

T.C.
İstanbul Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Doktora Tezi

Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Sağlık Hakkı ve
Etkinleştirilmesi

İzzet Mert ERTAN
2502080189

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Mehmet Semih GEMALMAZ

İstanbul, 2012



DOKTORA
TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN

Adı ve Soyadı : İZZET MERT ERTAN

Anabilim/Bilim Dalı : KAMU HUKUKU

Danışman : PROF.DR.MEHMET SEMİH GEMALMAZ

Numarası : 2502080189

Tez Savunma Tarihi : 11.04.2012

Tez Savunma Saati : 14:00

Tez Başlığı : ULUSALÜSTÜ İNSAN HAKLARI HUKUKUNDA SAĞLIK HAKKI VE
ETKİNLEŞTİRİLMESİ

TEZ SAVUNMA SINAVI, Lisansüstü Öğretim Yönetmeliği'nin **35. Maddesi** uyarınca yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin **KABULÜ'NE** OYBİRLİĞİ / ~~OYÇOKLUĞUYLA~~ karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
PROF. DR. MEHMET SEMİH GEMALMAZ		Kabul
PROF. DR. ADEM SÖZÜER		Kabul
PROF. DR. ÖMER EKMEKÇİ		KABUL
PROF.DR.OKTAY UYGUR		Kabul
PROF.DR.AYDIN GÜLAN		Kabul

ÖZ

Bu çalışmada sağlık hakkı ve etkinleştirilmesi ulusalüstü insan hakları hukuku bağlamında incelenmiştir. Çalışma planı dahilinde ilk olarak sağlık hakkının normatif kaynakları ve hakkın özneleri belirlenmekte; bundan sonra ise Devletlerin sağlık hakkına ilişkin yükümlölükleri tespit edilmektedir. Üçüncü bölümde bütünsellik ilkesi çerçevesinde sağlık hakkı ve diğler insan hakları arasındaki ilişki ortaya koyulmaktadır. Nihayet son olarak sağlık hakkının etkinleştirilmesi ve gerçekleştirilmesi önündeki engeller incelenmektedir.

ABSTRACT

The present dissertation focuses on the right to health as an international human right and its effective implementation. According to the working plan first of all it will be sought to designate the normative ground of the right to health as well as the subjects of this right. Secondly State obligations under the right to health shall be determined. In the third section the inter-relation of the right to health and other human rights shall be put forth under the principle of holism. Finally, impediments of the implementation and realization of the right to health shall be analysed.

ÖNSÖZ

Bu çalışmanın tamamlanması yazarının dışındaki birçok kişinin emeği sayesinde mümkün olmuştur. Bu kişilerin en başında tez danışmanım Prof. Dr. Mehmet Semih Gemalmaz gelmektedir. Sayın Gemalmaz, öncelikle konuya ilişkin heyecanımı paylaşmış, bunun yanı sıra değerli vaktini ayırarak düşünsel katkılarıyla ufkumu genişletmiştir. Kendisine müteşekkirim.

Bu çalışmaya ilişkin araştırmaların bir kısmı Max-Planck Karşılaştırmalı Kamu Hukuku ve Uluslararası Hukuk Enstitüsü, Heidelberg/Almanya’da gerçekleştirilmiştir. Bana bu fırsatı sağlayan Enstitü Müdürü Prof. Dr. Armin von Bogdandy’nin yanı sıra ve özellikle kütüphane çalışanlarına teşekkür borçluyum. Yurtdışı araştırmalarımı yapmamı mümkün kılan ekonomik kaynağı, Yüksek Öğretim Kurumu Doktora Araştırma Bursu sağladı. Bunun yanı sıra İÜHF dekanı sayın Prof. Dr. Adem Sözüer, Tinçel Vakfı bursundan yararlanmama olanak tanıdı. Tinçel Vakfı’na ve Prof. Dr. Sözüer’e teşekkür ederim. Bu dönemde edinmiş olduğum arkadaşlarım Buğra Henden, Sare Solaklı ve Michael Reigner’e göstermiş oldukları yakınlık ve yardımları için teşekkürlerimi sunmak isterim.

Yard. Doç. Dr. H. Burak Gemalmaz sert eleştirilerinden bu çalışma sırasında da beni mahrum bırakmadı. Kendisiyle aynı kürsüde bulunmaktan dolayı şanslı ve gururluyum. Değerli oda arkadaşlarım ve meslektaşlarım Araş. Gör. Ubeydullah Türkyılmaz ve Araş. Gör. Ayça Küçük işimi kolaylaştırmak için ellerinden geleni artlarına koymadılar. Yardımlarının karşılığını geri ödeyebilmeyi umarak teşekkür ediyorum.

Dr. Mustafa Gökem Doğan, Barkın Asal ve Cemil Ozansü tezin yazılması sürecinde çok değerli arkadaşlıklarının yanı sıra birçok noktada görüşlerinden yararlanmamı sağladılar. Kendilerine teşekkür borçluyum.

Dr. Seda İrem Çakırca her zaman olduğu gibi, sakin ve sabırlı desteğini bu dönemde de sürdürdü. Emeklerini karşılayamayacağını bilsem de teşekkür ediyorum.

Son olarak beni her zaman destekleyen aileme ise teŖekkürlerin en büyüünü sunmam gerekiyor. Bu zorlu dönemde ilgilerini benden eksik etmediler. Herkesi temsilen Antoine Ozan ve Caroline Nur Hacıhasanoğlu'na teŖekkür ediyorum.

Hiç Ŗüphe yok ki her türlü kusur ya da eksikliğin yükü yazarın üzerindedir.

İÇİNDEKİLER

ÖZ	iii
ABSTRACT	iv
ÖNSÖZ	v
İÇİNDEKİLER	vii
KISALTMALAR	x
GİRİŞ	1
I. SAĞLIK HAKKININ NORMATİF KAYNAKLARI VE HAKKIN ÖZNELERİ..	9
A. Sağlık Hakkına İlişkin Normatif Düzenlemelerin Bilançosu.....	9
1. Uluslararası Düzlemde Üretilen Belgelerde Sağlık Hakkı.....	10
a. Sağlık Hakkının Doğuşu: WHO Anayasası	11
b. İnsan Hakları Manzumesinde Sağlık Hakkı.....	15
c. Diğer BM İnsan Hakları Belgelerinde Sağlık Hakkı.....	19
2. Bölgesel Düzlemde Üretilen Belgelerde Sağlık Hakkı	26
a. Avrupa Konseyi Belgelerinde Sağlık Hakkı	26
b. Amerikan Devletleri Örgütü Belgelerinde Sağlık Hakkı	30
c. Afrika Birliği Örgütü Belgelerinde Sağlık Hakkı	32
B. Öznenin Spesifikleşmesi ve Hakkın Kapsamı Arasındaki İlişki	36
1. Genel Özne: Herkes	36
2. Spesifik Özneler	37
3. Spesifik Öznelerin Etkisi.....	41
C. Ara Sonuç	43
II. YÜKÜMLÜLÜKLER.....	45
A. Genel ve Spesifik Yükümlülükler	46
1. Genel Sözleşmesel Yükümlülükler	46
a. Elverişli Kaynakların Azami Düzeyde Kullanılması	47
b. Aşamalı Gerçekleştirme	48
c. Önlemler Alma	50
d. Uluslararası İşbirliği.....	51
2. Yükümlülük Tipolojileri Paradigmasından Sağlık Hakkının Kapsamı	53

a. Saygı Gösterme Yükümlülüğü	56
b. Koruma Yükümlülüğü	66
c. Edimde Bulunma Yükümlülüğü.....	77
B. Sağlık Hakkının Öz/Çekirdeği	90
1. Öz/çekirdek Yükümlülüklerin Dayanağı	91
2. Sağlık Hakkının Özünün Belirlenmesi.....	94
a. Öz/Çekirdek Yükümlülükler	94
b. Benzeri Yükümlülükler.....	97
C. Ara Sonuç	99
III. SAĞLIK HAKKININ DİĞER İNSAN HAKLARI İLE İLİŞKİSİ	101
A. Genel Olarak: Sağlık Hakkının Diğer Haklarla İlişkisi Etkinleştirme Potansiyeli Taşıyor Mu?	103
B. Birinci Kuşak Haklarla İlişkisi	104
1. Yaşam Hakkı.....	106
a. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi.....	107
b. Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi	110
c. Amerikalılararası İnsan Hakları Sözleşmesi	112
2. İşkence ve Kötü Muamele Yasağı.....	113
a. Sağlık Durumu Temelli Sınır Dışı/İade Vakaları.....	114
b. Mahpusların Tıbbi Bakım Hakkı	118
3. Özel Yaşama Saygı Gösterilmesi Hakkı	123
a. Tıbbi Müdahaleler	123
b. Çevre Kirlenmesi	124
4. Birinci Kuşak Hakların Kayıtlanması Ölçütü Olarak Sağlık	125
C. Diğer İkinci Kuşak Haklarla İlişkisi.....	128
1. Sosyal Güvenlik Hakkı	129
2. Eğitim Hakkı	132
3. Gıda Hakkı	133
4. Su Hakkı.....	136
D. Üçüncü Kuşak Haklarla İlişkisi.....	141
1. Çevre Hakkı	141

a. Genel Gözlemler.....	141
b. İnsan Hakları Sözleşmelerinde Sağlık Hakkı.....	143
c. Çevre Hakkı ve Sağlık Hakkı İlişkisi	144
2. Gelişme Hakkı.....	146
E. Ara Sonuç	151
IV. SAĞLIK HAKKININ ETKİNLEŞTİRİLMESİ	154
A. Maddi Hukuk: Sağlık Hakkı <i>versus</i> Küreselleşme	154
1. Temel Engel Olarak Küreselleşme.....	155
2. Spesifik Engeller	157
a. İlaç Patentleri ve İlaça Erişim-TRIPS	157
(1) TRIPS	160
(2) TRIPS'in Sağladığı İmkanlar	164
(3) TRIPS ve İnsan Hakları.....	171
i) İnsan Hakları Organları ve TRIPS.....	171
ii) Uluslararası İşbirliği	172
iii) Fikri Mülkiyet ve Bilimsel İlerlemeden Yararlanma	174
b. Özelleştirme	177
c. Devlet-dışı Aktörlerin Sorumluluğu.....	183
B. Usul Hukuku: Sağlık Hakkının Etkinleştirilmesinde Organlar ve Usuller	189
1. Genel Olarak: Organlar ve Usuller	190
2. Tarihsel Birikim: Sağlık Hakkının Korunmasında Rapor Usulünün Rolü ..	193
3. Umut Vaadeden Gelecek: Şikayet Başvurusuyla Sağlanan Koruma.....	199
C. Ara Sonuç	204
SONUÇ	207
KAYNAKÇA.....	211
ÖZGEÇMİŞ	238

KISALTMALAR

a.b.	: aynı belge
a.e.	: aynı eser
a.g.e.	: adı geçen eser
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AÇHEŞ	: Afrika Çocuk Hakları ve Esenliği Şartı
ADÖ	: Amerikan Devletleri Örgütü
AHK	: Avrupa Hapishane Kuralları
AGŞ	: Afrika Gençlik Şartı
AIDS	: Acquired Immune Deficiency Syndrome
AİHB	: Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi
AİHHK	: Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu
AİHHŞ	: Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı
AİHHŞ/KP	: AİHHŞ'nin Afrika'da Kadınların Hakları Protokolü
AİHK	: Avrupa İnsan Hakları Komisyonu
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AİÖK	: Avrupa İşkencenin Önlenmesi Komitesi
AİÖS	: Avrupa İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesi
AmeİHK	: Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu
AmeİHM	: Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi
AmeİHS	: Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi
AmeİHS/ESKHP	: Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Alanında Ek Protokolü
Art.	: Article
ASHK	: Avrupa Sosyal Haklar Komitesi

ASŞ	: Avrupa Sosyal Şartı
ASŞ/DP	: Avrupa Sosyal Şartında Değişiklik Öngören Protokol
ASŞ/EP	: Avrupa Sosyal Şartına Ek Protokol
ASŞ/TŞP	: Avrupa Sosyal Şartının Toplu Şikayet Sistemi Öngören Protokolü
ATCA	: Alien Tort Claims Act
ATS	: Alien Tort Statute
AÜHF	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBF	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
BGH	: Binyılın Gelişme Planı
Bkz.	: bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
b.y.	: basım yeri yok
CEDAW	: Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women
çev.	: Çeviren
ÇHS	: Çocuk Hakları Sözleşmesi
DB	: Dünya Bankası (World Bank)
der.	: Derleyen
dp.	: dipnot
DTÖ	: Dünya Ticaret Örgütü
ed.	: Editör
EİHB	: Evrensel İnsan Hakları Bildirisi
EKOSOK	: Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konsey
ESHKK	: Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi

ESKHS	: Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi
ESKHS/SP	: Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin Seçmeli Protokolü
FMH	: Fikri Mülkiyet Hakkı
GG-ASŞ	: (Gözden Geçirilmiş) Avrupa Sosyal Şartı
HIV	: Human Immunodeficiency Virus
IAKOS	: Her Biçimiyle Irksal Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi
ILO	: Uluslararası Çalışma Örgütü (International Labour Organisation)
IMF	: Uluslararası Para Fonu (International Monetary Fund)
İHK	: İnsan Hakları Komitesi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
Karş.	: karşılaştırınız
KKAOKK	: Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi
KKAOKS	: Kadınlara Karşı Her Biçimiyle Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi
Md.	: madde
MHB	: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MSHS	: Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi
No.	: Numara/Number
para.	: paragraf
paras.	: paragraflar
RG	: Resmi Gazete
s.	: sayfa
TODAİE	: Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü
TRIPS	: Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması

t.y.	: tarih yok
UAD	: Uluslararası Adalet Divanı
UNECE	: BM Avrupa Ekonomik Komisyonu (United Nations Economic Commission for Europe)
UNESCO	: Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Örgütü Uluslararası Çalışma Örgütü (United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization)
vCJD	: variant Creutzfeldt-Jakob disease
vd.	: ve devamı
v.d.	: ve diğerleri
Vol.	: Volume
Yay.	: Yayınları
y.y.	: yayın yeri yok
WHO	: Dünya Sağlık Örgütü (World Health Organization)

GİRİŞ

Konunun Sunulması ve Önemi

Uluslararası doktrinde aksini ileri sürme çabaları bulunsa da¹, sağlık hakkı ulusalüstü insan hakları hukuku belgelerinde düzenlenen ve dolayısıyla pozitif olarak tanınan bir insan hakkıdır. Sağlık hakkının kapsamını ortaya koymaya girişmeden önce, bir ifadenin ele alınması kendisini dayatmaktadır. “Sağlık hakkı (*right to health*), sağlıklı olmaya hak (*right to be healthy*) anlamına gelmemektedir.” Sağlık hakkı ile doğrudan ya da dolaylı olarak ilişkili literatürün önemli bir kısmında bu ifade ile karşılaşılmaktadır.² Hatta aynı ifade sözleşme organları içtihatlarında da yer almaktadır.³

Erken tarihli eserlerde böyle bir kullanıma, sağlık hakkının kapsamını belirlemeye yönelik iyi niyetli bir girişim olarak anlayış gösterilebilir. Zira ikinci kuşak hakların, birinci kuşak haklar karşısındaki geçtiğimiz 15 – 20 yıllık döneme kadar olan teorik ve pratik geri bırakılmışlığı, bu tür ifadeler ile bir savunma hattı kurulmasına, bir dereceye kadar, haklılık kazandırabilir. Ancak bu olgular, sağlık hakkının sağlıklı olmaya hak anlamına gelmediği vurgusuna daha yakın tarihli çalışmalarda da yer verilmesini hiçbir şekilde açıklayamaz.

Şöyle bir karşılaştırma meseleyi daha net olarak ortaya koymaya yardımcı olabilir: Yaşam hakkına ilişkin bilimsel çalışmalarda ya da sözleşme organı içtihatlarında, “yaşam hakkı hiçbir şekilde ölmeme hakkı değildir” ifadesinin yer

¹ Sosyal haklara ilişkin olarak bilinen ve halihazırda hukuken geçerliliğini yitirmiş bütün klişe itirazları sağlık hakkı bağlamında derleyerek tekrarlayan bir çalışma için bkz. Timothy Goodman, “Is There A Right to Health”, **Journal of Medicine and Philosophy**, Vol. 30, No. 6, 2005, s. 643-662.

² Toebes bu örneği yaşam hakkının, ebedi yaşam hakkı olmadığı şeklinde ifade etmektedir. Bkz. Brigit Toebes, “The Right to Health”, **Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook**, Asbjørn Eide, v.d. (ed.), Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 2001 (Second Revised Edition), s. 170. Bu gerekçeye dayanarak “sağlık hakkı” kavramsallaştırmasının bir adlandırma hatası olduğunu ileri süren ve bunun gerçekte sağlık bakımı hakkı (*right to health care*) olduğu yönünde bkz. Holger P. Hestermeyer, “Access to Medication as a Human Right”, **Max Planck Yearbook of United Nations Law**, Vol. 8, 2004, s. 120.

³ General Comment No. 14, The right to the highest attainable standard of health (article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), Committee on Economic, Social and Cultural Rights, E/C.12/2000/4, 11 August 2000, para. 8 (Buradan sonra **Genel Yorum No. 14**).

almadığı akla getirildiğinde, malumun ilamı sayılabilecek bu tür görüşlerin, en azından, ilk akla gelen amaçtan ziyade sağlık hakkının muğlaklığı iddiasının yeniden üretilmesine hizmet etmekte olduğu daha açık bir şekilde ortaya çıkacaktır.

Kural olarak Devlet-birey ve istisnai olarak da birey-birey düzleminde uygulama alanı bulan insan haklarının, bu tür metafizik yükümlülükler ve unsurlar içermediği ve içermesinin de mümkün olmadığı, insan hakları hukukunun tarihsel kökenine ilişkin temel bilgiler göz önüne alındığında rahatlıkla anlaşılabılır. Sağlık hakkının sağlıklı olmaya hak anlamına gelmediği ifadesinin, sağlık hakkına ilişkin literatürde kendine yer bulması dahi, hakkın kapsamının belirlenmesi yolundaki çabaları, haklılaştırmanın da ötesinde, bir zorunluluk olarak ortaya koymaktadır.

Sağlık hakkının, hukuki değil ahlaki bir hak olduğu yönündeki görüşler bir tarafa bırakılırsa⁴, ne olduğu ya da ne olması gerektiğine ilişkin kabuller, hakkın kapsamı, Devletlerin yükümlülükleri ya da hakkın korunmasının/gerçekleştirilmesinin denetimine ilişkin tespitleri de belirler. Bu yönde atılması gereken ilk adım, sağlık hakkına ilişkin bir tanımlama yapmaktır. Uluslararası doktrinde sağlık hakkına ilişkin farklı tanımların mevcut olduğu görülmektedir. Örneğin Yamin, insan haklarının bireyi güçlendirmesi/yetkilendirmesi bağlamında sağlık hakkının, kişinin fiziksel ve psikolojik esenlik algısı üzerinde kontrol sahibi olma hakkına göndermede bulunduğunu ileri sürmüştür.⁵ Bu görüş, yazarın iddiasının aksine sağlık hakkının korunmasının önündeki engelleri aşmaya yönelik imkanlar sağlamaktan ziyade, hakkı “kişinin bedeni üzerinde tasarruf” hakkına doğru sınırlamaktadır. Bilindiği üzere bir medeni ve siyasi hak olan “özel yaşama saygı” hakkının, bu hakkı halihazırda koruduğu sözleşme organlarının içtihatlarıyla ortaya konmuştur.⁶

⁴ 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, 2000-2001, s. 1471.

⁵ Alicia Ely Yamin, “Defining Questions: Situating Issues of Power in the Formulation of a Right to Health under International Law”, **Human Rights Quarterly**, Vol. 18, Issue 2, 1996, s. 415.

⁶ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Md. 8 çerçevesinde bkz. Gülay Arslan Öncü, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı**, İstanbul, Beta, 2011, s. 83-124.

Sağlık hakkının tanımı ve en geniş anlamıyla kapsamının ne olduğu Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi (ESKHK) tarafından açık olarak ortaya konmuştur. Komitenin ifadesiyle:⁷

Madde 12/1’de geçen “ulaşılabilir en yüksek düzeyde sağlık standartları” kavramı gerek bireyin biyolojik ve sosyo-ekonomik önkoşullarını gerekse de bir Devletin elverişli kaynaklarını göz önünde bulundurur. Yalnızca Devletler ve bireyler arasındaki ilişkiye izafe edilemeyecek birçok veçhe bulunmaktadır; özellikle bir Devlet ne iyi sağlığı temin edebilir ne de Devletler kötü insan sağlığının olası tüm nedenlerine karşı koruma sağlayabilirler. Böylelikle, genetik etkenler, kötü sağlığa bireysel eğilim ve sağlıksız ya da riskli hayat tarzları bir bireyin sağlığına ilişkin olarak önemli bir rol oynayabilirler.⁸ Sonuç olarak, *sağlık hakkı çeşitli tesislerden, ürünlerden, hizmetlerden ve ulaşılabilir en yüksek düzeyde sağlık standartlarının gerçekleştirilmesi için gerekli koşullardan yararlanma hakkı olarak anlaşılmalıdır.*⁹ (vurgu eklenmiştir)

Görüldüğü üzere sağlık hakkı yalnızca sağlık bakımı kavramı altında değerlendirilebilecek tıbbi ürün, tesis ve hizmetleri kapsamamaktadır; ve fakat sağlık için gerekli koşullardan yararlanma da bu hak çerçevesinde değerlendirilmektedir. Dolayısıyla da korunan hak “sağlık bakımı hakkı” değil “sağlık hakkıdır”.

⁷ **Genel Yorum No. 14**, para. 9. Metnin orijinali şöyledir: “9. The notion of “the highest attainable standard of health” in article 12.1 takes into account both the individual’s biological and socio-economic preconditions and a State’s available resources. There are a number of aspects which cannot be addressed solely within the relationship between States and individuals; in particular, good health cannot be ensured by a State, nor can States provide protection against every possible cause of human ill health. Thus, genetic factors, individual susceptibility to ill health and the adoption of unhealthy or risky lifestyles may play an important role with respect to an individual’s health. Consequently, the right to health must be understood as a right to the enjoyment of a variety of facilities, goods, services and conditions necessary for the realization of the highest attainable standard of health.”

⁸ Bu noktada oldukça ilginç bir tartışma sağlığa zararlı alışkanlıklar ya da ciddi risk içeren sporları yapmak gibi bireysel tercihler sonucunda ortaya çıkan sağlık sorunlarında, bireylerin sağlık hizmetlerinden yararlanmalarının engellenip engellenemeyeceği meselesi üzerinedir. Örneğin tütün ürünleri kullanan bir kişinin kalp-dolaşım sistemi sorunları yaşaması ya da kanser hastalığına yakalanması halinde sağlık sistemine ekonomik olarak ciddi yükler getiren müdahalelerde benzer alışkanlıkları olmayan kişilere öncelik tanınması mümkün olabilir mi? Tütün ürünleri üzerindeki yüksek vergi oranları düşünüldüğünde, ortaya çıkan sağlık giderlerinin tütün tüketicisi tarafından yıllardır karşılanmakta olduğunun ileri sürülmesi mümkündür. Bu aslında bireyin sağlığına özen gösterme yükümlülüğü tartışmasıdır. Sağlık hakkı ve tütün tüketimine ilişkin olarak ciddi bir beyin jimnastiği için bkz. Rajendra Persaud, “Smokers’ Right to Health Care”, **Journal of Medical Ethics**, Vol. 21, No. 5, s. 281-287. Bireysel sağlığa ilişkin etkenler arasında sosyal etkenler de sayılmalıdır. Söz konusu etkenlere örnek olarak şunlar sayılabilir: Sosyal tabakalanmadaki mevki, stres, çocukluk dönemi, sosyal dışlanma, çalışma koşullarının yarattığı stres, işsizlik, sosyal destek, bağımlılık, gıda sağlığı ve ulaşım. Richard Wilkinson, Michael Marmot (eds.), **Social Determinants of Health: the Solid Facts**, Denmark, World Health Organisation, 2003 (2nd edition).

⁹ Weale’ye göre de sağlık hakkı ile “iyi bir sağlık bakımı sisteminin, erişilmesi önünde finansal engeller bulunmayan kapsamlı ve yüksek kalitede hizmet” olduğunu ileri sürmek arasında önemli bir fark yoktur. Albert Weale, “Between the Highest and the Attainable? Reflections on the Right to Health”, **Essex Human Rights Review**, Vol. 5, No. 1, 2008, s. 1-4.

Sağlık hakkının kapsamının tartışmalı olmasının temel nedenleri sosyal hakları düzenleyen sözleşmelerin sahip olduğu muğlak dil ve söz konusu sözleşmelerde yakın geçmişe kadar, bireysel şikayet başvurusu usulüne imkan veren yargısal ya da yarı-yargısal denetim mekanizmalarından yoksun olmalarıdır.¹⁰ Yükümlülük sorunsalı bir kenara bırakılırsa, medeni ve siyasi haklar gibi sosyal haklar da şikayet başvurusu usulü ile korunma imkanına sahip olmaları durumunda, tıpkı medeni ve siyasi hakların olduğu gibi muğlaklık, dava edilebilirlik vb. kavramlarla birlikte anılmalarının mümkün olmayacağı ileri sürülebilir. Buna karşılık bugün, sosyal hakların yargısal ya da yarı-yargısal denetimi bakımından denetim organlarının hiçbir birikime sahip olmadıklarını iddia etmek mümkün değildir.

Rapor usulü ya da Avrupa Sosyal Şartı sisteminde etkin bir şekilde kullanılan toplu şikayet başvurusu usulü, Birleşmiş Milletler (BM) sistemindeki sözleşme organlarının genel yorumları, BM uzmanlık örgütlerinin faaliyetleri, birinci kuşak hakları koruyan sözleşmelerin denetim organlarının kendi sözleşmelerinde düzenlenen haklarla bağlantılı olarak sosyal haklara ilişkin vermiş oldukları kararlar ve akademisyenlerin bilimsel ürünleriyle birlikte bugün, sınırlı olmakla birlikte, belirli bir içtihadi birikimin olduğu inkar edilemez. Bu olgusal durum, bir sosyal hak olan sağlık hakkı bakımında da geçerlidir. Normatif düzenlemeler ile söz konusu içtihadi birikim birlikte ele alındığında, sağlık hakkının kapsamının bugün itibarıyla, ileri sürüldüğü ölçüde muğlak olmadığı ortaya çıkmaktadır. Belirleyici olan nokta ise insan hakları hukukunun bugüne kadarki, hak kategorileri bakımından eşitsiz de olsa, gelişiminde rol oynayan aktörlerin, adlarını söyleyelim sözleşme denetim organları, insan hakları alanında çalışan hükümetler-dışı örgütler ve nihayet akademik çevrelerin, bu alanda da benzer iradeye sahip olmalarıdır. Sosyal hakların dava edilebilir olmadıklarını ileri sürerek hukuki haklar olmadıklarını kabul eden Vierdag

¹⁰ Magdalena Sepúlveda, **The Nature of the Obligations Under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights**, Antwerpen – Oxford – New York, Intersentia, 2003, s. 7.

dahi, “saldırganlık” kavramı üzerindeki uzlaşmayı¹¹ örnek göstererek, sosyal hakların da bu tür bir niteliğe zaman içinde kavuşabileceğini öngörmüştür.¹²

Bu çalışmanın başlığının “Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Sağlık Hakkı ve Etkinleştirilmesi” olarak seçilmesinin iki temel nedeni bulunmaktadır. Bunların ilki, sağlık hakkının bir pozitif hukuk disiplini olarak insan hakları hukuku çerçevesinde korunan haklar arasındaki yerinin olgusal değeri ile orantısızlığıdır. Sağlık hakkının koruduğu değer yani sağlık, gündelik hayatta diğer birçok insan hakkının koruduğu değere kıyasla çok daha fazla tehdit altındadır. Örneğin, sıradan bir bireyin ifade özgürlüğüne müdahale riskiyle karşılaşması ihtimali, modern yaşamın ortaya çıkardığı sağlığa yönelik tehditlere maruz kalma ihtimaline kıyasla oldukça düşüktür. Ancak ifade özgürlüğü hakkının sağladığı koruma alanıyla sağlık hakkından kaynaklanan koruma alanının etkinliği, söz konusu ihtimallerle ters orantılıdır. Ulusalüstü insan hakları hukuku içinde sağlık hakkının bulunduğu mevcut konum ve dolayısıyla da sağlık hakkının etkinleştirilmesinin ele alınması gereği öncelikle bu noktaya dayanmaktadır.

Konunun seçiminde belirleyici olan ikinci neden ise yukarıda anılan ilk nedenin ulusal ve uluslararası akademik çevrelerdeki izdüşümüdür. Türkçe doktrinde sağlık hakkına özgülenmiş monografik bir çalışma bulunmamaktadır. Üretilen sınırlı sayı ve kapsamdaki çalışmaların da, oldukça yakın tarihli oldukları görülmektedir. Yeni yeni kırılmaya başlayan bu akademik ilgisizlik, Türk doktrini ile sınırlı değildir. İnsan haklarının tüm boyutlarına ilişkin zengin bir literatürün bulunduğu uluslararası düzlem de, bu ilgisizlik patolojisinden bağımsız değildir. Sağlık hakkına ilişkin uluslararası literatür, hakkın çeşitli veçheleri üzerinde yoğunlaşmakta ve hakka yönelik bütünlüklü yaklaşımı eksik kalmaktadır. Bir insan hakkı olarak sağlık hakkının bütünlüklü bir perspektif ile ele alınmasının önemi, yukarıda sayılan olgulardan kaynaklanmaktadır.

¹¹ “Saldırganlığın” tanımına ilişkin olarak bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, İstanbul, Legal, 2010 (7. Baskı), s. 523-532 (Buradan sonra Gemalmaz, **Genel Teori**).

¹² E. W. Vierdag, “The Legal Nature of the Rights Granted by the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, **Netherlands Yearbook of International Law**, Vol. 9, 1978, s. 94.

Kavramsal çerçeve ve yöntem

Bu çalışma dört temel soru üzerine kurulu, dört bölümden oluşmaktadır. İlk soru uluslararası insan hakları hukukunda sağlık hakkının normatif kaynaklarının ve hakkın öznelere neler olduğudur. İkinci soru ise Devletlerin sağlık hakkına ilişkin hangi yükümlülükleri üstlenmiş olduklarıdır. Üçüncü soruyu ise sağlık hakkının diğer insan hakları ile kesiştiği noktaların var olup olmadığı, bir başka deyişle sağlık hakkı ve diğer insan hakları arasındaki ilişkinin boyutları oluşturmaktadır. Dördüncü ve nihai olmasının yanı sıra çalışmanın amacı bakımından ilk üç soruyu tamamlayan dördüncü soru ise sağlık hakkının etkinleştirilmesi ve gerçekleştirilmesi önündeki engellerin neler olduğudur.

Çalışmanın hedefi bir insan hakkı olarak sağlık hakkının ele alınması olduğundan, ulusal düzenlemeler kapsam dışında bırakılmıştır. Hiç şüphe yoktur ki sağlığa ilişkin düzenlemeler ulusal mevzuatta da kendisine yer bulmaktadır. Sağlık bir temel hak olarak anayasaların hak listelerinde yer almasından, halk sağlığına ilişkin düzenlemelere kadar hukukun birçok alanı tarafından düzenlenmektedir. Bununla birlikte bu çalışma sağlığı, bir insan hakkı olarak uluslararası insan hakları hukuku çerçevesinde ele almakta ve kapsamını bu boyutla sınırlamaktadır. Dolayısıyla Türk hukukuna ilişkin düzenlemeler ayrı bir bölüm altında ele alınarak incelenmemiştir.

Çalışmanın çatısı oluşturulurken yararlanılacak kaynaklar arasında ilk sırada uluslararası insan hakları hukuku belgeleri yer almaktadır. Gerek hukuki bağlayıcılığa sahip olan, katı hukuk belgeleri, gerekse de hukuki bağlayıcılığa sahip olmayan, yumuşak hukuk belgeleri, bir arada değerlendirilerek hakka ilişkin normatif temeller tespit edilmeye çalışılacaktır. İkinci sırada ise, sözleşme organlarının içtihatları bulunmaktadır. Bu çalışma kapsamında kullanılan içtihat kavramı, alışıldık anlamı olan yargısal organlar tarafından üretilen nihai kararlar bütününe ötesinde, insan hakları sözleşmeleri organlarının yürüttükleri tüm denetim usulleri sonucunda ortaya çıkan standartları karşılar niteliktedir. Özel olarak da rapor usulü çerçevesinde üretilen nihai gözlemler bu kategori kapsamında değerlendirilmektedir. Söz konusu

ikiliyi tamamlayan son kaynak ise gerek ulusal gerekse de uluslararası doktrin olacaktır.

Belirtmek gerekir ki çalışmanın genelinde, Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi (ESKHS) ve denetim organı ESKHK'nin ağırlığı bulunmaktadır. Bu tercihin nedenlerinden ilki halihazırda, BM üyesi 192 Devletten 160'ının Sözleşme'nin tarafı olmasıdır. Dolayısıyla da bugün itibarıyla bu temel sözleşmenin belirli ölçüde bir evrensel kabul aşamasına ulaşmış olduğu rahatlıkla ileri sürülebilir. Dahası denetim organı olan Komite'nin sosyal hakların korunmasında kat etmiş olduğu mesafenin önemidir. ESKHK, diğer sosyal hakların yanı sıra, fakat özellikle, sağlık hakkına ilişkin standartların belirlenmesinde merkezi bir rol oynamaktadır. Bunun da ötesinde uzun yıllardan beri tartışılmakta olan bireysel şikayet başvurusu usulünü yakın bir gelecekte işletmeye başlayacaktır. Söz konusu Sözleşme'nin çalışmanın merkezine alınmasının temel dinamikleri bunlardır.

Çalışmanın planı ise şöyle şekillendirilecektir. İlk olarak sağlık hakkının normatif kaynakları ve öznelere ayrıntılı bir şekilde ele alınacaktır. İkinci bölümde ise Devletlerin sağlık hakkından kaynaklanan genel ve spesifik yükümlülükleri belirlenmeye çalışılacaktır. Üçüncü bölümde hakların bütünselliği ilkesi bağlamında sağlık hakkının diğer insan haklarıyla ilişkisi incelenecektir. Dördüncü ve son bölüm ise sağlık hakkının etkinleştirilmesi başlığını taşıyacaktır. Her bir bölümün başında, ilgili bölüme dair ayrıntılı bilgi verilecektir.

Terminoloji

Çalışmada İngilizceden tercüme edilerek kullanılan ve birbirilerine oldukça yakın anlam taşımaları nedeniyle zaman zaman karıştırılan üç kavramın açıklanması çalışmanın anlam bütünlüğü için zorunludur. Bu kavramlar *health service*, *health care* ve *medical care*'dir.

“Sağlık hizmeti” olarak çevrilen “health service”, halkın sağlık ihtiyaçlarını karşılamayı ve hem bireylere hem de topluluğa sağlık koruması sağlamayı hedefleyen daimi bir kurumlar sistemidir.¹³ “Health care” terimi, “sağlık bakımı” ile

¹³ **Encyclopedia of Public Health**, Wilhelm Kirch (ed.), Leipzig, Springer, 2008, s. 648.

karşılanmıştır. Sağlık bakımı, hastalığın önlenmesi, tedavi edilmesi ve yönetimi ve zihinsel ve fiziksel esenliğin tıbbi bakıcılık ve sağlığa ilişkin benzer diğer meslekler tarafından sağlanan hizmetler yoluyla korunması anlamına gelmektedir.¹⁴ “Tıbbi bakım” ise “medical care” teriminin karşılığı olarak kullanılmıştır. Tıbbi bakım, bir hekim ya da bir başka sağlık uzmanı tarafından bir hastalığın ya da kaza sonucu ortaya çıkan yaralanmanın tedavisi için yürütülen profesyonel hizmetlerdir.¹⁵ Bu çalışmada yer verilen çevirilere ilişkin düşülmesi gereken bir not ise kaynak gösterilmeden kullanılan Türkçe çevirilerin yazara ait olduğudur.

Değinilmesi gereken bir diğer nokta BM uzmanlık örgütlerinin kısaltmalarıdır. Çalışmada adları geçen Dünya Sağlık Örgütü, Uluslararası Çalışma Örgütü ve nihayet Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Örgütü için kullanılan kısaltmalar, İngilizce adlarının kısaltmaları olan WHO, ILO ve UNESCO’dur. Bu üç örgütün yanı sıra BM’nin uluslararası finans kurumlarından biri olan Uluslararası Para Fonu da IMF olarak kısaltılacaktır. Bu tercihin nedeni her üç örgütün gerek günlük kullanımda gerekse de akademik çevreler tarafından söz konusu İngilizce kısaltmaları ile tanınmalarıdır. Dolayısıyla söz konusu kullanım tercihi okuyucu bakımından kolay anlaşılabilirliği hedeflemektedir.

Son olarak ikinci kuşak haklar arasında bu çalışmanın kapsamı bakımından teorik bir ayrım kullanılmamaktadır. Dolayısıyla da çalışmada geçen sosyal, ikinci kuşak ya da ekonomik ve sosyal hak kavramları birbirlerinin yerine kullanılacaktır. Bu tercih aradaki farklılıkları reddetmeye dayanmamaktadır. Ancak söz konusu çalışmanın konusu ve hedefi bakımından belirleyici değildir.

¹⁴ a.e., s. 523.

¹⁵ a.e., s. 894.

I. SAĞLIK HAKKININ NORMATİF KAYNAKLARI VE HAKKIN ÖZNELERİ

Sağlık hakkının normatif kaynaklarını ve hakkın öznelere incelemege geçmeden önce, ulusalüstü insan hakları hukuku çerçevesinde sağlık hakkının unsurlarını tespit etmek gerekmektedir. Bilindiğı üzere bir hakkın unsurları, hakkın konusu/kapsamı, hakkın öznesi ve nesnesi ve hakkın kayıtlanması rejiminden oluşmaktadır. İkinci kuşak haklar, çalışmanın konusu bakımından sosyal haklar, spesifik olarak da sağlık hakkı, birinci kuşak – medeni ve siyasi – haklar çerçevesinde oluşturulan bu şablona tam olarak oturmamaktadır. Uyuşmazlık, iki hak kuşağına ait hakların nitelik farklılıklarına dayanan, hakların gerçekleştirilmesine yönelik kabullerden kaynaklanmaktadır. Bugün itibarıyla söz konusu farklılıkların bir kısmı teorik olarak aşılmıştır. Bununla birlikte ulusalüstü insan hakları hukukunun mevcut yapısı dolayısıyla bir sosyal hak olarak sağlık hakkının unsurlarının, birinci kuşak haklarla aynı şekilde ele alınması mümkün değildir.

Bu gerekçelerle ilk olarak, sağlık hakkını düzenleyen ulusalüstü insan hakları hukuku belgeleri ele alınarak, sağlık hakkının hangi normatif unsurlardan oluştuğı belirlenmeye çalışılacaktır. Sağlık hakkının normatif kaynaklarının ortaya konulmasını takiben sağlık hakkının öznelere tespit edilecektir. Genel özne olarak “herkes” ya da “hiç kimse”nin yanında belirli spesifik öznelere varlığının, çeşitli özel veçhelerini ortaya koyarak sağlık hakkının koruma alanını genişletme imkanı verip vermediğı ele alınacaktır. Bir başka deyişle, mümkün olan en geniş kapsayıcılıktaki genel öznenin yanında ya da altında, spesifik öznelere varlığının gerekliliğı ve meşruluğı tartışılmaya çalışılacaktır.

A. Sağlık Hakkına İlişkin Normatif Düzenlemelerin Bilançosu

Bu başlık altında BM sistemi ve bölgesel sistemler tarafından üretilen insan hakları belgelerindeki sağlık hakkına ilişkin normatif düzenlemelerin bir bilançosu çıkarılmaya çalışılacaktır. Zira böylelikle, sağlık hakkının hukuki bağlayıcı niteliğe sahip sözleşmelerce düzenlenen bir insan hakkı olarak, kaynaklık etmiş olduğu yükümlülüklerin temelleri gösterilmiş olacaktır. Ancak, sağlık hakkına ilişkin

hükümler içeren uluslararası insan hakları hukuku belgeleri aşağıda ele alınacak olanlarla sınırlı değildir. Hakkın kapsamını belirlemede bir araç olarak kullanılabilirlikleri konusunda şüphe olmayan bildiri, eylem programı ya da şart biçimindeki bu belgelerden çalışmanın bütünü içerisinde yararlanılacaktır.

Şüphesiz ki, sağlığa ilişkin düzenlemeler uluslararası insan hakları hukuku belgeleri ile sınırlı değildir. Modern insan hakları hukukunun doğumuna öngelen dönemde sağlık, anayasal düzlemde kendine yer bulmuştur. Anayasal tanımının ilk örneği olan 1925 tarihli Şili Anayasası Md. 10, Devletin “halk sağlığını ve ülkenin hijyenik esenliğini gözetim” ödevini öngörmektedir.¹⁶ Ancak bu çalışma sağlık hakkını uluslararası insan hakları hukuku çerçevesinde ele aldığından, bu tür ulusal düzenlemeler çalışmanın kapsamına dahil edilmemiştir.

1. Uluslararası Düzlemde Üretilen Belgelerde Sağlık Hakkı

Bu başlık altında BM düzleminde üretilen belgelerde sağlık hakkına ilişkin normatif düzenlemeler incelenecektir. İlk olarak BM’nin uzmanlık örgütü olan

¹⁶ Bkz. Brigit Toebes, “Towards an Improved Understanding of the International Human Right to Health”, **Human Rights Quarterly**, Vol. 21, Issue 3, 1999, s. 665, dp. 20. Sağlık hakkı Türk anayasa hukukuna 1961 Anayasası ile girmiştir. 1961 Anayasası metni için bkz. Suna Kili, Şeref Gözübüyük, **Sened-i İttifaktan Günümüze Türk Anayasa Metinleri**, İstanbul, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2000 (Yenilenmiş 2. Baskı), s. 174-233. Anayasanın Sosyal ve İktisadi Haklar ve Ödevler başlığını taşıyan üçüncü bölümünde düzenlenen sağlık hakkı şu şekilde formüle edilmiştir:

VII. Sağlık hakkı

Madde 49 – Devlet, herkesin beden ve ruh sağlığı içinde yaşayabilmesini ve tıbbi bakım görmesini sağlamakla ödevlidir.

Devlet, yoksul veya dar gelirli ailelerin sağlık şartlarına uygun konut ihtiyaçlarını karşılayıcı tedbirleri alır.

1982 Anayasası düzenlemesi ise şöyledir:

VIII. Sağlık, çevre ve konut

A. Sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması

MADDE 56. – Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir.

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

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

Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir.

Sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir.

Dünya Sağlık Örgütü (WHO) Anayasası ele alınacaktır. Bundan sonra BM düzleminde üretilmiş olan insan hakları belgeleri değerlendirilecektir. BM insan hakları belgelerine ilişkin söz konusu değerlendirme İnsan Hakları Manzumesi ve diğer sözleşmeler başlıkları altında gerçekleştirilecektir.

a. Sağlık Hakkının Doğuşu: WHO Anayasası

Kronolojik olarak sağlığı, bir hak olarak düzenleyen ilk belge, BM'nin uzmanlık birimlerinden biri olan WHO'nun¹⁷ 1946 tarihli Anayasası'dır. WHO Anayasası'nın Başlangıç bölümünün ilk iki paragrafına göre:¹⁸

“Sağlık bir bütün olarak fiziksel, ruhsal ve sosyal esenlik durumudur ve yalnızca hastalık ya da maluliyet yokluğu değildir.
Ulaşılabilir en yüksek sağlık standartlarından yararlanma, ırk, din, siyasi görüş, ekonomik ya da sosyal durum farkı gözetilmeksizin her insanın temel haklarından biridir.”

Görüldüğü üzere, BM Şartı'nın kabul edilmesinin hemen ardından, buna karşılık Evrensel İnsan Hakları Bildirisi'nin öncesindeki dönemde, sağlık hakkı bu belge tarafından bir “temel hak” olarak tanımlanmıştır.

Uluslararası örgütlerin kurucu belgelerinin o örgüte üye olan Devletler bakımından bağlayıcı olduğu şüphe götürmemektedir. Dolayısıyla da WHO üyesi

¹⁷ Dünya Sağlık Örgütü hakkında özet bilgi için bkz. Yves Beigbeder, “World Health Organization (WHO)”, **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, (Rudiger Wolfrum, ed.), Oxford University Press, 2008, online edition, [www.mpepil.com], erişim 18/01/2011.

¹⁸ WHO Anayasası için bkz. **Basic Documents**, World Health Organization, Switzerland, 2009, s. 1-18. Orijinal metin şöyledir:

“Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity.

The enjoyment of the highest attainable standard of health is one of the fundamental rights of every human being without distinction of race, religion, political belief, economic or social condition.”

Bununla birlikte WHO Anayasası'nın resmi Türkçe çevirisi de bulunmaktadır. Bkz. New-York'ta Toplanan Milletlerarası Sağlık Konferansında Kabul ve İmza Edilen Belgelerin Onanmasına Dair Kanun, Kanun No. 5062, Kabul Tarihi: 09/06/1947, RG, Sayı: 6634, 17/06/1947. İfadenin resmi çevirisi şöyledir:

“Sağlık, beden, fikir ve sosyal bakımdan tam bir iyilik hali olup, yalnız hastalık ve maluliyetin yokluğundan ibaret değildir.

Ulaşılabilmesi mümkün olan en mükemmel bir sağlık haline sahip olmak, ırki, dini, siyasi fikirleri, ekonomik, yahut sosyal durumu her ne olursa olsun her insanın temel haklarından birini teşkil eder.”

Devletler öngörölmüş olan sağık hakkına uygun hareket etmekle yükümlüdürler.¹⁹ Belirtmek gerekir ki WHO Anayasası'nın icrai hükümlerinde sağık hakkına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle de uluslararası doktrinde söz konusu belgenin sağık hakkının kaynakları arasında sayılmaması gerektiğine ilişkin görüşlere rastlanmaktadır.²⁰ Unutulmaması gereken nokta, WHO Anayasası'nın bir insan hakları sözleşmesi olmadığıdır. Dolayısıyla da bir hak olarak sağık hakkına icrai hükümlerinde yer vermemesi normal karşılanmalıdır. Ayrıca bu belgenin sağık hakkına ilişkin önemi sağık hakkına ilk kez yer veren belge olmasından kaynaklanmaktadır. Hakka icrai hükümlerde yer verilip verilmemesi belgenin gördüğü tarihsel işlevi ortadan kaldırmaz.

WHO Anayasasıyla birlikte bir uluslararası hukuk belgesinde sağık, bir hak olarak uluslararası hukuk alemine sokulmuştur. Bu belgenin “ulaşılabilir en yüksek sağık standartlarına hak” şeklinde yaptığı tanım kendisinden sonra üretilen pek çok belgeye kaynaklık etmiştir. Bunun yanı sıra WHO Anayasası sağığın bir tanımını da yapmaktadır.²¹ Fark edileceğı üzere bu tanım, negatif değil pozitif bir yöntem izlemektedir. Sağık, hastalık ya da maluliyet gibi olumsuzlukların yokluğu olarak değil; aksine olumlu bir “durum” olarak tanımlanmaktadır. Bir başka deyişle; “fiziksel, ruhsal ve sosyal esenlik durumu” ile bütünlüklü bir şekilde bir yaşama standardına göndermede bulunmaktadır. Bugün geline nokta, sağık hakkının yalnızca sağığın bozulması sonucu ulaşılacak hizmetler ya da ürünleri kapsayan tıbbi bakımı/sağık bakımını değil ve fakat bunun yanında sağığın korunması için gerekli koşulları da kapsadığı anlayışının normatif kökeninin söz konusu düzenleme olduğu bir gerçektir.²² WHO'nun bu tanımının, çeşitli sözleşme sistemlerinde gerek

¹⁹ Brigit C.A. Toebes, **The Right to Health as a Human Right in International Law**, Antwerp, Intersentia – Hart, 1999, s. 33.

²⁰ Hestermeyer, **a.g.e.**, s. 145-146.

²¹ Söz konusu hükümlere dayanarak, WHO Anayasası'nın “çağdaş” olduğu tespitinde bulunan bir çalışma için bkz. Necati Dedeoğlu, “Dünya Sağık Örgütü ve Sosyal Haklar”, **Uluslararası Sosyal Haklar Sempozyumu – Bildiriler**, Ankara, Belediye-İş Sendikası Yayını, 2009, s. 195.

²² Bkz. aşağıda Bölüm II Yükümlölükler.

normatif²³ gerekse de içtihadî²⁴ olarak kullanıldığına da dikkati çekmek gerekmektedir.

Söz konusu hükmün üzerinde durulmayı hak eden bir başka özelliği de, sayılan ayrımcılık kategorileri arasında cinsiyetin bulunmamasıdır. İlk bakışta, belgenin üretildiği dönemin, modern insan hakları hukukunun başlangıç dönemi olduğu ve bu nedenle de böyle bir eksikliğin makul karşılanabileceği ileri sürülebilir. Buna karşılık, yaklaşık iki yıl sonra kabul edilmiş olan Evrensel İnsan Hakları Bildirisi'nin öngördüğü ayrımcılık normunun²⁵ cinsiyet kategorisini içerdiği dikkate alındığında bu argüman geçerliliğini yitirecektir. Söz konusu eksiklik bakımından WHO Anayasası eleştiriyi açıktır.

II. Dünya Savaşı sonrası dönemde sağlık hakkına normatif olarak yer veren ilk belge bir WHO belgesi olmasına karşılık, örgüt bu öncülüğünü sağlık hakkının normatif içeriğinin geliştirilmesine imkan sağlayacak şekilde sürdürmemiştir. Bunun nedeni WHO'nun böyle bir yetkiye sahip olmamasından kaynaklanmamaktadır. Zira WHO Anayasası, Örgütü normatif standart üretiminde bulunabilmesi için oldukça geniş yetkilerle donatmıştır. En başta Md. 19, sözleşme ya da anlaşma yapma yetkisini tanımaktadır.²⁶ Söz konusu sözleşme yapma yetkisi çıplak bir yetki değildir.

²³ Bkz. aşağıda ele alınacak olan Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Alanında Ek Protokolü.

²⁴ Avrupa Sosyal Haklar Komitesi söz konusu tanımı, “sosyal esenlik” unsurunu dışarıda bırakacak şekilde sınırlı da olsa kabul etmiştir. “*Conclusions 2005*”, Statement of Interpretation on Article 11§ 5. Bkz. **Digest of the Case Law of the European Committee of Social Rights**, Council of Europe, 1 September 2008, s. 81.

²⁵ Ayrımcılık yasağını düzenleyen *Evrensel İnsan Hakları Bildirisi* Md. 2 şöyledir:

“Herkes, ırk, renk, *cinsiyet*, dil, din, siyasal ya da diğer görüş, ulusal ya da sosyal köken, mülkiyet, doğum ya da başka statüler gibi herhangi bir türde farklılık gözetilmeksizin bu Bildiride düzenlenen bütün haklara ve özgürlüklere sahiptir.” (vurgu eklenmiştir)

²⁶ Hükmün orijinali şöyledir:

The Health Assembly shall have authority to adopt conventions or agreements with respect to any matter within the competence of the Organization. A two-thirds vote of the Health Assembly shall be required for the adoption of such conventions or agreements, which shall come into force for each Member when accepted by it in accordance with its constitutional processes.

Türkçe resmi çevirisi ise şöyledir:

Sağlık Asamblesi teşkilâtın salâhiyeti dâhilinde bulunan her meseleye mütaallik mukaveleler, yahut itilâflar akdine resmen salâhiyetlidir. Bu gibi mukavele, yahut itilâflar kabulü için Sağlık Asamblesinin üçte iki çokluğunun bulunması lâzımdır. Bu mukavele ve itilâflar her Üye Devlete karşı, bu Devletin kendi Anayasası tüzüklerine göre kabul edilmesinden sonra meriyete gireceklerdir.

WHO tarafından bir sözleşme ya da anlaşmanın kabul edilmesi durumunda, üye Devletler bu belgeye ilişkin olarak bir “eylemde bulunmak” zorundadırlar (Md. 20).²⁷ Üstelik WHO’nun normatif yetkisi bununla sınırlı değildir. Md. 21’e göre hukuki bağlayıcılığı haiz düzenleyici işlemlerde (“regulations”) de bulunabilir.²⁸ Fakat WHO, kardeşleri olarak adlandırılabilir Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) ya da Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Örgütü (UNESCO) gibi birimlerin aksine, bu yetkisini 2003 yılına kadar kullanmamıştır.²⁹ Uluslararası doktrinde

²⁷ Hükmün orijinali şöyledir:

Each Member undertakes that it will, within eighteen months after the adoption by the Health Assembly of a convention or agreement, take action relative to the acceptance of such convention or agreement. Each Member shall notify the Director-General of the action taken, and if it does not accept such convention or agreement within the time limit, it will furnish a statement of the reasons for non-acceptance. In case of acceptance, each Member agrees to make an annual report to the Director-General in accordance with Chapter XIV.

Türkçe resmi çevirisi ise şöyledir:

Her üye Devlet Sağlık Asamblesi tarafından bir mukavele, yahut itilâfin kabulünden sonra 19 ay müddet içinde bu mukavele, yahut itilâfin kabulü için icabeden tedbirleri almayı taahhüt eder. Her üye Devlet alınan tedbirleri Umum Müdüre tebliğ eder, eğer bu mukavele, yahut itilâfi, tesbit edilen müddet içinde kabul etmiyecek olursa kabul etmemesinin sebebini gösterir bir beyan gönderir. Kabul halinde her üye Devlet XVİnci bölüm mucibince Umum Müdüre yıllık bir rapor göndermeği taahhüt eder.

²⁸ Hükmün orijinali şöyledir:

The Health Assembly shall have authority to adopt regulations concerning:

- (a) sanitary and quarantine requirements and other procedures designed to prevent the international spread of disease;
- (b) nomenclatures with respect to diseases, causes of death and public health practices;
- (c) standards with respect to diagnostic procedures for international use;
- (d) standards with respect to the safety, purity and potency of biological, pharmaceutical and similar products moving in international commerce;
- (e) advertising and labelling of biological, pharmaceutical and similar products moving in international commerce.

Türkçe resmi çevirisi ise şöyledir:

Sağlık Asamblesi aşağıdaki hususlara mütâallik tüzükleri kabule salâhiyetlidir:

- (a) Her türlü sağlık, yahut karantina tedbirleri, yahut hastalıkların bir memleketten başka bir memlekete yayılmasını önlemeğe mahsus başka usuller;
- (b) Hastalıklar, ölüm sebepleri ve umumi hijiyen usulleri hakkındaki ıstılahlar;
- (c) Milletlerarası çerçeve içerisinde tatbiki mümkün teşhis usulleri hakkında standartlar;
- (d) Milletlerarası piyasada bulunan biyolojik, ispençiyari, yahut benzerleri maddelerin zararsızlığı, safiyeti ve tesiri ile alâkalı esas tüzükler;
- (e) Milletlerarası piyasada bulunan biyolojik, ispençiyari ve benzeri maddelerin ilân ve bildirilmesi ile alâkalı şartlar.

²⁹ Bunun yanında ILO’nun standart üretiminde WHO ile işbirliği yapması da söz konusudur. Bkz. Philip Alston, “The United Nations’ Specialized Agencies and Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, **Columbia Journal of Transnational Law**, Vol.

sıklıkla eleştirilen bu özelliğinin nedeni olarak WHO'nun yapısal özellikleri gösterilmiştir.³⁰ Bu tarihsel geçmişi değiştiren olgu ise “*Tütün Denetimine İlişkin Çerçeve WHO Sözleşmesi*”dir.³¹

b. İnsan Hakları Manzumesinde Sağlık Hakkı

BM düzleminin insan haklarına ilişkin üç temel belgesi olan Evrensel İnsan Hakları Bildirisi, Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi ve Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi bir arada “*İnsan Hakları Manzumesi*” olarak adlandırılmaktadırlar.

Evrensel İnsan Hakları Bildirisi, her iki hak kuşağını bir arada düzenlemektedirken, “ikiz sözleşmeler” iki hak kuşağına özgülenmişlerdir. Dolayısıyla da söz konusu üç belge içinde sağlık hakkının normatif kapsamını belirlemek amacıyla ele alınması gerekenler Evrensel İnsan Hakları Bildirisi ve Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi’dir.

10 Aralık 1948 tarihinde kabul edilmiş olan “*Evrensel İnsan Hakları Bildirisi*”nin (EİHB) Md. 25 şöyledir.³²

18, Issue 1, 1979-1980, s. 117. Hasta bakım personeline ilişkin bu işbirliği sonrası ILO tarafından 1977 tarihli 149 No.lu Hasta Bakım Personeline İlişkin Sözleşme’nin kabul edildiğinin hatırlanması önemlidir.

³⁰ 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, s. 303, 338-344.

³¹ “*Tütün Denetimine İlişkin Çerçeve WHO Sözleşmesi*” (“*WHO Framework Convention on Tobacco Control*”) 16/06/2003 tarihinde imzaya açılmış ve 27/02/2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme’ye ilişkin ayrıntılı bir inceleme için bkz. Alyssa Woo, “Health Versus Trade: The Future of the WHO’s Framework Convention on Tobacco Control”, **Vanderblit Journal of Transnational Law**, Vol. 35, No. 5, s. 1731-1767.

³² “*Evrensel İnsan Hakları Bildirisi*” (“*Universal Declaration of Human Rights*”) BM Genel Kurulu tarafından 10/12/1948 tarihinde kabul edilmiştir. Bildiri’nin bu çalışmada kullanılan serbest çevirisi için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – II. Cilt/Uluslararası Sistemler**, İstanbul, Legal, 2010, s. 3-19. (Buradan sonra Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri/II. Cilt**). Maddenin orijinali şöyledir:

Article 25

1. Everyone has the right to a standard of living adequate for the health and well-being of himself and of his family, including food, clothing, housing and medical care and necessary social services, and the right to security in the event of unemployment, sickness, disability, widowhood, old age or other lack of livelihood in circumstances beyond his control.

Madde 25

1. Herkesin, yiyecek(beslenme), giyim, konut, tıbbi bakım ve gerekli sosyal hizmetler dahil olmak üzere, kendisinin ve ailesinin sağlık ve refahını/(esenliğini) temin için, yeterli bir yaşama standardına (sahip olma) hakkı, ve işsizlik, hastalık, maluliyet/(sakatlık), dulluk, yaşlılık hallerinde ya da geçim olanaklarından kendi kontrolü dışındaki koşullardan doğan diğer yoksunluk durumlarında, (sosyal) güvenceye (sahip olma) hakkı vardır.
2. Analık ve çocukluk (durumları), (ana ve çocuğu) özel bakım ve yardım görmeye hak sahibi kılar. Tüm çocuklar, ister evlilik içinde isterse evlilik dışında doğmuş olsun, aynı sosyal korumadan yararlanacaklardır.

EİHB'nin bu maddesi sağlık hakkını düzenlemekten ziyade, Bildiri'nin Başlangıç bölümünün beşinci paragrafında da göndermede bulunulan “yeterli bir yaşama standardı” hakkını düzenlemektedir. Sağlık, bu hükümde başlı başına bir insan hakkı olarak değil, yaşama standardı hakkının bileşenlerinden biri olarak öngörülmüştür. Hazırlık sürecinin başlangıcında madde, yalnızca sağlık hakkına özgülenmiş iken, yürütülen tartışmalarla birlikte mevcut halini almıştır.³³ Fakat bu durum, ilgili maddenin değerini azaltmamaktadır. Modern insan hakları hukukunun kurucu belgesi olan EİHB'nin hazırlık çalışmaları esnasında, sağlık hakkının tek başına bir hak olarak tartışılmış olması dahi atılan oldukça önemli bir adımdır. Zira üretildiği dönem itibariyle hukuki bağlayıcılıktan yoksun olan EİHB metni, geçen zaman içinde bu niteliğini, hukuken değilse de fiilen aşarak modern insan hakları hukukunun kurucu belgesi haline gelmiştir. En başta “ikiz sözleşmeler” olmak üzere insan hakları sözleşmelerinin önemli bir bölümü EİHB'ye ya başlangıç kısımlarında göndermede bulunmakta ya da doğrudan EİHB'de öngörülen haklara kendi hak listelerinde yer vermektedirler. Bunun yanında birçok ulusal ya da uluslararası yargı yeri, EİHB'yi bir ölçüt norm olarak kullanmıştır.³⁴

Yukarıda sayılanların yanı sıra bir noktaya daha dikkat edilmesi gerekmektedir. EİHB'nin bu şekildeki düzenlemesi bugün için, sağlık hakkının

2. Motherhood and childhood are entitled to special care and assistance. All children, whether born in or out of wedlock, shall enjoy the same social protection.

³³ Maddenin hazırlanışı ve bu dönemdeki tartışmalar için bkz. Asbjørn Eide, “Article 25”, **The Universal Declaration of Human Rights: A Commentary**, Asbjørn Eide vd. (eds.), Norway, Scandinavian University Press, 1993 (2. opplag), s. 385-403; H. D. C. Roscam Abbing, **International Organizations in Europe and the Right to Health Care**, Deventer/The Netherlands, Kluwer, 1979, s. 64-68.

³⁴ Gemalmaz, **Genel Teori**, s. 61-74.

kapsamının günümüz şartlarında yorumlanması bakımından önemli bir imkan sağlamaktadır. EİHB, beslenme, giyim, konut ve tıbbi bakımı birlikte sayarak aralarındaki bağı da hukuken belirlemiş olmaktadır. Dolayısıyla Bildiri, yalnızca insan haklarının bütünselliğinin bir göstergesi olmanın ötesinde aynı zamanda sağlık hakkının yakın ilişki içinde olduğu diğer haklara da işaret etmektedir.³⁵

Medeni ve siyasi haklar ile ekonomik, sosyal ve kültürel hakları bir arada düzenleyen EİHB, sözleşme formuna iki ayrı belge olarak dönüşmüştür. “İkiz Sözleşmeler” olarak adlandırılan bu iki sözleşmeden birinci kuşak haklara özgülenen belge “*Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi*”³⁶ (MSHS) ikinci kuşak hakları düzenleyen belge ise “*Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi*”³⁷ (ESKHS)dir. Çalışmanın konusu ile doğrudan ilgili adı geçen Sözleşme Md. 12 şöyledir:

Madde 12

1. Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, herkesin ulaşılabilir en yüksek düzeyde fiziksel/(bedensel) ve ruhsal sağlık standartlarından yararlanması hakkını tanır.

³⁵ Hatta Annas’a göre bir bütün olarak Bildiri, “insanların sağlıklı olabilecekleri şartları sağlama hedefine sahip olduğundan, halk/kamu sağlığı etliğini ortaya koymaktadır”. Bkz. George J. Annas, “Human Rights and Health: The Universal Declaration of Human Rights at 50”, **Perspectives on Health and Human Rights**, (Ed. Sofia Gruskin, vd.), New York-London, Routledge, 2005, s. 67.

³⁶ “*Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi*” (“*International Covenant on Civil and Political Rights*”) 16/12/1966 tarihinde kabul edilerek 19/12/1966 tarihinde imzaya açılmış ve 23/03/1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir. MSHS’nin bu çalışmada kullanılan serbest Türkçe çevirisi için bkz. Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri/II. Cilt**, s. 95-146.

³⁷ “*Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi*” (“*International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*”) BM Genel Kurulu tarafından 16/12/1966 tarihinde kabul edilerek 19/12/1966 tarihinde imzaya açılmış ve 03/01/1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir. ESKHS’nin bu çalışmada kullanılan serbest Türkçe çevirisi için bkz. Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri/II. Cilt**, s. 21-50. Hükmün orijinali şöyledir:

Article 12

1. The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health.
2. The steps to be taken by the States Parties to the present Covenant to achieve the full realization of this right shall include those necessary for:
 - (a) The provision for the reduction of the stillbirth-rate and of infant mortality and for the healthy development of the child;
 - (b) The improvement of all aspects of environmental and industrial hygiene;
 - (c) The prevention, treatment and control of epidemic, endemic, occupational and other diseases;
 - (d) The creation of conditions which would assure to all medical service and medical attention in the event of sickness.

2. Bu Sözleşmeye Taraf Devletlerce bu hakkın tam olarak gerçekleştirilmesini sağlamak için alınacak önlemler:

- (a) Ölü doğum oranının ve çocuk ölümlerinin düşürülmesi ve çocuğun sağlıklı gelişmesinin sağlanması;
- (b) Çevresel ve sınai sağlık şartlarının bütün yönleriyle iyileştirilmesi;
- (c) Salgın, yöresel, mesleki ve diğer hastalıkların önlenmesi, tedavisi ve denetim altında tutulması;
- (d) Hastalık durumunda bütün sağlık hizmetlerini ve tıbbi bakımı temin edecek koşulların yaratılması,

için gerekli bulunan önlemleri de kapsayacaktır.

Chapman'a göre söz konusu madde "temel insan hakları belgeleri içindeki, sağlık hakkının en geniş ve en eksiksiz kavranışını öngörmektedir".³⁸ EİHB'den farklı olarak Sözleşme, sağlık hakkını "yaşama standardının" hedefi olmaktan çıkarak başlı başına bir hak olarak düzenlemiştir. Maddenin ilk fıkrası korunan hakkı belirler. Buna göre ESKHS lafzında sağlık hakkı, "ulaşılabilir en yüksek düzeyde fiziksel/(bedensel) ve ruhsal sağlık standartlarından yararlanma hakkı" olarak tanımlanmaktadır.³⁹

Maddenin ikinci fıkrasında ise dört paragraf halinde hakkın unsurları sayılmıştır. Bunların ilki (a) alt-paragrafındaki çocuk sağlığına ilişkin hükümdür. Bu unsur da üç alt-unsura ayrılmıştır: ölü doğum, çocuk ölümü ve çocuğun sağlıklı gelişiminin sağlanması. İkinci unsur olan çevresel ve sınai sağlık şartlarının bütün yönüyle iyileştirilmesi (b) alt-paragrafında ele alınmıştır. Bu unsur da çevresel şartlar ile sağlık hakkı arasındaki bağın gösterilmesi bakımından önem taşımaktadır. Üçüncü unsuru düzenleyen (c) alt-paragrafı tüm hastalıkların ("Salgın, yöresel, mesleki ve diğer...") (vurgu eklenmiştir) önlenmesi, tedavisi ve denetim altında

³⁸ Audrey R. Chapman, "Conceptualizing the Right to Health: A Violations Approach", **Tennessee Law Review**, Vol. 65, Issue: 2, 1997-1998, s. 397.

³⁹ Söz konusu adlandırma, ESKHS ile aynı dönemde üretilen başkaca BM belgeleri tarafından da kabul edilmiştir. Bkz. BM Genel Kurulunun 11/12/1969 tarih ve 2542 (XXIV) sayılı kararıyla kabul edilen "*Sosyal İlerleme ve Gelişme Bildirisi*" ("*Declaration on Social Progress and Development*"), 10/d. madde şöyledir: "(d) En yüksek düzeyde sağlık standartlarının gerçekleştirilmesi ve eğer mümkünse bedelsiz olarak, nüfusun/(halkın) tamamı için koruyucu sağlık hizmetlerinin sağlanması". Bildirinin Türkçe çevirisi için bkz. Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri/II. Cilt**, s. 1135-1158.

Dikkat edileceği üzere, bu düzenlemenin ESKHS Madde 12'den farklılaştığı nokta, devletlerin yükümlülükleri bakımından sınırlayıcı bir etkiye sahip olan, "ulaşılabilir" terimine yer verilmemiş olmasıdır. Bu tercihin, üzerinde uzun uzadıya durulması bu çalışmanın hedefleri bakımından bir belirleyicilik içermemekle birlikte, en azından hukuken bağlayıcı olan belgeler ile bu niteliğe sahip olmayan belgelerdeki dil kullanımının farklılaşmasına örnek teşkil etmesi bakımından önemli olabilir.

tutulması aşamalarını bütünüyle kapsamaktadır. Son olarak (d) alt-paragrafında yer alan unsur hastalık durumunda sağlık hizmetlerinin ve tıbbi bakımın temin edileceği koşulların yaratılması olarak belirlenmiştir. Bu unsurun dikkati çeken özelliği söz konusu hizmetlerin sunulması yerine daha esnek bir yükümlülük olarak hizmetin sunulacağı “koşulların yaratılması”nın öngörölmüş olmasıdır.

c. Diğer BM İnsan Hakları Belgelerinde Sağlık Hakkı

Bu başlık altında özneye yönelik olarak BM düzleminde üretilen, bir başka deyişle özel nitelikli insan hakları sözleşmelerinin sağlık hakkına ilişkin normatif düzenlemeleri ele alınacaktır.

“*Her Biçimiyle Irksal Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi*” (IAOKS)⁴⁰, doğrudan sağlık hakkına ilişkin bir düzenleme öngörmemektedir. Bununla birlikte Sözleşme genel olarak ekonomik, sosyal ve kültürel haklara ilişkin bir ırksal ayrımcılık yasağı normu içermektedir. Söz konusu yasağı düzenleyen Sözleşme Md. 5/e/iv şöyledir:

Madde 5

Bu Sözleşme Madde 2’de düzenlenen temel yükümlölüklerle uygun olarak, Taraf Devletler, her biçimiyle ırksal ayrımcılığı yasaklamayı ve ortadan kaldırmayı ve ırk, renk ya da ulusal yahut etnik kökeninde farklılık gözetmeksizin, özellikle aşağıdaki haklardan yararlanma bakımından olmak üzere, herkesin kanun önünde eşitlik hakkını güvence altına almayı taahhüt ederler:

(...)

(e) Ekonomik, sosyal ve kültürel haklar, özellikle:

(...)

(iv) Genel sağlık hakkı, tıbbi bakım(dan) (yararlanma) hakkı, sosyal güvenlik hakkı ve sosyal hizmetlerden (yararlanma) hakkı;

(...)

Metinden de anlaşılacağı üzere, Sözleşme’nin alanına giren ikinci kuşak hakların gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği değil ve fakat bu hakların yerine getirilmesine ilişkin faaliyetlerde ırksal ayrımcılık yapıp yapılmadığıdır.

⁴⁰ “*Her Biçimiyle Irksal Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi*” (“*International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*”) 21/12/1965 tarihinde kabul edilmiş ve 04/01/1969 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme’nin bu çalışmada kullanılan serbest Türkçe çevirisi için bkz. Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri/II. Cilt**, s. 345-367.

BM düzleminde, hem konusu hem de öznesi bakımından spesifik olmakla birlikte sağlık hakkını da düzenleyen bir başka sözleşme de “*Kadınlara Karşı Her Biçimiyle Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi*”⁴¹’dir (KKAOKS). KKAOKS’nin sağlık hakkına ilişkin olarak öngördüğü hüküm şöyledir:

Madde 12

1. Taraf Devletler, aile planlamasına ilişkin olanlar dahil, sağlık bakım hizmetlerinden erkeklerin ve kadınların eşitlik temelinde yararlanmalarını temin etmek için, sağlık bakımı alanında kadınlara karşı ayrımcılığı ortadan kaldıran uygun/(gerekli) bütün önlemleri alacaklardır.

2. Bu Madde paragraf 1 hükümlerine hâlel gelmeksizin, Taraf Devletler, hamilelik, loğusalık ve doğum sonrası dönemlerle ilgili uygun/(gerekli) hizmetleri kadınlara, gerekli hallerde hizmetleri bedelsiz/(ücretsiz) sunarak ve bunun yanı sıra, hamilelik ve emzirme döneminde (kadınların) yeterli düzeyde beslenmeleri imkanını yaratarak, temin edeceklerdir.

Sağlık hakkını düzenleyen bu maddenin yanı sıra, KKAOKS’nin sağlıkla bağlantılı başkaca hükümler de içerdiğini not etmek, bu çalışmanın hedefi bakımından yeterlidir.⁴²

BM düzleminde, ayrımcılık temelli bu iki sözleşme dışında, hakkın öznesi bakımından spesifik olan beş sözleşmenin ve bir bildirinin daha ele alınması

⁴¹ “*Kadınlara Karşı Her Biçimiyle Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi*” (“*Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*”) 18/12/1979 tarihinde kabul edilmiş ve 03/09/1981 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme’nin bu çalışmada kullanılan serbest Türkçe çevirisi için bkz. Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri/II**. Cilt, s. 489-514.

⁴² Sözleşme organı Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi’ne (KKAOKK) göre bu haklar şunlardır: Aile eğitiminin, bir sosyal anlayış olarak anneliğe ilişkin doğru bir anlayış olarak kapsamasını öngören Md. 5/b; eğitime eşit olarak erişimi böylelikle de kadınların sağlık bakımına daha hazır bir şekilde erişmelerini ve sıklıkla erken hamileliğin bir sonucu olan okulu bırakma oranlarının düşürülmesini öngören Md. 10; aile planlaması hakkındaki bilgi ve tavsiyeler dahil olmak üzere, ailelerin sağlık ve esenliğini temin etmeye yardımcı olacak spesifik eğitici bilgilendirmeyi öngören Md. 10/h; doğurganlık işlevinin korunması dahil olmak üzere, güvenli çalışma koşulları ve sağlığın korunmasını, hamilelik sırasında zararlı türdeki işlerden özel olarak korunma ve ücretli doğum iznini öngören Md. 11; kırsal kesimdeki kadınlara ilişkin Md. 14/2 aile planlaması konusunda bilgi, danışmanlık ve hizmetler dahil olmak üzere yeterli sağlık bakımına erişmeyi öngören (b) alt paragrafı ve özellikle konut, sanitasyon, elektrik ve su kaynakları, ulaşım ve iletişimi kapsayan yeterli yaşama şartlarına erişimi öngören (h) alt paragrafı; çocuklarının sayısı ve çocuk sahibi olma zamanı hakkında erkeklerle aynı şekilde, özgürce ve sorumlulukla karar verme ve bu hakları kullanabilme imkanı veren bilgi, eğitim ve araçlara erişimi öngören Md. 16/1/e . Bkz. CEDAW, **General Recommendation 24, Article 12 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women – Women and Health**, A/54/38/Rev.1, 1999, s. 6-7, para. 28.

gerekmektedir. Söz konusu sözleşmelerin ilki “Çocuk Hakları Sözleşmesi”dir (ÇHS).⁴³

Madde 24

1. Taraf Devletler, çocuğun ulaşılabilir en yüksek sağlık standardından ve hastalık halinde tedavi ve rehabilitasyon sağlayan kuruluşlardan yararlanması hakkını tanırlar. Taraf Devletler, hiçbir çocuğun bu tür tıbbi bakım hizmetlerine ulaşma/(hizmetlerinden yararlanma) hakkından yoksun kalmamasını temin etmek üzere çaba göstereceklerdir.

2. Taraf Devletler, bu hakkın tam/(eksiksiz) olarak uygulanmasının takipçisi olacaklardır ve, özellikle (aşağıdaki hususlarda) uygun/(gerekli) önlemleri alacaklardır.

(a) Bebek ve çocuk ölüm oranlarının düşürülmesi;

(b) Temel tıbbi/(sağlık) bakım hizmetlerinin geliştirilmesine önem verilerek, bütün çocuklara gerekli tıbbi yardımın ve tıbbi/(sağlık) bakımın sağlanmasının temin edilmesi;

(c) Çevre kirliliği tehlikeleri ve riskleri dikkate alınarak, diğer hususların yanı sıra, halihazırda mevcut/(kullanılabilir) teknolojinin uygulanması ve yeterli miktarda besin değeri bulunan gıdalar ve temiz içme suyu sağlanması yollarıyla temel tıbbi/(sağlık) bakım hizmetleri çerçevesi içinde olanlar da dahil, hastalık ve yetersiz beslenmeye karşı mücadele edilmesi;

(d) Anneler için doğum öncesi ve doğum sonrası uygun tıbbi/(sağlık) 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 desteklemelerinin temin edilmesi;

(f) Önleyici/(koruyucu) sağlık/(tıbbi) bakım hizmetlerinin, anne-babalar için rehberlik ve aile planlaması 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/(tedrici) biçimde tam olarak gerçekleşmesini sağlamak amacıyla uluslararası işbirliğini geliştirmeyi ve teşvik etmeyi taahhüt ederler. Bu bağlamda, gelişmekte olan ülkelerin ihtiyaçlarına özel bir önem atfedilecektir.

Norma ilişkin olarak vurgulanması gereken birkaç nokta vardır. İlk olarak, ÇHS’nin sağlık hakkını tanımlarken ESKHS’nin sağlık hakkı tanımını genişlettiğinin ve “ulaşılabilir en yüksek sağlık standardı”na “hastalık halinde tedavi ve rehabilitasyon sağlayan kuruluşlardan yararlanma” unsurunu da eklemiş olduğunun

⁴³ “Çocuk Hakları Sözleşmesi” (“Convention on the Rights of the Child”) 20/11/1989 tarihinde kabul edilmiş ve 02/09/1990 tarihinde yürürlüğe girmiştir. ÇHS’nin bu çalışmada kullanılan serbest Türkçe çevirisi için bkz. Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri/II. Cilt**, s. 593-626.

belirtilmesi gerekmektedir.⁴⁴ ÇHS Md. 24/1 çerçevesinde ulaşılabilir en yüksek sağlık standardı hakkının normatif içeriği “gerek çocuğun biyolojik önkoşullarını ve sağlık bakımına erişiminin yan sıra yaşama şartlarını da dikkate alan, mümkün olan en iyi sağlık sonuçlarına hak”tır.⁴⁵ İkinci nokta normun alt-paragraf 2/c’de çevresel sağlık, gıda ve su gibi sağlığın belirleyicilerinin sağlanmasına, alınacak önlemler arasında yer veriyor olmasıdır. Üçüncü ve son nokta olarak zararlı geleneksel uygulamalara paragraf 3’te yer verilmiş olmasıdır. Zararlı geleneksel uygulamalar arasında Sözleşme’nin “müzakerelerinde başlıca odak noktası ve şüphesiz en ciddi olanı, kadın sünneti olgusudur”.⁴⁶

“*Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Üyelerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme*”⁴⁷ de sağlık hakkının çeşitli veçhelerini, birden fazla hükümde düzenlemektedir.

Madde 28⁴⁸

Göçmen işçiler ve ailelerinin üyeleri, ilgili Devlet uyrukları ile eşit muamele temelinde, yaşamlarının korunması ya da sağlıklarına yönelik telafisi mümkün olmayan zararın önlenmesi için acil olarak gerekli olan her türlü tıbbi bakımı alma hakkına sahip olacaklardır. Bu tür bir acil tıbbi bakımdan ikamet ya da istihdama ilişkin herhangi bir kural dışılık nedeniyle yoksun bırakılmayacaklardır.

⁴⁴ Virginia A. Leary, “Implications of a Right to Health”, **Human Rights in the Twenty-first Century: A Global Challenge**, Kathleen E. Mahoney, Paul Mahoney (eds.), Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, s. 489.

⁴⁵ Asbjørn Eide, Wenche Barth Eide, “Article 24: The Right to Health”, **A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child**, Leiden, A. Alan, v.d. (Eds.), Martinus Nijhoff Publishers, 2006, s. 9, para. 22.

⁴⁶ a.e., s. 46.

⁴⁷ “*Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Üyelerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme*” (“*International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families*”) 18/12/1990 tarihinde kabul edilmiş ve 01/07/2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁴⁸ Maddenin orijinal metni şöyledir:

Article 28

Migrant workers and members of their families shall have the right to receive any medical care that is urgently required for the preservation of their life or the avoidance of irreparable harm to their health on the basis of equality of treatment with nationals of the State concerned. Such emergency medical care shall not be refused them by reason of any irregularity with regard to stay or employment.

Madde 43⁴⁹

1. 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;

(...)

Madde 45⁵⁰

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;

Bir başka BM belgesi olan “*Engelli Kişilerin Hakları Sözleşmesi*”⁵¹ Md. 25 sağlık hakkına ilişkin bir düzenleme öngörmektedir.⁵²

⁴⁹ Maddenin orijinal metni şöyledir:

Article 43

1. Migrant workers shall enjoy equality of treatment with nationals of the State of employment in relation to:

(...)

(e) Access to social and health services, provided that the requirements for participation in the respective schemes are met (...)

⁵⁰ Metnin orijinali şöyledir:

Article 45

1. Members of the families of migrant workers shall, in the State of employment, enjoy equality of treatment with nationals of that State in relation to:

(...)

(c) Access to social and health services, provided that requirements for participation in the respective schemes are met (...)

⁵¹ “*Engelli Kişilerin Hakları Sözleşmesi*” (“*Convention on the Rights of Persons with Disabilities*”) 13/12/2006 tarihinde kabul edilmiş ve 03/05/2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁵² Maddenin orijinal metni şöyledir:

Article 25 - Health

States Parties recognize that persons with disabilities have the right to the enjoyment of the highest attainable standard of health without discrimination on the basis of disability. States Parties shall take all appropriate measures to ensure access for persons with disabilities to health services that are gender-sensitive, including health-related rehabilitation. In particular, States Parties shall:

(a) Provide persons with disabilities with the same range, quality and standard of free or affordable health care and programmes as provided to other persons,

Madde 25 - Sağlık

Taraf Devletler engelli kişilerin, 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. Taraf Devletler özellikle aşağıdaki 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 programları 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 tasarımılanmış 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 da 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 bir şekilde sağlanacak olan, yaşam sigortası sağlanmasında engelli kişilere yönelik ayrımcılığı yasaklamak;
- (f) Sağlık bakımı yahut sağlık hizmetleri yahut besin ve sıvıların (*fluids*) engellilik temelinde ayrımcı şekilde esirgenmesinin önlenmesi.

including in the area of sexual and reproductive health and population-based public health programmes;

(b) Provide those health services needed by persons with disabilities specifically because of their disabilities, including early identification and intervention as appropriate, and services designed to minimize and prevent further disabilities, including among children and older persons;

(c) Provide these health services as close as possible to people's own communities, including in rural areas;

(d) Require health professionals to provide care of the same quality to persons with disabilities as to others, including on the basis of free and informed consent by, inter alia, raising awareness of the human rights, dignity, autonomy and needs of persons with disabilities through training and the promulgation of ethical standards for public and private health care;

(e) Prohibit discrimination against persons with disabilities in the provision of health insurance, and life insurance where such insurance is permitted by national law, which shall be provided in a fair and reasonable manner;

(f) Prevent discriminatory denial of health care or health services or food and fluids on the basis of disability.

Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) tarafından üretilmiş “*Yerli ve Kabile Nüfus/(Ahalî) Sözleşmesi (Sözleşme No. 107)*”⁵³ sağlık hakkına ilişkin bir düzenleme içermektedir. Sözleşme Md. 20 şöyledir:⁵⁴

Madde 20

1. Hükümetler yeterli sağlık hizmetlerinin ilgili nüfuslara/(ahalilere) sağlanması sorumluluğunu üstleneceklerdir.
2. Bu tür hizmetlerin örgütlenmesi, ilgili nüfusların/(ahalilerin) sosyal, ekonomik ve kültürel koşullarına ilişkin sistematik çalışmalara dayanacaktır.
3. Bu tür hizmetlerin geliştirilmesi sosyal, ekonomik ve kültürel gelişmeye ilişkin genel önlemlerle eşgüdümlü olacaktır.

ILO tarafından üretilen bir diğer belge olan 1989 tarihli “*Yerli ve Kabile Halklar Sözleşmesi (Sözleşme No.169)*”⁵⁵ Md. 25 sağlık hakkını düzenlemektedir.

Madde 25

1. Hükümetler, uygun/(yeterli) sağlık hizmetlerinin ilgili halkların yararlanmasına amade/(açık) olmasını temin edeceklerdir, ya da bu halkların ulaşılabilir/(elde edilebilir) en yüksek bedensel ve ruhsal sağlık standartlarından yararlanabilmeleri için, kendi sorumlulukları ve kontrolleri altında bu tür hizmetleri örgütleme (*design*) ve sunmalarına elveren kaynakları bu halklara sağlayacaklardır.
2. Sağlık hizmetleri, mümkün olduğu ölçüde, topluluk-odaklı (*community-based*) olacaktır. Bu hizmetler, ilgili halklarla işbirliği yapılarak planlanacak ve yürütülecek, ve onların geleneksel önleyici bakımının (*preventive care*), tedavi uygulamalarının ve ilaçlarının yanı sıra, ekonomik, coğrafi, sosyal ve kültürel koşullarını da dikkate alacaktır.
3. Sağlık bakım sistemi, yerel topluluk sağlık çalışanlarının eğitime ve istihdamına öncelik tanıyacaktır, ve sağlık bakım hizmetlerinin diğer düzeyleriyle kuvvetli bağları sürdürürken temel sağlık bakımı üzerinde odaklanacaktır.

⁵³ “*Yerli ve Kabile Nüfus/(Ahalî) Sözleşmesi (Sözleşme No. 107)*” (“*Indigenous and Tribal Populations Convention (Convention No. 107)*”) 26/06/1957 tarihinde kabul edilmiş ve 02/06/1959 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁵⁴ Hükmün orijinali şöyledir:

Article 20

1. Governments shall assume the responsibility for providing adequate health services for the populations concerned.
2. The organisation of such services shall be based on systematic studies of the social, economic and cultural conditions of the populations concerned.
3. The development of such services shall be co-ordinated with general measures of social, economic and cultural development.

⁵⁵ “*Yerli ve Kabile Halklar Sözleşmesi (Sözleşme No.169)*” (“*Indigenous and Tribal Peoples Convention (Convention No. 169)*”) 27/06/1989 tarihinde kabul edilmiş 05/09/1991 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşmenin bu çalışmada kullanılan Türkçe çevirisi için bkz. Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri/II. Cilt**, s. 243-265.

4. Bu tür sağlık hizmetlerinin sağlanması, ülkedeki diğer sosyal, ekonomik ve kültürel önlemlerle eşgüdümlü olacaktır.

Yerli halkların haklarına ilişkin olarak ele alınacak son belge “*Yerli Halkların Hakları Birleşmiş Milletler Bildirisi*”⁵⁶ Bildirinin sağlık hakkına ilişkin düzenlemesi şöyledir:

Madde 24

1. Yerli halklar, kendileri bakımından hayati önemi haiz bitkilerin, hayvanların ve minerallerin muhafazası dahil olarak, geleneksel ilaçlarını (kullanma) ve kendi sağlık uygulamalarını sürdürme hakkına (*right to their traditional medicines and to maintain their health practices*) sahiptirler. Yerli (halka mensup) 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/(önlemleri alacaklardır).

2. Bölgesel Düzlemde Üretilen Belgelerde Sağlık Hakkı

Bu bölümde insan hakları koruma sistemlerini kurumsallaştırmada başarılı olan üç bölgesel sistem düzeleminde üretilen insan hakları belgeleri ele alınacaktır. Bu üç sistem Avrupa Konseyi, Amerikan Devletleri Örgütü ve Afrika Birliği’dir.

a. Avrupa Konseyi Belgelerinde Sağlık Hakkı

Avrupa Konseyi düzleminde sosyal hakları düzenleyen, temel belge “*Avrupa Sosyal Şartı*”dır. Bugün için Avrupa Sosyal Şartı ile, iki ayrı Şart’ın anlaşılması gerekmektedir. Bunlar 1961 tarihli “*Avrupa Sosyal Şartı*” (ASS)⁵⁷ ve 1996 tarihli “*Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı*”dır (GG-ASS).⁵⁸ Her iki belgenin bir arada

⁵⁶ “*Yerli Halkların Hakları Birleşmiş Milletler Bildirisi*” BM Genel Kurulu tarafından 13/09/2007 tarihinde kabul edilmiştir. Bildirinin bu çalışmada kullanılan Türkçe çevirisi için bkz. **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri/II. Cilt**, s. 267-286.

⁵⁷ “*Avrupa Sosyal Şartı*” (“*European Social Charter*”) 18/10/1961 tarihinde imzaya açılmış ve 26/02/1965 tarihinde yürürlüğe girmiştir. ASS hakkında bilgi için bkz. Gemalmaz, **Genel Teori**, s. 1069-1074. Şart’ın bu çalışmada kullanılan serbest Türkçe çevirisi için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – I. Cilt/Bölgesel Sistemler**, İstanbul, Legal, 2010, s. 297-323. (Buradan sonra Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri/I. Cilt**)

⁵⁸ “*Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı*” (“*European Social Charter (Revised)*”) 03/05/1996 tarihinde imzaya açılmış ve 01/07/1999 tarihinde yürürlüğe girmiştir. GG-ASS hakkında bilgi için bkz.

varlıklarını sürdürmelerinin nedeni, Avrupa Konseyi üyesi Devletlerden 11'inin ASS'ye taraf olmalarına karşılık, GG-ASS'ye taraf olmamalarıdır.⁵⁹ Söz konusu Devletlerin de GG-ASS'ye taraf olmalarıyla birlikte ASS, yerini GG-ASS'ye bırakmış olacaktır.⁶⁰ Her iki Şart da halihazırda yürürlükte olduklarından, aşağıda GG-ASS metni ASS metni ile karşılaştırmalı olarak ele alınacaktır.

Her iki Şart da, “haklar ve ilkeler” (Bölüm I) ve “...bunların...etkin biçimde uygulanmaları” (Bölüm II) şeklinde iki bölümden oluşmaktadır.⁶¹ Her iki Şart Bölüm I'in 11. paragrafları şöyledir:

“Herkesin ulaşılabilir olası en yüksek sağlık standartlarından faydalanmasını sağlayacak herhangi bir önlemden yararlanma hakkı vardır.”

Bu ifadeye ilişkin olarak altı çizilmesi gereken üç nokta bulunmaktadır. İlk olarak, içinde bulunduğu bölüm itibarıyla bağlayıcı olmadığı kabul edilse dahi, en azından aşağıda ele alınacak olan Md. 11'in okunması gereken bağlamı göstermesi bakımından önem taşımaktadır. İkincisi ASS, WHO Anayasasının “ulaşılabilir en yüksek sağlık standartları” kalıbını ilk kez kullanan belge olmaktadır. Zira ASS 1961, ESKHS ise 1966 tarihlidir. Üçüncü ve son nokta ise, söz konusu standartlardan faydalanmayı sağlayacak “herhangi bir önlem”e göndermede bulunmasıdır. Böylelikle de, hakkın gerçekleştirilmesi için alınacak önlemlerin ucunu açık bırakarak hakkın sözleşme organı tarafından mümkün olan en geniş ölçüde yorumlamasına imkan tanımış olmaktadır.

GG-ASS'de sağlığa ilişkin birden çok hüküm göze çarpmaktadır. Bunlar arasında doğrudan sağlık hakkını düzenleyen Md. 11. , “Sağlığın korunması hakkı” başlığını taşımaktadır:

Gemalmaz, **Genel Teori**, s. 1080-1092. Gözden Geçirilmiş Şart'ın bu çalışmada kullanılan serbest Türkçe çevirisi için bkz. Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri/I. Cilt**, s. 349-389.

⁵⁹ 28 Şubat 2012 tarihi itibarıyla.

⁶⁰ Belirtmek gerekir ki GG-ASS'nin usul hukukuna ilişkin bölümü ASS'ye gönderme yapmaktadır. Dolayısıyla ASS'nin usul hukuku bölümü GG-ASS yürürlükte kaldığı sürece, onunla birlikte hukuki varlığını sürdürecektir.

⁶¹ Söz konusu bölümlendirmeye ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. İzzet Mert Ertan, “Avrupa Konseyi Düzleminde Sosyal Hakların Korunması”, (Yayınlanmamış yüksek lisans tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008, s. 80-81. (Buradan sonra Ertan, Avrupa Konseyinde Sosyal Haklar)

Madde 11 – Sağlığın korunması hakkı

Taraflar, sağlığın korunması hakkının etkin biçimde kullanılmasını temin etmek 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/(epidemik) hastalıkları, yöresel ve süreklilik arz eden/(endemik) hastalıkları ve diğer hastalıkları ve bunların yanı sıra kazaları mümkün olduğunca önlemek üzere tasarılanmış uygun önlemleri almayı üstlenirler.

Öncelikle belirtelim ki GG-ASS'nin 1961 tarihli Avrupa Sosyal Şartı'nın ilgili maddesine getirdiği tek yenilik 3 numaralı paragrafa eklenen "...ve bunların yanı sıra kazaları..." ifadesidir. Orijinali "accident" olan kaza teriminin kullanılması, getirilen yenilik ile amaçlanan hedefi anlaşılabilir kılmaktan uzak ve aynı ölçüde muğlaktır. Şart'ın Açıklayıcı Raporunda da kaza teriminin içeriğine ilişkin herhangi bir açıklama getirilmemiştir.⁶² Bununla birlikte sözleşme organı olan Avrupa Sosyal Haklar Komitesi'ne (ASHK) göre kapsanan başlıca kaza türleri trafik kazaları, ev kazaları, okulda gerçekleşen kazalar, hayvanların neden oldukları da dahil olmak üzere iş dışında gerçekleşen kazalar ve iş kazalarıdır.⁶³ Buradan çıkan sonuç kaza kavramının oldukça geniş yorumlandığıdır.

Yukarıda da belirtildiği üzere, GG-ASS'nin sağlık hakkına ilişkin hükümleri Md. 11 ile sınırlı değildir. Güvenli ve sağlıklı çalışma koşullarına hakkı düzenleyen Md. 3; çocukların ve gençlerin sağlıkları bakımından zararlı işlerde çalıştırılmamalarını içeren çocukların ve gençlerin korunma hakkını düzenleyen Md. 7; hamile, yeni doğum yapmış ya da emzirme döneminde bulunan kadınların sağlıkları bakımından zararlı işlerde çalıştırılmamalarını içeren Md. 8 sağlığa ilişkin düzenlemeler öngören diğer maddelerdir. Üzerinde durulmayı hak eden ve sayılan hükümlerden çok daha sıkı bir şekilde sağlık hakkı ile bağlantılı olan madde ise Md. 13'te düzenlenen sosyal ve tıbbi yardım hakkıdır. Madde metni şöyledir:

⁶² Açıklayıcı rapor (*explanatory report*) için bkz. **European Social Charter – Collected Texts**, Germany, Council of Europe Publishing, 2003 (4th edition), s. 166, para. 56.

⁶³ **Digest of the Case Law of the European Committee of Social Rights**, 1 September 2008, s. 88. Bu derlemeye şu internet adresinden ulaşılabilir: (çevrimiçi), http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Digest/DigestSept2008_en.pdf, 28/02/2012.

Madde 13 – Sosyal ve tıbbi yardım hakkı

Taraflar, sosyal ve tıbbi yardım hakkının etkin biçimde kullanılmasını temin etmek amacıyla:

1. yeterli olanakları /(kaynakları) bulunmayan ve gerek kendi çabasıyla ve gerekse başka kaynaklardan, özellikle de bir sosyal güvenlik sisteminden yararlanarak bu tür olanakları sağlayamayan herhangi bir kişiye yeterli yardımı vermeyi, ve hastalık halinde, bu kişinin içinde bulunduğu durumun gerekli kıldığı bakımı temin etmeyi;
2. bu tür bir yardım alanların, bundan ötürü siyasal ya da sosyal haklarının azaltılmasından/(kısıtlanmasından) mustarip olmalarını önlemeyi;
3. herkesin, kişisel ya da ailevi yoksulluk durumunu önlemek, ortadan kaldırmak yahut hafifletmek için gerekli olabilecek türdeki danişsal ya da kişisel yardımları, uygun nitelikteki kamusal yahut özel hizmetler aracılığı ile alabilmesini sağlamayı;
4. bu Maddenin paragraf 1, 2 ve 3 hükümlerini, 11 Aralık 1953 tarihinde Paris’te imzalanmış olan Sosyal ve Tıbbi Yardım Avrupa Sözleşmesi çerçevesinde üstlenmiş bulundukları yükümlülükler uyarınca, kendi ülkelerinde hukuka uygun olarak bulunan diğer Tarafların vatandaşları ile eşit tutarak uygulamayı, üstlenirler.

Bu madde hükmüyle ASŞ sisteminin, sağlık hakkının toplumun tüm kesimleri bakımından güvence altına almayı hedeflediği ileri sürülebilir. Zira hakkın kapsamı yalnızca tıbbi bakımı değil ve fakat bireyin temel ihtiyaçlarının karşılandığı bir yaşamı da içermektedir.

Avrupa Konseyi tarafından üretilen ve temel olarak biyoloji ve tıbbın uygulanmasında insan haklarının gözetilmesine ilişkin olan “*İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi*”⁶⁴, sağlık hakkı kapsamında sayılabilecek bir hüküm içermektedir. Söz konusu hüküm şöyledir:

Madde 3 – Sağlık bakımı hizmetlerine eşitlikçi erişim

Taraflar, sağlıkla ilgili ihtiyaçları ve kullanılabilir kaynakları göz önünde tutarak, kendi yargı yetki alanları içinde, uygun nitelikteki sağlık hizmetlerine eşitlikçi/(hakça) erişimi sağlamak üzere uygun önlemleri alacaklardır.

Söz konusu hüküm bakımından iki noktanın vurgulanması gerekir. İlk nokta “kullanılabilir kaynaklar” ifadesiyle hakkın maddi kaynaklara ilişkin sınırını belirlemiş olmasıdır. İkinci nokta ise “yargı yetki alanı” ifadesinin kullanılmış

⁶⁴ “*Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Haklarının ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi*” (“*Convention for the Protection of Human Rights and Human Dignity with Regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine*”) 04/04/1997 tarihinde kabul edilmiş ve 01/12/1999 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme’nin bu çalışmada kullanılan serbest Türkçe çevirisi için bkz. Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri/I. Cilt*, s. 513-536.

olmasıdır ki, bununla hedeflenenin sosyal haklar bakımından dayanılma imkanı tanınan vatandaş-vatandaş olmayan ayrımını dışlamak olduğu kolayca anlaşılabılır.

b. Amerikan Devletleri Örgütü Belgelerinde Sağlık Hakkı

Amerikan Devletleri Örgütü tarafından üretilen belgelerde sağlık hakkına ilişkin normatif düzenlemelerin taranması halinde ilk karşılaşılabacak hüküm “*Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi*” (AİHB)⁶⁵ Md. XI’dir. Madde metni şöyledir:

Madde XI - Sağlığın ve refahın korunması hakkı

Her kişi, kamunun ve toplumun kaynaklarının elverdiği ölçüde, beslenme, giyim, barınma ve tıbbi bakıma ilişkin olarak sağlık ve sosyal alanlardaki önlemler yoluyla, sağlığının korunmasına hak sahibidir.

Amerikan Bildirisi’nin öngördüğü bu normun önemi, birkaç noktaya dayanmaktadır. Bunların ilki, Bildiri’nin kabul edilme tarihidir. EİHB’nin kabul tarihinin 10/12/1948 olduğu hatırlandığında, Amerikan Bildirisi’nin bu tarihten yaklaşık yedi ay önce üretilmiş olduğu fark edilecektir. Bu bakımdan AİHB, WHO Anayasası’ndan sonra, sağlık hakkını ulusüstü düzlemde normatif olarak düzenleyen ikinci belge olmaktadır. Kayda değer bir diğer nokta AİHB’nin, her ne kadar “sağlığın korunması” olarak adlandırılmış olsa da, sağlık hakkını kendi başına bir hak olarak düzenlemiş olmasıdır. Üçüncü nokta ise Bildiri’nin, sağlık ile “beslenme, giyim, barınma” arasındaki bağı normatif olarak göstermiş olmasıdır. Dördüncü ve son nokta ise “kamunun ve toplumun kaynaklarının elverdiği ölçüde” ifadesidir.⁶⁶ Bu şekilde AİHB, ekonomik kaynakların elverişliliğine vurgu yapmak suretiyle hakkın sınırlarını çizmiş olmaktadır. Hakların gerçekleştirilmesi ve kaynaklar arasındaki

⁶⁵ “*Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi*” (“*American Declaration of the Rights and Duties of Man*”) 02/05/1948 tarihinde kabul edilmiştir. Bildiri’nin bu çalışmada kullanılan Türkçe çevirisi için bkz. Gemalmaz, **Ulusüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri/I. Cilt**, s. 719-726.

⁶⁶ Türk doktrininde bu noktayı işaret eden Adil Şahin’in ifadesiyle söz konusu “düzenleme, öteki insan hakları belgelerinde yer verilmemiş oluşu ile de, “tek, özel ve tarihi” bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır.” Bkz. Adil Şahin, “Ulusüstü İnsan Hakları Hukukunda Ekonomik Sosyal ve Kültürel Hakların Niteliği Bağlamında Sağlık Hakkının Kapsamı Üzerine Bir İnceleme”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 59, Sayı 4, 2010, s. 739. Yukarıda Avrupa Konseyi başlığı altında ele alınan “*İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi*” dikkate alındığında bu bilginin yerinde olmadığı anlaşılmaktadır.

ilişkinin bu şekilde normatif olarak düzenlemesiyle ilk modern ulusalüstü insan hakları belgesi olan AİHB bu konuda öncü örneği oluşturmaktadır.

“*Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi*”nin (AmeİHS)⁶⁷ kendisi, düzenlediği haklar arasında sağlık hakkına yer vermemiştir. Sözleşme’de sosyal (ekonomik, sosyal ve kültürel) haklar, “özü bakımından bir yollama maddesi niteliğini taşıyan, tek bir hüküm”⁶⁸ olarak öngörülmüştür. Sağlık hakkı, AmeİHS sistemine 1988 tarihli “*Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Alanında Ek Protokolü*” (AmeİHS/ESKHP) ile girmiştir.⁶⁹ Protokol’ün ilgili maddesi şöyledir:

Madde 10. Sağlık hakkı

1. Herkes, en yüksek derecedeki bedeni, akli ve sosyal esenlik halinden 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/(temel) sağlık bakımını teşkil eden, temel sağlık bakımı;
 - b. Sağlık hizmetlerinden yararlanmanın, Devletin yargı yetkisine tabi tüm bireyleri kapsayacak şekilde genişletilmesi;
 - c. Başlıca bulaşıcı hastalıklara karşı evrensel/(genel geçer) 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.

Dikkat edileceği üzere AmeİHS/ESKHP, maddenin 1 No.’lu paragrafında, sağlık hakkının tanımını WHO Anayasası ile özdeş şekilde yapmaktadır.

⁶⁷ “*San Jose Paktı*” olarak da adlandırılan “*Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi*” (“*American Convention on Human Rights*”) 22/11/1969 tarihinde kabul edilmiş ve 18/07/1978 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁶⁸ Mehmet Semih Gemalmaz, **Latin Amerika’da İnsan Hakları**, İstanbul, Kavram Yay., 1994 (3. Basım), s. 108.

⁶⁹ “*Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Alanında Ek Protokolü*” (“*Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights*”) 17/11/1988 tarihinde kabul edilmiş ve 16/11/1999 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Söz konusu belge “*San Salvador Protokolü*” olarak da adlandırılmaktadır. Protokol’ün bu çalışmada kullanılan Türkçe çevirisi için bkz. Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri/I. Cilt**, s. 885-900.

AmeİHS/ESKHP'ye ilişkin olarak değinilmesi gereken bir diğer nokta da, bireysel şikayet başvurusu usulünü öngörüyor olmasıdır. Ancak söz konusu denetim usulü, örgütlenme/sendika hakkı (Md. 8/a) ve eğitim hakkı (Md. 13) ile sınırlıdır.⁷⁰

c. Afrika Birliği Örgütü Belgelerinde Sağlık Hakkı

Afrika Birliği tarafından üretilen belgelerden bu başlık altında ele alınacak ilk belge “*Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı*”dır (AİHHŞ).⁷¹ Sağlık hakkını düzenleyen AİHHŞ Md. 16 şöyledir:

Madde 16

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.

AİHHŞ yukarıda ele alınan belgelerden ayrı bir önem taşımaktadır. AİHHŞ'nin önemi, bölgesel düzlemdeki üç hükümetler-arası örgütün birinci kuşak hakları düzenleyen temel insan hakları sözleşmeleri içinde, sağlık hakkına yer veren biricik belge olmasından kaynaklanmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sağlık hakkına yer vermemekte; Ame-İHS ise bir ek protokol ile hak listesine eklemiş olmasına karşılık sağlık hakkını bireysel şikayet başvurusu ile korunan haklar arasında saymamaktadır. Söz konusu özelliğinden dolayı AİHHŞ, bu çalışmanın konusu bakımından özel olarak vurgulanmayı hak etmektedir.

İki paragraftan oluşan bu hüküm, sağlık hakkını öngören insan hakları sözleşmeleri içinde en kısa olanıdır. Bunun nedeni sağlık hakkına ilişkin olarak alınacak spesifik önlemler yerine “gerekli önlemler” şeklinde kapsayıcı bir düzenleme getirmesidir. Böylelikle de Şart, temel denetim organı olan Afrika İnsan

⁷⁰ Bkz. AmeİHS-ESKHP Md. 19/6. Söz konusu düzenleme, insan hakları hukuku bakımından bir yenilik getirmemektedir. Zira sayılan her iki hak da, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde (Sözleşme Md. 11 ve Sözleşme Protokol No. 1 Md. 2) bireysel şikayet başvurusu usulü ile korunmaktadır.

⁷¹ “*Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı*” (“*African Charter on Human and Peoples’ Rights*”) 27/06/1981 tarihinde kabul edilmiş ve 21/10/1986 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Şart’ın bu çalışmada kullanılan Türkçe çevirisi için bkz. Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri/I. Cilt**, s. 967-987.

ve Halkların Hakları Komisyonu'na hükmün içeriğini doldurmada geniş bir serbesti tanımış olmaktadır.

AİHHŞ'nin sağlık hakkına ilişkin düzenlemesinin yanı sıra, değinilmesi gereken bir diğer hüküm de Şart'ın kadın haklarına ilişkin protokolünde yer almaktadır. “*AİHHŞ'nin Afrika'da Kadınların Hakları Protokolü*”⁷² (AİHHŞ/KP) ilgili maddesi şöyledir:

Madde 14. Sağlık Hakkı ve Üremeye İlişkin Haklar

1. Taraf Devletler, kadınların, cinsel sağlık ve üremeye ilişkin sağlığı dahil, sağlık hakkına saygı gösterilmesini ve bu hakkın geliştirilmesini temin edeceklerdir. Bu (hak) şunları içerir:

- a) kendi doğurganlıklarıyla ilişkili kararları verme hakkı;
- b) çocuk sahibi olup olmamaya, çocukların 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 (bunlardan) korunma hakkı;
- e) kişinin kendisinin ve partnerinin, özellikle, HIV/AIDS dahil, cinsel ilişki yoluyla bulaşan hastalıklardan etkilenmiş ise, sağlık durumu hakkında uluslararası düzeyde tanınmış standartlara ve en iyi uygulamalara uygun olarak, bilgilendirilme hakkı;
- f) aile planlaması 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) hamilelik 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, ensest vakalarında (sonucu ortaya çıkan hamileliklerde) ve hamileliğin sürmesi annenin akli/(ruhsal) ve bedensel sağlığını yahut annenin ya da fetüsün yaşamını tehlikeye düşüren vakalarda, tıbbi kurtaja izin vermek suretiyle, kadınların üremeye ilişkin haklarını korumak, üzere uygun önlemleri alacaklardır.

Protokolün normatif yapısı, sağlık hakkını düzenleyen diğer belgelerden farklılaşmaktadır. Zira diğer belgeler sağlık hakkını tanımakta ve bunu takiben hakkın gerçekleştirilmesi için alınacak önlemlerden örnekler saymaktadırlar.

⁷² “*Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartının Afrika'da Kadınların Hakları Protokolü*” (“*Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa*”) 11/07/2003 tarihinde kabul edilmiş ve 25/11/2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Protokol'ün bu çalışmada kullanılan çevirisi için bkz. Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri/I. Cilt**, s. 1075-1099.

AİHHŞ/KP ise bu yapının dışına çıkarak sağlık hakkından kaynaklanan bir dizi alt hakkı da tanımaktadır.

“Afrika Çocuk Hakları ve Esenliği Şartı”⁷³ (AÇHEŞ) Md. 14 çocuğun sağlık hakkına ilişkin şu düzenlemeyi öngörmektedir:

Madde 14 – Sağlık ve sağlık hizmetleri

1. Her çocuk, bedeni, akli 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 tıbbi yardımın ve sağlık hizmetlerinin/(tıbbi bakımın) 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 sağlık hizmetlerinin/(tıbbi 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 planlanmasına ve idaresine, hükümetler-dışı örgütlerin, yerel toplulukların ve bu hizmetlerden yararlanacak olan nüfusun anlamlı/(kayda değer) şekilde katılımının temin edilmesi;
- (j) çocuklar için temel sağlık hizmetlerinin geliştirilmesinde, teknik ve mali yöntemler yoluyla yerel toplum kaynaklarının harekete geçirilmesinin desteklenmesi.

Afrika Birliği düzleminde ele alınacak olan son belge “Afrika Gençlik Şartı”dır (AGŞ).⁷⁴

⁷³ “Afrika Çocuk Hakları ve Esenliği Şartı” (“African Charter on the Rights and Welfare of the Child”) 11/07/1990 tarihinde kabul edilmiş ve 29/11/1999 tarihinde yürürlüğe girmiştir. AÇHEŞ’in bu çalışmada kullanılan Türkçe çevirisi için bkz. Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri/I. Cilt**, s. 1035-1062.

Madde 16. Sağlık

1. Her genç kişi, bedensel, akli ve ruhsal sağlık bakımından erişilebilir en yüksek standarttan yararlanma hakkına sahip olacaktır.

2. Taraf Devletler, bu hakkın tam olarak uygulanmasını gerçekleştirmeyi üstleneceklerdir ve özellikle de aşağıdaki önlemleri alacaklardır:

a) Ön/(ilk) sağlık hizmetlerinin geliştirilmesine özen göstererek özellikle kırsal ve yoksul yerleşim alanlarında tıbbi yardım ve sağlık bakım hizmetlerine eşit şekilde/(hakça) erişimin mümkün ve mevcut olmasını sağlayacaklardır.

b) Çaresiz/(korunmasız) ve dezavantajlı gençlerin durumuna özel önem atfederek, üreme ve sağlık alanlarındaki ihtiyaçlarının tespit edilmesinde ve anılan ihtiyaçlara cevap verecek programların kotarılmasında gençlerin tam olarak sürece dahil olmasını temin edeceklerdir.

c) Doğum kontrolüne dair hizmetler ile doğum öncesi ve sonrası hizmetler dahil olmak üzere, üreme sağlığı hizmetlerine gençlerin kolay ve sorunsuz biçimde erişimi şartlarını sağlayacaklardır.

d) HIV/AIDS, verem ve sıtma gibi Afrika’da görülen bulaşıcı hastalıklara ilişkin sağlık sorunları üzerinde duran programlar oluşturacaklardır.

e) Eğiterek, bilgilendirerek, iletişim imkanları sağlayarak ve bilinçlendirerek ve bunların yanı sıra koruyucu önlemlerden ve üreme sağlığı hizmetlerinden yararlanılması şartlarını oluşturarak, cinsel ilişki yoluyla bulaşan enfeksiyonların ve HIV/AIDS’in yayılmasını önlemek üzere kapsamlı programlar yapacaklardır.

f) HIV/AIDS bakımından gönüllü danışmanlık hizmetlerinden yararlanma imkanlarını genişletecekler ve mahremiyetin gözetilmesi şartlarını sağlayarak ilgilileri HIV/AIDS testi yaptırmaya yönünde teşvik edeceklerdir.

g) Hastalığın anneden çocuğa geçmesinin önlenmesi, tecavüz sonrası hastalıktan korunma, ve anti-retroviral tedavi ve genç insanlara özgülenen sağlık hizmetlerinin oluşturulması dahil, HIV/AIDS taşıyıcısı genç insanların gecikmeksizin/(zamanında) tedaviye erişimi imkanlarını sağlayacaklardır.

h) HIV/AIDS taşıyıcısı insanlar için gıda güvenliğini sağlayacaklardır.

i) Güvenli olmayan/(gayri sahih) kürtaçları önlemek üzere yasal düzenlemeler/(önlemler) dahil, kapsamlı programlar yapacaklardır.

j) Tütün kullanımını, genel ortam içinde sigara/(tütün) dumanına maruz kalmayı ve aşırı alkol tüketimini kontrol altına almak üzere, reklam yasağı getirilmesi ve bu mamullerin fiyatlarının artırılması ve bunlara ilaveten kapsamlı önleyici ve iyileştirici programların oluşturulması gibi yasal önlemleri alacaklardır.

k) Gençler, gençlik örgütleri ve toplum arasında ilişkiler/(işbirliği) kurmak suretiyle, uyuşturucu kullanımının tehlikelerine dair gençlerin bilincini yükselteceklerdir.

l) Gençlerin uyuşturucu ticaretinde kullanılmaları dahil, uyuşturucu talebini, teminini ve ticaretini ortadan kaldırmak üzere yerel, ulusal, bölgesel ve uluslararası düzlemde işbirliğini kuvvetlendireceklerdir.

⁷⁴ “Afrika Gençlik Şartı” (“African Youth Charter”) 02/07/2006 tarihinde kabul edilmiş ve 08/08/2009 tarihinde yürürlüğe girmiştir. AGŞ’nin bu çalışmada kullanılan Türkçe çevirisi için bkz. Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri/I. Cilt**, s. 1101-1129.

m) Sosyal ve ekonomik yaşama yeniden bütünleşmelerini sağlamak üzere uyuşturucu kullanan/(müptelası) genç insanlar için tedavi/(rehabilitasyon) sağlayacaklardır.

n) Engelli gençlere ve erken yaşta evlenmiş genç insanlara ilişkin konular dahil, gençlik örgütlerinin, kamu sağlığı meselelerine yönelmesini/(el atmasını) sağlamak üzere, kurumsal kapasitesinin oluşturulması için teknik ve mali desteği sağlayacaklardır.

Spesifik öznelerle yönelik bu üç Afrika Birliği belgesinin ortak özelliği, taraf Devletlere yönelik spesifik yükümlülüklerin oldukça ayrıntılı şekilde düzenlenmiş olmalarıdır. Yukarıda ele alınan AİHHŞ yalnızca “sağlığı korumak ve tıbbi bakım temin etmek için gerekli önlemleri alma” yükümlülüğü öngörmekteydi. Bu karşılaştırma, sözleşme koyucunun iradesinin genel ve geniş yükümlülük tarifinden spesifik yükümlülüklerle doğru evrildiğine işaret etmektedir. Bunun yanı sıra dikkati çeken bir diğer nokta da, Afrika kıtasının en önemli sağlık problemlerinden biri olan HIV-AIDS hastalığıyla verilen mücadelenin söz konusu belgelere yansımalarıdır. AİHHŞ/KP öngördüğü altı alt hakkın ikisinde, AGŞ ise saydığı 14 önlemin beşinde söz konusu hastalığa göndermede bulunmaktadır.

B. Öznenin Spesifikleşmesi ve Hakkın Kapsamı Arasındaki İlişki

1. Genel Özne: Herkes

Bir hakkın öznesi, hakkı kullanan ve haktan yararlananandır. ESKHS ya da ASŞ gibi genel nitelikli sözleşmelerde kural olarak, hakkın sahibi “herkes” ya da “hiç kimse” şeklindeki genel özne olarak ifade edilmektedir. Bu ifade bütün insanları içine almaktadır. Başka bir şekilde söylenecek olursa; genel özne kategorisine girebilmek için insan olmak yeterlidir ve başka herhangi bir özellik taşımak gerekmemektedir.

Yukarıda normatif düzenlemeleri ele alınan insan hakları belgelerinde kural öznenin birey olmasıdır. Zira tarihsel arkaplanı göz önüne alındığında modern insan haklarının doğuşu bireyin yeniden bir tarihsel özne olarak ortaya çıkmasına koşuttur. Dolayısıyla da ister genel özne olan herkes, isterse de aşağıda değinilecek olan spesifik özneler bakımından kural, hakkın öznesinin birey oluşudur.

Bu durumun tek istisnası ise “yerli halklardır”. Bir kolektivite olan yerli halk öznesinin kullanıcısı olduğu hak da kolektif olarak kullanılacaktır. Daha doğru bir ifadeyle bireysel bir hak olan sağlık hakkından kolektif bir şekilde yararlanılacaktır. Yukarıda ele alınan kapsamı dikkate alındığında, sağlık hakkından kolektif olarak yararlanmanın yalnızca sağlık standartlarının gerçekleştirilebileceği şartlar bakımından kullanılabilirliği net olarak görülebilir.⁷⁵ Zira bunun dışında kalan unsurlar bakımından ayrımcılık yasağının sağladığı koruma yeterlidir.

2. Spesifik Özneler

Hak listelerinde sağlık hakkına yer veren insan hakları belgeleri genel özneli belgelerin yanı sıra spesifik özneli belgelerden de oluşmaktadır. Dolayısıyla sağlık hakkının spesifik öznelerinin öncelikle normatif olarak tanınmış olduğunun belirtilmesi gerekmektedir. Söz konusu spesifik özneler kadınlar⁷⁶, çocuklar, göçmen işçiler, engelliler, yerli halklar ve gençlerdir.

Söz konusu normatif düzenlemelerin yanı sıra genel özneli sözleşmelerin denetim organlarının içtihatları arasında da sağlık hakkının spesifik öznelerine ilişkin tespitlere rastlanmaktadır. Böylelikle bu organlar, sözleşmelerinde öngörülen genel özne kategorisini içtihadı olarak spesifikleştirmiş olmaktadır. Sağlık hakkından kaynaklanan spesifik yükümlülükler aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacaktır. Dolayısıyla bu başlık altında genel özne çerçevesinde spesifik olarak tanınan öznelere ilişkin örneklerle yetinilecektir.

Kadının kendi vücudu üzerindeki münhasır tasarruf hakkı, ki bu hak birinci kuşak hakları düzenleyen sözleşmelerin denetim organları tarafından özel yaşama saygı hakkı altında korunmaktadır, sağlık hakkına ilişkin yaşamsal belirleyiciliğe sahiptir. Söz konusu belirleyiciliğin tezahürlerinden söz ederken ilk akla gelen örnek kürtajdır. En az kürtaj kadar önemli bir başka örnek ise rızaya dayanamayan evlilik

⁷⁵ Bu yönde bir çalışma için bkz. Benjamin Mason Meier, Larisa M. Mori, “The Highest Attainable Standard: Advancing A Collective Human Right to Public Health”, **Columbia Human Rights Law Review**, Vol. 37, No. 1, 2005-2006, s. 101-147.

⁷⁶ “Kadınların sağlık hakkı”na ilişkin bir normatif düzenleme derlemesi için bkz. Gökçeçipek Ayata, vd. (der.), **Kadın Hakları: Uluslararası Hukuk ve Uygulama**, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2010, s. 383-414.

içi cinsel ilişkidir.⁷⁷ AIDS hastalığının Afrikalı evli kadınlar arasında yayılmasının nedenlerinden biri, eşlerinin evlilik dışı cinsel ilişkileri ile aldıkları HIV virüsünün cinsel ilişki yoluyla kendilerine geçmesidir. Fiziksel şiddet, sosyal dışlanma veya boşanma tehdidi ile karşı karşıya olan kadınlara rıza dışı cinsel ilişki ile HIV virüsü bulaşmakta ve böylece AIDS hastalığına yakalanma riskiyle karşı karşıya kalmaktadırlar. Bunun bir diğer sonucu ise böylelikle HIV virüsü taşıyan kadınların, doğum yoluyla çocuklarına da söz konusu virüsü bulaştırmalarıdır. Bu durum, genel özne ile karşılanamayacak şekilde kadın-spesifik bir olgudur ve *inter alia*, mülkiyet, evlilik, boşanma ve miras haklarında ayrımcılık⁷⁸ ile el ele gitmektedir.

Benzer bir başka mesele ise, kadınların AIDS'e karşı, ekonomik yetersizliklerinden kaynaklanan çaresizlikleridir. Özellikle az gelişmiş Afrika ülkelerinde karşılaşılan bu durum, geçimlerini sağlayabilmek için erkeklerle cinsel ilişkiye girmek zorunda kalan kadınların, rızalarına dayalı olsun ya da olmasın⁷⁹ söz konusu ilişkilerden dolayı HIV virüsü kapmaya yatkınlıklarının da artmasıdır. White'ın Malavi için verdiği örneklerden yararlanacak olursak; çay toplama işi edinmek, hükümet tarafından koruma altına alınmış ormanlık arazilerden yakacak odun toplamak ya da balıkçılık işlerinde çalışabilmek, balık avı sezonunda balık edinebilmek ya da sezon dışında ücreti karşılığında balık alabilmek için cinsel ilişkiye girmek zorunda kalan kadınlar, söz konusu ilişkilerinde HIV bulaşmasını önleyecek önlemler (temel olarak kondom kullanımı) almayı da sağlayamadıklarından, AIDS hastalığıyla karşı karşıya kalmaktadırlar.⁸⁰ Fark

⁷⁷ Burada tecavüz kavramının da kullanılabileceğine şüphe yoktur. Ancak söz konusu vakalardaki zorlama, fizikselin yanı sıra toplumsaldır. Bunun yanı sıra rıza, cinsel ilişkinin kendisinden ziyade cinsel ilişkinin şartlarına da, cinsel hastalıkların geçişini büyük ölçüden engelleyen kondom kullanılmaksızın, yönelik olabilmektedir. Kullanılan terimin seçimi, söz konusu eylemin daha hafif olarak nitelendirilmesinden değil, aradaki nüansı daha kolay gösterme çabasından kaynaklanmaktadır.

⁷⁸ Jonathan M. Mann, vd., "Health and Human Rights", **Health and Human Rights**, Vol. 1, No. 1, 1994, s. 20.

⁷⁹ Rızaya dayalı olmayan vakalar ile fiziksel şiddetin kullanıldığı tecavüz vakaları kastedilmektedir. Ancak fiziksel zorlamanın olmaması, her durumda rızanın var olduğu anlamına gelmez. Kendisinin ve kendisine tabi olan kimselerin geçimlerini sağlamak zorunda kalan kadınların, yaşamlarını sürdürebilmeleri bakımından gereken para, gıda ya da ısınma malzemesini edinebilmek için girmekten başka çaresinin olmadığı cinsel ilişkide rızanın varlığından söz etmek pek mümkün değildir.

⁸⁰ Seodi White, "Extreme Poverty and Its Impacts on Women's Vulnerability to HIV Transmission: A Rights Issue", **The International Journal of Human Rights**, Vol. 14, No. 1, 2010, s. 81-85.

edileceği üzere burada ekonomik bakımdan maduniyet söz konusudur ve de bu maduniyet yalnızca kadınlara özgüdür.

Kadının kendisine yapılacak tıbbi işlemlere ilişkin kocasının onayına tabi tutulması, kategorik olarak kadının özel yaşamına ve kişisel özerkliğine müdahale ve kadınlara karşı ayrımcılık⁸¹ oluşturduğu gibi sağlık hakkının ihlalini oluşturacak boyutlara da ulaşması mümkün olabilir. Bir diğer nokta ise tıbbi kayıtların gizliliği meselesidir. Tıbbi kayıtların gizliliği meselesinin, özel yaşama saygı çerçevesinde erkekler bakımından da önem arz ettiği bir gerçektir. Ancak kadınlar bakımından söz konusu önemin bir adım ötesine geçerek, sağlık durumlarını olumsuz etkileyen sonuçlara yol açma potansiyelini taşımaktadır. Tıbbi kayıtlarının alenileşmesinden çekinen kadınlar “genital sistem hastalıkları, gebelik önleyiciler yahut tamamlanmamış düşük için ve cinsel yahut fiziksel şiddete maruz kaldıkları durumlarda tıbbi bakım talep etmekte daha az istekli davranacaklardır”.⁸²

Kadınlar için olduğu kadar çocuklar için de sağlık hakkının spesifik öznelere olarak tanınmalarını gerektiren bir örnek olarak “Komite[nin], çocukların cadılıkla suçlanmaları olgusunun hala yaygın olmasından... kaygı duymakta” olması gösterilebilir.⁸³ ESKHK’nin 2008 yılında yaptığı bu tespit tek başına çocukların sağlık hakkının spesifik bir öznesi olmalarının gerekliliğini ortaya koymaktadır. Öznesinin çocuk olmasından hareketle, genel düzenlemelerden ayrışmasından dolayı vurgulanması gereken bir diğer önemli nokta, çalışan/çalışmak zorunda olan çocukların sağlığının korunmasıdır. 182 No.lu ILO Sözleşmesi sağlığı, en kötü biçimlerdeki çocuk emeğinin önemli bir ölçütü olarak ortaya koymaktadır.⁸⁴ ESKHK

⁸¹ Bkz. R. J. Cook, **Women’s Health and Human Rights**, Geneva, World Health Organization, 1994, s. 23.

⁸² CEDAW, General Recommendation 24, Article 12 of the Covention on the Elimnation of All Forms of Discrimination against Women – Women and Health, A/54/38/Rev.1, 1999, s. 4, para. 12.

⁸³ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Fortieth and Forty-first Sessions, (28 April-16 May 2008, 3-21 November 2008), E/2009/22, E/C.12/2008/3, 2008, s. 56, para. 331.

⁸⁴ “En Kötü Biçimlerdeki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanmasına ve Ortadan Kaldırılması İçin Acil Eyleme İlişkin Sözleşme (Sözleşme No. 182)” (“Convention Concerning the Prohibition and Immediate Action for the Elimination of the Worst Forms of Child Labour (Convention No. 182)”) 17/06/1999 tarihinde kabul edilmiş ve 19/11/2000 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

de, aile işletmelerinde ve tarım sektöründeki çocuk emeğinin çocukların sağlık hakkına ilişkin olarak ortaya çıkardığı olumsuz sonuçları vurgulamaktadır.⁸⁵

ESKHK'ye göre "genç küçüklerin" sağlık durumlarına ilişkin olarak dikkate alınması gerekenler arasında yüksek obezite ve intihar oranları da bulunmaktadır.⁸⁶ Eklemek gerekir ki, Komite'ye göre taraf Devletin çocuklara ilişkin sağlık hakkı sorumluluğu sokak çocuklarını da kapsamaktadır.⁸⁷

ESKHK, erken evlilik uygulamasının özellikle kız çocuklarının sağlık hakkını olumsuz yönde etkilediği görüşündedir.⁸⁸ Komite içtihadına göre okul çağındaki hamileliğin, sıklıkla çocuğun ve annenin sağlığı üzerinde olumsuz etkiler doğurduğunun altını çizilmektedir.⁸⁹ Çocukların cinsel istismarı bağlamında Komite pedofili ve çocuk pornografisi vakalarındaki artışa dikkat çekerek, bu olguların halkın, *inter alia*, sağlığını tehlikeye atan uyuşturucu ticareti ve tüketimi ve diğer suç teşkil eden faaliyetlerle bağlantısını ortaya koymaktadır.⁹⁰

Yerli halklara ilişkin olarak ise sağlık hakkı özel raportörü Paul Hunt tarafından hazırlanan bir raporda Hükümetler ve diğer aktörlere şu çağrı yapılmıştır: Sağlık verilerinin etnisite, cinsiyet, sosyo-ekonomik statü, kültürel yahut kabilesel bağ ve dile göre ayrıştırılması; yerli halkların sağlık siyasa ve programlarının

⁸⁵ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Twenty-fifth, Twenty-sixth and Twenty-seventh Sessions, (23 April-11 May 2001, 13-31 August 2001, 12-30 November 2001), E/2002/22, E/C.12/2001/17, 2002, s.71, para. 427; Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Twenty-eighth and Twenty-ninth Sessions, (29 April-17 May 2002, 11-29 November 2002), E/2003/22, E/C.12/2002/13, 2003, s. 56, para. 364.

⁸⁶ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Sixteenth and Seventeenth Sessions, (28 April-16 May 1997, 17 November-5 December 1997), E/1998/22, E/C.12/1997/10, 1998, s. 68, para. 370.

⁸⁷ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Sixteenth and Seventeenth Sessions, (28 April-16 May 1997, 17 November-5 December 1997), E/1998/22, E/C.12/1997/10, 1998, s. 69, para. 377.

⁸⁸ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Eighteenth and Nineteenth Sessions, (27 April-15 May 1998, 16 November-4 December 1998), E/1999/22, E/C.12/1998/26, 1999, s. 24, para. 73.

⁸⁹ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Sixteenth and Seventeenth Sessions, (28 April-16 May 1997, 17 November-5 December 1997), E/1998/22, E/C.12/1997/10, 1998, s. 76, para. 434.

⁹⁰ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Report on the Twenty-second, Twenty-third and Twenty-fourth Sessions, (25 April-12 May 2000, 14 August-1 September 2000, 13 November-1 December 2000), E/2001/22, E/C.12/2000/21, 2001, s. 72, para. 416.

formüle edilmesi, uygulanması ve denetlenmesine aktif ve bilgilendirilmiş şekilde katılmaları; sağlık tesisleri, programları ve projelerinin ve sağlığa ilişkin bilgilerin, mümkün olduğu ölçüde yerli halklar tarafından konuşulan dillerde elde edilebilirliği; yerli halktan sağlık görevlileri yetiştirilerek ulaşılması güç bölgelere hizmet götürülmesi de dahil olmak üzere, yerli topluluklardaki sağlık programlarının güçlendirilmesi; sağlık personelinin etnisite ve yerli kültür meselelerinden haberdar ve bu meselelerde hassasiyet sahibi olacak şekilde yetiştirilmeleri; yerli halktan kişilerin sağlık personeli olmalarını teşvik edecek stratejilerin geliştirilmesi ve uygulanması ve nihayet yerli topluluklarda, sağlık sistemindeki kötüye kullanım ve ihmallere ilişkin denetim ve hesap verme mekanizmalarının kurulmasını temin etmelerini ısrarla tavsiye etmektedir.⁹¹

3. Spesifik Öznelerin Etkisi

Bir hakkın spesifik öznelerinin belirlenmesinin, o hakkı kullanabilecek alt kategorileri belirginleştirdiğine şüphe yoktur. Ancak öznelerin spesifikleştirilmesi, zaman zaman kapsamının muğlak olduğu iddia edilen sağlık hakkı özelinde hak sahibinin çeşitlenmesine ve bunun da net biçimde gösterilmesine hizmet etme bakımından bir işlev görebilir. Böylelikle, sağlık hakkından kaynaklanan yükümlülüklerin o özel hak öznelerini (örneğin, kadın, çocuk, engelli, vb.) kapsar şekilde uygulanması da kolaylaşmış olur. Bununla birlikte, hak öznesi spesifikleştigi ölçüde haktan yararlananlar yelpazesinin, o belge özelinde kaçınılmaz biçimde daralacağı da bir başka gerçektir. O halde sağlık hakkı öznesinin spesifikleştirilmesi, olası olumlu ve olumsuz yansımalarıyla bir bütün olarak değerlendirilmek gerekir.

Spesifik özneler zorunlulukla “herkes” ile ifade edilen bütünü kapsamındadır. Oysa pratikte özel hak öznelerini gösterme gereksinimi, bunların (i) bu haktan uygulamada *de jure* ya da *de facto* yararlanmamaları veya yeterince yararlanamamaları probleminden ve (ii) kendi özel ve özgün statü, koşul ve durumlarının genel herkes öznesi içerisinde haktan yararlanma bakımından arzu

⁹¹ 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, para. 58.

edilen ve beklenen etkiyi/sonucu doğurmuyor olması gerçeğinden kaynaklanmaktadır. Buna bağlı olarak hak öznelinin özelleştirilmesi, bu kişi ve/veya gruplara/topluluklara karşı Devletin yerine getirmesi gereken yükümlülükleri, özelde de işbu çalışmanın konusunu teşkil eden sağlık hakkı eksenli yükümlülükleri o Devlete sarıh biçimde göstermesi bakımından olumlu bir işlev görecektir.

Yeniden vurgulamak gerekir ki, özel hak öznesini düzenleyen sözleşmeler çerçevesindeki o özneye ilişkin güvenceler ve devlete düşen yükümlülükler saklı kalmak kaydıyla, söz konusu devlet aynı zamanda genel özneli sağlık hakkını düzenleyen sözleşmelere de taraf bulunduğu takdirde, ikinci kategoriden doğan yükümlülükler aslında özel özneleri de otomatik olarak içerdiği için, o spesifik hak öznesi bakımından sağlanan güvence aslında katmerlenmekte, bu anlama gelmek üzere o spesifik hak öznesi bakımından Devlete düşen yükümlülük alanı da genişlemektedir. Buna göre örneğin genel özneli (herkes) sözleşmeler ile özel özneli sözleşmelerdeki sağlık hakkı, tümüne taraf olmak koşuluyla, hakkın kapsamı bakımından bütünleşmekte; hak öznesinin, bu hakkı ulusalüstü düzlemde talep imkanını artırmakta ve genişletmekte; Devlet açısından ise sözleşmesel üstlenimlerini ağırlaştırmaktadır.

Sağlık hakkını içeren genel özneli bir sözleşmeye taraf olmayıp, aynı hakkı spesifik özne için güvence altına bir sözleşmeye taraf bulunan Devlet ile, bunun tam tersi durumda bulunan bir Devlet aslında bir üstteki paragrafta ileri sürülen “yararlanmada genişleme” ve “yükümlülükte artış” ilişkisi bakımından, son çözümlemede çok farklı bir konumda olmayabilir. Bununla söylenmek istenen husus şudur: (i) devletin genel özneli sözleşmedeki yükümlülüklerini layıkıyla yerine getirmesi, özel özneli sözleşmeye taraf olmasa bile, o özel özne bakımından da en azından belli ölçüde koruma sağlayacaktır. (ii) Ancak daha önemlisi şu gerçekten kaynaklanmaktadır. İster genel ister özneli sözleşmeler olsun, bu belgelerle kurulan organlar, diğer haklar bakımından da geçerli olduğu gibi, sağlık hakkı normunu da içtihadı bütünsellik ışığında okumaktadırlar. Hal böyle olunca aslında Devletler, diyelim ki, sağlık hakkını içeren özel özneli bir sözleşmeye bir kez taraf oldu mu o

sözleşme organının yorumu marifetiyle dolaylı olarak genel özneli sözleşme organının içtihatlarını da dikkate almak zorunda kalmaktadırlar.

C. Ara Sonuç

Bu bölüme ilişkin olarak yapılması gereken ilk tespit sağlık hakkının ciddi sayıda insan hakları belgesi tarafından düzenlenmiş olmasıdır. Daha da önemlisi gerek BM sisteminin gerekse de bölgesel sistemlerin temel insan hakları sözleşmelerinde sağlık hakkına yer verilmiştir. Dolayısıyla da bir insan hakkı olarak sağlık hakkının hukuki niteliği tartışmaya yer bırakmayacak şekilde somuttur.

WHO Anayasası ile başlayan sağlık hakkının normatif olarak düzenlenmesi süreci, 60 yıla yakın süredir devam etmektedir. Bu dönem zarfında üretilmiş olan belgelerin WHO Anayasası ile kurulup EİHB ve özellikle de ESKHS ile yerleşen bir çizgiyi sürdürdükleri kolaylıkla tespit edilebilmektedir. Dikkati çeken nokta belgeler arasındaki farklılığın kendisini, Devletlerin hakkın gerçekleştirilmesine yönelik olarak alacakları önlemlerde gösteriyor olmasıdır. Herhangi bir spesifik önlem göstermeyen AİHHŞ'nin yanı sıra oldukça ayrıntılı düzenlemeler içeren ÇHS ya da AGŞ gibi belgelere de rastlanmaktadır. Ancak her iki durumda da sözleşme organlarının hakkın içeriğini yorumlama yetkisinin varlığı ortadan kalkmamaktadır. Bir sözleşme ne kadar ayrıntılı düzenlemeler içerirse içersin, zamanın değişen şartlarına uyum sağlayabilmek için sözleşmesel yükümlülüklerin yeniden yorumlanması gerekmektedir. Bu da hiç şüphe yok ki ilgili sözleşme organının görevi ve yetkisi dahilindedir.

Bu bölümde ele alınan bir diğer mesele ise hakkın özneleridir. Sağlık hakkının genel öznesi olan “herkes”in yanında bir dizi spesifik özne de bulunmaktadır. Spesifik öznelere örnek olarak kadınlar, çocuklar ve yerli halklar verilebilir. Söz konusu özneler gerek normatif gerekse de içtihadi olarak ortaya çıkmışlardır. ÇHS ya da KKAOKS gibi çocuk ve kadın haklarına özgülenmiş belgeler normatif tanınmaya örnektirler. Bunun yanı sıra ESKHS gibi genel özneli bir sözleşmede ise spesifik özneler sözleşme organının içtihatlarıyla belirlenmiştir.

Dolayısıyla sağlık hakkını öngören ister genel özneli isterse de spesifik özneli bir Sözleşmeye taraf olan Devlet bakımından sonuç değışmemektedir. Bir Devlet, tarafı olduğu sözleşmeden kaynaklanan yükümlölüklerini iyi niyetle yerine getirmeye yönelik tasarruflarında yalnızca bu iki kategori sözleşmelerden yalnızca bir kategoridekilere taraf olsa dahi, diğerkategorideki sözleşmeleri de dikkate almak zorundadır.

Sağlık hakkının normatif kaynakları ve özneleri ele alındıktan sonra yapılması gereken bu haktan doğan yükümlölüklerin ortaya konmasıdır. Söz konusu yükümlölükler için ise içtihadistandartların incelenmesi gerekmektedir. Böylelikle de sağlık hakkına ilişkin içtihadistandartların ele alınacağı Bölüm II, normatif standartların ele alınmış olduğu Bölüm I'i tamamlamış olacaktır.

II. YÜKÜMLÜLÜKLER

Bölüm I’de sağlık hakkının normatif kaynakları ve sağlık hakkının öznelere incelenmiştir. Ancak hakkın kapsamının net bir şekilde ortaya konulabilmesi için bu inceleme yeterli değildir. Dolayısıyla normatif düzenlemelerin yanı sıra sözleşme organlarının, sağlık hakkının kapsamını belirlemeye yönelik içtihatları da ele alınmak zorundadır. Şüphesiz her hukuk dalı gibi insan hakları hukuku da, normatif metinleri yorumlama görev ve yetkisine sahip organların içtihatlarıyla gelişir ve değişen toplumsal düzene uyum sağlar. Normatif düzenlemeler ve içtihatlar arasındaki bu bütünlüğün varlığı, aynı şekilde farklı sözleşme organlarının içtihatları arasında da gözükmeştir.⁹²

Bu bölümde ilk olarak taraf Devletlerin sağlık hakkından kaynaklanan genel ve spesifik yükümlülükleri ele alınacaktır. Bilindiği üzere her insan hakları sözleşmesi tarafı olan Devletlere genel yükümlülükler yüklemektedir. Bunun sonucu olarak, Sözleşmede düzenlenen her bir hakkın söz konusu genel yükümlülükler çerçevesinde okunması zorunluluğu bulunmaktadır. Dolayısıyla da her bir hakka ilişkin spesifik yükümlülükler söz konusu genel yükümlülükler bağlamında anlam kazanır. Sağlık hakkı da bu genel kuraldan bağışık değildir. Bu doğrultuda, aşağıda genel sözleşmesel yükümlülüklerin ardından sağlık hakkına ilişkin spesifik yükümlülükler incelenecektir.

Bu bölümde ikinci olarak ise sağlık hakkının özü/çekirdeğini bir başka ifadeyle sağlık hakkından kaynaklanan öz/çekirdek yükümlülüklerin belirlenmesi hedeflenmektedir. Öz/çekirdek yükümlülüklerin ortaya konulmasıyla Devletlerin sağlık hakkından kaynaklanan yükümlülükleri bir bütün olarak tespit edilmiş olacaktır.

⁹² İctihadi bütünsellik için bkz. Gemalmaz, **Genel Teori**, s. 1594-1619.

A. Genel ve Spesifik Yükümlülükler

1. Genel Sözleşmesel Yükümlülükler

İnsan hakları sözleşmelerinin yapısı, kural olarak, bir hak listesi (maddi hukuk) ve söz konusu hakların taraf Devletlerce ne ölçüde uygulanmakta olduğunun tespitine yönelik denetim usulü/usulleri ve denetim organından/organlarından oluşan bir denetim sistemi (usul hukuku) üzerine kurulur. Yine kural olarak her iki bölümün dışında ve bunlara öngelen şekilde bir “genel yükümlülük” normu içerirler. Genel yükümlülük normu, sözleşmesel sorumlulukların ana hatlarını çizer ve sözleşme organları tarafından bir sözleşmesel haktan doğan yükümlülüklerin somutlaştırılmasında/yorumlanmasında dayanak işlevi görürler.

Birinci kuşak haklara ilişkin sözleşmelerdeki genel yükümlülük hükümleri incelendiğinde kullanılan dilin kesin ve net olduğu göze çarpmaktadır.⁹³ Buna karşılık sosyal haklara özgülünen sözleşmelerde durum farklılaşmaktadır. ASŞ ve GG-ASŞ bir genel yükümlülük normu ihtiva etmezken⁹⁴; ESKHS’de var olan genel yükümlülük normu “ikiz kardeşininkinden” önemli ölçüde farklılaşır. ESKHS Md. 2/1 normu şöyledir:

“Bu Sözleşmeye Taraf her Devlet, kendi başına/(münferiden) ve özellikle ekonomik ve teknik alanlarda uluslararası yardımlaşma ve işbirliği yoluyla, *elverişli kaynaklarını azami düzeyde kullanarak*, bilhassa yasal önlemlerin alınması dahil olmak üzere uygun/(gerekli) bütün araçları kullanmak suretiyle, bu Sözleşmede tanınan hakları *aşamalı/(tedrici) biçimde* tam olarak gerçekleştirmek için *önlemler almayı* taahhüt ederler.” (vurgu eklenmiştir).

Norma rengini veren dört nokta vardır: Elverişli kaynakların azami düzeyde kullanılması (*to the maximum of its available resources*); aşamalı gerçekleştirme (*progressive realization*); önlemler alma (*to take steps*) ve nihayet uluslararası

⁹³ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Md. 1 şöyledir: “Yüksek Sözleşmeci Taraflar, bu Sözleşmenin I. Bölümünde tanımlanan hakları ve özgürlükleri, kendi yargı yetki alanında bulunan herkes için *güvence altına alacaklardır*.”

Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi Md. 1/1 ise şöyledir: “Bu Sözleşmenin Tarafı Devletler, burada tanınan haklara ve özgürlüklere *saygı göstermeyi*, ve kendi yargı yetkilerine tabi tüm kişilerin, söz konusu hakları ve özgürlükleri, (...) *özgürce ve tam olarak kullanabilmelerini temin etmeyi, üstlenirler*.” (vurgular eklenmiştir).

⁹⁴ Her iki Şart da genel yükümlülük normu yerine bağlayıcı olmayan bir “haklar ve ilkeler” bölümü içermektedirler. Bkz. Ertan, Avrupa Konseyinde Sosyal Haklar, s. 80-81.

işbirliği (*international cooperation*). MSHS ya da diğer birinci kuşak hak sözleşmelerinde bulunmayan bu dört ifadeye yer verilmesinin dinamikleri ESKHS'nin hazırlık çalışmalarında bulunabilir. Söz konusu hazırlık çalışmalarından anlaşıldığı üzere ekonomik, sosyal ve kültürel hakların “niteliği” ve ülkelerin ekonomik ve sosyal durumları arasındaki farklılıklar sözleşme yapıcının tercihlerinde belirleyici olmuştur.⁹⁵

a. Elverişli Kaynakların Azami Düzeyde Kullanılması

Sağlık hakkı özel raportörünün belirttiği üzere “kaynak elverişliliği zengin bir ülkeden beklenenin, orta ya da düşük gelirli bir ülkeden beklenenden daha yüksek bir standartta olduğunu kabul ederken, aşamalı gerçekleştirme Devletlerden gelecek yıl bugünküne göre daha iyisini yapmalarının beklenmesi” anlamına gelmektedir.⁹⁶ Dolayısıyla da elverişli kaynakların imkanı kaydı, taraf Devletlere sunulmuş bir *carte blanche* değildir.⁹⁷ Bir başka ifadeyle söz konusu kayıt taraf Devletlere, sözleşmesel hakları keyfi olarak uygulamama imkanı tanımamaktadır ve Sözleşme Organının denetimine tabidir.

Taraf Devletlerin elverişli kaynakları azami düzeyde kullanmaları yükümlülüğü, söz konusu kaynakların rasyonel kullanılması gereğini de beraberinde getirir. Sağlık hakkı çerçevesinde bu yükümlülük kaynakların, sağlığa ilişkin mümkün olan en yüksek faydayı toplumun mümkün olan en geniş kesimine sağlayacak alanlara yönlendirilmesi olarak somutlaştırılabilir.

Taylor ve George'un 1998 yılına ait çalışmalarında yer alan Birleşik Krallık'a ilişkin tespitleri, Devletin zikredilen yükümlülüğe uygun olmayan tercihlerine iyi bir örnek oluşturabilir. Yazarların ortaya koyduğu üzere, Birleşik Krallık Ulusal Sağlık Hizmeti'nin koroner kalp hastalığının önlenmesine yönelik yıllık bütçesi on milyon

⁹⁵ Maddenin hazırlık çalışmalarında ileri sürülen görüşlerin özetlendiği çok önemli bir belge için bkz. **Annotations on the text of the draft International Covenants on Human Rights**, (Prepared by the Secretary-General), A/2929, 1 July 1955, s. 19-20.

⁹⁶ Report of the Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health, Paul Hunt, A/HRC/4/28, 17 January 2007, para. 59.

⁹⁷ Eibe Riedel, “The Human Right to Health: Conceptual Foundations”, **Realizing the Right to Health**, Andrew Clapham vd. (eds.), Ulm, Rüffer&Rub, Swiss Human Rights Book Vol. 3, 2009, s. 30.

sterlin iken bu hastalığın tedavi bütçesi beş yüz milyon sterlindir. Oysa ki bu konudaki tıbbi araştırmalar, söz konusu hastalık nedeniyle gerçekleşen ölümlerdeki düşüşlerin, kalp krizi geçiren kişilere müdahaleden değil, kalp krizi geçirme sayılarının düşüşünden kaynaklandığını ortaya koymaktadır. Bir başka deyişle, sağlık üzerinde ciddi olumlu etkileri olabilecek bir alana on milyon sterlinlik harcama yapılırken; etkisizliği bilimsel olarak ispatlanmış bir alana ise beş yüz milyon sterlinlik harcama yapılmaktadır.⁹⁸ Böylelikle aktarılan kamusal fonlar, sağlığın yükseltilmesine değil, herhangi bir somut faydası olmadığı kanıtlanan tedavinin yürütülmesine ilişkin ticari faaliyete hizmet eder.

En geniş anlamıyla sağlık, bir tüketim nesnesi olarak tanımlanamaz. Bu şekilde kabul edilmesi, sağlığa ilişkin olarak yapılan harcamaların sağlığın yükseltilmesine/geliştirilmesine değil kamusal kaynakların bu hizmet ya da ürünleri sağlayan ticari yapılara aktarılmasını sonuçlar. Kamusal fonların dağılımına ilişkin söz konusu tercihleri yapan Devletin, elverişli kaynaklarını azami düzeyde kullandığını ileri sürmesi mümkün değildir.

b. Aşamalı Gerçekleştirme

Komiteye göre taraf Devletlerin yükümlülüğü Sözleşme’de düzenlenen hakların gerçekleştirilmesi hedefine doğru “olabildiğince hızlı ve etkili şekilde yol almaktır”.⁹⁹ Başka deyişle; aşamalı gerçekleştirmeye tabi sözleşmesel yükümlülüklerin yerine getirilmelerinde ESKHK, taraf Devletin söz konusu yükümlülükleri yerine getirmedeki isteksizliği ile yerine getirememesi arasında bir ayrım yapma ile karşı karşıyadır.¹⁰⁰

Aşamalı gerçekleştirme, birinci kuşak insan hakları sözleşme sistemleri bakımından geçerli olan “derhal gerçekleştirme”nin zıddıdır. Buna karşılık

⁹⁸ Alison Taylor, Steve George, “Affordable Health: The Way Forward”, **The International Journal of Human Rights**, Vol. 2, No. 2, 1998, s. 12-13.

⁹⁹ “Limburg Principles on the Implementation of the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, **Human Rights Quarterly**, Vol. 9, No. 2, 1987, s. 125, para. 21. Ayrıca bkz. General Comment No. 3, The nature of States parties obligations (Art. 2, para.1), Committee on Economic, Social and Cultural Rights, 14/12/1990, para. 9 (Buradan sonra **Genel Yorum No. 3**).

¹⁰⁰ **25 Questions & Answers on Health & Human Rights**, World Health Organization, Geneva, Health & Human Rights Publication Series Issue No. 1, 2002, s. 16.

ESKHS'nin derhal uygulanabilir hiçbir yükümlülük doğurmadığının ileri sürülmesi de mümkün değildir.¹⁰¹ Komite'ye göre bunlardan biri "önlem alma" yükümlülüğü¹⁰² diğeri ise "Sözleşmede düzenlenen hakların herhangi bir türde ayrımcılık yapılmaksızın kullanılmasını güvence altına alma" taahhüdüdür.¹⁰³ Komitenin zaman içinde derhal gerçekleştirilmesi gereken haklar ya da diğer bir ifadeyle yerine getirilmesi gereken yükümlülükler alanını genişlettiği kolaylıkla ileri sürülebilir. Bunlar öz/çekirdek yükümlülüklerdir. Sağlık hakkıyla sınırlı olarak öz/çekirdek yükümlülükler meselesi bu bölümün ilerleyen kısmında ele alınacaktır. Ancak söz konusu içtihadı genişlemenin öncesinde normatif dayanağa sahip olmakla birlikte ESKHK tarafından "dikkate alınmayan" bir başka hakkın var olduğu ileri sürülebilir. Bu hak Sözleşme Md. 11/2'de düzenlenen "herkesin açlıktan kurtulma temel hakkı"dır. Bu görüş üç argümanla temellendirilebilir. İlk olarak bu hak tek başına, Sözleşmeye öngelen dönemde bir BM bildirisine konu olmuştur: "*Açlığın ve Yetersiz Beslenmenin Ortadan Kaldırılması Evrensel Bildirisi*".¹⁰⁴ İkinci olarak Md. 11/1'deki yeterli düzeyde yaşama hakkının bir bileşeni olan yeterli beslenme hakkından ayrı olarak Md. 11/2'de öngörülen açlıktan kurtulma hakkı, Sözleşmede

¹⁰¹ Sözleşmesel hakların niteliği argümanına dayanan aksi yönde bir görüş için bkz. A. H. Robertson, J. G. Merills, **Human Rights in the World: An Introduction to the Study of the International Protection of Human Rights**, Manchester – New York, Manchester University Press, 1996 (Fourth Edition), s. 276. Genel Yorum No. 3'ten sonra bu pozisyonu sürdürebilmenin maddi ya da hukuki bir temeli kalmamıştır. İyimser bir tahminle yazarların bu görüşünün güncellenmeyerek eserin önceki basılarından kaldığı düşünülebilir.

¹⁰² Önlem alma yükümlülüğünün, aşamalı/tedrici değil derhal olduğuna herhangi bir kuşku olmayan MSHS ve BM İşkenceye Karşı Sözleşmede de bulunduğunu dolayısıyla ESKHS bakımından da böyle anlaşılması gerektiği argümanı için bkz. Matthew Craven, **The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: A Perspective on its Development**, Great Britain, Clarendon Press, 1998, s. 114-115.

¹⁰³ **Genel Yorum No. 3**, paras. 2-3.

¹⁰⁴ "*Açlığın ve Yetersiz Beslenmenin Ortadan Kaldırılması Evrensel Bildirisi*" ("*Universal Declaration on the Eradication of Hunger and Malnutrition*") 16/11/1974 tarihinde Dünya Gıda Konferansı tarafından kabul edilmesini müteakip BM Genel Kurulu tarafından 17/12/1974 tarihinde teyit edilmiştir. Bildirinin bu çalışmada kullanılan Türkçe çevirisi için bkz. Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri/II. Cilt**, s. 1167-1175. Bu bağlamda Bildiri'nin 1. paragrafı oldukça önemlidir:

1. Her erkek, kadın ve çocuk, bedeni ve akli melekelerini tam olarak geliştirmek ve korumak amacıyla açlıktan ve yetersiz beslenmeden masun olma devredilme hakkına sahiptir. Bu amacı gerçekleştirmek bakımından günümüzde toplum halihazırda yeterli kaynaklara, örgütlenme becerisine ve teknolojiye ve böylelikle de ehliyeteye sahip bulunmaktadır. Dolayısıyla, açlığın ortadan kaldırılması özellikle gelişmiş ülkeler ve yardım edebilecek durumda bulunan diğerleri olmak üzere, uluslararası topluluğun tüm ülkeleri bakımından bir ortak hedef teşkil etmektedir. (vurgu eklenmiştir)

kendisine “temel hak” olma vasfı atfedilen tek haktır.¹⁰⁵ Üçüncü ve son argüman ise zaman içinde bu hakkın Komite tarafından, bir üst başlık olarak gıda hakkının özü/çekirdeği olarak kabul edilmiş olmasıdır.¹⁰⁶

c. Önlemler Alma

Önlemler alma yükümlülüğü ESKHS’ye özgü bir yükümlülük değil, aksine andlaşmalar hukukunun temeli olan *pacta sunt servanda* ilkesinin tezahürüdür. Aynı başlıklı “*Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi*” Md. 26, bir andlaşmanın iyi niyetle yerine getirilmesi gerektiğini düzenlemektedir. Bu yükümlülük hiçbir istisnaya yer bırakmaksızın tüm andlaşmalar bakımından geçerlidir.¹⁰⁷ Yukarıda belirtildiği üzere taraf Devletlerin aşamalı gerçekleştirmeye tabi olmayan yükümlülüklerinden biri önlemler alma yükümlülüğüdür.

ESKHK’ye göre; “(...) [Sözleşmesel] hakların tam olarak gerçekleştirilmesi aşamalı/tedrici şekilde sağlanabilirken, bu amaca yönelik önlemler/adımlar Sözleşmenin ilgili Devletler bakımından yürürlüğe girmesinden itibaren makul kısıalıktaki bir zaman içinde alınmalıdır/atılmalıdır. Söz konusu önlemler/adımlar

¹⁰⁵ ESKHS’nin ilgili hükmü şöyledir:

Madde 11

1. Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, herkesin, yeterli beslenme, giyim ve barınma/(konut) dahil olmak üzere, kendisi ve ailesi için yeterli (düzeyde) bir yaşama standardına sahip olma ve yaşama koşullarını sürekli olarak geliştirme hakkını tanırlar. Taraf Devletler, bu hakkın gerçekleştirilmesini sağlamak için, özgür/(serbes) rızaya dayanan uluslararası işbirliğinin bu bağlamdaki temel önemini tanıyarak, uygun önlemleri alacaklardır.

2. Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, herkesin açıktan kurtulma temel hakkını tanıtarak, tek başlarına/(münferiden) ve uluslararası işbirliği yoluyla:

(a) Teknik ve bilimsel bilginin tam olarak kullanılmasını sağlamak, beslenme ilkelerine ilişkin bilgileri yaymak ve doğal kaynakların en etkin biçimde geliştirilmesini ve kullanılmasını sağlayacak şekilde tarım sistemlerini geliştirmek yahut reforma tabi tutmak suretiyle, besinlerin üretimi, muhafazası ve dağıtım yöntemlerinin yetkinleştirilmesi;

(b) Gerek besin maddeleri ithal eden gerekse besin ihraç eden ülkelerin karşılaştıkları sorunları dikkate alarak, yeryüzündeki besin maddelerinin/(kaynaklarının) ihtiyaca göre adil bir biçimde dağıtılmasının temin edilmesi,

için, özel programları da içeren gerekli önlemleri alacaklardır.

¹⁰⁶ General Comment No. 12, The right to Adequate Food (Art. 11), Committee on Economic, Social and Cultural Rights, E/C.12/1999/5, 12 May 1999, para. 17 (Buradan sonra **Genel Yorum No. 12**).

¹⁰⁷ Mark E. Villiger, **Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties**, Leiden – Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, s. 365.

planlı, somut ve mümkün olduğunca Sözleşmede tanınmış olan yükümlülükleri karşılamaya hedefli olmalıdır.”¹⁰⁸

d. Uluslararası İşbirliği

Uluslararası işbirliği yükümlülüğü, üçlü yükümlülük (saygı gösterme, koruma, edimde bulunma) tipolojisi paradigmasından okunabilir. Buna göre saygı gösterme yükümlülüğü Devletlerin diğer ülkelerde hakların gerçekleştirilmesini engelleyecek tasarruflardan kaçınmalarını; koruma yükümlülüğü Devletlerin, diğer kuruluşların – örneğin şirketlerin – diğer ülkelerde – haklardan yararlanılmasına saygı göstermelerini temin etmeyi ve edimde bulunma yükümlülüğü ise Devletin diğer Devletlere sağladığı yardım miktarının belirli bir düzeyin altına düşmemesi şeklinde özetlenebilir.¹⁰⁹ Söz konusu yükümlülüğün öznesi, ekonomik olarak daha güçlü olan ülkeler, buna karşın muhatabı ise az gelişmiş ülkelerdir. Pogge’ye göre ekonomik ve sosyal hakların büyük ölçüde yerine getirilmediği mevcut uluslararası düzende, güçlü ülkeler milyarlarca kişinin insan haklarını ihlal etmektedirler.¹¹⁰

Böyle bir yardımın miktarı konusunda ise Sözleşme sessiz kalmaktadır. Bu durumda söz konusu yükümlülüğün objektif ölçütlerinin belirlenmesi meselesi kendisini dayatmaktadır. Sözleşmenin yorumlanması ile yetkili ve görevli organ olarak ESKHK, bu sorumluluğun üstlenicisidir. Bir sonraki aşama ise Komite’nin bu tespiti yaparken kullanabileceği normatif dayanağın bulunup bulunmadığıdır. 1969 tarihli *Sosyal İlerleme ve Gelişme Bildirisi*¹¹¹ Md. 23/b bu bakımdan bir işlev görebilir. Bildiri’de öngörülen ölçüt, “ekonomik bakımdan gelişmiş ülkelerdeki

¹⁰⁸ **Genel Yorum No. 3**, para. 2. Karş. **Birleşmiş Milletler’de İnsan Hakları Yorumları: İnsan Hakları Komitesi ve Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, 1981-2006**, Lema Uyar (Derleyen ve Çeviren), İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2006, s. 137.

¹⁰⁹ Bkz. Matthew Craven, **The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: A Perspective on its Development**, Great Britain, Clarendon Press, 1998, s. 147-150.

¹¹⁰ Thomas Pogge, “Access to Medicine”, **Public Health Ethics**, Vol. 1, No. 2, 2008, s. 75.

¹¹¹ “*Sosyal İlerleme ve Gelişme Bildirisi*” (“*Declaration on Social Progress and Development*”) BM Genel Kurulu tarafından, 11/12/1969 tarih ve 2542 (XXIV) sayılı kararı ile kabul edilmiştir. Bildiri’nin bu çalışmada kullanılan Türkçe çevirisi için bkz. Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri/II. Cilt**, s. 1135-1158.

pazar fiyatı üzerinden olacak şekilde gayri safi/brüt milli hasılanın/(üretimin) asgari yüzde 1”idir.¹¹²

ESKHK uluslararası işbirliği yükümlülüğünün hukuki dayanaklarını Genel Yorum No. 3’te saymıştır. Komiteye göre bunlar BM Şartı Md. 55 ve 56, “uluslararası hukukun yerleşik ilkeleri” ve Sözleşme’nin kendisidir. Bu bağlamda Komite Devletlerin başka Devletlere yardım etme yükümlülüğüne bir diğer dayanak için “*Gelişme Hakkı Bildirisi*”ne¹¹³ göndermede bulunmaktadır.¹¹⁴ Ancak yine Komite’nin ifadesiyle “(...) gelişme işbirliği faaliyetleri(...), ekonomik, sosyal ve kültürel haklara saygı gösterilmesini yükseltmeye/geliştirmeye otomatik olarak katkıda bulunma(maktadır). ‘Gelişme’ adına yerine getirilen pek çok faaliyet, bilahare hatalı kurgulanmış ve hatta insan hakları açısından üretken olmayan faaliyetler olarak nitelendirilmiştir. Bu tür sorunların ortaya çıkmasını azaltmak amacıyla, Sözleşme’nin üzerinde durduğu geniş kapsamlı konular bütünü, mümkün ve uygun olduğu takdirde, özel ve dikkatli biçimde ele alınmalıdır.”¹¹⁵

¹¹² Söz konusu hüküm şöyledir;

Sosyal ilerleme ve gelişme hedeflerinin gerçekleştirilmesi, son olarak, aşağıdaki araçların/(yolların) ve yöntemlerin uygulanmasını gerektirir:

Madde 23

(...)

(b) Daha elverişli şartlarla daha büyük yardımın sağlanması; ekonomik bakımdan gelişmiş ülkelerdeki pazar fiyatı üzerinden olacak şekilde gayri safi/brüt milli hasılanın/(üretimin) asgari yüzde 1’lik yardım miktarı hedefinin uygulamaya geçirilmesi; düşük faiz oranları belirleyerek ve kredilerin geri ödenmesinin uzun süreye yayılmasını sağlayarak ve bu tür kredi tahsislerinin herhangi bir politik mülahazadan bağımsız şekilde kesin olarak sosyo-ekonomik ölçütlere dayalı olmasını garanti ederek, gelişmekte olan ülkelere kredi açılması şartlarının genel olarak kolaylaştırılması; (...)

¹¹³ “*Gelişme Hakkı Bildirisi*” (“*Declaration on the Right to Development*”) BM Genel Kurulu’nun 41/128 sayılı ve 04/12/1986 tarihli kararıyla kabul edilmiştir. Bildiri’nin Türkçe çevirisi için bkz. Gemalmaz, **Ulusüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri/II. Cilt**, s. 1183-1194.

¹¹⁴ **Genel Yorum No. 3**, para. 14.

¹¹⁵ General Comment No. 2, International technical assistance measures (Art. 22), 02/02/1990, para. 7. Genel Yorumun bu çalışmada kullanılan serbest çevirisi için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusüstü İnsan Hakları Usul Hukuku Mevzuatı: 1. Kitap (Açıklamalı – İctihatlı – Karşılaştırmalı) Birleşmiş Milletler Belgeleri**, İstanbul, Legal, 2006, s. 182-185.

2. Yükümlülük Tipolojileri Paradigmasından Sağlık Hakkının Kapsamı

Sağlık hakkının verili kapsamını belirlemeye çalışırken kullanılacak olan paradigma, yükümlülük tipolojileri paradigmasıdır. Bilindiği üzere modern insan hakları hukuku yakın geçmişe kadar negatif-pozitif yükümlülük ayrımı ve bu meşrulaştırma zemininden hareketle medeni ve siyasi haklar ile ekonomik, sosyal ve kültürel haklar (fakat özellikle sosyal haklar) hiyerarşisi üzerine kurulmuştur. Bu ayrım çerçevesinde Devletlere, medeni ve siyasi hakların negatif yükümlülükler, sosyal hakların ise pozitif yükümlülükler yüklediği kabul edilegelmiştir.¹¹⁶

Buna karşılık, 1980'lerin başında Henry Shue¹¹⁷ tarafından ileri sürülen ve daha sonra, başta Asbjørn Eide olmak üzere¹¹⁸ başkaca yazarlar tarafından geliştirilen görüşe göre; bir Devlet herhangi bir insan hakları sözleşmesine taraf olmakla birlikte çeşitli tiplerde yükümlülükler altına girer. Bu yükümlülük çeşitliliği tüm insan hakları bakımından geçerlidir. Ancak her bir tekil hak özelinde söz konusu çeşitli yükümlülük tipolojileri farklı ağırlıklar gösterebilirler. Bir başka deyişle; taraf Devletin bir hakkı koruması için, her bir hak özelinde üstlendiği yükümlülük tipolojilerinin ağırlıkları farklı olabilir. Fark edilebileceği üzere yükümlülük tipolojileri görüşü, insan haklarının bölünmez, birbirlerine bağımlı ve birbirleriyle ilişkili olduklarını kabul eder ve bu temel üzerinde yükselir.¹¹⁹

Bir diğer yandan benzer bir yaklaşım, yalnızca medeni ve siyasi hakları düzenleyen sözleşmelerin denetim organlarının içtihatlarında da gelişmiştir. Pozitif yükümlülükler doktrini olarak adlandırılan bu yaklaşımın meşruiyeti, insan hakları sözleşmelerinin tümünde yer alan genel yükümlülük hükümlerine dayandırılmıştır.

¹¹⁶ Bu görüşleri eleştiren bir çalışma için bkz. Oktay Uygun, “İnsan Hakları Kuramı”, **İnsan Hakları**, Gökçen Alpkaya, v.d., İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 2000, s. 32-37.

¹¹⁷ Henry Shue, **Basic Rights: Subsistence, Affluence and U.S. Foreign Policy**, Princeton, Princeton University Press, 1980, s. 52. Shue'ya göre “her bir temel hak, üç ödev tipiyle ilişkilidir: I. Yoksun kalmayı önleme ödevi, II. Yoksunluktan koruma ödevi III. Yoksun kalan kişiye yardımda bulunma ödevi.

¹¹⁸ Report on the Right to Adequate Food as a Human Right Submitted by Mr. Asbjørn Eide, Special Rapporteur, E/CN.4/Sub.2/1987/23, 7 July 1987, paras. 66-69.

¹¹⁹ Vienna Declaration and Programme of Action, A/CONF.157/23, 12 July 1993, para. 5.

Bugün itibarıyla belirtmek gerekir ki, bu yaklaşım önemli bir yaygınlık ve kabul edilme derecesine ulaşmıştır. Hatta ve hatta ESKHS'nin denetim organı olan ESKHK önceden kullanmakta olduğu sonuç yükümlülüğü (*obligation of result*) – belirli bir şekilde davranma yükümlülüğü (*obligation of conduct*) ayırımına dayanan yaklaşımını¹²⁰ terk etmiş ve söz konusu yaklaşımı kullanmaya başlamıştır.¹²¹

Farklı yazarlar, çeşitli yükümlülük tipolojileri önermekle birlikte,¹²² bu çalışmada üç temel yükümlülük tipolojisi kullanılacaktır: Saygı gösterme yükümlülüğü, koruma yükümlülüğü ve edimde bulunma yükümlülüğü.

Saygı gösterme yükümlülüğü, Devletin herhangi bir tasarrufuyla bireye, hak ihlali oluşturabilecek her türlü müdahaleden kaçınmasıdır. Medeni ve siyasi haklar bakımından bu yükümlülüğe verilebilecek örnek işkence yasağı iken, sosyal haklar bakımından ilk akla gelen örnek Devletin örgütlenme özgürlüğüne (sendika kurma hakkına) müdahale etmekten kaçınması yükümlülüğüdür.

Koruma yükümlülüğü, Devletin kendisi dışındaki diğer tüzel ya da gerçek kişiler tarafından gerçekleştirilebilecek ihlallere karşı önlemler alma ve bu tür ihlallerin gerçekleşmiş olması durumunda ihlali gerçekleştirenlere karşı gerekli

¹²⁰ Genel Yorum No. 3, para. 1.

¹²¹ Komite bu yaklaşımı ilk kez gıda hakkına ilişkin genel yorumunda kullanmaya başlamıştır. Bkz. Genel Yorum No. 12, para. 15.

¹²² Şu tablo açıklayıcı olabilir. Bkz, Ertan, Avrupa Konseyinde Sosyal Haklar, 2008, s. 15-16.

Öneren	Yükümlülük				
Shue	Yoksun kalmanın önlenmesi	Yoksun kalmadan koruma	Yoksun kalmış kimseye yardım		
Eide	Saygı gösterme	Koruma	Yerine getirme/tamamlama		
			Kolaylaştırma	Sağlama	
van Hoof	Saygı gösterme	Koruma	Garanti etme		Hakların gelişmesine yardımcı olma
Steiner ve Alston	Saygı gösterme	Koruma/önleme	Hakların gerçekleştirilmesi için zorunlu kurumsal mekanizma yaratma	Hakların karşılanması için mal ve hizmet sağlama	Hakların gelişmesine yardımcı olma
ESKHK	Saygı gösterme	Koruma	Yerine getirme/tamamlama		Hakların gelişmesine yardımcı olma
			Kolaylaştırma	Sağlama	

hukuki ve idari tasarruflarda bulunması yükümlülüğüdür. Dolayısıyla koruma yükümlülüğü, saygı duyma yükümlülüğünün üçüncü kişiler tarafından yerine getirilmesini sağlamaya yönelik bir yükümlülük olarak da tanımlanabilir. Bu yükümlülük tipolojisi, birinci kuşak sözleşme organlarınca sözleşmenin yatay etkisi/*drittwirkung* doktrini olarak halihazırda kullanılagelen; yerleşik bir içtihadi standarttır.¹²³

Edimde bulunma yükümlülüğü ise, hakkın kullanılabilmesi için gereken hizmet ya da imkanların Devlet tarafından yerine getirilmesidir. Diğer bir ifadeyle, sözleşmesel hakların kullanılmasını kolaylaştırma (*facilitate*), sağlama (*provide*) ve geliştirme/yükseltme (*promote*) yükümlülüğüdür.¹²⁴ Saygı gösterme yükümlülüğündeki “kaçınma/yapmama” tasarrufunun tam aksine, burada Devlet bir “yerine getirme/yapma” yükümlülüğü altındadır. Bu yükümlülük tipolojisi, pozitif-negatif yükümlülük ayrımının dar çerçevesinde düşünüldüğünde, akla ilk olarak sosyal hakları getirmektedir. Oysa medeni ve siyasi haklar bakımından da bu yükümlülük, sosyal haklar için olduğu kadar geçerlidir. Örneğin adil yargılanma hakkının gerçekleşebilmesi için öncelikle bir yargı sistemi gerekmektedir. Bu durumda Devlet, gerekli personelin istihdamından bu personelin hizmet göreceği binaya kadar tüm bir sistemi kurma yükümlülüğü altındadır.

Aşağıda her bir yükümlülük tipolojisi altında ele alınacak olan yükümlülük türleri aksi belirtilmediği sürece, temel olarak ESKHK’nin sağlık hakkına ilişkin Genel Yorum No. 14’ün 34 ila 37. paragraflarında sayılan unsurlara, Komite’nin ifadesiyle “spesifik hukuki yükümlülöklere” dayanmaktadır.

Son olarak, sağlık hakkının kapsamının yükümlülük tipolojileri paradigması kullanılarak incelenmesinin tek sonucunun hakkın kapsamının belirginleştirilmesi olmadığını vurgulamak gerekmektedir. Diğer bir önemli sonucu da üçlü tipolojinin

¹²³ Bölgesel sistemlerle sınırlı ve “ekonomik ve sosyal” haklarla bağlantılı bir çalışma için bkz. Aoife Nolan, “Addressing Economic and Social Violations by Non-state Actors through the Role of the State: A Comparison of Regional Approaches to the Obligation to Protect”, **Human Rights Law Review**, Vol. 9, No. 2, s. 225-255.

¹²⁴ Üçlü tipolojinin ilk kez kullanıldığı Genel Yorum No. 12’de yalnızca ilk iki unsur bulunmaktayken, üçüncü unsur ilk kez Genel Yorum No. 14’te Komite tarafından zikredilmiştir. Bkz. **Genel Yorum No. 12**, para. 15; **Genel Yorum No. 14**, para. 33.

daha iyi anlaşılmasını sağlama imkanı yaratmasıdır.¹²⁵ Yükümlülük tipolojileri paradigması soyut, teorik ve genel nitelikte bir varsayımdır ve son kertede sözleşme organlarının onayına, bu organlar tarafından kullanılmaya ihtiyaç duyar. Sözleşme organları tarafından her bir hakka uygulandıkça somutlaşacak ve buna paralel olarak da gelişecektir.

a. Saygı Gösterme Yükümlülüğü

Devletin sağlık hakkı bakımından saygı gösterme yükümlülüğü, herhangi bir tasarrufu (eylem, işlem, takip edilen siyasa ya da bir yasa) ile bireyin söz konusu hakkını ihlal etmekten kaçınması anlamına gelir.

Sağlık hizmetlerine erişimi engellemek, bu tipoloji altında değerlendirilebilecek unsurlardan birini oluşturmaktadır. ESKHK'nin ifadesiyle *“Mahpuslar ya da alıkonan kişiler, azınlıklar, sığınmacılar ya da yasadışı göçmenler dahil olmak üzere herkesin önleyici, iyileştirici ve palyatif sağlık hizmetlerine erişiminin reddi ya da sınırlandırılmasından kaçınmak”*, Devletin saygı gösterme yükümlülüğüne girmektedir. Bu unsur bakımından Devletten beklenen, olmayan bir sağlık hizmetini sunması değil, var olan sağlık hizmetlerine erişimi engellememesidir.¹²⁶ İkametgah kaydı belgesi ve diğer kimlik belgelerinin eksikliği nedeniyle sağlık hizmetlerine erişimin sınırlandırılması bu yükümlülüğe aykırılık oluşturacaktır.¹²⁷ Benzer bir başka engel ise doğumları kayıt altına alınmayan

¹²⁵ Paul Hunt, **Reclaiming Social Rights: International and Comparative Perspectives**, Great Britain, Dartmouth, 1996, s. 133.

¹²⁶ Söz konusu ifade Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Protokol No. 1 Md. 2'de düzenlenen eğitim hakkına ilişkin kavrayışıdır. Mahkemeye göre sözleşme çerçevesinde eğitim hakkı, mevcut eğitim kurumlarına erişme hakkıdır. Bu konudaki pilot vaka için bkz. *“Case ‘Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium’ v. Belgium”*, (Application No s.1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64), Judgment, 23/07/1968.

¹²⁷ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Thirtieth and Thirty-first Sessions, (5-23 May 2003, 10-28 November 2003), E/2004/22, E/C.12/2003/14, 2003, s. 66, para. 454; Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Thirty-sixth and Thirty-seventh Sessions, (1-19 May 2006, 6-24 November 2006), E/2007/22, E/C.12/2006/1, 2007, s. 50, para. 339 (bu tür belgelerin yüksek ücretlere tabi olması); Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Fortieth and Forty-first Sessions, (28 April-16 May 2008, 3-21 November 2008), E/2009/22, E/C.12/2008/3, 2008, s. 73, para. 410.

çocukların sağlık hizmetlerine erişimlerinin söz konusu nedenle engellenmesidir.¹²⁸ Nitekim ESKHK, genel olarak mahpusların sağlık bakımına erişimlerine ilişkin olarak yaşam standartlarına dikkat çektiği gibi¹²⁹; içtihadında da mahpuslar arasındaki tüberküloz vakalarının artışı özel olarak altını çizerek taraf Devletten hapisanelerdeki sağlık koşullarının iyileştirilmesi için derhal eylemde bulunma tavsiyesine rastlanmaktadır.¹³⁰

Belirtmek gerekir ki; Komite söz konusu yükümlülükleri kadın mahpuslara yönelik olarak ayrıca vurgulamaktadır.¹³¹ Alıkonan kişiler kategorisine giren bir diğer grup psikiyatrik kurumlarda (hastanelerde) tutulmakta olan hastalardır. Hapishanelerle birlikte bu kurumlarda tutulan kişilere yönelik olarak da sağlık bakımı ve sağlık üzerinde belirleyici olan şartların temin edilmesi sağlık hakkının kapsamında değerlendirilmektedir.¹³² ESKHK, mahpuslara uygun tıbbi bakım sağlanması yükümlülüğünü ortaya koyarken bir yumuşak hukuk belgesi olan “*BM Mahpusların Tretmanına İlişkin Standart Asgari Kurallar*”a da göndermede bulunmaktadır.¹³³ Taraf Devletin buradaki yükümlülüğü, söz konusu kişilerin kendi

¹²⁸ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Fortieth and Forty-first Sessions, (28 April-16 May 2008, 3-21 November 2008), E/2009/22, E/C.12/2008/3, 2008, s. 19, para. 78.

¹²⁹ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Twenty-eight and Twenty-ninth Sessions, (29 April-17 May 2002, 11-29 November 2002), E/2003/22, E/C.12/2002/13, 2003, s. 47, para. 274; Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Thirtieth and Thirty-first Sessions, (5-23 May 2003, 10-28 November 2003), E/2004/22, E/C.12/2003/14, 2003, s. 31, para. 144.

¹³⁰ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Sixteenth and Seventeenth Sessions, (28 April-16 May 1997, 17 November-5 December 1997), E/1998/22, E/C.12/1997/10, 1998, s. 31, 32, paras. 112, 125; Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Thirty-second and Thirty-third Sessions, (26 April-14 May 2004, 8-26 November 2004), E/2005/22, E/C.12/2004/9, 2005, s. 62-63, para. 496; Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Thirty-fourth and Thirty-fifth Sessions, (25 April-13 May 2005, 7-25 November 2005), E/2006/22, E/C.12/2005/5, 2006, s. 63, para. 478; Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Fortieth and Forty-first Sessions, (28 April-16 May 2008, 3-21 November 2008), E/2009/22, E/C.12/2008/3, 2008, s. 43, para. 252.

¹³¹ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Thirtieth and Thirty-first Sessions, (5-23 May 2003, 10-28 November 2003), E/2004/22, E/C.12/2003/14, 2003, s. 58, para. 380.

¹³² Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Fortieth and Forty-first Sessions, (28 April-16 May 2008, 3-21 November 2008), E/2009/22, E/C.12/2008/3, 2008, s. 59, para. 340.

¹³³ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Forty-second and Forty-third Sessions, (4-22 May 2009, 2-20 November 2009), E/2010/22, E/C.12/2009/3, 2010, s. 24, para. 102.

sorumluluğu altında olmasından kaynaklanmaktadır. Soyutlama düzleminde taraf Devletin, kendi sorumluluğu altındaki kişilerin sağlık haklarının korunması yükümlülüğünü taşıdığı kabul edilmelidir. Dolayısıyla da tıpkı mahpuslar gibi zorunlu askerlik hizmetini yapmakta olan ve bu nedenle de Devletin sorumluluğu altında olan kişilere ilişkin olarak da aynı yükümlülükler geçerlidir.¹³⁴

Bu unsurun en önemli muhataplarından biri de kaçak yahut kayıt altına alınmamış göçmenlerdir.¹³⁵ Kaçak göçmenlerin sağlık hizmetlerine erişimlerinin engellenmesi olgusu, ayrımcılık yasağı ile korunamamaktadır. Zira bulundukları ülkelerde, yasal olmayan yollarla çalışmakta ve barınmaktadırlar. Bu nedenle de içinde bulundukları statü birçok haktan yararlanmalarına fırsat tanımayan bir statüdür.

ESKHK, kayıt altına alınmamış göçmenlerin ve ailelerinin yalnızca acil tıbbi bakıma erişimle sınırlanmış olmalarını kaygı verici bulmaktadır.¹³⁶ Sığınmacılar bakımından da benzer bir durum söz konusudur. ESKHK'ye göre, iltica talebine ilişkin nihai kararın verilmesine kadar geçen sürenin uzunluğu dikkate alındığında, sığınmacıların bu dönem için sağlık hakkından yoksun bırakılmaları Sözleşmesel yükümlülükler bakımından kaygı verici sonuçlar doğurur.¹³⁷ Daha ileri tarihli içtihatlarında Komite, sığınmacıların yalnızca acil durumlarda sübvans edilen (bedeli Devlet tarafından karşılanan) sağlık bakımına erişimlerinin Sözleşme hükümlerine aykırılık teşkil ettiğini belirtmiş ve taraf Devletten herhangi bir ayrımcılık yapılmaksızın sübvans edilen (bedeli Devlet tarafından karşılanan) sağlık bakımı sisteminin sığınmacılara yönelik olarak genişletilmesini ısrarla talep

¹³⁴ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Thirtieth and Thirty-first Sessions, (5-23 May 2003, 10-28 November 2003), E/2004/22, E/C.12/2003/14, 2003, s. 67, para. 471.

¹³⁵ Avrupa Birliği üyesi altı Devlet bakımından yapılan bir inceleme için bkz. Román Romero-Ortuño, "Access to Health Care for Illegal Immigrants in the EU: Should We Be Concerned?", **European Journal of Health Law**, Vol. 11, 2004, s. 245-252.

¹³⁶ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Thirty-eighth and Thirty-ninth Sessions, (30 April-16 May 2007, 5-23 November 2007), E/2008/22, E/C.12/2007/3, 2008, s. 50, para. 342.

¹³⁷ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Eighteenth and Nineteenth Sessions, (27 April-15 May 1998, 16 November-4 December 1998), E/1999/22, E/C.12/1998/26, 1998, s. 56, para. 316.

etmiştir.¹³⁸ Sığınmacılar yahut kayıt altına alınmamış göçmenler ve ailelerine sağlık hizmetlerine erişimin hukuken tanınmış olmasına karşılık, söz konusu kişilerin sağlık hizmetlerinden faydalanamamaları sonucunu doğuran zorluklar söz konusu olabilir. ESKHK bu tür zorluklara örnek olarak; bu gibi kişilerin sahip oldukları haklardan bihaber olmaları, idari formalitelerin karmaşıklığı ve dil engellerini saymaktadır.¹³⁹

“Bir Devlet siyaseti olarak ayrımcı uygulamaların gerçekleştirilmesinden kaçınmak”: Ayrımcılık yasağı tüm Sözleşmesel haklar bakımından geçerli olan bir genel yükümlülüktür ve ancak Sözleşmesel bir hak ile birlikte ileri sürülebilir niteliktedir. Bu bakımdan benzeştiği hüküm MSHS Md. 26 değil, Md. 2/1’dir.¹⁴⁰ Ayrımcılık yasağı ve bu yasağın bir başka görünümü olan eşitlik, insan hakları hukukunun temel ilkeleri arasında yer almaktadır. Sağlık hakkına gelindiğinde eşitliğin nasıl sağlanabileceği sorusuna cevap vermek çok kolay olmamakla birlikte en azından “tıbbi bakıma ihtiyaçlar oranında eşit erişim” sınırlı da olsa bir başlangıç noktası oluşturabilir.¹⁴¹

Taraf Devletler, yürüttükleri her türlü sağlık faaliyetinde ayrımcılık yasağına uygun davranma yükümlülüğü altındadırlar. Sağlık hakkına ilişkin olarak ayrımcılıkla mücadelede atılması gereken ilk adım, belki de, çıtayı Jonathan Mann’ın işaret ettiği yüksekliğe koymaktır. Zira Mann’a göre “(a)ksi ispat edilmedikçe tüm sağlık siyaseti ve programlarının ayrımcı ve hakları kayıtlayıcı olduğu var sayılmalıdır” (vurgu eklenmiştir).¹⁴² BM İnsan Hakları Komisyonu da “sağlık

¹³⁸ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Twenty-second, Twenty-third and Twenty-fourth Sessions, (25 April-12 May 2000, 14 August-1 September 2000, 11 November-1 December 2000), E/2001/22, E/C.12/2000/21, 2001, s. 36, 38, para. 123, 138.

¹³⁹ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Fortieth and Forty-first Sessions, (28 April-16 May 2008, 3-21 November 2008), E/2009/22, E/C.12/2008/3, 2008, s. 33, para. 186.

¹⁴⁰ Bir başka örnek olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Md. 14 verilebilir.

¹⁴¹ Paul Hunt, Gunilla Backman, “Health Systems and the Right to the Highest Attainable Standard of Health”, **Realizing the Right to Health**, Andrew Clapham vd. (eds.), Ulm, Rüffer&Rub, Swiss Human Rights Book Vol. 3, 2009, s. 44.

¹⁴² J. Mann, **Human Rights and Health: A Program Designed Specifically for Health Professionals**, Atlanta, GA, Centers for Disease Control, 1997’den aktaran Sofia Gruskin, Daniel Tarantola, “Health and Human Rights”, **Perspectives on Health and Human Rights**, (Ed. Sofia Gruskin, vd.), New York-London, Routledge, 2005, s. 32.

alanında ayrımcılık yasağının tüm kişilere ve her şart altında uygulanması gerektiğini” belirtmektedir.¹⁴³

ESKHK içtihadında somut ayrımcılık uygulamalarıyla karşılaşılmaktadır. Komite’ye göre, İsrail’in bir “Yahudi Devleti” olduğuna ilişkin aşırı vurgu ayrımcılığı körüklemekte ve Yahudi olmayan (Arap) vatandaşlarına ikinci sınıf statüsü tanımış olmaktadır. Söz konusu ayrımcı tutumun tezahürlerinden biri, *inter alia*, sağlık bakımına erişim eksikliğidir. İsrail Hükümeti’nin Filistin halkına yönelik olarak yürüttüğü genel abluka (*general closure*) ile insan ve mal hareketlerini kısıtlaması ve denetlemesi sağlık bakımına erişimi engellemekte ve özellikle de ölümlere yol açmaktadır.¹⁴⁴ İsrail’in Filistin halkına yönelik bir başka uygulaması “İşgal Altındaki Filistin Topraklarında Bir Duvar İnşa Edilmesi”dir. BM Genel Kurulu’nun, Uluslararası Adalet Divanı’ndan (UAD) istişari görüş talep etmesi üzerine UAD meseleyi ele almış ve söz konusu duvarın uluslararası hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir. Kararın burada zikredilmesinin nedeni ise, UAD’ın vakaya uygulanabilir hukuk içinde ESKHS’yi de kabul etmesi ve özel olarak da Sözleşme’nin ilgili hükümleri arasında Md. 14’ü sayarak vakayı sağlık hakkı çerçevesinde de ele almış olmasıdır.¹⁴⁵

Komite, içtihatlarında spesifik grupların tabi tutulduğu ayrımcı uygulamaları da vurgulamaktadır. Bu doğrultuda Romanlara yönelik etnik köken temelli ayrımcılığa da vurgu yapmaktadır.¹⁴⁶ Romanlara yönelik ayrımcılık şu şekillerde tezahür etmektedir: Ortalama yaşam süresinin (10 yıl) daha kısa olması; acil yardım

¹⁴³ The Commission on Human Rights, “Non-discrimination in the Field of Health”, Resolution 1989/11, 2 March 1989, para. 2.

¹⁴⁴ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Eighteenth and Nineteenth Sessions, (27 April-15 May 1998, 16 November-4 December 1998), E/1999/22, E/C.12/1998/26, 1998, s. 44, 45, paras. 236, 243-244; Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Thirtieth and Thirty-first Sessions, (5-23 May 2003, 10-28 November 2003), E/2004/22, E/C.12/2003/14, 2003, s. 44-45, para. 259.

¹⁴⁵ “Legal Consequences of the Construction of A Wall in the Occupied Palestinian Territory”, Advisory Opinion, 9 July 2004, özellikle s. 59.

¹⁴⁶ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Twenty-eight and Twenty-ninth Sessions, (29 April-17 May 2002, 11-29 November 2002), E/2003/22, E/C.12/2002/13, 2003, s. 51, para. 314; Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Thirty-second and Thirty-third Sessions, (26 April-14 May 2004, 8-26 November 2004), E/2005/22, E/C.12/2004/9, 2005, s. 19, para. 75.

hizmetleri de dahil olmak üzere, sağlık hizmetlerine erişimden yoksun bırakılmak; hastanelerde diğer hastalardan ayrıştırılmak; bu kişilere daha düşük kalitede tıbbi hizmet sundukları yahut bu kişilerden gerekçelendirilemeyecek miktarlarda para istedikleri iddia edilen sağlık görevlileri tarafından ayrımcılığa tabi tutulmak.¹⁴⁷ Belirtilmek gerekir ki ESKHK içtihadında spesifik olarak göndermede bulunulan azınlıklar bu sayılanlarla sınırlı değildir.¹⁴⁸ Yine Komite, yerli halklara yönelik ayrımcı muamelelerden duyduğu kaygıyı da göstermiştir.¹⁴⁹

Ayrımcı sonuçlar doğuruyor olması halinde, sağlık hizmeti masraflarını karşılayacak olan sigorta kurumlarının kamusal ya da özel olmasına dayanan farklı muameleler de ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirilmektedir. Komite de, Devlet hastanelerinde kamusal ve özel sigortalara sahip hastalar için tek bir ortak bekleme listesi yapılması gerektiğini belirlemiştir.¹⁵⁰ Komite içtihatlarına konu olan ayrımcılık temellerinden bir diğeri ise HIV/AIDS hastalığıdır.¹⁵¹ . Dolayısıyla bu hastalığa sahip kişilerin, hastalıklarının gerektirdiği özel muamelelerin dışında farklı muamelelere tabi tutulmaları sağlık hakkı çerçevesinde ayrımcılık yasağına aykırılık teşkil edecektir.

“Kadınların sağlık durumları ya da ihtiyaçlarına ilişkin olarak ayrımcı uygulamalarda bulunmaktan kaçınmak”: Ayrımcılığın spesifik bir biçimi olarak kadınlara karşı ayrımcılık yasağı da Devletin yükümlükleri arasındadır. KKAOKS’nin bu konuda spesifik bir hüküm içerdiğine yukarıda değinilmişti.

¹⁴⁷ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Thirty-eighth and Thirty-ninth Sessions, (30 April-16 May 2007, 5-23 November 2007), E/2008/22, E/C.12/2007/3, 2008, s. 27, para. 153.

¹⁴⁸ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Thirtieth and Thirty-first Sessions, (5-23 May 2003, 10-28 November 2003), E/2004/22, E/C.12/2003/14, 2003, s. 32, para. 151.

¹⁴⁹ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Thirtieth and Thirty-first Sessions, (5-23 May 2003, 10-28 November 2003), E/2004/22, E/C.12/2003/14, 2003, s. 61, para. 403.

¹⁵⁰ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Twenty-eight and Twenty-ninth Sessions, (29 April-17 May 2002, 11-29 November 2002), E/2003/22, E/C.12/2002/13, 2003, s. 33, para. 149.

¹⁵¹ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Thirty-eighth and Thirty-ninth Sessions, (30 April-16 May 2007, 5-23 November 2007), E/2008/22, E/C.12/2007/3, 2008, s. 71, para. 522.

Dolayısıyla Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi'nin (KKAOKK) standartları, bu yükümlülüğün yerine getirilmesinde kullanılabilir. Sağlık hakkı temelinde kadınlara karşı ayrımcılıkla mücadelede, Devletlerin almaları gereken önlemlere örnek olarak sağlık bakımı sisteminin kadınlara özgü hastalıkları önleme, tespit ve tedaviye yönelik hizmetlerden yoksun olmamasının sağlanması verilebilir.¹⁵²

“Geleneksel önleyici tedavileri, iyileştirme pratiklerini ve ilaçları yasaklamaktan ya da engellemekten kaçınmak”: WHO'nun tanımına göre geleneksel tıp “açıklanabilir olsun olmasın sağlığın idamesinin yanı sıra fiziksel ve zihinsel hastalıkların önlenmesi, teşhisi, ıslahı ya da tedavisinde kullanılan, yerli teori, inanç ve deneyimlere dayanan bilgi, beceri ve uygulamaların genel toplamıdır”¹⁵³ ve “bitki, hayvan ve/ya da mineral kökenli ilaçları, ruhani tedavileri, el ile uygulanan teknik ve egzersizleri içine alan, çeşitli sağlık uygulamalarını, yaklaşımlarını, bilgi ve inançları içerir.”¹⁵⁴

ESKHK içtihatlarına bakıldığında, Komite'nin geleneksel tıbbın toplumun marjinalleşmiş ve korunmasız (*vulnerable*) gruplarının sağlık hizmetlerine erişimlerini sağlama işlevi yüklediği görülmektedir.¹⁵⁵ Geleneksel tedavi ya da ilaçları yasaklamak ya da engellemekten kaçınma yükümlülüğü, bu tür faaliyet ya da ürünlerin sağlığa zararlı olması durumunda geçerliliğini yitirecektir. Hatta böyle bir

¹⁵² General recommendation 24, Article 12 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women – women and health, A/54/38/Rev.1, s. 4, para. 11.

¹⁵³ **General Guidelines for Methodologies on Research and Evaluation of Traditional Medicine**, WHO/EDM/TRM/2000.1, Geneva, WHO, 2000, s. 1. Orijinali şöyledir: “It is the sum total of the knowledge, skills and practices based on the theories, beliefs and experiences indigenous to different cultures, whether explicable or not, used in the maintenance of health, as well as in the prevention, diagnosis, improvement or treatment of physical and mental illnesses.”

¹⁵⁴ **Traditional Medicine – Growing Needs and Potential**, WHO Policy Perspectives on Medicines No. 2, WHO/EDM/2002.4, World Health Organization, Geneva, 2002, s. 1. Bir başka tanımla geleneksel tıp, modern tıp öncesi dönemde yüzyıllar boyunca çeşitli toplumların içinde gelişen tıbbi bilgi sistemleridir. Bkz. **Encyclopedia of Public Health**, s. 1406.

¹⁵⁵ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Fortieth and Forty-first Sessions, (28 April-16 May 2008, 3-21 November 2008), E/2009/22, E/C.12/2008/3, 2008, s. 27, para. 142.

durumda, sağlık hakkının gereği olarak Devletin müdahale yükümlülüğünün ortaya çıkacağı da ileri sürülebilir.¹⁵⁶

“Güvenli olmayan ilaçların satışından ve ruhsal hastalıkların tedavisi ya da bulaşıcı hastalıkların önlenmesi ve denetimi istisnai gerekçeleri dışında, zorla/zor kullanarak tedaviden kaçınmak”: ESKHK’ye göre; bu istisnai durumlar spesifik ve sınırlı şartlara tabi olmalı, Devletler en iyi uygulama kuralları (*best practices*) ve *Ruhsal Hastalık Sahibi Kişilerin Korunması ve Ruhsal Tıbbi Bakımın İlerletilmesi İçin İlkeler*¹⁵⁷ dahil olmak üzere uygulanabilir uluslararası standartlara saygı göstermelidirler. ESKHK tarafından ortaya konan uluslararası standartlara saygı gösterilmesi yükümlülüğü öncelikle, taraf Devletin ruhsal sağlık siyaseti ve mevzuatını ruhsal sağlık problemine sahip kişilere ilişkin uluslararası standartlarla uyumlu hale getirmesi şeklinde somutlaşır.¹⁵⁸ ESKHK, psikiyatri kurumlarında periyodik değerlendirme süreçleri ve etkili yargısal denetim olmaksızın sıklıkla “kapatılma”ya (*confinement*) başvurulmasından kaygı duyduğunu belirtmiştir.¹⁵⁹ Söz konusu yükümlülük, ruhsal hastalıklardan muzdarip kişilerin tedavileri esnasında tabi tutulacakları muameleleri de kapsar. Zira söz konusu hastaların insanlık dışı ya da aşağılayıcı muameleye maruz kalmaları ESKHK’ye göre Sözleşme Md. 2 ve 12’nin ciddi bir ihlalini teşkil eder.¹⁶⁰

Kişiyi hastalığı ve kendisine yapılacak tıbbi müdahale konusunda bilgilendirme de bu unsurun bir diğer bileşenidir. Özellikle zihinsel sağlık sorunu yaşayan kişiler söz konusu olduğunda, müdahaleye ilişkin bilgilendirme daha da

¹⁵⁶ Geleneksel ilaçlar ile sınırlı bir bağlamda bkz. Hestermeyer, *a.g.e.*, s. 135.

¹⁵⁷ Genel Yorumda atıfta bulunulan belge, BM Genel Kurulu’nun 17 Aralık 1991 tarihinde almış olduğu 46/119 sayılı “*Ruhsal Hastalık Sahibi Kişilerin Korunması ve Ruhsal Tıbbi Bakımın İlerletilmesi İçin İlkeler*” (“*Principles for the protection of persons with mental illness and the improvement of mental health care*”) kararıdır.

¹⁵⁸ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Forty-fourth and Forty-fifth Sessions, (3–21 May 2010, 1–19 November 2010), E/2011/22, E/C.12/2010/3, 2011, s. 44, para. 210.

¹⁵⁹ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Thirty-sixth and Thirty-seventh Sessions, (1-19 May 2006, 6-24 November 2006), E/2007/22, E/C.12/2006/1, 2007, s. 67, para. 480.

¹⁶⁰ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Eighteenth and Nineteenth Sessions, (27 April-15 May 1998, 16 November-4 December 1998), E/1999/22, E/C.12/1998/26, 1998, s. 52, para. 288.

önem kazanmaktadır. Üstelik bu unsur ne aşamalı şekilde gerçekleştirmeye ne de elverişli kaynaklara tabidir.¹⁶¹

“Gebelik önleyiciler ya da cinsel sağlık ve üreme sağlığını sağlayan diğer araçlara erişimi sınırlamaktan kaçınmak”: Cinsel sağlık ve üreme sağlığının, herkesin ulaşılabilir en yüksek düzeyde fiziksel/(bedensel) ve ruhsal sağlık standartlarından yararlanması hakkının ayrılmaz unsurları olduğu, İnsan Hakları Komisyonu’nun 2003/28 sayılı kararında vurgulanmıştır.¹⁶² Söz konusu araçlar arasında kürtaj da sayılabilir. Kürtajın hukuken yasak olması, istenmeyen hamilelik durumlarında kadınları, hamileliklerine sağlık kurumları dışında son vermeye zorlamaktadır. Bu şekilde profesyonel sağlık görevlisi olmayan kişiler tarafından, hijyenik olmayan koşullarda gerçekleştirilen kürtajların ciddi sağlık sorunlarına, hatta ölümlere yol açması söz konusu yükümlülüğe aykırılık teşkil edecektir.¹⁶³

“Cinsel eğitim ve bilgilendirme dahil olmak üzere sağlığa ilişkin bilgileri sansürlemek, saklamak ya da kasıtlı olarak saptırmaktan kaçınmak”: Sağlık hakkının korunmasındaki en önemli unsurlardan biri, sağlığın korunmasına yönelik gerekli bilgilere ulaşabilme hakkıdır. Bilgiye ulaşabilme hakkı, gerçekte ifade özgürlüğünün içinde kendisine yer bulan bir haktır ve gerek normatif gerekse de içtihadi olarak bu hakkın kapsamında değerlendirilir. Fakat konu sağlığa ilişkin bilgilere ulaşmak olduğunda, artık ifade özgürlüğünün değil sağlık hakkının alanına girilmiş olunur. Böylece bilgiye ulaşmayı engellemek, Devletin sağlık hakkına ilişkin saygı gösterme yükümlülüklerinden biri olarak ortaya çıkar. Yakın geçmişte ortaya çıkan “deli dana” hastalığı krizi¹⁶⁴ ve Çernobil Nükleer Santralindeki sızıntı sonrasında

¹⁶¹ Paul Hunt, Judith Mesquita, “Mental Disabilities and the Human Right to the Highest Attainable Standard of Health”, **Human Rights Quarterly**, Vol. 28, 2006, s. 344.

¹⁶² Commission on Human Rights, Resolution 2003/28, “The right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health”, 56th meeting, 22 April 2003.

¹⁶³ ESKHK’nin doğum sonrası ölümler ve kürtaj yasağı arasındaki ilişkiye değindiği örnekler için bkz. Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Tenth and Eleventh Sessions, (2-20 May 1994, 21 November-9 December 1994), E/1995/22, E/C.12/1994/20, 1995, s. 41, para. 180; Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Twenty-eight and Twenty-ninth Sessions, (29 April-17 May 2002, 11-29 November 2002), E/2003/22, E/C.12/2002/13, 2003, s. 36, para. 177.

¹⁶⁴ Christopher Harding, Uta Kohl, Naomi Salmon, “Chapter 3 – Profit in the Beef Industry and Human Health: Consumer Rights as Basic Human Rights”, **Human Rights in the Market Place: The Exploitation of Rights Protection by Economic Actors**, Great Britain, Ashgate, 2008, s. 53-80.

ortaya çıkan gelişmeler hatırlandığında Devletlerin bu yükümlülüğün önemi daha iyi anlaşılacaktır.

“Halkın, sağlığa ilişkin karar alma süreçlerine katılımını engellemekten kaçınmak”: ESKHK’ye göre halkın topluluk düzleminde ya da ulusal ve uluslararası düzlemlerdeki sağlığa ilişkin bütün karar alma süreçlerine katılması sağlık hakkının önemli veçhelerinden biridir.¹⁶⁵ Bunun yanı sıra Komite, aynı unsuru ergenler bakımından da vurgulamaktadır.¹⁶⁶

“Devletin, sahip olduğu tesislerin sanayi atıklarıyla hava, su ve toprağı kirletmekten ve insan sağlığına zararlı oldukları yapılan testler ile ortaya konması durumunda nükleer, biyolojik ya da kimyasal silah kullanmaktan ya da bu silahların denemelerini yapmaktan¹⁶⁷ kaçınması gerekir”: Komite’nin bu ifadesinde, iç içe geçmiş iki unsur bulunmaktadır: çevre kirliliğine neden olmama ve koşullu olarak kitlesel imha silahlarının hem kullanılmaması hem de bunlara ilişkin denemelerin yapılmaması. Şüphesiz ki taraf Devletlerin sorumlulukları yalnızca atıklarıyla çevreyi kirletme potansiyeli taşıyan tesislerle sınırlı değildir. Bunun yanında barajlar gibi büyük inşaat projelerinin sağlık hakkına ilişkin olası olumsuz etkilerini de önleme yükümlülüğü altındadırlar.¹⁶⁸

“Bir cezalandırma aracı olarak, sağlık hizmetlerine erişimi sınırlamaktan kaçınmak (Örneğin uluslararası insancıl hukuka aykırı olarak silahlı çatışmalar esnasında)”: Komite’nin bu yükümlülük için verdiği silahlı çatışma örneği, iki hukuki meseleyi de beraberinde getirmektedir. Bunların uluslararası silahlı çatışmalar bakımından geçerli olan birincisi sözleşmenin uygulanma alanı meselesidir. Başka bir ifadeyle, “bölgesellik” (*territoriality*) ile “yargı yetki alanı” (*jurisdiction*) arasındaki çekişmedir. Çeşitli sözleşme organlarının içtihatlarıyla,

¹⁶⁵ Genel Yorum No. 14, para. 11.

¹⁶⁶ Genel Yorum No. 14, para. 23.

¹⁶⁷ Hatırlatalım ki, MSHS organı İnsan Hakları Komitesi’ne göre, “(n)ükleer silahların üretilmesi, test edilmesi, bunlara sahip olunması, konuşlandırılması ve kullanılması yasaklanmalı ve insanlığa karşı suç olarak kabul edilmelidir”. Bkz. General Comment No. 14: Nuclear weapons and the right to life (Art. 6), 09.11.1984, para. 6.

¹⁶⁸ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Thirty-sixth and Thirty-seventh Sessions, (1-19 May 2006, 6-24 November 2006), E/2007/22, E/C.12/2006/1, 2007, s. 39, para. 239.

insan hakları sözleşmelerinin uygulama alanlarının taraf Devletin ülkesiyle sınırlı olmadığı; bunun ötesinde fiilen denetimi altında olduğu toprakların da söz konusu sorumluluk alanına girdiği bir standart olarak belirlenmiştir.¹⁶⁹ ESKHK de taraf Devletlerinin Sözleşmesel yükümlülüklerinin ülke toprakları dışında olup, *de facto* da olsa, denetimleri altındaki bölgelerde de geçerli olduklarını kabul etmektedir.¹⁷⁰ Böylelikle de birinci kuşak hak sözleşme organları tarafından geliştirilen insan hakları sözleşmelerinin sınıraşan etkisi ilkesini, ikinci kuşak haklara uygulamış olmaktadır.

İkinci hukuki mesele ise gerek ulusal gerekse de uluslararası silahlı çatışmalar bakımından geçerli olan “hakların askıya alınması/derogasyon/aykırı önlem” meselesidir. ESKHS’de buna ilişkin bir norm bulunmamaktadır. Teorik olarak böyle bir normun bulunmaması durumunda, hakların otomatik olarak kullanımının duracağına dair mantıklı bir akıl yürütmenin olmadığı, hatta bunun tam tersinin iddia edilebileceğini ileri sürülebilir.¹⁷¹ Ancak ESKHK, sağlık hakkı bağlamında öz/çekirdek yükümlülüklerin sapma önlemine konu olamayacağını belirtmiştir.¹⁷² Mefhumu muhalifinden hareketle Komite, taraf Devletlerin sözleşmesel yükümlülüklerine ilişkin olarak sapma önlemleri alabilmelerine cevaz vermiş olmaktadır.

b. Koruma Yükümlülüğü

Devletin sağlık hakkı bakımından koruma yükümlülüğü, kendisi dışındaki gerçek ya da tüzel kişilerin (üçüncü kişilerin) sağlık hakkının ihlaline yol açacak tasarruflarını önlemek ve ihlalin gerçekleşmesi durumunda ise gerekli idari ve hukuki tasarruflarda bulunmasını içerir. Söz konusu faaliyetleri gerçekleştirirken Devlet, bazı olumlu edimleri yerine getirme gereği ile karşı karşıya kalabilir. Bu

¹⁶⁹ İnsan hakları sözleşmelerinin sınıraşan etkisi için bkz. Michael J. Dennis, “Application of Human Rights Treaties Extraterritorially in Times of Armed Conflict and Military Occupation”, **American Journal of International Law**, Vol. 99, No. 1, 2005, s. 119-141.

¹⁷⁰ Sepúlveda, **a.g.e.**, s. 276.

¹⁷¹ Olumsal bir ifade için bkz. Elizabeth Mottershaw, “Economic, Social and Cultural Rights in Armed Conflict: International Human Rights Law and International Humanitarian Law”, **The International Journal of Human Rights**, Vol. 12, No. 3, 2008, s. 451.

¹⁷² **Genel Yorum No. 14**, para. 47. Bkz. aşağıda “Sağlık hakkının özü/çekirdeği” başlığı.

nedenle de koruma yükümlülüğü, edimde bulunma yükümlülüğüne yaklaşır gözüксе de aradaki önemli fark unutulmamalıdır. Buradaki asıl yükümlülük, üçüncü kişilerin hak ihlali oluşturabilecek faaliyetlerine yöneliktir.

“Üçüncü kişiler tarafından sunulan tıbbi bakım hizmeti ya da sağlığa ilişkin hizmetlere eşit olarak erişimi temin edecek yasal düzenlemeleri yapmak ya da diğer önlemleri almak”: Bu yükümlülük, ayrımcılık yasağının üçüncü kişilerin tasarruflarına uygulanması olarak da anlaşılabilir. Bu bağlamda taraf Devletler üreme çağındaki kadınlara karşı özel sağlık bakımı sisteminde ayrımcı uygulamalarda bulunulmamasını temin etmek yükümlülüğü altındadırlar.¹⁷³ ESKHK’nin böyle bir sözleşmesel yükümlülüğü kabul etmesi, söz konusu düzenlemeler ya da önlemlerin, taraf Devlete özel şirketler tarafından sunulan sağlık hizmetlerinin bedellerini belirleme imkanı verip vermediği meselesini ortaya çıkartmaktadır.

Taraf Devletin, özel şirketlerin fiyatlandırmalarını belirlemesi serbest piyasaya müdahale anlamına gelecektir. Özel şirketler tarafından sunulan sağlık hizmetlerinin yüksek maliyetlerinin, bu maliyetlerin tamamını karşılamak zorunda olan işçiler ve emeklilerin yaşam standartlarına yönelik olumsuz etkilerinden duyduğu kaygıyı belirten Komite, sağlık hakkını, yeterli yaşama standartlarına hakkı düzenleyen Sözleşme Md. 11/1 ile birlikte okuyarak taraf Devleti yüksek maliyetleri önlemek üzere sağlık bakımı sistemlerini gözden geçirmeye davet etmiştir.¹⁷⁴ Özel sağlık hizmetlerinin bedellerinin “karşılanabilirliğinin” taraf Devletler tarafından temin edilmesinin, ESKHK’nin yerleşik bir içtihadı standardı olduğunu ileri sürmek mümkündür. Zira Komite daha ileri tarihli bir nihai gözleminde kamusal sağlık hizmetlerine yeterli kaynakların sağlanmasının yanı sıra, özel sağlık hizmetlerinin toplumun tüm kesimleri bakımından karşılanabilir olmasının temin edilmesini de taraf Devlete tavsiye etmiştir.¹⁷⁵ Bir iktisadi tercih olarak sağlık hizmetlerine özel

¹⁷³ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Thirty-second and Thirty-third Sessions, (26 April-14 May 2004, 8-26 November 2004), E/2005/22, E/C.12/2004/9, 2005, s. 72, para. 583.

¹⁷⁴ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Eighteenth and Nineteenth Sessions, (27 April-15 May 1998, 16 November-4 December 1998), E/1999/22, E/C.12/1998/26, 1998, s. 61, 62, paras. 362, 374.

¹⁷⁵ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Report on the Twenty-second, Twenty-third and Twenty-fourth Sessions, (25 April-12 May 2000, 14 August-1 September 2000, 13 November-1

sektör yaklaşımının, bu tür hizmetleri karşılayamayacak kişilerin aleyhine olduğu da Komite'nin tespitleri arasındadır.¹⁷⁶

Söz konusu karşılanabilirliği temin etme yükümlülüğü, ilaca erişim bakımından da geçerlidir. Karşılanabilirlik bağlamında ilaca erişimin önündeki engellerden en önemlisi başta Dünya Ticaret Örgütü'nün (DTÖ) “*Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması*” (TRIPS)¹⁷⁷ olmak üzere serbest ticaret anlaşmalarının jenerik ilaç üretimi üzerinde doğurduğu kısıtlayıcı sonuçlardır.¹⁷⁸ Bu kısıtlamaların sonucu, ilaç ve tıbbi malzemelerin fiyatlarının artmasıdır.¹⁷⁹ ESKHK, nihai gözlemlerinde bu konuya değinmiş ve taraf Devlete jenerik ilaçlara erişimin ve dahası herkesin sağlık hakkını kullanabilmesinin temin edilmesi için TRIPS'in cevaz verdiği esneklik klotlarını geniş bir şekilde kullanmasını şiddetle tavsiye etmiştir.¹⁸⁰ Bir başka ifadeyle Komite'ye göre taraf Devletlerin tüm serbest ticaret ve iki ya da çok taraflı ticaret anlaşmalarında ekonomik, sosyal ve kültürel hakların dikkate alınmasını temin etmek için etkili önlemleri almaları gerekmektedir.¹⁸¹ Bu yöndeki bir başka içtihadında Komite, taraf Devletten TRIPS'e aykırı olmayan jenerik ilaçları müsadere etmekten vazgeçmesini istemiştir.¹⁸² Bu bilgiler ışığında ESKHK'nin TRIPS'e kategorik olarak karşı çıkmadığı sonucuna ulaşılabilir. Bunun yerine TRIPS

December 2000), E/2001/22, E/C.12/2000/21, 2001, s. 76, para. 457; Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Fortieth and Forty-first Sessions, (28 April-16 May 2008, 3-21 November 2008), E/2009/22, E/C.12/2008/3, 2008, s. 24, para. 116 (“nüfusun bütünü için temel sağlık bakımı kapsamı”).

¹⁷⁶ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Thirty-sixth and Thirty-seventh Sessions, (1-19 May 2006, 6-24 November 2006), E/2007/22, E/C.12/2006/1, 2007, s. 60, para. 416.

¹⁷⁷ Bu konu aşağıda Üçüncü Bölüm altında ayrıntılı olarak ele alınmaktadır.

¹⁷⁸ Komite'nin spesifik olarak ele aldığı bir diğer serbest ticaret anlaşması ise Orta Amerika Serbest Ticaret Anlaşması'dır. Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Thirty-eighth and Thirty-ninth Sessions, (30 April-16 May 2007, 5-23 November 2007), E/2008/22, E/C.12/2007/3, 2008, s. 58, para. 412.

¹⁷⁹ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Thirty-sixth and Thirty-seventh Sessions, (1-19 May 2006, 6-24 November 2006), E/2007/22, E/C.12/2006/1, 2007, s. 45, para. 288.

¹⁸⁰ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Thirty-second and Thirty-third Sessions, (26 April-14 May 2004, 8-26 November 2004), E/2005/22, E/C.12/2004/9, 2005, s. 44, para. 321.

¹⁸¹ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Forty-fourth and Forty-fifth Sessions, (3–21 May 2010, 1–19 November 2010), E/2011/22, E/C.12/2010/3, 2011, s. 32, para. 153.

¹⁸² Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Forty-fourth and Forty-fifth Sessions, (3–21 May 2010, 1–19 November 2010), E/2011/22, E/C.12/2010/3, 2011, s. 68, para. 327.

ile ESKHS'yi bir arada okuduğunu ve iki belge arasında bir denge kurmayı amaçladığını ileri sürmek mümkündür. Komite söz konusu pozisyonunda yalnız değildir. Zira İnsan Hakları Komisyonu da “bulaşıcı hastalıklar bağlamında ilaca erişim”i konu alan bir kararında aynı dengeli yaklaşımı benimsemiştir.¹⁸³

“Sağlık sektörünün özelleştirilmesinin sağlık tesisi, mal ya da hizmetlerin elverişliliğine, erişilebilirliğine, kabul edilebilirliğine ve kalitesine yönelik bir tehdit oluşturmamasını temin etmek”.¹⁸⁴ Mevcut içtihadi standartları çerçevesinde ESKHK, her ne kadar ücretsiz sağlık sisteminden ön ödemeli sağlık sistemine geçilmesi ve özel sigorta temelli tıbbi bakımın başlatılmasından düşük gelirli ve taşrada yaşayan kişilerin olumsuz etkilenebileceği gerekçesiyle kaygı duyduğunu ifade etmekteyse¹⁸⁵ de, sağlık hizmetlerinin özelleştirilmesini kategorik olarak Sözleşmesel yükümlülüklerle aykırı bulmamaktadır. Bu bağlamda Komite sağlık sigortası sisteminin sağlık harcamalarının yalnızca 65%'ini karşılamasının ve dolayısıyla da “cepten harcamanın”/ödenen katkı payının ciddi boyutta olmasının kaygı verici olduğu tespitinde bulunmuştur.¹⁸⁶

Bununla birlikte, Komite'ye göre özelleştirme hiç bir şekilde Devletin sözleşmesel sorumluluklarını hafifletmemektedir. Başka şekilde söylenecek olursa, bir taraf Devlet sağlık sistemini tamamen özel sektöre devretmiş olsa bile sağlık hizmetlerine erişimi geliştirmek/yükseltmek üzere elverişli tüm araçları kullanma yükümlülüğü devam etmektedir.¹⁸⁷ Komite'nin söz konusu yükümlülüğe ilişkin olarak olumlu bulduğu bir diğer tasarruf, sağlık hizmetlerinin özelleştirilmesine karşılık ilaçların ücretsiz olarak dağıtılmaya devam edilmesi ve ruhsal sağlık

¹⁸³ Access to medication in the context of pandemics such as HIV/AIDS, Commission on Human Rights resolution 2002/32, E/CN.4/RES/2002/32, 22 April 2002, para. 7.

¹⁸⁴ Bkz. Bölüm III, Özelleştirme.

¹⁸⁵ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Thirty-fourth and Thirty-fifth Sessions, (25 April-13 May 2005, 7-25 November 2005), E/2006/22, E/C.12/2005/5, 2006, s. 63, para. 473.

¹⁸⁶ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Forty-second and Forty-third Sessions, (4-22 May 2009, 2-20 November 2009), E/2010/22, E/C.12/2009/3, 2010, s. 100, para. 471.

¹⁸⁷ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Twelfth and Thirteenth Sessions, (1-19 May 1995, 20 November-8 December 1995), E/1996/22, E/C.12/1995/18, 1996, s. 33, para. 120.

hizmetlerinin kamu tarafından sağlanmasının sürdürülmesidir.¹⁸⁸ ESKHK’ye göre ulusal sağlık bakımı sistemini kısmi olarak özelleştirmeyi planlayan taraf Devletlerin, toplumun en dezavantajlı ve dışlanmış kesimleri üzerinde ortaya çıkacak olası sonuçları dikkatle değerlendirmesi gerekir.¹⁸⁹ Komite özellikle işsizler ve yetersiz ücret karşılığı çalışanlar, evsizler ve yoksulluk içinde yaşayanların söz konusu toplumsal kesimlere dahil olduğunu belirtmiştir.¹⁹⁰

“*Tıbbi malzeme ve ilaçların üçüncü kişiler tarafından satışını denetlemek*”: Burada “üçüncü kişiler” olarak ifade edilen kategori, başka herhangi bir olasılığı içermeksizin ticari işletmelerdir. Ticari işletmelerin bu alandaki faaliyetlerinin, özellikle de ilaç satışlarının denetiminin kapsamı, bu tür ürünlerin güvenli (*safe*) ya da etkili olup olmadığının yanı sıra fiyatlarının denetimi ile de sınırlı olarak kabul edilmemelidir. Özellikle internet üzerinden yapılan elektronik ticaret hacminin oldukça ciddi boyutlara ulaştığı günümüzde, bu mecrada gerçekleştirilen satışların da denetlenmesi devletin sorumluluğuna girmektedir.

İlaç endüstrisinin ilaç üretim ve satış siyasetlerinin da bu denetimin bir parçasını oluşturması gereği, son yıllarda elde edilen bulgulara dayanılarak ileri sürülebilir. *Staphylococcus aureus* bakterisi bu olguya ilişkin oldukça önemli bir örnektir. Penisilin aşırı kullanımı sonucu gelişen ve antibiyotiklere karşı dayanıklı hale gelen bu organizma, günümüzde özellikle de hastanelerde önemli bir soruna dönüşmüştür. Antibiyotiklerin yalnızca tedavi amaçlı değil ve fakat hastalıkları önleme amacıyla da kullanıldığı ülkelerde (ki bu ülkeler büyük ölçüde az gelişmiş ülkelerdir), bu tür ilaçların satışının denetlenmesi sağlık hakkının gerçekleştirilmesi için alınması gereken önlemlerden biri haline gelmiştir.¹⁹¹

¹⁸⁸ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Twentieth and Twenty-first Sessions, (26 April-14 May 1999, 15 November-3 December 1999), E/2000/22, E/C.12/1999/11, 2000, s. 46, para. 218.

¹⁸⁹ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Forty-second and Forty-third Sessions, (4–22 May 2009, 2–20 November 2009), E/2010/22, E/C.12/2009/3, 2010, s. 90, para. 429.

¹⁹⁰ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Twenty-fifth, Twenty-sixth and Twenty-seventh Sessions, (23 April-11 May 2001, 13-31 August 2001, 12-30 November 2001), E/2002/22, E/C.12/2001/17, 2002, s. 130, para. 917.

¹⁹¹ Bkz. Alison Taylor, Steve George, “Affordable Health: The Way Forward”, **The International Journal of Human Rights**, Vol. 2, No. 2, 1998, s. 8.

“Hekimlerin ve diğer sağlık çalışanlarının uygun eğitim, beceri standartlarını ve etik davranış kurallarını karşılamalarını temin etmek”: Tıbbi bakım hizmeti yalnızca kamusal sağlık merkezleri tarafından sunulmamaktadır. Çoğu ülkede kamuya ait hastane ya da kliniklerin yanı sıra özel teşebbüsler olarak var olan sağlık merkezleri de bulunmaktadır. Bu bağlamda koruma yükümlülüğünün, bireyin bu tür kurumlar/üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilebilecek ihlallere karşı korunmasını kapsamaması gerekir. Söz konusu koruma kapsamında, Devletin özel sağlık kuruluşlarının denetlemesinin bu yükümlülüğe dahil olduğu ileri sürülebilir. ESKHK’ye göre sağlık çalışanlarına yönelik Sözleşme hakkında eğitimler yapılması da taraf Devletin yükümlülükleri arasındadır. Bu eğitimler ile ulaşılması amaçlanan hedef, sağlık personelinin taraf Devletin Sözleşmesel yükümlülükleri hakkında bilgi sahibi olmalarının sağlanmasıdır.¹⁹²

“Zararlı sosyal ya da geleneksel uygulamaların doğum öncesi ve sonrası bakıma ve aile planlamasına engel olmamasını temin etmek”: Geleneksel uygulamalar kategorisi altında dinsel pratikler ve anlayışların da sayılmaları gerekir. Bu bağlamda bir örnek olarak kondom kullanımı verilebilir. Bilindiği üzere kondom kullanımı, yalnızca etkili bir doğum kontrol yöntemi değil aynı zamanda, ve belki de bundan daha önemli olarak, cinsel yollarla bulaşan hastalıklara karşı etkili koruma sağlayan bir uygulamadır. Bu noktadan hareketle kondom kullanılmasına, dinsel mülahazalara dayanarak engel olunmamasını temin etmenin, taraf Devletin yükümlülüğü dahilinde olduğu tespitinde bulunulabilir. ESKHK, dinsel kurumların direnişinin bir sonucu olarak kondom kullanımı ve dağıtımında ortaya çıkan sorunlardan kaygı duyduğunu belirtmektedir.¹⁹³

¹⁹² Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Forty-second and Forty-third Sessions, (4–22 May 2009, 2–20 November 2009), E/2010/22, E/C.12/2009/3, 2010, s. 55, para. 261. Komite’ye göre söz konusu eğitim sağlanması gereken meslekler sağlık çalışanları ile sınırlı değildir ve fakat bunların yanı sıra hakimler, avukatlar, devlet memurları, kolluk güçleri, öğretmenler, göçmen bürosu görevlileri, polis ve orduya yönelik olarak da bu tür eğitimler sağlanmalıdır. Bkz. **a.b.**, s. 86, para. 409.

¹⁹³ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Twenty-fifth, Twenty-sixth and Twenty-seventh Sessions, (23 April-11 May 2001, 13-31 August 2001, 12-30 November 2001), E/2002/22, E/C.12/2001/17, 2002, s. 36, para. 134.

“Üçüncü kişilerin, kadınları geleneksel uygulamalar geçirmeye zorlamalarını önlemek”: Kadınlara karşı geleneksel uygulamalar arasında kadın sünneti; erkek çocuğun tercih edilmesi; kız yenidoğanı öldürme; erken evlilik ve başlık parası; erken hamilelik, beslenmeye ilişkin tabular ve çocuk doğurmaya ilişkin uygulamalar sayılabilir.¹⁹⁴ Bunların arasında gerek ESKHK gerekse de doktrin tarafından üzerinde daha fazla durulan olgu kadınların karşı karşıya olduğu geleneksel kadın sünneti uygulamasıdır.¹⁹⁵

Sağlıklı cinsel organ dokularını çıkararak ya da dokulara zarar vererek vücudun doğal işleyişine müdahale eden bu uygulamanın, kadın sağlığına hiçbir faydası yoktur.¹⁹⁶ Kadınların, sağlık hakkının spesifik bir özne kategorisi olarak belirlenmelerini haklılaştıran en önemli problematiklerden biri de bu olgudur. Kadın sünneti, kadının cinsel kimliğinin bastırılmasını amaçlamakta ve böylelikle de toplumsal yapı içinde erkeğe karşı madun olma durumunu işaret etmektedir. Yoğun olarak Afrika ülkelerinde gerçekleştirilen bu uygulama, özellikle gerçekleştirilme koşullarından dolayı, oldukça ciddi sağlık sorunlarına neden olmaktadır. Bu sağlık sorunları arasında üreme organları ve idrar yolları hastalıklarının yanı sıra ciddi psikolojik sorunlar da sayılmalıdır. Ayrıca ortaya çıkan açık yaralardan dolayı HIV virüsünün bulaşmasına elverişlilik yarattığı da akılda tutulmalıdır.¹⁹⁷ Üstelik söz konusu sağlık sorunları, bu uygulamaya maruz kalan kadınlarla sınırlı da kalmamaktadır. Kadının genital bölgesinde gerçekleştirilmesinden dolayı, doğum esnasında yenidoğan bakımından da kalıcı sağlık sorunlarına yol açmaktadır. Bu tür bir uygulamaya “kültürel görecelilik” paradigması çerçevesinde kısmen de olsa göz yummak, insan hakları hukukunun insan onurunu koruma olarak kabul edilen *raison*

¹⁹⁴ Bkz. **Fact Sheet No. 23: Harmful Traditional Practices Affecting the Health of Women and Children**, Office of the High Commissioner for Human Rights, s. 3-12. (Çevrimiçi) <http://www.ohchr.org/documents/publications/factsheet23en.pdf>, 25/09/2011.

¹⁹⁵ Kadın sünneti terimi yalnızca “*female circumcision*” değil, “*genital mutilation*” ifadesini de karşılayacak şekilde kullanılmıştır. İkisinin eylemsel olarak farklı uygulamalar olduğuna şüphe yoktur ve ikinci pratik “genital organın dağlanması” şeklinde Türkçeye çevrilebilir. Bununla birlikte yapılan tercih, her iki uygulamanın dinamikleri ve hedeflerinin ortak olmasına dayanmaktadır.

¹⁹⁶ **Fact Sheet No. 241: Female Genital Mutilation**, World Health Organization, (Çevrimiçi), <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs241/en/>, 12/02/2012.

¹⁹⁷ Alison T. Slack, “Female Circumcision: A Critical Appraisal”, **Human Rights Quarterly**, Vol. 10, Issue 4, 1987-1988, s. 453.

d'être'i ile de çelişecektir. Dolayısıyla da meseleyi kadınların sağlığı dışındaki, örneğin “cinsel hazza ilişkin etkileri” gibi meselenin özünden uzaklaşan bir bağlamda ele almak oldukça tehlikelidir ve bu nedenle de kabul edilebilir değildir.¹⁹⁸ ESKHK'ye göre kadın sünneti kadınların insan haklarına ve özellikle de sağlık hakkına aykırıdır¹⁹⁹ ve nedenle de kadınların fiziksel, psikolojik ve sosyal sağlıkları üzerinde ciddi sonuçları bulunan süreklilik arz eden kadın sünneti uygulaması kaygı vericidir.²⁰⁰ Dahası, Komite kadın sünnetinin bir suç olarak öngörülmesini olumlu bir gelişme olarak kaydetmektedir.²⁰¹

Bir başka geleneksel uygulama kategorisi olarak çocuk evliliği sayılabilir. Ulusalüstü insan hakları hukukuna göre on sekiz yaşından küçükler çocuk olarak kabul edilirler.²⁰² Dolayısıyla taraflardan en az birinin bu yaş sınırının altında olduğu evlilikler çocuk evliliği olarak adlandırılmaktadır. Özellikle evliliğe rıza ile yaş arasındaki ilişki göz önünde bulundurulduğunda, çocuk evliliklerinin önlenmesi kendisini bir zorunluluk olarak dayatmaktadır. ESKHK de söz konusu evliliklerin sağlık hakkına yönelik olumsuz sonuçlarından dolayı, yasal evlenme yaşı sınırının uygulanmasını taraf Devletlerden talep etmektedir.²⁰³ Gerek kadın sünneti gerekse de çocuk evliliklerinin cinsel sağlık ve üreme sağlığına yönelik olumsuz etkileri de gözden kaçırılmamalıdır. Kadın sünneti ve cebri evlendirme, “cinsel ve üreme özgürlüklerinin ciddi ihlallerini temsil etmektedirler ve temel olarak ve doğaları

¹⁹⁸ Karş. Berke Özenç, “Kadın Sünneti: Etnomerkezci Önyargılardan Kültürel Dinamikleri Ele Alan Bir Yaklaşım Doğru”, *İÜHFM*, Cilt: LXIV, Sayı:2, 2006, s. 154-155.

¹⁹⁹ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Eighteenth and Nineteenth Sessions, (27 April-15 May 1998, 16 November-4 December 1998), E/1999/22, E/C.12/1998/26, 1998, s. 29-30, para. 114.

²⁰⁰ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Fourteenth and Fifteenth Sessions, (30 April-17 May 1996, 18 November-6 December 1996), E/1997/22, E/C.12/1996/6, 1997, s. 42, para. 207.

²⁰¹ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Fortieth and Forty-first Sessions, (28 April-16 May 2008, 3-21 November 2008), E/2009/22, E/C.12/2008/3, 2008, s. 19, para. 70.

²⁰² Bkz.: ÇHS Md. 1.

Bu Sözleşmenin amaçları bakımından, çocuk hakkında uygulanabilir olan kanun çerçevesinde daha erken yaşta reşit olma söz konusu olmadıkça, on sekiz yaşın altındaki her insan çocuk sayılır.

²⁰³ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Forty-fourth and Forty-fifth Sessions, (3–21 May 2010, 1–19 November 2010), E/2011/22, E/C.12/2010/3, 2011, s. 35, para. 161.

gereği sağlık hakkına aykırıdır”.²⁰⁴ Bu bağlamda çocuklara yönelik zararlı geleneksel uygulamaların kaldırılmasının ÇHS Md.24/3’te normatif düzenleme altına alınmış olduğu hatırlanmalıdır.

“*Toplumsal cinsiyet temelli şiddet söylemi ışığında, toplumun tüm savunması ya da dışlanmış gruplarının, özellikle kadınların, çocukların, ergenlerin ve ileri yaştaki kişilerin korunması için önlemler almak*”.²⁰⁵ Başta kadınlara karşı olmak üzere Komite’nin saydığı kategorilerdeki kişilere yönelik şiddetle mücadele taraf Devletlerin yükümlülüğüdür. Şiddet ile sağlık arasındaki ilişkinin fark edilmesi meselenin bir kamu/halk sağlığı meselesi olarak kavranmaya başlanmasını da beraberinde getirmiştir.²⁰⁶

Toplumsal cinsiyet temelli şiddet kadınların hem fiziksel sağlıklarına hem de ruhsal sağlıkları üzerindeki olumsuz etkileri herhangi bir açıklama gerektirmeyecek şekilde kendisini gösterir. ESKHK sağlık hakkı bağlamında, kadınlara karşı gerek aile içinde gerekse de aile dışında şiddetin altını çizmektedir.²⁰⁷ Komite, aile içi şiddeti kategorik olarak ele almakta ve herhangi bir sınıflandırmaya gitmemektedir. Buna karşılık uluslararası doktrinde aile içi şiddetin her biçiminin uluslararası boyutta ele alınmaya uygun olmadığına ilişkin görüşler olduğunun belirtilmesi

²⁰⁴ The right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health, Report of the Special Rapporteur, Paul Hunt, E/CN.4/2004/49, 16 February 2004, para. 25.

²⁰⁵ Kadınlara karşı şiddet, birinci kuşak sözleşme organları tarafından pozitif yükümlülükler doktrini çerçevesinde de korunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ineke Boerefijn, Jenny Goldschmidt, “Combating Domestic Violence against Women: A Positive State Duty beyond Sovereignty”, **Changing Perceptions of Sovereignty and Human Rights – Essays in Honour of Cees Flinterman**, Ineke Boerefijn, Jenny Goldschmidt (eds.), Antwerp-Oxford-Portland, Intersentia, 2008, s. 273-291. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin çok yakın tarihli bir kararı için bkz. “Opuz v. Turkey”, (Application No. 33401/02), Judgment, 09/06/2009. Kadınlara karşı şiddet olgusu spesifik olarak insan hakları belgelerine konu olmaya başlamıştır. “Kadınlara Karşı Şiddetin Önlenmesi, Cezalandırılması ve Ortadan Kaldırılması Hakkında Amerikalılararası Sözleşme” (“Inter-American Convention on the Prevention, Punishment and Eradication of Violence against Women”) (Kabul: 09/06/1994, Yürürlük: 05/03/1995) Türkçe çevirisi için bkz. Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri/II. Cilt**, s. 941-952 ; “Kadınlara Karşı Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Mücadele Edilmesine Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi” (“Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence”) (Kabul:11/05/2011, Yürürlük:-).

²⁰⁶ Bu konuda oldukça ciddi bir araştırma için bkz. Etienne G. Krug, v.d., **World Report on Violence and Health**, Geneva, World Health Organization, 2002.

²⁰⁷ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Fourteenth and Fifteenth Sessions, (30 April-17 May 1996, 18 November-6 December 1996), E/1997/22, E/C.12/1996/6, 1997, s. 37, para. 166.

gerekmektedir. Buna göre Devletlerin uluslararası yükümlölükleri yalnızca “sistemli entim şiddet” olarak tanımlanan şiddet biçimleriyle sınırlı olmalıdır. Sistemli entim şiddet ise şu unsurlardan oluşmaktadır: 1) ağır fiziksel ya da ruhsal zarar ya da bunlara uğrama tehdidi, 2) yetişkinler arasında entim bir ilişkinin varlığı 3) bir şiddet sürekliliği ve 4) etkili devlet yardımının yokluğu.²⁰⁸ Ancak söz konusu yaklaşımın ne ESKHK ne de KKAOKK tarafından kabul edilmediğinin altının çizilmesi gerekmektedir.²⁰⁹

Bu konuya ilişkin olarak ESKHK, aile içi şiddetin bir kamu sağlığı meselesi olarak tanınmasını olumlu bulmaktadır.²¹⁰ Bir başka nihai gözleminde ise Komite, kadınlara karşı gerek aile içindeki gerekse de dışındaki şiddetin, kadınların ve çocukların fiziksel ve ruhsal sağlığı üzerindeki olumsuz etkilerine dikkati çekmiş ve ceza kanununda bir suç olarak düzenlenmemiş olmasından kaygı duyduğunu ifade etmiştir.²¹¹ Komite’ye göre taraf Devletlerin aile içi şiddetle mücadele yükümlölüğü sayılanlarla sınırlı değildir. Şiddet mağduru kadınlara destek olacak yeterli sağlık bakımı hizmetlerinin sunulması ve söz konusu kişilere tedavi programlarının sağlanması da bu yükümlölüğün bir başka vechesini oluşturmaktadır.²¹² Kadınlara karşı şiddete ilişkin olarak ESKHK’nin taraf Devletlere oldukça spesifik tavsiyelerde de bulunduğuun altı çizilmelidir. Bunlara örnek olarak tecavüz suçundan hüküm giyilebilme koşulu olan penetrasyon ve aktif direniş gösterme koşullarının ceza

²⁰⁸ Bonita Mayersfeld, “Domestic Violence, Health, and International Law”, **Emory International Law Review**, Vol. 22, Issue 1, 2008, s. 68-69.

²⁰⁹ KKAOKK kadınlara karşı şiddete ilişkin genel tavsiyesinde taraf Devletlerin kadınların “her türlü şiddet”e karşı koruma yükümlölüğü altında olduklarını belirtmiştir. Bkz. General Recommendation No. 12 (eighth session, 1989), CEDAW, Violence against women.

²¹⁰ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Fourteenth and Fifteenth Sessions, (30 April-17 May 1996, 18 November-6 December 1996), E/1997/22, E/C.12/1996/6, 1997, s. 45, para. 219.

²¹¹ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Thirtieth and Thirty-first Sessions, (5-23 May 2003, 10-28 November 2003), E/2004/22, E/C.12/2003/14, 2003, s. 61, para. 413.

²¹² Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Thirty-fourth and Thirty-fifth Sessions, (25 April-13 May 2005, 7-25 November 2005), E/2006/22, E/C.12/2005/5, 2006, s. 70, para. 536.

kanunundan çıkarılması tavsiyesi verilebilir.²¹³ Taraf Devletlerin ev içi şiddete yönelik yükümlülükleri arasında halkın yanı sıra sağlık görevlilerinin bu tür şiddet vakalarını ihbar etmeleri gereği hakkında eğitilmeleri de bulunmaktadır.²¹⁴

“Üçüncü kişilerin, halkın sağlığa ilişkin bilgi ve hizmetlere erişimlerini engellemelerini temin etmek”: Bu yükümlülük, yukarıda belirtilen “...ilaçların üçüncü kişiler tarafından satışını denetlemek” yükümlülüğü ile birlikte okunduğunda, taraf Devlete ilaç şirketlerinin patent haklarını ilaca erişime ket vuracak şekilde kullanmalarını önleme biçiminde somutlaştırılabilir.²¹⁵ Bu yükümlülük çerçevesinde değerlendirilebilecek bir başka olgu da sağlık sigortasının özel şirketler tarafından yürütüldüğü sistemlerde, söz konusu şirketlerin hasta olan ya da bir hastalığa karşı genetik eğilimi olan kişilerin sigortalanmamasıdır.²¹⁶ Sigorta ödemeleri olmaksızın sağlık hizmetlerine erişmesi mümkün olmayan kişiler bakımından bu tür gerekçelerle sigortalanmamanın sağlık hizmetlerine erişememe anlamına geldiği açıktır. Dolayısıyla Devletlerin, ticari faaliyetlerin sağlık hizmetlerine erişimi engellememesini temin etmek üzere başta yasal düzenlemeler olmak üzere önlemler alması gerekmektedir.

Her ne kadar Genel Yorum No. 14’te buna ilişkin bir tespit bulunmasa da, taraf Devletler, üçüncü kişiler tarafından yürütülen ve çevresel sağlık tehlikeleri doğurabilecek faaliyetlere karşı da önlem almakla yükümlüdürler. ESKHK de, içtiğinde petrol arama ve çıkarma faaliyetlerinde halkın sağlığının dikkate alınmadığı durumların kaygı verici niteliklerini tespit etmiştir.²¹⁷ Taraf Devletin,

²¹³ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Thirty-sixth and Thirty-seventh Sessions, (1-19 May 2006, 6-24 November 2006), E/2007/22, E/C.12/2006/1, 2007, s. 76-77, para. 558.

²¹⁴ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Fortieth and Forty-first Sessions, (28 April-16 May 2008, 3-21 November 2008), E/2009/22, E/C.12/2008/3, 2008, s. 76, para. 420.

²¹⁵ Jamie Crook, “Balancing Intellectual Property Protection with the Human Right to Health”, **Berkeley Journal of International Law**, Vol. 23, Issue 3, 2005, s. 536.

²¹⁶ Audrey R. Chapman, “Conceptualizing the Right to Health: A Violations Approach”, **Tennessee Law Review**, Vol. 65, Issue: 2, 1997-1998, s. 408.

²¹⁷ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Eighteenth and Nineteenth Sessions, (27 April-15 May 1998, 16 November-4 December 1998), E/1999/22, E/C.12/1998/26, 1999, s. 31, para. 123.

nüfusun sağlığını etkileyen çevresel tehlikeleri belirlemesi ve ele alması, çevresel sorunlarla mücadele için yeterli mali kaynakları ayırmanın yanı sıra bu konuya ilişkin yasal düzenlemeleri yaparak söz konusu mevzuatı katı bir şekilde uygulaması gerekmektedir.²¹⁸

Komite içtihadına göre, koruma yükümlülüğünün bir başka tezahürü taraf Devletin, uluslararası standartlara uymayan ve ölüme yol açan yahut halkın sağlığına yönelik tehlikeler oluşturan gıda maddelerini üreten fabrikalar üzerinde, yasama faaliyeti ve idari önlemlerle, yeterli denetim sağlamasıdır.²¹⁹ Yine benzer bir şekilde şişelenmiş içme suyunun içinde bulunduğu tespit edilmiş olan maddelerin sağlığa zararları hakkında yeterli bilgi temin etmek de taraf Devletin yükümlülükleri arasında sayılmıştır.²²⁰ Besin ve suyun sağlığın temel belirleyicileri arasında olmalarından dolayı ESKHK tarafından başka boyutlarıyla da ele alındığı hatırlanmalıdır.

c. Edimde Bulunma Yükümlülüğü

“Sağlık hakkına ulusal siyasi ve hukuki sistemde, tercihen yasama işlemiyle yerine getirmek suretiyle, yeterince yer vermek ve sağlık hakkının gerçekleştirilmesine yönelik detaylı bir planla birlikte bir ulusal sağlık siyasası kabul etmek”: Taraf devletler bakımından, ekonomik gelişmişlik/kalkınmışlık seviyelerinden bağımsız olarak, sağlık hakkının gerçekleştirilmesine yönelik en temel edimde bulunma yükümlülüğü, bir sağlık siyasası/programına sahip olmaktır. Hakkın gerçekleştirilebilmesi için hangi faaliyetlerin yürütüleceği belirlenmeden, hangi “önlemlerin alınacağı/adımların atılacağı” da belirlenemez.²²¹ ESKHK, taraf

²¹⁸ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Forty-fourth and Forty-fifth Sessions, (3–21 May 2010, 1–19 November 2010), E/2011/22, E/C.12/2010/3, 2011, s. 45, para. 213.

²¹⁹ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Report on the Twenty-second, Twenty-third and Twenty-fourth Sessions, (25 April-12 May 2000, 14 August-1 September 2000, 13 November-1 December 2000), E/2001/22, E/C.12/2000/21, 2001, s. 85, para. 541.

²²⁰ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Forty-second and Forty-third Sessions, (4–22 May 2009, 2–20 November 2009), E/2010/22, E/C.12/2009/3, 2010, s. 100-101, para. 473. Söz konusu paragrafta Komite’nin, içme suyu kalitesine ilişkin olarak WHO standartlarına göndermede bulunduğu da vurgulanmalıdır.

²²¹ “‘Adım atma’ yükümlülüğü sağlığın korunması ve bakım sağlanması için bir programınız olmasını gerektirir.” Bkz. David Harris, “Comments”, **The Right to Complain about Economic, Social and**

Devletlerin yükümlülüklerine ilişkin genel yorumunda, yasal düzenleme yapmanın kaçınılmaz olduğu haklar arasında sağlık hakkını da saymıştır.²²² Dolayısıyla AIDS, tüberküloz ya da sıtma gibi bulaşıcı hastalıkların yaygın olarak görüldüğü ülkelerdeki, söz konusu hastalıkların önlenmesi ya da tedavi edilmesine yönelik siyاسaların eksikliği, edimde bulunma yükümlülüğünün ihlalini sonuçlayacaktır.²²³ Bunu yanı sıra taraf Devletin, toplumun belirli kesimlerinin, *inter alia*, sağlık hizmetlerine erişimin dışında kalmalarını sonuçlayacak “önce ekonomi” şeklindeki bir yaklaşıma sahip olmasının ESKHK tarafından vurgulandığı belirtilmelidir.²²⁴

Öte yandan şu noktanın da altının çizilmesi gerekmektedir. Sağlık hakkına anayasa seviyesinde bir hedef, program ya da hak olarak tanımak suretiyle yer vermek, bu yükümlülüğün yerine getirilmiş olması için yeterli sayılmaz. Buradaki asıl hedef, taraf Devletlerin iç hukuk bakımından bağlayıcı düzenlemelerle, uygulanacak olan sağlık siyasasına normatif bir zemin hazırlanmasıdır. Diğer bir ifadeyle sağlık hakkının gerçek bir şekilde uygulanmasının hukuki zeminin yaratılmasıdır. Yalnızca anayasal düzenleme ile yetinmek, hedeflenen amacın uzağındadır. Bunun yanı sıra, anayasal düzenlemeler ile sağlık hakkının uygulanması arasında bir bağ olmadığı ampirik olarak kanıtlanmış bir gerçektir.²²⁵ Her durumda

Cultural Rights, Fons Coomans, Fried van Hoof (ed.), Utrecht, SIM Special No. 18, 1995, s. 104. Yazar, ESKHS Md. 2’de öngörülen “önlem alma/adım atma” yükümlülüğüne göndermede bulunuyor.

²²² **Genel Yorum No. 3**, para. 3. Sağlığın yanı sıra Komite, anne ve çocukların korunması, eğitim ve Sözleşme Md. 6 ila 9’da ele alınan meselelere ilişkin olarak yasal düzenleme yapmanın önemine işaret etmiştir.

²²³ Alicia Ely Yamin, “Not Just a Tragedy: Access to Medications as a Right under International Law”, **Boston University International Law Journal**, Vol. 21, Issue 2, 2003, s. 358.

²²⁴ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Twenty-fifth, Twenty-sixth and Twenty-seventh Sessions, (23 April-11 May 2001, 13-31 August 2001, 12-30 November 2001), E/2002/22, E/C.12/2001/17, 2002, s. 47, para. 221. Söz konusu “önce ekonomi” yaklaşımının doğal sonucu sağlığa ayrılan kamusal payın düşüklüğü olacaktır. Komite de, söz konusu taraf Devlete ilişkin olarak halihazırda gayrisafi yurtiçi hasılanın 1%’inden düşük olan sağlık harcamalarının giderek daha da azaldığını, özel sağlık kurumlarının oranının yaklaşık 90% olduğunu ve bunun da toplumun en dışlanmış kesimlerinin sağlık bakımına erişimlerini olumsuz olarak etkilenmelerinden rahatsız olduğunu ifade etmiştir, bkz. **a.b.**, s. 49, para. 236. Sağlığa ayrılan bütçenin gayrisafi yurtiçi hasılanın 1%’inin düşük olduğu tespitine bir başka örnek için bkz. Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Fortieth and Forty-first Sessions, (28 April-16 May 2008, 3-21 November 2008), E/2009/22, E/C.12/2008/3, 2008, s. 43, para. 250.

²²⁵ Eleanor D. Kinney, Brian Alexander Clark, “Provisions for Health Care in the Constitutions of the Countries of the World”, **Cornell International Law Journal**, Vol. 37, Issue 2, 2004 s. 287, 295. Sağlık hakkına ilişkin anayasal düzenleme örnekleri için bkz. Toebes, **The Right to Health as a Human Right in International Law**, s. 79-83.

bu tespitler, sağlık hakkının anayasada, tercihen bir hak olarak, düzenlenmesinin gereksiz olduğu anlamına gelmez. Ancak böyle bir düzenlemenin taşıdığı önem, daha somut ve hakkın gerçekten uygulanmasına yönelik daha alt düzeydeki düzenlemelere kaynak oluşturması ile sınırlıdır.

“Yaygın (major) bulaşıcı hastalıklara karşı bağışıklık kazandırma programları dahil olmak üzere tıbbi bakım sunulmasının temin edilmesi”: Bir yükümlülük olarak sunulması öngörülen tıbbi bakım, ilk bakışta da fark edilebileceği gibi oldukça geniş bir kavramdır. Zira Giriş bölümünde de belirtildiği üzere, tıbbi bakım, bir hekim ya da bir başka sağlık uzmanı tarafından bir hastalığın ya da kaza sonucu ortaya çıkan yaralanmanın tedavisi için yürütülen profesyonel hizmetlerdir. Sağlık hakkının kapsamının somutlaştırılması için bu tekil yükümlülüğün içeriğini de somutlaştırılması gerekmektedir. Ancak bu somutlaştırma, asgari sınırı belirlemeyi hedeflemelidir. Bu yapılırken, hakkın gerçekleştirilmesi için ulaşılabilecek nihai noktanın herkes için tamamen karşılanabilir sağlık hizmeti olduğu unutulmamalıdır.

Tıbbi bakımın bileşenlerinden biri de ilaca erişimdir. Bugün birçok hastalığın ya da yaralanmanın tedavisinde kullanılan araçların başında ilaç gelmektedir. Dolayısıyla da tıbbi bakım sağlanması yükümlülüğü ilaca erişimin temin edilmesi de kapsayacak niteliktedir. Bu nedenle de sosyal yardımlardaki kesintiler sonucu geri ödenebilir ilaç kategorilerinin daraltılması özellikle toplumun söz konusu ilaçların maliyetlerini karşılayamayacak kesimleri bakımından tıbbi bakım yükümlülüğüyle uyuşmamaktadır.²²⁶ Bunun yanı sıra ESKHK, Sözleşme Md. 12/2/d çerçevesinde WHO tarafından belirlenen temel ilaçlara (*essential drugs/medicines*)²²⁷ erişimin sağlanmasının da bu yükümlülük kapsamı dahilinde olduğunu kabul etmektedir.²²⁸

²²⁶ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Tenth and Eleventh Sessions, (2-20 May 1994, 21 November-9 December 1994), E/1995/22, E/C.12/1994/20, 1995, s. 36, para. 153.

²²⁷ Temel ilaçlar, bir halkın öncelikli sağlık bakımı ihtiyaçlarını karşılayan ilaçlardır. Hastalıkların yaygınlığı, etkililiklerinin kanıtlanmışlığı, güvenlik ve maliyet uygunluğu temel ilaçların belirlenmesinde kullanılan ölçütlerdir. WHO Örnek Temel İlaçlar Listesi iki yılda bir yenilenmekte ve 350'nin üzerinde ilacı kapsamaktadır. WHO listesi, sıtma, HIV/AIDS, tüberküloz, üreme sağlığı, kanser ve diabete ilişkin ilaçları kapsamaktadır. Bkz. **Fact Sheet No. 325, Medicines: Essential Medicines**, WHO, Revised June 2010, (çevrimiçi), <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs325/en/index.html>, 25/12/2010. Belirtmek gerekir ki, yetişkinler ve çocuklar için olmak üzere iki ayrı liste bulunmaktadır. Güncel yetişkinler için temel ilaçlar listesine şuradan: (çevrimiçi), http://whqlibdoc.who.int/hq/2011/a95053_eng.pdf, 24/01/2012;

Bu yükümlülük, yaygın bir bulaşıcı hastalıkla mücadelede kullanılacak başlıca araç olmasına karşılık yeterince karlı olmaması nedeniyle ilaç üreticileri tarafından üretilmeyen bir aşının, Devlet tarafından üretiminin sağlanmasını da kapsayabilir. Her ne kadar bir ulusal yargı mercinin kararı olsa da bu konuda örnek bir yargı kararı bulunmaktadır. “*Viceconte, Mariela Cecilia v. Argentinian Ministry of Health and Social Welfare*” vakasında Arjantin Federal Yüksek İdare Mahkemesi, Sağlık ve Sosyal Esenlik Bakanlığı’na, Arjantin Hemorajik Humması hastalığına karşı kullanılmak üzere Candid 1 adlı aşığı üretmesine yönelik “edimde bulunma” yükümlülüğünü yerine getirmesi hükmünün altına imzasını atmıştır. Vakanın sağlık hakkının korunmasına ilişkin etkisinin yanı sıra, sosyal hakların dava edilebilirliğinin kusursuz bir örneğini oluşturmamasından kaynaklanan önemi de vurgulanmalıdır.²²⁹

Son olarak belirtmek gerekir ki; Devletlerin uluslararası işbirliği yükümlülüğünün aşılama/bağışıklık kazandırmanın da dahil olduğu bulaşıcı hastalıklarla mücadele faaliyetleri bakımından da geçerli olduğuna şüphe yoktur. Nitekim ESKHK de, taraf Devletlerin bu konuya ilişkin olarak WHO ve diğer sağlık bakımı örgütleriyle işbirliği yapmalarını teşvik etmektedir.²³⁰

“*Herkesin, besleyici güvenli gıda ve içilebilir suyu, temel sağlık koşulları ve yeterli barınma ve yaşama şartları gibi, sağlığın temel belirleyicilerine eşit olarak erişimlerini temin etmek*”: ESKHK, içme suyunun elverişsizliğinin su kirliliğini yaygınlaştırdığına ve bununla ilişkili olarak, su kaynaklı ve ishale yol açan hastalıklara ve kolera gibi sağlık sorunlarına yol açtığını tespit etmektedir.²³¹

çocuklar için olan listeye ise şuradan erişilebilir: (çevrimiçi), http://whqlibdoc.who.int/hq/2011/a95054_eng.pdf, 24/01/2012.

²²⁸ **Genel Yorum No. 14**, para. 17. Bu yükümlülük sağlık hakkından kaynaklanan öz/çekirdek yükümlülükler arasındadır Bkz. aşağıda “Çekirdek yükümlülükler” bölümü.

²²⁹ “*Viceconte, Mariela Cecilia v. Ministry of Health and Social Welfare*”, Case No. 31.777/96, 2 June 1998. Kararın taslak İngilizce çevirisine şuradan erişilmiştir: (çevrimiçi) http://www.escri-net.org/caselaw/caselaw_show.htm?doc_id=419811&focus=13991,13992,14020, 25/02/2012.

²³⁰ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Twenty-eight and Twenty-ninth Sessions, (29 April-17 May 2002, 11-29 November 2002), E/2003/22, E/C.12/2002/13, 2003, s. 67, para. 475.

²³¹ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Sixteenth and Seventeenth Sessions, (28 April-16 May 1997, 17 November-5 December 1997), E/1998/22, E/C.12/1997/10, 1998, s. 54, para. 266.

Su ve sağlık arasındaki ilişki temiz içme suyu ile sınırlı değildir. Komite su kaynaklı sağlığa yönelik ciddi riskler arasında uygun sanitasyon tesislerine erişememeyi de saymaktadır.²³² Belirtmek gerekir ki Komite'ye göre sanitasyon su hakkının bir unsurudur. Bu yaklaşım, yalnızca sağlık hakkı kapsamıyla sınırlı değildir. Komite bir Sözleşmesel hak olarak tanıdığı su hakkına ilişkin genel yorumunda da bu yaklaşımını sürdürmektedir.²³³

Söz konusu yükümlülüğe bir katkıyı da doktrin sağlayabilir. Özellikle az gelişmiş ülkelerde, tarım arazilerinin gıda yerine sanayi hammaddeleri üretimine ayrılması sonucu yetersiz beslenme ve gıda fiyatlarında gözlemlenen artıřın²³⁴ sağlık hakkına ilişkin olumsuz sonuçlar yaratacağına şüphe yoktur. Bu nedenle Devletlerin söz konusu yükümlülükleri kapsamında bu önemli gelişmeyi de dikkate almaları ve doğabilecek olumsuz sonuçları engellemek üzere uygun önlemleri almaları gerekmektedir. Bu olgular da dikkate alındığında taraf Devletlerin sağlığın temel belirleyicilerine erişimi temin etmesinin, bunlara erişimi daha zor olan kesimler, özellikle yerli halklar, bakımından bir kat daha önemli olduğunun altı çizilmelidir.²³⁵

“Halk sağlığı altyapıları, güvenli annelik de dahil olmak üzere, özellikle de kırsal kesimlerde cinsel sağlık ve üreme sağlığı hizmetleri sağlamak”: Krtaja ilişkin kısıtlamaların, sağlığa ilişkin sorunlar doğurma potansiyeli taşımalarından dolayı söz konusu yükümlülük kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Zira ESKHK'ye göre yasal kürtajı ekonomik ve sosyal temellerinden yoksun bırakan bu türden kısıtlamalar, kadınların ahlaki değerlerden yoksun krtajcılara başvurmalarına ve böylelikle de sağlıklarını tehlikeye atmalarına yol açmasından dolayı kaygı vericidir.

²³² Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Twenty-eight and Twenty-ninth Sessions, (29 April-17 May 2002, 11-29 November 2002), E/2003/22, E/C.12/2002/13, 2003, s. 66, para. 461; Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Forty-second and Forty-third Sessions, (4-22 May 2009, 2-20 November 2009), E/2010/22, E/C.12/2009/3, 2010, s. 75, para. 348.

²³³ Bkz. **Genel Yorum No. 15**, para. 1.

²³⁴ ek üretimine ilişkin olarak bkz. Martin Donohoe, “Flowers, Diamonds and Gold: The Destructive Public Health, Human Rights, and Environmental Consequences of Symbols of Love”, **Human Rights Quarterly**, Vol. 30, No. 1, 2008, s. 166.

²³⁵ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Forty-second and Forty-third Sessions, (4-22 May 2009, 2-20 November 2009), E/2010/22, E/C.12/2009/3, 2010, s. 23, para. 100, (beslenme, karşılanabilir içme suyu ve sanitasyon).

Aynı paragrafta Komite'nin, kadınların karşılanabilir doğum kontrolüne erişimlerine engel olması nedeniyle taraf Devletin kamusal sağlık bakımı sisteminde aile planlaması hizmetlerini sağlamamasını da kaygı verici bulunduğunu belirtmek gerekmektedir.²³⁶ Komite, taraf Devletin gebelik önleyicilerin karşılanabilir fiyatlarla ulaşılabilir olmasını temin etmesini de spesifik olarak belirtmiştir.²³⁷ Şunun vurgulanması gerekir ki, bir ülkede kürtajın kategorik olarak yasaklanmış olması kadınının yaşamının yahut sağlığının tehlikede olduğu ya da hamileliğin tecavüz yahut ensest ilişki sonucu meydana geldiği durumları da kapsamaktadır.²³⁸ Komite, bu tür yasakların olduğu taraf Devletlerin mevzuatlarını söz konusu istisnalara yer verecek şekilde değiştirmeleri gereğini belirtmiştir.²³⁹ Bu yaklaşımın asgari bir standart olarak kabul edilmesi şüphe yoktur.

Cinsel sağlık ve üreme sağlığı, güvenli gebelik önleyiciler ve bu bağlamda bir kürtajın bir doğum kontrol yöntemi olarak kullanılmasının yarattığı sağlık risklerine ilişkin bilincin artırılması da taraf Devletin yükümlülükleri arasındadır.²⁴⁰ Ayrıca Komite kürtajın bir doğum kontrol yöntemi olarak algılanmamasının temin edilmesinin de bu yükümlülüğün tezahürlerinden biri olduğunu belirtmiştir.²⁴¹

²³⁶ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Eighteenth and Nineteenth Sessions, (27 April-15 May 1998, 16 November-4 December 1998), E/1999/22, E/C.12/1998/26, 1998, s. 34, para. 150; Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Twenty-fifth, Twenty-sixth and Twenty-seventh Sessions, (23 April-11 May 2001, 13-31 August 2001, 12-30 November 2001), E/2002/22, E/C.12/2001/17, 2002, s. 54, para. 278 (yasadışı kürtaj ve doğum esnasında tıbbi yardımın olmaması); Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Thirty-second and Thirty-third Sessions, (26 April-14 May 2004, 8-26 November 2004), E/2005/22, E/C.12/2004/9, 2005, s. 69, para. 552 (kürtajın herhangi bir istisna tanınmaksızın hukuken yasak olması).

²³⁷ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Forty-second and Forty-third Sessions, (4-22 May 2009, 2-20 November 2009), E/2010/22, E/C.12/2009/3, 2010, s. 90, para. 427.

²³⁸ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Fortieth and Forty-first Sessions, (28 April-16 May 2008, 3-21 November 2008), E/2009/22, E/C.12/2008/3, 2008, s. 95, para. 499.

²³⁹ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Forty-fourth and Forty-fifth Sessions, (3-21 May 2010, 1-19 November 2010), E/2011/22, E/C.12/2010/3, 2011, s. 50, para. 248.

²⁴⁰ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Thirtieth and Thirty-first Sessions, (5-23 May 2003, 10-28 November 2003), E/2004/22, E/C.12/2003/14, 2003, s. 54, para. 339.

²⁴¹ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Twenty-fifth, Twenty-sixth and Twenty-seventh Sessions, (23 April-11 May 2001, 13-31 August 2001, 12-30 November 2001), E/2002/22, E/C.12/2001/17, 2002, s. 82, para. 512; Committee on Economic Social and Cultural

ESKHK'ye göre aile planlama hizmetleri, doğum kontrolüne güvenli alternatiflere ilişkin danışmanlık ve okul çağındaki çocuklara güvenilir ve bilgilendirici cinsel eğitimi de içermektedir²⁴². Çocuklara cinsel sağlık ve üreme sağlığına ilişkin bilgiler özellikle, bu gibi konuların okul müfredatlarında yer alması ile verilebilir.²⁴³ Hatta söz konusu cinsel eğitim, okullarda zorunlu olabilir.²⁴⁴ Komite'ye göre anne ve çocuk ölümlerini önleme amacıyla taraf Devletler tarafından yürütülecek faaliyetler arasında ebelerle yardım ve eğitim sağlanması da bulunmaktadır.²⁴⁵ Komite'nin ebelerle yaptığı vurgu, söz konusu yükümlülük bakımından oldukça önemlidir. Zira kırsal kesimlerde, doktor, hemşire gibi üst düzey sağlık personeline erişim şehir merkezlerine oranla oldukça düşük seviyede kalmaktadır. Tıbbi kurumların da bu bölgelerdeki eksikliği göz önüne alındığında, ESKHK'nin ebelik gibi bir sağlık teknisyenliği kategorisini vurgulamasının altında yatan motif daha kolaylıkla anlaşılacaktır.

“Devletler, doktor ve diğer tıbbi personelin uygun şekilde eğitilmelerini, yeterli sayıda hastane, klinik ve sağlığa ilişkin diğer tesisleri hazır bulundurmayı ve danışmanlık ve ruh sağlığı hizmetleri sunan kurumların, ülke çapında eşit dağılımlarına gereken dikkati göstererek, kurulmalarına teşvik ve destek temin etmek zorundadırlar”: ESKHK'nin bir yükümlülük olarak sağlık hizmetlerinin ülke çapında eşit olarak sunulması ile kastettiğinin kusursuz bir matematiksel oranlama olmadığı açıktır. Bunun yerine Komite'nin taraf Devletlerden yerine getirmelerini

Rights, Report on the Twenty-eight and Twenty-ninth Sessions, (29 April-17 May 2002, 11-29 November 2002), E/2003/22, E/C.12/2002/13, 2003, s. 71, para. 513.

²⁴² Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Eighteenth and Nineteenth Sessions, (27 April-15 May 1998, 16 November-4 December 1998), E/1999/22, E/C.12/1998/26, 1998, s. 35-36, para. 158.

²⁴³ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Twenty-fifth, Twenty-sixth and Twenty-seventh Sessions, (23 April-11 May 2001, 13-31 August 2001, 12-30 November 2001), E/2002/22, E/C.12/2001/17, 2002, s. 56, para. 298; Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Twenty-eight and Twenty-ninth Sessions, (29 April-17 May 2002, 11-29 November 2002), E/2003/22, E/C.12/2002/13, 2003, s. 58, para. 391.

²⁴⁴ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Forty-fourth and Forty-fifth Sessions, (3-21 May 2010, 1-19 November 2010), E/2011/22, E/C.12/2010/3, 2011, s. 68, para. 326.

²⁴⁵ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Thirtieth and Thirty-first Sessions, (5-23 May 2003, 10-28 November 2003), E/2004/22, E/C.12/2003/14, 2003, s. 64, para. 435; Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Forty-second and Forty-third Sessions, (4-22 May 2009, 2-20 November 2009), E/2010/22, E/C.12/2009/3, 2010, s. 46, para. 210.

beklediği yükümlülük, özellikle az gelişmiş ülkelerde karşılaşılan bir sorun olarak, belli başlı birkaç şehirde yoğunlaşmış olan sağlık hizmeti imkanlarının, ülkenin diğer bölgelerine, özellikle de taşraya, doğru yayılmasıdır.²⁴⁶ Bu yükümlülüğü yerine getirmek üzere taraf Devletin, yeni mezun olan tıp doktorlarına ülkenin izole bölgelerinde çalışma zorunluluğu getirmesi ESKHK tarafından olumlanmaktadır.²⁴⁷

Çalışma zorunluluğunun yanı sıra Komite'nin sağlık hizmetlerine genel erişimi sağlamaya yönelik tavsiyeleri arasında sağlık görevlilerinin gelirlerinin ve çalışma koşullarının seviyelerinin yükseltilmesi bulunmaktadır.²⁴⁸ Yine Komite'nin sağlık personeline ilişkin yaptığı bir başka tespit hemşirelerin oldukça düşük ücret karşılığında çalışmaları ve hemşire sayısının doktor sayısına oranla düşük olmasıdır. Komite'ye göre bu durum, mevcut tıbbi bakımın kalitesine ve erişilebilirliğine zarar vermektedir.²⁴⁹

ESKHK'nin sağlık hakkı ve sağlık personeli arasında kurduğu ilişki yukarıda sayılanlarla sınırlı değildir. Özellikle az gelişmiş ülkeler bakımından Komite'nin vurguladığı bir diğer önemli nokta beyin göçüdür.²⁵⁰ Ülkesindeki yetersiz çalışma koşullarından dolayı yetişmiş sağlık personelinin daha iyi koşulların bulunduğu gelişmiş ülkelere yerleşerek, mesleklerini bu ülkelerde sürdürmeleri sağlık sistemini olumsuz etkilemektedir. Dolayısıyla taraf Devletlerin sağlık personelinin çalışma koşullarını iyileştirmelerinin de sağlık hakkına ilişkin yükümlülükleri arasında sayılması gerekir. Uluslararası boyuttaki bu olgunun, ulusal boyuttaki tezahürü ise ülke içindeki bölgeler arasında ortaya çıkan orantısızlıktır.

²⁴⁶ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Twenty-fifth, Twenty-sixth and Twenty-seventh Sessions, (23 April-11 May 2001, 13-31 August 2001, 12-30 November 2001), E/2002/22, E/C.12/2001/17, 2002, s. 66, para. 382.

²⁴⁷ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Twelfth and Thirteenth Sessions, (1-19 May 1995, 20 November-8 December 1995), E/1996/22, E/C.12/1995/18, 1996, s. 46, para. 216.

²⁴⁸ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Forty-fourth and Forty-fifth Sessions, (3-21 May 2010, 1-19 November 2010), E/2011/22, E/C.12/2010/3, 2011, s. 29, para. 137.

²⁴⁹ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Sixteenth and Seventeenth Sessions, (28 April-16 May 1997, 17 November-5 December 1997), E/1998/22, E/C.12/1997/10, 1998, s. 68, para. 368.

²⁵⁰ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Thirty-fourth and Thirty-fifth Sessions, (25 April-13 May 2005, 7-25 November 2005), E/2006/22, E/C.12/2005/5, 2006, s. 21, para. 98.

Üstelik uluslararası ya da ulusal düzlemdeki beyin göçüne bir de kamu sektöründen özel sektöre geçiş boyutu eklenmelidir.²⁵¹

Yalnızca sağlık personeli değil ve fakat hastanelerin durumları da taraf Devletlerin üzerinde durmaları gereken bir yükümlülüktür. Yeterli kaynağın sağlanmaması ve kötü yönetimin hastanelerin sağlık altyapılarına verdiği zararlar Komite tarafından belirtilen hususlardır. Özellikle kaynak eksikliğinin yarattığı sorunlar arasında hastanelerdeki hastaların ilaç satın almalarının yanı sıra hastaların iğne, şırınga ve dikiş ipliğini temin etmek zorunda olmaları ve yatak ücreti ödemeleri sayılabilir.²⁵² Ayrıca kronik ve ruhsal hastalıkların gerektirdiği pahalı ilaçların devlet tarafından sübvansede edilmemesi ve sonuç olarak düşük gelirli kişilerin maliyetlerini karşılayamadıkları için bu tür ilaçlardan yoksun kalmaları Komite tarafından kaygıyla karşılanmaktadır.²⁵³ Bu tür gayri resmi ödemelerin sonucu, temel sağlık bakımı hizmetlerinin dahi toplumun ekonomik olarak düşük seviyedeki kesimleri için erişilebilir olmaktan çıkmasıdır.²⁵⁴ Zira ESKHK'ye göre temel sağlık bakımının nüfusun en düşük gelire sahip olanları bakımından ücretsiz olmasının güvence altına alınması taraf Devletlerin sorumluluğundadır.²⁵⁵ Sağlık hizmetleri ve kurumlarından yararlanma, kişilerin yaşlarının ilerlemesiyle daha fazla önem kazanır. Ancak ileri yaştaki kişilerin içinde bulundukları, *inter alia*, fiziksel durumların söz konusu kurum ya da hizmetlere ulaşmayı zorlaştırabileceği de göz ardı edilmemelidir. Bu

²⁵¹ Bu meseleye sağlık hakkı özel raportörü de dikkati çekmektedir. Bkz. The right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health, Report of the Special Rapporteur, Paul Hunt, submitted in accordance with Commission resolution 2002/31, E/CN.4/2003/58 13 February 2003, para. 96.

²⁵² Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Eighteenth and Nineteenth Sessions, (27 April-15 May 1998, 16 November-4 December 1998), E/1999/22, E/C.12/1998/26, 1998, s. 30-31, para. 122.

²⁵³ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Thirty-fourth and Thirty-fifth Sessions, (25 April-13 May 2005, 7-25 November 2005), E/2006/22, E/C.12/2005/5, 2006, s. 36, para. 216.

²⁵⁴ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Twenty-eight and Twenty-ninth Sessions, (29 April-17 May 2002, 11-29 November 2002), E/2003/22, E/C.12/2002/13, 2003, s. 62, para. 423.

²⁵⁵ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Fortieth and Forty-first Sessions, (28 April-16 May 2008, 3-21 November 2008), E/2009/22, E/C.12/2008/3, 2008, s. 86, para. 460; Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Forty-second and Forty-third Sessions, (4-22 May 2009, 2-20 November 2009), E/2010/22, E/C.12/2009/3, 2010, s. 32, para. 139/c.

bağlamda ESKHK'nin taraf Devletlere yönelik tavsiyeleri arasında ileri yaştaki kişilerin sağlık ve sosyal bakım ihtiyaçlarını dikkate alarak *evde bakım* ve diğer kişisel ve sosyal hizmetlerin geliştirilmesi bulunmaktadır.²⁵⁶ (vurgu eklenmiştir)

“Maddi olarak herkes için karşılanabilir bir kamusal, özel ya da ikisinin karışımı sağlık sigortası sistemi sunulması”: Sağlık sigortası, sağlık hizmetlerine erişim bakımından oldukça önemlidir. Bu bakımdan sosyal güvenlik sisteminin temel unsurlarından biri olmakla birlikte, sağlık hakkının gerçekleştirilmesi bakımından da önem arz etmektedir. Taraf Devletler için sağlık sigortası sisteminin kapsamının, ulusal topraklar üzerinde bulunan herkesi içermesi hedeflemelidir. Genel sağlık sigortasının da anlamı budur. Öyle ki, nüfusun yüzde yedilik kısmının zorunlu sağlık sigortası kapsamı dışında kalması Komite tarafından kaygıyla karşılanmıştır.²⁵⁷ ESKHK özellikle çok düşük gelire sahip olan kişilerin tamamını kapsayan genel sağlık sigortasının düzenlenmiş olmasını takdirle karşılamaktadır.²⁵⁸ Buradan da anlaşılacağı üzere Komite, taraf Devletin sağlık sigortası sisteminin özellikle sağlık hizmetlerinin maliyetlerini karşılamakta en fazla güçlük çeken kesimlerin, sağlığa erişimlerini sağlamasını beklemektedir. Taraf Devletin, yabancı işçilere yönelik olarak zorunlu sağlık sigortası sistemi getirmesini olumlaması, bunun bir diğer göstergesidir.²⁵⁹ Komite'nin sağlık sigortası sistemine ilişkin taraf Devletlere yönelik bir diğer tavsiyesi ise 102 Sayılı ILO Sözleşmesi'ne²⁶⁰ taraf olunmasıdır.²⁶¹

²⁵⁶ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Thirty-second and Thirty-third Sessions, (26 April-14 May 2004, 8-26 November 2004), E/2005/22, E/C.12/2004/9, 2005, s. 59, para. 462; Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Thirty-fourth and Thirty-fifth Sessions, (25 April-13 May 2005, 7-25 November 2005), E/2006/22, E/C.12/2005/5, 2006, s. 57, para. 407.

²⁵⁷ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Thirty-fourth and Thirty-fifth Sessions, (25 April-13 May 2005, 7-25 November 2005), E/2006/22, E/C.12/2005/5, 2006, s. 45, para. 293.

²⁵⁸ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Twenty-fifth, Twenty-sixth and Twenty-seventh Sessions, (23 April-11 May 2001, 13-31 August 2001, 12-30 November 2001), E/2002/22, E/C.12/2001/17, 2002, s. 122, para. 860.

²⁵⁹ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Thirtieth and Thirty-first Sessions, (5-23 May 2003, 10-28 November 2003), E/2004/22, E/C.12/2003/14, 2003, s. 43, para. 251.

²⁶⁰ “*Sosyal Güvenlik Hakkında Asgari Standartlara İlişkin Sözleşme (No. 102)*” (“*Convention concerning Minimum Standards of Social Security (No. 102)*”) 28/06/1952 tarihinde kabul edilmiş ve 27/04/1955 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

“Tıbbi araştırma ve sağlık eğitiminin yanı sıra özellikle HIV/AIDS, cinsel sağlık ve üreme sağlığı, geleneksel uygulamalar, aile içi şiddet, aşırı alkol tüketimi ve sigara²⁶², uyuşturucu²⁶³ ve diğer zararlı maddelerin tüketimine ilişkin olarak bilgilendirme kampanyalarının geliştirilmesi”: ESKHK’ye göre HIV/AIDS’e ilişkin bir bilgilendirme kampanyasının; hastalığın niteliğini, cinsel yollar da dahil olmak üzere bulaşma biçimleri ve önleme tekniklerini içermesi gerekir.²⁶⁴ Bunun yanı sıra taraf Devlet, koruyucu önlemlerin karşılanabilir meblağlar karşılığında ulaşılabilir olmasını sağlamak zorundadır.²⁶⁵ Alkol ve uyuşturucu söz konusu olduğunda taraf Devletlerin özellikle küçüklerin bu tip alışkanlıklar edinmeleriyle mücadele etmeleri gerekir.²⁶⁶ Taraf Devletlerin halk/kamu sağlığı ve eğitim siyasalarında, narkotik kullanımının olumsuz etkileri hakkında bilgilendirme kampanyaları da dahil olmak üzere, uyuşturucu kullanımıyla mücadeleyi dahil etmeleri gerekmektedir.²⁶⁷ İçtihatlarına bakıldığında ESKHK’nin, uyuşturucu kavramını geniş yorumladığını ileri sürmek mümkündür. Zira Komite belirli bir bölgede yetişen ve yine yaygın

²⁶¹ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Fortieth and Forty-first Sessions, (28 April-16 May 2008, 3-21 November 2008), E/2009/22, E/C.12/2008/3, 2008, s. 47, para. 281.

²⁶² Leary’ye göre ESKHS’ye taraf Devletler bütün kullanımından vazgeçilmeye yönelik önlemleri alma ile yükümlüdürler. Bkz. Virginia A. Leary, “The Right to Health in International Human Rights Law”, **Health and Human Rights**, Vol. 1, No.1, 1994, s. 49.

²⁶³ BM düzleminde uyuşturucu maddelere ilişkin olarak üç sözleşme bulunmaktadır. Bunlar (kronolojik olarak): “1971 tarihli Protokol ile değişik 1961 tarihli Uyuşturucu İlaçlara Dair Tek Sözleşme” (“Single Convention on Narcotic Drugs, 1961, as amended by the Protocol amending the Single Convention on Narcotic Drugs, 1961”), “1971 tarihli Psikotrop Maddelere Dair Sözleşme” (“Convention on Psychotropic Substances, 1971”) ve 1988 tarihli “Uyuşturucu İlaçların ve Psikotrop Maddelerin Yasadışı Ticaretine Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi” (“United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, 1988”).

²⁶⁴ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Sixteenth and Seventeenth Sessions, (28 April-16 May 1997, 17 November-5 December 1997), E/1998/22, E/C.12/1997/10, 1998, s. 33, para. 126.

²⁶⁵ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Thirtieth and Thirty-first Sessions, (5-23 May 2003, 10-28 November 2003), E/2004/22, E/C.12/2003/14, 2003, s. 71, para. 504.

²⁶⁶ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Twelfth and Thirteenth Sessions, (1-19 May 1995, 20 November-8 December 1995), E/1996/22, E/C.12/1995/18, 1996, s. 46, para. 217.

²⁶⁷ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Forty-fourth and Forty-fifth Sessions, (3–21 May 2010, 1–19 November 2010), E/2011/22, E/C.12/2010/3, 2011, s. 36, para. 170.

olarak sınırlı bir coğrafyada tüketilen *khat*²⁶⁸ bitkisini de bu kategori altında kabul etmiştir.²⁶⁹

Uyuşturucu bağımlıları söz konusu olduğunda Devletin başka edimde bulunma yükümlülükleri olup olmadığı da tartışma konusudur. Bunlar arasında çeşitli “zarar azaltma”²⁷⁰ faaliyetleri veya uyuşturucu bağımlılarına tıbbi destek sağlanmasının sağlık hakkının kapsamına girip girmediği meselesi sayılabilir. Zarar azaltmaya ilişkin olarak özellikle tartışılan iki faaliyet uyuşturucu bağımlılarına steril şırınga sağlanması ve genel olarak uyuşturucu enjeksiyonu mekanları olarak adlandırılacak imkanlar sağlanmasıdır.²⁷¹ ESKHK’ye göre zarar azaltma, Sözleşmesel bir yükümlülüktür ve taraf Devletler WHO’nun bu konuya ilişkin tavsiyelerini tam olarak uygulamak zorundadırlar.²⁷²

“Çevresel ve mesleki sağlık tehlikelerine ve epidemiyolojik verilerin ortaya koyduğu diğer tehditlere karşı önlemler almak”: Bu amaç için [Taraf Devletler] yakıtlarda bulunan kurşun gibi ağır metallerin neden olduğu kirlilik de dahil olmak üzere hava, su ve toprak kirliliğini azaltmayı ve ortadan kaldırmayı hedefleyen ulusal siyasalar hazırlamalı ve uygulamalıdır. ESKHK, muz üretimi ve altın madenciliği gibi spesifik tarım ve sanayi sektörlerinde çevre kirletici ve zehirli maddelerin kullanımının neden olduğu olumsuz çevresel ve sağlığa ilişkin etkiler yaratması durumunda taraf Devletin, söz konusu etkilerin geri döndürülmesi için gereken

²⁶⁸ “Khat”a ilişkin bilgi için bkz. Michael J. Kuhar, Howard Liddle (cons.), **Drugs of Abuse**, Printed in Malaysia, Marshall Cavendish Reference, 2012, s. 174.

²⁶⁹ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Thirtieth and Thirty-first Sessions, (5-23 May 2003, 10-28 November 2003), E/2004/22, E/C.12/2003/14, 2003, s. 58, para. 384.

²⁷⁰ “*Harm reduction*” terimi, uyuşturucu kullanımı ile değil ve fakat uyuşturucu kullanma eylemlerinin neden olduğu zararların ortadan kaldırılmasına yönelik önlemleri karşılamakta kullanılmaktadır.

²⁷¹ Bu konudaki tartışmalar için bkz. Saul Takahashi, “Drug Control, Human Rights, and the Right to the Highest Attainable Standard of Health: By No Means Straightforward Issues”, **Human Rights Quarterly**, Vol. 31, No. 3, 2009, s. 763-770.

²⁷² Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Forty-fourth and Forty-fifth Sessions, (3–21 May 2010, 1–19 November 2010), E/2011/22, E/C.12/2010/3, 2011, s. 51, para. 250.

önlemleri acilen almasını ısrarla tavsiye etmiştir.²⁷³ Bu yükümlülük çerçevesinde taraf Devletin büyük şehirlerdeki toplu taşıma sistemlerinden başlamak üzere çevre ve sağlık dostu yakıt kullanılması için yeni ve etkili önlemler almış olması, Komite tarafından memnuniyetle karşılanmıştır.²⁷⁴

“*Taraf Devletlerin iş kazası ve iş hastalığı risklerini asgariye indirmek için tutarlı bir ulusal siyasa formüle etmeleri, uygulamaları ve bunu düzenli aralıklarla gözden geçirmelerinin yanı sıra iş güvenliği ve sağlık hizmetlerine ilişkin tutarlı bir ulusal siyasa sunmaları*”: ESKHK iş yerindeki yetersiz sağlık ve güvenlik standartlarından kaynaklanan kaza sayılarının yüksek olması bir yana taraf Devletin halihazırda mevcut standartları uygulamamasından dolayı da kaygı duyduğunu belirtmektedir.²⁷⁵ Bu iki unsur her ne kadar, kural olarak, birlikte anlam ifade ediyor olsalar da, olması gerekenden düşük seviyede de olsa verili standartların uygulanması talebinde bulunarak Komite’nin bir “ehven-i şer” kategorisi yaratmış olduğu ileri sürülebilir.

Belirtmek gerekir ki, Komite, iş sağlığına ilişkin olarak uluslararası standartlara da gönderme yapmaktadır. Söz konusu standartlar arasında ILO’nun “*İnşaat İşlerinde Güvenlik ve Sağlık Sözleşmesi (Sözleşme No. 167)*”²⁷⁶ ve “*Tarımda Güvenlik ve Sağlık Sözleşmesi (Sözleşme No. 184)*”²⁷⁷ bulunmaktadır.

²⁷³ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Twenty-fifth, Twenty-sixth and Twenty-seventh Sessions, (23 April-11 May 2001, 13-31 August 2001, 12-30 November 2001), E/2002/22, E/C.12/2001/17, 2002, s. 38, para. 153.

²⁷⁴ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Report on the Twenty-second, Twenty-third and Twenty-fourth Sessions, (25 April-12 May 2000, 14 August-1 September 2000, 13 November-1 December 2000), E/2001/22, E/C.12/2000/21, 2001, s. 39, para. 149.

²⁷⁵ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Twenty-fifth, Twenty-sixth and Twenty-seventh Sessions, (23 April-11 May 2001, 13-31 August 2001, 12-30 November 2001), E/2002/22, E/C.12/2001/17, 2002, s. 80, para. 496.

²⁷⁶ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Forty-fourth and Forty-fifth Sessions, (3–21 May 2010, 1–19 November 2010), E/2011/22, E/C.12/2010/3, 2011, s. 42, para. 199. “*İnşaat İşlerinde Güvenlik ve Sağlık Sözleşmesi (Sözleşme No. 167)*” (“*Convention concerning Safety and Health in Construction (Convention No. 167)*”) 20/06/1988 tarihinde kabul edilmiş ve 11/01/1991 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

²⁷⁷ a.b., s. 89, para. 428. “*Tarımda Güvenlik ve Sağlık Sözleşmesi (Sözleşme No. 184)*” (“*Convention concerning Safety and Health in Agriculture (Convention No. 184)*”) 21/06/2001 tarihinde kabul edilmiş ve 20/09/2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

B. Sağlık Hakkının Özü/Çekirdeği

Tüm insan hakları gibi sağlık hakkının da, gerçekleştirilmemesi/dokunulması durumunda varlık nedeninin ortadan kalkacağı unsurları bulunmaktadır.²⁷⁸ Yukarıda sağlık hakkının kapsamını belirlerken kullanılan yükümlülükler paradigması hakkın özü/çekirdeği ele alınırken de kullanılacaktır. Dolayısıyla da bu başlık altında sağlık hakkının özü/çekirdeği; bir başka ifadeyle sağlık hakkından kaynaklanan öz/çekirdek yükümlülükler ele alınacaktır.

Devletlerin Sözleşmesel yükümlülüklerine ilişkin bu kategorizasyon ESKHK tarafından geliştirilmiş olup ve fakat ESKHS’de açık bir normatif temeli bulunmamaktadır. Şüphesiz hakkın özü kavramı ESKHK’nin buluşu değildir. Hakkın özüne dokunma yasağı, birinci kuşak hakların sınırlama rejiminin bir parçası olan iki sınırlamanın sınırı ölçütünden biridir. Komitenin yaptığı, bu ölçütü ESKHS sistemine uyarlamak olmuştur.

Öz/çekirdek yükümlülükler kategorisini yaratarak Komite Sözleşme sisteminde iki önemli gelişmeye yol açmıştır. İlk olarak Sözleşmesel yükümlülüklerin yerine getirilmemesini haklılaştıran kaynakların elverişliliği ve aşamalı gerçekleştirme kayıtlarının alanını daraltmıştır. İkinci olarak ise ilk gelişmeyle bağlantılı bir şekilde, sözleşmesel yükümlülüklerin yerine getirilmemesinin sözleşmenin ihlali tespitiyle karşılanmasına imkan tanımıştır. Bu iki olumlu sonucun yanı sıra bu yükümlülük kategorisinin ESKHK’nin taraf Devletlerin, sözleşmesel yükümlülüklerinin yerine getirip getirmediğinin tespitinde, daha kesin değerlendirmeler yapmalarına imkan sağlaması sonucunu da doğurabileceği ileri sürülebilir.²⁷⁹

Her durumda öz/çekirdek yükümlülükler ESKHS’nin etkinleştirilmesi için vazgeçilmez bir öneme sahiptir. ESKHK de söz konusu yükümlülük kategorisini geliştirdiği Genel Yorum No. 3’te, Sözleşmenin taraf Devletlere asgari öz/çekirdek yükümlülük yüklediği şeklinde okunmasının Sözleşme’yi “*raison d’être*”inden

²⁷⁸ Oktay Uygun, **1982 Anayasası’nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1992, s. 186.

²⁷⁹ Steven D. Jamar, “The International Human Right to Health”, **Southern University Law Review**, Vol. 22, 1994-1995, s. 3.

mahrum bırakmak anlamına geleceğini ileri sürerek söz konusu kategorinin ESKHS bakımından önemini ortaya koymuştur.²⁸⁰

1. Öz/çekirdek Yükümlülüklerin Dayanağı

Hakkın özü kavramı, insan hakları hukuku çerçevesinde medeni ve siyasi haklara ilişkin “sınırlandırmanın sınırı ölçütü” olarak belirli bir işlev görmektedir.²⁸¹ İkinci kuşak haklar bakımından ise farklı bir işleve hizmet edecek şekilde yeniden tanımlanmış olmaktadır. Yukarıda da değinildiği üzere öz/çekirdek yükümlülüklerin açık bir normatif dayanağı bulunmamaktadır. Buna karşılık ESKHK tarafından içtihadi olarak öngörülmesinin yanı sıra uluslararası doktrin tarafından da olası normatif dayanakları ortaya konmaya çalışılmıştır.

Coomans’a göre, ESKHS düzleminde hakkın özüne (yazarın ifadesi ile “öz içeriğine”), Md. 4 tarafından uygulamada kullanılabilirlik kazandırılabilir. Yazara göre bu maddede sayılan sınırlamanın sınırı ölçütlerinden biri olan “hakkın niteliği”, hakkın özü ya da temel özelliği olarak yorumlanmalıdır.²⁸² Aynı yöndeki ifadeye Limburg İlkeleri’nde de rastlanmaktadır. Üstelik söz konusu ilkeler Genel Yorum No. 3’ten üç yıl önce hazırlanmıştır. Limburg İlkelerine uyarınca “‘bu hakların niteliğiyle bağdaşabilir’ kayıtlama, bir sınırlamanın ilgili hakkın temel özelliğini (essence) tehlikeye atacak şekilde yorumlanmayacak ya da uygulanmayacak olmasını gerektirir.”²⁸³

Öz/çekirdek yükümlülükler kategorisini normatif olarak bu hükme dayandırmak makul gözükmemektedir. Zira aşağıda açıklanacağı üzere bu yükümlülüklerin yerine getirilmemeleri taraf Devletler bakımından hiçbir şekilde haklılaştırılamamaktadır. Hakkın özü/çekirdeği tıpkı birinci kuşak haklar bakımından

²⁸⁰ Genel Yorum No. 3, para. 10.

²⁸¹ Medeni ve siyasi haklar bağlamında hakkın özü kavramı için genel olarak bkz. Esin Özü, “The Core of Rights and Freedoms: the Limit of Limits”, **Human Rights: From Rhetoric to Reality**, Tom Campbell, vd. (ed.), Great Britain, Basil Blackwell, 1986, s. 37-59.

²⁸² Fons Coomans, “Clarifying the Core Elements of the Right to Education”, **The Right to Complain about Economic, Social and Cultural Rights**, (Fons Coomans, Fried van Hoof eds.), Utrecht, SIM Special No. 18, 1995, s. 17.

²⁸³ “Limburg Principles on the Implementation of the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, s. 129, para. 56.

geçerli olduğu gibi ESKHS bakımından da hakkın uygulanmamasının sınırını oluşturmaktadırlar.

EKSHK, öz/çekirdek yükümlülüklerle ilişkin standardını zaman içinde dönüştürmüştür.²⁸⁴ 1990 tarihli Genel Yorum No. 3'te, taraf Devletlere çekirdek/öz yükümlülükleri yerine getirmemeyi haklılaştırma imkanı tanınmaktaydı. Buna göre “(b)ir taraf Devletin asgari öz/çekirdek yükümlülüklerini yerine getirmemeyi elverişli kaynakların eksikliğine izafe edebilmesi için, söz konusu asgari yükümlülükleri, bir öncelik meselesi olarak, yerine getirebilmek için kullanma yetkisine sahip olduğu tüm kaynakları kullanmak için her türlü çabanın sarfedilmiş olduğunu göstermelidir”²⁸⁵. Benzer bir yaklaşımla Güney Afrika Yüksek Mahkemesi'nin bir hükmündeki ifadeye dayanarak, öz/çekirdek yükümlülüklerin imkansız talep etmek yerine devletin elverişli tüm kaynaklarını seferber ettiğine ilişkin daha ağır bir ispat külfeti getirdiği şeklinde anlaşılması gerektiği ileri sürülmüştür.²⁸⁶

Oysa Genel Yorum 14'te Komite çitayı yükselterek “bir taraf Devlet, her ne olursa olsun hiçbir koşul altında (...) paragraf 43'te düzenlenen, *dokunulmaz olan*, öz/çekirdek yükümlülüklerini yerine getirmemeyi haklılaştıramaz” belirlemesinde bulunmuştur (vurgu eklenmiştir).²⁸⁷ Belki bundan daha önemli olan nokta; ESKHK'nin bu yükümlülüklerin “dokunulmaz” (*non-derogable*) olduklarını kabul ettiğini ilan etmiş olmasıdır. Böylelikle Komite, ESKHS'de düzenlenmeyen bir kategori yaratmış olmaktadır.

²⁸⁴ Bu noktaya dikkat çeken bir çalışma için bkz. Lisa Forman, “What Future for the Minimum Core? Contextualising the Implications of South African Socioeconomic Rights Jurisprudence for the International Human Right to Health”, **Global Health and Human Rights: Legal and Philosophical Perspectives**, (John Harrington, Maria Stuttaford, eds.), Great Britain, Routledge, 2010, s. 68.

²⁸⁵ **Genel Yorum No. 3**, para. 10. İfadenin orijinali şöyledir: “In order for a State party to be able to attribute its failure to meet at least its minimum core obligations to a lack of available resources it must demonstrate that every effort has been made to use all resources that are at its disposition in an effort to satisfy, as a matter of priority, those minimum obligations.”

²⁸⁶ Hestermeyer, **a.g.e.**, s. 143. Yazarın dayandığı hüküm şudur: **Minister of Health v Treatment Action Campaign, Case CCT 8/02, 5 July 2002**. Karara şuradan ulaşılabilir: (Çevrimiçi), <http://www.tac.org.za/Documents/MTCTCourtCase/ConCourtJudgmentOrderingMTCTP-5July2002.pdf>, 02/01/2011.

²⁸⁷ **Genel Yorum No. 14**, para. 47.

İki genel yorum arasındaki tarihsel farklılık dikkate alındığında Komite'nin bu yöndeki görüşlerini değiştirdiği/ilerlettiği ileri sürülebilir. Buna karşılık, Genel Yorum No. 3'ten üç yıl önce kabul edilmiş olan Limburg İlkeleri, “(t)araf Devletler ekonomik gelişmişlik seviyelerinden bağımsız olarak, herkes için *asgari geçim haklarına (minimum subsistence rights)* saygı gösterilmesini güvence altına almakla yükümlüdürler” görüşünü ortaya koymuştur²⁸⁸ (vurgu eklenmiştir). Bu ifadede geçen “asgari geçim hakları” kavramını çekirdek yükümlülükler olarak okumak mümkündür.

Belirtmek gerekir ki, uluslararası doktrinde farklı adlandırmalarla benzer çabalar da gerçekleştirilmektedir. Gostin, bu tür bir girişimini “temel yaşamsal ihtiyaçlar” olarak adlandırmaktadır. Söz konusu “ihtiyaçlar” olarak ise sanitasyon ve kanalizasyon, haşerelerle mücadele, temiz hava ve su, tütün tüketiminin azaltılması, yeterli ve dengeli beslenme, temel ilaçlar ve aşılar ve hastalık ve erken ölümlerin önlenmesi, tespit edilmesi ve azaltılması için işleyen bir sağlık sisteminin varlığını saymaktadır.²⁸⁹ Buna karşılık belirtmek gerekir ki, “ihtiyaçlar” ve “haklar” birbirleriyle ilişkili ancak birbirlerinden farklıdırlar. İlk grup olgusal durumlara ilişkinde, ikinci grup ise normatif kurallardır.²⁹⁰ Dolayısıyla Komite'nin yaklaşımı, Gostin'den farklı olarak hukukidir. Dolayısıyla da ESKHS bakımından tercih edilebilir olan da budur.

ESKHK içtihatları tarandığında ilginç bir kategorileştirme ile karşılaşmak mümkündür.²⁹¹

²⁸⁸ “Limburg Principles on the Implementation of the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, s. 126, para. 25.

²⁸⁹ Lawrence O. Gostin, “Meeting Basic Survival Needs of the World’s Least Healthy People: Toward a Framework Convention on Global Health”, **The Georgetown Law Journal**, Vol. 96, Issue 2, 2007-2008, s. 334.

²⁹⁰ Eibe Riedel, “The Human Right to Water and General Comment No. 15 of the CESCR”, **The Human Right to Water**, Eibe Riedel, Peter Rothen (eds.), Printed in Germany, BWV * Berliner Wissenschafts – Verlag, 2006, s. 26, dp. 23.

²⁹¹ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Thirtieth and Thirty-first Sessions, (5-23 May 2003, 10-28 November 2003), E/2004/22, E/C.12/2003/14, 2003, s. 70, para. 499. İfadenin İngilizce orijinali şöyledir: “The Committee calls upon the State party to ensure that mechanisms are in place to ensure the *enjoyment of basic rights of conscripts, including their access to adequate food and health care.*” (vurgu eklenmiştir)

“Komite, Taraf Devleti silah altındaki kişilerin, *yeterli besin ve sağlık bakımı dahil olmak üzere, temel haklarından yararlanmalarını* temin etmek üzere mekanizmalar bulunmasını temin etmeye davet etmektedir.” (vurgu eklenmiştir)

Fark edileceği üzere Komite “temel haklardan” bahsetmekte ve yeterli besin ve sağlık bakımını da söz konusu kategori altında değerlendirdiğini ifade etmektedir. Üstelik de “dahil olmak üzere” (*including*) kalıbını kullanmak suretiyle bu kategori içinde değerlendirdiği başka haklar olduğunu da zımni olarak ileri sürmüş olmaktadır. Komite’nin bu yaklaşımından çıkan sonuç, taraf Devletlerin Sözleşmesel yükümlülüklerinin kategorileştirmesine ilişkin faaliyetlerinin devam ettiği ve içtihatlarıyla taraf Devletlere tanınan yükümlülükleri yerine getirmeme imkanlarını daraltma çabasının sürdüğüdür.

2. Sağlık Hakkının Özünün Belirlenmesi

Bu başlık altında WHO ve ESKHK tarafından sağlık hakkına ilişkin olarak belirlenen öz/çekirdek yükümlülükler ortaya konacaktır.

a. Öz/Çekirdek Yükümlülükler

Sağlık hakkının özünü belirlemeye girişildiğinde ESKHK içtihadı dışında ve buna öngelen kaynak WHO’dur. 1970’lerin sonundan itibaren WHO’nun ilk derece sağlık bakımı konusu üzerinde durmaya başladığı dikkati çekmektedir. Örgütün bu faaliyetlerinin sonucunda ortaya çıkan standartlar öz/çekirdek yükümlülüklerin belirlenmesinde göz önünde bulundurulması gereken dayanak noktaları sağlamaktadır.

1978 tarihli Alma-Ata Konferansı, raporuna göre birinci basamak sağlık bakımı asgari olarak şu unsurları içermelidir:²⁹²

- *Doğru beslenme ve yeterli bir güvenilir su stokunun geliştirilmesi*
- *Temel sanitasyon; aile planlaması dahil olmak üzere, anne ve çocuk bakımı*
- *Temel bulaşıcı hastalıklara karşı aşılama/bağışıklık kazandırma*

²⁹² Primary Health Care: Report of the International Conference on Primary Health Care (Alma-Ata, USSR, 6-12 September 1978), Geneva, World Health Organization, 1978, s. 53, para. 50.

- Yerel olarak yaygın hastalıkların önlenmesi ve denetim altına alınması
- Sağlık sorunlarını yenmeye ve bunları önleme ve denetim altına alma yöntemlerine ilişkin eğitim
- Sıkça rastlanan hastalıklar ve yaralanmalar için uygun tedavi

WHO'nun sağlık hakkının özünün belirlenmesine yönelik bir diğer girişimiye "Health for All" ("Herkes İçin Sağlık") kampanyası çerçevesinde ortaya atılmıştır. WHO, söz konusu kampanya bağlamında birinci basamak sağlık bakımına ilişkin temel unsurları yeniden sayarak hakkın öz/çekirdek içeriğine dair standartlarını yenilemiştir.²⁹³ Bu unsurlar şunlardır:

- Temel sağlık bakımına ve ilk derece sevk tesislerine kolay erişim
- Güvenli içme suyu ve sanitasyon
- Yeterli beslenme
- Çocuklara yaygın bulaşıcı hastalıklara karşı bağışıklık kazandırma
- Bulaşıcı hastalıklarla mücadele
- Temel ilaçların herkes için elverişli olması

Fark edilebileceği üzere, WHO "sağlık bakımı" kavramını alışlageldik dar anlamının dışında kullanmıştır. Zira sağlık bakımının yanı sıra su, sanitasyon ve beslenme gibi sağlığın belirleyicilerini de birinci basamak sağlık bakımının temel unsurları arasında saymaktadır.

ESKHK'nin Genel Yorumundaki saptamasına göre sağlık hakkından kaynaklanan öz/çekirdek yükümlülükler şunlardır (para. 43):

- Özellikle korunmasız ve dışlanmış gruplar için, sağlık tesislerine, ürünlerine ve hizmetlerine ayrımcı olmayan bir temelde erişim hakkının temin edilmesi
- Tüm sağlık tesislerinin, ürünlerinin ve hizmetlerinin eşit dağıtımının temin edilmesi

²⁹³ **Global Strategy for Health for All by the Year 2000**, World Health Organization, Switzerland, 1981, s. 52-53.

- Herkesin açlıktan korunmasını temin etmek üzere, yeterince besleyici ve güvenli olan asgari temel besinlere erişimin temin edilmesi
- Temel barınma, konut ve sanitasyona ve yeterli bir güvenli ve içilebilir su kaynağına erişimin temin edilmesi
- Temel İlaçlara İlişkin WHO Eylem Planı çerçevesinde muhtelif zamanlarda tanımlanan temel ilaçların sağlanması

Dikkat edileceği üzere ESKHK'nin öngördüğü öz/çekirdek yükümlülükler WHO'nun ilk derece sağlık bakımı çerçevesinde belirlemiş olduğu temel unsurlarla büyük ölçüde paralellik göstermektedir. Komite'ye göre de sağlık hakkının özü sağlık bakımı ile sınırlı değildir ve sağlığın belirleyicilerini de içerir. Ayrıca Komite belirleyicilere barınma ve konutu da ekleyerek bu alanı daha geniş şekilde ele almış olmaktadır. Bunun yanı sıra Komite'nin saydığı ilk iki unsur ayrımcılık yasağı/eşitlik ilkesi ile yakından ilişkilidir. Dolayısıyla WHO'nun öngördüğü unsurlar ayrımcılık yasağı bakımından da geliştirilmiş olmaktadır.

Son olarak belirtmek gerekir ki sağlık hizmetlerine erişim, bir önkoşulu gerektirmektedir. Taraf Devlet, sağlık hizmetlerini sağlayabilmek için bir dizi yatırımda bulunacak, faaliyetleri gerçekleştirecek, tedbirleri alacaktır. Bütün bunlar, ancak Devlet bütçesinde sağlık hizmetleri kalemi için makul ve kayda değer miktarda tahsisatı gerektirmektedir. Bundan kasıt, özel olarak sağlık hizmetlerini sağlayacak mali kaynağın ayrılmasıdır. Devletlerin söz konusu çekirdek yükümlülüklerini yerine getirmemelerini hiçbir şekilde haklılaştıramayacakları dikkate alındığında, bu mesele daha da önemli hale gelmektedir.

Zira özellikle korunmasız ve dışlanmış gruplar için sağlık bakımına erişimin temin edilmesi öz/çekirdek yükümlülüğü Devletin kaynaklarının yeterliliğinden bağışıktır. Dolayısıyla da her şart altında Devletten talep edilebilir ve yerine getirilmemesi durumunda sağlık hakkının ihlalini oluşturur.

b. Benzeri Yükümlölükler

ESKHK yukarıda gösterilen öz/çekirdek yükümlölüklerin yanı sıra, bu yükümlölüklerle “kıyaslanabilir önceliğe sahip” şu yükümlölüklere işaret etmiştir (para. 44):

- *Üreme sağlığı, (doğum öncesi ve sonrası) anne ve çocuk sağlığı bakımını temin etmek*
- *Topluluk içindeki başlıca bulaşıcı hastalıklara karşı bağışıklık kazandırılması*
- *Salgın ve yöresel hastalıkların önlenmesi, tedavi edilmesi ve kontrolü için önlemler almak*
- *Topluluk içindeki temel sağlık sorunlarına ilişkin, bunları önleme ve denetim altında tutma yöntemleri dahil olmak üzere, eğitim ve bilgiye erişim sağlamak*
- *Sağlık ve insan hakları eğitimi de dahil olmak üzere, sağlık personeline uygun eğitimi sağlamak*

Böylelikle Komite yeni bir kategori yaratmış olmaktadır. Komite söz konusu yükümlölükleri öz/çekirdek kategorideki yükümlölüklerin içinde saymamakla birlikte bunlarla “karşılaştırılabilir öncelikte” olduklarını belirterek hakkın genel kapsamı ile özü/çekirdeği arasına yerleştirmiş olmaktadır. Ancak söz konusu yükümlölüklere ilişkin taraf Devletlerin sorumluluklarına ilişkin suskun kalmıştır. Dolayısıyla söz konusu yükümlölükler bakımından kaynak elverişliliği ve aşamalı gerçekleştirme-derhal gerçekleştirme meselelerine ilişkin tartışmalı bir alan bırakmıştır. Karşılaştırılabilir öncelik kavramı, kendi başına taraf Devletlerin sorumluluklarının çerçevesini belirlemek için yeterli değildir. Sağlık hakkının kapsamına yönelik muğlaklıkları ortadan kaldırmayı hedefleyen Komite’nin böyle bir tutum almış olması şüphesiz ki eleştiriye açıktır. Yapılabilecek en uygun spekülasyon, bu yükümlölüklerin Genel Yorum No. 3’te öz/çekirdek yükümlölükler için öngörülen rejime tabi olacaklarının kabul edilmesidir. Yani elverişli kaynakların yetersizliğine dayanarak yerine getirilmemeleri, sadece kaynakların tümünün kullanılması için her türlü çabanın sarf edilmiş olduğunun gösterilmesi halinde mümkün olabilir.

Çekirdek/öz yükümlülüklerin, sağlık hakkının kapsamının sınırlı, bir bölümüne tekabül ettiğine şüphe yoktur. Ancak söz konusu sınırlılık özneler bakımından geçerli değildir. Sağlık hakkına sahip tüm özneler aynı zamanda hakkın öz/çekirdek yükümlülüklerinden yararlanmaya hak sahibidirler. ESKHK içtihadında bu meselenin ayrıntılı olarak ele alınmış olduğunu ileri sürmek mümkün değildir. Bununla birlikte saptanabilen tek örnek, yukarıdaki tespite soyutlama yoluyla ulaşmaya imkan tanıyan veriyi sağlamaktadır. Söz konusu örnek kayıt dışı göçmenlerdir. Komite bir nihai gözleminde taraf Devlete kayıt dışı göçmenlere yönelik olarak Sözleşme çerçevesindeki öz/çekirdek yükümlülüklerini yerine getirmeyi ve, inter alia, sağlık hakkına ilişkin asgari temel seviyeyi temin etmeyi şiddetle tavsiye etmiştir.²⁹⁴ ESKHK'nin kayıt dışı göçmenler için göstermiş olduğu söz konusu yükümlülüklerden diğer hak öznelerini mahrum bırakacağını ileri sürebilmek mümkün değildir. Yukarıda ayrımcılık yasağı bahsindeki içtihatların göz önüne alınması bu yönde bir çıkarsama yapmak için yeterli entelektüel malzemeyi sağlamaktadır.

Sağlık hakkının özünün/çekirdeğinin gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğinin saptanmasında bir diğer enstrüman olarak iktisadi verilerin kullanılabileceği de ileri sürülmüştür. Ooms ve Hammonds'ın çalışmalarında ileri sürdükleri üzere, düşük gelirli ülkeler gayri safi yurtiçi hasıllarının yüzde üçüne karşılık gelen miktarı sağlık harcamalarına aktarmadıkça, sağlık hakkının özünü/çekirdeğini gerçekleştirmek için makul tüm çabaları yerine getirmiş olduklarını iddia etmeleri mümkün değildir.²⁹⁵ Yazarların hesap yöntemleri ya da vardıkları rakamlar uzmanlar tarafından tartışılabilir. Fakat burada önemli olan nokta, sağlık hakkının denetiminde kullanılabilecek muğlaklıktan uzak bir ölçütün varlığının tespitidir. Böyle bir enstrümanın kullanılması gereğinin üzerinde hemfikir olunduktan sonra meselenin

²⁹⁴ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Forty-fourth and Forty-fifth Sessions, (3–21 May 2010, 1–19 November 2010), E/2011/22, E/C.12/2010/3, 2011, s. 67-68, para. 324.

²⁹⁵ Gorik Ooms, Rachel Hammonds, "Correcting Globalisation in Health: Transnational Entitlements versus the Ethical Imperative of Reducing Aid-Dependency", **Public Health Ethics**, Vol. 1, No. 1, 2008, s. 161.

teknik ayrıntılarına ilişkin olarak gerek sözleşme organları ya da hükümetler-arası örgütler gerekse de doktrin tarafından çalışmalar yürütülmesi mümkündür.

C. Ara Sonuç

Bu bölümün sonuna gelindiğinde yapılabilecek ilk tespit “sağlık hakkı(nın) denetlenebilir ve uygulanabilir bir hak için temel oluşturma bakımından fazla muğlak”²⁹⁶ olduğu yönündeki görüşün, bugün itibarıyla hukuk tarihinin konusu olduğudur. Zira sağlık hakkının ne olduğu ve Devletlerin sağlık hakkı bakımından hangi spesifik yükümlülükleri üstlenmiş oldukları sorularının cevapları ilgili sözleşme organlarının içtihatlarında bulunabilmektedir.

ESKHK sağlık hakkını derhal uygulanabilir nitelikteki haklar arasında saymamıştır.²⁹⁷ Ancak bu, sağlık hakkından kaynaklanan yükümlülüklerin tümünün aşamalı gerçekleştirme rejimine tabi oldukları anlamına gelmemektedir.

ESKHK’nin içtihadı dikkate alındığında, bugün itibarıyla gelinenen noktada sağlık hakkından kaynaklanan Sözleşmesel yükümlülükleri üç kategoriye ayırmış olduğu tespit edilebilir. Bunların ilki elverişli kaynaklara ve aşamalı gerçekleştirmeye tabi olan yükümlülüklerdir. Bir başka ifadeyle taraf Devletlerin yerine getirmemelerini kaynaklarının sınırlılığı ile haklılaştırabilecekleri yükümlülüklerdir. İkinci kategori çekirdek yükümlülükler benzeri ya da bu yükümlülüklerle “karşılaştırılabilir öncelikteki” yükümlülüklerdir ve ancak gereken tüm çabanın sarf edilmiş olduğunun gösterilmesi halinde yerine getirilmemeleri haklılaştırılabilir. Üçüncü ve son kategori yerine getirilmemeleri hiçbir şekilde haklılaştırılamayan, bir başka ifadeyle ne olağan rejimde ne de olağanüstü rejimde yerine getirilmekten vazgeçilemeyecek olan “mutlak” öz/çekirdek yükümlülüklerdir.

²⁹⁶ Bkz. Chapman, “Conceptualizing the Right to Health”, s. 390. Yazar bu ifadeyi Alston’ın şurada görüşlerini özetlemek için kullanmaktadır: 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, s. 351.

²⁹⁷ ESKHK’nin derhal uygulanabilir olduklarını kabul ettiği haklar şunlardır: Md. 3 (kadın-erkek eşitliği), Md. 7 a) (i) (eşit işe eşit ücret); Md. 8 (örgütlenme özgürlüğü); Md. 10/3 (çocukların korunması); Md. 13/2/a (ilköğretimin ücretsiz olması); Md. 13/3 (anne babanın çocuklarının alacağı eğitimi belirleme hakkı); Md. 13/4 (eğitim kurumları kurma ve yönetme özgürlüğü); Md. 15/3 (bilim ve sanat özgürlüğü). Bkz. **Genel Yorum No. 3**, para. 5.

Son olarak altı çizilmesi gereken nokta diğerk tüm insan hakları sözleşmeleri organları gibi ESKHK de Sözleşmesel hakları ve bu haklardan kaynaklanan yükümlölükleri dinamik bir şekilde yorumlamaktadır. Komite, Sağlık hakkının kapsamına ilişkin standartları ve özellikle de söz konusu haktan doğan öz/çekirdek yükümlölükler alanını genişletme eğilimindedir.

Özellikle bireysel şikayet başvurusu usulünün işlemeye başlamasıyla birlikte Komite, sağlık hakkını yorumlamada kullanabileceğı yeni bir araca sahip olacaktır. İçtihadı standartlarının bugüne kadarki gelişim çizgisi dikkate alındığında ve bu çizgi bireysel şikayet başvurusu usulünün olası getirileriyle bir arada değerlendirildiğinde, sağlık hakkına ilişkin koruma alanının genişleyeceği ve Sözleşmesel yükümlölüklerin daha da somutlaşması oldukça kuvvetli bir ihtimaldir.

III. SAĞLIK HAKKININ DİĞER İNSAN HAKLARI İLE İLİŞKİSİ

Bu başlık altında sağlık hakkının diğer haklarla arasındaki ilişki ele alınmaya çalışılacaktır. Yerleşik “kuşak” kategorizasyonu çerçevesinde sırasıyla birinci, ikinci ve üçüncü kuşak haklar arasından sağlık hakkı ile ilişkisi görece daha yakın olan haklar inceleme konusu yapılacaktır.

Öncelikle belirtilmelidir ki, haklar arasındaki ilişki birden çok şekilde görülebilir. Örneğin, insan hakları arasında bir çatışma söz konusu olabilir¹; ya da iki veya daha fazla insan hakkı birbiriyle yarışabilir. Bu çalışmanın amacı bakımından, sağlık hakkının diğer haklarla olan ilişkisi ise hakların bütünselliği, daha açık ifadesiyle hakların bölünmezliği (*indivisibility*), karşılıklı bağımlılığı (*interdependence*) ve karşılıklı ilişkisi (*interrelation*) kavramları çerçevesinde ele alınacaktır.

İnsan haklarının bu üç özelliğinin dayanağı, BM’nin kuruluşunun hemen ardılı dönemde üretilen çeşitli BM Genel Kurulu kararlarına kadar geri götürülebilir. BM Genel Kurulu’nun medeni ve siyasi haklar ile ekonomik, sosyal ve kültürel hakların kullanımının birbirleri ile bağlantılı (*interconnected*) ve bağımlı (*interdependent*) olduğunu kabul ettiği kararları mevcuttur. Üstelik söz konusu kararların, hem iki hak kategorisinin bir tek sözleşmede düzenlenmesi, hem de bir sözleşme yerine iki ayrı sözleşme hazırlanması bağlamında verildiği gözden kaçırılmamalıdır.² Anılan eğilim, hem MSHS’nin hem de ESKHS’nin Başlangıç bölümlerine de şu ifade ile yansımıştır:

“Evrensel İnsan Hakları Bildirisine göre, medeni ve siyasi özgürlükleri ve korku ve yoksulluktan kurtulma özgürlüğünü kullanan özgür insan idealinin, ancak her kişinin medeni ve siyasi haklarının yanı sıra ekonomik, sosyal ve kültürel haklarından da yararlanacağı koşulların yaratılması halinde gerçekleştirilebileceğini kabul ederek...”

¹ “İnsan haklarının çatışması” için bkz. Xiaobing Xu, George Wilson, “On Conflict of Human Rights”, *Pierce Law Review*, Vol. 5, No. 1, 2006, s. 31-57.

² General Assembly, Fifth Session, 317th Plenary Meeting, Resolution No. 421, 04/12/1950 ve General Assembly, Sixth Session, 375th Plenary Meeting, Resolution No. 543, 05/02/1952. Her iki kararın incelendiği bir çalışma için bkz. Gemalmaz, **Genel Teori**, s. 1567-1568.

BM düzeninde bu meseleye değinen belgelerin üretilmesine, ikiz sözleşmelerin kabul edilip yürürlüğe girmesinden sonraki dönemde de devam edilmiştir. 1977 tarihli bir Genel Kurul kararında, “insan hakları ve temel özgürlüklerin tümünün birbirleriyle ilişkili ve bölünmez” olduğuna “derinden inanıldığı” belirtilmiştir.³ Bu tarihten sonra 1985, 1986 ve 1989 yıllarında üretilen ve “*Ekonomik, Sosyal, Kültürel, Medeni ve Siyasi Hakların Bölünmezliği ve Karşılıklı Bağımlılığı*” başlıklı Genel Kurul kararları da, 1977 tarihli karara göndermede bulunmaktadır.⁴ Söz konusu kararların yanı sıra insan haklarının bölünmezliği 1968 tarihli Tahran Bildirisi⁵ ve 1993 tarihli Viyana Bildirisi ve Eylem Planı’nda⁶ da teyit edilmiştir.

İnsan haklarının tümünün bölünmez, birbirine bağlı ve birbiri ile ilişkili olmasının anlamı, somut olarak hem hak kategorilerinin kendi içinde, hem de hak kategorileri arasında tezahür etmekle birlikte asıl önemi, bu bölümün konusu bakımından farklı hak kuşakları arasında kendini göstermektedir. Belirtmek gerekir ki, insan haklarının bölünmezliği yaklaşımı birinci kuşak hakların ikinci kuşak haklar karşısındaki zımni hiyerarşik üstünlüğünün zayıflatılması çabalarında, önemli bir enstrüman olmuştur.⁷ Son olarak, uluslararası doktrinde hakların bölünmezliği yaklaşımına karşı görüşlerin bulunduğu da zikredilmelidir.⁸

³ General Assembly, Thirty-second Session, 105th Plenary Meeting, Resolution No. 32/130, 16/12/1977.

⁴ Kronolojik sıra ile bu belgeler şunlardır: General Assembly, Fortieth Session, 116th Plenary Meeting, Resolution No. 40/114, 13/12/1985; General Assembly, Forty-first Session, 97th Plenary Meeting, 04/12/1986 ve General Assembly, Forty-fourth Session, 82nd Plenary Meeting, 15/12/1989.

⁵ “Proclamation of Teheran”, **Final Act of the International Conference on Human Rights**, Teheran, 22 April to 13 May 1968, New York, United Nations, 1968, A/CONF.32/41, s. 4, para. 13.

⁶ Vienna Declaration and Programme of Action, World Conference on Human Rights, Vienna, 14-25 June 1993, 12 July 1993, A/CONF.157/23, para. 5.

⁷ Rhona K. M. Smith, **Texts and Materials on International Human Rights**, USA, Canada, Routledge, 2010, s. 71-74.

⁸ Haklar arasındaki karşılıklı bağımlılığın, hakların uygulanma düzeyi/kalitesine dayandığını kabul ederek, insan haklarının geniş kapsamda bölünmezliğinin mümkün olmadığını ileri süren bir görüş için bkz. James W. Nickel, “Rethinking Indivisibility: Towards a Theory of Supporting Relations between Human Rights”, **Human Rights Quarterly**, Vol. 30, No. 4, 2008, s. 984-1001.

A. Genel Olarak: Sağlık Hakkının Diğer Haklarla İlişkisi Etkinleştirme Potansiyeli Taşıyor Mu?

Bir sözleşme organının yetkisinin, denetimini ve yorumunu üstlendiği insan hakları sözleşmesinde öngörülen haklar ile sınırlı olması, sözleşme ile organ arasındaki hukuki bağın doğal sonucudur. İnsan hakları sözleşmelerinde düzenlenen hak ve özgürlükler, sözleşme organının “konu bakımından yetkisi (*ratione materiae*)”nin de sınırını oluşturur. Bir başka deyişle, sözleşme organı bir taraf Devleti sözleşmede düzenlenmeyen bir hakka ilişkin olarak sorumlu tutamaz/ihlal ya da sözleşme kuralları ile uyumsuzluk tespitinde bulunamaz. Bu durum karşısında, birinci kuşak sözleşme organları ile ikinci kuşak haklar arasında bir ilişki kurulabilmesi nasıl mümkün olabilir?

Aşağıda sözleşme organlarının bu türden içtihatlarından örnekler ayrıntılı olarak ele alınmadan önce, bazı temel noktaların saptanması gerekmektedir. Bilindiği üzere ulusüstü insan hakları hukuku vaka hukuku temelinde işlemektedir. İnsan hakları sözleşmeleri üretildikleri dönemin ekonomik, sosyal ve bunlara bağımlı olarak da ideolojik tercihlerini yansıtmaktadırlar. Bu nedenle de ancak üretildikleri şartlar dikkate alınarak doğru şekilde okunabilirler. Dolayısıyla bir insan hakları sözleşmesinin lafzının, üretildiği dönemin genel özellikleri dikkate alınmadan okunması sözleşmeyi tarihin dışına itecek ve böylelikle belki oluşturulmasından yirmi otuz yıl sonraki bir somut olaya uygulanması için gereken yorumu, daha baştan imkansız hale getirecektir.

Söz konusu sözleşmelerin yalnızca hazırlık çalışmalarına dayanacak şekilde dar yorumlanması, sonradan ortaya çıkan gelişmelere uyum sağlayamayıp, üretildikleri dönemin anlayışı içinde hapsolmalarına neden olur. İnsan hakları sözleşmelerinin “ömürlerini” sürdürmeleri ancak sözleşme organları tarafından yeni ortaya çıkan gelişmelerin ışığında yorumlanmaları halinde mümkün olabilir.⁹

Gerek BM sisteminin gerekse de bölgesel sistemlerin üretmiş olduğu temel sözleşmeler (MSHS, ESKHS, AİHS, AmeİHS, AİHHŞ), Soğuk Savaş döneminin

⁹ Naz Çavuşoğlu, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ni ‘Yaşayan Belge’ Yapan Yorum Teknikleri”, **İnsan Hakları Yılı**, Cilt 14, s. 131-146.

uluslararası ilişkilere ve en genel anlamıyla uluslararası hukuka yansımalarını ortaya koyar. O halde sözleşmelerin tarihsel okunmasında ilk olarak kullanılması gereken gözlük, üretildikleri dönemin şartları olmalıdır. Liberal Batı ve Marksist – Sosyalist Doğu blokları arasındaki çekişme, modern insan hakları hukukunun doğumundan başlayan uzun bir dönem boyunca kendisini bu alanda da göstermiştir. Bunun en açık örneği medeni ve siyasi haklar ile ekonomik, sosyal ve kültürel hakların ulusalüstü insan hakları hukukundaki hiyerarşik konumlandırılışlarıdır.¹⁰

Bunun yanı sıra tarihsellik bakımından bir başka önemli nokta ise diğer alanlardaki değişim ve dönüşümlerin yanı sıra, teknolojik gelişmeler ve bu gelişmelerin insan yaşayışına getirdikleridir. Özel yaşamın gizliliğine saygı hakkının bir unsuru olan haberleşmenin gizliliğinin içeriği, haberleşme araçlarındaki teknolojik ilerlemelerle birlikte değişmiştir. Bu gün artık haberleşme (*correspondance*)¹¹ ile anlaşılan, 1950’lerde olduğu gibi yalnızca yazılı araçlarla yapılan iletişim değil ve fakat bunun yanında elektronik araçlarla da gerçekleştirilen iletişimdir.¹²

B. Birinci Kuşak Haklarla İlişkisi

Birinci kuşak hakların koruma alanı, sağlıkla bağlantılandırılabilir çeşitli olguları da kapsayabilmektedir. Söz konusu olgular, yalnızca bir birinci kuşak hakkın kapsamında değerlendirilebileceği gibi hem bir birinci kuşak hak hem de sağlık hakkının kapsamında ele alınabilir. Dolayısıyla, birinci kuşak hakkın kapsamına dahil olup, sağlık hakkı içinde değerlendirilmeyen unsurlar da mevcuttur. Bunun sonucu olarak, birinci kuşak hak sözleşmelerinin denetim organları tarafından çeşitli doktrinler çerçevesinde ve özellikle de taraf Devletin pozitif yükümlülükleri ilkesi altında genişletilen koruma alanının sağlık ile ilişkili her unsorda, sağlık hakkının, sınırlı da olsa, korunduğunun ileri sürülmesi mümkün değildir.

¹⁰ Ertan, Avrupa Konseyinde Sosyal Haklar, s. 7-10.

¹¹ “*Correspondence*” kelimesinin anlamı “mektuplar, ya da mektup yoluyla haberleşmedir”. Bkz. **The Penguin English Dictionary**, Slovakia, Penguin Books, 2003 (Second edition), s. 309.

¹² Arslan Öncü, **a.g.e.**, s. 200.

Yukarıda zikredildiği üzere birinci kuşak haklar ile ikinci kuşak haklar arasındaki ilişkinin teorik zeminini, pozitif yükümlülükler doktrini oluşturur.¹³ Bilindiği gibi, birinci kuşak hak sözleşmelerinin, kural olarak taraf Devletlere negatif yükümlülükler yüklediği kabuledilegelmektedir. Başka bir deyişle, taraf Devletlerin sözleşmesel haklara aykırı tasarrufta bulunmamaları için, sözleşmesel hakların kullanımına herhangi bir müdahaleden kaçınmaları gerekir. Devletlerin söz konusu negatif yükümlülüklerin yanı sıra pozitif yükümlülükler üstlenmiş olduklarının kabul edilmesi; sözleşmesel hakların kullanılabilmesi için “müdahale etmeme” ile sınırlı kalmalarının yeterli olmadığı sonucunu beraberinde getirir. Böylelikle Devletler, yalnızca “yapmama” değil ve fakat aynı zamanda “yapma” yükümlülüğü altına girmiş olmaktadır.¹⁴

Aşağıda sağlık hakkı ile yakından ilişkili üç medeni ve siyasi hak ele alınacaktır. Bu haklar sırasıyla yaşam hakkı, işkence ve kötü muamele yasağı ve nihayet özel yaşama saygı gösterilmesi hakkıdır. Eklemek gerekir ki; söz konusu haklar MSHS’nin yanı sıra Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde incelenecektir. Hiç şüphesiz ki inceleme konusu haklar; sayılan sözleşmelerin denetim organlarının içtihatlarında somutlaşmaktadır.

¹³ Uluslararası doktrinde ikinci kuşak hakların, birinci kuşak haklar çerçevesinde korunmalarına yönelik başkaca teoriler de geliştirilmiştir. Bu konuda önde gelen iki teori Martin Scheinin tarafından ileri sürülen “bütüncül yaklaşım” teorisi ve Craig Scott tarafından öne sürülen “geçirgenlik” teorisidir. Sırasıyla bkz. Martin Scheinin, “Economic and Social Rights as Legal Rights”, **Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook**, Asbjørn Eide, v.d. (ed.), Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 2001 (Second Revised Edition), s. 29-54; 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. 769-878.

¹⁴ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde pozitif yükümlülüklerle ilişkin olarak bkz. A. R. Mowbray, **The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights**, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2004; D. J. Harris, v.d., **Law of the European Convention on Human Rights**, United States, Oxford University Press, 2009 (Second edition), s. 18-21; H. Burak Gemalmaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde ve Türk Hukukunda Çocuğun Bedensel Cezaya Karşı Korunması**, İstanbul, Legal, 2005, s. 92-105.

1. Yaşam Hakkı

Sağlık hakkı ile yaşam hakkı¹⁵ arasında oldukça sıkı bir bağ vardır. Öyle ki, kimi vakalarda sağlık hakkı ihlallerinin, yaşam hakkı ihlallerinden ayrılması mümkün olmayabilir.¹⁶ Bununla birlikte iki hak arasındaki ilişkinin sınırını belirlemek ve her iki hakkın alanlarını/kapsamlarını birbirlerinininkilerle karıştırmamak gerekmektedir. Aksi bir tutum ister istemez hakların, özellikle de sağlık hakkının, varlık nedeninin ortadan kalkmasını ve sağlık hakkının yaşam hakkı içinde eritilmesini sonuçlayacaktır. Sağlık hakkının unsurları düşünüldüğünde, bunun yaşam hakkının içinde eritilmesi kabul edilemez.

Sağlık hakkının önemini vurgulamayı hedeflemekle birlikte, amacını aşma riski taşıyan bu türdeki görüşlerle gerek uluslararası gerekse de Türk doktrininde karşılaşılmaktadır. Söz konusu görüşler arasında sağlık hakkının yaşam hakkının bir veçhesi olarak daha kolay şekilde anlaşılabilceği¹⁷ ya da sağlık hakkının “insanın en temel hakkı olan yaşama hakkının ayrılmaz bir parçası, olmazsa olmaz şartı” olduğu yönünde ifadeler rastlanmaktadır.¹⁸

¹⁵ “Yaşam hakkı, insanın hayatta olup olmamasıyla alakalı bir haktır; yani canlı bir kişinin bu hayatıyetinin sürmesiyle, yaşamından yoksun, özellikle keyfi olarak yoksun bırakılmamasıyla alakalıdır.” Gemalmaz, **Genel Teori**, s. 111. Yaşam hakkına ilişkin olarak ayrıca bkz. Bahri Savcı, **Yaşam Hakkı ve Boyutları**, Ankara, AÜSBF Yayınları, 1980.

¹⁶ Toebes, **The Right to Health as a Human Right in International Law**, s. 261.

¹⁷ Virginia A. Leary, “Justiciability and Beyond; Complaint Procedures and the Right to Health”, **The Review (International Commission of Jurists)**, No. 55, 1995, s. 108. Paralel şekilde ÇHS Md. 24 bağlamında sağlık hakkının yaşam hakkının “doğal sonucu” ve “uzantısı” olduğunu ileri süren bir görüş için bkz. A. Glen Mower, Jr., **The Convention on the Rights of the Child: International Law Support for Children**, Westport, Connecticut – London, Greenwood Press, 1997, s.32.

¹⁸ Nihat Bulut, **Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar**, İstanbul, XII Levha, 2009, s. 207. Söz konusu çalışmaya ilişkin olarak bir noktanın vurgulanması gerekmektedir. Dikkat edilecek olursa alıntılanan cümlede “yaşama hakkı” kullanılmaktadır. Oysa cümlede içinde bulunduğu paragrafta üç kez “yaşam hakkı” kullanılmıştır. Dolayısıyla da yaşama hakkı ifadesinin tipografik bir hata olduğu izlenimi doğmaktadır. Bilindiği üzere yaşam hakkı ve (yeterli bir standartta) yaşama hakkı (EİHB, 25. madde), birbirleri yerine kullanılması mümkün olmayan iki farklı haktır. İlki, nefes alıp vermeyi, bir başka ifadeyle canlı olmayı korumaktayken; ikincisi, sağlık hakkının da dahil olduğu çeşitli hakları da kapsayan bir hak olup, yaşamın belirli bir kaliteye sahip olmasına göndermede bulunmaktadır.

a. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

AİHS’de yaşam hakkı “(h)erkesin yaşam hakkı, yasa tarafından korunacaktır” şeklinde Md. 2’de öngörülmüştür.¹⁹

Taraf Devletin ajanları tarafından yaşamdan keyfi olarak yoksun bırakılmama Md. 2’den kaynaklanan ilk sorumluluktur. Kamusal ajanlar yalnızca ilk akla gelen kategori olan kolluk kuvvetleriyle sınırlı bir anlamda anlaşılmalıdır. Yaşam hakkı ihlali iddiasına konu olan tasarrufun vuku bulduğu “hastanenin bir kamu kuruluşu olması durumunda tıbbi personelinin eylem ve ihmalleri muhatap Devletin Sözleşme çerçevesindeki sorumluluğu ile ilişkilendirilebilir”.²⁰ Devletin buradaki sorumluluğu negatiftir ve doğrudan kamusal ajan ile mağdur arasındaki bir tasarruftan kaynaklanmasından dolayı dikeydir.

Strasbourg organları içtihadında, yaşam hakkının taraf Devletlere yargı yetki alanlarında bulunan kişilerin yaşamlarını korumaya yönelik gerekli adımları atma pozitif yükümlülüğü yüklediği yerleşik bir standarttır. İlk olarak Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (AİHK) tarafından “*Association X v. the United Kingdom*”²¹

¹⁹ Hükmün bütünü şöyledir:

Madde 2 – Yaşam Hakkı

1. Herkesin yaşam hakkı, yasa tarafından korunacaktır. Yasanın ölüm cezası öngördüğü bir suçtan ötürü bir mahkeme tarafından mahkum edilmesinin ardından bu cezanın infaz edilmesi dışında, hiç kimse yaşamından kasıtlı olarak yoksun bırakılmayacaktır.

2. Yaşamdan yoksun bırakma, aşağıdaki hallerde, mutlak/(kesin) biçimde gerekli olanın ötesine geçmeyen bir kuvvet kullanılması sonucunda ortaya çıktığında, bu Maddeye aykırı olarak yapılmış sayılmayacaktır:

(a) herhangi bir kimsenin hukuka aykırı şiddete karşı savunmasında;

(b) yasaya uygun bir yakalama/(gözetim altına alma) kararının yerine getirilmesinde ya da yasaya uygun olarak (gözetim altında-tutuklu) alıkonulan bir kimsenin kaçmasını önlemede;

(c) bir ayaklanmanın ya da isyanın bastırılması amacıyla yasaya uygun olarak yapılan bir tasarrufta/(eylemde).

²⁰ “*Tarariyeva v. Russia*”, (Application No. 4353/03), Judgment, 14/12/2006, para. 74.

²¹ “*Association X. v. the United Kingdom*”, App. No. 7154/75, Decision on Admissibility, 12/07/1978, Decisions and Reports No. 14, s. 32. “The Commission considers that the first sentence of Article 2 imposes a broader obligation on the State than that contained in the second sentence. The concept that “everyone’s life shall be protected by law” enjoins the State not only to refrain from taking life “intentionally” but, further, to take appropriate steps to safeguard life.” Söz konusu karardan, kararın adını ya da karara ulaşılabilme sağlayacak herhangi başka bilgiyi vermeksizin, bahseden bir çalışma için bkz. Michael O’Boyle, “The Development of the Right to Life”, *Afmælisrit - Þor Vilhjálmsson sjötugur 9. júní 2000*, Davið Þor Björgvinsson vd. (ed.), Reykjavík, Bókaútgáfa Orators, 2000, s. 67.²² “*Tavares c. la France*”, (Requête No. 16593/90), Décision sur la Recevabilité, 12/09/1991

vakasında temeli atılan söz konusu standart, zaman içinde AİHK'nin yanı sıra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından da sürdürülmüştür.²²

Yaşam hakkından kaynaklanan pozitif yükümlülükleri bireyin sağlığına ilişkin vakalara da uygulayan AİHM, “yetkililerin sağlık bakımı alanındaki eylem ve ihmallerinin belirli şartlar altında Madde 2'nin pozitif boyutu çerçevesinde sorumluluklarına yol açabileceğinin dışlanamayacağını kabul etmektedir”.²³ Öyle ki, taraf Devletlerin yaşam hakkına ilişkin pozitif yükümlülükleri “halk/kamu sağlığı alanında da uygulanır. Bu nedenle söz konusu pozitif yükümlülükler Devletlerin, kamusal ya da özel, hastaneleri hastalarının yaşamlarını korumak için uygun önlemleri almaya zorlayıcı düzenlemeler yapmalarını gerektirir. [Bu yükümlülükler] ayrıca, kamusal ya da özel sektörde, tıbbi meslek sahiplerinin bakımı altındaki kişilerin ölüm nedenlerinin belirlenebilmesi ve sorumlularından hesap sorulabilmesi için, etkili bağımsız bir yargı sisteminin kurulmasını gerektirmektedir.”²⁴

AİHM'ye göre “bir Sözleşmeci Devletin yetkililerinin, *nüfusun geneline sağlamayı üstlenmiş oldukları tıbbi bakımın yadsınması* yoluyla bir bireyin yaşamını tehlikeye atmalarının ortaya konması halinde, Sözleşme Madde 2 çerçevesinde bir sorun doğabilir”.²⁵ (vurgu eklenmiştir) Böylelikle Mahkeme, yaşam hakkı ve tıbbi bakım gibi sınırlı bir boyutuyla da olsa sağlık hakkını birbirlerine oldukça yaklaştırmış olmaktadır.

;*L.C.B. v. the United Kingdom*, (14/1997/798/1001), Judgment, 09/06/1998, para. 36; *Osman v. The United Kingdom*, (87/1997/871/1083), GC, Judgment, 28/10/1998, para. 115.

²² *Tavares c. la France*, (Requête No. 16593/90), Décision sur la Recevabilité, 12/09/1991; *L.C.B. v. the United Kingdom*, (14/1997/798/1001), Judgment, 09/06/1998, para. 36; *Osman v. The United Kingdom*, (87/1997/871/1083), GC, Judgment, 28/10/1998, para. 115.

²³ *Powell v. the United Kingdom*, (Application No. 45305/99), Decision on Admissibility, 04/05/2000, s. 18.

²⁴ *Calvelli and Ciglio v. Italy*, (Application No. 32967/96), (Grand Chamber) Judgment, 17/01/2002, para. 49; *Tarariyeva v. Russia*, (Application No. 4353/03), Judgment, 14/12/2006, para. 74; *Dvořáček and Dvořáková v. Slovakia*, (Application No. 30754/04), Judgment, 28/07/2009, para. 51.

²⁵ *Cyprus vs. Turkey*, (Application No. 25781/94), (Grand Chamber) Judgment, 10/05/2001, para. 219; *Makuc and Others v. Slovenia*, (Application No. 26828/06), Decision on Admissibility, 31/05/2007, para. 176. “The Court observes that an issue may arise under Article 2 of the Convention where it is shown that the authorities of a Contracting State put an individual's life at risk through the denial of health care which they have undertaken to make available to the population generally.”

Ancak söz konusu hükmün tek başına okunması yanıltıcı olabilir. Devletlerin, tıbbi bakım sağlamaya yönelik faaliyetler alanlarında gittikleri her türlü daraltmanın yaşam hakkına müdahale olarak değerlendirileceği yanılışına yol açabilir. Nitekim “*Nitecki v. Poland*” vakasında Mahkeme, başvurucuya yaşam kurtarıcı (*life-saving*) nitelikteki bir ilacın ücretinin tamamının değil yalnızca 70%’lik kısmının ödenmiş olmasını “vakanın özel şartları içinde” muhatap Devletin Md. 2’den kaynaklanan yükümlülüklerine aykırılık teşkil etmeyeceğini belirtmiştir.²⁶ Mahkeme’nin “vakanın özel şartları”na göndermede bulunması bu tür olguların kategorik olarak Sözleşme koruması dışında bırakılmadığı anlamına gelmektedir.²⁷ Bu görüşü destekleyebilecek bir başka vaka olan “*Pentiacova and 48 Others v. Moldova*”da Mahkeme, başvuruçuların gördükleri hemodiyaliz tedavisi bakımından vazgeçilmez olmamakla birlikte alınmadığında fiziksel acı ve ıstırapın ortaya çıktığı belirli ilaçların ücretlerinin devlet tarafından karşılanmamasının, yaşam hakkı ihlali oluşturacağı iddiasını kategorik olarak reddetmeyerek Md. 2 çerçevesinde incelemiş olmasıdır.²⁸

AİHM’nin bu çerçevedeki oldukça önemli diğer bir tespiti ise kamusal fonksiyon gören kurumların sorumluluğu altında bozulan sağlık durumunun giderimi meselesidir. “*Oyal v. Turkey*” vakasında başvuruçulardan birine, almakta olduğu tıbbi bakım sırasında Kızılay’dan tedarik edilmiş olan ve HIV virüsü içeren kan ürünü verilmiştir. Her ne kadar iç hukuk yolları başvuruçulara belirli bir ölçüde maddi giderim sağlamış ise de söz konusu meblağ ortaya çıkan sağlık sorunundan kaynaklanan maddi külfeti karşılamaktan uzaktır. Mahkeme iç hukukta sağlanması gereken en uygun giderimin, *inter alia*, virüsü taşıyan başvuruçunun tedavi ve ilaç masraflarının yaşamı boyunca karşılanması olduğunu belirtmiş; muhatap Devlet tarafından sağlanan giderimin Md. 2 çerçevesindeki pozitif yükümlülükleri

²⁶ “*Nitecki v. Poland*”, (Application no. 65653/01), Decision on Admissibility, 21/03/2002, s. 5.

²⁷ AİHM’nin Md. 3 çerçevesinde sağlık durumu temelli sınır dışı iade vakalarındaki tutumu, söz konusu uygulama için de ışık tutabilir. Aşağıda işkence ve kötü muamele yasağı başlığı altında ele alınacak olan bu meseleye dair burada Mahkeme’nin istisnai şartlar aradığını belirtmek yeterlidir.

²⁸ “*Pentiacova and 48 Others v. Moldova*”, (Application No. 14462/03), Decision on Admissibility, 04/01/2005, s. 16.

tatminden uzak olduğuna hükmetmiştir.²⁹ AİHM'nin söz konusu hükmünün dayandığı temel noktalar hakkında bir spekülasyonda bulunmak gerekirse; virüs bulaşan başvurunun bulaşma esnasında henüz yenidoğan olması, bulaşan HIV virüsünün çağımızın en öldürücü hastalıklarından biri olan AIDS'e yol açma potansiyeli taşıyor olması ve nihayet diğer başvurucular olan ebeveynlerin ekonomik durumlarının oldukça düşük seviyede olması sayılabilir.

Sağlık ve yaşam hakkı arasındaki ilişki çerçevesinde son olarak değinilmesi gereken nokta; mahpusların sağlıklarının korunması meselesidir. Aşağıda işkence ve kötü muamele yasağı altında da ele alınacak olmakla birlikte, mahpusun sağlık durumuna gereken özenin gösterilmemesinin yaşamın sona ermesi ile sonuçlandığı durumların da yaşam hakkı kapsamında değerlendirilebileceği açıktır. Nitekim AİHM bu tür içeriğe sahip vakaları Md. 2 kapsamında değerlendirmektedir.

Bu madde kapsamında değerlendirilebilmesi için mahpusun sağlık durumu üzerinde etki doğuran tasarrufların sonucunda yaşamının sona ermiş olması gerektiğine şüphe yoktur. “*Tarariyeva v. Russia*” vakasında ortaya konduğu üzere bir mahpusun, kendisine sağlanan kusurlu tıbbi yardım sonucu yaşamını yitirmesi Md. 2 ihlalinin sonucuyacaktır.³⁰ Mahpusların ruhsal sağlık durumu ile yaşam hakkı arasında da bir bağ bulunmaktadır. Böyle bir bağa intihar ederek yaşamını kaybeden, psikolojik problemlili bir mahpusa ilişkin “*Trubnikov v. Russia*” vakası örnek olarak verilebilir.³¹

b. Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi

MSHS’de yaşam hakkı Md. 6’da düzenlenmiştir.³² MSHS’nin denetim organı İnsan Hakları Komitesi (İHK), yaşam hakkına ilişkin genel yorumunda bu haktan

²⁹ “*Oyal v. Turkey*”, (Application No. 4864/05), Judgment, 23/03/2010, para. 72. Kararı daha da ilginç hale getiren nokta, AİHM içtihatlarında nadir rastlanan bir olgu olan, hükmün icrasının ne şekilde yerine getirileceğinin Mahkeme tarafından gösterilmiş olmasıdır.

³⁰ “*Tarariyeva v. Russia*”, (App. No. 4533/03), Judgment, 14/12/2006, para. 88-89.

³¹ “*Trubnikov v. Russia*”, (Application No. 49790/99), Judgment, 05/07/2005.

³² **Madde 6**

1. Her insan, doğumla kazandığı/(varlığına mündemiç) yaşam hakkına sahiptir. Bu hak, yasa ile korunacaktır. Hiç kimse yaşamından keyfi olarak yoksun bırakılmayacaktır.

kaynaklanan ve sağlık hakkıyla da yakından ilişkili pozitif yükümlükleri ortaya koymuştur. İHK'nin ifadesiyle:³³

“(…) Komite, yaşam hakkının aşırı sıklıkla dar yorumlandığını da not etmektedir. ‘Doğuştan yaşam hakkı(na sahip)’ ifadesi, dar yorumlandığında gereği şekilde anlaşılamaz ve bu hakkın korunabilmesi, Devletlerin pozitif önlemler almasını gerektirmektedir. Bu bağlantıyla, Komite, Taraf Devletlerin, bebek ölümleri sayısını azaltacak ve, özellikle de yetersiz beslenme ve salgın hastalıkları ortadan kaldıracak önlemlerin alınması suretiyle yaşam sürecini uzatacak olası bütün önlemleri almalarının arzuya şayan bir husus olduğu görüşündedir.”

İHK burada taraf Devletlerin bunlara yönelik olarak önlem almaları gereken üç hedef saymaktadır. Bunlar; bebek ölümlerinin azaltılması, yetersiz beslenmenin ortadan kaldırılması ve salgın hastalıkların ortadan kaldırılmasıdır. Hatırlanacak olursa bebek ölümleri ve salgın hastalıklar meseleleri ESKHS Md. 14/2’de sayılan spesifik önlemler arasındadırlar. Yeterli beslenme ise ESKHK tarafından sağlığın belirleyicilerinden biri olarak sağlık hakkının unsurları arasında sayılmaktadır. Dolayısıyla ister normatif isterse içtihadi olsun, İHK’nin gösterdiği her üç hedef de sağlık hakkının unsurları arasındadır.

Ancak şu unutulmamalıdır ki, İHK sayılan önlemleri “yaşam sürecini uzatma” bağlamında ele almaktadır. Dolayısıyla da yaşamın kalitesine, bir başka ifadeyle sağlıklı yaşama, ilişkin değil ve fakat yaşamın varlığına ilişkin önlemlerdir.

2. Ölüm cezasının kaldırılmamış bulunduğu ülkelerde ölüm cezası hükmü, ancak, suçun işlendiği tarihte yürürlükte bulunan yasaya uygun olarak ve işbu Sözleşme ile Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesinin hükümlerine aykırı olmaması koşuluyla, çok ağır/(ciddi) suçlar için verilebilir. Bu ceza ancak yetkili bir mahkeme tarafından verilmiş kesin bir hüküm üzerine infaz edilebilir.

3. Yaşamdan yoksun bırakmanın soykırım suçunu oluşturması halinde, bu maddedeki hiçbir hüküm, bu Sözleşmeye Taraf herhangi bir Devlete, Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi hükümleri çerçevesinde üstlendiği herhangi bir yükümlülüğünden herhangi bir biçimde sapması/(aykırı tasarrufta bulunması) yetkisini tanıır şeklinde anlaşılamaz.

4. Ölüm cezasına mahkum edilen herhangi bir kişi, bu cezasından bağışlanmayı yahut cezasının başka bir cezaya çevrilmesini/(hafifletilmesini) isteme hakkına sahip olacaktır. Ölüm cezası hükmünde (mahkumun) affedilmesi, bağışlanması yahut cezasının başka bir cezaya çevrilmesi/(hafifletilmesi) kararı her durumda verilebilir.

5. On sekiz yaşından küçük kişiler tarafından işlenen suçlar için ölüm cezası verilmeyecektir ve hamile kadınların ölüm cezaları infaz edilmeyecektir.

6. Bu maddedeki hiçbir hüküm, bu Sözleşmeye Taraf herhangi bir Devlet tarafından, ölüm cezasının kaldırılmasını geciktirmek ya da engellemek amacıyla ileri sürülemeyecektir.

³³ General Comment No. 06: The right to life (Art. 6), Human Rights Committee, 30/04/1982, para. 5. Çeviri için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **İnsan Hakları Komitesi Kararlarında Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2002, s. 46.

Taraf Devletlerin yaşam hakkından kaynaklanan sağlık hakkıyla ilişkili pozitif yükümlülüklerinin ortaya çıktığı bir diğer alan da mahpuslardır. Bir mahpusun, sağlık durumunun gerektirdiği tıbbi bakımın sağlanmamasından dolayı yaşamını yitirmesi MSHS Md. 6 çerçevesinde değerlendirilmektedir. Üstelik mahpusun olumsuz sağlık durumu hakkında yetkili mercileri bilgilendirmemiş olması, Devletin söz konusu yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Bunun yanı sıra Devlet, mali kaynaklarının yetersizliğine dayanarak da söz konusu yükümlülüğünden kurtulamaz.³⁴

c. Amerikalılararası İnsan Hakları Sözleşmesi

Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi (AmeİHM) son dönemde verdiği bir dizi karar ile AmeİHS’de öngörülen yaşam hakkının, pozitif yükümlükler bakımından kapsamını genişletmiş ve adeta bir başka hakkı yaşam hakkı içine sokmuştur.³⁵ “*Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*”³⁶ ve “*Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay*”³⁷ vakalarında Mahkeme, belirli asgari yaşama

³⁴ “*Lantsova v. the Russian Federation*”, (Communication No. 763/1997), View, 26/03/2002, CCPR/C/74/D/763/1997, para. 9.2. “(...) even if the Committee starts from the assertion of the State party that neither Mr. Lantsov himself nor his co-detainees had requested medical help in time, the essential fact remains that the State party by arresting and detaining individuals takes the responsibility to care for their life. It is up to the State party by organizing its detention facilities to know about the state of health of the detainees as far as may be reasonably expected. Lack of financial means cannot reduce this responsibility. The Committee considers that a properly functioning medical service within the detention centre could and should have known about the dangerous change in the state of health of Mr. Lantsov.”

³⁵ Yaşam hakkı AmeİHS Md. 4’te öngörülmüştür.

Madde 4. Yaşam hakkı

1. Her kişinin yaşamına saygı gösterilmesine hakkı vardır. Bu hak, genel olarak, gebe kalma anından başlayarak, yasa ile korunacaktır. Hiç kimse yaşamından keyfi olarak yoksun bırakılmayacaktır.
2. Ölüm cezasını kaldırmamış olan ülkelerde, bu cezaya sadece, çok ciddi nitelikli suçlar için ve suçun işlenmesinden önce yürürlüğe konmuş olup bu tür cezayı öngören bir yasa uyarınca ve yetkili bir mahkeme tarafından nihai bir karar verilmiş olması halinde hükmedilebilir. Bu cezanın uygulanması, halihazırda bu cezanın uygulanmadığı suçları kapsayacak şekilde genişletilmeyecektir.
3. Ölüm cezası, bu cezayı kaldıran devletlerde yeniden yürürlüğe konmayacaktır.
4. Ölüm cezası hiçbir halde, siyasal suçlar ya da bunlarla bağlantılı ortak suçlar için verilmeyecektir.
5. Ölüm cezası, suçun işlendiği zaman 18 yaşın altında ya da 70 yaşın üstünde olan kişilere verilmeyecek; ve gebe kadın üzerinde uygulanmayacaktır.
6. Ölüm cezasına mahkum edilen her kişinin, her vakada kararlaştırılabilecek olan, affedilme, bağışlanma ya da cezanın hafifletilmesi için başvuruda bulunma hakkı olacaktır.

³⁶ “*Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*”, Judgment, 17/06/2005.

³⁷ “*Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay*”, Judgment, 29/03/2006.

standartlarının karşılandığı “onurlu bir yaşam” hakkını, AmeİHS’nin yaşam hakkının öngörülüdüğü Md. 4/1 kapsamında değerlendirmiştir. Mahkemenin net ifadesiyle “yaşam hakkını korumak ve temin etmek üzere, Devletin garantör olarak kaçınılmaz şekilde üstlendiği yükümlülüklerden biri insan onuruna uygun asgari yaşam koşullarını oluşturmaktır. (...) Bu bakımdan Devletin (...) insana yakışan bir yaşam (*decent life*) hakkının yerine getirilmesine yönelik pozitif, somut önlemler alma ödevi bulunmaktadır.”³⁸

AmeİHM’nin diğer sözleşme organlarının yaşam hakkına ilişkin olarak öngördükleri pozitif yükümlülüklerin ötesine geçtiği dikkati çekmektedir. Mahkeme söz konusu içtihatlarıyla, “yaşam hakkı”nı “yaşama hakkı” ile birleştirmiş olmaktadır.³⁹ Her ne kadar bu gelişim, Amerikalılararası sistemde şikayet başvurusu imkanı olmayan sosyal haklara belirli bir ölçüde koruma sağlamaktaysa da, bir hakkın kapsamının bu şekilde genişletilmesi, uzun vadede hem yaşam hakkı hem yeterli yaşama standardı hakkı için faydalı olmaktan uzaktır. Zira, hakkın kapsamının aşırı genişletilmesi hakkın kendisinin içini boşaltacağı gibi, koruma sağlanan diğer hakların varlık nedenlerini de sorgulatmaya kadar gidebilir. Nihayetinde ihlal bulunan madde yaşam hakkıdır; sağlık hakkı ya da bir başka sosyal hak değil.

2. İşkence ve Kötü Muamele Yasağı

İşkence ve kötü muamele yasağı (buradan sonra kısaca işkence yasağı) ile sağlık hakkı arasındaki ilişki, söz konusu yasağın kişilerin sağlık durumlarının

³⁸ “*Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*”, para. 162.

³⁹ Benzer bir yaklaşıma Hindistan Yüksek Mahkemesi kararlarında da rastlanmaktadır. Yüksek mahkeme “geçinme hakkı”nı (*right to livelihood*) yaşam hakkının bir unsuru olarak saymıştır. “*Olga Tellis v. Bombay Municipal Corporation*”, 10/07/1985, para. 2.1. “The sweep of the right to life conferred by Article 21 is wide and far reaching. It does not mean merely that, life cannot be extinguished or taken away as, for example, by the imposition and execution of the death sentence, except according to procedure established by law. That is but one aspect of the right to life. An equally important facet of that right is the right to livelihood because, no person can live without the means of living, that is, the, means of livelihood. If the right to livelihood is not treated as a part of the constitutional right to live, the easiest way of depriving a person of his right to life would be to deprive him of his means of livelihood to the point of abrogation. Such deprivation would not only denude the life, of its effective content and meaningfulness but it would make life impossible to live.” Söz konusu hükme ilişkin olarak Yüksek mahkemenin yaşam hakkını bir insan olarak sağlıklı (*wholesome*) yaşama hakkına genişletme potansiyeline yol açtığını ileri süren bir çalışma için bkz. Issa Shivji, “Constructing a New Rights Regime: Promises, Problems and Prospects”, *Social Legal Studies*, Vol. 8, No. 2, 1999, s. 264-265.

korunmasına yönelik olarak getirdiği standartlar ile somutlaşır. İşkence yasağına konu olan eylem ve işlemlerin, gerek fiziksel gerekse de zihinsel sağlığa yönelik ciddi etkileri olduğu konusunda şüphe yoktur. Ancak sağlık hakkı ile işkence yasağı arasındaki bağı buradan kurmak işkence yasağı ve sağlık hakkının konularının birbirilerine karışmasına yol açacağından, her iki hak bakımından da anlamlı bir sonuç doğurmaz. Bu nedenle de işkence yasağından kaynaklanan spesifik yükümlülükler arasından, sağlık durumu temelli sınır dışı/iade vakaları ile mahpusların tıbbi bakım hakkı üzerinde odaklanılacaktır.

a. Sağlık Durumu Temelli Sınır Dışı/iade Vakaları

İşkence yasağı ile sağlık hakkının temas noktalarından ilkinin, başvurunun sağlık durumuna dayanan sınır dışı/iade vakaları oluşturmaktadır. Söz konusu vakalar, sözleşmenin “ülke aşan etkisi” şeklinde ifade edilebilecek olan diğer sınır dışı/iade vakalarının da bir adım ötesine geçmektedir.⁴⁰ Buradaki hukuki sorun belirli bir derecede sağlık bakımı gerektiren bir hastalıktan muzdarip bir kişinin, anılan bakım şartlarını aynı ölçüde sağlayamayacak bir başka ülkeye (çoğu durumda uyruğu olduğu ülkeye) sınır dışı/iade edilmesinin işkence yasağı ihlali oluşturup oluşturmayacağı meselesidir. Kolaylıkla tahmin edilebileceği gibi başvurucuların gönderilecekleri ülkeler az gelişmiş ülkelerken, gönderen taraf gelişmiş Avrupa ülkeleridir. Başvurucunun sağlık durumunu belirleyen sorun ise hemen her olayda HIV/AIDS hastalığıdır. Bütün şartlar göz önünde bulundurulduğunda, bu yöndeki içtihadi birikimin AİHS sisteminde ortaya çıkmış olmasının tesadüfen gerçekleşmediğinin anlaşılması zor değildir.

Kötü muamele yasağı bağlamında kural, sözleşme tarafı Devletlere izafe edilebilecek ihlallerin doğrudan (sözleşmenin dikey etkisi) ya da dolaylı olarak (sözleşmenin yatay etkisi/*drittwirkung*) kamusal ajanlarının tasarrufları sonucu

⁴⁰ İşkence ve kötü muameleye tabi tutulma tehlikesinin sınır dışı ya da iade önünde engel teşkil etmesi, normatif olarak yalnızca BM düzenindeki “İşkenceye Karşı Sözleşme”de düzenlenmektedir. Bkz. “İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlıkdışı ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezaya Karşı Sözleşme”, Md. 3. Sözleşme’nin bu çalışmada kullanılan serbest Türkçe çevirisi için bkz. Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri/II. Cilt**, s. 815-837. AİHS Md. 3 çerçevesinde sınır dışı/iade vakalarına ilişkin olarak bkz. Robin C.A. White, Clare Ovey, **The European Convention on Human Rights**, United States, Oxford University Press, 2010 (Fifth Edition), s. 179-182.

ortaya çıkmasıdır. Sınır dışı/iade vakalarındaki durum da bu kuraldan farklılık göstermez. Mağdur, gönderileceği ülkedeki kamusal ajanların faaliyetleri sonucu ortaya çıkması muhtemel kötü muamele yasağı ihlallerine karşı korunmuş olmaktadır. Temelde gönderen devlet ile gönderilen devlet arasındaki sağlık bakımı koşulları arasındaki farklılığa dayanan işkence yasağı ihlalinin tespitinin önemi de burada yatmaktadır. Zira, başvurucunun yargı yetki alanında bulunduğu Devletin ajanlarının herhangi bir işkence ya da kötü muamele tasarrufunda bulunmamış olmalarının da ötesinde, gönderilen Devlette de bu tür bir muameleye maruz kalma riski söz konusu değildir.

Daha erken tarihli vakalarda sinyali verilmiş olmakla birlikte⁴¹, Strasbourg'un bu meseleye ilişkin pilot içtihadı "*D. v. the United Kingdom*" vakasıdır.⁴² Bu vakada başvuru, hakkında Birleşik Krallık makamları tarafından uyuşu olduğu St Kitts'e gönderilme kararı verilmiş bir kişidir. HIV/AIDS hastası olan Bay D. söz konusu hastalığın son/terminal aşamasındadır. Bay D. başvurusunda gönderileceği ülkede hastalığının gerektirdiği tedaviyi görmesinin mümkün olmadığını, kendisiyle ilgilenecek herhangi bir yakın akrabası ya da arkadaşı bulunmadığını, herhangi bir geliri ya da barınabileceği bir yere sahip olmadığını; dolayısıyla da bu koşullar altında ölümünün hızlanacağını ve yaşamının son dönemini büyük bir acı ve elem içerisinde geçireceğini ileri sürmüştür.

Bu olgular ışığında başvuru yaşam hakkı (Md. 2), işkence ve kötü muamele yasağı (Md. 3) ve etkin iç hukuk yollarına hak (Md. 13) ihlali iddiasında bulunmuştur. Vaka öncelikle Komisyon'un önüne gelmiş ve Komisyon Md. 3 ihlali

⁴¹ "*Tanko v. Finland*", (Application No. 23634/94), Decision on Admissibility, 19/05/1994. Bu vakada Komisyon başvuruyu kabul edilmez bulmuştur. Bununla birlikte "Komisyon, bir kişinin ciddi hastalıktan mustarip olduğu bir vakada gereken tedavinin eksikliğinin belirli şartlarda Md. 3'e aykırılık teşkil eden muameleye varabileceğini dışlamamaktadır". Karş. Gemalmaz, **Genel Teori**, s. 178. Bu vakada dikkati çeken bir diğer nokta AİHK'nın geçici önlem göstermiş olmasıdır. Başvurucunun sağlık durumu temelli bir iade vakası olduğu dikkate alındığında, Strasbourg uygulaması bakımından örneğine sık rastlanmayan bir durum ile karşı karşıya olunduğu daha net şekilde ortaya çıkmaktadır. Vakadaki geçici önlem uygulamasına ilişkin ayrıntılı inceleme için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Usul Hukukunda Geçici Önlem – Birinci Kitap – Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Sisteminde Geçici Önlem**, İstanbul, Legal, 2007, s. 250-251.

⁴² "*D. v. the United Kingdom*", (Application No. 30240/96), Judgment, 02/05/1997.

tespitinde bulunmasını müteakip vakayı Mahkeme'ye iletmiştir.⁴³ AİHM de Komisyon'a paralel olarak başvurunun gönderilmesi kararının uygulanması halinde söz konusu tasarrufun Md. 3'e aykırılık teşkil edeceğine hükmetmiştir. AİHM'nin hükmü iki temel noktanın üzerine inşa edilmiştir: Başvurucunun içinde bulunduğu "istisnai şartlar" ve "insancıl mülahazalar" (Hüküm, paras. 53, 54). Acımasız olmak pahasına şu tespit yapılmalıdır ki; Mahkeme'nin kararında belirleyici olan gerçek parametre başvurunun ölmekte olmasıdır.

Dolayısıyla da söz konusu vakada Strasbourg'un güvence altına almış olduğu hak, işkence ve kötü muamele yasağı ya da dolaylı şekilde sağlık hakkının bir unsuru olan "sağlık bakımı hakkı" değil "insani şartlarda ölme hakkı"dır⁴⁴. Gerek Komisyon ve Mahkeme'nin başvurunun ihlal iddiasında bulundukları Sözleşmesel haklara ilişkin olarak yaptıkları değerlendirmeler gerekse de "*D. v. the United Kingdom*"dan sonra önüne gelen vakalarda Mahkeme'nin tutumu zikredilen kanıyı ispatlamaktadır.

Yukarıda da belirtildiği üzere başvurunun ihlal edildiğini ileri sürdüğü haklar arasından her iki organın da ihlal saptadığı hak işkence ve kötü muamele yasağıdır. AİHK ve AİHM, yaşam hakkı ihlali iddiasını kabul etmemişlerdir; zira başvuru Birleşik Krallık'tan gönderilmese dahi kısa bir süre içinde (hüküm tarihi itibarıyla uzman doktorlara göre kalan ömrü yedi ile on bir ay arasındadır) yaşamını yitirecektir. Dolayısıyla gönderme tasarrufu ile başvurunun yaşamını yitirmesi arasında nedensellik bağı yoktur. Bununla birlikte muhatap Devletin tasarrufu, Md. 3 ihlalinin içtihadı bir gereği olarak "asgari şiddet derecesine"⁴⁵ ulaşmıştır ki; ihlal Md. 8'den değil Md. 3'ten bulunmuştur. Bu noktada Komisyon'un Mahkeme önündeki delegasyonunun Mahkeme'den Md. 3 ihlali tespit etmemesi halinde Md. 8 ihlali iddiasını kabul etmesini talep ettiği de belirtilmelidir (Hüküm, para. 63).⁴⁶

⁴³ "*D. v. the United Kingdom*", (Application No. 3040/96), Report of the Commission, 15/10/1996.

⁴⁴ Birleşik Krallık, yaptığı bir savunmada bu tür vakalarda odağın "onurlu ölüm" olduğunu ileri sürmüştür. Bkz. "*N. v. the United Kingdom*", (Application No. 26565/05), Judgment (GC), 27/05/2008, para. 24.

⁴⁵ AİHM'nin "asgari şiddet derecesi" ölçütüne ilişkin olarak bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Işığında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Madde 3/İşkence Yasağı) Analizi**, Ankara, Ankara Barosu Yay., 2006, s. 217-221.

⁴⁶ Bu vaka AİHS Md. 3. ve Md. 8 arasındaki ilişkiyi Strasbourg organlarının nasıl yorumlandıklarına dair bir örnek teşkil etmektedir. İki madde arasındaki özel hüküm-genel hüküm ilişkisi için bkz. H.

Önüne gelen diğer HIV/AIDS temelli sınır dışı/iade vakalarında Mahkeme ya da Komisyon'un, bir tek istisna hariç, ihlal tespitinde bulunduğu başka bir örnek bulunmamaktadır. Söz konusu tek istisna ise Komisyon tarafından ihlal tespitinde bulunulmuş ve fakat Mahkeme tarafından listeden çıkarma kararı verilmiş olan “*B. B. v. France*” vakasıdır.⁴⁷ İhlal tespiti bir yana Mahkeme, önüne gelen bu türden vakaları esastan incelemeye geçmeden, kabul edilebilirlik aşamasında “açıkça temelsiz” (*manifestly ill-founded*) olduklarına dayanarak kabul edilmez bulmuştur.⁴⁸ Bu vakaların tümünde, aslında Mahkeme'nin esasa ilişkin bir değerlendirme yapmış olduğunun da altı çizilmelidir.

Nihayet “*N. v. the United Kingdom*”⁴⁹ vakasına ilişkin olarak 2008 yılında verdiği hükümle Büyük Daire'nin de söz konusu ölçütleri kabul etmesiyle, yerleşik bir içtihadi standardın varlığı şüpheyi yer bırakmayacak şekilde somutlaştırmıştır. Mahkeme'nin zikredilen vakalardaki yaklaşımı bir arada değerlendirildiğinde Md. 3 ihlali için şu dört ölçütün bulunması gerektiği saptanmaktadır: Başvurucunun, 1) muzdarip olduğu hastalığın son/terminal aşamasında olması; 2) gönderileceği ülkede ilkesel olarak da olsa yeterli tedavinin var olduğunun tespit edilememesi; 3) gönderileceği ülkede kendisiyle ilgilenebilecek bir yakınının (yakın arkadaş ya da akraba) olmaması; ve 4) gönderileceği ülkede yaşamını sürdürebilmesi için gerekli ekonomik imkanlardan yoksun olması. Söz konusu şartların bulunmaması halinde başvurucunun “gönderileceği ülkedeki şartlar bulunduğu ülkedekinden daha kötü de olsa bu durum Sözleşme Md. 3 bakımından belirleyici olamaz(z)”.

Bu meselelerin yanı sıra, söz konusu davaların sadece HIV/AIDS ile sınırlı olmadığı da söylenmesi gerekmektedir. Yukarıdaki ölçütler geçerli olduğu

Burak Gemalmaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve Türk Hukukunda Çocuğun Bedensel Cezaya Karşı Korunması*, İstanbul, Legal, 2005, s. 121-124.

⁴⁷ “*B. B. c. la France*”, (Requête No. 30930/96), Rapport de la Commission, 09/03/1998; “*B. B. v. France*”, (47/1998/950/1165), Judgment, 07/09/1998.

⁴⁸ “*Karara v. Finland*”, (Application No. 40900/98), Decision on Admissibility, 29/05/1998; “*S.C.C. v. Sweden*”, (Application No. 46553/99), Decision on Admissibility, 15/02/2000; “*Arcila Henao v. the Netherlands*”, (Application No. 13669/03), Decision on Admissibility, 24/06/2003; “*Ndangoya v. Sweden*”, (Application No. 17868/03), Decision on Admissibility, 22/06/2004; “*Amegnigan v. the Netherlands*”, (Application No. 25629/04), Decision on Admissibility, 25/11/2004.

⁴⁹ “*N. v. the United Kingdom*”, (Application No. 26565/05), Judgment (GC), 27/05/2008.

takdirde, başka hastalıklar bakımından da sınır dışı/iade tasarrufu Md. 3 çerçevesinde bir sorun doğurabilir AİHM'nin "*Bensaid v. the United Kingdom*"⁵⁰ vakasındaki tutumu, "D." vakasında oluşturduğu ölçütleri yalnızca HIV/AIDS ile sınırlı olmayacak şekilde sağlık durumuna ilişkin tüm vakalarda da kullanacağını göstergesidir. Söz konusu vakada başvuru şizofreni hastasıdır. Hakkında verilmiş olan Cezayir'e gönderilme kararının uygulanmasının, *inter alia*, Md. 3 ihlaline yol açacağını ileri sürmüş; buna karşılık Mahkeme ise "vakanın '*D. v. the United Kingdom*'ın istisnai koşullarını taşıması sebebiyle" ihlal tespitinde bulunmamıştır.

b. Mahpusların Tıbbi Bakım Hakkı

Mahpusluk ya da özgürlüğünden alıkonma, kişiyi özgürlükten yoksun bırakır. Bu durum hiç şüphe yok ki, mahpusların diğer insan haklarını kullanmalarının önünde kimi engeller oluşturabilir. Yine de Devletlerin mahpusları diğer insan haklarından kategorik olarak yoksun bırakması söz konusu olamaz.⁵¹

Çeşitli sözleşme organlarının bu konuya ilişkin içtihatlarından örnekler vermeden önce bir noktanın belirtilmesi gerekir. Her ne kadar başlık işkence yasağı olarak belirlenmişse de; MSHS'de mahpusların treatmentına ilişkin spesifik bir hüküm öngörüldüğü not edilmelidir. Söz konusu hüküm MSHS Md. 10'dur.⁵² Dolayısıyla da

⁵⁰ "*Bensaid v. the United Kingdom*", (Application No. 44599/98), Judgment, 06/02/2001.

⁵¹ Piet Hein van Kempen, "Positive Obligations to Ensure the Human Rights of Prisoners", **Prison Policy and Prisoners' Rights**, Peter J.P. Tak, Manon Jendly (eds.), Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2008, s. 23.

⁵² MSHS'nin öngördüğü söz konusu hüküm şöyledir:

Madde 10

1. Özgürlüğünden yoksun bırakılan herkese insani biçimde ve her insanın doğuştan sahip olduğu/(insan olma sıfatına yerleşik) onuruna saygı gösterilerek muamelede bulunulacaktır.
2. (a) Suç isnat edilen kişiler/(sanıklar), istisnai haller dışında, mahkum edilmiş kişilerden ayrı (yerde) tutulacaklar ve mahkum edilmemiş kişiler olarak kendi statülerine uygun biçimde ayrı muameleye tabi tutulacaklardır.
(b) Suç isnat edilen küçük-genç kişiler yetişkinlerden ayrı (yerde) tutulacaklar ve haklarında mümkün olan en hızlı şekilde karar verilmesi için yargı makamı önüne çıkartılacaklardır.
3. Ceza infaz sistemi/(rejimi), mahpusların ıslahı ve topluma yeniden kazandırılmaları temel amacına yönelik uygulamayı içerecektir. Küçük-genç suçlular, yetişkinlerden ayrı (yerde) tutulacaklar ve yaşlarına ve yasal statülerine uygun muameleye tabi tutulacaklardır.

mesele, MSHS organı İHK önünde Md. 7’de öngörülen işkence ve kötü muamele yasağını tamamlayıcı nitelikte olan⁵³ bu madde çerçevesinde ele alınmaktadır.⁵⁴

Bir mahpusun, hastalığının belirli bir şekilde tedavisinin yapılmadığı iddiasına dayanan başvurusunda İHK, her koşulda taraf Devletin alıkoyduğu kişilerin yaşamından ve esenliğinden sorumlu olduğunu belirtmiştir.⁵⁵ Komite önüne gelen bireysel şikayet başvurularının yanı sıra mahpusların sağlık ihtiyaçlarının karşılanmasına ilişkin standartlarını, ürettiği genel yorumlarla da ortaya koymaktadır.

İHK’nin genel yorum yoluyla bu konuya ilişkin olarak ürettiği standart, hamile mahpuslara ilişkindir. Komite’ye göre özgürlüğünden yoksun bırakılan hamile kadınlara, her zaman ve özellikle de doğum esnasında ve yenidoğan çocuklarına bakarlarken, insani muamelede bulunulacak ve doğuştan sahip oldukları onura saygı gösterilecektir; taraf Devletler raporlarında, bunları temin etmeye ve bu gibi annelere ve çocuklarına sağlanan tıbbi bakım ve sağlık bakımına ilişkin bilgi vermelidirler.⁵⁶

Mahpusların sağlık hakkına ilişkin olarak ürettiği standartları ele alınması gereken bir diğer denetim organı “*Avrupa İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesi*”nin⁵⁷ (AİÖS) kurduğu Avrupa İşkencenin Önlenmesi Komitesi’dir (AİÖK)⁵⁸.

AİÖK’ye göre [bir hapishanedeki] “yetersiz bir düzeydeki sağlık bakımı çabucak, insanlıkdışı ve aşağılayıcı muamele teriminin kapsamına giren durumlara

⁵³ General Comment No. 09: Humane treatment of persons deprived of liberty (Art. 10), HRC, 30/07/1982, para. 1.

⁵⁴ MSHS Md. 10 hakkında bilgi için bkz. Sarah Joseph, v.d., **The International Covenant on Civil and Political Rights – Cases, Materials, and Commentary**, United States, Oxford University Press, 2005 (Second Edition), s. 274-292.

⁵⁵ “*Valery I. Fabrikant v. Canada*”, (Communication No. 970/2001), CCPR/C/79/D/970/2001, 11 November 2003 para. 9.

⁵⁶ General Comment No. 28: Equality of rights between men and women (article 3), CCPR/C/21/Rev.1/Add.10, 29 March 2000, para. 15.

⁵⁷ “*Avrupa İşkencenin ve İnsanlıkdışı ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezanın Önlenmesi Sözleşmesi*” (“*European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*”) 26/11/1987 tarihinde imzaya açılmış ve 01/02/1989 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁵⁸ Tam adı Avrupa İşkencenin ve İnsanlıkdışı ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezanın Önlenmesi Komitesi’dir.

yol açabilir”. Dolayısıyla da “mahpusların, toplumda yaşayan insanların bütünü ile aynı tıbbi bakım düzeyine hak sahibi oldukları genel ilkesi”nin önemi vurgulanmalıdır.⁵⁹ Mahpusların sağlık hakkına ilişkin Avrupa Konseyi düzlemindeki en geniş düzenleme, Bakanlar Komitesi tavsiyesi formunda üretilen 2006 tarihli “*Avrupa Hapishane Kuralları*”dır (AHK).⁶⁰ Başlangıç kısmında AİHM ve AİÖK içtihatlarına gönderme yapılan bu belgeye göre, “(h)apishane yetkilileri, sorumlulukları altında bulunan tüm mahpusların sağlığını güvence altına alacaklardır” (para. 39). Söz konusu yükümlülüğün somut görünümü olarak “(h)apishanedeki tıbbi hizmetler, mahpusların muzdarip olabilecekleri fiziksel yahut zihinsel hastalık yahut bozuklukları saptamak ve tedavi etmeye çaba gösterecekler” (para. 40.4) ve “(b)u amaç doğrultusunda mahpusa, toplumda ulaşılabilir olanlar da dahil olmak üzere, gerekli tüm tıbbi, cerrahi ve psikiyatrik hizmetler sağlanacaktır” (para. 40.5). Söz konusu yükümlülüklere aykırı olarak; “yeterli tıbbi tedavinin yahut bazı vakalarda bir kişinin tıbbi gerekçelerle tahliyesinin sağlanmaması, izinsiz tıbbi deneyler yahut bazı vakalarda rıza olmaksızın tıbbi tedavi gerçekleştirilmesi, alıkonan bir kişinin kasıtlı şekilde besinden mahrum bırakılması yahut bazı vakalarda zorla besleme”⁶¹ kötü muamele yasağının ihlaline yol açar.

⁵⁹ 3rd General Report on the CPT's activities covering the period 1 January to 31 December 1992, CPT/Inf (93) 12 [EN], Publication Date: 4 June 1993 paras. 30-31. Belgenin yer aldığı derleme için bkz. The CPT Standards: “Substantive” Sections of the CPT’s General Reports, Strasbourg, Council of Europe, CPT/Inf/E (2002) 1 - Rev. 2009, December 2009.

⁶⁰ **Recommendation Rec(2006)2 of the Committee of Ministers to Member States on the European Prison Rules**, (Adopted by the Committee of Ministers on 11 January 2006 at the 952nd meeting of the Ministers' Deputies). Bu belgeye öngerecek şekilde Avrupa Konseyi tarafından üretilen belgelerin ilki 1973 tarihli “*Mahpusların Tretmanına İlişkin Asgari Standart Kurallar*”dır: **Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners**, Resolution (73)5, (Adopted by the Committee of Ministers on 19 January 1973 at the 217th meeting of the Ministers' Deputies). Söz konusu belgenin 21-26. paragraflarının “tıbbi hizmetler”i düzenlediğinin belirtilmesi gerekmektedir. “*Avrupa Hapishane Kuralları*” isimli ilk belge ise 1987 tarihli: **RECOMMENDATION No. R (87)3 of the Committee of Ministers to Member States on the European Prison Rules**, (Adopted by the Committee of Ministers on 12 February 1987 at the 404th meeting of the Ministers' Deputies). Bu belge de, 26-32. paragraflarında “tıbbi hizmetler”i düzenlemektedir. Söz konusu belgenin Türkçe çevirisi için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **İşkence Yasağına İlişkin Ulusalüstü Belgeler**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2002, s. 229-249.

⁶¹ Söz konusu kategoriler için bkz. Sir Nigel Rodley (Matt Polard ile birlikte), **The Treatment of Prisoners under International Law**, United States, Oxford University Press, 2009 (Third edition), s. 407.

AİHS çerçevesinde Devletlerin mahpusların sağlık durumlarına ilişkin yükümlülükleri mahpusların sağlık durumlarının korunması ve hastalığa yakalanmış olan mahpusların tıbbi bakıma erişimlerinin temin edilmesi olarak somutlaşmaktadır. “(T)emel hijyene hiçbir özen gösterilmeksizin, sağlıksız bir çevrede alıkonmuş ol(duğu) ... şartların [başvurucunun] sağlığı ve esenliği üzerinde doğurduğu zararlı etkiler, aşağılayıcı muamele”ye yol açabilir.⁶² AİHM’ye göre Sözleşme Md. 3 “bir mahpusun sağlık gerekçesiyle salıverilmesi yahut belli bir tür tedavi görmesini mümkün kılmak üzere sivil bir hastaneye nakledilmesi şeklinde bir genel yükümlülük getiriyor olarak yorumlanamaz”⁶³; bununla birlikte “Devlet, bir kişinin insan onuruna uygun şartlarda alıkonmasını, (...) başka şeylerin yanı sıra, *gerekli tıbbi yardımı sağlamak suretiyle sağlık ve esenliğinin yeterli şekilde korunmasını temin etmek zorundadır*”.⁶⁴ Belirtmek gerekir ki, taraf Devletler yalnızca sağlık durumu kötü olan mahpuslara uygun tıbbi yardımı sağlamak değil ve fakat gerektiğinde tam/eksiksiz tedaviyi makul bir süre içinde sunmak yükümlülüğü altındadırlar.⁶⁵

Mahkeme, Devletin mahpusa sağlayacağı gerekli sağlık bakımının standardının tanımı meselesini, her bir vaka özelinde karar vererek kendisine bir esneklik tanımaktadır. Bununla birlikte söz konusu standart, mahpusun insan onuruna uygun olmak ve fakat aynı zamanda mahpusluğun pratik gerekliliklerini dikkate almak zorundadır.⁶⁶ “(B)aşvurucuya, açıkça ihtiyacı bulunması ve talep etmiş olması durumunda, temel tıbbi yardımın sağlanmamasının yanı sıra bağımsız uzmanlaşmış tıbbi yardıma izin verilmesinin reddedilmesi (...) Sözleşme Madde 3 anlamında aşağılayıcı muamele boyutuna var(abilir)”.⁶⁷

⁶² “*Nevmerzhitsky v. Ukraine*”, (Application No. 54825/00), Judgment, 05/04/2005, para. 87.

⁶³ Hükümün çevirisi için bkz. Gemalmaz, **Md. 3 Yasağı Analizi**, s. 269.

⁶⁴ “*Kudla v. Poland*”, (Application No. 30210/96), Judgment, 26/10/2000, paras. 93-94. (vurgu eklenmiştir)

⁶⁵ “*Paladi v. Moldova*”, (Application No. 39806/05), Judgment, 10/07/2007, paras. 81, 85. Vaka Büyük Daire önünde de görülmüştür. Büyük Daire kararı için bkz. “*Paladi v. Moldova*”, (Application No. 39806/05), Judgment (GC), 10/03/2009.

⁶⁶ “*Gladkiy v. Russia*”, (Application No. 3242/03), Judgment, 21/12/2010, para. 85.

⁶⁷ “*Sarban v. Moldova*”, (Application No. 3456/05), Judgment, 04/10/2005, para. 90.

AİHM'ye göre belirli şartlar altında elverişsiz sağlık durumuna karşılık kişinin mahpusluğunun sürmesi Md. 3 ihlali sonucunu doğurabilir. “*Mousiel v. France*”⁶⁸ vakasında başvuru lösemi teşhisi konmuş bir hükümlüdür. Lösemi teşhisi konduktan sonra sağlık durumu nedeniyle yaptığı tüm başvurular muhatap hükümet makamları tarafından reddedilmiş olan başvuru Md. 3 ihlali iddiasında bulunmuştur. Mahkeme başvurucuya kanser teşhisi konması ile şartlı tahliye edilmesi arasında geçen iki yıldan biraz daha fazla (toplam 804 gün) olan süreyi ve başvuru bu dönemde tedavi görürken muhatap olduğu muameleyi (*inter alia*, hapisaneye taşınma koşulları, tedavi esnasında kelepçe uygulanması) dikkate almıştır. Bu olgular ışığında AİHM, “ulusal makamların başvuru kişinin sağlığına, Sözleşme Madde 3’e aykırı muameleden muzdarip olmasını temin etmek üzere, yeterli özeni göstermemiş oldukları” ve nihayet “[söz konusu] şartlar içinde alıkonmuş olmasından dolayı insanlık dışı ve aşağılayıcı muameleye tabi tutulmuş olduğu” tespitinde bulunmuştur (para. 48). Dolayısıyla Mahkeme’ye göre belirli durumlarda Md. 3 mahpusun salıverilmesini gerektirir. Bunun yanında sağlık durumu, ilerlemiş yaş ve engellilik ile bir araya geldiğinde, bir mahpusun alıkonmasının sürdürülmesi Sözleşme Md. 3’e aykırılık teşkil edebilir.⁶⁹

Mahpusların sağlık durumlarına ilişkin hakları, tek başına tıbbi bakıma erişme hakkı ile sınırlı değildir. Bunun da ötesinde, tabi tutuldukları tıbbi bakımın belirli standartlarda olması hakkı da bu kapsama dahildir. “*Filiz Uyan v. Turkey*”⁷⁰ vakasında başvuru, terör örgütü üyeliğinden dolayı 22 yıl hapis cezasına çarptırılmıştır. Hapishane doktorunun sevgiyle bir jinekolog tarafından ultrason taramasından geçirilmek üzere hastaneye götürülen Bayan Uyan’ın, muayene esnasında, güvenlik nedeniyle, kelepçeleri çıkartılmamış ve erkek güvenlik görevlileri muayene odasını terk etmemişlerdir. Bunun üzerine Bayan Uyan, muayene yapılmasına rıza göstermemiş ve muayene yapılmamıştır. AİHM söz konusu önlemlerin orantısız olduğunu ileri sürerek (para. 32) “her ne kadar muayene gerçekleşmemiş de olsa... [söz konusu] güvenlik şartlarının başvuru, kişisel

⁶⁸ “*Mousiel v. France*”, (App. No. 67263/01), Judgment, 14/11/2002.

⁶⁹ “*Farbutuhs c. Lettonie*”, (Requête No. 4672/02), Arrêt, 02/12/2004, para. 61.

⁷⁰ “*Filiz Uyan v. Turkey*”, (Application No. 7496/03), Judgment, 08/01/2009.

onuruna zarar verebilecek olan aşağılanma ve ıstıraba yol açmış olması gerektiği(ne)” dayanarak Md. 3 ihlali tespit etmiştir (paras. 34-35).

3. Özel Yaşama Saygı Gösterilmesi Hakkı

Özel yaşama saygı gösterilmesi hakkı temel olarak kişinin, yaşamını kamusal makamların müdahalesi olmaksızın istediği biçimde sürdürmesini korumaktadır. Bununla birlikte sözleşme organları, hakkın yalnızca bununla sınırlı olmadığını ve başkalarıyla ilişki kurmayı ve geliştirmeyi de kapsadığını kabul etmektedirler.⁷¹

Özel yaşam kavramının kapsadığı konular, sözleşme organları tarafından oldukça geniş biçimde yorumlanmaktadır. Kişinin kimliğine ilişkin bilgi ve kayıtlar, cinsel yaşam (eşcinsellik, kürtaj, vs.), fiziksel ve ruhsal bütünlük, kişinin adı ve fotoğrafı özel yaşam kapsamında değerlendirilen konulara örnek olarak verilebilir.⁷² Özel yaşamın bu çalışma bakımından asıl önemli unsuru ise kişinin fiziksel ve ruhsal bütünlüğüdür. Özel yaşam kişinin maddi ve manevi bütünlüğünü de kapsamaktadır.⁷³

a. Tıbbi Müdahaleler

ESKHK’nin Genel Yorum No.14’te ifade ettiği şekilde sağlık hakkı “kişinin cinsel özgürlük ve üreme özgürlüğü de dahil olmak üzere, kendi sağlığı ve vücudu üzerinde söz sahibi olma hakkını” içermektedir.⁷⁴ Sağlık hakkı ve özel yaşama saygı hakkı arasındaki ilk bağ bu noktada, yani kişinin kendi vücudu üzerinde söz sahibi olma hakkı ile kurulmaktadır. Zira bu hak AİHM içtihatlarına göre özel yaşamın korunması hakkını düzenleyen AİHS Md. 8 kapsamında değerlendirilmektedir.

⁷¹ AİHS’nin bu yöndeki bir içtihadı için bkz. “*Niemietz v. Germany*”, (Application No. 13710/88), Judgment, 16/12/1992, para. 29.

⁷² Şeref Gözübüyük, Feyyaz Gölcüklü, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Uygulaması**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2005 (6. Bası), s. 335. Ayrıca bu hakkı öngören AİHS Md. 8 için bkz. Ursula Kilkelly, **The Right to Respect for Private Life and Family Life: A Guide to the Implementation of Article 8 of the European Convention on Human Rights**, Germany, Council of Europe, 2003.

⁷³ “*X and Y v. Netherlands*”, (Application No. 8978/80), Judgment, 26/03/1985, para. 22; “*Y. v. the United Kingdom*”, (Application No. 14229/88), Report of the Commission, 08/10/1991, para. 36. “*Costello-Roberts v. the United Kingdom*”, (Application No. 13134/87), Judgment, 25/03/1993, paras. 33-36.

⁷⁴ **Genel Yorum No. 14**, para. 8.

Kişinin kendi sağlığı ve vücudu üzerinde söz sahibi olmak hakkının en somut tezahürü ise tıbbi müdahalelere izin meselesidir. AİHM’ye göre rıza hilafına tıbbi müdahale özel yaşama, özellikle de fiziksel bütünlüğe saygı hakkına müdahaledir.⁷⁵ Dolayısıyla da rıza hilafına tıbbi müdahale ancak; yasallık, sınırlı sayılmış sınırlama ölçütlerine dayanma ve sınırlamanın sınırı ölçütlerini aşmamadan oluşan sınırlama rejiminin gerekliliklerinin yerine getirilmesi halinde Sözleşmesel yükümlülüklerle aykırılık oluşturmaz. Bu gerekliliklerin herhangi birinin yerine getirilmemiş olması durumunda ise tıbbi müdahale, Sözleşme Md. 8 ihlalini sonuçlayacaktır.

b. Çevre Kirlenmesi

Özel yaşam çerçevesinde korunan ve sağlık hakkıyla yakından ilişkili olan bir başka önemli nokta çevrenin korunması meselesidir. Bilindiği üzere AİHS çevre hakkını düzenlememektedir. Bununla birlikte AİHM önüne gelen vakalarda çevresel meseleleri, *inter alia*, Md. 8 kapsamında değerlendirmektedir. Bu tür kararlarından bazı örnekler verilmesiyle, mesele daha somut bir şekilde ortaya konabilir.

Öncelikle Mahkeme’nin bu konudaki temel ölçütünün çevrenin genel olarak bozulması değil, çevre kirliliğinin Md. 8/1’de güvence altına alınan haklardan birini olumsuz yönde etkilemesi olduğunun vurgulanması gerekmektedir. Zira AİHS çevreye genel bir koruma sağlamak üzere tasarlanmamıştır.⁷⁶ Dolayısıyla bireyin özel yaşamının ya da aile yaşamının etkilenmediği durumlar AİHM’nin sağladığı korumanın dışında kalmaktadır.

Söz konusu genel standardın ardından çevre ve sağlığa ilişkin spesifik noktaların belirtilmesi gerekir. Bu bağlamda Md. 8’den kaynaklanan yükümlülüklerden biri, çevreye ve dolayısıyla sağlığa zarar verme tehlikesi taşıyan

⁷⁵ “*Glass v. The United Kingdom*”, (Application No. 61827/00), Judgment, 09/03/2004, para. 70.

⁷⁶ “*Kyrtatos v. Greece*”, (Application No. 41666/98), Judgment, 22/05/2003, para. 52. “...the crucial element which must be present in determining whether, in the circumstances of a case, environmental pollution has adversely affected one of the rights safeguarded by paragraph 1 of Article 8 is the existence of a harmful effect on a person’s private or family sphere and not simply the general deterioration of the environment. Neither Article 8 nor any of the other Articles of the Convention are specifically designed to provide general protection of the environment as such; to that effect, other international instruments and domestic legislation are more pertinent in dealing with this particular aspect.” (vurgular eklenmiştir)

eylemlere ilişkin olarak mevcut faaliyetlerin olası sonuçlarından etkilenme riski taşıyan kişilerin bu yönde bilgilendirilmesidir. Söz konusu yükümlülük, Devletin Md. 8’den kaynaklanan pozitif yükümlülüğüdür.⁷⁷

Bir sonraki nokta çevre kirliliğidir. AİHM’ye göre ağır çevre kirliliği bireyleri, esenliklerini etkilemek suretiyle özel yaşam ve aile yaşamlarına saygı haklarından yararlanmalarından alıkoyabilir. Üstelik Mahkeme’ye göre; bu sonuca ulaşmak için göre söz konusu kirlenmenin sağlığı ciddi şekilde tehlikeye atması gerekmemektedir.⁷⁸

AİHS Md. 8 çerçevesinde değerlendirilen çevre kirliliği gürültüden kaynaklanan ses kirliliğini de kapsamaktadır. Bu bağlamda Mahkeme, hava trafiği kaynaklı gürültüyü Md. 8 çerçevesinde ele almaktadır.⁷⁹

4. Birinci Kuşak Hakların Kayıtlanması Ölçütü Olarak Sağlık

İnsan hakları hukukunda sağlık kavramı yalnızca bir hak olarak karşımıza çıkmamakta ve fakat bunun yanında çeşitli birinci kuşak hakların kayıtlanmasında ölçüt olarak da kullanılmaktadır. Bilindiği üzere insan hakları hukukunda hakların kayıtlanması, olağan rejimlerde hakların sınırlandırılması ve olağanüstü/istisnai rejimlerde ise hakların askıya alınmasının üst başlığı olarak kullanılmaktadır. Sağlık, gerek hakların sınırlandırılması ölçütü olarak “genel sağlık” yahut “halk sağlığı” şeklinde, gerekse de hakların askıya alınmasını sonuçlayabilecek istisnai rejime geçiş gerekçesi olarak “ulusun yaşamını tehdit eden olağanüstü koşullar” şeklinde

⁷⁷ “*Guerra and Others v. Italy*”, (116/1996/735/932), Judgment, 19/02/1998, para. 60. Ayrıca bkz. “*Mcginley and Egan v. The United Kingdom*”, (10/1997/794/995-996), Judgment, 09/06/1998, para. 101. “Where a Government engages in *hazardous activities*, such as those in issue in the present case, which might have *hidden adverse consequences on the health* of those involved in such activities, *respect for private and family life* under Article 8 requires that an effective and accessible procedure be established which enables such persons to seek *all relevant and appropriate information*.” (vurgu eklenmiştir). Oldukça benzer bir başka vaka için bkz. “*Roche v. the United Kingdom*”, (Application No. 32555/96), Judgment, 19/10/2005.

⁷⁸ “*López Ostra v. Spain*”, (Application No. 16798/90), Judgment, 09/12/1994, para. 51. “Naturally, severe environmental pollution may affect individuals’ well-being and prevent them from enjoying their homes in such a way as to affect their private and family life adversely, without, however, seriously endangering their health.”

⁷⁹ “*Powell and Rayner v. the United Kingdom*”, (Application no. 9310/81), Judgment, 21/02/1990; “*Hatton and Others v. the United Kingdom*”, (Application no. 36022/97), (GC) Judgment, 08/07/2003.

kendisini gösterebilir.⁸⁰ Çeşitli insan haklarının sınırı olarak sağlığın, sağlık hakkının kapsamı ve etkinleştirilmesinde kullanılabilecek enstrümanlar sağlayıp sağlamadığı meselesi bu başlık altında ele alınmaya çalışılacaktır.

Birinci kuşak sözleşme sistemlerinde, sınırlama ölçütü olarak kullanılan “sağlık” kavramının hangi maddelerde ve hangi formülasyonla kullanıldığı aşağıdaki tabloda gösterilmiştir:

	“Genel sağlık”	“Halk/kamu sağlığı”	“Bulaşıcı hastalıkların yayılmasının önlenmesi	“Sağlığın korunması”	“Sağlığın yararı”
MSHS	(Md. 18, 19)	(Md. 12, 21, 22)			
AİHS	(Md. 9)		(Md. 5)	(Md. 8, 10, 11)	
AİHS/P-4				(Md.2)	
AmeİHS	(Md. 12)	(Md. 13, 15)			
AİHHŞ		(Md. 12)			(Md. 11)

Eklemek gerekir ki, ESKHK, grev hakkının sınırlandırılabilmesinin koşullarını sayarken bir sınırlama ölçütü olarak “kamu/halk sağlığı”nı da zikretmektedir.⁸¹ Böylelikle sağlık, birinci kuşak hakların yanı sıra bir ikinci kuşak hakkın sınırlama ölçütü olarak da işlevselleştirilmiş olmaktadır.

MSHS’de düzenlenen hakların kayıtlanması rejimine ilişkin olarak hazırlanan “Siracusa İlkeleri”ne⁸² göre sınırlama ölçütü olarak “*halk/kamu sağlığına*; bir devletin, nüfusun yahut nüfusun bireysel üyelerinin sağlığına yönelik ciddi bir tehdidin üstesinden gelecek önlemler almasına imkan vermek üzere, belirli hakların sınırlandırılması için bir dayanak olarak başvurulabilir. Bu önlemler spesifik olarak hastalığın yahut yaralanmanın önlenmesi yahut *hasta ve yaralılara bakım*

⁸⁰ Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda ve Türk Hukukunda Olağanüstü Rejim Standartları**, İstanbul, Beta Yay., 1994 (Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası), s. 28-29.

⁸¹ Committee on Economic Social and Cultural Rights, Report on the Thirty-sixth and Thirty-seventh Sessions, (1-19 May 2006, 6-24 November 2006), E/2007/22, E/C.12/2006/1, 2007, s. 33, para. 189.

⁸² “Siracusa Principles on the Limitation and Derogation of Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights”, **Human Rights Quarterly**, Vol. 7, Issue 1, 1985, s. 3-14.

sağlanmasını amaçlamalıdır (para. 25). Dünya Sağlık Örgütü düzenlemelerine gereken uyum gözetilecektir (para. 26)” (vurgu eklenmiştir).

Uluslararası doktrinde Ssenyonjo, “halk/kamu sağlığının korunmasının bireysel insan haklarının sınırlandırılmasında meşru bir zemin oluşturarak”, sağlığa ilişkin uluslararası insan hakları hukuku düzenlemelerinin bir bölümü olduğunu ileri sürmüştür.⁸³ Bunun da ötesinde, AİHS Md. 8-11’in sınırlama ölçütleri arasında “sağlığın korunması”na yer verilmek suretiyle sağlık hakkının zımni bir şekilde öngörülmüş olduğunu ileri süren görüşlere de rastlanmaktadır.⁸⁴

Sağlığın bir sınırlama ölçütü olarak yer bulması, sözleşme yapıcıların gözünde dolayısıyla da gerek uluslararası hukuk gerekse de ulusalüstü insan hakları hukukundaki önemine işaret etmektedir. Buna şüphe yoktur. Ancak burada tartışılması gereken mesele, sınırlama ölçütü olarak sağlık ile sağlık hakkı arasında bir bağ olup olmadığıdır. Böyle bir bağın varlığı tespit edilmeden, sağlık hakkına ilişkin herhangi bir sonuca varmak mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla da, sağlığın bir kayıtlama ölçütü olarak kullanıldığı her bir tekil vakada kullanılan sınırlama ölçütü ile sağlık hakkının unsurlarının kesişip kesişmediğinin ele alınması gerekmektedir.

Somut bir örnek meseleyi açıklığa kavuşturabilir. Zorunlu aşılama Devletler tarafından bulaşıcı hastalıklarla mücadelede kullanılan başlıca yöntemlerden biridir. Zorunlu olmasından dolayı kişinin, ya da ebeveyninin, rızası aranmaz ve hatta rıza hilafına gerçekleştirilir. Rıza hilafına tıbbi müdahalelerin ise yukarıda açıklandığı üzere özel yaşama saygı gösterilmesi hakkına müdahale olduğuna şüphe yoktur. Böyle bir durumda, özel yaşama saygı gösterilmesi hakkı “sağlığın korunması” meşru sınırlama ölçütü kullanılarak sınırlanmış ve hak ihlali ortaya çıkmamış olacaktır.⁸⁵ Salgın hastalıklarla mücadelenin sağlık hakkının unsurlarından biri

⁸³ Manisuli Ssenyonjo, **Economic, Social and Cultural Rights in International Law**, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2009, s. 314.

⁸⁴ F. Michael Willis, “Economic Development, Environmental Protection, and the Right to Health”, **The Georgetown International Environmental Law Review**, Vol. 9, Issue 1, 1996-1997, s. 203.

⁸⁵ Karş. Toebes, **The Right to Health as a Human Right in International Law**, s. 274. Yazar aynı örneği sağlık hakkı ve özel yaşama saygı arasındaki çatışma için kullanmaktadır.

olduğu dikkate alındığında, Devletin özel yaşama müdahalesi ile sağlık hakkından kaynaklanan bir yükümlülüğü kesişmiş görünmektedir.

Bu tür bir konusal kesişme durumunda dahi özel yaşama saygı hakkının sınırlanması ile sağlık hakkının korunduğunu ileri sürmek mümkün değildir. Zira böyle bir mülhaza ilişkiyi tersten kurmak anlamına gelmektedir; çünkü özel yaşama müdahale sağlık hakkının gerçekleştirilmesine yönelik bir faaliyetin sonucu olarak ortaya çıkmaktadır.

C. Diğer İkinci Kuşak Haklarla İlişkisi

Bu başlık altında sağlık hakkı ile yakın ilişkisi olan ikinci kuşak haklar ele alınacaktır. İnsan haklarının bölünmezliği yalnızca farklı kuşak haklar arasında değil ve fakat aynı kuşak haklar arasında da geçerlidir. Sağlık hakkının diğer sosyal haklar ile bağını ortaya koymanın ilk bakışta fark edilemeyebilecek önemi, sağlıklı sosyal belirleyicilerinin önemli bir kısmının söz konusu haklar ile örtüşmeleridir.

ESKHK, Genel Yorum No. 14'te sağlık hakkını yalnızca zamanında ve uygun sağlık bakımını değil ve fakat sağlıklı belirleyicileri olarak saydığı güvenli ve içilebilir suya erişim ve yeterli sanitasyon, yeterli güvenli gıda, beslenme ve barınma tedariki, sağlıklı mesleki ve çevresel koşullar ve cinsel sağlık ve üreme sağlığı da dahil olmak üzere sağlıkla ilişkili eğitim ve bilgiye erişmeyi de içine alan bir hak olarak yorumlamaktadır.⁸⁶ Sayılanların her birinin bir insan hakkına tekabül ettiği gözden kaçırılmamalıdır. Su hakkı, gıda hakkı, barınma hakkı, iş sağlığı ve güvenliği hakkı ve nihayet çevre hakkı sayılan ihtiyaçları karşılamaktadırlar.

Dolayısıyla bu çalışmada ele alınan sınırlı sayıdaki hakkın ötesinde başkaca haklar ile de sağlık hakkı, birbirine bağımlı ve ilişkilidir. Aşağıda incelenecek olan hakların temel özelliği, sağlık hakkının kapsamının belirlenmesi ve etkinleştirilmesine yönelik olarak sağladıkları imkanların diğer hakların bir ya da birkaç adım ötesinde olmalarıdır. Sağlık hakkı ile söz konusu haklar arasındaki ilişkiye odaklanmadan önce, anılan haklara dair bazı bilgilerin hatırlanması, çalışmanın takip edilmesini kolaylaştıracaktır.

⁸⁶ Bkz. Genel Yorum No. 14, para. 11.

1. Sosyal Güvenlik Hakkı

Sosyal güvenlik “belli sayıdaki sosyal risklerin yol açabilecekleri gelir kayıplarına ve gider artışlarına karşı bir ülkede yaşayan insanların ekonomik güvenliklerinin sağlanması” olarak tanımlanabilir.⁸⁷

Amerikan Hukuk Enstitüsü’nün hazırlamış olduğu ve daha sonra BM Genel Kurulu’na da sunulacak olan, hazırlamış olduğu insan hakları bildirisi taslağı Md. 15’te “sosyal güvenlik hakkı” öngörülmüştür. Herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olduğunu beyan eden madde devamla, Devletin sağlığın geliştirilmesi, hastalıkların ve kazaların önlenmesi ve sağlık bakımı ve geçinme imkanını kaybedenler için tazminat sağlama ödevini öngörmektedir.⁸⁸ Oldukça erken sayılabilecek 1942 tarihli bu belgenin hazırlayıcıları tarafından sosyal güvenlik hakkı ile sağlık hakkı arasındaki bağ ortaya konmuştur.

Bilindiği üzere bu çabalar boşa gitmemiş ve sosyal güvenlik hakkı, bir insan hakkı olarak gerek EİHB’de⁸⁹ ve gerekse de ESKHS’de⁹⁰ kendine yer bulmuştur. Bu iki BM belgesinin yanı sıra ASS ve GG-ASS de söz konusu hakka normatif olarak

⁸⁷ A. Can Tuncay, Ömer Ekmekçi, **Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri**, İstanbul, Beta, 2011 (14. Bası), s. 3.

⁸⁸ General Assembly, A/148’den aktaran Asbjørn Eide, “Article 25”, **The Universal Declaration of Human Rights: A Commentary** (Ed. by. Asbjørn Eide vd.), Norway, Scandinavian University Press, 1993 (2. opplag), s. 390-391. Maddenin orijinali şöyledir:

Article 15

Everyone has the right to social security. The State has a duty to maintain or ensure that there are maintained comprehensive arrangements for the promotion of health, for the prevention of sickness and accident, and for the provision of medical care and of compensation for loss of livelihood.

⁸⁹ Madde 22

Herkes toplumun bir üyesi olarak, sosyal güvenlik hakkına sahiptir (...).

⁹⁰ Madde 9

Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, herkese sosyal sigorta hakkı dahil olmak üzere, sosyal güvenlik hakkı tanır.

Bu noktada ESKHS’nin Türk sosyal güvenlik literatüründe ihmal edildiğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Yukarıda değinilen uluslararası belgelerin hepsinin, hatta daha fazlasının, ele alınmasına rağmen ESKHS bu belgelerin dışında bırakılmaktadır. Bunun nedeni Türkiye’nin diğer belgelere nazaran ESKHS’ye daha geç taraf olması olabilir. Ancak hukuken bağlayıcı bir insan hakları sözleşmesi olarak ESKHS’nin sosyal güvenlik hukukunun uluslararası kaynakları arasında sayılmaması için geçerli bir argüman sayılamaz. Örnekler için bkz. Tuncay, Ekmekçi, **a.g.e.**, s. 44-54; Ali Güzel, v.d., **Sosyal Güvenlik Hukuku**, İstanbul, Beta, 2010 (13. Bası), s. 37-49; Fatih Uşan, **Türk Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri**, Ankara, Seçkin, 2009, s. 31.

yer veren belgeler arasındadırlar.⁹¹ Avrupa Konseyi sistemi ayrıca sosyal güvenlik hakkına özgülenmiş bir belge olarak “*Avrupa Sosyal Güvenlik Kodu*”nu da bünyesinde bulundurmaktadır.⁹² Bir insan hakları sözleşmesi niteliği taşımamakla birlikte oldukça önemli bir belge ILO’nun “*Sosyal Güvenlik Hakkında Asgari Standartlara İlişkin Sözleşme (Sözleşme No. 102)*”dir.⁹³ Önemi, sayılan sözleşmeler üzerindeki normatif ve içtihadi etkisidir. ESKHK bu sözleşmenin getirdiği standartları sosyal güvenlik hakkının yorumunda kullanırken, ASŞ doğrudan normatif bir göndermede bulunmakta, GG-ASŞ ise doğrudan göndermede bulunmamakla birlikte, göndermede bulunduğu “*Avrupa Sosyal Güvenlik Kodu*” bu sözleşme ile önemli benzerlikler taşımaktadır.⁹⁴

ESKHK’ye göre sosyal güvenlik hakkı, ayrımcılığa tabi tutulmaksızın, *inter alia*, a) hastalık, engellilik, doğum, iş yaralanması, işsizlik, ileri yaş ya da bir aile üyesinin ölümü, b) karşılanması mümkün olmayan sağlık bakımı, c) özellikle çocuklar ve başkasına muhtaç yetişkin kişiler için olmak üzere, yetersiz aile desteğine karşı korunmayı güvence altına almak için nakdi ya da aynı olarak sosyal yardımlara erişme ve [bu yardımlardan yararlanmayı] sürdürme hakkını içerir.⁹⁵

ESKHK’nin çizdiği bu kapsam çerçevesinde sağlık hakkı, özellikle de sağlık bakımına erişme hakkı, ile sosyal güvenlik hakkı arasındaki bağ iki hak arasındaki

⁹¹ Her iki Şart Md. 12, sosyal güvenlik hakkını öngörmektedirler. Birbirine özdeş olan iki hüküm sadece, göndermede bulundukları belgelerde farklılaşmaktadırlar. ASŞ Md. 12 “*Sosyal Güvenlik Hakkında Asgari Standartlara İlişkin Uluslararası Çalışma Sözleşmesi (No. 102)*”ye göndermede bulunmaktayken, GG-ASŞ Md. 12 “*Avrupa Sosyal Güvenlik Kodu*”na göndermede bulunmaktadır.

⁹² “*Avrupa Sosyal Güvenlik Kodu*” (“*European Code of Social Security*”) 16/04/1964 tarihinde kabul edilmiş ve 17/03/1968 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Hatırlatmak gerekir ki bu belgenin gözden geçirilmiş versiyonu olan “*Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Güvenlik Kodu*” (“*European Code of Social Security (Revised)*”) 06/11/1990 tarihinde kabul edilmiş olmakla birlikte henüz yürürlüğe girmemiştir.

⁹³ “*Sosyal Güvenlik Hakkında Asgari Standartlara İlişkin Sözleşme (Sözleşme No. 102)*” (“*Convention concerning Minimum Standards of Social Security (Convention No. 102)*”) 28/06/1952 tarihinde kabul edilmiş ve 27/04/1955 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁹⁴ Bu konuda ayrıntılı açıklama için bkz. Martin Scheinin, “The Right to Social Security”, **Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook**, Asbjørn Eide, v.d. (eds.), Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 2001 (Second Revised Edition), s. 214-218. Sözleşme No. 102 hakkında ayrıca bkz. Ursula Kulke, Germán López Morales, “Social Security – International Standards and the Right to Social Security”, **Social Security as a Human Right: Drafting a General Comment on Article 9 ICESCR – Some Challenges**, Eibe Riedel (ed.), Berlin – Heidelberg, Springer, 2007, s. 91-102.

⁹⁵ General Comment No. 19, The Right to Social Security (art. 9), CESCR, E/C.12/GC/19, 04/02/2008, para. 2. (Buradan sonra **Genel Yorum No. 19**).

ilişkinin temelini oluşturmaktadır.⁹⁶ Komite'ye göre sosyal güvenlik sisteminin kapsamı gereken temel sosyal güvenlik dallarının başında sağlık bakım hizmetleri sistemi gelmektedir. Bu noktadan hareketle taraf Devletler, herkesin sağlık hizmetlerine yeterli erişimini sağlayacak sağlık sistemlerini güvence altına alma yükümlülüğü altındadırlar. Üstelik, sağlık sisteminin özel sektör ya da kamu-özel sektör karışımı tarafından yürütülüyor olması, taraf Devletlerin yükümlülüklerini ortadan kaldırmamaktadır.⁹⁷

Sağlık hizmetlerinin ve ürünlerinin belirli bir bedel karşılığında sunulduğu ülkelerde, toplumun bu bedeli ödemede güçlük yaşayabilecek kesimleri bakımından sağlık hakkı ile sosyal güvenlik hakkının birbirlerinden ayrılması mümkün değildir. Komite, sosyal güvenlik hakkına ilişkin olarak belirlemiş olduğu öz/çekirdek yükümlülüklerle de sağlık hakkının korunması arasında bir bağ kurmaktadır. Buna göre Devletlerin “tüm bireylere ve ailelere en azından temel sağlık bakımı alabilmelerini sağlayacak asgari bir temel yardım düzeyi sağlayan bir sosyal güvenlik planına erişimi” temin etmeleri gerekmektedir. Komite burada geçen temel sağlık bakımı kavramı ile “sağlık tesis, hizmet ve ürünlerine ayrımcılık içermeyen bir temelde erişimi, temel ilaçların sağlanmasını, üreme, (doğum öncesi ve sonrası) anne ve çocuk sağlığı bakımına erişimi ve topluluk içindeki başlıca bulaşıcı hastalıklara karşı bağışıklık kazandırılmasını” karşılamaktadır.⁹⁸ Öz/çekirdek yükümlülüklerin yerine getirilmemesinin Sözleşme ihlali olduğu dikkate alındığında ortaya çıkan sonuç; sağlık hakkının özünü/çekirdeğinin gerçekleştirilmesini sağlayacak sosyal güvenliğin sağlanmamasının ESKHK standartlarına göre Sözleşmenin ihlalini meydana getireceğidir.

⁹⁶ Bu iki hak arasındaki bağın kuvveti, bazı yazarlar tarafından sağlık hakkı ile sosyal güvenlik hakkının birbirine karıştırılmasına neden olmaktadır. Bu iki hakkı birbirine karıştıran bir çalışma için bkz. Carlo V. DiFlorio, “Assessing Universal Access to Health Care: An Analysis of Legal Principle and Economic Feasibility”, **Dickinson Journal of International Law**, Vol. 11, 1992-1993, s. 139-161.

⁹⁷ **Genel Yorum No. 19**, para. 13.

⁹⁸ **Genel Yorum No. 19**, para. 59/a ve dp. 35.

2. Eğitim Hakkı

Sağlıklı olma ile bireylerin eğitim düzeyi arasında bir ilişki bulunmaktadır. Sağlık hakkının gerçekleştirilmesinde kullanılacak araçlardan biri, halihazırda ortaya çıkmış sağlık sorunlarını tedavi etmekten ziyade sağlık sorunlarının ortaya çıkmasını engellemekse, bu yönde atılacak başlıca adımlardan biri eğitimidir.⁹⁹

Sağlık hakkı ile eğitim arasındaki ilişkinin normatif dayanaklarını tespit etmek mümkündür. ASŞ ve GG-ASŞ Md. 11'e göre taraf Devletlerin "sağlığın korunması hakkının" etkin biçimde kullanılmasını temin etmek amacıyla alacakları önlemlerden biri "sağlıklı olmayı geliştirmek ve sağlıkla ilgili konularda kişisel sorumluluk üstlenmeyi teşvik etmek üzere, danışma ve eğitim olanakları sağlamak"tır. Söz konusu yükümlülük, bir sağlık eğitimi sisteminin sağlanmasıdır. Sağlanacak sağlık eğitimi içinde AIDS hastalığı, uyuşturucu ve alkol kullanımıyla tütün tüketiminin zararları ASHK'nin kararlarında rastlanan unsurlardır.¹⁰⁰ Sağlık hakkı ile eğitim arasındaki ilişkiye yapılan normatif göndermeler ASŞ sistemi ile sınırlı değildir. ÇHS, AİHHŞ/KP, AÇHEŞ gibi belgelerde de sağlık eğitimine ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır.¹⁰¹

Sağlık ile eğitim arasındaki ilişki WHO faaliyetleri çerçevesinde kabul edilen bir dizi yumuşak hukuk belgesinde de üzerinde durulan bir meseledir.¹⁰² Kısaca değinmek gerekirse, 1986 tarihli "*Sağlığın Yükseltilmesine Dair Ottawa Şartı*"¹⁰³, eğitimi sağlığın sekiz önşartından biri olarak kabul etmiştir. 1991 tarihli "*Sağlık İçin Destekleyici Çevrelere İlişkin Sundsvall Beyanı*"na göre "eğitim temel bir insan

⁹⁹ **Economic and Social Rights and the Right to Health: An Interdisciplinary Discussion Held at Harvard Law School**, United States of America, Harvard Law School Human Rights Program, 1995, s. 18-20.

¹⁰⁰ David Harris, John Darcy, **The European Social Charter**, United States of America, Transnational Publishers, Inc., 2001, s. 151-152.

¹⁰¹ Bkz. yukarıda Bölüm I altında "Sağlık Hakkının Normatif Kaynakları" başlığı.

¹⁰² Burada ele alınan belgelerin yer aldığı bir derleme için bkz. **Milestones in Health Promotion Statements from Global Conferences**, y.y., World Health Organization, 2009, WHO/NMH/CHP/09.01. bu broşüre internet üzerinden de ulaşılabilir. Bkz. (Çevrimiçi), http://www.who.int/healthpromotion/Milestones_Health_Promotion_05022010.pdf, 01/01/2011.

¹⁰³ Bkz. Ottawa Charter for Health Promotion, First International Conference on Health Promotion, Ottawa, 21 November 1986 - WHO/HPR/HEP/95.1.

hakkıdır ve sağlığı herkes bakımından mümkün kılmak için gereken siyasi, ekonomik ve sosyal değişimleri meydana getirmede anahtar bir unsurdur”.¹⁰⁴

ESKHK'nin nihai gözlemlerinde de sağlık hakkından kaynaklanan yükümlülükler arasında çeşitli biçimlerdeki sağlık eğitiminin sayılmış olduğuna Bölüm II'de değinilmişti. Kısaca hatırlatmak gerekirse; başta cinsel sağlık ve üreme sağlığına ilişkin olmak üzere sağlığa ilişkin konuların okul müfredatlarında yer alması Devletlerin sorumlulukları arasında sayılmaktadır.

Eğitim ile sağlık hakkı arasındaki bağa bir başka örnek olarak kadın sünneti meselesi verilebilir. Bu zararlı uygulama ile mücadelenin oldukça önemli bir ayağını, eğitim oluşturmaktadır. Kadın sünnetinin yol açtığı sağlık sorunlarını açıklayan ve bu uygulamayı meşrulaştıran yanlış bilgilerin etkisini ortadan kaldırma işlevi görmesi ile eğitim, bireylerin bilinç düzeyini artırarak söz konusu uygulamanın ortadan kaldırılmasında, sonuç vermesi zaman alacak olsa da, önemli bir rol oynama kapasitesini bünyesinde taşımaktadır.¹⁰⁵

3. Gıda Hakkı

Bir canlı olarak insanın temel ihtiyaçlarından biri olan gıda ya da beslenme, insan sağlığının temel unsurlarından biridir. Dolayısıyla bu ikili arasındaki yakın ilişki, insan hakları düzleminde de, doğal olarak, kendisini gösterir. Gıda hakkının tanımı, bu gerçeğin billurlaştığı noktadır.

ESKHS gıda hakkına ilişkin olarak aynı madde (Md. 11) altında iki farklı hak öngörmektedir.¹⁰⁶ Bunlardan ilki “yeterli gıda hakkı” diğeri ise “açlıktan kurtulma

¹⁰⁴ Sundsvall Statement on Supportive Environments for Health, Third International Conference on Health Promotion, Sundsvall, Sweden, 9-15 June 1991, (WHO/HPR/HEP/95.3).

¹⁰⁵ Alison T. Slack, “Female Circumcision: A Critical Appraisal”, **Human Rights Quarterly**, Vol. 10, Issue 4, 1987-1988, s. 479-482, 484.

¹⁰⁶ ESKHS Md. 11 şöyledir:

Madde 11

1. Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, herkesin, yeterli beslenme, giyim ve barınma/(konut) dahil olmak üzere, kendisi ve ailesi için yeterli (düzeyde) bir yaşama standardına sahip olma ve yaşama koşullarını sürekli olarak geliştirme hakkını tanırlar. Taraf Devletler, bu hakkın gerçekleştirilmesini sağlamak için, özgür/(serbest) rızaya dayanan uluslararası işbirliğinin bu bağlamdaki temel önemini tanıyarak, uygun önlemleri alacaklardır.

temel hakkıdır”. Yeterli gıda hakkı, Md. 11/1’de, yeterli yaşama standardı hakkının unsurlarından biri olarak belirtilmektedir. Madde metnine göre yeterli yaşama standardının diğer unsurları, yeterli giysi ve barınma olarak sayılmıştır.¹⁰⁷

Komite yeterli gıda hakkına ilişkin Genel Yorumu’nda, bu iki hak arasında bir sıralama yapmaktadır. Buna göre bir taraf Devlet “...herkesin açlıktan kurtulmasını ve *mümkün olan en kısa sürede* yeterli gıda hakkından faydalanmasını temin edecek her türlü önlemi...” almak zorundadır (vurgu eklenmiştir).¹⁰⁸ Komite’nin yeterli gıda hakkı için “mümkün olan en kısa sürede” ifadesini kullanırken, açlıktan kurtulma hakkı için taraf Devletlere böyle bir imkan tanımıyor olmasının bir tek sonucu olabilir. O da açlıktan kurtulma hakkının derhal uygulanması gereğidir.¹⁰⁹ Böylelikle Komite “mümkün olan en kısa sürede” ve “derhal” dikotomisi kullanarak bu iki hak arasında bir hiyerarşi inşa etmiş olmaktadır.

Özellikle Devletlerin edimde bulunma yükümlülükleri bakımından derhal uygulanması gereken açlıktan kurtulma hakkı önem arz etmektedir. Zira gıda hakkına ilişkin edimde bulunma yükümlüğü, iki biçim altında gerçekleşebilir. İlk olarak Devletin, bireylere yeterli gıda ihtiyaçlarını karşılamalarını sağlayacak fırsatların yaratılması için yardım sağlamasıdır. İkincisi ise başka herhangi bir

2. Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, herkesin açlıktan kurtulma temel hakkını tanıtarak, tek başlarına/(münferiden) ve uluslararası işbirliği yoluyla:

(a) Teknik ve bilimsel bilginin tam olarak kullanılmasını sağlamak, beslenme ilkelerine ilişkin bilgileri yaymak ve doğal kaynakların en etkin biçimde geliştirilmesini ve kullanılmasını sağlayacak şekilde tarım sistemlerini geliştirmek yahut reforma tabi tutmak suretiyle, besinlerin üretimi, muhafazası ve dağıtım yöntemlerinin yetkinleştirilmesi;

(b) Gerek besin maddeleri ithal eden gerekse besin ihraç eden ülkelerin karşılaştıkları sorunları dikkate alarak, yeryüzündeki besin maddelerinin/(kaynaklarının) ihtiyaca göre adil bir biçimde dağıtılmasının temin edilmesi,

için, özel programları da içeren gerekli önlemleri alacaklardır.

¹⁰⁷ ESKHK su hakkının da söz konusu bileşenlerden biri olduğunu Genel Yorum No. 15 ile belirtmiştir. Su hakkı, bir sonraki başlık altında ele alınacaktır.

¹⁰⁸ Genel Yorum No. 12, para. 21.

¹⁰⁹ Bkz. Bölüm II, Genel yükümlülükler.

imkanın bulunmadığı durumlarda Devletin doğrudan gıda ya da gıda elde etmek için kullanılabilecek kaynakları sağlamasıdır.¹¹⁰

Yeterli gıda hakkı ise Komite'ye göre, her erkek, kadın ve çocuğun tek başına ya da bir topluluk içinde başkalarıyla birlikte, yeterli gıdaya ya da [gıda] tedarikine fiziksel ve ekonomik erişime her zaman sahip olması durumunda gerçekleşmiş olur.¹¹¹

Gıda hakkı ile yakından ilişkili önemli bir kavram gıda güvenliğidir (*food security*).¹¹² Gıda güvenliği “herkesin, her zaman, aktif ve sağlıklı bir yaşam için beslenme düzeni ihtiyaçlarını ve gıda tercihlerini karşılayan yeterli, güvenli ve besleyici gıdaya fiziksel, sosyal ve ekonomik erişim” anlamına gelmektedir.¹¹³ Gıda güvenliği, gıda hakkının tam olarak gerçekleştirilmesi için bir önkoşuldur ve fakat kendi başına hukuki bir kavram değildir ve hak ve yükümlülük doğurmaz.¹¹⁴

Sağlık hakkı ile beslenme arasındaki ilişkinin bir başka kesişim noktası gıda sağlığı meselesidir. Gıda sağlığı ile insan sağlığı arasındaki ilişki oldukça kuvvetlidir. Bu nedenle de gıdaların üretildikleri malzemelerdeki herhangi bir olumsuzluk, insan sağlığını da olumsuz şekilde etkiler. Sağlık hakkı ile gıda hakkının ortaklaştığı bir başka unsur da Devletin, gıda maddelerinin denetimini sağlaması ve olumsuz durumlar ortaya çıktığında halkın bu konuda derhal bilgilendirilmesini sağlamasıdır.

¹¹⁰ Asbjørn Eide, Arne Oshaug, Wenche Barth Eide, “Food Security and the Right to Food in International Law and Development”, **Transnational Law & Contemporary Problems**, Vol. 1, 1991, s. 433.

¹¹¹ **Genel Yorum No. 12**, para. 6

¹¹² Besin güvenliği tanımının geçirdiği tarihsel aşamalar için bkz. Kerstin Mechlem, “Food Security and the Right to Food in the Discourse of the United Nations”, **European Law Journal**, Vol. 10, No. 5, 2004, s. 633-637.

¹¹³ **The State of Food Insecurity in the World: Economic Crises – Impacts and Lessons Learned**, Rome, Food and Agriculture Organization of the United Nations, 2009, s. 8.

¹¹⁴ **Factsheet No. 34: The Right to Adequate Food**, Office of the High Commissioner for Human Rights, s. 4. (çevrimçi) <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet34en.pdf>, (04/02/2011).

Gıda hakkının “yeterliliğinin” tezahürlerinden biri besinlerin zararlı maddeler içermemesidir. Bu, gıda hakkının negatif kalite boyutudur.¹¹⁵ Ayrıca gıdalara ilişkin konularda bilgi edinme hakkı da, sağlıkla doğrudan bağlantılar taşımaktadır.¹¹⁶ Bu iki unsurun/hakkın, “içtima” halinde ihlal edilmesine örnek olarak Birleşik Krallık’taki “Deli Dana” (Bovine spongiform encephalopathy/BSE, ve variant Creutzfeldt-Jakob disease/vCJD) vakası verilebilir. Söz konusu vaka gıda sağlığı ve insan sağlığı arasındaki ilişkiye ve Devletin bu ilişkideki sağlık hakkının korunmasına dair yükümlülüklerine çok önemli bir örnek oluşturmaktadır. Olayda Hükümet, Devletin halkı doğru bilgilendirme yükümlülüğünün bir ihlalini oluşturacak faaliyetler göstermiş, ilk belirtileri 1985 yılında ortaya çıkan hastalığın insan sağlığına yönelik etkilerinin olabileceği 1996’ya kadar kabul etmemiştir.¹¹⁷ 1 Kasım 2010 tarihi itibarıyla Birleşik Krallık’ta vCJD’den dolayı yaşamını kaybettiği kesin olarak belirlenen kişi sayısı 119, bunun yanı sıra vCJD’den dolayı yaşamını kaybettiği tahmin edilen kişi sayısı ise 51’dir.¹¹⁸

4. Su Hakkı

Su hakkı, vücudun su ihtiyacı, besin üretimi ve sanitasyon gibi yaşamsal insan ihtiyaçlarını karşılayacak miktar ve kalitede suya erişimi içerir.¹¹⁹ Bunun yanı sıra suyun “kullanılabilir/temiz” olması da hakkın bir başka unsurudur. Birçok bulaşıcı hastalığın yayılmasında suyun belirleyici etkisi göz önünde bulundurulduğunda, bu noktanın önemi kolaylıkla ortaya çıkacaktır.

¹¹⁵ Sven Söller, “The Breakthrough of the Right to Food: The Meaning of General Comment No. 12 and the Voluntary Guidelines for the Interpretation of the Human Right to Food”, **Max Planck Yearbook of United Nations Law**, Vol. 11, 2007, s. 399.

¹¹⁶ Burada ele alınan noktanın dışında başka bağlar da mevcuttur. Bunlardan biri de “gizli açlık”tır. Gizli açlık, ucuz ve karın doyurucu olmasına karşılık vücudunun sağlıklı işleyebilmesi için gerekli vitamin ve mikro-besleyiciler bakımından yetersiz besinler ile beslenmektir. Bkz. Söller, **a.g.e.**, s. 401.

¹¹⁷ Christopher Harding, Uta Kohl, Naomi Salmon, “Profit in the Beef Industry and Human Health: Consumer Rights as Basic Human Rights”, **Human Rights in the Market Place: The Exploitation of Rights Protection by Economic Actors**, Great Britain, Ashgate, 2008, s. 53-60.

¹¹⁸ Bkz. <http://www.cjd.ed.ac.uk/figures.htm>, (çevrimiçi), erişim tarihi 13/11/2010.

¹¹⁹ Eyal Benvenisti, “Water, Right to, International Protection”, **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, (Rudiger Wolfrum, ed.), Oxford University Press, 2008, online edition, para. 2, [www.mpepil.com], erişim 18/01/2011.

Su hakkı ESKHS'ye genel yorumla dahil edilmiştir:

Birlikte İnsan Hakları Manzumesi'ni oluşturan EİHB, MSHS ve ESKHS'den hiçbirisi su hakkına ilişkin herhangi bir hüküm öngörmemektedirler. Suyun hükümetler tarafından kötüye kullanılabilme potansiyeli ve ayrıca insan yaşamı ve medeniyet için önemi dikkate alındığında, bu durumun şaşırtıcı olduğu ileri sürülebilir.¹²⁰ Bununla birlikte, bazı insan hakları sözleşmeleri suyla ilgili normatif düzenlemelere yer vermektedirler. Bir hak olarak öngörmemekteyseler de, ÇHS (Md. 24) sağlık hakkı çerçevesinde ve KKAOKS (Md. 14) kırsal kesimde yaşayan kadınlar bağlamında, Devletlerin alacakları önlemler arasında suya ilişkin unsurları da saymaktadırlar.¹²¹

Belirtilen sınırlı örneklerle karşılık suyun söz konusu önemi, gerek doktrin gerekse de ESKHK tarafından bir insan hakkı olarak tanınmasına yönelik girişimlere yol açmıştır.

Su hakkı normatif olarak düzenlenmemiş olduğuna göre, kullanılabilecek tek imkan su hakkının mevcut pozitif insan hakları hukukunda öngörülen hak ya da haklardan türetilmesidir. Suyun yaşamın sürdürülmesi için gerekliliği göz önünde bulundurulduğunda, bu hakların başında yaşam hakkının geldiği ileri sürülebilir. Dolayısıyla da yaşam hakkını düzenleyen MSHS Md. 6'nın su hakkına normatif bir dayanak sağlayıp sağlayamayacağı sorusu akla gelmektedir. İHK'nin yaşam hakkını ele aldığı genel yorumundaki yaklaşımı bu soruya olumlu cevap verilebileceği düşüncesini uyandırmaktadır. Üstelik uluslararası doktrinde söz konusu hakkın ESKHS'de düzenlenen çoğu hakka nazaran, yaşam hakkına daha yakın olduğu da ileri sürülmüştür.¹²² Ancak ESKHK'nin su hakkını içtihadı olarak tanımasıyla

¹²⁰ Stephen C. McCaffrey, "A Human Right to Water: Domestic and International Implications", **The Georgetown International Environmental Law Review**, Vol. 5, No. 1, 1992-1993, s. 7.

¹²¹ Uluslararası insan hakları belgelerinin yanı sıra su hakkına, ulusal anayasalarda da rastlanmaktadır. Örneğin Güney Afrika Anayasası'nın 27. maddesi sağlık bakımı, besin, ve sosyal güvenlik hakkının yanı sıra "yeterli suya erişme" hakkını da öngörmektedir. Güney Afrika Anayasası'nın İngilizce metni için bkz. (çevrimiçi), <http://www.info.gov.za/documents/constitution/1996/index.htm>, 28/10/2011. Ayrıca bkz. Ramin Pejman, "The Right to Water: The Road to Justiciability", **The George Washington International Law Review**, Vol. 36, No. 5, 2004, s. 1194-1208.

¹²² McCaffrey, **a.g.e.**, s. 23. Yazar bu görüşünü, her iki hakkın da yaşamsal önemdeki insan ihtiyaçlarına ilişkin olmasına dayandırmaktadır.

birlikte su hakkının yaşam hakkından türetilip türetilmeyeceği tartışması önemini yitirmiştir.

Su hakkı ESKHK Genel Yorum No. 15'te tanınmıştır. Ancak şunun vurgulanması gerekir ki ESKHK, su hakkının yeterli yaşama standardı hakkının bir bileşeni olduğunu ilk kez Genel Yorum 15'ten yedi yıl önceki bir başka genel yorumunda kabul etmiştir. Söz konusu genel yorum 1995 tarihli ileri yaştaki kişilerin ekonomik, sosyal ve kültürel haklarına ilişkin Genel Yorum No. 6'dır¹²³.

Komite, su hakkını Sözleşme'nin iki maddesine dayandırmaktadır. Bunlar yeterli yaşama standardı hakkını düzenleyen Md. 11 ve sağlık hakkını düzenleyen Md. 12'dir. Komite, suyun Md. 11/1'de düzenlenen yeterli yaşama standardının bileşenlerinden biri olduğu kabul etmekte ve madde metninde geçen “dahil olmak üzere (*including*)” ifadesinin varlığının, yeterli yaşama standardının bileşenlerinin maddede tüketici olarak sayılmadığını gösterdiğini ileri sürmektedir. Yeterli yaşam standardına hakkın EİHB Md. 25'te de düzenlenmiş olduğu vurgulanmalıdır.

Craven, ESKHS'nin “insan hakları projesinin” merkez sütunlarından biri olduğunu ve bu nedenle de su gibi bir meselenin Sözleşme'de yer almamasının, bir bütün olarak bu projenin sorgulanmasına yol açacağını kabul etmektedir. Bu noktadan hareketle yazar, Komite'in suya erişim meselesini göz ardı etmesinin, Sözleşmenin, Sözleşmesel hakları kullanacak kişileri dışlaması ile aynı ciddiyette olduğunu ileri sürmüştür.¹²⁴ 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin andlaşmaların konu ve amaçları ışığında yorumlanmasına ilişkin hükmü¹²⁵ de üstte belirtilen görüşü desteklemektedir.

Uluslararası doktrinde ESKHK'nin söz konusu yorumuna karşı çıkan görüşlerin var olduğunun da belirtilmesi gerekir. Dennis ve Stewart Komite'yi

¹²³ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 6, The Economic, Social and Cultural Rights of Older Persons, 12/08/1995, paras. 5, 32. Bu noktaya temas eden bir başka çalışma için bkz. Tolga Şirin, “Suyun İnsan Hakkı Olarak Değeri”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt 16, Sayı 3-4, 2010, s. 131. ESKHK, suyu yeterli yaşama standardı hakkının bileşenlerinden biri olarak tanımlarken, BM Genel Kurulu'nun “İleri Yaştaki Kişiler İçin Birleşmiş Milletler İlkeleri”ne atıfta bulunmaktadır. Bkz. United Nations Principles for Older Persons, A/RES/46/91, 16/12/1991.

¹²⁴ Matthew Craven, “Some Thoughts on the Emergent Right to Water”, **The Human Right to Water**, Eibe Riedel, Peter Rothen (eds.), Printed in Germany, BWV * Berliner Wissenschafts – Verlag, 2006, s. 41.

¹²⁵ Madde 31/1.

“Sözleşme hükümlerini yeniden yazmakla” suçladıkları çalışmalarında, Sözleşme hazırlayıcının Md. 11’e ilişkin sarıh iradesinin, kendisinden başkaca hakların türetilmesinin mümkün olmadığı tek bir hak olarak düzenlenmesi yönünde olduğunu ileri sürmüşlerdir. Dolayısıyla yazarlara göre Komite su hakkını türeterek, açıkça Sözleşme hazırlayıcının iradesine aykırı davranmaktadır.¹²⁶

Su hakkının kapsamı:

Su hakkı ile sağlık hakkı arasındaki ilişkiyi ele almadan önce, su hakkının kapsamına ilişkin olarak, sınırlı da olsa belirli bir ölçüde bilgi vermek; söz konusu ilişkinin daha net anlaşılmasına fayda sağlayacaktır. Bunun için tekrar ESKHK’nin Genel Yorumu’na dönmek gerekmektedir. Komite su hakkını, artık yerleşmiş bulunan saygı gösterme, koruma ve edimde bulunma yükümlülükleri paradigmasıyla ele almıştır. Buna göre taraf Devletler su hakkına ilişkin olarak bu üç kategori altında çeşitli yükümlülükleri yüklenmişlerdir.

Saygı gösterme yükümlülüğü altında yeterli suya eşit erişimi yok sayan ya da sınırlayan faaliyetlerden ve su kaynaklarını çeşitli Devlet faaliyetleri sonucu kirletmekten kaçınmak bulunmaktadır. Koruma yükümlülüğü altında üçüncü kişilerin (bireyler, gruplar, şirketler ya da diğer varlıklar) suya eşit erişimi yok saymalarını, su kaynaklarını kirletmelerini ya da bu kaynakları eşitsiz şekilde çıkarmalarını engellemenin yanı sıra su hizmetlerinin üçüncü kişiler tarafından sunulduğu durumlarda suya eşit, karşılanabilir ve fiziksel erişimden ödün verilmesini önlemek de bulunmaktadır. Edimde bulunma yükümlülüğü ise, suyun ve su kaynaklarının kullanımı hakkında yeterli eğitimin verilmesi, su hakkının tam olarak gerçekleştirilmesi için gerekli önlemleri almak ve mevcut ve gelecek nesiller için yeterli ve güvenli su bulunmasını temin etmek için strateji ve programlar geliştirmeyi içermektedir.¹²⁷

Genel Yorum No. 15 çerçevesinde su hakkına ilişkin öz/çekirdek yükümlülükler Riedel’in şu ifadesiyle özetlenebilir: “Bir insan hakkı olarak su hakkı

¹²⁶ Michael J. Dennis, David P. Stewart, “Justiciability of Economic, Social, and Cultural Rights: Should There Be an International Complaints Mechanism to Adjudicate the Rights to Food, Water, Housing, and Health?”, **The American Journal of International Law**, Vol. 98, Issue 3, 2004, s. 494.

¹²⁷ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 15, The Right to Water (arts. 11 and 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), E/C.12/2002/11, 20 January 2003, paras. 2, 6. (Buradan sonra **Genel Yorum No. 15**)

çekirdek bir hak koruma alanı olarak, asgari ihtiyaçlar şeklinde adlandırılabilir, kişisel ya da ev içi kullanım için içme suyunu kapsamaktadır.”¹²⁸

Sağlık hakkı – su hakkı ilişkisi:

Bir önceki başlık altında gıda ve sağlık arasındaki ve dolayısıyla da gıda hakkı ve sağlık hakkı arasındaki ilişki için yapılan tespitler, su hakkı için de geçerlidir. Su, insan sağlığı ve yaşamı ile birkaç noktadan ayrılmaz şekilde bağlıdır. Öncelikle insan vücudu, temel fonksiyonlarını yerine getirebilmek için her gün belirli miktarda suya ihtiyaç duyar. İnsan sağlığının korunmasındaki önemli gerekliliklerden biri olan kişisel ve çevresel hijyenin sağlanabilmesi için de su kullanımına ihtiyaç vardır. Su ve sağlık arasında dikkate sunulmaya değer bir diğer ilişki ise, beslenme üzerinden bağlantılı bir başka deyişle dolaylı olan ilişkidir. Bu da beslenme için gerekli ürünlerin yetiştirilmesinde ya da üretilmesinde kullanılan sudur.¹²⁹

ESKHK’nin, su hakkı ve sağlık hakkı arasındaki ilişkiyi tespit ettiği bir diğer nokta “çevresel hijyen” meselesidir. Genel Yorum No.15’in “Su ve Sözleşmesel Haklar” başlıklı bölümünde belirtildiği üzere sağlık hakkı güvenli olmayan ve zehirli sulardan sağlığa gelebilecek tehditleri önlemeyi de kapsamaktadır.¹³⁰ Temiz/güvenli olmayan su, başta kolera olmak üzere birçok hastalığa yol açmakta; bu şekilde sağlığın bozulmasının kaynaklarından birini oluşturmaktadır. Komite, bu meseleyi sağlık hakkına ilişkin genel yorumunda da ele almış ve ESKHS Md. 12/2/a’da öngörülen “çevresel ve sınai sağlık şartlarının bütün yönleriyle iyileştirilmesi” yükümlülüğünün güvenli ve içilebilir suyun yeterli tedarikinin ve temel sanitasyonun temin edilmesi gereğine yönelik önleyici tedbirleri kapsadığını belirtmiştir.¹³¹

¹²⁸ Eibe Riedel, “The Human Right to Water and General Comment No. 15 of the CESCR”, **The Human Right to Water**, Eibe Riedel, Peter Rothen (eds.), Printed in Germany, BWV * Berliner Wissenschafts – Verlag, 2006, s. 36. Alıntılanan bu cümlenin devamında Prof. Riedel, söz konusu sınırlı perspektifin, ESKHK içinde konsensüsü sağlamaya yönelik olduğunu belirtmektedir. Yazar’ın ESKHK üyesi olduğu hatırlandığında, “mutfaktan” bilgi vermiş olduğu daha iyi anlaşılacaktır.

¹²⁹ Bkz. **Genel Yorum No. 15**, paras. 21-29.

¹³⁰ **General Comment No. 15**, para. 8.

¹³¹ **General Comment No. 14**, para. 15.

D. Üçüncü Kuşak Haklarla İlişkisi

1. Çevre Hakkı

İnsan bakımından çevre vazgeçilmez önemdedir. Bu ifade insan sağlığının belirli ölçülerde çevrenin koşullarına bağlı olduğu anlamına gelir. Bu kapsamda çevrenin korunması son tahlilde insan sağlığının korunması olarak da okunabilir.

a. Genel Gözlemler

Çevrenin korunması, ulusal boyutu bir kenara bırakılırsa, bugün itibarıyla kaynağı olan uluslararası hukuktan ayrılarak bağımsız bir hukuk dalı haline gelmiştir. Özellikle 20. yüzyılın ikinci yarısından sonra giderek genişleyen normatif ve içtihadi boyutlarıyla başlı başına bir “uluslararası çevre hukuku”ndan bahsetmek mümkündür. Mevcut kapsamıyla çevre hukuku deniz kirliliği, zehirli maddeler, nükleer enerji, uluslararası su yollarının korunması vb. gibi alt başlıklar altında ele alınmaktadır.¹³²

Çevrenin korunması ile insan hakları arasındaki bağı ilk olarak ortaya koyan belge 1972 tarihli “*İnsan Çevresine Dair Birleşmiş Milletler Konferansı Bildirisi*”¹³³ ya da bilinen adıyla “*Stockholm Bildirisi*”dir.¹³⁴ Bildiri İlke 1’in ifadesiyle:

İnsan, kişi onuruna ve esenliğine/(refahına) uygun bir yaşama elveren nitelikteki bir çevre içinde, özgürlük, eşitlik ve yeterli yaşam koşulları temel hakkına sahiptir (...)

¹³² Bu konudaki oldukça zengin literatürden bir kaç örnek için bkz. Patricia Birnie, v.d., **International Law & Environment**, Great Britain, Oxford University Press, 2009, (3rd Edition); Alexandre Kiss, Dinah Shelton, **Guide to International Environmental Law**, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007; Philip Sands, **Principles of International Environmental Law**, United States of America, Cambridge University Press, 2003; Tim Stephens, **International Courts and Environmental Protection**, United States of America, Cambridge University Press, 2009.

¹³³ “*İnsan Çevresine Dair Birleşmiş Milletler Konferansı Bildirisi/Stockholm Bildirisi*” (“*The Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment/Stockholm Declaration*”) 05/06/1972-16/06/1972 tarihleri arasında toplanan İnsan Çevresine Dair Birleşmiş Milletler Konferansı tarafından kabul edilmiştir. Bildiri’nin bu çalışmada kullanılan Türkçe çevirisi için bkz. Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri/II. Cilt**, s. 1159-1166.

¹³⁴ Dinah Shelton, “Human Rights and Environment Issues in Multilateral Treaties Adopted between 1991 and 2001”, Joint UNEP-OHCHR Expert Seminar on Human Rights and the Environment 14-16 January 2002, Geneva: Background Paper No. 1, (çevrimiçi) <http://www2.ohchr.org/english/issues/environment/envIRON/bp1.htm>, 23/04/2011.

Gerçekte Stockholm Bildirisi bir “çevre hakkı” tanımış olmamakta; daha ziyade “diğer insan haklarının kullanılmasının, temel çevresel sağlığı kaçınılmaz olarak gerektirdiğini ima etmektedir”.¹³⁵

1992 tarihli “Çevre ve Gelişmeye Dair Rio Bildirisi”¹³⁶ ise çevrenin korunmasını üç usuli hak çerçevesinde ele almaktadır. Bildiri İlke 10’a göre:

Çevreye dair konular, bütün vatandaşların uygun/(alakalı) düzeydeki katılımlarıyla en yetkin biçimde ele alınabilir. Ulusal düzeyde, her kişi, kendi topluluklarındaki tehlikeli maddeler ve faaliyetler hakkında bilgi dahil olmak üzere, kamu makamlarının elinde bulunan çevreye ilişkin bilgiye uygun/(yeterli) biçimde erişecektir ve karar alma süreçlerine katılma fırsatına/(imkanına) sahip olacaktır. Devletler, bilginin geniş çaplı olarak edinilmesini sağlamak suretiyle, kamunun/(halkın) konulara vakıf olmasını ve katılımını kolaylaştıracak ve teşvik edecektir. Giderim ve hukuk yolları dahil olarak, yargısal ve idari işlemlere etkili biçimde erişim sağlanacaktır. (vurgular eklenmiştir)

Bildiri böylelikle üç hak tanımlamaktadır. Çevre hakkının usuli güvenceleri olarak da adlandırılabilir olan bu haklar; bilgiye erişme hakkı, karar alma süreçlerine katılma hakkı ve nihayet hukuk yollarına haktır.¹³⁷ Sayılan üç usuli hakkı güvence altına alan bir uluslararası sözleşmenin var olduğunun da belirtilmesi gerekmektedir. Bu sözleşme BM Avrupa Ekonomik Komisyonu (UNECE) tarafından hazırlanan “Çevre Meselelerinde Bilgiye Erişim, Karar Almada Kamu/(Halk) Katılımı ve Adalet Erişime Dair UNECE Sözleşmesi/Aarhus Sözleşmesi”dir.¹³⁸ Bu sözleşme yukarıda ele alınan her iki bildiride yapılmayan

¹³⁵ Dinah Shelton, “Human Rights, Environmental Rights, and the Right to Environment”, **Stanford Journal of International Law**, Vol. 28, Issue 1, 1991-1992, s. 112. Bildirinin “çevre insan hakkı”nı tanıdığı yönünde bir görüş için bkz. İbrahim Ö. Kaboğlu, **Dayanışma Hakları**, Ankara, TODAİE İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi, 1996, s. 32.

¹³⁶ “Çevre ve Gelişmeye Dair Rio Bildirisi” (“Rio Declaration on Environment and Development”) 03/06/1992 ile 14/06/1992 tarihleri arasında toplanan Çevre ve Gelişmeye Dair BM Konferansı tarafından kabul edilmiştir. Bildirinin bu çalışmada kullanılan Türkçe çevirisi için bkz. Gemalmaz, **İnsan Hakları Hukuku Belgeleri/II. Cilt**, s. 1195-1203.

¹³⁷ Prof. Kaboğlu, Bildiride düzenlenen bu üç hakkı “çevre hakkının güvenceleri” olarak adlandırmaktadır. Yazarın terminolojisiyle bu haklar “haber alma hakkı”, “katılma hakkı” ve “başvuru” hakkıdır. Bkz. İbrahim Kaboğlu, **Çevre Hakkı**, Ankara, İmge, 1996 (Tümüyle yenilenmiş ve genişletilmiş 3. baskı), s. 93-133.

¹³⁸ “Çevre Meselelerinde Bilgiye Erişim, Karar Almada Kamu/(Halk) Katılımı ve Adalet Erişime Dair UNECE Sözleşmesi” (“The UNECE Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters”) 25/06/1998 tarihinde kabul edilmiş ve 30/10/2001 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kabul edildiği Danimarka’nın Aarhus şehri nedeniyle “Aarhus Sözleşmesi” olarak da anılmaktadır. Sözleşmeye ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Jonas Ebbesson, “Information, Participation and Access to Justice: the Model

yaparak tek başına çevre hakkını tanımıştır. Ancak bunu Sözleşme maddelerinde değil başlangıç bölümünde yapmıştır. Aarhus Sözleşmesi'ne göre:

Herkes, sağlığı ve esenliği için yeterli bir çevrede yaşama hakkına ve gerek bireysel gerekse de başkalarıyla birlikte, mevcut ve gelecekteki kuşakların yararına çevreyi koruma ve geliştirme ödevine sahiptir¹³⁹

b. İnsan Hakları Sözleşmelerinde Sağlık Hakkı

Bir insan hakkı olarak çevre hakkını düzenleyen iki insan hakları sözleşmesi mevcuttur. Bunlar AİHHŞ (Md. 24) ile AmeİHS/ESKHP (Md. 11). Bu iki sözleşmenin ilgili hükümleri sırasıyla şöyledir:

AİHHŞ Md. 24

Bütün halkların, kendi gelişmeleri için uygun/(elverişli) bir genel tatminkar çevreye sahip olma hakkı olacaktır.

AmeİHS/ESKHP Md. 11

1. Herkes, sağlıklı bir çevrede yaşama (...) hakkına sahip olacaktır.
2. Taraf Devletler, çevrenin korunmasını, muhafaza edilmesini ve iyileştirilmesini geliştireceklerdir.

Dikkat edileceği üzere Afrika Şartı çevreyi gelişme için bir gereklilik olarak ortaya koyarak çevre hakkını, gelişme hakkıyla birlikte ele almış olmaktadır. Hakkın öznesi olarak “halk”ı belirleyerek, çevre hakkını bireysel bir hak olarak değil kolektif bir hak olarak tanımlamış olmaktadır.¹⁴⁰ AmeİHS/ESKHP ise çevreyi “sağlıklı” sıfatıyla nitelemektedir. Bu bağlamda sağlık kavramı “insan yaşamının da içinde

of the Aarhus Convention”, **Joint UNEP-OHCHR Expert Seminar on Human Rights and the Environment 14-16 January 2002, Geneva: Background Paper No. 5**, (Çevrimiçi) <http://www2.ohchr.org/english/issues/environment/environ/bp5.htm>, 23/04/2011.

¹³⁹ Orijinali şöyledir: “Every person has the right to live in an environment adequate to his or her health and well-being, and the duty, both individually and in association with others, to protect and improve the environment for the benefit of present and future generations”

¹⁴⁰ Bu nedenle AİHHŞ çerçevesinde çevre hakkı ile sağlık hakkı arasında doğrudan bir bağ olduğunu ileri sürmek mümkün değildir. Böyle bir bağ kuran bir çalışma için bkz. Burhan Kuzu, **Sağlıklı ve Dengeli Bir Çevrede Yaşama Hakkı**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1997, s. 100.

bulunduğu fiziksel, ekonomik, kültürel, toplumsal, estetik, vb. bir dizi temel koşullar bütünü, bu bütünlüğü koruyabilmesi anlamına gelir”.¹⁴¹

Her ne kadar hak kataloglarında yer almasa da, İHK ve AİHS gibi birinci kuşak hakları düzenleyen sözleşmelerin denetim organları da çevrenin korunmasına ilişkin meseleleri çeşitli haklar altında ele almakta ve sınırlı da olsa bir koruma alanı yaratmaktadırlar.¹⁴²

c. Çevre Hakkı ve Sağlık Hakkı İlişkisi

Hatırlanacağı üzere ESKHS Md. 12/2/b çevresel ve sınai sağlık şartlarının bütün yönleriyle iyileştirilmesi hükmünü içermektedir. Dolayısıyla çevrenin korunması ve hatta iyileştirilmesi ile sağlık arasındaki ilişki bu hükümde normatif bir dayanak bulmaktadır.

Normatif ilişkinin ötesinde sağlık hakkı ile çevre arasındaki ilişki sözleşme organlarının içtihatlarında daha açık şekilde ortaya konmaktadır.

ESKHK’ye göre çevresel şartların iyileştirilmesi halkın radyasyon ve zararlı kimyasallar gibi zararlı maddelere ya da insan sağlığı üzerinde doğrudan ya da dolaylı etkileri olan diğer zarar verici çevresel koşullara maruz kalmasının önlenmesi ve maruz kalmanın hafifletilmesini içerir.¹⁴³ Bölüm II’de ele alınan spesifik yükümlülükler hatırlandığında sayılan unsurların, Devletin nükleer ya da biyolojik silah kullanımından kaçınmasını da içerdiği belirtilmelidir. Bunların yanı sıra Devletin çevresel yükümlülüklerinin hem kendi faaliyetleri (saygı gösterme) hem de üçüncü kişilerin faaliyetleri (koruma) bakımından geçerli olduğunun vurgulanması gerekmektedir.

¹⁴¹ Mehmet Semih Gemalmaz, “Bir İnsan Hakkı Olarak Çevre Hakkı ve Türk Düzenlemesi”, **İÜHFİM**, Cilt 52, Sayı 1-4, 1986-1987, s. 233.

¹⁴² Bu yönde bir dizi vaka için bkz. Dinah Shelton, “Human Rights and the Environment: Jurisprudence of Human Rights Bodies”, **Environmental Policy and Law**, Vol. 32, No. 3/4, 2002, s. 158-167. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları çerçevesinde çevrenin korunmasına ilişkin olarak bkz. Güney Dinç, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Göre Çevre ve İnsan**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 143, 2008.

¹⁴³ **Genel Yorum No. 14**, para. 15.

ESKHK'nin saydığı unsurlar genişletilebilir. ASHK, ASŞ'nin hastalıkların ve kazaların önlenmesine yönelik önlemler almayı düzenleyen Md. 11/3 çerçevesinde çevresel şartlara ilişkin önlemleri de saymaktadır. Komite'nin özel olarak vurguladığı çevresel meseleler arasında hava kirliliği, nükleer santrallerden kaynaklanan tehlikeler ve nihayet asbest kullanımına¹⁴⁴ ilişkin riskler bulunmaktadır.¹⁴⁵

ESKHK ve ASHK dışında özellikle üzerinde durulması gereken organ AİHHK'dir. Zira Afrika Şartı hak listesinde sağlık hakkının yanı sıra çevre hakkına da yer vermektedir ve her iki hakkın ihlali iddiasıyla Komisyon önüne gelen bir vaka mevcuttur. İki hükümetler-dışı örgütün başvuru olduğu vakada petrol arama faaliyetlerinden kaynaklanan çevre kirliliğinin, Ogoni Halkının AİHHŞ çerçevesindeki *inter alia* çevre (Md. 24) ve sağlık (Md. 16) haklarının ihlali iddia edilmiştir.¹⁴⁶

Vakanın önemi, öncelikle AİHHK'nin vakaya yaklaşımından kaynaklanmaktadır. Zira Komisyon, sağlık hakkı ve çevre hakkı ihlali iddialarını bir arada ele alarak incelemiştir. Söz konusu yaklaşım Komisyonun çevre kirlenmesi durumlarında çevre hakkı ve sağlık hakkını bir bütün olarak ihlal edilebileceği şeklinde algıladığı sonucuna ulaşılmasına neden olmaktadır. Bu görüşü destekleyen bir diğer nokta da, AİHHK'nın taraf Devletlerin çevresel meselelere ilişkin yükümlülüklerini tespit ederken, sağlık hakkına ilişkin ESKHK Genel Yorum No. 14'e göndermede bulunmuş olmasıdır.

Ayrıca Komisyon taraf Devletlerin Şart Md. 16 ve 24'ten kaynaklanan yükümlülüklerinin neler olduğunu da açıklama getirmiştir. Komisyona göre Md. 24 Devletin kirlenmeyi ve çevresel bozulmayı önlemeye yönelik makul önlemleri

¹⁴⁴ Asbest kullanımının sağlık üzerindeki etkileri ile ILO ve WHO'nun bu meseleye ilişkin faaliyetleri için bkz. Joseph LaDou, "The Asbestos Cancer Epidemic", **Environmental Health Perspectives**, Vol. 112, No. 3, 2004, s. 285-290.

¹⁴⁵ **Digest of the Case Law of the European Committee of Social Rights**, Council of Europe, 1 September 2008, s. 85-87.

¹⁴⁶ "The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights v. Nigeria", (Communication No. 155/96), 30th Ordinary Session, 13th to 27th October 2001, özellikle paras. 50-54.

almasını, korumanın geliştirilmesini ve ekolojik olarak sürdürülebilir bir gelişme ve doğal kaynak kullanımını güvence altına almasını gerektirir.

Bunun yanı sıra Devletlerin söz konusu hükümlere uygun davranışları yalnızca müdahaleci olmayan bir tutum takınmayı değil ve fakat bunun yanı sıra tehdit altındaki çevrelerin bağımsız bilimsel gözetiminin yaptırılması ya da en azından bu denetimlere izin verilmesi, herhangi bir büyük sınai faaliyete öngelecek şekilde çevresel ve sosyal etki çalışmalarının zorunlu kılınması ve bunların yayınlaması, tehlikeli madde ve faaliyetlere maruz kalan topluluklara uygun gözetimi üstlenmeleri ve bu topluluklara bilgi sağlamaları ve nihayet bireylere topluluklarını etkileyen gelişmeye ilişkin kararlarda, seslerini duyurmaları ve bu kararlara katılmaları için makul/anlamalı fırsatların sağlanmasını içermektedir (paras. 52-53).

Görüldüğü üzere AİHHK, çevre hakkını sağlık hakkı paradigmasından ele almış olmaktadır. Bunun insan haklarının bölünmezliği ilkesinin içtihadı bir tezahürü olduğu şüphe götürmemekle birlikte; AİHHŞ çerçevesinde çevre hakkının tek başına ileri sürülmesinin başarılı sonuçlanıp sonuçlanmayacağına ilişkin kuşkular doğurmaktadır.¹⁴⁷

2. Gelişme Hakkı

Gelişme¹⁴⁸ hakkına kronolojik olarak ilk kez yer veren belge AİHHŞ'dir. Şart Md. 22 "(b)ütün halklar, özgürlükleri ve kimlikleri ve insanlığın ortak mirasından eşit olarak yararlanmaları layıkıyla dikkate alınarak, ekonomik, sosyal ve kültürel gelişme hakkına sahip olacaklardır" hükmüyle gelişme hakkını düzenlemektedir. AİHHŞ yalnızca gelişme hakkını ilk kez düzenleyen belge değil, bu hakkı

¹⁴⁷ Morné van der Linde, Lorette Louw, "Considering the Interpretation and Implementation of Article 24 of the African Charter on Human and Peoples' Rights in Light of the SERAC Communication", **African Human Rights Law Journal**, Vol. 3, No. 1, 2003, s. 178.

¹⁴⁸ Gelişme kelimesi İngilizce "*development*"ın karşılığı olarak kullanılmaktadır. Bilindiği üzere bu kavramı karşılayan bir başka Türkçe kelime de kalkınmadır. Kavramın tarihsel aşamaları incelendiğinde, bugün itibarı ile kavramın, kalkınmanın iktisadi veriler ile sınırlı anlamının ötesine geçmiş olması bir vakıdır. Aşağıda da gösterileceği üzere konuya ilişkin olarak kullanılan ölçütler, gayri safi milli hasıla, endüstri üretimi ta da tarımsal üretim verilerinden ziyade; insanın yaşam standardının ölçülmesini hedefleyen verilerdir. Dolayısıyla gelişme kavramının, iktisadi düzeyi karşılayan kalkınma kavramını da kapsar niteliğinden dolayı, tercih edilmesi daha uygun görünmektedir.

düzenleyen tek hukuki bağlayıcılığa sahip belgedir. Üstelik Şart organı olan AIHHK'nin önüne gelen şikayet başvurularıyla yargısal korunma imkanı da bulunmaktadır. Bugüne kadar Komisyon tarafından gelişme hakkına ilişkin yalnızca bir karar verilmiş olması söz konusu korumanın önemini ortadan kaldırmamaktadır.¹⁴⁹

BM düzleminde gelişme hakkını öngören belge, hukuki bağlayıcılık niteliğine sahip olmayan 1986 tarihli “*Gelişme Hakkı Bildirisi*”dir.¹⁵⁰ Yalnızca Amerika Birleşik Devletleri tarafından ret oyu verilen Bildiri¹⁵¹, gelişme hakkını şöyle tanımlamaktadır:

Madde 1

1. Gelişme hakkı, bütün insan haklarının ve temel özgürlüklerin tam olarak gerçekleştirilebileceği, (ve) bu hak vasıtasıyla her bir insanın ve bütün halkların ekonomik, sosyal, kültürel ve siyasal gelişmeye katılma, bunlara katkıda bulunma ve bunlardan yararlanmaya hak sahibi olduğu, devredilmez bir insan hakkıdır.

2. Gelişmeye dair insan hakkı, Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ile Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin ilgili hükümleri saklı kalarak, halkların kendi doğal zenginlik ve kaynakları üzerindeki devredilmez tam egemenlik hakkını kullanması dahil, halkların kendi kaderini tayin hakkının tam olarak gerçekleştirilmesine de delalet eder.

Söz konusu bildiride belirlendiği şekliyle gelişme hakkı, 1993 tarihli “*Viyana Bildirisi ve Eylem Programı*”¹⁵² ile evrensel ve vazgeçilemez bir hak ve temel insan haklarının ayrılmaz bir parçası olarak teyit edilmiştir.

Bu tanım ekonomik, sosyal, kültürel ve siyasal gelişmeyi tüm insan haklarının ve temel özgürlüklerin tam olarak gerçekleştirilmesinin önkoşulu olarak

¹⁴⁹ “*Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endoris Welfare Council v. Kenya*”, (Communication No. 276/2003), 46th Ordinary Session of the African Commission on Human and Peoples' Rights, 11-25 November 2009.

¹⁵⁰ “*Gelişme Hakkı Bildirisi*” (“*Declaration on the Right to Development*”) BM Genel Kurulu'nun 41/128 sayılı ve 04/12/1986 tarihli kararıyla kabul edilmiştir. Bildirinin bu çalışmada kullanılan serbest çevirisi için bkz. Gemalmaz, **İnsan Hakları Hukuku Belgeleri/II. Cilt**, s. 1183-1194.

¹⁵¹ Amerika Birleşik Devletleri'nin buradaki tanımıyla gelişme hakkına kararlı şekilde karşı çıktığı not edilmelidir. Bu konuda bkz. Stephen Marks, “The Human Right to Development: Between Rhetoric and Reality”, **Harvard Human Rights Journal**, Vol. 17, 2004, s. 137-168.

¹⁵² “*Viyana Bildirisi ve Eylem Programı*” (“*Vienna Declaration and Programme of Action*”) 14/06/1993 ile 25/06/1993 tarihleri arasında toplanan Dünya İnsan Hakları Konferansı tarafından 25/06/1993 tarihinde kabul edilmiştir. Bkz. **Vienna Declaration and Programme of Action**, A/CONF.157/23, 12 July 1993, para. 10.

kabul etmektedir. Bu noktadan hareketle gelişme hakkının, içeriğini insan hakları ve temel özgürlüklerin oluşturduğu toplama bir hak olduğu ileri sürülebilir.¹⁵³

Gelişme, dar anlamda, tüm insan haklarının gerçekleştirilmesi süreci olarak kabul edilebilir.¹⁵⁴ Bu, gelişme kavramının iktisadi hedeflere yönelik olmaktan yaşam koşullarına ilişkin olmaya; daha açık bir ifadeyle insan merkezli gelişme olarak kabul edilmesine doğru geçirdiği evrimi yansıtmaktadır. İnsan temelli gelişme anlayışını Rio Bildirisi İlke 1, net olarak ortaya koymaktadır: “Sürdürebilir gelişmeye ilişkin kaygıların merkezinde insanlar vardır ve insanlar çevreyle uyum içinde sağlıklı ve üretken bir yaşama hak sahibidirler.” Belirtmek gerekir ki bir insan hakkı ya da kolektif bir hak olarak gelişme hakkının öznesi (haktan yararlanıcılar), nesnesi (hakkın talep edileceği muhataplar) ve nihayet hakkın konusuna (hakkın içeriği ya da kapsamı) ilişkin sorunlardan dolayı hak niteliği taşımadığı yönünde ciddi eleştiriler de bulunmaktadır.¹⁵⁵

Her ne kadar sınırlı da olsa, insan hakları temelli gelişme görüşü, özellikle gelişme hakkı ve diğer haklar arasındaki kuvvetli bağı göstermede önemli bir işlev görebilir.¹⁵⁶ Bu görüş dahilinde takip eden bir sonraki adımda gelişmenin, kendiliğinden hakların gerçekleşmesini sağlamamakla birlikte, başta yoksulluk olmak üzere, gerçekleştirilmelerinin önündeki engellerin ortadan kaldırılması imkanını sağladığı ileri sürülecektir.¹⁵⁷ Bu önermenin, bu çalışmanın konusu bağlamında, içeriği açıktır: “Sağlığın en güçlü habercisi gelirdir (...) ve uluslararası kapsamda hastalıklarla mücadele etmek ve sağlık seviyesini artırmanın bir yolu

¹⁵³ Karş. Christian Tomuschat, **Human Rights: Between Idealism and Realism**, United States, Oxford University Press, 2008, s. 55.

¹⁵⁴ **Report on the Right to Adequate Food as a Human Right Submitted by Mr. Asbjørn Eide, Special Rapporteur**, E/CN.4/Sub.2/1987/23, 7 July 1987, para. 108. Yazar bu gelişme anlayışının Gelişme Hakkı Bildirisi Md.1’de de zımnen bulunduğunu ileri sürmektedir.

¹⁵⁵ Bkz. Rosalyn Higgins, **Problems & Process: International Law and How We Use it**, Great Britain, Clarendon Press, 1998, s. 103-104.

¹⁵⁶ Sağlık ile gelişme, ve dolayısıyla da sağlık hakkı ve gelişme hakkı, arasındaki bağ ekonometrik tespitlerle de ortaya konabilir. Böyle bir çalışma için bkz. Jocelyn Finlay, **The Role of Health in Economic Development**, Harvard Initiative for Global Health, Program on the Global Demography of Aging, Working Paper Series, No. 27, 2007, (çevrimiçi), http://www.hsph.harvard.edu/pgda/WorkingPapers/2007/PGDA_WP_21.pdf, 04/08/2011.

¹⁵⁷ Willis, **a.g.e.**, s. 206.

gelirin yeniden bölüştürülmesidir.”¹⁵⁸ Bir ülkenin gelişmiş olması tek başına, özellikle de sosyal haklar olmak üzere, insan haklarının korunması veya gerçekleştirilmesi düzeyinin otomatik olarak yüksek olduğunu göstermez. Bununla birlikte hiç şüphe yok ki; ekonomik gelişmişlik düzeyi, sağlık hakkı gibi belirli bir düzeyde ekonomik yükler getiren hakların gerçekleştirilmesi bakımından bir ön şart olarak kendini dayatmaktadır. Gelişme ile ekonomik yapı ve insan haklarının, bu çalışma bakımından özellikle de sağlık hakkının, gerçekleştirilmesi arasındaki ilişkiyi gösteren bu yaklaşımın doğruluğu bu noktada sona ermektedir. Bunun nedeni hakkın gerçekleştirilmesinin önündeki engel olarak yoksulluğun koyulmuş olmasıdır.

Yoksulluk ya da yoksul olmak, modernitenin toplumsal katman kategorilerinden biri olmadığı gibi; meselenin yoksulluk ile bağlantılandırılması, sorunun çözümünün bireyselleştirilmesini sonuçlar. Oysa bireysel olan sadece haktır. Hakkın gerçekleştirilmesi ise toplumsal/kamusal olmalıdır. Az gelişmiş bir ülkede sağlık hakkının gerçekleştirilmesinin önündeki engel bireysel yoksulluk değil, sağlık hakkının gerçekleştirilmesi yükümlülüğünü taşıyan devletin, sağlık hizmetlerine aktarabileceği fonların sınırlılığıdır. Söz konusu az gelişmiş Devletler olduğunda kamusal fonların dağılımındaki önceliklerin de önemli bir sorun alanı oluşturduğu şüphe götürmez bir gerçektir; ve fakat ekonomik gelişmişlik seviyesi ile doğrudan bağlantılı olmadığından, bir başka ifadeyle fon dağılım tercihleri gelişmiş ülkeler bakımından da tartışılması gereken bir mesele olduğundan, söz konusu spesifik noktadaki tespitleri değiştirmez.

Gelişme hakkının, daha dar bir şekilde “temel ihtiyaçlar” yaklaşımıyla ele alınabileceğinin de uluslararası doktrinde ileri sürüldüğünün belirtilmesi gerekir.¹⁵⁹ Söz konusu yaklaşım, sağlığın da bir parçasını oluşturduğu temel ihtiyaçların giderilmesinin, gelişmenin öncelikli hedefi olarak kabul edilmesi üzerinde yoğunlaşmaktadır. Temel ihtiyaçlar yaklaşımı ile Bölüm II’de ele alınan hakkın özü/çekirdeği yaklaşımının paralellikler gösterdiği dikkati çekmektedir.

¹⁵⁸ George J. Annas, “Human Rights and Health: The Universal Declaration of Human Rights at 50”, **Perspectives on Health and Human Rights**, (Ed. Sofia Gruskin, vd.), New York-London, Routledge, 2005, s. 65.

¹⁵⁹ Frances Stewart, “Basic Needs Strategies, Human Rights, and the Right to Development”, **Human Rights Quarterly**, Vol. 11, Issue 3, 1989, s. 347-374.

Gelişmişlik düzeyi ile sağlık arasındaki ilişki ilk bakışta tespit edilebilen bağlantı noktalarının ötesinde, oldukça derindir. Kitle iletişim araçlarına erişim, söz konusu ilişkinin oldukça açıklayıcı bir örneğini sağlamaktadır. Bir gelişmişlik göstergesi olan radyo ve televizyonun (ya da bugün itibarıyla internet) elverişliliğinin sağlık üzerindeki dolaylı etkisi, söz konusu iletişim araçlarıyla, özellikle başta AIDS olmak üzere bulaşıcı hastalıklar ya da cinsel sağlık ve üreme sağlığına dair bilgiler gibi, halk sağlığına ilişkin bilgilerin kitlesel şekilde yayılması imkanı sağlamasında kendisini gösterir.¹⁶⁰

Gelişme ile sağlık hakkının yakın ilişkisinin tezahür ettiği oldukça önemli bir belge, 2000 yılında kabul edilen Birleşmiş Milletler Binyıl Bildirisi'dir.¹⁶¹ Bu bildirinin üçüncü bölümünde belirlenen hedefler, sekiz başlık altında toplanarak Binyıl Gelişme Hedefleri (BGH) olarak adlandırılmaktadırlar.¹⁶² Söz konusu hedefler arasında Hedef 4: Çocuk ölümlerinin azaltılması; Hedef 5: Anne sağlığının geliştirilmesi; ve Hedef 6: HIV/AIDS, sıtma ve diğer hastalıklarla mücadele edilmesi doğrudan sağlık hakkıyla ilişkilidirler. Bunların yanı sıra toplam 16 olan hedeften en az sekizi ve 48 göstergeden 17'si sağlığa ilişkindir.¹⁶³

Sağlık hakkıyla gelişme hakkı arasındaki ilişki normatif olarak da ortaya konmuştur. 1969 tarihli “*Sosyal İlerleme ve Gelişme Bildirisi*”¹⁶⁴ Md .19/a “sosyal

¹⁶⁰ Bkz. Paul F. Basch, **Textbook of International Health**, United States of America, Oxford University Press, 1990, s. 172. Kitle iletişim araçları kamu/halk sağlığının yükseltilmesinde kullanıldığı gibi, bunun tam aksi yönünde de kullanılabilir. Sağlık haberleri ya da reklamlar yoluyla kamunun belirli ürünleri tüketmeye yönlendirilmesi örnekleri için bkz. E. Gültüvin Gür, “Dezenformasyona Uğratılan Bir Hak Olarak Sağlık”, **Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu II - Bildiriler**, İstanbul, Petrol-İş Yayını, No. 113, 2010, s. 299-315.

¹⁶¹ United Nations Millennium Declaration, A/RES/55/2, 18 September 2000.

¹⁶² BGH şunlardır: 1) Aşırı yoksulluğun ve açlığın giderilmesi; 2) Genel temel eğitimin gerçekleştirilmesi; 3) Toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanması ve kadınların güçlendirilmesi; 4) Çocuk ölümlerinin azaltılması; 5) Anne sağlığının geliştirilmesi; 6) HIV/AIDS, sıtma ve diğer hastalıklarla mücadele edilmesi; 7) Çevresel sürdürülebilirliğin temin edilmesi; 8) Gelişme için küresel bir ortaklığın kurulması. BGH hakkında bkz. Mark McGillivray, “The Millennium Development Goals: Overview, Progress and Prospects”, **Achieving the Millennium Development Goals**, Mark McGillivray (ed.), Great Britain, Palgrave Macmillan, 2008, s. 1-19.

¹⁶³ Report of the Special Rapporteur on the Right of Everyone to the Enjoyment of the Highest Attainable Standard of Physical and Mental Health, A/HRC/17/25, 12 April 2011, s. 6, para. 15.

¹⁶⁴ “*Sosyal İlerleme ve Gelişme Bildirisi*” (“*Declaration on Social Progress and Development*”) BM Genel Kurulu tarafından 11/12/1969 tarihinde kabul edilmiştir. Bildirinin bu çalışmada kullanılan Türkçe çevirisi için bkz. Gemalmaz, **İnsan Hakları Hukuku Belgeleri/II. Cilt**, s. 1135-1158.

ilerleme ve gelişme hedeflerinin gerçekleştirilmesi...(n)üfusun bütününe ücretsiz sağlık hizmetlerinin ve yeterli önleyici ve iyileştirici imkanların ve herkes bakımından tıbbi esenlik hizmetlerine erişebilirliğin sağlanması[nı] gerektiğini” öngörmektedir.

Sonuç olarak şu söylenebilir: Sağlık hakkı ve gelişme hakkı, kesiştikleri alanlar bakımından karşılıklı bir ilişki içindedirler. Sağlık hakkının tam olarak gerçekleştirilmesi, gelişme hakkının gerçekleştirilmesi yönünde ileri bir adım olacaktır. Aynı şekilde gelişme hakkına ilişkin ilerlemeler de, sağlık hakkına ilişkin oldukları ölçüde ki bunlara su ve gıda gibi sağlığa ilişkin insan ihtiyaçlarının da dahil olduğuna şüphe yoktur, sağlık hakkının gerçekleştirilmesi yönündeki adımlar olacaktır.

E. Ara Sonuç

Bu bölümde, sağlık hakkı ve diğer haklar arasındaki ilişkiler incelendikten sonra bazı tespitlerde bulunulabilir. Bu tespitlere geçmeden öncelikle belirtilmesi gereken nokta, sağlık hakkı ile diğer haklar arasındaki ilişkinin yalnızca burada sayılanlar ile sınırlı olmadığıdır. Örneğin, sağlık hizmetlerindeki bir eksiklik ya da kusurdan dolayı iç hukuk makamlarına başvuran bir birey bakımından, söz konusu yargısal süreçlerin işleyişinin adil yargılama hakkına uygun şekilde işletilmesi gerektiğine şüphe yoktur. Bu durumda, burada sayılmamış olan adil yargılanma hakkı ile sağlık hakkı arasında bir bağ kurulmuş olmaktadır.

Bu bölümde ele alınan örneklerin amacı, insan haklarının bütünselliğini yeniden ispat etmek değildir. Bunun yerine bu bütünselliğin, sağlık hakkının korunmasına bir katkı sağlayıp sağlamadığının tespiti amaçlanmaktadır.

Sağlık hakkının diğer insan hakları ile ilişkisi bağlamında iki temel tespit yapılabilir. Birincisi sağlık hakkı, diğer birçok hak ile ortak unsurlar taşımaktadır. İkincisi bu ortak unsurlar sağlık hakkının kapsamını genişletmekten ziyade, sağlık hakkına yer veren insan hakları sözleşmelerinin tarafı olan Devletlerin, bu haktan doğan yükümlülüklerinin belirginleşmesine, bir başka deyişle somutlaşmasına hizmet etmektedirler. Diğer sosyal haklar için olduğu gibi, sağlık hakkına da

yöneltiren “muğlaklık” eleştirisinin geçersizliğinin bir kanıtı da böylelikle ortaya konmuş olur.

Yukarıdaki başlık altında açıklanmaya çalışıldığı üzere, birinci kuşak sözleşme organları sağlık hakkına, ancak denetim ve yorumunu üstlendikleri sözleşmelerde öngörülen hakların korunmasına hizmet ettiği sürece ve bu sınırlı kapsamda koruma sağlamaktadırlar. Ele alınmış olan çeşitli insan hakları denetim organlarının içtihatlarından örnekler, bu gerçeği somutlaştırmışlardır.

MSHS’nin denetim organı İHK, gerek bireysel şikayet başvurularına ilişkin olarak verdiği kararlarında gerekse de genel yorumlarında sağlık hakkına ilişkin tespit ve beyanlarda bulunmuştur. Aynı gerçek AmeİHM ve AİHM¹⁶⁵ için de geçerlidir.

Birinci kuşak sözleşme organlarının sağlık hakkına ilişkin olarak sağladıkları korumanın sınırlılığı kendisini çevre vakalarında da gösterir. Shelton’ın AİHM içtihatlarına ilişkin haklı tespitine göre “Avrupa Sözleşmesi’ndeki insan hakları güvencelerinin öncelikle, çevresel zararın kirlenmeden oluşması halinde faydalı oldukları teşhis edilmelidir. Kaynak yönetimi ve doğa korunması ya da biyolojik çeşitlilik meselelerinin insan hakları başlığı altında ele alınması daha zordur.”¹⁶⁶

Nihayet birinci kuşak sözleşme organlarının sağladığı koruma, dolaylı korumadır.¹⁶⁷ Bir başka deyişle, sağlık hakkınıninkine “benzeyen” bir korumadır.¹⁶⁸ Bunun nedeni ise söz konusu korumanın niteliğinde mündemiçtir. Sözleşme organı, denetimini yürütmekle görevlendirildiği sözleşme ile sınırlıdır. Bu sınırlar çeşitli

¹⁶⁵ AİHM eski Başkanı Jean-Paul Costa’nın ifadesiyle “...Mahkememiz, 1979 tarihli Airey v. Ireland hükmünde farklı hak kategorileri arasında oldukça önemsiz bir ayrım olduğu ilkesini kabul etmesi sonrasında koruma alanını belirli ekonomik ve sosyal haklara yönelik olarak genişletmiştir...” Le bilan de la Cour européenne des droits de l’homme par Jean-Paul COSTA Président de la Cour européenne des droits de l’homme, *Colloque « Les cours régionales des droits de l’homme » à l’occasion du 60ème anniversaire de la Déclaration universelle*, Strasbourg, le 8 décembre 2008, s. 4.

¹⁶⁶ Shelton, “Human Rights and the Environment: Jurisprudence of Human Rights Bodies”, s. 162.

¹⁶⁷ Aynı yönde bir adlandırma için bkz. Eva Brems, “Indirect Protection of Social Rights by the European Court of Human Rights”, *Exploring Social Rights: Between Theory and Practice*, Daphne Barak-Erez, Aeyal M Gross (eds.), Oxford-Portland, Oregon, Hart Publishing, 2007, s. 135-167.

¹⁶⁸ Brigit Toebes, “Towards an Improved Understanding of the International Human Right to Health”, *Human Rights Quarterly*, Vol. 21, Issue 3, s. 674.

yorum yöntemleri ile ne kadar zorlansa da sözleşmede düzenlenmeyen bir hakkın korunması mümkün değildir. Dolayısıyla da birinci kuşak hakları düzenleyen insan hakları sözleşmelerinin, sağlık hakkına ilişkin olarak sağlayabileceği koruma da bu sınırlara tabidir. Ancak bu kısıtlılıklara rağmen söz konusu koruma, öneminden herhangi bir şey kaybetmez. Bunun iki nedeni vardır. Birincisi sağlık hakkının, tıpkı diğer sosyal haklar gibi, dava edilebilir olmadığı iddialarının aksini ispat etmekte gördüğü işlevdir.¹⁶⁹ İkincisi ise, sağlık hakkına ilişkin içtihadi birikime sağladığı katkıdır.

Bu bölümde ele alınan ikinci ve üçüncü kuşak haklarla sağlık hakkı arasındaki ilişki ise birinci kuşak haklara nazaran çok daha yakındır. Zira çoğu durumda sayılan hakların gerçekleştirilmesi, sağlık hakkının gerçekleştirilmesinin önkoşulunu oluşturmaktadır. İster gıda ya da su hakları isterse de çevre hakkı örneği ele alınsın, sağlık hakkının kullanılabileceği şartları yaratmaktadırlar. Bu bağlamda hakların bütünselliği ilkesi daha da somut bir şekilde ortaya çıkmaktadır.

Her iki kuşağa ait haklarla sağlık hakkı arasındaki ilişkinin normatif kaynaklarıyla insan hakları belgelerinde karşılaşılmaktadır. Daha da önemlisi başta ESKHK olmak üzere sözleşme organları, sağlık hakkına ilişkin standartlarında söz konusu haklara göndermelerde bulunmakta; böylelikle de, normatif kaynakların yanına içtihadi kaynakları da eklemiş olmaktadır.

Sonuç itibarıyla sağlık hakkı, ancak bir dizi diğer hakla birlikte ele alındığında anlam kazanmaktadır. Gerek sağlık hakkının kapsamının muğlaklıktan uzaklaşması gerekse de Devletlerin yükümlülüklerinin somutlaşmasına hizmet eden söz konusu ilişkiler yumağının okunması gereken bağlam da budur.

¹⁶⁹ Aart Hendriks, “The Right to Health in National and International Jurisprudence”, **European Journal of Health Law**, Vol. 5, No. 4, 1998, s. 402.

IV. SAĞLIK HAKKININ ETKİNLEŞTİRİLMESİ

Bu bölüm altında sağlık hakkının etkinleştirilmesinin önündeki engeller ve bu engellerle nasıl başa çıkılabileceği ele alınmaya çalışılacaktır. Çalışmanın planı sağlık hakkının etkinleştirilmesinin iki boyutlu olarak incelenmesine yönelik olacaktır. İlk olarak sağlık hakkının etkinleştirilmesinin maddi hukuk boyutu, ikinci olarak ise usul hukuku boyutu ele alınacaktır.

Etkinleştirmenin maddi hukuk boyutu, sağlık hakkının esasına ilişkin meselelerdir. Bu doğrultuda engel oluşturduğu ileri sürülen olgular tespit edildikten ve söz konusu olguların hakkın kullanımına yönelik etkileri belirlendikten sonra olası çözüm önerileri getirilmeye çalışılacaktır.

Sağlık hakkının etkinleştirilmesinin usul hukuku boyutu altında ise bir sosyal hak olan sağlık hakkını öngören sözleşmelerin organ ve usullerinin işleyişine dair meseleler incelenecektir.

A. Maddi Hukuk: Sağlık Hakkı *versus* Küreselleşme

Bu başlık altında ele alınacak olan mesele küreselleşmenin sağlık hakkının etkinleştirilmesinin önüne çıkardığı engellerdir. Dolayısıyla ilk olarak küreselleşme kavramı ve insan hakları üzerindeki etkilerine değinilmesi gerekmektedir. Ancak bundan sonra küreselleşmenin sağlık hakkıyla yakında ilişkili üç sonucu ele alınacaktır. Bunların ilki TRIPS çerçevesinde patent hakları ve sağlık hakkının bir unsuru olan ilaçlara erişim hakkı arasındaki hukuki sorunlar; ikincisi özelleştirmenin sağlık hizmetleri üzerindeki etkisi ve son olarak üçüncüsü ise devlet-dışı aktörlerin insan hakları yükümlülükleri meselesidir.

Bu çalışma açısından küreselleşme bağlamında özelleştirme, patent ve devlet-dışı aktörler konularının özel olarak seçilmesinde iki ana etken rol oynamaktadır. Özelleştirme, patent ve devlet-dışı aktörler meseleleri ortak bir paydada, küreselleşme olgusunda buluşmaktadırlar. Öte yandan, her üç konu da insan hakları sözleşmeleri organları ve BM'nin insan haklarıyla ilgili diğer birimleri (örneğin BM

İnsan Hakları Komisyonu, BM Sağlık Hakkı Özel Raportörü gibi) tarafından, sağlık hakkının etkinleştirilmesinin önündeki engeller arasında sayılmaktadır.

1. Temel Engel Olarak Küreselleşme

Tarihsel olarak kapitalizmin sanayi devrimi ile birlikte gerçekleşen dönüşümü insan sağlığına yönelik modern tehditleri de beraberinde getirmiştir. Ağır çalışma koşulları, çevre kirliliği ve hızlı kentleşmenin sonucunda ortaya çıkan sağlıksız yaşam koşulları gibi nedenler özellikle de çalışan sınıfların sağlık durumlarının ciddi şekilde bozulmasına yol açmıştır.¹ Söz konusu tehditlerin insan sağlığı üzerindeki etkilerinin bugün de devam ettiği istatistiksel verilerle ortaya konmaktadır.²

Sosyal hakların gerçekleştirilebilmesi ile kamusal fonlar arasında önemli bir bağ vardır. Devletlere yüklenen mali külfetlerin sosyal haklarla sınırlı olmadığı yukarıda Bölüm II ve Bölüm III’de ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Ancak bu durum, özellikle edimde bulunma yükümlülüğü bakımından sosyal hakların, medeni ve siyasi haklara nazaran, bir ölçüde mali tercihlere daha fazla bağlı olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Küreselleşme ile birlikte ortaya çıkan neo-liberal ekonomi siyasaları, 19. yüzyılın ikinci yarısından itibaren birikmeye başlayan sosyal kazanımların geri alınmasına yönelik bir nitelik taşımaktadırlar. Bu siyasaların sonuçları kendilerini sağlık hakkının gerçekleştirildiği alanlarda da göstermektedirler.

Küreselleşme kavramı, değişik açılardan bakıldığında farklı biçimlerde tanımlanabilir. Örneğin küreselleşme “dünya çapında toplumsal karşılıklı bağımlılıkları ve alış verişleri yaratan, çoğaltan, genişleten ve yoğunlaştıran ve fakat aynı zamanda insanlarda yerel olan ile uzakta olan arasında derinleşen bağlantılara

¹ Oldukça erken tarihli (1845) bir tespit için bkz. Friedrich Engels, **İngiltere’de Emekçi Sınıfın Durumu**, (Çev. Yurdakul Fincancı), Ankara, Sol Yayınları, 1997, s. 152-168. Daha yakın tarihli bir çalışma için bkz. E. P. Thompson, **İngiliz İşçi Sınıfının Oluşumu**, İstanbul, Birikim Yayınları, 2004, s. 399-407.

² Anne-Marie Barry, Chris Yuill, **Understanding Health: A Sociological Introduction**, Sage Publications, Great Britain, 2002, s. 74-91, özellikle s. 90: “Söz konusu kanıtlardan şu sonuca varıyoruz ki kötü sağlığın temel nedeni; eşitsizlik üzerine kurulmuş olan, eşitsizlik olmaksızın işleyemeyen, kapitalist bir toplumun doğasının kendisidir.”

ilişkin artan bir farkındalığı geliştiren çok boyutlu bir takım sosyal süreçler”³ olarak tanımlanabilir. Ancak bu sosyolojik tanım küreselleşmenin tek bir yüzü ile sınırlıdır. Bunun yerine sağlık hakkının etkinleştirilmesi önündeki bir engel olarak küreselleşmenin ekonomik boyutunu ele alan, “malların, hizmetlerin, yatırımların, finansın, teknolojinin, bilginin (...) sınır ötesi akışlarıyla ülkelerin ve halkların aşamalı olarak dünya ekonomisiyle bütünleşmesi süreci”⁴ şeklindeki bir tanımlama daha bütünlüklü bir açıklamaya hizmet edebilir.

Tam bu noktada ESKHK’nin yerinde müdahalesinden söz etmek kaçınılmazdır. Komite küreselleşmenin öncelikle teknoloji, iletişim, bilgi işleme ve vb. alanlardaki dünyayı daha küçük ve birbirine bağımlı hale getiren gelişmelere göndermeyle tanımlandığını belirtmektedir. Ancak Komite bu tanımla yetinmemekte ve küreselleşmenin, serbest pazara dayanmanın giderek artması, uluslararası finans pazarları ve kurumlarının ulusal siyasaların öncelikleri üzerindeki belirleyiciliklerindeki ciddi artış, önceden münhasıran Devletin alanında olduğu kabul edilen faaliyetlerin özelleştirilmesi, vs. gibi eğilimlerle de yakından ilişkili olduğunu ifade etmiştir.⁵

ESKHK’nin söz konusu tespitleri, sağlık hakkına uygulandığında dünya genelinde ulusal sağlık sistemlerinin bugün için karşı karşıya kaldıkları sorunların, sağlık hakkının küresel bağlamından ayrıştırılarak ele alınmasının imkansız olduğunu ortaya koymaktadır.⁶

³ Manfred B. Steger, **Globalization – A Very Short Introduction**, United States, Oxford University Press, 2003, s. 13.

⁴ Giovanni Andrea Cornia, v.d., **Globalisation and Health: Pathways of Transmission and Evidence of Impact**, y.y., WHO Commission on Social Determinants of Health, t.y., s. 12. WHO tarafından hazırlatılan söz konusu çalışmaya şu internet sitesinden erişilebilir: (Çevrimiçi), http://www.who.int/social_determinants/resources/gkn_cornia_al.pdf, 12/11/2010.

⁵ Globalization and Economic, Social and Cultural Rights Statement by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, 18th session, 27 April-15 May 1998, Geneva, para. 2.

⁶ Aeyal M Gross, “The Right to Health in an Era of Privatisation and Globalisation: National and International Perspectives”, **Exploring Social Rights: Between Theory and Practice**, Daphne Barak-Erez, Aeyal M Gross (eds.), Oxford-Portland, Oregon, Hart Publishing, 2007, s. 336.

2. Spesifik Engeller

a. İlaç Patentleri ve İlaça Erişim-TRIPS

Sağlık hakkının etkinleştirilmesi bakımından gerekli unsurlardan biri olan ilaca erişme hakkının gerçekleştirilmesi, hiç şüphe yoktur ki; yalnızca ilaç patentlerinin mevcut sistemine dayanmamaktadır.⁷ Buna karşılık, günümüzde ilaca erişimin önündeki bir engel olarak patent hakları meselesi, ileri sürülebilecek diğer tüm sorunlara karşı öncelik ve aciliyet taşımaktadır.

Sağlık hakkı ile fikri mülkiyet hakkının (FMH) karşı karşıya geldiği ve FHMnin sağlık hakkının etkinleştirilmesi önündeki bir engel olarak ortaya çıktığı nokta ilaç patentleridir. Özellikle de temel ilaçlar (*essential medicines*) olarak adlandırılan ve WHO tarafından her yıl yayınlanan listelerde belirlenen ilaçlar bakımından patentler, yaşam ile ölüm arasındaki çizgi üzerinde durmaktadırlar. Üstelik temel ilaçlara erişimin sağlanması, ESKHS tarafı Devletlerin yerine getirmemelerini hiçbir şekilde haklılaştıramayacakları sağlık hakkından kaynaklanan öz/çekirdek yükümlülükleri arasındadır.

Konu ilaç olduğunda patentler lehine ileri sürülen görüşler, araştırma geliştirme faaliyetlerinin yüksek maliyetine dayanmaktadır. İlaç şirketleri söz konusu araştırma geliştirme faaliyetlerinin ancak ilaç fiyatları ile karşılanması halinde bu faaliyetlerin devam edebileceğini ileri sürmektedirler. Özellikle az gelişmiş ülkelerdeki jenerik ilaç kullanımının, bu ülkelerde görülen bulaşıcı hastalıklar için ilaç geliştirilmesi faaliyetlerini de engellediği iddiası bu görüşü takip etmektedir.

Patentlerin, ilaca erişimi engellediği tezinin karşısına, “yoksulluk” temelli görüş çıkmaktadır. Bu görüş, gerek ABD yönetimleri, gerekse de ABD kökenli bilimsel çevrelerce kabul edildiğinden ABD görüşü olarak da ifade edilebilir. Buna göre, AIDS bağlamında Afrika ülkelerinde ilaca erişimin önündeki temel engel ilaç şirketlerinin patent hakları değildir. Yoksulluk tezinin savunucularından biri olan Lehman’a göre; ilaç üretimi her durumda belirli bir miktar maddi kaynak

⁷ Stephen P. Marks, “Access to Essential Medicines as a Component of the Right to Health”, **Realizing the Right to Health**, Andrew Clapham vd. (eds.), Ulm, Rüffer&Rub, Swiss Human Rights Book Vol. 3, 2009, s. 85.

gerektirmektedir. Bu noktadan hareketle yazar, temel sorun olarak az gelişmiş ülkelerin ekonomik koşullarının bu kaynakları karşılamaktan oldukça uzak olmalarını ve uluslararası yardımın yetersizliğini ileri sürmektedir.⁸ Söz konusu yaklaşımın önerisi, fikri mülkiyet hukuku da dahil olmak üzere serbest piyasa reformlarının gerçekleştirilmesi ve böylelikle de artan doğrudan yabancı yatırımlarla az gelişmiş ülkelerin yoksulluktan kurtulmalarıdır. Yoksulluk bir kez ortadan kalktıktan sonra, ilaca erişimin önündeki engeller de kalkmış olacaktır.

Bu görüşün geçersizliği açıktır. Zira söz konusu görüş meseleyi bir fasit daire haline getirerek, çözümsüzlüğü önermektedir. Az gelişmiş ülkelerde özellikle küreselleşmeyle birlikte gerçekleştirilen liberalizasyon, gelişmiş ülkelerle aralarındaki ekonomik farkların daha da artmasına yol açmıştır.⁹ Dolayısıyla az gelişmiş ülkeler bakımından ilaca erişimin önündeki engel olan liberalizasyonu, çözüm önerisi olarak sunmak en hafif tabirle yangını benzinle söndürmeye çalışmaya benzetilebilir.

Sağlık hakkının etkinleştirilmesinin önündeki engellerden biri olarak FMHnin ileri sürülmesinin, ilk bakışta, oldukça yadırgatıcı olduğuna şüphe yoktur. Zira günümüzde uluslararası ticaretin dayandığı başlıca sütunlardan birini FMHler ve bunların ulusal ve uluslararası düzlemde korunması oluşturmaktadır.

Bir hak olarak fikri mülkiyet ve bu çalışmanın konusu bakımından spesifik bir fikri mülkiyet biçimi olan patent, yaratma/buluş faaliyetinin öznesinin, bu faaliyetten kaynaklanan ekonomik getirilerinden münhasıran yararlanması amacını bünyesinde taşımaktadır. Fikri mülkiyetin amacı, yaratıcı düşüncenin sahibinin söz konusu faaliyetinden dolayı desteklenmesidir. Ancak söz konusu münhasır yararlanma hakkı, belirli zaman dilimleri ile sınırlanır. Bir başka deyişle; süresinin bitimiyle birlikte patent serbest hale gelir. Böylelikle patentin konusunu oluşturan

⁸ Bruce A. Lehman, “Intellectual Property Rights as a Trade, Health and Economic Development Issue”, *St. John’s Journal of Legal Commentary*, Vol. 17, Issue 3, 2003, s. 417-427.

⁹ Bu konuda bkz. Nihat Bulut, “Küreselleşme: Sosyal Devletin Sonu mu?”, *AÜHFD*, C. 52, S. 2, 2003, s. 190-191.

teknolojik/bilimsel ilerleme, ücretlerin daha karşılanabilir seviyelere inmesi sayesinde, toplumun daha geniş kesimlerince kullanılabilir hale gelmektedir.¹⁰

Bunun da ötesinde FMH, mülkiyet hakkının bir unsuru olarak bir insan hakkıdır. AİHS denetim organları, içtihatlarında FMH'yi mülkiyet hakkı çerçevesinde değerlendirmektedir. AİHK'ye göre AİHS'nin 1 No.lu Protokolü Md. 1'de düzenlenen mülkiyet hakkı, fikri mülkiyet haklarını da kapsamaktadır. Komisyon, önüne gelen bir vakada ilaç patentlerinin söz konusu maddenin koruması altında olduğunu kabul etmiştir.¹¹

Mülkiyet hakkının yanı sıra EİHB Md. 27/2 ve ESKHS Md. 15/1/c' de öngörülen "yaratıcısı olduğu bilimsel, edebi ya da sanatsal ürünlerden kaynaklanan maddi ve manevi menfaatlerinin korunmasından yararlanma hakkı"nın¹² FMH'yi de kapsadığı uluslararası doktrinde ileri sürülmüştür.¹³ Buna karşılık ESKHK ticari ürün niteliğindeki FMH'leri açıkça Sözleşme Md. 15/1/c'de öngörülen haktan ayırmakta ve dolayısıyla da söz konusu hakkın kapsamı içinde değerlendirmemektedir.¹⁴ Böylelikle ticari ürün olan patentler ESKHS Md. 15/1/c'de koruma altına alınmış olan FMHlerin dışında bırakılmış olmaktadır. Bir başka ifadeyle patentler,

¹⁰ Patent hukukuna ilişkin olarak bkz. Ünal Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, İstanbul, Beta, 2004 (Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş Üçüncü bası), s. 483-596.

¹¹ "*Smith Cline and French Laboratories LTD v. the Netherlands*", (App. No. 12633/87), Decision on Admissibility, 06/10/1990. AİHS çerçevesinde fikri mülkiyet haklarına ilişkin olarak ayrıntılı bilgi için bkz. H. Burak Gemalmaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı**, İstanbul, Beta, 2009, s. 286-347.

¹² EİHB Md. 27/2 şöyledir:

"Herkes, yaratıcısı olduğu herhangi bir bilimsel, edebi ya da sanatsal üründen doğan/(kaynaklanan) manevi ve maddi menfaatlerinin korunması hakkına sahiptir."

ESKHS Md. 15/1/c ise şöyledir:

"Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, herkesin:

(...)

(c) Kendisinin yaratıcısı olduğu bilimsel, edebi ya da sanatsal ürünlerden kaynaklanan maddi ve manevi menfaatlerinin korunmasından yararlanma, hakkını tanırlar."

¹³ Robert L. Ostergard, Jr., "Intellectual Property: A Universal Human Right?", **Human Rights Quarterly**, Vol. 21, Issue 1, 1999, s. 175.

¹⁴ General Comment No. 17, The right of everyone to benefit from the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he or she is the author (article 15, paragraph 1 (c), of the Covenant), E/C.12/GC/17, 12 January 2006, paras. 1-3.

mülkiyet hakkına yer vermeyen ESKHS çerçevesinde insan hakkı olarak tanınmamaktadırlar.

(1) TRIPS

FMHlerin 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 yürüyen süreç, 1994 yılında “*Ticaretile Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması*”nın (buradan sonra kısaca TRIPS yahut Anlaşma)¹⁵ 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. Öte yandan Amerikan kökenli şirketler ile Avrupa ve Japon kökenli şirketlerin uzlaşma zemininin oluşturulabilmesi için Anlaşma’da yer verilmiş olan istisnaların (zorunlu lisanslama ve uyum dönemleri) aşılmasına yönelik “TRIPS-plus” olarak adlandırılan iki taraflı ya da bölgesel anlaşmalar da söz konusu dönüşümü tamamlamaktadır.¹⁶

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 ürünleri, altından kalkılması güç ekonomik yükler getirmektedir. Bu nedenle de TRIPS’in getirdiği hukuki düzenle birlikte yaygın salgın hastalıklarla (AIDS, sıtma gibi) mücadelede tek seçenekleri jenerik ilaçlar olan az gelişmiş ülkelerin bu imkanı da ellerinden alınmış olmaktadır. Zira jenerik olarak üretilen ilaçların maliyetleri, patent ücretlerini içermemeleri sebebiyle markalı ilaçlara kıyasla çok daha düşük

¹⁵ “*Ticaretile Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması*” (“*The Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*”) 15/04/1995 tarihinde kabul edilmiş ve 01/01/1995 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

¹⁶ Susan K. Sell, “Trade Issues and HIV/AIDS”, **Emory International Law Review**, Vol. 17, Issue 2, 2003, s. 942-943.

seviyededirler. Somut örnek olarak AIDS ilaçlarının ücretleri verilebilir.¹⁷ BM Kalkınma Fonu'nun tespitine göre 1998 yılında AIDS ilacı Flucanazole'nin 100 tabletinin (150 miligram) fiyatı jenerik olarak üretildiği Hindistan'da 55 Amerikan Doları iken; bu şekildeki üretimin mümkün olmadığı Malezya'da 697 Amerikan Doları, Endonezya'da 703 Amerikan Doları ve nihayet Filipinler'de 817 Amerikan Dolarıdır.¹⁸

Öte yandan az gelişmiş ülkelerin, kendi çıkarları dikkate alınmaksızın hazırlanan bu anlaşmayı ciddi ekonomik ve siyasi baskılar sonucu kabul etmiş olmaları, uluslararası doktrinin hatırı sayılır bir bölümünün üzerinde anlaşmaya varmış olduğu bir noktadır.¹⁹ TRIPS'in bir uluslararası ticari andlaşma olduğu ve hukuken, tarafların serbest rızalarına dayandığı gerçeği yadsınamaz. Ancak hukuki görünümün bir adım ötesine geçildiğinde, farklı gerçekler kendini göstermektedir. Az gelişmiş ülkeler bakımından, bu tür bir belgeye taraf olmalarını sağlayan temel dinamik, iddia edildiği gibi gelişmiş ülke pazarlarının kendilerine açılma imkanı değil, karşı karşıya bırakıldıkları ekonomik baskılardır. ABD'nin 1974 tarihli Ticaret Yasası (Trade Act) Bölüm 301'i uygulama tehdidi, bunun oldukça önemli bir örneğidir.²⁰

¹⁷ Bu noktada ilaç patentleri ile yakından ilişkili AIDS hastalığına değinmek, konunun öneminin daha iyi anlaşılmasına imkan sağlayabilir. Açılımı "Acquired Immune Deficiency Syndrome" (Sonradan Edinilmiş Bağışıklık Yetmezliği Sendromu) olan bu hastalığa HIV (Human Immunodeficiency Virus/İnsan Bağışıklık Yetmezliği Virüsü) virüsü neden olmaktadır. WHO'nun sağladığı tahmini verilere göre 2009 yılı itibarıyla dünya üzerinde 33.300.000 kişi HIV virüsüyle yaşamaktadır. Bu sayının 22.5 milyonu, Sahra-altı Afrika olarak adlandırılan bölgede bulunmaktadır. Bir başka ifadeyle HIV virüsü ile yaşamak zorunda olan her üç kişiden ikisi Sahra-altı Afrika'da yaşamaktadır. İstatistiki bilgiler için bkz. **Global Report: UNAIDS Report on the Global AIDS Epidemic 2010**, UNAIDS, b.y., 2010, s. 180. Söz konusu sayıların, ulusal verilere dayandıklarından ve az gelişmiş ülkelerdeki veriler sağlıklı olarak derlenemediğinden dolayı tahmini değerleri yansıtmakta oldukları belirtilmelidir.

¹⁸ United Nations Development Programme, **Human Development Report 2000**, New York, Oxford University Press, 2000, s. 84 (Box 4.9).

¹⁹ Brian Hindley, "What Subjects are Suitable for WTO Agreement", **The Political Economy of International Trade Law – Essays in Honor of Robert E. Hudec**, Daniel L. M. Kennedy, James D. Southwick (eds.), United States of America, Cambridge University Press, 2002, s. 158; Frederick M. Abbott, "The TRIPS-Legality of Measures Taken to Address Public Health Crises: Responding to USTR – State – Industry Positions that Undermine the WTO", **The Political Economy of International Trade Law – Essays in Honor of Robert E. Hudec**, Daniel L. M. Kennedy, James D. Southwick (eds.), United States of America, Cambridge University Press, 2002, s. 314.

²⁰ N. S. Gopalakrishnan, "TRIPS Agreement and Public Health: An Overview of International Issues", **Journal of Intellectual Property Rights**, Vol. 13, No. 5, 2008, s. 396. Bölüm 301, ABD'nin ihracat

Bir müzik eseri ya da bir spor ayakkabı modeline ilişkin FMH ile milyonlarca insanın ve daha da özel olarak çocuğun yaşamını sürdürmesini sağlayacak ilaçlar üzerindeki patentlerin koruduğu değerin aynı olduğunu savunmak mümkün değildir.²¹ Söz konusu çelişki, ahlaki bir ikilemden ibaret değildir ve teorik bir hukuki tartışmanın yalnızca bir veçhesini oluşturmaktadır. Ekonomik  zg rl kler ile temel hak ve özgürlükler karşı karşıya geldiğinde kategorik olarak temel hak ve özgürlüklere üstünlük tanınması mümkün müdür?²² Aynı soru bu çalışma bağlamında şu şekilde de sorulabilir: FMH fakat özel olarak patent hakkı ile sağlık hakkının  atışması durumunda hangi hakka öncelik tanınacaktır?

Soru bu şekilde sorulduğunda ve temel hak ve özgürlüklere örnek olarak da yaşam hakkı ya da işkence yasağı düşünüldüğünde, cevap oldukça kolay gözükmektedir. Sözleşme serbestisi ile yaşam hakkı karşılaştırılabilir iki hukuki kategori değildir. Sözleşme serbestisinin yaşam hakkına üstünlük taşıyabileceğini ileri sürmek, liberal düşüncenin kurucularından John Locke ya da Adam Smith için bile mümkün değildir. Bu sorunun cevabı her iki hukuki kavramın tarihsel kökenlerinde aranabilir.

Başta mülkiyetten yararlanma olmak üzere, ticaret özgürlüğü ve sözleşme serbestisi gibi ekonomik özgürlükler düzeni 17. ve 18. yüzyıl burjuva devrimleri

pazarlarını genişletmede ve ABD menşeli ürün ve hizmetlerin önündeki dış ticaret engellerini azaltmada kullanılan temel araçtır. Söz konusu düzenleme pazarlarını Amerikan ürünlerine a mayan ülkelere ticari misilleme yapılmasına cevaz vermektedir. Myl ne Kherallah, John Beghin, “U. S. Trade Threats: Rhetoric or War?”, **American Journal of Agricultural Economics**, Vol. 80, No. 1, 1998, s. 15.

²¹ Bu konu hakkında önemli tahliller ve bir çözüm  nerisi için bkz. Thomas Pogge, “Montr al Statement on the Human Right to Essential Medicines”, **Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics**, Vol. 16, 2007, s. 97-108.

²² Ancak günümüz kapitalizminin hukuki izdüşümü, bunun tam tersi örnekleri barındırmaktadır. Ekonomik  zg rl kler ile temel hak ve özgürlüklerin karşı karşıya geldiği bir düzlem Avrupa Birliği’dir. İyi bilindiği üzere Avrupa Birliği (AB) hem fıkren hem de hukuken, ortak Pazar kavramının içini dolduran üç temel ekonomik özgürlük üzerine inşa edilmiştir: Malların, hizmetlerin ve kişilerin/emeğin serbest dolaşımı. Fakat bugün itibarıyla AB, hukuk düzenine temel hak ve özgürlükler blokunu da katmış bulunmaktadır. Böylelikle bu iki özgürlük kategorisinin karşı karşıya gelmesinin  n  açılmıştır. Avrupa Birliği Adalet Divanı bu tür durumlara ilişkin olarak önüne gelen vakalarda, ekonomik özgürlüklerin yanında yer almıştır. Bkz. “*International Transport Workers’ Federation, Finnish Seaman’s Union v. Viking Line ABP, O  Viking Line Eesti*”, C-438/05, 11/12/2007; “*Laval un Partneri Ltd v. Svenska Byggnadsarbetaref rbundet, Svenska Byggnadsarbetaref rbundets avd. 1, Byggettan, Svenska Elektrikerf rbundet*”, C-341/05, 18/12/2007.

tarafından kalıcı hukuki güvenceye bağlanmıştır.²³ Sosyal haklar ise bu yeni dönemin ortaya çıkardığı sorunlara karşılık olarak doğmuştur.²⁴ Dolayısıyla da, sosyal hakların tarihsel işlevi ekonomik özgürlüklerin sınırı olarak okunabilir. Ancak bu tarihsel işlevin hukuki bir karşılığı olduğunu ileri sürmek mümkün değildir; çünkü uluslararası hukuk normları arasında hiyerarşi oldukça sınırlıdır.

Uluslararası hukukun mevcut yapısı itibarıyla sağlık hakkını FMHlerin üzerinde konumlandırmak teorik olarak iki şekilde mümkün olabilir: 1) İnsan Hakları Manzumesi'nin, BM Şartı'nda öngörülen insan hakları kavramının içeriğini oluşturduklarının kabul edilmesi, böylelikle de Şart Md. 103'ün sağladığı hiyerarşiden yararlanılması ya da; 2) Sağlık hakkının *jus cogens* niteliği haiz olduğunun kabulü. Ancak söz konusu her iki seçeneğe başvurulma imkanı bulunmamaktadır. Zira günümüz uluslararası hukuku çerçevesinde hem İnsan Hakları Manzumesi'ne böyle bir rol biçilmemektedir hem de *jus cogens* nitelikteki insan hakları sınırlı sayıdadır ve sağlık hakkı bu haklara dahil değildir.²⁵

Bu açıdan bakıldığında sağlık hakkının patent haklarını sınırlamasının etik ilkeler dışında herhangi bir zemini bulunmamaktadır.²⁶ Korunması hedeflenen sağlık hakkının, hukuki bağlayıcılığa sahip uluslararası insan hakları belgelerinde düzenlenen bir insan hakkı olduğu dikkate alındığında, önerilen çözümlerin ahlaki değil hukuki yükümlülükler içermesi gerekir. Örneğin, ilaç üreticisi şirketlerin ilaç bağışında bulunmaları “sağlık hakkının gerçekleştirilmesine yardım” etmekten

²³ Modern anlamıyla ticaret özgürlüğünün kökeni erken modernitede aranmak gerekir. Francisco de Vitoria'nın “iletişim hakkı” bu yönde iyi bir örnek oluşturabilir. Bkz. Cemal Bâli Akal, **Modern Düşüncenin Doğuşu: İspanyol Altın Çağı**, Ankara, Dost Kitabevi, 2010 (4. Baskı), s. 78-80.

²⁴ Tanör'e göre sosyal hakların yasal tanınmasına yol açan “baş etken” “emekçi sınıfların mücadelesidir”. Bülent Tanör, **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, İstanbul, May Yayınları, 1978, s. 119.

²⁵ Buradaki tartışma için bkz. Holger Hestermayer, **Human Rights and the WTO: The Case of Patents and Access to Medicines**, United States, Oxford University Press, 2008, s. 204-205.

²⁶ Fikri mülkiyet ve sağlık hakkı (temel ilaçlara erişim hakkı) arasındaki gerilimi, “insan hakları ve etik değerler arasındaki bağı” vurgulayarak, ikincisi lehine çözüme yönündeki bir görüş için bkz. Görkem Birinci, “Fikri Mülkiyet Hakkı Kısacında Sağlık Hakkı”, **Uluslararası Sosyal Haklar Sempozyumu – Bildiriler**, Ankara, Belediye-İş Sendikası Yayını, 2009, s. 228-229.

uzaktır.²⁷ Zira bağışta bulunma herhangi bir hukuki yükümlülüğe değil ahlaki bir “duyarlılığa”; bir başka deyişle yardımseverliğe dayanmaktadır.

Bütün bu bilgiler dikkate alındığında en azından insan haklarının patent haklarına öncelikli olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir.²⁸ Bu durumda iki çözüm önerisi sunulabilir: İlki TRIPS’in çizdiği hukuki çerçevenin içinde kalmak suretiyle, bu anlaşmanın cevaz verdiği istisnaların işlevselleştirilmesi olabilir. Anılan koşullarda mesele TRIPS ya da başka bir ifadeyle uluslararası fikri mülkiyet hukuku çerçevesinde ele alınacaktır. Buna karşı “insan hakları” temelli alternatif ise, meseleyi TRIPS’in alanından çıkartmak ve insan hakları hukuku kapsamında değerlendirmektir. Bu da Devletlerin uluslararası işbirliği yükümlülüğüne dayandırılabilir.

Belirtmek gerekir ki; bugün itibarıyla, sayılan iki farklı yöntemden gerek ESKHK’nin gerekse de başkaca insan hakları organlarının ilk yaklaşımın üzerinde daha fazla durmakta oldukları²⁹, Bölüm II’de de işaret edildiği üzere, ortadadır.

(2) TRIPS’in Sağladığı İmkanlar

TRIPS getirmiş olduğu FMH koruma sisteminin bir dizi istisnasını da öngörmektedir. Yukarıda belirtildiği üzere ilaca erişimin önündeki engellerin kaldırılmasında başvurulabilecek imkanlardan birini, söz konusu istisnaların işlevselleştirilmesi oluşturmaktadır. Dolayısıyla TRIPS çerçevesinde cevaz verilen bu imkanları kısaca ele almak kaçınılmazdır.

Devletlere tanınan istisnaların ilk örneği olarak TRIPS Md. 8/1 sayılabilir. Bu hüküm taraf Devletlerin kamu sağlığının korunması için gerekli önlemleri

²⁷ İlaç şirketlerinin sürdürülebilir ilaç bağışında bulunmaları ve ilaç fiyatlandırmalarının gelişmekte olan ülkelerde daha karşılanabilir hale getirmeleri örneklerini veren Paul Hunt’a, bu konuda katılmak mümkün değildir. Yazarın bu görüşleri için bkz. Paul Hunt, **Neglected Diseases: A Human Rights Analysis**, b.y., World Health Organization, 2007, s. 35.

²⁸ Philippe Cullet, “Human Rights and Intellectual Property Protection in the TRIPS Era”, **Human Rights Quarterly**, Vol. 29, No. 2, 2007, s. 418.

²⁹ İnsan hakları hukuku organları, yaptırım bakımından WTO ya da IMF’nin ticari yaptırımları ile karşılaştırılabilir imkanlara sahip değildirler. Bkz. Audrey R. Chapman, “Globalization, Human Rights, and the Social Determinants of Health”, **Bioethics**, Vol. 23, No. 2, 2009, s. 111. Bu olgu organların yaklaşımında belirleyici olabilir.

alabileceklerini öngörmektedir.³⁰ İlkeler başlığını taşıyan madde, TRIPS'in yorumlanmasına hakim olan kuralın beyanı şeklinde okunabilir.³¹ Hükümde öngörüldüğü üzere alınacak önlemler Anlaşma ile uyumlu olmalıdır. Dolayısıyla bu hükümle TRIPS çerçevesindeki istisnalara başvurmanın temel dayanağı ortaya konmaktadır.

TRIPS'in öngördüğü en sert istisna biçimi Md. 27/2'de düzenlenen insan yaşamı ya da sağlığını tehdit etmesi halinde Devletin patent vermeyi kısıtlayabilmesidir.³² Söz konusu kısıtlamanın konu olabileceği durumlar arasında insan sağlığının korunması da sayılmaktadır. İlaça erişimin hedefinin insan sağlığının korunması olduğuna şüphe yoktur. Bu bağlamda Md. 27/2'nin ilaç patentlerine ilişkin olarak kullanılabileceği rahatlıkla ileri sürülebilir. Ancak hükümde öngörülen "gereklilik" ölçütü, diğer DTÖ anlaşmalarına ilişkin yorumlar göz önünde bulundurulduğunda, sadece tüm seçeneklerin tüketilmiş olması halinde bu seçeneğe başvurulabileceği anlamına gelmektedir.³³ Bir başka ifadeyle, Devletler Anlaşma çerçevesindeki diğer tüm imkanları kullanmalarına karşılık olumlu sonuç alamamaları halinde ilaçları patent verilebilir buluşlar dışında bırakabilirler. Dolayısıyla söz konusu hükmün kullanılmasının oldukça zor olacağı yönünde bir spekülasyon makul sayılabilir.

³⁰ Bu çalışmada TRIPS'in resmi çevirisinden yararlanılmıştır. için bkz. RG, 25/02/1995, Sayı: 22213. Madde metni şöyledir:

"Üyeler, yasa ve yönetmeliklerini formüle eder veya değiştirirken, halk sağlığı ve beslenmesini korumak ve sosyo ekonomik ve teknolojik gelişmeleri açısından hayati önem taşıyan sektörlerle halkın ilgisini artırmak için gerekli önlemleri, söz konusu önlemler bu Anlaşma hükümlerine uygun olmak kaydıyla, alırlar."

³¹ Frederick M. Abbott, "The TRIPS Agreement, Access to Medicines, and the WTO Doha Ministerial Conference", **The Journal of World Intellectual Property**, Vol. 5, No. 1, 2002, s. 38.

³² TRIPS Md. 27/2 şöyledir:

"Üyeler, kamu düzenini veya genel ahlakı korumak, insan, hayvan veya bitki yaşamını veya sağlığını korumak veya çevrenin ciddi biçimde zarar görmesini engellemek için gerekli olan durumlarda kendi ülkelerinde patentten ticari olarak yararlanmanın engellenmesini, patent verilebilir buluşlar dışında bırakabilirler, ancak şu koşulla ki, bu dışta bırakma yalnızca patentten yararlanmanın kendi yasaları ile yasaklanmış olması nedeniyle gerçekleştirilmemelidir."

³³ Bkz. Olivier Cattaneo, "The Interpretation of TRIPS Agreement: Considerations for the WTO Panels and Appellate Body", **The Journal of World Intellectual Property**, Vol. 3, Issue 5, 2000, s. 655-656.

TRIPS Md. 30, patentlerden kaynaklanan münhasır hakların sınırlandırılmasının ölçütlerini ortaya koymaktadır.³⁴ Bu özelliği itibarıyla yukarıda işaret edilmiş olan Md. 8’le birlikte okunması gerekmektedir. Madde metnine göre “sınırlı” olduğu belirtilen istisnalar, “üçüncü kişilerin yasal menfaatlerini dikkate almalı”, “patentten normal olarak yararlanılmasına makul ölçüler dışında aykırı olmamalı” ve “patent sahibinin yasal menfaatlerine makul ölçüler dışında zarar vermemelidir”. Tıpkı insan hakları hukukunda hakka müdahalede olduğu gibi burada da patentten kaynaklanan münhasır haklara müdahalede bir orantılılık zorunluluğu getirilmiş olmaktadır. Dolayısıyla aşağıda Md. 31’de öngörülen zorunlu lisanslamayla patent hakkına yapılacak müdahalenin önkoşulları ortaya konmakta, başka deyişle TRIPS düzenindeki hukuki çerçevesi çizilmiş olunmaktadır.

TRIPS çerçevesinde patentten kaynaklanan münhasır hakların istisnasının tezahürü Md. 31’de düzenlenen “mecburi lisanslama”dır.³⁵ Hemen belirtmek gerekir

³⁴ Madde metni şöyledir:

“Üyeler, üçüncü kişilerin yasal menfaatlerini dikkate alarak, bu istisnaların patentten normal olarak yararlanılmasına makul ölçüler dışında aykırı olmaması ve patent sahibinin yasal menfaatlerine makul ölçüler dışında zarar vermemesi koşuluyla, herhangi bir patent ile verilen münhasır haklara sınırlı istisnalar getirebilirler.”

³⁵ Maddenin resmi çevirisi şöyledir:

Madde 31 Hak Sahibinin İzni Olmadan Patentın Başka Şekilde Kullanılması

Herhangi bir Üyenin yasasında, patent konusunun hükümetçe veya hükümet tarafından yetkili kılınmış üçüncü kişilerce kullanılması da dahil olmak üzere, patent konusunun hak sahibinin izni olmadan başka şekilde kullanılmasına izin verildiği takdirde, aşağıdaki hükümlere uyulacaktır:

- (a) bu tür kullanımın yetkili kılınması, ayrı ayrı durumların gereğine göre dikkate alınacaktır,
- (b) bu tür kullanıma yalnızca, teklif edilen kullanıcının bu kullanımdan önce, hak sahibinden makul ticari süreler ve koşullarla yetki almak için çaba göstermiş olması ve bu çabaların makul bir süre içinde başarısız olması halinde izin verilebilir. Herhangi bir Üye, olağanüstü hallerde veya aşırı aciliyet gerektiren diğer koşullarda veya ticari- olmayan kamu yararına kullanım durumlarında bu koşuldan feragat edebilir. Olağanüstü hallerde veya aşırı aciliyet gerektiren diğer koşullarda hak sahibi mümkün olan en kısa zamanda bu durumdan haberdar edilecektir. Patentın ticari amaçlar dışında kamu yararına kullanılması halinde, hükümet veya yüklenici patent araştırması yapmadan, geçerli bir patentin hükümet tarafından veya hükümet için kullanıldığını veya kullanılacağını biliyor ise veya bu durumu bilmesini sağlayacak açıklanabilir gerekçeleri var ise, hak sahibi bu durumdan derhal haberdar edilecektir;
- (c) bu kullanımın kapsamı ve süresi, yetkili kılındığı amaçla sınırlı olacak ve yarı- iletken teknolojisi sözkonusu olduğunda yalnızca kamu yararına ticari amaçlı olmayan kullanım için veya adli veya idari işlemten sonra rekabete-karşı olduğu tesbit edilen bir uygulamayı telafi etmek için geçerli olacaktır;
- (d) bu kullanım münhasır olmayacaktır;
- (e) bu kullanım, işletmenin veya kurulu bir işin bu kullanımdan yararlanan kısmı ile birlikte devri dışında devredilemez olacaktır;

ki ilaç üreticisi şirketlere göre, “(m)ecburi lisanslama, yeni tedavilerin doğduğu araştırma temelli endüstrinin AR-GE kapasitesinin gelecekteki faydalarından dünya çapındaki hastaları mahrum bırakmasından dolayı, iyi düzeydeki halk sağlığına yönelik bir tehdittir”.³⁶

Yukarıda ele alınan ölçütlerin yanı sıra Md. 31’de zorunlu lisanslamanın hangi koşullarla gerçekleştirileceğine ilişkin unsurlar yer almaktadır. Bunların arasında en önemlisi, zorunlu lisanslama ile yapılacak üretimin iç pazara yönelik olmasıdır. Böylelikle bu tür lisanslama ile yapılan üretimin ithalinin önüne geçilmiş olmaktadır. Başlı başına söz konusu kayıt dahi ilaca erişimin önündeki bir engel olarak kabul edilmelidir. Zira aşağıda da değinileceği üzere, ilaç üretebilecek

(f) bu tür kullanım esas olarak bu kullanıma izin veren Üyenin yurt içi pazarına arz için yetkili kılınacaktır;

(g) bu kullanma yetkisi, bu şekilde yetkili kılınan şahısların yasal menfaatlerinin yeterince korunmasına tabi olarak, bu yetkinin verilmesine yol açan koşullar sona erdiğinde ve tekrarlanması olası değilse iptal edilecektir. Yetkili merci, kendisini harekete geçiren talep üzerine, bu koşulların devam edip etmediğini gözden geçirme yetkisine sahip olacaktır;

(h) yetkinin ekonomik değeri dikkate alınarak, hak sahibine her ayn durumun koşullarına göre yeterli bir karşılık ödenecektir,

(i) bu tür kullanımın yetkili kılınmasına ilişkin kararın hukuki geçerliliği, adli incelemeye veya bu Üye'nin ülkesinde daha üst ayrı bir makam tarafından yürütülecek bağımsız incelemeye tabi olacaktır;

(j) bu kullanım için öngörülen ödeme ile ilgili kararlar adli incelemeye veya bu Üye'nin ülkesinde daha üst ayrı bir makam tarafından yürütülecek bağımsız incelemeye tabi olacaktır;

(k) Patent kullanımına adli veya idari işlem sonucunda rekabete karşı olduğu tesbit edilen bir uygulamayı telafi etmek için izin verildiği takdirde, Üyeler alt-paragraf (b) ve (f)’de belirtilen koşullar uygulamakla yükümlü olmazlar.

Böylece durumlarda ödeme tutan tesbit edilirken, rekabete-karşı olan uygulamaları düzeltme gereği dikkate alınabilir. Bu yetkinin verilmesine yol açmış olan koşulların tekrarlanma olasılığı mevcut ise, yetkili merciler yetkinin iptal edilmesini reddetme hakkına sahip olacaklardır;

(1) bu tür kullanım, bir başka patenti ("birinci patent") ihlal etmeden yararlanılması mümkün olmayan bir patentten ("ikinci patent") yararlanılmasına izin vermek için yetkili kılındığı takdirde, aşağıdaki ek koşullar uygulanacaktır:

(i) ikinci patentte talep edilen buluş, birinci patentte talep edilen buluşa göre büyük ölçüde ekonomik önemi olan önemli bir teknik ilerlemeyi kapsamalıdır;

(ii) birinci patentin sahibi, ikinci patentte talep edilen buluş kullanmak için makul şartlarla karşı-lisans hakkına sahip olacaktır; ve

(iii) birinci patentle ilgili olarak yetkili kılman kullanım, ikinci patentin devri ile birlikte olmadıkça, devredilmez nitelikte olacaktır.

³⁶ Ellen’t Hoen, “TRIPS, Pharmaceutical Patents, and Access to Essential Medicines”, **Perspectives on Health and Human Rights**, (Ed. Sofia Gruskin, vd.), New York-London, Routledge, 2005, s. 203. Yazar bu bilgiyi Uluslararası İlaç Üreticileri Federasyonu (International Federation of Pharmaceutical Manufacturers-IFPMA) tarafından 2001 yılında hazırlanan “Access to Medicines: The Right Policy Prescription” adlı kaynaktan aktarmaktadır.

endüstriyel seviyenin altındaki ülkelerin, zorunlu lisanslama imkanlarından yararlanmanın dışında bırakılmaları anlamına gelmektedir.

İlaç patentleri ve sağlık hakkı ve bunun doğal sonucu olarak gelişmiş ülkeler ile azgelişmiş ülkeler arasındaki TRIPS'ten kaynaklanan gerilim, Kasım 2001'de Doha'da gerçekleştirilen Bakanlar Konferansı'nda "TRIPS Anlaşması ve Kamu Sağlığı Bildirisi"nin³⁷ ("Doha Bildirisi") hazırlanmasına yol açmıştır. Belirtmek gerekir ki Doha Konferansı tarihsel olarak, çok uluslu ilaç şirketleri ve gelişmiş ülkeler ile az gelişmiş ülkeler arasındaki gerilimin arttığı bir döneme karşılık gelmektedir. Aynı yılın başında, uluslararası ilaç şirketlerinin Güney Afrika Devleti'ne karşı bu ülkenin Yüksek Mahkemesi önündeki davadan vazgeçmek zorunda kalmış olmaları hatırlanacak olursa; Doha Bildirisi'nin, az gelişmiş bir ülkedeki ulusal kazanımın uluslararası alandaki karşılığı olduğu ileri sürülebilir.³⁸

Öte yandan söz konusu gerilimin bir diğer ayağını 11 Eylül saldırısı sonrasında karşılaştıkları şarbon krizine karşı Amerika Birleşik Devletleri ve Kanada'nın tepkisi oluşturur. Şarbon virüsünü içeren biyolojik bir saldırı tehdidi altında olduklarını ileri süren bu iki ülke, bu virüse karşı etkili olduğu bilinen ve Alman ilaç şirketi Bayer adına patentli olan Cipro adlı ilacı mecburi lisanslama yoluyla jenerik olarak üretmeyi düşünebileceklerini açıklamıştır. Bunun üzerine Ekim ayı sonunda söz konusu ilaç bu iki Kuzey Amerika ülkesine ciddi bir indirim ile satılmıştır. Uluslararası doktrinde, bu şekilde ortaya çıkan çifte standartlı durumun, Doha Bildirisi üzerindeki konsensüsü kolaylaştırmış olduğu ileri sürülmüştür.³⁹

Buna karşılık ABD'nin zorunlu lisanslama yoluna gitmemiş olduğu dikkati çekmektedir. Her ne kadar söz konusu ilacın fiyatı mecburi lisanslama tehdidi ile

³⁷ Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health, Adopted on 14 November 2001, World Trade Organization, Ministerial Conference, Fourth Session, Doha, 9-14 November 2001, WT/MIN(01)/DEC/2, 20 November 2001.

³⁸ Söz konusu sürece ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. David Bernard, "In the High Court of South Africa, Case No. 4138/98: The Global Politics of Access to Low-Cost AIDS Drugs in Poor Countries", **Kennedy Institute of Ethics Journal**, Vol. 12, No. 2, 2002, s. 163-167.

³⁹ Sarah Joseph, "Pharmaceutical Corporations and Access to Drugs: The 'Fourth Wave' of Corporate Human Rights Scrutiny", **Human Rights Quarterly**, Vol. 25, No. 2, 2003, s. 446-447.

ciddi şekilde düşürülmüş olsa da, jenerik olarak üretilmesinin çok daha düşük maliyetler ile karşılanabileceği de bir gerçektir. ABD bu yola başvurmuyarak, mecburi lisanslama meselesindeki katı tutumunu, en azından görünüşte sürdürerek AIDS’le mücadele eden devletlerle olan çekişmesindeki pozisyonunun meşruiyetini korumuştur.⁴⁰

Toplam yedi maddeden meydana gelen Doha Bildirisi’nin içeriği ele alınacak olursa; ana hatlarıyla şu unsurların belirtilmesi gerekir:

- TRIPS, Üyelerin⁴¹ kamu sağlığını korumaya yönelik önlemler almalarını engellememektedir ve engellememelidir (para. 4);
- her bir Üye, zorunlu lisans verme hakkına ve bu türden lisansların verilmesi gerekçelerini belirleme özgürlüğüne sahiptir (para. 5/b);
- her bir Üye, ulusal bir acil durum ya da aşırı aciliyet taşıyan diğer şartların nelerden oluştuğunu belirleme hakkına sahiptir, HIV/AIDS, tüberküloz, sıtma ya da diğer bulaşıcı hastalıklar gibi kamu sağlığı krizleri bu kategorilere girmektedirler (para. 5/c);
- Üyeler, fikri mülkiyet haklarının tüketilmesi rejimlerini belirlemede özgürdürler (para. 5/d);
- ilaç sektörü üretim kapasiteleri yetersiz olan ya da hiç olmayan Üyeler, zorunlu lisanslamanın etkili kullanılmasında güçlüklerle karşılaşmaktadırlar (para. 6);
- ilaçlara ilişkin olarak TRIPS’e uyum dönemi, en az gelişmiş düzeydeki Üyeler için 1 Ocak 2016’ya kadar uzatılmıştır.

Söz konusu kazanımlara karşılık Doha Bildirisi sağlık hakkına herhangi bir gönderme içermemektedir. Kabul edilen esneklikler “Batılı Üye Devletlerin yoksul ülkelerde temel ilaçlara erişimin yükseltilmesi uluslararası insan hakları

⁴⁰ “Cipro” meselesinin bu boyutuna dikkat çeken çalışma için bkz. James Thuo Gathii, “The Structural Power of Strong Pharmaceutical Patent Protection in U.S. Foreign Policy”, **The Journal of Gender, Race & Justice**, Vol. 7, Issue 2, 2003, s. 296-299.

⁴¹ Bildiri’nin kullandığı “üyeler” ifadesi ile kastedilen DTÖ üyeleridir. Zira uluslararası andlaşma niteliğindeki belgelere üyelik değil, taraf olma söz konusudur. TRIPS’e taraf olmanın DTÖ üyeliği için zorunlu bir şart olduğu dikkate alınırsa, DTÖ üyeliği ile TRIPS’e taraf olmanın birbiriyle kesişen iki kategori olduğu ortaya çıkacaktır.

yükümlülüğü olarak değil, ve fakat yalnızca teknik bir ticaret meselesi olarak ele alınmıştır”.⁴²

Sayılan kararlar ışığında Doha Bildirisi’nin az gelişmiş ülkeler ile gelişmiş ülkeler arasında orta bir yol bulduğu ileri sürülebilir. Böylelikle yeni ilaçların geliştirilmesi için patent korumasına bağlılık ve diğer yandan söz konusu ilaçların ihtiyacı olan halklar için ulaşılabilir olması hedeflenmiş olduğu kabul edilebilir. Dolayısıyla Bildiri, diğer DTÖ anlaşmalarının istisnalarına ilişkin içtihatların dengeleyici yaklaşım eğilimini de sürdürmüştür.⁴³ Bunun yanı sıra yukarıda değinilen TRIPS-plus anlaşmalarının ya da anlaşma hükümlerinin Doha Bildirisi’nin amacını olumsuz etkileme potansiyeli de gözden kaçırılmamalıdır.⁴⁴

Yukarıda belirtildiği üzere Doha Bildirisi Paragraf 6, ilaç sektörünün üretim kapasiteleri yetersiz olan ya da hiç olmayan DTÖ üyelerinin zorunlu lisanslamanın etkili kullanılmasında güçlüklerle karşılaşmakta olduklarının altını çizmektedir. Bunun nedeni TRIPS Md. 31/f hükmünün zorunlu lisanslamanın yalnızca iç pazara yönelik olarak yapılabileceğini öngörmesidir. Bildiri’nin aynı paragrafı meseleye bir çözüm önerisi geliştirmesi ve bu konuda 2002 yılı sonuna kadar DTÖ Genel Konseyi’ne rapor sunması için TRIPS Konseyi’ni görevlendirmiştir.

Söz konusu faaliyet DTÖ Genel Konseyi’nin 2003 yılında Doha Bildirisi’ne ilişkin bir yorum yayınlamasıyla sonuçlanmıştır.⁴⁵ Bu yorumda ilaçlara ilişkin olarak TRIPS Md. 31/f ve h hükümlerine muafiyet tanınabileceği öngörülmüş dolayısıyla da sanayi seviyesi zorunlu lisanslama yoluyla jenerik ilaç üretmeye izin vermeyen az

⁴² Fons Coomans, “Sovereignty Fading Away?: Prioritising Domestic Health Needs *Versus* Promoting Free Trade”, Ineke Boerefijn, Jenny Goldschmidt (eds.), **Changing Perceptions of Sovereignty and Human Rights – Essays in Honour of Cees Flinterman**, Antwerp-Oxford-Portland, Intersentia, 2008, s. 129.

⁴³ James Thuo Ghatti, “The Legal Status of the Doha Declaration on TRIPS and Public Health under the Vienna Convention on the Law of Treaties”, **Harvard Journal of Law & Technology**, Vol. 15, No. 2, 2002, s. 301, 302.

⁴⁴ Margot E. Salomon, **Global Responsibility and Human Rights: World Poverty and the Development of International Law**, Great Britain, Oxford University Press, 2007, s. 139.

⁴⁵ Implementation of paragraph 6 of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and public health, Decision of the General Council of 30 August 2003, WT/L/540 and Corr.1 1 September 2003.

gelişmiş ülkelerin, bu tür ilaçları başka ülkelere ihraç etmesine cevaz verilmiştir. Böylelikle Doha Bildirisi'nde eksik bırakılan önemli bir nokta tamamlanmıştır.

Söz konusu yorumu takiben Mayıs 2004'te Kanada, Kanadalı jenerik AIDS ilacı üreticilerinin patent ile korunmakta dahi olsalar bu ilaçları ağır AIDS sorunu yaşayan ülkelere temin etmelerini mümkün kılan bir yasayı kabul etmiştir. Böylelikle de Kanada Doha Bildirisi'ne ilişkin 2003 tarihli yorumu, iç hukukuna yansıtmıştır.⁴⁶ Her ne kadar yasayı kabul ederken Kanada Parlamentosu insan hakları yükümlülüklerine bir göndermede bulunmamış da olsa mevcut durum, kendisinden ekonomik olarak daha zor durumda bulunan ülkelere karşı bir sorumluluğa sahip olmasının iyi bir örneğini oluşturmaktadır.⁴⁷

(3) TRIPS ve İnsan Hakları

i) İnsan Hakları Organları ve TRIPS

FMHler ve özel olarak da TRIPS ile sağlık hakkının korunması arasındaki gerilim, insan hakları organları tarafından da üzerinde durulan bir meseledir.

Devletlerin söz konusu duruma ilişkin sorumlulukları, *inter alia*, İnsan Hakları Konseyi'nin çağrısıyla 11 Ekim 2010'da yapılan bir uzmanlar toplantısında, şu şekilde sayılmıştır: i) İlaçlara ilişkin sağlık önceliklerine, yatırım ya da endüstri öncelikleri lehine ket vurulmaması; ii) Fikri mülkiyet haklarının etkilerinin sınırlanması için mekanizmalar kurulması ve ilaçlara herhangi bir engelleme olmaksızın erişimin korunması; iii) Ülkelerin TRIPS'in öngördüğü esnekliklerden tam olarak yararlanması ve bu esnekliklere riayet edilmesi; iv) Az gelişmiş ülkelere araştırma ve geliştirmede teknoloji transferi ve yatırımların genişletilmesi.⁴⁸

⁴⁶ Söz konusu yasa hakkında değerlendirme için bkz. Richard Elliott, "Steps Forward, Backward, and Sideways: Canada's Bill on Exporting Generic Pharmaceuticals", Vol. 9, No. 3, **HIV/AIDS Policy & Law Review**, 2004, s. 15-21.

⁴⁷ Fons Coomans, "Application of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the Framework of International Organisations", **Max Planck Yearbook of United Nations Law**, Vol. 11, 2007, s. 389.

⁴⁸ Report of the Special Rapporteur on the Right of Everyone to the Enjoyment of the Highest Attainable Standard of Physical and Mental Health, Expert Consultation on Access to Medicines as a Fundamental Component of the Right to Health, A/HRC/17/43, 16 March 2011, s. 14, para. 49. Sırasıyla alt paragraf b, j, k ve l.

Belirtmek gerekir ki, BM İnsan Haklarının Yükseltilmesi ve Korunması Alt-Komisyonu da, TRIPS'in ortaya çıkardığı olumsuz sonuçlara dikkati çekmektedir. Komisyon'a göre "TRIPS Anlaşmasında öngörülen fikri mülkiyet hakları rejimi ile uluslararası insan hakları hukuku arasında gözle görülür uyumsuzluklar bulunmaktadır".⁴⁹

Bu iki organın yanı sıra ESKHK'nin de TRIPS ve ilaca erişime ilişkin tespitleri bulunmaktadır. Komite'nin söz konusu tespitlerine Bölüm II'de değinilmiştir. Kısaca hatırlatmak gerekirse ESKHK, TRIPS'in ilaç ve diğer tıbbi ürünlerin fiyatlarının artışına neden olduğunun altını çizmektedir. Komite'nin buna çözüm olarak sunduğu öneri, TRIPS'in cevaz verdiği istisnaların mümkün olan en geniş şekilde kullanılması ve böylelikle de daha düşük ücretli jenerik ilaçların üretimine izin verilmesidir.

ii) Uluslararası İşbirliği

ESKHK'ye göre, elverişli kaynakların azami düzeyde kullanılması yükümlülüğü uluslararası topluluğu da kapsamaktadır. BM Şartı Md. 55 ve 56'ya da göndermede bulunan Komite, gelişmiş olan ülkelerin az gelişmiş ülkelere karşı uluslararası işbirliği ve yardımda bulunma yükümlülüğü üstlendiklerinin altını çizmiştir.⁵⁰ İşbirliği yükümlülüğü, taraf Devletler için gerek belirli faaliyetlerde bulunmama gerekse de belirli faaliyetlerde bulunma yükümlülüklerinden oluşur. Bu noktada, Bölüm II altında Devletlerin sağlık hakkından kaynaklanan yükümlülükleri belirlenmeye çalışılırken kullanılan saygı gösterme, koruma ve edimde bulunma paradigması, uluslararası işbirliği yükümlülüğünde de kullanılabilir.

Devletler, bu konu bağlamında özellikle gelişmiş devletler, sağlık hakkının kapsamına giren uluslararası ticari faaliyetlerinde biri genel diğeri özel/spesifik iki yükümlülük altındadırlar. Genel yükümlülük, insan hakları yükümlülüklerinin her türlü devlet faaliyeti bakımından ölçüt olmasıdır. Bir başka ifadeyle insan hakları

⁴⁹ United Nations Economic and Social Council, Commission on Human Rights, Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, Resolution 2000/7, E/CN.4/SUB.2/RES/200/7, 17 August 2000, para. 2.

⁵⁰ **Genel Yorum No. 3**, paras. 13-14.

sorumluluğu bağlamında, gösteri yürüyüşünün düzenlenmesi ile iki ya da çok taraflı ticari andlaşma yapılması olguları bakımından, Devletin insan haklarına saygı göstermesi ölçütü birbirinden farklı değildir. Nasıl ki kamu ajanları barışçıl bir gösteri yürüyüşüne müdahalede bulunmamak hatta yürüyüşün gerçekleşmesi için gerekli pozitif önlemleri almak zorunda ise; bir ticari andlaşma söz konusu olduğunda da, andlaşmanın olası sonuçlarının hak ihlali niteliği taşıması gerekmektedir.

Üstelik bu yükümlülük yalnızca insan hakları hukukundan değil ve ayrıca uluslararası hukuktan da kaynaklanmaktadır. BM Şartı Md. 103, BM üyesi devletlerin Şarttan kaynaklanan yükümlülükleri ile herhangi bir başka uluslararası anlaşmadan doğan yükümlülüklerinin çatışması halinde, Şarttan doğan yükümlülüklerin üstün olacağını öngörmektedir. Bu düzenleme Şarttan derhal ve doğrudan kaynaklanan tüm yükümlülükleri kapsamaktadır.⁵¹

Özel/spesifik yükümlülük ise ESKHS'ye taraf Devletler⁵² bakımından geçerlidir. Bu yükümlülük yukarıda genel olarak belirtilen uluslararası işbirliği yükümlülüğüdür. Uluslararası işbirliği yükümlülüğünün bir sonucu olarak ilaç sanayisi gelişmiş olan taraf Devletlerin, gelişmemiş Devletlere teknik yardımda bulunmaları gerekmektedir. Bu yardım çeşitli ilaçların makul ekonomik karşılıklarla sağlanmasının yanı sıra ilaç üretimi için gerekli altyapı, teknoloji ya da know-how'ın transferini de içine alır. İlk yükümlülüğün doğal hukuki sonucu, TRIPS'in uygulanması esnasında Devletlerin, insan hakları yükümlülüklerinin devam etmekte olduğunu göz önünde bulundurmaları ve söz konusu anlaşma çerçevesindeki, yani fikri mülkiyet haklarına ilişkin, faaliyetlerini de bu yükümlülüklerini ihlal etmeden yürütmek zorunda olmalarıdır.⁵³

⁵¹ Rudolf Bernhardt, "Article 103", **The Charter of the United Nations: A Commentary**, Bruno Simma, v.d. (eds.), Great Britain, Oxford University Press, 2002 (Second Edition), s. 1295.

⁵² Burada belirtilmesi gerekir ki TRIPS'in en büyük savunucusu ve bu andlaşmadan faydalananı olan ABD ESKHS'ye taraf değildir. Ancak şu da hatırlanmalıdır ki, Birleşik Devletler Sözleşme'yi 05/10/1977 tarihinde imzalamıştır. Dolayısıyla 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi Md. 18 uyarınca imzacısı olduğu andlaşmanın amacına aykırı faaliyetlerde bulunamaz.

⁵³ Philippe Cullet, "Patents and Medicine: The Relationship between TRIPS and the Human Right to Health", **International Affairs**, Vol. 79, No. 1, 2003, s. 140 (Yazar, bu görüşünü Viyana Bildirisi ve Eylem Planı'nda geçen şu ifadeye dayandırmaktadır: "Human rights and fundamental freedoms are

Devletin söz konusu yükümlülükleri yerine getirmemesinin Sözleşmesel yükümlülüklerle aykırılık oluşturacağı, ikinci kuşak haklar alanındaki uluslararası doktrinin önde gelen temsilcileri tarafından da ortaya konmuştur. “*Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Maastricht Rehber Kuralları*” Md. 15/j’ye göre “(b)ir Devletin diğer Devletlerle, uluslararası örgütlerle ya da çokuluslu şirketlerle iki ya da çok taraflı anlaşmalar yaparken ekonomik, sosyal ve kültürel haklar alanındaki uluslararası yükümlülüklerini göz önünde bulundurmaması” ekonomik, sosyal ve kültürel hakların “ihmalî nitelikteki eylemle” ihlalidir.⁵⁴

ESKHS’ye taraf Devletlerin üstlenmiş olduğu spesifik “uluslararası işbirliği” yükümlülüğü bağlamında, TRIPS’in uygulanması sonucu salgın hastalıklarla mücadele eden az gelişmiş ülkelerin gerekli ilaçlardan yoksun kalmasının Sözleşme’ye aykırılık oluşturduğu ileri sürülebilir.⁵⁵ Belirtmek gerekir ki ESKHK de, yerleşik uygulaması gereği “ihlal” teriminin yerine “Sözleşme ile bağdaşmama” terimini kullanarak aynı yönde görüş bildirmiştir.⁵⁶

iii) Fikri Mülkiyet ve Bilimsel İlerlemeden Yararlanma

FMHler ve sağlık hakkı arasındaki ilişki incelenirken dikkate alınması gereken bir diğer paradigma ise “*bilimsel ilerlemenin nimetlerinden yararlanma hakkı*”dır. Söz konusu hak, BM düzleminde gerek EİHB gerekse de buna müteakip ESKHS’de öngörülmüştür. Bu iki hüküm sırasıyla şöyledirler:

the birthright of all human beings; their protection and promotion is the first responsibility of Governments.”) ve s. 148-149 (Burada ise ESKHK Genel Yorum No. 14’e atıfta bulunmaktadır.).

⁵⁴ “The Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights”, **Human Rights Quarterly**, Vol. 20, No. 3, 1998, s. 697. Maastricht Rehber Kurallarının hazırlanmasında yer alan isimlerden bazıları şunlardır: Philip Alston, Fons Coomans, Matthew Craven, Theo van Boven, Audrey R. Chapman, Asbjørn Eide, Rebecca Cook, Cees Flinterman, Virginia Leary, Scott Leckie, Fried van Hoof, Manfred Nowak, Paul Hunt. Dikkat edilirse, adı geçen akademisyenlerin bir çoğu aynı zamanda ulusalüstü insan hakları denetim mekanizmalarında görev yapmış kişilerdir. Bu olgu söz konusu rehber kuralların değerini daha da artırmaktadır.

⁵⁵ AIDS bağlamı ile sınırlı olarak bu yöndeki bir görüş için bkz. Patrick L. Wojahn, “A Conflict of Rights: Intellectual Property under TRIPS, the Right to Health, and AIDS Drugs”, **UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs**, Vol. 6, Issue 2, 2001-2002, s. 474.

⁵⁶ Human rights and intellectual property, Statement by the Committee on Economic Social and Cultural Rights, E/C.12/2001/15, 14 December 2001, paras. 13-15.

EİHB

Madde 27

1. Herkes, (...) bilimsel ilerlemeleri ve bunun sağladığı yararları/(olanakları) paylaşma hakkına sahiptir.

ESKHS

Madde 15

1. Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, herkesin:

(...)

(b) Bilimsel ilerleme/(gelişme) ve bunların uygulanmasının nimetlerinden yararlanma;

(...)

hakkını tanır.

Bu hakka ayrıca Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi'nde de yer verilmiştir. "Kültürden yararlanma hakkı" başlıklı madde şöyledir:

Madde XIII - Kültürden yararlanma hakkı

Her kişinin (...) özellikle bilimsel buluşlar olmak üzere, entelektüel ilerlemenin sonuçlarından yararlanma hakkı vardır.

Bilimsel ilerlemeden faydalanma olarak adlandırılabilen bu hak çerçevesinde "bilimsel ilerleme/buluş" kavramına ilaçların da dahil olduğunun kabul edilmesi gerekir. Bilimsel ilerlemeden yararlanma hakkıyla sağlık hakkı arasında bu noktada bir ilişki kurulabilir. Bir başka deyişle bilimsel ilerlemenin nimetlerinden yararlanma hakkı ile sağlık hakkı arasında içkin bir bağ bulunduğu ileri sürülebilir.⁵⁷ Örneğin, bilimsel ilerlemeden faydalanma hakkı "çığır açan ilaçlara erişimi içerebilir".⁵⁸ Ancak sağlık hakkına ilişkin bilimsel ilerlemenin yalnızca ilaçlar ile sınırlı olduğunu kabul etmek iki hak arasındaki ilişkiyi daraltmaya hizmet edecektir. Sağlığa ilişkin her türlü ürün, hizmet ya da tesise uygulanabilecek bilimsel ilerlemenin bu kapsamda değerlendirilmesi gerekir. Bunların yanı sıra, sağlık hakkına belirli yaşam koşullarının da dahil olduğu dikkate alındığında iki hak arasındaki temas noktalarının daha da artabileceği öngörülebilir.

⁵⁷ Yvonne Donders, "The Right to Enjoy the Benefits of Scientific Progress and its Applications", **Speech on the Occasion of Human Rights Day**, Document code: SHS/RSP/HRS-GED/2007/PI/H/3, Paris, 10/12/2007, s. 2.

⁵⁸ Jamie Crook, "Balancing Intellectual Property Protection with the Human Right to Health", **Berkeley Journal of International Law**, Vol. 23, Issue 3, 2005, s. 535.

Bu konuya ilişkin olarak bir noktaya daha değinmek gerekmektedir. Yukarıda bir insan hakkı olarak düzenlenen bilimsel faaliyetten yararlanma hakkının yanı sıra, Devletlerin bilimsel ve teknolojik ilerlemeyi halklarına yayma ve bu doğrultuda diğer Devletlerle uluslararası işbirliği yapma yükümlülükleri de bulunduğu ileri sürülebilir. Söz konusu yükümlülüklerin hukuki dayanağı 1974 tarihli “*Devletlerin Ekonomik Hak ve Ödevleri Şartı*”dır. Şart’ın bu konuya ilişkin iki hükmü şöyledir:⁵⁹

Madde 7

Her Devlet, halkının ekonomik, sosyal ve kültürel gelişmesini ilerletme öncelikli sorumluluğunu taşımaktadır. Bu amaca yönelik olarak, her bir Devlet gelişme araç ve hedeflerini seçme, kaynaklarını tamamen harekete geçirme ve kullanma, ilerletici ekonomik ve sosyal reformları uygulama ve halkının gelişme sürecine ve gelişmenin faydalarından yararlanmasına tamamen katılmasını temin etme hak ve sorumluluğuna sahiptir. *Tüm Devletler, tekil ya da kolektif biçimde, söz konusu harekete geçirme ve kullanımı örseleyen engellerin ortadan kaldırılması için işbirliği yapma ödevi altındadırlar.* (vurgu eklenmiştir)

Madde 9

Tüm Devletler ekonomik ve sosyal gelişmenin dünya çapında, özellikle de gelişmekte olan ülkelerde, ilerletilmesi için; ekonomik, sosyal, kültürel, bilimsel ve teknolojik alanlarda işbirliği yapma sorumluluğunu taşımaktadırlar.⁶⁰

Birçok eski sömürgecinin bağımsızlıklarına kavuştuğu 1960-1970 arası dönemin ardından ve özellikle de 1973 petrol krizi sonrasında üretilen bu belge BM üyesi Devletlerin ekonomik işbirliği ihtiyacını karşılamayı hedeflemektedir.⁶¹ Şart’ın söz konusu tarihsel bağlamının yanı sıra bu çalışma bakımından önemi, uluslararası düzlemde Devletler arasında bilimsel ve teknolojik işbirliğinin önemini vurgulamış

⁵⁹ “*Devletlerin Ekonomik Hak ve Ödevleri Şartı*” (“*Charter of Economic Rights and Duties of the States*”) BM Genel Kurulu’nun 3281 (XXIX) sayılı kararıyla 12/12/1974 tarihinde kabul edilmiştir.

⁶⁰ Maddelerin orijinal metni şöyledir:

Article 7

Every State has the primary responsibility to promote the economic, social and cultural development of its people. To this end, each State has the right and responsibility to choose its means and goals of development, fully to mobilize and use its resources, to implement progressive economic and social reforms and to ensure the full participation of its people in the process and benefits of development. All States have the duty, individually and collectively, to co-operate in eliminating obstacles that hinder such mobilization and use.

Article 9

All States have the responsibility to co-operate in the economic, social, cultural, scientific and technological fields for the promotion of economic and social progress throughout the world, especially that of the developing countries.

⁶¹ Bkz. S. K. Chatterjee, “The Charter of Economic Rights and Duties of States: An Evaluation After 15 Years”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 40, Issue 3, 1991, s. 669-684.

olmasıdır. Böylelikle Şart yukarıda ele alınan bilimsel gelişmeden yararlanma bireysel hakkını, Devletlerin bilimsel gelişmeleri paylaşma/yayma yükümlülüğüyle tümlemiş olmaktadır.

b. Özelleştirme

Bir dizi idari işlemde meydana gelen özelleştirme⁶², bu çalışmanın konusu bakımından bir kamu hizmeti⁶³ olan kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen sağlığa ilişkin faaliyetlerin özel sektöre devredilmesi olarak adlandırılabilir.⁶⁴ Bölüm II’de, ESKHK’ye göre taraf Devletlerin sağlık hakkına ilişkin yükümlülüklerinden birinin özelleştirmenin sağlık hakkına yönelik olumsuz etkilerini önlemek olduğu belirtilmişti. Dolayısıyla, özelleştirmenin sağlık hakkının etkinleştirilmesi önündeki bir engel olarak kavranması gereken bağlam da budur.

Sağlık hizmetlerinin özelleştirilmesi, sosyal refah devletin bir vakıa olduğu Avrupa kıtasının⁶⁵ yanı sıra dünyanın geri kalan kısmında da⁶⁶, özellikle 1980’lerden itibaren başlayan ve 1990’lar ve 2000’li yıllarda ivmesini daha da artırarak devam

⁶² Türk idare hukuku perspektifinden özelleştirmenin hukuki çerçevesi için bkz. Melikşah Yasin, **Uygulama ve Yargı Kararları Işığında Özelleştirmenin Hukuki Rejimi**, İstanbul, Beta, 2006.

⁶³ Kamu hizmeti şu şekilde tanımlanabilir: “Kamu hizmeti, toplum için önem kazanmış olan ortak ve genel bir ihtiyacın tatminine yönelik olarak kamu tüzel kişileri veya onların denetimi altında özel kişilerce yürütülen bir faaliyettir.” Bkz. Aydın Gülan, “Kamu Hizmeti Kavramı”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, Cilt 56, Sayı 1-4, 1998, s. 148. Sağlık hizmetlerinin özel kişiler tarafından yürütülmesi kamu hizmeti niteliğini değiştirmez. Dolayısıyla da Devlet, sağlık kuruluşlarının faaliyetleri ve ücretleri üzerinde denetim ve gözetim faaliyeti yürütür. Bkz. Yıldızhan Yayla, **İdare Hukuku**, İstanbul, Beta, 2009, s. 95.

⁶⁴ Daha genel bir tanım şöyle yapılabilir: “Özelleştirme, herhangi bir faaliyetin üretiminde ve/veya finansmanında özel sektörün rolünün oransal olarak arttığı bir süreçtir. Bu süreç mülkiyet transferini içerebileceği gibi içermeyebilir de ve deregülasyon, hizmet ihalesi, kullanıcı payları, kurumsal varlıkların satışı gibi tüm politika girişimlerini kapsar.” Fahreddin Tatar, “Özelleştirme ve Sağlık Hizmetleri: Teori ve Pratik”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 30, Sayı 2, 1997, s. 76.

⁶⁵ Hans Maarse, “The Privatization of Health Care in Europe: An Eight-Country Analysis”, **Journal of Health Politics, Policy and Law**, Vol. 31, No. 5, 2006, s. 1008. Avrupa’da sağlık sektörünün özelleştirilmesine ilişkin bir inceleme için bkz. Christoph Hermann, “Avrupa’da Sağlık Hizmetleri ve Piyasalaştırma Süreci”, **Kapitalizmde Sağlık: Sağlıksızlık Semptomları**, Leo Panitch, Colin Leys (ed.), Çev. Umut Haskan, İstanbul, Yordam Kitap, 2009, s. 143-162.

⁶⁶ 80’lerle birlikte Dünya Bankası ve Uluslararası Para Fonu’nun gelişmemiş ülkelere önerdiği reçetelerin başında özelleştirme gelmektedir. Buradaki temel argüman ise kamu şirketlerinin verimsizliğidir. Oysa ki bu tür kuruluşların tek amacı verimlilik ve kar değildir. İstihdam gibi sosyal amaçlar bu kuruluşların *raison d’être*’idirler. Bkz. Judith Clifton, Francisco Comín, Daniel Díaz Fuentes, **Privatisation in the European Union: Public Enterprises and Integration**, Netherlands, Kluwer Academic Publishers, 2003, s. 36-37.

eden bir süreçtir.⁶⁷ Özellikle dünya ekonomik sisteminin 1970’lerin sonundan itibaren, küreselleşme ya da daha doğru bir ifade ile neo-liberalizm⁶⁸ olarak adlandırılan döneme girmesi ve bu dönemin anlayışının kristalize olduğu belgelerden biri olan Hizmet Ticareti Genel Anlaşması⁶⁹ ile birlikte sağlık pazarlarının “doğrudan yabancı yatırımlara” kısacası özel sektöre açılması bu sürecin katarı işlevini görmektedir.⁷⁰ Küresel ya da neo-liberal yeni düzenin belirleyicilerinden biri ve de konumuz bakımından en önemlisi, devletin sosyal alanlara müdahalesinden vazgeçerek bu alanları serbest piyasa ekonomisinin işleyişine devretmesi eğilimidir.⁷¹

Verimlilik ve kamusal harcamaların kısılması gereği ile haklılaştırılmaya çalışılan özelleştirme, sağlık sektörünün, devlet kontrolündeki bölümünün özel girişimlere devredilmesi suretiyle serbest piyasanın bir parçası haline gelmesini sonuçlamaktadır. Bir başka özelleştirme taraftarı görüş de, “küreselleşmeye içkin olarak eşlik eden (...) özelleştirmenin; bilgi, teknoloji ve kaynakların paylaşımının

⁶⁷ Şu noktanın altının çizilmesi gerekir. Özelleştirme, sağlık hizmetlerinin kamusal mekanizmalar ile sağlandığı, sosyal refah devleti ya da sosyalist geçmişi olan ülkeler bakımından incelenmeye değer bir alandır. Böyle bir geçmişten gelmeyen ve istisnalar dışında sağlığın tamamen özel sektöre teslim edilmiş olduğu Amerika Birleşik Devletleri bakımından, sağlık hakkının etkinleştirilmesinin önündeki bir engel olarak özelleştirme, bir anlam ifade etmemektedir. Amerika-Avrupa arasındaki farkı gözler önüne seren ve meseleyi tamamen tersten okuyan bir çalışma için bkz. M. Gregg Bloche, “Is Privatisation of Health Care A Human Rights Problem?”, **Privatisation and Human Rights: In the Age of Globalisation**, Koen De Feyter, Felipe Gómez Isa (eds.), Antwerp-Oxford, Intersentia, 2005, s. 207-228.

⁶⁸ Bir başka ifadeyle “mevcut küreselleşme çağı, ilk olarak ve öncelikle neo-liberal küresel hegemonya çağı olagelmıştır”. Paul O’Connell, “The Human Right to Health in an Age of Market Hegemony”, **Global Health and Human Rights: Legal and Philosophical Perspectives**, (John Harrington, Maria Stuttaford, eds.), Great Britain, Routledge, 2010, s. 195.

⁶⁹ “Hizmet Ticareti Genel Anlaşması” (“General Agreement on Trade in Services”) 15/04/1994 tarihinde kabul edilmiş ve 01/01/1995’te yürürlüğe girmiştir.

⁷⁰ “Ekonominin yeni bir küreselleşme dalgası içine girdiği 1970’lerden itibaren, ulus devletlerin kamusal politikalarında önemli değişiklikler oldu. Gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerin büyük çoğunluğunda kamu harcamalarının kısıtlanması, *devletin küçültülmesi ve özelleştirme uygulamalarını içeren yeni liberal politikalar yürürlüğe sokuldu*. Bu politikaların doğal bir sonucu olarak, devletler sosyal haklardan kaynaklanan yükümlülüklerini azaltmaya ya da onlardan tamamen kurtulmaya çalıştılar.” (vurgu eklenmiştir) Oktay Uygun, “Küreselleşme ve Değişen Egemenlik Anlayışının Sosyal Haklara Etkisi”, **Anayasa Yargısı**, Cilt No. 20, 2003, s. 267. Bu makalenin yeniden yayımlandığı bir çalışma için bkz. Oktay Uygun, **Kamu Hukuku İncelemeleri**, İstanbul, XII Levha, 2011, s. 237-275.

⁷¹ Özelleştirme ya da piyasalaştırmaya öngelen sürecin, çoğu ülkede devletin sunduğu sağlık hizmetlerinde kısıtlamaya gitmek olduğunun da vurgulanması gerekmektedir. Bkz. A. Tarık Gümüş, **Sosyal Devlet Anlayışının Gelişimi ve Dönüşümü**, İstanbul, XII Levha, 2010, s. 540-542.

yanı sıra daha etkili, daha geniş olarak kullanılabilir ve yüksek kalitede hizmet sunmak için rekabet sayesinde sağlığın ilerletilmesine katkı sağlayacağı” şeklindedir.⁷² Ayrıca özelleştirmeye birlikte karar alma mekanizmasının kamusal merkezi otoriteden, hastaların ihtiyaçlarına daha duyarlı olan özel sektöre geçeceği; bunun da sağlık hakkının gerçekleştirilmesine katkı sağlayacağı ileri sürülmektedir.⁷³ Bu görüşlere karşılık özelleştirme, ya da sağlık hakkı özel raportörünün verdiği örnekte doğrudan yabancı yatırım, “kaliteli sağlık hizmetlerinin, bu hizmetlerin ticari ücretlerini karşılayamayacak olanlara sunulması gibi, sosyal amaçlar pahasına ticari amaçlara aşırı vurguya yol açabilir”.⁷⁴ Her ne kadar sağlık ihtiyaçları ve taleplerinin karşılanması için akla yatkın/sağduyusal bir çözüm olarak sunulmaktaysa da özelleştirme, öncelikle ulusal ve küresel ekonomik elitler için yeni kar imkanları açmaya hizmet eder.⁷⁵ Üstelik söz konusu kar üretimi, ileri sürüldüğünün aksine, her zaman kamusal harcamalarda azalma da sağlamamaktadır. Örnek için uzaklara gitmeden Türkiye’ye bakılabilir. Sosyal Güvenlik Kurumu’nun 2009 yılı tedavi harcamaları incelendiğinde durum kendisini açıklıkla ortaya koymaktadır. Sönmez’den alıntılanarak devam edelim: “Devlet 2. basamak tedavilerinde başvuru başına 42 TL olan hasta tedavi maliyeti, özel 2. basamak sağlık kuruluşlarında 69 TL olarak gerçekleşmiştir. Özel sağlık kuruluşlarının, başvuru başına faturaları 27 TL daha yüksektir. Bu başvurular, devletin 2. basamağından karşılansaydı, SGK sağlık harcamasından 1,8 milyar TL’lik tasarruf mümkün olabilirdi.”⁷⁶

Sağlık hizmetlerinin özelleştirilmesi, sosyal güvenlik ya da sosyal sigorta hizmetlerinin de özelleştirilmesi süreçleriyle sıkı sıkıya bağlantılı gösterir. Dolayısıyla sağlık hakkının etkinleştirilmesinin önündeki bir engel olarak özelleştirme kurumu ele alındığında, yalnızca hastane, klinik gibi sağlık hizmeti sunan merkezlerin

⁷² Sofia Gruskin, Daniel Tarantola, “Health and Human Rights”, **Perspectives on Health and Human Rights**, (Ed. Sofia Gruskin, vd.), New York-London, Routledge, 2005, s. 22-23.

⁷³ M. Gregg Bloche, **a.g.e.**, s. 225.

⁷⁴ The right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health, Report of the Special Rapporteur, Paul Hunt, submitted in accordance with Commission resolution 2002/31, E/CN.4/2003/58 13 February 2003, para. 88.

⁷⁵ Paul O’Connell, **a.g.e.**, s. 198.

⁷⁶ Mustafa Sönmez, **Paran Kadar Sağlık: Türkiye’de Sağlığın Ticarileştirilmesi**, İstanbul, Yordam Kitap, 2011, s. 61.

özelleştirilmesi değil bunun yanında kamu makamları tarafından toplanan ve yönetilen sağlık sigortası fonlarının, özel sektöre devredilmesi de dikkate alınması gereken bir konudur. Ortaya çıkaracağı sorunlar bir yana, sosyal güvenlik hizmetlerinin kamusal kurumlar yerine özel kurumlar tarafından sağlanması, sosyal güvenlik hakkı çerçevesinde Devletlerin sorumluluklarını ortadan kaldırmaz. Daha açık bir ifadeyle Devletler, sosyal güvenlik hakkına ilişkin yükümlülüklerinden bu hizmetlerin özel kurumlar tarafından sunuluyor olmasına dayanarak kurtulamazlar.

ESKHK'nin bu konudaki pozisyonu nettir. Sosyal güvenlik programlarının üçüncü kişiler tarafından işletilmesi ya da kontrol edilmesi durumunda Devletin ulusal sosyal güvenlik sistemini idare etme sorumluluğu ortadan kalkmaz. Ortaya çıkabilecek kötüye kullanımların önlenmesi için Devletler, çerçeve mevzuat⁷⁷, bağımsız denetim, hakiki kamu katılımı ve ihlal durumunda ceza verilmesini de içeren etkin bir düzenleyici sistem kurmak zorundadırlar.⁷⁸

Sağlık merkezlerinin işletilmesinin ticarileştirilmesi ve “rasyonelleştirilmesi” nin olası en önemli sonuçlarından biri ve belki de en önemlisi, hastalara sunulan hizmetlerde belirleyici olanın yalnızca tıbbi ölçütler değil ve fakat bunların yanı sıra ekonomik ölçütler de olmasıdır. Bununla bağlantılı bir başka somut sonuç ise özel hastanelerdeki hizmet kalitesindeki ciddi düşüştür. Bu tip hastanelerde tedavi gören hastaların, erken taburcu edilmiş olma kanaatini de içeren, hizmet kalitesinin çok düşük olduğuna ilişkin görüşleri bu durumu yansıtmaktadır.⁷⁹ Büyük ölçekteki özelleştirmelerin ilk akla gelen sonucu olan sağlık hizmetleri ve ürünlerinin

⁷⁷ Üretilcek mevzuatın ne olabileceği sorusuna cevap olarak, sigorta şirketlerinin hastaları reddetmesini yasaklayan Hollanda örneği verilebilir. Bkz. Brigit Toebe, “The Right to Health and the Privatization of National Health Systems: A Case Study of the Netherlands”, **Health and Human Rights**, Vol. 9, No. 1, 2007, s. 120.

⁷⁸ **Genel Yorum No. 19**, para. 46.

⁷⁹ Bkz. Torsten Brandt, Thorsten Schulten, “Privatisation and Liberalisation of Public Services in Germany: The Postal and Hospital Sectors”, **Privatisation and Liberalisation of Public Services in Europe: An Analysis of Economic and Labour Market Impacts**, Maarten Keune, Janine Leschke, Andrew Watt, Brussels, ETUI-REHS, 2008, s. 60.

fiyatlarındaki artışın yanı sıra, kalite ve elverişliliklerindeki düşüş de gözden kaçırılmamalıdır.⁸⁰

Sağlık hizmetlerindeki özelleştirme, yalnızca hastane ya da klinik gibi sağlık merkezlerinin özel sektöre satılması yoluyla gerçekleşmemektedir. Birleşik Krallık örneğinde olduğu gibi sağlık altyapısı yatırımlarında özel finansman kullanılması da özelleştirme yöntemlerinden biridir. Bu finansman projelerinin sağlık hakkı bakımından etkisi, ilk özel finansman girişimi dalgasında ortaya çıkan sonuç olarak yatak sayısındaki 30% ve klinik personeli sayısındaki 25%'e varan düşüşlerdir.⁸¹ Gerçekleşen özelleştirme biçimlerinin bir diğeri, sağlık hizmeti sunan kurumlarda klinik olmayan faaliyetlerin dışarıdan gördürülmesi; bir başka ifadeyle taşeronlaştırılmasıdır. Söz konusu faaliyetlere örnek olarak temizlik, yiyecek-içecek tedariki ve güvenlik hizmetleri verilebilir.

Yalnızca sağlık sektörü değil, sağlığı etkileyen diğer sektörlerdeki özelleştirmeler de sağlık hakkının etkinleştirilmesinin önünde engel oluşturmaktadırlar. Somutlaştırmak için sağlığın belirleyicilerinden biri olan içme suyuna erişim ele alınabilir. Deneyimler, bu alandaki özelleştirme girişimlerinin olumsuz sonuçlarını göstermektedir. İçme suyu hizmetlerinin özelleştirilmesinin en önemli sonuçlarından biri, güdülen kar amacının su fiyatları üzerindeki etkisidir. Oldukça etkili bir örnek için Güney Amerika'ya bakılabilir. Bolivya'nın Cochabamba şehrinin su ve atık su sisteminin imtiyazı, 1999/2000 tarihlerinde 40 yıllığına uluslararası su şirketlerinin oluşturduğu bir konsorsiyuma verilmiştir. Bu dönüşümün sonunda su fiyatları hızlı bir şekilde yükselmiş ve yaklaşık olarak aylık aile gelirinin 20%'sine yükselmiştir. Fiyatlardaki ciddi yükseliş, halkın protestolarına neden olmuş; en az altı kişinin öldüğü protestoların sonunda konsorsiyum faaliyetlerini durdurarak ülkeden ayrılmıştır.⁸² 2009 tarihli yeni Bolivya

⁸⁰ Barbara Wilson, "Social Determinants of Health from a Rights-Based Approach", **Realizing the Right to Health**, Andrew Clapham vd. (eds.), Ulm, Rüffer&Rub, Swiss Human Rights Book Vol. 3, 2009, s. 63.

⁸¹ David Hall, "Privatisation in Water and Health Services in the UK", **Privatisation and Liberalisation of Public Services in Europe: An Analysis of Economic and Labour Market Impacts**, Maarten Keune, Janine Leschke, Andrew Watt, Brussels, ETUI-REHS, 2008, s. 109-110.

⁸² Report of the Special Rapporteur on adequate housing as a component of the right to an adequate standard of living, Mr. Miloon Kothari, E/CN.4/2002/59, 1 March 2002, para. 60.

Anayasası'nın spesifik olarak bu konuyu düzenleyen bir norm içermesi meselenin ciddiyetini ve insan haklarının korunması paradigmasından yaklaşımı yansıtmaktadır. Söz konusu düzenleme Anayasa Md. 20/III'te yer almakta ve su ve sanitasyon hizmetlerine erişimin insan hakkı olduğunu belirterek imtiyaz ya da özelleştirmeye tabi tutulamayacaklarını öngörmektedir.⁸³ Bu bağlamda su hizmetlerinin ister kamu isterse de özel sektör tarafından sağlansın herkes için karşılanabilir olmasının ESKHS çerçevesinde bir yükümlülük olduğunun vurgulanması gerekmektedir.⁸⁴

Küreselleşmenin sonuçlarından biri olarak “öncesinde münhasıran devletin alanına girdiği kabul edilen çeşitli işlevlerin özelleştirilmesi” olduğu tespitini yapan ESKHK'ye göre, bu “kendi başına Sözleşme ilkelerine yahut hükümetlerin Sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerine aykırılık” oluşturmaz.⁸⁵ Ancak Bölüm II'de de ifade edildiği üzere Devletler, “*sağlık sektörünün özelleştirilmesinin sağlık tesisi, mal ya da hizmetlerin elverişliliğine, erişilebilirliğine, kabul edilebilirliğine ve kalitesine yönelik bir tehdit oluşturmamasını temin etmek*” yükümlülüğü altındadırlar. Söz konusu yükümlülük koruma yükümlülüğüdür ve üçüncü kişilerin faaliyetlerine ilişkindir. Sağlık hizmetlerinin özelleştirilmesi çerçevesinde söz konusu üçüncü kişiler bu hizmeti sürdürecektir olan özel sektördür.

Devlet, zikredilen yükümlülüğü çerçevesinde özel sektör hizmet sağlayıcılarının faaliyet ve etki alanları çerçevesinde; sağlık hakkını ihlal etmemelerini, denetim ve etkileri altındaki kişilerin sağlık hakkını ihlal etmemelerini

⁸³ İlgili maddenin İspanyolca orijinali şöyledir: “El acceso al agua y alcantarillado constituyen derechos humanos, no son objeto de concesión ni privatización y están sujetos a régimen de licencias y registros, conforme a ley.” Boliviya Anayasası'na şu internet sitesinden ulaşılabilir: (çevrimiçi), http://www.vicepresidencia.gob.bo/Portals/0/documentos/NUEVA_CONSTITUCION_POLITICA_D_EL_ESTADO.pdf, 18/01/2011.

⁸⁴ **Genel Yorum No. 15**, para. 27.

⁸⁵ **Globalization and Economic, Social and Cultural Rights**, Statement by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, E/C.12/1998, 11 May 1998, paras. 2-3.

önlemelerini ve sağlık hakkının özelleştirmeden önceki gerçekleştirilme seviyesinden geriye gidişleri önlemelerini güvence altına almak zorundadır.⁸⁶

c. Devlet-dışı Aktörlerin Sorumluluğu

İnsan hakları, doğuşu ve gelişimi itibarıyla siyasi iktidarın sınırlanması araçlarından biri olmuştur. Modern devletin ortaya çıkışı ile birlikte, bireyin kendisini bu yeni siyasi iktidar biçimine karşı korumasında yeni bir enstrüman işlevi görmektedir. Günümüz dünyası, devletin siyasi iktidarının yanı sıra başka aktörlerin de bu iktidara ortak olduğu bir aşamaya gelmiştir. Bunu izlemesi gereken doğal süreç de geçmişte yalnızca devletlerin taşıdıkları sorumlulukları, bu yeni aktörlere de yaymaktır. Bununla ifade edilmeye çalışılan düşünce, geçmişte yalnız Devletin taşıdığı insan hakları sorumluluğunun söz konusu yeni aktörleri de kapsamaması gereğidir.

Söz konusu gelişmelere karşılık, bugün itibarıyla insan hakları hukuku devlet-dışı aktörlere sorumluluk izafe eden bağlayıcı hukuki düzenlemeler içermemektedir. Bu noktadan hareketle, söz konusu sorumluluğa ilişkin olarak iki seçenek ortaya çıkmaktadır. İlki sözleşme organlarının geliştirmiş oldukları yatay sorumluluk “drittwirkung” doktrininin sürdürülmesidir. Diğer ise, söz konusu aktörlerin kendilerinin uluslararası hukukta özne olarak tanımlamak suretiyle insan hakları sorumlulukları taşıdıklarının kabul edilmesidir. Şüphesiz ki; mevcut yapıları itibarıyla gerek uluslararası hukuk gerekse de ulusalüstü insan hakları hukuku bu tür bir dönüşüm için henüz hazır değildir.

Devlet-dışı aktörler (*non-state actors*) kavramı, yukarıdaki iki başlık altında tartışılan gelişmelerin (küreselleşme ya da neo-liberalizm), uluslararası hukukun ve ulusalüstü insan hakları hukukunun öznelarının kısıtlılığını ortaya çıkarmasının bir sonucudur.⁸⁷ Bu çalışmada teleolojik olarak ele alınan devlet-dışı aktörler, ticari

⁸⁶ Adam McBeth, “Privatising Human Rights: What Happens to the State’s Human Rights Duties When Services are Privatised?”, **Melbourne Journal of International Law**, Vol. 5, Issue 1, 2004, s. 149.

⁸⁷ Tarih, Devlet-benzeri şirketlerin varlığına daha önce de tanıklık etmiştir. “Ana sözleşmesi” Britanya Monarşisi’nin bir fermanı olan, Doğu Hindistan Şirketi (East Indian Company) ilk akla gelen örnektir. Söz konusu “şirket”, savaş açma ve barış yapma gibi yetkilere sahipti. Markus Wagner, “Non-State

şirketler ve BM'nin uluslararası finans kurumları olan Uluslararası Para Fonu (IMF) ve Dünya Bankası'yla⁸⁸ (DB) sınırlıdır. Buna karşılık özellikle sağlığa ilişkin olarak küreselleşme ile birlikte sayıları artan devlet-dışı aktörlere örnek olarak vakıflar, dini gruplar, hükümetler-dışı ajanslar sayılabilir.⁸⁹

Bilindiği üzere uluslararası hukukta hak ve yükümlülük öznelere devletlerdir. Ulusalüstü insan hakları hukuku ise devletlerin yanına, gerçek ve tüzel kişileri eklemiştir. Buradaki öznelere devletler yükümlülükleri üstlenenler, (gerçek ya da tüzel) kişiler ise hak sahipliğini taşıyanlar olarak kategorize edilebilir. Söz konusu hukuki düzen, ulus-devletlerin ekonomik olarak dolayısıyla da siyasi ve hukuki olarak da belirleyici olduğu bir döneme aittir. Buna karşılık son 30 yıldaki gelişmeler, II. Dünya Savaşı sonrası dönemde kurulan uluslararası ekonomik örgütlerin yanına, ekonomik olarak ciddi güce sahip ticari şirketleri (özellikle de çok-uluslu/ulusaşırı (*multi-national*)/(*transnational*) şirketleri) ortaya çıkararak ulus-devletlerin bu konumunu sarsmıştır.

Jochnick'e göre "(h)ızlı özelleştirme, serbest ticaret anlaşmaları, ekonomik bütünleşme ve uluslaşırı şirketlerin hızlı artışı hükümet imtiyazlarını özellikle de, daha küçük, gelişmekte olan ülkeler arasında olanları olağanüstü düzeyde sınırlamıştır."⁹⁰ Tüm bunların sonucu olarak insan hakları ihlalcisi⁹¹ ticari şirketlerin,

Actors", **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, (Rudiger Wolfrum, ed.), Oxford University Press, 2008, online edition, [www.mpepil.com], erişim 18/01/2011, para. 8.

⁸⁸ Her ne kadar kısaca Dünya Bankası olarak adlandırılrsa da doğru kullanım Dünya Bankası Grubu'dur. Zira Dünya Bankası Grubu beş ayrı kurumdan meydana gelmektedir. Bunlar Uluslararası İmar ve Kalkınma Bankası (International Bank for Reconstruction and Development), Uluslararası Finans Kurumu (International Finance Corporation), Uluslararası Kalkınma Birliği (International Development Association), Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözüm Merkezi (International Centre for Settlement of Investment Disputes) ve Çok Taraflı Yatırım Garanti Ajansı'ndan (Multilateral Investment Guarantee Agency) oluşmaktadır. Bkz. Maurizio Ragazzi, "World Bank Group", **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, (Rudiger Wolfrum, ed.), Oxford University Press, 2008, online edition, [www.mpepil.com], erişim 01/06/2011.

⁸⁹ Allyn L. Taylor, "Governing the Globalization of Public Health", **The Journal of Law, Medicine and Ethics**, Vol. 32, Issue 3, 2004, s. 503.

⁹⁰ Chris Jochnick, "Confronting the Impunity of Non-State Actors: New Fields for the Promotion of Human Rights", **Human Rights Quarterly**, Vol. 21, Issue 1, 1999, s. 63.

⁹¹ Çok uluslu şirketlerin, 3. Dünya ülkelerindeki yatırımları ile, gerek birinci kuşak gerekse de ikinci kuşak hakları olumlu etkilediklerini istatistiksel verilere dayanarak ileri süren bir görüş için bkz. William H. Meyer, "Human Rights and MNCs: Theory Versus Quantitative Analysis", **Human Rights Quarterly**, Vol. 18, Issue 2, 1996, s. 368-397.

söz konusu ihlallerin hukuki sorumluluğunu taşıyıp taşıymıyor olmaları ve eğer taşıymıyorlar ise kimin taşıyor olduğu meselesi önem kazanmıştır.

ESKHK, Genel Yorum No. 14’te, diplomatik bir üslupla, Devlet-dışı aktörlerin sağlık hakkına ilişkin etkilerinin farkında olduğunu şu şekilde belirtmiştir:

“Komite, birçok Taraf Devlet’te var olan, madde 12’nin tam olarak gerçekleştirilmesini engelleyen, Devletlerin denetimlerinin ötesindeki uluslararası ve diğer etkenlerden kaynaklanan aşılması güç yapısal ve diğer engellerin farkındadır.”⁹²

Komite’nin diğer Sözleşmesel haklara ilişkin olarak üretmiş olduğu genel yorumlarda da, ulusaşırı özel sektörün rolüne ilişkin saptamalara rastlanmaktadır. Düzenledikleri hakların bir bütün olduğu akla getirildiğinde, söz konusu genel yorumların da birbirleriyle uyum içinde yorumlanması gereği ortaya çıkmaktadır.⁹³ Bu noktadan hareketle, Komite, sağlık hakkı ile de yakından ilişkili su hakkını ele aldığı genel yorumunda, taraf Devletlerin kendi ülkelerine ait şirketlerin, başka ülkelerde su hakkını ihlal etmelerini önlemek için önlem almaları gerektiğini belirtmiştir.⁹⁴ Aynı şekilde gıda hakkına ilişkin genel yorumda da ulusal ve ulusaşırı özel sektörün faaliyetlerini gıda hakkıyla uyum içinde sürdürmeleri gerektiği belirtilmiştir.⁹⁵

ESKHK’nin devlet-dışı aktörlere ilişkin standartlarına dayanılarak şirketlerin sağlık hakkından kaynaklanan saygı gösterme, koruma ve yerine getirme yükümlülüklerine şu örnekler verilebilir: Saygı gösterme yükümlülüğü çerçevesinde çalışanlarının ve faaliyet alanında yaşayan kişilerin sağlıklarını olumsuz etkileyen çevresel sorunlar doğurabilecek faaliyetlerden kaçınma ya da sağlıksız olduğu bilinen ürünlerin pazarlanmaması; koruma yükümlülüğü çerçevesinde diğer iş ortaklarının sağlık hakkının ihlaline yol açacak faaliyetlerde bulunmamalarını temin

⁹² **Genel Yorum No. 14**, para. 5. Metnin İngilizce orijinali şöyledir: “The Committee recognizes the formidable structural and other obstacles resulting from international and other factors beyond the control of States that impede the full realization of article 12 in many States parties.”

⁹³ Sven Söllner, “The Breakthrough of the Right to Food: The Meaning of General Comment No. 12 and the Voluntary Guidelines for the Interpretation of the Human Right to Food”, **Max Planck Yearbook of United Nations Law**, Vol. 11, 2007, s. 396.

⁹⁴ **Genel Yorum No. 15**, para. 33.

⁹⁵ **Genel Yorum No. 12**, para. 20.

edecek rehber kurallar hazırlamak ya da taşeronlarının sağlıklı çalışma koşullarını geliştirmelerini temin etmek; ve nihayet edimde bulunma yükümlülüğü çerçevesinde Devletin sağlık hizmeti sunmadığı bölgelerde yürütülen faaliyetlerde çalışanlara sağlık bakımı hizmetinin sunulması.⁹⁶

Sağlık hakkının etkinleştirilmesinin önündeki engellere somut bir örnek olarak, çokuluslu şirketlerin yarattığı çevre sorunları ve bunların sağlık üzerindeki etkileri verilebilir. Özellikle madencilik faaliyeti sebebiyle ortaya çıkan olumsuz sonuçların etkileri uzun yıllar ve nesiller boyunca devam etmektedir.⁹⁷ Yine benzer şekilde petrol üretimine ilişkin faaliyetlerin de çok ciddi sonuçları bulunmaktadır. Örnek olarak, Texaco adlı şirketin Ekvador Cumhuriyeti'ndeki faaliyetleri gösterilebilir. Bu şirket 20 yıl boyunca sürdürdüğü petrol çıkarma faaliyeti sırasında çevreye yaklaşık 115 milyar litre zehirli atık ve 65 milyon litre ham petrol bırakmıştır.⁹⁸

Riedel'a göre yargı yetki alanlarındaki ya da etki alanlarındaki üçüncü tarafların sağlık hakkına müdahalelerini engellemeleri, ESKHS Md. 2/1 ve Md. 12'nin birlikte okunması ile ortaya çıkan sağlık hakkına ilişkin uluslararası işbirliği yükümlülüğünün bir veçhesidir.⁹⁹ Şirketlerin, sağlık hakkına ilişkin yükümlülüklerinin kaynağı olarak uluslararası örf adet hukukunun da gösterilebileceği uluslararası doktrinde ileri sürülmüştür.¹⁰⁰

⁹⁶ Nicola Jaegers, **Corporate Human Rights Obligations: In Search of Accountability**, Antwerp, Intersentia, 2002, s. 87'den aktaran Andrew Clapham, **Human Rights Obligations of Non-State Actors**, United States, Oxford University Press, 2006, s. 327.

⁹⁷ Elmas ve altın madenciliğinin neden olduğu çevre zararlarını ele alan bir çalışma için bkz. Martin Donohoe, "Flowers, Diamonds and Gold: The Destructive Public Health, Human Rights, and Environmental Consequences of Symbols of Love", **Human Rights Quarterly**, Vol.30, No. 1, 2008, s. 169-177.

⁹⁸ Rights Violations in the Ecuadorian Amazon: The Human Consequences of Oil Development, The Center for Economic and Social Rights, March 1994, s. 23. Rapora şu adresten ulaşılabilir: (çevrimiçi), <http://www.cesr.org/downloads/Rights%20Violation%20in%20the%20Ecuadorian%20Amazon%20The%20Human%20Consequences%20of%20Oil%20Development%201.pdf>, 16/03/2011.

⁹⁹ Eibe Riedel, "Health, Right to, International Protection", **The Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, (Rudiger Wolfrum, ed.), Oxford University Press, 2008, online edition, para. 39, [www.mpepil.com], erişim 13/01/2011.

¹⁰⁰ Andrew Clapham, Mariano Garcia Rubio, "The Obligations of States with Regard to Non-state Actors in the Context of the Right to Health", **Yearbook of Human Rights & Environment**, Vol. 6,

Şirketlerin uluslararası hukuktan doğan sorumluluklarının yargı tarafından doğrudan denetimi için örnek arandığında ilk akla gelen bir iç hukuk denetimidir. Amerika Birleşik Devletleri'nin "*Alien Tort Claims Act*" (ATCA)¹⁰¹ ya da diğer adıyla "*Alien Tort Statute*"ün (ATS) kabul edildiği dönemdeki amacı "uluslararası örf-adet hukukunu ihlal ederek, Birleşik Devletler'de gerçekleşen ya da yurt dışında olmakla birlikte Birleşik Devletler uyrukları ya da Birleşik Devletler'de bulunanlar tarafından gerçekleştirilen zararlara ilişkin olarak, Birleşik Devletler mahkemelerine erişmelerini sağlayarak, yabancıların "adaletten yoksun kalmalarını" önlemektir."¹⁰² Belirtmek gerekir ki ATS'nin uygulanabilceği uluslararası hukuk kuralları Amerikan Yüksek Mahkemesi tarafından oldukça dar olarak yorumlanmaktadır.¹⁰³ Ancak bu çerçevede dahi ATS, insan hakları sözleşmelerinin *drittwirkung*/yatay etkisi bağlamında, ticari şirketlerin yürüttükleri uluslararası faaliyetlerinden kaynaklanan insan hakları sorumluluklarının ulusal yargı yerleri tarafından denetlenmesinin bir örneğini oluşturmaktadır. Dolayısıyla da, yalnızca bu bakımdan bile oldukça önemlidir.

IMF ve DB'nin insan hakları ile ilişkisi kulağa yadırgatıcı gelebilir. Oysa her iki kurumun da faaliyetleri insan haklarının gerçekleştirilmesiyle yakından bağlantılıdır. Zira bu kurumların kredi kullandırdıkları ülkelerin siyasa ve hatta mevzuat üretme faaliyetleri üzerinde oldukça ciddi etkileri bulunmaktadır.¹⁰⁴ Ayrıca, gelişmekte olan ülkelere yönelik siyasaları ekonomik, sosyal ve kültürel hakların

2006, s. 190-196. Belirtelim ki bu çalışmada yazarlar "devlet-dışı aktörler" terimini, yalnızca ticari şirketleri karşılayacak şekilde kullanmaktadırlar. Dolayısıyla yorumları uluslararası ekonomik örgütleri kapsamamaktadır.

¹⁰¹ U.S. Code Title 28, Part IV, Chapter 85, Section 1350: Alien's Action for Tort

"The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States."

¹⁰² Jordan J. Paust, "Human Rights Responsibilities of Private Corporations", **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, Vol. 35, Issue 3, 2002, s. 822.

¹⁰³ Michael Koebele, **Corporate Responsibility under the Alien Tort Statute: Enforcement of International Law through US Torts Law**, Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, s. 36. ATS'nin sağladığı yargısal korunmanın "(m)ahkemeler, açılan tazminat davalarında çok nadiren başvurunun lehine tazminat kararı vermektedirler" gerekçesiyle etkisiz olduğunu ileri süren bir görüş için bkz. Zeynep Kıvılcım, "Ulus-aşırı Şirketler ve İnsan Hakları: Bakü-Tiflis-Ceylan Boru Hattı Örneği", **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, C. 65, No. 3, 2010, s. 91, dp. 4.

¹⁰⁴ Daniel D. Bradlow, Claudio Grossman, "Limited Mandates and Intertwined Problems: A New Challenge for the World Bank and IMF", **Human Rights Quarterly**, Vol. 17, Issue 3, 1995, s. 422.

ihlallerine yol açmıştır.¹⁰⁵ Örneğin DB, sağladığı kredilerde kar merkezli ölçütler kullandığından, söz konusu krediyi alan projelerin çevreye ve dolayısıyla da insan sağlığına olumsuz etki etmesi mümkündür.¹⁰⁶ Bunun yanı sıra verilebilecek bir diğer örnek; DB ve IMF'nin kredi sağlama tasarruflarını sağlık hakkının gerçekleştirilmesini engelleyebilecek çeşitli koşullara bağlamalarıdır.¹⁰⁷

DB ve IMF'nin insan hakları sorumluluklarının kaynağı uluslararası hukukta bulunabilir. Zira her iki kurum da BM Şartı Md. 57 çerçevesinde hükümetlerarası anlaşma ile kurulmuş olan bağımsız uzmanlık birimleri olarak, BM sisteminin bir parçasıdır. Tıpkı diğer BM organları ya da uluslararası hukukun diğer herhangi bir öznesi gibi bu iki kurum da, BM Şartında öngörülen ilke ve amaçların yanı sıra söz konusu amaçların gerçekleştirilmesini hedefleyen diğer uluslararası belgelerde öngörülen spesifik hükümlere de saygı göstermekle yükümlüdürler. Bu belgeler arasında ikiz sözleşmeler ve BM karar ve bildirimleri de yer almaktadır.¹⁰⁸ Buna karşılık söz konusu iki kurumun insan hakları yükümlülüklerinin uluslararası örf-adet hukuku olarak EİHB'nin temel ilkelerini de içeren genel olarak uluslararası hukuktan kaynaklandığı da ileri sürülmektedir.¹⁰⁹ Ancak EİHB'nin öngördüğü hakların oldukça sınırlı bir bölümünün uluslararası örf-adet hukuku olarak kabul edildiği

¹⁰⁵ Scott Leckie, "Another Step Towards Indivisibility: Identifying the Key Features of Violations of Economic, Social and Cultural Rights", **Human Rights Quarterly**, Vol. 20, Issue 1, 1998, s. 112.

¹⁰⁶ Bu tür faaliyetlere örnekler için bkz. Brian B.A. McAllister, "The United Nations Conference on Environment and Development: An Opportunity to Forge a New Unity in the Work of the World Bank among Human Rights, the Environment, and Sustainable Development", **Hastings International and Comparative Law Review**, Vol. 16, Issue 4, 1993, s. 702-705.

¹⁰⁷ Bu konudaki örnek de Türkiye'den verilebilir. IMF ve Dünya Bankası, yapılması planlanan bir *stand-by* anlaşmasını Türkiye'ye sosyal güvenlik reformu yapması koşuluna bağlamışlardır. Bu konudaki tartışmalar için bkz. Birsan Ersel, "IMF ve Dünya Bankası Tarafından Türkiye'ye Önerilen 'Sosyal Güvenlik Reform Planı' Üzerinde Kamuoyunda Yapılan Tartışmalar", **Sayıştay Dergisi**, Sayı 39, Ekim-Aralık 2000, s. 3-18. Türkiye'ye önerilen ve temelde özelleştirmeye dayanan modelin eleştirisi için bkz. Ali Güzel, "Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Öngörülen Reform Mevcut Sorunlara Çözüm Mü?", **Çalışma ve Toplum**, Sayı 7, 2005/4, 2005, s. 61-76.

¹⁰⁸ **Question of the Realization in All Countries of the Economic, Social And Cultural Rights Contained in the Universal Declaration of Human Rights and in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, and Study of Special Problems Which the Developing Countries Face in Their Efforts to Achieve These Human Rights**, Ways and means to carry out a political dialogue between creditor and debtor countries in the United Nations system, based on the principle of shared responsibility, Report of the Secretary-General, E/CN.4/1996/22, 5 February 1996 para. 50. Aynı yönde Bradlow, Grossman, **a.g.e.**, s. 428.

¹⁰⁹ Clapham, **a.g.e.**, s. 144.

dikkate alınır, bu yaklaşımın DB ve IMF'nin yükümlülüklerini oldukça daraltacağı sonucu ortaya çıkacaktır.

Tüzel kişilik olarak uluslararası finans kuruluşlarının sorumluluklarının yanı sıra, bu örgütlere üye olan Devletlerin sorumlulukları da söz konusu olabilir. Tartışma bu noktaya getirildiğinde ise, bu kurumların yönetiminde hangi devletlerin etkili olduğu meselesi ortaya çıkacaktır. İnsan Hakları Komisyonu, 2004/27 sayılı kararında “herkesin ulaşılabilir en yüksek düzeyde fiziksel/(bedensel) ve ruhsal sağlık standartlarından yararlanması hakkı üzerinde etki doğuran yetkilere sahip tüm uluslararası örgütlerin üyelerinin herkesin ulaşılabilir en yüksek düzeyde fiziksel/(bedensel) ve ruhsal sağlık standartlarından yararlanması hakkına ilişkin ulusal ve uluslararası yükümlülüklerini dikkate almalarını şiddetle tavsiye etmektedir”.¹¹⁰

DB ve IMF'nin, insan hakları sorumluluklarının belirlenmesi ilk bakışta oldukça ilgi uyandırıcı gözükmemektedir. Bir grup akademisyen tarafından hazırlanan Tilburg İlkeleri'ne göre bu iki kurumun genel insan hakları sorumlulukları “uygulanabilir” ve “ulaşılabilir” bir belgede belirlenmelidir. Böyle bir belge, alınan kararlarda yol gösterici olacağı gibi bu iki kurumun sorumlu tutulabilecekleri zemini de sağlar.¹¹¹ Ancak buradaki mesele, hazırlanacak belgenin niteliğinin ne olacağıdır. Ortaya çıkan sonucun anlamlı olabilmesi için yumuşak bir belge değil, somut yükümlülükleri düzenlemesinin yanında iki kurumu da hukuken bağlayacak bir belgeye ihtiyaç bulunmaktadır.

B. Usul Hukuku: Sağlık Hakkının Etkinleştirilmesinde Organlar ve Usuller

Tıpkı birinci kuşak haklar bakımından geçerli olduğu gibi ikinci kuşak haklar bakımından da geçerli olan bir gerçeğin tespitinin yapılması gerekir. Kurulan sözleşme sistemlerinin maddi hukuk boyutu kadar usul hukuku boyutu da sağlanacak

¹¹⁰ **Commission on Human Rights Resolution: 2004/27**, The right of everyone to the enjoyment of the highest standard of physical and mental health, para. 7.

¹¹¹ “Tilburg Guiding Principles on World Bank, IMF and Human Rights”, **World Bank, IMF and Human Rights**, Wilem van Geungten, v.d. (eds.), Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2003, s. 252, para. 28.

korumada belirleyici rol oynar. Tıpkı medeni usul hukuku olmadan medeni hukuk, ya da ceza usul hukuku olmadan ceza hukuku tam olarak kavranamayacağı gibi; kurulan denetim sistemi değerlendirilmeksizin bir sözleşmenin hak kataloğunun genişliği ve kapsayıcılığı tek başına ele alınamaz. Bir sözleşme sisteminin sağladığı koruma, ancak denetim sistemi kadar başarılı olabilir.

Söz konusu gerçek ışığında, sağlık hakkının korunmasında insan hakları sözleşmelerinin denetim organları ve usullerinin ele alınması kaçınılmazı mümkün olmayan bir zorunluluktur. Bu başlık altında ilk olarak ikinci kuşak hakları düzenleyen sözleşme sistemlerinin denetim organları ve usullerinin genel bir profilinin çıkarılması, daha sonra ise denetim usullerine ilişkin spesifik noktaların üzerinde durulması amaçlanmaktadır.

1. Genel Olarak: Organlar ve Usuller

ESKHS'nin denetim organı olan ESKHK ulusalüstü insan hakları hukukundaki kuralın aksine, sözleşme tarafından kurulmuş bir organ değildir. ESKHS, denetim görevini Md. 16/2/a'da Ekonomik ve Sosyal Konsey'e (EKOSOK) vermiştir. EKOSOK ise bu görevi yerine getirmek üzere bir Çalışma Grubu oluşturmuş ve ancak 1985 tarihinde verdiği bir karar ile bu Çalışma Grubunu ESKHK olarak yeniden adlandırmıştır.¹¹² Ancak adlandırmadaki bu değişikliğin, Komite'nin hukuki niteliğine ilişkin bir değişiklik doğurması mümkün değildir. Her ne kadar Komite, fiilen ESKHS'nin denetim organı gibi çalışmaktaysa da böyle bir hukuki nitelik değişikliği ancak Sözleşmenin tadili ile mümkün olabilir.

Bununla birlikte “*Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesinin Seçmeli Protokolü*”¹¹³ (ESKHS/SP) kısmen de olsa ESKHK'yi

¹¹² Review of the composition, organization and administrative arrangements of the Sessional Working Group of Governmental Experts on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Economic and Social Council, Resolution 1985/17, 22nd plenary meeting, 28 May 1985. Kararın Türkçe çevirisi için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Usul Hukuku Mevzuatı: 1. Kitap (Açıklamalı – İctihatlı – Karşılaştırmalı) Birleşmiş Milletler Belgeleri**, İstanbul, Legal, 2006, s. 169-172.

¹¹³ “*Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesinin Seçmeli Protokolü*” (“*Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*”) BM Genel Kurulu tarafından 10/12/2008 tarihinde kabul edilmiş ve 24/09/2009 tarihinde imzaya açılmıştır. 26/02/2012 tarihi itibarıyla ESKHS/SP'yi 39 Devlet imzalamış ve yedi Devlet de taraf olmuştur. Yürürlüğe

ESKOSOK'un bir alt grubu olmaktan çıkarak ESKHS'nin denetim organı olmasının hukuki zeminini yaratmış olduğu ileri sürülebilir. Zira Başlangıç bölümünün son paragrafında, "Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesine bu Protokolde öngörülen görevleri yerine getirme yetkisinin verilmesinin uygun olacağı" belirtilmektedir. Böylelikle ESKHK'nin fiili statüsüne sonradan hukukilik kazandırılmış olmaktadır.

ESKHS'nin öngördüğü tek denetim usulü rapor usulüdür. Taraf Devletlerin rapor sunma yükümlülüklerine ilişkin ayrıntılı düzenleme, ESKHK Usul Kurallarında yer almaktadır.¹¹⁴ Usul Kuralları üç tip rapor öngörmektedir. Bunlar Sözleşmenin ilgili taraf Devlet bakımından yürürlüğe girmesinden itibaren iki yıl içinde sunulacak olan "başlangıç raporu", bunun ardından beş yıllık aralıklarla sunulacak olan "periyodik raporlar" ve nihayet sunulmuş olan raporun yeterli bilgi içermemesi halinde Komite'nin talebi üzerine sunulacak olan "ek rapor"dur.¹¹⁵

ESKHS sisteminde bir dönüm noktası olarak adlandırılabilirlik gelişme, yukarıda Komite'nin hukuki niteliği ele alınırken değinilen ESKHS/SP'dir.¹¹⁶ Söz konusu protokol ile uzun yıllardır süregelen sosyal hakların "dava edilebilirliği" tartışması son bulmuştur. Zira ESKHS/SP, bireysel şikayet başvurusu usulünü ESKHS sistemine getirmiştir (Md. 1-9). Bireysel şikayet başvurusu usulünün yanı sıra devletlerarası şikayet başvurusu (Md. 10) ve soruşturma usulü (Md. 11) de bu protokolde öngörülen diğer denetim usulleridir.

girebilmesi için on Devletin taraf olması şartından dolayı henüz yürürlüğe girmemiştir. Seçmeli Protokol'ün bu çalışmada kullanılan Türkçe çevirisi için bkz. Gemalmaz, **İnsan Hakları Hukuku Belgeleri/II. Cilt**, s. 51-66.

¹¹⁴ ESKHK Usul Kuralları'nın Türkçe çevirisi için bkz. Gemalmaz, **İnsan Hakları Hukuku Belgeleri/II. Cilt**, s. 67-93.

¹¹⁵ Hatırlatmak gerekir ki Usul Kurallarında yer alan bu düzenleme EKOSOK tarafından 1988 yılında kabul edilen düzenlemenin sürdürülmesi anlamını taşımaktadır. Bkz. Economic and Social Council, Resolution 1988/4, E/RES/1988/4, 24 May 1988. Türkçe çevirisi için bkz. Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Usul Hukuku Mevzuatı: 1. Kitap (Açıklamalı – İctihath – Karşılaştırmalı) Birleşmiş Milletler Belgeleri**, s. 173-177.

¹¹⁶ Protokol hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Catarina de Albuquerque, "Chronicle of an Announced Birth: The Coming into Life of the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights – The Missing Piece of the International Bill of Human Rights", **Human Rights Quarterly**, Vol. 32, No. 1, 2010, s. 144-178.

ESKHS'den sonra ele alınması gereken bir başka sözleşme sistemi ASŞ sistemidir.¹¹⁷ ASŞ'nin denetim organı 15 üyeden oluşan Avrupa Sosyal Haklar Komitesi'dir (ASHK). Belirtmek gerekir ki, ASHK'nin, adı da dahil olmak üzere, bugünkü halini alması çeşitli aşamalardan sonra mümkün olmuştur. Bununla birlikte ASHK'nin, hukuki niteliği bakımından ESKHK ile karşılaştırılması mümkün değildir çünkü 1961 tarihli ASŞ ile kurulmuş bir organdır.

Şart sisteminde iki denetim usulü bulunmaktadır. Bunların ilki doğrudan orijinal ASŞ metninde öngörülen rapor usulüdür. ESKHS ve bu diğer BM insan hakları sözleşmelerindeki rapor kategorilerinden farklı olarak iki rapor tipi bulunmaktadır. Bunlar ASŞ Md. 21'de öngörülen "kabul edilmiş hükümlere ilişkin raporlar" ve Md. 22'de öngörülen "kabul edilmeyen hükümlere ilişkin raporlardır".¹¹⁸

Bu sistem içinde asıl heyecan verici olan denetim usulü ise "toplu şikayet başvurusu usulüdür".¹¹⁹ 1995 tarihli Protokol ile sisteme getirilen bu usul çerçevesinde ulusal sendika ve konfederasyonlar, ulusal ve uluslararası hükümetlerdışı örgütler ve uluslararası işçi sendikaları konfederasyonlarıyla işveren birliklerine, sözleşmesel haklara ilişkin olarak toplu şikayet başvurusunda bulunma

¹¹⁷ ASŞ sistemi ifadesi, bir dizi belgenin tümünü karşılayacak şekilde kullanılmaktadır. Bu belgeler kronolojik sırasıyla şunlardır: "Avrupa Sosyal Şartı" ("European Social Charter") (ASŞ), Kabul: 18/10/1961, Yürürlük: 26/02/1965; "Avrupa Sosyal Şartına Ek Protokol" ("Additional Protocol to the European Social Charter") (ASŞ/EP), Kabul: 05/05/1988, Yürürlük: 04/09/1992; "Avrupa Sosyal Şartında Değişiklik Öngören Protokol" ("Protocol Amending the European Social Charter") (ASŞ/DP), Kabul: 21/10/1991, Yürürlük: --, "Avrupa Sosyal Şartının Toplu Şikayet Sistemi Öngören Protokolü" ("Additional Protocol to the European Social Charter Providing for a System of Collective Complaints") (ASŞ/TŞP), Kabul: 09/11/1995, Yürürlük: 01/07/1998; "(Gözden Geçirilmiş) Avrupa Sosyal Şartı" ("European Social Charter (revised)") (GG-ASŞ), Kabul: 03/05/1996, Yürürlük: 01/07/1999.

¹¹⁸ Gerek ASŞ ve ASŞ/EP gerekse de GG-ASŞ, insan hakları sözleşmelerinde pek de alışık olunmayan bir şekilde taraf Devletlere, öngördükleri hakların tamamıyla bağlı olmama imkanı tanımaktadırlar. Belirli alt sınırlar dahilinde taraf Devletler, öngörülen hak listesi içinde bağlanacakları hükümleri seçebilmektedirler. Bahsedilen iki rapor tipi, söz konusu durumdan kaynaklanmaktadır.

¹¹⁹ Toplu şikayet başvurusuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Regis Brilhat, "A New Protocol to the European Social Charter Providing for Collective Complaints", **European Human Rights Law Review**, No. 1, 1996, s. 52-62; Robin R. Churchill, Urfan Khaliq, "The Collective Complaints System of the European Social Charter: An Effective Mechanism for Ensuring Compliance with Economic and Social Rights?", **European Journal of International Law**, Vol. 15, No. 3, 2004, s. 417-456; Rüçhan Işık, "Toplu Şikayet Prosedürü", **Anayasal Sosyal Haklar (Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye)**, İbrahim Ö. Kaboğlu (ed.), İstanbul, Legal, 2012, s. 57-63.

imkanı tanınmıştır. Sosyal haklara ilişkin bireysel şikayet başvurusunun, ESKHS sisteminde henüz oldukça yeni olduğu ve ilgili Protokol'ün henüz yürürlüğe girmemiş olduğu gerçeği dikkate alındığında on yıldan uzun süredir yürürlükte olan bu usulün önemi daha net şekilde anlaşılacaktır.

2. Tarihsel Birikim: Sağlık Hakkının Korunmasında Rapor Usulünün Rolü

Taraf Devletlerin ESKHS kaynaklı yükümlülüklerini yerine getirmemeleri durumunda, Komite'nin ihlal tespiti mi yapacağı yoksa ilgili Devletin Sözleşmesel yükümlülüklerini yerine getirmesinde kendisiyle işbirliği mi yapacağı oldukça önemli bir noktadır.¹²⁰ Şikayet başvurusu usulünün aksine rapor usulünde “ihlal” tespiti sıklıkla karşılaşılan bir sonuç değildir. Bilindiği üzere Sözleşme organlarının rapor usulü çerçevesindeki içtihatları nihai gözlemlerinden meydana gelmektedir. Rapor usulünün işleyişine hakim olan işbirliği ilkesinin bir sonucu olan bu özellik, ESKHS'ye özgü değildir ve rapor usulünün bulunduğu tüm denetim sistemleri bakımından geçerlidir.

ESKHK'nin söz konusu yaklaşımına karşılık, uluslararası doktrinin billurlaştığı Limburg İlkeleri bu konuda oldukça nettir: “Bir taraf Devletin Sözleşmenin kapsamına giren bir yükümlülüğe aykırı davranması, uluslararası hukuk çerçevesinde, bir Sözleşme *ihlalidir*”¹²¹ (vurgu eklenmiştir). Sosyal haklara ilişkin mevcut hukuki ve siyasi tutumları dikkate alan, daha mütevazî ya da gerçekçi bir anlayışla ihlal yaklaşımının en azından iki kategori yükümlülük bakımından geçerli olduğu kabul edilmelidir: Derhal uygulanması gereken yükümlülükler ve çekirdek/öz ya da asgari yükümlülükler.¹²²

¹²⁰ Meselenin tarihsel arkaplanı için bkz. Philip Alston, “The United Nations’ Specialized Agencies and Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, **Columbia Journal of Transnational Law**, Vol. 18, Issue 1, 1979-1980, s. 79-118.

¹²¹ Limburg Principles on the Implementation of the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, **Human Rights Quarterly**, Vol. 9, No. 2, 1987, s. 131, para. 70.

¹²² Elizabeth Mottershaw, “Economic, Social and Cultural Rights in Armed Conflict: International Human Rights Law and International Humanitarian Law”, **The International Journal of Human Rights**, Vol. 12, No. 3, 2008, s. 459.

İhlal tespiti bağlamında ele alınması gereken sosyal hakların dava edilebilirliği tartışması, özellikle doktrinde, söz konusu hakların derhal uygulanabilir boyutlarına ağırlık verilmesine; buna karşılık ESKHS Md. 2’de somutlaşan “aşamalı gerçekleştirme” ve “elverişli kaynakların azami kullanımı” boyutu üzerinde ciddi şekilde durulmamasını sonuçlamıştır. Sözleşme organlarının da bugüne kadar, taraf Devletlerin bu boyuttaki yükümlülüklerinin denetiminde kullanılmak üzere gereken enstrümanları olgunlaştırdıklarını ileri sürmek de mümkün değildir. Fakat bu tespit, bu konuya ilişkin hiçbir çabanın bulunmadığı şeklinde anlaşılmamalıdır.

Halihazırda ESKHK tarafından taraf Devletlerin “aşamalı gerçekleştirme” yükümlülüklerinin denetiminde kullanılan iki enstrüman bulunmaktadır. Bunlar göstergeler (*indicator*) ve kıyaslama noktalarıdır (*benchmark*).¹²³ İnsan hakları göstergeleri “insan hakları standartları ile bağlantılı belirli kurumsal ya da normatif gelişmelere, spesifik olaylara ya da belirli bir bölge ya da nüfusun dahilinde var olan duruma ilişkin verilerdir”.¹²⁴ Buna karşılık kıyaslama noktaları, “önceden belirlenmiş bir değer edinmek için normatif ya da ampirik mülahazalarla sınırlanmış göstergelerdir. Normatif mülahazalar uluslararası standartlar ya da halkın siyasi ve toplumsal özelemlerine dayanabilirken, ampirik mülahazalar öncelikle yapılabirlik ve kaynaklara ilişkindirler.”¹²⁵ Tanımlardan da anlaşılacağı üzere bu iki enstrüman birbirlerinden farklı ve fakat birbiriyle yakın ilişki içindedirler.

Genel olarak göstergeler (ve kıyaslama noktaları), siyasaların ve denetimin ilerlemesinin iyileştirilmesine; yasalar, siyasalar ve uygulamaların istenmeyen etkilerinin tanımlanmasına; hangi aktörlerin hakların gerçekleştirilmesinde rol oynayacağını tanımlanmasına; bu aktörlerin yükümlülüklerinin yerine getirilip getirilmediğinin ortaya çıkarılmasında; olası ihlallere ilişkin erken uyarı vermede, önleyici eylemleri harekete geçirmede; kaynak kısıtlılıkları nedeniyle verilecek zorlu

¹²³ General Comment No. 1: Reporting by States parties, CESCR, 24/02/1989, para. 6-7.

¹²⁴ Olivver De Schutter, **International Human Rights Law**, United States of America, Cambridge University Press, 2010, s. 479.

¹²⁵ Report on Indicators for Monitoring Compliance with International Human Rights Instruments, HRI/MC/2006/7, 11 May 2006, s. 5, para. 12.

ödünler üzerinde toplumsal konsensüsü genişletmede ve nihayet göz ardı edilmiş ya da bastırılmış meselelerin alenileştirilmesinde bir araç olarak kullanılabilirler.¹²⁶

Uygulamada çok sayıda farklı alanda çok sayıda kurum ya da organ tarafından kullanılmakta olmasından dolayı göstergelere, yakın geçmişe kadar karmaşanın hakim olduğu bir gerçektir.¹²⁷ Ancak 2000’li yıllarla birlikte BM düzleminde meselenin berraklaştırılması girişimlerinin yoğunlaştığı da not edilmelidir. Bu girişimler arasında sağlık hakkı özel raportörünün çalışmaları özel olarak vurgulanmaya değerdir. Söz konusu değer, biri bu çalışma bakımından olmak üzere üç temeli bulunmaktadır. İlk olarak bu çalışma bakımından önemi, göstergeler meselesinin sağlık hakkı paradigmasından ele alınmış olmasıdır. İkinci olarak özel raportör herhangi bir başka gösterge ile bir insan hakkına ilişkin göstergelerin birbirinden hangi noktalarda farklılaştığını ortaya koymuştur ki bu, berraklaştırmanın ilk aşaması olarak kabul edilebilir. Üçüncü ve son olarak ise hakka ilişkin göstergelerin kategorileştirilmesidir. Bu da hedeflenen berraklaştırmanın ikinci aşaması olarak kabul edilebilir.

Hunt’a göre bir sağlık hakkı göstergesi, sağlık göstergelerinden içeriği ile farklılaşmaz. Sağlık hakkı göstergelerinin “spesifik sağlık hakkı normlarından sarahaten türetilmiş olması” gerekir. Söz konusu göstergeler, Sözleşmesel haklardan türetildikleri ölçüde etkili ve hukuken meşru olacaklardır.¹²⁸ Bunun yanı sıra “yükümlülük taşıyıcıların sorumlu tutulabilmesine yönelik olarak sağlık hakkı gözetimi amacıyla” belirlenmelidirler. Bu iki noktadan hareketle bir sağlık hakkı göstergesinin şu özellikleri taşıması gerekmektedir: 1) Gösterge ile norm arasındaki ilişki makul ölçüde yakın ve kesin olmalıdır; 2) Sağlık hakkı göstergeleri yalnızca spesifik sağlık hakkı normlarını değil ve fakat ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesi gibi ilgili insan hakları hükümlerini de yansıtmalıdır; 3) Sağlık hakkı göstergeleri

¹²⁶ **Human Development Report**, New York – Oxford, Oxford University Press, 2000, s. 89.

¹²⁷ Bu karmaşıklığın yansımaları bulduğu erken tarihli bir çalışma için bkz. *The New International Economic Order and the Promotion of Human Rights*, Realization of Economic, Social and Cultural Rights, Progress report prepared by Mr. Danilo Türk, Special Rapporteur, E/CN.4/Sub.2/1990/19, 6 July 1990, para. 1-105.

¹²⁸ Judith V. Welling, “International Indicators and Economic, Social and Cultural Rights”, **Human Rights Quarterly**, Vol. 30, No. 4, 2008, s. 948.

mümkün olan en çok sayıdaki uluslararası düzlemde yasaklanmış olan ayrımcılık temellerine ilişkin olarak ayrıştırılmış olmalıdır.¹²⁹

İnsan haklarının korunmasının gözetiminde kullanılacak olan göstergeler teriminden yalnızca istatistiksel verilerin anlaşılması gerekmektedir. İstatistiksel verilerin insan hakları göstergelerinde oldukça önemli bir yer tuttıkları şüphe götürmez bir gerçektir. Ancak bu verilerin ötesine geçen ve taraf Devletlerin “istekliliğini”¹³⁰ ölçen, örneğin ayrımcılıkla mücadele konusunda yasal düzenlemelerin var olup olmadığını belirlemeye yönelik göstergeler de mevcuttur. Bir başka deyişle; göstergelerin istatistiksel göstergeler ve tematik göstergeler olarak iki kategoriye ayrılması mümkündür.¹³¹ Tematik göstergelere örnek olarak, ilgili mevzuat hükümleri, yargısal yollar ve idari usuller verilebilir.¹³² Sağlık hakkı özel raportörü, yukarıda ele alınan raporunda bu kategorileştirmeyi daha da derinleştirmiş ve sağlık hakkı göstergelerini yapısal göstergeler, sürece ilişkin göstergeler ve sonuç göstergeleri olarak üç kategoriye ayrılmasını önermiştir.¹³³ Söz konusu kategorizasyon şu şekilde netleştirilebilir.¹³⁴

Gösterge kategorisi	Yapısal göstergeler	Sürece ilişkin göstergeler	Sonuç göstergeleri
Neyi ölçmeye hizmet eder?	Devletin kurumsal ve yasal bir çerçeve kurmadaki iyi niyetini	Çerçeveden uygulamaya yönelmede Devletin çabalarını	Ulaşılan sonuçlar: hedeflere ulaşmadaki başarı
Devletin yükümlülüklerini yerine getirmesini nasıl gösterir?	Devlete bağlıdır	Elverişli kaynakların asgari ölçüde kullanımını gerektirir	Devlete ve ayrıca iç ve dış faktörlere ya da kısıtlılıklara bağlıdır

¹²⁹ Human rights situations: Human rights situations and reports of special rapporteurs and representatives, The right of everyone to enjoy the highest attainable standard of physical and mental health, A/58/427, 10 October 2003, s. , 6-7, para. 10-13.

¹³⁰ Katarina Tomaševski, “Indicators”, **Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook**, Asbjørn Eide, v.d. (eds.), Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 2001 (Second Revised Edition), s. 534.

¹³¹ Maria Green, “What We Talk About When We Talk About Indicators: Current Approaches to Human Rights Measurement”, **Human Rights Quarterly**, Vol. 23, No. 4, 2001, s. 1077-1080.

¹³² Limburg Principles on the Implementation of the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, s. 132, para. 78.

¹³³ A/58/427, 10 October 2003, s. 7-10 , para. 14-29.

¹³⁴ Tablo için bkz. De Schutter, s. 481.

Örnekler	- Uluslararası belgelere taraf olma - Hakkın hukuken tanınmış olması -Mahkemelerin gözetimle yetkilendirilmesi - Bir ulusal stratejinin kabul edilmesi - Bir ulusal insan hakları kurumunun kurulması	- Hakkın uygulanmasını hedefleyen finansman siyasaları - Yapılmış olan şikayet başvuruları - Kamu programları yoluyla ulaşılan halk oranı - Ulusal bütçenin eğitim, sağlık, vb.'ye aktarılan yüzdesi	- Rapor edilmiş olan yaşamdan keyfi olarak yoksun bırakma vakaları - Yetersiz beslenen nüfusun yüzdesi - Farklı eğitim seviyelerinde okula devam eden öğrencilerin yüzdesi
-----------------	---	---	--

Özel raportörün söz konusu girişimini önemli kılan olgu, ESKHK Başkan Yardımcısı tarafından da desteklenmesi ve Komite tarafından kullanılmasını kabul etmiş olmasıdır. Gerçekleştirilen denetimde kullanılacak olan göstergelerin belirlenmesi ve belirlenen bu göstergelerin hangi özellikleri taşıması gerektiği, hakların ne ölçüde gerçekleştirildiğinin tespitinde yaşamsal önem taşımaktadır.

Belirtildiği üzere, temelde istatistiksel veriler olan göstergelere ilişkin olarak esas mesele, hangi verilerin gösterge olarak kabul edileceğidir.¹³⁵ Bu bakımdan da sözleşmesel hakların kapsamının belirliliği ile göstergeler arasında oldukça sıkı bir bağ bulunmaktadır. Göstergelerin sözleşmenin denetiminde oldukça merkezi bir yer tuttuğu göz önünde bulundurulduğunda, sözleşmesel hakların kapsamının belirlenmesinin yalnızca maddi hukuka ilişkin değil ve fakat usul hukukuna ilişkin de önemli sonuçları olduğu ortaya çıkmaktadır. Bunun yanı sıra bu alana ilişkin bir başka sorunsal, genelgeçer göstergeler ortaya konmasının mümkün olup olmadığıdır. Yani tüm taraf Devletlerin denetiminde kullanılabilecek ortak göstergeler belirlenmesinin, denetim işlevi bakımından uygun olup olmadığı meselesidir.¹³⁶ Bu sorunun yanıtı oldukça basittir. Göstergeler sağlık hakkından kaynaklanan yükümlülüklerin ne ölçüde yerine getirildiklerini ölçmede kullanılması ve söz

¹³⁵ Buna yönelik iki kademeli bir öneri için bkz. Eitan Felner, “Closing the “Escape Hatch”: A Toolkit to Monitor the Progressive Realisation of Economic, Social and Cultural Rights”, **Journal of Human Rights Practice**, Vol. 1, No. 3, 2009, s. 415-430.

¹³⁶ Göstergelerin genelgeçer olamayacağı yönünde bir görüş için bkz. Kate Raworth, “Measuring Human Rights”, **Ethics & International Affairs**, Vol. 15, Issue 1, 2001, s. 124-126.

konusu yükümlölüklerin tüm taraf Devletler bakımından aynı olmasından dolayı göstergelerin de tüm Devletler için geçerli olması gerektiğine şüphe yoktur.

Göstergeler yalnızca ekonomik, sosyal ve kültürel hakların denetiminde kullanılmamaktadır. MSHS organı İnsan Hakları Komitesi, hazırlamış olduğu rapor sunumuna ilişkin rehber kurallarda, taraf Devletlerden istatistiki bilgi talebinde bulunmaktadır.¹³⁷ Aynı bilgi “İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlıkdışı ya da Aşağılayıcı Muamale ya da Cezaya Karşı Sözleşme” ve denetim organı İşkenceye Karşı Komite için de geçerlidir.¹³⁸

Taraf Devletler çeşitli göstergeler belirledikten sonra, bu göstergelere ilişkin kıyaslama noktaları koymaya davet edilmektedirler. Bu kıyaslama noktaları sayesinde taraf Devletlerin bir sonraki rapor dönemine kadar gerçekleştirmeye çalışacakları hedefler belirlenmiş olmaktadır.¹³⁹ ESKHK’nin de ortaya koyduğu üzere kıyaslama noktaları, göstergelerin takibine yönelik bir işlev görmek üzere belirlenmektedir. Dolayısıyla da söz konusu noktalar ya da hedefler, göstergelere anlam kazandırmaktadır.

Bu aşamada belirtilmesi gereken bir başka nokta da bu kıyaslama noktalarının tek başına taraf Devletlerce belirlenemeyecek olmasıdır. Bir kıyas noktası, ancak Komite ve taraf Devlet arasındaki uzlaşma ile belirlenebilir. Bir başka deyişle kıyas noktaları da denetime tabidir. Bunun da aslında denetimin amacına uygun olduğu açıktır. Zira taraf Devletin tek belirleyici olması halinde, bir sonraki rapora kadar geçecek süre için konacak hedefin makul olmayacak ölçüde düşük tutulma ihtimali mevcuttur. Dolayısıyla da gerçek bir aşamalı ilerleme için söz konusu hedeflerin hem

¹³⁷ İnsan Hakları Komitesi’nin taraf Devletlerden sunmasını istediği göstergelere örnek olarak doğum ile hamilelik ve doğum nedenli ölüm oranları verilebilir. Bkz. **Guidelines for the treaty-specific document to be submitted by States parties under article 40 of the International Covenant on Civil and Political Rights**, CCPR/C/2009/1, 22 November 2010, s. 9, para. 48.

¹³⁸ “İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlıkdışı ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezaya Karşı Sözleşme” (“Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment”) 10/12/1984 tarihinde kabul edilmiş ve 26/06/1987 tarihinde yürürlüğe girmiştir. İşkenceye Karşı Komite’nin kullandığı göstergeler için bkz. **Guidelines on the Form and Content of Initial Reports under Article 19 to be Submitted by States Parties to the Convention against Torture**, CA T/C/4/Rev.3, 18 July 2005, para. 6; **General Guidelines Regarding the Form and Contents of Periodic Reports to be Submitted by States Parties under Article 19, Paragraph 1, of the Convention**, CAT/C/14/Rev.1, 2 June 1998, para. 3.

¹³⁹ **Genel Yorum No. 14**, para. 57-58.

bir ilerleme sağlayacak kadar yüksek olması, hem de tutturulması mümkün olmadığından taraf Devlet bakımından ciddiye alınmayacak ölçüde yüksek olmaması gerekmektedir. Bunun da mümkün olabilmesi ancak sözleşme organı ile taraf Devlet arasındaki müzakereler ile sağlanabilir.

Bunun yanı sıra bu tekil müzakerelerin gerekliliğini artıran oldukça önemli bir başka problematik daha bulunmaktadır. Bu da sözleşme organının tüm taraf Devletler için cari olan, bir başka deyişle genel geçer kıyas noktaları/hedefler belirlemesinin mümkün olmamasıdır. Taraf Devletlerin ekonomik gelişmişlik düzeyleri farklı olduğu gibi sağlığa ilişkin pratiklerde de farklılıklar gösterebilirler (geleneksel tedavi yöntemleri ve ilaçlar gibi). Bunun doğal sonucu olarak da her bir taraf Devletin kendine özgü eksiklikleri ya da ilerlemişlik düzeyleri dikkate alınmaksızın konacak kıyaslama noktalarının, sözleşmesel hakların yerine getirilip getirilmediğinin tespiti amacına hizmet etmeyeceği açıktır.

Sonuç olarak Sözleşmesel yükümlülüklerin taraf Devletler bakımından ne ölçüde yerine getirildiğinin tespitinde kullanılan araçlardan göstergelerin tüm taraf Devletler bakımından ortak, kıyaslama noktalarının ise her bir taraf Devlete özgü olması gerektiği kabul edilmelidir.

3. Umut Vaadeden Gelecek: Şikayet Başvurusuyla Sağlanan Koruma

Sosyal hakların şikayet başvurusu usulü ile denetimi, yakın geçmişte tartışma konusu olmaktan çıkarak hukuki düzenlemeye kavuşmuş; böylelikle de yıllardan beri süregelen “dava edilebilirlik” tartışmalarına da noktayı koymuştur. Söz konusu gelişme ESKHS’nin Seçmeli Protokolü’nün kabul edilmesidir.

İlkesel olarak bir hakkın bireysel şikayet başvurusuna konu olması ya da soyutlama düzleminde dava edilebilir olması, sözleşme tarafı Devletlerin yükümlülüklerinin niteliğine ilişkin bir belirlenimde bulunmaz. Herhangi bir sözleşme organının bir taraf Devlet aleyhine işkence ve kötü muamele yasağı ihlali tespitinde bulunması, tespit hükmü ya da kararıyla eş zamanlı olarak söz konusu hakkın gerçekleştirilmesini sonuçlamaz. Tam aksine işkence ve kötü muamele

yasağının o taraf Devlet bakımından henüz gerçekleştirilmemiş olduğu anlamını taşır. Demek ki muhatap Devlet, yasağın uygulanması için gereken tüm önlemleri almamıştır. Gereken tüm önlemlerin alınmış olmasına rağmen, yine de böyle bir ihlalin ortaya çıkabileceğinin ileri sürülmesi insan hakları koruma mekanizmalarının *raison d'être* 'ini ortadan kaldıracaktır ki; böyle bir vargının gideceği yön insanlığın yaklaşık son altmış yılındaki kazanımlarını, tüm modern siyasi-hukuki kurumlarının ve anlayışlarının boş bir çaba olduğudur.

Oysa bir hakkın dava edilebilir olup olmadığının ölçütü, hakkın ihlalinin hukuk tarafından kınanabilir olup olmamasına ilişkindir ve yalnızca siyasi-hukuki tercihlere dayanır. Söz konusu tercihler BM düzleminde “ikiz sözleşmeler” ve Avrupa Konseyi düzleminde AİHS ve ASŞ arasındaki farklılıklarla örneklenebilir. Modern insan hakları hukukunun kuruluş döneminde üretilen bu belgelerden birinci kuşak haklara ilişkin sözleşmeler ile ikinci kuşak haklara ilişkin olan sözleşmeler arasında gerek maddi hukuk gerekse de usul hukuku bakımından ciddi farklılıklar bulunmaktadır. Dolayısıyla da insan hakları hukukunun kuruluş dönemindeki sözleşme yapıcılarının tercihleri doğrultusunda gelişmiş ve bu nedenle de bugünkü yapısı söz konusu tercihler tarafından belirlenmiştir. Ancak bugün şikayet başvurusu usulünün kabul edilmiş olmasıyla birlikte hak kuşakları arasındaki “ayrımcılığın” bir ayağının eksildiğinin kabul edilmesi gerekmektedir

ESKHS-SP'nin bireysel şikayet başvurusu bakımından önem taşıyan bir düzenleme de Komite'nin, üretmiş olduğu içtihatların takibini kendisinin yapacak olmasıdır.¹⁴⁰ ESKHK'ye böyle bir yetki tanınmış olması, iki önemli sonuca yol açma imkanı taşır. İlk olarak, Komite söz konusu yetkiyi kullanarak Sözleşmesel haklardan doğan yükümlülüklerin bireysel durumlara uygulanmasını pekiştirir. İkincisi, kendi kararlarını denetleyen bir organ olarak Komite yarı-yargısal organ olmasından kaynaklanabilecek “kararlarının hukuki bağlayıcılığı” sorunsalını aşmada bir enstrüman edinmiş olmaktadır.

Sosyal hakları düzenleyen insan hakları sözleşmelerinin bir denetim usulü olarak bireysel şikayet başvurusunu öngörmeleri, birinci kuşak hakları düzenleyen

¹⁴⁰ Bkz. ESKHS/SP Md. 9.

sözleşmelerin denetim organlarının sağladığı “dolaylı koruma”dan ciddi farklılık taşır. Zira birinci kuşak hak sözleşmeleri organları, kendi sözleşmelerindeki bir hakkı, sözleşmede düzenlenmeyen bir hakkın alanına doğru, bu çalışma bakımından sağlık hakkı, genişleterek sağladığı korumada; sözleşmenin genel yükümlülük maddesine göndermede bulunmaya mecburdurlar. Dolaylı koruma olarak adlandırılan içtihadi birikim bu şekilde gerçekleşmiştir.

Bireysel şikayet başvurusu enstrümanını da elde etmiş bulunan sosyal hak sözleşmesi organı, bu içtihadi birikimin üzerine kendi içtihatlarını inşa ederken, yalnızca sağlık hakkının bireysel/tekil vakalardaki tezahürlerinin daha önceki örneklerinden yararlanmakla kalmayacaktır. Tıpkı birinci kuşak organlarının, kendi sözleşmelerindeki hakları sağlık hakkı ışığında okudukları gibi; kendisi de sağlık hakkını birinci kuşak hakların ışığında okuyabilme imkanını kazanmış olacaktır. İlk bakışta buna ihtiyaç duyulup duyulmayacağı bir şüphe uyandırabilir. Oysa ki birinci kuşak sözleşme organlarının yapageldikleri bu tür bir okumanın, ikinci kuşak sözleşme organlarındaki böyle bir müteakıl içtihat üretimi oldukça ciddi sonuçlar ortaya çıkarma imkanı sağlar. Sağlık hakkı ve yaşam hakkı ile verilecek bir örnek meselenin somutlaşmasına hizmet edebilir.

Bilindiği üzere birinci kuşak sözleşme organlarının, başvuruçuların sağlık durumlarına ilişkin olumsuz sonuçlar yaratan müdahaleleri, yaşam hakkı kapsamında değerlendirdikleri içtihatları mevcuttur.¹⁴¹ Bunu yaparken de her ne kadar normatif olarak sağlık hakkına göndermede bulunmasalar da, dolaylı olarak, sağlık hakkı tarafından da korunan bir alanı, yaşam hakkı ile korumuş olmaktadırlar. Sözleşme organlarının yaşam hakkını, sağlık hakkından kaynaklanan spesifik yükümlülükleri kapsayacak şekilde yorumlaması, uluslararası doktrinde sağlık hakkının gerçekleştirilmesi önündeki aşılması zor engelleri ortadan kaldırmaya yönelik bir seçenek olarak sunulmaktadır.¹⁴²

¹⁴¹ Bkz. Bölüm III, yaşam hakkı ve sağlık hakkı ilişkisi.

¹⁴² Bkz. Obijofor Aginam, “Between Life and Profit: Global Governance and the Trilogy of Human Rights, Public Health and Pharmaceutical Patents”, **North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation**, Vol. 31, No. 4, 2005-2006, s. 919-920. Yazar, ilaç patentlerinin ortaya koyduğu engeller bağlamında “temel ilaçlara erişimin yaşam hakkı kapsamında yorumlanması gerektiğini” ileri sürmektedir.

Bunun tam tersiyse, yani sosyal hakları düzenleyen ve buna karşılık da yaşam hakkını düzenlemeyen bir insan hakkı sözleşmesinin organının, sağlık hakkını yaşam hakkı ışığında okuması olacaktır. Böyle bir okumanın başlıca iki önemli sonucu olacaktır. İlki, bugüne kadar ikinci kuşak hakların birini kuşak haklara karşı ikincilliğinin aşılmasına hizmet etmiş olan insan haklarının bölünmezliği, karşılıklı ilişkililiği ve karşılıklı bağımlılığının, bu kez tam tersi yönde, bir kez daha ispatlanması ve bu ilkelerin zemininin daha da sağlamlaştırılması olacaktır. Bu, genel sonuç olarak da adlandırılabilir.

İkincisi, ve çalışmanın konusu olan sağlık hakkı bakımından daha da önemlisi, özel olarak sağlık hakkına ilişkindir. Sağlık hakkının, ne sınırlandırılmaya ne de derogasyona tabi tutulmasına imkan vermeyen mutlak bir hak olan, yaşam hakkı paradigmasından okunması ya da başka bir ifadeyle yaşam hakkı içinde tavsif edilen unsurları sağlık hakkı kapsamında değerlendirilmesi; bu unsurlar bakımından da müdahale edilmesi mümkün olmayan mutlak bir alan yaratacaktır.

Dava edilebilirlik tartışması aşılmış gözükmekle birlikte, tartışmalı olan bir nokta daha bulunmaktadır. O da yarı-yargısal bir organ olan ESKHK'nin kararlarının bağlayıcılığı meselesidir. Zira “ikiz kardeşi” İHK'nin kararlarının bağlayıcı olmadığı kabul edilmektedir.¹⁴³ Bir sözleşme organının hukuki niteliğinin yarı-yargısal ya da yargısal olmasının, ürettiği içtihatların hukuki bağlayıcılığı üzerinde etki doğurmaması gerekir. Zira “sözleşme organı” ifadesi kendi başına buna dayanak oluşturmak için yeterlidir. Sözleşmenin denetimi ve yorumlanması yetkisi sözleşme organının yetkisi dahilindedir. Bir taraf Devlet, sözleşmesel yükümlülüklerinin somutlaşmasında organın kararları ile bağlıdır. Söz konusu kararın hüküm, görüş, genel yorum, nihai gözlem olması bu sonucu değiştirmez. İHK'nin ifadesiyle “taraf Devlet Seçmeli Protokol'ün bir tarafı olmakla birlikte Komite'nin, Sözleşme'nin ihlal edilmiş olup olmadığını belirleme yetkisini tanımış olmaktadır”.¹⁴⁴

¹⁴³ Manfred Nowak, **U. N. Covenant to Civil and Political Rights – CCPR Commentary**, Germany, N. P. Engel, Publisher, 2005, s. 668-669; Sarah Joseph, v.d., **The International Covenant on Civil and Political Rights – Cases, Materials, and Commentary**, United States, Oxford University Press, 2005 (Second Edition), s. 24.

¹⁴⁴ “*Ranjit Singh v. France*”, (Communication No. 1876/2000), CCPR/C/102/D/1876/2009, 27 September 2011, para. 11.

Dolayısıyla da İHK kararları için geçerli olan bu hukuki durum, Seçmeli Protokol'ün yürürlüğe girmesinden itibaren ESKHK'nin vereceği kararlar için de geçerli olacaktır. Bir başka ifadeyle ESKHS/SP, MSHS çerçevesinde oluşan içtihadi birikimin üstüne inşa edilecektir. Aksi durum, ulusüstü insan hakları hukukunun son 40 yılında gerçekleşen ilerlemenin hiçe sayılması olacaktır.

Bundan sonraki aşamada ESKHK önündeki mesele, Md. 2/1'de öngörülen genel Sözleşmesel yükümlülüklerin bireysel şikayet başvurusu çerçevesinde nasıl uygulanacağı olarak ortaya çıkmaktadır. Hatırlanacağı üzere ESKHS'de kural hakların aşamalı gerçekleştirmeye tabi olmaları ve taraf Devletin elverişli kaynaklarının kısıtlılığı kaydına başvurulabilmesidir. Komite bu meseleyi nasıl ele alacağına ilişkin bir ön değerlendirmeyi bir "beyan" ile Seçmeli Protokol henüz yürürlüğe girmeden yapmıştır.¹⁴⁵

Komite taraf Devletlerin elverişli kaynaklarının azami düzeyde kullanarak alınacak önlemlere ilişkin bir şikayet başvurusunda *inter alia* şu mülahazaları dikkate alacağını belirtmiştir (para. 8):

- alınan önlemlerin ne ölçüde planlı, somut ve ekonomik, sosyal ve kültürel hakları yerine getirmeye hedefli oldukları;
- taraf Devletin takdir yetkisini ayrımcı ve keyfi olmayan bir biçimde kullanıp kullanmadığı;
- taraf Devletin elverişli kaynaklarını tahsis kararının uluslararası insan hakları standartlarına uygun olup olmadığı;
- çok sayıda seçeneğin bulunduğu hallerde taraf Devletin, Sözleşmesel hakları en az kayıtlayan seçeneği kabul edip etmediği;
- önlemlerin alındığı zaman dilimi;
- alınan önlemlerin dezavantajlı ya da dışlanmış birey yahut grupların istikrarsız durumlarını dikkate alıp almadığı, ayrımcı nitelikte olup olmadığı, ağır ve riskli durumlara öncelik tanıyıp tanımadığı.

¹⁴⁵ An Evaluation of the Obligation to Take Steps to the "Maximum of Available Resources" under an Optional Protocol to The Covenant, Statement, E/C.12/2007/1, 10 May 2007.

Komite'nin saymış olduğu mülâhazalar başta Genel Yorum No. 3 olmak üzere, rapor usulü çerçevesinde geliştirmiş olduğu standartların şikayet başvurusu usulüne uygulanmasından ibaret olup herhangi bir yenilik içermemektedir. Henüz Seçmeli Protokol'ün kabul edilmiş dahi olmadığı bir dönemde hazırlanan söz konusu belgede Komite'nin böyle ihtiyatlı bir tutum takınmış olması olağan karşılanabilir. Ancak daha önemlisi, şikayet başvurusu çerçevesinde gösterebileceği tavsiyelere örnekler vermiş olmasıdır. Buna göre ESKHK Sözleşme'ye aykırılık tespitinde bulunması durumunda (para. 13):

- Mağdura, tazminat gibi, uygun olan çözüm sağlayıcı tasarrufta bulunulmasını tavsiye edebilir;
- taraf Devlete ihlale yol açan şartlara çözüm sağlaması çağrısında bulunabilir;
- vaka bazında taraf Devlete tavsiyeleri uygulamada yardımcı olacak, düşük maliyetli önlemleri özel olarak vurgulayarak, bir dizi önlem önerebilir.

Sayılanlar arasında hiç şüphe yok ki en dikkat çekici unsur, mağdura yönelik çözüm sağlayıcı tasarrufta bulunulmasıdır. Üstelik Komite, bu tür tasarruflara örnek olarak tazminat ödenmesini vermiştir. Seçmeli Protokol'ün yürürlüğe girmesinden sonra önünde gelen vakalarda ESKHK'nin bu tür giderim tespitlerinde bulunup bulunmayacağı zaman içinde ortaya çıkacaktır. Ancak bu aşamada bu tür tavsiyelerde bulunabileceğinin sinyallerini vermiş olmasının önemi yadsınamaz.

C. Ara Sonuç

Sağlık hakkının etkinleştirilmesi maddi hukuk ve usul hukukuna ilişkin meseleler olarak iki temel başlık altında incelenmiştir.

Sağlık hakkın içeriğine/maddi hukuka ilişkin temel mesele küreselleşmenin ortaya çıkardığı olgulardır. Bu bölüm bağlamında küreselleşmeyle birlikte ortaya çıkan üç temel olgu incelenmiştir: Patentler ve ilaca erişim, özelleştirme ve devlet-dışı aktörlerin sorumlulukları.

Patentlerin sağlık hakkının etkinleştirilmesinin önünde bir engel olarak tespit edilmesinin nedeni ilaç fiyatları üzerindeki etkisidir. Patentli ilaçlara, jenerik olarak üretilen ilaçlara kıyasen çok daha yüksek bedeller karşılığında erişilebilmektedir.

Bu durum başta HIV/AIDS olmak üzere, salgın hastalıklarla mücadele eden az gelişmiş ülkeler bakımından ciddi sorunlar ortaya çıkarmaktadır. Ekonomik düzeyleri yüksek maliyetleri karşılamaktan uzak olan bu ülkelerde temel ilaçlar bireylerin yalnızca sağlıklı olarak yaşamaları değil ve fakat yaşamlarını sürdürüp sürdüremeyeceklerini belirlemektedir.

Patentlerin uluslararası düzlemde korunmasının hukuki zeminini TRIPS Anlaşması sağlamaktadır. Dolayısıyla da sağlık hakkının etkinleştirilmesinin önündeki somut engellerden birinin TRIPS olduğu kabul edilebilir. Bununla TRIPS, öngördüğü hukuki düzenlemelerin istisnalarını da barındırmaktadır. Başta ESKHK olmak üzere çeşitli insan hakları organları da patentler ve ilaca erişim arasındaki uyuşmazlığın ikincisi lehine çözümü için TRIPS'in istisna hükümlerinin işlevselleştirilmesine işaret etmektedirler.

İkinci olarak ele alınan özelleştirme ise kamu tarafından yürütülen sağlığa ilişkin faaliyetlerin özel sektöre devredilmesi olarak özetlenebilir. Belirtmek gerekir ki, sağlık hakkının etkinleştirilmesi yalnızca tıbbi hizmetlerin değil, bunun yanında sağlıkla yakından ilişkili sosyal güvenlik ve su gibi alanlardaki özelleştirmeleri de kapsamaktadır. Bir insan hakkı olarak sağlık hakkı çerçevesinde durum nettir. Devletlerin sağlık hakkına ilişkin yükümlülükleri, bu hak bağlamında yürütülen hizmetlerin yürütücülerinin kamusal ya da özel sektör olmasına bakılmaksızın varlıklarını sürdürür. Başka ifadeyle Devletler, sağlık hakkından kaynaklanan yükümlülüklerinden buna ilişkin faaliyetleri özel sektöre devrederek kurtulamazlar.

Maddi hukuka ilişkin son mesele devlet-dışı aktörlerin rolüdür. Gerek uluslararası finans kurumları gerekse de çok uluslu şirketler küreselleşmeyle birlikte bireyler üzerindeki etkilerini artırmışlardır. Ekonomik güçlerindeki artış buna paralel olarak Devletler karşısındaki pozisyonlarını güçlendirmiş ve insan hakları ihlalcisi olarak kabul edilmeleri tartışmalarını ortaya çıkarmıştır. Buna karşılık mevcut uluslararası düzenin hukuki yapısı Devletlere dayanmaya devam etmektedir. Dolayısıyla da devlet-dışı aktörlerin faaliyetlerinin insan haklarıyla uyum içinde sürdürülmesinin temin edilmesi Devletlerin yükümlülükleri arasında kabul edilmektedir.

Nihayet usul hukuku bakımından ise yapılacak tespitler sözleşme organları ve bu organların yürüttükleri denetim usullerine ilişkindir. Medeni ve siyasi haklar ile ekonomik, sosyal ve kültürel haklar arasındaki zımni hiyerarşi sözleşme organları ve denetim usullerine de yansımıştır. ESKHS'nin İHK ve ASHK'nin AİHM karşısındaki durumları buna örnektir. Ayrıca gerek ESKHS gerekse de ASŞ öngördükleri denetim usulleri bakımından “kardeşlerinden” farklılaşmaktadırlar. Bununla birlikte geçtiğimiz 20 yıllık dönemde bu alanda ciddi bir dönüşüm gözlemlenmektedir. Seçmeli protokoller ile önce ASŞ sistemine getirilen toplu şikayet başvurusu usulü, yakın geçmişte ise ESKHS sitemine getirilen bireysel şikayet başvurusu usulleri bu dönüşümün billurlaştığı noktalardır.

Şikayet başvurusu usullerinin sosyal hakların korunması bakımından oldukça önemli olduğuna şüphe yoktur. Ancak bu durum rapor usulünün işlevsizliği şeklinde anlaşılmamalıdır. Genel olarak sosyal haklar, spesifik olarak bu çalışmanın konusu olan sağlık hakkına ilişkin mevcut standartlar rapor usulüyle sağlanmıştır. Bu usul çerçevesinde yürütülen denetimin araçları olarak göstergeler ve kıyaslama noktaları belirli bir yetkinlik ve belirliliğe ulaşmıştır.

Bireysel şikayet başvurusunun üzerine inşa edileceği artalan da rapor usulü çerçevesinde üretilen söz konusu içtihadi birikimdir. Bölüm II’de gösterildiği üzere sağlık hakkından kaynaklanan yükümlülükler nihai gözlemler ile somutlaştırılmıştır. Bireysel şikayet başvurusu bu standartların bireysel vakalara uygulanmasına imkan sağlayacaktır.

SONUÇ

Tıpkı tüm diğer hukuki kurumlar gibi, genel olarak tüm sosyal haklar ve özel olarak da sağlık hakkı belirli tarihsel nedenler sonucu üretilmişlerdir. Nasıl ki medeni ve siyasi haklar toplumsal ve siyasi yapıların kapitalizmin ihtiyaçlarını karşılamadığı ve bu nedenle de bunları devrimci bir şekilde değiştirip dönüştürdüğü dönemin sonuçları iseler, sosyal haklar da benzer şekilde ortaya çıkmışlardır. Sanayi devriminin sonuçlarının bu yeni ekonomik düzenin sonuçlarıyla birleşmesi, çalışanların kelimenin gerçek anlamıyla varlıklarını sürdürebilmeleri için gereken taleplerinin ortaya çıkmasına neden olmuştur. 16. ya da 17. yüzyılda *habeas corpus* ne ise 19. yüzyıldan günümüze kadar olan dönem için de sağlık hakkı aynı şeydir. Tıpkı diğer haklar gibi sağlık hakkı da yıllar süren mücadelelerin sonunda bir “insan hakkı” olarak hukuki statü kazanmıştır. Dolayısıyla da bu hak statüsünün dışında tartışılması, kazanımların reddi anlamına geleceğinden, kabul edilebilir değildir.¹

Bir insan hakkı olarak sağlık hakkı, gerek sözleşme organları gerekse de akademik çevrelerce yoksulluk – zenginlik paradigması kullanılarak ele alınmaktadır. Bu paradigma da birey ve devlet düzleminde çatallanarak kullanılmaktadır. Sağlıksızlığın veya sağlık hakkının gerçekleştirilmemesinin temel nedeni olarak ortaya konan olgu “yoksulluktur”. Bu anlayışa göre “yoksullar” (yoksul bireyler ya da yoksul/az gelişmiş ülkeler), zengin olarak kabul edilen öznelerle kıyaslanarak fiktif bir yere yerleştirilmekte ve bir insan hakkının kullanılamaması ya da bir başka deyişle hakkın gerçekleştirilememesi bir fiksiyon üzerine kurulmaktadır. Konuya bu şekilde yaklaşılması, daha en başından mevcut sorunların çözülmesinin önündeki en önemli engeli oluşturmaktadır.

Oysa yukarıda gösterilmeye çalışıldığı üzere sağlık hakkının gerçekleştirilememesinden söz etmek mümkün değildir. Sağlık hakkının bu çalışmada ortaya konan unsurlarının, birkaç istisna dışında, tümü belirli tercihlerin sonucunda ortaya çıkmıştır. Nasıl ki halihazırda dünya nüfusunun tamamının

¹ Bir insan hakkı sözleşmesi olmayan sağlığa ilişkin uluslararası sözleşmeler de bu kapsamda değerlendirilmelidirler. Bu tür bir çerçeve sözleşme önerisi için bkz. Lawrance O. Gostin, “Meeting Basic Survival Needs of the World’s Least Healthy People: Toward a Framework Convention on Global Health”, **The Georgetown Law Journal**, Vol. 96, Issue 2, 2007-2008, s. 331-392.

ihtiyacını karşılayacak besin üretiliyor olmasına rağmen açlık bugün insanlığın önündeki ciddi sorunlardan biri ise; aynı şekilde sağlık hakkının gerçekleştirilmesi, en azından bugünkü seviyesinin ciddi şekilde yukarıya çekilmesi, için gerekli imkanlar mevcuttur. Mesele zenginlik – yoksulluk ayrımı değildir. Bu konuda üretilen istatistiksel bilgiler nedene değil sonuca odaklanmaktadır.

Bireysel düzlemde tıpkı bireyin ortalama yaşam süresini olduğu gibi, zenginliği ve yoksulluğu belirleyen etken de yaşamı sürdürmek için yapılan işin niteliği ve çalışma koşullarıdır. Bireyin ekonomik statüsü de, yaşam kalitesi ve buna bağlı olarak da yaşam süresi de mensubu olduğu toplumsal tabakadan ayrı değerlendirilemez. Aynı şekilde yoksulluğun ülkeler düzlemindeki karşılığı olan az gelişmişlik, çeşitli tarihsel aşamalarda gerçekleşen ve bugün de farklı boyutlarda süregiden uluslararası ekonomik sistemin sonucudur. 19. yüzyıldan 20. yüzyıl ortalarına kadar devam eden sömürgecilikten bahsetmeden, Afrika ülkelerinin ya da Hindistan'ın az gelişmişliği anlaşılamaz. Yine Bölüm IV'te değinilen küreselleşme ya da neo-liberal küresel ekonomik düzenden bahsedilmeksizin son 40-50 yılda zenginler ve yoksullar arasındaki açının zenginler lehine açılmasını anlamak da mümkün değildir. Daha açık ifade etmek gerekirse sağlık hakkının gerçekleştirilmesinin önündeki temel sorun mevcut politiko-jüridik sistemi oluşturan tercihler bütünüdür.

Bu genel gözlemin ardından bu çalışmadan çıkan sonuçlar şunlardır:

1. Sağlık hakkı ciddi sayıda insan hakları belgesi tarafından düzenlenmiştir. Daha da önemlisi gerek BM sisteminin gerekse de bölgesel sistemlerin temel insan hakları sözleşmelerinde sağlık hakkına yer verilmiştir. Dolayısıyla da söz konusu hukuken bağlayıcı belgelerde öngörülen bir insan hakkı olarak sağlık hakkının hukuki niteliği tartışmaya yer bırakmayacak şekilde somuttur. Bu nedenle de sağlık hakkından kaynaklanan yükümlülüklerin hukuki değil ahlaki olduklarının ileri sürülmesi mümkün değildir.

2. Sağlık hakkı çerçevesinde, genel özne olan “herkesin” yanı sıra bir dizi spesifik özne de normatif ve içtihadî olarak öngörülmüştür. Bu gibi spesifik öznelere örnek olarak kadınlar ve çocuklar verilebilir. Spesifik öznelerin genel öznenin bir

parçası olduğuna şüphe yoktur. Dolayısıyla sağlık hakkını öngören ister genel özneli isterse de spesifik özneli bir Sözleşmeye taraf olan Devlet bakımından sonuç değişmemektedir. Bir Devlet, tarafı olduğu sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini iyi niyetle yerine getirmeye yönelik tasarruflarında bu iki kategori sözleşmelerden yalnızca bir kategoridekilere taraf olsa dahi, diğer kategorideki sözleşmeleri de dikkate almak zorundadır.

3. Sağlık hakkı her üç kuşağa ait haklarla yakın ilişki içindedir. Birinci kuşak haklara örnek olarak yaşam hakkı, ikinci kuşak haklara ilişkin olarak sosyal güvenlik hakkı ve nihayet üçüncü kuşak haklara ilişkin olarak çevre hakkı sayılabilir. Sağlık hakkının diğer insan hakları ile ilişkisi bağlamında iki temel tespit yapılabilir. Birincisi sağlık hakkı, diğer birçok hak ile ortak unsurlar taşımaktadır. İkincisi bu ortak unsurlar sağlık hakkının kapsamını genişletmekten ziyade, sağlık hakkına yer veren insan hakları sözleşmelerinin tarafı olan Devletlerin, bu haktan doğan yükümlülüklerinin belirginleşmesine, bir başka deyişle somutlaşmasına hizmet etmektedirler. Diğer sosyal haklar için olduğu gibi sağlık hakkına da yöneltilen “muğlaklık” eleştirisinin geçersizliğinin bir kanıtı da böylelikle ortaya konmuş olur.

4. Küreselleşme; patent hakları, özelleştirme ve devlet-dışı aktörlerin gücündeki artış gibi sonuçlarıyla birlikte sağlık hakkının etkinleştirilmesinin önüne bir dizi engel koymaktadır. Patentler, yaşamsal önemi haiz ilaçların ücretlerinde ciddi yükselişe neden olarak bu ilaçların erişilebilirliğini önemli ölçüde etkilemektedirler. Özelleştirme ise sağlık hizmetlerinin yanı sıra sosyal güvenlik gibi sağlıkla yakından ilişkili alanların da kamusal niteliklerinin yerini kar amaçlı perspektifin almasına yol açmaktadır. Özelleştirme sonucunda erişilebilirlik ve hizmet kalitesine ilişkin sorunlar ortaya çıkmakta, sözleşme organları ise bu sorunların çözüm adresi olarak Devletin bu alandaki yükümlülüklerini işaret etmektedirler.

5. Sağlık hakkının ait olduğu ikinci kuşak haklar kategorisi birinci kuşak haklarla kıyaslandığında daha zayıf bir usul hukuku yapısına sahip olagelmıştır. Gerek ikinci kuşak hak sözleşmelerinin denetim organlarının nitelikleri gerekse de şikayet başvurusu usulünün bu hak kategorisi için öngörülmemiş olması söz konusu

farklılaşmanın somutlaştığı noktalardır. Ancak 1990'ların başından itibaren bu alanda da değişimler gerçekleşmeye başlamıştır. Uzun yıllardan beri tartışılmakta olan sosyal hakların şikayet başvurusuyla korunması imkanı ESKHS'ye getirilen bir seçmeli protokolle gerçek olmuştur. Ulusal ve uluslararası doktrinin sosyal haklara olan ilgisindeki canlanış da söz konusu değişimin izlenebileceği bir başka alandır. Şikayet başvurusu usulünün yürürlüğe girmesiyle birlikte sağlık hakkının bireysel durumlara uygulanmasının yolu açılmış olacaktır. Şikayet başvurularının ele alınmasında, sözleşme organlarının bugüne kadar rapor usulü çerçevesinde üretmiş oldukları standartların kullanılacağına şüphe yoktur. Dolayısıyla da sağlık hakkının korunmasındaki yeni dönem, geçmişin birikimi üzerine inşa edilmiş olacaktır.

KAYNAKÇA

25 Questions & Answers on Health & Human Rights, World Health Organization, Geneva, Health & Human Rights Publication Series Issue No. 1, 2002.

Abbing, H. D. C. Roscam, **International Organizations in Europe and the Right to Health Care**, Deventer/The Netherlands, Kluwer, 1979.

Abbott, Frederick M., “The TRIPS Agreement, Access to Medicines, and the WTO Doha Ministerial Conference”, **The Journal of World Intellectual Property**, Vol. 5, No. 1, 2002, s. 15-52.

-----, “The TRIPS-Legality of Measures Taken to Address Public Health Crises: Responding to USTR – State – Industry Positions that Undermine the WTO”, **The Political Economy of International Trade Law – Essays in Honor of Robert E. Hudec**, Daniel L. M. Kennedy, James D. Southwick (eds.), United States of America, Cambridge University Press, 2002, s. 311-342.

Aginam, Obijofor, “Between Life and Profit: Global Governance and the Trilogy of Human Rights, Public Health and Pharmaceutical Patents”, **North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation**, Vol. 31, No. 4, 2005-2006, s. 901-921.

Akal, Cemal Bâli, **Modern Düşüncenin Doğuşu: İspanyol Altın Çağı**, Ankara, Dost Kitabevi, 2010 (4. Baskı).

Alston, Philip, “The United Nations’ Specialized Agencies and Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, **Columbia Journal of Transnational Law**, Vol. 18, Issue 1, 1979-1980, s. 79-118.

-----, “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, s. 332-381.

Annas, George J., “Human Rights and Health: The Universal Declaration of Human Rights at 50”, **Perspectives on Health and Human Rights**, (Ed. Sofia Gruskin, vd.), New York-London, Routledge, 2005, s. 63-69.

Arslan Öncü, Gülay, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı**, İstanbul, Beta, 2011.

Ayata, Gökçeçiçek, vd. (der.), **Kadın Hakları: Uluslararası Hukuk ve Uygulama**, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2010.

Barry, Anne-Marie, Yuill, Chris, **Understanding Health: A Sociological Introduction**, Sage Publications, Great Britain, 2002.

Basch, Paul F., **Textbook of International Health**, United States of America, Oxford University Press, 1990.

Basic Documents, World Health Organization, Switzerland, 2009.

Beigbeder, Yves, “World Health Organization (WHO)”, **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, (Rudiger Wolfrum, ed.), Oxford University Press, 2008, online edition, [www.mpepil.com], erişim 18/01/2011.

Benvenisti, Eyal, “Water, Right to, International Protection”, **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, (Rudiger Wolfrum, ed.), Oxford University Press, 2008, online edition, [www.mpepil.com], erişim 18/01/2011.

Bernard, David, “In the High Court of South Africa, Case No. 4138/98: The Global Politics of Access to Low-Cost AIDS Drugs in Poor Countries”, **Kennedy Institute of Ethics Journal**, Vol. 12, No. 2, 2002, s. 159-174.

Bernhardt, Rudolf, “Article 103”, **The Charter of the United Nations: A Commentary**, Bruno Simma, v.d. (eds.), Great Britain, Oxford University Press, 2002 (Second Edition), s. 1292-1302.

Birinci, Görkem, “Fikri Mülkiyet Hakkı Kısı kacında Sağlık Hakkı”, **Uluslararası Sosyal Haklar Sempozyumu – Bildiriler**, Ankara, Belediye-İş Sendikası Yayını, 2009 , s. 223-232.

Birleşmiş Milletler’de İnsan Hakları Yorumları: İnsan Hakları Komitesi ve Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, 1981-2006, Lema Uyar (Derleyen ve Çeviren), İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2006.

Birnie, Patricia, v.d., **International Law & Environment**, Great Britain, Oxford University Press, 2009, (3rd Edition).

Bloche, M. Gregg, “Is Privatisation of Health Care A Human Rights Problem?”, **Privatisation and Human Rights: In the Age of Globalisation**, Koen De Feyter, Felipe Gómez Isa (eds.), Antwerp-Oxford, Intersentia, 2005, s. 207-228.

Boerefijn, Ineke, Goldschmidt, Jenny, “Combating Domestic Violence against Women: A Positive State Duty beyond Sovereignty”, **Changing Perceptions of Sovereignty and Human Rights – Essays in Honour of Cees Flinterman**, Ineke Boerefijn, Jenny Goldschmidt (eds.), Antwerp-Oxford-Portland, Intersentia, 2008, s. 273-291.

Bradlow, Daniel D., Grossman, Claudio, “Limited Mandates and Intertwined Problems: A New Challenge for the World Bank and IMF”, **Human Rights Quarterly**, Vol. 17, Issue 3, 1995, s. 411-442.

Brandt, Torsten, Schulten, Thorsten, “Privatisation and Liberalisation of Public Services in Germany: The Postal and Hospital Sectors”, **Privatisation and Liberalisation of Public Services in Europe: An Analysis of Economic and Labour Market Impacts**, Maarten Keune, Janine Leschke, Andrew Watt, Brussels, ETUI-REHS, 2008, s. 37-65.

Brems, Eva, “Indirect Protection of Social Rights by the European Court of Human Rights”, **Exploring Social Rights: Between Theory and Practice**, Daphne Barak-

Erez, Aeyal M Gross (eds.), Oxford-Portland, Oregon, Hart Publishing, 2007, s. 135-167.

Brillat, Regis, “A New Protocol to the European Social Charter Providing for Collective Complaints”, **European Human Rights Law Review**, No. 1, 1996, s. 52-62.

Bulut, Nihat, “Küreselleşme: Sosyal Devletin Sonu mu?”, **AÜHFD**, C. 52, S. 2, 2003, s. 173-197.

-----, **Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar**, İstanbul, XII Levha, 2009.

Cattaneo, Olivier, “The Interpretation of TRIPS Agreement: Considerations for the WTO Panels and Appellate Body”, **The Journal of World Intellectual Property**, Vol. 3, Issue 5, 2000, s. 627-681.

Chapman, Audrey R., “Conceptualizing the Right to Health: A Violations Approach”, **Tennessee Law Review**, Vol. 65, Issue: 2, 1997-1998, s. 389-418.

-----, “Globalization, Human Rights, and the Social Determinants of Health”, **Bioethics**, Vol. 23, No. 2, 2009, s. 97-111.

Chatterjee, S. K., “The Charter of Economic Rights and Duties of States: An Evaluation after 15 Years”, **International and Comparative Law Quarterly**, Vol. 40, Issue 3, 1991, s. 669-684.

Churchill, Robin R., Khaliq, Urfan, “The Collective Complaints System of the European Social Charter: An Effective Mechanism for Ensuring Compliance with Economic and Social Rights?”, **European Journal of International Law**, Vol. 15, No. 3, 2004, s. 417-456.

Clapham, Andrew, **Human Rights Obligations of Non-State Actors**, United States, Oxford University Press, 2006.

Clapham, Andrew, Garcia Rubio, Mariano, “The Obligations of States with Regard to Non-state Actors in the Context of the Right to Health”, **Yearbook of Human Rights & Environment**, Vol. 6, 2006, s. 157-225.

Clifton, Judith, Comín, Francisco, Fuentes, Daniel Díaz, **Privatisation in the European Union: Public Enterprises and Integration**, Netherlands, Kluwer Academic Publishers, 2003.

Cook, R. J., **Women’s Health and Human Rights**, Geneva, World Health Organization, 1994.

Coomans, Fons, “Clarifying the Core Elements of the Right to Education”, **The Right to Complain about Economic, Social and Cultural Rights**, (Fons Coomans, Fried van Hoof eds.), Utrecht, SIM Special No. 18, 1995, s. 11-25.

-----, “Application of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the Framework of International Organisations”, **Max Planck Yearbook of United Nations Law**, Vol. 11, 2007, s. 359-390.

-----, “Sovereignty Fading Away?: Prioritising Domestic Health Needs Versus Promoting Free Trade”, **Changing Perceptions of Sovereignty and Human Rights – Essays in Honour of Cees Flinterman**, Ineke Boerefijn, Jenny Goldschmidt (eds.), Antwerp-Oxford-Portland, Intersentia, 2008, s. 123-142.

The CPT Standards: “Substantive” Sections of the CPT’s General Reports, Strasbourg, Council of Europe, CPT/Inf/E (2002) 1 - Rev. 2009, December 2009.

Craven, Matthew, **The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: A Perspective on its Development**, Great Britain, Clarendon Press, 1998.

-----, “Some Thoughts on the Emergent Right to Water”, **The Human Right to Water**, Eibe Riedel, Peter Rothen (eds.), Printed in Germany, BWV * Berliner Wissenschafts – Verlag, 2006, s. 37-47.

Crook, Jamie, “Balancing Intellectual Property Protection with the Human Right to Health”, **Berkeley Journal of International Law**, Vol. 23, Issue 3, 2005, s. 524-550.

Cullet, Philippe, “Patents and Medicine: The Relationship between TRIPS and the Human Right to Health”, **International Affairs**, Vol. 79, No. 1, 2003, s. 139-160.

-----, “Human Rights and Intellectual Property Protection in the TRIPS Era”, **Human Rights Quarterly**, Vol. 29, No. 2, 2007, s. 403-430.

Çavuşoğlu, Naz, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ni ‘Yaşayan Belge’ Yapan Yorum Teknikleri”, **İnsan Hakları Yıllığı**, Cilt 14, s. 131-146.

de Albuquerque, Catarina, “Chronicle of an Announced Birth: The Coming into Life of the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights – The Missing Piece of the International Bill of Human Rights”, **Human Rights Quarterly**, Vol. 32, No. 1, 2010, s. 144-178.

De Schutter, Olivier, **International Human Rights Law**, United States of America, Cambridge University Press, 2010

Dedeoğlu, Necati, “Dünya Sağlık Örgütü ve Sosyal Haklar”, **Uluslararası Sosyal Haklar Sempozyumu – Bildiriler**, Ankara, Belediye-İş Sendikası Yayını, 2009, s. 194-198.

Dennis, Michael J., “Application of Human Rights Treaties Extraterritorially in Times of Armed Conflict and Military Occupation”, **American Journal of International Law**, Vol. 99, No. 1, 2005, s. 119-141.

Dennis, Michael J., Stewart, David P., “Justiciability of Economic, Social, and Cultural Rights: Should There Be an International Complaints Mechanism to Adjudicate the Rights to Food, Water, Housing, and Health?”, **The American Journal of International Law**, Vol. 98, Issue 3, 2004, s. 462-515.

DiFlorio, Carlo V., “Assessing Universal Access to Health Care: An Analysis of Legal Principle and Economic Feasibility”, **Dickinson Journal of International Law**, Vol. 11, 1992-1993, s. 139-161.

Digest of the Case Law of the European Committee of Social Rights, Council of Europe, 1 September 2008.

Dinç, Güney, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Göre Çevre ve İnsan**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 143, 2008.

Donohoe, Martin, “Flowers, Diamonds and Gold: The Destructive Public Health, Human Rights, and Environmental Consequences of Symbols of Love”, **Human Rights Quarterly**, Vol.30, No. 1, 2008, s. 164-182.

Ebbesson, Jonas, “Information, Participation and Access to Justice: the Model of the Aarhus Convention”, **Joint UNEP-OHCHR Expert Seminar on Human Rights and the Environment 14-16 January 2002, Geneva: Background Paper No. 5**, (Çevrimiçi) <http://www2.ohchr.org/english/issues/environment/envIRON/bp5.htm>, 23/04/2011.

Economic and Social Rights and the Right to Health: An Interdisciplinary Discussion Held at Harvard Law School, United States of America, Harvard Law School Human Rights Program, 1995.

Eide, Asbjørn, Oshaug, Arne, Eide, Wenche Barth, “Food Security and the Right to Food in International Law and Development”, **Transnational Law & Contemporary Problems**, Vol. 1, 1991, s. 415-467.

Eide, Asbjørn, **Right to Adequate Food as a Human Right**, New York, United Nations, 1989.

-----, “Article 25”, **The Universal Declaration of Human Rights: A Commentary** (Ed. by. Asbjørn Eide vd.), Norway, Scandinavian University Press, 1993 (2. opplag), s. 385-403.

Eide, Asbjørn, Eide, Wenche Barth, “Article 24: The Right to Health”, **A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child**, Leiden, A. Alan, v.d. (Eds.), Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

Elliott, Richard, “Steps Forward, Backward, and Sideways: Canada’s Bill on Exporting Generic Pharmaceuticals”, Vol. 9, No. 3, **HIV/AIDS Policy & Law Review**, 2004, s. 15-21.

Encyclopedia of Public Health, Wilhelm Kirch (ed.), y.y., Springer, 2008.

Engels, Friedrich, **İngiltere’de Emekçi Sınıfın Durumu**, (Çev. Yurdakul Fincancı), Ankara, Sol Yayınları, 1997.

Ersel, Birsen, “IMF ve Dünya Bankası Tarafından Türkiye’ye Önerilen ‘Sosyal Güvenlik Reform Planı’ Üzerinde Kamuoyunda Yapılan Tartışmalar”, **Sayıştay Dergisi**, Sayı 39, Ekim-Aralık 2000, s. 3-18.

European Social Charter – Collected Texts, Germany, Council of Europe Publishing, 2003 (4th edition).

Felner, Eitan, “Closing the “Escape Hatch”: A Toolkit to Monitor the Progressive Realisation of Economic, Social and Cultural Rights”, **Journal of Human Rights Practice**, Vol. 1, No. 3, 2009, s. 402-435.

Final Act of the International Conference on Human Rights, Teheran, 22 April to 13 May 1968, New York, United Nations, 1968, A/CONF.32/41.

Finlay, Jocelyn, **The Role of Health in Economic Development**, Harvard Initiative for Global Health, Program on the Global Demography of Aging, Working Paper Series, No. 27, 2007, çevrimiçi, 04/08/2011, http://www.hsph.harvard.edu/pgda/WorkingPapers/2007/PGDA_WP_21.pdf.

Forman, Lisa, “What Future for the Minimum Core? Contextualising the Implications of South African Socioeconomic Rights Jurisprudence for the International Human Right to Health”, **Global Health and Human Rights: Legal**

and Philosophical Perspectives, (John Harrington, Maria Stuttaford, eds.), Great Britain, Routledge, 2010, s. 62-80.

Gemalmaz, H. Burak, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve Türk Hukukunda Çocuğun Bedensel Cezaya Karşı Korunması**, İstanbul, Legal, 2005.

-----, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı**, İstanbul, Beta, 2009.

Gemalmaz, Mehmet Semih, “Bir İnsan Hakkı Olarak Çevre Hakkı ve Türk Düzenlemesi”, **İÜHFM**, Cilt 52, Sayı 1-4, 1986-1987, s. 233-278.

-----, **Latin Amerika'da İnsan Hakları**, İstanbul, Kavram Yay., 1994 (3. Basım).

-----, **İşkence Yasağına İlişkin Ulusalüstü Belgeler**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2002.

-----, **İnsan Hakları Komitesi Kararlarında Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2002.

-----, **Ulusalüstü İnsan Hakları Usul Hukuku Mevzuatı: 1. Kitap (Açıklamalı – İçtihatlı – Karşılaştırmalı) Birleşmiş Milletler Belgeleri**, İstanbul, Legal, 2006.

-----, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Işığında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Madde 3/İşkence Yasağı) Analizi**, Ankara, Ankara Barosu Yay., 2006.

-----, **Ulusalüstü İnsan Hakları Usul Hukukunda Geçici Önlem – Birinci Kitap – Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Sisteminde Geçici Önlem**, İstanbul, Legal, 2007.

-----, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – I. Cilt/Bölgesel Sistemler**, İstanbul, Legal, 2010.

-----, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri – II. Cilt/Uluslararası Sistemler**, İstanbul, Legal, 2010.

-----, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, İstanbul, Legal, 2010 (7. Baskı).

General Guidelines for Methodologies on Research and Evaluation of Traditional Medicine, WHO/EDM/TRM/2000.1, Geneva, WHO, 2000.

Ghatti, James Thuo, “The Legal Status of the Doha Declaration on TRIPS and Public Health under the Vienna Convention on the Law of Treaties”, **Harvard Journal of Law & Technology**, Vol. 15, No. 2, 2002, s. 291-317.

-----, “The Structural Power of Strong Pharmaceutical Patent Protection in U.S. Foreign Policy”, **The Journal of Gender, Race & Justice**, Vol. 7, Issue 2, 2003, s. 267-314.

Global Report: UNAIDS Report on the Global AIDS Epidemic 2010, UNAIDS, b.y., 2010.

Global Strategy for Health for All by the Year 2000, World Health Organization, Switzerland, 1981.

Goodman, Timothy, “Is There A Right to Health”, **Journal of Medicine and Philosophy**, Vol. 30, No. 6, 2005, s. 643-662.

Gopalakrishnan, N. S., “TRIPS Agreement and Public Health: An Overview of International Issues”, **Journal of Intellectual Property Rights**, Vol. 13, No. 5, 2008, s. 395-400.

Gostin, Lawrence O., “Meeting Basic Survival Needs of the World’s Least Healthy People: Toward a Framework Convention on Global Health”, **The Georgetown Law Journal**, Vol. 96, Issue 2, 2007-2008, s. 331-392.

Gözübüyük, Şeref, Gölcüklü, Feyyaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Uygulaması**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2005 (6. Bası).

Green, Maria, “What We Talk About When We Talk About Indicators: Current Approaches to Human Rights Measurement”, **Human Rights Quarterly**, Vol. 23, No. 4, 2001, s. 1062-1097.

Gross, Aeyal M, “The Right to Health in an Era of Privatisation and Globalisation: National and International Perspectives”, **Exploring Social Rights: Between Theory and Practice**, Daphne Barak-Erez, Aeyal M Gross (eds.), Oxford-Portland, Oregon, Hart Publishing, 2007, s. 289-339.

Gruskin, Sofia, Tarantola, Daniel, “Health and Human Rights”, **Perspectives on Health and Human Rights**, (Ed. Sofia Gruskin, vd.), New York-London, Routledge, 2005, s. 1-58.

Gölan, Aydın, “Kamu Hizmeti Kavramı”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, Cilt 56, Sayı 1-4, 1998, s. 147-159.

Gümüş, A. Tarık, **Sosyal Devlet Anlayışının Gelişimi ve Dönüşümü**, İstanbul, XII Levha, 2010.

Gür, E. Gültüvin, “Dezenformasyona Uğratılan Bir Hak Olarak Sağlık”, **Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu II Bildiriler**, İstanbul, Petrol-İş Yayını, No. 113, 2010, s. 299-315.

Güzel, Ali, “Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Öngörölen Reform Mevcut Sorunlara Çözüm Mü?”, **Çalışma ve Toplum**, Sayı 7, 2005/4, 2005, s. 61-76.

Güzel, Ali, v.d., **Sosyal Güvenlik Hukuku**, İstanbul, Beta, 2010 (13. Bası).

Hall, David, “Privatisation in Water and Health Services in the UK”, **Privatisation and Liberalisation of Public Services in Europe: An Analysis of Economic and Labour Market Impacts**, Maarten Keune, Janine Leschke, Andrew Watt, Brussels, ETUI-REHS, 2008, s. 91-117.

Harding, Christopher, Kohl, Uta, Salmon, Naomi, **Human Rights in the Market Place: The Exploitation of Rights Protection by Economic Actors** (“Chapter 3 –

Profit in the Beef Industry and Human Health: Consumer Rights as Basic Human Rights”), Great Britain, Ashgate, 2008, s. 53-80.

Harris, David, “Comments”, **The Right to Complain about Economic, Social and Cultural Rights**, Fons Coomans, Fried van Hoof (ed.), Utrecht, SIM Special No. 18, 1995, s. 103-106.

Harris, David, Darcy, John, **The European Social Charter**, United States of America, Transnational Publishers, Inc., 2001.

D. J. Harris, v.d., **Law of the European Convention on Human Rights**, United States, Oxford University Press, 2009 (Second edition).

Hendriks, Aart, “The Right to Health in National and International Jurisprudence”, **European Journal of Health Law**, Vol. 5, No. 4, 1998, s. 389-408.

Hermann, Christoph, “Avrupa’da Sağlık Hizmetleri ve Piyasalaştırma Süreci”, **Kapitalizmde Sağlık: Sağlıksızlık Semptomları**, Leo Panitch, Colin Leys (ed.), Çev. Umut Haskan, İstanbul, Yordam Kitap, 2009, s. 143-162.

Hestermeyer, Holger P., “Access to Medication as a Human Right”, **Max Planck Yearbook of United Nations Law**, Vol. 8, 2004, s. 101-180.

-----, **Human Rights and the WTO: The Case of Patents and Access to Medicines**, United States, Oxford University Press, 2008.

Higgins, Rosalyn, **Problems & Process: International Law and How We Use it**, Great Britain, Clarendon Press, 1998.

Hindley, Brian, “What Subjects are Suitable for WTO Agreement”, **The Political Economy of International Trade Law – Essays in Honor of Robert E. Hudec**, Daniel L. M. Kennedy, James D. Southwick (eds.), United States of America, Cambridge University Press, 2002, s. 157-170.

Hoen, Ellen't, "TRIPS, Pharmaceutical Patents, and Access to Essential Medicines", **Perspectives on Health and Human Rights**, (Ed. Sofia Gruskin, vd.), New York-London, Routledge, 2005, s. 192-208.

Human Development Report, New York – Oxford, Oxford University Press, 2000.

Hunt, Paul, Backman, Gunilla, "Health systems and the Right to the Highest Attainable Standard of Health", **Realizing the Right to Health**, Andrew Clapham vd. (eds.), Ulm, Rüffer&Rub, Swiss Human Rights Book Vol. 3, 2009, s. 40-59.

Hunt, Paul, Mesquita, Judith, "Mental Disabilities and the Human Right to the Highest Attainable Standard of Health", **Human Rights Quarterly**, Vol. 28, 2006, s. 332-356.

Hunt, Paul, **Reclaiming Social Rights: International and Comparative Perspectives**, Great Britain, Dartmouth, 1996.

-----, **Neglected Diseases: A Human Rights Analysis**, b.y., World Health Organization, 2007.

Işık, Rüçhan, "Toplu Şikayet Prosedürü", **Anayasal Sosyal Haklar (Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye)**, İbrahim Ö. Kaboğlu (ed.), İstanbul, Legal, 2012, s. 57-63.

Jaegers, Nicola, **Corporate Human Rights Obligations: In Search of Accountability**, Antwerp, Intersentia, 2002.

Jamar, Steven D., "The International Human Right to Health", **Southern University Law Review**, Vol. 22, 1994-1995, s. 1-68.

Jochnick, Chris, "Confronting the Impunity of Non-State Actors: New Fields for the Promotion of Human Rights", **Human Rights Quarterly**, Vol. 21, Issue 1, 1999, s. 56-79.

Joseph, Sarah, “Pharmaceutical Corporations and Access to Drugs: The ‘Fourth Wave’ of Corporate Human Rights Scrutiny”, **Human Rights Quarterly**, Vol. 25, No. 2, 2003, s. 425-452.

Joseph, Sarah, v.d., **The International Covenant on Civil and Political Rights – Cases, Materials, and Commentary**, United States, Oxford University Press, 2005 (Second Edition).

Kaboğlu, İbrahim, **Çevre Hakkı**, Ankara, İmge, 1996 (Tümüyle yenilenmiş ve genişletilmiş 3. baskı).

-----, **Dayanışma Hakları**, Ankara, TODAİE İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi, 1996.

Keener, Steven R., Vasquez, Javier, “A Life Worth Living: Enforcement of the Right to Health Through the Right to Life in the Inter-American Court of Human Rights”, **Columbia Human Rights Law Review**, Vol. 40, Issue 3, 2008-2009, s. 595-624.

Kherallah, Mylène, Beghin, John, “U. S. Trade Threats: Rhetoric or War?”, **American Journal of Agricultural Economics**, Vol. 80, No. 1, 1998, s. 15-29.

Kıvılcım, Zeynep, “Ulus-aşırı Şirketler ve İnsan Hakları: Bakü-Tiflis-Ceylan Boru Hattı Örneği”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, C. 65, No. 3, 2010, s. 87-122.

Kili, Suna, Gözübüyük, Şeref, **Sened-i İttifaktan Günümüze Türk Anayasa Metinleri**, İstanbul, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2000 (Yenilenmiş 2. Baskı).

Kilkelly, Ursula, **The Right to Respect for Private Life and Family Life: A Guide to the Implementation of Article 8 of the European Convention on Human Rights**, Germany, Council of Europe, 2003.

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, 2000-2001, s.1457-1475.

Kinney, Eleanor D., Clark, Brian Alexander, “Provisions for Health Care in the Constitutions of the Countries of the World”, **Cornell International Law Journal**, Vol. 37, Issue 2, 2004 s. 285-355.

Kiss, Alexandre, Shelton, Dinah, **Guide to International Environmental Law**, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007.

Koebele, Michael, **Corporate Responsibility under the Alien Tort Statute: Enforcement of International Law through US Torts Law**, Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 2009.

Krug, Etienne G., v.d. (ed.), **World Report on Violence and Health**, Geneva, World Health Organization, 2002.

Kuhar, Michael J., Liddle, Howard (cons.), **Drugs of Abuse**, Printed in Malaysia, Marshall Cavendish Reference, 2012.

Kulke, Ursula, López Morales, Germán, “Social Security – International Standards and the Right to Social Security”, **Social Security as a Human Right: Drafting a General Comment on Article 9 ICESCR – Some Challenges**, Eibe Riedel (ed.), Berlin – Heidelberg, Springer, 2007, s. 91-102.

Kuzu, Burhan, **Sağlıklı ve Dengeli Bir Çevrede Yaşama Hakkı**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1997.

LaDou, Joseph, “The Asbestos Cancer Epidemic”, **Environmental Health Perspectives**, Vol. 112, No. 3, 2004, s. 285-290.

Leary, Virginia A., “Implications of a Right to Health”, **Human Rights in the Twenty-first Century: A Global Challenge**, Kathleen E. Mahoney, Paul Mahoney (eds.), Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, s. 481-493.

-----, “The Right to Health in International Human Rights Law”, **Health and Human Rights**, Vol. 1, No.1, 1994, s. 24-56.

-----, “Justiciability and Beyond; Complaint Procedures and the Right to Health”, **The Review (International Commission of Jurists)**, No. 55, 1995, s. 105-122.

Leckie, Scott, “Another Step Towards Indivisibility: Identifying the Key Features of Violations of Economic, Social and Cultural Rights”, **Human Rights Quarterly**, Vol. 20, Issue 1, 1998, s. 81-124.

Lehman, Bruce A., “Intellectual Property Rights as a Trade, Health and Economic Development Issue”, **St. John’s Journal of Legal Commentary**, Vol. 17, Issue 3, 2003, s. 417-427.

“Limburg Principles on the Implementation of the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, **Human Rights Quarterly**, Vol. 9, No. 2, 1987, s. 122-135.

Maarse, Hans, “The Privatization of Health Care in Europe: An Eight-Country Analysis”, **Journal of Health Politics, Policy and Law**, Vol. 31, No. 5, 2006, s. 981-1014.

“The Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights”, **Human Rights Quarterly**, Vol. 20, No. 3, 1998, s. 691-704.

Mann, Jonathan M., vd., “Health and Human Rights”, **Health and Human Rights**, Vol. 1, No. 1, 1994, s.6-23.

Mann, J., **Human Rights and Health: A Program Designed Specifically for Health Professionals**, Atlanta, GA, Centers for Disease Control, 1997.

Marks, Stephen, “The Human Right to Development: Between Rhetoric and Reality”, **Harvard Human Rights Journal**, Vol. 17, 2004, s. 137-168.

Marks, Stephen P., “Access to Essential Medicines as a Component of the Right to Health”, **Realizing the Right to Health**, Andrew Clapham vd. (eds.), Ulm, Rüffer&Rub, Swiss Human Rights Book Vol. 3, 2009, s. 82-101.

Mayersfeld, Bonita, "Domestic Violence, Health, and International Law", **Emory International Law Review**, Vol. 22, Issue 1, 2008, s. 61-112.

McAllister, Brian B.A., "The United Nations Conference on Environment and Development: An Opportunity to Forge a New Unity in the Work of the World Bank among Human Rights, the Environment, and Sustainable Development", **Hastings International and Comparative Law Review**, Vol. 16, Issue 4, 1993, s. 689-744.

McBeth, Adam, "Privatising Human Rights: What Happens to the State's Human Rights Duties When Services are Privatised?", **Melbourne Journal of International Law**, Vol. 5, Issue 1, 2004, s. 133-154.

McCaffrey, Stephen C., "A Human Right to Water: Domestic and International Implications", **The Georgetown International Environmental Law Review**, Vol. 5, No. 1, 1992-1993, s. 1-24.

McGillivray, Mark, "The Millennium Development Goals: Overview, Progress and Prospects", **Achieving the Millennium Development Goals**, Mark McGillivray (ed.), Great Britain, Palgrave Macmillan, 2008, s. 1-19.

Mechlem, Kerstin, "Food Security and the Right to Food in the Discourse of the United Nations", **European Law Journal**, Vol. 10, No. 5, 2004, s. 631-648.

Meier, Benjamin Mason, Mori, Larisa M., "The Highest Attainable Standard: Advancing A Collective Human Right to Public Health", **Columbia Human Rights Law Review**, Vol. 37, No. 1, 2005-2006, s. 101-147.

Meyer, William H., "Human Rights and MNCs: Theory versus Quantitative Analysis", **Human Rights Quarterly**, Vol. 18, Issue 2, 1996, s. 368-397.

Milestones in Health Promotion Statements from Global Conferences, y.y., World Health Organization, 2009, WHO/NMH/CHP/09.01.

Mottershaw, Elizabeth, “Economic, Social and Cultural Rights in Armed Conflict: International Human Rights Law and International Humanitarian Law”, **The International Journal of Human Rights**, Vol. 12, No. 3, 2008, s. 449-470.

Mower, A. Glen, Jr., **The Convention on the Rights of the Child: International Law Support for Children**, Westport, Connecticut – London, Greenwood Press, 1997.

Mowbray, A. R., **The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights**, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2004.

Nickel, James W., “Rethinking Indivisibility: Towards a Theory of Supporting Relations between Human Rights”, **Human Rights Quarterly**, Vol. 30, No. 4, 2008, s. 984-1001.

Nolan, Aoife, “Addressing Economic and Social Violations by Non-state Actors through the Role of the State: A Comparison of Regional Approaches to the Obligation to Protect”, **Human Rights Law Review**, Vol. 9, No. 2, s. 225-255.

Nowak, Manfred, **U. N. Covenant to Civil and Political Rights – CCPR Commentary**, Germany, N. P. Engel, Publisher, 2005.

O’Boyle, Michael, “The Development of the Right to Life”, **Afmælisrit - Þor Vilhjálmsson sjötugur 9. júní 2000**, Davíð Þor Björgvinsson vd. (ed.), Reykjavík, Bókaútgáfa Orators, 2000, s. 65-75.

O’Connell, Paul, “The Human Right to Health in an Age of Market Hegemony”, **Global Health and Human Rights: Legal and Philosophical Perspectives**, (John Harrington, Maria Stuttaford, eds.), Great Britain, Routledge, 2010, s. 190-209.

Ooms, Gorik, Hammonds, Rachel, “Correcting Globalisation in Health: Transnational Entitlements versus the Ethical Imperative of Reducing Aid-Dependency”, **Public Health Ethics**, Vol. 1, No. 1, 2008, s. 154-170.

Ostergard, Robert L., Jr., "Intellectual Property: A Universal Human Right?", **Human Rights Quarterly**, Vol. 21, Issue 1, 1999, s. 156-178.

Örücü, Esin, "The Core of Rights and Freedoms: the Limit of Limits", **Human Rights: From Rhetoric to Reality**, Tom Campbell, vd. (ed.), Great Britain, Basil Blackwell, 1986, s. 37-59.

Paust, Jordan J., "Human Rights Responsibilities of Private Corporations", **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, Vol. 35, Issue 3, 2002, s. 801-825.

Pejan, Ramin, "The Right to Water: The Road to Justiciability", **The George Washington International Law Review**, Vol. 36, No. 5, 2004, s. 1181-1210.

The Penguin English Dictionary, Slovakia, Penguin Books, 2003 (Second edition).

Pogge, Thomas, "Access to Medicine", **Public Health Ethics**, Vol. 1, No. 2, 2008, s. 73-82.

-----, "Montréal Statement on the Human Right to Essential Medicines", **Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics**, Vol. 16, 2007, s. 97-108.

Primary Health Care: Report of the International Conference on Primary Health Care (Alma-Ata, USSR, 6-12 September 1978), Geneva, World Health Organization, 1978.

Ragazzi, Maurizio, "World Bank Group", **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, (Rudiger Wolfrum, ed.), Oxford University Press, 2008, online edition, [www.mpepil.com], erişim 01/06/2011.

Raworth, Kate, "Measuring Human Rights", **Ethics & International Affairs**, Vol. 15, Issue 1, 2001, s. 111-131.

Riedel, Eibe, "The Human Right to Water and General Comment No. 15 of the CESCR", **The Human Right to Water**, Eibe Riedel, Peter Rothen (eds.), Printed in Germany, BWV * Berliner Wissenschafts – Verlag, 2006, s. 19-36.

-----, “Health, Right to, International Protection”, **The Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, (Rudiger Wolfrum, ed.), Oxford University Press, 2008, online edition, [www.mpepil.com], erişim 13/01/2011.

-----, “The Human Right to Health: Conceptual Foundations”, **Realizing the Right to Health**, Andrew Clapham vd. (eds.), Ulm, Rüffer&Rub, Swiss Human Rights Book Vol. 3, 2009, s. 21-39.

Robertson, A. H., Merills, J. G., **Human Rights in the World: An Introduction to the Study of the International Protection of Human Rights**, Manchester – New York, Manchester University Press, 1996 (Fourth Edition).

Rodley, Sir Nigel (with Matt Polard), **The Treatment of Prisoners under International Law**, United States, Oxford University Press, 2009 (Third edition).

Romero-Ortuño, Román, “Access to Health Care for Illegal Immigrants in the EU: Should We Be Concerned?”, **European Journal of Health Law**, Vol. 11, 2004, s. 245-252.

Salomon, Margot E., **Global Responsibility and Human Rights: World Poverty and the Development of International Law**, Great Britain, Oxford University Press, 2007.

Sands, Philip, **Principles of International Environmental Law**, United States of America, Cambridge University Press, 2003.

Savcı, Bahri, **Yaşam Hakkı ve Boyutları**, Ankara, AÜSBF Yayınları, 1980.

Scheinin, Martin, “Economic and Social Rights as Legal Rights”, **Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook**, Asbjørn Eide, v.d. (ed.), Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 2001 (Second Revised Edition), s. 29-54.

-----, "The Right to Social Security", **Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook**, Asbjørn Eide, v.d. (eds.), Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 2001 (Second Revised Edition), s. 211-221.

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, s. 769-878.

Sell, Susan K., "Trade Issues and HIV/AIDS", **Emory International Law Review**, Vol. 17, Issue 2, 2003, s. 933-954.

Sepúlveda, Magdalena, **The Nature of the Obligations Under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights**, Antwerpen – Oxford – New York, Intersentia, 2003.

Shelton, Dinah, "Human Rights, Environmental Rights, and the Right to Environment", **Stanford Journal of International Law**, Vol. 28, Issue 1, 1991-1992, s. 103-138.

-----, "Human Rights and Environment Issues in Multilateral Treaties Adopted between 1991 and 2001", **Joint UNEP-OHCHR Expert Seminar on Human Rights and the Environment 14-16 January 2002, Geneva, Background Paper** **No.1**, (Çevrimiçi)
<http://www2.ohchr.org/english/issues/environment/environ/bp1.htm>, 23/04/2011.

-----, "Human Rights and the Environment: Jurisprudence of Human Rights Bodies", **Environmental Policy and Law**, Vol. 32, No. 3-4, 2002, s. 158-167.

Shivji, Issa, "Constructing a New Rights Regime: Promises, Problems and Prospects", **Social Legal Studies**, Vol. 8, No. 2, 1999.

Shue, Henry, **Basic Rights: Subsistence, Affluence and U.S. Foreign Policy**, Princeton, Princeton University Press, 1980.

“Siracusa Principles on the Limitation and Derogation of Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights”, **Human Rights Quarterly**, Vol. 7, Issue 1, 1985, s. 3-14.

Slack, Alison T., “Female Circumcision: A Critical Appraisal”, **Human Rights Quarterly**, Vol. 10, Issue 4, 1987-1988, s. 437-486.

Smith, George P., II, “Human Rights and Bioethics: Formulating a Universal Right to Health, Health Care, or Health Protection?”, **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, Vol. 38, Issue 5, 2005, s. 1295-1321.

Smith, Rhona K. M., **Texts and Materials on International Human Rights**, USA, Canada, Routledge, 2010.

Söllner, Sven, “The Breakthrough of the Right to Food: The Meaning of General Comment No. 12 and the Voluntary Guidelines for the Interpretation of the Human Right to Food”, **Max Planck Yearbook of United Nations Law**, Vol. 11, 2007, s. 391-415.

Sönmez, Mustafa, **Paran Kadar Sağlık: Türkiye’de Sağlıkın Ticarileştirilmesi**, İstanbul, Yordam Kitap, 2011.

Ssenyonjo, Manisuli, **Economic, Social and Cultural Rights in International Law**, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2009.

The State of Food Insecurity in the World: Economic Crises – Impacts and Lessons Learned, Rome, Food and Agriculture Organization of the United Nations, 2009.

Steger, Manfred B., **Globalization – A Very Short Introduction**, United States, Oxford University Press, 2003.

Stephens, Tim, **International Courts and Environmental Protection**, United States of America, Cambridge University Press, 2009.

Stewart, Frances, “Basic Needs Strategies, Human Rights, and the Right to Development”, **Human Rights Quarterly**, Vol. 11, Issue 3, 1989, s. 347-374.

Şirin, Tolga, “Suyun İnsan Hakkı Olarak Değeri”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt 16, Sayı 3-4, 2010, s. 85-168.

Şahin, Adil, “Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Ekonomik Sosyal ve Kültürel Hakların Niteliği Bağlamında Sağlık Hakkının Kapsamı Üzerine Bir İnceleme”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 59, Sayı 4, 2010, s. 711-766.

Takahashi, Saul, “Drug Control, Human Rights, and the Right to the Highest Attainable Standard of Health: By No Means Straightforward Issues”, **Human Rights Quarterly**, Vol. 31, No. 3, 2009, s. 748-776.

Tanör, Bülent, **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, İstanbul, May Yayınları, 1978.

Tatar, Fahreddin, “Özelleştirme ve Sağlık Hizmetleri: Teori ve Pratik”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 30, Sayı 2, 1997, s. 73-89.

Taylor, Alison, George, Steve, “Affordable Health: The Way Forward”, **The International Journal of Human Rights**, Vol. 2, No. 2, 1998, s. 1-18.

Taylor, Allyn L., “Governing the Globalization of Public Health”, **The Journal of Law, Medicine and Ethics**, Vol. 32, Issue 3, 2004, s. 500-508.

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, 1992, s. 301-346.

Tekinalp, Ünal, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, İstanbul, Beta, 2004 (Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş Üçüncü bası).

Thompson, E. P., **İngiliz İşçi Sınıfının Oluşumu**, İstanbul, Birikim Yayınları, 2004.

“Tilburg Guiding Principles on World Bank, IMF and Human Rights”, **World Bank, IMF and Human Rights**, Wilem van Geungten, v.d. (eds.), Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2003, s. 247-255.

Toebes, Brigit, “Towards an Improved Understanding of the International Human Right to Health”, **Human Rights Quarterly**, Vol. 21, Issue 3, 1999, s. 661-679.

-----, **The Right to Health as a Human Right in International Law**, Antwerp, Intersentia – Hart, 1999.

-----, “The Right to Health”, **Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook**, Asbjørn Eide, v.d. (ed.), Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 2001 (Second Revised Edition), s. 169-190.

-----, “The Right to Health and the Privatization of National Health Systems: A Case Study of the Netherlands”, **Health and Human Rights**, Vol. 9, No. 1, 2007, s. 102-127.

Tomaševski, Katarina, “Indicators”, **Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook**, Asbjørn Eide, v.d. (eds.), Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 2001 (Second Revised Edition), s. 531-543.

Tomuschat, Christian, **Human Rights: Between Idealism and Realism**, United States, Oxford University Press, 2008.

Traditional Medicine – Growing Needs and Potential, WHO Policy Perspectives on Medicines No. 2, WHO/EDM/2002.4, World Health Organization, Geneva, 2002.

Tuncay, A. Can, Ekmekçi, Ömer, **Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri**, İstanbul, Beta, 2011 (14. Bası).

United Nations Development Programme, **Human Development Report 2000**, New York, Oxford University Press, 2000.

Uşan, Fatih, **Türk Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri**, Ankara, Seçkin, 2009.

Uygun, Oktay, **1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1992.

-----, "İnsan Hakları Kuramı", **İnsan Hakları**, Gşkçen Alpkaya, v.d., İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 2000, s. 13-44.

-----, "Küreselleşme ve Değişen Egemenlik Anlayışının Sosyal Haklara Etkisi", **Anayasa Yargısı**, Cilt No. 20, 2003, s. 250-284.

-----, **Kamu Hukuku İncelemeleri**, İstanbul, XII Levha, 2011.

van der Linde, Morné, Louw, Lirette, "Considering the Interpretation and Implementation of Article 24 of the African Charter on Human and Peoples' Rights in Light of the SERAC Communication", **African Human Rights Law Journal**, Vol. 3, No. 1, 2003, s. 167-187.

van Kempen, Piet Hein, "Positive Obligations to Ensure the Human Rights of Prisoners", **Prison Policy and Prisoners' Rights**, Peter J.P. Tak, Manon Jendly (eds.), Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2008, s. 21-44.

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, 1978, s. 69-105.

Villiger, Mark E., **Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties**, Leiden – Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009.

Wagner, Markus, "Non-State Actors", **The Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, (Rudiger Wolfrum, ed.), Oxford University Press, 2008, online edition [www.mpepil.com], erişim 18/01/2011.

Weale, Albert, "Between the Highest and the Attainable? Reflections on the Right to Health", **Essex Human Rights Review**, Vol. 5, No. 1, 2008, s. 1-4.

Welling, Judith V., "International Indicators and Economic, Social and Cultural Rights", **Human Rights Quarterly**, Vol. 30, No. 4, 2008, s. 933-958.

White, Robin C.A., Ovey, Clare, **The European Convention on Human Rights**, United States, Oxford University Press, 2010 (Fifth Edition).

White, Seodi, “Extreme Poverty and Its Impacts on Women’s Vulnerability to HIV Transmission: A Rights Issue”, **The International Journal of Human Rights**, Vol. 14, No. 1, 2010, s. 75-91.

Willis, F. Michael, “Economic Development, Environmental Protection, and the Right to Health”, **The Georgetown International Environmental Law Review**, Vol. 9, Issue 1, 1996-1997, s. 195-220.

Wilkinson, Richard, Marmot, Michael (eds.), **Social Determinants of Health: the Solid Facts**, Denmark, World Health Organisation, 2003 (2nd edition).

Wilson, Barbara, “Social Determinants of Health from a Rights-Based Approach”, **Realizing the Right to Health**, Andrew Clapham vd. (eds.), Ulm, Rüffer&Rub, Swiss Human Rights Book Vol. 3, 2009, s. 60-79.

Wojahn, Patrick L., “A Conflict of Rights: Intellectual Property under TRIPS, the Right to Health, and AIDS Drugs”, **UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs**, Vol. 6, Issue 2, 2001-2002, s. 463-497.

Woo, Alyssa, “Health Versus Trade: The Future of the WHO’s Framework Convention on Tobacco Control”, **Vanderblit Journal of Transnational Law**, Vol. 35, No. 5, s. 1731-1767.

Xu, Xiaobing, Wilson, George, “On Conflict of Human Rights”, **Pierce Law Review**, Vol. 5, No. 1, 2006, s. 31-57.

Yamin, Alicia Ely, “Defining Questions: Situating Issues of Power in the Formulation of a Right to Health under International Law”, **Human Rights Quarterly**, Vol. 18, Issue 2, 1996, s. 398-438.

-----, “Not Just a Tragedy: Access to Medications as a Right under International Law”, **Boston University International Law Journal**, Vol. 21, Issue 2, 2003, s. 325-371.

Yasin, Melikşah, **Uygulama ve Yargı Kararları Işığında Özelleştirmenin Hukuki Rejimi**, İstanbul, Beta, 2006.

Yayla, Yıldızhan, **İdare Hukuku**, İstanbul, Beta, 2009.

ÖZGEÇMİŞ

İzzet Mert Ertan, 01/06/1981 tarihinde İzmit’te doğmuştur. Lise eğitimini Burak Bora Anadolu Lisesi’nde tamamladıktan sonra 1999 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi’ne girmiş ve 2004 yılında mezun olmuştur. 2008 yılında “Avrupa Konseyi Düzleminde Sosyal Hakların Korunması” başlıklı teziyle İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü’nde Kamu Hukuku Yüksek Lisans derecesini kazanan İzzet Mert Ertan, aynı yıl İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Programında Doktora eğitimine başlamıştır. 2010 yılında doktora yeterlilik sınavını vermiş ve Kasım 2010 – Temmuz 2011 arası dönemde Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg – Almanya’da tez çalışmalarında bulunmuştur. İzzet Mert Ertan, Aralık 2005’ten bu yana İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı’nda araştırma görevlisi olarak çalışmaktadır.