



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

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

BEŞİNCİ BÖLÜM

DRELON/FRANSA DAVASI

(Başvuru No. 3153/16 ve 27758/18)

KARAR

Madde 8 • Özel hayat • Spekülasyona dayalı olarak potansiyel bir kan bağışçısının (donör) cinsel yaşamına ilişkin verilerin toplanması ve bunların bir kamu kurumu tarafından aşırı uzun süre tutulması • Bir erkekle cinsel ilişkiye girmiş erkeklerin kan bağışında bulunmasının kontrendike olduğunu öngören Kanun temelinde başvuranın kan bağışında bulunmasının yasaklanması • Transfüzyon güvenliği için ilgili ve yeterli gerekçeler • Başvuranın bağıştan önceki tıbbi görüşme sırasında cinsel yaşamı hakkında bilgi vermeyi reddetmesinden kaynaklanan basit spekülasyonlar • Takdir yetkisinin aşılması

STRAZBURG

8 Eylül 2022

Kararın Kesinleştiği Tarih:

8.12.2022

İşbu karar Sözleşme'nin 44 § 2 maddesi uyarınca kesinleşmiştir. Bazı şekli düzeltmelere tabi tutulabilir.

© T.C. Adalet Bakanlığı, 2023. Bu gayriresmî çeviri, Adalet Bakanlığı, İnsan Hakları Dairesi 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, İnsan Hakları Dairesi Başkanlığına atıfta bulunmak suretiyle ticari olmayan amaçlarla alıntılanabilir.

Drelon/Fransa davasında,

Başkan

Síofra O’Leary,

Hâkimler

Mārtiņš Mits,

Stéphanie Mourou-Vikström,

Lətif Hüseyinov,

Arnfinn Bårdsen,

Mattias Guyomar,

Kateřina Šimáčková,

ve *Bölüm Yazı İşleri Müdür Yardımcısı* Martina Keller’in katılımıyla oluşturulan Daire halinde toplanan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (Beşinci Bölüm),

Fransa Cumhuriyeti aleyhine açılan davaların temelinde bulunan ve başvuranlardan biri Fransa vatandaşı Laurent Drelon (“başvuran”) olmak üzere, 8 Ocak 2016 ve 8 Haziran 2018 tarihlerinde, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme’nin (“Sözleşme”) 34. maddesi uyarınca yapmış olan başvuruları (no. 3153/16 ve 27758/18),

Bu başvuruların, Fransa Hükümetinin (“Hükümet”) bilgisine sunulmasına ilişkin kararı ve

Tarafların görüşlerini dikkate alarak,

5 Temmuz 2022 tarihinde kapalı oturumda gerçekleştirilen müzakerelerin ardından aynı tarihte aşağıdaki kararı vermiştir:

GİRİŞ

1. Başvurular, bir yandan, başvuranın varsayılan cinsel yönelimini yansıtan kişisel verilerin toplanması ve saklanması ve diğer yandan, kan bağışında bulunma taleplerinin reddedilmesiyle ilgilidir. Başvuran, Sözleşme'nin 8 ve 14. maddelerinin ihlal edildiğini ileri sürmektedir.

OLAY VE OLGULAR

2. Başvuran, 1970 doğumludur ve Paris'te ikamet etmektedir. Başvuran, Mahkeme önünde Paris Barosuna bağlı Avukat P. Spinosi tarafından temsil edilmektedir.

3. Hükümet, Mahkeme önünde kendi görevlisi olan Avrupa ve Dışişleri Bakanlığı Hukuk İşleri Müdürü F. Alabrune tarafından temsil edilmiştir.

I. BAŞVURANIN KAN BAĞIŞINDA BULUNMA GİRİŞİMLERİ VE BAŞVURANLA İLGİLİ VERİLERİN TOPLANMASI

4. Başvuran, 16 Kasım 2004 tarihinde, bir kamu kuruluşu olan Fransa Kan Bankasının ("FKB") Île-de-France şubesine bağlı bir birimde kan bağışında bulunmak istemiştir. Bağıştan önce gerçekleştirilen tıbbi görüşme sırasında, başvurana, daha önce hiç bir erkekle cinsel ilişkiye girip girmediği sorulmuştur. Başvuran bu soruya yanıt vermeyi reddetmiştir. Sonuç olarak kan bağışında bulunma talebi, reddedilmiştir.

5. Bu vesileyle, başvuranla ilgili kişisel veriler, bu kuruluşa özel bir bilgisayar dosyasına kaydedilmiştir. Bu veri işleme sırasında başvuranın kimlik ve iletişim bilgileri alınmış ve o sırada başka bir erkekle cinsel ilişkiye giren erkekler kategorisi için belirlenen "FR08" kodu kapsamında kan bağışı için bir kontrendikasyona tabi olduğu belirtilmiştir (aşağıda 59 ve 60. paragraflar).

6. Başvuran, 9 Ağustos 2006 tarihinde, yeniden aynı başvuruda bulunmuştur. Bu başvurusu, “FR08” koduyla kaydedildiği ve kan bağışında bulunmasının yasak olduğu gerekçesiyle reddedilmiştir. Başvuru sırasında kendisiyle ilgili verilerin bir özeti başvurana verilmiştir. Kendisinin de tabi tutulduğu kan bağışında bulunmada “yasaklar” başlığı altında, ihtilaf konusu kontrendikasyonun, 16 Kasım 2004 tarihinde uygulanmaya başlandığı görülmüştür. Bu yasağın 2279 yılına kadar geçerli olduğu belirtilmiştir.

7. Başvuran, 26 Mayıs 2016 tarihinde tekrar kan bağışında bulunmayı denemiştir. Başvuran bu amaçla, HIV-1, HIV-2 ve HCV için seronegatif olduğunu kanıtlayan 15 Mart ve 3 Mayıs 2016 tarihli biyolojik analizleri sunmuştur. Kendisini kabul eden doktor, önceki kan bağış başvuruvarının eşcinsel ilişkileri olduğunun varsayılması nedeniyle reddedildiğini belirtmekle yetinmiştir.

II. BAŞVURANIN MÜDAHİL TARAF OLDUĞU SUÇ DUYURUSU (BAŞVURU NO. 3153/16)

8. Başvuran, 2004 ve 2006 yıllarında kan bağışında bulunma taleplerinin reddedildiğini ve FKB’nin sözde eşcinsel yaşamını referans alarak yaptığı kategorizasyonu ileri sürerek, 6 Şubat 2007 tarihinde, ayrımcılığa uğradığı iddiasıyla, müdahil taraf olarak Paris Asliye Hukuk Mahkemesinin kıdemli sorgu hâkimi önünde suç duyurusunda bulunmuştur.

9. Bu şikâyeti değerlendiren sorgu hâkimi, 22 Şubat 2008 tarihinde, bu olay ve olguların, cezai bir nitelendirme teşkil edemeyeceği kanaatine varmış ve şikâyeti yetkili makama bildirmeyi reddetmiştir.

10. Başvuranın itirazı üzerine, Paris İstinaf Mahkemesinin sorgu dairesi, 15 Eylül 2009 tarihli bir kararla, ileri sürülen olay ve olguların, Ceza Kanunu'nun 225-1 ve ardından gelen maddeleri anlamında ayrımcılık teşkil etmediğine karar vermiştir. Bununla birlikte Paris İstinaf Mahkemesi, bu olayların, “kanunla öngörülen haller dışında, sağlık veya cinsel yönelime ilişkin (...) kişisel verilerin, ilgili kişinin açık rızası olmaksızın bilgisayar ortamında kaydedilmesi veya saklanması” cezalandıran Ceza Kanunu'nun 226-19. maddesinde öngörülen suçu nitelendirip nitelendirmediğini tespit etmenin, sorgu hâkiminin görevi olduğuna hükmetmiştir. İstinaf Mahkemesi dolayısıyla bu noktada şikâyetin bildirilmesini reddetmiştir.

11. Sonuç olarak, başvuranın verilerinin işlenmesine ilişkin soruşturmalar istinabe yoluyla yürütülmüştür. Soruşturmadan sorumlu yetkililer, diğerlerinin yanı sıra, özellikle başvuran, kan bağışı şubesinin sorumlusu ve FKB'nin yasal yöneticisini dinlemişlerdir.

12. FKB, müfettişlerin talebi üzerine 9 Şubat 2010 tarihinde düzenlenen bir bilgi notuyla, Ile-de-France şubesinin 2004 yılında, özellikle bağış için kontrendikasyon durumları listeleme nominatif bir veri tabanı oluşturduğunu teyit etmiştir. Daha önce Ulusal Bilgi İşlem ve Özgürlükler Komisyonuna (“BİÖK”) beyan edilen bu otomatik veri işleme, bölge valiliğinin idari işlemler derlemesinde yayınlanan düzenleyici bir işlem temelinde uygulanmıştır. FKB diğer taraftan, donör seçim kriterlerinin daha sonra kuruluşlarının ortak tıbbi-teknik belgelerinde tanımlandığını açıklamıştır. Bununla birlikte bu dosyada kullanılan kontrendikasyon gerekçelerine ilişkin kodlamanın (ve özellikle “FR08” kodu), Ile-de-France bölgesindeki şubesine özel olduğu belirtilmiştir. FKB ayrıca, başvuranla ilgili verilerin, 2007 yılında yeni bir bilgisayar uygulamasının çıkması vesilesiyle, söz konusu kuruluş tarafından işletilen başka bir veri tabanına girildiğini de belirtmiştir. Kodlama değişmiştir, ancak tartışmalı kontrendikasyona özgü bir kod kullanılmaya devam etmiştir.

13. Sorgu hâkimi başvuranın ifadesini almıştır. FKB ve söz konusu şubeden sorumlu kişi, yardımcı tanık statüsüne alınmıştır.

14. 21 Kasım 2012 tarihinde kovuşturmayaya yer olmadığına karar verilmiştir.

15. Başvuran, bu karara karşı itirazda bulunmuştur.

16. İstinaf Mahkemesi Sorgu Dairesi, 18 Nisan 2013 tarihli bir karar ile bu kararı onaylamıştır. Sorgu Dairesi öncelikle, kan bağışı kontrendikasyonlarına ilişkin sınıflandırmanın, Kamu Sağlığı Kanunu'nun L. 1223-3 maddesinin uygulanması için kabul edilen 10 Eylül 2003 tarihli bir kararnameyle öngörüldüğünü ve ihtilaf konusu bu veri işlemenin, 31 Temmuz 2000 tarihinde BİÖK tarafından beyan edildiğini tespit etmiştir. Sorgu Dairesi buradan, kanun koyucunun, Ceza Kanunu'nun 226-19 maddesiyle öngörülen yasağı kaldırmak istemesi sebebiyle, ihtilaflı verilerin toplanmasının cezalandırılabilir bir durum olmadığı sonucunu çıkarmıştır.

17. Sorgu Dairesi, ikinci olarak, başvurana, önceden 2004 yılında, cinsel yaşamı ile ilgili verilerin muhtemelen FKB tarafından tutulacağı bilgisinin verildiği kanaatine varmıştır. Bu bağlamda Sorgu Dairesi, olayların meydana geldiği dönemde tıbbi görüşmeden önce, bağış için adaylar tarafından genellikle doldurulan sağlık anketinin şu görüşle sona erdiğini tespit etmiştir:

“(…) Özellikle bağış öncesi anket ve bağış öncesi görüşme sırasında sizden istenen bazı bilgiler ile kan bağışı sırasında toplanan sizinle ilgili belirli bilgilerin, Fransız Kan Bankası tarafından bilgisayar ortamında kaydedileceğini tarafınıza bildiririz. (...) [Bu verilere] erişme ve yanlışlık olması durumunda düzeltme ve silme hakkına sahipsiniz. ”

Sorgu Dairesi ayrıca, kan bağışı alanının içinde de benzer bir bilginin afiş olarak yer aldığını tespit etmiştir.

18. Başvuran, özellikle Sözleşme'nin 8 ve 14. maddelerinin ihlal edildiğini ileri sürerek, bu karara karşı temyiz başvurusunda bulunmuştur.

19. Başvuran temyiz başvurusunda, Kamu Sağlığı Kanunu'nun L. 1223-3 ve Ceza Kanunu'nun 226-19. maddeleri ile ilgili öncelikli bir Anayasa'ya uygunluk sorununun Anayasa Konseyine sevk edilmesini talep etmiştir.

20. Anayasa Konseyi, 19 Eylül 2014 tarihli kararında, incelemesine sunulan hükümlerin Anayasa'ya uygun olduğuna hükmetmiştir. Anayasa Konseyi, Kamu Sağlığı Kanunu'nun L.1223-3 maddesinin, 6 Ocak 1978 tarihli Kanun'un 8. maddesine aykırı olarak (aşağıda 37. paragraf), Ceza Kanunu'nun 226-19 maddesinde öngörülen suça bir istisna getirmeyi amaçlamadığını tespit etmiştir.

21. Yargıtay ardından, 8 Temmuz 2015 tarihli bir kararla, başvuranın temyiz başvurusunu reddetmiştir, bu karar şu şekilde gerekçelendirilmiştir:

“Sorgu Dairesinin, Ceza Kanunu'nun 226-19 maddesinde öngörülen suçun davaya uygulanamayacağını belirtmek için (...), Kamu Sağlığı Kanunu'nun L. 1223-3 maddesine ve 10 Eylül 2003 tarihli kararnameye dayanmış olması yanlış bir tutum olsa da, hâkimler tarafından bağımsız bir şekilde değerlendirildiği şekliyle, kovuşturmaya konu olan olayların, 6 Ocak 1978 tarihli Kanun'un 8. maddesinin birinci fıkrasında yer alan, özellikle kişilerin sağlığı veya cinsel yaşamı ile ilgili kişisel verilerin toplanması veya işlenmesi yasağının, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, bakım veya tedavi yönetimi veya sağlık hizmetlerinin yönetimi amaçları için gerekli olan verileri işleme için ve bir sağlık meslek mensubu veya mesleki gizliliğe tabi başka bir kişi tarafından uygulanan işlemlerde geçerli olmadığını öngören aynı maddenin II-60 paragrafı hükümleri kapsamına girmesi sebebiyle, Sorgu Dairesinin bu kararının geçerli olduğu; Bay Drelon'un kendisi ile ilgili verilerin saklanması veya saklanması için açık rızası olmasa bile, hakkında suç duyurusunda bulunduğu sağlık personeli ve kuruluşlarının davranışlarının, özel nitelikli kişisel verilerin bilgisayarda kaydedilmesi yasağına ilişkin Kanun'un öngördüğü istisnalara atıfta bulunan Ceza Kanunu'nun 226-19 maddesinde öngörülen suç kapsamına giremeyeceği anlaşılmıştır. / (...)

Sorgu Dairesi, iddialarda atıfta bulunulan Avrupa metinlerinden hiçbirini [ve özellikle Sözleşme'nin 8 ve 14. maddelerini] ihlal etmemiştir, zira Ceza Kanunu'nun 226-19 maddeleri ile 6 Ocak 1978 tarihli Kanun'un 8. maddesinin birleşik hükümlerinden

kaynaklanan sağlık veya cinsel yönelimle ilgili kişisel verilerin kaydedilmesi ve saklanması için bir kişinin rızasının gerekliliğine ilişkin istisnanın, sağlığın korunması için gerekli, keyfilikten kaçınmak için yeterli açıklıkla kanunla tanımlanmış ve mevcut haliyle, özel hayata saygı ile kamu sağlığını koruma arasında dengesiz olmayan bir uzlaşma sağlayacak şekilde meşru bir önlem teşkil ettiği anlaşılmıştır; (...)"

III. KAN BAĞIŞININ KONTRENDİKASYONLARINI TANIMLAYAN KARARNAMELERE İLİŞKİN BAŞVURULAR (BAŞVURU NO. 27758/18)

22. Kan bağışının kontrendikasyonları, 2009 yılından itibaren Sağlıktan Sorumlu Bakan tarafından kararnamelerle belirlenmiştir (aşağıda 61. paragraf). Başvuran, bir erkekle cinsel ilişkiye girmiş erkekler için bağış için bir kontrendikasyon öngörmesi nedeniyle bu terminolojiye iki defa itirazda bulunmuştur.

A. 12 Ocak 2009 tarihli kararnamenin yürürlükten kaldırılmasının reddine ilişkin uyuşmazlık

23. Başvuran öncelikle 12 Ocak 2009 tarihli kararnamenin kaldırılmasını talep etmiştir. Sağlıktan sorumlu Bakan, bu talebi reddetmiştir.

24. Başvuran ardından, kararnamenin yürürlükten kaldırılmasının reddedilmesine karşı yetkinin aşıldığı gerekçesiyle Danıştaya başvurmuştur. Bununla birlikte, ihtilaf konusu kararname, yargılama devam ederken yürürlükten kaldırılmıştır ve Danıştay, 18 Temmuz 2016 tarihli bir kararla, davayı düşürmüştür.

B. 5 Nisan 2016 tarihli kararnameye karşı yapılan yetki aşımı başvurusu

25. Başvuran ardından, 10 Haziran 2016 tarihli bir başvuruyla, kan bağışında bulunmak isteyenlerin seçilme kriterlerini değiştiren 5 Nisan 2016 tarihli kararnamenin, yetki aşımı sebebiyle iptal edilmesini talep etmiştir

(aşağıda 63. paragraf).

26. Başvuran öncelikle, ihtilaf konusu kontrendikasyonun, 2004/33/CE Direktifi'ne aykırı olduğunu ve Sözleşme'nin 8 ve 14. maddeleri ile Mahkeme içtihatları ışığında değerlendirilen Şart'ın 21. maddesiyle güvence altına alınan ayrımcılık yasağı ve anayasal eşitlik ilkelerine aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Başvuran ardından, kan bağışına karşı bu kontrendikasyon gerekçesinin, insan onurunun korunmasına ilişkin anayasal ilkeyi ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Bu bağlamda başvuran, kan bağışının bir "insanlık dayanışması eylemi" olduğunu ve cinsel yönelim nedeniyle bağıştan dışlanmanın damgalayıcı ve küçük düşürücü olduğunu iddia etmiştir. Son olarak başvuran, bu kontrendikasyon gerekçesinin, kan bağışlamak isteyen eşcinsel erkekler için özel bir fişleme yöntemi olduğunu ve bu durumun, özel hayata saygı hakkını koruyan anayasal, toplumsal ve sözleşmelerle belirlenen normlara aykırı olduğu kanaatinde olduğunu belirtmiştir.

27. Danıştay, 28 Aralık 2017 tarihinde başvuranın davasını aşağıda belirtilen gerekçelerin bulunduğu bir kararla reddetmiştir:

"5. Kan bağışı için kontrendikasyonların belirlenmesinde, Sağlıkta Sorumlu Bakan, Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyinin 27 Ocak 2003 tarihli 2002/98/EC sayılı Direktifi'nin 2 ve 24. paragrafları uyarınca, bulaşıcı bir hastalığın bulaşma riskini en aza indirmek için tüm ihtiyati tedbirleri almalıdır. Hem transfüzyon yapılan bir hastaya bu tür bir bulaşmanın sonuçlarının ciddiyeti hem de kan alma ve kan nakli organizasyonunun dayandığı, donörler ile alıcılar arasındaki güven bağının korunması gereğini göz önünde bulundurarak, mevcut bilimsel ve epidemiyolojik verilerin bir riskin varlığını ortadan kaldırmayı mümkün kılmadığı durumlarda, donörlerin maruz kaldıkları riske bağlı nesnel kriterlere göre seçilmesi dâhil olmak üzere, alıcıların güvenliğini en iyi şekilde koruyabilecek önlemleri desteklemek sağlık yetkililerinin görevidir, bu seçim yapılmadığı takdirde, bağış için belirli adaylara karşı yasa dışı ayrımcılık yapıldığı değerlendirilmesinde bulunulabilir.

Başvurulardaki iddialar hakkında:

6. İtiraz edilen kararnamenin ekinde bulunan II no.lu belgede, kan bağışına yönelik kontrendikasyonlar, ya donör ya da alıcı için risklerin varlığından hareketle

DRELON/FRANSA KARARI

belirtilmiştir. Enfeksiyon yaratabilecek bir ajanın alıcıya bulaşma riski ile ilgili olarak, her iki cinsiyetten eşcinsel veya heteroseksüel kişiler olup olmadıkları konusunda çeşitli cinsel davranış türlerini ayırt ederek ve her durumda riskli durumun sona ermesinden sonra uygun kontrendikasyonun süresini tanımlayarak, özellikle, bağış adayını cinsel yolla bulaşabilen bulaşıcı bir ajana maruz bırakmış olabilecek çeşitli durumlar listelenmiştir. Özellikle, bir erkekle cinsel ilişkiye girmiş olan herhangi bir erkek için kalıcı bir kontrendikasyon öngören önceki hükümleri yürürlükten kaldıran kararnamede, tam kan bağışı için, bir erkeğin başka bir erkekle yaşadığı son cinsel ilişkiden sonra on iki ay süreyle kontrendikasyon belirtilmiştir ve karantina ile güvence altına alınan, aferez yoluyla bir plazma bağışı için, karşı cinsten birden fazla partnerle cinsel ilişki olması durumunda, her türlü bağış için aynı sürede kontrendikasyon öngörülen dört aylık süre içinde birden fazla erkek partnerle cinsel ilişki durumunun sona ermesinden sonra dört aylık bir kontrendikasyon belirtilmiştir.

7. Her şeyden önce, dosyalarda bulunan belgelerden, Sosyal İşler ve Sağlık Bakanı'nın bu kararı verirken dayandığı Sağlık İzleme Enstitüsünün çalışmalarının, bir yandan, erkeklerle cinsel ilişkiye giren erkekler arasında insan immün yetmezlik virüsü (HIV) taşıyıcılarının oranının % 14 olduğunun, yani bu oranın %0,2 olduğu heteroseksüel popülasyonda gözlemlenenden yaklaşık 70 kat daha yüksek bir yaygınlık bulunduğunun, diğer yandan, erkeklerle cinsel ilişkiye giren erkeklerde 2012 yılında yeni enfekte olan kişi oranının % 1 olduğunun, yani heteroseksüel popülasyonda gözlemlenenden yaklaşık 115 kat daha yüksek bir yaygınlık bulunduğunun tespit edilmesine imkân verdiği anlaşılmaktadır.

8. Ardından yine dosyada yer alan belgelerden, “sessiz pencere” adı verilen ortalama on iki günlük bir sürenin bulunduğu; bu süre zarfında, bir kişinin, viral genomun saptanmasına dayanan en etkili tarama testlerinde bile virüs saptanmadan HIV ile enfekte olmuş olabileceği anlaşılmaktadır. Süresi daha uzun veya daha kısa olarak değişmekle birlikte bir böyle bir dönem, cinsel yolla bulaşan diğer enfeksiyonlar için de mevcuttur. (...)

9. Diğer taraftan, bu analiz, 2011 yılından 2013 yılına kadar olan dönemde, daha önce serolojisi negatif olan düzenli donörlerden gelen ancak HIV tespit edilen bağışlarda, bunların % 62'sinin erkekler arasında cinsel ilişkiye giren ve o sırada yürürlükte olan daimi kontrendikasyona riayet etmeden kan bağışında bulunan erkeklerin söz konusu olduğunu göstermiştir. Özellikle Kanada ve Avustralya'da yapılan bu ülkelerdeki mevcut kontrendikasyonlara uyum konusunda araştırmalara dayanarak, on iki aylık bir

DRELON/FRANSA KARARI

kontrendikasyonun, Fransa’da kabul edilirse, 3.45 milyonda yaklaşık bir kontamine bağıştan oluşan mevcut riske benzer bir transfüzyon riskine yol açacaktır. Buna karşın, daha kısa bir kontrendikasyonun uygun olduğunu değerlendirmeye imkân veren bir veri bulunmamaktadır ve bu bağlamda gerektiği takdirde, bağıştan önceki görüşme sırasında değerlendirilmesi gereken, cinsel ilişkinin korumalı ya da korumasız olması gibi cinsel davranışın daha ayrıntılı bir analizine dayalı kriterlerin belirlenmesi ve ve kişinin özel hayatına yapılan bir müdahale olarak algılanmasının muhtemel olması sonuçları doğacaktır.

(...)

12. Yukarıda belirtilenlerden, hem riskin ciddiyeti hem de makul olarak uygulanabilecek önlemler ve diğer cinsel yolla bulaşan enfeksiyonlarda olduğu gibi HIV ile bağlantılı transfüzyon riski üzerinde daha kısa süreli bir kontrendikasyonun etkisinin değerlendirilmesine izin veren verilerin bulunmaması bakımından, 2004/33/EC sayılı Direktifte öngörüldüğü gibi bu kararı verirken cinsel yönelime değil cinsel davranışa dayanan Sosyal İşler ve Sağlık Bakanı’nın, bu konuda daimi bir kontrendikasyon getirmeyi bırakan Avrupa Birliğinin on Üye Devletinin yarısı tarafından kabul edilene benzer şekilde, son cinsel ilişkiden on iki ay sonra başka bir erkekle cinsel ilişkiye giren erkeklerin tam kan bağışı ile ilgili olarak, eşcinsel ilişkiye girmiş herhangi bir erkek için daha önce var olan daimi kontrendikasyonu başka bir kontrendikasyonla değiştirerek yasa dışı ayrımcı bir önlem almadığı sonucu çıkmaktadır (...). Sonuç olarak, Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme’nin 8 ve 14. maddelerinin, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı’nın 21. maddesinin, 22 Mart 2004 tarih ve 2004/33/EC sayılı Komisyon Direktifi’nin amaçlarının, eşitlik ilkeleri ve insan onuruna saygı ilkelerinin ve de Kamu Sağlığı Kanunu’nun L. 1211-6-1 ve R. 1221-5 maddelerinin hükümlerinin ihlal edildiğine dair iddiaların reddedilmesi gerekmektedir.

13. İkinci olarak, iddia edilenin aksine, ihtilaf konusu kararname, tek başına, bir kontrendikasyon nedeniyle ertelenen bağışlara ilişkin olarak kişisel verilerin mutlak suretle toplanması veya saklanması öngörmemekte veya zorunlu kılmamaktadır. Sonuç olarak, özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddia, ancak reddedilebilir.”

İLGİLİ HUKUKÎ ÇERÇEVE VE İÇ HUKUK UYGULAMASI

28. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin yasal çerçeve ve kan bağışı için aday seçimine ilişkin yasal çerçeve sırasıyla sunulacaktır.

I. KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI

A. Uluslararası hukuk

29. Avrupa Konseyinin Kişisel Verilerin Otomatik Olarak İşlenmesi Karşısında Kişilerin Korunmasına İlişkin Sözleşmesi (ETS No. 108, “1981 Sözleşmesi”), 24 Mart 1983 tarihinde Fransa tarafından imzalanmıştır. Bu Sözleşme, 1 Ekim 1985 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme’nin (ETS No. 108) ilgili maddeleri aşağıdaki gibidir:

Madde 5 - Verilerin niteliği

“Otomatik işleme konu olan kişisel veriler:

- a. Adil biçimde ve yasal yoldan elde edilir ve işlenir;
- b. Belli ve meşru amaçlar için kaydedilir ve bu amaçlara aykırı şekilde kullanılamaz;
- c. Kaydedilme amaçlarına göre uygun, ilgili ve aşırı olmayan veriler talep edilir;
- d. Doğru bilgileri yansıtır ve gerektiğinde güncellenebilir;
- e. Kaydedilme amaçlarını gerçekleştirmek için gerekli süreyi aşmayacak şekilde ilgili kişilerim kimliklerini belirlemeye imkân verecek biçimde saklanır.

Madde 6 - Özel veri kategorileri

İç hukukta uygun güvenceler sağlanmadıkça, (...) sağlık veya cinsel hayatla ilgili kişisel veriler otomatik işleme tabi tutulmaz. (...)

Madde 9 - İstisnalar ve kısıtlamalar

(...)

2. Taraf Devletin kanunlarında öngörülmüş olması ve aşağıdaki hususların sağlanması için demokratik bir toplumda gerekli bir önlem oluşturması halinde, işbu Sözleşme'nin 5, 6 ve 8. maddelerine istisna getirilebilir:

a. (...)

b. İlgili kişinin veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması.”

B. Avrupa Birliği Hukuku

1. İkincil hukuk

30. Olayların meydana geldiği dönemde yürürlükte olan, Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Birliği Konseyinin kişisel verilerin işlenmesi ile ilgili olarak bireylerin korunması ve bu tür verilerin serbest dolaşımı hakkında 24 Ekim 1995 tarihli ve 95/46/EC sayılı Direktifinin (JO 1995 L 281, s. 31-50) ilgili hükümleri, aşağıdaki gibidir:

Madde 6:

“1. Üye Devletler, kişisel verilerin aşağıdaki şekilde olmasını sağlayacaklardır:

(...) / c) toplandığı ve/veya ayrıca işlendiği amaçlara ilişkin olarak yeterli, ilgili olmaları ve aşırı olmamaları;

d) doğru olmaları ve gerektiği yerde güncel tutulmaları; toplanma ve sonrasındaki işlenme, silinme veya düzeltilme amaçlarını göz önünde tutarak verilerin yanlış veya eksik olmamasını sağlayacak tüm makul önlemler alınmalıdır;

e) toplanma veya sonradan işlenme amaçlarına ulaşmak için gerekli olan süreyi geçmeyecek şekilde ilgili kişilerin kimliklerinin tespitine imkân verecek şekilde muhafaza edilir. (...)

Madde 7:

Üye Devletler, kişisel verilerin işlenebilmesini yalnızca aşağıdaki koşullarda sağlayacaklardır:

DRELON/FRANSA KARARI

a) İlgili kişi açık, kesin ve net bir biçimde rızasını vermişse

veya

(...) e) İşleme, verilerin açıklandığı üçüncü bir şahıs veya denetleyiciye yetki veren kamu makamının uygulamasında veya kamu menfaatine yapılan bir görevin yerine getirilmesi için gerekliyse; (...)

Madde 8: Verilerin özel işleme kategorileri

1. Üye Devletler, sağlık durumuna veya cinsel yaşama ilişkin verilerin işlenmesini (...) yasaklayacaktır.

2. 1. paragraf aşağıdaki durumlarda uygulanmayacaktır:

a) veri öznesinin (...) bu verilerin işlenmesinde veri öznesi açık rızasını vermişse; (...)

2. Paragraf 1, sağlık hizmetlerinin yönetimi veya bakım veya tedavinin sağlanması, tıbbi teşhis, önleyici tıp amaçları için veri işlemenin gerektiği yerde ve mesleki gizlilik yükümlülüğü için ulusal yetkili kuruluşlar tarafından veya eşdeğer gizlilik yükümlülüğüne tabi diğer bir kişi tarafından saptanan ulusal kanun kapsamında bir sağlık uzman öznesi tarafından bu verilerin işlendiği yerde uygulanmayacaktır. / (...)"

31. Kişisel verilerin işlenmesi ve bu tür verilerin serbest dolaşımı ile ilgili olarak bireylerin korunmasına ilişkin ve 95/46/EC sayılı Direktifi yürürlükten kaldıran (AB) 2016/679 sayılı ve 27 Nisan 2016 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konsey Yönetmeliği (verilerin korunması hakkında genel yönetmelik) (JO 2016 L 119, s. 1-88), 25 Mayıs 2018 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

32. Diğer taraftan, insan kanı ve kan bileşenlerinin toplanması, test edilmesi, işlenmesi, saklanması ve dağıtımı için kalite ve güvenlik standartlarını düzenleyen ve 2001/83/EC sayılı Direktifi yürürlükten kaldıran 27 Ocak 2003 tarihli ve 2002/98/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi (OJ 2003 L 33, s. 30-40), belirli donör tarama verilerinin saklanmasını gerektiren hükümler içermektedir:

Madde 18: Donörlerin uygunluğu

“(…) 2. Donör muayene ve değerlendirme prosedürlerinin sonuçları, kaydedilir (...).

Madde 24: Verilerin korunması ve gizlilik

Üye Devletler (...) aşağıdaki hususları sağlarlar:

- a) veri güvenliğini sağlamak ve bağışçı dosyalarına veya hariç tutma kayıtlarına yetkisiz eklemeler, silmeler veya değişiklikler ile yetkisiz bilgi aktarımlarını önlemek için önlemler alınır;
/(...) ”

2. Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) içtihatları

a) İşlenen verilerde doğruluk gerekliliği hakkında

33. ABAD, 7 Mayıs 2009 tarihli *Rijkeboer* kararında, 95/46/EC sayılı Direktif'in korumayı amaçladığı özel hayata saygı hakkının “veri konusu kişinin, kişisel verilerinin doğru ve yasal bir şekilde işlenmesini, yani özellikle kendisiyle ilgili temel verilerin doğru olmasını ve izin verilen alıcılara yönlendirilmesini sağlayabilmesini” içerdiğine hükmetmiştir (C-553/07 kararı, EU:C:2009:293, 46-49. paragraflar).

34. Kanada ile Avrupa Birliği arasında yolcu dosyalarından verilerin aktarılması ve işlenmesine ilişkin bir taslak anlaşmaya ilişkin 26 Temmuz 2017 tarihli ve 1/15 sayılı görüşünde, Büyük Daire halinde toplanan ABAD, bu gerekliliğin doğrudan Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın özel hayata saygı hakkını güvence altına alan 7. maddesinden çıkarıldığını belirtmiştir (EU:C:2017:592, 219. paragraf).

35. ABAD, 20 Aralık 2017 tarihli *Nowak* kararında, kişisel verilerin tam ve eksiksiz niteliğinin, bu verilerin toplanma amacına göre değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir (C-434/16, EU:C:2017:994, 53. paragraf).

b) Verilerin saklanma süresi

36. ABAD, Büyük Daire halinde verdiği 8 Nisan 2014 tarihli *Digital Rights Ireland et Seitlinger e.a.* kararında, kişisel verilerin saklanmasını zorunlu kılan bir Birlik mevzuatının, ilgili veri kategorilerinin her birinin saklama süresini, ulaşılmak istenen amaca yönelik olası yararlılıklarına göre

veya ilgili kişilere göre, nesnel kriterler temelinde düzenlenmesi gerektiğine hükmetmiştir (C-293/13, EU:C:2014:238, 63-64. paragraflar).

C. İç Hukuk

37. İhtilaf konusu olayların meydana geldiği dönemde, veri işleme, dosya ve özgürlüklere ilişkin 78-17 sayılı ve 6 Ocak 1978 tarihli Kanun'un ilgili hükümleri aşağıdaki gibidir:

Madde 6

“Veri işleme, yalnızca aşağıdaki koşulları sağlayan kişisel verilerle ilgili olabilir:

1° Veriler adil ve yasal bir şekilde toplanır ve işlenir;

2° Belirli, açık ve meşru amaçlar için toplanır ve bu amaçlarla bağdaşmayan bir şekilde işlenmez. (...);

3° Toplanma amaçları ve buna müteakip işlenmeleri bakımından yeterli, ilgili olmalı ve aşırı olmamalıdır;

4° Doğru, eksiksizdir ve gerekirse güncellenir;

5° Toplanma ve işlendikleri amaç için gerekli olan süreyi geçmeyecek şekilde ilgili kişilerin kimliğinin tespitine imkân verecek şekilde muhafaza edilir.

Madde 8

I.- Kişilerin sağlık durumları veya cinsel yaşamları ile ilgili kişisel verilerin (...) toplanması veya işlenmesi yasaktır.

II.- İşleme amacının belirli veri kategorileri için gerektirdiği ölçüde, veriler aşağıdaki 1. maddede belirtilen yasağa tabi değildir:

1° Veri sahibinin açık rıza verdiği veri işleme (...). ;

(...)

6° Ceza Kanunu'nun 226-13 maddesinde öngörülen, koruyucu hekimlik (...) veya sağlık hizmetlerinin yönetimi amacıyla gerekli olan ve bir sağlık meslek mensubu tarafından veya görevi nedeniyle mesleki sır saklama yükümlülüğü getirilen başka bir kişi tarafından yapılan veri işleme. ”

38. Bu versiyon, 95/46/EC sayılı Direktif'i (yukarıda 30. paragraf) iç hukuka aktaran 6 Ocak 1978 tarihli Kanun'dan kaynaklanmaktadır. 6 Ocak 1978 tarihli Kanun, kabul edildiğinden itibaren birçok defa değiştirilmiştir. Özellikle 2018-493 sayılı ve 20 Haziran 2018 tarihli Kanun, bu Kanun'u (UE) 2016/679 Yönetmeliğine (yukarıda 31. paragraf) uygun hale getirmiştir.

39. Kan bağışı alanında toplanan verilerin işlenmesine özel olarak, Fransız Sağlık Ürünleri Güvenliği Ajansı'nın (AFSSaPS) kan nakli kuruluşlarının benimsemesi gereken iyi uygulama ilkelerini tanımlayan düzenlemelerini onaylayan 10 Eylül 2003 tarihli kararname aşağıdaki hükümleri içermektedir:

3.1. Donör dosyası

“Donörün kimlik bilgileri, donörün bilgisayar dosyasına kaydedilir ve burada bağış geçmişi aşağıdaki bilgilerle izlenir:

- Her bağışın tarihi, türü ve sayısı;
- Kodla belirtilen, bağışa yönelik geçici veya daimi kontrendikasyonlar;
- Bağış sırasında veya sonrasında meydana gelen donör reaksiyonları;
- Önceki bağışlar vesilesiyle gerçekleştirilen biyolojik analizlerin ve tarama testlerinin sonuçları;
- Ve gerektiği takdirde, donörün tıbbi ve biyolojik takibine dâhil olan veriler.

Bu verilerin gizliliğini sağlamak için, verilerin içeriği, kullanım şekli ve bunları değiştirmeye veya danışmaya yetkili personel bir prosedürle belirlenir.

Toplama alanında kullanıma sunulan dosya veya dosyanın bir kısmı, donörlerin ve ürünlerin güvenliği ile ilgili gerekli bilgileri içermelidir.

Her bağış sırasında, donör dosyasına başvurulur, bu dosya kontrol edilir ve tamamlanır.”

40. Bu hükümler, AFSSaPS Genel Müdürü'nün 6 Kasım 2006 tarihli kararına dâhil edilmiştir.

41. FKB tarafından uygulanan otomatik veri işleme, tek bir ulusal veri tabanında merkezileştirilmesi vesilesiyle, daha sonra 8 Aralık 2011 tarihli ve 2011-395 sayılı müzakere ile BİÖK tarafından yetkilendirilmiştir, Bu müzakerede, özellikle “kategoriye göre gruplandırılmış geçici veya kesin tıbbi kontrendikasyonların, kan veya cinsel yolla bulaşan bulaşıcı ajan riskinin, bu viral riskle ilişkili yorumların kesinlikle gerekli” olarak belirlenmesinin amaçlandığı belirtilmektedir.

II. DONÖRLERİN SEÇİLMESİ

A. Uluslararası Hukuk ve Uygulaması

1. Dünya Sağlık Örgütü'nün (“DSÖ”) Yayınları

42. Dünya Sağlık Örgütü tarafından 23 Mayıs 2005 ve 21 Mayıs 2010 tarihlerinde kabul edilen WHA58.13 ve WHA63.12 kararları, Üye Devletleri, yalnızca kan yoluyla bulaşan bir patojeni taşıma riski en az olan kişileri seçmek amacıyla, kan bağıışı için adayları katı kriterler temelinde seçmeye teşvik etmektedir.

43. Diğer taraftan DSÖ, bir grup uzmanın çalışmasına dayalı olarak 2012 yılında *kan bağıışı için uygunluğun değerlendirilmesine ilişkin Kılavuz İlkeler* yayınlamıştır. Bir erkekle cinsel ilişkiye girmiş olan erkeklerin kan bağıışında bulunmaktan men edilmesi konusunda bir tavır almaksızın, şu tavsiyede bulunur (88. paragraf):

“(…) Yüksek riskli cinsel davranışlar için daimi men etme kriterleri, bu hastalıkların epidemiyolojisindeki değişiklikleri, mevcut tarama testlerine ilişkin teknolojik ilerlemeyi ve devam eden araştırma çalışmalarını dikkate alarak, transfüzyon yoluyla viral enfeksiyonların kalıntı ile bulaşma riskinin analizine dayalı olarak ilgili ülke veya bölgenin özel durumuna göre tanımlanır ve sıklıkla revize edilir.”

2. Avrupa Konseyi Belgeleri

44. Bakanlar Komitesinin, kan nakli bağlamında donörlerin ve alıcıların sağlığının korunmasına ilişkin 12 Ekim 1995 tarihli ve R (95) 14 sayılı tavsiye kararında, “herhangi bir ayrımcılık olasılığından kaçınarak uygun donör seçiminin önemi” hatırlatılmaktadır. Bu tavsiye kararında, HIV ve karaciğer virüslerinin bulaşma riskine özellikle atıfta bulunarak, “(...) davranışlarıyla, (...) alıcılar için enfeksiyon riskini muhtemelen artıracak kişilerden gelen bağışlardan” kaçınma ihtiyacı vurgulanmaktadır.

45. Bakanlar Komitesi, 12 Mart 2008 tarihinde kabul edilen, donör sorumluluğu ve kan ve kan bileşenlerinin bağışının kısıtlanmasına ilişkin CM/Res (2008) 5 sayılı kararında, donörlerin, transfüzyon risk faktörleriyle ilgili olarak kan kuruluşlarına karşı şeffaflık “yükümlülüğü” konusunda üzerinde durmaktadır. Buna bağlı olarak, Bakanlar Komitesi, donörlerin sağladığı bilgilerin gizliliğinin güvence altına alınması ve “kan bağışı prosedüründen istedikleri zaman (...) bu kararı açıklamak zorunda kalmadan geri çekilme hakları” konusunda ısrar etmektedir. Bakanlar Komitesi, donör seçiminin “alıcıların sağlığını koruma hakkı ve bunun sonucunda bulaşıcı hastalıkların bulaşma riskini azaltma yükümlülüğü akılda tutularak” yapılmasını tavsiye etmektedir. Bu haklar ve yükümlülükler, bireylerin kan bağışında bulunma isteği de dâhil olmak üzere diğer tüm hususlardan önceliklidir.”

46. Son olarak, Bakanlar Komitesi tarafından, kan donörlerinde transfüzyon güvenliğini etkileyen cinsel davranışlarla ilgili olarak, bir grup uzman tarafından derlenen bilimsel çalışmalara dayanılarak 27 Mart 2013 tarihinde kabul edilen CM/Res (2013) 3 sayılı kararda, “birçok Avrupa ülkesinde erkeklerle ve seks işçileriyle cinsel ilişkiye giren kişilerin, HIV enfeksiyonu ve transfüzyon riski taşıyan diğer cinsel yolla bulaşan enfeksiyonlar için risk ölçeğinin en üst noktasında yer aldıklarını tespit edilmektedir”. Bu kararda, “mevcut epidemiyolojik verilerin, donörlerin

cinsel davranış açısından bireysel risk almalarıyla bağlantılı olarak, transfüzyon riski olan bir enfeksiyona yakalanma riskinin kesin olarak belirlenmesine izin vermediği” kaydedilmektedir. Bu temelde Bakanlar Komitesi, “belirli bir riskli cinsel davranış için geçici olarak kan bağışından men etme politikasının uygulanmasına, ancak bu davranışın donörleri kan yoluyla bulaşması muhtemel ciddi bulaşıcı hastalıklara yakalanma riskine maruz bırakmadığını belirledikten sonra karar verilmesini” tavsiye etmektedir.

B. Avrupa Birliği Hukuku

1. İkincil Hukuk

47. İnsan kanı ve kan bileşenleri kanının toplanması, test edilmesi, işlenmesi, saklanması ve dağıtımı için kalite ve güvenlik standartlarını belirleyen ve 2001/ sayılı Direktifi değiştiren 27 Ocak 2003 tarihli ve 2002/98/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifinin ön sözü (83/EC, OJ L 33, 30-40. paragraflar), aşağıdaki maddeleri içermektedir:

“(2) (...) Halk sağlığını korumak ve bulaşıcı hastalıkları önlemek için, [kan ve kan bileşenlerinin] toplanması sırasında, transfüzyonla bulaşabilen patojenlerin tespiti, inaktivasyonu ve ortadan kaldırılmasında bilimsel gelişmelerden tam olarak yararlanılarak, (...) bütün ihtiyati tedbirler alınmalıdır.

(...)

(24) Tedavi amaçlı kullanılan kan ve kan bileşenleri (...), sağlık durumu bulaşıcı bir hastalığın bulaşma riskini en aza indirecek şekilde (...) olan kişilerden sağlanmalıdır. (...)

48. Bu Direktif’in 18 ve 19. maddeleri, kan kuruluşlarının kan bağıışı için uygunluğun, her kan bağışından önce bir sağlık profesyoneli tarafından yapılan muayeneye dayanarak, donör ile yapılacak görüşme de dâhil olmak üzere sistematik olarak değerlendirilmesini gerektirir.

49. 2002/98/EC sayılı Direktif’in 29. maddesinin d) bendi, Avrupa

Komisyonuna, kişileri kan bağışından etme kriterlerini belirleme ve bilimsel ve teknik ilerlemeyi dikkate alarak, bu kriterleri güncelleme yetkisi vermektedir.

50. Bu temelde, kan ve kan bileşenlerinin toplanmasına ilişkin belirli teknik gereklilikle ilgili olarak, 2002/98/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi uyarınca düzenlenen 22 Mart 2004 tarihli ve 2004/33/EC sayılı Komisyon Direktifi'nin (OJ 2004 L 91, 25-39. paragraflar) ekinde yer alan III no.lu belgede, donörün, alıcıyı kan yoluyla bulaşan ciddi bulaşıcı hastalıklara yakalanma riskine maruz bırakan cinsel davranışı durumunda, donörün bağıştan men edilmesini öngörmektedir. Kan bağışından men edilme, duruma göre daimi veya geçici şekilde olabilir (ilgili Direktif, Ek III, 2.1 ve 2.2.2).

2. Avrupa Birliği Adalet Divanı ("ABAD") İçtihatları

51. ABAD, *Léger* davasında (29 Nisan 2015 tarihli karar, C-528/13, EU:C:2015:288), bir erkekle cinsel ilişkiye girmiş erkekler için kalıcı bir kontrendikasyon getirilmesine hükmeden 12 Ocak 2009 tarihli kararnameye (aşağıda **Error! Reference source not found.** paragraf) dayalı olarak kan bağışından men edilme kararıyla ilgili bir anlaşmazlık bağlamında bir ön sorun incelemesinde bulunmuştur.

52. ABAD ilk olarak, 2004/33/EC sayılı Direktif'in, Üye Devletlere, kan bağışından kalıcı men edilmeyi haklı gösteren cinsel davranışları belirlemek için bir takdir payı bıraktığı kanaatine varmıştır (Direktif'in 39. paragrafı).

53. İkinci olarak, ABAD, bir Üye Devletin, güncel tıbbi, bilimsel ve epidemiyolojik veriler temelinde, o Devlete özgü durumu göz önünde bulundurarak, bu tür cinsel davranışların bu kişileri kan yoluyla bulaşabilen ciddi bulaşıcı hastalıklara yakalanma açısından yüksek bir riske maruz bıraktığı ve orantılılık ilkesine uygun olarak, orada bu bulaşıcı hastalıkların tespiti için etkili tekniklerin bulunmadığı veya bu tür tekniklerin yokluğunda, alıcılar için yüksek düzeyde sağlık koruması sağlamak için böyle bir

kontrendikasyondan daha az kısıtlayıcı yöntemlerin bulunmadığı tespit edildiğinde, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın ("Şart") 21. maddesinde belirtilen ayrımcılık yasağı ilkesini ihlal etmeksizin, erkeklerle cinsel ilişkiye girmiş erkekler için kan bağışından kalıcı olarak men edilme öngörebileceği kanaatine varmıştır (Direktif'in 40-69. paragrafları).

54. ABAD, bu bağlamda, riskli cinsel davranışların daha kesin bir şekilde belirlenmesine dayanan bir donör seçiminin bir erkekle cinsel ilişkiye girmiş erkeklerden oluşan tüm grup için kalıcı bir kontrendikasyondan daha az kısıtlayıcı olan bir bağış kontrendikasyonu oluşturmaya olanak sağlayıp sağlamayacağını belirlemenin itiraz mahkemesine ait olduğunu belirtmiştir. (66-69. paragraflar).

55. Strazburg İdare Mahkemesi, bu kararın ardından, 8 Mart 2016 tarih ve 0903177 sayılı kararıyla Léger'in kan bağışında bulunmasını yasaklayan kararı iptal etmiştir. Strazburg İdare Mahkemesi, donörlerin bireysel cinsel davranışlarına ve son eşcinsel cinsel ilişkilerinden bu yana geçen süreye dayanan herhangi bir ayırım yapmadan başka erkeklerle cinsel ilişkiye girmiş erkeklerin kan bağışında bulunmalarını genel ve kesin bir şekilde yasaklayarak, 12 Ocak 2009 tarihli kan bağışından men edilme kararının Şart'ın 52. maddesinde belirtilen orantılılık ilkesini ihlal ettiğine hükmetmiştir. Strazburg İdare Mahkemesi, özellikle, donör seçim sürecinde, eşcinsel erkeklerin riskli cinsel davranışları hakkında amaca yönelik ve ilgili bilgi edinme mekanizmalarının öngörülmesini engelleyecek bir durum olmadığı kanaatine varmıştır.

C. İç Hukuk Kuralları ve Uygulaması

56. Fransa Medeni Kanunu'nun 163. maddesi ve devamındaki maddeler ile Kamu Sağlığı Kanunu'nun L. 1211-2 maddesi ve devamındaki maddeler, insan vücudundan unsur ve ürünlerin toplanmasının sadece donörün gönüllü, çıkarsız ve anonim bir eylemine dayanabileceğini öngörmektedir. Kamu

Sağlığı Kanunu'nun L. 1221-1 maddesi, ayrıca, "kan naklinin alıcının menfaati doğrultusunda gerçekleştirildiğini ve bağışın gönüllü ve anonim olması ve kâr amacı gütmemesi gibi etik ilkelere tabi olduğunu" belirtmektedir.

57. FKB, Sağlık Bakanlığının denetimi altında bir kamu kuruluşudur. Söz konusu kurum, özellikle sivil halk için kan toplamaktan ve Kamu Sağlığı Kanunu'nun L. 1222-1 maddesinde öngörüldüğü üzere kan nakli sisteminin güvenliğini sağlamaktan sorumludur. FKB, görevlerini tüzel kişiliği olmayan bölgesel kuruluşlardan oluşan bir ağ aracılığıyla yürütmektedir.

58. Kan bağışı için adayların seçimini düzenleyen yönetmelikler, ihtilaf konusu olayların meydana geldiği dönem boyunca ve başvuruların yapılmasından bu yana gelişmiştir.

59. 16 Kasım 2004 tarihinde, yasal çerçeve, yukarıda belirtilen 10 Eylül 2003 tarihli karar ile tanımlanmıştır (yukarıdaki 39. paragraf). Kararın ekinde aşağıdaki hükümler yer almaktadır:

IV. DONÖRLERİN SEÇİMİ

(...) 1. Bağış öncesi görüşme ve muayene

Her bağıştan önce bağış adayıyla bir görüşme yapılmalı ve aday muayene edilmelidir. Kan nakli güvenliği açısından son derece önemli olan bu iki aşama, aşağıdaki hususların araştırılmasına yöneliktir:

- donörü korumak amacıyla kan alımını sakıncalı kılan bir durumun araştırılması;
- alıcıyı korumak amacıyla kan nakliyle bulaşabilen bir hastalığın araştırılması.

(...) / Kan bağışı için adayların seçimi yetkili kişi tarafından güncel tıbbi ve teknik belgelere dayanılarak yapılmaktadır. ”

60. Bu kararda belirtilen tıbbi ve teknik belgeler taraflarca sunulmamıştır. Bununla birlikte, FKB'nin söz konusu dönemdeki uygulamasının, başka bir erkekle cinsel ilişkiye girdiğini beyan eden erkeklerin kan bağışı yapmasını kalıcı olarak yasaklamak olduğu açıktır.

61. Kan bağışına ilişkin kontrendikasyonlar daha sonra Sağlık Bakanlığı

tarafından çıkarılan kararlarla tanımlanmıştır. Bu kararlardan ilki 12 Ocak 2009 tarihinde alınmıştır. Söz konusu karar, “bir erkekle cinsel ilişkiye girmiş erkekler” için kalıcı bir kontrendikasyon öngörüyordu.

62. 7 Temmuz 2011 tarihli Kanun ile çıkarılan ve 26 Ocak 2016 tarihli Kanun ile değiştirilen Kamu Sağlığı Kanunu’nun L. 1211-6-1 maddesi aşağıdakileri belirtmektedir:

“Tıbbi kontrendikasyonlar olmadıkça kimsenin kan bağışı yapması yasaklanamaz.

Kimsenin cinsel yönelimi nedeniyle kan bağışı yapması yasaklanamaz.”

63. Donör seçim kriterleri daha sonra 10 Nisan 2016 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 5 Nisan 2016 tarihli karar ile değiştirilmiştir. Söz konusu karara ek II’de, “başka bir erkekle [bir veya birden fazla] cinsel ilişkiye girmiş erkekler için”, tam kan veya aferez bağışı durumunda, son cinsel ilişkiden sonra on iki aylık geçici bir kontrendikasyon ve karantina ile güvence altına alınan, aferez yoluyla bir plazma bağışı durumunda, birden fazla cinsel partneri olan erkekler için bu durumun sona ermesini takip eden dört ay içinde dört aylık geçici bir kontrendikasyon öngörmüştür. Bu kararın 3. maddesi aşağıdaki gibidir: “Bu karar, Fransa Cumhuriyeti Resmi Gazetesinde yayımlanmasından üç ay sonra yürürlüğe girecek olup, Fransa Cumhuriyeti Resmi Gazetesinde yayımlanmasından bir gün sonra yürürlüğe girecek olan Batı Nil virüsü bulaşıcı risk seçim kriterleri hariç tutulmuştur”, yani bu tarih 10 Temmuz 2016’dır.

64. Tam kan bağışına yönelik bu kontrendikasyonun süresi 17 Aralık 2019 tarihli bir kararla dört ay ile sınırlandırılmıştır.

65. Bu süre nihayet 11 Ocak 2022 tarihli bir kararla kaldırılmıştır. Söz konusu karar, bazı riskli cinsel davranışların bağış yapmaktan men edilmeye halen yol açtığını öngörmekle birlikte, bunlar hâlihazırda cinsiyet ve cinsel yönelimden bağımsız olarak tanımlanmaktadır (örneğin çok partnerli olmak, ücretli cinsel ilişki, vb.).

D. Karşılaştırmalı Hukuk Unsurları

66. Başvuru sahibi tarafından sunulan Sağlık ve Yaşam Bilimleri Ulusal Danışma Etik Kurulunun 123 sayılı görüşünden, 2015 yılının Mart ayında tüm Avrupa Birliği Üye Devletlerinde riskli cinsel davranışlarda bulunan bağış adaylarının kan bağışında bulunmaktan men edildiği anlaşılmaktadır. Ancak bunlar farklı şekillerde tanımlanmıştır. Erkek erkeğe cinsel ilişkiye girmek, Üye Devletlerin on sekizinde kalıcı olarak yasaklanmaya sebep olmuştur. Birleşik Krallık, İsveç, Finlandiya, Slovakya ve Macaristan'da söz konusu aynı cinsel davranış bir yıllık geçici bir yasağa yol açmıştır. Sadece İtalya, İspanya ve Polonya bu riskli cinsel davranışı erkekler arası eşcinsel ilişkiye atıfta bulunmadan tanımlamıştır.

67. Avrupa Birliği dışında, Rusya'nın da kan bağışına ilişkin kontrendikasyonların tanımından eşcinselliğe ilişkin her türlü atfı kaldırdığı kaydedilmiştir. Öte yandan Kanada, Avustralya, Yeni Zelanda, Japonya, Brezilya, Arjantin ve Güney Afrika'da, bir erkekle cinsel ilişkiye girmiş erkeklere özgü geçici bir yasak, değişken süreler için öngörülmüştür.

68. Dahası, bazı Avrupa Konseyi üye ülkelerinin hukuk ve uygulamalarında son zamanlarda gelişmeler gözlemlenmiştir. Bazı Devletler, bağışa ilişkin kontrendikasyonları eşcinsel cinselliğe atıfta bulunarak tanımlama uygulamasından vazgeçmiştir (Yunanistan, Macaristan, Litvanya). Diğerleri ise söz konusu geçici yasağın süresini kısaltmış (Avusturya, Danimarka, Finlandiya, İrlanda) veya uzun süreli tek eşli ilişki yaşayan eşcinsel erkekler için bu yasağı kaldırmıştır (Almanya, Hollanda, Birleşik Krallık).

HUKUKÎ DEĞERLENDİRME

I. BAŞVURULARIN BİRLEŞTİRİLMESİ

69. Mahkeme, başvuruların konularının bağlantılı olmasını göz önünde

bulundurarak, başvuruları tek bir karar altında birlikte incelemeyi uygun görmektedir.

II. BAŞVURANIN CİNSEL YAŞAMINA İLİŞKİN VERİLERİN TOPLANMASI VE SAKLANMASI

70. Başvuran, 3153/16 ve 27758/18 no.lu başvuruları çerçevesinde, ilk olarak, varsayılan cinsel yönelimini yansıtan kişisel verilerinin FKB tarafından toplanması ve saklanması şikâyet etmektedir. Başvuran, bir yandan özel hayatına saygı hakkının ihlal edildiğini ve diğer yandan, veri işleme sırasında cinsel yönetime dayalı ayrımcılık yapıldığını ileri sürmektedir.

71. Mahkeme bu iki şikâyeti sırayla inceleyecektir.

A. Sözleşme'nin 8. Maddesinin İhlal Edildiği İddiası Hakkında

72. Başvuran, varsayılan cinsel yönelimini yansıtan verilerin FKB tarafından Sözleşme'nin 8. maddesinin gerekliliklerine aykırı koşullarda toplandığını ve saklandığını ileri sürmektedir. Söz konusu madde aşağıdaki gibidir:

“1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda (...) sağlığın (...) veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir.”

1. Kabul Edilebilirlik Hakkında

73. Mahkeme, şikâyetin açıkça dayanaktan yoksun olmadığını ve Sözleşme'nin 35. maddesi kapsamında başka herhangi bir gerekçeyle kabul edilemez olmadığını tespit ederek, kabul edilebilir olduğuna karar

vermektedir.

2. Esas Hakkında

a) Tarafların İddiaları

74. Başvuran, FKB tarafından, söz konusu dönemde bir erkekle cinsel ilişkiye giren erkekler için öngörülen kan bağışı için bir kontrendikasyona tabi olduğunun kayda alınmasından şikâyetçidir. Eşcinsel olduğu varsayımıyla ilgili kişisel verilerin toplanmasına ve saklanmasına itiraz eden başvuran, hem özel hayata saygı hakkına müdahale edildiğini hem de 8. maddeden kaynaklanan pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmediğini ileri sürmektedir.

75. Başvuran, bir taraftan negatif yükümlülükler çerçevesinde, söz konusu veri işleme faaliyetinin öngörülebilir bir yasal dayanağı bulunmadığını ifade etmektedir. Başvuran, bu bağlamda, yerel mahkemelerin, bu tür işlemleri Ceza Kanunu'nun 226-19 maddesinde öngörülen suçun kapsamının dışında tutmaya imkân veren yasal dayanak konusundaki tereddütlerini vurgulamaktadır.

76. Başvuran dahası, söz konusu müdahalenin meşruluğuna ve gerekliliğine itiraz etmektedir. Başvuran, ihtilaf konusu kontrendikasyonun devam ettirilmesinin ilgili ve yeterli gerekçelere dayanmadığını vurgulamaktadır. Başvuran, bu bağlamda, bu şekilde kayda alınmasının amacının, o sırada yürürlükte olan ve ayrımcı niteliğinden şikâyetçi olduğu, eşcinseller için bağış için kalıcı bir kontrendikasyonun uygulanmasını sağlamak olduğunu ileri sürmektedir. Başvuran dahası, kendisiyle ilgili verilerin varsayılan cinsel yönelimini yansıttığını ve bu nedenle hassas olduğunu savunmaktadır. Başvuran, bu verilerin yalnızca cinsel yönelimiyle ilgili sorulara cevap vermeyi reddetmesi nedeniyle toplandığına itiraz etmektedir. Başvuran ayrıca, ihtilaf konusu verilerin rızası olmaksızın toplandığını, sürekli olarak saklanmasının amaçlandığını ve etkili bir silme

veya düzeltme prosedürüne tabi olmadığını ileri sürmektedir. Başvuran, söz konusu hassas verilerin işlenmesinde uygun güvencelerin bulunmadığı ve müdahalenin orantısız olduğu sonucuna varmaktadır.

77. Başvuran, diğer taraftan pozitif yükümlülükler çerçevesinde, davalı Devletin, özellikle ceza hukuku kapsamında, şikâyet ettiği veri koruma hakkı ihlallerini etkili bir şekilde cezalandırmadığından şikayetçidir.

78. Hükümet, ihtilaf konusu verilerin toplanması ve saklanması nedeniyle başvuranın özel hayatına bir müdahale olduğunu kabul etmektedir. Bununla birlikte Hükümet, verilerin işlenmesinin Ceza Kanunu’nun 226-19 maddesi ve 6 Ocak 1978 tarihli Kanun’un 8, II, 6° maddesi tarafından öngörülebilen ve erişilebilir bir şekilde yapıldığını ileri sürmektedir. Hükümet, bir erkekle cinsel ilişkiye girmiş erkekler için bağış için kalıcı bit kontrendikasyonun açık olduğunu ve FKB’nin bunu uygulayabilmesini sağlayacak bir bilişim sistemine sahip olması gerektiği anlamına geldiğini eklemektedir. Hükümet, son olarak, bu veri işleminin kamu sağlığını korumak için gerekli olduğunu değerlendirmektedir.

b) Mahkemenin Değerlendirmesi

i. Genel İlkeler

79. Mahkeme, bir bireyin “özel hayatına” ilişkin verilerin saklanmasıyla ilgili 8. maddenin 1. fıkrasının uygulama alanına girdiğini hatırlatmaktadır (*Leander/İsveç*, 26 Mart 1987, § 48, A serisi no. 116 ve *Amann/İsviçre* [BD], no. 27798/95, § 65, AİHM 2000-II). Bu geniş kavram, özellikle cinsiyet kimliği, cinsel yönelim ve cinsel yaşam gibi unsurları kapsamaktadır (bk. diğer kararlar arasında, *E.B./Fransa* [BD], no. 43546/02, § 43, 22 Ocak 2008).

80. Bu tür bir müdahale, “kanunla öngörülmediği”, meşru bir amaç izlemediği ve üstelik bu amaca ulaşmak için “demokratik bir toplumda gerekli” olmadığı sürece 8. maddeyi ihlal etmektedir.

81. Mahkemenin yerleşik içtihatları uyarınca, “kanunla öngörülme”

ifadesi, hukukun üstünlüğü ile uyumlu olacak şekilde, ihtilaf konusu tedbirin iç hukukta bir dayanağı olması gerektiği anlamına gelmektedir. Bu yasal dayanak, erişilebilir ve öngörülebilir olmalıdır; diğer bir ifadeyle, bireyin gerektiğinde doğru bir tavsiyenin yardımıyla davranışlarını düzenlemesine imkân verecek şekilde yeterli kesinlikte belirtilmelidir. Bu gerekliliklere uygun olduğuna karar verilebilmesi için, yasal dayanağın keyfiliğe karşı yeterli koruma sağlaması ve sonuç olarak, yetkili makamlara verilen takdir yetkisinin kapsamını ve uygulama şeklini yeterli açıklıkta tanımlaması gerekmektedir (Malone/Birleşik Krallık, 2 Ağustos 1984, §§ 66-68, A serisi no. 82, Rotaru/Romanya [BD], no. 28341/95, § 55, AİHM 2000 V, S. ve Marper/Birleşik Krallık [BD], no. 30562/04 ve 30566/04, § 95, AİHM 2008 ve L.H./Letonya, no. 52019/07, §§ 47-59, 29 Nisan 2014).

82. Mahkeme, kişisel verilerin toplanması ve saklanması gerekliliğinin incelenmesinde geçerli olan ilkeleri *S. ve Marper* (yukarıda anılan karar, §§ 101-104) davasında özetlemiştir. Böyle bir tedbir, izlenen meşru amaçla orantılı olmalı ve “ilgili ve yeterli” gerekçelere dayanmalıdır. Öte yandan yerel mevzuat, kişisel verilerin 8. maddede öngörülen güvencelere uygun olmayacak şekilde kullanılmasını önlemek için “uygun güvenceler” sağlamalıdır (*ibid.*, § 103). Mahkeme, bu bağlamda, 1981 tarihli Sözleşme hükümlerini dikkate almaktadır (*Z/Finlandiya*, 25 Şubat 1997, § 95, *Karar ve Hükümlerin Derlemesi* 1997 I ve yukarıda anılan *S. ve Marper*, §§ 103 ve 107). Mahkeme, kişisel verilerin korunmasını ihlal eden bir tedbirin “demokratik bir toplumda gerekli” olup olmadığını denetlemek için, tedbirin söz konusu Sözleşme’nin 5. maddesinde sıralanan gerekliliklerden herhangi birini, özellikle de saklanan verilerin en aza indirilmesi, verilerin doğruluğu, kullanımlarının sınırlandırılması ve saklama sürelerinin sınırlandırılması gerekliliklerini karşılayıp karşılamadığını incelemektedir. Özellikle, iç hukuk, işlenen verilerin kaydedilme amaçlarıyla ilgili olmasını ve aşırı olmamasını ve kaydedilme amaçları için gerekli olan süreyi aşmayan bir süre boyunca ilgili kişilerin kimliklerinin tespit edilmesine imkân verecek

şekilde tutulmasını sağlamalıdır (*ibid.*, § 103). Bu hususlar, özellikle 1981 tarihli Sözleşme'nin 6. maddesinde belirtilen daha hassas verilere ilişkin özel kategorilerin korunması söz konusu olduğunda geçerlidir (*ibid.*, § 103).

83. Mahkeme, özellikle toplanan verilerin doğru ve güncel olması gerekliliğiyle ilgili olarak, yanlış olduğu kanıtlanan veya iddia edilen verilerin yetkili makamlar tarafından saklanmasına ilişkin birçok davaya bakmıştır (özellikle bk. bir polis dosyasında yanlış bilgilerin bulunması hakkında *Cemalettin Canlı/Türkiye*, no. 22427/04, §§ 34-37, 18 Kasım 2008 ve bir istihbarat servisi tarafından başvuranın geçmişine ilişkin yanlış veriler içeren bir kayıt tutulması hakkında yukarıda anılan *Rotaru*, § 36). Yetkili makamlar tarafından toplanan ve saklanan yanlış veya eksik kişisel veriler, ilgili kişinin günlük hayatını zorlaştırabilir (*Khelili/İsviçre*, no. 16188/07, § 64, 18 Ekim 2011) veya kişi için karalayıcı olabilir (yukarıda anılan *Rotaru*, § 44). Bu verilen kötüye kullanımı, ilgili kişilerin haklarını korumak için iç hukukta öngörülen bazı usuli güvencelerin ihlal edilmesiyle daha da kötüleşebilmektedir (bk. bir polis dosyasındaki yanlış bilgilerin adli makamlara parça parça iletilmesine ilişkin olarak yukarıda anılan *Cemalettin Canlı*, §§ 42-43).

84. Mahkeme, yetkili ulusal makamlara bu konuda geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır; bu takdir yetkisinin kapsamı Sözleşme tarafından güvence altına alınan söz konusu hakkın niteliği, ilgili kişi için önemi, müdahalenin niteliği ve amacı da dâhil olmak üzere bir dizi faktöre bağlıdır (yukarıda anılan *S. ve Marper*, § 102). Mahkeme ayrıca, doğası gereği özel olan verilerin toplanması, saklanması veya kullanılması sırasında bireyin rızasının alınmamış veya aranmamış olmasını dikkate almaktadır (*ibid.*, § 104 ve *Avilkina ve diğerleri/Rusya*, no. 1585/09, §§ 48-49, 6 Haziran 2013). Mahkeme, örneğin, ilgili kişinin rızası olmaksızın, seropozitif verilerinin ifşa edilmesinin (yukarıda anılan *Z/Finlandiya*, § 96) veya parmak izi ve DNA verilerinin emniyet amacıyla sınırsız olarak saklanması ve kullanılmasının (yukarıda anılan *S. ve Marper*, §§ 104 ve 112) kendi açısından titiz bir

inceleme gerektirdiğine karar vermiştir.

ii. *Mevcut Davaya Uygulama*

α) Negatif Bir Yükümlülüğün Mü Pozitif Bir Yükümlülüğün Mü Söz Konusu Olduğu Sorusu Hakkında

85. Mahkeme, 8. maddenin öncelikle bireyleri kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı korumayı amaçladığını hatırlatmaktadır. Mahkeme, FKB'nin Devletin bir kamu kuruluşu olması nedeniyle (yukarıdaki 57. paragraf), bu şikâyeti negatif yükümlülükler açısından inceleyecektir (*Libert/Fransa*, no. 588/13, § 41, 22 Şubat 2018; *aksi yönde (a contrario)* bir karar için ayrıca bk. *Bărbulescu/Romanya* [BD], no. 61496/08, §§ 109-111, 5 Eylül 2017 ve *Söderman/İsveç* [BD], no. 5786/08, §§ 78-79, AİHM 2013).

β) Bir Müdahalenin Varlığı Hakkında

86. Mahkeme, somut olayda, başvuranın, o sırada iç hukukta bir erkekle cinsel ilişkiye girmiş erkekler için öngörülen kan bağışı için bir kontrendikasyona tabi tutulduğuna ilişkin kişisel verilerin, ilk olarak FKB kuruluşlarından biri tarafından işletilen bir veri tabanında toplandığını ve saklandığını tespit etmektedir. Mahkemeye göre, bu tür veriler, başvuranın cinsel yaşamı ve varsayılan cinsel yönelimi hakkında açık bilgiler içermektedir. Bu bağlamda, bu kontrendikasyonun, bir cinsel davranışın açık bir tanımına değil de basit bir kurala dayanılarak saklanmış olması belirleyici değildir. Ayrıca, 2004 yılında elde edilen verilerin 2278 yılına kadar saklanması öngörülmüştür. Mahkeme dolayısıyla, başvuranın özel hayatına saygı hakkına bir müdahale olduğu konusunda taraflarla hemfikirdir.

γ) Müdahalenin Yasal Dayanağı Hakkında

87. Mahkeme, 6 Ocak 1978 tarihli Kanun'un 8, II, 6° maddesinin, davaya uygulanabilir versiyonunda, tıbbi konularda, I. paragrafta belirtilen bireylerin sağlığı veya cinsel yaşamı ile ilgili verilerin toplanması ve işlenmesi yasağına

bir istisna getirdiğini tespit etmektedir. Söz konusu hükümler, ulusal makamlara bu tür dosyaların oluşturulması konusunda takdir yetkisi tanıyarak, özellikle “sağlık hizmetlerinin yönetimi” için gerekli olduğu durumlarda bu tür verilerin işlenmesine izin vermektedir. Geriye, bu yasal dayanağın bir donör açısından yeterince öngörülebilir ve erişilebilir olup olmadığının ve keyfilığe karşı yeterli koruma sağlayıp sağlamadığının belirlenmesi kalmaktadır.

88. Mahkemeye göre, bu yasal dayanağın öngörülebilirliği, hukuki bağlamı içinde değerlendirilmelidir. Mahkeme, ihtilaf konusu olayların meydana geldiği dönemde, 2002/98/EC sayılı Direktif’in 18. maddesinin, donör değerlendirme ve muayene prosedürlerinin sonuçlarının kaydedilmesini gerektirdiğini tespit etmektedir (yukarıdaki 32. paragraf). 10 Eylül 2003 tarihli karar ayrıca, donörle ilgili olarak “kodla belirtilen, bağışa yönelik geçici veya daimi kontrendikasyonlar” içeren “donörün bilgisayar dosyası” tutulmasını öngörmüştür (yukarıdaki 39. paragraf). Mahkeme, bir bütün olarak ele alındığında bu yasal çerçevenin, yerel makamlara tanınan takdir yetkisinin kapsamını ve kullanılma şeklini yeterli kesinlikle tanımladığı ve böylece başvurana durumdan haberdar olarak kan bağışına devam etmesine veya kan bağışından vazgeçmesine imkânı tanıdığı sonucuna varmaktadır. Mahkeme dolayısıyla, ihtilaf konusu müdahalenin “kanunla öngörüldüğü” kanaatine varmaktadır.

δ) Meşru Bir Amacın İzlenmesi Hakkında

89. Mahkemeye göre, ihtilaf konusu müdahale, 8. maddenin 2. fıkrasında sıralanan meşru amaçlardan en az birini, yani sağlığın korunmasını izlemiştir. Mahkeme, bu bağlamda, patojenlerin tespit edilmesi, etkisiz hale getirilmesi ve ortadan kaldırılmasına yönelik teknikler geliştirilip yaygınlaşmadan önce, birçok Sözleşmecî Devlette olduğu gibi Fransa’da da yeterince güvenli olmayan kan ürünlerinin transfüzyonu yoluyla çok sayıda insanın HIV veya hepatit virüsleri ile enfekte olduğu gerçeğini göz ardı etmemektedir. Yukarıda

bahsi geçen uluslararası hukuk belgeleri (yukarıdaki 44-54. paragraflar) bu büyük sağlık krizine karşılık kabul edilmiştir ve kamu sağlığını korumak gibi aynı amacı izlemektedir. Mahkeme, bununla birlikte, Sözleşme'nin 2. maddesinden doğan pozitif yükümlülüklerin, hastanelerin hastalarının hayatlarının korunmasını sağlayacak tedbirleri almalarını gerektiren düzenleyici bir çerçevenin oluşturulmasını gerektirdiğini hatırlatmaktadır (*G.N. ve diğerleri/İtalya*, no. 43134/05, §§ 80, 85-95, 1 Aralık 2009, *Oyal/Türkiye*, no. 4864/05, §§ 53-54, 23 Mart 2010 ve *Karchen ve diğerleri/Fransa* (k.k.), no. 5722/04, 4 Mart 2008).

ε) Müdahalenin Gerekliliği Hakkında

90. Mahkeme öncelikle, ihtilaf konusu müdahalenin ilgili ve yeterli gerekçelere dayanıp dayanmadığını incelemelidir.

91. Hükümet, bu noktada, ihtilaf konusu verilerin toplanmasının ve saklanması, o dönemde bir erkekle cinsel ilişkiye girmiş erkekler için öngörülen kan bağışı için kontrendikasyona etkili bir şekilde uyulmasına imkân sağladığını vurgulamaktadır. Hükümet, bu uygulamanın cinsel yönelime değil, çeşitli tıbbi ve epidemiyolojik araştırmalara göre yüksek transfüzyon riski ile ilişkili cinsel davranışa dayandığını ileri sürmektedir.

92. Başvuran, aksine, söz konusu müdahalenin ilgili ve yeterli gerekçelere dayanmadığını ileri sürmektedir. Başvuran dahası, ihtilaf konusu kişisel verilerin toplanmasına ve saklanmasına yol açan donör seçimine ilişkin kriterin ayrımcı niteliğinden şikâyet etmektedir.

93. Mahkeme, Hükümet tarafından sunulan açıklamalar, kendisine iletilen belgeler ve yukarıda bahsi geçen uluslararası hukuk belgeleri ışığında (yukarıdaki 44 ila 54. paragraflar) kan bağışı adaylarının seçilmesi prosedürlerinin sonuçlarına ve özellikle bağıştan men edilme gerekçelerine ilişkin kişisel verilerin toplanması ve saklanması transfüzyon güvenliğinin sağlanmasına katkıda bulunduğunu değerlendirmektedir. Mahkeme, başka donör seçim kriterlerinin öngörülüp öngörülmediğini değerlendirmeye gerek

kalmaksızın (bk. *bu davaya uygulanabildiği ölçüde (mutatis mutandis)*, yukarıda anılan *S. ve Marper*, § 117), ihtilaf konusu verilerin toplanması ve saklanmasıyla ilgili ve yeterli gerekçelere dayandığı kanaatindedir.

94. Mahkeme ardından, ihtilaf konusu müdahalenin orantılı olup olmadığını ve çatışan kamu yararı ve kişisel menfaatler arasında adil bir denge kurup kurmadığını değerlendirmek için yerel mevzuatın uygun güvenceleri öngörüp öngörmediğini incelemelidir.

95. Mahkeme, başvuranın cinsel yönelimi ve yaşamı hakkında bilgiler içeren ihtilaf konusu kişisel verilerin hassasiyeti göz önüne alındığında (yukarıdaki 86. paragraf), bu verilerin 1981 tarihli Sözleşme'nin 5. maddesinde öngörülen kalite gerekliliklerini karşılamasının özellikle önemli olduğunu değerlendirmektedir. Özellikle, bu verilerin doğru olması ve gerektiği takdirde güncellenmesi, işleme amaçlarına göre yeterli, ilgili olması ve aşırı olmaması ve saklama süresinin gerekenden uzun olmaması önemlidir. Mahkeme, öte yandan, başvuranın mahremiyetine ilişkin ihtilaf konusu verilerin başvuranın açık rızası olmaksızın toplandığını ve saklandığını; Hükümetin bu duruma itiraz etmediğini tespit etmektedir. Mahkeme, sonuç olarak, bu incelemeyi titizlikle yürütmelidir (yukarıda anılan *S. ve Marper*, § 104, ve yukarıda anılan *Z./Finlandiya*, § 96).

96. Mahkeme, ilk olarak, kişisel verilerin doğruluğuna ilişkin olarak, bunun verilerin toplanma amacı çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği kanaatine varmaktadır. İhtilaf konusu veri işleme sürecinde, bu veri kategorisinin amacı, o dönemde iç hukukun kalıcı olarak öngördüğü bağış için belirli birkontrendikasyona uyulmasını sağlamaktı. Bu amaçla, bu kategorinin kesin ve doğru bir olgusal temele dayanması gerekiyordu. Bununla birlikte, başvuran, yalnızca bağıştan önceki tıbbi görüşme sırasında cinselliğine ilişkin soruları yanıtlamayı reddettiği gerekçesiyle, bir erkekle cinsel ilişkiye girmiş erkeklere yönelik bir kontrendikasyona tabi tutulmuştur. Doktorun değerlendirmesine sunulan bilgilerin hiçbirisi, cinsel yaşamı hakkında böyle bir sonuca varılmasına imkân vermemiştir. Ancak, bağıştan

men edilmesine ilişkin olarak bu gerekçe kaydedilmiş ve saklanmıştır. Mahkeme, toplanan verilerin yalnızca spekülasyonlara dayandığı ve kanıtlanmış herhangi bir olgusal temeli bulunmadığı çıkarımında bulunmaktadır. Bununla birlikte Mahkeme, toplanan verilerin doğruluğunu gösterme görevinin yetkili makamlara ait olduğunu hatırlatmaktadır (bk. yukarıda anılan *Khelili*, §§ 66-70). Mahkeme üstelik verilerin başvuranın itirazları ve şikâyeti sonrasında güncellenmediğini kaydetmektedir.

97. Mahkeme dahası, cinsel yaşam ve yönelimle ilgili kişisel verilerin sadece spekülasyon veya varsayıma dayalı olarak toplanmasının uygun olmadığını vurgulamak istemektedir. Ayrıca, Mahkemeye göre, transfüzyon güvenliği amacına ulaşmak için, başvuranın cinsel kimliğiyle ilgili sorulara cevap vermeyi reddettiğine dair bir kayıt tutulması yeterli olurdu, zira bu gerçek tek başına kan bağışında bulunma başvurusunun reddedilmesini haklı çıkarabilirdi.

98. İkinci olarak, Hükümet, olayların meydana geldiği dönemde ihtilaf konusu verilerin saklanma süresinin, toplanma amaçları için gerekli olan süreyi aşmayacak şekilde düzenlendiğini göstermemiştir. Mahkeme, söz konusu verilerin 2004 yılında toplandığı sırada, FKB tarafından kullanılan bilişim sisteminin bu verilerin 2278 yılına kadar saklanmasını öngördüğünü (yukarıdaki 6. paragraf) ve böylece verilerin tekrar tekrar kullanılmasını mümkün kıldığını kaydetmektedir. 26 Mayıs 2016 tarihinde, verilerin toplanmasından neredeyse on iki yıl sonra, men nedenlerine ilişkin veriler halen saklanmaktaydı. Mahkeme, bu bağlamda, veri saklama süresinin ilgili veri kategorilerinin her biri için düzenlenmesi ve verilerin toplanma amaçlarının değişmesi halinde gözden geçirilmesi gerektiğini vurgulamak istemektedir. Mahkeme, FKB'nin yerleşik uygulamaları ışığında, ihtilaf konusu verilerin aşırı uzun süre saklanmasının, bunların başvurana karşı tekrar tekrar kullanılmasını mümkün kıldığını ve başvuranın kan bağışından otomatik olarak men edilmesine yol açtığını kaydetmektedir.

99. Mahkeme, yukarıda belirtilen tüm unsurlar ışığında, davalı Devletin

bu konuda takdir yetkisini aştığı sonucuna varmaktadır.

100.Dolayısıyla, ihtilaf konusu kişisel verilerin toplanması ve saklanması nedeniyle Sözleşme'nin 8. maddesi ihlal edilmiştir.

B. Sözleşme'nin 8. Maddesiyle Birlikte 14. Maddesinin İhlal Edildiği İddiası Hakkında

101.Başvuran ayrıca, somut olayda Yargıtayın Ceza Kanunu'nun 226-19 maddesini yorumlamasından anlaşılabileceği üzere, verilerinin işlenme şeklinin, varsayılan cinsel yönelimine dayalı bir ayrımcılık teşkil ettiğini değerlendirmekte ve bu durumun, Sözleşme'nin 8. maddesiyle birlikte 14. maddesine aykırı olduğu kanaatine varmaktadır.

102.Mahkeme, 8. madde kapsamında yaptığı tespitleri dikkate alarak, 8. maddeyle birlikte 14. madde kapsamındaki söz konusu şikâyeti ayrıca incelemesine gerek olmadığını değerlendirmektedir.

III. BAŞVURANIN KAN BAĞIŞI TALEPLERİNİN REDDEDİLMESİ HAKKINDA

103.Başvuran, 27758/18 no.lu başvurusu çerçevesinde, ikinci olarak, 2004, 2006 ve 2016 yıllarında kan bağışı yapma taleplerinin reddedilmesinden şikâyetçidir.

104.Başvuran, başka bir erkekle cinsel ilişkiye girmiş olan erkeklere yönerlik olarak söz konusu dönemde iç hukukta öngörülen kan bağış için kontrendikasyonun öngörülebilirliğine, uygunluğuna ve gerekliliğine itiraz etmektedir. Başvurana göre, bu donör seçim kriteri eşcinsel erkek nüfusunu ayırım gözetmeksizin hedef almaktadır; hâlbuki bu kriter, bağış adayının bireysel cinsel yaşamına bağlı nakil riski ve her bağışta yapılması gereken tarama testlerinin artan güvenilirliği göz önünde bulundurularak tanımlanmalıdır. Başvuran ayrıca, varsayılan cinsel yönelimine dayalı bir ayrımcılıktan şikâyet etmektedir. Başvuran, tek başına ve 14. maddeyle

birlikte Sözleşme'nin 8. maddesini ileri sürmektedir.

105.Mahkeme, bu iki şikâyeti birlikte inceleyecektir.

A. Sözleşme'nin 8 ve 14. Maddelerinin İhlal Edildiği Kapsamındaki Şikâyetlerin Kabul Edilebilirliğine İlişkin Tarafların Görüşleri

106.Hükümet, öncelikle, başvuranın, 8. madde tarafından güvence altına alınmayan bir kan bağışısı hakkı talep ettiğini ileri sürmektedir. Hükümete göre, kan bağışısı, temel bir hak olarak değil, yalnızca çıkar gözetmeyen bir dayanışma eylemi olarak düşünülebilir. Hükümet dahası, 14. maddenin ikincil niteliğini hatırlatarak, kan bağışısına erişimin 8. madde kapsamına girmediğini ileri sürmektedir. Hükümet, söz konusu şikâyetlerin Sözleşme hükümleriyle *konu yönünden (ratione materiae)* bağdaşmadığı sonucuna varmaktadır.

107.Başvuran, aksine, kan verme özgürlüğünün, 8. madde tarafından korunan kişisel özerklik hakkının, kişi dokunulmazlığı hakkının, kendi geleceğini belirleme hakkının, bireyin türdeşleriyle ilişki kurma ve geliştirme olanağının ve insan onuruna saygı hakkının bir ifadesi olduğunu ileri sürmektedir.

B. Mahkemenin Sözleşme'nin 8 ve 14. Maddelerinin İhlal Edildiği Kapsamındaki Şikâyetlerin Kabul Edilebilirliğine İlişkin Değerlendirmesi

1. Altı Aylık Süre Kuralına Riayet Edilip Edilmediği Hakkında

108.Mahkeme, öncelikli olarak, bu şikâyetin kendisine zamanında sunulup sunulmadığını resen incelemelidir (bk. diğer kararlar arasında, *Radomilja ve diğerleri/Hırvatistan* [BD], no. 37685/10 ve 22768/12, § 138, 20 Mart 2018). Mahkeme, başvuranın, 8 Haziran 2018 tarihli başvurusu ile, 16 Kasım 2004 ve 9 Ağustos 2006 tarihlerinde kendisi hakkında alınan bağış yapmasının yasaklanmasına yönelik tedbirler hakkında şikâyetle

bulunduğunu kaydetmektedir. Başvuran, yerel mahkemeler önünde, bu tedbirlere yalnızca müdahil taraf olduğu bir suç duyurusunda itiraz etmiştir. Ancak, şikâyetin esasına ilişkin kesin karar 8 Temmuz 2015 tarihinde verilmiştir. Sonuç olarak, söz konusu şikâyet, yukarıda belirtilen yasak kararlarıyla ilgili olduğu ölçüde, vaktinden geç sunulmuştur ve şikâyetin, Sözleşme'nin 35. maddesinin 1 ve 4. fıkraları uyarınca kabul edilemez olduğuna karar verilmelidir.

2. Diğer Kabul Edilemezlik Gerekçeleri Hakkında

109. Mahkeme, 26 Mayıs 2016 tarihinde kan bağışı yapmaktan men edilmesiyle ilgili olarak, iç hukukun başvurana, kan bağışından men edilmesine ilişkin kararlara idare yargı hâkimi önünde doğrudan itiraz etme imkânı tanıdığını (örneğin bk. yukarıdaki 55. paragraf), başvuranın bunun yerine 10 Haziran 2016 tarihinde 5 Nisan 2016 tarihli karara karşı yetkiyi kötüye kullanma davası açmayı tercih ettiğini kaydetmektedir. Mahkeme dahası, başvuranın, Danıştay önünde, Sözleşme hükümlerinin kan bağışı yapma hakkı veya özgürlüğünü güvence altına aldığını iddia etmediğini gözlemlemektedir. Mahkeme, iç hukuk yollarının tüketilip tüketilmediğinden şüphe duysa da davalı Hükümetin buna dayanmadığını tespit etmektedir.

110. Mahkeme, öte yandan, yukarıda belirtilen şikâyetlerin, her hâlükârda, aşağıdaki nedenlerden dolayı açıkça dayanaktan yoksun olması gerekçesiyle kabul edilemez olması nedeniyle, ileri sürülen hükümlerin *konu yönünden (ratione materiae)* uygulanabilirliği hakkında karar vermeyi gerekli görmemektedir.

111. Mahkeme nitekim başvuranın gerekçelerinin esasen, 5 Nisan 2016 tarihli karardan sonra ortaya çıkan versiyonda, başka bir erkekle cinsel ilişkiye girmiş erkeklere getirilen kan bağışı için geçici bir kontrendikasyonu sorgulamayı amaçladığını kaydetmektedir. Bununla birlikte Mahkeme, bağış adayının cinsel yolla bulaşan bir enfeksiyon virüsüne maruz kalma riskiyle bağlantılı kontrendikasyonlara ilişkin olarak, 5 Nisan 2016 tarihli kararın 10

Temmuz 2016 tarihine kadar yürürlüğe girmediğini kaydetmektedir (yukarıdaki 63. paragraf). Sonuç olarak başvuran, Mahkeme önünde itiraz ettiği kan bağışının reddedildiği tarihte henüz yürürlüğe girmemiş olan bir düzenleyici kararın kendisine karşı uygulanmasından kaynaklanacak olan 8 ve 14. maddelerin birlikte ihlalinin Mahkeme önünde ileri süremez.

112. Mahkeme, buna ek olarak, 26 Mayıs 2016 tarihinde başvuranın kan bağışında talebinin reddedilmesinin, FKB tarafından, 2004 yılından beri veri işlemede yer alan ve 10 Eylül 2003 tarihli karar uyarınca esasen yanlış verilerin toplanması ve saklanmasından kaynaklanan bağış için kontrendikasyonun otomatik olarak uygulanmasından kaynaklandığını kaydetmektedir. Nitekim başvuran, bu konuda Hükümetin de karşı çıkmadığı gibi, doktorun 26 Mayıs 2016 tarihindeki bağış öncesi görüşme sırasında, somut olayın özel koşullarında başka herhangi bir unsur dikkate almadan, kendisinin ihtilaf konusu veri tabanında yer aldığını tespit etmekle yetindiğini ileri sürmektedir. Mahkemeye göre, burada Sözleşme'nin 8. maddesinin daha önce tespit edilen ihlalinin bir yansıması söz konusudur.

113. Mahkeme, 8 ve 14. maddelerin uygulanabilir olduğunu varsayarak, söz konusunun şikâyetlerin açıkça dayanaktan yoksun olduğu ve Sözleşme'nin 35. maddesinin 3 ve 4. fıkraları uyarınca reddedilmesi gerektiği sonucuna varmaktadır.

IV. SÖZLEŞME'NİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI HAKKINDA

114. Sözleşme'nin 41. maddesi aşağıdaki gibidir:

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

A. Tazminat

115.Başvuran, maruz kaldığı kanaatine vardığı manevi zarar bağlamında 50.000 avro talep etmektedir.

116.Hükümet, ihlal tespiti, tek başına yeterli bir adil tazmin teşkil edeceğini ileri sürmektedir. Hükümet, alternatif olarak, Mahkemenin, kan verememesine bağlı olarak başvurana 1.000 avrodan fazla manevi tazminat ödenmesine hükmedemeyeceği kanaatindedir.

117.Mahkeme başvuranın belirli bir manevi zarara maruz kaldığı kanısına varmakta ve ödenmesi gereken her türlü vergi tutarı hariç olmak üzere, manevi tazminat olarak 3.000 avro ödenmesinin adil olduğuna karar vermektedir.

B. Masraf ve Giderler

118.Başvuran, Mahkeme önünde yürütülen yargılama kapsamında yapmış olduğu masraf ve giderler karşılığında 12.000 avro talep etmektedir. Bu meblağ, her bir başvuru yapıldığında fatura edilen iki makbuz ile desteklenmektedir. Başvuran, Yargıtay ve Danıştay önünde kendisine lütuf kabilinden yardım edildiğini belirtmektedir.

119.Hükümet, öne sürülen masrafların makul olup olmadığına ilişkin değerlendirmeyi Mahkemenin takdirine bırakmaktadır.

120.Mahkemenin içtihatlarına göre, bir başvurana yalnızca, masraf ve giderlerinin gerçekliğini, gerekliliğini ve makul oranda olduğunu ispatlaması durumunda, bu masraflar iade edilebilmektedir. Mahkeme, somut olayda, kendisine sunulan belgeleri ve birleştirilen başvuruların benzerliğini dikkate alarak, başvurana, kendi önünde yürütülen yargılama kapsamında yapılan masraf ve giderler için, ödenmesi gereken her türlü vergi tutarı hariç olmak üzere 9.000 avro tutarının ödenmesinin makul olduğuna karar vermektedir.

C. Gecikme Faizi

121.Mahkeme, gecikme faizi olarak, bu meblağlara, Avrupa Merkez Bankasının marjinal kredi faizlerine uyguladığı faiz oranına üç puan eklenerek elde edilecek oranın uygulanmasının uygun olduğuna karar vermektedir.

BU GEREKÇELERLE, MAHKEME, OY BİRLİĞİYLE,

1. Başvuruların birleştirilmesine;
2. Fransa Kan Bankası tarafından başvuranın varsayılan cinsel yönelimini yansıtan kişisel verilerin toplanması ve saklanmasına ilişkin 3153/16 ve 27758/18 no.lu başvurularda Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiği iddiası bağlamındaki şikâyetin kabul edilebilir olduğuna ve 27758/18 no.lu başvuruya ilişkin şikâyetlerin geri kalanının kabul edilemez olduğuna;
3. Başvuranın kişisel verilerinin Fransa Kan Bankası tarafından toplanması ve saklanmasıyla bağlantılı olarak Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine;
4. Başvuranın kişisel verilerinin toplanma ve saklanma şekli nedeniyle Sözleşme'nin 8. maddesiyle birlikte 14. maddesinin ihlal edildiği iddiasına ilişkin şikâyetin kabul edilebilirliğini ve esasını ayrı olarak incelemeye gerek olmadığına;
5.
 - a) Davalı Devlet tarafından başvuranlara, Sözleşme'nin 44 § 2 maddesi uyarınca, işbu kararın kesinleştiği tarihten itibaren üç ay içerisinde, davalı Devletin para birimine çevrilmek üzere:

DRELON/FRANSA KARARI

- i. Ödenmesi gereken her türlü vergi tutarı hariç olmak üzere, manevi tazminat olarak 3.000 avro (üç bin),
- ii. Başvuranlar tarafından ödenmesi gereken her türlü vergi tutarı hariç olmak üzere, masraf ve giderler bağlamında 9.000 avro (dokuz) ödenmesine;
- b) Söz konusu sürenin bittiği tarihten itibaren ödeme tarihine kadar, bu meblağlara Avrupa Merkez Bankasının o dönem için geçerli olan marjinal kredi faiz oranının üç puan fazlasına eşit oranda basit faiz uygulanmasına karar vermektedir.

İşbu karar, Fransızca dilinde tanzim edilmiş olup Mahkeme İç Tüzüğü'nün 77. maddesinin 2 ve 3. fıkraları uyarınca 8 Eylül 2022 tarihinde yazılı olarak bildirilmiştir.

Martina Keller
Yazı İşleri Müdür Yardımcısı

Síofra O'Leary
Başkan