

YAŞAMA HAKKI

RIGHT TO LIVE

Cengiz Topel ÇİFTÇİOĞLU*

Özet: Biyolojik ve toplumsal bir varlık olan insanın, birey olarak da bir kişiliği vardır. Bu kişilik hem insani hem de hukuki açıdan bir değer taşır. Bu nedenle yaşama hakkı en temel insan hakkıdır. Bu hak karşısında diğer haklar ikincil haklar konumundadır. Diğer tüm hakların kullanımı ve varlığı bu hakka bağlıdır. Bu açıdan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'nde, yaşama hakkı dokunulmaz haklar ya da hakların sert çekirdeği olarak kabul edilmektedir.

Bu çalışmada yaşama hakkı esas itibariyle AİHS ve Türk hukuku çerçevesinde ele alınmıştır. Ayrıca yaşama hakkının konusu, önemi ve istisnaları, bu hakkın korunması bakımından devletin yükümlülükleri ile yaşama hakkı kapsamında özellik arz eden durumlar yine konu çerçevesinde izaha çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Yaşama hakkı, devlete düşen yükümlülükler, ölüm cezası, silah kullanma ve silahlı çatışma, ötenazi.

Abstract: Human being as biological and communal being has a personality. Such personality has a value both from legal and humanitarian view. For this reason, right to live is an essential human right. The existence and usage of all other human rights are dependant upon the right to live. To this end, the European Human Rights Convention recognizes the right to live as an untouchable right or core centre of rights.

This article mainly deals with right to live under the European Convention on Human Rights and Turkish law. In addition, subject of the right to live, its importance and exceptions, accountability of the state for the protection of such right and special circumstances regarding the right to live.

Key words: right to live, accountability of state, death penalty, usage of gun and armed conflict, euthanasia.

* Gaziosmanpaşa(İstanbul) Cumhuriyet Savcısı

GİRİŞ:

İnsan, hem biyolojik hem de toplumsal bir varlıktır. Tüm canlı varlıklar gibi onun da yaşamını sağlayan bir organizması yani canlı bir bedeni vardır. İnsanın, birey olarak bir kişiliği vardır. Bu kişilik hem insani hem de hukuki açıdan bir değer taşır. Doğal olarak bir insan, fiziksel, biyolojik, moral ve entelektüel yönlerden kuruludur.

Yaşama hakkı, hem insan haklarının temelini oluşturması açısından önemlidir, hem de insan hakları anlayışındaki tarihsel gelişim sürecinin izlenmesi açısından ölçüt alınabilecek bir haktır. Çağdaş demokrasilerde özgürlüklerin sahip olduğu ayrıcalıklı konuma bakıldığında günümüzde rejimin demokratik niteliğinin bireylere sağlanan özgürlüklerin serbestisi ile yakından ilgili olduğu görülmektedir.

Yaşama hakkı, en temel haktır. Bu hak karşısında diğer haklar türev, ikincil haklar konumundadır. Diğer tüm hakların kullanımı ve varlığı bu hakka bağlıdır. Bu yönüyle yaşama hakkı mutlak bir haktır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (AİHS) yaşama hakkı dokunulmaz haklar ya da hakların sert çekirdeğini oluşturmaktadır.

Bu çalışmada yaşama hakkı AİHS ve Türk hukuku kapsamında ele alınmıştır. Bu bağlamda yaşama hakkının konusu önemi ve istisnaları ile yaşama hakkının korunması bakımından devletin yükümlülükleri irdelenmiştir. Ayrıca yaşama hakkı kapsamında özellik arz eden durumlarda incelenmiştir.

I. Yaşama Hakkı

A-Yaşama Hakkı Kavramı, Tanımı, Konusu ve Önemi

1-Yaşama Hakkı Kavramı ve Tanımı

Anayasa m.17/1, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 2 ve Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi m. 6 insan yaşamının korunması konusunda temel bir hükme yer vermektedir. Buna göre insan yaşamı kanunun koruması altındadır¹. İnsan hakları Alman hukukçu Georges Jellinek'in yapmış olduğu sınıflandırmaya göre koruyucu haklar, isteme hakları ve katılma hakları şeklinde üçe ayrılmaktadır. 1982

¹ Tezcan, Durmuş-Erdem, Mustafa Ruhan-Sancakdar, Oğuz-Önok, Rifat Murat: İnsan Hakları El Kitabı Ankara 2010 s.89.

Anayasası'nda, kişi dokunulmazlığı kapsamında olan yaşama hakkı koruyucu haklar arasında sayılmıştır².

Ulusal ve uluslararası belgelerde tanımlanmayan yaşama hakkı, özü itibariyle doğal hukuk okulunun tanıdığı, ancak pozitif hukukun güvence altına aldığı bir haktır³.

İnsanların bir toplum içerisinde yaşamaları sonucu insan haklarının bugünkü duruma gelmesi oldukça uzun aşamalardan geçerek edinilen tecrübelerle gerçekleşmiştir. Tarihsel gelişim süreci içinde bütün insanların ayırım yapılmaksızın özgür ve haklar bakımından eşit olduğunun kabul edilmesi, bu bağlamda insanın kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez hak ve özgürlüklerinin olduğu düşüncesi aydınlanma dönemi filozoflarının çabalarıyla anayasalarda yer bulmuştur⁴. İnsanın, sırf insan olması nedeniyle hak ve özgürlüklere sahip olduğu ve devletin bunlara dokunamayacağı düşüncesi ancak 1600'lerde ortaya çıkabilmiştir⁵.

Yaşama hakkı, bu hakkın adının açıkça vurgulanması suretiyle 1948 tarihli BM Evrensel İnsan Hakları Bildirisi'nde, 1966 tarihli (yürürlüğe giriş 1976) BM Milletlerarası Medeni ve Siyası Haklar Sözleşmesi'nde (m.6), 1950 tarihli (yürürlüğe giriş 1953) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (m.2), 1969 tarihli (yürürlüğe giriş 1978) Amerikalılararası İnsan Hakları Sözleşmesinde (m.4), 1981 tarihli (yürürlüğe giriş 1986) Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı'nda (m.4) ve 2000 yılı sonunda kabul edilen Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nda (m.2) tanınmıştır⁶.

Öğretide yaşama hakkı; önce insanın fiziksel-biyolojik varlığının arızasız olarak sürdürebilmesi için gerekli olan bir sağlık ve bütünlük içinde doğması, sonra insanın varlığının moral-kültürel gelişim ola-

² Tezcan, Erdem , Sancakdar, Önok s.72; Gözler Kemal: Hukuka Giriş Bursa 2012 s.403-404; Bilge, Necip:Hukuk Başlangıcı Ankara 1983 s.187; Sur, Melda: İnsan Hakları Kavramındaki Gelişmeler İzmir Barosu Dergisi Temmuz 1993 sayı 3 s.40 vd.

³ Gözler, s.214 vd; İzveren, Adil: Hukuk Felsefesi Ankara 1988 s.41; İzveren, Adil: Hukuk Sosyolojisi İzmir 1995 s.33.

⁴ Çiftçiöğlü, Cengiz Topel: Temel Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanılması Yaşağı İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:11 sayı 2 Temmuz 2012 s. 179 vd.

⁵ Gözler, Kemal: Anayasa Hukukunun Genel Esaslar Bursa 2012 s.406.

⁶ Gemalmaz, Mehmet Semih: Devlet Birey ve Özgürlük İstanbul 2010 s.497-498; Tanrıkulu, M.Sezgin: İHAM Kararlarında ve Türk Hukukunda Yaşam Hakkı TBB dergisi sayı 66, 2006 s.52.

naklarına sahip olarak sürdürülebilmesi son olarak bu suretle fiziksel-biyolojik-psikolojik-moral-kültürel bütünlüğünü kazanmış insan varlığının aynı zamanda bir süje yani hukuksal bir kişi olarak toplum yararına dahi olsa, doğal sınırlamalar dışında yok edilmemesi olarak tanımlanmıştır⁷. Vücut bütünlüğünün eksiltilmemesi, insanın maddi ve/veya manevi varlığının bir saldırıya maruz bırakılmaması da yaralanmama hakkı olarak tanımlanmıştır⁸.

2-Hakkın Konusu ve Önemi

İnsan hakları içinde değer sırası bakımından ilk ve temel olan yaşama hakkı, kamusal makamlar tarafından öldürülemezlik ve yaşama yönelik tehlike ve risklere karşı yine kamusal otoriteler tarafından korunma hakkını içerir. Kısaca yaşama hakkı öldürülemezlik hakkıdır.

Öldürülemezlik ilkesinin sonuçları şunlardır⁹:

a) Kişinin kendisine karşı korunması

İnsan haklarının korunması denilince, insanın hep dıştan gelen müdahalelere karşı korunması anlaşılır. Ancak bazen kişinin yaşama hakkına en büyük tehdit yine kendisinden gelir. Türk Ceza Kanunu'nda kişinin bizzat kendi yaşamına son vermesi (intihar) suç olarak düzenlenmemiştir. TCK m. 84/1 intihara yönlendirme suçunu düzenlemiştir. Buna göre TCK'de suç olan şey başkalarını intihara yöneltmektir. Başka bir anlatımla bir kimsenin kendisini öldürmesi ya da öldürmeye teşebbüs etmesi suç değildir¹⁰. Ayrıca kişinin bedeni üzerinde mutlak surete tasarrufta bulunabilme hakkı bulunmadığından kişinin kendisine karşı işlenebilecek suçlara karşı önceden izin vermesi (mağdurun rızası) de söz konusu olamaz. Ancak takibi şikâyete bağlı suçlarda mağdurun şikâyetinden vazgeçmesi mümkündür¹¹.

⁷ Öztürk, Bahri-Tezcan, Durmuş-Erdem, Mustafa Ruhan-Sırma, Özge-Saygılar, Yasemin F.-Alan, Esra: Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ankara 2010 s.93; Öztürk, Bahri Yaşama Hakkı Ve İşkence Yasağı (Yasak Sorgu Metodları) s.50-51 <http://www.iku.edu.tr/TR/userfiles/huk/66.pdf>; Savcı, Bahri: Yaşam Hakları ve Boyutları Ankara 1980 s.14 vd.

⁸ Öztürk, s. 50-51

⁹ Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma, Saygılar, Alan s.93;Savcı, s.16 vd

¹⁰ Tezcan, Durmuş-Erdem, Mustafa Ruhan-Önok, Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku Ankara 2010 s.181; Ercan, İsmail: Ceza Hukuku İstanbul 2007 s.550.

¹¹ Demirbaş, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler Ankara 2009 s.303 vd; Öztürk,

b- Kişinin 3. Kişilere Karşı Korunması

3. kişiler herhangi bir insanın beden bütünlüğüne zarar vermek suretiyle o kişinin yararını bozacak şekilde herhangi bir eylemde bulunamaz. Aksi takdirde ceza kanunlarına göre suç işlemiş olur (TCK m. 81, 82, 84, 87). Ayrıca söz konusu eylem Borçlar Kanunu açısından da haksız eylem niteliği taşır. Yani üçüncü kişilerin hem cezai hem de hukuki sorumluluğu söz konusu olur

c- Kişinin Topluma ve Devlete Karşı Korunması

Uygarlık düzeyi insan haklarının gördüğü ilgiyle orantılıdır. Çağdaş uygarlıklarda kamu özgürlükleri kavramı beden bütünlüğünün dokunulmazlığı boyutunu da kapsar. Bu durum 1982 T.C Anayasası m. 17 vd'da düzenlenmiştir.

d- Kişinin Anarşizm ve Fanatizme Karşı Korunması

İçinde yaşadığımız toplumlarda bir dördüncü tehdit olarak kişinin ideolojik nedenlerle yaşama hakkını ihlal eden anarşizm ve fanatizme karşı korunması gündeme gelmiştir. Anarşizm¹² felsefesinden doğan terörizm ideolojik nedenlerle yaşama hakkına yönelmiş bir saldırdır. Anarşizmin yaşama hakkına yaptığı acımasız saldırının aynısını başta faşizm olmak üzere fanatik öğretisi ve görüşleri de yapmaktadır. Faşizm, kapitalist toplumun liberal bireysel haklar kavramını kabul etmez. Daha doğrusu onu toplum adına ve yararına değiştirir, yumuşatır, içini boşaltır ve özünden yoksun kılar¹³.

Yaşama hakkı kutsaldır. Bu nedenle en önemli insan haklarından birisi ve hukuk devletinin de temel değeridir. Bu itibarla bu hakkın katı biçimde yorumlanması gerekir¹⁴.

Bahri-Erdem, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku Ankara 2011 s.222 vd.

¹² Savcı, s.24

¹³ Savcı s.26; Akın, İlhan F: Kamu Hukuku İstanbul 1987 s.246 vd; Gözübüyük, A.Şeref: Anayasa Hukuku Ankara 1986 s.55.

¹⁴ Tezcan, Erdem, Sancaktar, Önok, s.90; Tikveş, Özkan: Teorik ve Pratik Anayasa Hukuku, İzmir 1982 s.161; Özbudun, Ergun: Türk Anayasa Hukuku Ankara 1986 s.94-95; Gözler/ Anayasa s.67 vd.

AİHS m.2'de yaşama hakkının korunmasından bahsedilmiş, bir tanım verilmemiştir. Hakkın nasıl ve hangi sınırlar içerisinde kullanılacağı başka bir ifadeyle söz konusu hakkın somut görüntülerinin yorumlanması AİHM kararlarına bırakılmıştır.

Mahkeme, McCann/İngiltere davasında *"yalnızca yaşama hakkını korumakla kalmayan aynı zamanda yaşama hakkının sınırlandırılmasının haklı görülebileceği durumları belirleyen bir hüküm olarak 2. madde AİHS'nin en temel hükümlerinden birisidir, bu hüküm barış zamanında 15. madde kapsamında kısıtlanamayacak bir hükümdür, bu madde AİHS'nin 3.maddesi ile birlikte Avrupa Konseyi'ni oluşturan demokratik toplumların taşıdığı en temel değerlerin birisini ortaya koyar."* diyerek yaşama hakkının önemini vurgulamıştır¹⁵.

II- AİHS m. 2'de Öngörülen Devletin Yükümlülükleri

A-Genel Olarak

2.madde'de, *"Yaşama hakkı, 1. Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırıldığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infaz edilmesi dışında, hiç kimsenin yaşamına kasten son verilmez. 2. Ölüm, aşağıdaki durumlardan birine mutlak zorunlu olanı aşmayacak bir güç kullanımı sonucunda meydana gelmişse, bu maddenin ihlaline neden olmuş sayılmaz: a) Bir kimsenin yasa dışı şiddete korunmasının sağlanması; b) Bir kimsenin usulüne uygun olarak yakalanmasını gerçekleştirmeye veya usulüne uygun olarak tutulu bulunan bir kişinin kaçmasını önleme; c) Bir ayaklanma veya isyanın yasaya uygun olarak bastırılması"* şeklinde düzenlenmiştir.

1982 Anayasası'nın 17. maddesinde de, *"Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz. Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz. (...), Meşru müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması, sıkıyönetim veya olağa-*

¹⁵ 27.09.1995 tarihli karar, başvuru no:1898/91.

nüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri, birinci fıkra hükmü dışındadır.” denilerek AİHS m. 2 ile paralel bir hükme yer verilmiştir.

AİHS m. 2 ile Anayasa m. 17/1’de “herkes” kavramı kullanılmıştır. Yaşam, doğumla birlikte başlar, ölümlle sona erer. Burada yaşam ve herkes kavramları kullanılmış olması nedeniyle yaşama hakkının sağlamış olduğu korumadan ceninin de yararlanıp yararlanamayacağı sorunu ortaya çıkar. AİHM, ceninin de yaşama hakkının sağladığı korumadan yararlanıp yararlanmayacağı konusunda açık bir tavır almaktan kaçınmıştır. Avrupa düzeyinde embriyo ve/veya ceninin doğası ve statüsü hakkında uzlaşma olmadığı, ancak koruma kapsamına alınmaya başlandıkları görülmektedir. Ceninin insan olabilme yeteneği, insan onuru adına ceninin korunmasını gerektirmektedir. Ancak bu durum cenini 2. madde kapsamında yaşama hakkına sahip bir kişi yapmaz. Mahkemenin vardığı sonuç itibarıyla ceninin 2. madde kapsamında bir şahıs sayılıp sayılmayacağı konusunda soyut bir cevap vermek mümkün değildir. Yaşamın ne zaman başladığı konusunda devletlerin geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır¹⁶.

B- 2.madde açısından devletin yükümlülükleri

Yaşama hakkı, en temel insan hakkıdır. Diğer tüm hakların varlığı ve kullanımı buna bağlıdır. Bu bakımdan bu hakkın korunması özellik arz eder. Etkili bir hukuksal koruma sağlar. Başka bir ifadeyle, devlet yalnızca insan yaşamına saygı gösterme(yaşamı yok etme yasağı) anlamında negatif bir yükümlülük değil, aynı zamanda insan yaşamını etkili olarak korumak, bunun ihlal edilmesi halinde caydırıcı niteliğe sahip etkin ceza hükümlerine yer vermek, ceza kovuşturmasını organize etmek yönünde pozitif yükümlülük altındadır. Bu bağlamda devletin negatif yükümlülük, pozitif yükümlülük ve usuli yükümlülük olmak üzere üç yükümlülüğü vardır¹⁷.

¹⁶ Tezcan, Erdem, Sancaktar, Önok, s.93; Çakmak, Seyfullah: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hükümleri ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Yaşama Hakkı, Adalet Dergisi, sayı:19, Mayıs-2004, s.150.

¹⁷ Tezcan, Erdem, Sancaktar, Önok, s.90.

1-Negatif Yükümlülük

Devlet, organları aracılığıyla, izin verilen istisnai durumlar dışında bir kişinin yaşamını hukuka aykırı olarak ortadan kaldırmamalıdır. Devlet önce öldürmeme yükümünü kendisi yerine getirmelidir. Başka bir ifadeyle yargısız infaz yapmamalıdır. Negatif yükümlülük sadece kasıtlı öldürme halinde değil taksirle adam öldürme eylemlerini de içermektedir¹⁸. Başta 1995 tarihli Mc Cann/İngiltere kararı olmak üzere AİHM birçok kararında bunu ortaya koymuştur. Devletin yaşamı koruma yükümlülüğü devletle organik bağ içinde olmayan herhangi bir kişi tarafından işlenen adam öldürme eylemleri bakımından da geçerlidir. Başka bir ifadeyle bazı durumlarda özel kişiler tarafından işlenen öldürme eylemlerinden dolayı da devletin sorumlu tutulması mümkündür. Ayrıca 2. madde mağdurun ölmediği durumlarda da uygulanabilir. Mahkeme 2.9.1998 tarihli Yaşa/Türkiye kararında, mağdurun silahla ağır biçimde yaralanması olayında yeterli soruşturma yapılamaması nedeniyle m. 2'nin ihlal edildiğini saptamıştır. Güvenlik güçleri tarafından m. 3'ün ihlali niteliğindeki ağır güç kullanımının söz konusu olduğu 27.6.2000 tarihli İlhan/Türkiye kararında AİHM, yaşama hakkını tehlikeye düşüren güç kullanımının ancak özel hallerde 2. maddenin ihlaline yol açabileceğini kabul etmiştir. Yine 1.3.2001 tarihli Berktaş/Türkiye kararında da güç kullanımının ölüme değil yalnız yaralanmaya yol açması durumunda esas itibarıyla m. 3'ün (işkence yasağı) ve m. 8'in (özel yaşamın korunması) uygulanması gerektiğini ancak hal ve şartlara göre bazı özel durumlarda m. 2'nin de uygulanabileceği sonucuna varmıştır¹⁹. Yine Mahkeme 20.12.2004 tarihli Makaratzis/Yunanistan kararında, m. 2'nin hedefini ve güttüğü amacı dikkate alarak 2. madde kapsamında kullanılan kuvvetin derecesi ve türü ile bunun arkasında yatan kasıt ve amaç gibi çeşitli faktörleri göz önünde bulundurarak, somut olayda polislerin kastının her ne kadar başvuruçuyu öldürmek olmasa da sonuçta kişinin ölmemesinin bir tesadüf eseri olduğunu vurgulamıştır. Balistik rapor incelemesi, arabada bel seviyesinde kurşunların yol açtığı 16 delik bulunması başvuruçunun yaralanma bölgesi ve hastanede kaldığı süre dikkate alınmış polisin öldürme kastı dışında başvuruçunun sağ kalmasını yapısı itibarıyla kişinin yaşamını

¹⁸ Çakmak, s.151.

¹⁹ Tezcan, Durmuş- Erdem, Mustafa Ruhan- Sancaktar, Oğuz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması, Ankara2004 s.107-108

tehlikeye sokan bir davranış olduğunu ve m. 2'nin ihlal edildiğini kabul etmiştir. Mahkeme burada insanın biyolojik-fiziksel yaşamını değil, hukuksal bir değer olarak onun yaşama hakkını korumaktadır²⁰. Ayrıca bir kişinin AİHS m. 2'nin korumasından yararlanabilmesi için mutlaka cesedin bulunmuş olması da gerekmez. Mahkeme bu durumda somut olayın özelliklerinden hareket etmekte ve bir kişiden haber alınmaksızın ne kadar uzun bir süre geçmiş ise, ölme ihtimalinin de o ölçüde yüksek olduğunu kabul etmektedir²¹.

Öldürme yasağına kişinin yaşamını tehlikeye atmaktan kaçınma görevi de dâhildir. Buna karşın kişinin yaşamını tehlikeye atan her türlü tehdit negatif yükümlülük olarak kabul edilmez. 21.11.2000 tarihli Demiray/Türkiye davasında mahkeme, gözaltına alınan ve PKK silahlarının depolandığı yeri göstermek teklifinde bulunan itirafçının kendisi önde olduğu halde üç güvenlik görevlisiyle söz konusu mahalle giderken tuzak bir mayının patlaması sonucu parçalanarak ölmesi olayında devletin önleyici, koruyucu güvenlik tedbirlerini almadığı gerekçesiyle 2. maddenin ihlali sonucuna varmıştır²². Ancak mahkeme kişinin yaşamını kurtarmak için gerekli olan tıbbi tedavi veya ilaç giderlerini karşılamasında yükümlülük kapsamında ele alınabileceğini belirtmiştir. 09.06.1996 tarihli LCB/İngiltere kararında devletin yaşam hakkını korumak için gerekli çabayı göstermekle yükümlü olduğu bu yükümlülüğün aynı zamanda sağlık konusunda tedbir almayı içerdiğini devletin hastaların yaşamının korunması için uygun tedbirler alması konusunda sağlık kuruluşlarının uyması gereken kuralları da öngörmesi gerektiğini, hekim gözetimi altında bulunan hastaların ölmesi durumunda olayı aydınlatmak ve bundan sorumlu olabilecek kişilerin sorumluluğuna gitmek konusunda önlem alacak etkin ve bağımsız bir adalet sistemi oluşturmak zorunluluğu bulunduğunu saptamıştır. Mahkeme 17.01.2012 tarihli Calvelli ve Ciglio/İtalya kararında da aynı tespitlerde bulunmuştur. Mahkeme'ye göre sağlıklı çevre sağlamak yaşama hakkı açısından devletin başlıca görevi olarak kabul edilmiştir. Ancak 2. madde hükmüyle güdülen amacın çok daha (fiziksel varlığını sürdürme koşullarını sağlamakla) sınırlı olduğunu vurgulamıştır. Bu bağlamda mahkeme doğuştan özürlü olan çocuğun

²⁰ Tezcan, Erdem, Sancaktar, Önok, s.91-92.

²¹ Tezcan, Erdem, Sancaktar, s. 108.

²² Çakmak, s.151.

hastanede bedava bakımı sorununun söz konusu olduğu bir olay da devletin negatif ve pozitif yükümlülüklerine girmeden başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun bularak reddetmiştir²³.

Devlet tarafından yaşamı yok etme yasağı, sözleşmede öngörülen istisnalar dışında, teröristlerin provakatif faaliyetleri karşısında da, terörizm karşıtı politikaların bir parçası olarak 'öldürmek için ateş açmayı' ya da infaz mangalarının örgütlenmesine başvurmayı dışlamaktadır. Eğer teröristlere yönelik operasyon iç silahlı çatışma boyutuna ulaşırsa her iki tarafça şiddet kullanmanın yasallığı uluslararası insanlı hukuk standartlarına göre değerlendirilecektir. Ancak devletin sözleşmenin ikinci maddesinde belirtilenlerde dahil insan hakları ile ilgili yükümlülükleri devam edecektir²⁴.

Devletin negatif yükümlülükleri kapsamına gözaltındaki ölümler, kayıp kişiler, faili meçhul öldürme veya öldürmeye teşebbüs olayları ve ölüm riski halleri de girebilmektedir. Yaşama hakkı bakımından özellik arz eden bu sorunlar aşağıda daha ayrıntılı izah edilmiştir.

2- Pozitif Yükümlülük

Devlet, insan yaşamını etkin olarak korumak için gerekli adımları atmak, bu kapsamda bireyleri diğer kişilerin yaşamsal tehlike yaratan eylemlerinden korumak için uygun önlemleri almak, yaşama kasteden eylemleri caydırıcı ve etkin şekilde cezalandırmak için kanunlarında gerekli yaptırımlara yer vermek, bu hükümlerin ihlal edilmesini önlemeye ve cezalandırmaya yönelik ceza kovuşturmasını etkili şekilde organize etmek ve bu cezaların infazını sıkı şekilde takip etmek ve uygulamakla yükümlüdür. Bu bağlamda devletin pozitif yükümlülüğü kapsamında a) Kanun koymak ve uygulamak b) Önleyici tedbir almak görevleri sayılabilir. Devlet, önleyici tedbir almak görevini ba) Kontrolü altında olan kişilerin yaşama hakkını korumak bb) Yakın ve açık risk altında olan kişileri korumak bc) Kuvvet kullanımı sırasında masum kişileri korumak şeklinde yerine getirir.

Devlet pozitif yükümlülük kapsamında hukuka aykırı öldürmelere karşı etkin şekilde caydırıcılık sağlayan hukuki ve idari çerçeveyi

²³ Çakmak, 151-152.

²⁴ Çakmak, s.152.

oluşturmalıdır. Ayrıca kamu görevlilerince kuvvet kullanımına dair kurallar açıkça belirlenip AHİS standartlarıyla uyumlu hale getirilmelidir. Yine yaşama hakkı açısından tehdit oluşturabilecek diğer faaliyetleri de düzenlemelidir. Mahkeme 17.06.2008 tarihli Abdullah Yılmaz/Türkiye kararında bir uzman çavuşun mesleğe uygun düşmeyen hareketleri sonucunda emri altında bulunan erin intihar etmesi olayında, olayın şartlarına göre görevi emri altında bulunan erlerin fiziksel ve zihinsel bütünlüğünü korumak olan profesyonel ordu mensubu uzman çavuşun bu sorumluluklarını yerine getirebilmesi bakımından açıkça yetersiz olduğunu tespit etmiştir. Bu sebeple ulusal düzenlemeler uzman çavuşun emri altındaki birini yönetmek ve somut olayda gerçekleşen türden hassas durumlarla karşılaştığı zaman görev ve sorumluluklarını belirlemek açısından eksik kalmıştır. Bu nedenle yetkili merciler mağduru amirlerinin uygun olmayan davranışlarından korumak için yetkileri dahilindeki her şeyi yapmış sayılamaz. Bu bakımdan erin intiharından Türkiye sorumlu tutulmuştur²⁵.

AİHS m. 2, yaşamı tehlike altında olan kişiler için koruyucu önlemler alma yükümlülüğünü de içerir. Devlet önce somut bir tehlike karşısında ciddi önlemlerle yaşamın korunması için koruma tedbirleri alacaktır. Devletin bu yükümlülüğünün söz konusu olabilmesi için insan yaşamına yönelik somut ve ciddi bir tehlikenin bulunması gerekir. Bu yükümlülük kişiye sürekli bireysel koruma sağlayacak kadar sınırsız ve mutlak değildir. Bir sonuç değil, olanak yükümlülüğüdür. Pozitif bir yükümlülüğün bahsedildiğinde yetkililerin kişi veya kişilerin yaşam hakkına yönelen gerçek ve yakın bir tehlikenin varlığından haberdar olması ve buna karşın kendisinden beklenebilecek makul tedbirleri almamış olması gerekir. Mahkeme 10.10.2000 Akkoç/Türkiye, 27.04.2006 tarihli Ataman/Türkiye, 21.10.2008 tarihli Kılavuz/Türkiye ve 28.03.2000 tarihli Kılıç/Türkiye kararlarında 2. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Bu örnek kararları çoğaltmak mümkündür. Burada güncel ve çarpıcı birer örnek olmaları nedeniyle Oğur/Türkiye ve Dink/ Türkiye kararları üzerinde ayrıca durmak gerekir. 9.06.2009 tarihli Oğur/Türkiye kararında, başvuruçunun annesi, başvuruçunun eski eşi tarafından, yetkili mercilerin eşinin şiddet içeren davranışları konusunda defalarca uyarılmasına karşın öldürülmüştür.

²⁵ Tezcan, Erdem, Sancaktar, Önok, s.98.

AIHM, somut olayda eşine ve annesine yönelik şiddet içeren davranışları, adli sicil kaydı ve halihazırda onların sağlığı ve güvenliği bakımından tehdit teşkil etmesi karşısında eşinin (kocanın) yeni şiddet eylemlerine girişebileceğinin öngörülebilir olduğunu, başvuru ve annesinin bir çok kez yaralanmış, ölümle tehdit edilmiş olmalarına rağmen yetkililer tarafından şikayetlerini geri aldıklarına dayanarak takipsizlik kararı verilmiş olmasını, 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun uyarınca önlem alınmamış olması, aile içi şiddetin önlenmesi konusunda etkili bir sistem kurulup uygulanamamış olmasını göz önüne alarak 2. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Nitekim somut olayda mağdurların korunması için yeterli güvenceler sağlanamamış ulusal merciler mağdurlara karşı şiddeti önlemekte gerekli özeni göstermemiştir. Her defasında şiddet uygulayan eşin ifadesi alınıp salıverilmiştir²⁶. 14.09.2010 tarihli Dink/Türkiye kararında, Dink'in Türk kimliğini aşağılamış olduğu gerekçesiyle hakkında TCK m. 301 gereğince kamu davası açıldığını, bu davada yerel mahkemenin aşırı milliyetçi bir gruba mensup kişilerin müdahil olarak davaya katılmalarına izin verdiğini ve yerel mahkemece Dink'in TCK m. 301 gereğince mahkûm edildiğini böylece onun kamuoyu önünde özellikle de aşırı milliyetçi gruplara karşı tüm Türk kökenlileri aşağılayan bir kişi olarak gösterildiğini tespit etmiştir. Son olarak AIHM Dink'i öldürmekle suçlanan kişilerin konu hakkında çok hassas olan aşırı milliyetçi guruplara mensup olduğunu ve bu suçun hazırlığından açık biçimde haberdar olan güvenlik güçlerinin bunu önlemeye dönük hiçbir önlem almadıklarını vurgulamıştır. Yani AIHM'e göre burada devlet pozitif koruma yükümlülüğünü yerine getirmemiştir²⁷. Kendini tehlikede hisseden her insan açısından özel koruma yükümlülüğü doğmaz. Yine belirli bir kimseyi sürekli olarak bireysel koruma yükümlülüğü de söz konusu değildir. Buradaki kriter ciddi ve somut bir tehlikenin mevcut olmasıdır. Mahkeme 28.10.1998 tarihli Osman/İngiltere kararında, Osman Çiftçi'nin çocuğunun bir ilkökul öğretmeni tarafından aşağılandığını, taciz edilerek izlendiğini öğretmenin daha sonra çocuğun babasını öldürdüğünü ve çocuğu da yaraladığını, bu

²⁶ Tezcan, Erdem, Sancaktar, Önok, s.99-100; Tezcan, Erdem, Sancaktar, s.109; Çakmak, s.154; Myjer, Egbert-Hancock, Barry-Cowdery, Nicholas- Alink, Marnix: Savcılar için İnsan Hakları El Kitabı, Ankara2006, s.49.

²⁷ Çelik, Can, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin İfade Özgürlüğüne Yaklaşımı, Suç ve Ceza Hukuku Dergisi, 4.sayı İstanbul, 2011. S.56.

olayda yetkili makamların öğretmenin durumunu bildikleri halde yeterli koruyucu önlem almadıkları iddia edilmiş ise de AİHM anılan kişilerin yaşamının tehlike altında olduğuna ilişkin bir bilgi bulunmadığını ve öğretmenin hakkında hazırlanan psikiyatrik raporlarında herhangi bir hastalık belirtisi işaret etmediği gerekçesiyle 2. maddenin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. Yine AİHM 02.09.1998 tarihli Yaşa/Türkiye kararında sokakta bilinmeyen silahlı bir kişi tarafından 8 mermi atılarak ağır biçimde yaralanan başvurucunun hayatının tehlike olduğuna dair önceden resmi makamlara yapmış olduğu başvuruya rağmen Türkiye'nin başvurucunun yaşama hakkını korumada kusuru olmadığı sonucuna varmıştır²⁸.

Devletin pozitif yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılabilmesi için yaşama hakkını koruyucu düzenlemelerin varlığı yetmez. Bu düzenlemeleri yaşama geçiren, ihlalleri cezalandıran ve ileride işlenebilecek olası ihlalleri cezalandıracak etkin bir adli sistemi kurmuş olması da gerekir. AİHM 8.04.2008 tarihli Ali ve Ayşe Duran/Türkiye kararında başvuruçuların oğulları polis tarafından gözaltındayken ölene dek işkenceye uğradığını bu eylemde sorumlu tutulan polis memurlarının yerel mahkemede mahkûm edilmiş olmasına karşın cezalarının ertelendiğini, yargılama sırasında polis memurlarının ifadeleriyle soruşturmanın yürütülmesine yardımcı oldukları gerekçesiyle cezalarından indirim yapılması cihetine gidildiğini tespit etmiş, bu durumu şaşkıncı bulmuştur. Çünkü yargılama sırasında polis memurlarının iddiaları sürekli inkâr etmek dışında başka bir açıklama yapmadıklarını yerel mahkemenin vermiş olduğu kararlarla bu tür eylemlerin asla hoş görülmemeyeceğini göstermekten çok, ciddi bir suçun sonuçlarını hafiflettiği sonucuna varmıştır. Gerçekten neticede polis memurlarının hapis cezası infaz edilmemiştir, disiplin işlemleri de yapılmamıştır. Bu bakımdan Türk Hukuku caydırıcı olmaktan uzak kalmıştır. AİHM yaptığı değerlendirme sonucunda Türkiye'nin başvuruçuların oğlunun fiziksel ve manevi bütünlüğünü koruyamayarak sözleşmenin 2 ve 3. maddelerini ihlal ettiği sonucuna varmıştır²⁹.

Devletin tehlike altında bulunan bireyleri koruma yükümlülüğü sonuç değil davranış yükümlülüğüdür. Bu bağlamda öncelikle bir

²⁸ Tezcan, Erdem, Sancaktar, s.109; Çakmak s.154-155.

²⁹ Tezcan, Erdem, Sancaktar, Önok, s.98-99.

kimseye yönelik somut ve ciddi bir tehlikenin varlığı ikinci olarak devletin söz konusu bu tehlikeyi önlemek için elinden geleni yapıp yapmadığı bu çerçevede kendisinden beklenebilecek tüm makul ve gerekli önlemleri alıp almadığı tartışılacaktır. Devletin riskin gerçekleşmesini önlemek için gerekli görülebilecek önlemleri almasına karşın kişiye yönelik saldırının önlenememesi durumunda devletin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Ancak bu durumda da olayın etkin biçimde soruşturulup soruşturulmadığı araştırılacaktır³⁰.

Yaşama hakkı hükümlü ve tutuklular ile gözaltında bulunan kişiler bakımından özel bir öneme sahiptir. Bu kişiler devletin denetimi ve gözetimi altındadır ve hassas bir konumdadır. Mahkemenin 16.11.2000 tarihli Tanrıbilir/Türkiye kararı ile Demiray/Türkiye kararı bu konuda yol göstericidir. Mahkemenin Tanrıbilir/Türkiye kararında gözaltında intihar nedeniyle kasten öldürme iddiası kanıtlanamadığından ihlal olmadığı sonucuna varılmıştır. Burada jandarmalar tarafından gözaltına alınan H. Tanrıbilir gözaltına alındıktan sonra sabah saat 5'e doğru nezarete kendisini gömleğiyle asmıştır. Soruşturmayı yöneten Cumhuriyet savcısı biri genel cerrah olmak üzere üç doktorun katılımı ile otopsi yapmıştır. Otopsi sonucunda ölümün asiya bağlı asfiksiden kaynaklanan solunum ve dolaşım yetmezliği sonucu gerçekleştiği tespit edilmiştir. Olay mahallinde hakim de katıldığı bir keşif yapılması suretiyle gömleğin maktülü taşıyıp taşıyamayacağını tespiti yapılmıştır, görevli jandarmaların ifadeleri hemen alınmıştır. Burada jandarmalar hakkında görevi ihmal sonucu ölüme sebebiyet vermek sonucundan 285 sayılı Kanun Hükmünde Kararname (KHK) gereğince Memurun Muhakematı Kanunu hükümleri uyarınca soruşturma evrakı ilçe idare kuruluna devredilmiş ve ilçe idare kuruluna men'i muhakeme kararı verilmiş olunmasına rağmen AİHM yaptığı incelemede daha önce verdiği bu kurulun bağımsız görevlilerden oluşmadığını belirtmiş olmasına karşın bu olay da soruşturma henüz kurula ve mukakkike devredilmeden önce Cumhuriyet savcısı tarafından soruşturma kapsamında her türlü incelemenin yapılmış olması nedeniyle soruşturmanın yeterli ve etkin yapıldığı sonucuna varılmıştır. Mahkemenin hükümlü ve tutuklular ile gözaltında bulunan kişiler bakımından özellikle dikkat ettiği

³⁰ Tezcan, Erdem, Sancakdar, Önok, s.101; Çakmak, s.159.

husus, hükümlü ve tutukluda intihar niyeti varsa gerekli önlemi almak ve örneğin 24 saat boyunca hükümlüyü gözetim altında tutmak ve kesici ve delici maddeler, kemer, altın zincir gibi şeylerden arındırmak gibi önlemlerin alınıp alınmadığı yine böyle bir riski en aza indirmek için gerekli olan standart tedbirlerin gereği gibi uygulanmış olup olmadığıdır. Mahkeme Demiray/Türkiye davasında devletin koruyucu önlem almadığı gerekçesiyle 2. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır³¹.

Devletin pozitif yükümlülüğü kapsamında diğer bir konu da niteliği itibariyle tehlike arz eden faaliyetlerin düzenlenmesi ve yürütülmesinin denetlenmesidir. Devlet etkili bir düzenleme ile gözetim ve denetim sistemi oluşturarak tehlikeli eksikliklerin teşhisini ve düzeltilmesini sağlamalıdır. Bu faaliyetler sebebiyle yaşamları tehlike altına girebilecek kişilere, risk değerlendirmeleri ve koruyucu tedbirler alınabilmesi bakımından yeterli seviye de bilgi verilmelidir. Bu yükümlülük söz konusu faaliyetin özel teşebbüs tarafından yapılması durumunda da mevcuttur. Benzer yükümlülük doğal afetler bakımından da mevcuttur. 20.3.2008 tarihli Budayeva ve diğerleri/Rusya kararında mahkeme dağlık bir bölgede toprak kayması sonucunda gerçekleşen ölüm ve yaralanmaların meydana geldiği bir olayda doğal afetler nedeniyle devletin sorumluluğunun söz konusu olabileceğine hükmetmiştir. 18.6.2002 tarihli Öner Yıldız/Türkiye kararında mahkeme bir çöplükte metan gazı birikmesi sonucunda meydana gelen ölüm olayından dolayı Türkiye'nin sorumlu olduğu sonucuna varmıştır. Burada Ümraniye çöplüğündeki metan gazı patlaması sonucu çöplük yakınında olan 11 gecekondunun yıkılması nedeniyle bu evlerden birinde oturan başvuranın 12 kişilik ailesinden dokuzunu kaybetmesi olayında AİHM Ümraniye çöplüğünü kullanan 4 belediye tarafından hiçbir önlem alınmadığını, başvuranın burada oturmasının yasaklanmadığını ve bu nedenle yasaya aykırı olarak tehlikeli bölgeye gecekonduyu yapan başvuranın kendi kusurlu davranışına karşın Türkiye'yi mahkûm etmiştir³².

³¹ Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma, Saygılar, Alan, s.94-95; Tezcan, Erdem, Sancaktar, Önok, s.102; Çakmak, s.174; Cengiz, Serkan-Demirağ, Fahrettin-Ergül, Teoman-Mcbride, Jeremy-Tezcan, Durmuş: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları Ankara s.10-11.

³² Tezcan, Erdem, Sancaktar, s.134.

AİHM, kasten adam öldürme suçu için af çıkarılması durumunu, şayet bunun için özel nedenler varsa ve bu tür fiillerin cezalandırılmasını genel olarak önleme yönünde bir uygulama yoksa sözleşmenin 2. maddesini ihlal etmediği sonucuna varmıştır. Öte yandan ölüm cezasına mahkum bir kişinin cezasının kesinleşmesinden sonra oldukça uzun bir süre geçmesine rağmen cezanın infaz edilmemesinin de işkence niteliğine dönüşebileceği belirtilmiştir³³.

3-Usuli Yükümlülük

Devlet doğal olmayan sebeplerden kaynaklanan özellikle de kamu görevlilerinin kuvvet kullanması sonucunda meydana gelen ölüm olaylarını etkin biçimde soruşturmalıdır. Kişinin, kamu görevlilerince öldürüldüğünün kanıtlanamadığı durumlarda da, etkili bir soruşturmanın ilgili devletçe yapılmaması halinde AİHS m. 2 kapsamında yaşama hakkının ihlali nedeniyle ilgili devletin sorumluluğu söz konusu olabilmektedir. Bu tespit usuli yükümlülüğün ihlaline dayanmaktadır. Mahkemenin hem yaşama hakkının ihlalinden hem de yaşama hakkıyla ilgili iddia konusunda etkin bir soruşturma yapılmamasından dolayı iki kez 2. maddenin ihlalinden mahkûmiyet kararı verdiği de görülmektedir. Kişinin özellikle kamu görevlileri tarafından güç kullanılması sonucu ölmesi durumunda sorumluların ortaya çıkarılması bakımından amacına uygun ciddi ve etkin bir soruşturma yapmanın önemi daha da artmaktadır. Mahkemenin Tanrıkulu/Türkiye, Demiray/Türkiye, Kaya/Türkiye gibi kararları bu konuda örnek gösterilebilir³⁴.

Devletin usuli yükümlülüğünü yerine getirmesi bakımından soruşturmanın tam ve etkin yapılması yaşama hakkını korumanın soruşturma ve yargılama yönünü içerir. Bu bağlamda; a) Resmi bir soruşturma yapılmalı b) Olaylara karışan kişilerden bağımsız, farklı kişiler soruşturmayı yönetmeli c) Soruşturma, olayları ve sorumluları ortaya çıkarabilmeye muktedir ve elverişli olmalı d) Soruşturma, ivedilikle yapılmalı ve makul bir sürede sonuçlandırılmalı. e) Soruşturma, kamunun denetimine açık olmalı, bu anlamda en azından mağdurun yakınları soruşturmaya müdahil olabilmelidir³⁵.

³³ Tezcan, Erdem, Sancakdar, s.109.

³⁴ Tezcan, Erdem, Sancakdar, Önok, s.105; Cengiz, Demirağ, Ergül, McBride, Tezcan, s.10; Çakmak, s.151, s.171

³⁵ Tezcan, Erdem, Sancakdar, Önok, s.105-106; Tanrıkulu, s.64.

AIHM uygulamasında mağdurun kamu görevlilerince öldürüldüğü kesin olarak saptanamasa da devletçe faillerin ortaya çıkarılması konusunda yetersiz bir soruşturma yapılmış olması durumunda da devletin AIHS m. 2 açısından sorumluluğu gündeme gelmektedir. Mahkeme'nin Kaya/Türkiye, Ergi/Türkiye kararları bu konuda örnek olarak gösterilebilir³⁶. Bu durumlarda soruşturma makamları böyle bir olaydan haberdar olduklarında bir şikâyet beklemeksizin derhal harekete geçmekle yükümlüdür. Delil toplama ve muhafaza aşaması çok önemlidir. Soruşturmanın tam ve etkin yapılmasında olay mahallinde zaman geçirilmeden delillerin toplanması gerekir. Mahkemeye göre etkili soruşturma çabuk etkili ve önyargısız olmalıdır. Soruşturmayı yapan makamlar ölüm olayından haberdar olduklarında resmi bir başvuru yapılmasını beklemeden derhal soruşturma açmalı ve harekete geçerek delillerin kaybolmasını önlemelidir, tanık ifadeleri hemen alınmalıdır. Cumhuriyet savcılarının refakatinde uzman ekiplerin bizzat olay yerinde inceleme yapmaları soruşturmanın etkinliği açısından son derece önemlidir. Ayrıca olay yeri ve maktulün fotoğraflarının çekilmesi ve olay yeri tespit tutanağı düzenlenmesi, krokilerin çizilmesi de soruşturmanın tam yapılması açısından önemlidir. Yine ölüm olaylarında yapılan otopsilerde cesetlerin dış ve iç muayenesinde saptanan lezyonların nasıl, ne şekilde oluştuğularının ve durumlarının ayrıntılı bir şekilde tespit edilerek tutanağa geçirilmesi gerekir. Bu bulgular gerek ölümlü olaylarda gerekse kötü muamele ve işkence olaylarında büyük bir önem arz eder. AIHM' in birçok kararında yapılan otopsilerin yetersizliği nedeniyle Türkiye'nin sorumluluğu cihetine gidilmiştir. Bu konuda Kaya/Türkiye, Oğur/Türkiye, Tanrıkulu/Türkiye, Salman/Türkiye, Tanlı/Türkiye ve Aktaş/Türkiye kararları örnek olarak verilebilir³⁷. AIHM, usuli yükümlülüğün yerine getirilip getirilmediğinin tartışıldığı durumlarda başvurucunun 2. maddenin ihlali ile ilgili iddialarını bizzat yerinde incelemek suretiyle kararlarını verebilmektedir. Bu amaçla 3 yargıçtan oluşan heyetler ilgili devletlere gönderilerek ve bizzat başvurucuların , tanıkların ve soruşturma da rolü olan yetkililerin bilgisine başvurulmaktadır³⁸.

³⁶ Cengiz, Demirağ, Ergül, McBride, Tezcan, s.10-11.

³⁷ Çakmak, s.182.183.

³⁸ Çakmak, s.161.

Bu yükümlülük kapsamında öldürme olayının sorumlusunun ilgili devlet tarafından açığa çıkarılmamasının mutlaka 2. maddenin ihlali anlamına gelmediğini belirtmek gerekir. Burada önemli olan sorumluların açığa çıkarılması için gösterilen çaba ve gayrettir. Başka bir ifadeyle soruşturmanın tam ve etkin yapılmasıdır. Mahkeme'nin Ekinci/Türkiye ve Tanrıbilir/Türkiye kararları bu duruma örnek olarak gösterilebilir.

Devletin usuli yükümlülüğü (etkili soruşturma yürütme yükümlülüğü) kümülatiftir ve sonuç değil, davranış yükümlülüğüdür. Devletin bu yükümlülüğünü ihlal ettiği iddiasının söz konusu olması durumunda mahkeme ayrıca iç hukuk yolları tüketilmeden yapılacak bireysel başvuruları da kabul etmektedir. Mahkemenin Akdivar ve diğerleri/Türkiye kararı ile Menteş ve diğerleri/Türkiye kararı bu duruma örnek olarak gösterilebilir³⁹.

III- AİHS m.2'de Öngörülen İstisnalar

AİHS m. 2 ile Anayasa m. 17 hükümlerine göre yaşama hakkının dört istisnası vardır.

A-Ölüm Cezası

Tarihte ilk yazılı metin olarak "*Babil Kanunları*"nda M.Ö 2000 yıllarında ölüm cezasına rastlanılmaktadır. Tarihsel gelişim süreci içerisinde sıkça uygulanan bu ceza, çağdaş ceza hukukunda tek bedensel ceza olup, yaşama hakkını ortadan kaldırmaktadır. Ölüm cezasının suçları önlemede caydırıcı etkisi, adli hata karşısında telafi imkânları ve yaşama hakkının korunması bağlamında tartışılması özellikle aydınlanma çağı döneminden itibaren başlamıştır. İlk kez aydınlanma çağında Beccaria, 1764 yılında yayınladığı "*Suçlar ve Cezalar*" adlı eserinde ölüm cezasını eleştirmiştir. Beccaria'nın etkisiyle ölüm cezası bu dönemde ciddi biçimde tartışılmış ve pek çok ülke hukukunda ölüm cezası kaldırılmıştır⁴⁰.

Yaşama hakkını güvence altına alan Sözleşme'nin 2. maddesinin 2. cümlesi, bir mahkeme tarafından yasaya uygun biçimde verilmiş

³⁹ Tezcan, Erdem, Sancakdar, Önok, s.106; Çakmak, s.161-162.

⁴⁰ Çakmak, Seyfullah: Yaşama Hakkı ve Ölüm Cezası Ankara 2002 s.1.

ölüm cezasının infazını yaşama hakkının istisnası olarak kabul etmiştir. Ancak 28.04.1983 tarihinde imzaya açılarak 01.03.1985 tarihinde yürürlüğe giren Sözleşme'ye ek 6 no'lu Protokol ile savaş veya çok yakın savaş tehlikesi dışında zamanlar için ölüm cezası kaldırılmıştır. 03.04.2002 tarihli Sözleşme'ye ek 13 no'lu Protokol ise, 6 no'lu Protokol ile belirlenmiş olan savaş veya çok yakın savaş tehlikesi istisnası da dâhil ölüm cezasını her durumda kaldırmıştır⁴¹.

Ölüm cezası konusunda ülkemizde yıllardır devam eden tartışmalar sonucunda bu cezanın 3.8.2002 tarih ve 4771 sayılı Kanun'la ilk önce *"Savaş ve çok yakın savaş tehdidi halinde işlenmiş olan suçlar için öngörülen idam cezaları hariç"* olmak üzere ve 14.07.2004 tarih ve 5218 sayılı Ölüm Cezasının Kaldırılması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'la mevzuatımızdan tamamen çıkartılmıştır. Türkiye'de ölüm cezası son olarak 1984'te iki kişinin idam edilmesi şeklinde uygulanmış 12 Mart 1971 ve 12 Eylül 1980 ara dönemleri hariç bırakılırsa Türkiye'de 1965 yılından itibaren ölüm cezası infaz edilmemiştir⁴².

B-Meşru Müdafaa

Haksız bir saldırıya karşı insanın kendisini savunması şayet savunma da zorunluluk varsa, saldırganı öldürme hakkını da vermektedir. Yaşamı tehdit altında olan bir rehineyi kurtarmak için kasten ateş edilmesi AİHS m. 2/2-a' ya uygundur. Söz konusu madde kamu görevlisi olmayan kişiler bakımından da , yasama organının meşru müdafaaaya ilişkin düzenlemeleri bu maddeye uygun hale getirmesi yükümlülüğünü öngörmektedir. Bu düzenleme ancak söz konusu maddedeki koşullar altında bir kişinin öldürülmesini hukuka uygun saymaktadır. Sözleşme bakımından meşru savunma kişinin cebir ve şiddete karşı korunması ile sınırlanmıştır. Bu nedenle malı-mülkiyeti korumak için adam öldürme sözleşmeye uygun değildir. Ancak yeni TCK. m. 25/1'de meşru savunma açısından herhangi bir hakkın korunabileceği ifade edilmiştir. Polis Vazife ve Selahiyetleri Hakkında

⁴¹ Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma, Saygılar, Alan, s.93; Tezcan, Erdem, Sancakdar, Önok, s.96; Demirbaş, s.522-523; Öztürk, Erdem, s.360; Dönmezer, Sulhi-Erman, Sahir; Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt: II İstanbul 1986 s.637 vd; Odyakmaz, Zehra-Kaymak, Ümit-Ercan İsmail: Anayasa Hukuku İdare Hukuku İstanbul 2011 s.187 .

⁴² Demirbaş, s.522-523; Çakmak/Makale, s.165.

Kanun'un 16. maddesinde , meşru savunma hakkının kullanılması çerçevesinde polisin silah kullanmaya yetkili olduğu belirtilmiştir. Fakat yeni TCK ve PVSK açısından, meşru savunmada aranan “*oranlılık ilkesi*” uyarınca yalnızca mülkiyeti korumak için yaşama hakkının tehlike altına sokulması hukuka uygun olmayacaktır⁴³.

C-Yakalama ve Kaçmanın Önlenmesi

Sözleşme'nin 2/2-b maddesi , tehlikeli kişilerin yakalanması veya kaçmasının önlenmesi bakımından silah kullanılması konusunda bir dayanak oluşturmaktadır. Yaşamın tehlikeye atılması ancak silah kullanılmasının mutlaka gerekli olması halinde hukuka uygun sayılır. Başka bir ifade ile öldürme kastı ile hareket edilmemiş olması gerekir. Silah kullanma ve silahlı çatışma konusuna aşağıda ayrıca değinilmiştir.

D-Ayaklanmanın bastırılması

AİHS m. 2/2-c' de öngörülen ve öldürmeyi hukuka uygun kılan son durum ayaklanmadır. Ayaklanma, çok sayıda kişinin büyük çapta şiddet kullandığı, ekstrem durumları ifade eder. Fakat böyle bir durumda da kamu düzenini yeniden tesis etmek için silah kullanmanın mutlaka zorunlu olması şartı aranır⁴⁴.

E- Değerlendirme.

Yaşama hakkı Sözleşme'nin mutlak haklar kategorisine girmekle birlikte sınırsız bir hak değildir. 2. maddenin 2. fıkrasında kuvvet kullanmanın meşru olduğu durumlar sınırlı olarak sayılmış olup bunların genişletilmesine imkân yoktur. Devletler savaş ve olağanüstü durumlarda dâhil 2. maddenin 2. fıkrasına aykırı önlemler alamazlar.

Meşru müdafanın istisna oluşu her türlü izahtan varestedir. Ayrıca bir ayaklanmanın bastırılmasında, meşru müdafaa veya ıztırar halinin şartları bulunmadıkça adam öldürmenin hukuka uygunluğundan bahsedilemez.

2. maddenin 2. fıkrası kasten öldürmeye izin verilen haller değildir. Burada mutlaka gerekli olan bir güç kullanımı nedeniyle daha çok

⁴³ Tezcan, Erdem, Sancakdar, Önok, s.113;

⁴⁴ Tezcan, Erdem, Sancakdar, s.116;

istenmeyen bir sonuç olarak ortaya çıkan ölüm olayı söz konusudur. Başka bir ifadeyle hukuka uygun bir güç kullanımına bağlı kast olunmayan bir sonuç olarak ortaya ölüm meydana gelmektedir. Yani bu istisnalar, öldürmeye peşinen izin verilen durumları değil yaşamın kasıtlı olmayan izalesini, belirli şartlarda yaşamı koruma yükümlülüğün ihlali saymayan kurallar olarak düzenlenmiştir⁴⁵.

Burada anlaşılamayan istisna, yakalamak amacıyla adam öldürmektir. Ölüm cezası kaldırıldığına göre yakalanan bir sanığı yargıladıktan sonra dahi verilebilecek en ağır ceza müebbet hapis cezası iken yakalama yapabilmek için böyle bir istisnanın konulması anlaşılabilir bir durum değildir. AİHM burada öldürme kastıyla hareket edilemeyeceğini kabul etmektedir. Mahkeme kamu görevlilerin kasıtlı davranışlarına bağlı pek çok ihlal kararı vermiştir. Mahkeme'nin, Kaya/Türkiye (22729/93), Güleç/Türkiye(21593/93) , Ergi/Türkiye(23818/94), Taş/Türkiye (24396/94), Gül/Türkiye (22676/93), Çiçek/Türkiye (25704/94) ve Akdeniz/Türkiye(23954/94) kararları bu konuda örnek olarak gösterilebilir⁴⁶.

IV- Yaşama Hakkı Kapsamında Özellik Arz Eden Bazı Sorunlar

A-Ölüm Oruçları⁴⁷

İnsan özgür iradesine rağmen bazı işlem ve eylemler yapmaya zorlanamaz. Bu bağlamda 1998 tarihli Hasta Hakları Yönetmeliği hastanın rızasına büyük önem vermiş ve m. 24'de "*Tıbbi müdahalelerde hastanın rızası aranır*" kuralını koymuş, m. 25'de de "*Tedaviyi reddetme ve durdurma hakkı*" tanımıştır. Ölüm orucuna başlayan kişi başlangıçta hasta olmadığına göre hasta muamelesine tabi tutulması da mümkün değildir. Kişi, kendi hayatı konusunda yine ve ancak kendisi karar verebilir. Burada önemli olan husus iradenin sağlıklı olup olmadığıdır. Bir şüpheli veya sanığın sivil itaatsizlik hakkını kullanarak özgür iradesiyle ölüm orucuna başlaması yasaklanabilecek bir durum değildir. Fakat hekimin sağlıklı bir karar verme durumunda olmayan

⁴⁵ Tezcan, Erdem, Sancakdar, Önok, s.97; Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma, Saygılar, Alan, s.94; Çakmak/Makale s.166.

⁴⁶ Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma, Saygılar, Alan, s.94-95; Cengiz, Demirağ, Ergül, Mcbride, Tezcan, s.11; Çakmak/Makale s.174.

⁴⁷ Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma, Saygılar, Alan, s.95.

kişinin yaşamasını sağlamak için hizmet vermesi tıbbi bir zorunluluktur. Özellikle ölüm orucuna yatanların bulunduğu ortamdan çıkarılıp tedavi görmesi belki daha sağlıklı karar vermesine fırsat verebilir. Yeni TCK m. 298’de “*Hak kullanımını ve beslenmeyi engelleme*” suçunu düzenlemiştir. Bu maddenin 2. fıkrasına göre hükümlü ve tutuklarının beslenmesini engelleyenler hakkında 2 yıldan 4 yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Hükümlü ve tutukluların açlık grevine veya ölüm orucuna teşvik veya ikna edilmesi ya da bu doğrultuda kendilerine talimat verilmesi de beslenmenin engellenmesi suçunu oluşturur. Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanununun 82. maddesi, beslenmeyi reddederek açlık grevi veya ölüm orucuna yatan hükümlülerden hayati tehlikeye girdiği veya bilincinin bozulduğu hekim tarafından belirlenenler hakkında isteklerine bakılmaksızın muayene ve teşhise yönelik tıbbi araştırma, tedavi ve beslenme gibi tedbirler sağlık ve hayatları için tehlike oluşturmamak koşuluyla uygulanır, hükmünü içerir.

B- Gözaltında Ölümler

Gözaltında ölümler Türkiye’nin başını çok ağrıtmış bir konudur. Mahkeme burada çoğu kez etkili bir soruşturma yapılmaması nedeniyle Türkiye’yi mahkûm etmiştir. AİHS m. 2’nin uygulanabilmesi için ölümün fiilen kesin olarak tespit edilmiş olmasına örneğin cesedin ortaya çıkmış bulunmasına gerek yoktur. Türkiye’ye karşı açılan Çiçek, Taş, Salman, Akdeniz ve diğerleri gibi davalarda verilen kararlarda devletin denetimi altında olan bir kişinin sağlığında meydana gelen olumsuz değişiklikleri açıklama yükümlülüğü vardır. Söz konusu kişinin ölmesi halinde hesap verme sorumluluğu daha da önemli bir hale gelir. Mahkeme’nin ihlal sonucuna varmasında kişinin son kez güvenlik güçleri elinde iken görülmüş olması, bir daha ortaya çıkması ölçüt kabul ettiği durumlardır. Mahkeme’ye göre kişiden haber alınmaksızın ne kadar uzun süre geçmişse ölmüş olması ihtimali de o kadar yüksektir. Bu durumda da devlet kişinin akıbeti konusunda makul ve ikna edici bir açıklama getiremezse m. 2’den sorumlu tutulmaktadır⁴⁸.

⁴⁸ Tezcan, Erdem, Sancakdar, Önok, s.101

C- Silah Kullanma ve Silahlı Çatışma

Silah kullanma ve silahlı çatışma ülkemizde sık sık sorun olarak ortaya çıkmış, kamuoyunda özellikle de basında yargısız infazlardan söz edilmiştir. Türk hukukunda güvenlik güçlerinin güç ve silah kullanma yetkisini düzenleyen birçok hüküm bulunmaktadır 2495 sayılı Bazı Kurum ve Kuruluşların Korunması ve Güvenliklerinin Sağlanması hakkında Kanun, 2692 sayılı Güvenlik Komutanlığı Kanunu, 6831 sayılı Orman Kanunu, 772 sayılı Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanunu, 1481 sayılı Asayiş Müessir Bazı Fiillerin Önlenmesi Hakkında Kanun, 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu, 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu, 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu, 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu, 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu, 2803 sayılı Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Kanunu ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyetleri Hakkında Kanun gibi. Belediye zabıtasında olduğu gibi bir kısım kolluk görevlilerinin de silah kullanma yetkisi yoktur. Meşru savunma bakımından 2559 sayılı PVSK m.16' da polisin silah kullanabileceği hüküm altına alınmıştır. 5681 sayılı yasa ile 2007 yılında kanunda değişiklik yapılmıştır. 5681 sayılı kanun ile değişik PVSK m. 16' da öngörülen ana ilkeleri şu şekilde özetlemek mümkündür :

- a) Yaşama hakkı tehlikeye girmedikçe başkasının yaşama hakkını tehlikeye sokmak olanaklı değildir (meşru müdafaa ve ıztırrar hali).
- b) Silah, öldürmek kastı ile kullanılamaz.
- c) Başka şekilde saldırı veya tehlikeyi def etmek mümkün ise, asla silah kullanılamaz.
- d) Başka türlü yakalama olanağı bulunmayan durumlarda, sağlığa en az zarar verecek şekilde silah kullanılabilir.
- e) Kaçan kişi, açıkça ve ısrarla ikaz edilmedikçe silah kullanılamaz.
- f) Ölçülülük (oranlılık) ilkesi ⁴⁹.

⁴⁹ Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma, Saygılar, Alan, s.99; Tezcan, Erdem, Sancakdar, Önok, s.107-108.

Polisin silah kullanma yetkisi konusunda kesin ve değişmez ölçüt ve sınırlar konulması mümkün değildir. Bu konuda kanunlara açık ve değişmez hükümler koymak olayın özelliğine ve kişilerin davranışlarına göre bazı güçlükler yaratabilir.

AİHM, McCann ve diğerleri/İngiltere davasında, bombalı terör eylemine hazırlık sırasında güvenlik kuvvetleri tarafından üç IRA terör şüphelisinin Cebelitarık Boğazı'nda öldürülmeleri olayında gözaltına alınırken operasyonun yeterli titizlikle hazırlanmamış olması ve mutlak gereklilik sonucu olmayan orantısız güç kullanılması sebebiyle yaşama hakkının ihlal edildiği kanaatine varmıştır. Burada, İngiltere hükümetinin halkı korudukları iddiası mutlak gereklilik kapsamında görülmemiştir, çünkü şüpheli teröristlerin Cebelitarık'a girmelerine ilk başta izin verilmiştir. Bu karardan da anlaşılacağı üzere mahkeme öldürmeye yol açan koşulların makul ve mutlak gereklilik sınırları içerisinde olmasını, kuvvet kullanımının mutlak olarak gerekli ve kesin olarak fiil ile orantılı olmasını ve son çare olarak başvurulması şartını aramıştır. Hedeflenen amacın niteliğinin, yaşama yönelik tehlikeler ve kullanılan kuvvetteki risk derecesinin bir yaşama son verilmesini gerektirip gerektirmeyeceğine bakılmalıdır⁵⁰. AİHM silah kullanma konusunda Türkiye hakkında verilen Yaşa/Türkiye, Güleç/Türkiye kararlarında da bu ilkeler ışığında bir değerlendirme yapmıştır.

Anayasa Mahkemesi kararlarında , yaşama hakkının Anayasa'nın aradığı belirlilik ve zorunluluk kriterlerine göre sınırlandırılabilirliğini, kamu düzenini sağlamakla yükümlü polisin olayı başka bir şekilde engelleme imkanı kalmadığında son çare olarak kademeli bir şekilde zora başvurabileceğini vurgulamaktadır. Anayasa Mahkemesi 1996/68 Esas, 1999/71 sayılı kararında, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'na 3. madde ile eklenen ek madde 2' nin incelenmesinde bu hükümlerle kolluk güçlerine verilen ateşli silah kullanma yetkisinin yaşama hakkının özüne dokunduğunu Anayasanın ve AİHS' nin aradığı "zorunluluk ve orantılılık" şartlarının bulunmadığını, "teslim ol emrine uyulmaması" ve "silah kullanmaya teşebbüs edilmesi" halinde kademeli olarak etkisiz kılma yöntemleri kullanılmadan kolluk güçlerine son çare olarak başvurulması gereken ateşli silah kullanma yetkisi verdiğini bu nedenle

⁵⁰ Çakmak/Makale, s.168.

bu yönetime başvurulmaksızın doğruca ve duraksamadan hedefe karşı ateşli silah kullanılmasının yaşama hakkını zedeleyeceği sonucuna vararak söz konusu maddenin Anayasa'nın 17. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptaline karar vermiştir⁵¹

D- Kayıp Kişiler

Türkiye aleyhine yapılan başvurular bakımından önemli bir sorunu kayıp kişiler olgusu oluşturmaktadır. Bu sorun zaman zaman gözaltında ölüm iddialarıyla çakışmaktadır. Yani en son devlet kontrolü ve gözetimi altında görülen kişilerin bir daha ortaya çıkmaması ve devletin bu kişilerin akıbeti hakkında bir bilgi verememesi durumunda kayıp kişiler sorunu gündeme gelmektedir. Mahkemenin re'sen delil araması söz konusu olabilir , ancak mahkeme "*iddiayı ispat, iddia edene düşer.*" temel fikrinden hareket etmektedir. Başvuranın kayıp olan yakınının kamu görevlilerince teslim alındığını kanıtlanması gerekir. Birlikte gözaltına alınan arkadaşları serbest bırakıldığı halde kayıp kişinin serbest bırakılmadığı bir durumda o kişiden haber alınmadığının ortaya konulması gerekir. AİHM kayıp kişilerle ilgili davalarda iddianın bu düzeyde kanıtlanamadığını gördüğü zaman davayı reddetmektedir⁵².

E- Faili Meçhul Öldürme ve Öldürmeye Teşebbüs Olayları

Terörün yaygın olduğu yıllarda Türkiye'nin önemli sorunlarından biri de faili meçhul adam öldürme olayları olmuştur. AİHM 2.09.1998 tarihli Yaşa/Türkiye kararında bilinmeyen bir kişi tarafından 8 el ateş edilerek ağır yaralanan başvuruçunun yaşamının tehlikede olduğuna dair önceden resmi makamlara yapmış olduğu resmi başvuruya karşın Türkiye'nin başvuruçunun yaşam hakkını koruma da bu başvuru bakımından kusurlu olmadığı sonucuna varmıştır. Faili meçhul öldürme kapsamında 03.07.2006 tarihli Bayrak ve diğerleri/Türkiye davasında Divan, Türkiye'nin etkili bir soruşturma yapmış olması nedeniyle pasif kalmadığı gerekçesiyle açılan davayı reddetmiştir⁵³.

⁵¹ Tezcan, Erdem, Sancakdar, s.119-120

⁵² Tezcan, Erdem, Sancakdar, Önok, s.103.

⁵³ Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma, Saygılar, Alan, s.101.

F- Ötenazi

Anayasa m. 17/1 ve AİHS m. 2 yaşama hakkı bakımından bir güvence içermekte ancak ölme hakkını garanti etmemektedir. Mahkeme 29.04.2002 tarihli Pretty/İngiltere kararında; devlete, bireye ölüm hakkını tanımak ya da bunu kolaylaştırmak gibi bir yükümlülük yüklenemez, görüşünü dile getirmiştir. Burada Bayan Pretty çok ağır bir ölümcül hastalığın pençesinde bulunduğundan hareket yeteneğini de kaybettiği için intihar edememekteydi. Bayan Pretty'nin kendi rızası üzerine kocasının onu öldürmesi de yerel hukuka göre suç teşkil edecekti. Mahkeme sözleşmedeki yaşama hakkının ölme hakkını da tanıyacak şekilde yorumlanmasına mümkün olmayacağı sonucuna varmıştır. Ulusal hukukta ötenaziyi düzenlemek sözleşmeye aykırı bir durum yaratmayacaktır⁵⁴.

G- Gebeliğin Sonlandırılması (Kürtaj)

İnsan yaşamı, doğumla birlikte başlar ve ölümle birlikte sona erer. Hukuken yaşama hakkının ne zaman başladığı konusunda insan hakları hukukunda kesin bir cevap yoktur. Bu konuda her ülkenin kendi ulusal hukukunda yapacağı düzenlemeler bakımından oldukça geniş bir takdir hakkı bulunmaktadır.

AİHM Büyük Dairesi'nin 08.07.2004 tarihli Vo/Fransa kararında, cenine zarar verme olayının sözleşmenin 2. maddesi kapsamında bir suç olarak değerlendirilmesinin gerekip gerekmeyeceği tartışılmıştır. Bu olayda rutin bir check up için hastaneye giden ve altı aylık hamile olan ve Fransızca konuşamayan başvuru personelin hastaların soyadlarını karıştırması sebebiyle nedeniyle bir başka kadınla karıştırılmış, bunun üzerine yapılan hatalı müdahale sonucunda, ileri bir tarihte çocuğunu aldırma zorunda kalmıştır. Ulusal hukukta başvuru doktorlara karşı adam öldürme davası açamamıştır, çünkü Fransız hukukuna göre ceninin taksirle öldürme suçunun mağduru olması mümkün değildir. Mahkeme ceninin yaşama hakkının korunmasından yararlanıp yararlanmayacağı konusunda açık bir tavır almaktan kaçınmıştır. Avrupa düzeyinde ceninin doğası ve statüsü hakkında uzlaşma olmadığı ancak bu konuda koruma kapsamına alınmaya baş-

⁵⁴ Tezcan, Erdem, Sancakdar, Önok, s.94.

landıkları söylenebilir. Mahkeme'nin vardığı sonuç, o an itibariyle henüz doğmayan çocuğun 2. madde kapsamında bir kişi sayılıp sayılamayacağı konusunda soyut bir cevap vermenin mümkün olmadığı şeklindedir. Yaşamın ne zaman başladığı konusunda devletlerin geniş bir takdir yetkisi vardır. Neticede mahkeme somut olayda hamileliğin sona erdirilmesinin 2. madde kapsamına girip girmediğini incelemeyi gereksiz bulmuştur. Çünkü anneye kasıtlı olmadan zarar vermeyi suç olarak cezalandırmak ve zarar nedeniyle hukuk davası açmak imkânını tanımak suretiyle, Fransız hukuku bu olaylara karşı yeterli düzeyde korumayı sağlamaktadır.

AlHM Bruggemann ve Scheuten/Almanya kararında da , bu ilkelere ışığında Almanya'daki yasal düzenlemeleri de sözleşmeye yönelik bir ihlal olarak kabul etmemiştir.⁵⁵

Türk hukukunda, dünyanın belki de en liberal kanunlarından biri olan Nüfus Planlaması Kanunu 10 haftaya kadar olan gebeliklerin isteğe bağlı olarak sonlandırılabilceğini hükme bağlamıştır. Ceninin potansiyeli ve insan olabilme yeteneği, insan onuru adına korunmasını gerektirmektedir. Fakat bu husus cenini 2. madde anlamında yaşama hakkına sahip bir kişi yapmaz. Öte yandan babanın cenin üzerindeki hakkının da annenin özel hayatın korunması hakkıyla birlikte değerlendirilerek dengeli bir çözüme ulaşılması gerektiği kabul edilmiştir.⁵⁶

V- Sonuç.

Türkiye Cumhuriyeti, bireysel başvuru hakkını 1987 yılında kabul etmiş ve 1990 yılında da seçimlik hüküm olan Divan'ın zorunlu yargı yetkisini tanımıştır.

Mahkeme, bu tarihten sonra Türkiye aleyhine yapılan bireysel başvurularda, Türkiye'nin Güneydoğu'sunda yaşam kaybının trajik ve sıklıkla rastlanan bir durum olduğunu tespit ederek silahlı çatışmaların yaygınlığının, ölümlerin çokluğunun güvenlik güçlerinin yer aldığı silahlı çatışmalarda, Sözleşme'nin 2. maddesinden kaynaklanan etkili ve bağımsız bir araştırma yapılması ödevini ortadan kaldırma-

⁵⁵ Çakmak, s.151

⁵⁶ Öztürk, s.63; Tezcan, Erdem, Sancakdar, Önok, s.92-93.

yacağını vurgulamıştır. Bu kapsamda güvenlik güçlerinin karıştığı öldürme olaylarının Memurin Muhakematı Kanunu çerçevesinde il idare kurullarınca soruşturulmasının etkin bir soruşturma sayılamayacağını özellikle saptamıştır. Bu kararlar nedeniyle 2.12.1999 tarih ve 4483 sayılı Memur ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun, Memurin Muhakematı Hakkında Kanun'un yerini alarak memur suçları muhakemesini basitleştirmiş ve hızlandırmıştır.

Bu tarihten sonrada, Türk hukukunda önemli gelişmeler olmuştur. Bilindiği gibi, Türkiye'nin Doğu ve Güneydoğu'sunda 19.07.1987 tarihinde Terörle mücadele etmek ve güvenliği sağlamak amacıyla 8 ili kapsayan olağanüstü hal ilan edilerek Olağanüstü Hal Bölge Valiliği kurulmuştu. olağanüstü hal uygulanan iller zamanla değişmekle birlikte bu uygulama 30.11.2002 tarihinde tamamen kaldırılmıştır.

Yine, ölüm cezası konusunda ülkemizde yıllardır devam eden tartışmalar sonucunda bu ceza 03.08.2002 tarih ve 4771 sayılı Kanun'la ilk önce "Savaş ve çok yakın savaş tehdidi halinde işlenmiş olan suçlar için öngörülen idam cezaları hariç" olmak üzere ve 14.07.2004 tarih ve 5218 sayılı Ölüm Cezasının Kaldırılması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'la da mevzuatımızdan tamamen çıkartılmıştır.

07.05.2004 tarihinde Anayasa'nın 90. maddesinde yapılan değişiklikle, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümlerinin esas alınacağı hükme bağlanmıştır. Bu sayede iç hukukta mahkemelerin temel hak ve özgürlüklerle ilgili konularda uluslararası sözleşmeleri ve bu arada AIHS' ni öncelikle dikkate almaları gerektiği hususu vurgulanmıştır. Ancak uygulamada mahkemelerin bu konuda gerekli özeni tam olarak gösterdikleri söylenemez.⁵⁷

30.06.2004 tarihinde 5190 sayılı "Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Değişiklik Yapılması ve Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kaldırılmasına Dair Kanun" Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu Kanun uyarınca 5190 sayılı Kanunla görevli ve yetkili ağır ceza mahkemeleri kurularak bu mahkemelere ihtisas mahkemesi hüviyeti kazandırılmıştır.

⁵⁷ Çiftçioğlu, s.203-204; Başlar Kemal: Türk Mahkeme Kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Ankara 2007, s.17

Avrupa Birliği müktesebatı ile uyum sürecinde ceza mevzuatı tamamen değiştirilmiş, 26.09.2004 tarihinde kabul edilen 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 04.12.2004 tarihinde kabul edilen 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve 13.12.2004 tarihinde kabul edilen 5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu kanunlarla ceza adaleti sistemi büyük çapta AİHM kararları ile uyumlu hale getirilmiştir.

01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 250. maddesi ile kurulan ağır ceza mahkemeleri 02.07.2012 tarihinde kabul edilen ve 05.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6352 sayılı Kanun'un 75, 105/6 ve geçici 2. maddesi ile kaldırılmıştır. 6352 sayılı Kanun'un 75. maddesi ile 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun (TMK) 10. maddesini değiştiren düzenleme ile kaldırılan CMK m. 250 ile görevli ve yetkili mahkemelerin yerine TMK. m. 10. ile görevli ve yetkili ağır ceza mahkemeleri kurulmuştur. Bu mahkemelere de ihtisas mahkemesi hüviyeti kazandırılmak istenmiştir. Ayrıca bu Kanun'la kaldırılan, CMK m. 250 ile görevli ve yetkili mahkemeler kapsamında görev yapan hakim ve savcıların yetkileri bu mahkemelerde açılan davaların kesin hükümle sonuçlandırılmasına kadar devam edecektir. TMK. m. 10 ile görevli ve yetkili ağır ceza mahkemeleri ve kaldırılan CMK. m. 250 ile görevli ve yetkili ağır ceza mahkemelerinin ihtisas mahkemesi olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışmalı bir husustur. Zira bu mahkemeler diğer mahkemelerin sahip olmadığı bir takım yetkilerle donatılmıştır ve yargılama usullerinde de diğer mahkemelere nazaran önemli farklılıklar mevcuttur. Bu bakımdan söz konusu mahkemelerin özel yetkili mahkemeler olduğunun kabulü gerekir.

Öte yandan , 5982 sayılı Yasa'nın 18. maddesiyle Anayasa'nın 148. maddesi değiştirilmiş ve Anayasa Mahkemesi'nin görevleri arasına pek çok Avrupa ülkesinde olduğu gibi, bireysel başvuruların karara bağlanması da ilave edilmiştir. Anayasa'nın 148. ve 03.04.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45. maddesine göre "*Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir.*" Anayasa'nın geçici 18. ve 6216 sayı-

lı Kanun'un 76/a. maddesine göre 23.09.2012 tarihinden sonra Anayasa Mahkemesi bireysel başvuruları kabul etmeye başlamıştır.

Yukarıda izaha çalıştığımız iç hukukta yapılan değişikliklerle, AIHM tarafından tespit edilen hak ihlallerinin önüne geçilmek istenmiştir.

Devlet, gerek adli gerekse idari düzeyde yaşama hakkını koruma yükümlülüğü kapsamında AIHM tarafından verilen kararlar doğrultusunda, gerekli önlemleri almalı ve yasal rejimi kurmalıdır. Bu bağlamda, adli kolluk mutlaka kurulmalıdır. Cumhuriyet Savcıları, kolluk güçleri üzerinde mevzuattan kaynaklanan denetim görevlerine azami ölçüde dikkat ederek, ihlal iddialarına ilişkin olarak gerektiğinde re'sen soruşturma açmalıdır. Bu konuda resmi hoşgörü gösterilmemelidir. Yine mahkeme kalemi iyi eğitilmeli, adalet meslek yüksekokulu mezunlarının istihdamına önem verilmelidir. Suçlulukla mücadelede mutlaka halk ile işbirliği yapılmalı ve polislin halk üzerindeki imajının düzeltilmesi yönündeki çalışmalara ağırlık verilmelidir.

KAYNAKLAR

Akın, İlhan F:Kamu Hukuku İstanbul1987

Başlar Kemal:Türk Mahkeme Kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Ankara 2007

Bilge, Necip:Hukuk Başlangıcı Ankara 1983

Çakmak, Seyfullah: Yaşama Hakkı ve Ölüm Cezası Ankara 2002

Çakmak, Seyfullah: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hükümleri ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Yaşama Hakkı, Adalet Dergisi, sayı:19, Mayıs-2004

- Çelik, Can, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin İfade Özgürlüğüne Yaklaşımı, Suç ve Ceza Hukuku Dergisi, 4.sayı İstanbul, 2011
- Cengiz, Serkan-Demirağ, Fahrettin-Ergül, Teoman-Mcbride, Jeremy-Tezcan, Durmuş: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları Ankara
- Çiftçioğlu, Cengiz Topel: Temel Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanılması Yasağı İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:11 sayı 2 Temmuz 2012
- Demirbaş, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler Ankara 2009
- Dönmezer, Sulhi-Erman, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt: II İstanbul 1986
- Ercan, İsmail: Ceza Hukuku İstanbul 2007
- Gemalmaz, Mehmet Semih: Devlet Birey ve Özgürlük İstanbul 2010
- Gözler Kemal: Hukuka Giriş Bursa 2012
- Gözler, Kemal: Anayasa Hukukunun Genel Esaslar Bursa 2012
- Gözübüyük, A.Şeref: Anayasa Hukuku Ankara 1986
- İzveren, Adil: Hukuk Felsefesi Ankara 1988
- İzveren, Adil: Hukuk Sosyolojisi İzmir 1995
- Myjer, Egbert-Hancock, Barry-Cowdery, Nicholas- Alink, Marnix: Savcılar için İnsan Hakları El Kitabı, Ankara2006
- Odyakmaz, Zehra-Kaymak, Ümit-Ercan İsmail: Anayasa Hukuku İdare Hukuku İstanbul 2011
- Özbudun, Ergun: Türk Anayasa Hukuku Ankara 1986
- Öztürk, Bahri-Erdem, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku Ankara 2011
- Öztürk, Bahri-Tezcan, Durmuş-Erdem, Mustafa Ruhan-Sırma, Özge-Saygılar, Yasemin F.-Alan, Esra: Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ankara 2010 s.93;

- Tanrıkulu, M.Sezgin: İHAM Kararlarında ve Türk Hukukunda Yaşam Hakkı TBB dergisi sayı 66, 2006
- Tezcan, Durmuş-Erdem, Mustafa Ruhan-Önok, Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku Ankara 2010
- Tezcan, Durmuş-Erdem, Mustafa Ruhan-Sancakdar, Oğuz-Önok, Rifat Murat:İnsan Hakları El Kitabı Ankara 2010
- Tezcan, Durmuş- Erdem, Mustafa Ruhan- Sancaktar, Oğuz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara2004
- Tikveş, Özkan:Teorik ve Pratik Anayasa Hukuku, İzmir1982
- Savcı, Bahri: Yaşam Hakları ve Boyutları Ankara 1980
- Sur, Melda: İnsan Hakları Kavramındaki Gelişmeler İzmir Barosu Dergisi Temmuz 1993 sayı 3