

T.C.
KIRIKKALE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI
ÇERÇEVESİNDE YAŞAMA HAKKI

DOKTORA TEZİ

Hazırlayan
Burcu AYKAR

Tez Danışman
Prof. Dr. Ahmet BİLGİN

Kırıkkale - 2015

ONAY

Burcu AYKAR tarafından hazırlanan "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Yaşama Hakkı" başlıklı bu çalışma, 24/06/2015 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda oybirliği/oyçokluğu ile başarılı bulunarak jürimiz tarafından Kamu Hukuku Anabilim dalında Doktora Tezi olarak kabul edilmiştir.

(imza)

[Unvanı, Adı ve Soyadı] (Başkan)

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN

[İmza]

[Unvanı, Adı ve Soyadı]

Prof. Dr. Ahmet BİLGE

[İmza]

[Unvanı, Adı ve Soyadı]

Prof. Dr. F. Ethem ATAY

[İmza]

[Unvanı, Adı ve Soyadı]

Doc. Dr. Ali Rıza ÇOBAN

[İmza]

[Unvanı, Adı ve Soyadı]

Doc. Dr. Elif Sibel ÇALIK

Kişisel Kabul Sayfası

Doktora Tezi olarak sunduğum “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Yaşama Hakkı” adlı çalışmanın, tarafımdan bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve faydalandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak faydalanılmış olduğunu belirtir ve bunu şeref ve haysiyetimle doğrularım.

24/06/2015

urcu AYKAR

ÖNSÖZ

Kişilerin sırf insan olmaları sebebiyle sahip oldukları haklara insan hakları adı verilmektedir. İnsanlık tarihinin en büyük mücadelelerinden birini, insan haklarının güvence altına alınması oluşturmaktadır. Bireyin doğuştan sahip olduğu hakların toplumsal talep halini alması ile birlikte söz konusu hakların uluslararası alanda da korunması gerekliliği ortaya çıkmıştır. Bahse konu bu koruma, uluslararası kuruluşların faaliyetleri sonucu yayınlanan ve çoğu ülke tarafından onaylanarak uygulanan gerek sözleşme gerekse bildireler aracılığıyla sağlanmaktadır. Bilindiği gibi koruma altına alınan insan haklarından biri de yaşama hakkıdır. Bireyin diğer haklarını kullanabilmesinin ön şartı olarak addedilen bu hak için “birincil”, “en temel”, “en kutsal” gibi ifadeler kullanılmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 1953 yılında yürürlüğe girmiş ve 1954 yılında da Türkiye tarafından onaylanmıştır. Türkiye, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’na bireysel başvuru hakkını 21/04/1987 tarihinde kabul etmiş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin zorunlu yargı yetkisini ise 27/09/1989 tarihinde benimsemiştir. Anılan Sözleşme ile tanınan ilk hak ise, yaşama hakkıdır. Avrupa Konseyi’ni oluşturan devletler tarafından Sözleşme’nin 3’üncü maddesinde düzenlenen işkence görmeme hakkı ile birlikte söz konusu hak adeta kutsallaştırılmıştır.

Sözleşme organları karşısında Türkiye’nin durumunun genel çerçevesiyle ortaya konulmasının amaçlandığı bu çalışmada, her bireysel başvuruyu ayrıntılı biçimde ele alma ve Türkiye hakkında verilen her kararı analiz etme olanağının bulunmadığını belirtmekte fayda vardır. Gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi organlarının zengin içtihat birikimi, gerekse Türkiye hakkında verilen karar sayısının küçümsenmeyecek ölçülerde oluşu, içtihatlar üzerinde ayrıntılı şekilde durmayı zorlaştıran bir faktör olarak dikkate alınmalıdır.

Bu hatırlatmayla birlikte çalışmanın; Sözleşme organları karşısında yaşama hakkı konusunda Türkiye’nin genel durumunu çizen, Avrupa İnsan Hakları

Mahkemesi kararları ile Türk hukukundaki düzenlemeleri karşılaştırmalı bir biçimde ele alan, yerel mevzuatımızda gerçekleştirilen olumlu kanunî düzenlemelere rağmen, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarındaki ölçütleri karşılamakta hala uygulamaya dair eksikliklerin olduğuna yönelik bilgi vermeyi ve bu konuda farkındalık oluşturmayı amaçlayan bir araştırma olarak okunması yerinde olacaktır.

Bu çalışmanın ortaya çıkmasında bana yol gösteren ve desteğini esirgemeyen tez danışmanım Prof. Dr. Ahmet Bilgin'e sonsuz saygı ve şükranlarımı sunarım.



ÖZET

AYKAR, Burcu. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Yaşama Hakkı, Doktora Tezi, Kırıkkale, 2015.

Hem ulusal alanda hem de uluslararası alanda garanti altına alınması gereken bir hak olan yaşama hakkı, taraf devletlerin insan hakları ve temel özgürlükler bakımından önemli ilerlemeler kaydetmesi için uluslararası örgütler, uluslararası sözleşmeler ve bildirgeler aracılığıyla devletleri somut adımlar atmaya yönlendirmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2'nci maddesinde düzenlenen yaşama hakkı, Sözleşme'ye taraf devletlerce "right to life" ifadesi ile anılmaktadır. Avrupa Konseyi nezdinde üye ülkeler için bağlayıcı niteliği olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, taraf devletlerin iç hukuk düzenlemelerini Sözleşme'de belirtilen ilkelere uygun hale getirme yükümlülüğü altında bırakan, bireyi uluslararası hukukta hak süjesi yapan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne bireysel başvuru olanağı sunarak bireyi hukuki koruma altına alan, bölgesel koruma sistemleri içinde en önemli uluslararası belge olma özelliğine sahiptir.

Sözleşme'nin 2'nci maddesinin birinci fıkrası, herkesin yaşama hakkına haiz olduğunu ve hiç kimsenin yaşamından kasıtlı olarak yoksun bırakılamayacağını hükme bağladıktan sonra, bu kuralın istisnalarına da yer vermiştir. Ancak hakkın istisnalarına değinen düzenlemelerin oldukça dar yorumlanması gerekmektedir. Sözleşme'ye taraf ülkeler bakımından 2'nci madde, temel bir takım yükümlülükler öngörmektedir. Sözleşme'nin 2'nci maddesi gereği Konsey üyesi devletler, hem pozitif hem de negatif yükümlükler üstlenmişlerdir. Sözleşme ile korunan hakkın ihlal edilip edilmediği neticesine ulaşılırken, Mahkeme'nin içtihatları ile somut hale gelen bu yükümlülükler riayet edilip edilmemesi dikkate alınmaktadır.

Anahtar Sözcükler

- 1.Yaşama Hakkı
- 2.Pozitif Yükümlülük
- 3.Negatif Yükümlülük
- 4.Kürtaj
- 5.Ötenazi

ABSTRACT

AYKAR, Burcu. Rihgt To Life In The Framework Of The European Court Of Human Rights Decisions, Ph.D. Thesis, Kırıkkale, 2015.

The right to life which should be protected at national and international level, led the States to take concrete steps via international organizations, international conventions and declarations in order to improve the level of protection of human rights and fundamental freedoms. The “right to life” is provided for in Article 2 of the European Convention on Human Rights. The European Convention of Human Rights which has a bounding character for Contracting States which are members of the Council of Europe, obliges the States to bring their national law in line with the principles of the Convention. It places the human being as the subject of rights in the international law and it confers the right to file individual applications. Thus it is the most important international document amongst the regional protection mechanisms of human rights.

The paragraph 1 of Article 2 of the Convention states that everyone’s right to life shall be protected by law and that no one shall be deprived of his life intentionally. The same paragraph also includes some exceptions to this principle. However the exceptions to the principle should be strictly interpreted. The Article 2 provides for some positive and negative obligations for Contracting States. In order to decide whether a right protected by the Convention was violated, the respect and fulfilment of these obligations is taken into consideration.

Key Words

1. Right to life
2. Positive obligation
3. Negative obligation
4. Abortion
5. Euthanasia

KISALTMALAR

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AFAD	: Afet Ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı
AİHK	: Avrupa İnsan Hakları Komisyonu
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Haklar Sözleşmesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Bkz.	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
DGM	:Devlet Güvenlik Mahkemesi
Dr.:	Doktor
IRA	: İrlanda Cumhuriyet Ordusu
MSHS	: Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi
MUYEP	: Polise Görev, Yetki ve Sorumluluk Veren Mevzuat Uygulamaları Eğitim Projesi
No	: Numara
PVSK	: Polis Vazife Ve Salahiyet Kanunu
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SAS	: Special Air Service
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCDD	: Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demir Yolları
TDK	: Türk Dil Kurumu
TODAİ	: Türkiye Ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü
WHO	: Dünya Sağlık Örgütü
YD	: Yargıtay Dergisi

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	i
ÖZET.....	iii
ABSTRACT.....	iv
KISALTMALAR.....	v
İÇİNDEKİLER.....	vi
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

YAŞAMA HAKKI, YAŞAMA HAKKININ TANIMI, SINIRLARI, KAPSAMI VE İSTİSNALARI

I. YAŞAMA HAKKI KAVRAMI VE TANIMI.....	3
A. Uluslararası Belgelerde Yaşama Hakkı.....	5
1. Uluslararası Sözleşmelerde Yaşama Hakkı.....	6
a. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Yaşama Hakkı.....	6
b. Birleşmiş Milletler Medeni Ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nde Yaşama Hakkı.....	10
c. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Yaşama Hakkı.....	11
d. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde Yaşama Hakkı	12
e. Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı'nda Yaşama Hakkı.....	12
2. Uluslararası Bildirilerde Yaşama Hakkı.....	13
a. İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nde Yaşama Hakkı.....	13
b. Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi'nde Yaşama Hakkı..	14
c. Avrupa Parlamentosu Temel Haklar ve Özgürlükler Bildirisi'nde Yaşama Hakkı.....	14
3. Uluslararası Protokol'lerde Yaşama Hakkı.....	15

a. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 6'ncı Protokol'de Yaşama Hakkı.....	15
b. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 13'üncü Protokol'de Yaşama Hakkı.....	17
c. İkinci Seçmeli Protokol'de Yaşama Hakkı.....	17
d. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ölüm Cezasını İlgâ Eden Protokolü'nde Yaşama Hakkı.....	18
II. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE YAŞAMA HAKKI.....	18
A. Yaşama Hakkının Sınırları	24
B. Yaşama Hakkının Kapsamı	25
C. Yaşama Hakkının İstisnaları.....	30
1. Ölüm Cezası	31
2. Meşru Müdafaa	32
3. Yakalama ve Kaçmanın Önlenmesi	34
4. Ayaklanmanın Bastırılması.....	34
D. Yaşama Hakkının Korunması	42
1. Devletlerin Negatif Yükümlülüğü.....	51
2. Devletlerin Pozitif Yükümlülüğü.....	57
3. Devletlerin Usulî Yükümlülüğü.....	76

İKİNCİ BÖLÜM

ÖZEL ÖLÜM OLAYLARI KARŞISINDA YAŞAMA HAKKI

I. YAŞAMA HAKKI İHLALİNE NEDEN OLAN ÖZEL ÖLÜM OLAYLARI	84
A. Gözaltında Meydana Gelen Ölüm ve Kayıp Olayları	84
B. Cezaevlerinde Açlık Grevleri ve İntihar Eylemleri Sonucu Meydana Gelen Ölüm Olayları.....	128
C. Askeri Mahalde Meydana Gelen Ölüm Olayları.....	189
Ç. Aile İçi Şiddet Sonucu Meydana Gelen Ölüm Olayları	193
D. Hastanelerde Meydana Gelen Tıbbi İhmale Dayalı Ölüm Olayları	205
E. Çevre Felaketleri Ve Tehlikeli Faaliyetler Kapsamında Meydana Gelen Ölüm Olayları.....	219

F. Sınır Dışı Etme, Geri Gönderme, Geri Verme Sürecinde Meydana Gelen Yaşama Hakkı İhlalleri.....	232
G. Doğal Afet Sonucu Meydana Gelen Ölüm Olayları	244
Ğ. Faili Meçhul Ölüm Olayları Ve Yaşama Hakkı	259
H. Operasyonların Planlanmasındaki Yetersizlikler Ve Güvenlik Güçlerinin Orantısız Güç Kullanımının Neden Olduğu Yaşama Hakkı İhlalleri.....	274

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YAŞAMA HAKKI KARŞISINDA KÜRTAJ VE ÖTENAZİ

I. YAŞAMA HAKKI BAŞLANGICI SORUNU VE YAŞAMA HAKKI KARŞISINDA KÜRTAJ	333
II. YAŞAMA HAKKI KARŞISINDA ÖTENAZİ	361
A. Ötenazinin Tanımı	365
B. Ötenazi Türleri.....	371
1. İradeye Bağlı ve İrade Dışı Ötenazi	371
2. Aktif ve Pasif Ötenazi	373
3. İç ve Dış Ötenazi	377
4. Dar ve Geniş Anlamda Ötenazi.....	377
5. Kazai ve Medikal Ötenazi.....	378
6. Doğrudan ve Dolaylı Ötenazi.....	379
7. Bilinçli ve İstemsiz Ötenazi	379
C. Ötenazi Üzerine Gerçekleştirilen Tartışmalar	380
SONUÇ.....	428
KAYNAKÇA.....	452

GİRİŞ

Diğer bütün hak ve özgürlüklerin temelini oluşturması açısından yaşama hakkı belirleyici bir nitelik taşımaktadır. Bireyin en temel haklarından biri olan yaşama hakkı, başka hakların vücut bulabilmesi için garanti altına alınmalıdır. Bu yüzden bütün çağdaş demokrasiye sahip ülkelerin anayasalarında değinilen hak güvence altına alınmaktadır.

En temel insan hakkı olan yaşama hakkı, diğer tüm hak ve özgürlüklerin kullanılmasının ön şartı olarak anayasal düzenlemelerin yanı sıra uluslararası insan hakları hukukunu oluşturan metinlerde de kendine yer bulmaktadır.

Hemen her dönemde, her ülke bakımından önemi yadsınamaz nitelikte olan bu hakkın, çeşitli boyutları ile ele alınarak değerlendirilmesi de zorunluluk teşkil etmektedir. Yaşama hakkının korunmasını yalnızca keyfi ihlaller bakımından değil, bunun yanında yasal olarak belirlenen ölüm cezası boyutu ile de çözmüş görünen Avrupa demokrasileri bakımından bahse konu hak, en temel haktır. Bu hak karşısında diğer haklar türev, ikincil nitelikte olup, tüm hakların kullanımı ve varlığı söz konusu hakkın varlığına bağlıdır. Yaşama hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan dokunulmaz haklar ya da hakların sert çekirdeğini oluşturmaktadır.

Çalışmada yaşama hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde ele alınmıştır. Bu amaçtan hareketle yaşama hakkının tanımı, konusu, önemi, sınırları ve istisnaları ile yaşama hakkının korunması bakımından taraf devletlerin yükümlülükleri irdelenmiştir. Yaşama hakkı kapsamında özellik arz eden bazı ölüm olayları da ele alınarak çalışmamıza dâhil edilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye lehine veya aleyhine vermiş olduğu yaşama hakkı ile ilgili kararlar da çalışma içeriğinde tahlil edilmeye çalışılmıştır. Bilhassa Mahkeme'ye ait kararlardan genellikle Türkiye'yi ilgilendiren ve yaşama hakkı ihlallerine yönelik başvurular irdelenmiştir. Ancak, Mahkeme'nin

daha önce yaşama hakkıyla ilgili başka ülkeler için vermiş olduğu temel içtihatlarla da değinilmeye çalışılmıştır. Zira Mahkeme, bir ülke hakkında vermiş olduğu karara atıfta bulunarak başka ülke hakkında da aynı yönde bir karara hükmedebilmektedir.

Çalışmanın son bölümünde ise; Sözleşme'ye taraf devletler arasında yaşama hakkı bağlamında konsensüs sağlanamamış konular olan ötenazi ve kürtaj sorununa da değinilmeye çalışılmıştır.



BİRİNCİ BÖLÜM

YAŞAMA HAKKI, YAŞAMA HAKKININ TANIMI, SINIRLARI, KAPSAMI VE İSTİSNALARI

I. YAŞAMA HAKKI KAVRAMI VE TANIMI

Çalışmanın konusunu oluşturan yaşama hakkının bugüne değin hem ulusal hem de uluslararası hukuk normlarında bir tanımına yer verilmemiştir. Bu yöndeki eksiklik bahse konu hakkın ilk algılanıştaki basitliğinden ileri gelmektedir. Hakkın tanımına tam anlamıyla gerek ulusal gerekse uluslararası hukuk mevzuatlarında yer verilmemiş ise de, literatürde bahse konu hakkın tanımı ve kapsamı çeşitli biçimlerde belirtilmiştir.¹

Yaşama hakkı, ulusal ve uluslararası belgelerde tanımlanmamış olsa da, doğal hukuk okulunun tanıdığı, bunun yanında pozitif hukukun koruma altına aldığı bir hak olarak kabul görmektedir.²

İnsanoğlunun varlığının ve fiziki olarak devamlılığının ilk şartı olan yaşama hakkı, en temel hak olup, insanoğlunun bu üstün hakkı, diğer bütün hakların kullanılabilmesi için bir ön şart teşkil etmektedir.³

Yaşama hakkının, insanın fiziksel ve biyolojik varlığını devamlı olarak idame ettirebilmesi için sağlıklı doğması, sonra varlığını moral ve kültürel gelişim imkânlarına haiz olarak devam ettirebilmesi ve bu şekilde fiziksel, biyolojik, psikolojik, moral, kültürel bütünlüğünü elde etmiş olan insan varlığının hukuksal bir

¹ Ahmet KILINÇ, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye İçin Yaşama Hakkı Yargısı”, *Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, Sayı:39-40, s.85.

² Cengiz Topel ÇİFTÇİOĞLU, “Yaşama Hakkı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı:103, Kasım 2012, s.139.

³ İbrahim Ö. KABOĞLU, *Özgürlükler Hukuku*, Afa Yayınları, İstanbul, 1999, s.154.

kişi olarak doğal sınırlamalar haricinde ortadan kaldırılmaması şeklinde öğretide tanımlandığı görülmektedir.⁴

İnsan yaşamının korunması konusunda 1982 Anayasası'nın 17'nci maddesinin birinci fıkrası, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2'nci maddesi, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 6'ncı maddesi temel bir düzenlemeye yer vermekte ve insan yaşamının kanunun himayesi altında olduğunu belirtmektedir.⁵

Demokratik toplumlarda yaşama hakkı temel hak ve özgürlükler arasında önemli bir yere sahip olup, bu özelliği gereği diğer hak ve özgürlüklerin ön koşulu olarak addedilir. Kişinin yaşama hakkının korunmadığı bir durumda korunacak diğer haklarından bahsetmek anlam ifade etmez.⁶ Bu sebeple yaşama hakkının kanun tarafından koruma altına alınması insan hakları hukuku bakımından büyük önem taşımaktadır. Yaşama hakkı haiz olduğu önemine binaen uluslararası sözleşmelerde de korunarak düzenleme altına alınmıştır.⁷

Kişinin diğer bütün hak ve özgürlüklerini kullanabilmesi yaşama hakkının tesisine bağlı olup, “öldürülmeme hakkı” veya “insanın öldürülmezliği” ilkesi, yaşama hakkının güvencesi niteliğindeki ilkelerdir. Bu nedenle, yaşama hakkı çoğunlukla ölüm cezası ile birlikte tartışmaya konu olmaktadır.⁸

Kişinin yaşama hakkını koruyan hiçbir temel uluslararası belgede yaşam ve yaşama hakkı kavramlarının tanımı yer almamakla birlikte, söz konusu belgelerin sağladığı koruma sistemi göz önünde bulundurularak genel bir tanımlama yapılabilecektir. Yaşam, insanın doğup, hayatını olabildiğince yüksek refah düzeyinde sürdürmek için mücadele edip, doğal sebeplerle ölümüne kadar geçirdiği süreci ifade etmektedir. Yaşama hakkı ise, bireyin, devlet biçiminde örgütlenmiş toplumlar tarafından yaşam sürecinin garanti altına alınmasını ve geliştirilmesini

⁴ ÇİFTÇİOĞLU, s.140.

⁵ ÇİFTÇİOĞLU, s.138.

⁶ Yaşama hakkı var olmadan başka hakların kullanılması imkânsız olduğundan, insan hakları ile ilgili temel belgeler olan bütün bildiri ve sözleşmelerde yaşama hakkı koruma altına alınmıştır. M. Sezgin TANRIKULU, “İHAM Kararlarında Ve Türk Hukukunda Yaşam Hakkı”, *TBB Dergisi*, Sayı:66, Yıl:2006, s.52.

⁷ M. Kerem OSMANOĞLU, *Polisin Zor Kullanma Yetkisi ve İnsan Hakları*, Beta Yayınları, 2012, s.24.

⁸ TANRIKULU, s.52.

isteme hakkı olarak kabul edilmektedir. Yaşama hakkı, bahse konu hakkın devlet tarafından korunmasını ve hakka yönelik bir tecavüzün doğması halinde kişinin, devletten yaşama hakkına saldırı teşkil eden eylemlerin hemen yok edilmesine ilişkin gereken önlemlerin almasını isteme hakkını da içermektedir.⁹

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2'nci maddesinde yaşama hakkı düzenleme altına alınmıştır. Sözleşme'ye taraf devletler, söz konusu hakkı “right to life” şeklinde ifade etmektedirler. Sözleşme söz konusu madde içeriğinde hakkın tanımına değinmemiştir. 2'nci madde, yaşama hakkının kanunla koruma altına alınmasından söz etmektedir. Sözleşme'de düzenleme altına alınan hakların nasıl ve hangi sınırlar içerisinde kullanılacağı, diğer bir ifadeyle hakların somut halleri Mahkeme içtihatları ile belirleneceğinden, kanun ile koruma ibaresini de Mahkeme'nin karar ve içtihatları ışığında değerlendirmek gerekecektir.¹⁰

A. Uluslararası Belgelerde Yaşama Hakkı

Yaşama hakkı, hem ulusal alanda hem de uluslararası alanda koruma altına alınması gereken bir haktır. Devletlerin insan hakları ve temel özgürlükler bakımından önemli ilerlemeler kaydetmesi için uluslararası örgütler, uluslararası sözleşme ve bildirgeler yoluyla devletleri somut adımlar atmaya sevk etmişlerdir.¹¹

Devletlerin yaşama hakkı konusunda ilerleme göstermelerine neden olan belgelerin bir kısmı temenni niteliğinde iken, bir kısmı taraf devletlerin Sözleşme'de değinilen ilkeler yönünde iç hukuk alanındaki mevzuatlarını düzenleme altına almak durumunda kaldıkları bağlayıcı niteliğe haiz belge özelliği taşımaktadır.¹²

⁹ Samir İSMAYILOV, *Yaşam Hakkı Ve Yaşam Hakkının Korunmasında Sivil Toplum Kuruluşlarının Rolü*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2006, s.20.

¹⁰ KILINÇ, s.87.

¹¹ TANRIKULU, s.52. ; İSMAYILOV, s.32.

¹² İSMAYILOV, s.32.

1.Uluslararası Sözleşmelerde Yaşama Hakkı

a.Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Yaşama Hakkı

Bağlayıcılığı olan ve taraf devletleri iç hukuk mevzuatlarında Sözleşme'de yer alan ilkelere uygun şekilde düzenlemeler yapmak zorunda bırakan, bireyi uluslararası hukuk alanında hak süjesi yapan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne bireysel başvuru olanağı vererek bireyi hukuki koruma altına alan, bölgesel koruma sistemleri arasında bulunan ve Avrupa Konseyi¹³ nezdinde Konsey üyesi ülkeler bakımından sonuç doğuran Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi,¹⁴ en önemli uluslararası belgelerdendir.

İnsan hakları alanında Sözleşme, uluslararası koruma sistemi sayesinde bir anlayış değişikliği meydana getirmektedir. Bu sayede insan hakları ihlalleri Sözleşme'ye taraf devletlerin iç sorunu olarak kabul görmekten çıkarılmakta ve ihlal iddiaları uluslararası alana taşınmaktadır. Neticeten, bireylere insan hakları ihlalleri sebebi ile başvuru hakkı tanınmakta ve böylece birey uluslararası hukukun bir öznesi olarak telakki edilmektedir.¹⁵

Sözleşme'nin en önemli özelliği, insan haklarını uluslararası düzeyde garanti altına alması ve bununla birlikte koruma mekanizması getirmesidir. AİHS yargısal

¹³ 47 devlet merkezi Strasbourg'da bulunan Avrupa Konseyi'ne üyedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Konsey'in başlıca başarılarından biri olup, yaklaşık 800 milyon Avrupa vatandaşının hak ve özgürlüğünü koruma altına alan bir sistem oluşturmuştur. Yerel mahkemeler nezdinde yasal çözüm yollarının tükenmiş olması koşulu ile Sözleşme'de yer alan haklarının ihlal edilmiş olduğu inancını taşıyan her birey, Strasbourg'da bulunan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuru yapabilmektedir. Tüm Konsey çalışmalarında yaklaşık 400 hükümet dışı kuruluş yer almaktadır. İnsan haklarının ve temel özgürlüklerin geliştirilmesi ilkesi, Avrupa'nın ilk siyasal kuruluşu olma özelliği gösteren Avrupa Konseyi bakımından öncelikli amaçlar arasında bulunmaktadır. Konsey Statüsü'nün 3'üncü maddesinde, Konsey'e üye devletlerin, hukukun üstünlüğü ve kendi hâkimiyet alanlarında yer alan herkesin insan haklarından ve temel özgürlüklerinden yararlanması ilkelerini kabul ettikleri ve benimsedikleri açıkça ifade edilmiştir.

¹⁴ Roma'da 04/11/1950 tarihinde imzalanan İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme, 03/09/1953 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ismi altında yürürlüğe girmiştir. Türkiye Sözleşme'yi, 1'inci Ek Protokole çekince koyarak 10/03/1954 tarihinde onaylamıştır. Sözleşme'nin uygun bulunmasına ilişkin kanun metni 19/03/1954 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

¹⁵ Oktay BAHADIR, *Avrupa İnsan Hakları ve Anayasa Yargısında Yaşama Hakkı*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2009, ("Yaşama Hakkı"), s.7.

denetime içeriğinde yer vermekle, Birleşmiş Milletler bildirilerinden daha etkin bir koruyucu mekanizma getirmiştir.¹⁶

Sözleşme'nin yaşama hakkını düzenleme altına alan 2'nci maddesi şu şekildedir:“Herkesin yaşam hakkı kanunun himayesi altındadır. Kanunun ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infazı dışında, hiç kimse kasten öldürülemez. Öldürme, her ferdin gayri meşru cebir ve şiddete karşı korunmasını sağlamak, kanun hükümleri dâhilinde bir tevkifi yerine getirmek veya kanuna uygun olarak mevkuf bulunan bir şahsın kaçmasını önlemek, ayaklanma veya isyanı kanuna uygun olarak bastırmak gibi zorunluluk hallerinde, bu maddenin ihlali şeklinde yapılmış sayılmaz.”¹⁷

04/11/1950 tarihinde Roma'da imzalanan Sözleşme, 03/09/1953 tarihinde on Konsey üyesi devletin onaylamasıyla yürürlüğe girmiştir. Sözleşme'nin 2'nci maddesinin birinci fıkrası, her bireyin yaşama hakkına haiz olduğunu ve hiç kimsenin yaşamından kasten yoksun bırakılamayacağını hükme bağlamakla birlikte, söz konusu kuralın istisnalarına da değinmiştir. Bir kimsenin, hukuka aykırı şiddete karşı korunması; hukuka uygun bir tutuklama tedbirinin yerine getirilmesi; hukuka uygun şekilde gözaltına alınmış bir kimsenin kaçmasına engel olma; bir kargaşa ya da ayaklanmayı bastırma saikiyle hukuka uygun şekilde gerçekleştirilen yaşamdan yoksun bırakma eylemleri, yaşama hakkını düzenleyen maddeye halel getirmeyecektir.¹⁸

Sözleşme, bahsi geçen maddenin ilk hali ile 1950'li yıllarda hemen hemen bütün Avrupa ülkelerinde ölüm cezasının halen tatbik ediliyor olmasını göz önüne almıştır. Söz konusu tarihlerde ölüm cezasını bütünüyle yasaklayan ülkeler İzlanda ve Federal Almanya olmuştur. Nitekim İzlanda 1928 yılında ölüm cezasını yasak hale getirmiş, Nazi rejiminin çok sayıda kişiyi sözde mahkemelerle ölüm cezasına mahkûm etmesi karşısında Almanya'da da söz konusu ceza istisna tanınmadan

¹⁶BAHADIR, Yaşama Hakkı, s.7.

¹⁷ Mehmet Semih GEMALMAZ, *İnsan Hakları Belgeleri*, Cilt I, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2003, s. 37.

¹⁸ Seyfullah ÇAKMAK, *Yaşama Hakkı ve Ölüm Cezası*, Yargı Yayınevi, Ankara 2002, (“Ölüm Cezası”), s.136.

yasaklamıştır. İsviçre’de 1942 yılından, İtalya’da ise bazı askerî ve savaş zamanlarında işlenen ağır suçlar haricinde ölüm cezasının 1948 yılından itibaren kaldırıldığı görülmektedir. Bunun yanında San Marino’da 1468 yılından, Lichtenstein’da ise yaklaşık iki yüz yıldan beri idam cezasının infaz edilmediği bilinmektedir. Öte yandan diğer Avrupa ülkelerinde, aynı tarihlere tekabül eden dönemde ölüm cezasına hükmedilmiş ve söz konusu cezanın infazı gerçekleştirilmiştir.¹⁹

Türkiye Cumhuriyeti tarafından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 10/03/1954 tarihinde 6366 sayılı Kanun ile TBMM’de onaylanmış, ardından 19/03/1954 tarihli ve 8662 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Fakat Türkiye, Sözleşme ile birlikte yürürlüğe giren 1’inci Ek Protokol’e çekince koyarak Sözleşme’yi onaylamayı uygun bulmuştur.²⁰

Birçok temel hak ve hürriyete yer veren Sözleşme, bunun yanında taraf devletlerin Sözleşme’den doğan yükümlülüklerine saygı göstermelerini de güvenceye bağlamaktadır.²¹

Yaşama hakkı bakımından kişinin etkin bir biçimde koruma altına alınması, Sözleşme’nin 2’nci maddesi uyarınca devletin, doğrudan kendisi tarafından ortaya çıkarılacak ihlalleri ve üçüncü kişilerce gerçekleştirilecek yaşama hakkına ilişkin ihlalleri içerecek şekilde uygun ve makul önleyici her türden tedbire başvurmasını zorunlu hale getirmektedir.²² Yani diğer bir ifadeyle devlet, kişinin yaşama hakkına hanel getiren kişiyi cezalandırmanın yanı sıra ihlallerin oluşmasını engellemek amacıyla hizmet eden tedbirleri almakla da sorumlu kılınmaktadır. Fakat söz konusu

¹⁹ ÇAKMAK, Ölüm Cezası, s.136.

²⁰ Kamil ATEŞOĞULLARI, *Bir İnsanlık Suçu: Ölüm Cezası*, Doruk Yayıncılık, Ankara 1997, s.169.

²¹ Durmuş TEZCAN, Mustafa Ruhan ERDEM, Oğuz SANCAKDAR, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002, (“İnsan Hakları Sorunu, 2002”), s. 34.

²² Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, Kuzey İrlanda’da eşi teröristler tarafından öldürülen kişinin başvurusunu değerlendirmiş ve taraf devletin yaşama hakkının koruma altına alınması hususunda önleyici tedbirler alma yönünde sorumluluğu olduğunu kabul etmiştir. 28/02/1983, W./İngiltere.

yükümlülük, sınırsız bir biçimde her olası şiddete engel olmaya ya da ortadan kaldırmaya yönelik bir sorumluluk olarak değerlendirilemeyecektir.²³

Sadece yaşama hakkının koruma altına alınması konusunda yasal düzenlemeler gerçekleştirerek devletin sorumluluğunun sona ereceği kabul edilemeyecektir. Devletin, bunun yanında hakkın korunması yönünde yaşamı sonlandıran fiillerden sakınmanın yanı sıra söz konusu hakkın etkili bir şekilde koruma altına alınmasını sağlama gayesine hizmet eden zorunlu tedbirleri alma konusunda da sorumluluğu vardır.²⁴ Bunun yanı sıra AİHM'in yaşama hakkının istisnalarını yorumlamasına dair McCann ve Diğerleri/İngiltere²⁵ kararı ve yaşama hakkının ihlaline ilişkin diğer kararları göz önünde bulundurulduğunda, hakkın etkin şekilde korunması bakımından devletin izafe etmesi gereken bazı somut eylemler, söz konusu hakka yönelik olarak yürütülen soruşturmanın tarafsız bir inceleme mekanizmasınca yürütülmesi ve ölüm sebeplerinin eksiksiz bir şekilde hemen açıklığa kavuşturulması şeklinde özetlenebilecektir.²⁶

Sözleşme'nin 2'nci maddesinde belirtildiği gibi, yaşama hakkının yasa ile koruma altına alınması, kasti²⁷ ve keyfi öldürmelere karşı kişinin yaşama hakkını garanti altına alırken, bunun yanında taraf devletler bakımından negatif ve pozitif olmak üzere iki yönlü yükümlülük doğurmaktadır. Etkili şekilde koruma sağlayan Sözleşme sistemi karşısında devletin, Sözleşme'de tanınan hakların koruma altına alınması yönünde makul ve uygun tedbirleri alması gerekecektir.²⁸ Sözleşme'nin 2'nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan “kanunun ölüm cezası ile cezalandırdığı” ibaresi, cezanın iç hukukta temelinin olmasının yanında kanunun niteliğine de özen gösterilmesi gerekliliğine işaret etmektedir. Bu özen ile, hukuki temelin bireyler

²³ İSMAYILOV, s.36.

²⁴ Işıl KARAKAŞ, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yaşam Hakkı: Mc Cann'dan Kaya Kararına”, Türkiye'de İnsan Hakları, *Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi*, (“Mc Cann'dan Kaya Kararına”), s. 202 vd.

²⁵ McCann ve diğerleri/İngiltere davası, Başvuru No:18984/91, Karar Tarihi: 27/09/1995. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

²⁶ İSMAYILOV, s.36.

²⁷ Ergin ERGÜL, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Uygulaması*, Yargı Yayınevi, Ankara 2004, s.109.

²⁸ KARAKAŞ, Mc Cann'dan Kaya Kararına, s. 202 vd.

bakımından erişilebilir kılınması ve suçun yaptırımı olan cezanın öngörülebilir olması anlatılmak istenmektedir.²⁹

b. Birleşmiş Milletler Medeni Ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nde Yaşama Hakkı

Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin³⁰ 6'ncı maddesi yaşama hakkını ele almaktadır.³¹ Bahse konu Sözleşme'nin 2'nci Seçmeli Protokolü'nün 1'inci maddesine göre;“Bu protokole taraf bir devletin yargı yetki alanında ölüm cezası infaz edilmeyecektir ve her bir devlet, kendi yargı yetki alanında ölüm cezasının kaldırılması için gerekli tüm önlemleri almakla yükümlüdür.”

“Bu Protokolü onaylama veya katılma sırasında, savaş zamanında işlenen askeri nitelikteki çok ciddi suçlar için verilen mahkûmiyet kararından sonra savaş zamanında ölüm cezasının infazını öngören çekinceler dışında, bu Protokole konulan her hangi bir çekince kabul edilemez.

Onay veya katılma anında böyle bir çekince koyan bir Taraf Devlet, savaş zamanında uygulanabilecek ulusal mevzuatın ilgili hükümlerini Birleşmiş Milletler Genel Sekreterine bildirir.” hükmü ise Sözleşme'nin 2'nci Seçmeli Protokolü'nün 2'nci maddesinde düzenleme altına alınmıştır.

Söz konusu Protokol'ün 2'nci maddesinde ölüm cezasının uygulanması bakımından öngörülen “savaş ve barış zamanı ayırımı”, Protokol'ü, Avrupa İnsan

²⁹ İSMAYILOV, s.37.

³⁰ Sözleşme, 16/12/1966 tarihinde kabul edilmiştir. Hâlihazırda dünya çapındaki devletlerin 150'den fazlası belirtilen Sözleşme'yi onaylamıştır.

³¹ Bahse konu Sözleşme'nin uygulanmasından İnsan Hakları Komitesi sorumludur. Komite'nin kararları bağlayıcı olmasa da, birçok ülke, İnsan Hakları Komitesi'nin tavsiyelerini dikkate aldıklarını ve haklarında verilecek kararın gereğini yerine getireceklerini belirtmişlerdir. Guerrero/Kolombiya davasını inceleyen Komite, Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 6'ncı maddesine göre, her insanın vazgeçilmez bir hak olarak yaşama hakkına haiz olduğu ve söz konusu hakkın hukuk tarafından koruma altına alınması gerektiği sonucuna ulaşmıştır.

Hakları Sözleşmesi'ne Ek 6 No'lu Protokol³² ile benzer hale getirmektedir. Sözleşme'nin 2'nci Seçmeli Protokolü'ne taraf devletler, 1'inci madde gereğince ölüm cezasının kaldırılması ile yükümlü hale gelmişken, sadece savaş zamanlarında geçerli olmak üzere Protokol'ün 2'nci maddesini gerekçe göstererek ölüm cezasını uygulamaya yönelik istisnai bir düzenlemeye iç hukuklarında yer verebileceklerdir. Fakat bu istisnai halde bile ölüm cezasına, savaş zamanlarında her suç için değil, yalnızca “çok ciddi nitelikli askeri suçlar” bakımından hükmedilebilecektir. Taraf ülkelerin yasalarında ölüm cezasına yer vermeleri için, suç vasfının “askeri nitelikte” ve “çok ciddi” olma özelliklerini bir arada taşıması şartı aranmaktadır.³³

2'nci Seçmeli Protokol kapsamında “savaş zamanında çok ciddi nitelikli askeri suçlar” hakkında öngörülecek ölüm cezalarının infazlarının sadece savaş zamanında yerine getirilebileceği hususu, ölüm cezası uygulamasına getirilen istisna bakımından 2'nci Seçmeli Protokol'ü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 6 No'lu Protokol'den daha dar kapsamlı hale getirmektedir.³⁴

c. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Yaşama Hakkı

Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi 22/11/1969'da San Jose'de imzalanmıştır. Anılan Sözleşme 16/07/1978 tarihinde ise yürürlüğe girmiştir. Yaşama hakkını korunması gereken bir hak olarak gören Sözleşme, istisnai durumlarda ölüm cezası uygulamasını da benimsemiştir. Bununla birlikte ölüm cezasına hükmedilebilmesinin koşullarına muhteviyatında açıkça yer vermiştir. Buna göre Sözleşme, ölüm cezasını söz konusu cezayı kaldırmamış devletlerde geçerli kılarken; ölüm cezasını ilga eden devletlerin, ölüm cezasını iç hukuklarında tekrar düzenleyemeyeceklerini ifade etmektedir. Bunun yanı sıra ölüm cezası ancak çok ağır suçlar için öngörülebilecektir. Sözleşme'ye göre yetkili ve kanuna uygun şekilde

³² Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 6 No'lu Protokol hakkında bkz. Durmuş TEZCAN, “Türkiye’de Ölüm Cezasının Kaldırılmasında Türk Ceza Kanunu Reform Komisyonu’nun Rolü”, *Fasikül Hukuk Dergisi*, Seçkin Yayıncılık A.Ş., Sayı:36, Ankara, Kasım 2012, s. 11.

³³ İSMAYILOV, s.44.

³⁴ Güner AKYAZI, Onur TATAR, *Yaşama Hakkı ve Ölüm Cezası*, Ankara Barosu Yayını, Haziran 2002, s.11.

teşekkül eden bir mahkeme tarafından verilen ve kesin hüküm halini almış bir ölüm cezası kararı infaz edilebilecektir.³⁵

Diğer taraftan Sözleşme, ölüm cezası öngörülmemiş suçları içerecek bir şekilde ölüm cezasının uygulanmasının geniş yorumlanmasına da mahal vermemektedir. Siyasi suçlar veya bunlara bağlı adi suçlar bakımından ölüm cezası verilemeyecektir. Gebe kadınlar hakkında verilen ölüm cezası hükmünün infazı gerçekleştirilemeyeceği gibi af, bağışlanma ya da cezanın hafifletilmesi için yapılan başvuru sonuçlanıncaya kadar da ölüm cezası uygulanamayacaktır.³⁶

d. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde Yaşama Hakkı

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi, 20/11/1989 tarihinde kabul edilmiş ve 02/09/1990 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Söz konusu Sözleşme'ye göre, on sekiz yaşından küçüklerin, diğer bir ifadeyle çocuk bireylerin işledikleri suçlar hakkında ölüm cezası tesis edilemeyecektir. Nitekim Sözleşme'nin 37'nci maddesinin (a) bendine göre; “..18 yaşından küçük olanlara, işledikleri suçlar nedeniyle ölüm cezası verilemeyeceği gibi salıverilme olanağı bulunmayan ömür boyu hapis cezası da verilmeyecektir.”³⁷

e. Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı'nda Yaşama Hakkı

Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı, Nairobi'de 26/06/1981 tarihinde kabul edilmiş, 21/10/1986 tarihinde ise yürürlüğü sağlanmıştır. Afrika Şartı'nın 4'üncü maddesi, yaşama hakkının dokunulmazlığından ve hiç kimsenin bu hakkından keyfi bir biçimde yoksun bırakılamayacağından söz etmektedir. Ölüm

³⁵ İSMAYILOV, s.45.

³⁶ ÇAKMAK, Ölüm Cezası, s.138.

³⁷Türkiye tarafından söz konusu Sözleşme, 09/12/1994 tarihli ve 4058 sayılı Kanun ile ihtirazi kayıt belirtilmek suretiyle onaylamıştır.

cezası konusunda ise Şart'ın, herhangi bir düzenlemeye yer vermediği dikkat çekmektedir.³⁸

2.Uluslararası Bildirilerde Yaşama Hakkı

a. İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nde Yaşama Hakkı

İnsan haklarını ön planda tutan ve yeni bir yapılanmanın lüzumunu dile getiren dünya devletlerinin, barışı korumak ve yeni savaşların ortaya çıkmasını engellemek gayesiyle Birleşmiş Milletler Örgütü'nü kurmalarında, İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra edinilen acı tecrübelerin büyük etkisi olmuştur.³⁹ İnsan haklarının koruma altına alınmasının devletlerin iç hukuk sorunu olmaktan çıkması ve uluslararası bir sorun haline bürünmesi, insan haklarına ilişkin önemli bir gelişme olarak kabul görmektedir. Söz konusu düşüncenin bir tezahürü olarak 1948 yılında Birleşmiş Milletler tarafından İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi kabul edilmiştir.⁴⁰

Yaşama hakkını düzenleyen Beyanname'nin 3'üncü maddesi "Herkesin yaşam, kişi özgürlüğü ve güvenlik hakkı vardır" hükmüne yer vermiştir. Anılan Beyanname'nin 7'nci maddesi ise, "Herkes yasa önünde eşittir ve herkesin ayırım gözetilmeksizin yasa tarafından eşit korunma hakkı vardır. Herkes, bu Bildirgeye aykırı herhangi bir ayırmacılığa ve ayırmacılık kışkırtıcılığına karşı eşit korunma hakkına sahiptir." ifadelerine yer vermiştir. Sadece hakkın varlığını kabul eden Beyanname'nin 3'üncü maddesi, yaşama hakkının korunma altına alınması bakımından evrensel bir beyannamede bulunması gerekli olan nitelik ve yeterliliğe haiz değildir. Ölüm cezasının yaşama hakkının istisnasını teşkil edip etmediğine ya da ölüm cezasının ilga edilip edilmediğine ilişkin bir düzenlemeye de yer vermeyen madde, bunun yanında yaşama hakkının korunma altına alınması konusunda da sarih

³⁸ ÇAKMAK, Ölüm Cezası, s.138.

³⁹ İSMAYILOV, s.32.

⁴⁰ Aytekin YILMAZ, "Günümüzde İnsan Hakları ve Türkiye", *Yeni Türkiye Dergisi-İnsan Hakları Özel Sayısı*, Sayı: 21, Mayıs-Haziran, 1998, s.155.

bir düzenleme öngörmemektedir. Beyanname'nin 7'nci maddesi ise, anılan maddede geçen "yasa önünde eşitlik" ve "eşit korunma" kavramlarının içeriğini doldurmaya yetmeyen bir eksiklik taşımakta, öte yandan insan onurunun ve yaşama hakkının koruma altına alınması bakımından herhangi bir anlam ifade etmemektedir.⁴¹

Herhangi bir bağlayıcılığa haiz olmayan ve bir temenni metninden öte niteliği bulunmayan Beyanname'nin,⁴² yaşama hakkının korunmasına ilişkin yetersizliği dikkate alındığında, günümüzde ortaya çıkan birçok bölgesel savaşlarda çok sayıda insanın yaşama hakkının ihlal edilmesini engelleyici özellikte bir düzenleme öngörmesi isabetli sayılırdı. Öncelikle yaşama hakkı olmak üzere, insan haklarını bir bütün olarak koruma altına alabilen bir metin özelliğinde olmayan, ancak anlam ve muhteviyatı açısından insanlık için bir kazanım olarak benimsenen Beyanname'nin eksik yönleri, daha sonraları kabul edilen uluslararası sözleşmeler ile telafi edilmiştir.⁴³

b. Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi'nde Yaşama Hakkı

02/05/1948 tarihinde Bogota'da, Dokuzuncu Uluslararası Amerikan Devletleri Konferansı'nda kabul edilen Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi 1'inci maddesi ile yaşama, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı tanımakla birlikte ölüm cezası hakkında herhangi bir düzenleme öngörmemiştir.

c. Avrupa Parlamentosu Temel Haklar ve Özgürlükler Bildirisi'nde Yaşama Hakkı

Avrupa Parlamentosu'nun 12/04/1989 tarihinde kabul ettiği Bildiri, 22'nci maddesi gereğince ölüm cezasını ilga etmiştir.⁴⁴

⁴¹ İSMAYILOV, s.32.

⁴² AKYAZI/TATAR, s.7.

⁴³ İSMAYILOV, s.32.

⁴⁴ ÇAKMAK, Ölüm Cezası, s.138.

3. Uluslararası Protokol'lerde Yaşama Hakkı

a. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 6'ncı Protokol'de Yaşama Hakkı

Devlet karşısında birey lehine gelişme, İkinci Dünya Savaşı sonrası insan haklarının korunması konusunda kabul edilen uluslararası belgeler sayesinde ortaya çıkmıştır. Avrupa Konseyi üyesi çeşitli devletlerdeki gelişmelerin ilerleyen zaman sürecinde ölüm cezasının kaldırılması doğrultusunda bir eğilim sergilediği dikkate alınarak, AİHS'in yaşama hakkının korunmasına ilişkin olan 2'nci madde hükmünün yeterli olmadığı kanaatine ulaşılmış ve ölüm cezasının kaldırılması gerekliliği üzerinde yoğunlaşan görüş, Konsey üyesi devletler tarafından benimsenerek kabul görmüştür.⁴⁵

Ölüm cezası istisnasına değinen AİHS'in 2'nci maddesine karşılık, ölüm cezasının kaldırılmasına dair Sözleşme'ye Ek 6 No'lu Protokol'ün⁴⁶ 1'inci maddesi, "Ölüm cezası kaldırılmıştır. Hiç kimse ölüm cezasına mahkûm edilemez ve idam edilemez" şeklindeki düzenlemesiyle⁴⁷ hiç kimsenin söz konusu cezaya çarptırılmayacağını düzenleme altına almıştır. Ancak Protokol'ün 2'nci maddesi ölüm cezasının kaldırılmasını savaş zamanı ile sınırlayarak ayrık bir hüküm öngörmüştür.⁴⁸ Anılan Protokol'ün 2'nci maddesine göre, "Bir devlet, yasalarında, savaş veya yakın savaş tehlikesi zamanında işlenmiş olan fiiller için ölüm cezasını öngörebilir; bu ceza, ancak yasanın belirlediği hallerde ve onun hükümlerine uygun olarak uygulanabilir. İlgili devlet, söz konusu yasanın bu duruma ilişkin hükümlerini Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne bildirir." Taraf devletlerce uyulması gereken mutlak bir hüküm olmayan ve ölüm cezasının kaldırılmasının istisnası niteliğinde olan Sözleşme'ye Ek 6 No'lu Protokol'ün 2'nci maddesi, yalnızca savaş ve yakın savaş tehlikesi zamanlarında söz konusu maddeye aykırı olmayacak biçimde yerel

⁴⁵ İSMAYILOV, s.42.

⁴⁶ 28/04/1983 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 6 No'lu Protokol, 12 ülke tarafından kabul edilmiş ve imzaya açılmıştır. Bahse konu Ek Protokol, 01/03/1985 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁴⁷ ATEŞOĞULLARI, s.235.

⁴⁸ TANRIKULU, s.53.

kanunlarda hüküm öngörülebileceğine müsaade eden ayrık bir düzenlemeye yer vermektedir. Diğer bir ifadeyle, savaş ve yakın savaş tehlikesi zamanları dışında hükmedilen ölüm cezası, hem söz konusu Protokol maddesine hem de nihayetinde Sözleşme'ye aykırılık oluşturacaktır.⁴⁹

Yaşama hakkının cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya başka görüşler, ulusal ya da sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensup olma, servet, doğuş veya herhangi bir nedenle hiçbir ayırım yapılmaksızın herkese tanınması Sözleşme'nin 14'üncü maddesi ile güvence altına alınmıştır. Sözleşme'nin 15'inci maddesi ise, Sözleşme kapsamında koruma altına alınan bütün hakların savaş veya ulusun varlığını tehdit eden genel bir tehlikenin meydana gelmesi halinde sınırlandırabileceğine yönelik düzenleme öngörmekle beraber aynı maddenin ikinci fıkrasında meşru savaş fiilleri neticesinde vuku bulan ölüm olayları haricinde hiçbir biçimde yaşama hakkının sınırlanamayacağı hüküm altına alınmıştır.⁵⁰

Yaşama hakkı, AİHS'in en temel ve vazgeçilmez haklarından biridir ve diğer hakların sert çekirdeğini oluşturmaktadır. Hiçbir halde bu hakkın özüne dokunulamayacağı aşıkardır. Savaş hali olması veya ulusun varlığını tehdit altına alan bir durumun ortaya çıkmış olması, söz konusu kuralın tek istisnasını oluşturmaktadır. Olağanüstü hal ilanının yasal kabul edilebilmesi için tehlikenin, mevcut ya da çok yakın olması ve neticeleri itibariyle bütün ulusu etkileyecek niteliğe sahip olması gerektiği AİHK ve AİHM'in kararlarından anlaşılmaktadır. Sözleşme açısından bu düzenleme, söz konusu durumların ortaya çıkması halinde, Hükümetlere daha serbest davranma olanağının tanınması anlamına gelmektedir.⁵¹

⁴⁹ İSMAYILOV, s.42.

⁵⁰ İSMAYILOV, s.36.

⁵¹ BAHADIR, Yaşama Hakkı, s.10.

b. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 13'üncü Protokol'de Yaşama Hakkı

Konsey üyesi devletlerin teşebbüsleri neticesinde Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, 2002 yılında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek Ölüm Cezasının Her Koşulda Kaldırılmasına Yönelik 13 No'lu Protokol'ü kabul etmiştir.⁵²

13 No'lu Protokol, Sözleşme'ye Ek 6 No'lu Protokol'ün "savaş ve barış zamanı" biçiminde yaptığı ayırımı sona erdirerek ölüm cezasını tamamen kaldırmayı öngören bir düzenleme getirmiştir.⁵³Nitekim Avrupa Konseyi üyesi taraf devletlerin yerel düzenlemeleri incelendiğinde, söz konusu devletlerin birçoğunun "savaş ve barış zamanı" şeklindeki ayırımı mevzuatlarından çıkarmış oldukları ve bu sayede iç hukuklarında Sözleşme ile yeknesaklık sağladıkları gözlemlenmektedir.⁵⁴

c. İkinci Seçmeli Protokol'de Yaşama Hakkı

BM Genel Kurulu'nda 15/12/1989 tarihinde kabul edilen İkinci Seçmeli Protokol, 11/07/1991 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Anılan Protokol, sadece on bir madde ihtiva etmekte olup, ölüm cezasını ilga eden düzenlemeye de içeriğinde yer vermektedir. Söz konusu Protokol hükümleri, Protokol'e taraf devletleri, yerel mevzuatlarından ölüm cezasını öngören düzenlemeleri çıkarmaları konusunda taahhütte bulunmalarına neden olmuş ise de, ölüm cezasını sadece barış zamanına münhasır olarak kaldırmış, savaş zamanında ise ölüm cezasının uygulanması için belirli koşullar aramıştır.⁵⁵Neticeten, askeri nitelikli çok ciddi suçlar için savaş zamanında ölüm cezası kararı verilmesi bahse konu Protokol'e göre mümkün ise de, verilen cezanın infazı yine savaş zamanında yerine getirilebilecektir.⁵⁶

⁵² İSMAYILOV, s.43.

⁵³TANRIKULU, s.54.

⁵⁴ Avrupa Konseyi'ne taraf devletler arasında ölüm cezasını tatbik eden herhangi bir devlet bulunmamaktadır. AKYAZI/TATAR, s.12.

⁵⁵ ÇAKMAK, Ölüm Cezası, s.139.

⁵⁶ Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin Ölüm Cezasının Kaldırılmasını Amaçlayan İkinci Seçmeli Protokolü 05/04/2001 tarihi itibarıyla 44 devlet tarafından onaylanmış olup, söz konusu Sözleşme onaylayan 7 ülke tarafından imzalanmıştır.

d. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ölüm Cezasını İlgâ Eden Protokolü'nde Yaşama Hakkı

Amerikan Devletleri Örgütü tarafından hazırlanan Protokol, 28/08/1991 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Konuya özgü insan hakları belgelerinden biri olarak kabul edilen ve Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nde belirtilen ölüm cezasını kaldıran Protokol,⁵⁷ 1'inci maddesinde taraf devletin yargı yetkisi içinde olan bireyler hakkında ölüm cezası tesis edemeyeceğini öngörmüştür. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 6 No'lu Protokol hükümlerine ve Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 2'nci Seçmeli Protokolü'ne benzer şekilde⁵⁸ “savaş ve barış zamanı” ayrımına muhteviyatında yer veren Protokol ile barış zamanında ölüm cezası tümden ilga edilmiş, savaş zamanında ise söz konusu cezanın uygulanabilirliğine cevaz verilmiştir.⁵⁹

II. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE YAŞAMA HAKKI

Daha önce de belirtildiği gibi Avrupa Konseyi⁶⁰ nezdinde Konsey üyesi ülkeler tarafından uygulanmakta olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, bağlayıcı özelliği sayesinde Sözleşme'ye taraf devletlere iç hukuklarında Sözleşme'de belirtilen ilkeler doğrultusunda düzenlemeler öngörme konusunda sorumluluk yükleyen, bireyi uluslararası hukukta hak süjesi haline getiren, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne bireysel başvuru olanağı tanımak suretiyle bireyin özgürlük alanını

⁵⁷ Mehmet Semih GEMALMAZ, *Türkiye'de Ölüm Cezası, Zihniyet, İnfazlar, Mevzuat, Yargı ve Siyaset*, 1. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, Ocak 2001, (“Ölüm Cezası”), s.190.

⁵⁸ İSMAYILOV, s.45.

⁵⁹ ÇAKMAK, Ölüm Cezası, s.143. 05/04/2001 tarihi itibarıyla anılan Protokol, 8 ülke tarafından onaylanmıştır.

⁶⁰ Avrupa İnsan Hakları Sözleşme'nin sağladığı haklardan istifade edebilmek için vatandaşlık koşulu aranmamaktadır. Yabancı kişiler de Sözleşme hükümlerinden yararlanarak haklarının ihlal edildiğini öne sürdükleri hallerde ilgili taraf devlet aleyhine bireysel başvuru yolunu kullanabileceklerdir.

hukuksal anlamda garanti altına alan bölgesel koruma sistemleri⁶¹ arasında oldukça büyük önem taşıyan bir uluslararası belge niteliğindedir.⁶²

Biyolojik ve toplumsal bir varlık olan insan, aynı zamanda birey olarak bir kişiliğe de haizdir. Var olan kişilik insani ve hukuki bakımdan değer ifade etmektedir. Bu sebeple yaşama hakkı, en temel insan hakkı olarak kabul edilmektedir. Söz konusu hak karşısında diğer haklar ikincil, türev haklar görünümündedir. Zira öbür hakların kullanımı ve varlığı için, söz konusu hakkın varlığı şarttır. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde de, yaşama hakkı dokunulmaz haklar veya hakların sert çekirdeği olarak tanımlanmakta ve kabul görmektedir.⁶³

Demokratik toplumun temel bir değeri olan ve insanoğlunun en üstün hakkı olarak kabul edilen yaşama hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2'nci maddesinde açıkça düzenleme altına alınmıştır.⁶⁴

Söz konusu hakkın yasa ile koruma altına alınması, kasti ve keyfi öldürmelere karşı kişinin yaşama hakkını koruma altına alırken, bunun yanında devletlere de yükümlülükler izafe etmektedir. Bahse konu yükümlülükler, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1'inci maddesi gereğince devletin Sözleşme'de yer alan hak ve özgürlükleri tanıma yükümlülüğünün doğal bir sonucu olarak kaçınma, diğer bir ifadeyle negatif yükümlülüğün yanı sıra yaşama hakkının korunması bağlamında pozitif yükümlülüğü de kapsamaktadır.⁶⁵

Etkin ve somut koruma tesis eden Sözleşme sisteminde, hakların koruma altına alınması yönünde makul ve uygun tedbirlerin yerine getirilmesi

⁶¹Söz konusu bölgesel koruma sistemi ile BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin, bölgesel kuruluşlara bu bildirgeye uygun hazırlanma yükümlülüğü yüklediği Sözleşme'nin anlaşılması gerekmektedir. AKYAZI/TATAR, s.18.

⁶² İSMAYILOV, s.34.

⁶³ ÇİFTÇİOĞLU, s.138

⁶⁴ Işıl KARAKAŞ, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yaşam Hakkı: Mc Cann'dan Kaya ve Ötesine", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl:1, Sayı:1, Ocak 2002, ("Kaya ve Ötesine"), s.58.

⁶⁵KARAKAŞ, Kaya ve Ötesine, s.58.

yükümlülüğüne yer verilmesi gereklilik arz etmektedir.⁶⁶Kişilerin etkin bir biçimde koruma altına alınmasının sağlanması, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sisteminde temel gayedir. Taraf devletin keyfi öldürme eylemine karşı kişinin yaşama hakkını koruma altına alan Sözleşme'nin 2'nci maddesi, bunun yanında üçüncü kişiler tarafından sebep olunan yaşama hakkı ihlallerinde de devletin uygun ve makul önleyici tedbirleri almaması durumunda sorumluluğunun doğmasına neden olabilir.⁶⁷

Yaşama hakkını mutlak bir hak olarak düzenlememiş olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, söz konusu hakkın geniş istisnalarını aynı maddede düzenleme altına almıştır. Bunun yanında, AİHS'in yaşama hakkına yönelik olarak sağladığı ve Sözleşme'nin 15'inci maddesinde yer verdiği güvence büyük bir öneme sahiptir. Sözleşme'nin 2'nci maddesinin savaş ve olağanüstü durumlarda askıya alınamayacağını öngören Sözleşme'nin 15'inci maddenin ikinci fıkrası, "savaşta hukuka uygun eylemlerin sonucu olarak meydana gelen ölümleri" sağladığı güvencenin kapsamı dışında bırakmıştır.⁶⁸

Daha sonra yaşama hakkının koruma alanı, AİHS'in iki Protokolü ile genişletilmiştir.⁶⁹ Sözleşme'nin 2'nci maddesinin birinci fıkrasının 1950'li yılların Avrupa gerçeğini ortaya koyan ve ölüm cezasının uygulanmasına imkân tanıyan istisnai bir düzenlemeyi de ihtiva ettiği görülmektedir. İlerleyen zaman içerisinde idam cezasına karşı olan fikirler, Avrupa kamu düzenine hâkim olan bir anlayış haline bürünmüştür. Tüm Avrupa'yı idam cezasından arınmış bir kıta haline getirme gayesi aşama aşama gerçekleştirilmiştir. Bu cümleden olarak, barış zamanında idam cezasını hukuka aykırı hale getiren Sözleşme'ye Ek 6 No'lu Protokol hazırlanmış;

⁶⁶Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sisteminde yaşam kalitesi veya yaşamın kendisi değil "yaşama hakkı" koruma altına alınmaktadır. Taraf devlet keyfi davranışı ile yaşama hakkını ihlal etmesinin yanı sıra, koruma yükümlülüğünü tam olarak ifa etmemesi nedeniyle ortaya çıkan ölüm olaylarından da sorumluluk altına girebilmektedir. D.GOMIEN, D.HARRIS, L.ZWAAK, *Law and Practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 1996, s.94.

⁶⁷KARAKAŞ, Kaya ve Ötesine, s.59.

⁶⁸ Yasemin ÖZDEK, *Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye*, TODAİ İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi Yayınları, Birinci Baskı, Mart 2004, s.132.

⁶⁹ ÖZDEK, s.132.

ardından idam cezasını istisna tanımadan mutlak şekilde yasaklayan Ek 13 No'lu Protokol yürürlüğe konulmuştur.⁷⁰

Sözleşme'ye Ek 6 No'lu Protokol, ölüm cezasını sınırlı olarak ortadan kaldırırken, söz konusu cezanın hükmedilmesine sadece savaş ve yakın savaş tehlikesinin bulunduğu hallerde gerçekleştirilen eylemler açısından izin vermiştir. Savaş ve yakın savaş tehlikesinin bulunduğu hallerde dahi söz konusu cezaya mahkûmiyeti ortadan kaldıran Ek 13 No'lu Protokol⁷¹, ölüm cezasına yönelik hiçbir istisnaya yer vermemiştir.⁷²

1984 yılından günümüze kadar Türkiye, idam cezalarının infazını gerçekleştirilmesine dahi, yakın tarihe kadar barış zamanında bile idam cezasını kaldırmaya yönelik somut bir girişimi olmamıştır. Ancak Anayasa'nın 38'inci maddesine "savaş, çok yakın savaş tehdidi ve terör suçları halleri dışında ölüm cezası verilemez" hükmünü ekleyerek 2001 yılı Anayasa değişikliği ile bu yöndeki ilk gelişmenin ortaya çıkmasını sağlamıştır. Daha sonra "terör suçları" için de idam cezasını kaldıran yasal düzenleme öngörülmüştür. 2004 Anayasa değişikliği ile de idam cezasını mutlak anlamda kaldıran Türkiye, Sözleşme'ye ek 13 No'lu Protokol'ü de onaylamıştır.⁷³

Yaşama hakkı konusundaki içtihatlarla bakıldığında, son yıllara kadar Sözleşme organlarının yaşama hakkı ile ilgili içtihatlarında çekingen ve muhafazakâr bir tutum sergiledikleri ve Komisyon'un verdiği kabul edilemezlik kararları neticesinde 2'nci madde ile ilgili az sayıda başvurunun incelendiği görülmektedir.⁷⁴ Ancak son yıllarda 2'nci maddeye aykırılığı tespit edilen çok sayıda başvurunun

⁷⁰ Bülent ÇİÇEKLİ, M. Bedri ERYILMAZ, Ömer YILMAZ, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Türkiye Kararlarının Analizi*, Uluslararası Hukuk ve Politika, Uluslararası Stratejik Araştırmalar Kurumu Yayını, Sayı 9, Cilt 2, 2007, s. 37.

⁷¹ Bunun pratikteki anlamı da, 13 No'lu Protokol'ü kabul etmiş olan bir devlet, hiçbir suçluyu ölüm cezasına mahkûm edemeyeceği gibi, bir hükümlüyü ölüm cezasına mahkûm edilme riski olan bir diğer ülkeye iade ya sınır dışı edemeyecektir.

⁷² ÖZDEK, s.132.

⁷³ ÇİÇEKLİ/ERYILMAZ/YILMAZ, s.37.

⁷⁴ Fionnuala Ni Aoláin, "The Evolving Jurisprudence of the European Convention Concerning the Right to Life", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 19, No. 1, March 2001, s. 21- 24.

Mahkeme tarafından karara bağlanmasıyla, yaşama hakkı ile ilgili Sözleşme içtihadı da oldukça zenginleşmiştir.⁷⁵

“Yaşam” kavramının anlam, kapsam ve içeriğinin ne olduğu, “herkesin yaşama hakkı yasanın koruması altındadır” ibaresinden doğan sonuçların ne anlama geldiği yönündeki soruların; hükmün uygulama alanı tespit edilirken yanıtlanması gerekecektir.⁷⁶

“Hayat” deyiminin cenini de kapsamına alıp almadığına yönelik olarak Avrupa İnsan Hakları Komisyonu,⁷⁷ söz konusu madde ile alakalı olarak önüne gelen bazı başvurularda dolaylı da olsa bir takım değerlendirmelerde bulunmuştur. Bahse konu maddede geçen “herkes”, “hayat” deyimlerini ve Sözleşme’nin diğer maddelerinde bireye yönelik olarak kullanılan terimleri yorumlayan Komisyon, soruna açık ve kesin bir cevap vermekten ziyade bu hükmün doğumdan sonra devam eden yaşamı koruduğu kanaatine ulaşmıştır. Nitekim Komisyon’a göre 1’inci fıkradaki “herkes” ifadesinin doğacak olan çocuğa uygulanma kabiliyeti bulunmamaktadır. Zira gebeliğin başlangıcını kapsayacak şekilde yaşama hakkının cenin açısından da güvence altına alındığı kabul edilse dahi, söz konusu hak tıbbi sebeplerle gebeliğe iradî olarak son vermeyi yasal hale getiren üstü örtülü sınırlamalar karşısında sorunlu bir alan yaratmış olacaktır.⁷⁸

Sadece mağdurun ölmesi halinde uygulama alanı bulmayan Sözleşme’nin 2’nci maddesinin, mağdurun ölmemesi durumunda da ayrık somut olaylarda uygulanacağı Mahkeme tarafından belirtilmiştir.⁷⁹ Türkiye’ye karşı Yaşa⁸⁰ kararında

⁷⁵ ÖZDEK, s.133.

⁷⁶ Şeref GÖZÜBÜYÜK, Feyyaz GÖLCÜKLÜ, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitabevi, 8. Bası, Ankara 2009, (“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 2009”), s.155.

⁷⁷ 01/11/1998 tarihinde 11 No’lu Protokol’ün yürürlüğe girmesi ile birlikte günümüzdeki Mahkeme işlerlik kazanmıştır. Bugünkü Mahkeme eskiden ayrı şekilde ve yarı zamanlı olarak görev yapan Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Avrupa İnsan Hakları Divanı olmak üzere iki ayrı bağımsız yargı organının birleşmesi neticesinde yeni bir kimlik kazanarak iş yükünün giderek artmasının da önüne geçmiştir. Bunun yanında 11 No’lu Protokol bireysel başvuruların incelenmesi bakımından Mahkeme’nin var olan yetkisinin taraf devletlerce tanınma zorunluluğuna da son vermiştir.

⁷⁸ GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, 2009, s.156.

⁷⁹ Benzer görüş için bkz. TANRIKULU, s.56. Sözleşme’nin 2’nci maddesi yalnızca mağdurun ölmesi durumunda başvuru konusu olaya tatbik edilen bir madde değildir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 02/09/1998 tarihli Yaşa/Türkiye kararında mağdurun ölmemesi durumunda Sözleşme’nin 2’nci maddesinin ancak ayrık durumlarda uygulanacağını belirtmiştir. Mahkeme, söz konusu olayda mağdurun silahla ağır biçimde yaralanması konusunda yeterli ve etkin soruşturma yapılmadığı

mağdurun silahla ağır biçimde yaralanması olayı ile ilgili olarak yeterli soruşturma yürütülmediği gerekçesiyle Mahkeme Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁸¹

Avrupa Konseyi'nin temel değerlerinden birisi olduğu gerekçesiyle taraf devletler yaşama hakkının korunmasını öncelikli üyelik şartı olarak benimsemektedirler. Sözleşme'nin 2'nci maddesine atfedilen önemin derecesini Mahkeme, "McCann ve Diğerleri/Birleşik Krallık" kararında şu ifadelerle belirtmiştir:

"Sözleşme'nin 2'nci maddesi doğrultusunda bireylerin korunması hususunda bir enstrüman olan Sözleşme'nin konusu ve amacı, Sözleşme hükümlerinin ihtiva ettiği güvenceler açısından bunların etkin ve uygulanabilir olmasını sağlayacak şekilde yorumlanmalı ve uygulanmalıdır.

Sadece yaşama hakkını güvence altına almayan, aynı zamanda yaşama hakkından yoksun bırakmanın hangi koşullarda ve şartlarda haklı görüleceğine dair kuralları belirleyen bir hüküm olarak 2'nci madde, Sözleşme'deki en temel hükümlerden birisi olup, savaş hallerinde dahi Sözleşme'nin 15'inci maddesi uyarınca herhangi bir çekinceye müsaade etmez. Sözleşme'nin 3'üncü maddesiyle birlikte, 2'nci madde Avrupa Konseyi'ni oluşturan demokratik toplumun en temel değerlerinden birisini güvence altına alır. Dolayısıyla, maddenin ihtiva ettiği hükümlerin olabildiğince dar yorumlanması gerekmektedir."⁸²

Yaşama hakkını düzenleyen 2'nci maddenin, Sözleşme'nin öncelikli maddelerinden biri olduğu yönündeki tespit, yaşama hakkına yönelik içtihat zincirinin kökenini oluşturmaktadır. Sözleşme'de yer alan maddeler arasında, insan

gerekçesiyle Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir. 27/06/2000 tarihli İlhan/Türkiye kararında ise Mahkeme, yaşama hakkını tehlikeye düşüren güç kullanımının yalnızca özel durumlarda Sözleşme'nin 2'nci maddesinin uygulanmasını gerektireceğini benimsemiştir.

⁸⁰ Yaşa/Türkiye davası, Başvuru No: 22495/02, Karar Tarihi: 02/09/1998. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

⁸¹ Durmuş TEZCAN, Mustafa Ruhan ERDEM, Oğuz SANCAKDAR, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004, ("İnsan Hakları Sorunu, 2004"), s. 205.

⁸² Serkan CENGİZ, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Yaşam Hakkı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı:93, Mart-Nisan 2011, ("Yaşam Hakkı"), s. 384.

onurunun gözetilmesinde işkence yasağı ile birlikte temel alınan yaşama hakkının, Sözleşme’de güvence altına alınan diğer hak ve özgürlükler karşısında ayrıcalıklı niteliğinin belirtilmesiyle, bir bakıma hiyerarşi oluşturulduğu söylenebilecektir.⁸³

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 2’nci maddeyi işkence, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağını öngören 3’üncü madde ile birlikte ele alıp, her iki maddeyi demokratik toplumun temel değerleri şeklinde vasıflandırmaktadır.⁸⁴

Sonuç olarak; AİHS’in 2’nci maddesinde yaşama hakkının koruma altına alınmasından söz edilmiş, ancak madde metninde hakkın tanımı yapılmamıştır. Bahse konu hakkın nasıl ve hangi şartlar içerisinde kullanılacağına tespiti, yani hakkın somut tezahürü niteliğinde olan vakaların yorumlanması AİHM içtihatları aracılığıyla Sözleşme organlarına bırakılmıştır.⁸⁵

A. Yaşama Hakkının Sınırları

Sözleşme yaşama hakkının tanımını yapmamakla birlikte yaşamın ne zaman başlayıp ne zaman sona erdiği hususunu da yanıtsız bırakmıştır. Belirtilen konuda uluslararası alanda da bir görüş birliği mevcut değildir. Söz konusu soruna, AİHK tarafından Brüggmen ve Scheuten/Almanya davasında da kesin bir çözüm bulunamamıştır. Ceninin kayıtsız şartsız 2’nci madde altında bir korumaya tabi olamayacağını ifade etmek AİHK’e göre doğru değildir. Zira çeşitli sebeplerle gebeliğin iradi şekilde sonlandırılması konusunda mutlak ve genel bir kural koyma olanağı yoktur. Bu konuda kabul edilen tek gerçek ceninin mutlak şekilde korumasız bırakılmayacağı hususudur.⁸⁶

AİHK, incelediği bir kısım başvurularda, “hayat” deyiminin cenini de içeriğine alıp almadığı hususunu dolaylı bir şekilde de olsa ele almıştır. Soruna kesin bir yanıt bulamayan Komisyon, yaşama hakkı, cenin açısından korunsa dahi, söz

⁸³KARAKAŞ, Kaya ve Ötesine, s.61.

⁸⁴KARAKAŞ, Kaya ve Ötesine, s.61.

⁸⁵ÇİFTÇİOĞLU, s.142.

⁸⁶Şeref GÖZÜBÜYÜK, Feyyaz GÖLCÜKLÜ, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2002, (“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 2002”), s.156.

konusu hakkın tıbbi neden ve gerekçeler ile iradi şekilde gebeliği sonlandırmayı yasal hale getiren sınırlamalara her daim konu olabileceğini de belirtmiştir.⁸⁷ Diğer bir ifadeyle her özel somut vaka kendi şartları içerisinde ele alınıp, değerlendirilmeyi gerektirmektedir.⁸⁸

Hayatın başladığı anın tespiti sorununun tartışma götürdüğüne; bahse konu kavrama, kullanıldığı içeriğe göre farklı anlamlar yüklenebileceğine dikkat çeken Komisyon, bu konuya yönelik kararlarında daima temkinli bir tutum sergilemiştir. Ceninin, mutlak surette 2'nci maddedeki koruma kapsamına alınmadığını ifade etmenin doğru olmayacağını belirten Komisyon'a göre, gebeliğin iradî olarak sonlandırılması konusundaki anlayış ve ihtiyaç sebebiyle bu konuda mutlak bir kural belirlemek gereksiz ve sakıncalı olacaktır. Bu bağlamdaki bir sorun çözüme kavuşturulurken ceninin menfaatleri ile korunmaya değer öteki menfaatler arasındaki dengenin sağlanmasına özen gösterilmesi gerekmektedir.⁸⁹

B. Yaşama Hakkının Kapsamı

Yaşama hakkının tanımına ve kapsamına ayrıntılı şekilde yer vermeyen Sözleşme'nin 2'nci maddesindeki bu boşluklar, Mahkeme'nin içtihatları ile doldurulmaktadır. Mahkeme yaşama hakkını yalnızca ölmeme hakkı olarak telakki etmemiş, bunun yanında ölüme çok yakın durumda olmayı, üstelik daha ileri giderek

⁸⁷Zira çocuk aldırma konusunda yasal anlamda yetki veren düzenlemeyi Sözleşme'ye aykırı görmeyen Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, bu hususta kabul edilemezlik kararı vermiştir.

⁸⁸BAHADIR, Yaşama Hakkı, s.19.

⁸⁹Benzer görüş için bkz. GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 2009, s.156. Belirtilen konu ile ilgili kararlarında Komisyon daima ihtiyatlı hareket etmiş; yaşamın ne zaman başladığı sorununun tartışmalı bir husus olduğuna; söz konusu kavramın, kullanıldığı yere göre, farklı anlamlar ifade edebileceğine dikkat çekmiştir. Ceninin, kati surette 2'nci maddedeki korumanın kapsamında olmadığını söylemek Komisyon'a göre mümkün değildir. Zira gebeliğin iradî olarak sonlandırılması konusundaki anlayış ve ihtiyaç sebebiyle bu konuda mutlak ve genel kabul gören bir kural koymak imkân dâhilinde değildir. Her özel halin kendi şartları içinde değerlendirilmesi ile belirtilen konudaki sorun çözülecek ve bu çözüm arayışında ceninin korunması ile korunmaya değer öteki menfaatler arasındaki denge de dikkate alınacaktır.

ölüm karinesini⁹⁰ bile belirtilen hakkın çerçevesi içerisinde değerlendirmeyi uygun görmüştür.⁹¹

Doğal sebepler haricinde kamu yararı gerekçesi öne sürülerek yeryüzünde alınacak tedbir ya da uygulanacak yaptırım gibi nedenlerle yaşama hakkının sınırlandırılmaması ve yok edilememesi, söz konusu hakkın kapsamını da belirlemektedir. Yaşama hakkı, bugün itibariyle kesin bir öldürülmezlik ilkesinin büyük çapta dünyada benimsenmesi neticesinde en üst seviyede korunmaya değer görülmeyi başarmıştır.⁹²

Sözleşme ile tanınan hak ve hürriyetlere taraf devletlerce getirebilecek sınırlamaların sınırlarının çok iyi belirlenmiş olması, Sözleşme ile sağlanan denetim sisteminin en önemli özelliğini ortaya koymaktadır. Sözleşme’de düzenleme altına alınan hükümler, taraf devletlerin üzerinde hem fikir oldukları hak ve hürriyetlerin asgari müşterek paydasını teşkil etmektedir. Bu sebeple Sözleşme’ye kıyasen taraf devletler iç hukuk alanında daha geniş hak ve hürriyetler tanıyabilirler. Zira AIHS taraf devletlerin bu yöndeki yaklaşımlarını iç hukuklarına yansıtılmalarına engel teşkil edecek bir düzenleme de öngörmemektedir. Ancak taraf devletler, AIHS ile tanınmış ve koruma altına alınmış olan hak ve hürriyetlere ait asgari standartları yerel hukukta muhakkak dikkate almak durumundadırlar.⁹³

⁹⁰ Bkz. Seyfullah ÇAKMAK, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hükümleri Ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Yaşama Hakkı”, *Adalet Dergisi*, Sayı:19, Mayıs 2004, (“Yaşama Hakkı”), s.176. Başvuruya konu kişilerin yetkililer tarafından nerede olduğu belirlenemeyen bir yerde gözaltına alınmak suretiyle götürüldükleri, Mahkeme’nin Orhan Salih/Türkiye kararında özellikle belirtilmektedir. Bunun yanında söz konusu kişilerin yetkililer tarafından arandığına yönelik doğrudan kanıtlar da bulunmaktadır. 1994 yılında Türkiye’nin Güneydoğu bölgesinde yaşanan durumun genel koşulları göz önün alındığında Mahkeme’ye göre, kişilerin hukuka aykırı şekilde gözaltına alınışlarının yaşama hakkı bağlamında tehlike teşkil ettiği aksi düşünülemez bir gerçekliktir. Mahkeme başvuruya konu olayın yaşandığı dönem zarfında, kolluk kuvvetlerinin fiillerinden dolayı sorumlu tutulmamalarına, Güneydoğu’da ceza hukukunun sağladığı himayenin etkisini azaltan durumların yol açtığını da vurgulamıştır. Başvuruya konu kişilerin sekiz yıldır nerede bulduklarına yönelik herhangi bir bilgi elde edilemediğine dikkat çeken Mahkeme, güvenlik güçleri tarafından gözaltına alındıktan sonra söz konusu kişilerin ölmüş olma ihtimallerine diğer bir ifadeyle ölüm karinesinin bu kişiler bakımından gerçekleştiğine kanaat getirmiştir.

⁹¹ KILINÇ, s.110.

⁹² İSMAYILOV, s.22.

⁹³ Said Vakkas GÖZLÜGÖL, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuza Etkisi*, Hilmi Usta Matbaacılık, Ankara 1999, s. 245-246.

Bütün hakların ve özgürlüklerin var olması için gerekli bir hak olan yaşama hakkı AİHS'in 2'nci maddesi ile koruma altına alınmış olup, söz konusu maddenin birinci fıkrasının birinci cümlesinde “herkesin yaşama hakkı yasanın koruması altındadır” ifadesine değinilmiş, “herkes” için geçerli genel bir kural ihdas edilmiştir.⁹⁴ Sözleşme hazırlanırken ölüm cezası uygulaması ulusal hukuklarda yasal olarak addedildiğinden, Sözleşme de yaşama hakkının mutlak olmadığına vurgu yapmak için, “herkesin yaşam hakkı yasanın koruması altındadır” şeklinde düzenleme getirmiş ve akabinde yaşama hakkının istisnaları olabilecek diğer hallere yer vermiştir.⁹⁵

Bahse konu temel hak, ulusun yaşamı için tehdit teşkil eden acil ya da kamusal tehlike durumunda sınırlayıcı hiçbir tedbirin konusu haline gelmeyen, tavize açık olmayan hakların sert çekirdeğini oluşturmaktadır.⁹⁶

İnsan yaşamının tehlikeye atılmasına karşı AİHS'in 2'nci maddesi önemli bir koruma getirmektedir.⁹⁷ Bunun yanında Sözleşme'nin 2'nci maddesi, yaşamı tehlike altında olan kişiler için koruyucu tedbir alma yükümlülüğünü de kapsamaktadır. Sözleşme'ye taraf devletlerin insan yaşamına yönelik tehlikeyi bertaraf etme konusunda 2'nci maddeden doğan yükümlülükleri bulunmaktadır. Ancak söz konusu yükümlülüğün ifa edilmesinde insan yaşamına ilişkin somut ve ciddi bir tehlikenin varlığı da aranmaktadır. Yetkili makamlar bir ya da birden fazla kişinin yaşamına ilişkin tehlikenin varlığından haberdarlarsa veya haberdar olmaları gerekiyorsa ve buna karşın beklenen makul ve gerekli önlemleri almamışlarsa, bu durumda Sözleşme'ye taraf devletlerin sorumluluğu doğabilecektir.⁹⁸

Kasten öldürme suçu için af kanunu çıkarılması, böyle bir düzenleme için özel sebepler bulunuyorsa ve bu tür eylemlerin cezalandırılmasını önleme amacı

⁹⁴Kemal Fikret ARIK, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Üzerine Bir İnceleme”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları*, Ankara1965, s.101-102.

⁹⁵ TANRIKULU, s.54.

⁹⁶ BAHADIR, Yaşama Hakkı, s.21.

⁹⁷ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, İnsan Hakları Sorunu, 2002, s.168. AİHK, muayene amacıyla kan alınmasının, yaşama hakkı bakımından bir tehdit meydana getirmediğini gerekçe göstererek, bu yöndeki bir müdahalenin Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ihlali anlamına gelmeyeceği kanaatine ulaşmıştır.

⁹⁸ TANRIKULU, s.57.

güdülmüyorsa, söz konusu uygulama AİHS'in 2'nci maddesinin ihlali olarak kabul edilmeyecektir.⁹⁹ Mahkeme'ye göre, kasten adam öldürme suçu için af kanunu çıkarılması özel nedenlere dayanıyorsa, bu ve benzeri eylemlerin cezalandırılmasına genel anlamda engel olma yönünde bir eğilim sergilenmiyorsa, bu yöndeki yasal düzenlemeler Sözleşme'nin 2'nci maddesini ihlal etmeyecektir.¹⁰⁰

Diğer taraftan ölüm cezasına mahkûm olan bir kişinin cezası kesinleştikten sonra aradan uzun süre geçmesine rağmen, söz konusu ceza infaz edilmemişse, ölüm bekleyişi olgusu¹⁰¹ kapsamında değerlendirilen bu tarz somut vakalar, AİHS'in 3'üncü maddesinde mutlak şekilde koruma altına alınan işkence yasağının ihlali sonucunu doğurabilecektir.¹⁰²

2'nci maddenin yorumlanmasında Mahkeme, Sözleşme'nin her bireyin korunmasını gaye edinen bir belge olduğu ve hükümlerinin bu korumayı etkili kılacak bir şekilde yorumlanması gerektiği noktasından yola çıkmaktadır. Nitekim Mahkeme McCaan ve diğerleri/Birleşik Krallık kararında;

“Yaşamı güvence altına almakla kalmayıp, yaşamdan yoksun bırakılmanın haklı görülebilecek hallerini de düzenleyen 2'nci maddenin 15'inci maddedeki yükümlülükleri azaltma kapsamına girmediği, onu barış zamanında gerçekten Sözleşme'nin en temel hükümlerinden biri haline getirdiği de akılda tutulmalıdır. 2'nci madde, Sözleşme'nin 3'üncü maddesi ile birlikte Avrupa Konseyi'ni oluşturan demokratik toplumların temel değerlerinden birini de kutsallaştırmaktadır. Bu nedenle de 2'nci maddenin hükümleri dar anlamı ile yorumlanmalıdır.” şeklindeki ifadeleri ile maddenin yorumlanması hususundaki görüşlerini net bir biçimde dile getirmiştir.

⁹⁹BAHADIR, Yaşama Hakkı, s. 22.

¹⁰⁰ ÇİFTÇİOĞLU, s.152.

¹⁰¹ Bkz. Mehmet Semih GEMALMAZ, “Bir İnsan Hakkı İhlali: Ölüm Bekleyişi Olgusu”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Sayı:1/2, Yıl 10, 1990, (“Ölüm Bekleyişi Olgusu”), s.97. “Ölüm bekleyişi olgusu” ile kişi hakkında ölüm cezasına hükmedildikten sonra söz konusu cezanın infazına kadar geçen sürede mahkûmun içinde bulunduğu durum ifade edilmek istenmektedir. “Soreing Vakası” olarak bilinen ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sistemi içerisinde karara bağlanan söz konusu başvuruda ölüm bekleyişi olgusu ele alınmıştır.

¹⁰²TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR, İnsan Hakları Sorunu, 2002, s.169.

Yaşama hakkı açısından bir güvence tesis eden Sözleşme'nin 2'nci maddesi, ölme hakkını koruma altına almamaktadır. Bu hususta güncel ötenazi sorunu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 29/04/2002 tarihli Dianne Pretty/İngiltere kararına konu olmuştur.¹⁰³ Mahkeme, Pretty kararında yaşama hakkının ve kişisel dokunulmazlık hakkının ölme hakkını da kapsayıp kapsamayacağını ele almıştır.¹⁰⁴

Başvuruya konu somut vakada boyundan aşağısı felce uğramış olmasına rağmen beyinsel fonksiyonları sağlıklı olan Dianne Pretty, hastalığının son evresinin ağır acı vermesi ve saygınlığını zedelemesine neden olması sebebiyle ıstırap duymamak ve saygın ve onurlu şekilde ölmek adına, ölüm zamanını kendisi belirlemek istemektedir. Her ne kadar İngiliz yerel düzenlemelerine göre intihar suç olarak addedilmese de, intihara yardım fiili suç olarak yerel mevzuatta yaptırım altına alınmıştır. İntihara yardım istemin reddi karşısında Pretty, Sözleşme'nin 2'nci maddesinin yaşama hakkı yanında ölme hakkı konusunda da karar kılma yetkisi bahsettiğini öne sürerek Mahkeme'ye müracaat etmiştir. Sözleşme'nin 2'nci maddesi ile taraf devletin görevinin yaşama hakkını koruma altına almak olduğunu, 2'nci maddenin garanti altına aldığı hak karşısında olumsuz bir şekilde yorumlanmasına cevaz verilemeyeceğini ifade eden Mahkeme, Pretty'nin iddialarını oybirliği ile reddederek 2'nci maddenin ölme hakkını koruma altına almadığını tereddüte mahal bırakmayacak şekilde içtihat zincirine eklemiştir.¹⁰⁵

Bahse konu kararın yorumundan da görüldüğü gibi Mahkeme, Sözleşme'nin 2'nci maddesinin, bireylere yaşamak yerine ölümü tercih ederek kendi yaşamlarını istedikleri gibi yönlendirme hakkı verecek şekilde ve geniş bir biçimde yorumlanmasına izin vermemiştir.¹⁰⁶

¹⁰³ TANRIKULU, s.56.

¹⁰⁴ Stefania NEGRI, *Self-Determination, Dignity and End-of-Life Care*, Regulating Advance Directives in International and Comparative Perspective, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2011, s.65.

¹⁰⁵ TANRIKULU, s.57.

¹⁰⁶ TANRIKULU, s.57.

Öte yandan üçüncü kuşak haklar olarak da bilinen sağlıklı çevre hakkı, barış hakkı, kitlesel yok edici silâh yasağı gibi kolektif haklar, yaşama hakkının sınırlarını ve kapsamını genişletmektedir.¹⁰⁷

Bunun yanında Sözleşme'nin 2'nci maddesi mağdurun ölmediği hallerde de uygulanmaya açıktır. Mahkeme 02/09/1998 tarihli Yaşa/Türkiye kararında, mağdurun silahla ağır bir şekilde yaralanması olayında gereken şekilde soruşturma yürütülmemesi sebebiyle 2'nci maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.¹⁰⁸

C. Yaşama Hakkının İstisnaları

Yaşama hakkını koruma altına alan 2'nci madde, Sözleşme'nin en önemli maddelerindedir.¹⁰⁹ Zira 3'üncü madde ile birlikte, Avrupa Konseyi'ni oluşturan toplumların en temel demokratik değerlerini koruma amacıyla düzenleme altına alınmıştır. Bu nedenle yaşama hakkına yönelik istisna niteliğindeki düzenlemelerin oldukça dikkatli ve dar biçimde yorumlanmasına özen gösterilmesi gerekmektedir.¹¹⁰

Sözleşme'ye göre herkesin yaşama hakkı kanunun himayesindedir. Kanunun ölümlü yaptırım altına aldığı bir suçtan dolayı mahkemece hükmedilen ölüm cezasının infazı, söz konusu kuralın istisnası olarak öngörülmüştür. Öte yandan, herkesi gayrimeşru cebir ve şiddete karşı korumak, kanuna uygun bir tevkifi gerçekleştirmek ya da kanun dairesinde mevkufl bulunan bir kişinin kaçmasına engel olmak için veya ayaklanma veyahut isyanı kanuna uygun şekilde bastırmak amacıyla ölüme sebebiyet veren eylemler yaşama hakkının ihlâl edilmesine neden olmayacaktır. Sözleşme'nin temel değerlerinden biri olarak kabul edilen 2'nci

¹⁰⁷ GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 2009, s.160.

¹⁰⁸ ÇİFTÇIOĞLU, s.144.

¹⁰⁹ Savaş ya da milletin varlığını tehdit eden olağanüstü hallerde bile AİHS'in 15'inci maddesine göre; yükümlülük azaltma veya ihlale yol açacak şekilde yaşama hakkından mahrum bırakma taraf devletler bakımından mümkün değildir.

¹¹⁰ Cengiz BAŞAK, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Gözaltında İnsan Hakları İhlalleri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 51, Sayı 4, 2002, s.45.

maddeye, barış zamanında dahi istisna getirilemeyeceği Sözleşme'nin 15'inci maddesinde hüküm altına alınmıştır.¹¹¹

AİHS'in 2'nci maddesine göre yaşama hakkının dört istisnası bulunmaktadır:

1. Ölüm Cezası

Ölüm cezasına, tarihte milattan önce iki bin yıllarında, ilk yazılı belge olarak Babil Kanunları'nda yer verilmiştir. Çağdaş ceza hukukunda tek bedensel nitelikte ve yaşama hakkını ortadan kaldırmaya yönelik olan söz konusu cezanın, tarihsel süreç içerisinde sıkça uygulandığı görülmektedir. Eksik bir yargılama neticesinde verilebilecek ölüm cezasının suçları önlemedeki caydırıcı etkisi, yaşama hakkının korunması kapsamında aydınlanma çağından beri tartışılmıştır.¹¹² 1764 yılında yayınladığı “Suçlar ve Cezalar” adlı eseri ile Beccaria, aydınlanma çağında ölüm cezasını da ele almış ve bu cezayı ilk kez eleştirmiştir. Bu dönemde ölüm cezası önemli tartışmalara konu olmuş ve çoğu ülke mevzuatında gerçekleştirdiği değişiklikle ölüm cezasını ilga etmiştir.¹¹³

Bir mahkeme tarafından kanuna uygun bir şekilde verilmiş ölüm cezasının infazına, yaşama hakkını garanti altına alan Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ikinci cümlesi, koruma altına aldığı bu hakkın istisnası olarak yer vermiştir.¹¹⁴ Yasanın öngördüğü hallerde yetkili mahkeme tarafından hükmolunan ölüm cezasının yerine getirilmesi şeklindeki meşruluk halinin sonuç doğurabilmesi, bahsi geçen hükümde yer alan “yasanın öngördüğü”, “yetkili mahkeme” kavramlarının yanı sıra Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne hâkim olan “orantı” kavramının da göz önünde bulundurulmasına bağlıdır. Başka bir ifadeyle taraf devletler, hangi suçları ölüm cezası ile yaptırım altına alacakları konusunda bir takdir hakkına haiz olsalar da, anılan cezayı düzenleme altına alacakları zaman suç ve ceza dengesine saygılı

¹¹¹ Mahkeme içtihatlarında demokratik toplumların temel değerlerinden birini teşkil eden Sözleşme'nin 2'nci maddesinin oldukça dar yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. GÖZLÜGÖL, s.164.

¹¹² ÇİFTÇİOĞLU, s.154.

¹¹³ ÇAKMAK, Ölüm Cezası, s.1.

¹¹⁴ TANRIKULU, s.64.

olmak, bahsi geçen cezayı en ağır suçlara izafe etmek mecburiyeti içerisinde olacaklardır. Suç ve ceza arasındaki orantısızlık 2'nci veya 3'üncü maddenin ihlâline neden olabilecektir.¹¹⁵

Savaş ya da çok yakın savaş tehlikesi haricindeki zamanlar için ölüm cezası, 28/04/1983 tarihinde imzaya açılan ve 01/03/1985 tarihinde yürürlüğe giren Sözleşme'ye Ek 6 No'lu Protokol ile kaldırılmıştır. Ancak, 6 No'lu Protokol ile getirilen savaş veya çok yakın savaş tehlikesi istisnası da dâhil olmak üzere her halde ölüm cezasını kaldıran uluslararası belge 03/04/2002 tarihli Sözleşme'ye Ek 13 No'lu Protokol olmuştur.¹¹⁶

Türkiye'de de yıllardır süren tartışmalar neticesinde; ölüm cezası, 03/08/2002 tarihli ve 4771 sayılı Kanun ile ilk önce "savaş ve çok yakın savaş tehdidi halinde işlenmiş olan suçlar için öngörülen idam cezaları hariç" olmak üzere kaldırılmış; daha sonra 14/07/2004 tarihli ve 5218 sayılı Ölüm Cezasının Kaldırılması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanunla da mevzuattan bütünüyle çıkartılarak Sözleşme ile yeknesaklık sağlanmıştır.¹¹⁷

2. Meşru Müdafaa

Haksız bir saldırıya yönelik olarak insanın kendisini savunmasındaki zorunluluk, saldırgan kişiyi öldürme hakkı da bahsetmektedir. Hayatı tehlike altında olan bir rehineyi kurtarmak gayesiyle kasten ateş edilmesi Sözleşme'nin 2'nci maddesine aykırılık teşkil etmeyecektir. Kamu görevlisi olmayan kişiler açısından da, yasama organlarının meşru müdafaaaya yönelik düzenlemelerini Sözleşme'nin 2'nci maddesi ile yeknesak hale getirmeleri, taraf devletlere söz konusu madde gereğince izafe edilen diğer bir sorumluluktur.¹¹⁸ Bir kişinin öldürülmesini hukuka uygun kabul edebilmek için Sözleşme, meşru savunmayı kişinin cebir ve şiddete

¹¹⁵ GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 2009, s.163.

¹¹⁶ TANRIKULU, s.65.

¹¹⁷ ÇİFTÇİOĞLU, s.155. 1984 yılında iki kişinin idam edilmesi ile birlikte Türkiye'de ölüm cezası son kez uygulanmış, 12/03/1971 ve 12/09/1980 ara dönemleri haricinde 1965 yılından beri ölüm cezasının infazı gerçekleştirilmemiştir.

¹¹⁸ ÇİFTÇİOĞLU, s.155.

karşı korunması amacı ile sınırlı tutmuştur. Bu bağlamda Sözleşme'ye göre, mülkiyet hakkına konu olabilecek değerleri korumak için adam öldürme eylemi hukuka uygun kabul edilmeyecektir. Meşru savunma hakkının kullanılması kapsamında polisin silah kullanma yetkisine haiz olduğu 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyetleri Hakkında Kanun'un 16'ncı maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Ancak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ve Polis Vazife ve Salahiyetleri Hakkında Kanun bakımından, meşru savunma hukuka uygunluk nedeni için aranan orantılılık ilkesi, sadece mülkiyet hakkını korumak için yaşama hakkının tehlike altına alınmasını hukuka uygun bulmamaktadır.¹¹⁹

Diğer bir ifadeyle Sözleşme'nin 2'nci maddesi bağlamında meşru savunma, yaşama ilişkin haksız bir saldırı gerçekleştiğinde tartışma konusu olacaktır. Buna karşın mala yönelik bir haksız saldırıyı ortadan kaldırmak için saldırganın öldürülmesi eylemi, kural olarak Sözleşme'nin 2'nci maddesi uyarınca yaşama hakkının istisnasını oluşturan meşru savunmaya yönelik bir korumanın himayesinden yararlanmayacaktır.¹²⁰

Meşru müdafaa kapsamında ortaya çıkan yaşama hakkı ihlalinin Sözleşme'ye uygun kabul edilebilmesi için kullanılan gücün gerekli olması ve saldırının vücut bütünlüğüne karşı gerçekleştirilmesi şartı aranmaktadır.¹²¹

Sözleşme malvarlığına yönelik meşru savunmayı değil, vücut bütünlüğüne yönelik meşru savunmayı kabul etmektedir. Divan'ın yerleşmiş içtihadına göre Sözleşme'de yer alan kavramlar otonom niteliğe haizdir. Diğer bir ifadeyle taraf devletlerin yerel düzenlemelerinden bağımsız olan Strasbourg denetim organları, meşru savunma halinin varlığını ele alırken yerel ceza mevzuatlarının bu hususta belirlediği şartlar ile kendini bağlamayacaktır.¹²²

¹¹⁹ ÇİFTÇİOĞLU, s.156.

¹²⁰ Safa REİSOĞLU, *Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları*, Beta Basım A.Ş., Nisan 2001, İstanbul, s. 40.

¹²¹ TANRIKULU, s.65.

¹²² GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 2009, s.164.

3. Yakalama ve Kaçmanın Önlenmesi

Hukuken ifa edilmesi gereken bir gözaltına alma tedbiri esnasında ya da hukuka uygun bir şekilde tutulan kişinin kaçmasına engel olmak gayesi ile gerçekleşen yaşama hakkı ihlali, Sözleşme hükmüne uygun görülmektedir.¹²³

Fakat olayın istisnai özelliği göz önüne alındığında ölüm olayının kabul edilebilir sayılması için kuvvete başvurma kaçınılmaz olması ve kuvvete öldürme gayesiyle başvurulmamış olması gerekmektedir.¹²⁴

Tehlikeli kişilerin yakalanmaları ya da kaçmalarının engellenmesi açısından Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendi, silah kullanılması hususunda bir dayanak teşkil etmektedir. Meydana gelen yaşama hakkı ihlalinin Sözleşme'ye uygun olabilmesi için silah kullanımının mutlaka gerekli olması şartı aranır. Diğer bir ifadeyle eylemin öldürme kastı ile gerçekleştirilmemiş olması gerekmektedir.¹²⁵

Usul yasalarına uygun bir tutuklama gayesiyle ya da usul yasalarındaki tutuklama koşullarını taşıyacak şekilde tutuklanmış bir kişinin kaçmasını engellemek amacıyla bütün imkânların denenmesine rağmen kuvvete başvurulması kaçınılmaz bir hal almışsa ve kuvvet kullanılması neticesinde kaçma girişiminde bulunan, tutuklanmak istenen ya da hali hazırda tutuklanmış bulunan kişi hayatını kaybetmişse, taraf devletin yaşama hakkını ihlal ettiği iddia edilemeyecektir.¹²⁶

4. Ayaklanmanın Bastırılması

Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ikinci fıkrasının (c) bendinde belirtilen ve öldürme fiilini hukuka uygun hale getiren diğer bir istisnai durum ayaklanmadır.

¹²³ TANRIKULU, s.65.

¹²⁴ REİSOĞLU, s.40.

¹²⁵ ÇİFTÇİOĞLU, s.156.

¹²⁶Devletin, bu gerekçeyle yaşama hakkı ihlalinin söz konusu olmadığını öne sürebilmesi için, kamu görevlilerinin öldürme yetkilerinin var olduğunu şüpheliye bildirmeleri veya şüphelinin bunu bilebilecek durumda olması aranmaktadır. İSMAYILOV, s.39.

Ayaklanma karşısında kamu düzenini yeniden sağlamak için silah kullanmanın mutlaka zorunlu olması gerekmektedir.¹²⁷

Sözleşme yaşama hakkını sınırsız bir hak olarak kabul etmemektedir. 2'nci maddenin ikinci fıkrasında kuvvet kullanmanın yasal sayıldığı haller sınırlı olarak belirtilmiş olup, bu istisnai nedenlerin genişletici bir yoruma tabi kılınma imkânı bulunmamaktadır. 2'nci maddenin ikinci fıkrasına aykırılık teşkil edecek tedbirler, taraf devletlerce savaş ve olağanüstü zamanlarda dahi alınamayacaktır.¹²⁸

Devlet güçlerinin ya da üçüncü kişilerin meşru savunma halinde bulunması, ayaklanmanın ya da isyanın kuvvete başvuruyla bastırılması için gerekli görülmemektedir.¹²⁹ Somut vakanın hâlihazırdaki özel ağırlığının kuvvet kullanmayı gerekli kılması kâfidir. Fakat bir ayaklanma ya da isyanı bastırmaya çalışan devlet, somut olayın gerektirmediği bir şiddet kullanımını gerçekleştirmemelidir.¹³⁰

Sözleşme'nin 2'nci maddesi ile kabul edilen ve yaşama hakkının ihlali niteliğinde olmayan, bunun yanında ölüm cezasının yerine getirilmesi haricinde kalan diğer üç istisna neden için madde metninden çıkan ve Mahkeme'nin yerel uygulamalar ışığında geliştirdiği ilkeler de bulunmaktadır. Kullanılan gücün mutlaka gerekli ve ulaşılması gereken amaç ile orantılı olması bu hususta sayılan en önemli ilkelerdir. Mahkeme ele aldığı başvurularda söz konusu ilkeleri hassas bir şekilde göz önünde bulundurarak karar vermektedir.¹³¹

Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ikinci fıkrasının kasten öldürmeye izin veren halleri belirtmediği aşikârdır. Söz konusu maddenin birinci fıkrasında yasanın ölüm cezası ile yaptırım altına aldığı bir suçtan dolayı hakkında yerel mahkemece hükmedilen bu cezanın infaz edilmesi haricinde hiç kimsenin yaşamına son

¹²⁷ ÇİFTÇİOĞLU, s.156.

¹²⁸ ÇİFTÇİOĞLU, s.156.

¹²⁹ REİSOĞLU, s.41. Aksi yönde görüş için bkz. ÇİFTÇİOĞLU, s.156. Bunun yanında bir ayaklanmanın bastırılmasında, meşru müdafaa ya da ızdırar halinin koşulları bulunmuyorsa adam öldürmenin hukuka uygunluğundan söz edilemeyecektir.

¹³⁰ REİSOĞLU, s.41.

¹³¹ TANRIKULU, s.65.

verilemeyeceği açık bir biçimde belirtilmiştir.¹³² Fakat Sözleşme'ye Ek 6 No'lu Protokol, 28/04/1983 tarihinde imzaya açılarak 01/03/1985 tarihinde yürürlüğe girmiş ve savaş ya da çok yakın savaş tehlikesi haricindeki durumlarda ölüm cezasını ilga etmiştir. Savaş hali gibi olağanüstü durumlar haricinde ölüm cezasını yürürlükten kaldıran Ek 6 No'lu Protokol, 2'nci maddeyi değiştirmekle birlikte ölüm cezasını tamamen kaldırmamıştır.¹³³ 6 No'lu Ek Protokol ile getirilmiş olan savaş ya da çok yakın savaş tehlikesi istisnası da dâhil olmak üzere ölüm cezasını bütünüyle kaldıran düzenleme, Sözleşme'nin kendini geliştirmesine katkıda bulunan 03/04/2002 tarihli Sözleşme'ye Ek 13 No'lu Protokol olmuştur.¹³⁴

Türkiye'de yıllardır süregelen tartışmalar neticesinde 03/08/2002 tarihli ve 4771 sayılı Kanun ile öncelikli olarak "savaş ve çok yakın savaş tehdidi halinde işlenmiş olan suçlar için öngörülen idam cezaları hariç" olmak üzere, 14/07/2004 tarihli ve 5218 sayılı Ölüm Cezasının Kaldırılması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun ile de tamamen ölüm cezası yerel mevzuattan arındırılmıştır.¹³⁵

Daha önce de belirtildiği gibi 2'nci maddenin ikinci fıkrasında yer alan hukuka uygunluk nedenlerinden taraf devletlerin istifade edebilmesi için şiddet ve

¹³² Benzer görüş için bkz. TANRIKULU, s.60-61. Bahse konu hükmün içeriği, tamamen bir bütün olarak okunduğunda, maddenin ikinci paragrafı bir kişinin kasten öldürülmesine cevaz veren durumları tanımlamamaktadır. Ancak kasit olmadan ölümlerle neticelenebilecek güç kullanımı durumlarını tanımladığı görülmektedir. Zorunlu tedbirlerden, Sözleşme'nin 8 ve 11'inci maddelerinin ikinci paragraflarına göre devlet tarafından alınan önlemlerin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığına hükmedilirken gözetilen normal şart ve durumlardan daha sert ve zorlayıcı bir gereklilik testi yapılmaktadır. Kullanılan gücün Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ikinci fıkrasının (a), (b) ve (c) alt bentlerinde tespit edilen gayelere uygun olması gerekmektedir. Mahkeme, değerlendirme yaparken, bilhassa ölümcül bir gücün kullanıldığı hallerde, yalnızca kuvveti uygulayan kişileri değil, bunun yanında inceleme altında bulunan olayların planlanması ve denetimi ile ilgili hususlar dâhil edilerek ölümleri ayrıntılı bir şekilde ele almaktadır. Mahkeme Ergi/Türkiye kararında da; söz konusu hükmün içeriğinin tamamen bir bütün olarak okunması halinde, maddenin ikinci paragrafının bir şahsın kasten öldürülmesine cevaz veren durumları tanımlamadığını ifade etmiştir. Maddenin bu fıkra hükmünün kasit olmadan ölümlerle neticelenebilecek güç kullanımı durumlarını tanımladığı görülmektedir. Mahkeme söz konusu davada sorumlu devlet yetkililerinin, pusu operasyonunun planlanması ve idaresi konusunda doğru kanıt ibraz edememeleri nedeniyle sivil şahısların yaşamlarının korunma altına alınmasında gereken makul tedbirleri almadıklarını belirlemiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz.Ergi/Türkiye, 23818/94,28.07.1998, Yargı Mevzuatı Bülteni, Sayı: 88, parag. 77-79.

¹³³ GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 2009, s.163.

¹³⁴ Zehra ODYAKMAZ, Ümit KAYMAK, İsmail ERCAN, *Anayasa Hukuku İdare Hukuku*, İstanbul 2001, s.187

¹³⁵ ÇİFTÇİOĞLU, s.155.

fiili kuvvete başvurunun “mutlak zorunlu” hale gelmesi gerekmektedir. Bunun yanında alınan tedbir ile varılmak istenen amaç arasında bir orantının da bulunması elzemdir. Bahse konu orantı şartı değerlendirilirken ulaşılmak istenen amacın niteliği, somut durumun insan yaşamı ve vücut bütünlüğü için arz ettiği tehlike ve kuvvet kullanımı sonucu ortaya çıkan ölüm riskinin derecesi de dikkate alınmakta; başka bir ifade ile başvuru edilen tedbirin somut vakanın gerektirdiği ölçünün üstüne çıkmamasına önem verilmektedir.¹³⁶

“Mutlak zorunluluk” ölçütünü her durumda başka şekilde hareket imkânının kalmadığı durumlarla sınırlı tutmak gerekmektedir.¹³⁷ Yaşama hakkının özü korunma altına alınmalıdır. Bu nedenle maddede belirtilen haller dışında devlet güçleri tarafından gerçekleştirilen bir ölüm olayı, yaşama hakkının ihlali niteliğinde sayılacak ve vuku bulan eylem taraf devletin sorumluluğuna sebebiyet verecektir. Bu nedenle yukarıda sayılan istisnai hallerin, taraf devlet lehine genişletilerek yorumlanmasının mümkün olmadığı, aksine istem dışı yaşanan ölüm olaylarının oldukça dar yorumlanmasının gereklilik arz ettiği Mahkeme içtihatlarından çıkan önemli bir sonuçtur.¹³⁸

Mutlak zorunluluk teşkil eden güç kullanımının denetimi katı kıstaslar dâhilinde yapılmaktadır. Başka bir ifadeyle, 2’nci maddede yer alan “mutlak zorunluluk” kıstası, Sözleşme’nin 8 ve 11’inci maddeleri arasında geçen “demokratik bir toplumda zorunluluk” kıstasından daha katı kalıplar içerisinde değerlendirilmektedir.¹³⁹

Söz konusu istisnalar kişinin öldürülmesine değil, mutlak zorunluluk arz eden durumlarda güç kullanımına olanak tanımaktadır. Güç kullanımı neticesinde istenmeden meydana gelen ölüm, yaşama hakkının ihlali niteliğini taşımamaktadır.¹⁴⁰

¹³⁶ Şeref GÖZÜBÜYÜK, Feyyaz GÖLCÜKLÜ, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitabevi, 2. Bası, Ankara 1996, (“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 1996”), s.190.

¹³⁷KARAKAŞ, Kaya ve Ötesine, s.65.

¹³⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. KARAKAŞ, Kaya ve Ötesine, s.62-64.

¹³⁹KARAKAŞ, Kaya ve Ötesine, s.62.

¹⁴⁰ Benzer görüş için bkz. KARAKAŞ, Kaya ve Ötesine, s.62. Yaşama hakkının ihlali anlamına gelmeyen söz konusu istisnai hallerde, devletin başvurduğu mutlak zorunlu güç sonucunda ölüm olayı ortaya çıkmaktadır. Bu istisnai haller, kişinin öldürülmesine cevaz veren durumlara olanak tanımak yerine mutlak zorunluluk halinde güç kullanımına müsaade eden olaylara ve kullanılan güç sonucu

Başka bir ifadeyle 2'nci maddede belirtilen hallerde öldürme izni değil, güç kullanma izni mevzu bahistir. 2'nci maddede yer alan istisnalar devletin öldürme iznini değil, zorunlu durumlarda amaçla orantılı şekilde güç kullanılabilir durumları düzenleme altına almaktadır. Ancak başvuru güç, ulaşmak istenen amacın gerçekleşmesi ile orantılı olmak zorundadır. Bunun yanında orantılılık ilkesi değerlendirilirken, insan hayatı ve bireyin bedensel bütünlüğü her somut olay bakımından ve her bir bireye özgü olarak tekrar gözden geçirilmelidir. Kuzey İrlanda'da bir isyanın bastırılması esnasında ordunun kullandığı plastik mermiler sonucu hayatını kaybeden bir çocukla ilgili olarak Avrupa İnsan Hakları Komisyonu verdiği kararında, kullanılan gücün Sözleşme'de tanınan meşru amaçla orantılı olması gerektiğine özellikle vurgu yapmıştır.¹⁴¹

Bazı yazarlar tarafından fıkrada sayılan hallerin bir istisna olmadığı, bu hallerde yalnızca kuvvet kullanımına cevaz verildiği, öldürmeye izin verilmediği, kuvvete başvuru amacının sadece bireyi yaşama hakkından mahrum bırakmak olmadığı, belirtilen hallerin zorunlu etkinlikleri gerçekleştirmek amacıyla düzenlendiği öne sürülmüştür. Bu düşünceye haiz yazarlar, 2'nci maddenin ikinci fıkrasında belirtilen halleri ölüme neden olabilecek hukuka uygunluk nedenleri olarak benimsemişlerdir.¹⁴²

Mahkeme, ikinci fıkrada belirtilen istisnaların kasten öldürme vakalarına kadar uzandığını belirtmekte, fakat münhasıran kasten öldürmeye cevaz veren durumlarla ilgili olmadığını da ifade etmektedir.¹⁴³ Komisyonun da belirttiği gibi, madde bütün olarak okunduğunda, ikinci fıkranın aslında istenmediği halde yaşamdan mahrum bırakma neticesini ortaya çıkarabilecek zor kullanma durumlarını kapsadığı anlaşılmaktadır. Zor kullanmaya, (a), (b) ve (c) bentlerinde belirtilen

istenmeden husule gelen ölümlere yaşama hakkına sebebiyet verilmediği yönünde haklı gerekçe oluşturmaktadır.

¹⁴¹ İSMAYILOV, s.40.

¹⁴² KILINÇ, s.92.

¹⁴³ TANRIKULU, s.55.

gayelerden birini gerçekleştirmek için dahi olsa gerekenden fazla başvurulmaması gerektiği üzerinde durulmaktadır.¹⁴⁴

Mahkeme, söz konusu hükmü demokratik toplumda atfettiği önemine uygun şekilde ele alırken, özellikle öldürme amaçlı açık bir zor kullanma durumunda yalnızca fiilen zor kullanmış devlet görevlilerinin fiillerini değil, bunun yanında söz konusu fiillerin planlanması ve kontrolü konuları da dâhil olmak üzere eylemi bir bütün olarak kapsayan tüm şartları nazara alarak, yaşamdan mahrum bırakma olayını özenli bir incelemeye tabi kılmakta¹⁴⁵ ve Sözleşme'nin 2'nci maddesi ile koruma altına alınan yaşama hakkının ne şekilde yorumlanması gerektiğinin sınırlarını belirlemektedir.¹⁴⁶

Yaşama hakkını düzenleyen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2'nci maddesinin ihlali niteliğinde olmayan istisnalara münhasır olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin karara bağladığı ilk dava 27/09/1995 tarihli McCann/İngiltere kararına konu olmuştur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, İngiliz komandoların öldürme ile neticelenen fiillerini, yasadışı şiddete karşı bireyleri

¹⁴⁴Benzer şekilde Oğur/Türkiye kararında, Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin metni bir bütün olarak değerlendirildiğinde, ikinci paragraf, bir kişiyi kasten öldürmeye izin veren durumları değil, taksirle yaşamdan yoksun bırakmayla neticelenebilecek kuvvet kullanımına izin veren durumları tanımlamaktadır. Bunun yanında kuvvet kullanımı, alt paragraflar (a), (b) veya (c)'de değinilen gayelerden birine ulaşmak için muhakkak gerekli olmalıdır. Mahkeme, Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ikinci paragrafındaki "kesinlikle gerekli" deyiminin kullanılmasında, Sözleşme'nin 8 ve 11'inci maddelerinin ikinci paragrafındaki idari işlemin demokratik bir toplumda lüzumlu olup olmadığına hükmedilirken uygulanan testten daha özenli ve zorlayıcı olan bir testin uygulanması gerektiğine de dikkat çekmektedir. Bilhassa kullanılan kuvvet, alt paragraflarda belirtilen ve varılmak istenen amaçlarla muhakkak orantılı olmalıdır. Mahkeme bu nedenlerle başvuruda, kolluk güçlerince maktule karşı gerçekleştirilen güç kullanmanın gerekli ve Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ikinci paragrafıyla belirlenen hedeflerden birisiyle orantılı olup olmadığını değerlendirmektedir. Mahkeme kararında uyarı atışı kavramını şüphelinin yaralanmaması için, silah ile dikey olarak havaya yapılan atışlar olarak ifade etmiştir. Somut olayda görüş koşulları zayıf olduğundan, bu atış tarzı uygulanmalıydı. Bu nedenle Mahkeme tek bir uyarı atışının maktulün ensesine denk gelmiş olmasının oldukça zor açıklanabileceğini ifade etmiştir. Kolluk görevlilerinden birinin ifadesine göre, askerler birbirlerinden elli metre aralıkla konuşlanmışlardı ve telsiz bağlantıları bulunmamaktaydı. Bu durum operasyonun idare edilmesini ve emirlerin yerine getirilmesini zorlaştırmıştı. Sonuçta Mahkeme, Musa Oğur'un bir uyarı atışı sonucunda hayatını kaybetmiş olduğunu nazara almış olsa dahi, bu atışın, maktulün kaçıp kaçmadığı nazara alınmaksızın affedilemez bir dikkatsizlik sonucunda gerçekleşmiş bir atış olduğunu belirlemiştir. Mahkeme operasyonun idare edilmesinde ve uygulanmasında tespit edilen tüm bu eksiklikler karşısında yasadışı şiddetten korunmak ya da maktulü tutuklamak için başvuru için başvuru için güç kullanımının uygun ve gerekli olmadığı neticesine ulaşmıştır. Bu nedenle Mahkeme 2'nci maddenin ihlaline karar vermiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. TANRIKULU, s.62.

¹⁴⁵McCann ve diğerleri/Birleşik Krallık, parag. 147-148.

¹⁴⁶TANRIKULU, s.55.

koruma altına alma yönünde ve mutlak zorunluluk kriterini esas alarak McCann kararında değerlendirdiği görülmektedir. Mahkeme orantılılık ilkesi gereğince güç kullanımı ile ulaşılmak istenen meşru amaç arasındaki orantıyı denetiminde göz önüne almaktadır.¹⁴⁷

Cebelitarık'ta mevzi edinen İngiliz güvenlik güçlerince İrlanda Kurtuluş Ordusu'nun (IRA) üç üyesinin öldürülmesi olayına yönelik olan McCann ve Diğerleri/İngiltere davasında, İngiliz askerleri, başka kişilerin yaşamını korumak adına ilgili kişileri öldürmelerinin gerekli olduğu gayesiyle müdahalede bulunmuş olmalarına karşın, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, operasyonun planlama ve denetiminin birlikte değerlendirilmesi gerektiği üzerinde durmuştur. Neticeten İngiliz Hükümeti tarafından IRA mensubu şahısların öldürülmesi esnasında askerlere verilen bilgilerin intikal ve değerlendirilme aşamalarında tespit ettiği eksiklikleri gerekçe gösteren Mahkeme, 2'nci maddenin ihlal edildiğine hükmetmiştir.¹⁴⁸

Taraf devletin güvenlik güçlerinin Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen hallerden birine sığınarak ölüm olayına neden olmaları halinde bile, bu fiilden zarar gören kişiler Sözleşme'nin 13'üncü maddesi uyarınca yerel makamlara ve yargı mercilerine başvuruda bulunabileceklerdir.¹⁴⁹

Sözleşme'nin 17'nci maddesi, yaşama hakkının korunmasına yönelik bir diğer hükümdür. Zira Sözleşme'nin 17'nci maddesine göre, hiç kimse Sözleşme'de belirtilen kısıtların dışına çıkarak, yaşama hakkını daha geniş şekilde sınırlandırmaya ilişkin bir faaliyeti veya eylemi gerçekleştirme hakkına haiz değildir.¹⁵⁰

Özetle, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni onaylamış her bir taraf devletin, hak ve özgürlüklerin korunması hususunda kendi yargı yetkisi dâhilinde bulunan herkese etkin güvenceler sağlamak zorunda olduğu açıktır. Ölüm olaylarının etkin

¹⁴⁷KARAKAŞ, Kaya ve Ötesine, s.63.

¹⁴⁸İSMAYILOV, s.41.

¹⁴⁹İSMAYILOV, s.41.

¹⁵⁰İSMAYILOV, s.41.

soruşturmaya konu edilerek sorumluların bir an önce yargılanmalarının sağlanması, ölüm olaylarının yaşanmamasında etkili bir metot olarak kabul görmektedir.¹⁵¹

Bireyin yaşamına belirli şartlar dâhilinde devlet tarafından son verilmesine, Sözleşme'nin 2'nci maddesi ilk şekliyle cevaz vermektedir. Bununla birlikte, Avrupa Konseyi'nin konuya verdiği önem, ölüm cezasının insanlık dışı bir yaptırım olduğu ve demokratik toplum değerleriyle uyum göstermediği yönünde üye ülkelerde egemen olan ortak yaklaşım neticesinde, resmi makamlarca yaşama hakkının özüne tesir eden fiillerin gerçekleştirilmesine yol açan söz konusu hüküm, Sözleşme'ye Ek 6 No'lu Protokol ile yalnızca savaş ve yakın savaş hallerine münhasır kılınmıştır. Türkiye, 15/01/2003 tarihinde söz konusu Protokol'ü imzalamış, akabinde 26/06/2003 tarihinde 4913 sayılı onay yasasını kabul etmiş ve 01/07/2003 tarihli ve 25155 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Sözleşme'ye Ek 6 No'lu Protokol'ün onaylanmasının uygun bulunmasına ilişkin kanun metninin yürürlüğe girmesini sağlayarak anılan uluslararası belgeyi bağlayıcı hale getirmiştir.¹⁵²

Avrupa Konseyi üyesi taraf devletler arasında ölüm cezasından arındırılmış bir dünya görüşü, günümüzde kendine yer bulmuş ve yürürlükte olması nedeniyle Sözleşme'ye Ek 6 No'lu Protokol hükmü Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında da referans gösterilmiştir.¹⁵³

Avrupa Konseyi 13 No'lu Ek Protokol'ü, ölüm cezasının her durumda kaldırılmasına ilişkin çalışmalar neticesinde 03/05/2002 tarihinde üye devletlerin imzasına sunmuştur. Söz konusu Protokol, 01/07/2003 tarihinde yürürlüğe girmiş,¹⁵⁴ 09/01/2004 tarihinde ise 13 No'lu Ek Protokol'ü imzalayan Türkiye, ardından Sözleşme'ye Ek Ölüm Cezasının Her Koşulda Kaldırılmasına Dair 13 No'lu Protokol'ün onaylanmasının uygun bulunduğu 5409 sayılı Kanun'u kabul

¹⁵¹ İSMAYILOV, s.41.

¹⁵² CENGİZ, Yaşam Hakkı, s.385.

¹⁵³ İSMAYILOV, s.51.

¹⁵⁴ AİHS'in iki Protokolü ile yaşama hakkının korunma alanı genişletilmiş, Sözleşme'ye Ek 6'ncı Protokol, ölüm cezasını sınırlı olarak kaldırmıştır. Anılan Protokol ile bahse konu cezanın verilebilmesi yalnızca savaş ve yakın savaş tehlikesinin bulunduğu durumlara hasredilirken Sözleşme'ye Ek 13'üncü Protokol ise, ölüm cezasını istisnasız olarak yasaklamıştır. Diğer bir ifadeyle savaş ve yakın savaş tehlikesinin bulunduğu durumlarda dahi bu cezaya hükmetmek imkânsız duruma gelmiştir. Bkz. İSMAYILOV, s.24

etmiştir. Bahsi geçen Kanun'un, 12/10/2005 tarihli ve 25964 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanması ile yürürlüğe giren Ek 13 No'lu Protokol, ölüm cezasının hiçbir şartta ve durumda uygulanmayacağını teminat altına almıştır.¹⁵⁵

Yaşama hakkını mutlak bir hak olarak düzenleme altına almayan AİHS, söz konusu hakkın istisnalarına değinmiştir. Bunun yanında, Sözleşme'nin 15'inci maddesi ile AİHS yaşama hakkına önemli bir güvence ihdas etmiştir. Buna göre Sözleşme'nin 2'nci maddesinin savaş ve olağanüstü durumlarda dahi askıya alınmayacağı 15'inci maddenin ikinci fıkrasında hüküm altına alınmıştır. Fakat savaşta hukuka uygun fiillerin neticesinde ortaya çıkan ölümler, söz konusu kuralın bir istisnası şeklinde kabul edilmiştir.¹⁵⁶

D. Yaşama Hakkının Korunması

2'nci maddenin katı şekilde yorumlanması gerekliliği, yaşama hakkının en önemli temel haklardan birisi ve hukuk devletinin temel değeri olmasından kaynaklanmaktadır. 2'nci maddenin uygulanması, bunun yanında etkili bir hukuksal korunmayı güvence altına almalıdır. Bu bağlamda 2'nci madde, sadece devletin insan yaşamına saygı gösterme negatif yükümlülüğünü değil, ayrıca pozitif yükümlülüğünü de içermektedir. Sözleşmeciler taraf devletler, insan yaşamını etkin şekilde koruma altına almak, bilhassa caydırıcı etkiye haiz ceza hükümlerini ihdas etmek; diğer taraftan bu hükümlerin ihlal edilmesi halinde etkili bir ceza soruşturması yürütmek zorundadırlar.¹⁵⁷

Bireyler, yani üçüncü kişiler tarafından işlenen adam öldürme fiilleri açısından da Sözleşme'nin 2'nci maddesinde belirtilen insan yaşamının devlet tarafından korunması yükümlülüğü devam etmektedir.¹⁵⁸ Diğer bir ifadeyle taraf

¹⁵⁵CENGİZ, Yaşam Hakkı, s.385.

¹⁵⁶ÖZDEK, s.132.

¹⁵⁷TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR, İnsan Hakları Sorunu, 2002, s.205.

¹⁵⁸ Benzer görüş için bkz. KARAKAŞ, Kaya ve Ötesine, s.59. Kişinin etkin korunmasının sağlanması, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sisteminde temel gayedir. Devletin uygun ve makul önleyici tedbirleri almaması durumunda, üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilen yaşama hakkı ihlallerinde

devlet, kasten adam öldürme fiilini yaptırıma tabi tutmak yükümlülüğü üstlenmiştir. Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ilk cümlesine göre devlet sadece kasıtlı öldürme fiilinin gerçekleşmesini önlemekle değil, bunun yanında kendi hâkimiyet alanında olan bütün kişilerin yaşamlarının koruma altına alınması için gereken itinanın gösterilmesini mümkün hale getirmekle de sorumlu kılınmıştır. Söz konusu yükümlülük, sağlık konusunda önlem almayı da kapsamaktadır. Sağlık kuruluşlarının uymak zorunda olduğu kuralların devlet tarafından düzenleme altına alınması da, hastaların yaşama haklarının koruma altına alınması bakımından uygun önlemler kapsamında değerlendirilecek bir yükümlülüktür.¹⁵⁹ Doktor gözetiminde olan hastaların ölmesi halinde, ölüm olayını aydınlatmak ve meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu olan kişileri tespit ederek cezai müeyyideye tabi tutmak hususunda etkili ve bağımsız bir adalet mekanizması oluşturma mecburiyeti de bu yükümlülüğün kapsamındadır.¹⁶⁰

Yaşama hakkının korunması hususunda Sözleşme'ye Ek Protokoller, 2'nci maddenin taşıdığı önemi korumuştur. Sözleşme'ye taraf ülkeler bakımından 2'nci madde, temel bir takım yükümlülükler ortaya koymuştur. Sözleşme'nin 2'nci maddesi gereği Konsey üyesi devletler, pozitif ve negatif yükümlükler üstlenmişlerdir. Sözleşme'ye taraf ve Konsey üyesi bir devletin Sözleşme'nin 2'nci maddesi doğrultusunda yerine getirmek zorunda olduğu pozitif yükümlülük, yaşama hakkının korunması bakımından, bilhassa yaşamı tehlike altında olan kişilerin korunmasını sağlamak için etkin ve gerekli tedbirleri almak olarak ifade edilebilir. Bunun yanında Mahkeme, Sözleşme'ye taraf devletlerin ölüm olaylarının meydana gelmesi halinde etkin soruşturma gerçekleştirme yükümlülüğü altında olduklarını vurgulayarak, pozitif yükümlülüğün sınırlarını içtihatları sayesinde genişletme eğilimi içerisine girmiştir. Hâkimiyeti altında bulunan kişilerin yaşamlarını hukuka

de, keyfi öldürme eylemine karşı bireyin yaşama hakkını koruyan Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ihlaline neden olunabilecektir.

¹⁵⁹TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR, İnsan Hakları Sorunu, 2002, s.205.

¹⁶⁰Mahkeme, 04/05/2000 tarihli İngiltere'ye karşı Powell kararında, hekim hatası veya birden fazla hekim arasında koordinasyon eksikliği nedeniyle ortaya çıkan hasta ölümlerinde devletin sorumluluğunu kabul etmemiştir.

aykırı şekilde sonlandırmaması ise, 2'nci madde bakımından devletin negatif yükümlülüğünü ifade etmektedir.¹⁶¹

Devlet tarafından kişinin yaşama hakkının güvence altına alınması, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2'nci maddesinden doğan en temel yükümlülüklerden birisini oluşturmaktadır. Çift taraflı olan bu yükümlülük, bir yandan kişinin yaşamına devlet tarafından son verilmemesini yani negatif yükümlülüğü, öte yandan da yaşamı tehlike altında olan kişilerin, söz konusu tehlikeyi önleyecek biçimde, devlet tarafından korunmasını yani pozitif yükümlülüğü gerekli kılmaktadır.¹⁶²

Taraf devletlerin yaşama hakkı çerçevesinde üstlenmiş oldukları pozitif ve negatif yükümlülüklerin içeriği, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ek Protokoller yoluyla geçirmiş olduğu değişim neticesinde oldukça genişlemiştir. Ölüm cezasının her hal ve şartta yasaklanması olarak ifade edilebilecek olan negatif yükümlülüğe ilave olarak kişinin yaşama hakkının etkin şekilde korunması amacına hizmet eden pozitif yükümlülük de taraf devletlere izafe edilmiştir. Başka bir ifadeyle, taraf devlet yaşamı tehlike altında bulunan kişileri gerektiği şekilde korumak gayesiyle etkin ve caydırıcı önlemler almak ve aldığı bu önlemleri uygulamaya geçirmekle sorumludur.¹⁶³ Yine pozitif yükümlülük bağlamında taraf devletler, her türden yaşama hakkı ihlali karşısında etkin bir soruşturma yürütmek sorumluluğu altındadır. Her bir soruşturmanın gerek içeriği gerekse koordinasyonu bakımından etkin olması gerekmektedir. Dolayısıyla yaşamın sona ermesinden sorumlu olan kişilerin belirlenmesi ve cezalandırılması sağlanmalıdır.¹⁶⁴

Görüldüğü üzere Sözleşme'ye taraf devlete, yaşama hakkının korunması bağlamında hem negatif, hem de pozitif bir yükümlülük izafe edilmiştir. Devletin

¹⁶¹CENGİZ, Yaşam Hakkı, s.386.

¹⁶²CENGİZ, Yaşam Hakkı, s.395.

¹⁶³ AİHK Kararı, Naddaf/Almanya Davası, 10/10/1986, bn. 11604/86, DR 50, s.259; AİHD Kararı, McCann ve diğerleri/Birleşik Krallık Davası, 27/09/1995, Seri A 324, parag. 161, 163; Mahkeme, adam öldürme eylemlerinin işlendiği durumlarda devletin etkin bir soruşturma ile suç faillerini tespit etmek ve fiillerini yaptırım altına almak adına tüm olanaklarını seferber etme yükümlülüğünün Sözleşme'nin 1'inci maddesinden doğduğunu kabul etmektedir. Ayrıca Mahkeme söz konusu yükümlülüğün, sadece öldürme fiilinin kamu görevlileri tarafından işlenmiş olma olasılığının bulunduğu durumlarda değil, bunun yanında Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ihlâl edildiği kanısının uyandığı her durumda geçerli olduğunu ifade etmektedir.

¹⁶⁴CENGİZ, Yaşam Hakkı, s.403.

üstlenmiş olduğu negatif yükümlülük, yaşama hakkını kasıtlı ya da taksirli olarak bizzat ihlâl etmemeyi ifade etmekte, devletin pozitif yükümlülüğü ise, kendi egemenlik alanında bulunan tüm bireylerin yaşama hakkını koruma yükümlülüğünü kapsamaktadır. Ancak söz konusu yükümlülük, bireye sürekli olarak kişisel koruma imkânı sunacak kadar sınırsız ve mutlak nitelikte görülmemelidir.¹⁶⁵ Sözleşme ile tanınan hakların, teorik olmaktan ziyade gerçek ve fiilen mevcut haklar olması nedeniyle devlet, öldürmeme yükümlülüğüne öncelikli olarak uyacak, daha sonra kişinin yaşamını ölüm ile neticelendirebilecek eylemlere karşı korumak ve güvenliğini tesis etmek bakımından önleyici ve yaşama hakkını sonlandıran fiillerin cezalandırılması için caydırıcı gereken tedbirleri almakla yükümlü olacaktır.¹⁶⁶

Yaşama hakkının kanunla koruma altına alınması, kasti veya keyfi öldürmelere karşı kişinin hayatını korurken, diğer yandan taraf devlete sorumluluk yüklemektedir. Söz konusu yükümlülükler, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1'inci maddesi gereğince devletin Sözleşme'de düzenlenen hak ve özgürlükleri tanıma yükümlülüğünün doğal bir sonucu olarak öldürmeden kaçınma ve yaşama hakkını etkin şekilde koruma sorumluluğunu ihtiva etmektedir.¹⁶⁷

Etkin ve somut koruma sağlayan Sözleşme sistemi içinde, hakların korunması kapsamında makul ve uygun tedbirlerin alınması yükümlülüğünün doğması kaçınılmaz bir sonuçtur.¹⁶⁸

Kuzey İrlanda'da eşi teröristler tarafından öldürülen bir kişinin başvurusu sonucunda, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu Sözleşme'nin yatay etkisini benimseyerek devletin yaşama hakkının korunması bağlamında önlem alma hususunda yükümlülüğe haiz olduğu kanaatine ulaşmıştır. Devletler öldürme eylemini işleyen kişileri yaptırım altına almanın yanı sıra, bu türden fiilleri önlemek

¹⁶⁵ AİHK Kararı, X/İrlanda Davası, 20/07/1973, bn. 6040/73, Ann. 16, s.393; W./Birleşik Krallık Davası, 28/02/1983, bn. 9348/81, DR 32, s.190.

¹⁶⁶ GÖZLÜGÖL, s.164.

¹⁶⁷ KARAKAŞ, Kaya ve Ötesine, s.58.

¹⁶⁸ D.GOMIEN, D.HARRIS, L.ZWAAK, *Law and Practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 1996, s.94. Yaşama hakkına yönelik olarak devletin pozitif yükümlülüklerini B.M. İnsan Hakları Komitesi de geniş bir yoruma tabi tutmaktadır. Zira çocuk ölümlerinin azaltılması, kötü beslenme ve salgın hastalıkların engellenmesi gibi konular bu kapsamda değerlendirmekte, devletin yaşama hakkını koruma altına almak adına pozitif yükümlülükler üstlenmiş olduğuna dikkat çekmektedir.

amaçlı tedbirlere de başvurmak yükümlülüğü altındadırlar. Fakat söz konusu yükümlülük taraf devleti, her türden gerçekleşmesi ihtimal dâhilinde olan şiddeti önlemekle sorumlu hale getirmeyecektir.¹⁶⁹

Mahkeme'nin içtihatları ile somut hale gelen bu yükümlülüklerin ifa edilip edilmemesi sonucuna göre taraf devletin, Sözleşme ile korunan hakkı ihlal edip etmediğine hükmedilmektedir.¹⁷⁰

Yaşama hakkının kanunun koruması altına alınmış olması sonucunda devletler için söz konusu hükümden doğan yükümlülükler literatürde genelde iki başlık altında ele alınmıştır. Çünkü Sözleşme'nin 2'nci maddesinin esası can almanın yasak oluşuna ve devletin yaşamı kanunlarla koruma yükümlülüğüne dayanmaktadır.¹⁷¹ Sözleşme organlarının 2'nci maddeye yönelik yorumlarından yola çıkılacak olursa yaşama hakkı konusunda devletlerin yükümlülüğünün negatif ve pozitif olmak üzere iki tür yükümlülük altında ele alındığı görülecektir.¹⁷²

Bilindiği üzere, yaşama hakkı, en temel insan hakkı olup, tüm hakların varlığı ve kullanımı bu hakkın varlığına bağlı bulunmaktadır. Bu nedenle yaşama hakkının korunması özel bir öneme haizdir. Etkili bir hukuksal koruma sağlayabilmek için, devlet insan yaşamına saygı gösterme bağlamında negatif bir yükümlülüğün yanı sıra insan yaşamını etkin şekilde korumak, hakkın ihlal edilmesi durumunda ise caydırıcı özelliğe haiz etkin ceza hükümlerine mevzuatında yer vermek, ceza soruşturmasını ve kovuşturmasını koordine etmek yönünde de pozitif yükümlülük üstlenmiştir.¹⁷³ Çalışmamız kapsamında devletin etkin soruşturma gerçekleştirme yükümlülüğü olarak ifade edilen ve pozitif yükümlülüğün bir parçası olan usuli yükümlülük, diğer bir ifadeyle prosedürel yükümlülük, Mahkeme içtihatlarındaki önemine binaen ayrı bir başlık altında değerlendirilecektir. Nihayetinde bu madde

¹⁶⁹KARAKAŞ, Kaya ve Ötesine, s.59.

¹⁷⁰KILINÇ, s.83.

¹⁷¹KILINÇ, s.91.

¹⁷²ÇİÇEKLİ/ERYILMAZ/YILMAZ, s.37.

¹⁷³ÇİFTÇİOĞLU, s.143.

altında taraf devletin yükümlülükleri negatif yükümlülük, pozitif yükümlülük ve usulî yükümlülük olmak üzere üç başlık halinde ele alınacaktır.¹⁷⁴

Yaşamı tehlikede bulunan kişiler için, Sözleşme'nin 2'nci maddesi koruyucu önlem alma yükümlülüğünü de kapsamaktadır. Sözleşme'ye taraf devletlerin insan yaşamına ilişkin tehlikeyi engelleme konusunda 2'nci maddeden doğan yükümlülükleri olduğu açık olmakla beraber, bu yükümlülüğün izafe edilmesinde insan yaşamına yönelik somut ve ciddi bir tehlikenin olması da aranmaktadır. Kamusal makamlar bir ya da birden fazla kişinin yaşamına ilişkin tehlikenin varlığını biliyorlarsa veya bilmeleri gerekiyorsa ve yine de kendilerinden beklenebilecek makul önlemleri almamışlarsa, sonuç olarak Sözleşme'ye taraf devletlerin sorumluluğuna gidilebilecektir.¹⁷⁵

Sözleşme'nin 2'nci maddesi farklı bir biçimde düzenlenme altına alınmıştır. Maddede açıkça yaşama hakkının varlığı kabul edilmemekle birlikte yerel makamlara kişilerin yaşama haklarını koruma yükümlülüğü getirilmektedir. Yaşamın kasten veya keyfi olarak sona erdirilmesi yasağı da bu yükümlülüğün devamında gelmektedir.¹⁷⁶ Gereksiz yere yaşamı tehdit altına alan eylemlerden kaçınma görevi ise, kasti yaşam mahrumiyeti yasağı anlamına gelmektedir.¹⁷⁷

Bahse konu yasaklamayla ilgili hususun yerel merciler yanında özel kişiler hakkında da geçerli olup olmadığı düşünülebilir. Sözleşme'nin 2'nci maddesine yönelik ihlalin yerel mercilerin koruma eksikliğinden doğması halinde, devletin sorumluluğunu oluşturan eylemler ve ihmaller hakkında Strasbourg denetim organları önünde şikâyetler ileri sürülebilir.¹⁷⁸

Yaşama hakkını koruma görevinin, 2'nci madde kapsamında kanun koyucu üzerinde bir yükümlülük oluşturduğu aşikârdır. Yaşama hakkı bütün yaşam tehditlerine güvence teşkil etmemektedir, fakat kasti mahrumiyet ve ihmal kaynaklı

¹⁷⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Durmuş TEZCAN, Mustafa Ruhan ERDEM, Oğuz SANCAKDAR, Rıfat Murat ÖNOK, *İnsan Hakları El Kitabı*, Ankara 2010, s.94.

¹⁷⁵ TANRIKULU, s.57.

¹⁷⁶ Birsen ERDOĞAN, Ulaş KARAN, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye'de İnsan Hakları Derleme Eserler*, 1. Cilt, Başkent Klişe Matbaacılık, s.47.

¹⁷⁷ ERDOĞAN/KARAN, s.47.

¹⁷⁸ ERDOĞAN/KARAN, s.47.

yaşam tehdidi bu güvencenin içeriğinde yer almaktadır. Kanun kapsamında öngörülen koruma sadece kanunun uygulanması durumunda varlığını göstermektedir. Kanun dışı yaşam mahrumiyeti halinde mercilerin suç soruşturmasına ilişkin ihmalleri de kural olarak Mahkeme tarafından değerlendirilmektedir. Sonuçta, Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ilk fıkrasının ilk cümlesi sadece kanun koyucuyu muhatap görmemektedir; bunun yanında mercilerin yaşama hakkının korumasına yönelik gerekli tedbirleri alma konusunda genel yükümlülüklerini de belirlemektedir.¹⁷⁹

Sözleşme'nin 2'nci maddesinden doğan negatif yükümlülük, bir bakıma öldürmeme emrini içermektedir.¹⁸⁰ Pozitif yükümlülük ise, öldürme eylemine güvenlik güçleri taraf olmasa dahi, devletin yaşama hakkını koruma altına almaya ilişkin önlemler almasını gerekli kılmaktadır. Bu tedbirler, devlet tarafından bir kişinin yaşamına yönelik somut ve kaçınılmaz bir tehlike meydana geldiğinde kişinin korumasını, buna karşın bir öldürme eylemi gerçekleşmişse, olay hakkında etkili, hızlı ve etraflı bir soruşturma yapılmasını içermektedir. Mahkeme tarafından söz konusu yükümlülükleri yerine getirmeyen taraf devletler, Sözleşme'nin 2'nci maddesini ihlal etmiş sayılmaktadırlar.¹⁸¹

Mahkeme güncel kararlarında, Sözleşme'nin 2'nci maddesinde yer alan "her bireyin yaşama hakkı hukuk tarafından korunur" şeklindeki ilk cümlenin, devlete sadece hukuk dışı öldürme fiillerinden kaçınma sorumluluğunu değil, bunun yanında hâkimiyet alanı içinde bulunan kişilerin yaşamlarını korumak için makul tedbirler alma sorumluluğunu da yüklediğini ifade etmektedir. Mahkeme 2'nci maddenin, negatif ve pozitif olmak üzere iki yönlü yüküm içerdiği yorumunu yapmaktadır. Mahkeme'nin "pozitif ödev" kavramını kullanmaya başlaması yeni olmamakla birlikte,¹⁸² söz konusu kavram ile alakalı içtihatları son zamanlarda oldukça zenginleşmiştir.¹⁸³

¹⁷⁹ ERDOĞAN/KARAN, s.48.

¹⁸⁰ ÇİÇEKLİ/ERYILMAZ/YILMAZ, s.37.

¹⁸¹ ÇİÇEKLİ/ERYILMAZ/YILMAZ, s.38.

¹⁸² Pozitif ödev kavramını Mahkeme, ilk kez Marckx kararında kullanmıştır. Bkz. Pieter van DIJK, "Positive Obligations Implied in the European Convention on Human Rights: Are the States Still the Masters of the Convention?", The Role of the Nation-State in the 21 Century, (Eds. M. Castermans

Devletin sorumluluk alanının, Sözleşme'nin muhtelif maddeleri kapsamında pozitif ödev kavramının uygulanması neticesinde genişlediği görülmektedir. Devletin yaşama hakkını koruma ödevinin, güç kullanılarak öldürülen kişiler hakkında “etkili bir resmi soruşturma” yürütmeyi gerekli kıldığını ilk defa McCann kararında tespit eden ve devletin yaşama hakkı alanında bir takım pozitif ödevleri olduğu eğilimini dolaylı şekilde benimseyen Mahkeme, son zamanlardaki güncel kararlarında devletin yaşama hakkı bağlamında var olan pozitif ödevlerini çok daha net bir biçimde şekillendirerek belirgin hale getirmiştir.¹⁸⁴

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2'nci maddesi, yaşamın kendisini korumadığı gibi, yüksek seviyedeki yaşam standardını veya yaşam kalitesini de kapsamına almamaktadır.¹⁸⁵ Sözleşme'nin diğer maddeleri ile beraber değerlendirildiğinde, yaşama hakkının doğrudan kendisini koruduğu, bu korumanın da kişilere ilişkin olmaktan ziyade devlete karşı olduğu anlaşılmaktadır. Kişilerin korunması konusunda ise, “keyfi olarak yaşamdan mahrum bırakma” kavramına atıfta bulunmaktadır. Yaşama hakkının ihlaline ilişkin başvuru, söz konusu hakka yönelik tecavüzün gerçekleştiği esnada Hükümet'in tesis ettiği korumanın eksikliğinden kaynaklanabileceği gibi, devletin doğrudan bir ihmalden de kaynaklanabilecektir. Devletlerin, yaşama hakkının koruma altına alınması hususunda uygun tedbirleri almak mecburiyetinde oldukları Komisyon'un bir kararında da belirtilmiştir. Bahse konu sorumluluk, devlet tarafından izafe edilmesi gereken pozitif yükümlülüğün de bir sonucudur. Bu nedenle, Sözleşme'nin 2'nci maddesinin tesis ettiği koruma gerçekte oldukça kapsamlıdır.¹⁸⁶

Sözleşme'nin temel gayesinin, kişilerin etkin şekilde korunmasının gerçekleştirilmesi olduğu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarından çıkarılan bir sonuçtur. Sözleşme'nin 2'nci maddesine göre, yaşama hakkı bağlamında kişinin

Holleman, F. van Hoof, J. Smith), *Kluwer Law International*, 1998, s.18. “Pozitif ödev” kavramının Sözleşme'yi hazırlayanlar tarafından dikkate alınmadığı hususundan yola çıkan yazar, söz konusu kavramın yorum yöntemiyle Sözleşme'ye dâhil edilmesinin Sözleşme'yi hazırlayanların iradesine uygun düşmediği görüşünü ileri sürmektedir.

¹⁸³ ÖZDEK, s.150.

¹⁸⁴ ÖZDEK, s.150.

¹⁸⁵ KARAKAŞ, Kaya ve Ötesine, s.59.

¹⁸⁶ İSMAYILOV, s.35.

etkin bir şekilde korunması, devletin doğrudan devlet tarafından neden olunan ihlaller ve üçüncü kişiler tarafından meydana getirilen ihlaller hakkında uygun ve makul her türlü önlemin almasını gerektirmektedir. Bu yükümlülüğü yerine getirmeyen devletin sorumluluğu doğabilecektir. Devlet, bireyin yaşama hakkını çiğneyen kişiyi cezalandırmanın yanı sıra, ihlallerin meydana gelmemesine ilişkin tedbirleri de almak zorundadır. Fakat söz konusu yükümlülük sınırsız bir şekilde her olası şiddeti önlemeye hizmet eden bir yükümlülük olarak kabul edilemez.¹⁸⁷

Devletin sorumluluğu, sadece yaşama hakkının korunması konusunda yasal mevzuat düzenleyerek bitmeyecektir. Devletin, bunun yanında söz konusu hakkın korunması kapsamında yaşamı sona erdirici fiillerden kaçınma yanında, hakkın etkin korunmasını tesis etmeye ilişkin olarak zorunlu tedbirleri alma yükümlülüğü de vardır.¹⁸⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yaşama hakkının ihlaline ilişkin kararları ve yaşama hakkının istisnalarını yorumlamasına yönelik McCann ve Diğerleri/İngiltere kararı incelendiğinde, hakkın etkin şekilde korunması bağlamında devletin ölüm olayına ilişkin soruşturmayı tarafsız bir inceleme makamı aracılığıyla yürütmesi, görgü tanıklarının dinlemesi, ölüme yol açan etmenleri doğru ve hızlı bir şekilde açığa kavuşturması gerekmektedir.¹⁸⁹

Yaşama hakkının cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya başka görüşler, ulusal ya da sosyal köken, ulusal bir azınlığa tabi olma, servet, doğuş veya herhangi bir nedenle hiçbir ayrıma tabi tutulmaksızın herkese tanındığı Sözleşme'nin 14'üncü maddesinde belirtilmiştir. Sözleşme'nin 15'inci maddesi ise, bütün hakların savaş ya da ulusun varlığı açısından tehdit teşkil eden genel bir tehlikenin ortaya çıkmasıyla sınırlanabileceğini belirtmekle beraber ikinci fıkrada meşru savaş fiilleri neticesinde ortaya çıkan ölüm olayları haricinde hiçbir biçimde yaşama hakkına sınırlama getirilemeyeceği hükmüne yer vermektedir.¹⁹⁰

¹⁸⁷ İSMAYILOV, s.36.

¹⁸⁸ KARAKAŞ, Kaya ve Ötesine, s.60.

¹⁸⁹ İSMAYILOV, s.36.

¹⁹⁰ İSMAYILOV, s.36.

Sözleşme'nin 2'nci maddesinde belirtildiği gibi yaşama hakkının yasayla korunması, kasti¹⁹¹ ve keyfi öldürmelere karşı kişinin yaşama hakkını güvence altına alırken, ayrıca devlete de negatif ve pozitif yükümlülükler izafe etmektedir. Etkin bir koruma tesis eden Sözleşme sistemi karşısında taraf devletin, Sözleşme'de tanınan hakların korunması amacıyla makul ve uygun önlemleri alması kaçınılmaz bir sorumluluk olarak kabul görmektedir.¹⁹²

1. Devletlerin Negatif Yükümlülüğü

Söz konusu yükümlülük, öldürme yasağı olarak kabul edilmektedir. Hiç kimse Sözleşme'ye göre kasten öldürülemez. Bu başlık altında devlete izafe edilen sorumluluğu ikiye ayırarak incelemek mümkündür. Zira anılan sorumluluk; önceden kesinleşmiş olan ölüm cezalarının infaz edilmemesi ve devletin öldürmeme yükümünden oluşmaktadır.¹⁹³

Kısmen de olsa ölüm cezalarına, Sözleşme'ye Ek 13 No'lu Protokol yürürlüğe girinceye kadar izin verebiliyordu. Değinen Protokol'ün yürürlüğe girdiği 01/07/2003 tarihinden önce verilen ölüm cezalarının akıbeti Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından 15/07/2002 tarihinde yayınlanan İnsan Hakları ve Terörle Mücadele Yönergesi'nin 10'uncu maddesinin ikinci paragrafında bulunmaktadır. Söz konusu Yönerge'nin ilgili maddesinde "Terör suçu nedeniyle mahkûm edilen bir kimseye hiçbir koşul altında idam cezası verilemez; idam cezası verilmiş ise infaz edilemez." şeklindeki düzenlemeye yer verilmeyle, Türkiye bakımından konu hakkında var olan sorunlar çözüme kavuşmuştur. Çünkü Türkiye 13 No'lu Ek Protokol'ü imzalamış ve kanunla onaylanmış olup, bu yönde ceza mevzuatında gerekli değişiklikleri gerçekleştirmek suretiyle ölüm cezasını tamamen ilga etmiştir.¹⁹⁴

¹⁹¹Sözleşme'nin 2'nci maddesi kasten adam öldürme eylemlerinin yanı sıra, taksirle adam öldürme fiiline karşı da söz konusu hakkı koruma altına almaktadır.

¹⁹²KARAKAŞ, Kaya ve Ötesine, s.59.

¹⁹³ KILINÇ, s.91.

¹⁹⁴ KILINÇ, s.92.

Negatif yükümlülük kapsamında devletin vatandaşlarını öldürmeme yükümlülüğü bulunmaktadır. Başka bir ifadeyle, taraf devletin herhangi bir kişinin canını alma yasağı bu yükümlülüğü ifade etmektedir. Devlet, hâkimiyeti altında bulunan bireyin yaşamını koruma altına alırken, bunun yanında kanunlara da riayet etmek zorundadır. Bireyin yaşama hakkının yasa ile koruma altına alınması, devlet etkinliklerinin de kasten öldürme yasağına tabi olması neticesini beraberinde getirir. Söz konusu durum, bir bakıma devletin kendi kendini sınırlandırması anlamına gelmektedir.¹⁹⁵

Bazı amaçlara erişmek için taraf devletin bu yükümlülüğünü ifa etmemesi yaşama hakkının ihlali anlamına gelmeyecektir. Devletin, bir kişiyi yasa dışı şiddete karşı korumak; usulüne uygun şekilde yakalamak ya da usulüne uygun olarak tutuklanan bir kişinin kaçmasına engel olmak; ayaklanma veya isyanı yasaya uygun şekilde bastırmak için kuvvete başvurması kesin zorunluluk teşkil etmiş ve ölüm olayı meydana gelmiş ise, ortaya çıkan bu netice, Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ikinci fıkrasına göre yaşama hakkının ihlali olarak kabul edilmeyecektir. Sözleşme'nin 15'inci maddenin ikinci fıkrasında belirtilen ve savaş halinde meşru harp fiilleri neticesinde meydana gelen ölüm de 2'nci maddenin ihlali sayılmayacaktır.¹⁹⁶

Literatürde bazı yazarlar söz konusu durumların bir istisna niteliğinde olmadığını, bu gibi hallerde ölümün arızı nitelikte olduğunu, belirtilen durumlarda yalnızca kuvvet kullanımına cevaz verildiğini, öldürme fiiline izin verilmediğini, kuvvet kullanmanın temel gayesinin kişiyi yaşama hakkından mahrum bırakmak olmadığını, maddeye getirilen istisnaların zorunlu etkinlikleri gerçekleştirmek amacıyla öngörüldüğünü öne sürmüşlerdir.¹⁹⁷ Bu düşünceden yola çıkan yazarlar, 2'nci maddenin ikinci fıkrasında belirtilen hallerin ölüme neden olabilecek hukuka uygunluk sebeplerini ifade ettiğini kabul etmektedirler.¹⁹⁸

¹⁹⁵ Münci KAPANI, *Kamu Hürriyetleri*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 1993, s.251.

¹⁹⁶ KILINÇ, s.92.

¹⁹⁷ Mehmet Semih GEMALMAZ, *Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı*, 2. Baskı, Kavram Yayınları, İstanbul 1994, ("İşkence"), s.62.

¹⁹⁸ KILINÇ, s.92.

Taraf devletlerin kasten ya da hukuka aykırı şekilde yaşama hakkına müdahale edemeyecekleri, Sözleşme'nin 2'nci maddesinden doğan ve negatif yükümlülük olarak da ifade edilen bir sorumluluğun gereğidir. Mahkeme, incelediği gözaltında ölüm ve zorla kaybedilme başvurularına yönelik kararlarında, devletin negatif yükümlülüğünün ne manaya geldiğinin kalıplarını belirlemeye çalışmıştır.¹⁹⁹

Devletin negatif yükümlülüklerinin göz önüne alındığı olaylar arasına kayıp kişiler, faili meçhul öldürme ya da öldürmeye teşebbüs olayları ve ölüm riski içeren olaylar da dâhil edilebilmektedir.²⁰⁰ Bunun yanında gözaltında ölüm, kayıp kişiler olgusu, faili meçhul cinayetler ve ölüm riski halleri değerlendirilirken her somut vakada devletin negatif yükümlülüğünü ihlal edip etmediği AİHM kararlarının gerekçelerinden anlaşılabilir.²⁰¹

Mahmut Tanlı'nın daha önce geçirdiği bir rahatsızlığı olmamasına ve sağlıklı bir şekilde gözaltına alınmış olmasına karşın, gözaltına alındıktan kısa bir süre sonra ölmesine yönelik somut vakayı konu alan Tanlı/Türkiye kararında Mahkeme;²⁰² Sözleşme'nin 2'nci maddesi ile tesis edilen güvence bakımından, ölümü yalnızca devlet görevlilerinin eylemlerini göz önünde bulundurmaktan ziyade olayın gerçekleştiği koşulları da ele alarak incelemektedir. Gözaltında bulunan kişiler hassas bir konumda oldukları için yetkililer tarafından söz konusu kişilerin itinalı bir biçimde koruma altına alınması gerekmektedir. Sonuçta, bir kimsenin sağlıklı bir şekilde gözaltına alınıp sağlıksız bir halde serbest bırakılmasını devlet açıklığa kavuşturmak mecburiyetindedir. Yetkili makamların ölen bu kişiye ne şekilde muamele edildiği hususundaki açıklama yapma yükümlülükleri, kişinin gözaltında bulunduğu esnada ölmesi durumunda daha da ağır bir sorumluluk haline gelmektedir.²⁰³

¹⁹⁹ TANRIKULU, s.58.

²⁰⁰ ÇİFTÇİOĞLU, s.146.

²⁰¹ BAHADIR, Yaşama Hakkı, s. 37.

²⁰² Tanlı/Türkiye, 26129/95, 10/04/2001, parag, 141-147, Yargı Mevzuatı Bülteni, Sayı: 121,s.46-47.

²⁰³ TANRIKULU, s.58.

Mahkeme, gözaltına alındıktan sonra bir daha haklarında haber alınamayan kayıp on bir kişiye yönelik Akdeniz ve diğerleri/Türkiye kararında;²⁰⁴ on bir kişinin güvenlik güçleri tarafından yakalanmalarından sonra kesin olarak ölmüş olduklarına hükmedilmesi gerektiği görüşündedir. Mahkeme'ye göre, davalı taraf devlet kaybolan bu kişilerin ölümlerinden sorumlu olmalıdır. Mahkeme, yetkili makamların gözaltı aşamasında bu kişilere ne olduğunu açıklamamaları karşısında söz konusu sorumluluğun davalı Hükümet'e ait olacağı kanaatine ulaştığı başvuruda, Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.²⁰⁵

Devlet, organları vasıtasıyla izin verilen istisnai haller haricinde bir kişinin yaşamını hukuka aykırı şekilde sonlandırmamalıdır. Devlet öncelikli olarak öldürmeme yükümünü kendisi ifa etmelidir. Diğer bir deyimle devlet yargısız infaz gerçekleştirilmemelidir. Negatif yükümlülük yalnızca kasıtlı öldürme hallerini değil, bunun yanında taksirle adam öldürme fiillerini de kapsamaktadır.²⁰⁶ AİHM kolluk görevlileri tarafından gerçekleştirilen ve Sözleşme'nin 3'üncü maddesinin ihlali niteliğinde olan ağır güç kullanımını tartıştığı 27/06/2000 tarihli İlhan/Türkiye²⁰⁷ kararında ise,²⁰⁸ yaşama hakkını tehlike altına alan ağır kuvvet kullanımının ancak münhasır hallerde 2'denci maddenin ihlaline sebep olabileceğini belirtmiştir.²⁰⁹

²⁰⁴ Akdeniz ve diğerleri/Türkiye, 23954/94, 31/05/2001, parag. 89, *Polis Akademisi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 1, s.187.

²⁰⁵ TANRIKULU, s.59.

²⁰⁶ ÇİFTÇİOĞLU, s.144.

²⁰⁷ İlhan/Türkiye davası, Başvuru No: 22277/93, Karar Tarihi: 27/06/2000. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

²⁰⁸ Bkz. Gilles DUTERTRE, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarından Alıntılar*, Avrupa Konseyi, 2005, s.33. Mahkeme Abdülatif İlhan davasında, bir operasyon esnasında jandarma görevlilerinin başvurucuya yönelik yakalama emrini yerine getirmek adına kişiyi çalılıkların arasında bulduktan sonra başına dipçikle vurmaları sonucu beyninden ağır darbe almış olduğunu belirterek olay tarihinde verilen iki ayrı tıbbi raporda kişinin başındaki yaralanmanın ölümüne neden olabileceğinin tespit edildiğine vurgu yapmıştır. Söz konusu darbe İlhan'ın işlevlerini kalıcı olarak kaybetmesine sebep olmuştur. Mahkeme'ye göre olay neticesinde meydana gelen yaralanmanın ağır olduğu hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Fakat Mahkeme, söz konusu davada jandarmaların Abdülatif İlhan'ı yakalamaya çalıştıkları esnada başvurdukları kaba kuvvetin Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ihlâl edecek şekil ve derecede olmadığına kanaat getirmiştir. Başvurucunun yaralanması karşısında acil tedavi uygulanmadığına yönelik iddia da Mahkeme tarafından ayrıca ele alınmaya değer görülmemiştir. Mahkeme bu hususları Sözleşme'nin 3'üncü maddesi bağlamında değerlendirerek, Abdülatif İlhan'ın yaralanması olayında Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ihlâl edilmediğine karar vermiştir.

²⁰⁹ ÇİFTÇİOĞLU, s.144.

Mahkeme 01/03/2001 tarihli Berktaş/Türkiye²¹⁰ kararında ise kuvvet kullanımının sadece yaralanmaya neden olması durumunda esas olarak Sözleşme'nin 3 ve 8'inci maddelerinin somut vakaya uygulanması gerektiğini, fakat bazı özel hallerde 2'nci maddenin de uygulanabileceğini ifade etmiştir. Bunun yanında Mahkeme, 20/12/2004 tarihli İlyas/Yunanistan²¹¹ kararında, 2'nci maddenin temel aldığı gayeyi göz önüne alarak söz konusu madde çerçevesinde başvuru kuvvetin derecesi ve çeşidi ile bunun arkasında yatan diğer kasıt ve amaç gibi etkenleri dikkate alarak, somut vakada polislerin başvuruçuyu öldürmek kastıyla hareket etmiş olmadıklarını ifade etse de, sonuç itibarıyla kişinin ölmemesinin bir tesadüf eseri olduğunun altını çizmiştir. Mahkeme, balistik raporları, arabada bel seviyesinde kurşunların neden olduğu delik sayısını, başvuruçunun yaralandığı bölgeleri ve hastanede kaldığı süreyi göz önüne alarak, gerçekleştirilen eylemin kişinin yaşama hakkını tehlike altına alan nitelikte olduğundan bahisle Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.²¹²

Kötü muamele neticesinde ölüm olayı ortaya çıkmamış olsa bile ölüm olayına çok yaklaşılmış olması ile alakalı somut vakaya konu olan İlhan/Türkiye davasında AİHK, çoğunluk görüşünde, maruz kalınan ağır muamele ve tedavideki gecikme nedeniyle kişinin ölüm sınırına yakınlaşmış olduğu gerekçesi ile 2'nci maddenin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. Fakat bahse konu somut vakada AİHM, jandarmanın başvuruçusu üzerinde kullandığı kuvvetin 2'nci maddenin ihlaline sebebiyet verecek nitelikte olmadığı ve İlhan'ın tedavisinde yaşanan gecikmenin ise ayrı bir sorun oluşturmadığı gerekçesi ile 2'nci maddenin ihlal edilmediğine, somut olayın 3'üncü madde kapsamında incelenmesi gerektiğine hükmetmiştir.²¹³

Mahkeme gerçek anlamda insanın biyolojik ve fiziksel yaşamını değil, hukuksal bir değer olarak yaşama hakkını koruma altına almaktadır.²¹⁴ Bunun yanında bir kişinin Sözleşme'nin 2'nci maddesinin korumasından faydalanabilmesi

²¹⁰ Berktaş/Türkiye davası, Başvuru No: 22493/93, Karar Tarihi: 01/03/2001. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

²¹¹ Makaratzis/Yunanistan davası, Başvuru No: 50385/99, Karar Tarihi: 20/12/2004. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

²¹² ÇİFTÇİOĞLU, s.145.

²¹³ BAHADIR, Yaşama Hakkı, s. 37.

²¹⁴ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s.91-92.

için muhakkak surette cesedinin bulunmuş olması da gerekli değildir. Mahkeme bu gibi durumlarda somut vakanın özelliklerinden yola çıkmakta ve bir kişiden uzun süredir haber alınmamışsa, ölme olasılığının da o denli yüksek olduğunu ifade etmektedir.²¹⁵

Kişinin yaşamını tehlikeye sokmaktan kaçınma yükümü de öldürme yasağı kapsamına girmektedir. Fakat kişinin yaşamını tehlike altına alan her türden tehdit negatif yükümlülük olarak addedilmeyecektir. Mahkeme, 21/11/2000 tarihli Demiray/Türkiye²¹⁶ davasında, gözaltında bulundurulan ve PKK silahlarının saklandığı yeri göstermek isteyen itirafçının kendisi önde, diğer üç güvenlik görevlisi arkada olmak üzere bahse konu yere gidilirken tuzak bir mayının patlaması neticesinde kişinin parçalanarak ölmesi şeklinde gerçekleşen olayda devletin önleyici ve koruyucu nitelikteki güvenlik tedbirlerini almadığından bahisle 2'nci maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.²¹⁷

Sözleşme'de belirtilen istisnalar haricinde, devlet tarafından yaşamı ortadan kaldırma yasağı, teröristlerin provakatif eylemleri karşısında, terörizm karşıtı politikaların bir uzantısı olan “öldürmek için ateş açmayı” veya infaz mangalarının örgütlenmesini sağlamayı kabul etmemektedir. Şayet teröristlere ilişkin olarak düzenlenen operasyon, iç silahlı çatışma haline dönerse, her iki taraf bakımından şiddet kullanmanın yasallığı uluslararası insancıl hukuk standartları ve kurallarına göre ele alınabilecektir.²¹⁸

Kendi egemenlik alanı içinde bulunan kişilerin yaşama hakkını korumak, her taraf devlet bakımından yükümlülük teşkil etmektedir. Bu anlamda devletin negatif yükümlülüğü, bireyi öldürmemek ifadesi ile özetlenebilir.²¹⁹ Gerçekte negatif yükümlülük, devletin yaşama hakkına ve diğer haklara müdahalede bulunmaktan kaçınmasını ifade etmektedir. 2'nci maddenin devletlere izafe ettiği negatif yükümlülük bir bakıma öldürme yasağı anlamına gelmektedir. Üstlendiği negatif

²¹⁵ ÇİFTÇİOĞLU, s.145.

²¹⁶ Demiray/Türkiye davası, Başvuru No: 27308/95, Karar Tarihi: 21/11/2000. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

²¹⁷ ÇAKMAK, Ölüm Cezası, s.151.

²¹⁸ ÇİFTÇİOĞLU, s.146.

²¹⁹ İSMAYILOV, s.37.

yükümlülük sonucunda devlet, yaşama hakkının ihlali olarak kabul edilebilecek uygulamalardan özenle uzak durmalıdır.²²⁰

Negatif statü hakları sayesinde kişilerin hak ve özgürlükleri garanti altına alınmış olmakla birlikte, söz konusu hak ve özgürlüklerin kullanılmasında serbestlik imkânı da sunulmuştur. Sözleşme'ye taraf devletler, yaşama hakkının koruma altına alınmasından husule gelen yükümlülüklere riayet etmek mecburiyetindedirler. Öldürme yasağı ise, söz konusu yükümlülüklerden biridir.²²¹

Birçok AİHM kararında taksirle öldürme fiillerinin 2'nci madde kapsamında değerlendirilebileceği ifade edilmiştir. Taraf devletin negatif yükümlülüğünün sonucu olarak kasıtlı ya da taksirli öldürme fiilleri yasaklanmıştır. Negatif yükümlülük olarak telakki edilen öldürme yasağına, bu anlamda devletin kişinin yaşamını tehlikeye sokmaktan kaçınma yükümlülüğü de eklenmektedir. Fakat kişilerin yaşamını tehlikeye sokan her halin devletin sorumluluk alanında görülmesi 2'nci madde ile amaçlanan korumanın sınırlarını geçmektedir.²²²

Türkiye aleyhine gerçekleştirilen birçok başvuruda, devletin negatif yükümlülüğünün gereklerine uymayarak yaşama hakkını ihlal ettiği öne sürülmüştür. Söz konusu başvuruların birçoğu devletin öldürme yasağını ihlal ettiği kanıtlanamamış olsa bile etkili ve yeterli soruşturma gerçekleştirme yükümlülüğü ifa edilmediğinden bahisle 2'nci maddenin ihlali yönünde Türkiye aleyhine neticelenmiştir.²²³

2. Devletlerin Pozitif Yükümlülüğü

Mahkeme güncel kararlarında, Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ilk cümlesi olan "her bireyin yaşama hakkı hukuk tarafından korunur" şeklindeki ifadenin, devlete sadece hukuk dışı öldürme fiillerinden kaçınma sorumluluğunu değil, bunun

²²⁰ BAHADIR, Yaşama Hakkı, s. 36.

²²¹ BAHADIR, Yaşama Hakkı, s.36.

²²² BAHADIR, Yaşama Hakkı, s. 37.

²²³ BAHADIR, Yaşama Hakkı, s. 37.

yanında hâkimiyet alanı içinde bulunan kişilerin yaşamlarını korumak için makul önlemler alma sorumluluğunu da yüklediğini ifade etmektedir.²²⁴ Diğer bir ifadeyle Sözleşme'nin 2'nci maddesi, Mahkeme tarafından negatif ve pozitif ödevleri bir arada kapsar şekilde yorumlanmaktadır. Mahkemece “pozitif ödev” kavramının kullanılması yeni değildir. Söz konusu kavram ile ilgili içtihat hukuku son zamanlarda gözle görülür şekilde gelişme göstermiştir. Sözleşme'nin muhtelif maddeleri kapsamında pozitif ödev kavramının uygulanması, devletin sorumluluğunu arttırmaktadır. İlk defa McCann kararında devletin yaşama hakkını koruma görevinin kuvvet kullanımı sonucu öldürülen kişiler hakkında etkili bir soruşturma yürütmeyi zorunlu kıldığını tespit eden ve devletin yaşama hakkı kapsamında bir takım pozitif ödevlere haiz olduğu yaklaşımı içerisine giren Mahkeme'nin, güncel kararlarında taraf devletlerin yaşama hakkı açısından pozitif yükümlülüklerinin kapsamını oldukça net bir biçimde ifade ettiği görülmektedir.²²⁵

Yaşama hakkı kapsamında devletin araştırma, soruşturma ve kendi dışında ortaya çıkan ve ölüm ile neticelenen fiillere son verme konusunda ciddi tedbirler alma, etkin eylemlerde bulunma yükümlülüğünün mevcut olduğu görülmektedir. Devletin yaşamı sonlandıran fiillerden kaçınma yanında hakkın etkin şekilde korunmasını tesis etme gayesine ilişkin olarak zorunlu tedbirleri almak konusunda da sorumluluğu bulunmaktadır.²²⁶

Mahkeme içtihatlarına göre, Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ilk cümlesi, devleti kasti ve yasadışı öldürmeleri engellemekle ve kişilerin yaşama hakkını garanti altına almak için makul hukuksal tedbirleri almakla yükümlü saymıştır. Söz konusu yükümlülük, kişilerin yaşama hakkına yönelik olarak işlenecek suçları önlemek için etkin cezai düzenlemeler ortaya koyma ve söz konusu düzenlemelerin

²²⁴ Osman/Birleşik Krallık kararı, Başvuru No:23452/94, Mahkeme'nin 28/10/1998 tarihli kararı, par. 116. Anılan kararda oyçokluğu ile Sözleşme'nin 2'nci maddesine aykırılık tespit edilmemiştir. Fakat Mahkeme'nin 14/03/2002 tarihli Paul ve Audrey Edwards/Birleşik Krallık, (Başvuru No: 46477/99) kararında Birleşik Krallık, mağdurun yaşama hakkını koruma konusunda gerekli tedbirleri alınmadığından bahisle 2'nci madde kapsamında sorumlu görülmüştür. Söz konusu olayda, başvurucuların hapisanede olan oğulları, aynı hücrede bulunan bir başka mahkûmun eylemi neticesinde hayatını kaybetmiştir. Mahkeme, yetkililer tarafından ölüme eylemi ile neden olan mahkûmun akıl hastası ve tehlikeli olduğu bilindiği halde, bu mahkûmun bir başka mahkûmla aynı hücrede tutulmasını göz önünde bulundurarak taraf devletin sorumlu olduğuna karar vermiştir.

²²⁵ ÖZDEK, s.150.

²²⁶ KARAKAŞ, Kaya ve Ötesine, s.60.

ihlal edilmesini önleyici, bastırıcı ve cezalandırıcı bir uygulama sistemi kurma görevini de kapsamaktadır.²²⁷ Devletin pozitif yükümlülüğünü ifa etmiş sayılabilmesi için sadece yaşama hakkını koruyucu düzenlemelerin varlığı aranmamaktadır. Söz konusu düzenlemeleri uygulamaya geçiren, ihlalleri yaptırım altına alan, ilerde meydana gelebilecek olası ihlalleri cezalandıracak etkin bir adalet mekanizması kurması da gerekmektedir.²²⁸ 08/04/2008 tarihli Ali ve Ayşe Duran/Türkiye²²⁹ kararında Mahkeme; başvurucuların oğullarının polis tarafından gözaltında tutuluyorken işkenceye maruz kaldığını, bu fiillerden sorumlu olan polis memurları hakkında yerel mahkeme tarafından mahkûmiyet hükmü verilmiş olmasına rağmen cezalarının ertelendiğini, polis memurlarının ifadeleri ile soruşturmanın yürütülmesine katkıda buldukları gerekçesi ile cezalarından indirim yapıldığını belirlemiştir. Mahkeme'nin bu durumu yadırgayıcı bulmasının sebebi ise; yargılama esnasında polis memurlarının haklarındaki isnatları devamlı inkâr etmek haricinde herhangi bir beyanda bulunmamış olmalarıdır. Mahkeme, yerel mahkemenin vermiş olduğu kararın, bu tür fiillerin müeyyidesini hafifletmeye neden olduğunu ifade etmiştir. Nitekim polis memurları hakkında verilen hapis cezası infaz edilmemiştir ve haklarında disiplin soruşturması da gerçekleştirilmemiştir. Sonuç olarak AİHM yaptığı değerlendirme neticesinde, başvurucuların oğullarının bedensel ve manevi bütünlüğünü koruma altına almayan taraf devletin Sözleşme'nin 2'nci ve 3'üncü maddelerini ihlal ettiği kanaatine ulaşmıştır.²³⁰

Mahkeme, devletin söz konusu genel ve soyut yükümlülüğünü ifade etmenin yanında devletin yaşama hakkını koruma hususundaki pozitif ödevini sınırsız bir şekilde de yorumlamayı tercih etmemiştir.²³¹ Mahkeme, devletin pozitif

²²⁷ÖZDEK, s.150.

²²⁸ÇİFTÇİOĞLU, s.149.

²²⁹Ali ve Ayşe Duran/Türkiye davası, Başvuru No: 42942/02, Karar Tarihi: 08/04/2008. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

²³⁰TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR/ÖNOK, s.98-99.

²³¹Benzer görüş için bkz. ÇİFTÇİOĞLU, s.147. Sözleşme'nin 2'nci maddesi, yaşama hakkı tehlikeye giren kişiler için koruyucu tedbirler alma yükümlülüğünü kapsamaktadır. Devlet somut bir tehlike durumunda yaşama hakkının korunması için ciddi tedbirler almalıdır. Devletin bu yükümlülüğünden bahsedebilmek için insan yaşamına dönük somut ve ciddi bir tehlikenin var olması gerekmektedir. Ancak daha önce de belirtildiği gibi söz konusu yükümlülük, kişiye devamlı surette kişisel koruma sağlayacak kadar sınırsız ve mutlak şekilde anlaşılmalıdır. Bunun bir anlamda, olanak yükümlülüğü olduğu düşünülebilecektir. Pozitif bir yükümlülükten söz edebilmek için yetkililerin kişi ya da kişilerin yaşama hakkına ilişkin gerçek ve yakın bir tehlikenin mevcudiyetinden haberdar

yükümlülüğünün yetkili makamlara ölçsüz bir yük getirmeyecek tarzda yorumlanması gerektiği görüşündedir. Bu yükümlülüğün yaşama hakkına yönelik olduğu öne sürülen her tehlike için yetkililerin tedbir almalarını gerektirmeyecek bir yükümlülük olduğu kabul edilmektedir. Pozitif bir yükümlülüğün bahsedebilmek için, kişilerin yaşama hakkına üçüncü kişilerden gelebilecek gerçek ve yakın bir tehlikeden yetkililer olay anında haberdar olmalıdır veya söz konusu tehlikeden yetkililerin haberdar olması gerekmektedir. Ancak buna rağmen yetkililer tehlikeden kaçınmaya ilişkin tedbirleri almayı ihmal etmiş olmalıdır.²³²

Niteliği gereği tehlike teşkil eden faaliyetlerin düzenlenmesinin ve yürütülmesinin denetim altında bulundurulması, taraf devletin pozitif yükümlülüğü bağlamındaki diğer bir önemli konudur. Devletin tehlikeli faaliyetlere ait eksikliklerin tespitini ve söz konusu eksikliklerin düzeltilmesini, etkin bir düzenleme öngörmek suretiyle ve denetim mekanizması kurmak yoluyla sağlaması gerekmektedir. Söz konusu faaliyetler nedeniyle yaşamları tehlike altında olabilecek kişilere, risk değerlendirmeleri ve önleyici tedbirler alınabilmesi açısından yeterli düzeyde bilgi verilmesi gerekmektedir. Devlete izafe edilen pozitif yükümlülük bahse konu tehlikeli faaliyetin özel teşebbüsler tarafından gerçekleştirilmesi halinde de aranmaktadır. Aynı sorumluluk doğal afetler açısından da geçerlidir.²³³

Mahkeme, 20/03/2008 tarihli Budayeva ve diğerleri/Rusya kararında²³⁴ dağlık bir bölgede yaşanan toprak kayması neticesinde meydana gelen ölüm ve yaralanma olayında doğal afetler sebebiyle devletin sorumluluğunun doğabileceğine karar vermiştir. Mahkeme, 18/06/2002 tarihli Öneriyıldız/Türkiye kararında ise, bir çöplükte metan gazı birikmesi neticesinde yaşanan patlamanın yol açtığı ölüm olayları nedeniyle Türkiye hakkında ihlal kararı vermiştir. Ümraniye çöplüğünde biriken metan gazının patlaması neticesinde çöplük yakınında bulunan on bir

olmaları ve buna rağmen beklenebilecek makul tüm önlemleri almamış olmaları gerekmektedir. Mahkeme 10/10/2000 tarihli Akkoç/Türkiye, 27/04/2006 tarihli Ataman/Türkiye, 21/10/2008 tarihli Kılavuz/Türkiye ve 28/03/2000 tarihli Kılıç/Türkiye kararlarında, Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ihlal edildiğine kanaat getirmiştir. Bu kabilden kararların sayısı azımsanmayacak kadar çoktur.

²³² ÖZDEK, s.150.

²³³ ÇİFTÇİOĞLU, s.151.

²³⁴ Budayeva /Rusya davası, Başvuru No: 15339/02, Karar Tarihi: 20/03/2008. <http://www.echr.coe.int /ECHR /EN/ Header/Case- Law / HUDOC/HUDOC+database/>

gecekonduyun yıkılması sebebiyle, bahsi geçen evlerden birinde ikamet eden başvuran, ailesinden dokuz kişiyi kaybetmiştir. Somut olayda AIHM, Ümraniye çöplüğünü kullanan dört belediye tarafından bu hususta hiçbir tedbirin alınmadığını, başvuranın bu bölgede oturmasına izin verildiğini gerekçe göstererek yasaya aykırı şekilde tehlikeli bir bölgeye gecekondu yapan başvuranın kendi kusurlu eylemine rağmen Türkiye hakkında ihlal kararı vermiştir.²³⁵

Yaşama hakkının devlete pozitif yükümlülükler izafe ettiği doğrultusundaki Mahkeme içtihadının uyguladığı kararlardan biri olan Öneriyıldız kararında Mahkeme, olaya ilişkin olarak iç hukukta alınan tedbirlerin yeterli ve etkili olmadığından bahisle 2'nci maddenin gerektirdiği pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmediğine değinmiştir.²³⁶

Mahkeme'nin taraf devletlere yüklediği yaşama hakkını koruma pozitif ödevi konusundaki içtihadına ve yaşama hakkının geniş yorumuna Öneriyıldız kararının katkısı oldukça önemlidir. Sadece devletin öldürmeme yükümlülüğü olduğu kabulünden hareket eden ve yaşama hakkına bu yönde bakan negatif anlayışın yetersizliği karşısında AIHM gibi, diğer uluslararası insan hakları organları da yaşama hakkının koruma altına aldığı alanı genişleten bir yorum süreci içerisine girmişlerdir.²³⁷

Taraf devletin, Sözleşme'nin 2'nci maddesinden doğan pozitif yükümlülüğü, bilhassa İngiltere'ye karşı Osman kararında²³⁸ tartışılmıştır. Somut olayda Osman çiftinin çocuğunun, bir ilkokul öğretmeni tarafından aşağılanması, taciz edilmesi ve izlenmesi karara konu olmuştur. Öğretmenin, çocuğun babasını öldürmesi, çocuğu ise yaralaması üzerine Strasbourg organları önünde, anne ve çocuk, yetkili makamların öğretmenin bu durumundan haberdar olduklarını, fakat buna karşın gereken koruyucu önlemleri almadıklarını öne sürmüşlerdir. Ancak Mahkeme, söz konusu kişilerin yaşama hakkının tehlikede olduğuna yönelik bir bilgi

²³⁵ ÇİFTÇİOĞLU, s.151.

²³⁶ ÖZDEK, s.155.

²³⁷ ÖZDEK, s.157.

²³⁸ Osman/Birleşik Krallık davası, Başvuru No: 23452/94, Karar Tarihi: 28/10/1998. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

bulunmadığını, öğretmen hakkında düzenlenen psikiyatrik raporlarda ise herhangi bir hastalık emaresine rastlanılmadığını gerekçe göstererek, somut olayda 2'nci maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir.²³⁹

Yaşama hakkı devleti pozitif önlemler almaya mecbur bırakmaktadır. Bahse konu hakkın etkin şekilde kullanımını sağlama yükümlülüğüne haiz olan devletin, ihlalin meydana gelmesini engellemek konusunda gerekli önlemleri almaması durumunda sorumluluğu doğabilmektedir. Devletin bu konudaki sorumluluğu, hak ve özgürlüklere saygı göstermenin yanı sıra, bu hak ve özgürlükleri etkili şekilde garanti altına almayı da kapsamaktadır. Gerekli yasal mevzuat değişiklikleri ve düzenlemeler tek başına bir anlam ifade etmemekte, aynı zamanda ihlalleri engelleme noktasında gereken önlemlerin alınması da önem arz etmektedir. Bu konuda insan hakları ihlallerinin önlenmesi amacıyla gereken önlemleri almayan taraf devletin özen yükümlülüğündeki eksiklik nedeni ile sorumluluğu doğmaktadır.²⁴⁰

Kişiyeye karşı saldırı fiillerini önleme ve giderme sorumluluğu kapsamında yaşama hakkının korunma altına alınması için, devletin önleyici, giderici ve ihlali müeyyide altına alan, bunun yanında somut mekanizmaları içeriğinde bulunduran bir cezai mevzuat oluşturması ve üçüncü kişilerin suç niteliğindeki fiilleri ile yaşamları tehlikede olan kişilerin korunması için birtakım tedbirleri alması pozitif yükümlülüğün gereğidir.²⁴¹

Taraf devletin önleyici, giderici ve müeyyide altına alan nitelikteki düzenlemeleri içeriğinde barındıran ceza mevzuatını ihdas etme sorumluluğunun yanı sıra, üçüncü kişilerin fiillerine karşı bireyi koruma ve meydana gelen olaylar sonucunda etkin soruşturma gerçekleştirme pozitif yükümlülüğü, Mahkeme tarafından açık bir şekilde içtihatlarla yansıtılmıştır.²⁴²

²³⁹TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR, İnsan Hakları Sorunu, 2004, s.208.

²⁴⁰KARAKAŞ, Kaya ve Ötesine, s.60.

²⁴¹KARAKAŞ, Kaya ve Ötesine, s.60.

²⁴²KARAKAŞ, Kaya ve Ötesine, s.60.

Devlet otoritesinin mevcut olduğu bir yerde bir kişinin başka bir kişi tarafından öldürülmesi suç olarak düzenleme altına alınmalıdır. Benzer şekilde bazı hallerde devletin, bir kişinin hayatını kaybetmesini engelleyecek önleyici tedbirleri alması gerekmektedir.²⁴³

Egemenlik alanı içerisinde bulunan kişilerin yaşama hakkını korumak için devletin üstleneceği ilk görev, bu konuda uygun ve makul tedbirleri almaktır. Devlet bu tedbirleri, yasama organı vasıtasıyla gerekli yasal düzenlemeleri gerçekleştirerek ortaya koymalıdır. Devlet bu görevini, yaşama hakkını ihlal eden eylemlerin kanunlarda suç olarak düzenlenmesi ve cezalandırılması yöntemiyle ifa edebilecektir.²⁴⁴

Mahkeme'nin, devlete ait pozitif yükümlülükleri giderek yürütme organının alanına doğru genişletmeye başladığı görülmektedir. Mahkeme, Kılıç kararında;²⁴⁵ Sözleşme'nin 2'nci maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesinin gereği olarak devletin kastı ve yasadışı öldürme eylemlerini önleme yükümlülüğünün yanı sıra, kişilerin yaşama hakkının hukuki manada koruma altına alınması için makul tedbirleri alması görevinin de bulunduğunu ifade etmektedir. Söz konusu hüküm, bireylere yönelik olarak işlenecek suçları caydırıcı ve etkili cezai düzenlemeler ihdas ederek ve öngörülen bu hükümlerin ihlal edilmesini önleyici, bastırıcı ve cezalandırıcı infaz sistemi oluşturarak yaşama hakkını koruma altına alma hususunda devlete yüklenecek asli bir görevi de kapsamaktadır. Pozitif yükümlülüğün sonucu olarak devlet otoritelerinin, kişi ya da kişilerin yaşama hakkına yönelik gerçek ve yakın bir tehlikenin mevcudiyetinden bilgi sahibi olmaları ve söz konusu tehlikeden sakınabilmek için yetkileri dâhilinde gerekli tedbirleri almaları gerekmektedir.²⁴⁶

Devlet, kişilerin yaşama hakkını etkin şekilde korumak için gereken çabayı göstermek, bu doğrultuda kişileri diğer kişilerin yaşamsal anlamda tehlike ortaya koyan fiillerinden korumak için uygun tedbirleri almak, yaşamı yok etmeye yönelik

²⁴³ KILINÇ, s.100.

²⁴⁴ KILINÇ, s.100.

²⁴⁵ Kılıç/Türkiye davası, Başvuru No: 22492/93, Karar Tarihi: 28/03/2000. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

²⁴⁶ KILINÇ, s.101.

fiilleri etkin şekilde cezalandırmak için kanunlarında gerekli müeyyideler öngörmek, söz konusu hükümlerin çiğnenmesini önlemek, cezalandırmaya ilişkin kovuşturma sürecini etkin bir biçimde koordine etmek ve verilen cezaların infazını titizlikle yerine getirmekle sorumludur.²⁴⁷

Devlet pozitif yükümlülük çerçevesinde hukuka aykırı öldürme eylemlerine karşı etkin biçimde mücadele sağlayan hukuki ve idari mekanizmayı oluşturmakla birlikte kamu görevlileri tarafından güç kullanımına ilişkin kuralları açık bir şekilde belirleyerek, söz konusu düzenlemeleri AHİS standartları ile uyumlu bir biçime dönüştürmelidir. Yaşama hakkı bakımından tehdit niteliğindeki diğer faaliyetler de gözden geçirilmelidir. Mahkeme, 17/06/2008 tarihli Abdullah Yılmaz/Türkiye kararında,²⁴⁸ bir uzman çavuşun meslek etiğine uygun olmayan davranışları neticesinde emrinde bulunan erin intihar etmesi ile ilgili somut vakada, olayın koşullarına göre emri altında bulunan erlerin bedensel ve zihinsel bütünlüğünü korumakla yükümlü olan profesyonel ordu mensubu uzman çavuşun, bu yükümlülüklerini ifa edebilmesi açısından yeterli olmadığı yönünde bir değerlendirmede bulunmuştur. Yerel düzenlemelerin, bir uzman çavuşun emri altında bulunan eri yönetmek ve hassas bir olayla yüz yüze kaldığı zaman görev ve sorumluluklarını tespit etmek bakımından eksik yönleri bulunduğunu ifade eden Mahkeme, somut olayda yetkili mercileri, mağduru amirlerinin uygun görülmeyen hareketlerinden korumak için yetkileri kapsamındaki her önlemi almış sayılmadıklarından bahisle sorumlu tutarak, erin intiharına konu başvuru sonucunda Sözleşme'nin ikinci maddesinin Türkiye tarafından ihlal edildiğine karar vermiştir.²⁴⁹

Devletin yaşama hakkını tehlike altına alan suçlara yönelik olarak caydırıcı ceza hukuku hükümlerini yürürlüğe koyma sorumluluğu bulunmaktadır. Bunun yanında devlet söz konusu hükümlerin ihlali edilmesini önlenmeye, bastırmaya ve cezalandırmaya ilişkin bir yasal mevzuat sistemi oluşturmak zorundadır.²⁵⁰

²⁴⁷ ÇİFTÇİOĞLU, s.146.

²⁴⁸ Abdullah Yılmaz/Türkiye davası, Başvuru No: 21899/02, Karar Tarihi: 17/06/2008. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

²⁴⁹ ÇİFTÇİOĞLU, s.147.

²⁵⁰ KILINÇ, s.101.

Mahkeme, devletin Sözleşme kapsamındaki pozitif yükümlülüğünü güncel kararları ile sürekli genişletme yaklaşımı içerisine girmiştir. Sözleşme'nin koruma altına aldığı hak ve özgürlüklerin devlete pozitif ödevler yüklediği şeklindeki yorum, Sözleşme'nin muhtelif maddeleri bakımından da göz önünde bulundurulmaktadır. Devletin pozitif yükümlülüğü konusunda Mahkeme'nin geliştirdiği içtihadın mihenk taşlarından birini Öneriyıldız kararı oluşturmaktadır. Devletin yaşama hakkı kapsamındaki ödevlerini genişleten Mahkeme'nin bu yöndeki içtihadının önemli bir parçasını oluşturan söz konusu karar, yaşama hakkının ihlali tehlikesini bünyesinde bulunduran çevre sorunlarında devletin sorumluluğunu Sözleşme'ye atfeden bir karar şeklinde algılanmaktadır.²⁵¹

Yaşama hakkı ile yakından alakalı bulunan ve korunma yükümlülüğü altında olan sağlık hakkı da devletin güvencesi kapsamında görülmektedir. Hastalık ve ölüm ile karşı karşıya kaldığı halde maddi yoksunluktan dolayı tıbbi destek alamayan kimseler bakımından klasik haklar arasında yer alan yaşama ve beden bütünlüğünü koruma hakkının özü itibariyle vazgeçilmez bir niteliğe haiz olması, devletin sağlık hakkını koruma yükümünün gerekçesini oluşturmaktadır.²⁵² Mahkeme bazı kararlarında ceza hukukunun kapsamı dışına çıkıp, devletin pozitif yükümlülüklerinin öncelikli olarak sağlığın korunması ve bir takım sosyal hizmetlere de hasredilebileceğine dikkat çekmiştir. Devlet yalnızca kamuya ait hastanelerde değil, bunun yanında özel hastanelerde gerçekleşen ölümlerden de sorumlu görülebilmektedir.²⁵³ Devletin sağlık hizmetlerinde belli bir kalite ve standardı tesis etmekle kişilerin yaşama haklarını koruma hususunda genel bir yükümlülüğe haiz olup olmadığı sorunu ise Mahkeme içtihatlarında açık bir biçimde ortaya koyulmuş değildir. Mahkeme Kıbrıs kararındaki mütalaasında,²⁵⁴ taraf devlet yetkililerinin toplumun geneline garanti ettikleri sağlık hizmetlerini sunmamak suretiyle Sözleşme'nin 2'nci maddesi uyarınca bir bireyin yaşama hakkını tehlike altına almış olabileceklerinden bahsetmiştir. Mahkeme Sözleşme'nin 2'nci maddesinin birinci

²⁵¹ ÖZDEK, s.156.

²⁵² BAHADIR, s.40.

²⁵³ KILINÇ, s.101.

²⁵⁴ Lech GARLICKI, "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Yaşam Hakkı", *TBB İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı Sempozyumu*, Yargıtay Konferans Salonu, Ankara, 26-27/09/2003, s.85.

fikrasının, devleti yalnızca kasten ve kanuna aykırı öldürme eylemlerinden kaçınmakla değil, bunun yanında kendi egemenlik alanı içinde bulunan yaşamları korumak için makul önlemler almakla da görevlendirdiğini ifade etmiştir. Mahkeme söz konusu davada Sözleşme'nin 2'nci maddesine göre bir taraf devletin sağlık hizmetlerini yerine getirirken belli bir kaliteyi ve standardı tesis etmekle yükümlü olup olmadığı hususunda ise bir değerlendirmede bulunmamaktadır.²⁵⁵

Mahkeme bunun yanında devletin kişinin yaşamını korumak için gereken tıbbi tedavi ya da ilaç giderlerini karşılamasının da yükümlülük dâhilinde değerlendirilebileceğini ifade etmiştir. 09/06/1996 tarihli LCB/İngiltere kararında,²⁵⁶ devletin yaşama hakkını koruma altına almak için gerekli tüm gayreti göstermekle yükümlü olduğunu, söz konusu yükümlülüğün sağlık konusunda önlem almayı da kapsadığını, devletin hasta yaşamının korunması için makul önlemler alması hususunda sağlık kuruluşlarının göz önüne alması gereken kuralları düzenleme altına alması gerektiğini, hekim kontrolü altında olan hastaların ölmesi halinde, ölüm olayını aydınlığa kavuşturmak ve olaydan sorumlu tutulabilecek kişilerin tespiti cihetine gitmek konusunda tedbir olarak etkin ve bağımsız bir adalet mekanizması oluşturmak mecburiyeti olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, 17/01/2012 tarihli Calvelli ve Ciglio/İtalya kararında²⁵⁷ da benzer ifadelere yer vermiştir.²⁵⁸

²⁵⁵ KILINÇ, s.102.

²⁵⁶ Bkz. DUTERTRE, s.33. L.C.B./Birleşik Krallık davasında ise Birleşik Krallık'ın gerçekleştirdiği nükleer denemeler esnasında Christmas Adası'nda bulunan ve lösemi hastası olan başvurunun iddialarına yönelik başvuruda Mahkeme, devletin başvurucuyu kasıtlı şekilde yaşamından mahrum bırakma niyetiyle hareket etmediğine karar vermiştir. Fakat Sözleşme'nin 2'nci maddesi bağlamında devletin, başvurunun yaşamının tehlike altına girmesini engellemek için gereken her türlü tedbiri alıp almadığını değerlendirmiştir. Sonuç olarak Mahkeme bu hususta da devletin sorumluluğunu yerine getirdiğine karar vermiştir.

²⁵⁷ Abdullah Yılmaz/Türkiye davası, Başvuru No: 21899/02, Karar Tarihi: 17/06/2008. <http://www.echr.coe.int /ECHR /EN/ Header/Case- Law / HUDOC/HUDOC+database/>

²⁵⁸ ÇİFTÇİOĞLU, s.145. Ayrıntılı bilgi için bkz. Mahkeme, Calvelli ve Ciglio davasında da aynı ilkelerin kamu sağlığı bakımından geçerli olduğu görüşündedir. Sözleşme'nin 2'nci maddesi kapsamında belirlenen pozitif yükümlülükler, özel veya devlet hastanelerini hastaların yaşama haklarının korunmasını sağlayacak şekilde uygun önlemler almaya iten düzenlemeleri gerçekleştirmek hususunda devletleri sorumlu kılmaktadır. Aynı zamanda, devletler bağımsız bir adalet sistemi kurarak ister devlet sektöründe olsun isterse özel sektörde olsun tıbbi müdahaleye tabi hastaların ölüm nedenlerini ortaya koyabilir ve sorumlu olan kişileri tespit edebilir. Fakat yaşam veya kişisel bütünlük haklarının ihlalinin kasten gerçekleştirilmediği hallerde, Sözleşme'nin 2'nci maddesi kapsamında öngörülen etkin bir adalet mekanizması kurulmasına ilişkin pozitif yükümlülük her somut olayda muhakkak cezai hukuk yolunun tüketilmesini zorunlu hale getirmemektedir. Özel tıbbi müdahaledeki ihmallerde, hukuk mahkemelerinde aranacak çözüm yollarının da ilave edilmesi ile müdahalede

Calvelli ve Ciglio/İtalya'ya karşı davada başvuruçular 2'nci maddenin ihlali iddiasında bulunmuşlardır. Başvuruçular, çocuklarının ölümünden sorumlu doktor hakkında yürütülen cezai takibat sonucunda verilen para cezasının zamanaşımı nedeniyle infaz edilmemiş olduğunu öne sürmektedirler. Mahkeme tıbbi müdahaleye bağlı ölümlerde İtalyan ceza sisteminin mağdurlara zorunlu cezai takibat ve dava açma imkânı verdiğini belirtmiştir. Doktorun hukuk mahkemelerinde sorumlu kılınması durumunda Hükümet disiplin soruşturmasının başlatılabileceğini teyit etmiştir. Başvuruçular da bu hususu kabul etmişlerdir. İtalyan sistemi başvuruçulara belirli çözüm yolları göstermektedir. Bu çözüm yolları ise teorik anlamda Sözleşme'nin 2'nci maddesinin gerekliliklerini karşılayacak niteliktedir. Fakat iç hukukta öngörülen korumanın sadece teorik anlamda mevcut olması, Sözleşme'nin 2'nci maddesindeki gereklilikleri karşılamaya yetmeyecektir. Bunun da ötesinde, söz konusu korumanın belirli bir zaman dâhilinde uygulamada etkin bir şekilde işletilmesi gerekmektedir. Mahkeme doktora karşı yürütülen adli soruşturmanın gecikmeye neden olan usul eksiklikleri dolayısıyla zaman aşımına uğradığını belirtmiştir. Fakat Mahkeme'ye göre başvuruçuların bunun yanında hukuk mahkemelerinde dava açma hakları da vardır. Somut olayda da başvuruçular söz konusu haktan istifade etmişlerdir. Hukuk mahkemesince yapılan incelemede doktorun sorumlu tutulmasına ilişkin bir bulgu tespit edilememiştir. Fakat dava dosyası kapsamında Cosenza Asliye Mahkemesi nezdinde başvuruçular, doktor ve klinik sigortacıları ile tazminat sözleşmesi imzalayarak, hukuk usulü çerçevesindeki haklarından kendi istekleriyle tek taraflı olarak vazgeçmişlerdir.²⁵⁹

Mahkeme somut olayda hayatını kaybeden çocuğun akrabalarının tıbbi ihmale dayalı hukuk davası kapsamında tazminat kabul etmeleri nedeniyle ilke olarak mağdur olduklarını öne süremeyecekleri kanaatine ulaşmıştır. Bahse konu karar, Mahkeme tarafından davanın özel şartları kapsamında iddia edilen hususlarla ilintili olarak davalı doktorun sorumluluğunu ortadan kaldıran zamanaşımı

bulunan doktorların yükümlülüklerinin tespiti cihetine gidilebilir ve makul bir hukuki tazminatın kazanımı bu yolla elde edilebilir. Sorumlulukları tespit edilen görevlilerin disiplin cezası almaları da öngörülebilir. ERDOĞAN/KARAN, s.55.

²⁵⁹ERDOĞAN/KARAN, s.56.

faktörünün 2'nci maddeye uygun olup olmadığı konusunun ele alınmasının gerekli görülmemesine neden olmuştur.²⁶⁰

Bunun yanında Mahkeme, yaşama hakkı bakımından sağlıklı bir çevre sağlamanın devletin başlıca görevi olduğu düşüncesindedir. Fakat Sözleşme'nin 2'nci maddesi hükmü ile ulaşılmak istenen gayenin, daha çok devletin fiziksel varlığı idame ettirme şartlarını tesis etmekle sınırlı olduğunun da altını çizmektedir. Örneğin Mahkeme doğuştan özürlü olan çocuğun hastanede ücretsiz bakımı sorununun incelendiği bir başvuruda devletin negatif ve pozitif yükümlülüklerine değinmeden başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun bulmuş ve başvurunun reddine yönelik bir karar vermiştir.²⁶¹

Devletin pozitif yükümlülüklerinden biri olan önleyici tedbir alma görevi, devletin egemenlik alanı içerisinde bulunan bir kişinin yaşamı sona ermeden önce alınması elzem olan bazı tedbirleri ifade etmektedir. Kendine özgü şartlar, devletlerin daha itinalı önlemlerle yaşama hakkını koruma altına almalarını gerekli hale getirmektedir. Devletin, hâkimiyet alanında bulunan bütün kişiler bakımından aynı önem derecesinde tedbir alması mümkün değildir.²⁶²

Mahkeme'nin Türkiye ile alakalı olarak hükmettiği kararlarına baktığımızda, devletin, yakın ve gerçek bir tehlike altında olanların, kendi denetimi altında bulunanların ve güç kullanımında bulunduğu operasyonlardaki sivil kişilerin yaşamlarını kaybetmemeleri için önlem almakla yükümlü olduğunu görmekteyiz.²⁶³

Türkiye'ye karşı Mahmut Kaya²⁶⁴, Kılıç ve Akkoç²⁶⁵ başvurularında Mahkeme, mağdurların yaşama hakkına ilişkin olarak gerçek ve yakın bir tehlikenin bulunduğunu, bahse konu tehlikenin yetkililer tarafından bilindiğini veya bilinmesi gerektiğini, buna rağmen yetkililer tarafından var olan tehlikeyi önlemeye ilişkin

²⁶⁰ ERDOĞAN/KARAN, s.56.

²⁶¹ ÇİFTÇİOĞLU, s.146.

²⁶² KILINÇ, s.102.

²⁶³ KILINÇ, s.102.

²⁶⁴ Mahmut Kaya/Türkiye davası, Başvuru No: 22535/93, Karar Tarihi: 28/03/2000. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

²⁶⁵ Akkoç/Türkiye davası, Başvuru No:22947/93 ve 22948/93, Karar Tarihi:20/03/2008. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

herhangi bir tedbirin alınmadığını tespit ederek Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir. Türkiye'de 1990 yıllarında kamuoyu tarafından faili meçhul cinayetler olarak anılan olaylarla alakalı olmaları, bahsi geçen başvuruların ortak özelliğini oluşturmaktadır.²⁶⁶

Mahkeme Mahmut Kaya kararında, PKK örgütüne üye yaralı teröristlere yardımda bulunduğu gerekçesiyle ölüm tehditleri aldığını söyleyen bir doktor ile arkadaşı olan bir avukatın öldürüldüğü başvuruya konu somut olayda, devletin bu kişilerin yaşama hakkına yönelik somut, gerçek ve önlenemez tehlike karşısında gereken tedbirlere başvurmada özenli davranmadığı gerekçesiyle yaşama hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.²⁶⁷

Mahkeme, yaşama hakkı konusunda devletlere izafe edilen pozitif yükümlülüğün ne anlam ifade ettiğini birçok kararında benzer şekilde ifade etmiştir. Mahkeme Akkoç/Türkiye kararında da Sözleşme'nin 2'nci maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesi gereğince devletin yalnızca yaşama hakkını kasti ve hukuka aykırı şekilde sonlandırmaktan sakınması gerektiğini değil, bunun yanında hâkimiyeti altındaki bireylerin yaşama hakkını korumak için makul ve uygun tedbirler alması gerektiğini de vurgulamaktadır. Yine Mahkeme'ye göre hukuk sistemi tarafından korunan kişilere karşı suç işlenmesini önlemek amacıyla, etkin ceza hukuku tedbirlerini hayata geçirerek, söz konusu düzenlemelerin ihlal edilmesini engelleyerek, bastırarak ve yaptırım altına alarak yaşama hakkını korumak devletin en temel vazifesidir. Bu görev, diğer bireylerin suç teşkil eden eylemlerinden ötürü yaşama hakkı tehlike altında olan kişi veya kişileri korumak için uygun hallerde önleyici tedbirler almak açısından yetkililerin pozitif yükümlülüğünü de içermektedir.²⁶⁸

Pozitif yükümlülüğün alanı, modern toplumların denetim altında bulundurulmasındaki güçlükler, insan davranışının önceden tahmin edilmezliği, kaynaklar ve ihtiyaçlar kapsamında yapılmak durumunda kalınan tercihler göz önüne

²⁶⁶ ÖZDEK, s.150.

²⁶⁷ ÇİÇEKLİ/ERYILMAZ/YILMAZ, s.39.

²⁶⁸ TANRIKULU, s.60.

alınarak, yetkililere olanaksız ve orantısız bir yük getirmeyecek şekilde yorumlanmalıdır.²⁶⁹ Hal böyle olunca her yaşama yönelik tehlike iddiası, yetkililerin bir Sözleşme şartı olarak bahse konu riskin meydana gelmesini engellemek için kullanıma hazır tedbirler almalarını gerektirmeyecektir. Mahkeme pozitif yükümlülüğün doğması için, yetkililerin, zamanında üçüncü kişi veya kişilerin eylemlerinden dolayı belli kişi ya da kişilerin yaşama haklarına ilişkin olarak gerçek ve yakın bir tehlikenin varlığından haberdar olduklarının veya olmaları gerektiğinin tespit edilmesi ve söz konusu tehlikeyi önlemek için hâkimiyetleri alanında kendilerinden beklenebilecek tedbirleri almakta yetersiz olduklarının belirlenmesi gerektiği görüşündedir.²⁷⁰

Nitekim 09/06/2009 tarihli Opuz/Türkiye kararında,²⁷¹ başvurucunun annesi, başvurucunun eski eşi tarafından öldürülmüştür. Yetkili merciler, başvurucunun eşinin şiddet içeren hareketleri konusunda birçok kez uyarılmışlardır.²⁷² Mahkeme somut vakada eşine ve kayınvalidesine ilişkin olarak şiddet içeren eylemleri, adli sicil kaydı ve eşi ile kayınvalidesinin sağlığı ve güvenliği açısından tehlike oluşturması karşısında kocanın yeni şiddet fiillerine teşebbüs edebileceğinin tahmin edilebilir olduğunu, başvuru ve annesinin birçok defa yaralanmış ve ölümlle tehdit edilmiş olmalarına karşın yetkililerce müştekilerin şikâyetlerinden vazgeçtikleri gerekçe gösterilerek yürütülen soruşturmalar sonucunda takipsizlik kararları verildiğini, 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun hükümleri gereğince gerekli tedbirlerin alınmamış olduğunu, aile içi şiddetin engellenmesi hususunda etkin bir mekanizma oluşturulup uygulamaya geçirilmediğini dikkate alarak 2'nci maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Keza somut vakada mağdurların korunabilmesi için gerekli güvencelerin tesis edilmediği, yerel mercilerin mağdurlara yönelik şiddeti engellemekte gereken titizliği gösteremedikleri, her olayda şiddete başvuran eşin ifadesinin alındıktan sonra serbest bırakıldığı kararda belirtilmiştir.²⁷³

²⁶⁹ TANRIKULU, s.60.

²⁷⁰ Akkoç/Türkiye, Başvuru No:22947/93 ve 22948/93, 10/10/2000, parag. 77-78.

²⁷¹ Opuz/Türkiye davası, Başvuru No: 33401/02, Karar Tarihi: 09/06/2009. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

²⁷² ÇİFTÇİOĞLU, s.147.

²⁷³ TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR/ÖNOK, s.99-100.

Daha önce de belirtildiği gibi Sözleşme'den doğan pozitif yükümlülüğün gereklerine uyulmamış olduğundan söz edebilmek için yetkili mercilerin kişi veya kişilerin yaşama haklarına ilişkin gerçek ve yakın bir tehlikenin mevcudiyetinden haberdar olmaları ve buna rağmen beklenen makul tüm önlemleri almamış olmaları gerekmektedir. Mahkeme 14/09/2010 tarihli Dink/Türkiye kararında,²⁷⁴ Dink'in Türk kimliğini aşağılamış olduğundan bahisle 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 301'inci maddesi gereğince hakkında kamu davası açıldığını, kovuşturma aşamasında yerel mahkemenin aşırı milliyetçi bir gruba üye kişilerin davaya katılmalarına müsaade ettiğini ve yerel mahkeme tarafından Dink'in Türk Ceza Kanunu'nun 301'inci maddesi uyarınca mahkûmiyetine hükmedildiğini, bu kişinin kamuoyu nezdinde bilhassa aşırı milliyetçi gruplara karşı tüm Türk kökenli insanları aşağılayan profil olarak gösterildiğini belirlemiştir. Mahkeme, Dink'i öldürmekle suçlanan kişilerin aşırı milliyetçi gruplara üye olduklarının ve söz konusu suçun hazırlık aşamasında olduğundan açık bir şekilde bilgisi olan kolluk güçlerinin sonucu engellemeye yönelik hiçbir tedbir almadıklarının altını çizmiştir. Mahkeme'ye göre devlet bu vakada pozitif koruma yükümlülüğünü ifa etmemiştir. Daha önce de belirtildiği gibi kendine yönelik bir tehlikenin var olduğunu düşünen her birey bakımından özel koruma sağlama yükümlülüğü var olmayacağı gibi, devletin belirli bir kimseyi devamlı olarak özel koruma yükümlülüğü de bulunmamaktadır. Burada koruma yükümlülüğü belirlenirken ciddi ve somut bir tehlikenin varlığı göz önünde bulundurulmaktadır.²⁷⁵

Devletin tehlikede olan kişilerin yaşama hakkını koruma yükümlülüğünün netice değil davranış yükümlülüğü olduğu kabul edilmektedir. Bu hususta öncelikli olarak bir kişiye ilişkin somut ve ciddi bir tehlikenin var olup olmadığı ve bunun yanında devletin bahse konu tehlikeyi bertaraf etmek için tüm olanakları seferber edip etmediği ve kendisinden beklenebilecek bütün gerekli tedbirlere başvurup başvurmadığı araştırılacaktır. Tehlikenin meydana gelmesini engellemek için gerekli tüm tedbirler alınmasına rağmen yine de kişiye karşı gerçekleşen saldırı engellenememiş ise devletin sorumluluğundan bahsedilemeyecektir. Fakat böyle bir

²⁷⁴ Dink/Türkiye davası, Başvuru No: 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09, 7124/09, Karar Tarihi: 14/09/2010. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

²⁷⁵ ÇİFTÇİOĞLU, s.148.

durumda olayın etkin bir şekilde yürütülen soruşturmaya konu edilip edilmediği hususu üzerinde durulacaktır.²⁷⁶

Devletin sorumluluğunu kapsayan koşullar çerçevesinde yaşama hakkının ortadan kalkması durumunda, devletin tasarrufu altındaki imkânlar kapsamında gereken düzeyde savunma yapması gerekmektedir. Yaşama hakkının kasten ihlal edilmemesi durumunda, etkin bir adalet mekanizması kurulmasına yönelik pozitif yükümlülük muhakkak ceza hukuku anlamında soruşturma yapma zorunluluğunu kapsamamaktadır. Söz konusu pozitif yükümlülük hukuki, idari veya disiplinler denetim yollarına başvurulmasının mağdur kişilere tanınması halinde de yerine getirilebilir.²⁷⁷

Pozitif yükümlülük, öldürme eylemine kolluk güçleri taraf olmasa dahi, devletin yaşama hakkını korumaya ilişkin önleyici tedbirler almasını zorunlu kılmaktadır. Söz konusu tedbirler, bir kişinin yaşama hakkına yönelik somut ve önlenemez bir tehlike ortaya çıktığında bireyin devlet tarafından koruma altına alınmasını, bütün önlemlere karşın bir öldürme olayı meydana gelmişse olayla ilgili etkili, hızlı ve kapsamlı bir soruşturma yapılmasını gerekli kılmaktadır. Söz konusu yükümlülükleri ifa etmeyen taraf devletler, Sözleşme'nin 2'nci maddesini ihlal etmiş sayılmaktadırlar.²⁷⁸ Yaşama hakkının korunması hususundaki pozitif yükümlülüklerin ifa edilmemesi gerekçe gösterilerek devletler hakkında ihlal kararlarına hükmedilmektedir. Şu gerçektir ki; 2'nci maddeye dayalı ihlal kararlarının büyük bir bölümünde bu nedene bağlı olarak gerekçelendirme yapıldığı görülmektedir.²⁷⁹

Pozitif yükümlülüğün bir başka neticesi de, devletin kontrolü altında bulunan kişilerin kendilerine ya da başkalarına zarar vermelerini önleme yönünde sorumluluğunun bulunmasıdır. Mahkeme Kılınç ve diğerleri kararında,²⁸⁰ Türkiye'nin yaşama hakkını koruma altına almak için pozitif yükümlülüğünün

²⁷⁶ ÇİFTÇİOĞLU, s.150.

²⁷⁷ ERDOĞAN/KARAN, s.57.

²⁷⁸ ÇİÇEKLİ/ERYILMAZ/YILMAZ, s.38.

²⁷⁹ ÇİÇEKLİ/ERYILMAZ/YILMAZ, s.39.

²⁸⁰ Kılınç/Türkiye davası, Başvuru No:40145/98, Karar Tarihi:07/06/2005.<<http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>>

gereklerine uygun davranmadığını belirtmiştir. Atipik depresyon tedavisi gören, ancak buna rağmen askere alınan ve psikolojik tedavi görmeye devam ettiği esnada silah verilerek nöbete bırakılan Mustafa Canan Kılınç, nöbetinde kendisini silahla vurmak suretiyle intihar etmiş ve yaşamını yitirmiştir. Somut olayda Mahkeme, Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir.²⁸¹

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde düzenleme altına alınan haklar teorik olmaktan ziyade, somut hak niteliğinde olduklarından devlet, gereken yasal düzenlemeleri gerçekleştirdikten sonra, öldürmeme yükümlülüğüne ilk başta kendisi uymalıdır. Daha sonra bireyin yaşama hakkını ölümle neticelenmesi olası saldırı ve fiillere karşı korumak için elzem olan her çeşit uygun tedbire başvurulmalıdır.²⁸²

Madde metninden yola çıkarak devletin, şiddete uğrayan ya da tehlikeli bölgelerde hayatını sürdüren kişilere veya ölümle tehdit edilen bireylere koruma altına alma gayesiyle polis ya da koruma görevlisi sağlama yükümlülüğü olduğu sonucuna ulaşılmamalıdır. Pozitif yükümlülüğün, yetkili mercilere ifa edilmesi mümkün olmayan ya da ölçsüz bir sorumluluk bahsettiği anlamına gelecek biçimde yoruma tabi tutulmaması gerekmektedir. Pozitif yükümlülüğün sorumluluk doğurmasından bahsedebilmek için kişilerin yaşama hakkına yönelik olan ve üçüncü kişilerin suç teşkil eden eylemlerinden kaynaklanabilecek gerçek bir tehlikenin varlığından yetkili mercilerin bilgi sahibi olmaları ya da olmaları gerektiği ve yetkileri dâhilinde bahse konu tehlikeden kaçınmaya ilişkin tedbirleri almayarak söz konusu yükümlülüğe aykırı hareket etmiş olmaları gerekmektedir.²⁸³

Devlet haklara müdahalede bulunmamakla yükümlü olmakla birlikte aynı zamanda söz konusu hakları korumakla ve kullanılabilir şekle getirmekle de sorumludur.²⁸⁴ Çünkü Sözleşme'nin 1'inci maddesi, "Yüksek sözleşmeciler taraflar kendi yetki alanları içinde bulunan herkese bu Sözleşme'nin birinci bölümünde

²⁸¹ ÇİÇEKLİ/ERYILMAZ/YILMAZ, s.41.

²⁸² İSMAYILOV, s.38.

²⁸³ İSMAYILOV, s.38.

²⁸⁴ Feyyaz GÖLCÜKLÜ, *Yaşama Hakkı ve İşkence Yasağı*, İzmir Barosu İnsan Hakları Hukuku ve Hukuk Araştırmaları Merkezi Yayını, İzmir, 1997, s.44.

açıklanan hak ve özgürlükleri tanır” ifadesine yer vermiştir.²⁸⁵ Bu düzenlemeden yola çıkarak kişilerin, Sözleşme’nin güvence altına aldığı haklardan olması gerektiği şekilde faydalanabilmeleri için Sözleşme’ci taraf devletlerin etkin güvenceler tesis etmeleri yönünde pozitif yükümlülüğe haiz oldukları görülmektedir.²⁸⁶

Taraf devletler, yaşama hakkına ilişkin suç teşkil eden fiilleri yaptırım altına almak, bu türden suçların işlenmesine engel olmak gayesiyle yeterli sayıda kolluk kuvveti istihdam etmek ve söz konusu suçları işleyen kişilerin yaptırma tabi kılınabilmesi için etkin bir adli teşkilat kurmak gibi önlemleri yerine getirmelidirler.²⁸⁷

Devletin egemenliği altındaki bireylerin yaşama hakkını koruması anlamına gelen pozitif yükümlülük bir olanak yükümlülüğüdür. Devletin sorumluluğundaki bu görev, bir yandan somut önlemlerle yaşamın somut bir tehlikeden korunmasını; öbür yandan da öldürme eyleminin caydırıcı bir müeyyideye tabi kılınarak yasaklanmasını, bu yasağın gereklerinin yerine getirilmesini sağlamaktır. Devlet, somut bir tehdit ile karşılaştığında yaşama hakkının korunması için gerekli tüm önlemleri alma yükümlülüğü altındadır.²⁸⁸ Mahkeme birçok kararında²⁸⁹ Sözleşme’de yer alan hakların dinamik bir yapıya haiz olduğunu, devletin öncelikli olarak öldürmeme yükümlülüğünü kendisinin ifa etmesi gerektiğini, bununla birlikte kişinin yaşamını, ölümle nihayetlendirecek saldırı veya fiillere karşı korumak için gereken tedbirleri almakla mükellef olduğunu belirtmiştir. Sözleşme’nin 2’nci maddesinden doğan pozitif yükümlülük, yalnızca öldürme eyleminin resmi görevlilerce işlenmiş olabilme şüphesinin bulunduğu durumlarda değil, Sözleşme’nin 2’nci maddesine aykırılığında şüphe edilen her durumda geçerliliğini korumaktadır. Devlet, bir netice alamamış olsa dahi, elinden gelen her şeyi yerine getirmelidir. Ancak

²⁸⁵ Sözleşme’nin 1’inci maddesine göre devletler kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin Sözleşme ile tanınan haklardan yararlanmalarını sağlarlar. Burada bahsedilen “yetki alanı” sadece ülkenin coğrafi sınırlarını ifade etmemektedir. Coğrafi sınırlar dışında doğan sorumluluk, Sözleşme’nin 1’inci maddesinin bir devletin kendi topraklarında gerçekleştiremediği Sözleşme ihlallerini başka bir devletin topraklarında gerçekleştirmesine izin verecek şekilde yorumlanamayacağı ilkesinden kaynaklanır.

²⁸⁶ BAHADIR, Yaşama Hakkı, s.38.

²⁸⁷ BAHADIR, Yaşama Hakkı, s.38.

²⁸⁸ BAHADIR, Yaşama Hakkı, s.39.

²⁸⁹ Örneğin, Tanlı/Türkiye Kararı, Yaşa/Türkiye Kararı.

devletlere izafe edilen pozitif yükümlülükler, devamlı kişisel koruma sağlayacak kadar geniş ve mutlak biçimde anlaşılmalıdır.²⁹⁰ Kabul edilmelidir ki, devlet tehlike altında olduğu iddia edilen her kişiye genel tedbirler yanında yakın bir koruma sağlamak zorunda değildir. Her somut vakanın kendi koşullarına bağlı olarak, devletin koruma yükümlülüğünün kapsamı değerlendirilmelidir. Sözleşme'nin 2'nci maddesinden doğan pozitif yükümlülük alanının, Mahkeme'nin son zamanlarda verdiği kararları ile daha da geniş çerçevede ele alındığı gözlemlenmektedir. Mahkeme'ye göre, kişilerin yaşama hakkına ilişkin genel tehlikeler için devletin tedbir alma zorunluluğu olmasa da, söz konusu tehlikenin somut hale gelip gerçek bir risk teşkil etmesi karşısında taraf devletin kişilerin yaşama haklarını korumak için ve söz konusu somut riski ortadan kaldırma amacıyla gerekli tedbirleri alması gerekmektedir. Aksi takdirde Sözleşme'nin 2'nci maddesi bağlamında devletin sorumluluğuna yol açan durumlar ortaya çıkabilecektir.²⁹¹

Yaşama hakkına saygının tesis edilebilmesi için kişinin dört halde koruma altına alınması gerekmektedir. Bu bağlamda kişinin kendisine karşı, üçüncü kişinin eylemlerine karşı, devlete karşı ve ideolojik nedenlerden kaynaklanabilecek saldırılara karşı korunması gerekmektedir. Sözleşme'nin 2'nci maddesi, yaşama hakkının korunma altına alınması için makul tedbirlerin alınması hususunda taraf devletlere pozitif yükümlülükler adı altında birtakım görevler yüklemektedir. Devlet bu anlamda, yaşama hakkını etkin olarak koruyan yasal düzenlemeleri oluşturarak, adam öldürme eylemlerini suç olarak düzenlemeli ve yaptırım altına alınmalıdır. Devletin yaşama hakkını korumaya ilişkin yükümlülüğü bazı hallerde, birtakım kişileri, özel şahıslardan, çevresel tehditlerden, daha da ileri giderek kişilerin kendilerinden doğan belli tehlikelerden dahi korumasını gerektirebilir.²⁹²

²⁹⁰ BAHADIR, Yaşama Hakkı, s.39.

²⁹¹ BAHADIR, Yaşama Hakkı, s.39.

²⁹² BAHADIR, Yaşama Hakkı, s.40.

3. Devletlerin Usulî Yükümlülüğü

Çalışmamız kapsamında devletin etkin soruşturma gerçekleştirme yükümlülüğü olarak ifade edilen ve pozitif yükümlülüğün bir parçası olan usuli yükümlülük, diğer bir ifadeyle prosedürel yükümlülük, Mahkeme içtihatlarındaki önemine binaen bu başlık altında ayrıca ele alınmıştır. Mahkeme, yaşama hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddialar hakkında yerel makamlar tarafından etkili bir soruşturma gerçekleştirilmesini, devletin yaşama hakkını koruma altına alması adına usulî bir yükümlülük olarak görmektedir. Bu kapsamda, sadece bir soruşturmanın başlatılması da kâfi değildir. Soruşturmanın zamanlaması ve neticesi de bu anlamda önem taşımaktadır. Gerçekleştirilen soruşturmanın yeterli düzeyde görülebilmesi için hemen başlatılarak hızlı bir şekilde yürütülmesi, bağımsız makamlar tarafından gerçekleştirilmesi, sorumluların bir an önce tespit edilmesi gerekmektedir.²⁹³

Devletin usulî yükümlülüğü kümülâtif nitelik göstermektedir. Mahkeme, devletin usulî yükümlülüğünü ihlal ettiği iddiası öne sürüldüğünde, iç hukuk yollarının tüketilmiş olup olmadığını gözetmeden gerçekleştirilen bireysel başvuru taleplerini geri çevirmemektedir. Nitekim Mahkeme'nin Mentеше ve diğerleri/Türkiye kararı ²⁹⁴ bu duruma emsal nitelikte bir karar olarak gösterilebilecektir.²⁹⁵

Öneryıldız kararında Mahkeme, Sözleşme'nin 2'nci maddesinin devlete kamusal faaliyetler alanında da pozitif yükümlülükler getirdiğini, bu sebeple bahsi geçen maddenin somut olaya uygulanabilir nitelikte olduğunu kabul etmiştir. Görevlilerin patlamayı engellemek adına aldıkları tedbirler ve kamunun bilgilendirilme hakkı bağlamında, başvurucunun yakınlarının ölümünden dolayı devletin sorumluluğunu değerlendirme altına alan Mahkeme, somut olaydan önce hazırlanan uzman raporunu göz önünde bulundurarak çöplük çevresinde patlama tehlikesinin mevcut olduğunu ve çöplüğün teknik standartlara uygun düşmediğini tespit etmiştir. Mahkeme bunun yanında olayın belediye yetkililerinin bilgisi

²⁹³ ÖZDEK, s.142.

²⁹⁴ Mentеше ve diğerleri/Türkiye davası, Başvuru No:36217/97, Karar Tarihi: 18/01/2005. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

²⁹⁵ ÇİFTÇİOĞLU, s.154.

dâhilinde geliştiği varsayımından hareket etmiştir. Yetkililerin metan gazı patlamasının yol açacağı tehlikeler konusunda kamuyu yeterince bilgilendirmediklerini de gözlemleyen Mahkeme, neticeten, Ümraniye çöplüğü çevresinde oturan insanların yaşama haklarına yönelik somut bir tehlike ile yüz yüze kaldıklarının yetkili makamlar tarafından bilindiğine veya bilinmesi gerektiğine dikkat çekmiş ve söz konusu tehlikeden doğabilecek sonuçları önlemek için yetkililer tarafından herhangi bir tedbirin alınmamış olması nedeniyle Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir.²⁹⁶

Somut vakayı Sözleşme'nin 2'nci maddesinin kapsadığı usulî yükümlülüklerle riayet edilip edilmemesi açısından da ele alan Mahkeme, devleti bu hususta da sorumlu görmüştür. İç hukuk yollarında olay idari ve cezai açıdan soruşturmaya tabi tutulmuş ve ilgili yetkililerin sorumlu olduklarına yerel yargı makamları tarafından karar verilmiş ise de, Mahkeme var olan iç hukuk yollarının etkili olmadığı kanaatine ulaşmıştır. Belediye yetkililerinin sadece görevlerini ifa etmemeleri sebebiyle yargılanıp, taksirle ölüme sebebiyet verme suçu iddiasıyla haklarında kamu davası açılmamış olmasını yaşama hakkı ihlali isnatlarının öne sürüldüğü bir ceza hukuku soruşturmasında yeterli görmeyen Mahkeme, ceza hâkimlerinin olayı yaşama hakkının tehlike altına sokulması şeklinde değerlendirmemelerinin, belediye başkanlarının fiili bir dokunulmazlık kazanmalarına sebebiyet verdiği düşüncesindedir. Ölüm ile neticelenen fiillerde caydırıcılığı sağlamak adına devletin ceza hukuku sistemini etkin şekilde uygulama sorumluluğu bulunmaktadır. Somut olayda belediye görevlileri hakkında verilen 3 aylık hapis cezası para cezasına çevrilmiş ve hükmedilen para cezasının da ertelenmesine karar verilmiştir. Mahkeme, söz konusu davada uygulanan ceza hukuku tedbirlerinin etkili olmadığı görüşündedir. İstanbul İdare Mahkemesi tarafından belediye yetkilileri hakkında hükmedilen manevi tazminat miktarının ise, kararın verilmesinin üzerinden 4 yıl 11 ay 4 gün geçmiş olmasına rağmen, idari yargılama aşamasının uzaması sebebiyle uygun bir sürede ödenmediğini gözlemleyen Mahkeme, aynı zamanda söz konusu manevi tazminatın tatminkâr miktarda olmadığı görüşündedir. Neticeten başvuruya

²⁹⁶ ÖZDEK, s.156.

konu olayda Mahkeme iç hukukta alınan tedbirlerin, Sözleşme'nin 2'nci maddesinden doğan usulî yükümlülükler için yeterli olmadığı kanaatine ulaşmıştır.²⁹⁷

Devlet doğal nedenler sonucu meydana gelmeyen, bilhassa kamu görevlilerinin güç kullanımı neticesinde ortaya çıkan ölüm olaylarını etkin bir soruşturmaya konu etmelidir. Kişinin, kamu görevlileri tarafından öldürüldüğünün ispat edilememesi hallerinde de, etkin bir soruşturmanın devlet tarafından gerçekleştirilmemiş olması Sözleşme'nin 2'nci maddesi bağlamında yaşama hakkının ihlaline neden olup, ilgili devletin sorumluluğuna yol açacaktır. Mahkeme'nin bu yöndeki tespitlerinin gerekçesini, taraf devletlerin usulî yükümlülüklerini yerine getirilmemeleri oluşturmaktadır. Mahkeme bazı somut vakalarda, yaşama hakkının ihlali ve ilgili ihlal iddiası konusunda etkili bir soruşturma gerçekleştirilmemesi nedeniyle iki kez 2'nci maddenin ihlalinden mahkûmiyet kararına hükmedebilmektedir. Bu nedenle bireyin kamu görevlilerince kuvvet kullanımı neticesinde hayatını kaybetmesi halinde sorumluluğu olan kişi veya kişilerin tespit edilmesi açısından amaca hizmet eden ciddi ve etkili bir soruşturma yürütmenin önemi ortaya çıkmaktadır.²⁹⁸ Bunun yanında kolluk güçlerince hukuka aykırı şekilde yaşama hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddiaları bağımsız şekilde soruşturacak bir adli sistem yokluğu, taraf devletin iç hukukunda yaşama hakkını etkin şekilde koruyamadığını tespit eden Mahkeme kararlarının gerekçesini oluşturmaktadır.²⁹⁹

Sözleşme'nin 2'nci maddesinin 1'inci maddesi ile beraber dikkate alınması gerekliliği, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından birçok kararda üzerinde önemle durulan bir konu olmuştur. Mahkeme birçok kararında, devlet görevlilerince güç kullanılması neticesinde yaşamını yitiren bir kişinin olduğu her somut olayda etkili bir soruşturma yürütülmesi gerektiğine, bu ödevin Konsey'e üye her bir devlet için Sözleşme'nin 1'inci maddesinden kaynaklanan bir yükümlülük olduğuna dikkat çekmiştir.³⁰⁰

²⁹⁷ ÖZDEK, s.157.

²⁹⁸ ÇİFTÇİOĞLU, s.152.

²⁹⁹ İSMAYILOV, s.38.

³⁰⁰ İSMAYILOV, s.38.

Devletin usulî yükümlülüğünü ifa etmesi açısından yaşama hakkının ihlaline yönelik bir olayın soruşturma ve yargılama boyutu, soruşturmanın etkili yapılması ile yakın ilişki içerisinde. Bu yükümlülük kapsamında resmi bir soruşturmaya derhal başlanmalı, olayla daha önce ilgilenmemiş bağımsız kişiler tarafından soruşturma yürütülmeli, aynı zamanda yürütülen soruşturma, olayları ve faileri ortaya koymaya yeterli nitelikte olmalıdır. Bunun yanında soruşturma, hızlı bir şekilde yürütülmeli ve uygun bir zaman zarfında neticelendirilmelidir. Soruşturma, kamuoyunun denetimine açık olmalı, bu bağlamda mağdur yakınlarına soruşturmaya müdahil olabilme fırsatı tanınmalıdır.³⁰¹

Mahkeme içtihatlarına göre, devlet öldürülme olayları üzerine etkili bir soruşturma yürütülmesini sağlamakla görevlidir. Yaşama hakkının devletlere izafe ettiği en önemli pozitif yükümlülük etkili soruşturmanın gerçekleştirilmesidir. Etkili bir soruşturmadan bahsedebilmek için yürütülen soruşturmanın hızlı, kapsamlı ve sonuç getirici olması gerekmektedir.³⁰²

Diğer taraftan olayların geliştiği koşullar açısından uygulanan ve genel kural niteliğinde kabul edilen “makul şüphenin ötesinde” kanıt sunma yükümlülüğü, Mahkeme tarafından kanıtlar incelenirken dikkate alınmaktadır. Fakat belirtilen nitelikteki kanıtlar Mahkeme’ye göre; kuvvetli, açık ve birbiri ile örtüşen çıkarsamaların ya da aksi ispat edilmeyecek olayların mevcut olması neticesinde ortaya çıkabilir. Bahsi geçen olayların devletin gözetimi altında tutulma sırasında kısmen veya tamamen idarenin bilgisi dâhilinde meydana gelmesi ve kişinin ölümü ya da yaralanması ile sonuçlanması durumunda³⁰³, ikna edici ve inandırıcı bir açıklama yapma yükümlülüğü yetkililere ait bulunmaktadır.³⁰⁴

³⁰¹ ÇİFTÇİOĞLU, s.152.

³⁰² ÇİÇEKİLİ/ERYILMAZ/YILMAZ, s.39.

³⁰³ Bir yakınının 2’nci maddeyi ihlal edecek şekilde öldürülmüş olduğunu iddia eden başvurucunun bu iddiasını uygun delillerle ispat etmesi gerekmektedir. Başvurucu bu iddiasını ispat ederse, davalı devletin ölüm olayının 2’nci maddenin ikinci fıkrasına uygun olduğuna AİHM’i ikna etmesi gerekecektir. “Herkes iddiasını ispatla yükümlüdür” prensibinin uygulandığı AİHM yargılamasında bu prensibin çok önemli iki istisnası bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, gözaltına alınan ya da cezaevinde tutulan kişinin tutulduğu yerde ölmesi ya da tutulduğu yerden yara berelerle salıverilmesi durumunda, davalı devlet ölüm ya da yaralanma olayına makul bir açıklama getirmek zorundadır. Yani, ölenin yakınlarından maktulün yasadışı bir şekilde öldürülmüş olduğunu ispat etmeleri beklenmeyecektir. Burada AİHM, özgürlüğünden mahrum bırakılan kişilerin korumaya daha çok

Mahkeme'nin Tanlı kararında Sözleşme'nin 2'nci maddesi uyarınca gözaltında meydana gelen ölümden, Hükümet sorumlu tutulmuştur. Başvuru sahibinin şikâyeti, Sözleşme'nin 13'üncü maddesi kapsamında değerlendirilebilir bir özellik göstermektedir. Mahmut Tanlı'nın ölümünün gözaltında bulunduğu esnada meydana gelmesi ve gerçekleştirilen otopsi incelemesinin Birleşmiş Milletler Model Otopsi Protokolü esaslarına uygun olmaması, aynı zamanda olaydan sorumlu kişileri belirlemek amacına hizmet etmemesi 13'üncü maddede yer alan etkili hukuk yoluna başvurma hususundaki yükümlülüğün ihlali niteliğinde görülmüştür. Yetkili makamlar tarafından yürütülen soruşturmanın çok yüzeysel yapılmış olması Sözleşme'nin 13'üncü maddesi anlamında ihlal teşkil etmektedir.³⁰⁵

Başvuranın oğlunun işkence gördüğü iddialarının aksinin, yapılan inceleme neticesinde ispat edilememiş olduğu görülmüştür. İşkence yapıldığına dair yüzeysel izlerin belirlenmesine ilişkin testler de yapılmamış olup, hukuktaki post mortem prosedürler de Mahmut Tanlı'nın ölüm nedenini ortaya koymaya yetmemiştir. Sağlık durumu iyi olan Mahmut Tanlı'nın gözaltında meydana gelen ölümü için yetkililer, ikna edici bir açıklama yapamamışlardır.³⁰⁶

Mahmut Tanlı'nın, Uluyol Karakolunda gözaltına alındığı sırada ölmesine bir açıklık getiremediği için Mahkeme, Hükümet'in başvuruçunun oğlunun ölümü nedeniyle sorumlu olduğu kanısına varmıştır. Bu sebeple Mahkeme, 2'nci maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.³⁰⁷ Her ne kadar somut olay hakkında etkili soruşturma yapılmadığı gerekçesiyle Mahkeme karar tarihi itibariyle Sözleşme'nin 13'üncü maddesinin ihlal edildiğine karar vermiş ise de, artık daha güncel içtihatlarında etkili soruşturma gerçekleştirilmeyen başvurularda usulen ihlal kararlarının dayanağını Sözleşme'nin 2'nci maddesi oluşturmaktadır. Sözleşme'nin 13'üncü maddesi ise, başvuruçunun iç hukuk yollarında yönelebileceği tazmin

muhtaç bir durumda oldukları ve devletin kontrolündeki bir yerde vuku bulan bir ölüm olayının tüm delillerinin de devlet görevlilerinin elinde olacağı gerçeğinden hareket etmektedir. İkinci istisna da, benzer bir şekilde, kişi devlet güçlerinin de katılmış olduğu bir çatışma ya da operasyonda hayatını kaybetmiş ise, ölüm olayını açıklamak taraf devlete düşecektir.

³⁰⁴ TANRIKULU, s.58.

³⁰⁵ BAŞAK, s.67.

³⁰⁶ TANRIKULU, s.59.

³⁰⁷ TANRIKULU, s.59.

yolunun fiilen ve hukuken engellenerek, etkili bir başvuru hakkının ortadan kaldırıldığı vakalarda verilen ihlal kararlarının gerekçesini teşkil etmektedir.

Mahkeme uygulamada mağdurun kamu görevlileri tarafından öldürüldüğü kesin bir biçimde belirlenmese de devlet tarafından failerin tespit edilmesi hususunda yeterli olmayan bir soruşturma yürütülmesi halinde de devletin Sözleşme'nin 2'nci maddesi bağlamında sorumlu olduğunu kabul etmektedir.³⁰⁸ Soruşturma makamları yaşama hakkına yönelik bir eylemin vuku bulduğu ihbarını aldıklarında herhangi bir şikâyetin varlığını aramaksızın hemen harekete geçmek zorundadırlar. Bu hususta delil toplamak ve söz konusu delileri muhafaza etmek oldukça önem taşımaktadır. Olay yerinden elde edilen delillerin vakit geçirilmeksizin toplanması soruşturmanın tam ve etkili olarak tamamlanması açısından büyük öneme haizdir. Mahkeme'ye göre etkili bir soruşturma, hızlı ve önyargısız yürütülmelidir. Soruşturmayı yürüten yetkililer ölüm olayını öğrenir öğrenmez mağdurların şikâyet başvurusunu beklemeksizin hemen soruşturmaya başlamalı ve delillerin zarar görmesine engel olmalıdırlar. Soruşturma kapsamında tanık ifadeleri süratle alınmalı, soruşturmanın etkinliği bakımından Cumhuriyet savcısının gözetiminde uzman olay yeri inceleme ekipleri bizzat mahalde incelemelerine başlamalıdır. Bunun yanında olay yerinin ve maktulün fotoğraflarının çekilmesi, olay yeri tespit tutanağının tanzim edilmesi soruşturmanın sağlıklı yürütülmesi bakımından son derece önemli hususlardır. Ölüm olayları akabinde gerçekleştirilen otopsi işlemlerinde cesetlerin dış ve iç muayenesinde belirlenen lezyonların nasıl ve ne şekilde meydana geldiklerinin ayrıntılı bir biçimde belirlenerek ölü muayene tutanağına bağlanması gerekmektedir.³⁰⁹

Söz konusu tespitler hem ölümlü olaylarda hem de kötü muamele ve işkence olaylarında büyük bir ehemmiyet teşkil etmektedir. Mahkeme'nin birçok kararında otopsi işlemlerinin gereken titizlikte yapılmaması gerekçe gösterilerek Türkiye'nin sorumluluğuna hükmedilmiştir. Bu hususta Kaya/Türkiye,³¹⁰

³⁰⁸ ÇİFTÇİOĞLU, s.153.

³⁰⁹ ÇİFTÇİOĞLU, s.153.

³¹⁰ Kaya/Türkiye davası, Başvuru No:22729/93, Karar Tarihi: 19/02/1998. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

Oğur/Türkiye,³¹¹ Tanrıkulu/Türkiye, Salman/Türkiye,³¹² Tanlı/Türkiye³¹³ ve Aktaş/Türkiye³¹⁴ kararları emsal niteliktedir. Başvurucunun Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ihlali ile alakalı iddialarını, Mahkeme devletin usuli yükümlülüğünü denetlemek için yerinde inceleyebilmektedir. Bu doğrultuda 3 yargıçtan teşekkül eden heyetler ilgili taraf devlete gönderilmekte ve başvurucuların, tanıkların ve soruşturmada görev alan yetkililerin beyanları bizzat heyette yer alan yargıçlar tarafından alınmaktadır.³¹⁵

Öldürme olayının fail veya faillerinin ilgili devlet tarafından tespit edilememesi mutlaka Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ihlali anlamına gelmemektedir. Mahkeme'ye göre önemli olan uygulamada sorumluların ortaya çıkarılması için gerekli gayretin gösterilmiş olmasıdır. Diğer bir ifadeyle sorumlular belirlenememiş olsa da soruşturmanın etkili yapılmış olması yükümlülüğün yerine getirilmiş sayılması için yeterlidir. Mahkeme'nin Ekinci/Türkiye³¹⁶ ve Tanrıbilir/Türkiye³¹⁷ kararları bu duruma emsal nitelikte olan kararlardır.³¹⁸

Devlet, yaşama hakkı ciddi tehlike altında bulunan bireyi, kendi olanakları dâhilinde önlemler almak suretiyle koruma altına almalı ve öldürme eylemini mevzuatında suç olarak düzenleyerek, söz konusu suçun işlenmesi halinde faili belirlemek için gerekli soruşturmanın yürütülmesini ve failin yaptırımı tabi tutulmasını sağlamalıdır.³¹⁹

Bu doğrultuda taraf devletlerin başlıca pozitif ödevleri arasında, Sözleşme ile tanınan hak ve özgürlüklerin ihlali iddialarının etkili bir biçimde soruşturulması ve

³¹¹ Oğur/Türkiye davası, Başvuru No:21594/93, Karar Tarihi: 20/05/1999. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

³¹² Salman/Türkiye davası, Başvuru No:21986/93, Karar Tarihi: 27/06/2000. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

³¹³ Tanlı/Türkiye davası, Başvuru No:26129/95, Karar Tarihi: 10/04/2001. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

³¹⁴ Aktaş/Türkiye davası, Başvuru No: 24351/94, Karar Tarihi: 24/04/2003. <<http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

³¹⁵ ÇİFTÇİOĞLU, s.153.

³¹⁶ Ekinci/Türkiye davası, Başvuru No:25625/94, Karar Tarihi: 18/07/2000. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

³¹⁷ Tanrıbilir/Türkiye davası, Başvuru No:21422/93, Karar Tarihi: 16/11/2000. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

³¹⁸ ÇİFTÇİOĞLU, s.154.

³¹⁹ BAHADIR, Yaşama Hakkı, s.38.

olayın faillerinin cezai açıdan yaptırma tabi tutulması için gerekli gayretin sarf edilmesi de yer almaktadır.³²⁰



³²⁰BAHADIR, Yaşama Hakkı, s. 40.

İKİNCİ BÖLÜM

ÖZEL ÖLÜM OLAYLARI KARŞISINDA YAŞAMA HAKKI

I. YAŞAMA HAKKI İHLALİNE NEDEN OLAN ÖZEL ÖLÜM OLAYLARI

A. Gözaltında Meydana Gelen Ölüm ve Kayıp Olayları

Türkiye'nin yaşama hakkını ihlal ettiğini belirleyen kararlardan bazıları gözaltında oluşan ölümlerle alakalıdır. Yaşama hakkı konusundaki genel tutumuna uygun olarak, Mahkeme bu grupta bulunan başvuruları ölümden devletin sorumlu olup olmaması ve etkin bir soruşturma yapılıp yapılmaması açısından ele almıştır.³²¹

Gözaltı bakımından diğer önemli bir konu da şikâyetin niteliğine göre değişkenlik gösteren etkin yerel makama başvuru hakkının kullanılması hususudur. Gözaltında meydana gelen bir ölüm olayı, gözaltına alındıktan sonra gerçekleşen ortadan kaybolma olayı, gözaltında kötü muamele vakası gibi başvurularda Mahkeme, Hükümet'in 2'nci madde uyarınca etkili bir soruşturma yürütmesini beklemektedir. Yüzeysel şekilde yürütülen soruşturmalar, söz konusu madde kapsamında belirlenen yükümlülüklerin ihlali manasına gelmektedir. Bilhassa 2'nci ve 3'üncü madde ihlalinin bir arada öne sürüldüğü başvuruların sayısının artması yerel makamların daha dikkatli inceleme ve soruşturma gerçekleştirilmesi gerekliliğine işaret etmektedir.³²² Her ne kadar Mahkeme eski içtihatlarında etkili soruşturma yapılmadığı gerekçesiyle Sözleşme'nin 13'üncü maddesine dayanarak ihlal kararı vermiş olsa da, artık daha güncel içtihatlarında etkili soruşturma gerçekleştirilmeyen başvurularda usulen ihlal kararının gerekçesini Sözleşme'nin

³²¹ ÖZDEK, s.144.

³²² BAŞAK, s.70.

2'nci maddesine dayandırmaktadır. Sözleşme'nin 13'üncü maddesinin ihlali ise, başvuruçunun iç hukuk yollarında yönelebileceği bir tazmin yolunun fiilen ve hukuken engellenerek, etkili bir başvuru hakkının ortadan kaldırıldığı vakalarda ortaya çıkmaktadır. Bu madde kapsamındaki Sözleşme yükümlülüklerine uygun olan gereklilikleri tespit etme hususunda taraf devletlere takdir hakkı tanınmış olmasına karşın, 13'üncü madde, Sözleşme hükümlerine göre incelenebilir bir şikâyetin esası üzerinde durmak ve uygun bir düzeltme sağlamak için iç hukuk yolu koşulunu zorunlu hale getirmektedir. Bunun yanında Sözleşme'nin 13'üncü maddesinde zorunluluğundan bahsedilen yerel makama başvuru yolu, hem mevzuat anlamında hem de uygulamada etkili olmalıdır. Bilhassa yerel makama başvuru yolunun işlerliğine davalı devletin yetkililerinin ihmali ya da eylemleriyle neden gösterilmeksizin engel olunmamalıdır.³²³

Gözaltında bulunduğu esnada kişinin kötü muameleye maruz kaldığı iddiası öne sürüldüğünde etkili bir hukuk yoluna başvuru hakkının tanınması sonucunda mağdura tazminat ödenmesinin yanı sıra ihlalden sorumlu olan yetkililerin de belirlenerek cezalandırılması için başvuru sahibinin de iştirak edeceği eksiksiz ve etkin bir soruşturmanın yürütülmesi şarttır.³²⁴

Sözleşme'nin 13'üncü maddesinde göz önüne alınması gerektiğine değinilen etkili makama başvuru yolu, hem hukuksal düzenlemelerde hem de uygulamada etkili olmalı, bilhassa davalı devletin yetkililerinin ihmalleri neticesinde bu yolun işlerliğine engel olunmamalıdır. Yaşama hakkını koruma altına alınan önemine istinaden Sözleşme'nin 13'üncü maddesine uygun bir tazminatın ödenmesine ek olarak, soruşturma aşamasına etkili bir biçimde katılarak yaşama hakkından mahrum bırakılmadan sorumlu olan kişilerin tespit edilmesi ve cezalandırılması için bu konuda muktedir olmayı gerektirir olanak şikâyetçiye verilmelidir.³²⁵

Bir şüpheli ölüm olayında gereken araştırmaları yapmaya ilişkin girişimlerin gerçekleştirilmesinde Mahkeme asli sorumluluğun yetkililerde bulunduğunu kabul etmektedir. Mahkeme bu araştırma için, ölünün yakınlarının başvuruda bulunmasını

³²³BAŞAK, s.67.

³²⁴BAŞAK, s.67.

³²⁵BAŞAK, s.68.

ön şart olarak görmemektedir. Bu bağlamda Türk makamlarının Mahkeme önünde gerçekleştirdikleri savunmada, şüpheli ölüm olayına ilişkin olarak başvuru yerel mahkemede gerçekleştirilen ceza yargılamasında müdahil sıfatına haiz olmadığını öne sürmeleri bir anlam taşımamaktadır.³²⁶

Mahkeme delilleri tartışırken genellikle makul yönde şüphe bırakmayacak şekilde delil sunma standardını kullanmaktadır. Bunun yanında söz konusu kanıtlanma yeterince sağlam, kesin ve birbirleriyle çelişmeyen çıkarsamaların ya da benzer şekilde aksi ispat edilmemiş maddi karinelerin bir araya gelmesi sonucunda sağlanabilecektir.³²⁷ Şayet başvuruya konu olaylar, yetkililerin gözetimi altında bulunan kişilerin durumunda olduğu gibi, özellikle yetkililerin bilgisi dâhilinde meydana gelmiş ise, yaralanma veya yaşama hakkına yönelik diğer zararların gözaltı esnasında oluştuğuna dair güçlü karinelerin varlığı kabul edilebilecektir. Söz konusu durumlarda ispat yükümlülüğü, tatmin edici ve inandırıcı bir açıklamada bulunmaları gereken yetkililerin üzerine düşmektedir.³²⁸

Sözleşme'nin 2'nci maddesinin uygulanabilmesi için ve ölümün kesin olarak belirlenebilmesi için cesedin ortaya çıkmış olmasına ise lüzum yoktur. Türkiye aleyhine açılan Çiçek, Taş, Salman, Akdeniz ve diğerleri gibi davalar sonucunda verilen kararlarda, devletin kontrolü altında olan bir kişinin sağlığında oluşan olumsuz yöndeki değişiklikleri açıklama yükümlülüğüne haiz olduğu belirtilmiştir. Bunun yanında kişinin ölmesi durumunda açıklama yapma yükümlülüğü daha da önemli bir hal alır. Kişinin son defa kolluk güçlerinin kontrolü altında iken görülmüş olması, bir daha ortaya çıkmaması, Mahkeme'nin ihlal kararı vermesinde ölçüt aldığı hususlardır. Mahkeme kişiden ne kadar uzun süre haber alınamamışsa ölmüş olma olasılığının da o kadar yüksek olduğu kanaatindedir. Taraf devlet bu gibi somut vakalarda kişinin akıbeti hakkında makul ve tatmin edici bir açıklama sunamazsa 2'nci maddeden dolayı sorumluluk altına girecektir.³²⁹

³²⁶BAŞAK, s.48.

³²⁷ Osman DOĞRU, Atilla NALBANT, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama Ve Önemli Kararlar*, 1. Cilt, s.12.

³²⁸ DOĞRU/NALBANT, s.39.

³²⁹ ÇİFTÇİOĞLU, s.158.

Mahkeme, gözetiminde bulunan kişilerin yaşamından devletin sorumlu olduğu, sağlıklı bir şekilde gözetimine alınan bir kişinin ölmesi veya yaralanması halinde, yetkililerin duruma açıklık getirmek zorunda oldukları görüşündedir. Bunun yanında Mahkeme'nin yeni içtihatları, belirli hallerde devletin yaşama hakkını koruma altına alma hususunda pozitif bir yükümlülüğe haiz olduğu yönündedir. Yetkililerin, bazı durumlarda kişilerin yaşama haklarını koruma konusunda Sözleşme'nin 2'nci maddesi gereğince pozitif yükümlülüğe sahip oldukları kanaatini taşıyan Mahkeme, gözetiminde bulunan kişilerin kontrol edilebilir bir durumda bulduklarına ve yetkililerin onları korumak hususunda yükümlülükleri olduğuna vurgu yapmaktadır.³³⁰

Mahkeme, Sözleşme'nin 2'nci maddesinde koruma altına alınan hakkın önemi sebebiyle, yalnızca devlet görevlilerinin fiillerini değil, bunun yanında olayı kapsayan bütün koşulları göz önüne alarak, yaşama hakkından yoksun bırakma olaylarını dikkatli bir şekilde incelemelidir. Gözetiminde bulunan kişiler savunmasız bir durumda olduğu için yetkililerin söz konusu kişileri koruma yönünde sorumlulukları bulunmaktadır. Sonuçta gözetimine alındığı esnada sağlıklı olan bir kişinin serbest bırakıldığı esnada yaralanmış olduğu tespit edilirse, söz konusu yaraların ne şekilde oluştuğu konusunda açıklama getirme yükümlülüğü devlete aittir. Kişinin gözetiminde bulunduğu zaman zarfında ölmesi durumunda, yetkililerin kişiye yönelik muameleyi açıklama yükümlülüğü daha da genişleyecektir.³³¹

Mahkemece, gözetiminde meydana gelen öldürme olayları ile ilgili olarak yapılan başvuruların bir kısmında, yetkililer tarafından etkin bir soruşturma yapılmadığı gerekçe gösterilerek 2'nci maddenin ihlal edildiğine hükmedilmiştir. Bu hususta Salman, Tanlı, Aktaş, Abdurrahman Orak, Demiray ve Avşar kararları emsal niteliktedir. Söz konusu davalarda, gözetiminde meydana gelen ölümlerden devlet sorumlu tutulmuş ve olaylardan sonra yürütülen soruşturmanın yetersizliği gerekçe gösterilerek yaşama hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.³³²

³³⁰ ÖZDEK, s.145.

³³¹ DOĞRU/ NALBANT, s.39.

³³² ÖZDEK, s.148.

Demiray/Türkiye davasında,³³³ Hükümet'in iddiasına göre PKK terör örgütü üyesi olduğu şüphesiyle gözaltına alınan kişi, PKK silâhlarının bulunduğu yeri göstermeyi önermiş ve önde bu kişi, arkada kendisini takip eden üç güvenlik görevlisi ile deponun bulunduğu yere gidilirken tuzak bir mayının patlaması neticesinde adı geçen kişi hayatını kaybetmiştir. Bahsi geçen olayda Mahkeme, önleyici tedbir alınmadığını gerekçe göstererek, 2'nci madde hükmünün ihlal edildiğine karar vermiştir.³³⁴

Mahkeme Demiray davasında, gözaltında bulunan kişilerin yaşama hakkını koruma altına almak için devletin yükümlülük alanını değişik bir açıdan ele almaktadır. Mahkeme söz konusu davada gözaltında bulunan kişinin yaşama hakkının tehlikeden korunması için yetkililerin tedbir alması gerektiğine dikkat çekmektedir. 1994 yılında Diyarbakır'da gözaltına alınan Demiray gözaltında iken güvenlik güçleri tarafından PKK'nın askeri malzemelerini göstermesi gayesiyle araziye götürüldüğü esnada bir el bombasının patlaması neticesinde hayatını kaybetmiştir. Savcılığın kişinin ölümünün el bombasının patlaması sonucunda gerçekleştiğini belirlemesi üzerine Demiray'ın eşi, kocasının canlı kalkan olarak kullanıldığını ve ölümünden kolluk kuvvetlerinin mesul olduğunu gerekçe göstererek Komisyon'a başvuruda bulunmuştur.³³⁵

Mahkeme Sözleşme'nin 2'nci maddesinin, belirli şartlarda kişiyi koruma altına almak için önleyici tedbirler almak hususunda yetkililere pozitif bir ödev yüklediğinin, yetkililerin gözaltında bulunan kişileri korumakla yükümlü olduklarının altını çizerek kararında belirtmiştir. Demiray'ın patlama esnasında el bombasına sadece 1 metre uzak kalması, jandarma görevlilerinin ise yaklaşık otuz ila elli metre uzaklıkta bir mesafede durmaları kararda göz önüne alınan hususlardır. Olayda zarar gören tek kişinin Demiray olması, operasyonun bu şekilde yürütülmesine Hükümet'in makul bir açıklama sunamaması ve kişinin yaşama hakkını koruma altına almak için gerekli tedbirlerin alınmamış olması, Mahkeme

³³³ Demiray/Türkiye davası, Başvuru No:27308/95, Karar Tarihi: 04/04/2001. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

³³⁴ Şeref GÖZÜBÜYÜK, Feyyaz GÖLCÜKLÜ, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitabevi, 7. Bası, Ankara 2007, ("Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 2007"), s.157.

³³⁵ ÖZDEK, s.147.

bakımından 2'nci maddenin ihlal edildiğine karar verebilmek için yeterli sebepler olarak görülmüştür.³³⁶ Sonuç olarak Mahkeme, yetkililerin Ahmet Demiray'ın yaşamını koruma altına almak gayesiyle gereken tedbirlere başvurmadıklarına karar vermiştir.³³⁷

Gözaltında bulunuyorken ölen ve vücudunda yaralanma saptanan kişiye ilişkin bir başvuru olan Salman/Türkiye davasında ise, Mahkeme Hükümet'in, meydana gelen ölüme sorumluluğunu doğuran bir kasıt veya taksirinin olmadığı iddiasını ikna edici bir şekilde açıklayamamasını 2'nci madde kapsamında ihlâl nedeni olarak görmüştür. Söz konusu davada da Çakıcı ve Timurtaş davalarında olduğu gibi gözaltında meydana gelen ölümlerde ispat külfeti devlete düşmekte ve yetkililerin olay hakkında tatmin edici bir açıklama yapma yükümlülüğü bulunmaktadır. İkna edici bir açıklama yapılmadığı takdirde devletin sorumluluğu doğacaktır.³³⁸ Adı geçen davada Hükümet, şüphelinin kalp hastası olduğu ve vücudundaki yaralanmanın yapay solunum girişiminden kaynaklandığı yönünde savunmada bulunmuş; başvuran ise kişinin işkence neticesinde hayatını kaybettiğini belirtmiştir.³³⁹

Başvurucu ve ölenin babası, Agit Salman'ın gördüğü işkence neticesinde öldüğünü iddia eden resmi bir şikâyeti soruşturma makamlarına sunmuşlardır. Sırf Agit Salman'ın gözaltında bulunduğu esnada ölmesinin yetkili makamlara ihbar edilmiş olması kendiliğinden, Sözleşme'nin 2'nci maddesi kapsamında ölümün hangi şartlarda gerçekleştiğini açık bir şekilde soruşturma yükümlülüğünü ortaya

³³⁶ ÖZDEK, s.147.

³³⁷ CENGİZ, Yaşam Hakkı, s.392.

³³⁸ ÇAKMAK, Yaşama Hakkı, s.178.

³³⁹ Bkz. ÖZDEK, s.145. Salman başvurusunda, kişinin 1992 yılının Nisan ayında Adana'da gözaltına alınmasından bir gün sonra hayatını kaybetmesinin, sorgulandığı esnada gördüğü işkenceden ileri geldiği iddia edilmiştir. Başvurucu, kocası Salman'ın gözaltına alındığı esnada sağlık durumunun iyi olduğunu ifade etmiştir. Ailesinin cesetten aldığı fotoğrafları ise işkence iddiasına delil olarak göstermiştir. Söz konusu bu fotoğraflarda falaka izleri görülmektedir. Hükümet yaptığı savunmasında Salman'ın daha önce kalp hastası olduğunu, gözaltına alındıktan sonra girmiş olduğu stres nedeniyle kalp krizi geçirerek öldüğünü belirtmiştir. Salman'ın ölümü hakkında düzenlenen İstanbul Adli Tıp Enstitüsü raporu da Hükümet'in savunmasını destekler mahiyettedir. Fakat Komisyon, söz konusu adli tıp raporunun yeterli olmayan bulgularla bu sonuca ulaştığını yaptırdığı bilirkişi incelemeleri neticesinde belirlemiştir ve Salman'ın işkence sonucunda öldüğü kanısına ulaşmıştır. Mahkeme de, gözaltına alındığı esnada sağlıklı olan Salman'ın ayaklarındaki yaraların, göğsündeki çürüklerin ve kaburga kemiğindeki kırıkların makul bir açıklamasının bulunmadığını belirtmiştir. Sonuç olarak Mahkeme kişinin ölümünden devleti sorumlu görerek ihlal kararı vermiştir.

çıkarmaktadır. Söz konusu yükümlülük, kötü muamele ve yara izlerinin ayrıntılı şekilde açıklanmasını sağlayacak türden bir otopsi işleminin gerçekleştirilmesini ve ölüm nedenine yönelik klinik bulguların objektif bir incelemeden geçirilmesini de kapsamaktadır.³⁴⁰

Adana Terörle Mücadele ekipleri tarafından PKK örgütüne karşı gerçekleştirilen operasyonlar esnasında 28/04/1992 tarihinde gözaltına alınan Salman, 29/04/1992 tarihinde Adana Devlet Hastanesi'ne polis memurlarınca ölü olarak getirilmiştir. Kişi hakkında yapılan otopsi incelemesi neticesinde mevcut kalp rahatsızlığının bahsi geçen olayın etkisiyle kalp krizi geçirmesine neden olduğu ve böylece kişinin hayatını kaybettiği kanaatine ulaşılmıştır. Agit Salman'ın eşi ise, kocasının gözaltı esnasında uğradığı işkence sonucunda öldürüldüğü iddiasıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuruda bulunmuştur. Mahkeme'nin gözaltına alınmış olan kişilere ilişkin genel değerlendirmesinde gözaltında bulunan kişilerin savunmasız bir durumda olduğu, resmi makamların bu kişileri korumakla mükellef olduğu, sağlıklı bir durumdayken polis tarafından gözaltına alınan bir kişinin salıverilmesi esnasında vücudunda oluşan yaralanmaların belirlenmesi durumunda, devletin bu yaralanmanın nasıl oluştuğu konusunda makul bir açıklama getirmekle yükümlü olduğu ifade edilmektedir. Yetkililerin gözaltında bulunan bir kişinin maruz kaldığı muameleye ilişkin sorumluluğu bilhassa kişinin hayatını kaybetmesi halinde daha da önem kazanmaktadır. Mahkeme Agit Salman başvurusunda Sözleşme'nin 2'nci maddesinin esastan ihlal edilmiş olduğuna karar vermiştir.³⁴¹

Başvuruya konu kişi olan Salman, daha önce var olan bir sağlık problemine sahip olmaksızın, sağlık durumu iyi şekilde gözaltına alınmıştır. Ancak kişinin sol ayak bileğindeki yaralanmaya, sol ayağındaki morarma ve şişmeye, göğsündeki morarmaya ve kırılan kaburga kemiğine yetkililer makul ve ikna edici bir açıklama sunamamıştır. Mevcut kanıtlar ise, Hükümet'in yaralanmaların gözaltı sırasında

³⁴⁰ DOĞRU/NALBANT, s.40.

³⁴¹ CENGİZ, Yaşam Hakkı, s.390.

oluşmuş olabileceği, kırılmış kaburga kemiğinin kalp masajı sonucunda husule geldiği yönündeki savunması ile örtüşmemektedir.³⁴²

Mahkeme dava konusu olayda Agit Salman'ın ölümüne neden olan şartların tespit edilmesinde otopsi incelemesinin büyük önem arz ettiğini tespit etmiştir. Önüne gelen tartışma konusu somut vakaların ortaya konulmasında Mahkeme'nin karşılaştığı zorluklar, çoğunlukla gerçekleşmiş ölüm sonrası yapılan tıbbi incelemelerdeki eksikliklerden doğmaktadır. Bilhassa somut vakada adli tıp standartlarına uygun biçimde cesede ait fotoğrafların çekilmemiş olması, ceset üzerinde bulunan yara ve izlerin ayrıntılı şekilde histopatolojik incelemesinin yapılmamış olması, Agit Salman'ın ölümüne gördüğü işkencenin neden olup olmadığını belirleyebilmek için büyük öneme sahip söz konusu izlerin oluş tarihine ve sebebine yönelik gerçeğe yakın bir inceleme yapılmasını önlemiştir.³⁴³ Dr. Şen'in, kişiye kalp masajı uygulanıp uygulanmadığını teyit etmeksizin göğüs kemiğindeki kırılmaya kalp masajının sebebiyet vermiş olabileceğine ilişkin raporunda yer alan bu varsayım, somut vakanın koşulları bakımından isabetli bulunmamıştır. İstanbul Adli Tıp Kurumu'nun Dr. Şen'in belirlemeleri ışığında yaptığı inceleme de bu hatayı telafi etmemiştir. Adli Tıp Kurumu raporu, Agit Salman'ın önceden kendisinde bulunan kalp rahatsızlığının gözaltına alınmasının doğurduğu heyecanla birleşmesi üzerine kalp krizi geçirmesine neden olduğunu ve bu sebeple hayatını kaybettiğini ortaya koyarak olayın akabinde gerçekleştirilen otopsi işlemini bir anlamda tasdik etmiştir.³⁴⁴

Dr. Kırangil'in kişinin göğsündeki morarmanın gözaltına alınmadan önce oluştuğu ve Agit Salman'ın gözaltına alınmanın yarattığı stresin etkisiyle kalp krizi geçirerek uzun süreli nefes alamaması nedeniyle öldüğü yönündeki görüşü, Profesör Pounder ve Cordner'in görüşleri ile çürütülmüştür. Komisyon ölümün hızına ilişkin morarma ve kaburga kırılmasına aynı olayın sebep olabileceği hususunda her iki profesörün görüşünü benimsese de, Dr. Kırangil'in görüşüne de önem vermeyi ihmal etmemiştir. Bunun yanında Komisyon'un Profesör Pounder ve Cordner'in

³⁴² DOĞRU/NALBANT, s.39.

³⁴³ DOĞRU/NALBANT, s. 40.

³⁴⁴ DOĞRU/NALBANT, s.40.

görüşlerine boş yere önem atfettiği de söylenemeyecektir. Komisyon önünde sorun teşkil eden İstanbul Adli Tıp Kurumu'nun raporunu Dr. Kırangil imzalamış olmakla birlikte, Hükümet ajanı tarafından diğer iki profesörün görüşleri arasında bulunan çelişkiye yönelik duruşmada öne sürülen iddialar ise dayanaktan yoksun olarak görülmüştür.³⁴⁵

Başvurucu tarafından öne sürülen işkence iddiaları karşısındaki delil eksikliği, Cumhuriyet savcısınca 19/10/1992 tarihinde verilen takipsizlik kararı ile Adana Ağır Ceza Mahkemesi'nce verilen 26/12/1994 tarihli beraat kararının gerekçesini teşkil etmiştir. Mahkeme, otopsideki hataların Agit Salman'ın ölümünden kolluk görevlilerinin sorumlu olup olmadığını tespit etmeye ilişkin çalışmayı engellediği görüşündedir. Düzenlenen iddianamede, bütün bu süreç içinde nöbetçi üç nezarethane memuru ve kişinin yakalanmasından itibaren ölümüne kadar kendisi ile irtibat halinde olduğu bilinen tüm polislerin isimlerine yer verilmiştir. Agit Salman'a işkence niteliğinde muamele yapan ya da yapmış olabilecek polislerin kimlik bilgilerinin net bir biçimde belirlenmesine yönelik herhangi bir delil ise dosyaya ibraz edilememiştir.³⁴⁶

Somut vakada yalnızca ilk derece mahkemesince dosyanın tekrar incelenmesi için geri gönderme yetkisine haiz olan Yargıtay'a gerçekleştirilecek bir temyiz başvurusu, hâlihazırdaki delillerin tartışılması açısından etkili bir faktör değildir. Bu yüzden Mahkeme başvurusunun ceza yargılaması sonucunda teorik anlamda gerçekleştirdiği temyiz başvurusunun, yürütülmüş olan soruşturmanın seyrini ciddi bir biçimde değiştirebilecek kadar etkin olduğuna kanaat getirmemiştir. Başvurucunun ceza hukuku alanında iç hukuk yollarını tükettiği ve başvurunun kabul edilebilirlik koşullarına uyduğu görülmektedir.³⁴⁷

Sonuç olarak Mahkeme, Hükümet'in Agit Salman'ın Adana Emniyet Müdürlüğü'nde gözaltında bulunduğu esnada kalp durması neticesinde ölmesini izah

³⁴⁵ CENGİZ, Yaşam Hakkı, s.391. Komisyon, Hükümet temsilcisinin iki Profesör arasında hileli bir işbirliği bulunduğuna yönelik duruşmadaki savunmasına da itibar etmemiştir. Bkz. DOĞRU/NALBANT, s.40.

³⁴⁶ DOĞRU/NALBANT, s.40.

³⁴⁷ DOĞRU/NALBANT, s.41.

edememiş olduğunu belirlemiştir. Ayrıca Mahkeme, somut davada ilgililerin kişinin ölümüne neden olan etmenler hakkında etkili bir soruşturma yapmadıkları görüşündedir. Olayın şartları değerlendirildiğinde bu sonuç hukuk mahkemelerine gerçekleştirilecek başvuru yollarını da etkisiz hale getirmektedir. Mahkeme bu bağlamda Hükümet'in hukuki ve cezai yollarla ilgili olan itirazlarını da kabul etmemiştir. Neticeten Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.³⁴⁸

Diğer taraftan, taraf devletler, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre gözaltına alındıktan sonra ortadan kaybolan kişilerin akıbeti hakkında inandırıcı bir açıklama yapma yükümlülüğü altındadırlar. Mahkeme, Taş/Türkiye davasında PKK örgütü ile çatışma esnasında bacağından yaralanarak ele geçirilen kişinin daha sonra başka bir çatışma esnasında kaçtığı yönündeki savunmayı ikna edici bulmayarak, Türkiye'yi yaşama hakkını ihlalden dolayı mahkûm etmiştir.³⁴⁹

14/11/2000 tarihli Mahkeme kararına konu olan Taş başvurusunda³⁵⁰ başvuran, oğlu Muhsin Taş'ın 14/10/1994 tarihinde Cizre'de kolluk kuvvetleri tarafından gözaltına alınmasının akabinde kaybolduğunu, yetkililerin bu olaya dair bir açıklama yapmamasının yaşama hakkının ihlaline neden olduğunu, yetkililerin oğlunun ölümünden sorumlu olduklarını öne sürmüştür.³⁵¹ Bunun yanında ölümün hangi koşullar dâhilinde oluştuğu konusunda etkin bir soruşturma yürütülmediğini de dilekçesinde belirtmiştir. Başvurucu Sözleşme'nin 2, 3, 5, 13, 14 ve 18'inci maddelerinin ihlali iddiasına dayanarak şikâyetçi olmuştur. Cizre'nin Cudi bölgesinde 14/10/1993 tarihinde sabah saatlerinde polis ve jandarmalar tarafından gerçekleştirilen bir operasyonda Muhsin Taş'ın dizinden vurulduğu, saat 05:00 sıralarında gözaltına alındığı, yakalanmasını müteakiben saat 05:50 sıralarında Cizre Devlet Hastanesi'nde muayene edildiği, aynı tarihte gözaltına alınan kişinin Şırnak Jandarma Komutanlığı'ndan bir binbaşıya teslim edildiği, kişinin yakalanmasından

³⁴⁸ DOĞRU/NALBANT, s.41.

³⁴⁹ Ersin YALÇIN, "Yaşama Hakkı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Verdiği Kararlar Bağlamında Kavramın Devletler Ve Özellikle Güvenlik Birimleri Açısından Ortaya Koyduğu Anlamın Değerlendirilmesi", *Polis Bilimleri Dergisi*, Cilt:8, 2006, s.49.

³⁵⁰ Taş/Türkiye davası, Başvuru No:24396/94, Karar Tarihi:14/11/2000. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

³⁵¹ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, İnsan Hakları Sorunu, 2004, s.228.

sonra gözaltına alındığı tarih ve saate dair hiçbir bilgi ve kayda rastlanılmadığı, Muhsin Taş'ın Şırnak'a geldikten sonra gözaltına alındığına dair tek kaydın, Şırnak Askeri Hastanesi poliklinik kayıtları olduğu, söz konusu kayıta 14/10/1993 tarihine yer verildiği, ancak bu kayıta saatin belirtilmediği Komisyon tarafından tespit edilmiştir. Sorgulamayı gerçekleştiren memurların ifadeleri ise, sorgulamanın yapıldığı tarih hakkında ya da Muhsin Taş'ın doktor tarafından muayene edildikten sonra bulundurulduğu yer hakkında doğru bir bilgiye ulaşılmamasının imkânsız olduğunu ortaya çıkarmıştır. İlçe Jandarma Komutanlığı'nın talebi üzerine Cizre Cumhuriyet savcısı tarafından kişinin yakalandığı tarihten itibaren 15 günlük gözaltı süresi talimatı verilmiştir.³⁵² Daha sonra 15 günlük bir ek gözaltı süresi İlçe Jandarma Komutanlığı'nın talebi neticesinde 29/10/1993 tarihinde verilmiştir. Jandarma grup komutanlarınca imzalanan 09/11/1993 tarihli ve el yazılı olay tespit tutanağında, Muhsin Taş'ın Gabar dağlarında PKK sığınaklarını tespit etmek amacıyla gerçekleştirilen operasyona yardım ettiği sırada kaçtığı belirtilmiştir. Ancak Muhsin Taş'ın jandarma sorgulama merkezinden başka bir yere nakledildiğini teyit eden belge veya kayıt bulunmamaktadır. Bunun yanında Muhsin Taş'ın sorgulama esnasında PKK sığınaklarını göstereceği sözünü verdiği ifade tutanaklarından da anlaşılabilir. Hükümet yaptığı savunmada; Muhsin Taş'ın 09/11/1993 tarihinde Gabar dağlarında PKK terör örgütüne tekrar katıldığını öne sürerek, eski iki PKK üyesi itirafçının ifadelerini de delil olarak sunmuştur. Ancak Komisyon delegeleri söz konusu savunmayı ikna edici bulmamıştır. 15/10/1993 tarihinde oğlunun Cizre'de bir çatışma esnasında yaralandıktan sonra yakalandığını öğrenen başvuru, bunun üzerine PKK üyesi olmakla suçlanan Muhsin Taş hakkında soruşturma yürüten Cizre Cumhuriyet savcısından oğlunun akıbetine yönelik bilgi isteminde bulunmuştur. Muhsin Taş'ın Gabar dağlarında PKK sığınaklarını göstermek amacıyla düzenlenen operasyona yardım ettiği sırada kaçtığı iddialarını soruşturma kapsamında ele almayan Cizre Cumhuriyet savcısı, 13/12/1993 tarihinde görevsizlik kararı vererek dosyayı Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi savcısına göndermiştir. DGM savcısı ise soruşturmayı Muhsin Taş'ın PKK'ya üye olup

³⁵² TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, İnsan Hakları Sorunu, 2004, s.228.

olmadığı hususuna odaklanarak yürütmüş, kaybolması olayı ile ilgili ayrıca bir değerlendirmede bulunmamıştır.³⁵³

Davanın Komisyon tarafından Hükümet'e bildirilmesinden sonra, Cizre savcısı tarafından yürütülen soruşturma kapsamında Cizre Bölge Jandarması tarafından gönderilen ve olaydan özel operasyon timinin sorumlu olduğunu ifade eden 29/11/1995 tarihli yazıya istinaden, 07/12/1995 tarihinde görevsizlik kararı verilmiş olup, söz konusu hazırlık dosyası Şırnak Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilmiştir. Şırnak Cumhuriyet savcısı başlattığı soruşturma kapsamında olaya karışan personelin kimlik bilgilerini belirlemenin imkânsız olduğunu gerekçe göstererek 28/08/1996 tarihinde görevsizlik kararı vermiştir. Soruşturmaya konu olayın özel operasyon timi ile bağlantılı olmasından dolayı Memurin Muhakematı Kanunu gereğince dosya Şırnak İl İdare Kurulu'na gönderilmiştir. Daha sonra Muhsin Taş'ın öldürüldüğü iddialarını araştırmak amacıyla İl Jandarma Komutanlığı'ndan atanan Binbaşı Doğan tarafından soruşturma dosyası incelemeye alınmıştır. 12/02/1998 tarihli raporda, 23'üncü Jandarma Tugayı Özel Operasyon Grup Komutanlığı'ndan görevliler eşliğinde Muhsin Taş'ın PKK sığınaklarının yerinin belirlenmesi için Gabar Dağı'na götürüldüğü ve 09/11/1993 tarihinde olay yerinden kaçtığı belirlenmiştir. Ancak olaya ilişkin tutanağı hazırlayanların kimlik bilgilerinin belirlenemeyeceği neticesine ulaşılmıştır.³⁵⁴ Söz konusu raporda, bu koşullar dâhilinde dava açılmasının imkânsız olduğu ifade edilmiştir. İl İdare Kurulu da söz konusu rapordaki kanaati kabul etmiş ve yargılama süreci tamamlanmıştır.³⁵⁵

Hükümet savunmasında, Muhsin Taş'ın halen yaşıyor olduğunu ispat yükünün kendisinde olmadığını ve kişinin kaçtıktan sonra nerede olduğu yönünde bir bilgisinin bulunmadığını ifade etmiştir. Divan, somut vakayı Komisyon'un değerlendirmesi ile aynı yönde kabul etmiştir. Mahkeme daha önceki kararlarında da ifade ettiği gibi, bir kimsenin sağlıklı şekilde gözaltına alınmasından sonra vücudunda oluşan birtakım darp izlerinin nasıl meydana geldiğini açıklama yükümlülüğünün taraf devlete ait olduğunu, bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi

³⁵³TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, İnsan Hakları Sorunu, 2004, s.228.

³⁵⁴TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, İnsan Hakları Sorunu, 2004, s.229.

³⁵⁵TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, İnsan Hakları Sorunu, 2004, s.229.

halinde Sözleşme'nin 3'üncü maddesinin ihlal edilmiş sayılacağını kabul etmektedir. Somut olayda kişi ölmüşse, yetkililerin gözetiminde bulunan bu kişiye uygulanan muamele hususunda açıklama yapma sorumluluğu daha da ağır olacaktır. Yetkililerin, cesedin bulunamadığı hallerde bilgi verme sorumluluğunu yerine getirememelerinin Sözleşme'nin 2'nci maddesi anlamında bir ihlale neden olup olmayacağı davanın şartlarına, bilhassa kişinin gözetiminde bulunduğu esnada öldüğü sonucuna ulaşmak için gerekli somut delillerin bulunmasına bağlıdır. Mahkeme ortadan kaybolan kişinin gözetimine alınmasından sonra geçen zamanın bu tür davalarda göz önünde bulundurulması gereken önemli bir etmen olduğu görüşündedir. Gözetiminde bulunan kimseden haber alınmaksızın geçen sürenin uzunluğu bu kişinin ölme ihtimali derecesini de belirlemektedir. Bu nedenle söz konusu sürenin uzun olması ilgili kişi hakkında ölüm karinesi getirilmeden önce, ölüm ile alakalı delillere verilmesi gereken önemi de etkilemektedir.³⁵⁶ Sözleşme'nin 5'inci maddesi bağlamında ihlal teşkil edecek şekilde gözetimine alınma vakaları, Sözleşme'nin 2'nci maddesi kapsamında yaşama hakkının etkin bir biçimde garanti altına alınması ile ahenk teşkil eden sorunlardır.³⁵⁷

Somut olayda başvuru oğlunun 14/10/1993 tarihinde gözetimine alındığı halde, bu durumun hiç bir gözetim kayıt defterine dercedilmediğini ve oğlunun nerede gözetiminde bulundurulduğuna yönelik güvenilir bir belge sunulmadığını öne sürmüştür. Kişinin yakalandığında yaralanmış olmasına karşın, Şırnak Askeri Hastanesi'nde muayene edilmesinin akabinde tedavisinin sürdürüldüğünü gösteren bir bulguya rastlanılmadığını da ifade etmiştir.³⁵⁸

Başvurana, oğlunun 09/11/1993 tarihinde Gabar Dağlarında gerçekleştirilen bir operasyon esnasında güvenlik güçlerinden kaçtığı iddiası kod isim kullanan üç memur tarafından düzenlenen ve güvenilir bir delille kanıtlanamamış rapora istinaden bildirilmiştir.³⁵⁹ Raporu hazırlayan üç memurun kimlik bilgileri ise belirlenememiştir. Mahkeme, Muhsin Taş'ın gözetimine alındığına ilişkin somut bir belge bulunmamasından ve Hükümet'in bu kişinin akıbeti konusunda tatmin edici bir

³⁵⁶TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, İnsan Hakları Sorunu, 2004, s.229.

³⁵⁷TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, İnsan Hakları Sorunu, 2004, s.229.

³⁵⁸TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, İnsan Hakları Sorunu, 2004, s.229.

³⁵⁹TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, İnsan Hakları Sorunu, 2004, s.229.

açıklama yapamamasından önemli neticelere ulaşmıştır. Bunun yanında 1993 yılında Türkiye'nin güneydoğu bölgesinin genel durumu dikkate alındığında, bir kimsenin bu halde gözaltına alınmasının yaşama hakkı bakımından tehlike arz ettiği kanaatine ulaşılmıştır. Mahkeme, söz konusu davayla alakalı olarak olayların meydana geldiği dönemde güneydoğu bölgesinde görev yapan güvenlik güçlerinin fiillerinden dolayı sorumlu kılınmamış olmalarını, ceza hukukunun etkin bir koruma sağlayamamış olmasına bağlamıştır. Benzer yöndeki görüşünü Kılıç/Türkiye kararı ve Mahmut Kaya/Türkiye kararında da vurgulamıştır.³⁶⁰ Tüm bu sebepler, Mahkeme'nin Muhsin Taş'ın güvenlik güçleri tarafından gözaltına alınmasının akabinde öldüğüne kanaat getirmesine gerekçe teşkil etmiştir. Diğer bir ifadeyle taraf devlet, bahsi geçen kişinin ölümünden sorumlu tutulmuştur.³⁶¹

Mahkeme, yetkililerin Muhsin Taş'ın gözaltında bulunduğu esnada akıbeti hakkında bilgi vermemelerini ve görevli kişilerin silah kullanmaları hususunu haklı kılacak bir neden göstermemelerini, devletin meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulması için yeterli görmüştür. Sonuç olarak somut olayda Sözleşme'nin 2'nci maddesi ihlal edilmiştir. Diğer taraftan Mahkeme soruşturmanın etkili yapılmadığına yönelik iddialar hususunda ise, oğlu gözaltında bulunduğu esnada öldürüldüğü ihtimalini ve endişelerini kapsayan başvurucunun dilekçeleri hakkında soruşturma yürütülmediğini belirterek konu hakkındaki bakış açısını kararında ortaya koymuştur.³⁶² Etkili soruşturma yapma zorunluluğu, devlete gözaltına alındıktan sonra kaybolduğu iddia edilen kişilere ne olduğu hususunda ikna edici bir açıklama getirme sorumluluğunu da yüklemektedir. Taş kararında, PKK ile yaşanan çatışma esnasında bacağından yaralı şekilde yakalanan bir kişinin daha sonra başka bir çatışma esnasında devletin kontrolünden çıktığının belirtilmesi, Türkiye hakkında yaşama hakkının ihlalden dolayı tazminata hükmedilmesini önleyememiştir. Başvuruya konu olayın kendine özgü şartlarına göre Mahkeme, gözaltına alındıktan

³⁶⁰TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, İnsan Hakları Sorunu, 2004, s.230.

³⁶¹TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, İnsan Hakları Sorunu, 2004, s.230.

³⁶² Bkz. YALÇIN, s.49. Gözaltı kayıtlarında kişinin isminin geçmemesi, itirafçı bir örgüt üyesinin ifadesindeki tutarsızlık, Taş'ın kaçtığına ilişkin rapor hazırlayan üç kamu görevlisinin isimlerinin belirtilmemesi ve Taş'ın gereken tedavisinin gerçekleştirildiğine ilişkin herhangi bir belgenin bulunmaması hususlarının altını çizen Mahkeme, Türkiye'nin gözaltına alındıktan sonra Taş'a ne olduğu konusunu aydınlatamadığına ve Taş'ın kaybolmasından sonra gerçekleştirilen soruşturmanın hızlı, yeterli ve etkili olmadığına kanaat getirerek 2'nci maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

sonra kişinin akıbetini tam anlamıyla ifade etmede davalı taraf devletin açıklamalarının ikna edici olmadığını belirtmiştir. Aynı zamanda Mahkeme, bu kişinin kaybolmasından sonra başlatılan soruşturmanın hızlı, yeterli ve etkili olmaması nedeniyle Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ihlal edilmiş olduğuna karar vermiştir.³⁶³

Hükümet savunmasında savcıdan dayanaksız bir iddiayı soruşturmasının beklenemeyeceğini ifade etse de, Mahkeme, yetkililerin yasa ile belirlenen güvencelerden gözaltında bulunan kimselerin istifade etmelerini sağlamakla yükümlü olduklarını ifade etmiştir.³⁶⁴

Mahkeme ağır suç isnadı altında olan bir kişinin kaybolduğu yönündeki güvenlik güçlerinin düzenlemiş olduğu rapora kayıtsız kalınmasını, devlete yüklenen sorumluluk ile bağdaştıramamaktadır. Olayların üzerinden iki yıl geçtikten sonra kaçma eylemine karışan kişilerin kimlik bilgilerinin belirlenmesi yönünde Şırnak savcısı tarafından soruşturma başlatıldığı, yaklaşık dokuz ay sonra soruşturmanın sürdürülebilmesi için yetkinin İl İdare Kurulu'na geçtiği, soruşturma neticesinde olaya dâhil olan görevlilerin kimliklerinin belirlenmesinin imkânsız olduğunun tespit edildiği kararda özellikle belirtilmiştir. Komisyon, yetkililerin soruşturma başlatmak için önemli girişimlerde bulunmalarına karşın, aynı kararlılıkla soruşturmayı sürdürmediklerini belirlemiştir. Soruşturma kapsamında Muhsin Taş'ın yakalanmasında rol alan jandarma görevlilerinin ifadelerinin alınmadığı ve sorgulamayı yürüten personelin ifadelerine başvurulmadığı gözlemlenmiştir. Mahkeme'nin bir diğer tespiti ise, Gabar dağlarında gerçekleştirilen operasyona katılan personelin kimliklerinin belirlenememesi sonucunda ortaya atılan çelişkili iddialar karşısında soruşturmanın daha fazla detaylandırılmadan, yüzeysel bir şekilde yürütülmüş olmasıdır. Mahkeme, kural olarak birçok kararında, öldürme eylemleri sonucunda yürütülen soruşturmaların İl İdare Kurulları tarafından gerçekleştirilmesinin, mağdur konumunda olan kişilerin de katılabileceği bağımsız bir organ tarafından soruşturmanın yürütülmesi zorunluluğu ile ters düştüğünü

³⁶³ÇİÇEKLİ/ERYILMAZ/YILMAZ, s.40.

³⁶⁴TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, İnsan Hakları Sorunu, 2004, s.230.

vurgulamıştır.³⁶⁵ İl İdare Kurulu, idari açıdan kolluk kuvvetlerinden sorumlu olan Valiye bağlı üyelerden teşekkül etmektedir. Sonuç olarak Mahkeme, başvuranın oğlunun kaybolması olayı hakkında yürütülen soruşturmanın etkin ve yeterli olmadığı, bunun yanında taraf devletin yaşama hakkını koruma altına alma konusundaki yükümlülüklerini yerine getirmediği tespitinde bulunarak, Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.³⁶⁶

Mahkeme Timurtaş/Türkiye davasında³⁶⁷ ise, gözaltında bulunan kişinin kayıp süresinin altı yılı aşmış olması, Timurtaş'ın PKK terör örgütü mensubu olması ve gözaltına alındığının kesinliği gibi nedenlerle Kurt içtihadından³⁶⁸ ayrılarak; bu durumda ölüm karinesini kabul etmiştir. Mahkeme somut olayda Sözleşme'nin 5'inci maddesinin değil, 2'nci madde hükmünün ihlal edildiğine hükmetmiştir. Hükümet ise, ilgilinin gözaltına alındığı iddiasının asılsız olduğu ve kişinin PKK terör örgütüne katıldığı yönünde savunmada bulunmuştur. Ancak Mahkeme bu savunmayı yeterli görmemiştir.³⁶⁹

Mahkeme'ye göre cesedin ortada bulunmadığı hallerde, gözaltında bulunan kişinin akıbeti hakkında resmî makamlar tarafından ikna edici bir açıklamada bulunamamasının Sözleşme'nin 2'nci maddesi anlamında bir netice ortaya çıkarıp çıkarmayacağı hususu, bilhassa olaya özgü yeterli delillerin varlığına bağlıdır. Söz konusu delillerden yola çıkarak kişinin gözaltında bulunduğu sırada ölmediği, devlet tarafından ispat konusunda aranan standarda uygun şekilde ortaya koyulmalıdır. Bahsi geçen olayda kişinin gözaltına alınmasından bu zamana kadar geçen süre, dikkate alınması gereken diğer bir unsurdur. Mahkeme, kişinin kendisi hakkında hiçbir haber alınmadan geçen zaman ne kadar uzun olursa, bu kişinin ölmüş olma olasılığının da o kadar yüksek olduğunu kabul etmektedir. Kişinin gözaltına alınma zamanından itibaren geçen süre, somut olaya yönelik diğer delillere ağırlık kazandırarak, hukuka aykırı bir gözaltı neticesinde 5'inci maddenin ihlâlinden ziyade

³⁶⁵ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, İnsan Hakları Sorunu, 2004, s.230.

³⁶⁶ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, İnsan Hakları Sorunu, 2004, s.230.

³⁶⁷ Timurtaş/Türkiye davası, Başvuru No:23531/94, Karar Tarihi: 13/06/2000. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

³⁶⁸ Kurt/Türkiye davası, Başvuru No:24276/94, Karar Tarihi: 25/05/1998. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

³⁶⁹ GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 2007, s.158.

daha başka ihlalleri de ortaya çıkarır. Mahkeme'nin bu yorumu, 2'nci maddede düzenlenen yaşama hakkının gerçek anlamda güvence altına alınmasına da hizmet etmektedir.³⁷⁰

Mahkeme'nin kararında atıfta bulunduğu “ispat konusundaki uygun standart” ifadesi ise, makul şüpheye mahal vermeyen delilleri ifade etmektedir. Ancak Mahkeme bu özellikteki bir delilin yeterince ciddi, açık ve belirgin, çelişki içermeyen emareler ya da karinelerin bir araya gelmesinden çıkarılabileceğini ifade etmektedir.³⁷¹

09/05/2000 tarihli İsmail Ertak kararında³⁷² Mahkeme, gözaltına alındıktan sonra ortadan kaybolma olayından ötürü etkili ve yeterli bir soruşturma yürütülmediğinden bahisle devletin sorumlu olduğuna karar vermiştir.³⁷³ Söz konusu davada Hükümet tarafından kabul edilmeyen gözaltı esnasındaki ölüm gerekçesiyle 2'nci maddenin ihlâl edildiğine karar verilmekle birlikte ölüm karinesi işletilmemiştir. Ölüm olayı görgü tanıklarının ifadesi sonucu fiili anlamda tespit edilmiştir.³⁷⁴

Kurt/Türkiye davasında ise, başvuran Koçeri Kurt, oğlu Üzeyir Kurt'un, bir operasyon esnasında, kolluk kuvvetleri arasında son kez görüldüğünü; daha sonra Üzeyir'in başka bir yerde görüldüğüne ilişkin bir kanıt bulunmadığını öne sürmüştür. Hükümet savunmasında, Kurt'un kolluk kuvvetleri tarafından gözaltına alınmadığını; bahsi geçen kişinin PKK'ya katıldığına ya da örgüt tarafından kaçırıldığına yönelik kuvvetli delillerin var olduğunu ifade etmiştir.³⁷⁵

Başvurucu, Sözleşme'nin 2, 3, 5, 14 ve 18'inci maddelerinin ihlal edildiğini öne sürmüştü de Mahkeme, Üzeyir Kurt'un gözaltına alındığı esnada öldüğünün ve işkence gördüğünün makul şüpheye yer vermeyecek şekilde ispat edilemediğine karar vermiştir. Başvuruya konu olan iddiaların, güneydoğuda mevcut olduğu öne

³⁷⁰ GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 2007, s.159.

³⁷¹ GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 2007, s.159.

³⁷² Ertak/Türkiye davası, Başvuru No:20764/92, Karar Tarihi: 09/05/2000. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

³⁷³ ÇAKMAK, Yaşama Hakkı, s.177.

³⁷⁴ GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 2007, s.159.

³⁷⁵ GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 2007, s.179.

sürülen genel durum ve koşullardan husule gelen olasılıklara dayandığına; bu yöndeki genellemelerin somut vaka açısından delil oluşturmayacağından bahisle vaki şikâyetin 2'nci madde bakımından değerlendirme altına alınamayacağına hükmetmiştir. Somut davayı 5'inci madde kapsamında inceleyen Mahkeme, söz konusu maddenin ihlal edildiği kanaatine ulaşmıştır.³⁷⁶

AİHM Komisyonu tarafından hazırlanan Timurtaş/Türkiye Raporunda da Kurt içtihadına atıfta bulunulmuştur. Ancak Mahkeme Timurtaş/Türkiye kararında, söz konusu davanın, mevcut somut olaylar açısından Kurt davasından oldukça farklı olduğunu belirterek, bu davada Kurt içtihadından ayrılmıştır. Mahkeme söz konusu davanın maddî unsurlarının Kurt davasından farklı olduğunu gerekçe göstererek aynı sonuca ulaşmamış olmakla birlikte, neticeten bir içtihat değişikliğine gidilmediğini de ifade etmiştir. Mahkeme, kayıp kişi olaylarında ölüm karinesini Timurtaş/Türkiye kararı ile kabul etmiş ve söz konusu karineye istinaden Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme bu yöndeki yaklaşımını, daha sonra önüne gelen benzer özellikteki davalar bakımından da sürdürmüştür. Ertak/Türkiye davasında da ortadan kaybolma olayı nedeniyle devletin Sözleşme'nin 2'nci maddesi bakımından sorumlu olduğuna hükmedilmiştir. Mahkeme Ertak davasını izleyen kayıp kişi vakalarında yine Çakıcı ve Ertak kararlarına yollamada bulunmuştur.³⁷⁷

Çakıcı/Türkiye³⁷⁸ davasında ise, başvuran İzzet Çakıcı, kardeşi Ahmet Çakıcı'nın bir operasyon esnasında, jandarma ve köy korucuları tarafından uzun süre gözaltına alınarak işkence gördüğünü; tanık ifadelerinin de bu yönde olduğunu öne

³⁷⁶ GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 2007, s.179.

³⁷⁷ GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 2007, s.180. Ayrıntılı bilgi için bkz. TANRIKULU, s.88. Timurtaş başvurusunda ise, Abdulvahap Timurtaş'ın gözaltına alındığı Hükümet tarafından kabul edilmemiştir. İç hukukta yürütülen soruşturma dosyasından kişinin gözaltına alındığına ilişkin belgenin aslının görevliler tarafından çıkarıldığını, fotokopisinin ise başvurucular tarafından Komisyon'a sunulduğunu belirleyen Mahkeme, Hükümet'ten sahte olduğunu öne sürdüğü bu belgenin aslını ibraz etmesini istemiştir. Belge aslını dosyaya sunamayan Hükümet'i yaşama hakkının ihlalinden dolayı mahkûm etmiştir. Gözaltına alındıktan sonra gördüğü işkence neticesinde öldüğü hususunda makul şüphe bulunan İsmail Ertak'a ilişkin başvuruda da kişinin gözaltına alındığı Hükümet tarafından reddedilmesine karşın, Mahkeme yaşama hakkının görevliler tarafından ihlal edildiği kanısına ulaşmıştır.

³⁷⁸ Çakıcı/Türkiye davası, Başvuru No:23657/94, Karar Tarihi:08/07/1999. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

sürerek kişiden bundan sonra bir daha haber alınmadığını iddia etmiş ve Sözleşme'nin 2 ve 3'üncü maddelerinin ihlal edildiğini belirtmiştir.³⁷⁹

Hükümet ise savunmasında Çakıcı'nın gözaltına alınmadığını öne sürmüştür. PKK militanı olarak birtakım öldürme olaylarına iştirak ettiği için eylemlerini sürdürmek adına ortadan kaybolduğunu; 17-19 Şubat 1995 tarihleri arasında PKK ile güvenlik güçleri arasında meydana gelen çatışma sonucunda ölü olarak ele geçirildiğini; operasyon sonrasında cesetlerden birinde Çakıcı'nın kimliğine rastlandığını belirtmiştir.³⁸⁰ Hükümet, Kurt/Türkiye davasını emsal göstererek somut olayda 2'nci maddenin uygulanamayacağını öne sürmüş ise de, Mahkeme, Komisyon'un, Ahmet Çakıcı'nın yakınlarına bilgi verilmeksizin gözaltına alındığı ve gördüğü kötü muameleden dolayı mağdur olduğu yönündeki belirlemelerini benimsemiştir.³⁸¹ Yetkililerin, kimlik kartının ölen teröristlerden birinin üzerinde bulunduğu yönündeki savunmasından, Komisyon kuvvetli neticeler ortaya çıkarmıştır. Mahkeme, Ahmet Çakıcı'nın kolluk kuvvetleri tarafından gözaltına alındıktan sonra öldüğü kanaatine ulaşmak için somut ve gerçeklere dayalı yeterli kanıtların bulunduğu karar vermiştir. Bu sebeple Mahkeme söz konusu davayı, Sözleşme'nin 5'inci maddesi kapsamında başvuranın oğlunun kaybolması ile ilgili iddiaları ele aldığı Kurt davasından ayrı olarak değerlendirmiştir.³⁸²

Mahkeme, Ahmet Çakıcı'nın kolluk kuvvetleri tarafından yakınları haberdar edilmeksizin gözaltına alınmasından sonra ölmesi nedeniyle, taraf devletin sorumlu olduğuna karar vermiştir. Aynı zamanda Mahkeme, kişinin gözaltına alınmasından sonra hakkında ne gibi soruşturma işlemleri gerçekleştirildiği hususunda yetkililer tarafından bir açıklama yapılmadığı tespitinde de bulunmuştur.³⁸³

³⁷⁹ GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 2007, s.181.

³⁸⁰ GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 2007, s.181.

³⁸¹ Bkz. TANRIKULU, s.87. Mahkeme, gözaltına alındıktan sonra akıbetleri belirsiz olan mağdurlara yönelik başvurularda, her somut olayın özgün şartlarına göre, devletin müdahale etmesi neticesinde kişilerin yaşama hakkına son verildiğine kanaat getirmiştir. Çakıcı başvurusunda, Türk Hükümet'i mağdur Ahmet Çakıcı'nın gözaltına alındığını kabul etmemesine rağmen, Mahkeme gözaltına alındığı ve silahlı çatışmada öldüğü iddia edilen mağdurun ölüm koşullarına Hükümet tarafından makul bir açıklama getirilmediğinden bahisle ihlal kararına hükmetmiştir.

³⁸² GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 2007, s.181.

³⁸³ GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 2007, s.182.

Sonuç olarak Mahkeme, Ahmet Çakıcı'nın ölümünden taraf devleti sorumlu tutmuştur ve 2'nci maddenin ihlaline karar vermiştir. Aynı zamanda Ahmet Çakıcı'nın ortadan kaybolması ve cesedinin bulunması hususlarında yürütülen eksik soruşturma nedeniyle etkin güvencelerin ortadan kalktığını gerekçe gösteren Mahkeme, taraf devletin yaşama hakkını garanti altına alma sorumluluğuna uygun davranmadığına hükmetmiştir.³⁸⁴

Benzer bir başvuru da Şırnak'ın Silopi ilçesinde en son jandarma karakoluna gittikleri ve daha sonra kendilerinden haber alınmadığı öne sürülen Serdar Tanış ve Ebubekir Deniz'e yönelik başvurudur.³⁸⁵ Mahkeme'ye göre; Serdar Tanış ve Ebubekir Deniz'in kaybolması olayı hakkında yürütülen soruşturmada, yetkililer etkili mekanizmaları kullanmamışlardır. Bunun yanında Mahkeme; Serdar Tanış ve Ebubekir Deniz'in kaybolmalarının üzerinden dört yıl geçmiş olmasına rağmen akıbetlerinin hala belirsiz olduğunu, olay hakkında etkili bir soruşturmanın yürütülmediğini ve bu kişilerin durumu hakkında resmi makamlar tarafından makul bir açıklama yapılmadığını gözeterek, belirtilen kişilerin ortadan kaybolmasından devletin sorumlu olduğuna³⁸⁶ ve Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.³⁸⁷

Çiçek davasında³⁸⁸ başvuru Türkiye'nin güneydoğusunda düzenlenen bir askerî operasyon sırasında gözaltına alınan iki oğlunun hukuka aykırı şekilde tutuklanmaları ve kayboluşları konusunda şikâyetini sunmuştur. Oğullarının tutuklanmasının üzerinden altı buçuk yıl geçmiş olmasına karşın, yerlerinin ve

³⁸⁴GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 2007, s.182.

³⁸⁵ TANRIKULU, s.88.

³⁸⁶ Bkz. BAŞAK, s.68.Gözaltına alındıktan sonra ortadan kaybolma iddiaları etkili bir şekilde soruşturmaya konu olmalıdır. Benzer şekilde Şarlı davasında da başvurucular Tatvan Cumhuriyet savcısına çocuklarının gözaltına alındıktan sonra kaybolduklarını ihbar etmişlerdir. PKK örgütüne yardım ve yataklık yaptıkları öne sürülen Ramazan ve Cemile Şarlı'yı gece yarısı evlerinden götürerek kişilerin kimlikleri belirsiz kalmıştır. Bu nedenle başvurucular, etkili yerel bir makamdan, kaybolmanın sebeplerinin tespitine ilişkin soruşturma yürütülmesini isteme hakkına haizdir. Savcının talimatı üzerine kolluk görevlilerince bazı köylülerin ifadelerine başvurulmuş, ancak söz konusu kişilerin evden alınması konusunda bilgi ve görgü sahibi olan Ahmet Şarlı ve Abdullah Miyas'ın ifadesine başvurulmamıştır. Olayda sorumluluğu bulunduğu öne sürülen kolluk kuvvetlerinin hiçbirinin beyanı alınmamıştır. Bu sebeplerden dolayı iç hukukta etkin bir soruşturma yürütülmediğinden bahisle Sözleşme'nin 13'üncü maddesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir.

³⁸⁷ TANRIKULU, s.88.

³⁸⁸ Çiçek/Türkiye davası, Başvuru No:25704/94, Karar Tarihi: 27/02/2001. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

akıbetlerinin bilinmediğini öne sürmüştür. Bahsi geçen davanın Kurt davasından birçok açıdan farklı olduğu ve apayrı sonuçlar doğurduğu görülmektedir. Başvurucunun oğulları yetkililer tarafından şüpheli görülen kişiler olarak belirlenmiştir. Kolluk kuvvetleri tarafından gözaltına alınmak amacıyla götürüldükten sonra ortadan kaybolmuşlardır. Dosya kapsamındaki bulgular, söz konusu iki kişinin devletin sorumlu olduğu görevlilerce cezaevine getirildiklerini teyit etmesine karşın, Hükümet savunmasında başvurucunun oğullarının nerede buldukları konusunda herhangi bir açıklama sunamamıştır.³⁸⁹ Ayrıca Mahkeme başvuruya konu olayın meydana geldiği dönemde Türkiye'nin güneydoğusundaki koşullar kapsamında kolluk kuvvetlerince şüpheli olarak görülen kişinin hukuka aykırı şekilde tutuklanmasının, yaşama hakkını tehlike altına alan bir unsur ihtiva ettiğinin yadsınamaz bir gerçek olduğunu da dikkate almıştır. Mahkeme bu nedenlerden dolayı başvurucunun oğullarının hayatta olduklarının kabul edilemeyeceğine ve taraf devletin bu hususta sorumlu olduğuna karar vermiştir. Neticeten somut olayda Sözleşme'nin 2'nci maddesi ihlal edilmiştir. Bunun yanında Mahkeme Tahsin ve Ali Çiçek kardeşlerin ölümlerine yönelik olarak yürütülen soruşturmanın makul kabul edilemeyecek ölçüde uzun sürmesi, yetkililer tarafından olay hakkında dosyaya yeterli delil sunulmaması gibi nedenler karşısında soruşturmanın etkin olmadığına ve bu sebeple yaşama hakkının korunma altına alınmasına yönelik olarak devletin prosedürel anlamda yükümlülüklerini yerine getirmediğine karar vermiştir.³⁹⁰

Akdeniz davasında³⁹¹ ise, başvurucunun yakınlarının 9-12 Ekim 1993 tarihlerinde tutuklanmalarına karşın, gözaltı defteri kayıtlarında şüpheliler hakkında hiçbir veri girişinin yapılmadığı Mahkeme tarafından tespit edilmiştir. Başvurucuların ve diğer köylülerin ibraz ettikleri deliller 17-19 Ekim 1993 tarihlerine kadar söz konusu kişilerin Kepir'de gözaltında bulundurulduklarını teyit etmektedir. Mahkeme aradan geçen uzun zaman, şüphelilerin tutukluluklarına yönelik yazılı delil yokluğu ve Hükümet'in savunmasında kişilerin karşılaştıkları

³⁸⁹ERDOĞAN/KARAN, s.75.

³⁹⁰ERDOĞAN/KARAN, s.75.

³⁹¹ Akdeniz/Türkiye davası, Başvuru No:25165/94, Karar Tarihi: 31/05/2005. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

olaylar hakkında ikna edici ve güvenilir bir açıklama getirememesi gibi nedenlerden kuvvetli sonuçlar çıkarmıştır.³⁹²

Yine Mahkeme başvuruya konu olayın meydana geldiği 1993 yılında Türkiye'nin güneydoğusundaki şartlar altında kolluk kuvvetleri tarafından şüpheli olarak görülen kişinin hukuka aykırı şekilde tutuklanmasının yaşama hakkını tehlike altına alan bir unsur niteliği taşıyacağına yadsınamaz bir gerçek olduğunu kabul etmiştir. Mahkeme bunun yanında davaya konu olayın cereyan ettiği dönemde güneydoğu bölgesinde ceza kanununun sağladığı korumanın etkinliğini zayıflatacak hataların, kolluk kuvvetlerinin görevlerine yönelik sorumluluklarını ifa etmemelerine neden olduğunu dikkate almıştır. Mahkeme bu sebeple başvurucuların yakınlarının kolluk kuvvetleri tarafından gözaltına alınmalarından sonra ölmüş kabul edilebilecekleri kanaatine ulaşmıştır. Netice olarak taraf devletin ölüm olaylarına yönelik sorumluluğu bahsi geçen başvuruda da mevcuttur. Mahkeme tutukluluk dönemi sırasında başvurucular tarafından iddia olunan olaylara yönelik olarak yetkililerin açıklama yapmamlarını ve görevlilerin öldürücü güç kullanımı konusunda herhangi bir gerekçe göstermemelerini dikkate alarak kişilerin ölümüne yönelik sorumluluğun taraf devlete ait olduğu kanaatine ulaşmıştır. Bu bağlamda Mahkeme'ye göre somut olayda Sözleşme'nin 2'nci maddesi ihlal edilmiştir.³⁹³

Tüm bu kararlardan yola çıkarak AİHM içtihatlarının, gözaltında bulunan kişinin sağ olduğunu ispat yükünün, o kişiyi gözaltına alan devlete ait olduğu doğrultusunda geliştiği söylenebilecektir. Söz konusu kişilerin serbest bırakıldıktan sonra kaybolmuş oldukları yönündeki savunmayı Mahkeme kabul etmemektedir.³⁹⁴

Bu konu hakkında en önemli husus, kayıp kişinin gözaltına alınmadan kaybolup kaybolmadığının tespit edilmesidir. Eğer taraf devlet bir kişinin gözaltına alınmadığını öne sürüyorsa, başvurucunun böyle bir gözaltı işleminin gerçekleştiğini ispat etmesi gerekmektedir. Şayet, kişinin gözaltına alındığı resmi makamlar tarafından kabul ediliyorsa, bu halde kişinin ne zaman ve nerede serbest bırakıldığının makul ve ikna edici biçimde açıklanması gerekmektedir. Bu nedenle

³⁹²ERDOĞAN/KARAN, s.75.

³⁹³ERDOĞAN/KARAN, s.75.

³⁹⁴TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, İnsan Hakları Sorunu, 2004, s.245.

gözaltı kayıtlarının itinalı ve düzenli biçimde tutulması, bilhassa terör suçlarından gözaltına alınan kişilerin serbest bırakılırken yanlarında ailelerinden birisinin ya da bir avukatın bulunmasına olanak tanınmalıdır.³⁹⁵

Gözaltında tutulan kişilerin gözaltına alındıktan sonra kaybolmaları halinde gözaltı süresinin ne zaman başladığının ve hangi usulü işlemle sona erdiğinin ispat yükü taraf devlete aittir. Böyle bir iddianın ortaya atılması durumunda, kişinin serbest bırakıldığı anda yanında bulunan diğer kişilerin veya olay hakkında bilgi ve görgüsü olan başka kişilerin tanık sıfatıyla dinlenmesi gerekmektedir. Devletin yükümlülüğünün sona ermesi için bu kişiyi sağ olarak serbest bıraktığını ve kamu görevlilerine kusur izafe edilemeyecek biçimde ortadan kaybolduğunu kanıtlaması gerekmektedir.³⁹⁶

Kişinin özgürlüğünden mahrum bırakılabilmesi için yasal bir sebebin olup olmadığını inceleme olanağı bulunmayan durumlarda istisnaen Sözleşme'nin 5'inci maddesinin ihlali ortaya çıkabilir. AİHK ve AİHM, güvenlik güçleri tarafından gözaltına alındığı öne sürülüp, daha sonra bulunamayan ya da öldüğü belirlenen kişiler hakkında Türkiye aleyhine yapılan başvurular sonucunda verdiği kararlarda, Sözleşme'nin 2'nci maddesinde düzenlenen yaşama hakkının yanı sıra olayları kişi güvenliği ve özgürlüğünün ihlali olarak da ele almaktadır.³⁹⁷

Türkiye'nin uluslararası sözleşmelerde ağır insan hakkı ihlali olarak tanımlanan işkence iddiaları yanında, Güney ve Orta Amerika ülkelerinde de yaygın şekilde görülen diğer bir ağır insan hakkı ihlallerinden³⁹⁸ sayılan gözaltında kayıp vakaları nedeniyle AİHM önünde mahkûm edilmesi, dünya kamuoyu nezdinde kötü

³⁹⁵ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, İnsan Hakları Sorunu, 2004, s.245.

³⁹⁶ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, İnsan Hakları Sorunu, 2004, s.245.

³⁹⁷ Faruk TURHAN, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişi Özgürlüğü ve Türkiye/ Gözaltında Kayıplar, Hâkim Önüne Çıkarma ve Gözaltı Süreleri", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Haziran-Aralık 2000, Cilt:4, Sayı:1-2, s.214.

³⁹⁸ Amerikan Devletleri Teşkilatı'nın 09/06/1994 tarihli "Kişilerin Cebri Kaybolmalarına İlişkin Inter Amerikan Sözleşmesi" (The Inter-American Convention on Forced Disappearance of Persons), gözaltında kayıp olaylarını "kişilerin cebri kaybolması" (forced disappearance of persons) olarak ifade etmekte ve Amerikan İnsan Hak ve Ödevleri Beyannamesi, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ve Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nde düzenlenen temel hakları da ihlal eden oldukça önemli bir baskı biçimi olarak kabul etmektedir.

bir durumdur.³⁹⁹ Mahkeme'nin kararlarına konu olan başvurular genellikle olağanüstü hal bölgesinde gerçekleşen ve oluş şekilleri birbirine benzeyen başvurulardır. Türk Hükümeti söz konusu başvurularda ilgili kişilerin gözaltına alınmadığını öne sürmesine rağmen, AİHK gerçekleştirdiği incelemeler sonucunda çoğunlukla başvuru sahiplerinin iddialarını gerçekçi kabul etmiştir.⁴⁰⁰

Gözaltında meydana gelen kayıpların Sözleşme'nin 2'nci maddesi ile birlikte 5'inci maddesini de ihlal ettiği sonucunu çıkaran AİHM, Türkiye'deki olaylar sebebiyle yeni bir içtihat ortaya koymuştur. AİHM'in 5'inci madde ile alakalı olarak yeni içtihatlar oluşturması, Türkiye açısından uluslararası platformda oluşan kötü bir imajdır.⁴⁰¹ Uygulamada, bilhassa olağanüstü hal bölgesinde görev yapan polis ve jandarma görevlileri tarafından tutulan gözaltı kayıplarının Cumhuriyet savcılarının gözetim ve denetiminden uzak kalması neticesinde, bu görevi AİHK ve AİHM üstlenmek durumunda kalmıştır. Mahkeme bu gibi olaylarda çoğunlukla oy birliği ile verdiği kararlar neticesinde gözaltı kayıplarının gerçeği yansıtmadığını belirlemiştir. Mahkeme'ye göre gözaltına alındığı öne sürülen kişilerin daha sonra yakınları tarafından kaybolduklarının iddia edilmesi karşısında, söz konusu kişilerin ne zaman gözaltına alındığı, gözaltı süresinin ne zaman bittiği, sanığın ne zaman serbest bırakıldığı hususlarının ikna edici bir biçimde açıklanması devlete düşen bir görevdir.⁴⁰²

AİHM, yakalanan kişinin gözaltında bulunduğu zaman zarfında başına gelen olaylardan devletin sorumlu olduğunu ve bu yükümlülükten kurtulabilmesi için, kişinin serbest bırakıldığını, ancak kaybolmasında kolluk kuvvetlerinin herhangi bir sorumluluğunun bulunmadığını ortaya koyan kanıtları sunması, ileri sürülen iddialar hakkında etkili bir soruşturma yapması gerektiği görüşündedir.⁴⁰³

³⁹⁹ "Türkiye İnsan Hakları Raporu 1997" adı ile Türkiye İnsan Hakları Vakfı'nın yayınladığı belgede, gözaltına alındıktan ya da kolluk güçlerince götürüldükten sonra kaybolanlara yönelik listede, Türkiye'de 1980-1996 yılları arasında 177 kişinin gözaltında iken kaybolduğu iddia edilmiştir.

⁴⁰⁰TURHAN, s.215.

⁴⁰¹TURHAN, s.228.

⁴⁰²TURHAN, s.229.

⁴⁰³TURHAN, s.229.

Gözaltında meydana gelen kayıp olaylarından sorumlu olduğu iddia edilen ve haklarında şikâyette bulunulan askeri görevliler ile bilhassa gözaltı işlemlerini gerçekleştirdiği öne sürülen jandarma görevlileri hakkında savcılık tarafından yeterli ve etkili bir soruşturmanın yürütülmemesi, söz konusu kişilerin ifadelerinin dahi alınmaması, Memurin Muhakematı Hakkında Kanun gereğince soruşturma evrakının il idare kurullarına gönderilmesi ve bu hususta yargılamaya gerek bulunmadığına yönelik kararlar verilmesi de dikkat çekicidir. Değinilen kanunun yerini kamu görevlilerinin görev suçları hakkında yürütülen soruşturmayı amirin iznine tabi kılan Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun almış olmasına karşın, bu hususta önemli bir reform gerçekleştirilmediği sürece, olağanüstü hal bölgesi ve kırsal alanda görev icra eden jandarma görevlileri hakkında kişi özgürlüğü ve güvenliğine ilişkin ihlal iddiaları hususunda etkili ve yeterli bir soruşturma ve cezai kovuşturma yapılamayacaktır. Yasal bir düzenleme ile kolluk görevlileri hakkında, Cumhuriyet savcılarında etkili bir denetim gerçekleştirme bağlamında re'sen soruşturma açma yetkisi verilmesi, Mahkeme'nin ihlal iddialarına yönelik olarak savcılarında etkili bir soruşturma yapması gerekliliği yönündeki beklentisini karşılayacaktır.⁴⁰⁴

Devletin gözetimi altında bulunup da içeride ya da dışarıda ölü bulunan kişilerin durumu hakkında Sözleşme'nin 2'nci maddesine göre açıklama yapma yükümlülüğü de bulunmaktadır. Süheyla Aydın davasında⁴⁰⁵ başvuru, Tüm Sağlık Sen başkanı olan kocası Necati Aydın'ın 1994 yılında öldürülmesi nedeniyle kamu görevlilerinin sorumlu olduğunu, somut vakada yaşama hakkı ve işkence yasağı ihlalinin birlikte gerçekleşmiş olduğunu iddia etmiştir.⁴⁰⁶

Mahkeme, Aydın'a gözaltı işlemini gerçekleştiren polis memurlarının kimlik bilgilerini bildirmemesi ve kişinin salıverildiğine yönelik belgeyi ibraz edememesi nedeniyle Hükümet'in Aydın'ın serbest bırakıldığını kanıtlayamadığı sonucuna varmıştır. Mahkeme'ye göre Aydın, bu tarihten sonra da gözaltında kalmaya devam etmiştir. Kamu görevlilerinin gözetimi altındayken Aydın'ın ne şekilde yaşamını

⁴⁰⁴TURHAN, s.231.

⁴⁰⁵ Süheyla Aydın/Türkiye davası, Başvuru No:25660/94, Karar Tarihi:24/05/2005. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

⁴⁰⁶ÇİÇEKLİ/ERYILMAZ/YILMAZ, s.41.

yitirdiğini açıklama yükümü de Mahkeme'ye göre devlete aittir. Söz konusu açıklamayı yapamadığı için Aydın'ın ölümünden devlet sorumlu tutulmuştur.⁴⁰⁷

Tanlı davasında ise başvuru, 1994 yılının Haziran ayında Doğubayazıt'ın bir köyünde gözaltına alındıktan bir gün sonra polis karakolunda ölen oğlunun gözaltında bulunduğu esnada gördüğü işkence sonucunda hayatını kaybettiğini öne sürmüştür. Hükümet savunmasında Tanlı'nın kalp krizi geçirmesi üzerine öldüğünü belirtmiştir. Cesette herhangi bir kötü muamele izinin tespit edilemediği, kişinin kalp krizi geçirmesi neticesinde hayatını kaybetmiş olduğu resmi raporlar ile de ortaya koyulmuştur.⁴⁰⁸ Fakat Mahkeme, ceset üzerinde gerçekleştirilen incelemenin yetersiz olduğunu ve bilimsel açıdan bir önem atfetmediğini belirlemiştir. Bunun yanında Mahkeme, Tanlı'nın işkence görerek öldürüldüğü iddiasının aksini ispat edecek bir otopsi işleminin gerçekleştirilmediğini, hâlbuki bu tür davalarda ispat yükünün yetkililere ait olduğunu ifade etmiştir. Hükümet'in Tanlı'nın karakolda meydana gelen ölümüne makul ve ikna edici bir açıklama getiremediğini gerekçe gösteren Mahkeme, 2'nci maddenin ihlal edildiğine hükmetmiştir.⁴⁰⁹

Abdurrahman Orak başvurusunda⁴¹⁰ ise, 1993 yılında Bitlis'in bir köyünde gözaltına alınan Orak'ın, gözaltında bulunduğu esnada işkenceye maruz kalması neticesinde öldüğü ileri sürülmüştür. Hükümet ise savunmasında, Orak'ın kaçmaya çalıştığı esnada jandarma görevlileriyle arasında yaşanan arbede neticesinde başından yaralanarak beyin kanaması geçirmesi neticesinde öldüğünü ifade etmiştir.

⁴⁰⁷ÇİÇEKLİ/ERYILMAZ/YILMAZ, s.41.

⁴⁰⁸ÖZDEK, s.146.

⁴⁰⁹ Bkz. TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, İnsan Hakları Sorunu, 2004, s.232. Mahkeme'nin 10/04/2001 tarihli Tanlı kararına konu olan olayda başvuru, oğlu Mahmut Tanlı'nın 27-28/06/1994 tarihinde polis karakolunda gözaltında bulunduğu esnada sorgulanırken fenalaşarak öldüğünü öne sürmüştür. Hükümet savunmasında, şüphelinin, gözaltında bulunduğu sırada ifadesi alınırken, PKK militanı olduğuna ilişkin kendisine ait kanıtlar gösterildiğinde aniden fenalaştığını, olay yerine çağrılan doktorun tüm çabasına rağmen, şüphelinin kalp yetersizliğinden öldüğünü beyan etmiştir. Bunun yanında sorgulamayı gerçekleştiren polislerin kötü muamele ve işkence eylemlerinin mevzu bahis olmadığı, kişinin ölümünün tamamen doğal nedenlerden ileri geldiği öne sürülmüştür. Başvuru, oğlunun gözaltına alınmadan önce hiçbir sağlık sorunu olmadığını ve sorgu esnasında maruz kaldığı işkence ve kötü muamele nedeniyle öldüğünü öne sürerek Sözleşme'nin 2, 3, 5, 13, 14 ve 18'inci maddelerinin ihlal edildiğini iddia etmiştir. Mahkeme, başvuranın oğlunun ölümünün hangi şartlarda meydana geldiğini araştırmak odaklı etkin bir soruşturma yürütülmediğinden bahisle Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir.

⁴¹⁰ Abdurrahman Orak/Türkiye davası, Başvuru No:31889/96, Karar Tarihi: 14/02/2002. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

Başvurucu Orak'ın beyin kanaması neticesinde öldüğünü kabul etmektedir. Fakat beyin kanamasına maruz kaldığı işkencenin neden olduğunu belirtmekle birlikte Orak'ın kaçmaya teşebbüs ettiği esnada hafif şekilde yaralandığını öne sürmektedir. Orak'ın ölümünden devletin sorumlu olduğuna karar veren Mahkeme, Hükümet'in savunmasında öne sürdüğü hususları ispat edecek uygun delilleri ortaya koyamadığını ifade etmiştir. Mahkeme, Hükümet'in ibraz ettiği delillerin, Orak'ın kafasındaki yaraların sebebini açıklamaya yetmediği görüşündedir. Bunun yanında Orak'ın ölümüne söz konusu yaraların sebep olup olmadığı da, kaçmaya teşebbüs ettikten sonra gereken tıbbi muayeneden geçmemesi nedeniyle ortaya koyulamamıştır. Tıbbi muayenenin gerçekleştirilmemiş olması sebebiyle, kolluk kuvvetlerinin başvurduğu gücün mutlaka gerekli ölçüde olup olmadığını tespit etmek de mümkün görünmemektedir. Gözaltında bulunan kişilerin hayatından devletin sorumlu olduğu ilkesinden yola çıkan Mahkeme, Orak'ın gözaltında bulunduğu esnada yaralanmış olmasından devleti mesul tutmuştur. Söz konusu sorumluluk, Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen hallerde aşırı güç kullanımından sakınma anlamında negatif sorumluluğu ve hürriyetlerinden mahrum bırakılan kişilerin yaşamlarını koruma altına alma konusunda devlete izafe edilen pozitif sorumluluğu kapsayıcı niteliktedir. Mahkeme, Orak'ın geçirmiş olduğu beyin kanamasına yönelik olarak Hükümet'in bir kanıt ibraz edememesi sebebiyle ve himayesi altında bulunduğu esnada Orak'ın yaşama hakkını koruma yükümlülüğünü ihmal ettiğinden bahisle Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir.⁴¹¹

Avşar davasında⁴¹² ise, devletin, 1994 yılında silahlı kişiler tarafından kaçırılan Avşar'ın, bu olaydan sonra Diyarbakır yakınlarında ölü olarak bulunmasından sorumlu olduğu iddia edilmiştir. Hükümet ise savunmasında, ölen kişinin gözaltına alınmadığını, somut olay ile Hükümet arasında herhangi bir bağlantının bulunmadığını belirtmiştir. Mahkeme mevcut delilleri inceledikten sonra, Avşar'ın beş köy korucusu, bir eski PKK itirafçısı ve bir güvenlik görevlisi tarafından jandarma karakoluna götürüldüğü, sonrasında ise öldürüldüğü sonucuna

⁴¹¹ÖZDEK, s.146.

⁴¹² Avşar/Türkiye davası, Başvuru No:25657/94, Karar Tarihi:10/07/2001. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

varmıştır. Kamu gücü yetkisine haiz olan görevliler tarafından Avşar'ın gözaltına alındığını tespit eden Mahkeme, gerçekleşen ölüm neticesinden devletin sorumlu olduğuna karar vermiştir.⁴¹³

Mahkeme kamu görevlileri tarafından ölüme neden olmayacak şekilde gerçekleştirilen bedensel kötü muamelenin istisnai olarak Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ihlâline yol açabileceği tespitine de varmıştır. AİHS'e göre kaba kuvvet uygulayanların cezai açıdan sorumluluğu Mahkeme tarafından yargılama konusu yapılamayacaktır. Ancak uygulanan şiddetin derecesi ve türü, bunun yanında şiddet uygulanmasının altındaki amaç, diğer unsurlarla birlikte belli bir davada güvenlik görevlilerinin ölüme neden olmayan bir yaralanmayla neticelenen eylemlerinin Sözleşme'nin 2'nci maddesinin konu ve gayesiyle tutarlı olup olmadığının belirlenmesi esnasında dikkate alınabilir. Kolluk görevlileri tarafından saldırıya uğrayan veya kötü muamele gören kişilerle alakalı davaların çoğunluğunda şikâyetler daha çok Sözleşme'nin 3'üncü maddesi bağlamında değerlendirilmektedir.⁴¹⁴

Gözaltı işlemi sırasında güvenlik güçleri tarafından sergilenen davranışların kişinin ölümüne sebep olmamakla beraber yaşama hakkını tehlike altına aldığı, görevliler tarafından kullanılan şiddetin Sözleşme'nin 2'nci maddesinde değinilen kesinlikle gereklilik şartına uygun olmadığı, Türkiye'ye yönelik olarak gerçekleştirilen bazı başvurularda öne sürülmüştür. AİHM, ölüme neden olmayan, ancak ciddi nitelikte fiziksel şiddet konusunu daha önce de incelemiş ve bu durumun Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ihlâline neden olabileceğine karar vermiştir. 27/06/2000 tarihli İlhan/Türkiye kararı bu konuda emsal niteliktedir. Söz konusu davada başvuru, tutuklandığı esnada jandarma görevlilerinden tüfek dipçığı ile ölüme neden olabilecek şekilde darbe aldığını öne sürmüştür.⁴¹⁵

1992 yılında Mardin yakınlarında bir operasyon esnasında gözaltına alınan İlhan, gözaltında bulunduğu esnada maruz kaldığı kötü muamele neticesinde felç olmuş ve hayati fonksiyonlarının % 60 kadarını kaybetmiştir. Bu durumu doktor raporuyla da tespit edilmiştir. Başvuru, somut olayda yaşama hakkının ihlal

⁴¹³ÖZDEK, s.147.

⁴¹⁴DUTERTRE, s.33.

⁴¹⁵DUTERTRE, s.32.

edildiğini ileri sürmekte ve başvurusunun Sözleşme'nin 2'nci maddesi kapsamında değerlendirilmesini talep etmektedir. Mahkeme, mağdurun ölmediği olaylarda da başvurusunun 2'nci madde kapsamında ele alınabileceğini kararında ifade etmiştir.⁴¹⁶ Fakat Mahkeme, devlet güçleri tarafından gerçekleştirilen fiziksel kötü muamelenin ölümle neticelenmediği hallerde 2'nci maddenin ihlal edilmiş olduğuna sadece istisnai durumlarda karar verilebileceğinin de altını çizmiştir.⁴¹⁷

Kolluk kuvvetlerinin kötü muamelesine maruz kalan kişilerle alakalı bu tür davaların 3'üncü madde kapsamında ele alınabileceğini ifade eden Mahkeme, somut olayda jandarmanın başvurduğu gücün Sözleşme'nin 2'nci maddesine aykırılık teşkil edecek nitelikte olmadığına değinmekle birlikte, 3'üncü maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ihlal edilmediği doğrultusundaki çoğunluk kararına karşı muhalif kalan görüş kararında ise; İlhan'ın yaşama hakkını tehlikeye sokan özellikle bir şiddete uğradığı ve başvurulan gücün Sözleşme'nin 2'nci maddesi bağlamında kesinlikle gereklilik şartına uymadığı, somut olayda yaşama hakkının ihlal edildiği belirtilmiştir.⁴¹⁸

Berktaş davasında ise, gözaltına alınmasına karar verilen başvurucunun evinin güvenlik güçleri tarafından arandığı, bu esnada kişinin balkondan düşerek ağır şekilde yaralandığı ve bu neticenin kolluk kuvvetlerinin eylemlerinden doğduğu iddia edilerek yaşama hakkının ihlal edildiği öne sürülmüştür. Mahkeme, bu davada kolluk kuvvetlerinin fiillerinin Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ihlaline neden olacak dereceye ulaşmadığı kanaatine varmıştır. Sonuç olarak Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ihlal edilmediğine, fakat 3'üncü madde anlamında ihlalin gerçekleştiğine hükmetmiştir.⁴¹⁹

Gözaltında meydana gelen intihar vakalarında ise, gözaltına alınan kişiye nezaret eden yetkililere herhangi bir kusur izafe edilirse intihar eden kişinin yakınları önce iç hukuk yollarını tüketecek, eğer iç hukuk yollarından bir netice alamazlarsa

⁴¹⁶ÖZDEK, s.148.

⁴¹⁷ÖZDEK, s.148.

⁴¹⁸ÖZDEK, s.148.

⁴¹⁹ÖZDEK, s.148.

devletin Sözleşme'nin 2'nci maddesi kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirmediğini öne sürerek, bireysel başvuru yoluna yönelebileceklerdir.⁴²⁰

Diğer taraftan gözaltında tutulan kişinin, üzerinde bulunan kemer, kravat, ip, delici ve kesici aletlerden soyutlanarak nezarethaneye alınması ve nezarethanede bulunduğu sürede devamlı olarak kamera ile denetim altında bulundurulması gerekmektedir. Bütün bu tedbirlere karşın, gözaltına alınan kişi kendisine zarar veren eylemlerde bulunmuş ise, bu halde hemen doktor kontrolünden geçirilmesi gerekmektedir. Somut intihar girişiminin, nezarethanede o esnada bulunan kamu görevlilerinin ve diğer kişilerin ifadeleri alınmak suretiyle belgelendirilmesi elzemdir. Tüm kolluk teşkilatı için hazırlanarak yürürlüğe konulan Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği yakalama, gözaltına alma ve serbest bırakma işlemlerine yönelik hak ihlallerini önleyecek düzenlemeler öngörmektedir.⁴²¹

Gözaltında bulunan kişinin öldürüldüğüne yönelik iddianın yer aldığı Tanrıbilir başvurusunda, Mahkeme 2'nci maddenin ihlal edilmediği tespitinde bulunmuştur. Söz konusu başvuruda, gözaltına alınan bir kişinin geceyi geçirmiş olduğu jandarma karakolunda sabah ölü bulunmasından jandarma görevlilerinin sorumlu olduğu öne sürülmüştür. Hükümet savunmasında, kişinin intihar ettiğini belirtmiştir. Yetkililer tarafından yürütülen soruşturma sonucunda gencin tişörtünün kollarını kullanmak suretiyle intihar ettiği belirlenmiştir. Jandarma görevlilerinin bu kişiyi kasten öldürdüklerine yönelik Komisyon tarafından elde edilmiş bir delil de bulunmamaktadır. Somut vakayı jandarma görevlilerinin ihmali açısından da değerlendiren Mahkeme, kişinin üzerinde taşıdığı kemerin ve ayakkabı bağlarının alındığını, her otuz dakikada bir görevliler tarafından kontrol edildiğini tespit etmiştir. Fakat Mahkeme kararında kişinin tişörtünü kullanmak suretiyle intihar edebileceğinin öngörülebilir bir netice olmadığını ifade etmiştir. Mahkeme jandarma görevlilerinin intihar olayı nedeniyle sorumlu görülemeyeceklerine hükmetmekle birlikte olay hakkında yürütülen soruşturmanın da etkin olarak gerçekleştirildiğine kanaat getirmiştir. Bunun yanında Mahkeme, ilçe idare kurulu tarafından

⁴²⁰BAŞAK, s.46.

⁴²¹TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, İnsan Hakları Sorunu, 2004, s.245.

gerçekleştirilen soruşturmanın bağımsızlığı hususundaki çekincesini ortaya koymakla beraber, yargı organları tarafından yürütülen kovuşturmanın 2'nci maddenin aradığı gerekliliklere uygun düştüğüne karar vermiştir. Ancak il ve ilçe idare kurullarının bağımsız olmaması sebebiyle bu kurullar tarafından gerçekleştirilen soruşturmaların yetersiz olduğu kanaatine ulaşarak verdiği başka ihlal kararları ile Mahkeme'nin söz konusu kararı arasında çelişkiler bulunduğu dikkat çekmektedir.⁴²²

Gözaltında bulunan kişilerin ölmesine veya kaybolmasına sebep olan davranışların yetkililerin sorumluluğu kapsamında kabul edileceğini tekrarladığı Aktaş davasında⁴²³ da Mahkeme, Yakup Aktaş'ın yaşamını kaybetmesinden devleti sorumlu tutmuştur.⁴²⁴ İlk defa Türkiye'nin Sözleşme'nin 38'inci maddesinden mahkûmiyetine hükmedildiği bir dava olması, gözaltında ölüm iddiasına ilişkin olan 24/04/2003 tarihli Aktaş kararını diğer kararlardan ayrı kılan husustur. Bahsi geçen kararda Mahkeme, Sözleşme'nin 38'inci maddesinin yanı sıra 2 ve 3'üncü maddelerin de ihlal edildiğine, 14'üncü maddenin ise ihlal edilmediğine, 6 ve 34'üncü maddelerle alakalı iddiaların ise somut vakada incelenmesine yer olmadığına hükmetmiştir. Mahkeme bu davada Türkiye'yi 226.065 Euro maddi tazminata mahkûm etmiştir. Başvuruya konu olan olayda, başvuran Eshat Aktaş'ın, Derik'te ticaret ile uğraşan kardeşi Yakup Aktaş, ölümünden bir hafta önce PKK'ya silah ve mühimmat yardımında bulunduğu gerekçesiyle gözaltına alınmıştır. Başvuranın iddiasına göre Mardin'de sorgulamaya tabi tutulan Yakup Aktaş, bu esnada dövülerek öldürülmüştür. Ancak sorgulamayı gerçekleştiren iki polis hakkında yürütülen yargılama sonucunda delil yetersizliğinden beraat kararı verilmiştir.⁴²⁵ Hükümet savunmasında başvuranın kardeşinin gördüğü işkence nedeni ile öldürüldüğüne yönelik iddiayı kabul etmemiştir. Kişinin ölümünden iki gün önce rahatsızlığı nedeniyle hastaneye kaldırıldığını ve derhal olay hakkında soruşturma başlatıldığını öne sürmüştür. Başvuran dilekçesinde, kardeşinin işkence nedeniyle ölümünden dolayı Sözleşme'nin 2 ve 3'üncü maddelerinin; somut olayda faillerin

⁴²²ÖZDEK, s.149.

⁴²³ Aktaş/Türkiye davası, Başvuru No:24351/94, Karar Tarihi: 24/04/2003. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

⁴²⁴ÇAKMAK, Yaşama Hakkı, s.178.

⁴²⁵TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, İnsan Hakları Sorunu, 2004, s.240.

teşhisine ve cezalandırılmasına yönelik etkin bir soruşturmanın yürütülmemiş olması sebebiyle 2 ve 3'üncü maddeler ile bağlantılı olarak 13'üncü maddenin; ölenin Kürt kökenli olması nedeniyle ölümüne yol açacak biçimde darp edilmesi suretiyle 2 ve 3'üncü maddeler ile bağlantılı olarak 14'üncü maddenin; etkin soruşturma yapılmamasının Komisyon ve Divana başvuru gerçekleştirilmesini önlemesi sebebiyle 34'üncü maddenin; Komisyon ve Divan ile makul bir işbirliğinin tesis edilememesi nedeniyle 38'inci maddenin ihlal edildiğini öne sürmüştür.⁴²⁶

Söz konusu davada diğer davalardan farklı olarak Mahkeme, Sözleşme'nin 38'inci maddesinin ihlaline de hükmetmiştir.⁴²⁷ Mahkeme 38'inci maddede belirtilen haliyle olayları tespit etmek gayesiyle tarafları temsil cihetine haiz kişiler ile beraber başvuruyu ele almaya devam eder ve lüzumu halinde ilgili devletlerin etkin bir şekilde yürütülmesi için gereken tüm kolaylıkları gösterecekleri bir soruşturma yapar yönündeki hükmü üç unsur bakımından göz önüne almıştır. Mahkeme Hükümet'in tavrını değerlendirirken, Yakup Aktaş'ın ölümünü tespit eden doktorun bulunamaması; Yakup Aktaş'ı hayattayken gören on bir tanığın güvenlik gerekçesi öne sürülerek başvuranın yokluğunda dinlenmesi; Yakup Aktaş'ın cesedine ait fotoğrafların negatiflerinin sunulamaması gibi hususları göz önünde bulundurmıştır. Mahkeme gerçekleştirdiği inceleme neticesinde, iki doktor raporunda tespit edilen yaraların mekanik bir boğulma ile uyum gösterdiği, ölüm olayının herhangi bir hastane tutanağında yer almadığı, bu sebeple Yakup Aktaş'ın ölümü anında polis nezaretinde bulunduğu ve ölümüne şiddetli bir darp eyleminin yol açtığı sonucuna varmıştır.⁴²⁸ Divan, Sözleşme'nin belirttiği organlarla işbirliği halinde olmanın ehemmiyeti açısından bu tür soruşturmalarda görülen güçlüklerin farkında olarak Hükümet'in söz konusu davada Komisyon ve Divana mecburi olan tüm kolaylıkları sağlama ödevini ihlal ettiğine hükmetmiştir ve ağır bir tazminata mahkûm etmiştir. Söz konusu karardan yola çıkarak devletin, Sözleşme organları tarafından

⁴²⁶TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, İnsan Hakları Sorunu, 2004, s.240.

⁴²⁷TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, İnsan Hakları Sorunu, 2004, s.240.

⁴²⁸TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, İnsan Hakları Sorunu, 2004, s.241.

istendiğinde bilhassa kamu görevlisi kişilerin dinlenilmesini sağlamak yükümlülüğünde olduğu kabul edilmelidir.⁴²⁹

Mahkeme'nin 31/07/2012 tarihli Er ve diğerleri/Türkiye kararına konu olan olayda, başvuruçular, akrabaları olan Ahmet Er'in jandarma görevlilerince gözaltına alındıktan sonra, taraf devletin sorumluluğu altında ortadan kaybolduğunu ileri sürmüşlerdir.⁴³⁰ Türkiye'nin Hakkâri ilinin Çukurca ilçesine bağlı Kurudere köyünde, 14/07/1995 tarihinde PKK ile güvenlik güçleri arasında yaşanan çatışmanın akabinde askerler, Ahmet Er ve Hacı Mehrap Er isimli kişileri Işıklı Jandarma Karakolu'na götürmek üzere köylerinden almışlardır. 15/07/1995 tarihinde Hacı Mehrap Er serbest bırakılmış, fakat bu olaylardan sonra Ahmet Er hakkında bir daha haber alınamamıştır. Hükümet savunmasında, bölgeye teröristlerce yerleştirilen mayınları arama çalışmaları esnasında jandarma görevlilerine yardımcı olan Ahmet Er'in gözaltına alınmadığını ifade etmiştir.⁴³¹ Başvuruçular ise, Sözleşme'nin 2'nci maddesi gereğince Ahmet Er'in kaybolmasından silahlı kuvvetler mensuplarının sorumlu olduğunu ileri sürmektedirler. Aynı zamanda olay hakkında yetkili makamlar tarafından etkili bir soruşturma gerçekleştirilmediği hususu da başvuruya konu iddialar arasında yer almaktadır. Sözleşme'nin 35'inci maddesinin birinci paragrafı gereğince başvuruçuların iç hukuk yollarını tüketmediklerini öne süren Hükümet, 2004 tarihli Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun hükümlerine göre başvuruçuların tazminat isteminde bulunabileceklerini belirtmiştir. Bunun yanında Hükümet, Sözleşme'nin 35'inci maddesinin birinci paragrafında öngörülen altı ay kuralına uyulmadan bir başvuru gerçekleştirildiğini, zira başvuruların Hakkari Asliye Hukuk Mahkemesi'nce 29/05/2003 tarihinde verilen karardan itibaren altı ay içinde Mahkeme'ye müracaat etmiş olmaları gerektiğini ifade ederek, Hakkâri Asliye Hukuk Mahkemesi'nin Ahmet Er hakkında verdiği gaiplik kararı ile başvuruların artık Ahmet Er'i

⁴²⁹ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, İnsan Hakları Sorunu, 2004, s.241.

⁴³⁰ Er ve diğerleri/Türkiye davası, Başvuru No: 23016/04, Karar Tarihi:31/07/2012, T.C. Adalet Bakanlığı, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü, İnsan Hakları Daire Başkanlığı'nın gayri resmi çevirisi, parag. 3.

⁴³¹ Er ve diğerleri/Türkiye davası, Başvuru No: 23016/04, Karar Tarihi:31/07/2012, T.C. Adalet Bakanlığı, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü, İnsan Hakları Daire Başkanlığı'nın gayri resmi çevirisi, parag. 10.

bulmalarının olanaksız olduğunun bilinci içerisinde olmaları gerektiğini öne sürmüştür. Bunun karşılığında başvuru, Hükümet'in öne sürdüğü hususları kabul etmeyerek, gaiplik kararının miras konusunu ilgilendirdiğini, söz konusu kararın kişinin kaybolmasına yönelik olay hakkında yürütülen soruşturma ile bağlantısının bulunmadığını belirtmişlerdir.⁴³² Mahkeme, altı ay kuralının Hakkâri Asliye Hukuk Mahkemesi'nce verilen gaiplik kararı tarihinden itibaren başladığına yönelik Hükümet savunmasını kabul etmemektedir. Başvuranların miras ve velayet haklarına yönelik konuların açıklığa kavuşturulması bakımından ölüm karinesi kararına gereksinim duyduklarını ifade eden Mahkeme, ortadan kaybolma olayına yönelik olarak hukuka aykırı eylemleri nedeniyle sorumlu olan kişilerin belirlenmesi ve haklarında etkin bir soruşturma yürütülmesi gerekliliğinin, cesedin bulunması ya da ölüm karinesi kararı ile son bulmayacağını da altını çizmektedir. Diğer bir ifadeyle Mahkeme, yerel mahkeme tarafından verilen gaiplik kararının altı ay kuralı hesaplanırken dikkate alınan bir husus olmadığını belirtmekle birlikte, başvuru, Ahmet Er'in kaybolma tarihinin üzerinden yaklaşık dokuz yıl geçtikten sonra Mahkeme'ye başvurmuş olmalarının asıl üzerinde durulması gereken konu olduğunu ifade etmektedir. Yaşama hakkına yönelik davalarda dikkate alınan altı ay kuralına ilişkin içtihatlar gereğince Mahkeme, başvuru yollarının bulunmadığı ya da söz konusu yolların etkili olmadığı anlaşıldığı durumlarda, altı aylık sürenin ilke olarak başvuruya konu eylemin vuku bulduğu tarihten itibaren başlayacağını kabul etmektedir. Ancak başvuranın bir iç hukuk yolunun varlığından geç bilgi sahibi olduğu ya da söz konusu hukuk yolunu etkisiz hale getiren şartlardan haberdar olması gerektiği istisnai davalarda ise, altı aylık süre, başvuranın belirtilen şartlardan bilgi sahibi olduğu ya da olması gerektiği tarihten itibaren başlayacaktır.⁴³³ Varnava ve diğerleri⁴³⁴ davasında da olduğu gibi, Mahkeme'nin kayıp kişi olaylarına yönelik davalarda altı ay kuralını ele alırken, esnek bir tutum göstermesinde iki haklı gerekçe

⁴³² Er ve diğerleri/Türkiye davası, Başvuru No: 23016/04, Karar Tarihi:31/07/2012, T.C. Adalet Bakanlığı, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü, İnsan Hakları Daire Başkanlığı'nın gayri resmi çevirisi, parag. 47.

⁴³³ Er ve diğerleri/Türkiye davası, Başvuru No: 23016/04, Karar Tarihi:31/07/2012, T.C. Adalet Bakanlığı, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü, İnsan Hakları Daire Başkanlığı'nın gayri resmi çevirisi, parag. 52.

⁴³⁴ Bkz. Er ve diğerleri/Türkiye davası, Başvuru No: 23016/04, Karar Tarihi:31/07/2012, T.C. Adalet Bakanlığı, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü, İnsan Hakları Daire Başkanlığı'nın gayri resmi çevirisi, parag. 50.

bulunmaktadır. Bu gerekçelerden biri, olay tarihinden itibaren uzun yıllar geçmiş olmasına karşın, bu tür suçların faillerinin araştırılması amacına hizmet eden soruşturmanın gerekliliği konusunda uluslararası hukuk dairesinde sağlanan mutabakattır. Zira kayıp vakaları nitelikleri gereği ve Sözleşme'nin koruması altında bulunan hakkın özü itibariyle önem arz ettiklerinden, başvuruda bulunmak için beklenen süre standardı çok sıkı bir biçimde uygulanmamaktadır. Mahkeme, somut vakada başvuru sahiplerinin yürütülen soruşturmaya yardımcı olmak adına ellerinden geleni yapmış oldukları kanaatinde. Bunun yanında Mahkeme, adli yargı soruşturma sürecinin ardından başlayan askeri yargı alanındaki soruşturmanın, başvuranlar bakımından yeni ve önemli bir ilerleme olduğunu kabul etmektedir. Mahkeme, süren ve bir taraftan yeni başlatılan soruşturmanın neticesini bekleyen başvuranların gereken ihtimamı iç hukuk yolunda gösterdiklerini düşünerek, Hükümet'in altı ay kuralına yönelik itirazını kabul etmemiştir. Mahkeme, gözaltında bulunan kişilerin yaralanması, ölümü ya da kaybolması olaylarında, davalı taraf devletin söz konusu duruma makul ve ikna edici bir açıklama sunmakla mükellef olduğunu ifade etmekte ve 14/07/1995 tarihinde Ahmet Er'in askerler tarafından jandarma karakoluna götürüldüğü konusunda taraflar arasında bir ihtilaf bulunmadığına dikkat çekmektedir. Hükümet'in savunmasında öne sürdüğü ve Ahmet Er'in 16/07/1995 tarihinde salıverildiğine yönelik açıklama ise, taraflar arasında anlaşma sağlanamayan bir husustur. Mahkeme, Ahmet Er gözaltına alınmadığından bahisle gözaltında bulundurulmuş kişilere yönelik olarak uygulanan usuli önlemlerin tatbikine gerek bulunmadığına yönelik Hükümet savunmasını kabul etmemektedir. Zira Mahkeme daha önceki kararlarında da somut olayın yaşandığı dönemlerde Türkiye'nin güneydoğu bölgesinde meydana gelen ve ancak bir soruşturmaya konu olabilecek olaylara dair gözaltı kayıtlarının ayrıntılı olmamasının hukuka aykırı olduğunu ifade etmektedir.⁴³⁵

Kolluk kuvvetleri mensuplarının gözaltı kayıtlarını özenli şekilde tutmadıkları hususunu ele alan Mahkeme, bazı kararlarında, bu şekilde tutulan kayıtlarda var olan eksikliklerin, gözaltına alınan bireylerin ortadan kaybolma

⁴³⁵ bkz. 18/06/2002 tarihli, Orhan/Türkiye kararı, Başvuru No: 25656/94. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

tehlikesine karşı koruyucu nitelikte önlemler alınmadığının kabulü manasına geldiği kanaatine ulaşmıştır. Tanış ve diğerleri davasında ⁴³⁶ Mahkeme, yetkililerin gözaltında bulunan bir kişinin akıbeti konusunda açıklama yapma yükümlülüklerinin kişinin serbest bırakıldığı ana kadar sürdüğünü belirtmektedir. Somut olayda, yetkililer Ahmet Er'in jandarma karakolunda bulunduğunu ifade etmelerine karşın, gözaltına alındığına veya serbest bırakıldığına yönelik herhangi resmi bir belge ya da tutanak ibraz edememektedirler.⁴³⁷

Bunun yanında Ahmet Er'in jandarma karakolundan serbest bırakıldığına yönelik olarak, olay hakkında soruşturma yürüten savcıya, askeri görevliler tarafından çelişkili bilgiler aktarılmıştır. Mahkeme, Ahmet Er'in, taraf devletçe gözaltında bulundurulmuş olduğunun belirlenmesinin doğal bir sonucu olarak Hükümet'in kaybolma olayı ile alakalı açıklama yapma yükümlülüğünün doğduğuna kanaat getirmiştir. Ahmet Er'in gözaltına alındığına yönelik olarak jandarma karakolunda delil niteliğinde resmî bir belgenin bulunmamasının, kişinin kaybolduğu anda Türkiye'nin güneydoğusunda mevcut olan şartlar nazara alındığında yaşama hakkının artan bir tehlike altında olduğunun kabul edilmesine yol açtığını ifade eden Mahkeme, kolluk kuvvetleri tarafından gözaltına alındığı tarihten itibaren takriben yedi yıllık bir sürenin geçmiş olmasına karşın kişinin akıbeti konusunda herhangi bir bilginin elde edilememiş olduğundan hareketle Ahmet Er'in ölmüş sayılması gerektiğine karar vermiştir. Neticeten taraf devleti kişinin ölümü nedeniyle sorumlu gören Mahkeme, Ahmet Er'in gözaltında bulundurulması esnasında yaşanmış olan olaylara yönelik yetkililer tarafından bir açıklama yapılmamış olmasını ve güvenlik güçlerince öldürücü nitelikte kuvvet kullanımı ihtimaline dair yeterli savunma gerekçesi gösterilememesini nazara alarak, maddi unsurları itibariyle Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ihlal edilmiş olduğuna hükmetmiştir. Mahkeme, Sözleşme'nin 1'inci maddesinde belirtilen devletin temel göreviyle Sözleşme'nin 2'nci maddesinde değinilen yaşama hakkının koruma altına alınması yükümlülüğünü ilişkilendirerek, güç kullanımı neticesinde kişilerin hayatlarını kayb ettikleri hallerde taraf devletin

⁴³⁶ bkz. 02/08/2005 tarihli, Tanış/Türkiye kararı, Başvuru No: 65899/01. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

⁴³⁷ Er ve diğerleri/Türkiye davası, Başvuru No: 23016/04, Karar Tarihi:31/07/2012, T.C. Adalet Bakanlığı, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü, İnsan Hakları Daire Başkanlığı'nın gayri resmi çevirisi, parag. 73.

etkili resmi bir soruşturma gerçekleştirme zorunluluğunu hatırlatmaktadır. Mahkeme bahsi geçen yükümlülüğün, sadece öldürme eyleminin kamu görevlisi tarafından işlendiğinin aşikâr olduğu davalar ile sınırlandırılmayacağını da vurgulamaktadır. Bunun yanında soruşturma, sorumlu kişilerin belirlenmesi ve cezalandırılması bağlamında etkili şekilde yürütülmelidir. Soruşturma kapsamında ölüm nedenini veya faili belirleme kabiliyetini tehlike altına alan özellikteki her çeşit eksiklik, söz konusu standardın ihlal edilmesini de beraberinde getirecektir. Gözaltında meydana gelen kaybolma vakalarına yönelik iddialar karşısında ivedi şekilde hareket edilmesi oldukça önem taşımaktadır. Mahkeme, başvuruların akrabasının kaybolmasına yönelik olay hakkında yürütülen soruşturmanın etkili olmadığına ve taraf devletin yaşama hakkını koruma altına alma doğrultusunda var olan usul yükümlülüğüne riayet etmediğine hükmetmiştir.⁴³⁸ Mahkeme, bunun yanında kaybolan yakınlarının akıbetinin belli olmaması sebebiyle başvuruların acı ve üzüntü yaşadıklarına ve halen aynı üzüntüyü çekmeye devam ettiklerine de kanaat getirmiştir. Mahkeme yerel makamlar nezdinde olaya dair şikâyetlerinin ele alınmış biçimini, Sözleşme'nin 3'üncü maddesine aykırılık oluşturur nitelikte insanlık dışı muamele olarak addetmektedir.⁴³⁹

Sözleşme'nin 5'inci maddesi, keyfi gözaltına alma tehlikesini en aza indirmek gayesiyle hürriyetten yoksun bırakma tedbirinin bağımsız yargılama mercilerinin denetimine açık olmasını ve söz konusu tedbiri alan kişilere bu konuda sorumluluk yüklenmesinin güvence altına alınmasını sağlamak amacıyla bir takım temel haklar öngörmektedir. Kişinin gözaltına alınıp alınmadığının belirlenememesi, bahse konu güvenceleri hükümsüz hale getirmekte, böylece Sözleşme'nin 5'inci maddesinin ihlaline neden olmaktadır. Yetkililerin denetimi altında bulunan kişilere yönelik olan sorumlulukları nazara alındığında, Sözleşme'nin 5'inci maddesi uyarınca, ortadan kaybolma vakalarına karşı yetkili makamların koruyucu nitelikte etkili önlemler almaları ve kişinin gözaltına alındıktan sonra bir daha kendisine

⁴³⁸ Er ve diğerleri/Türkiye davası, Başvuru No: 23016/04, Karar Tarihi:31/07/2012, T.C. Adalet Bakanlığı, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü, İnsan Hakları Daire Başkanlığı'nın gayri resmi çevirisi, parag. 87.

⁴³⁹ Er ve diğerleri/Türkiye davası, Başvuru No: 23016/04, Karar Tarihi:31/07/2012, T.C. Adalet Bakanlığı, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü, İnsan Hakları Daire Başkanlığı'nın gayri resmi çevirisi, parag. 97.

ulaşılamadığı yönündeki iddialar karşısında bir an önce etkili bir soruşturma gerçekleştirmeleri gerekmektedir. Somut vakada kişinin gözaltına alındığı ilgili kayıtlardan anlaşılacakla beraber, serbest bırakıldığına yönelik herhangi bir resmi kayıt da ibraz edilememiştir. Mahkeme, sadece bu durumun başlı başına bir ihlal sebebi teşkil ettiği kanaatindedir. Zira hürriyetten yoksun bırakma eyleminden sorumlu olan kişiler, bu sayede iştirak ettikleri bir suçu gizleyebilmekte, bu yöndeki emareleri yok edebilmekte ve gözaltına alınan kişinin akıbeti hususunda sorumluluktan kurtulma gayreti içerisine girebilmektedirler. Bunun yanında gözaltına alınma tarihi, saati ve yeri, gözaltına alınan kişinin ismi, gözaltına alınma sebebi, söz konusu koruma tedbirini uygulayan kişinin ismi, kişinin serbest bırakılma saati ve tarihi gibi bilgilerin resmi kayıtlara yansıtılmamış olması, Sözleşme'nin 5'inci maddesi gereğince Sözleşme'ye aykırılık teşkil eden bir durum olarak kabul edilmelidir. Mahkeme, Ahmet Er'in Sözleşme'nin 5'inci maddesinde yer alan güvencelerden hiçbirisi tesis edilmeden, denetimden uzak bir biçimde gözaltına alınmış olduğuna ve böylece söz konusu madde uyarınca güvenceye bağlanmış olan özgürlük ve güvenlik hakkının ihlal edildiği neticesine ulaşmıştır.⁴⁴⁰Sözleşme'de yer alan hak ve özgürlükleri tesis etmek amacıyla, Sözleşme'nin 13'üncü maddesinin iç hukukta bir başvuru yolunun var olmasını güvence altına aldığını tekrar eden Mahkeme, Sözleşme'ye göre tartışmaya açık bir şikâyetin esasını inceleyecek yerel bir başvuru yolunu öngören yasal düzenlemenin var olmasını ve söz konusu düzenleme uyarınca taraf devletlerin Sözleşme'den doğan yükümlülüklerini ifa etmeleri hususunda bahse konu başvuru yollarının telafî imkânı vermesi gerektiğini belirtmektedir. Bunun yanında Sözleşme'nin 13'üncü maddesinden doğan yükümlülüğün içeriği, başvuran tarafından gerçekleştirilen şikâyetin niteliğine göre değişiklik göstermektedir. Sözleşme'nin 13'üncü maddesi uyarınca iç hukukta öngörülen başvuru yolunun, taraf devlet yetkililerinin eylem ya da ihmalleri neticesinde hukuki ve fiili anlamda etkin olarak kullanılmasını önleyecek etmenlerden arındırılmış olması gerekmektedir. Bunun yanında başvuru yollarının yakınlarının devletin gözetimi altında bulunuyorken kaybolmasına yönelik öne

⁴⁴⁰ Er ve diğeri/Türkiye davası, Başvuru No: 23016/04, Karar Tarihi:31/07/2012, T.C. Adalet Bakanlığı, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü, İnsan Hakları Daire Başkanlığı'nın gayri resmi çevirisi, parag. 105.

sürdükleri bu iddia karşısında, yaşama hakkına yönelik tehlikenin varlığı dikkate alınarak Sözleşme'nin 13'üncü maddesi uyarınca tazminat yükümünün yerine getirilmesinin yanı sıra, olay nedeniyle sorumluluğu olan kişilerin belirlenmesine ve yaptırım altına alınmasına imkân sağlayacak etkin bir soruşturmanın gerçekleştirilmesi de gerekmektedir. Mahkeme, taraf devletin söz konusu yükümlülüğe uymaması nedeniyle Sözleşme'nin 13'üncü maddesini ihlal ettiğine hükmetmiştir.⁴⁴¹

Mahkeme devletlerden, özgürlüklerinden mahrum bırakılan kişilere karşı azami bir özen göstermelerini beklemektedir. Bahse konu yükümlülüğün amacı devlet görevlileri tarafından ya da onların gözetiminde özgürlüğünden mahrum bırakılan bir kişiye işkence veya kötü muamele yapılmamasını güvence altına almaktır.⁴⁴²

Mahkeme gözaltı esnasında ortaya çıkan ölümlere ilişkin başvurularda sağlık durumu iyi halde gözaltına alınan kişilerin, gözaltı esnasında ya da sonrasında sağlık durumlarında oluşan olumsuzluklardan devletin birinci derecede sorumlu tutulacağını, devletin gözaltına alınmış kişinin sağlık durumunda oluşan olumsuz değişikliklere yönelik makul ve inandırıcı bir açıklama getirmekle yükümlü olduğunu ifade etmektedir. Bunun yanında Mahkeme, gözaltında ölümle neticelenen davalar bakımından genel ispat yükünü değiştirerek, devletin gözaltında yaşanan ölüm olaylarına ilişkin ikna edici bir açıklama getirmekle yükümlü olduğunu kararlarında vurgulamaktadır.⁴⁴³

Mahkeme, devletin gözaltında bulunan kişilere yönelik sorumluluğunun yalnızca, gözaltı birimlerini kapsamadığını, bahse konu sorumluluğun söz konusu kişilerin içinde yer aldığı her türlü adli faaliyeti de bünyesinde barındırdığını belirtmiştir. Mahkeme tarafından altı sürekli olarak çizilen hususlar, suç ihbarını alan Cumhuriyet savcılarının olayın esasına yönelik olan araştırma yükümlülüklerini

⁴⁴¹ Er ve diğerleri/Türkiye davası, Başvuru No: 23016/04, Karar Tarihi:31/07/2012, T.C. Adalet Bakanlığı, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü, İnsan Hakları Daire Başkanlığı'nın gayri resmi çevirisi, parag. 113.

⁴⁴²CENGİZ, Yaşam Hakkı, s.389.

⁴⁴³CENGİZ, Yaşam Hakkı, s.390.

yerine getirmede özentisiz ve ihmalkâr davranmaları, bunun yanında gözaltı kayıtlarının doğruluğunu yeteri kadar araştırmamalarıdır. Türkiye’deki olağanüstü hal rejiminin anayasal ve yasal boyutu ile uygulaması, Mahkeme’nin kararlarıyla belirlediği olağanüstü hal rejiminin genel standartları ile örtüşmemektedir. Bunu Mahkeme tarafından Türkiye aleyhine verilen kararların büyük bir bölümünü, Türkiye’nin olağanüstü hal rejimi uyguladığı yerlerde ortaya çıkan ihlallerin oluşturmasından anlamak mümkündür. Türkiye’deki olağanüstü hal rejiminin hukuki alt yapısına ve uygulamasına Strasbourg denetim organlarının kararları doğrultusunda yön verecek reformlar gerçekleştirmek AİHS ile uyumu sağlamak adına faydalı olacaktır.⁴⁴⁴

Kararlarda usule yönelik olarak yapılan değerlendirmelerde dikkati çeken önemli konu ise, AİHK delegelerinin Türkiye’de gerçekleştirdikleri duruşmalara tanık olarak dinlemek üzere davet ettikleri bazı savcı ve kolluk amirlerinin mazeret sunmaksızın gelmemeleri ve Hükümet’in bu hususta söz konusu kişilerin duruşmaya katılmaya mecbur kılınamayacakları yönünde savunma getirmiş olmasıdır. AİHM bu durumu Sözleşme’ye aykırılık teşkil eden usulü yükümlülük eksikliği olarak değerlendirmektedir. Ulusal mevzuatta kamu görevlilerini tanıklık yapmaya zorlayan bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak kamu görevlilerinin tanıklık yapmaktan çekinmeleri halinde, kişilerin gözaltında buldukları esnada ortadan kayboldukları yönünde ileri sürülen şikâyetlere konu olayların arkasında yatan nedenlerin saklanmak istendiği yönündeki şüpheler de artmaktadır. Bu durumu engellemek için Ceza Muhakemesi Kanununun tanıklığa ve tanıklıktan çekinme hakkına yönelik maddelerinde değişiklik gerçekleştirilerek, AİHM ve diğer uluslar arası yargı organları nezdinde kamu görevlilerine tanıklık yapma mecburiyeti getirilmelidir.⁴⁴⁵

Mahkeme’nin bazı kararlarında dikkati çeken diğer bir konu, oybirliği ile Sözleşme’nin 5’inci maddesinin ihlaline hükmedilmesidir. Mahkeme’nin Türkiye’nin güneydoğu bölgesinde meydana gelen olaylara ilişkin olarak yapılan başvurularda yanlı davrandığı görüşü kamuoyu nezdinde de taraftar bulmuştur. AİHM’in Türk hâkimi Feyyaz Gölcüklü de Türkiye aleyhine verilen birçok kararda

⁴⁴⁴ TURHAN, s.230.

⁴⁴⁵ TURHAN, s.231.

çoğunluğa katılmayarak kararlara muhalefet şerhi düşmüştür. Ancak buna rağmen, ulusal yargıç 5'inci maddenin ihlaline yönelik iddialarda çoğunlukla diğer hâkimler ile aynı doğrultuda görüş bildirerek aleyhe oy kullanmıştır.⁴⁴⁶

Bazen Mahkeme'nin kolluk kuvvetleri ve savcılarının başvuru üzerinde baskı yaratarak başvurusunu çekmeye çalışmaları sebebiyle Türkiye hakkında Sözleşme'nin 34'üncü maddesini ihlal ettiği gerekçesiyle mahkûmiyet kararı verdiği görülmektedir. Gözaltına alındığını öne sürdükleri yakınlarının yaşama haklarından endişe duyan başvuru sahiplerinin iddiaları hakkında gereken soruşturmayı yürütmek yerine, Mahkeme'ye yapılan başvuruyu önlemeye çalışmak, Türkiye'deki uygulamalar konusunda Strasbourg denetim organlarının güvensiz bir tavır göstermelerine sebep oluşturmaktadır. Kamu makamlarının, AİHM'e yapılan başvurudan dolayı kişileri sorgulamasını veya ifadelerine başvurmasını önlemek mümkündür. Mahkeme'ye yapılan başvurunun iç hukukta düzenlenen kanun yolları gibi hukuki bir yol olduğu benimsendiğinde, bu kötü uygulamaların kamu görevlileri tarafından gerçekleştirilmesi de önlenmiş olacaktır.⁴⁴⁷

Bakanlar Komitesi, 2002 yılında zorla kaybedilenler bakımından Mahkeme'nin Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ihlaline karar verdiği kırk iki hükmünü ve kararını dikkate alarak, Türkiye'nin kolluk kuvvetleri tarafından sebep olunan birçok Sözleşme ihlalinin, bilhassa cinayet, işkence ve mülkiyet hakkına tecavüz gibi suiistimalleri gerçekleştiren kamu görevlilerine yönelik etkili yerel çözüm yollarının yetersizliğinden dolayı sorumlu olduğu kanaatine ulaşmıştır. Bununla birlikte Hükümet'in acil çözüm yolları araması kapsamında Mahkeme tarafından dostane çözüm yolları veya diğer yollar izlenerek kayıttan düşürülen benzer başvurulara da değinilmiştir. Bakanlar Komitesi bu başvurular kapsamında gerçekleşen birçok ihlalin 1990'lı yılların ilk yarısında terörizm ile mücadele sonucunda ortaya çıktığını, Sözleşme'ye taraf her bir üye devletin terörizm ile mücadelede Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarının ve Sözleşme

⁴⁴⁶ TURHAN, s.231.

⁴⁴⁷ TURHAN, s.232.

kapsamındaki yükümlülüklerinin gereklerini ifa edecek eylemlerde bulunmaları gerektiğini ifade etmiştir.⁴⁴⁸

Türkiye’de kolluk kuvvetlerince işlenen ve Mahkeme’nin Sözleşme ihlali olarak değerlendirdiği kararların verildiği 1996-1997 döneminden bu zamana kadar, Türkiye’nin uyum yükümlülükleri bağlamında söz konusu davalar kapsamında belirlenen ve benzer yeni ihlallerin önlenmesini sağlayacak genel tedbirler alması gerekliliğine Komite tarafından da vurgu yapılmıştır.⁴⁴⁹ Bakanlar Komitesi aynı zamanda önceki geçici kararına atıfta bulunmuştur. Bu kapsamda bahse konu tedbirlerin benimsenmesine yönelik gelişmeler hakkındaki düşüncesini ifade ederken Türkiye’yi bunun yanında acilen daha geniş önlemler almaya çağırmıştır. Bakanlar Komitesi bir bakıma Türkiye’yi bir an önce kolluk kuvvetleri tarafından sebebiyet verilen suiistimaller hakkında ceza hukuku alanında getirilen reform hareketlerini hızlandırmaya yöneltmiştir.⁴⁵⁰

Gözaltına alınan kişiler ile ilgili olarak, Mahkeme tarafından devletin sorumluluğu çok hassas kıstaslar doğrultusunda ele alınmaktadır. Bilhassa gözaltına alınan bir kişinin ölümü halinde yetkililerin bu durumu tatmin edici bir şekilde açıklama yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu yükümlülük gerçekleştirilecek otopsi incelemesinin uluslararası standartlara uygun şekilde yapılmasını da kapsamaktadır. Birleşmiş Milletler Model Otopsi Protokolünde tespit edilen kriterler çerçevesinde gerçekleştirilecek otopsinin detaylı ve ölüm sebebini açıklayacak hususları kapsamaması gerekmektedir. Uzman patolog tarafından yapılmayan veya çok yüzeysel yapılmış otopsi incelemeleri, Sözleşme’nin 2’nci maddesi kapsamında belirlenen yükümlülüklerin ihlaline neden olur. Bu durum ise yüklü miktarda tazminata hükmedilen kararların ortaya çıkmasına sebebiyet verir.⁴⁵¹

AIHM gözaltında meydana gelen ölümlerde Birleşmiş Milletler Model Otopsi Protokolü’ndeki esaslar kapsamında hareket edilip edilmediğini her bir somut olay

⁴⁴⁸ERDOĞAN/KARAN, s.76.

⁴⁴⁹ERDOĞAN/KARAN, s.76.

⁴⁵⁰ERDOĞAN/KARAN, s.76.

⁴⁵¹BAŞAK, s.70.

bakımından ayrıca araştırmaktadır. Mahkeme uzman patologlar tarafından gerçekleştirilen üstünkörü incelemelere bu anlamda kıymet vermemektedir.⁴⁵²

Model Otopsi Protokolü'nde yer alan ve hukuk dışı, yargısız infazların etkin bir şekilde engellenmesi ve incelenmesi kılavuzu, Birleşmiş Milletler tarafından 1991 yılında dzenlenmiştir. Protokol'de yer alan dzenlemelerde, kısa inceleme ve raporların, şüpheli ölüm olayları için kesinlikle uygun olmadığı ifade edilmekle birlikte önemli ayrıntıların yok olmaması için sistematik ve geniş içerikli inceleme ve raporların dzenlenmesi gerektiği belirtilmektedir.⁴⁵³

Otopsi bulgularının dzenli bir şekilde ispatlanabilmesi için ayrıntılı fotoğrafların çekilmesinin oldukça önemli olduğuna ise Birleşmiş Milletler Model Otopsi Protokolü'nün 2'nci maddesinin (c) kısmında vurgu yapılmaktadır. Bilhassa otopsi raporunda belirtilen ve olağan görülmeyen yara izlerinin var olduğu vücut bölümlerinin, kapsamlı ve belirgin şekilde fotoğraflarda gözlenebilir olması gerekmektedir.⁴⁵⁴

Somut şüpheli ölüm olayının nitelikleri dikkate alınarak özenli bir inceleme gerçekleştirilmelidir. Örneğin üzerinde çalışılması gereken organlar yerinden çıkartılmalı; ağırlıkları belirlenmeli; kalp detaylı bir şekilde incelenmeli; özellikle boyun bölgesi dikkatli bir şekilde ele alınmalı; elektrik şoku veya diğer kötü muamele biçimlerinin uygulanıp uygulanmadığına delalet edecek histopatolojik numuneler cesetten alınmalı; toksik madde analizleri gerçekleştirilmeli; fotoğraf yoluyla şüpheli olan bulgular açık bir biçimde izah ve analiz edilmelidir.⁴⁵⁵

Mahkeme yeterli olmayan adli tıp incelemelerine bağlı olarak yürütölen kovuşturma sonucunda haklarında delil yetersizliğinden dolayı beraat kararı verilen kolluk görevlilerine yönelik yerel mahkeme kararlarını kendisi bakımından bağlayıcı görmemektedir. Mahkeme önüne böyle bir dava geldiğinde, somut olay hakkında uluslararası standartlarda kabul edilmiş ölçütleri göz önünde bulundurarak karar

⁴⁵²BAŐAK, s.47.

⁴⁵³BAŐAK, s.47.

⁴⁵⁴BAŐAK, s.47.

⁴⁵⁵BAŐAK, s.48.

vermektedir. Mahkeme şayet yetkililerin ölümüne neden olan etmenleri tespit etmek üzere etkili bir soruşturma yapmadığı kanaatine ulaşırsa, Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ihlal edildiğine hükmetmektedir. Türkiye hakkında bu bağlamda verilen mahkûmiyetler, otopsi işlemlerinde esas alınan ölçütlerin eksikliğinden ziyade uygulamada bu konuda uluslararası kıstaslara riayet eden bir otopsi işlemi gerçekleştirilmemesinden ileri gelmektedir.⁴⁵⁶

AİHM içtihatlarına göre, gözaltına alındıktan sonra ölen veya uzun süreli olarak ortadan kaybolan kişiye yönelik başvuruda taraf devlet hakkında yaşama hakkının ihlali kararı verilmiş olsa dahi, bu durum aynı olay hakkında öne sürülen kötü muamele iddialarının doğruluğu sonucuna varmayı gerektirmemektedir. Başvuru sahibi tarafından iddiaların makul şüpheye yer bırakmayacak biçimde kanıtlanması gerekmektedir. AİHM, Türkiye hakkında kötü muameleyle yönelik olarak verilen mahkûmiyet kararlarını dikkate almakla beraber, her vaki şikâyet için emsal teşkil eden yaklaşımla bu durumu kötü muamelelerin devamlı olarak uygulandığına dair bir kanıt olarak görmemektedir. AİHM nezdinde çoğu kez kötü muamele konusunda mahkûmiyet hükmü almış olmamız bu hususta daha özenli olmamız gerektiğini gösteren bir uyarı özelliği arz etmektedir. Her ne kadar Rıza Türmen ulusal yargıç olduğu dönemde güneydoğu bölgesinden gelen başvuruların azalmaya başlamış olduğunu tespit etmiş olsa da, söz konusu tespit normal bir sürece doğru gidildiğini göstermenin yanı sıra sorunun kökten sona erdiği anlamını taşımamaktadır. Asıl önemli olan husus, uygulamacıların bu eğilimi daha olumlu bir atmosfere taşıyarak gereken önlemleri almayı sürdürmeleridir.⁴⁵⁷

Türkiye'ye yönelik gözaltında meydana gelen ölüm olayları hakkında yapılan kimi başvurular ise, dostça çözümle neticelenmiştir.⁴⁵⁸

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yaşama hakkının ihlali öne sürülerek açılan davaların büyük bir bölümünü kolluğun güç kullanma yetkisini aştığına

⁴⁵⁶BAŞAK, s.48.

⁴⁵⁷BAŞAK, s.70.

⁴⁵⁸ Örneğin, Erdoğan/Türkiye, Başvuru No: 26337/95, Mahkeme'nin 20/06/2002 tarihli kararı; N.Ö./Türkiye, Başvuru No: 33234/96, Mahkeme'nin 17/10/2002 tarihli kararı; Yakar/Türkiye, Başvuru No: 36189/97, Mahkeme'nin 26/11/2002 tarihli kararı.

yönelik iddialar ihtiva etmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarına göz atıldığında yaşama hakkının ihlali sebebiyle verilen mahkûmiyet kararları, cezaevinde intihar, gözaltında intihar veya kaybedilme, operasyon sırasında öldürme, faili meçhul öldürme, gözaltına alırken öldürme, şahıs tarafından öldürme ile cezaevinde yaralama, gözaltına alırken yaralama, gözaltında ölümle tehdit ve sağlık hizmetlerinden faydalanamama gibi çeşitli şekillerde husule gelen ve ölüm riskleri taşıyan olaylardan kaynaklanmaktadır.⁴⁵⁹

B.Cezaevlerinde Açlık Grevleri ve İntihar Eylemleri Sonucu Meydana Gelen Ölüm Olayları

Açlık grevi belirli bir hedefe varmak, bir davranışı, uygulamayı ya da olayı protesto etmek, birtakım istekleri yetkililere kabul ettirmek, bir görüşü destekleyen kişilerin sayısını arttırmak, kamuoyu oluşturmak düşüncesiyle kişinin tek başına ya da bir grupla beraber vücut için gerekli olan besini tüketmeme, bazen de besin ve sıvı tüketmeme şeklinde aç kalma eylemi olarak ifade edilmektedir. Bahsi geçen fiillere katılmaya akli melekeleri yerinde ve bilinçli bir halde karar veren, ancak belli bir süre yemek yemeyen ve sıvı tüketmeyen kişinin de açlık grevcisi olduğu kabul edilir. Açlık grevi ile ulaşılmak istenen hedef, düşünceleri açıklama ve yayma özgürlüğü hakkının muhteviyatında yer almaktadır.⁴⁶⁰

Yaşama hakkı, dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez özellikte bir haktır.⁴⁶¹ Dünyaya gözlerini açan her insanın, vücudunun durumu elverdiği müddetçe yaşaması en doğal hakkıdır. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi,

⁴⁵⁹ YALÇIN, s.45.

⁴⁶⁰ Bedia BORAN, "Açlık Grevi/Ölüm Orucuna Müdahale Sorunu Tıbbi ve Hukuki Yaklaşım", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl:65, Sayı:3, Yaz 2007, s.96.

⁴⁶¹ Bkz. Özlem Yenerer ÇAKMUT, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, Legal Yayıncılık, Birinci Baskı, İstanbul, Ocak 2003, s.187. Kişi için yaşama hakkı devredilemez ve vazgeçilmez nitelikte temel haklardan sayıldığı için, ölme hakkı anayasal bakımdan kabul edilmemiştir. Bu sebeple ölüme sebebiyet verecek nitelikte olan açlık grevine müdahalede bulunulması hukuka aykırı addedilmeyecektir. Benzer biçimde kişinin bedeninde kalıcı hasarların meydana gelmesine sebep olacak bir eylem de, kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkının ihlali yanında, topluma ve ailesine karşı yerine getirmekle sorumlu olduğu ödev ve yükümlülüklerin ihmalî ile sonuçlanacaktır. Böyle bir durumla karşı karşıya kalınması halinde açlık grevine müdahalede bulunulması hukuka aykırı sayılmayacaktır. Hürriyetinden yoksun bırakılmış olan veya olmayan kişiler açısından müdahalede bulunma gerekçesinde değişiklik olmayacaktır.

3'üncü maddesinde yaşamının, özgürlüğün ve kişi güvenliğinin herkesin hakkı olduğunu ifade etmektedir. İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi ve diğer genel nitelikte bulunan bildiriler yaşama hakkını hiçbir şüpheye yer bırakmayacak biçimde tanımaktadır. Bireyler yaşama hakkını korumakla yükümlü olduğu gibi, insanın yaşama hakkını sonlandırma özgürlüğü de bulunmamaktadır. Bu nedenle intiharın yasak edilmesi eski tarihlere dayanmaktadır. Günümüze kadar ulaşan tüm insan hakları belgelerinde ölüm hakkını tanıyan bir hükümle karşılaşamaz.⁴⁶² Yaşama hakkı, diğer tüm hakların temelidir. Bunun yanında diğer bütün haklar yaşama hakkının bir uzantısıdır. Yaşama hakkı olmadığı yerde diğer hakların varlığının bir önemi yoktur. Yaşama hakkından feragat etmek diğer bütün haklardan vazgeçmek anlamına gelmektedir. Ölümün gerçekleşmesinin hedeflendiği açlık grevlerinin aksine yaşama hakkı, amacı ne olursa olsun hiçbir protestonun ya da eylemin konusunu teşkil etmez. Ancak insanın üstün değerler uğruna yaşamını feda etmesi, mesela bir kişinin vatani, milleti ya da inançları yolunda hayatını kaybetmesi veya üçüncü kişilerin yaşamlarını korumak için ölümü göze alarak hayatını tehlikeye sokması yaşama hakkından feragat ettiği şeklinde yorumlanamaz.⁴⁶³

Toplumdan bir şeyler beklemenin ve istemenin doğuştan bir hak olduğu öne süren insan, aynı zamanda topluma yönelik olarak var olan sorumluluklarını üstlenmek durumundadır. Kişiyi insan haysiyetine uygun biçimde yaşatma gayretinde olan bir toplumda kişinin yaşamından feragat etme özgürlüğünden bahsedilemeyecektir. Kişi toplum içinde onurlu bir şekilde hayatını idame ettirme olanağına haiz olmadığı takdirde ölme hakkına sahip değildir. Böyle bir hayatın kendisine sağlanmasını toplumdan talep etme hakkına haizdir. Kişi ve toplum arasında ölme ve öldürme ilişkisinden değil, yaşama hakkı ve yaşatma yükümü ilişkisinden bahsedilebilecektir.⁴⁶⁴

Tıp bilimi istatistiklerine göre, yaşaması konusunda kendisinden umut beklenmeyen insanın belli hukuksal şartlar yerine getirilerek acılarına son

⁴⁶²Ahmet TAŞKIN, *Türkiye'de Ve Dünyada Açlık Grevleri*, Eda Matbaacılık, Ankara, Aralık 2004, ("Türkiye'de ve Dünyada"), s.93.

⁴⁶³ TAŞKIN, *Türkiye'de ve Dünyada*, s.93.

⁴⁶⁴ TAŞKIN, *Türkiye'de ve Dünyada*, s.94.

verilmesini istemesi, kişinin kendi iradesine tabi olsa da, hukuk ve tıp bilimi çevrelerinde üzerinde tartışılan bir konu olmuştur. Devlet her insanın yaşama hakkını korumak zorunda olduğu gibi bu konuda üçüncü kişilerin yaşama hakkına yönelik tecavüzlerini de engellemelidir. İnsanın, devlete ve topluma karşı yaşama hakkının korunma altına alınması konusunda kendisini güvende hissetmesi gerekmektedir.⁴⁶⁵

Daha önce de ifade edildiği gibi, açlık grevi belirli bir amaca varmak, bir fiili protesto etmek veya bir görüşü destekleyen kişileri bulmak için ve kamuoyu oluşturmak adına kişinin tek başına ya da bir grupla besin almayı durdurarak veya sıvı tüketmeyerek aç kalma eylemi şeklinde tanımlanmaktadır.⁴⁶⁶ Açlık grevi, belli bir gayeye ulaşmak için kullanılan bir yöntemdir. Açlık grevlerinde temel hedef ölüm değildir, ancak ölüm tehlikesi her zaman bulunmaktadır. Açlık grevleri çoğu kez uzun bir zaman zarfında sürer ve insan vücudunun açlığa dayanma sınırı uzmanlara göre yaklaşık olarak yetmiş gündür.⁴⁶⁷

Açlık grevinin ölümle neticelenebilmesi intihar ile eşdeğer görülmesine neden olmaz. Çünkü intihar, isteğe ya da depresyona bağlı olarak gelişen ve yaşamı sona erdirmeyi hedefleyen bir eylemdir. Hâlbuki açlık grevine başlamaktaki maksat ölüm değildir. Fakat ölüm ulaşılmak istenen gayeye varan yolda her daim meydana gelebilecek bir neticedir.⁴⁶⁸

Bazı ülkelerde özel amaçlar uğruna kişilerin açlık grevlerine başladıkları görülse de, söz konusu fiil daha çok siyasi saikler ile bilhassa hükümlüler ve onları destekleyenler tarafından gerçekleştirilir. Greve katılan kişiler, taleplerinin yerine getirilmesi için mücadelelerini çoğunlukla uzun müddet sürdürürler. Bu nedenle sonuçlanamayan grev uzun süre devam edebilir. Grevciler için her zaman ölüm tehlikesi var olsa da, hedefe ulaşmak için ölüm dahi göze alınmış olsa da, bazen varılmak istenen netice gerçekleşmeden de eylem, grevcilerin kendi iradeleriyle ya

⁴⁶⁵ TAŞKIN, Türkiye’de ve Dünyada, s.94.

⁴⁶⁶ Metin FEYZİOĞLU, “Açlık Grevi”, *AÜHFD*, Sayı: 1-4, Cilt: 43, 1993, s.157; Şahin AKINCI, “İrade Muhtariyeti İlkesi ve Şahsiyet Hakları Açısından Ötenazi, Açlık Grevi ve Ölüm Orucu”, *SÜHFD*, Prof. Dr. Süleyman Arslan’a Armağan, Sayı: 1-2, Cilt: 6, 1998, s.733; Doğan SOYASLAN, “Türk Hukuk Düzeni ve Açlık Grevi Yapan Kişilere Müdahale Sorunu”, *YD*, Sayı: 3, Cilt:16, Temmuz 1990, s.269.

⁴⁶⁷ ÇAKMUT, s.184.

⁴⁶⁸ ÇAKMUT, s.184.

da devlet organlarının olaya müdahalede bulunmasıyla son bulabilmektedir.⁴⁶⁹

Kişi yasal düzenlemelerle teminat altına alınmış, insan olması sebebiyle kendisine bahşedilmiş hak ve özgürlüklere sahip bir varlıktır. Bahse konu hak ve özgürlüklerin, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez nitelikte olduğu 1982 Anayasası'nın 12'nci maddesinde, söz konusu hak ve özgürlüklerin, kişinin topluma, ailesine ve diğer bireylere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva ettiği aynı maddenin ikinci fıkrasında düzenleme altına alınmıştır.⁴⁷⁰

1789 Fransız İnsan Hakları Bildirgesi ile ilk kez düzenlenen dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez nitelikteki temel hak ve özgürlükler uluslararası belgelerde de sarıh bir biçimde belirtilmiştir.⁴⁷¹

Esas itibariyle açlık grevleri, düşünciyi açıklama ve yayma hürriyeti kapsamında ele alınabilir. Açlık grevi yapan kişi veya kişiler düşüncelerini ifade etmek ve bunları paylaşmak gayreti içindedirler. 1982 Anayasası'nın 25 ve 26'ncı maddeleri ile düşünciyi açıklama ve yayma hürriyeti teminat altına alınmıştır. Anayasa söz konusu özgürlükten yararlanmak için kullanılan vasıtalara sınırlama getirmemiştir.⁴⁷²

Ancak bahse konu hakkın, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine uygun olmak koşuluyla sınırlanabilmesi mümkündür. Diğer taraftan devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler için düşünciyi açıklama ve yayma hürriyeti koruma altına alınmamıştır.⁴⁷³

Kişilerin özgür iradeleri ile yeme ve içmeyi kabul etmeme yönündeki tercihlerine saygı gösterilmelidir. İnsanları yemek yemeğe ve sıvı tüketmeye zorlayan herhangi bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Fakat söz konusu fiil farklı

⁴⁶⁹ ÇAKMUT, s.184.

⁴⁷⁰ ÇAKMUT, s.186.

⁴⁷¹ ÇAKMUT, s.186.

⁴⁷² ÇAKMUT, s.184.

⁴⁷³ ÇAKMUT, s.185.

türden yasal düzenlemeleri ihlal ettiği takdirde ilgili hükümlere göre eyleme katılanlar hakkında yasalar dâhilinde gereken işlemler başlatılabilecektir.⁴⁷⁴

Açlık grevlerinde asıl gaye ölüm olmamakla beraber kişinin ölme ihtimali her zaman bulunduğu için kişinin yaşamına son verebilecek bir eylemin, düşüncüyü açıklama ve yayma özgürlüğünün bir vasıtası görülerek, söz konusu hakkın Anayasal teminatı kapsamında kabul edilip edilmeyeceği ayrı bir sorun teşkil etmektedir. Kişi kendi geleceğini belirleme hakkına sahip olmasının gereği olarak kendi serbest iradesi ile yiyip içmek istemeyebilir. Kişiyi bu anlamda zorlamak mümkün olmayacağı gibi, kendisine bu anlamda sorumluluk yükleyecek bir hukuki düzenleme de bulunmamaktadır. Askeri Ceza Kanunu'nun 79'uncu maddesi kişinin askere gitmemek maksadıyla kendisini sakatlaması durumunda yaptırım öngörmektedir. Fakat söz konusu hüküm ile asıl koruma altına alınmak istenen amaç askerlik hizmetinin yerine getirilmesine ilişkin devlet menfaatinden başka bir şey değildir.⁴⁷⁵

Bilindiği gibi açlık grevi, bir olayı, tutumu ya da davranışı kabul etmeyerek, bu konuda tepkide bulunmak, muhtelif talepleri yetkili kişi ya da makamlara kabul ettirmek veya desteklenen düşüncelere ilgi duyulmasını sağlamak çabası içerisinde olan kişilerin ihtiyaç duydukları besinleri tüketmeyerek aç kalmaları şeklinde beliren bir protesto biçimidir.⁴⁷⁶ Açlık grevi demokratik bir toplumda kişi hak ve özgürlüklerinin koruma altına alınması için başvurulmuş yöntemlerden sadece biri olmakla birlikte Türk hukuk düzenince sağlanan hukukî güvencelerin haricinde hukuk dışı ya da politik hukuka uygun diğer güvenceler de bulunmaktadır. Kişinin idarenin emirlerini yerine getirmeyi kabul etmemesi, baskıya karşı direnç gösterme, şiddet hareketlerine kalkışma, toplu grev ve açlık grevi eylemlerinde bulunma bu yollardan birkaçıdır.⁴⁷⁷

Hak hukuken korunan menfaat anlamına gelmektedir. Hak arama hürriyeti ise hukuk tarafından koruma altına alınan hakların önkoşulu ve teminatı niteliğindedir.

⁴⁷⁴ÇAKMUT, s.185.

⁴⁷⁵ÇAKMUT, s.186.

⁴⁷⁶Ahmet TAŞKIN, "Açlık Grevleri Ve Hak Arama Hürriyeti", *Atatürk Üniversitesi Erzinan Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:7, Sayı:3-4, Yıl:2003, ("Hak Arama Hürriyeti"), s.555.

⁴⁷⁷ TAŞKIN, Hak Arama Hürriyeti, s.555.

İdare, yasama meclisi ve yargı makamlarına başvuruda bulunmak suretiyle hak arama hürriyeti kullanılabilir. Hem ulusal hukukta hem de uluslararası hukukta, bu üç yol haricinde başka bir hak arama yöntemi bulunmamaktadır.⁴⁷⁸

Hak arama hürriyetinden bahsedebilmek için öncelikli olarak ortada hukuken korunan bir menfaat olmalıdır. Bunun yanında söz konusu hak hukukun belirlediği yöntemlere göre korunmaya çalışılmalıdır. Kişilerin yasal vasıtalar kullanarak haklarını arayabilmeleri mümkün olmalıdır. Başlıca yasal hak arama yolları dava, resmî başvuru ve ifade özgürlüğü, dernek, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakları ve diğer sivil hakların kullanımından oluşmaktadır. Hak arama özgürlüğünün, dava yolu ile kullanılabilmesi için yargının bağımsız ve tarafsız olmasının yanı sıra hâkimlik teminatının ve doğal hâkim ilkesinin varlığının sağlanması gerekmektedir.⁴⁷⁹

Hak aramanın diğer bir yöntemi ise resmî makamlara yapılan başvurudur. Bu başvuru dilekçe hakkının kullanılması suretiyle yasama organına yazılı olarak gerçekleştirilen cevap talep edebilme hakkını ifade etmektedir. Anayasa ile koruma altına alınmış hak ve hürriyetleri çiğnenen herkes, yetkili makama derhal başvurma olanağının sağlanmasını talep etme hakkına haizdir.⁴⁸⁰

Temel hak ve hürriyetlerinin çiğnendiğini öne süren kişiler, bu duruma verdiği karar ile yol açan veya kanun ve diğer düzenleyici işlemlerde gösterilen idarî makama başvurmak suretiyle hak talep edebilirler. Fakat Sözleşme bireyin Mahkeme'ye başvuruda bulunabilmesi için, idarî makamın, ilgilinin talebi konusunda olumsuz yönde karar alması yanında kişinin diğer bütün iç hukuk yollarını da tüketmesi şartını aramaktadır. Sözleşme'ye taraf diğer devletlerde olduğu gibi idarenin kişi hakkında verdiği olumsuz karara karşı gidilecek son iç hukuk yolu ise yargı yoludur. Sözleşme etkili başvuru yerinin belirlenmesi konusunda taraf devletlerin iç hukukunun esas alınmasını kabul etmekle beraber, etkili başvuru yolu

⁴⁷⁸ TAŞKIN, Hak Arama Hürriyeti, s.555.

⁴⁷⁹ TAŞKIN, Hak Arama Hürriyeti, s.555.

⁴⁸⁰ TAŞKIN, Hak Arama Hürriyeti, s.556.

olarak kullanılacak yargı yolunu bu doğrultuda gözetilmesi gereken bütün asgarî usul kuralları ile birlikte Sözleşme'nin 6'ncı maddesinde açık bir biçimde ele almıştır.⁴⁸¹

Hak kavramının var olduğu yerde, söz konusu hakkın tanınması, korunması ve aranması kavramları da beraberinde ifade edilir. Sahibine tanınan hak, hukuk tarafından koruma altına alınır; ihlâl edilen hak ise, sahibi tarafından yasal yollar kullanılarak elde edilmeye çalışılır. Bütün bu sebeplerle protesto ve mücadele metodu olarak başvuru sürelili, süresiz ya da ölüm amaçlı açlık grevi; biçimi, nedeni ve gayesi ne olursa olsun hak arama özgürlüğü çerçevesinde ele alınmayacaktır. Çünkü bir eylemin yasal görülebilmesi için, elde edilmeye çalışılan hakkın varlığı yanında söz konusu hakkın hukukun kabul ettiği yollarla aranması da gerekmektedir.⁴⁸²

Protesto sınırını aşmaması şartıyla sivil hayatta ya da cezaevlerinde şekli olarak gerçekleştirilen açlık grevleri yasal ancak hukuka aykırı bir fiil olarak değerlendirilebilir. Bu halde bile açlık grevleri hak arama hürriyeti kapsamında kullanılan bir yöntem olarak görülemeyecektir.⁴⁸³ Hükümlü, tutuklu ve gözaltında bulunan kişilere yönelik olarak devletin ayrıcalıklı bir özen yükümlülüğü söz konusudur. Bu kişilerin yaşama haklarının koruma altına alınması bakımından açlık grevi ve ölüm oruçlarına ilişkin gerçekleştirilecek müdahalenin hürriyetinden mahrum bırakılmamış kişilerle birebir aynı olması düşünülemeyecektir. Hastanın tedaviyi kabul etmeme hakkı ile devletin özen gösterme yükümlülüğü ölçülü şekilde yorumlanmalıdır. Bilincini kaybeden ve yaşamı tehlike altında olan hükümlü, tutuklu ve gözaltında bulunan kişilerin açlık grevleri ve ölüm oruçlarına müdahalede bulunulabilecektir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2'nci maddesi de bu yöndeki bir uygulamaya izin vermektedir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları da bu yöndedir.⁴⁸⁴ Zorla tedavi ve beslemeye yönelik düzenlemeler çerçevesinde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik

⁴⁸¹TAŞKIN, Hak Arama Hürriyeti, s.556.

⁴⁸²TAŞKIN, Hak Arama Hürriyeti, s.556.

⁴⁸³TAŞKIN, Hak Arama Hürriyeti, s.556.

⁴⁸⁴Ömer ÖMEROĞLU, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Hükümlü, Tutuklu ve Gözaltındakilerin Açlık Grevi, Ölüm Orucu ve Müdahale Sorunu", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: XV, Sayı:3-4, Aralık 2011, ("Ölüm Orucu ve Müdahale Sorunu"), s.105.

Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanun grevcinin rızasının şart olduğunu belirtmemekle beraber hekimler, meslek kuralları gereği grevde olan kişinin rızasını aramaktadırlar. Hukuki ve cezai sorumluluk bakımından rızanın varlığı ya da yokluğu oldukça önem taşımaktadır. 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatların Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70'inci maddesi, zorunlu müdahale için grevcinin rızasının varlığının gerektiğini açık bir şekilde düzenleme altına almıştır.⁴⁸⁵ Yani kişinin bilinci yerinde olduğu takdirde rızası aranacaktır. Kişi özgür iradesi ile yeme ve içmeyi kabul etmemiş ve kendisine müdahalede bulunulmama isteğini hekime sözlü ya da yazılı şekilde belirtmiş ise iradesine göre hareket edilmesi gerekmektedir.⁴⁸⁶ Diğer taraftan hekimler, hastayı yaşatmakla sorumludurlar. Greve katılan kişi ölme yönünde bir irade sergiliyorsa, hekim bu durumda kişiyi yaşamaya döndürmek için uğraşır. Hastanın bilinci yerinde değilse ya da hekimin yanında hastanın rızasının ne yönde olduğunu sorabileceği bir yakını bulunmuyorsa, hastanın kendisine müdahalede bulunulmasını reddettiği yönünde bir belge de yoksa aynı diğer acil durumlarda olduğu gibi, hekim Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 3'üncü maddesine göre kişiyi hayata döndürmek için müdahalede bulunur. Bahse konu rızanın sağlıklı olarak gösterildiğinden şüphe duyan hekim, her daim yaşama hakkının korunması yönünde bir tutum sergileyerek, bilinci bulanık ya da kayıp hastanın bilincinin yerine gelmesini sağladıktan sonra rızasını alır ve bu rıza doğrultusunda müdahalede bulunur.⁴⁸⁷

Hekim, hükümlünün açlık grevini sürdürme iradesinin zayıfladığını belirler ve ailesi tarafından hayatının korunması yönünde istemde bulunulursa, ayrıca söz konusu somut durum açlık grevlerinin sonlandırılması ile alakalı görüşlerle desteklenirse ve grev bitinceye kadar bir ya da daha fazla açlık grevcisinin

⁴⁸⁵ Bkz. ÇAKMUT, s.188. İlgilinin rızasına müdahale için başvurulmalıdır. Kişinin rızası olmaksızın gerçekleştirilecek bir müdahale yaralama veya hürriyetten yoksun bırakma suçunun sübutuna neden olacaktır. 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70'inci maddesi de müdahalede bulunmak için ilgili kişinin rızasının şart olduğunu tereddüde yer bırakmayacak şekilde düzenlenmiştir. Söz konusu maddede açık bir biçimde müdahalede bulunmak için kişinin, şayet kişi fiil ehliyetine haiz değil ise kanuni mümessilinin rızası gerekli görülmüştür. İlgili kişinin kanuni temsilcisi yoksa veya kendisinin rızasına başvurma imkânı bulunmuyorsa hekimin gereken müdahalede bulunarak tedaviyi gerçekleştirmesi gerekecektir. Kişinin bilinci yerinde olduğu müddetçe müdahalede bulunabilmek için rızası aranmaktadır. Ancak rızası alındıktan sonra beslenmesi ve gerekli tedaviye başlanması söz konusu olabilecektir.

⁴⁸⁶ BORAN, s.98.

⁴⁸⁷ BORAN, s.98.

ölebileceği öngörülürse greve katılan kişinin özerkliğine saygı ilkesi gereğince hükümlünün kabul etmeme kararı ile bilhassa bilinçli bir şekilde karar verme yeteneğini kaybetmesinden sonra yaşanan gelişmeler arasında bir denge sağlanmalıdır. Açlık grevi, greve katılan kişinin amacı doğrultusunda sonuçlandığı takdirde tedavi süratle uygulanmalıdır.⁴⁸⁸

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 3'üncü maddesinin birinci fıkrası; tabibin görevi ve ihtisas alanı ne olursa olsun gereken bakımın tesis edilemediği acil durumlarda mücbir sebep olmadıkça, ilk yardımda bulunur hükmüne yer verirken, adı geçen Nizamname'nin 18'inci maddesi tabibin ve dış tabibinin, acil yardım, resmi ya da insani görevin yerine getirilmesi halleri dışında mesleki ya da şahsi nedenlerle hastayı tedavi altına almayı kabul etmeyebileceği yönünde düzenleme öngörmüştür.⁴⁸⁹

Söz konusu düzenlemelerden hareketle hekim, acil vakalarda ilk yardım gayesiyle hastaya müdahalede bulunma yükümlülüğünde olduğu gibi; bunun yanında müdahalede bulunmak resmi ya da insani bir görev ise, izafe edilen bu görevden çekinmesi imkânsız olacaktır.⁴⁹⁰ Açlık grevi, grevde bulunan açısından tehlike sınırına yaklaşmış ise müdahalede bulunma bir vazife haline dönüşecektir. Diğer yandan müdahale emri söz konusu ise, görev, resmî bir niteliğe bürünerek zorunlu hale gelecektir. Verilen bir emir olmasa da grevde bulunan kişiye müdahalede bulunmak insani bir görev olarak addedilebilir. Ayrıca söz konusu durum hekimlik meslek etiği ile de uyumlu olacağından yine müdahale gerekliliği oluşacaktır.⁴⁹¹

Açlık grevine başlama kararının grup ile birlikte verildiği durumlarda rızanın bulunup bulunmadığının belirlenmesi görüş ayrılıklarına sebep olmaktadır. Açlık grevine katılan hükümlülerin örgütlerin kararı doğrultusunda greve zorlandıkları şüphesinin bulunduğu durumlarda hekimin açlık grevine dâhil olan hükümlülerin kendi serbest iradeleri veya grubun direktifleri yönünde eylemi gerçekleştirdiklerini anlayabilmesi, hükümlü veya tutuklu ile güven ilişkisi kurmasına bağlıdır. Fakat

⁴⁸⁸BORAN, s.99.

⁴⁸⁹ÇAKMUT, s.191.

⁴⁹⁰ÇAKMUT, s.191.

⁴⁹¹ÇAKMUT, s.191.

hekim, kişiyi açlık grevi yapan grubun diğer üyelerine karşı kışkırtmamaya ya da grev kırıncısı konumunda görünmemesine dikkat etmelidir.⁴⁹²

Hapishanelerde başlatılan açlık grevlerinde diğer hükümlülerin grevcileri sürekli gözlemlemesi, hapishanede bulunan görevlilerinin yaklaşımı, basın yayın organlarının konuya bakış açıları, ailelerin grevin tıbbi müdahale ile veya müdahalede bulunulmadan neticelendirilmesi yönündeki istekleri siyasi mahkûmlar üzerinde ciddi baskı unsuru oluşturmaktadır.⁴⁹³

Kişi, söz konusu eyleme başladığı esnada veya eylemi sürdürürken samimi iradesini beyan etmelidir. Genellikle grup halinde greve başlama kararı verildiği için kişinin bireysel iradesi baskı altında kalabilecektir. Hükümlünün kendi özgür iradesini gösterebilmesi bakımından gruptan ayrı tutularak başka bir yerde tek başına kalıp karar vermesi ya da verdiği kararı tekrar gözden geçirmesi imkânı kendisine verilmelidir. Böylece iradesi üzerinde var olan baskı ortadan kalktığında kişi sağlıklı bir biçimde kararını belirleyebilecektir.⁴⁹⁴

Özgürlüğünden yoksun kalmış kişiler ile diğer kişiler arasında müdahalede bulunma bakımından bir farklılık bulunmamakla birlikte Ceza İnfaz Kanunu'ndaki düzenlemelere göre devlet, koruma altında bulundurduğu tutuklu ve hükümlülerin sağlıklarını güvence altına almak ve gerektiği takdirde iyileştirmek zorunluluğundadır. Bu sebeple Anayasa'nın 125'inci maddesi çerçevesinde cezaevi hekiminin veya personelinin gerekli olan müdahaleyi gerçekleştirmemesi durumunda idarenin tazminat sorumluluğu doğacaktır.⁴⁹⁵

Hem Türkiye'de hem de dünyada tıp ve hukuk çevreleri başta olmak üzere ceza infaz kurumlarında bulunan kişilere zorunlu tıbbi müdahale gerçekleştirilip gerçekleştirilmeyeceği, devamlı surette tartışılan bir konu olmuştur. Öncelikli olarak gerçekleştirilecek tıbbi müdahalenin içeriğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Tutukevleri ve cezaevlerinde bulunan kişilere uygulanacak tıbbi müdahaleler, genel

⁴⁹²BORAN, s.99.

⁴⁹³BORAN, s.99.

⁴⁹⁴ÇAKMUT, s.185.

⁴⁹⁵BORAN, s.99.

sağlığı ya da ceza yargılamasının hedeflerini koruma altına almaya çalıştığında, müdahaleye ilişkin şartlara ve hukuki düzenlemelere göre hareket edilmesi gerekmektedir. Devletin, infaz kurumunda bulunan kişilerin sağlıklarına ilişkin tıbbi müdahaleleri, rızalarına gerek kalmaksızın uygulayıp uygulayamayacağı hususu bu konuda önem arz etmektedir.⁴⁹⁶

Ceza infaz kurumlarında protesto ya da bazı isteklerin yerine getirilmesini sağlamak maksadıyla tutuklu ve hükümlülerin açlık grevi ya da ölüm orucuna karar verdikleri hallerde gerçekleştirilecek tıbbi müdahale, diğer tıbbi müdahalelerden çeşitli sebeplerle ayrılmaktadır. Bu konuda verilecek tepki, sadece açlık grevcisinin sağlığını ya da hayatını kurtarma amacı taşımamakta, bunun yanında kamu gücü tarafından genellikle yasal olmayan taleplerin karşılanmasını sağlamaya çalışan bir protesto biçimi olarak algılanan davranışlara engel olmayı da hedef almaktadır.⁴⁹⁷

Açlık grevine ya da ölüm orucuna başlayan kişi, sağlığına veya hayatına yönelik somut tehlikeyi kendi eylemi ile meydana getirmektedir. Ceza infaz kurumlarında bulunan açlık grevcisinin, kendisine tıbbi yardım sağlanan diğer tutuklu ve hükümlülere göre daha nitelikli bir konuma haiz olup olmadığı hususu ise tartışma götürmektedir.⁴⁹⁸

Son yıllarda açlık grevi kavramı esas itibariyle ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlüler tarafından gerçekleştirilen bir karşı koyma ve baskı aracı olarak ortaya çıkmış ve çok sayıda kişinin yaşamını kaybetmesine neden olmuştur.⁴⁹⁹

Açlık grevleri ile alakalı hukuksal bakımdan en hassas konu, açlık grevine başlayan kişilere zorunlu tıbbî müdahalenin ve zorunlu besleme yönteminin uygulanıp uygulanmayacağı hususudur.⁵⁰⁰

⁴⁹⁶ Barış ERMAN, *Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, (“Tıbbi Müdahale”), s.180.

⁴⁹⁷ ERMAN, *Tıbbi Müdahale*, s.184.

⁴⁹⁸ ERMAN, *Tıbbi Müdahale*, s.184.

⁴⁹⁹ Rıfat Murat ÖNOK, “İnsan Hakları Ve Türk Ceza Hukuku Açısından, İnfaz Kurumları Ve Tutukevlerindeki Açlık Grevlerine Müdahale Etme Yükümlülüğü Ve Bunun İhmalinden Doğan Sorumluluk”, *Eleştirel Hukuk Dergisi*, Yıl:4, Sayı:9, Kış 2007, (“Açlık Grevlerine Müdahale”), s.208.

⁵⁰⁰ ÖNOK, *Açlık Grevlerine Müdahale*, s.208.

Zorunlu müdahale yönteminin hukuka ve tıbbi deontoloji ilkelerine uygun düşmediğini savunan kişiler görüşlerine dayanak olarak Anayasa'nın 12 ve 17'nci maddelerini göstermektedir. Anayasa'nın 12'nci maddesinin birinci fıkrası, temel hak ve özgürlüklerin dokunulamaz, devredilemez ve vazgeçilemez özellikte olduğuna değinmektedir. Bu açıdan bakıldığında tedaviden faydalanma ve tedaviyi kabul etmeme de bir haktır. "Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı hâller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tâbi tutulamaz." düzenlemesine yer veren Anayasanın 17'nci maddesi, tıbbi zorunluluklar haricinde kişilerin rızaları olmaksızın zorunlu tedaviye tabi tutulamayacaklarını açıkça belirtmektedir. Tam tersi yönde bir uygulama, kişinin maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına hâlel gelmesine neden olacaktır. Kendi geleceğini belirleme hakkı bağlamında, insanlar rızaları ile yiyip içmeyi kabul etmeyebilirler ve söz konusu hak kapsamında zorunlu olarak beslenemezler.⁵⁰¹

Tıp dünyasında zorunlu beslemenin işkence niteliğinde olduğu genel kabul görmektedir. İşkence, zalimane ve insanlık dışı, onur kırıcı muamelelerle tıbbi müdahaleyi kesin olarak yasaklayan Tokyo Bildirgesi'nin 5'inci maddesinde, doktorların açlık grevi içinde bulunan hükümlülere zorla besin verilmesinde aracı olmamaları düzenlenmektedir.⁵⁰²

1975 tarihli Dünya Tabipler Odası'nın Tokyo Deklarasyonu'nun 5'inci maddesinde, hükümlünün besin almayı kabul etmemesi ve kişinin besin almayı serbest iradesiyle kabul etmemesinin sonuçları hakkında sağlıklı ve rasyonel bir karar verdiği kanısına doktorun ulaşması halinde, hükümlüye zorla besin

⁵⁰¹BORAN, s.100.

⁵⁰²Danıştay 10. Dairesi 20/11/2002 günlü ve 2000/936 esas ve 2002/4487 karar sayılı kararında; Türk Tabipler Birliği'nin hükümlü ve tutukluların açlık grevi ve ölüm oruçlarına olumlu yönde iradeleri olmadan müdahalede bulunma olanağı tanıyan Ceza İnfaz Kurumları Protokolü'nün iptali talebini öne sürüldüğü davada, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin yaşama hakkına yer veren 2'nci maddesi karşısında Tokyo ve Malta Bildirileri'nin kabul ettiği prensiplerden biri olan müdahalenin hekimlerin takdirine bırakılması ilkesine riayet edilmeden açlık grevi ve ölüm orucuna müdahalede bulunulmasının hukuka aykırı sayılamayacağını kararında belirtmiştir. Danıştay 10. Dairesi söz konusu kararında, Tokyo ve Malta Bildirgeleri'nin açlık grevi ve ölüm orucunda bulunan hükümlü ve tutuklulara zorla tıbbi müdahalede bulunmayı bütünüyle hekimin takdirine sunan ilkelerinin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2'nci maddesi bağlamında kesinlikle göz önünde bulundurulamayacağını da belirtmiştir.

verilmemesi gerektiğinden söz edilmiştir. Aynı maddede hükümlünün böyle bir karara varma yeteneğine haiz olup olmadığı yönündeki tespitin en azından bir bağımsız doktorun onayından geçmesi ve besin almayı kabul etmemenin neticeleri hakkında doktor tarafından hükümlüye bilgi verilmesi gerekliliği de ifade edilmiştir.⁵⁰³

1991 tarihli Dünya Tabipler Birliği'nin Malta Bildirgesi'nin 1'inci maddesinin ikinci fıkrası, hekimin hastanın verdiği karara saygı göstermesi gerektiğini ve müdahalede bulunmadan önce sağlık durumu hakkında hastayı bilgilendirdikten sonra rızasını da alması mecburiyetini açık bir biçimde belirtmiştir.⁵⁰⁴

Bir hükümlü zorunlu beslenmeyi kabul etmediğini açık bir dille ifade etmişse, hekim hükümlünün iradesine uygun olarak insanlık onuruna duyduğu saygı ve hükümlü ile aralarında doğan güven ilişkisinin bir sonucu olarak grev yapan kişinin refahını korumak suretiyle zorunlu yöntemlere başvurmadan hastası için yapabildiğinin en iyisini uygulamakla sorumludur. 1994 yılı Aralık ayında Türk Tabipleri Birliği yayınladığı bir genelge ile hekimin greve katılan kişinin sağlık durumu kötüleştiği takdirde kendisine bilgi vermesi gerektiğini, kişiye açlık grevinden vazgeçmesi hususunda hekimin baskı yapamayacağını, zorunlu tedavi yöntemlerine başvuramayacağını açık bir biçimde ifade etmiştir.⁵⁰⁵

Kişinin bilinci açıkken rızası dâhilinde davranılacaktır. Fakat kişinin bilincinin kapalı olması ya da açık olması ancak bazı sebeplerden dolayı yaşamsal tehlike veya büyük bir zarar ile yüz yüze gelmiş bulunması durumunda müdahale edilmesinin, zorla besin verilmesinin veya tedavisinin yapılmasının imkân dâhilinde olup olmadığı önemli sorunlar arasında yer almaktadır.⁵⁰⁶

Malta Bildirgesi'nin 2'nci maddesine göre; kişinin ya da kanuni mümessilinin rızasına başvurma imkânı olmadığı ve ilgilinin ciddi tehlikelerle karşılaştığı

⁵⁰³ ÇAKMUT, s.189.

⁵⁰⁴ ÇAKMUT, s.189.

⁵⁰⁵ BORAN, s.100.

⁵⁰⁶ ÇAKMUT, s.189.

durumlarda, hekimin yasal yetkilere ve meslek etiğine bağılı olarak kişinin yaşama hakkını koruma ve saygı gösterme ilkesi kapsamında bireye müdahalede bulunması ve tedavi uygulaması gerekmektedir.⁵⁰⁷

Açlık grevlerine ilişkin olarak zorunlu tıbbi müdahalede bulunulmasını kabul etmeyenler bu gibi müdahalelerin gerçekleştirilme biçimini esas almaktadırlar. Bu görüşe göre müdahale her durumda kişinin açlıktan dolayı ölmesini önleyememekte ve bazen çeşitli sağlık risklerini de beraberinde getirmektedir. Ayrıca bahse konu müdahalenin uygulanma tarzı da önemlidir. Zorla beslenme, beslenen kişinin bilinci açık olduğu müddetçe bağlanıp ağız ya da burun yoluyla mideye indirilen bir tüp vasıtasıyla, bilinci kapalı olduğunda ise serum kullanılarak yapılmaktadır. Söz konusu müdahale şeklinin aşağılayıcı niteliği gözetilerek ölüm seçeneğinin tartışma konusu yapılması gibi bir neticenin doğduğu zorunlu müdahaleyi kabul etmeyen görüş tarafından ileri sürülmektedir. Keza zorla besleme ifadesi yapay besleme ifadesi ile aynı anlamı taşımaktadır. Çünkü yapay besleme metotları ile iradesi hilafına ve vereceği tepkiye rağmen kişi zorla beslenmektedir.⁵⁰⁸

Protesto eylemlerinin infaz kurumunda var olan düzeni bozduğunu öne sürenler, böyle bir durumda kamu gücünün bu türden fiillere müdahalede bulunma yetkisini kabul etmektedirler. Fakat gerçekleştirilecek müdahalenin tarzının elverişli, gerekli ve ölçülü mahiyette olması gerekmektedir. Konuya bu açıdan yaklaşıldığında zorunlu beslemenin uygulanma tarzının infaz kurumunda bozulan düzeni tekrar tesis etmeye imkân sağlayan bir yöntem olmadığı kanaatine ulaşılmaktadır. Sonuç olarak yaşamı tehlike altında bulunmayan tutuklu ya da hükümlülere karşı uygulanacak bu yöndeki bir tedbirin kanuna aykırılık teşkil edeceği ileri sürülmektedir.⁵⁰⁹

Açlık grevlerine yönelik zorunlu tıbbi müdahaleden alınabilecek neticeyi faydasız gören görüşe göre ise, zorunlu müdahalede bulunma ve bilhassa zorunlu besleme fiili uzun vadede sonuç verecek tedbirler değildir. Çoğunlukla bu tarz müdahaleler başka bir tehlikeyi de beraberinde getirecektir. Aynı mahiyetteki bir görüşe göre ise, ölüm orucunda olan kişinin isteklerine verilecek açık bir ret cevabı

⁵⁰⁷ ÇAKMUT, s.189.

⁵⁰⁸ ERMAN, Tıbbi Müdahale, s.191.

⁵⁰⁹ ERMAN, Tıbbi Müdahale, s.192.

uzun vadede kişinin hayatını ve sağlığını koruma altına almaya imkân tanıyan bir yöntem olacaktır. Bu cevapla yüz yüze kalan kişi, kurtarıma ümidini kaybederek açlık grevini bırakabilecektir.⁵¹⁰

Zorunlu müdahalenin hukuka uygunluğunu tesis etmek için devlet ile tutuklu ve hükümlüler arasındaki güç dengesinin tek başına yeterli olmayacağını destekleyen görüşe göre devlet, bir kişiyi tutuklamakla ya da cezasını infaz etmekle ceza yargılamasını veya infaz aşamasını gerçekleştirme yetkisine sahip olmaktadır. Devlet, tutukluların ya da hükümlülerin kaçmalarını, delilleri ortadan kaldırmalarını engelleyebilir. Fakat kanunda bu yönde yer alan düzenlemeler tek başına zorunlu tıbbi müdahaleyi hukuka uygun şekilde sokmayacaktır. Bu hükümler kanun koyucunun iradesine uygun şekilde yorumlandığında, kişinin vücut bütünlüğü üzerinde devlete tanınan bir tasarruf hakkının bulunmadığı anlaşılacaktır.⁵¹¹

Bu yönde diğer bir görüş, yaşama hakkının öneminin altını çizerken yaşamın niteliğine vurgu yapmakta, yalnızca nefes alıp vermekten başka bir anlam ifade etmeyen hayatın yaşamak olarak addedilemeyeceğini, yaşama hakkının insan onuruna yakışır şekilde tanınması gereken bir hak olduğunu, tavsiye edilen bir yol olmamakla birlikte açlık grevi ve ölüm oruçlarına sadece yaşama hakkını korumak çatısı altında müdahalede bulunulmayacağını savunmaktadır.⁵¹²

Zorunlu tıbbî müdahalede bulunmaya karşı olan diğer bir görüş, açlık grevlerinin düşünceleri açıklama özgürlüğünün neticesi olduğunu; bu eylemin bir hak arama şekli olarak görülmesi gerektiğini; kişilerin kendi geleceklerini belirleme hakları kapsamında serbest iradeleri ile yöneldikleri bu tercihe saygı duyulması gerektiğini; kişileri açlık grevine katılmaktan alıkoyacak herhangi bir yasak koyucu düzenlemenin bulunmadığını, söz konusu fiillerin sivil itaatsizlik niteliğinde görülmesi gerektiğini; tıbbî müdahalede bulunmanın ancak hastanın buna rıza göstermesi halinde hukuka uygun olarak addedilebileceğini; zorla besleme yönteminin uygulanması söz konusu önlemin tatbik edildiği kişiye yönelik güç kullanılması sonucunu da beraberinde getireceğinden, bu durumun maddi ve manevi

⁵¹⁰ ERMAN, Tıbbi Müdahale, s.192.

⁵¹¹ ERMAN, Tıbbi Müdahale, s.192.

⁵¹² ÖMEROĞLU, Ölüm Orucu ve Müdahale Sorunu, s.95.

kişilik haklarını ihlâl eden bir özellik gösterdiğini gerekçe olarak sunmaktadır.⁵¹³

Konu Türk hukuk sisteminde yaşama hakkı ve ifade özgürlüğü bağlamında değerlendirildiğinde, Anayasa'nın 17'nci maddesi ile yaşama hakkının himaye altına alındığı görülmektedir. Anayasa'nın yaşama hakkını vazgeçilmez haklardan gördüğünü kabul eden görüş, kişinin hiçbir surette yaşama hakkından feragat edemeyeceğini, yaşama hakkının hem üçüncü kişilere karşı hem de bireyin kendisine karşı korunma altına alınması gerektiğini, yaşama hakkından feragat etmeye yönelik her çeşit girişimin hukuka aykırı olarak addedileceğini ve yaşama hakkını korumak gayesiyle açlık grevi ve ölüm oruçlarına müdahalede bulunmanın mümkün olduğunu kabul etmektedir.⁵¹⁴

Herkesin yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına haiz olduğu 1982 Anayasası'nın 17'nci maddesinin birinci fıkrasında ifade edilmektedir. Doktrinde ileri sürülen görüşlere göre söz konusu madde ile maddî ve manevi varlığın bütünlüğü ve geliştirilmesi ile yaşama hakkı da korunma altına alınmaktadır. Gerçekte yasal güvence altında bulunan yaşama hakkını koruma altına almak için devletin bu hususta gereken önlemleri almak mecburiyetinde olduğu yadsınamaz bir gerçek olarak kabul edilmektedir.⁵¹⁵

Kişinin yaşamını sonlandıracak bir fiil gerçekleştirmesi, yaşama hakkından feragat etmesi manasına geleceğinden söz konusu eylem hukuka aykırılık teşkil edecektir. Açlık grevini yasak hale getiren bir düzenleme var olmamakla beraber, eylem ölüm ile neticelenebileceğinden kişinin, yaşama hakkından feragat etmesi sonucunu doğurarak hukuka aykırılığa sebebiyet verecektir.⁵¹⁶

Daha önce de belirtildiği gibi Anayasa'nın 17'nci maddesinin birinci fıkrası, herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına haiz olduğunu açık bir biçimde düzenlemiştir. Hal böyle olunca kişinin maddi varlığını

⁵¹³ ÖNOK, Açlık Grevlerine Müdahale, s.208.

⁵¹⁴ ÖMEROĞLU, Ölüm Orucu ve Müdahale Sorunu, s.95.

⁵¹⁵ TAŞKIN, Türkiye'de ve Dünyada, s.94.

⁵¹⁶ ÇAKMUT, s.186.

tehlike altına alacak davranışlar sergilemesi Anayasa'nın bu maddesi ile bağdaşmayacaktır.⁵¹⁷

Açlık grevine zorunlu müdahalenin hukuka uygun olduğunu savunan diğer bir görüş ise, Anayasa'nın 12 ve 17'nci maddelerinden esinlenmektedir. Anayasa'nın 12'nci maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen haklar vazgeçilemez ve devredilemez özellikte olduğu için ölüm veya vücutta sabit hasarlara neden olacak açlık grevi de yaşama hakkından feragat edilmesi anlamına geleceğinden hukuka aykırı bir eylem olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Diğer yandan aynı maddenin ikinci fıkrası kapsamında, insanın kamunun bir ferdi olarak, ailesine ve topluma karşı ödev ve sorumlulukları gereği yaşama hakkı üzerinde sınırsız bir biçimde tasarrufta bulunma yetkisi veya ölmeyi isteme hakkı yoktur. Anayasa'nın 17'nci maddesinin birinci fıkrasında kişilerin yaşama, maddî ve manevî varlığını geliştirme haklarından vazgeçemeyecekleri ve söz konusu hakları devredemeyecekleri düzenlenmektedir. Açlık grevinin greve katılan kişiye telafisi mümkün olmayan zararlar verecek hale gelmesi durumunda eylem hukuka uygunluğunu yitireceğinden açlık grevine müdahalede bulunma, hukuka aykırı olarak kabul edilmeyecektir.⁵¹⁸

Açlık grevi ya da ölüm orucuna katılan bir bireye bilinci yerinde olmadığına ya da bilinci yerinde olsa bile yaşamı tehlike altına girdiği anda müdahalede bulunulması, üçüncü kişi lehine meşru savunma kapsamı içerisinde görülebilecek bir eylemdir.⁵¹⁹ Meşru savunma niteliğinde olan bu eyleme İnfaz Kanunu da açık bir biçimde yer vermiştir. Koşulları oluştuğunda, açlık grevini ya da ölüm orucunu sürdüren hükümlüden sorumlu olan kamu görevlisi hekim, zorla besleme ve tedavi

⁵¹⁷ ÇAKMUT, s.187.

⁵¹⁸ BORAN, s.101.

⁵¹⁹ Bu durumda zorunluluk halinin koşullarından ziyade meşru savunmanın koşulları tartışma konusu yapılmalıdır. Karşı görüş için bkz. Doğan SOYASLAN, "Türk Hukuk Düzeni ve Açlık Grevi Yapan Kişilere Müdahale Sorunu", *Yargıtay Dergisi*, Temmuz 1990, s.279; Zeki HAFIZOĞULLARI, "Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığına sunulan 04/09/1989 gün ve 10775 sayılı rapor s.1-2." Nitekim açlık grevi ya da ölüm orucu eylemini gerçekleştiren kişi, yaşama ve vücut bütünlüğü hakkına zarar veren saldırı niteliğindeki bir neticeye sebebiyet vermektedir. Söz konusu hakkın kendine ait olmasının ise bir önemi bulunmamaktadır. Zira saldırı, kişinin bu hakları üzerinde mutlak bir tasarruf yetkisinin bulunmaması sebebiyle haksız kabul edilmektedir. Bahse konu saldırının ortadan kaldırılması için kişinin zorla beslenmesi ve tedavi edilmesi, saldırganı yönelik olarak işlenen bir eylem olarak değerlendirilmelidir. Açlık grevine müdahalede bulunulmasının hukuka uygun olduğu yönünde ayrıca bkz. Nur CENTEL, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama*, İstanbul 1992, s.192.

önlemlerini almakla yükümlüdür. Açlık grevini ya da ölüm orucunu sürdüren hükümlüyü zorunlu olarak besleyen veya tedavi altına alan kamu görevlisi hekim kanunun emrini yerine getirme hukuka uygunluk nedeninden istifade edecektir. Kamu görevlisi hekim kanunun emrettiği müdahaleyi gerçekleştirmezse görevi kötüye kullanma suçundan dolayı sorumluluğu doğabilecektir.⁵²⁰

İnfaz Kanunu'nun 82'nci maddesinin dördüncü fıkrasında, kurum hekimi tarafından anında müdahalede bulunulmaması ya da müdahalede gecikmesi ve söz konusu gecikmenin hükümlü bakımından yaşamını tehlike altına sokma olasılığının bulunması durumunda hekim haricindeki kişiler tarafından da zorla besleme ve tedavi yöntemine başvurulabileceği düzenlenmiştir. Kurum hekiminin gecikmiş bir müdahalesi kabul görmeyeceği gibi, zorla beslemenin ve açlık grevi veya ölüm orucundan doğan sağlık problemlerinin çözülmesi için zorunlu tedavinin hekim dışındaki başka kişiler tarafından gerçekleştirilebileceğinin kabul edilmesi de imkânsızdır. Çok ayrık durumlarda, hekim olmayan bir kurum görevlisinin hükümlüyü hayata döndürmek maksadıyla durumun gerektirdiği ölçüde ve kişinin sağlığına hanel getirmeyecek şekilde müdahalede bulunması mümkündür. Fakat bu müdahalenin tedavi olarak nitelendirilmesi yanlış olacaktır.⁵²¹

Zorunlu tıbbi müdahaleyi hukuka uygun bulan görüşler, iki dayanaktan beslenmektedir. Bu görüşlerden birincisi, açlık grevinin aslında kişinin kendi öz varlığını ortadan kaldırmayı hedef alan bir fiil olması nedeniyle, intihar kapsamında değerlendirilmesi gerekliliği üzerinde durmaktadır.⁵²²

Yaşama hakkının kutsallığı ve dokunulmazlığı noktasından hareket eden bu görüşe göre, kendi geleceğini belirleme hakkı ya da kişiliğini serbestçe geliştirme hakkı, kişiliğin korunmasına ya da geliştirilmesine ilişkin haklardır. Bu sebeple bireyin kendine zarar verme ya da kendini öldürme hakkı Anayasal anlamda himaye

⁵²⁰ Metin FEYZİOĞLU, “Hükümlü Ve Tutukluların Muayene Ve Tedavilerini Engelleme, Hükümlü Ve Tutukluların Beslenmelerini Engelleme, Hükümlü Ve Tutukluları Açlık Grevine Veya Ölüm Orucuna Teşvik Veya İkna Etme Veya Onlara Bu Yolda Talimat Verme Ve Hükümlü Ve Tutukluların Zorla Beslenmesi Ve Zorla Tedavi Edilmesi”, Sempozyum Özel Sayısı:1, *Sağlık Hukuku Sempozyumu*, Ocak 2007, (“Zorla Beslenme ve Zorla Tedavi”), s.146.

⁵²¹ FEYZİOĞLU, Zorla Beslenme e Zorla Tedavi, s.147.

⁵²² ERMAN, Tıbbi Müdahale, s.188.

altına alınan haklar içerisinde yer almamaktadır.⁵²³ Ancak bahse konu yorumun lâfzî olmaktan öteye gitmediği ileri sürülmüştür. Çünkü bu görüşün asıl değer sorununu kapsam dışı bıraktığı gerekçe olarak gösterilmektedir.⁵²⁴

Serbest irade ile karar verildiği hekim ve hasta ilişkisi bağlamında net bir biçimde belirlenebilen intihar eylemlerine müdahalede bulunulması gerektiğini kabul eden görüş, tutuklu ve hükümlülerin intiharlarına ya da intihar özelliği taşıyan ölüm orucu gibi fiillerine müdahalede bulunmayı hukuka uygun duruma getiren başka bir faktörün daha bulunması gerektiğini iddia etmektedir. Bu faktör, kendini öldürmek isteyen bir kişinin aksine, bu kararlılıkta olan tutuklu ya da hükümlünün, kamusal bir himaye altında bulunmasıdır. Bahse konu görüşe göre kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı, intiharı engellemeye ilişkin kamusal hakka oranla daha geri planda bulunmaktadır.⁵²⁵

Türk öğretisinde öne sürülen başka bir görüşe göre, açlık grevi kişinin düşüncüyü açıklama ve yayma özgürlüğünün bir parçasıdır. Fakat kişilerin vücut bütünlüklerine zarar verme hakları bulunmadığından dolayı eylemin kişi bakımından zarar verici hale gelmesinden itibaren hukuka aykırı addedilmesi gerekmektedir. Söz konusu duruma müdahalede bulunan ve zorunlu tedavi yöntemini uygulayan hekim ile diğer kişilerin, meşru savunma hukuka uygunluk sebebinden yararlanacağı bu görüş kapsamında öne sürülen bir husustur.⁵²⁶ Bu görüşü destekleyenler, kişinin yaşamının topluma ait olduğu tezinden hareketle açlık grevine müdahalede bulunulduğu takdirde topluma ait olan yaşamı koruma altına almak için açlık grevcisine karşı meşru savunma ya da zorunluluk halinin şartlarının gerçekleşeceği sonucuna varmaktadırlar. Açlık grevine katılanların özgürlüklerinden mahrum bırakılmış olup olmamaları müdahalede bulunma açısından belirleyici bir etken değildir. Evinde açlık grevi yapan bir kişiye de zorunlu müdahalede bulunmak veya zorla beslemek hayatını koruma altına almak adına mümkün olabilecektir.⁵²⁷

⁵²³ ERMAN, Tıbbi Müdahale, s.188.

⁵²⁴ ERMAN, Tıbbi Müdahale, s.189.

⁵²⁵ ERMAN, Tıbbi Müdahale, s.189.

⁵²⁶ ERMAN, Tıbbi Müdahale, s.189.

⁵²⁷ ERMAN, Tıbbi Müdahale, s.189.

Türk öğretisinde öne sürülen diğer bir görüş, açlık grevinin bir intihar olduğu fikrini kabul etmemektedir. Açlık grevi eyleminde bulunan kişi, aslında ölmeyi istememekte, fakat ölümünü bir baskı vasıtası şeklinde kullanarak, kendi görüşünün yasallığı konusunda kamuoyu oluşturmaya ve devleti haksız duruma koyarak isteklerinin yerine getirilmesini sağlamaya çalışmaktadır. Bir ölüm orucunda hedeflenen sonuç, kişinin yaşamını sonlandırması değildir. Kişinin kendini ifade etme özgürlüğünü başka biçimde kullanmak istemesi asıl amaçtır.⁵²⁸

Açlık grevinde olan kişinin giderek kötüleşen sağlık durumu ve yükselen ölüm tehlikesi baskı aracı olarak görülmektedir. Açlık grevcisi bu şekilde kendisine tanınmayan bir hakkı kazanma gayreti içerisine girmektedir. Açlık grevinin gayesi birtakım istekleri ve talepleri elde etmek olduğundan, grevin tehdit içeren niteliğini esas alanlar devletin gerektiği takdirde zorunlu tıbbi müdahaleye izin verebileceği neticesine varmaktadırlar.⁵²⁹

Protesto amaçlı, bir süreyle ya da fiille sınırlı olarak başlatılan ve sağlığa zarar verecek nitelikte bulunmayan açlık grevleri, ifadeyi açıklama özgürlüğünün bir parçası olarak görülmektedir. Bu yüzden söz konusu açlık grevleri daha üstün bir yararı koruma altına alan kanun hükümleri gerekçe gösterilerek önlenebilecektir. Açlık grevinin beden tamlığına yönelik ciddi zararlara ya da ölüm tehlikesine neden olacak şekilde devam ettirilmesi durumunda devletin greve katılan kişilere müdahalede bulunma sorumluluğunun ya da böyle bir hakkının olup olmadığı ise tartışma konusudur.⁵³⁰ Söz konusu görüş, ceza infazının gayesinden hareket etmektedir. Bir infaz kurumu kişinin tekrar topluma kazandırılması yanında özel ve genel önleme, iyileştirme ve zararsız duruma getirme gibi hedefleri de bünyesinde barındırarak etkinliğini koruyabilecektir. Ancak infazın öncelikli gayesi kendi varlığını idame ettirmek ve işlerliğini sağlayabilmektir. Ancak bu gayenin gerçekleşmesi halinde diğer amaçların da gerçekleşme ihtimalinden söz edilebilecektir.⁵³¹

⁵²⁸ ERMAN, Tıbbi Müdahale, s.190.

⁵²⁹ ERMAN, Tıbbi Müdahale, s.190.

⁵³⁰ ERMAN, Tıbbi Müdahale, s.190.

⁵³¹ ERMAN, Tıbbi Müdahale, s.190.

Aynı görüşe göre, tutuklu ya da hükümlü kendi serbest iradesiyle de olsa, açlık grevi vasıtasıyla hayatına ya da sağlığına ilişkin ciddi bir tehlikenin oluşmasına sebep olmuşsa, infazın kabiliyeti ortadan kalkacağından devlet söz konusu duruma müdahalede bulunma gücüne haiz olacaktır.⁵³²

Kurum idaresinin açlık grevlerine müdahalede bulunma yönünde bir görevi olduğu görüşünde olanlar, aksi yöndeki bir uygulamanın çeşitli hukuki sorumlulukların ortaya çıkmasına neden olabileceğini ileri sürmektedirler. Müdahaleye ilişkin olarak yüklenen bir hukuksal görevin ifa edilmemesi neticesinde kişiler üzerinde telafisi mümkün olmayan sağlık sorunlarının meydana gelmesi ya da ölümün gerçekleşmesi halinde ve diğer şartların da oluşması durumunda infaz kurumunda bulunan görevlilerin ihmal suretiyle kasten adam öldürme ya da kasten yaralama suçlarından cezai sorumluluklarına başvurmak mümkün hale gelecektir.⁵³³

Zorunlu tıbbi müdahaleyi destekleyen görüş, devletin ölüm oruçlarını ve açlık grevlerini daha hafif bir tedbirle önleyememesi halinde zorunlu yöntemle beslemeyi, görevini ifa etmesi bakımından uygun bir vasıta olarak görmektedir. Buna rağmen açlık grevinin ya da ölüm orucunun seyrine göre zorla besleme fiilinin yaşama hakkına ya da sağlığa ilişkin olarak içerdiği risk yükseldiğinde, infaz kurumunun zorla besleme yöntemine başvurma yetkisi ortadan kalkacaktır.⁵³⁴

Ömeroğlu'na göre, yaşama hakkını koruma altına almak için açlık grevlerine ve ölüm oruçlarına müdahalede bulunulabilir. Anayasa'ya göre yaşama hakkı, vazgeçilemez nitelikte haklardandır. İntihara teşebbüste bulunan kişiye ceza verilmemesinin sebebi, yaşama hakkına istisna oluşturmak değil intihar aşamasında olan kişinin cezai yaptırımdan çekinerek vazgeçme yönünde tedirginlik altına girmesini engellemektir.⁵³⁵ Benzer şekilde bazı hukuk sistemlerinde ötenazinin yaptırım altına alınmaması veya cezadan indirimine gidilmesinin gayesi, yaşama

⁵³² ERMAN, Tıbbi Müdahale, s.191.

⁵³³ ERMAN, Tıbbi Müdahale, s.191.

⁵³⁴ ERMAN, Tıbbi Müdahale, s.191.

⁵³⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Ömer ÖMEROĞLU, "İntihar, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun İntihara Bakış Açısının ve İntihara Yönlendirme Suçuna İlişkin Düzenlemesinin Değerlendirilmesi", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, 2010, ("İntihar"), s.67-68.

hakkına istisna oluşturmaktan ziyade insani yönden acıma duygusuna önem atfetmektir.⁵³⁶ İntihara teşebbüs ve ötenazi konularında dahi yaşama hakkına istisna getirildiği iddia edilemezken, açlık grevleri ve ölüm oruçlarının yaşama hakkına istisna teşkil ettiğini kabul etmek ve yaşama hakkını koruma adı altında söz konusu fiillere müdahalede bulunmamak savunulamayacak bir görüştür.⁵³⁷

5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 82'nci maddesi hükümlü ve tutukluların açlık grevi ve ölüm oruçlarına müdahalede bulunulabileceği hususunu çözüme kavuşturma gayesiyle düzenlenmiştir.⁵³⁸ Her ne

⁵³⁶ Ötenaziye ölüm hakkı olarak adlandırılan yazarlar bulunmaktadır. Bkz. Sibel İNCEOĞLU, *Ölme Hakkı ve Ötenazi*, İstanbul 1999, Ayrıntı Yayını, ("Ölme Hakkı"), s.132. Ömeroğlu'na göre ölme hakkı adı altında bir haktan bahsedilemez. Normatif anlamda haklar doğmakla başlar ve ölmekle son bulur. Bu bağlamda ölme hakkını kabul etmek, özgürlüğü yok etme özgürlüğünü tanımakla aynı anlama gelecektir. Yaşam yoksa hakların varlığının da bir önemi kalmaz. Ötenazi konusunda belirtilmesi gereken şey, bir ceza indirimi veya cezasızlık nedeni olarak kabul edilebilen ötenazinin ölme hakkının kabulü anlamı taşımadığıdır. Yazara göre acıma duygusuna dayalı olarak meydana gelen ölüm olayında cezanın indirilip indirilmeyeceği ya da fiilin cezasız bırakılıp bırakılmayacağı ise önemli bir mesele teşkil etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ömer ÖMEROĞLU, "Hukuksal Açıdan Ölme Hakkı ve Kabul Edilebilirliği Sorunu", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2009, C: XIII, S:3-4, ("Ölme Hakkı ve Kabul Edilebilirliği"), s.85 vd.

⁵³⁷ ÖMEROĞLU, Ölüm Orucu ve Müdahale Sorunu, s.96.

⁵³⁸ Daha önce de Türk mevzuatında 05/02/2003 tarihli ve 4806 sayılı Kanun'un 5'inci maddesi ile Hapishane ve Tevkifhanelerin İdaresi Hakkında Kanun'un 4'üncü maddesine açlık grevine başladıktan sonra tedaviyi kabul etmeyen hükümlülere zorunlu müdahale yönteminin uygulanmasını mümkün kılan ek düzenleme karşılaştırmalı hukuk ve Mahkeme içtihatlarına uygun olarak derc edilmiştir. Bu düzenleme ile müdahalede bulunmanın riskleri konusunda gereken açıklamanın yapılmasına ve ikna çabalarına karşın eylemlerinden geri adım atmayan hükümlülere yaşama haklarının tehlike altına girmesi ya da bilinçlerinin kapalı olması şartıyla zorla besin verme ve tıbbî müdahalede bulunma yetkisi verilmiştir. Hapishane ve Tevkifhanelerin İdaresi Hakkında Kanun'un 10/09/1993 tarihli ve 524 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile yürürlükten kaldırılan 4'üncü maddesi aşağıdaki şekilde tekrar düzenlenmişti:

"Hükümlü ve tutuklular, hangi nedenle olursa olsun, kendilerine verilen yiyecek ve içecekleri sürekli olarak reddettikleri takdirde; bu hareketlerinin kötü sonuçları ile bırakacağı bedensel ve ruhsal hasarlar konusunda ceza infaz kurumu veya tutukevi tabibince bilgilendirilirler. Psiko-sosyal hizmet birimince de bu hareketlerinden vazgeçmeleri yolunda çalışmalar yapılır ve sonuç alınamaması halinde, beslenmelerine kurum tabibince belirlenen rejime göre uygun ortamda başlanır.

Beslenmeyi reddederek açlık grevi veya ölüm orucunda bulunan hükümlü ve tutuklulardan, birinci fıkraya gereğince alınan tedbirlere ve yapılan çalışmalara rağmen hayatı tehlikeye girdiği veya bilincinin bozulduğu tabipçe belirlenenler hakkında, isteklerine bakılmaksızın kurumda, olanak bulunmadığı takdirde derhal hastaneye kaldırılmak suretiyle muayene ve teşhise yönelik tıbbî araştırma, tedavi ve beslenme gibi tedbirler, sağlık ve hayatları için tehlike oluşturmamak şartıyla uygulanır.

Yukarıda belirtilen haller dışında, bir sağlık sorunu olup da muayene ve tedaviyi reddeden hükümlü ve tutukluların sağlık veya hayatlarının ciddi tehlike içinde olması veya ceza infaz kurumu ve tutukevinde bulunanların sağlık veya hayatları için tehlike oluşturan bir durumun varlığı halinde de ikinci fıkraya hükümleri uygulanır.

Bu maddede öngörülen tedbirler, kurum tabibinin tavsiye ve yönetimi altında uygulanır. Ancak kurum tabibinin zamanında müdahale edememesi veya gecikmesi hükümlü ve tutuklu için hayatı tehlike doğurabilecek ise, bu tedbirlere ikinci fıkrada belirtilen şartlar aranmaksızın başvurulur.

Bu madde uyarınca hükümlü ve tutukluların sağlıklarının korunması ve tedavilerine yönelik zorlayıcı

kadar söz konusu Kanun'un ilk bakışta hükümlüler hakkında düzenleme öngördüğü düşünülse de, bahse konu madde tutukluların durumunu da içermektedir. Madde gerekçesine bakıldığında tutuklu ve hükümlülerin, kendilerinin ve diğer tutuklu ve hükümlülerin sağlıklarını tehlike altına sokacak tutum ve eylemlerden uzak durmaları gerektiği yönündeki ifadeden çıkan sonuç bu hususu desteklemektedir.⁵³⁹ Bunun yanında anılan Kanun'un 116'ncı maddesi de 82'nci maddenin tutuklular bakımından geçerli olabileceğini açıkça belirtmiştir. Ancak madde gözaltında bulunan kişilerin durumuna ayrıca değinmemiştir. Hal böyle olunca gözaltında bulunan şüphelilerin açlık grevi ve ölüm orucuna başvurmaları durumunda kendilerine müdahalede bulunulup bulunulmayacağı konusunda tereddüt hâsıl olmuştur. Hakkında karar verilmemiş ya da verilen karar kesinleşmemiş olduğu için kişi bakımından gözaltında bulunmanın bir tür işkence teşkil ettiği ve bu sebeple gözaltında bulunan kişinin ölüm orucu ve açlık grevi eylemlerine başlamasının doğal haklardan olduğu Güney Afrikalı hekim Kalk tarafından öne sürülmektedir.⁵⁴⁰ Hekim Kalk, gözaltında bulunan kişilerin açlık grevi ve ölüm orucuna başlamaları halinde kendilerine hiçbir surette müdahalede bulunulamayacağını ifade etmektedir. Güney Afrika'da bir grup hekim tarafından da bu düşünce destek görmektedir.⁵⁴¹ Türk hukuk sisteminde de Erem, gözaltı tedbirini gereksiz görmekte ve haksız bir önlem olarak değerlendirmektedir.⁵⁴² Ceza muhakemesi doktrininde de gözaltı zorunlu olarak haksız bulunan bir koruma tedbiridir, ancak gözaltı tedbirinin gereksizliği yönündeki görüş kabule şayan değildir. Şöyle ki, yakalamanın ardından yakalanan kişiyi savcının ya da hâkimin karşısına çıkarmak çoğu kez olanak dâhilinde değildir. Gözaltı tedbiri ne şekilde vasıflandırılırsa vasıflandırılırsın sadece hâkim kararı bulunmadan hürriyetinden mahrum bırakılmış şüpheli kişinin içinde bulunduğu açlık grevine ve ölüm orucuna müdahalede bulunulmaması görüşü isabetli değildir. Gözaltında bulunan kişinin yaşama hakkı en az hükümlü ve

tedbirler, onur kırıcı nitelikte olmamak şartıyla uygulanır.”

⁵³⁹ ÖMEROĞLU, Ölüm Orucu ve Müdahale Sorunu, s.97.

⁵⁴⁰ ÖMEROĞLU, Ölüm Orucu ve Müdahale Sorunu, s.97.

⁵⁴¹ Hafize ÖZTÜRK, “Gözaltı, Tutukluluk ve Hükümlülük Durumlarında Hasta Hakları”, *Türkiye Klinikleri Tıbbi Etik Dergisi*, Sayı:5,Y:1997, s.122.

⁵⁴² Faruk EREM, *Ceza Usulü Hukuku*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1978, s.524.

tutuklular kadar kıymetlidir. Yaşama hakkının korunma altına alınması bakımından gerekli görülmesi durumunda müdahale gerçekleşmelidir.⁵⁴³

Farklı yönde görüşler olmasına karşın hukuka uygunluk sebepleri eylemi yalnızca ceza hukuku bakımından değil, tüm hukuk düzeni bakımından da hukuka uygun duruma dönüştürür. Açlık grevi veya ölüm orucunu sürdüren hükümlü, tutuklu ve gözaltında bulunan kişilerin, bilincinin yerinde olmaması ya da yaşamlarının tehlike altında bulunması halinde rızaları hilafına zorla besleme uygulaması gerçekleştirenler cezai ve hukuki bakımdan sorumlu tutulmayacaktır.⁵⁴⁴

Kişinin bilinci kapanmadan müdahale etme yükümlülüğünün söz konusu olduğu durumlarda hekimlerin veya gözetimindeki sağlık personelinin eylemlerinin Türk Ceza Kanunu'nun 49'uncu maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan zorunluluk hali sebebiyle hukuka uygun sayılacağı doktrinde öne sürülmüştür. Fakat zorunluluk halinden bahsedebilmek için öncelikli olarak failin tehlikeye kasten neden olmaması gerekmektedir. Zorunluluk halinin bulunması için aranan diğer bir koşul ise, failin tehlikeye sebebiyet vermemiş üçüncü bir kişiye zarar vermiş olmasıdır.⁵⁴⁵ Açlık grevine müdahalede bulunan hekim, üçüncü kişiye yönelik olarak değil, tehlikeye neden olan kişiye karşı müdahalede bulunmaktadır. Bu şartlar dâhilinde müdahalede bulunan kişiler söz konusu hukuka uygunluk nedeninden faydalanma imkânına sahip olamayacaktır.⁵⁴⁶

Feyzioğlu'na göre açlık grevine müdahalede bulunma durumunda tehlikeye neden olan kişi, söz konusu tehlikeden kurtarıldığı için, müdahalede bulunan kişilerin eylemi, Türk Ceza Kanunu'nun 49'uncu maddesinin ikinci fıkrasında yer alan meşru müdafaa hukuka uygunluk nedeninden istifade edebilecektir.⁵⁴⁷

Açlık grevine katılan kişinin fiili beden bütünlüğünü ve yaşamını tehlike altına aldığından, aynı zamanda yasal düzenlemeler, kişiye bu yönde bir hak bahsetmediğinden, gerçekleştirilen eylem haksızlık teşkil edecektir. Söz konusu

⁵⁴³ ÖMEROĞLU, Ölüm Orucu ve Müdahale Sorunu, s.98.

⁵⁴⁴ ÖMEROĞLU, Ölüm Orucu ve Müdahale Sorunu, s.103.

⁵⁴⁵ ÇAKMUT, s.189.

⁵⁴⁶ ÇAKMUT, s.190.

⁵⁴⁷ ÇAKMUT, s.190.

haksızlığın son bulması için müdahalede bulunanların fiili ise Türk Ceza Kanunu'nun 49'uncu maddesinin ikinci fıkrası gereğince hukuka uygun addedilecektir.⁵⁴⁸

Diğer yandan müdahale emri verilmişse, müdahalede bulunan kişilerin eylemleri yetkili merciin emrini ifa çerçevesinde hukuka uygun kabul edilecektir. Şayet hekim ya da müdahale edecek diğer kişi, açlık grevi içinde olan kişinin bulunduğu hastane, tutukevi veya cezaevinde görevli bir memur ise üzerine izafe edilen vazifeyi yerine getirmemesi nedeniyle Türk Ceza Kanunu hükümleri gereğince yaptırım altına alınan görevi ihmal suçu nedeniyle sorumlu olacaktır.⁵⁴⁹

Önok, işkenceyi yaptırım altına alan uluslararası belgelerin, kanuni tedbirlerin doğal neticesi olan ya da söz konusu tedbirlerin doğasında var olan acı ve ıstırapın işkence olarak kabul edilemeyeceğini öngördüklerini ve Mahkeme içtihatlarına göre, yasal bir müdahalenin yadsınamaz bir neticesi olan acı ve küçük düşürmenin dışına çıkacak derecede olmayan hareketlerin 3'üncü madde kapsamına alınamayacağını, bu nedenle zorunlu beslenmenin Sözleşme'ye aykırı nitelik taşımadığını düşünmektedir.⁵⁵⁰

Zorunlu müdahaleyi destekleyen diğer bir görüş ise, hükümlülerin açlık grevlerine yönelmelerinin çoğu kez iradelerinin baskı altına alınmasından kaynaklandığını, söz konusu düşünce kabul edilmese dahi Anayasalarda kişilere bahşedilmiş olan kendi geleceğini belirleme hakkının, kişinin maddi ve manevi değerlerinin ortadan kaldırılması amacıyla değil, söz konusu değerleri koruma altına alıp geliştirmek için tanınmış bir hak olduğunu; kişilerin temel hak ve hürriyetlerinden, özellikle yaşama hakkından tek başlarına feragat edemeyeceklerini, söz konusu eylemlerin sivil itaatsizlik olarak kabul edilmesinin imkânsız olduğunu, sivil itaatsizlik olarak tanımlanan eylemlerin şiddetsizlik unsurunu ihtiva etmesi gerektiğini, açlık grevi bir hak olarak tanınsa dahi devlete yönelik baskı ve şantaja dönüşen eylemlerin hakkın kötüye kullanılmasından başka bir anlam ifade etmeyeceğini, devletin cezanın infazından doğan sorumluluklarını yerine

⁵⁴⁸ ÇAKMUT, s.190.

⁵⁴⁹ ÇAKMUT, s.190.

⁵⁵⁰ ÖNOK, Açlık Grevlerine Müdahale, s.195.

getirebilmesi için bu görevin ifa edilmesini engelleyecek nitelikte olan açlık grevlerine müdahalede bulunma yetkisinin var olduğunu kabul etmektedir.⁵⁵¹

Önok, zorunlu müdahalenin yasallığı konusunda, ortada kişinin kendi geleceğini belirleme hakkına oranla daha önem arz eden bir kamusal yükümlülüğün mevcut olduğunu, devletin gözetimi ve kontrolü altında bulunan hükümlülerin yaşam ve sağlıklarını koruma altına alma hususunda sorumluluğu olduğunu, aynı zamanda devletin kendi fiilî hâkimiyeti altında olan kişilerin yaşama haklarını koruyucu nitelikte tedbirler alma doğrultusunda hukukî bir görevinin de bulunduğunu düşünmektedir. Kanaatimizce Sözleşme'nin 2'nci maddesinde düzenlenen yaşama hakkı bağlamında devletin hayatı tehlikede bulunan kişileri koruyucu önlemler alma yönünde sorumluluğu bulunduğunun ve bilhassa devletin gözetimi altında bulunan hükümlü ve tutuklular açısından daha geniş ve itinalı bir korumanın zaruri olduğunun kabul edilmesi insan hakları hukuku bakımından da uygun olacaktır.⁵⁵²

Zorunlu müdahalede bulunmanın gerekliliğinden yana olan bir başka görüşe göre, söz konusu eylemlere müdahalede bulunarak kişilerin sağlıklarını ve hayatlarını koruma altına almak üçüncü kişi lehine meşru müdafaa veya zorunluluk hali kapsamında ele alınacak bir konudur. Ancak Önok, üçüncü kişi lehine meşru müdafanın koşullarının oluştuğunu iddia eden görüşe katılmamaktadır. Saldırıcıyı gerçekleştiren ve kendisine saldırı gerçekleştirilen üçüncü kişi greve katılan birey olduğu için bu bakış açısının hukuken doğru olmadığını öne sürmektedir. Bunun yanında tehlikeye sebep olan kişinin haricindeki üçüncü bir bireye zarar verilmediğinden dolayı zorunluluk hali olarak adlandırılan hukuka uygunluk sebebinden de söz etmenin mümkün olmayacağını dile getirmektedir. Mahkeme içtihatlarında da belirtildiği gibi devletin yaşama hakkını koruma altına alma doğrultusundaki pozitif yükümlülüğü, bu müdahalenin meşruluğuna yönelik en önemli delil olarak değerlendirilmelidir.⁵⁵³ Zira söz konusu temel yükümlülük

⁵⁵¹ÖNOK, Açlık Grevlerine Müdahale, s.209.

⁵⁵²ÖNOK, Açlık Grevlerine Müdahale, s.209.

⁵⁵³ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2006/9-169 esas ve 2006/184 karar sayılı kararında, mahkemelerin bir fiilin suç teşkil edip etmediğini ve somut olayda hukuka uygunluk sebeplerinin var olup olmadığını göz önüne alırlarken Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarını muhakkak ön planda tutmaları gerektiğinin altını çizmiş ve AİHS içtihatlarının önemine vurgu yapmıştır.

karşısında, diğer haklara yönelik olarak öne sürülen iddialar hukuki bakımdan değerlendirme altına alınmayacaktır.⁵⁵⁴

4721 sayılı Medeni Kanun'un 24'üncü maddesinin on birinci fıkrasına göre üstün nitelikte özel ya da kamusal yararın mevcudiyeti halinde kişilik haklarına ilişkin olarak gerçekleştirilecek bir saldırı meşru savunma olarak kabul edilmektedir. Bu üstün yetkiyi sağlayan kanun maddesi hukukun bütünlüğü ilkesi gereğince ceza hukuku açısından da fiili hukuka uygun hale getirecektir.⁵⁵⁵

5275 sayılı Kanun'un 82'nci maddesinin zorunlu müdahalede bulunma ve zorla beslemeye icazet veren düzenlemesi kapsamında yapılan işlemler ise 5237 sayılı Kanun'un 24'üncü maddesinin birinci fıkrasında yer alan kanunun hükmünü icra hukuka uygunluk nedeni çerçevesinde değerlendirilecektir.⁵⁵⁶

1999-2000 yılları arasında Türkiye'de bulunan cezaevlerinde kitlesel boyutlara ulaşan açlık grevleri neticesinde zorla besleme ve tedavi konularına yönelik olarak kamu otoritelerinin ihtiyaç duyduğu yasal düzenlemeler üzerinde bazı hukukçular tarafından çalışma başlatılmıştır. Ancak bu çalışmalarda tıp alanında yürütülen tartışmalardan farklı bir yöntem takip edilmiştir. Söz konusu dönemde karşılaşılan zorluklar neticesinde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'da zorunlu tedavi ve zorunlu beslemeye yönelik olarak birtakım yasal düzenlemeler getirilmiştir.⁵⁵⁷

Açlık grevi ile zorunlu besleme arasındaki ilişki rahatlıkla kurulsa da zorunlu tedavi ve zorunlu beslenme konuları da birbiri ile bütünleşmiş durumdadır. Açlık

⁵⁵⁴ ÖNOK, Açlık Grevlerine Müdahale, s.209.

⁵⁵⁵ ÖNOK, Açlık Grevlerine Müdahale, s.209.

⁵⁵⁶ ÖNOK, Açlık Grevlerine Müdahale, s.209.

⁵⁵⁷ BORAN, s.101. Bkz. ÖNOK, Açlık Grevlerine Müdahale, s.196. Daha önce 31/12/1997 tarihli ve 25-167 sayılı Bakanlık Genelgesi temel alınarak yaşamsal tehlike ve bilinç kaybı halinde zorunlu müdahale yöntemine başvurulmaktaydı. Tutuklunun tutukevinde bulunduğu esnada önemli bir tehlike oluşturduğu, bilhassa diğer tutukluların güvenliği bakımından gerekli görüldüğü ya da intihara veya kaçmaya teşebbüs ettiği ve bu yönde birtakım hazırlıklara girdiği belirlenenlerin sağlıklarına hanelerine hanelerine zarar verecek önlemler alınmasına olanak veren 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 116'ncı maddesinin üçüncü fıkrası hükmünün dayanak alındığı ifade edilmekteydi.

grevlerinin kişinin hayatı bakımından tehlike yaratacak aşamaya ulaşması durumunda söz konusu her iki yöntem de kullanılabilir. ⁵⁵⁸

Ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde bulunan hükümlü ve tutukluların muayene ve tedavi edilmelerinin, ayrıca beslenmelerinin önlenmesi, açlık grevine ya da ölüm orucuna teşvik ve ikna edilmeleri veya kendilerine bu yönde talimat verilmesi, Türk Ceza Kanunu'nun, "Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler" başlıklı dördüncü kısmının "Adliye Karşı Suçlar" bölümünde düzenlenen "Hak Kullanımını Engelleme" kenar başlıklı 298'inci maddesinde suç olarak yaptırım altına alınmıştır. Fakat açlık grevi fiili kanunda suç olarak düzenlenmemiştir. ⁵⁵⁹ Türk Ceza Kanunu'nun 298'inci maddesinde yaptırım altına alınan suç, "Kişilere Karşı Suçlar" bölümünde düzenlenmemiş olması sebebiyle kişisel bir değeri ihlal eden eylem yerine devlete karşı işlenen ve bu kapsamda tutukevi ve cezaevlerinin düzenini korunma altına alma amacı güden bir yaklaşımla kanun sistematigi içerisinde adliyenin menfaatini ihlal eden bir eylem olarak değerlendirilmiştir. Bahsi geçen suçun adliye karşı işlenen suçlar bölümünde düzenlenmesinin sebepleri arasında kişinin tekrar topluma kazandırılması gayesi yer almaktadır. Cezaların infazının gerçekleşmesi için kişinin sağlığına ve yaşama hakkına yönelik ciddi bir tehlikenin var olmaması şarttır. ⁵⁶⁰

Açlık grevine katılan kişi dışında bu eyleme destek veren kişiler bakımından 5237 sayılı Kanun'un 84'üncü maddesi ve 298'inci maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları göz önüne alınabilecektir. ⁵⁶¹

Açlık grevi, bir intihar yöntemi olarak kabul edilmediğinden ⁵⁶² bir başka kişiyi açlık grevine azmettirme, teşvik etme, var olan açlık grevi kararını

⁵⁵⁸BORAN, s.101.

⁵⁵⁹BORAN, s.101.

⁵⁶⁰BORAN, s.101.

⁵⁶¹ ÖNOK, Açlık Grevlerine Müdahale, s.211.

⁵⁶² Aksi yönde görüş için bkz. Mustafa Bayram MISIR, "Direnme Hakkı, Şiddet ve Ölüm Orucu Üzerine Bir Değini", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl:65, Sayı:1, Kış 2007, s.45. Ölüm orucu, şiddetin kullanım şekli açısından bir intihar eylemi olup, şiddetin neticeleri dikkate alındığında sivil itaatsizlik eylemlerinde karşılaşılan makul ölçünün ötesine gitmektedir. Ama 5237 sayılı Kanun'da söz konusu fiil hem bünyesinde bulundurduğu şiddet unsuru, hem de kamu vicdanına yönelik çağrı unsuru nedeniyle suç teşkil etmemektedir. 5237 sayılı Kanun'da intihara yönlendirme suç olarak yaptırım altına alınmışsa da ölüm orucunda olanlar isteklerini kamuya vicdani bir çağrı şeklinde iletirken söz konusu eyleme bir yönlendirme neticesinde başlamadıklarını özellikle belirtmektedirler.

kuvvetlendirme veya açlık grevine katılmasına yardım etme, 5237 sayılı Kanun'un 84'üncü maddesi bağlamında intihara yönlendirme suç tipi kapsamında görülmemektedir. Ancak bir protesto eylemi olarak değil de, kişinin yaşamına son vermesinde vasıta olarak kullanılan açlık grevine başlama hali söz konusuysa intiharın varlığı kabul edilerek 84'üncü maddede belirtilen seçimlik hareketleri veya hareketi icra eden fail, bahsi geçen hükme göre sorumlu tutulacaktır.⁵⁶³

Protesto amacıyla açlık grevine başlayan kişiye maddî veya manevî yardımda bulunan failler açısından da 5237 sayılı Kanun'un 84'üncü maddesi uygulanabilmelidir. 5237 sayılı Kanun'un 84'üncü maddesinde düzenlenen intihara yönlendirme suçunun manevî unsuru genel kasttır. Ölümü kesin bir şekilde göze alan kişinin bu durumunu bilen ve buna rağmen açlık grevine başlamasına azmettiren, teşvik eden veya kişinin bu yönde var olan bir kararını kuvvetlendiren ya da açlık grevine girmesine bir şekilde yardımda bulunan fail anılan madde kapsamında sorumlu görülebilir. Fakat hükümlü ya da tutukluların gerçekleştirdikleri açlık grevine teşvik, ikna veya bu yöndeki talimat fiillerine, 5237 sayılı Kanun'un 298'inci maddesinin ikinci fıkrasında özel olarak yer verildiğinden açlık grevinin hükümlü veya tutuklu kişiler tarafından gerçekleştirilmesi halinde fikrî içtima kuralları uyarınca maddi veya manevi yardımda bulunan failleri 5237 sayılı Kanun'un 298'inci maddesi göz önüne alınarak sorumlu tutmak gerekecektir.⁵⁶⁴ Hükümlü ve tutuklu haricindeki kişileri ölüm amaçlı açlık grevine yönelten fail ise 5237 sayılı Kanun'un 84'üncü maddesi kapsamında sorumlu olacaktır.⁵⁶⁵

Türk Ceza Kanunu'nun 298'inci maddesinin birinci fıkrasında düzenleme altına alınan hükümlü ve tutukluların muayene ve tedavilerinin engellenmesi suçunun faili herkes olabilir. Bunun yanında söz konusu suç ancak kasten işlenebilir. Suçun mağdurları ise adliye ve tedavisi engellenen kişidir. Kurum hekiminin muayene ve tedavisine karşı gerçekleştirilecek bir eylem engelleme olarak addedilecektir. Kurum hekimi haricinde başka bir hekimin gerçekleştireceği

⁵⁶³ÖNOK, Açlık Grevlerine Müdahale, s.211.

⁵⁶⁴Aksi yönde görüş için bkz. MISIR, s.45. Eyleme katılan kişinin bir teşvik neticesinde eyleme başladığı kesin olarak ispat edilirse, bu durumda eylemciyi intihara yönlendiren kişi 5237 sayılı Kanun'un 84'üncü maddesinde yer alan suçun faili sayılacaktır.

⁵⁶⁵ÖNOK, Açlık Grevlerine Müdahale, s.211.

muayene veya tedaviyi engelleme bu suçta vücut vermeyecektir.⁵⁶⁶ Türk Ceza Kanunu'nun 298'inci maddesinin ikinci fıkrasında ise hükümlü ve tutukluların beslenmelerinin engellenmesi, açlık grevine ya da ölüm orucuna teşvik ve ikna edilmeleri veya bu yönde talimat verilmesi eylemleri suç olarak yaptırım altına alınmıştır.⁵⁶⁷ Söz konusu suç, hükümlü veya tutuklunun beslenmesinin kasten önlenmesi ile tamamlanmaktadır.⁵⁶⁸

Açlık grevlerinin 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu'nun 298'inci maddesinde yer alması maddî ceza hukuku alanına dâhil olmasına sebep olmuştur. Değınilen maddenin ikinci fıkrasında hak kullanımını ve beslenmeyi engelleme suç olarak düzenlenmiştir. Aynı maddenin üçüncü fıkrasında ise beslenmenin önlenmesi sebebiyle kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hâllerinden biri ya da ölüm sonucu oluşmuşsa, fail aynı zamanda kasten yaralama veya kasten öldürme suçlarına yönelik hükümler nazara alınarak sorumlu kılınacaktır.⁵⁶⁹

5237 sayılı Kanun'a göre, ölüm sonucu meydana gelmişse, netice sebebiyle ağırlaştırılmış bir suçun oluştuğı kabul edilerek söz konusu suçun cezasının kanunda belirtilen biçimde arttırılması yerine, 298'inci maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen beslenmeyi engelleme suçu ile birlikte kasten yaralama ya da kasten öldürme suçlarından somut vakaya uygun olan suçun cezası gerçek içtima kurallarına göre toplanarak hüküm altına alınacaktır.⁵⁷⁰

⁵⁶⁶BORAN, s.101.

⁵⁶⁷ Örgüt eylemi kapsamında bazı hükümlüleri ölüm orucuna yönelten kişileri ve F tipi tartışmaları kapsamında meydana gelen bazı olayları yaptırım altına almak için, 01/06/2005 tarihine kadar yürürlükte kalan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 307/b maddesine eklenen ikinci fıkraya göre hükümlü ve tutukluların beslenmesini önleyen kişiler hakkında iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası öngörölmüşü. Hükümlü ve tutukluların açlık grevine ya da ölüm orucuna teşvik veya ikna edilmeleri ya da bu yönde kendilerine talimat verilmesi de beslenmenin önlenmesi olarak kabul edilmekteydi. Aynı maddenin üçüncü fıkrasında ise beslenmenin önlenmesi sebebiyle ölüm ortaya çıktığında faile on yıldan yirmi yıla kadar hapis cezası verilebileceğı, aynı Kanun'un 456'ncı maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarında belirtilen bedensel zararların oluşması durumunda faile yine aynı madde çerçevesinde müeyyide uygulanacağı hüküm altına alınmıştı.

⁵⁶⁸BORAN, s.101.

⁵⁶⁹ ÖNOK, Açlık Grevlerine Müdahale, s.198.

⁵⁷⁰ Barış ERMAN, "Türk Ceza Kanunu'nda Tıbbi Müdahalelere İlişkin Hükümler", *Güncel Hukuk*, Mart 2006/03, ("Türk Ceza Kanunu"), s.27 Aleyhe kanunun geçmişe yürümemesi ilkesi sebebiyle, ancak 01/06/2005 tarihinden sonra işlenmiş sayılan filler açısından bu şekilde ceza tesisi mümkün olabilecektir.

Diğer taraftan 5275 sayılı Kanun'un 44'üncü maddesinin ikinci fıkrası, hükümlü ve tutukluların beslenmelerini önlemeyi, açlık grevine ve ölüm orucuna teşvik ya da ikna etmeyi, bu yönde talimat vermeyi, hücre cezasını gerektiren bir disiplin suçu olarak öngörmüştür. Anlaşıldığı gibi Türk Ceza Kanunu'nun 298'inci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan adlî suç ile İnfaz Kanunu'nun 44'üncü maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen disiplin suçunun maddî unsuru birbirine benzemektedir.⁵⁷¹

Bu durumda, fikrî içtima kuralına göre yalnızca en ağır müeyyideyi gerektiren hükme başvurmanın, aksi halde non bis in idem kuralı gereğince adlî ceza ve idari ceza uygulanmasının aynı anda gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin tartışılması akla gelebilecektir.⁵⁷²

Söz konusu soruyu yanıtlamak için non bis in idem kuralının uygulanma şartının belirlenmesi gerekmektedir. Non bis in idem kuralını göz önüne almak için konu ve sebep açısından bir benzerliğin varlığı aranmaktadır. Yalnızca aynı özellikte olan cezalar, bir eylem için birden çok kez uygulanamaz. Diğer bir ifade ile muhakeme hukukunda kesin hükmün önleyici etkisi olarak kabul edilen bu ilke, aynı eylem için aynı nitelikte ceza verilmesini engellemektedir. Aynı eyleme farklı özellikte müeyyide uygulanması bazı ülkelerin mevzuatında yer almakla birlikte Türkiye'de de söz konusu hukuki uygulama non bis in idem kuralına uygun olarak görülmektedir. Hal böyle olunca mesela bir fiil nedeniyle bir devlet memuru hakkında adlî, idari ve mali yönden cezaya hükmetmek imkân dâhilinde olacaktır. Belirtilen müeyyideler birbirinden farklı hukukî niteliğe sahiptir. Çoğunluğun görüşüne göre, idare bir kişiye, aynı eyleminden dolayı birden fazla idarî müeyyide uygulayabileceği gibi; idari ve yargısal olmak üzere iki farklı yaptırıma da tabi kılabilir. Bahse konu iki müeyyide niteliği gereği ayniyet arz etmemektedir. Tek bir eylem ile maddî ceza hukuku alanındaki yaptırım ile infaz hukuku alanındaki disiplin yaptırım bir arada uygulanabilecektir.⁵⁷³

⁵⁷¹ ÖNOK, Açlık Grevlerine Müdahale, s.198.

⁵⁷² ÖNOK, Açlık Grevlerine Müdahale, s.198.

⁵⁷³ ÖNOK, Açlık Grevlerine Müdahale, s.199.

Bunun yanında 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanun'un 44'üncü maddesi, hükümlü ve tutukluların beslenmelerini engelleme, açlık grevi veya ölüm orucuna teşvik ve ikna etme, bu yönde talimat verme eylemlerini bir günden on güne kadar hücre cezası ile yaptırım altına almıştır.⁵⁷⁴

5275 sayılı Kanun'un 71'inci maddesi, "Hükümlü beden ve ruh sağlığının korunması, hastalıklarının tanısı için muayene ve tedavi olanaklarından, tıbbi araçlardan yararlanma hakkına sahiptir. Bunun için hükümlü öncelikle kurum revirinde, mümkün olmaması hâlinde devlet veya üniversite hastanelerinin mahkûm koşullarında tedavi ettirilir." biçimindeki düzenlemeye yer vermiştir. Aynı Kanun'un 116'ncı maddesi ise, bahse konu hükmün tutuklular bakımından da geçerli olduğunu belirtmektedir.⁵⁷⁵

5275 sayılı Kanun'un 43'üncü maddesi hükümlülerin, kurum hekimi tarafından her ne şekilde olursa olsun muayene ve tedavi edilmelerini önlemeyi, hükümlü ve tutukluları bu eyleme teşvik etmeyi veya hükümlü ve tutuklulara bu yönde talimat vermeyi bir disiplin suçu olarak yaptırım altına almıştır. Bu disiplin suçunun faili hükümlüdür. Söz konusu maddede bu disiplin suçu için belirlenen ceza, ziyaretçi kabulünden yoksun bırakma cezasıdır. Bir aydan üç aya kadar hükümlünün ziyaretçi görüşüne çıkarılmaması ile söz konusu cezanın infazı gerçekleştirilmektedir.⁵⁷⁶

5275 sayılı Kanun'un 82'nci maddesi, beslenmeyi kabul etmeyerek açlık grevi ya da ölüm orucuna devam eden hükümlülerden yaşamı tehlikeye altına giren ya da bilincinin yerinde olmadığı hekim tarafından tespit edilenler hakkında iradeleri göz önüne alınmaksızın muayene ve teşhise ilişkin tıbbi araştırma, tedavi ve beslenme gibi önlemler sağlıkları ve yaşamları bakımından tehlike yaratmamak şartıyla uygulanır ibaresini ihtiva etmektedir.⁵⁷⁷

⁵⁷⁴BORAN, s.101.

⁵⁷⁵BORAN, s.102.

⁵⁷⁶BORAN, s.102.

⁵⁷⁷ÇİFTÇİOĞLU, s.158.

5275 sayılı Kanun'un "Hükümlünün Kendisine Verilen Yiyecek ve İçeceği Ret Etmesi" kenar başlıklı 82'nci maddesi uyarınca hükümlüler, herhangi bir sebeple kendilerine verilen yiyecek ve içecekleri devamlı surette kabul etmediklerinde bu eylemlerinin sonuçları ile kendilerinde bırakacağı bedensel ve ruhsal zararlar hakkında ceza infaz kurumu hekimi tarafından bilgilendirilmekle birlikte psiko-sosyal hizmet birimleri de hükümlülerin bu eylemlerinden vazgeçmeleri yönünde gereken çalışmaları yürütür. Sadece şekerli veya şekersiz su içmek de beslenmenin reddedilmesi anlamına gelmektedir. Açlık grevine ya da ölüm orucuna katılan hükümlülerin, alınan tüm önlemlere ve yapılan çalışmalara karşın yaşamları tehlike altına girdiği ya da bilinçleri bozulduğu takdirde hekim tarafından bu durumu tespit edilenler hakkında iradeleri göz önünde bulundurulmaksızın kurumda, bunun mümkün olmaması halinde hemen hastaneye kaldırılarak sağlık ve yaşamları bakımından tehlike meydana getirmemek şartıyla gerekli muayene ve teşhise ilişkin araştırma faaliyetleri, tedavi ve besleme konusundaki tedbirler yerine getirilir.⁵⁷⁸

5275 sayılı Kanun'un 82'nci maddesinin ikinci fıkrasında açlık grevi ve ölüm orucu içinde bulunan hükümlü ve tutuklulara yönelik tıbbi müdahale ve tedavi hususu ele alınmıştır. Kişinin bilincinin yerinde olmaması ya da yaşamsal tehlikesinin olması tıbbi tedavinin uygulanmasının şartlarındandır. Bilinç, kişinin kendisinden ve dış dünyadan gelen tepkilerin farkında olması ve uyanıklık hali olarak ifade edilmektedir.⁵⁷⁹

Bilinci yerinde olmayan kişi, kendisinden ve dış etmenlerden doğan uyarıcı nitelikteki fiilleri idrak etmemekte veya idrak etse dahi doğru şekilde tespitte bulunamamaktadır. Bilinç kaybı doğru şekilde muhakeme yapma ve karar verme gücünün ortadan kalkmasıdır. Yaşamsal tehlike, soyut olmaktan ziyade gerçek ve somut bir hali anlatmaktadır.⁵⁸⁰ Yaşamsal tehlike, kişinin ölme ihtimalini değil, bu ihtimalin gerçekleşmesini mümkün hale getirecek kadar sağlığının kötü hale geldiğini anlatan bir ibaredir. 5275 sayılı Kanun'un 82'nci maddesinin ikinci

⁵⁷⁸BORAN, s.102.

⁵⁷⁹Murat KÜRTÜNCÜ, Şenay AYDIN, "Geçici Bilinç Kaybı: Ayırıcı Tanı ve Klinik Yaklaşım", *Klinik Gelişim Dergisi*, 2010, Sayı:1, s.28.

⁵⁸⁰Metin ÖRSAL, Ufuk KATKICI, "Adli Tıp Adli Raporlarında Hayati Tehlike", *Türkiye Klinikleri Tıp Bilimleri Dergisi*, 1990, Cilt:10, Sayı:4, s.318.

fıkrasının tıbbi müdahale ve tedavinin uygulanabilmesi için şart koştuğu bilinç kaybı, Biyotıp Sözleşmesi'nin 5'inci maddesinin tıbbi müdahalede bulunabilmek için aradığı rızaya yönelik düzenlemesi ile paralellik göstermektedir. Kişinin bilinci kaybolmuşsa müdahale için iradesine başvurmanın bir anlamı olmayacaktır. Fakat yaşamsal tehlike anında rıza gösterilmeksizin müdahalede bulunmaya imkân tanıyan yerel mevzuat düzenlemesi Biyotıp Sözleşmesi'nin 5'inci maddesi ile uyumlu değildir. Bu sebeple 5275 sayılı Kanun'un 82'nci maddesinin ikinci fıkrasının yaşamsal tehlike durumunda kişinin bu yöndeki rızası aranmaksızın tıbbi müdahaleye olanak veren düzenlemesi, Anayasa'nın 90'uncu maddesi uyarınca uygulamaya esas alınamayabilecektir.⁵⁸¹

Biyotıp Sözleşmesi'nin 8'inci maddesi ivedi hallerde icazet alınamaması durumunda tıbbi müdahaleye imkân sağlasa da yaşamsal tehlike durumunda bilincin açık ve onay alma olanağının bulunması imkân dâhilindedir. Bu bakımdan Biyotıp Sözleşmesi'nin 8'inci maddesi de var olan soruna çözüm bulamamaktadır. Ancak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2'nci maddesi gerekçe gösterilerek açlık grevi ve ölüm orucu durumundaki hükümlü, tutuklu ve gözaltında bulunan kişilerin, yaşamsal bir tehlike ile karşı karşıya olmaları halinde, rızaları aranmaksızın tıbbi müdahale ve tedavi altına alınabilmeleri söz konusu olabilecektir. Önemli olan ve göz önünde bulundurulacak tek şey müdahale ve tedavinin insanlık onuruna yakışır olmasıdır. Müdahale ve tedaviyi gerçekleştirenler ise hukuka uygunluk sebebinden faydalanacaktır.⁵⁸²

5275 sayılı Kanun'un 82'nci maddesinde beslenmenin kabul edilmemesi şeklinde, açlık grevlerine katılan bireyleri de kapsamına alan bir üst kavrama yer verilmiş ise de aynı maddenin ikinci fıkrasında açlık grevine katılan kişiler hakkında daha özel bir düzenleme getirilmiştir. Bu yönde gerçekleştirilen düzenlemedeki gaye Anayasa'nın 17'nci maddesinde yer alan hakkın korunmasını sağlamaktır. Bunun yanında hükümlünün cezasını çekme zorunluluğuna da atıfta bulunulmuştur.⁵⁸³

⁵⁸¹ ÖMEROĞLU, Ölüm Orucu ve Müdahale Sorunu, s.104.

⁵⁸² ÖMEROĞLU, Ölüm Orucu ve Müdahale Sorunu, s.104.

⁵⁸³ ÖNOK, Açlık Grevlerine Müdahale, s.198.

5275 sayılı Kanun'un 82'nci maddesinin ikinci fıkrası, hükümlünün zorla beslenmesini ve açlık grevi veya ölüm orucunun neticesinden doğan sağlık problemlerinin ortadan kaldırılması için zorunlu olarak tedavi edilmesini belirli şartların gerçekleşmesine bağlamıştır. Hal böyle olunca açlık grevini ya da ölüm orucunu sürdüren hükümlüyü zorla besleyen ve tedavi eden, aynı zamanda kanunun hükmünü yerine getiren kamu görevlisi hekim, hukuka uygunluk nedeninden istifade edecek, kanunun hükmünü yerine getirmeyip gerekli müdahalede bulunmayan kamu görevlisi hekimin ise, 5237 sayılı Kanun'un 257'nci maddesi uyarınca görevi kötüye kullanma suçundan dolayı sorumluluğu doğabilecektir.⁵⁸⁴

Açlık grevi ya da ölüm orucuna katılan bir kişiye bilinci yerinde olmadığına veya bilinci yerinde olsa bile hayatı tehlikede bulunduğu anda müdahale etmenin üçüncü kişi lehine meşru savunma sınırları kapsamında ele alınması mümkün bir eylem olduğu görüşünde olanlar da bulunmaktadır. Ancak açlık grevine müdahalede bulunan hekimin, tehlikeye kasten neden olmaması mevzuata uygun düşmekle beraber greve dâhil olan kişinin fiili hekim veya üçüncü bir kişinin hakkına yönelik bir saldırı olmayıp, kişinin kendisine yönelik bir eylem niteliğinde olduğundan mevzuatın aradığı bütün şartların hepsi bir arada bulunamayacağından dolayı söz konusu bireye müdahalede bulunmanın hukuksal bakımdan meşru olmayacağını düşünenler de bulunmaktadır.⁵⁸⁵

Bir sağlık problemi olup da muayene ve tedaviyi kabul etmeyen hükümlülerin sağlık ya da yaşamlarının önemli bir tehlike içinde bulunması ya da ceza infaz kurumunda bulunan diğer kişilerin sağlık ya da yaşamları için tehlike niteliğinde olan bir durumun meydana gelmesi hâlinde de 5275 sayılı Kanun'un 82'nci maddesinin ikinci fıkrası hükmü göz önüne alınacaktır.⁵⁸⁶

Söz konusu maddede belirtilen önlemler, kurum hekiminin önerisi ve gözetimi altında uygulanır. Fakat kurum hekiminin anında müdahalede bulunamaması ya da müdahalede gecikmesi hükümlü bakımından yaşamsal bir tehlike meydana getirecek ise belirtilen önlemlere başvurulması esnasında aynı

⁵⁸⁴ BORAN, s.102.

⁵⁸⁵ BORAN, s.102.

⁵⁸⁶ ÖNOK, Açlık Grevlerine Müdahale, s.197.

Kanun'un 82'nci maddesinin ikinci fıkrasında değinilen koşullar göz önünde bulundurulmaz.⁵⁸⁷Bahse konu madde gereğince hükümlülerin sağlıklarının koruma altına alınmasına ve tedavilerine ilişkin zorlayıcı önlemlerin uygulanması, onur kırıcı olmamalarına bağlıdır.⁵⁸⁸

5275 sayılı Kanun'un 82'nci maddesinin dördüncü fıkrası kurum hekimi tarafından greve katılan kişiye zamanında müdahalede bulunulmaması ya da müdahalede gecikilmesi halinde, söz konusu gecikmenin hükümlü bakımından yaşamsal bir tehlike oluşturma olasılığının var olması durumunda, hekim haricindeki diğer kişiler tarafından da zorla besleme veya tedavi yöntemine başvurulabileceğini düzenlenmektedir. Ancak söz konusu zorla tedavi yöntemi bir bakıma tıbbi müdahale niteliğinde bulunduğundan hekim haricindeki diğer kişiler tarafından uygulanabilirliği makul görülebilecek bir durum değildir. Hekim vasfına haiz olmayan bir kurum görevlisi tarafından, hükümlüyü hayata döndürmek maksadıyla çok istisnai durumlarda gereken ölçüde ve kişinin sağlığına hanel getirmeyecek biçimde tedavi haricindeki müdahalelerin uygulanması mümkün görülebilecektir.⁵⁸⁹

Bahsi geçen maddede düzenlenen önlemler kurum hekiminin önerisi ve idaresi altında uygulanır. Fakat kurum hekiminin anında müdahalede bulunamaması ya da müdahalede gecikmesi hükümlü bakımından yaşamsal bir tehlike meydana getirecekse bu tedbirlere ikinci fıkrada değinilen koşullar gözetilmeksizin başvurulabilecektir.⁵⁹⁰

Kurumda bulunan diğer kişiler bakımından tehlike arz etmeyen sağlık sorunlarının, hürriyetinden mahrum bırakılmamış kişilerden farklı şekilde zorunlu müdahale ile giderilmeye çalışılmasının tatmin edici bir açıklaması bulunmamaktadır.⁵⁹¹ Fakat var olan sağlık sorunu tedavi edilmediği takdirde kurumda bulunan diğer kişilerin yaşamları ve sağlıkları ciddi bir tehdit ile yüz yüze

⁵⁸⁷ÖNOK, Açlık Grevlerine Müdahale, s.197.

⁵⁸⁸ÖNOK, Açlık Grevlerine Müdahale, s.197.

⁵⁸⁹BORAN, s.102.

⁵⁹⁰BORAN, s.102.

⁵⁹¹Bu halde hükümlü ya da tutuklunun sağlık sorunu, içinde bulunduğu ortam bakımından tehlike arz etmediği gibi, var olan sağlık sorununun kurum düzenini bozan bir tarafı da bulunmamaktadır.

kalacaksa bu kişiler bakımından zorunlu tedavi yöntemine başvurulabileceği aynı Kanun'un 82'nci maddesinde düzenleme altına alınmıştır.⁵⁹²

İnfaz Kanunu'nun 82'nci maddesinin üçüncü fıkrası kapsamına giren hükümlü ve tutuklular, açlık grevi ya da ölüm orucu haricindeki bir sebeple sağlık problemi yaşayan kişilerdir. Kurumda bulunan diğer kişiler bakımından tehlike teşkil etmeyen bir sağlık problemi sebebiyle hükümlü ya da tutuklunun zorunlu olarak tedavi altına alınması hususu değinilen fıkra düzenleme altına alınmıştır.⁵⁹³

Kişinin tedaviden faydalanmak istemesi bir hak olduğu gibi, tedaviyi kabul etmemesi de bir haktır. Söz konusu hak, Anayasa'nın 17'nci maddesinde "Herkes, yaşama, maddi ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir" ifadesi ile garanti altına alınmıştır. Anayasa'nın yine aynı maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz" şeklindeki düzenlemede geçen tıbbî zorunluluklar ifadesi, bilinci açık olan bir kişinin rızası alınmadan zorla tedavi altına alınmasına müsaade etmez.⁵⁹⁴ Ters yönde bir uygulama kişinin maddî ve manevî varlığını koruma hakkının ihlal edilmesine sebebiyet verecektir.⁵⁹⁵ Bu anlamda bir hak ihlalinin devam etmesi halinde örneğin kişi zorla kanser tedavisi altına alınabilir, kişiye böbrek ya da kalp nakli gerçekleştirilebilir veya bir organı sağlık nedenleriyle alınabilir. Biyoloji Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi'nin 5'inci

⁵⁹² BORAN, s.103.

⁵⁹³ FEYZİOĞLU, Zorla Beslenme e Zorla Tedavi, s.147.

⁵⁹⁴ FEYZİOĞLU, Zorla Beslenme e Zorla Tedavi, s.147.

⁵⁹⁵ Feyzioğlu'na göre İnfaz Kanunu'nun 82'nci maddesinin üçüncü fıkrası hem Anayasa'nın 17'nci maddesine hem de Biyotıp Sözleşmesi'nin 5'inci maddesine aykırılık teşkil etmektedir. Bu doğrultuda ele alınması gereken diğer bir önemli konu, kamu görevlisi hekimlerin başkaları bakımından tehlike arz etmeyen ve açlık grevi veya ölüm orucundan ileri gelmeyen sağlık problemi yaşayan hükümlü ve tutukluları, rızaları alınmaksızın zorla tedavi edip edemeyecekleri yönünde bir sorumluluklarının var olup olmadığıdır. Şayet hekimlerin bu yönde bir sorumluluklarının bulunduğu kabul edilecek olursa zorla tedaviyi kabul etmeyen ve tıbbî müdahalede bulunmayan kamu görevlisi hekimin görevi kötüye kullanma suçundan dolayı cezai yönden yaptırıma tabi tutulacağı sonucuna varılacaktır. Bu gerekçelerle İnfaz Kanunu'nun 82'nci maddesinin üçüncü fıkrası Anayasa'ya aykırılık teşkil etmektedir. Ancak söz konusu madde Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmediği ya da bir başka kanunla değiştirilmediği müddetçe geçerliliğini muhafaza edecektir. Kamu görevlisi hekimlerin, görevlerini kendileri hakkında var olan özel düzenlemeye uygun bir şekilde ifa etmeleri gerektiği sonucuna ulaşmaya Anayasa'nın 90'ıncı maddesinin beşinci fıkrası ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 5'inci maddesi izin vermemektedir. Bkz. FEYZİOĞLU, Zorla Beslenme e Zorla Tedavi, s.148.

maddesinin “Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir. Bu kişiye, önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilecektir. İlgili kişi, muvafakatini her zaman, serbestçe geri alabilir.” şeklindeki hükmüne göre gerek hürriyeti kısıtlanan gerekse kısıtlanmamış olan bireyler zorla tedavi altına alınmayacaktır.⁵⁹⁶

Biyotıp Sözleşmesi, temel hak ve hürriyetlere yönelik yürürlükte olan bir uluslararası sözleşmedir. Anayasa’nın 90’ncı maddesinin beşinci fıkrasının son cümlesi “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır.” amir hükmüne yer vermiştir. Anayasa’nın söz konusu bu hükmünün sadece yargıyı değil, aynı zamanda yürütmeyi de bağladığı şüphe götürmemektedir. İnfaz Kanunu’nun 82’nci maddesinin üçüncü fıkrası, Biyotıp Sözleşmesi’nin 5’inci maddesi ile açık bir biçimde örtüşmediğine göre, kanun hükmünün göz ardı edilmesi gerekecektir. İnfaz Kanunu’nun 82’nci maddesinin üçüncü fıkrasının bu anlamda hekimlere yönelik bir görev izafe etmediği görülmektedir. Diğer bir ifade ile kamu görevlisi hekim söz konusu maddeden yola çıkarak zorla tedavi uygulayamayacağı, cezaevi veya tutukevi idaresi bu maddeye istinaden hekime talimat veremeyeceği gibi, zorla tedavi uygulayan hekim ya da bu yönde hekime emir veren amir konumundaki kişi, hukuka aykırı fiilinden dolayı sorumluluk altına girebilecektir.⁵⁹⁷

Bir kişiye rızası hilafına gerçekleştirilecek tıbbi müdahale, bu kişinin kendi geleceğini belirleme hakkına aykırılık teşkil edecektir. Açlık grevinde bulunan kişilerin zorla beslenmesi hususunun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin yargı denetimi altında olması oldukça önemlidir. Fakat Mahkeme, bir ülkede var olan uygulamayı değerlendirirken Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde yer alan insan haklarını göz önüne almaktadır. Kendi geleceğini belirleme hakkı bu Sözleşme’de açıkça düzenlenmediğinden dolayı zorla beslemeye yönelik müdahaleler hakkında Mahkeme’ye yapılan başvurular, Sözleşme’nin 3’üncü maddesinde yer alan insanlık

⁵⁹⁶ FEYZİOĞLU, Zorla Beslenme e Zorla Tedavi, s.148.

⁵⁹⁷ FEYZİOĞLU, Zorla Beslenme e Zorla Tedavi, s.148.

dışı ve küçük düşürücü muamele yasağı kapsamında belirlenen ilkeler göz önüne alınarak değerlendirilmektedir.⁵⁹⁸

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne az sayıda da olsa açlık grevlerine karşı gerçekleştirilen zorunlu tıbbi müdahaleler konusunda başvuru yapılmıştır. Ancak açlık grevleri ile alakalı bazı davalar hakkında Komisyon'un verdiği muhtelif kararlar var olmasına rağmen, söz konusu başvurular zorunlu tıbbi müdahaleye yönelik somut bir şikâyet ihtiva etmediğinden bu konu hakkında uzun süre bir karar verilememiştir.⁵⁹⁹

Mahkeme yaşama hakkını koruma altına alma ve ifade özgürlüğüne önem verme, fakat yaşama hakkının korunması bakımından gereklilik teşkil eden durumlarda ise müdahaleyi Sözleşme'ye aykırı görmeme şeklindeki konuya bakış açısını açıkça belirlemiştir. Mahkemece yaşama hakkının koruma altına alınması bakımından gereklilik bulunduğu takdirde rıza gösterilmeden diğer bir ifadeyle zorla besleme ve diğer tıbbi müdahalelerin Sözleşme'ye aykırı bulunmadığı⁶⁰⁰ benimsenmektedir. Ancak Mahkeme kararlarında sadece protesto eylemini nihayettlendirmek maksadıyla müdahalede bulunulmaması gerektiğinin altını çizmektedir. Bunun yanında Mahkeme, müdahalede bulunma tarzına da önem atfetmektedir. Müdahale biçiminin insanlık dışı davranış haline dönüşmemesi, insani değerlerle uygun orantıda olması ve kişiye var olan vaziyetinden daha fazla acı vermemesi gerekliliği üzerinde durmaktadır.⁶⁰¹

Hükümlü, tutuklu ve gözaltında bulunan kişileri zorla beslemenin şartları ve şekli Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarına göre tespit edilmelidir. Hükümlü, tutuklu ve gözaltında bulunan kişinin zorla beslenmesine başlamadan önce ikna edilmeli, ancak ikna edilememesi halinde sağlığı bakımından ortaya çıkabilecek zararlar konusunda mutlaka kendisine bilgi verilmelidir. Beslenmeme konusunda ısrar etmesi durumunda bilinci kaybolduğu andan ya da yaşamı tehlike altına girdiği

⁵⁹⁸ ERMAN, Tıbbi Müdahale, s.193.

⁵⁹⁹ ERMAN, Tıbbi Müdahale, s.193.

⁶⁰⁰ Rifat Murat ÖNOK, *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006, s.251.

⁶⁰¹ ÖMEROĞLU, Ölüm Orucu ve Müdahale Sorunu, s.90.

andan itibaren rızası hilafına olsa dahi zorla besleme yönteminin uygulanması gerekmektedir. Bu uygulamada göz önüne alınan tek şey zorla besleme şeklinin insanlık onuruna uygun olmasıdır.⁶⁰²

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2'nci maddesi yaşama hakkını korumaktadır. Türkiye tarafından usulüne uygun şekilde kabul edilip yayınlanan bu Sözleşme'nin 2'nci maddesi yaşama hakkını koruma altına almak için açlık grevi ve ölüm orucu halinde hükümlü, tutuklu ve gözaltında bulunan kişilerin zorla beslenmesine imkân sağlamaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararları da bu doğrultudadır.⁶⁰³

Bugüne kadar zorla beslenme konusunun tek başına Sözleşme'de belirlenen esaslara uygun olup olmadığı noktasında Strasbourg organlarının bakış açısı netlik kazanmamıştır. Ancak şimdiye kadar Strasbourg organları tarafından verilen kararlara bakıldığında zorla beslenmenin hukuka aykırı olduğu düşüncesinden hareket edilmediği görülmektedir.⁶⁰⁴

Komisyon iki farklı kabul edilemezlik kararında, açlık grevine katılan kişilerin tıbbi muayenesi ile alakalı hususlara vurgu yapmıştır. Komisyon'a göre, tutukevi ve cezaevi yetkililerinin özen yükümünden doğan otoritelerini kullanarak, tutuklu ve hükümlülerin sağlık durumlarını kontrol etmeleri gerekmektedir. Bu denetim yükümlülüğü, protesto eyleminde bulunan tutuklu ve hükümlüleri de kapsayacak şekilde ve durumun izin verdiği ölçüde ifa edilecektir.⁶⁰⁵

Komisyon R.S.A. ve C./Portekiz davasında tıbbi kontrol ve yardımı kabul etmeyen açlık grevcilerinin sağlıklarının zarar görmesinden büyük ölçüde kendilerini sorumlu tutarak, Hükümet görevlilerinin, geç tıbbi müdahalede bulunduğu ve tazminat ödemesi gerektiği yönündeki iddiayı dayanaktan yoksun görmüş, sonuç olarak kabul edilemezlik kararı vermiştir.⁶⁰⁶

⁶⁰² ÖMEROĞLU, Ölüm Orucu ve Müdahale Sorunu, s.101.

⁶⁰³ ÖMEROĞLU, Ölüm Orucu ve Müdahale Sorunu, s.102.

⁶⁰⁴ ÖNOK, Açlık Grevlerine Müdahale, s.195.

⁶⁰⁵ ERMAN, Tıbbi Müdahale, s.194.

⁶⁰⁶ ERMAN, Tıbbi Müdahale, s.194.

AİHM ise, Herczagfalvy⁶⁰⁷ ve Ilijkov⁶⁰⁸ davalarında, zorla beslemenin Sözleşme'nin 3'üncü maddesinde yer alan işkence, insanlık dışı veya küçültücü muamele yasaklarına aykırı olduğu iddialarının öne sürüldüğü başvurular hakkında kabul edilemezlik kararı vermiştir.⁶⁰⁹

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin açlık grevlerine zorunlu müdahaleye yaklaşımını, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde tanımlanmış olan haklar belirlemektedir. Zorunlu besleme hususu Sözleşme'de açıkça düzenlenmediğinden, zorunlu müdahale kavramı Sözleşme'nin 3'üncü maddesinde yer alan insanlık dışı, küçük düşürücü muamele yasağı kapsamında ele alınmaktadır. Mahkeme Herczagfalvy/Avusturya davasında⁶¹⁰ zorunlu tıbbi müdahale hallerinde alınacak tedbirlerin kural olarak insanlık dışı ve küçük düşürücü muamele olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir. Başvuruya konu somut olayda zorunlu tıbbi müdahalede bulunma gerekliliği olduğu kanaatine ulaşan Mahkeme, başvurunun reddine yönelik hüküm vermiştir.⁶¹¹

⁶⁰⁷ Herczagfalvy/Avusturya, 24/09/1992. Avusturya'da yaşayan başvuru, bir süre cezaevinde yattıktan sonra, 1978'de hakkında düzenlenen psikiyatrik raporda belirlenen tehlikelilik haline istinaden, bir ruh ve sinir hastalıkları merkezine sevk edilmiştir. Mevcut durumunu protesto etmek amacıyla 10/09/1979 tarihinde açlık grevine başlayan başvuru, söz konusu eylemi esnasında bazen beslenmeye rıza göstermiş, bazense sakinleştirici ilaçla uyutulmak suretiyle yapay yoldan beslenmiştir. Tüm bu uygulama sürecinde yatağa zorla bağlanan başvuru, hem zorla beslenme olgusunun hem de bunun icra edilme şeklinin 3'üncü maddeye aykırı düştüğünü ileri sürmüştür. Mahkeme, zorla besleme şeklinin küçük düşürücü olarak değerlendirilebileceğini; ancak Sözleşme'nin ikinci maddesi gereğince bir kimsenin yaşama hakkını koruma altına almanın, üçüncü maddeye yönelik iddialara ağır basacağını ifade ederek ve somut olaydaki müdahalede tıbbî zorunluluk bulunduğuna kanaat getirerek, açlık grevine zorunlu müdahaleyi Sözleşme'ye aykırı bulmamıştır.

⁶⁰⁸ Ilijkov/Bulgaristan davası, Başvuru No:33977/96, Karar Tarihi: 26/07/2001. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

⁶⁰⁹ Bkz. ÖNOK, Açlık Grevlerine Müdahale, s.209-210. Mahkeme içtihatlarında açlık grevine katılan kişinin sadece zorla beslenmesinin, Sözleşme'ye aykırılık teşkil etmeyeceği birçok kez ifade edilmiştir. Herczagfalvy ve Ilijkov davalarında, zorla beslemenin Sözleşme'nin 3'üncü maddesindeki işkence, insanlık dışı ya da küçültücü muamele yasağına aykırı olduğuna yönelik öne sürülen iddiaları konu alan başvurular hakkında Mahkeme kabul edilemezlik kararı vermiştir. Ilijkov davasında Komisyon, tıbbin yerleşik ilkeleri gereğince tedavi açısından zorunluluk arz eden tedbirlerin kural olarak insanlık dışı veya küçültücü muamele olarak değerlendirilemeyeceğinin tıbbî zorunluluk halinin sonucu alındıklarının kanıtlanmış olması halinde mümkün olduğunu ifade etmiştir. Komisyon bunun yanında devletin, Sözleşme'nin 2'nci maddesi gereğince hükümlülerin yaşama hakkını sağlama yükümlülüğünün, tıbbî müdahalede bulunmadan doğacak 3'üncü madde ihlali iddiasından daha üstün olduğunu da vurgulamıştır.

⁶¹⁰ Herczagfalvy/Avusturya davası, Başvuru No:10533/83, Karar Tarihi: 24/09/1992. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

⁶¹¹ BORAN, s.103.

Başvuruya konu dilekçede, 1964 yılından beri Avusturya’da yaşayan Macar vatandaşı Herczegfalvy, 1972 yılından 1977 yılına kadar kaldığı cezaevi koşullarından kaynaklanan şikâyetlerini sunmuştur. 1977 yılında düzenlenen psikiyatrik raporlara istinaden yerel mahkeme tarafından kişi hakkında sınırlı ehliyetsiz olduğu gerekçesiyle kısıtlılık kararı verilerek vasi tayin edilmiştir. Aynı kararlar kişinin tehlikeli halinin devam ettiği öne sürülerek cezasının infazı tamamlandıktan sonra ayrıca denetim tedbirine tabi kılınmasına karar verilmiştir. 1978 yılında bir ruh ve sinir hastalıkları merkezinde tedavi altına alınan Herczegfalvy’nin serbest bırakılması yönünde muhtelif zamanlarda yaptığı itirazlar kabul edilmemiştir ve kişi 1984 yılına kadar serbest bırakılmamıştır.⁶¹²

Zorla bakım altında bulundurulmasına tepki gösteren Herczegfalvy, 10/09/1979 tarihinde başladığı açlık grevini aralıklarla sürdürmüş ve bazen zorla beslenmeyi kabul etmiş, ancak diğer zamanlarda kendisine sakinleştirici verilmek suretiyle yapay yoldan beslenmesi sürdürülmüştür. Herczegfalvy zorla bakım altında kaldığı zaman zarfında yatağa bağlı halde tutulmuştur.⁶¹³

Başvurucu kendisine yönelik gerçekleştirilen tıbbi müdahalenin iradesi dışında ve muhtelif zorlayıcı tedbirler alınarak uygulanmış olması sebebiyle söz konusu muamelenin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 3’üncü maddesinde düzenlenen insanlık dışı ve küçük düşürücü muamele yasağını ihlal ettiğini öne sürmüş ve taraf devletin tazminat bakımından sorumlu bulunmasına karar verilmesini istemiştir.⁶¹⁴

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, başvuruya yönelik olarak bulunduğu tespitlerde uygulanan tıbbi yardımın kabul edilebilirliğinin tıp biliminin kıstaslarına göre değerlendirileceğini, her hastanın, Sözleşme ile tanınan temel haklarının Mahkeme’nin himayesi ve güvencesi altında olduğunu belirtmiştir. Başvuruya konu somut olayda ileri sürülen insan haklarına aykırılık iddiasını, Sözleşme ile koruma altına alınan haklarla sınırlı şekilde değerlendirme yetkisi olan Mahkeme, tıbbi zorunluluk hallerinde alınacak tedbirlerin kural olarak insanlık dışı ve küçük

⁶¹² ERMAN, Tıbbi Müdahale, s.194.

⁶¹³ ERMAN, Tıbbi Müdahale, s.194.

⁶¹⁴ ERMAN, Tıbbi Müdahale, s.194.

düşürücü muamele olarak sayılmayacağına hükmetmiştir. Herczegfalvy isimli kişinin Avusturya aleyhine bulunduğu başvuruda Mahkeme, psikiyatri servisinde yatan akıl hastasına uygulanan zorla beslenme yönteminin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırılık teşkil etmediğine hükmetmiştir.⁶¹⁵ Mahkeme, kısıtlanmaları nedeniyle haklarında irade beyan etmeye muktedir olmayan kişilerin, tıp biliminin gereklerine uygun düşmek şartıyla zorla beslenmelerinin mümkün olduğuna karar vermiştir.⁶¹⁶ Somut olayda tıbbi zorunluluğun var olduğuna kanaat getiren Mahkeme, başvurucunun davasını reddetmiştir.⁶¹⁷

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu tarafından 20/10/1997 tarihinde verilen kabul edilemezlik kararına konu başvuru ise, kanuna aykırı şekilde tutuklandığını öne sürerek söz konusu uygulamayı protesto etmek amacıyla 23/09/1996 tarihinde açlık grevine başlayan ve daha sonra bu grevi ölüm orucu şeklinde devam ettiren Ilijkov isimindeki Bulgar vatandaşının gerçekleştirdiği şikâyete yöneliktir.⁶¹⁸

Başvurucuya açlık grevi ve ölüm orucu boyunca tıbbi destek sağlanmış, infaz kurumu idaresi tarafından kişinin ölüm orucuna başlanmasından itibaren üç hekimden oluşan bir tıbbi heyete gereken hallerde zorla besleme yöntemini uygulama yetkisi tanınmıştır. 10/10/1996 tarihinde zorla beslenmesine karar verilen hastanın aralıklarla hastane şartlarında gerçekleştirilen incelemeler neticesinde sağlık durumunun iyiye gittiği ve hayati tehlikesinin bulunmadığı kanaatine ulaşılmıştır. Başvurucu 28/10/1996 tarihinde ise ölüm orucundan vazgeçme kararı almıştır.⁶¹⁹

Açlık grevinde bulunan tutuklu ve hükümlülerin zorla beslenmelerine Bulgar Ceza İnfaz Kanunu'nun 86'ncı maddesi ile imkân tanınmıştır. Söz konusu maddede tutuklu ya da hükümlünün, beslenmeyi kabul etmeyerek sağlığını ya da yaşamını

⁶¹⁵ Durmuş TEZCAN, Mustafa Ruhan ERDEM, Oğuz SANCAKDAR, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayını, Ankara 2004, s.147.

⁶¹⁶ ÖMEROĞLU, Ölüm Orucu ve Müdahale Sorunu, s.89.

⁶¹⁷ ERMAN, Tıbbi Müdahale, s.195.

⁶¹⁸ ERMAN, Tıbbi Müdahale, s.195.

⁶¹⁹ ERMAN, Tıbbi Müdahale, s.195.

tehlike altına alması halinde gereken tıbbi tedbirlerin hekim kontrolü altında uygulanacağı belirtilmektedir.⁶²⁰

Ilijkov davasında⁶²¹ başvuru, kendisine uygulanan zorla beslenme şeklinin Sözleşme'nin 3'üncü maddesinde yer alan işkence, insanlık dışı veya küçültücü muamele ya da ceza yasağını ihlal ettiğini öne sürmüştür. Zorla beslenmenin, işinde uzman olmayan personel tarafından gerçekleştirildiğini ve uygulamanın kirli bir plastik hortum kullanılarak şiddetli bir acıya neden olacak şekilde ve acizlik hissi uyandıracak biçimde yerine getirildiğini, söz konusu durumun yaşama hakkını tehlikeye soktuğunu öne sürmüştür.⁶²²

Komisyon tıbbın yerleşik ilkelerini gözeterek tedavi açısından zorunluluk arz eden tedbirlerin kural olarak insanlık dışı veya küçültücü muamele olarak değerlendirilemeyeceğini, ancak bunun için tıbbî zorunluluk halinin varlığının ispat edilmiş olması gerektiğini belirtmiştir. Bunun yanında başvuru ihtimal dâhilinde olan ölüm neticesine karşın besinsiz ya da ilaçsız kalması gerektiğini de öne sürmemektedir. Başvuru, ayrıca açlık grevini sürdürme iradesine yönelik saygısız

⁶²⁰ ERMAN, Tıbbi Müdahale, s.195.

⁶²¹ Ilijkov/Bulgaristan, 20/10/1997. Başvuru tutukluluk halinin devamına itiraz etmek için 23/09/1996 tarihinde açlık grevine başlamış, 04/10/1996 tarihinde yapılan muayenesinde ise, sağlığı üzerinde önemli olumsuz etkilerin ortaya çıkmadığı üç doktordan teşekkül eden komisyon tarafından belirlenmiş; ancak on beşinci günden sonra telafisi imkansız değişikliklerin ortaya çıkabileceği başvurucuya açıklanmıştır. Hapishanede görevli hekim, 07/10/1996 tarihinde başvurunun rızasıyla ve damar yoluyla bir karışım vermiş, 08/10/1996 tarihinde ise, başvuru ikinci bir karışımın enjekte edilmesini kabul etmemiştir. 08/10/1996 günü telefon aracılığıyla savcıyla görüşen hapishane müdürünün başvurunun hiç bir şey tüketmediğini belirtmesi üzerine Bulgar İnfaz Kanunu'nun 86'ncı maddesi uyarınca, üç hekimden oluşan tıbbî komisyona, kişiyi zorla besleme yetkisi verilmiştir. Bu heyet, 10/10/1996 tarihinde başvurucuyu sekizinci kez kontrol etmesi neticesinde karaciğerinde beslenme eksikliğine bağlı olarak meydana gelen değişimler ve kalp ritminde hızlanmalar belirlemiştir. Başvurunun eyleminin sonuçlarını anlama kabiliyeti olduğunu ve grevini kararlılık içerisinde sürdürme isteğini belirleyen heyet, sağlığının korunması gayesiyle midesine indirilen bir tıbbi boru yöntemiyle başvurucuyu beslemiş, Plovdiv Tıp Fakültesi'nde hazırlanmış konsantre sıvı maddelerle zorla beslenmesi yönünde gereğinin yapılmasını istemiştir. Grevin yirmi yedinci gününde, yani 28/10/1996 tarihinde hazırlanan raporda, açlık grevini sürdürmesinin başvurunun hayatı bakımından tehlikeli olduğu kanaatine ulaşılmıştır. 02-06/11/1996 tarihlerinde detaylı inceleme için hastaneye sevk edilen başvurunun hayatının zorla beslenme sayesinde kısmen de olsa tehlikede olmadığı belirlenmiştir. Açlık grevine son verdiği 28/11/1996 tarihine kadar başvuru, hem hastanede bulunduğu zaman zarfında hem de hapishanede bulunduğu sürede iradesi dışında zorla beslenmiştir.

⁶²² ÖNOK, Açlık Grevlerine Müdahale, s.193.

bir davranış olarak, zorla beslenmesinin tek başına üçüncü maddeyi ihlal ettiğini de ifade etmemektedir.⁶²³

Başvuru Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nda değerlendirildiğinde şikâyete konu olayın kişinin zorla beslenmesi değil, zorla beslemenin uygulanma tarzına ilişkin olduğu neticesine ulaşılmıştır. Komisyon, Herczegfalvy davasında Mahkeme'nin benimsemiş olduğu ilkelere atıfta bulunmak suretiyle zorla besleme kavramının insan hakları ile bağlantısını değerlendirme altına almamıştır.⁶²⁴

Komisyon, tüm bu sebeplerle başvuru kişinin zorla beslenme ve açlık grevi esnasında muamele görme şeklini üçüncü madde bakımından ele almıştır. Komisyon, başvuru kişinin işinde uzman olmayan personelin kendisine müdahalede bulunduğu ve kirli bir hortum ile kendisini beslediği iddialarına delil sunamaması; zorla beslenmenin tıbben gerekli olduğuna ilişkin dosyada bulunan raporların aksini ispat edememesi, devamlı tıbbî kontrol altında bulundurulması, zorla beslenme kararının tıbbî uzmanlarca verilmesi ve bu uzmanların emrinde uygulanması, zorla beslenme ve tedavinin, kişinin sağlık durumunda herhangi bir olumsuzluğa neden olmaması karşısında, söz konusu uygulamanın üçüncü maddeye aykırı olduğu yönündeki iddiaları kabul etmemiştir.⁶²⁵

Komisyon, bir hükümlünün zorla beslenmesinin insanlık dışı ve küçültücü muamele niteliğinde olduğu iddiası karşısında, devletin Sözleşme'nin 2'nci maddesi gereğince hükümlünün yaşama hakkını garanti altına alma yükümlülüğünün, tıbbî müdahalenin gerçekleşmesine bağlı olan ve Sözleşme'nin 3'üncü maddesinden kaynaklanabilecek herhangi bir ihlâl iddiasından daha üstün olduğunu tespit etmiştir.⁶²⁶

Mahkeme 21/07/2005 tarihli Rohde/Danimarka kararında⁶²⁷ yerel mevzuat hükümlerine göre açlık grevcisinin kararına saygı duyulması gereken hallerde bile,

⁶²³ ÖNOK, Açlık Grevlerine Müdahale, s.193.

⁶²⁴ ERMAN, Tıbbi Müdahale, s.195.

⁶²⁵ ÖNOK, Açlık Grevlerine Müdahale, s.193.

⁶²⁶ ÖNOK, Açlık Grevlerine Müdahale, s.193.

⁶²⁷ Rohde/Danimarkadavası, Başvuru No:69332/01, Karar Tarihi: 21/07/2005. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

devletin ilgili kişiye gereken ve uygun sağlık hizmetinden faydalanmasını sağlama yükümlülüğünün sürdüğünü belirtmektedir.⁶²⁸ Diğer bir ifadeyle tıp biliminin yerleşmiş anlayışına göre kişinin zorla beslenmesi yerel mevzuat hükümlerine göre imkân dâhilinde bulunmasa bile gereken makul tüm sağlık hizmetlerinden faydalanması gerekmektedir.⁶²⁹

Mahkeme, kişinin bilinci açık olsa dahi iradesi bulunmaksızın yaşama hakkını koruma altına almak amacı ile başlattığı açlık grevi ya da ölüm orucuna insanlık onuruna yakışacak şekilde ve orantılı olarak müdahalede bulunulabileceğini ve zorla besleme yöntemine başvurulabileceğini 05/04/2005 tarihli Nevmerzhitsky/Ukrayna⁶³⁰ ve 19/06/2007 tarihli Ciorap/Moldova⁶³¹ kararlarında ifade etmiştir.⁶³²

Mahkeme Nevmerzhitsky/Ukrayna kararında zorla besleme sorununu ayrıntılı bir biçimde değerlendirmiştir. Karara konu olayda başvurucu, 13/04/1998 tarihinde yalnızca su tüketerek açlık grevine başlamış, 20/04/1998 tarihinde yapılan üre analizi üzerine kişi zorla beslenmeye tâbi kılınmıştır. 14/07/1998 tarihinde eylemini durduran başvurucu, Ekim 1998 tarihinden sonra tekrar açlık grevine başlamıştır.⁶³³

İnfaz kurumu doktoru 01/12/1999 tarihinde bir açıklamada bulunarak başvurucunun zorla beslendiğini belirtmiştir. Hükümet kanadı 27/05/1997 ve 07/02/2000 tarihleri arasında başvurucunun altmış bir defa doktor muayenesinden geçirildiğini, bu esnada kendisinde çeşitli türden hastalık belirtilerinin tespit edildiğini, başvurucunun 20/07/1998 tarihli tıbbî kurumda yatılı tedavi isteminin kabul edilmediğini, bundan sonraki tedavisinin de infaz kurumunda devam ettiğini, açlık grevini en son 05/10/1998-23/02/2000 tarihleri arasında uygulayan

⁶²⁸ ÖNOK, Açlık Grevlerine Müdahale, s.195.

⁶²⁹ ÖNOK, Açlık Grevlerine Müdahale, s.210.

⁶³⁰ Nevmerzhitsky/Ukrayna davası, Başvuru No:54825/00, Karar Tarihi: 05/04/2005. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

⁶³¹ Ciorap/Moldova davası, Başvuru No:12066/02, Karar Tarihi: 19/06/2007. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

⁶³² ÖMEROĞLU, Ölüm Orucu ve Müdahale Sorunu, s.89.

⁶³³ ÖNOK, Açlık Grevlerine Müdahale, s.193.

başvurucunun 05/08/1998 ve 10/01/2000 tarihlerini kapsayan süreçte herhangi bir tıbbî tedaviye alınmadığını belirtmiştir.⁶³⁴

Yerel makamların bu yöntemin tıbbî bakımdan gerekli olup olmadığını belirlemeksizin kendisinin zorla beslenmeye tabi kılınmasını, başvuru şikâyet dilekçesinin temel konusu olarak belirlemiştir. Başvurucu söz konusu durumun, zihinsel ve fiziksel yönden acı çekmesine neden olduğunu ifade etmiştir. Bilhassa muhafızların ve bir bekçi köpeğinin karşısında ısıtma cihazına bağlandığını ve kendisini beslemek amacıyla tıbbî bir hortum kullanıldığı esnada görevlilerin kendisini zorla yatırdığını iddia etmiştir. Bazen tıbbî personel dışında başka hükümlüler tarafından da zorla beslendiğini ileri sürmüştür.⁶³⁵

Başvurucu somut olaya dair başvuru dilekçesinde zorla besleme yönteminin uygulanmış olmasının Sözleşme'ye aykırılık teşkil ettiğinden hiç bahsetmemiştir. Başvurucunun iddiası, müdahalenin gerçekleştirilme şeklinin üçüncü madde bağlamında işkence, insanlık dışı veya küçültücü muamele yasağına aykırılık oluşturduğuna yöneliktir.⁶³⁶

Mahkeme tarafların savunması doğrultusunda başvuru beslenme şekli bakımından resmi makamların kararname ile belirlenen zorla besleme biçimine göre hareket ettikleri düşüncesindedir. Ancak bu esnada kullanılan kelepçe, ağız açmaya yarayan gereç, yemek borusuna yerleştirilen özel kauçuk borunun tepki gösterme durumu ve tıbbi bir zorunluluk bulunmadığı sürece Sözleşme'nin 3'üncü maddesi anlamında işkence niteliğine bürüneceği söylenebilir.⁶³⁷

Başvuruya konu olan davada Mahkeme, Hükümet tarafından hiçbir haklı tıbbi nedenle bağlı kalınmaksızın, söz konusu kararnamede belirtilen araç ve gereçler kullanılarak ve başvuru tepki vermesine karşın beslenerek gerçekleştirilen bu

⁶³⁴ ÖNOK, Açlık Grevlerine Müdahale, s.193.

⁶³⁵ ÖNOK, Açlık Grevlerine Müdahale, s.194.

⁶³⁶ ÖNOK, Açlık Grevlerine Müdahale, s.194.

⁶³⁷ Serkan CENGİZ, "Mahpusların Açlık Grevi Ve Zorla Beslenme Paradoksu Işığında Hekim Sorumluluğu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı:88, 2010, ("Açlık Grevi"), s.427.

uygulama şeklinin işkenceyi anımsatan bir davranış oluşturduğunu belirlemiştir.⁶³⁸

Mahkeme, başvuruya yönelik kararında hükümlünün sağlık durumunun zorla beslemeyi zorunlu kıldığına doktor raporları ile açık bir biçimde tespit edilmesi kaydıyla söz konusu yöntemin uygulanabileceğine karar vermiştir.⁶³⁹ Mahkeme, zorla besleme uygulaması gerçekleştirilirken bu uygulamanın adli mercilerin kontrolüne açık olması gerektiğine ve zorla beslemenin uygulanma tarzının hükümlünün onuruna ve vakarına yakışır şekilde ve sağlığına zarar vermeyecek biçimde gerçekleştirilmesi zorunluluğuna vurgu yaparak zorla beslemenin bu koşullar dâhilinde uygulanmasının yerinde olacağına karar vermiştir.⁶⁴⁰

Mahkeme, yine aynı kararında yerel makamların başvurucunun zorla beslenmesine ilişkin olarak belirlemiş oldukları tıbbi zorunluluğun var olduğunu Hükümet'in ispat edemediği kanaatine varmıştır. Mahkeme'ye göre tüm bu sebepler, zorla beslemenin zorunluluktan doğmadığı sonucuna ulaşılması için yeterli olmuştur. Başvurucunun bilinçli şekilde besin almayı kabul etmemesine karşın iradesi hilafına zorunlu bir tedaviye alınması esnasında usulü güvencelere uygun şekilde hareket edilmediği sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme zorla besleme yöntemi uygulandığı esnada yerel makamlar tarafından başvurucunun menfaatlerini korur şekilde davranılmadığını kabul etmiştir.⁶⁴¹

Mahkeme daha önceki bazı kararlarında, bir kimsenin zorla beslenmesinin, olayın şartları göz önüne alındığında Sözleşme'nin üçüncü maddesi bağlamında ihlâl olarak nitelendirilebilecek küçük düşürücü unsurlar ihtiva ettiğini belirlemiştir. Ancak somut olayda açlık grevcisinin vücut dokunulmazlığı hakkı ile taraf devletin Sözleşme'nin ikinci maddesinden kaynaklanan pozitif yükümlülüğü birbiri ile

⁶³⁸ CENGİZ, Açlık Grevi, s.427.

⁶³⁹ Mahkeme kararında tıbbin yerleşik prensiplerine göre tedavi edici gereklilikten doğan bir önlemin kural olarak insanlık dışı ya da küçük düşürücü olarak nitelendirilemeyeceğini tekrarlamaktadır. Benzer durum besin almayı bilinçli olarak kabul etmeyen belirli bir hükümlünün yaşama hakkını koruma altına almayı amaçlayan zorla besleme hali için de geçerlidir. Bunun yanında Sözleşme organları tıbbi gerekliliğin ikna edici bir biçimde var olduğu hususuna kanaat getirmek zorundadır. Bkz. Herczegfalvy/Avusturya, 24/09/1992 tarihli karar, Series A no. 244, s. 26, parag. 83.

⁶⁴⁰ CENGİZ, Açlık Grevi, s.426.

⁶⁴¹ CENGİZ, Açlık Grevi, s.427.

çatışma halindedir.⁶⁴² Mahkeme, tıbbın yerleşmiş ilkeleri bakımından alınan gerekli tedbirlerin kural olarak insanlık dışı veya küçültücü muamele addedilemeyeceğini belirtmiştir. Bilinçli olarak beslenmeyi kabul etmeyen bir hükümlünün yaşamını koruma altına almak gayesiyle gerçekleştirilen zorla besleme durumunda da Mahkeme'nin aynı değerlendirmesi geçerlidir. Ancak Sözleşme organları, tıbbî gerekliliğin mevcut olduğunun tatmin edici bir biçimde dosyaya yansıdığına kanaat getirmelidirler. Bunun yanında, Mahkeme, zorla besleme kararına yönelik usulî teminatların da yerine getirildiğini göz önüne almalıdır. Mahkeme içtihatlarında da belirtildiği gibi açlık grevi esnasında uygulanan zorla besleme yönteminin gerçekleştirilme şeklinin Sözleşme'nin üçüncü maddesi bağlamında asgari eşik düzeyini aşmamasına özen gösterilmelidir.⁶⁴³

AİHM özetle kendi iradesiyle besin almayı kabul etmeyen bir açlık grevcisi hükümlünün bazı hallerde zorunlu beslemeye tabi kılınacağına rağmen buna yönelik sınırlamaların çok açık olduğunu ifade etmektedir.⁶⁴⁴

Mahkeme'ye göre bir hükümlünün zorla beslemeye tabi kılınabilmesi için, tıbbi bir zorunluluğun mevcut olması ve bu zorunluluğun inandırıcı ve şüpheye yer bırakmayacak bir biçimde tıbbi raporlarla desteklenmesi gerekmektedir. Zorla besleme kararı ise adli mercilerin kontrolüne açık olmalıdır. Kararın alınması esnasında ise usulü yükümlülüklerine uygun hareket edilmelidir. Zorla besleme kararı yerine getirilirken hem kullanılan araçlar hem de yöntemin uygulanma şekli insan onuruna yakışır olmalıdır.⁶⁴⁵

Mahkeme Nevmerzhitsky/Ukrayna kararında başvuruçunun sağlık durumu için müdahalenin gerekli olduğuna ilişkin Hükümet beyanını, yerel mevzuat bakımından gerekli olan ancak infaz kurumu müdürü tarafından ibraz edilemeyen zorla besleme yönündeki kararın yokluğunu nazara alarak, söz konusu tedbire başvurmak için gerekli olan tıbbî zorunluluğun ulusal makamlar tarafından belirlendiğinin ispat edilemediği sonucuna varmıştır. Mahkeme kararında somut

⁶⁴²ÖNOK, Açlık Grevlerine Müdahale, s.194.

⁶⁴³ÖNOK, Açlık Grevlerine Müdahale, s.194.

⁶⁴⁴CENGİZ, Açlık Grevi, s.427.

⁶⁴⁵CENGİZ, Açlık Grevi, s.428.

olayda uygulanan zorla beslemenin keyfi olduğunu, usulî güvencelere riayet edilmediğini, yetkili makamların başvurusunun çıkarlarını en iyi şekilde koruma altına almak adına söz konusu yõteme başvurduklarının kabul edilemeyeceğini belirtmiştir.⁶⁴⁶

Mahkeme beslemenin gerçekleştirilme şekli konusunda tarafların belirttikleri ifadeler doğrultusunda yetkili makamların yerel hukukta düzenlenen yõteme uygun şekilde hareket ettiklerinden yola çıkmaktadır. Ancak Mahkeme, tıbbî bakımdan lüzum bulunmamasına karşın belirli tedbirlerin alınmış olması halinde söz konusu işlemlerin 3'üncü maddeyi ihlal edeceğinin altını çizmiştir. Bütün bu değerlendirmeler karşısında Mahkeme somut olayda Sözleşme'nin 3'üncü maddesinin ihlâl edildiğine karar vermiştir.⁶⁴⁷ Mahkeme bahsi geçen kararda müdahalenin zorunlu olup olmadığı belirlenmeden zorla beslenme yõnteminin tercih edilmiş olmasını ihlâl nedeni olarak yeterli bulmuştur.⁶⁴⁸

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Türkiye'ye karşı açılan Horoz başvurusunda⁶⁴⁹ cezaevinde açlık grevinde iken sevk edildiği hastanede beslenmeyi ve tedaviyi kabul etmemesi nedeniyle hayatını kaybeden kişi hakkında devletin gereken tedavi olanağını sağlamasına karşın, kişinin bilinci açıkken beslenmeyi kabul etmemiş olmasına bağlı olarak gerçekleşen ölümünde, yaşama hakkı bakımından Sözleşme'yi ihlal edecek bir neden bulunmadığına karar vermiştir.⁶⁵⁰

Mahkeme, açlık grevini ve ölüm orucunu düşüneyi açıklama hak ve özgürlüğü yanında yaşama hakkı bağlamında da ele almakta, açlık grevi ve ölüm oruçlarına müdahalede bulunulabileceğini ifade etmekte, ancak müdahale tarzının önemli olduğunu, müdahalenin uygulanma şekline göre Sözleşme'ye aykırılık teşkil edip etmediğini değerlendirmenin doğru olacağını belirlemektedir. Ayrıca taraf devletin yaşama hakkını koruma altına almak hususunda etkili ve zamanında müdahalesine karşın, serbest iradesi ile açlık grevi veya ölüm orucuna başlayan

⁶⁴⁶ÖNOK, Açlık Grevlerine Müdahale, s.194.

⁶⁴⁷ÖNOK, Açlık Grevlerine Müdahale, s.195.

⁶⁴⁸ÖNOK, Açlık Grevlerine Müdahale, s.195.

⁶⁴⁹ Horoz/Türkiye davası, Başvuru No:1639/03, Karar Tarihi: 30/06/2009. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

⁶⁵⁰ÖMEROĞLU, Ölüm Orucu ve Müdahale Sorunu, s.90.

hükümlü ya da tutuklunun hayatını kaybetmesi durumunda taraf devlet bakımından yaşama hakkı bağlamında ihlal kararı verilmemektedir.⁶⁵¹

Ömeroğlu'na göre, kişinin kendi serbest iradesi ile davranmadığı hallerde, yani kişinin iradesi hilafına maddi ya da manevi baskı ile aç kalmaya yönlendirildiği durumlarda tıbbi müdahalede bulunulabileceği konusunda duraksama bulunmamaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Herczeczfalvy/Avusturya kararında hakkında tek başına hüküm veremeyecek halde bulunan kişinin zorla beslenmesinde herhangi bir sakınca görmemiştir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 298'inci maddesinde hükümlü ve tutukluların beslenmelerinin önlenmesi ve açlık grevine ikna ve teşvik edilmeleri suç olarak nitelendirilerek yaptırım altına alınmıştır. Bahsi geçen suçun mağduru adliye ile beslenmesi önlenen ya da açlık grevine ikna ve teşvik edilen hükümlü ya da tutukludur. Bireyin herhangi bir suçun mağduru olmaması hususu devlete izafe edilen en önemli görevlerinden biri olarak benimsendiğinde zorla müdahale de makul kabul edilecektir.⁶⁵²

Açlık grevleri ve ölüm oruçları ifade özgürlüğü bağlamında ele alınsa da ve ifade özgürlüğü değerli addedilse de, bireyin yaşama hakkından feragat ederek kendini ifade etmeye çalışması durumunda menfaatler içtihadı yöntemine dayanarak haklar arasında bir sınıflandırma yapmak suretiyle yaşama hakkının korunması ön plana alınmalıdır.⁶⁵³

Müdahalede bulunma sorununun kökeninde insan onuruna yakışmayan ya da insan vücuduna oldukça zarar veren metotların uygulanması yatmaktadır. Hekimlerin çoğunlukla açlık grevlerini ve ölüm oruçlarını savunmamaları yanında zorla besleme uygulamasının hekimin takdir edeceği bir husus olduğunu benimsedikleri ve bu nedenle müdahalede bulunmanın doğru olmadığı görüşünde oldukları gözlemlenmektedir. Ömeroğlu'na göre müdahaleye karar verme aşamasında hekimlerin fikri son derece önemlidir ve tıp etiği ilkeleri gereğince hekimlerin müdahalede bulunma konusunda her somut olayın koşullarına bağlı olarak

⁶⁵¹ÖMEROĞLU, Ölüm Orucu ve Müdahale Sorunu, s.90.

⁶⁵²ÖMEROĞLU, Ölüm Orucu ve Müdahale Sorunu, s.94.

⁶⁵³ÖMEROĞLU, Ölüm Orucu ve Müdahale Sorunu, s.96.

düşünceleri göz önünde bulundurulmalıdır.⁶⁵⁴ Açlık grevi ve ölüm oruçları ile yüz yüze kalan hekimler yaşamı koruma altına almak ve kurtarmak ile yaşama hakkına zarar vermemek ve irade özerkliğe saygı ilkesi gereğince somut vakaya müdahalede bulunmak veya bulunmamak konusunda etik anlamda tereddütte bulunabilirler. Henüz açlık grevi ve ölüm oruçlarına müdahalede bulunma hususunda hekimler arasında var olan etik tartışmalar sonuca ulaşmamıştır. Bu sebeple etik anlamda soruna çözüm bulmaktan ziyade çözümsüzlüğü çözüm olarak görmek, başka bir ifadeyle herkesi kendi görüşü ve konuya yaklaşımı konusunda serbest bırakmak faydalı olacaktır. Ancak hukuk alanında belirsizliğe yer olmadığından ve ihtilafli konuların hukuk düzeni bağlamında açığa kavuşturulması gerektiğinden hukuk alanında konuyu sonuca ulaştırmak ve söz konusu sonucu net bir şekilde hukuk âleminde hayata geçirmek oldukça elzemdir. Açlık grevine ve ölüm oruçlarına müdahalede bulunma yalnızca hekimin takdirine bırakılan bir husus olmamalıdır.⁶⁵⁵

Yaşama hakkını koruma altına almak için hükümlü, tutuklu ve gözaltında bulunan kişilere açlık grevi ve ölüm orucunda buldukları süre zarfında zorla besleme yöntemiyle müdahalede bulunulabilir.⁶⁵⁶ Soruna tıp hukukunun genel ilkeleri gözetilerek açıklık getirilmesi gerektiğini benimseyen görüş, zorla besleme yöntemine başvurulması için kişinin rızasının arandığını ifade etmektedir. Bu görüşe göre söz konusu durumun tek istisnasını kişinin bilincinin yerinde olmaması oluşturmaktadır. Kişinin bilinci açık olduğu müddetçe yaşamı tehlike altında olsa bile zorla besleme yöntemine başvurulamayacağı, bu durumun tedaviyi kabul etmeme hakkının olağan bir neticesi olduğu aynı görüş tarafından öne sürülmektedir. Hastaların tedaviyi kabul etmeme hakları bulunmaktadır. Ömeroğlu'na göre hükümlü, tutuklu ve gözaltında bulunan kişileri zorunlu olarak besleme yöntemi hürriyetinden mahrum bırakılmamış kişilere göre farklılık arz etmektedir. 03/04/2001 tarihli Keenan/İngiltere kararında belirtildiği gibi Mahkeme, hürriyetlerinden mahrum bırakılmış ve devletin kontrolü altında bulunan hükümlülerin yaşama haklarının koruma altına alınması hususunda taraf devletlerin bu durumda bulunmayan kişilere göre daha büyük bir ihtimam gösterme yükümlülükleri

⁶⁵⁴ÖMEROĞLU, Ölüm Orucu ve Müdahale Sorunu, s.96.

⁶⁵⁵ÖMEROĞLU, Ölüm Orucu ve Müdahale Sorunu, s.96.

⁶⁵⁶ÖMEROĞLU, Ölüm Orucu ve Müdahale Sorunu, s.100.

olduğunu ifade etmektedir. Şayet devlet hükümlü ve tutuklular ile gözaltında bulunanlara yönelik farklı bir özen yükümlülüğü altında bulunuyorsa, açlık grevi ve ölüm orucu vakalarında müdahale etme şartlarının hürriyetinden mahrum bırakılmamış kişilerle birebir aynı olması düşünülemez. Öleceği kesin olarak beklenen ve tedavi görmeyi kabul etmeyen bir kanser hastasının durumu ile cezaevinde bulunup yakınlarından haber alamamasına üzülmeye açlık grevine başlayan ve beslenmeyi kabul etmeyen kişinin durumu eşit şartlarda değerlendirilmemelidir. Nitekim Mahkeme, devletin hükümlülere yönelik yaşama hakkını koruma yükümlülüğünü, tıbbi müdahale konusunda üstlendiği sorumluluktan daha önemli gördüğünü kararlarında belirtmiştir.⁶⁵⁷

Ömeroğlu'na göre hükümlü, tutuklu ve gözaltında bulunan kişilerin açlık grevine ve ölüm oruçlarına yönelik eylemleri hakkında yaşamlarını korumak adına zorla besleme uygulamasına başvurulması hukuka uygunluk sebebine bağlı olarak sorumluluğa neden olmayacaktır.⁶⁵⁸

Ulusal hukukta zorunlu müdahaleyi mümkün kılan düzenlemeler nazara alındığında doktorların, tıbbî etik ilkelerini gerekçe göstererek müdahalede bulunmamaları halinde cezaî sorumlulukları söz konusu olacaktır. Doktorların uluslararası bildirgelerde yer alan etik ilkeleri öne sürmeleri de, söz konusu bildirge ya da beyannamelerin uluslararası antlaşma niteliğinde olmaması ve hukukî bağlayıcılıklarının bulunmaması nedeniyle mümkün değildir.⁶⁵⁹

Doktorların söz konusu yükümlülüklerini ihmal etmeleri ve müdahalede bulunmaktan kaçınmaları halinde, 5237 sayılı Kanun'un 98'inci maddesinde yer alan yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçu gereğince sorumluluklarına gidilmesi, söz konusu maddenin genel yükümlülük getiren bir düzenleme olması sebebiyle mümkün değildir.⁶⁶⁰ Böyle bir durumda, 5275 sayılı Kanun'un 82'nci maddesinde belirtilen yükümlülük gereği hükümlünün sağlığının bozulması veya ölmesi halinde müdahalede bulunmayarak hukukî sorumluluğunu

⁶⁵⁷ÖMEROĞLU, Ölüm Orucu ve Müdahale Sorunu, s.100.

⁶⁵⁸ÖMEROĞLU, Ölüm Orucu ve Müdahale Sorunu, s.102.

⁶⁵⁹ÖNOK, Açlık Grevlerine Müdahale, s.211.

⁶⁶⁰ÖNOK, Açlık Grevlerine Müdahale, s.211.

yerine getirmeyen doktorun, ihmal suretiyle icrai hareketine bağlı olarak ortaya çıkan neticeden dolayı cezalandırılması yoluna gidilecektir. Doktor, açlık grevine başlayan kişinin sağlık ya da hayatı bakımından uğrayacağı kötü sonuca engel olmak ve bahsi geçen hukukî yararları gözetmek zorundadır. Bu yükümlüğünü ihmal ederek hareketsiz kalan doktor, kusurunun türüne göre oluşan neticeden dolayı yaralama veya öldürme suçunun düzenlendiği hükümler⁶⁶¹ dikkate alınarak cezalandırılacaktır.⁶⁶²

Doktor, hastanın öleceğini öngörmesine karşın etik ilkelere sadık kalarak ve ölüm sonucunun meydana gelmesini göze alarak müdahalede bulunmamışsa doğrudan kast ile, fiilen öngörebildiği ölüm sonucunun gerçekleşeceğini kesin olarak bilmemesine rağmen bu ihtimalin gerçekleşebileceğini göze alarak müdahalede bulunmamışsa olası kast ile sorumlu tutularak cezalandırılacaktır.⁶⁶³

Tıp bilimi verileri esas alındığında açlık grevinde bulunan kişinin tedavi altına alınmadığı zaman sağlığının bozulacağı veya öleceği öngörülebilir olmasına karşın doktorun bu durumu öngöremeyip müdahalede bulunmaması nedeniyle kötü netice meydana gelmişse, 5237 sayılı Kanun'da taksirli suçların ihmali hareketle de işlenebileceğine yönelik sarih bir düzenlemenin olmaması doktoru, taksirle öldürme veya yaralama suçundan dolayı sorumlu kılmayacaktır.⁶⁶⁴ Zira kanunilik ilkesi de bu sorumluluğa izin vermeyecektir.⁶⁶⁵

Doktorun kamu görevlisi olması durumunda 5237 sayılı Kanun'un 257'nci maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen görevi kötüye kullanma suçundan, özel

⁶⁶¹ 5237 sayılı Kanun'un 83'üncü maddesi kasten öldürme suçunun ihmali davranışla bir neticeye sebebiyet vermesi halinde faili sorumlu tutmaktadır. Söz konusu kanunun yürürlüğe girmesinden sonra grev sürecinde olan kişinin ölebileceğini öngörmesine karşın müdahalede bulunmaktan bilerek kaçınan doktorun fiili, ihmali davranışla kasten adam öldürme suçu kapsamında değerlendirilecektir. Hayatı sona ermemekle birlikte sağlığı bozulan kişinin grev sonucunda sağlığının kötüleşeceğini öngörmesine karşın müdahalede bulunmayan doktoru, kasten yaralama suçundan cezalandırmak ve 5237 sayılı Kanun'un 88'inci maddesine göre hakkında verilecek cezadan indirim gitmek gerekecektir.

⁶⁶² ÖNOK, Açlık Grevlerine Müdahale, s.212.

⁶⁶³ ÖNOK, Açlık Grevlerine Müdahale, s.212.

⁶⁶⁴ İhmali davranışın yaptırım altına alınmasına 5237 sayılı Kanun'un genel hükümleri arasında yer verilmeyip, yalnızca belirli suç türlerinin ihmali davranışla işlenebileceği hususunda özel düzenleme getirildiğinden, bu durumda özel düzenlemeye yer verilmeyen suç tiplerinin ihmali hareketle işlenmesinin mümkün olmadığı neticesine ulaşmak gerekecektir.

⁶⁶⁵ ÖNOK, Açlık Grevlerine Müdahale, s.212.

sektörde çalışması halinde ise, anılan Kanun'un 98'inci maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen yardım yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçundan dolayı sorumluluğuna gidilmesi gerekecektir. Ancak söz konusu her iki suç tipi açısından ihmali hareketin kasten işlenmesi ve yine her iki suç tipinin manevî unsurunu teşkil edecek şekilde genel kastın varlığı aranacaktır. Başka bir ifade ile olası ölüm sonucunu kusuru ile öngöremeyen doktorun sorumluluğunu kabul edebilmek için bilerek ve isteyerek müdahaleyi geciktirmesi veya bu konuda ihmali olması ya da somut durum ve şartların imkân verdiği yardımı esirgemesi göz önünde bulundurulmaktadır.⁶⁶⁶

İnfaz kurumu ve tutukevinde bulunan görevlilerin de hükümlü ve tutukluların yaşamını ve sağlığını korumaya ilişkin tedbirleri alma ve tehlikeleri önleme konusunda hukukî yükümlülükleri bulunmaktadır. Özel bir yükümlülük alanını koruyan, idare eden ve başkalarının hukukî yararlarına ilişkin tehlikeleri engellemek mükellefiyeti altında olan kamu görevlileri, sahip oldukları yetki alanları açısından garantör pozisyonunda görülmektedirler. Bahse konu kamu görevlilerinin sorumluluğu ise, meydana gelen ölüm veya yaralanma sonucuna göre doğrudan veya olası kastla hareket edildiği belirlendiğinde ihmali davranış ile işlenen kasten öldürme ya da yaralama suçunu düzenleyen hükümler; eğer bahsi geçen suçlar sübut etmemişse 5237 sayılı Kanun'un 257'nci maddesinin ikinci fıkrası göz önüne alınarak tespit edilecektir.⁶⁶⁷

Açlık grevinin toplum vicdanında önemli bir karşılığının olması ve toplum vicdanının kişilerin yaşamlarından feragat etmelerine yönelik olarak gösterdikleri hassasiyet ve acıma duygusu, resmi makamları olumlu veya olumsuz anlamda faaliyette bulunmaya itmektir.⁶⁶⁸

Resmi makamlar bazen açlık grevcileri ile uzlaşarak söz konusu eyleme son vermektedirler. Kuzey İrlanda'da bulunan paramiliter örgüt üyelerine yönelik savaş esirine benzer özel kategori statüsü sınıflandırmasının İngiltere Hükümeti'nce iptal edilmesi nedeniyle, İrlanda Kurtuluş Örgütü'ne üye hükümlüler 1981 yılında

⁶⁶⁶ÖNOK, Açlık Grevlerine Müdahale, s.212.

⁶⁶⁷ÖNOK, Açlık Grevlerine Müdahale, s.213.

⁶⁶⁸CENGİZ, Açlık Grevi, s.425.

cezaevinde açlık grevi eylemine girmişlerdir. Brendan Hughes isminde bir hükümlü tarafından başlatılan söz konusu eylem, İngiliz Hükümeti'nin hükümlülerin isteklerini yerine getirmesi üzerine kimsenin yaşamı tehlike altına girmeden veya zarar görmeden son bulmuştur. Ancak İngiliz Hükümeti'nin greve son veren anlaşmadan vazgeçmesi üzerine hükümlüler takip eden yıl içinde tekrar aynı eyleme başvurmuşlardır. 1981 yılında başlatılan söz konusu açlık grevi eylemi esnasında yaşamını yitiren ilk açlık grevcisi hükümlü Bobby Sands olmuştur. Bu kişinin ölümünden sonra dokuz kişi daha hayatını kaybetmiştir. Sonuçta on kişinin yaşamını kaybetmesi ve konu üzerinde kamuoyu baskısının artması karşısında İngiliz Hükümeti hükümlülerin bazı isteklerini kabul etmek durumunda kalmıştır.⁶⁶⁹

Kişinin vücudunu bir silah olarak kullanmasının toplum vicdanında meydana getirdiği sarsıntı bazen söz konusu eylemin resmi makamlar tarafından genellikle zorlama ile son verilmesine sebep olmuştur. Kendi rızaları ile besin almayı kabul etmeyen hükümlüler, resmi makamlar tarafından zorla beslenmiş ve bu sayede hükümlülerin hedefledikleri kamuoyu baskısının oluşmasının önüne geçilmeye çalışılmıştır. 20'nci yüzyılın başlarında kadınlara oy hakkı tanınması için seferber olan İngiliz hükümlüler için açlık grevi sürekli bir eylem vasıtası olarak görülmüştür. Maria Dunlop kamuoyu dikkatini konuya yöneltmek için açlık grevi başlatan ilk kadın hükümlüdür. Açlık grevine başlayan Maria Dunlop ve beraberindeki hükümlüler resmi makamlar tarafından zorla beslenmeye çalışılırken içlerinden çoğu hayatlarını yitirmiştir.⁶⁷⁰

Çakmut'a göre açlık grevi yapanlar ister özgürlüklerinden mahrum bırakılsın ister bırakılmasın, müdahalede bulunma açısından her iki durum arasında ayırım bulunmamaktadır. Fakat devletin yükümlülüğü açısından özgürlüğünden mahrum bırakılmış kişilerin durumu ayrıca önem kazanmaktadır. Bilindiği gibi devletlerin, tutuklu ve hükümlüyü koruma altına alma, yaşam ve sağlıklarını iyileştirme yönünde yükümlülükleri bulunmaktadır. Özgürlüğünden mahrum bırakılmış kişiler, özgürlükleri kısıtlanmış olduğu müddetçe devletin koruma altına aldığı kişilerdir. Bu sebeple cezaevi personelinin tehlike altında bulunan grevciye müdahalede bulunması

⁶⁶⁹CENGİZ, Açlık Grevi, s.425.

⁶⁷⁰CENGİZ, Açlık Grevi, s.426.

yasadan doğan bir zorunluluktur. Bu bağlamda resmi görevliler yapılması gerekenin en iyisini yerine getirmek durumundadırlar. 1982 Anayasası'nın 125'inci maddesi, idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunu açık hale getirdiğinden, idarenin sorumluluğuna gidildiğinde meydana gelen zararın tazmin edilmesi gerekecektir. Müdahale esnasında görevli bulunan hekim, grevin gerçekleştirildiği yerin çalışanı olabileceği gibi, Tabipler Odası'nın yardımıyla Sağlık Bakanlığı'na başka bir hekime de bu görev verilebilir.⁶⁷¹

Sonuç olarak açlık grevi konusunda, tıp ve hukuk çevrelerinin birbirinden farklı bakış açıları bulunmaktadır. Hekimler greve katılan kişilerin gösterdiği iradeye saygı duyup, onların yavaş bir şekilde, fakat engellenmesi mümkün olan bir ölüme doğru yönelmelerine kayıtsız kalacaklar veya greve katılan kişinin yaşamını kurtarmak için onun serbest iradesini hiçe sayıp eylemi sonlandırmak adına müdahaleyi gerçekleştireceklerdir. Hukukçular ise feragati mümkün olmayan yaşama hakkına öncelik tanıyarak, gereken hallerde müdahalede bulunulmasını kabul etmektedirler. Her somut vakanın kendine has niteliği göz önünde bulundurularak bu denge korunmalı, fakat kişinin yaşama hakkına da son derece itina gösterilmelidir.⁶⁷²

Çalışmamız boyunca değinilen Mahkeme içtihatları, zorla beslenme olgusunun tek başına Sözleşme'ye aykırı olmadığını göstermektedir. Fakat bu müdahalenin hukuka uygun olduğunu kabul etmek için zorla beslenme olgusunu düzenleme altına alan yerel mevzuata uygun davranılmış olması, söz konusu müdahalenin tıbbî gereklilik arz etmesi ve bu şartların gerçekleştiğine Mahkeme'nin ikna olması, alınan tedbirin infaz şeklinin kişiye söz konusu önlemin tatbik edilmesinin doğasında var olan maddî, manevî acı veya ezanın dışında kalan küçük düşürücü bir muameleye ve acıya maruz kalmasına neden olmaması gerekmektedir.

Türkiye'de açlık grevi sürecinde olan kişinin iradesine saygı göstermekten ziyade onun yaşama hakkını koruma altına almak için devletin seferber olmasının hukuk düzeni tarafından kabul edildiği görülmektedir. Zira bu kabul, Sözleşme'nin 2'nci maddesinden doğan ve yaşama hakkını koruma yönünde devlete izafe edilen

⁶⁷¹ÇAKMUT, s.192.

⁶⁷²ÇAKMUT, s.192.

pozitif yükümlülüğün bir sonucudur. Doktorlar, gerekli tıbbî müdahalede bulunup, grev sürecinde bulunan kişinin sağlığını korumak zorundadır. Söz konusu görevin kasıtlı bir şekilde ihmal edildiği hallerde ise hekimin cezaî yönden sorumluluğuna gidilecektir.⁶⁷³

Açlık grevi ve ölüm orucu eylemi, hangi türden olursa olsun belirli bir hedefe ilişkin, etkili ve neticeleri çok ağır olabilen bir protesto yöntemidir. Açlık grevi ya da ölüm orucu sebebiyle sağlık durumu zarar gören kişi, kendi serbest kararıyla bu neticeyi istemiş olsa dahi, bir hasta olarak görülmeli ve tedavi yöntemi ile kendisine müdahalede bulunulmalıdır. Bir insanın hayatının, cezanın infazının sağlanmasından daha önemli olduğu şüphesiz kabul edilmesi gereken bir gerçektir.⁶⁷⁴

1975 tarihli Tokyo Bildirgesi, 1991 tarihli Malta Bildirgesi, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin tavsiye kararları uyarınca açlık grevi ya da ölüm orucu eylemi sebebiyle yaşamı tehlike altında olan hükümlü ya da tutuklu kişilere tıbbî müdahale gerçekleştirmek yasalara, insanî değerlere ve etik kurallara uygun bir gerekliliktir.⁶⁷⁵

Cezaevlerinde meydana gelen ölüm olaylarından bir diğeri ise söz konusu infaz kurumlarında yaşanan intihar vakalarıdır. Keenan davasına konu olan olayda,⁶⁷⁶ başvuru oğlunun intihar etmesinden önce cezaevi görevlilerinin gerçekleştirdikleri tutumların, yaşama hakkını koruma altına alan 2'nci maddeyi ihlal eder nitelikte olduğunu öne sürmüştür. Başvuru cezaevi yetkililerinin oğlu hakkında disiplin cezası öngörmeleri neticesinde, şizofren hastası olan oğlunun üzerinde hâlihazırda var olan baskıların arttığını ve bu durumun intihar etmesine sebep olduğunu iddia etmiştir. Mahkeme kararında başvuru oğlunun şizofreni hastası olduğunu kanıtlar nitelikte resmi bir belgenin bulunmadığını, başvuru iddialarının spekülatif olmaktan öteye gidemediğini belirtmiştir. Mark Keenan'ın şizofreni hastası olduğuna yönelik delil olmamasına karşın intihar eğilimi sergilediği

⁶⁷³ ÖNOK, Açlık Grevlerine Müdahale, s.213.

⁶⁷⁴ Ahmet TAŞKIN, "Ceza İnfaz Kurumlarında Açlık Grevleri", *Adalet Dergisi*, Yıl:93, Nisan 2002, Sayı:11, ("Ceza İnfaz Kurumları"), s.112.

⁶⁷⁵ TAŞKIN, Ceza İnfaz Kurumları, s.112.

⁶⁷⁶ Keenan/Birleşik Krallık davası, Başvuru No:27229/95, Karar Tarihi: 03/04/2001. <http://www.echr.coe.int /ECHR /EN/ Header/Case- Law / HUDOC/HUDOC+database/>

konusunda bilgi verilen cezaevi yetkilileri, dengesiz ruh haline sahip hükümlüyü dikkatli bir şekilde izlemişlerdir. Keenan intihar eğilimi sergilediği somut her durumda hastane ortamında psikiyatr görüşmelerine alınmıştır. Mahkeme, bu koşullar dâhilinde yetkililerin yaşama hakkının korunması bağlamında başvuruya konu olayda bütün makul önlemleri almış oldukları kanaatine ulaşarak 2'nci maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir.⁶⁷⁷

Mahkeme'nin 09/10/2012 tarihli Çoşelav/Türkiye kararına konu olan somut vakada ise, daha önce Kars cezaevinde çeşitli zamanlarda intihar teşebbüsünde bulunan Bilal Çoşelav, 28/01/2004 tarihinde Erzurum cezaevine nakledilmiştir. Garip davranışlarının, bulunduğu çocuk koğuşunda kaygılara sebep olması neticesinde, aynı cezaevinin yetişkinlere mahsus bölümüne nakledilen Bilal Çoşelav, yetişkin koğuşundaki hükümlülerle anlaşamadığını belirten şikâyetini cezaevi müdürüne iletmiştir. Başka bir koğuşa nakledilme talebi reddedilen Çoşelav tıraş bıçağı ile cezaevi görevlisine saldırmış ve 17/12/2004 tarihinde arka arkaya başını birkaç defa duvara vurmak suretiyle kendine zarar vermiştir. Aynı gün tedavi edilmek üzere revire götürülen Çoşelav, tedavisinin ardından yerleştirildiği koğuşta kendisini asmak suretiyle intihar etmiş ve hayatını kaybetmiştir. Olay tarihinde gerçekleştirilen ölü muayenesi sonucunda düzenlenen raporda kişinin ölüm nedeni asfeksi olarak tespit edilmiştir.⁶⁷⁸

Başvurucular, Sözleşme'nin 2'nci ve 3'üncümaddeleri çerçevesinde gerçekleştirdikleri şikâyetlerinde oğullarının kasten öldürüldüğünü ya da yetkililerin oğullarının yaşama hakkını koruma altına almak için gereken önlemleri almadıklarını ileri sürmüşlerdir. Sözleşme'nin 6 ve 13'üncü maddelerini dayanak alan başvurucular, yetkililerin oğullarının ölümüne yönelik olarak etkili bir soruşturma yürütmedikleri hususunda da şikâyetlerini dile getirmişlerdir. Bunun yanında başvurucular ölü muayenesinin usule uygun bir biçimde gerçekleştirilmediğini de iddia etmişlerdir. Hükümet savunmasında, cezaevi yetkililerinin Bilal Çoşelav'ın intihar edeceğini öngöremeyeceklerini belirtmiş ise de, Mahkeme, hükümlülerin

⁶⁷⁷ERDOĞAN/KARAN, s.51.

⁶⁷⁸ Çoşelav/Türkiye davası, Başvuru No: 1413/07, Karar Tarihi:09/10/2012, T.C. Adalet Bakanlığı, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü, İnsan Hakları Daire Başkanlığı'nın gayri resmi çevirisi, 16. parag.

veya tutuklu kişilerin savunmasız bir halde bulunduğunu ve yetkililerin devletin kontrolü altında bulunan kişileri koruma görevinin olduğunu daha önceki içtihatlarına uygun şekilde ifade etmiştir. Kişinin tutuklu veya hükümlü olarak devletin gözetiminde bulunduğu sırada ortaya çıkan yaralanma olaylarını açıklığa kavuşturmak, devlete izafe edilen bir ödevdir. Kişi hayatını kaybettiğinde ise söz konusu yükümlülük daha da bağlayıcı hale gelmektedir. İntihar eğilimi olan bir mahkûmun yaşamına yönelik gerçek ve yakın bir tehlikenin varlığını bilen ya da bilmesi gereken yetkililer sorumlulukları dâhilinde olan bu riskin meydana gelmemesi için makul tedbirleri almadıklarında pozitif yükümlülüğün gereklerini yerine getirmemiş oldukları kanaatine ulaşılabacaktır. Mahkeme, intihara teşebbüs, birden çok yardım talebi ve kişinin kendine yönelik zarar verme girişimi gibi olayları ortaya koyan kanıtlar doğrultusunda cezaevi yetkililerinin Bilal Çoşelav'ın intihar riski altında bulunduğunun farkında oldukları sonucuna varmaktadır. Çoşelav'ın psikolojik sorunlarının kendisi tarafından ya da ölüm olayı ile ilgilenen yetkili mercilerce resmi şekilde ortaya konulması, tüm hükümlü ve cezaevi yetkililerinin Çoşelav'ın sorunlarının bilincinde olduklarını da teyit etmektedir.⁶⁷⁹ Bilal Çoşelav'ın yetişkinler koğuşunda bulundurulmasının olayın meydana geldiği tarihte yürürlükte olan ve Türkiye'nin uluslararası antlaşmalar çerçevesindeki yükümlülüklerinin belirlendiği düzenlemelere aykırı olduğunu düşünen Mahkeme, cezaevi yetkililerinin Bilal Çoşelav üzerindeki gözetim görevini ifa edemedikleri sonucuna ulaşmıştır.⁶⁸⁰

Çoşelav'ın başını duvarlara vurmak suretiyle kendine zarar vermesine karşın durumu kontrol edilmeksizin hücreinde tek başına bırakılmasına dikkat çeken Mahkeme, Çoşelav'ın yeterince gözetim altında bulundurulmadığı hususunda tespitte bulunan Erzurum cezaevi disiplin kurulunun, bu duruma personel eksikliğinin sebebiyet vermiş olduğuna yönelik değerlendirmesini de kaydetmiştir. Bilal Çoşelav hakkında hükmedilen disiplin cezalarını ve hükümlüde var olan psikolojik sorunlar karşısında kayıtsız kalınmasını da nazara alan Mahkeme, yerel makamlar tarafından

⁶⁷⁹ Çoşelav/Türkiye davası, Başvuru No: 1413/07, Karar Tarihi:09/10/2012, T.C. Adalet Bakanlığı, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü, İnsan Hakları Daire Başkanlığı'nın gayri resmi çevirisi, 57. parag.

⁶⁸⁰ Çoşelav/Türkiye davası, Başvuru No: 1413/07, Karar Tarihi:09/10/2012, T.C. Adalet Bakanlığı, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü, İnsan Hakları Daire Başkanlığı'nın gayri resmi çevirisi, 60. parag.

Çoşelav'ın yetişkin mahkûmlar ile aynı koğuştta bir arada tutulmasının ruhsal sorunlarının daha da kötü bir hal almasına sebebiyet verdiğini, bunun yanı sıra söz konusu sorunu gidermeye yönelik olarak Çoşelav'a herhangi bir tıbbi desteğin verilmediğini de gözlemlemiştir. Bu nedenle Mahkeme, Bilal Çoşelav'ın yaşama hakkını koruma altına almada taraf devletin Sözleşme'den doğan yükümlülüklerinin gereğini yerine getirmediği gerekçesiyle Sözleşme'nin 2'nci maddesinin esasen ihlal edildiği neticesine ulaşmıştır. Mahkeme, etkili bir soruşturmanın en önemli şartlarından biri olarak soruşturmanın sonuçlarının kamuoyu denetimine açık olması gerekliliği üzerinde durmaktadır. Bu itibarla mağdurun en yakın akrabasının, kişinin yasal menfaatlerini koruma altına almak gayesiyle gereken ölçüde yargılamaya müdahil olması gerektiğini de ifade etmektedir.⁶⁸¹

Bilal Çoşelav'ın intihara teşebbüs etmesinin önlenemediğine ilişkin iddiaların soruşturma kapsamında yetkili makam tarafından incelenmediğine vurgu yapan Mahkeme, Çoşelav'ın intihar ettiği ve intihar eylemine yönlendiren hiç kimsenin bulunmadığı gerekçesiyle soruşturmanın sonuçlandırıldığını belirtmektedir. Ayrıca tahkikat savcısının Çoşelav'ın intiharına neden olan etmenler hakkında herhangi bir inceleme gerçekleştirmemesine ve cezaevi personeline atfi kabil bir ihmâl ya da kusurun olup olmadığı yönünde bir tespitle bulunmamasına dikkat çeken Mahkeme, Çoşelav'ın ölümüne sebep olan unsurların belirlenmesine ilişkin etkili bir soruşturma yürütülmediği gerekçesine dayanarak Sözleşme'nin 2'nci maddesinin usul açısından da ihlal edildiğine karar vermiştir.⁶⁸²

⁶⁸¹ Çoşelav/Türkiye davası, Başvuru No: 1413/07, Karar Tarihi:09/10/2012, T.C. Adalet Bakanlığı, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü, İnsan Hakları Daire Başkanlığı'nın gayri resmi çevirisi, 73. parag.

⁶⁸² Çoşelav/Türkiye davası, Başvuru No: 1413/07, Karar Tarihi:09/10/2012, T.C. Adalet Bakanlığı, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü, İnsan Hakları Daire Başkanlığı'nın gayri resmi çevirisi, 78. parag.

C.Askerî Mahalde Meydana Gelen Ölüm Olayları

Askerî mahalde meydana gelen intihar olayları nedeniyle özellikle son dönemlerde Mahkeme'ye Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ihlal edildiğinden bahisle çok sayıda başvuru yapıldığı görülmektedir.

Devletin gözetimi altında bulunan kişilerin kendilerine ya da başkalarına zarar vermelerini önleme zorunluluğu, pozitif yükümlülüğün bir gereğidir. Mahkeme Kılınç kararı ile Türkiye'nin yaşama hakkını koruma altına alma konusunda pozitif yükümlülüğünün gereklerine uymadığını belirlemiştir. Kılınç davasında, atipik depresyon tanısı ile tedavisine başlanan Mustafa Canan Kılınç'ın söz konusu rahatsızlığına karşın askerî hizmet yükümlüsü sayılarak askere alındığını, psikolojik tedavisi sürmesine rağmen bir kalaşnikof marka silah teslim edilerek kendisine nöbet görevi verildiğini ve nöbet tuttuğu esnada silahla intihar etmesi sonucu hayatını kaybettiğini tespit eden Mahkeme, Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir.⁶⁸³

1995 yılının Mayıs ayında zorunlu askerlik görevini yaptığı esnada intihar ederek hayatını kaybeden Mustafa Canan Kılınç'ın babası, annesi ve kız kardeşi olan Abdurrahman ve Memnue Kılınç ile Şule Özsoy, olay hakkında Mahkeme'ye başvuruda bulunmuşlardır. 1992 yılında atipik depresyon tanısı koyulan Kılınç'ın, 1994 yılında askerlik hizmetini yerine getirmekle yükümlü olduğunun tespit edilmesi üzerine askere alınmasına karar verilmiştir. Askerlik eğitimine 1994 yılının Kasım ayından itibaren başlayan Kılınç'a tedavi amaçlı psikiyatrik destek verilmeye başlanmıştır. Birlik komutanı, Kılınç'ın akıl hastalığı nedeniyle sinir krizleri geçirdiğini öne sürerek, Isparta askerî hastanesine sevkini sağlamıştır.⁶⁸⁴

22/02/1995 tarihinde doktorlar tarafından muayene edilen Kılınç'a anksiyete bozukluğu tanısı koyulmuştur. Birlik komutanı ilaç tedavisi süren Kılınç'ın ruhsal sağlığında olumlu yönde bir değişiklik görülmemesi nedeniyle tekrar tıbbi tedavisi için hastaneye sevkine yönelik girişimde bulunmuştur. Askerî hastanede gözlem

⁶⁸³ ÇİÇEKLI/ERYILMAZ/YILMAZ, s.41.

⁶⁸⁴ DOĞRU/NALBANT, s.54.

altına alınan Kılınç'ın, 04/04/1995 tarihinde yapılan nero-psikiyatrik muayenesinde, anksiyete bozukluğu adı verilen ruhsal rahatsızlığa sahip olduğu bir kez daha tespit edilmiş ve bir aylık istirahatın sonunda tekrar sağlık durumunun kontrol edilmesine karar verilmiştir. Hastaneden taburcu olmasına karar verilen Kılınç, birliğine dönmeden önce izin alarak evine gitmiştir. Birliğine teslim olmadan önce muayene olmak isteyen Kılınç'ın bulunduğu yerdeki hastanede psikiyatri servisi bulunmadığından, muayene olamadan izin süresinin bitiminde birliğine dönmek zorunda kalmıştır. 07/05/1995 tarihinde birlik komutanı tarafından kendisine günlük askeri işleri yapması konusunda emir verilen Kılınç, 15/05/1995 tarihinde bir kalaşnikof tüfekle nöbet tutmuştur. Aynı gün öğlenden sonra tüfekle kendisini vurmuş ve hayatını kaybetmiştir.⁶⁸⁵

Her ne kadar söz konusu intihar olayından sonra başlatılan soruşturma kapsamında birlik komutanına görevini ihmal ettiği gerekçesiyle suç isnadında bulunularak kamu davası açılmışsa da, yapılan yargılama sonucunda komutana atılı görevi ihmal suçunun yasal unsurlarının somut olayda oluşmadığı gerekçe gösterilerek hakkında beraat kararı verilmiştir. Başvurucular Yüksek Askeri İdare Mahkemesi'ne açtıkları davada tazminat talebinde bulunmuşlarsa da, gerçekleşen somut olayda yalnızca yaşamını yitiren kişiye kusur izafe edilebileceği, bunun haricinde şikâyete konu olayda başka kişi veya kurumların kusurundan söz edilemeyeceği gerekçesiyle Mahkeme tarafından davanın reddi yönünde hüküm tesis edilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde ise başvurucular, Kılınç'ın intiharına yönelik olayda Sözleşme'nin 2'nci ve 8'inci maddelerinin ihlal edildiğini öne sürmüşlerdir.⁶⁸⁶

Mahkeme davanın esasına yönelik hükmün gerekçesinde, devletlerin hâkimiyeti alanında bulunan kişileri, başkalarına ve kendilerine karşı koruma altına alma gayesiyle zorunlu tüm önlemleri alma yükümlülüklerinin yasal dayanağını, Sözleşme'nin 2'nci maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesinde yer alan düzenlemenin oluşturduğunu ifade etmiştir. Bahsi geçen yükümlülüğün zorunlu askerlik hizmeti kapsamında da geçerli olduğunu belirten Mahkeme, devletlere izafe

⁶⁸⁵ DOĞRU/NALBANT, s.55.

⁶⁸⁶ DOĞRU/NALBANT, s.55.

edilen bu sorumluluğun, yaşama hakkına yönelik etkili bir koruma sağlanması için yasal ve idari düzenlemeler gerçekleştirilmeyi de gerekli kıldığını hatırlatmaktadır. Hem hukuki hem de idari alanda gereksinime cevap verecek özel düzenlemelerin, askerlik hizmeti sürecinde meydana gelebilecek yaşama hakkına yönelik gerçek ve yakın tehlikelerin düzeyine de uygun olması gerekmektedir. Öngörülecek düzenlemelerin, yalnızca askeri vazifeleri ve askeri nitelikteki hizmetleri kapsamına alan nitelikte değil, bunun yanında sade vatandaşların askere alınmaları ile başlayan zorunlu askeri hizmet sürecini de kapsayan, diğer bir ifadeyle insan unsurunun yer aldığı askeri hayatın tüm yönlerini ele alan nitelikte olması gerektiği ifade edilmiştir. Askeri yaşamın özünde var olan tehlikelerle karşılaşabilecek askerlerin etkili bir biçimde korunması için önlemler alınmasını sağlayan ve çeşitli rütbedeki askeri personel tarafından sebep olunacak hatalar ve kusurların tespit edilmesi için gerekli etkin bir soruşturma usulüne yer veren düzenlemelerin ihtiyaca cevap verebileceği de karar gerekçesinde açıkça belirtilmiştir.⁶⁸⁷

Başvurucular tarafından somut olayda Mustafa Canan Kılınç'ın yaşama hakkını korumak konusunda askeri yetkililerin var olan pozitif yükümlülüklerine riayet etmedikleri öne sürülmüştür. Mahkeme ise, konuya yönelik daha önceki içtihatlarından yola çıkarak, askeri mercilerin asker kişinin intihara teşebbüs etme ihtimaline yönelik gerçek ve yakın bir tehlikenin var olduğunu fark edip etmediklerini ya da fark etmeleri gerekip gerekmediğini, şayet tehlikenin varlığını biliyorlarsa, söz konusu tehlikeyi ortadan kaldırmak için kendilerinden beklenebilecek özeni göstererek somut koşullar altında her türlü önlemi alıp almadıklarını değerlendirmiştir.⁶⁸⁸

Mahkeme yaptığı tespitlerde, Mustafa Canan Kılınç'ın psikiyatrik rahatsızlığının var olduğuna ilişkin tanının zorunlu askerlik hizmetine alınmadan önce koyulduğunu, askeri makamların, bu kişinin sağlık durumunun zorunlu askerlik hizmetini ifa etmeye müsait olup olmadığını dosyasından kolaylıkla anlayabileceklerini gözlemlemiştir. Bunun yanında Mahkeme, çok önceden

⁶⁸⁷ Kılınç ve Diğerleri/Türkiye davası, Başvuru No:40145/98, Karar Tarihi: 07/06/2005, T.C. Dış İşleri Bakanlığı Avrupa Konseyi ve İnsan Hakları Genel Müdür Yardımcılığı gayri resmi çevirisi, s.5.

⁶⁸⁸ Kılınç ve Diğerleri/Türkiye Davası, Başvuru No: 40145/98, Karar Tarihi: 07/06/2005, T.C. Dış İşleri Bakanlığı Avrupa Konseyi ve İnsan Hakları Genel Müdür Yardımcılığı gayri resmi çevirisi, s.5.

belirlenmiş olan ruhsal bozukluğun, kişinin askere alınmak yerine sağlığı bakımından kontrol altına alınmasına neden olması gerektiği görüşündedir. Askerlik hizmetine başlar başlamaz psikiyatrik tedavi altına alınan Kılınç'ın bu tarihlerde uyarı veren hareketlerinin askeri makamların gerçekleştiren neticeyi öngörebilmelerine neden olabileceği Mahkeme'nin karar gerekçesinde dile getirdiği diğer bir önemli tespittir. Erin askerlik hizmeti sürecinde sergilediği tüm davranışlarının üstleri ve arkadaşları tarafından bilinen ruhsal problemleri sebebiyle dikkate alınması ve jandarma arkadaşlarına intihar edeceğini söyleyen kişinin bu fiili gerçekleştirme ihtimalinin askeri makamlar tarafından bilinmesi gerektiği yönünde Mahkeme'de bir kanaat hâsıl olmuştur. Yetkili merciler tarafından ihtimal dâhilinde olan neticenin meydana gelmesini engelleyecek nitelikte tedbir alınıp alınmadığı hususundaki incelemesinde Mahkeme, eratların istikrarsızlık durumlarında üstlerinin görev ve sorumluluklarını belirleyen bir hukuki mevzuatın var olmadığını, kişinin askerlik görevine ruhsal yönden uygunluğunun söz konusu hizmete alınmadan önce ve sonra doktorlar tarafından tıbbi takibini sağlayacak nitelikte düzenlemelerin bulunmadığını tespit ederek, yetkililerin kişiyi kendisine yönelik tehlikeden korumak için gereken şekilde hareket etmedikleri sonucuna ulaşmıştır. Neticeten somut olayda Mahkeme, Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ihlal edildiğine karar vermiş, 8'inci madde açısından ise herhangi bir değerlendirmede bulunmayı gerekli görmemiştir.⁶⁸⁹

17/06/2008 tarihli Abdullah Yılmaz/Türkiye kararında ise, üstü pozisyonunda olan uzman çavuşun mesleğe aykırı davranışları neticesinde askerlik hizmetini yerine getirmekte olan bir erin intihar ederek hayatını kaybettiği olay başvuruya konu olmuştur. Sorumluluğu astı konumunda olan erlerin fiziksel ve zihinsel bütünlüklerini koruma altına almak olan silahlı kuvvetler mensubu uzman çavuşun, söz konusu sorumluluklarının gereğine uygun davranabilmek bakımından gerekli mesleki liyakate haiz olmadığı somut vakanın tüm koşullarından açıkça anlaşıldığını ifade eden Mahkeme, iç hukukta yer alan düzenlemelerin, bir uzman çavuşun emri altında bulunan kişileri idare etmesine ve söz konusu olaya benzer bir durumla yüz yüze kaldığı andaki görev ve sorumluluklarının farkında olmasına

⁶⁸⁹ Kılınç ve Diğerleri/Türkiye Davası, Başvuru No: 40145/98, Karar Tarihi: 07/06/2005, T.C. Dış İşleri Bakanlığı Avrupa Konseyi ve İnsan Hakları Genel Müdür Yardımcılığı gayri resmi çevirisi, s.8.

yetecek nitelikte olmadığını da dile getirmiştir.⁶⁹⁰ Mahkeme tüm bu hususları bir arada değerlendirerek, devleti ölen kişiyi üstü konumundaki kişilerin doğru olmayan hareketlerinden korumak konusunda Sözleşme'den doğan yükümlülüklerini yerine getirmediği gerekçesiyle sorumlu bulmuş ve Abdullah Yılmaz'ın intiharını Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ihlali olarak değerlendirmiştir.⁶⁹¹

Ç.Aile İçi Şiddet Sonucu Meydana Gelen Ölüm Olayları

Bilindiği üzere 1982 Anayasası'nda da belirtildiği gibi aile toplumun temelidir. Devlet ailenin korunmasına yönelik gerekli tedbirleri almak zorundadır. Ekonomik bakımdan özgürlüğü bulunmayan kadın genelde maruz kaldığı şiddete karşı şikâyet hakkını kullanmamaktadır.⁶⁹²

Nahide Opuz isimli başvurunun, Hükümet aleyhine açtığı davanın görülmesi sonucunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, aile içi şiddet ile mücadele konusuna etkili ve kalıcı çözüm getirmeye yönelik bir karar vermiştir. Somut vakada davacı ve davacının eşinin babası ile imam nikâhlı olan annesi, davacı eşinin ve babasının aile içi şiddet niteliğindeki hareketlerine maruz kalmıştır. Başvurucu eş tarafından muhtelif zamanlarda bıçaklanarak yaralanmış, başvurunun annesi ise ateşli silahla öldürülmüştür.⁶⁹³ Başvuruya konu olayda, Diyarbakır'da yaşayan başvuru Nahide Opuz, 1995 ile 2002 yılları arasında annesinin ve kendisinin birçok defa kocasından şiddet gördüklerini ve ölümle tehdit edildiklerini iddia ederek polis ve savcılığa suç duyurusunda bulunmuştur. Bu süre zarfında başvuru ve annesi tarafından sekiz ayrı şikâyet gerçekleştirilmiştir. Şüphelinin başvuru ve annesi üzerine araba sürerek başvurunun annesinin ağır şekilde yaralanmasına sebebiyet verdiği olay bu şikâyetlerden sadece birinin konusunu oluşturmaktadır. Diğer bir şikâyet konusu ise başvurunun şüpheli tarafından gerçekleştirilen yedi

⁶⁹⁰ Abdullah Yılmaz/Türkiye Davası, Başvuru No: 21899/02, Karar Tarihi: 17/06/2008, T.C. Dış İşleri Bakanlığı Avrupa Konseyi ve İnsan Hakları Genel Müdür Yardımcılığı gayri resmi çevirisi, s.11.

⁶⁹¹ TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR/ÖNOK, s.110.

⁶⁹² Aydeniz Alisbah TUSKAN, "Uluslararası Ve Ulusal Boyutta Aile İçi Şiddetle Mücadele", *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt:87,Sayı:2013/1, Ocak-Şubat 2013, s.27.

⁶⁹³ Tamer İNAL "AİHM Nezdinde Kişisel Başvuru Hakkı, Yaşama Hakkının İhlali Ve Aile İçi Şiddet", *Kazanıcı Hukuk Dergisi*, Sayı:73-74, s.245.

bıçak darbesi ile ağır şekilde yaralandığı olaydır.⁶⁹⁴ Başvurucu her ne kadar meydana gelen olayların ardından karakola müracaat etse de, ifadesine başvurulduktan sonra serbest bırakılan eşinden korktuğu için, genellikle soruşturmanın sonuçlanmasını beklemeden vaki şikâyetlerinden vazgeçmiştir. Şiddete başvuran sanık hakkında yalnızca karısını bıçakla, kayınvalidesini ise araba ile çarparak yaralamak suretiyle gerçekleştirdiği eylemleri hakkında kovuşturma yürütülmüştür. Şüpheli kişi hakkında yapılan diğer şikâyetler üzerine başlatılan soruşturmalar neticesinde ise delil yetersizliği sebebiyle kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmiştir. Başvurucunun annesi hayatını kaybetmeden önce, damadının silahı olduğunu, telefonla kendisini ve kızını sürekli ölümle tehdit ettiğini iddia ederek savcılığa suç duyurusunda bulunmasına karşın, bu başvurudan iki hafta sonra damadı tarafından vurularak öldürülmüştür. Bunun üzerine başvurucu 6 aylık süre içerisinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuruda bulunmuştur. Başvurucu Mahkeme'ye sunduğu dilekçesinde kolluk kuvvetleri ve adli mercilerce annesinin ve kendisinin can güvenliğinin sağlanamadığını, aile içi şiddete ilgili görevliler tarafından müsamaha gösterildiğini, bunun yanında birçok kez vaki şikâyetlerinden vazgeçmeleri için çaba sarf edildiğini, yüz yüze kaldıkları aile içi şiddetin ve ölüm tehditlerinin yetkililer tarafından göz ardı edildiğini, bu nedenle Sözleşme'nin 2, 3, 6, 13 ve 14'üncü maddelerinin ihlal edildiğini öne sürmüştür.⁶⁹⁵

Mahkeme'ye göre eşine ve annesine karşı şiddete başvuran kişinin sabıka kaydı, mağdurların sağlığı ve güvenliği açısından tehdit oluşturması karşısında, kocanın yeni şiddet hareketlerine teşebbüs etmesi yetkili merciler tarafından öngörülebilirdi.⁶⁹⁶ Mahkeme, başvurucunun annesinin tehlike altında olan yaşamını koruma altına almak için gerekli önlemlerin alınmamış olduğunu ve sanığa isnat edilen suç nedeniyle yürütülen yargılamanın olay tarihinden itibaren yedi yıl geçmiş olmasına karşın hala karara bağlanmadığını gerekçe göstererek Sözleşme'nin yaşama hakkını koruyan 2'nci maddesinin ihlal edildiğine kanaat getirmiştir.⁶⁹⁷

⁶⁹⁴ Sesim Soyer GÜLEÇ, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Bakış Açısı İle Türkiye'de Aile İçi Şiddet ve Ayrımcılık", *Fasikül Dergisi*, Sayı:10, Eylül 2010, s.30.

⁶⁹⁵ GÜLEÇ, s.30.

⁶⁹⁶ TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR/ÖNOK, s.112.

⁶⁹⁷ GÜLEÇ, s.30.

Mahkeme her ne kadar insan davranışlarını öngörmenin olanaksızlığını ve bunun sonucu olarak gereken önlemleri almanın güçlüğüne kabul etmiş olsa da söz konusu olayda, yetkili mercilere yapılan şikâyetlerin artarak devam etmesi nazara alındığında başvuru ve annesinin yaşamlarının tehlike altında olduğunun ilgililerce öngörülmesi gerektiğine vurgu yapmıştır.⁶⁹⁸ Başvuru ve annesi daha önce birçok defa kasten yaralanmış ve devamlı surette ölümle tehdit edilmişlerdir. Başvurucunun eşinin bıçak veya ateşli silah gibi aletler kullanması uyguladığı şiddetin vahametini de göstermektedir. Başvuru ve annesinin vaki şikâyetlerinden vazgeçmiş olmaları üzerine soruşturma sonucunda takipsizlik kararı verilerek adli süreç sonlandırılrsa dahi, failin işlediği eylemlerin ağırlığına dayanarak hakkında yasal işlemlerin yapılması olanak dâhilindedir. Bunun yanında Mahkeme 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun hükümleri gereğince uygun tedbirlere başvurulmasının mümkün olduğu kanaatindedir. Ancak söz konusu önlemlerin hiç biri alınmayarak, aile içi şiddetin engellenmesi hususunda etkili bir sistem oluşturulmadığı gibi mağdurların koruma altına alınması açısından gerekli güvence de tesis edilememiştir. Şiddete başvuran failin ifadesinin alınıp serbest bırakılması haricinde adli makamlar tarafından aktif bir müdahalede bulunulmamış, tüm bu olayların akabinde başvuru ve annesinin öldürülmüştür. Yerel makamların başvuru ve annesine yönelik olarak gerçekleştirilen şiddeti engellemekte gereken ihtimamı göstermemeleri nedeniyle bilhassa şiddet uygulayan eşe karşı cezai yaptırım ya da diğer tedbirler uygulanmamıştır. Bu durum Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ihlal edilmesine sebebiyet vermiştir.⁶⁹⁹ Mahkeme başvuru sonucunda Sözleşme'nin yaşama hakkına ilişkin 2'nci maddesinin; işkence yasağına⁷⁰⁰ yönelik 3'üncü maddesinin ve cinsiyet ayrımcılığına ilişkin 14'üncü maddesinin ihlâl edilmesini önleyici nitelikteki tedbirleri almamış olması gerekçesiyle davalı Türk Hükümeti hakkında mahkûmiyet kararı vermiştir. Mahkeme; söz konusu kararında şiddet eylemlerine karşı Avrupa ülkelerinde mevcut olan hukuki düzenlemelere ve uluslararası alanda benimsenmiş şiddete karşı mücadeleyi destekleyen normlara atıfta bulunmuştur. Bunun yanında Mahkeme Birleşmiş Milletler Teşkilâtı'nın

⁶⁹⁸GÜLEÇ, s.30.

⁶⁹⁹TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR/ÖNOK, s.113.

⁷⁰⁰AİHS'in 3'üncü maddesine göre "Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemlere tabi tutulamaz."

Kadına Karşı Her Çeşit Ayırmacılığın Kaldırılmasına İlişkin 1979 tarihli Sözleşmesi'nin ilgili maddelerini; Avrupa Birliği Konseyi Bakanlar Kurulu'nun tavsiye kararlarını; Amerika Kıtası Ülkeleri İnsan Hakları Mahkemesi kararlarını da göz önünde bulundurarak söz konusu başvuruda ihlal kararı vermiştir.⁷⁰¹

Devlet, müştekilere yönelik olarak işlenen yaralama suçlarına karşın aile içi şiddet fiilinin faillerini serbest bırakmak suretiyle müştekilerin yüz yüze kaldığı öldürülme tehdidinin devamlılığını sağlamaktadır. Somut olayda aile içi şiddet eyleminden şikâyetçi olan davacılar, her defasında kolluk kuvvetleri ve yetkili adli makamlar önünde yaptıkları şikâyetlerinden vazgeçmişlerdir. Fakat Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, müştekilerin şikâyetlerinden vazgeçmelerini kolluk kuvvetlerinin ve yargının hareketsiz kalması adına haklı bir gerekçe olarak görmemiştir.⁷⁰²

Aile içi şiddet, yalnızca kadınlara yönelik olarak değil; bunun yanında erkeklere ve çocuklara yönelik olarak da uygulanmaktadır. Aile içi şiddetin, sosyal, iktisadî, cinsiyet ayrımcılığı, fiziksel ve zihinsel anlamda birden çok boyutu bulunmaktadır. Her türden fiziksel ya da psikolojik anlamdaki aile içi şiddetin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2'nci maddesi bağlamında ele alınması gerekmektedir. Sulh Hukuk Mahkemesi hâkimi Türk Medeni Kanunu'nda belirtilen önlemlerin yanında 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun hükümleri uyarınca öngörülen aileyi koruyucu nitelikli tedbirlere re'sen karar verebilmektedir. Aile içi şiddetin tekrar yaşanmaması bakımından, saldırı ihtimali de ön planda tutulmak suretiyle şiddet uygulayan tarafı ya da tanıkları dinlemeksizin hâkim gereken önlemleri almakla yükümlüdür. Bunun yanında saldırıda bulunan eşe, hâkimin verdiği tedbirlere uymaması durumunda tutuklanacağı ve hapis cezası ile cezalandırılacağı yönünde ihtarda da bulunulması gerekmektedir. Mahkeme, Opuz kararında başvurucunun müşteki sıfatıyla Türk yargı makamları nezdinde yaptığı şikâyetlerden vazgeçmesinin, devletin koruma yönündeki yükümlülüğünün zayıflamasına ya da söz konusu yükümlülüğün yerine getirilmemesine gerekçe olarak gösterilemeyeceği kanaatine ulaşmıştır. Böyle bir durumda güvenliğinin

⁷⁰¹ İNAL, s.246.

⁷⁰² İNAL, s.246.

tehlike altında olduğu Şüphesi bulunan bir kişinin, Şikâyetinden vazgeçmesi halinde dahi aktif bir korumadan faydalanmasının devlet tarafından mümkün kılınması gerekmektedir. Başvuruya konu davada, davacı tarafın iç hukukta Şikâyetinden feragat etmesine karşın resmî makamlar tarafından aktif Şekilde korunmaya devam edilmesinin aile hayatının gizliliğine aykırılık teşkil edeceği yönündeki Hükümet savunması, Mahkeme tarafından haklı görülmemiştir.⁷⁰³

Anayasa'nın 90'ncı maddesi gereğince iç hukukta doğrudan geçerliliği ve uygulanabilirliği bulunan Mahkeme içtihatlarına göre, yetkili makamlar aile içi Şiddet niteliğinde bir suç ihbarı aldıklarında, mağdura yönelik gereken tedbirleri almak zorundadırlar. Hükümet başvuru neticesinde görülen davada aile hayatının gizliliğini öne sürerek Sözleşme'nin 8'inci maddesinin ihlaline yol açılmamaya çalışıldığı yönünde bir savunma geliştirmiş ise de Mahkeme, söz konusu savunmanın taraf devletlerin Sözleşme'den doğan pozitif yükümlölükleri göz önüne alındığında kabul edilemez nitelikte olduğunu, bazı vakalarda başkalarının yaşama hakkını ve sağlığını koruma altına almak için aile hayatına müdahalede bulunulabileceğini ifade etmiştir.⁷⁰⁴ Aynı kararında Mahkeme aile içi Şiddet olaylarında Şiddete başvuran kişinin haklarının, mağdur tarafın yaşama hakkının, fiziksel ve ruhsal sağlığının koruma altına alınmasının sağlayacağı faydadan daha üstün görülemeyeceğini belirtmiştir. Mahkeme söz konusu kararında sanıklara yaptırım olarak uygulanan cezaların eylemleri sonucu oluşan suç karşısında orantılı bulunmadığının da altını çizmiştir. Netice olarak adli makamların hükmettikleri kararların etkili olmadığı kanaatine ulaşan Mahkeme, mağdurun koruma altına alınması bakımından gerekli önlemlerin alınmamış olmasını dayanak göstererek Sözleşme'nin kötü muameleyi yasaklayan 3'üncü maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Opuz/Türkiye kararında, başvuru ve annesinin maruz kaldığı Şiddet karşısında yetkili mercilerin kayıtsız kalması, kadınlara yönelik olarak gerçekleştirilen bir cinsiyet ayrımcılığı olarak yorumlanmıştır. Aile içi Şiddetin bilhassa kadınları mağdur ettiği, Türkiye'de bulunan adli mercilerin kasten olmasa da bu durum karşısında hareketsiz

⁷⁰³ İNAL, s.247.

⁷⁰⁴ GÜLEÇ, s.31.

kalmalarının aile içi şiddet olaylarının çoğalmasına neden olduğu Mahkeme tarafından ifade edilmiştir.⁷⁰⁵

Somut olay bakımından Sözleşme'nin 2'nci maddesinde yer alan yaşama hakkı ve 8'inci maddesinde yer alan aile yaşamının gizliliğine yönelik hükmün birbiriyle bağdaşmayacak surette karıştırılmış olması, Mahkeme tarafından müştekinin şikâyetinden feragat etmesinin baskı sonucu gerçekleştiğinin göz önünde bulundurulmadığının devlet tarafından ikrar edildiği anlamına geldiği şeklinde yorumlanmıştır. Böylece Montesquieu'dan beri ifade edilen ve güvenlik duygusunun, bilhassa adaletli uygulamalardan daha öncelikli olduğu yönündeki yaklaşımın Mahkemece de benimsendiği ilgili kararın gerekçesinden anlaşılmaktadır. Mahkeme, başvurucunun annesinin ölümünden sonra bile yetkili mercilerin gereken önlemleri almamış olmasını ağırlaştırıcı bir neden olarak kabul etmiştir. Mahkeme, müştekilerin aile içi şiddet mağduru olmalarına karşın; yetkili makamların gereken önlemleri almamış olduklarını göz önünde bulundurarak Hükümet'in kusurlu bulunduğu karar vermiştir. Aile içi şiddet olaylarında, şiddete başvuran bireyin hiçbir kişisel hakkı, şiddete maruz kalan tarafın yaşama hakkından daha öncelikli olarak görülmeyecektir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2'nci maddesinde yer alan yaşama hakkının ihlâl edilmiş olmasından dolayı söz konusu davada Hükümet, başvurucuya 36.500 Euro tutarında tazminat ödemek zorunda kalmıştır.⁷⁰⁶

Mahkeme, Opuz davasında; Türk Hükümeti aleyhine verdiği ihlal kararını Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin yaşama hakkına yönelik 2'nci madde hükmü yanında Sözleşme'nin, insanlık dışı ve küçültücü muamele yasağına yönelik 3'üncü madde hükmüne ve her türlü ayırıcık yasağına ilişkin olan 14'üncü madde hükmüne dayandırmıştır. Sözleşme'nin 3'üncü maddesinde, bireye yönelik işkence uygulamasına izin verilmediği gibi; devlete, işkence ile mücadelede bulunmak ve bireye yönelik her türden insanlık dışı ve küçültücü davranışları önlemek ve ortadan kaldırmak görevi de izafe edilmiştir. Sözleşme'nin bu maddesi kişinin işkenceye, insanlık dışı cezaya ve küçültücü davranışlara tâbi kılınamayacağına yöneliktir.

⁷⁰⁵GÜLEÇ, s.31.

⁷⁰⁶İNAL, s.247.

Bunun yanında söz konusu işkence yasağına yönelik hüküm, Sözleşme'nin hiçbir istisnasına yer verilmemiş, mutlak surette koruma altına alınmış hükümlerindedir.⁷⁰⁷

Avrupa devletlerinin ve uluslararası kuruluşların, cinsiyet farklılığına ve ayrımcılığa dayalı şiddet olaylarının tamamen ortadan kaldırılmasına ilişkin olarak devletlerden yerine getirmelerini istedikleri görev ve sorumlulukların uygulamasından doğan ortak değerler, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin hükmüne gerekçe oluşturmuştur.⁷⁰⁸

Somut davada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa devletlerinin ve uluslararası kuruluşların kabul ettiği yerleşmiş ilkeleri göz önünde bulundurarak; taraf devletin, başvuruçunun yaşadığı yörede uğramış olduğu aile içi şiddet fiillerine maruz kalmamış olması için gereken önlemleri ve koruma yöntemlerini uygulayıp uygulamadığına ilişkin yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğine dikkat etmiştir. Türk devletinin, gereken önlemleri almakta tamamen yetersiz kaldığına karar verilmesi; yetkili makamların somut vaka açısından hayatın olağan seyrine göre alınması gereken etkili tedbirleri almamış olduklarına hükmedilmesine ve ihlal kararı verilmesine neden olmuştur.⁷⁰⁹

Mahkeme bu hükmünde Amerika Kıtası Devletleri İnsan Hakları Mahkemesi'nin aile içi şiddet olayına yönelik olarak verdiği bir kararına da atıfta bulunmuştur.⁷¹⁰ Maria da Penha/ Brezilya davasında da benzer şekilde Mahkeme gereken koruyucu ve önleyici tedbirleri olması gereken şekilde almamış olan devletin, ortaya çıkan zarardan sorumlu olduğuna hükmetmiştir. Mahkeme, Opuz kararında, Sözleşme'nin 2'nci maddesinde düzenlenmiş olan yaşama hakkının tehlike altında bulundurulduğuna karar vermiştir. Mahkeme'ye göre, saldırgan eşin aile içi şiddet niteliğindeki eylemlerine ve müştekiyi bıçakla yaralamasına karşın, adli makamların müştekinin bütün şikâyetlerinden vazgeçmiş olmasını nazara alarak ve mevcut tehlikenin devam etmesine göz yumarak gereken yaptırımları

⁷⁰⁷İNAL, s.248.

⁷⁰⁸İNAL, s.249.

⁷⁰⁹İNAL, s.249.

⁷¹⁰Maria da Penha'nın Brezilya devletine karşı açmış olduğu dava söz konusu ihlal kararında atfen yer almaktadır.

uygulamadan, faili serbest bırakmaları haklı görülemez. Mahkeme başvuruçunun devlet makamları tarafından etkili ve gereken şekilde koruma altına alınmamış olduğunu kabul ederek, taraf devlet hakkında Sözleşme'nin 3'üncü maddesini ihlâl ettiği gerekçesiyle mahkûmiyet kararı vermiştir.⁷¹¹

Sonuç olarak Mahkeme, Nahide Opuz'un Türkiye Cumhuriyeti aleyhine yaptığı başvuruda, Sözleşme'nin 2, 3 ve 14'üncü maddelerinin ihlal edildiğine hükmederek, Türkiye'yi 36.500 Euro tazminat ödemeye mahkûm etmiştir.⁷¹²

Türkiye'nin güney doğu bölgesinde yaşamını sürdüren, genellikle okuması ve yazması olmayan ya da eğitim seviyesi oldukça düşük olan ve ekonomik özgürlüğünden yoksun bulunan kadınlara yönelik şiddetin yaygın bir şekilde uygulandığına kanaat getiren Mahkeme, şiddet olayının yoğun olarak yaşandığı bölgede, fiziksel şiddet gören ya da tehdit altında bulunan kadınların şikâyetlerine rağmen, kolluk güçlerinin ve adli makamların töre, gelenek ve aile içi sorun olarak görülen konularda, etkili ve önleyici tedbirler vasıtasıyla mücadele edemediklerini ifade etmektedir. Aynı zamanda Mahkeme, bölgede yaşayan insanların genelinin algısına karşın, yargı makamlarının ayrımcılığı destekler nitelikteki hareketsizliklerinin kasti bir tavır olmadığını; fakat çoğunlukla bu tutumun kadınlara ciddi anlamda zarar verdiğini; başvuruçuyu Nahide Opuz ve annesinin uğramış oldukları şiddetin, cinsiyete ve kadına yönelik ayrımcılığa dayandığını tespit etmiştir. Mahkeme, devletin, somut olayın gerçekleştiği bölgede yaygın şekilde görülen kadına yönelik şiddet eylemlerine karşı, gereken mücadeleyi gösterememiş olduğu ve kadına yönelik şiddeti çoğunlukla yaptırım altına almadığı, söz konusu durumun ise taraf devleti, Sözleşme'nin 14'üncü maddesi anlamında sorumlu tutmaya kâfi olduğu düşüncesindedir.⁷¹³

Opuz davasında Mahkeme, Sözleşme'nin 2, 3 ve 14'üncü maddelerini kararında esas alarak aile içi şiddetin önemli bir mesele teşkil ettiğinin altını çizmiştir. Mahkeme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi haricinde diğer uluslararası sözleşmelere de kararında yer vermiştir. Bu vurgulamayla Mahkeme aile içi şiddetin

⁷¹¹İNAL, s.250.

⁷¹²İNAL, s.250.

⁷¹³İNAL, s.252.

vahametini ve sıkça rastlanan yönünü göstermek istemiştir. Mahkeme, somut vakada Sözleşme'nin 14'üncü maddesinin ihlaline hükmetmekle, aile içi şiddetin, cinsiyet ayırmacılığına uzanan bir niteliğinin olduğunu ve Sözleşme'ye taraf devletin aile içi şiddet olaylarında hareketsiz kalmasının ya da müsamaha göstermesinin, Sözleşme'nin ihlâli anlamına geleceğini ifade etmiş bulunmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde karara bağlanan Opuz davası ile taraf devletlere, aile içi şiddet olaylarına ya da aile içi şiddet olaylarının doğmasına neden olan fiillere karşı etkili yöntemler kullanarak mücadele etme sorumluluğu yüklenmiştir.⁷¹⁴ Zira somut olayda mağdurların koruma altına alınması için gereken güvence tesis edilememiş ve yerel merciler mağdurlara yönelik şiddeti engellemekte gereken özeni gösterememiştir.⁷¹⁵

İnsanın en önde gelen ve koruma altına alınması gereken haklarından biri de yaşama hakkıdır. Mahkeme söz konusu davada yetkili makamların, vatandaşın güvenliğini etkili şekilde ve gereği gibi korumaya yönelik önlemleri almamış olmalarının, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2'nci maddesinin ihlâli anlamına geldiğini belirtmiştir. Mahkeme, somut vakada anne ve kızın, aile içi şiddete maruz kalmış olmalarına karşın; yetkililerin gereken önlemleri yeterince almamalarında, taraf devletin kusurunun bulunduğu karar vermiştir.⁷¹⁶

Türkiye'nin güney doğu bölgesinde yaşayan bir genç kız, 05/05/2009 tarihinde radyoda çalışan arkadaşının yanına giderken ailesi tarafından takip edilmiş, olay yerinde erkek arkadaşı genç kızın ailesi tarafından dövülmüş; genç kız ise evin beşinci katından aşağıya atılmış ve kaldırıldığı hastanede yine aynı kişiler tarafından bıçaklanarak yaralanmıştır. Ancak olaydan sonra sığınma evine alınması gereken kız hastane çıkışı ailesine teslim edilmiştir. Nitekim Opuz/Türkiye davası sonucunda verilen kararın, yerel makamlar nezdinde uygulamaya dair hiçbir şeyi değiştirmedigi bu somut vakadan da anlaşılmaktadır.⁷¹⁷

⁷¹⁴İNAL, s.252.

⁷¹⁵ÇİFTÇİOĞLU, s.148.

⁷¹⁶İNAL, s.253.

⁷¹⁷İNAL, s.253.

Mahkeme devletlerin yaşamı tehlikede olan kişileri koruma altına almakla yükümlü olduklarını, ancak koruma yükümlülüğünün bir takım sınırları olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme, kocası tarafından çoğu defa aile içi şiddete maruz bırakılan Nahide Opuz'un annesinin kocası tarafından öldürülmesine yönelik olarak önüne gelen somut vakada, taraf devletlerin Sözleşme'nin 2'nci maddesi kapsamında yalnızca kişileri yaşama hakkından yoksun bırakmamakla değil, bunun yanında yaşamı tehlike altında bulunan bireyleri korumakla da yükümlü olduklarını, ancak söz konusu yükümlülüğün sınırları olduğunu açık bir biçimde ifade etmiştir.⁷¹⁸

Yaşama hakkına yönelik güvence, ayrıca yaşamı tehlikede olan kişiler bakımından koruyucu önlem alma yükümlülüğünü de kapsamaktadır. Söz konusu yükümlülüğünün ifa edilmesi için belirli bir kişinin yaşamına ilişkin somut ve ciddi bir tehlikenin var olması gerekmektedir. Tehlike altında olduğunu düşünen her birey bakımından özel koruma yükümlülüğü söz konusu olmaz. Bunun yanında belirli bir kişiyi devamlı surette kişisel koruma altına alma yükümlülüğü de bulunmamaktadır. Bu yükümlülüğün var olabilmesi için, somut ve ciddi bir tehlikenin varlığı aranmaktadır.⁷¹⁹

Bilhassa kadınların gördükleri aile içi şiddeti yetkili makamlara bildirmelerine karşın, failer hakkında herhangi bir tedbir alınmaksızın müştekilerin tekrar evlerine gönderildikleri ve akabinde öldürücü şiddete maruz kaldıkları bu çeşit olaylar basında da yer almaktadır. Söz konusu vakalarda yetkili mercilerin mağdur bireyi koruma altına almaya yönelik tedbirleri almaları elzemdir. Genellikle çaresizlik, korku ve baskı içerisinde olan mağdurların şikâyetlerinden vazgeçmek zorunda kaldıkları göz önüne alındığında, konunun bir aile içi mesele teşkil ettiği ve vaki şikâyetin geri alındığı yönündeki gerekçelere dayanarak yetkili makamların kayıtsız kalmaları şiddet nedeniyle işlenen öldürme fiillerinin gerçekleştirilmesini kolaylaştıracaktır. Bu durum ise, Türkiye'nin uluslararası platformda sorumluluğunu gün yüzüne çıkaracaktır.⁷²⁰

⁷¹⁸CENGİZ, Yaşam Hakkı, s. 392.

⁷¹⁹TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR/ÖNOK, s.111.

⁷²⁰TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR/ÖNOK, s.113.

Kadına yönelik şiddeti engellemeye ilişkin özel bir düzenlemeye Avrupa mevzuatında yer verilmemekle birlikte Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3'üncü maddesinde yer alan işkence yasağı, insanlık dışı ve kötü muamele yasağı kuralı doğrultusunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin BM Kadınlara Karşı Şiddetin Önlenmesine İlişkin Bildirgesi'nde yer alan ilkeler ve kurallar ile uyum sağlayan kararlar verdiği görülmektedir.⁷²¹

Avrupa Birliği bünyesinde oluşturulan son yönergelerde iş yerinde meydana gelen cinsel tacizin erkek ve kadına eşit şekilde davranma ilkesine aykırılık teşkil ettiği ve bu sebeple söz konusu ayrımcılığın önlenmesi gerektiği gibi hususlar gün yüzüne çıkarılmıştır. Avrupa ülkelerinde olduğu gibi Türkiye'de de İş Kanunu'nda konuya yönelik düzenlemeler derc edilmiştir.⁷²²

Kadına yönelik olarak uygulanan şiddet bir insan hakkı ihlalidir. Türkiye taraf devlet olarak bu konuda gerekli kanuni düzenlemeler öngörmüş olmasına karşın, gerekli kurumsal alt yapı henüz oluşturulamamıştır. Hukuki anlamda 14/01/1998 tarihinden itibaren bu alanda kaydedilen ilerlemeler iç hukuka 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun ile yansıtılmıştır. Daha sonra anılan Kanun'da 26/04/2007 tarih ve 5636 sayılı Kanun ile değişiklikler ve eklemeler gerçekleştirilmiştir.⁷²³ Daha sonra söz konusu yasal düzenleme, 20/03/2012 tarih ve 28239 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 08/03/2012 tarih ve 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un 23'üncü maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Türkiye'de de aile içi şiddet sorunu dünyanın birçok yerinde olduğu gibi sürekli karşımıza çıkmaktadır. Görülen birçok somut vakada yetkili makamların bu soruna özenle yaklaşmadıkları ve genelde şiddete başvuran faillere müsamaha gösterdikleri dikkat çekmektedir. Tüm bu nedenlerle Mahkeme'nin 09/06/2009 tarihinde almış olduğu Opuz kararı, hem Türk hukuku hem de uluslararası hukuk açısından büyük bir öneme sahiptir. Birçok ülke bakımından insan hakkı ihlali niteliğinde ciddi bir problem teşkil eden konular arasında aile içi şiddet ve kadınlara

⁷²¹TUSKAN, s.27.

⁷²²TUSKAN, s.27.

⁷²³TUSKAN, s.28.

yönelik cinsiyet ayrımcılığı da yer almaktadır. Mahkeme'nin Türkiye aleyhine verdiği Opuz kararında, başvuru ve annesinin maruz kaldığı şiddet karşısında yetkili mercilerin pasif tavırları, kadınlara yönelik bir cinsiyet ayrımcılığı olarak nitelendirilmiştir. Adli makamların aile içi şiddet olaylarında etkisiz ve hareketsiz kalmasını Sözleşme'nin ihlali olarak gören Mahkeme, kararında asıl sorunun hukuksal düzenlemelerden değil, söz konusu düzenlemelerin uygulamaya yansıtılmamasından kaynaklandığını ifade etmiştir.⁷²⁴

Mahkeme'nin 14/10/2010 tarihli A./Hırvatistan'a karşı⁷²⁵ kararında bahsi geçen ve başvuruya konu olan olaylar Opuz/Türkiye davasına benzerlik göstermekle birlikte, şiddete maruz kalan kişinin ölümünün söz konusu olmadığı somut başvuruda, iki yılı aşkın süredir eşi tarafından şiddete maruz kalan ve tehdit edilen başvuru, eşinden boşandıktan sonra da şiddet görmeye devam etmiştir. Akli dengesi yerinde olmayan ve ruhsal sorunları bulunan başvuru eşi karşı mağdurun bedensel ve manevi bütünlüğünü koruma altına almak için taraf devletin yeterli ve makul yönde tedbir alıp almadığını inceleyen Mahkeme, Opuz davasından farklı olarak, başvuru iddialarını Sözleşme'nin 2'nci ya da 3'üncü maddeleri kapsamında değil, Sözleşme'nin 8'inci maddesi çerçevesinde ele alarak değerlendirmede bulunmuştur. Zira Sözleşme'nin 2, 3 ve 8'inci maddelerinin pozitif yükümlülükler bağlamındaki ortak noktası bireylerin vücut bütünlüklerini maddi ve manevi yönleriyle koruma altına almaktır. Nihayetinde başvuru beden bütünlüğünü şiddet içeren eylemlere karşı koruma altına almada gereken yükümlülükleri yerine getirmeyen taraf devleti Sözleşme'nin 8'inci maddesini ihlal ettiği gerekçesiyle tazminata mahkûm eden Mahkeme, somut olayda ihlal edildiği öne sürülen Sözleşme'nin 2, 3 ve 13'üncü maddelerinin ise incelenmesine yer olmadığına karar vermiştir.⁷²⁶

⁷²⁴GÜLEÇ, s.30.

⁷²⁵ A./Hırvatistan davası, Başvuru No: 55164/08, Karar Tarihi:14/10/2010. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

⁷²⁶ Ayrıntı için bkz. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

D.Hastanelerde Meydana Gelen Tıbbi İhmale Dayalı Ölüm Olayları

Anayasalarda düzenleme altına alınan temel haklar, kişilik hakları, sosyal ve ekonomik haklar ile siyasal haklar olmak üzere üç gruba ayrılmaktadır. Sosyal haklar kural olarak kişilerin devletten olumlu bir edimde bulunmasını istediği haklardır. Bu özelliği ile sosyal haklar, devletin müdahalesinin beklenmediği ve kişinin özgürlük alanını koruma altına alan klasik haklardan farklıdır. Sosyal haklar, kişinin özgürlüklerini kullanabilmesi için uygun koşulları tesis etmekle görevli olan devletin teminat altına alması gerektiği haklardır. Dünyaya geldiği andan itibaren toplum içinde eşitsizliklerle yüz yüze kalan bireyin insan onuruna uygun şekilde varlığını sürdürme ve kişiler arasındaki eşitsizlikleri ortadan kaldırarak sosyal adaleti gerçekleştirme gayesi güden sosyal haklar, yaşama hakkının kullanılabilmesi ve gerçekleştirilebilmesi vasıtası olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunun yanında sosyal haklar, insan onuruna yakışan asgari hakları da teminat altına almaktadır.⁷²⁷

Sosyal haklar, devletin olumlu bir edimde bulunmasını gerektiren pozitif statü hakları arasında yer almakla birlikte, devlete olumsuz edim yükleyen ve negatif statü hakları olarak adlandırılan sendika, toplu iş sözleşmesi ve grev gibi sosyal haklar da Anayasal bakımdan koruma altına almıştır. Sosyal hakların belirleyici ve diğer haklardan farklı olan yönünü tespit ederken devlete bu anlamda olumlu bir edimde bulunma görevinin yüklenip yüklenmediğini esas almaktan ziyade söz konusu hakların amacının ölçüt olarak göz önünde bulundurulması gerektiğini öne sürenlere göre, sosyal haklar, devletin gerek olumlu, gerekse olumsuz edimini gerektirsin, sosyal adaleti tesis etmeye, sosyal eşitsizlikleri ortadan kaldırmaya, toplum içinde ekonomik anlamda güçsüz ve yardıma muhtaç olanları korumaya ilişkin haklardır.⁷²⁸

Sağlık hakkının aynen yaşama hakkı gibi, diğer hak ve hürriyetlerden bağımsız olarak düşünülebilmesine olanak yoktur. Sağlık hakkının teminat altına alınmasında devlete önemli görevler düşmektedir. Sosyal hakların en belirgin örneklerinden biri de sağlık hakkıdır ve bu hak pozitif statü hakları içinde yer

⁷²⁷ Alp LİMONCUOĞLU, Zeynep ŞİŞLİ, Dilek ESER, “Sosyal Devlet İlkesi ve Yaşam Hakkı Çerçevesinde İş Kazaları”, *Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan*, Beta Yayınları, İstanbul 2011, s.1986.

⁷²⁸ LİMONCUOĞLU/ŞİŞLİ/ESER, s.1986.

almaktadır. Doktorun kişinin sağlığı ile yakından alakalı eylemleri, yaşama ve sağlık haklarının tesisi, toplumun sağlık hizmetlerinden istifade etmesi bakımından büyük önem arz etmektedir.⁷²⁹

Sosyal hakların güçsüz ve yardıma ihtiyacı olan kişileri korumaya ilişkin olması, devlet tarafından bu kişilere yardım edilmesi anlamını taşımamaktadır. Sosyal devletin kökeninde sosyal haklar, bir yardım talebinden ziyade kişinin devletten bir alacağını istemesinin sebebinin teşkil etmektedir. Bu anlamda sosyal haklar, toplum içinde ekonomik açıdan zayıf ve yardıma muhtaç olan kişileri koruma altına almayı amaçlasa da söz konusu haklar, kişilere yardımda bulunmanın ötesinde insan onuruna ve haysiyetine yakışır şekilde kişilerin devletten talep edebildiği alacak hakkı mahiyetindedirler.⁷³⁰

Hukuki kişiliğin, hukuk düzeninde hak sahibi olmanın ve borç yüklenmeye ehil olmanın, başka bir ifadeyle hukukta bir değere haiz olmanın ilk şartı hayatta olmaktır. Bu nedenle yaşama hakkı en temel insan hakkı olarak kabul görmektedir. İnsanın fiziksel ve biyolojik bir yapı olarak doğduktan sonra entelektüel ve moral niteliklerle kendisini geliştirebilmesinin ve bu sayede hukuk alanında değerlere haiz bir varlık olarak kabul edilebilmesinin ilk şartı da hayatta olmak yani yaşamaktır.⁷³¹ Yaşama hakkı, diğer bütün hakların kullanılmasının ön şartıdır. İnsanın beden ve ruh bütünlüğünü teminat altına alan en temel hak yine yaşama hakkıdır. İnsanın bedensel bütünlüğüne hanel getirecek bir olay yaşama hakkının özünün yok olmasına neden olacaktır. Bu nedenle devlet, yaşama hakkı bağlamında pasif bir tutum sergileyemeyeceği gibi bu hakkın her durumda korunmasını sağlamak adına adeta bir bekçilik görevi üstlenmek zorundadır. İnsan hakları terminolojisinde devlete ait bu görev yaşatmacılık kuralı olarak ifade edilmektedir. Bu kural, yaşama hakkını devletin karışmama ilkesinin geçerli olduğu özgürlükler alanından farklı bir yere koymaktadır. Kişinin tam ve sağlıklı olarak, vücut bütünlüğü içinde dünyaya gözlerini açmasını sağlamakla, devletin yaşatmacılık görevi başlamaktadır. Bu görev, insanın kişiliğinin gelişmesini ve ekonomik kaygılardan sıyrılmasını mümkün hale

⁷²⁹ Bahri ÖZTÜRK, “Hasta Hakları ve Ötenazi”, *Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce’ye Armağan*, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2001, s.576.

⁷³⁰ LİMONCUOĞLU/ŞİŞLİ/ESER, s.1986.

⁷³¹ LİMONCUOĞLU/ŞİŞLİ/ESER, s.1985.

getirmeyi de bünyesinde barındırmaktadır. Kişinin varlığını idame ettirebilmesinin şartı olan ve yaşama hakkının bölünemez bir parçası olarak kabul edilen sağlık hakkı, devletin tesis etmekle sorumlu olduğu, sosyal niteliğe sahip isteme haklarından⁷³²

Türkiye'nin bir hukuk devleti olduğu, 1982 Anayasası'nın 2'nci maddesinde açık bir biçimde ifade edilmiştir. Hukuk devleti insan haklarının gerçekleştirilmesi, adaletin temini, güvenliğin sağlanması unsurları üzerine şekillenmiştir.⁷³³ Özellikle insan haklarının ve hasta haklarının uygulamada öne sürülebildiği ülkeler hukuk devleti olarak nitelendirilmektedir.⁷³⁴

Hem etik hem de hukukî bir kavram olan adalet, herkese fırsat eşitliği sağlanması, herkesin yasalar önünde eşit konumda olması, herkesin kişiliğini serbestçe geliştirme imkânına haiz olması, bu imkânı ortadan kaldıran maddî ve manevî engellerin bertaraf edilmesi, her türlü ayrıcalığın ve keyfiliğin kabul edilmemesi manasına gelmektedir. Özetle adil olan devlet hukuk devletidir. Hasta hakları açısından adil bir uygulamanın var olduğunu kabul etmek imkânsızdır. Bilhassa alt yapı eksikliği bazen hekimi, önüne hayatta kalma şansı yüksek olan bir başka hasta geldiğinde, yaşama şansı az olan ya da olmayan bir hastanın tedavisini yarıda bırakarak sağlık durumuna nazaran yaşamasına umutla bakılan hastaya müdahale etme konusunda karar vermeye, yani bir bakıma ötenaziye yönlendirmektedir.⁷³⁵

Kişilerin beden bütünlüğüne yönelik olarak gerçekleştirilen müdahaleler hukuka aykırıdır. Kişilerin gereken şekilde aydınlatılması neticesinde tıbbi nitelikte müdahalede bulunulması ise hukuka aykırılık teşkil etmeyecektir. Fakat kişilerin tıbbi müdahaleyi kabul etmesi, müdahalede bulunan görevlilerin dikkatsizliği ya da tedbirsizliği sonucu oluşan zararlardan dolayı sorumlu tutulamayacakları anlamına gelmemektedir.⁷³⁶

⁷³²LİMONCUOĞLU/ŞİŞLİ/ESER, s.1985.

⁷³³ ÖZTÜRK, s.574.

⁷³⁴ ÖZTÜRK, s.574.

⁷³⁵ ÖZTÜRK, s.574.

⁷³⁶ Kürşat ERSÖZ, "Tıbbi Müdahale Kavramı Ve Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları", *Terazi Hukuk Dergisi*, Yıl:5, Sayı:45, Mayıs 2010, s.122.

Mahkeme bazı kararlarında ceza hukukunun da dışına çıkararak, devletin pozitif yükümlülüklerinin öncelikli olarak sağlığın koruma altına alınması olmak üzere birtakım sosyal hizmetlere de sirayet ettiğine dikkat çekmiştir. Devlet kamuya ait hastanelerde meydana gelen hasta ölümlerinin yanında özel hastanelerde meydana gelen hasta ölümlerinden de sorumlu tutulabilmiştir.⁷³⁷ Ancak devletin sağlık alanındaki hizmetlerde belli bir kaliteyi güvence altına almak ve bu sayede bireylerin yaşama haklarını en iyi şekilde korumak hususunda genel bir yükümlülüğe haiz olup olmadığı ise Mahkeme kararlarında açıklık kazanmamıştır.⁷³⁸

Kıbrıs kararındaki mütalaasında Mahkeme⁷³⁹ Sözleşme'nin 2'nci maddesi çerçevesinde taraf devletlerden birinin yetkililerinin, toplumun geneli için sunulması vaat edilen sağlık hizmetlerini yerine getirmemekle bir kişinin yaşamını tehlike altına alabileceklerini, Sözleşme'nin 2'nci maddesinin birinci fıkrasının devleti kasten ve kanuna aykırı bir biçimde öldürmekten kaçınmanın yanında hâkimiyeti altında bulunan kişilerin yaşama haklarını korumak için uygun önlemler almakla da sorumlu tuttuğunu ifade etmektedir.⁷⁴⁰ Fakat Mahkeme söz konusu davada Sözleşme'nin 2'nci maddesi uyarınca bir taraf devletin sağlık hizmeti sunmada belli bir standardı yakalamakta ne oranda sorumlu olduğunu göz önüne alma ihtiyacı duymamıştır.⁷⁴¹

Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ilk cümlesi, devleti kasıtlı öldürmeyi önlemenin yanında yaşama hakkının koruma altına alınması için kendi hâkimiyeti alanında bulunan tüm kişilerin gereken gayreti göstermelerini tesis etmekle de yükümlü hale getirmiştir. Söz konusu yükümlülük ayrıca sağlık konusunda gereken önlemleri almayı da kapsamaktadır. Devlet üzerine izafe edilen bu sorumluluk gereğince hastaların yaşamlarının koruma altına alınması için sağlık kuruluşlarının uymak zorunda olduğu kuralları öngören düzenlemeleri gerçekleştirmeli ve gereken tedbirleri almalıdır. Hekim kontrolü altında olan hastaların hayatını kaybetmesi

⁷³⁷ Taraf devletlerin, hastaların yaşamlarını koruma altına almak için kamu veya özel hastanelerini önlemler almaya zorlayacak düzenleyici bir rejim öngörmeleri gerekmektedir. Bkz. David HARRIS, Michael O'BOYLE, Ed BATES, Carla BUCKLEY, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Türkçe 1. Baskı, Avrupa Konseyi, 2013, s.42.

⁷³⁸ KILINÇ, s.101.

⁷³⁹ KILINÇ, s.101.

⁷⁴⁰ KILINÇ, s.101.

⁷⁴¹ KILINÇ, s.102.

halinde, söz konusu olaya açıklık getirmek ve bu ölümden sorumlu olan kişilerin cezalandırılması yoluna gitmeyi sağlayacak etkin ve bağımsız bir adalet mekanizması oluşturmak gerekliliği de sorumluluğun kapsamındadır. Bunun yanında Mahkeme, İngiltere'ye karşı 04/05/2000 tarihli Powell kararında, doktor hatası ya da birden fazla doktor arasında yaşanan koordinasyon eksikliği sebebiyle hastanın hayatını kaybetmesi halinde devletin 2'nci maddeden kaynaklanan bir sorumluluğunun bulunmadığını kabul ederek, ihlal kararı vermemiştir.⁷⁴²

Mahkeme taraf devletlerin 2'nci maddeden doğan yükümlülükleri gereğince, kişilerin yaşama haklarını koruma altına almak, nitelikli bir sağlık hizmetinden faydalanmalarını tesis etmek ve sağlık personelinin ihmali ya da hatasının olduğu durumlarda sorumlulukları cihetine gitmek maksadıyla sağlık alanında bazı düzenlemeleri uygulamaya geçirmeleri ve önlem almaları gerektiğini ifade etmektedir. Mahkeme aynı zamanda taraf devletlerin kendi vatandaşlarının yaşamlarını korumak gayesiyle hastaneleri ve diğer sağlık kuruluşlarını yasaya uygun faaliyette bulunmaya ve gereken önlemleri almaya zorlayan hukuki düzenlemelere, yerel mevzuatları kapsamında yer vermek zorunda olduklarını da belirtmektedir.⁷⁴³

Sağlık hakkının teminat altında görülebilmesi için devletin aktif şekilde bir takım çalışmalar gerçekleştirmesi, bu alandaki tüm yükümlülüklerini ifa etmesi gerekmektedir. Devlet yeni sağlık ve sosyal yardım kurumlarının hem kendi imkânları doğrultusunda hem de özel sektöre bu hususta vereceği destek ile kurulmasını sağlamalıdır. Bu yönüyle sağlık hakkı, sosyal bir hak olarak telakki edilmektedir.⁷⁴⁴

Sağlık hakkının tam anlamıyla güvence altına alınması ekonomik şartlar ile oldukça bağlantılıdır. Ekonomik refah söz konusu haktan faydalanmak isteyenler için

⁷⁴²TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, İnsan Hakları Sorunu, 2004, s.205.

⁷⁴³CENGİZ, Yaşam Hakkı, s.395.

⁷⁴⁴ÇAKMUT, s.51.

ne kadar önemliyse bu haktan yararlanacak kişilere en iyi teknoloji imkânını sağlamakla yükümlü devlet bakımından da o denli önemlidir.⁷⁴⁵

Öte yandan estetik amaçlı operasyonların hastanın muvafakati ile gerçekleştirilmesi zorunludur. Her müdahalede olduğu gibi bu tarz müdahalelerde de tehlikeli ve ağır neticelerin ortaya çıkma ihtimali bulunmaktadır. Hatta diğer operasyonlara oranla söz konusu olasılık daha yüksektir. Müdahalede bulunmak bazı durumlarda bir gereklilik teşkil etmediği için doktorun eyleminin hukuka uygun kabul edilebilmesi bir takım şartların gerçekleşmesine bağlıdır.⁷⁴⁶

Müdahalede bulunacak doktorun ilk önce hastanın muvafakatini alması şarttır. Bunun yanında doktor hastasını ayrıntılı şekilde muayene etmeli, sağlık durumunun bu tarz bir müdahalede bulunmaya müsait olup olmadığını değerlendirmelidir. Ameliyattan önce doktor, hastaya gerçekleştirilecek operasyonun etkilerini, neticesini, doğuracağı tehlikeyi tüm detayları ile anlatmak ve hastayı bilgilendirmek mecburiyetindedir.⁷⁴⁷

Hukuka uygun bir tıbbi müdahaleden söz edebilmek için ön şart, hastanın gerekli ve yeterli seviyede hastalığının özelliği, tıbbi müdahalenin gerekliliği, tedavide kullanılacak olan ilaçların ya da gerçekleştirilecek müdahalenin beden üzerindeki yan etkileri konularında bilgilendirilmiş olmasıdır.⁷⁴⁸

Diğer taraftan operasyonun bünyesinde barındırdığı tehlike ile varılmak istenen neticenin kişiye sağlayacağı yarar aynı seviyede olmalıdır. Bu türden müdahalelerde tıbbi anlamda bir gereklilik bulunmadığı için hastanın rızası olsa dahi tehlikenin gerçekleşme ihtimali yüksekse ya da operasyon sonucunda büyük zararlar doğacaksa müdahalede bulunmaktan sakınılmalıdır. Aksi takdirde gerçekleştirilen eylem hukuka aykırı sayılacaktır. Aynı zamanda doktor tarafından gerçekleştirilen bu

⁷⁴⁵ ÇAKMUT, s.51.

⁷⁴⁶ ÇAKMUT, s.182.

⁷⁴⁷ ÇAKMUT, s.182.

⁷⁴⁸ ERSÖZ, s.122.

müdahalelerde tıp biliminin olanak tanıdığı teknoloji ve yöntemlerin de göz önüne alınması gerekmektedir.⁷⁴⁹

Tüm bu koşullara riayet edilerek gerçekleştirilen estetik amaçlı operasyonlar ile bir sorunu gidermeye ilişkin olarak yapılan müdahaleler hukuka uygun addedilecektir. Bu durumda müdahaleyi gerçekleştiren kişiler hukuki koruma altına alınmış olacaktır.⁷⁵⁰

Tıp alanındaki hızlı gelişmeler neticesinde insanlar yeni olgularla karşılaşmakta ve yaşamlarında büyük değişiklikler meydana gelmektedir. Eskiden benimsemekte güçlük yaşanan, hukuka ve ahlaka aykırı olduğu düşünülen pek çok faaliyet toplum tarafından daha sonraları kabul görmeye başlamıştır. Bu konuda gösterilebilecek tipik örnek yadsınamaz derecede önemli bir tıbbi müdahale olarak değerlendirilen organ ve doku nakli işlemidir. Uygulamaya geçirilmeye başlandığı ilk zamanlarda büyük tartışmalara konu olan organ ve doku nakli işlemi günümüzde vazgeçilmez özelliğe bürünen bir hal ve gerekliliği kabul edilen bir tıbbi müdahale şeklini almıştır.⁷⁵¹

Dünyada fiziki ve psikolojik bakımdan bedensel fonksiyonları tam anlamıyla kusursuzca çalışan bir insan bulunmamaktadır. Her kişide doğuştan gelen ya da sonradan ortaya çıkan çeşitli sağlık problemleri görülmektedir.⁷⁵²

Söz konusu sağlık problemleri bazen kolay yöntemler ile ortadan kaldırılabılırken bazen de kişiyi ölüm tehlikesi ile yüz yüze bırakabilmektedir. Bu gibi hallerde organ ve doku nakli kişinin yaşamını kurtaran, eski sağlığına kavuşmasına olanak tanıyan pratik bir yöntem ve müdahale olarak kabul edilmektedir.⁷⁵³

Türk hukukunda organ naklinin mümkün olabilmesi için beyin ölümünün gerçekleşmesi gerekmektedir. Beyin ölümü, tüm müdahalelere rağmen kişinin

⁷⁴⁹ ÇAKMUT, s.183.

⁷⁵⁰ ÇAKMUT, s.183.

⁷⁵¹ ÇAKMUT, s.156.

⁷⁵² ÇAKMUT, s.156.

⁷⁵³ ÇAKMUT, s.157.

iyileşme ihtimalinin olmadığı, tüm hayati fonksiyonlarının son bulduğu, sadece yaşam destek üniteleri ile kalbin çarpmasının ya da nefes almanın mümkün bulunduğu hallerde gerçekleşmektedir.⁷⁵⁴

Türkiye’de organ ve doku nakli, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun ile düzenleme altına alınmıştır. Organ naklinin gerçekleşmesi amacıyla parça ya da doku alınmasında kişinin onayı beyin ölümünün meydana gelmiş olması sebebiyle bulunmamaktadır. Beyin ölümü gerçekleşmiş kişiden genellikle birinci dereceden akrabaların icazeti ile organ ya da doku nakli gerçekleştirilmektedir. Tıp dünyası, organ ya da doku nakline yönelik olarak yapılan tıbbi müdahale esnasında kişinin acı hissedip hissetmediğini tespit etme imkânı olmadığı için, hastaya duyulan saygının bir gereği olarak söz konusu müdahalenin narkozun etkisi altında gerçekleştirilmesinin doğru olacağı yönünde bir yaklaşım sergilemektedir.⁷⁵⁵

Organ ve doku nakli kişilik haklarını çok yakından alakadar eden müdahale yöntemidir. Kişinin bedeni üzerinde çoğu kez bir üçüncü kişi lehine tasarrufta bulunulması da bu bağlantının bir nedeni olarak kabul edilmektedir. Kişinin bedeni üzerinde gerçekleştirilecek tasarrufların sınırları ve koşulları, başta Anayasa olmak üzere diğer yasal düzenlemeler ile teminat altına alınmıştır. Fakat birçok ülke mevzuatında olduğu gibi Türkiye’de de organ ve doku nakli hususu belirli koşullar dâhilinde kişilik haklarına tecavüz niteliğinde görülmemektedir. Diğer bir ifadeyle uygulamada bu yönde gerçekleştirilen bir müdahale, gerekli şartları taşıdığı anda hukuka uygun olarak addedilmektedir.⁷⁵⁶

Türk Ceza Hukuku doktrininde de organ ve doku nakli, hekimin yasal anlamda meslek hakkının icrası kapsamında görülerek, konuya yönelik hukuki düzenlemelerde yer alan koşullara uygun davranılması halinde müdahalenin hukuka aykırılığının söz konusu olamayacağı öne sürülmüştür. Hekimin iyileştirme hakkı ile kişiliğe bağlı haklar arasında bulunan denge esas olarak korunmakla beraber,

⁷⁵⁴Halil KALABALIK, *İnsan Hakları Hukuku*, 3. Baskı, Ocak 2013, Seçkin Yayıncılık, (“İnsan Hakları Hukuku”), s.408.

⁷⁵⁵ KALABALIK, *İnsan Hakları Hukuku*, s.408.

⁷⁵⁶ÇAKMUT, s.157.

hekimin iyileştirme hakkı bu konuda daha öncelikli kılınarak müdahalede bulunma yolu açılmış olmaktadır.⁷⁵⁷

Devlet kişinin yaşama hakkını devamlı surette koruyabilmesi için gerekli bütün sağlık hizmetlerini sunmakla yükümlüdür. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 25'inci maddesinde her bireyin hem kendisinin hem de ailesinin yiyecek, giyim, barınma, tıbbi bakım ve gerekli diğer sosyal hizmetlerini de içine alacak şekilde, bunun yanında işsizlik, hastalık, sakatlık, dulluk, ihtiyarlık ya da geçim olanaklarından rızası dışında yoksun bırakacak diğer hallerde güvenlik hakkını da kapsayacak şekilde sağlığını ve refahını tesis etmeye yönelik uygun bir yaşam standardına hakkı olduğu kabul edilerek, herkesin sağlıklı yaşama hakkına haiz olduğu önemle ifade edilmiştir. Hukuken bağlayıcı nitelikte bir belge olan Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin 12'nci maddesine göre Sözleşme'ye taraf her devlet, imkân dâhilindeki en iyi şartlara sahip fiziksel ve ruhsal sağlık hizmetinden yararlanma hakkını kişilere sağlamakla görevlidir. Bunun yanında Sözleşme devletlere söz konusu hakkın korunma altına alınması için doğum ve bebek ölümü oranlarının düşürülmesi, çocukların sağlıklı bir ortamda büyümelerinin sağlanması, çevre sağlığı ve sanayi temizliği konularında en ileri hizmetin sunulması, yöresel, mesleki ve diğer salgın hastalıkların yayılmasının engellenmesi, tedavisi ve denetimi, hastalık halinde her çeşit sağlık hizmetinin sunulması için gereken koşulların bir araya getirilmesi amacıyla gerekli önlemlerin alınması yönünde sorumluluk yüklemiştir.⁷⁵⁸

1982 Anayasası'nın 56'ncı maddesinde herkesin, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına haiz olduğu belirtilmiş olup, herkesin yaşamını beden ve ruh sağlığı içinde devam ettirmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliği oluşturmak maksadıyla sağlık kuruluşlarının tek elden hizmet sunmasını planlamak⁷⁵⁹ devlete izafe edilen bir görev olmuştur.⁷⁶⁰

⁷⁵⁷ ÇAKMUT, s.157.

⁷⁵⁸ KALABALIK, İnsan Hakları Hukuku, s.399.

⁷⁵⁹ Bkz. ÖZTÜRK, s.576. Devlet, söz konusu görevini kamu ve özel kesimde yer alan sağlık ve sosyal kurumlarından faydalanarak, gerektiğinde bu kurumları denetleyerek ifa eder. Sağlık hizmetlerinin geniş kapsamda sunulabilmesi için yasal bir düzenleme ile genel sağlık sigortası kurulabilir.

⁷⁶⁰ KALABALIK, İnsan Hakları Hukuku, s.399.

Hukuk devleti ilkesinin var olmadığı totaliter rejimlerde hasta haklarından ve insan haklarından söz etmenin imkânı yoktur. Hasta hakkı öne sürülemediği için kişinin denek olarak kullanılması neticesinde ölümüne sebebiyet verilebilir ya da saf bir ırk oluşturmak niyetiyle hastalara aktif ötenazi uygulanabilir. Kabul edileceği gibi hasta hakları yalnızca bir hukuk devletinde gerçek anlamda teminat altındadır.⁷⁶¹

Toplum halinde yaşamının vazgeçilmez unsurlarından olan güvenliği ve sosyal düzeni tesis edememiş devletler hukuk devleti olarak kabul edilemez. İnsan haklarına saygılı, adil ve güvenli bir toplumsal düzen oluşturmak ve söz konusu düzeni istikrarlı bir şekilde devam ettirmek ancak hukuk devletinde mümkün olabilir. Hukuk devletinde yaşayan bir hasta mide ameliyatına alınacaksa, böbreklerinden birine zarar verilmeyeceğini de bilir. Bu güven hukuk devletinde yaşıyor olmasından doğmaktadır.⁷⁶²

İnsan haysiyeti, bilinçli olma, kendi kaderini belirleme ve kendi çevresini oluşturma kabiliyeti veren ve kişiliksizliği yok eden manevi bir güçtür. İnsan haysiyeti denilen değer hür irade sonucu oluştuğu da kabul edilebilir. İnsanın bir obje konumuna sokulması insan haysiyeti ile bağdaşmamaktadır.⁷⁶³

Gerek Türk ve gerekse mukayeseli hukukta hasta hakları insan haysiyetinin koruma altına alınmak istenmesi esassından gelmektedir. Her hasta kendi kaderini belirleme hakkına haizdir. Bu nedenle hastanın özgür iradesine aykırı şekilde gerçekleştirilen her tıbbî müdahale insan haysiyetinin korunması ilkesi ve başta Anayasa olmak üzere diğer ilgili mevzuata aykırılık teşkil edecektir.⁷⁶⁴

Sözleşme'nin 2'nci maddesinin gerektirdiği ve cezai nitelikte düzenlemelerin yanı sıra diğer yasal düzenlemelerin de tatbikine imkân tanıyacak etkili bir yargısal mekanizma, yaşama hakkının koruma altına alınmasına ilişkin yasaların uygulamaya yansımaya olanak tanıyacak bir sistemin merkezinde yer almaktadır. İç hukuk yollarında ceza hukuku bağlamında öngörülen hak arama yolları her ne kadar etkili

⁷⁶¹ ÖZTÜRK, s.573.

⁷⁶² ÖZTÜRK, s.574.

⁷⁶³ ÖZTÜRK, s.574.

⁷⁶⁴ ÖZTÜRK, s.574.

kabul edilse de taksirle ölüme sebebiyet verilen hallerde hukuk davası açma yolu da yeterli olarak kabul edilebilecektir.⁷⁶⁵

Mahkeme'nin Calvelli ve Ciglio/İtalya davasına konu olan başvuruda, özel bir klinikte dünyaya gelen bir bebeğin doğumundan çok kısa bir süre sonra tıbbi ihmâl sonucunda yaşamını kaybettiği öne sürülmüştür. İç hukukta başvuru tarafından taksirle ölüme sebebiyet verme eylemi nedeniyle doktor hakkında suç isnadında bulunulması üzerine kamu davası açılmış ise de, soruşturma sürecinde yaşanan gecikmeler neticesinde, dava zamanaşımına uğramıştır. Mahkeme, yerel mahkeme nezdinde görülen davanın devletin sorumluluğundan doğan gecikme sebebiyle zamanaşımına uğramış olmasının Sözleşme'nin 2'nci maddesi bağlamında sorun oluşturup oluşturmadığı konusunu araştırmayı gerekli görmemiştir. Zira başvuru sahiplerinin, özel hukuk yolunu tercih ederek tazminat davası açma olanakları bulunmakla birlikte, doktor hakkında disiplin soruşturması yürütülmesi de imkân dâhilindedir.⁷⁶⁶

Sözleşme'nin 2'nci maddesi ile koruma altına alınan yaşama hakkına ilişkin olarak taraf devletlere önlem almayı gerektirir bir görev izafe eden pozitif yükümlülüğün kamu sağlığı alanında da geçerli olacağını Mahkeme, söz konusu kararı ile ortaya koymuş bulunmaktadır. Bahse konu yükümlülük, sağlık hizmeti veren kurumun kamu sektöründe ya da özel sektörde faaliyet göstermekte olup olmadığı dikkate alınmaksızın, tıbbi tedavi sürecinde olan hastanın ölüm sebebinin belirlenmesi ve olayla alakalı sorumluluğu bulunan kişilerin yaptırımı tabi kılınabilmesi için etkili ve bağımsız bir yargı mekanizmasının oluşturulmasını gerektirmektedir. Mahkeme, sorumluluğu tespit edilen kişilere karşı etkili hukuki yollara başvuru imkânı tanınması yükümlülüğünün ifa edilebilmesi için, tıbbi ihmâle dayalı ölüm olaylarında mağdurlara ceza davasının yanı sıra hukuk mahkemelerinde tazminat davası açma hakkının da verilmesi gerektiği kanaatinde. Bunun yanında

⁷⁶⁵ HARRIS/ O'BOYLE/BATES/BUCKLEY, s.42.

⁷⁶⁶ HARRIS/ O'BOYLE/BATES/BUCKLEY, s.43.

disiplin soruşturması açılması da diğer bir etkili başvuru yolu olarak değerlendirilebilir.⁷⁶⁷

Bilhassa ceza davasının soruşturma aşamasında ortaya çıkan usule yönelik gecikmeler sebebiyle zamanaşımına uğradığını somut vakada tespit eden Mahkeme,⁷⁶⁸ bunun yanında başvuruçuların hukuk mahkemesi nezdinde dava açma haklarını kullandıklarını, ancak hukuken de doktorun sorumluluğu cihetine gidilmediğini gözlemlemiştir. Davacılar, doktor ve kliniğin sigortacıları arasında akdedilen sözleşme neticesinde hukuk mahkemesi önünde görülen davadan, davacı sıfatına haiz başvuruçuların serbest iradeleri ile feragat ettiklerini belirleyen Mahkeme, yerel makamlar nezdinde görülen davaya devam edilseydi doktorun meydana gelen zararı tazmin etmesi gerekliliğine yönelik bir kararın verilebileceğini ve söz konusu kararın basın gündemine de yansiyabileceğini ihtimal dâhilinde görmektedir.⁷⁶⁹ Keza Hükümet savunmasında hukuk mahkemesince hükmedilecek böyle bir kararın doktorun disiplin hukuku bağlamında sorumluluğuna da neden olabileceğini ifade etmiştir. Somut vakanın koşulları kapsamında Sözleşme'nin 2'nci maddesinden doğan ve taraf devlete izafe edilen pozitif yükümlülüğün gereğini karşılayacak olan davadan feragat etmekle başvuruçuların çocuklarının ölümüne yönelik olarak doktorun eyleminin tüm hukuki yönleri ile açığa çıkarılmasının en iyi yönteminden kendilerini yoksun bıraktıklarını ifade eden Mahkeme, Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ihlal edildiğinin ispat edilemediği neticesine ulaşmıştır.⁷⁷⁰ Mahkeme'nin benzer yaklaşımı Vo kararında da sürdürdüğü görülmektedir. Ancak Mahkeme'nin Calvelli ve Ciglio davasındaki bu yaklaşımı, ciddi nitelikteki tıbbi ihmale dayalı olarak gerçekleşen ve yerel hukuk bağlamında hem cezai sorumluluğun hem de haksız fiil sorumluluğunun bir arada bulunduğu ölüm olaylarında eleştiriye konu olmaktadır. Sözleşme'nin 2'nci maddesi bağlamında pozitif yükümlülüğün temel amacı, somut gerçeğin ortaya çıkmasını sağlamak ve hayatın son bulmasında sorumluluğu tespit edilen kişi ya da kişilerin hesap vermelerini mümkün hale getirmektir. İç hukuk alanında hukuk mahkemeleri

⁷⁶⁷HARRIS/ O'BOYLE/BATES/BUCKLEY, s.43.

⁷⁶⁸ DOĞRU/NALBANT, s.100.

⁷⁶⁹ DOĞRU/NALBANT, s.100.

⁷⁷⁰ DOĞRU/NALBANT, s.100-101.

nezdinde görülecek davalar ölüm olayına neden olan şartları açığa kavuşturacak nitelikte olsa da, söz konusu davalar sorumlu kişilerin yaptırımı tabi kılınmasını belirli bir aşamaya kadar sağlayabilmektedir. Hukuk davalarına nazaran ceza davaları söz konusu gayeye ulaşmak adına çok daha etkili bir iç hukuk yolu olarak görülmektedir.⁷⁷¹

Mahkeme'nin 09/04/2013 tarihli Mehmet Şentürk ve Bekir Şentürk/Türkiye kararına⁷⁷² konu olan başvuruda, otuz dört haftalık hamile olan ilk başvuranın eşi ve ikinci başvuranın annesi, eşi ile beraber ağrı şikâyeti ile bir üniversite hastanesine müracaat etmiştir. Hastanın acil servis bölümü doktorunca kontrol edilmesinin akabinde kadın hastalıkları ve doğum anabilim dalı doktorlarından teşekkül eden bir heyet ultrason sonucunu dikkate alarak, hamile olan bu kişinin taşıdığı bebeğin ölü olduğu tespitinde bulunmuş ve hastaya hemen müdahalede bulunulması gerektiği sonucuna varmıştır. Başvurucuların iddiasına göre, kendilerinden hastaneye yatış ve ameliyat işlemi karşılığında takriben 1,000 Avro ödenmesi istenmiştir. İlk başvuran gereken tutarda ödeme gerçekleştirmediği için eşinin hastaneye yatırılmadığını, acil servis doktoru tarafından hastanın içinde sağlık personeli mevcut bulunmayan bir araçla başka bir hastaneye sevk edildiği esnada hayatını kaybettiğini öne sürmektedir.⁷⁷³

Hastanın ölümü nedeniyle doktorların sorumluluğunu tespit eden ve Sağlık Bakanlığı'na bağlı bir soruşturma komisyonu tarafından açılan soruşturmada, hastanın tedavisine başlanmadan başka bir hastaneye sevk edilmesine ilişkin karar ve öncesinde istenen tedavi ücreti eleştirisi konusu olmuştur. Nöbetçi doktor hakkında işlediği iddia edilen suçun dava zaman aşımına uğramış olması nedeniyle ceza yargılaması gerçekleştirilememiş olmakla birlikte diğer doktorlar hakkında hükmedilen mahkûmiyet kararı da ceza zaman aşımı sebebiyle infaz edilememiştir. Taraf devletin Sözleşme'nin 2'nci maddesinden doğan pozitif yükümlülükleri gereğince Mahkeme kararında, özel ve devlet hastanelerinin, hasta kişilerin yaşama haklarını koruma altına almaya ilişkin makul önlemler almalarını zorunlu hale

⁷⁷¹ HARRIS/ O'BOYLE/BATES/BUCKLEY, s.43.

⁷⁷² Mehmet Şentürk ve Bekir Şentürk/Türkiye davası, Başvuru No:13423/09, Karar Tarihi: 09/04/2013. <http://www.echr.coe.int /ECHR /EN/ Header/Case- Law / HUDOC/HUDOC+database/>

⁷⁷³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadına İlişkin Bilgi Notu, Sayı: 162, Nisan 2013, s.8.

getirecek yasal düzenlemelerin devlet tarafından öngörülmesi gerektiğinin altını çizmiştir.⁷⁷⁴

Somut vakada, şikâyeteye konu olayların yaşandığı tarihte, sağlık hizmetlerine erişime yönelik taraf devlete ait kamu sağlığı politikası hakkında hüküm tesis etmek Mahkeme'nin yetkisi dâhilinde olmasa da, yerel makamların bulgularını nazara alan Mahkeme, bahse konu hastanede tedavi altına alınmak için ön ödeme şartının var olduğunu tespit etmiş ve söz konusu maddi gerekliliğin hasta bakımından caydırıcı nitelikte olduğuna ve bu hastanedeki tedaviyi kabul etmemesine yol açtığına kanaat getirmiştir. Hastanın üniversite hastanesinde tedavi görmekten vazgeçmesinin bu bilgilendirmeye dayalı olarak gerçekleştiğinin ve bu durumun hastanın görmesi gereken tedaviye yönelik olarak yerel makamların sorumluluğunu ortadan kaldırdığının kabul edilemeyeceğini belirten Mahkeme, hastaneye geldiği anda sağlık durumu ağır olan ve acilen ameliyata alınması gereken hastaya müdahalede bulunmadığı takdirde olumsuz neticelerin meydana geleceği konusunda bir ihtilaf bulunmadığına da dikkat çekmektedir. Somut olayda hastayı bir diğer hastaneye sevk etmenin, hastanın yaşamını tehlike altına alacağını bilincinde olan sağlık çalışanı hakkında kovuşturma yapılmasına ilgili heyet tarafından izin verilmemiştir. Başvuruya konu olayda ölen kişinin uygun ve acil tedaviye erişim hakkı, hastane yetkilileri tarafından gerçekleştirilen bariz hatalar neticesinde önlenmiştir. Mahkeme'nin bu yöndeki tespiti, taraf devletin hastanın bedensel bütünlüğünü koruma altına alma konusundaki yükümlülüğünü ifa etmediği kanaatine ulaşması bakımından kâfi olmuştur.⁷⁷⁵

Hem kamu sektöründe hem de özel sektörde, taraf devletin pozitif yükümlülükleri arasında, tıbbi bakıma tabi hastaların ölüm nedenlerini belirlemek ve ilgili kişilerin sorumlu kılınması için etkili ve bağımsız bir yargı mekanizması meydana getirmek de yer almaktadır. Ancak Mahkeme, somut vakada hayatını kaybeden kişinin ölümünden sorumlu olabilecek kişilerin eylemlerinin zaman aşımı gerekçesiyle yaptırımsız kalmasını, iç hukukta gerçekleştirilen yargılamanın uzun sürmüş olmasını, nöbetçi doktorun olay nedeniyle yargılanabilmesi için başlangıçtan

⁷⁷⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadına İlişkin Bilgi Notu, Sayı: 162, Nisan 2013, s.8.

⁷⁷⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadına İlişkin Bilgi Notu, Sayı: 162, Nisan 2013, s.8.

itibaren gereken hukuki sürecin işletilmemesinde açık bir ihmalin var olduğunu, bu nedenle devletin olay hakkında etkili bir soruşturma gerçekleştirmediğini tespit etmiş ve Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Her ne kadar başvuru, ceninin ölüm zamanının belirlenebilmesi amacıyla bir soruşturma yürütülmemiş olduğunu öne sürmüş iseler de Mahkeme, yaşamın başlangıç anı konusunda Avrupa'da bir uzlaşma yokluğu nedeniyle, böyle bir tespitte bulunup bulunmamanın taraf devletin takdir marjı içerisinde bulunduğunu yineleyerek, vaki şikâyetin incelenmesine gerek bulunmadığına karar vermiş ve böylece daha önceki içtihadına da⁷⁷⁶ sadık kalmıştır.⁷⁷⁷

E. Çevre Felaketleri Ve Tehlikeli Faaliyetler Kapsamında Meydana Gelen Ölüm Olayları

Tehlike teşkil eden faaliyetlerin düzenlenmesinin ve yürütülmesinin kontrol altına alınması devletin Sözleşme'den doğan pozitif yükümlülükleri arasında yer almaktadır. Mahkeme, Sözleşme'nin 2'nci maddesinden doğan pozitif yükümlülüklerin gereği olarak, kişinin yaşamının sona ermesi durumunda, devletin elinde bulundurduğu yetkiler kapsamında sorumluluğuna yol açabilecek eylemin gerçekleştirilmesinin önlenmesi konusunda başka bir ifadeyle yaşama hakkının korunma altına alınması hususunda yasal ve idari nitelikteki önlemleri alıp almadığını, yaşama hakkına yönelik ihlalleri önlemeye çalışıp çalışmadığını, hakkın ihlaline yol açan suçları işleyen kişileri yaptırıma tabi tutup tutmadığını makul bir biçimde açıklamasını beklemektedir. Mahkeme, yaşama hakkının kasten ihlaline yol açılmayan hallerde iç hukukta etkili bir hukuki sürecin işletilmiş olduğunu kabul etmek için yani devletin pozitif yükümlülüğünün gereklerini yerine getirdiğini düşünmek için muhakkak ceza hukuku bağlamında bir soruşturmanın yürütülmüş olması gerektiğini, özel hukuk, idare hukuku veya disiplin hukuku alanındaki hak

⁷⁷⁶ Vo/Fransa davası, Başvuru No:53924/00, Karar Tarihi: 08/07/2004. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

⁷⁷⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadına İlişkin Bilgi Notu, Sayı: 162, Nisan 2013, s.8.

arama yollarından kişilerin yararlanmasına olanak tanınmasının da devletin bu konudaki sorumluluğunu ifa etmesine yeterli olacağını dile getirmektedir.⁷⁷⁸

Devlet, tehlikeli faaliyetlerde ortaya çıkan aksaklıkların tespit edilerek giderilmesini sağlayacak etkin bir düzenleme, izleme ve kontrol mekanizması oluşturmalıdır. Yürütülen tehlikeli faaliyet nedeniyle yaşama hakları tehlikeye girebilecek kişilere, söz konusu tehlikenin boyutunu ele alarak koruyucu tedbirler geliştirmeleri bakımından gereken ölçüde bilgilendirme yapılmalıdır. Söz konusu tehlikeli faaliyetin özel teşebbüs tarafından gerçekleştirilmesi halinde de yetkililer aynı yükümlülüğün gereğini yerine getirmek durumundadırlar.⁷⁷⁹

Mahkeme, devletin Sözleşme'den doğan pozitif yükümlülüklerini güncel kararlarıyla giderek genişletme eğilimi içerisinde. Sözleşme'nin koruma altına aldığı bazı hak ve özgürlükler, devlete pozitif yükümlülükler getirmektedir. Mahkeme, Sözleşme'nin 2'nci maddesinin devlete sadece kasten işlenen adam öldürme eylemlerinden sakınma yükümünü değil, bunun yanında egemenliği altındaki hayatları koruma altına almak için makul tedbirleri alma sorumluluğunu da verdiğini ifade etmektedir. Devletin Sözleşme'den doğan pozitif yükümlülüğü doğrultusunda Mahkeme'nin gelişen içtihadını yansıttığı kararlarından birisi de Öneriyıldız kararıdır.⁷⁸⁰ Mahkeme'nin Büyük Dairesi'nin 30/11/2004 tarihli Öneriyıldız kararı konuya yönelik en önemli içtihattır. İfade edildiği gibi, devletin yaşama hakkı kapsamındaki sorumluluklarını genişleten Mahkeme, bu kararı ile Sözleşme ve çevresel sorunlar arasındaki ilişkiyi temellendirerek yaşama hakkının ihlaline neden olabilecek çevre sorunları karşısında devletin pozitif yükümlülüklerinin sınırlarını belirlemektedir.⁷⁸¹

Başvuruya konu olan olayda, Ümraniye'de bir gecekondu mahallesinin yanında bulunan belediyeye ait çöplükte gerçekleşen patlama neticesinde on dokuz kişi hayatını kaybetmiştir.⁷⁸² Mahkeme Öneriyıldız davasında, meydana gelen ölüm

⁷⁷⁸ ERDOĞAN/KARAN, s.57.

⁷⁷⁹ TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR/ÖNOK, s.117.

⁷⁸⁰ Öneriyıldız/Türkiye davası, Başvuru No:48939/99, Karar Tarihi: 30/11/2004. <http://www.echr.coe.int /ECHR /EN/ Header/Case- Law / HUDOC/HUDOC+database/>

⁷⁸¹ ÖZDEK, s.156.

⁷⁸² TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR/ÖNOK, s.117.

olaylarında devletin yaşama hakkı bağlamındaki sorumluluğunu değerlendirirken, atık ve gecekonduların iyileştirilmesine yönelik olan güvenlik faaliyetlerini kapsamına alan ve işlerliği bulunan hukuki düzenlemelerin var olduğunu belirtmektedir.⁷⁸³ 07/05/1991 tarihli bilirkişi raporu⁷⁸⁴ nu göz önünde bulunduran Daire, yetkili mercilerin söz konusu raporda üzerinde önemle durulan büyük boyuttaki işletme tehlikelerini bertaraf etmek için hiçbir tedbir almadıklarını, tehlikenin merkezi olan çöplüğün yakınında hayatını idame ettiren başvuruları söz konusu mahalleden ayrılarak başka yere taşınmasına ikna etmek için hiçbir teşebbüste bulunmadıklarını kararında özellikle belirtmiştir.⁷⁸⁵ Bunun yanında Daire, yetkili resmi makamların, bir çöplüğün yakınında hayatını sürdüren mahalle sakinlerini içinde buldukları tehlikenin farkında olmaları hususunda yeterince bilgilendirmediklerini de tespit etmiştir. Mahkeme önüne gelen başvuru üzerinde yaptığı incelemeler sonucunda, yetkili makamların Ümraniye'nin bazı gecekondular mahallelerinde ikamet eden kişilerin yaşama haklarına ilişkin gerçek ve yakın tehlikenin meydana gelmesini engellemek için bütün olanakları seferber etmediklerini, bu konuda gereken çabayı göstermediklerini ifade etmiştir.⁷⁸⁶ Hal böyle olunca Mahkeme, atık alanının kontrol ve idaresinden sorumlu kişilerin metan oluşumunu fark etmemelerini veya söz konusu tehlikeye yönelik ve faaliyetle alakalı yasal düzenlemelerin gereği olan tedbirlerin bilincinde olmamalarını, açıklanamayacak bir kusur olarak görmektedir.⁷⁸⁷

Mahkeme, tehlikenin kaynağı olan atık alanının kurulması ve işletilmesine müsaade etme hususunda karar vermeye yetkili olan kişilerin, bahsi geçen olayda o bölgede yaşayan halkın yaşama haklarına yönelik gerçek ya da yakın tehlikenin varlığını bildikleri ya da bilmelerinin gerektiği andan itibaren, kişilerin yaşama

⁷⁸³ERDOĞAN/KARAN, s.58.

⁷⁸⁴07/05/1991 tarihli bilirkişi raporunu göz önünde bulunduran Mahkeme, söz konusu raporda metan oluşumuna bağlı patlama tehlikesinin belirtilmiş olduğuna da dikkat çekmektedir. Mahkeme somut olaydaki tehlikenin gerçekliği ve yakınlığı konusundaki tartışmanın gereksiz olduğunu, atıkların ayrışması neticesinde meydana gelecek metan patlamasını önleme imkânının bulunmadığının bilirkişi raporundan da anlaşıldığını ifade etmektedir. Mahkeme'ye göre, somut tehlike bilirkişi raporunun yetkililere tevdi edilmesinden önce olayın meydana geldiği alanda varlığını sürdürmekle birlikte, olay tarihine kadar boyutunu biraz daha artırmıştır.

⁷⁸⁵TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR/ÖNOK, s.117.

⁷⁸⁶TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR/ÖNOK, s.117.

⁷⁸⁷ERDOĞAN/KARAN, s.59.

hakkının korunma altına alınması konusunda gereken önlemleri almalarının Sözleşme'nin 2'nci maddesinden doğan pozitif yükümlülüğün bir gereği olduğunu düşünmektedir.⁷⁸⁸ Sözleşme bağlamında ve bilgi edinme hakkı doğrultusunda o bölgede yaşayan kişilerin önleyici tedbirler konusunda ayrıca bilinçlendirilmeleri gerekmektedir. Sözleşme'den doğan yükümlülük, tehlikeli faaliyetlerin gerektirdiği özel durum ve koşullara uygun yasal nitelikte düzenlemeleri de oluşturma sorumluluğunu vermektedir. Söz konusu yasal düzenlemeler bilhassa insan yaşamına yönelik ihtimal dâhilindeki tehlikelere karşı faaliyetin lisansı, kuruluşu, işletilmesi, güvenliği ve kontrolü konularını ön planda tutmalıdır. Öngörülecek yasal düzenlemelerin aynı zamanda yaşama hakları tehlike altında olan kişileri etkili şekilde koruyacak önlemlerin alınmasını da mecbur kılacak şekilde hazırlanması sağlanmalıdır.⁷⁸⁹

Büyük Daire, taraf devletin Sözleşme'nin 2'nci maddesi bağlamında sorumluluğunun doğduğu neticesine ulaşırken bir takım değerlendirmelerde bulunmuştur. Gecekondu bölgelerinin iyileştirilmesi ve temizlenmesi, kentsel atık depolarının işletimi hakkında üye devlette geçerliliğini koruyan hukuki düzenlemelerin varlığını⁷⁹⁰ ve çöplüğün işletiminde var olan teknik aksaklıkların Ümraniye'deki bazı gecekondu mahallelerinde yaşayan insanların yaşama hakkını tehlike altına aldığı yönünde tespitler içeren bir bilirkişi raporunun ilgili idari makama tevdi edildiğini incelemelerinde göz önünde bulunduran Büyük Daire, patlama tehlikesinin söz konusu raporda belirtilen zamandan daha önce ortaya çıktığı, çöplüğün işletilmesinin aynı koşullarda sürdürülmesinin aradan geçen zaman zarfında mevcut tehlikenin daha büyük boyutlara ulaşmasına neden olduğu dikkate alındığında, tehlikenin gerçek veya yakın olduğunun kabul edilmesinin yanlış olmayacağı kanaatine ulaşmıştır.⁷⁹¹ Bilhassa konuya yönelik özel hukuki düzenlemelerin var olduğunu dikkate alan Büyük Daire, çöplüğün kontrolü ve idaresinden sorumlu belediye yetkililerinin, patlamanın gerçekleşme ihtimalinin bulunmasından veya alınması gereken tedbirlerin varlığından bilgi sahibi

⁷⁸⁸ERDOĞAN/KARAN, s.57.

⁷⁸⁹ERDOĞAN/KARAN, s.57.

⁷⁹⁰TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR/ÖNOK, s.117.

⁷⁹¹TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR/ÖNOK, s.118.

olmadıklarının kabul edilemeyeceği sonucuna ulaşan Daire'nin bu kanaatini aynı şekilde paylaşmaktadır. Mahkeme, bilirkişi raporunun kendilerine sunulduğu 27/05/1991 tarihinden itibaren diğer yetkili makamların da söz konusu tehlikenin varlığından haberdar olduklarını düşünmektedir.⁷⁹² Diğer bir ifadeyle söz konusu raporun içeriğine vakıf olan birçok yetkili merciin, belediye çöplüğünün yakınında bulunan gecekondu mahallesi sakinleri açısından gerçek ve açık bir tehlikenin varlığını bildikleri veya bilmeleri gerektiği, kabul edilebilir bir sonuç olacaktır. Ev atıklarının bırakıldığı alana yakın bölgede hayatını sürdüren kişiler bakımından gerçek ve yakın tehlikenin bulunduğunu bilen veya bilmesi gereken yetkililerin, Sözleşme'nin 2'nci maddesinden doğan ve kişilerin yaşama hakkının koruma altına alınması için gerekli olan önlemleri alma konusunda sorumlulukları bulunmaktadır. Fakat İstanbul Büyük Şehir Belediyesi söz konusu tehlike karşısında sadece acil önlemleri alamamakla kalmamış, aynı zamanda Başbakanlık Çevre Dairesi'nin çöplüğün makul standartlara kavuşturulması amacıyla yönelttiği tavsiyesine de karşı çıkmıştır. Üstelik Büyük Şehir Belediyesi Ümraniye Belediyesi'nce 1992 yılının Ağustos ayında atık toplama alanının geçici olarak kapatılmasına yönelik yargısal karar talebini de uygun görmemiştir.⁷⁹³ Mahkeme, 1988 yılından olay tarihine kadar başvuru ve yakınlarının evlerinde, sosyal ve aile çevrelerinde herhangi bir sorunla karşılaşmadan yaşadıklarını gözlemlemekle birlikte, yetkililerin başvuru ile aynı bölgede ikamet eden vatandaşlardan vergi almak suretiyle kamu hizmeti ifa ettiklerini de tespit etmiştir.⁷⁹⁴

Yetkili makamlar, başvuru ve yakın akrabalarının, olayın meydana geldiği gecekondu mahallesinde hayatlarını sürdürmelerine izin vermiştir. Dava kapsamında Hükümet'in aksini ispat edemediği ve başvuru tarafından ibraz edilen kanıtları göz önünde bulunduran Mahkeme, belediye yetkililerinin gece kondu mahallelerinde ikamet eden halktan, emlak vergisi tahsil ettiği, kamu hizmetlerinden ücret karşılığı faydalanmalarına müsaade ettiği iddialarının kuşkuya mahal bırakmayan bir doğruluğunun bulunduğu kanaat getirmiştir. Ayrıca Mahkeme, çevre kirliliğinin

⁷⁹²TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR/ÖNOK, s.118.

⁷⁹³ERDOĞAN/KARAN, s.59.

⁷⁹⁴ERDOĞAN/KARAN, s.59.

bölgede yaşayan insan hayatı üzerindeki etkilerini Sözleşme'nin 2'nci maddesi kapsamında değil 8'inci maddesi altında değerlendirmiştir.⁷⁹⁵

Mahkeme Sözleşme'nin 8'inci maddesi kapsamında kişilere bahşedilmiş olan hakkın Avrupa standartları doğrultusunda yaşama hakkının korunmasında da esas alınabileceğini ifade etmektedir.⁷⁹⁶

Mahkeme olayın meydana geldiği İstanbul ilçesinde var olan sosyal ve ekonomik kaynaklı şehir planlaması sorununun çözümlenebilmesi için alınması gereken politik kararlar hususunda yetkili makamlar adına düşüncesini ifade etmekten imtina etmiştir. Fakat Mahkeme, somut olayın yaşam kaybına yol açmasından önce, yetkililere aşırı bir yük getirmeyecek ve yerel hukuki düzenlemelerin imkân tanıyacağı atık alanında toplanan gazın tahliyesine yönelik bir mekanizmanın oluşturulmak suretiyle etkili bir önlem alınmasının olanak dâhilinde olduğunu açıkça ifade etmekten geri kalmamıştır.⁷⁹⁷ Aynı zamanda Mahkeme, karşılaşılabilecek tehlikeler hakkında gecekonduların sakinlerinin yetkililer tarafından bilgilendirilmelerine yönelik hiçbir önlem alınmamış olduğunu da altını çizmiştir.⁷⁹⁸

Bilhassa ilgili mercilerin söz konusu tehlikeyi doğuran çöplüğü açarak kullanımına müsaade eden idari nitelikte işlem tesis ettikleri dikkate alındığında, Sözleşme'nin 2'nci maddesi bağlamında bahsi geçen ilgili mercilerin bölgede hayatını idame ettiren kişileri koruyucu gerekli işletim tedbirlerini almaları hususunda sorumlu olduklarını kabul etmek gerekecektir. Somut olayda mevcut tehlikeyi bertaraf etmeye yönelik herhangi bir tedbir alınmamıştır. Bunun yanında Mahkeme gecekonduların mahallesinde hayatını sürdüren insanların, içinde buldukları tehlikenin bilincine vararak seçim yapmalarına imkân verecek bir bilgilendirmeden yararlandıklarına ilişkin herhangi bir delilin ibraz edilemediğini de belirtmektedir.⁷⁹⁹ Netice itibariyle çöplüğün yakınında bulunan gecekondular

⁷⁹⁵CENGİZ, Yaşam Hakkı, s. 394.

⁷⁹⁶ERDOĞAN/KARAN, s.57.

⁷⁹⁷ERDOĞAN/KARAN, s.59.

⁷⁹⁸ERDOĞAN/KARAN, s.60.

⁷⁹⁹ Bkz. ÖZDEK, s.156.Mahkeme Öneriyıldız kararına konu olan olayda Sözleşme'nin 2'nci maddesinin uygulanabilir olduğunu tespit ettikten sonra, devletin Sözleşme'nin ilgili maddesi gereğince ortaya çıkan sorumluluğunu, yetkililerin patlamaya engel olmak için aldıkları tedbirler ve

mahallesinde oturan insanların yaşama hakları için tehlike oluşturan etkenleri ortadan kaldırmaya ilişkin yeterli tedbirler alınmadığı göz önünde bulundurulduğunda, bilgi edinme hakkının gereği olarak kişilerin konu hakkında bilinçlendirilmiş olması da devletin Sözleşme'den doğan yükümlülüklerini yerine getirdiğinin kabul edilmesine imkân vermeyecektir.⁸⁰⁰

Somut olayda yetkililer, bilgi edinme hakkına saygı gereği ihtimal dâhilinde olan tehlikenin varlığı konusunda bölgede yaşayan kişilere uyarıda bulunmuş olsalar bile, gecekondulu mahallesinde ikamet eden kişilerin yaşama haklarına yönelik tehlikenin önlenmesi gayesiyle gereken tedbirlere başvurmamış olmaları meydana gelen sonuçtan sorumlu tutulmaları için yeterli görülmiştir. Mahkeme, iç hukukta olay tarihi itibarıyla geçerliliğini koruyan hukuki düzenlemeyi atık toplama alanının işletimine müsaade etmesi ve makul bir kontrol sistemi öngörmemesi nedeniyle yeterli nitelikte bulmamıştır. Mahkeme bunun yanında kazaya neden olan faktörler arasında genel şehir planlaması konusunda izlenen etkisiz politikaların da yer aldığını ifade etmiştir. Netice itibarıyla Mahkeme, görülen dava sonucunda Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ihlal edildiğine kanaat getirerek⁸⁰¹ çöplükte biriken metan gazı neticesinde yaşanan ölüm olayından dolayı Türkiye'nin mahkûmiyetine karar vermiştir. Ev atıklarının biriktiği alanda metan gazı patlaması neticesinde bölgede bulunan on bir gecekondunun yıkıldığı somut vakada, yıkılan gecekondulardan birinde ikamet eden başvuranın on iki kişilik ailesinden dokuzunun hayatını kaybettiği faciayı ele alan Mahkeme, ihlal kararının gerekçesinde Ümraniye çöplüğüne atık birikimi yapan dört belediye tarafından söz konusu alanda hiçbir tedbir alınmadığını, buna rağmen başvuranın bölgede ikamet etmesine müsaade

kamunun bilgilendirilme hakkı bağlamında ele almıştır. Patlamadan önce düzenlenen bilirkişi raporuna dikkat çeken Mahkeme, söz konusu raporda atık birikintisinde meydana gelebilecek bir patlama ihtimaline değinildiğini ve atık deposunun teknik standartlara cevap vermediğinin tespit edildiğini belirterek, olayın belediye görevlilerinin bilgisi dâhilinde meydana geldiğini kabul etmektedir. Bunun yanında Mahkeme, yetkililerin metan gazı patlamasının neden olacağı tehlikeler hususunda bölgede yaşayan sakinleri bilgilendirmediklerini de tespit etmiştir. Patlamanın meydana geldiği bölgede ikamet eden insanların yaşamlarına yönelik gerçek ve yakın bir tehlikenin yetkili makamlar tarafından bilindiğine veya bilinmesi gerektiğine kanaat getiren Mahkeme, yetkililerin söz konusu tehlikeyi uzaklaştırmak için herhangi bir tedbir almamış olmaları nedeniyle Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ihlaline hükmetmiştir.

⁸⁰⁰TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR/ÖNOK, s.118.

⁸⁰¹ERDOĞAN/KARAN, s.60.

edildiğini belirterek Sözleşme'nin 2'nci maddesi bağlamında taraf devletin sorumluluğuna hükmetmiştir.⁸⁰²

Mahkeme, dava konusu olayı Sözleşme'nin 2'nci maddesinden kaynaklanan usule ilişkin yükümlülük bakımından da ele almış ve taraf devletin söz konusu yükümlülüğe uymadığını tespit etmiştir. İdari ve cezai yönden soruşturmaya tabi kılınan yetkililer hakkında yerel mahkeme tarafından kusur izafe edilerek hüküm tesis edilmiş olsa da, Mahkeme iç hukuktaki başvuru yollarının yeterli ve etkili olmadığına kanaat getirmiştir. Bunun yanında Mahkeme, yetkililer hakkında sadece görevi ihmal suçu nedeniyle yargılama yapıp, taksirle ölüme neden olma suçundan sorumluluklarına gidilmemiş olmasını, yaşama hakkı ihlali iddialarının öne sürüldüğü olayda göz önünde bulundurulması gereken usulü yükümlülüklerle bağdaştıramamıştır.⁸⁰³

Hâlbuki ölüm ile neticelenen fiillerde devletin ceza hukuku yaptırımlarını kati surette uygulama yükümlülüğü bulunmaktadır. Yerel mahkeme tarafından yargılanması yapılan belediye yetkilileri 3 ay hapis cezası ile cezalandırılmış, söz konusu hapis cezası para cezasına çevrilmiş, neticeten hükmedilen para cezasının da ertelenmesine karar verilmiştir. Mahkeme iç hukukta yer alan ceza hukuku tedbirlerini etkili görmediğini ifade etmektedir. İstanbul İdare Mahkemesi tarafından belediye yetkilileri hakkında hükmedilen manevi tazminat miktarı da, yargılama sürecinin uzunluğu nedeniyle makul bir sürede ödenmemiştir. Özetle Mahkeme, iç hukukta usule yönelik olarak alınan tedbirlerin, Sözleşme'nin 2'nci maddesinden doğan yükümlülükler karşısında yetersiz kaldığı kanaatine ulaşmıştır.⁸⁰⁴

Büyük Daire, bahsi geçen davada Sözleşme'nin 2'nci maddesi bağlamında devletin birçok sebepten dolayı sorumluluğunun doğduğu sonucuna ulaşmıştır. Ümraniye belediye çöplük alanının teknik standartlara müsait hale getirilmeden işletildiği, yetkililerin bilgileri dâhilinde olan tehlikenin insan yaşamını tehdit edecek boyutlara ulaşmasını önlemek gayesiyle değişik idari merciler arasında eşgüdüm ve çalışma ortaklığı tesis etmeye ilişkin gereken tedbirlerin alınmadığı ve insanların

⁸⁰² ÇİFTÇİOĞLU, s.151.

⁸⁰³ ÖZDEK, s.156.

⁸⁰⁴ ÖZDEK, s.157.

korunma altına alınması için sorumlu kişileri yönlendirecek bir kontrol mekanizmasının sağlanmadığı dikkate alındığında, konu itibariyle ortaya çıkan sorunu çözmeye yetecek hukuki düzenlemelerin bulunmadığı anlaşılmaktadır.⁸⁰⁵

Söz konusu olayın meydana geldiği bölgedeki durum, şehir planlama problemlerini gidermede yeterli olmayan ve hukuki tedbirlerin tatbik edilmesinde tereddüt uyandıran genel politikalar sebebiyle daha da tehlikeli bir hal almıştır. Devlet görevlileri, bölgede yaşayan insanları karşılaştıkları yakın ve gerçek tehlikeden korumak için yeterli tedbirleri almamaları nedeniyle Sözleşme'nin 2'nci maddesinin esasen ihlal edilmesine sebep olmuşlardır.⁸⁰⁶

Görüldüğü üzere, Öneriyıldız kararı, Mahkeme'nin yaşama hakkının devlete pozitif yükümlülükler izafe ettiği yönündeki içtihadını esas alarak kanaat oluşturduğu kararlarından birisidir. Söz konusu davada Mahkeme, Ümraniye çöplüğünde yaşanan patlamanın neden olduğu ölümleri, Sözleşme'nin 2'nci maddesi bağlamında ele almıştır. Patlama neticesinde ailesinden dokuz kişiyi kaybeden başvurucunun olayda ileri sürdüğü hak ihlali iddialarını değerlendiren Mahkeme, başvurucunun yakınlarının ölümünden taraf devleti sorumlu görerek Sözleşme'nin 2'nci maddesinin esastan ihlal edildiğine karar vermiş, aynı zamanda yerel makamlar tarafından alınan hukuksal nitelikli tedbirlerin yeterli ve etkili olmadığı gerekçesiyle Sözleşme'nin 2'nci maddesinin aradığı usuli yükümlülükler uyulmadığı sonucuna varmıştır.⁸⁰⁷

Bilhassa çevre felaketleri neticesinde ortaya çıkan ölüm olaylarında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, devletin söz konusu ölüm neticesini önlemek gayesiyle gereken tedbirlere başvurup başvurmadığını dikkate almaktadır. Mahkeme konuya emsal teşkil eden Öneriyıldız kararında, tehlikeli faaliyetlerde devletin yaşama hakkı tehlike altında olan kişileri koruma altına almak için gereken bütün hukuki ve idari nitelikteki önlemleri alması gerektiğine vurgu yapmaktadır.⁸⁰⁸

⁸⁰⁵TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR/ÖNOK, s.119.

⁸⁰⁶TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR/ÖNOK, s.119.

⁸⁰⁷ÖZDEK, s.155.

⁸⁰⁸CENGİZ, Yaşam Hakkı, s. 393.

Sözleşme'nin 2'nci maddesi karşısında yaşama hakkını koruma altına almak için bütün makul tedbirlerin alınma gerekliliğini ifade eden pozitif yükümlülük, taraf devletler bakımından yaşama hakkına ilişkin tehditlere karşı etkili hukuki ve idari mekanizmaların uygulamaya geçirilmesi gerekliliğini ortaya çıkarmaktadır.⁸⁰⁹

Söz konusu pozitif yükümlülük, tehlikeli faaliyetler bakımından da tereddütsüz bir şekilde taraf devletleri sorumluluk altında bırakmaktadır. Bilhassa kişilerin yaşama hakkına yönelik olarak tehlikeli faaliyetin yarattığı risk derecesi, faaliyetle alakalı hukuki düzenlemelerde mutlaka belirtilmelidir. Mahkeme, söz konusu hukuki düzenlemelerin, faaliyetin ruhsatlandırılması, kurulması, faaliyet kapsamında iş güvenliğinin ve kontrolünün sağlanması, bu faaliyetlerin tabiatında var olan tehlikeden etkilenebilecek vatandaşların etkin şekilde koruma altına alınması amacını yerine getirmek üzere konu ile ilgili yetkililerin tedbir almasını mecburi kılacak özellik taşımaları gerektiği kanaatindedir.⁸¹⁰

Tehlikeli faaliyet alanlarında meydana gelen olaylarda Mahkeme, kuvvet kullanımı sonucu meydana gelen yaşama hakkı ihlallerine yönelik davalarda benimsediği ilkelerden konu ile alakalı başvuruların niteliğine uygun olanını göz önünde bulundurmaktadır. Daha önce de ifade edildiği gibi, yetkili makamların yaşama hakkı ihlalinin bildikleri veya öngörmeleri gerektiği hallerde Sözleşme'nin 2'nci maddesinden doğan pozitif yükümlülük, etkili bir soruşturma yürütülmesini de gerektirmektedir. Tehlikeli faaliyetin icrası esnasında yetkili makamların ihmal derecesindeki kusurlarını aşan hallerde, yani yetkili mercilerin meydana gelen ve yaşama hakkı ihlaline yol açan tehlikenin varlığını öngörmüş olmalarına rağmen yetkileri dâhilinde alabilecekleri tedbirlere başvurmamaları durumunda, Mahkeme Avrupa standartlarındaki gelişmelerle uyumlu şekilde yaşam kaybına yol açan tehlikeli sonucun sorumluları hakkında etkili bir soruşturma yürütülmemesini, Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ihlali olarak değerlendirmiştir.⁸¹¹

Mahkeme Sözleşme'nin 2'nci maddesi kapsamında gerekli görülen etkin bir soruşturmanın, tehlikeli faaliyet neticesinde meydana gelen can kayıplarında

⁸⁰⁹CENGİZ, Yaşam Hakkı, s. 394.

⁸¹⁰CENGİZ, Yaşam Hakkı, s. 394.

⁸¹¹ERDOĞAN/KARAN, s.58.

sorumluları ceza yaptırımına tabi kılacak yeterlilikte, bağımsız ve tarafsız şekilde yürütülmesi gerekliliğini ifade etmektedir. Somut vakanın koşullarını nazara almak durumunda olan yetkili mercilerin itinalı ve hızlı bir biçimde harekete geçerek etkili bir soruşturma yürütmeleri, bu bağlamda olayın meydana gelme anındaki koşulları tespit etmeleri, olayın sorumluları arasında resmi sığata haiz olan kişileri belirlemeleri gerekmektedir. Sözleşme'nin 2'nci maddesinden doğan pozitif yükümlülük resmi bir soruşturmanın yanında yerel mahkeme nezdinde gerçekleştirilecek kovuşturma sürecini de kapsayacak şekilde yaşama hakkının kanunen korunma altına alınmasını sağlayacak prosedürel sürecin bütününe içine almaktadır. Sözleşme'nin 2'nci maddesinden kaynaklanan usule ilişkin yükümlülük, soruşturma veya kovuşturma süreci içerisinde olan kişilerin haklarında isnat edilen suçtan dolayı mutlaka mahkûm edilmelerini veya mağdur tarafından başvuru olan tüm iç hukuk yollarında belli bir yaptırımı tabi kılınmalarını zorunlu hale getirecek kati bir yükümlülük doğurmamaktadır.⁸¹² Öte yandan yerel mahkemelerin yaşama hakkının ihlaline neden olan eylemleri yaptırımsız bırakması da düşünölemeyecektir. Aksi takdirde kamu güveninin sağlanması, hukukun üstünlüğü ilkesinin korunmasının ve hukuka aykırı eylemlerle mücadele edilmesi amacını taşıyan hukuki ve idari nitelikli tedbirlere başvurulmasının bir önemi kalmayacaktır. Mahkeme, bu bağlamda önüne gelen ve yaşama hakkının ihlaline neden olan somut vaka hakkında yerel mahkemenin karar verirken Sözleşme'nin 2'nci maddesinden kaynaklanan yükümlülükleri ne derecede dikkate aldığı, bu hususta gerekli özeni gösterip göstermediğini dikkatle incelemektedir.⁸¹³

Bunun yanında taraf devletin, Sözleşme'nin 2'nci maddesinden kaynaklanan pozitif yükümlülüğü çerçevesinde tehlike teşkil eden faaliyetleri düzenleyerek, yürütömlerini kontrol altına alması gerekmektedir. Devlet, söz konusu tehlikeli faaliyetlerin izlenmesi ve kontrolü amacıyla oluşturacağı mekanizmanın işlerlik kazanması için bu yönde hukuki ve etkili bir düzenleme öngörerek, faaliyet kapsamında risk ihtiva eden unsurların önceden tespitini sağlamalıdır. Söz konusu faaliyetler nedeniyle yaşamları risk altına girebilecek kişilere, önceden koruyucu

⁸¹² ERDOĞAN/KARAN, s.58.

⁸¹³ ERDOĞAN/KARAN, s.58.

önlem almalarını sağlayacak ölçüde bilgi verilmelidir. Belirtilen yükümlülükler faaliyetin özel kişi veya kurumlar tarafından yürütülmesi halinde de geçerlidir.⁸¹⁴

Sonuç itibariyle Mahkeme'nin devletin yaşama hakkını koruma altına alma konusundaki pozitif yükümlülüklerine yönelik içtihadı, söz konusu kararla daha da belirgin hale gelmiştir. Mahkeme'nin yaşama hakkını geniş yorumlamasına fayda sağlayan söz konusu karar, devletin sadece öldürmeme yükümlülüğüne haiz olduğunu ifade eden negatif anlayışın yetersizliğini de ortaya koymaktadır. Mahkeme'ye benzer bir tavır içinde olan başka uluslararası insan hakları organları da yaşama hakkının koruma altına aldığı alanı genişletme çabası içerisindeyler.⁸¹⁵

Mahkeme'nin 15/12/2009 tarihli Kalender/Türkiye kararına konu olan olayda, başvuruçuların yakınları olan kişiler 04/05/1997 tarihinde Haydarpaşa garından bir TCDD trenine binerek akşam saatlerinde Pamukova istasyonuna ulaşmışlardır. Bu istasyonda buldukları vagonun inen kişiler bitişik tren rayı üzerinden geçmekte olan yük treninin çarpması neticesinde hayatlarını kaybetmişlerdir. Başvuruya konu olan somut vakada başvuruçular olayın meydana geldiği tren istasyonunda TCDD'nin güvenlik kurallarına riayet etmeyerek yakınlarının ölümüne sebebiyet verdiğini iddia etmektedirler. Bunun yanında yetkililerin yolcuların can güvenliğine ilişkin makul ve gerekli tedbirleri almayarak taraf devletin Sözleşme'den doğan pozitif yükümlülüğünün ihlaline yol açtıklarını öne süren başvuruçular, ayrıca soruşturma kapsamında düzenlenen bilirkişi raporunda kazanın meydana gelmesinde yakınlarına izafe edilen kusuru kabul etmemektedirler. Bununla birlikte başvuruçular TCDD'nin somut olayda güvenlikle alakalı büyük eksikliklerinin var olduğunun belirlenmesine karşın, bahsi geçen

⁸¹⁴ ÇİFTÇİOĞLU, s.151.

⁸¹⁵ Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin denetim organı olan İnsan Hakları Komitesi de, devletin yaşama hakkını korumak için pozitif ödevleri olduğuna değinmekte, çocuk ölümlerinin azaltılması, kötü beslenme ve salgın hastalıkların önüne geçilmesi gibi konuları anılan hakkın çerçevesi içinde ele almaktadır. KARAKAŞ, Mc Cann'dan Kaya Kararına, s. 202.

bilirkişi raporunda maktullerin % 60 sorumlu oldukları kanaatine ulaşılmasına itirazda bulunmaktadır.⁸¹⁶

Mahkeme, Sözleşme'nin 2'nci maddesinden doğan pozitif yükümlülük bağlamında bahse konu etkinliğin kendine has özelliklerine ve insan hayatı bakımından taşıdığı potansiyel tehlikeye uygun şekilde tanzim edilmiş yönetmelik veya diğer yasal düzenlemelerin varlığının özellikle tehlikeli faaliyetler bakımından oldukça önem taşıdığı görüşündedir. Mahkeme'nin konu hakkında ilgili yönetmeliğe uygun davranılıp davranılmadığı ve demiryolu taşımacılığı gibi tehlikeli bir faaliyet alanında yaşama hakkının tehlike altına alınmaması için makul ve gerekli önlemlerin alınıp alınmadığı sorunu etrafında incelemesini gerçekleştirdiği görülmektedir. Mahkeme, kaza ve Pamukova istasyonunun fiziki yapısı hakkında hazırlanan bilirkişi raporlarını ele aldığı anda, gar idaresinin asgari güvenlik ihtiyaçlarına yanıt verecek nitelikte bulunmadığını tespit etmiştir. Doğru bir gar idaresi açısından birbiri ile bağlantılı peronların varlığını arayan yasal düzenlemelere aykırı şekilde olayın meydana geldiği garda belirtilen özellikte bir peron bulunmadığını ve yerel makamların başvuru sahiplerinin yakınlarının yaşama hakkını koruma altına almak gayesiyle gereken tedbirlere başvurmadıklarını gözlemleyen Mahkeme, taraf devletin yolcuların hayatı bakımından koruyucu nitelikte düzenlemeler öngören yönetmeliğin uygulanmasındaki başarısızlığının Sözleşme'den doğan pozitif yükümlülükleri ile bağdaşmadığına kanaat getirmiş ve Sözleşme'nin 2'nci maddesinin esas bakımından ihlal edildiğine hükmetmiştir.⁸¹⁷

Taraf devlet görevlilerinin veya kurumlarının, demiryolu taşımacılığı gibi potansiyel tehlike oluşturan faaliyetlerde muhakeme hatalarını ya da dikkatsizliklerini aşan boyutta ihmallerinin var olması durumunda, diğer bir ifadeyle neticenin öngörülebilir olmasına karşın kendilerine izafe edilen yetkileri dikkate almayarak faaliyetin niteliği gereği ortaya çıkan riskleri önlemek için gerekli ve

⁸¹⁶ Kalender/Türkiye davası, Başvuru No: 4314/02, Karar Tarihi:15/12/2009, T.C. Adalet Bakanlığı, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü, İnsan Hakları Daire Başkanlığı'nın gayri resmi çevirisi, s.6.

⁸¹⁷ Kalender/Türkiye davası, Başvuru No: 4314/02, Karar Tarihi:15/12/2009, T.C. Adalet Bakanlığı, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü, İnsan Hakları Daire Başkanlığı'nın gayri resmi çevirisi, s.8.

makul tedbirleri almamaları halinde, mağdur olduğunu iddia eden kişilerin başvurdukları hukuk yollarının türüne bakılmaksızın, insan yaşamını risk altına alan kişilerin aleyhine hiçbir suç isnadında bulunulmamasını veya sorumluluğu olduğu düşünülen kişilerin yargılanmamasını Mahkeme Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ihlali niteliğinde görmektedir. Olay hakkında başlatılan soruşturmanın hızlı bir şekilde yürütüldüğüne değinen ve Cumhuriyet savcısının tren kondüktörü hakkında taksirle ölüme sebebiyet verme eylemi hakkında kamu davası açmış olduğunu ifade eden Mahkeme,⁸¹⁸ yapılan yargılama sonunda, kondüktör hakkında beraat kararı verilmesini, Adli Tıp Kurumu'nun güvenlik kurallarına riayet edilmediğini belirlediği raporuna rağmen, TCDD hakkında ayrı bir soruşturma başlatılmamasını Sözleşme'nin 2'nci maddesinin usul bakımından ihlal edildiğine hükmetmek için yeterli görmüştür.⁸¹⁹

F. Sınır Dışı Etme, Geri Gönderme, Geri Verme Sürecinde Meydana Gelen Yaşama Hakkı İhlalleri

Ülkeden sınır dışı edilme tehlikesiyle yüz yüze kalan yabancıların, iade edilecekleri ülkede Sözleşme bağlamında korunan haklarının ihlal edileceğini öne sürdükleri maddeler sadece AİHS'in 3, 8 ve 13'üncü maddeleri ile sınırlı değildir. Söz konusu maddelere yönelik olarak, Sözleşme organları yabancı kişilere dolaylı olarak koruma tesis ettikleri yerleşik bir içtihat oluşturmuşlardır. Sınır dışı edilme tedbirine tabi kılınan yabancı, bilhassa Sözleşme'nin 2'nci maddesi bağlamında hayatının tehlikeye sokulduğuna, Sözleşme'nin 5'inci maddesi gereğince iade edileceği ülkede özgürlük ve güvenlik hakkından keyfi şekilde mahrum kalacağına, Sözleşme'nin 6'ncı maddesi gereğince iade edileceği ülkede adli yargılama gerçekleştirilmeden hakkında hüküm tesis edileceğine, Sözleşme'ye Ek 6 ve 13 No'lu Protokollerin birinci maddesi gereğince gönderileceği ülkede ölüm cezası

⁸¹⁸ Kalender/Türkiye davası, Başvuru No: 4314/02, Karar Tarihi:15/12/2009, T.C. Adalet Bakanlığı, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü, İnsan Hakları Daire Başkanlığı'nın gayri resmi çevirisi, s.9.

⁸¹⁹ Kalender/Türkiye davası, Başvuru No: 4314/02, Karar Tarihi:15/12/2009, T.C. Adalet Bakanlığı, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü, İnsan Hakları Daire Başkanlığı'nın gayri resmi çevirisi, s.9.

yaptırımıyla yüz yüze kalacağına yönelik iddiaları ve Sözleşme'nin 9, 10 ve 14'üncü maddelerine dayanak oluşturarak yapacağı başvuru karşısında Sözleşme organlarının konuya bakış açıları da ayrı bir önem arz etmektedir.⁸²⁰

Mahkeme, başvurucunun ölüm cezası yaptırımı tehlikesi ile yüz yüze kalacağı bir ülkeye iade edilmesinin Sözleşme'nin 3'üncü maddesi yanında Sözleşme'nin 2'nci maddesine de aykırılık teşkil etmeyeceğini, zira Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ölüm cezasını kaldırmadığını yaşama hakkına yönelik bir ihlal başvurusu kapsamında incelediği Soering/Birleşik Krallık kararında ifade etmiş ise de, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, Aylor-Davis /Fransa davasında ölüm cezasının kaldırılmasını öngören Sözleşme'ye Ek 6 No'lu Protokol'e taraf olan devletler bakımından kişinin ölüm cezası yaptırımına tabi kılınma tehlikesi ile karşılaşacağı bir ülkeye iade edilmesinin söz konusu Protokol'e aykırılık teşkil edebileceği yönünde hükme varmıştır.⁸²¹

Mahkeme, kişinin ilgili devlete iade edilmesi halinde Sözleşme'ye Ek 6 No'lu Protokol'ün birinci maddesine uygun bulunmayacak şekilde bir ölüm cezası yaptırımı ile karşılaşacağı konusunda gerçek bir tehlikenin bulunduğunu kabul etmek için esaslı nedenlerin varlığının görülmesi halinde, söz konusu Protokol hükmünün devlete, kişiyi iade talebinde bulunan ülkeye geri vermeme yükümlülüğü altına soktuğu yönündeki bir takım kabul edilemezlik kararlarındaki gerekçeleriyle Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun bu yöndeki görüşünü desteklemiştir.⁸²²

Fakat Sözleşme'nin 3'üncü maddesi bağlamında aranan gerçek risk iddiası gibi Sözleşme'nin 2'nci maddesi kapsamında da, bir ülkeye iade edildiği takdirde bir ölüm cezası yaptırımı ya da söz konusu cezanın infazı riski içinde olacağını iddia eden başvurucu, öne sürdüğü bu iddiasını başta bir delil başlangıcı ile kuvvetlendirmelidir.⁸²³

⁸²⁰ Ergin ERGÜL, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ve Türk Hukukunda Sınır Dışı Etme, Geri Gönderme Ve Geri Verme*, Yargı Yayınevi, Ankara 2012, ("Sınır Dışı Etme"), s.236.

⁸²¹ ERGÜL, *Sınır Dışı Etme*, s.236.

⁸²² ERGÜL, *Sınır Dışı Etme*, s.236.

⁸²³ ERGÜL, *Sınır Dışı Etme*, s.236.

Yargıç De Meyer Soering kararına, kısmen muhalif kalarak ölüm cezası riski durumunda iadenin yalnızca Sözleşme'nin 3'üncü maddesinde yer alan hakkın değil, aynı zamanda Sözleşme'nin 2'nci maddesinde düzenlenen yaşama hakkının da korumadan yoksun kalmasına neden olabileceği görüşünü ileri sürmüştür. Adı geçen yargıca göre, ölüm cezasının Avrupa'daki hukuk anlayışının bugüne kadar geçirdiği değişim ile bağdaşmamasında, Sözleşme'nin 2'nci maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinin İkinci Dünya Savaşı'nın akabinde ortaya çıkan özel şartlar altında yazılmasının etken olduğunu belirtmiştir. Sözleşme'ye taraf hiçbir ülke tarafından kişinin öldürülme riskinin var olduğuna kanaat getirilen hallerde, iade talebinde bulunan ülkenin bu talebinin yerine getirilemeyeceği görüşünde olan yargıç De Meyer, geri verme yükümlülüğü olan taraf devletin Sözleşme'ye Ek 6 No'lu Protokol'ü onaylamamış olmasının hiçbir önemi bulunmadığını da ifade etmiştir.⁸²⁴

Sözleşme'ye Ek 6 No'lu ve 13 No'lu Protokolleri onaylamış olan Türkiye ve diğer Sözleşme'ye taraf devletlerin, ölüm cezasının yerine getirilmeyeceğine yönelik taahhüt ve güvenceleri istemeksizin yargı yetkisi kapsamında ölüm cezasına yer vermeye devam eden bir devlete, kişiyi iade etmelerinin bahse konu Protokollerin birinci maddelerine aykırılık teşkil edeceği doktrinde de benimsenmektedir.⁸²⁵

Mahkeme nezdinde görülen sınır dışı davalarında Sözleşme'nin 2'nci maddesine yönelik ihlal iddiası başvurular tarafından nadiren öne sürülmektedir. Başvurucu H.L.R/Fransa kararına⁸²⁶ konu olan olayda Kolombiya'ya iade edildiği takdirde, yaşama hakkına hanel geleceğini öne sürmüşse de Mahkeme, olayı Sözleşme'nin 3'üncü maddesi bağlamında ele alıp değerlendirmiştir. Her ne kadar D./Birleşik Krallık⁸²⁷ davasında da, gerçekleştirilen başvuru Sözleşme'nin 2'nci maddesi açısından kabul edilebilir nitelikte görülmüş ise de, Mahkeme esas hakkında

⁸²⁴ ERGÜL, Sınır Dışı Etme, s.237.

⁸²⁵ ERGÜL, Sınır Dışı Etme, s.237.

⁸²⁶ H.L.R/Fransa davası, Başvuru No:24573/94, Karar Tarihi: 29/04/1997. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

⁸²⁷ D./Birleşik Krallık davası, Başvuru No:30240/96, Karar Tarihi: 02/05/1997. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

yaptığı inceleme esnasında başvuruya konu olay hakkında Sözleşme'nin 3'üncü maddesini göz önüne alarak karar vermeyi uygun bulmuştur.⁸²⁸

Mahkeme, sınır dışı etme, geri verme ve iade konuları bakımından Sözleşme'nin 2'nci maddesini değerlendirme altına aldığı Bader ve Kanbor/İsveç kararında,⁸²⁹ Öcalan/Türkiye davasında⁸³⁰ verilen karara da atıfta bulunmuştur. Söz konusu kararda Mahkeme, Sözleşme'ye taraf devletin yabancı bir kişiyi adil bir muhakemeye tabi tutmayan ya da bir ölüm cezası yaptırımını ile karşılaşma ihtimaline imkân verecek şekilde tehlike altına alan bir devlete sınır dışı etmesi halinde Sözleşme'nin 2'nci ve 3'üncü maddelerinin koruma altına aldığı hakların ihlal edilmesine neden olabileceğini belirtmiştir.⁸³¹

Bu kabulden hareket eden Mahkeme, iade talebinde bulunan bir devletin yargı yetkisi kapsamında adil yargılamanın ağır şekilde ihlaline neden olacak şekilde bir ölüm cezasına hükmetme ihtimalinin olduğu durumlarda, başvuran kişiyi iade eden taraf devletin Sözleşme'nin 2'nci ve 3'üncü maddelerini ihlal etmiş sayılacağı kanaatine ulaşmıştır. Hâkim Cabral Barreto söz konusu kararı sonuç olarak doğru bulmakla birlikte, somut olayda taraf devletin gerçekleştirdiği sınır dışı etme işleminin Sözleşme'nin 2'nci maddesine değil, Sözleşme'ye Ek 13 No'lu Protokol'ün birinci maddesine aykırılık teşkil ettiği yönündeki muhalefet şerhini de karar gerekçesine ilave etmiştir.⁸³²

Ülkeden sınır dışı etme olaylarına yönelik başvurular neticesinde verdiği kararlar arasında Mahkeme, Bader ve Kanbor/İsveç kararı ile ilk defa iade edileceği ülkede adil bir yargılama faaliyeti gerçekleştirilmeksizin hakkında ölüm cezası hükmü verilme ihtimali bulunan bir başvuran hakkındaki geri verme işlemini Sözleşme hukuku bağlamında değerlendirerek, söz konusu iade işlemini hem

⁸²⁸ ERGÜL, Sınır Dışı Etme, s.237.

⁸²⁹ Bader ve Kanbor/İsveç davası, Başvuru No:13284/04, Karar Tarihi: 08/11/2005. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

⁸³⁰ Öcalan/Türkiye davası, Başvuru No:46221/99, Karar Tarihi: 12/05/2005. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

⁸³¹ ERGÜL, Sınır Dışı Etme, s.237.

⁸³² ERGÜL, Sınır Dışı Etme, s.238.

Sözleşme'nin 3'üncü maddesi hem de Sözleşme'nin 2'nci maddesi bakımından ihlale açık nitelikte bulmuştur.⁸³³

Mahkeme, kişinin iade edileceği ülkede ölüm cezası yaptırımı ile karşılaşma gerçek tehlikesine maruz kalacağına dair ciddi emareler bulunması halinde, Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ve Sözleşme'ye Ek 13 No'lu Protokol'ün 1'inci maddesinin, iade yükümü altında bulunan taraf devletin geri verme ve geri gönderme yönünde bir işlem tesis etmesine engel olacak nitelikte düzenlemeler olduğu görüşündedir.⁸³⁴

Sözleşme ve Protokol hükümleri bir arada göz önünde bulundurulduğunda, ölüm cezası yaptırımına maruz kalma tehlikesi sebebiyle Sözleşme'nin dolaylı korumasının öne sürüldüğü hallerde Mahkeme'nin, aleyhine başvuruda bulunulan taraf devletler açısından Sözleşme'ye Ek 6 ve 13 No'lu Protokol hükümlerini kendine dayanak alması yerindedir. Nitekim Sözleşme'ye Ek 13 No'lu Protokol, Sözleşme'nin 15'inci maddesinde yer verilen ve olağanüstü hallerde Sözleşmeci tarafa gereken ölçüde ve uluslar arası hukuktan doğan başka sorumluluklara ters düşmemek kaydıyla Sözleşme hukuku bağlamında öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbirler alınmasına cevaz veren düzenlemeye uygun düşen durumlarda dahi ölüm cezasını tamamen yasaklamaktadır. Bunun yanında söz konusu hükümler hakkında hiçbir çekince konulmamıştır. Hal böyle olunca Mahkeme'nin ölüm cezasına halen mevzuatında yer veren ve Sözleşme'ye taraf olmayan bir devletin geri verme, sınır dışı ya da geri gönderme talebinin kabulüne yönelik tesis edilecek bir işlemi, Sözleşme'ye Ek 13 No'lu Protokol'ün dolaylı korumasına dayanarak Sözleşme'ye aykırı bulması mümkündür.⁸³⁵

Sözleşme'ye taraf devletler kendi egemenlik alanları içinde yer alan herkese Sözleşme'nin birinci bölümünde belirtilen hak ve özgürlükleri tanımaktadırlar. Sözleşme'nin 1'inci maddesinin düzenlemesinden açık bir biçimde anlaşılacağı üzere Sözleşme kapsamında koruma altına alınan hakların tanınması hususunda, ayrımcılık yasağına yer veren Sözleşme'nin 14'üncü maddesine de riayet edilerek Sözleşme'ye

⁸³³ ERGÜL, Sınır Dışı Etme, s.238.

⁸³⁴ ERGÜL, Sınır Dışı Etme, s.238.

⁸³⁵ ERGÜL, Sınır Dışı Etme, s.238.

taraf devletin egemenlik alanında olmak şartıyla yabancı ve vatandaş ayrımı gözetilmemiştir. Diğer bir ifadeyle Sözleşme'ye taraf bir ülkenin egemenlik alanında yer alan, ancak Sözleşme'ye taraf olmayan bir devletin vatandaşı konumunda bulunan bir yabancı da Sözleşme'nin sağladığı hukuki korumadan istifade edebilecektir.⁸³⁶

Uluslararası hukuk tarafından genel olarak benimsenen ilkeler doğrultusunda, iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra ve yerel mahkemeler tarafından verilen son kesin karardan itibaren altı aylık süre içinde Mahkeme'ye müracaat edilebileceği hususu, Sözleşme'nin "Kabul edilebilirlik koşulları" kenar başlıklı 35'inci maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Yani, iç hukukta başvurulabilecek idari ve yargısal yollar tüketilmeden ya da söz konusu iç hukuk yollarının bitirildiği ve son yerel mahkeme kararının kesinleştiği tarihten itibaren altı aylık zaman zarfından sonra gerçekleştirilen başvuruyu Mahkeme kabul edilmezlik kararı vererek esastan değerlendirme altına almayacaktır. Bunun yanında Mahkeme içtihatlarında, iç hukuk yollarının tüketilmesi şartının şekle sıkı sıkıya bağlı kalınarak değil, aksine insan haklarının korunmasına öncelik veren bir yaklaşımdan hareketle elastik yorumlandığı görülmektedir.⁸³⁷ İç hukuk yollarının tüketilmesi şartına bu nedenle mutlak surette bağlı kalınmamaktadır. Mahkeme nezdinde gerçekleştirilen başvurunun, önceden değerlendirmeye alınmış bir başvuru ile aynı olması, aynı konuda başka bir uluslararası soruşturma makamına veya sorunu giderecek bir mercie başvurulmuş olması, başvuruda ihlal edildiği öne sürülen hakkın Sözleşme ve ek Protokol hükümlerinin kapsamı dışında kalması, şikâyete konu olayların açıkça dayanaktan yoksun olduğunun ve başvuru hakkının iyi niyetli şekilde kullanılmadığının Mahkeme tarafından anlaşılması gibi sebepler Sözleşme'nin 35'inci maddesi gereğince kabul edilmezlik kararlarına gerekçe teşkil etmektedir. Sözleşme'nin

⁸³⁶ K. Sedat SİRMEN, "Yabancıların Türkiye'den Sınırdışı Edilmesine İlişkin Temel Düzenlemeler Ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye Hakkında Verdiği Örnek Kararlar", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl:67, Sayı:3, Yaz 2009, s.37.

⁸³⁷ Bkz. AİHM'in 16/09/1996 tarihli Akdivar ve Diğerleri/Türkiye kararının (Başvuru No. 21893/93) 69 ilâ 72. paragrafları: Mahkeme güvenlik güçlerince köy yakılması iddialarına yönelik olarak verdiği kararda, idare mahkemeleri önünde iç hukuk yollarının tüketilmediği gerekçesiyle sunulan itirazı, benzer iddialar kapsamında idare mahkemelerince tazminata hükmedildiğini gösteren karar örneklerinin bulunmadığını ve iç hukuk yolunun yeterli ve etkili olmadığını öne sürerek kabul etmemiştir. Kararın metni için bkz. <<http://www.echr.coe.int /ECHR /EN/ Header/Case- Law / HUDOC/HUDOC+database/>>

belirlediği standartların üye devletler tarafından uygulamaya ne şekilde yansıtıldığını yapılan başvuruları ele alarak değerlendiren Mahkeme, sürekli gelişen içtihatları ile taraf devletlere yalnızca negatif yükümlülüğü, diğer bir ifadeyle Sözleşme’de yer alan hakları ihlâl etmekten kaçınma yükümlülüğünü değil, aynı zamanda Sözleşme’deki hakları koruma altına almak için gereken önlemleri alma sorumluluğunu ifade eden pozitif yükümlülüğü de izafe etmektedir. Devletin Sözleşme’den doğan pozitif yükümlülüğünü gerektiği biçimde yerine getirmemesinden doğan yaşama hakkının ihlaline ilişkin müdahaleler, ölüm olayları ya da kişilerin maruz kaldıkları ölüm tehlikesi Mahkeme içtihatlarının çeşitlilik göstermesinde etkili olmuştur.⁸³⁸

Mahkeme içtihatlarının gelişmesine katkı sağlayan diğer bir başvuruya konu olay, sınır dışı etme durumunda maruz kalınan ölüm tehlikesi halidir. Sözleşme’nin “Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği” kenar başlıklı 5’inci maddesi haricinde sınır dışı konusuna değinen başka bir açık düzenlemeye rastlanmamaktadır. Herkesin kişi özgürlüğüne ve güvenliğine haiz olduğunu belirten söz konusu maddede, koruma altına alınan hakkın istisnalarına da yer verilmiştir. Bu istisnalardan birisi de sınır dışı edilme konusunu kişi özgürlüğü ve güvenliği hususu ile bağdaştıran ve söz konusu maddenin (f) alt bendinde yer verilen düzenlemedir. Söz konusu düzenlemeye göre herhangi bir kimsenin sınır dışı edilmesini sağlamak gayesiyle tutuklama koruma tedbirine başvurulması, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını ihlal etmeyecektir.⁸³⁹

Sözleşme hükümlerinin yorumundan yola çıkarak, sınır dışı işlemleri neticesinde yabancı kişinin iade edileceği devlette işkenceye, küçük düşürücü ceza ya da davranışa maruz kalma tehlikesi durumunda sınır dışı etme işleminin Sözleşme’nin 3’üncü maddesine aykırılık teşkil edeceği yönündeki Mahkeme kanaati, bu konuda verdiği birçok ihlal kararından da anlaşılmaktadır. Hiç kimsenin işkenceye, insanlık dışı veya onur kırıcı ceza ya da muameleye tâbi tutulamayacağı Sözleşme’nin 3’üncü maddesinde açık bir biçimde düzenlenmiştir. Söz konusu maddede yer alan muamelelere maruz kalma ihtimali olan bir ülkeye kendi ülkesinde

⁸³⁸ SİRMEN, s.37.

⁸³⁹ SİRMEN, s.37.

bulunan bir yabancıyı iade eden Avrupa Konseyi üyesi bir devlet, Sözleşme'nin 3'üncü maddesine aykırı davranmış olacaktır.⁸⁴⁰

Sınır dışı etme kararları kapsamında göz önünde bulundurulanan Sözleşme maddeleri arasında 3'üncü madde haricinde, özel hayatın ve aile hayatının korunmasına yönelik düzenleme içeren 8'inci madde ve etkili başvuru hakkının hüküm altına alındığı 13'üncü madde de yer almaktadır. Herkesin, özel hayatına, aile hayatına ve haberleşme özgürlüğüne saygı gösterilmesini isteme hakkına haiz olduğu Sözleşme'nin 8'inci maddesinde düzenlenmiştir. İade edilecek kişi iade talebinde bulunulan ülkede ailevî bağlarını sürdürüyorsa ve iade prosedürünün işletilmesi ile fiilî anlamda aile bağları ortadan kalkıyorsa, bunun yanında kişinin sınır dışı edilmesi önemli derecede gereklilik teşkil etmiyorsa, başka bir ifade ile sınır dışı etme kararı, milli güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın, ahlâkın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin koruma altına alınması gayesini taşımadan verilmişse, ayrıca demokratik bir toplum için gereklilik arz eden belli başlı kriterlere uygun olmayan bir müdahale oluşturuyor ve kanuni bir düzenlemeye dayanmıyorsa, bu durumda iade talebini kabul eden ülke Sözleşme'nin 8'inci maddesini ihlâl etmiş olacaktır.⁸⁴¹ Söz konusu madde ile koruma altına alınmaya çalışılan aile hayatı, yalnızca karı ve koca arasındaki ilişkiye dayanan aile hayatını değil, bunun yanında anne, baba, çocuklar ve hatta uzak akrabalar arasındaki bağları da kapsayan bir aile hayatını içine alır. Zira Mahkeme Hollanda aleyhine açılan bir davada, Hollanda'da yaşayan eşinden boşanan bir yabancı, kızını ile arasındaki yakınlık ilişkisine sınır dışı edilmesinin vereceği zararı Sözleşme'nin 8'inci maddesi bağlamında incelemiş ve Hollanda tarafından yabancı kişi hakkında verilen sınır dışı etme kararının infazını Sözleşme'nin 8'inci maddesine aykırı bulmuştur.⁸⁴²

Kamu görevi ifa eden kişilerin görevleri gereği gerçekleştirdikleri bir fiil neticesinde Sözleşme'de koruma altına alınmış olan bir hak veya özgürlük ihlâli gerçekleşmişse, bu ihlal sonucunda mağdur olan kişi Sözleşme'nin 13'üncü

⁸⁴⁰ SİRMEN, s.38.

⁸⁴¹ SİRMEN, s.38.

⁸⁴² Gilles DUTERTRE, *Key Case Law Extracts*, European Court of Human Rights, Strasbourg 2003, ("Key Case"), s.277-278.

maddesine dayanarak ulusal bir makama etkili başvuru gerçekleştirme hakkına haiz olacaktır. Bu bağlamda hakkında sınır dışı etme kararı tesis edilen kişiye tarafsız ve bağımsız bir yerel makama müracaat etme imkânı sağlanmalı ve yaptığı başvuru mutlaka değerlendirme altına alınmalıdır.⁸⁴³

Sözleşme'ye Ek 4 No'lu Protokol'ün 3'üncü maddesinin birinci bendi, kişilerin uyuğu altında bulunduğu ülkeden sınır dışı edilemeyeceğini düzenleme altına alırken, aynı Protokol'ün 4'üncü maddesi ise, devletin yabancı kişileri toplu şekilde sınır dışı etmesine cevaz vermemektedir.⁸⁴⁴ Öte yandan, Sözleşme'ye Ek 7 No'lu Protokol, bir devletin ülkesinde hukuka uygun şekilde oturma hakkı kazanan yabancı kişinin, hakkında verilmiş hukuka uygun bir hüküm var olmadıkça başka bir ülkeye iade edilemeyeceğini öngörmektedir. Fakat söz konusu Protokol Türkiye tarafından imzalanmış olmakla birlikte henüz onaylanmamıştır. Bu Protokol hükümlerine göre, bir yabancı, ikamet hakkına haiz olduğu ülkede, oturma iznine yabancılar hukukuna ilişkin düzenlemelerdeki tüm koşulları taşımak suretiyle sahip olmuşsa, sadece hakkında iadesine ilişkin hukuka uygun bir kararın tesis edilmesi ile sınır dışı edilmesi mümkün hale gelecektir. Bunun yanında Sözleşme'ye Ek 7 No'lu Protokol, ilgili devlete usule ilişkin bir takım güvenceleri de tesis etme yükümlülüğü vermiştir. Söz konusu usulü güvencelerden biri olan iade nedenlerinin sınır dışı edilecek kişiye bildirilmesi mecburiyeti, kişiye hakkında verilen iade kararının tekrar değerlendirilmesini isteme yönünde bir talep hakkı da kazandıracaktır. Bunun yanında kişinin sınır dışı edilmesine yönelik karar, kamu düzeni veya milli güvenlik gerekçesine dayanıyorsa, söz konusu kişiye devlet tarafından gereken usuli güvenceler sağlanmadan da sınır dışı etme kararının icrası gerçekleştirilebilir. Başka bir ifadeyle, Sözleşme'ye Ek 7 No'lu Protokol kapsamında, yasal bir biçimde oturma hakkını elde etmiş olan bir yabancı, kamu düzeni veya milli güvenlik gerekçesiyle sınır dışı edilmediği müddetçe, kendisine bu kapsamda tanınmış olan bütün güvencelerden yararlanabilecektir.⁸⁴⁵

⁸⁴³ DUTERTRE, Key Case, s.352.

⁸⁴⁴ SİRMEN, s.38.

⁸⁴⁵ SİRMEN, s.39.

Sözleşme'ye Ek 6 No'lu Protokol⁸⁴⁶ savaş ve yakın savaş tehlikesi halinin var olduğu haller haricinde işlenen suçların karşılığında hükmedilecek bir ölüm cezasını yasaklamaktadır. Sözleşme'ye Ek 13 No'lu Protokol'ün⁸⁴⁷ ise, ölüm cezasının savaş ve yakın savaş tehdidi esnasında işlenen suçlar bakımından kaldırılmasını sağlayacak, diğer bir ifadeyle ölüm cezasının her hal ve şartta hükmedilmesine engel olacak nitelikte bir düzenleme getirdiği görülmektedir. Türkiye, bahsi geçen her iki Protokol'ü imzalayıp onaylamıştır. Sözleşme'ye Ek 6 ve 13 No'lu Protokolleri onaylayan üye devletlerin, yabancı bir kişi hakkında sınır dışı etme kararı verecek olan yetkili makamlarının, iade edilecek kişi hakkında iadenin yapılacağı ülkede bir ölüm cezasına mahkûm olmasına yönelik önemli bir tehlikenin var olup olmadığını dikkate alma zorunlulukları bulunmaktadır. Bu yönde bir ciddî tehlikenin var olması durumunda yabancının ilgili ülkeye iade edilmemesi, devlete Sözleşme gereği izafe edilen sorumluluğun doğal bir sonucudur.⁸⁴⁸

Mahkûmiyete konu olmayan ve yaşama hakkına ilişkin bir ihlali içeriğinde barındırmayan Müslim⁸⁴⁹ kararına konu olan başvuruda, Türkmen kökenli Irak vatandaşı olan Müslim, 1998 yılının Ağustos ayında içinde yer aldığı bazı olaylar neticesinde gizli servis görevlilerince takip edildiği kaygısıyla aynı yılın Eylül ayında Türkiye'ye kaçmıştır. Mülteci statüsü kazanabilmesi için yetkili Türk mercilerine müracaat eden başvuru Irak'a tekrar döndüğü takdirde yaşama hakkının tehdit altında olacağını öne sürmüştür. Fakat Türk makamları tarafından kişinin mülteci sıfatını kazanması uygun görülmemiştir.⁸⁵⁰

⁸⁴⁶ 11 No'lu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Avrupa Sözleşmesi'ne Ölüm Cezasının Kaldırılmasına Dair Ek 6 Nolu Protokol'ün Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında 26/06/2003 tarihli ve 4913 sayılı Kanun, 01/07/2003 tarihli ve 25155 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

⁸⁴⁷ AİHS'e Ek 13 No'lu Protokol'ü 09/01/2004 tarihinde imzalayan Türkiye, 16/10/2005 tarih ve 5409 sayılı "İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesine Ek, Ölüm Cezasının Her Koşulda Kaldırılmasına Dair 13 No'lu Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun"u 12/10/2005 tarihli, 25964 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Bahsi geçen Ek Protokol Bakanlar Kurulu'nun 17/11/2005 tarihli ve 2005/96849 sayılı kararından sonra 01/06/2006 tarihinden itibaren Türkiye adına yürürlüğe girmiştir.

⁸⁴⁸ SİRMEN, s.39.

⁸⁴⁹ AİHM'in 26/04/2005 tarihli Müslim/Türkiye (Başvuru no. 53566/99) kararının tam metni için bkz. <<http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>>

⁸⁵⁰ SİRMEN, s.41.

Kendi ülkesine döndüğünde olası bir yaşama hakkı ve işkence yasağı ihlali ile karşılaşacağı iddiasında bulunan başvurucunun mülteci statüsü verilmesine yönelik talebi, Bilecik Valiliği tarafından, 1951 Sözleşmesi'nde belirtilen ırk, din, milliyet, vatandaşlık, özel bir sosyal gruba mensup olma veya sahip olunan siyasi fikir sebeplerinden kaynaklanmadığı ve soyut bir ihtimalden öteye gitmediği gerekçesiyle kabul edilmemiştir. Fakat söz konusu kişiye 2000 yılının Şubat ayında geçici sığınmacı statüsü verilse de, Saddam yönetiminin sona ermesinden sonra, ülkesinde yaşanan kaos ortamının döndüğünde maruz kalacağı tehlikeleri daha da arttırdığını öne sürerek eski mültecilik statüsü verilmesi yönündeki talebinin tekrar incelenmesini istemiştir.⁸⁵¹

Müslim, Mahkeme nezdinde gerçekleştirdiği başvuruda, Irak'a iadesine yetkili makamlar tarafından karar verildiği takdirde ülkesinde işkence ve kötü muameleye maruz kalabileceğini, bunun yanında can güvenliğinin tehlike altına gireceğini öne sürmüştür. Başvurucu kendisine mülteci statüsü verilmesine yönelik olarak Türkiye'de etkili bir iç hukuk yolu kullanma olanağının bulunmadığını ileri sürerek Sözleşme'nin 13'üncü maddesinin, geçici olarak tanınan mülteci statüsü zarfında ailesi ve yakınları ile bağlarını sürdüreceği yeterli olanakların temin edilmediğini öne sürerek Sözleşme'nin özel hayatı ve aile hayatını koruma altına alan 8'inci maddesinin de ihlâl edildiğini başvuru dilekçesinde ayrıca ifade etmiştir.⁸⁵² Müslim'in başvurusunu değerlendirmeye alan Mahkeme, kişiye 01/05/2005 tarihine kadar Türkiye'de oturma hakkı verildiğini ve yetkili makamlar tarafından hakkında tesis edilen bir sınır dışı etme kararının olmadığını tespit etmiştir. Bunun yanında Mahkeme elde ettiği tüm belge ve raporları birlikte göz önüne alarak Irak'ta yaşanan ve güvenlik endişesi uyandıran bir kaos ortamının varlığını kabul etmekle birlikte, söz konusu ülkede yaşayan bir Türkmen kökenli vatandaşın konumuna veya Kuzey Irak'ta bulunan bir vatandaşın içinde bulunduğu duruma kıyasen başvurucunun ülkesine döndüğünde karşılaşabileceği risklerin daha da kaygı verici olmadığını altını çizmiştir. Mahkeme kararında, ülkede bulunan geçici kargaşa ortamının sebebiyet verebileceği iddia edilen ve somut hiçbir delile

⁸⁵¹ SİRMEN, s.41.

⁸⁵² SİRMEN, s.42.

dayanmayan kötü muameleye maruz kalma olasılığının tek başına Sözleşme'nin 3'üncü maddesinin ihlâline neden olamayacağını, sonuç itibariyle başvurunun Irak'a iadesine karar verilse ve söz konusu kararın infazı gerçekleşse dahi bu durumun Sözleşme'nin 3'üncü maddesinin ihlâli neticesini doğurmayacağını, somut olayda Sözleşme'nin 2'nci maddesine yönelik iddiaların değerlendirme altına alınmasının lüzum ifade etmediğini, başvuran hakkında tesis edilen bir iade kararı bulunmadığı için etkili iç hukuk yollarının varlığını tespit etmeye yönelik Sözleşme'nin 13'üncü maddesi bağlamında yapılacak bir değerlendirmenin gereksiz olduğunu belirtmiştir. Öte yandan Mahkeme, devletlerin mültecilere belli bir yaşam kalitesi sunmaya olanak tanıyacak maddi bir yardımda bulunma sorumluluklarının olmadığını gerekçe göstererek ve başvuran kişinin bulunduğu ülkede asgari seviyede de olsa hayatını idame ettirebilecek şartlarda bulunduğunu nazara alarak Sözleşme'nin 8'inci maddesinin somut olayda ihlâl edilmediği kanaatine ulaşmıştır. Kararın gerekçesinden de anlaşılabilir gibi, Mahkeme başvuranın ülkesine iade edildiği takdirde Sözleşme'nin 2'nci ve 3'üncü maddelerinin ihlal edileceğine yönelik iddialarını esaslı ve detaylı bir biçimde inceleyerek sonuca varmıştır.⁸⁵³

Mahkeme'nin 02/05/1997 tarihli D./Birleşik Krallık kararına konu olan başvuruda, gerçekleştirilecek bir sınır dışı işleminin Sözleşme'nin 2'nci maddesi bağlamında taraf devletin sorumluluğunu gerektireceği öne sürülmüştür. Hastalığı nedeniyle çok az ömrü kaldığını belirten başvuru, bulunduğu ülkede gördüğü tedavinin sonlandırılarak St Kitts'e iade edilmesi halinde ölümünün daha erken gerçekleşeceğini belirterek, yaşama hakkının ihlâl edildiğini öne sürmüştür. Başvuru hali hazırda azalan ömrünün daha da azalmasına neden olacak bir işlemi gerçekleştiren devletin, Sözleşme'nin 2'nci maddesinden doğan ve yaşama hakkının koruma altına alınmasına yönelik zorunluluğa dayanak olan pozitif yükümlülüğe uygun davranmadığını iddia etmiştir.⁸⁵⁴ Mahkeme, somut vakayı Sözleşme'nin 3'üncü maddesi bağlamında değerlendirmiş, Sözleşme'nin 2'nci maddesi kapsamında önüne gelen iddiayı araştırmayı gerekli görmemiştir.⁸⁵⁵

⁸⁵³ SİRMEN, s.42.

⁸⁵⁴ DUTERTRE, s.35.

⁸⁵⁵ D/Birleşik Krallık davası kararı, 02/05/1997, Reports 1997-III, paragraf 59.

Mahkeme, başvuruçunun Sözleşme'nin 2'nci maddesini dayanak göstererek öne sürdüğü şikâyet sebeplerinin, Sözleşme'nin 3'üncü maddesi bağlamında belirttiği ihlal nedenlerinin esasından farklı ve ayrı şekilde ele alınamayacağını kararında belirtmiştir. Başvuruçunun da davanın Sözleşme'nin 3'üncü maddesi çerçevesinde değerlendirilmesine muvafakat ettiğini nazara alan Mahkeme, kişinin St Kitts'e iade edilmesi halinde Sözleşme'nin 3'üncü maddesinin ihlâl edilmiş olacağı kanaatine varmıştır.⁸⁵⁶

G. Doğal Afet Sonucu Meydana Gelen Ölüm Olayları

Devletin pozitif yükümlülüğü çerçevesinde değerlendirilebilecek önemli konulardan biri de doğal afetler sonucunda meydana gelen ölüm olaylarıdır. Mahkeme 20/03/2008 tarihli Budayeva ve diğerleri/Rusya kararında,⁸⁵⁷ dağlık bir bölgede meydana gelen toprak kayması neticesinde ölen ve yaralanan kişilerin bulunduğu bir olayda doğal afet sebebiyle devletin sorumluluğunun doğduğuna karar vermiştir.⁸⁵⁸

Mahkeme, Budayeva ve diğerleri/Rusya kararında, dağlık bir bölgede oluşan toprak kayması sonucunda kişilerin öldüğü ve yaralandığı somut olayda devletin sorumluluğunu incelerken, doğal afetler açısından kişilerin yaşama haklarına ilişkin tehlikeyi asgari seviyeye indirecek bütün tedbirlerin alınmış olup olmadığına bakmaktadır. Bu açıdan konuya yaklaşıldığında, İstanbul'da meydana gelebileceği öngörülen büyük depremde olası hayat kayıplarını en az seviyede tutmak bakımından yetkili mercilerin pozitif bir yükümlülüğe haiz olduğu kabul edilmelidir. Bilim adamlarının uzun zamandır altını çizerek belirttikleri gereken tedbirlerin alınmadığı doğrultusundaki görüşlerine korunmak istenen hakkın önemi bakımından önem atfetmek gerekmektedir.⁸⁵⁹

⁸⁵⁶DUTERTRE, s.36.

⁸⁵⁷ Budayeva ve diğerleri/Rusya davası, Başvuru No:15339/02, 11673/02, 15343/02, 20058/02, 21166/02, Karar Tarihi: 20/03/2008. <http://www.echr.coe.int /ECHR /EN/ Header/Case- Law / HUDOC/HUDOC+database/>

⁸⁵⁸ ÇİFTÇİOĞLU, s.151.

⁸⁵⁹ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s.119.

Budayeva ve diğeri/Rusya kararı, Mahkeme'nin doğal bir afetin gerçekleşmesi halinde devletin sorumluluğunun sınırlarını çizmesi bakımından en önemli içtihatlarından biridir. Bunun yanında Budayeva kararının, doğal afetin meydana gelmesi durumunda devletin sadece yaşama hakkı bakımından değil mülkiyet hakkı bağlamında da var olabilen sorumluluğunu açıklayan temel bir içtihat niteliğinde olduğu görülmektedir.⁸⁶⁰

Söz konusu karar, toprak kayması sonucu yaşanan can ve mal kayıplarına ilişkin olarak devletin Sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini değerlendirmesinin yanında, diğer bütün doğal afet çeşitlerinde doğabilecek devlet sorumluluğunun tespit edilmesindeki temel kriterleri belirlemesi bakımından da önem taşımaktadır.⁸⁶¹

Başvuru, Rusya Federasyonu aleyhine altı Rus vatandaşı tarafından gerçekleştirilmiştir. Olayın meydana geldiği Tynauz kasabası, 1950 yıllarında endüstri projesine konu olan ve başvuru sahiplerinin Mahkeme'ye müracaat ettikleri tarihte yirmi beş bin nüfusa haiz bir kasabadır. Kasabada 18 ila 25 Temmuz 2000 tarihleri arasında yaşanan toprak kaymaları ve taşkınların sebep olduğu ölümler nedeniyle hem kendilerinin hem de çocuklarının uğradıkları maddi ve manevi zararların tazminine yönelik olarak başvuruda bulunan mağdurlar, söz konusu olayda idari makamların sorumluluğunun bulunduğunu öne sürerek, Sözleşme'nin 2, 8, 13'üncü maddelerinin yanı sıra 1 No'lu Protokol'ün 1'inci maddesinin de ihlal edilmiş olduğunu belirtmişlerdir.⁸⁶²

18/07/2000 tarihinde geç saatlerde gerçekleşen toprak kayması sonucunda kasabanın bazı bölgeleri su ve çamur içinde kalmıştır. Hükümet savunmasında, ilk yaşanan toprak kaymasında ölen veya yaralanan bir kimsenin bulunmadığını belirtmiştir. Ancak bu savunmaya yönelik olarak başvuru sahipleri cevaplarında en az bir kişinin hayatını kaybettiğini öne sürmüşlerdir. Meydana gelen afetin hemen akabinde

⁸⁶⁰ Kemal ŞAHİN, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukukunda, Doğal Afetlerde Yaşam Hakkı Ve Mülkiyet Hakkı Bağlamında Devletin Sorumluluğu: Budayeva Kararı", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 19, Sayı:3, Yıl:2013, s.69.

⁸⁶¹ ŞAHİN, s.69.

⁸⁶² ŞAHİN, s.70.

yetkililerin polis araçları ve hoparlörler aracılığıyla kasaba sakinlerinden hızlı bir şekilde bölgeyi tahliye etmelerini istediklerini ifade eden Hükümet, ayrıca güvenlik güçleri ve yerel görevlilerin kasabada bulunan evlere teker teker giderek kişileri felaket konusunda ikaz ettiklerini, dahası kasabayı tahliye etmelerinde kolaylık sağladıklarını da savunmasına eklemiştir. Ancak Hükümet her nedense söz konusu tedbirlerin ne zaman yerine getirildiği hususunda Mahkeme'ye herhangi bir resmi belge ibraz edememiştir.⁸⁶³

19/07/2000 tarihinde afet neticesi oluşan su ve çamur seviyesinin azalması üzerine kasabadaki evlerine geri dönen başvuruçuların bu eyleminin tahliye kararına aykırı olduğunu öne süren Hükümet'in savunmasına karşılık olarak başvuruçular, bu konuda yetkililer tarafından kendilerine yönelik herhangi bir ikazda bulunulmadığını, evlerine döndüklerinde kesilmiş olan elektrik, gaz ve suyun tekrar bağlanmış olduğunu gördüklerini ifade etmişlerdir. Aynı tarihte ilerleyen saatlerde meydana gelen bir başka toprak kayması sonucunda koruyucu setin yıkılması üzerine nehir tekrar taşarak, başvuruçuların ikamet ettikleri alanın su ve çamur altında kalmasına neden olmuştur. Söz konusu toprak kaymaları ve akabinde yaşanan su taşkınları ve çamur baskını 25 Temmuz tarihine kadar sürmüştür. Resmi olarak tanzim edilen raporlarda meydana gelen afet neticesinde sekiz kişinin öldüğü belirtilmiştir. Hükümet savunmasında, afet sonrası gerçekleşen ölüm olayları hakkında yürütülen soruşturma neticesinde Elbrus Bölgesi Başsavcılığı'nın kovuşturmaya yer olmadığına yönelik karar verdiğini belirtmiş olsa da, söz konusu takipsizlik kararının bir suretini Mahkeme dosyasına ibraz edememiştir.⁸⁶⁴

Hükümet, söz konusu olaya dair yürütülen soruşturma sonucunda verilen takipsizlik kararına karşı ilk başvuruçunun, itiraz yoluna gitmeyerek ceza hukuku alanındaki iç başvuru yollarını kullanmamaya kendisinin neden olduğunu belirtmiştir. Hükümet, başvuruçunun ceza davası yerine hukuk davası yolunu seçtiğini öne sürerek, tüm iç hukuk yollarının tüketilmediği gerekçesiyle başvuru

⁸⁶³ Yetkililerin hoparlörlerle toprak kayması konusunda uyarıda bulduklarını başvuruçular da kabul etmiştir. Fakat ilk kaymanın meydana geldiği günden sonra herhangi bir uyarının yapılmadığını ifade eden başvuruçular, yetkililerin tahliye kararından haberdar olmadıklarını, böyle bir kararın varlığı konusunda bile şüphelerinin bulunduğunu iddia etmişlerdir. Bkz. Budayeva kararı, parag. 29.

⁸⁶⁴ŞAHİN, s.72.

hakkında kabul edilmezlik kararı verilmesi gerektiğini Mahkeme'ye sunduğu savunmasında belirtmiştir.⁸⁶⁵

Ancak söz konusu Hükümet savunmasına karşılık olarak Mahkeme, çeşitli iç hukuk yollarının bulunduğu ve başvuru bakımından söz konusu yollardan hangisinin etkin bir iç hukuk yolu olduğunun kesin şekilde tespit edilemediği somut vakalarda, iç hukuk yollarının tüketilmiş olması şartına başvuru tarafından uyulmuş olduğuna yönelik lehe bir kanaate ulaşacağını belirtmiştir.⁸⁶⁶

Ayrıca Mahkeme, yaşama hakkının ihlaline dayalı olarak gerçekleştirilen başvurularda, iç hukuk yollarının tüketilme şartının yerine getirildiğine karar verirken, başvuru sahiplerinin, iç hukukta Sözleşme'nin 2'nci maddesi bağlamında yaşama haklarının ihlal edildiğine yönelik bir iddiada bulunmuş olmalarının gerekli olmadığına; sadece iç hukuk yolunu kullanırken yaptıkları yasal başvurularda yaşama hakkının özüne tesir eden olaylara yönelik şikâyetlerini iletmelerinin kâfi olacağına işaret etmiştir. Sonuç olarak Mahkeme, Hükümet'in iç hukuk yollarının tüketilmediğine yönelik olan itirazını yerinde bulmamıştır.⁸⁶⁷

Hükümet savunmasında bu ölçekte gerçekleşecek bir doğal afetin yetkililer tarafından öngörülmesinin imkânsız olduğunu, bu itibarla ortaya çıkan ölüm neticesinden devletin sorumlu olamayacağını öne sürmüştür. Hükümet, yetkililer tarafından böyle bir afetin meydana geleceği ihtimali üzerinde durulsa dahi, söz konusu kaymaya engel olabilecek nitelikte hiçbir teknik önlemin bulunmadığını iddia etmiştir. Aynı zamanda söz konusu olayın akabinde yetkililerin, eskisinden daha güçlü bir koruma seti oluşturmak amacıyla yoğun hazırlıklara başladıklarını, bu kapsamda yürütülen projenin 2006 yılı içerisinde sona ermiş olacağını öne süren Hükümet, projenin hangi safhada olduğuna yönelik bir bilgiyi Mahkeme'ye sunmamıştır.⁸⁶⁸

⁸⁶⁵ŞAHİN, s.73.

⁸⁶⁶ŞAHİN, s.73.

⁸⁶⁷ŞAHİN, s.74.

⁸⁶⁸ŞAHİN, s.74.

Her ne kadar Hükümet, yetkililer tarafından doğal afetin meydana geldiği tarihte alınması gerekli tüm önlemlerin yerine getirilmiş olduğunu öne sürse de, başvuruçular, bu savunmaya karşılık olarak söz konusu felaketin neden olduğu hasarları azaltmak için yetkililer tarafından alındığı öne sürülen tedbirlere yönelik spesifik bir bilgiye haiz olmadıklarını belirtmişlerdir.⁸⁶⁹

Daha önce de ifade edildiği gibi Mahkeme, yaşama hakkının koruma altına alınması hususunda devletin hem negatif edim yükümlülüğü hem de pozitif edim yükümlülüğü olduğunu Sözleşme'nin 2'nci maddesine yönelik olarak verdiği bütün kararlarında dile getirmiştir.⁸⁷⁰ Sözleşme'nin 2'nci maddesinin birinci paragrafının ilk cümlesinin, devlete hâkimiyet alanı kapsamında bulunan herkesin yaşama hakkını koruma altına almak için gereken tedbirleri yerine getirme sorumluluğu verdiğini vurgulayan Mahkeme'nin bu yaklaşımı, uluslararası insan hakları hukukuna egemen olan genel bir kabulün ürünüdür.⁸⁷¹

Devlet, yaşama hakkına ilişkin bütün tehlikelere karşı yasal ve idari düzenlemeleri pozitif edim yükümlülüğü kapsamında gerçekleştirmelidir. Yaşama hakkına ilişkin tehlikenin kamusal veya özel bir faaliyet alanında meydana gelmesinin hiçbir ehemmiyeti yoktur.⁸⁷²

Yaşama hakkının koruma altına alınması hususunda devletin üzerine düşen pozitif edim yükümlülüğünün maddi ve usulü olmak üzere iki yönü vardır. Devletin bu bağlamda düzenleyici nitelikte önlemlere başvurmasının yanı sıra yaşama hakkının korunması gerektiği bütün tehlikeli hallerde kişilerin bilgilendirilmelerine yönelik ikaz niteliğindeki önlemleri de alması gerekmektedir. Bunun yanında devlet, ortaya çıkan ölüm neticesi karşısında etkin bir soruşturma yürütmek zorundadır. Fakat ilave etmek gerekir ki; Budayeva kararında ve diğer birçok kararda Mahkeme,

⁸⁶⁹ŞAHİN, s.75.

⁸⁷⁰ŞAHİN, s.77.

⁸⁷¹ AİHM içtihatlarında olduğu gibi, Amerikalılararası Sözleşme organları da aynı yaklaşımı kabul etmekte, örneğin yaşama hakkının koruma altına alınmasından doğan pozitif edim yükümlülüğünün iki yönü olduğu (maddi ve usulî) ifade edilmekte ve söz konusu yükümlülük boyutlarının kapsam ve muhteva itibarıyla AİHS organlarının içtihatlarıyla uyum gösterdiği dikkat çekmektedir.

⁸⁷² ŞAHİN, s.78.

devletin pozitif edim yükümlülüğünün sınırsızca ve ağır yük getirecek biçimde yorumlanamayacağını altını çizmektedir.⁸⁷³

Mahkeme her bir somut olayda yetkililerin fiillerini ve kusur derecelerini, devletin pozitif yükümlülüğünü yerine getirmiş olup olmadığını belirlerken göz önünde bulundurmaktadır. Mahkeme'nin bu tespiti yapmasında, yani devletin pozitif yükümlülüğüne riayet edip etmediğini belirlemesinde, söz konusu tehlikenin kamusal makamlar tarafından doğal afet meydana gelmeden önce bilinip bilinmediği veya tehlikenin öngörülebilir olup olmadığı hususu büyük önem taşımaktadır. Bilinmesi gereken bir tehlikenin var olup olmadığına yönelik olarak elde edilecek olan netice, devletin sorumluluğunun tespitinde büyük bir önem teşkil etmektedir. Mahkeme, doğal afetler sonucu meydana gelen ölüm olayları karşısında Sözleşme'nin 2'nci maddesi bağlamında devletin pozitif yükümlülüğünün içeriğini iki temel noktayı göz önünde bulundurarak belirlemektedir. Bunlardan birincisi, doğal afetin gerçekleşme ihtimalinin zaman olarak belirlenebilir olup olmadığı, ikincisi ise, söz konusu afet türünün insanların ikamet ettiği yerleşim alanında daha önce de meydana gelmiş olup olmadığıdır.⁸⁷⁴

Eğer yaşama hakkının ihlal edilmesine kasıtlı bir biçimde yerine getirilmeyen bir müdahale neden olmuşsa, Mahkeme devletin pozitif edim yükümlülüğünün ifa edilmiş sayılması için, böyle bir durumda etkili bir yargısal mekanizmanın meydana getirilmesi ve söz konusu yargısal sisteme işlerlik kazandırılması bağlamında ceza hukuku alanında yürütülmesi gereken bir soruşturmanın varlığının aranmayacağı kanaatindedir. Bazı somut olaylarda, özel hukuk, idare hukuku veya disiplin hukuku alanına giren başvuru yolları, mağdurlar açısından daha tatmin edici ve etkin iç hukuk yolu olarak kabul edilebilir. Fakat birtakım somut vakalarda, yaşama hakkının koruma altına alınmış sayılması ve devletin Sözleşme'nin 2'nci maddesinden kaynaklanan pozitif yükümlülüğünü yerine getirmiş olduğunun kabul edilmesi için olay hakkında etkili bir soruşturma gerçekleştirilmesi ve sorumluluğu belirlenen kişilerin cezalandırılması zorunluluğu doğabilir. Nitekim yaşama hakkına ilişkin bir ihlalin ortaya çıktığı olaylarda devletin etkin bir soruşturma yürüterek sorumluluğu

⁸⁷³ ŞAHİN, s.79.

⁸⁷⁴ ŞAHİN, s.80.

tespit edilen failleri cezalandırma yoluna gitmesi Sözleşme'nin 2'nci maddesinden doğan pozitif yükümlülüğün bir sonucudur.⁸⁷⁵

Bilhassa tehlikeli faaliyetlere bağlı olarak meydana gelen ölüm olayları hakkında devletin cezai bir soruşturma yürütme zorunluluğu, olayın altında yatan karmaşık olguların belirlenmesi için gereken bilgiye haiz tek yetkili muhatabın kamu makamları olmasından kaynaklanmaktadır. Mahkeme'nin Sözleşme'nin 2'nci maddesine yönelik olarak verdiği birçok kararında da altını çizdiği gibi, yetkili mercilerin tehlikeli faaliyetler kapsamında yaşama hakkının ihlaline neden olabilecek hususları bertaraf etmek amacıyla bu konuda kendilerine izafe edilmiş olan görev ve yetkilerin gereklerini yerine getirmemiş olmaları halinde, haklarında cezai sorumluluklarını belirleyecek etkin bir soruşturmanın yürütülmemiş olması veya meydana gelen somut olayda ihmalleri olduğu tespit edilen sorumluların yapılan yargılama sonucunda cezalandırılmamaları tek başına Sözleşme'nin 2'nci maddesi bağlamında verilecek mahkûmiyet kararı için haklı bir gerekçe sayılmaktadır.⁸⁷⁶

İnsan gücü kullanılarak gerçekleştirilen tehlikeli faaliyetler sonucunda meydana gelen ölüm olaylarında devletten beklenen etkin soruşturma yürütme zorunluluğunun, doğal afetler sonucunda ortaya çıkan yaşama hakkı ihlallerinde de söz konusu olduğu Mahkeme'nin Sözleşme'nin 2'nci maddesine ilişkin olarak verdiği mahkûmiyet kararlarının içeriğinden anlaşılmaktadır. Mahkeme, meydana gelen doğal afete yönelik olarak ve can kaybını önlemek amacıyla yetkililer tarafından tüm tedbirlerin alınması hususunda gereken özenin gösterilip gösterilmediğinin belirlenmesi bakımından ve somut olayda kendilerine ihmal derecesinde kusur izafe edilen kişilerin eylemleri karşılığında yaptırıma tabi tutulmalarını sağlamak açısından bağımsız ve tarafsız bir yargı merci tarafından gerçekleştirilecek soruşturmanın ve kovuşturmanın Sözleşme'nin 2'nci maddesinden doğan ve devletlerin yerine getirmek mecburiyetinde olduğu bir yükümlülük olarak görmektedir.⁸⁷⁷

⁸⁷⁵ ŞAHİN, s.81.

⁸⁷⁶ ŞAHİN, s.83.

⁸⁷⁷ ŞAHİN, s.84.

Kamu otoritelerinin meydana gelen toprak kaymasının can kaybına varacak ölçüde bir etki yaratıp yaratmayacağını öngörüp öngörmediklerini veya bu konuda yetkililerin bir kusurlarının olup olmadığını incelerken ilgili bakanlıklar ve merciler arasındaki yazışmalara teknik raporlar da dâhil olmak üzere göz atan Mahkeme, Hükümet'in yapılan ikazları dikkate almaksızın daha önce aynı nitelikteki afet neticesinde zarar gören yapıları onarmak amacıyla hiçbir ödenek ayırmadığını, bu yapıları eski hale getirmek için aktif anlamda bir çaba sergilemediğini belirlemiştir.⁸⁷⁸

Mahkeme'nin gerçekleştirdiği tüm bu tespitlere karşılık gelebilecek makul bir açıklama yapamayan Hükümet'in, bölgede yaşayan halkın gerçekleşme ihtimali olan tehlike konusunda yetkililer tarafından yeterince bilgilendirildiklerine yönelik somut bir delili de dosyaya ibraz edemediği görülmektedir. Başvurucuların, toprak kayması yaşadıkları bölgeye varıncaya kadar yetkili makamlar tarafından uyarılmadıkları veya gözlem yapması gereken yetkili personel tarafından gerçekleştirilmiş bir tahliye istemi ile de karşılaşmadıkları yönündeki iddiaları, Mahkeme tarafından gerçekleştirilen incelemeler sonucunda doğrulanmıştır.⁸⁷⁹

Başvurucuların iddiaları karşısında Mahkeme, Hükümet'ten yetkili makamlar tarafından bölgede yaşayan insanların güvenliğinin tesis edilmesi amacıyla alınmış olan arazi ve imar planlamasına yönelik tedbirlerin dosyaya ibraz edilmesini istemiştir. Ancak Hükümet, Mahkeme'nin bu talebine karşılık olarak sadece heyelan önleyici kolektörün ve ekipmanın inşasına yönelik tedbire ait belgeleri sunabilmiştir. Nitekim Mahkeme, somut olayda meydana gelen toprak kaymasını normal şartlarda önleyebilecek olan yapıların, bölgede yaşayan halkın can güvenliğini kontrol altına almada yetersiz olduğunun şüpheye yer bırakmayacak kadar sarih olduğunu dosyadaki belgelerden tespit etmektedir. Bununla birlikte Hükümet, heyelan önleyici kolektörün ve ekipmanın inşasına dönük yatırımı afetin meydana geldiği tarihten daha sonraki bir zaman diliminde gerçekleştirecek olmasının, söz konusu planlamayı afet yaşanmadan önce yapmamış olmasının makul gerekçesini ise Mahkeme'ye sunamamıştır. Somut olayın gerçekleşme şartlarını ve yetkili makamların söz konusu

⁸⁷⁸ŞAHİN, s.85.

⁸⁷⁹ŞAHİN, s.85.

tehlike karşısındaki tutumlarını bir arada değerlendiren Mahkeme Sözleşme'nin 2'nci maddesinden doğan pozitif yükümlülüğünün esasına riayet edilmediği gerekçesiyle ihlal kararı vermiştir.⁸⁸⁰

Tekrar ifade etmek gerekirse Mahkeme'nin, Öneriyıldız kararı ile birlikte süregelen ve benzer yaşama hakkı ihlallerine dönük kararlarında, kişilerin hayatlarına ilişkin tehlikeler konusunda yetkili makamların önceden bilgi sahibi oldukları veya olmaları gerektiği durumları belirlerken devlete bu hususta izafe edilen pozitif edim yükümlülüğünün, Sözleşme'nin 2'nci maddesinden doğduğunu kabul ederek inceleme yaptığını belirtmekte fayda vardır. Yetkili makamların yaşama hakkına yönelik bir tehlike konusunda yeterli bilgiye sahip olmalarına rağmen, söz konusu tehlikenin yaratabileceği ölüm neticesine karşı alınması elzem olan tüm önlemleri olanaklar dâhilinde almamış olmaları Sözleşme'den doğan yükümlülüğün ihlali şeklinde mütalaa edilmektedir. Söz konusu yükümlülük, özel veya devlet kurumuna ait olması gözetilmeksizin hastanede tedavi altına alınan hastaların yaşama haklarını koruma altına almak için hastaneler tarafından alınması gerekli önlemlerin devlet tarafından tesis edilmesi gerekliliğini de bünyesinde barındırmaktadır.⁸⁸¹

Sözleşme'nin 2'nci maddesi ile koruma altına alınmış olan yaşama hakkından kaynaklanan ve söz konusu hakkın güvence altına alınmasının sağlanması hususunda devlete yüklenen sorumluluğun kapsamı, yaşama hakkına ilişkin tehlikenin yetkili makamlar tarafından öngörülebilme düzeyiyle belirlenmektedir.⁸⁸² Başvurucunun kocasının da içlerinde yer aldığı sekiz kişi, 18/07/2000 ve 25/07/2000 tarihleri arasında yaşanan toprak kayması neticesinde hayatını kaybetmiştir. Aynı bölgede yaşamını idame ettiren diğer pek çok kişinin hayatı yaşanan doğal afetin bir sonucu olarak tehlike ile yüz yüze kalmıştır. Hayatını kaybeden kişilerin yakınları tarafından

⁸⁸⁰ŞAHİN, s.86.

⁸⁸¹ Stoyanovi/Bulgaristan kararı, parag. 60; Doktorların, hastaların tedavisi bakımından cezai sorumlulukları konusunda bkz. Köksal BAYRAKTAR, *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu*, İstanbul Üniversitesi Yayınları No:768, Sermet Matbaası, İstanbul 1972; Gözaltında bulunan kişilerin yaşama haklarının korunması bağlamında hekimlerin sorumluluğu üzerine bir inceleme için bkz. İlyas DOĞAN, "Gözaltında Yaşama Hakkına Saygı ve İşkencenin Önlenmesinde Hekimin Rolü ve Sorumluluğu", *Polis Dergisi*, Sayı: 36, Yıl: 2003.

⁸⁸²ŞAHİN, s.86.

yapılan başvuru neticesinde Mahkeme nezdinde görülen davada, yerel mahkemenin olay hakkında gerçekleştirdiği kovuşturma faaliyeti inceleme altına alınmıştır.⁸⁸³ Yerel mahkemenin müştekilere ait iddiaları ele alırken, olayın meydana gelme şekline yönelik kanıtları sunma yükümlülüğünü, diğer bir ifadeyle ispat yükünü ters çevirerek davacılara bıraktığını gözlemleyen Mahkeme, bilgi ve belgelere erişebilme gücü olan kamusal makamlara olaya ilişkin her türlü bilgi ve belgeyi dosyaya ibraz etme sorumluluğu verilmemesini doğru bulmamıştır. Bunun yanında yerel mahkemenin, yargılama süresince olay hakkında resmi makamlar tarafından yapılan açıklamaların makul olup olmadığını incelememiş olması, Mahkeme'nin adli makamların bağımsız ve tarafsız bir yargılama gerçekleştirmede bulunduğu konusundaki kanaatine dayanak oluşturmuştur. Olay hakkında usulüne uygun bir yargılama faaliyeti gerçekleştirilmediğini gözlemleyen Mahkeme, Sözleşme'nin 2'nci maddesi bağlamında aranan prosedürel yükümlülüğün gereklerinin yerine getirilmediği gerekçesini mahkûmiyet kararına eklemiştir.⁸⁸⁴

Neticeten, sorumlusunun devlet ajanı olup olmadığına bakılmaksızın meydana gelen bütün şüpheli ölüm olaylarında, failerin etkili bir şekilde yürütülen soruşturma sonucunda belirlenmesi ve cezai düzenlemeler doğrultusunda suç niteliğindeki eylemleri gereği cezalandırılmaları Sözleşme'nin 2'nci maddesinden doğan pozitif edim yükümlülüğünün usulü yönünü ilgilendirmektedir.⁸⁸⁵

Yaşama hakkına yönelik olarak kasten gerçekleştirilen fiillerin etkili bir şekilde soruşturmaya konu edilmesini Sözleşme'nin 2'nci maddesinden doğan usuli

⁸⁸³ŞAHİN, s.87.

⁸⁸⁴ŞAHİN, s.87.

⁸⁸⁵ Cinayeti işleyen üçüncü kişiler hakkında devlet ajanlarının bilgi sahibi olabileceğine yönelik kuvvetli emareler olaydan anlaşılabilir; devlet ajanlarının olaya doğrudan müdahil olduklarına ilişkin herhangi bir delil var olmasa da, devletin pozitif edim yükümlülüğünden doğan sorumluluğunu ihlal etmiş olduğu neticesine ulaşılabilecektir. Bu hususta örnek bir vaka için bkz. Mahmut Kaya/Türkiye kararı, özellikle parag. 87; Mahkeme, bazen Sözleşme'nin 2'nci ve 3'üncü maddelerinin usulü yönü üzerinde durmak yerine doğrudan 13'ü maddeyi uygulamayı tercih etmekte, sadece 13'üncü madde üzerinden bir ihlal kararı verebilmektedir. Bkz. İlhan/Türkiye kararı, Başvuru No:22277/93, parag. 94-103. Ancak Sözleşme'nin 13'üncü maddesi maddi bir hak ihlali ortaya çıkmasa da yalnızca 2'nci ve 3'üncü maddelere özgü olarak uygulanmamaktadır. Bunun yanında 8'inci maddeden doğan bir yükümlülük bakımından da 13'üncü madde tek başına tatbik edilerek karar verilebilmektedir. Mahkeme 13'üncü madde kapsamında Sözleşme'de koruma altına alınmış olan hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiğini iddia eden kişilerin etkin bir hukuki başvuru yoluna haiz olup olmadıklarını, söz konusu hukuki yolun içeriğini de ele alarak inceleme konusu yapmakta ve bu doğrultuda karar verebilmektedir.

yükümlülüğün bir gereği olarak gören Mahkeme, ihmale dayalı ölümler sonucunda uğranılan zararların tazminine imkân verecek etkin bir özel hukuk yolunun ise, disiplin hukuku alanındaki yaptırımlarla desteklendiği sürece devletin prosedürel anlamdaki yükümlülüğünü yerine getirmek için elverişli bir iç hukuk yolu olacağını kabul etmektedir.⁸⁸⁶

Başvurucular, Budayeva kararına konu olan davada sadece yaşama hakkının ihlaline yönelik iddiaları değil, bunun yanında Sözleşme'ye Ek 1 No'lu Protokol'ün 1'inci maddesinde yer alan mülkiyet hakkının çiğnenmiş olduğuna yönelik iddiaları da öne sürmüşlerdir.⁸⁸⁷ Mahkeme'nin, doğal afet olayları sonucu meydana gelen yaşama hakkı ihlallerine, mülkiyet hakkı ihlalleri karşısında daha büyük bir önem atfettiği ve devletler hakkında belirlenen yaşama hakkının garanti altına alınmasına yönelik standartları, mülkiyet hakkının garanti altına alınmasına yönelik olarak belirlenen standartlara oranla daha yüksek tuttuğu tartışma götürmez bir gerçektir.⁸⁸⁸

Mülkiyet hakkından doğan pozitif bir edim yükümlülüğünden bahsedebilmek için devletin sorumluluğu altında gerçekleşmiş ihmale dayalı bir fiil ile somut olay neticesinde ortaya çıkan zarar arasında sıkı bir illiyet bağının varlığı aranmaktadır. Budayeva kararına konu olan olayda yerel mahkemeler tarafından yapılan incelemeler neticesinde yetkili mercilerin mağdur olan kişilere konut ve diğer acil ihtiyaçlarına cevap verebilecek miktarda belirli bir maddi desteği sağlamış oldukları belirlenmiştir. Bunun yanında kamusal makamların, kamu hizmetlerindeki devamlığı sağlayabilmek için onarım işlerine başlamış olduklarını gören Mahkeme, mülkiyet hakkına yönelik olarak gerçekleştirilecek bir müdahale sonucunda ortaya çıkan zararın tümünün her durumda devlet tarafından tazmininin mümkün olmadığını kabul etmektedir.⁸⁸⁹

Mahkeme, mülkiyet hakkına yönelik olarak gerçekleştirilecek bir müdahale sonucunda ortaya çıkan zararın tamamının tazmininin piyasa değeri esas alınarak gerçekleştirilmesini Sözleşme'ye Ek 1 No'lu Protokol'ün 1'inci maddesinin zorunlu

⁸⁸⁶ŞAHİN, s.88.

⁸⁸⁷ŞAHİN, s.89.

⁸⁸⁸ŞAHİN, s.91.

⁸⁸⁹ŞAHİN, s.92.

bir unsur olarak görmemektedir. Diğer bir ifadeyle mülkiyet hakkından doğan pozitif edim yükümlülüğü, devlete doğal afet sonucu ortaya çıkan zararların tazmininde piyasa değeri üzerinden hesaplanacak bir ödemenin mesuliyetini yüklememektedir.⁸⁹⁰

Budayeva kararına konu olan olayda, mağdur kişilerin malvarlığı kayıpları ile dengeli olacak şekilde yetkili idari makamlar tarafından heyelan sonrası başvuruculara ödenmiş olan tazminatları ve konut tahsisi olanaklarını göz önüne alan Mahkeme, dava sonucunda Sözleşme'ye Ek 1 No'lu Protokol'ün 1'inci maddesi anlamında bir mülkiyet hakkı ihlalinin var olmadığı kararını almıştır. Daha önce de ifade edildiği gibi Budayeva kararında Mahkeme, devletin yaşama hakkını ve mülkiyet hakkını koruma altına alması açısından yerine getirmekle mükellef olduğu söz konusu iki hakka yönelik pozitif edim yükümlülüğünü birbirinden ayrı şekilde değerlendirmeyi uygun bulmuştur.⁸⁹¹

Pozitif yükümlülükler bağlamında iki hak arasında gerçekleştirilen ayrı değerlendirme, Mahkeme'nin uygulamada bahse konu haklar arasında bir hiyerarşinin varlığını kabul ettiği anlamına gelmese de, bu haklara verdiği koruma değeri bakımından bir derecelendirme yapma iradesi doğrultusunda davrandığını açıkça ortaya koymaktadır.⁸⁹²

Sözleşme hukukunda, atfedilen öneme göre hakların bir sıralamaya tabi tutulduğu dikkat çekmektedir. Sözleşme'nin 2'nci ve 3'üncü maddelerinde düzenlenen yaşama hakkı ve işkence yasağı gibi hak ve özgürlüklerin koruma altına alınması açısından devlete yüklenen sorumluluğunun kapsamının, bilhassa söz konusu hak ve özgürlüklerin tesis edilmesinde devletin üzerine düşen pozitif edim yükümlülüğünün sınırlarının, diğer hak ve özgürlüklerin sağlanması amacıyla devletlere izafe edilen pozitif edim yükümlülüklerin sınırlarına ve kapsamına oranla Strasbourg organları tarafından daha geniş yorumlandığı görülmektedir. Sonuç itibarıyla, yaşama hakkının ve mülkiyet hakkının koruma altına alınması açısından devlete yüklenen sorumluluğun kapsamının ve sınırlarının farklı olduğu,

⁸⁹⁰ŞAHİN, s.93.

⁸⁹¹ŞAHİN, s.93.

⁸⁹²ŞAHİN, s.94.

Mahkeme'nin yaşama hakkının korunması bağlamında devletin üzerine düşen pozitif edim yükümlülüğünü ağır ve geniş şekilde ele alarak bir kanaate ulaştığı vaki karar gerekçesinden de anlaşılmaktadır.⁸⁹³

Öngörülemez nitelikte insan davranışları ve doğal afetler sonucu meydana gelen olaylarda devletin pozitif edim yükümlülüğünden söz etmek mümkün değildir. Fakat Sözleşme kapsamında koruma altına alınan bir hakka yönelik tehlikenin öngörülebilirliğinin tespiti, her bir somut olaya münhasır koşulların dikkatli şekilde değerlendirilmesini gerektirmektedir. Bahse konu inceleme yapılırken, olayın meydana geldiği anda gerçekleştirilen tehlikeli faaliyetin devletin sorumluluğu kapsamında yürütülen veya yürütülmesi gereken bir faaliyet olup olmadığı hususu göz önünde bulundurulmaktadır. Söz konusu değerlendirme neticesinde devletin sorumluluğunun kapsamı, faaliyetin devletin kendi eliyle veya devletin kendi kontrolü altında olmakla birlikte özel kişiler tarafından yürütülen tehlikeli bir faaliyet niteliğinde olup olmamasına göre genişleyecek veya daralacaktır.⁸⁹⁴

Yaşama hakkına ilişkin tehlikenin öngörülebilir bir insan davranışının sonucu olduğu hallerde ise, devletin sorumluluğu kontrol ve himayesi altında olan ya da olmayan kişilerin yaşama haklarına yönelik olarak oluşan riskler açısından değişiklik gösterecektir. Mahkeme devletin sorumluluğunu, kontrol ve himayesi altında olan kişilere yönelik olarak gerçekleşen yaşama hakkı ihlallerinde daha ağır ve geniş yorumlayacakken, kontrol ve himayesi altında olmayan kişilere ilişkin ihlallerde daha dar sorumluluk alanı çizecektir.⁸⁹⁵

Doğal afetlerde devlete izafe edilebilecek bir sorumluluktan söz edebilmek için, meydana gelen afet olayının öngörülebilir olması, ortaya çıkacak can kaybını en alt seviyede tutmak amacıyla devletin bütün imkânlarının seferber edilmemiş

⁸⁹³ŞAHİN, s.136.

⁸⁹⁴ŞAHİN, s.137.

⁸⁹⁵ŞAHİN, s.137.

olması ve bu sonucun kamusal makamlara yüklenebilen bir ihmalden doğmuş olması gerekmektedir.⁸⁹⁶

Gerçekleşen bir ölüm olayında, olayın meydana gelme şeklinden yola çıkarak devletin ajanlarına izafe edilebilecek bir kusurun varlığını kanıtlamaya yarayacak somut hiçbir kanıtın olmaması, Sözleşme hukuku bağlamında devletin somut vaka nedeniyle yükümlülüğünün bulunmadığı sonucuna ulaşmaya cevaz vermemektedir. Bunun yanında devletin meydana gelen ölüm olayını etkili bir soruşturmaya konu ederek araştırması ve olayı aydınlığa kavuşturma gayretini ve ihtimamını sergilemesi gerekmektedir. Etkin şekilde yürütülen bir soruşturmanın sonucunda devletin ajanlarına atfedilebilecek bir kusurun bulunmadığının açıklığa kavuşturulmasıyla birlikte bu yöndeki yükümlülük yerine getirilmiş olacaktır.⁸⁹⁷ Tüm bu hususlardan yola çıkarak edindiğimiz kanaate göre, Sözleşme uygulamasında yaşama hakkının koruma altına alınmasından doğan pozitif edim yükümlülüğünün, diğer hakların koruma altına alınmasından doğan pozitif edim yükümlülüğüne nazaran daha katı ve geniş şekilde yorumlandığı Mahkeme'nin Budayeva kararında bu yönde yapılan ayırımdan da anlaşılmaktadır.⁸⁹⁸

Anayasa Mahkemesi'nin 17/09/2013 tarihli ve 2012/752 sayılı bireysel başvuru kararına konu olan ve 23/10/2011 tarihinde Van ilinde meydana gelen 7,2 şiddetindeki depremde çok sayıda kişi ölmüştür. 09/11/2011 tarihinde 5,6 şiddetinde artçı ikinci bir depremde başvuruçuların yakını olan Selman Kerimoğlu ile birlikte Van il merkezinde bulunan Bayram Otel'de kalan yirmi dört kişi söz konusu binanın çökmesi üzerine hayatını kaybetmiştir.⁸⁹⁹

Van Valisi ve AFAD görevlilerinin yasal anlamda kendilerine izafe edilen görevleri yerine getirmeyerek görevlerini kötüye kullandıklarını öne süren başvuruçular, otele ilişkin bir hasar tespiti gerçekleştirilmediğini, buna karşın otele girişin yasaklanmadığını belirterek gerçekleşen somut netice karşısında Anayasa'nın

⁸⁹⁶ŞAHİN, s.137.

⁸⁹⁷ŞAHİN, s.138.

⁸⁹⁸ŞAHİN, s.138.

⁸⁹⁹ Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 17/09/2013 tarihli ve 2012/752 sayılı bireysel başvuru kararı, s.2, parag.8.

17'nci maddesinin ihlal edildiğini iddia etmektedirler. Bunun yanında başvuruçular, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na somut bir bilgi ve belgenin var olmaması nedeniyle ilgililer hakkında verilen şikâyetin işleme konulmaması kararına karşı itiraz yolunun açık olmadığını ifade ederek Anayasa'nın 36'ncı maddesinde düzenlenen hak arama hürriyetinin de ihlal edildiğini öne sürmektedirler.⁹⁰⁰

Anayasa Mahkemesi, başvuruçuların birinci depremin akabinde gereken önlemleri almayarak yakınlarının ölümüne sebebiyet verdiklerini öne sürdükleri Vali ve AFAD yetkililerinin bu konuda asli yükümlülüklerinin var olduğunu kaydetmektedir.⁹⁰¹ İlk deprem sonrası gereken önlemlerin alınmaması neticesinde yakınlarının ölümüne sebep olduğu iddia edilen Vali ve AFAD yetkilileri hakkında başvuruçular, cezai soruşturma açılmamış olmasının devletin yaşam hakkından doğan pozitif yükümlülüğünün usuli yönünün ihlal edilmesine yol açtığını belirtmektedirler.⁹⁰²

Van Cumhuriyet Başsavcılığı'na olay hakkında yürütülen ceza soruşturması kapsamında dosya, Van Valisi ile AFAD görevlileri bakımından görevsizlik kararı verilmek suretiyle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilmiştir.⁹⁰³

Anayasa Mahkemesi'ne göre devlet görevlilerinin veya kurumlarının muhakeme hatasını ya da dikkatsizliğini aşan bir ihmalin var olması, yani yetkililerin olası sonuçları öngörmelerine karşın kendilerine verilen yetkileri göz ardı etmeleri neticesinde meydana gelen tehlikeyi önlemek için gereken tedbirleri almadıkları hallerde kişiler hangi hukuk yollarına başvurmuş olursa olsunlar, yaşama hakkını tehlike altına alan kişiler aleyhine ceza soruşturması

⁹⁰⁰ Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 17/09/2013 tarihli ve 2012/752 sayılı bireysel başvuru kararı, s.12, parag. 37.

⁹⁰¹ Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 17/09/2013 tarihli ve 2012/752 sayılı bireysel başvuru kararı, s.18, parag. 72.

⁹⁰² Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 17/09/2013 tarihli ve 2012/752 sayılı bireysel başvuru kararı, s.19, parag. 79.

⁹⁰³ Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 17/09/2013 tarihli ve 2012/752 sayılı bireysel başvuru kararı, s.2, parag. 11.

yürütülmemesi veya bu kişilerin yargılanmaması 17'nci maddenin ihlaline yol açabilmektedir.⁹⁰⁴

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı olay hakkında somut bilgi ve belgelere dayanmayan iddiaların öne sürüldüğü gerekçesiyle ilgililer bakımından ön inceleme yapılmasına lüzum bulunmadığına kanaat getirerek, şikâyetin işleme konulmamasına karar vermiştir. Sonuçta Anayasa Mahkemesi etkili ve caydırıcı bir ceza soruşturması gerçekleştirilmemiş olmasını Anayasa'nın 17'nci maddesinde düzenlenen yaşam hakkının usuli yükümlülükleri ile bağdaştırmayarak Anayasa'nın söz konusu hükmünün ihlal edildiğine hükmetmiştir.⁹⁰⁵

Ğ. Faili Meçhul Ölüm Olayları Ve Yaşama Hakkı

Faili meçhul olaylar hakkında yürütülen hazırlık soruşturmalarında, olayın gerçekleşmesinin akabinde şüpheli veya şüphelilerin kaçmış olmaları durumunda yakalanmaları için kolluk kuvvetlerinin buldukları girişimler, soruşturma kapsamında adli bir aramanın gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği ve söz konusu adli aramanın yeri ve zamanı, olay yerini gösteren krokiyi tanzim edenler ile adli aramayı gerçekleştiren kolluk görevlilerinin aynı kişiler olup olmadığı, şayet olay yeri incelemesini ve adli aramayı gerçekleştiren güvenlik güçleri aynı kişilerden teşekkül etmişse olay yeri incelemesinin ve aramanın ne zaman gerçekleştirildiğinin bir tutanağa bağlanıp bağlanmadığı, siyasi yönü bulunan soruşturmalarda ise, fezlekenin büyük bir özenle tanzim edilerek, soruşturmayı yürüten yetkililerin şüpheli veya şüphelilere ulaşmak adına gösterdikleri çabanın ortaya koyulması devletin sorumluluğu açısından büyük önem arz etmektedir.⁹⁰⁶

Mahkeme nezdinde yapılan kayıp kişiler ve faili meçhul olaylar ile ilgili başvurular, Türkiye için büyük bir önem arz etmektedir. Sözleşme'nin 2'nci

⁹⁰⁴ Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 17/09/2013 tarihli ve 2012/752 sayılı bireysel başvuru kararı, s.16, parag. 60.

⁹⁰⁵ Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 17/09/2013 tarihli ve 2012/752 sayılı bireysel başvuru kararı, s.21, parag. 86.

⁹⁰⁶ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, İnsan Hakları Sorunu, 2004, s.245.

maddesinde düzenleme altına alınan yaşama hakkı ile doğrudan alakalı bulunan kayıp kişilere ve faili meçhul olaylara dönük soruşturmaların etkinliği, kişilerin Sözleşme bağlamında yaşama hakkına gösterilen hassasiyet karşısında devletlerin sorumluluğu açısından büyük gereklilik teşkil etmektedir.⁹⁰⁷

Tanrikulu, olağanüstü hal ilan edilen dönemi kapsayan tarihlerde yani 1992 ve 1996 yılları arasında, olağanüstü hal bölgesinde bulunan şehir merkezlerinde, çok sayıda değişik türden meslekleri ifa eden kişilerin, kimliği belirsiz şahıslar tarafından sokak ortalarında öldürüldüklerini ifade etmektedir. Yazara göre, söz konusu cinayetlerin birçoğunun faileri henüz bulunamamıştır. Her ne kadar Mahkeme nezdinde gerçekleştirilen faili meçhul olaylara yönelik başvurulardan sonra, Hükümet savunmasında başvurular içinde bulunan bazı olaylara yönelik olarak yürütülen soruşturmalar sonucunda olayların fail veya failerin belirlendiğini öne sürmüş ise de, söz konusu başvurular hakkında yapılan değerlendirmelerde, tespit edilen failerin somut vakanın gerçek faileri olduğu hususundaki iddiaların gerçekliğinin ikna edici olmadığı kanaatine ulaşılmıştır.⁹⁰⁸

Türkiye aleyhine gerçekleştirilen bazı başvurularda, faili meçhul kişiler tarafından öldürülen insanların hayatlarını kaybetmelerinden doğan sorumluluğun devlete ait olduğu öne sürülmüştür. Bu olaylarla ilgili başvurularda Mahkeme, devlete izafe edilecek bir sorumluluğun bulunup bulunmadığını belirlerken, kişilerin yaşama hakkını koruma altına almak için devletin gereken tedbirlere başvurup başvurmadığına, faili meçhul olay hakkında etkin bir soruşturma gerçekleştirerek prosedürel anlamdaki yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğine dikkat etmektedir.⁹⁰⁹

Sözleşme'nin 2'nci maddesinde yer alan "her bireyin yaşama hakkı hukuk tarafından korunur" şeklindeki düzenlemenin, devlete sadece hukuka aykırı biçimde gerçekleşen öldürme fiillerinden sakınma sorumluluğunu değil, bunun yanında hâkimiyeti altında bulunan kişilerin yaşama haklarını koruma altına almak için makul tedbirler alma sorumluluğunu da verdiğini Mahkeme güncel kararlarında

⁹⁰⁷TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, İnsan Hakları Sorunu, 2004, s.245.

⁹⁰⁸TANRIKULU, s.89.

⁹⁰⁹ÖZDEK, s.149.

açıkça ifade etmektedir. Yani Sözleşme'nin 2'nci maddesinin, Mahkeme tarafından yaşama hakkına yönelik olarak devletlere ait negatif ve pozitif yükümlülüğü de kapsamına alacak şekilde değerlendirildiği görülmektedir. Mahkeme, kararlarında daha önce de pozitif yükümlülük kavramına atıfta bulunmuş olsa da, devletlerin söz konusu yükümlülüğüne dair Mahkeme içtihatlarının son zamanlarda dikkat çekici şekilde gelişme gösterdiği görülmektedir. Sözleşme'nin muhtelif maddeleri kapsamında devletlere izafe edilen pozitif yükümlülükler, söz konusu maddeler bağlamında devletlerin var olan sorumluluklarının kapsamını geniş tutacak şekilde yorumlanmaktadır. İlk kez McCann kararı ile birlikte, kuvvet kullanımı sonucu hayatını kaybeden kişilerin ölüm olaylarına yönelik olarak yetkililer tarafından yürütülmesi gereken etkili bir resmi soruşturmayı devletin yaşama hakkını koruma altına alma pozitif yükümlülüğü kapsamında gören Mahkeme, son güncel kararlarında devletlerin yaşama hakkına ilişkin söz konusu pozitif yükümlülüklerinin içeriğini daha açık kıstaslar kullanmak suretiyle belirlediği görülmektedir.⁹¹⁰

Sözleşme'nin 2'nci maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesi esas alındığında, devletin kasten ve hukuka aykırı olarak gerçekleşen öldürme eylemlerini engellemek ve kişilerin yaşama hakkını koruma altına almak için makul hukuki nitelikte tedbirler almak konusunda yükümlülüğünün var olduğunu Mahkeme'nin güncel kararlarından da açık bir şekilde anlamak mümkündür. Söz konusu yükümlülük, kişilerin yaşama hakkına yönelik olarak işlenecek hukuka aykırı eylemleri önlemek için ceza hukuku alanında etki doğurabilecek nitelikte düzenlemeler öngörme ve söz konusu yasal düzenlemelere riayet edilmesini sağlayan önleyici, bastırıcı ve cezalandırıcı bir idari ve adli denetim sistemi oluşturma görevini de kapsamaktadır. Fakat Mahkeme, her ne kadar devletin söz konusu genel ve soyut yükümlülüğünü bu şekilde tespit etse de, yaşama hakkını koruma altına alma hususunda devlete yüklenen pozitif ödevin kapsamını sınırsız bir şekilde yorumlamamaktadır. Diğer bir ifadeyle Mahkeme,

⁹¹⁰ Bkz. GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 2007, s.177. Mahkeme, taraf devletlerin Sözleşme'nin 2'nci maddesinden doğan ve yaşama hakkını koruma altına almaya yönelik pozitif yükümlülüklerine ve Sözleşme'nin 1'inci maddesi gereğince hâkimiyet alanları içinde yer alan herkesin Sözleşme ile tanınan hak ve özgürlüklerini koruma altına almaya ilişkin sorumluluklarına atıfta bulunarak, kuvvet kullanımı neticesinde hayatını kaybeden kişileri ilgilendiren adli olaylarda etkili resmi soruşturma yükümlülüğünün yerine getirilmesini sağlayacak usule ilişkin tedbirlerin belirlenmesi lüzumuna da vurgu yapmaktadır.

devletin pozitif yükümlülüğünün yetkili mercilerin üzerine yerine getirilmesi mümkün olmayan bir sorumluluk yükleyemeyeceği kabulünden yola çıkarak somut olaylar hakkında değerlendirmede bulunmaktadır. Yaşama hakkına ilişkin olduğu öne sürülen her tehlikeye engel olmak için, yetkililerin mutlaka tedbir alma zorunlulukları bulunmamaktadır.⁹¹¹ Pozitif yükümlülükten doğan bir sorumluluktan bahsedebilmek için, kişilerin yaşama hakkına yönelik olarak üçüncü kişiler tarafından ortaya çıkarılacak somut ve yakın bir tehlikenin mevcudiyetinden yetkili kişilerin olay anında haberdar olmaları veya haberdar olmalarının gerektiği aranmakla birlikte söz konusu gerçek ve yakın tehlikenin engellenmesi için makul tedbirlerin alınmasının yetkililer tarafından ihmal edilmiş olması da gerekmektedir.⁹¹² Pozitif yükümlülüğün gereklerine uyulduğundan bahsedebilmek için yetkili makamların, varlığından haberdar oldukları yaşama hakkına ilişkin gerçek ve yakın bir tehlikenin engellenebilmesi için gereken tedbirleri almış olmaları gerekmektedir.⁹¹³

Türkiye aleyhine gerçekleştirilen Mahmut Kaya, Kılıç ve Akkoç başvurularında Mahkeme, başvuruçuların yaşama hakkına yönelen gerçek ve yakın bir tehlikenin varlığından yetkililerin haberdar olduğunu veya olması gerektiğini kabul etmiş, ancak somut vakalardaki tehlikenin önlenmesine ilişkin herhangi bir tedbirin yetkililer tarafından alınmamış olduğunu tespit ederek Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir.⁹¹⁴

Mahkeme'nin Mahmut Kaya kararına konu olan başvuruda, 1993 yılının Şubat ayında Elazığ İnsan Hakları Derneği Başkanı Metin Can ile Hasan Kaya'nın Dinar Köprüsü'nün altında ölü bulunmalarından devletin sorumlu olduğu öne

⁹¹¹ Bkz. GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 2007, s.174. Pozitif yükümlülüğün içeriği, toplum idaresindeki zorluklar, var olan imkânlar, öncelikli ihtiyaçlar dikkate alındığında yerel mercilere olanaksız ya da orantısız bir sorumluluk yükleyecek şekilde değerlendirilmemelidir. Diğer bir ifadeyle yaşama hakkına yönelik olduğu öne sürülen her tehlike, yetkililer için önleyici tedbir alma sorumluluğunu doğurmayacaktır.

⁹¹² Mahkeme'nin 28/10/1998 tarihli Osman/Birleşik Krallık kararı, Başvuru No: 23452/94, par. 116. Söz konusu kararda oyçokluğuyla 2'nci maddeye aykırılık saptanmamıştır. Fakat Mahkeme'nin 14/03/2002 tarihli Paul and Audrey Edwards/Birleşik Krallık kararında (Başvuru No: 46477/99) taraf devletin, mağdurun yaşamını koruma altına alma konusunda gereken tedbirleri almadığı için 2'nci madde çerçevesinde sorumluluğuna hükmedilmiştir.

⁹¹³ GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 2007, s.174.

⁹¹⁴ ÖZDEK, s.150.

sürülmüştür. Başvurucu, dilekçesine Başbakanlığın talebi üzerine hazırlanan Susurluk Raporu'nu da eklemiştir. Söz konusu raporda Metin Can'ın ölümüne devlet güçlerinin neden olduğu belirtilmektedir. Komisyon tarafından ifadelerine başvuru tanıklar da, hayatını kaybeden iki kişinin olay öncesinde tehdit edildikleri yönünde beyanda bulunmuşlardır. Hasan Kaya'nın kim tarafından öldürdüğünü tespit etmenin imkânı bulunmadığını belirten Komisyon, raporunda bahsi geçen kişinin PKK sempatisini olduğu nazara alındığında güvenlik güçleri tarafından veya onlar adına hareket eden kişilerce ya da güvenlik güçlerinin muvafakati ve karşı koymamasından cesaret alan kişiler tarafından öldürülme ihtimaline de dikkat çekmiştir. Mahkeme ise, Hasan Kaya'nın hayatını kaybetmesine devlet güçlerinin neden olduğunun ispatlanamadığını kabul etmekle birlikte, olayın gerçek faillerinin kimlik bilgilerinin yetkililer tarafından bilindiğini kanıtlayacak kuvvetli delillerin olduğunu tespit etmiştir. Belirlediği söz konusu delillerden en önemlisi olarak görülen Susurluk Raporu, Metin Can ve Hasan Kaya'nın yetkililerin bilgisi dâhilinde gerçekleştirilen bir yargısız infaz sonucu hayatlarını kaybetmiş oldukları yönünde Mahkeme'nin bir kanaate ulaşmasına neden olmuştur. Bunun yanında Mahkeme, TBMM'nin faili meçhul cinayetler ile ilgili bir çalışma yürüten araştırma komisyonunun 1993 tarihinde hazırlamış olduğu raporu da göz önünde bulundurmıştır. Mahkeme söz konusu rapora istinaden, Hasan Kaya'nın hukuka aykırı bir şekilde gerçekleştirilecek saldırıdan doğan gerçek ve yakın bir tehlike ile yüz yüze kaldığının ilgili merciler tarafından bilindiğini kabul etmiştir. Mahkeme'nin bu kanaate ulaşmasında 1993 tarihli araştırma komisyonu raporunun büyük etkisi olduğu görülmüştür.⁹¹⁵

Mahkeme'nin Kılıç kararına konu olan başvuruda ise, Özgür Gündem gazetesi muhabiri olan Kemal Kılıç'ın 1993 yılının Şubat ayında hayatını kaybetmesinden devletin sorumlu olduğu öne sürülmüştür.⁹¹⁶ Söz konusu olay

⁹¹⁵ÖZDEK, s.151.

⁹¹⁶ Bkz. GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 2007, s.173. Mahkeme'nin Kılıç kararına konu olan davada başvuru Cemil Kılıç kardeşi Kemal Kılıç'ın Özgür Gündem gazetesinde çalışması nedeniyle kimliği belirsiz kişiler tarafından öldürüldüğünü, olay öncesinde kardeşinin ve diğer gazete çalışanlarının tehdit edildiklerini, bunun üzerine valilikten koruma amaçlı tedbir talebinde bulunulduğunu, ancak valiliğin söz konusu talebi hiçbir ilde gazete çalışanlarına özel koruma sağlanmadığı gerekçesiyle kabul etmediğini, kardeşinin olay tarihinde evine gittiği esnada kendisini takip eden bir kişi tarafından öldürüldüğünü, şüphelisi tespit edilemeyen olay hakkında

meydana gelmeden iki ay önce Kemal Kılıç hem kendisinin hem de Özgür Gündem gazetesi çalışanlarının koruma altına alınması için Şanlıurfa Valiliği'nden tedbir alınmasını istemiş ise de söz konusu talebi Valilik tarafından kabul edilmemiştir. Mahkeme, Kemal Kılıç'ın ölümüne sebep olanları belirlemenin olanak dâhilinde olmadığı yönündeki Komisyon görüşüne katıldığını ifade etmekle birlikte, Valilikten istenen koruma talebini, kişinin içinde bulunduğu tehlikeli durumun yetkililer tarafından bilindiğinin⁹¹⁷ açık bir delili olarak nitelendirmiştir.⁹¹⁸

Bahsi geçen davada, makul şüpheyi aşacak ölçüde Kemal Kılıç'ın bir devlet görevlisi ya da devlet adına hareket eden bir kişinin eylemi sonucunda öldürüldüğü tespit edilememiştir.⁹¹⁹ Kemal Kılıç'ın, 23/12/1992 tarihinde yani faili meçhul kişiler tarafından öldürülmesinden iki ay önce Şanlıurfa Valiliği'nden korunmak amaçlı tedbir talebinde bulunduğu altını çizen Mahkeme, kişinin Valiliğe hitaben hazırladığı dilekçesinde Özgür Gündem gazetesi çalışanı olarak hem kendisinin hem de diğer iş arkadaşlarının tehlike altında olduğunu belirttiğine de dikkat çekmektedir. Bunun yanında olayda hayatını kaybeden şahıs, 11/01/1993 tarihli gazete bülteninde Şanlıurfa'da meydana gelen özel saldırılara dair haberleri ayrıntılarıyla aktarmıştır.⁹²⁰

yürütülen soruşturma sonunda daimi arama kararı verildiğini, kardeşinin devletin gizli ajanları tarafından veya Hizbullah üyeleri tarafından öldürüldüğünü, olaydan sonra yapılan adli tahkikatın etkili olmaması nedeniyle Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ihlâl edildiğini öne sürmüştür.

⁹¹⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 2007, s.175. Diyarbakır polisinin Özgür Gündem bürosu ile talep edilen tedbirlerin alınması hususunda irtibat içinde olduklarını gözlemleyen Mahkeme, bu tespitinden yola çıkarak yetkili mercilerin söz konusu tehlikenin varlığından bilgi sahibi olduklarını kabul etmektedir. Mahkeme yetkililerin, güvenlik güçlerine yakın olan ya da güvenlik güçlerinin kontrolünde olan kişi ya da grupların eylemlerinden doğabilecek bir tehlikenin farkında olduklarını veya söz konusu tehlikenin kaynağını öngörebilmelerinin gerektiğini de belirtmektedir. 1993 tarihli Meclis Araştırma Komisyonu raporunu dayanak alan Mahkeme, söz konusu raporda geçen ve bazı görevlilerin Güneydoğu bölgesinde yaşanan faili meçhul 908 adet öldürme olayının içerisinde yer almış olabilecekleri yönündeki ifadelerle özel bir önem atfetmektedir. PKK örgütünü desteklediği öne sürülen ve içlerinde Musa Anter gibi başka gazetecilerin de olduğu kişilere yönelik öldürme eylemlerinden yetkililerin bilgisi olduğunun belirtildiği 1998 yılında yayınlanan Susurluk raporunu hatırlatan Mahkeme'nin, Hükümet'in, söz konusu raporun hukuki bir değeri bulunmadığı yönündeki savunmasına itibar etmeyerek, hatta Hükümet'in dahi raporun Başbakan'ı bilgilendirmek ve gerekli tedbirleri almak gayesiyle kaleme alındığını kabul etmesinden hareketle söz konusu rapora önem atfettiği görülmektedir. Mahkeme, raporun herhangi bir devlet görevlisinin faili meçhul görünen adam öldürme olaylarına dâhil olduğu bilgisini vermediğini kabul etmekle birlikte, devlet menfaatlerine uygun hareket etmeyen kişilerin hedef alındığı olaylardan kolluk kuvvetlerinin haberdar olduklarının bahsi geçen raporda belirtildiğini ifade etmektedir.

⁹¹⁸ÖZDEK, s.151.

⁹¹⁹GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 2007, s.174.

⁹²⁰GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 2007, s.174.

Başvuruda öne sürülen iddialar karşısında Hükümet, söz konusu bölgede yaşanan bu türden olaylar sonucu mağdur olan kişilerin sayısını göz önüne alarak, Kemal Kılıç'ın Güneydoğu bölgesinde yaşayan diğer insanlardan veya gazetecilerden daha ayrıcalıklı korunmasını haklı kılan ağır bir tehlikenin varlığından söz edilemeyeceğini ifade etmiştir. Mahkeme yetkili mercilerin, Özgür Gündem gazetesinin basımında ve dağıtımında görev alan kişilerin bir saldırıda mağdur olabilecekleri kaygısını yaşadıklarından bilgi sahibi olduklarını kabul etmektedir. Bu kabulden hareketle Mahkeme, Özgür Gündem gazetesinde çalışan Kemal Kılıç'ın kanuna aykırı bir saldırının mağduru olma riski altında olduğuna kanaat getirmekle birlikte, somut olayda gerçek ve yakın bir tehlikenin varlığından da şüphe duymamaktadır.⁹²¹

Somut olayda yetkililerin Kemal Kılıç'ın içinde bulunduğu tehlikeyi engellemek için makul ölçüde tedbir alıp almadıkları da dava kapsamında incelenen diğer bir önemli husustur. Hükümet'in savunmasında ifade ettiği gibi, Mahkeme de kamu düzeninin tesis edilmesi gayesiyle olayın meydana geldiği bölgede çok sayıda kolluk kuvvetinin görev yaptığını kabul etmektedir. Her ne kadar Mahkeme, güvenlik güçlerinin yasa dışı grupların silahlı saldırılarına karşılık verme yükümlülükleri olduğunu, taraf devlette yaşama hakkının koruma altına alınmasına ilişkin hukuki bir alt yapının bulunduğunu, Türk Ceza Kanunu'nda adam öldürmenin bir yaptırımı bağlandığını, kolluk kuvvetlerinin suçları önleme ve işlenen suçları savcının emri altında soruşturma yetkisine haiz olduklarını, ceza hukuku hükümlerini uygulayan ve karar veren bir yargılama merciinin var olduğunu kabul etse de⁹²² söz konusu olayların yaşandığı zaman ve bölgeyi nazara alarak güvenlik güçlerinin iştirakiyle işlendiği öne sürülen hukuka aykırı eylemler kapsamında gerçekleşen ceza hukuku uygulamasının özel nitelikler taşıdığını hatırlatmaktadır.⁹²³

⁹²¹GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 2007, s.175.

⁹²²GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 2007, s.175.

⁹²³Bahsi geçen suçlar belirli şartlar dâhilinde devlet görevlilerince işlendiğinde, haklarında soruşturma açılıp açılmaması yönünde karar verilmek üzere soruşturma dosyası idari kurullara gönderilmektedir. Söz konusu kurullar ise, suç teşkil eden eylemi gerçekleştirdiği iddia edilen güvenlik güçlerinden sorumlu Vali ile astlık üstlük ilişkisi içerisinde çalışan kişilerden teşekkül etmektedir. Meydana gelen olayın hemen akabinde yürütülen soruşturmanın akibetinde rol alan birimlerle hiyerarşik ilişki içinde olan kolluk görevlilerinin soruşturma kapsamında görev aldığına dikkat çeken Mahkeme, önüne gelen

Mahkeme aynı zamanda başvuruya konu somut vakanın meydana geldiği zamanı ve yeri göz önünde bulundurarak, olay hakkında yürütülen soruşturmanın etkinliği hususunda yerine getirilmesi gereken usule ilişkin bazı yükümlülüklerin göz ardı edildiğini tespit etmiştir. Kolluk kuvvetlerinin faaliyetleri kapsamında gerçekleştirilen eylemlerin hukuki yönden denetiminde yetkililerin üzerine düşen sorumluluğu gereken şekilde yerine getirilmemelerinin nedeni olan özen eksikliğini Mahkeme, Sözleşme bağlamında koruma altına alınan temel hak ve özgürlüklere aynı zamanda taraf devletin egemenliği altında da güvence sağlanması gerekliliği karşısında önemli bir ihlal nedeni olarak görmektedir.⁹²⁴

Mahkeme somut olayda Kemal Kılıç'ın yaşama hakkının koruma altına alınması için hukuken başvurulması gereken tedbirlerin alınmadığının yanı sıra kişiye yönelik eylemin gerçekleştirilmesinin önüne geçmek için ihtiyatlı davranılmadığına da dikkat çekmiştir. Her ne kadar Hükümet savunmasında kişiye yönelik tehlikeye engel olmaya yetecek bir tedbirin alınmasının olanak dâhilinde bulunmadığını öne sürse de, Mahkeme'yi bu hususta ikna etmeyi başaramamıştır. Mahkeme, Kemal Kılıç'ın yaşama hakkını koruma altına almaya ilişkin olan ve maruz kaldığı tehlikeyi azaltmaya imkân sağlayan birçok tedbire başvurulabileceği görüşündedir. Hâlbuki yetkili makamların olaydan önce öngörülebilir bir tehlikenin varlığından haberdar olmadıkları hususu Hükümet tarafından Mahkeme huzurunda ısrarla dile getirilmiştir.⁹²⁵

Bunun yanında Mahkeme, yetkili makamların hem Kemal Kılıç'ın koruma talebine ilişkin makul tedbirleri almada hem de Şanlıurfa ilinde yer alan Özgür Gündem gazetesi çalışanlarının karşılaşılabileceği tehlikenin nedenini sorgulama

davada, öldürme eylemini gerçekleştirdiği iddia edilen kolluk kuvvetleri hakkında verilebilecek bir soruşturma izni için ön inceleme gerçekleştiren idare kurullarının bağımsız olmadığına ve olay hakkında etkili bir soruşturma gerçekleştirilmediğine karar vermiştir. Bununla birlikte başvuruya konu olayın meydana geldiği yer ve zamanda kolluk kuvvetlerinin sebep olduğu öne sürülen hukuka ayıkırı fiillerin tahkikatında Sözleşme'nin 2'nci maddesinden doğan usule ilişkin yükümlülüklerle ve resmi bir hizmetin ifasında yer alan kişiler tarafından gerçekleştirildiği iddia edilen ihlal karşısında Sözleşme'nin 13'üncü maddesinde dayanağını bulan etkili bir yola başvurma hakkının tanınması yönündeki gerekliliklere riayet edilip edilmediğinin tespitinde yetkililerin özenli davranmadığı Sözleşme organları tarafından gözlemlenen diğer eksikliklerdir.

⁹²⁴GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 2007, s.177.

⁹²⁵GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 2007, s.177.

konusunda bir çaba içerisinde girdiklerine dair yeterli kanıt rastlanmadığını da belirtmektedir.⁹²⁶

Mahkeme, somut vaka hakkında Jandarma Yüzbaşı Kargılı tarafından gerçekleştirilen soruşturmada, olay anına tanıklık etme ihtimali olan kişilerin belirlenmesi ve ifadelerine başvurulması, ayrıca olay yerinde bulunarak muhafaza altına alınan mermi çekirdeklerini balistik yönden değerlendiren kriminal raporun temin edilmesi haricinde başka bir tahkikat işleminin yapılmamış olduğuna dikkat çekmektedir. Soruşturma sürecinde elde edilen söz konusu bilgi ve belgelerin ilgili Cumhuriyet savcısına gönderilmesinden sonra tahkikatı derinleştirmeye yönelik hiçbir girişimde bulunulmadığını gözlemleyen Mahkeme, bunun yanında 24/12/1993 tarihinde Diyarbakır'da yakalanan Hizbullah üyesi Hüseyin Güney hakkında, Kemal Kılıç'ı öldürdüğünü açık bir biçimde ortaya koyan bir kanıt elde edilmeden iddianame tanzim edilmesini de hukuka aykırı olarak gördüğü tespitlerden biri olarak nitelendirmiştir. Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin, Kılıç'ın ölüm olayı hakkında kimsenin görgü ve bilgisine başvurmadığı, öte yandan Hasan Hüseyin Güney'in üzerine atılı suçu ikrar etmediği, Hüseyin Güney tarafından kullanıldığı öne sürülen silahın Diyarbakır'da gerçekleştirilen bir saldırının haricinde on beş olayda daha kullanılmış olduğunu tespit eden balistik inceleme raporuna rağmen Diyarbakır'da gerçekleştirilen saldırı öncesinde de silahın sahibinin Güney olduğunu doğrulayan bir kanıtın elde edilemediği, keza Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin 29/03/1999 tarihli kararıyla da Güney'in silahı başka bir olayda kullanmadığının belirlendiği Mahkemece dosya kapsamından çıkarılan diğer önemli sonuçlardır.⁹²⁷

Hükümet savunmasında, Hüseyin Güney'in Kemal Kılıç'ın öldürülmesi olayının şüphelisi olamayacağını ve adının yanlışlıkla soruşturmaya karıştığını öne süren başvuruçunun itirazını ve söz konusu itirazın haklılığını ortaya koyan Komisyon görüşünü kabul etmemiştir. Kolluk görevlileri ve Şanlıurfa savcısı tarafından olayın akabinde yürütülen soruşturmanın, Kemal Kılıç'ın Özgür Gündem gazetesi çalışanı sıfatıyla bir tehlike altında olma ihtimalinin var olup olmadığına

⁹²⁶GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 2007, s.177.

⁹²⁷GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 2007, s.178.

ilişkin herhangi bir araştırmayı içermediğini ifade eden Mahkeme, soruşturma kapsamında verilen yetkisizlik kararı ile dosyanın Devlet Güvenlik Mahkemesi savcılığına gönderilmesinin altında yatan düşüncenin şüpheliye isnat edilen suçun ayrılıkçı bir eylemden kaynaklandığı ön yargısına dayandığını belirtmektedir.⁹²⁸ Bunun yanında Mahkeme, Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi Savcılığı'nın soruşturmayı etkin bir biçimde yürütme çabası içerisinde olduğunu gösterir kanıt veya olayda kolluk kuvvetlerinin sorumluluğunu gerektirecek bir müdahalenin olup olmadığının belirlenmesine yönelik herhangi bir incelemeye rastlanmadığını da dile getirmektedir.⁹²⁹

Mahkeme, Kemal Kılıç'ın ölümüne yönelik olarak yürütülen soruşturmanın içeriğinin genişletilmeden sürdürülmesini gerekçe göstererek yetkililerin Sözleşme'nin 2'nci maddesinden doğan pozitif yükümlülüklerin gereklerine aykırı davrandıkları ve böylece yaşama hakkının somut olay bakımından ihlal edilmiş olduğu kanaatine ulaşmıştır.⁹³⁰

Sonuç olarak, meçhul kişiler tarafından yaşamına son verilen Kemal Kılıç, sürekli tehdit aldığını öne sürerek kolluk kuvvetlerinden can güvenliğinin korunmasını talep etmesine ve söz konusu tehditler nedeniyle iş yeri olan gazete bürosunun da güvenliğinin sağlanması gayesiyle polisle irtibata geçmesine rağmen kişinin maruz kalabileceği tehlikeden haberdar olan yetkililerin gereken önlemleri alma konusunda bir teşebbüste bulunmadıkları gerekçe gösterilerek devletin Sözleşme'den doğan pozitif yükümlülüğüne uygun davranmadığı kanaatine ulaşılmıştır.⁹³¹

Nihayet Mahkeme, önüne gelen somut olaya yönelik dava dosyası üzerindeki incelemelerinden, Kemal Kılıç'ın yaşama hakkına ilişkin gerçek ve yakın tehlikenin

⁹²⁸Önüne gelen birçok davada Mahkeme, terör suçları hakkında yargılama yetkisinin o dönemde askeri mahkemelerin varlığına rağmen Devlet Güvenlik Mahkemeleri'ne ait olmasını, Sözleşme'nin 6'ncı maddesinde düzenlenmiş olan ve kişiler hakkındaki suçlamaların esası konusunda karar verecek mahkemenin tarafsız ve bağımsız olması şartını arayan düzenlemeyi göz önünde bulundurarak adil yargılanma hakkının Sözleşme bağlamında tesis edilebilmesi için sağlanması gereken güvencelere uygun olmadığı sonucuna varmıştır.

⁹²⁹GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 2007, s.178.

⁹³⁰GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 2007, s.179.

⁹³¹TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR/ÖNOK, s.112.

ortadan kaldırılması için gereken tüm tedbirlerin yetkililer tarafından alınmadığına ve dolayısıyla Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ihlal edilmiş olduğuna hükmetmiştir.⁹³²

Mahkeme'nin Akkoç kararına konu olan olayda, 1993 yılının Ocak ayında Zübeyir Akkoç'un Diyarbakır ilinde yanında bulunan kişi ile birlikte öldürüldüğü ve ölümünden devletin sorumlu olduğu iddia edilmiştir. Öncelikli olarak Komisyon'a başvuran Zübeyir Akkoç'un eşi, ölüm olayının gerçekleşmesinden önce tehdit edilmeleri nedeniyle savcılığa suç duyurusunda bulduklarını, fakat yetkililer tarafından gereken tedbirlerin alınmadığını öne sürmüştür. Zübeyir Akkoç'un devlet güçleri tarafından öldürüldüğünün kabul edilmesi için yeterli delilin bulunmadığı kanaatine ulaşan Mahkeme, Zübeyir Akkoç'un yaşama hakkına ilişkin gerçek ve yakın tehlikenin varlığından şüphe duymamıştır. Zübeyir Akkoç'un hukuka aykırı olarak nitelendirilen birtakım etkinliklere dâhil olan ve Güneydoğu'da uygulanan politikalara muhalif kalan bir Kürt öğretmen kimliğiyle olay esnasında kanuna aykırı bir eylemin mağduru olma riskine yaklaştığını kabul eden Mahkeme, Akkoç'un eşinin savcılığa yaptığı suç duyurusunu, ölen kişinin yaşama hakkına ilişkin tehlikenin varlığından yetkili makamların haberdar olduklarının delili olarak görmüştür.⁹³³

Mahmut Kaya, Kılıç ve Akkoç başvurularında öne sürülen iddialara karşılık olarak Hükümet savunmasında, mağdurların güneydoğu bölgesinde yaşayan sıradan bir kişinin karşılaşacağı yaşama hakkına yönelik bir tehlikeden daha büyük bir tehlike ortamında bulunmadıklarını ifade etmiştir. Mağdurların yaşama haklarına ilişkin özel bir tehlikenin var olduğunu kabul eden Mahkeme, bu görüşünün doğruluğuna gerekçe olarak mağdurların öldürülmeden önce tehdit edilmelerini göstermiştir. Her ne kadar Hükümet, Mahkeme'nin kararlarında göz önünde bulundurduğu Susurluk Raporu'nun herhangi bir hukuki değerinin bulunmadığını öne sürse de, Mahkeme söz konusu raporun içeriğinden meydana gelen ölüm olaylarına doğrudan devlet görevlilerinin sebebiyet verdiklerinin anlaşılmadığını ifade etmekle beraber, bazı öldürme olaylarının güvenlik güçlerinin bilgisi dâhilinde

⁹³²GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 2007, s.177.

⁹³³ÖZDEK, s.152.

gerçekleşmiş olduğunu göstermesi açısından son derece önem taşıdığını vurgulamıştır.⁹³⁴

Mahkeme Mahmut Kaya, Kılıç ve Akkoç kararlarında güneydoğu bölgesinde etkili bir ceza hukuku uygulamasının var olmadığını gözlemlemiştir. Söz konusu tespit, güvenlik güçlerinin içinde bulunduğu öne sürülen kanuna aykırı fiillere yönelik etkili bir ceza hukuku uygulamasının bulunmadığını da içermektedir. Mahkeme devlet memurlarının görevleri esnasında ve görevleri nedeni ile işledikleri suçlar açısından olayların meydana geldiği tarihteki düzenlemelere göre yargılanmalarının tabi olduğu usulü, somut olaylarda etkili bir soruşturma gerçekleştirilmediğinin nedeni olarak görmektedir. Mahkeme, aynı zamanda ön soruşturma yapma ve ilgili devlet memurları hakkında soruşturma açılıp açılmamasına karar verme yetkisine haiz olan il ve ilçe idare kurullarının bağımsız niteliklerinin bulunmamasının başlı başına Sözleşme'ye aykırı olduğunu ifade etmektedir.⁹³⁵ Mahkeme, daha önce aynı bölgede yaşanan olaylara ilişkin olarak önüne gelen davalardan elde ettiği izlenimin sonucu ile benzer şekilde söz konusu olaylarda da yetkili mercilerin etkili soruşturma gerçekleştirme yükümlülüklerine riayet etmediklerini belirtmiştir. Mahmut Kaya, Kılıç ve Akkoç kararlarında İncal kararına da atıfta bulunan Mahkeme, aynı zamanda Devlet Güvenlik Mahkemeleri'nin bağımsız ve tarafsız niteliğinin bulunmadığını ifade etmiştir.⁹³⁶

Sonuç olarak Mahkeme, Mahmut Kaya, Kılıç ve Akkoç kararlarında yetkililer tarafından etkin bir soruşturma gerçekleştirilmediği gerekçesi ile Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir. Faili meçhul adam öldürme olaylarına konu olan başvuruların karara bağlandığı Yaşa, Tanrıkulu, Ülkü Ekinci ve Tepe davalarında da etkin soruşturma gerçekleştirilmediği gerekçesi ile Sözleşme'nin 2'nci maddesi bağlamında ihlal tespiti yapılmıştır.⁹³⁷

⁹³⁴ÖZDEK, s.152.

⁹³⁵ Bu uygulamanın yasal dayanağı olan Memurun Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat, 02/12/1999 tarihli ve 4483 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır.

⁹³⁶ÖZDEK, s.152.

⁹³⁷ÖZDEK, s.153.

Mahkeme'nin Yaşa kararına⁹³⁸ konu olan olayda ise, Diyarbakır ilinde Özgür Gündem gazetesi satan büfe işleticisi Yaşa, güvenlik güçlerinin 1993 yılının Ocak ayında kendisini öldürmeye teşebbüs ettiklerini, söz konusu olay nedeniyle yaralandığını, bu esnada büfesini işletmeye devam eden amcasının 1993 yılının Haziran ayında güvenlik güçleri tarafından öldürüldüğünü, kendisine ve amcasına yönelik eylemlerin Sözleşme'nin 2'nci maddesini ihlal ettiğini iddia etmiştir. Meydana gelen olaylardan güvenlik güçlerinin sorumlu olduğuna dair ortada kesin bir delilin bulunmadığı yönünde benzer tespitlerde bulunan Komisyon ve Mahkeme,⁹³⁹ yetkililer tarafından olay hakkında etkin bir soruşturma yürütülmediği hususunda da hem fikir olduklarını belirtmişlerdir. Mahkeme, söz konusu olaydan sonra yerel makamlar tarafından yürütülen soruşturmada güvenlik güçlerinin de şüpheli sıfatına haiz olma ihtimalin göz ardı edilmiş olmasını ve olayın meydana gelmesinden sonra geçen 5 yıllık zaman zarfında açılan soruşturmada gözle görülür bir ilerleme kaydedilememesini, etkili bir soruşturma yürütülmediğinin kabulü için yeterli saymıştır.⁹⁴⁰

Mahkeme'nin Tanrıkulu⁹⁴¹ kararına konu olan başvuruda, 1993 yılının Eylül ayında Silvan'da hayatını kaybeden Zeki Tanrıkulu'nun güvenlik güçlerince veya güvenlik güçlerinin görmezden gelmesi neticesinde öldürüldüğü öne sürülmüştür. Başvurucu Zeki Tanrıkulu'nun eşi, tanık sıfatıyla alınan beyanında kişinin öldürüldüğü esnada olay yerine yakın olan karakolda nöbet tutan polislerin olayın faillerinin firar etmesine bilerek neden olduklarını ifade etmiştir. Ancak Komisyon, başvurucunun ileri sürdüğü söz konusu iddianın doğruluğunu açık bir şekilde ortaya koyacak kanıt ulaşılamamıştır. Ancak Mahkeme, olay yeri incelemesinin soruşturmaya ışık tutacak nitelikte özenli gerçekleştirilmemesi, adli tıp uzmanı

⁹³⁸ Yaşa/Türkiye davası, Başvuru No:22495/93, Karar Tarihi: 02/09/1998. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

⁹³⁹ Bkz. ÇİFTÇİOĞLU, s.161. Faili meçhul adam öldürme olayları, terör örgütü eylemlerine sıkça rastlanılan yıllarda Türkiye bakımından önemli sorunlarından biri olarak görülmüştür. Mahkeme, 02/09/1998 tarihli Yaşa kararında, kimliği belirsiz bir kişi tarafından ağır şekilde yaralanan başvurucunun yaşama hakkının tehlike altında olduğuna yönelik olaydan önce yetkili makamlara yapılmış olan bildirim neticesinde, taraf devletin başvurucunun yaşama hakkını koruma altına almada üzerine izafe edilen yükümlülükleri yerine getirdiği ve bir ihmali olmadığı kanaatine ulaşmıştır.

⁹⁴⁰ ÖZDEK, s.153.

⁹⁴¹ Mahkeme'nin 08/07/1999 tarihli Tanrıkulu/Türkiye kararı, Başvuru No: 23763/94, Mahkeme'nin 16/07/2002 tarihli Ülkü Ekinci/Türkiye kararı, Başvuru No: 27602/95.

tarafından ceset üzerinde otopsi işleminin yapılmamış olması, savcının gerekli delilleri elde etmeden suçun teröristlerce işlendiği iddiasıyla hareket etmiş olması, soruşturmanın başlamasının üzerinden uzun zaman geçmiş olmasına karşın olayın meydana geldiği yerin yakınında bulunan karakolda o esnada görev yapan polislerin ifadesine başvurulmamış olması gibi nedenlerden dolayı yürütülen soruşturmanın etkin olmadığına hükmetmiştir.⁹⁴²

Mahkeme'nin Ülkü Ekinci kararına⁹⁴³ konu olan olayda ise, Ankara'da avukatlık yapan Yusuf Ekinci'nin 1994 yılının Şubat ayında öldürülmüş olmasından devletin sorumlu olduğu öne sürülmüştür. Mahkeme söz konusu iddiayı destekleyecek nitelikte delilin bulunmadığına kanaat getirmekle birlikte, olay hakkında etkin soruşturma yürütülmemesi nedeniyle Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir. Mahkeme, yürütülen soruşturma esnasında Behçet Cantürk ile Yusuf Ekinci'nin ölümleri arasında yetkililer tarafından bir illiyet bağı kurulmamış olmasını göz önünde bulundurmuştur. Behçet Cantürk'ün öldürülmesi olayında devlet yetkililerinden şüphelenilmesini sağlayacak önemli emarelerin olduğu yönündeki kanaatini Susurluk Raporu'na yollamada bulunarak belirten Mahkeme, Behçet Cantürk'ün hayatını kaybetmesinden yaklaşık bir ay sonra aynı şartlarda öldürülen Yusuf Ekinci'nin Kürt milliyetçisi olduğunu ikinci Susurluk Raporu'na istinaden ifade etmiştir. Mahkeme, soruşturmanın seyrinden yola çıkarak ve söz konusu raporları dikkate alarak, Behçet Cantürk ile Yusuf Ekinci'nin ölümleri arasındaki ilişkinin varlığına karşın, bu bağlantı göz önünde bulundurulmadan soruşturmalara devam edildiğini, Yusuf Ekinci'nin ölümü hakkında yürütülen soruşturmaya sadece Ekinci'nin aile çevresi, arkadaşları ve meslek hayatı esas alınarak yön verildiğini gerekçe göstererek etkin bir soruşturma gerçekleştirilmediği sonucuna ulaşmıştır.⁹⁴⁴

⁹⁴²ÖZDEK, s.153.

⁹⁴³ Ülkü Ekinci/Türkiye davası, Başvuru No:27602/95, Karar Tarihi: 16/07/2002. <http://www.echr.coe.int /ECHR /EN/ Header/Case- Law / HUDOC/HUDOC+database/>

⁹⁴⁴ÖZDEK, s.154.

Mahkeme'nin Tepe⁹⁴⁵ kararına konu olan başvuru neticesinde, 1993 yılında hayatını kaybeden Özgür Gündem gazetesinin Bitlis muhabiri Ferhat Tepe'nin ölümü hakkında yürütülen soruşturmanın etkin olmadığı gerekçesiyle Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ihlal edildiğine hükmedilmiştir. Söz konusu başvuruda Ferhat Tepe'nin devletin gizli güçleri tarafından kaçırıldıktan sonra öldürüldüğü iddia edilmiş ise de Mahkeme bahse konu iddiayı ispatlar nitelikte bir kanıt bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır. Ancak Tepe'nin ölümü hakkında yerel makamlar tarafından etkili bir soruşturma yürütülmediğini tespit eden Mahkeme, somut olayda yaşama hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.⁹⁴⁶

Mahkeme'nin Ekinci kararına konu olan olayda ise, yaşama hakkının ihlalinin söz konusu olmadığına hükmedilmiştir. Söz konusu başvuruda, 1994 yılının Şubat ayında Sason'da hayatını kaybeden bir kişinin köy korucuları tarafından öldürüldüğü öne sürülmüştür. Mahkeme başvuru konusundaki iddianın haklılığını ortaya çıkaracak nitelikte bir kanıt rastlanmadığı ve olay hakkında yürütülen soruşturmanın prosedürel anlamda etkili olduğu gerekçesiyle Sözleşme'nin 2'nci maddesi bağlamında bir ihlal kararına hükmetmemiştir.⁹⁴⁷

Faili meçhul kalan diğer bir öldürme olayına konu olan 03/07/2006 tarihli Bayrak ve diğerleri davasında⁹⁴⁸ da Mahkeme, taraf devletin etkili bir soruşturma yürütme konusunda usule yönelik yükümlülüklerin gereğine uyduğu gerekçesiyle başvuru konusundaki iddianın reddetmiştir.⁹⁴⁹

Mahkeme'nin Haran kararına⁹⁵⁰ konu olan olayda, 1994 yılında Lice ilçesinin Çelebi köyünde evleri ateşe verdikleri öne sürülen kolluk kuvvetlerinin bu olaydan bir gün sonra da, köyde yaşayan bir çocuğun ölümüne neden oldukları iddia edilmiştir. Söz konusu başvuru dostane yollarla sonuçlanamadığı için Hükümet tek

⁹⁴⁵ Tepe/Türkiye davası, Başvuru No:27244/95, Karar Tarihi: 09/05/2003. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

⁹⁴⁶ ÖZDEK, s.154.

⁹⁴⁷ ÖZDEK, s.154.

⁹⁴⁸ Bayrak/Türkiye davası, Başvuru No: 42771/98, Karar Tarihi: 12/01/2006. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

⁹⁴⁹ ÇİFTÇİOĞLU, s.161.

⁹⁵⁰ Haran/Türkiye davası, Başvuru No:25754/94, Karar Tarihi: 26/03/2002. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

tarafli deklerasyon ile davanin kayittan silinme istemini Mahkeme'ye iletmiştir. Hükümet, somut vakada yasal olmayan ve ölüme neden olan kuvvet kullanımının Sözleşme'nin 2'nci maddesi anlamında ihlal teşkil ettiğini kabul ederek, ileride yaşama hakkına saygıyı güvence altına alacak nitelikte gereken tedbirlere başvurma konusundaki yükümlülüklerini yerine getireceğini ifade etmiştir. Meydana gelen somut olaya benzer nitelikteki vakaları azaltacak ve bu tarz ölüm olaylarında etkin bir soruşturma yürütülmesine imkân verecek yeni kanuni ve idari nitelikte tedbirler aldığını belirten Hükümet, bunun yanında başvurucuya tazminat ödeme teklifinde de bulunmuştur. Bunun üzerine başvurucu, Mahkeme'den Hükümet'in talebinin kabul edilmemesini istemiştir. Fakat Mahkeme, Hükümet'in talebini yerinde bularak Sözleşme'nin 37'nci maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi hükmüne göre sürdürülmesinde haklı bir neden bulunmayan davanın kayittan silinmesine hükmetmiştir.⁹⁵¹

H.Operasyonların Planlanmasındaki Yetersizlikler Ve Güvenlik Güçlerinin Orantısız Güç Kullanımının Neden Olduğu Yaşama Hakkı İhlalleri

İnsan haklarının öncelikli ihlalcisi olan devletin yaşama hakkı konusunda hukuk sınırları kapsamında tutulmasında, devlet ile olan ilişkiler ve hukuk sistemi ayrı bir öneme sahiptir. Ancak devlet ve yaşama hakkı kavramları kendi içerisinde bazı kırılma noktalarını da ihtiva etmektedir.⁹⁵² Nitekim bireyin yaşama hakkına yönelik büyük bir tehdit olabilen devlet, bunun yanında yaşama hakkını koruma altına alma ve söz konusu hakkın gerçek anlamına kavuşmasını sağlama gibi bir yükümlülüğü de üstlenmiş olmaktadır.⁹⁵³

⁹⁵¹ÖZDEK, s.155.

⁹⁵² YALÇIN, s.43.

⁹⁵³ Cahit TALAS, "Yaşama Hakkı ve Toplumsal Haklar", *İnsan Hakları Yıllığı*, Cilt:12, Ankara: TODAİE İnsan Hakları Araştırma Ve Derleme Merkezi, 1990, s.83-85

Kolluk kendisine izafe edilen görev itibariyle, yasal şekilde güç kullanma yetkisi ve tekeline haiz bir devlet organıdır.⁹⁵⁴ Ancak kolluğa ait bu yetkinin kullanımı zaman zaman uygulamada insan hakkı ihlali tartışmalarının yapılmasına yol açmıştır. Birey devlet ilişkisi şeklinde ortaya çıkan klasik insan hakları doktrini bakımından konuya yaklaşıldığında insan hakları kavramını, kamu görevi ile bağlantılı olarak ele alıp incelemek bir zorunluluk olarak görülmektedir. Esas itibariyle insan hakları ile doğrudan bağlantılı olması sebebiyle kolluğa izafe edilen bu yetkinin sınırları ulusal ve uluslararası alandaki düzenlemeler ile ele alınmıştır. Bahsi geçen düzenlemelerin tamamının doğrudan ya da dolaylı şekilde kolluk ve kolluğun uygulamaları ile ilintili olduğu ifade edilebilecektir.⁹⁵⁵

İnsan hakları hukukundan daha eski bir geçmişi olan insancıl hukuk kuralları, savaş boyunca uyulması gereken kuralları düzenlemesi sebebiyle Birleşmiş Milletler sonrası ortaya çıkan insan hakları hukukundan ayrı tutulmaktadır. İnsancıl hukuk kuralları, savaş zamanındaki zorunluluklar ile insani zorunluluklar arasında denge kurma çabasıdadır. İnsancıl hukukta savaşın gerektirdiği oranda düşmanı öldürme hakkı bulunduğu için söz konusu dengenin kurulması zorunludur. Bir askeri operasyon esnasında savaşanlar, sivil hedeflerden uzaklaşarak yalnızca askeri hedefe saldırmak mecburiyetindedirler.⁹⁵⁶

İnsan hakları hukuku ve insancıl hukukun uygulanma kabiliyeti olduğu durumların belirlenmesi gerekmektedir. Doktrinde ağır basan görüş, insancıl hukuk kurallarının insan hakları ve uluslararası hukuk kurallarına göre özel nitelikli kurallar olduğu yönündedir. Diğer bir ifadeyle doktrin silahlı çatışma halinde insancıl hukuk kurallarının göz önünde bulundurulacağını kabul etmektedir. Fakat bu kabul, insan hakları kurallarının tamamen bertaraf edilmesi anlamına gelmemektedir. Silahlı

⁹⁵⁴ Tülin Günşen İÇLİ, “Güç Kullanma Yetkisi ve Bunun Kullanımında Polisin Çelişkisi”, *Polis Bilimleri Dergisi*, Cilt 1, Sayı 1, 1998, s.69.

⁹⁵⁵ YALÇIN, s.44.

⁹⁵⁶ Oya AKBULUT, “Uluslararası İnsan Hakları Ve Uluslararası İnsancıl Hukukun Bir Kesişim Noktası: Yaşam Hakkı”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Eylül-Ekim 2012, Cilt:86, Sayı:2012/5 ISSN 104-737X, s.305.

çatışmanın varlığı halinde insancıl hukuk kuralları ve insan hakları hukuku kurallarının birlikte esas alınması gerekmektedir.⁹⁵⁷

Söz konusu iki hukuk alanının bir arada değerlendirilmesi ise üstü kapalı bir biçimde gerçekleştirilmektedir. Mahkeme'nin yaşama hakkının korunma altına alınmasına yönelik olarak verdiği kararlar dikkatle incelenecek olursa insancıl hukuk sözleşmelerine değinmeden insancıl hukuka ait kavram ve terimlere yer verdiği görülecektir. Çalışmamızda da gerekçelerine ayrıntılı bir şekilde yer verilmeye çalışılan bu kararlarda, yaşama hakkı ihlaline yol açmamak için başvurulmuş gücün amacı ile aracı arasında bir orantının var olması gerekliliğine kati şekilde vurgu yapılmaktadır. Bunun yanında somut olaylara dair gerçekleştirilen soruşturmanın etkili ve tarafsız yürütülmesi hususunun, yaşama hakkının korunmasında taraf devlete izafe edilen temel bir yükümlülük olduğu söz konusu kararlarda açık bir biçimde ifade edilmektedir. Yaşama hakkını koruma altına alması gereken devletin sorumluluğu, basit bir kaçınma yükümlülüğünü aşacak ölçüde geniş şekilde ele alınmaktadır.⁹⁵⁸

Mahkeme kararlarında, güvenlik güçlerince kuvvete başvurulması neticesinde kişilerin yaşamını kaybettiği olaylar hakkında devletin yaşama hakkını koruma yükümlülüğünün, etkili bir soruşturma yapma yükümlülüğünü de kapsadığı özellikle vurgulanmaktadır.⁹⁵⁹

Çalışmamızın bu başlığı altında, yaşama hakkı kapsamındaki hukuki düzenlemelerden biri olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında yaşama hakkı ve kolluk ilişkisi üzerinde durulacak, bunun yanında toplumsal olaylara müdahale ve operasyonlar sırasında uygulanan güç kullanımı sonucunda yaşanan hak ihlallerine somut bir biçimde değinilmeye çalışılacaktır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin konu ile alakalı olarak güç kullanmanın yasallığı ve devlete bu hususta yüklenen pozitif ve negatif sorumluluklar gereği

⁹⁵⁷ AKBULUT, s.305.

⁹⁵⁸ AKBULUT, s.305.

⁹⁵⁹ REİSOĞLU, s.41.

kolluğun konumu bakımından yaptığı tespitler oldukça önemlidir. Bahsi geçen Sözleşme'nin yaşama hakkını düzenleme altına alan 2'nci maddesinin ikinci paragrafında güç kullanmanın yasal görüldüğü durumlara yer verilmektedir. Bu maddede birbiri ile bağlantılı iki temel kıstas yaşama hakkının ihlaline neden olmamak için mutlaka göz önüne alınması gerekmektedir. Bu kıstaslardan birincisi kuvvete başvurmanın kesin bir zorunluluk arz etmesi, ikincisi ise kullanılan kuvvet ile yasal amaç arasında orantının bulunmasıdır.⁹⁶⁰

Mahkeme'nin güvenlik kuvvetleri tarafından başvuru olan öldürücü gücün somut olayın şartları bakımından gerekli olduğuna yönelik kararları mevcut olsa da, operasyonun tamamının öldürücü güce başvurulmasına lüzum kalmadan yürütülebilecek şekilde planlanması mümkün ise, bu durumda Sözleşme'nin 2'nci maddesi bağlamında bir ihlal kararı verilmesi sonucu ile karşılaşılacaktır. Nitekim Türkiye hakkında birçok davada kesinlikle gereklilik ilkesine operasyonel olaylarda riayet etmediği gerekçesiyle ihlal kararı verilmiştir.⁹⁶¹

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2'nci maddesinin ikinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde belirtilen amaçlardan birinin yerine getirilmesi açısından gerçekleştirilecek güç kullanımı, gerekenden fazla olmamalıdır. Şayet güç kullanılmış ise söz konusu güç kullanımının orantılı olması bağlamında izlenen amacın da belirleyici olması gerekmektedir. Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ikinci fıkrasının (a), (b) veya (c) bendinde ortaya çıkan durumlarda var olan tehlike ve kullanılan gücün meydana getirdiği riskin derecesi yaşamın son bulmasına neden olabilecektir.⁹⁶²

Söz konusu hükmün ikinci paragrafı bir şahsın kasten öldürülmesine izin veren halleri değil, kasıtsız olarak ölümlerle neticelenebilecek bir güç kullanımına müsaade eden halleri düzenlemektedir. 2'nci madde kapsamında zorunlu tedbir kavramının içeriği tayin edilirken, Sözleşme'nin 8 ve 11'inci maddelerinin ikinci paragrafları uyarınca, devlet tarafından alınan önlemlerin demokratik bir toplum için gerekli olup olmadığının tespitinde kullanılan normal şartlara oranla daha sıkı ve

⁹⁶⁰ REİSOĞLU, s.41.

⁹⁶¹ KILINÇ, s.98.

⁹⁶² YALÇIN, s.44.

zorlayıcı bir gereklilik testine ihtiyaç duyulmaktadır. Başvurulan güç Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ikinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yer alan amaçlara uygun olmalıdır. Mahkeme bilhassa ölümcül kuvvetin kullanıldığı hallere yönelik olarak değerlendirme yaparken yalnızca güç kullanımında bulunan kişileri değil, operasyonel olayların planlanması ve denetimi ile alakalı konuları da göz önünde bulundurmalıdır.⁹⁶³ Sözleşme'nin 2'nci maddesi 1'inci madde ile birlikte yorumlandığında, taraf devletin yaşama hakkını etkin bir biçimde korumaya yönelik bazı tedbirleri almasının elzem olduğu anlaşılacaktır.⁹⁶⁴

McCann davasında, çok katı bir ölçülülük testi uygulayan Mahkeme, yaşama hakkını koruma altına alan ve yaşama hakkının istisnalarının uygulanma şartlarını düzenleyen Sözleşme'nin 2'nci maddesinin önemine ve söz konusu maddenin ihlaline müsaade edilmeyeceğine hükmetmiştir. Sözleşme'nin 2'nci maddesi ve 3'üncü maddesi bütünleşmiş bir biçimde Avrupa Konseyi'ne üye demokratik toplulukların esas değerlerinden birini muhteviyatlarında taşımaktadır. Yaşama hakkının istisnalarını düzenleyen hükmün bu nedenle özenle yorumlanması gerekmektedir.⁹⁶⁵ Sözleşme'nin 2'nci maddesi, etkili şekilde uygulanmasını mümkün kılacak biçimde yorumlanmalıdır. Bu gereklilik aynı zamanda Sözleşme'nin bireyleri koruma altına alma amacından doğmaktadır.⁹⁶⁶ Sözleşme'nin 2'nci maddesi incelendiğinde, sadece kasten gerçekleştirilen öldürme fiillerini değil, bunun yanında güç kullanımına müsaade edilen hallerde kasıtlı şekilde davranılmadan ortaya çıkmış öldürme eylemlerini de içerdiği görülecektir. Fakat kullanılan ölümcül gücün gerekliliğinin belirlenmesinde planlı ya da kasıtlı davranılıp davranılmadığı hususu ayrıca göz önüne alınacak etmenlerden biridir. Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ikinci fıkrasının alt bentlerinde yer alan amaçlardan bir ya da birkaçının yerine getirilmesi için başvurulacak güç kullanımı, kesin zorunluluk adı verilen ölçünün dışına çıkmamalıdır.⁹⁶⁷ “Kesin zorunluluk” kavramı, Sözleşme'nin 8 ve 11'inci

⁹⁶³GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 2009, s.184.

⁹⁶⁴GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 2009, s.184.

⁹⁶⁵ERDOĞAN/KARAN, s.85.

⁹⁶⁶27/09/1995 tarihli karar, parag. 146-147. Bkz ayrıca 09/10/1997 tarihli karar, Andronicou ve Constantinou parag. 171; 28/07/1998 tarihli karar, Ergi, parag. 79; 27/06/2001 tarihli karar, Salman, parag. 97-98; 10/07/2001 tarihli karar, Avşar, parag. 390; 18/06/2002 tarihli karar, Orhan, parag. 325; 17/02/2004 tarihli karar, İpek, parag. 163.

⁹⁶⁷ ERDOĞAN/KARAN, s.85.

maddelerinin ikinci bentleri kapsamında devlet güçlerinin kuvvet kullanımına demokratik bir toplumda ihtiyaç duyulup duyulmadığının tespiti yapılırken esas alınan gereklilik testinden daha sert ve daha zorlayıcı bir gereklilik testinin tatbik edilmesini ifade etmektedir. Neticeten, güvenlik güçleri tarafından kullanılan gücün, Sözleşme'nin 2'nci maddesi kapsamında izin verilen gayelere ulaşılabilmesi için kesin zorunluluk ölçüsünün dışına çıkmaması gerekmektedir.⁹⁶⁸Sözleşme'nin 2'nci maddesinin koruma altına aldığı hakkın önemi nedeniyle, Mahkeme söz konusu hakkın kaybına neden olacak fiilleri özenle incelemeli ve değerlendirme sürecinde sadece devlet görevlilerinin eylemlerini değil, somut vakanın bütün şartlarını bir arada ele almalıdır.⁹⁶⁹

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yaşama hakkının ihlal edildiği iddiası öne sürülerek açılan davaların büyük bir çoğunluğunun kolluğa izafe edilen güç kullanma yetkisinin kötüye kullanıldığına yönelik şikâyetleri ihtiva ettiği dikkat çekmektedir. Yaşama hakkının ihlal edilmesi sebebiyle ülkeler hakkında verilen mahkûmiyet kararlarının cezaevinde ve gözaltında gerçekleşen intihar ve kaybedilme vakaları, gerçekleştirilen operasyon faaliyetleri kapsamında öldürme, faili meçhul cinayetler, toplumsal olaylara müdahalede bulunurken öldürme, gözaltı esnasında öldürme, kişi tarafından öldürme ile cezaevinde ve gözaltına alırken yaralama, gözaltında ölümle tehdit edilme, sağlık hizmetlerinden gereği gibi faydalanamama biçiminde meydana gelen ve ölüm risklerini kapsayan olaylardan kaynaklandığı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarından anlaşılmaktadır.⁹⁷⁰

Güvenlik güçlerince güç kullanımı esnasında ya da sonrasında ortaya çıkan ölüm olayları ve söz konusu ölüm olayları hakkında yürütülen tahkikatlar Mahkemece sıklıkla incelenen ve karara bağlanan konulardır. Türkiye'nin güney doğu bölgesinde yaşanan terör olaylarına karşı yürütülen operasyonlar esnasında ölümle sonuçlanan olaylar hakkında yapılan başvurularda ve yine aynı şekilde Rusya'nın Çeçenistan'ı işgal ettiği esnada ve daha sonrasında güvenlik güçlerinin neden olduğu ve genelde sivillerin ölümü ile neticelenen pek çok olaya ilişkin

⁹⁶⁸ 27/09/1995 tarihli McCann kararı, parag.148-149; 27/06/2000 tarihli İlhan kararı, parag.74; 20/12/2004 tarihli Makaratzis kararı, parag. 56.

⁹⁶⁹ ERDOĞAN/KARAN, s.85.

⁹⁷⁰ YALÇIN, s.45.

başvuruda Mahkeme, Sözleşme'nin 2'nci maddesinin hem esastan hem de usulden ihlal edildiğine karar vermiştir.⁹⁷¹

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin verdiği kararlar güç kullanmanın yasallığına yönelik olan düzenlemelerin anlaşılabilmesine faydalı olabilecek niteliktedir. Mahkeme tarafından 1985 tarihinde verilen Stewart/UK kararı bu özellikte olan dikkat çekici kararlardan birisidir. Mahkeme bahsi geçen davada, Kuzey İrlanda'da bir gösteri esnasında İngiliz güvenlik güçlerince bir çocuğun plastik mermi kullanılarak öldürülmesi olayında kasıtlı bir eylem görmemiş ise de yaşama hakkının ihlal edilmiş olduğuna hükmetmiştir. Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ilk paragrafında geçen "hiç kimse kasten öldürülemez" şeklindeki düzenlemenin, ihmal ve kusura dayanan öldürme olaylarını yaşama hakkının ihlali kapsamına aldığı bu karardan anlaşılmaktadır. Kullanılan güç yasal dahi olsa, söz konusu güç kullanımı neticesinde kasıt, ihmal ya da kaza sonucu ortaya çıkan öldürme fiilleri, yaşama hakkının ihlali şeklinde değerlendirilmektedir.⁹⁷²

Güç kullanma ve meşruiyet ilişkisini ortaya koyma bakımından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yaşama hakkı kapsamında ilkelerine yön verdiği ve uyguladığı davalardan birisi de McCann davasıdır.⁹⁷³ McCann kararında Mahkeme, kişileri yasadışı şiddete karşı koruma altına alma amacıyla gerçekleştirilen İngiliz komandolarının ölüme neden olan fiillerini kesin zorunluluk ölçütünü esas alarak denetlemiştir. Mahkeme söz konusu denetimde orantılılık ilkesi gereğince başvuru kuvvet kullanımı ile ulaşılmak istenen yasal amaç arasındaki orantıyı incelemiştir.⁹⁷⁴

Sözleşme'nin 15'inci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca savaş zamanında hukuka uygun savaş fiilleri sonucu ortaya çıkan ölümler, yaşama hakkının ihlali olarak görülmemektedir.⁹⁷⁵ İngiliz askerlerinin bir suikast şüphesi nedeniyle üç IRA üyesinin hayatına son verdikleri olayı konu alan McCann davası, yaşama hakkının sınırlanmasına yönelik önemli bir davadır. Mahkeme, Sözleşme'nin 2'nci maddesine

⁹⁷¹CENGİZ, Yaşam Hakkı, s.387.

⁹⁷²YALÇIN, s.45.

⁹⁷³YALÇIN, s.45.

⁹⁷⁴KARAKAŞ, Kaya ve Ötesine, s.63.

⁹⁷⁵ Fatih KARAOSMANOĞLU, *İnsan Hakları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012, s.228.

yönelik bu içtihadında;⁹⁷⁶ güvenlik güçlerinin kuvvet kullanımı sonucu bir ölüm olayı vuku bulduğunda güce başvurmanın hukuka uygun olup olmadığının tespitinin, olayın etkili bir soruşturmaya konu olması halinde mümkün olabileceğini ifade etmektedir.⁹⁷⁷

Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen amaçlara ulaşabilmek için güvenlik güçleri tarafından kuvvete başvurulurken, operasyonun gerçekleştiği alanda yaşayan masum kişilerin hayatlarını koruma altına almak için tüm önlemlerin alınması gerekmektedir. Nitekim Mahkeme operasyon esnasında meydana gelen ölüm olaylarına yönelik temel içtihadı olan McCann / İngiltere kararında da bu hususu dile getirmiştir.⁹⁷⁸

06/03/1988 tarihinde Cebelitarık'a giren üç IRA mensubu kişinin bombalama eylemi gerçekleştirecekleri şüphesiyle İngiliz SAS komandolarınca yakın mesafeden ateş edilmek suretiyle öldürülmeleri, bahsi geçen davanın konusunu oluşturmaktadır.⁹⁷⁹ Büyük Britanya, İspanya ve Cebelitarık makamları IRA birimi tarafından Cebelitarık'ta bir terörist saldırı gerçekleştirileceği yönünde istihbarat bilgisine ulaşmışlardır. Edinilen bilgiye göre IRA birimi, bir uzaktan kumanda cihazı kullanarak bomba yüklü aracı patlatmak suretiyle saldırıyı tamamlayacaklardı. Bu nedenle üç şüpheli kişinin tutuklanmasına hükmedildi. Olay yerinde bulunan sivil giyimli asker kişiler o esnada uzaktan kumanda cihazı ile saldırıyı gerçekleştirmek üzere olan üç şüpheliye, yakın mesafeden silahla ateş ederek ölmelerine sebep olmuşlardır. Olaydan sonra yapılan incelemede üç şüphelinin cesetleri üzerinde silah veya saldırı için kullanılabilecek bir füyve bulunmadığı anlaşıldığı gibi şüpheli şahıslardan birinin park ettiği aracın içerisinde yapılan aramada patlayıcı cihaz veya bombaya rastlanmamıştır.⁹⁸⁰

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne taşınan davada İngiltere, hayatını kaybeden kişilerin İspanya'da bir bombalama eylemi gerçekleştireceklerine yönelik

⁹⁷⁶ KARAOSMANOĞLU, s.228.

⁹⁷⁷ KARAOSMANOĞLU, s.228.

⁹⁷⁸ KILINÇ, s.104.

⁹⁷⁹ YALÇIN, s.45.

⁹⁸⁰ ERDOĞAN/KARAN, s.85.

duyum aldıklarını ve bombalamanın uzaktan kumanda kullanılarak yapılacağına yönelik bulgular olduğunu öne sürerek savunma geliştirmiş ve söz konusu somut olaydaki öldürme fiilinin 2'nci madde çerçevesinde yasal olduğunu iddia etmiştir.⁹⁸¹ Mahkeme güvenlik güçlerinin, bombalı saldırı neticesinde ciddi can kayıplarının yaşanmasını önlemek adına şüpheli kişilere ateş açtıklarını kabul etmektedir. Mahkeme olay anında Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ikinci bendinde yer alan amaçlardan birine ulaşmak için devlet görevlileri tarafından uygulanan güç kullanımının haklı bir müdahale teşkil ettiğini ifade etmiş, ancak söz konusu eylemin gerçekleştirilme şeklinde hatalar bulunduğunu da ilave etmiştir. Mahkeme olayın şartlarını bir bütün olarak değerlendirdiğinde askerlerin gösterdiği tepkinin, salt tek başına Sözleşme'nin 2'nci maddesi anlamında bir ihlale neden olmayacağını benimsemiştir.⁹⁸² Güvenlik güçlerinin, elde ettikleri istihbarat niteliğindeki bilgiler doğrultusunda ve iyi niyetli bir şekilde masum kişileri koruma altına alma maksadıyla hareket etmiş olmaları nedeniyle Sözleşme'nin 2'nci maddesine aykırılık teşkil eden bir durumun söz konusu olmadığı görüşünde olan Mahkeme İngiliz komandoların fiillerinin, meşru amaçla orantılı şekilde ve her bireyin yasa dışı şiddete karşı korunması gerekliliği karşısında zorunlu nitelikte olduğunu düşünmüştür.⁹⁸³ Fakat Mahkeme'nin, askerlerin ölüme neden olan fiilleri haricinde düzenlenen operasyonu da değerlendirme altına aldığı aynı sonuca ulaşmadığı görülmektedir. Edinilen ön bilgilere karşın, şüpheli kişilerin, sınırdan geçmiş olmalarına fırsat verilmemesinin gerektiğine dikkat çeken Mahkeme, operasyonun plan ve kontrolünde gerekli özenin gösterilmediğinin gerekçesini, öldürme ile sonuçlanan kuvvet kullanımının en aza indirgenmesindeki başarısızlığa dayandırmıştır. Operasyonun organizasyonunda yeteri kadar itinalı davranılmaması neticesinde öldürme fiili önlenemez bir hal içerisinde gerçekleşmiştir. Sivil halkın korunması bakımından öldürmek için ateş etmek konusunda özel bir eğitime tabi kılınmış komandoların söz konusu fiilleri daha olumsuz neticelerin ortaya çıkmasına da neden olabilirdi. Bu bağlamda tehlikeli teröristlere karşı dahi olsa ateşli silahlara başvurulması, demokratik bir toplum için gereken özenin gösterilmesi dâhilinde

⁹⁸¹YALÇIN, s.45.

⁹⁸²ERDOĞAN/KARAN, s.86.

⁹⁸³KARAKAŞ, Kaya ve Ötesine, s.63.

gerçekleştirilmelidir. Somut olayda yetkili mercilerin operasyonun kontrol ve idaresinde almaları gereken tedbirlerde özenli davranmadıkları açık bir şekilde tespit edilmiştir.⁹⁸⁴

Mahkeme operasyonun denetimi ve planlanması ile ilgili olarak gerçekleştirdiği gözlemlerde; yetkililerin amacının şüphelileri uygun bir zamanda tutuklamak olduğunu belirlemiştir. Soruşturma kapsamında tutuklama kararı verilmesinin askerler tarafından talep edilmesi ve tutuklama gerçekleşikten sonra şüphelilerin gözetim altında tutulacakları uygun bir nezarethane arama konusunda çaba gösterilmesi bu amacın hedeflendiğinin göstergesi niteliğindeki delillerdir. Ancak Mahkeme, buna rağmen üç şüpheli kişinin Cebelitarık sınırına girer girmez tutuklama kararının infaz edilmediğine ve bombalama saldırısı düzenleyecekleri yönünde kanaat oluşan şüphelilerin Cebelitarık sınırını geçmelerine engel olacak bir tedbirin alınmamış olmasına anlam verememektedir.⁹⁸⁵ Üç şüpheli kişinin fotoğraflarını, adlarını ve takma isimlerini bilen güvenlik servisi ve İspanyol makamları, pasaportların incelemeye alınmasını sağlayabilecek olanağa sahip olmalarına rağmen somut olayda böyle bir kontrole başvurulmadığı Mahkemece belirlenen diğer bir husustur. Yetkililer tarafından teröristlerin bombayı radyo kontrollü bir araç ile patlatacakları ve bu olayı sadece bir düğmeye basmak suretiyle gerçekleştirebilecekleri, şüphelilerin mecbur kalmaları durumunda bombayı hareket ettirebilecekleri, olay anında yanlarında silah taşıyacakları ve aralarında yaşanabilecek bir çatışmada silah kullanma olasılığının mevcut olduğu şeklinde yapılan değerlendirmeler içinden Mahkeme, teröristlerin saldırı düzenlemek amacıyla oldukları varsayımı dışındaki diğer tüm tespitlerde yanlıya düşüldüğünü belirtmiştir.⁹⁸⁶

Mahkeme, yetkililerce bir dizi hipotezin kesin gerçekler gibi askerlere anlatılmasının güç kullanımını önlenemez duruma getirdiğini de ifade etmiştir. Mahkeme, askerlerin bir kez atış yapan şüpheliye karşı ölene kadar ateş etmeyi sürdürme konusunda özel eğitim almış oldukları göz önüne alındığında yetkililerin

⁹⁸⁴KARAKAŞ, Kaya ve Ötesine, s.64.

⁹⁸⁵ERDOĞAN/KARAN, s.86.

⁹⁸⁶ERDOĞAN/KARAN, s.86.

hata payı bırakmadan, ateşli silaha başvurma yetkileri öldürmeye ayarlanmış askerlerle bütün bilgileri paylaştıklarına dikkat çekerek somut olayda yaşama hakkına saygının gereğine aykırı şekilde özentisiz davranıldığını belirlemiştir. Nitekim tahkikat esnasında, dört asker her birinin, şüphelileri öldürmek amacıyla atış gerçekleştirdikleri sorgu yargıcının da dikkatinden kaçmamıştır.⁹⁸⁷ Mahkeme, yetkililerin, operasyonunun denetim ve planlanmasında gerekli özeni sarf etmediklerinin kanıtı olarak söz konusu hataları öne sürmüştür.⁹⁸⁸ Mahkeme sonuç olarak operasyonunun denetimindeki ve planlanmasındaki eksiklik ve hataları göz önünde bulundurarak, üç teröristin ölümünün, başka kişileri yasadışı şiddete karşı korumak amacıyla mutlak zorunluluk gerektiren bir hal içinde uygulanan güç kullanımı sonucunda meydana gelmediğini kabul ederek, Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ihlal edilmiş olduğuna hükmetmiştir.⁹⁸⁹ Diğer bir ifadeyle Mahkeme, üç şüpheli teröristin hayatını kaybettiği olayda, Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendi kapsamında görülecek yasadışı şiddetten koruma gayesi adına başvurulmuş güç kullanımının kesin gereklilik sınırlarını aştığına ve netice olarak Sözleşme'nin 2'nci maddesi bağlamında bir ihlalin oluştuğuna karar vermiştir.⁹⁹⁰

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu dava sonucunda, askerlerin üstleri tarafından verilen emirleri yerine getirdiklerini, bu emrin başkalarının yaşamını koruma altına almak için ifa edildiğini kabul etmektedir. Fakat aynı kararında Mahkeme anti-terör operasyonunun kontrol ve denetimi de kapsayan bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirterek, yaşama hakkı ile yakından alakalı konularda istihbarat birimlerinin çok dikkatli davranması gerektiğinin altını çizmiştir. Hayatını kaybeden kişilerin İspanya'ya girerken tutuklanabileceğini belirten Mahkeme, kuvvete başvurma'nın kesin bir zorunluluk teşkil etmesi şartının oluşmadığını gerekçe göstererek⁹⁹¹ gereksiz ölçüde güç kullanımı nedeniyle İngiltere'nin yaşama hakkının ihlaline sebebiyet verdiğine hükmetmiştir.⁹⁹²

⁹⁸⁷ ERDOĞAN/KARAN, s.86.

⁹⁸⁸ ERDOĞAN/KARAN, s.86.

⁹⁸⁹ KARAKAŞ, Kaya ve Ötesine, s.64.

⁹⁹⁰ ERDOĞAN/KARAN, s.87.

⁹⁹¹ Üç İrlanda Kurtuluş Örgütü üyesinin hayatını, güvenlik güçleri tarafından yakın mesafeden gerçekleştirilen silah atışı sonucunda kaybettiği olayda Mahkeme, güç kullanımına ilişkin mutlak gereklilik kıstasını göz önünde bulundurmuş olup, söz konusu kıstasın, Sözleşme tarafından korunan

Bu davanın karar metninde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yaşama hakkı ve kolluk ilişkisi hususundaki görüşlerini de ifade etme olanağı bulmuştur. Devlet güçlerinin kuvvet kullanmaları neticesinde bir ölüm gerçekleşmişse, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kuvvet kullanmanın yasal şekilde gerçekleşip gerçekleşmediğini değerlendirirken söz konusu olay hakkında etkin bir soruşturma yapıp yapılmadığını da göz önüne almaktadır. Devlete yüklenen yaşama hakkını koruma görevi, etkili bir soruşturma gerçekleştirilmesini mecburi kılmaktadır.⁹⁹³ Kuvvet kullanmanın içeriği ile korunmak istenen çıkar arasında hakkaniyete uygun bir denge bulunmalıdır. Kuvvete yönelmek için, olayın meydana gelme şekli esas alındığında haklı sebepler bulunuyorsa ve dıştan görünen gelişmelerin gerçeği yansıtmadığı anlaşılıyorsa, devlet güçlerinin kuvvet kullanmada haklı olduğu sonucuna ulaşılabilecektir. Sözleşme'nin 2'nci maddesi çerçevesinde bir ölüm olayının kabul edilebilir görülmesi için korunmak istenen yarar ve kullanılan güç arasında bulunması gereken denge tek başına bir anlam ifade etmemektedir. Bu bağlamda devlet güçleri, bir operasyon hazırlığı yaparken, güç kullanmanın ölüm ile neticelenmesini olanaklar dâhilinde en aza indirgeyecek tedbirleri almakla sorumlu tutulmuşlardır.⁹⁹⁴ Diğer bir ifadeyle koruma altına alınmak istenen fayda ile başvuru güç arasında bulunması gereken orantının varlığı, yaşama hakkına yönelik bir ihlalin yaşanmamasında gerekli tek etmen değildir. Operasyon düzenlenirken güvenlik güçleri tarafından kuvvete başvurunun ölümle sonuçlanmasını engelleyecek veya böyle bir neticenin gerçekleşme ihtimalini azaltacak tedbirlerin alınması da gerekmektedir. Zira McCann davasına konu olayda, Mahkeme güvenlik güçlerinin operasyonun kişilerin ölümü ile son bulmasını engellemek için gereken özeni göstermediklerini belirterek yaşama hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Fakat tazminat talebini, öldürülen kişilerin suikast düzenleme iradesi taşımakta olduklarını ifade ederek reddetmiştir.⁹⁹⁵

diğer haklara yönelik müdahalenin değerlendirilmesi esnasında dayanak aldığı demokratik bir toplumda gereklilik duyulması kıstasından daha keskin sınırları bulunduğunu bu kararla açıkça ortaya koymuştur.

⁹⁹² Zühtü ARSLAN, *İnsan Hakları İhlalleri*, Yüksek Kademe Yöneticilik Eğitimi Kursu Ders Notları, Ankara, s.9.

⁹⁹³ YALÇIN, s.46.

⁹⁹⁴ REİSOĞLU, s.41-42.

⁹⁹⁵ KARAOSMANOĞLU, s.229.

Yaşama hakkını koruma altına alan ve aynı zamanda söz konusu hakkın istisnalarına yer veren Sözleşme'nin 2'nci maddesi, en temel maddelerden biridir. Söz konusu maddeden doğan ve taraf devletlere izafe edilen yükümlülükler, hiçbir şekilde hafifletilmeye müsait değildir. Sözleşme'nin 3'üncü maddesiyle birlikte yaşama hakkını koruyan söz konusu madde Avrupa Konseyi'ni oluşturan demokratik toplumların en temel değerleri olarak görülmektedir. Bu sebeplerle, yaşamdan mahrum bırakılmanın hukuka uygun bulunmasını sağlayan yasal düzenlemeler dar bir biçimde yorumlanmalıdır.⁹⁹⁶

Anayasa Mahkemesi'nin bazı kararları ulusal hukuk bakımından yasal güç kullanımına yönelik konularda büyük bir öneme sahiptir. Anayasa Mahkemesi 29/08/1996 tarihli ve 4178 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesi ile 3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanunu'na eklenen, "Terör örgütlerine karşı icra edilecek operasyonlarda teslim ol emrine itaat edilmeyerek silah kullanmaya teşebbüs edilmesi halinde, kolluk kuvveti görevlileri failleri etkisiz kılmak amacıyla, doğruca ve duraksamadan hedefe karşı ateşli silah kullanmaya yetkilidirler" şeklindeki ek 2'nci maddeyi, Anayasa'nın 17'nci maddesine aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle hukuka aykırı bularak iptal etmiştir.⁹⁹⁷ Silah kullanma tercihinin kademeli şekilde gerçekleştirilmesi gereken kuvvete yönelme aşamasının son safhası olarak görülmesi gerektiği, devletin yaşama hakkını koruma altına almak için çeşitli tedbirleri almakla yükümlü olduğundan dolayı silah kullanma yoluna sadece çok elzem ve başka imkânların kalmadığı hallere münhasır olarak müsaade edilebileceği, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının gerekçesini oluşturmaktadır. Anayasa Mahkemesi aynı kararında söz konusu olanaklar değerlendirilmeden silah kullanılması yoluna başvurulması halinde yaşama hakkının ihlal edilmiş olacağı tespitinde de bulunmuştur.⁹⁹⁸

Öte yandan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi organlarının 2'nci maddeye yönelik yorumları doğrultusunda ortaya çıkan ve yaşama hakkı konusunda devletlere

⁹⁹⁶ Oktay BAHADIR, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yaşama Hakkına İlişkin Finogenov Ve Diğerleri/ Rusya Kararı Özet Çevirisi", *Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi*, Yıl:2, Sayı:7, Ekim 2012, ("Finogenov Ve Diğerleri"), s.61.

⁹⁹⁷ YALÇIN, s.46.

⁹⁹⁸ REİSOĞLU, s.43.

izafe edilen negatif ve pozitif olmak üzere iki tür yükümlülük çalışmamızın birinci bölümünde daha geniş bir biçimde ele alınmıştır. Negatif yükümlülük, usule aykırı bir biçimde yaşama hakkının ihlaline neden olan davranışların yasaklanmasını, pozitif yükümlülük ise, güvenlik güçleri öldürme olayına sebep olmasa bile devletin yaşama hakkını korumaya ilişkin önlemleri alması gerektiğini ifade etmektedir.⁹⁹⁹ Geniş anlamda söz konusu önlemler, devletin bir kişiyi yaşama hakkına ilişkin gerçek ve kaçınılmaz bir tehlike ortaya çıktığında korumasını, buna rağmen bir öldürme fiili işlenmişse, söz konusu olay hakkında etkili, hızlı ve kapsamlı bir soruşturma yürütmesini içermektedir. Söz konusu yükümlülükleri gerektiği şekilde yerine getirmeyen taraf devletlerin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce Sözleşme'nin 2'nci maddesi bağlamında sorumlu görüleceği ve haklarında mahkûmiyet kararı verileceği aşikârdır.¹⁰⁰⁰

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi birçok kararında da açıkça vurguladığı gibi Sözleşme'de düzenlenen haklar dinamik bir yapıya haiz olduğundan devlet, öncelikli olarak öldürmeme yükümlülüğüne uyacak ve kişiyi yaşamını kaybetmesine neden olabilecek saldırı veya fiillere karşı koruma altına almak için gereken tedbirleri alacak, bütün bu önlemlere rağmen bir öldürme olayı meydana gelmişse söz konusu olay hakkında etkili, hızlı ve kapsamlı bir soruşturma yürütülmesini sağlayacaktır.¹⁰⁰¹

Konu ile dolaylı olarak ilgisi bulunan ve güç kullanımının orantılı olması gerekliliği hususuna vurgu yapan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında, özellikle gözaltında bulunan şüphelilerin ve tutukluların yaralanmaları halinde ispat yükünün taraf devlete ait olduğu görülmektedir. Yani taraf devlet yaralanmaların nasıl gerçekleştiğini makul bir biçimde açıklama yükümlülüğü altındadır.¹⁰⁰² Mahkeme bu sorumluluk kapsamında devletlerin, sadece sözlü bir beyanla yaralanmaya kamu görevlilerinin neden olmadığını öne sürmelerini, makul bir açıklama olarak görmemektedir. Mahkeme'nin 10/10/2000 tarihli Satık ve diğerleri

⁹⁹⁹YALÇIN, s.47.

¹⁰⁰⁰ARSLAN, s.9.

¹⁰⁰¹YALÇIN, s.47.

¹⁰⁰²YALÇIN, s.49.

kararına¹⁰⁰³ konu olayda Kadir Satık ve arkadaşları, İzmir Devlet Güvenlik Mahkemesi'ne götürülmeden önce yapılacak olan üst aramasını kabul etmemeleri sonrasında, cezaevi personeli ve jandarmalar tarafından dövüldüklerini iddia etmişlerdir. Başvurucular tarafından somut olayda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2 ve 3'üncü maddelerinin ihlal edildiği öne sürülmüştür.¹⁰⁰⁴ Hükümet, söz konu eylemlerin güvenlik güçleri tarafından yapılmadığı yönünde bir savunma gerçekleştirmiş olsa da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Sözleşme'nin 3'üncü maddesinde düzenlenen işkence ve kötü muamele yasağına aykırılıktan Türkiye hakkında mahkûmiyet kararı vermiştir. Mahkeme söz konusu kararın gerekçesinde tutukluların yaralanmaları hakkında Hükümet'in makul bir açıklama yapamamış olmasına, somut olayda kolluk kuvvetlerince kullanılan gücün oranlılığı konusuna, güvenlik güçleri hakkında yürütülen soruşturma sürecinde bağımsız izleme mekanizmalarının yer alması gerekliliğine yollamada bulunmuştur. Somut olayda İzmir İl idare Kurulu, dört seneden fazla bir sürenin sonunda soruşturma izni verilmemesi yönünde karar almıştır. Soruşturma dosyasının Buca Cezaevi Jandarma Komutanlığı'na gönderildikten sonra kaybolmasını Mahkeme, soruşturma sürecinde özen eksikliği gösterildiğinin kanıtı olarak kabul etmektedir.¹⁰⁰⁵

Temel haklar ile ilgili sınırlamalar için yasal düzenleme yapılması gerektiğinden, bir hukuk devletinde kolluğun silah kullanma yetkisinin varlığı da uluslararası sözleşmelere, Anayasa'ya ve kanuna dayanmalıdır.¹⁰⁰⁶ Kamu düzenini ve güvenliğini yok edecek nitelikte somut bir tehlikenin bulunması durumunda, silah kullanma yetkisi yasal ve gerekli kabul edilebilecektir. Ortada somut bir tehlike bulunmadan ve kesin bir gereklilikten söz edilmeden gerçekleştirilecek bir müdahale hak ve özgürlüklerin hukuka aykırı şekilde sınırlanmasına yol açacaktır.¹⁰⁰⁷

¹⁰⁰³ Satık ve diğerleri/Türkiye davası, Başvuru No:31866/96, Karar Tarihi: 10/10/2000. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

¹⁰⁰⁴ YALÇIN, s.50.

¹⁰⁰⁵ YALÇIN, s.50.

¹⁰⁰⁶ Polisin silah kullanma yetkisine kesin ve değişmez ilke sınırlamalar konulmasının mümkün ve gerekli olmadığı hususundaki görüş için bkz. TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, İnsan Hakları Sorunu, 2004, s.218.

¹⁰⁰⁷ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, İnsan Hakları Sorunu, 2004, s.219.

Kolluğun silah kullanma yetkisi, kişinin yaralanmama hakkına ve yaşama hakkına ilişkin bir müdahaleyi de beraberinde getirmektedir. Kolluk görevlileri tarafından ateş edilmesi sonucu gerçekleşen yaralanma olayının aynı zamanda yaşama hakkının ihlaline neden olup olmadığı hususu her somut olayın kendine özgü koşulları bakımından ayrıca ele alınmalıdır.¹⁰⁰⁸ Mahkeme kolluk görevlilerinin silah kullanmaları neticesinde bir kimsenin yaralanmasına neden oldukları somut vakalarda, kolluk görevlisinin kastını değerlendirmeksizin kişinin silahtan çıkan bir mermi ile yaralanmasının, hayatı bakımından tehlikeye yol açan bir fiilin sonucunda gerçekleştiğinden hareket ederek kanaat oluşturmaktadır.¹⁰⁰⁹

Mahkeme yaralanmaya sebep olan bu eylemlerin, Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen ve ölümcül nitelikteki bir güç kullanımını yasal hale getiren durumlar kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceğini dikkate almaktadır.¹⁰¹⁰ Mahkeme, kullanılan gücün ölümcül nitelik arz etmediğini düşünse dahi, kolluk görevlisinin kişiyi öldürme kastını taşıyıp taşımadığından öte kullanılan gücün derecesini ve biçimini göz önüne almaktadır. Mahkeme'nin kişi somut vakada sadece yaralanmış olsa dahi yine de yaşama hakkını tehlike altına alan bir fiil ile karşı karşıya kaldığı kanaatine ulaştığı durumlar söz konusu olabilmektedir.¹⁰¹¹

Kolluğun silah kullanma yetkisi, zor kullanma yetkisinin bir türüdür. Ancak söz konusu yetki,¹⁰¹² Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun 16'ncı maddesinde zor kullanma yetkisinin en ağır derecesi olarak düzenlenmiştir. Bahse konu yetkinin

¹⁰⁰⁸ Handan Yokuş SEVÜK, "Kolluk Görevlilerinin Silah Kullanma Yetkisi ve Yaşam Hakkı", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Duygun Yarsavut'a Armağan, Cilt:9, Sayı:2, Yıl: 2012, s.242.

¹⁰⁰⁹ SEVÜK, s.242.

¹⁰¹⁰ Bkz. AİHM, Evrim Öktem/Türkiye, 04/11/2008, Başvuru No: 9207/03. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

¹⁰¹¹ Bkz. AİHM, Halis Akın/Türkiye, 13/01/2009, Başvuru No: 30304/02. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

¹⁰¹² Centel ve Zafer, PVSK'nın 16'ncı maddesinin başlığının "zor ve silah kullanma" olduğunu vurgulayarak, zor kullanmanın bir türü olan silah kullanmanın, zor kullanmadan farklı olduğu kanısını uyandıran bu başlığın maddenin içeriği ile örtüşmediğini ifade etmektedir. Nur CENTEL, Hamide ZAFER, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 6. Bası, İstanbul 2008, s.120.

kullanılması kişinin vücut dokunulmazlığını ve yaşam hakkını doğrudan ilgilendirdiği için ayrıca ele alınmıştır.¹⁰¹³

Kolluk görevlilerinin silah kullanarak öldürücü güce başvurmaları belli durumlarda yasal olarak kabul edilebilir.¹⁰¹⁴ Diğer bir ifadeyle kolluk görevlileri tarafından ölümcül güç kullanımı için yasal bir amacın bulunması gerekmektedir.¹⁰¹⁵

Polisin meşru savunma hakkı çerçevesinde silah kullanma yetkisine haiz olduğu Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun 16'ncı maddesinin yedinci fıkrasının (a) bendinde düzenlenmiştir. Polis, kendisinin ya da başkasının yaşama hakkına ilişkin bir saldırıyı ortadan kaldırmak mecburiyeti karşısında saldırı ile orantılı olmak üzere saldırgan kişiye karşı silah kullanma yetkisine sahip olabilecektir.¹⁰¹⁶

Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun 16'ncı maddesinin yedinci fıkrasının (b) bendi gereğince polis, hakkında tutuklama, gözaltına alma, zorla getirme kararı ya da yakalama emri bulunan kişilerin veya suçüstü halinde şüphelinin yakalanmasını sağlamak maksadıyla gereken ölçüde silah kullanma yetkisine haizdir.¹⁰¹⁷

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2'nci maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendi tehlikeli kişilerin yakalanmaları ya da kaçmalarının engellenmesi gayesiyle silah kullanılması hususunda bir dayanak teşkil etmektedir.¹⁰¹⁸

Öldürmeyi yasal hale getiren diğer bir durum olan ayaklanma ya da isyanın kanuna uygun şekilde bastırılması, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2'nci maddesinin ikinci fıkrasının (c) bendinde ve Anayasa'nın 17'nci maddesinin dördüncü fıkrasında düzenlenmiştir. Ayaklanma, çok sayıda kişinin büyük ölçülerde şiddet kullandığı uç durumları belirtmektedir. Fakat bu hallerde bile, kamu düzenini

¹⁰¹³SEVÜK, s.251.

¹⁰¹⁴SEVÜK, s.253.

¹⁰¹⁵Bkz. Kate THOMPSON, Camille GIFFARD, *İnsan Hakları İhlali Olarak Öldürmenin Rapor Edilmesi-Yaşam Hakkının İhlali Olabilecek Olgular Uluslararası İnsan Haklarını Koruma Sisteminde Nasıl Belgelenmeli ve Bu Olgulardan Yola Çıkarak Nasıl Harekete Geçilmeli?*, Çeviren: Yahya Berman- Erdem Akter, Diyarbakır Barosu Herkes İçin Adalet Projesi Yayını, Diyarbakır Barosu 2006, s.32.

¹⁰¹⁶SEVÜK, s.253.

¹⁰¹⁷SEVÜK, s.258.

¹⁰¹⁸TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, İnsan Hakları Sorunu, 2004, s.216.

tekrar oluşturmak için silah kullanmanın mecburi hale gelmesi şartı göz önünde bulundurulmaktadır.¹⁰¹⁹

Polis güç kullanma bağlamında silah kullanma yetkisine haiz olmakla birlikte, kullanacağı silahın ateşli silah olması ya da olmamasının herhangi bir önemi bulunmamaktadır.¹⁰²⁰ Polis görevi başındayken bir direniş ile karşı karşıya kalması durumunda söz konusu direniş ortadan kaldırmak gayesiyle ve gereken ölçülerde zor kullanma yetkisine sahiptir. Polis, söz konusu yetki dâhilinde, direnmenin türüne ve derecesine göre direnen kişileri pasif duruma getirecek biçimde giderek artan oranlarda diğer bir ifadeyle kademeli şekilde bedeni güç, maddi güç ve yasal koşulları oluştuğunda silah kullanma ehliyetine haizdir.¹⁰²¹ Silah kullanma yetkisi, yalnızca yasal bir amaca dayanarak kullanılabilir bir yetkidir. Söz konusu yasal düzenlemelerde silah kullanılmasının hangi durumlarda hukuka uygun addedileceği belirtilmiş ise de, bu hallerde dahi silah kullanmaya en son çare olarak başvurulması, diğer yöntemlerin tercih edilmesine rağmen bir sonuç alınamaması halinde silah kullanma yolunun seçilmesi, mutlak bir zorunluluğun var olması ve silah kullanma yetkisinde orantılı davranılması gibi belli şartların mevcudiyeti aranmaktadır. Diğer bir ifadeyle silah kullanmaya başvurulması kaçınılmaz bir halden doğmuş olmalı ve alınan tedbirler ile varılmak istenen hedef arasında tam bir orantı bulunmalıdır. Birleşmiş Milletler Kanun Adamlarının Zor ve Silah Kullanmalarına Dair Temel Prensipleri'nin 5'inci maddesinde, güvenlik güçlerinin silah kullanmaları zorunlu hale geldiğinde, suçun ağırlığı ve ulaşılmak istenen yasal gaye ile orantılı şekilde güç kullanmaları mümkün görülmüştür. Aynı Prensipte söz konusu durumlarda oluşacak zararın asgari seviyeye indirileceğinin ve insanın yaşama hakkına duyulan saygı gereği söz konusu hakkın korunacağına altı çizilmiştir.¹⁰²²

Silah kullanılmasının somut durum açısından mecburi ve kesin bir biçimde eylem ile orantılı olup olmadığı tespit edilirken ulaşılmak istenen amacın niteliği,

¹⁰¹⁹SEVÜK, s.260.

¹⁰²⁰Özgenç, zor kullanma yetkisi kapsamında kullanılan silahın, muhakkak ateşli silah olmasının şart olmadığını ifade etmektedir. İzzet ÖZGENÇ, "Kolluk Görevlilerinin Zor Ve Silah Kullanma Yetkisi", Polise Görev, Yetki ve Sorumluluk Veren Mevzuat Uygulamaları Eğitim Projesi (MUYEP) Tebliğleri II, *Emniyet Genel Müdürlüğü Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayınları*, Ankara 2008, s.210.

¹⁰²¹SEVÜK, s.263.

¹⁰²²SEVÜK, s.266.

meydana gelen olayın insan yaşamı ve vücut bütünlüğü için yarattığı tehlike, güç kullanımından hâsıl olan ölüm riskinin gerçekleşme ihtimali dikkate alınır; başka bir ifadeyle alınan tedbirin somut durum için yeterli olan ölçüyü geçmemesi göz önünde bulundurulur. Mahkeme, önüne gelen başvurularda ölümcül nitelikte güç kullanıldığı görülen vakaları diğer bir ifade ile silah kullanılması neticesinde gerçekleşen ölüm olaylarını incelerken, silah kullanımının Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ikinci fıkrasında yer verilen amaçlara ulaşılması için orantılı bir biçimde uygulanıp uygulanmadığını, söz konusu yetkiye başvurulmasında kesin zorunluluk olup olmadığını itina ile gözden geçirmektedir. Mahkeme bu değerlendirmeyi yaparken yalnızca güç kullanmaya başvuran devletin yetkililerinin fiillerini değil, bunun yanında somut vakanın ortaya çıkış koşullarını ve bilhassa yetkililerin eylemlerinin ne şekilde planlanıp gerçekleştiğini de ele almakta ve nihai kararına bu hususları da göz önünde bulundurarak ulaşmaktadır.¹⁰²³

Daha önce de belirtildiği gibi silah kullanma yöntemine başvurulması ile engellenmek istenen tehlikenin önemi ve derecesi arasında orantı bulunması gerekmektedir. Silah kullanılmasını elzem hale getiren olaylarda bile kişinin en az zarar göreceği biçimde kişi hak ve özgürlüklerine ve bilhassa yaşama hakkının korunmasına saygı duyulup itinalı davranılması gerekmektedir. Silah kullanma yoluna başvurulması sonucunda ulaşılmak istenen amaç gerçekleştiğinde söz konusu güç kullanma yöntemine derhal son verilmelidir. Silah kullanma yetkisinde ölçülü davranılması ve direnişin gerektirdiği kadar söz konusu kuvvete başvurulması gerektiği için ayağının veya elinin hedef alınarak hafif bir şekilde yaralanması ile zararsız hale getirilebilecek şüphelinin hayati fonksiyonları için önemli olan organlarına ateş edilmemesi gerekmektedir. Silah kullanma yetkisinde geçerli olan kademelilik ilkesi demokratik hukuk devleti olmanın sonucu olarak göz önüne alınan bir ilkedir. Silah kullanmak çok yüksek bir olasılıkla ölüm neticesini de beraberinde getirecekse, bu yetkinin kullanılabilmesi için o esnada ortaya çıkan yaşamsal bir

¹⁰²³ Bkz. 13/01/2009 tarihli Halis Akın/Türkiye kararı, Başvuru No:30304/02; 27/09/1995 tarihli McCann ve diğerleri/Birleşik Krallık kararı, parag. 148-150.

tehlikenin varlığı ya da beden bütünlüğüne ilişkin ağır bir tehlikenin başka bir önlemlle bertaraf edilememesi gerekmektedir.¹⁰²⁴

Silahla gerçekleştirilen müdahale, güvenlik güçlerine karşı yöneltilen eylem ile orantılı olmalıdır. Taksirle mala zarar veren ve alkollü şekilde araç kullanan bir kişinin yakalanmamak amacıyla kaçmasına ve etkisiz bir karşı koyuş sergilemesine karşın, kolluk görevlisinin sadece yakalanmamak için çaba sarf eden kişiyi silah kullanarak öldürmesi durumunda orantının varlığından bahsedilemeyecektir.¹⁰²⁵

Silah kullanma yetkisi, kolluk görevlilerine keyfi şekilde davranma hakkı vermemektedir. Söz konusu yetki, diğer zor kullanma yöntemlerinden olan bedeni güç, maddi güç yetkisi gibi yalnızca kolluğun görevini yerine getirmesi gayesiyle ve en son başvurulabilecek yöntem olarak kullanılmalıdır. En son çare olarak silah kullanma yöntemine başvurulmasının mecburi olduğunun açık bir biçimde ortaya çıktığı durumlarda, yani güvenlik güçleri tarafından ifa edilmesi gereken görevlerde diğer zor kullanma yöntemlerinin başarılı sonuç vermemesi halinde kademelilik ilkesi¹⁰²⁶ göz önünde bulundurularak silah kullanma yetkisine başvurulabilmelidir. Sonuç olarak iç hukuk ve uluslararası hukuk alanında kolluğun silah kullanmasında kademelilik ve zorunluluk kıstasları göz önünde bulundurulmakta olup, yaşama hakkına ilişkin ciddi bir saldırı bulunmadıkça öldürücü şekilde silah kullanılmasına cevaz verilmemektedir.¹⁰²⁷

Birleşmiş Milletler Kanun Adamlarının Zor ve Silah Kullanmalarına Dair Temel Prensipleri'nin 9'uncu maddesi, kolluğun meşru müdafaa durumunda ve yaşama hakkına yönelik ağır bir tehdit teşkil eden suçların işlenmesini engellemek veya kişilerin yaşamına yönelik olarak tehlike yaratan ya da kendisine yöneltilen talimatlara uymamada ısrarcı olan kimseyi yakalamak, kaçmasına engel olmak hallerinde daha hafif yöntemlerin kullanılması ile başarılı bir sonuca ulaşmanın

¹⁰²⁴SEVÜK, s.267.

¹⁰²⁵SEVÜK, s.267.

¹⁰²⁶26/11/1986 tarihli ve 1985/8 esas numaralı kararında Anayasa Mahkemesi "kamu düzenini sağlamakla yükümlü polisin olayı başka türlü engelleme olanağı kalmadığında, son çare olarak zora başvurması Anayasa madde 17'ye aykırı değildir" şeklindeki ifadeleriyle kademelilik ve zorunluluk kıstaslarını kabul ettiğini belirtmiştir.

¹⁰²⁷SEVÜK, s.272.

mümkün olduğu olaylarda silah kullanılmayacağını açıkça belirtmiştir. Bu Prensip metninde de elde edilmek istenen netice için hafif yöntemlerin ilk sırada nazara alınması yani kademelilik ilkesinin göz önünde bulundurulması, en son merhale olarak silah kullanma yetkisinin tercih edilmesi yani zorunluluk ilkesine riayet edilmesi benimsenmiştir.¹⁰²⁸

Yasal bir amacı gerçekleştirmek için güç kullanımına başvuru hallerde uygulanacak olan kuvvet kullanmanın şartlarının somut olayda oluşup oluşmadığı katı bir biçimde yorumlandıktan sonra yapılan bir müdahale hukuka uygun sayılabilecektir. Diğer bir ifade ile aynı gayenin gerçekleşmesi daha az zarar veren bir yöntemin tercih edilmesi halinde de olanak dâhilindeyse,¹⁰²⁹ bu durumda güç kullanımının yasal bir amaç için uygulandığı öne sürülse dahi söz konusu müdahale hukuka uygun hale gelmeyecektir. Güç kullanımına veya ateşli silahlara yönelmeden önce olabildiğince şiddet ihtiva etmeyen diğer yöntemlerin denenmesi gerekmektedir.¹⁰³⁰ Kolluk güçleri silah kullanma yetkisine haiz oldukları durumlarda, silah kullanma yöntemine başvuracaklarına yönelik olarak uyarıda bulunmaları kademelilik ilkesinin bir gereğidir. Kolluk görevlilerinin silahlı kuvvet kullanımına başlamadan önce kendilerini müdahalede bulunulacak tarafa gereğince tanıttıktan sonra silah kullanma maksadında olduklarını açık bir biçimde ifade etmeleri ve söz konusu ikaza uyulabilmesi için uygun bir zaman tanınmaları gerekmektedir. Şayet silah kullanmadan önce uyarıda bulunmak kolluk görevlileri açısından tehlike yaratacaksa ya da başka kişiler için ölüm veya önemli bir yaralanma riski doğuracaksa ya da somut olayın koşulları dikkate alındığında uyarıda bulunmanın faydası olmayacaksa söz konusu ikaz gerçekleştirilmez.¹⁰³¹

Kolluk görevlileri silah kullanma yetkisine haiz oldukları durumlarda bile mecbur olmadıkça silah kullanma yöntemini seçmemelidirler. Kolluk görevlileri vazifelerini icra ederken zora başvurma ve silah kullanımı gerçekleştirmeden önce

¹⁰²⁸ SEVÜK, s.272.

¹⁰²⁹ Hafizoğulları, bireylerin yaşamı kutsal olduğu için, kolluk görevlilerinin silah kullanmasını “extrame ratio” olarak kabul etmekte ve amaca elverişli eldeki araçlardan daima en az zararlı olanının tercih edilmesi gerektiğini öne sürmektedir.

¹⁰³⁰ SEVÜK, s.272.

¹⁰³¹ SEVÜK, s.275.

olabildiğince şiddet ihtiva etmeyen yöntemleri seçmelidirler. Yalnızca başka yöntemlerin yetersiz kalması ya da ulaşılmak istenen neticenin meydana gelme ihtimalinin kalmaması durumunda zor kullanmaya ya da silaha başvurma yoluna gidilmelidir.¹⁰³²

Kolluk görevlilerinin silah kullanmaları neticesinde meydana gelen ölüm olaylarını önüne gelen başvurularda değerlendiren Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşme'nin 2'nci maddesine uygun şekilde silah kullanılıp kullanılmadığını her somut olayın kendine özgü koşulları açısından ele almakta ve her olayda silah kullanma yetkisinin kesin bir zorunluluk halinden kaynaklanıp kaynaklanmadığını değerlendirmektedir. Bu incelemeyi yaparken Mahkeme kolluk görevlisinin olay anında Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ikinci fıkrasında değinilen amaçlardan biri için silah kullanma mecburiyetinde kaldığı inancı ile müdahalede bulunup bulunmadığını da göz önüne almaktadır.¹⁰³³

Daha önce de belirtildiği gibi Mahkeme, terörle mücadele konusunda gerçekleştirilen operasyonlarda, güvenlik güçlerine yönelik silahlı saldırıları, kuvvet kullanmanın zorunluluğu kapsamında ele almaktadır. Aslında kuvvet kullanma zorunluluğu, genellikle meşru müdafanın uygulanma şartlarının gerçekleştiği olaylarda görülmektedir. Sözleşme'nin yaşama hakkını düzenleme altına alan 2'nci maddesinde, her ne kadar kuvvete başvurma kesin zorunluluk teşkil eden durumları arasında meşru müdafaa hali sayılmamışsa da, Mahkeme, meşru müdafanın uygulanabilir olduğu somut durumları Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ikinci fıkrası kapsamında ele almaktadır. Sözleşme'de yer alan kurumlar, tanım ve içerik itibarıyla ayrıntılı olarak düzenlenmediği için, Mahkeme bu alanda görülen boşlukları içtihatları ile telafi etmektedir.¹⁰³⁴

Güvenlik güçleri tarafından gerçekleştirilen operasyonlarda, kolluk kuvvetlerine karşı yöneltilen silahlı saldırılar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne

¹⁰³² SEVÜK, s.277.

¹⁰³³ SEVÜK, s.278.

¹⁰³⁴ Hüseyin ERTUĞRUL, "Yaşama Hakkı Bağlamında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yüksel Erdoğan ve Diğerleri Kararının İncelenmesi", *Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, Sayı:51-52, Kasım-Aralık 2008, s. 255.

göre, meşru müdafaa sınırları içerisinde değil; kuvvet kullanmanın zorunluluğu kapsamında incelenmelidir.¹⁰³⁵

Mahkeme 15/02/2007 tarihli Yüksel Erdoğan ve diğerleri/Türkiye kararında,¹⁰³⁶ bir ihbar üzerine gerçekleştirilen operasyon sonunda üç kişinin öldüğü olay hakkında yaptığı değerlendirmede Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ikinci fıkrası kapsamında "her insanın yasadışı şiddetten korunması" ve "yasal bir tutuklama gerçekleştirmek amacıyla" müdahalede bulunulduğunu, güvenlik güçleri tarafından başvuru güç kullanımının, maktul şüphelilerin sebep olduğu yasalara aykırı saldırı karşısında meydana geldiğini kabul etmiştir. Mahkeme ayrıca somut olayda güç kullanımının kesin bir zorunluluk kapsamında kalıp kalmadığını, Sözleşme'nin 2'nci maddesinde belirtilen amaçları gerçekleştirmekle orantılı olup olmadığını da göz önünde bulundurmıştır.¹⁰³⁷

Yüksel Erdoğan davasında Mahkeme, ilk silahlı kuvvete başvuran tarafın çatışmada ölen kişiler olduğunu dikkate alarak, söz konusu saldırıya hayatları tehlike altında olan güvenlik güçlerince karşılık verilmesinin kesin zorunluluk kapsamında kaldığına kanaat getirmiş ve Sözleşme'nin yaşama hakkını düzenleyen 2'nci maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.¹⁰³⁸

İstanbul Emniyet Müdürlüğü Terörle Mücadele Şubesi polis memurları tarafından 28/09/1994 tarihinde bir kafede öldürülen Fuat Erdoğan, Elmas Yalçın ve İsmet Erdoğan¹⁰³⁹ isimdeki kişiler, polislerin kendilerinden kimlik bilgilerini istemeleri üzerine silahlı saldırıda bulunmuşlardır. Yapılan incelemeler neticesinde söz konusu kişilerin sahte kimlik taşıdıkları ve DHKP-C terör örgütüne üye oldukları belirlenmiştir.¹⁰⁴⁰

İstanbul Cumhuriyet savcısı 22/11/1994 tarihinde operasyona katılan polis şüpheliler hakkında bir iddianame düzenleyerek İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi'ne

¹⁰³⁵ ERTUĞRUL, s.249.

¹⁰³⁶ Yüksel Erdoğan ve Diğerleri/Türkiye davası, Başvuru No: 57049/00, Karar Tarihi: 15/02/2007. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

¹⁰³⁷ SEVÜK, s.278.

¹⁰³⁸ ERTUĞRUL, s.249.

¹⁰³⁹ ERTUĞRUL, s.249.

¹⁰⁴⁰ ERTUĞRUL, s.250.

kamu davası açmıştır. Güvenlik güçleri ile ölen şahıslar arasında çıkan çatışmada polislerin adam öldürme suçunu işledikleri iddiası ile açılan kamu davası, İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi tarafından 07/02/2002 tarihinde sonuçlandırılmıştır. Yerel mahkeme sanık polis memurlarının üzerlerine atılı suçlardan beraatlarına karar vermiştir. Yargıtay 07/07/2003 tarihinde, söz konusu yerel mahkeme kararını onamıştır.¹⁰⁴¹

Mahkeme, İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi'nin yargılama boyunca elde ettiği delillerden yola çıkarak ilk ateşin maktuller tarafından açılmış olduğuna yönelik gözlemini, polis memurlarının maktullere teslim olmaları yönünde ikazda bulduklarını, fakat maktullerin polis memurlarından önce ateş etmeye başlamış olduklarını teyit eden Cumhuriyet savcısının tespitini ve yerel mahkeme huzurundaki tanık ifadelerini bir arada değerlendirmiştir. Tüm bu somut deliller karşısında Mahkeme, polis memurlarına şüpheliler tarafından ateş açıldığında, şüphelilerin söz konusu eylemlerini sonlandırmasına kadar polis memurlarının da ateş etmeyi sürdürmenin zorunluluğuna inanarak hareket ettikleri kanaatine ulaşmıştır.¹⁰⁴²

Mahkeme aynı zamanda dosya kapsamındaki balistik inceleme raporlarını göz önüne alarak olay yerinde ele geçen mermilerden beş tanesinin şüphelilerin yanlarında bulunan silahlardan atılmış olduğunu belirlemekle birlikte polis memurlarının silah atışlarının uzak mesafeden yapıldığını da gözlemlemiştir. Mahkeme sonuç olarak, somut olayda polis memurlarının kamuya açık bir alanda silahlı şüpheliler ile yüz yüze kalarak hızlı bir şekilde karar verip, bu karara göre davranmaları gerektiğine kanaat getirerek, olaya özgü şartlarda gerçekleştirilen ölümcül güç kullanımının, meşru müdafaa ve kanuna dayalı yakalama uygulaması bakımından kesin zorunluluk sınırlarını aşmadığına karar vermiştir. Diğer bir ifadeyle Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ikinci fıkrasında değinilen yükümlülükleri göz önünde bulundurarak bu davada ihlal bulunmadığına hükmetmiştir.¹⁰⁴³

¹⁰⁴¹ERTUĞRUL, s.250.

¹⁰⁴²SEVÜK, s.278.

¹⁰⁴³Yüksel Erdoğan ve diğerleri/Türkiye davası, Başvuru No:57049/00, Karar Tarihi: 15/02/2007. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

Bahsi geçen olayda, polis memurlarına şüpheliler tarafından ateş edilmesi üzerine şüphelilerin silahlı saldırıyı sonlandırana kadar güvenlik güçlerinin de silahla karşılık vermeyi sürdürmesi Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ikinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri kapsamında değerlendirilebilecektir. Mahkeme, olay yerinde ele geçirilen mermilerin şüphelilerin yakınında bulunan silahlardan atılmış olduğunu balistik inceleme raporlarından tespit etmiş ve polis memurlarının tüm atışları uzak mesafeden silah kullanarak gerçekleştirmiş olduklarını belirleyerek Sözleşme'nin 2'nci maddesi kapsamında bir ihlale neden olunmadığına karar vermiştir.¹⁰⁴⁴

Fakat Mahkeme aynı olay hakkında yürütülen soruşturma ve kovuşturmanın etkin ve adil gerçekleştirilmediğini gerekçe göstererek Sözleşme'nin 2'nci maddesi kapsamında devlete izafe edilen prosedürel yükümlülüğün yerine getirilmemiş olduğuna kanaat getirerek, bu bağlamda ihlale hükmetmiştir.¹⁰⁴⁵

Yetkililer haricindeki diğer görgü tanıklarının beyanlarına başvurulmaması, adli tıp raporlarının muhteviyatında bulunan eksik tespitler, ölü muayene raporlarında yaralanmaların tam ve doğru biçimde belirlenememesi, elde edilen klinik bulguların incelenmesinin objektif ve düzgün bir biçimde yapılamaması; söz konusu kanıtların muhafaza altına alınması için olanak dâhilindeki özenin gösterilmemiş olması gibi nedenler somut olayda Mahkeme'yi, Sözleşme'nin 2'nci maddesinden doğan usul yükümlülüğünün yerine getirilmemiş olduğu kanaatine sevk etmiştir.¹⁰⁴⁶

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 28/03/2006 tarihli Perk ve diğerleri/Türkiye davasında¹⁰⁴⁷ İstanbul Emniyet Müdürlüğü Terörle Mücadele Şubesi tarafından yürütülen operasyon sonucunda üç kişinin hayatını kaybettiği olayda da kesin zorunluluk halini değerlendirmiştir. Somut olayda; Emniyet Müdürlüğü Terörle Mücadele ekipleri, Koç Bankası'nın güvenliğinden sorumlu kişilere yönelik olarak üç şüphelinin gerçekleştirmeyi planladığı silahlı saldırıya

¹⁰⁴⁴ERTUĞRUL, s.252.

¹⁰⁴⁵ERTUĞRUL, s.254.

¹⁰⁴⁶ERTUĞRUL, s.255.

¹⁰⁴⁷ Perk/Türkiye davası, Başvuru No:50739/99, Karar Tarihi: 28/03/2006. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

engel olmak ve hukuka uygun bir biçimde şüphelileri yakalamak gayesiyle operasyon düzenlemişlerdir.¹⁰⁴⁸ Polisler, operasyonun başlangıcında şüphelileri sözlü şekilde ikaz ettikten sonra, kaldıkları apartmana girmişlerdir. Birkaç dakika devam eden çatışma neticesinde üç kişi hayatını kaybetmiştir. Mahkeme somut vakanın şartlarını göz önüne alarak, şüphelilerin kaldıkları apartmanın kapısının kırılması esnasında önce şüpheliler tarafından gösterilen şiddet içerikli tepkiyi polis memurlarının kuvvet kullanımına başvurmalarının sebebi olarak görmektedir. Mahkeme bunun yanında somut operasyonun amacının şiddete karşı herkesi korumak ve Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ikinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri uyarınca hukuka uygun şekilde yakalama işlemini gerçekleştirmek olduğunu belirlemiştir. Mahkeme bahsi geçen amaçlara ulaşmak için kullanılan gücün kesin gereklilik sınırları içerisinde kalıp kalmadığını ve bilhassa polislerin içinde buldukları koşullar dikkate alındığında başvuru kuvvetin orantılı olup olmadığını da ele almıştır.¹⁰⁴⁹ Mahkeme, şüphelilerin slogan atarak ve polislerin kapıyı açmaları yönündeki talimatlarına uymayarak uzlaşmaz bir tavır sergilemeleri sebebiyle, kolluk kuvvetlerinin müdahalede bulunurken başkalarının ve kendilerinin yaşamlarını tehlikeye sokabilecek olan bu şüphelilerin ateş etme kasıtlarının olduğu düşüncesinden hareket ettiklerini kabul etmektedir. Bu kabulün yanında Mahkeme, şüpheli şahısların silah taşıdıklarının bilincinde olan ve söz konusu şüphelilerin terör saldırısı gerçekleştirecekleri bilgisine ulaşan polislerin, şüphelilerin kaldığı apartmana girerek bu kişileri silahsız hale getirip yakalamaya çalışmalarının ve apartmana girdikleri esnada şüphelilerin silah kullanarak atış etmelerini fiziksel anlamda önleyene kadar silahla karşılık verme zorunluluğu içinde olmalarının makul görüldüğünü ifade etmiştir. Sonuç olarak Mahkeme, ölümle neticelenen somut olayın şartlarını göz önünde bulundurarak güç kullanımının, herkesin şiddet karşısında koruma altına alınmasını sağlamak ve hukuka uygun bir biçimde yakalama işlemi gerçekleştirmek gayesi taşıması sebebiyle kesin gereklilik sınırları içerisinde kaldığını kabul ederek Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ihlal edilmediğine hükmetmiştir. Mahkeme, silah kullanmanın kesin gereklilik teşkil edip etmediğini ele aldığı Perk ve diğerleri/Türkiye ile Yüksel Erdoğan ve diğerleri/Türkiye davalarında,

¹⁰⁴⁸SEVÜK, s.279.

¹⁰⁴⁹SEVÜK, s.279.

olayların yaşandığı tarihte yürürlükte bulunan ve 5681 sayılı Kanun ile getirilen değişiklikten önceki Polis Vazife ve Salahiyetleri Hakkındaki Kanun'un 16'ncı maddesinde yer alan düzenleme ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2'nci maddesinin ikinci fıkrasında geçen "kesinlikle zorunlu" ibaresi arasında anlam farklılığı bulunduğunu, fakat söz konusu farkın Sözleşme'nin 2'nci maddesinin birinci fıkrasının ihlal edildiği kanaatine ulaşacak kadar önemli olmadığını ifade etmektedir. Bunun yanında Mahkeme, yaşama hakkının yasa ile korunmasını sağlamada yerel kanun hükmünün yetersiz kaldığını belirtmektedir.¹⁰⁵⁰

Bilindiği üzere Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf devletler, kendi hâkimiyetleri alanı içinde bulunan herkese Sözleşme'de yer alan hak ve özgürlükleri tanıma yükümlülüğü altındadır. Bu bağlamda Sözleşme'nin 2'nci maddesinde düzenlenen yaşama hakkı da Sözleşmeciler devletler tarafından garanti altına alınmalıdır. Kişilerin silah kullanımı neticesinde hayatlarını kaybetmeleri durumunda yaşama hakkını koruma altına alan yerel kanunların etkin bir biçimde uygulanmasını mümkün kılmak için, her somut vaka hakkında etkili bir soruşturmanın yürütülmesi, devlet görevlilerinin ve ilgili kurumların, sorumlulukları dâhilinde meydana gelen ölüm vakaları hakkında açıklama yapma zorunluluklarının devlet tarafından sağlanması gerekmektedir.¹⁰⁵¹

Devlet görevleri içerisinde, bireyleri keyfi şekilde yaşama hakkından mahrum bırakma olayları genellikle kolluk faaliyetleri kapsamında ortaya çıkmaktadır. Devletin kişilerin yaşama hakkını koruma altına almadaki etkinliğinin arttığı kolluk faaliyetleri sahasında, kolluk görevlilerinin ölüme sebebiyet veren fiillerinin akabinde ölümün gerçek nedeninin tespit edilmesine yönelik tıbbi muayene ve otopsi işlemlerinin olayı aydınlatmaya yarayacak şekilde ve usulüne uygun biçimde yerine getirilmesi, olaya dair etkin bir soruşturmanın yürütülmesi ve şüphelinin adil ve bağımsız bir merci tarafından yargılanması hususunda alınacak tedbirler yaşama

¹⁰⁵⁰SEVÜK, s.279.

¹⁰⁵¹SEVÜK, s.280.

hakkının etkin şekilde korunmasında devlete yüklenen sorumluluğun bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır.¹⁰⁵²

Devlet görevlileri tarafından hukuka aykırı şekilde gerçekleştirildiği öne sürülen öldürme olayları hakkında yürütülen bir soruşturmanın etkinliğinden söz edebilmek için, soruşturmayı yürüten kişilerin olayın müştekisi veya şüphelisi olan kişilerden bağımsız olması gerekmektedir. Bu bağımsızlık yalnızca hiyerarşi ilişkisinin olmaması ya da kurumsal bir yakınlığın bulunmaması anlamına gelmemektedir. Kuvvet kullanımı sonucu meydana gelen ölüm olaylarının koşullarını soruşturma kapsamında değerlendirerek, uygulanan gücün yasal olup olmadığını belirlemek ve sorumlular varsa tespit edilerek cezalandırılmalarını sağlamak devlete ait bir yükümlülüktür.¹⁰⁵³

Soruşturmayı yürüten merciler tarafından tanık ifadeleri alınmalı, adli tıp raporları temin edilmeli, yaralanmaların tam ve doğru şekilde belirlendiği ölü muayene raporu ve ölüm nedenini kapsayan, ayrıntılı analizleri ihtiva eden otopsi raporu dosya içeriğine alınmalı, olay hakkında toplanan kanıtların muhafaza altına alınması için gereken her türlü önlem alınmalı ve elde edilen kanıtlar ayrıntılı şekilde değerlendirmeye tabi tutulmalıdır. Gerçek ölüm sebebinin ortaya çıkmasını ya da ölümden sorumlu olan kişi veya kişilerin belirlenmesini önleyecek herhangi bir eksiklik, soruşturmanın etkin, hızlı ve makul sürede sonuçlanmasına gölge düşürecektir. Bazen çeşitli olaylarda soruşturmanın başarıyla sonuçlanmasını önleyen nedenler ortaya çıksa da ölümcül güç kullanımının yaşandığı olayların soruşturmasında ilgililer hızlı bir şekilde harekete geçerek delillerin yok olmasını ya da karartılmasını engellemekle ve halkın hukukun üstünlüğüne olan inancını tesis etmekle yükümlüdürler.¹⁰⁵⁴

Yargıtay'ın genellikle meşru savunma, kanun hükmünü yerine getirme ya da hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması hükümlerini tatbik ederek, sanık

¹⁰⁵²THOMPSON/GIFFARD, s.49.

¹⁰⁵³SEVÜK, s.280.

¹⁰⁵⁴Bkz. 15/02/2007 tarihli, Yüksel Erdoğan ve diğerleri/Türkiye kararı, Başvuru No:57049/00; 14/10/2008 tarihli Gülen/Türkiye kararı, Başvuru No:28226/0214; 08/12/2005 tarihli Kanlıbaş/Türkiye kararı, Başvuru No:32444/96. <http://www.echr.coe.int /ECHR /EN/ Header/Case-Law / HUDOC/HUDOC+database/>

konumunda olan kolluk görevlilerinin silah kullanarak kişilerin ölümüne sebebiyet verdikleri olaylarda cezai sorumluluklarının kaldırılması ya da azaltılması doğrultusunda kararlar tesis ettiği görülmektedir.¹⁰⁵⁵

Türkiye'nin, kolluk görevlileri tarafından işlenen suçlar hakkında etkin soruşturma ve kovuşturma yürütmediğini, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşme'nin 2'nci maddesi kapsamında ele aldığı ve kolluk görevlilerinin silah kullanması neticesinde meydana gelen ölüm olaylarına yönelik birçok davada belirlediği gözlemlenmektedir. Mahkeme tür davalardaki ihlal gerekçelerinde cezai soruşturma ve kovuşturma süresinin uzunluğuna, yetkili mercilerin yürütülen soruşturmada hızlı davranmadıklarına,¹⁰⁵⁶ olay hakkında gerekli olan bütün delillerin toplanmadığına, elde edilen delillerin ise yeterince değerlendirilmediğine,¹⁰⁵⁷ hakkında hüküm verilen kişilerin aften yararlandırılması neticesinde işlenen suçun bir bakıma cezasız bırakıldığına,¹⁰⁵⁸ öldürülen kişinin yakınlarının soruşturma aşamasından uzak tutulduğuna, şüpheli sıfatındaki kamu görevlilerinin üzerlerine atılı suçlamayı kabul etmediklerine yönelik savunmalarına itibar edildiğine, idari makamların rol aldığı soruşturmanın bağımsız şekilde yürütülmesinden duyulan endişeye¹⁰⁵⁹ ve netice olarak etkin bir soruşturmanın gerçekleştirilemediğine atıfta bulunmuştur. Bu nedenle Sözleşme'nin 2'nci maddesi bağlamında Türkiye'nin taraf olduğu birçok davada, Mahkeme usuli yükümlülüğün yerine getirilmediğinden bahisle ihlal kararları vermiştir. Ancak Mahkeme'nin yetkili makamlar tarafından

¹⁰⁵⁵ Bu konudaki Yargıtay kararları için bkz. Mesut Bedri ERYILMAZ, Ayhan BOZLAK, "Hukukumuzda Zor ve Silah Kullanma Yetkisi", *TBB Dergisi*, Sayı:83, Temmuz- Ağustos 2009, s.248-263.

¹⁰⁵⁶ Bkz. 08/12/2005 tarihli Kanlıbaş/Türkiye kararı, Başvuru No: 32444/96; 15/02/2007 tarihli, Yüksel Erdoğan ve diğerleri/Türkiye kararı, Başvuru No:57049/00; 14/10/2008 tarihli Gülen/Türkiye kararı, Başvuru No:28226/0214; 20/08/2008 tarihli, Kasa/Türkiye kararı, Başvuru No: 45902/99. <http://www.echr.coe.int /ECHR /EN/ Header/Case- Law / HUDOC/HUDOC+database/>

¹⁰⁵⁷ Bkz.19/09/2006 tarihli, Sultan Karabulut/Türkiye kararı, Başvuru No:45784/99; 28/03/2006 tarihli, Perk ve diğerleri/Türkiye kararı, Başvuru No:50739/99; 20/05/1999 tarihli Oğur/Türkiye kararı, Başvuru No:21594/93. <http://www.echr.coe.int /ECHR /EN/ Header/Case- Law / HUDOC/HUDOC+database/>

¹⁰⁵⁸ 04/11/2008 tarihli, Evrim Öktem/Türkiye kararı, Başvuru No: 9207/03. <http://www.echr.coe.int /ECHR /EN/ Header/Case- Law / HUDOC/HUDOC+database/>

¹⁰⁵⁹ 26/02/2008 tarihli, Mansuroğlu/Türkiye kararı, Başvuru No: 43443/98. <http://www.echr.coe.int /ECHR /EN/ Header/Case- Law / HUDOC/HUDOC+database/>

Sözleşme'nin 2'nci maddesinin gereklerine uygun ve etkili bir soruşturma yürütüldüğünü kabul ettiği kararları da bulunmaktadır.¹⁰⁶⁰

Tüm hakların ve özgürlüklerin ön şartı olan yaşama hakkı, temel insan haklarından biridir. Devlet, egemenliği altında bulunan kişilerin yaşama hakkını demokratik bir hukuk devleti olmanın sonucu olarak koruma altına almak zorundadır. Bu nedenle kolluk görevlileri tarafından bir kişinin yaşamından mahrum bırakılabilmesinin şartları kanuni düzenlemelerle belirlenmeli, sınırlandırılmalı ve kontrol altına alınmalıdır. Uluslararası normlar dikkate alınarak, kolluk görevlilerinin hangi durumlarda zor ve ateşli silah kullanabilecekleri tespit edilmelidir. Kolluk görevlilerinin yetki sınırlarının yasal düzenlemelerle açıklığa kavuşturulmaması bu hususta keyfi uygulamalara yol açabileceği gibi, söz konusu belirsizlik insan haklarına saygı ilkesi ile de örtüşmeyecektir.¹⁰⁶¹ Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nda kolluğun silah kullanma yetkisi, zor kullanma yetkisinin en ağır derecesi olarak kabul edilmiş ve kişinin vücut dokunulmazlığına ve yaşama hakkına ilişkin bir müdahale niteliğinde olması sebebiyle açık bir biçime düzenleme altına alınmıştır.¹⁰⁶²

Hangi durumda ve hangi sebeple olursa olsun çocuğa karşı silah kullanılması meşru görülemeyecektir. Bunun yanında yaşama hakkına ilişkin bir saldırı halinde ateşli silah kullanan çocuğa karşı da meşru savunma kapsamında öldürücü olmamak şartıyla ve kesin zorunluluk sınırlarını aşmamak kaydıyla silah kullanılması mümkün görülebilir. Türkiye'nin Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne taraf bir devlet olduğu nazara alındığında çocuğun yaşaması için asgari bütün gayreti gösterme yükümlülüğü altında olduğu kabul edilerek, kolluk görevlilerinin çocuklara yönelik olarak silah kullanmamaları ilke olarak benimsenmelidir. Bu bağlamda çocukların içinde yer aldığı olaylarda, silah haricinde her çeşit yöntem başvurulması konusunda gereken hukuki ve idari önlemler alınmalıdır.¹⁰⁶³

¹⁰⁶⁰Bakan/Türkiye davası, Başvuru No:50939/99, Karar Tarihi: 12/06/2007. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database>

¹⁰⁶¹SEVÜK, s.281.

¹⁰⁶²SEVÜK, s.282.

¹⁰⁶³SEVÜK, s.282.

Silah kullanımı, engellenmek istenen tehlikenin ağırlığı ile orantılı olmalıdır. Silaha başvurma yetkisinin zorunlu olarak kullanıldığı durumlarda bile kişiye en az zarar verecek biçimde davranılmalı, yaşama hakkının korunmasına gereken ihtimam gösterilmelidir. Suçun ağırlığı ve ulaşılmak istenen yasal amaç ile orantılı şekilde zor kullanılması temel prensibine, kolluk görevlilerinin silah kullanma mecburiyetlerinin hâsıl olduğu zamanlarda sıkı bir biçimde bağlı kalınmalıdır.¹⁰⁶⁴

Silahlı güce başvurma yerine ulaşılmak istenen gaye için, kolluk görevlilerinin öncelikli olarak başka zor kullanma imkânı verecek araç ve yöntemleri seçmeleri, başka türlü bir çözüm bulamadıklarında silah kullanmaya yönelmeleri gerekmektedir. Kolluk görevlileri, silah kullanma yetkisine haiz oldukları durumlarda bile mecbur kalmadıkça bu güce başvurmamalıdır. Zira kolluğa silah kullanma yetkisinin tanınması, öldürme yetkisinin de verildiği manasına gelmemektedir.¹⁰⁶⁵

Bunun yanında silah kullanmadan önce açıkça uyarıda bulunulacağı, yalnızca uyarıda bulunmanın kolluk görevlileri ya da başkaları bakımından ölüm veya önemli şekilde yaralanma tehlikesi doğurması ya da kaçmaya çalışan kişinin rast gele ateş etmesi şeklinde gelişen somut vakalarda olduğu gibi pratikte bir anlam ifade etmemesi halinde ikazda bulunulmayacağı yasal ve açık bir biçimde düzenlenmelidir.¹⁰⁶⁶

Kolluk görevlileri, silah kullanmaya yetkili oldukları durumlarda, kendilerini tanıttıktan ve silah kullanacakları yönünde ikazda bulunduktan sonra söz konusu uyarının anlaşılabilmesi için karşı tarafa zaman tanımalıdırlar. Kolluk görevlileri silah kullanmadan önce, sözlü uyarının ve havaya yapılan uyarı atışının karşı tarafta bulunan kişi tarafından duyulduğuna ve anlaşıldığına yönelik somut bulguların ortaya çıkmasından sonra atış gerçekleştirmelidirler.¹⁰⁶⁷

¹⁰⁶⁴SEVÜK, s.283.

¹⁰⁶⁵SEVÜK, s.283.

¹⁰⁶⁶SEVÜK, s.283.

¹⁰⁶⁷SEVÜK, s.284.

Sözleşme'nin 2'nci maddesi açısından ele alınan konulardan biri olan kolluk görevlilerinin silah kullanması neticesinde ortaya çıkan ölüm olaylarında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, genellikle kolluk görevlileri hakkında etkili bir soruşturma yapılmadığı gerekçesiyle Türkiye'yi mahkûm etmiştir. Yaşama hakkını korumakla yükümlü olan devletin, bu tür olaylarda soruşturmanın etkinliğini sağlaması en önemli görevlerindedir.¹⁰⁶⁸

Sözleşme'nin 2'nci maddesinin Türkiye tarafından ihlal edildiğinin belirlendiği kararların bir kısmı güvenlik güçlerince gerçekleştirilen operasyonlar esnasında ölen kişileri ilgilendirmektedir. Söz konusu kararlarda Mahkeme, çeşitli nedenlerle Sözleşme'nin 2'nci maddesine aykırılık tespit etmiştir. Bu gerekçeler, iç hukukta resmi makamlar tarafından öne sürülen iddialar hakkında etkili bir soruşturmanın yürütülmemiş olması, operasyonun planlanmasında ve uygulanmasında var olan kusurlar ve başvuru gücün orantısız olması şeklinde sıralanabilir.¹⁰⁶⁹ Mahkeme'nin yerleşik içtihatlarına göre, devletin yaşama hakkını koruma yükümlülüğü, güvenlik güçleri tarafından öldürücü nitelikte güç kullanılan olaylar hakkında etkili bir soruşturma yürütülmesini zorunlu kılmaktadır. Etkili soruşturma zorunluluğu, güvenlik güçlerinin öldürücü güce başvurdukları olaylarda söz konusu yetkiyi kullanmakta haklı olup olmadıklarının bağımsız bir biçimde tespit edilmesi ve sorumluluğu olan görevlilerin belirlenmesi gereksiniminden doğmaktadır. Diğer bir ifade ile etkili bir soruşturma, kolluk kuvvetleri tarafından kullanılan öldürücü nitelikteki gücün hukukiliğinin kontrol edilmesi açısından büyük önem arz etmektedir. Şayet ulusal makamlar tarafından etkili bir soruşturma gerçekleştirilmemişse, başvuruya konu öldürme fiilinin kolluk kuvvetleri tarafından gerçekleştirildiği ispat edilmese dahi, sadece etkili bir soruşturmanın yürütülmemiş olması gerekçe gösterilerek Sözleşme'nin 2'nci maddenin ihlal edildiğine Mahkeme tarafından karar verilebilmektedir.¹⁰⁷⁰

¹⁰⁶⁸SEVÜK, s.284.

¹⁰⁶⁹ÖZDEK, s.134.

¹⁰⁷⁰ÖZDEK, s.134.

Kaya kararı, Mahkeme'nin yetersiz soruşturma yapılması nedeniyle Türkiye'nin yaşama hakkını ihlal ettiğine yönelik ilk kararıdır.¹⁰⁷¹ Söz konusu karar, Türkiye'nin Sözleşme'nin 2'nci maddesinden dolayı mahkûm edildiği ilk karar olma özelliğini de taşımaktadır. Bu karar, McCann kararından sonra Sözleşme'nin 2'nci maddesinde yer alan yaşama hakkının ihlalini belirleyen ikinci AİHM kararıdır. Kaya kararının gerekçe kısmında ifade edilen yetersiz soruşturma ibaresi, Mahkeme'nin sonradan Türkiye hakkında verdiği birtakım ihlal kararlarının gerekçesinden biri olmaya devam etmiştir.¹⁰⁷²

Kaya davasında, başvuruçular tarafından A. Kaya'nın 1993 yılında Lice'nin bir köyünde tarlasına gittiği esnada güvenlik güçleri tarafından öldürüldüğü iddia edilmiştir. Hükümet savunmasında, güvenlik güçleri tarafından yürütülen bir operasyon esnasında teröristler arasında bulunan A. Kaya'nın çatışmada hayatını kaybettiğini belirtmiştir. Tarafların birbiri ile örtüşmeyen ifadeleri karşısında Komisyon olayı aydınlatmaya yarayacak delil elde etme çabası içerisine girse de bu hususta başarılı olamamıştır.¹⁰⁷³ Fakat Mahkeme, sonuç olarak yerel mercilerin somut vaka hakkında yeterli ve etkili bir soruşturma yürütmedikleri gerekçesi ile Sözleşme'nin 2'nci maddesinden mahkûmiyet kararı vermiştir. Mahkeme, adli makamlar tarafından soruşturma kapsamında olay yerinde bulunan askerlerin ifadesine başvurulmamış olmasını, operasyonun gerçekleştiği öne sürülen bölgede bir çatışma yaşandığına dair incelemenin yapılmamış olmasını, hayatını kaybeden kişinin ellerinde ve kıyafetlerinde barut izi bulunup bulunmadığının araştırılmamış olmasını, ölen kişinin silahı üzerinde parmak izi çalışmasının yapılmamış olmasını, olayın aydınlatılması açısından büyük öneme sahip tespitlerin ölü muayene raporunda yer almamasını yetersiz ve etkisiz şekilde yürütülen soruşturmanın unsurları olarak görmüştür. Mahkeme, soruşturmayı yürüten savcının ölen kişinin

¹⁰⁷¹ Devlet görevlilerinin güç kullanmaları sonucunda meydana gelen öldürmelerin etkili bir resmi soruşturmaya konu edilmesi gerektiğine ilişkin içtihadını Mahkeme daha önce McCann kararında ifade etmiştir. (parag. 161) Ancak söz konusu davada yapılan incelemeleri yeterli bulduğu için Sözleşme'nin 2'nci maddesine bu yönden aykırı bir durum görmemiştir. (parag. 162-164)

¹⁰⁷² Sözleşme'ye taraf devletlerin 2'nci maddeyi ihlal ettiklerine ilişkin benzer gerekçelerle verilen başka kararlar da vardır. Nitekim Mahkeme, Hugh Jordan; McKerr, Kelly ve diğerleri; Shanaghan; McShane; Paul ve Audrey Edwards kararlarında devlet organlarının "yeterli soruşturma" yapmadıkları gerekçesi ile Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir.

¹⁰⁷³ ÖZDEK, s.135.

güvenlik güçleri tarafından gerçekleştirilen operasyonda öldürülen bir terörist olduğunu herhangi bir araştırmaya gerek duymadan kabullenmiş olmasını şaşırtıcı bularak gerekçeli kararında bu durumun altını çizmiştir. Mahkeme, soruşturmayı yürüten savcının yalnızca olay yerinde bulunan askerlerin ifadelerini esas alarak A. Kaya'nın terörist olduğunu kabul etmesini, soruşturmanın etkili gerçekleştirilmediğine karar verilmesi için yeterli saymıştır.¹⁰⁷⁴

Mahkeme, orantılılık ilkesine riayet edilmediği gerekçesiyle Türkiye hakkında çok sayıda ihlal kararı vermiştir. Bu ihlal kararlarından¹⁰⁷⁵ güvenlik güçlerinin operasyon sırasında cop, kalkan, tazyikli su, plastik mermi ya da göz yaşartıcı bomba kullanmak yerine çok güçlü silahlara başvurmalarının orantılılık ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle verilen Güleç kararı;¹⁰⁷⁶ güvenlik güçlerince öldürücü güç kullanımına gereksinim duyulmayacak şekilde operasyonun planlanmamış olduğu gerekçesiyle Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ihlaline yönelik olarak verilen Ergi kararı örnek kabildendir.¹⁰⁷⁷

Mahkeme, güvenlik güçlerinin operasyonlar esnasında yaşama hakkını ihlal ettikleri öne sürülerek gerçekleştirilen Ergi, Güleç, Oğur, Gül,¹⁰⁷⁸ Şemse Önen başvurularında da yetersiz ve etkili olmayan bir soruşturma yapıldığı gerekçesi ile Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir. İçlerinde birden fazla kez 2'nci maddenin ihlal edildiğine yönelik hukuka aykırılıklar belirlenen kararlar da bulunmaktadır. Ergi kararında operasyonun planlanma ve uygulanma aşamasında görülen kusurlar; Oğur, Güleç ve Gül başvurularında ise güvenlik görevlilerinin orantısız şekilde kullandıkları güç Sözleşme'nin 2'nci maddesine aykırı görülmüştür. Şemse Önen kararının gerekçesi ise sadece yetersiz ve etkili soruşturma yürütülmemesine dayanmaktadır. Bahsi geçen başvuruda Mahkeme, başvurucunun yakınının köy korucuları tarafından öldürüldüğüne ilişkin iddiayı kanıtlayacak yeterli delil elde edememiş olsa da yetkili adli makamlar tarafından olay ile ilgili yeterli ve

¹⁰⁷⁴ ÖZDEK, s.135.

¹⁰⁷⁵ KILINÇ, s.97.

¹⁰⁷⁶ Mahkeme'nin 27/07/1998 tarihli Güleç/Türkiye kararı, Başvuru No:21593/93. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

¹⁰⁷⁷ KILINÇ, s.98.

¹⁰⁷⁸ Mahkeme'nin 14/12/2000 tarihli Gül/Türkiye kararı, Başvuru No: 22676/93. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

etkili bir soruşturma yürütülmemiş olmasını Sözleşme'nin 2'nci maddesi bağlamında verilecek bir ihlal kararı için yeterli görmüştür.¹⁰⁷⁹

Kamu görevlilerinin görevleri nedeniyle işledikleri suçlar hakkında il ve ilçe idare kurulları tarafından ilk inceleme sonucunda soruşturma izni verilip verilmeyeceğine yönelik idari nitelikli kararlar da yetersiz ve etkili olmayan bir soruşturmanın unsuru olarak görülmüş ve Türkiye hakkında Sözleşme'nin 2'nci maddesinden dolayı verilen ihlal kararlarında bahsi geçen soruşturma yetersizliği tartışma konusu olmuştur. Mahkeme, Güleç, Gül ve Oğur kararlarında özellikle il ve ilçe idare kurullarının idari yapı içerisinde bulunması nedeniyle bağımsız hareket edemeyeceklerini, ilk inceleme sonucunda verecekleri kararda tarafsız davranamayacaklarını ifade etmiştir.¹⁰⁸⁰

Yine Güleç, Gül ve Oğur kararlarında Mahkeme, güvenlik görevlileri tarafından kullanılan gücün orantılı olmadığını tespit ederek Türkiye hakkında ihlal kararı vermiştir. Bahsi geçen kararlarda Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen ve kullanılan gücün gereken oranı aşmaması gerektiğini ifade eden şarta uyulmadığının altı çizilmiştir.¹⁰⁸¹

Güneydoğu bölgesinde terörizmle mücadele kapsamında gerçekleştirilen bir askeri operasyon esnasında, maden ocağından çıkan kişinin, güvenlik güçleri tarafından ateş açılması neticesinde hayatını kaybetmesi üzerine devletin yaşama hakkının ihlaline neden olduğunun belirlendiği Oğur kararı oldukça önemli bir davadır.¹⁰⁸² Güvenlik güçlerinin düzenlemiş oldukları operasyonlar neticesinde çatışmaların yoğunlaştığı zamanlarda birçok sivil vatandaş çeşitli şekillerde hayatlarını kaybetmiştir. Ergi ve Oğur kararlarına konu olan başvurular, bu hususta emsal gösterilecek ihlal niteliğindeki olaylardır.¹⁰⁸³ Mahkeme bazı kararlarında, operasyonun planlanma aşamasındaki eksiklikler ve idaresindeki ağır hata ve

¹⁰⁷⁹ ÖZDEK, s.136.

¹⁰⁸⁰ ÖZDEK, s.136.

¹⁰⁸¹ ÖZDEK, s.136.

¹⁰⁸² KILINÇ, s.104.

¹⁰⁸³ TANRIKULU, s.90.

ihmallere sebebiyle yaşama hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir. Mahkeme'nin Gezici¹⁰⁸⁴ ve Gül kararlarında da aynı değerlendirmeyi yaptığı görülmektedir.¹⁰⁸⁵

Kolluk güçlerinin silahlarını gösteri esnasında kullanmaları sonucu bir kişinin hayatını kaybetmesi ile sonuçlanan olay, Güleç davasının konusunu oluşturmaktadır.¹⁰⁸⁶ 1991 yılının Mart ayında İdil ilçesinde izinsiz gösteri yapıldığı esnada 15 yaşındaki bir öğrencinin hayatına güvenlik güçlerince son verildiği iddiası Güleç başvurusunda öne sürülmüştür.¹⁰⁸⁷ Komisyon'un da ifade ettiği gibi, yapılan gösteri barışçıl nitelik göstermemektedir. Çünkü ilçede bulunan taşınır ve taşınmaz mallar gösteri esnasında hasar görmüş ve bazı güvenlik güçleri yaralanmıştır. Güvenlik güçleri yoğun şiddet eylemleri ile yüz yüze kalmalarından dolayı yardım istemiş ve olay yerine iki tane zırhlı araç gelmiştir. Zırhlı araç sürücüsü astsubay, havaya ateş ettiğini iddia ederken, kasabada yaşayan ve içlerinde kasabanın ileri gelenlerinin de yer aldığı çok sayıda tanık ifadelerinde kolluk görevlisinin kalabalığa doğru ateş ettiğini belirtmiştir. Hükümet tarafından tanık beyanları kabul edilmemiş olsa da, göstericilerin çoğunluğunun bacaklarından yaralanmış olması ortaya çıkan neticeyi açıklamaya yeterli görülmüştür.¹⁰⁸⁸ Mahkeme, somut olayda başvuru kuvvet kullanımının Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ikinci fıkrasının (c) bendine göre makul karşılanabileceği noktasında Komisyon ile hem fikirdir. Fakat ulaşılmak istenen amaç ile kullanılan araç arasında bir orantının varlığı da aranmaktadır. Somut olayda kolluk görevlileri çok güçlü silahlar kullanmayı tercih etmek durumunda kalmışlardır.¹⁰⁸⁹ Mahkeme yaptığı değerlendirmede, somut olayda güvenlik güçleri tarafından izinsiz gösteriyi dağıtmak gayesiyle başvuru gücünün Sözleşme'nin 2'nci maddenin ikinci fıkrasının (c) bendi kapsamında yasal sayılabileceğini ifade etmekle birlikte, kullanılan güç ile elde edilmek istenen sonuç arasında bir orantı bulunmadığı kanaatine varmıştır. Mahkeme somut olayda jandarmalar tarafından oldukça güçlü silahlar kullanıldığını, gösterinin dağıtılmaya çalışıldığı esnada kolluk kuvvetlerinin

¹⁰⁸⁴ Gezici/Türkiye davası, Başvuru No: 34594/97, Karar Tarihi:17/03/2005. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database>

¹⁰⁸⁵ TANRIKULU, s.90.

¹⁰⁸⁶ DUTERTRE, s.47.

¹⁰⁸⁷ ÖZDEK, s.136.

¹⁰⁸⁸ DUTERTRE, s.47.

¹⁰⁸⁹ DUTERTRE, s.48.

yanında aynı sonuca hizmet edebilecek özellikte olan cop, koruyucu kalkan, su topu, plastik mermi veya göz yaşartıcı gaz gibi mühimmatların bulunmadığını belirlemiştir.¹⁰⁹⁰ Mahkeme söz konusu malzemelerin olay esnasında güvenlik güçlerinin yanında bulundurulmamasına bir anlam verememektedir. Şırnak ilinin olağanüstü hal ilan edilen bir bölgede olması ve olay tarihinde somut vakanın yaşanma ihtimalinin öngörülebilir olması operasyondaki bu eksikliğin kabul edilemez bulunmasına gerekçe oluşturmuştur.¹⁰⁹¹ Hükümet'in de savunmasında ifade ettiği gibi Şırnak ili olağanüstü halin ilân edildiği bir bölgedir ve olay tarihinde her türlü toplumsal arbedenin yaşanması ihtimal dâhilindedir.¹⁰⁹²

Mahkeme, Hükümet'in göstericilerin içinde silahlı teröristlerin de bulunduğu yönündeki iddiasını destekler mahiyette herhangi bir delil ibraz edemediğinin de altını çizmektedir.¹⁰⁹³ Mahkeme kararında olay yerinde teröristlere ait olduğu düşünülen herhangi bir silaha veya boş kovana rastlanılmamış olduğunu, Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi'nde görülen ve güvenlik güçlerince toplanan boş kovanlar ve el konulan on üç tüfeğin sahipleri aleyhine açılan davanın sonunda sanıklar hakkında beraat kararı verildiğini de belirtmiştir.¹⁰⁹⁴ Mahkeme, neticeten Ahmet Güleç'in hayatını kaybetmesine neden olan ve gösteride bulunanları dağıtmak gayesiyle kullanılan gücün Sözleşme'nin 2'nci maddesi çerçevesinde kesin zorunluluk teşkil etmediğine karar vermiştir.¹⁰⁹⁵ Söz konusu karar, bir bakıma güvenlik güçlerinin fiilleri neticesinde meydana gelen ölüm olayında taraf devletin Sözleşme'den doğan negatif yükümlülüğünü yerine getirmediğini tespit etmektedir.¹⁰⁹⁶

Bu konu başlığı altında incelenebilecek diğer bir Mahkeme kararında ise, 1995 yılında Gazi Mahallesi ve Ümraniye ilçesinde yaşanan olaylar sonucunda

¹⁰⁹⁰ ÖZDEK, s.136.

¹⁰⁹¹ ÖZDEK, s.136.

¹⁰⁹² DUTERTRE, s.48.

¹⁰⁹³ Güney DİNÇ, "Sorularla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", *Türkiye Barolar Birliği Yayınları*, Birinci Baskı, Mayıs 2006, s.56.

¹⁰⁹⁴ DUTERTRE, s.48.

¹⁰⁹⁵ DUTERTRE, s.48.

¹⁰⁹⁶ DİNÇ, s.56.

yaşamlarını yitiren kişilerin yakınları tarafından yapılan Şimşek başvurusu¹⁰⁹⁷ ele alınmaktadır. Söz konusu gösterilerin yapıldığı esnada kolluk kuvvetlerinin göstericileri dağıtmak maksadıyla kasten ve ölebilecekleri ihtimalini dikkate almadan silahlı güce başvurdukları ve sonuç itibarıyla on yedi kişinin yaşamını yitirdiği somut olayda olması gerekenden fazla ve orantısız bir şekilde güç kullanıldığı başvuruolar tarafından öne sürülen iddialar arasında yer almaktadır.¹⁰⁹⁸ Hükümet ise savunmasında kullanılan gücün orantılı olduğunu ve zorunluluk teşkil ettiğini ifade etmiştir. Olayda güvenlik güçlerine göstericiler tarafından molotof kokteyli ve taş atıldığı, bunun üzerine polislerin öncelikli olarak göstericileri sözlü bir biçimde ikaz ettiği, sonrasında ise basınçlı su ve cop kullanmak durumunda kaldıkları ifade edilmiştir. Bütün bu tedbirlere ve müdahaleye rağmen göstericilerin dağılmaması üzerine havaya ateş açıldığı belirtilmiştir.¹⁰⁹⁹

Şimşek kararına konu olan ve on yedi kişinin ölümü ile sonuçlanan olay nedeniyle görülen davada, Hükümet tarafından gerçekleştirilen savunmaya itibar etmeyen Mahkeme, güvenlik güçleri tarafından kuvvete başvurulurken ulaşılmak istenen amaç ile söz konusu amacı gerçekleştirmede kullanılan araçlar arasında orantı bulunması ve operasyonların planlanma aşamasında gereken özenin gösterilmesi gerekliliğine vurgu yapmıştır.¹¹⁰⁰

Mahkeme somut olayda, ölen kişilere yönelik olarak uygulanan öldürücü nitelikteki gücün sadece yasal olup olmadığını değil, bunun yanında devletin operasyonun planlanma ve idaresi konusunda da göstericilerin yaşama haklarına ilişkin bütün tehlikeleri olabildiğince asgari seviyeye indirip indirmediğini de göz önüne almak mecburiyetinde olduğunu ifade ederek, değerlendirmelerini bu doğrultuda gerçekleştirmiştir.¹¹⁰¹

Mahkeme, göstericilerin eylemleri karşısında kolluk kuvvetlerinin güç durumunda kaldıklarını ifade etmekle birlikte polisin gösteriyi dağıtmak amacıyla

¹⁰⁹⁷Şimşek ve diğerleri/Türkiye davası, Başvuru No: 35072/97, 37194/97, Karar Tarihi:26/07/2005. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

¹⁰⁹⁸ÇİÇEKLI/ERYILMAZ/YILMAZ, s.38.

¹⁰⁹⁹ÇİÇEKLI/ERYILMAZ/YILMAZ, s.38.

¹¹⁰⁰ÇİÇEKLI/ERYILMAZ/YILMAZ, s.38

¹¹⁰¹ÇİÇEKLI/ERYILMAZ/YILMAZ, s.38.

yaşama hakkını daha az riske sokan göz yaşartıcı bomba, basınçlı su veya plastik mermi gibi araçlara yönelmek yerine göstericilere direkt olarak ateş açtığını tespit etmiştir. Her ne kadar Hükümet savunmasında kolluk kuvvetlerinin psikolojik baskı altında hareket ettiklerini öne sürmüş ise de; güvenlik güçlerinin kişilerin yaşama haklarını koruma altına almada önemli bir rol üstlendiklerini ifade eden Mahkeme, operasyonların tüm ihtimaller göz önüne alınarak, titizlikle planlanması gerektiğinin altını çizmiştir.¹¹⁰² Mahkeme taraf devletlerin kolluk kuvvetlerine uluslararası insan hakları alanında mesleki standartlara uygun ve etkili bir eğitim sunma konusunda sorumlu olduklarını da açık bir biçimde belirtmektedir. Bunun yanında Mahkeme, devletin kolluk güçlerini ateşli silaha nasıl ve hangi koşullarda yönelebilecekleri hususunda açık ve net talimatlarla yönlendirmesi gerektiğine de dikkat çekmektedir. Mahkeme dava dosyası münderecatından yola çıkarak, somut olayda görevli polis memurlarına serbest şekilde hareket etme olanağının verildiğini tespit etmiştir. Astlık üstlük ilişkisi kapsamında verilmiş olan bir emrin bulunmamasının doğurduğu keyfiliğin, polis memurları tarafından doğrudan kalabalığa ateş açılması sonucuna neden olduğu kanaatine haiz olan Mahkeme, her iki ilçede yaşanan somut olaylarda güvenlik güçlerinin yanlarında gösteriyi dağıtmak amacıyla göz yaşartıcı bomba, plastik kurşun, basınçlı su gibi donanımları bulundurmamasını kabul edilemez bulmuştur.¹¹⁰³ Mahkeme neticeten söz konusu davanın tüm koşullarını dikkate alarak, göstericileri dağıtmak amacıyla başvuru ve on yedi kişinin hayatını kaybetmesine neden olan kuvvet kullanma yönteminin, Sözleşme'nin 2'nci maddesi bağlamında orantılı olmadığı gerekçesine dayanarak ihlal kararı vermiştir.¹¹⁰⁴

Güvenlik güçleri tarafından orantısız güç kullanılması sonucunda gözaltına alınmak istenen kişinin ölümü ile neticelenen bir operasyonun, Sözleşme'nin 2'nci maddesi bağlamında yaşama hakkını ihlal edebileceği öne sürülebilir. Mehmet Gül kararına konu olan başvuruda, Gül'ün evine arama uygulaması amacıyla gelen özel timin ateş etmesi neticesinde Gül'ün hayatını kaybettiği iddia edilmiştir.¹¹⁰⁵ Mahkeme, güvenlik güçlerince gerçekleştirilen operasyonların

¹¹⁰²ÇİÇEKLI/ERYILMAZ/YILMAZ, s.39.

¹¹⁰³ÇİÇEKLI/ERYILMAZ/YILMAZ, s.39.

¹¹⁰⁴ÇİÇEKLI/ERYILMAZ/YILMAZ, s.39.

¹¹⁰⁵BAŞAK, s.45.

planlama ve idaresi esnasında başvuru gücün öldürücü nitelikte olabileceğinin her somut vakada dikkate alınması gerektiğine vurgu yapmaktadır.¹¹⁰⁶ Gül kararında başvuru gücün ölümcül hale gelmesini kayda değer bulan Mahkeme, bahse konu operasyonun planlanma ve uygulanma safhalarının Sözleşme standartları ile bağdaşmadığına karar vermiştir. 07/03/1993 tarihinde Bozova’da terör operasyonu yürüten güvenlik güçleri tarafından Mehmet Gül’ün eşi ve üç çocuğun yaşadığı eve geldiği, Mehmet Gül’ün kapıyı açması ile başlayan silah atışı neticesinde Gül’ün öldüğü iddiası üzerine kurulu davada Hükümet, Mehmet Gül’ün olay tarihinde polislere karşı silah kullanması üzerine üç polis memurunun meşru müdafaa kapsamında kendilerini korumak ve kişiyi etkisiz hale getirmek için ateşli silahla karşılık vermek mecburiyetinde kaldıklarını öne sürmüştür. Ancak soruşturma dosyasında Mehmet Gül tarafından kullanıldığı öne sürülen silaha ve boş kovanlara el konulduğuna ilişkin olarak düzenlenen herhangi bir tutanağa Mahkeme tarafından rastlanmamıştır. Hükümet savunmalarının hukuki dayanaktan yoksun olduğunu ifade eden Mahkeme, masum çocuk ve kadınların yaşadığı bir eve, otomatik silahlar ile yaklaşık elli defa ateş açılmasının orantısız güç kullanımının sonucu olduğuna kanaat getirmiştir.¹¹⁰⁷ Kadın ve çocukların içinde yaşadığı bir eve yönelik olarak, atış noktasının tam olarak belirlenemediği bir durumda etkili ve otomatik silahlar kullanılarak yaşama hakkına son verilen olayda Mahkeme, başvuru güç ile varılmak istenen amaç arasında açıklanamayacak şekilde bir orantısızlık sorununun bulunduğunu tespit etmiştir.¹¹⁰⁸ Türkiye hakkında bu tarz iddialar çoğunlukla Güneydoğu Anadolu Bölgesi’nde yaşanan ve terörle mücadele eylem planları kapsamında yürütülen askeri nitelikli operasyonlara yönelik olarak öne sürülmüştür. Mahkeme kararlarına bakıldığında bu türden davalarda belirli bir delil standardı yakalanamadığı için maddi nitelikte verilen ihlal kararı sayısının az olduğu gözlemlenmektedir.¹¹⁰⁹

Her ne kadar güvenlik güçleri evden kendileri hedef alınarak ateş edildiğini, olay esnasında evde iki adet silah bulunduğunu öne sürmüş olsalar da, belirttikleri

¹¹⁰⁶CENGİZ, Yaşam Hakkı, s. 387.

¹¹⁰⁷CENGİZ, Yaşam Hakkı, s. 388.

¹¹⁰⁸TANRIKULU, s.90.

¹¹⁰⁹ÇİÇEKLI/ERYILMAZ/YILMAZ, s.38.

hususlarda Mahkeme'ye herhangi bir belge sunamamışlardır.¹¹¹⁰ Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, görünmeyen bir hedefe yönelik olarak otomatik silahlarla yaklaşık elli kez atışta bulunulmasını, olayın kadın ve çocukların da var olduğu bir yerde gerçekleştiğini gerekçe göstererek,¹¹¹¹ orantısız güç kullanımı şeklinde nitelendirmiştir.¹¹¹² Mahkeme bu başvuru sonucunda, güvenlik güçlerinin kapıya fazla sayıda ateş etmiş olmasının o esnada evde bulunan kişilerin yaşamını tehlikeye soktuğunu belirterek, güvenlik güçleri tarafından başvuru gücün orantısız bir biçimde kullanıldığını, atış sayısının hiçbir haklı ve makul nedene dayandırılmayacağını öne sürerek Sözleşme'nin 2'nci maddesinin esastan ihlal edildiğine hükmetmiştir.¹¹¹³

Mahkeme, Oğur davasında ise¹¹¹⁴ güvenlik güçleri tarafından Güneydoğu Anadolu Bölgesi'nde bir madene gerçekleştirilen operasyonda, hayatını kaybeden gece bekçisi Musa Oğur'un ölümünde, devletin Sözleşme'nin 2'nci maddesinden doğan negatif yükümlülüğünün gereklerine uygun davranıp davranmadığını ele almıştır.¹¹¹⁵ Ayrıca söz konusu kararda güvenlik güçleri tarafından gerçekleştirilen operasyonda başvuruçunun oğlunun öldürüldüğü ve olay hakkında etkili bir soruşturma yürütülmediği, böylece Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ihlal edilmiş olduğu iddiaları da incelenmektedir.¹¹¹⁶ Siirt ilinde bir maden işletmesi yakınlarında güvenlik güçleri tarafından gerçekleştirilen operasyonda madende gece bekçisi olarak görev yapan Oğur'un güvenlik güçleri tarafından öldürüldüğü iddiası söz konusu başvuruya konu olmuştur.¹¹¹⁷ Başvuran, şikâyetinde Musa Oğur'un gece bekçilerinin bulunduğu barakadan tek başına çıktığı esnada güvenlik güçlerince herhangi bir şekilde ikaz edilmeden tek kurşunla öldürüldüğünü belirtmiştir ve şikâyet dilekçesinde, kullanılan gücün somut olay bakımından uygun ve zorunlu

¹¹¹⁰DİNÇ, s.57.

¹¹¹¹BAŞAK, s.45.

¹¹¹²14/12/2000 tarihli Gül/Türkiye kararı, davanın özeti için bkz. Osman DOĞRU, Atilla NALBANT, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Türkiye Karar Özetleri (1995-2000)*, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2001, ("Karar Özetleri"), s.142-145.

¹¹¹³ÖZDEK, s.137.

¹¹¹⁴Oğur/Türkiye davası, Başvuru No: 21594/93, Karar Tarihi: 20/05/1999. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

¹¹¹⁵KILINÇ, s.94.

¹¹¹⁶TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, İnsan Hakları Sorunu, 2004, s.226.

¹¹¹⁷ÖZDEK, s.137.

olmadığını da öne sürmüştür. Komisyon yaptığı inceleme sonucunda, PKK terör örgütü üyeleri, ölen kişi ya da barınakta kalan diğer şahıslar tarafından gerçekleştirilen bir saldırıya güvenlik güçlerinin karşılık verecek bir zorunluluk içinde bulunmadıklarını, ölen kişinin kaçmaya çalışmadığını, silah kullanmadan önce karşı tarafın sözlü bir şekilde uyarılmadığını, maktulün güvenlik güçlerince uyarı atışı gerçekleştirilmeden doğrudan tek kurşunla ölümüne neden olacak şekilde yaralandığını tespit etmiştir.¹¹¹⁸

Hükümet savunmasında, Oğur'un kaçtığı esnada güvenlik güçlerinin yaptığı uyarı atışı neticesinde hayatını kaybettiğini belirtmiştir ve kolluk kuvvetlerinin asıl gayelerinin kendilerine verilen emirler doğrultusunda bir teröristi tutuklamak olduğunu öne sürmüştür. Bunun yanında Hükümet, güvenlik güçlerinin ateşli saldırıya maruz kalmaları nedeniyle Oğur'a uyarı atışı yapmak mecburiyetinde kaldıklarını savunmasında açıkça belirtmiştir. Hükümet bu uyarı atışı sayesinde güvenlik güçlerinin sayıca kalabalık olmaları nazara alındığında ciddi bir silahlı çatışmaya karşın daha vahim olayların ortaya çıkmasının engellendiğini ve olumsuz hava koşullarına rağmen operasyonun iyi bir biçimde idare edildiğini düşünmektedir.¹¹¹⁹ Hükümet, düzenlenen operasyonun asıl gayesinin o esnada madende olan teröristlerin yakalanmak istenmesi olduğunu, askerlere yönelik olarak silahlı saldırı gerçekleştirildiğini, Musa Oğur'un da bu esnada kaçmaya çalıştığını, tüm bu olaylar neticesinde güvenlik güçlerinin madene uyarı ateşi açmak mecburiyetinde kaldıklarını, operasyonun gerçekleştiği saat itibarıyla görüş mesafesinin de sınırlı olduğunu, kişinin yaşamına son verilmesinde görevlilerin kasıtlı hareket etmediklerini ifade ederek somut olayda yaşama hakkının ihlaline neden olunmadığını öne sürmüştür.¹¹²⁰

Mahkeme, tarafların maktulün güvenlik güçlerince atılan bir kurşun sonucu hayatını kaybettiğini kabul ettiklerini gözlemlemekle birlikte somut olayda kurşunun uyarı atışı için mi kullanıldığı yoksa doğrudan ölen kişi hedef alınarak mı kullanıldığı sorusunun yanıtlanması gerektiğinin bilinciyle hareket

¹¹¹⁸ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, İnsan Hakları Sorunu, 2004, s.226.

¹¹¹⁹ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, İnsan Hakları Sorunu, 2004, s.226.

¹¹²⁰ KILINÇ, s.94.

etmiştir.¹¹²¹ Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ikinci fıkrası, bir kimseyi kasten öldürmeye izin veren halleri değil, istemeden yaşama hakkından yoksun bırakabilecek kuvvet kullanımına müsaade eden halleri tanımlar.¹¹²² Ancak kuvvet kullanımı, anılan maddenin (a), (b) veya (c) bentlerinde belirtilen amaçlardan birini gerçekleştirmek adına kesin zorunluluk teşkil etmelidir.¹¹²³

Ancak Mahkeme, uyarı atışı yapılmadan önce karşı tarafın sözlü şekilde ikaz edilmesine dikkat edilmediğini, somut olayda sözlü uyarının gerçekleştirildiğine dair herhangi bir kanıtın sunulmadığını, tek uyarı atışının ise, havaya değil de ölen kişinin ensesine yapılmış olduğunu göz önünde bulundurarak Oğur'a yönelik olarak uygulanan gücün orantılı bir biçimde gerçekleşmediği neticesine varmıştır.¹¹²⁴ Mahkeme, güvenlik güçlerinin silahlı bir saldırıyla karşılaştıklarına, kuvvete başvurmadan önce gereken uyarıları yaptıklarına dair tatmin edici bir kanıt bulunmadığı görüşündedir.¹¹²⁵ Bir an için Musa Oğur'un uyarı atışı neticesinde öldüğü düşünülse dahi, atışın ölen kişinin kaçıp kaçmadığı dikkate alınmaksızın geri dönüşü olmayan bir özensizlik sonucu gerçekleştirildiğini kabul etmiştir.¹¹²⁶

Mahkeme yaptığı değerlendirme sonucunda, güvenlik güçleri tarafından açılan ateşin uyarı ateşi niteliğinde olmadığını, bir atışın uyarı ateşi olarak addedilebilmesi için dikey yönde gerçekleştirilmiş olması gerektiğini, hâlbuki olayda hayatını kaybeden kişinin ensesinin hedef alınmış olduğunu, kişinin hayatını uyarı atışı neticesinde kaybettiği düşünülse dahi, uyarı atışının hiç bir teknik özelliğini barındırmayan bu kuvvet kullanımının dikkatsizlikten ve geri telafi edilemez bir

¹¹²¹ Mahkeme somut vakalar hakkında kanaat oluştururken, yalnızca devlet görevlilerinin eylemlerini değil, bunun yanında operasyonun planlanmasını ve idaresini de içine alacak şekilde olayın tüm şartlarını göz önünde bulundurarak ölüme sebep olan güce başvurulduğu andaki durumları dikkatli bir biçimde değerlendirmelidir.

¹¹²² TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, İnsan Hakları Sorunu, 2004, s.226.

¹¹²³ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, İnsan Hakları Sorunu, 2004, s.227.

¹¹²⁴ ÖZDEK, s.137.

¹¹²⁵ Bkz. TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, İnsan Hakları Sorunu, 2004, s. 227. Mahkeme, kişinin güvenlik güçlerince atılan mermi sonucunda öldüğü noktasında bir tereddüt bulunmadığını gözlemlemekle birlikte, atışın kaynağının belirlenmesinin asıl çözüme kavuşturulması gereken önemli bir husus olduğunun bilincindedir. Mahkeme bu noktadan hareketle güvenlik güçlerinin silahlı saldırıyla karşılaşmış olmaları nedeniyle uyarı atışı gerçekleştirdiklerini kanıtlayacak bir delilin olay yerinde bulunmadığını tespit etmiştir. Mahkeme bunun yanında Musa Oğur'un uyarı atışı sonucu öldüğü ihtimali düşünülse dahi, söz konusu atışın, büyük bir özensizlikle yapıldığının operasyonun gerçekleştirilme şartlarından kolaylıkla çıkarılabileceğini belirtmektedir.

¹¹²⁶ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, İnsan Hakları Sorunu, 2004, s.227.

hatadan kaynaklandığını ifade etmiştir. Bu nedenle Mahkeme, Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.¹¹²⁷

Netice olarak operasyonun planlanmasındaki ve uygulanmasındaki hatalar, Sözleşme'nin 2'nci maddesi bağlamında bir ihlalden söz etmek için yeterli görülmüştür. Bunun yanında Mahkeme, ölüm olayının akabinde etkili bir soruşturma yürütülmemiş olduğu gerekçesiyle Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ikinci kez ihlal edildiğine karar vermiştir.¹¹²⁸ Mahkeme kararının gerekçesinde, Sözleşme'nin 1'inci maddesi ile bağlantılı olarak, kişilerin kuvvet kullanımı neticesinde hayatlarını kaybetmeleri halinde devletin yaşama hakkını koruma yükümlülüğünün etkili bir soruşturma gerçekleştirilmesini de kapsadığını defaten belirtmiştir. Yürütülen soruşturma, meydana gelen ölüm olayından sorumlu olan kişilerin belirlenmesi ve cezalandırılması amacına hizmet etmelidir. Hâlbuki Mahkeme, somut olayda soruşturmayı yürüten Cumhuriyet savcısının, olay yeri incelemesi yaparken yalnızca maktulün cesedi üzerinde bir takım tespitlerde bulunmaktan, olay yerinin basit krokisini çizdirmekten, hepsi maktulün iş arkadaşı olan üç gece bekçisinin tanık sıfatıyla ifadelerine başvurmaktan ibaret olan sınırlı bir tahkikat gerçekleştirdiğini tespit etmiştir.¹¹²⁹ Soruşturma esnasında operasyonda görev alan güvenlik güçlerinden hiçbirinin ifadesine başvurulmamıştır. Cumhuriyet savcısının talebi doğrultusunda hazırlanan uzmanlık raporlarında belirtilen bulgular dosya kapsamında elde edilen delillerle desteklenmediği için soruşturmaya katkı sağlayacak nitelikte görülmemiştir.¹¹³⁰

Mahkeme yürütülen soruşturmanın seyrinden edindiği izlenim sonucunda, adli makamlar tarafından Sözleşme'nin 2'nci maddesi bağlamında bağımsız bir soruşturma yürütüldüğü hususunda ciddi endişeleri olduğunu ortaya koymuştur.

¹¹²⁷KILINÇ, s.94.

¹¹²⁸Bkz. TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, İnsan Hakları Sorunu, 2004, s.227. Mahkeme kararında, operasyonun planlanma ve gerçekleştirilme şeklinin, yasadışı şiddetten kişileri korunmak maksadı ile kuvvete başvurmaya uygun olmadığına ve kesin zorunluluk teşkil etmediğine kanaat getirmek için kâfi olduğu neticesine vararak Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ihlaline karar vermiştir. Özellikle ifade etmek gerekir ki Mahkeme, gerçekleşen ölüm olayı hakkında etkili bir soruşturma yürütülmediği gerekçesiyle Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ikinci kez ihlal edildiğini de kararında açıkça belirtmiştir.

¹¹²⁹Tanık beyanlarından atışın güvenlik güçlerince gerçekleştirildiği anlaşılmasına rağmen, kişinin ölümüne neden olan atışı gerçekleştiren kişinin kimlik bilgilerinin tespit edilmesi için herhangi bir teşebbüste bulunulmadığı gözlemlenmiştir.

¹¹³⁰TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, İnsan Hakları Sorunu, 2004, s.227.

Mahkeme aynı zamanda, valinin görevlendirdiği soruşturmacının bir jandarma yarbayı olduğuna dikkat çekerek şüpheli sıfatında olan güvenlik güçleri ile emir komuta zinciri içerisinde olduğuna değinmiştir. Soruşturma izni vermeye yetkili İl İdare Kurulunun başkanı ise güvenlik güçlerinin düzenledikleri operasyonlardan idari bakımdan sorumlu olan validir. Mahkeme yürütülen idari soruşturmada, dava dosyasının, ölenin yakınları tarafından incelenebilmesinin mümkün olmadığını da göz önünde bulundurarak söz konusu olay hakkında yapılan soruşturmanın, sorumlu kişileri tespit edecek ve cezalandıracak yeterlilikte olmadığını kabul etmiş ve Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.¹¹³¹

1993 yılının Eylül ayında Ergani ilçesine bağlı bir köye güvenlik güçleri tarafından gerçekleştirilen bir misilleme operasyonu esnasında evinin balkonunda bulunan Havva Ergi'nin hayatını kaybettiği olay Ergi davasına¹¹³² konu olmuştur.¹¹³³ Söz konusu davada Havva Ergi'nin güvenlik güçleri tarafından öldürüldüğü iddia edilmiştir. Başvurucu, somut olayda tehlikenin bulunduğu yönün tam ters istikametine doğru güvenlik güçleri tarafından devamlı şekilde ateş açılması neticesinde kız kardeşinin vurularak öldürüldüğünü öne sürmüştür.¹¹³⁴ Hükümet yaptığı savunmasında, kişinin güvenlik güçleri ile PKK terör örgütü arasında yaşanan çatışma esnasında öldüğünü, ancak kişinin ölümüne güvenlik güçlerine ait olmayan bir merminin yol açtığını belirtmiştir.¹¹³⁵ Mahkeme de Hükümet'in bu iddiasını destekler mahiyette, merminin güvenlik güçleri tarafından atıldığı kesin bir biçimde belirlenemediğini kabul etmiştir.¹¹³⁶

Her ne kadar Mahkeme, tarafların öne sürdükleri iddialar arasındaki çelişkiyi ortadan kaldıracak ve olayın aydınlatılmasına yardımcı olacak delilleri elde edemese de ve ölümün nasıl gerçekleştiği hususunda kesin bir kanaate varamasa da güvenlik güçleri tarafından gerçekleştirilen operasyonun planlanma ve idaresindeki eksiklikler ve hatalar nedeniyle Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ihlal edilmiş olduğuna

¹¹³¹ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, İnsan Hakları Sorunu, 2004, s.227.

¹¹³² Ergi/Türkiye davası, Başvuru No: 23818/94, Karar Tarihi: 28/07/1998. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

¹¹³³ ÖZDEK, s.137.

¹¹³⁴ DUTERTRE, s.48.

¹¹³⁵ ÖZDEK, s.137.

¹¹³⁶ DUTERTRE, s.48.

hükmetmiştir.¹¹³⁷ Mahkeme'ye göre düzenlenen bir operasyonunun planlanma ve idaresinde sivil vatandaşların istenmeden yaşamlarını kaybetmelerini önlemek veya asgari seviyede tutmak maksadıyla gereken tedbirlerin alınmadığı hallerde de devletin sorumluluğu doğabilecektir.¹¹³⁸

Somut vakada Mahkeme, Havva Ergi'nin yaşamına son veren merminin güvenlik güçlerince atılmış olduğunun şüpheye mahal vermeyecek biçimde belirlenememiş olduğunu ifade etmesine karşın, güvenlik güçleri tarafından düzenlenen operasyonun PKK terör örgütünün kuvvet kullanımından doğacak zararları kapsayacak şekilde sivil vatandaşların yaşamlarına yönelik bütün tehlikeleri önleyebilecek ya da en az seviyeye çekecek özellikte planlanmasına ve idaresine dikkat edilip edilmediğini inceleme konusu yapmaktadır.¹¹³⁹ Komisyon'a sunulan güvenlik güçlerine ait ifadelerden, operasyonun köyün kuzeybatısında gerçekleştirildiği sonucu çıkarılmaktadır.¹¹⁴⁰ Mahkeme, Havva Ergi'nin yaşamına son veren merminin güney veya güney doğu yönünden atılmış olmasının ihtimal dâhilinde olduğu ve köyün güneyinde bulunan güvenlik güçleri ile PKK arasında çıkan çapraz ateşten dolayı sivil kişilerin yaşamlarının tehlike altına girdiği yönündeki kanaatini Komisyon'un tespitlerine ve kendi belirlemelerine dayandırmaktadır. Mahkeme, operasyonunun planlanması ve yönetimi konusunda kanıt ibraz edemeyen taraf devletin, sivil kişilerin yaşamlarını korumada gereken tedbiri almadığı yönündeki Komisyon görüşünü haklı bularak Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.¹¹⁴¹ McCann davasına da atıfta bulunduğu söz konusu kararın gerekçesinde Mahkeme, operasyonun planlanma ve uygulanma şeklinde görülen kusurların gerekçesini, sivil kişilerin hayatını korumaya elverişli tedbirlerin alınmamış olmasına, bu haliyle söz konusu kişilerin yaşamlarını tehlikeye

¹¹³⁷ Bkz. GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 2009, s.184. Mahkeme, Ergi kararında Hükümet'in savunmasında da belirttiği gibi, güvenlik güçleri tarafından bir pusu operasyonu gerçekleştirildiğini ve operasyon kapsamında PKK ile silahlı çatışmaya girildiğini kabul etmektedir. Bunun yanında Mahkeme kararında Havva Ergi isimli kişinin ölümüne yol açan merminin güvenlik güçleri tarafından atıldığına belirlenemediğini de açıkça ifade etmiştir. Ancak operasyonun planlanması ve uygulanmasında Sözleşme'nin 2'nci maddesinin gereklerine uygun davranılıp davranılmadığı hususunun Mahkeme tarafından ele alınmasının doğru olmadığı yönündeki Hükümet görüşü, Mahkeme tarafından kabul görmemiştir.

¹¹³⁸ DUTERTRE, s.49.

¹¹³⁹ DUTERTRE, s.49.

¹¹⁴⁰ DUTERTRE, s.49.

¹¹⁴¹ DUTERTRE, s.49.

sokmaya müsait hataların yapılmış olmasına dayandırmıştır.¹¹⁴² Mahkeme, devletin sorumluluğunun sadece güvenlik güçlerinin sivil bir vatandaşın ölümüne güç kullanmak suretiyle sebep olduklarına yönelik ciddi delillerin var olduğu durumlarda doğmadığı konusunda Komisyon ile hem fikirdir.¹¹⁴³ Sivil kişilerin hayatlarının istenmeden son bulmasını önlemek ve her halde asgari seviyede tutmak maksadı içerisinde gerçekleştirilen güvenlik operasyonlarının planlanma ve idaresinde gereken tedbirlerin alınmaması da sorumluluğun diğer bir nedeni olarak görülmektedir.¹¹⁴⁴ Ergi davasında Hükümet tarafından dosyaya ibraz edilen bilgilerin yetersiz olması sebebiyle, Mahkeme operasyonun planlanması ve yürütülmesi konularındaki incelemelerin sınırlı yapıldığını ifade etmektedir.¹¹⁴⁵ Çünkü operasyona katılan kişilerin kimlik bilgileri, güvenlik güçlerinin ateş açtıkları esnada mevcut olan somut koşullar ve çatışma başladıktan sonra güvenlik güçleri tarafından alınan önlemler dosya münderecatından anlaşılammaktadır. Komisyon jandarma görevlilerinin ifadelerinden, pusunun köyün kuzeybatısında kurulduğunu tespit etmiştir.¹¹⁴⁶ Söz konusu koşullar altında köylülerin güvenlik güçleri ile PKK örgütü arasında çıkan çatışmada çapraz ateş altında kalmaları ihtimali oldukça yüksektir. Komisyon güvenlik güçlerinin sivil halkın güvenliği açısından köye yaklaşmakta olan teröristler tarafından açılan ateşe karşılık verirken özenle hareket etmiş olduklarını kabul etse dahi, teröristlerin aynı hassasiyetle davrandıklarına ihtimal vermemektedir. Dolayısıyla Komisyon köylüleri yeteri kadar korumaya yönelik tedbirlerin alınmış olduğunu ortaya koyan bir bilgiye rastlamamıştır.¹¹⁴⁷ Mahkeme,

¹¹⁴² ÖZDEK, s.137.

¹¹⁴³ Havva Ergi'nin hayatına son veren merminin güvenlik güçlerince atıldığı kesin olarak belirlenmemesine karşın, düzenlenen operasyonunun planlanma ve idaresinin mümkün olduğunca, karşı tarafın kuvvet kullanımından doğacak tehlikeler de dâhil olmak üzere, sivil vatandaşların yaşama haklarını ihlal edebilecek zararları önleyebilecek özellikte olup olmadığını Mahkeme mutlaka değerlendirmelidir. Bkz. GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 2009, s.185.

¹¹⁴⁴ GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 2009, s.184.

¹¹⁴⁵ Bkz. TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, İnsan Hakları Sorunu, 2004, s.222. Mahkeme kararında, kişinin güvenlik güçleri tarafından kasten öldürüldüğü yönündeki iddianın ispatlanmadığını kabul etmekle birlikte, operasyonun planlanma ve idaresinde görülen hataların varlığını ve etkili bir soruşturma gerçekleştirme yükümüne bağlı kalınmadığını gerekçe göstererek Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

¹¹⁴⁶ GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 2009, s.185.

¹¹⁴⁷ GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 2009, s.185. Komisyon elde ettiği delillerden yola çıkarak güvenlik güçlerinin köyün güney kısmında mevzilendiklerini belirlemiştir. Bunun yanında Komisyon, operasyonun planlanması ve idaresinde özenli davranıldığı

Havva Ergi'nin ölümüne neden olan merminin güney veya güneydoğu yönünden atılmış olduğu, güvenlik güçlerinin operasyon esnasında güney yönünde buldukları, güvenlik güçleri ile teröristler arasında çıkan çapraz ateşin sivil vatandaşların yaşama haklarına yönelik olarak yakın bir tehlike doğurduğu kanaatine hem Komisyon'un tespitleri hem de kendi bulguları neticesinde ulaşmıştır. Mahkeme, taraf devlet yetkililerinin, operasyonunun planlanması ve yönetimi konusunda aydınlatıcı nitelikte kanıt gösterememesini esas alarak, Komisyon'un sivil vatandaşların yaşama haklarının korunmasında gereken tedbirlerin alınmadığı yönündeki görüşlerini haklı bularak, aynı kanaati kararına da yansıtmıştır.¹¹⁴⁸

Güvenlik güçleri tarafından düzenlenen operasyonlarda yaşama hakkının ihlal edildiği öne sürülerek gerçekleştirilen bazı başvurular ise, dostça çözüm yöntemi uygulanarak sonuçlandırılmıştır. Oral başvurusu dostça çözüme konu olan bir başvurudur. Söz konusu başvuruda, TKP/ML-TİKKO militanı oldukları öne sürülen Arslan ve Oral'ın evlerine düzenlenen operasyonda güvenlik güçleri tarafından öldürüldükleri iddiası şikâyete konu olmuştur. Türkiye'nin tazminat ödemeyi kabul etmesi neticesinde başvuru dostça çözüm yöntemi uygulanarak sonuçlandırılmıştır.¹¹⁴⁹

1997 yılında ise Savur'da ev araması esnasında polisin kullandığı silah sonucu M. Akman'ın yaşamını kaybettiği yönündeki iddia, Akman kararına¹¹⁵⁰ konu olmuştur. Söz konusu davada dostça çözüm yöntemi uygulanamamıştır. Fakat Türk Hükümeti'nin tek taraflı bir bildirimde bulunarak davanın kayıttan düşürülmesini talep etmesi üzerine Mahkeme davanın kayıttan silinmesine karar vermiştir.¹¹⁵¹

Hükümet, tek taraflı bildiriminde ölüm ile neticelenen orantısız güç kullanmanın Sözleşme'nin 2'nci maddesi bağlamında bir ihlale sebep olduğunu kabul etmiştir. Bu kabulden yola çıkan Hükümet, her somut olayda yaşama hakkına

konusunda güvenlik güçleri tarafından delil ibraz edilememesi yüzünden olay yerinde gerçekleştirilen pusu operasyonunda, sivil kişilerin hayatlarının yeteri kadar korunduğuna ikna olmamıştır.

¹¹⁴⁸ GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 2009, s.186.

¹¹⁴⁹ ÖZDEK, s.138.

¹¹⁵⁰ Akman/Türkiye davası, Başvuru No: 37453/97, Karar Tarihi: 26/06/2001. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

¹¹⁵¹ ÖZDEK, s.138.

saygının garanti altına alınması için gereken tüm tedbirlerin alınacağını da bildirmiştir. Söz konusu davaya konu somut vakaya benzer şartlarda gerçekleşen ölümlerin ortaya çıkmasını azaltacak ve etkili soruşturmaların yürütülmesine katkıda bulunacak özellikte yeni kanuni ve idari tedbirlerin alındığını da bildirimine eklemiştir. Hükümet, bunun yanında başvurucuya bir tazminat ödemeyi de teklif etmiştir. Bunun üzerine başvurucu, Hükümet'in tek taraflı bildirimini kabul edilmemesini, davanın Mahkeme huzurunda görülmesini istemiştir. Fakat Mahkeme Hükümet'in tek taraflı bildirimini kabul ederek, davanın kayıttan silinmesine karar vermiştir. Sözleşme'nin 37'nci maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi hükmünü gerekçe olarak gösteren Mahkeme, davanın esasına girilip karara bağlanması için haklı bir sebebin bulunmadığına kanaat getirmiştir.¹¹⁵²

Nachova ve diğerleri/Bulgaristan kararına¹¹⁵³ konu olan başvuruda ise, haklarında yakalama emri düzenlenen asker kaçağı Roman kökenli iki Bulgar vatandaşın buldukları yerin ihbar edilmesi üzerine polis tarafından düzenlenen operasyon esnasında kişilerin dur emrine riayet etmemeleri ve uyarı atışında bulunulmasına karşın yakalanmamak için kaçmaya devam etmeleri neticesinde uzun namlulu silahlarla vurularak öldürülmeleri Sözleşme'nin 2'nci maddesi açısından tartışılmıştır.¹¹⁵⁴ Mahkeme başvuruya yönelik kararında, hayatını kaybeden iki kişinin, şiddet ihtiva etmeyen bir suç sebebiyle arandıklarının altını çizerek, polislerin bu kişilerin silahsız olduklarını ve herhangi bir şekilde önceden gerçekleşen bir şiddet olayının faili olmadıklarını bildikleri halde aşırı güç kullanmalarını Sözleşme'nin 2'nci maddesinin esasları ihlali olarak değerlendirmiştir. Mahkeme bunun yanında Bulgar güvenlik güçleri tarafından Roman kökenli Bulgar vatandaşlarına yönelik ayrımcı bir tavır sergilenmiş olduğu gerekçesiyle Sözleşme'nin 14'üncü maddesine de aykırı davranıldığına hükmetmiştir.¹¹⁵⁵

¹¹⁵² ÖZDEK, s.138.

¹¹⁵³ Nachova ve diğerleri/Bulgaristan davası, Başvuru No:43577/98, 43579/98, Karar Tarihi:06/07/2005. <http://www.echr.coe.int/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

¹¹⁵⁴ CENGİZ, Yaşam Hakkı, s.388.

¹¹⁵⁵ CENGİZ, Yaşam Hakkı, s.388.

Mahkeme'nin Andronicou ve Constantinou/Kıbrıs¹¹⁵⁶ kararına konu olan ve erkek arkadaşı tarafından rehin alınan bir kızın kurtarılmasına yönelik olarak düzenlenen operasyonda rehine ve rehin alan kişi yaşamını kaybetmiştir. Hükümet savunmasında Andronicou'nun sevgilisi olan rehineyi daha önce de darp ettiğini gösterir adli belgelerin olduğunu, şahsın rehineye karşı şiddet uygulamaya meyilli olduğunu bu kayıtlar sayesinde öğrendiklerini, yine de operasyon esnasında rehin alanla uzun süreli görüşmeler yapıldığını, ancak tüm bu çabalara rağmen Andronicou'nun sevgilisini öldürdükten sonra intihar edeceği anlaşıldığından dolayı, üzerlerine silahlı ateşle saldırılması halinde ateş eden kişiyi öldürme konusunda özel olarak eğitilmiş ve uzun namlulu silah taşıyan timin eve girmesinden sonra çıkan çatışmada rehine ve rehin alan kişinin öldüklerini, özel timin operasyondan önce orantısız şekilde kuvvete başvurmamaları konusunda kesin bir dille uyarıldıklarını öne sürmüştür. Mahkeme, operasyonun başarısız bir şekilde son bulmasına rağmen, planlanma ve uygulanma aşamalarında gerekli tüm özenin gösterilmiş olduğunu esas alarak, ortaya çıkması muhtemel tüm risklerin hesaba katıldığını, alternatif müdahale yöntemlerinin de düşünülmüş olduğunu karar gerekçesinde ifade etmiş ve Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ihlal edilmediğini tespit etmiştir.¹¹⁵⁷

Yaşama hakkına yönelik olarak insan hakları hukuku ile insancıl hukukun birleştiği noktada Mahkeme tarafından değerlendirilen diğer bir olay ise Isayeva, Yusupova ve Bazayeva/Rusya'ya karşı kararına¹¹⁵⁸ konu olan başvurudur. Rusya'nın Çeçenistan'da düzenlediği askeri operasyon esnasında saldırıya maruz kalmış ve yakınları öldürülmüş olan başvurucular, Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ihlal edildiği gerekçesiyle ve insancıl hukuka gönderme yaparak Mahkeme'ye başvuruda bulunmuşlardır.¹¹⁵⁹ 1999 yılının sonbaharında Çeçenistan'da federal askeri güçler ve Çeçen savaşı arasında yaşanan çatışmada askeri saldırıların hedefinde başvurucuların ikamet ettiği Grozny kenti ve çevresi de yer almıştır. Başvurucular

¹¹⁵⁶ Andronicou ve Constantinou/ Kıbrıs davası, Başvuru No:25052/94, Karar Tarihi:19/10/1997. <http://www.echr.coe.int /ECHR /EN/ Header/Case- Law / HUDOC/HUDOC+database>

¹¹⁵⁷ CENGİZ, Yaşam Hakkı, s.389.

¹¹⁵⁸ Isayeva, Yusupova ve Bazayeva/Rusya davası, Başvuru No:57947/00, 57948/00, 57949/00, Karar Tarihi:24/02/2005. <http://www.echr.coe.int /ECHR /EN/ Header/Case- Law / HUDOC/HUDOC+database/>

¹¹⁵⁹ AKBULUT, s.303.

tarafından sivil kişilerin söz konusu çatışmadan etkilenmemesi amacıyla Rus radyo ve televizyonları aracılı kılınarak Grozny’de bir insani koridor düzenleneceği haberini aldıkları belirtilmiştir. Ancak günler süren uğraşlara karşın başvurucular insani koridordan geçemedikleri gibi askeri kuvvetlerin geçişe müsaade ettikleri esnada ise hava yoluyla füze atışından etkilenmişlerdir. Başvurucuların bir kısmının yakınları bu saldırıda hayatını kaybetmiş, bir kısım başvurucular ise ağır şekilde yaralanmıştır. Rus Hükümeti dava kapsamında gerçekleştirdiği savunmada Sözleşme’nin 2’nci maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendi hükmüne göre başvuru kuvvetin yasal olduğunu, askeri güçlerin sivil halka karşı zarar kastı ile hareket etmediklerini öne sürmüştür.¹¹⁶⁰ Operasyonu planlayan kişilerin insani koridor hakkında herhangi bir bilgiye haiz olmadıkları koridordan geçişe günlerce müsaade etmemelerinden anlaşılmaktadır. Mahkeme’ye göre, taraf devletin gereken teknik önlemleri almaması, başvurucular ve yolda bulunan diğer kişilerin, askeri pilotlar tarafından elverişli hedef olarak görülme riskiyle yüz yüze kalmalarına neden olmuştur.¹¹⁶¹

Mahkeme, saldırının yasallığını ve operasyonun uygulanma şeklini incelerken gereken tüm bilgiye haiz olmadığını ifade etmektedir. Her ne kadar Mahkeme askeri birliklerin Sözleşme’nin 2’nci maddesi bağlamında yasal bir gaye taşıdıklarını belirlemiş olsa da, operasyonun sivil halkın yaşama hakkına gerekli ihtimam gösterilmeden yürütüldüğüne kanaat getirerek Sözleşme’nin 2’nci maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.¹¹⁶² Isayeva Rusya’ya karşı kararında ise Mahkeme, özen eksikliğini dikkate alarak bu davaya konu somut olayda da Sözleşme’nin 2’nci maddesinin ihlal edildiğine kanaat getirmiştir. Söz konusu davada, Rus ordusu sivil halkın tehlike altında olduğunun bilincinde olmasına karşın bu kişiler için herhangi bir tedbir almamıştır. Mahkeme, nüfusun kalabalık olduğu bir bölgede sivil vatandaşların söz konusu bölgeyi boşaltmalarını beklemeden ağır neticelere neden olacak silahların kullanılmasını, demokratik bir toplumda yasaların muhatabı olan kurum veya kişilerce gösterilmesi gereken özen yükümlülüğü ile ilişkilendirememektedir. Hükümet’in de savunmasında belirttiği gibi, sivil halkın

¹¹⁶⁰ AKBULUT, s.303.

¹¹⁶¹ AKBULUT, s.304.

¹¹⁶² AKBULUT, s.304.

isyancılar tarafından rehin alınması halinde dahi operasyonun ana amacı, insanın yaşama hakkını hukuka aykırı nitelik taşıyan şiddete karşı koruma altına almak olmalıdır.¹¹⁶³ Mahkeme, söz konusu iki kararda da insancıl hukuk kurallarını örtülü bir biçimde de olsa uygulamaktadır. Bunun yanında operasyonlarda kullanılan silahların gücü göz önüne alındığında insancıl hukuka ait orantılılık ilkesine riayet edilip edilmediğinin de incelendiği anlaşılmaktadır. Mahkeme, Ergi ve Kaya kararları ile uyumlu bir şekilde, söz konusu iki kararda da, silahlı isyancı veya savaşanlar ifadelerinden ayrı olarak sivil kavramına açıkça yer vererek savaşan ve sivil kişi ayrımının altını çizmek istemiştir.¹¹⁶⁴

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile aynı neticeye ulaşan Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin denetim organı olan İnsan Hakları Komitesi, Rusya ile ilgili düzenlemiş olduğu 1995 tarihli bir raporunda, Çeçenistan'da yaşanan özel durumla alakalı olarak olağanüstü halin ilan edildiği zamanlarda dahi uygulanacak hükümleri ihtiva eden Sözleşme'nin 4'üncü maddesine¹¹⁶⁵ saygı gösterilmediği konusundaki kaygılarını dile getirmektedir. Komite, olağanüstü halin resmi bir biçimde ilan edilmemiş olmasına karşın silah kullanımına başvurulmasının birçok insanın yaşama hakkını tehdit ettiği Çeçenistan vakasında Sözleşme'nin 4'üncü maddesinin uygulanabileceğini belirtmektedir.¹¹⁶⁶

Verdiği birçok karar gerekçesinden de anlaşılacağı gibi Mahkeme'nin incelemesini, ölümün bir operasyon neticesinde meydana geldiği olaylarda mümkün olduğunca operasyonun bu sonucu ortaya çıkarmayacak şekilde planlanmasına ve uygulanmasına dikkat edilip edilmediğini ölçüt olarak gerçekleştirdiği görülmektedir.¹¹⁶⁷ Mahkeme'nin yaşama hakkına ilişkin içtihatları, Türkiye hakkında 1998 yılından bu zamana kadar verdiği kararlarla şekillenmektedir. Kolluk güçlerinin görevleri nedeniyle kuvvet kullanma yoluna başvurmaları neticesinde insanların yaşamlarını kaybettiği olaylar Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ikinci fıkrasının (a) ve

¹¹⁶³ AKBULUT, s.304.

¹¹⁶⁴ AKBULUT, s.304.

¹¹⁶⁵ MSHS'nin 6'ncı maddesinde koruma altına alınan yaşama hakkı, yine aynı Sözleşme'nin 4'üncü maddesine göre olağanüstü hallerde dahi askıya alınamayan ve ayırık hüküm getirilemeyen haklardan biri olarak kabul edilmektedir.

¹¹⁶⁶ AKBULUT, s.305.

¹¹⁶⁷ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, İnsan Hakları Sorunu, 2004, s.110.

(c) bentleri göz önünde bulundurularak incelenmektedir. Güvenlik güçlerinin kişilerin ölümüyle sonuçlanmayacak şekilde daha az zararda bulunan metotlara yönelme imkânları bulunuyorken, hedefe ulaşmada ölçüsüz bir biçimde silah kullanma yolunu tercih etmeleri ve ölüm olaylarına sebep olmaları, Sözleşme'nin ağır ihlali olarak görülmektedir.¹¹⁶⁸

Yine güç kullanımı sonucu meydana gelen ölüm olayları hakkında Sözleşme'nin 2'nci maddesi dayanak gösterilerek gerçekleştirilen başvurularda, Mahkeme genellikle operasyonun planlanmasında ve yürütülmesinde gereken tedbirlerin alınmamış olduğu yönündeki iddiaları değerlendirmiştir. Mahkeme 2005 yılında karara bağladığı davalarda, güvenlik güçlerinin fiillerinden doğan ölümlerden dolayı negatif yükümlülüğe uyulmadığını gerekçe göstererek Türkiye'yi Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ihlalinden mahkûm etmiştir.¹¹⁶⁹

Taraf devletlerin, negatif yükümlülükleri gereği, kuvvet kullanımına neden olan operasyonları, yaşama hakkını tehdit eden tüm riskleri asgari seviyede tutacak şekilde planlayıp idare etmeleri gerekmektedir.¹¹⁷⁰ Mahkeme şayet bir operasyon sonucunda ölüm olayı meydana gelmişse, söz konusu operasyon kapsamında gerçekleştirilen güç kullanımına imkânlar dâhilinde ve en asgari ölçülerde başvurulmuş olup olmadığını da göz önünde bulundurmaktadır.¹¹⁷¹ Operasyonun planlanmasındaki ve yürütülmesindeki eksiklikler nedeniyle olması gereken ölçülerin dışına çıkacak biçimde güç kullanımına başvurulması neticesinde insanlara zarar verilmişse, bu durumda operasyona katılan güvenlik güçlerinin bireysel hataları olmasa da devlet, ortaya çıkan sonuçtan sorumlu tutulabilecektir. Somut bir örnek vermek gerekirse, doğru olmayan bir istihbarata dayanılarak ve gereken önlemler alınmadan operasyonu düzenleyenlerce boş olduğu düşünülen veya içeride bulunan kişilerin sayısı ve silahlı olup olmadıkları konusunda bilgi sahibi olunmayan bir örgüt evine karşı gerçekleştirilen operasyonda, karşı tarafın güvenlik güçlerine ateş açması üzerine yine silah kullanılarak karşılık verilirse ve bu esnada yoldan geçmekte olan sivil kişiler zarar görürse devletin sorumlu olduğu kabul

¹¹⁶⁸ DİNÇ, s.55.

¹¹⁶⁹ DİNÇ, s.57.

¹¹⁷⁰ TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR/ÖNOK, s.106.

¹¹⁷¹ TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR/ÖNOK, s.107.

edilebilecektir.¹¹⁷²Güvenlik görevlisinin bir olayda, herhangi bir nedenle objektif şekilde gerekenden fazla kuvvet kullandığının belirlendiği durumlarda Mahkeme, olay esnasında gerçekleştirilen makul bir yorum sonucunda söz konusu güce başvurulmuşsa ve ancak müdahaleden sonra anlaşılacak bir hatalı uygulamanın varlığı kabul edilmişse, bu durumda kuvvet kullanımının yasal hale geleceğini düşünmektedir. Aksi yönde bir kabul, hem kendi hayatlarını hem de başkalarının hayatını tehlike altına alan kabul edilemez bir sorumluluğu, yasaların muhatabı olan kamu görevlilerine, dolayısıyla devlete yüklemek anlamına gelir.¹¹⁷³

Mahkeme güce başvurunun içeriği ile korunmak istenen menfaat arasında haklı bir orantının varlığını aramaktadır. Haklı sebeplerin varlığına dayanılarak kuvvet kullanımı gerçekleştirilmişse, ancak haklı sebebin varlığı konusunda hataya düşüldüğü sonradan fark edilmişse, bu durum güç kullanımını hukuka aykırı hale getirmeyecektir.¹¹⁷⁴Daha önce McCann kararında da belirtildiği gibi, Mahkeme'ye göre, kendilerine verilen talimatlar ve bilgiler doğrultusunda teröristler tarafından uzaktan kumandalı bomba ile gerçekleştirilecek bir saldırının çok sayıda insanın ölümüne sebep olmasını engelleme amacıyla saldırıda bulunacak kişileri etkisiz duruma getirmekle görevli askeri personelin silahlı güce başvurmaları, kesinlikle gereklilik bilinciyle gerçekleştirilmiştir.¹¹⁷⁵ Mahkeme her ne kadar askeri personelin amirleri tarafından verilen emrin gereğini yerine getirerek başkalarının hayatını koruma altına almak amacıyla görevlerini mutlak gereklilik bilinci içerisinde ifa ettiklerini kabul etmiş olsa da¹¹⁷⁶ gerçekleştirilen operasyonun Sözleşme'nin 2'nci maddesinin aradığı koşullara uygun şekilde düzenlenip düzenlenmediğini de göz önünde bulundurmaktadır. Diğer bir ifadeyle operasyonun planlanması ve kontrolü aşamalarında hatalar bulunuyorsa ve bu yanlışlıklar yaşama hakkını manasız biçimde tehlikeye atacak bir güce başvurulmasına neden olmuşsa, operasyonu uygulayan

¹¹⁷²TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR/ÖNOK, s.107.

¹¹⁷³TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR/ÖNOK, s.107.

¹¹⁷⁴KARAOSMANOĞLU, s.228.

¹¹⁷⁵TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR/ÖNOK, s.107.

¹¹⁷⁶TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR/ÖNOK, s.107.

görevlilerin niyeti, taraf devleti yükümlülük altına girmekten muaf tutamayacaktır.¹¹⁷⁷

Büyük Daire'nin Nachova/Bulgaristan ve Makaratzis/Yunanistan kararlarında, devletlerin yerel mevzuatları ile güvenliği ilgilendiren operasyonlarda ölçsüz kuvvet kullanımına ve önlenbilir kazalara karşı etkin güvenceler sağlamaları gerekliliği üzerinde durulmaktadır. Bilhassa söz konusu düzenlemelerin lafzına ve insan yaşamına saygı ilkesinin gereğine uygun olarak, operasyonda yer alacak ilgili görevlilerin somut olayda ateşli silah kullanımına başvurulmasının kesinlikle gerekli olup olmadığına karar verebilecek biçimde eğitilmiş olmalarının önemine de vurgu yapılmaktadır.¹¹⁷⁸ Sonuç olarak tüm Mahkeme kararlarından edinilen kanaati özetlemek gerekirse, operasyona katılan görevliler, somut olaydaki koşullara istinaden Sözleşme'nin 2'nci maddesinde belirtilen hedeflerden birine varmak için kuvvete başvurmanın kesin zorunluluk teşkil ettiği noktasında samimi bir fikirle davranarak, makul ve dengeli bir güç kullanmışlarsa, bunun yanında operasyon da Sözleşme'nin 2'nci maddesine aykırı olmayacak şekilde bilgi yönünden gerekli donanıma haiz personel tarafından yaşama hakkına ilişkin olarak ortaya çıkabilecek tehlikeleri önleyecek biçimde planlanmışsa ve bu koşullar altında yine de ölüm sonucu doğmuşsa artık somut vakada devlete ait bir sorumluluktan bahsedilemeyecektir.¹¹⁷⁹

Sözleşme'nin 2'nci maddesi gereğince güvenlik güçleri tarafından ölümcül nitelikte güce başvurulması bazı hallerde hukuka aykırılık teşkil etmemektedir. Bunun yanında Sözleşme'nin 2'nci maddesi kamu görevlilerine sınırsız bir yetki de bahşetmemektedir. Çünkü kolluk görevlilerine sınırsız güç kullanımının tanınması insan haklarına etkin saygıyla bağdaşmamaktadır. İç hukukta kuvvet kullanımına müsaade edilmiş olsa dahi, operasyonların, gücün kötüye kullanılmasına engel olacak şekilde ve öngörülebilir kazalara karşı etkin tedbirler almayı mümkün kılacak biçimde düzenlenmesi gerekmektedir.¹¹⁸⁰

¹¹⁷⁷ TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR/ÖNOK, s.108.

¹¹⁷⁸ TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR/ÖNOK, s.108

¹¹⁷⁹ TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR/ÖNOK, s.108.

¹¹⁸⁰ BAHADIR, Finogenov Ve Diğerleri, s.61.

Bir operasyon esnasında güvenlik güçleri tarafından ölümcül nitelikte güç kullanımı gerçekleştirildiğinde devletin Sözleşme'den doğan negatif yükümlülüklerini pozitif yükümlülüklerinden ayırt etmekte güçlük çekilebilecektir. Mahkeme böyle somut vakalarda, çoğunlukla operasyonun yetkililer tarafından olabildiğince ölümcül kuvvete başvurmayı azaltacak biçimde planlanıp planlanmadığını, operasyonun denetim altında tutulup tutulmadığını ve operasyon kapsamında belirlenen yöntemlerin ve araçların seçiminde ihtimal dâhilindeki tüm önlemlerin alınıp alınmadığını bir arada değerlendirmektedir.¹¹⁸¹ Sözleşme'nin 2'nci maddesinden doğan pozitif yükümlülükler mutlak değildir. Yaşama hakkına ilişkin her türlü tehlike, yetkilileri özel tedbir almak durumunda bırakmamaktadır. Fakat yetkililerin yaşama hakkına ilişkin gerçek ve yakın bir tehlikenin var olduğunu bildikleri veya bilmeleri gerektiği durumlarda, aynı zamanda yetkililerin uzmanlık alanında olan hallere özgü olmak üzere özel tedbirler alma doğrultusunda görevleri olduğu kabul edilebilecektir.¹¹⁸² Modern toplumların güvenliğini tesis etmedeki güçlükler, insan davranışlarının öngörülemez niteliği, öncelik ve kaynaklar doğrultusunda gerçekleştirilen belirli faaliyetlere yönelik tercihler göz önüne alınarak, pozitif yükümlülüklerin kapsamı, yetkililere aşırı sorumluluk yükleyecek biçimde genişletilmemelidir.¹¹⁸³ Avrupa İnsan Hakları Divanı, McCann davası nedeniyle verdiği 27/09/1995 tarihli kararında¹¹⁸⁴ Sözleşme'nin 2'nci maddesine yönelik görüşlerini dile getirirken,¹¹⁸⁵ güvenlik güçlerinin ölüme sebebiyet verecek şekilde kuvvete başvurmaları halinde, somut olaya dair etkin soruşturma yürütme zorunluluğunun, devletin yaşama hakkını koruma görevinden doğduğunu da açıkça ifade etmektedir.¹¹⁸⁶

¹¹⁸¹ BAHADIR, Finogenov Ve Diğerleri, s.61.

¹¹⁸² BAHADIR, Finogenov Ve Diğerleri, s.62.

¹¹⁸³ BAHADIR, Finogenov Ve Diğerleri, s.62.

¹¹⁸⁴ Bahse konusu davada Divan dokuza karşı on oyla devlet güçlerinin, operasyonun ölümlerle sonuçlanmaması için gereken özeni göstermedikleri, tutuklama operasyonunun kontrol ve organizasyonunda yeterli tedbirleri almadıkları ve böylece Sözleşme'nin 2'nci maddesinde öngörülen yaşama hakkını ihlal ettikleri kanaatine ulaşmıştır. Buna karşılık, Divan, başvuruçuların tazminat taleplerini, öldürülen kişilerin bomba koyma niyetinde oldukları gerekçesiyle ve oy birliğiyle reddetmiş, tazminata hükmetmemiştir.

¹¹⁸⁵ REİSOĞLU, s.41.

¹¹⁸⁶ REİSOĞLU, s.41.

Mahkeme'nin 20/01/2014 tarihli Camekan/Türkiye kararına konu olan olayda 10/12/2000 tarihinde, sabah sıralarında meydana gelen silahlı çatışma esnasında başvuru kolluk güçleri tarafından yaralanmıştır. Olay tarihinde silahlı çatışmada adı geçen polis memurları olay yeri tutanağı tanzim etmişler ve söz konusu belgede, yüzleri maskeli dört kişinin duvarlara yasadışı slogan yazarken görüldüklerini ifade etmişlerdir. Kolluk güçlerince kimlik kontrolü yapılmak istenmesi üzerine ateş açtığı öne sürülen başvuru, güvenlik güçleri tarafından alınan 14/12/2000 tarihli ifadesinde, yasadışı silahlı bir örgütün üyesi olduğunu ve olay sırasında polis memurlarının üzerine ateş ettiğini ikrar etmiştir.¹¹⁸⁷ Aynı tarihte Cumhuriyet savcısı huzurunda alınan ifadesinde ise, polisler ve kendisi ile diğer üç şüpheli kişi arasında silahlı çatışma yaşandığını ve olay esnasında yanında Star marka bir tabanca taşıdığını, fakat söz konusu ateşli silahı kullanmadığını belirtmiştir. Cumhuriyet Savcısı, bir kişinin ölümüne ve biri başvuru olmak üzere diğer iki kişinin de yaralanmasına neden olmak suçundan on üç polis memuru hakkında iddianame tanzim ederek kamu davası açmıştır. Ancak yapılan yargılama neticesinde meşru müdafaa gerekçesiyle sanıklar hakkında beraat kararı verilmiştir. İlk derece mahkemesinin verdiği karar ise Yargıtay tarafından henüz incelenmediği için kesin hüküm halini almamıştır.¹¹⁸⁸

Ülke birliği ve bütünlüğünü bozmak suçundan mahkûmiyetine hükmedilen başvuru hakkındaki kararın Yargıtay tarafından onaylanmasının üzerine başvuru, kollukta ifadesi alındığı esnada işkenceye maruz kaldığını beyan ederek Sözleşme'nin 3'üncü maddesinin ihlal edildiğini ve yakalanması esnasında aşırı güç kullanımına maruz kaldığını öne sürerek Mahkeme'ye başvuruda bulunmuştur. Mahkeme, Hükümet'e başvuruyu bildirirken Sözleşme'nin 2'nci maddesinin somut vakada ihlal edilip edilmediğine yönelik soru sormuştur. Hükümet ise söz konusu hükmün mevcut vakada uygulanamayacağı yönünde görüş bildirmiştir. Kolluk güçlerinin başvuru da aralarında yer aldığı şüphelileri yakalamak amacıyla silah

¹¹⁸⁷ Camekan/Türkiye davası, Başvuru No: 54241/08, Karar Tarihi:28/01/2014, T.C. Adalet Bakanlığı, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü, İnsan Hakları Daire Başkanlığı'nın gayri resmi çevirisi, s.3.

¹¹⁸⁸ Camekan/Türkiye davası, Başvuru No: 54241/08, Karar Tarihi:28/01/2014, T.C. Adalet Bakanlığı, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü, İnsan Hakları Daire Başkanlığı'nın gayri resmi çevirisi, s.6.

kullandıkları Mahkeme'ye sunulan bilgi ve belgelerden anlaşılacakla, somut vakada Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ikinci fıkrasında değinilen istisnai durumlardan birinin mevcut olduğu, bu durumda, ölümcül nitelikte güç ya da potansiyel şekilde ölümcül bir özellik arz eden kuvvet kullanımının yasal kabul edildiği ve Mahkeme'nin, Sözleşme'nin 2'nci maddesini somut olaya uyguladığı görölmektedir. Başvuranın iddia ettiği olay ve olguların hukuki nitelendirmesi konusunda takdir yetkisine haiz olan Mahkeme, davayı Sözleşme'nin 2'nci maddesi çerçevesinde ele almıştır. Bunun yanında başvuran, iç hukukta yürütölen soruşturma'nın etkin olmadığını da iddia etmektedir. Başvuran tarafından dosyaya ibraz edilen sağlık raporlarında herhangi bir şiddet izine rastlamayan Mahkeme, soruşturma yürüten makamın verdiği takipsizlik kararına da başvuranın itiraz etmediğini tespit etmektedir. Başvurunun işkence iddialarına yönelik kısmını açıkça dayanaktan yoksun bulan Mahkeme, davayı anılan madde yönünden kabul edilemez bulmuştur.¹¹⁸⁹

Mahkeme dosyaya sunulan belgeler ve tarafların görüşleri doğrultusunda yaptığı değerlendirmede her türlü makul şüphenin ötesinde olan bir kanıt ilkesinden hareket etmektedir. Söz konusu kanıtın çürütölemez, önemli, kesin ve tutarlı karineleri ihtiva etmesi gerektiğini, bunun yanında kanıtların araştırılması esnasında tarafların tavırlarının da dikkate alınacağını belirtmektedir. Her ne kadar Mahkeme ulusal makamların iç hukukta elde ettikleri belge ve kanıtlar neticesinde ulaştığı kanaatle bağlı olmasa da, ulusal makamlarca ulaşılan olgusal tespitlerden ayrılması için önemli verilerin varlığını aramaktadır. Mahkeme bakımından yerel ilk derece mahkemesinin şüphelilerin ilk atışı gerçekleştirdikleri yönündeki tespiti oldukça önem arz etmektedir. Başvuran olay anında silah kullanmadığını öne sürmüş olmasına rağmen, Mahkeme İstanbul Emniyet Müdürlüğü'ne bağlı Kriminal Polis Laboratuvarı'nın raporunda olay yerinde bulunan kovan ile bir merminin başvurana ait tabancadan çıktığının tespit edildiğine dikkat çekmektedir. Ayrıca başvuranın iç hukukta kolluk güçleri hakkında gerçekleştirilen yargılamada ilk derece mahkemesinin tespitlerine itiraz etme ve iddialarını ispat etme olanağına sahip

¹¹⁸⁹ Camekan/Türkiye davası, Başvuru No: 54241/08, Karar Tarihi:28/01/2014, T.C. Adalet Bakanlığı, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü, İnsan Hakları Daire Başkanlığı'nın gayri resmi çevirisi, s.10.

olmasına karşın bu yönde lehine herhangi bir bilgi ya da belge sunmadığını gözlemleyen Mahkeme,¹¹⁹⁰ yerel mahkeme hâkimlerince gerçekleştirilen olgusal tespitlerden ayrılmayı gerektirecek ikna edici bir bilgiye ulaşılmadığı görüşündedir. Diğer bir ifadeyle Mahkeme, herhangi bir kişiyi şiddete karşı korumak ve kanuna uygun şekilde yakalama işlemi gerçekleştirmek gayesiyle başvuru güc kullanımının, mutlaka gerekli olduğuna ve sınırın aşılmadığına kanaat getirmiştir. Nihayetinde Sözleşme'nin 2'nci maddesinin esas bakımından ihlal edilmediğini belirleyen Mahkeme,¹¹⁹¹ halen temyiz mercii önünde derdest olan dosyadaki ciddi gecikmeyi nazara alarak yargılamanın makul sürede ve özen gösterilerek gerçekleştirilmediği gerekçesiyle Sözleşme'nin 2'nci maddesinin usul bakımından ihlal edildiğine karar vermiştir.¹¹⁹²

¹¹⁹⁰ Camekan/Türkiye davası, Başvuru No: 54241/08, Karar Tarihi:28/01/2014, T.C. Adalet Bakanlığı, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü, İnsan Hakları Daire Başkanlığı'nın gayri resmi çevirisi, s.12.

¹¹⁹¹ Camekan/Türkiye davası, Başvuru No: 54241/08, Karar Tarihi:28/01/2014, T.C. Adalet Bakanlığı, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü, İnsan Hakları Daire Başkanlığı'nın gayri resmi çevirisi, s.13.

¹¹⁹² Camekan/Türkiye davası, Başvuru No: 54241/08, Karar Tarihi:28/01/2014, T.C. Adalet Bakanlığı, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü, İnsan Hakları Daire Başkanlığı'nın gayri resmi çevirisi, s.15.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YAŞAMA HAKKI KARŞISINDA KÜRTAJ VE ÖTENAZİ

I.YAŞAMA HAKKI BAŞLANGICI SORUNU VE YAŞAMA HAKKI KARŞISINDA KÜRTAJ

Yaşam insanlar için doğumla başlar, ölümle sona erer. Yaşama hakkının hukuksal açıdan doğduğu anı belirginleştirmeyi sağlayacak bir tespite ise insan hakları hukukunda rastlanmamaktadır. Her ülkenin bu konuda kendi yerel mevzuatında öngöreceği düzenlemeler açısından geniş bir hareket serbestisi bulunmaktadır.¹¹⁹³

Temel hak ve özgürlükleri koruma altına alan hem ulusal belgelerde hem de uluslararası belgelerde yaşama hakkının, ilk önce ele alınmasıyla önemine vurgu yapılmaktadır. Söz konusu hakka atfedilen önemin altında, içinde yer aldığı normatif kuralın kapsamının geniş olması ve söz konusu hak tanınmaksızın diğer haklara haiz olmanın pratikte hiçbir değerinin olmaması yatmaktadır. Diğer bir ifadeyle, yaşama hakkı bahşedilmeyen kişiye diğer hakların tanınmasının bir önemi bulunmamaktadır. Yaşama hakkının bu niteliği, diğer temel hak ve özgürlüklerin yanında ön planda tutularak, temel hak ve özgürlükler alanında ilk sırada yerini almasına neden olmaktadır.¹¹⁹⁴

Bilindiği gibi yaşama hakkının amacı insan yaşamını koruma altına almaktır. Hal böyle olunca insan yaşamının ne anlama geldiğinin açıklığa kavuşturulması gerekecektir. Çünkü bu tespitin yapılması söz konusu hakkın koruma altına alacağı düzenleme alanının sınırlarının ortaya çıkmasını sağlayacaktır. Dar anlamda yaşama hakkı, bireylerin sağlıklı bir vücut bütünlüğüne haiz olarak yaşama haklarını

¹¹⁹³ ÇİFTÇİOĞLU, s.162.

¹¹⁹⁴ Hamide TACİR, “Yaşama Hakkı Kapsamında Yaşamın Başlangıcı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt:19, Sayı:2, Yıl:2013, s.1302.

olabilecek müdahale ve risklere karşı önlem olarak idame ettirmeleri anlamına gelmektedir. Keza 1982 Anayasası'nın 17'nci maddesinde "Herkes yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz. Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz" yönündeki düzenlemenin de dar anlamda yaşama hakkının tanımı ile uyum içerisinde olduğu görülmektedir. Bahsi geçen düzenlemeye göre kişi ruhsal ve fiziksel bütünlüğünü sürdürme hakkına haizdir. Devlet, bu hakkın ortadan kalkmasına neden olabilecek bir müdahaleye izin vermeyecektir. Kişinin öldürülme ve yaralanma fiillerine maruz kalmaması, bedenine yönelik bir cezaya ya da işkenceye tabi kılınmaması, kişinin fiziksel bütünlüğünün dokunulmazlığı ilkesinin bir gereğidir. Benzer düzenlemeye Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2'nci maddesinde de yer verildiği görülmektedir.¹¹⁹⁵ Söz konusu maddede bütün bireylerin yaşama hakkının kanunun himayesi altına alındığı ve kimsenin kasten yaşamına son verilemeyeceği belirtilmekle, devletin yaşama hakkını koruma altına alma konusunda yükümlülüğü olduğuna dikkat çekilmek istenmiştir. Mahkeme'nin istikrar kazanmış içtihatları, Sözleşme'nin 2'nci maddesinin devlete yalnızca hukuka aykırı şekilde yaşama hakkını ortadan kaldıran olayları engelleme yükümlülüğü değil, bunun yanında yargı yetkisi kapsamında olan kişilerin söz konusu haklarını garanti altına alma doğrultusunda makul tedbirleri yerine getirme yükümlülüğü de izafe ettiğini belirtmektedir. Yerel makamların, kişilere yönelik olarak suç teşkil eden fiilleri yaptırım altına alacak cezai normları öngörmek suretiyle yaşama hakkını tesis etmeleri gerekliliği, devlete pozitif sorumluluklar yükleyen Mahkeme içtihatlarının bağlayıcılığının bir sonucudur.¹¹⁹⁶ Başka kişilerin suç teşkil eden fiillerinden ötürü yaşama hakkı tehlike altında bulunan kimseyi koruma altına almak gayesiyle önleyici tedbirler alma konusunda yerel makamlara yüklenen sorumluluk da dayanağını söz konusu içtihatlardan almaktadır. Netice itibarıyla bir kimsenin yaşama hakkını bağlayıcı düzenlemelere aykırı şekilde sonlandırmayacak ve insanın yaşama hakkını güvence altında bulunduracak makul tedbirleri almak devletin

¹¹⁹⁵TACİR, s.1302.

¹¹⁹⁶TACİR, s.1302.

önemli bir görevidir. Sözleşme'nin 2'nci maddesi kasten öldürme eylemleri kadar, taksirle işlenen öldürme fiillerini de kapsamına almaktadır. Söz konusu maddenin bu yönü 1995 tarihli McCann / Birleşik Krallık kararının yanı sıra Mahkeme'nin diğer birçok kararında da göze çarpmaktadır. Üstelik bazı ender hallerde, fiilin niteliği yaşama hakkı bakımından bir tehlike arz ediyorsa, somut vakada ölüm neticesi meydana gelmemiş olsa bile, kişiye yönelik eylem Sözleşme'nin 2'nci maddesi bağlamında ele alınmaktadır. Mahkeme'nin konuya yaklaşımından yola çıkarak, Sözleşme'nin sadece insan yaşamının fiziksel yönünü değil, bunun yanında hukuki anlamda ifade ettiği değeri de koruma altına aldığını kabul etmek mümkün olacaktır.¹¹⁹⁷

Kürtaj, hem annenin vücut bütünlüğü üzerinde sahip olduğu hak, hem de dünyaya gözlerini açma ihtimali olan bir çocuğun yaşama hakkı ile doğrudan alakalı olması sebebiyle uzun yıllar birbirine karşıt düşüncelerin karşılıklı savunma içerisine girmesine neden olmuştur. Zaman içerisinde bahsi geçen kavram hakkında din adamları, filozoflar ve politikacıların da yorumda bulunduğu gözlemlenmektedir.¹¹⁹⁸

Roma İmparatorluğu dönemlerinde bir tıbbi müdahale şekli olarak kabul edilen kürtaj, bunun yanında aile planlamasına katkı sağlayan bir unsur olarak addedilmekteydi. Bilhassa üç büyük semavi din, bahsi geçen konu karşısında oldukça temkinli bir tutum içerisine girmiştir. 19'uncu yüzyılda ceza hukuku alanında öngörülen düzenlemelerde kürtaja yönelik hükümlere de rastlanmaya başlanmıştır.¹¹⁹⁹ 20'nci yüzyılda ise, kürtaja ilişkin cezai yaptırımların çoğu ülkede yumuşatıldığı dikkat çekmektedir. Doğum kontrol yöntemlerinin bulunmaması nedeniyle bazı ülkelerde, kürtaj bu konuda diğer bir alternatif çözüm yolu olarak yerini almış ve kabul görmüştür. Çin'de hızla artan nüfusu denetim altında tutmak amacıyla 20'nci yüzyılın sonralarına doğru kürtaja etkin şekilde başvurulduğu da bilinmektedir. Söz konusu ülkede yirminin altında bir yaşta gebe kalmak ve birden fazla sayıda çocuk doğurmak yasalar gereği mümkün olmadığından yasaklanan

¹¹⁹⁷TACİR, s.1303.

¹¹⁹⁸YALÇIN, s.38.

¹¹⁹⁹YALÇIN, s.38.

durumların ortaya çıkmasına yol açan gebeliklerin lüzumu halinde sona erdirilmesi için kürtaj yönteminin uygulandığı görülmektedir.¹²⁰⁰

Kişinin gebe kalmasından sonra 20 haftalık süreç içerisinde, diğer bir ifadeyle ceninin yeteri kadar gelişimini tamamlamamış olduğu dönemde anne rahminden tahliyesinin sağlanması tıbbın kabul ettiği şekilde gerçekleştirilen kürtajın tanımını ifade etmektedir. Tıbbi ve etik açıdan konuya yaklaşıldığında, kürtaj uygulamasına, annenin sağlığının koruma altına alınması, suç teşkil eden eylemler sonucunda meydana gelen gebeliklerin sonlandırılması, ileride sakat veya zihin özürlü olması ya da genetik sağlık problemleri yaşaması ihtimali olan çocuğun dünyaya gelmesinin önlenmesi, ailenin sosyal ve ekonomik düzeyi nedeniyle yeni bir çocuk sahibi olmak istememeleri gibi nedenlere dayalı olarak başvurulduğu görülmektedir.¹²⁰¹

Yaşama hakkının doğum ile başladığının kabul edilmesi, ceninin de söz konusu hakkın koruma kapsamına girmesine engel olmuştur. Yaşama hakkını dünyaya gelmiş çocuklara tanıyan insan haklarına yönelik bildirge ve sözleşmelerde de aynı kabul dikkat çekmektedir. Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 6'ncı maddesi gebe kadınlar hakkında verilen ölüm cezalarının infaz edilemeyeceğini öngörmekle ceninin yaşama hakkına dolaylı da olsa dikkat çekmiştir.¹²⁰² Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ise yaşama hakkının hangi andan itibaren koruma altına alınacağı hususunda bir açıklık bulunmamaktadır. Öte yandan Sözleşme organları da ceninin yaşama hakkına haiz olup olmadığı noktasında net bir tutum içerisine girmemektedirler. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, ceninin, Sözleşme'nin 2'nci maddesinde düzenleme altına alınmış olan yaşama hakkının sahibi olduğu belirtilen "herkes" ibaresinin içinde yer almadığına, annenin yaşamını korumak için rızaya dayalı gebeliğin sonlandırılmasının yaşama hakkına yönelik zımnî bir sınırlama olduğuna kanaat getirmiştir.¹²⁰³

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2'nci maddesi, kişinin yaşama hakkını koruma altına almakta ise de, kişiye istediği yaşam seviyesini tesis etme imkânı

¹²⁰⁰ YALÇIN, s.39.

¹²⁰¹ YALÇIN, s.39.

¹²⁰² KALABALIK, İnsan Hakları Hukuku, s.399.

¹²⁰³ KALABALIK, İnsan Hakları Hukuku, s.399.

vermemektedir. Söz konusu hüküm, kişinin yaşamının devlet tarafından korunmasını ve yaşamına yönelik tehlikelere karşı devlet tarafından gereken önlemlerin alınmasını sağlamaktadır.¹²⁰⁴ Bahsi geçen hükmün birinci fıkrasında kişinin yaşama hakkı kanun ile koruma altına alınmıştır. Kişiler bu madde gereğince, kasten öldürme eylemlerinin devlet tarafından yaptırım altına alınmasıyla söz konusu fiillere karşı korunmaktadırlar.¹²⁰⁵

Yaşama hakkı bağlamında, tedavi edilemeyen hastaların hayatlarının doktorlarca bilerek ve istenerek sonlandırılması yani ötenazi ve kürtaj konuları üzerinde ayrıca durulması gerekmektedir.¹²⁰⁶

Yaşama hakkı bağlamında açıklığa kavuşturulması gereken hususlardan biri olan yaşamın başlangıcı anı çalışmamızın bu konu başlığı altında ele alınacaktır. Yaşama hakkına ilişkin bir ihlalin varlığından söz edebilmek için yaşama hakkının içeriğinden ziyade yaşamın başlangıç anını belirleyerek somut vakayı değerlendirmek daha isabetli olacaktır.¹²⁰⁷

Süjesi insan olan yaşama hakkının hangi andan itibaren koruma altına alınacağına tespit edilmesi bir gereklilik teşkil etmektedir. Tıp ve antropoloji bilimleri bakımından insan tanımına yönelik olarak gerçekleştirilen yorumlar göz önünde bulundurulmaksızın, sadece hukuki manada yaşama hakkının hangi andan itibaren koruma altına alınacağı hususuna açıklık getirmek olanak dâhilinde görülmemektedir. Gerek taraf devletlerin anayasalarında gerekse uluslar arası belgelerde bu konuya ışık tutacak bir düzenlemeye yer verilmekten imtina eden bir tavrın sergilenmiş olduğu dikkatleri çekmektedir.¹²⁰⁸

Öte yandan yaşama hakkının hangi andan itibaren başladığı konusunda doktrinde birbirinden farklı görüşler bulunmaktadır. Kürtaja yönelik tıbbi müdahaleye tamamen karşı çıkanların öne sürdükleri argüman, cenin ile doğmuş

¹²⁰⁴ Şeref ÜNAL, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri*, TBMM Kültür, Sanat Ve Yayın Kurulu Yayınları, No:89, s.92.

¹²⁰⁵ ÜNAL, s.92.

¹²⁰⁶ ÜNAL, s.92.

¹²⁰⁷ TACİR, s.1303.

¹²⁰⁸ TACİR, s.1303.

bebeğin arasında korunma bakımından herhangi bir farkın bulunmadığı hususudur. Kürtajın sadece belirli hallerde başvurulması gereken bir müdahale olduğunu savunanlar ise, bu konudaki takdir hakkının anneye ait olması gerektiğini öne sürmektedirler. Gebeliğin sona erdirilmesine yönelik müdahale, kişinin yaşama hakkına doğrudan etkide bulunması ve beraberinde etik ve hukuki tartışmaları ortaya çıkarması nedeniyle çoğu ülkede politika ile uğraşan kişileri meşguliyet içerisinde bırakan bir konu olmuştur.¹²⁰⁹

Bilhassa politikacıların ve toplumun kürtaj konusuna olan bakış açısının, feminist düşünceler doğrultusunda teşekkül etmiş bazı sivil toplum kuruluşlarının ve dini yönü ağırlıklı olan grupların görüşlerinin paylaşıldığı platformlarla şekillendirilme çabası içerisinde bulunduğu dikkat çekmektedir.¹²¹⁰ Çoğu ülkede kürtaja yönelik tıbbi uygulamalar üzerinde süregelen tartışmaların var olduğu gözlemlenmektedir. Meksika ülkesinde var olan kürtaj yasağı sebebiyle aile bireylerinden birinin cinsel istismarına maruz kalan on iki yaşındaki kızın gebeliğine doktorlar tarafından son verilmek istenmemesi bu konudaki tartışmalardan birinin konusu olmuştur. 1990 yıllarının sonlarına doğru Amerika Birleşik Devletleri'nde gebeliğe son veren tıbbi müdahaleyi gerçekleştiren doktorlara yönelik saldırılar basının gündeminden düşmemektedir. Cleveland'da kürtajı tasvip etmeyen bir yargıcın gebe bir kadını doğumunu gerçekleştirecek tarihe kadar hapis cezası ile cezalandırması konu hakkında verilebilecek kayda değer bir uygulama örneğidir.¹²¹¹

Kürtaj hakkının muhtelif sebeplerden dolayı tanınmadığı hallerde, toplumsal ve kültürel anlamda kadınlık olgusu ön plana çıkmakta ve bu olgu kadını üreme yeteneğinin esiri kılmaktadır.¹²¹²

Hukuki bakımdan ceninin¹²¹³ insan olarak kabul edilmesi ile ceninin hukuksal açıdan güvence altına alınması sorunu birbirinden farklı sonuçları ortaya

¹²⁰⁹ YALÇIN, s.40.

¹²¹⁰ YALÇIN, s.40.

¹²¹¹ YALÇIN, s.40.

¹²¹² TACİR, s.1316.

¹²¹³ Döllenmeden başlayarak, gebeliğin yaklaşık ikinci ayına kadar gelişmekte olan canlıya embriyo adı verilmektedir. Gebeliğin sekizinci ile onuncu haftası sonunda, hemen hemen tüm organların oluşumu tamamlanan canlı ise cenin ya da fetüs olarak isimlendirilmektedir. Türk Dil Kurumu, Türkçe

çıkarmaktadır. Ceninin, kişi olarak kabul edilmesi gerektiği varsayımından hareket edilmesi durumunda, embriyo ya da ceninin yaşama hakkına haiz ve söz konusu hakkın güvencesi altında olduğu, daha da kapsamlı bir yorumla embriyo veya ceninin anayasal nitelikteki hakların da himayesinden yararlandığı söylenebilecektir.¹²¹⁴

Nitekim yaşama hakkının süjesinin insan olduğu gerçeği her türlü tartışmadan varestedir. Ceninin, kişi olarak kabul edilemeyeceği varsayımının öne sürülmesi ise, yaşama hakkının hukuksal korumasından tamamen mahrum bırakılıp bırakılmayacağı sorununu da beraberinde getirmektedir. Bazı hukuk sistemlerinde ve uluslararası sözleşmelerde¹²¹⁵ embriyo ya da cenini koruma altına almaya ilişkin hukuki düzenlemelere yer verildiği görülmektedir.¹²¹⁶ Embriyo ya da cenini var olacak bir yaşamın başlangıcı olarak göz önünde bulundurma ve bu bağlamda cenine ayrı özel bir değer atfederek insan onuruna yakışır şekilde hukuksal anlamda koruma altına alma hususu çekince duyulmadan kabul edilebilecek olsa da, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2'nci maddesinde düzenlenen yaşama hakkının kapsamı bakımından konu hakkında kesin bir kanaate ulaşmak söz konusu olamayacaktır. Tıp bilimi çevrelerinde embriyo ya da ceninin hangi andan itibaren canlı bir varlık olarak kabul edilebileceği hususunda değişik görüşler öne sürülmüş, ancak söz konusu görüşler arasında belirli bir zaman aralığı üzerinde fikir birliği sağlanamamıştır. Ceninin canlı varlık olarak kabul edildiği an, bir görüşe göre uzuvlarının ya da sinir sisteminin husule geldiği, bir görüşe göre hücre birleşmesinin meydana geldiği, başka bir görüşe göre ise dini kitapların belirttiği andır.¹²¹⁷ Diğer taraftan embriyoların vasıfları hususunda da ortak bir kanaat oluşturulmadığı görülmektedir. Embriyoların nitelikleri konusunda ortaya atılan görüşler üçe ayrılmaktadır. Bu

Sözlük, C.1, 7. Bası, TDK Yayınları, s.329. Başka bir ifadeyle, yumurtanın spermle döllenmesinden itibaren ceninin oluşmasına kadar insan organizmasının geçirdiği evredeki canlı embriyo olarak kabul edilmektedir. Cenin, embriyonun bütün organları oluşuktan sonraki adıdır.

¹²¹⁴TACİR, s.1303.

¹²¹⁵Türkiye Cumhuriyeti tarafından Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi 04/04/1997 tarihinde imzalanmış; Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından da 03/12/2003 tarihinde onaylanmış ve 5013 sayılı "Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun" adıyla 09/12/2003 tarihli ve 25311 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

¹²¹⁶TACİR, s.1304.

¹²¹⁷TACİR, s.1304

görüşlerden birincisi embriyoların bazı genetik vasıflarını ve dölleme anından itibaren bedensel, zihinsel, duygusal ve sosyal yönden sürekli ilerleme kaydeden yeteneklerini göz önünde bulundurarak insan olarak kabul edilmeleri gerektiğini öne sürerken, diğer bir görüş embriyo terimini hücre birleşiminden ibaret ve duyularla kavranabilen cisimsel bir varlık olarak addetmektedir. Üçüncü görüş ise, diğer iki görüşün bazı yönlerini ortak noktada ele alarak, embriyoların insan gelişimin ilk evresi olduklarını ifade etmektedir. Fakat bu gelişimin daha çok anneye ve bunun yanında birçok etmene bağlı olarak tamamlandığı da belirtilmektedir. Çünkü embriyonun fetüs içerisinde büyüyerek gelişimini tamamlaması sonucunda insan olarak dünyaya gelmesi, düzenli şekilde ortaya çıkan aşamaların birbirini takip ederek ilerlemesini gerekli kılmaktadır. Sonuncu görüş, insan onurunun varlığına ve korunmasına duyulan saygının embriyo içinde geçerli olması gerektiğinin bir kanıtı mahiyetindedir.¹²¹⁸

Söz konusu görüşlerin, yaşama hakkının korumasından embriyo ve ceninin de yararlanıp yararlanmayacakları hususuna açıklık getirmediği görülmektedir. Bununla birlikte bazı ülkelerin hukuk sistemlerinde embriyo ya da ceninleri koruma altına almaya ilişkin somut yasal düzenlemelere yer verildiği de görülmektedir. Bilhassa gebeliğin sonlandırılması konusunda öngörülmuş olan süre sınırlamaları, embriyo ya da ceninler hakkında gerçekleştirilecek bilimsel nitelikli araştırmalara yönelik düzenlemeler, embriyo veya ceninlerin yaşama hakkının sınırlarının tespit edilmesi bakımından rehber vazifesi görmektedir.¹²¹⁹

Yaşama hakkına yönelik olarak fikir ayrılıklarına neden olan ve sorun teşkil eden bu konunun temelinde kişi ve topluma egemen olan dünya görüşü ve dini inançlara duyulan bağlılık yatmaktadır.¹²²⁰ Muhafazakâr kesimden birçok düşünür, yaşamın kutsallığını öne sürerek gebeliğe son verilmesini doğru bulmazken, liberal görüş ekseninde toplanan kişiler ise kadının neslini devam ettirme ve özel hayatına saygı duyulma hakkı ile kendi kaderini tayin etme ilkesinden hareketle kürtaj sorununa açıklık getirmeye çalışmaktadırlar. Ceninin yaşama hakkının süjesi olarak

¹²¹⁸TACİR, s.1304.

¹²¹⁹TACİR, s.1305.

¹²²⁰TACİR, s.1315.

kabul edilip edilemeyeceği, eğer söz konusu hakkın öznesi sayılacaksa, müdahale anında güvence altına alınması gereken haklar arasında var olan menfaat çatışmasında dengenin nasıl korunacağı kürtaja yönelik müdahale ile alakalı sorun teşkil eden hususlardır. Hücre birleşimi anından doğum anına kadar uzanan süreçte embriyo ya da ceninin anne rahminden tahliyesine yönelik müdahalenin yasal ve makul kabul edilebileceği hem hukuki hem de ahlaki bir payda tespit edilemediği takdirde, kürtajın moral değerlere ve hukuka uygunluğu üzerindeki tartışmalar devam edecektir.¹²²¹

Türkiye’de de bilhassa son zamanlarda kürtaj üzerinde sürdürülen tartışmalar, Özürlüler Kanun Tasarısında Başbakanlık Özürlüler İdaresi tarafından gerçekleştirilen ve Nüfus Planlaması Hakkındaki Kanun ile bağdaşmayan düzenlemeler öngören mevzuat hazırlama çalışması ile yeniden hız kazanmıştır. Nüfus Planlaması Hakkındaki Kanun, on haftalık süreyi dolduran bir gebeliğin ileride çocuğun sakat olarak dünyaya gelme olasılığının bulunduğu hallerde sonlandırılmasına olanak tanınırken, getirilmesi öngörülen yeni düzenlemede Sözleşme’nin 2’nci maddesinde koruma altına alınmış olan yaşama hakkının kutsallığına yollamada bulunularak, çocuğun sakat olarak dünyaya geleceği bilirse dahi, kürtaja yönelik tıbbi müdahaleye izin verilemeyeceği belirtilmiştir.¹²²²

Kürtaj hakkında yapılan yoğun tartışmalar kadar, söz konusu müdahalenin günümüzde uygulanma sıklığına yönelik elde edilen resmi bilgiler de, konunun önemine vurgu yapmaktadır. Elde edilen istatistikî veriler, yılda ortalama yedi bin kadının gebeliğini sonlandırabilmek için kürtaja yönelik tıbbi müdahalenin cezai açıdan yaptırıma tabi olduğu İrlanda’dan farklı bir ülkeye gittiklerini gözler önüne sermektedir.¹²²³

Dünya Sağlık Örgütü tarafından elde edilen veriler ise, dünya genelinde her yıl ortalama iki yüz on milyon kadının gebeliğinden kırk altı milyon kadarının sonlandırıldığını göstermektedir. Aynı sağlık örgütünün elde ettiği bilgiler, dünyada her yıl yaklaşık yirmi milyon kadının sağlıklı koşullarda gebeliğine son verilmemesi

¹²²¹TACİR, s.1315.

¹²²²YALÇIN, s.40.

¹²²³YALÇIN, s.39.

nedeniyle yaşamının tehlike altına girdiğini, yaklaşık seksen bin kadının kürtaj yoluyla gerçekleştirilen müdahale sonrasında hayatını kaybettiği gerçeğini ortaya çıkarmaktadır. Söz konusu istatistikî bilgilerin endişe verici olmasının temelinde yatan nedenler ise, çeşitli ülkelerde görülen aile planlamasına yönelik uygulamalar konusundaki bilinçsizlik ve çoğu ülke mevzuatındaki düzenlemelerin kürtaj uygulamasına müsaade etmemesi sonucunda sağlıksız şartlar altında yapılan tıbbi müdahalelerdir.¹²²⁴

Tüm dünya ülkelerinde kürtaj konusu, farklı görüş ve yaklaşımlar tarafından ahlakî, siyasî, dinî, tıbbi ve hukukî yönleriyle değerlendirme altına alınmıştır. Komisyon da konu hakkında tüm çabasına rağmen anlaşılır ve kesin bir yaklaşım sergileyememiştir. Sonuç olarak Komisyon, Sözleşme çerçevesinde ceninin yaşama hakkının ana rahmine düştüğü an itibarıyla korunmadığına dikkat çekerek, her ne kadar Sözleşme'nin gayesine uygun olmasa da bazı tıbbî gerekliliklerin zorunlu müdahaleye neden olabileceğini, taraf devletlerarasındaki uygulama farklılığının, konunun yine üye devletin takdirine bırakılmasına yol açtığını ifade etmiştir.¹²²⁵

Türkiye'de ise 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun ile annenin sağlığı bakımından gerekli görülen durumlarda ve bazı koşullar altında gebeliğin sonlandırılmasına izin verilmiştir.¹²²⁶ Nüfus Planlaması Kanunu'nun gebeliğin onuncu haftada rızaya bağlı olarak sona erdirilebileceğine imkân tanıyan bir düzenleme içerdiği görülmektedir. İleride insan olma yeteneğine haiz olacak ceninin, insan onurunun bir gereği olarak koruma altına alınması kabul edilse bile, söz konusu kabul, cenini Sözleşme'nin 2'nci maddesi bağlamında yaşama hakkının süjesi haline getirmeyecektir. Diğer taraftan, soruna açıklık getirilmeye çalışılırken babanın cenin üzerinde var olan hakkı ile annenin özel hayatın korunmasını isteme hakkı arasında kurulması gereken dengenin göz önüne alınması gerekmektedir.¹²²⁷

2827 sayılı Nüfus Planlaması Kanunu ile Türkiye'de, ilk on haftayı kapsayan döneme kadar gebeliğin sağlıklı şartlarda sonlandırılmasına müsaade eden yasal bir

¹²²⁴ YALÇIN, s.39.

¹²²⁵ ÜNAL, s.93.

¹²²⁶ ÜNAL, s.93.

¹²²⁷ ÇİFTÇİOĞLU, s.163.

düzenleme öngörülmüştür. Aynı yasal düzenleme on haftadan sonra gerçekleştirilecek gebeliğin sonlandırılmasına yönelik bir tıbbi müdahaleye, dünyaya gelecek çocuğun sakat doğma olasılığının bulunması veya anne yaşamının risk altında olması hallerine münhasır olmak üzere imkân tanımıştır. Bazı ülkelerde ise gebeliğin sona erdirilebileceği süre gebe kalma tarihinden itibaren daha uzun tutulmuştur. İngiltere’de bu süre yirmi dört haftaya kadar uzayabilmektedir.¹²²⁸

Kürtaj ve kürtaj benzeri metotlarla bir kadının gebeliğinin sonlandırılması yaşama hakkına doğrudan etki etmektedir. 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun’un 5’inci maddesinde gebeliğin onuncu haftası dolmadan önce, annenin sağlığına zarar vermeyecek şekilde rıza dâhilinde gebeliğe son verilebileceği düzenlenmiştir. On haftayı geçen gebeliklerde ise, annenin yaşamının tehlike altında olması ya da ileride doğacak çocuğun kendisi ve devamındaki nesli için bedensel ve zihinsel sakatlığa neden olacak önemli bir bulgunun doğum ve kadın hastalıkları uzmanı tarafından usule uygun şekilde tespit edilmesi halinde kürtaj yoluyla ceninin tahliyesi gerçekleştirilebilecektir. Acilen müdahale gerçekleştirilmediği durumda, annenin yaşamı ya da hayati uzuvlarından biri zarar göreceğe hale gelirse ve söz konusu acil durum yetkili bir hekim tarafından belirlenirse, gebeliğin sonlandırılmasında bir sakınca olmayacaktır.¹²²⁹ Fakat hekim söz konusu müdahaleyi gerçekleştirirmeden önce ya da buna imkân olmaması durumunda müdahalenin yapılmasının akabinde en geç yirmi dört saat içinde gebeliğine son verilen kişinin kimlik bilgilerini, gerçekleştirilen tıbbi müdahalenin niteliğini ve nedenlerini illerde bulunan sağlık ve sosyal yardım müdürlüklerine, ilçelerde ise hükümet tabipliklerine bildirmekle yükümlüdür.¹²³⁰ 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun’un 6’ncı maddesi, gebeliğin sonlandırılmasına yönelik tıbbi müdahalede, gebe kadının iznini, çocuklarda ise velinin iznini, hakkında vesayet kararı bulunan kişiler bakımından ise reşit yaşta olmayan kişinin ve vasisinin rızası yanında sulh hukuk hâkiminin de onayını aramaktadır. Fakat kürtaja yönelik tıbbi müdahale için akıl hastalığı nedeniyle irade beyan edemeyecek durumda olan gebe kadının kendi rızasına gerek duyulmamaktadır. Gebeliğine son verilecek kişinin velisinin rıza göstermesi ya da

¹²²⁸YALÇIN, s.40.

¹²²⁹KALABALIK, İnsan Hakları Hukuku, s.407.

¹²³⁰KALABALIK, İnsan Hakları Hukuku, s.407.

sulh hukuk mahkemesinin icazet vermesi için geçecek zaman zarfında tıbbi müdahalenin gerçekleşmemesi, annenin yaşamının ya da hayati uzuvlarından birisinin zarar görmesine neden olacak ise bu durumda müdahale için izin koşulu aranmayacaktır.¹²³¹

Gelişmiş ülkelerin çoğunluğunda ceninin kişi olarak kabul edilmeyip, özel yasal düzenlemeler ile koruma altına alındığı görülmektedir. Suç politikasının gereği olarak ülkeler, annenin hakları ile ceninin hakları arasında denge kurmaya çaba göstermişlerdir. Bir taraftan ceninin yaşama hakkı annenin yaşama hakkı karşısında ayrıcalıklı görülmezken, diğer taraftan annenin ceninin yaşamı üzerinde sınırsız bir karar verme yetkisinin bulunmadığı benimsenmiştir. Bu görüş doğrultusunda Türkiye’de de anne ve ceninin yaşama hakkı arasında bulunması gereken bir dengenin varlığının gözetildiği, annenin vücut bütünlüğünün ve sağlığının yanında anne ve ceninin yaşama hakkının özel nitelikteki yasal düzenlemelerle koruma altına alındığı görülmektedir. Ancak yine de ilk etapta annenin yaptığı seçime saygı gösterildiği ve yaşama hakkına öncelik verildiği, ceninin yaşama hakkının ise ikinci planda tutulduğu gözlemlenmektedir.¹²³²

Kürtaja yönelik hukuki düzenlemelerde liberal görüşe ait bakış açısının egemen olduğu görülmektedir. Nitekim Rusya’da 1917 yılında yaşanan devrimin sonrasında öngörülen hukuki düzenlemelerde kürtaj sorunu da ele alınmıştır. 1935 yılında İzlanda, 1938 yılında ise İsveç, gebeliğin sona erdirilmesi hususuna tüm hukuki boyutlarıyla mevzuatlarında yer vermişlerdir. Çoğu Avrupa ülkesi 1970 yılı ve sonrasında aynı çizgiyi sürdürerek konuya yönelik yasal düzenlemeleri oluşturmuşlardır. Her ne kadar günümüz itibariyle kürtaj amaçlı tıbbi müdahale çoğu Avrupa ülkesinde belirli şartlar dâhilinde hukuka uygun kabul edilmekte ise de, söz konusu müdahaleye yönelik sınırlamalar ülkeden ülkeye değişiklik göstermektedir.¹²³³ Gebeliğin sonlandırılmasına hiçbir istisna tanımadan yasal imkân vermeyen Avrupa ülkesi Malta’dır. Katolik inancın egemen olduğu İrlanda’da ise

¹²³¹ KALABALIK, İnsan Hakları Hukuku, s.408.

¹²³² Burcu DÖNMEZ, “TCK’da Çocuk Düşürme Suçu Mukayeseli Hukuk ve AİHM’in Bakış Açısıyla Ceninin Yaşama Hakkının Sınırlandırılması”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:9, Sayı:2, İzmir 2007, s.140.

¹²³³ DÖNMEZ, s.140.

yalnızca annenin hayatı için risk teşkil eden hallerde gebeliğin sonlandırılmasına müsaade edilmektedir. İspanya, Polonya, Portekiz ve İsviçre ülkelerinde ise annenin vücut ya da ruh sağlığı açısından gerek duyulması halinde kürtaja yönelik müdahaleye başvurulabileceği öngörülmekle birlikte, suç teşkil eden eylemler sonucunda meydana gelen gebeliğe müdahale herhangi bir sınırlamaya veya istisnaya bağlı tutulmamıştır.¹²³⁴ Ekonomik ve sosyal nedenlerin öne sürülmesi, Finlandiya, Lüksemburg ve İngiltere gibi ülkelerde kürtaja yönelik müdahaleyi mümkün hale getirmektedir. Gönüllü gebelik olarak tanınan hukuki düzenlemeyi 1975 yılında yürürlüğe sokarak 12 haftayı doldurmayan gebeliklerin rıza dâhilinde sonlandırılmasına olanak tanıyan Fransa, daha önceki süreçte Katolik inancın gereği olarak kürtaja yönelik müdahaleye başvurulmasını ağır müeyyideye tabi kılmıştı. Yine Fransa 1988 yılında ertesi gün ilacını üreterek, kullanımını yasal hale getirmiştir. 12 haftasını doldurana kadar gebeliğin sonlandırılmasının önünü yasal düzenlemelerle açan diğer bir ülke Almanya'dır. Diğer taraftan İtalya ve Lüksemburg'da ahlaki ya da dini inanışlarını gerekçe olarak öne süren doktorların gebeliğin sonlandırılmasına yönelik talepleri kabul etmeme hakları vardır.¹²³⁵

Sözleşme'nin 2'nci maddesinde yer alan "herkes" kelimesinin henüz doğmamış olan ceninin de söz konusu hakkın himayesi altına alınmasına imkân tanıdığı görüşü kabul edilecek olursa,¹²³⁶ taraf devletlerin yerel mevzuatlarında kürtajın kural olarak suç olarak yaptırım altına alınması ve ilgili yetkililerce eylemin soruşturmaya konu edilmesi gerekecektir.¹²³⁷ Fakat ceninin Sözleşme'nin 2'nci maddesi bağlamında sağlanan bir korumadan yararlanıp yararlanamayacağı hususunda hem ulusal hem de uluslar arası hukukta görüş birliğinin sağlanmadığı

¹²³⁴TACİR, s.1315.

¹²³⁵TACİR, s.1315.

¹²³⁶ Bkz. "Avrupa Çocuk Hakları Sözleşmesi" konulu Parlamenter Birliği Tavsiye Kararı (1979),Parlamenter Birliği Dokümanlar, Doc. 4376; "döllenmeden itibaren her çocuğun yaşam hakkı" ifadesi bu kapsamda yer almaktadır. Ayrıca bkz. Parlamenter Birliği'nin terapötik, bilimsel, endüstriyel ve ticari amaçlarla insan ceninlerinin kullanımı hakkında Tavsiye Kararı 1046 (1986). Parlamenter Birliği biyolojik cenin statüsü tanımının gerekli olduğunun altını çizmektedir.

¹²³⁷ERDOĞAN/KARAN, s.77.

görülmektedir. Bu konudaki belirsizliğin Komisyonca tanzim edilen Bruggeman ve Scheuten Davası raporunda da sürdüğü gözlemlenmektedir.¹²³⁸

Çalışmamızın bu bölümünde yaşama hakkının hangi andan itibaren koruma altına alınacağı hususundaki Mahkeme görüşü, Sözleşme'nin 2'nci maddesi bağlamında konuya dair verilen kararlar ile ortaya koyulacaktır.¹²³⁹

Doğmamış insan hayatının korunması konusu Komisyon önünde birkaç bireysel başvuruya konu olmuştur.¹²⁴⁰

Komisyon, Bruggeman ve Scheuten davasında taraf devletlerin Sözleşme'nin 2'nci maddesinin gelecek yaşamı koruma altına alması noktasında birbirlerinden farklı bir tutum içerisine girdiklerini ve bu konunun üye devletlerin takdirine bırakıldığını dikkate almaksızın, söz konusu maddenin sağladığı korumadan belli koşullar dâhilinde ceninin de yararlanma imkânının bulunabileceğini belirtirken, aynı doğrultuda somut vakada da gebeliğin sadece özel yaşam kapsamında görülemeyeceğini, kişinin gebeliği sırasındaki özel yaşamına ceninin de dâhil olduğunu ifade ederek söz konusu görüşünü olay içerisinde temellendirmeye çalışmıştır.¹²⁴¹ Komisyon Bruggeman ve Scheuten başvurusuna konu olan ve annenin gebeliğin sona erdirilmesi yönündeki iradesini kısıtlayan düzenlemeyi, Sözleşme'nin özel hayatın korunmasına yönelik hakkı ele alan 8'inci maddesine uygun bulmamıştır.¹²⁴²

Komisyon, X./Birleşik Krallık kararında, Sözleşme'nin 2'nci maddesinde geçen "herkes" kelimesinin maddenin genel bütünlüğü bakımından henüz doğmamış çocuğu, yani cenini kapsamına almadığını belirtmektedir.¹²⁴³ Komisyon söz konusu

¹²³⁸ Söz konusu kanıt ikna edici görünmemektedir. Zira Komisyon tarafından dile getirildiği üzere, "her şahıs" ifadesini kullanan Amerikan Sözleşmesi'nin 4'üncü maddesi açıkça gelecek yaşamı koruma altına almaktadır.

¹²³⁹ DÖNMEZ, s.136.

¹²⁴⁰ Ralf MULLER-Terpitz, "Genetic Testing of Embryos in Vitro- Legal Considerations with Regard to the Status of Early Human Embryos in European Law", *German Yearbook of International Law*, Volume 54, s.506.

¹²⁴¹ ERDOĞAN/KARAN, s.79.

¹²⁴² DÖNMEZ, s.137.

¹²⁴³ ERDOĞAN/KARAN, s.77.

davada ¹²⁴⁴ kürtaj konusunu değerlendirme imkânı bulmuştur. Anılan davada Komisyon Sözleşme'ye taraf devletlerin kürtaj konusundaki kanuni düzenlemelerinin daha önce birkaç başvuruya konu edildiğini belirtmiştir.¹²⁴⁵ Kürtaj konusundaki yasal düzenlemelerin Sözleşme'nin 2 ve 8'inci maddelerinde koruma altına alınan hakları ihlal ettiği öne sürülerek yapılan başvuruların içerisinde, Sözleşme'nin 2'nci maddesinde yer alan yaşama hakkının ihlaline ilişkin iki başvuru, Komisyon tarafından başvurucular ile cenin arasında bir yakınlık derecesinin var olmaması ve kürtaj konusunda doğrudan hak kaybına uğradıkları yönünde somut bir etkinin dışı yansımaması nedeniyle kürtaja ilişkin yasal düzenlemelerden dolayı mağdur sıfatına haiz olduklarının öne sürülemeyeceği gerekçe gösterilerek kabul edilmemiştir.¹²⁴⁶ Sözleşme'nin 8'inci maddesi bağlamında iki kadın tarafından gerçekleştirilen başvuru ise¹²⁴⁷ Komisyon tarafından kabul edilmiş olup, nihayetinde başvuruya konu olayda Sözleşme'nin 8'inci maddesinin ihlâl edilmediği kanaatine ulaşılmıştır.¹²⁴⁸

Komisyon, X./Birleşik Krallık davasında,¹²⁴⁹ Sözleşme'nin 2'nci maddesinin cenini koruma kapsamına alıp almadığı hususunda hüküm tesis etme yetkisinin olmadığını belirtmiştir. Kürtaja Birleşik Krallık yetkilileri tarafından müsaade edilmesinin şikâyet konusu edildiği davada, Komisyon kürtajın ceninin yaşama hakkına getirilen ve temelinde annenin hayatının ve sağlığının korunması amacı yatan üstü örtülü bir sınırlama teşkil ettiğini, bu haliyle Sözleşme'nin 2'nci maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesine aykırılık teşkil etmeyen bir müdahale olduğunu ifade etmiştir.¹²⁵⁰

Komisyon Sözleşme'nin 2'nci maddesi bağlamında konu hakkındaki en açık kanaatini X./Birleşik Krallık kararında dile getirmiştir. Söz konusu kararda Komisyon, Sözleşme'nin 2'nci maddesinde geçen "herkes" ibaresinin cenini de içine alacak şekilde yorumlanamayacağını ifade etmiştir. Komisyon bunun yanında

¹²⁴⁴DUTERTRE, s.34.

¹²⁴⁵DUTERTRE, s.34.

¹²⁴⁶DUTERTRE, s.34.

¹²⁴⁷Brüggemann veScheuten /Federal Almanya Cumhuriyeti davası, Başvuru No:6959/75.

¹²⁴⁸DUTERTRE, s.35.

¹²⁴⁹X./Birleşik Krallık davası, Başvuru No:7215/75, Karar Tarihi:18/10/1982. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

¹²⁵⁰DUTERTRE, s.35.

kararının gerekçesinde yaşamın başlangıcını tespit etme noktasında birbirinden farklı görüşlerin var olduğuna da dikkat çekmiştir.¹²⁵¹

Komisyon, Sözleşme'nin 2'nci maddesinde yer alan "yaşam" kavramının yeni dünyaya gelmiş bireyin yaşamı haricinde kişinin ilerideki yaşamını da içeriğine dâhil edip etmediği noktasında yorumda bulunurken, "yaşama" kavramının içinde kullanıldığı olay ve durumlara göre farklı anlamlar ifade edebileceğini göz önünde bulundurmıştır. Yaşama hakkının kapsamını cenin bakımından belirlemeye çalışan Komisyon, Sözleşme'nin 2'nci maddesinin cenini kapsamadığı, aynı maddenin ceninin yaşama hakkını belli koşullar dâhilinde tanıdığı veya ceninin yaşama hakkını mutlak surette koruduğu yönündeki ihtimaller üzerinde değerlendirmelerde bulunmuştur.¹²⁵²

Komisyon, Sözleşme'nin 2'nci maddesini düzenleme altına alanların, annenin yaşama hakkını belirli sınırlar içerisinde koruma altına almış bulduklarından hareketle, sonradan ortaya çıkan yaşamın, diğer bir ifadeyle ceninin yaşamının daha değerli görüleceğinin mümkün olmadığına dikkat çekmektedir. Bilhassa çoğu taraf devlet Sözleşme taslağı oluşturulurken, Sözleşme'nin 2'nci maddesi bağlamında annenin yaşama hakkının koruma altına alınması için gebeliğin erken sona erdirilmesine yönelik bir tıbbi müdahaleye olumlu bakmıştır. Komisyon Sözleşme'nin 2'nci maddesinin annenin yaşamını ve sağlığını korumayı ön planda tuttuğunu benimseyen bir yaklaşımla¹²⁵³ annenin yaşama hakkının koruma altına alınması için ceninin tahliyesinin elzem olduğu hallerin kapsamının geniş tutulabileceğini ifade etmiştir.¹²⁵⁴

Bunun yanında annenin yaşamının tehlike altına girdiği gerekçesiyle doğrudan Sözleşme'nin 2'nci maddesinden kaynaklanan yaşama hakkının koruma altına alınmaya çalışılması amacı taşınarak verilen gebeliğin sonlandırılması kararı ile yine Sözleşme'nin 2'nci maddesinin sağladığı koruma bağlamında tıbbi

¹²⁵¹DÖNMEZ, s.137.

¹²⁵²ERDOĞAN/KARAN, s.77.

¹²⁵³ERDOĞAN/KARAN, s.77.

¹²⁵⁴ERDOĞAN/KARAN, s.78.

gereklilikten doğan gebeliğin sona erdirilmesi yönündeki karar arasında da önemli farklılıklar olduğu doktrinde öne sürülmektedir.¹²⁵⁵

Öte yandan Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ceninin ilerideki yaşamına yönelik bir güvence sağladığı kabul edilse bile, annenin yaşama hakkına üstünlük tanınmak suretiyle koruma altına alınmaya çalışıldığı gözlemlenmektedir. Nitekim Komisyon, önüne gelen başka bir davada Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ceninin yaşamını da koruma altına aldığı kabul edilecek olsa bile, korunması gereken her iki hak arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğinden söz etmektedir. Bunun yanında Komisyon, Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ceninin yaşamını kapsayacak şekilde bir koruma sağlamadığı yönündeki kabul öne sürülmediği müddetçe, her bir somut olaya özgü koşulların Mahkeme tarafından orantılı şekilde ve söz konusu iki hak arasındaki denge gözetilmek suretiyle değerlendirilmesi gerektiğini de ifade etmektedir.¹²⁵⁶ Komisyon ceninin Sözleşme'nin 2'nci maddesinde öngörülen korumadan istifade edip etmeyeceği hususunda taraf devletlerin yerel mevzuatlarında kürtaj konusunu değişik biçimde ele almalarını göz önünde bulundurarak, gelecekteki yaşamın Sözleşme tarafından koruma kapsamına alınıp alınmadığı hususunda net bir biçimde yorum yapmayı tercih etmemiştir.¹²⁵⁷ Kararlarında ceninin anne karnında iken Sözleşme korumasından yararlanmasının mümkün olup olmadığı noktasında çekimser davranan Komisyon, bu konuda taraf devletlere hâkimiyet alanları içerisinde münhasır bir takdir hakkının tanınması gerektiği kanaatindedir. Bu anlamda Norveç mevzuatını göz önünde bulunduran Komisyon, gebeliğin ilk on iki haftasında özgür iradede doğan cenin tahliyesine izin verilebileceğini, on iki ve on sekizinci haftalar arasında ise, belirli koşulların gerçekleşmesi durumunda hekimler heyetinin gebeliğin sonlandırılmasına karar verebileceğini, on sekizinci haftadan sonra ise önemli sebepler bulunmadıkça kürtaja müsaade edilemeyeceğini öngören düzenlemelerin bu hususta devletlere verilen hareket serbestîsinin sınırları içerisinde kaldığını belirtmektedir.¹²⁵⁸

¹²⁵⁵ERDOĞAN/KARAN, s.78.

¹²⁵⁶ERDOĞAN/KARAN, s.78.

¹²⁵⁷ERDOĞAN/KARAN, s.78.

¹²⁵⁸ERDOĞAN/KARAN, s.78.

Sonuç olarak Komisyon, kürtaj konusunda taraf devletlerin yerel düzenlemelerini de dikkate alarak, doğmamış çocuğu yani cenini Sözleşme'nin 2'nci maddesi bağlamında koruma altına alınan bir süje olarak görmemektedir. Bunun yanı sıra Komisyon bir an için ceninin yaşama hakkına haiz olduğu kabul edilse bile, doğmamış çocuğun hakkının annenin hakkına oranla daha geri planda düşünüleceği kanaatini de dile getirmektedir.¹²⁵⁹ Mahkeme, Boso Davasında ceninin Sözleşme'nin 2'nci maddesi kapsamında koruma altına alınıp alınmayacağı yönündeki belirlemenin lüzum ifade etmediği yönündeki içtihadına sadık kalan tutumuna karşın, somut vakada öne sürülen iddiayı belirli ihtimaller dâhilinde incelemeyi devam ettirmiştir. Mahkeme kararında belli şartlar gerçekleştiğinde, ceninin Sözleşme'nin 2'nci maddesindeki korumadan yararlanabilme ihtimalinin mümkün görülebileceği yönünde bir değerlendirmede bulunmuş olmasına karşın,¹²⁶⁰ ceninin bu himayenin altına girmesine olanak tanıyacak şartların neler olduğu konusunda somut bir açıklama yapmadığı dikkat çekmektedir.¹²⁶¹ Mahkeme'nin bu husustaki çekincesinin nedeni ise, daha önce konu hakkında geliştirdiği içtihadına, Sözleşme'nin 2'nci maddesinin koruma alanına ceninin dâhil olduğuna yönelik bir güvenceyi yansıtmamış olmasıdır. Mahkeme'nin konu ile alakalı olarak her başvurunun kendine özgü somut koşullarını göz önünde bulundurarak, ebeveynlerin birbirlerine karşı korunan hakları ve cenin karşısında gözetilmesi gereken hakları arasında var olması gereken dengeye özel önem verdiği görülmektedir.¹²⁶² Mahkeme'ye konu hakkında başvuru gerçekleştirebilecekler arasında sık rastlanmasa da taraf devletler haricinde, ceninin ebeveynleri de bulunmaktadır. Gebeliğin evlilik içinde veya fiili birliktelik sonucunda ortaya çıkması halinde, ihmale dayalı sonlandırma vakalarında başvurucuların aynı zamanda Sözleşme'nin 8'inci¹²⁶³ veya 12'nci maddelerini de dayanak göstermeleri daha isabetli olacaktır.¹²⁶⁴

¹²⁵⁹ERDOĞAN/KARAN, s.78.

¹²⁶⁰ERDOĞAN/KARAN, s.79.

¹²⁶¹ERDOĞAN/KARAN, s.79.

¹²⁶²ERDOĞAN/KARAN, s.79.

¹²⁶³Söz konusu dayanak aynı zamanda sterilizasyon ve şahısların istekleri haricindeki diğer doğum kontrol yöntemleri davaları için de geçerliliğini korumaktadır. Belirtilen davalarda henüz yaşamın yok edilmesi hususu söz konusu değildir. Bu sebeple Komisyon bir erkeğin, rızası olmaksızın gerçekleştirilen sterilizasyon hakkındaki şikâyetinde yer alan "söz konusu operasyon belirli şartlarda Sözleşme'nin özellikle madde 2 ve 3'ün ihlalini teşkil edebilir." ifadesini haklı bulmuştur.

Open Door ve Dublin Well Woman/İrlanda davası ¹²⁶⁵ kararında ¹²⁶⁶ Mahkeme, Sözleşme'nin kürtaj hakkını koruma altına alıp almadığı veya 2'nci maddenin cenine yaşama hakkı tanıyıp tanımadığı hususlarında değerlendirme görevinin bulunmadığını ifade etmektedir. Sözleşme'nin kürtaj hakkını kapsamına aldığı öne sürmeyen başvuruçular, sadece yerel mahkeme tarafından hükme bağlanan yasağın yurtdışında kürtaj hakkında bilgi verme ve alma hürriyetini sınırlayan yönünü Mahkeme huzuruna taşımışlardır. Mahkeme şikâyet konusu yapılmayan kürtaj konusunda bir hükme varmamıştır.¹²⁶⁷

İrlanda'da kürtaja olanak tanımayan yasal düzenlemelerin Sözleşme'nin 2'nci maddesine aykırılık teşkil ettiği yönündeki iddiaların öne sürüldüğü Open Door and Dublin Well Woman kararına konu olan başvuruda Mahkeme, söz konusu şikâyet sebebini incelemenin gereksiz olduğunu belirterek, kadının hakları ve ceninin hakları arasında bulunması gereken bir dengenin varlığından söz etmiştir.¹²⁶⁸

Diğer taraftan bir Norveç vatandaşının yaptığı başvuru ile birlikte Komisyon kürtaj konusunu değerlendirmek durumunda kalmıştır. Başvurucu, dilekçesinde ceninin yaşama hakkının Sözleşme kapsamında korunup korunmadığı, hangi evrede iken söz konusu hakkın himayesine gireceği hususlarına açıklık getirilmesini istemiştir. Ancak başvuruyu ele alan Komisyon, şikâyetçinin başvuruya konu olaydan doğrudan zarar görüp görmediğini tespit edemediğini belirterek, hak kaybı ihtiva etmeyen soyut iddiaları inceleme yetkisine haiz olmadığı gerekçesiyle yapılan başvuruyu reddetmiştir.¹²⁶⁹

Komisyon, bunun yanında H./Norveç davasında ceninin koruma altına alınmasının Sözleşme'nin 2'nci maddesi bağlamında değerlendirilebileceğini ifade etmiştir. Başlangıçta Komisyon, kürtajın Sözleşme'ye taraf devletlerin takdirine

X./Danimarka kararı kapsamında, yaşama hakkının ve yaşam üretme hakkının bir tutulmaması gerektiği öne sürülmüştür.

¹²⁶⁴ERDOĞAN/KARAN, s.80.

¹²⁶⁵Open Door and Dublin Well Women/İrlanda davası, Başvuru No:14234/88, 14235/88, Karar Tarihi:29/10/1992. <http://www.echr.coe.int> /ECHR /EN/ Header/Case- Law / HUDOC/HUDOC+database/

¹²⁶⁶DUTERTRE, s.34.

¹²⁶⁷DUTERTRE, s.34.

¹²⁶⁸Janis M. W./Kay R.S./Bradley A.W., European Human Rights Law, 3rd ed., Oxford 2008, s. 122.

¹²⁶⁹ÜNAL, s.93.

bırakılması gereken bir konu olduğunu belirtmiş, daha sonra aynı kararında taraf devletlerarasında ceninin yaşama hakkının koruma altına alınması hususunda görüş birliği olmasa da, bazı hallerde ceninin Sözleşme'nin 2'nci maddesinin sağladığı korumadan faydalanabileceğine hükmetmiştir.¹²⁷⁰ Sosyal nedenlerden dolayı 14 haftalık gebeliğin sonlandırıldığı olayı konu alan H/Norveç¹²⁷¹ başvurusunda Komisyon, cenine yönelik müdahaleyi Sözleşme'ye aykırı görmemiştir. Komisyon iç hukuktaki düzenlemelerin ele alınmasında üye devletlere tanınan hareket serbestisi karşısında, ceninin yaşama hakkının Sözleşme'ye uygunluk arz etmediğine yönelik şikâyetlerin kabul edilmeyeceğini de vurgulanmıştır.¹²⁷² Sonuç itibariyle söz konusu davada Norveç yasalarının ceninin yaşama hakkına gereken şekilde güvence sağlamadığı yönünde öne sürülen iddiaları Komisyon kabul etmemiştir.¹²⁷³

Mahkeme, Paton/Birleşik Krallık kararında ise ceninin yaşama hakkının anneye bahşedilen haklardan bağımsız olarak ele alınamayacağı, söz konusu hakkın annenin kararları yönünde sınırlamaya tabi tutulabileceği kanaatine ulaşmıştır.¹²⁷⁴

Cenine verilecek bir zararın, Sözleşme'nin 2'nci maddesi bağlamında bir suç teşkil edip etmeyeceği yönündeki tartışma Büyük Daire'nin 08/07/2004 tarihli Vo/Fransa kararında yapılmıştır. Mahkeme'nin önüne gelen söz konusu başvuruda, doktorun ihmali neticesinde sağlıklı bir şekilde devam eden gebeliğine son verilen kişinin iddiaları değerlendirilmektedir.¹²⁷⁵

Söz konusu olayda Fransızca bilmeyen ve altı aylık hamile olan başvurucu düzenli kontrolü için hastaneye gitmiştir. Ancak hastanedeki sağlık personelinin ihmali neticesinde başvurucu ile aynı soyadı taşıyan iki hasta birbirleri yerine geçerek farklı tıbbi müdahalelere maruz kalmışlardır. Bu müdahale sonucunda başvurucu gebeliğini sonlandırmak üzere çocuğunun ana rahminden tahliyesinin gerçekleştirilmesine razı olmak mecburiyetinde kalmıştır. İç hukuk yollarında başvurucu, yanlış müdahaleyi gerçekleştiren doktorlara yönelik olarak adam öldürme

¹²⁷⁰DUTERTRE, s.35.

¹²⁷¹H /Norveç kararı, Başvuru No:17004/90.

¹²⁷²DÖNMEZ, s.137.

¹²⁷³DUTERTRE, s.35.

¹²⁷⁴DÖNMEZ, s.137.

¹²⁷⁵ÇİFTÇİOĞLU, s.162.

suç isnadında bulunamamıştır. Zira Fransız yasalarına göre ceninin taksirle öldürme suçunun mağduru sıfatına haiz olması söz konusu değildir.¹²⁷⁶ Başvurucu dilekçesinde Fransız makamlarının ceninin yaşamına yönelik bir eylemi suç olarak nitelendirmemelerinin Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ihlali anlamına geldiğini öne sürmüştür. Bunun üzerine Mahkeme, ceninin Sözleşme'nin 2'nci maddesi kapsamında koruma altına alınabilecek bir kişi olarak addedilip addedilmeyeceğini ele almış, ceninin yaşama hakkı bağlamındaki hukuki durumu konusunda taraf devletlerarasında ortak bir görüşün bulunmaması, yerel kanunlar arasında yeknesaklığı sağlayacak bir yönteme başvurulmasının güçlüğü ve kendine özgü bir moral yasasının tatbik edilmesinin doğru olmayacağı hususlarından hareketle, yaşama hakkının başlangıç anını belirleme yetkisinin devletlerin takdirine bırakıldığını daha önceki içtihatlarıyla da uyumlu olarak defaten ifade etmiştir.¹²⁷⁷

Söz konusu davada Mahkeme, ceninin yaşama hakkına haiz bir birey gibi Sözleşme'nin 2'nci maddesinin korumasından faydalanıp faydalanmayacağı hususunda net bir tutum sergilememiştir. Ceninin hukuki statüsü konusunda Avrupa ülkelerinde yerleşmiş bir uygulamaya rastlanmamakla birlikte, belirli bir düzeyde koruma altına alınma gayretine girildiği görülmektedir.¹²⁷⁸ Mahkeme, başvuruya konu olayın meydana geldiği anda dünyaya gelmeyen ceninin Sözleşme'nin 2'nci maddesi bağlamında mağdur olarak kabul edilip edilmeyeceği noktasında net bir görüş beyan etmemektedir. Taraf devletlerin yaşama hakkının başlangıcını tayin etme konusunda takdir hakları bulunmaktadır. Sonuçta Mahkeme önüne gelen somut olaya yönelik başvuruda gebeliğin sona erdirilmesini Sözleşme'nin 2'nci maddesi çerçevesinde değerlendirme altına almayı gerekli görmemiştir. Zira Mahkeme, Fransız hukukunda kişiye yönelik taksirle işlenen suçların yaptırım altına alındığını ve kişilerin uğradıkları zararlar karşısında hukuk davası açma olanaklarının var olduğunu göz önünde bulundurarak, iç hukukta başvuruçunun maruz kaldığı eyleme karşı makul seviyede bir koruma sağlandığını tespit etmiştir.¹²⁷⁹ Aynı düşünceden hareket eden Mahkeme, Bruggemann ve Scheuten/ Almanya kararında da, iç

¹²⁷⁶ ÇİFTÇİOĞLU, s.162.

¹²⁷⁷ ERDOĞAN/KARAN, s.79.

¹²⁷⁸ ÇİFTÇİOĞLU, s.163.

¹²⁷⁹ ÇİFTÇİOĞLU, s.163.

hukuktaki yasal düzenlemeleri Sözleşme bağlamında yeterli görerek, taraf devletin mahkûmiyetini gerektirecek bir ihlalin bulunmadığına karar vermiştir.¹²⁸⁰

Mahkeme'nin Vo/Fransa kararına konu olan olayın meydana geldiği tarihte takriben beş aylık hamile olan başvuru Vo, 1991 yılında genel bir sağlık kontrolü gereksinimi ile hastaneye gitmiştir. Başvuru ile benzer ismi taşıyan bir başka hastanın da aynı doktor tarafından kabul edilmesi, diğer hastaya uygulanacak müdahalenin yanlışlıkla başvurucuya tatbik edilmesine neden olmuştur.¹²⁸¹ Doktorun müdahalesi sonrasında hamile olan başvuru çocuğunu kaybetmiştir. He ne kadar başvuru doktor hakkında olaydan sonra yerel makamlar nezdinde taksirle yaralama ve taksirle insan öldürme eylemlerinden dolayı suç duyurusunda bulunmuş ise de, yapılan yargılama sonucunda ceza mahkemesi, doktor hakkında taksirle ölüme sebebiyet verme suçundan beraat kararı vermiştir. Yerel mahkemenin beraat kararının gerekçesinde yirmi veya yirmi birinci haftanın içerisinde olan gebeliklerde ceninin kişi olarak kabul edilemeyeceğinin Fransız ceza kanunlarında açıkça ifade edildiği belirtilmiş, bu durumda ceninin insan öldürme suçunun mağduru sıfatına haiz olamayacağı sonucuna ulaşılmıştır. Bir üst derece mahkemesi olan Fransız İstinaf Mahkemesi aynı dosya üzerinden yaptığı inceleme neticesinde, gebeliğin yirmi ile yirmi dördüncü haftası içerisinde olan bir ceninin taksirle ölümüne sebebiyet verilmesinin bilimsel gerçekler doğrultusunda taksirle insan öldürme suçunun sübut etmesine neden olacağı gerekçesine dayanarak ilk derece mahkemesinin kararını hukuka aykırı bulmuştur. Ancak Fransız Yargıtay'ı somut olaydaki gebelikte ceninin kişilik vasfı taşımadığı gerekçesini öne sürmüş ve Fransız İstinaf Mahkemesi'nin değerlendirmesini yerinde bulmayarak bozma kararı vermiştir.¹²⁸²

İç hukuk yollarından sonuç alamayan başvuru, olayı 1999 yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne götürmüş ve Sözleşme'nin 2'nci maddesinde yer alan yaşama hakkının taraf devlet tarafından ihlal edildiği iddiasında

¹²⁸⁰ ÇİFTÇİOĞLU, s.163.

¹²⁸¹ DÖNMEZ, s.137.

¹²⁸² DÖNMEZ, s.138.

bulunmuştur.¹²⁸³ Başvurucu, şikâyet dilekçesinde Sözleşme'nin 2'nci maddesinin Sözleşme'ye taraf devletlere yaşama hakkının koruma altına alınmasını sağlamak amacıyla tedbirler alma ve iç hukuk sistemlerinde gerekli yasal düzenlemeleri öngörme hususlarında pozitif yükümlülükler getirdiğini belirterek, Fransız ceza hukuku mevzuatında ceninin taksirle ölüme sebebiyet verme suçunun mağduru sayılmasına yönelik bir düzenlemeye yer verilmemesinin Sözleşme'nin 2'nci maddesinden doğan pozitif yükümlülüklerle bağdaşmadığını öne sürmüştür.¹²⁸⁴ Taraf devletin doğmamış çocuğun yaşama hakkını yeterince koruyamadığını belirtmiştir.¹²⁸⁵ Fransız Hükümet'i ise savunmasında, Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ceninin yaşama hakkını değil, doğmuş çocukların yaşama hakkını koruma altına aldığına belirtmiştir. Bunun yanında Fransız Hükümet'i, başvurusunun iç hukuk yolları arasında bulunan idari yargı yolunu tüketmediğini, bu nedenle başvurusunun kabul edilmemesi gerektiğini de ifade etmiştir.¹²⁸⁶

Başvuruya konu olay hakkında gerçekleştirdiği inceleme sonucunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ceninin yaşama hakkının Sözleşme'nin 2'nci maddesi bağlamında koruma altına alınıp alınmayacağı konusunda kesin bir kanaat belirtme noktasında çekimser kalmayı tercih etmiştir. Bunun yanında kişinin yaşama hakkına yönelik olarak işlenen taksire dayalı bir eylemi konu alan karara açıkça atıfta bulunan Mahkeme, taraf devlet mevzuatında ihtilaf konusu olaya yönelik gerekli yasal düzenlemelerin var olduğu kabul ediliyorsa, aynı konuda ceza hukuku bağlamında da düzenleme öngörmeye gerek bulunmadığını vurgulamıştır. Neticeten

¹²⁸³ Bkz. Sulhi DÖNMEZER, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, Tıpkı 17. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2004, s.202. Fransa'da çocuk aldırmaı belirli şartlar içinde gerçekleştirmek koşulu ile suç olmaktan çıkaran kanunun Kasım 1974'de kabul edilmesi üzerine, milletvekillerinden bir kısmı kanun aleyhine Anayasa Konseyi'ne başvurarak, çocuk düşürme hakkındaki bu kanunun Anayasa'nın girişine ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2'nci maddesine aykırı olduğunu öne sürmüşlerdir. Fakat Konsey istemi kabul etmemiş ve kanun 17/01/1975 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Benzer durum yıllar geçtikten sonra, aynı gerekçe ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne getirilmiştir. Fakat Mahkeme bu konuda açık bir karar vermekten imtina etmiştir. Başka bir ifade ile böyle bir tartışmanın içine girmekten uzak durmayı tercih etmiştir.

¹²⁸⁴ DÖNMEZ, s.138.

¹²⁸⁵ MULLER, s.506.

¹²⁸⁶ DÖNMEZ, s.139.

Mahkeme, başvuruya konu olayda Sözleşme'nin 2'nci maddesinin üye devlet tarafından ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır.¹²⁸⁷

Sözleşme'nin 2'nci maddesi devletlere kasten adam öldürme eylemlerinden sakınma ve hâkimiyetleri altında bulunan kişilerin yaşama haklarının koruma altına alınması için makul önlemler alma yükümlülüğü getirdiğinden, taraf devletlerin hasta haklarının korunması amacıyla yönelik olarak, kamu hastanelerini düzenleme altına alma konusunda da sorumlulukları bulunmaktadır. Bahsi geçen yükümlülük bunun yanında doktorların ve diğer sağlık personelinin görevleri esnasında işledikleri suçlar bakımından yaptırım altına alınmalarını sağlayacak etkili ve bağımsız bir adalet mekanizmasının oluşturulmasını da kapsamaktadır.¹²⁸⁸ Fakat hekimlerin ya da diğer sağlık personelinin ihmalleri, Sözleşme'nin 2'nci maddesinde koruma altına alınmış olan yaşama hakkına yönelik bir ihlalin ortaya çıkmasına sebep olmuşsa, söz konusu maddeden doğan usuli yükümlülük sadece olay hakkında etkin bir ceza soruşturmasının yürütülmüş olması şartını aramayacaktır. Bunun yanında iç başvuru yolları arasında bulunan özel hukukun olanak verdiği tazminat talebinde bulunma hakkı ve idare hukuku bağlamında ihmali bulunan kamu görevlisi hakkında gerçekleştirilecek bir disiplin soruşturmasının başlatılması yönündeki talep hakkı, kişilere devlet tarafından sunulan diğer alternatif yollar arasında görülmektedir. Diğer bir ifadeyle başvuru kişinin özel hukukta ve idare hukukunda kendisine tanınan başvuru yollarını tüketmiş olması, olay hakkında ceza hukuku bağlamında bir soruşturma gerçekleştirilmese dahi devletin usule yönelik pozitif yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılması için yeterli olacaktır.¹²⁸⁹ Başvuru kişinin iç hukuk yollarında söz konusu imkânlardan yararlanabildiğini tespit eden Mahkeme, Vo/Fransa'ya karşı davada Sözleşme'nin 2'nci maddesinin usul bakımından ihlal edilmemiş olduğuna karar vermiştir. Ceninin Sözleşme'nin 2'nci maddesinin sağladığı korumadan istifade edip edemeyeceği hususunda ise Mahkeme, görüş beyan etmek istememiştir.¹²⁹⁰

¹²⁸⁷DÖNMEZ, s.139.

¹²⁸⁸ERDOĞAN/KARAN, s.79.

¹²⁸⁹ERDOĞAN/KARAN, s.80.

¹²⁹⁰ Bkz. Bruggemann ve Scheuten/Federal Almanya Cumhuriyeti kararı Başvuru No: 6959/75; X./Birleşik Krallık kararı, Başvuru No: 8416/78. Komisyon, Knudsen/Norveç kararında (Başvuru No: 11045/84) davacının baba olma olasılığının bulunmadığını ve devlet kilisesinde bir rahip olması

Bazı ülkelerde kürtajın yasal hale getirilmemesi, kadının hem yaşama hakkının hem de özel hayatının ve beden bütünlüğünün koruma altına alınmasına ilişkin haklarının ihlali anlamına gelmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, konu hakkında verdiği bir kararında; ceninin Sözleşme'nin 2'nci maddesi bağlamında koruma altına alınması gereken bir kişi olarak addedilemeyeceğini, yaşama hakkına haiz olduğu kabul edilse dahi, söz konusu hakkın annenin hakları ve menfaatleri doğrultusunda üstü örtülü şekilde tanınabileceğini ifade etmektedir. Ayrıca Mahkeme, gebeliği sonlandırmaya yönelik bir müdahaleye izin verilmemesini kötü muamele¹²⁹¹ ve işkence olarak telakki etmektedir.¹²⁹²

R.R/Polonya'ya karşı 26/05/2011 tarihli ve 27617/04 başvuru numaralı AİHM kararında karnındaki bebeğinde yapısal bir bozukluk olan hamile bir kadının doğum öncesi bir takım genetik testler yaptırılmaması ve gebeliğin tahliyesinin imkansız bulunması Sözleşme'nin 3'üncü maddesi bağlamında ihlal niteliğinde görülmüştür.¹²⁹³

Somut vakada başvurucuya gebeliğinin on sekizinci haftasında yapılan bir test neticesinde taşıdığı ceninde yapısal bozukluk olmasından şüphelenildiği yönünde bilgi verilmesi üzerine başvurucu bahse konu bozukluğun kesin bir şekilde tespit edilmesi halinde ceninin tahliyesine yönelik müdahalenin gerçekleştirilmesini istemiştir.¹²⁹⁴

Kendisine amniyosentez yöntemiyle genetik inceleme gerçekleştirilmesi yönünde tavsiyede bulunulan başvurucu, söz konusu incelemeyi doktorların defaten ret etmesi üzerine ancak gebeliğinin yirmi üçüncü haftasında yaptırabilmiştir. Başvurucunun taşıdığı ceninin turner sendromuna yakalandığını teyit eden analiz sonuçları elde edildiğinde kürtaj için iç hukuk mevzuatında öngörülen yasal sürenin geçirilmesi ile birlikte hamileliğine devam etmek yada kürtaj talebinde bulunmak

nedeniyle kürtaj konusundaki mevzuattan diğer vatandaşlardan farklı biçimde etkilenmediğini, bu yüzden mağdur sıfatına haiz olduğunu öne süremeyeceğini belirtmiştir.

¹²⁹¹ R.R./Polonya davası, Başvuru No:27617/04, Karar Tarihi:26/05/2011. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

¹²⁹² TACİR, s.1316.

¹²⁹³ <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/searchh.aspx> (erişim tarihi:12/12/2014)

¹²⁹⁴ <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/searchh.aspx> (erişim tarihi:12/12/2014)

arasında aydınlatılmış bir seçim yapma imkanını kaçıran başvuru, AİHM nezdinde şikayetlerini dile getirmiştir.¹²⁹⁵

Somut vakanın meydana geldiği dönemde iç hukukta geçerliliği olan hukuksal düzenlemelerin hamile kadınların kendileri ve cenin bakımından sağlıklı alakadar konularda bilgilendirilmeleri hususunda taraf devlete pozitif yükümlülükler izafe ettiği Mahkemece dikkate alınmış ve Polonya hukukunun kişilerin kürtaj talebinde bulunma konusunda aydınlatılmış bir seçim yapmalarına müsaade eden bir teşhis hizmetinin erişimine imkân verecek etkili mekanizmaları düzenlemediği tespit edilmiştir.¹²⁹⁶

Mahkeme'ye göre başvurunun özel hayatına etkili bir saygıyı teminat altına almak pozitif yükümlülüğü taraf devlet bakımından yerine getirilmemiş ve başvurunun aşılanmasına neden olan belirsizlik döneminden kaynaklanan acının Sözleşme'nin 3'üncü maddesi bağlamında bir ihlal kararına hükmetmek için gereken asgari eşik seviyesine ulaştığına kanaat getirmiştir.¹²⁹⁷

Öte yandan Avrupa Konseyi Parlamenterler Birliği'nin 2008 tarihli bir kararında güvenilir koşullarda gerçekleşen ve maliyet bakımından yük getirmeyen gebeliğin sona erdirilmesine yönelik müdahaleye olanak tanınması, emniyetli bir şekilde gerçekleştirilen bu tür müdahalelere sınırlama getirilmemesi gerektiği belirtilmiştir. Bunun yanında Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu'nun veya Birleşmiş Milletler Kadına Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi'nin kadınların yaşama hakkını tehlike altına alan kürtaja yönelik bu tür sınırlamaları öngören düzenlemelerin ülkelerin mevzuatlarından çıkarılması gerektiği yönünde kararlar verdikleri de görülmektedir.¹²⁹⁸

Embriyo veya cenin, hücre birleşiminin gerçekleştiği andan doğum anına kadar ilerleyen süreçteki gelişimini anneye bağlı olarak sürdürdüğü için, yaşama hakkı annenin yaşama hakkından ayrı olarak değerlendirilemeyecektir. Her ikisinin

¹²⁹⁵<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/searchh.aspx> (erişim tarihi:12/12/2014)

¹²⁹⁶<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/searchh.aspx> (erişim tarihi:12/12/2014)

¹²⁹⁷<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/searchh.aspx> (erişim tarihi:12/12/2014)

¹²⁹⁸TACİR, s.1316.

yaşama hakkı üzerinde söz sahibi olacak kişinin anne olması doğal gerekliliğin bir sonucudur. Kürtaja yönelik müdahale esnasında cenin ile anne arasında meydana gelen menfaat çatışmasına rağmen, anneye ruhsal ve fiziksel açıdan bağımlı olarak gelişimini sürdüren ceninin hakları üzerinde söz sahibi olma yetkisinin de anneye ait olduğu gerçeği kabul edilmelidir. Kadına ait olduğu belirtilen bu yetki ile kendi kaderini tayin hakkı veya özel hayatının korunmasını isteme hakkı değil, ceninin hakları üzerinde sahip olduğu karar yetkisi anlatılmak istenmektedir.¹²⁹⁹

Kürtajın bir nüfus planlama metodu olmaması, insan soyunun devamlılığını sağlayan yaşama başlangıçları hakkında düzenleme öngörülürken yalnızca nüfus planlaması doğrultusunda hareket edilmemesi gereğini ortaya çıkarmaktadır. Çağdaş insan hakları anlayışı da anne ve ceninin hakları arasında denge kurulması gerekliliğini ön planda tutmaktadır. Konu hakkında taraf devletlerin yerel mevzuatlarında yer alan düzenlemelerin yerinde olduğu görülmekle birlikte, yerel mevzuatların içerisinde ortak terminolojilere yer verilmediği de dikkat çekmektedir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun tanımlar başlıklı maddesinde cenin kavramı açıklanmadığı gibi, çocuk düşürtme suçunu yaptırım altına alan düzenlemede yer alan “çocuk” ibaresinin “cenin” kavramına karşılık gelemeyeceği de görülmektedir.¹³⁰⁰

Mahkeme'nin kararları doğrultusunda değerlendirilen diğer bir konu ise, gebeliği sonlandırmaya yönelik yerel hukuki düzenlemelerin, insan haklarını koruma altına alan ve bağlayıcılığı olan uluslar arası mevzuata ne denli uygun oldukları hususudur. Ceninin anne rahmine düşmesi, anne ile çocuk arasında anlatılması imkânsız bir bağın oluşmasına neden olmakla birlikte, taraf devletin de annenin tercihlerini yönlendiren bir tavır sergilemekten kaçınması gerekmektedir. Bu konuda tanınan yasal olanaklar kapsamında her annenin, özgür iradesi ile doğru bir değerlendirme yaparak sonuca ulaşması sağlanmalıdır.¹³⁰¹

Netice itibariyle ceninin hukuki bakımdan konumunu tespit edecek düzenlemelere gereksinim duyulduğu bir gerçektir. Bu hususta öngörülecek yasal

¹²⁹⁹TACİR, s.1316.

¹³⁰⁰DÖNMEZ, s.140.

¹³⁰¹DÖNMEZ, s.141.

düzenlemelerde, yaşamın hangi andan itibaren başlamış olacağına açık bir biçimde ifade edilmesi gerekmektedir. Söz konusu tespit, bu konuda öngörülecek yasal düzenlemelerin temelini teşkil edecektir. Çünkü soruna açıklık getirecek olan bu tespit, konu hakkında tartışılmakta olan ihtilafli hususlara da yanıt olacaktır. Mesela, dışarı ortamda gerçekleşecek bir hücre birleşiminin, anne rahmine yerleştirilme anının yaşamın başlangıç noktası olarak görülmesi halinde, bu andan itibaren gebeliğin sonlandırılmasına, tıbbi araştırmaya, deney ya da imha gibi metotlara konu edilecek ceninin yaşama hakkının da tehlike altına girmiş olduğu kabul edilecektir. Bu bağlamda gebeliğin en erken evresinden itibaren cenin ya da embriyonun ceza hukuku bakımından suç teşkil eden bir eylemin mağduru olabileceği söz konusu tespiti dayandırılabilir. Embriyo ya da ceninin tam ve sağ olarak dünyaya gelmek şartıyla Sözleşme'nin 2'nci maddesi kapsamında korunan bir kişi olarak kabul edilmesi ve yaşama hakkının öznesi durumuna getirilebilmesi için var olan mevcut yasal düzenlemelerde bu yönde değişiklik yapılması gerekecektir. Sonuç olarak, ceninin konumunu tespit etmeye yönelik hukuki düzenlemelerde yaşamın başlangıç anı ile ilgili tüm sakıncalar dikkate alınarak teknik, tıbbi ve hukuki bakımdan benimsenecek bir zamanın belirlenmesi çeşitli ihtilafli alanların çözüme ulaştırılmasına yardımcı olacaktır.¹³⁰²

Görüldüğü üzere Mahkeme, ceninin yaşama hakkının var olup olmadığı hususuna yanıt arayan tartışmalı bir alan karşısında değerlendirmede bulunmaktan sakınmıştır. Mahkeme, her taraf devletin konuyu kendi ahlaki ve kültürel kimliği doğrultusunda ele almasını ve soruna takdir yetkisini kullanarak çözüm bulmasını uygun görmüştür. Hâlbuki insan soyu sürekliliğini, ceninin ileride insani vasıflara ait tüm özellikleri taşımasına borçludur.¹³⁰³ Fakat Mahkeme, bu husustaki reyini açıkça ortaya koymaktan imtina etmiştir. Mahkeme bu tutumuyla ileride önüne gelecek aynı nitelikli davalar bakımından tartışmanın sürmesine neden olmuştur.¹³⁰⁴

Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 4'üncü maddesinin ise, yaşama hakkını gebelikten itibaren koruma altına aldığı görülmektedir. Başka bir ifadeyle

¹³⁰²TACİR, s.1317.

¹³⁰³DÖNMEZ, s.139.

¹³⁰⁴Benzer görüş için bkz. Woods ANDREW, "VO V. FRANCE AND FETAL RIGHTS: THE DECISION NOT TO DECIDE", *Harvard Human Rights Journal*, Volume 18, Spring 2005, s.282.

ceninin ilk oluşma anını yaşama hakkının başlangıcı olarak benimsemektedir.¹³⁰⁵ Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşme'nin hangi sùjeleri yaşama hakkının koruması altına aldığı noktasında kesin bir kanaat belirtmemiştir.¹³⁰⁶ Netice itibariyle ceninin yaşama hakkının varlığı konusunda süregelen tartışmalara son verecek nitelikte açık bir tavır içerisinde olmayan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, sorunun iç hukuk politikaları doğrultusunda ele alınması gerektiğini vurgulamaktadır.¹³⁰⁷

II. YAŞAMA HAKKI KARŞISINDA ÖTENAZİ

Hukuk devleti olma ilkesinin, kişilerin aynı zamanda insan haklarına haiz olması gerekliliğini de doğurduğu 1982 Anayasası'nın 2'nci maddesinde dolaylı şekilde belirtilmiştir. Bunun yanında İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 2'nci maddesi de herkesin dil, din, ırk, cinsiyet, siyasi görüş, etnik köken bakımından ayırt edilmeksizin sırf insan olması nedeniyle haiz olduğu haklardan söz etmektedir. Söz konusu Beyanname'nin 3'üncü maddesi ise yaşamaya, özgürlük ve güvenlik hakkına herkesin sahip olması gerekliliğinden bahsetmektedir. İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Roma Sözleşmesi'nin 2'nci maddesinde ise yaşama hakkının kanuni düzenlemelerle koruma altına alınacağı belirtilmiştir.¹³⁰⁸

İnsanın varlığının ve fiziksel bütünlüğünün ilk şartı olan yaşama hakkı, kişinin en temel haklarından biridir. Diğer bir ifadeyle yaşama hakkı diğer hakların kullanılabilmesi bakımından öncelikli olarak korunması gereken en asli hak olma özelliğini taşımaktadır. Diğer haklardan farklı tutularak daha üstün görülmesinin de

¹³⁰⁵DÖNMEZ, s.139.

¹³⁰⁶Janis M. W./Kay R.S./Bradley A:W., *European Human Rights Law*, 3rd ed., Oxford 2008, s.121.

¹³⁰⁷DÖNMEZ, s.140.

¹³⁰⁸ Roma'da 04/11/1950 tarihinde imzalanan Sözleşme, 03/09/1953 tarihinde 5 No'lu Ek Protokol ile yürürlüğe girmiş olup, Türkiye bu Sözleşme'yi 10/03/1954 tarihinde çıkardığı bir kanunla uygun bularak onaylamıştır. Anılan Kanun, 19/03/1954 tarihli ve 8662 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

sebebi bu gerekçeye dayanmaktadır. Yaşama hakkı üstün bir değer olarak diğer haklardan ayrıcalıklı bir konuma ve korumaya haizdir.¹³⁰⁹

Gerek 1982 Anayasası'nın 17'nci maddesinin dördüncü fıkrasında gerekse Roma Sözleşmesi'nin 2'nci maddesinin ikinci fıkrasında yer verilen ve yaşama hakkına istisna teşkil eden düzenlemeler, ulusal ve uluslararası hükümler ile koruma altına alınan yaşama hakkına hanel getirmeyecektir. Bu bağlamda meşru müdafaa koşullarının gerçekleştiği durumlarda, yakalama ve tutuklama kararlarının gereğinin ifa edilmesinde, ayaklanma ve isyanın kanuna uygun şekilde bastırılmasında yaşama hakkının ihlal edilmiş olduğu kabul edilemeyecektir.¹³¹⁰

Bilindiği üzere yaşama hakkı, 1982 Anayasası haricinde Türkiye'nin taraf olduğu ve Anayasa'nın 90'ıncı maddesi gereğince kanun şeklindeki hukuki düzenlemelerle eşit, hatta temel hak ve hürriyetleri ilgilendiren konularda daha üstün görülen uluslararası sözleşmelerle de koruma altına alınmıştır. Medenî hukukta yer alan düzenlemeye göre kişi ancak tam ve sağ doğmak şartıyla vazgeçilmez ve devredilmez özellikte olan hakları kullanma ehliyetine haiz olacaktır. Söz konusu haklardan yararlanabilmenin ön koşulu olan yaşama hakkı, gerek Anayasa'da gerekse uluslararası sözleşmeler ve Hasta Hakları Yönetmeliği'nde güvence altına alınmıştır.¹³¹¹ Temel hak ve özgürlükler bağlamında anayasal bir hak olarak kabul edilen yaşama hakkı, söz konusu temel haklara ait bütün hukuki nitelikleri bünyesinde ihtiva etmektedir.¹³¹²

Üstün bir değer atfedilerek garanti altına alınan ve en temel insan hakkı olarak kabul edilen yaşama hakkı bağlamında tartışılan sorunlu alanlardan biri de ötenazi ya da diğer bir ifadeyle ölme hakkıdır. Yaşamın kutsallığı ve üstünlüğü tezinden hareket eden görüşler, hayatı sona erdirmeye yönelik bir müdahaleyi insan hakları ile bağdaştırmamakta ve bu yöndeki girişimleri kabul etmemektedirler.¹³¹³

¹³⁰⁹ Ş. Berfin Işık YILMAZ, "Ötenazi", *Terazi Hukuk Dergisi*, Yıl:7, Sayı:68, Nisan 2012, ("Ötenazi"), s.54.

¹³¹⁰ YILMAZ, Ötenazi, s.54.

¹³¹¹ YILMAZ, Ötenazi, s.59.

¹³¹² Kudret GÜVEN, *Kişilik Hakları Ve Ötenazi*, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara 2000, s.93.

¹³¹³ YILMAZ, Ötenazi, s.54.

Açlık grevine ve yaşamının sona ermesine neden olacak bir rahatsızlığı bulunan kişinin intiharına bir başka kişi tarafından yardım edilmesi istemine konu olaylar, doğrudan ötenazi uygulaması ile alakalı olmasa da hem Avrupa İnsan Hakları Komisyonu hem de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde karara bağlanarak, Sözleşme organlarının kişinin bedeni ve hayatı konusunda haiz olduğu haklarının çerçevesini belirlemeye ışık tutmuşlardır.¹³¹⁴

Ötenazi ile alakalı olarak önemli sayılacak ilk girişimler 19'uncu yüzyılda Mary Aikenhead adlı İrlanda'lı bir kadının Hospice olarak adlandırılan ötenazi evlerini kurması ile başlamaktadır. 1947 ve 1948'li yıllarda söz konusu ötenazi evleri giderek tıbbi niteliğe haiz olmaya başlamıştır. Bahsi geçen kuruluşların ana gayesi, ölüm olayını hızlandırmaktan ziyade, hastaya son zamanlarında olabildiğince dünyaya ait güzellikleri yaşatabilmektir. Diğer bir ifadeyle asıl maksadın hastanın ölümünün gerçekleşmesini sağlamak değil, saygın bir biçimde ölme hakkının korunmasına hizmet etmek olduğu dikkat çekmektedir. Nitekim Dünya Sağlık Örgütü de (WHO) son zamanlarda ölüme hazırlık hastanelerinden bahsetmektedir.¹³¹⁵

Ölme hakkı veya diğer bir ifadeyle ötenazi, 20'nci yüzyılın ortalarından beri üzerinde tartışılan ve gelişmiş tıp otoriteleri tarafından da önem atfedilen bir olgudur. Konunun tıbbi açıdan değerlendirilmesinden ziyade etik ve hukuki anlamda içerdiği sorunlara daha çok önem verildiği gözlemlenmektedir. Bu bağlamda bilimsel ilkeler ve etik ilkeleri birbiri ile çatışmakta, bilim adamları tarafından ortaya koyulan sorunlar ciddi bir biçimde ele alınmaktadır. Tartışmaya neden olan diğer sorunlar arasında genetik klonlama ve kürtaj konuları da yer almaktadır.¹³¹⁶

Ötenazi niteliğindeki fiillerin uygulanma metotları, sağlıklı olarak dünyaya gelmeyen bebekler için ötenaziye başvurulup başvurulamayacağı, ölümcül nitelik

¹³¹⁴ Sibel İNCEOĞLU, “Ötenazi: Dünyadaki Gelişmeler ve Türk Anayasa Hukukundaki Yeri”, *Hukuk Ve Adalet Dergisi*, Yıl:4, Sayı:9, Kış 2007, (“Ötenazi”), s.144.

¹³¹⁵ Halil KALABALIK, *İnsan Hakları Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Mart 2009, (“İnsan Hakları”), s.172.

¹³¹⁶ Esra ERİKMEN, Leyla KHORSHID, “Hekim Ve Hemşirelerin Ötenazi İsteyen Hasta Ve Hasta Yakınlarıyla Karşılaşma Durumunun İncelenmesi”, *Adli Bilimler Dergisi*, Cilt:5, Sayı:4, Seçkin Yayıncılık, Aralık 2006, s.16.

taşımayan kronik rahatsızlığa sahip olanlara, bilinci yerinde olmayan hastalara tatbik edilen ötenazinin bilime, insan sağlığına ve sağlık sistemlerine etik, tıbbi, hukuki, dini yönden etkileri gibi konuların ele alındığı tartışmalar yapılmaktadır.¹³¹⁷

Çalışmamızın konusu açısından göz önünde bulundurulması gereken bir diğer husus, ötenazi ve hak arasındaki bağlantı noktasıdır. Kişinin intihar etmeye yönelik bir hakkından söz edilip edilmeyeceğini tartışmanın pratikte bir faydası yoktur. Çünkü intihara meyleden kişi, yaşama son verme yöntemi olarak gördüğü bu eylemi bir şekilde kendi kendine gerçekleştirmiştir.¹³¹⁸

Ötenazi ile yaşama hakkı arasında var olan ilişki, asıl üzerinde durulması gereken önemli bir husustur. Tüm çalışmamız boyunca belirtildiği gibi, vazgeçilmez temel haklardan biri olan yaşama hakkı, muhteviyatında birbiriyle bağlantılı birçok hakkı da ihtiva etmektedir. Kişinin kamu görevlileri başta olmak üzere, başka kişiler tarafından öldürülmemesi, kişinin hayatının başkaları tarafından tehlike altına alınmaması, kişinin yaşama hakkını koruyabilmek adına idari ve hukuki her türden yola müracaat edebilmesi, kişinin olası bir ölüm tehlikesi karşısında koruma altına alınması isteminde bulunabilmesi söz konusu haklardan bazılarıdır.³⁸ Özetle yaşama hakkı, kamu otoritelerinin emirleri doğrultusunda öldürülmeme hakkını ve yaşamı hedef alan tehlike veya risklere karşı yetkili merciler tarafından korunma hakkını ifade etmektedir. Yani devlet, Sözleşme'nin 2'nci maddesi bağlamında aktif ve pasif anlamda yükümlülük altına girmiştir.¹³¹⁹

Netice itibariyle ötenazi istemi yaşama hakkı içeriğine dâhil olan unsurlara aykırılık teşkil etmektedir. Daha önce de belirtildiği gibi, kişinin kamu görevlileri başta olmak üzere, başka kişiler tarafından öldürülmemesi gerekliliği de ötenazi uygulaması karşısında korunmasız kalmaktadır. Ötenazi geniş anlamda ele alındığında kişinin hayatının başkaları tarafından tehlike altına alınmamasına, yaşama hakkını koruma altına almak amacıyla idari ve hukuki her türlü yola müracaat edebilmesine, olası bir ölüm tehlikesi karşısında koruma altına alınması

¹³¹⁷ ERİKMEN/KHORSHID, s.16.

¹³¹⁸ Ertğrul Cenk GÜRCAN, “Ötenazi: Yaşama Hakkı Açısından Bir Değerlendirme”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı:60(2), Yıl:2011, s.267.

¹³¹⁹GÜRCAN, s.268.

isteminde bulunabilmesine yönelik yaşama hakkı kapsamında garanti altına alınan türlü haklara da aykırılık oluşturmaktadır. Diğer bir ifadeyle ötenazi bir insan hakkı olarak kabul edildiğinde, yaşama hakkından ziyade söz konusu hakkın doğası gereği özünde yer alan diğer haklar da ciddi bir biçimde zarar görmektedir. Bu konudaki sorunun boyutunu yalnızca hak ödev ilişkisi ve yaşama hakkının üstünlüğü bağlamında ele almak bile, ortaya çıkaracağı başka hak ihlallerini belirtmek adına kâfi olacaktır.¹³²⁰

Kişiler ancak bir toplumun üyesi oldukları takdirde sübjektif haklara haiz olabileceklerdir. Nitekim toplumlar mevcudiyetlerini, kendilerini oluşturan bireylerin tabi olacağı yasal kuralların varlığı sayesinde korumaktadırlar.¹³²¹ Her kişinin kendi yaşamını istediği yönde sürdürme hakkı bulunmaktadır. Bütün isteğe bağlı fiiller bir amaç doğrultusunda gerçekleştirilmektedir.¹³²² Özgürlük, kişilere istediği şekilde davranma serbestliği tanıyan sübjektif bir hak değildir. Bilakis kişinin sosyal dayanışma olgusu içerisinde olabildiğince kendi şahsiyetinin de gelişmesini sağlayacak biçimde üstlendiği bir sorumluluktur. Diğer bir ifadeyle özgürlük, her şeyi yapma gücüne haiz olma hakkını ifade etmemektedir.¹³²³

A.Ötenazinin Tanımı

Temel hak ve hürriyetler bakımından hukuk biliminin ötenaziye yönelik müdahaleye yüklediği anlam çeşitlendirilebilecektir. Bu bağlamda ötenazi bir ölüm hakkı olarak değerlendirilebilecektir. Başka bir ifadeyle yaşama hakkının zıt yöndeki anlamından yola çıkarak ötenaziyi, olumsuz yaşama hakkı şeklinde tanımlamak da mümkün olabilecektir. Bir takım şartlar dâhilinde ötenaziye yönelik ölüm ile sonuçlanacak bir eylemi hukuka uygun olarak kabul etmek, bir anlamda ölüm hakkını da tanımak anlamına gelecektir.¹³²⁴

¹³²⁰GÜRCAN, s.268.

¹³²¹Bahir Güneş TÜRKÖZER, *Toplumsal Gerçeklik Olarak Hukuk*, Ankara, 1996, s.66.

¹³²²KAPANİ, s.3.

¹³²³Arzu BESİRİ, “Ötenazi Ve Yaşam Hakkı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı:86, Yıl:2009, s.201.

¹³²⁴GÜVEN, s.12.

Ötenazi bakımından nasıl bir tanımlama kabul edilirse edilsin, içinde değerlendirme altına alındığı hukuk sistemi bakımından makul kabul edilse de yapılan her tanımlama yalnız başına bir anlam ifade etmeyecektir. Nitekim tıp bilimi tarafından yapılan tanımların ötenazinin doğurduğu sonuçları ve uygulanmasına gerekçe teşkil eden haklı nedenleri kapsamaması nedeniyle eksik yönleri bulunmakla birlikte, hukuk bilimi tarafından gerçekleştirilen tanımlar da ötenaziye yönelik bir müdahalenin taşınması gereken unsurlara ve şartlara yer vermediği için kapsayıcı olarak kabul edilemeyecektir. Daha bütünlüycü bir tanımlama yapmak gerekirse, ötenazi tedavi imkânı bulunmayan ağrılı ya da ağrısız bir hastalığa müptela kişilerin serbest iradeleri ile ya da irade beyan edemeyecekleri durumlarda yasal olarak kendileri adına muvafakat edebilecek kişilerin rızası dâhilinde tıbbi yöntemler uygulanarak hayatlarına son verilmesi eylemi olarak ifade edilebilecektir.¹³²⁵

Bir müdahalenin ötenazi olarak addedilebilmesi için, uygulanan tüm tedavi yöntemlerinin hastanın sağlığına kavuşmasına yeterli olmaması, hastalığın kişi için çekilmez bir ıstırap kaynağı haline gelmesi, hastanın hayatına son verilmesini açık bir biçimde talep etmesi ve doktor tarafından bu talebi gerçekleştirmeye yönelik bir eylemde bulunulması gerekmektedir.¹³²⁶

Ötenazinin hastanın dayanılmayacak acılarını sona erdirmek gayesiyle çeşitli ilaçların kullanılması; tedavisi mümkün olmayan bir hastalığı bulunan kimsenin iradesi doğrultusunda yaşamına son verilmesi ve hiçbir biçimde tedavi olanağı bulunmayan, insanda acıma hissi oluşturan bir hastalıkla mücadele etmek zorunda olan hastanın isteğiyle icrai veya ihmali bir davranışla tıbbi vasıtalarla hayatının sonlandırılması şeklinde tanımlandığı literatür incelemelerinden anlaşılmaktadır.¹³²⁷

Ötenazi eski Yunanca kökenli bir kelimedir. Söz konusu terim “iyi, güzel” ve “ölüm” kelimelerinden oluşmakta olup, “iyi ölüm” manasına gelmektedir. Bilhassa Antik Yunan döneminde asil sınıftan kişilerin yaşlı ya da hasta bir vücut içerisinde hayatlarını idame ettirmelerinin küçültücü bir durum olduğuna yönelik düşünceleri

¹³²⁵ GÜVEN, s.12.

¹³²⁶ Bayram KESKİN, “Ötenazi Ve Hukuk”, *Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, Sayı:37-38, s.96.

¹³²⁷ YALÇIN, s.41.

ötenazinin oldukça geniş bir perspektif içerisinde tatbik alanı bulmasına yol açmıştır.¹³²⁸

Bilhassa 20'nci yüzyılda üzerinde oldukça tartışma gerçekleştirilen bir konu olan ötenazi genel olarak, tedavi olanağı olmayan hastaların, duydukları acıdan kurtulmalarını sağlamak gayesiyle acı hissetmeyecekleri yöntemlerle ve bilinçli bir şekilde yaşamlarına son vermek veya öngörülebilir ölüm neticesinin daha erken bir zamanda gerçekleşmesini sağlamak gayesiyle müdahalede bulunmamak ya da gereken tıbbi desteği vermemek şeklinde ifade edilebilecektir.¹³²⁹

Bir kimsenin geçirdiği rahatsızlık sebebiyle mevcut sağlık durumunun giderek daha kötü bir hal alacağına tıbbi raporlar ile tespit edilmesi sonrasında kişinin kendi yaşamına son verme talebi, Sözleşme'nin 2'nci maddesi uyarınca kişinin ölme hakkına haiz olup olmadığı hususu üzerinde tartışmalar yaratan ötenazi veya yardımcı intihar terimini ifade etmektedir. Diğer bir ifade ile ötenazi, sağlıklı bir şekilde sürdürülen yaşam kalitesinin giderek kötüleşeceğinin tıbben düzenlenen belgelerle öngörülebilir hale gelmesi sebebiyle kişinin genellikle sıkıntılı şekilde geçireceği dönemin yaşanmaması için hayatına başka kişilerin yardımıyla son verilmesine yönelik müdahale olarak tasvir edilmektedir.¹³³⁰

Türk Dil Kurumu tarafından tertip edilen sözlükte ötenazinin, kendi ölümünü isteme hakkı olarak çok sade bir biçimde tanımladığı görülmektedir. Dil Derneği tarafından hazırlanan Türkçe Sözlükte ise ötenazinin, acı duymadan, eziyet çekmeden gerçekleşen ölüm, öldürme izni verme anlamlarına geldiği belirtilmiştir.²⁵ Ötenazinin terim olarak içinde barındırdığı muhtelif soru ve sorunlar nazara alındığında, söz konusu kavramın açık ve anlaşılır olmaktan ziyade üzerinde tartışmalar yapılmasına neden olan birçok alanın oluşmasına yol açtığı görülecektir. Fakat bu tartışmalı hususlara değinmeden önce, ötenazi kavramının anlamını

¹³²⁸YALÇIN, s.41.

¹³²⁹KESKİN, s.96.

¹³³⁰CENGİZ, Yaşam Hakkı, s. 401.

detaylandırmak ve söz konusu kavramın ne anlama geldiği konusunda daha ayrıntılı bir incelemede bulunmak faydalı olacaktır.¹³³¹

Ötenazi, hastalığı nedeniyle duyduğu ıstırapın sona ermesi için tıp biliminin imkânları ve geldiği seviye itibarıyla sağlığına kavuşma olanağı bulunmayan kişinin kendi rızasıyla öldürülme şekli veya rahat ölüm şeklinde tanımlanabilecektir.¹³³² Öte yandan Türk hukuk doktrininde ötenaziye yönelik bir müdahalenin yalnızca doktor tarafından gerçekleştirilebileceği öne sürülürken, diğer bir görüş söz konusu eylemin herhangi bir kişi tarafından da gerçekleştirilebileceğini ifade etmektedir.¹³³³

Tıp ve hukuk çevrelerinde ötenaziye değişik anlamlar yüklenmektedir. Tıp bilimi bakımından ötenazi, tıbbın ilerlemesi neticesinde geldiği seviye ile alakalı olarak sağlığına kavuşturulamayan hastaların çekilmez acılarını ortadan kaldırmak amacıyla gerçekleştirilen ve ölümlerine neden olan medikal bir müdahale olarak görülmektedir. Hukukçular bakımından ise ötenazi, ölümüne kesin gözle bakılan hastanın, tedavi olanağı bulunmayan bir rahatsızlıkla geri kalan hayatını sürdürmek mecburiyetinde kalması sonucunda yaşama hakkından feragat etmeye muvafakat göstermesi yönünde irade beyanında bulunması üzerine icrai veya ihmali bir davranışla ve tıbbi yöntemlerle hayatının sonlandırılması olarak tanımlanmaktadır.¹³³⁴

Sonuç olarak tıbbi yollarla gerçekleştirilen bir müdahaleyi ötenazi olarak adlandırabilmemiz için rahatsızlığı nedeniyle dayanılmayacak derecede ıstırap duyan bir hastanın o günün şartlarında tıp biliminin gösterdiği gelişme nazara alınmak suretiyle iyileşme olanağı olmamalı ve hasta kişi kendi serbest iradesi ile tıbbi yöntemlerle yaşamına son verilmesine razı olmalıdır. Bunun yanında öldürmeye

¹³³¹ GÜRÇAN, s.264.

¹³³² Mehmet Emin ARTUK, “Ötenazi Üzerine”, *Marmara Hukuk Öğrenci Bülteni*, Sayı:1, Mayıs, İstanbul 2009, s.10; ÇAKMUT, s.140-142; Nihat İNAL, *Adli Tıp ve Ekonomik Terimli Hukuk Sözlüğü*, Ankara 2003, s.750.

¹³³³ ÇAKMUT, s.146; YILMAZ, Ötenazi, s.59.

¹³³⁴ Nur CENTEL, Hamide ZAFER, Özlem Yenerer ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukuku'na Giriş*, Beta Yayınları, İstanbul 2006, s.323.

yönelik müdahalenin, hastanın çektiği ıstırapların son bulmasını sağlamak amacıyla uygulanmış olması da gerekmektedir.¹³³⁵

Tüm bu şartlar bir arada göz önünde bulundurulduğunda ötenazi, tedavi olanağı bulunmayan ve dayanılmaz derecede acı veren bir hastalığa yakalanan kişinin, duyduğu bu acıdan kurtulmasını sağlamak amacıyla yaşamına son verilmesi diğer bir ifadeyle öldürülmesi biçiminde tanımlanabilecektir.¹³³⁶

Çalışmamız kapsamında tanımlamaları yapılan tüm ötenazi türleri, esasında kasten adam öldürme suçunun sübut etmesine neden olmaktadır. Fakat öğretilerde bir takım koşulların gerçekleşmesi durumunda, söz konusu suçun unsurlarının oluşmayacağı da öne sürülmektedir. Bir müdahalenin ötenazi olarak kabul edilebilmesi için birtakım koşullar aranmaktadır.¹³³⁷

Eroğul bir müdahalenin ötenazi olarak kabul edilebilmesi için bir takım unsurları ihtiva etmesi gerektiğinden söz etmektedir. Var olan bütün tedavi yöntemlerine başvurulmuş olmasına rağmen eski sağlığına kavuşturulma ihtimali olmayan bir hastalık vakası, hasta için çekilmez hale gelen acı hissi; hastanın hayatının sonlandırılması yönündeki açık talebi; tedavisinden sorumlu doktorun kişinin hayatını sonlandırmaya elverişli bir eylemde bulunması söz konusu müdahalenin unsurları olarak kabul edilmektedir.¹³³⁸

Ötenaziden söz edebilmek için sağlık bakımından rahatsızlığı olan bir kişinin varlığı şarttır. Ancak duçar olunan rahatsızlığın geniş şekilde yorumlanması gerekmektedir. Bununla birlikte söz konusu hastalığın tedavi olanağı da bulunmamalıdır. Diğer bir ifadeyle tıp biliminin gösterdiği ilerleme itibariyle yine de kişinin erken ölümüne neden olabilecek özellikte bir rahatsızlık var olmalıdır.¹³³⁹Tedavi olanağı olmayan hastalıkların içine, gerçekte tedavisi mümkün olmakla

¹³³⁵YILMAZ, Ötenazi, s.51.

¹³³⁶Mehmet Emin ARTUK, Caner YENİDÜNYA, *Ötenazi*, Derleyen: Prof. Dr. Nur Centel, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Disiplinlerarası Hukuk Çalışmaları Serisi, No:1, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, Aralık 2011, s.120.

¹³³⁷ARTUK/YENİDÜNYA, s.118.

¹³³⁸Cem EROĞUL, "Ölüm Hakkı", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Sayı:48(1-4), Yıl:1993, s.49.

¹³³⁹Hollanda Hukuku'nda psikiyatrik hastalar açısından da ötenazi uygulanması kanunen mümkün

birlikte her hangi bir sebeple kişinin sağlık durumunda birden ortaya çıkan olumsuz yöndeki gelişme neticesinde tıbbın çaresiz kaldığı hastalıklar da girmektedir. Önceden sağlığı yerinde olan bir bireyin yaşadığı kötü bir olay ya da kaza da tedavisi imkânsız ve ölümcül bir rahatsızlığa mahal verebilecektir.¹³⁴⁰

Bunun yanında ötenazi uygulamasına tabi tutulacak kişinin duçar olduğu hastalık, dayanılmaz boyutta acı ve ıstırap vermelidir. Bu bağlamda kişinin yaşadığı acının süreklilik arz etmesi değil, dayanılmaz nitelikte olması aranmaktadır.¹³⁴¹

Bütün bunlara karşın yaşamını sürdürmek isteyen hastaya ötenazi tatbik edilmemelidir. Öte yandan hastanın açık veya örtülü rızası ötenaziye yönelik bir müdahale için kâfi görülmektedir.¹³⁴²

Ötenazi ve intiharı birbirinden ayırt etmek gerekmektedir. Zira hem ötenazi hem de intihar hastanın kendi iradesi ile ölümüne neden olmakta ise de, intihar eden kişi fiili bizzat kendisi gerçekleştirmektedir. Bunun yanında ötenazi kişinin isteği doğrultusunda uygulanmaktadır. Fakat intihar vakalarında, kişi başka bir kimseye talepte bulunmadan kendi başına ölümüne neden olan bir eylem gerçekleştirmektedir. Bilhassa doktor destekli intihar olaylarında, ötenazi ile intihar arasında ayırım yapmakta şüphesiz zorlanılabilecektir.¹³⁴³

İntihar ile ötenazi kavramları birbirinden ayır edilmesi zor olan terimlerdir. İntihar ya da intihara teşebbüs kavramı, kişinin hayatı üzerinde tasarrufta bulunması anlamını taşımakla birlikte suç teşkil eden bir eylem olarak yaptırım altına alınmadığı görülmektedir. İntihar eden kişi, ölüm anını ve biçimini kendisi tespit etmekte, başka bir ifadeyle yaşamına son veren eylemi kendisi gerçekleştirmektedir. Söz konusu eylemi, rahatsızlığından veya duyduğu ıstıraptan kurtulmak gayesi

bulduğundan ve bu durum tatbikata da yansıdığından, ölümcül hastalık unsurunun bir noktada ihmal edilebildiğini belirtmek gerekmektedir. Bkz. F. Pınar ÖLÇER, “Hollanda Hukukunda Ötenazi”, *Fasikül Aylık Hukuk Dergisi*, Yıl:2, Sayı: 4, Mart 2010, s.19.

¹³⁴⁰ARTUK/YENİDÜNYA, s.119.

¹³⁴¹Doktrinde, aktif ötenazi bakımından, kişinin dayanılmaz acılar çekmesi şartının aranmasının gereksiz olduğu, yaşamına özgür iradesi ile son vermesi beklenen bir kimsenin acılar içindeyken verdiği kararın ne oranda sağlıklı olduğunun da tartışmaya açık olduğu, öte yandan hayatta acı çeken, yaşamaktan yorulan ve hayatta kalmasını anlamsız bulan bir kimsenin serbest iradesi ile ölümünü istemesi halinde bu iradenin daha az değerli olduğunun söylenemeyeceği ifade edilmektedir.

¹³⁴²ARTUK/YENİDÜNYA, s.119.

¹³⁴³GÜRÇAN, s.267.

taşıyarak gerçekleştirse dahi cezai sorumluluğu doğmayacaktır. Zira söz konusu fiil, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre suç olarak addedilmemektedir. Fakat kişinin söz konusu fiili işleminde bir üçüncü kişinin teşviki, telkini veya yardımı etkili olmuşsa, intihara yönlendirme eylemi nedeniyle sorumlu olacak üçüncü kişi Türk Ceza Kanunu'nun 84'üncü maddesi gereğince yargılanacaktır. Dönmezer, intihara yardımı bir bakıma aktif ötenazi olarak değerlendirmektedir.¹³⁴⁴

İntiharda kişi herhangi bir nedenle yaşamını bizzat kendisi sonlandırırken, ötenazide kişi iyileşme olanağı bulunmaması nedeniyle duyduğu ıstıraptan kurtulma gayesiyle üçüncü bir kişinin desteği ve müdahalesi ile hayatını kaybetmektedir. Neticeten intihar eden kişi nasıl öleceğini kendisi tespit ederken, ötenaziye yönelik müdahaleye kişi muvafakat göstermiş olmasına rağmen, ölüm biçimini tayin etme konusunda genellikle iradesini ortaya koyamamaktadır.¹³⁴⁵

B.Ötenazi Türleri

Bahsi geçen olgunun, aktif-pasif ötenazi, iradi-iradi olmayan ötenazi, dar-geniş ve en geniş anlamda ötenazi ile kazai-tıbbi ve yasal ötenazi şeklinde tasniflere ayrıldığı gözlemlenmektedir. Yapılan müdahalenin ötenazi olarak addedilebilmesi için gerekli unsurlardan biri olan sorumlu doktorun kişinin hayatını sonlandırmaya elverişli eylemi, niteliğine bağlı olarak ötenaziye türleri ayırmayı sağlamaktadır.

1. İradeye Bağlı ve İrade Dışı Ötenazi

Bir kişinin beyan ettiği anda kendi adına hukuki hüküm ve sonuçlar doğuracak özelliğe haiz duygu, düşünce ve isteklerine irade adı verilmektedir. Bir irade beyanının sahilliğinden söz edebilmek için kişinin öncelikli olarak temyiz kudretine haiz olması gerekmektedir. Bu bağlamda irade, temyiz kudretine haiz bir kişinin akli melekeleri sayesinde algılama gücüne sahip olmasını ifade etmektedir.

¹³⁴⁴ DÖNMEZER, s.35.

¹³⁴⁵ YILMAZ, Ötenazi, s.56.

Temyiz gücü bulunmayan bir kişinin kendisi bakımından hukuki anlam ve sonuç doğurabilecek nitelikte irade beyan etmesi de mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla söz konusu kişinin iradesi gerekçe gösterilerek ötenaziye yönelik bir eylemin tatbik edilmesi imkânsız olacaktır. Ancak kişinin şuurunun yerinde olması ve temyiz gücüne haiz olması ötenaziye yönelik bir müdahale için göz önünde bulundurulması gereken tek kıstas değildir.¹³⁴⁶

Ötenazi uygulaması için hukuk çevreleri vasıflı bir irade beyanı aramaktadır. Dolayısıyla fesada uğramamış ve serbestçe ifade edilmiş bir irade hukuki âlemde hüküm doğuracaktır. İradi ötenaziden bahsedebilmek için, hastanın temyiz gücüne haiz ve şuuru yerindeyken hata, hile, tehdit yoluyla sakatlanmamış bir iradesi ve serbestçe dile getirilen talebi üzerine gerçekleştirilmiş müdahalenin varlığı aranmaktadır.¹³⁴⁷

Hastanın sağlık durumu dikkate alındığında iradesinin tereddütsüz bir biçimde ötenaziye eğilim göstermesi neticesinde doktorun icrai veya ihmali nitelikteki bir hareketiyle gerçekleştirilecek ötenaziye iradeye bağlı ötenazi adı verilecektir. Bu yöndeki iradenin serbest bir biçimde beyan edilmesi ve hukuki sonuç doğurabilmesi için sakatlığa uğramamış olması aranmaktadır.¹³⁴⁸

İradeye bağlı ötenaziden söz edebilmek için, hasta kişinin temyiz kudretine haiz olması, rahatsızlığı konusunda yeterince bilgilendirilmesi neticesinde söz konusu müdahaleye rıza göstermesi gerekmektedir. Bu ötenazi türünde kişi, doktorunu ikna ederek ve hayatının sonlandırılması yönünde irade sergileyerek böyle bir müdahaleyi gerçekleştirmeye mecbur kılmaktadır.¹³⁴⁹

İrade dışı ötenazi ise, ölümüne neden olacak bir rahatsızlığı nedeniyle bilinci yerinde olmayan, ölümünün gerçekleşmesine karar veremeyecek halde olan ve bu konudaki iradesi tespit edilemeyen hastanın yerine yakınlarının rıza göstermesi neticesinde gerçekleştirilen ötenazidir. Temyiz kudreti bulunmayan hastanın

¹³⁴⁶GÜVEN, s.13.

¹³⁴⁷GÜVEN, s.13.

¹³⁴⁸YILMAZ, Ötenazi, s.52.

¹³⁴⁹YILMAZ, Ötenazi, s.52.

iradesinin ne doğrultuda olduğunun tespit edilemediği hallerde, iradesi bir varsayıma dayanılarak ortaya koyulmaya çalışılmaktadır. Bu ötenazi türü, hastanın temyiz kudretine haiz olmaması, rahatsızlığı nedeniyle bilincinin kapalı olması ya da yaş küçüklüğü sebebiyle müdahalenin anlam ve neticelerini algılayamaması gibi etmenlere dayanmaktadır.¹³⁵⁰

Belirtmek gerekir ki, irade dışı ötenazi ile istemsiz ötenazi tamamen birbirinden ayrı anlamlara gelmektedir. Nitekim istemsiz ötenazi, hastanın açık ya da varsayılan rızası dâhilinde değil, doktorun inisiyatifi ve kararıyla gerçekleştirilen bir müdahaledir.¹³⁵¹

İrade dışı ötenazi ile hastanın yakınlarının ya da adına karar vermeye kanunen ehil bir mümessilinin bulunmadığı durumlarda, varsayılan iradesine uygun şekilde tatbik edilen ötenazi de ifade edilmek istenmektedir. Bu türden bir ötenazide hastanın iradesi varsayım yöntemiyle belirlendiğinden ve hastanın açık bir beyanı nazara alınmadığından iradi ötenazinin varlığından söz edilemeyecektir.¹³⁵²

Hastanın ölümle yaşam arasındaki tercihi kendisinin yapması iradi ötenazi olarak nitelendirilirken, iradi olmayan ötenazi ise bu tercihin bazı gerekçeler sebebiyle hasta dışında üçüncü şahıslar tarafından yapılması olarak ifade edilmektedir.¹³⁵³

2. Aktif ve Pasif Ötenazi

Ötenazinin aktif ve pasif olmak üzere yapılan tasnifinde,¹³⁵⁴ gerçekleşmesi öngörülen ölüm neticesine doktorun aktif biçimde diğer bir ifadeyle icrai bir

¹³⁵⁰YILMAZ, Ötenazi, s.52.

¹³⁵¹YILMAZ, Ötenazi, s.52.

¹³⁵²GÜVEN, s.14.

¹³⁵³YALÇIN, s.41.

¹³⁵⁴Ötenazi konusu üzerinde sürdürülen tartışmalar açısından söz konusu ayırım büyük bir önem taşımaktadır. Çünkü aktif ötenazi olarak kabul edilen müdahalede etkili bir eylem gerçekleştirilirken, pasif ötenazi olarak adlandırılan müdahalede edilgen konumda bulunan kişi hastanın ölümüne sebep olacak etmenler karşısında hareketsiz kalmaktadır. Başka bir ifadeyle pasif ötenazide hasta ölüme terk edilirken, aktif ötenazide ölmesi için etkili bir eylem gerçekleştirilmektedir. Ölümün gerçekleşmesini hedeflemek ile ölüm neticesi istenmemesine karşın gerçekleşeceğinin öngörülebilmesi farklı adlarla

harekette bulunarak sebebiyet vermesi ya da hiçbir eylemde bulunmayarak ölümün daha erken gerçekleşmesini sağlaması, diğer bir ifadeyle hekimin davranışının icrai veya ihmali nitelikte olması belirleyici kıstas olarak kabul edilmektedir.¹³⁵⁵ Yaşamı sonlandıran fiil, tedavinin doktor tarafından yarıda bırakılması biçiminde vuku buluyorsa pasif ötenazinin varlığından, öldürmeye yönelik fiil etkili bir davranışta bulunmayı gerektiriyorsa aktif ötenazinin varlığından söz edilecektir. Pasif ötenazi, bir bakıma hastanın yaşam süresini az da olsa uzatan yaşam destek ünitelerinin tedavi sürecinden çekilerek kişinin öngörülebilir ölümünün daha erken gerçekleşmesini sağlamak şeklinde ifade edilmektedir. Aktif ötenazi ise, ölümcül nitelikte etken bir tıbbi uygulama gerçekleştirerek kişinin birden ölmesine sebebiyet veren müdahaledir.¹³⁵⁶

Aktif ötenazi, eski sağlığına kavuşma imkânı olmayan hastaların, çekilmez ve yoğun biçimde devam eden acılarını sonlandırmak maksadıyla hastayı icazete yönelik iradesi doğrultusunda öldürmek veya ölmesini daha da hızlandıracak yöntemler tatbik etmektir.¹³⁵⁷

Tıp mesleğini icra eden hekimler tarafından çok fazla tercih edilmeyen ötenazi türü ise aktif ötenazi olarak adlandırılmaktadır. Zira İngiltere’de gerçekleştirilen bir anket çalışması neticesinde üç yüz kırk altı doktordan iki yüz otuz beşi aktif ötenazi uygulamasına sıcak bakmazken, yetmiş iki doktor ise kararsızlık içerisinde kaldığı, yalnızca on üç kişinin aktif ötenaziyi kabul ettiği gözlemlenmiştir. Yine aynı anket sonuçlarına göre aktif ötenaziye yönelik bir müdahalenin yasal hale getirilmesi durumunda bile yüz altmış üç doktor bu yöndeki bir müdahaleyi tatbik etmeyeceğini ifade ederken, seksen iki doktor tarafsız bir tutum sergilemiş, geriye kalan altmış üç doktor ise bu yöndeki bir talebi yerine getireceğini belirtmiştir. Aktif

da anılsa ötenazinin türlerini oluşturan müdahalelerdir. Aktif ötenazi durumunda ölümün gerçekleşmesi niyetiyle hareket edilirken, pasif ötenazide ölüm neticesi istenmese de öngörülebilmekte, ancak buna rağmen sonuca engel olmaya dönük etkili bir eylemde bulunulmamaktadır.

¹³⁵⁵YILMAZ, Ötenazi, s.53.

¹³⁵⁶GÜRCAN, s.265.

¹³⁵⁷ Bkz. KALABALIK, İnsan Hakları, s.172. Bir bireyin tek başına rızasıyla yaşamına son vermesi anlamına gelen intihar eylemine teşebbüs etmesine engel olmak devletin temel görevleri arasındadır. Her ne kadar intihara teşebbüs suç olarak yaptırım altına alınmasa da intihara teşvik ve yardım etmek fiili suç olarak kabul edilmiştir.

ötenazi uygulamasının yasal hale getirildiği farz edilse dahi reddetmeyen doktor oranı Shapiro Raporu'nda yüzde yirmi sekiz oranını bulmamaktadır.¹³⁵⁸

Aktif ötenazide hastanın yaşamını sonlandırmak için doğrudan uygulanan tıbbi yöntemler, bir yandan duyduğu ıstırapı hafifletirken diğer yandan da geri kalan ömrünü kısaltmaktadır. Diğer bir ifadeyle hekim, hasta bakımından ölümle sonuçlanacak neticeye kasten ve icrai bir davranışla sebep olmaktadır. Yüksek dozda ilaç tatbik edilmek suretiyle hastanın ölümünün gerçekleşmesinin sağlanması aktif ötenaziye emsal nitelikte bir uygulamadır.¹³⁵⁹

Pasif ötenazi, hem tıp biliminin gerekleri hem de kanuni düzenlemeler bağlamında tıp mesleği mensubu kişiye izafe edilen yaşatma yükümünün ifa edilmemesi ya da söz konusu vazifenin sona erdirilmesi şeklindeki eylemsizlik durumlarını belirtmektedir. Yaşamsal fonksiyonları tıbbi tedaviye bağlı olarak devam eden bir kişiye tatbik edilen tedavinin yarıda kesilmesi, hastanın yaşamını biraz daha uzatmaya yarayacak bir tedaviye hiç başvurulmaması ya da tedaviye başladıktan sonra yarıda bırakılması halleri pasif ötenaziye emsal kabilden gösterilecek somut durumlardır.¹³⁶⁰

Genel anlamda pasif ötenazi, hastanın bir süre daha hayatta kalmasına imkân veren yaşam destekleyici tedaviyi uygulamayarak ya da yaşam destekleyici tedaviyi yarıda keserek, ölümün gerçekleşmesini hızlandırmak şeklinde de tanımlanmaktadır.¹³⁶¹

Ancak pasif ötenazi yalnızca hastaya uygulanan tedavinin bir parçası olan mekanik tıbbi müdahalelerin devre dışı tutulması anlamına gelmeyecektir. Bunun yanında hastanın yaşamını idame ettirebilmesi için ihtiyacı olan besinlerin verilmemesi de pasif ötenazi olarak adlandırılabilir.¹³⁶²

¹³⁵⁸GÜVEN, s.15.

¹³⁵⁹YILMAZ, Ötenazi, s.52.

¹³⁶⁰GÜVEN, s.16.

¹³⁶¹KALABALIK, İnsan Hakları, s.172.

¹³⁶²GÜVEN, s.16.

Pasif ötenazide hastanın bir müddet daha hayatını sürdürmesine olanak tanıyan tedavi yöntemi yarıda kesilerek ölüm neticesinin daha erken safhada gerçekleşmesi sağlanmaktadır. Diğer bir ifade ile yakın bir zaman içerisinde öleceği öngörülebilir bir kişinin tedavi sürecinde hareketsiz kalan doktor, meydana gelecek olan erken ölüme zemin hazırlamaktadır. Pasif ötenazi, doktorun başından beri hasta için gereken tıbbi tedaviye hiç başlamaması veya başlanan tıbbi tedavi sürecine devam etmemesi şeklinde de gerçekleştirilebilir. Pasif ötenazide ölüme olumsuz nitelikte bir eylem sebep olmaktadır.¹³⁶³

Pasif ötenazinin 5237 sayılı Kanun'un 83'üncü maddesinde suç olarak yaptırım altına alınan kasten öldürmenin ihmali fiille gerçekleştirilmiş hali olarak kabul edilmesi doktrinde öne sürülen görüşlerden bir tanesidir. Doktor, tedavi sürecinde bulunduğu müdahalelerle hasta bakımından tehlikeli bir durum yaratmışsa, söz konusu tehlikeyi ortadan kaldırmak konusunda sorumluluğu doğacaktır. Şayet hekim bu sorumluluğunun gereklerine uygun davranmazsa, 5237 sayılı Kanun'un 83'üncü maddesinde düzenlenen suç nedeniyle cezai yaptırıma tabi tutulabilecektir. Yılmaz, ötenaziye ilişkin müdahaleden önce doktorun tıbbın geldiği seviye itibariyle mevcut olan tüm tedavi metotlarını tatbik etmiş olması nedeniyle artık sağlığına kavuşma olanağı kalmayan hastaya karşı sorumluluklarını yerine getirmiş sayılacağı için pasif ötenazinin 5237 sayılı Kanun'un 83'üncü maddesi çerçevesinde ele alınmaması gerektiğini öne sürmektedir. Yine aynı yazara göre, tedavi altına aldığı hasta bakımından yerine getirmesi gereken tedavi yükümlülüğüne ilk andan itibaren riayet etmeyen doktorun eylemi, hem kanundan kaynaklanan hem de hasta ile arasında yapılan sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini ihmal etmesi nedeniyle 5237 sayılı Kanun'un 83'üncü maddesi kapsamında değerlendirilebilecek ve doktor ihmal suretiyle işlenen kasten öldürme suçundan dolayı sorumlu görülebilecektir.¹³⁶⁴

Aktif ve pasif ötenazi ayrımı doğrultusunda, doktor tarafından hastanın isteğine uygun olarak gerçekleştirilecek eylemin şekli de değişecektir.¹³⁶⁵ Aktif

¹³⁶³YILMAZ, Ötenazi, s.53.

¹³⁶⁴YILMAZ, Ötenazi, s.59.

¹³⁶⁵ Bkz. KESKİN, s.96. Diğer bir ifadeyle insanın yaşamına son vermeye yönelik müdahale ötenazinin türüne göre iki farklı biçimde ortaya çıkacaktır. Doktor süren bir tedaviyi yarıda keserek veya doğrudan öldürücü bir etken kullanarak hastanın yaşamını sonlandırabilecektir. Etkinliği

ötenazi ile hastanın ölümünün icrai nitelikte bir fiil neticesinde gerçekleşmesi, pasif ötenazi ile de hastanın hayatta kalması adına tıbben gerekli tedavinin kesilmesi anlatılmak istenmektedir.¹³⁶⁶

3. İç ve Dış Ötenazi

Bir kimsenin kendi iradesi doğrultusunda yaşamının sonlandırılmasına rıza göstermesi, iç ötenazi olarak adlandırılmaktadır. Her ne kadar self-ötenazi olarak da ifade edilen iç ötenazi, intihar ile benzerlik gösterse de, kişi intiharda yaşamını kendi istediği metot ve yolları kullanarak yine kendi arzusuyla sonlandırmaktadır. Hâlbuki iç ötenaziye yönelik bir müdahalede, hasta ölümüyle neticelenecek müdahaleye rıza göstermekte, yaşamını sonlandıran fiil ise tıp mesleğini icra edenler tarafından gerçekleştirilmektedir.¹³⁶⁷

Kendilerine yasal anlamda yetki tanınan kişilerin iradelerine başvurularak üçüncü bir şahsın yaşamının sonlandırılmasına ise dış ötenazi adı verilmektedir. Hastanın kanunen mümessili olan yakınlarının talepleri doğrultusunda gerçekleştirilen ötenazi ya da böyle bir uygulama benimseyen devletlerde yargısal makamların kararlarına istinaden tatbik edilen ötenazi dış ötenazi olarak tanımlanmaktadır. Doktorun talebiyle dış ötenazi yöntemine başvuru durumları da bulunmaktadır.¹³⁶⁸

4. Dar ve Geniş Anlamda Ötenazi

Ölümüne kesin gözle bakılan ve söz konusu neticenin gerçekleşmesine çok kısa süreler kalan hastalar bakımından tatbik edilen ötenazi yöntemi dar, tedavisi olanaksız ve çaresi olmayan bir hastalığa müptela olan hastanın duyduğu ızdırabı

olmadan edilgen bir eylem neticesinde hastanın yaşamını sonlandırma pasif ötenazi olarak adlandırılırken; somut bir öldürme eyleminin etkili bir şekilde icra edilmesi ise aktif ötenazi olarak tanımlanmaktadır.

¹³⁶⁶ YALÇIN, s.41.

¹³⁶⁷ GÜVEN, s.16.

¹³⁶⁸ GÜVEN, s.17.

azaltmak gayesiyle uygulanan ötenazi geniş ve nihayet ölüm tehlikesinin mevcut olmadığı fakat kişinin hayatını idame ettirmesinin toplum açısından bir zarar ortaya çıkaracağı hallerde başvuru olan ötenazi türü ise en geniş anlamda ötenazi olarak adlandırılmaktadır.¹³⁶⁹

Belirtildiği gibi dar anlamda ötenazi, iyileşme olanağı bulunmayan hastaların ölüm neticesine yaklaşımları nedeniyle çektikleri acıları sonlandırmak maksadıyla hayatlarına son verilmesini ifade etmektedir. Başka bir ifadeyle dar anlamda ötenazi, çektiği acıların son bulması için hastanın bir başka kişiden kendisini öldürmesini talep etme hakkı olarak tanımlanmaktadır.¹³⁷⁰ Geniş anlamda ötenazi ise, sağlığına kavuşma imkânı bulunmayan hastanın duyduğu ıstırapı ortadan kaldırmak amacıyla ölümüne neden olacak biçimde icrai bir davranışla müdahalede bulunmak şeklinde ifade edilecektir.¹³⁷¹

Ötenazinin dar ve geniş anlamı olarak tasnife tabi tutulmasındaki kıstas, ölümün gerçekleşme anıdır. Zira dar anlamda ötenazide iyileşmesi mümkün olmayan hastanın ölümünün çok yakın olduğu öngörülürken, geniş anlamda ötenazide hasta, aniden ölebileceği gibi haftalar veya yıllar sonra da hayatı sona erebilir. Gerçek olmayan ötenazi şeklinde isimlendirilen en geniş anlamda ötenazi ise, hayatını sürdürmesinin bir anlamı kalmadığı kanaatine ulaşılan hastanın yaşamının sonlandırılması anlamına gelmektedir. Gerçek olmayan ötenazi, bitkisel hayatta olanlara veya tedavi olanağı bulunmayan akıl hastalarına yönelik olarak gerçekleştirilen bir müdahaledir.¹³⁷²

5. Kazai ve Medikal Ötenazi

Verilen bir ötenazi kararının uygulanabilmesi için mahkeme kararına ihtiyaç varsa kazai ötenazinin, sadece hekim kararı tatbiki için yeterli olursa medikal

¹³⁶⁹ YALÇIN, s.41.

¹³⁷⁰ GÜRCAN, s.265.

¹³⁷¹ YALÇIN, s.41.; YILMAZ, Ötenazi, s.52.

¹³⁷² YILMAZ, Ötenazi, s.52.

ötenazinin varlığından söz edilecektir. Şayet yerel mevzuat ötenaziye imkân tanıyorsa bu halde yasal ötenazinin varlığı kabul edilecektir.¹³⁷³

İntihara yardım eyleminin hukuka uygun görüldüğü ender ülkelerde medikal ötenaziye de olanak tanınmaktadır. Hollanda'da mahkeme kararı aranmaksızın hekimin başka bir hekimle yaptığı görüş alışverişi neticesinde vereceği bir ötenazi kararı, medikal ötenaziye ifade etmektedir.¹³⁷⁴

6. Doğrudan ve Dolaylı Ötenazi

Hastanın kendi serbest iradesi ile yaşamının sonlandırılmasına muvafakat göstermesine doğrudan ötenazi adı verilmektedir. Dolaylı ötenazide ise, hastanın rızası aranmamaktadır. Hakeri'ye göre, dolaylı ötenazi uygulamasında doktor hastanın geri kalan ömrünü kısaltmak suretiyle acısını ve ıstırabını dindirmeyi amaçlamaktadır. Bunu yaparken hasta kişiyi tıp bilimi tarafından kullanılmasında sakınca görülmeyen bir ilacın önlenemez yan etkisi altında bırakmaktadır.¹³⁷⁵ Fakat hekimin hastayı bu konuda bilgilendirmesi ve söz konusu uygulama için rızasına başvurması gerekmektedir.¹³⁷⁶

7. Bilinçli ve İstemsiz Ötenazi

Ayrıca ötenazi yöntemi, şuuru yerinde olan bir hastanın kendi talebi sonucunda uygulanmışsa bilinçli ötenazi; şuuru yerinde olmayan hastaların yakınlarının talebi doğrultusunda gerçekleştirilmişse istemsiz ötenazinin varlığından söz edilecektir.¹³⁷⁷ Diğer taraftan ötenazi, istemli ötenazi ve istem dışı ötenazi şeklinde bir ayrıma da tabi tutulmaktadır. Şayet hasta ötenaziye yönelik bir uygulamaya açık bir şekilde rıza gösteriyorsa istemli ötenazinin varlığından, eğer

¹³⁷³YALÇIN, s.41.

¹³⁷⁴YILMAZ, Ötenazi, s.52.

¹³⁷⁵Hakan HAKERİ, *Tıp Hukuku*, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009, s.382.

¹³⁷⁶YILMAZ, Ötenazi, s.52.

¹³⁷⁷KESKİN, s.96.

böyle bir müdahaleye rıza gösterdiğini ifade edemeyecek olan bir durumdayken ya da bilincinin kapalı olduğu veya bitkisel hayatta olduğu hallerde uygulanan müdahalelerde ise istem dışı ötenazinin varlığından bahsedilecektir.¹³⁷⁸

C. Ötenazi Üzerine Gerçekleştirilen Tartışmalar

Kişilik hakkı çerçevesinde değerlendirilen yaşama hakkının sonlandırılması neticesini ortaya çıkaran bir uygulama olan ötenazi, kişiye yaşama hakkından feragat etme yetkisinin verilip verilmediği hususunda da tartışmaya açık bir konu oluşturmaktadır.¹³⁷⁹

Güven, ne türden bir felsefi düşünce akımı kabul edilirse edilsin temel hak ve hürriyetlerin olumsuz anlamlarına da hukuki geçerlilik tanınması gerektiği kanaatindedir. Diğer bir ifadeyle yaşama hakkının olumsuz anlamını ifade eden yaşamama hakkı, kişinin tercih edebileceği bir değer olarak görülüp, muhtariyet alanı sınırlarında yer aldığı kabul edilmelidir. Söz konusu görüş, bir anlamda yaşamama hakkını, yaşamayı tercih etmeme özgürlüğü olarak görmektedir. Ancak bu şekilde bireyin kendi adına var olan bir değerden yararlanmak istememesi aracılığıyla zorla riayet edilmesi istenen yasal çerçevenin keyfiliğinden de kurtulmuş olacağı öne sürülmektedir.¹³⁸⁰

Güven'e göre, temel hak ve özgürlüklerin dokunulmazlığı kural olarak kabul edilse de, savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü durumlarda istisnai olarak söz konusu hak ve özgürlüklerin kısmen veya tamamen durdurulması ya da aykırı önlemler alınması mümkün olacaktır. Bu bağlamda yaşama hakkına da yalnızca belirtilen durumlarda müdahale edilebilecektir. Anayasal bakımdan koruma altına alınan ve temel bir prensip olarak kabul edilen öldürülmezlik ilkesi gereği devletler, istisnai durumlar dışında yaşama hakkını koruma altına almakla mükelleftirler. Söz konusu mükellefiyet, hukuk devleti ilkesinin doğal bir sonucu olarak devlete izafe edilmiştir. Bu bakımdan Güven, anayasal düzenin kişiye yaşama yönünde bir

¹³⁷⁸ GÜRCAN, s.266.

¹³⁷⁹ GÜVEN, s.93.

¹³⁸⁰ GÜVEN, s.96.

sorumluluk yüklemekten ziyade, devlete kişiyi yaşatma görevi verdiğini öne sürmektedir.¹³⁸¹

Ötenazi taraftarlarınca hakların olumlu ve olumsuz haliyle iki yönünün bulunduğu, bu nedenle yaşamama hakkının, yaşama hakkının olumsuz yönünü teşkil ettiği ve yaşamayı tercih etmeme özgürlüğünün kişiye tanınan seçime tabi bir değer olarak kabul edilip kişinin muhtariyet alanına girdiği öne sürülmektedir. Bu kabulden yola çıkarak her hakkın, gerçekte hak sahibine başka kişilere zarar vermeyecek biçimde ödev ve sorumluluklar izafe ettiği ve bu nedenle yaşama hakkının kişiye başkalarının yaşama hakkına saygı duyma biçiminde bir mükellefiyet getirirken, kendisine karşı yaşama mecburiyeti şeklinde bir ödev yükleyemeyeceği ifade edilmektedir. Tam tersi yönde bir kabulün insan hakları teorisinden uzaklaşacak bir biçimde kişinin, kendi denetimi ve kontrolü haricinde bir yaşamı kabul etmeye mecbur kılınması manasına geleceği; netice itibariyle kişinin kendi yaşamı üzerinde söz söyleme hakkına haiz olması gerektiği üzerinde durulmaktadır.¹³⁸²

Bununla birlikte ötenazi uygulamasının yalnızca beden sağlığı bakımından değerlendirme altına alınması doğru bulunmamaktadır. Zira sağlık kavramının ruh ve beden sağlığı olmak üzere iki yönü olduğu kabul edilecek olursa, ötenazinin yalnızca beden sağlığı normal yaşamasını idame ettirmesine imkân vermeyecek şekilde bozulmuş ve düzelme olanağı bulunmayan kimselere tanınmasının hatalı bir değerlendirme olacağı ortaya çıkacaktır. Ötenaziye ilişkin bir hakkın ruh sağlığı yerinde olmayan ve iyileşmesi olanak dâhilinde görünmeyen kimselere tanınması ise bu uygulama konusunda geniş yorumlar yapılmasına neden olacaktır. Tüm bu sebeplerden dolayı ötenazi olumlu ve olumsuz birçok tartışmayı muhteviyatında bulduran, önemle üzerinde durulması gereken bir uygulamadır.¹³⁸³

Türkiye’de de hasta haklarını ilgilendiren yönetmelik gereğince ötenazi hukuka uygun bir eylem veya müdahale olarak kabul edilmemiştir. Yılmaz, her ne kadar hasta hakları ile alakalı yasal çerçeve ötenazi uygulamasını kabul etmese de yaşama olanağı bulunmayan veya yaşaması kendisine ıstırap vermekten başka bir

¹³⁸¹GÜVEN, s.99.

¹³⁸²YALÇIN, s.42.

¹³⁸³YALÇIN, s.43.

anlam ifade etmeyen kişiyi bir müddet daha hayata bağlamaya çalışmanın ve bu yönde gayret sarf etmenin hasta hakları ile açıklanamayacağını, doktorun bu aşamadan sonra mesleki bağlamda bir sorumluluğunun kalmadığını ifade etmektedir.¹³⁸⁴

Türkiye’de ise 1982 Anayasası’nın 17’nci ve 20’nci maddeleri birlikte nazara alınmak suretiyle aktif ve pasif ötenazi konusunda yorumda bulunmak mümkün olacaktır. Anayasa’nın 20’nci maddesinde öngörülen özel yaşamın, bağımsızlığını ilgilendiren yönüne hiçbir sınırlama getirilmediği gözlemlenmekle birlikte, Anayasa’nın 14’üncü maddesinde yer alan ve hakların kötüye kullanılmasını yasaklayan düzenleme uyarınca yapılabilecek sınırlamaların, kişilerin hak ve özgürlüklerini korumak adına öngörülmuş bir teminat niteliğinde olduğu görülecektir. Böylece birey özgür iradesi ile kendine tanınan hak veya özgürlüklerden yararlanmayabilecek ve dilerse yaşama hakkından da feragat edebilecektir.¹³⁸⁵

1982 Anayasası’nın 17’nci maddesinde de kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı açısından herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemekle beraber, anılan maddenin ikinci fıkrasında tıbbi gereklilikler ve yasal düzenlemelerin izin verdiği haller hariç olmak üzere, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı belirtilmiştir. Söz konusu maddeyi hastanın bilinci yerinde değilken, iradesinin içeriği anlaşılmazken ya da beyanının özgür iradeye dayanıp dayanmadığı tespit edilemezken veya iradesinin hukuken kabul edilebilir olmadığı bir haldeyken yaşamını ve fiziksel bütünlüğünü koruma altına almak için gereken tıbbi müdahalelere müsaade eden bir düzenleme şeklinde yorumlamak gerekecektir. Kişinin özgür iradesine aykırı şekilde ve tıbbi zorunluluk gerekçesiyle fiziksel bütünlüğüne müdahalede bulunularak zorla tedavi altına alınması özel hayatına saygı hakkıyla, maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkıyla bağdaşmayacaktır.¹³⁸⁶

¹³⁸⁴ YILMAZ, Ötenazi, s.54.

¹³⁸⁵ İNCEOĞLU, Ötenazi, s.172.

¹³⁸⁶ İNCEOĞLU, Ötenazi, s.172.

Literatürde, bilinci yerinde olan, hastalığı hakkında yeterince aydınlatılan ve temyiz kudretine haiz bir kişinin gördüğü tedaviyi kabul etmeme hakkının varlığı, söz konusu karar ölüme neden olsa da kabul görmektedir.¹³⁸⁷

Hastanın gereken şekilde bilgilendirildikten sonra özgür iradesi doğrultusunda hareket etmesi koşuluyla hayatını kaybetmesine neden olsa dahi yaşam destek ünitesinin devre dışı bırakılmasını istemesi, başka bir ifadeyle tedaviyi kabul etmeme hakkı, başkalarının hak veya özgürlüğüne hanel getirmediği sürece gerek Anayasa'nın 17'nci maddesinde yer alan maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının gerekse 20'nci maddesinde yer alan özel yaşama saygı hakkının kötüye kullanımını anlamına gelmeyecektir. Bu sebeple istemli ötenaziye izin verilmemesinin yasal gerekçesi Anayasa'nın 14'üncü maddesi olamayacaktır. Söz konusu yasak, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkına Anayasal mesnetten yoksun bir müdahale teşkil edecektir. Kanun koyucunun bu konuda hastayı korumaya yönelik tedbirleri göz önünde bulundurmaksızın yasal düzenlemeler öngörmesi, başka kişilerin ötenaziye yönelik bir müdahaleyi suiistimal etmelerine ortam hazırlayacaktır. Hastanın bilgilendirilmesi ve müteaddit defalar ötenazi isteminde bulunma ve hukuken geçerli bir irade beyan etme şartının aranması, hastanın reşit olması, ikinci bir hekimin görüşüne başvurulması, ötenaziye yönelik müdahalelerin bağımsız komiteler tarafından kontrol altında tutulması gibi tedbirler bu türden suiistimallere engel olacaktır.¹³⁸⁸

Ölme hakkı, yaşama hakkından farklı olarak Anayasa'da ve uluslararası sözleşmelerde koruma altına alınmamıştır. Tıbbın sağladığı imkânlarla sağlığına kavuşturulamayan ve hayatını istediği şekilde idame ettirme olanağı bulunmayan hastaların yaşamlarının sahip oldukları şartlarda ve şekilde sonlandırılması olarak ifade edilebilecek olan ve kişinin kendi kaderini tayin etme hakkı anlamına gelen ötenazinin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer almaması yasal bir boşluk olarak değerlendirilmektedir. Kanunen yaptırım altına alınmayan ötenazinin, kasten adam öldürme suçuna vücut verdiği doktrinde baskın şekilde savunulmaktadır. Yılmaz, eski sağlığına kavuşma olanağı bulunmayan bir kimsenin, ömrünün geri kalan

¹³⁸⁷GÜRCAN, s.266.

¹³⁸⁸İNCEOĞLU, Ötenazi, s.172.

kısımında duyduğu ıstırap neticesinde daha düşük bir hayat standardı altında ömür geçirmek istememesi nedeniyle ölmeyi tercih etmesini ve onurlu bir biçimde yaşamının sonlandırılmasını talep etmesini sağlayacak bir hak olan kendi kaderini tayin etme hakkının da yaşama hakkı gibi koruma altına alınması gerekliliğinden söz etmektedir. Aynı yazar, ötenazinin kabul edilebilir veya hukuka aykırı addedilebilir bir müdahale olduğu yönünde kesin bir değerlendirmede bulunmak yerine her hastanın gereken şekilde bilgilendirildikten ve rızası alındıktan sonra tıbbi müdahaleye tabi tutulması kadar sağlık durumu hakkında yeterince aydınlatıldıktan sonra devam eden tedavisinin yarıda bırakılmasını talep etmesine imkân sağlayan bir hakka da haiz olması gerektiği düşüncesindedir.¹³⁸⁹

Ünver'e göre, söz konusu hakların kişiye sıkı sıkıya bağlı olması tasarruf konusu olamayacakları şeklinde yorumlanamayacaktır. Yazar bu konuda değerlendirmede bulunurken, toplumun yaklaşımına, insanlar arasındaki işbirliğine ve sosyal dayanışmaya yollamada bulunmak yerine bireyin kişisel kararının esas alınması gerekliliğinden bahsetmektedir. Yardıma muhtaç olan bir kişiye destek olunması toplumsal dayanışmanın gerekliliğinden doğmaktadır. Daha önce de ifade edildiği gibi, aktif ötenazide kişi ölmek istemekte ve söz konusu talebin yerine getirilebilmesi için başka kişilerden kendisine destek olmaları yönünde beklenti içerisine girmektedir.¹³⁹⁰ Ünver, toplumdaki diğer bireylerin ötenazi talebinde bulunan kişiye daha fazla ıstırap verme haklarının olmadığına, kişinin bu yöndeki kararına saygı duyup, yardımcı olmaları gerektiğine işaret etmektedir. Bunun yanında toplum kurallarına riayet etme ve toplumun bir ferdi olarak yaşamı sürdürme mecburiyetinden bahsedilemeyeceğini öne süren Ünver, söz konusu zorunluluğun hukuki bir yönünün bulunmadığını ve böyle bir kabullenmenin insan haklarının içeriğine ve özelliğine uygun düşmediğini de dile getirmektedir. Biyotıp ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gibi uluslar arası düzenlemelerin toplumu ya da devleti koruma altına almaktan ziyade, kişinin haklarını ön planda tuttuğu bilinmektedir. Yine aynı yazar, ölümüne tıbben kesin gözle bakılan ve yaşamak istemediği yönüne

¹³⁸⁹YILMAZ, Ötenazi, s.59.

¹³⁹⁰ Yener ÜNVER, *Türk Ceza Hukuku Açısından Ötenazi*, Derleyen: Prof. Dr. Nur Centel, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Disiplinlerarası Hukuk Çalışmaları Serisi, No:1, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, Aralık 2011, s.67.

irade beyanında bulunan bir kişinin adına söz hakkı kullanarak, kişinin gerçekte yaşamak istediğini, sırf bu sebeple ötenaziye yönelik bir müdahaleye karşı çıkılması gerekliliğini öne sürmenin manasız olacağını da ifade etmektedir.¹³⁹¹

Netice olarak yaşama hakkı ile ölmek hakkı arasında sıkı bir ilişki bulunmaktadır. Ölme hakkı hususunda öne sürdüğü fikirlerinde Ünver, yaşama hakkının varlığının benimsenip, ölme hakkını kabul etmemenin tezatlık oluşturacağına, bunun aynı zamanda yaşama hakkının kişiye ait olduğunu kabul etmemek manasına geleceğine değinmektedir. Bu görüşe göre, kişi kendisine tanınmış olan hak üzerinde tasarruf yetkisine haiz değilse, diğer bir ifadeyle yaşama hakkı koruma altına alınmış bir kimse, ölme isteğinin yerine getirilmesi yönünde irade sergileyemiyorsa, onun yerine söz konusu hakkı toplum, üçüncü kişiler ya da devlet elinde bulunduruyorsa ve kişinin ancak yasalar çerçevesinde ya da doğal olarak gelişen nedenlerle ölebileceği kabul görüyorsa, bu durumun hukuksal anlayışın terk edilerek kişiye ait yaşama hakkının inkâr edilmesi sonucuna götüreceğini ileri sürmektedir. Aynı görüş devletin, himayesi altında bulunan kişinin yaşama hakkını üçüncü kişilerden kaynaklanan tehlikelere karşı koruma yükümlülüğü ile kişinin doğuştan haiz olduğu bir hakkı hukuken kabul gören bir irade vasıtasıyla ölümüne neden olacak doğrultuda kullanmasına müdahale edilmemesi sonucu doğan sorumluluğun birbirinden farklı konular olduğunu ifade etmektedir. Yaşama hakkının kişiye devlet tarafından bahşedildiği tezinin öne sürülemeyeceğinin yanı sıra kişinin söz konusu hakkı istediği şekilde kullanma yetkisinin de kısıtlanamayacağını belirten bu yaklaşım, yaşama hakkının en üstün değer olduğu görüşüne karşı olmadığını, bilakis bu görüşe katıldığını ifade etmektedir. Ünver, konuya Akyıldız ile aynı çerçeveden bakmakta ve Türk Medeni Kanunu'nun 24'üncü maddesini gerekçe göstererek kişilik haklarına zarar vereceği düşüncesiyle ötenaziye yönelik bir müdahaleye karşı çıkan görüşe katılmayarak ve söz konusu yerel düzenlemeyi Sözleşme'nin 2, 3 ve 8'inci maddeleri ile beraber

¹³⁹¹ ÜNVER, s.68.

değerlendirerek aktif ötenazi uygulamasının kişilik haklarının ihlali anlamına gelmeyeceğini savunmaktadır.¹³⁹²

Söz konusu görüş, modern bir hukuk devletinde kişinin koruma altına alınan tek temel hakkının yaşama hakkı olmadığını ifade etmekle birlikte, bireyin muhtariyetinin ve onurunun da yaşama hakkına gösterilen değer kadar güvence altında tutulması gerekliliği kanaatini taşımaktadır. Kişinin onursuz bir biçimde ve yoğun ıstırap içerisinde ölümünün gerçekleşmesine toplum, din, gelenek, devlet gibi düşüncelerden hareketle seyirci kalınmasını beklemenin hukuka ya da etik ilkelere uygun olmadığı yönünde eğilim sergileyen öğreti, aynı zamanda kişinin küçük düşürülmüş ya da utanç verici bir istekte bulunmuş hissine kapılarak gizli bir biçimde öldürülmesini talep etmesinin ise hukuken savunulabilir bir yönünün olmadığına dikkat çekmektedir.¹³⁹³ Bu yaklaşım aynı zamanda ölmek isteyen bireyin, adına söz alma hakkı bulunmayan toplum bireyleri kadar onurlu ve bütün hukuksal korumalardan yararlanma hakkını elinde bulunduran, hukuk, gelenek, ahlak, etik ve dini değerlerin kendisi adına farklı bir anlam ifade etmediği insanı tanımladığını öne sürmektedir. Aynı yöndeki görüş, kişinin kendi serbest iradesi doğrultusunda yaptığı seçime yine kendi mutluluğunu sağlamak için karar kıldığını, söz konusu kişinin yaptığı seçime saygı gösterilmemesinin yaşama hakkı ile açıklanamayacağını da belirtmektedir. Başka bir kişiden, ölümü öngörülebilir kişinin acı duymasına, onur kırıcı şekilde hayatını sürdürmeye çalışmasına, yaşayan bir ölüden farksız hale gelmesine, ıstırabını hafifletmek adına uyuşturucu madde kullanarak veya yaşam destek ünitelerine bağlı kalarak ya da bir başkasının yardım ve desteğine muhtaç kalarak yaşamasına göz yumulmasını beklemenin yalnızca günümüz hukukunun değil bunun yanında geçmişte kalan hukuk anlayışının da kabul etmeyeceği bir yaklaşımdır. Bu görüş çerçevesinde dile getirilen hususlardan bir tanesidir.¹³⁹⁴ Yaşama hakkının ayrılmaz bir parçası olan ölme hakkını kabul etmemenin, yaşamayı hak olmaktan ziyade yükümlülük haline dönüştüreceğini kabul eden bu yaklaşım, bir devlette kişiye kendi iradesine aykırı şekilde yine kendi

¹³⁹² Aynı yöndeki görüş için bkz. Sunay AKYILDIZ, “Yaşama Hakkı Perspektifinden Ötenazi”, *II. Sağlık Hukuk Kurultayı*, Ankara 2009, s.483.

¹³⁹³ ÜNVER, s.69. Aksi yöndeki görüş için bkz. ARTUK/YENİDÜNYA, s.119.

¹³⁹⁴ ÜNVER, s.69.

hakkını koruma altına alma yükümlülüğü atfedilmesini ve muvafakati olmayan kişinin bedensel bütünlüğüne doktorun müdahale etmesini hukuka aykırı görmektedir.¹³⁹⁵

Kişinin haiz olduğu en temel hukuksal değerlerden biri olan yaşama hakkı, başka kişilerden kaynaklanabilecek tehlikelere karşı mutlak şekilde koruma altına alınmalıdır. Öğretide kişinin hayatını sonlandırması için bir başka kişinin yardımını isteme hakkının bulunmadığı öne sürülmektedir.¹³⁹⁶ Bunun yanında kişinin kendi kaderini tayin etme ve onurlu bir şekilde hayatını idame ettirme hakkı da göz önünde bulundurulmalıdır. Günümüzde yaşamın dokunulmazlığı ilkesinden, yaşamın niteliği, diğer bir ifadeyle yaşamın kalitesi tezine, öte yandan hasta bakımından fayda ifade eden hususlardan kişinin serbest biçimde yaptığı seçimlerin etkililiğine doğru bir geçiş dönemi dikkat çekmektedir. Anayasal açıdan benimsenen insan hakları anlayışı, onurlu ve belirli bir saygınlığı olan, zihnen ve vicdanen önemli kabiliyetlere sahip, ahlaki tercihlerde bulunabilen, özgür bir biçimde hüküm tesis edebilen, hareketlerinin yönünü kendisi belirleyen bir insan modeli oluşturmuştur. Söz konusu vasıflara haiz olduğu düşünülen insan, kendisine ait kararları verebilecek güce de sahip olmalıdır. Dayanılmayacak derecede ıstırap çekilmek suretiyle devam ettirilen bir hayat tarzı bazen insan onurunun rencide edilmesine sebebiyet verebilecektir. Bunun yanında doktorun hastasının duyduğu ıstırapı dindirmek ve hayatını onurlu bir biçimde sürdürmesini tesis etmek adına tatbik ettiği tedavi yöntemi, var olan hasta ömrünün daha da azalmasına yol açan bir yan etkiye sahip olsa bile, hasta tedavinin sürdürülmesini istediği müddetçe hekim söz konusu tedaviyi uygulamakla sorumludur. Nitekim hastanın ıstırapını dindirmek Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 14'üncü maddesinin birinci fıkrası gereğince doktorun asli vazifesi kapsamında değerlendirilmektedir. Anılan maddeye göre; "Tabip ve dış tabibi hastanın vaziyetinin icabettirdiği sıhhi ihtimamı gösterir. Hastanın hayatını

¹³⁹⁵ ÜNVER, s.69.

¹³⁹⁶ Muharrem ÖZEN, Meral Ekici ŞAHİN, "Ötenazi", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl:68, Sayı:2010/4, s.30.

kurtarmak ve sıhhatini korumak mümkün olmadığı takdirde dahi, ıstırabını dindirmeye veya azaltmaya çalışmakla mükelleftir.”¹³⁹⁷

Söz konusu düzenlemeden yola çıkarak dolaylı, yani pasif ötenaziye yönelik bir müdahalenin gerçekleştirilmesi bakımından kanuni bir çekincenin bulunmadığı ifade edilebilecektir. Özen ve Şahin’e göre, hiç kimse, sürekli ıstırap çekeceği bir hayatı sürdürme zorunluluğu altında bırakılmamalıdır. Hastanın kısa süren, ancak ıstırap duymadığı bir hayatı, uzun süren, fakat ıstırap ve acı yüklü bir hayata yeğlemesine saygı duyulmalıdır. Nitekim yaşam her ne suretle olursa olsun bireyin muhakkak ifa etmesi gereken bir görev olarak addedilmemelidir. Herkesin onurlu bir şekilde hayatını devam ettirme hakkı bulunduğu kabul edildiğinde,¹³⁹⁸ kişinin tedaviyi kabul etmemesi olarak görülen pasif ötenaziye ilişkin bir müdahalenin hukuka aykırılık teşkil etmesine neden olabilecek bir yasal düzenlemenin bulunmadığı aynı yazarlar tarafından öne sürülmektedir. Hastanın talebi doğrultusunda doğal ölümün seyrini bir müddet daha öteleyen önlemlerin alınmasından vazgeçilmesi ya da alınan söz konusu tedbirlerin yarıda kesilmesi olarak nitelendirilen pasif ötenazi, hastanın uygulanan tedaviyi kabul etmemesi bağlamında görülmeli ve böyle bir somut vaka ile karşı karşıya kalan doktorun cezai sorumluluğuna gidilmemelidir.¹³⁹⁹

Sırf insan olması hasebiyle saygı görme hakkına haiz olan bireyin, aynı zamanda hayatına yönelik olarak yaptığı tercihlere de saygı gösterilmesi gerekliliğinden bahseden öğretilerdeki başka bir görüş,¹⁴⁰⁰ kişiye kendi kaderini tayin etme ve belirlediği doğrultuda yaşamına yön verme hakkı sunulmadan yaşamaya mecbur kılınmasının kölelikle izah edilebileceğini dile getirmektedir. Bu düşüncenin temelinde ise, insana insan olması nedeniyle duyulan saygı ve insanın kendi geleceğini tayin etme hakkı yatmaktadır.¹⁴⁰¹

Bilindiği gibi devlet yaşama hakkını koruyacak nitelikte önlemler almakla

¹³⁹⁷ ÖZEN/ŞAHİN, s.30.

¹³⁹⁸ ÖZEN/ŞAHİN, s.31.

¹³⁹⁹ ÖZEN/ŞAHİN, s.31.

¹⁴⁰⁰ GÜVEN, s.104.

¹⁴⁰¹ ÖZEN/ŞAHİN, s.31.

yükümlüdür. Söz konusu yükümlülük, devletin yaşatma ödevi olarak bilinmektedir. Fakat kişinin iradesi göz ardı edilerek devletin yaşama hakkını koruma altına alma ve kişiyi yaşatma görevini, alınan tüm önlemlere mecburen uyulmasını sağlayacak biçimde ifa edemeyeceğini belirten eğilim bunun yanında, bireyin uygulanan tedaviyi sarıh bir şekilde kabul etmediğini beyan etmesi halinde, devletin yaşama hakkını koruma altına almakla yükümlü olduğunu ve kişiyi her halükarda yaşatma görevinin bulunduğunu öne sürerek tedaviye zorlama biçimindeki bir eyleminin hukuka aykırılık teşkil edeceğini de ifade etmektedir. Bu düşünce esas alındığında hastanın tedaviye hiç başlamama ya da başlanan tedaviyi devam ettirmeme yönündeki kararı ölümüne sebep olsa dahi, serbest iradesi doğrultusunda verdiği kararlara saygı gösterilmesi gerekecektir. Zira kişi fiziksel bütünlüğü, sağlığı ve yaşamı konusunda bizzat kendisi karar vermelidir.¹⁴⁰²

Söz konusu görüş bağlamında, doktorun hastasını iyileştirme konusundaki yükümlülüğü, hastanın tedavi sürecinde kendisine tatbik edilecek müdahalelere muvafakat etme ya da tedaviyi kabul etmeme hakkına nazaran geri planda kalan bir sorumluluk olarak kabul görecektir. Hasta şuuru açık olduğu ve karar verebilecek şekilde temyiz kudretine haiz olduğu müddetçe, ölümüne neden olacağını öngörse dahi tedavi altına alınmamasını ya da başlanan tedavisine devam edilmemesini talep edebilecektir. Aksinin iddia edilmesi halinde, insanın bir hukuk süjesi olmaktan çıkıp, sadece tıp mesleğinin maddi konusu haline dönüşeceğini ifade eden görüş, bu durumda olan insanın hak süjesi olmaktan ziyade, tıbbın ilerlemesi adına bir obje haline gelebileceği tehlikesi altında kalabileceğini öne sürmektedir. Öte yandan tedavi altına alınmaya rıza gösterme ya da tedaviyi kabul etmeme hakkına haiz olmayan bir kişinin, doktor kontrolünden geçme ve tedavi görme konusunda duyacağı tereddüt veya çekince, kişinin anayasal anlamda teminat altına alınan sağlık hakkına yönelik bir sınırlama teşkil edeceği de aynı görüş tarafından vurgulanmaktadır. Şuuru açık olmayan ve rıza gösterebilecek bir ehliyeteye haiz olmayan kişilerin yaşama hakkı üzerinde varsayıma dayalı yorumda bulunmak yerine böyle bir somut vaka ile yüz yüze kalındığında, ilk olarak kişinin temyiz kudreti

¹⁴⁰² Doğan SOYASLAN, “Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları”, V. Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, *TBB Yayını*, Ankara 2008, s.331.

yerindeyken ve şuuru açıkken düzenlediği bir vasiyetnamenin bulunup bulunmadığına, eğer böyle bir hukuki tasarruf bulunuyorsa kişinin iradesinin ne yönde olduğuna dikkat edilmesi gerekecektir.¹⁴⁰³ Sözgelimi, kişi bitkisel hayata girdiğinde bağlı olarak yaşamını sürdürdüğü destek ünitesinin açık kalmasını vasiyetnamesinde ifade etmişse, söz konusu isteğine bağlı kalınması gerekecektir.¹⁴⁰⁴

Kişinin tekrar eski sağlığına kavuşma ve hayatını normal standartlarda sürdürme olanağı bulunmuyorsa ve bilinci yerindeyken sağlığını kaybetmiş bir birey olarak yaşamak istemediğini açık bir şekilde ifade etmişse, doğal olmayan yöntemlerle beslenmesine devam edilmesinin, bireyin ömrünü uzatmaktan ziyade ölüm sürecini uzatan bir gayrete yönelik eylem olduğunu savunan görüş, kişinin bilinci kapalıyken iradesinin veya talebinin ne doğrultuda olduğunun tespit edilemediği hallerde, hasta kişilerin yakınlarının ya da kanunen yetkili kılınmış mümessillerinin, tedavinin seyri konusunda söz söyleme hakkına sahip olduklarını ifade etmektedir. Fakat söz konusu karara varılırken tedaviden beklenen fayda ile tedavinin kesilmesi halinde meydana gelecek zarar arasındaki orantının da göz önünde bulundurulması gerekliliği üzerinde duran söz konusu yaklaşım, şüphe duyulan hallerde hastanın yaşama hakkının koruma altına alınmasından yana kalınmasının doğru olacağını belirtmektedir.¹⁴⁰⁵

Artuk ve Yenidünya'ya göre, üçüncü kişi tarafından hastanın yaşamının sonlandırılmasına yönelik bir müdahaleye hastanın onay vermesi ile birlikte ötenazi gerçekleştirilecektir. Fakat hastanın bu konuda bir muvafakati bulunmuyorsa ya da ötenaziyi kabul edip etmediğine ilişkin belirgin bir tavır sergileyemiyorsa, bu durumda söz konusu müdahale uygulanmamalıdır. Durumu çok ağır olan hastaların

¹⁴⁰³ İsviçre'de, bilinci kapalı hastaların tedavi konusunda bilinçleri açıkken açıkladıkları iradenin bağlayıcı olduğu yönünde Tıbbi Etik Yönergesi ile bir düzenleme getirilmiştir. Almanya'da ise Alman Tabipler Birliği'nin Ötenazi Yönergesi gereğince, tıbbi müdahale ve tedaviye ilişkin vasiyetname, tedavi durumu ile alakalı ise ve hastanın vasiyetnamenin geçersiz sayılmasına yönelik bir şartını da ihtiva etmediği anlaşılıyorsa, bu durumda söz konusu vasiyetname bağlayıcı kabul edilmektedir. Bunun yanında öğretilerde bazı yazarlar hasta vasiyetnamelerinin mutlak bağlayıcılığını benimsememekte ve vasiyetnamelerin sadece hastanın iradesinin belirlenmesinde aydınlatıcı olabileceğini düşünmektedirler. Aktaran: Ayşe NUHOĞLU, "Tıp Ceza Hukukunda Zaruret Halinin Sınırları", Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, *TBBYayını*, Ankara 2008, s.54.

¹⁴⁰⁴ Müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbi müdahale ile alakalı daha önce açıklamış olduğu talepleri, Biyotıp Sözleşmesi'nin 9'uncu maddesine göre dikkate alınır.

¹⁴⁰⁵ ÖZEN/ŞAHİN, s.32.

bile yaşama haklarına saygı gösterilmelidir. Bunun yanında tedavi olanağı bulunmayan bir rahatsızlığı olan kişi açık bir bilince ve irade serbestisine haiz olmadığı bir haldeyken bu konudaki istek ya da muvafakatini dile getiremeyeceği aşikâr olacağından bahsi geçen kişinin ötenaziye dönük bir eyleme maruz kalıp kalamayacağı diğer bir tartışma yaratan husustur. Çoğu hukuk sistemi bu durumda bulunan bir hastanın iradesinin ne yönde olduğunun sorgulanması gerektiğini vurgulamaktadır.¹⁴⁰⁶

Ötenaziyi hangi kişi ya da kişilerin tatbik edeceğine yönelik konu da bu bağlamda tartışmaya açıktır. Nitekim hekimler haricindeki kişilerin de tedavi olanağı bulunmayan hastaların yaşamlarını sonlandırmalarına yönelik fiilleri ötenazi olarak adlandırılrsa da ¹⁴⁰⁷ Artuk ve Yenidünya söz konusu müdahaleyi ancak doktorların gerçekleştirmeye yetkili olduklarını düşünmektedirler. Gerçekten de ötenazinin yasal hale getirilmesine yönelik olarak öngörülen düzenlemelere bakıldığında söz konusu fiili tatbik edebilecek kişiler arasında sadece hekimlerin ismi zikredilmektedir.¹⁴⁰⁸

Bazı hastalıklar tedavi edilememelerinin yanı sıra hastaya ağır ıstırap vererek belli bir süreçten sonra insanın yaşamını çekilmez hale getirmektedir. Bu gibi durumlarda hastanın içinde bulunduğu duruma şahit olmak söz konusu hastalığın verdiği acıları hissetmekten daha ağır olabilmektedir. Bilhassa kanser hastalarının terminal evresine geldiklerinde, mevcut ağrılarını dindirmeye hiçbir ağrı kesici ilaçla çözüm bulunamadığına yönelik sağlık mesleği mensuplarının söylemleri karşısında, insani düşüncelerle hareket edip ötenaziye yönelik uygulamaya olumlu bakmak mümkün hale gelebilmektedir.¹⁴⁰⁹

Hem Türk hem de mukayeseli hukuk bağlamında insan onurunun korunması kavramının içeriğinde bazı önemli hasta hakları da yer almaktadır. Her hastanın kendi geleceğini belirleme hakkına haiz olması neticesinde özgür iradesi dışında kendisine yönelik olarak gerçekleştirilecek her tıbbî müdahale, insan onurunun

¹⁴⁰⁶ARTUK/YENİDÜNYA, s.119.

¹⁴⁰⁷Mustafa Reşit BELGESAY, *Tıbbi Mesuliyet*, Türk Tabipler Birliği Kanunu, İstanbul 1953, s.72.

¹⁴⁰⁸ARTUK/YENİDÜNYA, s.120.

¹⁴⁰⁹ÖZTÜRK, s.588.

korunması ilkesi ile bağdaşmayacak ve Anayasa'nın yanı sıra diğer hukuki düzenlemelere de aykırılık teşkil edecektir.¹⁴¹⁰

Kendi geleceğini belirleme hakkına atfedilen önemin neticesinde; kişi yaşama hakkı üzerinde özgür iradesi ile hareket ederek seçim yapmakta, diğer bir anlatımla yaşamını sonlandırma konusunda karar verme yetkisini elinde bulundurmakta ve yaşama zorunluluğu anlamına gelen bir yükümlülükten kurtulmaktadır. Kısaca söz konusu hakkın, insan onuruna yakışır biçimde ölme hakkını da bünyesinde barındırdığı söylenebilecektir.¹⁴¹¹

Öztürk, tedavi olanağı bulunmayan ve dayanılmaz boyutta acı veren hastalığa yakalanmış kişilere özgülenmek suretiyle bir dâhiliye ve onkoloji uzmandan oluşan, gerektiğinde hastalığın niteliğine göre tespit edilecek bir başka uzman doktorun da yer alacağı en az beş kişiden teşekkül eden kurulun, hastanın ağrılarını dindirmek ve bu yöndeki isteğinin gerçekleşmesini sağlamak gayesiyle ötenaziye ilişkin bir müdahalede bulunmaya yetkili kılınması gerektiği görüşündedir.¹⁴¹²

Bu yöndeki bir uygulamayı hayata geçirecek nitelikte yasal düzenlemelerin bir an önce yapılması gerektiği kanaatinde olan Öztürk, bu konuda kötü niyetli girişimlere engel olmak için beş uzman hekimden müteşekkil olan kurulun oy birliği ile karar vermesi gerektiğini, bunun yanında söz konusu toplantılara bir ceza hâkiminin teşvikinin de sağlanmasının önem arz ettiğini vurgulamaktadır. Bahse konu şartlar haricinde ötenazi uygulamasına yönelik eylemlere yasal anlamda izin verilmemesi gerektiği de bu görüş kapsamında ileri sürülen bir diğer husustur.¹⁴¹³ Her ne kadar 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda ötenaziyi düzenleme altına alan bir hükme yer verilme de söz konusu uygulamaya ilişkin bir eylem gerçekleştirildiğinde failin adam öldürme suçu nedeniyle mahkûm edilmesi gerekecektir.¹⁴¹⁴

¹⁴¹⁰ ÖZTÜRK, s.588.

¹⁴¹¹ ÖZTÜRK, s.588.

¹⁴¹² ÖZTÜRK, s.589.

¹⁴¹³ ÖZTÜRK, s.589.

¹⁴¹⁴ ÖZTÜRK, s.589.

Öztürk, ötenazi konusunda Türk Ceza Kanunu'nda öngörülecek yeni düzenlemede, müdahalenin doktor tarafından gerçekleştirilmesi halinde eylemin yaptırımsız kalması, tedavi edilemez bir hastalık dolayısıyla dayanılmayacak ölçüde ıstırap duyulan hallerde uygulanan ötenazide ise, ceza öngörüp öngörmeme hususunda takdir yetkisinin hâkime verilmesi gerektiği düşüncesindedir. Hâkimin karar verirken yalnızca dosya kapsamında yer alan adli bilirkişi raporlarından ziyade ötenaziye yönelik müdahaleye karar verme yetkisine haiz 5 kişilik uzmandan teşekkül eden heyeti de duruşmada sözlü şekilde dinlemesi ve buna göre bir kanaate ulaşması da aynı görüş çerçevesinde dile getirilmektedir.¹⁴¹⁵

Bunun yanında Öztürk, ötenaziye yönelik bir eylemin bütünüyle yaptırımsız kalmasının savunulamayacağını da öne sürmektedir. Aksi halde kötü amaçlara hizmet eden bir alanın oluşturulması, bilhassa usulsüz organ ve doku nakillerine yönelik fiillerin gerçekleştirilmesine de zemin hazırlayacaktır.¹⁴¹⁶

Düşüncemize göre amacı insan sağlığını koruma altına almak ve hastalıklara şifa bulmak olan tıp bilimi, bahsi geçen amaçları gerçekleştirmek adına devamlı surette kendini yenilemekte olup, yeni tedavi metotları ve ilaçlar keşfetmektedir. Günümüzde tedavi olanağı bulunmayan hastalıklara, bilhassa genetik mühendisliği alanı sayesinde ve kök hücre tedavi yöntemi ile yakın bir gelecekte çözüm bulunabilecektir. Bu nedenle ötenazi hakkının geniş bir şekilde tanınmasının hem bilimsel hem de tıbbi gelişmeleri sekteye uğratabileceği de göz önünde bulundurulmalıdır. Bunun yanında bahsi geçen uygulamanın tıp biliminin temel değerleriyle örtüşmeyen birçok yönü olduğu da bilinen bir gerçektir.¹⁴¹⁷

Yaşama hakkı ile alakalı olan temel sorunlardan bir diğeri ise ölme hakkının kabul edilip edilemeyeceği hususu ile ilgilidir. Yaşama hakkının dokunulmaz veya kutsal olduğu tezinden hareket eden görüşler, bireyin tek başına alacağı kararla söz konusu haktan feragat edemeyeceğini ifade etmektedirler. Üzerinde mutlak tasarruf yetkisinin kullanılmayacağı hakların en önemlisi olarak yaşama hakkını kabul eden söz konusu anlayış, toplumun ve devletin haklarına hâlel getiren suçlar hakkında

¹⁴¹⁵ ÖZTÜRK, s.590.

¹⁴¹⁶ ÖZTÜRK, s.590.

¹⁴¹⁷ YALÇIN, s.43.

kişinin sübjektif bir hakka haiz olmadığı gerekçesini öne sürerek hak sahibi olmayan bir kimsenin göstereceği muvafakatin veya rıza yönündeki iradenin var olan hukuka aykırılığı ortadan kaldırmayacağını belirtmektedir. Bireysel bir değer olmanın yanında yaşamın kamusal bir öneminin de var olduğunu belirten bu anlayış, toplum içinde varlığını sürdüren her bireyin üzerinde aynı zamanda toplumun da bazı hakları olduğunu kabul etmekte ve kişinin kendi hayatına son vermesinin toplum çıkarları ile bağdaşmadığını ifade etmektedir. Bireyin hem kendisine hem de topluma yönelik sorumlulukları olduğunu savunan görüş, yaşama hakkını, vazgeçilmez, devredilmez ve kutsal bir hak olarak görmektedir.¹⁴¹⁸

Şahin'e göre, kişinin yaşama hakkına hanel getirecek bir eyleme rıza göstermesi konusunda tasarruf ehliyetine haiz olmaması nedeniyle, bu yönde verilecek rıza aktif ötenaziye yasal hale getirmeyecektir.¹⁴¹⁹ Aynı görüş ötenaziye yönelik bir uygulamanın ekonomik, sosyal ya da başka sebeplerle suiistimal edilme olasılığının var olmasını aktif ötenazinin suç olarak yaptırım altına alınmasına gerekçe göstermektedir.¹⁴²⁰

Miras hakkından bir an önce istifade etmek ya da bakıma yönelik sorumluluktan sıyrılmaya çalışmak isteyen kişiler açısından ötenazinin, cezası hukuku bağlamında yaptırımdan korunmaya ilişkin alternatif bir yöntem olarak görülme endişesi taşıyan bu görüş, benzer şekilde bakıma muhtaç hastaların sosyal güvenlik alanında yük oluşturmalarının ya da ruhsal rahatsızlıkları olan hastaların topluma yönelik oluşturdıkları potansiyel tehlikenin de ötenazi uygulamasında haklı gerekçe olarak öne sürülebileceğini dile getirmektedir. Bireyin kendi kaderini tayin etme hakkı kapsamında yapılan muhakemenin irade dışı ötenazi uygulamasına yasal dayanak olarak öne sürülüp, hukuka aykırı bir fiilin müeyyidesiz kalmasına yol açabileceğini öne süren Özen ve Şahin, aktif ötenazinin suç teşkil eden eylem olarak

¹⁴¹⁸ KALABALIK, İnsan Hakları, s.172.

¹⁴¹⁹ Meral Ekici ŞAHİN, *Ceza Hukukunda Rıza*, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Ankara 2010, s.110.

¹⁴²⁰ Bkz. Gunnar DUTTGE, "Avrupa'da Ölüm Yardımına İlişkin Gelişmeler", *KHUA*, Kasım 2005, s.180. İç hukuklarındaki yasal düzenlemeye karşın, Hollanda'da tatbikatta ötenazinin kötüye kullanılmasının önüne geçilemediği ve hastanın iradesi dışında gerçekleştirilen ötenazi sayısının dokuz yüz ile bin arasında olduğu belirtilmektedir.

görülmesine destek vermektedir.¹⁴²¹

Bu kabulden hareketle var olan kanuni düzenleme kapsamında, doktorun hastasının duyduğu ıstırabı hafifletmek maksadıyla ve hastasının ısrarlı talebi karşısında ötenaziye yönelik bir eylemde bulunması, yalnızca 5237 sayılı Kanun'un 62'nci maddesi gereğince takdiri bir indirim sebebi olarak değerlendirilebilecektir. Görüldüğü üzere gerek toplumda gerekse ceza hukuku doktrininde aktif ötenazi uygulamasına esas teşkil eden eylemin yaptırım altına alınmaması konusunda fikir birliği bulunmamaktadır. Ancak bunun yanında konu somut vakalar bakımından ele alınırken kişinin, yaşama hakkı üzerinde müdahale teşkil edecek dış kaynaklı eylemlere muvafakat etme kudretine haiz olmadığı da göz önünde bulundurulmalıdır. Fakat hastanın yaşamının sonlandırılmasına yönelik ısrarlı istemi neticesinde sağlık durumu itibariyle iyileşme ihtimali bulunmayan ve çekilmez boyutta acılar yaşayan bir bireyin, bu koşullar içerisinde hayatını sürdürmesinden vicdanen rahatsızlık duyan sağlık mesleği mensubunun, sırf hastasının duyduğu ıstırabı sonlandırmak gayesiyle ve insani mülahazalarla davranıp kişinin yaşamını sonlandırması halinde, kasten adam öldürme suçunun faili ile mukayese edilmeden yaptırıma tabi tutulması daha hakkaniyetli olabilecektir. Bilhassa Avrupa toplumlarında ötenazi, yaşlı nüfusun artması ve yaş ilerledikçe tedavisi daha da olanaksız hale gelen hastalıklar nedeniyle üzerinde sıkça durulan önemli bir konu haline gelmiştir. Tüm değinilen hususlar nazara alınarak ve koşulları açık bir biçimde tespit edilerek, İsviçre ya da Alman Ceza Kanunları'nda olduğu gibi aktif ötenaziye yönelik bir uygulamayı gerçekleştirmek mecburiyetinde kalan doktorların kasten adam öldürme suçu için öngörülen cezadan daha hafif bir müeyyideye tabi kılınmalarını sağlayacak kanuni düzenlemeye 5237 sayılı Kanun kapsamında da yer verilmesi yerinde olacaktır. Fakat hayatı sonlandırılan kişinin rızasının cezayı hafifletici neden olarak kabul edilmesini sağlayacak bir düzenlemeden ziyade kişinin açık istemi, fiili gerçekleştiren kişinin kimliği ve kastı, fiilin icra edildiği andaki koşullar, tedavi olanağı bulunmayan bir hastalık, duyulan ağır ıstırabın dindirilmesi gibi hususların bir arada değerlendirilerek yeni bir düzenleme öngörülmesi daha faydalı olacaktır. Aksi yönde bir kabul, duygusal, ekonomik ya da diğer sebeplerle depresyon

¹⁴²¹ ÖZEN/ŞAHİN, s.33.

içerisinde bulunan kişinin istemi doğrultusunda keyfi öldürme eylemine yönelik müdahalelerin gerçekleştirilmesine zemin hazırlamış olacaktır.¹⁴²²

Erikmen ve Khorshid'e göre Türkiye'de insanların, bilhassa sağlık çalışanlarının ötenazi konusundaki düşünceleri bu yöndeki uygulamanın belirlenebilmesi için mutlaka göz önünde bulundurulmalıdır. Bunun yanında ülke koşulları ve konuya ilişkin istatistikî veriler nazara alınmak suretiyle oluşturulacak bilimsel bir platformda ötenaziye yönelik uygulamanın ele alınması faydalı olacaktır. Türkiye'de hasta ve hasta yakınlarının yaşamı sonlandırmaya yönelik tıbbi müdahale taleplerini sağlık çalışanlarına bildirmeleri üzerine uygulamada karşılaşılan olaylar hakkında araştırma yapılmasına ihtiyaç duyulmuştur.¹⁴²³

Çoğu ülkeye benzer şekilde Türkiye'de de ötenaziye ilişkin müdahale etik bir sorun olarak kabul edilmekte ve konu hakkında peşin hüküm sergilenmekte ise de zaman zaman uygulamada hasta ve hasta yakınları bu yöndeki talep ve düşüncelerini sağlık çalışanlarına yöneltebilmektedirler.¹⁴²⁴

Ötenazi talebinde bulunan hasta ve hasta yakınları ile yüz yüze kalan doktor ve hemşirelerin konuya yaklaşımları üzerine gerçekleştirilen araştırmadan bir takım verilere ulaşılmıştır. Söz konusu verilere göre, araştırmada muhatap alınan doktorların ve hemşirelerin çoğunun ötenazi talebinde bulunan bir hastaya rastlamadıkları görülmüştür. Doktorların %41.3'ü, hemşirelerin ise %36.7'si ötenaziye ilişkin tartışmanın yalnızca belli bilimsel çevreler tarafından ele alınmasının doğru olacağını öne sürmüştür. Doktorların ve hemşirelerin çoğunluğu 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 2'nci bölümünün, 5'inci maddesi uyarınca ötenaziye yönelik bir müdahalenin hukuka aykırı olduğunun bilincindedir.¹⁴²⁵

Neticeten araştırma kapsamında görüşlerine başvuru doktor ve hemşirelerin çok az bir kısmının ötenazi talebinde bulunan hasta ve hasta yakınıyla muhatap olduğu tespit edilmiştir.¹⁴²⁶ Söz konusu araştırma sonucunda ulaşılan

¹⁴²²ÖZEN/ŞAHİN, s.33.

¹⁴²³ERİKMEN/KHORSHID, s.16.

¹⁴²⁴ERİKMEN/KHORSHID, s.20.

¹⁴²⁵ERİKMEN/KHORSHID, s.20.

¹⁴²⁶ERİKMEN/KHORSHID, s.20.

bulgular, sağlık personelinin ötenazi hakkında çeşitli çevreler tarafından gerçekleştirilen tartışmalar konusunda bilgi sahibi olmaları gerektiğini ve bu alandaki gelişmeleri takip ederek müsait bir platformda görüşlerini birbirlerine aktarmalarının faydalı olacağını göstermiştir.¹⁴²⁷

Bu bağlamda tıp etiği ve deontoloji konularına münhasır olarak bütün sağlık personelinin katılımının sağlanacağı seminer ve konferanslar düzenlenmelidir.¹⁴²⁸ Gerektiği takdirde ötenazi talebinde bulunan hasta ve hasta yakınları ile yüz yüze kalan doktor ve hemşirelere ruhsal bakımdan kendilerine yararlı olacak desteğin sunulması makul olacaktır. Doktor ve hemşirelerin ötenazi talebinde bulunan hasta ve hasta yakınları ile doğru iletişim sağlamalarına yönelik metotların kullanılması için bu hususta gerekli olan eğitim imkânları da tesis edilmelidir.¹⁴²⁹

Çeşitli ülkelerin yerel mevzuatları incelendiğinde Fransa, Arjantin, Brezilya, Bulgaristan, Yugoslavya, İsveç, Rusya, Macaristan gibi ülkelerin bir kısmının ötenaziye dönük bir uygulamayı kasten adam öldürme suçu olarak addettikleri, Yunanistan, Finlandiya, Norveç, Almanya, Polonya gibi bazı ülkelerin ise ötenaziye açık bir biçimde ve ayrı bir suç olarak düzenledikleri dikkat çekmektedir. Amerika Birleşik Devletleri'nin bazı eyaletlerinde ise iradi pasif ötenazinin mahkeme kararının mevcudiyeti halinde tatbik edildiği görülmekteyken, bahsi geçen uygulamanın Hollanda'da 2001, Belçika'da ise 2002 yılında yasal anlamda suç teşkil eden bir eylem olmaktan çıkarıldığı anlaşılmaktadır.¹⁴³⁰

Ötenazi konusunda ilk mevzuat çalışmasının 18'inci yüzyılda Prusya'da çıkarılan kanun niteliğindeki yasal düzenlemeye kadar götürülebileceği ifade edilse de, bu konu hakkında kayda değer yasal gelişmeler 20'nci yüzyılın başlarından itibaren ortaya çıkmıştır. 1906 yılında Amerika'da, 1913 yılında Almanya'da ve 1936 yılında ise İngiltere'de yasama organları tarafından ötenazi konusu gündeme alınarak tartışmalara konu olmuştur. Söz konusu tartışmaların ortaya çıkmasına

¹⁴²⁷ ERİKMEN/KHORSHID, s.20.

¹⁴²⁸ ERİKMEN/KHORSHID, s.20.

¹⁴²⁹ ERİKMEN/KHORSHID, s.21.

¹⁴³⁰ YALÇIN, s.42.

ötenazi taraftarı ve karşıtı olan derneklerin ötenazi konusunda toplumu bilinçlendirme çabaları da etkili olmuştur. Ötenazi taraftarı olan çoğu dernek bir araya gelerek Dünya Ötenazi Birliği'ni kurmuştur. Ötenazi yanlısı olan derneklere Amerika, Avustralya, Hollanda, İsviçre ve İngiltere'de rastlamak mümkündür.¹⁴³¹ Söz konusu dernekler arasında; Amerika'da Hemlock Society, Concern for Dying, Society for the Right to Die, Hollanda'da Ötenazi Derneği, Almanya'da İnsanca Ölme Derneği, İsviçre'de ise EXIT yer almaktadır.¹⁴³²

Doktorun sağlık durumu itibariyle iyileşme ihtimali bulunmayan yetişkin hastaların yaşamlarını devam ettirme olanağı sağlayan tedaviyi durdurma veya yarıda kesme, diğer bir ifadeyle pasif ötenazi yetkisi, Amerika'da 1977 yılının Ocak ayında yürürlüğe giren California Doğal Ölüm Yasası ile mümkün hale getirilmiştir. Bunun yanında Amerika'da 1994 yılının Kasım ayında Oregon Eyaletinde Şerefiyle Ölüm Yasası çıkarılmış olup, bahsi geçen yasal düzenleme ile ölmesi kesin olarak öngörülebilir hastalar bakımından doktor destekli intihar fiili hukuka uygun hale getirilmiştir. Amerika'da talep üzerine gerçekleştirilen aktif ötenazi bağlamındaki bir eylemin adam öldürme suçu olarak addedildiği, buna karşın bitkisel hayatta olan ve bilinci yerinde olmayan bir hastanın tedavisini yarıda kesme ya da hiç tedavi altına almama biçimindeki pasif ötenazi olarak adlandırılan bir eylemin ise hukuka uygun kabul edildiği görülmektedir. Amerika'da 23 eyalet tarafından intihara yardım eylemi suç olarak yaptırıma tabi tutulmamaktadır.¹⁴³³

Aktif ötenazi uygulamasını günümüz itibariyle Hollanda haricinde yasal açıdan benimsemiş başka bir ülke bulunmamaktadır. Her ne kadar Avustralya Kuzey Bölgesi'nde istemli aktif ötenazi türünün uygulanmasına cevaz veren ve ilk yasal düzenleme niteliğinde olan Ölümcül Hastaların Hakları Yasası 1995 yılında yürürlüğe girmiş ise de, 1997 yılında söz konusu yasa ilga edilerek uygulamasına son verilmiştir. Belirtilen ülkeler haricindeki diğer ülkelerde ise, ötenazinin ayrı bir biçimde tanımı yapılmış ve bu tanım kapsamına giren fiiller ilgili yasal düzenlemeler

¹⁴³¹ Erdem ÖZKARA, *Ötenazide Temel Kavramlar Ve Güncel Tartışmalar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2001, s.33.

¹⁴³² ÖZKARA, s.33.

¹⁴³³ ÖZKARA, s.34.

ile hukuka aykırı hale getirilmiştir.¹⁴³⁴

Görüldüğü gibi her ne kadar ötenazi çoğu ülkede kabul görmese de ABD’de istemli pasif ötenazi, Hollanda’da ise istemli aktif ötenazi uygulamasına yasal manada engel olunmamıştır. Bunun yanında hukuka uygun olup olmadığı değerlendirilmeksizin ceza kanunlarının yorumlanmasından yola çıkarak aktif ya da pasif ötenaziyi yaptırım altına almayan ülkeler de bulunmaktadır. Nitekim Almanya’da istemli pasif ötenazi genellikle kabul edilerek uygulanmaktadır.¹⁴³⁵ Ancak Alman Ceza Kanunu’nun 216’ncı maddesinde istek üzerine adam öldürme fiili özel bir düzenleme ile suç olarak kabul edilmiştir. Bunun yanında Almanya’da intihar ve intiharda bulunmak için yardım istemek fiilleri suç olarak yaptırım altına alınmamıştır.¹⁴³⁶

Polonya Deontoloji Tüzüğü’nün ilgili maddeleri ise 1992 yılında doktorlara, aktif ötenazi haricinde kalan diğer ötenazi türlerine ilişkin müdahalelerde bulunma konusunda yasal çerçevede izin vermiştir. Türkiye’de ise Tıbbi Deontoloji Tüzüğü hükümlerine göre doktorun ötenaziye yönelik müdahalesine olanak tanımadığı gibi, her hal ve şartta doktorun hastasının hayatta kalmasını sağlamakla yükümlü olduğuna değinilmiştir.¹⁴³⁷

Tüm dünyada türlü özellikleriyle ele alınan bir uygulama olan ötenazinin tanımı üzerinde fikir birliğine ulaşılamamıştır. Bunun yanında ötenazi uygulaması halen devletlerin gündeminde olan tartışmalı bir konudur. Çoğu devlet, kendi şartlarına uygun bir eğilim içerisinde konuya yaklaşma gayretindedir. Ölmek üzere olan bir kişinin hayatını sonlandırmaya yönelik bir müdahale, Amerika ve Hollanda gibi bazı ülkelerde hem etik ilkeleri hem de hukuki düzenlemeler bakımından doktorun sorumluluğu kapsamında kabul edilmekte ve bazı hallerde bir mahkeme hükmüne dayanarak söz konusu müdahale gerçekleştirilebilmektedir. Fakat günümüzde bahsi geçen konu etik değerler ve hukuki düzenlemeler karşısında sorun teşkil etmekle birlikte bilimsel, felsefi ve dini çevreler tarafından da inceleme konusu

¹⁴³⁴ ÖZKARA, s.34.

¹⁴³⁵ KALABALIK, İnsan Hakları, s.173.

¹⁴³⁶ ÖZKARA, s.35.

¹⁴³⁷ ÖZKARA, s.35.

yapılmaktadır. Türkiye’de ise ötenazi tıbbi açıdan sınırlı bir biçimde değerlendirilmekte, sorunun medyatik yönü ise daha ön planda tutulmaktadır.¹⁴³⁸

Batı ülkeleri arasında ötenazi ve hekim yardımlı intihar konusunda değişik tutum sergileyen taraf devletlerden olan Belçika ve Hollanda, yasal düzenlemeleriyle belirli şartlar dâhilinde istemli aktif ötenazi uygulamasına olanak tanımaktadırlar. Benzer şekilde Estonya, İsviçre ve ABD’de Oregon eyaleti intihara yardım niteliğindeki eylemleri hukuka uygun olarak görmektedir. İsviçre, Danimarka, Norveç, Birleşik Krallık, Almanya, ABD’de de istemli pasif ötenaziye mümkün kılan yasal düzenlemelerin var olduğu bilinmektedir.¹⁴³⁹ Bahsi geçen ülkeler içerisinde en kökten yaklaşımı sergileyenler arasında Hollanda ve Belçika yer almaktadır. Nitekim Hollanda hukukunda istemli ötenaziye ve hekim yardımlı intiharı benimseyen bir uygulamaya imkân sağlayacak şekilde oluşturulmuş içtihat niteliğindeki kaynak, 2001 tarihli yasa ile de tedvin edilerek yasal hale getirilmiştir. Hollanda yasası, her ne kadar kişi özerkliğine tanıdığı saygı bakımından önem arz etse de, bazı nedenlerle tenkit edilmeye açık düzenlemeler ihtiva etmektedir. Zira ötenaziye yönelik bir müdahaleye bedensel rahatsızlığı bulunmayan hastalar bakımından da olanak tanınması, reşit olmayan küçük yaştaki bireylerin de söz konusu uygulamadan yararlanma talebinde bulunabilmeleri bu eleştirilerden bir kaçıdır. Nitekim söz konusu yasal düzenlemeler taraf devlette ötenazi uygulamasının suiistimal edilme tehlikesini doğuracaktır. Ötenaziye yönelik bir müdahaleye özgür iradeleri ile karar verdiklerini tespit etmek bazı hastalar bakımından yaşları ve hastalıkları nazara alındığında zorlaşacaktır. Bunun yanında söz konusu yasal düzenlemede ölümcül rahatsızlığı olan hastalar ile iyileşmesi olanak dâhilinde olmayan bir rahatsızlığı bulunan hastalar arasında fark gözetilmemiş olması diğer dikkat çekici hususlardan bir tanesidir. Bu bağlamda Belçika’daki yasal düzenleme Hollanda’da bu yönde oluşturulmuş hukuki çerçeveye nazaran daha çok güvence ihtiva etmektedir. Her şeyden önce Belçika yasaları, ikinci bir doktorun görüşü alınmadan ve hastaya bir aylık bekleme süresi tanınmadan ötenaziye yönelik bir müdahaleye izin

¹⁴³⁸ERİKMEN/KHORSHID, s.16.

¹⁴³⁹İNCEOĞLU, Ötenazi, s.171.

vermemektedir.¹⁴⁴⁰ Ancak buna rağmen 2002 tarihli Belçika yasasının da eleştiriye açık hususları bulunmaktadır. Her ne kadar Belçika yasasında, hastanın rahatsızlığının iyileşme olanağının bulunmadığı hallerde ve dindirilmesi imkânı bulunmayan, çekilmez bedensel ya da zihinsel ıstırap içinde olunan durumlarda ötenaziye izin verilse de, söz konusu kanuni düzenleme hastanın ötenazi uygulamasına rıza göstermeden önce alternatif tedavi yöntemlerine başvurmasını yasal bir gereklilik haline getirmemiştir. Böyle bir zorunluluğun öngörülmemiş olması ise, hastanın tıbben faydalı olabilecek bir tedaviyi kabul etmemesi durumunda da ötenazi isteminin yerine getirilmesine neden olacaktır.¹⁴⁴¹

Etik ilkeler çerçevesinde de değerlendirilen ötenazinin, Dünya Tabipler Birliği kararlarında da ele alındığı görülmektedir. 1981 yılında Dünya Tabipler Birliği tarafından açıklanan Lizbon Bildirgesi'nde hastanın tedavi altına alınmayı kabul etme ya da etmeme hakkına haiz olduğu, bunun yanında her hastanın onurlu bir biçimde ölme hakkının bulunduğu ifade edilmiştir. 1983 tarihli Venedik Bildirgesi'nde ise pasif ötenazinin tanımlanmasının yanı sıra, söz konusu müdahaleye yönelik eyleme izin verildiği de görülmektedir.¹⁴⁴²

Avrupa Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi'nde ise, her bireyin kendi yaşamını yönlendirme hakkı olduğuna, hastaların tıbbi müdahaleyi kabul etmeme ve başlayan tedaviyi sonlandırma hakkına haiz olduklarına ve çektikleri acının dindirilmesini talep etme olanaklarının var olduğuna değinilmek suretiyle hastaya kendi kaderini tayin etme hakkı verilmiştir.¹⁴⁴³

Hakların tanımlanması hususunda çok detaylı düzenlemelere yer vermeyen Dünya Hekimler Birliği Hasta Hakları Bildirgesi, gerekli şekilde aydınlatıldıktan sonra hastaya tedavi görmeyi kabul etme ya da etmeme, kendi kaderini serbestçe tayin etme ve çektiği acının hafifletilmesi, insan haysiyetine yakışır bir bakım altında tutulma ve onurlu bir biçimde ölme hakkı bahşetmektedir. Fakat 1987 yılında Madrid'de Dünya Hekimler Birliği tarafından düzenlenen Genel Kurul toplantısında

¹⁴⁴⁰İNCEOĞLU, Ötenazi, s.171.

¹⁴⁴¹İNCEOĞLU, Ötenazi, s.172.

¹⁴⁴²ÖZKARA, s.35.

¹⁴⁴³YILMAZ, Ötenazi, s.54.

ise ötenazinin etik olmayan bir fiil olduğuna yönelik bildirme kabul edilmiştir.¹⁴⁴⁴

Türkiye açısından konuya yerel mevzuat bağlamında bakıldığında ise; 1982 Anayasası'nın 17'nci maddesinde, "Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir." biçimindeki düzenleme ile yaşama hakkı koruma altında alınsa da, ölme hakkına değinilmediği görülmektedir.¹⁴⁴⁵

İç hukukta ötenaziye müsaade edilmediği, bunun yanında intihara yardım ve teşvik eyleminin suç olarak yaptırım altına alındığı görülmektedir. 1960 tarihli Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi ve 1998 tarihli Hasta Hakları Yönetmeliği incelendiğinde ötenazinin yasaklandığı dikkat çekmektedir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu açısından 82'nci ve 83'üncü maddeler kapsamında öldürme suçu, 84'üncü madde kapsamında da intihara yardım ve teşvik etme suçu ötenazi uygulamasında ele alınıp değerlendirilebilecek maddelerdir.¹⁴⁴⁶

Türkiye'de Hasta Hakları Yönetmeliği 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu ve 181 sayılı Sağlık Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname gereğince hazırlanmış olup, 01/08/1998 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Anılan Yönetmelikte dokuz bölüm ve elli bir madde bulunmaktadır. Söz konusu Yönetmeliğin amacı "Herkesin insan haysiyetine yakışır bir şekilde hasta haklarından yararlanabilmesi ve hak ihlallerine karşı korunabilmesi" şeklinde ifade edilmiştir. Yönetmelik incelendiğinde amaç, kapsam, dayanak, tanım ve ilkeler, hastanın sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkı ve sağlık durumu ile ilgili bilgi alma hakkı, hasta haklarının korunması, tıbbi müdahalede hastanın rızası, tıbbi araştırmalar, diğer haklar, sorumluluk ve hukuki korunma yolları ve son hükümlere yönelik ana başlıklardan oluştuğu görülmektedir. Hastanın tedaviyi reddetme ve durdurma hakkı ise Yönetmeliğin 25'inci maddesinde düzenlenmiştir. Fakat bahse konu hak yalnızca tıbbi tedavi bağlamında kullanılabilir bir haktır. Bunun yanında hasta tarafından söz konusu hakkın kullanılmış olması, sonraki safhada tıbbi tedaviye yönelik bir başvuruda hastaya karşı aleyhe bir sonuç oluşturacak şekilde öne sürülemeyecektir. Nitekim bu hususa

¹⁴⁴⁴YILMAZ, Ötenazi, s.54.

¹⁴⁴⁵YILMAZ, Ötenazi, s.58.

¹⁴⁴⁶YALÇIN, s.42.

Yönetmelikte açıkça yer verilmiştir. Ancak önemle belirtmelidir ki, hastaya bir bakıma ötenazi anlamına gelebilecek şekilde tedaviyi red ya da durdurma hakkı bahşedilmemiştir.¹⁴⁴⁷

Bir insan hakkı olan yaşama hakkının kullanılması herhangi bir kişinin ya da makamın onayına tabi olmadığından, bu kapsamda her kişinin kendi yaşamını yönlendirme hakkına sahip olduğu kabul edilmelidir. Günümüzde kişinin iradesine ve rızasına gösterilen önemin yansımalarına mukayeseli hukukta da rastlanmaktadır.¹⁴⁴⁸ Bu yöndeki eğilimin iç hukukta Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 22'nci maddesi ile benimsendiği görülmektedir. Söz konusu maddede yer alan "Kimse, rızası olmaksızın ve verdiği rızaya uygun olmayan bir şekilde tıbbi ameliyeye tabi tutulamaz" şeklindeki düzenleme; yine anılan Yönetmeliğin 24'ncü maddesinde ise; "Tıbbi müdahalelerde hastanın rızası gerekir." yönündeki hüküm ile 5'inci maddede geçen "Sağlık hizmetlerinin sunulmasında hastaya insanca muamelede bulunulur." biçimindeki düzenleme bahse konu hususu teyit etmektedir.¹⁴⁴⁹

1982 Anayasası'nın 17'nci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabii tutulamaz" şeklindeki düzenleme, hasta haklarından biri olan aydınlatılmış onamın Anayasa ile de güvence altına alınmış olduğunu ortaya koymaktadır.¹⁴⁵⁰

Anılan Yönetmeliğin 28'inci maddesinin birinci fıkrasında ise tıbbi müdahaleye rızada herhangi bir şekil şartı aranmadığı, aynı maddenin ikinci fıkrasında ise hukuka ve ahlaka aykırı olarak elde edilecek rızanın hükümsüz kabul edileceği ve söz konusu rızaya istinaden bir tıbbi müdahale gerçekleştirilemeyeceği ifade edilmiştir. Diğer bir ifadeyle aydınlatılmış rıza uygulaması Yönetmeliğin bu maddesinde açıkça düzenleme altına alınmıştır. Dünya Hekimler Birliği'nin 39'uncu Genel Kurulunda alınan karar dışında tüm hasta hakları bildireleri ve

¹⁴⁴⁷ KALABALIK, İnsan Hakları, s.173.

¹⁴⁴⁸ ÖZTÜRK, s.589.

¹⁴⁴⁹ ÖZTÜRK, s.589.

¹⁴⁵⁰ YILMAZ, Ötenazi, s.54.

sözleşmelerinden ayrı olarak Türkiye’de geçerliliğini koruyan söz konusu Yönetmeliğin 13’üncü maddesinde ötenazi uygulaması sarıh bir biçimde yasaklanmıştır. Adı geçen maddede “Tıbbi gereklerden bahisle veya her ne suretle olursa olsun hayat hakkından vazgeçilemez. Kendisinin veya bir başkasının talebi olsa dahi, kimsenin hayatına son verilemez.” hükmü yer almaktadır. Yönetmeliğin 12’nci maddesi ise “Teşhis, tedavi veya korunma maksadı olmaksızın, ölüme veya hayati tehlikeye yol açabilecek veya vücut bütünlüğünü ihlal edebilecek veya akli veya bedeni mukavemeti azaltabilecek hiçbir şey yapılamaz ve talep de edilemez.” şeklinde düzenlenmiştir. Bu hükümden geçen “talep edilemez” ifadesi ile teşhis, tedavi ve korunma gayesi gütmeyen, ölüme neden olabilecek ötenazi niteliğindeki bir talebin yasaklandığı anlaşılmaktadır. Bir bakıma Yönetmeliğin 13’üncü maddesinde yer alan ötenazi yasağı, 12’nci maddenin tekrarından oluşmaktadır.¹⁴⁵¹

Daha önce de ifade edildiği gibi Türkiye’de hasta bireyin kendisine yönelik olarak tatbik edilen veya tatbik edilmesi düşünülen tedaviyi kabul etmeme veya başlanan tedaviyi sonlandırma hakkına haiz olduğu Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 25’inci maddesi ile hüküm altına alınmıştır. Fakat söz konusu hakkın ötenaziye yönelik bir müdahaleye olanak tanımadığı anılan Yönetmeliğin 13’üncü maddesinde yer alan düzenlemeden de anlaşılmaktadır. Zira bahse konu Yönetmeliğin 13’üncü maddesi tereddüde mahal bırakmayacak şekilde ötenaziye yönelik bir müdahaleyi hukuka aykırı görmektedir. Bunun yanında anılan düzenleme Yönetmeliğin 12’nci maddesinin uygulanmasını daha sarıh kılmak üzere teşhis, tedavi ya da koruma gayesi taşımayan, aksine hastanın ölümüne neden olacak ya da yaşamını tehlike altına sokacak her türden tıbbi müdahaleye yönelik istemi hukuka aykırı hale getirmiştir.¹⁴⁵²

Benzer şekilde Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi’nin¹⁴⁵³ 14’üncü maddesinde dile getirilen “Tabip, hastanın hayatını kurtarmak ve sıhhatini korumak mümkün olmadığı takdirde dahi, ıstırabını azaltmaya veya dindirmeye çalışmakla mükelleftir.” şeklindeki düzenleme de ötenazinin yasal anlamda kabul görmediğini

¹⁴⁵¹ KALABALIK, İnsan Hakları, s.174.

¹⁴⁵² YILMAZ, Ötenazi, s.54.

¹⁴⁵³ Söz konusu Nizamname, 13/01/1960 tarihli ve 4112573 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile kabul edilip, 19/02/1960 tarihli ve 10436 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

teyit etmektedir.¹⁴⁵⁴

Hastanın rızası olmadan tıbbi işleme tabii tutulmaması hakkı, bütün yayınlanan bildirelerde düzenleme altına alınarak korunmaktadır. Önemli tıbbi müdahalelerden önce hastaların kadı huzurunda rıza beyanında bulduklarına yönelik kayıtlara Osmanlı dönemi kadı sicillerinde dahi rastlanmaktadır. Söz konusu rıza, hastanın hekimin tıbbi müdahalesini kabul ettiği anlamını taşımasının yanı sıra hekimin hukuki sorumluluğunun sona ermesine de yol açmaktadır. Gerçekleştirilecek tıbbi müdahalelerde öncelikli olarak hastanın onayının alınması, hasta onay veremeyecek halde ise yasal temsilcisinin muvafakatının alınması gerekmektedir.¹⁴⁵⁵ Onay alınamayacak derecede acil hallerde ise kişinin yaşamı ve sağlığı dikkate alınarak tıbbi müdahalede bulunulabilecektir. Psikotikipte olan hastalara uygulanacak tıbbi müdahalelerde de aydınlatılmış rızanın varlığına ehemmiyet gösterilmektedir. Her ne kadar Medeni Kanun'da akıl hastalığı ve zayıflığı, kısıtlılığı gerektiren bir neden olarak belirtilse de; hekim, kısıtlı kişinin sırf insan olması nedeniyle psiko sosyal ve manevi değerleri bakımından aydınlatılmış rıza uygulamasında saygı görme hakkına haiz olduğunu kabul etmelidir.¹⁴⁵⁶

Genellikle hastanelerde yatmakta olan ve ölümcül bir hastalığı olduğu belirtilen hastaların, ailelerinin yanında ölmeleri amacıyla yakınları tarafından devam eden tedavilerinin sonlandırılmak istendiği ve hastanın evine gittikten bir süre sonra öldüğü görülmektedir. Şayet süren tedaviden vazgeçme, ötenazinin bir türü olarak kabul edilirse, Türkiye'de uzun zamandır insani yaklaşım gereği ötenazi yönünde bir uygulamanın var olduğu söylenebilecektir. Bunun yanında devam eden tedaviye son verilmesi kararı alınırken hastalığın ölümcül olduğu konusunda ya da tedaviye son verme gerekliliği hususunda bir heyet değerlendirmesi genellikle yapılmamaktadır. Böyle durumlarda hastayı tedavi eden doktorun beyanı ve hasta yakınının talebi yeterli görülerek süren tedaviye son verilmektedir. Doktor ve hasta yakınları hakkında tedaviye son verilmesi eylemi nedeniyle cezai anlamda bir tahkikat da gerçekleştirilmemektedir. Bu türden somut vakalarda hastanın taburcu edilmesine

¹⁴⁵⁴ YILMAZ, Ötenazi, s.54.

¹⁴⁵⁵ KALABALIK, İnsan Hakları, s.174.

¹⁴⁵⁶ KALABALIK, İnsan Hakları, s.174.

rağmen tedavisine son verilmediği, yalnızca hastane koşullarındaki bakım ve gözetimine son verildiği de bahse konu kararın dayanağına haklı bir gerekçe olarak öne sürülmektedir. Çoğunlukla hasta yakınlarına evde geçecek süre içerisinde hasta hakkında yapılacak işlem ve kullanılacak ilaçlar konusunda da bilgi verilmektedir.¹⁴⁵⁷

Türk hukuk sistemi içerisinde ötenaziye yönelik bir müdahaleye yasal anlamda müsaade edilmediği, ancak bunun yanında açık bir biçimde ceza hukuku bağlamında suç olarak da yaptırım altına alınmadığı; bu yönde gerçekleştirilecek bir fiilin ise 5237 sayılı Kanun kapsamında kasten adam öldürme suçunun sübut etmesine neden olacağı görülmektedir. Bunun yanında ötenaziye, işlenen suça daha az ceza verilmesini gerektiren bir neden olarak dahi yer verilmemiştir. Hal böyle olunca ötenaziye yönelik müdahale bir hukuka uygunluk nedeni olan hakkın icrası kapsamında görülemeyeceği gibi kusurluluğu etkileyen bir durum olarak kabul edilen zorunluluk hali olarak da değerlendirilemeyecektir.¹⁴⁵⁸ Ötenazi kişinin yaşamının son bulmasına neden olduğu için kasten adam öldürme suçu olarak kabul edilmekte ve yapılan yargılama sonucunda kişi hafifletici sebepler de dikkate alınarak yaptırıma tabi tutulmaktadır.¹⁴⁵⁹

Aktif ötenazi, Türk ceza mevzuatı hükümleri gereğince kasten adam öldürme suçu olarak addedilmektedir. Fakat tedavi sürecinde ilgili doktorun hastanın öleceğini önceden öngörmesine karşın hastanın tedavisinin yarıda kesilmesine yönelik talebi doğrultusunda hareket etmesi üzerine taksirle adam öldürme suçundan dolayı sorumlu olacaktır.¹⁴⁶⁰

Bunun yanında yalnızca bir veya iki parmağı dışında beden diğer uzuvları felçli olduğu için kendi ölümünü gerçekleştiremeyecek halde bulunan bir hastanın hayatını sonlandırmak adına gerekli olan mekanizmayı oluşturan doktorun, söz konusu mekanizmanın devreye girmesine doğrudan müdahale etmeyerek, hastanın o durumdayken bile kolay bir yöntemle düzeneği aktif hale getirecek şartları

¹⁴⁵⁷KALABALIK, İnsan Hakları, s.174.

¹⁴⁵⁸YILMAZ, Ötenazi, s.59.

¹⁴⁵⁹BESİRİ, s.200.

¹⁴⁶⁰BESİRİ, s.200.

hazırlamış olması, ancak hastanın ölmemesi halinde Türk Ceza Kanunu'nun 84'üncü maddesinin birinci fıkrası hükmüne göre, şayet hastanın ölümü gerçekleşirse Türk Ceza Kanunu'nu 84'üncü maddesinin ikinci fıkrası hükmüne göre sorumlu olacaktır. Ancak tamamen bedenini kullanamayacak kadar felçli halde olan bir hastanın kendi rızasıyla yaşamına son verilmesi talebini yerine getirmek için sadece ilaç veren bir doktor ise kasten adam öldürme suçundan dolayı yaptırıma tabi tutulacaktır.¹⁴⁶¹

Neticeten 5237 sayılı Kanun'da ötenaziye yönelik açık bir düzenlemeye yer verilmemesi nedeniyle, söz konusu müdahaleden sayılabilecek bir eylem, anılan Kanun'un 81'inci maddesi uyarınca kasten öldürme suçu olarak kabul edilip, yaptırım altına alınacaktır.¹⁴⁶²

Her ne kadar Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nde de ötenaziye ele alan açık bir hüküm bulunmasa da, anılan Nizamname'nin 2'nci maddesinde doktorların insan sağlığına, yaşamına ve kişiliğine saygı ve özen göstermekle yükümlü oldukları, yine 13'üncü maddesinde yaşama hakkından ne pahasına olursa olsun feragat edilemeyeceği, 14'üncü maddesinde ise, doktorun tedavisini üstlendiği hastasının yaşamasını sağlamak, duyduğu ıstırapı hafifletmek gibi vazifelerinin olduğu belirtilmekle dolaylı da olsa kişinin hayatını sonlandıracak nitelikte bir fiile müsaade edilmediği anlaşılmaktadır. Bunun yanında Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 13'üncü maddesi ötenazinin hukuka aykırı olduğunu açıkça belirtmektedir.¹⁴⁶³

Ölme hakkının var olduğunu kabul etmek için söz konusu hakkın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde açık bir biçimde düzenlenmesi şart değildir. Bu yönde bir düzenlemenin olmaması, Sözleşme'nin ihlal edilmesine de engel olmaktadır. Yine söz konusu hakkın yazılı olarak öngörülmemiş olmasından, kişinin bu yönde karar verebilme serbestisine sahip olduğu ve Sözleşme'nin kişinin bu konudaki takdir hakkını ortadan kaldırıcı bir düzenlemeye yer vermek istemediği sonucu çıkarılabilecektir. Mahkeme, Sözleşme ile koruma altına alınan hakları tespit ederken pozitif şekilde kaleme alınan hakların içeriğinden negatif anlamlar çıkarabileceği

¹⁴⁶¹BESİRİ, s.200.

¹⁴⁶²YILMAZ, Ötenazi, s.58.

¹⁴⁶³YILMAZ, Ötenazi, s.58.

gibi, söz konusu kıstasa bağlı kalmadan da hareket edebilir. Zira Mahkeme, ölme hakkını yaşama hakkının muhteviyatından doğan ve yaşama hakkı ile bütünleşen bir hak olarak görmemektedir.¹⁴⁶⁴ Bu rağmen Mahkeme, taraf devletlerin iç hukuklarında intihara yardım eylemini yaptırım altına almamış olmalarını, Sözleşme'ye aykırı bulmamaktadır.¹⁴⁶⁵

Sözleşme'nin 2'nci maddesi, yaşama hakkını koruma altına almasının yanı sıra ölme hakkını da tanıyan bir düzenleme olarak değerlendirilmemiştir. Mahkeme tarafından tedavi olanağı bulunmayan bir rahatsızlığa haiz olan kişinin başkalarının desteğiyle hayatını sonlandırmak istemesi, Sözleşme'nin 2 ya da 3'üncü maddeleri tarafından himaye altına alınan bir talep olarak görülmemiştir. Yerel mevzuatta, ötenaziye olanak tanıyan bir düzenlemeye yer verilmemesi de Sözleşme'den doğan yükümlülükler aykırı bulunmamıştır.¹⁴⁶⁶

Yaşama hakkı açısından gerek 1982 Anayasası'nın 17'nci maddesinin birinci fıkrası gerekse Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2'nci maddesi güvenceli bir koruma ihdas etmiş olmasına rağmen, söz konusu yerel ve uluslar arası düzenlemede ölme hakkı garanti altına alınmamıştır. Zira bu yaklaşım tarzı ötenazi uygulaması bakımından da önem arz etmektedir. Daha önce de ifade edildiği gibi Büyük Daire'nin 29/04/2002 tarihli Pretty/Birleşik Krallık¹⁴⁶⁷ kararında, Mahkeme Sözleşme'nin 2'nci maddesinin taraf devlete ölüm hakkı bahşetmek veya söz konusu hakkın kullanılmasına imkan sağlayan kolaylıklar öngörmek hususunda herhangi bir sorumluluk yüklediğini ifade etmektedir. Başvurucu, somut vakada ölümcül hastalığının neden olduğu ıstırapın sonlandırılmasına yönelik bir eylemin yerel hukukta suç olarak addedilmesinin kendisini yaşamaya mecbur bıraktığını ve Sözleşme'den doğan hakkının ihlal edildiğini öne sürse de, Mahkeme Sözleşme'nin 2'nci maddesinde himaye altına alınmış hakkın, aynı zamanda ölme hakkını da güvence altına aldığı yönünde yorumlanamayacağını açık bir biçimde

¹⁴⁶⁴ÜNVER, s.67.

¹⁴⁶⁵ÜNVER, s.67.

¹⁴⁶⁶DİNÇ, s.51.

¹⁴⁶⁷ Pretty/Birleşik Krallık davası, Başvuru No:2346/02, Karar Tarihi:29/04/2002. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

belirlemiştir.¹⁴⁶⁸ Bunun yanında Mahkeme söz konusu kararında, yerel hukukta ötenaziyi yasaklayan düzenlemelerin Sözleşme'nin 2'nci maddesi bakımından bir sorun teşkil etmediğini, bu konunun taraf devletlerin takdir hakları kapsamında görüldüğünü de ifade etmiştir. Ancak Mahkeme, yerel mevzuatta ötenaziye hukuka uygun hale getiren bir düzenlemenin Sözleşme bakımından geçerli kabul edilip edilmeyeceği hususunda ise yorumda bulunmamayı tercih etmiştir. Ötenazi konusunda Türk Ceza Kanunu'nda özel bir düzenlemeye yer verilmemekle birlikte, bu minvalde bir fiilin kasten öldürme suçunun sübut etmesine neden olacağı düşünülmektedir.¹⁴⁶⁹

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Pretty/Birleşik Krallık kararı çalışmamızın bu konu başlığı altında oldukça önem taşımaktadır. Kendisine ötenazi hakkı tanınması yönünde İngiliz yargı makamlarına yaptığı başvurunun olumsuz neticelenmesi karşısında boyundan aşağısı felçli halde olan İngiliz vatandaşı Diane Pretty, öncelikli olarak temyiz mahkemesine, daha sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne müracaatta bulunmuştur. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nden de olumsuz yanıt almıştır. Nitekim Mahkeme'nin başvuru talebi doğrultusunda vereceği olumlu bir karar, Avrupa'da kendisine ötenazi hakkı tanınması yönünde beklentisi olan çok sayıda hastanın benzer istemlerle davalar açmasına ve sonuç olarak ötenaziye yönelik uygulamanın ulusal hukuk düzeninde yasal bir niteliğe bürünmesine neden olurdu.¹⁴⁷⁰

Her ne kadar Sözleşme'nin 2'nci maddesi yaşama hakkını güvence altına almakta ise de; ölme hakkını tanımamaktadır. Ötenaziye ele alan ve Mahkeme'nin Dianne Pretty/İngiltere kararına konu olan¹⁴⁷¹ başvuruda; felç geçirmesi yüzünden ağır ıstırap yaşayan Dianne Pretty, hastalığının son evrelerinde istediği bir ortamda ve zamanda ölmeyi talep etmektedir. Taraf devlet kanununda intihar suç olarak kabul edilmese de intihara yardım eylemi suç olarak yaptırım altına alındığı için, başvuru eşinin intihar etmesine yardımda bulunmasının adli bakımdan tahkikata konu edilmemesi için İngiliz Savcılığı'na başvuruda bulunmuştur. Ancak başvuru

¹⁴⁶⁸ TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR/ÖNOK, s.128.

¹⁴⁶⁹ TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR/ÖNOK, s.129.

¹⁴⁷⁰ YALÇIN, s.42.

¹⁴⁷¹ TANRIKULU, s.56.

talebinin yerel makamlar nezdinde kabul edilmemesi karşısında Pretty, Sözleşme'nin 2'nci maddesinin yaşama hakkının yanı sıra ölme hakkını da tanıdığından bahisle Mahkeme'ye şikâyetini sunmuştur. Fakat başvurucunun öne sürdüğü iddialar oybirliği ile kabul edilmemiştir. Mahkeme ret kararının gerekçesinde Sözleşme'nin 2'nci maddesi ile yaşama hakkının koruma altına alınmış olduğunu, söz konusu madde ile güvence altına alınan yaşama hakkının ölmeyi isteme hakkını da kapsayacak şekilde yorumlanmasının ve uygulanmasının imkânsız olduğunu ifade etmiştir. Başvuru sonucunda tesis edilen kararın gerekçesinden de anlaşılacağı üzere Mahkeme, yaşama yerine ölümü tercih etmenin kendi geleceğini belirleme hakkı kapsamında görülemeyeceğinin altını çizmiştir.¹⁴⁷²

Daha önce de üzerinde durulduğu gibi Pretty/İngiltere kararı ölme hakkı ve ötenazi konuları bakımından Mahkeme'nin diğer kararlarında da sürekli atıfta bulunduğu ve bu yöndeki görüşünü tüm detayları ile yansıttığı emsal nitelikli karardır.

Somut vakada iyileşme olanağı bulunmayan ve motor nöron hastalığı olarak bilinen bir rahatsızlığa yakalanan başvurucu, hastalığının son evrelerindeyken daha fazla acı yaşamamak için ötenazi talebinde bulunmuştur.¹⁴⁷³ Başvurucu hayatına son verecek düzeneğin eşi tarafından aktif duruma getirilmesinin taraf devletin yasal düzenlemeleri uyarınca suç olarak kabul edildiğini, yerel makamlar nezdinde eşine

¹⁴⁷² TANRIKULU, s.57.

¹⁴⁷³ Ayrıntılı bilgi için bkz. İNCEOĞLU, Ötenazi, s.147. Hekim olmayan üçüncü bir kişi tarafından hastanın ölümüne yardım edilmesi istemini konu alan Pretty/Birleşik Krallık davasında, 42 yaşında olan başvurucu Pretty hakkında motor sinir hastalığı tanısı nedeniyle tedavi uygulanmaya başlanmıştır. Teşhis edilen söz konusu hastalık giderek kişinin kas yapısının güçsüzlüğüne sebep olmaktadır. Nihayetinde kişinin solunumu esnasında faaliyete geçen kasların giderek zayıflaması ve bunun yanında konuşması ve beslenmesi için yutkunmasını sağlayan kasların da gereken fonksiyonları gösterememesi akciğer iltihabına ve solunum yetmezliğine neden olmakta ve akabinde kişi hayatını kaybetmektedir. Bu süreçte uygulanacak hiçbir tedavi yöntemine hasta cevap veremediğinden, tıbben hastalığın ilerlemesinin önüne geçilememektedir. Başvurucunun sağlık durumu ise, hastalığının belirlenmesinden sonra daha da kötü bir sürece girmiştir. Mahkeme tarafından başvurusu değerlendirilen kişinin hastalığı, davanın karara bağlandığı tarihe kadar ciddi bir ilerleme göstermiş ve boynunun alt tarafında kalan hiçbir vücut uzvunu başvurucu kullanamaz olmuştur. Kişi kendini ifade edebilecek şekilde konuşamadığı gibi, doğrudan ağız yoluyla beslenmesini gerçekleştiremeyecek hale gelmiştir. Yalnızca aylar ya da haftalar ile tabir edilen bir ömrü kalan başvurucunun buna rağmen zihinsel fonksiyonları ve irade gösterme yeteneği hastalığından etkilenmemiştir. Başvurucunun tek amacı, rahatsızlığının son evresinde ıstıraba neden olan ve bakımı onur kırıcı hale gelen hastalığının bu sonuçlarından kurtulmak için hayatına son vereceği anı belirlemektir.

yönelik yargı bağışıklığı isteminin kabul edilmediğini, Sözleşme'nin 2'nci maddesi bağlamında koruma altına alınan yaşama hakkının kişinin kendi yaşamını sonlandırma diğer bir ifadeyle ölme hakkını da kapsadığını, taraf devletin yetkili makamları tarafından verilen bu yöndeki istemin kabul edilmemesine ilişkin kararın Sözleşme'nin 2, 3, 8,¹⁴⁷⁴ 9 ve 14'üncü maddelerine aykırılık teşkil ettiğini iddia ederek¹⁴⁷⁵konunun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önünde incelenmesine neden olmuştur.¹⁴⁷⁶

29/07/2002 tarihinde kesinleşen kararda Mahkeme, konu hakkında yaptığı inceleme neticesinde, Sözleşme'nin 2'nci maddesinin kasten gerçekleştirilen öldürme eylemlerinin yanı sıra kuvvete başvurmaya izin verilen durumlarda meydana gelebilecek yaşamdan yoksun bırakma fiillerine karşı da kişiyi koruma altına aldığını vurgulamaktadır. Bunun yanında Mahkeme, Sözleşme'nin 2'nci maddesinin birinci fıkrasının taraf devlete yalnızca kasten ve hukuka aykırı şekilde yaşama hakkının özüne dokunacak eylemlerden bireyleri koruma altına alma sorumluluğunu değil, bunun yanında hâkimiyet alanında bulunan kişilerin yaşama haklarına yönelebilecek tehlikelere karşı makul önlemler alma gerekliliğini de yüklediğini ifade etmektedir. Söz konusu yükümlülük, başka bir kişinin suç teşkil eden fiili sebebiyle yaşama hakkı tehlike altında bulunan bir kişiyi koruma altına alma gayesiyle gereken makul önlemlerin resmi makamlar tarafından yerine

¹⁴⁷⁴Bkz. ÖMEROĞLU, Ölme Hakkı ve Kabul Edilebilirliği, s.94. Bütün vücudunu hareket ettirmesini önleyen fiziksel bir engeli olan başvuru halen hukuki sonuç doğurabilecek bir irade beyanında bulunabilme kabiliyetini yitirmediği için hayatını sonlandırmak konusunda desteğine ihtiyaç duyduğu eşinin bu konuda kendisine yardım edebilmesi için yetkili yerel makamlara müracaat etmiştir. Ancak bu talebi iç hukukta kabul görmemiştir. Bunun üzerine İngiltere aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuruda bulunan Pretty, duyduğu acının onur kırıcı olduğundan bahisle Sözleşme'nin 3'üncü maddesinin ihlal edildiğinin yanı sıra taraf devletin Sözleşme'nin 2 ve 8'inci maddelerine aykırı davrandığını da ileri sürmüştür.

¹⁴⁷⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. İNCEOĞLU, Ötenazi, s.147. Kişinin intihar etmesi İngiliz hukukunda suç olarak yaptırım altına alınmamıştır. Ancak somut olayda başvuran kişi hastalığı dolayısıyla başka bir kimsenin desteği olmadan tek başına intihar edebilecek güce haiz değildir. İntihar eylemine yardım etmek ise İngiliz hukukunda suç olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle başvuru avukatı vasıtasıyla Başsavcılığa bir dilekçe ile müracaat ederek eşinin kendi intiharına destek olması halinde hakkında kamu davası açılmaması adına güvence talebinde bulunmuştur. Ancak Başsavcılık, hiç bir haklı gerekçeyle bir suçun işlenmesine önceden cevaz verilemeyeceğini belirterek yapılan talebi geri çevirmiştir. Her ne kadar başvuru söz konusu Başsavcılık kararına karşı itiraz etmiş ise de bu itirazı kabul edilmemiştir. İç hukuk yollarından sonuç alamayan Pretty, Sözleşme'nin 2, 3, 8, 9 ve 14'üncü maddelerinin ihlal edildiği iddiası ile Mahkeme'ye başvuruda bulunmuştur.

¹⁴⁷⁶CENGİZ, Yaşam Hakkı, s.402.

getirilmesi hususunda bir pozitif yükümlülüğü de üstü kapalı biçimde kapsamaktadır.¹⁴⁷⁷

İntiharına yardım edilmesinin yaşama hakkını koruma altına alan Sözleşme'nin 2'nci maddesine aykırılık teşkil etmediğini öne süren başvuru, kimi Sözleşme'yi kabul eden devletlerde intihara yardımın hukuka uygun görülmesi karşısında söz konusu taraf devletlerin de 2'nci maddeyi ihlal etmiş sayılacaklarını ifade etmiştir. Bununla birlikte başvuru, Sözleşme'nin 2'nci maddesinin kişiye hayatını sürdürmek isteyip istememesi konusunda tercihte bulunma izni verdiğini, onursuzca yaşamaktan ve dinmeyen ıstıraptan kurtulmak için yaşama hakkını güvence altına alan maddenin aynı zamanda ölme hakkını da bahsettiğini ileri sürmüştür. Bunun karşısında Mahkeme, Sözleşme'nin 2'nci maddesinin koruma altına aldığı yaşama hakkının olumsuz biçimde yorumlanarak söz konusu maddenin aynı zamanda ölme hakkı da tanıdığı kabul edilemeyeceğini ifade etmiştir. Mahkeme diğer taraf devletlerde intihara yardımın suç olarak yaptırıma tabi kılınmamış olmasının söz konusu davada göz önüne alınamayacağına da değinerek intihara yardımı hukuka uygun görerek yaptırım altına almayan Sözleşme'ye taraf bir devlette var olan şartların 2'nci maddeye aykırılık taşıyorsa bile, bu yöndeki kabulün Birleşik Krallık'ın intihara yardım fiilini suç olarak addetmesinin ve yaptırım altına almasının taraf devletin Sözleşme'nin 2'nci maddesinden doğan yükümlülüklerinin gereğini yerine getirmediğine yönelik bir kanaate ulaşılmasına neden olmayacağını kesin bir dille ifade etmiştir.¹⁴⁷⁸

Mahkeme Pretty kararında, kişinin kendi yaşamı üzerinde söz sahibi olmasını değil, bireyin yaşama hakkının dokunulmazlığını üstün tutmaktadır. Mahkeme'nin açlık grevine yönelik içtihatlarında da aynı tutumu sergilediğini ifade etmek yanlış olmayacaktır. Sonuç olarak ötenaziye yönelik bir müdahalenin Mahkeme tarafından Sözleşme kapsamında güvence altına alınmış bir hak olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Mahkeme, Sözleşme'nin ilgili maddesini, kişi muhtariyetini nazara almaktan ziyade yaşama hakkının kutsallığı tezini ön plana çıkararak yorumladığı için kişinin vücut bütünlüğü ve yaşama hakkı üzerinde vereceği kararları

¹⁴⁷⁷CENGİZ, Yaşam Hakkı, s.402.

¹⁴⁷⁸İNCEOĞLU, Ötenazi, s.147.

değerlendirirken geleneksel bir tavır içerisine girmektedir.¹⁴⁷⁹

Daha önce de ifade edildiği gibi Mahkeme'nin konuya bu yöndeki yaklaşımı, ötenazi ya da hekim destekli intihar uygulamasına mevzuatlarında yer veren taraf devletlerin Sözleşme'nin 2'nci maddesini çiğnedikleri anlamına gelmeyecektir. Mahkeme, Sözleşme'ye taraf olan diğer devletlerde intihara yardımın cezalandırılmamasını somut olay bakımından dikkate almamaktadır. Bunun yanında Mahkeme, intihara yardım fiilini meşru olarak gören taraf devletteki mevcut şartların Sözleşme'nin 2'nci maddesi kapsamında taraf devleti sorumluluk altına sokmayabileceğini de ifade etmektedir.¹⁴⁸⁰

Mahkeme başvuruyu, Sözleşme'nin yaşama hakkını düzenleme altına alan 2'nci maddesi, işkence yasağına yer veren 3'üncü maddesi ve özel hayata saygı hakkını ele alan 8'inci maddesi bağlamında değerlendirerek kararını vermiştir. Mahkeme söz konusu kararında, Sözleşme'nin 2'nci maddesinin aynı zamanda ölme hakkını da bahşeden bir düzenleme olarak yorumlanamayacağını, Sözleşme'nin 3'üncü maddesinin ise taraf devletlere yaşamı sonlandırmaya yönelik yasal kurallar öngörme sorumluluğu vermediğini vurgulamıştır. Fakat Mahkeme Sözleşme'nin 8'inci maddesi kapsamında öne sürülen ihlal gerekçesini değerlendirirken kişisel irade ve kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı ifadelerine yer vererek, başvurucunun onursuz bir şekilde ve ağır ıstırap duyarak hayatını sürdürmek istememesini kişisel iradesinin bir tezahürü olarak kabul etmiş ve başvurucunun bu yönde bir tercihte bulunamamasının Sözleşme'nin 8'inci maddesinin birinci fıkrasında öngörülen özel hayata saygı hakkını ihlal ettiği kanaatine ulaşmıştır.¹⁴⁸¹

Sözleşme'nin 2'nci maddesinin yaşama hakkını koruması, aynı zamanda ölme hakkını koruduğu anlamında yorumlanmamıştır. İyileşmesi olanaksız bir hastalığa yakalanan kişinin başkalarından da yardım alarak yaşamını sonlandırması, Mahkeme tarafından 2 veya 3'üncü maddelerin koruduğu haklarla

¹⁴⁷⁹İNCEOĞLU, Ötenazi, s.150.

¹⁴⁸⁰İNCEOĞLU, Ötenazi, s.150.

¹⁴⁸¹ÖMEROĞLU, Ölme Hakkı ve Kabul Edilebilirliği, s.94.

ilişkilendirilememiştir. Ulusal yasada ötenazi hakkının tanınmaması, Sözleşme'ye aykırılık olarak kabul edilmemiştir.¹⁴⁸²

Kökeni Amerikan hukuk sistemine dayanan bireyin kendi geleceğini belirleme hakkı kavramını, Mahkeme söz konusu kararında yaşama hakkı kavramı ile bütünleştirmiş ve bu sayede adeta Amerikan hukuk sistemi ile Kara Avrupa'sı hukuk sistemi arasında bir köprü oluşturmuştur. Mahkeme, bu kararı ile hem yaşama hakkını taraf devletler bakımından koruma altına alınması gereken bir değer olarak kabul etmekte hem de sağlık durumları itibariyle çekilemez acılar yaşayan kişilerin kendi geleceklerini belirleme yönündeki iradelerine saygı gösterilmesi gerektiğine değinerek kişilerin kaderlerini tayin hususunda tercihte bulunma hakkına haiz olduklarını ifade etmektedir.¹⁴⁸³

Ömeroğlu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, bu kararı ile ötenazi ve yaşama hakkı kavramlarını bir arada değerlendirdiğini, yaşama hakkı ile ölme hakkı arasında tezatlık yaratmadan başvuruyu karara bağladığını öne sürmektedir.¹⁴⁸⁴

Şayet ötenazi, ölümcül nitelikte olan ve tedavi olanağı bulunmayan bir rahatsızlığı nedeniyle çekilemeyecek derecede ıstırap yaşayan hastanın kendi isteği doğrultusunda doktorun müdahalesi ya da tedaviye devam etmeyerek herhangi bir eylemde bulunmaması neticesinde kişinin hayatını sonlandırmaya etkide bulunması şeklinde tanımlanacak olursa, günümüze kadar gerek Avrupa İnsan Hakları Komisyonu gerekse Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde karara bağlanan ve doğrudan ötenazi istemine yönelik bir talebi içeren başvuruya konu davanın bulunmadığı görülecektir. Ötenazi ile dolaylı olarak bağlantısı bulunan başvuru Sanles/İspanya davasına konu olmuştur. Ancak başvurucunun Sözleşme'nin 34'üncü maddesi uyarınca zarar gören kişi sıfatına haiz olmaması sebebiyle yaptığı başvuru hakkında Mahkeme kabul edilemezlik kararı vermiştir. Başvuruya konu olayda bir kaza neticesinde hareket etme yeteneğini tamamen kaybeden Sampedro'nun ölümüne doktorunun yardım edebilmesine cevaz verecek bir yerel mahkeme kararı için açılan davada kişinin söz konusu talebi kabul edilmemiştir. Bahse konu karara

¹⁴⁸²DİNÇ, s.51.

¹⁴⁸³ÖMEROĞLU, Ölme Hakkı ve Kabul Edilebilirliği, s.94.

¹⁴⁸⁴ÖMEROĞLU, Ölme Hakkı ve Kabul Edilebilirliği, s.94.

karşı bir iç hukuk yolu olarak Anayasa Mahkemesi'ne başvuruda bulunan Sampedro, iç başvuru yolları tükenmeden önce kimliği bilinmeyen kişilerin de desteğiyle intihar etmiştir. Anayasa Mahkemesi'nde görülen davayı ölen kişi yerine sürdürmek isteyen akrabasının bu talebi ise, davaya konu edilen hakkın kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğu, yakınlarını doğrudan ilgilendiren özellikte bir hakkın varlığından söz edilemeyeceği gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi tarafından reddedilmiştir.¹⁴⁸⁵

Bunun üzerine ölen Sampedro'nun yakın akrabası olan kişi Sözleşme'nin 2, 3, 6, 8 ve 14'üncü maddelerinin ihlal edildiği iddiası ile Mahkeme'ye başvurmuştur. Mahkeme, Sözleşme'nin bir ya da birkaç maddesinin ihlal edildiğinden bahisle mağdurlar ya da mağdurlar adına yakınları tarafından dava açılabileceğini kabul etmekle birlikte, mağdur kavramını otonom olarak yorumlamaktadır. Başvurucunun mağdur olduğunu öne sürebilmesi için olaydan doğrudan etkilendiğini ispat etmesi gerekmektedir. Bunun yanında mağdurun ayrıca zarar görmüş olması aranmamaktadır. Mahkeme Sözleşme'nin 2, 3, 5, 8 ve 9'uncu maddelerinde teminat altına alınan hakları, kişiden kişiye aktarılamayan haklar olarak telakki etmektedir. Nitekim önüne gelen somut vakada başvurucunun, Sampedro adına söz konusu maddelerde yer alan hakların ihlali iddiasında bulunamayacağını ifade eden Mahkeme,¹⁴⁸⁶ taraf devlet yetkililerinin ötenaziye yönelik bir uygulamaya olanak tanıyan yasal düzenlemeleri öngörmemiş olmalarının sorumluluklarına yol açmayacağını altını çizmiştir. Başvurucunun hayatını kaybeden Sampedro yerine geçerek onurlu ölme hakkının somut olayda ihlal edilmiş olduğunu öne sürmesini kabul edilemez bulan Mahkeme, bunun yanında taraf devletlerin yerel mevzuatlarında ölme hakkını tanıyan düzenlemelere yer verseler dahi, böyle bir hakkın kişiye bağlı devredilemeyecek özellikte olduğunu da karar gerekçesinde açıkça ifade etmiştir.¹⁴⁸⁷

¹⁴⁸⁵İNCEOĞLU, Ötenazi, s.144.

¹⁴⁸⁶Bkz. ÖMEROĞLU, Ölme Hakkı ve Kabul Edilebilirliği, s. 93. İspanya aleyhine Sanles isimli kişi tarafından açılan davada, başvurucu akrabası olan yaşlı kişinin iki kolunu ve iki bacağı aktif şekilde kullanmasını engelleyen fiziksel rahatsızlığı nedeniyle hayatına son verilmesi talebinin İspanyol yetkili makamları tarafından kabul edilmediğini öne sürse de, Mahkeme somut vakada başvurucunun mağdur sıfatına haiz olmadığını öne sürerek husumet yokluğu gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir.

¹⁴⁸⁷İNCEOĞLU, Ötenazi, s.144.

Mahkeme yapılan başvurular karşısında her somut vakayı kendine özgü koşulları içerisinde değerlendirerek sonuca ulaşmaktadır. Bunun yanında Mahkeme yaşama hakkının ölme hakkını kapsamadığı kanaatini açıkça ifade etmektedir. Devletin hâkimiyeti alanında bulunan vatandaşlar yasal çerçevede tanınan bütün haklardan yararlanmakta iseler de, ötenazi uygulaması her devlet tarafından izin verilmeyen, izin verilse dahi hastanın belirli koşullar içerisinde bulunmasını gerektiren ve iç hukukta öngörülen düzenlemeler doğrultusunda gerçekleştirilebilecek bir müdahaledir. Bununla birlikte ötenazi evrensel açıdan kabul görmüş bir hak değildir. Zira ötenazi uygulamasının kabul edilebilir olması için devletlerin takdir haklarına dayanarak iç hukuklarında bu konuya icazet veren düzenlemeleri öngörmüş olmaları gerekmektedir. Oysaki yaşama hakkı evrensel bir hak olarak kabul edilmekte ve yasal çerçevede teminat altına alınmaktadır. Nitekim İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi'nin 3'üncü maddesi, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 6'ncı maddesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2'nci maddesi ve Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 2'nci maddesi herkesin yaşama hakkına haiz olduğunu belirterek, söz konusu hakkı güvence altına almıştır.¹⁴⁸⁸

Sözleşme'nin 2'nci maddesi kapsamında koruma altına alınan yaşama hakkının sona ermesine yönelik bir müdahale olan ötenazi, taraf devletlerin yasal düzenlemeleri ile standarda kavuşturulmuş bir uygulama örneği değildir. Ancak kişinin koruma altına alınan yaşama hakkı ile haiz olduğu diğer hakları arasında belirli bir dengenin varlığı aranmaktadır. Bilhassa Sözleşme'nin 3'üncü maddesi çerçevesinde insanlık dışı ve onur kırıcı davranış olarak nitelendirilen bir muameleye maruz kalan kişinin rızasının geçerli olarak kabul edilip edilmemesi, yaşama hakkından feragat edilip edilemeyeceği tartışmasını da beraberinde getirmektedir. Sonuç itibariyle bu hususta öne sürülen görüşler birbirinden oldukça farklıdır. Nitekim Strasbourg organlarının bu türden başvurular karşısında kişinin muhtelif hakları arasında bulunması gereken dengenin sağlanması hususunda ve doğal yaşam ile bitkisel yaşam arasındaki sınırın belirlenmesi konusunda göz önünde bulundurduğu ve incelemesinde esas aldığı değerlendirme ölçütleri

¹⁴⁸⁸BESİRİ, s.201.

bulunmamaktadır.¹⁴⁸⁹

Ötenazi uygulamasına ve intihara yardıma olanak tanıyan düzenlemelerin öngörülmesini, devletlerin iç hukuklarında haiz oldukları takdir yetkisinin kapsamında gören Mahkeme, bu düşüncesini içtihatlarına da yansıtmıştır. Bunun yanında Mahkeme Sözleşme'nin 2'nci maddesinin kişiye ölüm hakkı tanımadığını ve söz konusu hakkı güvence altına almadığını da belirtmektedir. Hal böyle olunca iç hukuklarında ötenazi uygulamasına yer vermeyen taraf devletlerin yerel düzenlemelerinin Sözleşme uygulaması ile de uyum sağladığını söylemek mümkündür. Mahkeme Pretty davasında olduğu gibi Sözleşme'nin 2'nci maddesi kapsamında incelediği diğer tüm davalarda da devletin yaşama hakkının koruma altına alınması konusunda pozitif yükümlülüklerin gereklerine uygun şekilde hareket etmesi gerektiği hususu üzerinde durmaktadır. Bununla birlikte Mahkeme, Sözleşme'nin 2'nci maddesinin kişiye devlet tarafından belirli bir yaşam standardı sunulma garantisi vermediğini de belirtmektedir.¹⁴⁹⁰ Fakat Sözleşme'nin 2'nci maddesinin kişiye yaşama hakkından ziyade hayatının sona erdirilmesi konusunda karar verme özgürlüğünü, diğer bir ifadeyle ölme hakkını tanıdığını öne sürmek, Mahkeme'nin Sözleşme'yi yorumlaması neticesinde bu konuda ulaştığı kanaat doğrultusunda ortaya koyduğu içtihatlar ile örtüşmeyecektir. Mahkeme Pretty davasında, kişinin acı çekmesine, yakın zamanda öleceğinin öngörülmesine ve aydınlatılmış onamının alınmasına karşın yerel makamlar tarafından yardımcı intiharına müsaade edilmemesinin Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ihlali anlamına geldiğine yönelik iddiaları dayanaktan yoksun bulmuştur. Bunun yanında Mahkeme, taraf devletlerin ötenaziye ilişkin bir müdahaleye olanak tanımalarının Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ihlaline neden olup olmayacağı konusunda ise, taraf devletlerin bireylerin kendi özgür iradeleri kapsamında veya yakınlarının ısrarları üzerine hayatlarını sonlandırmayı yasal düzenlemeler yoluyla mümkün kılmalarının, her somut vakanın kendine özgü olarak taşıdığı şartlar nazara alınmak suretiyle kişisel

¹⁴⁸⁹ERDOĞAN/KARAN, s.81.

¹⁴⁹⁰ERDOĞAN/KARAN, s.81.

özgürlük alanı ve kamu yararları arasında bir tenakuz meydana getirebileceğini de belirtmiştir.¹⁴⁹¹

1982 Anayasası'nın 17'nci maddesinin birinci fıkrası ve Sözleşme'nin 2'nci maddesi yaşama hakkı bağlamında önemli bir güvence ihdas etmektedir. Fakat söz konusu düzenlemeler hiçbir şekilde ölme hakkını tanımamaktadır. Daha önce de belirtildiği gibi Mahkeme, Pretty/İngiltere kararında; Sözleşme'nin 2'nci maddesinin taraf devlete, ölme hakkı tanımak veya bu haktan yararlanmayı kolaylaştırmak anlamında bir sorumluluk yüklediğini belirtmiştir. Sözleşme'de düzenlenen yaşama hakkının ölme hakkını da güvence altına aldığı yönünde bir kabulde bulunulamayacağını belirten Mahkeme, bunun yanında devletlerin iç hukuklarında ötenaziye yer vermelerini Sözleşme'ye aykırı görmemektedir.¹⁴⁹²

Mahkeme Sözleşme'nin 2'nci maddesi bağlamında görülen hemen hemen bütün davalar sonucunda verdiği kararlarda taraf devletlerin yaşama hakkını koruma altına alma konusunda söz konusu maddeden doğan yükümlülüklerine sıklıkla atıfta bulunmuştur. Ancak Mahkeme, Sözleşme'nin 2'nci maddesi gereğince güvence altına alınan yaşama hakkının olumsuz yönde karşılığı olan ölme hakkının da, söz konusu madde uyarınca koruma altına alındığı sonucunu çıkarmayı sağlayan bir yorumda bulunulamayacağına kani olmuştur. Her ne kadar örgütlenme hürriyeti yalnızca bir örgüte üye olma hakkını kapsamakla kalmayıp bunun yanında bir örgüte üye olmaya zorlanmama hakkını da tanısa aynı genişletici yöndeki değerlendirmeyi yaşama hakkı bağlamında da gerçekleştirmek mümkün değildir. Çünkü Sözleşme'nin 2'nci maddesi düzenlenme aşamasında değişik bir mevzuat hazırlama tekniği ile ele alınmıştır. Bahsi geçen madde, yaşamın niteliği ya da kişinin hayatında gerçekleştirmeyi yeğlediği hususlarla Mahkeme'yi işgal ettirecek şekilde geniş kapsamlı bir düzenleme olarak görülemeyecektir. Netice itibarıyla Sözleşme'nin 2'nci maddesinin, yaşama hakkına tam anlamıyla zıt bir kavram olan ölme hakkına olanak tanıyacak biçimde ya da kişiye hayatını sürdürmek yerine istediği zaman sonlandırma yetkisini içeren kendi kaderini tayin etme hakkını verecek şekilde

¹⁴⁹¹ERDOĞAN/KARAN, s.81.

¹⁴⁹²ÇİFTÇİOĞLU, s.162.

uygulanması, söz konusu maddenin düzenlenme amacına ve ruhuna aykırı olacaktır.¹⁴⁹³

Mahkeme, hem üçüncü kişilerin hem de yetkili mercilerin desteğiyle gerçekleşecek yaşamın sonlandırılması amacına yönelik bir hakkın Sözleşme'nin 2'nci maddesi kapsamında garanti altına alınmadığını kesin bir dille belirtmiştir. Nitekim Mahkeme'nin bu konu hakkındaki kanaati Avrupa Konseyi Parlamenter Asamblesi'nin kararı ile de teyit edilmiştir. Sonuç olarak Pretty/İngiltere kararında Mahkeme, Sözleşme'nin 2'nci maddesinin, hangi şart ve durumda olursa olsun kişiye yaşamını sonlandırma hakkı bahsetmediğini tereddüde mahal vermeyecek bir kesinlikle açıklamıştır.¹⁴⁹⁴

Nitekim Avrupa Konseyi Parlamenterler Asamblesi taraf devletlerin aktif ötenazi uygulamasına izin vermemelerini tavsiye etmektedir.¹⁴⁹⁵

Bilindiği üzere Sözleşme'nin 2'nci maddesinde yaşama hakkı, 3'üncü maddesinde işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı ceza ve muamele yasağı, 8'inci maddesinde özel yaşam hakkı, 9'uncu maddesinde düşünce, din ve vicdan özgürlüğü hakkı teminat altına alınmıştır. Söz konusu maddeler kapsamında bilhassa özel yaşama yönelik olan 8'inci madde, tedavi olanağı bulunmayan bir rahatsızlığa yakalanarak dayanılamayacak şekilde acı çeken hastaların ötenazi ya da intihar amaçlı yardım istemlerine yönelik başvurularda öne sürülmesi mümkün olan bir maddedir.¹⁴⁹⁶

Kişinin fiziksel bütünlüğü ve hayatı üzerinde söz söyleme hakkı, tıp biliminde meydana gelen ilerlemelere ve kişisel muhtariyet ilkesinin giderek artan önemine binaen daha çok üzerinde durulan bir konu haline gelmiştir. Bu bağlamda yaşama hakkının dokunulmazlığı tezi ile kişisel muhtariyet tezi arasında ihtilaf

¹⁴⁹³CENGİZ, Yaşam Hakkı, s.403.

¹⁴⁹⁴CENGİZ, Yaşam Hakkı, s.403.

¹⁴⁹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Avrupa Konseyi Parlamenterler Asamblesi 1418 (1999) sayılı Tavsiye kararı.

¹⁴⁹⁶İNCEOĞLU, Ötenazi, s.143.

ortaya çıkmaktadır.¹⁴⁹⁷

Nitekim söz konusu ihtilaf, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında yapılan başvurular neticesinde Mahkeme tarafından da değerlendirme altına alınmıştır. Sözleşme organlarının, ötenazi ile doğrudan alakalı olmamakla birlikte, açlık grevi ve intihara yardım konularında istikrarlı kararlar verdikleri görülmektedir. Gerek Komisyon'un gerekse Mahkeme'nin taraf devletlerde uygulanan zorla besleme yönteminin ve yerel mevzuatlarında suç olarak yaptırım altına alınan intihara yardımın Sözleşme'ye aykırılık teşkil etmediği yönündeki yaklaşımları, Sözleşme organlarının kişisel muhtariyet ilkesini değil, Sözleşme'nin 2'nci maddesi ile koruma altına alınan yaşama hakkının dokunulmazlığı ilkesini üstün tuttuklarını göstermektedir. Hal böyle olunca Sözleşme kapsamında ötenazi talebinin kabul edilebilir bir istem olmadığı neticesine ulaşılmaktadır. Ancak Mahkeme'nin bu yöndeki kararları, ötenazi ya da hekim destekli intiharı yasal hale getiren taraf devletlerin Sözleşme'den doğan gereklilikleri göz ardı ettikleri anlamına gelmeyecektir. Bilhassa Pretty Birleşik Krallık kararında, Mahkeme Sözleşme'ye taraf diğer devletlerde intihara yardım eyleminin suç teşkil etmemesinin somut vaka hakkında ulaşılabilecek kanaate herhangi bir etkisinin olmadığını ifade etmekle beraber, intihara yardıma hukuksal açıdan olanak tanıyan taraf devletlerin Sözleşme'nin 2'nci maddesi bağlamında sorumlu tutulamayacaklarının da altını çizmektedir.¹⁴⁹⁸

Mahkeme Sözleşme'nin 8'inci maddesi kapsamında ele alınan özel yaşam ibaresini geniş bir şekilde yorumlayarak, söz konusu kavramın kişinin bedensel ve ruhsal bütünlüğünü de içerisinde barındırdığını kabul etmektedir. Mahkeme, tıbben müdahalede bulunan bir kişinin tedaviyi kabul etmemesinin önlenemez bir ölüm neticesini de beraberinde getireceğini ifade etmekle birlikte, bilinci yerinde olan yetişkin bir bireyin olumlu yönde bir irade beyanı bulunmaksızın tedaviye tabi tutulmasının Sözleşme'nin 8'inci maddesi bağlamında güvence altına alınan haklara hanel gelecekte biçimde kişinin beden bütünlüğüne yönelik saldırı niteliğindeki bir eyleme dönüşeceğini de belirtmektedir. Diğer bir ifadeyle Mahkeme, kişinin kendi beden bütünlüğü ve yaşamı üzerinde söz söyleme hakkını özel yaşamın korunması

¹⁴⁹⁷İNCEOĞLU, Ötenazi, s.171.

¹⁴⁹⁸İNCEOĞLU, Ötenazi, s.171.

hakkının ayrılmaz bir tezahürü olarak görmekte ise de, söz konusu hakkın Sözleşme'nin 8'inci maddesinin ikinci fıkrasındaki kıstaslar uyarınca sınırlanabileceğini de vurgulamaktadır. Nitekim bir devletin ötenaziye yönelik müdahalenin ya da hekim destekli intihara yönelik girişimin suiistimal edilme tehlikesini bertaraf etmek adına, söz konusu eylemlere yasal anlamda engel koyma yetkisi bulunmaktadır. Ancak bunun yanında bir devletin yaşama hakkına yönelik söz konusu tehlikeyi ortadan kaldırmak için gereken tedbirleri almak suretiyle ötenazi ve hekim yardımlı intihar uygulamasına olanak sağlaması da mümkündür. Zira Mahkeme, taraf devletlere bu hususta hareket serbestisi tanıyarak, takdir haklarına karışmak istememiştir.¹⁴⁹⁹

Nitekim, Haas/İsviçre'ye karşı 20/01/2011 tarihli ve 31322/07 başvuru numaralı AİHM kararında¹⁵⁰⁰ 20 yıldır ağır çift kutuplu duygusal bozukluk yaşayan başvurucu mevcut hastalığının onurlu bir biçimde yaşama imkanından kendisini mahrum bıraktığını öne sürerek intihara yardım hizmeti veren bir İsviçre hukuk derneğine müracaat etmiştir.¹⁵⁰¹

Öldürücü bir madde olan pentobarbital sodyum ilacını almak için ihtiyaç duyduğu reçeteyi tanzim etmek üzere birçok psikiyatriste başvuran kişi bu teşebbüsleri neticesinde başarılı olamamıştır. İç hukuk yollarında en son yargı mercii olan Federal Mahkeme'ye başvuran kişinin bu yöndeki talebi, 2006 tarihli mahkeme kararında; kişinin ölümüne neden olacak bir intihar eylemi için devlet veya üçüncü kişinin yardımını alma hakkının Sözleşme tarafından bahşedilemeyecek bir hak olduğu gerekçesiyle reddedilmiştir.¹⁵⁰²

Bunun üzerine başvurucu AİHM nezdinde psikiyatrik rapora dayanan tıbbi reçete sayesinde ölümüne neden olacak maddeyi temin etmek için istenen koşulların gerçekleştiğini ancak buna rağmen yaşamına kesin ve kendine yakışır bir şekilde son verme hakkına taraf devlet iç hukukunda saygı gösterilmediğini iddia etmiştir.

¹⁴⁹⁹İNCEOĞLU, Ötenazi, s.150.

¹⁵⁰⁰ Haas/İsviçre davası, Başvuru No:31322/07, Karar Tarihi:20/01/2011. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

¹⁵⁰¹<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/searchh.aspx> (erişim tarihi:07/10/2014)

¹⁵⁰²<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/searchh.aspx> (erişim tarihi:07/10/2014)

Mahkeme kararında; bir kişinin istediği zaman ve biçimde yaşamını sonlandırma yönündeki karar hakkının, bu hususta serbestçe irade gösterme ve hareket etme yeteneğine haiz olması koşuluyla özel hayata saygı hakkının bir parçası olduğuna değinmiştir. Sözleşme'nin 8'inci maddesinde taraf devlete başvurucunun acı duymadan ve başarılı biçimde ölümünün gerçekleşmesine imkân verecek maddeyi reçetesiz şekilde alabilmesine olanak sağlama konusunda pozitif yükümlülük izafe edilip edilmediği noktasında Mahkeme, bir kişinin yaşamına istediği zaman ve şekilde son verme hakkının tanınıp tanınmaması bağlamında Avrupa Konseyi'ne taraf devletler arasında sağlanmış bir konsensus bulunmadığını, bazı taraf devletlerde intihara yardım eylemi suç olarak addedilmese dahi üye ülkelerin büyük bir kısmında yaşama son verme hakkından ziyade kişinin yaşamının koruma altına alınmasına özel önem atfedildiğini ifade etmektedir.¹⁵⁰³

Netice itibariyle bu konuda taraf devletlere büyük bir takdir marjı tanıyan AİHM, Federal Mahkeme'nin Sözleşme'nin 2'nci maddesinin taraf devletler için yaşama son verme yönünde alınacak bir kararın ilgili kişinin serbest iradesinden doğmuş olmasını güvence altına almayı tesis edecek bir prosedür geliştirme mecburiyeti getirdiği şeklindeki görüşünü haklı bularak ve tam bir psikiyatrik bilirkişi raporuna dayanılarak tanzim edilen tıbbi reçete koşulunun bu söz konusu mecburiyete uymayı sağlayan önemli bir araç olduğunu kabul ederek, neticeten başvurucunun pentobarbital sodyum ilacını almasına olanak tanıyan bilirkişi raporuna etkili bir erişim yolunun olup olmadığını incelemiştir.¹⁵⁰⁴

Mahkeme, taraf devletlerin onurlu bir biçimde intiharı kolaylaştırmaya olanak tanıyan önlemler almaları yönünde Sözleşme'nin 8'inci maddesi bağlamında pozitif yükümlülöklere haiz olduklarını kabul etmekle birlikte, İsviçre yerel makamlarının somut vakada söz konusu yükümlölüğün gerekliliğini yerine getirerek somut bir ihlale neden olmadıkları neticesine ulaşmış ve Sözleşme'nin 8'inci maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.¹⁵⁰⁵

Kişinin isteği doğrultusunda gerçekleştirilen ötenazi, kendi geleceğini

¹⁵⁰³<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/searchh.aspx> (erişim tarihi:07/10/2014)

¹⁵⁰⁴<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/searchh.aspx> (erişim tarihi:07/10/2014)

¹⁵⁰⁵<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/searchh.aspx> (erişim tarihi:07/10/2014)

belirleme hakkı bağlamında tartışılan bir konudur. Kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı gerek Anayasal metinlerde gerekse insan haklarını koruma altına alan uluslar arası düzenlemelerde açık bir biçimde öngörülmesi de, söz konusu bireysel muhtariyet diğer insan haklarının bütünlüycü bir parçası gibi kabul edilerek koruma altına alınmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşme'nin özel hayatı güvence altına alan 8'inci maddesinin kişisel muhtariyeti, diğer bir ifadeyle kişiye hayatını tek başına kendi tercihleri yönünde idame ettirme olanağını da tanıdığını ifade etmektedir.¹⁵⁰⁶ Mahkeme, özel yaşamı geniş şekilde ele almakta ve söz konusu ibareye kişinin bedensel ve ruhsal bütünlüğünü de içine alan bir anlam yüklemektedir. Nitekim kişinin cinsel kimliği, adı, cinsel tercihi ve cinsel hayatı, çevresiyle sürekli etkileşimde bulunarak kendini geliştirme hakkı Sözleşme'nin 8'inci maddesi bağlamında himaye altına alınmaktadır. Sözleşme'nin koruma altına aldığı özel yaşama alanı içerisinde ilgili kişi, kendisi bakımından bedensel ya da etik anlamda tehlike arz eden fiilleri gerçekleştirme olanağına da sahiptir. Zira Mahkeme tıbbi müdahalenin kabul edilmemesinin yol açacağı kaçınılmaz bir hayat kaybı neticesine rağmen, şuuru yerinde olan kişinin iradesi hilafına tatbik edilecek bir tıbbi müdahalenin, kişinin Sözleşme'nin 8'inci maddesi bağlamında garanti altına alınan beden bütünlüğüne yönelik haklarını etkileyecek bir eylem teşkil edeceğini ifade ederek bir anlamda kişinin kendi fiziksel bütünlüğü ve hayatı konusunda söz söyleme ya da tercihte bulunma hakkının, Sözleşme ile de koruma altına alınan özel yaşam hakkının doğal bir sonucu olduğu yönündeki görüşünü ortaya koymaktadır.¹⁵⁰⁷

Mahkeme'nin bu yöndeki kanaati, taraf devletlerin Anayasal düzenlemelerine de yansımıştır. Zira kişisel özerklik kavramı, Anayasal düzenlemelerde açıkça yer almasa da, uygulamada koruma altına alınan diğer hakların sahip olduğu güvencenin kapsamından dolayı olarak yararlandığı görülmektedir.¹⁵⁰⁸

Amerika Birleşik Devletleri'nde Anayasa hukuku kişinin kendi geleceğini belirleme hakkını özel yaşam hakkı kapsamında değerlendirmektedir. Yine kişinin gebeliğin sonlandırılmasına yönelik kararı özel yaşam hakkının sınırları içerisinde

¹⁵⁰⁶İNCEOĞLU, Ötenazi, s.160.

¹⁵⁰⁷İNCEOĞLU, Ötenazi, s.160.

¹⁵⁰⁸İNCEOĞLU, Ötenazi, s.160.

görüldüğü gibi hastanın yaşamını bağlı olarak sürdürdüğü destek ünitesinin devre dışı bırakılması yönündeki talebi de özel yaşam hakkının muhteviyatında ele alınan bir anayasal hak olarak kabul edilmiştir.¹⁵⁰⁹

Alman Anayasası'nda özel yaşam hakkı açık bir biçimde düzenlenmemiş ise de, iletişimin gizliliği, konut dokunulmazlığı gibi söz konusu hakkı dolaylı olarak koruyan bazı güvencelerin kişilere ihdas edildiği gözlemlenmektedir. Alman Anayasası'nda geçen “herkes özgürce kişiliğini geliştirme hakkına sahiptir” şeklindeki düzenleme, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının koruma altına alınmasında dayanak oluşturmaktadır. Taraf devlette anayasal bağlamda teminat altına alınan tedaviyi kabul etmeme hakkının kullanılması kişinin hayatının sona ermesine yol açsa bile Alman Yüksek Mahkemesi kararları ile söz konusu hakkın kullanılmasına imkân tanımıştır.¹⁵¹⁰

İtalyan Anayasası da Alman Anayasası'na benzer şekilde, konut dokunulmazlığı ve haberleşmenin gizliliği ilkelerini koruma altına almıştır. Konut dokunulmazlığı ve haberleşmenin gizliliğine yönelik düzenlemeler dışında ayrıca kişinin özel yaşama hakkına yönelik açık bir hükme İtalyan Anayasası'nda da yer verilmemektedir. Kişinin özel yaşam alanını ilgilendiren tartışmalı konular İtalyan Anayasası'nın 2'nci maddesi esas alınarak değerlendirilmekte ve sonuca ulaştırılmaktadır.¹⁵¹¹

Türkiye açısından özel yaşam alanına yönelik Anayasal çerçeveye göz atıldığında ise, 1982 Anayasası'nın 20'nci maddesinde özel hayatın gizliliği teminat altına alınmakla beraber, herkesin özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına haiz olduğu da ifade edilmektedir. Hâlbuki 1961 Anayasası 15'inci maddesi ile yalnızca özel hayatın gizliliğini güvence altına alırken, 1982 Anayasası gibi özel hayata saygıyı ayrıca koruma altına almamıştır. 1982 Anayasası özel yaşama saygı duyulması gerekliliğini öngörmekle kişinin cinsel yaşamını, ismini, kimliğini, kendini geliştirme ve geleceği üzerinde söz söyleme hakkını bir araya

¹⁵⁰⁹İNCEOĞLU, Ötenazi, s.161.

¹⁵¹⁰İNCEOĞLU, Ötenazi, s.161.

¹⁵¹¹İNCEOĞLU, Ötenazi, s.161.

getiren kişisel özerk alanı da teminat altına almaktadır.¹⁵¹² Başka bir ifade ile özel yaşamın gerekliliklerinden olan bağımsızlık ve gizlilik ilkelerine Anayasa'nın 20'nci maddesinde de yer verilmiştir.¹⁵¹³

Bunun yanında 1982 Anayasası'nın 17'nci maddesinde kişinin yaşama, maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkına haiz olduğu belirtilmektedir. Söz konusu düzenleme de kişisel özerkliği kapsamına alacak şekilde değerlendirilebilecektir. Kişinin manevi varlığı ile anlatılmak istenen, kendi yaşam şeklinin, tercihlerinin, kimliğinin, geleceğini tayin etme hakkının bir araya gelmesinden oluşan iç dünyası ve ruhsal varlığıdır. 1982 Anayasası'nın bu anlamda 17'nci ve 20'nci maddeleri ile kişinin kendi kaderini tayin hakkını güvence altına aldığı ifade etmek yerinde olacaktır. Ancak kişinin özel yaşam alanına ilişkin iki ayrı teminata iki ayrı maddede yer verilmesi bir takım tereddütlerin doğmasına yol açmaktadır. Anayasa'nın 17'nci ve 20'nci maddelerinin güvence altına aldığı hususların birbirinden farklı olup olmadığı konusunda bir belirlemede bulunabilmek için öncelikle söz konusu maddelerin gerekçelerini ve Anayasa Mahkemesi'nin bu maddelere dayalı olarak oluşturduğu içtihatları dikkatli şekilde gözden geçirmek gerekmektedir.¹⁵¹⁴

Bitkisel hayata giren kişiler tıp biliminin ilerlemesi neticesinde uzun süre yaşatılabilmektedir. Ancak hastaların ve devletin maddi olanaklarının belirli bir seviyede olması, tıp, hukuk, felsefe ve sosyoloji alanlarının müşterek paydada bulunduğu bir konu olan ötenaziye yönelik istekleri çoğaltmaktadır. Hukuki bakımdan aktif ötenazi ile pasif ötenazi aynı sonuçları doğurduğu için, yasal düzenlemeler karşısında bu ayrımın herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Zira söz konusu ayrım tıp bilimi açısından bir anlam ifade etmektedir. Hukuki bakımdan her iki ötenazi türünde de aynı netice doğmakta ve hasta yaşamını kaybetmektedir.¹⁵¹⁵

Pasif ötenazi uygulamasına, bilhassa Türkiye'de sıkça başvurulduğu bilinen bir gerçektir. Bunun yanında pasif ötenazi uygulaması neticesinde meydana gelen

¹⁵¹²İNCEOĞLU, Ötenazi, s.161.

¹⁵¹³İNCEOĞLU, Ötenazi, s.162.

¹⁵¹⁴İNCEOĞLU, Ötenazi, s.162.

¹⁵¹⁵KESKİN, s.104.

ölüm vakaları da çoğunlukla adli bir tahkikata konu edilmemektedir. Söz konusu uygulama her ne kadar resmi kayıtlara yansıtılmasa da, bilhassa yaşamının son dönemlerinde olan hasta veya hasta yakınlarının tedavinin yarıda bırakılmasına yönelik ısrarcı tavırlarına engel olunamayan hallere sıkça rastlanmaktadır. Hasta veya yakınlarının bu yöndeki isteklerinin temelinde maddi olanaksızlıklar ve hastanın kendi evinde ölme isteği yatmaktadır.¹⁵¹⁶

Hem aktif hem de pasif ötenazi doğal hukuka aykırılık teşkil etmektedir. Bazı devletlerin son zamanlarda ötenazi uygulamasını hukuka uygun bir fiil haline getiren düzenlemeler öngörmeleri, ötenaziye yönelik müdahalenin hukuka aykırı bir eylem teşkil ettiği yönündeki gerçeği ortadan kaldıramayacaktır. Kişilere bahşedilen en önemli değerlerden biri de yaşama hakkıdır. Bu bağlamda hiç kimse haklı olduğunu düşündüğü bir gerekçe öne sürerek başka bir kişinin yaşama hakkını sonlandıracak bir eylemde bulunma gücüne haiz değildir. Kaldı ki, ölüm cezasının kaldırılmasıyla birlikte devletler dahi bu yetkiden yoksun bırakılmıştır.¹⁵¹⁷ O halde tıp alanında yetkili olan kişilerin, tedavi olanağı bulunmayan bir hastalık karşısında bilimsel tüm gelişmeleri özenli şekilde takip edip, bu türden bir hastalığa yakalanan kişilerin zaman içerisinde eski sağlıklarına kavuşturulabileceklerini öngörmek suretiyle hareket etmeleri gerekmektedir.¹⁵¹⁸

1960 yılından günümüze kadar halen geçerliliğini koruyan Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 13'üncü maddesi pasif ötenaziye imkân tanımamaktadır. Pasif ötenaziye yönelik bir müdahale 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 84'üncü maddesi gereğince müeyyideye tabi kılınmaktadır. Söz konusu maddeye göre bir kişiyi intihara ikna ve buna yardım eden kimse, intiharın gerçekleşmesi halinde dört seneden on seneye kadar hapis cezası yaptırımı ile karşılaşacaktır. Düşüncemize göre, ötenazinin Türk Ceza Kanunu'nda öngörülecek yeni bir düzenleme ile ayrı bir madde başlığı altında münferit şekilde yaptırımı tabi kılınmış bir suç olarak ele

¹⁵¹⁶KESKİN, s.104.

¹⁵¹⁷ Bir taraf devlet ölüm cezasını kaldırmakla, kendi egemenlik alanı içerisinde olan bireyin böyle bir cezaya tabi kılınmasını önlemek konusunda öncelikli bir sorumluluk altına girer. Bkz. Bharat MALKANI, "The Obligation To Refrain From Assisting The Use Of The Death Penalty", *International and Comparative Law Quarterly*, Volume 62, July 2013, Part 3, s.552.

¹⁵¹⁸KESKİN, s.104.

alınması, uygulamaya yansiyacak kolaylığı göz önüne alındığında isabetli olacaktır.¹⁵¹⁹

İyileşmezlik kavramı zamana, mekâna ve kişiye göre değişen bir anlam ifade etmektedir. Daha önce tedavisi mümkün olmayan ve çoğu hastanın ölümüne neden olan bir hastalık günümüzde tıbbın gösterdiği ilerleme sayesinde kolay bir biçimde tedavi edilebilmektedir. Artık birçok tedavi edilemez nitelikte görülen hastalığın şifası, teknolojinin hızla gelişmesi ile birlikte belirlenebilmiştir.¹⁵²⁰

Yaşamak ve nefes almak değeri hiçbir şeyle ölçülemeyecek kadar mukaddes kıymetlerdir. Hukuk devleti ilkesinin temel amacı ise, devletin egemenliği altında bulunan bireylerin yaşama haklarını koruma altına alarak, insanların güvenli ve huzurlu bir ortamda hayatlarını idame ettirmelerini sağlamaktır. Bu durumda tedavi olanağı bulunmayan bir hastalık nedeniyle insan hayatını sonlandırmak şeklinde ifade edilen ötenaziye ilişkin bir müdahaleyi desteklemek, tıbbın zaman içinde kaydettiği ilerlemenin neticeleri nazara alındığında çok doğru olmayacaktır.¹⁵²¹

¹⁵¹⁹KESKİN, s.105.

¹⁵²⁰ ÖZTÜRK, s.588.

¹⁵²¹ ÖZTÜRK, s.588.

SONUÇ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 1953 yılında yürürlüğe girmiş olup, 1954 yılında Türkiye tarafından onaylanmıştır. Türkiye, 21/04/1987 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na bireysel başvuru hakkını, 27/09/1989 tarihinde ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin zorunlu yargı yetkisini tanımıştır. Sözleşme ile tanınan ilk hak, yaşama hakkıdır. Avrupa Konseyi'ni oluşturan üye devletler tarafından da söz konusu hak, Sözleşme'nin 3'üncü maddesinde düzenlenen işkence yasağı ile birlikte bir bakıma kutsallaştırılmıştır.

Yaşama hakkı, en temel haktır. Bahse konu hak karşısında diğer haklar türev, ikincil nitelikte haklar konumundadır. Diğer bir anlatımla tüm hakların kullanımı ve varlığı söz konusu hakkın varlığına bağlıdır. Bu özelliği ile yaşama hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan dokunulmaz haklar ya da hakların sert çekirdeğini teşkil etmektedir.

Çalışma konumuzu oluşturan yaşama hakkının şimdiye kadar ulusal ve uluslararası hukuk normlarında bir tanımına yer verilmemiştir. Söz konusu durum aslında hakkın öneminden ve ilk algılanıştaki basitliğinden ileri gelmektedir. Gerek ulusal gerekse uluslararası hukuk mevzuatlarında hakkın tanımına değinilmemişse de, belirtilen hakkın tanımı ve kapsamı literatürde değişik biçimlerde ifade edilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2'nci maddesinde düzenlenen yaşama hakkı, Sözleşme'ye taraf devletlerce "right to life" ifadesi ile anılmaktadır. Sözleşme'de hakkın tanımına yer verilmediği görülmekte olup, yasa ile korunması gerekliliği hüküm altına alınmıştır. Sözleşme'de belirtilen hakların nasıl ve hangi sınırlar içerisinde kullanılacağı, yani hakların somut görünümleri Mahkeme içtihatları ile somut hale geleceğinden, yasayla koruma niteliğini Mahkeme'nin kararları doğrultusunda yorumlamak gerekmektedir.

Hem ulusal alanda hem de uluslararası alanda garanti altına alınması gereken bir hak olan yaşama hakkı, insan hakları ve temel özgürlükler bakımından önemli ilerlemeler kaydetmesi için taraf devletleri uluslararası örgütler, uluslararası sözleşmeler ve bildirgeler aracılığıyla somut adımlar atmaya yönlendirmiştir.

Avrupa Konseyi nezdinde üye ülkeler için bağlayıcı niteliği olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, taraf devletlerin iç hukuk düzenlemelerini Sözleşme’de belirtilen ilkelere uygun hale getirme yükümlülüğü altında bırakan, bireyi uluslararası hukukta hak süjesi yapan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne bireysel başvuru olanağı sunarak bireyi hukuki koruma altına alan, bölgesel koruma sistemleri içinde en önemli uluslararası belge olma özelliğine sahiptir. Sözleşme’nin 2’nci maddesinin birinci fıkrası, herkesin yaşama hakkına haiz olduğunu ve hiç kimsenin yaşamından kasıtlı olarak yoksun bırakılamayacağını hükme bağladıktan sonra, bu kuralın istisnalarına da yer vermiştir. Ancak hakkın istisnalarına değinen düzenlemelerin oldukça dar yorumlanması gerekmektedir.

Sözleşme’nin 2’nci maddesinin ikinci fıkrası, kasten öldürmeye müsaade eden halleri belirtmemiştir. Söz konusu maddede mutlaka gerekli bir güç kullanımı neticesi gerçekleşen ölüm, yaşama hakkının istisnası olarak kabul edilmiştir. Taraf devletlerin Sözleşme’nin 2’nci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan hukuka uygunluk hâllerinden yararlanabilmesi için şiddet ve fiili kuvvete başvurunun “mutlak zorunlu” olmasının yanı sıra alınan önlem ile ulaşılmak istenen amaç arasında “tam bir orantı”nın varlığı da gerekmektedir.

Sözleşme’nin 2’nci maddesi uyarınca doğrudan devletin sebep olduğu ihlaller ve üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilecek ihlallerde yaşama hakkı bakımından kişinin etkin bir şekilde korunması için taraf devletin uygun ve makul önleyici her tür tedbiri alması elzemdir. Aksi takdirde uluslar arası alanda devletin sorumluluğu doğabilecektir. Başka bir ifade ile devlet, bireyin yaşama hakkını ihlal eden kişiyi cezalandırmanın yanı sıra ihlallerin önlenmesine ilişkin tüm tedbirleri almakla da yükümlüdür. Ancak devlete izafe edilen bu yükümlülük sınırsız bir şekilde her olası şiddeti önlemeye ilişkin bir yükümlülük olarak telakki edilemez.

Sözleşme'nin 2'nci maddesi uyarınca yaşama hakkının kanunla korunması, kasti ve keyfi öldürmelere karşı kişinin bu hakkını garanti altına alırken, taraf devletler bakımından da negatif ve pozitif olmak üzere iki yönlü yükümlülük getirmektedir. Devletin, Sözleşme'de koruma altına alınan haklar için makul ve uygun önlemler almasını beklemek, etkin bir koruma sağlayan Sözleşme sistemi karşısında tabidir.

Sözleşme'nin ölüm cezasına yer veren 2'nci madde hükmüne karşılık, ölüm cezasının kaldırılmasına dair Sözleşme'ye Ek 6 No'lu Protokol'ün 1'inci maddesi, “Ölüm cezası kaldırılmıştır. Hiç kimse ölüm cezasına mahkûm edilemez ve idam edilemez” şeklindeki düzenlemesi ile hiç kimsenin bu cezaya mahkûm edilemeyeceğini güvence altına almıştır. Fakat Protokol'ün 2'nci maddesinin ölüm cezasının kaldırılmasını savaş zamanı ile sınırladığı görülmektedir.

Sözleşme'ye Ek 6 No'lu Protokol'ün “savaş ve barış zamanı” şeklinde getirdiği ayrıma karşılık, 13 No'lu Protokol ölüm cezasını tamamen ilga etmiştir. İki Protokol bu açıdan birbirinden ayrılmaktadır. Nitekim Avrupa Konseyi üyesi devletlerin yerel düzenlemelerine bakıldığında, bu devletlerin birçoğunun, mevzuatlarında “savaş ve barış zamanı” şeklindeki ayrıma yer vermedikleri anlaşılmaktadır.

Sözleşme organlarının yaşama hakkına yönelik içtihatları incelendiğinde, son yıllara kadar bu alanda çekingen ve muhafazakâr bir tutum sergiledikleri ve Komisyon'un verdiği kabul edilemezlik kararları neticesinde 2'nci madde ile ilgili az sayıda başvurunun ele alındığı dikkat çekmektedir. Ancak son yıllarda Mahkeme yaşama hakkı ile ilgili Sözleşme içtihadını geliştirmiş ve 2'nci maddeye aykırılığı tespit edilen çok sayıda başvuru Mahkeme önünde karara bağlanmıştır.

“Hayat” deyiminin cenini de kapsayıp kapsamadığı hususuna Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, söz konusu madde ile ilgili olarak önüne gelen bir kısım başvurularda dolaylı da olsa değinmiştir. Ancak Komisyon soruna açık ve kesin bir yanıt vermekten imtina ederek ve gerek bu maddede geçen “herkes”, “hayat” deyimlerini, gerekse Sözleşme'nin öteki maddelerinde bireye yönelik olarak

kullanılan terimleri yorumlayarak, söz konusu hükmün insanın doğumundan sonraki yaşamı koruma altına aldığı sonucuna varmıştır.

Sözleşme'nin 2'nci maddesi, yalnızca mağdurun ölmesi halinde uygulama alanı bulan bir madde değildir. AİHM, mağdurun ölmemesi durumunda da, Sözleşme'nin 2'nci maddesinin belirli şartlar dâhilinde tatbik edileceğini ifade etmektedir. Bunun yanında Mahkeme, Sözleşme'nin 2'nci maddesinin, herkese yaşama hakkı yerine ölme hakkı tanıyacak şekilde yorumlanmasını kabul etmemektedir.

Sözleşme'ye taraf ülkeler bakımından 2'nci madde, temel bir takım yükümlülükler öngörmektedir. Sözleşme'nin 2'nci maddesi gereği Konsey üyesi devletler, hem pozitif hem de negatif yükümlükler üstlenmişlerdir. Konsey üyesi taraf devletin Sözleşme'nin 2'nci maddesi uyarınca yerine getirmek zorunda olduğu olumlu yükümlülük, yaşama hakkının korunması bağlamında bilhassa yaşamı risk altında olan kişiler için etkin ve gerekli önlemleri almak şeklinde ifade edilebilir. Ayrıca Mahkeme Sözleşme'ye taraf devletlerin ölüm olayının sonrasında etkin soruşturma gerçekleştirme yükümlülüğü altında olduklarını belirterek, pozitif yükümlülüğün sınırlarını içtihatları ile genişletme eğilimi içerisine girmiştir. Sözleşme'nin 2'nci maddesi bakımından devletin olumsuz yükümlülüğü ile anlatılmak istenen, egemenliği altındaki kişilerin hayatlarını hukuka aykırı olarak sonlandırmama sorumluluğudur. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ek protokoller aracılığı ile geçirmiş olduğu değişim, taraf devletlerin yaşama hakkı kapsamında üstlendikleri pozitif ve negatif yükümlülüklerin kapsamının oldukça genişlemesine neden olmuştur. Sözleşme ile korunan hakkın ihlal edilip edilmediği neticesine ulaşılırken, Mahkeme'nin içtihatları ile somut hale gelen bu yükümlülüklerle riayet edilip edilmemesi dikkate alınmaktadır.

İnsan yaşamına yönelik tehlikeyi önleme konusunda Sözleşme'ye taraf devletlerin 2'nci maddeden doğan yükümlülüklerine, insan yaşamına dair somut ve ciddi bir tehlikenin var olması durumunda riayet etmeleri gerekmektedir. Kamusal makamlar bir ya da birden fazla kişinin yaşamına dönük tehlikenin varlığını biliyorlarsa veya bilmeleri gerekiyorsa ve buna rağmen kendilerinden beklenebilecek

makul tedbirleri almamışlarsa, Sözleşme'ye taraf devletlerin sorumluluklarına hükmedilebilecektir. Yaşama hakkını koruma altına alma görevinin, kanun koyucu üzerinde 2'nci madde kapsamında bir yükümlülük oluşturduğu aşikârdır. Ancak yaşama hakkı bütün yaşam tehditlerine karşı bireye bir garanti sunamamaktadır. Zira bireyler kasti mahrumiyet ve ihmale dayalı yaşam tehdidi hallerinde bu garantiden istifade etmektedirler.

Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ilk fıkrasının ilk cümlesi yalnızca kanun koyucuyu muhatap olarak görmemekte; bunun yanında yetkili mercilerin yaşama hakkının korunması amacıyla gereken tedbirleri almaları konusunda genel yükümlülüklerini de tespit etmektedir. Sözleşme organlarının 2'nci maddeye yönelik yorumlarından hareketle yaşama hakkı konusunda devletlerin negatif ve pozitif olmak üzere iki tür yükümlülüğü olduğunu kabul etmek gerekecektir.

Sözleşme'nin 2'nci maddesinden kaynaklanan negatif yükümlülük, öldürmeme emrini içermektedir. Pozitif yükümlülük ise, öldürme eylemine güvenlik güçleri taraf olmasa bile, devletin yaşama hakkını korumaya ilişkin önleyici tedbirler almasını zorunlu hale getirmektedir. Bahse konu tedbirler, devletin bir kişinin yaşamına yönelik somut ve kaçınılmaz bir tehlike ortaya çıktığında kişinin korunmasını, ancak her türlü önleme rağmen bir öldürme eylemi gerçekleşmişse, olay hakkında etkili, hızlı ve kapsamlı bir soruşturma yapılmasını sağlamayı gerektirmektedir. Mahkeme'ye göre devletin önleyici, giderici ve müeyyide ile donatılmış ceza mevzuatını ihdas etme sorumluluğu pozitif yükümlülükler içerisinde ön sırada yer almaktadır. Belirtilen bu yükümlülükleri yerine getirmeyen taraf devletler, Mahkeme tarafından Sözleşme'nin 2'nci maddesini ihlal etmiş sayılmaktadırlar. Modern toplumların denetimindeki güçlükler, insan davranışının önceden tahmin edilmezliği, kaynaklar ve ihtiyaçlar çerçevesinde gerçekleştirilmek durumunda kalınan tercihler dikkate alınarak, pozitif yükümlülüğün alanı yetkililere imkânsız ve orantısız bir yük getirmeyecek şekilde yorumlanmalıdır. Devletin tehlikede bulunan kişilerin yaşama hakkını koruma yükümlülüğü neticeye ulaşma değil neticeyi önleme yani davranış yükümlülüğüdür.

Bir kişiye yönelik olarak somut ve ciddi bir tehlikenin varlığı halinde devletin bu tehlikeyi bertaraf etmek için elinden geleni yapıp yapmadığı ve tüm gerekli tedbirleri alıp almadığı araştırılacaktır. Ancak devlet, riskin oluşmasını engellemek için gerekli tüm tedbirleri almasına rağmen yine de kişiye yönelik saldırı önlenememişse sorumluluktan bahsedilemeyecektir. Fakat bu durumda pozitif yükümlülük kapsamında olduğu kabul edilen prosedürel yükümlülük kuralları gereğince olayın etkin bir soruşturmaya konu edilmesi sorumluluk tespitinde göz önünde bulundurulacaktır.

Yaşama hakkının ihmale dayalı olarak ihlal edilmesi durumunda, etkin bir adalet mekanizması kurulmasına yönelik pozitif yükümlülük mutlaka ceza hukuku anlamında soruşturma yürütme zorunluluğunu gerektirmemektedir. Söz konusu pozitif yükümlülük mağdur olan kişiye hukuki, idari veya disiplin denetiminin sunulması halinde de karşılanabilecektir. Meğerki çok ağır bir ihmale dayalı yaşama hakkı ihlali oluşmasın.

Devletin Mahkeme içtihatlarını da nazara alarak kasten veya ağır ihmale dayalı öldürülme olayları üzerine etkili bir ceza soruşturması yürütülmesini tesis etme görevi bulunmaktadır. Yaşama hakkının devletlere izafe ettiği en önemli pozitif yükümlülük etkili soruşturmanın gerçekleştirilmesidir. Yürütülen soruşturmanın hızlı, kapsamlı ve sonuç getirici olması, etkili bir soruşturmadan bahsedebilmek için gerekli olan unsurlardır. Bunun yanında Mahkeme, kolluk güçlerince hukuka aykırı şekilde yaşama hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddiaları bağımsız bir şekilde soruşturacak bir adli sistemin bulunmamasını devletin iç hukukunda yaşama hakkını gerektiği gibi koruyamadığı yönündeki kanaatine gerekçe oluşturmaktadır.

Öldürme olayının fail veya faillerinin ilgili taraf devletçe gerçekleştirilen soruşturma neticesinde tespit edilememesi Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ihlal edildiği anlamına gelmemektedir. Zira Mahkeme'ye göre uygulamada sorumluların ortaya çıkarılması için gerekli gayretin gösterilmiş olması, diğer bir ifadeyle sorumlular belirlenememiş olsa da soruşturmanın etkili bir şekilde gerçekleştirilmiş olması bu hususta var olan yükümlülüğün yerine getirilmiş sayılması için yeterli kabul edilmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2'nci maddesi, hayatın kendisini korumadığı gibi, yüksek seviyedeki yaşam standardını veya yaşam kalitesini de himaye etmemektedir. Bunun yanında bir kişinin Sözleşme'nin 2'nci maddesinin korumasından faydalanabilmesi için mutlaka cesedinin bulunmuş olması da gerekmemektedir. Bu gibi durumlarda Mahkeme, somut olayın özelliklerinden hareketle bir kişiden uzun süre haber alınamamışsa, ölme ihtimalinin de o ölçüde yüksek olduğunu kabul etmektedir.

Türkiye'nin yaşama hakkını ihlal ettiğini belirleyen kararlardan bazıları gözaltında oluşan ölümlerle alakalıdır. Mahkeme, yaşama hakkı konusundaki genel tutumuna uygun olarak, bu grupta bulunan başvuruları ölümden devletin sorumlu olup olmaması ve etkin bir soruşturma yapılıp yapılmaması açısından ele almıştır. Mahkeme gözaltında meydana gelen ölümler nedeniyle çoğu kez etkili bir soruşturma yapılmaması gerekçesine dayanarak Türkiye hakkında ihlal kararı vermiştir.

Mahkeme, gözaltında bulunan kişilerin yaşamından devletin sorumlu olduğu, sağlıklı bir şekilde gözaltına alınan bir kişinin ölmesi ya da yaralanması halinde, yetkililerin duruma açıklık getirmek zorunda oldukları görüşündedir. Sözleşme'nin 2'nci maddesi gereğince belirli hallerde yetkililerin, kişilerin yaşama haklarını koruma konusunda pozitif yükümlülüğe sahip olduklarını benimseyen Mahkeme, gözaltında bulunan kişiler açısından, bu kişilerin kontrol edilebilir bir durumda olduğuna ve yetkililerin onları korumakla yükümlü olduğuna vurgu yapmaktadır.

AİHM içtihatlarının, gözaltında bulunan kişinin sağ olduğunu ispat yükünün, o kişiyi gözaltına alan devlete ait olduğu yönünde geliştiği görülmektedir. Söz konusu kişilerin serbest bırakıldıktan sonra kaybolmuş oldukları yönündeki savunmayı Mahkeme kabul etmemektedir. Gözaltında tutulan kişilerin gözaltına alındıktan sonra kaybolması hallerinde gözaltı süresinin ne zaman başladığının ve hangi usulü işlemle sona erdiğinin ispat yükü taraf devlete aittir. Diğer taraftan gözaltında tutulan kişinin üzerinde bulunan kemer, kravat, ip, delici ve kesici aletlerden soyutlanarak nezarethaneye alınması ve nezarethanede bulunduğu sürede devamlı olarak kamera ile gözetim altında bulundurulması gerekmektedir.

Mahkeme, devletin gözaltında bulunan kişilere yönelik sorumluluğunun yalnızca, gözaltı birimlerini kapsamadığını, bu sorumluluğun söz konusu kişilerin içinde yer aldığı her türlü adli faaliyeti de bünyesinde barındırdığını, Sözleşme'nin 2'nci maddesi gereğince sağlanan korunmanın yalnızca kasten gerçekleştirilen öldürmeleri değil, bunun yanında taksirle işlenen ölüme yönelik eylemleri de içerdiğini belirtmiştir.

Bunun yanında Mahkeme, gözaltında ölümle sonuçlanan davalar bakımından genel ispat yükünü değiştirerek, devletin gözaltında meydana gelen ölüm olaylarına ilişkin makul bir açıklama getirmekle yükümlü olduğunu kararlarında vurgulamaktadır.

Özgürlükten mahrum bırakmak için yasal bir sebebin olup olmadığının incelenme olanağı bulunmayan durumlarda istisnaen Sözleşme'nin 5'inci maddesinin ihlali ortaya çıkabilir. AİHK ve AİHM, güvenlik güçleri tarafından gözaltına alındığı öne sürülüp, daha sonra bulunamayan ya da öldüğü belirlenen kişiler hakkında Türkiye aleyhine yapılan başvurular sonucunda verdiği kararlarda, Sözleşme'nin 2'nci maddesinde düzenlenen yaşama hakkının yanı sıra olayları kişi güvenliği ve özgürlüğünün ihlali olarak da ele almaktadır. AİHM, yakalanan kişinin gözaltında bulunduğu zaman zarfında başına gelen olaylardan devletin sorumlu olduğunu ve bu yükümlülükten kurtulabilmesi için, kişinin serbest bırakıldığını, ancak kaybolmasında kolluk kuvvetlerinin herhangi bir sorumluluğunun bulunmadığını ortaya koyan delilleri sunması, ileri sürülen iddialar hakkında etkili bir soruşturma yapması gerektiği görüşündedir.

Mahkeme tarafından altı sürekli olarak çizilen hususlar, suç ihbarını alan Cumhuriyet savcılarının olayın esasına yönelik olan araştırma yükümlülüklerini yerine getirmede özentisiz ve ihmalkâr davranmaları, bunun yanında gözaltı kayıtlarının doğruluğunu yeteri kadar araştırmamalarıdır.

Gözaltında meydana gelen kayıp olaylarından sorumlu olduğu iddia edilen ve haklarında şikâyette bulunulan askeri görevliler ile bilhassa gözaltı işlemlerini gerçekleştirdiği öne sürülen jandarma görevlileri hakkında savcılık tarafından yeterli

ve etkili bir soruşturmanın yürütülmemesi, söz konusu kişilerin ifadelerinin dahi alınmaması, soruşturma evrakının il idare kurullarına gönderilerek, bu hususta yargılamaya gerek bulunmadığına yönelik kararlar verilmesi de dikkat çekicidir. Yasal bir düzenleme ile kolluk görevlileri hakkında, Cumhuriyet savcılarında etkili bir denetim gerçekleştirme bağlamında re'sen soruşturma açma yetkisi verilmesi, Mahkeme'nin ihlal iddialarına yönelik olarak savcılarında etkili bir soruşturma yapması gerekliliği yönündeki beklentisini karşılayacaktır.

Türk güvenlik güçlerince işlenen ve Mahkeme'nin Sözleşme ihlali olarak değerlendirdiği eylemlere yönelik kararların verildiği 1996-1997 döneminden bu zamana kadar, Türkiye'nin uyum yükümlülükleri bağlamında bu davalar kapsamında belirlenen ve benzer yeni ihlallerin önlenmesini sağlayacak genel tedbirler alınması gerekliliğine Bakanlar Komitesi tarafından da vurgu yapılmıştır. Bakanlar Komitesi aynı zamanda önceki geçici kararına da atıfta bulunmuştur. Bu kapsamda söz konusu tedbirlerin benimsenmesine yönelik gelişmeler hakkındaki düşüncesini ifade ederken Türkiye'yi bunun yanında ivedilikle daha geniş önlemler almaya davet etmiştir. Bakanlar Komitesi bir bakıma Türkiye'yi bir an önce kolluk kuvvetleri tarafından gerçekleştirilen suiistimaller hakkında ceza hukuku alanında getirilen reform hareketlerini hızlandırmaya yöneltmiştir.

Gözaltında meydana gelen şüpheli bir olayın aydınlatılmasında otopsi oldukça önemlidir. AİHM gözaltında gerçekleşen ölümlerde Birleşmiş Milletler Model Otopsi Protokolü'ndeki esaslar dâhilinde hareket edilip edilmediğini her bir somut olay bakımından ayrıca araştırmaktadır. Mahkeme uzman pataloglar tarafından gerçekleştirilen üstünkörü incelemelere bu anlamda itibar etmemektedir. Mahkeme yetersiz adli tıp incelemelerine bağlı olarak yürütülen kovuşturma sonucunda haklarında delil yetersizliğinden dolayı beraat kararı verilen kolluk görevlilerine yönelik yerel mahkeme kararlarını kendisi bakımından bağlayıcı görmemektedir. Mahkeme, önüne böyle bir dava geldiğinde, somut olay hakkında uluslararası standartlarda kabul edilmiş ölçütleri göz önünde bulundurarak karar vermektedir. Mahkeme şayet yetkililerin ölümüne neden olan etmenleri tespit etmek üzere etkili bir soruşturma yapmadığı kanaatine varırsa, Sözleşme'nin 2'nci

maddesinin ihlal edildiğine hükmetmektedir. Türkiye hakkında bu bağlamda verilen mahkûmiyetler, otopsi işlemlerinde esas alınan kriterlerin eksikliğinden ziyade uygulamada bu konuda uluslararası ölçütlere riayet eden bir otopsi işlemi gerçekleştirilmemesinden kaynaklanmaktadır.

Mahkeme'nin cezaevlerinde meydana gelen ölüm olayları bağlamında özellikle açlık grevlerini ve intihar vakalarını Sözleşme'nin 2'nci maddesi çerçevesinde incelediği görülmektedir. 1999-2000 yılları arasında Türkiye'de bulunan cezaevlerinde kitlesel boyutlara ulaşan açlık grevleri neticesinde zorla besleme ve tedavi konularına yönelik olarak kamu otoritelerinin ihtiyaç duyduğu yasal düzenlemeler üzerinde bazı hukukçular tarafından çalışma başlatılmıştır. Söz konusu dönemde karşılaşılan zorluklar neticesinde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'da zorunlu tedavi ve zorunlu beslemeye yönelik olarak birtakım yasal düzenlemeler getirilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin açlık grevlerine zorunlu müdahaleye yaklaşımını, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde tanımlanmış olan haklar belirlemektedir. Zorunlu besleme hususu Sözleşme'de açıkça düzenlenmediğinden, zorunlu müdahale kavramı Sözleşme'nin 3'üncü maddesinde yer alan insanlık dışı, küçük düşürücü muamele yasağı ile izah edilmeye çalışılmaktadır. Açlık grevinde bulunan kişilerin zorla beslenmesi hususunun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yargı denetimi altında olması oldukça önemlidir. Fakat Mahkeme, bir ülkede var olan uygulamayı değerlendirirken Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan insan haklarını göz önüne almaktadır. Kendi geleceğini belirleme hakkı bu Sözleşme'de açıkça düzenlenmediğinden dolayı zorla beslemeye yönelik eylemler hakkında Mahkeme'ye yapılan başvurular, Sözleşme'nin 3'üncü maddesinde yer alan insanlık dışı ve küçük düşürücü muamele yasağı kapsamında belirlenen ilkeler göz önüne alınarak değerlendirilmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi açlık grevini ve ölüm orucunu düşüncüyü açıklama hak ve özgürlüğü yanında yaşama hakkı bağlamında da ele almakta, açlık grevi ve ölüm oruçlarına müdahalede bulunulabileceğini ifade etmektedir. Ancak müdahale tarzının önemli olduğunu,

müdahalenin uygulanma şekline göre Sözleşme'ye aykırılık teşkil edip etmediğini değerlendirmenin doğru olacağını belirlemektedir. Önemle ifade etmek gerekir ki, zorunlu tıbbi müdahale konusunda Mahkeme taraf devletlere pozitif yükümlülük anlamına gelebilecek bir sorumluluk izafe etmemektedir.

Bugüne kadar zorla beslenme konusunun tek başına Sözleşme'de belirlenen esaslara uygun olup olmadığı noktasında Strasbourg organlarının bakış açısı netlik kazanmamıştır. Ancak şimdiye kadar Strasbourg organları tarafından verilen kararlara bakıldığında zorla beslenmenin hukuka aykırı olduğu düşüncesinden hareket edilmediği de görülmektedir.

Hükümlü, tutuklu ve gözaltında bulunan kişileri zorla beslemenin şartları ve şekli Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarına göre tespit edilmelidir. Hükümlü, tutuklu ve gözaltında bulunan kişinin zorla beslenmesine başlamadan önce ikna edilmeli, ancak ikna edilememesi halinde sağlığı bakımından ortaya çıkabilecek zararlar konusunda mutlaka kendisine bilgi verilmelidir. Beslenmeme konusunda ısrar etmesi durumunda bilinci kaybolduğu andan ya da yaşamı tehlike altına girdiği andan itibaren rızası hilafına olsa dahi zorla besleme yönteminin uygulanması gerekmektedir. Bu uygulamada göz önüne alınan tek şey zorla besleme şeklinin insanlık onuruna uygun olmasıdır.

Hükümlü, tutuklu ve gözaltında bulunan kişilere yönelik olarak devletin ayrıcalıklı bir özen yükümlülüğü söz konusudur. Bu kişilerin yaşama haklarının koruma altına alınması bakımından açlık grevi ve ölüm oruçlarına ilişkin gerçekleştirilecek müdahalenin hürriyetinden mahrum bırakılmamış kişilerle birebir aynı olması düşünülemeyecektir. Hastanın tedaviyi kabul etmeme hakkı ile devletin özen gösterme yükümlülüğü ölçülü şekilde yorumlanmalıdır. Bilincini kaybeden ve yaşamı tehlike altında olan hükümlü, tutuklu ve gözaltında bulunan kişilerin açlık grevleri ve ölüm oruçlarına müdahalede bulunulabilecektir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2'nci maddesi de bu yöndeki bir uygulamaya izin vermektedir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları da bu yöndedir.

Mahkeme'ye göre bir hükümlünün zorla beslemeye tabi kılınabilmesi için, tıbbi bir zorunluluğun mevcut olması ve bu zorunluluğun inandırıcı ve şüpheye yer bırakmayacak bir biçimde tıbbi raporlarla desteklenmesi gerekmektedir. Zorla besleme kararı ise adli mercilerin kontrolüne açık olmalıdır. Kararın alınması esnasında ise usulü yükümlülüklerine uygun hareket edilmelidir. Zorla besleme kararı yerine getirilirken hem kullanılan araçlar hem de yöntemin uygulanma şekli insan onuruna yakışır olmalıdır.

1975 tarihli Tokyo Bildirgesi, 1991 tarihli Malta Bildirgesi, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin tavsiye kararları uyarınca açlık grevi ya da ölüm orucu eylemi sebebiyle yaşamı tehlike altında olan hükümlü ya da tutukluya tıbbî müdahale gerçekleştirmek yasalara, insanî değerlere ve etik kurallara uygun bir gerekliliktir.

Kadına yönelik şiddeti engellemeye ilişkin özel bir düzenlemeye Avrupa mevzuatında yer verilmemekle birlikte Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3'üncü maddesinde yer alan işkence yasağı, insanlık dışı ve kötü muamele yasağı kuralı doğrultusunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin BM Kadınlara Karşı Şiddetin Önlenmesine İlişkin Bildirgesinde yer alan ilkeler ve kurallar ile uyum sağlayan kararlar verdiği görülmektedir. Türkiye'de de aile içi şiddet sorunu dünyanın birçok yerinde olduğu gibi sürekli karşımıza çıkmaktadır. Görülen birçok somut vakada yetkili makamların bu soruna özenle yaklaşmadıkları ve genelde şiddete başvuran faille müsamaha gösterildiği dikkat çekmektedir. Tüm bu nedenlerle Mahkeme'nin 09/06/2009 tarihinde almış olduğu Opuz kararı, hem Türk hukuku hem de uluslararası hukuk açısından büyük bir öneme sahiptir. Birçok ülke adına insan hakları ihlalleri bakımından ciddi bir problem teşkil eden önemli konular arasında aile içi şiddet ve kadınlara yönelik cinsiyet ayrımcılığı sorunu da yer almaktadır. Mahkeme'nin Türkiye aleyhine verdiği Opuz kararında, başvuru ve annesinin maruz kaldığı şiddet karşısında yetkili mercilerin pasif tavırları, kadınlara yönelik bir cinsiyet ayrımcılığı olarak nitelendirilmiştir. Adli makamların aile içi şiddet olaylarında etkisiz ve hareketsiz kalmasını Sözleşme'nin ihlali olarak yorumladığı

kararında Mahkeme, asıl sorunun hukuksal düzenlemelerden değil, söz konusu düzenlemelerin uygulamaya yansıtılmamasından kaynaklandığını ifade etmiştir.

Hâkimiyetleri alanında bulunan kişileri, başkalarına ve kendilerine karşı koruma altına alma gayesiyle zorunlu tüm önlemleri almaları konusunda taraf devletlerin yükümlülüklerinin yasal dayanağını, Sözleşme'nin 2'nci maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesinde yer alan düzenlemenin oluşturduğunu, bahsi geçen yükümlülüğün zorunlu askerlik hizmeti kapsamında da geçerli olduğunu belirten Mahkeme, devletlere izafe edilen bu sorumluluğun, yaşama hakkına yönelik etkili bir koruma sağlanması adına yasal ve idari düzenlemeler gerçekleştirilmeyi de gerekli kıldığını hatırlatmaktadır. Hem hukuki hem de idari alanda gereksinime cevap verecek özel düzenlemelerin, askerlik hizmeti sürecinde meydana gelebilecek yaşama hakkına yönelik gerçek ve yakın tehlikelerin düzeyine de uygun olması gerekmektedir. Öngörülecek düzenlemelerin, yalnızca askeri vazifeleri ve askeri nitelikteki hizmetleri kapsamına alan nitelikte değil, bunun yanında sade vatandaşların askere alınmaları ile başlayan zorunlu askeri hizmet sürecini de kapsayan, diğer bir ifadeyle insan unsurunun yer aldığı askeri hayatın tüm yönlerini ele alan nitelikte olması gerektiğini ifade etmektedir. Askeri yaşamın özünde var olan tehlikelerle karşılaşabilecek askerlerin etkili bir biçimde korunması için önlemler alınmasını sağlayan ve çeşitli rütbedeki askeri personel tarafından sebep olunacak hatalar ve kusurların tespit edilmesi için gerekli etkin bir soruşturma usulüne yer veren düzenlemelerin ihtiyaca cevap verebileceği de askeri mahalde meydana gelen ölüm olayları açısından taraf devlet Türkiye bakımından Mahkeme'nin dile getirdiği hususlardır.

Mahkeme askeri mahalde meydana gelen ölüm olaylarına yönelik içtihatlarında, askeri mercilerin asker kişinin intihara teşebbüs etme ihtimaline yönelik gerçek ve yakın bir tehlikenin var olduğunu fark edip etmediklerini ya da fark etmeleri gerekip gerekmediğini, şayet tehlikenin varlığını biliyorlarsa, söz konusu tehlikeyi ortadan kaldırmak için kendilerinden beklenebilecek özeni göstererek somut koşullar altında her türlü önlemi alıp almadıklarını değerlendirmektedir.

Mahkeme nezdinde görülen sınır dışı davalarında Sözleşme'nin 2'nci maddesine yönelik ihlal iddiası başvurular tararından nadiren öne sürülmektedir. Sözleşme'ye Ek 6 ve 13 No'lu Protokolleri onaylayan üye devletlerin, yabancı bir kişi hakkında sınır dışı etme kararı verecek olan yetkili makamlarının, iade edilecek kişi hakkında iadenin yapılacağı ülkede bir ölüm cezasına mahkûm olmasına yönelik önemli bir tehlikenin var olup olmadığını dikkate alma zorunlulukları bulunmaktadır. Bu yönde bir ciddi tehlikenin var olması durumunda yabancının ilgili ülkeye iade edilmemesi, devlete Sözleşme gereği izafe edilen sorumluluğun doğal bir sonucudur.

Doğal afetlerde devlete izafe edilebilecek bir sorumluluktan söz edebilmek için, meydana gelen afet olayının öngörülebilir olması ve ortaya çıkacak can kaybını en alt seviyede tutmak amacıyla devletin bütün imkânlarının seferber edilmemiş olması ve bu sonucun kamusal makamlara yüklenebilen bir ihmalden doğmuş olması gerekmektedir.

Mahkeme her bir somut olayda yetkililerin fiillerini ve kusur derecelerini, devletin pozitif yükümlülüğünü yerine getirmiş olup olmadığını belirlerken göz önünde bulundurmaktadır. Mahkeme'nin bu tespiti yapmasında, yani devletin pozitif yükümlülüğüne riayet edip etmediğini belirlemesinde, söz konusu tehlikenin kamusal makamlar tarafından doğal afet meydana gelmeden önce bilinip bilinmediği veya tehlikenin öngörülebilir olup olmadığı dikkate alınarak, bilinmesi gereken bir tehlikenin var olup olmadığına yönelik olarak elde edilecek neticenin büyük bir önemi bulunmaktadır. Mahkeme, doğal afetler sonucu meydana gelen ölüm olayları karşısında Sözleşme'nin 2'nci maddesi bağlamında devletin pozitif yükümlülüğünün içeriğini iki temel noktayı göz önünde bulundurarak belirlemektedir. Bunlardan birincisi, doğal afetin gerçekleşme ihtimalinin zaman olarak belirlenebilir olup olmadığı, ikincisi ise, söz konusu afet türünün insanların ikamet ettiği yerleşim alanında daha önce de meydana gelmiş olup olmadığıdır.

Mahkeme, meydana gelen doğal afete yönelik olarak ve can kaybını önlemek amacıyla yetkililer tarafından tüm tedbirlerin alınması hususunda gereken özenin gösterilip gösterilmediğinin belirlenmesi ve somut olayda kendilerine ihmal derecesinde kusur izafe edilen kişilerin eylemleri karşılığında yaptırıma tabi

tutulmaları bakımından bağımsız ve tarafsız bir yargı merci tarafından gerçekleştirilecek soruşturma ve kovuşturmanın Sözleşme'nin 2'nci maddesinden doğan ve taraf devletlerin yerine getirmek mecburiyetinde oldukları bir yükümlülük olarak görmektedir.

Öngörülemez insan davranışları ve doğal afetler sonucu meydana gelen olaylarda devletin pozitif edim yükümlülüğünden söz etmek mümkün değildir. Fakat Sözleşme kapsamında koruma altına alınan bir hakka yönelik tehlikenin öngörülebilirliğinin tespiti, her bir somut olaya münhasır koşulların dikkatli şekilde değerlendirilmesini gerektirmektedir.

Devlet kamuya ait hastanelerde meydana gelen hasta ölümlerinin yanında özel hastanelerde meydana gelen hasta ölümlerinden de sorumlu tutulabilmiştir. Ancak devletin sağlık alanındaki hizmetlerde belli bir kaliteyi güvence altına almak ve bu sayede bireylerin yaşama haklarını en iyi şekilde korumak hususunda genel bir yükümlülüğe haiz olup olmadığı, Mahkeme kararlarında açıklık kazanmamıştır.

Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ilk cümlesi, devleti kasıtlı öldürmeyi önlemenin yanında yaşama hakkının koruma altına alınması için kendi hâkimiyet alanında bulunan tüm kişilerin gereken gayreti göstermelerini tesis etmekle de yükümlü hale getirmiştir. Söz konusu yükümlülük ayrıca sağlık konusunda gereken önlemleri almayı da kapsamaktadır. Devlet üzerine izafe edilen bu sorumluluk gereğince hastaların yaşamlarının koruma altına alınması için sağlık kuruluşlarının uymak zorunda oldukları kuralları öngören düzenlemeleri gerçekleştirmeli ve gereken tedbirleri almalıdır. Hekim kontrolü altında olan hastanın hayatını kaybetmesi halinde, söz konusu olaya açıklık getirmek ve bu ölümden sorumlu olan kişilerin cezalandırılması yoluna gitmeyi sağlayacak etkin ve bağımsız bir adalet mekanizması oluşturmak gerekliliği de sorumluluğun kapsamındadır.

Mahkeme nezdinde yapılan kayıp kişiler ve faili meçhul olaylar ile ilgili başvurular, Türkiye için büyük bir önem arz etmektedir. Sözleşme'nin 2'nci maddesinde düzenleme altına alınan yaşama hakkı ile doğrudan alakalı bulunan kayıp kişilere ve faili meçhul olaylara dönük soruşturmanın etkinliği, kişilerin

Sözleşme bağlamında yaşama haklarına gösterilen hassasiyet karşısında devletlerin sorumluluğu açısından büyük gereklilik teşkil etmektedir.

Türkiye aleyhine gerçekleştirilen bazı başvurularda, faili meçhul kimseler tarafından öldürülen kişilere yönelik eylemlerden doğan sorumluluğun devlete ait olduğu öne sürülmüştür. Bu olaylarla ilgili başvurularda Mahkeme devlete izafe edilecek bir sorumluluğun bulunup bulunmadığını belirlerken, kişilerin yaşama haklarını koruma altına almak için devletin gereken tedbirlere başvurup başvurmadığına, faili meçhul olaylar hakkında etkin bir soruşturma gerçekleştirerek prosedürel anlamdaki yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğine dikkat etmektedir.

Sözleşme'nin 2'nci maddesi karşısında yaşama hakkını koruma altına almak için bütün makul tedbirlerin alınma gerekliliğini ifade eden pozitif yükümlülük, taraf devletler bakımından yaşama hakkına ilişkin tehditlere karşı etkili hukuki ve idari mekanizmaların uygulamaya geçirilmesi gerekliliğini ortaya çıkarmaktadır. Söz konusu pozitif yükümlülük, tehlikeli faaliyetler bakımından da tereddütsüz bir şekilde taraf devletleri sorumluluk altında bırakmaktadır. Bilhassa kişilerin yaşama haklarına yönelik olarak faaliyetin yarattığı tehlikenin derecesi, faaliyetle alakalı hukuki düzenlemelerde mutlaka belirtilmelidir. Mahkeme, söz konusu hukuki düzenlemelerin, faaliyetin ruhsatlandırılması, kurulması, faaliyet kapsamında iş güvenliği ve kontrolünün sağlanması, bu faaliyetlerin tabiatında var olan tehlikeden etkilenebilecek vatandaşların etkin şekilde koruma altına alınması amacını yerine getirmek üzere konu ile ilgili yetkililerin tedbir almalarını mecburi kılacak özellik taşımaları gerektiği kanaatindedir. Öngörülecek yasal düzenlemelerin aynı zamanda yaşama hakları tehlike altında olan kişileri etkili şekilde koruyacak önlemlerin alınmasını da mecbur kılacak şekilde hazırlanması gerekmektedir. Söz konusu faaliyetler nedeniyle yaşamları risk altına girebilecek kişilere, önceden koruyucu önlem almalarını sağlayacak ölçüde bilgi verilmelidir. Belirtilen yükümlülükler faaliyetin özel kişi veya kurumlar tarafından yürütülmesi halinde de geçerlidir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin güç kullanmanın yasallığı ve devlete bu hususta yüklenen pozitif ve negatif sorumluluklar gereği kolluğun konumu

bakımından yaptığı tespitler oldukça önemlidir. Bahsi geçen Sözleşme'nin yaşama hakkını düzenleme altına alan 2'nci maddesinin ikinci paragrafında güç kullanmanın yasal görüldüğü durumlara yer verilmektedir. Bu maddede birbiri ile bağlantılı iki temel kıstas yaşama hakkının ihlaline neden olmamak için mutlaka göz önüne alınması gerekmektedir. Bu kıstaslardan birincisi kuvvete başvurma keskin bir zorunluluk arz etmesi, ikincisi ise kullanılan kuvvet ile yasal amaç arasında orantının bulunmasıdır. Mahkeme bu değerlendirmeyi yaparken yalnızca güç kullanmaya başvuran devletin yetkililerinin fiillerini değil, bunun yanında somut vakanın ortaya çıkış koşullarını ve bilhassa yetkililerin eylemlerinin ne şekilde planlanıp gerçekleştiğini de ele almakta ve nihai kararına bu hususları da göz önünde bulundurarak ulaşmaktadır.

Devlet güçlerinin kuvvet kullanmaları neticesinde bir ölüm gerçekleşmişse, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kuvvet kullanmanın yasal şekilde gerçekleşip gerçekleşmediğini değerlendirirken söz konusu olay hakkında ciddi ve etkin bir soruşturma yapıp yapılmadığını göz önüne almaktadır.

Temel haklar ile ilgili sınırlamalar için yasal düzenleme yapılması gerektiğinden, bir hukuk devletinde kolluğun silah kullanma yetkisinin varlığı da uluslararası sözleşmelere, Anayasa'ya ve kanuna dayanmalıdır. Kamu düzenini ve güvenliğini yok edecek nitelikte somut bir tehlikenin bulunması durumunda, silah kullanma yetkisi yasal ve gerekli kabul edilebilecektir. Ortada somut bir tehlike bulunmadan ve kesin bir gereklilikten söz edilmeden gerçekleştirilecek bir müdahale hak ve özgürlüklerin hukuka aykırı şekilde sınırlandırılmasına yol açacaktır. Silah kullanma yetkisi, yalnızca yasal bir amaca dayanarak kullanılabilir. Söz konusu yasal düzenlemelerde silah kullanılmasının hangi durumlarda hukuka uygun addedileceği belirtilmiş ise de bu hallerde dahi silah kullanmaya en son çare olarak başvurulması, diğer yöntemlerin tercih edilmesine rağmen bir sonuç alınamaması halinde silah kullanma yolunun seçilmesi, mutlak bir zorunluluğun var olması ve silah kullanma yetkisinde orantılı davranılması gibi belli şartların mevcudiyeti aranmaktadır. Diğer bir ifadeyle silah kullanmaya başvurulması

kaçınılmaz bir halden doğmuş olmalı ve alınan tedbirler ile varılmak istenen hedef arasında tam bir orantı bulunmalıdır.

Sonuç olarak iç hukuk ve uluslararası hukuk alanında kolluğun silah kullanmasında kademelilik ve zorunluluk kıstasları göz önünde bulundurulmakta olup, yaşama hakkına yönelik ciddi bir saldırı bulunmadıkça öldürücü şekilde silah kullanılmasına cevaz verilmemektedir.

Kolluk görevlileri silah kullanma yetkisine haiz oldukları durumlarda bile mecbur olmadıkça silah kullanma yöntemini seçmemelidirler. Kolluk görevlileri vazifelerini icra ederken zora başvurma ve silah kullanımı gerçekleştirilmeden önce olabildiğince şiddet ihtiva etmeyen yöntemleri tercih etmelidirler. Yalnızca başka yöntemlerin yetersiz kalması ya da ulaşılmak istenen neticenin meydana gelme ihtimalinin kalmaması durumunda zor kullanma ya da silaha başvurma yoluna gidilmelidir.

Kolluk görevlilerinin silah kullanmaları neticesinde meydana gelen ölüm olaylarını önüne gelen başvurulara değerlendirme altına alan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşme'nin 2'nci maddesine uygun şekilde silah kullanılıp kullanılmadığını her somut olayın kendine özgü koşulları açısından ele almakta ve her olayda silah kullanma yetkisinin kesin bir zorunluluk halinden kaynaklanıp kaynaklanmadığını incelemektedir. Bu incelemeyi yaparken Mahkeme kolluk görevlisinin olay anında Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ikinci fıkrasında değinilen amaçlardan biri için silah kullanma mecburiyetinde kaldığı inancı ile müdahalede bulunup bulunmadığını da göz önüne almaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşme'nin 2'nci maddesi kapsamında ele aldığı kolluk görevlilerinin silah kullanmaları neticesinde meydana gelen ölüm olaylarına yönelik birçok davada, Türkiye'nin, kolluk görevlileri hakkında işledikleri suçlardan dolayı etkin soruşturma ve kovuşturma yürütmediğini belirlemiştir. Mahkeme tür davalardaki ihlal gerekçelerinde cezai soruşturma ve kovuşturma süresinin uzunluğuna, yetkili mercilerin yürütülen soruşturmada hızlı davranmadıklarına, olay hakkında gerekli olan bütün delillerin toplanmadığına, elde

edilen delillerin ise yeterince değerlendirilmediğine, hakkında hüküm verilen kişilerin aften yararlandırılmaları neticesinde işlenen suçun bir bakıma cezasız bırakılmasına, öldürülen kişinin yakınlarının soruşturma aşamasından uzak tutulmalarına, şüpheli sıfatındaki kamu görevlilerinin üzerlerine atılı suçlamayı kabul etmediklerine yönelik savunmalarına itibar edilmesine, idari makamların rol aldığı soruşturmaların bağımsız şekilde yürütülmesinden duyulan şüpheye ve netice olarak etkin bir soruşturmanın gerçekleştirilemediğine atıfta bulunmuştur.

Mahkeme'nin yerleşik içtihatlarına göre, devletin yaşama hakkını koruma yükümlülüğü, güvenlik güçleri tarafından öldürücü nitelikte güç kullanılan olaylar hakkında etkili bir soruşturma yürütülmesini zorunlu kılmaktadır. Etkili soruşturma zorunluluğu, güvenlik güçlerinin öldürücü güce başvurdukları olaylarda söz konusu yetkiyi kullanmakta haklı olup olmadıklarının bağımsız bir biçimde tespit edilmesi ve sorumluluğu olan görevlilerin belirlenmesi gereksiniminden doğmaktadır. Diğer bir ifade ile etkili bir soruşturma, devlet güçlerinin kullandığı öldürücü nitelikteki gücün hukukiliğinin kontrol edilmesi açısından büyük önem taşımaktadır.

Söz konusu hükmün ikinci paragrafı bir şahsın kasten öldürülmesine izin veren halleri değil, kasıtsız olarak ölümlerle neticelenebilecek bir güç kullanımına müsaade eden halleri düzenlemektedir. Zorunlu tedbir kavramı ifade edilirken, Sözleşme'nin 8 ve 11'inci maddelerinin ikinci paragrafları uyarınca, normal şartlara göre devlet tarafından alınan önlemlerin demokratik bir toplum için gerekli olup olmadığı tespitinde uygulanan gereklilik testine oranla daha sıkı ve zorlayıcı bir gereklilik testine ihtiyaç duyulmaktadır. Kullanılan güç Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ikinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yer alan amaçlara uygun olmalıdır. Mahkeme bilhassa ölümcül kuvvetin kullanıldığı hallere yönelik olarak değerlendirme yaparken yalnızca güç kullanımında bulunan kişileri değil, operasyonel olayların planlanması ve denetimi ile alakalı konuları da göz önünde bulundurmaktadır.

Güvenlik güçleri tarafından gerçekleştirilen operasyonlarda, kolluk kuvvetlerine karşı yöneltilen silahlı saldırılar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne

göre, meşru müdafaa sınırları içerisinde değil; kuvvet kullanmanın zorunluluğu kapsamında incelenmektedir.

Mahkeme'nin güvenlik kuvvetleri tarafından başvuru olan öldürücü gücün somut olayın şartları bakımından gerekli olduğuna yönelik kararları mevcut olsa da, operasyonun tamamının öldürücü güce başvurulmasına lüzum kalmadan yürütülebilecek şekilde planlanması mümkün ise, bu durumda Sözleşme'nin 2'nci maddesi bağlamında bir ihlal kararına hükmettiği gözlemlenmektedir. Nitekim Türkiye hakkındaki birçok davada kesinlikle gereklilik ilkesine operasyonel olaylarda riayet edilmediği gerekçesiyle ihlal kararı verilmiştir. Sözleşme'nin 2'nci maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen amaçlara ulaşabilmek için güvenlik güçleri tarafından kuvvete başvurulurken, operasyonun gerçekleştiği alanda yaşayan masum kişilerin hayatlarını koruma altına almak adına tüm önlemlerin alınması gerekmektedir. Birçok karar gerekçesinden de anlaşılacağı gibi, ölümün bir operasyon neticesinde meydana geldiği olaylarda mümkün olduğunca operasyonun bu sonucu ortaya çıkarmayacak şekilde planlanmasına ve uygulanmasına dikkat edilip edilmediğini ölçüt olarak Mahkeme'nin incelemesini gerçekleştirdiği görülmektedir.

Bunun yanı sıra Mahkeme'nin yaşama hakkının koruma altına alınmasına yönelik olarak verdiği kararlar dikkatle incelenecek olursa insancıl hukuk sözleşmelerine değinmeden insancıl hukuka ait kavram ve terimlere yer verdiği görülecektir. Güvenlik güçlerinin kişilerin ölümüyle sonuçlanmayacak şekilde daha az zararda bulunan metotlara yönelme imkânları bulunuyorken, hedefe ulaşmada ölçüsüz bir biçimde silah kullanma yolunu tercih etmeleri ve ölüm olaylarına sebep olmaları, Sözleşme'nin ağır ihlali olarak görülmektedir. Taraf devletlerin, negatif yükümlülükleri gereği, kuvvet kullanımına neden olan operasyonları, yaşama hakkını tehdit eden tüm riskleri asgari seviyede tutacak şekilde planlayıp idare etmeleri gerekmektedir. Mahkeme şayet bir operasyon sonucunda ölüm olayı meydana gelmişse, söz konusu operasyon kapsamında gerçekleştirilen güç kullanımına imkânlar dâhilinde ve en asgari ölçülerde başvurulmuş olup olmadığını da göz önünde bulundurmaktadır. Operasyonun planlanma ve yürütülmesindeki eksiklikler

nedeniyle olması gereken ölçülerin dışına çıkacak biçimde güç kullanımına başvurulması neticesinde insanlara zarar verilmişse, bu durumda operasyona katılan güvenlik güçlerinin bireysel bir hataları olmasa da devlet, ortaya çıkan sonuçtan sorumlu tutulabilecektir. Mahkeme güce başvurmanın içeriği ile korunmak istenen menfaat arasında haklı bir orantının varlığını aramaktadır. Haklı sebeplerin varlığına dayanılarak kuvvet kullanımı gerçekleştirilmişse, ancak haklı sebebin varlığı konusunda hataya düşüldüğü sonradan fark edilmişse, bu durum güç kullanımını hukuka aykırı hale getirmeyecektir.

Operasyonun planlanması ve kontrolü aşamalarında hatalar bulunuyorsa ve bu yanlışlıklar yaşama hakkını manasız biçimde tehlikeye atacak bir güce başvurulmasına neden olmuşsa, operasyonu uygulayan görevlilerin niyeti, taraf devleti yükümlülük altına girmekten muaf tutamayacaktır.

Mahkeme kararlarından edinilen kanaati özetlemek gerekirse, operasyona katılan görevliler, somut olaydaki koşullara istinaden Sözleşme'nin 2'nci maddesinde belirtilen hedeflerden birine varmak için kuvvete başvurmanın kesin zorunluluk teşkil ettiği noktasında samimi bir fikirle davranarak, makul ve dengeli bir güç kullanmışlarsa, bunun yanında operasyon da Sözleşme'nin 2'nci maddesine aykırı olmayacak şekilde bilgi yönünden gerekli donanımına haiz bir personel tarafından yaşama hakkına ilişkin olarak ortaya çıkabilecek tehlikeleri önleyecek biçimde planlanmışsa ve bu koşullar altında yine de ölüm sonucu doğmuşsa artık somut vakada devlete ait bir sorumluluktan bahsedilemeyecektir.

Ceninin hukuki statüsü konusunda ise Avrupa ülkelerinde yerleşmiş bir uygulamaya rastlanmamakla birlikte, belirli bir düzeyde koruma altına alınma gayretine girildiği görülmektedir. Mahkeme, başvuruya konu olayın meydana geldiği anda dünyaya gelmeyen ceninin Sözleşme'nin 2'nci maddesi bağlamında mağdur olarak kabul edilip edilmeyeceği noktasında net bir görüş beyan etmemektedir. Taraf devletlerin yaşama hakkının başlangıcını tayin etme konusunda takdir hakları bulunmaktadır. Ceninin Sözleşme'nin 2'nci maddesi bağlamında sağlanan bir korumadan yararlanıp yararlanamayacağı hususunda hem ulusal hem de uluslar arası hukukta görüş birliğinin sağlanmadığı görülmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, konu hakkında verdiği bir kararında; ceninin Sözleşme'nin 2'nci maddesi bağlamında koruma altına alınması gereken bir kişi olarak addedilemeyeceğini, yaşama hakkına haiz olduğu kabul edilse dahi, söz konusu hakkın annenin hakları ve menfaatleri doğrultusunda üstü örtülü şekilde tanınabileceğini ifade etmektedir. Ayrıca Mahkeme, gebeliği sonlandırmaya yönelik bir müdahaleye izin verilmemesini kötü muamele ve işkence olarak telakki etmektedir. Avrupa Konseyi Parlamenterler Birliği'nin 2008 tarihli bir kararında da güvenilir koşullarda gerçekleşen ve maliyet bakımından yük getirmeyen gebeliğin sona erdirilmesine yönelik müdahaleye olanak tanınması, emniyetli bir şekilde gerçekleştirilen bu tür müdahalelere sınırlama getirilmemesi gerektiği belirtilmiştir. Bunun yanında Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu'nun veya Birleşmiş Milletler Kadına Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi'nin kadınların yaşama hakkını tehlike altına alan kürtaja yönelik bu tür sınırlamaları öngören düzenlemelerin ülkelerin mevzuatlarından çıkarılması gerektiği yönünde kararlar verdikleri de gözlemlenmektedir.

Mahkeme, ceninin yaşama hakkının var olup olmadığı hususuna yanıt arayan tartışmalı bir alan karşısında kesin bir değerlendirmede bulunmaktan sakınmıştır. Mahkeme, her taraf devletin konuyu kendi ahlaki ve kültürel kimliği doğrultusunda ele almasını ve soruna takdir yetkisini kullanarak çözüm bulmasını uygun görmüştür.

Kolay ölüm anlamına gelen ötenazi terimi, Yunanca kökenlidir. Bilhassa 20'nci yüzyılda üzerinde oldukça tartışma gerçekleştirilen bir konu olan ötenazi genel olarak, tedavi edilme olanağı olmayan hastaların, duydukları acıdan kurtulmalarını sağlamak gayesiyle acı hissetmeyecekleri yöntemlerle ve bilinçli bir şekilde yaşamlarına son vermek veya öngörülebilir ölüm neticesinin daha erken bir zamanda gerçekleşmesini sağlamak gayesiyle müdahalede bulunmak ya da gereken tıbbi desteği vermemek şeklinde ifade edilebilecektir.

Mahkeme yaşama hakkının ölme hakkını kapsamadığı kanaatini açıkça ifade etmektedir. Devletin hâkimiyeti alanında bulunan vatandaşlar yasal çerçevede tanınan bütün haklardan yararlanmakta iseler de, ötenazi uygulaması her devlet tarafından izin verilmeyen, izin verilse dahi hastanın belirli koşullar içerisinde

bulunmasını gerektiren ve iç hukukta öngörülen düzenlemeler doğrultusunda gerçekleştirilebilecek bir müdahaledir. Bununla birlikte ötenazi evrensel açıdan kabul görmüş bir hak değildir. Zira ötenazi uygulamasının kabul edilebilir olması için devletlerin takdir haklarına dayanarak iç hukuklarında bu konuya icazet veren düzenlemeleri öngörmüş olmaları gerekmektedir. Oysaki yaşama hakkı evrensel bir hak olarak kabul edilmekte ve yasal çerçevede teminat altına alınmaktadır.

Ötenazi uygulamasına ve intihara yardıma olanak tanıyan düzenlemelerin öngörülmesini, devletlerin iç hukuklarında haiz oldukları takdir yetkisinin kapsamında gören Mahkeme, bu düşüncesini içtihatlarına da yansıtmıştır. Hal böyle olunca iç hukuklarında ötenazi uygulamasına yer vermeyen taraf devletlerin yerel düzenlemelerinin Sözleşme uygulaması ile de uyum sağladığını söylemek mümkündür.

Sözleşme'nin 2'nci maddesi düzenlenme aşamasında değişik bir mevzuat hazırlama tekniği ile ele alınmıştır. Bahsi geçen madde, yaşamın niteliği ya da kişinin hayatında gerçekleştirmeyi yeğlediği hususlarla Mahkeme'yi iştigal ettirecek şekilde geniş kapsamlı bir düzenleme olarak görülemeyecektir. Netice itibariyle Sözleşme'nin 2'nci maddesinin, yaşama hakkına tam anlamıyla zıt bir kavram olan ölme hakkına olanak tanıyacak biçimde ya da kişiye hayatını sürdürmek yerine istediği zaman sonlandırma yetkisini içeren kendi kaderini tayin etme hakkını verecek şekilde uygulanması, söz konusu maddenin düzenlenme amacına ve ruhuna aykırı olacaktır.

Mahkeme, hem üçüncü kişilerin hem de yetkili mercilerin desteğiyle gerçekleşecek yaşamın sonlandırılması amacına yönelik bir hakkın Sözleşme'nin 2'nci maddesi kapsamında garanti altına alınmadığını kesin bir dille belirtmiştir. Nitekim Mahkeme'nin bu konu hakkındaki kanaati Avrupa Konseyi Parlamenter Asamblesi'nin kararı ile de teyit edilmiştir. Avrupa Konseyi Parlamenterler Asamblesi taraf devletlerin aktif ötenazi uygulamasına izin vermemelerini tavsiye etmektedir.

Bir taraf devletin ötenaziye yönelik müdahalenin ya da hekim destekli intihara yönelik girişimin suiistimal edilme tehlikesini bertaraf etmek adına, söz konusu eylemlere yasal anlamda engel koyma yetkisi bulunmaktadır. Ancak bunun yanında taraf devletin yaşama hakkına yönelik bir tehlikenin oluşmasına izin vermemek için gereken tedbirleri almak suretiyle ötenazi ve hekim yardımlı intihar uygulamasına olanak sağlaması da mümkündür. Zira Mahkeme, taraf devletlere bu hususta hareket serbestisi tanıyarak, takdir haklarına karışmak istememiştir.

Kişinin fiziksel bütünlüğü ve yaşamı üzerinde söz sahibi olma hakkını, özel yaşam hakkının koruduğu sınırlar içerisinde gören Mahkeme, söz konusu hakkın Sözleşme'nin 8'inci maddesinin ikinci fıkrasındaki kıstaslar nazara alınarak sınırlamaya tabi tutulabileceğini de belirtmektedir. Mahkeme, taraf devletlerin ötenazi ya da hekim destekli intihar uygulamasının suiistimal edilme ihtimaline dayanarak bu yönde sınırlayıcı düzenlemeler öngörmelerini, diğer bir ifadeyle ötenazi ya da hekim destekli intihar anlamına gelebilecek fiilleri cezai anlamda yaptırım altına almalarını makul görmektedir. Ancak bunun yanında Mahkeme, taraf devletin söz konusu uygulamaların içeriğinde barındırdığı tehlikeleri önleyici nitelikte tedbirlere başvurarak ötenaziye ve hekim yardımlı intihara yasal çerçevede olanak sağlamasını da Sözleşme'ye aykırı görmemektedir. Başka bir ifade ile Mahkeme, taraf devletlerin bu hususta takdir marjı kullanmalarına cevaz vermektedir.

KAYNAKÇA

AKBULUT, Oya, “Uluslar arası İnsan Hakları Ve Uluslar arası İnsancıl Hukukun Bir Kesişim Noktası: Yaşam Hakkı”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Eylül-Ekim 2012, Cilt:86, Sayı:2012/5 ISSN 104-737X, s.289-306.

AKINCI, Şahin, “İrade Muhtariyeti İlkesi ve Şahsiyet Hakları Açısından Ötenazi, Açlık Grevi ve Ölüm Orucu”, *SÜHFD*, Prof. Dr. Süleyman Arslan’a Armağan, C. 6, S. 1-2, 1998, s.733-766.

AKYAZI, Güner, TATAR, Onur, *Yaşama Hakkı ve Ölüm Cezası*, Ankara Barosu Yayını, Haziran 2002.

AKYILDIZ, Sunay, “Yaşama Hakkı Perspektifinden Ötenazi”, *II. Sağlık Hukuk Kurultayı*, Ankara 2009, s.465-484.

ANDREW, Woods, “VO V. FRANCE AND FETAL RIGHTS: THE DECISION NOT TO DECIDE”, *Harvard Human Rights Journal*, Volume 18, Spring 2005, s.277-283.

AOIAIN, Fionnuala Ni, “The Evolving Jurisprudence of the European Convention Concerning the Right to Life”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 19, No. 1, March 2001, s.21-24.

ARIK, Kemal Fikret, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Üzerine Bir İnceleme*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 1965.

ARSLAN, Zühtü, *İnsan Hakları İhlalleri*, Yüksek Kademe Yöneticilik Eğitimi Kursu Ders Notları, Ankara 2004.

ARTUK, Mehmet Emin, YENİDÜNYA, Caner, *Ötenazi*, Derleyen: Prof. Dr. Nur Centel, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Disiplinlerarası Hukuk Çalışmaları Serisi, No:1, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, Aralık 2011.

ATEŞOĞULLARI, Kamil, *Bir İnsanlık Suçu: Ölüm Cezası*, Doruk Yayıncılık, Ankara 1997.

BAHADIR, Oktay, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Yaşama Hakkına İlişkin Finogenov Ve Diğerleri/ Rusya Kararı Özet Çevirisi”, *Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi*, Yıl:2, Sayı:7, Ekim 2012, s.59-72.

BAHADIR, Oktay, *Avrupa İnsan Hakları ve Anayasa Yargısında Yaşama Hakkı*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2009.

BAŞAK, Cengiz, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Gözaltında İnsan Hakları İhlalleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 51, Sayı 4, 2002, s.41-68.

BAYRAKTAR, Köksal, *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu*, İstanbul Üniversitesi Yayınları No:768, Sermet Matbaası, İstanbul 1972.

BESİRİ, Arzu, “Ötenazi Ve Yaşam Hakkı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı:86, Yıl:2009., s.188-202.

BORAN, Bedia, “Açlık Grevi/Ölüm Orucuna Müdahale Sorunu Tıbbi ve Hukuki Yaklaşım”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl:65, Sayı:3, Yaz 2007, s.96-104.

CENGİZ, Serkan, “Mahpusların Açlık Grevi Ve Zorla Beslenme Paradoksu Işığında Hekim Sorumluluğu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı:88, 2010, s.421-438.

CENGİZ, Serkan, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Yaşam Hakkı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı:93, Mart-Nisan 2011, s.383-404.

CENTEL, Nur, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama*, İstanbul 1992.

CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide, ÇAKMUT, Özlem Yenerer, *Türk Ceza Hukuku’na Giriş*, Beta Yayınları, İstanbul 2006.

CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 6. Bası, İstanbul 2008.

ÇAKMAK, Seyfullah, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hükümleri Ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Yaşama Hakkı”, *Adalet Dergisi*, Sayı:19, Mayıs 2004, s.149-181.

ÇAKMAK, Seyfullah, *Yaşama Hakkı ve Ölüm Cezası*, Yargı Yayınevi, Ankara, 2002.

ÇAKMUT, Özlem Yenerer, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, Legal Yayıncılık, Birinci Baskı, Ocak 2003.

ÇİÇEKLİ, Bülent, ERYILMAZ, M. Bedri, YILMAZ, Ömer, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Türkiye Kararlarının Analizi*, Uluslar arası Hukuk ve Politika, Uluslar arası Stratejik Araştırmalar Kurumu Yayını, Sayı 9, Cilt 2, 2007.

ÇİFTÇİOĞLU, Cengiz Topel, “Yaşama Hakkı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı:103, Kasım 2012, s.137-168.

DIJK, Pieter Van, “Positive Obligations Implied in the European Convention on Human Rights: Are the States Still the Masters of the Convention?”, *The Role of the Nation-State in the 21 Century*, (Eds. M. Castermans-Holleman, F. van Hoof, J. Smith), *Kluwer Law International*, 1998, s.17-33.

DİNÇ, Güney, “Sorularla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Yayınları*, Birinci Baskı, Mayıs 2006, s.49-67.

DOĞAN, İlyas, “Gözaltında Yaşama Hakkına Saygı ve İşkencenin Önlenmesinde Hekimin Rolü ve Sorumluluğu”, *Polis Dergisi*, Sayı: 36, Yıl: 2003, s.222-231.

DOĞRU, Osman, NALBANT, Atilla, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Türkiye Karar Özetleri (1995-2000)*, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2001.

DOĞRU, Osman, NALBANT, Atilla, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama Ve Önemli Kararlar*, 1. Cilt.

DÖNMEZ, Burcu, “TCK’da Çocuk Düşürme Suçu Mukayeseli Hukuk ve AİHM’in Bakış Açısıyla Ceninin Yaşama Hakkının Sınırlandırılması”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:9, Sayı:2, İzmir 2007, s.99-141.

DÖNMEZER, Sulhi, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, Tıpkı 17. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2004.

DUTERTRE, Gilles, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarından Alıntılar*, Avrupa Konseyi, 2005.

DUTERTRE, Gilles, *Key Case Law Extracts*, European Court of Human Rights, Strasbourg 2003.

DUTTGE, Gunnar, “Avrupa’da Ölüm Yardımına İlişkin Gelişmeler”, *KHUA*, Kasım 2005, s.179-181.

ERDOĞAN, Birsen, KARAN, Ulaş, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye’de İnsan Hakları Derleme Eserler*, 1. Cilt, Başkent Klişe Matbaacılık.

EREM, Faruk, *Ceza Usulü Hukuku*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1978.

ERGÜL, Ergin, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Uygulaması*, Yargı Yayınevi, Ankara 2004.

ERGÜL, Ergin, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ve Türk Hukukunda Sınır Dışı Etme, Geri Gönderme Ve Geri Verme*, Yargı Yayınevi, Ankara 2012.

ERİKMEN, Esra, KHORSHID, Leyla, “Hekim Ve Hemşirelerin Ötenazi İsteyen Hasta Ve Hasta Yakınlarıyla Karşılaşma Durumunun İncelenmesi”, *Adli Bilimler Dergisi*, Cilt:5, Sayı:4, Seçkin Yayıncılık, Aralık 2006, s.15-21.

ERMAN, Barış, *Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.

EROĞUL, Cem, “Ölüm Hakkı”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Sayı:48(1-4), Yıl:1993, s.47-56.

ERSÖZ, Kürşat, “Tıbbi Müdahale Kavramı Ve Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Yıl:5, Sayı:45, Mayıs 2010, s.105-122.

ERTUĞRUL, Hüseyin, “Yaşama Hakkı Bağlamında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Yüksel Erdoğan ve diğeri Kararının İncelenmesi”, *Kazanıcı Hakemli Hukuk Dergisi*, Sayı:51-52, Kasım-Aralık 2008, s. 249-255.

ERYILMAZ, Mesut Bedri, BOZLAK, Ayhan, “Hukukumuzda Zor ve Silah Kullanma Yetkisi”, *TBB Dergisi*, Sayı:83, Temmuz- Ağustos 2009, s.223-277.

FEYZİOĞLU, Metin, “Açlık Grevi”, *AÜHFD*, C. 43, 1993, S. 1-4, s.157-168.

FEYZİOĞLU, Metin, “Hükümlü Ve Tutukluların Muayene Ve Tedavilerini Engelleme, Hükümlü Ve Tutukluların Beslenmelerini Engelleme, Hükümlü Ve Tutukluları Açlık Grevine Veya Ölüm Orucuna Teşvik Veya İkna Etme Veya Onlara Bu Yolda Talimat Verme Ve Hükümlü Ve Tutukluların Zorla Beslenmesi Ve Zorla Tedavi Edilmesi”, Sempozyum Özel Sayısı:1, *Sağlık Hukuku Sempozyumu*, Ocak 2007, s.140-150.

GARLICKI, Lech, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Yaşam Hakkı”, *TBB İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı Sempozyumu*, Yargıtay Konferans Salonu, Ankara, 26-27/09/2003, s.80-118.

GEMALMAZ, Mehmet Semih, “Bir İnsan Hakkı İhlali: Ölüm Bekleyişi Olgusu”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Sayı:1/2, Yıl 10, 1990, S.97-108.

GEMALMAZ, Mehmet Semih, *İnsan Hakları Belgeleri*, Cilt I, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2003.

GEMALMAZ, Mehmet Semih, *Türkiye’de Ölüm Cezası, Zihniyet, İnfazlar, Mevzuat, Yargı ve Siyaset*, 1. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, Ocak 2001.

GOMIEN, D., HARRIS, D., ZWAAK, L., *Law and Practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 1996.

GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, *Yaşama Hakkı ve İşkence Yasağı*, İzmir Barosu İnsan Hakları Hukuku ve Hukuk Araştırmaları Merkezi Yayını, İzmir, 1997.

GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, GÖZÜBÜYÜK, Şeref, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2002.

GÖZLÜGÖL, Said Vakkas, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuzun Etkisi*, Hilmi Usta Matbaacılık, Ankara 1999.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref, GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitabevi, 8. Bası, Ankara 2009.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref, GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitabevi, 2. Bası, Ankara 1996.

GÜLEÇ, Sesim Soyer, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Bakış Açısı İle Türkiye’de Aile İçi Şiddet ve Ayırmacılık”, *Fasikül Dergisi*, Sayı:10, Eylül 2010, s.30-31.

GÜRCAN, Ertuğrul Cenk, “Ötenazi: Yaşama Hakkı Açısından Bir Değerlendirme”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı:60(2), Yıl:2011, s.255-277.

GÜVEN, Kudret, *Kişilik Hakları Ve Ötenazi*, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara 2000.

HAKERİ, Hakan, *Tıp Hukuku*, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009.

HARRIS, David, O’BOYLE, Michael, BATES, Ed, BUCKLEY, Carla, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Türkçe 1. Baskı, Avrupa Konseyi, 2013.

İÇLİ, Tülin Günşen, “Güç Kullanma Yetkisi ve Bunun Kullanımında Polisin Çelişkisi”, *Polis Bilimleri Dergisi*, Cilt 1, Sayı 1, 1998, s.69-72.

İNAL, Nihat, *Adli Tıp ve Ekonomik Terimli Hukuk Sözlüğü*, Ankara 2003.

İNAL, Tamer, “AİHM Nezdinde Kişisel Başvuru Hakkı, Yaşama Hakkının İhlali Ve Aile İçi Şiddet”, *Kazancı Hukuk Dergisi*, Sayı:73-74, s.242-253.

İNCEOĞLU, Sibel, “Ötenazi: Dünyadaki Gelişmeler ve Türk Anayasa Hukukundaki Yeri”, *Hukuk Ve Adalet Dergisi*, Yıl:4, Sayı:9, Kış 2007, s.141-172.

İNCEOĞLU, Sibel, *Ölme Hakkı ve Ötenazi*, Ayrıntı Yayını, İstanbul 1999.

İSMAYILOV, Samir, *Yaşam Hakkı Ve Yaşam Hakkının Korunmasında Sivil Toplum Kuruluşlarının Rolü*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2006.

JANIS, M. W./KAY, R.S./BRADLEY A:W. *European Human Rights Law*, 3rd ed., Oxford 2008.

KABOĞLU, İbrahim Ö., *Özgürlükler Hukuku*, Afa Yayınları, İstanbul, 1999.

KALABALIK, Halil, *İnsan Hakları Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Mart 2009.

KALABALIK, Halil, *İnsan Hakları Hukuku*, 3. Baskı, Ocak 2013, Seçkin Yayıncılık.

- KAPANİ, Münci, **Kamu Hürriyetleri**, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 1993.
- KARAKAŞ, Işıl, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yaşam Hakkı: Mc Cann’dan Kaya ve Ötesine”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl:1, Sayı:1, Ocak 2002, s.58-70.
- KARAOSMANOĞLU, Fatih, **İnsan Hakları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012.
- KESKİN, Bayram, “Ötenazi Ve Hukuk”, **Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, Sayı:37-38., s.94-105.
- KILINÇ, Ahmet, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye İçin Yaşama Hakkı Yargısı”, **Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, Sayı:39-40, s.82-112.
- KÜRTÜNCÜ, Murat, AYDIN, Şenay, “Geçici Bilinç Kaybı: Ayırıcı Tanı ve Klinik Yaklaşım”, **Klinik Gelişim Dergisi**, 2010, S:1, s.28-34.
- LİMONCUOĞLU, Alp, ŞİŞLİ, Zeynep, ESER, Dilek, “Sosyal Devlet İlkesi ve Yaşam Hakkı Çerçevesinde İş Kazaları”, **Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan**, Beta Yayınları, İstanbul 2011, s.1983-1996.
- MISIR, Mustafa Bayram, “Direnme Hakkı, Şiddet ve Ölüm Orucu Üzerine Bir Değini”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl:65, Sayı:1, Kış 2007, s.38-47.
- NUHOĞLU, Ayşe, “Tıp Ceza Hukukunda Zaruret Halinin Sınırları”, Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, **TBBYayını**, Ankara 2008, s.34-64.
- ODYAKMAZ, Zehra, KAYMAK, Ümit, ERCAN, İsmail, **Anayasa Hukuku İdare Hukuku**, İstanbul 2001.
- OSMANOĞLU, M. Kerem, **Polisin Zor Kullanma Yetkisi ve İnsan Hakları**, Beta Yayınları, 2012.
- ÖMEROĞLU, Ömer, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Hükümlü, Tutuklu ve Gözaltındakilerin Açlık Grevi, Ölüm Orucu ve Müdahale Sorunu”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XV, Sayı:3-4, Aralık 2011, s.83-109.
- ÖMEROĞLU, Ömer, “İntihar, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun İntihara Bakış Açısının ve İntihara Yönlendirme Suçuna İlişkin Düzenlemesinin

Değerlendirilmesi”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, 2010, s.67-68.

ÖMEROĞLU, Ömer, “Hukuksal Açıdan Ölme Hakkı ve Kabul Edilebilirliği Sorunu”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2009, C: XIII, S:3-4, s.83-109.

ÖNOK, Rifat Murat, “İnsan Hakları Ve Türk Ceza Hukuku Açısından, İnfaz Kurumları Ve Tutukevlerindeki Açlık Grevlerine Müdahale Etme Yükümlülüğü Ve Bunun İhmalinden Doğan Sorumluluk”, *Eleştirel Hukuk Dergisi*, Yıl:4, Sayı:9, Kış 2007, s.173-216.

ÖNOK, Rifat Murat, *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006.

ÖRSAL, Metin, KATKICI, Ufuk “Adli Tıp Adli Raporlarda Hayati Tehlike”, *Türkiye Klinikleri Tıp Bilimleri Dergisi*, 1990, C:10, S:4, s.317-320.

ÖZDEK, Yasemin, *Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye*, TODAİ İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi Yayınları, Birinci Baskı, Mart 2004.

ÖZEN, Muharrem, ŞAHİN, Meral Ekici, “Ötenazi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl:68, Sayı:2010/4, s.15-26.

ÖZGENÇ, İzzet, “Kolluk Görevlilerinin Zor Ve Silah Kullanma Yetkisi”, Polise Görev, Yetki ve Sorumluluk Veren Mevzuat Uygulamaları Eğitim Projesi (MUYEP) Tebliğleri II, *Emniyet Genel Müdürlüğü Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayınları*, Ankara 2008, s.205-210.

ÖZKARA, Erdem, *Ötenazide Temel Kavramlar Ve Güncel Tartışmalar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2001.

ÖZTÜRK, Bahri, “Hasta Hakları ve Ötenazi”, *Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce’ye Armağan*, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2001, s.573-590.

ÖZTÜRK, Hafize, “Gözaltı, Tutukluluk ve Hükümlülük Durumlarında Hasta Hakları”, *Türkiye Klinikleri Tıbbi Etik Dergisi*, S:5,Y:1997, s.117-124.

REİSOĞLU, Safa, *Uluslar arası Boyutlarıyla İnsan Hakları*, Beta Basım A.Ş, Nisan 2001, İstanbul.

REİSOĞLU, Safa, *Uluslar arası Boyutlarıyla İnsan Hakları*, Beta Yayınları, İstanbul 2001.

Semih GEMALMAZ, *Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı*, 2. Baskı, Kavram Yayınları, İstanbul 1994.

SEVÜK, Handan Yokuş, “Kolluk Görevlilerinin Silah Kullanma Yetkisi ve Yaşam Hakkı”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Duygun Yarsavut’a Armağan, Cilt:9, Sayı:2, Yıl: 2012, s.241-286.

SİRMEN, K. Sedat, “Yabancıların Türkiye’den Sınırdışı Edilmesine İlişkin Temel Düzenlemeler Ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Türkiye Hakkında Verdiği Örnek Kararlar”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl:67, Sayı:3, Yaz 2009, s.29-45.

SOYASLAN, Doğan, “Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları”, V. Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, *TBB Yayını*, Ankara 2008, s.329-357.

SOYASLAN, Doğan, “Türk Hukuk Düzeni ve Açlık Grevi Yapan Kişilere Müdahale Sorunu”, *YD*, C. 16, Temmuz 1990, s.269-280.

ŞAHİN, Kemal, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukukunda, Doğal Afetlerde Yaşam Hakkı Ve Mülkiyet Hakkı Bağlamında Devletin Sorumluluğu: Budayeva Kararı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 19, Sayı:3, Yıl:2013, s. 53-146.

ŞAHİN, Meral Ekici, *Ceza Hukukunda Rıza*, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Ankara 2010.

TACİR, Hamide, “Yaşama Hakkı Kapsamında Yaşamın Başlangıcı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt:19, Sayı:2, Yıl:2013, s.1301-1319.

TALAS, Cahit, “Yaşama Hakkı ve Toplumsal Haklar”, *İnsan Hakları Yıllığı*, Cilt:12, Ankara: TODAİE İnsan Hakları Araştırma Ve Derleme Merkezi, 1990, s.83-90.

TANRIKULU, M. Sezgin, “İHAM Kararlarında Ve Türk Hukukunda Yaşam Hakkı”, *TBB Dergisi*, Sayı:66, Yıl:2006, s.51-93.

TAŞKIN, Ahmet, “Açlık Grevleri Ve Hak Arama Hürriyeti”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:7, Sayı:3-4, Yıl:2003, s.513-556.

TAŞKIN, Ahmet, “Ceza İnfaz Kurumlarında Açlık Grevleri”, *Adalet Dergisi*, Yıl:93, Nisan 2002, Sayı:11., s.68-112.

TAŞKIN, Ahmet, *Türkiye’de Ve Dünyada Açlık Grevleri*, Eda Matbaacılık, Ankara, Aralık 2004.

TEZCAN, Durmuş, “Türkiye’de Ölüm Cezasının Kaldırılmasında Türk Ceza Kanunu Reform Komisyonu’nun Rolü”, *Fasikül Hukuk Dergisi*, Seçkin Yayıncılık A.Ş., Sayı:36, Ankara, Kasım 2012, s.11-12.

TEZCAN, Durmuş, ERDEM, M. Ruhan, SANCAKDAR, Oğuz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayını, Ankara 2004.

TEZCAN, Durmuş, ERDEM, M. Ruhan, SANCAKDAR, Oğuz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002.

TEZCAN, Durmuş, ERDEM, M. Ruhan, SANCAKDAR, Oğuz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004.

TEZCAN, Durmuş, ERDEM, M. Ruhan, SANCAKDAR, Oğuz, ÖNOK, Rıfat Murat, *İnsan Hakları El Kitabı*, Ankara 2010.

THOMPSON, Kate, GIFFARD, Camille, *İnsan Hakları İhlali Olarak Öldürmenin Rapor Edilmesi-Yaşam Hakkının İhlali Olabilecek Olgular Uluslararası İnsan Haklarını Koruma Sisteminde Nasıl Belgelenmeli ve Bu Olgulardan Yola Çıkarak Nasıl Harekete Geçilmeli?*, Çeviren: Yahya Berman- Erdem Akter, Diyarbakır Barosu Herkes İçin Adalet Projesi Yayını, Diyarbakır Barosu 2006.

TURHAN, Faruk, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişi Özgürlüğü ve Türkiye/ Gözaltında Kayıplar, Hâkim Önüne Çıkarma ve Gözaltı

Süreleri”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Haziran-Aralık 2000, Cilt:4, Sayı:1-2, s.206-232.

TUSKAN, Aydeniz Alisbah, “Uluslararası Ve Ulusal Boyutta Aile İçi Şiddetle Mücadele”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt:87,Sayı:2013/1, Ocak-Şubat 2013, s.25-31.

TÜRKÖZER, Bahir Güneş, *Toplumsal Gerçeklik Olarak Hukuk*, Ankara, 1996.

ÜNAL, Şeref, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, İnsan Haklarının Uluslar arası İlkeleri*, TBMM Kültür, Sanat Ve Yayın Kurulu Yayınları, No:89.

ÜNVER, Yener, *Türk Ceza Hukuku Açısından Ötenazi*, Derleyen: Prof. Dr. Nur Centel, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Disiplinler arası Hukuk Çalışmaları Serisi, No:1, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, Aralık 2011.

YALÇIN, Ersin, “Yaşama Hakkı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Verdiği Kararlar Bağlamında Kavramın Devletler Ve Özellikle Güvenlik Birimleri Açısından Ortaya Koyduğu Anlamın Değerlendirilmesi”, *Polis Bilimleri Dergisi*, Cilt:8, 2006, s.25-54.

YILMAZ, Aytekin, “Günümüzde İnsan Hakları ve Türkiye”, *Yeni Türkiye Dergisi İnsan Hakları Özel Sayısı*, Sayı: 21, Mayıs-Haziran, 1998, s.152-165.

YILMAZ, Ş. Berfin Işık, “Ötenazi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Yıl:7, Sayı:68, Nisan 2012, s.51-59.

Faydalanılan AİHM Kararları

A./Hırvatistan davası, Başvuru No: 55164/08, Karar Tarihi:14/10/2010.
[http://www.echr.coe.int /ECHR /EN/ Header/Case-Law / HUDOC/HUDOC+database/](http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/)

Abdullah Yılmaz/Türkiye davası, Başvuru No: 21899/02, Karar Tarihi: 17/06/2008.
[http://www.echr.coe.int /ECHR /EN/ Header/Case-Law / HUDOC/HUDOC+database/](http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/)

Abdurrahman Orak/Türkiye davası, Başvuru No:31889/96, Karar Tarihi: 14/02/2002.
[http://www.echr.coe.int /ECHR /EN/ Header/Case-Law / HUDOC/HUDOC+database/](http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/)

Akdeniz/Türkiye davası, Başvuru No:25165/94, Karar Tarihi: 31/05/2005.
[http://www.echr.coe.int /ECHR /EN/ Header/Case-Law / HUDOC/HUDOC+database/](http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/)

Akkoç/Türkiye davası, Başvuru No:22947/93 ve 22948/93, Karar Tarihi:20/03/2008.
[http://www.echr.coe.int /ECHR /EN/ Header/Case-Law / HUDOC/HUDOC+database/](http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/)

Akman/Türkiye davası, Başvuru No: 37453/97, Karar Tarihi: 26/06/2001.
[http://www.echr.coe.int /ECHR /EN/ Header/Case-Law / HUDOC/HUDOC+database/](http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/)

Aktaş/Türkiye davası, Başvuru No: 24351/94, Karar Tarihi: 24/04/2003.
[http://www.echr.coe.int /ECHR /EN/ Header/Case-Law / HUDOC/HUDOC+database/](http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/)

Ali ve Ayşe Duran/Türkiye davası, Başvuru No: 42942/02, Karar Tarihi: 08/04/2008.
[http://www.echr.coe.int /ECHR /EN/ Header/Case-Law / HUDOC/HUDOC+database/](http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/)

Andronicou ve Constantinou/ Kıbrıs davası, Başvuru No:25052/94, Karar Tarihi:19/10/1997. [http://www.echr.coe.int /ECHR /EN/ Header/Case-Law / HUDOC/HUDOC+database/](http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/)

Avşar/Türkiye davası, Başvuru No:25657/94, Karar Tarihi:10/07/2001.
<http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

Bader ve Kanbor/İsveç davası, Başvuru No:13284/04, Karar Tarihi: 08/11/2005.
<http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

Bakan/Türkiye davası, Başvuru No:50939/99, Karar Tarihi: 12/06/2007.
<http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

Bayrak/Türkiye davası, Başvuru No: 42771/98, Karar Tarihi: 12/01/2006.
<http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

Berktaş/Türkiye davası, Başvuru No: 22493/93, Karar Tarihi: 01/03/2001.
<http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

Budayeva /Rusya davası, Başvuru No: 15339/02, Karar Tarihi: 20/03/2008.
<http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

Camekan/Türkiye davası, Başvuru No: 54241/08, Karar Tarihi:28/01/2014.
<http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

Ciorap/Moldova davası, Başvuru No:12066/02, Karar Tarihi: 19/06/2007.
<http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

Çakıcı/Türkiye davası, Başvuru No:23657/94, Karar Tarihi:08/07/1999.
<http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

Çiçek/Türkiye davası, Başvuru No:25704/94, Karar Tarihi: 27/02/2001.
[http://www.echr.coe.int /ECHR /EN/ Header/Case-Law / HUDOC/HUDOC+database/](http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/)

Çoşelav/Türkiye davası, Başvuru No: 1413/07, Karar Tarihi:09/10/2012.
[http://www.echr.coe.int /ECHR /EN/ Header/Case-Law / HUDOC/HUDOC+database/](http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/)

D./Birleşik Krallık davası, Başvuru No:30240/96, Karar Tarihi: 02/05/1997.
[http://www.echr.coe.int /ECHR /EN/ Header/Case-Law / HUDOC/HUDOC+database/](http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/)

Demiray/Türkiye davası, Başvuru No:27308/95, Karar Tarihi: 04/04/2001.
[http://www.echr.coe.int /ECHR /EN/ Header/Case-Law / HUDOC/HUDOC+database/](http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/)

Dink/Türkiye davası, Başvuru No: 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09, 7124/09, Karar Tarihi: 14/09/2010. [http://www.echr.coe.int /ECHR /EN/ Header/Case-Law / HUDOC/HUDOC+database/](http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/)

Ekinci/Türkiye davası, Başvuru No:25625/94, Karar Tarihi: 18/07/2000.
[http://www.echr.coe.int /ECHR /EN/ Header/Case-Law / HUDOC/HUDOC+database/](http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/)

Er ve diğerleri/Türkiye davası, Başvuru No: 23016/04, Karar Tarihi:31/07/2012.
[http://www.echr.coe.int /ECHR /EN/ Header/Case-Law / HUDOC/HUDOC+database/](http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/)

Ergi/Türkiye davası, Başvuru No: 23818/94, Karar Tarihi: 28/07/1998.
[http://www.echr.coe.int /ECHR /EN/ Header/Case-Law / HUDOC/HUDOC+database/](http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/)

Ertak/Türkiye davası, Başvuru No:20764/92, Karar Tarihi: 09/05/2000.
[http://www.echr.coe.int /ECHR /EN/ Header/Case-Law / HUDOC/HUDOC+database/](http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/)

Evrım Öktem/Türkiye davası, Başvuru No: 9207/03, Karar Tarihi: 04/11/2008.
<http://www.echr.coe.int> /ECHR /EN/ Header/Case- Law /
HUDOC/HUDOC+database/

Gezici/Türkiye davası, Başvuru No: 34594/97, Karar Tarihi:17/03/2005.
<http://www.echr.coe.int> /ECHR /EN/ Header/Case- Law /
HUDOC/HUDOC+database/

Gül/Türkiye davası, Başvuru No: 22676/93, Karar Tarihi: 14/12/2000.
<http://www.echr.coe.int> /ECHR /EN/ Header/Case- Law /
HUDOC/HUDOC+database/

Güleç/Türkiye davası, Başvuru No:21593/93, Karar Tarihi: 27/07/1998.
<http://www.echr.coe.int> /ECHR /EN/ Header/Case- Law /
HUDOC/HUDOC+database/

Gülen/Türkiye davası, Başvuru No:28226/0214, Karar Tarihi: 14/10/2008.
<http://www.echr.coe.int> /ECHR /EN/ Header/Case- Law /
HUDOC/HUDOC+database/

H.L.R/Fransa davası, Başvuru No:24573/94, Karar Tarihi: 29/04/1997.
<http://www.echr.coe.int> /ECHR /EN/ Header/Case- Law /
HUDOC/HUDOC+database/

Haas/İsviçre davası, Başvuru No:31322/07, Karar Tarihi:20/01/2011.
<http://www.echr.coe.int> /ECHR /EN/ Header/Case- Law /
HUDOC/HUDOC+database/

Halis Akın/Türkiye davası, Başvuru No: 30304/02, Karar Tarihi: 13/01/2009.
<http://www.echr.coe.int> /ECHR /EN/ Header/Case- Law /
HUDOC/HUDOC+database/

Haran/Türkiye davası, Başvuru No:25754/94, Karar Tarihi: 26/03/2002.
<http://www.echr.coe.int> /ECHR /EN/ Header/Case- Law /
HUDOC/HUDOC+database/

Herczegfalvy/Avusturya davası, Başvuru No:10533/83, Karar Tarihi: 24/09/1992.
<http://www.echr.coe.int> /ECHR /EN/ Header/Case- Law /
HUDOC/HUDOC+database/

Horoz/Türkiye davası, Başvuru No:1639/03, Karar Tarihi: 30/06/2009.
<http://www.echr.coe.int> /ECHR /EN/ Header/Case- Law /
HUDOC/HUDOC+database/

Ilijkov/Bulgaristan davası, Başvuru No:33977/96, Karar Tarihi: 26/07/2001.
<http://www.echr.coe.int> /ECHR /EN/ Header/Case- Law /
HUDOC/HUDOC+database/

Isayeva, Yusupova ve Bazayeva/Rusya davası, Başvuru No:57947/00, 57948/00,
57949/00, Karar Tarihi:24/02/2005. <http://www.echr.coe.int> /ECHR /EN/
Header/Case- Law / HUDOC/HUDOC+database/

İlhan/Türkiye davası, Başvuru No: 22277/93, Karar Tarihi: 27/06/2000.
<http://www.echr.coe.int> /ECHR /EN/ Header/Case- Law /
HUDOC/HUDOC+database/

Kalender/Türkiye davası, Başvuru No: 4314/02, Karar Tarihi:15/12/2009.
<http://www.echr.coe.int> /ECHR /EN/ Header/Case- Law /
HUDOC/HUDOC+database/

Kanlıbaş/Türkiye davası, Başvuru No:32444/96, Karar Tarihi: 08/12/2005.
<http://www.echr.coe.int> /ECHR /EN/ Header/Case- Law /
HUDOC/HUDOC+database/

Kasa/Türkiye davası, Başvuru No: 45902/99, Karar Tarihi: 20/08/2008.
<http://www.echr.coe.int> /ECHR /EN/ Header/Case- Law /
HUDOC/HUDOC+database/

Kaya/Türkiye davası, Başvuru No: 22729/93, Karar Tarihi:19/02/1998.
<http://www.echr.coe.int> /ECHR /EN/ Header/Case- Law /
HUDOC/HUDOC+database/

Keenan/Birleşik Krallık davası, Başvuru No:27229/95, Karar Tarihi: 03/04/2001.

<http://www.echr.coe.int> /ECHR /EN/ Header/Case- Law /
HUDOC/HUDOC+database/

Kılıç/Türkiye davası, Başvuru No: 22492/93, Karar Tarihi: 28/03/2000.

<http://www.echr.coe.int> /ECHR /EN/ Header/Case- Law /
HUDOC/HUDOC+database/

Kılınc ve Diğerleri/Türkiye davası, Başvuru No:40145/98, Karar Tarihi: 07/06/2005.

<http://www.echr.coe.int> /ECHR /EN/ Header/Case- Law /
HUDOC/HUDOC+database/

Kurt/Türkiye davası, Başvuru No:24276/94, Karar Tarihi: 25/05/1998.

<http://www.echr.coe.int> /ECHR /EN/ Header/Case- Law /
HUDOC/HUDOC+database/

Mahmut Kaya/Türkiye davası, Başvuru No: 22535/93, Karar Tarihi: 28/03/2000.

<http://www.echr.coe.int> /ECHR /EN/ Header/Case- Law /
HUDOC/HUDOC+database/

Makaratzis/Yunanistan davası, Başvuru No: 50385/99, Karar Tarihi: 20/12/2004.

<http://www.echr.coe.int> /ECHR /EN/ Header/Case- Law /
HUDOC/HUDOC+database/

Mansuroğlu/Türkiye kararı, Başvuru No: 43443/98, Karar Tarihi:26/02/2008.

<http://www.echr.coe.int> /ECHR /EN/ Header/Case- Law /
HUDOC/HUDOC+database/

McCann ve diğerleri/İngiltere davası, Başvuru No:18984/91, Karar Tarihi:

27/09/1995. <http://www.echr.coe.int> /ECHR /EN/ Header/Case- Law /
HUDOC/HUDOC+database/

Mehmet Şentürk ve Bekir Şentürk/Türkiye davası, Başvuru No:13423/09, Karar

Tarihi: 09/04/2013. <http://www.echr.coe.int> /ECHR /EN/ Header/Case- Law /
HUDOC/HUDOC+database/

Menteşe ve diğlerleri/Türkiye davası, Başvuru No:36217/97, Karar Tarihi: 18/01/2005. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

Müslim/Türkiye davası, Başvuru No: 53566/99, Karar Tarihi: 26/04/2005, <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

Nachova ve diğlerleri/Bulgaristan davası, Başvuru No:43577/98, 43579/98, Karar Tarihi:06/07/2005. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

Nevmerzhitsky/Ukrayna davası, Başvuru No:54825/00, Karar Tarihi: 05/04/2005. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

Oğur/Türkiye davası, Başvuru No: 21594/93, Karar Tarihi: 20/05/1999. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

Open Door and Dublin Well Women/İrlanda davası, Başvuru No:14234/88, 14235/88, Karar Tarihi:29/10/1992. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

Opuz/Türkiye davası, Başvuru No: 33401/02, Karar Tarihi: 09/06/2009. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

Orhan/Türkiye davası,, Başvuru No: 25656/94, Karar Tarihi: 18/06/2002. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

Osman/Birleşik Krallık davası, Başvuru No: 23452/94, Karar Tarihi: 28/10/1998. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/>

Öcalan/Türkiye davası, Başvuru No:46221/99, Karar Tarihi: 12/05/2005.
<http://www.echr.coe.int> /ECHR /EN/ Header/Case- Law /
HUDOC/HUDOC+database/

Öneryıldız/Türkiye davası, Başvuru No:48939/99, Karar Tarihi: 30/11/2004.
<http://www.echr.coe.int> /ECHR /EN/ Header/Case- Law /
HUDOC/HUDOC+database/

Perk/Türkiye davası, Başvuru No:50739/99, Karar Tarihi:28/03/2006.
<http://www.echr.coe.int> /ECHR /EN/ Header/Case- Law /
HUDOC/HUDOC+database/

Pretty/Birleşik Krallık davası, Başvuru No:2346/02, Karar Tarihi:29/04/2002.
<http://www.echr.coe.int> /ECHR /EN/ Header/Case- Law /
HUDOC/HUDOC+database/

R.R./Polonya davası, Başvuru No:27617/04, Karar Tarihi:26/05/2011.
<http://www.echr.coe.int> /ECHR /EN/ Header/Case- Law /
HUDOC/HUDOC+database/

Rohde/Danimarkadavası, Başvuru No:69332/01, Karar Tarihi: 21/07/2005.
<http://www.echr.coe.int> /ECHR /EN/ Header/Case- Law /
HUDOC/HUDOC+database/

Salman/Türkiye davası, Başvuru No:21986/93, Karar Tarihi: 27/06/2000.
<http://www.echr.coe.int> /ECHR /EN/ Header/Case- Law /
HUDOC/HUDOC+database/

Satık ve diğerleri/Türkiye davası, Başvuru No:31866/96, Karar Tarihi: 10/10/2000.
<http://www.echr.coe.int> /ECHR /EN/ Header/Case- Law /
HUDOC/HUDOC+database/

Sultan Karabulut/Türkiye davası, Başvuru No:45784/99, Karar Tarihi: 19/09/2006.
<http://www.echr.coe.int> /ECHR /EN/ Header/Case- Law /
HUDOC/HUDOC+database/

Süheyla Aydın/Türkiye davası, Başvuru No:25660/94, Karar Tarihi:24/05/2005.
[http://www.echr.coe.int /ECHR /EN/ Header/Case- Law / HUDOC/HUDOC+database/](http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/)

Şimşek ve diğerleri/Türkiye davası, Başvuru No: 35072/97, 37194/97, Karar Tarihi:26/07/2005. [http://www.echr.coe.int /ECHR /EN/ Header/Case- Law / HUDOC/HUDOC+database/](http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/)

Tanış/Türkiye davası,, Başvuru No: 65899/01, Karar Tarihi: 02/08/2005.
[http://www.echr.coe.int /ECHR /EN/ Header/Case- Law / HUDOC/HUDOC+database/](http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/)

Tanlı/Türkiye davası, Başvuru No:26129/95, Karar Tarihi: 10/04/2001.
[http://www.echr.coe.int /ECHR /EN/ Header/Case- Law / HUDOC/HUDOC+database/](http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/)

Tanrıbilir/Türkiye davası, Başvuru No:21422/93, Karar Tarihi: 16/11/2000.
[http://www.echr.coe.int /ECHR /EN/ Header/Case- Law / HUDOC/HUDOC+database/](http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/)

Taş/Türkiye davası, Başvuru No:24396/94, Karar Tarihi:14/11/2000.
[http://www.echr.coe.int /ECHR /EN/ Header/Case- Law / HUDOC/HUDOC+database/](http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/)

Tepe/Türkiye davası, Başvuru No:27244/95, Karar Tarihi: 09/05/2003.
[http://www.echr.coe.int /ECHR /EN/ Header/Case- Law / HUDOC/HUDOC+database/](http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/)

Timurtaş/Türkiye davası, Başvuru No:23531/94, Karar Tarihi: 13/06/2000.
[http://www.echr.coe.int /ECHR /EN/ Header/Case- Law / HUDOC/HUDOC+database/](http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/)

Ülkü Ekinci/Türkiye davası, Başvuru No:27602/95, Karar Tarihi: 16/07/2002.
[http://www.echr.coe.int /ECHR /EN/ Header/Case- Law / HUDOC/HUDOC+database/](http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/)

Vo/Fransa davası, Başvuru No:53924/00, Karar Tarihi: 08/07/2004.
[http://www.echr.coe.int /ECHR /EN/ Header/Case- Law / HUDOC/HUDOC+database/](http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/)

X./Birleşik Krallık davası, Başvuru No:7215/75, Karar Tarihi:18/10/1982.
[http://www.echr.coe.int /ECHR /EN/ Header/Case- Law / HUDOC/HUDOC+database/](http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/)

Yaşa /Türkiye davası, Başvuru No: 22495/02, Karar Tarihi: 02/09/1998.
[http://www.echr.coe.int /ECHR /EN/ Header/Case- Law / HUDOC/HUDOC+database/](http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/)

Yüksel Erdoğan ve Diğerleri/Türkiye davası, Başvuru No: 57049/00, Karar Tarihi: 15/02/2007. [http://www.echr.coe.int /ECHR /EN/ Header/Case- Law / HUDOC/HUDOC+database/](http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/)