ANAYASA MAHKEMESİ VE İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ KARARLARINDA DOĞUM VE ÜREMEYE İLİŞKİN HAKLAR

(THE DECISION OF THE CONSTITUTIONAL COURT AND THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS REGARDING THE RIGHT TO GIVE BIRTH AND REPRODUCTION)

Prof. Dr. Sultan TAHMAZOĞLU ÜZELTÜRK*

ÖZET

Biyolojik insan haklarının kadın üzerinden ifadesi doğuma ve üremeye ilişkin hakları gündeme getirmektedir. Bu makalede kadının doğum ve üremeye ilişkin hakları bakımından ortaya çıkan ana sorunlar incelenmiştir. Bu sorunlar kadının doğurma hakkı, doğum kontrolü, gebeliğin iradi olarak sonlandırılması, doğum yönteminin seçilmesi gibi konularda yoğunlaşmaktadır. Çalışmada konu ele alınırken 1982 Anayasasının uygulamasına yer verilmiş; ayrıca İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin (İHAM) konuyla ilgili kararları da değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: İnsan hakları, kadının doğurma hakkı, doğum kontrolü, gebeliğin iradi olarak sonlandırılması, doğum yönteminin seçilmesi, Anayasa Mahkemesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi.

ABSTRACT

Women, in terms of biological human rights raise the issue regarding the right of giving birth and the right of reproduction. This article will focus on the main issue regarding the women's right to giving birth and the right of reproduction. This problem concentrates on the issues in terms

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, **e-posta:** suzelturk@superonline.com

of women's right to birth, birth control, willingly terminating pregnancy, and the right to choose the method of delivery. The subject of this study includes the application of the 1982 Constitution as well as the decisions of the European Court of Human Rights (ECHR) regarding the subject.

Keywords: *Human rights, women's right to give birth, birth control, willingly terminating pregnancy, the right to choose the method of delivery, Turkish Constitutional Court, European Court of Human Rights (ECHR).*

****

GİRİŞ

Biyolojik insan hakları insan vücuduna yaşamın başlangıcından itibaren saygı ile başlayıp, insan onuru ekseninde dokunulmaz bir yaşam ve onurlu ölüme karar vermeye kadar uzanan bir yelpaze çizmekte ve kapsamında doğal doğma hakkı, sağlık hakkı ve onur içinde ölme hakkını da barındırmaktadır[1]. Biyolojik insan haklarının kadın üzerinden ifadesi doğuma ve üremeye ilişkin hakları gündeme getirmektedir. 1982 Anayasasının uygulaması ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) kararlarının bu yönde değerlendirilmesi bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır.

1982 Anayasası birçok maddesinde kadının doğum ve üremeye ilişkin hakları bakımından dayanak hükümlere yer vermektedir. Bu çerçevede öncelikle bireyin maddi ve manevi bütünlüğünü düzenleyen 17. Maddesi, özel hayat hakkı, sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı ve ailenin korunması ve 10. Maddede yer alan eşitlik temel hükümler olarak işaret edilebilir.

Anayasanın17. Maddesi "kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı" ndan söz ederken iki istisnaya yer vermektedir: Tıbbi zorunluluk ve kanunda yazılı haller.

Anayasaya göre tıbbi zorunluluk bireyin maddi ve manevi bütünlüğüne müdahalenin ilk anayasal istisnasıdır[2]. Tıbbi zorunluluğun ne oldu-

[1] İ.Ö. Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, s. 280-281.

[2] 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun 9 uncu maddesinin (c) bendine ve 181 sayılı Sağlık Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 43 üncü maddesine dayanılarak hazırlanan Hasta Hakları Yönetmeliği madde 5/d de yer almaktadır: **Madde 5-** Sağlık hizmetlerinin sunulmasında aşağıdaki ilkelere uyul-

ğunun bu noktada belirlenmesi önem kazanmaktadır. "Kişinin hayatı, vücut bütünlüğü ve sağlığını korumak amacıyla yapılan müdahale"[3] olarak tanımlanan tıbbi zorunluluk kavramı "tıp mesleğini icraya yetkili bir kişi (hekim) tarafından, doğrudan ya da dolaylı tedavi amacına yönelik olarak gerçekleştirilen her türlü faaliyet" [4] olarak da ifade edilmektedir[5].

Tıbbi zorunluluk sebebiyle bireyin vücut bütünlüğüne müdahale edilmesi iki şartı beraberinde taşımak durumundadır: Bunlardan ilki, müdahalenin tedavi amacıyla ve tıp biliminin kurallarına uygun olması ve ikincisi ise, hastanın müdahaleye rıza göstermesidir[6].

Aydınlatılmış rıza[7] bireyin özerkliği ve kendi geleceğini tayin etme hakkının bir sonucudur[8]. Anayasada açıkça yer almasa da aydınlanmış

---

ması şarttır:… d) Tıbbi zorunluluklar ve kanunlarda yazılı haller dışında, rızası olmaksızın kişinin vücut bütünlüğüne ve diğer kişilik haklarına dokunulamaz.

[3] Y. Deryal, İnsan Sağlığına ve Vücut Bütünlüğüne Yönelik Tıbbi Müdahalelerde Hastanın Rızası, http://eski.istabip.org.tr/icerik/tibbi-mudahalelerde-hastanin-rizasi-yrddocdr-yahya/ Erişim, 31.8.2012. Deryal, ayrıca uzman bir hekim tarafından müdahalenin yapılmasını da saymaktadır.

[4] B. G. Özcan - Ç. Özel, Kişilik Hakları - Hasta Hakları Bağlamında Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Çıkan Hukuki İlişkide Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rızaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler, **Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi**, *Cilt:10, Sayı:1 (2007)* 50.

[5] Kamuoyunda" Sezeryan Kanunu" olarak bilinen 4. 7. 2012, Tarih ve 6354 Sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun "tıbbi zorunluluk "ifadesine yer verilmiştir., MADDE 1 – 24/4/1930 tarihli ve 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanununun 153 üncü maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesi yürürlükten kaldırılmış ve maddeye aşağıdaki fıkralar eklenmiştir. "Gebe veya rahmindeki bebek için tıbbi zorunluluk bulunması hâlinde doğum, sezaryen ameliyatı ile yaptırılabilir. Gerekli tedbirlerin alınmasına rağmen, doğumu takiben anne veya bebekte meydana gelebilecek istenmeyen sonuçlardan dolayı hekim sorumlu tutulamaz." R.G. 12 Temmuz 2012, S. Sayı: 28351.

[6] Y. Deryal, İnsan Sağlığına ve Vücut Bütünlüğüne Yönelik Tıbbi Müdahalelerde Hastanın Rızası, http://eski.istabip.org.tr/icerik/tibbi-mudahalelerde-hastanin-rizasi-yrddocdr-yahya/Erişim, 31.8.2012.

[7] Burada rızanın iradeyi sakatlayan nedenlerden birisi ile sakatlanmış olmaması da son derece önemlidir. Ancak kişinin rızası beden bütünlüğüne yönelik her türlü müdahaleyi hukuka uygun hale getirmeyecektir. Rızanın ahlaka, adaba ve kanuna uygun olması gerekmektedir. B. G. Özcan- Ç. Özel, Kişilik Hakları - Hasta Hakları Bağlamında Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Çıkan Hukuki İlişkide Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rızaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler, **Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi**, *Cilt:10, Sayı:1 (2007).*

onam Anayasanın 17. maddesinde anlamını bulmaktadır. İHAS de de açıkça yer almamasına rağmen İHAM, özel hayat hakkı ve bireyin fiziksel bütünlüğü ve özerkliğinden hareket ederek aydınlanmış onam kavramına ulaşmıştır[9].

Rızanın alınmasının mümkün olmadığı acil vb. durumlarda ise farazi rızanın bulunduğunu kabul etmek, ve bu halde dahi bireyin iradesini anlayabilmek için makul özenin gösterilmesi gereği bulunmaktadır[10].

Anayasanın 17. maddesine kişinin maddi ve manevi bütünlüğüne dokunulabilmesinin ikinci istisnası "kanunda yazılı haller"[11] dir. Bu durum vücut bütünlüğünün anayasal korunması bakımından önemli bir açıktır. En azından anayasal güvenceler belirlenirken rıza ve hakim kararının açıkça ifade edilmesi veya kanunda belirtilecek hallerin anayasal çerçevesinin çizilmesi daha güvenceli bir yaklaşım olurdu[12]. Anayasanın 17. Maddesi-

[8] Hasta özerkliğini destekleyen yaklaşımların karşısındaki yaklaşıma paternalist yaklaşım adı verilmektedir. Bu yaklaşım yararlılık ve hastaya zarar vermeme esası üzerine inşa edilmiştir. Bu konuda ayrıntılı bir çalışma için bkz. H. Tacir, **Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkkının Temeli, Düzenlenmesi ve Korunması**, XII Levha, İstanbul, 2011, s. 107 vd. Ceza hukuku bakımından aydınlanmış rıza için bkz. Ö. Yenerer Çakmut, **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, Legal, İstanbul 2003, s. 19 vd. H. Hakeri, **Tıp Hukuku**, Seçkin, Ankara 2009.

[9] İHAM'a göre, "tıbbi yardım bakımından belli bir davranışın reddi ölümcül sonuçlara yol açsa bile şuurlu yetişkin hastanın oluru olmadan tıbbi tedavi onun fiziksel bütünlüğünü ihlal edecektir". CASE OF V.C. v. SLOVAKIA, *(Application no. 18968/07)* , JUDGMENT, STRASBOURG, 8 November 2011.

[10] "… **bir dini tarikat mensubu belirli sebeplerden dolayı kan naklini ya da ameliyatı reddettiğinde, hekim hastanın rızası hilafına tıbbi müdahalede bulunamayacaktır. Başka bir yorum tarzı, hastanın şahsiyet haklarını, özellikle şeref ve haysiyetini ihlal eder".** Y.Deryal**,** İnsan Sağlığına ve Vücut Bütünlüğüne Yönelik Tıbbi Müdahalelerde Hastanın Rızası http://eski.istabip.org.tr/icerik/tibbi-mudahalelerde-hastanin-rizasi-yrddocdr-yahya/ erişim 31.08.2012**.**

[11] Örneğin CMK 75/7, Karayolları Trafik Kanunu m.48/2, Polis Vazife ve Salahiyeti Kanunu m.13.

[12] Daha fazla örnek için bkz. K. Bayraktar, **Hekimin Tedavide Cezai Sorumluluğu**, Sermet Matbaası, İstanbul, 1972, s.145-146 ve dn.133. Bayraktar rızanın aranmayacağı, hatta hastanın karşı durmasına rağmen tıbbi müdahalenin yapıldığı hallerin çeşitli kanunlarda belirtildiğini ifade ederek şu şekilde örneklemektedir. Genel sağlığı koruma amacı gözetilerek, kişilerin rızası aranmaksızın yapılan tıbbi müdahaleler. Umumi Hıfzıssıhha Kanununda yer alan salgın hastalığa uğrayan hastanın tecrit edileceği ve aşılanacağına ilişkin hükmü. Kuduz olan ve kudurduğundan şüphelenilen hayvanların ısırdığı kişilerin hemen tedavi edilmek zorunda olduğu. Herkesin çiçek aşısı olma mecburiyeti. Zührevi hastalığa yakalananların tedavi mecburiyeti. Sari vereme yakalananların tecrit ve tedavile-

nin de güvenceler bakımından temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması ve güvencelerine ilişkin 13. madde koşullarına dahil olduğu ve bir üst kavram olarak "insan onuru" kanunda yazılı haller bakımından çerçeveyi oluşturmaktadır[13].

Kadının doğum ve üremeye ilişkin hakları bakımından ortaya çıkan ana sorunlar kadının doğurma hakkı, doğum kontrolü, gebeliğin iradi olarak sonlandırılması, doğum yönteminin seçilmesi gibi konularda yoğunlaşmaktadır.

A-DOĞURMA HAKKI

Doğum kadının en doğal haklarından biridir. Kadının birey olarak özerkliğinin de bir sonucudur. Bu hakkın özellikle çalışma hakkına, eşitlik ve ayrımcılık yasağına ilişkin sonuçları da bulunmaktadır. Ancak burada doğrudan biyolojik doğuma ilişkin haklar konu edilmektedir. Bu bağlamda, doğurma, doğurmama, gebeliği sona erdirme, doğum yöntemine karar verme, doğurma sayısına karar verme, doğum kontrolü gibi sorunlar doğrudan biyolojik doğum hakkına ilişkindir.

Doğurmaya hakkın olması doğurmama hakkını da içerecektir. Sorun Meclis Anayasa Uzlaşma Komisyonunun gündemine de gelmiş ve "do-

ri gibi. Ayrıca, Bayraktar rızanın önemli olmadığı bir durum olarak uyuşturucu madde kullanan kişilerin tedavi zorunluluğu örneğini vermektedir. 1593 sayılı Umumi hıfzıssıhha Kanunu halen yürürlüktedir. Örneğin madde 72/2:" 57 nci maddede zikredilen hastalıklardan biri zuhur ettiği veya zuhurundan şüphelenildiği takdirde aşağıda gösterilen tedbirler tatbik olunur: Hastalara veya hastalığa maruz bulunanlara serum veya aşı tatbikı" gibi.

[13] Tıbbi müdahaleler açısından hukuka uygunluk nedenleri olarak, Hastanın Rızası, Kamu Sağlığının Korunması Gayesi (Üstün Kamu Yararı), Tıbbî Zorunluluklar olarak sayılmaktadır. Yasal örnekler. Kamu yetkisinin kullanılması (üstün kamu yararı) (MK.m.24/II), Özel hukuktan doğan bir hakkın kullanılması (MK.m.24/II), Mağdurun rızası (MK.m.24/II), Vekâletsiz iş görme (BK.m.411), Meşru savunma (BK.m.52/I), Zaruret hali (BK.m.52/II), Kendi hakkını korumak için kuvvet kullanma (BK.m.52/III), M. Çeker, "Tıbbî Müdahalelerde Hukuka Uygunluk Sorunu", [RTF]
www.cu.edu.tr/insanlar/mceker/tıbbimüdahaleler.rtf. Gecikilmeksizin tıbbi müdahalede bulunulmadığı takdirde hastanın ölmesi ya da sağlık yönünden ağır bir zarara uğraması durumunda yapılan müdahale için rızanın aranmayacağı kabul edilmektedir. (Tıbbi Deontoloji Tüzüğü m. 3).

ğurmama hakkı"nın anayasa uzlaşma metninde uzlaşılan maddeler arasında bulunması sevindiricidir[14].

B-GEBELİĞİN SONA ERDİRİLMESİ-KÜRTAJ

Kürtaj sözcüğü Türk dil kurumunun büyük sözlüğünde "Vücutta boşluklar içinde bulunan yabancı cisimleri, hasta veya zararlı sayılan dokuları kazıyarak alma, kazıma. 2. Döl yatağının içini kazıyıp cenini alma işi[15]" olarak tanımlamaktadır.

1-Kürtaj ve İfade özgürlüğü

Kürtajın aynı zamanda siyasi, dini, ideolojik zemini olan bir kavram olması ifade özgürlüğü bakımından da sorunların ortaya çıkmasına yol açmıştır. Enformasyon hakkı, kanaat hürriyeti ifade hürriyeti, propaganda hakkı ve yayma hürriyeti ile düşünce hürriyetinin çarçevesini oluşturmaktadır. Somut olarak kürtaja ilişkin bilgiye ulaşılması da bir hak olarak İHAS 10. Maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğünün bir boyutudur. Bu konuda aşağıda zikredilecek iki İHAM kararı dikkat çekicidir.

a-Kürtaja İlişkin Bilgiye Ulaşma Hakkı- Open Door Dublin Well Women Kararı[16]

Open Door ve Dublin Well Women İrlanda da kar amacı gütmeyen iki organizasyondur. Kürtaj yasağı karşısında sınırötesi bu hizmetin nasıl elde edileceğine ilişkin bilgi vermektedirler. Ancak anayasaya aykırı oldukları için kapatılmışlardır. Bunun üzerine ifade özgürlüğünün sınırlanmasından hareketle İHAM a başvurulmuştur.

İHAM öncelikle bilgiye ulaşma hakkını da ifade hürriyetinin bir parçası olarak değerlendirmiştir. Müdahale ile getirilen sınırlamanın demokra-

[14] Radikal, **'Doğurmama hakkı'** yeni anayasaya girdi, 14.09.2012. Sağlık hakkına ilişkin uzlaşılan madde: Her kadın üreme sağlığı ve doğurganlık hakları konusunda ücretsiz hizmet alma hakkına sahiptir. http://www.ankarastrateji.org/haber/yeni-anayasa-calismalarinda-uzlasilan-57-madde-797/, erişim tarihi 8.2. 2015. Maddenin gerekçe notunda doğurganlık hakkının doğurmama hakkını da içerdiğinin belirtileceği ifade edilmektedir.

[15]http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guiTDK.GTS.54db118f0699d3.39692071, erişim tarihi 11.2.2015.

[16] **CASE OF OPEN DOOR AND DUBLIN WELL WOMAN v. IRELAND**, *(Application no. 14234/88; 14235/88)*, JUDGMENT, 29 October 1992.

tik toplumda zorunlu olup olmadığ ve orantılılığını inceleyan Mahkeme, sınırın mutlak niteliğine (yaşa, sağlığa, kürtaja başvurma sebebine bakmadan) gönderme yaparak müdahaleyi fazla geniş ve orantısız bulmuştur. Ancak sadece bu sebeple değil, ayrıca, bu bilgiler başka kaynaklardan da elde edilebilecek durumdadır. İlaveten yasak sebebiyle bu hizmeti almak isteyenler olumsuz koşullardla karşı karşıya kalabilecekler ve bu durum kadının sağlığını olumsuz etkileyebilecektir.

Sonuç olarak Mahkeme Sözleşmenin 10. Maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Kararın ardından İrlanda'da anayasa değişikliğine gidildiği de hatırlanmalıdır.

b-Kürtaj Karşıtı İfadenin Sınırları: Hoffer ve Annen Kararı[17]

Başvurucular 1945 ve 1951 doğumludur ve Heilbronn and Weinheim'de yaşamaktadırlar. 8 Ocak 1997 tarihinde Nuremberg tıp merkezinin önünden geçenlere dört sayfalık broşür dağıtmışlardır. Broşürün ilk sayfasında şunlar yazmaktadır:

"Doğmamış çocukları öldürme uzmanı Dr. F. Kuzey Tıp Merkezi Nuremberg'dedir."

Orta sayfada insan fetusunun gelişmesi be kürtaj teknikleri üzerinde bilgiler yer almaktadır. Ayrıca "Lütfen doğmamış çocukların cezasız öldürülmesine karşı savaşımızı destekleyin"

Bu yüzden KÜRTAJA HAYIR.

Broşürün 3. Sayfasında "Protestomuzu ve savaşımızı destekleyin. Öldürmemelisin biçimindeki Beşinci Emirin gerçekleşmesine destek verin. Federal Alman Anayasasına gelecekte Nuremberg'deki tüm doktorlar saygı duyacak!

Kuzey Tıp Merkezindeki Anne rahminde çocuk öldürmeyi durdur.

O zaman: soykırım

Bugün: Bebekkırımı

Kim sessiz kalırsa o da suçludur."

Bunun üzerine hakarat suçu isnad edilerek başvuruculara dava açılmıştır. Başvurucular 15 gün ve 10 günlük (her gün için 10 euro) para cezası almışlardır."

[17] **CASE OF HOFFER AND ANNEN v. GERMANY**, *(Applications nos. 397/07 and 2322/07)*, JUDGMENT, 13 January 2011, **FINAL**, *20.06.2011. Aynı yönde* Günter ANNEN v. Germany, Applications no. 2373/07 and 2396/07.

Başvurucular bu durumun ifade özgürlüklerini sınırladığı iddiasındadırlar.

Başvurucular mübalaa ederek polemik yaratma ve kamu yararı, siyasi amaç çerçevesinde kendilerini ifade etmişlerdir. İHAM kararında ifadenin etkisinin tarihsel ve sosyal bağlamdan kopuk olarak yorumlanamayacağı kanaatindedir. Soykırım Alman tarihinde özel bir anlam taşımaktadır. Mahkeme bu sebeple hekimlerin kişilik haklarının ağır ihlali olarak bu durumu değerlendirmektedir. Sonuç olarak Mahkeme(İHAM) Alman mahkemelerinin başvuruculaların ifade özgürlüğü ile hekimlerin kişilik hakları arasında makul bir denge kurduğu kanaatindedir. Ayrıca görece yumuşak bir ceza empoze edilmesi de orantılıdır. Yerel mahkemeler çatışan çıkarlar arasında makul bir denge kurmuştur. Sözleşmenin 10. Maddesi ihlal edilmemiştir[18].

2-Ceninin Yaşam Hakkı ve Kürtaj

Kürtajın kritik tartışması ceninin yaşam hakkının olup olmadığı noktasında düğümlenmektedir. Bu dinsel, toplumsal, hukuksal açıdan çok tartışmalı konuda İHAM kararları şu yöndedir.

Kürtajın ceninin yaşam hakkı ile ilişkisi mahkeme kararlarına da konu olmuştur.

a-Ceninin yaşam hakkı sözleşme tarafından korunmakta mıdır?

Bu yönde İnsan Hakları Avrupa Komisyonunun ilk kararlarından biri **Paton kararıdır**[19]. İngiliz Mahkemelerinin verdiği yasal bir kürtaj yaptırmak isteyen kadının eşi tarafından engellenemeyeceğine ilişkin karar Komisyon tarafından onaylanmıştır. Komisyon kabul edilemez bulduğu başvuruda kürtaj olmak isteyen kadın ile biyolojik potansiyel babanın çıkarlarını dengelemiş ve kadının çıkarlarını özel hayat hakkı bağlamında üstün bulmuştur.

Komisyon bu kez **H. v. Norveç** kararında[20] evlenmeden birlikte yaşayan çiftten kadın Haziran 1986'da hamile kalmıştır. Ağustos ayında İs-

[18] Karar oybirliği ile alınmıştır. Kararda adil yargılanma hakkı bakımından ihlal kararı çıkmıştır.

[19] Paton v. United Kingdom, (1980)3 EHRR 408. Aktaran Mason and Mc Call Smith's Law and Medical Ethics, Ninth ed. Oxford, 2013, s. 354.

[20] H. v. Norway, App. No. 17004/90, 19 May 1992.

rail'e giderek çocuklarının doğması arzusu ile üç ağaç dikmişlerdir. Ancak daha sonra anne adayı fikrini değiştirmiş ve kürtaj olmak istemiştir. Potansiyel baba tarafından yapılan başvuruda 14 ay ve 1 günlük ceninin kürtajı engellenmeye çalışılmıştır.

Kararda komisyon 2. maddedeki "herkes" ve "yaşam" ibarelerinin tanımlanmadığını belirtmekte ve 2. maddedeki sınırlamalara rağmen maddenin "doğmuş" bireyler için olduğunu fetüs için uygulanamayacağını vurgulamaktadır. Ancak, Sözleşmenin 2. maddesinin 1. fıkrasının Devletlere 2. fıkradan daha geniş yükümlülükler getirdiğini de tesbit etmektedir. Devletin 2. maddenin 1. fıkrasına göre sadece negatif bir yükümlülük içinde olmadığını, ayrıca uygun tedbirlerle bireyin yaşamını koruma pozitif yükümlülüğünün de olduğunu belirtmektedir. Komisyon 2. madde çerçevesinde fetüsün bir korumadan yararlanıp yararlanmayacağına karar vermek gerekmediğini, ancak bununla beraber bazı durumlarda üye devletlerde 2. maddenin ceninin de hayatını koruyup korumadığı veya hangi ölçüde koruduğu yönünde önemli farklılıkları olan görüşleri de dışlamadığını ilave etmektedir[21]. Sonuçta başvuru kabul edilemez bulunmuştur. Somut olayda kürtajın sağlık sebeplerinden değil, sosyal sebeplerden talep edilmesi dikkat çekicidir[22].

X. v. Birleşik Krallık davasında[23] kürtaj, ceninin yaşama hakkına kadının yaşam ve sağlığını korumak için getirilen üstü örtülü sınır olarak belirlenmiştir. Kararda sonuç olarak doğmamış ceninin yaşama hakkından yararlanamayacağına karar verilmiştir.

Boso v. İtalya[24] potansiyel babanın açtığı davada annenin kürtajına izin verilmesi sorgulanırken ceninin yaşama hakkının olup olmadığının değerlendirilmesine gerek görülmemiştir. Davada Komisyon, gebeliğin

[21] "but it will not exclude that in certain circumstances this may be the case notwithstanding that there is in the Contracting States a considerable divergence of views on whether or to what extent Article 2 (Art. 2) protects the unborn life." Komisyonun buradaki çekincesi büyük ölçüde farklı hukuk sistemlerinin varlığından kaynaklanmaktadır.

[22] R. Türmen, "Kürtaj ve İnsan Hakları", Radikal, 5.6.2012. Karşı doğrultuda yer alan bir belge olarak İnsan Hakları Amerikalılararası Sözleşmesi'nin 4'üncü maddesi sayılabilir. Maddeye göre: *"herkes, genel olarak, gebelikten itibaren yaşam hakkına sahiptir. Bu ifadeden de Amerikan mahkemeleri ceninin yaşama hakkını çıkarmamışlardır._Aktaran, T. Şirin,* ***"Kürtaj Hakkı ve Türkiye'nin Otoriter ve Muhafazakar Jargonu",***

[23] X. v. The United Kingdom, App. No. 8416/79, 13 May 1980.

[24] Boso v. Italy, App. No. 50490/99, ECHR 2002-VII.

sona erdirilmesinin kadının özel hayatı ile yakından ilgili olduğunu, ancak potansiyel babanın özel ve aile hayatına müdahale edildiği şeklinde geniş yorumlanamayacağına karar vermiştir. Mahkeme, potansiyel babanın 8. Maddeden kaynaklanan haklarının, hamileliğin devamı ve kürtajdan birincil olarak etkilenen annenin kürtaj iradesi karşısında daha üstün olmadığını belirlemiştir. Bu çerçevede potansiyel babanın başvurusu kabul edilemez bulunmuştur.

Vo Fransa'ya Karşı Davası[25] **-** Ceninin yaşama hakkının tartışılmadığı kararlardan biri de Vo kararıdır. Trajik olayda aynı ismi taşıyan hastalar hastanede karıştırılmış ve bunun sonucunda hastalardan birine spiral takılacak, diğeri ise gebelik kontrolüne gelmiş iken işlemler ters yapılmıştır. Hamile olan Bayan Vo'ya takılan spiral ceninin ölümüne yol açmış ve kürtaj olmak zorunda kalmıştır. Davada Mahkeme**, ceninin yaşama hakkı varsa, bu açıkça annenin hakları ve çıkarları ile sınırlıdır diyerek**, bazı durumlarda ceninin yaşama hakkının korunması ihtimalini devre dışı bırakmamakla beraber 2. maddeden ceninin birey olma sorusunu tartışmaktan da kaçınmış ve bu durumun ne talep edilebilir, ne de cevap verilmesinin mümkün olduğunu ifade etmiştir.

Evans Birleşik Krallığa karşı:- Embriyonun yaşama hakkının dolaylı olarak konu edildiği Evans Birleşik Krallığa karşı[26] davasında, sağlık sorunları nedeniyle çocuk sahibi olma olanağı ortadan kalkacak olan Bayan Evans eşi ile 6 tane embriyo dondurma işlemi yaptırmıştır. **Başvurucu sadece yumurtaların dondurulmasının mümkün olup olmayacağını sormuş bu durumda başarının zayıf olacağı şeklinde cevaplanmıştır. Eşi de endişelenmesine gerek olmadığını onun çocuğunun babası olmak istediğini belirtmiştir. Ardından bir operasyon geçirerek biyolojk olarak çocuk sahibi olma olanağını kaybetmiştir.** Evlilik birliği yürümemiş, eşi ise daha sonra rızasını geri çekmiş ve embriyoların yok edilmesini talep etmiştir. Birleşik Krallık kanunlarına bu talep uygundur. Bayan Evans'ın talebi üzerine İHAM ne giden davada Mahkeme Birleşik Krallık yasasının sözleşmeye aykırı olmadığına karar vermiştir. Dava anne olma olasılığı tamamen ortadan kalkan kadının hakları ile baba olma olanağı ortadan kalkmayan erkeğin hakları arasında bir denge oluşturmadığı için eleştirilmektedir. Davada başvuranın genetik anlamda ebeveyn olma kara-

[25] Case of Vo v. France, App. No. 53924/00, Judgment, 8 July 2004.
[26] Evans v. U. K., App. No. 6339/05, 10.04.2007.

rına saygı hakkının, eski eşin başvuranın genetik ilişkili bir çocuğuna baba olmama kararına saygı hakkından daha büyük olduğu sonucuna varmamıştır ve Büyük daire, bu konuda Avrupa'da bir görüş birliği olmadığına ulusal kuralların açık ve başvuranın dikkatine sunulmuş olduğuna ve nihayet bu kuralların çekişmeli çıkarlar arasında adil bir denge kurmuş olduğuna dayanarak sözleşmenin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

Bireysel başvuru yolu ile önüne gelen somut olyada Türk Anayasa Mahkemesi de ceninin yaşam hakkı olmadığına ilişkin kararları teyid etmektedir[27].

Şentürk Türkiye Kararı[28]- Son derece trajik olayda Bayan Menekşe Şentürk 29 yaşında ve 34 haftalık hamiledir. Sancıları başlamış ve eşi tarafından **Karşıyaka Devlet hastanesine** götürülmüştür. Beş hastane gezmiş fakat önce teşhis edilememiş sonra bebeğin öldüğü alınması gerektiği söylenmiş, gerekli depozitoyu yatıramadığı için başka bir hastaneye giderken yolda ölmüştür. Başvurucular olan eşi ve oğlu sadece annenin değil, bebeğin de ölümü için dava açmışlar ve İHAM bu vasıtayla doğmamış bebeğin de yaşama hakkının olup olmadığını yeniden değerlendirmiştir.

Mahkemeye göre, Vo kararında Büyük kurulun işaret ettiği gibi yaşamın başlangıcı konusunda konusunda bir Avrupa consensusu yoktur. Bu sebeple de devletin takdir alanına bırakılmaktadır. Büyük Daire bu durumun muğlaklığını vurgulamıştır ve anne ve fetusun ilişkisi ayrılmaz biçimde bağlantılı olduğu belirtilmiştir. Ancak yine de önceki kararlarındaki yaklaşımdan farklılaşmak için bir sebep görmemektedir. Bebeğin yaşamı anneye bağlı olduğundan ayrıca incelenmemiş annenin yaşam hakkı değerlendirilmiştir.

b- Kürtaj Hakkı

Gebeliğin iradi olarak sona erdirilmesi kararı kadının özel hayat hakkı kapsamında ve bireyin özerkliği çerçevesinde değerlendirilmektedir. Ancak bu alan sınırsız bir hareket serbestisi de tanımamaktadır. Sözleşmenin 8/2. Maddesinden kaynaklanan sınırlar burada da geçerlidir.

---

[27] **ZEKİ KARTAL BAŞVURUSU**, Başvuru Numarası: 2013/2803, Karar Tarihi: 21.1.2016.

[28] Case of Mehmet Şentürk and Bekir Şentürk v. Turkey*, (Application no. 13423/09), JUDGMENT, 9 April 2013,* **FINAL***, 09.07.2013.*

aa- Kürtaja ilişkin getirilen her sınırlama özel hayat ihlali değildir.

Bruggemann ve Scheuten-Almanya[29] davasında Başvurucular 1936 ve 1939 doğumlulardır ve Hamburg'da yaşamaktadırlar. İlk başvurucu bekar, diğeri ise boşanmıştır.

Komisyon başvuruda doğmamış çocuğun 2. Madde çerçevesinde değerlendirilmesini gerekli bulmamıştır. Ayrıca istenmeyen gebeliklerin sona erdirilmesine ilişkin her sınırlamanın annenin özel hayatına müdahale olmadığına da işaret etmiştir. Alman Anayasa Mahkemesi tarafından 12 hafta kürtaja olanak tanıyan düzenleme iptal edilmiştir. Sonraki düzenleme ise tıbbi ve sosyal danışmanlık ile bazı endikasyonlar sözkonusu olduğunda 22 haftaya kadar kürtajı düzenlemekteydi.

Sonuçta komisyon, Sözleşme'nin 8. maddesi çerçevesinde kürtaj hakkının olduğunu ileri süren başvurucuyu gebeliğin sonlandırılmasının sadece annenin özel hayatını ilgilendiren bir mesele olmadığı yönünde yanıtlamıştır. Olayda gebeliğin belli bir süre sonra sonlandırılmasının suç olarak tesbiti karşısında kararın başvurucunun özel hayatının, kürtaja olur vermemesi yönünden inanç özgürlüğünün ve çocuk sahibi olmaları evlenmelerine engel olacağı için evlilik dışı çocuk sahibi olan annelerin evlenme olasılığını azalttığı için evlenme hakkının ihlal edildiği (2. Başvurucu tarafından) ileri sürülmektedir. Mahkeme kararında sınırlamanın anayasa mahkemesi kararı ile getirilmesini yasallık ilkesine uygun bulmuştur. Sınırlamanın demokratik bir toplumda gerekli olduğunu ve başkalarının hakkı çerçevesinde meşru amaca dayandığını işaret etmektedir. Başkalarının haklarından Mahkeme anne rahminde büyüyen değeri haklarını anlamış ve sonuç olarak gebeliğin sona erdirilmesini sadece annenin özel hayatına ilişkin bir mesele olarak görmemiştir. Ancak 22 haftaya kadar tıbbi tavsiye ile kürtaja olanak veren düzenleme sözleşmeye aykırı bulunmamıştır.

bb-Annenin hayatına ilişkin risk halinde kürtaja izin verilmemesi ihlaldir.

A, B ve C İrlanda'ya Karşı Davası[30] Davada İrlandayı mahkûm etmesine rağmen kadının kürtaj hakkı olmadığına karar verdi. Davada üç İrlandalı kadın sadece annenin yaşama hakkı tehlikede ise kürtaja izin verilmesine

[29] Bruggeman ve Scheuten-Almanya, App. No. 6959/75, 12 Temmuz 1977 tarihli Komisyon Raporu.

[30] Case of A, B And C v. Ireland, App. No. 25579/05, Judgment, 16 December 2010.

ilişkin yasal düzenlemenin sözleşmeye aykırı olduğunu iddia etmektedirler. Annelerden birisi **kanser hastası, diğeri ise diğer çocuklarının koruyucu aileden alma hakkı tehlikeye gireceği için ve diğeri de dış gebelik riski olan ve istenmeyen gebeliklerini sona erdirmek istemektedirler** ve sınır ötesine gidip operasyon geçirmelerinin gereksiz, pahalı, travmatik ve komplike olduğunu ileri sürmüşlerdir. Yasa ile düzenlenmiş ve İrlanda da anlaşıldığı biçimiyle genel ahlak meşru sebebiyle sınırlamanın sözkonusu olduğu ifade edilmiştir.

Sınırlamanın demokratik bir toplumda zorunlu olup olmadığını özellikle zorlayıcı toplumsal ihtiyacın var olup olmadığını inceleyen Mahkeme İrlanda hukukundan daha geniş biçimde kürtaja Avrupa Konseyi ülkelerinde yer verildiğini saptamaktadır. Buna göre **30 ülkede talebe göre, 40 ülkede sağlık sebebiyle, 35 ülkede daha iyi olmak için kürtaja izin verilirken sadece 3 ülkede (Andora, Malta, San Marino) kadının yaşamı da dikkate alınmadan kürtaj yasaktır.** Ayrıca **İrlanda sadece annenin hayati riski halinde kürtaja izin veren Avrupa Konseyi üyesi tek ülkedir.** Ancak, Avrupa Konseyi ülkeleri arasında bu konuda tartışmasız bir uzlaşma da devletlerin geniş bir biçimde takdir hakkını kullandığı bu alan da yoktur. Fransa'ya karşı Vo davasında da hayatın ne zaman başladığı devletin takdir yetkisinde bırakılmıştır. Bilimsel ve hukuki olarak hayatın ne zaman başladığının tanımı konusunda bir Avrupa konsensus olmadığı gibi hayatın başlangıcının tanınması ve fetusun ve annenin haklarının ayrılmaz biçimde bağlantılı olarak devletlerin anne ve fetusun çıkarlarının dengelendiği takdir marjlarının içinde kaldığı vurgulanmaktadır.

Bu yüzden mahkeme de takdir marjına başvurmuş **ve ilk iki başvurucunun kürtaj için sınır dışına seyahat hürriyeti vardır İrlanda'da kürtaj öncesi ve sonrası tıbbi bakımları yapılmıştır. Mahkemeye göre İrlanda'daki kürtaj yasağı adil bir denge oluşturmaktadır. İhlal yoktur.**

Nadir bir tür kanser hastası olan 3. Başvurucunun durumunda ise, başvurucu gebeliğinin hastalığını olumsuz etkilemesinden endişe etmektedir. Mahkeme başvurucunun hayatına ilişkin her riskin açıkça fundamental değer taşıdığı ve özel hayatına ilişkin olduğunu belirtmektedir. Bu arada doktor ve hasta arasındaki hayati risk saptaması daha sonra çürütülebilecek ve ceza yaptırımları ile karşılaşılabilecektir. Mahkeme, İrlanda Hükümeti tarafından dayanılan ne tıbbi konsültasyon ne dava seçeneklerinin, üçüncü

başvurucunun İrlanda'da yasal bir kürtaj hakkı kullanmasına izin veren etkili ve ulaşılabilir bir prosedür oluşturmadığı sonucuna varmıştır. Bu sebeple de başvurucunun özel hayat hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.

cc-Tysiac Polonya'ya Karşı Başvurusu[31]- Bir hukuk sisteminde kanuni kürtaj olanağı varsa bunun hayata geçirilmesini sağlayan yasal zemin de olmalıdır. Bu durum devletin pozitif yükümlülüğüdür. Kanuni kürtaja ilişkin sorunlar ortaya çıktığında bunları hızla çözecek mekanizmalar oluşturulmalıdır. Bu durumda ne hukuk davası, ne de ceza davası başvurucunun sorununu çözmemektedir.

Olayda üçüncü bebeğine gebe kaldığı zaman Bayan Tysiac yüksek derecede miyoptu. Bu gebeliğin sağlığı üzerindeki sonuçlarından endişe duyan başvurucu tıbbi görüş almaya karar vermiştir. Görüşüne başvurduğu üç göz hekiminin üçü de, başvurucunun retinasında oluşan patolojik değişikliklere dayanarak, gebelik ve doğumun başvurucunun görüşü için ciddi riskler oluşturacağı sonucuna varmışlardır. Ancak başvurucunun taleplerine rağmen, bu doktorlar retina akmasının muhtemel ancak kesin olmadığı gerekçesiyle kürtaj için başvurucuya bir rapor vermeyi reddetmişlerdir. Başvurucu aynı zamanda bir pratisyen doktora danışmış ve bu doktor kendisine retinadaki problemlerle bağlantılı gebelikle ilgili riskler ve iki sezaryen doğumdan sonra gelecek bir doğumun sonuçlarını aktaran bir rapor düzenlemiştir.

Gebeliğin ikinci ayında başvurucunun miyop hastalığı iki gözde de iyice ağırlaşmıştır. Başvurucu bir devlet hastanesinin kadın hastalıkları ve doğum bölüm başkanı olan **Dr. R.D. tarafından muayene edilmiş ve bu doktorda kürtajı gerektirecek bir nedenin olmadığı sonucunda varmıştır.** Sonuç olarak, başvurucu kürtaj olanağından yararlanamamış ve üçüncü çocuğunu da sezaryen yoluyla dünyaya getirmiştir**. Doğum sonrasında retinada oluşan kanama sonucunda başvurucunun görüşü çok ciddi bir şekilde bozulmuştur.** Başvurucuya retinadaki hasarın çok ilerlemiş olmasından dolayı cerrahi müdahaleyle düzeltilmesinin mümkün olmadığı bildirilmiştir. Doktorlardan oluşan bir kurul başvurucunun durumunun önemli bir sakatlık oluşturduğunu ve başvurucunun sürekli bakıma

[31] ***Tysiąc/Polonya* – 5410/03**, Karar 20.03.2007.

ve günlük işleri için yardıma muhtaç olduğunu tespit etmiştir. Başvurucu, Dr. R.D. hakkında şikâyette bulunmuş, ancak kanama oluşması ihtimalinin her durumda bulunduğu ve dolayısıyla doktorun kararıyla başvurucunun görüşünün bozulması arasında bir neden sonuç ilişkisinin bulunmadığı gerekçesiyle, savcı kovuşturmaya yer olmadığına karar vermiştir. Ortada bir meslek hatası bulunmadığı gerekçesiyle doktora hiçbir disiplin cezası verilmemiştir. **Üç çocuğunu tek başına büyüten başvurucu, ağır derecede sakat olarak kabul edilmiş olup ileride görüşünü tamamen kaybetme riski taşımaktadır.**

Mahkemeye göre, hamile olan bir kadının özel hayatı, gelişmekte olan cenininkiyle sıkı bir şekilde bağlı olduğuna göre, kürtajla ilgili mevzuat özel yaşam alanıyla ilgilidir. Başvurucuya kürtaj izni verilmemesinin hakka bir müdahale oluşturup oluşturmadığına bakmaya gerek yoktur, çünkü davanın koşulları ve ileri sürülen şikâyet göz önünde bulundurulduğunda, davayı sadece devletin müstakbel annelere bedensel bütünlüklerine saygı gösterilmesi hakkını tanıma pozitif yükümlülüğü açısından incelemek tercih edilir. Ulusal mevzuat, sadece, gebeliğin annenin hayatı veya sağlığı için bir tehlike oluşturduğuna yönelik iki doktorun görüşü alındığı takdirde kürtaja izin vermektedir. Yasada belirtilen şartlara uymayarak kürtaj yapan doktor üç yıla kadar hapis gerektiren bir suç işlemiş olur. Polonya Aile Planlaması ve Kadın Federasyonu'na göre, özellikle tıbbi nedenlerle hamileliğin sonlandırılmasına izin verilebilmesi için bulunması gerekli yasal şartların belli bir olayda oluşup oluşmadığına karar verilmesi için gerekli şeffaf ve açık bir prosedürün bulunmayışı göz önüne alındığında, cezalandırılma ihtimali doktorları kürtajaizin vermekten caydırmaktadır. Hükümet'in kendisi yasanın uygulamadaki şeklinde eksiklikler bulunduğunu kabul etmiştir.

Yasal kürtaj için gerekli ön şartların belli bir olayda oluşup oluşmadığı konusunda hamile kadınlarla doktorlar veya doktorların kendi aralarında çıkan bir anlaşmazlık söz konusu olduğunda usul garantilerinin gerekliliği kendini daha da hissettirmektedir. Böyle bir durumda, **ilgili yasal hükümler hamile kadının yasa karşısındaki durumunu açıkça ortaya koyacak ve kürtaj yasağının doktorların cezaya çarptırılma risklerinden kaynaklanan caydırıcı etkisini hafifletecek bir şekilde düzenlenmelidir.** Bir kere kürtaja izin vermeye karar verdikten sonra, yasa koyucu, ilgili yasal mevzuatı bu yola başvurma olanağını uygulamada sınırlayacak

bir şekilde düzenlememeli, aksine hamile kadına argümanlarını kararının gerekçelerini yazıya dökecek, bağımsız ve yetkili bir kuruma sunma olanağını verecek bir mekanizma oluşturmalıdır. **Kadın sağlığına zarar verecek durumların önlenmesi veya sınırlandırılması için bu tip kararlar zamanında alınmalıdır. *A posteriori* yapılan bir denetim bu görevi yerine getiremez.** Böyle bir önleyici mekanizmanın ulusal hukukta öngörülmemiş olması devletin üzerine düşen pozitif yükümlülüklerine aykırıdır. Olay tarihinde, başvurucu çok yüksek derecede miyoptu ve gebeliğiyle yapacağı doğumun görüşünün daha da bozulmasına yol açacağından korkuyordu. Geçmiş tıbbi durumu ve kendisine verilen görüşlere bakıldığına ilgilinin korkuları gerçek dışı olarak değerlendirilemez.

İlgili yasal mevzuat tıbbi kürtaj için alınacak kararlar konusunda görece basit ve hızlı bir mekanizma öngörmekle birlikte, hamile kadınla doktorları veya doktorların kendileri arasında çıkabilecek anlaşmazlıklara bakmak ve bunları çözmek için hiçbir mekanizma öngörmemektedir. Şüphesiz yasa bir doktorun bir meslektaşından ikinci bir görüş istemesine izin vermektedir, ancak bu durum anlaşmazlık durumunda bir hastaya başka bir doktor görüşü isteme ya da verilen görüşe karşı çıkmaya izin verecek hiçbir usul garantisi sunmamaktadır.

Ayrıca, yasa, özellikle kanuni yollardan kürtaj yapmak isteyen hamile bir kadının durumunu da düzenlememektedir. Dolayısıyla, olayda uygulandığı şekliyle Polonya **mevzuatının kanuni kürtajdan yararlanmak için yerine getirilmesi gerekli şartların başvurucunun olayında oluşup oluşmadığını belirlemeyi sağlayacak etkili bir mekanizma içerdiği gösterilememiştir.** Böylece başvurucu kendisini uzayıp giden bir belirsizlik durumu içinde bulmuş ve bundan dolayı da sağlığı üzerinde baş gösterecek olumsuz sonuçları düşündükçe ciddi kaygılar yaşamıştır.

Haksız fiil sorumluluğuyla ilgili hükümler sadece tazminat alma hakkını tanımakta olup dolayısıyla başvurucunun özel hayatına saygı hakkını korumaya imkân vermemişlerdir. Ceza yargılaması veya disiplin soruşturması da başvurucunun sağlığına gelecek zararın önlenmesine imkân veremezdi. Sonradan alınan tedbirler tek başlarına başvurucu gibi güçsüz bir durumda bulunan insanların beden bütünlüklerini gerektiği gibi korumaya yetmez. Olaydaki şartlar bütüncül bir şekilde değerlendirildiğinde, Polonya devleti, başvurucunun özel hayatına saygı hakkını koruma konu-

sunda kendisi üzerine düşen pozitif yükümlülüğünü yerine getirmemiştir. 8. madde ihlal edilmiştir. (Bire karşı altı oyla).

dd-R.R. v. Polonya Kararı [32]- Ağır anomalisi olan cenine rağmen kürtaj olmayı engellemek için yasal kürtaj süresinin hekimlerce kasten doldurulması Sözleşmenin 3. Maddesinin ihlalidir. Ayrıca işkence ve kötü muamele sayılır.

İki çocuk sahibi bir kadın olan R.R. üçüncü çocuğuna hamiledir. Hamileleiğin on sekizinci haftasında yapılan bir ekografi ceninde yapısal bozukluk olma şüphesi yaratmıştır. Başvurucu yapısal bozukluk olması halinde kürtaj olmak istediğini belirtmiştir. Kendisine amniyosentez aracılığıyla genetik inceleme yapması önerilmiştir. Başvurucu bu testi kendi doktoru dahil bir çok doktordan talep etmesine rağmen reddedildiği için ancak gebeliğinin yirmi üçüncü haftasında yaptırabilmiştir. Başvurucu bu arada kürtaj talebini yenilemiş ancak olumlu cevap alamamıştır. Ardından iki hafta sonra, ceninin Turner sendromuna yakalandığını doğrulayan test sonuçlarını alınmış fakat bu arada kürtaj için öngörülen yasal süre dolmuştur. Başvurucu Turner sendromu olan bir kız çocuğu dünyaya getirmiştir. Başvurucu ağır hasta bir bebeğin büyütülmesi veeğitilmesinin kendisini ve diğer çocuklarını yıprattığını, 3. Bebeğin doğumunun ardından eşinin de kendisini terk ettiğini belirtmiştir.

Doktorlara açtığı ceza davası başarısız olmuş ancak tazminat davası haklı bulunmuştur.

Polonya hukukunda fetal malformasyon vakalarına kürtaj imkanı bulunmaktadır. Ancak mahkemeye göre gebe kadınlara fetüslerinin sağlığı konusunda uygun, tam ve güvenilir bilgi verilmesini temin edecek yeterli hukuk ve usul çerçevesi sağlanmamıştır. Mahkemeye göre üye devletler sağlık hizmetlerini, sağlık profesyonellerinin meslek bağlamındaki vicdan özgürlüklerini hastaların kanunen hakları olan hizmetlere erişimini engellemeyecek tarzda kullanmalarını sağlayacak şekilde düzenlemekle yükümlüdürler.

[32] *R.R./Polonya* – 27617/04, Karar 26.5.2011. DITZ v.Germany, DITZ v.Germany, Application no. 29056/06, kabul edilemez bulunan başvuruda ağır onaomali ile doğan bebeğin durumunun hekim tarafından zamanında haber verilmediği için kürtaj yapılamaması tartışılmaktadır.

İHAM'a göre Başvurucu çok hassas bir durumdaydı. Sağlık uzmanlarının ertelemeleri sonucunda ve onun kaygılarını gözetme ve ona uygun bir cevap verme yasal yükümlülüklerine rağmen, başvurucu, ceninin sağlığıyla ilgili olarak, altı haftalık korkunç bir belirsizlik dönemi geçirmek durumunda kalmıştır. Durumunun acil niteliği hiçbir şekilde dikkate alınmamıştır. Öyle ki başvurucu nihayet test sonuçlarını aldığında, hamileliğine devam etme veya kürtaj talep etme arasında aydınlatılmış bir tercih yapmak için artık çok geçtir. Böylece, başvurucu aşağılanmış ve İHAM'nin görüşüne göre, acısı 3. Maddenin(işkence kötü muamele) ihlali için gerekli ağırlık seviyesine ulaşmıştır. Sözleşme ihlal edilmiştir.

Başvuru işkence ve kötü muameleye karar verilmesi bakımından özellikle dikkat çekicidir.

ee-Tecavüz sonucu hamilelikte kürtaj hakkı. P. and S. v. Polonya Kararı[33]

1993 ve 1974 doğumlu olan Başvurucular Lublin'de yaşamaktadırlar. P. 14 yaşında iken kendisi gibi bir küçüğün tecavüzüne uğramış ve hamile kalmıştır. Kürtaj olmak istemektedir. Ancak sağlık kuruluşlarına yapılan başvurularda hekimlerin isteksizliği, yanlış yönlendirmeleri, bir rahibin danışmanlığına yönlendirilmesi sonucu güçlüklerle karşılaşılmıştır. Nihayetinde kanunen istediği kürtaja izin verildiğinde, kürtaj evindeki şehirden yaklaşık beş yüz kilometre uzaktaki bir hastanede gizli bir şekilde yapılmıştır. Devletin sistemli ve kasıtlı olarak özel hayatlarına ihlali giderecek tedbirleri almadığını ileri sürmektedirler.

Başvurucular içlerinde bulundukları durumu düzenleyen kapsamlı bir yasal çerçevenin olmadığını ve yasal kürtaj hakkının da hekimlerin kürtaj kararını saygılı onurlu ve zamanlamayı da dikkate alan bir davranışla tıbbi olarak sona erdirme olanağına ulaşamadıklarından şikayetçidirler. Yasal kürtajın koşulları, için karşılanması gereken hukuki koşullar hakkında yanlış bilgilendirilmişler ve kürtaj konusunda özgür bir karar almaları engellenmiştir.

Mahkeme somut başvuruda devletin mevcut davada ilgililerin, yasal bir kürtaja erişimin belirlenmesi bağlamında haklarını savunmalarına izin veren etkili ve erişilebilir bir usul oluşturmadığını tespit etmiştir. Mahke-

[33] Case of P and S. v. Poland, Application no. 57375/08, Final, 30.01.2013.

me, kanuni kürtaja ve izleyen usullere olanak tanıyan bilgilere güvenilir biçimde ulaşma hakkının bireyin kişisel özerkliği ile doğrudan ilgili olduğu kanaatindedir. Bir kadının hamileliğini sona erdirme kararı doğası gereği zaman faktörünün kritik öneme sahip olduğu bir durumdur. Bu nedenle, yürürlükte olan prosedürler bu tür kararların zamanında alınmasını sağlamalıdır. Devlet, Başvuruculların özel hayatının etkili biçimde korunması pozitif yükümlülüğünü yerine getirmemeiş, özel hayat hakkı ihlal edilmiştir.

Başvurucu aynı zamanda Lublin hastanesinin olayla ilgili basın açıklamasında bulunmasını da kişisel verilerin ifşası olark değerlendirmiş ve şikayet etmişlerdir. Mahkeme bu yönü ile de hastanenin basın açıklamasını ne hukuki ne de meşru amaca hizmet eden bir müdahale olarak görmüştür. Sözleşme ihlal edilmiştir.

C- ÜREME TEKNİKLERİ-YAPAY DÖLLENME[34]

İHAM içtihatlarına göre, in vitro fertilizasyon amacıyla sperm ve yumurta bağışının iç hukukta yasaklanması sözleşmeye aykırı değildir. Ancak Mahkeme aynı kararda, söz konusu alandaki hızlı bilimsel ve hukuki gelişmeler karşısında üye devletleri "sürekli bir denetleme yapmaya" da çağırmaktadır.

Yapay döllenmenin yasaklanması:

İç hukukta yapay döllenmenin yasaklanmasına ilişkin sınırlama İHAM önüne Avusturya düzenlemeleri ile bağlantılı olarak gelmiştir. **S.H. ve Diğerleri Avusturya** 'ya karşı Davasında evli bir çift olan başvurucular kısırlık sebebiyle yapay döllenme imkanından yararlanmak istemişler, ancak başvuruculardan ilk çiftte sperm bağışı, diğer çiftin ise yumurta hücresi bağışı Avusturya yasasına göre yasaktır. Söz konusu yasa, yapay döllenmeyi şu şartlar altında uygun bulmaktadır: Sadece birbiriyle evli olan veya evli gibi birlikte yaşayan çiftlerin yumurtalarının veya spermlerinin kullanıldığı in vitro fertilizasyona dayalı tıbben destekli dölleme yöntemleri (homolog üreme teknikleri) ve yine istisnai durumlarda, *in utero* döllenme amacıyla sperm bağışı yapılması. Avusturya Anayasa Mahkemesine yapılan başvuruda Anayasa Mahkemesi bir çocuğun biyolojik ve taşıyıcı

[34] S.H. ve diğerleri/Avusturya - 57813/00, Karar 3.11.2011.

annesinin olması gibi olağandışı bir durumun varlığı ve bu durumun kadının istismarına yol açabilmesinden hareketle sınırlı yasal düzenlemeyi anayasaya uygun bulmuştur.

İHAM kararında öncelikle çiftlerin çocuk sahibi olma ve bu amaçla tıbbi destekli döllenme yollarına başvurmalarını özel hayat ve aile hayatı kapsamı içinde görmüştür. Bu sebeple olayın kapsamı Sözleşmenin 8. Maddesine ilişkindir.

Başvuruculların şikayeti sözkonusu yasal düzenleme sebebiyle tıbbi destekli bir döllenme tedavisinden yoksun kalmak idi. İHAM bu konuda şu değerlendirmeyi yapmıştır:

İlk test müdahalenin hukuki olup olmadığı ve meşru amaç güdülüp güdülmediği noktasındadır. İHAM yasal bir müdahalenin olduğuna ve "sağlık veya ahlakın korunması" ile "başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması" sebebiyle haklı sebebe dayalı bir müdahale olduğuna işaret etmektedir.

İkinci test bu alanda yapılan müdahalede devletin takdir marjı konusundadır. Kararda İHAM Anayasa Mahkemesinin bu kararının ardından tıp dünyasındaki gelişmelerin hukuk alanında önemli değişikliklere yol açtığını ve bir çok üye devletin düzenlemeler getirdiğini işaret etmektedir. Ancak Mahkeme, bu sebeple bugün için değil, Anayasa Mahkemesinin karar verdiği döneme ilişkin bir değerlendirme yapmaktadır. Hatta mahkeme infertilizasyon amacıyla gamet bağışının kabul edilmesine ilişkin olarak bir "**Avrupa uzlaşmasının**" olduğunu belirtmektedir. Konunun yeni ve değişen bir seyir izlemesinin ve ahlak ve etik kuralları bakımından üye devletler arasında henüz tam bir görüş birliğinin olmaması sebebiyle üye devletlerin takdir hakkının genişliğine işaret etmektedir.

Mahkeme yumurta hücresi bağışı ve sperm bağışını ayrı ayrı incelemiştir. Her ikisinde de ahlaki değer yargıları ve toplumsal kabule ilişkin oluşan kaygıların ciddiye alınması gerektiğini belirtmektedir. Ancak ilave etmektedir ki, bu kaygılar tek başına yumurta hücresi bağışının ve sperm bağışının tamamen yasaklanması için yeterli olamayacağını da vurgulamıştır**. Devletlerin bu alandaki takdir yetkileri yapılan yasanın tutarlı olması ve çeşitli meşru amaçları tatmin etmesi bağlamında sınırsız değildir.**

Müdahalenin orantılılığı testinde ise, Avusturya yapay Döllenme Yasasında eşler arası (homolog) tekniklerin kullanımına izin verildiğinden

yapay döllenme tamamen yasaklanmamıştır. Avusturya yasası tıbbi destekli döllenmenin mümkün olduğunca doğal üremeye yakın olması esası üzerine kurulmuştur. Yapay döllenme tekniklerinin kullanılmasını sadece alanda özel deneyimi bulunan, etik meslek kurallarına bağlı doktorlara vermek ve gamet bağışının ücretlendirilmesini yasaklamak suretiyle öjenik seçime ilişkin potansiyel riskleri kaldırmak, mevcut tekniklerin kötüye kullanımını ve korunmasız durumdaki yumurta bağışçısı kadınların sömürülmesini önleme amacını taşımaktadırlar. Mahkeme evlet edinme kurumunun hukukileşmesi gibi, yapay döllenmeye ilişkin olarak da sorunların hukuki çözümlerinin bulunacağı kanaatindedir.

Mahkemesin üzerinde durduğu bir başka husus ise in vitro fertilizasyon hizmetinden yurt dışında yararlanma yasaklanmamış ve fertilizasyonun başarılı olması halinde baba ve anne ile nesep bağı, medeni kanunda düzenlenmiştir[35].

Tüm bunlar dikkate alındığında sonuç olarak İHAM Anayasa Mahkemesi kararının verildiği zaman itibarıyla **Avusturya yasa koyucusunun yukarıda belirtilen takdir alanını aşmadığı kanaatindedir. Ayrıca Mahkeme söz konusu alandaki hızlı bilimsel ve hukuki gelişmeler karşısında üye devletleri "sürekli bir denetleme yapmaya" çağırmaktadır.**

Kararda Avusturya'nın sözleşmeyi ihlal etmediğine karar verilirken kararın dörde üç bıçaksırtı kararlardan olduğu da belirtilmelidir. Mahkemenin Anayasa Mahkemesi kararının verildiği dönemi esas alarak ihlal kararı vermediği ve ayrıca devletleri bilimsel ve hukuki gelişmeleri takipe davet etmesi ve bu kararın bile kılpayı verilmesi dikkate alındığında sonraki kararlarında içtihat çizgisinin değişmesi potansiyeli yüksek görünmektedir.

Parrillo/İtalya Kararı[36] nda başvurucunun in vitro döllenmede elde edilen embriyoları bağışlaması özel hayat hakkını ihlal olarak değerlendirilmemiştir. Kararda eşi ölen başvurucunun ölen eşinin embriyoları bağışlamayı tercih edip etmeyeceğini konusundaki iradesini ortaya koyan bir delilin bulunmaması da dikkate alınmıştır.

---

[35] İHAM yakın tarihli bir kararında ABD taşıyıcı annelik müessesesi ile bebek sahibi olan Fransız çift ile çocuk arasında hukuki ilişki kurulmamasını sözleşmeye aykırı bulmuştur. **CASE OF MENNESSON v. FRANCE**, *(Application no. 65192/11)*, JUDGMENT, 26 June 2014, **FINAL**, 26.09.2014.

[36] **Parrillo v. Italy,** application no. 46470/11, Büyük Daire, 27.08.2015.

Mahkumun YapayDöllenme Hakkı: Dickson /Birleşik Krallık[37]

Cezaevinde iken tanışan çiftten kadın cezasını çekerek serbest kalmıştır. Koca ise ömür boyu hapis cezasına çarptırılmıştır. Bu durumda en erken 2009 yılında serbest kalacaktır. Ortak çocuk sahibi olmak istemektedirler. Bu sebeple sunni döllenme talebinde bulunmuşlar, fakat başvuruları reddedilmiştir. Başvuruyu red gerekçesi bireysel ve toplumsal olmak üzere iki yönlüdür. Bireysel redde çocuğun hiçbir zaman normal yaşam çerçevesi ile örtüşmeyecektir. Toplumsal olan ise, toplumun cezanın caydırıcı ve bastırıcı niteliğini kaybettiği düşüncesidir.

Somut olayda kocanın serbest bırakılma tarihi ve kadının yaşı dikkate alındığında birlikte çocuk sahibi olmanın en gerçekçi yolu sunni döllenmedir.

Mahkeme iki taraf arasında denge sağlarken İHAS ın eş ziyaretlerini zorlayıcı hale getiremediğini de vurgulamakta ve sonuç olarak başvurucularınözel hayat haklarının ihlal edildiğine karar vermektedir.

D-İSTEK DIŞINDA KISIRLAŞTIRMA-Aydınlanmış Onam

Bireyin maddi ve manevi bütünlüğüne müdahalenin şartı aydınlanmış onamdır. Aydınlanmış onam bireyin maddi ve manevi bütünlüğü ve özerkliği kavramlarının bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple bireyin iradesi dışında veya sağlıklı bir irade olmadan vücut bütünlüğüne müdahale de bireyin özel hayat hakkının ihlali olarak kabul edilmektedir. Bu konuda İHAM kararları arasında özellikle irede dışı kısırlaştırma operasyonları dikkat çekmektedir.

V.C. /Slovakya Davası[38]

Başvurucu 1980, Jarovnice doğumludur ve Roman asıllıdır. Zorunlu eğitimini 6. yılında bitirmiştir ve işsizdir. 23 Ağustos 2000 tarihinde, Sağlık Bakanlığı'nın denetimi altında olan Prešov Hastanesi ve Bakım Merkezi'nde 2. çocuğu için sezeryan operasyonu yaptırırken kısırlaştırılmıştır. Kısırlaştırma döllenmeyi önlemek için Fallop borusunu kesmek ve tıkamak amacıyla tüplerin bağlanması şeklinde yapılan Pomeroy metodu kullanılarak yapılmıştır.

[37] Application no. 44362/04. Büyük daire, Final, 4. 12.2007.

[38] **V.C. /SLOVAKYA DAVASI**, *(Başvuru no. 18968/07)*, 8 Kasım 2011, **FİNAL** *08.02.2012*.

Başvurucu olarak ne sezeryan operasyonunun ardından sterilizasyonu konusunda uluslararsı standartlara uygun biçimde ücretsiz, tüm olarak ve bilgilenmiş onamının alındığını ne de o zamanki yasal düzenlemeye (1972 Strilizasyon Tüzüğü) uygun davranıldığını iddia etmektedir. Sterilizasyona olur veren imzası doğumdan kısa bir süre önce doğum sürecinin sonunda alınmıştı ve bu durumda sterilizasyona zorlanmıştı.

Hükümet'in savunması ise, kısırlaştırmanın başvurucunun doğum öncesi tıbbi durumu ile ilişkilendirilerek geniş düşünülmesi gerektiğini ve başvurucunun 2. sezeryan operasyonunun olduğunun tıbbi olarak dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir. Görevli doktorlar uterus reptürü riski sebebiyle başvurucunun ileriki gebeliklerde kendisinin ve bebeğinin risk altında olduğunu ve başhekim ile görüşülerek sterilizasyonun uygun bir tedbir olduğuna karar verildiğini işaret etmektedir. Mahkemenin değerlendirmesi özellikle Sözleşmenin 3. ve 8. maddeleri üzerinde yoğunlaşmış ve her ikisi için de ihlal sonucuna varılmıştır.

Sözleşmenin 3. Maddesi ile ilgili iddialar bakımından Mahkeme önce genel esasları belirlemiştir. Buna göre, demokratik toplumun en temel değerlerinden birinin korunduğu 3. maddenin, işkence ve insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya cezaya mağdurun davranışları ve içinde bulunulan durumla ilgili olmadan mutlak ifadelerle yasakladığını vurgulamaktadır. Yanlış davranışın şiddetin minimum standardından başlayarak madde kapsamında olduğu ve tüm durumları kapsadığı belirtilmektedir. Örneğin, uygulamanın süresi fiziksel ve ruhsal etkileri ve bazı durumlarda, cinsiyet, yaş ve mağdurun sağlık durumu süresi. Davranışın amacı, böyle bir amacın olmadığı mağduru aşağılamak veya itibarını küçültmek amacına uygun olup olmadığı, söz konusu özellikle dikkate alınması gereken bir faktör olmakla birlikte, kaçınılmaz bir şekilde maddenin ihlal edilmediği sonucuna da yol açmadığı ifade edilmektedir. Mahkemeye göre, davranışın insanlık dışı veya onur kırıcı olması, acı çekme veya utandırıcılığın ilgili olduğu herhangi bir olayda sözkonusu davranışın kaçınılmaz olan acı çekmenin veya küçük düşmenin ötesine geçmesidir.

Sonuç olarak Mahkeme, tıbbi yardım bakımından belli bir davranışın reddi ölümcül sonuçlara yol açsa bile şuurlu yetişkin hastanın oluru olmadan tıbbi tedavi onun **FİZİKSEL BÜTÜNLÜĞÜNÜ ihlal edecektir[39].**

Bu sonuçlar olaya uygulandığında Mahkeme sterilizasyonun bireyin üreme sağlığına büyük bir müdahale olduğunu not etmektedir. Yetişkin şuurlu bir hastanın oluru olmadan tıbbi bir tedavinin dayatılması bireyin sözleşme ile korunan özgürlüğü ve onuruna müdahale olacaktır. Mahkeme Slovakya'nın tarafı olduğu Biyotıp Sözleşmesini ve Dünya Sağlık Örgütü'nün Hasta haklarının Geliştirilmesi Deklerasyonunu ve Cedaw'ın 24 Nolu genel tebliğini de hatırlatarak sterilizasyonun sadece ihtiyaç duyulan ilgili kişinin önceden bilgilendirilmesi (aydınlanmış onam) sonucu onayı ile mümkün olacağını belirtmektedir. Bu konudaki tek istisna tıbbi müdahalenin ertelenemeyeceği ve uygun bir onay almanın mümkün olamayacağı acil durumlardır.

Somut olayda başvurucunun bir devlet hastanesinde 2. sezeryan operasyonu olmasının hemen ardından sterilize edilmiştir. Doktorlar muhtemel 3. gebelik halinde hastanın ve çocuğunun uterus yırtılmasından kaynaklanan hayati risk taşıdığını tesbit etmişlerdir. Mahkeme sterilizasyonun hayati bir müdahale olmadığını, olayda da bu durumun değişmediğini saptamaktadır. Durum acil değildir ve hasta da şuurlu bir yetişkindir. Tıbbi açıdan gerekli olsa bile müdahale için onayına ihtiyaç bulunmaktadır.

Başvurucuya onayı hastaneye getirildikten 2 buçuk saat sonra labour sürecinde ve supine durumunda iken sorulmuştur. İlgili kayıtta sadece hastanın sterilizasyon istediği yer almaktadır. Mahkemeye göre, böyle bir yaklaşım insan onuru vücut bütünlüğü ile çatışmaktadır. Özellikle dökümanlardan başvurucunun bütün olarak

a- sağlık durumu hakkında, sözkonusu
b- prosedür ve
c- alternatifleri

konusunda bilgilendirildiği görülmemektedir. Daha da ötesi başvurucuya labour aşamasında ve sezeryan operasyonundan hemen önce onay için sorulması tüm yönleriyle düşünerek, partneri ile değerlendirdikten sonra özgür iradesi ile karar vermesi ne de engeldir. Bu durumda Mahke-

[39] Aynı yönde Pretty **v**. the United Kingdom, no. 2346/02, §§ 63 and 65, ECHR 2002-III; Glass **v**. the United Kingdom, no. 61827/00, §§ 82-83, ECHR 2004-II; and Jehovah's Witnesses of Moscow v. Russia, no. 302/02, § 135, ECHR 2010…

meye göre, daha az müdahale eden diğer alternatiflerin sunulması da engellenmiştir. Hekimler paternalist, buyurgan davranmışlardır. Oysa olayda aydınlanmış onam bireyin moral tercihlerindeki özerkliğini geliştirmek için gereklidir.

Hastanın özerkliği prensibi Biyotıp sözleşmesinin açıklayıcı raporunda da yer almaktadır.1999 tarihli Cedaw 24 sayılı genel recommendation da da kadınlar için yer almaktadır. İnsan Hakları ve Biyoetik Evrensel Beyannamesinde de 5. maddede de bireyin özerkliğine yer vermektedir.

Mahkeme ayrıca, başvurucunun 20 yaşında ve üreme fonksiyonlarının başlangıcında olduğunu ve bu tür bir müdahalenin üreme fonksiyonunu ortadan kaldırarak vücut bütünlüğüne müdahale olduğunu belirlemektedir. Müdahale acil değildir. Başvurucu aydınlanmış onam vermemiştir. Bunun yerinelabour sürecinde ve spine halindeyken hasta sterilizasyon istiyor biçimindeki form imzalatılmıştır. Sonraki hamileliklerinde kendisinin ve bebeğinin ölebileceği söylenereimza için acele ettirilmiştir.

Bu sebeplerle, başvurucunun kararı korku, ıstırap ve aşağılık duygularını uyandırmak ve kalıcı acı çekmesi gibi duygulara yol açmıştır. Mahkeme başvurucunun daha sonra bu sebeple eşi tarafından terkedilmesini de göz önünde bulundurmuştur. Başvurucu daha sonra sterilizasyon sebebiyle yanlış hamilelik gibi birçok tıbbi ve psikolojik sorunlar yaşamıştır. Ayrıca başvurucu Sterilizasyon sebebiyle Roman toplumu tarafından da dışlanmıştır.

Sağlık personelinin bu kasıtla müdahale ettiğine ilişkin veri olmasa da hastanın özerkliğine ve seçimine büyük saygısızlık etmişlerdir. Bu çerçevede müdahale sözleşmenin 3. maddesinin kapsamına girecek kadar şiddetlidir ve 3. Madde Slovakya tarafından ihlal edilmiştir.

Karar, bireyin fiziksel bütünlüğü ve özerkliği ve de onuru ile aydınlanmış onam arasında bağlantı kurması; Aydınlanmış onamın bireyin sağlık durumu, uygulanacak prosedür ve alternatifleri hakkında bilgilendirmeyi kapsaması gerektiğini ortaya koyması bakımından önem taşımaktadır. Ayrıca bu alanda ihlalin işkence ve kötü muamele şiddetinde değerlendirilmesi de bir başka dikkate edilmesi gereken husutur.

Kısırlaştırma ve tıbbi bilgilerin ifşası: L.H./Letonya kararı[40]

Bayan LH sezeryan ile doğum yaparken rızası dışında kısırlaştırılmış ve bu sebeple hastaneye dava açmış ve tazminat kazanmıştır. Ancak bu operasyondan 7 yıl kadar sonraya başvurucunun sağlık verilerinin kayıtları izin alınmadan tutulmuştur. Ayrıca üç ayrı sağlık kurumuna aktarılmıştır. Mahkeme sağlık kayıtlarına güvenliğinin hayati önem taşıdığını belirtmiştir. Tıbbi bilgilerin tutulmasının özel hayatın korunmasının temel kavramıdır. Mahkeme sadece hastanın özel hayatına saygı duymak yanında güvenli olarak da korumak gerekmektedir. Başvurucunun kayıtları ayrımcı biçimde, izinsiz, niçin tutulduğu belli olmadan tutulmuştur.*

E-DOĞUM ÖNCESİ TIBBİ TESTLER

Doğum öncesi cenindeki genetik bozuklukları tesbit etmek üzere yapılan testlerin ihmal edilmesi, bu alandaki tesbitleri geciktirmiş ve hamileliğin sona erdirilmesi olanağını ortadan kaldırmıştır. Bu durum özel hayat hakkının ihlali olarak değerlendirilmektedir.

A.K./ Letonya Kararı [41]

1961 Rīga Parish doğumlu olan başvurucu 40 yaşındadır. Hamileliğinin 18. Haftasında Alfa-fetoprotein(AFT) testine yönlendirildiği raporlarda yer almaktadır. Başvurucu ise raporun sahte olduğunu bu tarihteki randevuya gitmediğini balirtmektedir. Bebeği dawn sendromu olduğu anlaşıldığında artık hamileleiğe devam edip etmeme tercihinin olmadığını ifade etmektedir. Hekimlerin ihmali sonucu uygun ve zamanında tıbbi taramalardan geçmediği için cenindeki genetik bozuklukların tesbit edilemediği ve geç kalınması sebebiyle hamileliğe devam edip etmeme konusundaki tercihinin ortadan kalktığını ve bu durumun özel hayatın ihlali olduğundan şikayetçidir.

İHAM hamilelik süresince uygun bilgilendirme ve tıbbi bakımı özel hayat kavramı içinde değerlendirmektedir.

[40] **CASE OF L.H. v. LATVIA**, *(Application no. 52019/07)*, JUDGMENT, 29 April 2014, **FINAL**, 29.07.2014.

[41] **CASE OF A.K. v. LATVIA**, *(Application no. 33011/08)*, JUDGMENT, 24 June 2014, **FINAL**, 24/09.2014.

Başvurucu 43 numaralı belgede yer aldığı söylenen ekin hamileliğin 19. Haftasındaki red olduğunu ve bu arada yasal sürenin de geçtiğini belirtmektedir.

Bu arada açılan eza kovuşturması sırasında başvurucunun tıbbi kayıtlarının bir kaç ay kaybolmuştur. Dr. L. ve A. Hastanesi tarafındanbu kayıp araştırılmamıştır. Ayrıca Dr. L. ve A Hastanesinin başvurucunun doğum öncesi bakımının ihmal edilip edilmediği yönünde de bir araştırma yapılmamıştır.

Başvurucu test randevusunu kaçırmışsa bu durumun da yapılan ilk kontrolde kayıtlarda yer alması ve başka testlerin önerilmesi gerekmektediryerel mahkeme başvurucuyu tanık olarak da dinlememiştir.

Davaya bütünsel olarak yaklaşıldığında yerel mahkemeler başvurucunun gerekli sağlık hizmeti almadığı yönündeki iddialarını onun çıkarlarını koruyarak garanti edecek şekilde araştırmamışlardır. Sözleşmenin 8. Maddesi USULİ anlamda ihlal edilmiştir.

F-DOĞUM YÖNTEMİ

Kadının en özel anlarından biri olan doğumun yöntemi ve yeri de bireyin özel hayat alanı içinde değerlendirilen bir kavramdır. Bu konuda özellikle doğu Avrupa coğrafyasında devletin doğum yöntemlerine müdahale eğilimleri dikkat çekmektedir.

a-Ternovszky/Macaristan Davası - Doğum Yöntemine Karar Verme Hakkı[42]

1979 doğumlu ve Budapeşte'de yaşayan başvurucu hamiledir ve evde doğum yapmak istemektedir. Ancak 218/1999 (XII.28.) numaralı Hükümet Kararnamesinin 101/2. Maddesi gereğince doğumu asiste eden tüm sağlık profesyonellerinin sorumluluklarının ağırlığından ve bu alanda açılan davalar olmasından hareketle evde doğuma yanaşmadıkları ifade edilmektedir. Başvurucuya göre evde doğum olanağını sağlayan kapsamlı bir yasa bulunmamaktadır. Var olan düzenleme ise evde doğuna profesyonel destek sağlayacak sağlık çalışanlarını caydıracak niteliktedir.

[42] **CASE OF TERNOVSZKY v. HUNGARY**, *(Application no. 67545/09)*, JUDGMENT, 14 December 2010, **FINAL**, *14/03/2011*Aynı yönde daha yeni bir karar **CASE OF DUBSKÁ AND KREJZOVÁ v. THE CZECH REPUBLIC, *(Applications nos. 28859/11 and 28473/12)*, JUDGMENT, 11 December 2014.**

Başvurucunun iddiaları şu şekildedir: Doğum yapma konusunda bilgilendirilmiş tercihe karar vermek kişinin self determinasyon-kendi geleceğini belirleme hakkı ve özel hayatının özüdür. Evde doğum tercihinin evde doğumun kurumda yapılan doğumdan daha riskli olduğu ispatlanmadığından çocuğu korumak amacıyla kategorik olarak reddedilemeyeceğine vurgu yapmaktadır. Başvurunun amacı engelsiz bir evdoğum hakkına ulaşmak, yardım eden sağlık hizmetlilerinin de bundan ceza almamaları ancak, ilave altyapı veya alternatif tıbbi yardım veya sağlık hizmeti sisteminde sebepsiz finansal sorumluluk empoze edilmesinden ziyade komplikasyon halinde bir kuruma giriş hakkı talebi ile yapılmıştır. Dünya Sağlık Örgütünün tavsiyelerine de dayanarak başvurucu hastane veya evde doğumun aynı değerde alternatifler olduğu ve müstakbel annenin de bilgilendirilmiş seçeneğine saygı duyulması gerektiğini belirtmektedir.

Mahkeme öncelikle başvurucu hamile olduğu için mağdur stastüsünün olduğunu bunun sadece bir actio popularis dava olmadığını belirtmiştir. Başvurucunun özel hayatına müdahale var mıdır sorusunu ise kavramın genişliğine işaret ederek yanıtlamıştır. Özel yaşam hakkının diğerleri, yanında kişisel özerklik, kişisel gelişim, diğerleri ile ilişki kurmak ve geliştirmeyi de içerdiğini belirtmektedir. Ebeveyn olmak veya olmamaya da karar vermeye (Pretty[43] ve Evans[44] kararları) saygıyı da içerir. Mahkeme kişisel özerklik kavramının Sözleşmenin 8. Maddesinin yorumunda temel(fundamental) bir prensip olduğuna işaret etmektedir. Bu durumda ebeveyn olmayı tercih etme hakkı aynı zamanda bu tercihin hangi koşullarda gerçekleştirileceğine de karar vermeyi kapsamaktadır. Mahkeme, doğum yapma yöntemi tartışmasız olarak 8. Maddenin özel hayat amacı kapsamındadır.

Somut olayda mahkeme başvurucunun evde doğum yapmasının yasaklanmadığını, ancak evde doğumun normal olarak sağlık personelinin katılımını da gerektirdiğini ve onları bu katılımdan vazgeçiren düzenlemelerin müstakbel annelerin özel hayatına müdahale getirdiğini saptamıştır. Yani hakka müdahale vardır.

Son inceleme bu müdahalenin sözleşmenin 8. Maddesine aykırı olup olmadığı noktasındadır. Bu çerçevede öncelikle hakka müdahalenin huku-

[43] *Pretty v. the United Kingdom*, Başvuru no:2346/02, § 62, ECHR 2002-III.
[44] *Evans v. the United Kingdom* Başvuru no: 6339/05, § 71, ECHR 2007-IV.

ki olup olmadığı, yani iç hukuktaki karşılığı ile hürriyesin yasa ile sınırlandırılıp sınırlandırılmadığını tartışmıştır.

Müdahalenin hukuki olup olmaması tartışmasını ulusal hukuktan ayrı değerlendiren mahkeme öngörülebilir ve keyfi olmayan düzenlemeleri hukukla sınırlama çerçevesinde görmektedir. Ortada bir hukuki düzenleme olması bu düzenlemenin "öngörülebilir ve keyfiliğe yol açmaz" açıklıkta olup olmadığını değerlendirmeye engel teşkil etmemektedir. Mahkeme düzenlemelerin açıklığı, öngörülebilirliği ve ulaşılabilirliğini anlamaktadır hukuken düzenleme kavramından.

Bu alanda devletlerin takdir yetkilerinin genişliğine de işaret eden Mahkeme, sosyal çıkarlar ile tehlikedeki hak arasında denge kurulması gerektiğini eklemiştir. Evde doğumun annenin kişisel bir tercihi olduğu ve annenin bunu gerçekleştirmek için bir yasal ve kurumsal bir çevrenin oluşturulmasına da hak sahibi olduğunu belirtmiştir. Mahkemeye göre doğum yöntemine ilişkin tercih doğrudan veya dolaylı olarak hukuki olma veya yaptırıma maruz kalma noktalarında hukuki açıklık ister. Aynı zamanda mahkeme ikna edici veriler olmadığından tıp biliminde istatistiki terimlerle evde doğumun hastanede doğumdan daha çok risk taşıdığı konusunun tartışmalı olduğunun farkındadır. Somut olayda evde doğum sadece kamu sağlığı alanı ile değil, aynı zamanda sosyal güvenlik alanında da düzenlenmelidir. Anayasaya göre kamu sağlığı ve sosyal güvenlik kurumlar aracılığı ile gerçekleşmektedir. Bu tür bir anayasal hüküm mahkemeye göre annenin tercihini dikkate alan uygun bir düzenleme zorunluluğu getirmektedir.

Somut düzenlemeler incelendiğinde 1997 sağlık Hizmetleri Kanununun 15-20. Maddeleri tıbbi müdahale halinde kendi kaderini tayin hakkı tanımaktadır. Bu husus bazı müdahaleleri reddetme olanağını da içermektedir. Ayrıca 218/1999 numaralı hükümet kararnamesinin 101/2. maddesi de sağlık çalışanlarına uzmanlık alanlarına ilişkin hizmetleri yerine getirenleri hukuka ve lisanslarına aykırı davranma halinde cezalandırmaktadır. Mahkemeye göre sağlık çalışanları bu yasal düzenlemeler karşısında haklı olarak evde doğum yardımını reddetmektedirler. Hükümet de bu konuda en az bir dava olduğunu kabul etmektedir.

Sağlık çalışanlarının evde doğuma yardım etmeleri halinde belirsiz bir yasal düzenleme ile çerçevelenmeleri, müstakbel annelerin doğum tercihlerinin özgürce yerine getirilmesine engeldir. Hukuki açıklığın olması

evde doğuma yardım eden sağlık çalışanlarını tehdit etmektedir. Mahkemeye göre bu durum yasanın öngörülebilirliğine ve hukukiliğin aykırıdır. 8. Madde ihlal edilmiştir.

b-Dubská and Krejzová/Çek Cumhuriyeti[45]

Evde doğum konusunda önemli bir başka karar ise Çek Cumhuriyetine karşıdır. İlk başvurucu Šárka Dubská 1985 doğumludur ve Jilemnice'de yaşamaktadır. İkinci başvurucu Alexandra Krejzová, 1980 doğumludur ve Prag'da yaşamaktadır. Her iki başvurucu da Çek Cumhuriyetinde evde doğum halinde sağlık profesyonellerinin yardım etmesinin yasaklanmasının özel hayat hakkını ihlal ettiğini ileri sürmektedirler**.**

Kabul edilebilirlik incelemesinde mahkeme diğerleri yanında bireyin fiziksel ve ruhsal bütünlüğünün[46] de ebeveyn olup olmamayı tercih etmenin, bireyin özerkliğinin ve kişisel gelişiminin de yer aldığını belirtmektedir. Mahkeme doğumun, belli koşullarda doğumun bireyin özel hayatının kapsamında olduğunu ifade etmektedir.

Mahkeme kadının doğum sürecinin özel hayatının en mahrem alanlarından biri olduğunu ve bireyin maddi ve manevi bütünlüğünü, tıbbi müdahaleyi, üremeye ilişkin sağlığı, sağlığa ilişkin bilginin korunmasını içermektedir. Doğum yapmaya ilişkin kararlar, nerede doğum yapılacağını da içermekte ve bu sebeple annenin özel hayatı ve dolayısıyla Sözleşmenin 8. Maddesi kapsamında bulunmaktadır. Bu sebeple başvuru kabul edilebilir.

Hakka müdahale var mıdır? Mahkemeye göre özel hayat hakkının etkili bir biçimde korunması için pozitif yükümlülükler bulunmaktadır. Somut olayda ebeler ceza alacakları endişesi ile evde doğuma yardım etmemektedirler. Geniş anlamda düşünüldüğünde bireyin maddi ve manevi bütünlüğü, özerkliği de dahil edildiğinde, başvuruculara ebe tarfından doğum yardımı almasının mümkün olmaması hakka müdahale oluşturmaktadır.

Müdahale hukuki mi?(yasallık): Mahkeme, Çek yasalarına göre evde doğum yasak olmadığını tesbit etmektedir. Yasak olan uzman sağlık per-

[45] ***Applications nos. 28859/11 and 28473/12)*, JUDGMENT, 11 December 2014.**

[46] ***Tysiąc v. Poland*, no. 5410/03, § 107, ECHR 2007-I; and *A, B and C v. Ireland* [GC], no. 25579/05, § 214, 16 December 2010, *Haas v. Switzerland*, no. 31322/07, § 50, 20 January 2011).**

sonelinin uygun lisansı olmadan hizmet vermesidir. Bu lisans sağlık bakanlığı genelgesi ile belirlenen uygun teknik araçlar olmasını da içerir ve bu araçlar bu hizmetin sağlandığı binalarda bulunur. Mahkemenin haklı olarak belirttiği gibi sözkonusu düzenlemede de belli ölçüde muğlaklık olmakla beraber, sağlık personeli evde doğum yardımı yapması halinde bunun yasa ile engellendiğini öngörebilmiştir.

Müdahale haklı sebebe mi dayanıyor? Hükümet düzenlemenin sağlığın korunması, başkalarının özellikle de anne ve çocuğun sağlığının korunması haklı sebebine dayandığını işaret etmektedir. Başvurucu ise, buradaki amacın anneyi aktif olarak ebeler tarafından sağlanan sağlık hizmeti olanağından mahrum ederek, kurumsal sağlık hizmeti sağlayıcılarının finansal ve güç monopolünün gerçekleştirilmesinin amaçlandığını belirtmektedir.

Mahkeme ise genel sağlık ve başkalarının haklarının korunmasına hizmet eden bir sebebin varlığına göndermede bulunarak hükümetin tezini desteklemiştir.

Müdahale demokratik bir toplumda zorunlu mu? Mahkeme bu noktada müdahale için zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaç var mı, öngörülen meşru amaçla orantılı mı ve çatışan çıkarlar arasında denge kurmuş mu ve devletin takdir alanı dışına çıkılmış mı değerlendirmesi yapmaktadır.

Başvurunun ifade ettiği üç husus dikkate değer: ilki anne adayının evde doğum yapma talebinin sınırsız olmadığını ve başka çıkarlarla da özellikle bebeğin çıkarları ile dengelenmesi gerektiği. İkincisi ise evde doğum yapmaya karar veren anne adayının tıbbi yardım alamayacağı düşüncesi ile hamileliği boyunca stres yaşaması ve nihayet evde doğumun ekonomik olarak daha uygun olduğu.

Mahkemeye göre somut olayda devletin takdir yetkisinin sınırlarının belirlenmesinde bazı faktörlerin hesaba katılması gerekmektedir. Eğer risk altındaki hak, birey için mahremiyetin etkili kullanımı bakımından önemli veya kilit hak ise, devletin takdir marjı daha sınırlıdır[47]. Ancak eğer, Avrupa Konseyine üye ülkelerde bu konuda bir konsensus yoksa, ya da tehlikedeki çıkarın önemi göreceli ise veya onu koruyan en iyi yöntem ise takdir yetkisi daha geniştir[48].

[47] *Connors v. the United Kingdom*, no. 66746/01, § 82, 27 May 2004.
[48] *A, B and C*, cited above, § 232, with further references; and *Stubing v. Germany*, no. 43547/08, § 60, 12 April 2012.

Somut olayda olayın karmaşıklığı, doğacak bebeğin fiziksel hassasiyeti evde ve hastanede doğumun risk karşılaştırması, uygun acil sistemi gibi faktörler dikkate alınarak devletin takdir yetkisi geniş yorumlanmalıdır.

Sözkonusu haklar dengelendiğinde mahkeme, hükümetin bebeğin çıkarını koruma meşru amacına yoğunlaşmaktadır. Mahkeme eğer genel olarak anne ve bebeğin çıkar çatışmasının olmadığı durumlarda, anne tarafından yapılan yer, durum, doğum yöntemi gibi belli tercihlerin yeni doğanın güvenliği ve sağlığı gibi artan risklere de yol açacağı görülmeli ve doğum öncesi ve sonrası ölüm rakam ve oranları dikkate alındığında bu durumun tıp hizmetinin gelişmesine rağmen ihmal edilebilir olmadığı dikkate alınmalıdır.

Mahkeme evde doğum yapmak isteyen başvurucular üzerinde ebe yardımı olmadan doğum yapma durumunun önemli sonuçları olduğunu kabul etmektedir. Mahkeme kadına karşı ayrımcılığın önlenmesi komitesinin önerdiği hastanede gereksiz tıbbi müdahaleler olmadan doğum yapılması dikkate alınabilir. Mahkemeye göre, bu seçenekte anne adayı istediği hastanede yardım alarak doğum yapabilecektir.

Mahkeme ayrıca ev doğumlarının hastane doğumları karşısında taşıdığı risklere de dikkat çekmektedir. Buna göre evde doğum sadece düşük riskli doğumlar için geçerli olmalıdır. Ayrıca doğum uzman bir ebe eşliğinde ve komplikasyon halinde hastane bağlantısının olabileceği biçimde olmalıdır. Üçüncüsü bebeğin ve annenin hastaneye transferi güvenli bir biçimde ve gereken zamanlamada olmalıdır.

Mahkeme hükümetin yeni doğanın medikal desteğe ihtiyaç duyduğu durumlarda hastane koşullarının gerekliliğine işaret eden yorumunu da dikkate değer bulmaktadır.

Tüm bunların ışığında mahkeme annelere ve başvuruculara taşıyamayacakları bir oranda sorumluluk yüklememiştir.

Ayrıca Çek devlet otoritelerinin sağlık politikalarını gözden geçirdiklerini 1 Ocak 2014 den beri isteyen düşük riskli hamilelerin hastanede de tıbbi uzmanın onayı ile doğumdan sonra 72 saat kalabileceklerini, isteyenlerin de hastanede bir ebe desteği ile doğumdan 24 saat sonra hastaneden ayrılabilecekleri yönünde değişiklik yapmışlardır.

Bu konuda bir Avrupa uzlaşması da olmadığını[49] ifade eden Mahkeme Çek Cumhuriyetinin takdir marjını aşmadığına karar vermiştir.

Kararda evde doğum un risklerine de dikkat çekilmiştir. Bu sebeple ancak düşük riskli doğumlar için, uzman bir ebe eşliğinde ve komplikasyon halinde hastane bağlantısının olabileceği biçimde ve nihayet bebeğin ve annenin hastaneye transferinin güvenli bir biçimde ve gereken zamanlamada olması gerektiği vurgulanmaktadır. Çek Cumhumhuriyeti'nin henüz mahkeme bu konuda karar vermeden uygulamasını gözden geçirip hastanelerde evdeyimiş gibi doğum yapma olanağını getirmesi de insan hakları alanında son derece yapıcı bir uygulamadır.

c-Doğum Sırasında Tıp Öğrencilerinin Bulunması[50]- Konovalova/Rusya Kararı

Başvurucu 1980 st. Petersburg doğumludur. 23 Nisan 1999 da doğum için hastaneye gelmiştir. Eline öğrencilerin de doğuma gireceği bilgisinin yer aldığı bir kitapçık verilmiştir. Kitapçığı aldığı an net değildir. Başvurucu yetkisiz öğrencilerin doğumu gerçekleştirdiğini ifade etmektedir. Hükümet doğum süresince itiraz etmemiştir demektedir.

Somut olayın hassas niteliği dikkate alındığında başvurucunun koşullarında (doğumda epizyotomi yöntemi uygulanmıştır))tıbbi biigisine

[49] **59. On the basis of the comparative material before the Court covering thirty-two member States, the following practices may be observed. 60. Sixteen member States expressly allow home birth under certain conditions (Austria, Belgium, France, Germany, Greece, Hungary, Italy, Latvia, Liechtenstein, Luxembourg, the Netherlands, Poland, Ireland, Sweden, Switzerland and the United Kingdom). 61. In sixteen member States the issue of home birth is not expressly regulated by law (Albania, Bosnia and Herzegovina, Croatia, Estonia, Finland, Malta, the former Yugoslav Republic of Macedonia, Georgia, Lithuania, Montenegro, Romania, Russia, Slovenia, Spain, Turkey and Ukraine). The approach to home deliveries with the assistance of a health professional in fact differs in these countries. In some of them midwives attend home births and this practice is tolerated (for example, Estonia, Finland, Malta, Spain and Turkey). In some countries, such as Estonia and Slovenia, legislation is being considered to regulate professional assistance at planned home births. Only in a handful of States can a health professional face a sanction for the simple fact of having assisted with a planned home birth (Croatia, Lithuania and Ukraine).**

[50] **CASE OF KONOVALOVA v. RUSSIA**, *(Application no. 37873/04)*, JUDGMENT, 9 October 2014.

öğrencilerin tanıklık etmesi özel hayata müdahale olarak değerlendirilmektedir.

Müdahalenin hukukiliği tartışmasında Mahkeme Sağlık Kanununun 54. Maddesinde tıp öğrencilerinin operasyonlara tıbbi sorumlularla beraber mesleki eğitimleri için girebilecekleri yer aldığı için hukukilik zemininin hiç dayanağı olmadığı da söylenemez.

Ancak aynı zamanda 54. Madde tıp öğrencilerinin eğitim amaçlı tedavilere katılmasını sağlamayı amaçlayan genel nitelikli bir yasal düzenlemedir. Bu alandaki ayrıntıları yetkili idari merciye devretmiştir ve hastaların özel alanlarını koruyan belirli kurallara yer vermemektedir. Özellikle de somut olayda hastanın özel durumu dikkate alınmamıştır. Mahkeme ilgi olaya ilişkin düzenlemelerin sekiz yıl sonra düzenlendiğini de işaret etmektedir. Bu belge, tıp öğrencilerinin tıbbi tedaviye katılımı için hastanın rızasını almaya ilişkin usulleri içermektedir. Mahkemeye göre Mahkeme'nin görüşüne göre, söz konusu iç hukukta hastanın haklarına keyfi müdahaleye karşı herhangi bir önlem bulunmaması, mevcut davanın koşullarında ciddi bir eksikliktir ve somut olayda daha da ağır bir durumdur.

Mahkeme öncelikle öğrencilerin "çalışma süreci" ne katılmalarına ilişkin düzenlemenin oldukça muğlak bir gönderme içerdiğini belirtmektedir. Ayrıca, belge katılımın zorunlu olduğunu ve öğrencilerin katılmasına izin vermeme ya da reddetme konusunda başvuru sahibine herhangi bir seçenek bırakmayacak şekilde sunulmuştur. Bu durumda, başvurucuya düzenlemeyle ilgili önceden bildirimde bulunulduğunu ve kesin sonuçlarını öngörebildiğini söylemek zordur. Başvurucunun tıp öğrencilerinin bulunacağını öğrenmesi doğumdan bir gün önce iki ilaçla uyutma seansı arasında ve yorgun ve bitkin olduğu aşamada olmuştur. Bu kurumda sağlıklı bir karar vermesi mümkün değildir.

Yerel mahkemeler hastanın rızasının alınması zorunlu olmasada somut olayda alındığını belirtmektedirler. Ancak bu konuşa sadece doktorun ifadesi esas alınmış ve başkaları dinlenmemeiştir. Ayrıca, Mahkemeye göre daha da önemlisi başvurucu tıp öğrencilerinin doğumda bulunmasını reddetse idi alternatif düzenlemelerin olmamasıdır. Bu durum mahkemeye göre keyfi müdahaleleri önleyecek yeterli usuli güvence bulunmamasından hareketle özel hayat hakkının ihlalidir.

d-Türk Anayasa Mahkemesi'nin Sezeryan Kararı[51]

Kadının doğum yöntemine karar vermesine ilişkin olarak Sezeryan doğum konusundaki kararı da konuya ilişkin önemli kararlardandır. 4.7.2012 günlü, 6354 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1. Maddesi ile 1593 sayılı kanuna eklenen 153. Madde bu konuda yeni bir düzenleme getirmekteydi. Buna göre: "tıbbi zorunluluk bulunması[52]" halinde sezeryan doğum yaptırılabilecektir.

Anayasa Mahkemesi gündemine gelen başvuruda iddialar esas olarak, istemli sezeryan uygulamasının kadını istemediği bir uygulama ile karşı karşıya bıraktığı, bu durumun insan onuru, bireyin vücut bütünlüğüne, maddi ve manevi varlıklarıyla ilgili karar verme hakkına ve bu kadının doğum yöntemini belirleme hakkına aykırı olduğu biçimindedir. Ayrıca bu sınırlamanın hakkın özüne dokunduğu ve ölçülü olmadığı ve yurt dışına çıkıp bu operasyonu gerçekleştirenlerle aralarında eşitlik olmayacağı da belirtilmektedir

Anayasa Mahkemesi kararında olaya kadın açısından bakmak yerine hekim açısından bakmayı tercih etmiştir. Tedavi yönteminin belirlenmesinin temel olarak hekimin görevi olduğunu ve hekimin hasta tarafından bilimsel görüşüne aykırı teşhis ve tedaviye zorlanamayacağını, getirilen kural ile normal veya sezeryan doğum yönteminin tıbbi zorunluluk çerçevesinde hekim tarafından tercih edilmesini düzenlediği mahkemenin gerekçesi olarak yer almıştır. Anayasa Mahkemesi kuralı hekimin çalışma hakkına bir sınırlama getirdiği şeklinde yorumlamamakta ve gelir dağılımının anayasal haklar bakımından bir ölçüt olmadığı getirilen düzenlemenin herkes içine eşit olduğundan hareketle anayasaya uygun bulmuştur.

Oyçokluğu ile alınan kararda karşıoylarda önemli vurgular yapılmıştır[53]:

Öncelikle düzenlemede yer alan "yapılabilir" ifadesinin tıbbi zorunluluk olsa bile hekim tarafından sezeryan doğumu yapılmayabilir biçiminde anlaşılmaya müsait olduğu eleştirisi yapılmaktadır.

---

[51] E.2012/103, K. 2013/105, K.T. 3.10.2013, R.G. 17.12.2014-29208.

[52] "Gebe veya rahmindeki bebek için tıbbi zorunluluk bulunması hâlinde doğum, sezaryen ameliyatı ile yaptırılabilir."

[53] Yargıç Engin YILDIRIM ile Zühtü ARSLAN'ın karşıoyu.

İkinci olarak, hüküm uluslararası hukuk açısından değerlendirilmiştir. Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesim m. 1'e atıf yapılarak biyoloji ve tıbbın uygulanmasında "bütünlüğe saygı"[54] ve Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü'nün 5. maddesine gönderme yapılarak bireyin tedavide tercih hakkı[55] vurgulanmıştır. Karşıoyda Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, 14 No'lu Genel Yorumu(m. 12) de gerekçe olarak kullanılmıştır: "bir kimsenin, cinsiyet ve üreme özgürlükleri, rızası dışında tıbbi tedavi ve bilimsel deneye tabi tutulmama gibi müdahaleden masun olma hakları dahil olmak üzere, kendi sağlığı ve vücudunun kontrolünü elinde bulundurması hakkı." olarak yorumlamıştır (E/C.12/2000/4, 11 Ağustos 2000, par. 8)."

Nihayet kadının hangi yöntemle doğum yapacağının bedeni üzerinde tasarruf hakkı ve maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ve özel hayat hakkı kapsamında olduğu belirtilmektedir.

Sonuç olarak bu gerekçelerle hüküm çoğunluk görüşünden farklı olarak anayasaya aykırı bulunmuştur: "… anne adayının tercihlerini bilimsel temeli olmayan öznel duygular olarak değersizleştirmektedir. Duygusal bir varlık olarak insanın bir takım kaygı ve endişeler taşıması hayatın inkar edilemez bir gerçeği olup, doğum yapacak anne adaylarının bir kısmının böyle duygular taşıması da son derece doğaldır. Hekimin uzmanlık bilgisine sahip olması, anne adayının tercihlerinin dikkate alınmamasını gerektirmez… dava konusu kural, anne adaylarınındoğumlarını nasıl yapacaklarıyla ilgili tercih yapma haklarını ellerinden alarak herhangi bir nedenle sezaryenle doğum yapmak isteyenleri normal doğuma zorlamaktadır."

SONSÖZ

Kadının bedeni üzerinde karar hakkına ilişkin olarak Türkiye son yıllarda siyasi bir tartışma ile de karşı karşıya kalmıştır. Bu bağlamda doğurma ve

[54] "tüm insanların haysiyetini ve kimliğini koruyacak ve biyoloji ve tıbbın uygulanmasında, ayırım yapmadan herkesin, bütünlüğüne ve diğer hak ve özgürlüklerine saygı gösterilmesini güvence altına alacaklardır."

[55] Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü'nün madde 5: "Yeterli bilgiye sahip her birey farklı tedavi prosedürleri (yöntemleri) ve tedaviyi verecek kişiler arasında seçim yapma hakkına sahiptir. Hasta, hangi teşhis ve tedavi yönteminin kullanılacağı ve doktor, uzman veya hastane seçimi konularında karar verme hakkına sahiptir."

doğurmam hakkına, kürtaj hakkına ve doğumun yöntemine ilişkin tartışmalar Türkiye için de son derece günceldir.

Bireyin özerklik hakkı, kendi geleceğini takdir hakkı, tercih hakkı, özel hayat hakkı, bireyin maddi ve manevi bütünlüğü bağlamında tartışılması gereken konuların Anayasa Makemesinin Sezeryan kararında sadece hekim eksenli değerlendirildiği görülmektedir. Bu yaklaşım bireyin özerklik hakkına paternalist bir devlet müdahalesi olarak yorumlanabilir.

Bir kişiye başkalarının haklarını ihlal etmeden kendisi için en iyisi olduğunu düşündüğü kararları verme hakkı olarak ifade edilebilecek özerklik hakkı 1982 Anayasasının 17. Maddesindeki bireyin maddi ve manevi bütünlüğü ve özel hayatın gizliliği madde başlığını taşıyan 20. Maddesinden çıkmaktadır. Şüphesiz demokratik liberal anayasaların temel kavramı "insan onuru" da bu noktada unutulmamalıdır.

Bu çerçevede yukarıda özetle ifade edilenn İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararları asgari standart olarak alınmalı ve bireyin anayasadan da kaynaklanan özerklik hakkı teslim edilmelidir.

KAYNAKÇA

Özcan, Burcu G./Özel, Çağlar: Kişilik Hakları - Hasta Hakları Bağlamında Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Çıkan Hukuki İlişkide Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rızaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler, Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, Cilt:10, Sayı:1 (2007).

Çeker, Mustafa: Tıbbî Müdahalelerde Hukuka Uygunluk Sorunu, <www.cu.edu.tr/insanlar/mceker/tıbbimüdahaleler.rtf.>, (Erişim, 31.08.2012).

Deryal, Yahya: İnsan Sağlığına ve Vücut Bütünlüğüne Yönelik Tıbbi Müdahalelerde Hastanın Rızası, <http://eski.istabip.org.tr/icerik/tibbi-mudahalelerde-hastanin-rizasi-yrddocdr-yahya>, (Erişim, 31.08.2012).

Kaboğlu, Ö. İbrahim: Özgürlükler Hukuku (7. Bası, Ankara 2013).

Mason Kenyon/Graeme, Laurie: Mason and Mc Call Smith's Law and Medical Ethics (9. Bası, Oxford 2013).

Şirin, Tolga: Kürtaj Hakkı ve Türkiye'nin Otoriter ve Muhafazakar Jargonu, <http://bianet.org/bianet/siyaset/138726-kurtaj-hakki-ve-turkiye-nin-otoriter-muhafazakar-jargonu> (Erişim, 31.08.2012).