.2001, para 65’den nakleden Tobin, 2013, s. 240, dipnot 79; yine, Ame.İHK bir kararında, “üye ülkelerinin [sosyal haklar bakımından] asgari bir hak eşliğini garanti etmekle yükümlü olduklarını ...” vurgulamıştır. Inter-American Commission on Human Rights, Press Communique No 14/93, (Washington DC, 10.08.1993), in Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights 1993, IACHR Doc OEA/SER.L/V/II.85 Doc. 9 rev (11.02.1994), p.603-604’den nakleden Tobin, 2013, s. 240, dipnot 79.

¹²³⁶ Tobin, 2013, s. 240.

¹²³⁷ Seymen Çakar, 2018, s. 122.

¹²³⁸ Güney Afrika Anayasası’nın 27. maddesinin 1. paragrafı, üreme sağlığını da kapsamak üzere, herkesin sağlık hizmetlerine erişim hakkına sahip olduğunu öngörmektedir. 27. maddenin 2. paragrafında ise, devletin bu konudaki ödevlerine yer verilmekte ve “Devlet, imkân dahilindeki kaynaklar çerçevesinde, bu hakların her birinin aşamalı biçimde gerçekleştirilmesi için, gerekli yasama önlemlerini ve diğer önlemleri almak zorundadır.” denilmektedir. 27. maddenin 3. paragrafında ise, hiç kimsenin acil tıbbî tedaviye erişiminin reddedilemeyeceği düzenlenmiştir. Güney Afrika Anayasası’nın 27. maddesi

kapsamındaki yükümlülüğün ilerici niteliği, esasen uluslararası hukuktaki yükümlülükle tutarlı ve uyumlu bulunmaktadır.¹²³⁹ Güney Afrika Anayasa Mahkemesi’nin Birinci Dalga¹²⁴⁰ olarak anılan dönemde, hakkın asgari çekirdeği formülüne eleştirel yaklaşım makûllük kriterini uygulayarak sağlık hakkının dava edilebilirliğinin sorgulanamayacağını ilân ettiği¹²⁴¹ iki önemli içtihadından ilki *Soobramoney* kararı, ikincisi ise *TAC* kararıdır.

*Soobramoney*¹²⁴² davasında Güney Afrika Anayasa Mahkemesi, Anayasa’nın 27. maddesinde sağlık hakkının düzenlendiğini; sağlık hakkının sağlık hizmetlerinin genel olarak mevcudiyeti ve erişilebilirliği bağlamında yorumlanabileceğini; mevcut kaynaklar çerçevesinde hastanenin başvuranın sağlık profilindeki hastaların tedavisini sağlamak yükümlülüğü olmadığını;¹²⁴³ başvuranın ihlâl iddiasına dayanak olan 27(3). maddesinin ise, “ani ve acil durumlarda acil müdahale gereken kişilerin sağlık hizmetlerine erişim hakkının mutlak surette sağlanması” gerekliliğine işaret ettiğini;¹²⁴⁴ oysa başvuranın kronik bir hastalığın devam eden tedavisi amacıyla hizmet talep ettiğini ve fakat durumunun 27(3). maddesi kapsamında acil tıbbî tedavi olmadığını belirtmiştir.¹²⁴⁵

için bkz. <http://www.justice.gov.za/legislation/constitution/SACConstitution-web-eng.pdf> (Erişim Tarihi: 20 Temmuz 2020).

¹²³⁹ Tobin, 2013, s. 205.

¹²⁴⁰ Güney Afrika Anayasa Mahkemesi’nin sosyal haklarla ilgili uyuşmazlıkları ele aldığı içtihadı kronolojik olarak iki dönemde incelenmektedir. “Birinci Dalga” içtihat, Mahkemenin sosyal haklarla ilgili ilk kararını verdiği 1997 ile 2004 arasında verdiği kararları kapsamaktadır. “İkinci Dalga” ise, 2008’den 2012’ye kadar uzanan süreçte verilen kararları ifade etmektedir. İlk dalga kararları bu Mahkemenin dünya çapında ün kazanmasına vesile olan “makûllük” yaklaşımını geliştirdiği dönemdir. Bkz. Yolcu, 2018, s. 173.

¹²⁴¹ Tobin, 2013, s. 205.

¹²⁴² Somut olayda başvuran, hayatta kalmak için diyaliz tedavisine ihtiyaç duyduğunu ve özel tedavi merkezlerine ödeme yapacak gücü kalmadığını belirterek devlet tarafından finanse edilen bir hastaneden hizmet talebinde bulunmuş ise de, Hastane idaresince bu talebinin, tıbbî kılavuzlar gereği sadece böbrek nakline yönelik hastaların diyaliz tedavilerinin yapıldığı gerekçesiyle reddedilmesi üzerine bu kararın Anayasa’nın 27(3). maddesindeki acil sağlık hizmetlerine erişim hakkını ve genel olarak anayasal sağlık hakkını ihlâl ettiğini ileri sürmüştür. Bkz. Thiagraj Soobramoney v. Minster of Health (Kwazulu-Natal), Case CCT 32/97, Constitutional Court of South Africa, 27.11.1997. Kararın İngilizce metnine şuradan erişilmiştir:

https://www.escri-net.org/sites/default/files/Soobramoney_Decision.pdf (Erişim Tarihi: 6 Haziran 2020).

¹²⁴³ Soobramoney v. Minster of Health, para 19.

¹²⁴⁴ Soobramoney v. Minster of Health, para 20.

¹²⁴⁵ Soobramoney v. Minster of Health, para 21; Güney Afrika Anayasa Mahkemesi’nin kararında “acil vaka” kavramını irdelerken, Hindistan Yüksek Mahkemesi’nin “*Paschim Banga Khet Mazdoor Samity*

Mahkeme'ye göre, somut olay, Anayasa'nın acil olmayan tıbbî tedavilerin sağlanmasına ilişkin 27. maddenin 1. ve 2. paragrafları kapsamına girmektedir. Devlete sağlık hizmetlerine erişim konusunda getirilen genel yükümlülükler, acil sağlık hizmetleri hariç devletin mevcut kaynaklara bağlı olarak sağlık hizmetlerine erişim sağlama konusundaki aşamalı yükümlülüğüne bağlı bulunmaktadır.¹²⁴⁶ Sınırlı kaynaklar nedeniyle hastane, sadece kısa bir süre içinde tedavi edilebilen hastaları ve böbrek nakli için uygun olan kronik böbrek yetmezliği olan hastaları kabul etme politikasını benimsemiştir.¹²⁴⁷ Mahkeme, sağlık hizmetlerinden sorumlu makamların kıt kaynakların tahsisinde bu hizmetler için ayrılması gereken bütçenin ne kadar olacağı konusunda karar vermekle yükümlü olduklarını; sağlık bütçesinin belirlenmesinde siyasi düzeyde alınması ve yerine getirilmesi gereken önceliklere karar verilmesinin zorluklar içerdiğini; dolayısıyla, sorumluluğu bu tür konularla ilgilenmek olan siyasi organlar ve sağlık makamları tarafından iyi niyetle alınan rasyonel kararlara bir mahkemenin müdahale etmekte yavaş olacağını vurgulamıştır.¹²⁴⁸

Mahkeme'nin makûllük kriteriyle vardığı bu sonuç öğretide haklı olarak eleştirilmiştir.¹²⁴⁹ Mahkeme'nin sağlık hizmetlerine bütçenin tahsis edilmesine ve diyaliz tedavisine ayrılan payın belirlenmesine yönelik değerlendirmesi sağlık hakkını henüz temel bir insan hakkı olarak nitelemekten hayli uzak olduğunu göstermektedir. Mahkeme, idarenin işlemini makûllük, rasyonellik ve hakkaniyete uygunluk yönünden irdelerken, bu kıstasların insan hakları değerlerini nasıl etkilediğini hiç gözönüne

and others v State of West Bengal and another" kararına atıf yaparak, iki somut vaka arasında karşılaştırma yaptığı ve bu karşılaştırma sonucuna göre Soobramoney vakasının acil vaka olarak kabul edilemeyeceği sonucuna vardığı görülmektedir. Mahkeme'nin Güney Afrika Anayasası'nda sağlık hakkına ilişkin açık hüküm mevcut olduğu için somut olayın bu hükme göre değerlendirilmesi gerektiğini, 27. maddenin Hindistan Anayasası'ndaki gibi yoruma imkân vermediğini vurgulamaktadır. Bkz. Soobramoney v. Minster of Health, paras 18, 27.

¹²⁴⁶ Soobramoney v. Minster of Health, para 22.

¹²⁴⁷ Soobramoney v. Minster of Health, para 24.

¹²⁴⁸ Soobramoney v. Minster of Health, para 29.

¹²⁴⁹ Bkz. Craig SCOTT, Philip ALSTON, "Adjudicating Constitutional Priorities in a Transnational Context: A Comment on Soobramoney's Legacy and Grootboom's Promise", **South African Journal of Human Rights**, Vol 16, (ss. 206-268), 2000, s. 206.

almamıştır.¹²⁵⁰ Neyse ki, daha sonraki davalarda Mahkeme, ilgili devlet otoritesi tarafından yapılan tercihlerin sosyal hakların gerçekleştirilmesini makûl ölçüde kolaylaştırıp kolaylaştırmayacağını sorguladığı bir hukukî analiz yöntemini benimsemiştir.¹²⁵¹

Nitekim, Mahkeme'nin bu karardan yaklaşık beş yıl sonra verdiği TAC kararı,¹²⁵² devletin pozitif edimini gerektiren sağlık hakkının yargısal korunmasında önemli bir kilometre taşıdır.¹²⁵³ TAC kararının konusunu oluşturan ilaç (nevirapine), anneden bebeğe doğum veya emzirme sırasında HIV/AIDS virüsünün geçmesini önlediğinden yaşamsal önem taşıyan temel ilaç niteliğindedir. İlk olarak, sosyal bir hak olan sağlık hakkının dava edilebilir olduğunu vurgulayan Mahkeme,¹²⁵⁴ ESKHK'nin 3 nolu GY'de kabul ettiği asgari çekirdek yükümlülükler formülüne karşı birtakım itirazlar sunmaktadır. Bunlardan ilki, mahkemelerin asgari çekirdek yükümlülüklerin ne olması gerektiğini belirlemek için geniş kapsamlı olgusal ve politik araştırmaları yapacak kurumsal donanımına sahip olmamasıdır.¹²⁵⁵ İkincisi, mahkemelerin, kararlarının toplum için birden fazla sosyal ve ekonomik sonuçlara yol açabileceği hususlara karar vermek hususunda elverişli konumda bulunmamasıdır.¹²⁵⁶

¹²⁵⁰ Sandra LIEBENBERG, **Socio-Economic Rights: Adjudication Under a Transformative Constitution**, Juta & Co, 2010, s. 141-142.

¹²⁵¹ Sandra LIEBENBERG, "South Africa: Adjudicating Social Rights under a Transformative Constitution", **Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law**, (Ed.) Malcolm Langford, Cambridge University Press, ss.75-101, 2008, s. 75-83.

¹²⁵² Somut olayda Güney Afrika Hükümeti, söz konusu ilacın sadece iki pilot bölgedeki sağlık tesislerinde sunulmasına karar vermiş, HIV/AIDS hastalığının tedavisi ve önlenmesi için mücadele eden insan hakları aktivisti bir grup ise, hükümetin sınırlayıcı bu kararının Anayasa'nın sağlık hakkını düzenleyen 27. maddesine ve çocukların temel sağlık hizmetlerine erişim hakkını düzenleyen 28/1-c. maddesine aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir. Bkz. Minister of Health and others v. Treatment Action Campaign and others, (CCT 8/02) [2002] ZACC 15. Kararın İngilizce metnine şuradan erişilmiştir: <https://www.escri-net.org/caselaw/2006/minister-health-v-treatment-action-campaign-tac-2002-5-sa-721-cc> (Erişim Tarihi: 6 Haziran 2020).

¹²⁵³ Oder, 2008, s. 218.

¹²⁵⁴ Mahkeme sosyal hakların dava edilebilirliğini şu sözlerle veciz şekilde ifade eder: "Eldeki davadaki soru, sosyal ve ekonomik hakların dava edilebilir olup olmadığı meselesi değildir. Bunların dava edilebilir olduğu açıktır. Soru; HIV pozitif anneler ve yeni doğan bebekleri için sağlık hizmetlerine erişimini sağlamak için hükümet tarafından benimsenen önlemlerin, Anayasa'da yer alan yükümlülüklerinin altında kaldığını başvuranların gösterip göstermediğidir." Bkz. Minister of Health and others v. TAC and others, para 25.

¹²⁵⁵ Minister of Health and others v. TAC and others, para 37.

¹²⁵⁶ Minister of Health and others v. TAC and others, para 38; Mahkeme, 38. paragrafın devamında, Anayasa'nın, mahkemelerin devletin anayasal yükümlülüklerini yerine getirmek için önlemler almasını

Mahkeme'ye göre Anayasa'nın 27. maddesinde düzenlenen sağlık hakkı, kendi başına ileri sürülebilen bağımsız bir hak olmayıp hakkın kapsamı devletin sağlık alanındaki "saygı gösterme, koruma ve yerine getirme" yükümlülükleri ile birlikte okunmalıdır. Şu hâlde, sağlık hakkı devletin vermekle yükümlü olduğu sağlık hizmetlerine erişim hakkı olarak kabul edilmelidir.¹²⁵⁷ Bu durumda yapılması gereken, Anayasa'nın 27. maddesinde düzenlenen sağlık hakkını gerçekleştirmek için devletin aldığı tedbirlerin makûl olup olmadığını belirlemektir. Mahkeme, hükümetin politikasının iki açıdan makûl olmadığına hükmetmiştir: Birincisi, nevirapine isimli ilacın araştırma ve eğitim bölgeleriyle sınırlandırılması politikası, bu alanlara erişimi olmayan annelerin ve yeni doğan çocuklarının ihtiyaçlarını karşılayamamaktadır.¹²⁵⁸ İkincisi, toplumun önemli bir bölümünü dışlayan herhangi bir hükümet programının makûl olduğu söylenemez.¹²⁵⁹ Öte yandan, Mahkeme'ye göre, bu davanın sağlık hizmetleri için ödeme gücü olmayanlarla ilgili olduğu hatırdan uzak tutulmamalıdır. Zira, Hükümetin nevirapine arzını sınırlandırmasından en çok yoksul yurttaşlar olumsuz etkilenmektedir. Devlet politikası ödeme gücü olanlarla olmayanlar arasındaki bu farklılıkları dikkate almalıdır.¹²⁶⁰ Aksi durum, açıkça ayrımcılık yasağının ihlâli anlamına gelir.

ve bu önlemlerin makûl olup olmadığını değerlendirmeye tâbi tutmasını istemek için oldukça kısıtlı bir rol öngördüğünü; makûllük denetiminin bütçe üzerinde bazı etkileri olsa bile, bütçenin yeniden düzenlenmesi sonucunu doğurmadığını; bu şekilde yasama, yürütme ve yargı organı arasındaki dengenin korunabileceğini belirtmektedir.

¹²⁵⁷ Minster of Health and others v. TAC and others, para 39.

¹²⁵⁸ Minster of Health and others v. TAC and others, para 67.

¹²⁵⁹ Mahkeme'ye göre, Grootboom kararında da formüle edilen makûllük ilkesine göre, devletin aldığı önlemler, gerçekleştirmeye çalıştığı hakkı gözardı edemez. Bu nedenle, ihtiyaçları en acil olan ve bu nedenle tüm haklardan yararlanma imkânı en çok tehlikede olanlar, hakkın gerçekleştirilmesini amaçlayan önlemlerde gözardı edilmemelidir. Araştırma ve eğitim bölgelerinin, anneden çocuğa bulaşma için kapsamlı bir programın geliştirilebileceği ve malî olarak uygulanabilir olması durumunda çok önemli veriler sağlayacağı açıktır. Güvenlik ve etkinlik konusunda da araştırmalar sürmektedir. Ancak bu, en iyi program formüle edilinceye ve bu programın uygulanması için gerekli fon ve altyapı sağlanana kadar, nevirapinin araştırma ve eğitim alanlarına erişimi olmayan annelerden ve çocuklardan esirgenmesi gerektiği anlamına gelmez. Sosyal ve ekonomik hakların gerçekleştirilmesi için bir program dengeli ve esnek olmalı ve krizlere, kısa, orta ve uzun vadeli ihtiyaçlara cevap vermek için uygun bir hazırlık yapmalıdır. Bkz. Minster of Health and others v. TAC and others, para 68.

¹²⁶⁰ Minster of Health and others v. TAC and others, para 70.

Kararda, dava konusu olay çocuk hakları ve çocuğun sağlık hakkının korunmasında devletin yükümlülükleri bağlamında da irdelenmiştir. Mahkeme’ye göre, çocukların bakımından birincil olarak ebeveynleri sorumlu olmakla birlikte, devletin de çocukların haklarının korunmasında yükümlülüğü mevcuttur. Çocuğu HIV bulaşına karşı korumak amacıyla anne ve çocuğa tek bir nevirapine dozunun yapılması çocuklar açısından çok önemlidir. Bu bağlamda, ihtiyaçları “en acil” niteliktedir ve bu ilaca erişememeleri, anayasayla güvence altına alınan tüm insan haklarından yararlanma kapasitelerini derinden etkiler. Şu hâlde, hükümetin kabul ettiği katı politikanın bir sonucu olarak, hakları “en tehlikede” olan çocukların sağlık hakkının korunmasının devletin yükümlülüğü olduğunu kabul etmek gerekir.¹²⁶¹

Mahkeme, devletin eğitim, barınma, sağlık, gıda, su ve sosyal güvenliğe erişim konusunda büyük taleplerle karşı karşıya olduğunu kabul etmekle birlikte, Anayasa’da yer alan sözkonusu sosyal hakların her birinin aşamalı olarak gerçekleştirilmesini sağlamak için mevcut kaynakları çerçevesinde makûl yasal ve diğer önlemleri almakla yükümlü olduğunu vurgulamıştır.¹²⁶²

TAC kararı, sağlık politikalarının anayasal yükümlülük olan sağlık hakkını karşılayacak şekilde düzeltilmesi gerektiğini vurgulaması bakımından önemlidir. Mahkeme, bu kararın herkesin tıbbî tedaviye derhal erişebileceği anlamına gelmediğini kabul etmekle birlikte, anne ve çocuklarda HIV bulaşmasını önlemek için tedaviye derhal erişimin nihaî amaç olması gerektiğini vurgulamıştır. Bu hedefe mümkün olan en kısa sürede ulaşmak için devletin “yerine getirme yükümlülüğü” bulunmaktadır.¹²⁶³

¹²⁶¹ Minster of Health and others v. TAC and others, paras 74-80.

¹²⁶² Minster of Health and others v. TAC and others, para 94.

¹²⁶³ Singh, Govender, Mills, 2007, s. 524; Tobin, TAC kararının, sağlık hakkının dava edilebilirliğine ilişkin etkili bir örnek olduğu ve sağlık hizmetlerine erişim açısından kesinlikle etkili bir “hesap verebilirlik” biçimi olduğu kabul etmekle birlikte, bu kararın anlamının abartılmasına karşı dikkatli olunması gerektiğini ileri sürer. Zira, o’na göre Mahkeme sadece “erişebilirlik” meselesiyle ilgilenmekle birlikte, devletin belirli bir sağlık hizmetini -ulusal hukukta sağlık hakkı kapsamında var olan bir görevi-sunamadığına ilişkin bir iddiayı henüz ele almış değildir. Şu hâlde bu yaklaşıma göre bir devlet, belirli bir sağlık hizmetinin sağlanamamasının, devletin mevcut kaynakları ve yerine getirmesi gereken diğer yükümlülükler ışığında makûl olduğunu gösterirse, sağlık hakkının ihlâli sözkonusu olmayacaktır. Bkz. Tobin, 2013, s. 206-207; Kapczynski ve Berger’in isabetli olarak vurguladığı gibi, bu dava sağlık

6. Uluslararası Yardım ve İşbirliği Yükümlülüğü

Kural olarak devletler egemenlik alanı içindeki bireylerin sağlık hakkının gerçekleştirilmesini güvence altına almak için birincil sorumluluğa sahiptir. Ancak, uluslararası işbirliği olmadan bu amaca ulaşılması mümkün değildir.¹²⁶⁴ DSÖ de, 21. yüzyılda sağlığın, temel sağlık hizmetlerine eşit erişimi ve ulusötesi sağlık tehditlerine karşı birlikte savunmayı içeren ortak bir sorumluluk alanı olduğuna işaret etmektedir.¹²⁶⁵

Sosyal haklar alanında uluslararası yardım ve işbirliği konusu, genel olarak BM Şartı'nın 55. ve 56. maddesi ile ESKHS'nin 2(1) maddesi, 22. maddesi ve 23. maddesinde; sağlık hakkı alanında özel olarak ESKHS'nin 12. maddesinde ve Alma Ata Bildirgesi'nde düzenlenmiştir.¹²⁶⁶

Alma Ata Bildirgesi'nde, “sağlık hizmetlerindeki eşitsizliğin ve dengesizliğin gelişmiş memleketler ile gelişmekte olan ve özellikle sosyal ve ekonomik alanlarda bir varlık göstermemiş memleketler arasında en yüksek derecesine ulaşması[nın], bu durumu tüm ülkelerin ortak sorunu haline getir(diği)”¹²⁶⁷ belirtilerek, gelişmekte olan ülkelerdeki sağlık hizmetlerinin gelişmiş ülkelere desteklenmesi gereği vurgulanmıştır.¹²⁶⁸ Komite de, taraf devletlerin sağlık hakkının gerçekleştirilmesi için

hakkının dava edilebilirliği açısından bir kilometre taşı olmakla birlikte, Güney Afrika'da her yıl yüz binlerce insan HIV ile enfekte olduğu ve AIDS hastalığından yaşamını yitirdiği sürece TAC davası tam anlamıyla yargısal başarı hikâyesi değil, “bir yandan temel bir insan hakkı olan sağlık hakkını korumak için gelecekteki yargısal aktivizm için bir araç ve diğer yandan hâlen yerine getirilmeyi bekleyen bir söz” olarak kalacaktır. Bkz. Amy KAPCZYNSKI and Jonathan M. BERGER, “The Story of the TAC Case: The Potential and Limits of Socio-Economic Rights Litigation in South Africa”, **Human Rights Advocacy Stories**, (Eds.) Deena R. Hurwitz and Margaret L. Satterthwaite, New York: Thompson Reuters/Foundation Press, 2009, (ss. 43-79), s. 79.

¹²⁶⁴ Tobin, 2013, s. 325.

¹²⁶⁵ WHO, **Main Activities**,

https://www.who.int/workforcealliance/members_partners/member_list/who/en/ (Erişim Tarihi: 10 Ekim 2020).

¹²⁶⁶ 14 Nolu Genel Yorum, para 38.

¹²⁶⁷ Alma Ata Deklarasyonu, md.II.

http://www.tb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&view=article&id=521:temel-saikhmetleruluslararası-konferansi-bdalma-ata&catid=6:uluslararasılge&Itemid=36 (Erişim Tarihi: 18 Mart 2020).

¹²⁶⁸ Öztekin, 2018, s. 3.

tek başına veya müştereken alınacak tedbirlerde uluslararası işbirliğinin önemini vurgularken, Alma Ata Bildirgesi'nin bu yaklaşımına gönderme yapmaktadır.¹²⁶⁹

Devletlerin sağlık hakkı ile ilgili uluslararası yardım ve işbirliği yükümlülüğü üçlü yükümlülük tipolojisi çerçevesinde şu şekilde tezahür eder: *Saygı yükümlülüğü* kapsamında devletlerin başka bir ülkede bir kişinin sağlık hakkından fiilen veya potansiyel olarak yararlanmasını engelleyen tutumlardan mümkün olduğunca kaçınma yükümlülüğü; *koruma yükümlülüğü* kapsamında devletlerin, devlet dışı aktörlerin başka bir ülkedeki bireylerin sağlık hakkından yararlanma tehdidinde bulunmasını mümkün olduğunca önleme yükümlülüğü;¹²⁷⁰ *yerine getirme yükümlülüğü* kapsamında başka bir devlete (doğrudan ve dolaylı olarak) yardım amacıyla, hem münferiden ve hem de toplu olarak, ilgili devletteki bireylerin sağlık hakkını gerçekleştirme için mümkün olduğunca önlemler alma yükümlülüğü.¹²⁷¹ Yerine getirme yükümlülüğü kapsamındaki yardım miktarının belirli bir düzeyin altına düşmemesini temin etmek yükümlülüğü de mevcuttur.¹²⁷² Bu tipolojinin kullanımı, sağlık alanında uluslararası işbirliğini geliştirme ve teşvik etme yükümlülüğünün bir parçası olan görevleri belirlemede, bir devletin iç yükümlülüğü olan sağlık hakkına saygı duyma, koruma ve yerine getirme yönündeki üçlü yükümlülük ile tutarlılık taşır.¹²⁷³ Bununla birlikte, uluslararası alandaki üçlü yükümlülükleri iç hukuktaki gibi mutlak yükümlülük kuralı olarak okumamak gerekir.¹²⁷⁴

ESKHK devletlerin, uluslararası antlaşmalarda sağlık hakkına gerekli önemi vermelerini, hakkın olumsuz etkilenmemesini güvence altına almalarını ve bu konudaki hukukî belgelerin geliştirilmesine katkı sağlamalarını önemsemektedir.¹²⁷⁵ Benzer

¹²⁶⁹ 14 Nolu Genel Yorum, para 38.

¹²⁷⁰ 14 Nolu Genel Yorum, para 39.

¹²⁷¹ Tobin, 2013, s. 331.

¹²⁷² 14 Nolu Genel Yorum, para 39; Ertan, 2012, s. 69; Seymen Çakar, 2018, s. 126.

¹²⁷³ Crawen, 1995, s. 147; Ssenyonjo, 2009, paras 2.48-2.54.

¹²⁷⁴ Ssenyonjo, 2009, s. 73.

¹²⁷⁵ TRIPS anlaşması nedeniyle orijinal ilaçlara veri imtiyazı sağlanıp gelişmekte olan ülkelerde jenerik ilaç üretiminin engellenmesi ve yoksul kesimlerin temel ilaçlara erişiminde sıkıntı yaşanması, devletlere

şekilde, uluslararası finans kuruluşlarının kredi antlaşmaları, yapısal uyum programları ve borç krizi hâllerinde aldığı tedbirlerde sağlık hakkına özen göstermeleri beklenmektedir.¹²⁷⁶

ESKHS'ye taraf devletler, mevcut kaynakları ölçüsünde, salgın hastalıklar ve doğal afetler gibi olağanüstü durumlarda hem tek başına ve hem de uluslararası yardım ve işbirliği anlayışı içinde birbirlerine insanî yardım sağlamakla yükümlüdürler. Yine, mülteciler ile ülke içinde yerinden edilenlere yardım konusunda sorumlulukları mevcuttur. Bu kapsamda, uluslararası tıbbî yardım, tıbbî gereçler, gıda, içilebilir ve temiz su gibi kaynakların tahsis edilmesi ve malî destek sağlanması konularında önceliğin risk altındaki dezavantajlı gruplara verilmesi gerekir. Ayrıca, kimi bulaşıcı hastalıkların ülke sınırlarının ötesine kolaylıkla geçerek yaygın epidemi ve hatta Covid-19 gibi pandemilere neden olabileceği gerçeği karşısında, uluslararası toplumun bu konuda kolektif bir sorumluluğu olduğu gözönünde tutulmalıdır. Bu durumda, ekonomik açıdan gelişmiş devletlerin gelişmekte olan devletleri desteklemek konusunda özel sorumluluğu, bulaşıcı hastalıkların kıtalararası yayılımı nazara alındığında da menfaati olduğu gözardı edilemez.¹²⁷⁷

Son olarak üzerinde durulması gereken konu, uluslararası ambargolarda sağlık hakkına ilişkin yükümlülüklerin akıbetidir. ESKHS'ye taraf devletlerin, bir başka taraf devletin yeterli ilaç ve tıbbî malzemeye erişimini engelleyecek veya kısıtlayacak ambargolardan veya benzeri tedbirlerden mutlak surette kaçınması gerekmektedir. Bu bağlamda, sağlık malları üzerindeki sınırlandırmalar hiçbir şekilde siyasi ve ekonomik baskı ve ambargo konusu yapılamaz.¹²⁷⁸

uluslararası alanda yüklenen üçlü yükümlülük çerçevesinde ele alınmaktadır. Bu konuda ayrıntılı analiz için bkz. Tobin, 2013, s. 331-367.

¹²⁷⁶ 14 Nolu Genel Yorum, para 39.

¹²⁷⁷ 14 Nolu Genel Yorum, para 40.

¹²⁷⁸ 14 Nolu Genel Yorum, para 41.

D. Üçlü Yükümlülük Tipolojileri Çerçevesinde Sağlık Hakkı

ESKHK, sağlık hakkına ilişkin 14 nolu GY'nin 34. ilâ 37. paragraflarında “spesifik hukukî yükümlülükler” şeklinde, üçlü yükümlülük tipolojisine dayalı bir ayrıma gitmiştir. Aynı ayırım cinsel sağlık ve üreme sağlığı hakkına ilişkin 22 nolu GY'nin 39. ilâ 48. paragraflarında yapılmıştır.

Üçlü yükümlülük tipolojisi çerçevesinde yapılan ayırımın sonucu, sadece sağlık hakkının kapsamının daha belirgin hâle getirilmesi değil, aynı zamanda sağlık hakkına ilişkin yargılamalarda bir denetim kriteri olarak kullanılmasına yönelik olmak üzere daha iyi anlaşılmasına katkı sağlamaktır.¹²⁷⁹

Bu başlık altında, Komite'nin 14 ve 22 nolu GY'lerde başvurduğu üçlü yükümlülük tipolojisi çerçevesinde sağlık hakkı (ve cinsel sağlık ve üreme sağlığı hakkı) bakımından devletlerin yükümlülükleri analiz edilecektir. Her bir yükümlülüğün daha iyi anlaşılması bakımından ESKHK'nin nihaî gözlemlerindeki sağlık hakkına ilişkin eleştiri ve tavsiyelerine değinileceği gibi, devletin yükümlülükleri çerçevesinde sağlık hakkının dava edilebilirliğine ilişkin içtihatlar karşılaştırmalı hukuktan örnekler sunulmak suretiyle açıklanacaktır.

ESKHK'nin nihaî gözlemlerindeki sağlık hakkına ilişkin tespit, eleştiri ve tavsiyelerine burada değinilmesinin amacı, sağlık hakkı bakımından dünya genelinde en yaygın şekilde uygulanagelen insan hakları sözleşmesi olan ESKHS'nin denetim organı olan Komite'nin (i) Sözleşme çerçevesinde odaklandığı meseleleri, (ii) dünya genelinde öncelikli olarak tespit ettiği sağlık hakkı problemlerini, (iii) tespit edilen sağlık hakkı problemlerine getirdiği çözüm ve tavsiyeleri bütüncül olarak resmedebilmek ve karşılaştırmalı hukuktan verilen dava örnekleriyle sözü edilen sorunlara ulusal mahkemelerce yargısal çözümler üretilip üretilmediğini ve şayet üretilmiş ise bunun sağlık hakkının dava edilebilirliğine katkısının ne olduğunu değerlendirebilmektir.

¹²⁷⁹ Hunt, 1996, s. 133.

1. Saygı Gösterme Yükümlülüğü

Sağlık hakkı çerçevesinde saygı gösterme yükümlülüğü, devletin sağlık hakkının kullanımına keyfî şekilde müdahalede bulunmamasını gerektirir.¹²⁸⁰ Komite, 14 nolu GY’de saygı gösterme yükümlülüğünün kapsamını ayrıntılı olarak düzenlemiştir. Bu yükümlülükler belli başlı onbir başlık altında kategorize edilebilir.

a. Sağlık Hizmetlerine Erişimi Engellemek

Saygı yükümlülüğü kapsamındaki devletin ilk ödevi mahkûm ve tutuklular, sığınmacılar ve yasadışı göçmenler de dahil olmak üzere tüm bireylerin temel sağlık hizmetleri ile tedavi ve rehabilite edici sağlık hizmetlerine erişimini engellememektir.¹²⁸¹ Bu yükümlülük, özellikle toplumun dezavantajlı ve incinebilir kesimlerinin ayrımcılığa tâbi tutulmaksızın diğer tüm bireylerle eşit şekilde sağlık hizmetlerine erişimini sağlamayı amaçlamaktadır.

Komite, nüfus kaydı yapılmamış çocukların sağlık hizmetlerine erişimindeki engellerin kaldırılması,¹²⁸² sığınmacıların sağlık hizmetlerine erişimi için tercümanlık hizmetlerinin devletçe karşılanması,¹²⁸³ tutuklu ve hükümlülerin sağlık hizmetine erişiminin sağlanması¹²⁸⁴ gibi konulara dikkat çekmiş ve bu kapsamda cezaevlerindeki tüberkuloz artışı konusunda¹²⁸⁵ taraf devletlerin gerekli önlemleri almaları ve sağlık koşullarını iyileştirmeleri yönünde tavsiyede bulunmuştur.¹²⁸⁶

¹²⁸⁰ 14 Nolu Genel Yorum, para 33.

¹²⁸¹ 14 Nolu Genel Yorum, para 34.

¹²⁸² CESCR, Report on the Fortieth and Forty-first Sessions, (28.04.2008-16.05.2008, 3-21.10.2008), E/2009/22, E/C.12/2008/3, 2008, para 78.

¹²⁸³ CO ESC, the Netherlands, UN Doc E/C.12/NLD/CO/6, 2017, paras 46-47.

¹²⁸⁴ CESCR, Report on the Twenty-eight and Twenty-ninth Sessions, (29.04.2002-17.05.2002, 11-29.10.2002), E/2003/22, E/C.12/2002/13, 2003, para 274; CESCR, Report on the Thirtieth and Thirty-first Sessions, (5-23.05.2003, 10-28.10.2003), E/2004/22, E/C.12/2003/14, 2003, para 144.

¹²⁸⁵ CESCR, Report on the Sixteenth and Seventeenth Sessions, (28.04.1997-16.05.1997, 17.10-5.12.1997), E/1998/22, E/C.12/1997/10, 1998, para 31; CESCR, Report on the Fortieth and Forty-first Sessions, (29.04.2008-16.05.2008, 3-21.10.2008), E/2009/22, E/C.12/2008/3, 2008, para 252.

¹²⁸⁶ Ertan, 2012, s. 75-76.

DSÖ gibi Komite'nin de son yıllarda üzerinde durduğu konulardan biri yabancıların, sığınmacıların, düzensiz göçmenlerin ve yerlerinden edilmiş kişilerin sağlık hizmetlerine erişiminin engellenmesi sorunudur. Bu bağlamda, temel sağlık hizmetlerine erişimi kısıtlayan yasal ve idarî düzenlemelerin yeniden değerlendirmesini öneren¹²⁸⁷ Komite, bu gruptakilerin tüm sağlık hizmetlerine erişiminin sağlanmasına ve sağlık hizmetleri, olanakları ve mallarının ayırım gözetilmeksizin herkes tarafından erişilebilir olmasına büyük önem vermektedir.¹²⁸⁸ Ayrıca, bu kategorideki bireylerin sağlık hizmetlerine erişimi süreli ve yalnızca akut/acil durumlarla sınırlı olmamalı;¹²⁸⁹ devletler yetki alanında bulunan tüm kişilerin, yasal statülerine ve kimlik belgelerine bakılmaksızın temel, tedavi edici ve palyatif sağlık hizmetlerine eşit erişimini sağlamak ve sağlık haklarına saygı göstermekle yükümlüdür.¹²⁹⁰ Yine, taraf devletler herkesin ikamet statüsüne bakılmaksızın birinci basamak sağlık hizmetlerine erişiminin sağlanması için etkili önlemleri almalı ve *geriye götürücü* tedbirlerden uzak durmalıdır.¹²⁹¹

Kolombiya Anayasa Mahkemesi, yerlerinden edilmiş kişilerin oluşturduğu bir STK'nın, bu kişilerin konut, sağlık, eğitim ve insanî yardım ile ilgili taleplerine Hükümet tarafından etkin bir şekilde yanıt verilmediğini ve haklarının ihlâl edildiğini ileri sürdükleri bir davada, yerinden edilmiş bireylerin içinde bulunduğu aşırı kırılganlığa ve bu kişilerin sağlık ve beslenme durumlarının ciddi şekilde bozulmasına vurgu yaparak, devletin zamanında etkin koruma sağlama konusunda tekrar tekrar

¹²⁸⁷ CESCR, Report on the Forty-eighth and Forty-ninth Sessions, (30.04-18.05.2012, 12-30.11.2012), E/2013/22, E/C.12/2012/3, 2013, para 19.

¹²⁸⁸ CO ESC, Great Britain and Northern Ireland, UN Doc E/C.12/GBR/CO/6, 2016, s. 10-11, paras 55-56.

¹²⁸⁹ CESCR, Report on the Sixty-fourth Session, (24.09-12.10.2018), E/C.12/DEU/CO/6, 2018, paras 58-59.

¹²⁹⁰ CESCR, Report on Sixty-sixth Session (30.09-18.10.2019), E/C.12/DNK/CO/6, para 63; CESCR, Report on the Sixty-seventh Session, (17.02-06.03.2020, 02.04.2020), E/C.12/UKR/CO/7, 2020, paras 38-39.

¹²⁹¹ CO ESC, Norway, UN Doc E/C.12/NOR/CO/6, 2020, paras 38-39.

başarısız olmasının, bu kişilerin onurlu bir yaşam, sağlık, kişisel bütünlük, eşitlik, iş, sosyal güvenlik, eğitim gibi asgari haklarını ihlâl ettiğini belirlemiştir.¹²⁹²

Mahkûmlara yönelik sağlık hizmetlerinde ayrımcılık meselesini irdeleyen Birleşik Devletler Federal Mahkemesi, Kaliforniya hapishanelerinin yaklaşık 80.000 mahkûm için tasarlanmış iken 156.000 mahkûmun yerleştirilmesi nedeniyle aşırı kalabalıklaşması, mahkûmların temel sağlık hizmetlerine erişim eksikliği ve buna bağlı ölümler yaşanması, yine ciddi akıl hastalığı bulunan mahpuslarla ilgili devletin yeterli önlem almaması meselesini incelemiş ve hapishanelerindeki temel sağlık ve ruh sağlığı hizmetlerinin yetersiz olduğunu, yıllarca mahpusların temel sağlık gereksinimlerinin karşılanamadığını belirterek, sözkonusu başarısızlığının insan onuru kavramı ile bağdaşmaz olduğunu ve uygar toplumda yeri olmadığını vurgulamıştır.¹²⁹³

b. Ayrımcı Uygulamalardan Kaçınmak

Devletler, sağlık hizmetlerinin sunumunda genel olarak bir devlet politikası olarak ayrımcı pratiklerden kaçınmakla yükümlüdürler. Bu yükümlülük, ESKHS'nin

¹²⁹² Mahkeme, dosyaya sunulan çeşitli raporlara göre, yerinden edilmiş olarak kayıtlı kişilerin yarısından fazlasının (%57) acil insanî yardım almadığını, % 80,5'inin insan onuruna yaraşır şekilde geçimlerini sağlayan gelir getirici programlara erişmediğini, yerinden edilmiş nüfusun sağlık hizmetlerine ve yerinden edilmiş çocukların eğitime erişimi konusunda yetersiz sonuçlar olduğu sonucuna ulaşmıştır. Bkz. Sentencia T-025 de 2004, Corte Constitucional de Colombia, 06.02.2004, para 4. Mahkeme'nin İspanyolca Basın Bültenine şuradan erişilmiştir:

https://www.eser-net.org/sites/default/files/Desplazados_Corte_Const_Comunicado_de_prensa.pdf

(Erişim Tarihi: 12 Temmuz 2020).

¹²⁹³ Brown, Governor of California et al. v. Plata et al. No. 09–1233, Supreme Court of the United States, 23.05.2011, [Opinion of the Court s.13]

Kararın İngilizce metnine şuradan erişilmiştir: <https://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/09-1233.pdf> (Erişim Tarihi: 21 Temmuz 2020).

2(2) maddesinde¹²⁹⁴ ve 3. maddesinde¹²⁹⁵ belirtildiği gibi, 14 ve 22 nolu GY’lerde sıkça vurgulanan öncelikli ve temel bir ilkedir.¹²⁹⁶

Sağlık hakkı bakımından ayrımcılık yapmamak hakkın özü/çekirdeği niteliğinde olduğu gibi, derhal gerçekleştirilmesi gereken yükümlülükler arasındadır. Bu konunun önemine binaen, taraf devletlerin derhal gerekli hukukî düzenlemelerin kabulü ve değişikliği gibi icrâ edilebilir eylemlerde bulunma yükümlülüğü vardır.

Komite’nin yıllık raporlarında, Filistin halkına yönelik İsrail ablukasının sağlık hizmetlerine erişimi engellemesi ve bu durumun bireylerin ölümüne yol açması,¹²⁹⁷ Romanlara yönelik ayrımcılık eylemleri çerçevesinde acil sağlık hizmetleri dahil olmak üzere sağlık hizmetine erişimden yoksun bırakılmaları, bu kesime dönük olarak hastanelerde ayrımcı uygulamalar yapılması,¹²⁹⁸ yerli halklara karşı sağlık hizmetlerinde ayrımcı uygulamalar yapılması ve bu kesimin sağlık hizmetlerine erişiminde zorluklarla karşılaşmaları,¹²⁹⁹ HIV/AIDS hastalarına yönelik sağlık hizmetlerine erişimde ve hizmet sunumu sırasındaki ayrımcı uygulamalar konusundaki kaygılar dile getirilmiştir.¹³⁰⁰ Yine, gelir düzeyine göre sağlık hizmetlerine erişimdeki eşitsizliklere ve en düşük gelir düzeyine sahip olanların sağlık hizmetlerine erişimde zorluklar yaşadığına dikkat çeken Komite, toplumun en dezavantajlı kesimlerinin, başta acil sağlık hizmetleri olmak üzere, sağlık hizmetlerine erişiminin güvence altına alınmasını tavsiye etmektedir.¹³⁰¹

¹²⁹⁴ Sözleşme’nin 2. maddesinin 2. paragrafı şöyledir: “Bu Sözleşmeye taraf Devletler, bu Sözleşmede beyan edilen hakların ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya diğer bir fikir, ulusal veya toplumsal köken, mülkiyet, doğum gibi her hangi bir statüye göre ayrımcılık yapılmaksızın kullanılmasını güvence altına almayı taahhüt ederler.”

¹²⁹⁵ Sözleşme’nin 3. maddesi şöyledir: “Bu Sözleşmeye taraf Devletler, bu Sözleşmede yer alan bütün ekonomik, sosyal ve kültürel hakların kullanılmasında kadınlara ve erkeklere eşit haklar sağlamayı taahhüt eder.”

¹²⁹⁶ Bkz. 14 Nolu Genel Yorum paras 1, 3, 8, 18 ve 19.

¹²⁹⁷ CESCR, Report on the Thirtieth and Thirty-first Sessions, (5-23.05.2003, 10-28.10.2003), E/2004/22, E/C.12/2003/14, 2003, paras 44-45.

¹²⁹⁸ CESCR, Report on the Thirty-eighth and Thirty-ninth Sessions, (30.04-16.05.2007, 5-23.10.2007), E/2008/22, E/C.12/2007/3, 2008, para 153; CESCR, Report on the Forty-sixth and Forty-seventh Sessions, (02-20.05.2011, 14.10-02.12.2011), E/2012/22, E/C.12/2011/3, 2012, para 135.

¹²⁹⁹ CO ESC, Australia, UN Doc E/C.12/AUS/CO/5, 2017, paras 43-44; CESCR, Report on the Thirtieth and Thirty-first Sessions, (5-23.05.2003, 10-28.10.2003), E/2004/22, E/C.12/2003/14, 2003, para 403.

¹³⁰⁰ Ertan, 2012, s. 79-80.

¹³⁰¹ CO ESC, Belgium, UN Doc E/C.12/BEL/CO/5, 2020, paras 52-53.

Kolombiya Anayasa Mahkemesi, zihinsel engelli bir kız çocuğunun önerilen entegre terapi ve özel eğitim programının giderlerinin karşılanmaması üzerine yapılan başvuruda, ESKHS'nin 12. maddesinde ve Engelli Hakları Sözleşmesi'nin 24. maddesinde devlete atfedilen yükümlülöklere işaret ederek, zihinsel engelli bir birey sözkonusu olduğunda devletin sağlık ve eğitim ile ilgili temel yükümlölüklerinin insan onuru, ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesi temelinde birbirine bağılı olarak analiz edilmesi gerektiğini; sağlık ve eğitim otoriteleri arasında, engelli kişilerin korunması ile ilgili işbirliğinin sağlanması konusunda kopukluk olduğunu; ayrıca sosyal olarak kapsayıcı bir eğitimin örgün eğitime göre önceliklendirilmesi gerektiğini ve örgün eğitim kurumlarının varlığının zihinsel engelli çocuklar için kapsamlı tıbbî tedaviye erişimi reddetmek için bir bahane olmaması gerektiğini vurgulamıştır.¹³⁰²

Brezilya Yüksek Mahkemesi de, sağlık hakkı bağlamında HIV/AIDS veya diğeri ağır hastalıkları olan bireylerin temel ilaçlara erişiminin sağlanması ve yaşam hakkının korunmasının gereğı olduğuna karar vermiştir.¹³⁰³

Botswana Temyiz Mahkemesi, HIV/AIDS pozitif mahkûmlara yönelik ayrımcılık meselesini irdedeğı kararında,¹³⁰⁴ Hükümet'in somut olayın niteliğine göre eşitlik ilkesinden sapmak için haklı sebep olduğunu, kuvvetler ayrılığı ilkesi gereğı bu konuda yargı organının değil yürütmenin karar verilebileceğini ve malî kaynakların

¹³⁰² Piedad Cristina Pena, on behalf of her daughter, Maria Alejandra villa v. Entidad Promotora de Salud, Decision T 974/10, Corte Constitucional de Colombia, 30.11.2010, paras 5-6. Kararın İspanyolca metnine şuradan ulaşlmıştır: https://www.escri-net.org/sites/default/files/Decision_T-974_%28Spanish%29_0.pdf (Erişim Tarihi: 18 Temmuz 2020).

¹³⁰³ Tobin, 2013, s. 203; Flavia PIOVESAN, "Impact and Challenges of Social Rights in the Courts", **Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law**, (Ed.) Malcolm Langford, 2008, s. 185-188.

¹³⁰⁴ Somut olayda, Sağlık Bakanlığı kamu sağlık tesislerine bir yönerge göndererek "AIDS dışındaki diğeri hastalıklara yakalanan vatandaş olmayan mahkûmlara ücretsiz tedavi yapılması" hususunda direktif vermiş; kapsam dışı bırakılan başvurular hükümetin mahkûmlara temel sağlık hizmeti sağlama görevini ve dolayısıyla yaşam ve ayrımcılık yasağı haklarını ihlâl ettiğini ileri sürmüşlerdir. Bkz. The Attorney General and others v. Dickson Tapela and others, High Court Civil Case No. MAHGB-000057-14; The Attorney General and others v. Gift Brendan Mwale, High Court Civil Case No. UAHGB-000066-15, The Court of Appeal of the Republic of Botswana, 26/08/2015, para 15. Kararın İngilizce metnine şuradan ulaşlmıştır: https://www.escri-net.org/sites/default/files/caselaw/court-of-appeal-judgment_tapela_26-08-20151.pdf (Erişim Tarihi: 5 Mayıs 2020).

yeterliliği çerçevesinde hareket edildiğini iddia etmesine rağmen,¹³⁰⁵ direktifin bir yasama işlemi olmadığını ve mevcut yasalarda ayrımcılığın açık olarak yasaklandığını, direktifin idarî bir karar olması nedeniyle yargısal denetime tâbi olduğunu, hükümetin vatandaş olmayan mahkûmlar için anti-retroviral ilaçların maliyetini neden karşılayamayacağını ispat edemediğini ve bunu sağlamamasında haklı neden bulunmadığını, yasal yükümlülüklerin yerine getirilmesinin devlet bütçesinin sorumluluğunda olduğunu, malî kaynakların yetersizliğinin yasal yükümlülüklerin yerine getirilmemesini haklılaştıramayacağını belirterek ayrımcılık yasağının ihlâl edildiğini tespit etmiştir.¹³⁰⁶

Delhi Yüksek Mahkemesi bir kararında¹³⁰⁷ HIV/AIDS ayrımcılığı meselesini irdelemiştir. Başvurucu Naz Vakfı, HIV/AIDS ile mücadele alanında çalışan bir sivil toplum kuruluşudur. Hindistan Ceza Yasasının 377. maddesinde eşcinsel ilişkilerin “doğaya aykırı suçlar” (*unnatural offences*) olarak tanımlandığını ve cezalandırıldığını, bunun eşcinsel bireylere karşı ayrımcılığı, istismarı ve tacizi teşvik ettiğini ve HIV/AIDS ile mücadele çabalarını ve bu kişilerin tedaviye erişimini önemli ölçüde olumsuz etkilediğini belirterek anayasaya aykırılık iddiasında bulunmuştur. Mahkeme, ilk olarak İHEB’e, AİHS’e, çeşitli ülkelerin içtihatlarına ve daha evvelki kararlarına işaret ederek, yasanın Anayasa’nın 21. maddesine içkin insan onuru ve saygınlığı ile mahremiyet hakkını ihlâl ettiğini tespit etmiştir. İşaret ettiği mahkeme kararlarında “insan onuru”nun yeterli barınma, beslenme, giyim ve serbestçe sosyalleşme hak ve yetkisi olarak tanımlandığını vurgulamıştır.¹³⁰⁸ Mahkeme, ESKHS’nin 12. maddesinin, devlet tarafından sağlık hakkının yerine getirilmesini zorunlu kıldığını ve Hindistan Yüksek Mahkemesi’nin de Sözleşme’nin 12. maddesi ışığında Anayasası’nın 21.

¹³⁰⁵ The Attorney General and others v. Dickson Tapela and others, paras 53-62.

¹³⁰⁶ The Attorney General and others v. Dickson Tapela and others, paras 63-86.

¹³⁰⁷ Naz Foundation v. Government of NCT of Delhi and others, WP(C) No.7455/2001, High Court of Delhi, 02.07.2009, Kararın İngilizce metnine şuradan erişilmiştir: https://www.escrip-net.org/sites/default/files/Court_decision.pdf (Erişim Tarihi: 26 Temmuz 2020).

¹³⁰⁸ Naz Foundation v. Government of NCT of Delhi and others, paras 25-41.

maddesini yorumlayarak sağlık hakkını 21. maddedeki yaşama hakkının bir bileşeni olarak kabul ettiğini vurgulamıştır.¹³⁰⁹ ESKHK'nin 14 nolu GY'sine işaret eden Mahkeme, sağlık hakkının muhtevasında cinsel sağlık ve üreme özgürlüğü, ayrımcılık yasağı, eşit muamele hakkı ve kişinin sağlığını ve bedenini kontrol etme hakkı da dahil kimi özgürlüklerin yer aldığını vurgulamıştır. Son olarak, Hindistan'ın taraf olduğu, HIV/AIDS'e yakalanma riski yüksek olan grupların gereksinimlerini ve haklarını ele alma taahhüdünü beyan eden diğer uluslararası anlaşmalara atıfta bulunmuştur.¹³¹⁰ Mahkeme, 1992 yılında DSÖ'nün eşcinselliği Uluslararası Hastalık Sınıflandırması'ndaki (ICD) akıl hastalıkları listesinden çıkardığını ifade ederek buna dair verilere ve çeşitli ülkelerin emsal kararlarına değinmiştir.¹³¹¹ Sonuç olarak Mahkeme, yasal düzenlemenin Anayasa'nın temel aldığı ilkelere uygun olmadığını tespit etmiştir.¹³¹²

c. Kadınlara Yönelik Ayrımcı Uygulamalardan Kaçınmak

Devletlerin, kadınların sağlık durumları ve gereksinimleriyle ilgili ayrımcı pratiklerden kaçınması gerekir. Bunun için öncelikle, toplumsal cinsiyete duyarlı bir bakış açısıyla kadın sağlığının geliştirilmesinde biyolojik ve sosyo-kültürel etkenlerin önemini farkında olunması gerekir.¹³¹³ ESKHS ile birlikte, CEDAW ve İstanbul Sözleşmesi'nde öngörülen standartlar, kadınlara karşı sözkonusu olan ayrımcılığın sağlık hakkı bakımından ortadan kaldırılmasında önemli sacayaklarını oluşturmaktadır.

¹³⁰⁹ Naz Foundation v. Government of NCT of Delhi and others, para 61.

¹³¹⁰ Naz Foundation v. Government of NCT of Delhi and others, para 63.

¹³¹¹ Naz Foundation v. Government of NCT of Delhi and others, paras 67-74.

¹³¹² Naz Foundation v. Government of NCT of Delhi and others, paras 129-132; Delhi Yüksek Mahkemesi'nin sözkonusu kararından sonra Hindistan Yüksek Mahkemesi nezdinde devam eden yargılamalar neticesinde 2018 yılında verilen nihaî karar ile 377. maddenin Anayasayı ihlâl ettiğine karar verilmiştir. Bkz. Navtej Singh Johar & Ors v. Union of India and others, WP (C) No. 76 of 2016, The Supreme Court of India, 06.09.2018, Kararın İngilizce metnine şuradan erişilmiştir: <http://www.liiofindia.org/in/cases/cen/INSC/2018/746.html> (Erişim Tarihi: 26 Temmuz 2020).

¹³¹³ 14 Nolu Genel Yorum, para 20.

Komite nihaî gözleminde ilgili devlete (Pakistan), ülkedeki yüksek anne, bebek ve çocuk hastalık ve ölüm oranlarından endişe duyduğunu, sağlık sisteminin kadınların ihtiyaçlarına yeterince yanıt vermediğini ve sağlık hizmetlerinin sunumunda cinsiyete duyarlı bir yaklaşımın olmadığını, zararlı kimi uygulamaların (örneğin, kadınların yanında bir refakatçisi olmadan erkek bir hekim tarafından muayene edilemediği ve fakat, hastanelerde yeterli sayıda kadın sağlık personeli bulunmadığı realitesi gibi) kadın sağlığına zararlı etkileri olduğunu belirtmektedir.¹³¹⁴

HIV pozitif olan ve anti-retroviral tedavi gören bir kadının, bakımı altında olan bebeği emzirerek ona hastalık bulaştırdığından bahisle ilk derece ceza mahkemesi tarafından ihmâl suretiyle bir hastalığı tehlikeli bir şekilde yaymak gerekçesiyle hapse mahkûm edilmesi üzerine, konuyu temyizden inceleyen Malawi Yüksek Mahkemesi,¹³¹⁵ uzman görüşüne istinaden maruziyet sonrası profilaktik (koruyucu) tedavi alan başvuranın bebeğe HIV bulaştığına dair bir kanıt bulunmadığını, ayrıca, başvuranın HIV pozitif tanısı ve tedavi bilgilerin elde edilmesinde ve delil olarak kabul edilmesinde polis ve mahkemelerin ilgilinin haklarını korumak için özen göstermesi gerektiğini, somut olaydaki gibi önemli bir bulaşma riskinin olmadığı veya kişinin HIV pozitif olduğunu bilmediği veyahut HIV'in nasıl bulaştığının tespit edilemediği durumlarda ceza verilemeyeceğini, ceza yargılamasının uluslararası insan hakları yükümlülükleriyle tutarlı şekilde yürütülmesi gerektiğini¹³¹⁶ vurgulayarak, ilk derece mahkemesindeki yargılamanın HIV pozitif kadına karşı açık önyargılı davranılarak adil yargılama hakkının ihlâl edildiği gerekçesiyle kararı bozmuştur.¹³¹⁷

Karar, HIV pozitif kişilerin yargılanmasında insan haklarına dayalı bir yaklaşımın önemini ortaya koyarak, bu kişilere karşı önyargı ve sosyal damgalamaya

¹³¹⁴ CESCR, Report on the Forty-fourth and Forty-fifth Sessions, (03-21.05.2010, 1-19.11.2010), E/2011/22, E/C.12/2010/3, 2011, para 105.

¹³¹⁵ E.L (Female) v. The Republic, (Criminal Case No: 36 of 2016) [2016] MWHC 656, High Court of Malawi, 19.01.2016, Kararın İngilizce metnine şuradan ulaşılmıştır: <https://www.escri-net.org/caselaw/2018/female-v-republic-criminal-case-no-36-2016-2016-mwhc-656-19-january-2016> (Erişim Tarihi: 21 Temmuz 2020).

¹³¹⁶ E.L (Female) v. The Republic, para 4.

¹³¹⁷ E.L (Female) v. The Republic, para 5.

karşı yargı ve kolluk yetkililerinde farkındalık yaratılarak ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkelerinin gerçekleştirilmesi yönüyle dikkat değerdir.¹³¹⁸

d. Geleneksel Tıbbî Uygulamaları Yasaklamamak

Uzun bir geçmişi olduğu kabul edilen geleneksel tıp, DSÖ tarafından “açıklanabilir olsun ya da olmasın, farklı kültürlere özgü teorilere, inançlara ve deneyimlere dayanan, sağlığın korunmasında ve aynı zamanda fiziksel ve mental hastalıkların önlenmesi, teşhisi, iyileştirilmesi veya tedavisinde kullanılan bilgi, beceri ve uygulamaların tamamı” olarak tanımlanmaktadır.¹³¹⁹ DSÖ tarafından desteklenen geleneksel tıp uygulamaları ile ilgili olarak, daha önce de değinilen 2007 tarihli Yerli Halkların Hakları BM Bildirisi’nde yerli halkların kendileri bakımından yaşamsal önem taşıyan canlıların ve minerallerin korunması dahil geleneksel ilaçlarını uygulama ve kendi sağlık uygulamalarını sürdürme hakkına sahip oldukları belirtilmektedir.¹³²⁰

ESKHK raporlarında,¹³²¹ toplumun marjinal, korumasız ve incinebilir grupları için geleneksel tıp hizmetlerine erişimin yasaklanmasından kaçınılması gereği ifade edilmektedir.¹³²²

¹³¹⁸ Malawi örneğinden hareketle, kadınlar arasında aşırı yoksulluk ve cinsiyet eşitsizliğinin onları HIV bulaşmasına ve damgalamaya nasıl karşı savunmasız hale getirdiğini insan hakları temelli bir yaklaşımla irdeleyen bir çalışma olarak bkz. Seodi WHITE, “Extreme Poverty and Its Impacts on Women’s Vulnerability to HIV Transmission: A Right Issue”, **The International Journal of Human Rights**, Vol. 14, No.1, s. 75-91, 2010.

¹³¹⁹ WHO, **WHO Global Report on Traditional and Complementary Medicine 2019**, s. 8. <https://dosyamerkez.saglik.gov.tr/Eklenti/30831,whoglobalreportontraditionalandcomplementarymedicine2019pdf.pdf?0> (Erişim tarihi: 02 Nisan 2020).

¹³²⁰ Yukarıda ilgili bölümde belirtildiği gibi, toplumların uzun bir geçmişe sahip geleneksel tıp uygulamalarına saygı temelinde öngörülen bu durum, sağlığa zararlı geleneksel tıbbî uygulamaların devam ettirilmesi şeklinde okunamaz. Zira, yine yukarıda değindiğimiz uluslararası sözleşmelerin tamamında, devletlere “zararlı geleneksel uygulamaların kaldırılması amacıyla gerekli önlemleri alma” yükümlülüğü getirilmiştir.

¹³²¹ CESCR, Report on the Fortieth and Forty-first Sessions, (28.04-16.05 2008, 3-21.10.2008), E/2009/22, E/C.12/2008/3, 2008, para 142.

¹³²² Ertan, 2012, s. 81.

e. Güvensiz İlaçların Piyasaya Arzını Yasaklamak

Tıbbî ürün ve ilaç güvenliği, sağlık hakkını korumakla yükümlü devletin, sağlığı korumak ve hastalıkları iyileştirmek için piyasaya sunulmasına izin verdiği tıbbî ürünlerin bireylere daha da zarar vererek sağlık ve yaşam haklarının ihlâl edilmesinin önüne geçme yükümlülüğünün bir sonucudur. Uluslararası standartlara uygun olarak, İyi Üretim Uygulamaları (*Good Manufacturing Practice*), İyi Klinik Uygulamaları (*Good Clinical Practices*) ve İyi Laboratuvar Uygulamaları (*Good Laboratory Practice*) ile belirlenen prosedürlere uygun olarak üretim aşamalarında hata ve güvensizlik oluşmadan ilacın üretimi ve piyasaya arzı sağlanmalıdır.¹³²³

f. Yasal İstisnalar Hariç Zorla Tedavi Yöntemleri Uygulamamak

Komite'nin bu çerçevede saydığı durumlar “ruhsal hastalıkların ve kimi akıl hastalıklarının tedavisi” ile “bulaşıcı hastalıkların yayılmasının önlenmesi ve kontrolü” hâlleri ile sınırlı olup bunun haricinde devletlerin bireylere zorla tedavi yöntemleri uygulamama yükümlülüğü bulunmaktadır.

Bireyin özerkliği ilkesi gereğince rıza tıbbî müdahalenin ön şartı olup özgürlük ve güvenlik hakkı da, bireyin iradesi hilâfına tecrit altında tutulmamasını güvence altına alır. ESKHK, ruhsal hastalıklar bakımından “Ruhsal Hastalığı Olan Kimselerin ve Ruh

¹³²³ “Bir ilacın emniyetli, etkin ve kaliteli üretilmesi için oluşturulmuş kuralları kapsayan İyi Üretim Uygulamalarında üç temel özellik mevcuttur. Bu özellikler emniyetli olma (safety) yani ürünün terapötik sınırlar içinde olması, etkin olma (efficacy) yani terapötik indeksteki kan düzeyinde her yaş grubunda istenen etkiyi göstermesi ve kaliteli olmasıdır (quality). Bir ilaç ancak bu özelliklere sahip ve İÜU, İLU, İKU kılavuzlarına uygunsa kullanılabilir.” Detaylı bilgi için bkz. Sibel CEVİZCİ, Ayşe Emel ÖNAL, “Halk Sağlığı Açısından Hijyen ve İyi Üretim Uygulamaları”, *Türk Hijyen ve Deneysel Biyoloji Dergisi*, 66/2, 2009, s.73-82.

Sağlığının Korunması İçin Kabul Edilen İlkeler”¹³²⁴ başta olmak üzere bu konudaki uluslararası standartlara atıf yapmaktadır.

Öncelikle, kişinin ruhsal tedavisi ve bu süreçteki hakları konusunda anlayabileceği şekilde bilgilendirilmesi, hastanın anlayamayacağı durumlarda yasal temsilcisinin bilgilendirilmesi gerekmektedir. Bunun yanında, kişinin kaldığı sağlık tesisinde kendisine saygı gösterilmesi hakkı, birey olarak tanınması hakkı, gizlilik ilkesine riayet, tesisteki diğer kişiler dahil iletişim ve haberleşme özgürlüğü, din ve inanç özgürlüğü, zorunlu çalışmaya tâbi tutulmama, hastanın ihtiyaçlarına göre yapacağı işi seçme hakkı ve bunun karşılığında ücret hakkı kabul edilmektedir.¹³²⁵ Sözü edilen İlkeler’e uygun olarak, devletlerin iç hukuktaki düzenlemelerini uluslararası ilkelere uygun hâle getirmesi gerekmektedir.¹³²⁶

ESKHK, ruh sağlığı hastanelerindeki periyodik değerlendirme prosedürleri ve etkili yargı denetimi olmaksızın hastanın kapatılması yoluna gidilmesinin endişe verici olduğunu vurgulamaktadır.¹³²⁷ Yine, bu kurumlarda tedavi edilen hastalara insanlık dışı, onur kırıcı, aşağılayıcı ve kötü muamelede bulunulması sağlık hakkının açıkça ihlâli¹³²⁸ anlamına gelecektir.¹³²⁹

¹³²⁴ Atıf yapılan belge, BM Genel Kurulu’nun 17 Aralık 1991 tarihli ve 46/119 sayılı Ruhsal Hastalığı Olan Kimselerin ve Ruh Sağlığının Korunması İçin Kabul Edilen İlkeleri (*Principles for the Protection of Persons with Mental Illness and the Improvement of Mental Health Care*)’dir. Sözü edilen İlkeler’de atıf yapılan uluslararası insan hakları belgeleri ise, İHEB, ESKHS, MSHS ile BM Genel Kurulu’nun 9 Aralık 1988 tarihli ve 43/173 sayılı Her Türlü Gözaltı veya Hapis Altındaki Herkesin Korunmasına İlişkin Temel Prensipler (*Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment*) ve yine BM Genel Kurulu’nun 9 Aralık 1975 tarihli ve 3447 sayılı Engelli Hakları Bildirgesi (*Declaration on the Rights of Disabled Persons*)’dir.; AİHM de, zorunlu tedavinin hukuka uygunluğunun değerlendirilmesinde, (i) ruhsal bozukluğun varlığının tıbben güvenilir şekilde tespit edilmesinin, (ii) ruhsal bozukluğun türü ve düzeyinin zorunlu kapatmaya cevaz vermesinin, (iii) kapatmanın devamlılığının ruhsal bozukluğun devamına bağlı olmasının gerekli olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Winterwerp v. the Netherlands, Application No. 6301/73, ECHR, 24.10.1979, para 39.

¹³²⁵ Bkz. 17 Aralık 1991 tarihli ve 46/119 sayılı Ruhsal Hastalığı Olan Kimselerin ve Ruh Sağlığının Korunması İçin Kabul Edilen İlkeleri, madde 12 ve 13.

https://www.equalrightstrust.org/sites/default/files/ertdocs//UN_Resolution_on_protection_of_persons_w_ith_mental_illness.pdf (Erişim Tarihi: 04 Nisan 2020).

¹³²⁶ CESCR, Report on the Forty-fourth and Forty-fifth Sessions, (3-21.05.2010, 1-19.10.2010), E/2011/22, E/C.12/2010/3, 2011, para 210.

¹³²⁷ CESCR, Report on the Thirty-sixth and Thirty-seventh Sessions, (1-19.05.2006, 6-24.10.2006), E/2007/22, E/C.12/2006/1, 2007, para 480.

¹³²⁸ CESCR, Report on the Eighteenth and Nineteenth Sessions, (24.04-15.05.1998, 16.11-04.12.1998), E/1999/22, E/C.12/1998/26, 1998, para 288.

¹³²⁹ Ertan, 2012, s. 82-83.

Komite tarafından, ruh sağlığı tesislerinde anestezi ve kas gevşetici olmaksızın elektrokonvulsif tedavi kullanımının terk edilmesi,¹³³⁰ hastanın ya da yasal temsilcisinin bilgilendirilmiş rızası alınmaksızın elektrokonvulsif tedavi de dahil olmak üzere zorunlu tedavi yapılmaması,¹³³¹ çocuklar da dahil hastalarda kullanılan kafes yatakların bir tür kısıtlama olarak kullanılmasına son verilmesi önerilmektedir.¹³³²

Sözleşme'nin 12(2). maddesine göre, bulaşıcı ve salgın hastalıklarla mücadele etmek devletlerin yükümlölükleri arasındadır. Öte yandan, ESKHK, bulaşıcı hastalıkların önlenmesi gerekçesinin sıklıkla diğer temel insan haklarından faydalanmayı sınırlandırma sebebi olarak ileri sürölmesine bilhassa dikkat çekmektedir. Bu çerçevede yapılacak sınırlandırmalar herşeyden önce bireylerin haklarını korumayı hedefleyecek mahiyette olmalıdır. Devletler HIV/AIDS gibi bulaşıcı hastalıklar nedeniyle kişilerin seyahat özgülölüğünü kısıtlamak ya da bu kişileri kapatmak (*confinement*), muhalif olduğuna inanılan kişileri tedaviye izin vermemek, bulaşıcı hastalıklara karşı bağışıklık kazanılması için yapılması gereken prosedürleri ulusal güvenlik ya da kamu düzeninin korunması gibi sebeplerle yerine getirmemek gibi uygulamalarda “haklı sebep” bulunduğunu ve yapılan işlemin zorunluluğunun ESKHS'nin 4. maddeye¹³³³ uygun olduğunu ispatla yükümlüdürler. Bu bağlamda, bulaşıcı hastalıklar ve kamu sağlığı ile ilgili sınırlandırmalar, uluslararası insan hakları hukuku, standartları ve ESKHS ile ulaşılmak istenen meşru hedefleri dikkate almalı, Sözleşme ile güvence altına alınan hakların muhtevasına uygun olmalı, demokratik bir toplum için gerekli olmalı, orantılılık ilkesini gözetmeli ve daha ölçölü sınırlandırmının mümkün olması hâlinde hakları en az sınırlandıracak yöntem seçilmelidir. Kamu

¹³³⁰ CESCR, Report on the Forty-sixth Session, (02-20.05.2011) E/C.12/TUR/CO/1, 2011, para 30.

¹³³¹ CO ESC, Australia, UN Doc E/C.12/AUS/CO/5, 2017, paras 44-46.

¹³³² CESCR, Report on the sixty-sixth Session, (30.09–18.10.2019) E/C.12/SVK/CO/3, 2019, paras 39-40.

¹³³³ ESKHS'nin 4. maddesinde şu hüküm öngörölümüştür: “Bu Sözleşme'ye taraf Devletler, bu Sözleşme'ye uygun olarak devletin sağladığı haklardan yararlanılmasında, devletin, bu hakları ancak yasanın belirlediği ölçüde sınırlayabileceğini ve bu sınırlamayı da ancak bu hakların niteliği ile bağdaştığı ölçüde ve yalnızca demokratik bir toplumda genel refahın artırılması amacı ile yapabileceğini kabul ederler.”

sağlığını koruma amacını güden sınırlandırmalar uygulansa bile bunlar süreli olmalı ve mütemadiyen gözden geçirilmelidir.¹³³⁴

AİHM de, her türlü bulaşıcı hastalığın devletlere diğer insan haklarını doğrudan sınırlandırma ve özgürlüklerden yoksun bırakma yetkisi vermediğinin altını çizmektedir. AİHM'nin sınırlandırmanın yerindeliğini değerlendirmek için öngördüğü iki koşuldan ilki, hastalığın kamu sağlığı ve güvenliği için tehlike oluşturması, diğeri ise, enfekte kişinin tutulmasının hastalığın yayılmasını önlemek için son çare olmasıdır.¹³³⁵

ESKHK, uyuşturucu kullanıcılarına yönelik hapsedmeye dayalı cezalandırma politikasına karşı tutum benimsemektedir. Bu çerçevede, uyuşturucu kullanıcılarının tedavisinde insan hakları temelli bir yaklaşım uygulamasını ve uygun tıbbî yaklaşım, psikolojik destek ve rehabilitasyon sağlamasını, ayrıca zarar azaltma programlarının sürdürülmesini,¹³³⁶ bu kişilerin suç politikasının sonucu olarak tıbbî tedavi almaktan çekindiklerinin mutlaka gözönüne alınarak buna göre duyarlı yaklaşımda bulunulmasını¹³³⁷ tavsiye etmektedir.

Bu başlık altında verilebilecek bir diğer örnek de, insanlar üzerindeki klinik araştırmaların Oviedo Sözleşmesi'ndeki temel ilkelere uygun olarak yapılması gereğidir. Nitekim, Komite klinik araştırmaları düzenleyen çerçeve mevzuatın bulunmamasını eleştirmekte ve insanlar üzerindeki araştırma süreçlerinin anılan Sözleşme'deki ilke ve standartlara uygun yapılmasını, bu tür araştırmalara katılan

¹³³⁴ 14 Nolu Genel Yorum, para 28; ESKHK, Covid-19 pandemisi sebebiyle yayımladığı Bildiri'de, devletlerin salgınla mücadele etmek için aldıkları önlemlerin hareket özgürlüğü ve diğer haklar üzerinde kısıtlamalar getirdiği için salgının medeni ve siyasal haklardan yararlanma bakımından birçok etkisinin söz konusu olduğunu belirterek, bu önlemlerin bütün insan haklarının korunmasını sağlamak için makul ve orantılı olmasının esas olduğunu vurgulamıştır. Bkz. CESCR, Statement on the coronavirus disease (Covid-19) pandemic and economic, social and cultural rights, UN Doc E/C.12/2020/1, 06.04.2020, paras 4 and 11.

¹³³⁵ Enhorn v. Sweden, Application No. 56529/00, ECHR, 25.01.2005, para 44; AİHM, Covid-19 pandemisi nedeniyle sokağa çıkmaya kısıtlama getiren tedbirleri Sözleşme'nin 5(1). maddesi çerçevesinde irdelediği bir kararında, tedbirin bireysel bir önleyici tedbir olmayıp herkese uygulanan genel bir önlem olduğunu ve ev hapsi ile bir tutulamayacağını, tedbirin yoğunluk derecesi göz önüne alındığında başvurunun dayanaktan yoksun olduğuna karar vermiştir. Bkz. Terheş v. Romania, Application No. 49933/20, ECHR, 20.05.2021, paras 41-44.

¹³³⁶ CO ESC, Moldova, UN Doc E/C.12/MDA/CO/3, 2017, paras 66-67.

¹³³⁷ CO ESC, Russian Federation, UN Doc E/C.12/RUS/CO/6, 2017, para 50.

kişilerin sağlık hakkının korunmasını ve etkili gözetim ve denetim mekanizmalarının oluşturulmasını önermektedir.¹³³⁸

Kenya Yüksek Mahkemesi bir kararında,¹³³⁹ Halk Sağlığı Yasası gereğince kullanmaları gereken tüberkuloz ilaçlarını kullanmayan ve tedavilerini tamamlamadıkları gerekçesiyle hapsedilmelerine karar verilen başvuruların ihlâl iddialarını incelemiştir. Mahkeme, DSÖ'nün tüberkuloz hastalığıyla mücadele kılavuzları doğrultusunda, belirli koşullar altında bu hastalarının ilaçlarını kullanmasını sağlamaya ve hastalığı diğer kişilere bulaştırmasını önlemeye yönelik izolasyonun tartışılacak yönü olmadığını ve bunun haklı bir sınırlama olduğunu;¹³⁴⁰ ancak, somut olayda başvuruların ceza infaz kurumlarında hapsedilmelerinin ne Halk Sağlığı Yasasına ne de DSÖ kılavuzlarına uygun olduğunu;¹³⁴¹ Kenya hapishanelerinin aşırı kalabalık oluşu ve tedaviye yönelik izolasyon eksikliği gibi koşullar gözönüne alındığında, bu hapsin amaçlanan neticeyi karşılamadığını belirterek, sağlık hakkının uluslararası normlara uygun olarak korunması gerektiğini vurgulamıştır.¹³⁴²

g. Üreme Sağlığı Hizmetlerine Erişimi Engellemek

Sağlık hakkının, tüm bireyler gibi kadınların cinsel sağlık ve özgürlük hakkını, kendi sağlığını ve vücudunu kontrol etme hakkını, üreme özgürlüğünü de bünyesinde taşımasının¹³⁴³ doğal sonucu olarak, kürtaj ve gebeliği önleyici korunma yöntemlerine başvurma haklarına erişimin engellenmemesi gerekmektedir. İç hukukta kürtajın

¹³³⁸ CO ESC, Israel, UN Doc E/C.12/ISR/CO/4, 2019, paras 60-61.

¹³³⁹ Daniel Ng'etich and others v. The Minister For Public Health and Sanitation and others, Petition No: 329 of 2014, The High Court of Kenya, 24.03.2016. Kararın İngilizce metnine şuradan ulaşılmıştır: https://www.escri-net.org/sites/default/files/caselaw/petition_329_of_2014_0.pdf (Erişim Tarihi: 4 Mayıs 2020).

¹³⁴⁰ Daniel Ng'etich and others v. The Minister For Public Health and Sanitation and others, paras 54-55.

¹³⁴¹ Daniel Ng'etich and others v. The Minister For Public Health and Sanitation and others, paras 57-60.

¹³⁴² Daniel Ng'etich and others v. The Minister For Public Health and Sanitation and others, paras 67-68.

¹³⁴³ 14 Nolu Genel Yorum, para 8; Şahin, 2010, s. 741.

yasaklanmasının,¹³⁴⁴ hijyenik olmayan koşullarda ve/veya yetkili olmayan kişilerce yasadışı kürtajların yapılmasına ve bunun da gelişen komplikasyonlar sonucunda kadın ölümlerine yol açtığı bilinen bir gerçek olup bu tür uygulamaların sağlık hakkının ihlâlüne sebebiyet vereceği açıktır.¹³⁴⁵

ESKHK, her koşulda, kontraseptif (doğum kontrolü) yöntemleri ve kürtajın ulusal sağlık sigortası yoluyla erişilebilir olmasını; kadınların cinsel sağlık ve üreme sağlığı hizmetlerine erişimlerini engelleyen kürtaj riskleri hakkında önyargılı veya bilimsel dayanağı olmayan bilgilere maruz kalmasını yasaklamayı; tüm kadınların üreme hakları konusunda sağlık personeline insan hakları eğitimi verilmesini; kürtaj sürecinde kadınların mahremiyetinin korunmasını; bu alanda geriye götürücü tedbirlerden kaçınılmasını; her düzeyde zorunlu ve yaşa uygun cinsel sağlık ve üreme sağlığı eğitimi sağlanmasını tavsiye etmektedir.¹³⁴⁶

h. Sağlık Eğitimi ve Bilgisine Sansür Uygulamamak

Devletler, cinsel eğitim ve bilgilendirme de dahil olmak üzere sağlık eğitimi ve bilgilendirme faaliyetlerinin sansüre tâbi tutulmamasını sağlamakla yükümlüdürler.

¹³⁴⁴ “36. Kadının hayatının risk altında olduğu durumlar dışında, hamileliğin kadının rızasıyla sona erdirilmesinin cezalandırılması güvensiz gizli kürtaj insidansına yol açmıştır. Özellikle kırsal alanlarda, ölümle sonuçlanan hayatı tehdit eden komplikasyonlardan muzdarip birçok kadın mevcuttur. Buna ek olarak, Komite, eğitim hakkını ve kızların sağlık hakkını engelleyen yüksek erken gebelik oranına dikkat çekmektedir. Komite, cinsellik ve ilgili sosyo-kültürel engellemeler konusunu çevreleyen tabulara dikkat çekerken, cinsellik ve üreme ile ilgili cinsel şiddetin önlenmesine ve erken gebelikle ilişkili risklere değinmesi gereken bilgi ve hizmetlere yetersiz erişim konusunda endişe duymaktadır. 37. Komite, Taraf Devlete: (a) Ceza mevzuatını, kadın hakları ile uyumlu hale getirmek ve gebeliğin gönüllü olarak sona erdirilmesinin yasal olduğu koşullarını genişletmek amacıyla gözden geçirmek; (b) Bu uygulamaya başvuran kadınların cezai sorumluluğu altında tutulmamasını sağlamak; (c) Aile planlaması hizmetleri de dahil olmak üzere uygun, yüksek kaliteli cinsel ve üreme sağlığı bilgi ve hizmetlerinin, özellikle uzak kırsal alanlarda ve okullardaki tüm kadınlara ve ergen kızlara yayılmasını ve kullanılabilirliğini sağlamak.” Bkz. CESCR, Report on the sixty-sixth Session, (30.09–18.10.2019) E/C.12/SEN/CO/3, 2019, s. 7, paras 36-37.

¹³⁴⁵ CESCR, Report on the Tenth and Eleventh Sessions, (02-20.05.1994, 21.11-09.12.1994), E/1995/22, E/C.12/1994/20, 1995, para 180; CESCR, Report on the Twenty-eight and Twenty-ninth Sessions, (29.04-17.05.2002, 11-29.11.2002), E/2003/22, E/C.12/2002/13, 2003, para 177.

¹³⁴⁶ CESCR, Report on the sixty-sixth Session, (30.09–18.10.2019) E/C.12/SVK/CO/3, 2019, paras 41-42.

Sağlık bilgilerinin farklı veçheleri vardır. Bunlardan biri kişinin kendi sağlık bilgilerine erişebilme hakkıdır. ESKHK, sağlık hakkının temel unsurları arasında “bilgiye erişebilme”yi bilhassa vurgulamaktadır. Bu bağlamda, kişisel sağlık bilgilerinin gizliliğinin zedelenmemesi gerektiği vurgulanırken, bireyin sağlık konusunda ve kendi sağlık bilgileri konusunda bilgiye erişim hakkı olduğu açıklanmaktadır.¹³⁴⁷

Sağlık bilgisi kavramının diğer önemli veçhesi, sağlık hakkının gerçekleştirilmesi için kişilere yönelik sağlık eğitimi ve bilgilendirme faaliyetlerinin devletçe sağlanması ve bu alandaki cehâletin ortadan kaldırılması yükümlülüğüdür. Nitekim, tüm bireyler için olduğu gibi, eğitimden yoksun bırakılanların genellikle kadınlar olduğu gözönüne alınarak, bilhassa kadınların sağlıkla ilgili farkındalığını artırmak ve bu konuda bilgiye erişimlerinin önündeki engelleri kaldırmak devletin pozitif ödevleri arasında yer almaktadır.¹³⁴⁸

1. Sağlık ile İlgili Konularda Katılımcılığı Engellemek

Sağlık hizmetlerinin etkili bir şekilde sunulmasının, ancak insanların katılımının devletler tarafından güvence altına alındığında sağlanabileceği görüşü giderek daha fazla kabul görmektedir. Sağlık hakkının gerçekleştirilmesinin, bir devletteki çeşitli aktörler tarafından çaba gösterilmesini gerektirdiği dikkate alındığında, bu kaçınılmaz bir gereklilik olarak ortaya çıkmaktadır. Örneğin, sağlık hizmetlerini ve sağlığın belirleyicilerini cinsiyet, engellilik, yaşlılık ve diğer perspektiflerden tanımlamak için

¹³⁴⁷ 14 Nolu Genel Yorum, para 12.

¹³⁴⁸ 14 Nolu Genel Yorum, paras 11, 12(b)(iv) and 21; ÇHS’nin 24(2)(e). maddesinde, toplumun bütün kesimlerinin, özellikle de anne-babaların ve çocukların, çocuk sağlığı ve beslenmesi, anne sütü ile beslenmenin yararları, sağlıklı olma (hijyen) ve çevre sağlığı ve kazaların önlenmesine dair temel bilgi konularında bilgilendirilmelerinin, eğitim görmelerinin ve bu bilgileri kullanmakta desteklenmelerinin temin edilmesi ödevi devlete yükümlülükleri arasında yer almaktadır. Yine, CEDAW’ın 10(h). maddesinde “ailelerin sağlığını ve refahını sağlamaya yardımcı olmak için belirli eğitim ve bilgilere erişimi sağlamak” ödevi devletlere yüklenmiştir. ASS’nin 11(2). maddesinde, “Sağlıklı olmayı geliştirmek ve sağlıkla ilgili konularda kişisel sorumluluk üstlenmeyi teşvik etmek üzere, danışma ve eğitim olanaklarını sağlamak” devletin görevi olarak belirtilmiştir. SSP’nin 10. maddesinde de, nüfusun sağlık sorunlarının önlenmesi ve tedavi edilmesi konusunda eğitim verilmesi ödevi devlete verilmiştir.

toplumdaki bu tür gruplardan bireylerin veya temsilcilerin katılımını sağlamak gerekmektedir.¹³⁴⁹

DSÖ, insan hakları temelli yaklaşımın gereği olarak, hükümet dışı aktörler de dahil olmak üzere sağlıkla ilgili tüm paydaşların ve nüfusun genelinin karar alma süreçlerinin tüm aşamalarında (değerlendirme, analiz, plânlama, uygulama, izleme ve değerlendirme) yer almasını önermektedir.¹³⁵⁰

ESKHS, sağlık hakkının gerçekleştirilmesi için karar alma süreçlerine bireylerin katılımına dair açık bir hüküm içermemekle birlikte, MSHS karar alma süreçlerine katılımın gerekliliği bakımından gerekli normatif dayanağı oluşturmaktadır. Bu bağlamda, özellikle 25. madde her bireyin doğrudan veya özgürce seçilmiş temsilcileri aracılığıyla kamusal faaliyetlerin yürütülmesine katılma hakkı olduğunu belirtmektedir.¹³⁵¹

Öte yandan, 14 nolu GY'nin 11. paragrafında, nüfusun sağlıkla ilgili kararların alınmasında, gerek ulusal ve gerek uluslararası düzeyde etkin bir şekilde katılımının sağlanmasının sağlık hakkının önemli bir unsuru olduğu belirtilmekte olup bunun engellenmesi sağlık hakkının ihlâli anlamına gelir.¹³⁵² Komite, sağlık şartlarını geliştirme ve iyileştirme, öncelikleri saptama, plânlama, strateji belirleme ve karar alma aşamalarında ve tüm bu aşamaların değerlendirilmesinde kamuoyunun da katılımını öngörmektedir. Zira, sağlık hizmetlerinin etkililiği ancak halkın süreçlere ve kararlara katılımının güvence altına alınması hâlinde mümkündür.¹³⁵³

Sağlık hakkının gerçekleştirilmesine yönelik hak temelli bir yaklaşımın uygulanması için çok sektörlü bir yaklaşım gibi, sağlık hakkından etkin bir şekilde yararlanılmasını sağlamak için aynı zamanda disiplinler arası bir yaklaşım da benimsenmelidir. Bu bağlamda sağlık, hukuk, ekonomi, eğitim ve sosyal hizmet gibi

¹³⁴⁹ Tobin, 2013, s. 214.

¹³⁵⁰ WHO, “**Human Rights and...**”, 2017, s. 1.

¹³⁵¹ Tobin, 2013, s. 215.

¹³⁵² 14 Nolu Genel Yorum, para 11.

¹³⁵³ 14 Nolu Genel Yorum, para 54; Tobin, 2013, s. 214; Heater Kenyon vd., 2018, s. 7

sağlığı etkileyen disiplinler arasında koordinasyon, işbirliği ve danışma büyük önem taşımaktadır.¹³⁵⁴

i. Çevreyi Kirletmekten ve İnsan Sağlığına Zararlı Nükleer, Biyolojik ve Kimyasal Deneme ve Silah Kullanımından Kaçınmak

Pek çok kere ifade edildiği gibi, sağlık hakkı öteki bazı haklarla birlikte düşünülmekte olup bunlardan biri de, *inter alia*, çevrenin korunması hakkıdır. Sağlığın ön koşulunun temiz çevre, temiz hava, içilebilir ve temiz su, temiz toprak olduğu kuşkusuzdur.¹³⁵⁵

ESKHK, çevre kirliliğine sebebiyet verilmemesini sağlık hakkına saygı yükümlülüğü içinde değerlendirerek çevre hakkı ve sağlık hakkı arasındaki geçirgenliği ve içiçeliği de vurgulamış olmaktadır. Komite'nin örnek kabilinden belirttiği “devlet temelli faaliyetlerden kaynaklanan endüstriyel atıkların engellenmesi” hususunun, devletin yürüttüğü büyük yatırım projelerinin sağlık hakkına ilişkin muhtemel olumsuz etkilerinin de önlenmesi yükümlülüğünü içerdiği vurgulanmalıdır.

Yine, çevreyi ve çevre sağlığını ilgilendiren ve bireylerin etkilenmesi muhtemel olan projelerde, etkilenen topluluklara danışılmasını, bilgilendirilerek olurlarının alınmasını, yerlerinden edilmeleri hâlinde alternatif araziler tahsis edilmesini ve zararlarına karşılık tazminat ödenmesini,¹³⁵⁶ ulusal çevre politikasının bir parçası olarak, kapsamlı ve bağımsız bir çevresel etki değerlendirmesi yapılmasını ve bu tür faaliyetlerin, su, hava veya toprak kalitesi bakımından sağlık için bir tehdit oluşturmasının ve olumsuz bir etki yaratmasının önlenmesini tavsiye etmektedir.¹³⁵⁷

¹³⁵⁴ Tobin, 2013, s. 218.

¹³⁵⁵ Şahin, 2010, s. 737.

¹³⁵⁶ CESCR, Report on the Thirty-sixth and Thirty-seventh Sessions, (01-19.05.2006, 6-24.10.2006), E/2007/22, E/C.12/2006/1, 2007, para 239.

¹³⁵⁷ CESCR, Report on the Forty-eighth and Forty-ninth Sessions, (30.04-18.05.2012, 12-30.11.2012), E/2013/22, E/C.12/2012/3, 2013, paras 22-23; CESCR, Report on the Sixty-sixth Sessions, (03-04.10.2019, 18.10.2019), E/C.12/ECU/CO/4, 2019, paras 53-54.

ESKHK, kitlesel imha silahlarının kullanılmasından ve denemelerin yapılmasından kaçınılmasını devletin sağlık hakkına saygı yükümlülüğü içinde saymış ve ilgili devletlere bu tür davranışlardan kaçınmayı yükümlülük olarak öngörmüştür. MSHS'nin denetim organı İHK da 14 nolu genel yorumunda “nükleer silahların üretilmesi, denenmesi, bunlara sahip olunması, konuşlandırılması ve kullanılması yasaklanmalı ve insanlığa karşı suç kabul edilmeli” diyerek, konunun insanlık için önemini ortaya koymaktadır.¹³⁵⁸

j. Bir Cezalandırma Aracı Olarak Sağlık Hizmetlerine Erişimi Engellemek

ESKHK, bu duruma örnek olarak, silahlı çatışma hâllerinde uluslararası insancıl hukukun ihlâlini göstermektedir. 14 nolu GY’de sağlık hakkının çekirdek yükümlülüklerinin askıya almaya (derogasyon) ve aksine düzenleme getirmeye konu olamayacağı açıkça vurgulanmaktadır.¹³⁵⁹ Komite’nin askıya almanın kapsamını asgari çekirdek yükümlülüklerle özgülemesi karşısında, bunun mefhumu muhalifinden gerek ulusal ve gerek uluslararası silahlı çatışmalar bakımından geçerli olan askıya almanın, genel sözleşmesel yükümlülükler bakımından uygulanabileceği sonucuna varılabilir.¹³⁶⁰

Silahlı çatışmalar bakımından üzerinde durulması gereken bir diğer konu, Sözleşme’nin uygulama alanı (yetki alanı) meselesidir.¹³⁶¹ Birinci kuşak insan hakları organlarının içtihatlarında, bir insan hakları sözleşmesinin uygulama alanının sadece o devletin ülkesi ve ulusal toprakları değil bunun yanı sıra fiilen denetim altında tuttuğu toprakların da sorumluluk alanına girdiği kabul edilmektedir.¹³⁶² Aynı şekilde ESKHK,

¹³⁵⁸ Ertan, 2012, s. 84, dipnot 81.

¹³⁵⁹ 14 Nolu Genel Yorum, para 43.

¹³⁶⁰ Ertan, 2012, s. 86.

¹³⁶¹ Ertan, 2012, s. 85.

¹³⁶² Sözgelimi, AİHM, yargı yetkisi kavramının ilke olarak devletlerin ülke toprakları ile sınırlı alan içinde, olağan yargı yetkisini yansıtacak biçimde yorumlanması gerektiğini kabul etmekle birlikte istisnâî durumlarda, her davanın özel koşulları dikkate alınarak ve her olayda ayrıca meşrulaştırılması gereken

sağlık hakkının gerçekleştirilmesinde taraf devletlerin sözleşmeden doğan yükümlülüklerinin ülke topraklarıyla sınırlı olmayıp fiilen denetimleri altındaki bölgelerde de geçerli olduğunu kabul etmektedir. Bu suretle, Komite, medeni ve siyasal haklara ilişkin denetim yapan organların geliştirdiği “insan hakları sözleşmelerinin sınır aşan etkisi” ilkesini sosyal haklara ve dolayısıyla sağlık hakkına uygulamış olmaktadır.¹³⁶³

2019 yılı nihaî gözleminde ESKHK ilgili devlete (İsrail), Gazze şeridinde temel tıbbî ekipman ve malzemeler de dahil olmak üzere tıbbî ürünler üzerindeki kısıtlamaların artması nedeniyle sağlık hizmetlerinin çok sınırlı olduğunu ve hizmet kalitesinin düştüğünü; bu bölgede yaşayanların Batı Şeria’da veya İsrail’de tıbbî tedavi görmeye zorlandığını, ayrıca Gazze Şeridi sakinlerinin Gazze’de bulunmayan ve tıbbî olarak önerilen tedaviye erişmelerini engelleyen uzun ve karmaşık çıkış izni sistemi öngörüldüğünü; son yıllarda reddedilen veya ertelenen izin taleplerinin sayısında, izin bekleyen hastaların ölümü ve ilgili kritik tıbbî prosedürlerin uygulanması da dahil olmak önemli bir artış olduğunu belirterek, taraf devlete; temel tıbbî ekipman ve malzemelerin girişini ve sağlık personelinin Gazze’ye gidiş ve gelişini kolaylaştırmasını; Gazze sakinlerinin tıbben gerekli tüm sağlık hizmetlerine zamanında erişmelerini kolaylaştırmak için tıbbî çıkış izni sistemini gözden geçirmesini; Gazze dışında tıbbî tedavi için sevk edilen tüm çocuklara en az bir ebeveynin eşlik etmesini tavsiye etmiştir.¹³⁶⁴

biçimde, bu kavramın devletlerin ülke toprakları dışına çıkacak biçimde yorumlanabileceğini belirtmektedir. Sözleşme’ye taraf bir devlet, yabancı bir toprağı işgâli sonucunda ya da o bölge hükümetinin rızası, çağrısı ya da kabulü yoluyla o bölgede ve o bölgenin nüfusu üzerinde etkin bir kontrol kurarak, normalde o hükümet tarafından kullanılması gereken kamu iktidarının tümünü ya da bir kısmını kullanıyorsa, bu durumda o bölgedeki ihlâllerden de sorumlu olması gerekir. Bkz, Bankovic and others, Application No. 52207/99, ECHR, 12.12.2001, para 61; Özdek, 2004, s. 34-36.

¹³⁶³ Ertan, 2012, s. 85.

¹³⁶⁴ CO ESC, Israel, UN Doc E/C.12/ISR/CO/4, 2019, paras 57-59.

Uluslararası hukukta, başka bir ülkenin işgâl edilmesi hâlinde, işgâlcî gücün *inter alia*, ESKHS’de ve ÇHS’de yer alan yeterli bir yaşam standardı, sağlık, gıda, giyim, barınma ve eğitim hakkı ile bağlı olduğu kabul edilmektedir.¹³⁶⁵

2. Koruma Yükümlülüğü

Koruma yükümlülüğünde devletin daha aktif bir ödevi mevcut olup sağlık hakkının kullanılabilmesi için devletin müdahalesinin yokluğuna değil, aksine devlet müdahalesine gereksinim duyulmaktadır. Bu müdahale bazen gerekli hukukî altyapıyı kurmak ve kimi mekanizmaları oluşturmaktan geçtiği gibi, bazen de üçüncü kişiler tarafından sağlık hakkına yapılacak müdahalelerin devletçe engellenmesi ve buna yönelik tedbirlerin alınması şeklinde tezahür eder.¹³⁶⁶

Klasik yaklaşıma göre, sadece egemen devletler hak ihlallerinden sorumlu tutulabilirler. Şirketler, ulusötesi şirketler gibi devlet-dışı aktörler ve bireyler tarafından gerçekleştirilen ihlaller uluslararası hukuka konu edilmezler. Bu aktörlerin hak ihlâlinde bulunması hâlinde ise, bu eyleme göz yuman ya da dolaylı olarak bu eylemi destekleyen devlet sorumlu tutulur. Dolayısıyla, o devletin uygun her türlü önlemi almak suretiyle sözkonusu eyleme son vermesi gerekir. Neoliberal küreselleşme süreci, devletin etkinliğini azaltırken devlet-dışı aktörlerin etki ve gücünü daha da arttırmaktadır.¹³⁶⁷ Bu nedenle, sağlık hakkının korunmasında devletlerin yanında, bireylerin, sağlık sektöründe çalışan kişilerin, ailelerin, toplulukların, özel sağlık kuruluşlarının, hükümet dışı kuruluşların ve STK’ların yükümlülükleri olduğunu hatırdan uzak tutmamak gerekir.¹³⁶⁸

¹³⁶⁵ UN General Assembly, “Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights”, 21 July 2014- 22 July 2015, E/2015/59, 2015; Seymen Çakar, 2018, s. 33.

¹³⁶⁶ Yücel Dericiler, 2014, s. 132.

¹³⁶⁷ Manfred NOWAK, *Introduction to The International Human Rights Regime*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2003, s. 49; Yücel Dericiler, 2014, s. 134.

¹³⁶⁸ 14 Nolu Genel Yorum, para 42; Yücel Dericiler, 2014, s. 135.

Sağlık hakkına ilişkin 14 nolu GY’de devletin sağlık hakkını koruma yükümlülüğünün kapsamının neler olduğu belirlenmiş olup aşağıda sırasıyla bu yükümlülüklerle değinilecektir.

a. Üçüncü Kişilerce Sunulan Sağlık Hizmetlerine Herkesin Erişimini Sağlayacak Tedbirleri Almak

Sağlık hakkının evrensel düzeyde ve tam olarak korunmasında devletin oynadığı rol, sağlık hakkına ilişkin yükümlülüklerin eksiksiz yerine getirilmesidir. Ancak, günümüzde diğer sosyal haklarda olduğu gibi, sağlık hakkı bakımından da devletin etkinliği, bilhassa özelleştirmeler sebebiyle zayıflamakta; devlet sağlık hizmet sunumundan özel şirketler lehine çekilmektedir. Sağlık hizmetlerinin özelleştirmeler yoluyla piyasa koşullarına terk edilmesi, bu alana doğrudan müdahale edebilme olanağını hayli sınırlandırmaktadır. Devletlerin sağlık hizmet sunumuna ilişkin yükümlülüklerindeki bu dönüşüm, koruma yükümlülüğünün önemini daha da arttırmaktadır.¹³⁶⁹

Devletin, sağlık hizmetlerinin sunulmasında ayrımcılıktan kaçınması gerektiği gibi, bilhassa özel sağlık hizmeti sağlayıcıları tarafından sunulan sağlık hizmetleri bakımından da ayrımcılığı engelleyen her türlü yasal ve idarî düzenlemeleri öngörerek, bireyleri ayrımcı faaliyet ve davranışlardan koruma yükümlülüğü bulunmaktadır.

ESKHK, kamu ve özel sağlık sistemleri arasındaki eşitsizliklerin giderilmesi ve ayrımcılığın önlenmesi için toplumun genelini kapsayan bir genel sağlık sigortası sisteminin kurulmasını;¹³⁷⁰ kırsal bölgelerde kaliteli sağlık hizmetlerine erişimin iyileştirilmesi için yatırım yapılmasını, gerekli finansmanın tahsisini ve yüksek gelirli kesim ile en dezavantajlı kesim arasındaki anne ve bebek ölüm hızı farkının kapatılması

¹³⁶⁹ Nowak, 2003, s. 49; Yücel Dericiler, 2014, s. 134.

¹³⁷⁰ CO ESC, South Africa, UN Doc E/C.12/2018/ZAF/CO/1, 2018, paras 63-64.

için çaba gösterilmesini;¹³⁷¹ sağlık hizmetlerinin özel şirketler eliyle yürütülmesi sonucunda, bu hizmetlerin yüksek maliyetlerinin yaşam standardı üzerinde olumsuz bir etkiye sahip olmasını önlemek için ESKHS'nin 12(2)(d). maddesine¹³⁷² uygun olarak sağlık sistemlerinin devletlerce gözden geçirilmesini;¹³⁷³ kadınların özel sağlık sisteminde ayrımcılığa maruz bırakılmamasını¹³⁷⁴ tavsiye etmektedir.

Kolombiya Anayasa Mahkemesi, özel bir sağlık hizmet sağlayıcısının işitme engelli on yaşındaki bir çocuğa kulak implantı temin etmesini;¹³⁷⁵ yine, ülkede tedavisi yapılmayan hastalıklar için yurtdışındaki uzman kliniklerde çocukların tedavisinin sosyal güvenlik sisteminde karşılanmasını emretmiştir.¹³⁷⁶

b. Özelleştirmeler Nedeniyle Sağlık Hizmetlerinin Olumsuz Etkilenmemesi İçin Gerekli Önlemleri Almak

Devletler, sağlık sektöründeki özelleştirmeler nedeniyle sağlık hizmetlerinin, olanaklarının ve mallarının mevcudiyetinin, erişiminin, kabul edilebilirliğinin ve kalitesinin olumsuz yönde etkilenmemesini güvence altına almakla yükümlüdürler.

Kural olarak ESKHS, bir devletin sağlık hakkı da dahil olmak üzere Sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirmek için benimsediği ekonomik sistem konusunda tarafsız pozisyonudur.¹³⁷⁷ Nitekim, Komite'nin 14 nolu GY'de işaret ettiği bu yükümlülüğün mahiyetine bakıldığında, sağlık hizmetlerinin özelleştirilmesi ne yasaklanmış ne de sağlık hakkının gerçekleştirilmesi için bir önlem olarak tercih

¹³⁷¹ CO ESC, Namibia, UN Doc E/C.12/NAM/CO/1, 2016, paras 64-65.

¹³⁷² “(d) Hastalık durumunda herkese tıbbî hizmet ve tıbbî bakım sağlayacak koşulların yaratılması” hükmü.

¹³⁷³ CESCR, Report on the Eighteenth and Nineteenth Sessions, (27.04-15.05.1998, 16.11-04.12.1998), E/1999/22, E/C.12/1998/26, 1999, paras 362 and 374.

¹³⁷⁴ CESCR, Report on the Thirty-second and Thirty-third Sessions, (26.04-14.05.2004, 8-26.10.2004), E/2005/22, E/C.12/2004/9, 2005, para 583.

¹³⁷⁵ Judgement No T-236/98, The Colombian Constitutional Court, 16.03.1998'den nakleden Tobin, 2013, s. 205.

¹³⁷⁶ Judgement No T-165/95, The Colombian Constitutional Court, 18.09.1995'den nakleden Tobin, 2013, s. 205.

¹³⁷⁷ 3 Nolu Genel Yorum, para 8.

edilmiştir.¹³⁷⁸ Sadece, özelleştirmenin sağlık hakkının temel unsurlarına olumsuz etki yapmaması için devletlerin gereken her türlü tedbiri almakla yükümlü olduğu vurgulanmıştır.¹³⁷⁹

Bu tedbirlerin özünü; kademeli ya da büyük ölçekli özelleştirme yapılsa ve sağlık hizmetleri özel sektör eliyle görülse bile devletin, toplumun dezavantajlı kesimleri ile dar gelirli ve yoksul kesimlerini gözetme ve onların sağlık hizmetlerine erişim imkânını ortadan kaldırmamak oluşturmaktadır. ESKHK nihaî gözlemlerinde, sağlık hizmetlerinin kademeli olarak özelleştirilmesinin sağlık hizmetlerini daha az erişilebilir kılması ve büyük ölçekli özelleştirmelerin sağlık hizmetinin mevcudiyetini ve kalitesini olumsuz etkilemesi riskleri üzerinde durmaktadır.¹³⁸⁰ Komite'nin endişeleri, sağlık özelleştirmelerinin sonuçlarına ilişkin sağlık verilerinde, bu durumun toplumun yoksul ve dezavantajlı kesimleri ile özellikle çocuklar için sağlık hizmetlerinin erişilebilirliği üzerinde olumsuz bir etkiye sahip olabileceğini öne süren bazı araştırmalara dayanmaktadır.¹³⁸¹

Bu kapsamda öngörülen tedbirlerden ilki, nüfusun genelini kapsayan bir sağlık sigortası sistemi kurulmasıdır.¹³⁸² Bu bağlamda, salt özel sigortaya dayalı sağlık hizmeti sisteminin bilhassa düşük gelirli nüfus ve kırsal nüfus üzerinde olumsuz etki yaratabileceğinden endişe duyduğunu belirten Komite, sağlık hizmetlerinin sunumunda kırsal ve kentsel eşitsizlikleri ele alan bütüncül bir yaklaşım benimsenmesini tavsiye etmektedir.¹³⁸³

Komite'ye göre, özel sektörün sağlık hizmetlerinin sunumunda tam olarak yer almaması için hiçbir neden olmamakla birlikte, bu durum devletin, özellikle nüfusun

¹³⁷⁸ Tobin, 2013, s. 222.

¹³⁷⁹ Ertan, 2012, s. 89.

¹³⁸⁰ Tobin, 2013, s. 222.

¹³⁸¹ Brigit TOEBES, "The Right to Health and the Privatization of National Health Systems: A Case Study of the Netherlands", **Health & Human Rights**, Vol. 9, No. 1, 2006, (ss. 102-127), s. 106; Tobin, 2013, s. 222.

¹³⁸² CESCR, Report on the sixty-second session (18 September-6 October 2017), E/C.12/MDA/CO/3, paras 56-57.

¹³⁸³ CESCR, Report on the thirty-fourth and thirty-fifth sessions (25.04-13.05.2005, 7-25.11.2005), E/2006/22, E/C.12/2005/5, 2006, paras 473 and 505.

yoksul kesimi başta olmak üzere, herkesin sağlık hizmetlerine evrensel ve adil şekilde erişim hakkını koruma yükümlülüğünü hiçbir şekilde hafifletmez.¹³⁸⁴ Bu bağlamda, sözelimi sağlık hizmetlerinin özelleştirilmesine rağmen, temel ilaçların toplumun dezavantajlı gruplarına devlet tarafından ücretsiz olarak sağlanmaya devam edilmesi ve yine ruh sağlığı hizmetlerinin kamusal hizmet olarak gördürülmeye devam olunması Komitece takdire şayan görülmektedir.¹³⁸⁵

c. İlaç ve Tıbbî Cihazların Piyasaya Arzını Denetlemek

Piyasaya arz edilen ilaçların ve tıbbî cihazların hem insan sağlığı için güvenli olmalarını ve hem de gerekli standardizasyon belgeleri ile ruhsat ve izinlere sahip olması gerekliliğini temin etmek ve piyasada gerekli denetim ve gözetim faaliyetlerini etkin bir şekilde gerçekleştirerek güvensiz, ruhsatsız ve miadı geçmiş ilaç ve diğer tıbbî ürünlerin piyasadan geri çekilmesini sağlamak devletin sağlık hakkını koruma yükümlülükleri arasındadır.

Hindistan Yüksek Mahkemesi, ülkede piyasaya arz edilen ilaçların güvenliğinin denetiminin devletçe sağlanması gerektiğini vurgulamaktadır.¹³⁸⁶

Hem bu yükümlülük dahilinde ve hem de yukarıda (a) başlığında işaret edilen yükümlülük ile birlikte okunabilecek önemli bir konu da, ilaç fiyatlandırması ve bununla bağlantılı olarak orijinal - jenerik (eşdeğer) ilaçların¹³⁸⁷ piyasaya arzı meselesidir.

¹³⁸⁴ CESCR, Report on the twelfth and thirteenth sessions, (01-19.05.1995, 20.11-08.12.1995), E/1996/22, E/C.12/1995/18, 1996, para 120.

¹³⁸⁵ CESCR, Report on the twentieth and twenty-first sessions, (26.04-14.05.1999, 15.11-3.12.1999), E/2000/22, E/C.12/1999/11, 2000, para 218.

¹³⁸⁶ Vincent Panikulangura v. Union of India, Supreme Court of India (1987) 2 SCC 165; Drug Action Forum v. Union of India (1997), 6 SCC 609'den nakleden Tobin, 2013, s. 203.

¹³⁸⁷ Orijinal İlaç [tıbbî ürün], "Etkin madde/maddeler açısından bilimsel olarak kabul edilebilir etkinlik, kalite ve güvenliğe sahip olduğu kanıtlanarak, dünyada pazara ilk defa sunulmak üzere ruhsatlandırılmış/izin verilmiş ürün [ilaç]" olarak; Jenerik İlaç [tıbbî ürün] ise, "Etkin maddeler açısından orijinal Tıbbî ürün ile aynı kalitatif ve kantitatif terkibe ve aynı farmasötik forma sahip olan ve orijinal Tıbbî ürün ile biyoeşdeğerliliğinin uygun biyoyararlanım çalışmaları ile kanıtlandığı ilaç [tıbbî ürün]

Yüksek maliyetli ve teknoloji yoğun üretim gerektiren ilaç ve tıbbî cihazlar şirketler tarafından üretilmektedir.¹³⁸⁸ Dünya ilaç piyasası 2018 yılı itibarıyla 1,2 trilyon dolara ulaşmış olup¹³⁸⁹ sürekli olarak da gelişmektedir. Bununla birlikte, orijinal ilaçların maliyetleri hayli yüksek ve sağlık hizmetleri bütçeleri için önemli sonuçlar doğurabilecek mahiyettedir. 2017 yılında perakende ilaçlar, tüm sağlık harcamalarının yaklaşık beşte birini oluşturmakta, yatarak ve ayaktan tedavi bedellerinden sonra OECD ülkelerinde üçüncü en büyük harcama bileşenini temsil etmektedir. Bu nedenle çoğu ülke, nüfusun ilaçlara uygun fiyatlı erişimini sağlamak amacıyla ilaç piyasasının en azından bir kısmı için fiyat düzenlemesi yapmaktadır.¹³⁹⁰ İlaç piyasasında fiyat düzenlemesinin mantığı ve kapsamı ülkeden ülkeye farklılık gösterse de, OECD ülkelerinde benzer araçlar kullanılmaktadır. Bu araçlar, uluslararası kıyaslama (diğer ülkelerin ne ödediğine referans), terapötik referans (mevcut rakiplerin fiyatlarına referans) ve genellikle ilaç fiyatlarını ve geri ödeme fiyatlarını sınırlamak için ekonomik değerlendirmedir.¹³⁹¹

Dolayısıyla, özellikle az gelişmiş ve gelişmekte olan ülkeler bakımından nüfusun yoksul ve dezavantajlı kesimlerini gözeterek orijinal ilaçlardan ziyade daha

olarak tanımlanabilir. Bkz. 19/01/2005 tarihli ve 25705 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Beşeri Tıbbî Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği md. 4/(v)-(y).

<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=7281&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5> (Erişim Tarihi: 23 Temmuz 2020).

¹³⁸⁸ İlaç endüstrisinde en çok kazanan yirmi şirketten on dokuzu Amerika ya da Batı Avrupa menşelidir. Sektörün şirketler arası birleşmeler yoluyla küreselleşme ve bütünleşme gayretini artırdığı da görülmektedir. Bkz. Kalman APPLBAUM, “Sağlıkta Küresel Pazarlama: İlaç Entrikaları”, **Socialist Register 2010: Kapitalizmde Sağlık-Sağlıksızlık Semptomları**, Hazırlayanlar: Leo Panitch, Colin Leys, (Çev.) Umut Haskan, Yordam Kitap, İstanbul 2011, s. 100; Gerçekten de, dokuz OECD ülkesi ilaç endüstrisinin küresel satışlarının %80’inden fazlasını oluşturuyor; yalnızca ABD %45’ini oluşturuyor. Bkz. OECD Pharmaceutical Pricing Policies Project. <https://www.oecd.org/health/pharmaceutical-pricing-policy.htm> (Erişim tarihi: 10 Nisan 2020).

¹³⁸⁹ Bkz: İlaç Endüstrisi İşverenler Sendikası resmi internet sayfası, **Temel Göstergeler, Dünya İlaç Pazarı** <http://www.ieis.org.tr/ieis/tr/indicators/32/dunya-ilac-pazari> (Erişim Tarihi: 10 Nisan 2020).

¹³⁹⁰ Sözgelimi, Türkiye’de 2004 yılından itibaren “referans fiyat sistemi” uygulanmaktadır. İlaç fiyatları; ürünün Fransa, İtalya, İspanya, Portekiz ve Yunanistan’daki depocuya satış fiyatlarından en ucuzunun referans fiyat olarak kabul edilmesiyle belirlenmektedir. Bkz: İlaç Endüstrisi İşverenler Sendikası resmi internet sayfası, **Temel Konular, Fiyatlandırma**. <http://www.ieis.org.tr/ieis/tr/indicators/32/dunya-ilac-pazari> (Erişim Tarihi: 10 Nisan 2020).

¹³⁹¹ OECD, **OECD Pharmaceutical Pricing Policies Project**.

<https://www.oecd.org/health/pharmaceutical-pricing-policy.htm> (Erişim tarihi: 10 Nisan 2020).

ucuz jenerik (eşdeğer) ilaçların üretimine izin vermek suretiyle halkın daha uygun fiyatlı ilaçlara erişimini sağlamak büyük önem taşımaktadır.

Nitekim ESKHK, taraf devletlerin herkes için ayırım gözetmeksizin, uygun fiyatlı ilaçlara erişimi güvence altına almasını salık vermektedir.¹³⁹²

Bu bağlamda TRIPS Anlaşması¹³⁹³ ve buna istinaden akdedilen serbest ticaret antlaşmaları uyarınca orijinal ilaçlara veri imtiyazı tanınarak daha uygun fiyatlı jenerik (eşdeğer) ilaçlara sınırlama getirilmesi sebebiyle, özel şirketlerin faaliyetlerinden olan ilaç fiyatlarının artması sonucunda, bunun orta ve dar gelirli toplum kesimlerine olumsuz etkisini değerlendiren ESKHK, 2004 yılı nihaî gözleminde, genel nüfusun eşdeğer ilaçlara erişimini sağlamak ve daha geniş şekilde ülkedeki herkesin sağlık hakkından yararlanmasını sağlamak üzere, TRIPS Anlaşması'ndan kaynaklanan uluslararası ticaret kurallarının herkesin sağlık hakkı üzerindeki etkilerini değerlendirmesini ve bu anlaşmalardaki izin verilen esneklik maddelerini kapsamlı bir şekilde kullanmasını şiddetle tavsiye etmiştir.¹³⁹⁴ Benzer şekilde ÇHK 2005 yılı nihaî gözleminde¹³⁹⁵ ilgili devlete serbest ticaret anlaşmalarının, eşdeğer ilaçlar da dahil olmak üzere uygun fiyatlı ilaçlara erişim açısından çocukların sağlık hakkını olumsuz

¹³⁹² CO ESC, Tunus, UN Doc E/C.12/TUN/CO/3, 2016, paras 48-49.

¹³⁹³ "FMH'lerin [fıkrî mülkiyet haklarının] korunması sisteminin uluslararası boyut kazanması ABD kökenli ilaç şirketleri de dahil olmak üzere, faaliyetleri fikri mülkiyete dayanan şirketlerin 1970'li yıllardan itibaren ABD'nin yabancı ülkelerle olan ticari ilişkilerine fikri mülkiyet korumasının katılmasını sağlamaları ile başlamıştır. ABD yönetimlerinin fikri mülkiyet korunmasının artırılmasını talep ettiği ülkelere yönelik ticari yaptırım tehditleri ile yürüten süreç, 1994 yılında Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması'nın ... kabul edilmesiyle bir başka aşamaya evrilmiştir. Eş zamanlı olarak DTÖ'nün kurulması ve bu örgüte üyelik şartı olarak TRIPS'e taraf olma zorunluluğu, FMH ve ilaç ilişkisinde yeni bir dönemin başlamasını sonuçlamıştır. ... TRIPS'in yürürlüğe girişiyle birlikte, FMH temelli ürünlerin üreticisi değil tüketicisi olan az gelişmiş ülkeler bakımından oldukça olumsuz sonuçlar ortaya çıkmıştır. Zira söz konusu ülkeler için TRIPS çerçevesinde korunan FMH temelli ürünleri, altından kalkılması güç ekonomik yükler getirmektedir. Bu nedenle de TRIPS'in getirdiği hukukî düzenle birlikte yaygın salgın hastalıklarla (AIDS ve sıtma gibi) mücadelede tek seçenekleri jenerik ilaçlar olan az gelişmiş ülkelerin bu imkânı da ellerinden alınmış olmaktadır. Zira jenerik olarak üretilen ilaçların maliyetleri, patent ücretlerini içermemeleri sebebiyle markalı ilaçlara kıyasla çok daha düşük seviyededirler..." Ertan, 2012, s. 191-191; Küreselleşme, ilaçta fıkrî mülkiyet hakları ve TRIPS anlaşması'nın sağlık hakkına ve ilaca erişime etkisi ile ilgili ayrıntılı analizler için bkz. Tobin, 2013, s. 351-367; yine eleştirel bir yaklaşım için bkz. Kapczynski, 2019, s. 79-107 ve bkz. Ertan, 2012, s. 185-224.

¹³⁹⁴ CO ESC, Ecuador, UN Doc E/C.12/1/Add.100, para 55.

¹³⁹⁵ ÇHK, Kosta Rika, Nikaragua ve Filipinler için de benzer önerilerde bulunmuştur. Bkz. <https://www.eser-net.org/caselaw/2006/observaciones-finales-del-comite-derechos-del-nino-ecuador-crccl5add262-examen-informes> (Erişim Tarihi: 25 Temmuz 2020).

etkilememesini tavsiye ederek, bu konuda ESKHK'nin E/C.12/1/ Add.100 sayılı nihaî gözlemine atıf yapmıştır.¹³⁹⁶

ESKHK 2013 yılı raporunda, nüfusun genelinin büyük ölçüde uygun fiyatlı eşdeğer ilaçlara dayandığı hâlde, taraf devletçe imzalanan TRIPS anlaşması çerçevesinde uygun fiyatlı eşdeğer ilaçlara erişimin ciddi şekilde kısıtlayan hükümlerin endişe verici olduğunu, taraf devletin uluslararası anlaşmalara girmeden önce bunun ESKHS'deki haklara olan etkilerini dikkatle değerlendirmesini ve gerektiğinde sübvansiyonlar yoluyla temel ilaçların erişilebilirliğini sağlamak için adımlar atmasını tavsiye etmiştir.¹³⁹⁷

Delhi Yüksek Mahkemesi, jenerik (eşdeğer) ilaçların piyasaya girişini erteleyen ve dolayısıyla nüfusun ilaca erişimini olumsuz etkileyebilecek mahiyetteki bir talebe olumsuz yanıt vermiştir.¹³⁹⁸ Somut olayda, Hindistan'da faaliyet gösteren ve küresel bir ilaç firmasının yan kuruluşu olan bir firma, Hindistan Patent Ofisi tarafından “sorafenib tosilat” etkin maddeli orijinal ilaç için patent almıştır. Küresel firma, daha sonra başka bir ilaç şirketinin bu ilacın jenerik (eşdeğer) formunu piyasaya sunmak için Hindistan İlaç Kurumu'na başvurduğunu öğrendiğinde, tek başına ilacı Hindistan'da satmak için pazarlama hakkına münhasıran sahip olduğunu iddia ederek jenerik ilaç ruhsatı verilmemesini talep etmiş ve bilahare dava açmıştır. Mahkeme, patent mevzuatından

¹³⁹⁶ CO CRC, Ecuador, UN Doc CRC/C/15/Add.262, 2005.

¹³⁹⁷ CESCR, Report on the Forty-eighth and Forty-ninth Sessions, (30.04-18.05.2012, 12-30.11.2012), E/2013/22, E/C.12/2012/3, 2013, para 24; CESCR, Report on the Thirty-sixth and Thirty-seventh Sessions, (01-19.05.2006-06-24.11.2006), E/2007/22, E/C.12/2006/1, 2007, para 288; CESCR, Report on the Thirty-second and Thirty-third Sessions, (26.04-14.05.2004, 08-26.11.2004), E/2005/22, E/C.12/2004/9, 2005, para 321; CESCR, Report on the Forty-fourth and Forty-fifth Sessions, (03-21.05.2010, 01-19.11.2010), E/2011/22, E/C.12/2010/3, 2011, para 153; CESCR, Report on the Forty-fourth and Forty-fifth Sessions, (03-21.05.2010, 01-19.11.2010), E/2011/22, E/C.12/2010/3, 2011, para 327; ESKHK, Covid-19 aşılıları üzerindeki patentlere ilişkin olarak, bu durumdan sağlık hakkının olumsuz etkilenmemesi için her türlü önlemin alınması yönünde açık pozisyon almaktadır. Bkz. CESCR, Statement on universal and equitable access to vaccines for the coronavirus disease (Covid-19), UN Doc E/C.12/2020/2, 15.12.2020; CESCR, Statement on universal affordable vaccination against coronavirus disease (Covid-19), international cooperation and intellectual property, UN Doc E/C.12/2021/1, 23.04.2021.

¹³⁹⁸ Bayer Corporation & ANR v. Union of India and ORS, LPA 443/2009, High Court of Delhi, 09.02.2010. Kararın İngilizce metnine şuradan erişilmiştir: <https://www.escrip.net.org/sites/default/files/Bayer%20Corporation%20and%20Anr%20v.%20Union%20of%20India%20%26%20Ors.pdf> (Erişim Tarihi: 21 Temmuz 2020).

kaynaklanan kimi hükümlere dayanarak patent bağlantısı olmasının jenerik ilaç üretimine izin verilmeyeceği anlamına gelmediğini belirtmiştir. Birçok gelişmiş ülkenin ekonomik menfaatleri sebebiyle jenerik ilaç üretiminden hoşnutsuz olduğuna işaret eden Mahkeme, patent korumasının küreselleşmenin çirkin yüzü olduğunu, halk sağlığı ve sosyal adalet için bir tehlike teşkil ettiğini belirterek başvuruyu reddetmiştir.¹³⁹⁹

Kenya Yüksek Mahkemesi bir kararında¹⁴⁰⁰ HIV/AIDS tedavisinde kullanılan anti-retroviral ilaçların jenerik (eşdeğer) formlarının sahtecilikle mücadele için çıkarılan yasada “sahte ilaç” olarak değerlendirilmesi nedeniyle ülkede pahalı orijinal ilaçlara göre uygun fiyatlı olan eşdeğer ilaçlara erişimin kısıtlanması meselesini irdelemiştir. Mahkeme, öncelikle, ESKHS’ye, 14 Nolu GY’ye ve sağlık hakkını düzenleyen diğer uluslararası anlaşmalara ve ülke anayasasına işaret ederek, devletin bireylerin sağlıklı bir yaşam sürdürebileceği sosyo-ekonomik koşulları sağlayamamasının ve insanların ihtiyaç duydukları ilaca erişimlerini temin edememesinin sağlık hakkını ihlâl edeceğini vurgulamıştır.¹⁴⁰¹ Mahkeme’ye göre, devletin sağlık hakkı ile ilgili yükümlülüğü, yurttaşların sağlık hizmetleri ve ilaçlara erişimini sağlamak için yalnızca “pozitif ödev” değil, aynı zamanda ilaca erişime herhangi bir şekilde müdahale etmeme yani “negatif ödev”i de kapsamalıdır. Bu nedenle, temel ilaçların maliyetini yurttaşlar için karşılanamaz kılacak herhangi bir mevzuat, devletin anayasa kapsamındaki yükümlülüklerini ihlâl edecektir.¹⁴⁰² Mahkeme’ye göre yasal düzenlemedeki “sahte ürün” tanımı, eşdeğer ilaçları da kapsayacak şekilde okunabilecek tarzda formüle edilmiştir. Bu nedenle, eşdeğer ilaçların üretimini, satışını ve dağıtımını olumsuz yönde etkileyebilecek niteliktedir. Bu da, kişilerin yaşam ve sağlık hakları için bir tehdit

¹³⁹⁹ Bayer Corporation & ANR v. Union of India and ORS, paras 28-32.

¹⁴⁰⁰ Patricia Asero Ochieng and others v. The Attorney General, Petition No. 409 of 2009, The High Court of Kenya, 20.04.2012. Kararın İngilizce metnine şuradan erişilmiştir: <https://www.escripnet.org/sites/default/files/Judgment-Petition-No-409-of-2009%20Anti%20counterfeit%20case.pdf> (Erişim Tarihi: 22 Temmuz 2020).

¹⁴⁰¹ Patricia Asero Ochieng and others v. The Attorney General, paras 56-63.

¹⁴⁰² Patricia Asero Ochieng and others v. The Attorney General, para 66.

oluşturmaktadır.¹⁴⁰³ Kararda, fikrî mülkiyetin yaşam ve sağlık hakkının önüne geçmemesi gerektiği vurgulanmaktadır.¹⁴⁰⁴

d. Nitelikli Sağlık Personeli Yetiştirilmesini Sağlamak

Devletin yükümlülüklerinden söz edildiğinde, devletin soyut bir varlık olarak algılanması sebebiyle, devletin ajanları olan kamu personelinin ya da devletin verdiği izne istinaden özel sağlık hizmetini yürüten özel sektör sağlık çalışanlarının bu yükümlülüklerden kendi paylarına düşenler üzerinde yeterince düşünmedikleri ortaya çıkmaktadır. Oysa devlet denilen yapı, onu oluşturan bireyleri aşan bir örgütlenme olsa da, fonksiyonlarını çeşitli organ, kurum ve kamu ajanları vasıtasıyla yerine getirmektedir.¹⁴⁰⁵ Bu nedenle, her bir kamu görevlisi ve bu arada sağlık personeli, görevini ifa ederken, insan haklarının gereklerine, sağlık meslekleri formasyonuna, etik davranış kurallarına uygun hareket etmeli ve devletlerce, sağlık hizmetlerini yürüten sağlık personeline bu formasyonu sağlayacak eğitim verilmelidir.

ESKHK, 2010 nihaî gözleminde, ilgili devlete ruh sağlığı sorunları olan mahpusların büyük bir kısmının ceza infaz kurumlarında eğitilmiş personel yetersizliği nedeniyle ihtiyaç duydukları sağlık yardımını alamadıklarından endişe duyulduğunu belirterek, ceza infaz kurumlarında eğitilmiş sağlık personeli sayısının arttırılmasını;¹⁴⁰⁶ 2011 raporunda, tüm eğitim düzeylerindeki öğrencilere, kamu görevlilerine, öğretmenlere, sağlık personeline, kolluğa, askerî personele sosyal haklar da dahil olmak üzere insan hakları eğitimi verilmesini;¹⁴⁰⁷ 2019 raporunda, uyuşturucu kullanıcılarına yönelik sosyal damgalanma ile mücadele edilmesini ve bu çerçevede sağlık personeli ile kolluğa, sosyal hizmet uzmanları ve çocuk koruma memurlarına bu bireylerin sağlık

¹⁴⁰³ Patricia Asero Ochieng and others v. The Attorney General, para 78.

¹⁴⁰⁴ Patricia Asero Ochieng and others v. The Attorney General, para 85.

¹⁴⁰⁵ Yücel Dericiler, 2014, s. 135.

¹⁴⁰⁶ CESCR, Report on the Forty-sixth Session, (01-19.11.2010) E/C.12/NDL/CO/4-5, 2010, para 30.

¹⁴⁰⁷ CESCR, Report on the Forty-sixth Session, (02-20.05.2011) E/C.12/TUR/CO/1, 2011, para 32.

haklarına vurgu da yapılarak insan hakları eğitim verilmesini;¹⁴⁰⁸ 2019 nihaî gözleminde ilgili devlete engellilerin hayatın her alanında başkalarıyla eşit yasal haklara sahip olduklarının bilinciyle hareket edilerek bu konudaki yasal düzenleme yapılmasını ve konu hakkında farkındalık yaratılması için sağlık personelinin eğitilmesini;¹⁴⁰⁹ 2019 nihaî gözleminde ilgili devlete (Slovakya) Roman kadınlar başta olmak üzere üzere, tüm kadınların üreme hakları hakkında sağlık personeline insan hakları eğitimi verilmesini¹⁴¹⁰ tavsiye etmiştir.

e. Sağlığa Zararlı Geleneksel Uygulamaları Kaldırmak

Bireyin sağlığının yalnızca modern tıptaki boşluklar ya da sağlığın temel ve sosyal belirleyicilerindeki yetersizlikler nedeniyle tehlikeye atılmadığı artık yaygın olarak kabul edilmektedir. Bu bağlamda, önyargılı olarak sürdürülen birçok geleneksel ve kültürel uygulama insan sağlığını derinden olumsuz etkilemektedir.¹⁴¹¹ Ataerkil düzen içinde dinsel veya kültürel temelden beslenip yerleşik hâle gelen bu gelenek ve uygulamaların mağdurları çoğu zaman kadın ve kız çocukları olmaktadır.

Uluslararası insan hakları belgeleri sağlığa zararlı geleneksel uygulamaların kapsamına nelerin dahil olduğu konusunda rehberlik sağlamasına rağmen, bu tür uygulamaların tüketici bir listesini sunmamaktadır.¹⁴¹² Bu kapsamdaki uygulamalara örnek olarak zorla evlendirme,¹⁴¹³ erken yaşta evlilik (çocuk evliliği),¹⁴¹⁴ akraba

¹⁴⁰⁸ CESCR, Report on the Sixty-fifth Session, (18.02-08.03.2019), E/C.12/EST/CO/3, 2019, para 44, 45.

¹⁴⁰⁹ CESCR, Report on the Sixty-fifth Session, (18.02-08.03.2019), E/C.12/BGR/CO/3, 2019, para 45.

¹⁴¹⁰ CESCR, Report on the sixty-sixth Session, (30.09–18.10.2019) E/C.12/SVK/CO/3, 2019, para 42.

¹⁴¹¹ WHO, **World Report on Violence and Health**, (Eds.) Etienne G. KRUG and others, 2002, s. 62-70.

¹⁴¹² Tobin, 2013, s. 309.

¹⁴¹³ CO CRC, Mozambique, UN Doc CRC/C/MOZ/CO/3-4, 27.11.2019, para 28; CO CRC, Islamic Republic of Iran, UN Doc CRC/C/IRN/CO/3-4, 14.03.2016, paras 59-60; CO CRC, Senegal, UN Doc CRC/C/SEN/CO/3-5, 07.03.2016, paras 41-42; CO CRC, Bangladesh, UN Doc CRC/C/BGD/CO/5, 30.10.2015, paras 44-45.

¹⁴¹⁴ CO CRC, Micronesia, UN Doc CRC/C/FSM/CO/2, 03.03.2020, paras 40-41; CO CRC, Palestine, UN Doc CRC/C/PSE/CO/1, 06.03.2020, paras 42-43; CO CRC, Rwanda, UN Doc CRC/C/RWA/CO/5-6, 28.02.2020, para 27; CO CRC, Mozambique, UN Doc CRC/C/MOZ/CO/3-4, 27.11.2019, para 28; CO CRC, Botswana, UN Doc CRC/C/BWA/CO/2-3, 26.06.2019, para 38; CO CRC, Syrian Arab Republic, UN Doc CRC/C/SYR/CO/5, 06.03.2019, para 33; CO CRC, Romania, CRC/C/ROU/CO/5, 13.07.2017,

evliliği,¹⁴¹⁵ kadın sünneti (genital mutilasyon),¹⁴¹⁶ çocuk öldürme ritüelleri,¹⁴¹⁷ kast sistemi¹⁴¹⁸ bekâret testi,¹⁴¹⁹ beslenme tabuları,¹⁴²⁰ süt dişi çekimi¹⁴²¹ sayılabilir.¹⁴²²

Burada var olan temel ikilem; uluslararası insan hakları hukukunu karakterize eden, sürekli ve bazen çözülemez görünen “bireylerin insan haklarını koruma gereği” ile “kültürel farklılıklara saygı ilkesi” arasındaki¹⁴²³ evrensellik-kültürel görelilik gerilimidir. Ancak kültürlerin çeşitliliğini mutlak bir kültürel göreliliğe bağlamak evrensel insan haklarında ifadesini bulan değerlerin ve insan onurunun yadsınmasına kadar varabilir. Bu çerçevede, insan sağlığını tehlikeye atan pek çok uygulamanın sırf geleneksel ve kültürel temeli olduğundan bahisle meşrulaştırılması asla kabul edilemez.¹⁴²⁴ Böyle bir kavrayış, insan hakları hukukunun “insan onurunu korumak” olarak tezahür eden varlık nedeni ile çelişir.¹⁴²⁵

ÇHS’nin 24(3). maddesinde açıkça devletin ödevlerinden biri olarak belirtilen zararlı geleneksel uygulamaların kaldırılması yükümlülüğü ESKHK tarafından 14 nolu GY’de¹⁴²⁶ düzenlenmiş ve bireyleri sözü edilen uygulamalardan koruma konusunda

para 27; CO CRC, Cameroon, UN Doc CRC/C/CMR/CO/3-5, 06.07.2017, para 28(e); CO CRC, Bhutan, UN Doc CRC/C/BTN/CO/3-5, 05.07.2017, para 26; CO CRC, Pakistan, UN Doc CRC/C/PAK/CO/5, 11.07.2016, paras 38-39; CO CRC, Zambia, UN Doc CRC/C/ZMB/CO/2-4, 14.03.2016, paras 39-40; CO CRC, Islamic Republic of Iran, UN Doc CRC/C/IRN/CO/3-4, 14.03.2016, paras 59-60; CO CRC, Senegal, UN Doc CRC/C/SEN/CO/3-5, 07.03.2016, paras 41-42; CO CRC, Bangladesh, UN Doc CRC/C/BGD/CO/5, 30.10.2015, paras 44-45; CO CRC Tanzania, UN Doc CRC/C/TZA/CO/3-5, 03.03.2015, paras 42-43; CO CRC, Uganda, UN Doc CRC/C/UGA/CO/2, 23.11.2005, paras 53-55; CO CRC, Nigeria, UN Doc CRC/C/NGA/CO/3-4, 21.06.2010, paras 65-66.

¹⁴¹⁵ CO CRC, Lebanon, UN Doc CRC/C/15/Add.169, 21.03.2002, paras 44-45(b).

¹⁴¹⁶ CO CRC, Cameroon, UN Doc CRC/C/CMR/CO/3-5, 06.07.2017, para 28(c); CO CRC, Kenya, UN Doc CRC/C/KEN/CO/3-5, 21.03.2016, para 35; CO CRC, Islamic Republic of Iran, UN Doc CRC/C/IRN/CO/3-4, 14.03.2016, paras 59-60; CO CRC, Senegal, UN Doc CRC/C/SEN/CO/3-5, 07.03.2016, paras 41-42; CO CRC, Tanzania, UN Doc CRC/C/TZA/CO/3-5, 03.03.2015, paras 44-45; CO CRC, Gambia, UN Doc CRC/C/GMB/CO/2-3, 20.02.2015, paras 45-46; CO CRC, Nigeria, UN Doc CRC/C/NGA/CO/3-4, 21.06.2010, paras 65-66(d).

¹⁴¹⁷ CO CRC, Nigeria, UN Doc CRC/C/15/Add.257, 13.04.2005, para 56.

¹⁴¹⁸ CO CRC, Nepal, UN Doc CRC/C/NPL/CO/3-5, 08.07.2016, para 37(a).

¹⁴¹⁹ CO CRC, South Africa, UN Doc CRC/C/ZAF/CO/2, 27.10.2016, para 39.

¹⁴²⁰ CO CRC, Burkina Faso, UN Doc CRC/C/15/Add.193, 09.09.2002, paras 44-45.

¹⁴²¹ CO CRC, Ethiopia, UN Doc CRC/C/15/Add.144, 21.02.2001, para 64.

¹⁴²² UN Office of the High Commissioner for Human Rights, **Fact Sheet No.23, Harmful Traditional Practices Affecting the Health of Women and Children**, s. 1-2.

<https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet23en.pdf> (Erişim Tarihi: 12 Nisan 2020);

Tobin, 2013, s. 209.

¹⁴²³ Tobin, 2013, s. 303.

¹⁴²⁴ Gemalmaz, 2012, s. 538.

¹⁴²⁵ Ertan, 2012, s. 92.

¹⁴²⁶ 14 Nolu Genel Yorum, para 22.

devlete yükümlülük getirilmiştir. Yine CEDAW'da,¹⁴²⁷ Çocukların Cinsel İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi'nde ve İstanbul Sözleşmesi'nde bu mesele ele alınmış ve taraf devletlere bu uygulamaların ulusal hukukta suç olarak düzenlenerek etkin bir şekilde mücadele edilmesi gerektiği vurgulanmıştır.

ESKHK'ya göre devletler, zararlı sosyal veya geleneksel uygulamaların üreme sağlığı hizmetlerine erişimi engellememesini güvence altına almakla ve bu tür uygulamaları kaldırmakla yükümlüdürler.¹⁴²⁸

Sağlığa zararlı sosyal ve geleneksel uygulamalar, kültürel veya dinsel temelli olabilir. ESKHK, 2002 yılı raporunda, bazı dinsel kurumların direnişinin bir sonucu olarak prezervatiflerin dağıtılması ve kullanılması da dahil olmak üzere üreme sağlığı politikasını uygulama çabalarının ve eğitim programlarının genellikle sadece kadınları hedef aldığını, yine yüksek oranda genç hamilelik oranından ve kız çocuklarının eğitimlerine devam etme fırsatından mahrum bırakılmasından endişe duyduğunu belirterek gerekli tedbirlerin alınmasını tavsiye etmiştir.¹⁴²⁹

Yine, 2011 yılı raporunda zararlı kimi uygulama ve engellerin kadın sağlığına zararlı etkileri olduğunu belirtmekte; buna örnek olarak da, kadınların yanında bir refakatçi olmadan erkek bir hekim tarafından muayene edilememesini göstermektedir. Oysa hastanelerde yeterli sayıda kadın sağlık personeli bulunmamakta, bu durum kadınların sağlık hizmetlerine erişiminde ciddi sıkıntı yaratmaktadır.¹⁴³⁰

Bu kapsamda sayılabilecek bir diğer yükümlülük, üçüncü şahısların kadınları ve çocukları geleneksel zararlı uygulamalara zorlamasını engellemektir.

Zorla evlendirme ve çocuk evlilikleri, Asya ve Afrika kıtası başta olmak üzere pek çok ülkede karşılaşılan yaygın zararlı geleneksel uygulamalardandır. Çocuk yaşta

¹⁴²⁷ CEDAW Committee, **General Recommendation No 14: Female Circumcision**, UN Doc A/45/38, 02.02.1990.

¹⁴²⁸ Devletin sağlığa zararlı geleneksel uygulamaları kaldırma yükümlülüğü ile ilgili olarak ayrıntılı analiz ve değerlendirmeler için bkz. Tobin, 2013, s. 303-324.

¹⁴²⁹ CESCR, Report on the Twenty-fifth, twenty-sixth and twenty-seventh Sessions, (23.04-11.05.2001, 13-31.08.2001, 12-30.11.2001), E/2002/22, E/C.12/2001/17, 2002, para 134.

¹⁴³⁰ CESCR, Report on the Forty-fourth Session (03-21.05.2010), E/C.12/AFG/CO/2-4, 2011, para 40.

evliliklerden kaynaklanan sağlık riskleri arasında ruhsal travmalar, fiziksel olarak genç annelerin kendileri gelişme çağında iken sık gebeliklerden kaynaklanan düşükler yapması, düşük ağırlıklı doğumlar ve emzirme döneminden kaynaklanan yetersiz beslenme problemleri sayılabilir.¹⁴³¹

İstanbul Sözleşmesi cinsel erginlik yaşı konusunda sessiz kalmıştır. Çocukların Cinsel İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi'nin 18. maddesinde ise, çocukların cinsel erginlik yaşının belirlenmesi taraf devletlere bırakılmıştır. Şu hâlde, çocuğun rızası ile cinsel ilişkiye girebileceği yaş taraf devletlerce belirlenebilir. Aynı maddede, çocuklar arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişkinin Sözleşme kapsamında olmadığı da belirtilmektedir. Pek çok ülkede çocuğun cinsel erginlik yaşı 14 ilâ 16 kabul edilerek, bu çocuğun rızası ile gerçekleştirdiği cinsel ilişki suç olarak düzenlenmemektedir. Öte yandan, çocuğun cinsel erginlik yaşı ile evlilik yaşının aynı olmaması gerekir. Bu bağlamda, ÇHS'nin 1. maddesi uyarınca “18 yaşından küçük olanların çocuk olduğu” kabul edildiğinden, 18 yaşından küçük olanlarla evliliğin mümkün olamayacağı ve bunun suç olarak düzenlenmesi gerektiği açıktır.¹⁴³²

DSÖ kadın sünnetini (genital mutilasyon), “tıbbî olmayan nedenlerle dış kadın cinsel organının kısmen ya da tamamen çıkarılmasını veya kadın cinsel organlarının başka şekilde yaralanmasını içeren tüm prosedürler” olarak tanımlamaktadır. Genellikle bebeklik ve ergenlik dönemindeki genç kızlara ve bazen yetişkin kadınlara uygulanan zararlı bir geleneksel uygulamadır. 30 ülkenin verilerine göre,¹⁴³³ dünyada yaklaşık 200 milyon kadına uygulanmış; her yıl 3 milyon genç kız da risk altındadır. Uygulama çoğunlukla Afrika kıtasının Batı, Doğu ve Kuzeydoğu bölgelerinde, bazı Ortadoğu ve Asya ülkelerinde ve bu bölgelerden göç alan ülkelerde yoğunlaşan küresel bir

¹⁴³¹ UN Office of the High Commissioner for Human Rights, “**Fact Sheet No.23, ...**”, s. 8-9.

¹⁴³² Nuhoglu, 2019, s. 11.

¹⁴³³ UNICEF, **Female Genital Mutilation/Cutting: A Global Concern UNICEF, New York, 2016.** https://www.unicef.org/media/files/FGMC_2016_brochure_final_UNICEF_SPREAD.pdf (Erişim Tarihi: 20 Aralık 2020)

sorundur.¹⁴³⁴ DSÖ, bu uygulamanın sosyo-kültürel, hijyenik ve estetik, manevî ve dinsel ve son olarak psiko-seksüel boyutları olan tamamen yanlış inanç ve düşüncelerle yapıldığını ve kadını her yönden tehdit eden çok önemli bir sağlık sorunu olduğunu vurgulamaktadır. Cinsel şiddetin bir vechesini yansıtan kadın sünneti, kadının cinsel aktivitelerini ve üreme fonksiyonlarını olumsuz etkilemektedir.¹⁴³⁵

Kadın sünneti, zorla evlendirme ve çocuk evliliği kadın sağlığına yönelik olumsuz etkileri sebebiyle cinsel ve üreme özgürlüklerinin ciddi ihlâlini temsil ettiği gibi, doğaları gereği sağlık hakkına da açıkça aykırıdır.¹⁴³⁶ Cinsiyetler arasındaki köklü eşitsizliği yansıtır ve kadınlara karşı bir ayrımcılık şeklidir. Çoğunlukla çocuklara ve ergenlere uygulanır ve dolayısıyla çocuk haklarının da açık ihlâlini temsil eder. Sonuç olarak bu uygulama bireyin sağlık, vücut bütünlüğü, işkence ve insanlık dışı ve aşağılayıcı muameleden uzak olma hakkını ve yaşama hakkını ihlâl eder.¹⁴³⁷

ESKHK, 2000 yılı raporunda ilgili devlete (Sudan), kadın sünneti ve erken evliliğe karşı etkin kampanya yürütmesini, bu tür zararlı geleneksel uygulamaları ve kadınlara karşı önyargıları ortadan kaldırmak için özel önlemler geliştirmesini tavsiye etmiştir.¹⁴³⁸ Aynı ülkeye yönelik 2015 yılı raporunda da, 2018 yılına kadar kadın sünnetini ortadan kaldırma taahhüdüne dikkat çekerek, alınan önlemlere rağmen yaygınlığın yüksek olduğunu ve kadın sünnetini suç sayan hükümlerin iç hukuktan çıkarılmasını endişeyle karşıladığını belirtmiş; taraf devlete, tüm eyaletlerde kadın sünneti ile ilgili mevzuatın kabul edilmesini ve uygulanmasını hızlandırmak; kadın sünneti uygulamasının terk edilmesinin önündeki engelleri ele almak; kültürel açıdan hassas kampanyalar yoluyla kadın sünnetinin zararlı sonuçları konusunda farkındalık

¹⁴³⁴ WHO, **Female Genital Mutilation Key Facts**, 2020. Bkz. <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/female-genital-mutilation> (Erişim Tarihi: 20 Aralık 2020).

¹⁴³⁵ Damla KIZILCA ÇAKALOZ, Zekiye KARAÇAM, Gizem GÜNEŞ, Ayden ÇOBAN, “Kadın Genital Mutilasyonu ve Ebe/Hemşirenin Sorumlulukları”, **Ege Üniversitesi Hemşirelik Fakültesi Dergisi**, C.32, S.2, ss.119-131, 2016, s. 120. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/825061> (Erişim Tarihi: 11 Nisan 2020).

¹⁴³⁶ Ertan, 2012, s. 94.

¹⁴³⁷ WHO, “**Female Genital ...**”, 2020.

¹⁴³⁸ CESCR, 38th to 41st Meetings (21-22.08.2000), E/C.12/1/Add.48, paras 10 and 38.

yaratmaya devam etmek; acil ve/veya uzun erimdeki komplikasyonları tedavi etmek için gerekli tıbbî prosedürler de dahil olmak üzere, kadın sünneti mağdurlarına yardım sağlamak konusunda tavsiyede bulunmuştur.¹⁴³⁹ Sudan kadın sünnetini suç kapsamına alan ceza kanunu değişikliğini 22 Nisan 2020’de yürürlüğe koymuştur.¹⁴⁴⁰

2008 yılı raporunda da Komite ilgili taraf devlete, toplumda hayli yaygın olan erken evlilik olgusuyla mücadele etmesi tavsiyesinde bulunmuştur.¹⁴⁴¹ 2011 yılı raporunda, erken yaşta ve zorla yaptırılan evliliklerle mücadele için alınan önlemlerin etkisi hakkında bilgi talep edildiği görülmektedir.¹⁴⁴² 2013 raporunda, kız ve erkek çocuklar için evlilik için yaş koşulunu 18’e çıkarma çabalarını ve reşit olmayan evliliklerin yasaklanmasına yönelik öngördüğü güçlü yaptırımları memnuniyetle karşılarsa da, özellikle kırsal kesimdeki erken yaştaki evliliklerin devam ettiğini ifade etmektedir.¹⁴⁴³

2012 yılı raporunda ilgili devletin kadın sünnetini suç olarak öngören ulusal bir yasa çıkarması memnuniyetle karşılanmış ve fakat, bu geleneğin kırsal kesimde yaygın olarak devam etmesinden endişe duyulduğu belirtilmiştir.¹⁴⁴⁴ Komite, 2013 yılı raporunda ilgili devlete, yaygın olarak devam eden kadın sünnetinin suç olarak düzenlenmesini ve bu zararlı uygulamaya yönelik toplumsal bilinçlendirme kampanyaları geliştirmesini tavsiye etmektedir.¹⁴⁴⁵

2015 yılı raporunda ilgili taraf devlete iç hukukunda kadın sünnetini suç sayan bir hükmün bulunmaması ve çok eşlilik, çocuk evlilikleri, aile içi şiddet ve zararlı geleneksel uygulamaların devamından endişe duyduğunu belirterek, kadın sünnetini suç olarak öngören bir yasal düzenleme yapılmasını, çok eşlilik ve aile içi şiddet ile

¹⁴³⁹ CESCR, Report on fifty-sixth Session (21.09-09.10.2015, 1-2.10.2015), E/C.12/SDN/CO/2, para. 41-42.

¹⁴⁴⁰ <http://bianet.org/bianet/toplumsal-cinsiyet/223718-sudan-da-kadin-sunneti-yasaklandi> (Erişim Tarihi: 2 Mayıs 2020).

¹⁴⁴¹ CESCR, Report on the Fortieth Session, (28.04- 16.05.2008), E/C.12/IND/CO/5, para. 37.

¹⁴⁴² CESCR, Report on the Forty-sixth Session, (02-20.05.2011) E/C.12/TUR/CO/1, 2011, para. 33.

¹⁴⁴³ CESCR, Report on the Fiftieth Session, (29.04.-17.05.2020), E/C.12/AZE/CO/3, para.19.

¹⁴⁴⁴ CESCR, Report on Forty-eighth Session, (30.04-18.05.2012), E/C.12/ETH/CO/1-3, paras 4 and 14.

¹⁴⁴⁵ CESCR, Report on fifty-first Session (4-29.11.2013), E/C.12/E/CO/2-4, para 16.

mücadele edilmesini ve ayrıca, mevzuatında, uluslararası standartlara uygun olarak, kız ve erkek çocuklar için uyumlu bir asgari evlilik yaşı öngörülmesini tavsiye etmiştir.¹⁴⁴⁶

2018 yılı nihaî gözleminde, tedricen azalmasına karşın çocuk evliliği sıklığının hâlihazırda çok yüksek olduğunu, 15 yaşın altındaki kız çocuklarının yüzde 10'undan fazlasının ve 18 yaşın altındaki kız çocuklarının yarısından fazlasının evli olduğunu, oysa çocuk evliliğinin yaşam döngüleri boyunca, yüksek ölüm ve hastalık oranlarıyla gösterilen bu çocuklar üzerindeki ciddi olumsuz etkileri olduğunu belirterek, 2017 yılında çocuk evliliğini kısıtlamak için yapılan yasal düzenleme memnuniyet verici olsa da, hükümlerin cılız kaldığını belirtmiş ve yasanın değiştirilerek, daha güçlü normlarla öncelikli olarak uygulanmasını sağlamak ve ceza tedbirlerini güçlendirmek gerektiğini belirtmiştir.¹⁴⁴⁷

ESKHK 2018 yılı nihaî gözleminde ise taraf devlete kimi eyaletlerde yaygın zorla evlendirme (ukuthwala)¹⁴⁴⁸ uygulamasının son zamanlarda yeniden canlandığını, bu zararlı uygulamanın rıza olmadan yapıldığını ve bir insan ticareti biçimi olarak kovuşturulması gerektiğini belirterek, bu tür uygulamaların yaşamları boyunca kız çocukları ve kadınlar üzerindeki olumsuz etkileri hakkında farkındalık yaratılarak mücadele etmek ve tamamen yasaklanmasını sağlamak tavsiyesinde bulunmuştur.¹⁴⁴⁹

ÇHK de nihaî gözlemlerinde kadın sünneti, zorla evlendirme, erken evlilik, öldürme ritüelleri, kast sistemi, çeyiz anlaşmazlıkları, bekâret testi, kimi beslenme tabuları, akraba evlilikleri, süt dişi çekimi gibi uygulamalar ile ilgili olarak endişesini dile getirmiştir.¹⁴⁵⁰

ABD'de 2006'nın sonlarında, Etiyopyalı bir göçmen baba, kızının klitorisini makasla kesmek suretiyle sünnet etmesinden ötürü on yıl hapis cezasına çarptırılmıştır.

¹⁴⁴⁶ CESCR, Report on Fifty-fourth Session, (23.02–06.03.2015), E/C.12/GMB/CO/1, para 14.

¹⁴⁴⁷ CO ESC, Bangladesh, UN Doc E/C.12/BGD/CO/1, paras 49-50.

¹⁴⁴⁸ Güney Afrika'da "ukuthwala" genç kızları kaçırmak ve onları genellikle ebeveynlerinin rızası olmadan evliliğe zorlamaktır. Uygulama esas olarak Güney Afrika'nın kırsal bölgelerinde, özellikle Doğu Cape ve KwaZulu-Natal'da gerçekleşmektedir. Bkz: <https://en.wikipedia.org/wiki/Ukuthwalwa> (Erişim Tarihi: 15 Nisan 2020).

¹⁴⁴⁹ CO ESC, South Africa, UN Doc E/C.12/2018/ZAF/CO/1, paras 54-55.

¹⁴⁵⁰ Tobin, 2013, s. 309.

ABD’de bu konuda verilmiş ilk olan bu emsal karar, kadın hakları aktivistlerince dünya çapında kadın sünnetine karşı alınan önemli bir zafer olarak görülmektedir.¹⁴⁵¹

Zararlı geleneksel uygulamalarla mücadele ederken, bunun salt sağlık yönüne odaklanıp o uygulamaların gerçekleştiği kültürel ve sosyal bağlamı dışlamanın her zaman yetersiz kalacağı hatırdan uzak tutulmamalıdır. Bu gelenekleri yaşatan topluluklarla ilişki kuran ve diyaloga açık bir strateji benimsemeden ve kültürel duyarlılık gösterilmeden salt yasal (cezalandırıcı) önlemlere odaklı çözümler kuşkusuz etkili olmayacaktır. Bu nedenle, ilgili tüm taraflarla diyalogu esas alan bir yaklaşımla öncelikle toplumdaki önyargıların kırılması gerekir.¹⁴⁵²

f. Toplumun Risk Altındaki Kesimlerini Koruyacak Tedbirleri Almak

Devletler, cinsiyete dayalı şiddet eylemlerini gözönünde bulundurarak, özellikle kadınlar, yaşlılar, çocuklar ve ergenler başta olmak üzere toplumun tüm risk altındaki kesimlerini koruyacak tedbirleri almakla yükümlüdürler. ESKHK’nın veciz şekilde ifade ettiği gibi, toplumun dezavantajlı kesimlerine yönelik şiddet halk sağlığı sorunu olup doğrudan sağlık hakkıyla ilgilidir.¹⁴⁵³

ESKHK 2019 yılı raporunda sağlık hakkı başlığı altında ilgili devlet bakımından kadına yönelik şiddet konusunu özellikle incelemiş ve cinsel taciz, tecavüz ve aile içi şiddet de dahil olmak üzere kadına yönelik şiddetin yüksek görülme sıklığına rağmen bu konuda özel bir yasal düzenleme bulunmamasını ve İstanbul Sözleşmesi’nin henüz onaylanmamış olmasını eleştirmiştir. Bu çerçevede ilgili devlete kadına yönelik şiddete ilişkin özel mevzuat geliştirmek; İstanbul Sözleşmesi’ni onaylamak; şiddet

¹⁴⁵¹ ibid. s. 323.

¹⁴⁵² ibid, s. 324.

¹⁴⁵³ Yıllık raporunda Komite, taraf devletin (Dominik Cumhuriyeti) yasama organında aile içi şiddeti bir halk sağlığı meselesi olarak tanıma ve dolayısıyla toplumsal cinsiyet şiddetini bir kamu politikası meselesi olarak caydırma çabalarını takdirle karşıladığını ifade etmektedir. Bkz: CESCR, Report on the Fourteenth and Fifteenth Sessions, (30.04-17.05.1996, 18.11-06.12.1996), E/1997/22, E/C.12/1996/6, 1997, para 219; Ertan, 2012, s. 95.

mağdurlarına tam koruma sağlamak; kadına yönelik şiddetin niteliğini ve kapsamını daha iyi anlamak için ayrıştırılmış verileri sistematik olarak toplamak; kadınların adalete erişebilirliklerini artırıcı önlemler almak konusunda tavsiyede bulunmuştur.¹⁴⁵⁴

Çalışma hayatında kadınların uğradığı ayrımcılık meselesini de önemseyen ESKHK, özellikle ev işçileri ve kırsal kesimdeki kadınlar başta olmak üzere tüm kadınlar için uygun çalışma ortamı sağlamak ve ayrımcılık, taciz, tecavüz veya şiddet mağduru kadınların koruma ve telâfi edici mekanizmalara erişimlerinin sağlanması için acil önlemler almasını ve ayrıca işyerinde cinsel tacizi cezalandıran yasal düzenleme yapılmasını tavsiye etmektedir.¹⁴⁵⁵

Devletin sağlık hakkını koruma yükümlülüğü kapsamında olmak üzere bu başlık altında üzerinde durulması gereken bir konu da “obstetrik şiddet”tir. Terminolojik olarak obstetrik şiddet, Güney Amerika’da yaygın olarak kullanılan bir kavramdır, ancak henüz uluslararası insan hakları hukukunda kullanılmamaktadır.¹⁴⁵⁶ DSÖ de, terminolojik olarak “obstetrik şiddet” değil, bunun yerine, “sağlık tesislerinde doğum sırasında saygısızlık ve kötü muamele” terimlerini benimsemektedir.¹⁴⁵⁷

BM Genel Kurulu’nun 11 Temmuz 2019 tarihli oturumunda İnsan Hakları Konseyi’nin kadına yönelik şiddet Özel Raportörü’nün raporu sunulmuştur. Rapor,

¹⁴⁵⁴ CESCR, Slovakia, Report on the Sixty-sixth Session, (30.09–18.10.2019) E/C.12/SVK/CO/3, 2019, para 28.

¹⁴⁵⁵ CESCR, Senegal, Report on the Sixty-sixth Session (30.09–18.10.2019), E/C.12/SEN/CO/3, para 20.

¹⁴⁵⁶ Šimonović, “A human rights-based approach...”, 2019, para 12.

¹⁴⁵⁷ Hamile kadınlara saygısızlık ve istismar (“disrespect and abuse”) şeklindeki DSÖ terminolojisini yetersiz bularak “obstetrik şiddet (obstetric violence)” kavramını öneren ve bu konuyu inceleyen çalışmalar için bkz. Yamin, 2019, s. 362; Beatrice ODALLO, Evelyne OPONDO and Martin ONYANGO, “Litigating to Ensure Access to Quality Maternal Health Care for Women and Girls in Kenya”, **Reproductive Health Matters** 26(53), 2018, s.123–129; Center for Reproductive Rights, **Kenya’s High Court Rules in Favor of Woman Physically Abused During Delivery**, 2018 <https://www.reproductiverights.org/press-room/kenya-high-courtrules-in-favor-of-woman-physically-abused-during-delivery> (Erişim Tarihi: 11 Ekim 2020); Laura ZAZZARON, “Obstetric Violence as Violence Against Women a Focus South America”, Università Ca’Foscari Venezia, **Master’s Degree Programme Final Thesis**, 2016/2017; Leila KATZ, Melania Maria AMORIM, Juliana Camargo GIARDONA, Maria Helena BASTOS, Aline Veras Morais BRILHANTE, “Who is Afraid of Obstetric Violence?”, **Rev. Bras. Saúde Mater. Infant., Recife**, 20 (2): 623-626 abr-jun., 2020; Elizabeth KUKURA, Obstetric Violence, **The Georgetown Law Journal**, Vol. 106, 2018, ss. 721-801; terminolojik olarak “doğum sırasında kadınlara kötü muamele”yi (“mistreatment of women during childbirth”) tercih eden bir çalışma için bkz. Chiristina ZAMPAS, Avni AMIN, Lucinda O’HANLON, Alisha BJERREGAARD, Hedieh MEHRTASH, Rajat KHOSLA, Özge TUNÇALP, “Operationalizing a Human Rights-Based Approach to Address Mistreatment against Women during Childbirth”, **Health and Human Rights Journal**, Vol. 22, No. 1, June 2020, (ss. 251- 264), s. 252.

görece yeni kavramlaştırılan bir terim olmasına rağmen, oldukça eski bir sorun olan obstetrik şiddet üzerinedir. Rapora göre, son yıllarda, kadına yönelik şiddetin bir görünümü olarak *inter alia*, sağlık kurumlarında doğum hizmetleri ve diğer üreme sağlığı hizmetlerinin sunumu sırasında kadınlara yönelik kötü muamele ve şiddet sorunundan söz edilmekte ve kadın hakları alanında çalışan STK'lar tarafından sosyal medyada buna ilişkin tanıklıklara yer verilerek, bu şiddet biçiminin doğası gereği yaygın ve sistematik nitelik taşıdığı gösterilmektedir.¹⁴⁵⁸ Kadınlarca aktarılan acı hikâyelerin açık ettiği gibi, üreme sağlığı hizmetlerinin sunumunda ve sağlık tesislerinde gerçekleşen doğum vakalarında kadına yönelik kötü muamele dünyanın her yerinde olmakta ve kadınları tüm sosyo-ekonomik düzeylerde etkilemektedir.¹⁴⁵⁹

2015 yılında yayımladığı Bildirge'de DSÖ de, dünya çapında çok sayıda kadının sağlık tesislerinde doğum sırasında saygısız, ihmâlkâr ve istismar edici muamelelere maruz kaldığını kabul etmektedir. DSÖ bu kapsamda, “yoğun aşağılama ve sözlü taciz; zorlayıcı veya rızaya dayalı olmayan tıbbî müdahaleler (kısırlaştırma dahil); mahremiyete riayet edilmemesi; tam olarak bilgilendirilmiş rıza alınmaması; ağrı kesici ilaç vermeyi reddetmek; sağlık tesislerine kabulü reddetmek; doğum sırasında kadınların yaşamını tehdit eden önlenebilir komplikasyonlar yaşamasına sebebiyet vermek; kadınları ve yenidoğanları ödeme güçlüğü nedeniyle doğumdan sonra sağlık tesislerinde gözaltında tutmak” gibi durumları saymaktadır. DSÖ'ye göre bu tür muameleler sadece kadınların saygılı annelik ve doğum bakımı alma haklarını ihlâl

¹⁴⁵⁸ Šimonović, “A human rights-based approach...”, 2019, para 4; DSÖ, bu raporun hazırlanmasında bir uzman toplantısı düzenleyerek çalışmayı desteklemiştir. Bkz. Zampas vd, 2020, s. 259; yine, Avrupa Konseyi Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı Komitesi meseleyi gündemine almış ve hazırladığı çalışma sonucunda Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin 3 Ekim 2019 tarihli ve 2306 sayılı Kararı ile üye devletleri bu konuyu ele almaya davet etmiştir. Bkz. Council of Europe Committee on Equality and Non-Discrimination, **Obstetrical and Gynaecological Violence, Doc. 14965**, 2019; Council of Europe Parliamentary Assembly, **Resolution 2306**, Obstetrical and Gynaecological Violence, 3 October 2019. <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=28236&lang=en> (Erişim Tarihi: 27 Aralık 2020).

¹⁴⁵⁹ Šimonović, “A human rights-based approach...”, 2019, paras 16-19.

etmekle kalmayıp, aynı zamanda yaşam, sağlık, maddi ve manevi bütünlük hakkı ile ayrımcılık yasağını ihlâl etmektedir.¹⁴⁶⁰

BM Özel Raportörü ise, tüketici bir liste olmamakla birlikte, simfizyotomi (*symphysiotomy*),¹⁴⁶¹ zorla kısırlaştırma ve zorla kürtaj, fiziksel zapt (ağız tıkacı ve yatak kısıtlaması gibi), hastane ücretini ödeyememe nedeniyle gözaltına alma, sezaryenle doğuma yönlendirme, tıbben gerekmeven ve/veya bilgilendirilmiş rıza alınmadan yapılan epizyotomi (*episiotomy*),¹⁴⁶² uygun olmayan oksitosin kullanımı, kristeller manevrası kullanımı, mahremiyete riayet etmeme, anestezi olmaksızın ızdırıp veren kimi tıbbî müdahaleler yapmak, doğum pozisyonunu seçememek, sözlü taciz ve aşağılama gibi eylemleri saymaktadır.¹⁴⁶³ Aslında, eldeki çalışmanın genelinde yer verilen pek çok mahkeme kararı da meselenin yaygınlığını gözler önüne sermektedir.

Obstetrik şiddet, genel olarak sağlık profesyonelleri ile yardımcı personel tarafından hamilelik, doğum ve doğum sonrası bakım sürecinde hamile kadınlara yönelik özel bir kötü muamele türü olarak kabul edilmektedir. Fiziksel, zihinsel ve psikolojik olarak zarar verebilir, kamu ve özel sağlık tesislerinde ortaya çıkabilir. Fiziksel şiddet veya sözlü taciz gibi farklı görünüşleri vardır. Yıllardır tüm dünyada

¹⁴⁶⁰ WHO, (WHO) statement, “The prevention and elimination of disrespect and abuse during facility-based childbirth”, WHO/RHR/14.23, 2015.
https://www.who.int/reproductivehealth/topics/maternal_perinatal/statement-childbirth/en/ (Erişim Tarihi: 05 Aralık 2020).

¹⁴⁶¹ Bir insan hakları ihlali olarak, kadınlara karşı işkenceye varabilecek bir şiddet türü olduğu belirlenen ve “simfizyotomi” olarak bilinen teknik, doğumu kolaylaştırmak için pelvisin cerrahi olarak ayrılması ve genişletilmesidir. 1990’ların başlarına kadar, kadınların bilgisi veya bilgilendirilmiş alınmadan esas olarak İrlanda’da kullanılan bu doğum uygulaması, birçok kadında yaşam boyu ağrı ve sakatlığa neden olmuştur. İşkenceye Karşı Komite, çok sayıda kadının bu teknikle ilgili şikâyetlerini ele almış ve bunun işkence teşkil ettiğini tespit etmiştir. Öte yandan, CEDAW Komitesi 2017 yılında, ilgili devletin buna maruz kalmış kadınlar ile ilgili tarafsız ve kapsamlı bir soruşturma yürütülmesini ve tazminat ile rehabilitasyon da dahil olmak üzere telafi mekanizmalarının işletilmesini tavsiye etmiştir. Bkz. Šimonović, “A human rights-based approach...”, 2019, para 20; CEDAW Committee, 2017 Concluding Observations, Ireland, CEDAW/C/IRL/CO/6-7, para. 15 (a).

¹⁴⁶² Epizyotomi, vajinal yolla doğum kadınlara cerrahi olarak yardımcı olmak için tasarlanmış, kadının perinesinin pelvik taban kasına derin bir kesik açılmasıdır. İşlem bebeğe ve anneye faydalı olabilirken, tıbben gereksiz ve/veya bilgilendirilmiş onam alınmadan yapılırsa anne üzerinde fiziksel ve psikolojik olumsuz etkileri olabilir, ölüme yol açabilir ve cinsiyete dayalı şiddete neden olabilir, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele oluşturabilir. Ayrıca, DSÖ tavsiyesinin aksine aşırı veya rutin kullanıldığı belirtilmektedir. Bkz. Šimonović, “A human rights-based approach...”, 2019, para 25.

¹⁴⁶³ Šimonović, “A human rights-based approach...”, 2019, para 15-38.

birçok sağlık tesisinde karşılaşılmamasına rağmen,¹⁴⁶⁴ üzerinde az konuşulan bir olgudur. Genellikle kadınların travma ya da kötü muameleyle ilgili anlatıları, sadece yakın arkadaşları ve aileleriyle özel olarak paylaşılır, nadiren doğum deneyimi kamuya açık bir tartışmanın ya da ses getiren bir davanın konusu olur. Bunun utançtan mı, damgalanma korkusundan mı yoksa doğum sırasında kadınların neler beklemesi gerektiğine ilişkin farkındalık eksikliğinden mi kaynaklandığına bakılmaksızın, kadınlar genellikle yaşadıkları travmanın şikâyet değeri olup olmadığından kuşku duymaktadırlar.¹⁴⁶⁵

ESKHK, 2019 yılı nihaî gözleminde ilgili devlete anne sağlığı hizmeti almak isteyen Roman kadınların doğum servislerinde ayrımcılık, taciz ve aşağılanma, ihmâl, doğum sırasında fiziksel kısıtlama, istismar ve tıbbî tedaviye ilişkin bilgilendirilmiş rıza alma yükümlülüğünün ihlâli, zorla kısırlaştırma ve mağdurlar için tedaviye yeterli erişimin bulunmaması nedeniyle endişe duyduğunu ifade ederek, Roman kadınlara karşı şiddet uygulamalarını tamamen yasaklamaya, zorla kısırlaştırma vakalarına ilişkin tam, bağımsız ve şeffaf bir soruşturma yapılmasını sağlamaya ve gerektiğinde disiplin ve cezaî yaptırımlar uygulamaya; zorla sterilizasyon mağdurlarına gerekli telâfi (tazmin) mekanizmasını işletmeye yönelik tavsiyede bulunmuştur.¹⁴⁶⁶

Macaristan Eşit Muamele Kurumu'nun incelediği bir başvuruda¹⁴⁶⁷ Miskolc'da bir devlet hastanesine doğum için müracaat eden Roman bir kadın, doğum sırasında ilgili ebe ve hekimin kendisine aşağılayıcı beyanlarda bulunduğunu belirterek, cinsel sağlık ve üreme sağlığı haklarına aykırı olarak etnik kökenine dayanan sözlü şiddete uğradığını ileri sürmüştü; Hastane yönetimi iddiaları reddetmiştir. Başvuruyu inceleyen Kurum, DSÖ tarafından yayımlanan sağlık tesislerinde kadınlara doğum sırasında

¹⁴⁶⁴ Zazzaron, 2016-2017, s. 4.

¹⁴⁶⁵ Kukura, 2018, s. 724.

¹⁴⁶⁶ CESC, Slovakia, Report on the sixty-sixth Session, (30.09–18.10.2019) E/C.12/SVK/CO/3, 2019, paras 44-45.

¹⁴⁶⁷ KR v. Miskolc County Hospital, EBH/349/2016, Equal Treatment Authority, 05.12.2016, Kararın Macarca aslına şuradan ulaşılmıştır: <https://www.escc-net.org/caselaw/2017/kr-v-miskolc-county-hospital> (Erişim Tarihi: 22 Temmuz 2020).

saygısız ve kötü muamelenin önlenmesine ilişkin Bildiri’ye¹⁴⁶⁸ gönderme yaparak, kadınların doğum sırasında özellikle savunmasız olduklarını, tüm kadınların insan onuruna saygı temelinde sağlık hizmeti alma hakkı ve hamilelik-doğum sırasında ayrımcı olmayan tedavi hakkı da dahil olmak üzere, mümkün olan en yüksek sağlık standardına sahip olma hakkı olduğunu ve insan onuruna saygılı davranmanın kaliteli annelik bakımının temel bir bileşeni olduğunu vurgulayarak, başvurana yönelik “*siz çingeneler sadece para için doğum yaparsınız*” ifadesi gözönüne alındığında, hastanenin davacının onurunu ve üreme sağlığı hakları ile bağlantılı olarak etnik kökene dayalı eşit muamele hakkını ihlâl ettiğine karar vermiştir.¹⁴⁶⁹

BM Özel Raportörü’nün çözüm önerisi olarak ortaya koyduğu şu tespitler dikkate alınmaya ve üzerinde durulmaya değerdir: Devletler; bu sorunu insan hakları perspektifinden ele almalı ve kadınların sağlık tesislerindeki kötü muamele ve toplumsal cinsiyete dayalı şiddet iddialarıyla ilgili olarak bağımsız soruşturma yürütmelidir. Kadın STK’ları, üreme ve obstetrik (doğumsal) bakımla ilgilenen bağımsız insan hakları kurumları, sağlık kurumları ve meslek kuruluşları arasında yapıcı bir işbirliği tesis etmelidir. Sorunun tespiti ve çözümü için ulusal stratejiler geliştirmelidir. Tüm sağlık çalışanlarına kadının insan hakları konusunda uygun ve gerekli eğitimleri vermelidir. İnsan hakları standartlarına uygun olarak bilgilendirilmiş onam hakkının etkili ve uygun şekilde kullanılmasını sağlamalıdır. Kadınların yasal ve pratik olarak kendi seçtiği bir doğum arkadaşına sahip olma seçeneği üzerinde durmalıdır. Kadının kendi seçimi dahilinde evde doğum imkânı sağlamalıdır. Kamu ve özel tüm sağlık tesislerini denetlemelidir. Sezaryen, normal doğum ve epizyotomi oranları ile hizmetin kalitesi hakkında yıllık bazda veri toplanmasını ve yayınlanmasını sağlamalıdır. Saygılı annelik bakımı, doğum bakımı ve kadına yönelik şiddetle ilgili insan hakları belgeleri ve DSÖ standartlarını her aşamada uygulamalıdır. Mağdur kadınların zararlarını telâfi etmeye

¹⁴⁶⁸ WHO, “The prevention and elimination ...”, WHO/RHR/14.23, 2015.

¹⁴⁶⁹ KR v. Misco County Hospital, s. 4.

yönelik hesap verebilirlik mekanizmaları oluşturmalı ve etkili iç hukuk yolu sağlamalıdır. Yargıçlar, avukatlar ve genel olarak halka yönelik doğum ve üreme sağlığı hizmetleri bağlamında kadının insan hakları konusunda farkındalık yaratılmasına yönelik eğitimler vermelidir.¹⁴⁷⁰

3. Yerine Getirme Yükümlülüğü

Muhtevasında *kolaylaştırmak, sağlamak ve geliştirmek* yükümlülüklerini de içeren *yerine getirme* yükümlülüğü, devletlerin sağlık hakkının gerçekleştirilmesi için yasal, idarî bütçesel ve diğer her türlü almasını gerektirir.¹⁴⁷¹ 14 nolu GY’de devletin sağlık hakkı bakımından yerine getirme yükümlülüğünün kapsamının neler olduğu belirlenmiş olup aşağıda sırasıyla bu yükümlülüklerle değinilecektir.

a. İç Hukuk Sisteminde Sağlık Hakkına Gereken Önemi Vermek

Devletlerin, sağlıkla ilgili ulusal mevzuatı oluşturmak ve ulusal düzeyde sağlık politikaları kabul etmek başta olmak üzere sağlık hakkına iç hukuk sistemlerinde gerekli önemi vermeleri gerekir.¹⁴⁷²

Komite tarafından devletlerin Sözleşme kapsamında raporlarını hazırlamalarına yardımcı olmak için hazırlanan kılavuzda, devletlerin “ulusal sağlık politikası benimsediğini ve ulusal sağlık sisteminin (...) uygun olup olmadığını” belirtmeleri gerektiği ifade edilmektedir.¹⁴⁷³

Ulusal bir sağlık plânının etkili bir şekilde uygulanmasını sağlamak üzere devletlerin ulusal sağlık stratejilerinin “hesap verebilirlik, şeffaflık ve yargı bağımsızlığı

¹⁴⁷⁰ Šimonović, “A human rights-based approach...”, 2019, paras 75-81.

¹⁴⁷¹ 14 Nolu Genel Yorum, para 33.

¹⁴⁷² 14 Nolu Genel Yorum, para 53.

¹⁴⁷³ Guidelines on treaty-Specific Documents to be Submitted by States Parties under Articles 16 and 17 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, **UN Doc E/C.12/2008/2 (24.03.2009) annex**, para 55.

ilkelerine dayanması”¹⁴⁷⁴ ve bu stratejinin gerçekleştirilebilmesi için çerçeve bir mevzuatın kabul edilmesi¹⁴⁷⁵ gerekmektedir. Bu yaklaşım, belirli bir sosyo-politik bağlamı taraf devletlerde yerleşik hâle getirmek ve aynı zamanda uluslararası yükümlülüklerin etkili bir şekilde uygulanması konusunda kararlı olmak arasında uygun bir denge kurma girişimini yansıtmaktadır. Şu hâlde, bir devletin sağlık hakkından kaynaklanan yükümlülüklerin etkili bir şekilde uygulanmasını güvence altına alması için, öncelikle kurumsal sistem ve yapılarının sözü edilen ulusal strateji ve plânların kabul edilmesine eşlik etmesi gerekir.¹⁴⁷⁶

Komite, genel yorumlarında olduğu gibi nihaî gözlemlerinde, her bir taraf devletin kendine özgü sağlık problemlerine odaklanan, insan hakları temelli yaklaşıma dayanan ve Sözleşme’nin 12. maddesini gözönünde bulunduran ulusal bir sağlık stratejisinin varlığını önemsemektedir. Bu unsurları içermeyen ulusal politika ve plânları ise eleştirmektedir.

Bu bağlamda, 2017 raporunda ilgili devlete, mevcut sağlık sisteminin karşılaştığı zorlukların üstesinden gelmek ve onu geliştirmek için bir çerçeve sağlık kanun tasarısı hazırlandığını ve fakat tasarının mevcut sistemin temel zorluklarını yeterince ele almadığını belirterek, taslağın, sağlık sektörünün karşılaştığı tüm zorlukları tam olarak ele alan, insan hakları yaklaşımını temel alan ve Sözleşme’nin 12. maddesini gözetten bir anlayışla gözden geçirilmesini tavsiye etmiştir.¹⁴⁷⁷ 2019 yılı raporunda ilgili devlete yüksek intihar oranları ve ruh sağlığı problemlerinin giderek artan oranlarda gençlerde yaygınlaşması nedeniyle, ulusal bir ruh sağlığı politikası benimsenmesini, bu problemlerinin yaygınlığının ve artmasının temel nedenlerinin araştırılmasını ve risk altındaki birey ve gruplara etkili önleme programları ve destek hizmetleri sunulması

¹⁴⁷⁴ 14 Nolu Genel Yorum, para 55.

¹⁴⁷⁵ 14 Nolu Genel Yorum, para 56.

¹⁴⁷⁶ Tobin, 2013, s. 200-201; Azarkan, 2018, s. 95.

¹⁴⁷⁷ CESC, Moldova, Report on the sixty-second session (18 September-6 October 2017), E/C.12/MDA/CO/3, paras 58-59.

gerekliliğini tavsiye etmiştir.¹⁴⁷⁸ 2019 yılı raporunda taraf devlete geriatrik (yaşlı) hastaların bakımsız kalmasından ve mevcut ulusal stratejinin uzun erimli ve sürdürülebilir bakım çözümlerini ve hizmetlerini içermemesinden endişe duyduğunu belirterek, bu kişilerin teşhis ve tedavisi için bir ihtiyaç değerlendirmesini ve yeterli bir bütçe tahsisini ihtiva eden bir “Uzun Süreli Bakım İçin Ulusal Strateji” oluşturmasını tavsiye etmiştir.¹⁴⁷⁹

Öte yandan, gerek hesap verebilirlik ve gerek sağlık hakkı ihlâl edilen herhangi bir bireyin ulusal ve uluslararası düzeyde etkili hak arama yollarına erişimini sağlamak için ulusal bir sistemin kurulması,¹⁴⁸⁰ sağlık hakkının güvence altına alınmasında vazgeçilmez bir gerekliliktir.¹⁴⁸¹ Bu bağlamda, sağlık hakkı ihlâl edilen mağdurlara tazminat, ihlâlin yinelenmemesi, eski hâle iade gibi yeterli telâfi imkânları sağlanmalıdır.¹⁴⁸²

ESKHS’nin kabulü ve sağlık hakkının devletlerin iç hukuk sistemlerine dahil edilmesiyle birlikte hak arama yollarının etkinliği artacağından, mahkemeler doğrudan Sözleşme’deki yükümlülöklere gönderme yaparak ihlâlin varlığını tespit edebilecek,¹⁴⁸³ yargıçlar ve hak savunucuları görevlerini ifa ederken sağlık hakkı ihlâllerine gereken özeni gösterecek¹⁴⁸⁴ ve devletler, sağlık açısından dezavantajlı kişi ve grupların sağlık hakkına erişimleri için çalışan insan hakları aktivistlerinin ve STK’ların çalışmalarına saygı gösterme ve koruma yükümlölöğü altına girecektir.¹⁴⁸⁵

Taraf devletlerin “hesap verebilirlik” sistemleri geliştirme yükümlölöğüne yapılan bu vurgu insan haklarının temel özelliğidir. Alston, hesap verebilirliğı insan

¹⁴⁷⁸ CESCR, Estonia, Report on the Sixty-fifth Session, (18.02-08.03.2019), E/C.12/EST/CO/3, 2019, paras 42-43.

¹⁴⁷⁹ CESCR, Bulgaria, Report on the Sixty-fifth Session, (18.02-08.03.2019), E/C.12/BGR/CO/3, 2019, paras 42-43.

¹⁴⁸⁰ 14 Nolu Genel Yorum, para 59; CESCR, General Comment No 20: Non-discrimination in economic, social and cultural rights (art. 2, para. 2, of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), UN Doc E/C/12/GC/20, 2 July 2009, para 40; WHO, “**Human Rights and ...**”, 2017.

¹⁴⁸¹ Tobin, 2013, s. 201.

¹⁴⁸² 14 Nolu Genel Yorum, para 59; Tobin, 2013, s. 201.

¹⁴⁸³ 14 Nolu Genel Yorum, para 60.

¹⁴⁸⁴ 14 Nolu Genel Yorum, para 61.

¹⁴⁸⁵ 14 Nolu Genel Yorum, para 62.

haklarının *sine qua non* (olmazsa olmaz) koşulu olarak tanımlamaktadır.¹⁴⁸⁶ Gerçekten de, sağlık hakkının tanınması bireye, hakka ilişkin yükümlülüğünü yerine getirmek ödevi bulunan devleti sorumlu tutmak için bir sistemin mevcut olması gerektiğine dair bir hak yaratmaktadır. Devletler iç hukukta bir hesap verebilirlik sistemi oluşturabilecekleri gibi bölgesel ve/veya uluslararası mekanizmalara da katılabilirler.¹⁴⁸⁷ Dolayısıyla, hesap verebilirlik bakımından hangi sistemin öngörüleceği bakımından devletlerin takdir yetkisi olduğu açık ise de, hangi sistem benimsenirse benimsensin, mutlaka “etkili” olması gerekmektedir.

Etkili yargı yolunun yanı sıra, taraf devletlerce insan hakları sözleşmelerinde yer alan kurallara uygun olarak sözleşme izleme organlarına zamanında ve kapsamlı olarak periyodik raporların sunulması, bireylerin uluslararası-bölgesel insan hakları denetim organlarına bireysel şikâyetle bulunmalarına izin verilmesi ve sağlık hakkı özel raportörünün ülke ziyaretine izin verilmesi gibi uluslararası mekanizmaların işlerliğinin sağlanması da hesap verebilirliğin farklı biçimlerini temsil etmektedir.¹⁴⁸⁸

Devletlerin sağlık hakkı kapsamındaki yükümlülükleri ile ilgili olarak hesap verebilirliğe olanak sağlamak için iç hukuk sistemlerinde benimseyebilecekleri çeşitli seçenekler mevcuttur. Kuşkusuz hesap verebilirlik konusunda sadece yargı yolu ile yetinilmeyip bundan daha öncelikli olarak ulusal kamu denetçileri, hasta hakları alanında çalışan STK’lar, insan hakları komisyonları, tüketici heyetleri gibi bağımsız yapılar marifetiyle sağlık hakkı ihlallerine ilişkin birçok ihtilafın yargı yoluna intikal etmesine hacet kalmaksızın hızlı şekilde belirlenmesine ve telâfisine olanak sağlanmalıdır.¹⁴⁸⁹ Sözü edilen idarî ve/veya yarı-yargısal organların veyahut hükümet dışı kuruluşlar ve STK’ların sağlık hakkı ihlallerine ilişkin şikâyetleri inceleyebilme

¹⁴⁸⁶ Report of the Special Rapporteur on the Right to Health to the General Assembly 2008, para 8; Philip ALSTON, *Ships Passing in the Night: The Current State of the Human Rights and Development Debate Seen through the Lens of Millenium Development Goals*, **Human Rights Q** 2005, s. 755; Tobin, 2013, s. 201.

¹⁴⁸⁷ Tobin, 2013, s. 201.

¹⁴⁸⁸ *ibid*, s. 201.

¹⁴⁸⁹ 14 Nolu Genel Yorum, para 59.

veya bağımsız ve tarafsız soruşturma yürütebilme kapasitesi sağlık hakkı ihlallerinin önlenmesinde ve telâfi edilmesinde büyük önem taşımaktadır. Bununla birlikte, sağlık hakkını tam anlamıyla güvence altına almak ve hak ihlallerine karşı etkili telâfi (tazmin) mekanizmasının son tahlilde yargı yolunun mevcudiyeti olduğunu hatırdan uzak tutmamak gerekir.

b. Temel Sağlık Göstergelerine Erişimi Güvence Altına Almak

Devletlerin, temel bulaşıcı hastalıklara karşı aşılama (bağışıklık) programlarını gerçekleştirme görevinin yanı sıra, bireylere yeterli ve güvenilir besin, temiz ve içilebilir su, temel hijyen, elverişli konut ve yaşama koşulları sağlamak gibi temel sağlık göstergelerine erişimi güvence altına alma yükümlülüğü bulunmaktadır.¹⁴⁹⁰ Sağlık hakkının “yerine getirme yükümlülüğü” kapsamında yer alan bileşenlerden olan bu unsurlar sağlık hakkının gıda hakkı, su hakkı, yaşamaya elverişli konut hakkı ile ilişkisini de ortaya koymaktadır.

aa. Temel Sağlık Hakkına İlişkin Yükümlülükler

Temel amacı, devletler tarafından gerekli tedbirleri alarak insanların hasta olmasının önüne geçmek¹⁴⁹¹ olan temel sağlık hakkını korumaya yönelik “birinci basamak sağlık hizmetleri” kapsamındaki devletin ödevleri; bebek ve çocuk ölümlerinin azaltılması, temel bulaşıcı hastalıklara karşı bağışıklama programları düzenlenmesi, toplumda sıkça görülen sağlık problemleriyle ve bunların önüne geçilip denetim altına alınmasıyla ilgili eğitimler verilmesi, aile plânlaması ve anne-çocuk sağlığına yönelik

¹⁴⁹⁰ 14 Nolu Genel Yorum, para 36.

¹⁴⁹¹ Tahmazoğlu Üzeltürk, 2012, s. 18.

hizmetlerin sunulması, endemik ve epidemik salgın hastalıkların önlenmesi¹⁴⁹² ve denetimi, sık rastlanan hastalık ve yaralanmalara yönelik uygun tedaviler ve temel ilaçların sağlanmasıdır. Esasen, belirtilen kapsam ESKHS'nin 12(2). paragrafında belirtilen spesifik yükümlülöklere karşılık gelmektedir.

1978 yılında imzalanan Alma Ata Bildirgesi'nden kırk yıl sonra 2018 yılında bir araya gelen Temel Sağlık Hizmetleri Genel Dünya Konferansı'nda ilân edilen Astana Deklarasyonu'nda taraf devletler, temel sağlık hizmetlerinin asgari olarak temel bağışıklama, bulaşıcı olan ve olmayan hastalıklardan korunma ve kontrol, anne-çocuk sağlığı ile ergen sağlığının korunması ve geliştirilmesi, tarama programları, ruh sağlığı, cinsel sağlık ve üreme sağlığı hizmetlerini içermesini kabul etmişlerdir.¹⁴⁹³

ESKHK, nihaî gözlemlerinde temel sağlık hizmetlerinin tüm bireyler için mevcudiyetini şart koşmakta ve bu hizmetlerin özellikle kırsal kesimler ve yoksul haneler için erişilebilir, kullanılabilir ve kaliteli olmasını öncelemektedir.¹⁴⁹⁴

Bu bağlamda, uluslararası insan hakları sözleşme denetim organları taraf devletlerdeki genel bebek ölüm oranlarının yüksekliğiyle ilgili endişelerini sıklıkla dile

¹⁴⁹² Komite, Covid-19 pandemisi nedeniyle muhtelif tarihlerde bildiriler yayımlamıştır. 6 Nisan 2020 tarihli Bildirisinde, Covid-19'un sebep olduğu halk sağlığı kriziyle mücadele etmek için alınmasını tavsiye ettiği önlemlere işaret etmiştir. Bkz. CESCR, Statement on the coronavirus disease (Covid-19) pandemic and economic, social and cultural rights, **UN Doc E/C.12/2020/1**, 06.04.2020; 15 Aralık 2020 tarihli Bildirisinde, Covid-19 aşılara evrensel ve adil erişim hakkına ve ayrımcılık yasağı gözetilerek aşılama önceliklendirmenin yapılması ve dezavantajlı bireylerin bu durumlarının gözetilmesi gerekliliğine işaret etmiştir. Komite'ye göre, aşı üretimine ilişkin fikri mülkiyet rejimi, devletlerin "halk sağlığını koruma" görevini destekleyecek şekilde yorumlanmalı ve uygulanmalıdır. Taraf devletler, herkes için Covid-19 aşısına erişim sağlamak için gerektiğinde TRIPS Anlaşması'nın zorunlu lisanslar gibi tüm esnekliklerini kullanmalıdır. Bkz. CESCR, Statement on universal and equitable access to vaccines for the coronavirus disease (Covid-19), **UN Doc E/C.12/2020/2**, 15.12.2020; 23 Nisan 2021 tarihli Bildirisinde, taraf devletlerin bireylerin aşıya erişim hakkını güvence altına almak için, "öncelikli olarak" ve "kaynaklarının azamisini kullanarak" tüm önlemleri alma yükümlölüğü olduğunu, ayrıca devletlerin uluslararası yardım ve işbirliği yükümlölüğü olduğunu vurgulamıştır. Taraf devletlerin fikri mülkiyet ve patent rejimlerinin sosyal haklardan yararlanmaya zarar vermesini önleme yükümlölüğü olduğunu belirtmiştir. Komite bu konuda "...However, the Committee recalls that intellectual property rights are not a human right, but a social product, having a social function...(para 7)" ifadesini kullanmıştır. Bkz. CESCR, Statement on universal affordable vaccination against coronavirus disease (Covid-19), international cooperation and intellectual property, **UN Doc E/C.12/2021/1**, 23.04.2021.

¹⁴⁹³ WHO, **Declaration of Astana**, (Global Conference on Primary Health Care, Asthana, Kazakhstan, October 2018), https://www.who.int/health-topics/primary-health-care#tab=tab_1 (Erişim Tarihi: 1 Kasım 2020).

¹⁴⁹⁴ CO ESC, Bangladesh, **UN Doc E/C.12/BGD/CO/1**, 2018, para 67; çocuklara yönelik temel sağlık hizmetlerinin mevcudiyeti, ücretsiz erişilebilirliği, kaliteli sunumu ile ilgili olarak ÇHK de aynı hedefi öncelemektedir. Bkz. CO CRC, Romania **UN Doc CRC/C/15/Add.199**, 2003, para 44(a); CO CRC India, **UN Doc CRC/C/15/Add.228**, 2004, para 52; CO CRC, Botswana, **UN Doc CRC/C/15/Add.242**, 2004, para 48; CO CRC Tanzania, **UN Doc CRC/C/15/Add.156**, 2001, para 47.

getirmekte ve devletlere bebek ölümlerini azaltmaya yönelik çabaları sürdürmeyi ve etkili önlemler almayı tavsiye etmektedir.¹⁴⁹⁵ ESKHS'nin 12(2)(a). paragrafı devletlere sadece bebek ölümlerini azaltmak ödevi vermekle kalmayıp bunun yanı sıra çocuğun sağlıklı gelişimini sağlamak için adım atma yükümlülüğü getirmektedir. ESKHK bu konuda ÇHS kapsamında devletlere yüklenen ek özel önlemleri teyit ile yetinmekle birlikte, ÇHS'nin 12. maddesinde yer alan norm çerçevesinde taraf devletlerin ergenler için, sağlıklarını etkileyen kararlara katılma fırsatı sağlayan güvenli ve destekleyici bir ortam sağlamaları gerektiğini vurgulamaktadır.¹⁴⁹⁶

ESKHK, temel bulaşıcı hastalıklara karşı bağışıklama programları düzenlenmesini ve aşılama hizmetlerini güvence altına almak için devletlerce yeterli bütçe tahsis edilmesini;¹⁴⁹⁷ aşılama ve salgın hastalıklar bakımından başta DSÖ ve diğer uluslararası kuruluşlar ile yakın işbirliği yapılmasını;¹⁴⁹⁸ aile hekimliği ve toplum sağlığı merkezlerinin sayısını artırmak da dahil olmak üzere, birinci basamak sağlık hizmetlerine evrensel ve adil bir şekilde erişimin sağlanması için acil önlemler alınmasını tavsiye etmiştir.¹⁴⁹⁹

Bu noktada devletin salgın hastalıklarla mücadele amacıyla aşı üretimi ve aşılama faaliyetlerine ilişkin “yerine getirme yükümlülüğü”nü irdeleyen kararlardan biri olan *Viceconte, Mariela Cecilia / Arjantin Sağlık Bakanlığı* davası¹⁵⁰⁰ üzerinde

¹⁴⁹⁵ CO ESC, Republic of Moldova, UN Doc E/2004/22, 2003, 49, para 317; CO ESC, Guatemala, UN Doc E/2004/22, 2003, 59, para 417; CO CRC, Eritrea, UN Doc CRC/C/15/Add.204, para 39; CO CRC, Kazakhstan, UN Doc CRC/C/15/Add.213, para 57; CO CRC, St Vincent and Grenadines, UN Doc CRC/C/15/Add.184, para 35(b); CO CRC, New Zealand, UN Doc CRC/C/15/Add.216, para 35; bebek ölümleri ile ilgili endişelerini yaşama hakkı bağlamında dile getiren İHK'nın nihaî gözlemi için bkz. CO HRC, Albania, UN Doc A/60/40, Vol. I, 2004, 25, para 82(14); anne ve yeni doğanların sağlık hakkı bağlamında bkz. CO CEDAW, Gambia, UN Doc, A/60/38, Part II, 2005, 122, para 203.

¹⁴⁹⁶ Tobin, 2013, s. 261.

¹⁴⁹⁷ CESCR, Report on the Forty-eighth and Forty-ninth Sessions, (30.04-18.05.2012, 12-30.11.2012), E/2013/22, E/C.12/2012/3, 2013, paras 22-23; CESCR, Report on the Sixty-sixth Sessions, (03-04.10.2019, 18.10.2019), E/C.12/ECU/CO/4, 2019, para 44; CO ESC, Uruguay, UN Doc E/C.12/URY/CO/5, 2017, paras 48-49.

¹⁴⁹⁸ CESCR, Report on the Twenty-eight and Twenty-ninth Sessions, (29.04-17.05.2002, 11-29.11.2002) Sessions, E/2003/22, E/C.12/2002/13, 2003, para 475.

¹⁴⁹⁹ CESCR, Report on the Forty-sixth forty-seventh Sessions, (2-20.05.2011, 14.11-02.12.2011), E/2012/22, E/C.12/2011/3, para 135.

¹⁵⁰⁰ Somut olayda başvuru tarafından, yaklaşık 3,5 milyon kişinin yakalandığı Arjantin hemorajik ateşi hastalığına karşı devletin aşı üretmemesinin sağlık hakkını ihlâl ettiği ileri sürülmüştür. Bkz. *Viceconte*,

durulması gerekir. Mahkeme, anayasal hiyerarşi içinde uyulması gerekli olan ESKHS'nin 12. maddesi uyarınca, devletin tüm bireylerin en üst düzeyde sağlık standardından yararlanma hakkını sağlamak için etkili bir program benimsemesi gerektiğini;¹⁵⁰¹ endemik bir hastalık olan Arjantin hemorajik ateşine karşı en etkili önlemin %95 etkili ve DSÖ tarafından onaylanmış olan Candid 1 aşısı olduğunu, hâlihazırda üretilen aşı miktarının ise o bölgedeki nüfusun aşılama için yeterli olmadığını, sözkonusu hastalığın bölgesel ve aşının da yetim ilaç¹⁵⁰² olması nedeniyle üretiminin ilaç üreticileri için kârlı görülmediği ve hâlihazırda üretilmediğini; dolayısıyla aşılamanın yapılabilmesinin devletçe üretilmesine bağlı olduğunu;¹⁵⁰³ bu durumda devletin mümkün olan en kısa sürede aşığı üretmek konusunda yerine getirme yükümlülüğünün bulunduğunu vurgulamıştır.¹⁵⁰⁴

Kolombiya Anayasa Mahkemesi de bir kararında¹⁵⁰⁵ devlet yetkililerine çocuklar için ücretsiz aşı programı sunmasını emretmiştir.¹⁵⁰⁶ Sağlık Bakanlığı, menenjit aşısının standart aşı plânında olmadığını ve sadece salgın riski bölgelerinde savunmasız gruplara yapıldığını ileri sürmüştür. İlk derece mahkemesi kamu makamlarının 48 saat içinde sözkonusu çocuklara aşı uygulamak için bir plân hazırlamasını zorunlu kılan bir karar vermiş ve karar Anayasa Mahkemesi'nce onanmıştır. Onama gerekçesinde Yüksek Mahkeme, Anayasa'da yer alan çocuk

Mariela Cecilia v. Ministry of Health and Social Welfare, Case No. 31.777/96, Federal Administrative Court of Appeals, 02.07.1998. Kararın taslak İngilizce çevirisine şuradan erişilmiştir: <https://www.escri-net.org/caselaw/2006/viceconte-mariela-c-estado-nacional-ministerio-salud-y-ministerio-economia-nacion-s> (Erişim Tarihi: 23 Temmuz 2020).

¹⁵⁰¹ Viceconte, Mariela Cecilia v. Ministry of Health and Social Welfare, para V.

¹⁵⁰² Yetim İlaç (*orphan drug*): Kısıtlı bir hedef kitleye yönelik, nadir rastlanan tıbbî sorunlar için geliştirilmiş, bu yüzden, teşvik bulunmadığında pazarlama konusunda ilaç şirketlerinin fazla ilgilenmeyi tercih etmediği türde ilaçlardır. Bkz. Koivusalo, 2011, s. 315, dipnot 45.

¹⁵⁰³ Viceconte, Mariela Cecilia v. Ministry of Health and Social Welfare, para XI.

¹⁵⁰⁴ Viceconte, Mariela Cecilia v. Ministry of Health and Social Welfare, para XII-XIII.

¹⁵⁰⁵ Başvuranlar, yoksul bölgelerden olan Bogotá'da yaşayan 418 ebeveyn olup, çocuklarına ücretsiz menenjit aşısı yapılması gerektiği hâlde devletçe aşılama programına alınmadıklarını, bu nedenle çocukların sağlıklarını koruma ödevinin ihlâl edildiğini ileri sürmüşlerdir. Bkz. Judgment No SU-225/98, Constitutional Court of Colombia, 20.05.1998. Kararın İngilizce çevirisine şuradan erişilmiştir: <https://www.escri-net.org/sites/default/files/caselaw/cc-1998-perez-calderon-v.-ministry-of-health-case-su-225-98.pdf> (Erişim tarihi: 23 Temmuz 2020).

¹⁵⁰⁶ Tobin, 2013, s. 205.

haklarının korunmasına dair norma işaret ederek,¹⁵⁰⁷ çocukların sağlık hakkının özünün/çekirdeğinin, eylem veya ihmâl yoluyla çocuğun hayatını, fiziksel veya zihinsel kapasitesini, öğrenme veya sosyalleşme süreçlerini ciddi şekilde riske atan durumlar olarak belirlenebileceğini; sözü edilen ciddi durumların varlığı hâlinde yargıcın çocuğun sağlık hakkının yerine getirilmesi için gerekli tedbirleri almasının gerekli olduğunu;¹⁵⁰⁸ somut olayda, Hükümetçe çocukların yaşadığı bölgenin menenjit riski altında olmadığı iddia edilse de, eldeki delillere göre yoksul bir bölgede yaşadıkları, bünyelerinin sağlıklı savunma sistemlerine sahip olmadıkları zira, beslenmelerinin zayıf olduğu, bölgenin aşırı kalabalık ve hijyenik olmayan koşullara sahip olduğunun açık olduğunu; devletin aşılama için gerekli fonu sağlamadığı gibi uluslararası organlarla da aşı alımını müzakere etmediğini;¹⁵⁰⁹ dolayısıyla, çocukların sağlık hakkının çekirdeğini tehdit eden öngörülebilir ve önlenabilir olasılıklardan kaçınmak için devletin gerekli olan temel gereklilikleri asgari olarak sağlamakla yükümlü olduğunu belirtmiştir.¹⁵¹⁰

Delhi Yüksek Mahkemesi bir kararında¹⁵¹¹ hükümetin, nadir görülen bir genetik bozukluk için bir çocuğa hayli pahalı ve yaşam boyu kullanılması gereken temel ilaçları sağlaması gerektiğine hükmetmiştir.¹⁵¹² Mahkeme'ye göre, "...Hayat kurtaran ilaçlara makul ve adil bir erişim, sağlık hakkının geliştirilmesi ve korunması için kritik öneme sahiptir. [...] Çok pahalı bir ilacın mevcudiyeti onu neredeyse erişilemez kılar. Hükümet, malî krizi ilaçlara erişimi sağlama yükümlülüğünü yerine getirmeme veya nadir hastalıkları tedavi etmek için bir eylem plânı kabul etmeme gerekçesi olarak gösteremez. Hiçbir hükümet, nadir ve kronik hastalıkların tedavisini karşılayamayacağını belirterek, toplumun savunmasız ve marjinal kesimlerinin sağlık

¹⁵⁰⁷ Judgment No 225/98, (Considerations of the Court) paras 4-13.

¹⁵⁰⁸ Judgment No 225/98, (Considerations of the Court) paras 14-17.

¹⁵⁰⁹ Judgment No SU-225/98, (Considerations of the Court) paras 27-28.

¹⁵¹⁰ Judgment No SU-225/98, (Considerations of the Court) para 41.

¹⁵¹¹ Mohd. Ahmed (Minor) v. Union of India, WP (C) 7279/2013, High Court of Delhi, 17.04.2014.

Kararın İngilizce özetine şuradan erişilmiştir: <https://www.globalhealthrights.org/pdf.php?ID=11036> (Erişim Tarihi: 10 Ekim 2020).

¹⁵¹² Kapczynski, 2019, s. 85-86.

tesislerine erişim hakkını sağlama temel yükümlülüğünden sıyrılmaz.”¹⁵¹³ Brezilya ve Kolombiya yüksek mahkemeleri de bireylerin temel ilaçlara erişimini sağlayan pek çok karar vermektedir.¹⁵¹⁴

ab. Yaşamaya Elverişli Konut Hakkına İlişkin Yükümlülükler

ESKHS’nin 11(1). paragrafına göre, taraf devletlerin herkese, kendisi ve ailesi için yeterli bir yaşam standardına sahip olma hakkını temin etmek yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu standart yeterli beslenmeyi, giyinmeyi, konut hakkını ve yaşama şartlarının devamlı geliştirilmesini de bünyesinde taşır.¹⁵¹⁵

Yeterli bir yaşam standardı hakkının uzantısı olan “yaşamaya elverişli konut hakkı” Komite’ye göre tüm sosyal hakların kullanılabilmesi için büyük öneme sahip olduğu gibi,¹⁵¹⁶ sağlık hakkı ile de yakından ilişkilidir.¹⁵¹⁷ Bu çerçevede, insan onuruna yaraşır şekilde yaşamaya elverişli konutun unsurlarından biri de, sağlık, güvenlik ve beslenme için gerekli olan belli başlı nitelikleri haiz olmasıdır. Bu bağlamda, konutun yeterli temiz içme suyuna sahip olması; gündelik işler, ısınma ve aydınlatma için gerekli enerji kaynağına, sanitasyon ve temizlik hizmetlerine, yiyeceklerin saklanması için araçlara, çöp atma düzeneğine, drenaja ve acil hâllerde gerekli hizmetlere erişebilme olanağına sahip olması gerekir. Yine, oturmaya elverişli olması yani, yaşayanları

¹⁵¹³ Mohd. Ahmed (Minor) v. Union of India, paras 68-69.

¹⁵¹⁴ Brezilya’da 1988 Anayasası’nda sağlık hakkının temel bir sosyal hak olarak düzenlenmesinden sonra 1990’ların ortalarından itibaren HIV/AIDS ilacına erişim için dava açılmaya başlanmıştır. Tahminlere göre, Brezilya mahkemelerinde temel ilaçlara ve diğer sağlık hizmetlerine erişim için yılda yaklaşık kırk bin kişi dava açmakta ve yüzde 80-90 oranında davaları kazanmaktadırlar. Açılmış davaların yüzde 70’i ilaçlara erişim hakkındadır. Kolombiya’da ise, 1999-2014 yılları arasında sağlık hizmetlerine, tedaviye ve ilaçlara erişim talebiyle 1,3 milyondan fazla dava açılmıştır. Burada da davacılar ezici çoğunlukla başarılı olmuşlardır. Bu davaların yarattığı maliyetler yıllık GSYİH’nin yüzde 1’ine ulaşmaktadır. Uruguay, Kosta Rika ve Arjantin’de de, daha az kapsamlı olmakla birlikte ilaca erişim konusunda pek çok dava açılmıştır. Davacılar sıklıkla başarılı olmuştur. Bkz. Kapczynski, 2019, s. 83-85.

¹⁵¹⁵ 4 Nolu Genel Yorum, para 1.

¹⁵¹⁶ 4 Nolu Genel Yorum, para 1.

¹⁵¹⁷ 14 Nolu Genel Yorum, para 11.

soğuktan, nemden ve sağlığa yönelik diğer tehditler ile salgın hastalıklardan ve yapısal risklerden korumaya elverişli olması gerekir.¹⁵¹⁸

ESKHK, bu hakkın kapsamının ihtiyacı olanlara salt sosyal konut sağlanmasıyla sınırlı olmayıp devletin sosyal konutlardaki yaşam koşullarının suya, yeterli sanitasyon tesislerine ve diğer kamu hizmetlerine erişimi sağlayacak şekilde kurulmasının gerektiğine işaret etmektedir.¹⁵¹⁹

Komite, göçmenler ve sığınmacılar için kurulan kabul merkezlerinde yeterli yaşam standardının teminine de özel önem vermekte olup buralarda sağlık hakkına erişimin sağlanmasına dikkat çekmektedir.¹⁵²⁰

2017 yılı nihaî gözleminde ilgili devlete yeterli yaşam standardına sahip olma hakkı bağlamında Komite, yoksulluğun özellikle kırsal alanlarda ve emekliler arasında hâlâ yaygın olduğuna dair endişesini dile getirerek yoksulluğu azaltma programı çerçevesinde kırsal kesimlerde yaşayanlara ve emeklilere odaklanılmasını ve uygulanan sosyal nakit transfer programının faydalanıcılara iyi bir yaşam standardı sağlayacak bir seviyeye yükseltmesini ve yardım yapılacak kişileri belirleyen uygunluk kriterlerini gözden geçirmesini tavsiye etmiştir.¹⁵²¹

Bu kapsamda Komite'nin ele aldığı konulardan biri de, ödeme yapamama nedeniyle yoksul hanelere uygulanan elektrik kesintileri sebebiyle bireylerin barınma hakkına ilişkin olarak ortaya çıkan mağduriyetlerdir. Devletin bu durumda tüm hane halklarının temel elektrik ihtiyaçlarını karşılayabilmelerini sağlamak için etkili tedbirler alması ve ödeme yapamayan yoksul hane halklarının elektrik kesintilerinden kaçınması gerekmektedir.¹⁵²²

¹⁵¹⁸ 4 Nolu Genel Yorum, para 8.

¹⁵¹⁹ CO ESC, Mauritius, UN Doc E/C.12/MUS/CO/5, 2019, para 47.

¹⁵²⁰ CO ESC, Spain, UN Doc E/C.12/ESP/CO/6,2018, paras 39-40,

¹⁵²¹ CO ESC, Moldova, UN Doc E/C.12/MDA/CO/3, 2017, paras 48-49.

¹⁵²² CO ESC, Germany, UN Doc E/C.12/DEU/CO/6, 2018, paras 56-57.

Sosyal haklar alanında yargısal aktivizmin erken tarihli örneklerinden olan Kolombiya Anayasa Mahkemesi'nin 5 Haziran 1992 tarihli kararı,¹⁵²³ “yaşama hakkı” ve “insan onuru ilkesi”nin korunması için sağlık hakkının temel bir hak olarak kabul edilmesi ve bununla bağlantılı olarak devletin malî kaynaklarının dağıtımında önceliğin sosyal kamu harcamalarına verilmesi gerektiğini vurgulaması bakımından dikkate değerdir. Somut olayda başvuran, yapım süreci tamamlanmamış bir kanalizasyon sisteminin taşması nedeniyle iki mahallenin olumsuz etkilendiğini ve bu durumun mahalle sakinleri için önemli bir halk sağlığı sorununa yol açtığını belirterek, daha fazla zarar oluşmasını önlemek için tedbir kararı verilmesini talep etmiştir. İdare Mahkemesi, ileri sürülen sağlıksız koşulların mevcut olduğu doğrulansa bile tutela davasına sadece Anayasa'nın ilk bölümündeki temel hakların derhal korunması gerektiğinde başvuru yapılabileceğini, sağlık hakkının ise anayasadaki temel haklardan olmaması gerekçesiyle talebi reddetmiştir. Kararın yargısal denetimini yapan Anayasa Mahkemesi, yargının sadece yasanın metnini uygulamakla kalmayıp aynı zamanda etkin şekilde hayata geçirilmesini sağlamakla görevli olduğunu, yasalar yapılırken ve düzenleyici işlemler tesis edilirken, mahkemelerin hem denetimsiz gücü önlemek ve hem de yasama organının yaptığı yasaları sosyal gerçekliğe uyarlamak için yasama ve yürütme organını denetleme işlevinin olduğunu, bu bağlamda yargıçların, hakların etkin bir şekilde gerçekleştirilmesini sağlamak için yasama organına etki etmesi gerektiğini, anayasal metin ile sosyal gerçeklik arasında ilişki kurulmasının önemli olduğunu çünkü temel hakların salt soyut tanımlamalar ve sembolik normlar olmayıp uygulanmak için var olduğunu belirtmiştir.¹⁵²⁴ Mahkeme'ye göre, bazı temel haklar anayasada ismen sayılmamış olabilir, ancak isimlendirilen haklarla bağlantısı ve geçirgenliği olduğundan, bu haklar korunmadan, ismen sayılan temel hakların da

¹⁵²³ José Manuel Rodríguez Rangel v. Enrique Chartuny González (Empresas Públicas de Cartagena), Sentencia No. T-406/92, Corte Constitucional de Colombia, 05.06.1992. Kararın İspanyolca metnine şuradan erişilmiştir: <https://www.eser-net.org/caselaw/2020/decision-t-40692-writ-protection-constitutional-rights-filed-jose-manuel-rodriguez> (Erişim Tarihi: 13 Mayıs 2020).

¹⁵²⁴ José Manuel Rodríguez Rangel v. Enrique Chartuny González, paras 8-10.

güvence altına alınamayacağı açıktır. Sözü edilen hakların temel hak olarak nitelenmesi için ille de yasal düzenleme şart olmayıp mahkemenin anayasanın yorumlaması yoluyla bunu inşâ etmesi mümkündür ve bu, onlara derhal etkinlik sağlar.¹⁵²⁵ Mahkeme, yorum yoluyla temel hakları beyan ederken, devletin malî kaynaklarını hesaba katmalı ve fakat, Anayasa’da öngörülen eşitlik ve sosyal adalet ilkelerini de gözönünde tutmalıdır. Temel bir hakkın beyan edildiği ve bir ihlâlin bulunduğu durumlarda yargıçlar, öncelikle hakkı korumaya yönelik ve aynı zamanda devletin malî koşullarını gözönünde bulunduran bir çözüm formüle etmelidir.¹⁵²⁶ Anayasa, mahkemelerin sosyal hakları “temel hak” olarak telâffuz etmesine ve bu hakların uygulanmasını emretmesine izin verir. Anayasada, kamu hizmeti olarak sayılan sağlık, eğitim, çevre ve su sorunlarını çözmek devletin görevidir. Ayrıca, devlet kaynakların dağıtımında sosyal kamu harcamalarına öncelik vermekle yükümlüdür.¹⁵²⁷ Mahkeme’ye göre, eldeki bilimsel deliller, kanalizasyon sistemlerinin eksikliğinin kamu sağlığı için büyük bir tehlike arzettiğini göstermekte olup bu durum temel bir hakkın açık ihlâli niteliğindedir. Bu sebeple Mahkeme kanalizasyon inşaatının üç ay içinde tamamlanmasını emretmiştir.¹⁵²⁸

ac. Yeterli Beslenme Hakkına İlişkin Yükümlülükler

Sağlık hakkının yerine getirme yükümlülüğü içinde yer alan temel sağlık göstergelerine erişim kriterlerinden biri olan “yeterli ve güvenli gıda” unsuru sağlık hakkı ile gıda hakkı arasındaki doğrudan bağlantıyı ortaya koymaktadır. Bu bağlantının temelinde, kuşkusuz açlık ve yetersiz-dengesiz beslenme ile hastalıklar arasında doğrudan ilişki bulunması yatmaktadır. Günümüzde açlığa, yetersiz veya dengesiz

¹⁵²⁵ José Manuel Rodríguez Rangel v. Enrique Chartuny González, para 15.

¹⁵²⁶ José Manuel Rodríguez Rangel v. Enrique Chartuny González, paras 16-22.

¹⁵²⁷ José Manuel Rodríguez Rangel v. Enrique Chartuny González, paras 24-25.

¹⁵²⁸ José Manuel Rodríguez Rangel v. Enrique Chartuny González, paras 26-27.

beslenmeye bağılı hastalıklar hızla artmaktadır. Bu nedenle, yeterli ve güvenli gıdanın sağlanması ve erişilebilir olması, sağlık hakkının gerçekleştirilmesinin ön koşullarındandır. Nitekim, DSÖ'nün yayımladığı Salgın Olmayan Hastalıkların Önlenmesi ve Kontrolü için Küresel Eylem Plânı'nda¹⁵²⁹ sağlık ile beslenme arasında kurulan ilişkisellik yeterli beslenme hakkının korunmasının sağlık hakkından ayrı düşünülemeyeceğinin göstergesidir.¹⁵³⁰ Yine, DSÖ ve UNICEF tarafından yayımlanan Çocuk ve Gençlerde Beslenme için Küresel Strateji'de¹⁵³¹ çocukluk çağında görülen pek çok hastalığın kökeninde %50-70 oranında yetersiz beslenme olduğu belirtilmektedir.

Yeterli beslenme hakkı birçok uluslararası insan hakları sözleşmesinde yer almakla birlikte, en geniş kapsamıyla ESKHS'nin 11. maddesinde düzenlenmiştir. Sözleşme'nin 11(1). paragrafı herkesin yeterli beslenme, giyim ve konut da dahil olmak üzere, kendisi ve ailesi için yeterli bir yaşam düzeyine sahip olma ve yaşam koşullarını sürekli geliştirme hakkına sahip olduğunu belirtir. 11(2). paragrafı ise, taraf devletlerin herkesin açlıktan ve gıdasızlıktan kurtulma hakkının güvence altına alınması için daha acil tedbirler alınması gereğini kabul eder.¹⁵³² Yeterli beslenme hakkı, insan onuruyla doğrudan ilişkili olması sebebiyle “sosyal adalet” kavramının da ayrılmaz bir parçasıdır.¹⁵³³

Hükümün formüle ediliş tarzından, hakkın bir veçhesi olan yeterli beslenme hakkının aşamalı bir şekilde gerçekleştirilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Öte yandan,

¹⁵²⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. WHO, **Global Action Plan for the Prevention and Control of Noncommunicable Diseases 2013-2020**, 2013.

http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/94384/9789241506236_eng.pdf?sequence=1, s.e.t. (Erişim Tarihi: 25 Temmuz 2020).

¹⁵³⁰ Peerzade, 2019, s. 117.

¹⁵³¹ WHO, **WHO and UNICEF Global Strategic Plan for Infant and Young Child Feeding**, 2003.

¹⁵³² 12 Nolu Genel Yorum, para 1.

¹⁵³³ 12 Nolu Genel Yorum, para 4.

hakkın diğerk veçhesi olan “açlıktan kurtulma hakkı”nın gerçekleştirilmesi bakımından “derhal uygulanma ilkesi” geçerlidir.¹⁵³⁴

Bu çerçevede, sözgelimi doğal afet, kıtlık, silahlı çatışmalar nedeniyle sosyal altyapının tahribatı, ekonomik bunalım gibi felâket zamanlarında insanların kendilerini besleyecek konumda olmamaları hâlinde devletler, bu durum hem sağlık hakkından faydalanmanın bir unsuru olduğundan ve hem de açlıktan kurtulma hakkı ile gıda hakkının asgari çekirdeğini oluşturduğundan, gıdaya erişebilirliği sağlamakla yükümlüdürler.¹⁵³⁵ Bu bağlamda ÇHK, Gazze şeridindeki koşulların çocuklar, hamileler ve emziren anneler arasında yetersiz beslenmeye neden olduğunu vurgulamaktadır.¹⁵³⁶

ESKHK, bilhassa çocuklar arasında yaygın olan yetersiz beslenme, güvensiz gıda tüketimi ve çocukların kritik beslenme ihtiyaçlarını ele almak için devletlerin “derhal” adım atması gerektiğini;¹⁵³⁷ yetersiz beslenme sorununu ulusal bir öncelik olarak kabul etmeyi, yetersiz beslenmeye yönelik kapsamlı bir politika benimsemeyi ve özellikle okullarda tüm çocuklara ve ergenlere besin ve mineral desteği sağlamak için yeterli bütçe tahsis edilmesini tavsiye etmektedir.¹⁵³⁸ ÇHK de benzer şekilde devletlerin, özellikle en savunmasız durumda olan çocukların beslenme ihtiyaçlarına saygı duyarak ulusal bir beslenme politikası benimsemesi ve uygulaması gerektiğini pek çok nihaî gözleminde dile getirmiştir.¹⁵³⁹

ESKHK, özellikle dezavantajlı gruplar için, yeterli beslenme hakkını açıkça tanıyan ve sağlıklı, besleyici ve yeterli gıdalara erişimi sağlayan kamu politikalarını yönlendiren düzenleyici çerçeve oluşturulmasını gerekli görmektedir. Yine, obeziteyle mücadele ve çocukların yetersiz beslenmesine yönelik ulusal yaklaşımlar benimsenerek

¹⁵³⁴ Ertan, 2012, s. 162-163.

¹⁵³⁵ Seymen Çakar, 2018, s. 102.

¹⁵³⁶ CO CRC, Palestine, UN Doc CRC/C/PSE/C/1, 2020, para 24(d).

¹⁵³⁷ CESCR, Report on the Forty-eighth forty-ninth Sessions, (30.04-18.05.2012, 12-30.11.2012), E/2013/22, E/C.12/2012/3, 2013, para 22.

¹⁵³⁸ CESCR, Report on the Forty-eighth and Forty-ninth Sessions, (30.04-18.05.2012, 12-30.11.2012), E/2013/22, E/C.12/2012/3, 2013, paras 22-23; yine, CESCR, Report on the Sixty-sixth Sessions, (03-04.10.2019, 18.10.2019), E/C.12/ECU/CO/4, 2019, para 44.

¹⁵³⁹ CO CRC, Dominican Republic, UN Doc CRC/C/15/Add.150, 2001, para 36; CO CRC, Guatemala, UN Doc CRC/C/15/Add.154, para 43; CO CRC, Costa Rica, UN Doc CRC/C/15/Add.11, para 26.

sağlıklı yiyecek ve içeceklerin tüketimini engellemek için etkili önlemler alınması gereğine dikkat çekmektedir.¹⁵⁴⁰ Taraf ülkelerdeki göçmenler ve sığınmacılar için oluşturulan kabul merkezlerinde, bireylerin özel gereksinimlerini karşılayacak yeterli gıdanın temin edilmesi gerektiğini belirtmektedir.¹⁵⁴¹ Taraf devletteki bakım evlerinde kalan yaşlı bireylere yönelik şiddet ve istismarın önlenmesine dikkat çeken ESKHK, yerel yönetimlerle yakın işbirliği içinde, sağlık ve bakım kurumlarındaki yaşlılar arasında akut yetersiz beslenmeye yönelik acil önlemler almasını, kurumlarda ve ev hizmetlerinde yaşlılar için sağlıklı beslenme için ulusal bir strateji oluşturulmasını ve uygulanmasını ve ayrıca, bu stratejinin gerçekleştirilebilmesi için yeterli malî kaynak tahsis edilmesini tavsiye etmiştir.¹⁵⁴²

Yenidoğanların sağlıklı gelişimi bakımından emzirmenin önemine dikkat çeken ESKHK, çalışan anneler için emzirmenin işyerinde gerçekleştirilmesi için işverenlerin gerekli koşulları yaratmasını sağlamak da dahil olmak üzere, beslenme çeşitliliği ve emzirme uygulamaları konusunda farkındalığı artırmayı tavsiye etmektedir.¹⁵⁴³ ÇHK de emzirmeyi teşvik edecek politikaların güçlendirilmesi gerektiğini vurgulamaktadır.¹⁵⁴⁴

2017 yılı raporunda ilgili devlete özellikle çocuklar, kadınlar ve kırsal kesimde yaşayanlar arasında bodurluk, mikro besin eksiklikleri, aşırı kilo ve obezite dahil olmak üzere yetersiz beslenme yaygınlığına dikkat çekerek, ilgili devletin kabul ettiği ulusal gıda ve beslenme programını tam olarak uygulamak da dahil olmak üzere yaygın

¹⁵⁴⁰ CO ESC, Argentina, UN Doc E/C.12/ARG/CO/4, 2018, paras 45-46; ÇHK çocukların gıda güvenliği ve beslenmesine ilişkin politika ve programların etkililiğinin düzenli olarak izlenmesini ve değerlendirilmesini önermektedir. Bkz. CO CRC, Portugal, UN Doc CRC/C/PRT/CO/5-6, 2019, para 34(d); CEDAW Komitesi de, bilhassa kadınların ve kız çocuklarının deneyimlediği yetersiz beslenmenin cinsiyet temelinde ele alınması gerektiğini vurgulamaktadır. Bkz. CO CEDAW, Ukraine UN Doc A/57/38 Part II, 2002, 114, para 289; CO CEDAW, Maldives UN Doc A/56/38 Part I, 2001, 15, para 142.

¹⁵⁴¹ CO ESC, Bulgaria, UN Doc E/C.12/BGR/CO/6, 2019, paras 38-39; ÇHK sığınmacı, mülteci ve göçmen çocuklar için yeterli beslenmenin sağlanması gereğine işaret eder. Bkz. CO CRC, Hungary, CRC/C/HUN/CO/6, 2020, para 38(d).

¹⁵⁴² CO ESC, Norway, UN Doc E/C.12/NOR/CO/6, 2020, para 37.

¹⁵⁴³ CO ESC, Benin, UN Doc E/C.12/BEN/CO/3, 2020, para 36; bu tavsiye, çalışan kadınların emzirmesini desteklemek ve kolaylaştırmaya yönelik 183 sayılı Anneliğin Korunmasına ilişkin ILO Sözleşmesi'nin 10. maddesindeki "emziren kadınlara yeterli sosyal ve beslenme desteği sağlanması gerektiğini" belirten kural ile uyumludur. Bkz. ILO, **C183 Maternity Protection Convention, 2000**, https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C183 (Erişim Tarihi: 2 Kasım 2020).

¹⁵⁴⁴ CO CRC, Rwanda, UN Doc CRC/C/RWA/CO/5-6, 2020, para 34(e).

yetersiz beslenme sorununu çözmek için gerekli tüm önlemleri almasını tavsiye etmektedir.¹⁵⁴⁵

Delhi Yüksek Mahkemesi, Delhi’de yaşayan altı yoksul gebe veya emziren kadının bir STK ile birlikte, gıda ve anne sağlığı yardım taleplerinin reddedilmesiyle ilgili açtığı davada,¹⁵⁴⁶ kadınlara yapılması gereken gıda yardımlarının yanı sıra, çeşitli ulusal yardım programları kapsamında hak ettikleri doğum öncesi ve sonrası yardımlar ile çocuk sağlığı yardımlarının verilmediğini tespit etmiştir. Bu konuda daha önce açılan davalar da, Delhi’deki yoksulların %55’ine gıda yardımı verilmediğini göstermektedir.¹⁵⁴⁷ Mahkeme, milyonlarca Delhi sakininin hayat kurtaran gıda yardımına erişiminin engellendiğini ve bunun da yoksul bireyler bakımından yeterli beslenme hakkını ve Anayasa’nın 21. maddesi uyarınca yaşam hakkını ihlâl ettiğini vurgulamıştır. Mahkeme böylelikle yaşam hakkının anne sağlığı hakkına ilişkin güvenceyi de içerdiğini teyit ederek yeterli beslenme hakkının yerine getirilmesi yükümlülüğünü açıkça bu hakla ilişkilendirmiştir.¹⁵⁴⁸

Bangladeş Yüksek Mahkemesi de bir kararında, radyoaktif madde içeren ithal süt tozunun çocuklara dağıtılmasının sağlığın korunması hakkını da bünyesinde barındıran yaşama hakkını tehdit ettiğine karar vermiştir.¹⁵⁴⁹

ad. Güvenli ve Yeterli Su Hakkına İlişkin Yükümlülükler

Güvenli ve yeterli su hakkı BM sistemi içinde yer alan genel nitelikli insan hakları sözleşmelerinde yer almamakla birlikte,¹⁵⁵⁰ ESKHS’ye 15 nolu GY ile dahil

¹⁵⁴⁵ CO ESC, Moldova, UN Doc E/C.12/MDA/CO/3, 2017, paras 50-51.

¹⁵⁴⁶ Premlata w/o Ram Sagar and others v. Govt. of NCT Delhi, W.P.(C) 7687/2010 & CM APPL 6265/2011 , High Court of Delhi, 13.05.2011. Kararın İngilizce metnine şuradan erişilmiştir: <https://www.escri-net.org/sites/default/files/caselaw/order-130511-premlata.pdf> (Erişim Tarihi: 26 Temmuz 2020).

¹⁵⁴⁷ Premlata w/o Ram Sagar and others v. Govt. of NCT Delhi, para 8.

¹⁵⁴⁸ Premlata w/o Ram Sagar and others v. Govt. of NCT Delhi, para 10.

¹⁵⁴⁹ Mohiuddin Farooque v. Bangladesh, 48 DLR 438, High Court of Bangladesh (1996)’dan nakleden Tobin, 2013, s. 203.

edilmiş; CEDAW ve ÇHS’de ise açık olarak düzenlenmiştir.¹⁵⁵¹ Komite, su hakkını Sözleşme’nin 11. maddesine¹⁵⁵² ve 12. maddesine dayandırmakta ve “su hakkının insan onuruna uygun bir yaşam sürmek için vazgeçilmez olduğunu” ve “diğer insan haklarının gerçekleşmesi için bir ön şart olduğunu” belirtmektedir.¹⁵⁵³

Sağlık hakkı bağlamında değerlendirildiğinde; yeterli miktarda güvenilir su, susuzluğa bağlı ölümleri engellemek, suyla ilgili hastalık tehlikesini azaltmak ve tüketim, yemek pişirme, bireysel ve ev içi hijyenik gereksinimler için elzemdir. Bir diğer veçhesiyle, sağlık hakkının bir parçası olarak çevresel sağlık, güvenli olmayan sulardan ve zehirli sulardan kaynaklanan insan sağlığını tehdit eden durumlarla ilgili olarak herhangi bir ayrımcılık yapmadan devletlere adım atma yükümlülüğü getirmektedir. Yine, devletlerin su sistemlerinin yaygın bulaşıcı hastalıkların mekânı hâlini aldığı ve insan yaşamını tehdit eden risk oluşturduğu durumları takip ederek bu etkenlerle mücadele etmesi gerekmektedir.¹⁵⁵⁴

Uluslararası hukuk çerçevesinde, devletlerin yetki alanındaki tüm bireylere, malî durumlarına bakılmaksızın güvenli ve içilebilir suya ekonomik erişilebilirliği sağlaması gerekmektedir. ESKHK, hem güvenli suya erişimin karşılanabilir olması ve hem de sağlık hakkı dahil Sözleşme’deki haklarının gerçekleştirilmesini riske atmaması gerektiğini açıkça belirtmiştir. Kuşkusuz, sadece suyun mevcut olması değil, aynı zamanda içeriğinin DSÖ Kılavuzuna¹⁵⁵⁵ uygun olması ve devletlerin hastalıkları

¹⁵⁵⁰ Su hakkını hem uluslararası insan hakları hukuku ve hem de Türk hukuku çerçevesinde detaylı şekilde analiz eden bir çalışma için bkz. Erol TOPÇU, **Bir İnsan Hakkı Olarak Su Hakkı**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku (Anayasa Hukuku) Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2009.

¹⁵⁵¹ CEDAW’nın 14. maddesinin 2. paragrafına göre taraf devletler kadınların “özellikle [...] su ihtiyacı ile de ilgili olarak yeterli bir yaşam düzeyine sahip olma haklarını” güvence altına almalıdır. ÇHS’nin 24. maddesinin 2. paragrafı taraf devletlerin “besleyici gıdalar verilmesi ve temiz içme suyunun sağlanması yoluyla hastalık ve yetersiz beslenmeyle” mücadele etmesini öngörmektedir. Bkz. CESCR, **General Comment No 15: The Right to Water**, UN Doc C/C.12/2002/11, 20 January 2003, para 4. (Bundan sonra 15 Nolu Genel Yorum olarak anılacaktır).

¹⁵⁵² ESKHS’nin 11. maddesinin 1. paragrafında “...herkesin yeterli beslenme, giyim ve konut da dahil olmak üzere kendisi ve ailesi için gerekli bir yaşam düzeyine sahip olduğu” belirtilmiştir.

¹⁵⁵³ 15 Nolu Genel Yorum, para 1.

¹⁵⁵⁴ 15 Nolu Genel Yorum, para 8.

¹⁵⁵⁵ WHO, **Guidelines for Drinking-Water Quality**, 4th Edition, 2017.

<https://www.who.int/publications/i/item/9789241549950> (Erişim Tarihi: 1 Kasım 2020).

önlemek için kişisel ve evsel kullanımlar için yeterli ve güvenli olan asgari temel su miktarına erişimi sağlaması gerekir. Bu bağlamda, su güvenli olmalı ve sağlık için tehdit oluşturan mikroorganizmalardan, kimyasal maddelerden ve radyoaktif risklerden arınmış olmalıdır. Ayrıca, her ev, eğitim kurumu veya işyeri içinde veya yakınında fiziksel erişilebilir olmalıdır.¹⁵⁵⁶

Temiz içme suyunun temin edilmesi yükümlülüğü açısından, ESKHK içme suyu ve kanalizasyon sistemlerine evrensel erişim sağlanması için derhal adımlar atılması;¹⁵⁵⁷ kırsal alanlara odaklanılarak güvenli içme suyuna ve yeterli sanitasyon tesislerine erişimi geliştirme çabalarının yoğunlaştırılması;¹⁵⁵⁸ mülteci kamplarında güvenli içme suyu ve sanitasyona erişimin iyileştirilmesi için adımlar atılması;¹⁵⁵⁹ su dağıtımının özelleştirildiği hâller de dahil olmak üzere uygun fiyatlı ve güvenli su hakkının güvence altına alınması;¹⁵⁶⁰ ulusal çevre politikasının bir parçası olarak madencilik projelerinin gerçekleştirilmesinden önce bu tür faaliyetlerin güvenli ve içilebilir su kaynaklarına sağlık yönünden bir tehdit oluşturmaması için gerekli önlemlerin alınması;¹⁵⁶¹ su kaynaklarının kalitesi ve herkes için güvenli içilebilir içme suyunun kullanılabilirliğini sağlama çabalarının güçlendirilmesi gerekliliklerini vurgulamıştır.¹⁵⁶² ESKHK, Slovakya'ya bilhassa ihmâl edilen Roman yurttaşlar dahil nüfusunun tamamına yeterli ve güvenli su ve sanitasyon hizmetleri sağlamak için gerekli adımları atması;¹⁵⁶³ İsrail'e Filistin'deki su altyapısının tahribatının durdurulması ve Filistinli'lerin yeterli miktarda güvenli ve temiz içme suyuna erişimlerinin sağlanması gerektiğini vurgulamıştır.¹⁵⁶⁴

¹⁵⁵⁶ 15 Nolu Genel Yorum, para 12; Tobin, 2013, s. 280-281.

¹⁵⁵⁷ CESCR, Report on the Forty-sixth forty-seventh Sessions, (02-20.05.2011, 14.11-02.12.2011), E/2012/22, E/C.12/2011/3, 2012, para 134; benzer tavsiyeler ÇHK tarafından da sıkça yapılmaktadır. Bkz. CO CRC, Nigeria, UN Doc CRC/C/15/Add.257, para 49(e); CO CRC, Belize, UN Doc CRC/C/15/Add.252, para 53(d); CO CRC, Nicaragua, UN Doc CRC/C/15/Add.265, para 48(a); CO CRC, Mongolia, UN Doc CRC/C/15.Add.264, para 44(f).

¹⁵⁵⁸ CO ESC, Moldova, UN Doc E/C.12/MDA/CO/3, 2017, paras 52-53.

¹⁵⁵⁹ CESCR, Report on the Forty-eighth forty-ninth Sessions, (30.04-18.05.2012, 12-30.11.2012), E/2013/22, E/C.12/2012/3, 2013, paras 21-23.

¹⁵⁶⁰ para 23.

¹⁵⁶¹ paras 19-22.

¹⁵⁶² CO ESC, Republic of Korea, UN Doc E/C.12/KOR/CO/4, 2017, paras 50-51.

¹⁵⁶³ CO ESC, Slovakia, UN Doc E/C.12/SVK/CO/3, 2019, paras 33-34.

¹⁵⁶⁴ CO ESC, Israel, UN Doc E/C.12/ISR/CO/4, 2019, paras 46-47.

Hindistan'da su hakkı anayasada açıkça düzenlenmemekle birlikte, Hindistan Yüksek Mahkemesi ve eyaletler düzeyindeki mahkemelerce anayasal yaşam hakkı güvenli ve yeterli su hakkını da kapsayacak şekilde yorumlanmaktadır.¹⁵⁶⁵ Benzer şekilde, Nepal ve Pakistan'da mahkemeler sağlık hakkını yaşam hakkına naklederek temiz su hakkının halk sağlığının ayrılmaz bir unsuru olduğunu kabul etmektedir.¹⁵⁶⁶

c. Cinsel Sağlık ve Üreme Sağlığı Hizmetlerine Erişimi Sağlamak

Devletlerin kamu sağlığı yapılanmalarında güvenli anne bakım hizmetleriyle cinsel sağlık ve üreme sağlığı hizmetlerine yer verilmesi gerekir. 22 nolu GY çerçevesinde devletlerin yerine getirme yükümlülüğünün kapsamında sözkonusu hakkın tam anlamıyla gerçekleştirilmesini sağlamak için yasal ve diğer gerekli tedbirleri almak; dezavantajlı kesimler başta olmak üzere tüm bireylerin kaliteli sağlık hizmetlerine, doğum kontrolü hizmetlerine, güvenli kürtaj/düşük bakım hizmetlerine, uygun fiyatlı jenerik (eşdeğer) ilaçlara, kısırlık, üreme kanserleri, cinsel yolla bulaşan enfeksiyonlar ve HIV/AIDS gibi başat sağlık sorunlarının önlenmesine, erken tanı konulmasına ve uygun tedavisinin yapılmasına ayrımcılığa uğramaksızın erişimlerini sağlamak; cinsel şiddet ve aile içi şiddet mağdurları için travma sonrası korunma, acil gebelik kontrolü ve güvenli kürtaj hizmetlerine erişimi güvence altına almak yer almaktadır.¹⁵⁶⁷

Sözkonusu sağlık sorunları ve geleneksel zararlı uygulamalar daha ziyade kırsal kesimlerde ve kent merkezlerinden uzak bölgelerde yaygın olduğundan, devletlerin bu hizmetlere fizikî veya coğrafi erişim veyahut uygulama engellerini ortadan kaldırmak

¹⁵⁶⁵ Francis Coralie Mullin v. Union Territory of Delhi and others, Supreme Court of India, 13.01.1981; Subhash Kumar v. State of Bihar and others, Supreme Court of India, 09.01.1991; F.K. Hussain v. Union of India, High Court of Kerala, 26.02.1990; S. K. Garg v. State of Uttar Pradesh and others, High Court of Allahabad, 28.05.1998 nakleden Topçu, 2009, s. 201-202.

¹⁵⁶⁶ Nimimaya Maharjan v. His Majesty of Government NKP, 2053, Vol 8, 627, Supreme Court of Nepal; General Secretary West Pakistan Salt Miners Labour Union, Khewra, Jhelum v. Director Industries and Mineral Development, Punjab Lahore, SCMR 2061, 12.07.1994, Supreme Court of Pakistan kararlarından nakleden Tobin, 2013, s. 203.

¹⁵⁶⁷ 22 Nolu Genel Yorum, para 45.

için tedbirler alma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu bağlamda devletin, eğitimi ve nitelikli sağlık personeli ile sağlık tesislerini ülke genelinde eşit bir şekilde dağılımını sağlamak yükümlülüğü vardır.¹⁵⁶⁸

Devlet, sözkonusu hizmetlerin sunulması için kanıta dayalı kılavuzlar hazırlayıp yayımlamalı ve bilimsel gelişmelere koşut olarak bunları güncellemelidir. Bunun yanında, cinsel sağlık ve üreme sağlığı bilincini geliştirmek için herkese yönelik olmak üzere “yaşa uygun, kanıta dayalı, bilimsel olarak doğru ve kapsamlı” halk eğitimi vermelidir. Farklı yaştan ve cinsiyetten bireylerin bu hakkı kullanmalarını engelleyen durumları ortadan kaldırmak için gerekli önlemleri almalı; bu bağlamda menstruasyon, gebelik, doğum ve doğurganlık gibi konulardaki önyargı ve tabuları değiştirmeye çalışmalıdır.¹⁵⁶⁹

Kürtaj hizmetlerinin mevcudiyeti ve erişilebilirliği konusu da nihaî gözlemlerde üzerinde durulan en önemli meselelerdendir. Çünkü bu hizmetlere erişilememesi hâlinde, özellikle kırsal alanlarda ve yoksulluk içinde yaşayan kadınlar arasında kürtajın fiilî bir doğum kontrol yöntemine dönüşmesi sözkonusudur.¹⁵⁷⁰ Kimi ülkelerde isteğe bağlı kürtajın yasak olması güvensiz gizli kürtaj oranını artmasına, bu da özellikle kırsal kesimlerde ölümle sonuçlanan komplikasyonlara neden olmaktadır.¹⁵⁷¹ Yüksek düzeyde anne ölümünün kürtajın suç sayılmasıyla¹⁵⁷² ya da kadınların yasal olarak kürtaj hizmetlerine erişimini sağlamak için etkili önlemlerin bulunmadığı durumlarla bağlantılı olduğu görülmektedir.¹⁵⁷³ Bu kapsamda ESKHK, gizli kürtaja bağlı sağlık risklerinin azaltılması için yasal kürtajın sınırlarının genişletilmesini; kürtaj olan kadınlar için

¹⁵⁶⁸ 22 Nolu Genel Yorum, para 46.

¹⁵⁶⁹ 22 Nolu Genel Yorum, para 47.

¹⁵⁷⁰ CO ESC, Republic of Korea, UN Doc E/C.12/KOR/CO/4, 2017, paras 59-62; CO ESC, Republic of Moldova, UN Doc E/C.12/MDA/CO/3, 2017, para 62-63; CO ESC, Russian Federation, UN Doc E/C.12/RUS/CO/6, 2017, paras 54-55; CO ESC, Guinea, UN Doc E/C.12/GIN/CO/1, 2020, paras 45-46.

¹⁵⁷¹ CO ESC, Senegal, UN Doc E/C.12/SEN/CO/3, 2019, paras 36-37 and 39-40.

¹⁵⁷² CO ESC, Mauritius, UN Doc E/C.12/MUS/CO/4, 2010, para 25; CO ESC, Brazil, UN Doc E/C.12/BRA/CO/2, 2009, para 29; CO ESC, Philippines, UN Doc E/C.12/PHL/CO/4, 2008, paras 31; CO ESC, Philippines, UN Doc E/C.12/PHL/CO/5-6, 2016, paras 51-52; CO ESC, Mexico, UN Doc E/2000/22, 1999, para 391; CO ESC, Kuwait, UN Doc E/C.12/1/Add.98, 2008, para 43.

¹⁵⁷³ CO ESC, Poland, UN Doc E/C.12/POL/CO/6, 2016, para 46; Tobin, 2013, s. 161-162.

bunun suç olmaktan çıkarılmasını;¹⁵⁷⁴ ulusal sağlık sigortasının kürtaj hizmetlerini ve doğum kontrol araçlarını da kapsamasını;¹⁵⁷⁵ güvenli kürtaj hizmetlerinin kolayca erişilebilir olmasını sağlayarak gizli kürtajların azaltılmasını¹⁵⁷⁶ tavsiye etmektedir. ESKHK 2019 yılı nihaî gözleminde, ilgili devlette tecavüz sonucu gebeliklerde dahi kürtajın yasak olmasını haklı olarak eleştirerek, gebeliğin sona erdirilmesine ilişkin yasal düzenlemelerin gözden geçirilmesi ve bilhassa tecavüz durumlarında kürtajın suç olmaktan çıkarılması tavsiyesinde bulunmuştur.¹⁵⁷⁷ Devlet tarafından kürtaj hizmeti de verilecek şekilde, özellikle kırsal alanlarda herkes tarafından erişilebilir sağlık tesisleri kurulması, yüksek olan erken gebelik oranlarının azaltılması ve özellikle kırsal alanlarda cinsel sağlık ve üreme sağlığı bilgilerine ve doğum kontrol yöntemlerine erişimin sağlaması gerekli görülmektedir.¹⁵⁷⁸

Komite'nin üzerinde durduğu bir diğer önemli konu da, cinsel sağlık ve üreme sağlığı konusunda eğitim verilmesi gerekliliğidir.¹⁵⁷⁹ Bu eğitim hem okullarda öğrencilere ve hem de halkın geneline verilmelidir. Bunun için öncelikle eğitimcilerin ve öğretmenlerin yeterli pedagojik programlarının geliştirilmesi gerekir.¹⁵⁸⁰ Ergenlerin her durumda eğitimlerine devam edebilmelerini önceleyen Komite, gebe olan ergenlerin de örgün eğitimine devam etmelerinin önündeki yasal ve idarî engellerin kaldırılmasına yönelik düzenlemelerin gerekliliğine işaret etmektedir.¹⁵⁸¹ Ayrıca Komite, toplumda çoklu ayrımcılığa maruz kalan incinebilir kimi grupların ve kadınların üreme hakları

¹⁵⁷⁴ CO ESC, Republic of Korea, UN Doc E/C.12/KOR/CO/4, 2017, paras 59-62; CO ESC, Guinea, UN Doc E/C.12/GIN/CO/1, 2020, paras 45-46; CO ESC, Senegal, UN Doc E/C.12/SEN/CO/3, 2019, paras 36-37 and 39-40.

¹⁵⁷⁵ CO ESC, Republic of Moldova, UN Doc E/C.12/MDA/CO/3, 2017, paras 62-63; CO ESC, Slovakia, UN Doc E/C.12/SVK/CO/3, 2019, paras 41 and 45.

¹⁵⁷⁶ CO ESC, Mauritius, UN Doc E/C.12/MUS/CO/5, 2019, para 52.

¹⁵⁷⁷ CO ESC, Ecuador, UN Doc E/C.12/ECU/CO/4, 2019, paras 51-52.

¹⁵⁷⁸ CO ESC, South Africa, UN Doc E/C.12/ZAF/CO/1, 2018, para 63-64; CO ESC, Mauritius, UN Doc E/C.12/MUS/CO/5, 2019, para 51-52.

¹⁵⁷⁹ CO ESC, Republic of Moldova, UN Doc E/C.12/MDA/CO/3, 2017, paras 62-63; CO ESC, Russian Federation, UN Doc E/C.12/RUS/CO/6, 2017, paras 54-55; CO ESC, Ecuador, UN Doc E/C.12/ECU/CO/4, 2019, paras 51-52; CO ESC, Slovakia, UN Doc E/C.12/SVK/CO/3, 2019, paras 41 and 45; CO ESC, Guinea, UN Doc E/C.12/GIN/CO/1, 2020, paras 45-46.

¹⁵⁸⁰ CO ESC, Denmark, UN Doc E/C.12/DNK/CO/6, 2019, paras 60-61.

¹⁵⁸¹ CO ESC, South Africa, UN Doc E/C.12/ZAF/CO/1, 2018, paras 63-64.

konusunda sağlık personeline insan hakları eğitimi verilmesi gerektiğini vurgulamaktadır.¹⁵⁸²

Komite'nin üzerinde durduğu başat konulardan biri de toplumdaki kimi dezavantajlı ve incinebilir grupların cinsel sağlık ve üreme sağlığı haklarıdır. Bunlardan ilki, HIV/AIDS'li kişilerdir. HIV/AIDS insidansının (vaka sayısının) arttığını ve bu hastalıkla yaşayan kişilerin tıbbî bilgilerinin sıkça ifşa edildiğini belirten ESKHK, HIV/AIDS'in yayılmasıyla ve etkileriyle mücadele edilmesini, ücretsiz anti-retroviral tedavi kapsamının genişletilmesini, hasta mahremiyetinin korunması için gerekli tedbirlerin alınmasını;¹⁵⁸³ sağlık personelinin HIV/AIDS'li kişilere tıbbî bakım vermeyi reddetmesine ilişkin olgulara dikkat çekerek ayırım gözetilmeksizin bu kişilerin sağlık hakkından faydalanmasının güvence altına alınmasını;¹⁵⁸⁴ HIV/AIDS görülme sıklığı daha yüksek olan kesimlerin (seks işçileri, uyuşturucu kullananlar, mahpuslar, eşcinseller gibi) sağlık hakkından nüfusun geri kalanıyla eşit düzeyde yararlanmasını engelleyen sosyal damgalanmaya karşı mücadele edilmesini sağlayacak ulusal stratejiler benimsemesini tavsiye etmektedir.¹⁵⁸⁵

Engelli ve Roman kadınlara yönelik zorla sterilizasyon (kısırlaştırma) sorununa işaret eden Komite kırsal alanlardaki engelli kadınlar ve Roman kadınlar dahil olmak üzere tüm kadınlar için zorla sterilizasyon uygulamasını sonlandırmak ve gebeliğin rıza dışı sona erdirilmesine izin veren mevzuatı yürürlükten kaldırmak konusunda tavsiyede bulunmuştur.¹⁵⁸⁶

Komite, interseks çocuklara özellikle geri dönüşü olmayan, tıbben aciliyeti de bulunmayan ve esasen fiziksel ve ruhsal bütünlüğe zarar verebilecek cinsiyet değiştirmeye yönelik cerrahi operasyonların, çocukların kendi görüşlerini oluşturabilene

¹⁵⁸² CO ESC, Slovakia, UN Doc E/C.12/SVK/CO/3, 2019, paras 41 and 45.

¹⁵⁸³ CO ESC, Republic of Moldova, UN Doc E/C.12/MDA/CO/3, 2017, paras 62-63.

¹⁵⁸⁴ CO ESC, Republic of Korea, UN Doc E/C.12/KOR/CO/4, 2017, paras 59-62.

¹⁵⁸⁵ CO ESC, Senegal, UN Doc E/C.12/SEN/CO/3, 2019, paras 36-37 and 39-40.

¹⁵⁸⁶ CO ESC, Republic of Moldova, UN Doc E/C.12/MDA/CO/3, 2017, paras 62-63; CO ESC, Slovakia, UN Doc E/C.12/SVK/CO/3, 2019, paras 41 and 45.

ve bilgilendirilmiş rıza verebilecek olgunluğa gelene kadar yapılmamasını; bu süreçlerle bağlantılı olarak interseks çocukların sağlık gereksinimleri ile insan hakları konusunda sağlık personelinin eğitilmesini tavsiye etmektedir.¹⁵⁸⁷

Kenya Yüksek Mahkemesi'nin bir kararında¹⁵⁸⁸ doğum bakım ve anne sağlığı hizmetlerine erişim ve obstetrik şiddet konusu uluslararası insan hakları hukuku çerçevesinde irdelenmiştir. Mahkeme, ilk olarak bölge hastanesinin başvurana ve annelik (gebelik) bakımına ihtiyaç duyan diğer kadınlara yeterince sağlık bakım hizmeti verecek kapasitesi ve nitelikli tıbbî personeli olmadığını tespit etmiştir.¹⁵⁸⁹ Kenya Anayasası'nın 43. maddesi, üreme sağlığı da dahil olmak üzere “en yüksek sağlık standardı” hakkını korumaktadır. Bu bağlamda, bir kararname ile halk sağlığı tesislerinin ücretsiz anne sağlığı hizmeti vermesi öngörülmüştür. Öte yandan, Mahkeme ülkenin taraf olduğu Af.İHHŞ'nin 16. maddesinin ve ESKHS'nin 12. maddesinin sağlık hakkını koruduğunu kaydetmiştir. Söz konusu anayasal ve uluslararası kurallar gözönüne alındığında, hastanenin yetersizliği, tıbbî ekipman, malzeme ve ilaç eksikliği ile düşük bakım kalitesi sebebiyle başvuranın sağlık hakkı ihlâl edilmiştir.¹⁵⁹⁰ İkinci olarak, Mahkeme, devletin anayasada ve uluslararası hukukta öngörülen insanlık dışı ve onur kırıcı muamele yasağının da ihlâl edildiğini, zira diğer hastalar tarafından video kaydına alınabileceği açık bir yerde tek başına doğum yapmak zorunda bırakıldığını,

¹⁵⁸⁷ CO ESC, Belgium, UN Doc E/C.12/BEL/CO/5, 2020, paras 54-55; CO ESC, Denmark, UN Doc E/C.12/DNK/CO/6, 2019, para 65; CO ESC, Netherlands, UN Doc E/C.12/NLD/CO/6, 2017, paras 48-49.

¹⁵⁸⁸ Davanın konusu kısaca şöyle özetlenebilir: düşük bir gelire sahip olan başvuran, doğum için başvurduğu özel bir hastanenin bedelini karşılayamadığından, ilgili mevzuat uyarınca ücretsiz anne sağlığı hizmeti vermesi gereken bölge hastanesine müracaat eder; gecikmiş doğum nedeniyle yatışı yapılan hastadan ilaç ve tıbbî malzeme alması istenilir ve mevcut yatak sayısı yeterli olmadığından başka bir hastayla bir yatak paylaşmaya zorlanır; doğum sancılarının başlaması üzerine görevli hemşireler tarafından doğum odasına yönlendirilir ancak yardımcı olunmaz, kendisine hiç bir sağlık personeli eşlik etmez; doğum odasında tüm yatakların dolu olması üzerine başka seçeneği olmadığından yattığı koğuşa geri dönmeye çalışan kadın bilincini kaybeder ve bilinçsiz hâldeyken doğum tek başınayken gerçekleşir; kendine geldiğinde hemşireler tarafından fiziksel ve sözlü taciz, aşağılama ve kötü muameleyle maruz bırakılarak zayıf ve savunmasız durumuna rağmen, plasentasını taşıması ve doğum odasına götürmesi söylenir. Yaşananların başka bir hasta tarafından görüntü kaydına alınması ve televizyonlarda yayınlanması üzerine, başvuran sağlık hakkının ihlâl edildiği gerekçesiyle dava açar. Bkz. JOO (also known as JM) v. Attorney General and others, Petition Case No. 5 of 2014, The High Court Of Kenya, 22.03.2018. Kararın İngilizce metnine şuradan erişilmiştir: https://www.escri-net.org/sites/default/files/caselaw/petition_5_of_2014.pdf (Erişim Tarihi: 25 Temmuz 2020).

¹⁵⁸⁹ JOO (also known as JM) v. Attorney General and others, paras 51-56.

¹⁵⁹⁰ JOO (also known as JM) v. Attorney General and others, paras 57-58.

görüntülerde hemşirelerce sözlü ve fiziksel olarak aşağılayıcı bir şekilde istismar edildiğinin gözlendiğini belirtmiştir.¹⁵⁹¹ Üçüncü olarak, Mahkeme, başvuranın sağlık hakkının ihlâli ile ulusal sağlık politikası arasındaki bağlantıyı açıkça ortaya koymuştur. Kenya Hükümeti’nin doğum bakım ve anne sağlığı hizmetlerinin mevcudiyetini ve kalitesinin artırılmasını sağlayarak sağlık hakkını güvence altına alması gerekmekte iken, somut olayda hükümetin bu hizmetlere erişilebilirliği ve hizmetin kalitesini artırmak için etkili politikalar geliştirip uygulayamadığına ve mevcut kaynaklarını azami ölçüde tahsis etmediğine karar vermiştir.¹⁵⁹² Mahkeme sonuç olarak “ülkedeki sağlık hizmetleri ile ilgili son raporlardan, merkezî hükümetin ve yerel yönetimlerin sağlık hizmetlerine yeterli kaynak ayırmadığını, kabul edilebilir asgari sağlık hizmet standartlarını uygulamak, temin etmek ve denetlemek için etkili önlemler almadıklarını, böylece ülke olarak hem Anayasayı ve hem de ülkenin taraf olduğu uluslararası sözleşmeleri ihlâl ettiğini” tespit etmiştir.¹⁵⁹³

Sözkonusu karar devletin, uluslararası insan hakları sözleşmelerinden kaynaklanan sağlık hakkının temel yükümlülüklerden olan “anne sağlığı ve doğum bakım hizmetlerinin sağlanması” ödevine işaret etmesi yönüyle önemlidir. Asgari çekirdek yükümlülüğün yerine getirilmesi için yeterli kaynak ayırmayan başarısız hükümet politikalarının, doğrudan bireylerin sağlık hakkının ihlâli ile ilişkilendirilebileceğine dair önemli bir emsal teşkil etmektedir. Ayrıca, daha önce değinilen obstetrik şiddet konusunun görünür olması bu davanın diğer bir önemli noktasıdır. Bu dava, uluslararası insan hakları hukukunda politika yapıcıların sorumluluklarına dikkat çekerek bu tür şiddet sorunlarının ele alınmasına kapı aralayabilir.

¹⁵⁹¹ JOO (also known as JM) v. Attorney General and others, paras 59-64.

¹⁵⁹² JOO (also known as JM) v. Attorney General and others, paras 68-69.

¹⁵⁹³ JOO (also known as JM) v. Attorney General and others, para 70.

Kolombiya Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında¹⁵⁹⁴ 12 yaşında bir kız çocuğunun gebe kalmasının ardından anksiyete ve depresyon belirtileri göstermesi üzerine, yasal olarak anne sağlığı için risk oluşturması durumunda kürtaj yapılabilmesine rağmen, bürokratik yazışmaların gereksiz bir şekilde gecikmesi ve yargı sürecinin tamamlanamaması nedeniyle yasal kürtaj süresinin aşılmasına sebebiyet verildiğini tespit etmiştir. Ülkenin taraf olduğu uluslararası insan hakları sözleşmelerine işaret eden Mahkeme, kadınların üreme özerkliğinin ve sağlık hizmetlerine ayrımcılık olmadan erişim haklarının mevcut olduğunu vurgulamıştır. Kürtaj da dahil tüm sağlık hizmetlerine yeterli ve “zamanında” erişim sağlanmalıdır. Somut olayın özelliğine göre, devlet kurumlarınca hizmet sunma süresini engellemek veya uzatmak için herhangi bir ek gereklilik veya prosedür talep etmek, insan haklarının ciddi ihlâlini oluşturmaktadır.¹⁵⁹⁵

Delhi Yüksek Mahkemesi'nin bir kararında,¹⁵⁹⁶ yoksul iki kadına doğum bakım hizmetlerinin devletçe sağlanmaması meselesi tartışılmıştır. Mahkeme, Hint Anayasası'nın yaşam hakkını koruyan 21. maddesinin uygulanabilir iki kritik hakkı içerdiğini belirtmiştir: Birincisi, sağlık tesislerine erişim hakkı da dahil asgari tedavi ve tıbbî bakım standardını içeren sağlık hakkı, annenin üreme haklarının korunması ve altı yaşına kadar çocukların beslenme ve tıbbî bakım hakkının güvence altına alınmasıdır. İkincisi ise, sağlık ve yaşam hakkının ayrılmaz bir parçası olan yeterli beslenme hakkıdır.¹⁵⁹⁷ Uluslararası insan hakları sözleşmelerinin sağlık hakkına ilişkin normlarına işaret eden¹⁵⁹⁸ Mahkeme'ye göre, somut iki olayda doğum öncesi ve sonrası sağlık

¹⁵⁹⁴ Sentencia T-841/11, Corte Constitucional de Colombia, 03.11.2011. Kararın İspanyolca metnine şuradan erişilmiştir: <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/T-841-11.htm> (Erişim Tarihi: 26 Temmuz 2020).

¹⁵⁹⁵ Sentencia T-841/11 (II. Consideraciones y Fundamentos), para 17-43.

¹⁵⁹⁶ Laxmi Mandal v. Deen Dayal Harinagar Hospital and others, W.P.(C)8853/2008, Jautin v. Maternity Home MCD, Jangpura and others, W.P.(C)10700/2009, High Court of Delhi, 04.06.2010. Kararın İngilizce metnine şuradan erişilmiştir: https://www.escri-net.org/sites/default/files/Mandal_Court_Decision.pdf (Erişim Tarihi: 26 Temmuz 2020).

¹⁵⁹⁷ Laxmi Mandal v. Deen Dayal Harinagar Hospital and others (...), para 19.

¹⁵⁹⁸ Laxmi Mandal v. Deen Dayal Harinagar Hospital and others (...), paras 21-26.

bakım hizmetleri düzgün bir şekilde uygulanmamıştır. Sağlık hizmetlerine erişim için gerekli şartları taşıdıklarını kanıtlamak için yoksullara yük getirmek uygun olmayıp bilakis devletin bu temel hizmetlere erişimi kolaylaştırması gerekir.¹⁵⁹⁹

Delhi Yüksek Mahkemesi başka bir kararında,¹⁶⁰⁰ yoksul bir kadının bir bebek doğurduktan sonra işlek bir caddede öldüğüne dair bir gazete haberinin ardından, devletin kadınlara ve dezavantajlı diğer gruplara gıda ve sağlık hizmetleri sağlayan hükümet plânlarını uygulamadaki başarısızlığına işaret ederek konuyu gündemine almıştır. Mahkeme, Anayasanın 21. maddesindeki yaşama hakkına işaret ederek, kararında “biz [...] Hükümetin kaplumbağa gibi hareket etmesini ve yoksul hamile kadınların, emziren kadınların Delhi sokaklarında ölmesine izin vermesini bekleyen sessiz seyirciler olmayacağız”¹⁶⁰¹ vurgusunu yapmış ve Hükümet’in, hiçbir yoksul kadının sokakta doğum yapmak zorunda kalmaması için tıbbî yardım ve gıda ile en az iki sığınma evi kurmasını emretmiştir.¹⁶⁰²

Hindistan Yüksek Mahkemesi’nin bir kararında¹⁶⁰³ kimi eyaletlerde sterilizasyon (kısırlaştırma) operasyonlarının prosedürlerinde standart uygulama olmamasını ele almıştır. Bu çerçevede Mahkeme, Hindistan’daki tüm eyaletlere sterilizasyon prosedürlerini yürütmek için yetkili hekimlerin belirlenmesini, her hasta için sterilizasyon işlemi gerçekleştirmeden önce her hekimin doldurması gereken bir kontrol listesi hazırlanmasını, bilgilendirilmiş rıza formu örnekleri oluşturulup dağıtılmasını, hizmetin kaliteli işlediğinin kontrolü için kalite ekibi oluşturulmasını, sterilizasyon istatistiklerinin düzenli olarak tutulmasını, yönergelerin ilgili hekimce ihlâlî hâlinde soruşturma yapılmasını ve gerektiğinde yetkili hekim listesinden çıkarılmasını,

¹⁵⁹⁹ Laxmi Mandal v. Deen Dayal Harinagar Hospital and others (...), para 40.

¹⁶⁰⁰ Court Its Own Motion v. Union of India, WP (5913/2010), High Court of Delhi, 25.05.2011. Kararın İngilizce metnine şuradan erişilmiştir: <https://www.escri-net.org/caselaw/2014/court-its-own-motion-v-union-india-wp-59132010> (Erişim Tarihi: 26 Temmuz 2020).

¹⁶⁰¹ Court Its Own Motion v. Union of India, s. 6, para 10.

¹⁶⁰² Court Its Own Motion v. Union of India, s. 7, para 10.

¹⁶⁰³ Ramakant Rai & ANR v. Union of India and others, Writ Petition (Civil) No. 209/ 2003, Supreme Court of India, 06.12.2007. Kararın İngilizce metnine şuradan erişilmiştir: https://www.escri-net.org/sites/default/files/SC_Order_RAMAKANT%20RAI_%20Sterilisation.pdf (Erişim Tarihi: 26 Temmuz 2020).

sorumluluk sigortası yürürlüğe konulmasını, tazminat normlarının belirlenmesini emretmiştir.¹⁶⁰⁴ Başka bir kararında,¹⁶⁰⁵ Bihar şehrinde 53 kadının sıhhi olmayan koşullarda, resmî ve şeffaf bir süreç izlenmeksizin ve bu ameliyatın potansiyel riskleri ve sonuçları konusunda kadınlara herhangi bir bilgilendirme yapılmaksızın kısırlaştırma ameliyatı yapılması meselesini incelemiştir. Mahkeme, ESKHK'nin 22 nolu GY'sine ve CEDAW Komitesince verilen "kısırlaştırma konusunda tam olarak bilgilendirilmiş onamın gerekli olduğuna" dair Szijjarto kararına¹⁶⁰⁶ işaret ederek, Anayasa'nın 21. maddesinde yer alan "yaşama ve kişisel özgürlüklerin korunması" hakkının bileşenlerinden olan sağlık hakkı ve üreme haklarının ihlâl edildiğine karar vermiştir. Mahkeme, üreme haklarını kullanma özgürlüğünün, bilgilendirilmiş rıza temelinde ve herhangi bir zorlama olmaksızın özerk karar verme hakkını içerdiğini vurgulamıştır.¹⁶⁰⁷

Nepal Yüksek Mahkemesi'nin bir kararında,¹⁶⁰⁸ başvuranlar, ülkede uterus prolapsusundan (sarkmasından) muzdarip yüzbinlerce kadın olmasına karşın devletin bu sorunu ele almak için hiçbir etkili tedbir veya program uygulamadığını ileri sürmüşlerdir.¹⁶⁰⁹ Mahkeme, kadınların üreme sağlığı haklarının ülkenin taraf olduğu uluslararası insan hakları belgelerinde tanındığını,¹⁶¹⁰ anayasada düzenlenen üreme sağlığı hakkının da temel, istisnasız, kısıtlayıcı olmayan ve yürütülmesi için herhangi

¹⁶⁰⁴ Ramakant Rai & ANR v. Union of India and others, para 1-9.

¹⁶⁰⁵ Devika Biswas v. Union of India & Ors, Writ Petition (Civil) No: 95 of 2012, Supreme Court of India, 14.09.2016. Kararın İngilizce metnine şuradan ulaşılmıştır: https://www.escri-net.org/sites/default/files/caselaw/devika_biswas_v_uoi.pdf (Erişim Tarihi: 4 Mayıs 2020).

¹⁶⁰⁶ Söz konusu karar CEDAW ile ilgili bölümde incelenmiş idi.

¹⁶⁰⁷ Devika Biswas v. Union of India & Ors, paras 85-87.

¹⁶⁰⁸ Prakash Mani Sharma and others v. Government of Nepal and others, SCN Writ No: 064, Supreme Court, 04.06.2008. Kararın İngilizce metnine şuradan erişilmiştir: <https://www.escri-net.org/caselaw/2014/prakash-mani-sharma-v-govt-nepal-scn-writ-no-064> (Erişim Tarihi: 26 Temmuz 2020).

¹⁶⁰⁹ Başvuru dilekçesinde atıfta bulunulan bir araştırmaya göre, uterus prolapsusu Nepalli kadınların karşılaştığı ciddi bir sorundur; 600.000 kadın bu sorundan muzdariptir ve bu kişiler belirli bölgede yaşamaktadır. Araştırmalar anne sağlığı tesislerine erişimdeki sorunların kast sistemine ve etnik kökene ilişkin olduğunu göstermiştir. Ana nedenler, hamilelik sırasında besleyici gıda eksikliği, emziren anneler için bakım ve sağlık hizmetlerinin eksikliği, kadınlara karşı ayrımcı sosyal ve kültürel uygulamalar, üreme sağlığı konusunda farkındalık eksikliği, sağlık merkezlerine erişim eksikliği, ekipman ve tıbbî malzemelerin yetersiz olması, güvenli olmayan kürtaj uygulamaları ve yoksulluktur. Bkz. Malcolm LANGFORD and Ananda Mohan BHATTARAI, "Constitutional Rights and Social Exclusion in Nepal", *International Journal of Minority and Group Rights*, 18 (2011) (ss.387-411), Martinus Nijhoff Publishers, s.403-404.

¹⁶¹⁰ Prakash Mani Sharma and others v. Government of Nepal and others, s. 9.

bir koşula tâbi olmayan bir hak olduğunu, bu hakkın mevzuat ve altyapı da dahil devlete pozitif yükümlölük yüklediğini,¹⁶¹¹ oysa devletin bu konuda herhangi bir yasal, kurumsal, prosedürel ve sonuç odaklı altyapı oluşturmadığını yani sorumluluklarını yerine getirmedığini belirtmiştir.¹⁶¹² Üreme sağlığının salt kadınlara özgü bir sorun olmadığını da vurgulayan Mahkeme STK’lar ve sağlık uzmanlarıyla istişare edilerek üreme sağlığı konusunda kapsamlı yasal düzenleme yapılmasını, mağdur kadınlara ücretsiz danışmanlık, tedavi, sağlık hizmetleri sağlamasını ve sağlık merkezleri kurulmasını emretmiştir.¹⁶¹³

d. Bilgilendirme Kampanyaları Düzenlemek

Devletin sağlık hakkına ilişkin yerine getirmekle yükümlü olduğu konulardan bir diğeri sağlıkla ilgili konularda bilgilendirme kampanyaları düzenlemek ve toplumu aydınlatmaktır. Komite, bu kapsamda bilhassa HIV/AIDS, cinsel sağlık ve üreme sağlığı, zararlı geleneksel uygulamalar, aile içi şiddet, aşırı şekilde alkol ve sigara tüketimi, uyuşturucu ve benzeri zararlı madde kullanımlarına ilişkin bilgilendirme kampanyaları düzenlenmesini tavsiye eder.¹⁶¹⁴

Nitekim, ESKHK de nihaî gözlemlerinde başta uyuşturucu bağımlılığı ile ilgili ciddi sağlık riskleri olmak üzere toplumda önemli sağlık sorunu teşkil eden konular hakkında halkın bilinçlendirilmesi için kampanyalar düzenlenmesi;¹⁶¹⁵ uyuşturucu sorunuyla mücadele etmek için halkın bilgilendirilmesi de dahil kapsamlı bir yaklaşım benimsemesi, bilhassa DSÖ tarafından uyuşturucu kullananlarda hasar azaltma

¹⁶¹¹ Prakash Mani Sharma and others v. Government of Nepal and others, s. 10.

¹⁶¹² Prakash Mani Sharma and others v. Government of Nepal and others, s. 11; Mahkeme ayrıca, kuvvetler ayrılığı ilkesine ilişkin olarak, “yasamanın Anayasanın hükümlerine uygun olarak iyi performans göstermediği veya halkın temel haklarının korunmasına ilişkin sorumluluğunu yerine getiremediği durumlarda, mahkemelerin devleti sorumluluğunun yerine getirilmesi gereğine davet edebileceğini” vurgulamıştır. Bkz. Prakash Mani Sharma and others v. Government of Nepal and others, s. 13.

¹⁶¹³ Langford and Bhattarai, 2011, s. 404.

¹⁶¹⁴ 14 Nolu Genel Yorum, para 36.

¹⁶¹⁵ CO ESC, Liechtenstein, UN Doc E/C.12/LIE/CO/2-3, 2017, paras 28-29.

hizmetlerinin kullanılabilirliğini, erişilebilirliğini ve kalitesini iyileştirmek için öngörülen tavsiyelerin¹⁶¹⁶ tam olarak uygulaması gerektiğine işaret etmiştir.¹⁶¹⁷

e. Ülke Geneline Sağlık Kurumlarını ve Personelini Yaygınlaştırmak

Devletler, hekimlerin ve diğer sağlık personelinin yeterli bir şekilde eğitim görmelerini, hastanelerin ve sağlıkla ilgili diğer olanakların yeterli sayıda olmasını güvence altına almalı; danışma hizmeti ve ruhsal sağlık hizmetleri veren kurumların tüm ülke düzeyinde kurulmasını desteklemelidir.

Nitelikli sağlık personeli olmadan sağlık sisteminin güçlü bir şekilde hizmet vermesi düşünülemez. Bu yüzden, meslek öncesi ve meslek içi eğitimin modern tıbbın gereklerine göre kurgulanması ve sürekli güncellenmesi gerekir. Bunun yanı sıra, sağlık hakkının hayata geçirilmesi için, sağlık personelinin ülke genelinde eşit ve dengeli dağılımı da önem taşıdığından, her devletin buna yönelik personel istihdam modellerini yürürlüğe koyması gereklidir. Bilhassa, az gelişmiş ülkelerde birkaç kentte yoğunlaşan sağlık personeli dağılımı, merkeze uzak ve kırsal kesimlerde çok düşük oranlara inmektedir. ESKHK, nihaî gözlemlerinde kırsal kesimlere kadar sağlık personelinin erişilebilirliğinin sağlanmasını öncelikli amaç olarak öngörmektedir.

Bu bağlamda ESKHK, halk sağlığı kalitesinin artırılarak, kamu ve özel sağlık hizmetleri arasındaki büyük farklılıkları kapatmak amacıyla yeterli sayıda uzman hekim ve ve asgari tıbbî ekipmanın sağlanmasını;¹⁶¹⁸ sağlık sektörüne yeterli malî kaynak tahsis edilerek en uzak yerler de dahil olmak üzere kırsal alanlarda halk sağlığı tesislerinin, mal ve hizmetlerinin iyileştirilmesini sağlayan ulusal stratejik plân yapılmasını ve buralarda nitelikli tıbbî personel istihdam edilmesini, ilaç-tıbbî teçhizat

¹⁶¹⁶ WHO, **How to Develop and Implement a National Drug Policy**, 2001.

¹⁶¹⁷ CO ESC, Mauritius, UN Doc E/C.12/MUS/CO/4, 2010, paras 27-28; Tobin, 2013, s.160.

¹⁶¹⁸ CO ESC, South Africa, UN Doc E/C.12/ZAF/CO/1, 2018, paras 63-64.

ihtiyacının karşılanması;¹⁶¹⁹ yeterli sayıda kalifiye sağlık personeli istihdam edilerek herkes için sağlık hizmetlerinin erişilebilir olmasını;¹⁶²⁰ ruh sağlığı hizmetlerinde toplum temelli bakım anlayışının teşvik edilerek ve sağlık bütçesinin daha büyük bir yüzdesinin ruh sağlığı hizmetlerine tahsis edilerek, sözkonusu hizmetlerinin mevcudiyetinin ve erişilebilirliğinin sağlanmasını;¹⁶²¹ özellikle kırsal bölgelerde yaşayanlar için halk sağlığı hizmetlerine ayrılan bütçenin arttırılmasını ve kaliteli sağlık hizmetlerine eşit erişim sağlama çabalarının yoğunlaştırılmasını önermektedir.¹⁶²²

Hindistan Yüksek Mahkemesi'nin 6 Mayıs 1996 tarihli kararı¹⁶²³ yaşama hakkının, mevcut kaynaklara bakılmaksızın bireyin acil tıbbî tedaviye erişim hakkını ve insan hayatını korumak için elzem olan zamanında tıbbî tedavi sağlama yükümlülüğünü içerdiğini vurguladığı ilk karar olması bakımından önemlidir.¹⁶²⁴ Somut olayda, Batı Bengal'de bir trenden düştükten sonra beyin kanaması geçiren bir kişi acil olarak ardarda başvurduğu altı ayrı devlet hastanesinde tedavi edilmeyip başka hastanelere sevk edilmiştir. İlk başvuru ve sevk edilen hastanelerin kiminde yeterli tıbbî donanım, uzman personel yoktur, kiminde ise boş yatak bulunmamaktadır. Başvuranın tanı ve tedavi işlemleri özel hastanelerde bedeli karşılığında yapılabilmektedir. Mahkeme, davacıya tazminat ödenmesine karar verirken, “acil tıbbî bakım hakkı”nın sağlık hakkının temel bir bileşeni olduğunu ve bunun da yaşama hakkının ayrılmaz bir parçası olduğuna karar vermiştir. Bu davada verilen kararın sonucunda, Hindistan'daki devlet hastaneleri ve sağlık personeli “acil tıbbî yardım” ihtiyacı olan insanlara zamanında tıbbî tedavi sağlamakla yükümlü kılınmıştır.¹⁶²⁵

¹⁶¹⁹ CO ESC, Colombia, UN Doc E/C.12/COL/CO/6, 2017, paras 61-62.

¹⁶²⁰ CO ESC, Poland, UN Doc E/C.12/POL/CO/6, 2016, para 44.

¹⁶²¹ CO ESC, Republic of Korea, UN Doc E/C.12/KOR/CO/4, 2017, paras 57-58.

¹⁶²² CO ESC, Israel, UN Doc E/C.12/ISR/CO/4, 2019, paras 54-55.

¹⁶²³ Paschim Banga Khet Mazdoor Samity ve others v. State of West Bengal and others, AIR SC 2426/1996 4 SCC 37, Supreme Court of India, 06.05.1996. Kararın İngilizce metnine şuradan erişilmiştir: <https://www.escri-net.org/caselaw/2006/paschim-banga-khet-mazdoor-samity-ors-v-state-west-bengal-anor-cited-1996-air-sc-2426> (Erişim Tarihi: 27 Temmuz 2020).

¹⁶²⁴ Tobin, 2013, s. 203.

¹⁶²⁵ Singh, Govender, Mills, 2007, s. 522-523.

Benzer şekilde Mahkeme, Hint hükümetinin bir köyde bir sağlık merkezi açamamasının yaşam hakkının ve dolayısıyla sağlık hakkının ihlali anlamına geldiğine karar vermiş;¹⁶²⁶ yine, sağlık hizmetlerinin sunulmasının devletin yükümlülüğü olduğunu vurgulamıştır.¹⁶²⁷

Meksika Yüksek Adalet Divanı'na yansıyan bir amparo davasında, Ulusal Solunum Hastalıkları Enstitüsünce HIV/AIDS hastalığının ileri evrelerini yaşayan ve yoğun bakım gerektiren hastaların tıbbî bakım ve tedavisini gerektiren bir sağlık tesisi yapılmasına karar verilmesine rağmen projelendirilen tesis için yeterli bütçe ve kaynak tahsis edilmemesinden ötürü projenin rafa kaldırılması üzerine davacılar sağlık hakkının ihlâl edildiğini ileri sürmüşlerdir. Mahkemece, ESKHS'nin 2. ve 12. maddesine ve 3 ve 14 nolu GY'lere işaret edilerek, bir sosyal hak olan sağlık hakkı bakımından devletin mevcut kaynaklarını azami ölçüde kullanması yükümlülüğü kabul edilerek, devletin insan haklarını mümkün olan en yüksek sağlık standardına göre korumak için gerekli tüm önlemleri alması gerektiği belirtilmiştir.¹⁶²⁸

f. Bedeli Herkesçe Ödenebilir Sigorta Sistemi Kurlmak

Sağlık hizmetleri niteliği gereği yüksek maliyetli hizmetlerden olup bireylerin ömürleri boyunca hastalanma riskleri ve hastanede yatış süreleri dikkate alındığında, sürdürülebilir sigorta sistemi olmaksızın cepten karşılanarak gördürülebilecek hizmetlerden değildir. Bu açıdan, kapsayıcı bir ulusal sigorta sistemi sağlık hizmetlerine erişebilmenin önemli bir unsurunu oluşturmaktadır. Bunun yanı sıra, ülke genelindeki

¹⁶²⁶ Mahendra Pratap Singh v. State of Orissa, AIR 1997 Ori 37, 1997'den nakleden Singh, Govender, Mills, 2007, s. 523.

¹⁶²⁷ State of Punjab v. Ram Lubhaya Bagga, 4 SCC 117, 26.02.1998'den nakleden Singh, Govender, Mills, 2007, s. 523.

¹⁶²⁸ Case "Special Care Unit 13" (Pabellón 13) regarding patients with HIV-AIDS v. The National Institute of Respiratory Diseases (INER) and others, Second Chamber of the Supreme Court of Justice of the Nation México, AR 378/2014, 15.10.2014, para. V. Kararın İspanyolca metnine şuradan erişilmiştir: <https://www.eser-net.org/caselaw/2014/case-special-care-unit-13-pabellon-13-regarding-patients-hiv-aids-brought-against> (Erişim Tarihi: 27 Temmuz 2020).

tüm bireyleri kapsayan genel sağlık sigortası sistemi kurulması eşitlik ve ayrımcılık yasağı ilkeleri yönünden de elzemdir.

Dolayısıyla, sağlık hizmetlerinin tümüyle bireylerce karşılanması mümkün olmadığından, bir yandan devletin sağlık hizmetini bizzat sunması diğer yandan sağlık harcamalarının devletçe karşılanması gündeme gelmiştir. İşte, ikinci kategorideki edimin ifa edilebilmesi için, pek çok ülkede sosyal güvenlik sistemleri geliştirilmiş bulunmaktadır.¹⁶²⁹

Devletler, bedeli herkesçe ödenebilir kamu sigortaları, özel veya karma sigorta sistemleri kurmakla yükümlüdürler.¹⁶³⁰ Toplumun yoksul kesimlerinin sigorta primlerinin devletçe karşılanması toplumsal adaletin gereğidir.

ESKHK, nüfusun genelini kapsayacak genel sağlık sigortasını uygulamak için gerekli adımların atılması gereğine işaret etmektedir.¹⁶³¹

Ulusal düzeyde genel kapsamlı bir sağlık sigortası kurulmasını bilhassa toplumun dezavantajlı ve savunmasız kesimleri bakımından önemseyen Komite, 2017 yılı nihaî gözleminde, taraf devletin ulusal sağlık sigortasının kapsamını genişletme plânına dikkat çekerken, kısıtlayıcı nitelikteki kapsamın, cepten tıbbî harcamalar ve pahalı özel sigorta primleri yoluyla hane halkı üzerinde ağır bir malî yük oluşturmaya neden olduğunu belirterek, son derece özelleştirilmiş sağlık sistemi yerine sağlık bakım sigortasının kapsamının ulusal çapta genişletilmesini, böylece dezavantajlı gruplara yönelik sağlık hizmetlerinin karşılanabilir olmasını tavsiye etmiş; sağlık sigortası sisteminin, bulaşıcı olmayan hastalıklar da dahil olmak üzere, tüm hastalıklar ve tıbbî durumlar için koruyucu ve tedavi edici sağlık hizmetlerini kapsamasını önermiştir.¹⁶³²

¹⁶²⁹ Dilşad Çiğdem SEVER, “Yargı Kararlarında Sağlık Hizmetlerinden Yararlanma Hakkı”, **Sosyal Adalet İçin İnsan Hakları: Sosyal Haklar**, (Eds.) Kıvılcım Akkoyunlu Ertan vd., TODAİE Yayınları, Ankara, 2014, s. 472.

¹⁶³⁰ Bkz. 14 Nolu Genel Yorum, para 36; nitekim, BM “herkes için uygun fiyatlı ve kaliteli sağlık hizmetlerine erişim” anlamına gelen Evrensel Sağlık Sigortası’nı (Universal Health Coverage), Sürdürülebilir Kalkınma Hedefleri’nin (Sustainable Development Goals) temel sacayaklarından biri olarak belirlemiştir. Bkz. UN General Assembly, G.A. Res 67/81, UN Doc. A/RES/67/81, 2012.

¹⁶³¹ CO ESC, Mali, Un Doc E/C.12/MLI/CO/1, 2018, para 46.

¹⁶³² CO ESC, Republic of Korea, UN Doc E/C.12/KOR/CO/4, 2017, paras 44-45.

Yine, 2019 yılı nihaî gözleminde ilgili devlette belgesiz göçmen kadınların kamu sağlık sigortası sistemine katılma kriterlerini karşılamadıklarından bahisle, çeşitli malî, yasal ve politika engelleri nedeniyle gebelik ve doğum boyunca anne sağlığı hizmetlerine erişemediğini ve bu kapsamda olan bireylerin acil bakım hizmetleri de dahil gebelik süresince aldıkları tüm doğum öncesi bakım hizmetlerinin masraflarını kendilerinin üstlenmek zorunda olduğunu eleştirerek, taraf devletin belgesiz göçmen kadınların doğum öncesi ve doğum sırasında acil obstetrik (doğum) bakımına erişimlerini kısıtlayan yasa ve politikalarını yürürlükten kaldırmasını tavsiye etmiştir.¹⁶³³ 2019 yılı nihaî gözleminde ilgili devlete, göçmen işçilerin ve sığınmacıların, yasal sağlık durumlarına ve belgelerine bakılmaksızın, ulusal sağlık sigortasının kapsamını genişletmek de dahil koruyucu, tedavi edici ve palyatif sağlık hizmetlerine eşit erişiminin sağlanması için gerekli önlemleri almasını ve ayrıca yasal statülerine bakılmaksızın tüm çocukların sağlık hizmetlerine her zaman erişebilmelerini temin etmesini; devlet tarafından finanse edilen klinikler tarafından verilen ruh sağlığı hizmetleri de dahil sağlık hizmetleri sunumunu sığınmacıları kapsayacak şekilde genişletmek ve ek finansal kaynaklar da dahil bu hizmetlerin erişilebilirliğini sağlamasını tavsiye etmiştir.¹⁶³⁴

g. Her Türlü Çevresel Kirlenmeyle Mücadele Etmek

DSÖ, sağlık ve çevre arasındaki ilişkiyi önemsemekte ve kapsamlı bir şekilde ele almaktadır. Zira, bilinen önlenebilir çevresel riskler, dünya çapında tüm ölümlerin ve hastalık yükünün yaklaşık dörtte birine tekabül etmekte ve bu da her yıl en az 13 milyon insanın çevresel tehlikeler nedeniyle ölümünü ifade etmektedir.¹⁶³⁵ Bu nedenle

¹⁶³³ CO ESC, Slovakia, UN Doc E/C.12/SVK/CO/3, 2019, paras 46-47.

¹⁶³⁴ CO ESC, Israel, UN Doc E/C.12/ISR/CO/4, 2019, paras 57-59.

¹⁶³⁵ Sağlıklı bir çevre, insan sağlığı ve gelişimi için yaşamsal önemdedir. Sağlığa yönelik en büyük risklerden biri olan hava kirliliği tek başına yılda yedi milyon önlenebilir ölüme neden olmakta; insanların %90'ından fazlası kirli hava solumakta ve aydınlatma, yemek pişirmek ve ısınmak için katı yakıtlar ve

devletler, çevresel etkenler ve çalışma ortamları ile ilgili nedenlerden kaynaklanan tehlikelere ve sağlık haritalarının gösterdiği risklere karşı gereken tedbirleri almalı; hava, su, toprak kirliliği ile petrol ve kurşun gibi ağır metallerden kaynaklanan kirlenmeler dahil çevre kirliliğini azalan ve ortadan kaldıran ulusal politikalar geliştirmelidir.¹⁶³⁶

ESKHK, sağlık hakkının “sağlıklı bir çevre” hakkına erişimi de içerdiğini ifade etmektedir.¹⁶³⁷ Bu bağlamda, taraf devletlere kentsel ve kırsal alanlarda olmak üzere nüfusun sağlığını etkileyen çevresel riskleri ele almak üzere “derhal” adım atılmasını, bunun için yeterince kaynak ayrılmasını ve çevre sağlığını koruyan mevzuatın hayata geçirilmesini ve uygulanmasını;¹⁶³⁸ atıkları yönetmek, izlemek, toplamak ve işlemek için çevre dostu yöntemler kullanılmasını, uygun atık geri dönüşüm programlarının uygulamaya konulmasını, sürdürülebilir tüketim ve üretim modellerinin teşvik edilmesini ve tarımda zararlı kimyasalların kullanımının izlenip denetlenmesini;¹⁶³⁹ tarımda pestisitlerin yaygın kullanımının çiftçilerin ve tarım işçilerinin sağlığı üzerindeki olumsuz etkisine işaret ederek, pestisitlerin gıda bitkileri üzerindeki zararlı etkileri konusunda halkın bilinçlendirilmesi de dahil pestisitlerin yanlış kullanımıyla mücadele edilmesi ve buna bağlı sağlık problemleri gelişen çiftçilerin ve tarım işçilerinin sağlık sorunlarına özen gösterilmesini salık vermektedir.¹⁶⁴⁰

Hindistan Yüksek Mahkemesi, çeşitli kararlarında temiz çevre, temiz içme suyu, temiz hava konularını Anayasa’nın 21. maddesi kapsamında yorumlayarak bu haklara

gazyağı gibi kirlletici yakıtlar kullanılmaktadır. Dünya nüfusunun yarısından fazlası hala güvenli olmayan su, yetersiz sanitasyon ve kötü hijyene maruz kalmakta ve bu da her yıl 800.000’den fazla önlenebilir ölüme neden olmaktadır. Sıtma vakalarının ve diğer vektör kaynaklı hastalıkların büyük bir bölümü, drenaj, sulama planları veya baraj tasarımı gibi çevre yönetimi ile yakından bağlantılıdır. Her yıl bir milyondan fazla işçi, işyerleri güvensiz olduğu için ölmekte, milyonlarca insan kimyasallara maruziyet nedeniyle ölmektedir. Bkz. WHO, **WHO Global Strategy on Health, Environment and Climate Changes**, Geneva 2020. https://www.who.int/health-topics/environmental-health#tab=tab_3 (Erişim tarihi: 2 Kasım 2020).

¹⁶³⁶ 14 Nolu Genel Yorum, paras 15, 36.

¹⁶³⁷ 14 Nolu Genel Yorum, para 4; Tobin, 2013, s. 282.

¹⁶³⁸ CO ESC, Senegal, UN Doc E/C.12/SEN/CO/3, 2019, para 34-35; CO ESC, Kazakhstan, UN Doc E/C.12/KAZ/CO/1, 2010, para 35.

¹⁶³⁹ CO ESC, Republic of Moldova, UN Doc E/C.12/MDA/CO/3, 2017, paras 68-69.

¹⁶⁴⁰ CO ESC, Benin, UN Doc E/C.12/BEN/CO/3, 2020, para 40.

vazgeçilemez insan hakları statüsü tanımıştır. Sözgelimi, maden ocaklarının çevreye verdiği zararı ele aldığı *Rural Litigation and Entitlement Kendra, Dehradun v. Uttar Pradesh Eyaleti* davasında Dehradun Vadisi'nde maden ocaklarının çalışmasının durdurulmasına ve mevcut madencilik faaliyetlerinin çevre sağlığına zararlı etkileri olduğuna karar vermiştir. Rajasthan Yüksek Mahkemesi, *L.K. Koolwal v. Rajasthan Eyaleti* davasında belediyenin çöpleri bertaraf etme ve şehrin temizliğinin sağlanması konusunda yasal bir görevi olduğuna karar vermiş ve kararın icra sürecini izlemek için de bir komite kurulmasını emretmiştir.¹⁶⁴¹ Başka bir kararında ise,¹⁶⁴² Ratlam belediyesinin sanitasyon için gerekli tesisleri kurmaması ve sokaklarda kirlenmeye sebebiyet verilmesinden dolayı açılan davada, bir belediyenin halk sağlığını korumak için yeterli sanitasyon tesislerini inşâ etme yükümlülüğü olduğunu ve bunun için gerekli bütçe kaynaklarını tahsis etmesi gerektiğini vurgulamıştır.¹⁶⁴³

Kolombiya Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında¹⁶⁴⁴ Mahkeme madenciliğin sağlık ve çevre üzerindeki etkileri hakkında çeşitli eğitim ve devlet kurumlarına danışarak sürece dahil olmalarını sağlamış; bu kurumların katkılarına ve ayrıca yasal düzenlemelerin ve uluslararası sözleşmelerin yanı sıra ulusal ve uluslararası içtihatlarla dayanarak, sözkonusu madencilik sahasında kömür parçacıklarının yoğunlaştığını ve madencilik işlemlerinin günde 24 saat sürekli olarak yapıldığını tespit etmiştir. Mahkeme daha sonra, davanın kanıtlarında eksiklik olsa bile, koruma (önlem) ilkesinin uygulanması gerektiğini belirlemiştir; buna göre, bilimsel kesinliğin eksik olması

¹⁶⁴¹ Seymen Çakar, 2018, s. 94-95.

¹⁶⁴² Municipal Council, Ratlam v. Shri Vardhichand and others, 1980 AIR 1622, 1981 SCR (1) 97, Supreme Court of India, 29.07.1980. Kararın İngilizce metnine şuradan erişilmiştir: https://www.escri-net.org/sites/default/files/caselaw/municipal_council_ratlam_vs_shri_vardhichand_ors_on_29_july_1980.pdf (Erişim Tarihi: 28 Temmuz 2020).

¹⁶⁴³ Municipal Council, Ratlam v. Shri Vardhichand and others, s. 15-16; Topçu, 2009, s. 202.

¹⁶⁴⁴ Somut olayda başvuran, Kolombiya'nın kuzeyinde La Loma'da bulunan ve ABD merkezli Drummond şirketi tarafından işletilen bir madenin yakınında yaşamaktadır. Madenin, ailesinin, özellikle de çocuklarının sağlığını tehdit ettiğini, suda tortulara ve havadaki kir parçacıklarına neden olduğunu, 7/27 faaliyet gösterdiğini çok fazla gürültü çıkardığını, bu haliyle madencilik faaliyetlerinin yaşam, sağlık, sağlıklı bir çevre haklarını ihlâl ettiği iddia etmiştir. Bkz. Orlandı José Morales Ramos v. Drummond Ltd., Sentencia T-154 de 2013, Corte Constitucional de Colombia, 21.03.2013. Kararın İspanyolca metnine şuradan erişilmiştir: https://www.escri-net.org/sites/default/files/Sentencia%20Drummond%20T-154-2013%20calidad%20del%20aire_0.pdf (Erişim tarihi: 28 Temmuz 2020).

çevresel bozulmayı ve sağlık risklerini önlemek için etkili önlemlerin alınmasını geciktirmek için bir mazeret değildir.¹⁶⁴⁵ Mahkeme bu ilkeyi gözönünde bulundurarak, Çevre Bakanlığına, DSÖ tarafından özellikle gürültünün azaltılması, kömürün elimine edilmesi, emisyonlar ve kömür geliştirmesinden kaynaklanan çevresel kirlenmeyi önlemek için ulusal bir eylem plânının yapılması gibi sağlığa ve çevreye zarar veren etkileri azaltmaya yönelik mekanizmalar uygulamasını;¹⁶⁴⁶ şirkete de üç ay içinde başvuranın ve ailesinin maruz kaldığı gürültü ve kömür emisyonlarını azaltmak için gerekli önlemleri almasını emretmiştir.¹⁶⁴⁷

Şili Yüksek Mahkemesi'nin bir kararında,¹⁶⁴⁸ Şili'nin Atacama bölgesinde, Huasco nehrinin yüksek havzasında yaşayan Diaguita topluluğu, Kanada merkezli Minera Nevada SpA Şirketi ve Şili Hükümetine karşı Şili ve Arjantin arasındaki sınırı aşan altın, gümüş ve bakır rezervlerinin açık ocak madenciliğini geliştirmeye yönelik ikili bir proje olan Pascua Lama madencilik projesinin sebep olduğu kirlenmeden dolayı yaşam hakkının ihlâl edildiğini, çevresel değerlendirme kararı ile emredilen önlemlere uyulmadığını ileri sürmüşlerdir. Söz konusu tedbirler, bölge suyunun ve özellikle de buzullarının kirlenmesini önlemeyi, topluluğun tarım ve hayvancılık faaliyetlerine bağımlı oldukları su kaynaklarını tedarik etmenin yanı sıra geleneksel yaşam biçimlerini de korumayı amaçlamaktadır. Mahkeme, su kaynaklarını koruma amaçlı tüm çalışmalar tamamlanana kadar Pascua Lama projesinin durdurulmasına karar vermiştir. Ayrıca çevresel etki değerlendirme kararındaki izleme plânına uyulmasını ve bunu teyit etmek için bir kontrol sistemi oluşturulmasını emretmiştir.¹⁶⁴⁹

¹⁶⁴⁵ Orlandi José Morales Ramos v. Drummond Ltd, para 6.

¹⁶⁴⁶ Orlandi José Morales Ramos v. Drummond Ltd, para 7.8.

¹⁶⁴⁷ Orlandi José Morales Ramos v. Drummond Ltd, para 7.9.

¹⁶⁴⁸ Diaguita Communities v. Compañía Minera Nevada SpA y Comisión de Evaluación Ambiental, Corte Suprema Chile, 25.09.2013. Kararın İspanyolca metnine şuradan erişilmiştir: https://www.esrcr-net.org/sites/default/files/Decision%20-%20Corte%20Suprema_0.pdf (Erişim Tarihi: 28 Temmuz 2020).

¹⁶⁴⁹ Diaguita Communities v. Compañía Minera Nevada SpA y Comisión de Evaluación Ambiental, s. 3-4.

Arjantin Yüksek Mahkemesi bir kararında¹⁶⁵⁰ Matanza-Riachuelo havzasında yaşayanların, Buenos Aires şehrinde kirletici faaliyetlerin ve çevreye verilen zararların durdurulması için ulusal hükümete karşı açtıkları davayı ele almıştır. İçme suyu ve kanalizasyon şebekesinin genişletilmesinin, acil bir sanitasyon plânının ve kontamine alan sakinleri için yer değiştirme plânlarının önemini vurgulayan kararda Mahkeme, ulusal hükümetin, Buenos Aires şehrinin sakinlerinin yaşam kalitesini iyileştirmek, çevresel zararları gidermek ve gelecekte oluşması muhtemel zararları önlemek için birtakım tedbirler alması gerektiğini belirten bir karar vermiştir. Alınması gereken önlemler listesini de asgari olarak kararında belirten Mahkeme, kararın uygulanmasını izlemek için kamu denetçileri, STK'lar ve yurttaşlardan oluşan bir icrâ izleme sistemi oluşturulmasına karar vermiştir.¹⁶⁵¹

h. İş Sağlığı ve Güvenliğini Sağlamak

Devletler, iş kazaları ve meslek hastalıkları tehlikesini en aza indirecek ulusal politikalar benimsemeli, bu politikaları sürekli gözden geçirip güncellemeli; aynı zamanda, iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerini sağlamak ve meslek hastalıklarını önlemek için tutarlı bir ulusal politika benimsemelidir. 155 ve 162 sayılı ILO Sözleşmeleri çerçevesinde çalışanların koruyucu sağlık hizmetleri sağlanmalı; iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili eğitim ve yeterli bilgilendirme yapılmalı; gerekli durumlarda uygun teçhizat ve giyim-kuşam temin edilmeli; iş kazaları ve meslek hastalıkları önlenmelidir.¹⁶⁵²

Bu tür genel tavsiyelerin ötesinde, ESKHK'nın nihaî gözlemlerindeki tavsiyeleri iki kapsamlı temayı yansıtmaktadır. Bunlardan ilki, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin ILO Sözleşmelerinin, bilhassa büyük endüstriyel kazaların önlenmesine ilişkin 1993 tarihli

¹⁶⁵⁰ Mendoza, Beatriz Silva and others v. National State and others, M. 1569. XL, Supreme Court of Argentina, 08.07.2008. Kararın İngilizce çevirisine şuradan ulaşılmıştır: https://www.escri-net.org/sites/default/files/Sentencia_CSJN_2008_english.pdf (Erişim Tarihi: 28 Temmuz 2020).

¹⁶⁵¹ Mendoza, Beatriz Silva and others v. National State and others, s. 10-18.

¹⁶⁵² 14 Nolu Genel Yorum, para 37.

ve 174 sayılı ILO Sözleşmesi¹⁶⁵³ ile endüstri ve ticaret alanlarında işçi denetimine ilişkin 1947 tarihli ve 81 sayılı ILO Sözleşmesinin taraf devletlerce onaylanması gerekliliğidir.¹⁶⁵⁴ Komite'nin ILO sözleşmelerine atıf yapan bu yaklaşımı taraf devletler, işçi örgütleri ve işveren kuruluşları tarafından bizzat müzakere edilerek hazırlanan ILO Sözleşmelerinin, güvenli bir işyeri için gerekli önlemlere ilişkin olarak ESKHS'den daha ayrıntılı rehberlik sağladığına dair farkındalığı yansıtması bakımından önemli olduğu gibi,¹⁶⁵⁵ kaynakların eşgüdümü ilkesi ve insan hakları sözleşme organlarının tutarlılığını göstermesi bakımından dikkate değerdir.

İkinci tema ise, ilgili ILO Sözleşmelerinin sırf devletlerce onaylanmış olması endüstriyel sağlığı otomatik olarak iyileştirmeyeceğine göre, aynı zamanda bunların etkili bir şekilde uygulanmasını sağlama ihtiyacıdır.¹⁶⁵⁶ Bu bağlamda, Komite pek çok nihaî gözleminde taraf devletlere, özellikle kırsal alanlar başta olmak üzere ülke genelindeki tüm faaliyet alanlarında çalışma şartlarını denetlemek için gerekli yetkileri haiz iş müfettişliği kurumu oluşturulması için yeterli kaynak tahsis etmelerini;¹⁶⁵⁷ devletlerin hem işçiler ve hem de işverenler için iş sağlığı ve güvenliği konusunda uygun eğitim ve bilgilendirme yapmasını;¹⁶⁵⁸ ev işçilerinin sosyal güvenlik ve iş mevzuatından doğan haklarının yetersizliğine işaret ederek, *inter alia*, iş sağlığı ve güvenliği konularında diğer işçilerle aynı koşulların güvence altına alınmasını ve ev işçilerinin çalışma koşullarını izlemek için bir denetim mekanizması oluşturmasını;¹⁶⁵⁹

¹⁶⁵³ CO ESC, France, UN Doc E/2002/22, 2001, 121, para 879; CO ESC, Iceland, UN Doc E/2002/22, 2003, 39, para 234; CO ESC, Kuwait, UN Doc E/2005/22, 2004, 29, para 208; CO ESC, Malta, UN Doc E/2005/22, 2004, 45, para 363.

¹⁶⁵⁴ CO ESC, Chine, UN Doc E/2006/22, 2005, 25, para 182; CO ESC, Iceland, UN Doc E/2002/22, 2003, 39, para 234.

¹⁶⁵⁵ Tobin, 2013, s. 286-287.

¹⁶⁵⁶ *ibid*, 2013, s.287.

¹⁶⁵⁷ CO ESC, Namibia, UN Doc E/C.12/NAM/CO/1, 2016, paras 36-37; CO ESC, Pakistan, UN Doc E/C.12/PAK/CO/1, 2017, paras 47-48; CO ESC, Poland, UN Doc E/2003/22, 2002, 54, para 384; CO ESC, Guatemala, UN Doc E/2004/22, 2003, 59, paras 407 and 425; CO ESC, Russian Federation, UN Doc E/2004/22, 2003, 64, para 489; CO ESC, Lithuania, UN Doc E/2005/22, 2004, 18, para 102; CO ESC, Kuwait, UN Doc E/2005/22, 2004, 29, para 208; CO ESC, Spain, UN Doc E/2005/22, 2004, 34, para 254; CO ESC, Ecuador, UN Doc E/2005/22, 2004, 39, para 204.

¹⁶⁵⁸ CO ESC, Iceland, UN Doc E/2004/22, 2003, 39, para 234.

¹⁶⁵⁹ CO ESC, Greece, UN Doc E/C.12/GRC/CO/2, 2015, para 26.

iş kazası ve meslek hastalığından mağdur olan çalışanlara etkili tazmin ve idarî başvuru yollarına erişim olanağı sağlanmasını¹⁶⁶⁰ tavsiye etmiştir.

Hindistan Yüksek Mahkemesi, madenlerde ve asbest endüstrisinde çalışanların yıllarca asbeste maruz kalmaları sonucunda kalıcı sağlık sorunları yaşamalarının kaçınılmaz olduğuna dikkat çekerek, temel sağlık ve tıbbî bakım hakkının emeklilikten sonra da devam etmesine ve asbeste maruz kalan işçilere zorunlu sağlık sigortası sağlanmasına karar vermiştir.¹⁶⁶¹ Dahası, çevre sağlığını ve işçilerin sağlığını korumak için işyerinde kirliliği önlemek veya tüm insanların güvenliği ve sağlığı için serbest ve kirlenmemiş suyu korumak için devlete veya özel işverenlere talimatlar verilebileceğini belirtmiştir.¹⁶⁶² Bir diğer başvuruda ise, sağlık hakkının işçilerin temel hakkı olduğunu ve bu hakkın devlet ile özel sektör bakımından eşit derecede bağlayıcı olduğunu belirtmiştir.¹⁶⁶³ Her iki karar analiz edildiğinde, Hindistan Yüksek Mahkemesi'nin içtihatlarında ESKHS'nin 12(2). paragrafındaki “endüstriyel sağlık şartlarının iyileştirilmesi”ne ve “meslek hastalıklarının kontrolü”ne ilişkin normların¹⁶⁶⁴ “yerine getirme yükümlülüğü” kapsamında bilhassa vurgulandığı görülmektedir.

II. DEĞERLENDİRME

ESKHS'de sağlık hakkı “ulaşılabilir en yüksek sağlık standardı” idealiyle kavramlaştırılmış ise de, sözkonusu kavramın ne olduğuna ilişkin değerlendirme, her bir devletin mevcut erişilebilir kaynakları ve bireylerin sağlık şartları gözönüne alındığında

¹⁶⁶⁰ CO ESC, Namibia, UN Doc E/C.12/NAM/CO/1, 2016, paras 36-37; CO ESC, Pakistan, UN Doc E/C.12/PAK/CO/1, 2017, paras 47-48.

¹⁶⁶¹ Tobin, 2013, s. 203.

¹⁶⁶² Consumer Education and Research Centre v. Union of India, 1 SCR 626, Supreme Court of India, 27.01.1995'den nakleden Singh, Govender, Mills, 2007, s. 522; Tobin, 2013, s. 187.

¹⁶⁶³ Kirloskar Brothers Ltd. v. Employee's State Insurance Corporation, 2 SCC 682, Supreme Court of India, 24.01.1996'dan nakleden Singh, Govender, Mills, 2007, s. 522.

¹⁶⁶⁴ ESKHS'nin 12(2). maddesinin (b) ve (c) paragrafları şöyledir: “(b) Çevresel ve sınai sağlık şartlarının her yönüyle iyileştirilmesi; (c) Salgın, yöresel, mesleki ve diğer hastalıkların önlenmesi, tedavisi ve kontrolü.”

evrensel değil, göreceli bir değerlendirme olarak kalmaktadır.¹⁶⁶⁵ Dolayısıyla, sağlık hakkı da diğer sosyal haklar gibi “aşamalı gerçekleştirme” ve “mevcut elverişli kaynaklar” kriterlerine tâbi tutulduğundan tüm devletlerce uyulması zorunlu alan, “asgari çekirdek yükümlülükler” alanı olarak somutlaşmaktadır.

Bununla birlikte, sağlık hakkının uluslararası hukukta düzenlendiği 20. yüzyılın ikinci yarısından bu yana gerek uluslararası denetim-izleme organlarının yorumlarıyla ve gerek ulusal mahkemelerin içtihatlarıyla sağlık hakkının kapsam ve içeriğinin genişlediği bir gerçektir. Sözgelimi, ESKHS’nin imzalandığı dönemde sağlık kavramından “sosyal sağlık” kavramı dışlanmış ve DSÖ tarafından benimsenen sağlık tanımının temel bir unsuru olarak kabul görmemişken, 14 nolu GY’nin hazırlık sürecinde “sağlığın temel belirleyicileri” yanında “sağlığın sosyal belirleyicileri”nin de etkisi kabul edilmiştir. Yine, 2016 yılında kabul edilen 22 nolu GY’de cinsel sağlık ve üreme sağlığı alanı *hak temelli* yaklaşımla ele alınarak eşitlik ve ayrımcılık yapmama ilkeleri çerçevesinde, dezavantajlı ve incinebilir birey ve birey gruplarının sağlık hakkı problemlerine odaklanılarak daha cesur ve ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Yine, ESKHS’nin hazırlık sürecinde sağlığa zararlı geleneksel uygulamalar bakımından sessiz kalınmış iken, daha sonra 14 ve 22 nolu GY’lerde bu tür uygulamalara açıkça meydan okunmuştur. ÇHS’de de, açık bir norm ile devletlerin sağlığa zararlı kültürel ve geleneksel uygulamalara karşı gerekli tedbirleri alacağı öngörülmüştür. Şu hâlde, sağlık hakkının kapsamının ve normatif içeriğinin belli bir tarihsel noktada belirlenmiş alana hapsedilemeyeceği açıktır.

Bu bağlamda, herkes için onurlu bir yaşamı sürdürmeye yönelik asgari eşiğin (hakkın çekirdeğinin/özünün) devletlerce yerine getirilmesi zorunlu ise de, herşeyden önce dezavantajlı ve incinebilir kesimlere odaklanılması ve bu çerçevede eşitlik ve ayrımcılık yapmama ilkelerinin yaşama geçirilmesi için etkili bir “hesap verebilirlik”

¹⁶⁶⁵ Tobin, 2013, s. 173.

sağlanması gerekmektedir. Hesap verebilirliğin unsurlarından en önemlisi, bu çalışmanın temel tezi olan “dava edilebilirlik”tir.

Sağlık hakkının gerçekleştirilmesi için, devletlerin öncelikli olarak ulusal sağlık stratejilerini “hesap verebilirlik, şeffaflık ve yargı bağımsızlığı” ilkelerine dayandırması ve buna uygun olarak sağlık hakkı ihlâl edilen herhangi bir bireyin “etkili” ve “bağımsız” hak arama yollarına erişimini sağlamak için bir sistem kurması gerekir. Devletler iç hukukta geniş anlamda hesap verebilirliği ve dar anlamda dava edilebilirliği sağlayacak bir sistemi oluşturabilecekleri gibi bölgesel ve/veya uluslararası mekanizmalara da katılabilirler. Hangi sistemin öngörüleceği esas itibarıyla devletlerin takdir yetkisi içinde olmakla birlikte hangi sistem benimsenirse benimsensin, mutlaka “etkili” olması gerekmektedir.

Daha önce de belirtildiği gibi, ESKHK, 9 nolu GY’de ve nihaî gözlemlerinde sözleşmesel hakların iç hukukta doğrudan uygulanması meselesine önemle vurgu yapmaktadır. Komite’ye göre sözleşme hükümlerini iç hukukta doğrudan uygulanabilir kılmak elbette “ulusal mahkemeler” eliyle olacaktır. Bu bölümde işaret edilen pek çok örnek mahkeme kararından da anlaşılacağı gibi, ulusal mahkemeler ESKHS’nin 12. maddesindeki sağlık hakkına ilişkin hüküm başta olmak üzere diğer spesifik uluslararası insan hakları sözleşmelerinin ilgili normlarına ve genel olarak sözleşmelerin genel prensiplerine doğrudan gönderme yaparak ihlâl kararı verebilmektedir. Özellikle yargısal aktivizmi benimseyen ülkelerin yargı kararlarında başta ESKHS olmak üzere uluslararası insan hakları sözleşmelerinin sağlık hakkına ilişkin normlarının uygulanması bakımından dikkate değer farkındalık gözden kaçmamaktadır.

Dava edilebilirlik bakımından Latin Amerika, Hindistan ve Güney Afrika gibi örnekler milyonlarca insanın temel ilaçlara erişimini sağlayan içtihatlarıyla hukuken “icra edilebilir” bir sosyal hak olarak sağlık hakkını bizzat inşa etmektedirler.

Kuşkusuz, içtihatların ilerici niteliği neoliberal politikalara karşı sosyal adalet çerçevesinde verilen yargısal cevap niteliğindedir.

İç hukukta etkili bir dava edilebilirlik mekanizmasının yanı sıra, devletlerce taraf olunan insan hakları sözleşmeleri denetim-izleme organlarına zamanında ve kapsamlı olarak periyodik raporların sunulması, ülkeler arası karşılıklı değerlendirme yapmaya olanak sağlayan evrensel gözden geçirme usulünün etkin bir şekilde işletilmesi, bireylerin uluslararası veya bölgesel insan hakları denetim organlarına bireysel başvuru (şikâyet) yoluna başvurmalarına izin verilmesi ve yine sağlık hakkı özel raportörünün ülke ziyaretine olanak sağlanması gibi uluslararası mekanizmaların işlerliğinin sağlanması gözardı edilmemesi gereken hesap verebilirlik temsilleri olarak büyük önem taşır.¹⁶⁶⁶

Dava edilebilirlikle birlikte üzerinde durulması gereken çok önemli bir diğer husus, sadece etkili yargı yolunun mevcudiyeti ile yetinilmeyip idarî süreçlerde sağlık hakkı ihlallerinin etkili bir şekilde soruşturulmasına yönelik gerekli idarî başvuru yollarının oluşturulması, ulusal kamu denetçiliği yolunun öngörülmesi, insan hakları komisyonları, tüketici heyetleri, meslek örgütleri ve ilgili STK'lar marifetiyle sağlık hakkı ihlallerinin incelenmesi ve soruşturulması olanaklarının sağlanmasıdır.

¹⁶⁶⁶ Tobin, 2013, s. 201.

SONUÇ

Çalışma'nın başlangıcında, kategorik olarak sosyal bir hak olarak kabul edilen ve aslında norma içkin negatif ve pozitif veçhesi bulunan sağlık hakkının gerçekleştirilmesi için dava edilebilirliğin güçlü şekilde sağlanmasının ve bu bağlamda uluslararası ve ulusal düzeydeki yargı organlarınca aktivist tutum benimsenmesinin en önemli ve etkili mekanizma olduğu ileri sürülmüş ve çalışma boyunca bunun insan hakları teorisi ve yargılama pratiğindeki imkânları araştırılmıştır.

Sağlık hakkı uluslararası insan hakları sözleşmelerinde temel bir insan hakkı olarak tanınmış ve ulusal anayasaların pek çoğunda anayasal bir hak olarak düzenlenerek normatifleştirilmiştir. Şu hâlde, devletlerin sağlık hakkını layıkıyla gerçekleştirmek için saygı gösterme, koruma ve yerine getirme yükümlülüğü bulunduğu kuşku bulunmamaktadır. Zira, Nussbaum'un belirttiği gibi, “temel haklar devlet harekete geçip hayata geçirmediği sürece yalnızca kelimelerden ibarettir.”¹⁶⁶⁷

Uluslararası ve ulusal insan hakları sisteminde normatifleşen sağlık hakkı “dava edilebilir” nitelikte olmakla birlikte, tüm sosyal haklarda olduğu gibi sağlık hakkı bakımından da normun içeriğine ilişkin ortak bir anlayış geliştirebilmenin ötesinde, devletlere getirilen yükümlülüklerin “aşamalı gerçekleştirme” ve “malî kaynakların yeterliliği” gibi kaynakların yeniden dağıtımına ilişkin ucu açık kriterlere bağlanması ve kamusal önceliklerin takdirinin ilk elden yasama ve yürütme organlarınca yapılması nedeniyle, hakkın gerçekleştirilmesinin etkili şekilde güvence altına alınmasında dava edilebilirlik ve bu bağlamda insan hakları temelli yaklaşıma dayalı aktivist yargısal tutumların benimsenmesi ihtiyacı bulunmaktadır.

¹⁶⁶⁷ Nussbaum, 2018, s. 82.

Hak temelli bir yaklaşımla sağlık hakkını güçlendiren ve dava edilebilirliğinin etkili şekilde sağlanmasına yönelik olan araç ve mekanizmalar ise şu dört başlıkta belirlenebilir:

İlk olarak, “hakların bütünlüğü ilkesi”nin sağlık hakkının korunmasına ilişkin yargı içtihatlarında başvurulabilecek en önemli anahtar kavramlardan biri olduğuna kuşku yoktur. İlk kez 1978 yılında AİHM’nin *Airey / İrlanda* kararında “sosyal haklar alanını Sözleşme alanından ayıran sızdırmaz bir duvar yoktur” şeklinde vecizleşen ve yine ulusal mahkeme düzeyinde verilebilecek klasikleşmiş bir örnek olarak Güney Afrika Anayasa Mahkemesi’nin *Grootboom* davasında “tüm haklar birbirleriyle ilişkilidir ve karşılıklı olarak birbirlerini desteklerler” şeklinde dava edilemezliğe meydan okuyan içtihatlar göstermiştir ki; Viyana Bildirgesi’nde normatifleşen hakların bütünlüğü ilkesi, tarihsel süreç içinde insan haklarının bölünmüşlüğüne aşılabileceğinin çok değerli bir örneğidir, bu yönüyle sağlık hakkının dinamik ve gelişmeci yorumuna olanak sağlayan çok önemli bir içtihadî enstrümandır.

İkinci olarak, insan hakları teorisinde negatif hak-pozitif hak dikotomisinin aşılmasıyla dava edilebilirlik tezini sağlamlaştıran ve BM sistemi içinde de yaygın şekilde kabul gören “devletin yükümlülüklerine ilişkin üçlü tipoloji”dir. Çalışmada yer verilen bireysel başvuru içtihatları ve yıllık raporlar (nihaî gözlemler) göstermektedir ki, sağlık hakkına saygı gösterme, koruma ve gereğini yerine getirme yükümlülüğü ESKHK tarafından işlevsel bir şekilde hayata geçirilmiş ve içtihadî standarda dönüşmüştür. Hatta, Amerika ve Afrika kıtaları insan hakları denetim organlarında ve çalışmanın son bölümünde işaret edilen karşılaştırmalı hukuktan örnek ulusal mahkeme kararlarında hakların bütünlüğü ilkesi yanında üçlü yükümlülük tipolojisini içtihadî kriter olarak kullanma yönünde bir eğilim sezilmektedir. Bunun yanı sıra, AİHM’nin kullandığı devletin pozitif ve negatif yükümlülükleri kriteri de üçlü yükümlülük tipolojisi ile

çelişmemekte, aksine AİHM kararlarının gösterdiği gibi, klasik haklar dolayısıyla sağlık hakkının dolaylı olarak korunması olanağını sağlamaktadır.

Üçüncü olarak; sağlık hakkı uluslararası insan hakları sözleşmelerinde ve ulusal anayasalarda tanınmış olsa da, normun içeriğinin belirlenmesinde ve günün koşullarına göre yeniden yorumlanarak anlam ve içeriğinin zenginleştirilmesinde “yargısal tutumlar” önem taşır. Nitekim, bir sosyal hak olan sağlık hakkı için de devletlerin “aşamalı gerçekleştirme” ve “malî kaynakların yeterliliği” gibi kayıtlar getirilmiş ve mahiyeti tartışmalı bir güvence sağlanmıştır. Sağlık hakkını tam olarak gerçekleştirebilmek, kaynak yetersizliği olan az gelişmiş ya da gelişmekte olan ülkelerde sağlık hizmetlerinin, olanaklarının ve mallarının yüksek maliyetli doğası nedeniyle önemli bir handikap iken, klasik liberal-neoliberal politikaların egemen olduğu pek çok gelişmiş ülkede, sağlık hizmetlerinin özelleştirilmesi ve piyasalaştırılması nedeniyle, sağlık hakkına *hak temelli* bir bakış açısıyla yaklaşılması sonucunu doğuran politik-ideolojik bir tercihtir. Oysa, sağlığın aynı zamanda “sosyal bir olgu” olması ve sağlık üzerinde sadece sağlığın temel belirleyicilerinin değil, bunun yanı sıra “sağlığın sosyal belirleyicileri”nin de doğrudan etkili olması nedeniyle, kaynakların yeniden dağıtılması boyutunda yargıcın müdahalesine ihtiyaç vardır. Sözgelimi, toplumun dezavantajlı kesimlerinin ayrımcılığa maruz kalmadan sağlık hakkından eşitlik temelinde yararlanabilmeleri çoğu zaman yargı kararı ile sağlanabilmektedir. Çalışmada yer verilen içtihatların pek çoğunun gösterdiği gibi, yargıçların –temel ilaçlara erişim, acil sağlık hizmetleri, üreme sağlığı, anne ve çocuk sağlığı gibi pek çok farklı unsurlarıyla- sonuçta sağlık hakkına erişime imkân sağladıkları açıktır. Ayrıca, özellikle Latin Amerika, Hindistan ve Güney Afrika örneklerin gösterdiği gibi, mağdur kavramının geniş yorumlanması ve STK’ların da hak ihlallerine karşı bireyi temsilen dava açabilmesi, yine anayasal şikâyet yoluna başvurulabilecek haklar yelpazesinin yorum yoluyla genişletilmesi gibi geliştirici ve

ilerlemeci aktivist yargısal tutumlar özellikle toplumun yoksul ve dezavantajlı kesimlerinin hak arama yollarına başvurabilmesi açısından çok önemlidir. Bu olanaklar, sosyal adaletin/dağıtıcı adaletin sağlanmasına doğrudan yargıcın katkısı olarak okunabilir. Bu nedenle, yargıcın aktivist tutum benimseyip hak ve özgürlüklerin geliştirilmesini ölçü alması sağlık hakkının korunmasında ve geliştirilmesinde başlıca güvencelerden en önemlisi olarak değerlendirilmektedir.

Dördüncü olarak, sağlık hakkının özü olan “asgari çekirdek yükümlülükler” üzerinde durulmalıdır. Tüm insan haklarında olduğu gibi, sağlık hakkının da devletlerce yerine getirilmediği ve bireylere sağlanmadığı takdirde varlık nedenini yitireceği bir özü olduğuna kuşku bulunmamaktadır. Sağlık hakkının kapsamının belirlenmesi bakımından Alma Ata Bildirgesi’nde ve daha sonra 14 nolu GY’de sağlık hakkının gerektirdiği asgari çekirdek yükümlülükler belirlenmiştir. Çekirdek alan, sağlık hakkının gerçekleştirilmesi bakımından devletlerin hiçbir surette mazeret ileri süremeyecekleri, aşamalı gerçekleştirme ve malî kaynaklarının yeterliliği ölçütlerine dayanamayacakları, savaş ve diğer olağanüstü hallerde askıya alamayacakları hakkın özüne işaret etmekte ve yargısal denetim organları için de kıymetli içtihadî bir kriter niteliği taşımaktadır. Afgari çekirdek yükümlülükler Nussbaum’un yapabilirlikler (insanî gelişmişlik) teorisinde öne çıkardığı “insan onuruna yakışan bir hayatın neler gerektirdiği” sorusunun sağlık hakkı bakımından *asgari eşik seviyesine* işaret eden yanıtıdır,¹⁶⁶⁸ çünkü devletin, varoluş amacı bağlamında görevi, en azından insanların onurlu bir hayat sürmelerini asgari düzeyde sağlamaktır. Bununla birlikte, devlet için salt sağlık hakkının özünün sağlanması ve asgari sağlık hizmetinin üstlenilmesi yükümlülüğü asla *ideal* olana ilişkin değildir. Kuşkusuz devletler –asgari eşik seviyenin altına düşmeyecek şekilde- gelişmişlik düzeyine göre kendi yurttaşlarına “ulaşılabilir en üst sağlık standardını” sağlamak için sürekli adım atmakla yükümlü oldukları gibi,

¹⁶⁶⁸ Nussbaum, 2018, s. 57.

bunu sağlayamayan yoksul ülkelere uluslararası insan hakları sözleşmelerinde öngörülen uluslararası işbirliği ilkesi uyarınca yardımda bulunmakla yükümlüdürler.

Çalışma’da yer verilen periyodik izleme sonuçları, dünya genelindeki başat sağlık meselelerine, sağlık eşitsizliklerine, sağlığa zararlı geleneksel uygulamalara ve sağlık hakkı ihlâli oluşturabilecek alanlara ayna tutmakla kalmayıp bu meselelere ilişkin uluslararası denetim-izleme organlarının altını çizdiği bir tavsiyenin etkili ve bilinçli bir dava edilebilirlik için çok önemli olduğunu göstermektedir. Bu da, genel olarak sosyal hakların ve çalışma özelinde sağlık hakkının dava edilebilirliği bağlamında farkındalığı artırmak üzere yargıç ve avukatlara yönelik eğitimler düzenlenmesi; yine, sağlık hakkı bakımından sağlık profesyonelleri başta olmak üzere ilgili tüm kamu görevlilerine yönelik insan hakları sözleşmeleri ile ilgili eğitim verilmesi gerekliliğidir. Burada kastedilen, soyut olarak insan hakları belgelerinin anlatılmasından ibaret bir eğitim değil, Kuçuradi’nin vurguladığı üzere, insan haklarının “meslekle ilgisini gösterecek şekilde”¹⁶⁶⁹ tasarlanacak bir insan hakları eğitimi olmasıdır.

Son söz; sağlık hakkı yönünden gerek uluslararası denetim organlarında ve gerek ulusal yüksek mahkemelerde boy veren içtihat birikimi, sosyal bir hak olan sağlık hakkının anlam ve içeriğinin zenginleşmesine ve hakkın gerçekleştirilmesine çok önemli katkı sağlamaktadır. Bununla birlikte şu tespit hatırdan hep tutulmalıdır: Dünyanın pek çok yerinde yüzbinlerce insan temel sağlık hizmetlerine, temel ilaçlara, acil sağlık hizmetlerine sosyal adalet ve eşitlik temelinde erişemediğinden öldüğü sürece bu içtihatlar tek başına övünç kaynağı olabilecek birer yargısal başarı hikâyesi değil ancak “bir yandan temel bir insan hakkı olan sağlık hakkını korumak için gelecekteki yargısal aktivizm için bir araç, diğer yandan hâlen yerine getirilmeyi bekleyen birer söz”¹⁶⁷⁰ olacaktır.

¹⁶⁶⁹ DW Türkçe Röportaj-15.11.2020, Türkiye’nin Değerleri Serisi, “İonna Kuçuradi”
<https://www.dw.com/tr/filozof-ku%C3%A7uradi-insan-ili%C5%9Fkilerini-becermek-marsa-gitmekten-zor/av-55614111> (Erişim Tarihi: 17 Kasım 2020).

¹⁶⁷⁰ Kapczynski and Berger, 2009, s. 79.

KAYNAKÇA

Kitap ve Makaleler:

AĞARTAN, Tuba “Sağlıkta Reform Salgını”, **Avrupa’da ve Türkiye’de Sağlık Politikaları**, (Der.) Çağlar Keyder, Nazan Üstündağ, Tuba Ağartan, Çağrı Yoltar, İletişim Yayınları, 2. baskı, ss. 37-54, İstanbul 2011.

AKAD, Mehmet, VURAL DİNÇKOL, Bihterin, **Genel Kamu Hukuku**, Der Yayınları, Gözden Geçirilmiş 5. baskı, İstanbul 2009.

AKIN, İlhan, **Kamu Hukuku**, Beta Yayınları, 5. baskı, İstanbul 1987.

AKSAKOĞLU, Gazanfer, “Herkes İçin Sağlıktan Hedef 21’e: Dünya Sağlık Örgütü Değişiyor”, **Toplum ve Hekim**, C. 17, S. 2, ss. 91-100, 2002.

ALDABAK, Ersel, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Örgütlenme Özgürlüğü”, **Bülent Tanör Armağanı**, Yayına Hazırlayan: Öget Öktem Tanör, Legal Yayınları, İstanbul 2004.

ALDIKAÇTI, Orhan, “Sosyal Devlet”, **Anayasa Yargısı**, C.14, ss. 79-85, Ankara 1997.

ALFREDSSON, Gudmundur, “A Few Practical Suggestions Concerning Human Rights and Development Co-operation, Legal Assistance to Developing Countries: Swedish Perspectives on the Rule of Law”, (Ed.) Per Sevastik, **Kluwer Law International**, Martunus Nijhoff Publishers, ss. 81-105, Stockholm 1997.

ALGAN, Bülent, **Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması**, Seçkin Yayınları, Ankara 2007.

ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz, **Anayasa Yargısı ve Anayasa Mahkemesi**, Yetkin Yayınları, Ankara 1996.

ALSTON, Philip, “Out of the Abyss: The Challenges Confronting the New U.N. Committee on Economic, Social and Cultural Rights”, **Human Rights Quarterly**, Vol. 9, No. 3, ss. 332-381, 1987.

_____, “Making Economic and Social Rights Count: A Strategy for the Future”, **The Political Quarterly**, Vol. 68, Issue 2, ss.188-195, 1997.

_____, “Ships Passing in the Night: The Current State of the Human Rights and Development Debate Seen through the Lens of Millenium Development Goals”, **27 Human Rights Q 755**, 2005.

_____, “The Populist Challenge to Human Rights”, **Journal of Human Rights Practice** 9(1), ss. 1–15, 2017.

ANAR, Erol, **İnsan Hakları Tarihi**, Çivi Yazıları, 2. baskı, İstanbul 2000.

- ANNAS, George, “Human Rights and Health: The Universal Declaration of Human Rights at 50”, **Perspectives on Health and Human Rights**, (Eds.) Sofia Gruskin vd., New York-London, Routledge 2005.
- APPLBAUM, Kalman, “Sağlıkta Küresel Pazarlama: İlaç Entrikaları”, **Kapitalizmde Sağlık-Sağlıksızlık Semptomları**, Hazırlayanlar: Leo Panitch, Colin Leys, (Çev.) Umut Haskan, Yordam Kitap, İstanbul 2011.
- ARAMBULO, Kitty, **Strengthening the Supervision of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Theoretical and Procedural Aspects**, Intersentia Publications, Antwerpen, Groningen, Oxford, 1999.
- ARRIETA-GÓMEZ, Aquiles Ignacio “Realizing the Fundamental Right to Health through Litigation: The Colombian Case”, **Health and Human Rights Journal**, Vol. 20, No. 1, ss. 133-145, June 2018.
- ARUN, M. Onur, “Yapabilirlikler Yaklaşımı ve Değerli Yapabilirliklerin Tanımlanması Sorunsalı Yanlış Bilinç mi, Yapısal Eşitsizlikler mi?”, **Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, ss. 9-24, 2016.
- ASLAN, Volkan, “Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sistemi”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 3, S. 2, ss. 261-296, 2012.
- AYDIN, Öykü Didem, “Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** C. XV, S. 4, ss.121-170, 2011.
- AZARKAN, Ezeli, **Uluslararası Hukukta Sağlık Hakkı**, Seçkin Yayınları, Ankara 2018.
- BAHADIR, Oktay, **Yaşama Hakkı**, Seçkin Yayınları, Ankara 2015.
- BALKIR, Z. Gönül, **Türk Anayasa Yargısında Sosyal Hakların Korunması**, Kocaeli Üniversitesi Yayınları, Yayın No: 335, 2009.
- BASU, Sanjay, “Kapsamlı Bir Halk Sağlığı Hareketi İnşa Ermek: HIV/AIDS Örgütlenmesinden Alınacak Dersler”, **Kapitalizmde Sağlık-Sağlıksızlık Semptomları**, Hazırlayanlar: Leo Panitch, Colin Leys, (Çev.) Umut Haskan, Yordam Kitap, İstanbul 2011.
- BEAUCHAMP, Tom L., “The Right to Health Care in a Capitalistic Democracy”, **Rights to Health Care**, (Eds.) Thomas J. Bole III - William B. Bondeson, Kluwer Academic Publishers, Netherlands 1991.
- BERBEROĞLU, Berch, **Klasik ve Çağdaş Sosyal Teoriye Giriş – Eleştirel Bir Perspektif**, (Çev.) Can Cemgil, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2. baskı, İstanbul 2012.
- _____, **Küresel Çağda Siyasal Sosyoloji - Devlet ve Topluma Giriş**, (Çev.) Edip Sönmez, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2014.
- BERLIN, Isaiah, “İki Özgürlük Kavramı”, **Liberal Düşünce**, (Çev.) Mustafa Erdoğan, C. 12, No. 45, ss. 59-72, Kış-Bahar 2007.

BREMS, Eva, “Indirect Protection of Social Rights by the European Court of Human Rights”, **Exploring Social Rights: Between Theory and Practice**, (Eds.) Daphne Barak Erez, Aeyal M Gross, Oxford-Portland, Oregon, Hart Publishing, ss. 135-167, 2007.

BREI, A.T., **Our Right To Health and Duty to Nature**, (PhD), Purdue University, 2009.

BRINKS, Daniel M., GAURI, Varun, “A New Policy Landscape: Legalizing Social and Economic Rights in the Developing World,” **Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World**, (Eds.) Varun Gauri and Daniel M. Brinks, Cambridge: Cambridge University Press, ss. 303-337, 2008.

_____, “The Law’s Majestic Equality? The Distributive Impact of Judicializing Social and Economic Rights,” **Perspectives on Politics** 12, No. 2, ss. 375-393, June 2014.

BOR EKMEKÇİ, Perihan Elif, **Tıp Etiği Açısından Sağlık Hakkı ve Romanlar Üzerinde Bir Çalışma**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, 2014.

BORGES, Danielle Da Costa Leite, “Individual Health Care Litigation in Brazil through a Different Lens: Strengthening Health Technology Assessment and New Models of Health Care Governance”, **Health and Human Rights Journal**, Vol. 20, No. 1, ss. 147-162, June 2018.

BOSSUYT, Marc, “International Human Rights Systems: Strengths and Weakness”, **Human Rights in The Twentieth Century**, (Eds.) K.E.Mahoney & P. Mahoney, Martinus Nijhoff, ss. 47-55, Dordrecht / Boston / London 1993.

BOUILLON, Hardy, **John Locke**, (Çev.) Ali İbrahim Savaş, Liberte Yayınları, Ankara 1998.

BOVEN, Theodoor C. Van, “Distinguishing Criteria of Human Rights”, **The International Dimensions of Human Rights**, (Ed.) Karel Vasak, Vol. 1, Greenwood Press, UNESCO, Paris, France, ss. 43-61, 1982.

BOVEN, Theodoor C. Van vd. (Ed.), **The Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights**, SIM Special No. 20, Netherlands Institute of Human Rights, 1998.

BUHR, M., SCHRODER, W., BARCK, K., **Aydınlanma Hareketi ve Felsefesi - Bilimsel Düşüncenin İlkeleri 2**, (Çev.) Veysel Atayman, Birim Yayınları, İstanbul 1984.

BULUT, Nihat, “Eski Yunan’dan Aydınlanma Çağına İnsan Onuru Kavramının Gelişimine Genel Bir Bakış”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.XII, S.3-4, 2008.

_____, **Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2009.

- BYRNE, Iain, “The Importance of Economic, Social and Cultural Rights in Guaranteeing Civil and Political Rights within the Euro-Mediterranean Partnership”, **Mediterranean Politics**, Vol.9:3, ss.344-367, 2004.
- CRANSTON, Maurice, “İnsan Hakları Nelerdir?”, (Ed. ve Çev.) Atilla Yayla, **Sosyal ve Siyasal Teori**, Siyasal Kitabevi, Ankara 1993.
- Center for Reproductive Rights, **Kenya’s High Court Rules in Favor of Woman Physically Abused During Delivery**, 2018.
- CEVİZCİ, Sibel, ÖNAL, Ayşe Emel, “Halk Sağlığı Açısından Hijyen ve İyi Üretim Uygulamaları”, **Türk Hijyen ve Deneysel Biyoloji Dergisi**, 66/2, 2009.
- CHAPMAN, Audrey R., “Conceptualizing the Right to Health: A Violations Approach”, **Tennessee Law Review**, Vol. 65, No. 2, ss.389-418, Winter 1998.
- _____, **Global Health, Human Rights and the Challenge of Neoliberal Policies**, New York: Cambridge University Press, 2016.
- CHRISTIANSEN, Eric C., “Adjudicating Non-Justiciable Rights: Socio-Economic Rights and the South African Constitutional Court”, **Columbia Human Rights Law Review**, Vol. 38, No.2, ss.1-42, 2007.
- CRAVEN, Matthew C. R., **The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: A Perspective on Its Development**, Oxford: Clarendon Press, Oxford 1995.
- CROSS, Frank B., “The Error of Positive Rights”, **UCLA Law Review**, Vol. 48, 2001.
- ÇAĞLAR, Bakır, **Anayasa Bilimi: bir çalışma taslağı**, BFS Yayınları, İstanbul 1989.
- _____, “Anayasanın Hukuku ve Anayasanın Yargıcı, Yenilenen Anayasa Kavramı Üzerine Düşünceler”, **Anayasa Yargısı**, 8, ss. 13-62, 1991.
- ÇAĞLI, Pınar, “Evrensel Periyodik Gözden Geçirme Usulü ve Türkiye İncelemesi”, **Public and Private Law Bulletin**, Vol. 31(1), ss. 153-189, 2012.
- ÇAVUŞOĞLU, Naz, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ni ‘Yaşayan Belge’ Yapan Yorum Teknikleri”, **İnsan Hakları Yılığ**, S. 14, ss. 131-146, 1992.
- _____, “Sosyal Hakların Gerçekleştirilmesi”, **Yoksulluk, Şiddet ve İnsan Hakları**, (Ed.) Yasemin Özdek, TODAİE Yayınları, Ankara 2002.
- ÇEÇEN, Anıl, **İnsan Hakları**, Gündoğan Yayınları, 2. baskı, 1995.
- DANIELS, Norman, **Just Health**, Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2008.
- DE BARCELLOS, Ana Paula, “Sanitation Rights, Public Law Litigation, and Inequality: A Case Study from Brazil”, **Health and Human Rights Journal**, Vol. 16, No. 2, ss. 35-46, December 2014.
- DE MESQUITA, Judith Bueno, “The Universal Periodic Review: A Valuable New Procedure for the Right to Health?”, **Health and Human Rights Journal**, Vol. 21, No. 2, ss. 263-277, December 2019.

- DE SCHUTTER, Olivier, “The Protection of Social Rights by the European Court of Human Rights”, **Social, Economic and Cultural Rights: An Appraisal of Current European and International Developments**, (Eds.) Peter Van Der Auweraert vd., Maklu Publication, Antwerpen-Apeldoorn, 2002.
- DEDEOĞLU, Necati, “Dünya Sağlık Örgütü ve Sosyal Haklar”, **Uluslararası Sosyal Haklar Sempozyumu – Bildiriler**, Ankara, Belediye-İş Sendikası Yayını, ss. 194-198, 2009.
- DOĞRU, Osman, NALBANT, Atilla, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar**, Legal Yayıncılık, İstanbul 2012.
- DONNELLY, Jack, **Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları**, (Çev.) Mustafa Erdoğan – Levent Korkut, Yetkin Yayınları, Ankara, 1995.
- DUTERTRE, Gilles, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler**, <https://www.anayasa.gov.tr/media/3600/aihmkararlarindanornekler.pdf> (Erişim Tarihi: 8 Mart 2020).
- DOUZINAS, Costas, **İnsan Haklarının Sonu**, Dipnot Yayınları, Ankara 2018.
- DWORKIN, Ronald, **Taking Rights Seriously**, Cambridge, Harvard University Press, 1977.
- EIDE, Asbjørn, “Economic, Social and Cultural Rights As Human Rights”, **Economic, Social and Cultural Rights A Textbook**, (Eds.) Asbjørn Eide, Catarina Crause, Allan Rosas, Second Revised Edition, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht / Boston / London, ss. 9-28, 2001.
- EPSTEIN, Richard A., **Mortal Peril: Our Inalienable Right to Health Care?**, New York: Addison Wesley Publishing Company, 1997.
- ERDOĞAN, Murat, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Gaygusuz Kararı: Mülkiyet Hakkının Geniş Yorumu ve Ayrımcılık Yasağı”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVIII, S.1-2, 2014.
- ERGÜL, Ozan, **Yeni Kurumsalcı Yaklaşımla Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi**, Adalet Yayınları, Ankara 2007.
- EROĞUL, Cem, **Anatüze Giriş**, İmaj Yayınları, Ankara 1995.
- ERTAN, İzzet Mert, **Uluslararası Boyutlarıyla Sağlık Hakkı**, Legal Yayınları, İstanbul 2012.
- _____, “Sosyal Hakların Özü: Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi Standartlarında Öz/Çekirdek Yükümlülükler”, **Sosyal Adalet İçin İnsan Hakları: Sosyal Haklar**, (Eds.) Kıvılcım Akkoyunlu Ertan, Filiz Kartal, Yeliz Şanlı Atay, TODAİE Yayınları, Ankara 2014.
- _____, **Sosyal Hakların Uluslararası Korunması ve Avrupa Sosyal Şartı Sistemi**, Beta Yayınları, İstanbul 2015.

- EXTER, Andre Pieter den, “Health Care Law-making in Central and Eastern Europe, Review of A Legal Theoretical Model”, **Social Europe Series 3**, Intersentia, Antwerp-Oxford-New York 2002.
- EVANS, Tony, “A Human Right To Health?”, **Third World Quarterly**, Vol. 23, No. 2, ss.197-215, 2002.
- FABRE, Cecile, **Social Rights Under the Constitution**, Oxford University Press, Oxford 2000.
- FIDLER, David P., “International Law and Global Public Health”, **Kansas Law Review**, Vol. 48, ss. 1-58, 1999.
- FULLER, Lon L., “The Forms and Limits of Adjudication”, **Harvard Law Review**, Vol. 92, No. 2, 1978.
- GEMALMAZ, Mehmet Semih, “İnsan Hakları: Temellendirilmesinden Tamamlanmasına”, **Bahri Savcı’ya Armağan**, Mülkiyeliler Birliği Yayınları, ss. 244-259, Ankara 1988.
- _____, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, Beta Yayınları, İstanbul 1997.
- _____, **Devlet, Birey ve Özgürlük**, Legal Yayınları, 2. baskı, İstanbul 2012.
- GEMALMAZ, Haydar Burak, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı**, Beta Yayınları, İstanbul 2009.
- GARDBAUM, Stephen, “The Horizontal Effect of Constitutional Rights”, **Michigan Law Review**, Vol. 102, ss. 387-459, 2003-2004.
- GEVERS, Sjef, “The Right to Health Care”, **European Journal of Health Law**, Vol. 11, 2004.
- GIESEN, Dieter, “A Right to Health Care?: A Comparative Perspective”, **Health Matrix**, Vol. 4, No. 2, ss. 277-296, 1994.
- GOODMAN, Timothy, “Is There A Right to Health”, **Journal of Medicine and Philosophy**, Vol. 30, No. 6, ss. 643-662, 2005.
- GROVER, Anand, “Report of the Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health”, **BM Genel Kurulu, A/HRC/11/12**, 31.03.2009.
- GRUSKIN, Sofia, TARANTOLA, Daniel, “Health and Human Rights”, **Perspectives on Health and Human Rights**, (Eds.) Sofia Gruskin, vd., New York-London, Routledge, ss. 1-58, 2005.
- GÖREN, Zafer, “Anayasa Mahkemesine Kişisel Başvuru (Anayasa Şikâyeti)”, **Anayasa Yargısı 11**, 1995.
- GÖZLER, Kemal, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, 18. baskı, Bursa 2015.
- GÖZTEPE, Ece, **Anayasa Şikâyeti**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Yayın No: 45, Ankara 1998.

- _____, “Türkiye’de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikâyeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, ss.13-40, 2011.
- GÜMÜŞ, A. Tarık, **Sosyal Devlet Anlayışının Gelişimi ve Dönüşümü**, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2010.
- GÜLMEZ, Mesut, **Uluslararası Sosyal Politika**, TODAİE Yayınları, Ankara 2000.
- _____, **İnsan Hakları ve Demokrasi Eğitimi Egemenlik İnsanındır**, TODAİE Yayınları, Ankara 2001.
- _____, “İnsan Hakları Olarak Sosyal Haklar ve Sosyal Haksızlıklar”, **Uluslararası Sosyal Haklar Sempozyumu Bildiriler Kitabı**, Belediye İş Sendikası Yayınları, ss. 3-17, Ankara 2009.
- GÜRKAN, Ülker, “Sosyal Adalet”, **Adalet Kavramı**, (Ed.) Adnan Güriz, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara 2008.
- GÜRİZ, Adnan, **Hukuk Başlangıcı**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2. baskı, Ankara 1987.
- _____, **Hukuk Felsefesi**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 3. baskı, Ankara 1992.
- HAMAMCI, Can, Üçüncü Kuşak İnsan Hakları, **Yeni Kuşak İnsan Hakları**, (Ed.) Kuvılcım Akkoyunlu Ertan, TODAİE Yayınları, ss. 49-77, Ankara 2013.
- HALATÇI ULUSOY, Ülkü, “Uluslararası Hukuk Açısından Sosyal Hakların Yargılanabilirliği Üzerine Bir Değerlendirme”, **Sosyal Adalet İçin İnsan Hakları: Sosyal Haklar**, TODAİE Yayın No: 379, ss.71-84, Ankara 2014.
- HAYEK, Friedrich A., **Hukuk, Yasama ve Özgürlük, II. Kitap: Sosyal Adalet Serabı**, (Çev.) Mustafa Erdoğan, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2012.
- HEATHER KENYON, Kristi, FORMAN, Lisa, BROLAN, Claire E., “Deepening the Relationship between Human Rights and the Social Determinants of Health: A Focus on Indivisibility and Power”, **Health and Human Rights Journal**, Vol. 20, No 2, ss. 1-9, December 2018.
- HESTERMEYER, Holger P., Access to Medication as a Human Right, **Max Planck Yearbook of United Nations Law**, Vol. 8, ss.101-180, 2004.
- HOOFF, G. Van, “The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: A Rebuttal of Some Traditional Views”, **The Right to Food**, (Eds.) Philip Alston, Katarina Tomasevski, 1985.
- HOBBS, Thomas, **Leviathan**, (Çev.) Semih Lim, Yapı Kredi Yayınları, 13. baskı, İstanbul 2014.
- HOBBSBAWM, Eric, **Devrim Çağı**, Dost Kitabevi, 5. baskı, Ankara 2005.

HOWARD, Thomas, “A Review of Lopes de Sousa Fernandes v. Portugal (56080/13) (GC) Strasbourg’s Approach to the Right to Life in Medical Negligence Cases”, **The Oxford University Undergraduate Law Journal**, Issue IX, ss. 131-152, 2020.

HUBERMAN, Leo, **Feodal Toplumdan Yirminci Yüzyıla**, (Çev.) Murat Belge, İletişim Yayınları, 19. baskı, İstanbul 2019.

HUNT, Paul, **Reclaiming Social Rights: International and Comparative Perspectives**, Great Britain, Dartmouth, 1996.

_____, “Interpreting the International Right to Health in a Human Rights-Based Approach to Health”, **Health and Human Rights Journal**, Vol. 18, No 2, ss. 109-130, December 2016.

IŞIK, Rüçhan, “Toplu Şikâyet Prosedürü”, **Anayasal Sosyal Haklar (Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye)**, (Ed.) İbrahim Ö. Kaboğlu, Legal Yayınları, ss. 57-63, İstanbul 2012.

İNCEOĞLU, Sibel, **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Türkiye ve Latin Modelleri**, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2017.

KABOĞLU, İbrahim Ö., **Kolektif Özgürlükler**, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Diyarbakır 1989.

_____, **Özgürlükler Hukuku (İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı)**, 6. baskı, İmge Kitabevi, Ankara 2002.

_____, **Anayasa Yargısı Avrupa Modeli ve Türkiye**, İmge Kitabevi, 4. baskı, Ankara 2007.

_____, “Anayasada Sosyal Haklar: Alanı ve Sınırları”, **II. Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu Bildiriler Kitabı**, Pamukkale Üniversitesi, Petrol-İş Yayınları, ss. 43-61, Denizli 2010.

KANADOĞLU, Korkut, “Zorunlu Aşının Anayasallığı”, **LexPara Blog**, 20.02.2020.

KAPCZYNSKI, Amy, “Access to Medicines in a Neoliberal Age”, **Humanity Journal**, Issue 10 (1), ss. 79-107, 2019.

KAPCZYNSKI, Amy, BERGER, Jonathan M., “The Story of the TAC Case: The Potentiel and Limits of Socio-Economic Rights Litigation in South Africa”, **Human Rights Advocacy Stories**, (Eds.) Deena R. Hurwitz and Margaret L. Satterthwaite, New York: Thompson Reuters/Foundation Press, ss. 43-79, 2009.

KARAKAŞ, Ayşe Işıl, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yaşam Hakkı: Mccann’dan Kaya Kararına”, (Ed.) Oya Çitçi, **Türkiye’de İnsan Hakları**, TODAİE Yayın No: 301, Ankara 2000.

KARAKUL, Selman, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Sağlık Hakkı – I”, **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 3 (2), ss.169-206, Güz 2016.

- _____, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Sağlık Hakkı – II”, **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 4 (1), ss.17-58, Bahar 2017.
- KAPANİ, Münci, **Kamu Hürriyetleri**, Yetkin Yayınları, 7. baskı, Ankara 1993.
- _____, **Politika Bilimine Giriş**, Bilgi Yayınları, 35. baskı, Ankara 2014.
- KATZ, Leila, AMORIM, Melania Maria, GIARDONA, Juliana Camargo, BASTOS, Maria Helena, BRILHANTE, Aline Veras Morais, “Who is Afraid of Obstetric Violence?”, **Rev. Bras. Saúde Mater. Infant., Recife**, 20 (2): 623-626 abr-jun., 2020.
- KEYDER, Çağlar, ÜSTÜNDAĞ, Nazan, AĞARTAN, Tuba, YOLTAR, Çağrı (Der.), **Avrupa’da ve Türkiye’de Sağlık Politikaları**, İletişim Yayınları, 2. baskı, İstanbul 2011.
- KINNEY, Eleanor D., “The International Human Right to Health: What Does This Mean For Our Nation and World?”, **Indiana Law Review**, Vol. 34, Issue 4, ss.1457-1475, 2001.
- KINNEY Eleanor D., CLARK, Brian Alexander, “Provisions for Health and Health Care in the Constitutions of the Countries of the World”, **Cornell International Law Journal**, Vol. 37, Issue 2, Article 2, ss. 285-355, 2004.
- KIZILCA ÇAKALOZ, Damla, KARAÇAM, Zekiye, GÜNEŞ, Gizem, ÇOBAN, Ayden, “Kadın Genital Mutilasyonu ve Ebe/Hemşirenin Sorumlulukları”, **Ege Üniversitesi Hemşirelik Fakültesi Dergisi**, C.32, S.2, ss.119-131, 2016.
- KİRMANOĞLU, Hülya, **Amartya Sen’in Özgürlük ve Kalkınma Üzerine Düşüncelerine Bir Bakış**, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Maliye Araştırma Merkezi Konferansları 47. Seri, Prof. Dr. Türkan Öncel’e Armağan, 2005.
- KOCH, Ida Elisabeth, “Social Rights as Components in the Civil Right to Personel Liberty: Another Step Forward in the Integrated Human Rights Approach?”, **NQHR**, Vol. 20, No. 1, 2002.
- _____, “The Justiciability of İndivisible Rights”, **Nordic Journal of International Law**, Vol. 72, ss. 3-39, 2003.
- _____, “Dichotomies, Trichotomies or Waves of Duties?”, **Human Rights Law Review**, Vol. 5, ss. 81-103, 2005.
- _____, “Economic, Social and Cultural Rights as Components in Civil and Political Rights: A Hermeneutic Perspective”, **The International Journal of Human Rights**, Vol. 10, No. 4, ss. 405-430, 2006.
- _____, **Human Rights as Indivisible Rights: the Protection of Socio-Economic Demands under the European Convention on Human Rights**, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff, 2009.
- KOCAOĞLU, Mehmet, **Robert Nozick: Adalet Teorisi ve Temel Kavramları**, İmaj Yayınları, Ankara 2014.

- _____, **John Rawls: Adalet Teorisi ve Temel Kavramları**, İmaj Yayınları, 2. baskı, Ankara 2015.
- KOÇAKGÖL, Muhammet “AİHM’nin Kürtaajla İlgili Kararlarındaki Etkinlik İradesi ve Toplumsal Cinsiyet İlişkisi”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2018/3.
- KOIVUSALO, Meri, “Küresel Sağlık Politikalarının Biçimlenişi”, **Kapitalizmde Sağlık Sağlıksızlık Semptomları**, Hazırlayanlar: Leo Panitch-Colin Leys, Çev. Umut Haskan, Yordam Kitap, ss. 302-317, 2011.
- KOVANCI, Onur, **Kapitalizm, Yoksulluk ve Yoksullukla Mücadelede Tarihsel Bir Deneyim: İngiliz Yoksul Yasaları**, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, Tezler Dizisi: 14, Ankara 2003.
- KUÇURADI, İonna, “İnsan Onuru Kavramı ve İnsan Hakları”, **İnsan Hakları: Kavramları ve Sorunları**, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, ss. 69-76, Ankara 2007.
- _____, “Adalet Kavramı”, **Adalet Kavramı**, (Ed.) Adnan Güriz, Türk Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara 2008.
- _____, “Küreselleşme, Sosyal Adaletsizlik ve Sosyal Haklar”, **Anayasal Sosyal Haklar (Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye)**, (Ed.) İbrahim Ö. Kaboğlu, Legal Yayınları, İstanbul 2012.
- _____, “Felsefe ve İnsan Hakları”, **İnsan Haklarının Felsefi Temelleri**, Yayına Hazırlayan: İonna Kuçuradi, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, 4. baskı, ss.73-80, Ankara 2016.
- _____, **Uludağ Konuşmaları**, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, 7. baskı, Ankara 2019.
- _____, **İnsan ve Değerleri**, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, 8. baskı, Ankara 2020.
- KUKURA, Elizabeth, Obstetric Violence, **The Georgetown Law Journal**, Vol. 106, ss. 721-801, 2018.
- KYMLICKA, Will, **Çağdaş Siyaset Felsefesine Giriş**, (Çev.) Ebru Kılıç, 2. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2006.
- LAMPREA, Everaldo, FORMAN, Lisa, CHAPMAN, Audrey R., “Structural Reform Litigation, Regulation and the Right to Health in Colombia,” **Comparative Law and Regulation: Understanding the Global Regulatory Process**, (Eds.) Francesca Bignami and David Zaring, Northampton, MA: Edward Elgar Publishing, ss. 350-351, 2016.
- LANGFORD, Malcolm, (Ed.), **Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law**, Cambridge University Press, 2008.
- LANGFORD, Malcolm, BHATTARAI, Ananda Mohan, “Constitutional Rights and Social Exclusion in Nepal”, **International Journal of Minority and Group Rights**, 18 (2011), Martinus Nijhoff Publishers, ss. 387-411, 2011.

- LEIJTEN, Ingrid, “The European Convention on Human Rights and Minimum Core Socio-Economic Rights Protection”, **IXth World Congress of Constitutional Law**, Oslo, 16-20 June 2014.
- LIEBENBERG, Sandra, “The Value of Human Dignity in Interpreting Socio-Economic Rights”, **South African Journal of Human Rights**, Vol. 21, ss.1-31, 2005.
- _____, “South Africa: Adjudicating Social Rights under a Transformative Constitution”, **Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law**, (Ed.) Malcolm Langford, Cambridge University Press, ss.75-101, 2008.
- _____, **Socio-Economic Rights: Adjudication Under a Transformative Constitution**, Cape Town, Juta 2010.
- LEARY, Virginia A., “Implications of a Right to Health”, **Human Rights in the Twenty-first Century: A Global Challenge**, (Eds.) Kathleen E. Mahoney, Paul Mahoney, Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, ss. 481-493, 1993.
- _____, “The Right to Health in International Human Rights Law”, **Health and Human Rights**, Vol. 1, No. 1, ss. 24-56, 1994.
- LEYS, Colin, “Sağlık ve Kapitalizm”, **Kapitalizmde Sağlık-Sağlıksızlık Semptomları**, Hazırlayanlar: Leo Panitch, Colin Leys, (Çev.) Umut Haskan, Yordam Kitap, İstanbul 2011.
- MACKENBACH, J., BAKKER, M., SIHTO, M., DIDERICHSEN, F., “Strategies to Reduce Socioeconomic Inequalities in Health”, (Eds.) J. Mackenbach, M. Bakker, **Reducing inequalities in Health: A European Perspective**, London: Routledge, 2002.
- MANN, Jonathan, “Public Health and Human Rights”, **Human Rights**, Vol. 25, No 4, 1998.
- MANTOUVALOU, Virginia, “The Case for Social Rights”, **Georgetown Public Law Research**, Paper No. 10-18, ss.1-32, April 2010.
- MAPULANGA-HULSTON, Jackbeth K., “Examining the Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights”, **The International Journal of Human Rights**, Vol. 6, No. 4, ss. 29-48, 2002.
- MARGUENAUD, Jean-Pierre, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinde Sosyal Hakların Korunması ve Sözleşmenin Geniş Yorumu”, **Anayasal Sosyal Haklar (Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye)**, (Ed.) İbrahim Ö. Kaboğlu, Legal Yayınları, İstanbul 2012.
- MENGİ, Ayşegül, TURAN, Menaf, “Türkiye’de Çevre Hakkının Gerçekleşmesi: Hidroelektrik Santraller Örneğinde”, **Yeni Kuşak İnsan Hakları**, (Ed.) Kuvılcım Akkoyunlu Ertan, TODAİE Yayınları, ss. 81-110, Ankara 2013.
- METİN, Yüksel, **Anayasanın Yorumlanması**, Ankara 2008.

MOROĞLU, Nazan, EROĞLU, Şükran (Hazırlayanlar), “Kadına Yönelik Şiddetin ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi – İstanbul Sözleşmesi”, **İstanbul Barosu Kadın Hakları Merkezi 8 Mart 2019 Özel Yayımları**, İstanbul 2019.

MOURGEON, Jacques, **İnsan Hakları**, (Çev.) Ayşen Ekmekçi, Alev Türker, İletişim Yayınları, Cep Üniversitesi Dizisi, 2. baskı, İstanbul 1991.

MOULY, Jean, “Büyük Dairenin 12 Kasım 2008 Tarihli Demir ve Baykara Türkiye Kararı, Sosyal Hakların Genişletilmesinde İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi”, **Anayasal Sosyal Haklar Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye**, (Çev.) G. Kurt, (Ed.) İbrahim Ö. Kaboğlu, Legal Yayınları, İstanbul 2012.

MICHALOWSKI, S., “Health Care Law”, **The European Union Charter of Fundamental Rights**, Steve Peers, Oxford, 2004.

MUMCU, Ahmet, KÜZECİ, Elif, **İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri**, Turhan Kitabevi, 8. baskı, Ankara 2019.

NOLAN, Aoife, PORTER, Bruce, LANGFORD Malcolm, “The Justiciability of Social ve Economic Rights: An Updated Appraisal”, **Center For Human Rights and Global Justice Working Paper**, No. 15, New York University School of Law, ss. 7-19, 2007.

NOWAK, Manfred, **Introduction to The International Human Rights Regime**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2003.

NUHOĞLU; Ayşe, “İstanbul Sözleşmesi ve Cinsel Suçlar”, **İstanbul Barosu Kadın Hakları Merkezi 8 Mart 2019 Özel Yayımları**, Hazırlayanlar: Moroğlu, Nazan, Eroğlu, Şükran, İstanbul 2019.

NUSSBAUM, Martha C., **Yapabilirlikler Yaratmak** İnsani Gelişmişlik Yaklaşımı, (Çev.) Selda Somuncuoğlu, İletişim Yayınları, İstanbul 2018.

O’CONNELL, Paul, KATROUGALOS, George, “Fundamental Social Rights”, **Routledge Handbook of Constitutional Law**, (Eds.) Mark Tushnet, Thomas Fleiner, Cheryl Saunders, London&New York, Routledge 2013.

ODER, Bertil Emrah, “Devletin Olumlu Edimini Gerektiren Sosyal Hakların Anayasal Düzeyde Korunması ve Yargısal Tutumlar”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, ss.199-233, 2008/1.

_____, **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri**, Beta Yayınları, İstanbul 2010.

OTTO, Dianne, “Defending Women’s Economic and Social Rights: Some Thoughts on Indivisibility and a New Standard of Equality”, **Giving Meaning to Economic, Social and Cultural Rights**, (Eds.) Isfahan Merali, Valerie Oosterveld, ss.52-70, 2001.

- ODALLO, Beatrice, OPONDO, Evelyn, ONYANGO, Martin, “Litigating to Ensure Access to Quality Maternal Health Care for Women and Girls in Kenya”, **Reproductive Health Matters** 26(53), ss.123–129, 2018.
- ÖKTEM, M. Niyazi, **Özgürlük Sorunu ve Hukuk**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1977.
- ÖRÜCÜ, Esin, “The Core of Rights and Freedoms: the Limit of Limits”, **Human Rights: From Rhetoric to Reality**, (Eds.) Tom Chambell vd., Great Britain, Basil Blackwell, ss. 37-59, 1986.
- ÖZBUDUN Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, 19. baskı, Ankara 2019.
- ÖZDEK, Yasemin, **İnsan Hakkı Olarak Çevre Hakkı**, TODAİE Yayınları, Yayın No: 321, Ankara 1993.
- _____, “1990’larda İnsan Hakları: Sorunlar ve Yönelimler”, **İnsan Hakları Yılığ**, C. 15, Ankara 1993.
- _____, **Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye**, TODAİE Yayınları, Ankara 2004.
- _____, “Marksizm ve Haklar”, **Kuramsal ve Tarihsel Boyutlarıyla Hak Mücadeleleri**, (Eds.) Yalçın Bürkev, Metin Özügürlü, Yasemin Özdek vd., C. I, 2. Baskı, ss. 51-88, NoteBene Yayınları, Ankara 2011.
- ÖZKAN DUVAN, “Ayşe, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 2. Maddesi Çerçevesinde Yaşam Hakkının Korunmasında Devletin Yükümlülüğü”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 24, S. 2, ss.660-681, 2018.
- ÖZTEK, Zafer, “Temel Sağlık Hizmetleri 1978-2018”, **Halk Sağlığı Uzmanları Derneği Yayını**, 2018.
- PEERZADE, Rabia İlay, **Uluslararası Hukukta Gıda Hakkı**, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2019.
- PEKCANITEZ, Hakan, Mukayeseli Hukukta Medeni Yargıda Verilen Kararlara Karşı Anayasa Şikâyeti, **Anayasa Yargısı** 12, 1995.
- PIOVESAN, Flavia, “Impact and Challenges of Social Rights in the Courts”, **Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law**, (Ed.) Malcolm Langford, 2008.
- PUTA-CHEKWE, Chisanga, FLOOD, Nora, “From Division to Integration: Economic, Social and Cultural Rights as Basic Human Rights”, **Giving Meaning to Economic Social and Cultural Rights**, (Eds.) Isfahan Merali, Valeria Oosterveld, 2001.
- QUINN, Gerard, et al., **Human Rights and Disability: The Current Use and Future Potential of United Nations Human Rights Instruments in the Context of Disability**, United Nations, New York / Geneva 2002.

- RAES, Koen, “The Philosophical Basis of Social, Economic and Cultural Rights”, **Social, Economic and Cultural Rights: An Appraisal of Current European and International Developments**, (Eds.) Peter Van der Auweraert vd., Antwerpen-Apeldoorn, ss. 43-53, 2002.
- RAND, Ayn, “İnsan(ın) Hakları”, Ed. Atilla Yayla, **Sosyal ve Siyasal Teori**, Siyasal Kitabevi, Ankara 1993.
- RAO, Mohan, “Herkes İçin Sağlık ve Neoliberal Küreselleşme: Bir Hint İllüzyonu”, **Kapitalizmde Sağlık Sağlıksızlık Semptomları**, Hazırlayanlar: Leo Panitch-Colin Leys, (Çev.) Umut Haskan, Yordam Kitap, ss. 285-301, 2011.
- ROBERTSON, A.H., MERRILLS, J.G., **Human Rights in the World: An Introduction to the Study of The International Protection of Human Rights**, Fourth Edition, Manchester University Press, Manchester - New York 1996.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques, **İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı**, (Çev.) R. Nuri İleri, Say Yayınları, 10. baskı, İstanbul 2009.
- _____, **Toplum Sözleşmesi**, Çev. Vedat Günyol, Türkiye İş Bankası Yayınları, 13. baskı, İstanbul 2015.
- RASMUSSEN, Douglas B., **Haklar, Hukuk ve Ahlak**, (Çev.) Mustafa Erdoğan, Liberal Düşünce, C. 9, S. 36, Güz 2004.
- RAWLS, John, **Bir Adalet Teorisi**, (Çev.) Vedat Ahsen Coşar, Phoenix Yayınları, 3. baskı, Ankara 2020.
- _____, **Hakkaniyet Olarak Adalet**, (Ed.) Erin Kelly, (Çev.) Osman Baş, Pinhan Yayınları, 2020a.
- ROGERS, Naomi, “A History of The World Health Organization”, New Haven, **Yale University Global Health Course**, 2008.
- RUGER, Jennifer Prah, “Health and Social Justice”, **Lancet**, Vol. 364, s. 1075-1080, 2004.
- _____, “Toward a Theory of a Right to Health: Capability and Incompletely Theorized Agreements”, **Yale Journal of Law & Humanities**, Vol. 18: 273, ss. 273-326, 2006.
- SABUNCU, Yavuz, **Anayasa’ya Giriş**, İmaj Yayınları, 4. baskı, Ankara 1996.
- SAĞLAM, Fazıl, “Temel Hakların Sınırlanması ve Özü”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını**, No: 506, Ankara 1982.
- SANCAR, Mithat, **Temel Hakların Yorumu**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1995.
- _____, **“Devlet Aklı” Kısacasında Hukuk Devleti**, İletişim Yayınları, 5. baskı, İstanbul 2010.
- SAYGILI, Abdurrahman, **Kutsallık ve Rasyonellik Sarkacında Devlet**, İmaj Yayınları, Ankara 2014.

- _____, “Yaşama Hakkı Üzerine Düşünceler”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, (10)2, ss. 539-547, 2019.
- SAVCI, Bahri, **İnsan Hakları (Kanunilik Yolu İle Korunması)**, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik T.A.O., Ankara 1953.
- SCHEININ, Martin, “Economic and Social Rights as Legal Rights”, **Economic, Social, and Cultural Rights A Textbook**, (Eds.) Asbjørn Eide, Catarina Krause & Allan Roses, Second Revised Edition, Martinus Nijhoff Publishers, ss. 29-54, Dordrecht/Boston/London 2001.
- _____, “Justiciability and the Indivisibility of Human Rights”, **The Road to a Remedy: Current Issues in the Litigation of Economic, Social and Cultural Rights**, (Eds.) John Squires, Malcolm Langford, Bret Thiele, Sydney, University of South Wales Press, 2005.
- SCOTT, Craig, ALSTON, Philip, “Adjudicating Constitutional Priorities in a Transnational Context: A Comment on Soobermoney’s Legacy and Grootboom’s Promise”, **South African Journal of Human Rights**, Vol. 16, 2000.
- SCOTT, Craig, “The Interdependence and Permeability of Human Rights Norms: Towards a Partial Fusion of the International Covenants on Human Rights”, **Osgoode Hall Law Journal**, Vol. 27, No. 4, 1989.
- SEN, Amartya, **Development as Freedom**, New York: Knopf, 2000.
- SEPULVEDA MAGDALENA, Carmano, VAN BANNING, Teo, GUDMINDSDOTT, Gudrun D., CHAMOUN, Christine, VAN GENUGTEN, W.J.M., **Human Rights Reference Handbook**, University for Peace, 2004.
- SEVER, Dilşad Çiğdem, “Yargı Kararlarında Sağlık Hizmetlerinden Yararlanma Hakkı”, **Sosyal Adalet İçin İnsan Hakları: Sosyal Haklar**, (Eds.) Kuvılcım Akkoyunlu Ertan – Filiz Kartal – Yeliz Şanlı Atay, TODAİE Yayınları, Ankara 2014.
- _____, “Sağlık Hakkının Tanımlanması ve Mahkemelerce Kullanılması”, **Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları**, (Eds.) Özge Yücel, Gürkan Sert, Seçkin Yayınları, ss.73-102, Ankara 2018.
- SHAW, Mary, DORLING, Danny, SMITH, George Davey, “Yoksulluk, Toplumsal Dışlanma ve Azınlıklar”, **Sağlığın Sosyal Belirleyicileri**, (Eds.) Michael Marmot, Richard G. Wilkinson (Çev. Eds.) İlker Kayı, Yeşim Yasin, İNSEV Yayınları, İstanbul 2009.
- SHUE, Henry, **Basic Rights: Subsistence, Affluence and U.S. Foreign Policy**, Princeton, Princeton University Press, Second Edition, 1996.
- _____, “Temel Hakların Evrenselliği”, **İnsan Haklarının Felsefi Temelleri**, Yayına Hazırlayan: İonna Kuçuradi, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, ss. 39-65, Ankara 2016.

- ŠIMONOVIC, Dubravka, UN Human Rights Council, Special Rapporteur on Violence against Women. UN Secretary General, **A human rights-based approach to mistreatment and violence against women in reproductive health services with a focus on childbirth and obstetric violence**, UN Doc A/74/137, 2019.
- SINGH, Jerome Amir, GOVENDER, Michelle, MILLS, Edward J., “Health and Human Rights 2, Do Human Rights Matter to Health”, **Lancet**, ss. 521-527, 2007.
- SSENYONJO, Manisuli, **Economic Social and Cultural Rights in International Law**, Hart Publishing, 2009.
- SUDARSHAN, Ramaswamy, “Courts and Social Transformation in India”, **Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?**, (Eds.) Roberto Gargarella, Pilar Domingo, Thenus Roux, Hampshire & Burlington, ss.153-168, Ashgate 2006.
- SMITH, George Davey, **Health Inequalities: Lifecourse Approaches**, Bristol, The Policy Press, 2003.
- SEYMEN ÇAKAR, Ayşen, **Sosyal Hakların Gerçekleştirilebilirliği**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018.
- _____, “Sosyal Hakların Gerçekleştirilmesinin Amerikan Devletleri Örgütü Sisteminde Denetimi”, **Bilecik Şeyh Edebali Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, C. 3, S. 2, 2018a.
- SERT, Gürkan, “Hasta Hakları”, **Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları**, (Eds.) Özge Yücel, Gürkan Sert, Seçkin Yayınları, ss.125-153, Ankara 2018.
- SERT, Gürkan, NARMAN, İrem, ERKAN, Oktay, EMRE, Özge, ÖZDEN, Ebru, TURSUN, Naz, BAŞAR, Yunus, “Cinsel Sağlık ve Üreme Sağlığında Haklar Ekonomik Kültürel Haklar Sözleşmesi’nin 22 No’lu Yorumu (2016)”, **Türkiye Biyoetik Dergisi**, Vol. 6, No. 2, ss. 65-81, 2019.
- SOYSAL, Mümtaz, **100 Soruda Anayasanın Anlamı**, Gerçek Yayınları, 8. baskı, Ankara 1990.
- SUNSTEIN, Cass R., “Against Positive Rights”, **Western Rights? Post-Communist Application**, (Ed.) Andras Sajó, Hague, Kluwer Law International, ss. 225-232, 1996.
- SUR, Melda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Sendika Hakkı, **İnsan Hakları Yıllığı**, C. 16, 1994.
- _____, Sosyal Hakların Uluslararası Alanda Korunma Sistemleri, **İnsan Hakları Yıllığı**, C.19-20, 1997-1998.
- STEINER, Henry J., ALSTON, Philip, **International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals**, Oxford University Press, Second Edition, 2001.
- STRAUSS, Leo, “Tabii Hak ve Tarih”, **Devlet Kuramı**, (Der.) Cemal Bâli AKAL, Dost Kitabevi, 4. baskı, Ankara 2013.

ŞAHİN, “Adil, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Ekonomik Sosyal ve Kültürel Hakların Niteliği Bağlamında Sağlık Hakkının Kapsamı Üzerine Bir İnceleme”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 59 (4), ss.711-766, 2010.

ŞAYLAN, Gencay, **Değişim, Küreselleşme ve Devletin Yeni İşlevi**, İmge Kitabevi, 2. baskı, 2003.

_____, **Postmodernizm**, İmge Kitabevi, 4. baskı, Ankara 2009.

ŞENEL, Alaeddin, **İnsanlık Tarihi Boyunca İnsan Hakları Demokrasi İlişkisi**, İzmir Barosu Yayını, İzmir 1996.

_____, **Siyasal Düşünceler Tarihi**, Gözden Geçirilmiş 2. baskı, Ankara 2010.

ŞİMŞEK, Altın Aslı, **Sosyal Devlet İlkesinin Hukukî Değeri**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2015.

ŞİRİN Tolga, “Bir İhtimal Daha Var O da Ölmek mi Dersin? (Sosyal İnsan Haklarının Anayasa Şikâyeti Yoluyla Dava Edilebilirliği Lehine Tezler ve Öneriler)”, **Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu VI. Anadolu Üniversitesi 13-14 Kasım 2014 Bildiri Kitabı**, Petrol İş Yayınları, İstanbul 2014.

_____, “Türk Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Türkiye Uygulamasının Almanya ve Strazburg Ekseninde Karşılaştırılması**, Hazırlayanlar: Ece Göztepe, Mustafa Mert Alpbaz, On İki Levha Yayınları, ss.25-107, İstanbul 2017.

TAHMAZOĞLU ÜZELTÜRK, Sultan, **Anayasa Hukuku Açısından Sağlık Hakkı (Ulusal ve Uluslararası Boyutuyla)**, Legal Yayınları, İstanbul 2012.

TALAS, Cahit, “Harp Sonu Anayasalarda Sosyal Haklar”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C. 1, Ankara 1956.

_____, **Türkiye’nin Açıklamalı Sosyal Politika Tarihi**, Ankara 1992.

_____, “Sosyal Haklar ve Türk Anayasalarında Sosyal Hakların Evrimi”, **İnsan Hakları Yıllığı**, C. 3-4, ss. 38-76, Ankara 1981-1982.

TANÖR, Bülent, **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, May Yayınları, İstanbul 1978.

_____, **Türkiye’de İnsan Hakları Sorunu**, BDS Yayınları, İstanbul 1990.

_____, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980)**, Yapı Kredi Yayınları, 25. baskı, İstanbul 2015.

TARLOV, A., “Social determinants of health: the sociobiological translation”, **Health and Social Organization**, (Eds). D.In Blane, E. Brunner, R. Wilkinson, London: Routledge 1996.

TATU, Daniela, **Medical Negligence: In the Case-Law of the European Court of Human Rights**, Key Editore, Milano 2018.

TAYLOR, Allyn Lise, "Making the World Health Organization Work: A Legal Framework for Universal Access to the Conditions for Health", **American Journal of Law and Medicine**, Vol. 18, No. 4, ss. 338-344, 1992.

TEMİZ, Özgür, **Türk Hukukunda Sağlık Hakkı ve Bir Kamu Hizmeti Olarak Sağlık**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2013.

_____, "Türk Hukukunda Bir Temel Hak Olarak Sağlık Hakkı", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C. 69, No. 1, ss.165-188, 2014.

TENGLAND, Per Anders, "Health and Capabilities: a Conceptual Clarification", **Medicine Health Care and Philosophy** 23, ss. 25-33, 2020.

TEPE, Harun, "Sosyal Haklar ve İnsan Hakları: Sosyal ve Ekonomik Haklar Olmadan İnsan Hakları Korunabilir mi?", **Uluslararası Sosyal Haklar Sempozyumu**, Belediye İş Sendikası Yayınları, ss. 97-104, Ankara 2009.

_____, "Giriş", **İnsanın Kosmostaki Yeri**, Max Scheler, (Çev.) Harun Tepe, BilgeSu Yayınları, Ankara 2012.

_____, "İnsan Hakları ve Evrensellik Tartışması", **Yeni Kuşak İnsan Hakları** İçinde, Ed. Kıvılcım Akkoyunlu Ertan, TODAİE Yayınları, ss. 3-21, Ankara 2013.

_____, "İnsan, İnsan Onuru ve İnsan Hakları", **Antalya Bilim Üniversitesi İnsan Onuru ve İnsana Saygı Sempozyumu**, (Eds.) Sezgin Seymen Çebi, Kerem Öz, Adalet Yayınları, Ankara 2019.

TERWINDT, Carolijn, "Health Rights Litigation Pushes for Accountability in Clinical Trials in India", **Health and Human Rights Journal**, Vol. 16, No. 2, ss. 84-95, December 2014.

TEZCAN, Durmuş, ERDEM, Mustafa Runa, SANCAKDAR, Oğuz, ÖNOK, Rıfat Murat, **İnsan Hakları El Kitabı**, Seçkin Yayınları 4. baskı, Ankara 2011.

THOMPSON, Edward P., **İngiliz İşçi Sınıfının Oluşumu**, Birikim Yayınları, İstanbul 2004.

TOBIN, John, **The Right to Health in International Law**, Oxford University Press, 2012, Reprinted 2013.

TOEBES, Brigit, **The Right to Health as a Human Right in International Law**, Intersentia/Hart, 1999.

_____, "The Right To Health", **Economic, Social, and Cultural Rights A Textbook**, (Eds.) Asbjørn Eide, Catarina Krause, Allan Roses, Second Revised Edition, Martinus Nijhoff Publishers, ss.169-190, Dordrecht/Boston/London 2001.

_____, "The Right to Health and the Privatization of National Health Systems: A Case Study of the Netherlands", **Health & Human Rights**, Vol. 9, No. 1, s.102-127, 2006.

- TOPÇU, Erol, **Bir İnsan Hakkı Olarak Su Hakkı**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2009.
- TUNAYA, Tarık Zafer, **Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku**, 4. baskı, İstanbul 1980.
- Türk Tabipleri Birliği, “Prof. Dr. Nusret Fişek’in Kitaplaşmamış Yazıları-I”, **Sağlık Yönetimi** http://www.ttb.org.tr/n_fisek/kitap_1/33.html (Erişim Tarihi: 21 Mart 2020).
- United Nations Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, **Frequently Asked Questions on a Human Rights-Based Approach to Development Cooperation**, New York and Geneva 2006.
- UYAR, Lema (Der. ve Çev.), **Birleşmiş Milletler’de İnsan Hakları Yorumları: İnsan Hakları Komitesi ve Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, 1981-2006**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2006.
- UYGUN, Oktay, “İnsan Hakları Kuramı”, **İnsan Hakları**, Cogito, Yapı Kredi Yayınları, ss. 13-44, İstanbul 2000.
- _____, **1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1992.
- UYGUR, Gülriz, **Hukukta Adaletsizliği Görmek**, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara 2013.
- WEALE, Albert, “Between the Highest and the Attainable? Reflections on the Right to Health”, **Essex Human Rights Review**, Vol. 5, No. 1, ss.1-4, 2008.
- VIERDAG, E. W., “The Legal Nature of the Rights Granted by the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, **Netherlands Yearbook of International Law**, Vol. 9(1), ss. 69-105, 1978.
- VILLARREAL, Pedro, “The Direct Justiciability of the Right to Health at the IACtHR – What is the Added Value?” **Völkerrechtsblog**, 2018.
- WILKINSON, Richard, **Unhealthy Societies: The Afflictions of Inequality**, Routledge, London&New York 1996.
- _____, **The Impact of Inequality: How to Make Sick Societies Healthier**, New York: The New Press, 2005.
- WHITE, Seodi, “Extreme Poverty and Its Impacts on Women’s Vulnerability to HIV Transmission: A Right Issue”, **The International Journal of Human Rights**, Vol. 14, No. 1, ss. 75-91, 2010.
- YALMAN, Galip L., “Devlet”, **Siyaset Bilimi, Kavramlar İdeolojiler, Disiplinler Arası İlişkiler**, Hazırlayanlar: Gökhan Atılğan, E. Attila Aytekin, Yordam Kitap, 4. baskı, İstanbul 2014.

YAMIN, Alicia Ely, “The Right to Health Under International Law and Its Relevance to the United States”, **American Journal of Public Health**, Vol. 95, No. 7, ss. 1156-1161, 2005.

_____, “The Future in the Mirror: Incorporating Strategies for the Defense and Promotion of Economic, Social and Cultural Rights into the Mainstream Human Rights Agenda”, **Human Rights Quarterly** 27, No. 4, ss.1200-1244, 2005.

_____, “Will We Take Suffering Seriously? Reflections on What Applying a Human Rights Framework to Health Means and Why We Should Care”, **Health and Human Rights**, 10, No. 1, ss. 45-63, 2008.

_____, “Promoting Equity in Health: What Role for Courts?”, **Health and Human Rights Journal**, Vol. 16, No. 2, ss. 1-9, December 2014.

_____, “Struggles For Human Rights in Health in An Age Of Neoliberalism: From Civil Disobediences To Epistemic Disobediences”, **Journal of Human Rights Practice**, 11, ss. 357-372, 2019.

YAYLA, Atilla, “İnsan Haklarının Kavramsal ve Aktüel Anlamı”, **Liberal Bakışlar**, Bahar ss. 95-118, 1991.

YOLCU, Serkan, **Anayasa Yargısında Sosyal Hakların Korunması**, Seçkin Yayınları, Ankara 2018.

YOUNG, Katherine G. “The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content”, **The Yale Journal of International Law**, Vol. 33, ss.113-175, 2008.

YÜCEL, Özge, “Sağlık ve Tıp Hukukuna İlişkin Temel Kavramlar ve Özneler”, **Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları**, (Eds.) Özge Yücel, Gürkan Sert, Seçkin Yayınları, ss. 23-46, Ankara 2018.

YÜCEL DERİCİLER, Özge, **Sosyal Haklar ve İnsan Hakları Hukuku Çerçevesinde Devletin Yükümlülükleri: Refah Devletinin Krizi Ekseninde Bir İnceleme**, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2014.

_____, “AIHM İçtihatları Çerçevesinde Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı Bağlamında Sağlık Hakkının Korunması”, **6. Sosyal İnsan Hakları Sempozyumu**, 119, Petrol-İş, 2014a.

_____, “Yaşamaya Elverişli Konut Hakkı ve BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesinin I.D.G.-İspanya Kararı”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 13, S.163, ss. 215-232, Mart 2018.

YÜKSEL, Mehmet, **Modernite ve Postmodernite ve Hukuk**, Siyasal Kitabevi, 2. baskı, Ankara 2004.

YÜKSEL, Metin, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlığın Korunması ile İlgili Olarak Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler”, **Uluslararası İlişkiler**, C. 7, S. 27, ss. 111-132, Güz 2010.

YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, “İnsan Haklarının Ulusal Düzeyde Korunması”, **İnsan Hakları**, (Ed.) Korkut Tankuter, Yapı Kredi Yayınları, ss. 397-406, İstanbul 2000.

ZABUNOĞLU, Yahya Kazım, **Bir Hukuk ve Siyaset Bilim Problemi Olarak Devlet Kudretinin Sınırlanması**, Ajans-Türk Matbaası, Ankara 1963.

ZABUNOĞLU, H. Gökçe, “Kültürel Görecelik ve İnsan Haklarının Evrenselliği”, **Zabunoğlu Armağanı**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 316, ss.789-812, Ankara 2011.

ZAMPAS, Chiristina, AMIN, Avni, O’HANLON, Lucinda, BJERREGAARD, Alisha, MEHRTASH, Hedieh, KHOSLA, Rajat, TUNÇALP, Özge, “Operationalizing a Human Rights-Based Approach to Address Mistreatment against Women during Childbirth”, **Health and Human Rights Journal**, Vol. 22, No. 1, ss. 251- 264, June 2020.

ZAZZARON, Laura, “Obstetric Violence as Violence Against Women a Focus South America”, Università Ca’Foscari Venezia, **Master’s Degree Programme Final Thesis**, 2016-2017.

Uluslararası Belgeler, Genel Yorumlar, Tavsiyeler, Kararlar, Raporlar vd.:

CESCR, “Limburg Principles on the Implementation of the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, **Human Rights Quarterly**, Vol. 9, No 2, ss. 122-135, 1987.

CESCR, “The Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights”, **Human Rights Quarterly**, Vol. 20, No 3, ss. 691-704, 1998.

CESCR, General Comment No. 1: Reporting by States parties, 24.02.1989.

CESCR, General Comment No. 2: International technical assistance measures (article 22), 14.12.1990.

CESCR, General Comment No. 3: The Nature of States Parties’ Obligations **UN Doc. E/1991/23**, Annex III, UN E.S.C.O.R., Supp. (No: 3), 14.12.1990.

CESCR, General Comment No. 4: The right to adequate housing (article 11(1) of the Covenant), 1991.

CESCR, General Comment No. 5: Persons with diasabilities, 09.12.1994.

CESCR, General Comment No. 6: The economic, social and cultural rights of older persons (1995, Annex IV).

CESCR, General Comment No. 7: The right to adequate housing (article 11(1) of the Covenant), Forced evictions, 16.05.1997.

CESCR, General Comment No 9: The domestic application of the Covenant, **UN Doc. E/C.12/1998/24**, 03.12.1998.

CESCR, General Comment No 12: The right to adequate food (article 11), **UN Doc. E/C.12/1999**, 12.05.1999.

CESCR, General Comment No 14: The right to the highest attainable standard of health, **UN Doc E/C/12/2000/4**, 11 August 2000.

CESCR, General Comment No 15: The right to water, **UN Doc C/C.12/2002/11**, 20.01.2003.

CESCR, General Comment No 20: Non-discrimination in economic, social and cultural rights (art. 2, para. 2, of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), **UN Doc E/C/12/GC/20**, 02.07.2009.

CESCR, General comment No. 22: on the right to sexual and reproductive health (article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), **UN Doc E/C.12/GC/22**, 2016.

CESCR Report on the sixty-fifth and sixty-sixth sessions, (18.02–08.03.2019, 30.09–18.10.2019), **E/2020/22, E/C.12/2019/3**, 2020.

CESCR, Report on the sixty-fifth and sixty-sixth sessions, (18 February–8 March 2019, 30 September–18 October 2019), **E/2020/22, E/C.12/2019/3**, 2020.

CESCR, Statement on the coronavirus disease (Covid-19) pandemic and economic, social and cultural rights, **UN Doc E/C.12/2020/1**, 06.04.2020.

CESCR, Statement on universal and equitable access to vaccines for the coronavirus disease (Covid-19), **UN Doc E/C.12/2020/2**, 15.12.2020.

CESCR, Statement on universal affordable vaccination against coronavirus disease (Covid-19), international cooperation and intellectual property, **UN Doc E/C.12/2021/1**, 23.04.2021.

CEDAW Committee, General Recommendation No 14: Female Circumcision, **UN Doc. A/45/38**, 02 February 1990.

CEDAW Committee Recommendation No 15, **Women and AIDS**, 1990.

CEDAW Committee, General Recommendation No 18, **Disabled Women**, 1992.

CEDAW Committee, General Recommendation No 19, **Violence against women**, 1992.

CEDAW Committee, General Recommendation No 24, **Women and Health**, **UN Doc A/54/38**, 1999.

CEDAW Committee, General Recommendation No 35 on gender-based violence against women, updating general recommendation No. 19, **UN Doc CEDAW/C/GC/35**, 26 July 2017.

Commission on Human Rights, The Right of Everyone to the Highest Attainable Standard of Health, Res 2002/31, **UN Doc E/CN.4/RES/2002/31**, 22 April 2002.

Human Rights Committee, General Comment No 6: Article 6 (The right to life), 30.04.1982.

Human Rights Committee, General Comment No 7: Article 7 (Torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment), 30.05.1982.

- Human Rights Committee, General Comment No 14: (The right to life) Article 6, 1984.
- Human Rights Committee, General Comment No 17: Rights of the child (article 24), 1989.
- DSÖ Anayasası Başlangıç kısmı.
<http://www.tiphukuku.org.tr/icerik.php?gid=169&cat=29>,
- DSÖ, Alma-Ata Bildirgesi, <http://195.142.135.65/who/ALMAATA.HTM>
- _____, Sağlık ve İnsan Hakları Üzerine 25 Soru 25 Cevap, 2002.
- _____, **Sağlık Sosyal Belirleyicilerine Yönelik Eylemler: Önceki Deneyimlerden Elde Edilenler**, 2010, (Çev.) Turkish Healthy Cities Association 2019.
<https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/44488/9786058079519-tur.pdf?sequence=8&isAllowed=y> (Erişim Tarihi: 30 Nisan 2020).
- Council of Europe Committee on Equality and Non-Discrimination, **Obstetrical and Gynaecological Violence, Doc. 14965**, 2019; Council of Europe Parliamentary Assembly, **Resolution 2306, Obstetrical and Gynaecological Violence**, 3 October 2019.
<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=28236&lang=en> (Erişim Tarihi: 27 Aralık 2020).
- Council of Europe, Committee of Ministers, **Recommendation No. R (98) 7 concerning the Ethical and Organisational Aspects of Health Care in Prison**, 08.04.1998.
- ILO, **C183 Maternity Protection Convention**, 2000,
https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C183 (Erişim Tarihi: 2 Kasım 2020).
- ILO, **Safety and Health at Work**, <https://www.ilo.org/global/topics/safety-and-health-at-work/lang--en/index.htm> (Erişim tarihi: 2 Ağustos 2020).
- International Organization for Migration, **World Migration Report 2020**, Chapter 2, s. 19. <https://www.iom.int/wmr/> (Erişim tarihi: 21 Ekim 2020).
- Institution Building of the United Nations Human Rights Council, **A/HRC/5/21**, HRC Res. 5/1. Annex, para 1(1), 1(2), 18 July 2007.
- Institution Building of the United Nations Human Rights Council, **A/HRC/5/21**, HRC Res. 5/1. I (E).(2) (27).
- International Federation of Gynecology and Obstetrics, **Ethical Issues in Obstetrics and Gynecology**, 2012.
<https://www.glowm.com/pdf/english%20ethical%20issues%20in%20obstetrics%20and%20gynecology.pdf> (Erişim Tarihi: 22 Kasım 2020).
- İlaç Endüstrisi İşverenler Sendikası resmi internet sayfası, Temel Konular, Fiyatlandırma. <http://www.ieis.org.tr/ieis/tr/indicators/32/dunya-ilac-pazari> (Erişim Tarihi: 10 Nisan 2020).

İlaç Endüstrisi İşverenler Sendikası resmi internet sayfası, Temel Göstergeler, Dünya İlaç Pazarı <http://www.ieis.org.tr/ieis/tr/indicators/32/dunya-ilac-pazari> (Erişim Tarihi: 10 Nisan 2020).

OECD, **OECD Pharmaceutical Pricing Policies Project.**

<https://www.oecd.org/health/pharmaceutical-pricing-policy.htm> (Erişim tarihi: 10 Nisan 2020).

The Report of the Special Rapporteur on the Right to Health to the General Assembly 2008.

The Report of the Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, on the Right of Everyone to the Enjoyment of the Highest Attainable Standard of Physical and Mental Health, Mr. Paul HUNT, **A/59/422**, 8 October 2004.

Uluslararası Nüfus ve Kalkınma Konferansı Raporu, (Report of the International Conference on Population and Development), Cairo, 5-13.09.1994 (United Nations Publication, Sales No. E.95.XIII.18).

UN Office of the High Commissioner for Human Rights, **Fact Sheet No.23, Harmful Traditional Practices Affecting the Health of Women and Children**, <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet23en.pdf> (Erişim Tarihi: 12 Nisan 2020).

UN, General Assembly, Sixtieth Session, **Resolution 60/251**, Human Rights Council, adopted Seventy-Second plenary meeting, 15 March 2006.

UN General Assembly, G.A. Res 67/81, **UN Doc A/RES/67/81**, 2012.

UN, Transforming our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development. UN General Assembly, **UN Doc. A/RES/70/1**, 21 October 2015.

UN Human Rights Council, **Basic Facts about the UPR**, <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/UPR/Pages/BasicFacts.aspx> (Erişim Tarihi: 4 Ağustos 2020).

UNICEF, **Female Genital Mutilation/Cutting: A Global Concern** UNICEF, New York, 2016. https://www.unicef.org/media/files/FGMC_2016_brochure_final_UNICEF_SPR_EAD.pdf (Erişim Tarihi: 20 Aralık 2020)

Vienna Declaration and Programme of Action, adopted by the World Conference on Human Rights on 24 June 1993, **UN Doc. A/Conf. 157/24 (Part 1)**, 18 October 1993.

WHO – Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, **The Right to Health, Fact Sheet No 31**, 2008.

WHO Commission on the Social Determinants of Health, **Closing the gap in a generation: health equity through action on the social determinants of health**, 2008, https://www.who.int/social_determinants/thecommission/finalreport/en/ (Erişim Tarihi: 21 Aralık 2020).

- _____, **Human rights and health, Key Facts**, 2017.
- _____, **Declaration of Astana**, (Global Conference on Primary Health Care, Asthana, Kazakhstan, October 2018), https://www.who.int/health-topics/primary-health-care#tab=tab_1 (Erişim Tarihi: 1 Kasım 2020).
- _____, WHO statement, The prevention and elimination of disrespect and abuse during facility-based childbirth, **WHO/RHR/14.23**, 2015.
- _____, **WHO Model List of Essential Drugs**, WHO Drug Information, C. 13, No. 4, 1999.
- _____, **How to Develop and Implement a National Drug Policy**, 2001.
- _____, **World Report on Violence and Health**, (Eds.) Etienne G. KRUG vd., 2002.
- _____, **WHO and UNICEF Global Strategy for Infant and Young Child Feeding**, 2003.
- _____, “A Conceptual Framework For Action On The Social Determinants of Health”, **Social Determinants of Health Discussion Paper 2**, Geneva 2010. https://www.who.int/sdhconference/resources/ConceptualframeworkforactiononSDH_eng.pdf (Erişim Tarihi: 31 Mayıs 2020).
- _____, **Global Action Plan for the Prevention and Control of Noncommunicable Diseases** 2013-2020, 2013. http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/94384/9789241506236_eng.pdf?sequence=1, s.e.t. (Erişim Tarihi: 25 Temmuz 2020).
- _____, **Sexual health, human rights and the law**, 2015.
- _____, **Guidelines for Drinking-Water Quality, 4th Edition**, 2017. <https://www.who.int/publications/i/item/9789241549950> (Erişim Tarihi: 1 Kasım 2020).
- _____, **WHO Global Report on Traditional and Complementary Medicine 2019**, s. 8. <https://dosyamerkez.saglik.gov.tr/Eklenti/30831,whoglobalreportontraditionalandcomplementarymedicine2019pdf.pdf?0> (Erişim tarihi: 02 Nisan 2020).
- _____, **WHO Global Strategy on Health, Environment and Climate Changes**, Geneva 2020. https://www.who.int/health-topics/environmental-health#tab=tab_3 (Erişim tarihi: 2 Kasım 2020).
- _____, **WHO Main Activities**, https://www.who.int/workforcealliance/members_partners/member_list/who/en/ (Erişim Tarihi: 10 Ekim 2020).
- _____, **Trends in Maternal Mortality 2000 to 2017: estimates by WHO, UNICEF, UNFPA, World Bank Group and the United Nations Population Division**, 2019, s. x. <https://www.who.int/reproductivehealth/publications/maternal-mortality-2000-2017/en/> (Erişim tarihi: 20 Eylül 2020).

_____, **Female Genital Mutilation Key Facts**, Bkz.
<https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/female-genital-mutilation>
(Erişim Tarihi: 20 Aralık 2020).

Başvurulan Web Adresleri:

Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Daire Başkanlığı resmi internet sitesi.
<https://inhak.adalet.gov.tr/>

AİHM resmi internet sitesi. <https://hudoc.echr.coe.int/>

Dışışleri Bakanlığı resmi internet sitesi (uluslararası andlaşmalar). <http://ua.mfa.gov.tr/>

UN Human Rights Office of the High Commissioner.
<https://www.ohchr.org/EN/pages/home.aspx>

<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=7281&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5> (Erişim Tarihi: 23 Temmuz 2020).

https://www.equalrightstrust.org/sites/default/files/ertdocs//UN_Resolution_on_protection_of_persons_with_mental_illness.pdf (Erişim Tarihi: 04 Nisan 2020).

<http://www.justice.gov.za/legislation/constitution/SACConstitution-web-eng.pdf> (Erişim Tarihi: 20 Temmuz 2020).

<https://www.coe.int/en/web/european-social-charter/-/several-states-parties-to-the-european-social-charter-marked-by-a-high-levels-of-poverty-in-2017> (Erişim Tarihi: 11 Temmuz 2020).

<https://www.ailevecalisma.gov.tr/media/1318/avrupa-sosyal-%C5%9Fart%C4%B1.pdf>
(Erişim tarihi: 24 Şubat 2020).

<http://conventions.coe.int> (Erişim Tarihi: 12 Temmuz 2020).

<https://data.unicef.org/topic/child-survival/under-five-mortality/> (Erişim Tarihi: 20 Eylül 2020).

<http://www.un.org.tr/humanrights/images/pdf/1-insan-haklari-evrensel-beyannamesi.pdf>
(Erişim Tarihi: 16 Şubat 2020).

<https://www.globalhealthrights.org/health-topics/health-care-and-health-services/asociacion-de-esclerosis-multiple-de-salta-v-ministerio-de-salud-estado-nacional/> (Erişim Tarihi: 3 Mayıs 2020).

<https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CCPR/Pages/CCPRIndex.aspx> (Erişim Tarihi: 24 Mayıs 2020).

<https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CEDAW/pages/cedawindex.aspx> (Erişim Tarihi: 24 Mayıs 2020).

<https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CERD/Pages/CERDIndex.aspx> (Erişim Tarihi: 23 Mayıs 2020).

<https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/CRCIndex.aspx> (Erişim Tarihi: 24 Mayıs 2020).

https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2018/02/07/cocuk_haklari_sozlesmesi_ihtiyari_protokol.pdf (Erişim Tarihi: 24 Mayıs 2020).

<https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/TBPetitions/Pages/HRTBPetitions.aspx> (Erişim Tarihi: 24 Mayıs 2020).

<https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CAT/Pages/CATIntro.aspx> (Erişim Tarihi: 24 Mayıs 2020).

<https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/OPCAT/Pages/OPCATIndex.aspx> (Erişim Tarihi: 24 Mayıs 2020).

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=9&DocTypeID=11 (Erişim Tarihi: 8 Kasım 2020).

<https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx> (Erişim Tarihi: 10 Aralık 2020).

https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CESCR/OHCHR_Map_ICESCR.pdf (Erişim Tarihi: 10 Aralık 2020).

<https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/OPCESCR.aspx> (Erişim Tarihi: 4 Şubat 2020).

<https://juris.ohchr.org/Search/Results> (Erişim Tarihi: 8 Kasım 2020).

<https://juris.ohchr.org/> (Erişim Tarihi: 20 Aralık 2020).

<https://www.dw.com/tr/filozof-ku%C3%A7uradi-insan-ili%C5%9Fkilerini-becermek-marsa-gitmekten-zor/av-55614111> (Erişim Tarihi: 17 Kasım 2020).

Yargısal ve Yarı-yargısal Kararlar (kronolojik sırayla):

1. Ekonomik Sosyal Kültürel Haklar Komitesi

I.D.G. v. Spain, (Communication No. 2/2014), E/C.12/55/D/2/2014, 17.06.2015.

Miguel Ángel López Rodríguez v. Spain, (Communication No. 1/2013), E/C.12/57/D/1/2013, 04.03.2016.

Ben Djazia and others v. Spain, (Communication No. 5/2015), EC/61/D/5/2015E/C.12, 20.06.2017.

Marcia Cecilia Trujillo Calero v. Ecuador, (Communication No. 10/2015), EC/63/D/10/2015e/C.12, 26.03.2018.

S.C. and G.P. v. Italy, (Communication No. 22/2017), E/C.12/65/D/22/2017, 07.03.2019.

López Albán and others v. Spain, (Communication No. 37/2018), EC/66/D/37/2018e/C.12, 11.10.2019.

Rosario Gómez-Limón Pardo v. Spain, (Communication No. 52/2018), EC/67/D/52/2018e/C.12, 05.03.2020.

2. İnsan Hakları Komitesi

F.H.Zwaan-de Veries v. Holland, (Communication No. 182/1984), 09.04.1987.

JB, PD, LS, TM, DP, DS v. Canada, (Communication No. 118/1982), Admissibility, 18.07.1986.

Kalenga v. Zambia, (Communication No. 526/1993), 02.04.1993.

Cabal and Pasini v. Australia, (Communication No. 1020/2001), 06.11.2001.

KNLH v. Peru, CCPR/C/85/D/1153/2003/Rev.1, 14.08.2006.

Nell Toussaint v. Canada, CCPR/C/123/D/2348/2014, Communication No. 2348/2014, 24.07.2018.

3. Engelli Kişilerin Hakları Komitesi

HEG and BG v. Sweden, (Communication No. 3/2011), UN Doc CRPD/C/7/D/83/2011, 19.04.2012.

Mr. X v. Argentina, (Communication No. 8/2012), UN Doc CRPD/C/11/D/8/2012, 11.04.2014.

4. Çocuk Hakları Komitesi

J.A.B. (represented by Fundación Raíces) v. Spain, (Communication No. 22/2017), UN Doc CRC/C/81/D/22/2017, 31.05.2019.

5. CEDAW Komitesi

Szijjarto v. Hungary, (Communication No. 4/2004), CEDAW/C/36/D/4/2004, 14.08.2006.

Alyne da Silva Pimentel Teixeira v. Brazil, (Communication No. 17/2008), CEDAW/C/49/D/17/2008, 10.08.2011.

CEDAW/C/OP.8/PHL/1, 22.04.2015.

6. Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi

A.A.M. v. Switzerland, (Communication No. 50/2012), CERD/C/84/D/50/2012, 18.02.2014.

7. Avrupa Sosyal Haklar Komitesi

The International Federation of Human Rights Leagues (FIDH) v. France, (Decision No 13/2003), 08.09.2004.

International Centre for the Legal Protection of Human Rights “Interights” v. Croatia, (Desicion No 45/2007), 30.03.2009.

8. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

National Union of Belgian Police v. Belgium, (Application No. 4464/70), 27.10.1975.

Swedish Engine Drivers Union v. Sweden, (Application No. 5614/72), 06.02.1976.

Schmidt and Dahlström v. Sweden, (Application No. 5589/72), 06.02.1976.

Brüggemena ve Scheuten v. Germany, (Application No. 6959/75), 19.05.1976

Tyrer v. United Kingdom, (Application No. 5856/72), 25.04.1978.

Airey v. Ireland, (Application No. 6289/73), 09.10.1979.

Winterwerp v. The Netherlands, (Application No. 6301/73), 24.10.1979.

Young, James and Webster v. United Kingdom, (Application No. 7601/76 - 7806/77), 18.10.1982.

X. v. Germany, (Application No. 10565/83), 09.05.1984.

Feldbrugge v. The Netherlands, (Application No: 8562/79), 29.05.1986.

Powel and Rayner v. United Kingdom, (Application No. 9310/81), 21.02.1990.

Tavares v. France, (Application No. 16593/90), 12.09.1991.

Herczegfalvy v. Austria, (Application No. 10533/83), 24.09.1992.

Lopez Ostra v. Spain, (Application No. 16798/90), 09.12.1994.

Taylor, Crampton, Gibson ve King Family v. United Kingdom, (Application No. 23412/94), 30.08.1994.

Işiltan v. Turkey, (Application No. 20948/92), 22.05.1995.

Z. v. Finland, (Application No. 22009/93), 25.02.1997.

M.S. v. Sweden, (Application No. 20837/92), 27.08.1997.

D. v. United Kingdom, (Application No. 30240/96), 02.05.1997.

Scialacqua v. Italy, (Application No. 34151/96), 01.07.1998.

Carlo Boffa and others v. San Marino, (Application No. 26536/95), 15.01.1998.

L.C.B. v. United Kingdom, (Application No. 23413/94), 09.06.1998.

Erikson v. Italy, (Application No. 37900/97), 26.10.1999.

Kudla v. Poland, (Application No. 30210/96), Grand Chamber, 26.10.2000.

Keenan v. United Kingdom, (Application No. 27229/95), 03.03.2001.

Cyprus v. Turkey, (Application No. 25781/94), Grand Chamber, 10.05.2001.

Mouisel v. France, (Application No. 67263/01), 14.11.2002.

Calvelli ve Ciglio v. Italy, (Application No. 32967/96), 17.06.2002.

Nitecki v. Poland, (Application No. 65653/01), 21.03.2002.

Hatton and others v. United Kingdom, (Application No. 36022/97), Grand Chamber, 08.06.2003.

Kyrtatos v. Greece, (Application No. 41666/98), 22.05.2003.

Sentges v. the Netherlands, (Application No. 27677/02), 08.07.2003.

Öneryildiz v. Turkey, (Application No.48939/99), 30.11.2004.

Taşkın and others v. Turkey, (Application No. 46117/99), 10.11.2004.

Moreno Gómez v. Spain, (Application No. 4143/02), 16.11.2004.

Vo v. France, (Application No. 53924/00), Grand Chamber, 08.07.2004.

Enhorn v. Sweden, (Application No. 56529/00), 25.01.2005.

Fadeyeva v. Russia, (Application No. 55723/00), 09.06.2005.

Roche v. United Kingdom, (Application No. 32555/96), Grand Chamber, 19.10.2005.

Nevmerzhitsky v. Ukraine, (Application No. 54825/00), 05.04.2005.

Yıldız v. Turkey, (Application No. 22913/04), 10.11.2005.

Pentiacova ve others v. Moldova, (Application No: 14462/03), 04.01.2005.

L.L. v. France, (Application No. 7508/02), 10.10.2006.

Panteleyenکو v. Ukraine, (Application No. 11901/02), 29.06.2006.

Giocomelli v. Italy, (Application No. 59909/00), 02.11.2006.

Öçkan and others v. Turkey, (Application No. 46771/99), 28.03.2006.

Serifs v. Greece, (Application No. 27695/03), 02.11.2006.

Lemke v. Turkey, (Application No. 17381/02), 05.06.2007.

Tysiac v. Poland, (Application No. 5410/03), 20.03.2007.

Ciorap v. Moldova, (Application No. 12066/02), 19.06.2007.

Khudobin v. Russia, (Application No. 59696/00), 26.01.2007.

Demir and Baykara v. Turkey, (Application No. 34503/97), 12.11.2008.

Armonas v. Lithuania, (Application No. 36919/02), 25.11.2008.

Biriuk v. Lithuania, (Application No. 23373/03), 25.11.2008.

I. v. Finland, (Application No. 20511/03), 17.07.2008.

E.B. v. France, (Application No.43546/02), 22.01.2008

N. v. United Kingdom, (Application No. 26565/05), Grand Chamber, 27.05.2008.

K.H. and others v. Slovakia, (Application No. 32881/04), 28.04.2009.

Uyan v. Turkey, (Application No. 7496/03), 08.01.2009.

G.N. ve others v. Italy, (Application No. 43134/05), 01.12.2009.

Šilih v. Slovenia, (Application No. 71463/01), 09.04.2009.

Oyal v. Turkey, (Application No. 4864/05), 23.03.2010.

Deés v. Hungary, (Application No. 2345/06), 09.11.2010.

A., B. and C. v. Ireland, (Application No. 25579/05), Grand Chamber, 16.12.2010.

V.C. v. Slovakia, (Application No. 18968/07), 08.11.2011.

Kiyutin v. Russia, (Application No. 2700/10), 10.03.2011.

Tâtar v. Romania, (Application No. 67021/01), 10.02.2011.

Dubetska ve others v. Ukraina, (Application No. 30499/03), 10.02.2011.

Elefteriadis v. Romania, (Application No. 38427/05), 25.01.2011.

Ternovszky v. Hungary, (Application No. 67545/09), 14.03.2011.

Mileva and others v. Bulgaria, (Application No. 43449/02, 21475/04), 25.11.2011.

N.B. v. Slovakia, (Application No. 29518/10), 12.06.2012.

Di Sarno and others v. Italy, (Application No. 30765/08), 10.01.2012.

Varapnickaitė-Mažylienė v. Lithuania, (Application No. 20376/05), 17.01.2012.

I.G., M.K. ve R.H. v. Slovakia, (Application No. 15966/04), 13.11.2012.

G.B. ve R.B. v. Moldova, (Application No. 16761/09), 18.12.2012.

Solomakhin / Ukraine, (Application No. 22429/03), 15.03.2012.

M.S. v. United Kingdom, (Application No. 24527/08), 03.05.2012.

Panaiteescu v. Romania, (Application No. 30909/06), 10.04.2012.

Avilkina and others v. Russia, (Application No. 1585/09), 06.06.2013.

Mehmet Şentürk and Bekir Şentürk v. Turkey, (Application No. 13423/09), 09.04.2013.

Csoma v. Romania, (Application No. 8759/05), 15.01.2013.

Çetin v. Turkey, (Application No. 44084/10), 05.03.2013.

L.H. v. Latvia, (Application No. 52019/07), 29.04.2014.

Brincat and others v. Malta, (Application No. 60908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11, 62338/11), 24.07.2014.

Centre For Legal Resources On Behalf of Valentin Câmpeanu v. Romania, (Application No. 47848/08), Grand Chamber, 17.07.2014.

Konovalova v. Russia, (Application No. 37873/04), 09.10.2014.

Hanzelkovi v. Czech Republic, (Application No. 43643/10), 11.03.2015.

Helhal v. France, (Application No. 10401/12), 19.02.2015.

Genç v. Turkey, (Application No. 24109/07), 27.01.2015.

Öztürk v. Turkey, (Application No. 25774/09), 21.07.2015.

Altuğ and others v. Turkey, (Application No. 32086/07), 30.06.2015.

Novruk and others v. Russia, (Application No. 31039/11, 48511/11, 76810/12, 14618/13, 13817/14), 15.03.2016.

Otgon v. Moldova, (Application No. 22743/07), 25.10.2016.

Cojocar v. Romania, (Application No. 74114/12), 22.03.2016.

Aydoğdu v. Turkey, (Application No. 40448/06), 30.08.2016.

Sayan v. Turkey, (Application No. 81277/12), 11.10.2016.

Dubská and Krejzová v. the Czech Republic, (Application No. 28859/11 - 28473/12), 15.11.2016.

Paposhvili v. Belgium, Application No. 41738/10, 13.12.2016.

Kurt and others v. Turkey, (Application No. 50772/11), 01.07.2017.

Lopes de Sousa Fernandes v. Portugal, (Application No. 56080/13), Grand Chamber, 19.12.2017.

İbrahim Keskin v. Turkey, (Application No. 10491/12), 27.03.2018.

Tülay Yıldız v. Turkey, (Application No. 61772/12), 11.12.2018.

Pojatina v. Croatia, (Application No. 18568/12), 04.02.2019.

Mehmet Ulusoy and others v. Turkey, (Application No. 54969/09), 25.06.2019.

Vavříčka and others v. the Czech Republic, (Application No. 47621/13), 08.04.2021.

Terheş v. Romania, (Application No. 49933/20), 20.05.2021.

9. Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu / Mahkemesi

Free Legal Assistance Group et al. v. Zaire, African Commission on Human and Peoples' Rights, Communication No. 25/89, 47/90, 56/91, 100/93, 11.10.1995.

Social and Economic Rights Action Centre (SERAC) and Centre for Economic and Social Rights (CESR) v. Nigeria, African Commission on Human and Peoples' Rights, Communication No. 155/96, 27.10.2001.

Purohit and Moore v. the Gambia, Communication No: 241/2001, African Commission on Human and Peoples' Rights, 29.05.2003.

10. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu / Mahkemesi

Coulter et al. Case v. Brazil, Resolution No 10/85, Case No. 7615, Inter-American Commission on Human Rights, 05.03.1985.

Hernandez Lima v. Guatemala, Case 11.297-28/96, Inter-American Court of Human Rights, 16.10.1996.

Jorge Odir Miranda Cortez et al v. El Salvador, Merits, Case No: 12.249, Admissibility Decision Report No. 27/09, Inter-American Commission on Human Rights, 20.03.2001.

Paul Lallion v. Grenada, Case 11.765, 55/02, Inter-American Commission on Human Rights, 21.10.2002.

Ximenes Lopes v. Brazil, (Merits, Reparations and Costs, Judgment) (ser. C) No. 149, Inter-American Court of Human Rights, 04.07.2006.

Albán Cornejo et al v. Ecuador (Merits, Reparations and Costs), Inter-American Court of Human Rights, 22.11.2007.

The Xákmok Kásek Indigenous Community v. Paraguay, Admissibility Report No. 11/03, Merits Report No. 30/08, Inter-American Court of Human Rights, 24.08.2010.

Case of Suarez Peralta v. Ecuador (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), Inter-American Court of Human Rights, 21.05.2013.

Gonzales Lluy et al v. Ecuador (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), Inter-American Court of Human Rights, 01.09.2015.

Poblete Vilches y otros vs. Chile, (Fondo, Reparaciones y Costas) Corte InterAmericana de Derechos Humanos, 08.03.2018.

Cuscul Piveral y otros vs. Guatemala, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Corte InterAmericana de Derechos Humanos, 23.08.2018.

11. Ulusal mahkeme kararları

Municipal Council, Ratlam v. Shri Vardhichand and others, 1980 AIR 1622, 1981 SCR (1) 97, Supreme Court of India, 29.07.1980.

Francis Coralie Mullin v. Union Territory of Delhi and others, 2 SCR 516, Supreme Court of India, 13.01.1981.

Decision (Acórdão) N° 39/84, Portuguese Constitutional Tribunal, 11.04.1984.

Olga Tellis v. Bombay Municipal Corporation, AIR SC 180, Supreme Court of India, 10.07.1985.

F.K. Hussain v. Union of India, High Court of Kerala, 26.02.1990.

Subhash Kumar v. State of Bihar and others, Supreme Court of India, 09.01.1991.

José Manuel Rodríguez Rangel v. Enrique Chartuny González (Empresas Públicas de Cartagena), Sentencia No. T-406/92, Corte Constitucional de Colombia, 05.06.1992.

General Secretary West Pakistan Salt Miners Labour Union, Khewra, Jhelum v. Director Industries and Mineral Development, Punjab Lahore, SCMR 2061, Supreme Court of Pakistan, 12.07.1994.

Consumer Education and Research Centre v. Union of India, 1 SCR 626, Supreme Court of India, 27.01.1995.

Judgement No T-165/95, The Colombian Constitutional Court, 18.09.1995.

Kirloskar Brothers Ltd. v. Employee's State Insurance Corporation, 2 SCC 682, Supreme Court of India, 24.01.1996.

Paschim Banga Khet Mazdoor Samity ve others v. State of West Bengal and others, AIR SC 2426/1996 4 SCC 37, Supreme Court of India, 06.05.1996.

Mohiuddin Farooque v. Bangladesh, 48 DLR 438, High Court of Bangladesh, 1996.

Vincent Panikulangura v. Union of India, 2 SCC 165 Supreme Court of India, 1987.

Drug Action Forum v. Union of India, 6 SCC 609, Supreme Court of India, 1997.

Mahendra Pratap Singh v. State of Orissa, AIR 1997 Ori 37, Supreme Court of India, 1997.

Thiagraj Soobramoney v. Minster of Health (Kwazulu-Natal), Case CCT 32/97, Constitutional Court of South Africa, 27.11.1997.

State of Punjab v. Ram Lubhaya Bagga, 4 SCC 117, Supreme Court of India, 26.02.1998.

Judgement No T-236/98, The Colombian Constitutional Court, 16.03.1998.

S. K. Garg v. State of Uttar Pradesh and others, High Court of Allahabad, 28.05.1998.

Judgment No SU-225/98, Constitutional Court of Colombia, 20.05.1998.

Viceconte, Mariela Cecilia v. Ministry of Health and Social Welfare, Case No. 31.777/96, Federal Administrative Court of Appeals, 02.07.1998.

Government of the Republic of South Africa and Others v. Irene Grootboom and Others, Constitutional Court of South Africa, Case CCT 11/00, 04.10.2000.

Minster of Health and others v. Treatment Action Campaign and others, (CCT 8/02), ZACC 15, 22.04.2002.

T-671/2002, The Colombian Constitutional Court, 20.08.2002.

Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A. s/accidentes ley 9.688, Argentine Supreme Court, 21.09.2004.

Sentencia T-025 de 2004, Corte Constitucional de Colombia, 06.02.2004.

Ramakant Rai & ANR v. Union of India and others, Writ Petition (Civil) No. 209/ 2003, Supreme Court of India, 06.12.2007.

Prakash Mani Sharma and others v. Government of Nepal and others, SCN Writ No: 064, Supreme Court of Nepal, 04.06.2008.

Nimimaya Maharjan v. His Majesty of Government NKP, 2053, Vol 8, p. 627, Supreme Court of Nepal.

Mendoza, Beatriz Silva and others v. National State and others, M. 1569. XL, Supreme Court of Argentina, 08.07.2008.

Naz Foundation v. Government of NCT of Delhi and others, WP(C) No.7455/2001, High Court of Delhi, 02.07.2009.

Laxmi Mandal v. Deen Dayal Harinagar Hospital and others, W.P.(C)8853/2008, Jautin v. Maternity Home MCD, Jangpura and others, W.P.(C)10700/2009, High Court of Delhi, 04.06.2010.

Piedad Cristina Pena, on behalf of her daughter, Maria Alejandra villa v. Entidad Promotora de Salud, Desicion T 974/10, Corte Constitucional de Colombia, 30.11.2010.

Bayer Corporation & ANR v. Union of India and ORS, LPA 443/2009, High Court of Delhi, 09.02.2010.

Brown, Governor of California et al. v. Plata et al., No. 09–1233, Supreme Court of the United States, 23.05.2011.

Sentencia T-841/11, Corte Constitucional de Colombia, 03.11.2011.

Premlata w/o Ram Sagar and others v. Govt. of NCT Delhi, W.P.(C) 7687/2010 & CM APPL 6265/2011, High Court of Delhi, 13.05.2011.

Court Its Own Motion v. Union of India, WP (5913/2010), High Court of Delhi, 25.05.2011.

Patricia Asero Ochieng and others v. The Attorney General, Petition No. 409 of 2009, High Court of Kenya, 20.04.2012.

Orlandi José Morales Ramos v. Drummond Ltd., Sentencia T-154 de 2013, Corte Constitucional de Colombia, 21.03.2013.

Diaguaita Communities v. Compañía Minera Nevada SpA y Comisión de Evaluación Ambiental, Corte Suprema Chile, 25.09.2013.

Case “Special Care Unit 13” (Pabellón 13) regarding patients with HIV-AIDS v. The National Institute of Respiratory Diseases (INER) and others, Second Chamber of the Supreme Court of Justice of the Nation México, AR 378/2014, 15.10.2014.

Mohd. Ahmed (Minor) v. Union of India, WP (C) 7279/2013, High Court of Delhi, 17.04.2014.

The Attorney General and others v. Dickson Tapela and others, High Court Civil Case No. MAHGB-000057-14 - *The Attorney General and others v. Gift Brendan Mwale*, High Court Civil Case No. UAHGB-000066-15, The Court of Appeal of the Republic of Botswana, 26.08.2015.

Devika Biswas v. Union of India & Ors, Writ Petition (Civil) No: 95 of 2012, Supreme Court of India, 14.09.2016.

Daniel Ng’etich and others v. The Minister For Public Health and Sanitation and others, Petition No: 329 of 2014, High Court of Kenya, 24.03.2016.

KR v. Miscolc County Hospital, EBH/349/2016, Equal Treatment Authority, 05.12.2016.

E.L (Female) v. The Republic Malawi, (Criminal Case No: 36 of 2016) [2016] MWHC 656, High Court of Malawi, 19.01.2016.

JOO (also known as JM) v. Attorney General and others, Petition Case No. 5 of 2014, The High Court Of Kenya, 22.03.2018.

Navtej Singh Johar & Ors v. Union of India and others, WP (C) No. 76 of 2016, The Supreme Court of India, 06.09.2018.

ÖZET

Sağlık hakkı, “her bireyin, hiçbir ayırım gözetilmeksizin erişilebilecek en yüksek fiziksel ve zihinsel sağlık standardına sahip olma hakkı” olarak tanımlanabilir. Başta Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi olmak üzere, uluslararası hukukta temel ve evrensel bir insan hakkı olarak tanınan sağlık hakkı, devlete pozitif ve negatif ödevler yüklemektedir. Bu bağlamda, devletlerin sağlık hakkına saygı gösterme, sağlık hakkını koruma ve gereğini yerine getirme yükümlülüğü bulunmaktadır. Sosyal hakların dava edilebilirliği bağlamında sağlık hakkını irdeleyen bu çalışmada, uluslararası hukukta sağlık hakkının normatif içeriği ve bu alanda devletin genel ve spesifik yükümlülükleri ayrıntılı olarak ortaya konulmaktadır. Dava edilemezlik tezini çürütmek üzere, sağlık hakkıyla ilişkisi bağlamında sosyal adalet/dağıtıcı adaletle ilişkin teorideki temel yaklaşımlar, uluslararası-bölgesel insan hakları denetim-izleme organlarının sağlık hakkını doğrudan ya da dolaylı olarak koruyan kararları ve ayrıca yargısal aktivizm benimseyen karşılaştırmalı hukuktan örnek içtihatlar kapsamlı şekilde analiz edilerek, sağlık hakkının dava edilebilir bir sosyal hak olduğu gösterilmektedir. Sağlık hakkının gerçekleştirilmesi ve etkili olarak güvence altına alınabilmesi için güçlü yargısal korumanın ve sağlık hakkını geliştirici aktivist yargısal tutumların önemi vurgulanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Sosyal Haklar, Sağlık, Sağlık Hakkı, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi, Dava Edilebilirlik.

ABSTRACT

The right to health can be defined as “the right of every individual to enjoy the highest attainable physical and mental health standard without any discrimination”. The right to health, recognized as a fundamental and universal human right in international law, especially in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, implies positive and negative duties on the state. In this context, the state has an obligation to respect the right to health, to protect the right to health and to fulfill its requirements. In this study, which examines the right to health in the context of the justiciability of social rights, the normative content of the right to health in international law and the general and specific obligations of the state in this field are presented in detail. In order to refute the thesis of non-justiciability, the justiciability of the right to health is discussed by analysing the basic approaches in the theory of social justice / distributive justice in the context of its relation to the right to health, the decisions of international-regional human rights treaty auditing-monitoring bodies that directly or indirectly protect the right to health, as well as exemplary case law adopting judicial activism. The importance of strong judicial protection and activist judicial attitudes that improve the right to health are emphasized in order to realize and effectively secure the right to health.

Key Words: Social Rights, Health, Right to Health, The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Justiciability.