



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

OYAL / TÜRKİYE

(Başvuru no. 4864/05)

KARAR

STRAZBURG

23 Mart 2010

NİHAİ

23/06/2010

*İşbu karar Sözleşme'nin 44 § 2 maddesinde öngörülen koşullar çerçevesinde
kesinleşecektir. Şekli değişikliklere tabi olabilir.*

© T.C. Adalet Bakanlığı, 2016. Bu gayriresmi çeviri, Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü İnsan Hakları Daire Başkanlığı tarafından yapılmış olup, Mahkeme açısından bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Bu çeviri, davanın adının tam olarak belirtilmiş olması ve yukarıdaki telif hakkı bilgisiyle beraber olması koşulu ile Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü İnsan Hakları Daire Başkanlığına atıfta bulunmak suretiyle ticari olmayan amaçlarla alıntılanabilir.

Oyal / Türkiye davasında,

Başkan,

Françoise Tulkens,

Yargıçlar,

Ireneu Cabral Barreto,

Vladimiro Zagrebelsky,

Danutė Jočienė,

Dragoljub Popović,

András Sajó,

Işıl Karakaş,

ve Bölüm Yazı İşleri Müdürü Sally Dollé'nin katılımıyla Daire halinde toplanan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (İkinci Bölüm),

2 Mart 2010 tarihinde yapılan kapalı müzakerelerin ardından,

Söz konusu tarihte aşağıdaki kararı vermiştir:

USUL

1. Başvurunun temelinde, Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'nin ("Sözleşme") 34. maddesi kapsamında 13 Kasım 2004 tarihinde üç Türk vatandaşı Yiğit Turhan Oyal, Neşe Oyal ve Nazif Oyal ("başvuranlar") tarafından Türkiye Cumhuriyeti aleyhine Mahkemeye yapılan bir başvuru (no. 4864/05) yer almaktadır.

2. Avukat yardımı verilen başvuranlar, İzmir Barosuna kayıtlı Avukatlar M.E. Keleş ve M. Keleş tarafından temsil edilmiştir. Türk Hükümeti ("Hükümet") kendi görevlisi tarafından temsil edilmiştir.

3. Başvuranlar, bir Devlet hastanesinde söz konusu zamanda yeni doğmuş bir bebek olan birinci başvurana kan verilmesi sırasında HIV virüsü bulaşmasının Sözleşme'nin 2, 6 ve 13. maddelerinin ihlaline yol açtığını ileri sürmüşlerdir.

4. İkinci Bölümün Başkanı, 6 Mart 2008 tarihinde, başvuruyu Hükümet’e tebliğ etmeye karar vermiştir. Ayrıca, başvuruyu kabuledilebilirliğin yanında esas yönünden de incelemeye karar vermiştir (Madde 29 § 3).

OLAYLAR

I. DAVANIN KOŞULLARI

5. Başvuranlar, sırayla 1996, 1973 ve 1961 doğumlu oluğ İzmir’de ikamet etmektedirler.

A. Birinci başvurana HIV virüsü enfeksiyonu bulaşması

6. Birinci başvuran, İzmir’de Dr. Behçet Uz Çocuk Hastanesinde 6 Mayıs 1996 tarihinde premature olarak doğmuştur.

7. Birinci başvurana, 7 Mayıs 1996 tarihinde, aynı hastanede görevli doktorlar tarafından “kasık ve göbek fıtığı” teşhisi koymuşlardır.

8. 1996 yılının Mayıs veya Haziran ayında belirtilmeyen bir tarihte, birinci başvuranın babası olan üçüncü başvuran, Kızılay İzmir Şubesinden (Türk Kızılayı, “Kızılay” olarak anılacaktır) bir unite kırmızı kan hücresi ve bir unite kan sıvısı satın almıştır. 19 Mayıs 1996, 24 Mayıs 1996, 26 Mayıs 1996, 29 Mayıs 1996 ve 6-7 Haziran 1996 tarihlerinde birçok kan ve kan sıvısı aktarımı gerçekleştirilmiştir. Birinci başvuran 17 Haziran 1996 tarihinde taburcu edilmiştir.

9. Kan naklinden yaklaşık dört ay sonra, ikinci ve üçüncü başvuran birinci başvuranın daha ağır bir rahatsızlık olan Edinilmiş Bağışıklık Yetmezlik Sendromuna (AİDS) dönüşebilen HIV virüsü kapıldığını öğrenmişlerdir.

10. Hükümet tarafından verilen bilgilere göre, 31 Ekim 1996 tarihinde bir verici Kızılay'a kan bağışında bulunmuştur (no. 1294, kod. MUALAB-43). Bağışlanan kan üzerinde gerçekleştirilen inceleme ve testlerden sonra (seri no. 210619), HIV virüsü bulunmuştur ve söz konusu kan imha edilmiştir. İki ek testin ardından, 1294 sayılı vericinin HIV virüsü taşıdığı kesinleşmiştir. Yetkililer, 1294 sayılı vericinin daha önce kan bağışında bulunup bulunmadığının belirlenmesi için soruşturma yürütmüşlerdir. Birinci başvuranın tedavisinde kullanılan kan sıvısının (seri no. 202367), 1294 sayılı vericiden alındığı ortaya çıkmıştır. Birinci başvuran, tedavi için Hacettepe Üniversitesi Hastanesine kabul edilmiştir. Tedavi masrafları, İzmir Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfı tarafından karşılanmıştır.

B. Cezai yargılama işlemleri

1. Kızılay aleyhinde yürütülen yargılama işlemleri

11. Başvuranlar, 7 Mayıs 1997 tarihinde İzmir Cumhuriyet Savcılığında suç duyurusunda bulunmuşlardır. Başvuranlar, Kızılay'ın virüslü kan verdiklerini ve Sağlık Bakanlığının gerekli inceleme ve testleri ilgili mevzuata uygun olarak gerçekleştirmede ihmalkâr davrandıklarını iddia etmişlerdir. Başvuranlar, İzmir İl Sağlık Müdürünün ve Kızılay İzmir Şubesi Müdürünün yanında kan naklinde görevli doktorların ve labaratuvar personelinin aleyhinde cezai yargılama işlemleri başlatılmasını talep etmişlerdir.

12. Sağlık Bakanlığı Teftiş Kurulu Başkanlığı 2 Ekim 1997 tarihinde birinci başvuranın tedavisinde kullanılan kan sıvısının üzerinde HIV virüsü için gerekli inceleme ve testlerin yapıldığı belirtilen bir rapor hazırlamıştır. Ancak, o sırada HIV antikorları, 1294 sayılı vericinin bağışladığı kan sıvısında henüz ortaya çıkmamıştı. Raporda, ayrıca, bütün dünyada HIV virüsünün Dünya Sağlık Örgütünün önerisiyle Anti-HIV (ELİSA) testleriyle saptandığını belirtmiştir. Bu nedenle, rutin testlerle söz konusu kan sıvısında

HIV virüsünü tespit etmek bilimsel olarak mümkün olmamıştır. Böylece, sağlık personelinin ifadelerine ve bilirkişi raporlarına dayanılarak, raporda olayla ilgili olan sağlık personeline veya başka herhangi bir makama atfedilebilecek bir ihmalkarlık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

13. Bununla birlikte, Teftiş Kurulu Başkanlığı, (1) ilgili bölümlere bir genelge dağıtılmasını; (2) sağlık personelinin kan bağışçıları tarafından anketlerin gereğince doldurulmasını sağlamalarının hatırlatılması; (3) vericilere cinsel geçmişleri hakkında soru sorulması ve (4) şüpheli durumlarda bağışların reddedilmesini önermiştir. Teftiş Kurulu Başkanlığı, sağlık personelinin dikkatinin kanı vermeden önce antikorların ortaya çıkmamış olması ihtimaline karşı yeterli bir süre bekleme gereğine çekilmesi gerektiğini eklemiştir. Bu bağlamda, 3 Ocak 1998 tarihinde, 141 sayılı genelge ve ekleri kan naklinden kaynaklı enfeksiyonları engellemek için bütün kan merkezlerine ve istasyonlarına dağıtılmıştır.

14. İzmir İl İdare Kurulu, 2 Temmuz 1998 tarihinde, kan nakillerinin gerçekleştirildiği çocuk hastanesi ELISA testinin gerçekleştirilebilmesi için gerekli olanaklara sahip olmadığı gerekçesiyle kan nakli sürecinde yer alan doktorlar hakkında soruşturma yapılamayacağına karar vermiştir. Bu nedenle, doktorların söz konusu olayda kusuru bulunmamaktadır.

2. Sağlık Bakanlığı aleyhinde yürütülen yargılama işlemleri

15. Başvuranlar, 7 Mayıs 1997 tarihinde, Sağlık Bakanlığı ve Kızılay Genel Müdürlüğü aleyhinde İzmir Cumhuriyet Savcılığında suç duyurusunda bulunmuştur.

16. Cumhuriyet savcılığı, 23 Mayıs 1997 tarihinde, kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar vermiştir. Savcı, bir bakana ancak parlamentoya teklif sunulmasını gerektiren Anayasanın 100. maddesine uygun olarak bir bakanın davranışlarına ilişkin soruşturma yürütülebileceği sonucuna varmıştır. Bu nedenle, Cumhuriyet savcısı, konuyla ilgili olarak konu ve kişi bakımından görevsizlik kararı vermiştir. Kızılay Genel Müdürüne ilişkin

olarak, Cumhuriyet savcısı, ilgili kişinin Ankara’da görevli olup olayın İzmir’de gerçekleşmiş olması, özellikle de ilgili kişinin hastalık taşıyan kanın satışında yer almadığı göz önüne alındığında doğrudan atfedilebilecek bir kusuru olmadığını belirtmiştir.

17. Başvuranlar, 8 Eylül 1997 tarihinde, savcılık kararına karşı Kırıkkale Ağır Ceza Mahkemesi’nde itirazda bulunmuşlardır.

18. Kırıkkale Ağır Ceza Mahkemesi, 14 Ekim 1997 tarihinde, itirazda bulunmak için 15 günlük itiraz süresine uyulmadığı gerekçesiyle başvuruların itirazlarını reddetmiştir.

C. Hukuk yargulamaları

19. Başvuranlar, 19 Aralık 1997 tarihinde, Kızılay ve Sağlık Bakanlığı aleyhinde tazminat davası açmışlardır. Başvuranlar, davalıların tıbbi ihmalkarlığı sonucunda birinci başvurana HIV virüsü bulaşmış olması nedeniyle manevi tazminat talep etmişlerdir.

20. Ankara Asliye Hukuk Mahkemesi, 13 Temmuz 1998 tarihinde, Sağlık Bakanlığı aleyhinde açılan davaya ilişkin olarak görevsizlik kararı vermiştir. Mahkeme, söz konusu şikâyetlerin yetkili idare mahkemesine taşınması gerektiğini belirtmiştir.

21. Kızılay aleyhinde açılan davaya ilişkin olarak, mahkeme, HIV virüsünün varlığını kesin olarak ortaya koyan testin yüksek maliyeti nedeniyle uygulanmadığının tanık beyanlarıyla tespit edildiğine ve olay zamanında sağlık anket formunun tam olarak uygulanmaması nedeniyle Kızılay’ın kusursuz sorumluluğuna hükmetmiştir (bkz. yukarıda § 13). Bu nedenle, Mahkeme, başvurulara olay tarihinden itibaren (17 Haziran 1996) işletilecek yasal faiziyle birlikte 30,000,000,000 TL tazminat ödenmesine karar vermiştir. Mahkeme kararında özellikle aşağıdaki sonuçlara varılmıştır:

“...Yukarıda özetle bahsedildiği üzere, Yiğit Turhan Oyal’a AİDS virüsü İzmir Kızılay Bölge Müdürlüğünün vermiş olduğu kandan bulaşmıştır. Bu hastalığa çocuğun yakalanmasında Kızılay Genel Müdürlüğü kusurludur. Kusurlu olması bilhassa davalı Kızılay Genel Müdürlüğü’nün tanığı ve tek Profesör tanık olan bu işlerde uzman bulunan Dokuz Eylül Üniversitesi Tıp Fakültesi mikrobiyoloji ve Klinik Mikrobiyoloji Anabilim Dalı Uzmanı Dr. Hakkı Bahar’ın Mahkememizdeki 8.6.1998 tarihli duruşmada vermiş olduğu yeminli beyanında AİDS hastalığının tespitinin kesin olarak mümkün olduğu, çok pahalı bir test olduğundan uygulanamadığını belirtmesinden anlaşılmıştır. Bu AİDS hastalığının kesin olarak tespiti mümkün olduğuna göre, Kızılay bu testi pahalı olduğundan dolayı uygulayamıyorsa bundan dolayı kusurlu olup meydana gelen hastalıktan sorumlu tutulması gerekir. Bunun sonuçlarına Kızılay katlanmak zorundadır. Bundan kaçınılması mümkün değildir. Y kanda AİDS virüsünü tespit edecek kesin testi uygular, eğer bunu uygulayamıyorsa Kızılay’dan alınmış olan kandan dolayı çıkan AİDS hastalığından Kızılay’ın sorumlu tutulması zorunlu hale gelir.

Bundan başka Kızılay şu nedenlerle de kusurludur: Bizzat Kızılay’ın gösterdiği doktorların beyanlarından anlaşılabileceği üzere, Sağlık Bakanlığı davacıların çocuğu Yiğit Turhan Oyal AİDS hastalığına yakalanmasından sonra 3.1.1997 tarihinde bir Tamim çıkarılarak bu tamim gereğince kan alınacak şahısların sorgulanmasını şart koşturmaktadır. Demek ki, bu tamimden önce Kızılay Derneği de olmak üzere kan alınan şahıslarda böyle bir sorgulama yapılmadığı veya gereği gibi yapılmadığı için bu tamim çıkarılmak zorunda kalmıştır.

Bir an için Kızılay’ın kusurlu olmadığını farzedecek olursak, olayda Kızılay’ın kusursuz sorumluluğu söz konusudur. Bu adaletin gereğidir.

Küçük Yiğit Turhan Oyal Kızılay’dan temin edilen kandan dolayı küçük yaşta AİDS hastalığına yakalanmıştır. Çağımızın en tehlikeli hastalığından ikisi olan kanser ve AİDS hastalığından birine yakalanmıştır. Bu hastalığın ne kadar kötü ve öldürücü bir hastalık olduğunu izah etmeye gerek yoktur. Küçük Yiğit’in, bu hastalıktan kurtulması çok zayıftır. Büyük bir ihtimalle hayatını yitirecektir. Zayıf bir olasılık olarak hayatı kurtulsa bile, hayatı boyunca bu hastalığı kanında taşıyacak ve bu nedenle kendisinden herkes kaçacaktır. Küçük Yiğit tam anlamıyla bu hastalığa yakalanmakla toplum dışına itilmiş bulunmaktadır. Hayatı boyunca cinsel ilişkide bulunmaması ve evlenmemesi gerekmektedir. Yaşayan bir kimsenin buna katlanması mümkün değildir. Ve ayrıca küçük Yiğit’in çok iyi bakılması, çok zengin bir ortamda

yetiştirilmesi ve hayatını idame ettirmesi gerekmektedir. Küçük Yiğit bu hastalığa yakalanmasından dolayı babası Nazif Oyal ve annesi Neşe Oyal'ın ne denli bir üzüntü içinde olduklarını tariff etmek mümkün değildir. Tüm bu durumlar nazara alındığında hakimliğimizce davacılar için ayrı ayrı takdir edilen 10.000.000.000'er TL manevi tazminatın az bile olduğu görülecektir. Esasında katrilyonlar verilse davacıların duymuş oldukları elem ve ızdırabın karşılığını vermiş olamayız. Yukarıda belirtildiği gibi verilen miktar davacıların üzüntülerini bir nebze olsun hafifletmek maksadı ile ve çok cüz'î verilmiş bir miktardır. Kanımızca bazı kişilere yapılan hakareten dolayı günümüzde 3-5.000.000.000 lira gibi bir tazminat verildiği göz önüne alınırsa verilen bu miktarın bugünkü fiyatlarla bir Mercedes araba dahi alınamayacak değerde olması göz önüne alınırsa tazminatın daha yüksek miktarlarda tutulması gerektiği kaçınılmaz olduğu meydana çıkmaktadır. Artık günümüzde tazminatların yeterli düzeye çıkarılması ve buna göre takdir hakkının kullanılması zamanı geldiği görülmüştür ve bu nedenle takdirimiz bu yolda yine cüz'î tutularak tazminat miktarı belirlenmiştir.

Tüm bunlardan başka şu durumu da belirtmek isterim; Kızılay gibi bir yardım kuruluşunun; küçük Yiğit Turhan Oyal'ın AİDS virüsünü Kızılay'ın verdiği kandan aldığını ve bu nedenle küçük Yiğit Turhan Oyal'ın mağduriyeti söz konusu olduğu, bu mağduriyeti gidermesi gerekeceği yerde, tüm gücü ile küçüğün mağduriyetinin giderilmemesi için gereken her türlü girişimlerde bulunduğunu görmemiz düşündürücüdür...”

22. Yargıtay, 9 Şubat 1999 tarihinde, söz konusu kararı onamış ve aşağıdaki hükümlere yer vermiştir:

“... Dava, davalının haksız eylemi ile uğranılan zararın ödetilmesine ilişkin bulunmaktadır. İddia edilen eylemden, davalının sorumlu tutulabilmesi için, davalının kusurlu olduğunun davacıların bu eylemden dolayı zarar gördüklerinin, eylemle oluşan zarar arasında uygun illiyet bağının bulunmasının ve eylemin de hukuka aykırı olmasının kanıtlanması gerekmektedir. Açıklanan şu unsurlardan zararın oluştuğu, bu zararın kullanılan kan nedeniyle meydana geldiği, böyle bir eylemin de hukuka aykırı olduğu konusunda yanlar arasında bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Yine somut olayın oluş biçimine göre, davacıların küçük çocuklarının tedavisinde kullanılan kanı, Kızılay İzmir Bölge müdürlüğünden aldıkları, bu kanda AİDS virüsünün bulunduğu da tartışmasızdır.

Uyuşmazlığın odak noktası, davalı Kızılay Genel Müdürlüğünün kusurunun bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır... İsmi Kızılay Kan Merkezi olan bir

kurumun, kan gereksinimlerinin giderilmesinde birinci derecede önem taşıdığı ve bu hizmeti nedeniyle güvenilir olduğu bilinen bir olgudur. Diğer bir anlatımla, davalı kurumdan alınan kanların beklenen gereksinmeye cevap veren bir nitelik taşıdığı varsayım olarak kabul edilmektedir. Ne var ki, alınan ve kullanılan kanın hiçte temiz olmadığı, giderilmesi mümkün olamayacak kadar zararlı olduğu ortaya çıkmıştır. Kullanılan kanın sağlandığı kişinin bilinen virüsü taşıması, davalıyı sorumluluktan kurtarmaz. Davalı, bu denli önemli olan ve yaşamsal değer taşıyan bir maddeyi, o maddenin kullanılış amacı ve önemine uygun olarak teknolojinin öngördüğü tüm testlerden ve denetimden geçirmesi gerekli ve zorunludur. Ne var ki, olayda kullanılan kanın mevcut teknolojinin öngördüğü teste tabi tutulmadığı anlaşılmaktadır. Ayrıca, olayın özelliği itibarıyla davalının kusursuzluğunun kanıtlanmasında tanık açıklamalarında sonuca etkili değildir. Diğer bir anlatımla, tanık açıklamaları ile davalının kusursuz olduğu sonucuna varılamaz. Somut olayda, davalının kasıtlı davrandığı iddia edilmediği gibi, böyle bir olgu da söz konusu değildir. Davalı somut olaydaki sonucun meydana gelmesini istememektedir. Ne var ki meydana gelmemesi için de gerekli dikkat ve özeni göstermediği anlaşılmaktadır.

Davalının hüküm altına alınan manevi tazminat miktarının fazla olduğuna ilişkin itirazına gelince, ... Olayda, çocuğun ve davacı olan anne ve babasının şimdiki ve gelecekteki yaşamlarının önemli ölçüde çekilmez bir hale geldiği, toplumun tüm katmanlarınca, bu kişilerle sosyal ve fiziki ilişki kurmada son derece olumsuz bir sonucun ortaya çıktığı tartışmasız kabul edilmelidir. Böylece tüm davacıların ve özellikle çocuğun fiziki ve sosyal, anne ve babanın da sosyal kişilik değerlerinin yaşam boyunca ve her an saldırıya uğradığı açıktır. Tüm bu olgular gözönüne alındığında Borçlar Kanununun 49. maddesinde öngörülen "... tarfların ... sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate alır" biçimindeki kural uyarınca ve paranın günümüz koşullarındaki alın gücünde gözetildiğinde, hüküm altına alınan manevi tazminatın fazla olmadığı sonucuna varılacaktır. Bu bağlamda, manevi tazminat miktarının belirlenmesinde, zarar görenin tatmin duygusunun karşılanması gerektiği gibi, zarar veren için de caydırıcı olma özelliği taşınmalıdır. Bu nedenle, davalının bu yöne ilişkin itirazları da yerinde görülmemiştir."

23. Kızılay, 24 Şubat 1999 tarihinde, mahkemenin ödenmesine hükmettiği manevi tazminat olarak söz konusu miktara uygulanan yasal faiziyle birlikte başvurulara 54,930,703,000 TL ödemiştir.

D. İdari yargılamalar

24. Başvuranlar, 13 Ekim 1998 tarihinde, İzmir İdare Mahkemesinde Sağlık Bakanlığı aleyhine dava açarak manevi tazminat talep etmişlerdir.

25. İzmir İdare Mahkemesi, 20 Kasım 1998 tarihinde, İzmir Asliye Hukuk Mahkemesinde Sağlık Bakanlığına ilişkin açılıp mahkemenin görevsizlik kararı verdiği davanın halen Yargıtay'da derdest olması nedeniyle davayı reddetmiştir. Başvuranlar, 8 Şubat 1999 tarihinde söz konusu karara itiraz etmişlerdir.

26. Danıştay, 7 Mayıs 2001 tarihinde, ilgili kararı bozmuş ve dava dosyasını, Sağlık Bakanlığınca İzmir İlk Derece Mahkemesi kararına itiraz etmediği göz önüne alındığında Sağlık Bakanlığına ilişkin yargılama işlemlerinin, kesinleştiği düşünüleceğinden İzmir İdare Mahkemesine göndermiştir.

27. İzmir İdare Mahkemesi, 14 Temmuz 2003 tarihinde başvuranların tazminat taleplerini reddetmiştir. İzmir İlk Derece Mahkemesi kararına atıfta bulunan İzmir İdare Mahkemesi, Kızılay'ın ve Sağlık Bakanlığı'nın birinci başvuranın HIV virüsü kapmasından sorumlu olduklarını hatırlatmıştır. Mahkeme, ancak, manevi tazminata hükmedilmesinin amacının zararın tamamının tazminini sağlamak olmadığını ve aynı olay için iki kez manevi tazminata hükmedilmesinin haksız zenginleşmeye neden olacağını eklemiştir.

28. Başvuranlar, 3 Ekim 2003 tarihinde itiraz etmişlerdir.

29. Danıştay, 31 Mart 2006 tarihinde, idareyi diğer özel ve tüzel kuruluşlarla müşterek olarak sorumlu tutulmaktan önleyebilecek iç hukukta herhangi bir hüküm bulunmadığına karar vererek 14 Temmuz 2003 tarihli kararı bozmuştur.

30. Danıştay, 13 Mart 2007 tarihinde Sağlık Bakanlığı'nın karar düzeltme talebini reddetmiştir.

31. İzmir İdare Mahkemesi, 7 Haziran 2007 tarihli kararında, Sağlık Bakanlığı personelinin görevlerini ihmal ettiğine hükmetmiştir. Mahkeme, başvuranlara, yargılama işlemlerinin başlatıldığı tarih olan 19 Aralık 1997 tarihinden itibaren işleyen yasal faiziyle birlikte 30,000 YTL ödenmesine karar vermiştir. Başvuranlar ve Sağlık Bakanlığı karara itiraz etmişlerdir. Başvuranlar, mahkemenin davalının mahkeme giderlerini ödemesine hükmetmemesine itiraz etmişlerdir. Sağlık Bakanlığı ise, davanın sonucuna itiraz etmiştir.

32. Danıştay, 26 Aralık 2007 tarihinde, İşleri Bakanlığının itirazını reddetmiş ancak ücretlere ilişkin olarak kararı kısmen bozmuştur. Taraflar, söz konusu yargılama işlemlerinin sonuçları hakkında Mahkeme'yi bilgilendirmemişlerdir.

33. Sağlık Bakanlığı, 30 Nisan 2008 tarihinde, başvuranlara 159,369.49 YTL tazminat ödemiştir.

E. Burs verilmesi

34. Kızılay'ın yeni atanan İdare Kurulu, 16 Şubat 2005 tarihinde başvuranlara özürlerini sunarak, eğitim giderlerine katkı amacıyla birinci başvurana burs verilmesini kararlaştırmıştır. Kurul üyelerinden oluşan bir heyet başvuranları ziyaret etmiş ve birinci başvuranın sağlık giderlerinin de Kızılay tarafından ödeneceğini ifade etmişlerdir.

F. Birinci başvuranın ve ailesinin mevcut durumu

35. Başvuranların verdiği bilgilere göre, Kızılay, başvuranların sırasıyla aylık 3,000 TL (yaklaşık 1,340 avro) ve 5,469 avro'ya tekabül eden tedavi ve sağlık masraflarını ödemeyi reddetmiştir. Söz konusu giderleri ödemeyi Sağlık Bakanlığı da reddetmiştir.

36. İzmir Valiliği tarafından verilen yeşil kart¹, başvuranlara idarenin tazminat ödemesi yönündeki kararların açıklanmasından hemen sonra iptal edilmiştir.

37. Hukuk ve idare mahkemelerinin hükmettiği tazminatlar, sadece bir yıllık eğitim giderlerini karşılamakta ve birinci başvuranın ilaç masraflarını karşılamaya yetmemektedir.

38. Birinci başvuran, durumu ve diğer öğrencilerin ailelerinin tepkisi nedeniyle hiçbir okula kabul edilmemeiş, bu yüzden eğitimine bir hastanede başlamıştır. Kamuoyu baskısı ve Milli Eğitim Müdürlüğü ile yapılan müzakereler sonucunda nihayet bir devlet okuluna alınabilmıştır. Her hafta psikoloğu ziyaret etmektedir ve psikoloğun tavsiyesi üzerine tiyatro ve resim kurslarına katılmaktadır.

39. Üçüncü başvuranın (hastanın babası) sağlığı, diğer öğrenci velilerinin tepkileri ve okul yönetiminin oğlunun okula başlamasını kabul etmemesi sonucunda ciddi şekilde bozulmuştur. Şu anda çalışmamakta ve ailesine gelir getirememektedir.

40. Aile ciddi maddi güçlük yaşamakta ve birinci başvuranın sağlık giderlerini aile dostlarının yardımlarıyla karşılamaya çalışmaktadır. Bazı sağlık kuruluşları yardım teklif etmiş, ancak birinci başvuran üzerinde bazı ilaçları test etmek istediklerinden aile bunu reddetmiştir.

II. İLGİLİ İÇ HUKUK VE UYGULAMA

41 25 Haziran 1983 tarihli ve 2857 sayılı Kan ve Kan Ürünleri Kanununun 4. maddesi aşağıdaki gibidir:

“...Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığının bu Kanuna göre görev ve yetkileri şunlardır:

...

1. Sağlık Bakanlığı, Devlet’e bağlı sağlık hizmetlerine ve bazı üniversite hastanelerine ücretsiz erişim sağlanması ve hastanede yatan hastaların ilaç masraflarının karşılanması için düşük gelirli vatandaşlara özel bir kart çıkartmaktadır.

(c) Kan ve kan ürünleri alanında faaliyette bulunan gerçek ve tüzelkişileri denetlemek ve kontrol altında tutmak...”

42. 25 Kasım 1983 tarihli Kan ve Kan Ürünleri Yönetmeliğinin 23. maddesi aşağıdaki gibidir:

“Alınan kanlarda yapılacak testler; Kan grup tayini, Rh tayini, uygunluk veya çapraz karşılaştırma (Cross-Match), VDRL testleri, Hepatit B yüzey antijeni testleri, sıtma paraziti aranmalıdır...”

43. Kan ve Kan Ürünleri Kanunu ve Kan ve Kan Ürünleri Yönetmeliğinin benzer hükümleri aşağıdaki gibidir:

Sırayla Madde 7 ve Madde 38

“Kan ve kan ürünleri ile ilgili faaliyette bulunan kurum ve kuruluşlar yılda en az iki defa Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca denetlenir. Bu denetlemelerde tespit edilen aksaklıklar, ilgili kurum ve kuruluşlarca derhal giderilir. İkinci defa yapılan denetlemelerde aynı aksaklıkların devam ettiğinin tespiti halinde, sorumlular hakkında idari ve cezai kovuşturma işlemleri yapılır.”

44. Sağlık Bakanlığınca, 18 Ağustos 1983 tarihinde, AİDS hastalığı ve bu hastalığın yayılmasını önlemek için alınacak tedbirlere ilişkin olarak hastanelere, kan merkezlerine ve kamu kurumlarına dağıtılmak üzere bütün valiliklere bir yazı gönderilmiştir. Bakanlık, kan vericilerin seçimine özellikle dikkat edilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Özellikle, kan alımından önce kan vericilerin sağlık muayenesine tabi tutulmaları ve HIV AİDS belirtilerine rastlanması halinde kanın kabul edilmemesi gerekmektedir.

45. Sağlık Bakanlığı, 21 Kasım 1985 tarihli yazısında, valilikleri bütün HIV AİDS vakalarının sağlık yetkililerine bildirilmesi konusunda bilgilendirmiştir. Bakanlık, HIV AİDS virüsü taşıdığında şüphelenilen kişilerin sağlık muayenelerinin yapılması ve kanlarının, vücut sıvılarının ve diğer bütün ilgili maddelerin gerekli testlere tabi tutulması gerektiğini belirtmiştir.

46. Sağlık Bakanlığı, 4 Şubat 1987 tarihinde, HIV AİDS hastalığının yayılmasını önlemek için Kızılay'ın yanında kamu ve özel hastanelere ve kliniklere dağıtılmak üzere 1141 sayılı Genelgeyi bütün valiliklere göndermiştir. Bakanlık, söz konusu genelgede HIV AİDS hastalığının yalnızca cinsel ilişki, kan nakli veya şırınganın birden çok kullanılmasıyla bulaşabileceğini belirtmiştir. Bu kapsamda, Bakanlık, HIV AİDS hastalığının tespitinde en etkili yolun *anti titre* testi olduğunu belirtmiştir. Bu test ancak ELISA yöntemiyle gerçekleştirilebilir. Bakanlık, kan nakli öncesinde ELISA testinin yapılması gerektiğini vurgulamıştır. Bu doğrultuda, bütün hastaneler vericiler tarafından verilen kanları ELISA testlerine tabi tutmak için olanaklarla donatılmalıdır. Söz konusu olanaklara sahip olmayan hastaneler, kan merkezleri olan hastanelere kan örneği göndermelidir.

47. 1 Nisan 1992 tarihli Genelgeyle, Sağlık Bakanlığı bütün kan merkezi ve istasyonlarının bütün kan ve kan ürünleri üzerinde VDRL, Hepatit B yüzey antijeni ve sıtma testlerini yapması gerektiğini belirtmiştir. Bakanlık, söz konusu testlerin yapılmaması halinde kan naklinin gerçekleştirilmemesi gerektiğini vurgulamıştır.

III. AVRUPA KONSEYİ

48. 1980 ve 1988 yılları arasında, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, sağlık alanında ortak kurallar belirlenmesini sağlamayı hedefleyen birçok tavsiye kararı vermiştir. Aşağıda anılan tavsiye kararlarında, Bakanlar Komitesi, Üye Devletlerin dikkatini kan ve kan ürünleriyle geçebilen enfeksiyöz etkenin neden olduğu AİDS adı verilen yeni ve ağır sağlık tehlikesinin artan önemine çekmiş ve söz konusu Devletleri ilgili bulaşıcı hastalığın yayılmasını önlemek için birçok tedbir almaya davet etmiştir. Söz konusu Tavsiye Kararları aşağıdaki gibidir:

- Hemofili hastalığının tedavisine ilişkin kan ürünleri hakkında 30 Nisan 1980 tarihli ve R (80) 5 sayılı Tavsiye Kararı;
- Uluslararası kan, kan bileşenleri ve türevlerinin naklinde bulaşıcı hastalıkların aktarılmasını önleme hakkında 11 Eylül 1981 tarihli ve R (81) 14 sayılı Tavsiye Kararı;
- Kan nakli yoluyla sıtma hastalığının bulaşmasının engellenmesi hakkında R (84) 6 sayılı Tavsiye Kararı;
- Kan ve kan ürünü verilen hastaları virüs taşıyan kan vericilerden AİDS bulaşmasının engellenmesi hakkında R (83) sayılı Tavsiye Kararı;
- İnsan kanı ve kan ürünlerinin tedarik edilmesi ve kullanımı hakkında 985 (1984) sayılı Tavsiye Kararı; ve
- Kan vericilerin AİDS belirtilerinin tespit edilmesi için incelenmesi hakkında R (85) 12 sayılı Tavsiye Kararı.

HUKUKSAL DEĞERLENDİRME

I. SÖZLEŞMENİN 2. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

49. Başvuranlar, Kızılay tarafından sağlanan kandan virus bulaşması sonucunda devlet kurumlarının, birinci başvuranın yaşam hakkını koruma pozitif yükümlülüğünü yerine getirmediğini ve suç duyurularına ilişkin olarak etkili bir soruşturma yürütülmediğini öne sürmüştür. Başvuranlar, Sözleşme'nin 2. maddesine atıfta bulunmuşlardır. İlgili madde aşağıdaki gibidir:

“1. Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur...”

50. Hükümet, bu iddialara karşı çıkmıştır.

A. Kabuledilebilirlik

51. Hükümet, Sözleşme'nin 2. maddesinin somut davanın olaylarına uygulanamayacağını belirtmiştir. Başvuranlarını yetkililer tarafından sağlanan telafiden sonra, Sözleşme'nin 34. maddesi bağlamında söz konusu hükmün ihlalinden mağdur sayılamayacaklarını savunmuştur. Ayrıca, bir AİDS hastasının İngiltere'de gördüğü tedaviden mahrum kalacağı St. Kitts'e sürülme girişini konu alan D / Birleşik Krallık (no. 30240/96, 2 Mayıs 1997, Karar ve Hüküm Derlemeleri 1997-III) kararında Mahkeme'nin başvuranın şikâyetlerinin Sözleşme'nin 2. maddesinden ziyade 3. maddesi kapsamında incelediğini kaydetmiştir.

52. Başvuranlar, Sözleşme'nin 2. maddesinin sadece kurbanın ölümüyle sonuçlanan olayları değil, aynı zamanda kurbanın hayatını tehdit eden, ciddi bir hasara maruz kaldığı olayları da kapsadığını ileri sürmüştür. Birinci başvuranın hastalığının tedavi edilemez nitelikte olduğu dikkate alındığında, devletin birinci başvuranın yaşam hakkının ihlalinden sorumlu olduğunu, dolayısıyla Sözleşme'nin 2. maddesinin mevcut davaya uygulanabilir olduğunu iddia etmiştir.

53. Mahkeme, Sözleşme'nin 2. maddesinin sadece devlet görevlilerinin haksız güç kullanımı sonucunda meydana gelen ölümleri kapsamadığını, ayrıca maddenin birinci paragrafının birinci cümlesinde devletlerin kendi yetki alanlarında bulunanların hayatını korumak amacıyla uygun hareket etme pozitif yükümlülüğünü ortaya koyduğunu hatırlatır (bkz., örneğin, *L.C.B. / Birleşik Krallık*, 9 Haziran 1998, § 36, *Raporlar* 1998-III, ve *Paul ve Audrey Edwards / Birleşik Krallık*, no. 46477/99, § 54, AİHM 2002-II).

54. Bu ilkeler, halk sağlığı alanına da uygulanabilir niteliktedir. Bu nedenle söz konusu pozitif yükümlülükler devletin, özel ya da devlete ait hastaneleri, hastaların hayatının korunması için gerekli tedbirleri almaya zorunlu kılan düzenlemeler yapmasını gerektirmektedir. Bu ilkeler, aynı zamanda özel ya da devlete ait sağlık kuruluşlarında tedavi görmekte iken

hayatını kaybeden hastaların ölüm nedeninin belirlenebilmesi ve sorumluların hesap verebilmesi amacıyla etkili ve bağımsız bir yargı sisteminin kurulması gerekmektedir (bkz., yetkililer arasında, *Calvelli ve Ciglio / İtalya* [BD], no. 32967/96, § 49, AİHM 2002-I, ve *Powell / Birleşik Krallık* (k.k.), no. 45305/99, AİHM 2000-V).

55. Ayrıca, Mahkeme mağdurların kendilerine uygulanan kanun dışı eylemler sonucunda ciddi bedensel zarara uğradığı birtakım uyarınca davalarda Sözleşme'nin 2. maddesi uyarında dile getirilen şikayetleri incelemiş ve yukarıda belirtilen hükmün, mağdur ölmemiş olsa dahi istisnai koşullarda uygulanabileceğini kabul etmiştir (bkz., *Osman / Birleşik Krallık*, 28 Ekim 1998, *Raporlar* 1998-VIII; *Yaşa / Türkiye*, 2 Eylül 1998, *Raporlar* 1998-VI; *Makaratzis / Yunanistan* [BD], no. 50385/99, § 51, AİHM 2004-XI; ve *G.N. ve Diğerleri / İtalya*, no. 43134/05, § 69, 1 Aralık 2009).

56. Benzer şekilde, yukarıda belirtilen ve başvuranın lösemi hastası olup yaşama şansının azaldığı L.C.B., ve birinci başvuranın hayatını tehlikeye atan HIV virüsü kaptığı Karchen ve Diğerleri / Fransa ((k.k.), no. 5722/04, 4 Mart 2008) davalarında, Mahkeme, Sözleşme'nin 2. maddesinin uygulanabilir olduğuna hükmetmiştir.

57. Yukarıda belirtilenler ışığında, Mahkeme, yerleşik içtihadından ayrılmak için gerekçe görmemektedir ve Sözleşme'nin 2. maddesinin somut dava koşullarına uygulanabilir olduğu kanaatindedir.

58. Hükümet'in atıfta bulunduğu, başvuranın 2. maddeye dayalı şikâyetlerinin Sözleşme'nin 3. maddesi bağlamında incelendiği *D / Birleşik Krallık* (yukarıda anılan) davasıyla ilgili olarak ise, Mahkeme, söz konusu davanın koşullarının mevcut davadakinden temelde farklı olduğunu kaydeder. Mahkeme, *D.* davasında, Hükümet'in başvuranı Birleşik Krallık'ta görmekte olduğu tedaviden mahrum kalacağı bir ülkeye sınırışı etme girişiminden kaynaklanan sorumluluğunu, sınırışı davalarıyla ilgili yerleşmiş uygulamasına uygun olarak Sözleşme'nin 3. maddesi bağlamında incelemiştir (bkz., diğerleri arasında, *Mamatkulov ve Askarov / Türkiye*

[BD], no. 46827/99 ve 46951/99, §§ 56-78, AİHM 2005-I). Ancak somut davada, başvuranların şikâyetlerinin devlet kurumlarının HIV virüsünün kan nakli yoluyla yayılmasına karşı önleyici tedbirler almayarak ve birinci başvurana virus bulaşmasında sorumluluğu bulunanların belirlenmesi için etkili bir soruşturma yürütmeyerek yaşam hakkını koruma pozitif yükümlülüğünü yerine getirmemeleri ile alakalı olması nedeniyle şikâyetlerin Sözleşme'nin 2. maddesi bağlamında incelenmesi gerekmektedir.

59. Hükümet'in başvuranların mağdur statüsüne dair görüşlerine ilişkin olarak Mahkeme, ulusal makamların başvuranların mağduriyetine Sözleşme'nin 2. maddesine dayalı pozitif yükümlülüklerine uygun olarak karşılık verip vermediklerinin kesinleştirilmesi gerektiğinden, bu sorunun davanın esasıyla ayrılmaz şekilde bağlantılı olduğunu kaydeder. Bu nedenle, Mahkeme bu sorunun davanın esasıyla birleştirilmesini ve Sözleşme'nin 2. maddesi altında incelenmesini uygun bulmaktadır (bkz., *Codarcea / Romanya*, no. 31675/04, § 100, 2 Haziran 2009).

60. Son olarak, Mahkeme, ulusal mahkemelerin, kararlarında ikinci ve üçüncü başvuranların, birinci başvuranın ebeveynleri olarak dava açma ehliyetlerini tanıyıp onlar lehine kararlar vermiş olmaları ışığında, Hükümet'in ikinci ve üçüncü başvuranların dava açma ehliyetini zımnen tanımış olduğunu kaydeder (bkz., *aksine*, yukarıda anılan, *Karchen ve Diğerleri*).

61. Mahkeme, Sözleşme'nin 35 § 3 maddesi kapsamında söz konusu şikâyetin açıkça dayanaktan yoksun olmadığını belirtmektedir. Mahkeme, ayrıca, şikâyetin başka açılardan bakıldığında da kabuledilemezlik unsuru taşımadığını tespit etmektedir. Bu nedenle, şikâyet kabuledilebilir niteliktedir.

B. Davanın Esası

1. Tarafların ibrazları

(a) Başvuranlar

62. Başvuranlar, ilgili sağlık personeline yeterli eğitim vermemiş ve işlerini denetlememiş olmaları nedeniyle ulusal makamların birinci başvuranın yaşam hakkını korumadıklarını iddia etmiştir. Bu bağlamda, Kızılay'da görevli sağlık personelinin kan bağışçılarına anket formları doldurtmadıkları ve kanları yeterince titizlikle kontrol etmeyerek ağır bir ihmal ortaya koyduklarını ifade etmişlerdir. Kan naklinin yapıldığı hastanede görevli sağlık personeli, testin çok pahalı olması gerekçesiyle birinci başvurana verilen kan üzerinde gerekli testleri de yapmamıştır.

63. Başvuranlar, şikayetleri hakkında anlamlı bir soruşturma yürütülmediğini, idare mahkemeleri önündeki davaların 12 yıldan fazla sürdüğünü ve hukuk ve idare mahkemelerinin hükmettiği tazminatların birinci başvuranın ilaç masraflarını dahi karşılamadığını savunmuştur. Ailenin ciddi mali sıkıntı içinde olduğunu ve birinci başvuranın ilaç ve tedavi masraflarını karşılayamadığını vurgulamıştır.

(b) Hükümet

64. Hükümet, iç hukuk yollarının başvuranların Sözleşme'nin 2. maddesine dayalı şikâyetlerine ilişkin olarak yeterli telafi sağladığını ifade etmiştir. Ayrıca, ulusal makamların başvuranların şikâyetleri hakkında etkili bir soruşturma yürüttüğünü savunmuştur. Hükümet'e göre, hukuk ve idare mahkemeleri, mağdur statülerini tanıyarak ve mağduriyetleri nedeniyle tazminata hükmederek başvuranlara karşı koruyucu bir yaklaşım sergilemiştir. Mahkemeler, başvuranlara yeterli miktarda tazminat sağlamış ve söz konusu tazminat kararları yetkili makamlarca yerine getirilmiştir. Ayrıca, söz konusu olayın yaşanmasını takiben Kızılay, eğitimine destek olmak üzere birinci başvurana burs verilmesine karar vermiştir.

65. Başvuranların ceza soruşturmasının etkili olmadığı iddialarına ilişkin olarak, Hükümet, Ankara Başsavcısının Kızılay Genel Müdürü ve Sağlık Bakanı hakkında vermiş olduğu takipsizlik kararının ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine uygun olduğunu savunmuştur.

2. Mahkeme'nin değerlendirmesi

(a) Uygulanabilir ilkeler

66. Mahkeme, Sözleşme'nin üçüncü taraflara karşı ceza yargılamaları yürütülmesi hakkını güvence altına almamasına rağmen (bk. *Perez / Fransa* [BD], no. 47287/99, § 70, AİHM 2004-I), 2. madde kapsamında gereken etkin hukuk sisteminin belirli koşullar kapsamında ceza hukukuna başvurulmasını kapsaması gerektiğini yineler. Ancak yaşam hakkı ihlalinin kasıtlı olarak gerçekleştirilmemesi durumunda, 2. madde kapsamındaki etkin bir yargı sistemi tesis etme konusundaki pozitif yükümlülük, her davada ceza hukuku yolunun sunulmasını gerektirmez. Tıbbi ihmal kapsamında, tek başına veya ceza mahkemelerindeki hukuk yoluyla bağlantılı olarak, ilgili doktorların sorumluluğunun tespit edilmesi ve uygun şekilde tazminat verilmesi sağlanarak, hukuk mahkemeleri önünde mağdurlara bir yol sunulması durumunda yükümlülük yerine getirilecektir. Ayrıca disiplin önlemleri de öngörülebilir (bk. yukarıda anılan *Calvelli ve Ciglio*, § 51; *Lazarini ve Giacci / İtalya (k.k.)*, no. 53749/00, 7 Kasım 2002; *Vo / Fransa* [BD], no. 53924/00, § 90, AİHM 2004-VIII; ve yukarıda anılan *G.N. ve Diğerleri*, § 82).

(b) Yukarıdaki ilkelerin mevcut davaya uygulanması

67. Mahkeme, başvuranların ilgili sağlık personellerinin, Kızılay Genel Müdürlüğünün ve Sağlık Bakanının ihmalkâr tutumuna ilişkin şikâyetlerine yönelik ceza soruşturmasının, bu kişilere doğrudan atfedilebilecek herhangi bir kusur bulunmadığı gerekçesiyle sonlandırıldığını kaydetmektedir (bk. yukarıdaki 14 ve 16. paragraflar).

68. Sözleşme'nin 2. maddesinin, yaşam hakkı veya fiziksel bütünlüğe yönelik olarak kasıtsız bir ihlal gerçekleştirilmesi durumunda ceza hukuku yolu gerektirmediğini ifade eden yukarıda anılan ilkeler hususunda Mahkeme, Türk hukuk sisteminin yukarıda anılan hüküm kapsamında pozitif yükümlülüğü karşılamak amacıyla başvurulara yeterli ve uygun bir tazminat sunup sunmadığını belirlemelidir.

69. Bu bağlamda Mahkeme, hukuk ve idare mahkemelerinin, Kızılay'ın HIV virüsü bulaşmış kanı birinci başvurana vermesinden dolayı kusurlu olduğuna ve Sağlık Bakanlığının da aynı zamanda personellerinin görevlerini yerine getirmeleri konusundaki kusurları sonucunda sorumluluğunun bulunduğu karar verdiğini kaydetmektedir. Bu nedenle başvuranların gördükleri zarardan dolayı her iki kurum da sorumlu tutulmuştur (bk. yukarıdaki 21, 22 ve 31. paragraflar). Ayrıca Ankara Asliye Hukuk Mahkemesi, birinci başvurana verilen HIV virüsü bulaşmış kanın sağlık personelleri tarafından tespit edilemediğini, zira çok masraflı olacağını düşünerek gerekli kan testini yapmadıklarını tespit etmiştir. Yerel mahkeme ayrıca şikâyet konusu olayın gerçekleşmesinden önce, kan donörlerinin kan vermeye uygun olduklarının tespit edilmesini sağlayacak şekilde cinsel geçmişleri hakkında bilgi vermelerini gerektiren herhangi bir düzenleme olmadığını tespit etmiştir. Bu aksaklıklar ve davalıların mevcut olan düzenlemelere uygun davranmamaları nedeniyle hukuk ve idare mahkemeleri, manevi zararların giderilmesi ve bu miktarlara uygulanan yasal faizle birlikte başvuranlara sırasıyla 54.930.703.000 TL ve 159.369.49 YTL ödenmesine hükmetmiştir.

70. Bu nedenle başvuranlar, birinci başvurana HIV virüsü bulaşmasından sorumlu olanların yükümlülüklerinin tespit edilmesine ve zararların giderilmesi amacıyla tazminat ödenmesine olanak sağlayan hukuk ve idare mahkemelerine erişim sağlamışlardır. Ancak tarafların beyanlarından anlaşılacağı üzere, mevcut davadaki önemli husus, söz konusu tazminatın uygun ve yeterli olup olmadığı ile ilgilidir.

71. Bu bağlamda Mahkeme, başvuruların aldıkları manevi tazminatın birinci başvuranın yalnızca bir yıllık tedavi ve ilaç masrafını karşıladığını kaydetmektedir (bk. yukarıdaki 37. paragraf). Bu nedenle aile, borç ve yoksulluk içerisinde bırakılmış ve aylık yaklaşık 6.800 avroyu bulan yüksek tedavi ve ilaç masraflarını karşılayamamışlardır. Hükümet bu iddiaya itiraz etmemiştir (bk. yukarıdaki 35, 39 ve 40. paragraflar). İlgili makamların, birinci başvuranın sağlık harcamalarını karşılayacakları konusunda verdikleri sözlere rağmen, başvuruların bu anlamdaki talebi Kızılay ve Sağlık Bakanlığı tarafından reddedilmiştir (aynı paragraflarda). Başvuranlara verilen yeşil kartın, davalıların başvurulara tazminat ödemesini hükmeden kararların duyurulmasının hemen ardından iptal edilmesi dikkat çekicidir (bk. yukarıdaki 36. paragraf). Başvuranların, birinci başvuranın yüksek tedavi ve ilaç masraflarını ödeme konusunda yalnız bırakıldıkları görülmektedir.

72. Yukarıdakiler ışığında Mahkeme, yerel mahkemelerin Kızılay ve Sağlık Bakanlığının sorumluluklarının belirlenmesi ve başvurulara tazminat ödenmesi konusunda hassas ve olumlu yaklaşım sergilediğini kabul ederken; bu koşullardaki en uygun hukuk yolunun, davalılara manevi tazminat ödenmesine ek olarak, birinci başvuranın hayatı boyunca tedavi ve ilaç masraflarının karşılanmasına hükmetmesi olacağı kanısındadır. Bu nedenle Mahkeme, başvurulara sunulan tazminatın Sözleşme'nin 2. maddesi kapsamındaki pozitif yükümlülük anlamında tatmin edici olmaktan uzak olduğu sonucuna varmıştır.

73. Bu nedenle Mahkeme, başvuruların halen Sözleşme'nin 34. maddesi anlamında, 2. madde kapsamındaki haklarının ihlal edildiği konusunda mağdur olduklarını iddia edebilecekleri kanısındadır. Mahkeme Hükümetin bu husustaki itirazının reddedilmesi gerektiği kanısındadır (bk. yukarıdaki 59. paragraf).

74. İdare mahkemeleri önündeki işlemlerin uzunluğu hakkındaki şikâyet hususunda Mahkeme, iç hukuk kapsamında sunulan korumanın yalnızca

teoride kalması halinde Sözleşme'nin 2. maddesi kapsamındaki gerekliliklerin karşılanmayacağını hatırlatır. İç hukuk aynı zamanda uygulamada da etkin şekilde işlemelidir ve gereksiz gecikmeler olmaksızın davanın incelenmesi işlemi hızlı bir şekilde yapılmalıdır (bk. yukarıda anılan *Calvelli ve Ciglio*, § 53; *Lazzarini ve Ghiacci / İtalya* (k.k.), no. 53749/00, 7 Kasım 2002; *Byrzykowski / Polonya*, no. 11562/05, § 117, 27 Haziran 2006; ve yukarıda anılan *G.N. ve Diğerleri*, § 97).

75. Mahkeme bu temelde, hukuk mahkemelerinin başvuruların tazminat taleplerini çok kısa süre içerisinde (yaklaşık bir yıl iki ay) değerlendirme konusunda gösterdikleri özene rağmen; Sağlık Bakanlığı'nın sorumlu olup olmadığının belirlenmesi amacıyla idare mahkemesi nezdinde görülen işlemlerin dokuz yıl, dört ay, on yedi gün sürdüğünü gözlemlemektedir (bk. yukarıdaki 24-32. paragraflar). Bu gecikme dikkate alındığında, idare mahkemelerinin bu bağlamda zımnen öngörülen çabukluk ve makul hızlilik koşullarına uygun hareket ettikleri söylenemez.

76. Mahkeme bu bağlamda, her bir davada Sözleşme'nin 2. maddesi kapsamında mevcut olan haklara saygı açısından ortaya çıkan endişe dışında, daha genel olarak, hastane ortamındaki tıbbi ihmallere ilişkin davaların acilen incelenmesinin gerektiğini hatırlatır. Sağlık hizmeti sırasındaki olayların ve muhtemel hataların bilinmesi, ilgili kurum ve sağlık personellerinin aksaklıkları gidermeleri ve benzer hataları önlemeleri bakımından önem arz etmektedir. Bu nedenle bu tür davaların acil bir şekilde incelenmesi, tüm sağlık hizmetleri kullananların güvenliği bakımından önemlidir (bk. *Šilih / Slovenya* [BD], no. 71463/01, § 196, 9 Nisan 2009).

77. Mahkeme yukarıdaki görüşler ışığında, Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

78. Mahkeme son olarak, söz konusu idari işlemlerin uzunluğunun “makul” olup olmadığının, aşağıda Sözleşme'nin 6 § 1 maddesi açısından incelenmesinin uygun olacağı kanısındadır.

II. SÖZLEŞME’NİN 6 § 1 VE 13. MADDELERİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

79. Başvuranlar idare mahkemeleri önünde gerçekleştirilen işlemlerin uzunluğunun, Sözleşme’nin 6 § 1 maddesinde belirtilen “makul süre” koşuluna aykırı olduğu hususunda şikâyetle bulunmuşlardır. Başvuranlar ayrıca Sözleşme’nin 13. maddesi uyarınca, iç hukukta yargılamaların hızlandırılmasına yönelik olarak etkin hukuk yolları bulunmadığını iddia etmişlerdir.

Sözleşme’nin 6 § 1 maddesi aşağıdaki şekildedir:

“Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili ... bir mahkeme tarafından... makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir.”

13. madde şunu öngörmektedir:

“Bu Sözleşme’de tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, söz konusu ihlal resmi bir hizmetin ifası için davranan kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olsa dahi, ulusal bir merci önünde etkili bir yola başvurma hakkına sahiptir.”

80. Hükümet bu görüşe karşı çıkmıştır.

81. Dikkate alınması gereken süreç 13 Ekim 1998 tarihinde başlamış, 30 Nisan 2008 tarihinde sona ermiştir. Bu süreç iki yargı aşaması önünde yaklaşık olarak dokuz yıl, dört ay ve on yedi gün devam etmiştir.

A. Kabul edilebilirlik hakkında

82. Mahkeme bu şikâyetin Sözleşme’nin 35 § 3 maddesi anlamında açıkça dayanaktan yoksun olmadığını kaydetmektedir. Ayrıca kabul edilemezliğe ilişkin olarak herhangi bir gerekçe tespit edememiştir. Bu nedenle kabul edilebilir olduğu beyan edilmelidir.

B. Esas hakkında

83. Başvuranlar idare mahkemeleri önünde devam eden işlemlerin aşırı uzun sürdüğünü iddia etmişlerdir. Ayrıca makamları söz konusu tazminatın birinci başvuranın tedavi ve ilaç masrafları için kullanacakları konusunda bilgilendirmelerine rağmen, İzmir İdare Mahkemesi kararının makul bir süre içerisinde icra edilmediğini kaydetmişlerdir.

84. Hükümet iddia konusu gecikmenin yargısal hususlara ilişkin zorluklar, ihtilafın niteliği ve başvuranların avukatlık ücretlerine ilişkin İlk Derece Mahkemesi kararına itirazda bulunmalarından dolayı yaşandığını bildirmiştir.

85. Mahkeme yargılamaların uzunluğunun makul olup olmadığının, davanın koşulları ışığında ve aşağıdaki kriterler dikkate alınarak değerlendirilmesi gerektiğini yineler: davanın karmaşıklığı, başvuranın ve ilgili makamların tutumu ve ihtilafta başvuran açısından önemli olan husus (bk. diğer kararlar arasında, *Frydlender / Fransa* [BD], no. 30979/96, § 43, AİHM 2000-VII; *X / Fransa*, 31 Mart 1992, § 32, Seri A no. 234-C; *Vallée / Fransa*, 26 Nisan 1994, § 34, Seri A no. 289-A; *Karakaya / Fransa*, 26 Ağustos 1994, § 30, Seri A no. 289-B; *Pailot / Fransa*, 22 April 1998, § 61, *Derlemeler* 1998-II; *Richard / Fransa*, 22 Nisan 1998, § 57, *Derlemeler* 1998-II; *Leterme / Fransa*, 29 Nisan 1998, § 64, *Derlemeler* 1998-III; ve *Henra / Fransa*, 29 Nisan 1998, § 61, *Derlemeler* 1998-II).

86. Mahkeme birinci başvurana virüs bulaşması konusunda yetkililerin ihmal ve sorumluluklarının bulunduğu 13 Temmuz 1998 ve 9 Şubat 1999 tarihli Ankara Asliye Hukuk Mahkemesi ve Yargıtay kararlarıyla tespit edilmesinden dolayı davanın kesinlikle karmaşık olmadığı kanısındadır.

87. Mahkeme başvuruların tutumuna ilişkin olarak, dava dosyasında, başvuranların yargılamaların uzamasına açıkça neden olduklarını gösteren herhangi bir işaret olmadığını gözlemlemektedir. Başvuranların avukatlık

ücretlerine ilişkin olarak İlk Derece Mahkemesi kararına karşı itirazda bulunma hakkını kullanmaları, yargılamalarda büyük bir gecikmeye neden olan bir faktör olarak değerlendirilemez.

88. Mahkeme ilgili makamların tutumuna ilişkin olarak, bazı süreçlerin anormal bir şekilde uzun olduğunu kaydetmektedir. Bu bağlamda, idare mahkemelerinin bu hususu çözmesinin yaklaşık olarak iki buçuk yıl sürdüğünü gözlemlemektedir (bk. yukarıdaki 25 ve 26. paragraflar). İzmir İdare Mahkemesi, davanın incelenmek üzerine kendisine iade edilmesinin ardından iki yıldan daha fazla bir süre sonra ilk kararını vermiştir (bk. yukarıdaki 26 ve 27. paragraflar). Son olarak, Yüksek İdare Mahkemesi'nin, başvuranlar tarafından 14 Temmuz 2003 tarihli İlk Derece Mahkemesi kararına karşı gerçekleştirilen itirazı incelemesi iki buçuk yıl sürmüştür (bk. yukarıdaki 27-29. paragraflar).

89. Mahkeme yukarıdaki bulgulara karşın, mevcut davadaki temel hususun başvuranların davasını gören idare mahkemelerine isnat edilen ve makul olmayan gecikmeler yaşanıp yaşanmadığı ile değil; bu mahkemelerin, birinci başvuranın durumu ve genel durumun vahameti ışığında “istisnai bir özenle” hareket edip etmedikleriyle ilgili olduğunu gözlemlemektedir. Ayrıca şikâyet konusu yargılamalarda söz konusu olan şey, birinci başvuranın muzdarip olduğu hastalık ışığında başvuranlar bakımından büyük önem arz etmektedir (bk. yukarıda anılan *X / Fransa, Vallée, Karakaya, Pailot, Richard, Leterme* ve *Henra* kararları, sırasıyla § 47, § 47, § 43, § 68, § 64, § 68, ve § 68).

90. Yukarıdakiler ışığında Mahkeme, mevcut davada idare mahkemeleri önündeki işlemlerin uzunluğunun aşırı olduğu ve “makul süre” koşulunu karşılamadığı kanısındadır.

91. Başvuranlar yargılamaların hızlandırılması için etkin bir hukuk yolu bulunmadığı hususunda şikâyetçi olmuşlardır. Hükümet bu şikâyeteye karşı çıkmıştır.

92. Mahkeme, Türk hukuk sistemi kapsamında, yargılamaların uzunluğu hususunda itirazda bulunulabilecek etkin bir hukuk yolu bulunmadığı yönündeki önceki tespitini hatırlatır (bk. *Tendik ve Diğerleri / Türkiye*, no. 23188/02, §§ 34-39, 22 Aralık 2005). Mevcut davada farklı bir sonuca varılmasını gerektirecek herhangi bir gerekçe bulunmamaktadır.

93. Bu nedenle Sözleşme'nin 6 § 1 ve 13. maddeleri ihlal edilmiştir.

III. SÖZLEŞME'NİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİA EDİLEN DİĞER MADDELERİ

94. Başvuranlar son olarak, Sözleşme'nin 6 § 1. maddesine dayanarak, işlemlerinin bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından adil bir şekilde yürütülmediği hususunda şikâyetle bulunmuşlardır. Sözleşme'nin 13. maddesi uyarınca ise, 2. madde kapsamındaki şikâyetleri hususunda etkin bir hukuk yolu bulunmadığını ileri sürmüşlerdir.

95. Mahkeme kendisine iletilen belgeleri inceleyerek, bu hükümlerin ihlal edilmediği kanısına varmıştır.

96. Başvurunun bu kısmı açıkça dayanaktan yoksun olup, Sözleşme'nin 35 §§ 3 ve 4. maddeleri uyarınca kabul edilemez olduğunun beyan edilmesi gereklidir.

IV. SÖZLEŞME'NİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI

97. Sözleşme'nin 41. maddesi şunu öngörmektedir:

“Eğer Mahkeme bu Sözleşme ve Protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeci Taraf'ın iç hukuku bu ihlalin sonuçlarını ancak kısmen ortadan kaldırıabiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, zarar gören taraf lehine adil bir tazmin verilmesine hükmeder.”

A. Tazminat

1. Maddi tazminat

98. Başvuranlar maddi zarara ilişkin olarak 1.913.248 TL talep etmişlerdir. Başvuranlar bu miktarın aşağıdakilerden oluştuğunu açıklamışlardır:

- Eylül 2008’e kadar başvuruların ödediği 328.140 avroluk ilaç masrafı
- Birinci başvuranın tedavisi için ortaya çıkan ve kırk yıl boyunca ortaya çıkacak olan masraflar için 480.000 TL. Bu miktar tedavi için her ay Ankara’ya seyahat etmek zorunda olan başvuruların seyahat ve kalacak yer masraflarını da kapsamaktadır.
- Birinci başvuranın gelecekteki kazancını kaybetmesinden dolayı 213.560 TL.
- İkinci başvuranın çalışmak zorunda olmasından ve ev işi yapamamasından dolayı yardımcı istihdamına ilişkin masraflar için 259.874 TL.
- İkinci başvuranın (anne) gelir kaybı için 142.999 TL.
- Şu anda çalışamayan üçüncü başvuranın (baba) gelecekteki kazançlarını kaybetmesinden dolayı 262.361 TL.

99. Başvuranlar birinci başvuranın kullandığı ilaçlar ve bu ilaçların fiyatları hakkında detaylı bir rapor sunmuşlardır. Başvuranlar ayrıca diğer taleplerini destekleyen bir bilirkişi raporunu da Mahkeme’ye sunmuşlardır.

100. Hükümet, başvuruların maddi zararlarıyla ilgili taleplerini kanıtlayamadıklarını ifade etmiştir. Bu bağlamda, yerel mahkemelerin başvuruların zararlarına ilişkin olarak yeterli tazminata hükmettiklerini vurgulamıştır. Bu nedenle Mahkemenin bu başlık altında herhangi bir miktara hükmetmemesini talep etmiştir.

101. Mahkeme başvuruların iddia ettiği zarar ve Sözleşme ihlali arasında açık bir nedensel ilişki olması gerektiğini yineler. Mahkeme yukarıda vardığı sonucu dikkate alarak, Sözleşme’nin 2. maddesi

kapsamında tespit edilen ihlal ve başvuruların gördüğü zarar arasında doğrudan bir illiyet bağı olduğunu tespit etmiştir. Mahkeme elindeki belgeleri ve yetkililerin birinci başvuranın tedavi ve ilaç masraflarını ödemeyi reddettiklerini dikkate alarak, miktara yansıtılabilecek vergiler hariç olmak üzere, geçmişte gerçekleşen maddi zarara ilişkin olarak başvuranlara 300.000 avro ödemenin uygun olduğu kanısındadır.

102. Mahkeme, yukarıda bahsedilen tazminata ek olarak, Hükümetin birinci başvuranın hayatı boyunca bütün sağlık masraflarını ücretsiz olarak karşılaması gerektiği kanaatindedir.

2. Manevi tazminat

103. Başvuranlar manevi tazminata ilişkin olarak 2.000.000 avro talep etmişlerdir. Bu miktarın aşağıdakilerden oluştuğunu kaydetmişlerdir: Birinci başvuran için 1.000.000 avro, ikinci ve üçüncü başvuranların her biri için ise 500.000 avro.

104. Hükümet talep edilen miktarın aşırı olduğunu ve haklı gerekçelere dayanmadığını ileri sürmüştür. Ayrıca manevi zarara ilişkin olarak hükmedilecek miktarın, zenginleşme kaynağı olmaması gerektiğini öne sürmüştür.

105. Mahkeme yetkililerin birinci başvuranın yaşam hakkını koruma konusundaki pozitif yükümlülüklerini yerine getirmemelerinden dolayı, idare mahkemesi önünde gerçekleşen yargılamaların aşırı uzun olmasından dolayı ve yargılamaların hızlandırılmasını sağlayan etkin bir hukuk yolu bulunmamasından dolayı Sözleşme'nin 2, 6 ve 13. maddelerinin ihlal edildiğini tespit etmiştir. Mahkeme başvuruların yaşadıkları duygusal baskı ve ızdırabı göz önüne alarak, başvuruların yalnızca ihlal tespit edilmesiyle giderilemeyecek ölçüde manevi zarar gördüklerini kabul etmektedir.

106. Hükümet'in bu başlık altında verilecek olan tazminatın zenginleşme kaynağı olmaması gerektiği yönündeki iddiası hususunda Mahkeme, Ankara Asliye Hukuk Mahkemesi'nin, başvuruların yaşadıkları

acı ve kederin, büyük miktarda tazminat ödense dahi giderilemeyeceği yönündeki görüşünü hatırlatır (bk. yukarıdaki 21. paragraf).

107. Mahkeme yukarıdakiler ışığında ve hakkaniyet temelinde, miktara yansıtılabilecek vergiler hariç olmak üzere başvurulara müştereken toplam 78.000 avro ödenmesine karar vermiştir.

B. Masraf ve giderler

108. Başvurular gerçekleşen masraf ve giderlere ilişkin olarak bir miktar belirtmemişlerdir. Ancak, temsilcilerinin yerel mahkemeler önünde gerçekleştirdiği çalışmanın çizelgesini, davalarının Mahkeme'ye sunulması amacıyla ibraz etmişlerdir.

109. Hükümet Mahkeme'yi başvuruların masraf ve giderlere ilişkin taleplerini reddetmeye davet etmiştir.

110. Mahkeme, masraf ve giderlerin fiili olarak ve gerekli şekilde gerçekleşmiş olduğunun ve miktar bakımından makul olduğunun tespit edilmediği hallerde 41. madde kapsamında masraf ve giderlerin karşılanmayacağına karar vermiştir. Ayrıca hukuki giderler, tespit edilen ihlalle ilgili olduğu kadarıyla geri ödenebilir (bk. örneğin, *Beyeler / İtalya* (adil tazmin) [BD], no. 33202/96, § 27, 28 Mayıs 2002, ve *Sahin / Almanya* [BD], no. 30943/96, § 105, AİHM 2003-VIII).

111. Mevcut davada, başvurular belirli bir miktar talep etmemelerine rağmen, başvurularının hazırlanması ve sunulması için harcanan zamanı gösteren bir zaman çizelgesi sunmuşlardır ve Mahkeme'nin bu başlık altında bir miktara hükmetmesini talep etmişlerdir. Mahkeme başvuruların karmaşık olaylar ve hukuki hususlar içeren davalarının sunulması için bazı masraf ve giderleri üstlenmiş olmaları gerektiği kanısıyla; bu başlık altında başvurulara müştereken 3.000 avro ödenmesinin uygun olduğunu tespit etmiştir.

C. Gecikme faizi

112. Mahkeme, gecikme faizi olarak Avrupa Merkez Bankası'nın kısa vadeli kredilere uyguladığı marjinal faiz oranına yüzde üç puan eklemek suretiyle elde edilecek oranın uygun olduğu kanaatindedir.

İŞBU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. Oy birliğiyle, yaşam hakkının ihlal edildiği iddiasına, idare mahkemesi önünde gerçekleşen işlemlerin aşırı uzun olduğuna ve iç hukukta işlemlerin hızlandırılmasına yönelik etkin bir hukuk yolu bulunmadığına ilişkin şikâyetlerin kabul edilebilir olduğuna, başvurunun geri kalan kısmının ise kabul edilemez olduğuna;
2. Oy birliğiyle Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edildiğine;
3. Oy birliğiyle, Sözleşme'nin 6 § 1 maddesinin ihlal edildiğine;
4. Oy birliğiyle Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlal edildiğine;
5. Bire karşı altı oyla,
 - (a) Davalı Devlet tarafından başvurana, Sözleşme'nin 44 § 2 maddesi uyarınca kararın kesinleştiği tarihten itibaren üç ay içerisinde, ödeme tarihindeki döviz kuru üzerinden davalı devletin para birimine çevrilmek üzere aşağıdaki miktarların ödenmesine:
 - (i) Maddi tazminata ilişkin olarak miktara yansıtılabilecek vergiler hariç olmak üzere 300.000 (üç yüz bin) avro;
 - (ii) Manevi tazminata ilişkin olarak miktara yansıtılabilecek vergiler hariç olmak üzere 78.000 (yetmiş sekiz bin) avro;

- (iii) Masraf ve giderlere ilişkin olarak başvurulara yansıtılabilecek vergiler hariç olmak üzere 3.000 (üç bin) avro;
- (b) Davalı Hükümetin birinci başvuranın sağlık masraflarını hayatı boyunca ücretsiz olarak karşılaması gerektiğine;
- (c) Yukarıda bahsi geçen üç aylık sürenin bittiği tarihten itibaren ödeme gününe kadar, Avrupa Merkez Bankası'nın kısa vadeli kredilere uyguladığı marjinal faiz oranına üç puan eklemek suretiyle elde edilecek oranda, yukarıda belirtilen miktarlara basit faiz uygulanmasına;

6. Oy birliğiyle, başvuruların diğer adil tazmin taleplerinin reddedilmesine Karar vermiştir.

İşbu karar İngilizce dilinde tanzim edilmiş ve Mahkeme İçtüzüğü'nün 77 §§ 2 ve 3. maddeleri uyarınca 23 Mart 2010 tarihinde yazılı olarak tebliğ edilmiştir

Sally Dollé
Yazı İşleri Müdürü

Françoise Tulkens
Başkan

Sözleşme'nin 45 § 2 maddesi ve Mahkeme İç Tüzüğü'nün 74 § 2 maddesi uyarınca, Yargıç Sajó'nun ayrık görüşü bu karara eklenmiştir.

F.T.

S.D.

YARGIÇ SAJÓ’NUN KISMİ MUTABİK KISMİ MUHALİF GÖRÜŞÜ

Küçük Yiğit’in kaderi çok üzücüdür: yeni doğmuş bir bebekken, yetkililerin büyük ihmalkârlığı nedeniyle kendisine HIV virüsü bulaşmıştır. Bu durumun sonuçları ise adeta bir Yunan trajedisi şeklinde ortaya çıkmaktadır. Onun kaderi insanlığımızı sorgulamamızı sağlamaktadır. Bu mahkeme, özel insani sorumlulukları bulunan bir insan hakları mahkemesidir. İnsani olmalı, haklara hizmet etmeli ve bir mahkeme olarak görev yapmalıdır. Mevcut davada, bu üç özellik içerisinde farklı bir denge kurulmasını tercih ederim. Diğer deyişle bana göre insani hassasiyet ve hakların korunmasını yansıtabilecek daha yargısal bir “şekilciliği” tercih ederim (yerleşik içtihatlar ve Sözleşme uyarınca).

Başvuranlar 19 Aralık 1997 tarihinde Kızılay ve Sağlık Bakanlığı hakkında tazminat işlemleri başlatmışlardır. Birinci başvuran Yiğit’e, virüs bulaşmasından dolayı *manevi tazminat* talep etmişlerdir. Kızılay 24 Şubat 1999 tarihinde yerel mahkeme tarafından hükmedilen manevi zararı karşılamak amacıyla başvuranlara 54.930.703.000 TL ve bu miktara uygulanan yasal faizi ödemiştir.

Başvuranlar 13 Ekim 1998 tarihinde *manevi tazminat* talebinde bulunarak Sağlık Bakanlığı hakkında işlem başlatmıştır. Sağlık Bakanlığı 30 Nisan 2008 tarihinde kusurlu bulunarak, başvuranlara 159.369,49 Yeni Türk Lirası ödemiştir.

Mahkeme içtihatlarına göre, mevcut olaylar (yaşama yönelik devam eden tehdit) Sözleşme’nin 2. maddesi kapsamına girmektedir. İkinci işlemler hususunda, idare mahkemelerinin yaşamın korunması bağlamında gerekli olan hızlılık ve makul hızlılık koşullarına uygun hareket ettikleri söylenemez. Karar bu hususta özel bir karar değildir; ancak usul bakımından bir ihlal bulunduğu açıktır (bk. *G.N. ve Diğerleri / İtalya*, no. 43134/05, § 102, 1 Aralık 2009).

G.N. / İtalya kararının aksine, mevcut karar öngörülen tazminatın değerlendirilmesiyle ilgilidir. Kararda, başvuranların aldıkları manevi tazminatın birinci başvuranın yalnızca bir yıllık tedavi ve ilaç masrafını karşıladığı tespit edilmiştir (bk. 71. paragraf): “Bu nedenle aile, borç ve yoksulluk içerisinde bırakılmış ve aylık yaklaşık 6.800 avroyu bulan yüksek tedavi ve ilaç masraflarını karşılayamamışlardır ve Hükümet bu hususa itiraz etmemiştir.” Bu nedenle başvuranlara verilen tazminatın Sözleşme’nin 2. maddesi kapsamındaki pozitif yükümlülük¹ anlamında yeterli olmaktan uzak olduğu sonucuna varmıştır (bk. 72. paragraf). Karara göre, 2. maddenin “genel” olarak ihlal edildiği sonucu göz önüne alınarak tazminat eksikliğinin Sözleşme’nin 2. maddesinin esas bakımından ihlal edildiği anlamına geldiği görülecektir (bk. 77. paragraf). Bu noktada saygılarımla fikir ayrılığı yaşadığımı ifade etmek istiyorum.

Başvuranların iddia ettiği gibi, Devletin varlıklarının neden olduğu yaşamı tehdit eden sağlık durumuna ilişkin gereken tedaviyi sunmaması durumunda esas bakımından bir ihlalin söz konusu olacağını kabul ediyorum. Ancak bu davada söz konusu husus maddi zarara ilişkin tazminatın yeterliliği olmayacaktır; üstelik, *iddiaların* en azından ispatlanması gereklidir.

Kararda, maddi zarara ilişkin tazminatın ödenmemesinden dolayı 2. maddenin esastan ihlal edildiğinin tespit edilmesine rağmen, esas şikâyetin ardından adil tazmin şeklinde gerçekleştirilen ve yeni gelişmelere atıfta bulunan talep yeni bir taleptir. Mahkeme tarafından Hükümete tebliğ edildiği şekliyle esas başvuru, farklı yerel yargılamalarda sunulan hukuk yollarıyla ilgilidir. Haziran 2007’den sonra belirtilmeyen tarihten itibaren

1. Karar verilen davanın yalnızca pozitif yükümlülüklerle ilgili olduğundan emin değilim. Devletin yaşam kaybına veya yaşamı tehdit eden kalıcı bir duruma *neden olması* halinde, bu husus pozitif yükümlülüklerden birisi değildir: Esasında, hayat “kasıtlı olarak” kaybedilmese dahi, Devlet ölüme katkıda bulunmaktadır. 2007 yılından sonra ücretsiz tedavi sunulmamasından dolayı ihlalin mahiyeti değişmektedir.

gerçekleşmiş olabilecek tedavi eksikliğinden dolayı ortaya çıkan iddia konusu maddi zararlar ilgili değildir.

Avukatla temsil edilen başvuran Hükümet görüşlerine yanıt olarak, 3 Ekim 2008 tarihli adil tazmin talebinde, manevi zarara ilişkin tazminatın maddi zararları karşılamak için çok az olduğunu ve Hükümet ve Kızılay'ın HIV virüsü bulaşan çocuğa ücretsiz tedavi sunmadıklarını, zira tazminata hükmeden kararın açıklanmasının ardından Yeşil Kartın² iptal edildiğini ifade etmiştir. Başvuranlar kartın iptal edildiğine dair delil sunmamışlardır ve tarafımıza da kartın iptal edilmesinin nedenleri hakkında bilgi verilmemiştir. Başvuranlar bunun yerine, tazminata hükmeden kararın (manevi tazminat talebini gerektirdiği şekilde ele alan) yalnızca bir yıllık tedaviyi karşıladığını iddia etmişlerdir. Başvuranlar gereken ilaçların aylık 5.469 avro artı 3.000 TL tuttuğunu iddia etmişlerdir (ancak taleplerinin nihai özetinde *ömür boyu tedavi*³ için yalnızca 328.140 TL talep etmişlerdir). İddialarını doğrulamak amacıyla, ilaçların internette mevcut ve şişirilmiş olan fiyatlarını sunmuşlardır⁴. Hükümet bu taleplerin haklı

2. Sağlık Bakanlığı düşük gelirli kişilere özel bir kart sunmaktadır. Bu kart Devlet ve bazı üniversite hastanelerindeki sağlık hizmetlerine ücretsiz erişim sağlamaktadır ve yatarak tedavi gören hastaların ilaç masraflarını karşılamaktadır.

3. Mahkeme'nin hükmettiği 300.000 avroluk maddi tazminatla neyin karşılandığını belirlemek oldukça zordur; ancak sağlık tedavisine ilişkin talep hususunda bu miktar talep edilenden daha aşırı görünmektedir. 300.000 avro açıkça tedavi ve ilaç masrafının ödenmesinin reddedilmesine açıkça atıfta bulunmaktadır (bk. 101. paragraf). Bu miktar ömür boyu tedavi için talep edilen miktardan daha fazladır. Hükümetin karar uyarınca ömür boyu tedavi sunmak durumunda olduğu dikkate alındığında; miktar yalnızca Haziran 2007'den sonra belirtilmeyen bir tarihten başlayarak talebin gerçekleştirildiği tarihe kadar olan sürece atıfta bulunmalıdır (03.10.2008). Dikkate alınan süreç kararın verildiği tarihe kadar devam etmiş olsa dahi (yaklaşık 30 aylık bir süreç), aylık miktar 10.000 avroyu aşmaktadır. Bu miktar ise ispatlanmayan ve başvuranlar tarafından büyük oranda şişirilmiş miktardan oldukça fazladır. Ayrıca, başvuranlar harcadıkları bir kuruşu bile ispat etmeden bu miktarlara hükmedilmiştir. Başvuranlara gerçekleşmemiş olan eylemler ve masraflar üzerinden tazminat verilmiştir.

4. Örneğin, Tripanavir davasında, aylık olarak yazılan dozun günde bir kez olmasına karşın; başvuranlar 120 tabletin (250 mg) internet fiyatlarını sunmuşlardır. Anılan fiyatlar şu şekilde şişirilmiştir. Örneğin Fuzeon adlı ilaç 2400 dolara

gerekçelere dayanmadığı ve esasında, masraflarla bağlantılı fiili tedavi için herhangi bir *fatura* sunulmadığı yönünde bir cevap vermiştir. Herhangi bir makbuz da sunulmamıştır. Ancak kararda, ilaç ve tedavi hususunda fiili bir maddi zarar bulunduğu kanısına varılmıştır. Bana göre, maddi zarara ilişkin tazminat yalnızca zararın (kaybın) fiili olarak gerçekleşmesi halinde ödenir. Eğer tedavi gerçekleşmediyse, bu hususta da herhangi bir zarar olmamıştır. Başvuranın ayrıca manevi zarar gördüğü söz konusu olabilir (tedavi görmemesinden dolayı muzdarip olabileceği veya hayattan beklentisinin azalmış olabileceği nedeniyle); ancak bu farklı bir konudur. Daha da önemlisi bu talepler (gelecekteki kazançların kaybedilmesi gibi, dile getirilen bütün talepler gibi) iç hukuk kapsamında karşılanmalıdır. Başvuranlar bu tür bir hukuk yolunun iç hukukta mevcut olduğunu kabul etmişlerdir. HIV virüsü bulaşması ve bunun sonuçlarına ilişkin esas maddi talepler ve 2007 yılının ortalarında başlayan tedavinin gerçekleşmemesinden dolayı ortaya çıkan durum bakımından, tipik olarak bir iç hukuk yollarının tüketilmemesi durumudur.

İddia konusu (hiçbir zaman ispatlanamamıştır) maddi zarar, virüs bulaşması sonucunda oluşmuş gibi ve yeni olaylar ortaya çıkmamış gibi; Mahkeme “elindeki belgeleri ve yetkililerin birinci başvuranın tedavi ve ilaç masraflarını ödemeyi reddettiklerini dikkate alarak”, kararda ortaya çıkan zarar için 300.000 avro tazminata hükmetmiştir.

Başvurana yeşil karta sahip olduğu sürece ücretsiz sağlık tedavisinin sunulmasına rağmen, Haziran 2007’den sonra kartın iddia edildiği üzere geri alınmasının ardından kanımca yeni bir durum ortaya çıkmıştır. Adil tazmin talebinde açıkça görülmemesine rağmen, çocuğun bu tarihten sonra tedavi edilmemiş olması muhtemeldir.

Hükümetin 41. madde bağlamında gerçekleştirilen yargılamalar bağlamında maddi zararlar hususunda iç hukuk yollarının tüketilmediği

(<http://aids.about.com/od/hivmedicationfactsheets/a/druBDost.htm>) mevcutken, başvuranlar aylık dozun 3609 avro tuttuğunu iddia etmişlerdir.

yönünde açıkça itirazda bulunması gerektiğini varsaymanın usul bakımından adil olmadığı kanısındayım⁵.

Hükümete tebliğ edilen Komünikasyon evrakına göre, başvuranlar yalnızca yerel mahkemeler önünde gerçekleştirdikleri *işlemlerde* (tebliğin yapıldığı sırada kısmi olarak devam eden) Bakanlığın sorumlu tutulmadığı ve bu nedenle Devletin 2. madde kapsamındaki pozitif yükümlülüklerinin ihlal edildiği hususunda şikâyetle bulunmuşlardır. Hükümete tebliğ edilen ilgili Sorular (3 ve 4) işlemlerin hızlılığıyla alakalıdır⁶. Başvuranlar yerel mahkemeler önünde gerçekleşen işlemlerde manevi tazminat talebinde bulunmuşlardır ve bu nedenle kendilerine manevi tazminat verilmiştir (yeterli hızlılık olmaksızın). Talep edildiği üzere, iç hukuk sisteminde bir hukuk yolu öngörülmüştür ve kararda bu hususta herhangi bir şey belirtilmemesinden dolayı yeterli olduğuna karar verilmesi gerekmiştir. Mahkeme'ye göre, 2. maddenin esas bakımından ihlali, tedavi yapılmamasından dolayı ortaya çıkan maddi zararın tazmin edilmemesinden dolayı ortaya çıkmıştır. Bu hususta Mahkeme, 300.000 avroluk miktarla telafi edilecek şekilde belirli bir miktarda maddi zararın ortaya çıktığını tespit etmiştir.

Başvuranlar Türkiye'de maddi tazminat talebinde bulunabilirlerdi. Esas yargılamada başvuranlar bunu gerçekleştirmemişlerdir. Bu durumun yerel mahkemeler önünde gerçekleşen işlemlerde ek gecikme yaşanmasına neden olacağını ileri sürmüşlerdir. Bu durum makul olmasına karşın, yalnızca bir spekülasyondan ibarettir. Ömür boyu tedavi imkânı sunulmasına ilişkin fiili işlemlerde mahkeme emri talep edilmesi, ek gecikme yaşanmasına neden

5. Dava bağlamında, Mahkemenin kendiliğinden Hükümete tebliğ yapması gerekliydi. İddia konusu tedavinin reddi, Haziran 2007'den kısa süre sonra başlamıştır. Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlali sonucunda ortaya çıkan yaralanma (Mahkeme ve bana göre tedavi eksikliğinden oluşan), Ekim 2008'de diğer deyişle altı ay sonra dile getirilmiştir. Mahkeme önünde işlemler devam ederken ilk kez yeni bir şikâyet dile getirilmesi durumunda, altı aylık sürenin işlenmesi, bu şikâyetin fiili olarak dile getirilmesine kadar yarıda kesilmez (bk. *Sarl Aborcas ve Borowik / Fransa* (k.k.), no. 59423/00, 10 Mayıs 2005, ve *Loyen / Fransa* (k.k.), no. 46022/99, 27 Nisan 2000). Mahkeme kural olarak, Sözleşme'nin 35 §§ 1 ve 4 maddeleri uyarınca bunları reddetmektedir (*Hazırcı ve Diğerleri / Türkiye*, no. 57171/00, § 54, 29 Kasım 2007).

6. Diğer hususlar, mağdur statüsü ve kan transferinin özel koşulları bağlamında yaşamın yeterli şekilde korunmasıyla ilgili olup; ihlal tespit edilmesi için bir gerekçe değildir.

olmayacaktır. Bir kişinin bunu kabul etmesi durumunda, başvuruların Kızılay'ın sorumluluğunun kesin olarak tespit edildiği 1999 yılının ve Sağlık Bakanlığının sorumluluğunun tespit edildiği Haziran 2007'nin ardından, ayrı işlem başlatma imkanı olacaktır. Yeni gelişmeye ilişkin olarak, diğer deyişle çocuğun ücretsiz sağlık tedavisinden yoksun bırakılması hususunda, başvurular Yeşil Kartın geri alınmasına karşı itirazda bulunabilir veya iki davalı hakkında, tedavi imkanı sunulması veya tedavi masraflarının ödenmesi konusunda işlem başlatabilirdi. Kızılay'ın bu hususta söz verdiğini ve verilen bu sözün yasal açıdan bağlayıcılığı olması durumunda, icra veya infaz talebinde bulunabileceklerini iddia etmişlerdir. Devletin yükümlülüğünün açıkça tespit edilmesine rağmen, tedavi konusundaki özel hukuk yolu, hiçbir zaman talep edilmemiş ve hukuki olarak tanınmamıştır. Başvurular mevcut hukuk yollarını kullanmak yerine, tedavi taleplerini doğrudan Mahkeme önünde adil tazmin şeklinde sunmuşlardır.

Başvuruların adil tazmin taleplerindeki iddiaları hususunda, uygun yaklaşım şunlar olurdu a) asgari düzeyde ispat edilmesini talep etme (Yeşil Kart neden iptal edildi?; çocuk fiili olarak tedaviden yoksun bırakılmış mıdır? vb.) ve b) olumlu olarak, Mahkeme'nin konu hakkında karar vermesine kadar Hükümet'in tedaviye devam edilmesini gerektiren bir geçici tedbir uygulanması.

Şaşırtıcı bulduğum şey, başvuruların iç hukuk yollarını kullanmak için herhangi bir girişimde bulunmak yerine, taleplerini adil tazmin talebi şeklinde yöneltmeleridir. Tamamen şok içerisinde olan ebeveynlerin vakıflardan ve Cumhurbaşkanından destek talep etmelerini anlayabiliyorum. Ancak başvuruların avukatının iç hukuk yollarından faydalanması gerekmektedir. Yerel mahkemelerin veya diğer makamların Mahkeme'nin kararında gerçekleştirdiği gibi aynı şekilde hareket etmeyeceklerini varsaymak için herhangi bir sebep yoktur.

İç hukuk yollarının tüketilmesi, yalnızca Sözleşme kapsamında makul hedeflere hizmet eden bir gereklilik değil, aynı zamanda mevcut davada başvuranların menfaatlerine hizmet eden bir gerekliliktir.

Mahkeme, bu özellikte insani bir trajediye yönelik olarak hukuki bir çözümün mevcut olacağı ölçüde, ikincil rolünü de dikkate alarak (iç hukuk yollarının tüketilmesi) tedavi yapılmamasına ilişkin olarak eşdeğer bir hukuki “çözüm” bulabileceği için, kısmi olarak fikir ayrılığı yaşadığını bildirmek isterim.