

T.C
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

**ANAYASA HUKUKU AÇISINDAN
YAŞAM HAKKI**

TİJEN DÜNDAR

**DANIŞMAN
PROF. DR. ZAFER GÖREN**

İZMİR-1998

T.C
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

**ANAYASA HUKUKU AÇISINDAN
YAŞAM HAKKI**

TİJEN DÜNDAR

**DANIŞMAN
PROF. DR. ZAFER GÖREN**

İZMİR-1998

T.C
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

**ANAYASA HUKUKU AÇISINDAN
YAŞAM HAKKI**

TİJEN DÜNDAR

**DANIŞMAN
PROF. DR. ZAFER GÖREN**

İZMİR-1998

YEMİN METNİ

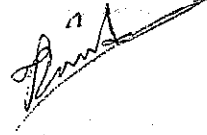
Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “Anayasa Hukuku Açısından Yaşam Hakkı” adlı çalışmanın tarafımdan, bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurulmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin bibliyografyada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

Tarih

15./..S../1999

Tijen DÜNDAR

İmza



TUTANAK

Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsünün/...../1998 tarih ve sayılı toplantısında oluşturulan jüri, Lisansüstü öğretim Yönetmeliğinin maddesine göre Kamu Hukuku Anabilim Dalı yüksek lisans öğrencisi Tijen Dünder'in Anayasa Hukuku Açısından Yaşam Hakkı konulu tezi incelenmiş ve aday/...../..... tarihinde saat 'da jüri önünde tez savunmasına alınmıştır.

Adayın kişisel çalışmaya dayanan tezini savunmasından sonra dakikalık süre içinde gerek tez konusunu, gerekse tezin dayanağı olan anabilim dallarından jüri üyelerince sorulan sorulara verdiği cevaplar değerlendirilerek tezin olduğuna oy ile karar verildi.

BAŞKAN**ÜYE****ÜYE**

TEZ VERİ FORMU

YÜKSEKÖĞRETİM KURULU DÖKÜMANTASYON MERKEZİ TEZ VERİ FORMU

Tez No:

Konu Kod:

Üniv.Kodu:

* Not: Bu bölüm merkezimiz tarafından doldurulacaktır.

Tezin Yazarının

Soyadı: DÜNDAR

Adı: TİJEN

Tezin Türkçe Adı:

Anayasa Hukuku Açısından Yaşam Hakkı

Tezin Yabancı Dildeki Adı:

Right to Life in Constitutional Law

Üniversite: Dokuz Eylül

Enstitü: Sosyal Bilimler

Yıl: 1998

Diğer Kuruluşlar:

Tezin Türü:

1- Yüksek Lisans

☒

2- Doktora

☐

3- Tıpta Uzmanlık

☐

4- Sanatta Yeterlilik

☐

Dili: Türkçe

Sayfa Sayısı: 208

Referans Sayısı: 899

Tez Danışmanlarının

Ünvanı Adı Soyadı: Prof. Dr. Zafer GÖREN

Ünvanı Adı Soyadı:

Türkçe Anahtar Kelimeler:

1- Yaşam Hakkı

2-Kürtaj

3- İdam Cezası

4- Ötanazi

5- İnsan Hakları

İngilizce Anahtar Kelimeler:

1- Right to Life

2- Abortion

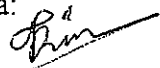
3- Capital Punishment

4- Euthanasia

5- Human Rights

Tarih: 15.5.1998

İmza:



ÖZET

Yaşam hakkı demokratik hukuk devletinin en önemli gereklerinden biridir ve diğer temel hak ve özgürlüklerin kullanılabilmesi için vazgeçilmez bir önkoşuldur. Yaşam hakkının pozitif hukuka aktarılması yıllar süren mücadelelerden sonra gerçekleşmiştir. Günümüzde yaşam hakkı gerek Anayasalarda gerekse uluslar arası belgelerde diğer temel hak ve özgürlüklerin başında yer almaktadır.

Yaşam hakkı devlete hem olumlu hem de olumsuz yükümlülükler getirmektedir. Devlet öncelikle kişilerin yaşam hakkına dokunmamakla negatif anlamda yükümlüdür. Ancak yaşam hakkının gerçekleşmesi için devletin olumsuz yükümlülüğü yeterli olmamaktadır. Devlet, kişilerin yaşamlarını kendilerinden, 3. kişilerden ve devlet ajanlarından gelecek saldırılara karşı da korumakla yükümlüdür. Devlete getirilen bu olumlu yükümlülüğün sınırının nerede başlayıp nerede bittiği doktrinde tartışmalıdır. Bize göre, devletin yaşam hakkı karşısında olumlu yükümlülüğü;

- a)yaşamın korunması için yasal düzenleme yapmak ve cezalar öngörmek,
- b)güvenlik güçlerini en iyi biçimde teşkilatlandırarak onları eğitmek
- c)yaşam hakkı ihlallerine karşı etkili soruşturma ve kovuşturma mekanizmalarını işletmek olmalıdır.

Yaşamın iyi ve kaliteli bir biçimde sürdürülebilmesi açısından yaşam hakkıyla sosyal haklar arasında çok yakın bir bağlantı vardır. Kişilerin yaşamlarının iyi sürmesi için beslenmeye, barınmaya, sosyal güvenlik tedbirlerine, sağlıklı ve dengeli bir çevreye ihtiyaçları vardır. Ancak yaşam hakkının kapsamına, değindiğimiz bu sosyal haklar girmemektedir. Beslenmenin, sağlığın, eğitimin, konutun sağlanması, yaşam hakkı dışında ayrı temel hakların koruma alanları içine girmektedir.

Yaşam hakkının taşıyıcısı herkeştir. Ancak doğmamış yaşamın yani ceninin yaşam temel hakkının sahibi olup olmadığı tartışmalıdır. Ceninin yaşam temel hakkına sahip olduğu kabul edilse dahi, doğmuş bir insanla bir ceninin biyolojik, yapısal farklılıklarından ve anneye bağımlı bir şekilde yaşamasından ötürü, cenin, yaşam hakkını doğmuş bir insanla aynı koşullarda kullanamaz. Bu

yüzden ceninin yaşam hakkının kural olarak kabul edilmesiyle birlikte, yasalar belli koşullarda kürtaja izin verebilmelidirler.

Yaşam hakkı vazgeçilemeyecek bir haktır. Ancak, pasif ötenazi denilen, iyileşmesi mümkün olmayan ve dayanılmaz acılar çeken insanların tedavilerine istekleri üzerine son verilmesi doğal karşılanmalıdır. Doktorların aktif müdahalelerini gerektiren aktif ötenaziye ise izin verilmemelidir.

Yaşam hakkı gerek Anayasamız gerekse Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne göre, olağanüstü dönemlerde dahi kullanılması durdurulamayacak bir temel haktır.

Yaşam hakkına Anayasa ve uluslar arası sözleşmeler belli durumlarda istisnalara getirilebileceğini düzenlemişlerdir. Bunlardan en belirgin olanları, idam cezası, meşru müdafaa, yakalama ve tutuklama kararının yerine getirilmesi, bir tutuklu ve hükümlünün kaçmasının önlenmesi ya da bir ayaklanma veya isyanın bastırılmasıdır.

Yaşam hakkı olağanüstü dönemlerde dahi kullanılması durdurulamayacak bir hak olduğundan, getirilen bu özel sınırlama sebepleri dar bir yorumlamaya tabi tutulmalıdır. Yaşam hakkı, bu özel sınırlama sebepleri dışında genel sınırlama nedenlerine dayandırılarak sınırlandırılmamalıdır.

ABSTRACT

The right to life is one of the most fundamental rights of a democratic state, and it is an indispensable prerequisite if all the other human rights and freedoms are to be secured. The right to life has been integrated into the positive law only after long years of struggles. In our present day the right to life is essential to and comes before all the other basic rights and freedoms in both constitutions and international documents.

The right to life burdens the state with both active and passive responsibilities. First and foremost, as the passive responsibility, it is a must for the state not to violate the right to life. However, it is not enough for the state not to violate the right to life, it must also actively protect the right to life against attacks from people themselves, from other people, and from state agents of all sorts. The extent and the limits of the active responsibility of the state are open to discussion in theory.

In our opinion, the state is to do the following to fulfill its active responsibility:

- a. In order to protect the right to life, it should provide legislation with the due punishments.
- b. It should provide an effective police force to protect the right to life and provide extensive education for the police force.
- c. It should provide investigation against violations of the right to life.

There is a close connection between the right to life and social rights because the right to life can only be realized satisfactorily if the social rights are properly provided. If people are to enjoy the right to life in the desired manner, they should be provided with adequate nutrition, housing, and a healthy and balanced environment along with certain social security measures. However, the social rights are not deemed within the boundary of the right to life; proper nutrition, health care, education, and housing are considered to be components of other basic human rights.

All people are entitled to the right to life. However, the question whether the fetus should have the right to life has not yet been settled. Even in the case that it is agreed that the fetus should have the right to life, it must be admitted that there are to be differences between the fetus and people as to

the way the right to life is enjoyed since a person and the fetus are biologically different, and the fetus is dependent on the mother for its livelihood.

Even though the right to life is an indispensable right, it must be deemed natural for people with terminal diseases to opt for euthanasia, called passive euthanasia, or doctor-assisted euthanasia, should not be allowed.

In accordance with both our Constitution and European Human Rights Documents, the right to life should never be neglected no matter how extraordinary the conditions in a state can be.

The Constitution and International Documents have provisions for exceptions in observing the right to life under certain conditions. Among them the most prominent are the capital punishment, self-defense, arrest of criminals, prevention of escape of a convict, or subduing a riot or uproar. Since the right to life should not be limited even in extraordinary periods, the above conditions should only be interpreted in the most limited sense.

ÖNSÖZ

Çalışmamızda hiyerarşik olarak diğer temel hak ve özgürlüklerin üstünde yer alan ve onların kullanılması için vazgeçilmez koşul olan, demokratik hukuk devletinin en önemli gereklerinden biri sayılan yaşam hakkı incelenmektedir.

Çalışmamızda doktrindeki görüşler ve yargı kararları ışığında sorunlar ortaya konularak, çözüm yolları üretilmeye çalışılmış, özellikle 1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi karşılaştırmalı olarak incelenerek, Avrupa İnsan Hakları Komisyonunun, Divanının ve Anayasa Mahkemesinin kararlarına yer verilmiştir.

Çalışmamız dört bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, yaşam hakkının tanımı, önemi, hukuki niteliği ve tarihi gelişimi incelenmiştir. İkinci bölümde yaşam hakkının koruma alanı, bu bağlamda devletin yaşam hakkı karşısındaki olumsuz ve olumlu yükümlülükleri ve olumlu yükümlülüğünün sınırı irdelenmektedir. Üçüncü bölümde, yaşam hakkının taşıyıcısı ve özellikle ceninin yaşam hakkı sahibi olup olmadığı, ayrıca yaşam hakkından vazgeçmenin mümkün olup olmadığı ile ötenazi problemi incelenmiştir. Son bölümde, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma sistemi ve sınırlamanın sınırları genel olarak incelendikten sonra, yaşam hakkının Anayasadan ve yasalardan kaynaklanan sınırlamaları ayrıntılı olarak incelenmiştir.

Sonuç bölümünde, çalışmamızda vardığımız genel değerlendirmeler özet olarak aktarılmaya çalışılmıştır.

İÇİNDEKİLER

BİRİNCİ BÖLÜM KAVRAM VE TARİHİ GELİŞİM

GİRİŞ.....	1
I.TANIM.....	3
II.YAŞAM HAKKININ ÖNEMİ.....	7
1.Yaşam Hakkının Varlığının Tartışılmazlığı.....	7
2.Yaşam Hakkının Hiyerarşik Konumu.....	8
3.Yaşam Hakkının Diğer Temel Hakların Önkoşulu Olması.....	9
4.Yaşam Hakkının Evrenselliği.....	10
5.Yaşam Hakkının Bağlayıcılığı.....	11
6.Yaşam Hakkının Eşitleyici Özelliği.....	12
III. YAŞAM HAKKININ HUKUKİ NİTELİĞİ.....	13
1.İnsan Hakkı ve Temel Hak Olarak Yaşam Hakkı.....	13
2.Doğal Hak Olarak Yaşam Hakkı.....	14
3.Devlet üstü Temel Hak Olarak Yaşam Hakkı.....	15
4.Negatif Statü Hakkı Olarak Yaşam Hakkı.....	15
5.Birinci Kuşak Hak Olarak Yaşam Hakkı.....	16
6.Fizik Özgürlüğü ve Sert Çekirdekli Temel Hak Olarak Yaşam Hakkı.....	17
IV.TARİHİ GELİŞİM.....	17
1.Eski Hukuk Düzenlerinde Yaşam Hakkı.....	17
2.Uluslararası Belgelerde ve Anayasalarda Yaşam Hakkı.....	21
3.Türkiye'de Durum.....	25

A.Cumhuriyetten Önceki Dönemde.....	25
a.Sened-i Ittifak.....	26
b.Tanzimat Fermanı ve Islahat Fermanı.....	26
c.1876 Anayasası.....	28
B.Cumhuriyetten Sonraki Dönemde.....	28
a.1924 Anayasası.....	28
b.1961 Anayasası.....	29
c.1982 Anayasası.....	29

İKİNCİ BÖLÜM

YAŞAM HAKKININ KAPSAMI

(KORUMA ALANI)

I.GENEL OLARAK.....	31
II.DEVLETİN YAŞAM HAKKI KARŞISINDAKİ DURUMU.....	34
1.Devletin Yaşam Hakkı Karşısındaki Olumsuz Yükümlülüğü.....	34
2.Devletin Yaşam Hakkı Karşısındaki Olumlu Yükümlülüğü.....	36
A.Devletin Olumlu Yükümlülüğünü Gerçekleştirmek Konusundaki	
Görevleri.....	37
a.Yasal Düzenleme Yapmak.....	37
aa.Yasal Düzenlemenin İçeriği.....	38
bb.Kasıtlı-Kasıtlı Olmayan Yaşam Hakkı İhlali Durumları.....	39
cc.Genel Değerlendirme.....	42
b.Güvenlik Güçlerinin Etkili Bir Şekilde Teşkilatlandırılması ve	
Eğitilmesi.....	43
c.Etkili Soruşturma ve Kovuşturma Mekanizmalarının İşletilmesi.....	49
aa.Resmi Makamlar Tarafından Bu Mekanizmaların İşletilmesi	
Yükümlülüğü.....	49
bb.İç Hukuk Yollarının Tüketilmesi Sorunsalı.....	52
cc.Türkiye’de Mevcut İç Hukuk Yolları.....	54
dd.Genel Değerlendirme.....	56

B.Devletin Olumlu Yükümlülüğünün Sınırı.....	57
a.Pozitif Hukuk.....	57
b.Doktrindeki Görüşler.....	58
aa.Devletin Olumlu Yükümlülüğünü Dar Yorumlayan Görüşler....	59
bb. Devletin Olumlu Yükümlülüğünü Geniş Yorumlayan Görüşler.....	60
c.Kararlar ve Raporlar.....	62
d. Genel Değerlendirme.....	67

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YAŞAM HAKKININ TAŞIYICISI VE YAŞAM HAKKINDAN VAZGEÇME SORUNU

I.YAŞAM HAKKININ TAŞIYICISI.....	71
1.Gerçek Kişilerin Durumu.....	71
2.Tüzel Kişilerin Durumu.....	74
3.Ceninın Yaşam Hakkı.....	75
A.Pozitif Hukuk.....	75
B.Doktrindeki Görüşler.....	76
a.Ceninın Yaşam Hakkının Olmadığına İlişkin Görüşler.....	80
b.Ceninın Belli Bir Dönemden Sonra Yaşam Hakkı Olduğuna İlişkin Görüşler.....	80
c.Ceninın Yaşam Hakkının Bulunduğuna İlişkin Görüşler.....	82
C.Ceninın Yaşam Hakkına İlişkin Kararlar ve Bunların Değerlendirilmesi.....	85
D.Genel Değerlendirme.....	90
4.Kürtaja İlişkin Yaklaşımlar.....	91
A.Tanım.....	91
B.Kürtaja İlişkin Nedenler ve Kürtajın Zamanı.....	91
C.Pozitif Hukuk.....	92
a.Türkiye'de.....	92
b.Karşılaştırmalı Hukuk.....	93

D.Kürtaja İlişkin Görüşler.....	94
a.Kürtajı Savunan Görüşler.....	94
b.Kürtajı Reddeden Görüşler.....	97
E. Genel Değerlendirme.....	99

II.YAŞAM HAKKINDAN VAZGEÇME SORUNU

1. 1. Genel Olarak.....	101
A.Doktrinde Yer alan Görüşler.....	102
a.Yaşam Hakkının Vazgeçilmez Bir Hak Olduğuna İlişkin Görüşler.....	102
b. Yaşam Hakkının Vazgeçilebilir Bir Hak Olduğuna İlişkin Görüşler.....	105
B.Genel Değerlendirme.....	106
2.Ötenazi.....	108
A.Tanım.....	109
B.Koşulları.....	109
C.Türleri.....	111
D.Doktrinde Yer Alan Görüşler.....	112
a.Ötenaziyi Reddeden Görüşler.....	112
b.Ötenaziyi Savunan Görüşler.....	114
E.Pozitif Hukukta Durum.....	115
a. Karşılaştırmalı Hukuk.....	115
b. Türkiye'de.....	117
c. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde.....	117
F. Genel Değerlendirme.....	118

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

YAŞAM HAKKININ SINIRLANDIRILMASI

I.TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN SINIRLANDIRILMASI SİSTEMİ

1. Genel Olarak.....	120
2. Sınırlamanın Sınırları.....	123

A.Kanunla Sınırlama.....	123
B.Nedene Bağlı Olarak Sınırlama.....	125
C.Anayasanın Sözüne ve Ruhuna Uygunluk.....	125
D.Hakkın Özü Kriteri ve Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri.....	129
E.Ölçülülük.....	133
F. İnsan Onuru Kriteri.....	136

II. YAŞAM HAKKININ SINIRLANDIRILMASI

1.Anayasadan Kaynaklanan Sınırlamalar.....	137
A.Yaşam Hakkına Genel Sınırlama Nedenleri Uygulanamaz.....	137
B.Yaşam Hakkının Özel Sınırlama Nedenleriyle Sınırlanması.....	142
a.Genel Olarak.....	142
b.İdam Cezası.....	143
aa.Bir Ceza Olarak İdam Cezası.....	143
bb.Doktrinde İleri Sürülen Görüşler.....	145
aaa.İdam Cezasını Savunan Görüşler.....	146
bbb.İdam Cezasını Reddeden Görüşler.....	148
cc.Uluslar arası Belgelerde İdam Cezası.....	152
dd.İdam Cezasına İlişkin Güvenceler.....	155
ee.Karşılaştırmalı Hukuk.....	161
ff.Türkiye’de İdam Cezası.....	162
c.Diğer Özel Sınırlama Nedenleri.....	168
aa.Meşru Müdafaa.....	171
bb.Yakalama ve Tutuklama Kararının Yerine Getirilmesi, Bir Tutuklu veya Hükümlünün Kaçmasının Önlenmesi.....	175
cc.Ayaklanma veya İsyanın Bastırılması.....	176
dd.Sıkıyönetim veya Olağanüstü Hallerde Yetkili Mercinin Verdiği Emirlerin Uygulanması.....	178
2.Kanundan Kaynaklanan Sınırlamalar.....	179
A.Kanuni Düzenlemelere Bir Bakış.....	179
a.Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu.....	181
b.Asayişe Müessir Bazı Fiillerin Önlenmesi Hakkında Kanun.....	181

c.Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun.....	182
d. Terörle Mücadele Kanunu.....	183
e. Olağanüstü Hal Kanunu.....	183
f. Sıkıyönetim Kanunu.....	184
g. Silahlı Kuvvetler İç Hizmet Kanunu.....	185
h. Diğer Kanunlar.....	186
B. Genel Değerlendirme.....	187
SONUÇ.....	190
KAYNAKÇA.....	195

KISALTMALAR

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
An.BD	: Antalya Barosu Dergisi
AD	: Adalet Dergisi
AIHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AMKD	: Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
An. Mah.	: Anayasa Mahkemesi
App.	: Application
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AY	: Anayasa Yargısı
B.	: Bası
BVerfGe	: Entscheidungen des BVerfG
Bkz.	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
c.	: cümle
C.	: Cilt
CMUK	: CMUK
Çev.	: Çeviren
ÇH	: Çağdaş Hukuk
d.	: Daire
D.	: Danıştay
DD	: Danıştay Dergisi
Dec.	: Decision
D.R.	: Decisions and Reports
E.	: Esas
F.	: Fasikül
HA	: Hukuk Araştırmaları
HRJ	: Human Rights Journal
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İHD	: İnsan Hakları Derneği

İHY	: İnsan Hakları Yıllığı
İHEB	: İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İz.BD	: İzmir Barosu Dergisi
K.	: Karar
Kt.	: Karar Tarihi
md.	: Madde
MBD	: Manisa Barosu Dergisi
Mü.BD	: Mülkiyeliler Birliği Dergisi
MHB	: Milletlerarası Hukuk Bülteni
MÜHF	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
No.	: Numara
prf.	: Paragraf
RG.	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
sa.	: Sayılı
SBFD	: Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
TBBB	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TE	: Tıbbi Etik
TİD	: Türk İdareciler Dergisi
v.	: Versus
vd.	: Ve devamı
Vol.	: Volume
Y.	: Yıl
YD	: Yargıtay Dergisi

GİRİŞ

Demokratik hukuk devletinin en önemli gereklerinden biri olan ve diğer temel hakların kullanılabilmesi için vazgeçilmez koşul olan yaşam hakkı, günümüzde uluslar arası belgelerde ve Anayasalarda yerini almıştır. Otoriteyi elinde bulunduran güçlere karşı yüzyıllarca süren insan hakları savaşı sonucunda temel hak listelerinin en başında layık olduğu yeri almasına rağmen, doktrinde bu hakka ilişkin tartışmalar sürmekte, uygulamada ise yaşam hakkı ihlalleri görülebilmektedir.

Çalışmamızın konusunu yaşam hakkının oluşturmasının amacı, varlığı konusunda bir tartışma olmayan ve hiyerarşik olarak diğer temel hakların üstünde olan böylesine önemli bir hakka ilişkin öğretideki görüş ayrılıklarını tartışarak, yargı kararları ışığında bu hakka ilişkin sorunları ortaya koymak ve çözümler üretebilmektir.

Yaşam hakkı incelenirken özellikle 1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin getirdiği hukuksal durum incelenecek, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Divanının ürettiği çözümler ve Anayasa Mahkemesinin kararları çalışmamıza ışık tutacaktır.

Çalışmamız dört bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, yaşam hakkının tanımı, önemi, hukuki niteliği ve tarihsel gelişimi incelenmektedir.

İkinci bölümde, yaşam hakkının koruma alanı irdelenmektedir. Bu bölümde yaşam hakkı karşısında devletin olumsuz ve olumlu yükümlülükleri tartışılmaktadır. Devlet bir yandan yaşam hakkına dokunmamakla yükümlüdür. Diğer yandan devletin yaşam hakkının kullanılmasını sağlama görevi bulunmaktadır. Yaşamı korumak için devletin neler yapması gerektiği ve olumlu yükümlülüğünün sınırının nerede sona erdiği bu bölümde sonuca varmaya çalıştığımız en önemli noktalardır.

Üçüncü bölümde, yaşam hakkının taşıyıcısının kimler olduğu ve özellikle ceninin bu hakkın taşıyıcısı olup olmadığı incelenmektedir. Bu bağlamda kürtaja ilişkin sorunlar da ortaya konmaktadır. 3. bölümde yaşam hakkından vazgeçmenin mümkün olup olmadığı ve yaşam hakkıyla ötenazinin bağdaşıp bağdaşmayacağı sorununa yanıt aranmaya da çalışılmıştır.

Dördüncü bölümde önce genel olarak temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma sistemi açıklanmış, daha sonra yaşam hakkının sınırlandırılması ayrıntılı olarak incelenmiş ve yaşam hakkına ilişkin Anayasadan ve kanundan kaynaklanan sınırlamalar tartışılmıştır.

Çalışmada vardığımız genel değerlendirmeler sonuç bölümünde toplu olarak ele alınmaktadır.

BİRİNCİ BÖLÜM

KAVRAM VE TARİHİ GELİŞİM

I. TANIM

Yaşam terimi genellikle organizmaların varolmaları şeklinde yorumlanır ki bu organizmalar cinslerine göre tamamlanan bir süreç içinde gelişirler ve daha sonra geri dönülmez bir çökme süreciyle ölür, yokolurlar. Bu genel yorum insan, hayvan ve bitkilerin yaşamı için geçerlidir. Çalışmamızın konusu olan insan yaşamı biyolojik, antropolojik, ekonomik, dinsel, politik ya da hukuksal bakış açılarıyla yorumlanabilir.¹

İnsan yaşamı öncelikle biyolojik boyutuyla, vücut ve zihinsel ya da biyo-kimyasal olarak devam eden varlığıyla algılanır.²

Yaşamın sosyal boyutu tarihin tüm sahnelerinde yer almıştır. İnsan çevre koşullarına, birlikte yaşadığı insanlara, kendini gerçekleştirme ve kavraması için gerekli olan maddi ve kültürel koşullara bağımlıdır. Felsefi olarak insan yaşamı ise gizemli olarak yorumlanabilir ve güçlükle cevaplandırılabilen karmaşık sorulara yol açar. Burada sözkonusu olan kişinin kendi gücü dışında dünyaya gelmesi ve varlığının kendi seçimi dışında ölümüyle sona ermesidir. Teolojik olarak insan yaşamı Tanrının kişiye vermiş olduğu bir armağandır. Yaşamı ve ölümü Tanrı belirler. Kişi yaşar ancak yazgısını belirleyemez.³

Bir başka bakış açısıyla yaşam, varlığımızın esasını oluşturmaktadır. Bu bizim ruhlu, canlı varlığımızdır. Mabedi ve manevi bütün faaliyetlerimiz yaşam üzerinde kuruludur.⁴

En önce insansal varlığın kendisi vardır. Onun bu dünyada fiziksel olarak varoluşu ve bir fiziksel varlık olarak kendini sürdürüşü vardır. İnsansal

¹ Okechukwu S. N., The Right To Life And The Right To Live, PeterLang 1989, s.180

² Okechukwu S. N., s.180

³ Okechukwu S. N., s.181

⁴ Velidedeoğlu H.V., Türk Medeni Kanununa Göre Şahsiyetin Himayesi, İBD, Y.3, Temmuz 1937, S.1-9, s.145

varlık olarak dünyaya gelmek ve kendi varlığını sürdürmek ise yaşamdır. Bu yeryüzü yuvarlağında bir insansal varlık olarak var olmak ilk özgürlüktür ve bunun somutlaşması da ilk hakkı yani yaşam hakkını oluşturur.⁵

Herkesin bir kişiliği, kişisel varlık, değer ve niteliklerinin toplamından oluşan bir bütünlüğü ve doğrudan doğruya kişilik gereği olarak doğan hak ve çıkarları vardır. Bu kişisel varlık, değer ve niteliklerin başında yaşam hakkı yer almaktadır. Bu hak doğrudan doğruya var olan ve sadece insana özgü bir haktır. Yaşam hakkı bir insanlık hakkıdır ve herkes insan olması dolayısıyla bu hakka sahiptir.⁶

Yaşam hakkının tanımı konusunda ileri sürülen görüşler, doktrinde yaşam hakkının kapsamı konusundaki fikir ayrılıklarına paralel olarak çeşitlilik göstermektedirler.

Bazı yazarlara göre yaşam hakkı sadece öldürülmeme hakkıdır ve insanın öldürülemezliği ilkesi ile özdeşir.⁷ Yaşam hakkı bu bakış açısıyla basit olarak ortaya konduğunda herşeyden önce öldürmenin hukuk dışı olduğu ve cezasız bırakılamayacağı anlamına gelmektedir.⁸

İkinci grupta, yaşam hakkını daha geniş bir şekilde algılayan yazarlara göre yaşam hakkı salt bir öldürülemezlik hakkı değildir. Yaşam hakkı öldürülemezlik dışında, aynı zamanda yaşama yönelik tehlike ya da risklere karşı kamusal otoriteler tarafından korunma hakkıdır.⁹ Bu hak insanın , kişiliğinin vazgeçilmez koşulu olan yaşamından kendisi, 3. kişiler ve devlet tarafından yoksun bırakılamayacağı anlamına gelmekle birlikte devlet organlarının yaşamı koruma konusunda uygun önlemler almasını ve yaşam hakkını ihlal eden suçluların devlet tarafından cezalandırılmasını içerir¹⁰ Bu tanıma göre devlet yaşam hakkı karşısında sadece hareketsiz kalmakla

⁵ Savcı B., "Yaşam Hakkı" "Felsefel Açından Pratiğe Doğru", SBFD, C. XXXV, Ocak-Aralık 1980, No:1-4, s.50

⁶ Velidedeoğlu H.V., Yaşam Hukuku Ve Yönetimin Sorumluluğu Seminerinde Sunulan Bildiri, İstanbul, Haziran 1977, s.74-75

⁷ Tanör B., Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, İstanbul 1991, 2.B., s.25; Dinç G., Yaşama Hakkı Ve Barış, İBD, Ekim 1986, S.4, Y.5, s.29-30

⁸ Opsahl T., The Right To Life, in (Edited by, Macdonald R. St. J.- Matscher F.- Petzold H.) , The European System For The Protection Of Human Rights, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, Boston-London, s.207

⁹ Kaboğlu I.Ö., Özgürlükler Hukuku, İnsan Haklarının Yapısı Üzerine Bir Deneme, İstanbul 1993, s.154

¹⁰ Przetaczniak F., The Right To Life As A Basic Human Right, Human Rights Journal, Vol:IX-4, Paris 1976, s.587

yetinmeyecek, hakkın korunması için olumlu davranışlarda da bulunacaktır.¹¹

Bu noktada birbiriyle karıştırılmakta olan yaşam hakkı ile yaşamı sürdürme hakları (the right of living) arasındaki ayrımı ortaya koymak gerekmektedir. Yaşam hakkının tanımı konusunda farklı görüşlerin ortaya atılmasının temel bir nedeni de bu hakkın yaşamı sürdürme hakları olan sosyal haklar ile karıştırılmasıdır.¹²

Bu bağlamda doktrinde 3. bir görüş olarak yaşam hakkının bazı yazarlar tarafından tanımının kapsamına yaşamı sürdürme hakları da alınmaktadır ki bu haklar; çalışma, dinlenme, iyi beslenme, iyi bir çevrede yaşama, sakat ve yaşlıların korunması, konut edinme ve sağlık hakları gibi sosyal haklardır.¹³ Birey bu haklarına çoğu kez kendisi kavuşamaz, kişilerin bu haklara ilişkin talep ve istemleri topluma yöneltilir. Toplumun bu beklentileri karşılayabilmesi kamu refahına yönelik politikaların süreç içinde gerçekleşmesine ve ilerlemesine bağlıdır. Kısaca yaşamı sürdürme hakları, kişinin yaşamını sürdürmek için gerekli olan şeyleri topluma bir talep olarak yöneltebilmesidir.¹⁴

Yaşam hakkını bu doğrultuda tanımlayan doktrindeki 3. görüşe göre yaşam hakkının gerçekleştirilmesi için devlet tarafından yaşamı sürdürme haklarının da (beslenme, sağlık, iyi bir çevrede yaşama çalışma, konut hakları vd.) sağlanması gerekecektir.¹⁵

Doktrindeki 3. görüşü savunan Savcı'ya göre yaşam hakkı önce, insanın fizik- psikolojik-biyolojik varlığını arızasız olarak sürdürebilmek için gerekli olan bir sağlık ve bütünlük içinde dünyaya gelebilmesini, sonra insanın fizik-biyolojik varlığına, doğumla birlikte hemen eklenecek olan moral- entellektüel gelişim olanaklarına sahip olarak sürdürebilmesini, daha sonra insan varlığının kişilik yönü ile beraber , toplum yararına da olsa noksana

¹¹ Bu doğrultudaki görüşler için bkz. **Gomren D-Harris D-Zwaak L.**, Law And Practice Of The European Convention Human Rights And The European Social Charter, Germany 1996 , s.94 vd.; **Harris D.- Warbrick C.- Boyle M.**, Law Of The European Convention On Human Rights, London 1995, s.38

¹² **Przetacznik F.**, s.585

¹³ **Przetacznik F.**, s.586; **Talas C.**, Yaşam Hakkı Ve Toplumsal Haklar, İHY,1990, C.12, s.85

¹⁴ **Okechukwu S. N.**, s.228-229,

¹⁵ Bu doğrultudaki görüşler için bkz **Smith A. D.**,The Right To Life, New Haven 1964, s.1 vd.; **Savcı B.**, Yaşam Hakkı Ve Boyutları, Ankara 1980, s.14,16, 81-82,84; **Savcı B.**, Sıhhat Hakkı, İnsan Hakları, Ankara 1948, Mart, S.15, s.32; **Savcı B.**, "Yaşam Hakkı" "Felsefel Açından Pratiğe Doğru" , s. 21-22

uğratılamamasını, yok edilememesini ifade eder. Devlet bireyi yaşam hakkı ihlallerine karşı korumalı ayrıca yaşatmacılık kuralı gereğince sosyal nitelikli yasalar ile kendine düşen olumlu görevleri yerine getirmelidir.¹⁶ İnsansal işlev, ekonomik ve toplumsal zayıflıkların toplumca giderilmesi ile doğan elverişli bir ortamda, insanın bu yönlerden gelişmesini de deyimler. İnsan ekonomik ve sosyal açıdan var olmak olanağına kavuştuğu ve insan onuruna layık olarak kendi varlığını sürdürme şansına eriştiğinde, yaşam hakkı bütün yönleri ve boyutu ile gerçekleşme yoluna girmiş olur. Devlet yaşam hakkının tam olarak gerçekleşmesi için toplumda var olan ekonomik, sosyal tüm zayıflıkları gidererek, insanı gerçekten yaşar kılma önlemlerini alır.¹⁷

Bu doğrultudaki bir başka görüşe göre yaşam hakkı acil talepler olduğunda toplumdan yardım isteme hakkı vermektedir şeklinde yorumlanmıştır.¹⁸ Bir başka yazara göre yaşam hakkı sadece yaşamı sürdürme ve sağlıklı kalma şeklinde yorumlanamaz, yaşamı iyi geçirmeyi de kapsar. Bu psikolojik ve fiziksel zararlardan korunmayı, aşırı gürültü, titreşim ve kokulardan zarar görmemeyi ve özel hayata dokunulmamasını kapsamaktadır.¹⁹ Diğer bir yazar ise , ekonomik, sosyal ve kültürel hakları incelediği kitabının adını "Yaşam Hakkı" olarak koymuştur.²⁰

Bedau'ya göre insan haklarının çağdaş yapısı içinde normatif bir kavram olarak yaşam hakkı birbiriyle gevşek olarak bağlantısı olan çeşitli hakları içermektedir ki , bunlar dört konu etrafında toplanmıştır: Yaşama son verme, önleme , koruma ve yaşamı gerçekleştirme. Bunlardan sadece ikisi dar anlamda yaşam hakkıyla ilgilidir. Yaşama son verilmesi ve yaşamı koruma. Yaşamın gerçekleştirilmesi, yüksek, orta ya da düşük olabilen uygun yaşam standardı anlamına gelen yaşamı sürdürme hakkıyla (the right of living) ilişkilidir. Yaşamı önlemenin kapsamı içinde ise kürtaj, kısırlaştırma ve doğum kontrolü vardır ki bunlardan yalnızca kürtaj belli şartlar altında yaşam hakkıyla

¹⁶ Savcı B., Yaşam Hakkı, s.14, 84

¹⁷ Savcı B., Felsefel Açıdan, s. 21-22 ; Ayrıca bkz. Savcı B., Sıhhat Hakkı, s.32 : Savcı burada yaşam hakkının bu hayata sağlıklı olarak devam edilmesinden uzak anlaşılamayacağını, yaşamın korunması anlamına gelen yaşam hakkının , ömrün normal sürmesini sağlayacak sağlıklı şartlar içinde geçmesini kapsadığını ifade etmektedir.

¹⁸ Brington C., Naturel Right, 11 Encyclopeda of Social Science, 1933, s.301; Przetacznik F., (Aktaran) s.585

¹⁹ Smith A.D., The Right To Life, New Haven 1964, s.1 vd.; Przetacznik F., (Aktaran) s.586

²⁰ Smith A. D., s.1 vd., Przetacznik F., (Aktaran) s.586

ilişkilendirilebilir.²¹

Sosyal hakların yaşamın korunması ve sağlanmasıyla yakından ilgili olduğunu kabul etmekle beraber²² bize göre yaşam hakkı ne salt öldürülemezlik ilkesine indirgenebilir ne de yaşamı sürdürme haklarıyla özdeşleştirilebilir. Doktrinde 2. grupta görüşlerini aktardığımız yazarların görüşüne ve Bedau'nun dar anlamda yaptığı tanıma paralel olarak yaşam hakkı kişilerin kendisi, devlet ve 3. kişiler tarafından öldürülmemesini sağlayan, aynı zamanda devletten, 3. kişilerden ve kişinin kendisinden gelecek saldırılara karşı yaşamın korunması için devlete önlem alma yükümlülüğü getiren , en temel haktır.

II. YAŞAM HAKKININ ÖNEMİ

1. Yaşam Hakkının Varlığının Tartışılmazlığı

Yaşam , insan için bir armağandır ve herkeste ölümden kaçma gibi doğal bir içgüdü vardır.²³ Yaşam hakkının en iyi gerekçelerinden birisi Hobbes tarafından hiç kimsenin cebren öldürülmek yoluyla ölmek istemeyeceğine ilişkin saptamasıdır. İnsanın doğal olmayan yollarla ölmekten nefret etmesi o kadar evrensel ve çok yoğun hissedilen bir duygudur ki bunun doğal bir arzu olduğu kabul edilir.²⁴ Bu istek insanın özüdür. Bilinçli ya da bilinçsiz ısrarlı bir içgüdü ve spontan bir aktiviteyle kişiler yaşamayı isterler. ²⁵ Yaşama insanoğlunun temel, birincil hakkı,²⁶ varlığının ve fizik devamlılığının ilk koşuludur.²⁷

İkinci Dünya Savaşı sırasında insan yaşamına çok büyük ve açık şekilde saygı gösterilmemesi ve trajik olayların yaşanması karşısında, doğaldır ki insan haklarına ilişkin belgelerde ve Anayasalarda yaşam hakkı

²¹ Bedau H., The Right To Life ,The Monist, s. 550, Przetacznik F., (Aktaran) s.586

²² Opsahl T., s.222; Mumcu A., İnsan Hakları Ve Kamu Özgürlükleri, Ankara 1992, s.125; Talas C.,s.84

²³ Oruka O.H., Yasal Terorizm Ve İnsan Hakları, İnsan Haklarının Felsefi Temelleri Uluslararası Semineri, 9-13 Haziran 1980, Ankara 1996 ; Talas C., s. 90

²⁴ Hobbes T., Men And Citizen, New York -1972, s.115; Przetacznik F., (Aktaran) s.591

²⁵ Przetacznik F., The Right To Life , s.591

²⁶ Harris D-Gomren D., s.93 ; Harris D.- Warbrick C.- Boyle M., s.37; Savcı B., (Felsefel Açıdan) s.19; Przetacznik F., s.585 ; Okechukwu S. N., s. 203

²⁷ Kaboğlu İ., Özgürlükler Hukuku, s.154

öncelikle yer almıştır.²⁸ Ancak yaşam hakkı bu belgelerde yer almasa idi dahi yaşam hakkının varlığı konusunda bir tartışma yoktur.²⁹ Yaşam hakkı hukuksal bir tanıma gerekle olmadan hukuktan önce varsayılan tek gerçeklik konusudur.³⁰ Temel hakları korumaya yönelmiş belgelerin başında yer alan yaşam hakkının önemi o kadar açıktır ki bazı hak ve özgürlük listeleri onu vurgulamaya gerek dahi görmeyebilir.³¹ Yaşam hakkı bir doğal hak olmasından ötürü akıl bu hakla ilişkin hükmünü kendiliğinden verir.³² Yaşam hakkı insan hakları düşüncesinin ilksavidir ve bu hak insan hakları bildirgeleriyle yaratılmamış, sadece tanınmıştır.³³ Hiçbir yasal sistem ya da din veya ahlak sistemi bu hakkı ihlale izin veremez. Milliyeti ne olursa olsun, nerede yaşarsa yaşasın, hangi Tanrıya inanırsa inansın, hiçbir insana karşı yaşam hakkı ihlaline göz yumulamaz. Yaşam hakkına saygının temel bir yükümlülük olduğuna şüphe edilemez. Yaşam hakkının temel yapısını ayrıca doğrulamaya , haklı göstermeye gerek yoktur.³⁴

2.Yaşam Hakkının Hiyerarşik Konumu

Yaşam hakkının hiyerarşik olarak diğer temel hakların üzerinde olduğu doktrinde ileri sürülmektedir.³⁵ Yaşam hakkı kronolojik ve felsefi bakımdan olduğu kadar³⁶ , yasal sıralama, nitelik ve öz bakımından da diğer temel hakların üzerindedir. Yaşam hakkı o kadar önemlidir, diğer haklardan o kadar öncedir ki, belgelerde yer almasa dahi varlığı tartışmasız olan bu hak, temel hakları düzenlemeye yönelik belgelerin en başında yer almıştır.³⁷

²⁸ Gomren D-Harris D.-Zwaak L. , s.93 ; Przetacznik F., s.585

²⁹ Bkz.Kaboğlu İ., Özgürlükler Hukuku, s.144-145: Nitekim 19. yüzyıl Anayasaları arasında Avusturya, belçika ve Norveç gibi kimi Anayasalarda yaşam hakkı belirtilmemiştir.Buna karşılık yeni Anayasalar bu hakkı doğrudan ve açık bir şekilde öngörür.

³⁰ Koyuncuoğlu T., Özgürlüğün Önkoşulu Olarak Yaşama Hakkı, YD, S.49, Mayıs 1980, s.17

³¹ Savcı B., Yaşam Hakkı , s.7-8, 57

³² Aldikaçtı O., Anayasa Hukumuzun Gelişmesi Ve 1961 Anayasası, İstanbul 1973, s.191

³³ Opsahl T., s.207

³⁴ Gasser H. P., İnsan Hakları Ve İnsancıl Hukuk Bağlamında İşkence Yasağı Ve Yaşam Hakkı, İnsan Hakları Hukuku ve Hukuk Araştırmaları Merkezi Yay., s.85-86

³⁵ Soydan A., Öldürme Özgürlüğü Değil, Yaşama Hakkı, Hukukçu, Mayıs, S.4, s.3 ; Sokullu F., Ölüm Cezası İlkel Ceza Hukukundan Kalmış Bir Fosildir, Hukukçu, Mayıs, S.4, s.9

³⁶ Kaboğlu İ., Özgürlükler Hukuku, s.144

³⁷ Savcı B., Yaşam Hakkı , s.7-8

1982 Anayasasında da yaşam hakkı 17. maddede , diğer temel hak ve özgürlüklerden önce düzenlenmiştir. 17. maddenin gerekçesinde yer alan "Kişinin sahip bulunduğu hak ve hürriyetler, bu maddeden itibaren önem dereceleri göz önünde tutularak belirlenmiştir" ifadesi de³⁸ yaşam hakkının diğer hakların üzerinde olduğunu göstermektedir. Yaşam hakkı insan haklarının başında yer alır³⁹ ve bütün değerlerin üzerindedir.⁴⁰

3.Yaşam Hakkının Diğer Temel Hakların Önkoşulu Olması

Yaşam, bütün diğer temel hakların kullanılması için vazgeçilmezdir⁴¹, mantıki olarak diğer bütün haklar için önceden gereklidir⁴², diğer hakların ön şartıdır.⁴³ Diğer tüm temel haklar yaşam hakkından kaynaklanırlar. Yaşam hakkı en temel haktır çünkü yaşam hakkı olmadan, diğer haklar kullanılamaz.Yaşam hakkından mahrum bırakılan bir kişi otomatik olarak diğer haklarını da kullanamaz. Tersinden bakarsak diğer temel haklardan mahrum bırakılmış bir kimse (Örneğin:Savaş sırasında hapsedilen bir kişi) yaşam hakkını hala kullanabilir.⁴⁴

Shue, hakları temel haklar ve temel olmayan haklar şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutmuştur ve temel hakları diğer haklardan ayıran bir ölçüt

³⁸ Gerekçeli Anayasa, Değişim Yay, 1.B., Aralık 1984, İstanbul, s.22

³⁹ Aynı görüş için bkz. Gomren D.Harris D.-Zwaak L., s.93; Çelenk H., Yaşama Hakkı Ve Ölüm Cezası, İBD, Nisan 1991, S.2, s121; Çelenk H.,Yaşama Hakkı Ve Yargısız İnfaz MBD, Aralık 1993, S.162, C. 17, s.35; Kaboğlu İ.,Özgürlükler Hukuku, s.144; Savcı B., Yaşam Hakkı Ve Boyutları, s. 11-57

⁴⁰ Aynı görüş için bkz. Okechukwu S. N., s.192; Oruka H. O., s.144; Velidedeoğlu H.V., Yaşam Hukuku s. 74; Yıldırım A., Yaşama Hakkı Ve Resmi Terör, Çağdaş Hukuk, Haziran 1992, s.4; Dinç G.,Yaşama Hakkı Ve Barış, s.21;Ayrıca bkz. Akıllıoğlu T.,İnsan Hakları,Kavram, Kaynaklar Ve Koruma Sistemleri, AÜSBF, İnsan Hakları Merkezi Yay., No 17, s.142: Yazar temel haklar arasında bir üstünlük sıralaması bulunmamakla beraber, hakların geliştiği durumlarda, kişisel haklara öncelik verilmesi gerektiğini savunmaktadır.

⁴¹ Kaboğlu İ. Ö., Özgürlükler Hukuku, s.144

⁴² Gomren D.Harris D.-Zwaak L., s.93;

⁴³ Erem F., Adam Öldürme, AÜHFD, C.10,1953, S.1-4, s.33

⁴⁴ Przetacznik F., s.589; Aynı görüş için bkz. Savcı B., Yaşam Hakkı , s17,83; Eren M., Sağlıklı Yaşam Ve Hak Arama Özgürlüğü, ABD, Nisan 1990, Y.47, s.600; Spiekerkötter, J.,Verfassungsfragen der Humangenetik, Frankfurt 1989, s.56; Çelenk H., Yaşama Hakkı , s.121; Okechukwu S. N., The Right To Life, s.203; Aksoy M., Yaşam Hakkı Ve Yönetimin Sorumluluğu Seminerinde Sunulan Tebliğ, Haziran- İstanbul 1977, s.43;Velidedeoğlu H.V., Yaşam Hukuku, s. 75; Velidedeoğlu H.V., Ölenler, Öldürenler, Cumhuriyet,29 Mayıs 1977, s.2

önermektedir. Yazara göre temel haklar, diğer tüm haklardan yararlanabilmek için korunması, gerçekleştirilmesi gereken haklardır. Tüm öteki haklardan yararlanabilmek için bunların korunması gerekmektedir. Bir hak gerçekten bir temel haksa, o temel haktan vazgeçerek başka bir haktan yararlanma girişimi tam anlamıyla kendini başarısız kılan, kendi bastığı toprağı ayağının altından çeken bir girişimdir. Özünde değerli haklar aynı zamanda temel haklar olabilirler de olmayabilirler de, ama özünde değerli haklar ancak temel haklar kullanılabilirlerse kullanılabilirler. Bu açık ve kesin anlamda pek az hak temel hak olabilecektir. Yazara göre temel haklar güvenlik ve varlığını sürdürme haklarıdır⁴⁵ ki yaşam hakkı da bu hakların başında gelir. Bir kişi bir haktan yararlanmaya kalkıştığında birisi kendisini inanılır bir biçimde ölümle tehdit edebiliyorsa, hiçkimse toplumca korunuyor sanılan herhangi bir haktan tam olarak yararlanamaz. Bu hak korunmadığı sürece başka hiçbir haktan gerçekten yararlanılamaz.⁴⁶ Shue'nun bu ikili ayrımına doktrinde karşı çıkılmakla birlikte,⁴⁷ bu ayrım yaşam hakkının önemini ve diğer temel hakların vazgeçilmez koşulu olduğunu ortaya koymaktadır.

Başka yazarlar da kendilerine göre seçilmiş temel hak listeleri oluşturmuşlardır ve bunlarda da yaşam hakkı ön sıradadır.⁴⁸

4. Yaşam Hakkının Evrenselliği

İnsan haklarının bazılarının zamana ve mekana bakılmaksızın herkese, her yerde uygulanması gerektiği ancak bölge ve ülkeler arasındaki farklılıkların bunların yeknesak bir şekilde uygulanmasını güçleştirdiği ileri

⁴⁵ Shue H., Temel Hakların Evrenselliği, İnsan Haklarının Felsefi Temelleri Semineri, 9-13 Haziran 1980, Ankara 1996, s.30-31. Yazara göre güvenlik hakları öldürme, işkence, ırza geçme, saldırıya uğrama gibi tehditlere karşı bedensel güvenliğin sağlanmasını içerir. Varlığını sürdürme hakları, kirlenmemiş hava, kirlenmemiş su, yeterli yiyecek, yeterli giyecek, yeterli barınak ve en düşük düzeyde koruyucu halk sağlığı hizmetinin sağlanması için tanınması gerekli haklardır. age. s.31

⁴⁶ Shue H., s.32

⁴⁷ Donnelly J., (Çev. Erdoğan M.- Korkut L.). Teori ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları, Yetkin Yay., Ankara 1989, s.49; Uygun O., 1982 Anayasasında Temel Hak Ve Özgürlüklerin Temel Rejimi, Kazancı Hukuk Yay., No:121, İstanbul 1992, s.5

⁴⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Donnelly J., s.49-50: Yazarın aktardığına göre, seçilmiş temel haklar listesinde Bedau'ya göre, hayat, özgürlük, mülkiyet, güvenlik, ifade, basın ve toplanma özgürlükleri, keyfi yakalama ve tutuklamaya karşı korunma hakları; Reiter, Zunzenegui ve Quiroga'ya göre, hayat, ortadan kaybolmaya karşı korunma, işkenceye karşı korunma, keyfi yakalama ve tutuklamaya karşı korunma yer almaktadır.

sürülmektedir. Uygulamada bölgesel farklılıkların ortaya çıkması bir dereceye kadar olağan sayılmakla birlikte asgari ortak noktalarda buluşmak da şarttır⁴⁹. Nitekim gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin, gerekse 1982 Anayasa'sının 15. maddesinde savaş, seferberlik, sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde dahi kullanılması kısmen yada tamamen durdurulamayacak beş tane temel hak sayılmıştır ki bunların başında da yaşam hakkı gelmektedir⁵⁰. Bu düzenleme de yaşam hakkının diğer temel haklar karşısında önemini ve üstünlüğünü ortaya koymaktadır.

Yaşam hakkı evrensellik ölçütü açısından diğer haklardan öncelikli bir konuma sahiptir. Tüm insan hakları açısından gelişmeler coğrafi anlamda evrensellik kazanmakla beraber, bu haklar özü bakımından evrensel bir uygulama alanı bulamamıştır. Esasen evrensellik de başlangıçta sınırlı sayıdaki çekirdek niteliğindeki temel haklar açısından talep edilmiştir. Günümüzde bunların hangileri olduğu tartışmalı olmakla birlikte, başta yaşam hakkı olmak üzere kişi özgürlüğü ve güvenliği, işkence yasağı, keyfi yakalama ve tutuklama yasağı gibi temel haklar olduğu ileri sürülmektedir. Bunlar zamana ve mekana bağlı olmaksızın, her koşulda öncelikle uygulanması gereken asgari temel hak ve özgürlüklerdir.⁵¹

5. Yaşam Hakkının Bağlayıcılığı

Yasama, yürütme, yargı organları, idare makamları, diğer kuruluş ve kişiler de üst hukuk olan Anayasaya, onun içinde de üst hak olan yaşam hakkına uygun davranmak zorundadırlar.⁵² Toplumun en önemli görevi

⁴⁹ Ünal Ş., İnsan Haklarının Tarihi, Felsefi Ve Hukuki Temelleri, ABD, S. 1994/1, Y.51, s.55

⁵⁰ Doktrinde 15. maddede yer alan bu haklara sert çekirdekli temel haklar denmektedir. Bu haklar; Kişinin yaşam hakkı, maddi ve manevi varlığını koruma hakkı, din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaması, suç ve cezaların geriye yürütülememesi, Mahkum oluncaya kadar masum sayılma karinesidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gören Z., Temel Hak Genel Teorisi, 3. B., Ankara 1995, s. 30 ; Gören Z., Anayasa Hukukuna Giriş, İzmir 1997, s.330,375; Ünal Ş., İnsan Hakları s.55 ; Bilgen P., Sert Çekirdekli Temel Haklar, İnsan Hakları Sempozyumu, 10-11 Aralık 1994, İstanbul, s.101

⁵¹ Ünal Ş., İnsan Hakları s.56

⁵² Savcı B., Yaşam Hakkı Ve Boyutları, s.68. Anayasanın 11. maddesine göre "Anayasa hükümleri, yasama yürütme, ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Temel haklarla bağlilik konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Gören Z., Temel Hak, s.65 vd.

yaşamı korumak olmalıdır.⁵³

Hukuk devleti olmanın en önemli gerekleri vatandaşların hukuki güvenlik içinde bulunup, devletin eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tabii olması⁵⁴ ve insan haklarının sağlanması⁵⁵ olduğundan, günümüzde özgürlük anlayışının temellendiği yaşam hakkı⁵⁶ sağlanmadan bir hukuk devletinden söz etmek mümkün değildir.

Savcı'ya göre, bütün pozitif hukukun meşruluğu, geçerliliği, Anayasaya ve onun içindeki bir numaralı hak olan yaşam hakkına uygunluğa bağlıdır.⁵⁷ Toplum sürü olmaktan çıkıp, bir düzenli yaşam içinde yaşayacaksa, düzenin temel amacı bu yaşam hakkını garantiye kavuşturacak yolda örgütlenmektir. Yaşam hakkını böyle bir varoluşa, garantiye kavuşturamayan toplum ilkel bir toplumdur. Böyle bir durumda modern anlamda devletten söz edilemez. Çünkü devletin en temel görevi yaşam hakkının garanti altına alınması için örgütlenmek olmalıdır. Eğer yaşam hakkı sağlanamıyor, buna ilişkin araçları iyi kurulamıyorsa, kendisinin devlet olma niteliği gölgelenir.⁵⁸

6. Yaşam Hakkının Eşitleyici Özelliği

Yaşama özelliğinin insanları birbirine eşitleyici tek öge olması, toplum üyelerinin en azından yaşamın sağlanması, geliştirilmesi ve korunması açısından eşitlenmesi ölçütünü getirir.⁵⁹ Devletin yaptığı düzenlemeler kapsamındaki kimselerin, yaşam hakkı bakımından birbirine üstünlük sağlamaması gerekir. Hukuksal yönden farklılıklar, ancak yaşam hakkı dışındaki diğer özellikler yönünden farklı bir uygulamayı haklı kılabilir.⁶⁰

⁵³ Przetacznik F., The Right To Life , s. 601

⁵⁴ Özbudun E., Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yay., 4.B., Ankara 1995, s.89

⁵⁵ Bu konuda Anayasa Mahkemesi kararı için bkz. E.1976/1, K.1976/28. Kt. 25.5.1976, AMKD, S.14, s.189,

⁵⁶ Koyuncuoğlu T., Özgürlüğün Önkoşulu, s.17

⁵⁷ Savcı B., Yaşam Hakkı , s.68

⁵⁸ Savcı B., Yaşam Hukuku Ve Yönetimin Sorumluluğu Seminerinde Sunulan Bildiri, Haziran, İstanbul 1977, s.17,18

⁵⁹ Koyuncuoğlu T., Özgürlüğün Önkoşulu, s.17

⁶⁰ K.1991/2, E. 1990/27, AMKD S. 27, s.141

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Avrupa İnsan Hakları Divanı da kararlarında yaşam hakkının önemini belirtmiştir. Komisyon ve Divana göre "Yaşamı güvence altına almakla kalmayıp, yaşamdan yoksun bırakmanın haklı görülebilecek hallerini de düzenleyen 2. maddenin 15. maddedeki yükümlülük azaltma kapsamına girmemesi⁶¹, onu barış zamanında gerçekten Sözleşmenin en temel hükümlerinden biri durumuna getirdiği de akılda tutulmalıdır. 2. madde Sözleşmenin 3. maddesi ile birlikte Avrupa Konseyini oluşturan demokratik toplumların temel değerlerinden birini de kutsallaştırmaktadır."⁶²

Türk Anayasa Mahkemesi ise yaşam hakkının önemini bir kararında "Hukukça korunması gerekli en büyük değer insan yaşamı olduğu tartışmasızdır " ifadesiyle vurgulamıştır.⁶³

III. HUKUKİ NİTELİĞİ

1. İnsan Hakkı ve Temel Hak Olarak Yaşam Hakkı

Hür ve demokratik toplumlarda kişilere tanınan haklar ve hürriyetler çeşitli terimlerle adlandırılmaktadır ve bu terimler arasında anlam farklılıkları vardır. İnsan hakları, bu alandaki terimlerin en genişidir ve insanlığın belli bir

⁶¹ AİHS' nde 2. ve 15. madde şu şekilde düzenlenmiştir.

Md 2: 1. Her ferdin yaşama hakkı kanunun himayesi altındadır. Kanunun ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infazı dışında, hiç kimse kasten öldürülemez.

2. Öldürme aşağıda derpiş edilen zaruret halleri dışında , bu maddenin ihlali suretiyle yapılmış telakki olunmaz: a) Her ferdin gayrimeşru cebir ve şiddete karşı korunmasını sağlamak için, b) Kanun hükümleri dahilinde bir tevkifi yerine getirmek veya kanuna uygun olarak mevkuf bulunan bir şahsın kaçmasını önlemek için c) Ayaklanma veya isyanı , kanuna uygun olarak bastırmak için

Md 15:1. Harb veya milletin varlığını tehdit eden diğer umumi bir tehlike halinde bir Yüksek Akid taraf ancak, durumun iktiza ettiği nispette ve devletler hukukundan doğan diğer mükellefiyetlerle tezat teşkil eylememek şartıyla işbu sözleşmede derpiş olunun mükellefiyetlere aykırı tedbirler alabilir.

2. Yukarıdaki hüküm , meşru harb fiilleri neticesinde vaki ölüm hadisesi müstesna, ikinci ve üçüncü maddeler ile dördüncü maddenin birinci fıkrasını ve 7. maddeyi hiçbir suretle ihlale mezun kıymaz.

⁶² **Andreas and Paraskevoulou Andronicou and Gregoris and Yiolanda Constantinou against Cyprus**, App. No.25052/94, Report of The Commission, (Adopted on 23.5.1996, Strasburg, s.28; **Case of Andronicou and Constantinou v. Cyprus**, (86/1996/705/897), 9.6.1997, Strasbourg, s.39; **Case Of Mc Cann And Others V. United Kingdom**, (17/1994/464/545), 27.9.1995, Strasbourg, s.40,41

⁶³ K.1991/2, E. 1990/27, AMKD S.27, s.141

gelişme çağında, teorik olarak bütün insanlara tanınması gereken ideal bir haklar listesini ifade eder. Bu ideal liste, çeşitli ülkelerde, değişik ölçülerde uygulama alanına geçmiş olabilir, fakat insan hakları deyince genel olarak daha çok olması gereken alanında kalanlar akla gelir.⁶⁴ İnsan hakları soyut bir kavramdır, belirli bir insan hakları katoloğu belirlenmemektedir.⁶⁵ Temel haklar ise pozitif hukuk metinlerine geçen, somut özelliği belirgin haklardır.⁶⁶ Temel haklar güvenceye ve bağımsız yargı organlarının gerçekleştirecekleri koruma yollarına kavuşturulmuşlardır.⁶⁷ Yaşam hakkı pozitif hukuk metinlerine geçirildiği sürece temel hak niteliği kazanmış olacaktır.

2. Doğal Hak Olarak Yaşam Hakkı

Yaşam hakkı temel hak olması niteliğinden öte tarihsel süreç içinde bir doğal hak olarak kabul edilegelmiştir. Pozitif hukuktan ayrı ve ona üstün bir doğal hukuk fikri uygarlık kadar eskidir.⁶⁸ Zamanla doğal hukuk pozitif hukuku etkilemiştir.⁶⁹

Fertlerin doğası icabı pozitif hukuktan bağımsız, dokunulmaz ve vazgeçilmez haklara sahip oldukları ileri sürülmüştür⁷⁰. Doğal haklar yazılı hukuktan önce gelen ve ondan üstün olan, insanın doğuştan sahip olduğu haklardır. Bu haklar insana devlet tarafından bağışlanmamıştır.⁷¹ Devlet

⁶⁴ Kapani M., Kamu Hürriyetleri, 7. B., Ankara 1993, s.13,14; Kuzu B., Türkiye Cumhuriyeti Anayasalarının İnsan Hakları Açısından Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi, İÜHFM, C.56, 1991-1994, S.1-4, s. 70,71; İnsan hakları kavramı için ayrıca bkz: Bilge S., İnsan Hakları Sorunları, Bülten, Temmuz 1990. s.10; Öktem M. K., Temel Hakların Anayasa'da Korunması, Hakların Durdurulması Ve Demokratik Toplum Düzeni, TİD, Y.64, S.396, Eylül 1992, s.58

⁶⁵ Gören Z., Anayasa Ve Sorumluluk, Ankara- 1995, 2. B., s.4

⁶⁶ Gören Z., Anayasa , 2. B., Ankara -1995, s.4; Kapani bu hakları kamu hürriyetleri olarak nitelendirmiştir. Kapani M., s.14

⁶⁷ Soysal M., 100 Soruda Anayasanın Anlamı, 7. B., İstanbul 1987, s.191

⁶⁸ Walire'den özetleyen Savcı B., Kişi Hakları Kavramının Ve Teorisinin Tarihte Kuruluşu, SBFD, C.25, Mart 1970, No 1, s. 99

⁶⁹ Koyuncuoğlu T., Özgürlüğün Önkoşulu s.13,14,15; Koyuncuoğlu'na göre yürürlükteki hukuk düzeni yaşama hakkını tanımamazlık edemez, bu hukukun hem ereği, hem başlama noktasıdır. Olsa olsa hukukdüzeninin yaşam hakkının niteliğine bakış açısına göre, düzenleme bir önem taşır ve bu niteliğinden ötürü yorum konusu yapılabilir.

⁷⁰ Civelek J., 1789 Fransız Bildirisi Ve 1948 Evrensel İnsan Hakları Bildirisi , MHB, Bülteni, S.1, Y. 1, 1989, s.1; Akad M., 1789 Fransız İnsan Ve Yurttaş Hakları Bildirisinin Getirdiği Özgürlük Anlayışı Ve Türk Anayasalarına Etkisi, HA., C.5, S. 1-3, MÜHFY, Ocak- Aralık 1990, s.29

⁷¹ Ünal Ş., İnsan Hakları, s.49

sadece bu hakları ve güvenlik içinde kullanımını sağlar.⁷² İnsanın doğal hakları kutsaldırlar ve yaşam hakkı gibi insan vücudu ve kişiliği üzerindeki haklar doğal haklar olarak nitelendirilmektedir.⁷³ Bu hakların doğruluğunun tartışılmaz olduğu konusunda hiçbir tereddüt geçirilmez.⁷⁴

3. Devlet Üstü Temel Hak Olarak Yaşam Hakkı

Yaşam hakkı devlet üstü temel haktır. Devlet öncesi olup sadece keşfedilip tanınan insan hakları ile devlet tarafından yaratılan temel haklar arasında ayırım vardır. Devlet üstü temel haklar devlet tarafından yaratılmamışlardır, onun tanınmasına dahi gereksinimleri yoktur ve devlet tarafından kesinlikle kaldırılamazlar. Bu haklar Anayasayı değiştiren yasakoyucu tarafından da ortadan kaldırılamazlar.⁷⁵

4. Negatif Statü Hakkı Olarak Yaşam Hakkı

Anayasamızda haklar ve özgürlükler, kişinin hakları ve ödevleri, sosyal ve İktisadi haklar ve ödevler ile siyasi haklar ve ödevler olmak üzere üç başlık altında toplanmışlardır. Yaşam hakkı kişinin hakları ve ödevlerine ilişkin bölümde düzenlenmiştir. Buradaki haklar genellikle dokunulmaz alan sayılan bireysel özgürlük güvencelerinden oluşurlar, bu hakların ekzenleri toplum değil bireydir. Bu haklar devlet tarafından korunması gereken bir alandır.⁷⁶

Bu üç bölümde toplanan haklar arasında önemli nitelik farklılıkları vardır⁷⁷ ve bu bölümler arasında yapılan ayırimda G. Jellinek tarafından

⁷² **Kaboğlu İ.**, Hak Ve Özgürlükler Anlayışındaki Gelişmelerin Anayasaya Yansıtılması Sorunu, AY, Ankara 1995, s. 237

⁷³ **Akıllıoğlu T.**, İnsan Hakları, s.38

⁷⁴ **Aldıkaçtı O.**, Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi, İstanbul 1973, s.191
Doktrinindeki pek çok yazara göre 1982 Anayasası doğal hukuk eğilimi taşımaktadır. Gören'e göre "1982 Anayasasının 2. maddesine göre öğretide doğal hukuk kaynaklı haklar olarak tanınan ve temel hakların devletten önce var olan haklar niteliğini ortaya koyan, insan haklarına saygılı olmak cumhuriyetin temel niteliklerinden biridir. Yine Anayasanın 12. maddesi "herkes kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir" kuralı ile doğal hukuk eğilimini yansıtmaktadır. **Gören Z.**, Temel Hak, s.20; Aynı yönde bkz. **Akad M.**, s.33

⁷⁵ **Gören Z.**, Temel Hak Genel Teorisi, s. 33,34; **Gören Z.**, Anayasa Hukukuna, s.468

⁷⁶ **Akıllıoğlu T.**, İnsan Hakları, s.141

⁷⁷ **Uygun O.**, s.6

negatif statü hakları, pozitif statü hakları, ve aktif statü hakları biçiminde yapılan bölümlenmeden esinlenildiği göze çarpmaktadır.⁷⁸

Yaşam hakkı bu bağlamda negatif statü hakkıdır. Negatif statü hakları kişinin devlet tarafından aşılamayacak ve dokunulamayacak özel alanının sınırlarını çizen hürriyetlerdir. Devlete sadece bir karışmama ve "gölge etmeme" ödevi yüklerler.⁷⁹ Devletin görevi sadece gözetici ve koruyucu olmaktır.⁸⁰ Bu haklar bireye, devlete karşı bir savunma pozisyonu veren haklardır⁸¹ ve bunlara koruyucu haklar da denmektedir. ⁸² Ancak bugün Anayasa metninin yalnız negatif statüyü şekillendirip garantilediği yerlerde bile edim ve katılma haklarını garantiyemiş sayan bir temel hak yorumu yapılması gerektiği savunulmaktadır.⁸³

5. Birinci Kuşak Hak Olarak Yaşam Hakkı

İnsan hakları, birinci, ikinci ve üçüncü kuşak haklar olarak ta kategorize edilmiştir. Bu ayırım tarihsel evrime göre yapılmıştır ve birinci kuşak haklar arasında kişi özgürlükleri ve siyasal haklar, ikinci kuşak haklar arasında ekonomik, kültürel ve sosyal haklar, üçüncü kuşak haklar arasında ise dayanışma hakları yer alır.⁸⁴ Birinci kuşak haklar klasik ya da geleneksel özgürlük ve haklar olarak nitelenirler.⁸⁵ Birinci kuşak olarak nitelendirilen ve yaşam hakkının da içinde bulunduğu bu insan haklarının özgül karakteri, insanların özgür ve eşit doğduklarını gerçeklemesi, iktidara sahip kişilerin neyi yapamayacaklarını belirlemesidir. Gerçekleşmesi ilke olarak siyasal iktidarın

⁷⁸ Kaboğlu İ., Hak ve Özgürlükler , s.244

⁷⁹ Kapani M., s.6 ; Koyuncuoğlu T., Özgürlüğün Önkoşulu, s.15; Uygun O., s.6; Tanilli S., Devlet Ve Demokrasi, Anayasa Hukukuna giriş, İstanbul 1993, 7. B., s.173

⁸⁰ E.1990/27, K.1991/2, AMKD, S.27, s.141,

⁸¹ Gören Z., Temel Hak, s.25; Gören Z., Anayasa Hukukuna s.378: Yazara göre yaşam hakkı devlete karşı ileri sürülen bir savunma hakkıdır.

⁸² Kapani M., Kamu Hürriyetleri, s.6; Akıllıoğlu T., İnsan Hakları, s.141

⁸³ Gören Z., Temel Hak, s.27; Aynı yönde bkz. Kaboğlu İ., Hak ve Özgürlükler , s.239, Akad M., s.33 Shue'ya göre ise pekçok hakkın ya öncelikle pozitif ya da öncelikle negatif ödevlere yol açtığı kabul edilmekle birlikte, yinede negatif ve pozitif haklar arasındaki ayrım suni ve yanlıştır ve hemen hemen bütün hakların hem negatif , hem de pozitif yönleri bulunmaktadır. Bkz. Donnelly J. (Aktaran), s.109

⁸⁴ Kaboğlu İ., Özgürlükler Hukuku, s.28,29,30,31; Kaboğlu İ.,Çevre Hakkı, 3. b., İstanbul 1996, s.10.11; Kaboğlu İ., Kollektif Özgürlükler, Diyarbakır 1989, s.26

⁸⁵ Kaboğlu İ., Özgürlükler Hukuku, s.152

müdahale etmeme koşuluna bağlı olan bu özgürlüklerden ve soyut olarak metinlerin tanıdığı olanaklardan herkes -yeteneklerine göre- yararlanabilir.

6. Fizik Özgürlüğü ve Sert Çekirdekli Temel Hak Olarak Yaşam Hakkı

İnsan hakları konularına göre de, fizik özgürlükleri, düşünce özgürlükleri, ve kollektif özgürlükler olarak da sınıflandırılmıştır ki⁸⁶ yaşam hakkı bir fizik özgürlüğüdür.

Yaşam hakkı olağanüstü hallerde dahi kullanımı ve yararlanılması durdurulamayan sert çekirdekli bir insan hakkıdır.⁸⁷ Bu husus Anayasamızın ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 15. maddelerinde açıklığa kavuşturulmuştur.

IV. TARİHİ GELİŞİM

1. Eski Hukuk Düzenlerinde Yaşam Hakkı

Temel hakların başında gelen yaşam hakkı tüm kutsallığına karşın, tarih boyunca çeşitli nedenlerle durmadan ihlal edilmiştir. İlkçağların köleliğe ve tutsaklığa yer veren, bu durumları olağan sayan düşünce sistemi içinde yaşam hakkından ve onun kutsallığından söz edilemez. Büyük dinler adına bile, getirdikleri felsefelere aykırı olarak, yoğun biçimde yaşam hakkı ihlalleri gerçekleştirilmiştir. İlkçağlardan başlayarak günümüze kadar uzanan uzun zaman boyutu içinde yaşam hakkı kişiler, toplum ya da devlet tarafından tehdit veya yok edilmiştir.

Zaman içinde yaşam hakkı kutsal ve dokunulmaz bir hak sayıldığı için, bu hakkı korumak ve ihlal edenleri cezalandırmak üzere örgütlenilme yoluna gidilmiştir.⁸⁸

İnsan haklarının doğuşu genellikle 16. yüzyılda Avrupa'da başlayan düşünce akımlarına götürülmektedir. Bu yüzyıldan önce de özgürlük savaşları

⁸⁶ Kaboğlu İ., Kollektif Özgürlükler, s 26

⁸⁷ Gören Z., Temel Hak, s.30; Gören Z., Anayasa Hukukuna, s.330,375; Kaboğlu İ., Özgürlükler Hukuku, s.74,75; Özbudun E., s. 88 ;Bilgen P., s.101 vd

⁸⁸ Talas C., s.84

olmakla birlikte bunlar umut kırıklıkları ile doludur ve özgürlüğün beşiği olan İngiltere'de bile Magna Carta Libertatum'u beklemek gerekir.

İlk çağlarda yaşayan düşünürlerin özgürlük anlayışları yaşadıkları döneme uygun olmuştur. Bu düşünürler sınırlanmamış özgürlüğe karşı idiler ve onlar için akli başında bir yöneticinin var olması önemliydi, çünkü özgürlük için savaş birtakım yıkıcı sonuçlar doğuruyordu. Ortaçağda özgürlük gerçek anlamını kazanamamakla birlikte, zaman geçtikçe kralın mutlak iktidarının dinden gelen kutsal sınırdan başka bir sınırla, doğal hukuk ve doğuştan haklar kavramları ile sınırlanmaya başladığı görülmüştür. Gerçek özgürlüğün ne olduğu daha sonraki yüzyıllarda, doğuştan haklar, ulusal egemenlik, halk egemenliği gibi kavramların doğup gelişmesi ile anlaşılmaya başlanılmıştır.⁸⁹

Tarih boyunca düşünürler, filozoflar ve din adamları yaşam hakkının önemini belirtmişlerdir. Aristo daha çok erken tarihlerde yaşam sorununa, insanın kendi kendine karar vermesi ve davranma serbestisini sınırlayan bir etken olarak bakmıştır. Bu yolla kişinin kendini öldürme isteğine karşı çıkmakta ve yasaların buna izin vermediğini açıklarken, kişinin kendine karşı da adaletsiz olamayacağını açıklamaktadır.⁹⁰

J.J. Rousseau'ya göre bir toplulukta kişi bir kimseyi öldürmedikçe, öldürülmeme hakkı vardır. Bundan dolayı bir toplulukta kişilerin başkalarını öldürmemeleri ve başkaları tarafından öldürülmemeleri görevleri vardır. Rousseau'ya göre kişinin doğasından kaynaklanan ilk yasa kendi yaşamını korumaktır. Hobbes'a göre kimse cebren öldürülmeyi istemez, kişinin doğal olmayan ölümden nefreti öyle evrensel ve yoğundur ki, doğal bir arzu olduğu kabul edilmektedir. Her insanın yaşamını sürdürmek için çaba harcaması kendi içinde olan doğal bir yasadır. Spinoza da kişilerin kendilerini korumalarını ve yaşamda kalmak için çaba harcamalarını egemen bir yasa olarak görmektedir. Kişiler ellerinden geldiğince yaşamaya ve kendilerini korumaya kararlıdır.⁹¹

Dinler de aralarında kimi farklar görülmekle birlikte, temelde yaşam hakkı üzerinde birleşmişlerdir. Dinlere göre Tanrının yarattıklarının en yücesi, en onurlusu insandır ve insan yapısına herhangi bir ihlal, Tanrı'ya da saldırıdır. İnsan Tanrı'nın sureti sayılmak gerekir. Tanrı'nın sureti olarak

⁸⁹ Akın İ., Temel Hak Ve Özgürlükler, İstanbul 1971, 4. B., s.21,22,23

⁹⁰ Tunçay M., Batı'da Siyasal Düşünceler Tarihi, Ankara 1969, s.99,102,103,108

⁹¹ Przetacznik F., s.591

yeryüzüne gelen insan gene Tanrı'nın istenci ve buyruğu olarak yaşar. Yaşam hakkı böylece Tanrı imtiyazı olur ve bu nedenle devletçe bile dokunulmaması gerekir.⁹²

Yaşam hakkının kutsallığının monarşi yönetimlerince ihlal edilmesi karşısında önce dinsel yönü ağır olan doğal hukuk öğretisi ortaya çıkmıştır. Tanrı tarafından getirilmiş sayılan doğal hukukla egemen monarkın bağlı olduğu, yaşam hakkının bu doğal hukuktan kaynaklandığı ve hükümdarın onu ihlal edemeyeceği ileri sürülmüştür.⁹³

Daha sonraları bu doğal hukuk görüşü laikleşmiştir.⁹⁴

Bu dönemin en önemli düşünürlerinden olan Hobbes, Locke ve Rousseau tarafından toplum sözleşmesi öğretileri ortaya konmuştur. Bunların tümünde ortak olan yön halkın can ve mal güvenliğinin sağlanarak ve onu dış tehlikelere karşı savunmakla sınırlandırılmış olmasıdır. Ortak olan bu konular dışında bireyler tarafından devlete terk edilen hak ve özgürlüklerin nitelik ve kapsamı açısından öğretiler arasında büyük farklılıklar bulunmaktadır.⁹⁵

Hobbes'a göre doğal hak her insanın kendi doğasını, kendi yaşamını korumak ve kendi muhakeme ve aklıyla bu amaca varmaya en uygun saydığı herşeyi yapmak için kendi gücünü dilediği gibi kullanma özgürlüğüdür. ⁹⁶ Doğa yasası ise "akılla bulunan ve insanın kendi yaşamı için zararlı, ya da yaşamını koruma yollarını engelleyici olanı, yasaklayan bir genel kuraldır". Ancak ölüm korkusu, güven duygusu istenci insanları birarada yaşamaya itmiş, haklarını iktidara devretmeye yöneltmiştir. Böylece, yaşam hakkı en belirgin insan hakkı olarak, devletin ortaya çıkış kaynağı ve sınırı olmakta, kamu özgürlüğü olarak görünümüne çıkmaktadır.⁹⁷

⁹² **Savcı B.**, Felsefel Açidan , s.23 İslamda insan hakları anlayışı, insan hakları bütün insanların sırf insan oldukları için sahip oldukları haklar değil , fakat hür ve müslümanların ayrıcalıkları olarak görülebilmekle birlikte, kafirlerin de hayat , mülkiyet ve din özgürlüğü güvenceleri vardır.Kölelerin ise yalnızca yaşam hakları vardır. Yani birtakım hakları kısıtlanmış olan , köle, kafir ve kadınların dahi öneminden ötürü yaşam hakları ihlal edilemeyecektir. Bkz. **Donnelly J.**, s.59

⁹³ **Savcı B.**, Felsefel Açidan , s.24

⁹⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Ünal Ş.**, İnsan Hakları, s.49; **Walire** (Özetleyen Savcı), s.99 vd.; **Koyuncuoğlu T.**, Tarihsel Yaklaşımla Temel Hak Ve Özgürlük İlişkisinin Saptanması, MHAD, Y.12, No.15, 1978, s.39vd; **Akıllıoğlu T.**, Temel Hakların Gelişmesi Üzerine Bazı Düşünceler, SBFD, C.XLIV, Ocak-Haziran, 1989, No.1,2, s.164

⁹⁵ **Ünal Ş.**, İnsan Hakları, s.50

⁹⁶ **Tunçay M.**, s.125

⁹⁷ **Koyuncuoğlu T.**, Hak Ve Özgürlük, s. 42; **Tunçay M.**, s.149; Hobbes'un görüşleri için bkz. **Ünal Ş.**, İnsan Hakları, s. 50,51; **Walire** (Özetleyen Savcı), s.100; **Kaboğlu İ.**, Hak ve Özgürlükler, s. 238; **Kapani M.**, s. 30

Hobbes'a göre toplumsal sözleşme taraflara barış içinde güvenli ve düzenli bir hayat sağlamak amacıyla yapılmıştır ve tüm hak ve özgürlükler sınırsız yetkilerle donatılmış bir hükümdara devredilmektedir.⁹⁸ Böylece mutlakiyet yönetimlerine Hobbes'un anlayışıyla meşruiyet kazandırılmak istenmiştir.⁹⁹ Ancak büyük monarşiler döneminde de yaşam hakkı ve diğer hakların ihlal edildiği görülmüştür.¹⁰⁰

Daha sonra J. Locke, Hobbes'tan farklı olarak insanların güvenlik için tüm haklarını değil yalnızca cezalandırma hakkını topluma bıraktıklarını savunmuştur. İlk doğal hak varlığını sürdürme hakkıdır.¹⁰¹ İktidardakilerin yetkileri herşeyden önce topluluk üyelerinin yaşam, özgürlük ve mallarının güvence altına alınması ile sınırlanmıştır.¹⁰² Toplum sözleşmesi adıyla bilinen sözleşmenin konusu, toplum üyelerinin yaşam, özgürlük ve mülkiyet haklarını koruyabilmek için katlanmaları gereken fedakarlıklardır. Böylece herkes eşit bir biçimde korunmuş, yaşam, özgürlük ve mülkiyetten korkusuzca yararlanmış olacaktır. Koruma, devlet tarafından üstlenilen bir görevdir ve devlet, oluşum nedeni olan kişisel haklara saygı göstermek zorundadır.¹⁰³

J.J. Rousseau'da Locke gibi insanların doğuştan özgür hakları olduğunu savunmaktadır. Rousseau'ya göre insanlar yaptıkları sözleşme ile özgürlüklerinin tümünü birden topluma aktarmakla, aslında haklarından hiçbirini vermeyip tümünü elde tutmaktadırlar.¹⁰⁴

Ancak Hobbes ve Rousseau gücü karşısında bireyin önünde eğileceği bir devlet modeli düşündükleri halde, Locke yasama ve yürütme organları açısından sadece vatandaşın can ve mal güvenliğini sağlamak ve hak ve özgürlükleri korumakla sınırlı olacak bir devlet öngörerek, günümüzün batı demokrasilerinde Anayasa Hukuku ve temel hak ve özgürlükler alanındaki gelişmeleri önemli ölçüde etkilemiştir.¹⁰⁵

⁹⁸ Ünal Ş., İnsan Hakları, s.50

⁹⁹ Walire (Özetleyen Savcı), s.100; Koyuncuoğlu T., Hak Ve Özgürlük, s. 42

¹⁰⁰ Savcı B., Felsefel Açından, s.23

¹⁰¹ Akin İ., s130

¹⁰² Gören Z., Anayasa Hukukuna Giriş, s.352

¹⁰³ Akıllıoğlu T., Temel Haklar, s. 166; Ünal Ş., İnsan Hakları, s. 51; Walire (Özetleyen Savcı), s.100; Koyuncuoğlu T., Hak Ve Özgürlük, s. 42; Kaboğlu İ., Hak Ve Özgürlükler, s. 238

¹⁰⁴ Akin İ., s.160,264; Koyuncuoğlu T., Hak Ve Özgürlük, s. 42 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Walire (Özetleyen Savcı), s.100vd.

¹⁰⁵ Ünal Ş., İnsan Hakları, s. 51

Böylece 18. yüzyıl doğal haklar öğretisi tamamlanmış, yönetenlerin var olan insan haklarını benimsemekten başka bir çareleri kalmamıştır.¹⁰⁶ Doğal haklar öğretisinin en önemli sonucu Fransız Devrimiyle ve bunun sonucunda ortaya çıkan hukuksal düzenlemelerle ortaya çıkmıştır. Aslında bu gelişim daha önceki İngiliz ve Amerikan haklar bildirilerinin sürüp giden çizgisidir.¹⁰⁷ Böylece klasik haklar ve özgürlükler demeti ve bunların başında gelen yaşam hakkı insanın doğal ve devredilmez hakları inancı ile pekiştirilmiş ve İngiliz, Amerikan ve Fransız bildirileri aracılığıyla yeni oluşan demokratik toplumun siyasal ve hukuksal düzeni belirlemiş oluyordu.¹⁰⁸ Toplumsal Sözleşme teorisi devletin kuruluşunu açıklamaya çalışan teorilerin en önemlilerinden birisi olarak kamu hukuku tarihindeki yerini almıştır ve bir benzetme yapılırsa modern devlet anlayışında, devleti kurduğu öngörülen toplumsal sözleşme yerine Anayasalar geçmiştir.¹⁰⁹

İnsan haklarının devletten önce geldiği, bunlara sadece insan olmak nedeniyle sahip olunduğu ve devletin onları sadece tanıyıp güvenlik içinde kullanımını sağladığı anlayışında olan doğal hukukun, Anayasalara yansması ile hak ve özgürlükler Anayasanın hemen başında, yaşam hakkı da diğer özgürlüklerin önünde yer almıştır.¹¹⁰

2. Uluslararası Belgelerde ve Anayasalarda Yaşam Hakkı

İnsan haklarına ve yaşam hakkına ilişkin ilk önemli belge 1215 tarihli İngiliz Büyük Şartıdır (Magna Charta Libertatum). 63 madde içeren bu şartta kişilerin can güvenliğine sahip oldukları belirtilerek, kralın keyfi müdahalelerine karşı korunmuştur. ¹¹¹

1689 tarihli İngiltere'de kabul edilen Bill of Rights ile vatandaşların birtakım temel hakları birer birer sayılmakla birlikte, yaşam hakkından bu terim

¹⁰⁶ Koyuncuoğlu T., Hak Ve Özgürlük, s. 66-42

¹⁰⁷ Koyuncuoğlu T., Hak Ve Özgürlük, s.43; İmre Z., Medeni Hukuka Giriş, İstanbul 1976, s.72

¹⁰⁸ Gemalmaz S., Türkiye'de İnsan Hakları ve Kavramın Temellendirilmesi Sorunu, İBD, C.57, S.10,11,12, Ekim-Kasım-Aralık 1983, s. 446

¹⁰⁹ Ünal Ş., İnsan Hakları, s.51

¹¹⁰ Kaboğlu İ., Hak Ve Özgürlükler , s.238

¹¹¹ Akıllıoğlu T., Temel Haklar, s. 68; Savcı B., Yaşam Hakkı s.78; Gören Z., Anayasa Hukukuna , s.351 Magna Charta Libertatum konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. İlal E., Magna Carta, İÜHF, C.XXXIV, S.1-4,1969, s.210 vd.

altında sözedilmemiştir. Ancak içeriksel olarak bedenin korunması amaçlanmıştır.¹¹²

12 Haziran 1776 tarihli Amerikan Virginia Anayasası 17. ve 18. yüzyıl doğal haklar felsefesinden etkilenmiştir ve 1. maddesine göre "Yaşam ve özgürlükten yararlanma, doğuştan elde edilen doğal bir haktır." Bu bildiri yaşam hakkının anlamını ve yerini daha ilk maddesinde vurgulamaktadır.¹¹³

4. Temmuz 1776 tarihli Amerikan Bağımsızlık Bildirisi de yaşam hakkını önemle vurgulamaktadır.¹¹⁴

ABD'deki bu gelişimlere paralel olarak Kıta Avrupa'sında da 1789 tarihli Fransız İnsan Hakları Bildirisi insan hakları alanında yeni bir çığır açmıştır. Bildiride özgürlük, mülkiyet, güvenlik ve direnme hakları sıralanmakla birlikte yaşam hakkı terim olarak yer almamaktadır. Bu bildiride de insanların tabii hukuktan kaynaklanan doğal, evrensel ve devredilmez haklara sahip olduğu açıklığa kavuşturulmuştur.¹¹⁵

Fransız ihtilalini izleyen dönemde 1830'lu yıllara kadar tümü Fransız İnsan Hakları Bildirisinin etkisiyle 70 kadar Anayasa yapılmıştır ve bunların çoğunda bir insan hakları katoloğu yer almıştır.¹¹⁶ 17. ve 19. asır arasındaki devre Avrupa ve Kuzey Amerika'da insan haklarının kökleştiği bir dönem olmuştur.¹¹⁷

Avrupa'da 2. Dünya Savaşı sırasında insan haklarının özellikle de yaşam hakkının ağır yara alması, bu hakkın öneminin daha fazla günyüzüne çıkmasını sağlamıştır.¹¹⁸

Bugün pekçok uluslararası belgenin ve Anayasanın temel haklar katoloğunun başında yaşam hakkı yer almaktadır.

¹¹² Ünal Ş., İnsan Hakları, s. 51; Savcı B., Yaşam Hakkı, s. 158

¹¹³ Koyuncuoğlu T., Özgürlüğün Önkoşulu, s. 14; Savcı B., Yaşam Hakkı, s. 158; Tanilli S., s. 162; Ünal Ş., İnsan Hakları s. 51

¹¹⁴ Amerikan Bildirileri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Akın İ., s. 30vd.; Walire (Özetleyen Savcı B.) s. 111 vd; Tanilli S., s. 162

¹¹⁵ Ünal Ş., İnsan Hakları, s. 52, 53; Koyuncuoğlu T., Özgürlüğün Önkoşulu, s. 14, Gören Z., Anayasa Hukukuna, s. 353, Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Akın İ., s. 34vd.; Walire (Özetleyen Savcı B.), s. 113 vd.; Civelek J., s. 1 vd.

¹¹⁶ Ünal Ş., İnsan Hakları, s. 53

¹¹⁷ Ünal Ş., İnsan Hakları, s. 53

¹¹⁸ Gomren D.-Harris D.-Zwaak L., Law And Practice Of The European Convention, On Humann Rights, And The European Social Charter, Council Of Europe Publishing, Germany, 1996, s. 93; 20-585; Orphal T., s. 207; Savcı B., Korkudan Kurtulma Hürriyeti, İnsan Hakları, Ocak-1948, S. 13, s. 29

İnsan haklarının uluslararası alanda ve de evrensel boyutta bir metin içerisinde konu edilebilmesi 1948 tarihli Evrensel İnsan Hakları Bildirisi ile gerçekleşebilmiştir ve 3. madde yaşam hakkını güvence altına almaktadır. Maddeye göre "herkesin yaşam hakkı vardır". Yaşam hakkı somut bir norma bağlanmıştır ancak madde ölüm cezası konusunda suskun kalmıştır.¹¹⁹

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ise yaşam hakkını 2. maddesi ile diğer temel hak ve özgürlüklerden önce tanımaktadır. Maddenin ilk fıkrasına göre "her ferdin yaşama hakkı kanunun himayesi altındadır. Kanunun ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infazı dışında, hiçkimse kasten öldürülemez." Maddenin 2. fıkrası yaşam hakkının istisnalarını saymaktadır.¹²⁰

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine ek Ölüm Cezasının Kaldırılmasına ilişkin 6 nolu protokol ile ölüm cezası kaldırılmıştır. Ancak Türkiye bu protokole katılmamıştır.¹²¹

BM Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Sözleşmesi de 6. maddesiyle yaşam hakkını temel haklara ilişkin listenin başına almaktadır. 1. fıkraya göre "Her insanın özünden gelen hayat hakkı vardır. Bu hak kanunla korunur. Hiç kimse keyfi olarak hayat hakkından mahrum kılınamaz." Bu sözleşme yaşam hakkını mutlak olarak düzenlememiş, ölüm cezası istisnasını tanımıştır. Ancak temel hedef ve doğrultunun, ölüm cezasının ilgası olduğunu da hükme bağlamıştır. Yaşam hakkının istisnası olarak tanınan ölüm cezası ayrıca belirli koşullara bağlanmıştır.¹²²

BM Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin İkinci Seçmeli Protokolü ölüm cezasının kaldırılmasına ilişkindir. Bu seçmeli protokolün tarafı olan devletin yargı yetki alanında, hiç kimsenin ölüm cezası infaz

¹¹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Civelek J., s.5; Gomren D.-Harris D.-Zwaak L., s.93, Savcı B., Korkudan Kurtulma Hürriyeti, s.29, Akıllıoğlu T., İnsan Hakları, s.194 İHEB, 10.12.1984 tarihinde BM Genel Kurulunda kabul ve ilan edilmiştir. RG.27.5.1949, No 7217-Düster III, C.30, s.1020

¹²⁰ Sözleşme 4 11.1950 tarihinde Roma'da imza edilmiş, 3.9.1953 tarihinde yürürlüğe girmiş ve 18.5.1954 tarihinde Türkiye tarafından onaylanmıştır. 10.3.1954 gün ve 6366 sayılı İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi ve buna Ek Protokolün onaylanmasının uygun bulunması hakkında Kanun: R.G., 19.3.1954-8662; Düster, C.35, s.1567

¹²¹ Protokol 1.3.1985 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

¹²² 23.3.1976 t. yürürlüğe girmiştir. Türkiye bu sözleşmeye katılmamıştır. Ayrıca bkz. Gomren D.-Harris D.-Zwaak L., s.93, Dijk van P.- Hoof Van G.J.H., Theory And Practice Of The European Convention On Human Rights, Kluwer Law, Taxation Publishers, 1990, s.225; Gemalmaz S., Yaşam Hakkı Ve İşkence Yasağı, 2. B., İstanbul, Ocak 1994 s.52

edilemeyecektir.¹²³

BM Çocuk Hakları Sözleşmesi (md. 37/a) düzenlemesine göre, 18 yaşından küçüklerin işlediği suçlarda, ölüm cezasının verilemeyeceği hükme bağlanmıştır.¹²⁴

1948 tarihli Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi¹²⁵ ve Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi de¹²⁶ yaşam hakkını öncelikle tanımaktadırlar. Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi 1. madde hükmüne göre her insanın yaşam, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı vardır. Ölüm cezasına ilişkin bir hüküm yer almamaktadır. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi 4. madde düzenlemesine göre ise "her kişinin onun yaşamına saygı gösterilmesine hakkı vardır ve bu hak, genel olarak, gebelik anından başlayarak yasa ile korunur ve hiç kimse, yaşamından keyfi biçimde yoksun bırakılamaz". Yaşam hakkının istisnası olarak ölüm cezası tanınmıştır ve ölüm cezası belli koşullara bağlanmıştır.

Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin de Ölüm Cezasının İlgâ Edilmesine ilişkin Protokolü vardır ve protokole göre protokolün tarafı olan devletler, kendi egemenlik alanlarında bulunup, kendi yargı yetkilerine tabi olan hiç kimseye ölüm cezası uygulayamazlar.¹²⁷

Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı 4. maddeye göre, "insan varlığı dokunulmazdır. Her insan yaşamına ve kişi bütünlüğüne saygı gösterilmesine hak sahibidir ve hiç kimse, bu hakkından keyfi biçimde yoksun bırakılamaz".

Avrupa Parlamentosu, Temel Haklar Ve Özgürlükler Bildirisinin 2. maddesi yaşam hakkı kenar başlıklıdır ve hükme göre "herkesin yaşam, kişi

¹²³ Bu protokolü, BM Genel Kurulu, 44. oturumunu yaptığı sırada, 15 .12 1989 tarihinde kabul etmiştir.Kabul karar No:44/128; Ayrıntılı bilgi için bkz. **Gemalmaz S.**, Yaşam Hakkı, s.113

¹²⁴ BM Genel Kurulunun 20 Kasım 1989 tarih ve 44/25 sayılı kararı ile, Çocuk Hakları Sözleşmesi nihai biçimi verilerek kabul edilmiştir. Bu sözleşme, 2 .9.1990 tarihinde yürürlüğe fğirdi. 1. 1. 1993 tarihi itibarıyla 125 devlet sözleşmeyi onaylamıştır.; Türkiye onaylayan devletlerler arasında değildir.

¹²⁵Bu bildiri 1948 tarihli Bogoto Konferansında XXX numaralı karar ile oluşturulmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Gemalmaz S.**, Latin Amerika'da İnsan Hakları,3.B. İstanbul 1993, s.75 vd.

¹²⁶ Ekim 1929'da New York'ta toplanan Uluslararası Hukuk Enstitüsü Toplantısı tarafından ilan edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Gemalmaz S.**, Latin Amerika'da, s.89vd.; **Akıllıoğlu T.**, İnsan Hakları, s. 223; **Gemalmaz S.**, Yaşam Hakkı , s.63;

¹²⁷ Protokol, 8 .6.1990'da imzaya açılmıştır. Amerikan Devletleri Örgütü Genel Kurulu metni,1042 nolu kararla kabul etmiştir. Protokol 28.8.1991'de yürürlüğe girmiştir.

özgürlüğü ve güvenliği hakkı vardır". 22. madde ise ölüm cezası kenar başlıklı olup, bu cezayı düzenlemektedir. Buna göre "Ölüm cezası ilga edilmiştir"¹²⁸

19. yy. Anayasaları arasında Avusturya, Belçika ve Norveç gibi bazı Anayasalarda yaşam hakkı açıkça belirtilmemiş olmakla beraber, yeni Anayasalar bu hakkı doğrudan ve açık bir şekilde öngörürler. Bazı Anayasaların yaşam hakkına ilişkin maddeleri şöyledir: "Herkes yaşama ve fiziki bütünlük hakkına sahiptir" (Bonn An., md.2); "Beşeri yaşam dokunulmazdır" (Portekiz An., md.24); "Herkes yaşama, fizik ve moral bütünlük hakkına sahiptir" (İspanyol An., md.15); "Yaşama hakkı ile kişinin fizik ve psişik bütünlük hakkı güvence altına alınmıştır." (Romanya An., md.22)¹²⁹ Amerikan Anayasasının 14. Ekvator Anayasasının 187., El Salvador Anayasasının 9., Filipin Anayasasının 3., Finladiya Anayasasının 6., Guetemala Anayasasının 24., Haiti Anayasasının 21., Honduras Anayasasının 30., İsrail Anayasasının 12., İsveç Anayasasının 16., Japon Anayasasının 13., Kolombiya Anayasasının 45., ve Liberya Anayasasının 1. maddelerinde yaşam hakkı düzenlenmiştir.¹³⁰ Ayrıca Gambia, Honduras, İran, Jamaika, Kenya, Malta, Uganda ve Macaristan¹³¹ Anayasaları da yaşam hakkını garanti altına almıştır.

3. Türkiye'de Durum

A. Cumhuriyetten Önceki Dönemde

Türkiye islamsal öğretinin etkisi altında uzun yıllar yaşamıştır. İslamsal öğretilerde de insan haklarına yer verildiği görülmekle birlikte, bu hak ve özgürlükler, islamda insana insan olması dolayısıyla verilmiş olanaklar değildirler, bunlar insana tanrının bağışındırlar ve Tanrı tarafından insana, Tanrı'ya ve onun yeryüzü yansıması olan Devlete itaati sağlayacak görevler halinde verilmiştir. Tanrı bugünkü bireysel kişilik haklarına benzer hakların başında yaşam hakkını vermiştir ancak devlet düzeni içinde, müslümanların başının karşısında, Batı İnsan Hakları öğretisinde olduğu gibi bu hakların

¹²⁸ Bu bildiriye Avrupa Parlamentosu 12 Nisan 1989 tarihli kararla kabul etmiştir. Bkz. Gemalmaz S., Yaşam Hakkı, s.62

¹²⁹ Kaboğlu İ., Özgürlükler Hukuku, s.154

¹³⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Savcı B., Yaşam Hakkı, s.161,162

¹³¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Przetacznik F., s.595; Macfarlane L.J., Human Rights: Realities and Possibilities, Oxford 1990, s.192

sınırlayıcı bir özleri yoktur. Devlet karşısında bağlayıcı bir sınır oluşturan Batı öğretisinin insan hakları, yenileşme hareketleri içinde Osmanlıları da etkilemiştir.¹³²

a. Sened-i İttifak

Anayasal gelişmenin ilk adımı olarak görülebilecek 1808 tarihli Sened-i İttifakla¹³³ birlikte ilk kez padişahın o zamana kadar mutlak olan hakimiyet hakkının bazı alanlarda sınırlanması zorunluluğu ile karşılaşmış, devlet karşısında kişilerin hakları kaçınılması mümkün olmayan bir soru haline gelmiştir.¹³⁴ Hükümdar ile beyler arasında imzalanmış olması bakımından Magna Carta'ya benzetilen bu belge hak ve özgürlükleri sıralamak yerine merkezi otoriteyi güçlendirmektedir. Kamu düzeni getirmeye, dolayısıyla can ve mal güvenliğini sağlamaya yöneliktir.¹³⁵ Belgede suç işlenmesi durumunda soruşturma yapılmadan ceza verilmemesi, ayaklanan kişilerin de soruşturma yapılmadan idam edilmemesi düzenlenmiştir.¹³⁶ Bu belgeden anlaşıldığına göre Anadolu ve Rumeli Ayanı için aranan hak ve özgürlükler can ve mal emniyetinin sağlanmasından ibarettir.¹³⁷

b. Tanzimat Fermanı ve Islahat Fermanı

Anayasal gelişmenin ikinci adımı olarak görülebilecek Tanzimat Fermanı bir fermanıdır, hükümdardan gelen tek taraflı bir işlemdir.¹³⁸ Ferman padişahın ağzından kaleme alınmıştır ve bazı hükümleri şöyledir. "Daha iyi bir yönetimi sağlayacak yeni yasalar konmasını uygun görürüz. Yeni yasalar özellikle can, ırz, namus, şeref ve haysiyetin korunmasını ... amaçlamalıdır. İlk aşamada yapılması gereken işler, açık ve yasal yargılma yapılmadan idam cezası uygulanmasını önleyecek, can, ırz, mal güvenliği getirecek

¹³² Savcı B., Yaşam Hakkı , s.162,163

¹³³ Özbudun E., s.3

¹³⁴ Aldıkaçtı O., s.37

¹³⁵ Akıllıoğlu T., İnsan Hakları, s. 125

¹³⁶ Tanör B., Osmanlı -Türk Anayasal Gelişmeleri, (1789-1980) 3. B., Afa Yay. İstanbul 1996, s.35

¹³⁷ Aldıkaçtı O., s.37

¹³⁸ Aldıkaçtı O., s.40; Tanör B., Osmanlı-Türk, s. 64

değişikliklerin gerçekleştirilmesidir.”¹³⁹ Bu fermandaki hakların gerçekleşmesi için hiçbir tedbir düşünülmediğinden¹⁴⁰ ve ferman her an padişah tarafından değiştirilebildiğinden yaşam hakkı gerçek anlamda güvenceye kavuşturulmamıştır. Bununla birlikte Tanzimatla birlikte Anayasa Hukukunda derin değişiklik olmuştur. Sened-i İttifak'ta Padişah yalnız Anadolu ve Rumeli ayanının can ve mülküne dokunmayacağını kabulle sınırlanıyordu. Oysa bu ferman ile iktidar tüm uyrukların canına ve diğer sayılan haklarına dokunmayacağına ve iktidarın kullanılmasında yasalara uyacağına söz vermektedir.¹⁴¹

1839 Tanzimat Fermanıyla verilen hakları yetersiz, verilen sözleri de tutulmamış sayan Batı Devletleri Osmanlı İmparatorluğunu Rusya'ya karşı korumanın bedeli ve Avrupa Devletlerinin arasına almanın şartı olarak yeni birtakım istekler ileri sürmüşlerdir ve bu devletlerin baskıları sonucunda 1856 tarihinde Islahat Fermanı ilan edilmiştir. Bu ferman ile Tanzimat Fermanı ile tanınan can, mal, ve şeref dokunulmazlıklarının ve Müslüman olmayan cemaatlerin öteden beri sahip oldukları ruhani ayrıcalıkların bir kez daha güvence altına alınması söz konusu oluyordu. Islahat Fermanının ana hedefi, Müslüman olmayan uyruklarla Müslümanların tam olarak eşitliğini sağlamaktır.¹⁴²

Tanzimat Fermanı ve sonraki fermanlar iyi ve adil yönetim, yaşam hakkı, kişi güvenliği ve dokunulmazlığı, kişisel özgürlük ve eşitlik yönünde düzenlemelerde bulunma sözü vermişti. Bu doğrultuda özellikle ceza adaleti konusunda olumlu gelişmeler olmuştur. Padişahın örfi yetkisine dayanarak verdiği ölüm cezaları kalkarak can güvenliği yolunda adım atılmıştır. Keyfi ve gizli idamlar tam olarak ortadan kalkmasa bile büyük çapta azalmış ve bazı sorumlular görevlerine bakılmaksızın cezalandırılmışlardır.¹⁴³

¹³⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Tanör B., Osmanlı-Türk, s. 64

¹⁴⁰ Akın İ., s.36

¹⁴¹ Aldıkaçtı O., s.44

¹⁴² Tanör B., Osmanlı-Türk, s.74-75

¹⁴³ Tanör B., Osmanlı-Türk, s.83

c. 1876 Anayasası ve 1909 Değişiklikleri

Batı ile temaslara artması, batı yaşam tarzını benimseyenlerin fazlalaşması ve Batı yöntemiyle eğitim sonucunda kişi hak ve özgürlükleri sorununu çözmeye çalışanların sayısı artmıştır¹⁴⁴ ve padişahın yetkilerinin kurulacak bir meclisle sınırlanması, anayasalı bir monarşiye geçilmesi gerekli görülmeye başlanmıştır.¹⁴⁵

İlk Anayasamız olan 1876 Anayasası kişi haklarını içeren bir temel hak listesine sahipti ve 9-10. maddeleri ile Osmanlıların kişi özgürlüğüne ve kişi dokunulmazlığına sahip olduğunu düzenlemekteydi. 1876 Anayasası ilanını izleyen yılda askıya alınmış ve 32 yıl uygulanmamıştır.¹⁴⁶ 1909 Anayasa değişikliğiyle kişi güvenliğiyle ilgili yeni düzenlemeler getirilmiştir ve 1876 Anayasasının kişi güvenliğini yok eden 113. maddesi (padişaha tanınan sürgüne yollama yetkisi) Anayasa madde metninden çıkartılmıştır. 1909 Anayasa değişikliğiyle getirilen yenilikler 1876 Anayasa metnindekilerle birleştirildiğinde, 2. Meşrutiyetin temel hak ve özgürlükler açısından doyurucu bir liste sunduğu söylenebilir.¹⁴⁷ Ancak 1909 Anayasa değişiklikleriyle yeniden yürürlüğe giren Anayasa, uygulama yasaları ile toplumsal yaşama girememiş ve özgürlükler alanında da önemli bir gelişme sağlanamamıştır.¹⁴⁸

B. Cumhuriyetten Sonraki Dönemde

a. 1924 Anayasası

491 sayılı, 20 nisan 1924 tarihli Teşkilat-ı Esasiye Kanunu, klasik Anayasa anlayış ve sistematığına uygun düzenlenmiştir. Devletin kuruluşu, organları ve işleyişinin yanında, hak ve özgürlüklere de yer verilmiştir. Hak ve özgürlüklerin felsefi kökeni ile sınırları konusunda doğal, liberal ve bireyci bir yaklaşım egemendir. Anayasal listede kişi hakları sayılmış, sosyal haklara yer

¹⁴⁴ Aldıkaçtı O., s. 52 vd.

¹⁴⁵ Özbudun E., T s.4

¹⁴⁶ Akıllıoğlu T., İnsan Hakları, s.130,131

¹⁴⁷ Tanör B., Osmanlı -Türk, s. 151

¹⁴⁸ Akıllıoğlu T., İnsan Hakları. s.131

verilmemiştir¹⁴⁹. 71. madde can, ırz, mal ve konut dokunulmazlığını düzenlemektedir. Kişi hakları Anayasada sayıldığı halde, güvenceye kavuşturulamamıştır.¹⁵⁰

b. 1961 Anayasası

1961 Anayasası getirdiği temel hak ve özgürlükler katoloğu ile ve özgürlük kurumlaştırması ile Batı insan hakları öğretisinin oldukça gelişmiş bir örneğidir.¹⁵¹ Doğal hukuk anlayışı terkedilmemekle birlikte ekonomik ve sosyal haklara yer verilmekle, olan hukuk anlayışı da Anayasaya girmiştir. İç hukuk sistemi tümüyle insan haklarına saygı anlayışı üzerine kurulmuştur.¹⁵² Anayasa Mahkemesinin kurulması ve nitelikli yasa kaydına¹⁵³ geçilmesiyle birlikte temel haklar ve özgürlükler güvenceli hale getirilmiştir.¹⁵⁴

1961 Anayasasının 2. bölümünde kişinin hakları ve ödevleri yer almaktadır ve bu bölümde ilk olarak yer alan 14. maddede yaşam hakkı düzenlenmiştir. Maddeye göre "Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını geliştirme haklarına ve kişi hürriyetine sahiptir." 14. maddede özel bir sınırlama sebebi yer almadığı gibi idam cezasından da bahsedilmemektedir. Ancak Anayasanın 64. maddesi TBMM'nin görevlerini sayarken ölüm cezalarının yerine getirilmesini de saymıştır.

c. 1982 Anayasası

1982 Anayasasıyla asıl olarak 1961 Anayasasındaki temel hak ve özgürlükler tekrarlanmıştır ancak özellikle sınırlama nedenlerindeki genişleme Anayasanın sınırlamayı asıl, özgürlüğü istisna haline getirdiği biçiminde yorumlanmıştır.¹⁵⁵ 1982 Anayasasının 1961 Anayasasına oranla kişinin temel hak ve özgürlüklerine, devlet otoritesi karşısında ikincil bir önem verdiği doğru

¹⁴⁹ Tanör B., Osmanlı -Türk, s. 151, Akıllıoğlu T., İnsan Hakları. s.132

¹⁵⁰ Soysal M., 100 Soruda Anayasa, s. ; Özbudun E., , s.11

¹⁵¹ Savcı B., Yaşam Hakkı , s.166

¹⁵² Akıllıoğlu T., İnsan Hakları, s.132

¹⁵³ Nitelikli yasa kaydı konusunda bilgi için bkz. Gören Z., Anayasa Hukukuna Giriş, s.358-359; Gören Z., Temel Hak, s.90

¹⁵⁴ Gören Z., Temel Hak, s.13; Özbudun E., s.21

¹⁵⁵ Tanör B., İki Anayasa 1961-1982, İstanbul 1986, s.135

olmakla birlikte, 1982 Anayasasının temel hak ve özgürlüklerle ilgili maddelerinin yazımında Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerle ve özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile paralellik sağlanmak istendiğı göze çarpmaktadır.¹⁵⁶ 1982 Anayasasına göre T.C. Devletin niteliklerinden birisinde insan haklarına saygılı olmaktır ve bu hüküm 4. maddeye göre değiştirilemeyecek bir hükümdür.

Yaşam hakkı Anayasamızın 17. maddesinde diğer temel hak ve özgürlüklerden önce yer almıştır. 17. maddeye göre "Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir." Yaşam hakkının istisnaları da 17. maddede yer almaktadır. Buna göre "Mahkemelerce verilen ölüm cezalarının yerine getirilmesi hali ile meşru madafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri, birinci fıkra hükmü dışındadır."

¹⁵⁶ Özbudun E., s.75,76

İKİNCİ BÖLÜM

YAŞAM HAKKININ KORUMA ALANI (KAPSAMI)

I. GENEL OLARAK

Gerek 1982 Anayasasının 17. maddesi, gerekse Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 2. maddesi yaşam hakkını güvence altına almıştır. Bilindiği gibi Anayasamızın 17. maddesine göre "Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir." Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 2. maddesinin 1. fıkrasına göre ise "Her ferdin yaşama hakkı kanunun himayesi altındadır. Kanunun ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infazı dışında kimse kasten öldürülemez." Bu maddelerde yaşam hakkına getirilebilecek istisnalar da yer almıştır.

Anayasal metinlerde güvence altına alınan yaşam hakkının koruma alanını belirlemek öncelikli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Yaşam hakkının koruma alanı, bu hakkın yaşam alanı, bu hakkın konusudur. Bu yaşam alanı, yaşam hakkına ilişkin temel hak normunun yaşam gerçeğinden koruma konusu olarak kesip çıkardığı alandır.¹

Yaşam hakkı en temel anlatımıyla keyfi olarak öldürülme yasağıdır.²

Yaşam hakkı kişiyi devletten, 3. kişilerden ve kendisinden gelebilecek saldırılara karşı korumaktadır.³

İlk çağlardan başlayarak günümüze kadar uzanan zaman boyutu

¹ Koruma alanı konusunda geniş bilgi için bkz. Gören Z., Temel Hak Genel Teorisi, 3. B., Ankara 1995, s.76 vd.

² Gomren D.- Harris D.- Zwaak L., Law And Practice Of The European Convention On Human Rights And The European Social Charter, Council Of Europe Publishing, Germany 1996, s.94; abul edilebilirlik kararları için bkz. Gemalmaz S., Avrupa İnsan Hakları Komisyonu Kararları, s.1 vd.

³ Savcı B., Yaşam Hakkı Ve Boyutları, Ankara 1980, s.17 vd.; Przetacznik F., The Right To Life As A Basic Human Right, Human Rights Journal, Vol: IX-4, 1976, Paris, s.590; Dinç G., Yaşama Hakkı Ve Barış, İz.B.D., Ekim-1996, S.4, Y.5, s.22 ; Soydan A., Öldürme Özgürlüğü Değil Yaşama Hakkı, Hukukçu, Mayıs, S.4, s.3 ; Sokullu-Akinci F., Ölüm Cezası İkel Ceza Hukukundan Kalmış Bir Fosildir, Hukukçu, Mayıs, S.4, s.6

içinde yaşam en çok devlet ve 3. kişiler tarafından ihlal edilmiştir.⁴

İnsanın öldürülmesi öncelikle devlete yasaklanmıştır⁵. Kamu makamlarının emri ve izni üzerine kişiler öldürülemezler.⁶ Tarih boyunca, yaşam hakkını koruyacak örgütlenmesi eksik olan, ideolojik tartışmalarda kamu gücünü, kendisine bir araç gibi kullanma yeteneği olan, iç ve dış şiddet merceklerine tabii ve ortak olan devletler tarafından yaşam hakkının ihlal edilebildiği görülmüştür. Yaşam hakkını en çok yöneticilerin tehdit ettiği tarih boyunca saptanmış bir olaydır.⁷ Devlet, bu kutsal ve temel insan hakkını tehdit bakımından en tehlikeli olan kurumdur, çünkü devlet büyük bir güçtür ve kişi ve kişiler onunla başa çıkamaz.⁸

Kişilerin yaşamları 3. kişiler tarafından da ihlal edilebilirler. İlk çağlardan bu yana belli bir anda kendini güçlü ve haklı sayan birtakım kişiler, sayısız nedenlerle, yaşam hakkına saldırıda bulunmuşlardır.⁹ Oysa yaşam hakkı, 3. kişilere herhangi bir insanın yaşamını ihlal etmeme, ona saldırmama yükümlülüğü getirir.¹⁰ 3. kişiler hem başkalarını öldürmemeli, hem de başkalarının kendilerini öldürmelerine yardım etmemelidirler. Başkalarının kendilerini öldürmelerine yardım intihar ve ötenazi de karşımıza çıkar ki bu konu ileride tartışılacaktır. 3. kişiler başkalarının yaşamını kasıtlı olarak yada ihmâl yoluyla ihlal edebilirler.¹¹

İnsan kafasında insanın hep dışarıdan gelen tehditlere karşı korunması kavramı öncelikli olarak yer almakla birlikte kişilerin yaşamları devlet ve 3. kişiler yanında bizzat kendileri tarafından da ihlal edilebilir.¹²

Buradan hareketle devlet yalnız, kişileri kendisi öldürmemekle yetinmeyecek yaşama yönelik tehlike ve risklere karşı kişileri korumakla

⁴ Talas C., Yaşam Hakkı Ve Toplumsal Haklar, İHY, 1990, C.12, s.84

⁵ Gören Z., Anayasa Hukukuna Giriş, 1. B., İzmir 1997, s.378

⁶ Kaboğlu İ., Özgürlükler Hukuku, İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı Üzerine Bir Deneme, İstanbul 1994, s.154

⁷ Savcı B., Yaşam Hakkı Ve Yönetimin Sorumluluğu Seminerinde Sunulan Tebliğ, İstanbul, Haziran 1977, s.23

⁸ Talas C., s.85

⁹ Talas C., s.84

¹⁰ Savcı B., Yaşam Hakkı Ve Yönetimin Sorumluluğu Seminerinde Sunulan Tebliğ, s.22; Przetacznik F., s.594, Savcı B., Yaşam Hakkı, s.19,36; Dinç G., s.22

¹¹ Przetacznik F., s.595

¹² Savcı B., Yaşam Hakkı, s.18

yükümlü olacaktır.¹³

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi uygulamasında, 2. maddede düzenlenen yaşam hakkı karşısında devletin kendi ihlalleri konusundaki sorumluluğu, tartışmasız kabul edilirken, devletlerin 3. kişilerin yol açtığı yaşam hakkı ihlalleri dolayısıyla da sorumlu tutulup tutulamayacağı konusunda tartışma vardır.¹⁴ Bazı yazarlar kişilerin öldürülmesi konusundaki yasaklamanın 3. kişilere de yöneltilebileceğini savunmaktadırlar.¹⁵ Ancak bilindiği gibi bu yasaklamayla ilgili Strazburg organlarına gidebilmek için ihlalin devletin yaşamı koruma konusunda bir eksikliğinden kaynaklanması gerekmektedir. Çünkü şikayetler yalnızca devletin sorumluluk yüklenebileceği eylem ve ihmallerine karşı yöneltilebilir.¹⁶ Sözleşmenin 2. maddesi esas olarak kişileri 3. kişilerden değil, devletten gelecek saldırılardan ve devlete karşı korumaktadır. Sözleşme uygulaması dikey uygulamadır, yani muhatap suçlanan daima devlettir ve devletin ihlallerine karşı bireyin korunması amacı güdülmektedir.¹⁷ Bununla birlikte devletin yaşamı koruma konusunda bir ihmali ya da kusuru var ise ve bununla bağlantılı olarak bir 3. kişinin yaşam hakkına yönelik saldırısı sözkonusu olmuşsa, sözleşme organlarına gitmek ve devletin sorumluluğunu ortaya koymak mümkündür. ¹⁸ Özellikle silahlı şiddet gruplarının yoğun olarak görüldüğü ya da terörizmin yaygın olduğu ülkelerde devletin bu eylemlerden sorumlu tutulup, tutulamayacağı sorunu büyük önem arz etmektedir.¹⁹ Komisyonun verdiği çeşitli kararlara göre devletin yaşamın korunması konusunda uygun önlemler alma yükümlülüğü vardır ve 2. madde devlete

¹³ Kaboğlu İ., Özgürlükler Hukuku, s.154

¹⁴ Gomren D.- Harris D.- Zwaak L., s.94; Dijk van P.- Hoof Van G.J.H., Theory And Practice Of The European Convention On Human Rights, Kluwer Law, Taxation Publishers, 1990, s.217; Opsahl T., The Right To Life, Edited by Macdonald R. St. J.- Matscher F.- Petzold H. , The European System For The Protection Of Human Rights, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, Boston-London, s.215,

¹⁵ Jacobs F.G., The European Convention On Human Rights, Oxford 1975, s.21, (Aktaran) Dijk van P.- Hoof Van G.J.H.

¹⁶ Dijk van P.-Hoof van G.J.H., s.217; Gomren D.- Harris D.- Zwaak L., s. 94

¹⁷ Gölcüklü F., İnsan Hakları Ve İnsancı Hukuk Bağlamında İşkence Yasağı Ve Yaşam Hakkı Seminerinde Sunulan Tebliğ, İnsan Hakları Hukuku Ve Hukuk Araştırmaları Merkezi Yay., No:10, İzmir, Ekim 1997, s.50

¹⁸ Gomren D.- Harris D.- Zwaak L., s.94

¹⁹ Opsahl T., s.215

yaşam hakkının korunması konusunda olumlu görevler de yüklemektedir.²⁰

Devlet önce öldürmeme yükümünü kendisi yerine getirecek, sonrada kişinin hayatını ölümle sonuçlanabilecek saldırı yahut eylemlere karşı korumak için, gerekli, uygun önlemleri alacaktır. Devlete sadece isteyerek ölüme neden olmaktan kaçınma yükümlülüğü değil, yaşamı korumak için zorunlu önlemleri alma ödevi de yüklenmiştir. Devlet olumsuz ve olumlu olmak üzere çifte mecburiyet karşısındadır.²¹

Ülkede yaşayan herkese beden varlığını sürdürme koşullarını sağlamak, yaşamın devamı için gerekli önlemleri almak her nekadardır devletin başta gelen ödevlerinden ise de 2. madde hükmünün amacı çok daha sınırlıdır.²² Kişiyi insanca bir yaşamın sağlanması yaşam hakkının koruma alanına girmemektedir.

İnsanca bir yaşam ancak konut hakkı, sağlık hakkı, eğitim hakkı ve sosyal güvenlik hakkı gibi refah ya da varlığı sürdürme hakları diyebileceğimiz sosyal haklarla sağlanabilecektir²³ ki bu bizim konumuzun dışında kalmaktadır.

II. DEVLETİN YAŞAM HAKKI KARŞISINDAKİ DURUMU

1.Devletin Yaşam Hakkı Karşısındaki Olumsuz Yükümlülüğü

Yaşam hakkı Anayasamızın 2. bölümünün, 1. kısmında kişi hakları ve ödevleri arasında düzenlenmiş bir negatif statü hakkıdır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde de bilindiği gibi yalnızca kişisel ve siyasal haklar yer almaktadır ve yaşam hakkı bir kişisel hak olarak düzenlenmiştir.²⁴ Klasik anlamıyla negatif statü hakları devlete sadece bir dokunmama yükümlülüğü

²⁰ R. and M. Naddaf v / the Federal Republic Of Germany, No: 11604 /85 , Dec.10.10.1986, D.R. 50, s.259 ; Associatian X. v / the United Kingdom, No:7154/75, Dec.12.7.1978, D.R.14, s.31

²¹ Kaboğlu İ., Özgürlükler Hukuku,154

²² Gölcüklü F., Gözübüyük Ş., s.186,188

²³ Przetacznik F., s.585, 586; Gölcüklü F.- Gözübüyük Ş., s.186

²⁴ Gölcüklü F.- Gözübüyük Ş., s.188 ; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde sosyal haklar yar almamıştır. Avrupa Konseyi sosyal hakları ayrı bir mekanizma içinde ele almıştır.

verip,²⁵ kişiye devlet karşısında özerk bir alan tanırırlar ve devlete o alana girmeme yükümlülüğü yüklerler²⁶. Bu anlamda devlet yaşam hakkı karşısında mutlak olarak kişileri öldürmeme yükümlülüğü altındadır.

Oysa bugün yalnız negatif statünün söz konusu olduğu yerlerde dahi edim ve katılma haklarını garantilemiş sayan bir temel hak yorumu yapılması gerektiği doktrinde ileri sürülmektedir.²⁷ Doktrindeki yazarlara göre bireysel kişilik hakları da devleti aktif kılıcıdır²⁸, ve hemen hemen bütün hakların hem olumsuz hem de olumlu yönleri vardır.²⁹

Buna örnek verilecek olursa, bilindiği gibi, işkenceye karşı korunma hakkı tipik bir negatif statü hakkıdır. Bu hakkın devletin kişisel özgürlük ve vücut bütünlüğüne müdahaleden kaçınmasından daha fazla bir şey gerektirmediği ileri sürülebilir. Ancak bu müdahalelerin olmamasını sağlamak hemen hemen her durumda, polisin ve güvenlik güçlerinin eğitimi ve denetimiyle ilgili pozitif programları gerektirir. Her durumda insanları işkenceye karşı korumak devletin olumlu edimlerini gerektirecektir.³⁰ Yine mülkiyet hakkının etkin ve güvenceli bir şekilde kullanılmasını sağlamak için tapu sicil örgütünün kurulması, hak arama özgürlüğünün gerçek anlama kavuşabilmesi için hızlı işleyen bir yargı mekanizmasının kurulması ve hakkın herkes için kullanılabilirliğinin sağlanması gerekmektedir. Tüm bu durumlar yasal düzenleme yapılmasını, örgütlenmenin gerçekleştirilmesini ve mali kaynak kullanılmasını gerektirmektedir.³¹

²⁵ Uygun O., 1982 Anayasasında Temel Hak Ve Özgürlüklerin Genel Rejimi, Kazancı Yay., İstanbul 1992, s.35

²⁶ Özbudun E., Türk Anayasa hukuku, 4. B., Yetkin Yay., Ankara 1995, s.101

²⁷ Gören Z., Temel Hak, s.27; Kaboğlu İ., Özgürlükler Hukuku, s. 152 ;

²⁸ Savcı B., Yaşam Hakkı, s. 80 ; Akad M., 1789 Fransız İnsan Ve Yurttaş Hakları Bildirisinin Getirdiği Özgürlük Anlayışı Ve Türk Anayasalarına Etkisi, HA, C.5, S.1-3, MÜHFY, Ocak- Aralık, 1990, s.33 ;Kaboğlu İ., Hak Ve Özgürlükler Anlayışındaki Gelişmelerin Anayasaya Yansıtılması Sorunu, AY, S.11, Ankara 1995, s.239-241 ; Uygun O., s.34

²⁹ Donnelly J., (Çev. Erdoğan M.- Korkut L.) Teori Ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları, Yetkin Yay.,Ankara 1995, s.43 ;Shue H., Temel Hakların Evrenselliği, İnsan Haklarının Felsefi Temelleri Uluslararası Semineri, Yayına Hazırlayan: Kuçuradi İ., TFK, Ankara 1996, s. 30

³⁰ Donnelly J., s.43

³¹ Uygun O., s.34

2. Devletin Yaşam Hakkı Karşısındaki Olumlu Yükümlülüğü

Günümüzde negatif statü hakları söz konusu olduğunda dahi devletlerin, haktan yararlanabilmenin gerçek anlamda sağlanması için olumlu davranışlarda bulunma zorunlulukları vardır.

Tüm bu gelişmelerden hareketle, devlet yaşam hakkı karşısında, sadece öldürmeme yükümlülüğüyle yetinemeyecektir. Devlet, müdahale etmeme, dokunmama yükümlülüğü yanında, olumlu yükümlülük denilen, yaşam hakkının korunmasını sağlayacak yükümlülüğü de yüklenmiştir.³² Devlet bir yandan müdahale etmemek, bir yandan da bu hakkı koruyup, kullanılabilir hale getirmekle yükümlüdür.³³ Devlet önce öldürmeme yükümünü kendisi yerine getirecek, sonrada kişinin hayatını ölümle sonuçlanabilecek eylemlere karşı korumak için gerekli uygun önlemleri alacaktır.³⁴

Devletin yaşam hakkı karşısında, öldürmekten kaçınmanın yanı sıra olumlu birtakım görevlerinin olduğu, yaşamı koruma yükümlülüğüne sahip olduğu gerek Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Divanı kararlarında gerekse Türk Anayasa Mahkemesi kararlarında vurgulanmıştır. Komisyon ve Divan kararlarına göre "Sözleşmenin 2. maddesinin 1. cümlesi Devletleri yaşamı korumak için uygun önlemler almaya zorlamaktadır. Sözleşmenin 2. maddesinin 1. cümlesi, 2. cümlede öngörülenden daha geniş yükümlülüğü devlete yüklemektedir. 1. cümlede yer alan "yaşam hakkı yasayla korunur" ibaresi devlete sadece kasıtlı olarak kişilerin öldürülmemesini değil, yaşamı korumak için uygun önlemler alınmasını da yükler.³⁵ Devlet genel duruma göre hayatı tehlikede olan kişinin yaşamını korumak için için pozitif önleyici

³² Savcı B., s.79

³³ Gölcüklü F., İnsan Hakları, s.44 ;Gören Z., Anayasa Hukukuna, s.378,379,383

³⁴ Gölcüklü F.-Gözübüyük Ş., s.188

³⁵ R. and M. Naddaf v / the Federal Republic Of Germany, No: 11604 /85 , Dec.10.10.1986, D.R. 50, s.259 ; Associatian X. v / the United Kingdom, No:7154/75, Dec.12.7.1978, D.R.14, s.31

önlemleri almak zorundadır.³⁶

Devletlerin ilk görevleri kişilerin yaşam hakları karşısında bu hakka saygı göstermek olacaktır, devletin yaşam hakkına saygı göstermesi ve onu koruması çok önemlidir çünkü devletin gösterdiği bu saygı diğer insanların bu hakkı gözetmesi üzerinde de kesin bir etki yaratacaktır. Devletlerin temel amacı yaşamı korumaktır. Devletin yaşamı korumak için uygun önlemler alması gerekmektedir.³⁷ Bu önlemler nelerin neler olması gerektiği aşağıda tartışılacaktır.

A. Devletin Olumlu Yükümlülüğünü Gerçekleştirmek Konusundaki Görevleri

a. Yasal Düzenleme Yapma Yükümlülüğü

Devletin yaşam hakkı karşısında olumlu olarak gerçekleştirmesi gereken ilk yükümlülük yasa düzenlemek, ulusal mevzuatında yaşam hakkını ihlal eden davranışları yasaklayarak, suç haline getirmek olmalıdır.³⁸ Medeni olan her topluluk yaşam hakkını korumak için yasalar yapar ve kişilerin ya da toplumun birey üzerinde şiddet kullanmasını önlemeye çalışır.³⁹ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 2. maddesinin 1. fıkrası da "Her ferdin yaşama hakkı

³⁶ Mrs W., v / the United Kingdom No:9348/ 81, Dec.28.2.1983, D.R. 32, s.190; Laurance Dujardin and the Others v. / France, No: 16734 /90, Dec. 2.9.1991, D.R. 72, s.236;

Mehmet Kaya against Turkey, Report Of The Comisssion, No. 22729 /93 , Dec. 24. 10.1996, s.27 ;Case Of Andronicou and Constantinou v. Cyprus, European Court Of Human Rights, Judgment, 9.10.1997, Strasburgs.40; Case Of Mc Cann And Others v. The United Kingdom, European Court Of Human Rights, Judgment,No:17/1994/464/545, 27.9.1995

³⁷Przetacznik F., s.600

³⁸ Gölcüklü F., İnsan Hakları , s.48 ; Harris DJ.- O'Boyle M.- Warbrick C., Law Of The European Convention On Human Rights, London- Dublin Edinburg 1995, s.38 ; Ünal Ş.,Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu Ve Divanı Kararları Işığında Sözleşme Hükümlerinin Açıklanması Ve Yorumu, TBMM Basımevi Müdürlüğü, Ankara 1995, s.103 ; E.1988/4,K.1989/3, Kt.12.1.1989, AMKD, S.25, s.17; Hobbes, yaşam hakkının bütün insanlara birbirlerini incitmekten alıkoymak için karşılıklı olarak bir görev yüklediğini belirtmiştir. Hobbes, insanların, toplum içinde yaşamalarının güvenli olmasının, başkalarının yaşamlarına saygı göstermekte yattığını anlayacak bir mantık gücüne sahip olduğunu düşünmüştür. İnsan yasalara itaat eden bir varlıktır. Bu yüzden Hobbes'e göre yaşam hakkını korumanın tek yolu insan yaşamının ihlal edilmemesini, herkes tarafından saygı gösterilmesini sağlayacak yasalar yapmaktır. Przetacznik F., s. 595.

³⁹ Przetacznik F., s. 601;

kanunun himayesi altındadır" diyerek bu yükümlülüğü açıkça belirtmiştir. Bu hükümle yaşam hakkının korunması görevinin özellikle yasama organına verildiği görülmektedir.⁴⁰

aa. Yasal Düzenlemenin İçeriği

Devletlerin yaşam hakkı konusunda yasa düzenleme yükümlülüğü, onlara yaşamın korunması yolunda yeterli ve gerekli hükümlerin konulması yolunda olumlu bir görev yüklemektedir.⁴¹ Yaşamı koruyan yasa kişilerin davranışlarını düzenleyebilmelerine imkan verebilmek için yeterince açık ve kesin bir dille formüle edilmelidir.⁴² Kanun kavramı kolayca anlaşılabilen ve ulaşılabilen bir kuralın, normun varlığı olarak değerlendirilmektedir.⁴³ Yaşama son verilmesinden doğan sorumluluk için yasa kapsamına hem kişiler, hem de devlet adına hareket edenler alınmalıdır.⁴⁴

Yaşam hakkını korumanın en uygun aracı, bu hakka yönelik saldırıların etkili ceza yaptırımlarına bağlanmasıdır. Temel hak ve özgürlüklerin en önemlisi, en kutsal olan yaşam hakkını tüm yurttaşlar için korumak, bu konuda yasalarda bir ayırım yapmamak devletin yükümlülüğüdür.⁴⁵ Yaşam hakkının hiç ayırım gözetilmeksizin herkes için korunması Anayasal bir zorunluluktur.⁴⁶

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesinin 1. fıkrasında yer alan "Yaşam hakkı yasayla korunur" hükmü pek fazla esas taşımamaktadır ve uygulanabilir bir standart getirmemektedir. Bununla birlikte yaşam hakkının asli olarak, tabiatında var olan özelliklerinden ötürü, ulusal yasakoyucular tam anlamıyla bir özgürlüğe de sahip değildirler. Yaşam hakkı açısından yaşamın kalitesini yükseltme söz konusu olmasa bile, yaşamın asgari düzeyde korunması gereklidir. Devletin, yaşamı yasayla koruma görevini yerine getirirken belli limitleri vardır. Yasa her yaşamı sağlama ve

⁴⁰ Dijk van P.-Hoof van G.J.H ., s.217

⁴¹ Harris DJ.- O'Boyle M.- Warbrick C., s.38

⁴² Gölcüklü F., İnsan Hakları , s.48 ; Harris DJ.- O'Boyle M.- Warbrick C., s.38

⁴³ Gölcüklü F., İnsan Hakları Ve İnsancıl Hukuk, s.47

⁴⁴ Harris DJ.- O'Boyle M.- Warbrick C., s.38

⁴⁵ E.1988/4,K.1989/3, Kt.12.1.1989, AMKD, S.25, s.17

⁴⁶ E.1988/4,K.1989/3, Kt.12.1.1989, AMKD, S.25, s.23

her türlü ölüm çeşidine karşı koruma olanağı sağlayamaz.⁴⁷ Zaten Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasalarda bu hakkın istisnalarını da belirlemişlerdir.

Kanunun genel prensiplerini belirlemede sağduyu kadar ülkelerin sosyal ve kültürel durumları da etkili olacaktır. Asgari ve azami ölçütler konusunda bir standart getirilmesine çalışılmalıdır. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Divanı bu standartları getirmeye çalışmaktadır.⁴⁸

Yasayla böyle bir korumanın getirilmesi, bazı durumlarda başka sùjelerin, özellikle de kamu otoritelerinin hareket özgürlüğünü daraltmak; bazı durumlarda da onlara görev ve yükümlölük vermek anlamına gelmektedir. Devletten beklenen yasayla koruma, önleyici fonksiyonlarla çeşitli derecelerde yerine getirilmelidir: Yaşamı tehdit eden hareketlerin yasaklanması, ve kesinlik gösteren risklerin düzenlenip sınırlanması gibi. Bu da özellikle ceza ve özel hukuk alanında müeyyide ve zorlayıcı prosedür getirerek olacaktır. Etkili bir koruma sağlamak için yasa ceza ve müeyyideler içermek zorundadır. Fakat sözleşme uygulamasının bu aşamasında bu konuda da standartlardan söz etmek mümkün değildir. Yaşama yönelik risklerin çoğu günümüzde kişilerden gelebilmektedir. Yaşam hakkının Sözleşme ve Anayasada düzenlenmesi devletin bir yaşam sigortası garanti ettiği anlamına gelmemektedir. Risklerin belirlenmesi ulusal hukukların ve yasakoyucunun problemi olacaktır.⁴⁹

Yasal korumadan beklenen kesin minimum alan, yasadışı öldürmelere karşı müeyyidelerin açıklanmasıdır. Ülkelerdeki uygulamalara baktığımızda kasıtlı adam öldürme, kastı aşan adam öldürme, taksir gibi çeşitli durumların yaptırıma bağlandığını görmekteyiz.⁵⁰

bb. Kasıtlı-Kasıtlı Olmayan Yaşam Hakkı İhlali Durumları

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 2. Maddesinin 1. fıkrasında "kanunun ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infazı dışında *kimse kasten öldürülemez*"

⁴⁷ Opsahl T., s.209

⁴⁸ Opsahl T., s.209

⁴⁹ Opsahl T., s.211

⁵⁰ Opsahl T., s.213

hükmü getirilmektedir.

Buradaki ifade karşısında yalnızca kasıtlı durumlarda kişilerin öldürülemeyeceği, taksir yoluyla öldürülmüş kişilerin sözleşme kapsamı dışında tutuldukları gibi bir sonuca varabilir miyiz? Yasal düzenleme sadece kasıtlı yaşam hakkı ihlalleri için mi yaptırımlara bağlanacaktır?

Sözleşmede yer alan "kasten" ibaresi sözleşmenin minimum istemidir. Kişilerin ve asker, polis, güvenlik kuvveti gibi devlet ajanlarının kasıtlı öldürme fiillerini engellemek devletin en açık görevidir.⁵¹

Devletin yaşamı koruma yükümlülüğü sonucu, "herkesin yaşam hakkı kanunun himayesi altındadır" kuralı yalnızca kasten öldürmeyi değil, aynı zamanda maddede öngörülen istisnalar dışında kalan, bütün adam öldürme fiillerini, örneğin taksirli olanları da yasaklamıştır.⁵²

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu önceki kararlarında devletin sorumlu olabilebilmesi için öldürmenin kasıtlı olmasını ararken daha sonra bu dar yorumunu genişleterek, içtihadını değiştirmiştir.⁵³

Sadece kasıtlı olan adam öldürme fiillerinin 2. maddeyi ihlal etmesi durumunda, sözleşmenin 2. maddesinde yer alan istisna hallerinde, örneğin tutuklama ya da isyanların bastırılması hallerinde devlet ajanlarının taksirli öldürme halleri sözleşmenin ihlaline hiçbir şekilde yol açmayacaktır.⁵⁴

Belçika aleyhine yapılan bir başvuruda başvuru, kocasının çıkan bir isyanda polisin kalabalığa ateş açması sonucunda öldüğünü ve yaşam hakkının ihlal edildiğini ileri sürmektedir. Komisyon'a göre sözleşme sadece kasıtlı adam öldürmemeyi koruduğundan ve olayda kasıtlı bir öldürme söz konusu olmadığından, bu durum 2. maddeyle korunmamaktadır. Komisyona göre burada polis memuru kendisini tehdit altında hissetmiştir ve kasıtlı bir davranışı yoktur.⁵⁵ Burada komisyon 1. fıkrada yer alan "kasten" ibaresine kararında yer verip, dar bir yorum yaparken 2. fıkrada yer alan ve daha sonra üzerinde duracağımız "mutlak gereklilik" şartının içeriğini boşaltmış görünmektedir.⁵⁶ Ayrıca bu yaklaşım yaşamın yasayla korunacağı istemini de

⁵¹ Opsahl T., s.212

⁵² Gölcüklü F.-Gözübüyük Ş., s.188

⁵³ Gomren D.-Harris D.-Zwaak L., s.95

⁵⁴ Robertson A.H.- Merrills J.G., Human Rights In Europe, Manchester University Press, Manchester-Newyork, 1993, s.34, Gomren D.-Harris D.-Zwaak L., s.99

⁵⁵ No.2758/66, Dec.21.5.69, Yearbook 12, s.174

⁵⁶ Robertson A.H.- Merrills J.G., s.34

reddetmiş olmaktadır. Eğer yasayla korunma istemi sadece kasıtlı öldürölme haliyle sınırlandırılmak istenmiş olsa idi, "yasayla korunur" ibaresinin yer almasına zaten gerek kalmazdı ve böyle bir ifade sözleşmeye hiç konmazdı.⁵⁷ Bu yorum tarzı sözleşmenin amacına ve devletin yaşamı koruma yükümlölüğüne uygun görünmemektedir.⁵⁸

Komisyon bu dar yorumunu daha sonra genişletmiştir ve koşullara göre sözleşmenin 2. maddesinin kasıtlı öldürme hali dışındaki durumlarda da uygulanabileceğini belirtmiştir.⁵⁹

Kuzey İrlanda'da 13 yaşında bir erkek çocuk bir gösteri sırasında başına isabet eden bir plastik mermi sebebiyle ölmüştür. 2. maddenin ihlal edildiğinin öne sürüldüğü başvuruda, hükümet komisyonun kaza sonucu ya da kasıtlı olmayan durumlarda yaşam hakkının ihlal edildiği sonucuna varamayacağını öne sürmüştür. Bununla birlikte, Komisyon sadece kasıtlı adam öldürmelerin sözleşmenin kapsamı içinde olduğu argümanını reddetmiş ve 2. maddede yer alan istisnai hallerin oransız olarak uygulanamayacağını ve öldürme kasıtlı olmasa bile, sözleşmenin ihlal edilebileceği sonucuna varmıştır. Hukukun genel prensipleri ışığında açık olan istisnalar dışında sözleşmeye göre bir öldürme hakkı yer alamaz.⁶⁰

Komisyon başka başvurularda da 2. maddenin bir bütün olarak okunduğunda, 2. maddenin 2. fıkrasının sadece bir kimsenin kasten öldürölmesine izin verilen durumları tanımladığı değil, fakat istenmediği halde yaşamdan yoksun bırakma sonucunu doğurabilecek zor kullanma hallerini de kapsadığına işaret etmiştir.⁶¹ Komisyonun bu görüşü daha tatmin edici bir yaklaşım sergilemektedir.⁶²

⁵⁷ Opsahl T., s.214

⁵⁸ Gomren D.-Harris D.-Zwaak L., s.99

⁵⁹ Gomren D.-Harris D.-Zwaak L., s.95 ;Robertson A.H.- Merrills J.G., s.34-35 ; Andreas and Paraskevoula Andronicou and Gregoris and Yilonda Constantinou against Cyprus, Report Of thie Comission, No: 25052 /94, Dec.23.5.1996, s.94

⁶⁰ Steawart v. the United Kingdom , App No. 10044/82, Dec. 10.8.1984, D.R. 39

⁶¹ Case Of Andronicou and Constantinou v. Cyprus, European Court Of Human Rights, Judgment, 9.10.1997, Strasburgs.40; Case Of Mc Cann And Others v. The United Kingdom, European Court Of Human Rights, Judgment,No:17/1994/464/545, 27.9.1995

⁶² Robertson A.H.- Merrills J.G., s.35

Avrupa İnsan Hakları Divanı da 2. fıkrada tarif edilen istisnaların kasten öldürmeye kadar uzandığını ancak münhasıran bununla ilgili olmadığını kabul etmektedir.

cc. Genel Değerlendirme

Sözleşmede "Yaşam hakkı kanunla korunur" ibaresi ve sadece "kasıtlı" öldürme halinden bahsedilmesi doktrinde de tartışmalara yol açmıştır ve devlete yüklenen yasa koyma görevinin kapsamının ne olduğu konusunda tartışma yaşanmıştır. Örneğin devletin araba kullanan kişileri belli hız limitlerine tabi tutmaması durumunda devlet 2. madde hükmü karşısında bir ihmale düşmüş müdür? Böyle bir önlem trafik kazalarını ve buna bağlı ölümleri önemli ölçüde azaltacaktır. Bazı yazarlara göre sözleşme yaşamı değil yaşam hakkını korumaktadır⁶³ ve sözleşmede korunan yaşam hakkı yalnızca kasıtlı olarak yapılan yaşam hakkı ihlalleridir.⁶⁴

Bize göre özellikle Komisyonun ve Divanın genişletici yorumları da gözönüne alındığında devletin yasalarıyla her türlü adam öldürme hallerini yasalarıyla düzenlemesi ve yaptırımlar getirmesi gerekmektedir. Hiyararşik olarak en üstte gördüğümüz ve o olmadan diğer temel hakların kullanılamayacağı yaşam hakkını her şekliyle yasalarında korumak devletin öncelikli görevi olmalıdır.

Yasa koyma yükümlülüğü devletlere yaşamı koruma konusunda yeterli hükümler koyma konusunda olumlu bir görev yükler. Bu görevden öngörülen istisnalar hariç adam öldürme fiillerinin devlet yasalarında illegal kabul edilmesi anlamı çıkar. Sözleşmede sorumluluğun çeşidi ya da derecesi açık olarak belirtilmemiş olmakla birlikte, oranlılık ilkesine ve koşulların değişmesine göre bunlar belirlenebilecektir. Örneğin dikkatsiz bir sürücünün yaşamı ihlal etmesi, tasarlanarak bir kişinin zehirlenip öldürülmesinden daha az yaptırımla karşılaşacaktır.⁶⁵

⁶³ Fawcett J.E.C., The Application Of The European Convention On Human Rights, Oxford-1987, s.37 ;Gomren D.-Harris D.-Zwaak L., s. 94

⁶⁴ Dijk van P.- Hoof Van G.J.H., s. 217, Fawcett J.E.C., s.37

⁶⁵ Harris D.J.- O'Boyle M.-Warbrick C., s.38

Ancak devletlerin koyduğu yasalar ne doğal ölümlerle, ne etkili bir şekilde hastalıklarla, kazalarla ne de yaşama yönelen diğer tehditlerle başa çıkabilirler. Her yıl yollarda meydana gelen kazalar, yarışmalar, ateşli silah, havaifşek ya da dinamitler pekçok kişinin hayatını tehdit ederler⁶⁶. Burada devlete düşen yükümlülük konusunda önemli olan sonuçtaki başarı değildir. Devletin mutlaka sonuç alacak şekilde korumayı sağlaması değil, araç ve imkan başarısı önemlidir.⁶⁷ Bu bağlamda, bu tip ölüm olayları insan hakkı ihlali yaratmayacaktır.

b. Güvenlik Güçlerinin Etkili Bir Şekilde Teşkilatlandırılması ve Eğitilmesi

Devletlerin ulusal mevzuatında yaşam hakkını ihlal eden davranışları yasaklaması, kanunlarında bunları suç haline getirerek, cezai yaptırımlar getirilmesi yeterli değildir. Devlet aynı zamanda bu hakkı korumak için tedbirler de almak zorundadır.⁶⁸ Yaşam hakkının sadece yasayla korunması bu hakkın gerçekleşebilmesi için yeterli olamaz.⁶⁹ Yaşam hakkının gerçek anlamda korunması için çıkartılan yasaların etkili kılınmaları gerekmektedir.⁷⁰ Bunun için de güvenlik güçleri yaşamı korumak üzere teşkilatlandırılmalıdır.⁷¹ Yaşam hakkı ancak güvenlik güçleri iyi ve etkili bir şekilde teşkilatlanırsa, bu güçler iyi bir şekilde eğitilirse ve görevlerini gereği gibi yaparlarsa korunabilir.

Devletin yaşam hakkı karşısında olumlu yükümlülüğü, yaşamın devlet tarafından korunmasını gerektirir. Ancak bu bağlamda da devletin yapabileceklerinin sınırı vardır. Bu konuda devletin görevinin güvenlik güçlerini teşkilatlandırılarak vatandaşların yaşamı konusunda dikkatli ve ihtiyatlı olmaktan öteye pek fazla gidemeyip, bu yolla yaşamları tehlikede olanların korunmasında çok fazla yol alınamayacağı ileri sürülmüştür⁷². Ulusal otoriter yaşamı korumaya ilişkin görevlerini belirleyecekler ve yaşam hakkına

⁶⁶ Opsahl T., s.210

⁶⁷ Gölcüklü F., İnsan Hakları , s.45

⁶⁸ Gölcüklü F., İnsan Hakları , s.48 ; Gölcüklü F.- Gözübüyük Ş., s.186

⁶⁹ Opsahl T., s.223 ;Kaboğlu İ.Ö.,zgürlükler Hukuku, s. 20

⁷⁰ Harris D.J.- O'Boyle M.-Warbrick C., s.39

⁷¹ Harris D.J.- O'Boyle M.-Warbrick C., s.39.

⁷² Dijk van P.-Hoof G.J.H., s.218

uygun davranıp davranmadıkları ulusal mahkemeler ve Strazburg organları tarafından denetlenecektir.

Aşağıda incelenen Avrupa İnsan Hakları Komisyonuna yapılan başvurular Devletin güvenlik güçlerinin yaşamı koruma konusunda etkili bir teşkilatlanmaya sahip olmadığına ilişkindirler.

İrlanda aleyhine Komisyona yapılan bir başvuruda başvuru kendisine yıllardır bir koruma polisi verildiğini ancak bunun daha sonra geri alındığını ve ardından IRA militanları tarafından saldırıya uğradığını, koruma polisinin geri çekilmesinin, 2. maddeyle korunan yaşam hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Ancak komisyon Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine göre kişilerin yaşam haklarının yasayla korunacağını, burada İrlanda yasalarının kusurlu olduğuna dair bir şeyin ileri sürülmediğini ve devletin "hiç değilse belirsiz bir süre" bireylere kişisel koruma sağlamak yükümlülüğünde olmadığını belirtmiştir. Komisyon raporuna göre, Sözleşme devlete, yasadışı örgütler tarafından yaşamın tehdit edilmesi tehlikesine maruz kalan bireyler için, en azından belirsiz bir süre ile şahsi koruma sağlamak ödevini yükler biçimde, yorumlanamaz.⁷³

Bir başka başvuruda Kuzey İrlanda'da IRA teroristleri tarafından akrabaları öldürülen başvuru hukümetin bu kişileri terorist saldırılardan korumak üzere devletin olumlu yükümlülüğü olduğunu iddia etmişlerdir. Başvurucular sözleşmenin 1. maddesindeki "Yüksek akid taraflar kendi yetki alanlarındaki herkese sözleşmedeki hak ve özgürlükleri tanırlar" ifadesinden yola çıkarak devletin tanınan haklar karşısında sadece ihlal etmeme yükümlülüğünde değil aynı zamanda yasalar ve uygulamalar ile bu hakları 3. kişiler ve devlet karşısında olumlu olarak sağlama yükümlülüğünün olduğunu belirtmişlerdir. İhlal ister devletten gelsin isterse başkalarından gelsin devletin yaşamı koruma koruma konusunda olumlu yükümlülüğü bulunmaktadır. Devletler gerekli yasal ve idari önlemleri almakla yükümlüdürler. Başvurucuya göre U.K. terörizme karşı etkili ve uygun önlemler alamadığından sözleşmeyi ihlal etmiştir. 1969, 1981 yılları arasında terör olaylarından 2172 ölmüştür ve bunların 1546 sı sivildir. Protestan nüfus oransız bir şekilde öldürülmektedir. U.K.'nin bu alanda yetersiz polis ve güvenlik gücünün olması mağdurlar tarafından yaşam hakkının ihlal

⁷³ No.6040/73, Dec. 20.7.73, Yearbook 16, s. 388 (392)

edilmesine yol açmıştır. Oysaki bir devletin görevi sınırları içinde yeterli ve etkili bir şekilde güvenliği sağlamak olmalıdır.

Ancak Komisyon'a göre devletin askeri personelini ve polisini olası şiddet eylemlerine karşı bu ölçüde yayma mükellefiyeti bulunmamaktadır. Komisyon o yörede yer alan güvenlik güçlerinin engelleyici önlemler alma açısından uygun ve yeterli olduğunu vurgulamıştır. Komisyon o yörede terörle mücadele eden güvenlik güçlerinin sayısını vermiş ve bu kişilerin bir kısmının terörle mücadele ederken yaşamlarını yitirdiklerini belirtmiştir.⁷⁴

Bir başka başvuruda önce evi ve çocukları defalarca teroristlerce saldırıya uğrayan bir kişi korunmak için silah istemiş ancak bu istemi ilgili makamlar tarafından silahın onu daha fazla hedef haline getireceği gerekçesi ile reddedilmiştir. Bu olaya ilişkin başvuruda Komisyon 2. madde hükmünün kişilerin terörizme karşı korunmasının garanti edildiği şeklinde yorumlanamayacağını belirtmiştir.⁷⁵

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu kararlarına göre her ne kadar devlet herkesin yaşam hakkını korumak zorundaysa da kişiyi fiilen ve ferden koruyacak bir koruma tedbiri almak zorunda değildir ve bu yüküm kişiye devamlı bireysel koruma sağlayacak kadar sınırsız ve mutlak değildir. Bununla birlikte Komisyon içtihadına göre risk altında yaşayan kişilerin terorist eylemlerden ve diğer kişilerden gelecek saldırılara karşı makul ölçüde korunmaları gerekmektedir.⁷⁶

Güvenlik güçlerinin iyi eğitilmiş olmaları ve devletin öldürmeye yönelik zor kullanılabilecek operasyonlar için, görevlilerine operasyonla ilgili eğitim ve talimatı vermesi gerekmektedir. Özellikle zor kullanma ihtimalinin olduğu durumlarda operasyonun planlanması ve yerine getirilmesinde bir yetersizlik ve ihmal sözkonusu olmamalıdır. Planlamada ve görevlilerin bilgilendirilmesinde ortaya çıkan bazı hatalar, güç kullanan görevlilerin kusurları olmasa dahi yaşam hakkının ihlal edilmesine yol açabilecektir. Operasyonlar bir bütün olarak yaşam hakkı gereklerine uyacak bir tarzda kontrol ve organize edilmelidir.

Suikast hazırladıklarından şüphe edilen üç IRA teroristinin güvenlik güçleri tarafından öldürülmesinin sözkonusu olduğu Mc-Cann/İngiltere

⁷⁴ Mrs W. v./ the United Kingdom, No.9348/81, Dec.28.2.83, D.R. 32 ,s.190(200)

⁷⁵ M. v./The United Kingdom and Ireland, No:9837/82, Dec.4.3.1986 (K-19)

⁷⁶ Harris D.J.- O'Boyle M.-Warbrick C., s. 39

Davasında Divan Sözleşmenin 2. maddesinin ihlal edildiğine ilişkin kararını verirken operasyonun planlanması ve icrası konusunda inceleme yapmıştır.

Mahkeme kullanılan zorun 2. maddeye uygun olup olmadığına karar verirken, sadece askerler tarafından kullanılan zorun insanları hukuka aykırı şiddete karşı koruma amacı ile tam olarak orantılı olup olmadığını değil, anti-terör operasyonunun öldürmeye yönelik zora başvurmayı mümkün olduğu kadar asgariye indirmek üzere yetkililer tarafından planlanıp planlanmadığını ve kontrol edilip edilmediğini dikkatlice incelenmiştir.

Olay çerçevesinde silah kullanan görevlilerin karşılaştıkları ikilem gözönüne alınarak eylemlerinin kendiliklerinden 2. madde hükmünü ihlal etmediği sonucu ortaya çıkmaktadır. Ancak anti- terör operasyonunun bir bütün olarak 2. madde gereklerine uygun olacak şekilde kontrol ve organize edilip edilmediği, verilen kaçınılmaz olarak öldürmeye yönelik zor kullanma sonucunu doğuran talimatların, üç zanlının yaşam hakkını yeteri kadar dikkate alıp almadığı sorusu ortaya çıktığında, operasyonun organizasyonunda gerekli özenin bulunmadığı belirlenmiş ve buna göre Mahkemece 2. maddeye aykırılık tespit edilmiştir.⁷⁷

Danıştay 1977 yılında verdiği bir kararla devletin, can güvenliğini tehdit eden durumlar karşısında yaşamı koruma yükümlülüğü olduğunu karara bağlamıştır. "Üniversite öğrencisi olan davacının devamsızlığı nedeniyle sınavlara alınmayarak sınıfta bırakılma yönündeki idari işlemi iptal eden Danıştay, davacının can güvenliği nedeniyle devamsızlığı ile yaşam hakkı arasında bağlantı kurmuştur.: Anayasanın kişiye tanıdığı hakkın korunması, devletin başta gelen ödevlerinden ve varoluş nedenlerinden biridir. Yaşama güvencesi bulunmayan bir öğretim kurumuna kişisel iradesinin ötesinde bir nedenle... can korkusu düşüncesiyle devam edemeyen öğrenciler hakkında ... Sınavlara katılma hakkının yitirilmesi... Kayıtların silinmesi biçiminde müeyyideye bağlanan hükümlerin uygulanması düşünülemez.⁷⁸

Devletin yaşamı koruma yükümlülüğünün kabul edilmesinin yanısıra yaşamın sağlanması konusunda görevini yerine getirmeyen idarenin

⁷⁷ Case Of Mc Cann And Others v. The United Kingdom, European Court Of Human Rights, Judgment, No:17/1994/464/545, 27.9.1995

⁷⁸ D.8.D., 28.4.1978, E.1976/223, K.77/1383, DD/S.28-29, 1978, s.481

tazminat ödeyeceği de Danıştay kararlarında hükme bağlanmıştır:

İdarenin bir hizmet kusurunun⁷⁹ olmasından kaynaklanarak kişiler yaşamlarını yitirmişlerse, ilgili kişilerin cezai sorumluluklarının yanısıra, idare de zarar gören kişilere maddi ve manevi tazminat ödemek zorunda kalacaktır. Hatta bazı durumlarda kusursuz sorumluluk ilkeleri gereğince idarenin hiçbir kusuru olmasa dahi zararı tazmine mecbur kalacaktır.⁸⁰

Gereksiz yere silah kullanarak bir köylünün ölümüne sebebiyet veren polis memurunun bu davranışından doğan zararın hizmet kusuru nedeniyle tazmini gerekeceği hakkında verdiği kararda Danıştay şu görüşleri belirtmiştir. "Herhangi bir görevlinin, görevine müdahale veya kaçmaya teşebbüs nedeniyle de olsa bilerek veya bilmeyerek bir kişinin hayatına son vermesi en hafif deyim ile görevini kötüye kullanma veya becerisizlik anlamına geleceğinden ve bunda idarenin sorumlu bulunduğu, hizmet anlayışı ve eğitim noksanlığından ileri geleceği kuşkusuz olduğundan, çalıştırdığı kimsenin neden olduğu böyle bir zararın tazminiyle Bakanlık yükümlüdür.

Kişilerin can ve mal güvenliğinin sağlanması devletin başta gelen görevlerindendir. İdare kendisine verilen bu ödevin yerine getirilmesi amacıyla önce yeterli örgütleri kurmak bu örgütlere gerekli ve yeterli ajan, araç ve olanakları sağlamakla yükümlüdür. Kişinin can ve mal güvenliğini sağlamak amacıyla kurulan örgütün gereği gibi işlememesi, idareye yüklenen ödevin yerine getirilmemesi ve kamu hizmetinin iyi işlememesi sonucunu doğurur. Bu da hizmet kusuru nedeniyle idareye tazmin borcu yükler."⁸¹

Danıştay gece vakti üzerlerinde ve otolarında polis olduklarını belirleyecek bir işaret bulunmayan polislerce yapılan dur ihtarına uyulmaması halinde açılan ateş sonucu meydana gelen ölüm olayında idarenin hizmet kusuru bulunduğunu belirlerken, şu görüşlere yer vermiştir: "İdare hizmetin gerektirdiği araç ve gereçleri hizmete hazır tutmak, hizmet personelini de hizmetin gereklerine göre eğitip yetiştirmek zorundadır. Görevlilerin en son

⁷⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Gözübüyük Ş., Yönetim Hukuku, 7. B., Ankara 1995 s275; Hizmet kusuru, hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi gibi durumlarda söz konusu olmaktadır.

⁸⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Gözübüyük Ş., Yönetim Hukuku, s. 279

⁸¹ D.12. d., E.1975/1695, K.1977/300, DD., Y.8, S.28-29, s665-666

başvurması düşünülen ateş açma yolunu erken kullanarak davaçıların yakınıni öldürmesi hizmet ajanının verilen görevi yerine getirme ve silah kullanma yönünden gereği gibi eğitilmediğini göstermekte, bu durum ise idarenin hizmeti iyi yürütmemesi nedeniyle sorumluluğunu gerektirmektedir.”⁸²

Bir köy muhtarının yasadışı örgüt elemanlarınca öldürülmesi nedeniyle davacıların tazminat isteği Gaziantep İdare Mahkemesince reddedilmiştir. Mahkemeye göre “Önceden ihbar, şikayet veya başvuru bulunmadan idarenin genel önlemleri alması yeterli olup, ayrıca devamlı ve özel önlemler alması beklenemez. “Danıştay idare Mahkemesinin bu kararını bozmuştur. Danıştay’a göre “Ülkemizin belli bir yöresinde yoğunlaşan terörist olaylar denilen eylemlerin devlete yönelik olduğu, Devletin anayasal düzenini yıkmayı amaçladığı, bu tür olayların zarar gören kişi ve kurumlara karşı kişisel husumetten ileri gelmediği bilinmekte ve gözlenmektedir. Sözü edilen eylemler nedeniyle zarara uğrayan terörist eylemlere herhangi bir şekilde katılmamış olan kişiler kendi kusur ve eylemleri sonucu değil, toplumun içinde bulunduğu sosyal kargaşadan zarar görmektedir. Kısaca zararın nedeni toplumun bireyi olmaktır. Belirtilen şekilde ortaya çıkan zararların özel ve olağandışı nitelikleri gözönüne alınıp, nedensellik bağı aranmadan, terörist olayları önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemeyen idarece sosyal risk ilkesine göre tazmini gerekir.”⁸³

Görüldüğü gibi Danıştay, İdarenin yaşamı koruma konusunda kusurlu ve kusursuz sorumluluğunu kabul etmektedir. Devletin güvenlik güçlerinin yaşamı koruma konusunda üzerlerine düşen görevleri yerine getirmeleri gerekmektedir.

⁸² D.10.d., E.1982/775, K.1982/96, DD., Y.14, S.52-53, s.490-491

⁸³ D.10.d., E.1992/3372, K.1993/ 3777 , DD, Y.25, S.89, 1995, s.581

c. Etkili Soruşturma ve Kovuşturma Mekanizmalarının İşletilmesi

aa. Resmi Makamlar Tarafından Bu Mekanizmaların İşletilmesi Yükümlülüğü

Yasalar ancak uygulanırlarsa, bunların çıkartılmaları bir anlam taşır.⁸⁴ Yasaların etkili kılınması, polis ve güvenlik teşkilatını iyi işletmenin yanı sıra özel kişilerin ve kamu görevlilerinin hakkında takibat yapılıp, onların yargılanmalarını ve şüpheli ölümlerin (gözaltında ölümler dahil olmak üzere) soruşturulmasını gerektirir.⁸⁵ Yaşam hakkını ihlal ettiği ileri sürülen kişiler hakkında mutlaka takibat yapılmalı ve suçlu bulundukları taktirde cezalandırılmalıdırlar.⁸⁶ Eğer devlet yaşam hakkı ihlalleri konusunda gerekli araştırmaları yapmıyorsa, gerekli kovuşturma ve soruşturmalar yapılmıyorsa, yaşam hakkının ihlali söz konusu olacaktır.⁸⁷

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na göre sözleşme yaşamın korunması konusunda sadece yasama organını değil, devletin tüm organlarını uygun önlemler alma konusunda yükümlülük altına sokmaktadır.⁸⁸

Komisyon ve Divan kararlarına göre 2. madde hükmünün, 1. madde ile birlikte, devlete yüklediği olumlu yükümlülüğün yerine getirilmiş olması için, genel bir ifade ile adam öldürme fiilini yasaklayan bir kanunun varlığı yetersizdir. Devletin bu madde ile yüklendiği yaşam hakkını koruma yükümlülüğü, özellikle kamu görevlilerinin kuvvet kullanması sonucu ortaya çıkan ölüm olaylarında, etkili bir kovuşturma ile fiilin meşruluğu şartlarını

⁸⁴ Dijk Van P.- Hoof van G.J.H., s.217

⁸⁵ Harris D.J.- O'Boyle M.-Warbrick C., s.39 ; Robertson A.H.-Merrills J.G., s.33 ; Orphel T., s. 212; Bu konuda ayrıca bkz. Velidedeoğlu h.V., Yaşam Hukuku ve Yönetimin Sorumluluğu Seminerinde Sunulan Tebliğ, İstanbul, Haziran 1972, s. 76-77: Yaşam hakkı konusundadevletin yaptırım gücü yasalarda gösterilmiştir. Bu yaptırım gücünü kim kullanacaktır? Yaptırım gücü önleme ve koruma bakımından yürütme organı yani hükümet, ceza uygulaması bakımından ise yargı organları yani mahkemeler eliyle kullanılır. Yaşam hakkının güvence altına alınması için hükümetin önleme ve koruma görevini hakkıyla yerine getirmesidir. Faili bulunmayan siyasi cinayetler karşısında hükümet ve onun buyruğu altındaki güvenlik güçleri kayıtsız kalamaz. Yan tutmadan sürekli çalışır ve katiller çabucak yakalanarak mahkemeye verilirse ve mahkemelerce yine çabuk bir yargılamayla gereken cezaya çarptırılırsa cinayet işlemeyi tasarlamış olan birçok kimse bu düşüncesinden cayar.

⁸⁶ Prezetacznit F., s.-601

⁸⁷ Orphel T., s.212; Dijk van P.- Hoof Van G.J.H., s. 217

⁸⁸ X v. Ireland, Appl. 6839/74, D-R 7(1977), s.78

araştırmayı olanaklı kılan bir prosedürün varlığını da gerektirmektedir.⁸⁹

Amerikan İnsan Hakları Mahkemesinin verdiği bir kararda kayıp kişiler olgusu ve etkili soruşturma yapılmaması ile ilgili olarak Honduras Devletinin, yaşam hakkını ihlal etmesi nedeniyle, mahkum edildiğini görmekteyiz. Olayda mağdur, Honduras Silahlı Kuvvetlerinden bir ekip tarafından gözaltına alınmıştır ve o tarihten beri kayıptır. Mahkemeye göre, bu tür vak'alarda, somut ihlal olgusu ile devletin sorumluluğu arasında doğrudan ve açık bir bağ kurmaya elverir veriler ya da kanıtlar bulunmamaktadır. Komisyonun görüşüne göre, kişilerin kaybolması pratiği her türlü delilin ortadan kaldırılması amacıyla yeğlendiğinden, bir kez bu pratik saptanmışsa, artık o kişinin kaybı olgusu, karineler ve genel nitelikli veriler ile kanıtlanabilecektir. Mahkeme hükmünde yer verildiği üzere, bu görüşlere dayanan komisyon şu hususları kanıtlamaya çalışmıştır: a) 1981-1984 arasında Honduras'ta Silahlı Kuvvetler tarafından en hafifinden ülke yönetiminin örtülü onayıyla yürütülmüş çok sayıda kayıp kişiler olayı görülmüştür. b) Aynı evrede Silahlı Kuvvetlerin bu eylemlerin sonucu kaybolan kişileri etkin biçimde koruyacak iç hukuk düzenlemeleri bulunmamaktaydı. c) Mağdur, Komisyonun kanıtladığı gibi, o evredeki diğer vak'aların oluşuna benzeyen koşullar altında kaybolmuştur.

İç hukuk yollarının tüketilmediği biçimindeki Honduras yönetiminin itirazlarını da Mahkeme isabetli görmemiştir. Çünkü Mahkemeye göre, kitlesel ve sistemli insan hakları ihlallerinin bulunduğu ülkelerin bir özelliği de etkili iç hukuk yollarının yer almamasıdır. Ayrıca asker ya da polis güvenlik güçleri personeline karşı kayıp kişiler pratikleri nedeniyle açılan kovuşturmaların yürütülmediği yahut yönetimce örtbas edildiği, tanıkların ayrıca baskıya maruz kaldığı saptamalarını yapan Mahkeme, sonuçta Honduras'taki asker ve polis görevlilerin, yönetimin ve hatta yargının bu ülkede kişilerin kaybolması pratiğini önleyecek, olayları soruşturacak yada sorumluları cezalandıracak bir yetkiye sahip olmadığının yahut böyle bir yetkisi bulunmakla beraber bu doğrultuda tasarrufta bulunmayı reddettiğinin kanıtlandığını hükme bağlamıştır. Sonuçta Mahkeme, olayın kayıp kişiler kategorisi içerisinde değerlendirilmesi için yeterli kanıtın toplandığını belirtmiştir. Mağdurun

⁸⁹ Case Of Mc Cann And Others v. The United Kingdom, European Court Of Human Rights, Judgment, No:17/1994/464/545, 27.9.1995 ; Velidedeoğlu H. V., Yaşam Hukuku , s. 76,77

kaybolması olgusu, kamu görevlilerinin koruması altındaki ajanlar tarafından gerçekleştirilmiştir. Gerçek böyle olmasaydı bile, Amerikan Sözleşmesinde tanınan hak ve özgürlüklere saygı gösterme konusunda uluslararası yükümlülüğü bulunan Honduras yönetimi Sözleşme uyarınca, bu eylemleri önlememiş; soruşturma ve yaptırıma bağlamamış olması nedeniyle sorumlu olacaktır. Olayda yaşam hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.⁹⁰

Türkiye aleyhine Komisyona yapılan "Mehmet Kaya" v. Türkiye" başvurusunda Mehmet Kaya isimli Kürt kökenli olan Türk vatandaşının askerler tarafından öldürüldüğü iddia edilmiştir. Başvurucular yaşam hakkının korunmasını temin için etkili herhangi bir sistemin bulunmaması ve iç hukukta yaşam hakkının elverişsiz bir biçimde korunması nedeniyle 2. maddenin ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. Ayrıca iç hukuk yollarının izlenmesinin gerekmediğini, ileri sürülen hukuk yolunun yetersiz ve etkisiz olduğunu savunmaktadırlar. Çünkü a) Etkin iç hukuk yolları gereğini düzenleyen kurala (Md. 13) saygı gösterilmemesi yolunda bir idari pratik vardır b) Türkiye'nin Güneydoğusunda Türk güvenlik güçleri eliyle gerçekleştirilen hukuka aykırı öldürmeler hususunda bir idari pratik vardır. c) Bir idari pratik olsa da olmasa da tazmine ilişkin hukuk sisteminin yetersizliği nedeniyle, bu olayda iç hukuk yolları etkisizdir. d) Bir idari pratik olsa da olmasa da ileri sürülen hukuk yolları izlendiğinde, sonuçlarından dolayı potansiyel başvurularda, bir korku bulunmaktadır. Ayrıca başvurularda göre Cumhuriyet savcıları ve diğer yetkili makamlar tarafından soruşturmalar layıkıyla yapılmamakta, güvenlik kuvvetlerinin yasal sorumsuzluğuna yönelik resmi bir eğilim varolmakta ve güvenlik mensuplarına karşı yasadışı infaz iddiaları hakkında kovuşturma bulunmamaktadır. Başvurucu, savcının kovuşturmasını tamamlamak için yeterli zaman bulunduğunu ve dosyanın sürmekte olan herhangi bir soruşturma olmaksızın, olduğu gibi açık bırakıldığını belirtmiştir.

Komisyon öncelikle iç hukuk yolları kuralına uygun hareket edildiğini belirtmiş ve kabul edilebilirlik kararı vermiştir.⁹¹ Kabul edilebilirlik

⁹⁰ Gemalmaz S. M., (Aktaran) Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı, Ocak -1994, 2. B, İstanbul, s.95-97 ; Kayıp kişiler olgusu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Alpaya G., Kayıplar Sorunu Ve Türkiye, SBFD, C.50, Haziran-Aralık 1995, No.3-4, s.32 vd.

⁹¹ Mehmet Kaya v. Türkiye, AİHK'nun Kabul Edilebilirliğe İlişkin Kararı, No: 22729/93; Mehmet Kaya başvurusunda kabul edilebilirlik kararı ve Komisyonun bu yönde Türkiye aleyhine verdiği diğer kabuledilebilirlik kararları için bkz. Gemalmaz S., Avrupa İnsan Hakları Komisyonu Kararları, C.2, İHD Yay., Şubat 1996-İstanbul, s.1 vd.

kararında Komisyon , öldürme eyleminin üzerinden neredeyse iki yıl geçtiğini, ve bu kovuşturmada herhangi bir kayda değer gelişme sağlandığı hususunda bilgilendirilmediğini ve söz konusu gecikmeler ve ileri sürülen suçun ciddi mahiyeti dikkate alındığında, bu soruşturmanın, etkin bir hukuksal başvuru sağladığı şeklinde değerlendirilmesi konusunda ikna olmadığını belirtmiştir. Komisyon bu olayın şartları içinde , başvurucunun Cumhuriyet savcısının soruşturmasına ek olarak herhangi bir yasal başvuru yolunu izlemesinin gerekmediğini vurgulamaktadır.

Komisyon esasa ilişkin raporunda yaşam hakkını koruma görevinin öldürülme durumunda resmi makamlar tarafından etkili bir şekilde soruşturulmasını içerdiğini belirtmiştir. Olayda soruşturma yetersiz görüldüğünden yaşam hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir. Ölüm olayının sebebinin araştırılması için etkili bir soruşturmanın yapılmaması başlıbaşına yaşam hakkını ihlal etmektedir. Silahlı kuvvet kullanmanın denetlenmesine ilişkin bir prosedür bulunmaz ise Devlet ajanları tarafından keyfi öldürmelere ilişkin yasaklama getirmekte etkisiz olacaktır.⁹²

Komisyonun görüşüne paralel olarak Divan 'da resmi makamlar tarafından soruşturmanın etkili bir şekilde yapılmadığı saptanarak, bundan dolayı yaşam hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.⁹³

bb)İç Hukuk Yollarının Tüketilmesi Sorunsalı

Mehmet Kaya başvurusunda olduğu gibi, yaşam hakkının Devlet tarafından ihlal edildiğinin öne sürüldüğü Türkiye aleyhine pekçok başvuru Komisyon önüne götürülmüştür. Bu başvurular genellikle ülkenin güneydoğusunda olağanüstü hal bölgesinde terör olayları ve terörle mücadele ile ilişkilendirilebilecek olaylardan kaynaklanmaktadır. Yaşam hakkının ihlal edildiğinin öne sürüldüğü başvurularda ortak olan bir nokta iç hukuk yollarının etkisiz olduğunun öne sürülerek iç hukuk yollarının izlenmesine gerek olmadığının ileri sürülmesidir. Bilindiği gibi bir başvurunun

⁹² Mehmet Kaya against Turkey, Report Of The Commission, No:22729/93,Dec.24.10.1996. s.28 ; Aynı yönde bkz. Margaret McCann , Daniel Farrell And John Savage, Report Of The Commission, No:18984/91, Dec.4.3.1994, para. 193 ; Case Of Mc Cann And Others v. The United Kingdom, European Court Of Human Rights, Judgment,No:17/1994/464/545, 27.9.1995,para. 161

⁹³ Case Of Kaya v. Turkey, Judgment, 158/1996/777/978, 19.2.1998

Komisyonca kabul edilmesi için öncelikle iç-başvuru yollarının tüketilmesi gerekmektedir. Bu kuralın istisnaları iç hukuk yolunun etkisiz olması, yerleşmiş bir yargı kararının bulunması, sözleşmeye aykırı yerleşmiş yönetsel uygulamalar olması, davanın sürüncemede bırakılması ya da engellenmesi gibi durumlardır.⁹⁴

Komisyonca yapılan başvurularda yaşam hakkı ihlalleri karşısında öngörülen hukuk yollarının yetersiz ve etkisiz olduğu, hukuka aykırı öldürmeler ve Sözleşme çerçevesindeki etkili iç hukuk yolları hükmünün gereklerine saygı gösterilmemesi konusunda bir idari pratik bulunduğu, savcılar ve yetkili makamlar tarafından soruşturmaların layıkıyla yapılmadığı, yasadışı infaz iddialarıyla ilgili kovuşturma yapılmadığı, yürütülen kovuşturmanın Cumhuriyet savcıları tarafından açıkta bırakıldığı ileri sürülmüştür.

Iddialara göre başvuruya konu olan olayların çoğunda kişilerin ölümünden sonra suçluların cezalandırılmasına ilişkin ceza kovuşturulması yapılması istenmiş, ancak aradan uzun süre geçmesine rağmen ya Cumhuriyet savcısının yaptığı kovuşturmada ilerleme kaydedilmemiş, ya idari makamlar tarafından sürdürülen soruşturma sonunda kovuşturmaya gerek olmadığına karar verilmiş ya da yapılan şikayetlere rağmen yetkili makamlar tarafından hiçbir işlem yapılmamıştır.⁹⁵

Komasyon önüne gelen bu başvurularda hükümetin etkili iç hukuk yollarının bulunduğu ve bunların etkili olduğu itirazına rağmen, başvuruçuların iç hukuk yolları kuralına uygun hareket etmiş sayılacağını ve olayın esas hakkında ön hüküm vermeksizin başvuruların kabul edilebilir olduğunu duyurmuştur. Komasyona göre örneğin ceza kovuşturması yapılması istenmişse ve bu etkisiz kılınmışsa bir başka yasal başvuru yolunun izlenmesine gerek yoktur.⁹⁶

⁹⁴ Gölcüklü F.- Gözübüyük Ş., s.88-90.

⁹⁵ Bu yönde iddialar için bkz. Mehmet Kaya against Turkey, Report Of The Commission, No:22729/93, Dec.24.10.1996. s.28; B. Salman v. Türkiye, AİHK'nun kabul edilebilirliğine ilişkin kararı, No.21986/93; S.Yaşar v. Türkiye, AİHK'nun kabul edilebilirliğine ilişkin kararı, No. 22281/93, Kabul edilebilirlik kararları için bkz. Gemalmaz S., Avrupa İnsan Hakları Komisyonu Kararları, s.1 vd.

⁹⁶ M.Ergi v. Türkiye, AİHK'nun kabul edilebilirliğine ilişkin kararı, No. 23818/94 ; M.E. Akdeniz, AİHK'nun kabul edilebilirliğine ilişkin kararı, No. 23954/94, Kabul edilebilirlik kararları için bkz. Gemalmaz S., Avrupa İnsan Hakları Komisyonu Kararları, s.1 vd.

Türkiye aleyhine yapılan Akdivar başvurusunda ilgililerin hiçbir iç başvuru yoluna gitmemelerine rağmen özel koşulların varlığına dayanarak Komisyonun iç başvuru yollarının tüketilmesine gerek olmadığına karar verdiği başvuruda Gözübüyük ve Weitzel karara şu görüşlerle karşı çıkmışlardır:⁹⁷

Türkiye’de iç başvuru yolları tüketilmemiştir çünkü idare ve hukuk mahkemeleri önünde tazminat davası açma olanağı vardır. Üstelik bu olayda savcı faillerin davacı ve köylüler tarafından belirlenemediğini belirtmiştir ve bir ön delil bile bulunamadığından dava açılmamıştır. Etkili ve yeterli yargı yolu vardır. Başvurucular devletten tazminat almak üzere İdare Mahkemelerine tam yargı davası açmamışlardır. Bu yola başvursa idiler idarenin hiçbir kusuru olmadığı durumlarda dahi kusursuz sorumluluk ilkeleri gereğince devletten tazminat alabilirlerdi. Karşı oy yazısında teröristlerce ya da bilinmeyen kişilerce öldürülen kişilerin yakınlarına kusursuz sorumluluk ilkesine göre, maddi ve manevi tazminata hükmedilen İdare Mahkemesi kararları örnek olarak gösterilmiştir.⁹⁸

cc. Türkiye’de Mevcut İç Hukuk Yolları

Türkiye’de yaşam hakkı ihlallerinde, suçluların cezalandırılması için ceza kovuşturulması yapılmasını istemek, ya da ceza davasına müdahil olarak katılıp, tazminat istemenin yanında doğrudan idare mahkemelerine hizmet kusurundan ya da kusursuz sorumluluktan dolayı tam yargı davası açmak imkanı mevcuttur.

Türkiye’de yaşam hakkı ihlalleri karşısında ilgili iç hukuk ve uygulaması şöyledir:

1982 Anayasasının 125. maddesine göre “İdarenin her türlü işlem ve eylemine karşı yargı yolu açıktır. İdare kendi eylem ve işlemlerinden doğan

⁹⁷ İç başvuru yollarının tüketilmesine gerek olmadığına ilişkin Komisyon ve Mahkeme kararlarına Ünal şu görüşlerle karşı çıkmaktadır: Mahkemenin gerek usul gerekse maddi hukuk açısından yeterli bulduğu Türk iç hukuk yollarının tüketilmesinin ne sonuç vereceğini beklemesi ve haksızlığın buna rağmen giderilmemesi halinde olaya müdahale etmesi gerekirdi. Ünal Ş., Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Akdivar Ve Diğerleri -Türkiye Olayına İlişkin 16.12.1996 Tarihli Kararı, YD, C.23, Ocak-Nisan 1997, S.1-2, s.212

⁹⁸ Dissenting Opinions Attached To The Commission’s Reports In The Cases Of Akdivar And Others v. Turkey And Aksoy v. Turkey .No:59542, Dec.3.5.1996

zararı ödemekle yükümlüdür.” Bu hüküm olağanüstü hal ve savaş durumunda bile herhangi bir kayıtlamaya tabi değildir. Hükümün son fıkrası, sosyal risk ilkesi üzerine temellendirilmiş olup, sorumluluğu mutlak ve objektif nitelikte olan İdarenin herhangi bir kusuru bulunduğu mutlak kanıtlanması gerekmektedir. Dolayısıyla idare, kimliği meçhul kişiler ve terörist failer tarafından zarar gören kişilere Devletin kamu düzenini ve emniyetini sağlamak ya da bireyin yaşamını güvence altına almak ödevinde başarısız olduğunda tazminat ödeyebilir.

Kişilere verilen zarar, kişisel husumetten doğmamış olmak koşuluyla, ister terör örgütünden, ister teröristlerle güvenlik güçlerinin çatışmasından, ister kimliği belirsiz kimselerin eylemlerinden, ister güvenlik güçlerinin eyleminden doğmuş olsun, açılacak tazminat davalarında İdare Mahkemeleri etkili bir iç hukuk yolu olarak görünmektedir. Tazminat davaları hizmet kusuruna ya da kusursuz sorumluluk ilkesine dayandırılarak, oldukça makul bir süre içinde sonuçlandırılmaktadır. Yönetmelik yargı yerlerinden olumlu bir sonuç alınmaması ya da alınan sonucun tatminkar olmaması durumunda Avrupa İnsan Hakları Komisyonuna başvurulmalıdır.⁹⁹

İdari sorumluluk ilkesi 25.11.1983 tarih ve 2935 sayılı Olağanüstü Hal Yasası Ek madde 1’de de yer almıştır.¹⁰⁰

Cezai usuller açısından, suçlar bakımından şikayetler Cumhuriyet savcısına ya da yerel idari yetkililere yapılabilir.¹⁰¹ Cumhuriyet savcısı ve polis kendilerine ihbar edilen suçları soruşturmakla görevlidir. Cumhuriyet savcısı dava açıp açmamaya karar verir. Şikayetçi, Cumhuriyet savcısının dava açmama kararı aleyhine bildirimden itibaren 15 gün içerisinde itiraz edebilir.¹⁰² Suç işlediği ileri sürülen kişi, bir Devlet görevlisi ya da kamu hizmetlisi ise, dava açmak için, mutlaka yerel idari kurullardan lüzumu muhakeme kararı alınmış olması gerekir. Yerel merciin kararlarına

⁹⁹ Gözübüyük Ş., Terör Olayları Ve Yönetimin Sorumluluğu, SBFD, Haziran-Aralık 1995, C.50, No.3-4, s.198-199

¹⁰⁰ Olağanüstü Hal Kanununun verdiği yetkilerin kullanılmasından dolayı tazminat davaları, idare aleyhine idari yargıda açılır.....İster suç , ister haksız fiil şeklinde olsun , kamu görevlilerinin , maddi ya da manevi zarara neden olan herhangi bir yasadışı eylemi , olağan hukuk mahkemeleri ve idari mahkemeler önünde tazminat talebine konu olabilir.

¹⁰¹ CMUK Md. 151,153

¹⁰² CMUK 148-165

Danıştay'da itiraz edilebilir. Dava açılmasının reddi bu tür bir kendiliğinden itiraza tabidir.¹⁰³

285 sayılı KHK, olağanüstü hale tabii bölgelerde, güvenlik kuvvetleri mensuplarının kovuşturulması kararını Cumhuriyet savcısından alarak, bunu İl İdare Kurullarına vermiştir.¹⁰⁴

dd.Genel Değerlendirme

Tüm bu iç hukuk yollarının öngörülmesine rağmen Türkiye'de soruşturmaların etkisizliğine ilişkin verilen Komisyon ve Divan kararları yaşam hakkının korunması açısından çok önemli olan soruşturma ve kovuşturma mekanizmaları konusunda bir kez daha düşünmemizi gerektirmektedir. Komisyon ve Divan kararlarında Türk iç hukukunda mevcut usul ve maddi hukuk kurallarının teorik olarak mağdurların zararını karşılamak açısından yeterli olduğu ancak ısrarlı başvurulara rağmen bu kuralların yaşama geçirilmediği vurgulanmaktadır. Bu kararlar bir ikaz niteliğindedir. Özellikle Güneydoğu Anadolu'dan Komisyon'a bu şekilde bir çok başvuru yapıldığı bilinmektedir. Adli ve İdari makamlara düşen görev olayları ciddi şekilde soruşturmak ve gereken önlemleri almaktır.¹⁰⁵

İdare Mahkemelerinin ve Danıştayın özellikle terör olaylarında mağdur olan kişilere sosyal risk teorisine göre idarenin yaşamı koruma ödevinden kaynaklanarak kusursuz sorumlu olduğunu kabul edip tazminata hükmetmesi çok olumludur. Soruşturmaların etkisiz kalmasının en büyük nedeni ise Memurun Muhakematı Kanunudur. Bu kanunun kaldırılması kamu görevlileri hakkında daha kolay dava açılmasını sağlayacağından pek çok sorun ortadan kalkacaktır.

Doktrin ve yargı kararlarında incelendiği üzere devletin öldürmeme yükümlülüğü dışında olumlu yükümlülük olarak yaşamın korunması için kasıtlı olsun ya da olmasın kişilerin öldürülmemesine ve bunların yaptırımlara

¹⁰³ Burada sözkonusu olan yasa 4 .2.1329 521 Rebiülevvel 1332) kabul tarihli ve 24.2.1329 tarih ve 1751 sayılı Takvimi Vakayı'de yayımlanmış olan "Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat'tır

¹⁰⁴ Gemalmaz M. S., Avrupa İnsan Hakları Komisyonu Kararları, s 204

¹⁰⁵ Ünal Ş., Avrupa İnsan Hakları, s.211-212

bağlanmasına ilişkin yasalar çıkarması, yaşamın korunması açısından polis ve güvenlik teşkilatını en iyi biçimde kurarak ve kendi ajanlarını eğiterek kişilerin yaşamını koruması ayrıca her türlü ve şüpheli ölüm olaylarında soruşturma ve kovuşturmaların etkili bir biçimde yapılması gerekmektedir.

B. DEVLETİN OLUMLU YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN SINIRI

Birinci kuşak ve negatif statü hakkı olarak nitelendirilen yaşam hakkı ilk anlaşılış biçimiyle devletin müdahale etmeme koşuluna bağlı olan bir haktır. Ancak günümüzde bu anlayışla bu hak ne formüle edilebilir ne de yorumlanabilir. Bu özgürlük sadece devletin kaçınma yükümlülüğüyle değil, devletin güvencesi ya da olumlu anlamda müdahalesi ile kullanılabilir.¹⁰⁶ Bu yükümlülüğü komisyon ve Divan da kararlarında açıkça belirtmiştir.

Olumlu yükümlülüğün içinde devletin yasa koyma, güvenlik güçlerini en iyi biçimde teşkilatlandırma ve etkili bir şekilde soruşturma ve kovuşturma yapılması gerektiğini görmüştük. Bunların dışında yaşamın iyi sürdürülmesine ilişkin görevlerin de yaşam hakkı kapsamında bulunup bulunmadığı konusu bu bölümde incelenecektir. Yaşamın iyi sürdürülmesinin vazgeçilmez koşulları olan beslenme, sağlıklı yaşama, barınma, dengeli bir çevrede yaşama ve sosyal güvenliğin sağlanması gibi şartların sağlanması yaşam hakkının kapsamı içinde midir? Yaşam hakkının korunması yükümlülüğü devlete bu saydığımız hakları gerçekleştirme yükümlülüğünü de yüklemekte midir?

a. Pozitif Hukuk

Bilindiği gibi Anayasamızın 17. maddesine göre "herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını, geliştirme hakkına sahiptir" hükmünden sonra, ileriki fıkralarda yaşam hakkının istisnalarını sayılmıştır. 17. maddeye ilişkin Danışma Meclisi gerekçesine göre "Bu madde ile yaşama, maddi ve manevi

¹⁰⁶ Kaboğlu İ. Ö., Hak ve Özgürlükler Anlayışındaki Gelişmelerin Anayasaya Yansıtılması sorunu, AY, Ankara 1995 s.239; Gören Z., Temel Hak, s27 ; Donnelly J., (Çev. Erdoğan M.-Korkut L.) Teori ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları, Yetkin Yay. , Ankara 1989, s.49; Uygun O., 1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel rejimi, İstanbul 1992, s.34-35;

varlığın bütünlüğü ve bunun geliştirilmesi hakkı korunmaktadır. Bu iki hakkın bir bütün teşkil ettiği birbirini tamamladığı açıktır. Kanun güvencesi altında olan yaşam hakkını korumak için devlet gerekli tedbirleri alacaktır.”¹⁰⁷ Devletin yaşam hakkını korumak için gerekli tedbirleri alması gerektiği açıkça belirtilmiştir. Ancak gerek Anayasa metninden, gerekse gerekçeden bu tedbirlerin neler olduğu konusunda bir sonuç çıkarmak mümkün değildir.

Devletin olumlu yükümlülükte bulunarak yaşamı koruyacağına ilişkin bir hüküm Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi metninde de yer almamıştır ve bu sınırlı yer alış biçimi sık sık eleştirilere konu olmuştur. Aslında yaşam hakkı Sözleşme için hazırlanan ilk metinde yer almamıştı bile ve daha sonra yer almasının nedeni belki de İnsan Hakları Evrensel Bildirgesine yakınlık sağlamaktı. ¹⁰⁸

Yaşam hakkı Sözleşmede İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinden daha ayrıntılı düzenlenmekle birlikte pek çok soru yanıtsız bırakılmıştır. Devletin yaşamı koruma görevinin kapsamı konusunda hiçbir açıklık yoktur.¹⁰⁹

Yaşam hakkının düzenlendiği diğer uluslararası sözleşmelere baktığımızda da devletin olumlu yükümlülüğünün sınırı konusunda bir ipucu elde edememekteyiz. Bu konuda, doktrindeki görüşler ve özellikle ulusal ve uluslararası yargı makamlarının verdikleri kararlar belirleyici olacaktır.

b. Doktrindeki Görüşler

Devletin olumlu yükümlülüğü olan yaşamı koruma görevinin kapsamına beslenme, sağlık, çevre barınma gibi sosyal hakların girip girmediği ve bu yükümlülüğün sınırı konusunda doktrinde farklı fikirler bulunmaktadır.

¹⁰⁷ R. and M. Naddaf v / the Federal Republic Of Germany, No: 11604 /85 , Dec.10.10.1986, D.R. 50, s.259 ; Associatian X. v / the United Kingdom, No:7154/75, Dec.12.7.1978, D.R.14, s.31

¹⁰⁸ Opsahl T., s.208

¹⁰⁹ Robertson A.H.- Merrills A.H., s.33 ; Opsahl T., s.209

aa. Devletin Olumlu Yükümlülüğünü Dar Yorumlayan Görüşler

Yaşam hakkının kapsamını belirlerken devletin yaşamı koruma yükümlülüğünden bahsetmekle birlikte yaşamı daha iyi sürdürme haklarından bahsetmeyen pekçok yazar vardır.¹¹⁰ Pek çok yazar devletin yaşamı koruma görevi konusunda yaşamın korunmasına ilişkin yasaların yapılmasından, güvenlik kuvvetlerinin teşkilatlandırılmasıyla kişilerin can güvenliğinin korunmasından ve suçluların yakalanıp haklarında etkili soruşturma ve kovuşturma yapılmasından bahsetmişler ve fakat sosyal haklarla yaşam hakkı arasında bir sınır çizmişlerdir.¹¹¹ Ülkede yaşayan herkese beden varlığını sürdürme koşullarını sağlamak ve yaşamın devamı için gerekli önlemleri almak herne kadar devletin başta gelen ödevlerinden ise de yaşam hakkının amacının çok daha sınırlı olduğu belirtilmektedir.¹¹² Yaşam hakkı kişisel bir haktır ve sağlık hakkı gibi sosyal hakları yaşam hakkı kapsamamaktadır. Besin yokluğu ya da soğuktan ölümlere karşı korunmayı yaşam hakkı garanti etmemektedir.¹¹³

Przetacznik yaşam hakkıyla, yaşamı sürdürme hakları ,refah hakları ya da sosyal haklar dediğimiz haklar kategorisinin bazı yazarlar tarafından hatalı bir biçimde birbirine karıştırıldığını ancak bunların birbirlerinden tamamiyle farklı iki alan olduklarını ileri sürmektedir. Yazara göre yaşam hakkını sosyal haklarla bağlantılı bir şekilde tanımlayanlar büyük bir yanılgıya düşmektedirler, çünkü ayrı bir kavram olan sosyal haklardan bahsederken, bir başka kavram olan yaşam hakkını isim olarak kullanmaktadırlar.¹¹⁴

¹¹⁰ Kaboğlu İ.Ö. , Özgürlükler hukuku, s.154; Gören Z., Anayasa , s.379; Gölcüklü F., İnsan Hakları Ve İnsancıl Hukuk Bağlamında İşkence Yasağı Ve Yaşam Hakkı Seminerinde Sunulan Bildiri, İzmir, Ekim 1997, s.44; Donnelly J., s.48 ; Gomren D.- Harris D.- Zwaak L., s.94 ; Ünal Ş., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu Ve Divan Kararları Işığında Sözleşme Hükümlerinin Açıklanması Ve Yorumu, Ankara 1995, s.102

¹¹¹ Dijk van P.- Hoof G.J.H., s.217; Robertson A.H.- Merrills J.G., s.33

¹¹² Gölcüklü F.- Gözübüyük Ş. , s.186

¹¹³ Robinson N., The Universal Declaration Of Human Rights, 1958, s.106

¹¹⁴ Przetacznik F., s.585-586 ; Yaşamı sürme hakları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Karel V., The international Dimensions of Human Rights, V.1, Greenwood Press Westport, Paris-France, 1982, s.124 vd.

Yaşam hakkını ve yaşamı sürdürme haklarının alanlarını birbirinden ayıran bir başka yazar, öncelikle yaşam hakkının öldürülmeme ve öldürülmekten korunmayı içerdiğini ve bunun bir kişisel özgürlük hakkı olduğunu belirlemiştir. Yazar yaşam hakkının sosyal boyutu olduğunu kabul etmekle birlikte, yaşamın iyi sürdürülmesinin ancak ekonomik ve sosyal haklarla yani yaşamı sürdürme haklarıyla sağlanabileceğini belirtmektedir. Yaşamın gelişmesi, iyi yaşanması için sosyal haklara ihtiyaç duyulmakla birlikte yaşam hakkıyla yaşamı sürdürme hakları birbirinden farklı iki alandır.¹¹⁵

bb. Devletin Olumlu Yükümlülüğünü Geniş Yorumlayan Görüşler

Yaşam hakkının gerçekleştirilebilmesi için ekonomik ve sosyal hakların sağlanması gerektiğini düşünen ve yaşam hakkını geniş olarak yorumlayan yazarlar da vardır.

Yaşam hakkının korunmasının besin, sağlık eğitim gibi ekonomik ve sosyal haklarla direkt ilgili olduğu belirlendikten sonra, besin, sağlık gibi alanlarda olumlu önlemler almanın yaşam hakkının geleceğini yasalar, polis önlemleri ya da mahkemeler kadar hatta ondan daha fazla şekillendireceği vurgulanmıştır. Yaşam hakkı yalnızca yasalarla korunmamalı, aynı zamanda uygun önlemlerle yükseltilmelidir.¹¹⁶ Diğer önlemlerle yaşamın korunması yaşamı ihlal edenlere yaptırım getirmek kadar gereklidir. Örneğin sağlık yardımı modern toplumda çok önemlidir ve "yasa ile koruma"nın kapsamına girmelidir.¹¹⁷

Talas'a göre yaşamı çekilmez duruma getirerek, yaşamı anlamsızlaştırarak, olağan yaşam süresini doğrudan ve kaba müdahalelere başvurmaksızın fakat dolaylı yollardan sınırlandırarak ve kişisel, siyasal, ekonomik ve sosyal bakımlardan eşitsizlikler yaratarak da yaşam hakkı ihlal edilebilir. Yaşam hakkının bir yanı insanın fiziksel, bedensel bakımlardan yokedilmesi ise, bir yanı da yaşamı yaşanmaya değer olmaktan çıkaran

¹¹⁵ Okechukwu S. N., The Right To Life And The Right To Live, Peter Lang , 1989 s. 181,228

¹¹⁶ Opsahl T., s.223

¹¹⁷ Opsahl T., s.213

olgulara karşı düşünölmüş ve hukuka aktarılmış ekonomik ve sosyal haklardır.

Bunlar olmadan kişi doğal ömrünü yaşayamayacaktır.¹¹⁸

Yaşam hakkının özellikle sağlık hakkını da kapsadığı ileri sürölmektedir. Yaşam hakkı insanların hayatına son verilmemeyi ve hayatlarına devam etmeyi ifade ettiğı gibi, hayata sıhhatli olarak devam etmeyi de kapsar. Hayatın korunması ömrün normal geçmesini sağlayacak sağlıklı şartlar içinde geçmesini sağlamaktır.¹¹⁹

Savcı, yaşam hakkının kapsamına sosyal hakların gerçekleştirilmesini de almaktadır. Yaşam hakkı devlete çift yükümlölük yüklemektedir. Devlet bir yandan yaşam hakkının bozulmaması için gerekli hukuksal örgütlenmesini tamamlar öte yandan yaşam hakkının tam olarak gerçekleşmesi için, toplumda var olan ekonomik, sosyal tüm zayıflıkları gidererek insanı gerçekten yaşar kılma önlemlerini alır. İnsan, insan onuruna layık olarak varolmalıdır ve bu onura koşut olarak gelişmelidir. Yaşam hakkı derin anlamlıdır ve insan onurlu bir değerdir, bu yüzden insan onuruna layık olarak doğmalı, var olmalı ve gelişmelidir. Yaşam hakkı tüm boyutları ile geliştirilmelidir. Korunmayan bir yaşam hakkı, bütün anlamını ve önemini yitirir. Yaşamın korunması bizzat kendisi kadar önemlidir. Yaşamı korumak için devletin yaşatmacılık yükümlölüğü vardır. Bu kurala göre, birey önce dünyaya yaşar durumda gelmelidir; daha sonra bütün yaşamı boyunca fiziksel, moral ve entellektüel yönleriyle gelişebilmelidir, yaşamının ekonomik ve sosyal boyutunda da insan onuruna layık bir düzeye çıkmış olabilmelidir. Sonra da kendisinin, bir başkasının ve devletin beden bütönlüğüne fiili yollarla müdahalesi olmamalıdır.¹²⁰ Yaşatmacılık kuralından doğan devlete düşen görev kişiyi doğumundan sonrada izlemek, korumak, geliştirmek, yalnız bırakmamaktır. Ananın çocuğun bakımını sağlaması için, doğumdan sonra sağlık hizmetleri ve kolaylıkları görmesini sağlamak; bir mesleğe ve yetişkin bir insan olmaya yönelip başarı gelişmişliğine varmayı sağlamak, devletin yaşatmacılık kuralından doğan görevidir. Ayrıca yaşam hakkı entellektüel ve moral alanlarda var olmayı ve bu alanda gelişmeyi de içerir. Öyle ise kişinin

¹¹⁸ Talas C., 84,85

¹¹⁹ Savcı B., Sıhhat Hakkı, İnsan Hakları, S.15, Ankara, Mart 1948, s.52 ; Yıldız K., Yaşam Hakkının Sağlıktaki Görünümü Nasıldır?, Hukukçu, Mayıs, S.4, s.5

¹²⁰ Savcı B., "Yaşam Hakkı" Felsefel Açıdan Pratiğe Doğru, SBFD, C.35, No:1-4,Ocak, Aralık 1980, s.22vd.

bu yönlerini geliştirmesini engelleyen durumların, tehditlerin yok edilmesi de yaşam hakkını kapsamına girmektedir. Sefaleti kaldırıp, maddi yaşam koşulları açısından gelecek günlerden korkuyu silmek te devletin yaşatmacılık görevi gereğidir.¹²¹

cc) Kararlar Ve Raporlar

Yaşam hakkını korumanın sınırları içine sosyal hakların sağlanmasının girip girmediği konusu yargı kararlarıyla da berraklaşmış değildir. Ulusal ve uluslararası Mahkemelerin bazı kararlarında yaşam hakkı dar olarak yorumlanırken, kimi kararlarda ise ekonomik ve sosyal haklarla ve hatta dayanışma hakları ile bağlantılı bir şekilde yorumlanmıştır.

Komisyon ve Divan kararlarında, yaşamı olumlu anlamda koruma yükümlülüğünden bahsedilmiş olması, bu hakkın kapsamını görünürdeki halinden genişlettiği konusunda haklı yorumlara sebep olmuştur.¹²² Ancak 2. maddenin devlete açlıktan, sağlıksız çevre ve işyeri koşullarından ya da sağlık yardımlarının yetersizliğinden dolayı bir sorumluluk yükleyip yükleyemeyeceği konusunda Strazburg organları açık bir yanıt vermiş değildir.¹²³

Komisyona yapılan bir başvuruda, başvuru olan dernek üyeleri aşı yüzünden ölen ya da ciddi hastalıklara maruz kalan çocuklara sahip kişilerdir. Derneğin iddia ettiğine göre İngiliz otoriteleri bebek ve çocuklar için aşı kampanyaları düzenlemekte ancak ailelere aşının yol açtığı risklerden sözetmemekte ve onları bilgilendirerek karar verme hakkının vermemektedir. Derneğin ileri sürdüğüne göre ve bilirkişiden elde edilen delile göre zararlı

¹²¹ Savcı B., s.81,83,86,87,89 ; Aynı görüş için bkz. Soydan A., Öldürme Özgürlüğü Değil, Yaşama Hakkı, Hukukçu, Mayıs, S.4, s.5 ; Kanar E., Sadece İdam Cezası Değil, Ömür Boyu İdam Cezasına da Son Verilmelidir, Hukukçu, Mayıs, S.4, s.4
Aksoy'a göre kişni açlığa, işsizliğe, hastalığa, barınma olanağından yoksunluğa karşı korunmadığı toplumlarda, can güvenliği (yaşam hakkı) büyük ölçüde kağıt üstünde kalıyor demektir. Çağımızda gerçek can güvenliği, kişinin doğadan gelen darbeler ve ekonomik yaşamın yarattığı olanaksızlıklar karşısında devletten ya da öteki kamu tüzel kişilerinden tam bir destek görememesi, yaşamının garanti edilmemesi halinde de yok sayılmak gerekir. Ancak bu konu sosyal haklar alanına girmektedir. Aksoy M., Yaşam Hukuku Ve Yönetimin Sorumluluğu Semineri, alikesir CHP İl Örgütünün Düzenlediği Seminer, İstanbul, Haziran 1977 s.64

¹²² Gomren D.- Harris D.- Zwaak L., s94 ; Harris D.J.- O'Boyle M.-Warbrick C., s.41

¹²³ Harris D.J.- O'Boyle M.-Warbrick C., s.40

reaksiyonlardan rahatsızlanan çocukların %15'i ölmektedir. Aşılarla onu izleyen gelen ölümler arasında kesin bir nedensellik bağı vardır. 2. maddenin ihlal edilmesi için ölüme neden olan hareketin şiddetle, kötünîyetle ya da kastla yapılmasına gerek yoktur. 2. madde dikkatsizlikten kaynaklanan ölümleri de içerir. Ayrıca aşılama ve bağışıklık planının kötü bir şekilde idare edilmesi kişilerin yaşam hakkının korunmadığını göstermektedir.

Komisyon burada yaşam hakkının devlete sadece kasıtlı olarak öldürmekten kaçınma yükümlülüğünü değil, aynı zamanda yaşamı korumak için uygun önlemler alması gerektirdiğini belirtmiştir. Ancak söz konusu durumda hükümetin aşılama planından kaynaklanan ciddi hastalık ya da kötü reaksiyonların ortaya çıkması, hükümetin aşılama planlarında ciddi riskler için önlemler almadığını göstermemektedir. Zararlı reaksiyonlar konusunda bir belirsizlik olsa da verilen milyonlarca aşı hizmeti yanında bunlar önemsiz kalır. Komisyon, devletin kurduğu kontrol ve denetim mekanizmasını yaşamı koruma yükümlülüğü açısından yeterli bulmuştur.¹²⁴

Bir başka başvuruda, başvuru çok ciddi biçimde rahatsız olan kızı için devlet tarafından sağlık kartı verilmediğini ve bedava sağlık hizmetinden yararlanamadığını, bu yüzden kızının yaşam hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Komisyonun görüşüne göre bir an için bu durumun 2. maddeyi ihlal edebileceği düşünülse bile yeterli delil sunulamadığı ve başvuru açıkça temelsiz bulunduğu için kabul edilemezlik kararı verilmiştir.¹²⁵

Bir başka başvuruda başvuru özel bir okulda temizlikçi olarak çalışan kocasının hastalık sebebiyle okulda düşüp öldüğünü, okulun yardım etme konusunda geç kaldığını ve ihmal sebebiyle eşinin öldüğünü ileri sürmektedir. Ayrıca İngiliz hukukunun böyle durumlarda acil önlemler alınması için özel yükümlülükler getirmediğini ve bu tip ihmellere göz yumduğunu belirtmiştir.

Burada söz konusu olan özel bir okul olduğu için başvuru kabul edilmemiştir. İngiliz yasalarının yetersizliği konusunda Komisyonun verdiği yanıt ise şöyle olmuştur: "Otopsi raporlarından anlaşıldığına göre rahatsızlığın niteliğinden ötürü, okul personeli müdahale etmeseydi dahi yine de kişi kurtarılamayacaktı. Ambulansın da yaşamı kurtarabilecek kadar çabuk

¹²⁴ Association X. v /The United Kingdom, No:7154/75, Dec.12.7.1978,D.R.14, s.31vd.

¹²⁵ X.v / Ireland, No:6839/74,Dec.4.70.1976,D.R.7 s.78-79

ulaşabilmesi mümkün değildi. Yaşam hakkının devletlere yasal önlemler alma yükümlülüğü getirdiği kabul edilse bile burada yaşam hakkı ihlali görünmemektedir".¹²⁶

Komisyonun olumlu görevler konusunda vardığı sonuçlar, sosyal hakların sağlanmasının gerekliliğini ortaya koymakla birlikte, sözleşme metni hazırlanırken amaçlananın aksine yaşam hakkı sosyal haklara yaklaşır biçimde yorumlanmaya başlanmıştır.

Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi, soykırım ve idam cezası konusunda daha ayrıntılı kurallara sahip olmakla birlikte Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne paralel olarak "her insanın özünden gelen, hayat hakkı vardır. Bu hak kanunla korunur. Hiç kimse keyfi olarak hayat hakkından mahrum bırakılamaz" hükmünü getirmiştir. Ancak İnsan Hakları Komitesi, yaşam hakkını Strazburg organlarından daha geniş yorumlamıştır. Dinamik bir yorumla yaşam hakkı yasayla korunur ifadesini genişletip, daraltmak mümkün görünmektedir.¹²⁷

Komite'nin 1982 tarihli bir yorumuna göre yaşamın korunması, devletlerin yaşamın devamını sağlamak üzere olumlu önlemler almasını gerektirir. Buna örnek olarak küçük çocukların ölüm oranlarının indirilmesi, kötü beslenmenin ve salgın hastalıkların ortadan kaldırılması verilebilir. İki yıl sonra Komite daha da ileri giderek silahların yaşama yönelik tehdit oluşturduğundan bahsederek, nükleer silahların üretiminin, sahip olunmasının ve yayılmasının yasaklanması ve insanlığa karşı işlenen suç olarak kabul edilmesi gerektiğini bildirmiştir. Ancak bu karar sözleşmenin yorumu niteliğinde değildi, sadece bir tavsiye kararıydı.¹²⁸

Komitenin bu eğilimi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi organlarının içtihadını aşmıştır ve yasal korumanın ötesinde yaşam hakkını yükselten unsurlara sahiptir.¹²⁹

Türk Anayasa Mahkemesi Sosyal Sigortalar Yasasının ¹³⁰ "Sağlık yardımlarının süresi "başlıklı 34. maddesinin 3. fıkrasındaki "18 aya kadar"

¹²⁶ Anna Hughes v /the United Kingdom, No: 11590 / 85, Dec. 18.7.1986, D.R.48, s.258 vd.

¹²⁷ Orphel T., s.222

¹²⁸ Gomren D.- Harris D.- Zwaak L.,(Aktaran) s.94: 6(16), 27.7.1982; A/37/40 (1982), Annexs V, s.93,94 ; 14(23), 2.11.1984, A/40/40 (1985), Annexs VI, s.162,163

¹²⁹ Orphel T.,s.222

¹³⁰ 17.7.1664 t. ve 506 sa.

sözcüklerinin Anayasaya aykırı görülerek iptalinin istendiği davada verdiği kararda adeta sosyal güvenlik hakkını yaşam hakkının kapsamı içinde görmüştür. Söz konusu 34. madde sigortalıya yapılacak sağlık yardımının sigortalının kurumca tedavi altına alındığı tarihten başlayarak altı ayı geçemeyeceğini, ancak tedaviye devam edilirse ... bu sürenin 18 aya kadar uzatılabileceğini düzenlemekte idi.

İptal isteminin gerekçesine göre, Devletin vatandaşın sağlığını koruma görevini Anayasanın 17. maddesi çerçevesinde de üstlenmiş bulunduğunu kabul etmek gereklidir. Çünkü Anayasanın 65. maddesine göre "devlet sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini... mali kaynakların yeterliği ölçüsünde yerine getirir." Ancak 17. madde sosyal haklar ve ödevler bölümünde yer almadığı için bu maddenin devlete yüklediği sağlık hizmeti 65. maddenin öngördüğü ölçüye bağlı değildir.

Anayasa Mahkemesi Sosyal Sigortalar Kanununun 34. maddesini Anayasanın 10. maddesine aykırılık açısından değerlendirirken sosyal güvenliğe ilişkin düzenlemeler kapsamındaki kişilerin yaşam hakkı bakımından birbirlerine bir üstünlük sağlamamaları gerektiğini ve hukuksal yönden farklılıkların ancak yaşama hakkı dışındaki diğer özellikler yönünden farklı bir uygulamayı haklı kılabilceğini belirtmiştir.

Anayasanın 17. maddesi açısından Anayasa Mahkemesi şu sonuca varmıştır: "Kişinin yaşam hakkı, maddi ve manevi varlığını koruma hakkı, birbirleriyle sıkı bağlantıları olan, devredilmez, vazgeçilmez haklardandır. Bu haklara karşı olan her türlü engelin ortadan kaldırılması da devlete ödev olarak yüklenmiştir. Hukuk devletinin amaç edindiği yaşam hakkının korunması, sosyal güvenliğin sağlanmasıyla gerçekleşecektir. Sosyal güvenliği sağlayacak olan kuruluşların yasal düzenlemelerinin yaşama hakkı ile maddi ve manevi varlığı koruma haklarını zedeleyecek veya ortadan kaldıracak hükümler içermemesi gerekir. Anayasanın 65. maddesinde yer alan sınırlamanın da burada geçerli olamayacağı kabul edilmiştir. Çünkü 60. maddede düzenlenen sosyal güvenlik hakkı "yaşama maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı"yla çok sıkı bağlantı içindedir. Dolayısıyla devlet ekonomik ve sosyal alandaki görevlerini yerine getirirken uygulayacağı sınırlamalarda yaşam hakkını ortadan kaldıracak düzenlemeler

yapamayacaktır.¹³¹

Öncelikle ilgili kanun hükmünün iptaline ilişkin itirazın gerekçesinde 18 aydan fazla tedavi yapılamayacağı hükmü Anayasanın sağlık hakkını düzenleyen hükmünün yanısıra yaşam hakkına da aykırı görülmüştür. Yaşam hakkının sağlık hakkını da kapsadığına ilişkin bir yorum getirilmiştir. Böylece devlet 65. maddede öngörülen mali kaynaklarının yetersizliğini ileri süremeyecektir. Yaşam hakkının bu şekilde sağlık hakkını kapsar nitelikte yorumlanması bize göre Anayasakoyucunun amacını aşmaktadır. Aksi halde bu iki hakkı ayrı ayrı düzenlemeye gerek kalmazdı.

Anayasa Mahkemesinin yaşam hakkının korunması için sosyal güvenliğin sağlanması gerektiğine ilişkin görüşü de yaşam hakkının kapsamına sosyal güvenlik haklarını katmak anlamına gelmekte ve bu iki kategori hak arasındaki farklılığı yadsımaktadır. Burada Anayasa Mahkemesi sosyal güvenlik hakları için Anayasakoyucunun getirdiği 65. madde sınırına set vurmayı ister görünmektedir.

Karşılıy yazısında Anayasa Mahkemesinin bu kararı eleştirilmiştir ve şu görüşlere yer verilmiştir: Anayasanın 17. maddesinde düzenlenen hak bir negatif statü hakkıdır. Burada devletin rolü gölge etmeden ve karışmadan gözetici ve koruyucu olmaktadır. Devletlerin ilk görevi kişilerin can ve mal varlığını korumaktır. Hukukça korunması gereken büyük değer insan yaşamıdır. Anayasanın 10, 17, 60. (sosyal güvenlik hakkı) maddelerindeki kuralların temel felsefesinin esası da budur. Anayasa'nın bu ilkeleri ve sosyal hukuk devleti niteliği, devletin yoksul ve dar gelirliilere, ya harçsız ve primsiz olarak, sağlık hizmeti sunması ya da primli sistemde, bu yurttaşların primlerini karşılamasına ilişkin sorumluluğu, Anayasanın 65. maddesi gereğince mali kaynaklarının yeterliği ölçüsü ile sınırlı tutulmuştur.¹³²

Anayasa Mahkemesi bir başka kararında yaşam hakkını daha dar yorumlamıştır. Bu davada 6831 sayılı Orman Kanununun 17. md. sinin 1. fıkrasındaki "Devlet ormanları içinde bu ormanların korunması, istihsal ve imarı ile ilgili olarak yapılacak her nevi bina ve tesisler müstesna olmak üzere; her çeşit bina ve ağıl inşaatı ve hayvanların barınmasına mahsus yerler yapılması ve tarla açılması, işlenmesi, ekilmesi ve orman içinde yerleşilmesi

¹³¹E.1990/27,K.1991/ 2,Kt. 17.1.1991, AMKD , S. s.130 vd.

¹³² E.1990/27,K.1991/ 2,Kt. 17.1.1991, AMKD , S. s.141

yasaktır" hükmünde geçen "işlenmesi, ekilmesi" sözcüklerinin Anayasaya aykırı olduğu ileri sürülerek iptali istenmiştir.

İtiraz yoluna başvuran mahkeme, orman içi köylüsüne atalarından miras kalan tarlalarını kullanmalarının yasaklanmasıyla, başka bir geçim kaynağı olmayan köylülerin çaresizlik içinde bırakıldığını, bunun ise Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkına aykırı olduğunu ifade etmektedir.

Anayasa Mahkemesine göre, orman köylüsünün içinde bulunduğu ortamın, huzurlu bir yaşam sürmesine ve maddi ve manevi varlığını geliştirmesine engel olduğu bir gerçektir. Nitekim Anayasa koyucu bu durum dikkate almış ve 170. md.'de "bilim ve fen bakımından orman olarak muhafazasında yarar görülmeyen yerlerin tespiti ve orman sınırları dışına çıkartılması; orman içindeki köyler halkının kısmen veya tamamen bu yerlere yerleştirilmesi için devlet eliyle anılan yerlerin ihya edilerek bu halkın yararlanmasına tahsisi kanunla düzenlenir" şeklinde düzenleme getirmek suretiyle soruna çözüm getirmek istemiştir. Nevar ki soruna kısa vadede bir çözüm bulunması mümkün olmadığı gibi, Devletin bu görevini mali olanaklarının elverişliliği ölçüsünde yerine getirebileceği de doğaldır. Bu nedenlerle itiraz konusu yasa hükmü Anayasanın 17. ve 170. maddelerine aykırı değildir.¹³³

d. Genel Değerlendirme

Yaşam hakkının korunması için sosyal hakların sağlanmasının gerekip gerekmediği sorununa yanıt ararken öncelikle yaşam hakkıyla sosyal haklar ya da yaşamı sürdürme hakları arasındaki ilişkiyi ortaya koymakta fayda vardır.

Tarihsel süreç içinde önce kişi hak ve özgürlükleri yani negatif statü hakları ortaya çıkmıştır. Ancak süreç içinde kişiler arasındaki eşitsizlikten kaynaklanan besin, eğitim, sosyal güvence eksiklikleri bu hakların yanında ekonomik ve sosyal hakların da doğmasına neden olmuştur. Bütün bu gelişmeler soyut özgürlüklere rağmen değil, tam tersine onların gerçek yaşamda kullanılabilmesi, pekiştirilmesi ve derinleştirilmesi yönünde

¹³³ E.1984/10, K.1985/2, Kt.22.1.1985, AMKD; S.21, s.24-35.

olmuştur.¹³⁴

B.M. Genel Kurulu bir kararıyla¹³⁵ ekonomik, sosyal ve kültürel haklar olmaksızın insanların medeni ve siyasal haklarından yararlanamayacağını belirtmiştir. Dünyanın birçok yerinde insanlar gıda ve eğitimden yoksunsa, açlık ve salgın hastalıkların kurbanı ise, çok olumsuz yaşam koşulları altında hayatını sürdürmeye çalışıyorsa, orada insan haklarının da önemi kalmayacaktır.¹³⁶

Sosyal hakların yaşam hakkını pekiştirici ve tamamlayıcı bir özelliğe sahip olduğu yadsınamaz bir gerçekliktir. Kişinin açlığa, işsizliğe, hastalığa, barınma olanağından yoksunluğa karşı korunmadığı toplumlarda can güvenliği büyük ölçüde kağıt üstünde kalmış demektir.¹³⁷ Sosyal haklar yaşam hakkını geliştirmekte, insanca yaşamının yolunu açmaktadırlar.

Kurukuruya yaşamın devamının sağlanması günümüzde mutlaka yeterli olamaz. Bu noktada yaşam hakkının sosyal yanı kendisini göstermektedir. İşte sosyal hakların doğuş noktası da burasıdır. Sosyal hakların doğuş nedeni doğrudan doğruya yaşama işinin sürmesidir. Ancak yaşam hakkı mutlak olduğu halde yaşamı sürdürme şartlarını sağlamak devletler için bir imkan sorunudur.¹³⁸

Yaşam hakkı ve yaşamı sürdürme hakları birbirleriyle çok yakın bağlantılı haklardır, yaşamın gerçek anlamda gelişmesi için mutlaka ekonomik ve sosyal haklara ihtiyacı vardır.¹³⁹ Ekonomik ve sosyal haklar yaşamın korunması ve geliştirilmesiyle yakından ilgilidirler.¹⁴⁰

Ancak yaşam hakkıyla doğrudan ilgili olan yaşamın iyi sürdürülmesi hakları-sosyal haklar yaşam hakkıyla korunmamaktadırlar. Aksi halde bu hakların ayrı düzenlenmesine gerek kalmazdı. Sosyal haklar ve yaşam hakkının koruma alanları birbirlerinden farklıdırlar.¹⁴¹

Bu farklılık yaşam hakkının mutlak olması ve sosyal hakların devletlerin imkanları ölçüsünde gerçekleşeceği olgusunda da kendisini

¹³⁴ Kaboğlu İ. Ö., Hak Ve Özgürlük , s.240-241

¹³⁵ 16.12.1977 t. ve 32/120 sa.

¹³⁶ Ünal Ş., İnsan Haklarının Tarihi, Felsefi Ve Hukuki Temelleri, ABD, S.1994/1, Y.51, s.55

¹³⁷ Aksoy M., s.64

¹³⁸ Mumcu A., İnsan Hakları Ve Kamu Özgürlükleri, Savaş Yay., Ankara 1992, s.125

¹³⁹ Okechukwu S. N., s.253

¹⁴⁰ Opsahl T., s.222

¹⁴¹ Gölcüklü F.- Gözübüyük Ş., s.186; Aksoy M., s.64

gösterir. Yaşam hakkı mutlaklıdır. Oysa yaşamı sürdürme için koşulları sağlama devletler için bir imkan sorunudur¹⁴² ve toplumun belirli bir zamandaki maddi gelişmesine bağlıdır. Kişi hak ve ödevleri başlığı altında yer alan yaşam hakkı, bilindiği gibi Anayasanın 65. maddesinde sosyal haklar için yer alan sınırlamaya tabii değildir. Ancak yaşamı sürdürme haklarını imkan olduğunca tanımak ta devletlerin görevidir.¹⁴³

Sosyal haklardan ancak belirli bir düzey ve koşullarda verimli olarak yararlanmak mümkün iken yaşam hakkı zamana ve mekana bakılmaksızın herkese, her yerde uygulanmalıdır. Yaşam hakkı zamana ve mekana bağlı olmaksızın, her koşulda ,öncelikle uygulanması gereken asgari bir temel haktır.¹⁴⁴

Bize göre yaşam hakkını korumak ile sosyal hakları gerçekleştirmek birbiriyle yakından ilgili olmakla birlikte farklı şeylerdir ve birbirinden ayrılması gerekir. Ancak kişinin hiçbir sosyal boyut gözetmeksizin sadece yaşamda kalmak için gereksindiği en düşük düzeyde ekonomik güvenlik, yiyecek ve en düşük düzeyde sağlık hizmeti¹⁴⁵ yaşam hakkının kapsamında düşünülmelidir. İnsanların sadece yaşamda kalmak için gereksindiği şeyler, sosyal haklardan farklıdır ve yaşam hakkının kapsamı içinde düşünülmelidirler.

Bu anlamda sadece hayatta kalabilmek için gerekli şeylerin eksikliğini önlemek, en az bedensel güvenliğin çiğnenmesi kadar önemlidir. Bedensel güvenliklerinin çiğnenmesine karşı korumadan yoksun olan insanlar eğer serbestseler kendilerine saldıranla boğuşabilir ya da kaçabilirler ama yiyecek gibi temel şeylerden yoksun insanlar kendi kontrolleri ötesindeki güçler nedeniyle çoğu kez birşey yapamazlar ve tam anlamıyla çaresiz ve yapayalnızdırlar.¹⁴⁶ İssiz bir adada yiyeceksiz ve susuz kalmış bir kişiyi düşündüğümüzde oradan geçen bir gemiden gelen bir denizcinin bu kişiye hiçbir yiyecek vermemesi ile onu boğması aynı sonucu doğuracaktır.¹⁴⁷

Sonuç olarak yaşam hakkının sosyal boyutu olduğu bir gerçekliktir.

¹⁴² Mumcu A., s.125

¹⁴³ Mumcu A., s.125 ; Sosyal Hakların sınırı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Gören Z., Anayasa Hukukuna ,s.127; Özbudun E., s.111

¹⁴⁴ Ünal Ş., İnsan Haklarının Tarihi, s.55,56

¹⁴⁵ Shue H., s.33

¹⁴⁶ Shue H., Temel Hakların Evrenselliği, İnsan Haklarının Felsefi Temelleri Semineri, 9-13 Haziran 1980, Ankara 1996, s.35

¹⁴⁷ Donnelly J., s.43

Sağlık, konut, beslenme, eğitim, sosyal güvenlik gibi haklar yaşamı geliştirirler ve kalitesini artırırlar. Bunlar olmadan salt yaşamda kalmak, insana yaraşır bir yaşam değildir. Ancak yaşam hakkının koruması gereken alan ile sosyal hakların herbirinin koruması gereken alan birbirinden ayrıdır. Herbiri birbiriyle ilişkili olmakla birlikte, aralarında sınır vardır. Yargı makamları yaşam hakkının sosyal boyutunu gözönüne almakla birlikte, bu temel hakları birbirinden ayırmalı, herbirinin koruma alanının farklı olduğunu gözönünde tutmalıdırlar.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YAŞAM HAKKININ TAŞIYICISI VE YAŞAM HAKKINDAN VAZGEÇME SORUNU

I. YAŞAM HAKKININ TAŞIYICISI

1. Gerçek Kişilerin Durumu

Anayasamızın 17. maddesi, herkesin yaşam hakkına sahip olduğunu; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de her ferdin yaşam hakkının kanunun himayesi altında olduğunu hükme bağlamıştır. Herkes ya da her fert teriminden ne anlaşılması gerekmektedir? Yaşam hakkından kimler yararlanacaktır?

Yaşam hakkı bir insan hakkıdır ve bu hakka sahip olmak için kişisel açıdan hiçbir özel sınırlama öngörülemez , bu haktan tüm insanlar yararlanabilir, yaşam hakkı sadece vatandaşların kullanabileceği bir vatandaş hakkı değildir.¹

Temel haklar kural olarak yaşayan kişiler için geçerlidirler .Temel hakların sadece yaşayanları hak sahibi yapabilmesi kuralını şu örnekler doğrulamaktadırlar. Örneğin ne doğmamış bir insan , ne de bir ölü toplanabilir, dernek kurabilir ya da çalışabilir.² Ancak yaşam hakkı söz konusu olduğunda henüz doğmamış olan ceninin yaşam temel hakkının taşıyıcısı olup olmadığı konusu tartışmalıdır.

Medeni Kanunun 8. maddesine göre "Her şahıs medeni haklardan istifade eder. Binaenaleyh kanun dairesinde haklara va borçlara ehil olmakta herkes müsavidir." Bu madde hak ehliyetini düzenlemekte, kişiyi belirlemektedir. Medeni kanun gerçek kişiliğin başlamış sayılması için çocuğun tam ve sağ doğmuş olmasını öngörmektedir.³ Bizim hukukumuzda,

¹ Gören Z., Temel Hak Genel Teorisi, 3. B. , Ankara- 1995, s.45 ; Gören Z., Anayasa Hukukuna Giriş, İzmir 1997, s. 465

² Gören Z., Temel Hak, s.50

³ Zevkiler A.-Acabey B.-Gökyayla E., Medeni Hukuk, 5. B., İzmir- Eylül 1997, s.207

çocuğun ana rahmi dışında, anasından bağımsız olarak yaşaması ile kişilik kazanılmış olur.⁴

Bugün başka bir şart aranmaksızın sırf insan olarak doğmak, hak süjesi olmak için yeterlidir. Günümüzde bütün hukuk sistemleri, insana insan olması sebebiyle başka bir şart aranmaksızın hak ehliyeti tanımış ve onu hak ve yükümlülüklerin süjesi yapmıştır.⁵ Ancak hernekadar , anakural gereğince, doğmuş varlıklar kişilik kazanıp haklara ve borçlara ehil bir statü kazanırlarsa da, hukuk düzeni henüz doğmamış olan varlıklarla ilgili düzenleme de getirmiş ve onları belirli koşullarla bazı hukuki durumlara bağlı tutmuştur. ⁶

Medeni Kanunun 27. maddesine göre "Şahsiyet çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu andan başlar ve ölüm ile nihayet bulur. Çocuk sağ doğmak şartıyla ana rahmine düştüğü andan itibaren medeni haklardan istifade eder." Ceninin hukuken himayeden mahrum bırakılmaması uygun görülmüştür, ancak bunun şartı sağ ve tam olarak doğmaktır. Hak sujesi olmak tam ve sağ doğumla kazanılacaktır.⁷ Kural olarak hak ehliyeti, ceninin kişilik kazandığı anda, yani tam ve sağ doğumla gerçekleşir, ancak geriye etkili olarak-ana rahmine düşme anından başlayarak- hüküm doğurur.⁸

Hukukumuzda cenini korumaya yönelik düzenlemeler miras hukukunda⁹ , aile hukukunda¹⁰ ve borçlar hukukunda¹¹ yer almaktadır. Ayrıca ceza kanunumuz¹² cenine karşı işlenen suçlara yer vermiştir.

⁴ Özsunay E., Gerçek Kişilerin Hukuk Durumu, İstanbul 1979, s.13

⁵ Öztan B., Şahsın Hukuku Ders Notları, Ankara-1986, s.5

⁶ Zevkililer A.-Acabey B.-Gökyayla E., s. 213

⁷ Öztan B., s.11,15

⁸ Özsunay E., Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, İstanbul 1979, s.20; Zevkililer A.-Acabey B.-Gökyayla E.s.213. Cenine ilişkin yasalarda yer alan düzenlemelerle, o varlıklara kişilik tanınmak istenmemiştir. O varlıkların ilerde kişilik kazanacakları düşünülerek onların haklarını koruma endişesiyle bu düzenlemeler getirilmiştir. Aslında bu düzenlemelerinde işlerlik kazanabilmesi için o varlıkların ilerde kişilik kazanması koşulu aranır.

⁹ Ceninin sağ doğmak koşuluyla ana karnına düştüğü andan başlayarak mirasçı olabilmesi(MK. 524,525), Mirasçılar arasında bir cenini bulunması durumunda, mirasın paylaşılmasının onun doğumuna kadar ertelenmesi(MK.548), Koruyucu iskatta iskate edilen yarı payın, iskate edilen doğmuş ve doğacak çocuklarına tahsis edilmesi(MK. 460/2)

¹⁰ Ceninin doğmasından önce de babalık davası açılabilceği(MK 296), evlilik dışında gebe kalan cenin adına bir kayyım atanacağı(MK. 298)

¹¹ Cenin doğmadan, kendisine bakmakla yükümlü olan babası ölmüşse, cenini babasını öldüren kişiden destekten yoksun kalma tazminatı isteyebileceği(BK. 45/2), Cismani zarar ve ölüm söz konusu olduğunda, cenin lehine de manevi giderim ödeneceği(MK. 47)

¹² CK. md 468-472;

Yaşam hakkına sahip olma sorununu bu tür Anayasa altı normlarla saptamak mümkün değildir. Bunun bağımsız olarak Anayasadan ötürü belirlenmesi gerekir¹³. Ceninin yaşam hakkı taşıyıcısı olma sorunu bir alt başlıkta ayrıntılı olarak incelenecektir.

İnsan hakları, insan olma özelliğine bağlı olup, yaşa bağlı olmamalarından ötürü kuşkusuz küçükler de yaşam temel hakkının taşıyıcısıdır. Yaşam hakkı insanın var olmasına bağlı bir hak olduğu için temel hak erginliği koşulunun da aranmaması gerekir.¹⁴

Ölümden sonra kişilerin yaşam temel hakkını kullanamayacakları, hayatta olmamaktan ötürü tartışmasız kabul edilmektedir.¹⁵ Ölümün tam olarak ne zaman gerçekleştiğinin belirlenmesi tıp biliminin işidir. Biyolojik ölüm, kişinin canlılığını sağlayan temel yaşam işlevleri olan; dolaşım, solunum ve sinir sistemlerinin işleyişinin durmasıyla oluşan ölümdür.¹⁶ Beyin ölümünde ise beyin hücreleri yavaş yavaş ölerek öyle bir an gelir ki, merkezler arasındaki bağlantı ve işlev birliği de yok olur. Böyle bir durumda artık beyin ölmüş sayılır. Beyin ölmediği sürece, solunum ve dolaşım sistemlerindeki durumlar ortadan kaldırılarak yeniden çalışmaları sağlanabilir. Ama beyin ölmüşse bu sistemlerin yeniden çalıştırılması olasılığı yoktur. Bu nedenlerle kişinin ölüm anı olarak beynin öldüğü anın kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.¹⁷ Ülkemizde ölüm anının ne zaman olduğuna ilişkin yasal bir düzenleme yoktur. Belirli bir sisteme bağlı kalınması konusunda endişeler vardır. Öğretideki görüşlere göre ölüm anını kesin ve sağlıklı bir şekilde belirleyebilmek için, kişinin yaşatılması için tüm yollar denenmiş, ve tüm çabalara karşı artık kişinin yaşamayacağının kesinlikle belli olmuş bulunması

¹³ Gören Z., Temel Hak, s.50.

¹⁴ Gören Z., Temel Hak, s.51, 52 ; Çocuğun yaşam hakkı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Gören Z., Çocuğun Temel Hakları, Anaya Mahkemesi Sempozyumunda Sunulan Yayınlanmamış Tebliğ, 1998:Gören'e göre TCK'nun 453. maddesi Anayasanın 17. maddesine aykırıdır.Maddeye göre" Öldürme fiili anası tarafından şerefini kurtarmak saiki ile yeni doğmuş bulunan çocuğa karşı işlenmiş ise faile 4 yıldan 8 yıla kadar ağır hapis cezası verilir" bu kural ile öldürme olaylarına verilen cezanın çok altında bir mahkumiyet öngörülmektedir. Evlilik dışında doğan çocuğun yaşam hakkını annenin onurunu kurtarmak için elinden almak Anayasanın 17. maddesine aykırıdır.

¹⁵ Yaşam temel hakkı söz konusu olmasa bile ölü de insan onurunu dokunulmazlığı ilkesi nedeniyle hak sahibi olabilmektedir. : Bakınız. Gören Z., Temel Hak, s.50; Medeni hukuk açısından kişilik ölümle sona erer: Bkz. Öztan B., s.16

¹⁶ Bayraktar K., Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul-1972, s.183

gerekmektedir.¹⁸

Ölümün unsurlarını ve ölümü teşhis metodlarını tespit etme görevi tıp bilimine ait olsa da ölüm olayının sadece tıbbi düzenlemesiyle yetinilemez.; onun aynı zamanda hukuki bir düzenlemeye tabii tutulması zorunludur.¹⁹

2. Tüzel Kişilerin Durumu

Medeni Kanuna göre doğal kişilerin yanısıra, tüzel kişiler de kişidirler. Tüzel kişiler, toplumsal yaşayışta bireylerin dağınık güçlerini biraraya toplayan, onları koruyan, uğraş alanlarını genişleten ve insanların tek başlarına gerçekleştiremeyecekleri birey üstü amaçları gerçekleştiren amaç birlikleridir.²⁰

Temel hak taşıyıcıları birinci derecede doğal kişilerdir. Anayasada temel haklara ilişkin maddelerde yer alan herkes, kimse, her Türk gibi sözcükler doğal kişileri amaçlamaktadır. Bizim Anayasamızda, Alman Anayasasında olduğu gibi, temel hakların bünyelerine uygulanabildiği oranda tüzel kişiler için de geçerli olduğuna ilişkin bir kural yer almamaktadır.²¹ Ancak Medeni Kanunun 46. maddesi "Hükmi şahıslar, cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış icabı olarak ancak insana has olanlardan maada bütün hakları iktisap ve borçları iltizam edebilirler" kuralını içermektedir. Temel hak ve özgürlüklere tüzel kişilerin de sahip olduğunu kabul etmek çağdaş hukuk anlayışının bir gereğidir. Nitelikleriyle bağdaştığı oranda tüzel kişiler de temel haklara sahiptirler.²² Ancak sözkonusu temel hak insandaki doğal bir

¹⁸ Bayraktar K., s.188; Özsunay E., s.215; Zevkililer A.-Acabey B.-Gökyayla E., s.526

¹⁹ Toroslu T., Organ aktarma Ve Cezai Sorumluluk, AÜHFD, C.XXXV,1978, S.1,4,s.106; Ülkemizde 29.5.1979 t. ve 2238sa. kanunun 11. maddesinde "tıbbi ölüm hali" deyimini kullanmaktadır. Ancak tıbbi ölümün ne olduğu tarif edilmemiştir. 20.8.1993 t. ve 21674 sa. R.G.'de yayınlanarak yürürlüğe giren "Organ Nakli Merkezleri Yönetmeliği" nin sonuna yapılan Ek-1'de beyin ölümü tanımlanmakta ve kriterleri sıralanmakta ve şu hüküm getirilmektedir." Yukarıda belirtilen kriterlere göre beyin ölümünün gerçekleşmesinden ve bunun Kanun'un öngördüğü şekilde teyid edilmesinden sonra, keyfiyet ölenin yakınlarına bildirilir. Organ ve doku bağışı konusunda kanunen geçerli bir vasiyetveya ölenin yakınlarının kanunen geçerli izni mevcut ise, alınmasına müsaade edilmiş organ ve dokuların muhafazası için gerekli olan tıbbi tedbirler alınır." Beyin ölümü konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Salâh S.-Gülmen M.K.-Erkol Z.-Dönbak L., Beyin Ölümü Kavramına Sosyal Bir Yaklaşım, Tıbbi Etik, S.4, 1996, s.85

²⁰ Özsunay E., Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, İstanbul-1982, s.1

²¹ Gören Z., Temel Hak, s.59

²² Zevkililer A.-Acabey B.-Gökyayla E., s.590

niteliğe bağlı olan, tüzel kişide olması mümkün olmayan bir hak olmamalıdır.²³

Yaşam hakkı söz konusu olduğunda bu hakkın sadece insana özgü bir hak olduğunu, tüzel kişinin niteliğiyle uyuşmadığını görmekteyiz. Dernek kurma ve sözleşme özgürlüğü, konut dokunulmazlığı, miras ve mülkiyet hakkı tüzel kişilere uygulanabilirse de, yaşam hakkının uygulanabilmesi -tüzel kişinin yaşamının olmamasından ötürü- mümkün değildir.

3. Ceninin Yaşam Hakkı

Yaşam hakkının hangi andan itibaren korunacağı konusu doktrinde tartışmalıdır. Bu konuda başlıca iki görüş vardır. Birinci görüşe göre yaşamın başlangıcından itibaren beşeri yaratığa saygı göstermek gereklidir. İkinci görüş ise yaşama doğumdan sonra saygı gösterme doğrultusundadır.²⁴ Yaşamın doğum öncesinde ne zaman başladığı konusunda da bir uzlaşma yoktur.

A. Pozitif Hukuk

Anayasalar ve uluslararası belgeler, temel haklar ve yaşam hakkı sözkonusu olduğunda herkes, hiçkimse gibi ibareler kullanmışlardır ve ceninin korunması gerekliliğine dair kural içermemektedirler. Bunun istisnası Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi ve İrlanda Anayasasıdır. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesine göre "herkişinin onun yaşamına saygı gösterilmesine hakkı vardır ve bu hak genel olarak , gebelik anından başlayarak yasayla korunur."²⁵ İrlanda Anayasasına göre ise devlet doğmamış olanın yaşamını korur ve yasalarıyla onu korumayı ve ona saygıyı garanti eder.²⁶

Taraf olduğumuz uluslararası sözleşmelerde ve Anayasamızda ceninin yaşam hakkına ilişkin bir hüküm olmadığına göre, herkes ya da her fert ibaresine cenin de dahil edilebilecek midir? Ceninin dünyaya gelmiş

²³ Gören Z., Temel Hak, s.60

²⁴ Kaboğlu İ.Ö., Özgürlükler Hukuku, Afa Yay., İstanbul 1994, s.155

²⁵ Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinde yaşam hakkı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Gemalmaz S., Yaşam Hakkı Ve İşkence Yasağı, 2. B., ocak-1994, s.63

²⁶ Eight Amendment, 1984

insanoğlu gibi yaşam hakkı var mıdır? Ceninin yaşam hakkının olup olmaması özellikle kürtaj olgusu ile ilişkili olan bir problemdir. Çünkü ceninin bir insan gibi yaşam temel hakkına sahip olduğu kabul edildiğinde, kürtaja ilişkin yaklaşımlara olumlu bakabilmek son derece zor olacaktır.

B. Doktrindeki Görüşler

Başlıca iki görüşten biri ceninin yaşam temel hakkına sahip olması diğeri ise bu hakka sahip olmaması yolunda olmakla birlikte her iki görüşün birleştiği nokta ceninin canlı olduğudur. İnsan yaşamına döllenme ile birlikte adım atıldığı her iki görüşün ortak noktasıdır. Ayrıldıkları konu ise yaşamın ne zaman korunmaya başlanması gerektiği noktasındadır. Ceninin yaşam hakkının taşıyıcısı olmadığını kabul edenler de döllenmeyle oluşan bir canlı varlığı kabul ederler ancak bunun doğmuş bir insan gibi yaşam temel hakkının korumasından yararlanamayacağına inanırlar²⁷. Tartışılan nokta yaşamın ne zaman başladığı değildir. Üzerinde uzlaşılamayan şey ceninlerin biz insanların sahip olduğu öldürülmeme hakkına sahip olup olmadıkları, yani bir birey olarak kabul edilip edilemeyecekleridir.²⁸

Cenin bir insan gibi yaşam hakkına sahip olmadığı görüşünde olanlar da, kendi aralarında farklı görüşlere sahiptirler. Tüm gebelik süresince ceninin yaşam hakkına sahip olmadığını ileri sürenler olduğu gibi, bir kısımda belli bir dönemden sonra yaşam hakkına sahip olmak gerekliliğini öne sürmüşlerdir.²⁹

²⁷ **Mc Cormack T.**, Abortion Pro Choice Or Pro Life, The American Universty Press, Washington,1984, s.31

²⁸ **Callahan J.C.**, The Fetus And Fundemantal Rights, in :Baird M.R. -Rosenbaum S.E. (Edited by), The Ethics Of Abortion, Prometheus Books, New York,1989, s.117.118

²⁹ **Aksoy Ş.**, Kürtaj Sadece Tıbbi Bir Karar Olabilir Mi?, Tıbbi Etik, C.4, S.1, Nisan-1996, s.14; **Paynter R.A.**, Life In The Tragic Dimension, A Sermon On Abortion. in:Baird M.R. - Rosenbaum S.E. (Edited by), The Ethics Of Abortion, Prometheus Books, New York, 1989, s.142,143: Gebeliğe ilişkin bazı kavramların öncelikle açıklanması gereklidir. Gebe kalma (Conception)anıyla döllenme(Implantation) anı aynı zamanda olmaz. Döllenme gebeliğin 14. gününde başlar. Geninin yaşam hakkı olduğunu ileri sürenler genelde döllenme anını esasalırlar. Hareketlenme annenin fetüsün hareketlerini hissettiği andır ve 16 ile 18 hafta arasında olur. Yaşayabilirlik anı (viability)doğmamış çocuğun, annenin dışında yaşayabileceği andır. Bu da yaklaşık 26 haftada gerçekleşir.Bu an Amerikan Yüksek Mahkemesinin doğmamış olanın yaşamını koruduğu andır. Doğum(birth) bebeğin ilk olarak nefes almasıyla gerçekleşir.

Öncelikle ceninin doğmuş bir insan gibi yaşam hakkından yararlanamayacağına ilişkin ileri sürülen görüşlerin gerekçelerini inceleyelim.

a. Ceninin Yaşam Hakkının Olmadığına İlişkin Görüşler

Gardner embriyonun bir insan olup olmadığına biyolojik açıdan yanıt aramış ve insan olmadığı sonucuna varmıştır. Yazara göre embriyo tam anlamıyla bizim normalde anladığımız sınırların ötesindedir. Erken dönemdeki bir embriyonun bizim insan olarak düşündüğümüz herhangi birşeye benzerliği yokken, üç ay sonra parmakları, bacakları, bir burnu ve gözleri olur. Döllenmiş yumurta bir parmağı, burnu ya da gözleri yapmasını bilmez. O yalnız iki hücreye, daha sonra da dörde bölüneceğini bilir. O zaman döllenmiş yumurtadan nasıl olurda bir bebek oluşur?

Döllenmiş yumurta embriyonun gelişmesi için gerekli bütün DNA'ya sahiptir. DNA'nın yarısı yumurtadan, diğer yarısı ise tek bir sperm hücresinden sağlanır. DNA'nın kitaplardan sıklıkla okuduğumuz gibi yaşamın mavi kopyası (ayrıntılı plan) olduğunu düşünürüz. Oysaki DNA yalnızca emryonun gerçek oluşumu için gerekli bilginin bir parçasıdır. Gerçekte embriyonik gelişme için herhangi bir mavi kopya olduğu görülmemektedir. Daha büyük bir karmaşıklığa yönelik her adım daha çok hücre ve moleküllerle ilgili modellere dayanmaktadır. Bir göz ya da parmak oluşturmak için gerekli bilgi döllenmiş yumurtada bulunmaz. Bu bilgi daha sonra oluşacak hücre ve moleküllerin etkileşimlerinde olur. Döllenmiş yumurta, kafa, kol ya da bacak oluşturmak üzere bir hücreye bölünmez. Her hücrenin akibetini belirleyecek bir program yoktur. Tersine, bir hücrenin davranışı embriyonun gelişen beden yapısı içindeki yerleşiminden her yeni evrede etkilenir. Her evre yeni bilgi sağlar, beden yapısı değiştikçe bilgiler de değişir. Ve her hücre bu yeni bilgiye rastlantısal bir şekilde yanıt verir.

Döllenmiş yumurtada hiçbir vücut planı, mavi kopya yoktur. Bu bir insanın toplamı ya da tamamı değildir. Döllenmiş yumurta birçok farklı yolu izleyebilir. Oluşması gereken insan henüz orada değildir.

Hiç şüphe yok ki embriyo daima bir insanın başlangıcıdır. Fakat her yumurta ve sperm hücresi de öyledir. Hatta saçlarımız, tırnaklarımız, tükürüğümüzde de insan hücreleri vardır ve hepsinde 46 kromozom bulunur.

Ancak bunlar özel bir önem teşkil etmezler. İnsan varlığı ayrı bir olgudur.

Beyin olarak adlandırılan bölgede ikinci aya kadar hücreler sinir haline gelmez. Onlar arasında özel bağlantılar yoktur ve orada hiçbir düşünce meydana gelmez. 3. ve 4. aylar sırasında sinir hücreleri ortaya çıkar, olgun beyin hücreleri ise 6. ya da 7. aya kadar görülmez. Erken embriyo, olgun insan beyninin gelişmesinden önce, sadece bir insan varlığı yaratacak potansiyel taşımaktadır. Fakat izlenecek belirlenmiş bir yol yoktur.

Yumurta ya da sperm hücresi tam bir insan varlığı olmadığı gibi, döllenmiş yumurta da insan varlığı değildir. Döllenme, sperm DNA'sının yumurtaya girmesi, tam insan oluşumuna yönelik birçok küçük basamaklardan sadece biridir. Bir embriyo ile insan varlığı arasında biyolojik olarak temel farklar vardır. Embriyo bir çocuk, bebek ya da insan varlığı değildir.³⁰

Yazar iddia edildiği gibi insanın döllenmeyle yaratıldığına karşı çıkmakta, embriyonik gelişmenin erken evrelerinde kişinin belirmediğini, döllenmiş yumurtanın DNA'ya sahip olmakla birlikte, bunun kişiliğin otomatik bir mavi kopyası olmadığını ileri sürmektedir. DNA embriyonik gelişme için bilginin parçası olmakla birlikte, tüm yanıt onda gizli değildir. Embriyo geliştiğinde dahi, insan olması için pek çok değişiklik geçirmesi gerekecektir.

Callahan fetüsün temel haklarına ilişkin incelemesinde fetüsün bir insan bireyi olmadığı sonucuna farklı yaklaşımlarla varmıştır.

Callahan'a göre insan yaşamı gebelikten de önce başlamaktadır. Sperm ve yumurta hücreleri canlıdırlar ancak sorun insan yaşamının ne zaman başladığı değildir, sorun bu canlı varlıkların, biz insanların sahip olduğu yaşam hakkının taşıyıcıları olup olmamalarıdır. Yazar sorunu bir biyolojik konu olarak algılamamaktadır. İnsan varlığının gebelikte başladığı ileri sürülse de, henüz ayrı bir insanın gebelikte ortaya çıktığı kabul edilemez. Yeni gebelik ürünü olan varlıklar, onları insan olarak kabul etmeye bizi zorlayacak türlü özellikleri olan varlığa hiç benzemezler. Öyle ise ne zaman gelişen bir insan varlığını bir insan olarak kabul etmemiz gerekecektir?

Meşe ağacının tohumu ile meşe ağacının farklı şeyler olması gibi bizler de hepimiz hakları olan varlıklar olarak ahlaki yönden kabul etmemize bizi zorlayan özelliklere sahip olmayan fetüslerden farklıyız. Bu anlamda kişiliğin başlangıcı için doğumun esas alınması için yeterli sebepler vardır. Bir

³⁰ Gardner A. C., Is An embriyo A Person in: Douglas B.-Walbert F.D. (Edited by) Abortion, Medicine And The Law, New York-Oxford, 1990, s.453 vd.

insan varlığının doğumdan hemen önce ve hemen sonraki niteliklerinde köklü bir değişiklik yoktur ancak bir insan varlığının rahimden çıkmasıyla birlikte başkalarının ona bakmasıyla ve yaşamının korunmasıyla ilgili köklü değişiklikler olur. Çok önemli değişiklik, onun yaşamının desteklenmesinin biyolojik annesinin hiçbir hakkını ihlal etmemesidir. Bu yüzden bu değişikliği yaratan doğumun, kişiliğin başlaması için belirleyici olması keyfi olarak seçilmiş bir nokta değildir. Yazar fetüslerin bizlerin sahip olduğu haklara aynen sahip olmadıklarını kabul etmekle birlikte annenin bebeğin hayatını sona erdirmeye ilişkin yaptırdığı kürtajın ona acı verilmeyecek şekilde gerçekleştirilmesi ve nedensizce yapılmaması gerektiğini ileri sürmektedir.³¹

Eğer fetüs bir insan olarak kabul edilirse ona tüm ahlaki hakların verilmesi gerekecektir. Bu halde yaşamları desteklendiği takdirde insan olarak ortaya çıkacak bu varlıkları, gelişmelerinin bu erken evrelerinde herkesinkiyle kıyaslanabilecek ve kanun zoru ile korunan ahlaki bir yaşam hakkı olan varlıklar olarak kabul etmemiz gerekecektir.

Şayet fetüslerin insan oldukları ve aynı şekilde yaşam hakkına sahip oldukları kabul edilirse 18 yaşında babasının tecavüzüne uğramış bir genç kızın kürtaj yaptırmasına izin veremeyiz. Fetüsün insan olduğu kabul edilecek olursa bu kızın da cezalandırılması gerekecektir. Bu anlayış kabul edilirse devletin kadının yaşamını fetüsün yaşamına tercih etmesinin de hiçbir yasal nedeni olamaz.

Eğer kadının yaşamının tehlikede olduğu durumlarda kadının yaşamına öncelik tanınması kabul ediliyorsa, kadın ve fetüsün eşit düzeyde haklara sahip olmadığının da kabul edilmesi gereklidir. Eğer düşük yapan insanların masum insanları öldürenlerle tam olarak aynı muameleye tutulmalarını kabul etmeye kişiler istekli değillerse, o zaman fetüsün tamamen sizin ve benim gibi aynı ahlaki duruma sahip olduğuna gerçekten inanmıyorlar demektir.³²

Bir başka görüşe göre nasıl bir tarla sahibi dilediği zaman tarlasında mısır yetiştirmekten vazgeçip bütün mısırları yoketme hakkına sahipse, bir kadın da kendine ait olan bedenindeki başka bir canlının varlığına

³¹ Callahan J.C., s.122,123

³² Callahan J.C., s. 125,126

dilediği zaman son verme hakkına sahiptir.³³ Bu görüşe göre nasıl ki bir kadın iç organlarından birisi olan bağırsaklarındaki solucanları kendine zarar vermese bile tıbbi veya cerrahi yolla sonlandırabiliyorsa, yine iç organlarından biri olan uterusundaki embriyo veya fetüsün hayatını da sonlandırabilmelidir.³⁴

Ceninin yaşam hakkına sahip olmadığını savunan bu yazarların çoğu cenini herhangi bir hücreden farklı görmezler ve ceninin alınmasını konusunda herhangi bir hücrenin alınması gibi kesin bir seçim hakkı olduğuna inanırlar. Bu anlamda kadının kürtaj yaptıрма hakkı da kesindir.³⁵

Harris, yalnızca 23 çift kromozom taşımanın bir canlıyı insan bireyi yapmak için yeterli olamayacağını ifade ederek; Bir canlının birey olarak kabul edilebilmesi için, herşeyden önce kendi hayatının farkında olması, sonra bu fark ettiği şeyin farkında olması, son olarakta kendi hayatının değerini bilme yetkisine sahip olması gerektiğini söylemektedir.³⁶

Cenine yaşam hakkı tanınmaması gerektiğini farklı gerekçelerle açıklayan bu yazarların ortak gerekçeleri bu varlıkların henüz bir insan olmadığı, sadece insan olma potansiyeline sahip varlıklar olduklarıdır. Ceninin yaşam hakkına, kimileri annenin hakları, kimileri gelişmelerinin tamamlanmamış olduğu, kimileriye kendilerini ayrı bir birim olarak algılayabilme kapasitelerinin olmaması gerekçeleriyle karşı çıkarlar.

b. Ceninin Yaşam Hakkının Belli Bir Dönemden Sonra Olduğuna İlişkin Görüşler

Bazı yazarlar ceninin yaşam hakkı olduğunu ancak belli evrelerden sonra savunurlar.

Ford, 14-15 günde oluşmaya başlayan ilkel yaşamın (primitif streak) belirleyici olduğunu, bu aşamadan itibaren insan bireyinin ontolojik ve biyolojik olarak var olmaya başladığını savunmaktadır.³⁷ Moore ise embriyo

³³ Paul E. F.-Paul J., Abortion And Infanticide, Journal Of Medical Ethics, 1979, 5:33,s.8, Aktaran: Aksoy Ş., Kürtaj Sadece Tıbbi Bir Karar Olabilir Mi?, TE, C.4, S.1, Nisan 1996, s.13

³⁴ Aksoy Ş., s.13

³⁵ Paynter R.A., s.145

³⁶ Harris J., The Value Of Life, Routledge, Lndor, 1985, s.23, (Aktaran) Aksoy Ş., s.14

³⁷ Ford N., When Did I Begin, Cambridge Universty Press, 1988, s.172, (Aktaran) Aksoy Ş., s.14

prenatal dönemin hangi aşamasında insan olmaya başlar sorusunu , "Embriyo taşımış olduğu insan kromozomlarından dolayı döllenme anından itibaren insan olma potansiyeline sahiptir. İki şeyi kesin olarak saptamak gerekir ki; 1)İnsan gelişimi döllenme anından itibaren başlar, 2)Zigot ve erken evredeki embriyoda yaşayan bir canlıdır. Benim kişisel görüşüm şudur ki , embriyo insana özgü bazı ayırıcı fiziksel özellikleri kazandığı 8. hafta içinde insan olmaya başlar." şeklinde yanıtlamıştır.³⁸

Bilimsel açıdan insan kişiliğinin ne zaman başladığının kesin olarak ortaya konamaması bu konudaki zorlukları artırmaktadır.³⁹

Amerikan Yüksek Mahkemesi çocuk düşürmeyi yasaklayan kanunları Anayasaya aykırı bularak iptal ettiği 1973 tarihli Roe v. Wade kararında 2. görüşe yakın bir biçimde ceninin yaşam sürecini belli kesitlere bölmüş ve 3. kesitte ceninin yaşam hakkını korumuştur.⁴⁰

Mahkeme çocuk düşürmeyi yasaklayan kanunların kadının kendi yaşam biçimini belirleme hakkını ihlal ettiğini saptayarak, bunları Anayasaya aykırı görmüştür. Mahkeme gebelik sürecini üç ayrı döneme ayırmıştır. İlk üç aylık süreç içinde kadın doktoruna danışarak serbestçe kürtaj olma kararını verebilecektir.

İkinci ve 3. dönemde devlet kürtaja ilişkin bazı sınırlayıcı düzenlemeler getirebilecektir. İkinci dönemde devlet kürtaj yapılmasını yasaklayamaz ancak bazı sınırlamalar getirebilir Bu sınırlamalar hamile kadının sağlıklı bir şekilde kürtaj olması amacına yönelik olabilecektir. 3. dönem fetüsün artık anne karnının dışında da yaşayabilme kapasitesini kazandığı dönemdir. Bu devrede devlet kürtajı suç haline getirebilir. Bu dönemde ancak annenin yaşamı ya da sağlığı tehlikeye düşecek ise çocuk aldırılabilir.⁴¹

Görüldüğü gibi, Yüksek Mahkeme annenin kendini geliştirme hakkını ilk iki dönem için fetüsün yaşam hakkından daha değerli görmüştür. Son 3 ayda fetüsün yaşam hakkının korunması gerekliliğine karar veren

³⁸ Moore K. L., Before We Are Born, Philadelphia, WB Saunders Co, 1989:71, s.2, (Aktaran) Aksoy Ş., s.14

³⁹ Paynter R.A., s146

⁴⁰ Bu karar 23.1.1973 tarihinde 7-2 oyçokluğuyla alınmıştır. Karar için bkz. Muldoon M., The Abortion Debate In The US And Canada, Garland Publishing, New York, London, 1991, s.160

⁴¹ Muldoon M., s.161

Mahkemeye göre bu dönemde dahi annenin yaşamı ve sağlığı daha yüksek bir değer olarak kabul edilmektedir.

Amerikan Yüksek Mahkemesi 1989 yılında Webster davasıyla kararını değiştirmemiş, tersine çevirmemiştir, ancak devletlere kadınların kürtaj olmasına ilişkin yeni sınırlayıcı hükümler getirmesine izin vermiştir.⁴² Yüksek Mahkeme bu kararıyla kürtajı zorlaştıracak nitelikte görülebilecek, yasa maddelerini iptal etmemiştir. Bu yasalar kürtajın yapılması için kamusal kolaylıkların yasaklanmasına ve kamusal fonların kürtajla ilgili konularda kadınları cesaretlendirmek ya da onlara öğüt vermek üzere kullanılmasının engellenmesine ilişkindiler. Bu kararla iptal edilmesi istenip te Yüksek Mahkeme tarafından iptal edilmeyen bir başka yasaya göre ise, en az 20 haftalık olmuş bir fetüs söz konusu ise , hekimin , fetüsün ana rahmi dışında yaşayabilir olup olmadığını belirlemek için büyük bir özenle test yapması ayrıca ceninin kilosuna ve gelişimine ilişkin bilgileri tıbbi muayene ve testlerle belirlemesi gerekiyordu. ⁴³ Görüldüğü gibi Mahkeme bu kararıyla kürtajı yasaklamamakta ve Roe v. Wade davasındaki belirlemeleri değiştirmemekte ancak Devletin kürtajın gerçekleştirilmesi için bazı zorlaştırmacı önlemler getirmesini Anayasaya aykırı görmemektedir. Mahkeme Devletin kolaylaştırıcı kural getirme zorunluluğunun olmadığını tespit etmiştir.

c. Ceninin Yaşam Hakkının Olduğuna İlişkin Görüşler

Cenine yaşam hakkı tanınması gerektiğini savunan yazarlar görüşlerinde şu gerekçelere yer vermektedirler:

Dr. Jack Willke'ye göre embriyo ana rahmine düştükten itibaren bir insan varlığıdır. Onun insan varlığı tanımı döllenmiş yumurtada başlangıçta varolan 46 kromozoma bağlıdır. Yazar bir zamanlar içinde bulunduğum tek hücrenin içindekiler bugün olduğum herşeyin toplamıydı demektedir.⁴⁴

Bu görüşte olanlara göre, kişinin yaşam hakkına ilişkin süre sınırları çizilemeyeceği kabul edilir Örnek verilecek olursa, 15 yaşındaki bir çocuk , 14,5 yaşındaki bir çocuktan çok farklı değildir. Aynı şekilde 14,5 yaşında olan

⁴² O'Brien M.D. - Craig B.H., Abortion And American Politics, Chatham House Publishers, New Jersey, 1992, s.245

⁴³ Muldoon M., s.170

⁴⁴ Gardner A. C., s.453 (Aktaran)

bir çocuk ta 14 yaşındakinden pek farklı değildir. Bu görüşe göre erken çocukluk yaşlarına kadar böyle gidilebilir. Çocukluktan fetüsün son evrelerine kadar çok fazla yol yoktur. Çünkü rahimden dış dünyaya çocuğun yerinin değişmesi varlığın kendisinde temel bir değişiklik yapmaz. Bir odadan diğerine giderek öldürülmeme hakkını kaybetmezsiniz. Bu görüş fetüsün ilk dönemlerine, gebeliğe kadar bizi götürür. Mantık ve doğruluk bizi yeni bir fetüsün bile hepimizin sahip olduğu temel haklara sahip olduğunu kabul etmeye zorlar. Gebelikten itibaren yaşam hakkının tanınmasıyla, evreler arasında bir ayırım gözetilmemelidir.⁴⁵

Fetüse yaşam hakkı tanınmasına ilişkin getirilen gerekçelerden birisi de fetüse karşı kuşkulu bir bakışa sahip olmamız gerektiğidir. Eğer bir avcı çalılıkların arasında bir hareket duyarsa ve bir insana ateş etmediğine emin olmadan ateş ederse ve bir insanı öldürmüş ya da yaralamışsa biz onu büyük dikkatsizlikle suçlarız. Ateş ettiği şeyin insan olmama olasılığı olduğunu söylemesi bir savunma değildir. Bir insanı yaralama olasılığının olması halinde bile ateş etmemesi gerekirdi. Şu halde fetüsün bir insan olma olasılığı bulunduğu takdirde ona bir insanmış gibi davranma ve dikkatsizce davranmaktan kaçınma ödevimiz bulunmaktadır.⁴⁶

Bir başka yazara göre embriyonun insansal birey olma unsurunun eksik olduğu yahut olan ile olmakta olanın farklı olduğu hususunun kabulü ile embriyonun temel hakka sahip olmadığı anlayışı isabetli görünmemektedir. Biyolojik -psikolojik anlamda yaşam unsuru embriyoda eksik değildir. Gerçi embriyo annenin bedenine bağlı olup , onun vasıtasıyla beslenmektedir. Fakat o aynı zamanda kendi başına gelişen ve yaşayan bir organizmadır. Anayasanın yaşam hakkı insan yaşamını başlı başına bir amaç olarak korumaktadır. İnsan yaşamının Anayasanın yaşam hakkının korumasından yararlanması için hiçbir şekilde belirli niteliklere ya da potansiyel yeteneklere sahip olmasına gerek yoktur. Anayasaya göre yaşam hakkı insanın yaşamını yok eden müdahalelere karşı korumaktadır ve embriyonun yaşam hakkı gebeliğin 14. gününden itibaren başlamaktadır.⁴⁷

⁴⁵ Callahan J.C.,s.120

⁴⁶ Callahan J.C.,s.123,124

⁴⁷ Spiekerkötter J., Verfassungsfragen der Humangenetik, Frankfurt 1989, s.56

Bu görüşün en uç noktasına göre fetüsün yaşam hakkı mutlak ve onu öldürmek bir cinayettir⁴⁸. Özellikle dini görüşlerinde etkisinde kalan bu görüşlere göre annenin yaşamı tehlikede olsa dahi ceninin yaşamına son verilemeyecektir. Çünkü annenin yaşamıyla fetüsün yaşamı aynı değerdedirler.⁴⁹

Alman Anayasa Mahkemesi 25.2.1975 tarihli kararı ile hamileliğin ilk 12 haftası içinde çocuk aldirmayı suç olmaktan çıkaran kanunu Anayasaya aykırı görerek iptal etmiştir.

Sözkonusu kanuna göre ilk 12 haftalık dönemde hiçbir neden olmadan cenin aldırılabilir. 12 haftadan sonraki dönem için ise annenin yaşamının ya da sağlığının tehlikeye düşmesi, çocuğun fiziksel ya da akli bozukluk ile dünyaya gelmesi gibi durumlarda kürtaj hakkı verilmekteydi.⁵⁰

Mahkemeye göre kesin ve psikolojik verilere göre insan yaşamı gebeliğin 14. gününden itibaren başlar. Bu şekilde başlayan insan yaşamının gelişim süreci insan yaşamının belirli ve kesin çizgilerle bölümlere ayrılmasına izin vermemektedir. Bu itibarla Anayasanın yaşam hakkı ne doğumdan sonraki tam insan ile ne de doğumdan önce yaşama yeteneğine sahip embriyo ile sınırlanamaz. Yaşam hakkı her yaşayan kişi için garanti edilmiştir.

Bu bağlamda yaşamın gelişim aşamaları olan doğmuş çocukla, doğmamış çocuk arasında ya da doğumdan önceki herhangi bir aşamada herhangi bir ayırım yapılamaz. Anayasanın 2. maddesinde yer alan "herkes" deyiimi her yaşayan insansal varlığı, başka bir deyimle yaşama sahip her bireyi ifade ettiğinden dolayı herkes deyiimi henüz doğmamış olanları da kapsar. Fetüs zorunlu olduğu taktirde hatta annenin irade ve arzusuna karşı da korunmalıdır. Hayat, hatta doğmamış hayat annenin kendini geliştirme hakkından önce gelir. Mahkemeye göre eğer diğer kanuni değerler hamileliğin sona erdirilmemesi nedeniyle tehlikeye düşüyorsa o zaman çocuk düşürme meşru bir hal alabilir. Bu haller, annenin hayat ya da sağlığının tehlikeye düşmüş olması, çocuğun muhtemel olarak fizik ya da akli

⁴⁸ Paynter R.A., s.145

⁴⁹ Okechukwu S.N., The Right To Life And The Right To Live , PeterLang-1989, s.196,197; Bayraktar K.-OkurA.R., Doğum Kontrolünün Ortaya Koyduğu Hukuki Problemler Ve Çözüm Yolları, İstanbul Barosu Bilim Ödülü Yarışması:2, İstanbul-1970, s.10 ; Gary/Crum/ Mc Cormack T., Abortion Pro-Choice Or Pro Life, The American Universty Press, Washington-1984, s.15

⁵⁰ Degnan A.D., Abortion And Divorce In Western Law, Harward Universty Press, London-1987, s.25

bozukluklar ile doğabilmesi, hamileliğin bir cürüm sonucu meydana gelmiş bulunması durumlarıdır. Bundan başka Mahkeme, hamile kadının gebeliği sona erdirmekten başka bir suretle çözümlenemeyecek büyük güçlüklerle karşı karşıya kalması halinde, çocuk düşürmeye meşruiyet tanınabileceğini kabul etmektedir.⁵¹

Böylece Meclis Anayasal normları ihlal etmeden oldukça geniş bir sebep grubuna ceza verilmemesi için serbest bırakılmış olmaktadır. Bununla birlikte Meclis "Gebeliğin doğuma kadar getirilmesi görevinden" kaynaklanan bir ilke çerçevesinde ve "gebeliğin sonlandırılmasını bir hata olarak görece" bir şekilde bunu yapmalıdır.⁵²

Mahkeme bu kararında embriyonun kendisinin temel hak taşıyıcısı mı olduğu, yoksa temel hak taşıyıcısı olmamakla birlikte, "sadece" Anayasadaki yaşam üzerindeki hak garantisi açısından mı korunduğu konusuna açıklık getirmemiştir.⁵³

Alman Ceza Yasası 218a maddesi bir doktor tarafından gerçekleştirildiğinde hamileliğe son vermenin suç oluşturmayaacağı durumları göstermektedir. Bu durumların bazılarında 22 bazılarında ise 12 haftalık sınırlar vardır ve çok sıkı birtakım şartlara tabii tutulmuştur. Ancak Alman Federal Anayasa Mahkemesi 28.5.1993 tarihinde verdiği kararla "gebeliğin durdurulmasının her zaman hukuka aykırı olduğu" görüşünü kabul etmiştir. 12 haftaya kadar olan gebeliklerde gebeliğin durdurulması hukuka aykırı olmakla birlikte ,faile ceza verilmeyecektir.⁵⁴

C. Ceninin Yaşam Hakkına İlişkin Kararlar Ve Değerlendirilmesi

F.Alman Anayasa Mahkemesi ile Amerikan Yüksek Mahkemesinin ceninin yaşamına ve kürtaja ilişkin verdikleri kararlarda birbirinden farklı

⁵¹ BVerfGE 39, Gomren D.- Harris D.- Zwaak L., Law And Practice Of The European Convention On Human Rights And The European Social Charter, Council Of European Publishing, Germany 1996, s.37vd. ; 81, Dönmezer S., Kişilere Ve Mala Karşı Cürümler, Ocak-1995 , İstanbul, s.168; X v. / the United Kingdom, No:8416/79, Dec. 13.5.1980, s.251

⁵² Degnan A.D.,s.28

⁵³ Gören Z., Temel Hak, s.51

⁵⁴ Dönmezer S.,Kişilere Ve Mala Karşı Cürümler, Ocak-1995 , İstanbul,s.167

yaklaşımlar göze çarpmaktadır. ABD'deki Mahkeme eyalet meclisinin kürtajı yasaklayan kararının kadının temel hakkını ihlal ettiğine, Alman Anayasa mahkemesi ise yeterli alternatif koruyucu önlemler uygulamaya girmedikçe kürtajın tamamen suç olmaktan çıkarılamayacağına, kanunların bu alandaki tüm etkisinin insan yaşamının değerini desteklemek ve korumak olduğuna ilişkin karar vermiştir. Alman Anayasa Mahkemesi gelişen insan yaşamının 14. günden sonra korunması gerekliliğine değinirken, Amerikalı Yargıç Blackman fetüsün insan ya da canlı olarak tanımlamaktan kaçınmıştır.⁵⁵

Amerikan Yüksek Mahkemesi kadının özel hayatını, özerkliğini öne çıkarırken, Alman Anayasa Mahkemesi gelişen yaşam, kadın ve topluluk ilişkilerini vurgulamıştır. Alman Anayasa Mahkemesi, Anayasa yaşam hakkını açıkça korumasına rağmen, bu hakkı fetüse ait birşey olmaktan çok toplumun bir değeri olarak önem vermeyi tercih etmiştir.⁵⁶

1985 tarihli İspanya Anayasa Mahkemesi'nin kararında Alman Anayasa Mahkemesi'nin kararının etkisi görülmektedir. İspanya Anayasası da temel bir anayasal değer olarak yaşam hakkını içermektedir. Ancak Mahkeme açık bir biçimde fetüsün yasal hakları olduğunu kabul etmek istememiştir. Bunun yerine Mahkeme doğmamış yaşamın Anayasa tarafından korunan kamusal bir değer olduğunu söylemiştir. Bu da yaşamın korunmasını etkili kılmak için devlete yasa koyma yükümlülüğünü getirmektedir. İptali istenen söz konusu yasa üç nedenden ötürü yapılan kürtajları cezadan muaf tutuyordu. Bunlar annenin yaşamı ve sağlığı, annenin tecavüze ya da aile içi cinsel ilişkiye maruz kalması ya da ceninin ağır kusurlarla doğacak olması gibi

⁵⁵ Degnan A.D., s.35

⁵⁶ Degnan A.D., s.38, 59: Amerikalı yazar Roe v. Wade kararıyla kürtaja ilişkin ortaya çıkan mevcut durumda 3. trimestere kadar kadının yararlarının, ceninin potansiyel yaşamının önüne geçtiği, ceninin yaşamının anayasal bir mesele olarak dahi korunmadığını belirtmiştir. Oysa Avrupa ülkelerinde pekçok sebeple ceninin yaşamına son vermeye yasalar izin vermekle birlikte ceninin yaşamına toplumun önemli bir değeri olarak değer verirler ve kürtajı bir doğum kontrol yöntemi olarak görmezler. Glendon Amerika'daki bireyci yaklaşımın, belli nedenlerle kürtaja izin verilen Avrupa'daki toplumcu yaklaşımla geliştiğini belirtmektedir.; Dellinger W., Abortion: The Case Against Compromise, in: Douglas B.- Walbert F.D. (Edited by) Abortion, Medicine And The Law, New York-Oxford, 1990, s.91 : Yazar Roe v. Wade kararını savunarak, bu kararın toplumsal olmadığına ilişkin görüşü eleştirmiştir. Yazara göre Roe v. Wade 'deki hiçbirşey bir kadının kararı konusunda ebeveynlerine, eşine ya da yakın arkadaşlarına danışmasını engellememektedir. Karardaki hiçbirşey hükümetlerin yaygın olarak kullanılacak daha etkili doğum kontrolü uygulayarak kürtaj sayısını azaltmasını engelleyemez. Roe v. Wade 'deki hiçbirşey toplumu daha fazla sayıdaki kadının daha fazla çocuk sahibi olmayı seçmesini kolaylaştırmak için mali destek sağlamasını engelleyemez. Roe v. Wade'in engellediği şey toplumculuk değil, zorlamadır.

sebepler idi. Anayasa Mahkemesi bu üç istisnai durumda ceza verilmemesini Anayasaya uygun bulmuştur. Ayrıca, meclisin gebeliğin devamının kadın için tahammül edilemez bir sıkıntı yarattığı durumlarda yapılan kürtajlar için cezai yaptırım uygulamaması gerektiğine karar vermiştir.⁵⁷

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu Sözleşmenin 2. maddesinde düzenlenen yaşam hakkında geçen "herkes" ,"hayat" terimlerinin cenini de kapsayıp kapsamadığına değinmiştir. Komisyon soruna çok açık bir yanıt vermek istememekle birlikte, gerek bu maddede geçen herkes, hayat terimlerini, gerekse Sözleşmenin öteki maddelerinde bireye ilişkin olarak kullanılan terimleri yorumlayarak, söz konusu hükmün doğumdan sonraki yaşamı ifade eder görüldüğü sonucuna varmaktadır.⁵⁸

X. v/the United Kingdom⁵⁹ başvurusunda , başvuru karısının 8 haftalık hamile olduğu sırada bebeğini aldıracağını kendisine söylediğini , ve yapılacak kürtajın engellenmesi için mahkemeye başvurduğunu belirtmiştir. Karşı taraf, Mahkemeye kürtajın yasaya uygun olarak sağlık sebeplerine dayanılarak yapılacağını kanıtlamıştır ve Mahkeme yapılan başvuruyu reddetmiştir. İngiliz Mahkemesinin gerekçesinde , İngiliz yasalarına göre fetüsün anne karnından ayrılıp, ayrı bir varlık oluncaya dek yasal bir hakkının olmadığı, ve fetüsün -evlilik birliği olsun ya da olmasın - babasının annenin kürtajını engellemek için hiçbir hakkı olmadığı, ayrıca annenin babaya bilgi verme ya da danışma yükümlülüğünün olmadığı belirtilmiştir.

Başvurucu İngiliz Kürtaj Yasasının, Sözleşmenin 2. maddesini ihlal ettiğini ileri sürmektedir.

Komisyon kararında, 2. madde metnini tekrar hatırlatmış ve burada yer alan gerek idam cezasının , gerekse 2. fıkrada yer alan meşru müdafaa, ayaklanmanın bastırılması gibi istisnaların doğaları gereği ancak doğmuş olanlara uygulanabileceğini, doğmamış olanlara uygulanamayacağını öncelikle belirtmiştir.

Komisyon yaşamın ne olduğunun sözleşmede açıklanmadığını ve Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinde olduğu gibi, doğmamış olanın korunacağına dair açık bir ifadenin yer almadığını vurgulamıştır. Komisyon

⁵⁷ Degan A.D., s.38 : Alman ve İspanyol Anayasa Mahkemeleri bireysel hakları dengelemek yerine bir değerler düzenine hükmetmişlerdir.

⁵⁸ Gölcüklü F., -GözübüyükŞ., s.187

⁵⁹ X. v / the United Kingdom, No:8416/79, Dec.13.5.1985,D.R.19, s.244 vd.

yaşamın gebelik, döllenmeyle, yaşayabilirlik noktasında ya da doğumla başlayacağına ilişkin görüş ayrılıklarının farkında olduğunu da belirtmiştir.

Komisyon 3 farklı durumu birbirinden ayırmıştır.

-Sözleşme cenini hiçbir şekilde korumuyor.

-Sözleşme cenini bazı zımni sınırlamalarla koruyor.

-Sözleşme ceninin yaşam hakkını kesin olarak koruyor.

Komisyon 3. seçeneğe yanıt aramış ve şu gerekçelerle bu ihtimali dışlamıştır. 1) Ceninin yaşamı sıkı sıkıya hamile kadına bağlıdır. Eğer cenine hiçbir sınırlama tanınmadan yaşam hakkı tanınırsa, kadının yaşam hakkı riske girdiğinde dahi kürtaj yapılamayacaktır. Bu da cenine hamile kadından daha fazla önem verilmesi anlamına gelecektir. 2) Böyle bir yorum sözleşmenin amacına ve konusuna ters düşecektir. Sözleşme imzalandığı sırada, biri hariç tüm taraflar annenin kurtarılması için kürtaja izin vermişlerdi ve hamileliğe son verilmesi konusunda daha fazla liberalizme doğru bir gidiş vardır. 3) Sözleşmenin amacı ve konusu düşünülmesine bile, komisyon cenine kesin olarak yaşam hakkı tanınması dışında, hiç tanınmaması ya da sınırlı olarak tanınması seçeneklerini kabul edecektir.

Komisyon söz konusu kürtajın kanuna uygun olarak hamileliğin ilk safhasında ve fiziksel ya da akli sağlık sorunlarını önlemek amacıyla yapıldığını ve verilen kararın sadece gebeliğin ilk aşamasıyla ve sağlık sorunlarıyla sınırlı tutulduğunu belirtmiştir. Bu bağlamda komisyon ilk iki yorumu inceleme gereğini duymamıştır. Yapılan kürtajın 2. maddeyi ihlal ettiğine ilişkin başvuruyu kabul edilemez bulunmuştur.⁶⁰

H. v/ Norway⁶¹ başvurusunda, başvuru birlikte yaşadığı bayanın hamile kaldığını ve bebeği dünyaya getirmeye karar verdiklerini ancak bayanın daha sonra fikrini değiştirdiğini, 12 hafta geçtiği için kürtaj başvurusunun kabul edilmesi için 2 doktordan oluşan bir heyete başvurduğunu, ortada bir sağlık sorunu olmadığı halde başvurusunun sosyal nedenlere dayanılarak kabul edildiğini ve 14 hafta 1 günlük olan ceninin aldirıldığını belirtmiştir. Tüm bu aşamalarda başvurucuya danışılmamıştır. Bu olaylardan önce başvuru kürtajın önlenmesi için Norveç'te yetkili Mahkemeye başvurmuştur. Mahkemenin sözleşmeye aykırılık görmemesi üzerine karar Norveç Yüksek Mahkemesi'nin önüne götürülmüştür.

⁶⁰ X. v / the United Kingdom, No:8416/79, Dec.13.5.1985, D.R.19,s.253

⁶¹ H. v / Norway, No:17004/90, Dec.19.4.1992, D.R. 73, s.155 vd.

15. hafta içinde sosyal nedenlere dayanılarak kürtaj yapılmasına izin veren yasanın sözleşmeye aykırı olduğunun ileri sürüldüğü davada Yüksek Mahkeme şu sonuca varmıştır: Öncelikle ilk 12 hafta içinde kadının kürtaj konusunda kendi kararını vermesinin Avrupa'nın pekçok ülkesinde geçerli bir uygulama olduğu belirtilmiştir. Mahkeme ceninin biyolojik olgunluğu ile annenin seçim hakkı arasında bir denge kurulması gerektiğini ve ilk 12 haftada kürtaj sadece annenin istemine dayansa da, Sözleşmeye aykırı olmadığına karar vermiştir. Daha sonraki evrede doğumun ya da bakımın anneyi güç duruma sokacağı kurul önünde kanıtlanır ise de 2. madde ihlal edilmemiş olacaktır. Ayrıca Mahkemelerin yasakoyucunun seçimlerine saygı göstermesi gerektiği belirtilmiştir.⁶²

Başvurucu, Komisyon önünde Norveç Yasasının yaşamı koruma yükümlülüğünü yerine getirmediği için Sözleşmenin 2. maddesini ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Komisyon "Herkesin yaşamı kanunla korunur" hükmünün devletlere yaşamın korunması yolunda olumlu yüküm yüklediğini kabul etmekte ancak herkes deyiminin cenini kapsamaz görüldüğünü vurgulamaktadır.

Komisyon ulusal yasaların kürtaja ilişkin düzenlemelerinin birbirinden farklı olabileceğine ve devletlerin böylesine hassas bir konuda düzenleme yapmak için takdir haklarının olması gerektiğine karar vermiştir ve 12 ile 18 hafta arasında sosyal sebeplerle kürtaja izin veren Norveç Yasasıyla Norveç'in kendi takdir alanını aşmadığına karar vermiştir.⁶³

Bu başvuruyla Komisyon X v/ The United Kingdom 'da verdiği karardan daha ileri gitmiştir . Çünkü burada sağlık gibi sert bir sebebin dışında, doğumun ya da bakımın kadını zor bir duruma sokabileceği şeklinde yumuşak bir sebep sözkonusudur.⁶⁴

Komisyon bu kararlarıyla ulusal yasakoyuculara geniş bir takdir alanı tanımış ve yaşamın tanımı konusunda bir bildirimde bulunmaktan

⁶² H. v / Norway, No:17004/90, Dec.19.4.1992, D.R.73, s. 160

⁶³ H. v / Norway, No:17004/90, Dec.19.4.1992, D.R.73 , s. 169; Kürtaja ilişkin bir başka AİHK kararı için bkz. Borre Arnold Knudsen v/ Norway, No: 110450/84, Dec. 8.3.1985, D.R. 42, s.247 vd.

⁶⁴ Harris D.J.- O'Boyle M.- Warbrick C., Law Of The European Convention On Human Rights, Butterwords, London,1995, s.42

kaçınmıştır.⁶⁵

Avusturya Anayasa Mahkemesi de Sözleşmenin 2. maddesinin doğmamış çocuğu korumadığına ilişkin karar vermiştir.⁶⁶

D. Genel Değerlendirme

Anayasamızın 17. maddesi , Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesinde olduğu gibi, ceninin yaşam hakkına sahip olduğunu belirtmemiş, "herkes" ifadesini kullanmıştır. Ayrıca yaşam hakkına ilişkin getirilen özel sınırlama sebeplerinden hiçbirisi de cenine uygulanabilir görünmemektedir. Bir ceninin yaşamına idam cezasının yerine getirilmesi, yakalama ve tutuklama kararının yerine getirilmesi, ya da bir isyanın bastırılması yoluyla son verilmesi mümkün değildir. Anayasa koyucunun açık olarak ceninin yaşam hakkından söz etmemesi karşısında ona bu hakkın verilemeyeceği düşünülebilir. Birlikte, döllenmeden itibaren canlı olan ve insan olma potansiyeline sahip bu varlığı anayasal korumanın dışında bırakmak mümkün görünmemektedir. Çünkü düşünce özgürlüğü, inanç özgürlüğü gibi hakları cenin kullanmadığı halde yaşam hakkının doğası ceninin de bu haktan yararlanabilmesini gerektirmektedir.

Ancak doğmuş olan bir insanla bir ceninin biyolojik, yapısal farklılıklarından, ve anneye bağımlı bir şekilde yaşamasının getirdiği farklılıklardan ötürü yaşam hakkını , doğmuş bir insanla aynı koşullarda kullanması ve aynı sınırlamalara tabi tutulması mümkün değildir. Örneğin annenin yaşam hakkı söz konusu olduğunda anneden kendi yaşamı pahasına, cenini yaşama getirmesi düşünülemez. Kişilik kazanmış ve yaşayan ananın yaşam hakkı ve gelecek soyun sağlığı henüz kişilik kazanmamış bulunan ceninin geleceğe dönük yaşama olasılığından daha ağır basacaktır.⁶⁷

⁶⁵ Harris D.-Gomren D.-Zwaak L., Law And Practice Of The European Convention On Human Rights And The European Social Charter, Council Of Europe Publishing, Germany, 1996, s. 103 ; Opsahl T., The Right To Life, in: Macdonald R.St. J., The European System For The Protection Of Human Rights, Kluwer Academic Publishers, Netherlands, 1993, s.220

⁶⁶ Decision of 11. 10.1974, Erk. Slg. (Collection Of Decisions) No.7400, EuGRZ 1975, s.74; Ayrıca bkz. H. v / Norway, No:17004/90, Dec.19.4.1992, s.167; X. v / the United Kingdom, No:8416/79, Dec.13.5.1985, D.R.19,s.249

⁶⁷ Zevkililer A.-Acabey B.-Gökyayla E., s.473 (Aktaran)

Bir insanın yaşam hakkı belli sebeplerle nasıl sınırlandırılabilir? ceninin yaşam hakkı da belli koşullarda, sona erdirilebilecektir. Bu noktada karşımıza kürtaj problemi çıkmaktadır. Kürtajın hangi koşullarda yapılabileceği aşağıda tartışılmaktadır.

4. Kürtaja İlişkin Yaklaşımlar

A. Tanım

Kürtaj , uterus içindeki embriyo veya fetüsün imha edilmesi veya fetüsün hayatını sonlandırmak kastı ile vaktinden önce uterus dışına çıkartılmasıdır.⁶⁸ Kürtajda uterustaki canlının hayatı sonlandırılmaktadır.⁶⁹

Bu boyutu ile kürtaj tıbbi, hukuki, ahlaksal, dini, sosyolojik ve psikolojik çok yönlü sorunlar içeren bir konu olması nedeniyle her zaman üzerinde tartışılan ve sorgulanan bir konu olmuştur.⁷⁰

B . Kürtaja İlişkin Nedenler Ve Kürtajın Zamanı

Kürtaja karşı olanlarla , karşı olmayanlar arasındaki sınır kesin ve net değildir. Bu da kürtajın yapılmasına ilişkin nedenlerin ve yapılma zamanının farklılıklar gösterebilmesinden kaynaklanmaktadır.

Kürtaja ilişkin sert nedenler annenin ciddi hastalığı, tecavüz durumu, ya da cenindeki önemli bir akli ya da fiziki eksiklik durumudur. Yumuşak nedenler (sosyal nedenler), düşük gelir sebebiyle çocuğa bakılamayacak olması, evli olmayan bir kadının birlikte olduğu eş ile evlenmek istememesi ya da evli olup çocuk sahibi olmak istememesi durumlarıdır.⁷¹ Sert nedenler olduğunda kürtaja karşı olanlar azalmakla birlikte, yumuşak

⁶⁸ Aksoy Ş., s.12; Tanım için bkz. Şahinoğlu S., Tıbbi Etik Açısından Kürtaj Olgusu, Bilim Ve Ütopya , 1995, S.8, s.18; Ayan M., Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara ,1991, s. 28 ; Okechukwu S.N., s.193

⁶⁹ Aksoy Ş., s.12

⁷⁰ Degnan A. D., s.3; Paynter R.A., s.144; Aksoy Ş., s.12; Şahinoğlu S., s.18

⁷¹ Craig B.H.- O'Brien D.M., s.249

nedenler sözkonusu olduğunda kürtaja karşı olanların sayısı çoğalmaktadır.⁷²

Aynı şekilde hamileliğin ilk aşamalarında kürtaja daha ılımlı bakılmakla birlikte, hamilelik ilerledikçe, kürtaja karşı olanların sayısı artmaktadır. Özellikle halk arasında gebeliğin erken ve geç evreleri arasında önemli bir fark olduğuna inanıldığı belirtilmektedir.⁷³

C. Pozitif Hukuk

a. Türkiye’de

Türkiye’de 1965 yılında Nüfus Planlaması Kanunu yürürlüğe girinceye kadar, çok katı kurallarla çocuk düşürme cezalandırılmıştır. 1965 tarihli Nüfus Planlaması Kanunu’nun yürürlüğe girmesi, belirli tıbbi tehlikelerin varlığı halinde gebeliklerin durdurulmasını öngörmüştü. Tıbbi tehlikelerin ananın sağlığına, doğacak çocuğun sağlığına ya da gelecek nesillerin sağlığına yönelik olması halinde , gebeliklere son verilmekteydi. ⁷⁴ Bu yasa belli bir süre içinde herhangi bir sağlık nedeni olmaksızın kadının çocuk aldırmasına izin vermemekteydi.

25.5.1983 tarih ve 2827 sayılı “Nüfus Planlaması Hakkında Kanun ve buna dayanılarak çıkarılan “Rahim Tahliyesi Ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi Ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük” kürtaja ilişkin düzenlemeyi büyük ölçüde değiştirmiştir. Yasaya göre ikili bir ayırım yapılmıştır. Gebelik süresi 10 haftadan az ise ananın sağlığı açısından sakınca bulunmadığı takdirde, gebeliğe son verilebilir.⁷⁵ Gebelik süresi on haftayı geçmiş bulunuyorsa rahim tahliyesinin yapılabilmesi için , gebeliğin ananın hayatını tehdit ettiği veya edeceği ya da doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır bir sakatlığa neden olacağı, doğum ve kadın hastalıkları uzmanı ve ilgili daldan bir uzmanın objektif bulgulara dayanan gerekçeli raporları ile

⁷² Craig B.H.- O’Brien D.M., s.-249 ; 267 ; Zevkliler A.-Acabey B.-Gökyayla E.

s.469: Zevkliler’e göre kürtaj onaylanmaması gereken bir girişimdir. Ancak ayrı olarak, gebeliğin ananın sağlığını önemli ölçüde tehlikeye düşürmesi, doğumun olanaksız bulunması ve doğacak çocukta sakatlık ve anormalliklerin olacağının belirlenmesi, ananın bir ırza saldırı sonucugebe kalmış olması durumlarında, gebeliğe son verilebileceği kabul edilir.

⁷³ Dellinger W., s.95 ;

⁷⁴ Yurtcan E., s.45

⁷⁵ 2827 s. kanun , md.5/1; Ayan M., s.29

tespit edilmelidir.⁷⁶

2827 sayılı yasadan önce çocuk düşürme suçlarına ilişkin faslın başlığı "ırkın tümlüğü ve sağlığı aleyhine cürümler" idi ve burada korunmak istenen hukuki yararın milletin tümlüğü, çoğalma gücü olduğu göze çarpmaktadır.⁷⁷ Yeni yasa ile faslın başlığı "çocuk düşürme ve çocuk düşürtme cürümleri" olarak değiştirilmiştir. Yeni yasa ile artık korunmak istenen hukuki yarar bakımından kadının cinsel özgürlüğü ön plana çıkmaktadır.⁷⁸ On hafta geçtikten sonra kürtajın suç sayılmış olması belirli bir faraziye içinde artık canlı bir varlık haline geldiği kabul edilen bir hayatın ve kadının sağlığının korunmak istendiğini göstermektedir.⁷⁹

Çocuk düşürmeyi yukarıda tespit edilen şartlarla suç olmaktan çıkararak çok esaslı değişiklikler getiren Nüfus Planlaması Kanunu ülkemizde batı ülkelerinin aksine pek fazla tartışma çıkmadan ve muhalefet olmadan çıkarılmıştır. Oysa batı ülkelerinde buna benzer kanun değişiklikleri kamuoyunda çok büyük tartışmalar, şiddetli karşı koyuşları da beraberinde getirmiştir.⁸⁰

b. Karşılaştırmalı Hukuk

1983 yılında kabul edilen yasa ile birlikte Türkiye kürtaj konusundaki düzenlemeyle birlikte Avrupa'daki en liberal düzenlemelerden birisine sahip olmuştur.⁸¹

Batı ülkelerinin bazılarında kürtaja hamileliğin başından beri yalnız belli sebeplerin gerçekleşmesi halinde izin verilirken, bazılarında Türkiye'de olduğu gibi belli bir süreye kadar hiçbir sebep aranmadan izin verilmektedir.⁸² İzin verme sebepleri de ülkeden ülkeye değişiklik göstermektedir. Bazı ülkelerde sadece annenin hayatı ve sağlığı, ceninin önemli bir hastalık ya da sakatlık taşıması ya da ortada tecavüz ya da aile içi cinsel taciz gibi sert nedenler öngörülmekte iken bazılarında ilk 12 haftadan sonra dahi annenin

⁷⁶ 2827 s. kanun , md.5/3; Ayan M., s.29

⁷⁷ Dönmezer S., Kişiler, s.167

⁷⁸ Yurtcan E., s.45

⁷⁹ Dönmezer S., Kişiler, s.166

⁸⁰ Dönmezer S., Çocuk Düşürme, s.5

⁸¹ Aksoy Ş., s.14 ; Dönmezer S., Çocuk Düşürme, s.3

⁸² Aksoy Ş., s.14

çocuğuna bakamayacak olması gibi yumuşak sebepler yeterli görülmektedir.

Herhangi bir sebep olmadan çocuk aldırılmasına izin veren ülkeler Avusturya, Danimarka, Yunanistan, Norveç, İsveç, Türkiye ve Amerikadır. Amerika dışındaki sayılan ülkeler hamileliğin ilk aşamasında (10-12 hafta) kürtajı serbest bırakmışlar, sonraki aşamalarda çocuk aldırılmasını genellikle sert nedenlere bağlamışlardır. Amerika'da ise ilk iki dönemde (trimestir)⁸³ yani çocuğun anneden ayrı yaşayabilmesine olanak olmayan dönemde kürtaj serbest bırakılmıştır.⁸⁴

Kürtaja ancak belli sebepler gerçekleştiği takdirde izin veren ülkeler Portekiz, İspanya, İsveçre, İngiltere, Finlandiya, Fransa, İzlanda, İtalya, Lüksemburg ve Hollanda'dır. Bunlardan Portekiz, İspanya ve İsveçre yalnız sert nedenlerle kürtaja izin verdiği halde, diğerleri hamileliğin ilk aşamalarında (10-2 hafta) yumuşak nedenlerle de ceninin aldırılmasına izin vermektedirler.⁸⁵

D. Kürtaja İlişkin Görüşler

Kürtajın büyük tartışmalar yaratması ve değişik ülke ve zamanlarda farklı farklı düzenlemelerin yer almasının temelinde bu konuya ilişkin çok fazla fikir ayrılığı olması vardır ve kürtaj aleyhine ve lehine pek çok fikir ileri sürülür.

a. Kürtajı Savunan Görüşler

Kürtaja taraftar olan kişilerin ilk dayanaklarından biri uterustaki canlının bir insan bireyi kabul edilse, yaşam hakkının olduğu kabul edilse bile her kadının kendi bedeninde olanlara ve olacaklara karar verme hakkına sahip olmasıdır.⁸⁶ Kadın ve erkek eşitliğinin giderek yerleşmesi ve uluslararası sözleşmelerle kadınlara pekçok hakkın verilmesi, kadınların yasaların esiri

⁸³ Hamilelik her biri üç ay olan üç trimestir sürmektedir. Bir trimestir üç aylık dönem yerine kullanılmaktadır. Bkz. **Dellinger W.**, s.91,92

⁸⁴ **Degnan A. D.**, s.14 vd.; Kürtaja ilişkin son düzenleme tarihleri şöyledir: Avusturya :1974, Danimarka:1973, Yunanistan:1978,1986, Norveç:1975,1978, İsveç:1974. Amerika'da ise Yüksek Mahkemenin **Roe v. Wade** kararı 1973 yılında alınmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Dönmezer S.**, *Kişiler*, s.175 vd.

⁸⁵ **Degnan A. D.**, s.14 vd. ; Kürtaja ilişkin son düzenleme tarihleri şöyledir:Portekiz:1984, İspanya :1985, İsveçre:1942, İngiltere:1967, Finlandiya:1970, Fransa:1975, İzlanda:1975, Lüksemburg:1978, Hollanda:1981 , Ayrıntılı bilgi için bkz. **SD-175** vd.; **Alpaslan Ş.(Çev.)** , 1967 Tarihli "İngiliz Kürtaj Yasası", **MHAD**, Y.10,S.13, 1976, s.257 vd.

⁸⁶ **Thomson JJ.**, *A Defense Of Abortion, Philosophy And Public Affairs*, 1971,1, s.47 (Aktaran) **Aksoy Ş.**, s.14

olarak istemedikleri çocukları doğurmak zorunda kalmalarına karşı isyan duygularını geliştirmiştir. Kadın haklarının içinde kadının kendi bedeni üzerinde tasarruf etmesinin de yer aldığı zamanla kabul edilmiştir. Batı ülkelerindeki kürtaj lehine liberal gelişmelerin temelinde de kadın özgürlüğünü sağlamak ve onları istemedikleri çocuklara mahkum etmemek amacı yatmaktadır.⁸⁷ Ayrıca ferdin dokunulmaz olan özel hayatı ve hak ve hürriyetler çevresi onun cinsel hayatını da kapsar. Bu nedenle devletin ister olumlu ister olumsuz önlemlerle ferdin cinsel yaşamına karışmaması gerekmektedir. ⁸⁸ Gebeliğin durdurulması kadınların kendi kararlarını kendilerinin verebilmesi⁸⁹ ve maddi ve manevi varlıklarını geliştirme hakları açısından da önemlidir.⁹⁰

Amerikan Yüksek Mahkemesi de kürtaja ilişkin sınırlayıcı hüküm getiren yasaları iptal ederken Anayasadaki kadının özel yaşamına ilişkin hükmün hamileliği sona erdirip erdirmeme kararını da kapsadığını belirtmiştir.⁹¹ Ayrıca kürtaja ilişkin sınırlayıcı düzenlemelerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin özel hayata ilişkin düzenleme getiren 8. maddesini ihlal ettiği de ileri sürülmektedir.⁹²

Kürtaja izin vermenin kişinin özel yaşamı ve cinsel yaşamının lehine olması ve maddi ve manevi varlığının geliştirilmesi açısından gerekli olduğunun ileri sürülmesinin yanısıra ailenin korunmasına da hizmet edeceği öne sürülmüştür. Aile planlamasının ailenin huzur ve refahıyla yakından ilişkili olduğu⁹³ ve gebeliğin giderilmesinin, Anayasanın devlete ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ve uygulamasını sağlamak için yüklediği görevler ışığında değerlendirmenin gerekeceği

⁸⁷ Dönmezer S., Çocuk Düşürme, s.9 ; Dönmezer S., Kişiler, s.166

⁸⁸ Yurtcan E., s. 41 ; Bayraktar K.-Okur A.R., s.42,43

⁸⁹ Gary / Crum/ Mc Cormack T., s.31

⁹⁰ Bayraktar K.- Okur A.R., s. 42 ; Yurtcan E., s.42

⁹¹ Muldoon M., s.160

⁹² Degnan A.D., s.32 ; Harris D.J.- O'Boyle M.- Warbrick C., s.43 ; Komisyon,hamile bir kadın tarafından önüne getirilen ve kürtajı sınırlayan yasanın Sözleşmeye aykırı olduğunun iddia edildiği başvuruda 8. maddedeki mahremiyet hakkının mutlak olmadığına işaret ederek bir karşı oyla, gebe kadının özel yaşamının gelişen fetüsle yakından bağlantılı olması nedeniyle yasal kuralların 8. maddeyi ihlal etmediğini belirtmiştir. 8. maddenin kürtajın kadının özel yaşamıyla tek başına ilişkili olan bir sorun anlamına geldiği şeklinde yorumlanamayacağını belirterek Komisyon, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin her üye devletin Sözleşmenin yürürlüğe girdiği tarihlerde kürtajı düzenlediğine işaret etmiştir.

⁹³ Yurtcan E., s. 42 ; Bayraktar K.-Okur A. R., s.33

belirtilmiştir.⁹⁴

Kürtajın yasal hale getirilmesini öne sürenlerin bir diğer dayanağı da zengin ve fakir kadınlar arasındaki eşitsizliği giderme istemidir. ⁹⁵ Çünkü çocuk düşürme hernekadar ağır cezalandırılırsa cezalandırılsın zengin olanlar birşekilde sağlıklı yollarla çocuklarını aldırabilmekte, yoksul olanlar ise kendi yöntemleriyle buna kalkışarak çoğu yaşamını ya da sağlığını yitirmektedirler. Bu bağlamda kürtajın yasallaştırılmasının kişilerin sağlık hakkını da koruyacağı ileri sürülmektedir.⁹⁶

Gebeliğin durdurulması kabul edilmediğinde, istenmeyen gebeliklerin ve çocukların çok ilkel ve sağlıksız yöntemlerle ortadan kaldırılması yolları deneneceği içindir ki büyük sayıda ölümler gerçekleşecektir.⁹⁷ Kürtajın yasaklanmasına karşı çıkanlar, getirilen yasakların , bir sosyal gerçeklik olan çocuk düşürmeleri engellemediğini belirtmektedirler⁹⁸. Örneğin Hollanda'da çok gevşek bırakılmış kürtaj yasaları, Romanya'da ise çok sıkı şartlara bağlanmış olan kürtaj yasaları bulunmakla birlikte, Romanya oran olarak Avrupa'nın en çok, Hollanda ise en az kürtaj yaptırılan ülkesidir. Romanya'da yapılan kürtaj oranı Amerika'dan bile fazladır⁹⁹

Kürtaj lehine ileri sürülen diğer sebepler, kürtaja izin verildiğinde, fazla nüfus artışı olmayacaktır.¹⁰⁰ Sosyal yardım harcamaları azalacağından ,kişilerden daha az vergi alınacak ve refah düzeyi yükselecektir. Hor kullanılan çocukların sayısı azalacaktır, yoksul ailelerin çok çocuk sahibi olarak daha kötü yaşamaları önlenebilecek, tecavüze uğrayan ya da aile içi ensest ilişkiler yoluyla hamile kalan kadınlar istemedikleri çocuklarını doğurmak zorunda kalmayacaklardır.Bebeğin akılsal ya da fiziksel hastalıklarla doğması ise aileleri ve ileride doğacak olanı pekçok yönden olumsuz etkileyebileceğinden, bu durumlarda da kürtaja izin verilmelidir. Hatta ailenin

⁹⁸ Kaboğlu İ.Ö., Özgürlükler Hukuku, s. 158

⁹⁵ Dönmezer S., Çocuk Düşürme, s.11

⁹⁶ Yurtcan E., s. 42 ; Dellinger W., s. 3

⁹⁷ Yurtcan E., s.42,21; Kürtajın yasak olduğu dönemde Türkiye'de yılda yaklaşık 500.000 kadının çocuk düşürme teşebbüsünde bulundukları ve bunlardan 10.000'inin bu nedenden öldüğü ya da ağır bir biçimde yaralandığı ileri sürülmektedir.

⁹⁸ Degnan A.D., s.59, Dönmezer S., Çocuk Düşürme, s.11

⁹⁹ Degnan A.D., s.59

¹⁰⁰ Dönmezer S., Çocuk Düşürme, s11;Yurtcan E., s.19 vd.

cinsiyeti seçebilmesi için ya da hasta kişilere organ ya da doku sağlanması için kürtaj yapılabilmesi gerektiğini savunanlar dahi bulunmaktadır.¹⁰¹

Bunların dışında bir önceki konuda anlatıldığı gibi kürtajı savunan pek çok yazar ceninin canlı olmasına rağmen bir insan gibi, onunla aynı hakları kullanamayacağını,¹⁰² ya da belli bir aşamaya kadar önemli organları belirmediği için yaşamına son verilmesinde bir sakınca olmadığını ileri sürerler.¹⁰³

b. Kürtajı Reddeden Görüşler

Kürtaj aleyhine ileri sürülen görüşlerde ceninin yaşam hakkı, ileri sürülen tüm değerlerin önünde gelmektedir. Annenin kendini geliştirme hakkı da ceninin yaşamından daha değerli değildir. Alman Anayasa Mahkemesi ceninin yaşam hakkı ile annenin kişiliğini serbestçe geliştirme hakkını, değerlerin tartımı teorisine tabi tutmuştur. Mahkemeye göre hamile kadının gebeliğe son verme özgürlüğü ile ceninin yaşama hakkı arasında denkleştirme mümkün olamaz. Zira kürtaj ya da hamileliğin kesilmesi ceninin yaşamını yok eden bir müdahaledir. Kadının kendi yaşamını belirleme hakkından önce doğmamış ceninin yaşam hakkı lehine hareket etmek gereklidir. Ceninin yaşam hakkı kadının kendi yaşamını belirleme hakkı karşısında önceliğe sahiptir.¹⁰⁴

Kürtajla kadının kendi özel yaşamını korumak ve düzenlemek uğruna doğmamış çocuğun yaşamını hiçe saydığı ve bunun gerçek bir paradoks olduğu ileri sürülmektedir.¹⁰⁵

¹⁰¹ Degnan A. D., s.11 vd.

¹⁰² Gardner A. C., s.453 vd.; Callahan J.C., s.115 vd.

¹⁰³ Özgen E., Çocuk Düşürme Ve Düşürtme Suçlarında Ülkemizdeki Son Durum, Nüfusbilim Dergisi, 1984, S.6, s.5vd.

¹⁰⁴ BVerfGE 39; Gomren D.- Harris D.- Zwaak L., s.43; Aksoy Ş.,s. 22: Bir kişinin kişiliğini serbestçe geliştirmesine Alman yasalarında getirilen olumlu yaklaşım, özel hayatın yalnız bırakılma hakkı olarak görüldüğü olumsuz Amerikan yaklaşımıyla çelişmektedir. Alman mahremiyet görüşü sosyal bir boyutu (bir "kişilik" diğer insanlarla ilişkiler olmadığında tam anlamıyla gelişemediği için) ifade ederken, Amerikan yorumu tek başına bırakılmış bireye önem verir. Alman Anayasa Mahkemesi hakkın sınırlandırılmış yapısı üzerinde durmuştur: Eğer toplumda yaşayan bir kişi başkalarıyla ilişkiye giriyorsa bunları varlığı ya da hareketleriyle etkiler ve böylece diğer insanların kişisel dünyaları ya da ortak yaşamın ilgileri üzerinde etki yapar, kendi özel dünyasının hakimi olma hakkı yaşamının en içteki kutsal dünyasıyla ilgili olmadıkça sınırlamalara maruz kalır.

¹⁰⁵ Okeckukwu S.N., s.193

Kürtaja karşı olanlar döllenenmeden itibaren ceninin doğmuş insan gibi yaşam hakkına sahip olduğu görüşündedirler.¹⁰⁶ Kürtaja zaman zaman nüfusun azalmasını engellemek amacıyla da karşı çıkmıştır.¹⁰⁷

Kürtaja karşı çıkanlar açlık ve yoksulluğun kürtaj için bir bahane olamayacağını, nüfus artsa dahi dünyanın kaynaklarının insanlığa yeteneceğini ileri sürmektedirler. Kürtajların çocukların horkullanılmasını önlediği görüşüne ise, cenini öldürmenin hor kullanmanın en ileri bir biçimi olduğu gerekçesiyle karşı çıkarlar. Yoksul ailelerin çok çocuk sahibi olmaması için ise kürtaj dışındaki doğum kontrol yöntemleri önerilmektedir.¹⁰⁸

Kadının yaşamının ya da sağlığının tehlikeye düşmesi, kadının tecavüze uğraması ya da fetüsün bedenen ya da aklen sakat olması durumunda dahi bazı yazarlar kürtaja karşı çıkarlar. Buna gerekçe olarak sakatlığın anne karnında tam olarak tespit edilemeyeceği, hata yapma olasılığının bulunduğu getirilmektedir. Ayrıca bu çocukların yaşamlarının değersiz olacağına da karar verebilmek mümkün değildir.¹⁰⁹ Bu kişinin yaşamının kalitesiz olacağına ilişkin kararın baştan verilemeyeceği ve sakatlık konusunda bir sınır çizilmenin mümkün olmadığı ileri sürülmektedir. Örneğin iki kolu olmayan bir cenin mi, tek kolu olmayan bir cenin mi yoksa parmakları olmayan bir cenin mi aldırılabilir?¹¹⁰ Tecavüz ya da ensest ilişkiler sonucu istenmeyen gebeliklerde ise bu olayın suçunun cenine yüklenemeyeceği belirtilmiş ve ¹¹¹, anneleri sevmez ise çocukların evlatlık verilebileceği önerilmiştir.¹¹² Annenin sağlığının ve yaşamının tehlikeye girmesi halinde bile ceninin yaşamı ile annenin yaşamının aynı öneme sahip olduğu bazı yazarlarca ileri sürülerek bu durumda dahi ceninin aldırılmaması gerektiği belirtilmektedir.¹¹³

¹⁰⁶ Okeckukwu S.N., s.193

¹⁰⁷ Dönmezer S., Çocuk Düşürme, s.7; Dönmezer S., Kişiler, s.165 ; Yurtcan E., s.19 vd.

¹⁰⁸ Gary/Crum/ Mc Cormack T., s.11 vd.

¹⁰⁹ Okeckukwu S.N., s.194

¹¹⁰ Gary/Crum/ Mc Cormack T., s.22,23

¹¹¹ Gary/Crum/ Mc Cormack T., s. 20

¹¹² Okeckukwu S.N., s.195

¹¹³ Okeckukwu S.N., s.197

E. Genel Değerlendirme

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu bir önceki bölümde incelediğimiz üzere ülkelerin kürtaja ilişkin yasalarını yumuşak nedenler öngörülse dahi, Sözleşmenin 2. maddesine aykırı görmemiştir. "Herkes "ibaresinin cenini kapsar görünmediğini ve maddenin genel ifadesinden dünyaya gelmiş olan bireyin korunmak istendiğini" belirtmiştir. Komisyona göre Sözleşme, ceninin yaşamını mutlak koruyor şeklinde yorumlanamaz.¹¹⁴ Sözleşmede sayılan meşruiyet hallerinde , oranlılık ve günün ihtiyaçları gerektirdiğinde üstün bir değer için daha ikinci sırada kalan bir değer ihlali olanaklıdır denmiştir. Yani doğum , ananın fiziki sağlığı , moral yaşamı, hayat düzeni açısından sakınca doğuruyorsa, bu hakkın kesintisine imkan olabilir ifadelerini kullanmış¹¹⁵ ve devletlerin bu konuda düzenleme yaparlarken takdir haklarının olduğunu belirlemiştir.¹¹⁶

Komisyonun görüşleri de dikkate alındığında ceninin yaşam hakkı kabul edildiğinde dahi bunun bir takım sınırlamalara tabi tutulacağı muhakkaktır. Bu sınırlamalar, ceninin yapısı, gelişimi bir insandan farklı olduğu için , bir kişiye getirilen sınırlamalardan daha farklı olacaktır. Zaman zaman değerlerin tartışılması gerekecektir. Bu değerleri belirleyecek olan yasakoyucu olacaktır.

Kürtajın ceninin yaşamını korumak amacıyla hamileliğin ilk dönemlerinde dahi suç haline getirilmesi, hem sosyal bir gerçeklik olan kadınların istemedikleri bebekleri aldırmasını engellemeyecek, hem de zengin ve yoksul kadınlar arasında eşitsizlik yaratarak, ehil olmayan kişilerle çocuk düşürülmeye kalkışıldığı için pekçok kadın yaşamını yitirmiş olacak¹¹⁷ ve bu yolla kadınların yaşam hakları tehlikeye girecektir.

Devletin kürtajları önlemek üzere ağır yasaklayıcı hükümler getirmek yerine, istenmeyen gebelikleri önlemek için halka doğum kontrol yöntemlerini öğretmesi ve buna ilişkin araçları yayması gerekmektedir. Doğum kontrol yöntemlerinin yaygınlaşması kürtajların önlenmesini sağlayacaktır¹¹⁸

¹¹⁴ X. v / the United Kingdom, No:8416/79, Dec.13.5.1985, D.R.19,s....

¹¹⁵ Gölcüklü F., İnsan Hakları Ve İnsancıl Hukuk Bağlamında İşkence Yasağı Ve Yaşam Hakkı Seminerinde Sunulan Tebliğ, İzmir 1997, s.49,50

¹¹⁶ H. v / Norway, No:17004/90, Dec.19.4.1992, D.R. 73, s.155 vd.

¹¹⁷ Bayraktar K.-Okur A.R., s.15

¹¹⁸ Dellinger W., s.90 vd.-5; Doğum kontrolü konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Bayraktar K.-Okur A.R.,s. 1vd.

Kürtajın bir doğum kontrol yöntemi olarak görülmemesi gerekmektedir.¹¹⁹

Devletin kürtajı önlemek üzere yapabileceği bir başka uygulama hamile olupta çocuk doğurmak isteyen ancak yoksulluk sebebiyle bakamayacağı çocuğu aldirmek durumuyla karşılaşan ailelere, çocuğun bakımı için sosyal yardım sağlamak olmalıdır.¹²⁰

Annenin belli sebeplerle istemediği bir çocuğa sahip olması Anayasanın 17. maddesinde düzenlenen maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkına, 20. maddedeki özel hayatına saygı gösterilmesi hakkına 41. maddesindeki ailenin korunmasına ilişkin hükme ve 56. maddede öngörülen sağlık hakkına aykırı durumlar ortaya çıkaracaktır. Ceninin biyolojik olgunluğu ile annenin seçim hakkı arasında bir denge kurulmalıdır. ¹²¹ Özellikle ceninin organlarının henüz oluşmadığı hamileliğin ilk haftalarında sert ve sosyal nedenler ile ceninin yaşamına son verilmesini, ceninin yaşam hakkına getirilen yasal ve meşru sınırlamalar olarak değerlendirmek gerekecektir. Alman Anayasa Mahkemesi dahi ilk 12 haftada hiçbir neden olmadan kürtaj yapılabilmesine ilişkin yasayı iptal ettiği kararında devletin yasal düzeninin gebe kadının bütün şartlar altında doğmamış bir çocuğun hakkına öncelik vermesini isteyemeyeceğini belirtmiş ve gebe kadın ve ailesinin genel toplumsal durumu için ağır sorunlar doğması gibi bir sosyal nedeni dahi cenin yaşamının sona erdirilebilmesi için bir sınırlama sebebi olarak görmüştür.¹²²

¹¹⁹ ŞahinoğluS., s.18

¹²⁰ BVerfGE 39, 1, 37 vd.

¹²¹ Degnan A.D., s.38

¹²² BVerfGE 39, 1, 37 vd.

olanağına sahiptir. Böyle bir olanağa sahip olduğuna göre, ölümünün zamanını ve biçimini seçmek, her birey için bir özgürlük sorunudur.¹⁵⁰ Kişinin kendi yaşamını belirlemesi, kendi yaşamına son verilmesini de içermektedir.¹⁵¹

Bu görüşe taraftar olanlar intiharın hukuk düzeninde cezalandırılmamasına dayanarak talep ya da rıza üzerine bir kişiyi öldüren failin de cezalandırılmaması gerektiğini savunurlar.

Ferri'ye göre insan kendi hayatının hakimidir. Bir kimse kendi hayatına son vermek hakkına da sahiptir. Çünkü kanun intiharı cezalandırmamıştır. Kanun önünde intihar cezalandırılmadığından ötürü, kişi ister kendini öldürmüş olsun, ister bunu bir başkasına rızası ile yaptırınsın, arada bir fark olmaması gerekmektedir. Herkes hayatı üzerinde istediği şekilde tasarruf edebileceği gibi, hayatının sona erdirilmesini başkasından isteme hakkına da sahip olmalıdır. Bu yolla öldürme fiilini işleyen kimse, sadece mağdurun rızası ile hareket etmiş olmayıp, aynı zamanda merhamet hissi gibi insani ve ahlaki düşüncelerle harekete geçmiş demektir. ¹⁵²

Helie ve Chauveau'da mağdurun rızasının olduğu durumlarda faile ceza verilemeyeceğini, bu şekilde adam öldürmede manevi unsurun mevcut bulunmadığını ve bu hallerin intihar gibi değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedirler.¹⁵³

B. Genel Değerlendirme

Bizim görüşümüze göre, yaşam hakkı vazgeçilemeyecek bir temel haktır.¹⁵⁴ Yaşam hakkının kapsamı içinde kişinin kendisine karşı korunması da yer almaktadır.¹⁵⁵

Yaşam hakkından vazgeçilmesine hukuk düzeni ve devlet izin veremez. İnsan hakları felsefesinin hukuk düzenine yaptığı etkiyle Anayasanın temel hakların vazgeçilmezliğine ilişkin hüküm içermesinin yanı sıra, Medeni Yasa ve Ceza Yasası da yaşam hakkının vazgeçilmez niteliğinden esinlenerek, yaşam hakkı üzerinde rıza gösterilmesine izin vermemiştir.

¹⁵⁰ Eroğul C., Ölüm Hakkı, AÜSBFD, C.43, Ocak-Aralık, 1993, No:1-4, s.53

¹⁵¹ Okechukwu S.N., s.226 (Aktaran)

¹⁵² Çağlayan M.M., s.7 ; Öztürel A., Ötanazi, AÜHFD, C.XIV, 1957, S.1-4, s.266; Artuk E.M., s. 25

¹⁵³ Öztürel A., s.266

¹⁵⁴ Przetacznik F., s.590 ; Okechukwu S.N., s.82 ; Hadden T., s.116

¹⁵⁵ Przetacznik F., s.587; Savcı B., Yaşam Hakkı, s.17

İntihara kalkışmak hernekadar cezalandırılmamakta ise de , bu cezalandırmama intiharın meşruluğunu değil, fakat hayatını kaybetmekten korkmayan kimseyi hiç bir pratik cezanın pratik yönden intihardan alıkoyamayacağı düşüncesine dayanmaktadır.¹⁵⁶ Ayrıca intiharın suç olarak kabul edilmemesinin bir amacı da intihardan vazgeçmeyi kolaylaştırmaktır.¹⁵⁷ İntihar etmeye teşebbüs edip te başarılı olamayan bir kişi , bir de cezalandırılacağını düşünür ise hayata bağlanması hiç mümkün olmayacaktır. Bu eylemin ceza tehditi altında bulunması halinde, kendi canına kasteden kişinin bu girişimden kurtulmamak için en kesin yollara başvuracağı düşünülmüştür.¹⁵⁸ İntiharı cezalandırmamak , hayattan vazgeçme hakkının olduğu anlamına gelmemektedir. Ölmüş kişi zaten cezayı hissedemeyecektir. Mallarının müsaderesi yoluyla bir ceza verilmesi ise cezaların kişiselliği ilkesine ters düşmektedir.¹⁵⁹ Türk Ceza Kanunu'nun 454. maddesine göre, "birini intihara ikna ve buna yardım eden kimse , münterihin vefatı vuku bulduğu takdirde üç seneden on seneye kadar ağır hapis cezasına mahkum olur."¹⁶⁰

Türk Ceza Kanunu mağdurun rızası veya talebi üzerine öldürülmesine ilişkin özel bir hüküm içermemektedir. Bu bakımdan mağdurun rıza veya talebi üzerine öldürülmesi fiili, kasten adam öldürme veya şartları varsa nitelikli adam öldürme öldürme hükümlerinin uygulanmasını gerektirir. Ancak takdiri hafifletici sebeplerin (Türk Ceza Kanunu md.59) uygulanması

¹⁵⁶ Toroslu N., Organ aktarma, s.95

¹⁵⁷ Gürelli N., s.72

¹⁵⁸ Velidedeoğlu H.V., Yaşam Hukuku Ve Yönetimin Sorumluluğu seminerinde Sunulan Tebliğ, Balıkesir CHP İl Örgütünün Düzenlediği Seminer İstanbul, Haziran 1977, s.76

¹⁵⁹ Çağlayan M.M., s.26 : İngiliz hukukunda intihar suç sayılmıştır. İntihara teşebbüs eden kimse ölmediği takdirde, intihar teşebbüs halinde kaldığı takdirde, fiili suç oluşturur, ve kendisi hakkında para ve hapis cezası verilir.

¹⁶⁰ Bu suçun kanuni unsurları bir kimseyi intihara ikna etmek ve yardım eylemek, failde cürüm kasdının bulunması, bunun sonucunda ölümün gerçekleşmesi.Bir kimseyi sadece intihara ikna etmek kafi değildir.Fakat aynı zamanda yardım da edilmiş olması gerekmektedir.

1997 tarihli Türk Ceza Kanunu tasarisinin 138. maddesinde intihar şöyle düzenlenmektedir."Başkasını intihara azmettiren veya intihar kararını kuvvetlendiren veya her ne suretle olursa olsun buna yardım eden kimse, intihara teşebbüs edildiğinde iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına mahkum olur. Ölümün meydana gelmesi halinde faile verilecek ceza yarısı oranında artırılır."

mümkündür.¹⁶¹

Kanımızca, gerek intihara gerekse kişinin talebi ya da rızası üzerine adam öldürülmesine devlet olumlu bakamaz . Bir hukuk devletinin temel görevi o ülkede yaşayan kişilerin yaşamasını sağlamaktır. Yukarıda belirtildiği gibi intiharın ya da intihara kalkışmanın cezalandırılmaması yaşam hakkından vazgeçmeyi meşru kılmaz. Kişilerin 3. kişiler tarafından öldürülmesinin talep edilmesine ya da öldürülmeye rıza gösterilmesine de hukuk düzeni izin veremez. Böyle bir izin verilmesi pek çok kötüye kullanılmaları da beraberinde getirecektir. Yaşam hakkı tüm diğer temel hakların kullanılabilmesi için vazgeçilmez bir koşul olması dolayısıyla, ve kişinin toplumsal düzen için de önem arzemesi sebebiyle bu haktan vazgeçilememesi gerekir. Bu hak üzerinde tasarruf etmek, bir daha bu hakkı hiç kullanamayacak olmak anlamına gelmektedir. Yaşam hakkından vazgeçmede ,herneyol kullanılırsa kullanılsın saldırı her zaman çok ağır olacaktır. Ayrıca yaşam hakkından vazgeçildiğinde bunu bir daha geri alabilmek mümkün olmayacaktır. Devletin görevi yaşamı koruyucu düzenlemeler getirmek ve onu korumak olmalıdır.

2. Ötanazi

Yaşam hakkından vazgeçmenin mümkün olmaması ve öldürülmenin 3. kişilerden talep edilmesinin geçersiz sayılması kural olarak kabul edilmekle birlikte , yaşama umudu kalmamış, korkunç ağrı ve acılar çeken kişilerin bu acılarına son vermek amacıyla onların açık istemleri üzerine öldürülüp öldürülecekleri sorunu büyük tartışmalar yaratmaktadır. Kişilerin yaşama hakkına sahip olmalarının yanısıra insan onuruna yaraşır bir şekilde ölme hakkına sahip olmaları gerektiği, tıpkı barış hakkı, çevre hakkı gibi ölüm hakkının da yeni bir insan hak ve özgürlüğü olduğu ileri sürülmektedir. Yukarıda bahsedilen ayrık durumlarda kişilere verilebilecek ölüm hakkı anlamına gelen ötanazi kavramının yaşam hakkının vazgeçilmezliğiyle bağdaşıp bağdaşamayacağı sorunu, aşağıda

¹⁶¹Artuk E., s.36,37 : Yazara göre talep üzerine öldürme fiili Türk Ceza Kanunu'nda yer almadığından, mağdurun talebi üzerine öldürenin saikinin gözönüne alınması suretiyle 59. maddeden yararlanarak cezasının indirilmesi yeterli değildir. Talep üzerine öldürmeleri kapsayan bir maddenin Türk Ceza Kanunu'da yer alması uygun olacaktır.

incelenecektir.

A. Tanım

Ötanazi (Euthanasia) Yunanca kökenli bir sözcüktür ve "eu" ve "thanatos" kelimelerinden oluşmaktadır. "Eu", iyi, tatlı anlamına; "thanatos" ise ölüm anlamına gelmektedir¹⁶². Dolayısıyla ötanazinin Türkçe karşılığı iyi ölüm ya da tatlı ölüm anlamına gelmektedir.¹⁶³

Ötanazi, iyileşme olanağı bulunmayan hastaları dayanılmaz ve sürekli acılardan kurtarmak üzere açıkça rıza göstermeleri üzerine öldürmek, ya da ölmelerini kolaylaştırıcı yöntemler uygulamaktır.¹⁶⁴

B. Koşulları

Ötanazinin sözkonusu olabilmesi için bazı şartların gerçekleşmesi gerekmektedir:

Bunlardan birincisi, hastalığın tedavi edilemez ve ölümcül nitelikte olması gereğidir. Bir hekimin ya da hekim grubunun bilgi eksikliğinden kaynaklanan tedavi edilmezlik tanısı ötanazinin ögesi olamaz.¹⁶⁵ Tedavi edilemez nitelikte hastalık, ileri derecede kanserde olduğu gibi tıp iliminin bugünkü durumuna göre vaktinden önce ölüme yol açacak nitelikte olmalıdır. Tedavi edilemez hastalıklar arasına, aslında tedavi edilebilen fakat herhangi bir nedenle kötüleşmenin meydana geldiği ve sözkonusu sebepten dolayı şifası imkansız hale gelen hastalıklar da girer. Sıhhatli bir insanın karşıkarşıya kaldığı trafik kazası gibi bir olayda kurtuluşu imkansız ve şifasız ölümcül bir duruma yol açabilir.¹⁶⁶ Tedavi edilmesi mümkün olan, iyileşme olanağı bulunan kişiler ötanazinin kapsamına dahil değildirler. Örneğin depresyon

¹⁶² Okechukwu S.N., s.216; Eroğul C., s.49 ; Çağlayan M.M., s.5 ; Gündüz T.-Öner S.-Çınar T.-Din H., Hekimler Euthanasia'yı Savunuyorlar mı? Adli Tıp Bülteni, C.1,S.2, 1996, s.82

¹⁶³ Eroğul ötanazi için Türkçe karşılık olarak gönüllü ölüm teriminin kullanılmasını önermektedir. , s.49

¹⁶⁴ Artuk M.E., s.301; Dönmezer S., Kişiler, s.150; Bayraktar K., s. 150; Gündüz T.-Öner S.-Çınar T.-Din H., s.82; Kamay B.T., Ötanaziler, Ölümü Yaklaşan Hastayı İstirapsız Öldürme, ABD, 1952,S.93-94, s.1; Bafra J., Ötanazi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1990, s.2

¹⁶⁵ Eroğul C., s.49 ; Çağlayan M. M., s. 7 ; Artuk M.E., s.102

¹⁶⁶ Artuk M.E., s. 302

geçirip ölmek isteyen bir kişinin ölüm hakkından yararlanması söz konusu edilemez. Bu kişi psikoterapiden yararlanabilir. Devletin görevi insanların yaşamasını sağlamak ve ölümü hızlandıracak eylemleri reddetmektir.¹⁶⁷

İkinci koşul, hastalığın dayanılmaz ağrı ve acılarla ızdırap vermesidir.¹⁶⁸ Ağrı ve acı süreklilik ve şiddetine göre bütün dikkati ağrı bölgesine çeker. Diğer duygu ve yaşama alanlarını önemsiz kılar. Ümitsizlik, bezginlik ve çaresizliğe neden olur. ¹⁶⁹ Dayanılmaz acı nitelemesi , ister istemez öznel bir nitelik taşır. Öyleyse çekilen ağrının ya da acının dayanılmaz nitelikte olup olmadığı kararı hastaya ait olacaktır. Hekimin kendi başına varacağı bir dayanılmazlık nitelemesi ötanazinin bir unsuru olamaz.¹⁷⁰ Acıların devamlı olması şart olmayıp, kuvvetli olmaları yeterlidir.¹⁷¹

3. koşul, hastanın ölüm istemini herhangi bir kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde açıkça dile getirmesidir.¹⁷² Örneğin büyük bir sancı nöbeti sırasında ortaya atılmış ölüm isteği, kabul edilemez. Hasta bütün bilgiler eksiksiz olarak kendisine verildikten sonra, ölüm istemini tam bir bilinç içinde, düşünce değiştirmesine olanak bırakacak yeterli bir zaman aralığında, bir kaç kez yinelemiş olmalıdır.¹⁷³ Herşeye rağmen yaşamak isteyen bir hastaya ötanazi uygulanamaz. En ağır hastaların dahi yaşama isteklerine saygı gösterilmelidir.¹⁷⁴

Dördüncü koşul, ötanaziyi uygulama yetkisinin kime verileceği ile ilgilidir. Bazı yazarlar yaşama son verme eylemini mutlaka bir hekimin gerçekleştirmesi gerektiğini savunurlar. Bu görüşe göre örneğin çok sevilen bir kişinin acı çekmesine dayanamayıp öldürülme isteğini yerine getirmenin, ötanaziyle hiçbir ilgisi yoktur.¹⁷⁵ 2. görüşü savunanlara göre ise doktorlar

¹⁶⁷ Gifford E.A., Artes Moriendi: Active Euthanasia And The Art Of Dying, UCLA Law Review, August, 1993, U.40 , N.6, s. 13

¹⁶⁸ Artuk M.E., s. 302

¹⁶⁹ Bafra J., s. 7

¹⁷⁰ Eroğul C., s.49

¹⁷¹ Artuk M.E., s.302

¹⁷² Opsahl T., The Right To Life, in (Edited by, Macdonald R. St. J.- Matscher F.- Petzold H.) , The European System For The Protection Of Human Rights, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, Boston-London, s.221 ; Eroğul C., s. 49; Artuk M.E., s.303

¹⁷³ Eroğul C., s.49

¹⁷⁴ Artuk M.E., s.303

¹⁷⁵ Eroğul C., s. 49 ; Gündüz T.-Öner S.-Çınar T.-Din H., s. 82 ; Ataç A.- Erdem L., Atanazi Ve Organ Aktarım Etiği, Ötanazi ile İlgili Bir Anket Çalışması , TE, C.4, S.2, Ağustos 1996, s.72 ; Özkaya I., Euthanasia, Düşünceler, Y.9, S.8, Şubat 1995, s. 45

dışındaki kimselerin tedavisi mümkün olmayan hastaları öldürmeleri de ötanazi tanımına girmektedir¹⁷⁶

C. Türleri

İyileşmesi mümkün olmayan kişinin yaşamına etkin ve edilgin olmak üzere iki şekilde son verilebilir. Bu ötanazi çeşitleri aktif ve pasif ötanazi adını almaktadırlar.¹⁷⁷

Aktif ötanazi, iyileşme olanağı bulunmayan hastaları dayanılmaz ve sürekli acılardan kurtarmak amacıyla icrai bir hareketle öldürmek anlamına gelmektedir.¹⁷⁸ Pasif ötanazide (Ortotanezi) ise hastanın iradesine uygun olarak yaşamı uzatan bir tedavinin uygulanmasını veya buna devam edilmesini ihmal etmek sözkonusudur. Hastanın hayatını uzatan müdahale yapılmayarak hastanın ölümü gerçekleşmektedir.¹⁷⁹ Pasif ötanazide ölüm olayı, birşey yapmamanın sonucu iken, aktif ötanazide somut bir öldürme söz konusu olmaktadır.¹⁸⁰

Hekim hastasının ağrılarını dindirmekle yükümlüdür. Zorunlu olarak kullanılan ağrı dindirme yöntemleri hastanın yaşamını kısaltabilir ki buna dolaylı ötanazi denilmektedir. Hekim hastasına danışarak ölümün çabuklaşmasına yol açabilecek yöntemler kullanabilir. Burada amaç ağrıyı dindirmektir. Bu uygulamaya izin verilmesi ahlaken haklı bulunmakta ve hastanın rızasının hekimin eylemine meşruiyet getirdiği kabul edilmektedir.¹⁸¹

Özellikle nazi döneminde uygulanmış olan hasta, sakat ve yönetimin istemediği kişilerin öldürülmesi anlamına gelen ve toplumsal refahı sağlamak için öngörülen ötanazi¹⁸² ile sakat doğan bebekler ile bilincini

¹⁷⁶ Artuk M.E., s.303; Öztürel A., Ötanazi, AÜHFD, C.14, S.1-4,1957, s.270

¹⁷⁷ Artuk M.E., s.202, Eroğul C., s.49, Bayraktar K., s.150

¹⁷⁸ Gören Z., Anayasa Hukukuna, s.379; Okechukwu S.N., s.219, Eroğul C., s.49, Dönmezer S., Kişilere, s.29; Arslan A., s.30; Gündüz T.-Öner S.-ÇınarT.-Din H., s.82

¹⁷⁹ Gören Z., Anayasa Hukukuna, s.380, Okechukwu S.N., s.217, 93-82; Dönmezer S., Kişilere, s.30,31

¹⁸⁰ Eroğul C., s.49

¹⁸¹ Okechukwu S.N., s.217, Eroğul C., s. 51 ; Dönmezer S., Kişilere, s. 29

¹⁸² Przetacznik F., s.596,597; Okechukwu S.N., s. 221; Kamay B.T., s.2 ; Çağlayan M.M., s.6

yitirmiş yaşlıların öldürülmesi¹⁸³ ise konumuzun dışında kalmaktadırlar. Çünkü bir ölüm hakkından sözdebilmemiz için aranan olmazsa olmaz koşullardan birisi ilgili kişinin açıkça rıza göstermesidir. Yaşamaya değeri olmadığı düşünülen bazı insanların imha edilmesini kabul edilemez bulmaktayız.¹⁸⁴

D. Doktrinde Yeralan Görüşler

Ötenazi yapılması gerektiğini düşünen ya da ötanaziye karşı olan pekçok yazar vardır.

a. Ötanaziye Reddeden Görüşler

Ötanaziye karşı olan görüşler şöyle sıralanabilir:

Ötanazinin ancak tedavisi mümkün olmayan durumlarda, hastanın öleceğinden kesinlikle emin olduğu zaman yapılacağı koşul olarak ileri sürülmektedir. Ancak ötanaziye karşı olanlara göre tıp her geçen gün ilerlemektedir ve bugün tedavi edilemeyen bir hastalığın yarın tedavisi mümkün olabilecektir. Doktorların hayatlarından ümitlerini kestikleri birçok hastaların iyileştikleri her zaman görülebilmektedir.¹⁸⁵ Hastalığın tedavisinin imkansız olduğunun mutlak olarak tespit edilemeyeceği, ayrıca teşhis ve tedavide bazı hataların olabileceği ileri sürülmüştür.¹⁸⁶

Ağrı ve ızdıraptan kurtarmak için kişiyi öldürmenin ise doğru olmayacağı, hekimin ağrıyı azaltmak ve hayatı bir müddet daha uzatmakla daha insani hareket edeceği, ağrı ve ızdırabın derecesi ne olursa olsun ilmin ve hekimin görevinin insan ızdırabını azaltarak, ölüme çok yakın devrede de olsa hayatı uzatmaya çalışmak olduğu ileri sürülmüştür.¹⁸⁷ Ayrıca ağrıya karşı hekimlerin silahsız olmadıkları, ağrılara karşı pekçok ilaç ve yöntemin

¹⁸³ Eroğul C., s. 51 ; Bafra J., s.3

¹⁸⁴ Artuk M.E., s. 302

¹⁸⁵ Öztürel A., s. 269 ; Çağlayan M.M., s. 9 ; Bayraktar K., s. 155 ; Arıkan B., Ötanazi, ABD, S.2, 1954, s. 123 ; Öztürk B., Ceza Hukuk Ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, 3. B., Ankara-1994, s. 195

¹⁸⁶ Çağlayan M.M., s.10

¹⁸⁷ Öztürel A., s. 268

bulunduğu belirtilmektedir.¹⁸⁸

Hastaların ölüm istemlerinin serbest iradeleriyle olup olmadığının belirlenmesinin çok zor olduğu, kişinin üstünde yakınlarının ya da doktorun baskısının olabileceği ve hasta bir kişinin çeşitli psikolojik etmenlerle sağlıklı bir şekilde bu kararı verebileceği düşünülmüştür.¹⁸⁹ Kişilerin acı çekerken doğru kararlar vermeleri mümkün değildir. Hastanın ümitsizlik krizi anında ölümü istemesi çok doğaldır. Hasta böyle bir anda yaşamaktan çok acının dinmesini düşünür. Bazı hallerde ise hile, tehdit ya da ilaçlar vermek yoluyla hastanın onayı alınabilir.¹⁹⁰ Ayrıca kendisinin öldürülmesine razı olan kimselerin akli melekelerinin bozulmuş olma olasılığının yüksek olduğu ileri sürülmektedir.¹⁹¹

Ötanazinin kabulüne yapılan en büyük itirazlardan birisi de bu hakkın kötüye kullanabilmeye çok uygun olmasıdır. Örneğin biran önce mirasa konma, bakım yükümünden kurtulmaya çalışma gibi çeşitli nedenlerle hastanın ölümünü isteyen yakınlarının ricasının kabulü ile şifası umulan bir hastayı öldürecek doktorlar çıkması mümkündür.¹⁹²

Yaşam hakkıyla, kişinin kendi yaşamını belirlemek gibi diğer değerleri karşıkarşıya geldiğinde yaşam hakkı karşısında diğer değerlerin göz önüne alınamayacağı¹⁹³ ve bir hekimin görevinin acıları dindirerek kişinin hayatta kalmasını sağlamak olduğu ileri sürülmüştür.¹⁹⁴ Tedavisi o an için mümkün olmayan hastaların ortadan kaldırılması tıbbi gelişmeleri de büyük ölçüde engellemiş olacaktır.¹⁹⁵

Bir diğer görüş te ötanazinin gereksiz olduğunu, ölmek isteyenlerin bunu kendi kendilerine yapabileceklerini belirtir. Yapılan bir diğer itiraz ise kişilerden toplanan vergilerle ötanaziler için harcamalar yapılacak olmasıdır.¹⁹⁶

¹⁸⁸ Kamay B. T., s.4

¹⁸⁹ Kamay B. T., s. 3,4 ; Öztürel A., s.269

¹⁹⁰ Öztürel A., s. 269

¹⁹¹ Erem F., Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuk, C.4, Özel Hükümler, 3.B., Ankara 1985, s.289

¹⁹² Çağlayan M.M., s. 8, ; Bayraktar K., s. 155 ; Gifford E. A., s. 11

¹⁹³ Okechukwu S. N., s. 220

¹⁹⁴ Öztürel A., s. 270 ; Bayraktar K., s. 154

¹⁹⁵ Bayraktar K., s. 155

¹⁹⁶ Gifford E. A., s. 11

B. Ötanaziye Savunan Görüşler

Öteneziyi benimseyen görüşler ise şöyle özetlenebilir:

Kişilerin tedavi edilemeyecek noktada olmasını tıp belirleyebilecektir. Özellikle hastalığın ilerlemiş safhalarında böyle bir hata yapılması olasılığı son derece düşüktür.¹⁹⁷ Çağdaş tıbbın bilimsel verilerine ulaşmış, insanın sağlıklı yaşamını amaçlamış, güvenilirliği yüksek sınırdaki bulunan, iyileştirme sanatının ustaları olan hekimlerin "iyileşmenin mümkün olmadığı" kararına saygı duymak gereklidir.¹⁹⁸

Ötanazinin intihara benzer bir kavram olduğu, intihar nasıl cezalandırılmıyor ise, bunun üçüncü şahıslar tarafından yerine getirilmesinin de cezalandırılmaması gerektiği ileri sürülmüştür.¹⁹⁹

Ötanazinin hekimler tarafından kötüye kullanılabileceği görüşüne karşı bu tür doktorların ancak istisna oldukları, yakınların kötüye kullanabileceklerine karşı ise onların ötanaziye başvurmadan da isteseler aynı sonucu elde edebilecekleri belirtilmiştir.²⁰⁰

Ötanazi hakkının kişilerin isterlerse kendi kendilerine ölebilecekleri gerekçesiyle verilmemesi gerektiği görüşüne karşı, kişilerin ağır hastalık durumlarında çoğu kez insanca ölemeyecekleri belirtilmiştir. A.B.D.'de televizyon 12 kez ölme teşebbüsünde bulunan ağır hasta bir kadını göstermiştir. Kadın sonunda kocasının gözleri önünde kafasının üstüne plastik bir çanta yerleştirilerek 13. denemesinde kendini öldürmeyi başarmıştır.²⁰¹

Ötanazi için yapılacak harcamaların vergilerden karşılanacağı eleştirisine ise şu görüşle karşı çıkılmaktadır: Eğer vergi mükelleflerinin kürtajdan ötanaziye, ötanaziden savaşa, ahlaki yönden tartışmalı uygulamalara itirazlarının bunları geçersiz kıldığı farzedilseydi hükümet felç olurdu.²⁰²

Ölecek olan hastaya ayrılan para ile tedavisi mümkün hastalıklardan ölümlerin azaltılabileceği, işgal edilen tıbbi aletlerin başka

¹⁹⁷ Artuk M.E., s. 305

¹⁹⁸ Gündüz T.-Öner S.-Çınar T.-Din H., s. 87

¹⁹⁹ Bayraktar K., s. 151 (Aktaran)

²⁰⁰ Artuk K., s. 306 (Aktaran)

²⁰¹ Gifford E. A., s. 12

²⁰² Gifford E. A., s. 13

hastalarda kullanılabileceği öne sürülmektedir.²⁰³

Ferri'ye göre insanın kendi hayatı üzerinde doğal bir yetkisi vardır.²⁰⁴ Kişiler kendi ölümlerine ilişkin olarak kendi yazgılarını belirleyebilmelidirler. Korkunç acılar içinde kıvranan ve tedavi olanağı bulunmayan hastalar insanlığını yitirmeden ölebilmelidir. ümitsiz bir durum olunca ötanazi en az yaşam kadar kutsal bir haktır.²⁰⁵

Kişinin acı çekmemek ve sevdiklerine acı çektirmemek isteğine, insan onuruna yakışır bir şekilde ölme isteğine saygı gösterilmesi gerektiği, kaçınılmaz sonun acılar içinde umutsuzca uzatılmasının insanlığa sığmayacağı, tıp çaresiz ise ötanaziden daha iyi bir çözümün olamayacağı ileri sürülmektedir. Hastaların insan onuruna yakışır bir şekilde ölme isteği kişilerin bir temel hakkı olarak kabul edilmelidir.²⁰⁶

F. Pozitif Hukuk

a. Karşılaştırmalı Hukuk

Ülkelerin düzenlemelerine ve uygulamalara bakıldığında pasif ötanaziye, aktif ötanaziye nazaran daha yumuşak bir tavır takınıldığı göze çarpmaktadır. Böyle bir hakkın tanınması ve modern tedavi yöntemlerinin iyileşemeyecek hastalara uygulanmaması yönünde akımlar vardır. Avrupa Konseyi Asamblesi hastanın haklarına ilişkin bir karar kabul ederek, bu sorun üzerinde üye devletleri düşünmeye ve mevzuat değişikliği yapmaya davet etmiştir.²⁰⁷ 1981 tarihli 34. Dünya Hekimler Kurultayında kabul edilen Lizbon Bildirisinde" hastanın saygın bir şekilde ölmeye hakkı vardır" hükmü yer almaktadır. Dünya Sağlık Örgütü ile Avrupa'daki Tabip Birliklerinin 1992 yılında Roma'da yaptıkları toplantıda ise hastaların tıbbi bakım ve tedavi haklarının garantiye alınması konusunda görüş birliğine varılmış ve 10. maddede hastaların mevcut bilgi gereği ölçüsünde acılarının giderilmesi hakkına sahip oldukları, 11. maddede ölümcül hastaların son günlerinde

²⁰³ Gündüz T.-Öner S.-Çınar T.-Din H., s. 87

²⁰⁴ Çağlayan M.M., s.7 ; Öztürel A., Ötanazi, AÜHFD, C.XIV, 1957, S.1-4, s.266; Artuk E.M., s. 25

²⁰⁵ Bafra J., s. 14

²⁰⁶ Gündüz T.-Öner S.-Çınar T.-Din H., s. 87

²⁰⁷ Kaboğlu İ.Ö. , Özgürlükler Hukuku, s. 164

onurlu bir biçimde ölme hakkına sahip oldukları belirtilmiş, böylece tedavisi mümkün olmayan hastaların, onurlu bir ölüm hakkına sahip olduğu kabul edilmiştir.²⁰⁸

Hollanda hariç²⁰⁹ bütün ülkelerde aktif ötanazi ciddi bir cürüm olarak kabul edilmektedir. Pasif ötanazi ise kabul edilir görünmektedir.²¹⁰ .A.B.D.'de Kaliforniya Devletinin ölüm sürecinin yapay uzatılmasını önleyen 30.9.1976 tarihli yasası vardır ve A.B.D.'de 15 kadar Devlet buna benzer yasalar kabul etmişlerdir.²¹¹

Faildeki ızdıraplara son verme saiki , acıma duygusu ve mağdurun içinde bulunduğu durum dolayısıyla faili etkileyişi gerekçelerine dayanarak pekçok ülkede ötanazi kasten adam öldürme suçuna oranla daha az cezalandırılmaktadır. Bu ülkeler İtalya, Norveç, Avusturya, Yunanistan, Polonya, Romanya, F.Aimanya, Danimarka olarak sayılabilir. ²¹² Fransa, İngiltere gibi ülkelerde ise bu konuda herhangi bir düzenleme yapılmamıştır.²¹³

Ötanazi Güney Amerika'da iki ülke olan Kolombiya ve Uruguay 'da kabul edilmiştir. Bu ülkelerin ceza yasalarına göre acıma saikiyle işlenen adam öldürme suçunda mahkeme cezaya hükmetmekten kaçınabilecektir.²¹⁴ İngiltere ve A.B.D.'de ötanazi yapılabilmesi için hakimden karar almak tarzında bir uygulama vardır ve A.B.D.'de bu konuda geniş bir içtihad oluşturulmuştur.²¹⁵

²⁰⁸ Değer M., Ötanazi Konusunda Yaptığımız Bir Anket Çalışması, Dirim, Aylık Tıp Dergisi, 1994, Ocak-Şubat -Mart, S.33, s.5 ;93-86

²⁰⁹ Hollanda'daki düzenleme konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Eroğul C., s. 47,48

²¹⁰ Dönmezer S., Kişilere, s. 31

Mukayeseli hukukta ötanazi için bkz.Bafra J., s. 29 vd.

²¹¹ Kaboğlu İ. Ö., Özgürlükler Hukuku, s. 155; Artuk M. E., s. 83 ; Ayrıca bkz.Yalkut N., Mukayeseli Hukuk Açısından Ölümünü İsteyen Şifasız Hastaların Öldürülmesi Suçu, Yasa Hukuk Dergisi, Haziran-1978, C.1, S.6, s. 1004

²¹² Ayrıntılı bilgi için bkz. Artuk M.E., s. 308,309

²¹³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Bafra J., s. 31

²¹⁴ Gündüz T.-Öner S.-Çınar T.-Din H., s. 83; Artuk M.E., s.313

²¹⁵ Dönmezer S., Kişilere, s. 30 ; Gifford E.A., s.11 vd.

b. Türkiye’de

Türk Ceza Kanunu’nda ötanaziyle ilgili bir hüküm yoktur. Doktrinde genellikle ötanazi kasten adam öldürme suçu olarak kabul edilmektedir. Hatta şartları varsa bu gibi hallerde ağırlaştırıcı sebeplerin (Türk Ceza Kanunu md.449,450) uygulanması gerektiği ileri sürüldüğü gibi²¹⁶ hakimın takdiri hafifletici sebepler (Türk Ceza Kanunu md.59) kurumuna başvurarak cezayı indirebileceği de belirtilmektedir²¹⁷

1997 tarihli Türk Ceza Kanunu tasarısı 137. maddesiyle “acıyı dindirme saiki” başlığıyla ötanaziye ilişkin hüküm getirmektedir. 137. madde metni şöyledir: “İyileşmesi kabil olmayan ve ileri derecede ızdırap verici bir hastalığa tutulmuş bulunan kimsenin, şuuruna ve hareketlerinin serbestliğine tam olarak sahip iken yaptığı ısrarlı talepleri üzerine ve sadece hastanın ızdıraplarına son vermek maksadıyla öldürme fiilini işlediği sabit olan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis verilir.”

c.Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde ötanaziye ilişkin bir hüküm yer almamaktadır. Ancak Sözleşmeye göre, yaşam hakkının garanti altına alındığı, yaşamayı sürdürme ödevinin olmadığı ve vicdanların, dinin , moral ya da yasal kuralların dikte ettiklerinin aksine asıl bir yaşam hakkının ölme hakkını da içerdiği öne sürülmektedir.²¹⁸ Ötanazinin sözleşmeyle çatışır görünmediği²¹⁹ , yaşam hakkının diğer haklarla özellikle 3.220 maddedeki hak ile birlikte değerlendirmeye tabi tutulması gerektiği ve insan yaşamıyla bitkisel yaşam arasındaki çizginin belirlenmesi gereği vurgulanmaktadır.²²¹

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi uygulamasında Komisyon vermiş

²¹⁶ Dönmezer S., Kişilere, s. 33vd.

²¹⁷ Dönmezer S., Kişilere, s. 32

²¹⁸ Macdonald R.St. J., The European System For The Protection Of Human Riggths, F. Matscher And H. Petzold Martinus Nijhoff Publishers , Boston-London, s. 221

²¹⁹ Robertson J.G.- Merrils J.G.,Human Rights in Europe, Manchester Univesty Press, Manchesten-Newyork, s. 32; Dijk van P.-Hoof van G.J.H.,Theory And Practice Of The European Convention On Human Rights, Kluwen Law Publishers, 1990, s.222

²²⁰ Sözleşmenin 3. maddesine göre " Hiçkimse işkenceye, gayriinsani yahut haysiyet kırıcı muameleye tabii tutulamaz.3

²²¹ Dijk van P.-Hoof van G.J.H., s.222

olduğu bir kararda , sözleşmenin 2. maddesinin pasif ötanazi durumunda ülkelere bunu suç haline getirme yükümlülüğü yüklediği konusunda karar vermiştir. Ancak aktif ötanazi söz konusu olsaydı Komisyonun kararı farklı olabilirdi. Sözleşmenin aktif ötanaziye yasaklayıp yasaklamadığı konusu belirsizdir ve şimdiye dek buna ilişkin bir karar verilmemiştir. Böyle bir durumla karşı karşıya kalınır ise büyük bir ihtimalle kürtaj sorununda olduğu gibi devletlere yapacakları düzenlemeler konusunda takdir hakkı tanınacaktır.²²²

F.Genel Değerlendirme

Bize göre, tedavisi mümkün olmayan ve çok büyük acılar çeken hastaların kendi rızaları üzerine, hekim tarafından tedavilerinin sona erdirilmesine, yani pasif ötanaziye hukuk düzeni olumlu bakabilmelidir. Herne kadar yaşam hakkı vazgeçilemeyecek nitelikte bir hak olsa da artık insanca yaşamaktan yoksun kalmış, korkunç ızdırap çeken hastaların tedavi kabul etmeme hakları bulunmalıdır. Ancak bunun için dahi sıkı düzenlemeler getirilmelidir. Pasif ötanazinin uygulanabilmesi için, hekimin tedavinin mümkün olmadığını tespit etmesi ve hastanın rızasının da açık ve kesin olduğunun belirlenmesi resmi olarak belirlenmelidir. Bu şartlar altında tedaviyi bırakan hekim sorumlu tutulmamalıdır. Böyle bir düzenleme kişilerin insan onuruna yakışır bir şekilde ölmelerini²²³ sağlayacaktır.

Aktif ötanaziye yaşam hakkının vazgeçilmezliği ile bağdaştırabilmek mümkün görünmemektedir. Bir hukuk devletinin birincil görevi kişilerin yaşam haklarının sağlanması olduğuna göre, kişiler ölümcül hasta olsalar dahi onların 3. kişiler tarafından öldürülmesine göz yumulamaz. Ancak öldüren kişiler sadece acıma hissiyle hareket etmişlerse onlara dahi hafif cezalar verilebilmelidir.

Aktif ötanazinin serbest bırakılması kişilerin yaşam hakları bakımından pekçok olumsuzluğu beraberinde getirecektir. Böyle bir hak verildiğinde kişiler belki de sonradan geçebilecek ümitsizlik krizleri sonunda ölüm kararı vereceklerdir.²²⁴ Oysa gerek devletin gerekse hekimlerin görevi

²²² Harris DJ- O'Boyle M.- Warbrick C., Law Of The European Convention Human Rights, Butterwords, London-Dublin- Edinburg, s.38,39

²²³ Gören Z., Anayasa Hukukuna, s. 379

²²⁴ Öztürel A., s. 4

kişilerin yaşamalarını sağlamaktır. Tedavi tıkanıp ta çaresiz kalındığında hekim hastaya yardımcı olup, şikayetlerini en aza indirmeye çalışmalıdır. 225

Aktif ötanazi hakkı tanındığında hastanelerde bulunan ölümcül hastalar, kendilerinin toplum için yük olduklarını hissedecekler, zaten ağrı ve acıların ruhsal durumlarını bozmasıyla doktorların ve yakınlarının, kendisinin ölmesini isteyebileceklerini düşünecektir. Bir kişinin yardımla ölmesine izin vermek bazı hayatların yaşamaya değmeyeceği iddiasını güçlendirecektir. 226

Çok ağrı çeken ve ölmek üzere olan insanlar bile kendilerine iyi bakım ve ilgi sağlandığında yaşamaya bağlanacaklardır. Bu kişilere ölecekleri hissettirilmeden, yüksek bir moral ortamı sağlamanın yolları aranmalıdır. Her çeşit araçla hasta iyileştirilmeye çalışılıp, hastanın acısını arttıracak şeylerden kaçınarak, hastanın morali yüksek tutulmaya çalışılmalıdır. 227 Hastayla iletişim kurulması için mutlaka psikolog ya da psikiyatristlerden yardım alınmalıdır. Aktif ötanazi konusunda devlete düşen görev buna ilişkin hukuksal yollar açılması değil, devletin tedavi ve bakım hizmetleri konusunda sosyal devletin gereği olarak yurttaşlara tıbbın olanaklarının sunulması olmalıdır. 228

Aktif ötanazi için getirilebilecek tek istisna kendi başına hareket etmekten yoksun, dayanılmaz acılar çeken ve tedavi edilmesi mümkün olmayan bir kişinin ölmek istemesi üzerine, hekimlerden oluşan bir kurulun yaşamına son vermesine karar vermesi olmalıdır. Kendi kendine ölme yeteneğinden dahi yoksun bir kişi için, belli aralıklarla rızası alınmak üzere kurulun oybirliği ile yaşamına son verilmesine karar verilmesi kişinin onurlu bir şekilde ölme hakkına uygun olacaktır.

225 Arslan A., s. 31

226 Gifford E.A., s. 14

227 Bafra J., s. 9

228 Öndül H., İnsan Hakları Yazıları, Ocak-1997 Ankara, s.22

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

YAŞAM HAKKININ SINIRLANDIRILMASI

I.TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN SINIRLANDIRILMASI SİSTEMİ

1. Genel Olarak

Herkesin her istediğini yapabildiği bir toplumda, ortaya pekçok kargaşa çıkacaktır. Sınırsız özgürlük belki hayal aleminde yaşanabilir, fakat bunun sosyal çevre içinde gerçekleşmesi imkansızdır. Bu yüzden devletin ve toplumun var olabilmelerini ve sürekliliğini sağlamak için, özgürlükleri sınırlamak kaçınılmaz bir zorunluluk olarak karşımıza çıkar. Özgürlüklere bazı sınırlar koymak kamu düzeni ve toplum hayatı bakımından gereklidir.¹ Özgürlüklerin bir düzen içinde bulunmaları ve onlardan yararlanmanın belli koşullara bağlanmasının amacı diğer öznelerin özgürlükten yararlanmasını sağlamak ve bunların kötüye kullanılmasını önlemektir.²

Temel haklar Anayasaların meşru gördüğü müdahaleye göre, basit yasa sınırlamalı temel haklar, nitelikli yasa sınırlamalı temel haklar, ve sınırlamasız temel haklar olmak üzere üç tipe ayrılmaktadırlar. Basit yasa kaydı Anayasanın müdahaleye sadece bir yasayla izin verdiği temel haklarda söz konusudur. Müdahale eden yasadaki özel isteklerde bulunulması söz konusu değildir. Anayasanın müdahalelerin yasayla yapılabileceğini istemekle kalmayarak, yasanın belli niteliklere sahip olmasını istediği temel haklarda nitelikli yasa kaydı vardır. Yasa sınırlamasına tabi olmayan haklarda Anayasa yasa ile hiçbir sınırlama öngörmez.³

Temel haklar kendi içinde bulunan, doğasından kaynaklanan sınırlara tabi olabilirler. Temel hakların düzenlendikleri maddelerde yer alan

¹ Kapani M., Kamu Hürriyetleri, 7. B. Ankara 1993, s.228

² Kaboğlu İ. Ö., Özgürlükler Hukuku, İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı Üzerine Bir Deneme, 2. B., İstanbul 1994, s. 58

³ Gören Z., Temel Hak Genel Teorisi, 3. B., Ankara 1995, s. 88 ; Gören Z., Anayasa Hukukuna Giriş, İzmir 1997, s.358

bu sınırlamalara temel hak içeriksel sınırlar denmektedir. 4 Temel haklar sistematik açıdan birbirleriyle ve diğer Anayasa kurallarıyla öylesine sınırlanmış durumdadırlar ki sınır içermeyen temel haklar dahi kullanılmaları diğer temel haklar ve anayasal değerlerle çatışıyorsa sınırlarını bu çatışan Anayasa Hukukunda bulurlar. Bu sınırlara Anayasa içeriksel sınırlar denilmektedir.⁵

1982 Anayasasının 13. maddesi tüm temel haklar için geçerli olan nitelikli yasa sınırlaması öngörmektedir. Anayasamız özgürlüklerin sadece yasayla sınırlanabilmesinin yeterli olup, yasanın herhangi bir özelliğe sahip olmasının aranmadığı basit yasa sınırlaması modelini benimsememiştir. Ayrıca 1982 Anayasası temel hakların bazı özgürlüklerin hangi nedenle olursa olsun hiç sınırlanamayacağını ileri sürmeye elverişli olan yasa sınırlamasına tabi olmaması halini de benimsememiştir⁶

1982 Anayasasının 13. maddesine göre tüm temel hak ve özgürlükler kanunla sınırlanabilecektir. Yapılacak sınırlama ya 13. maddede sayılan genel sınırlama nedenlerine ya da ilgili maddede öngörülen sebebe dayanılarak, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmadan ve ölçülülük ilkesi çerçevesinde gerçekleştirilebilecektir.

13. maddedeki genel sınırlama sebepleri tüm temel haklar için geçerlidir.

Bilindiği gibi, 1982 Anayasası temel hak ve özgürlükler rejimi açısından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin etkisi altında hazırlanmıştır ve Sözleşmeye sıkı bir uyum sağlama gereği duyulmuştur. 7 1982 Anayasasının "Temel Hak Ve Hürriyetlerin Sınırlanması" kenar başlıklı 13. maddesinde düzenlenen, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasına ilişkin bazı ilkeler de

4 **Gören Z.**, Temel Hak , s.88: Örneğin, Anayasa md. 36'ya göre hak arama özgürlüğünün koruma alanına meşru vasıta ve yollardan faydalanarak hak arama girer. Anayasa md. 32'ye göre düzeltme ve cevap hakkı , ancak kişilerin haysiyet ve şerefine dokunana ve kendileriyle ilgili gerçeğe aykırı yayınlar yapılması halinde tanınır. Ayrıca bkz. **Özbudun E.**, Türk Anayasa Hukuku, 4. B., Yetkin Yay., Ankara-1995, s.79 ; 74-82; **Sağlam F.**, Temel Hakların Sınırlanması Ve Özü, S.B. F. , İnsan Hakları Merkezi Yay., Ankara-1982, s.47-53,128-136; **Kuzu B.**, Türkiye Cumhuriyeti Anayasalarının İnsan hakları Açısından Karşılaştırılmalı Olarak İncelenmesi, İÜHF, C.LIV,1991,1994, s.82

5 **Gören Z.**, Temel Hak, s.89; **Gören Z.**, Anayasa Hukukuna, s. 360

6 **Gören Z.**, Temel Hak, s.90; **Gören Z.**, Anayasa Hukukuna, s. 361

7 **Soysal M.**, İnsan Hakları Açısından Temel Hak Ve Özgürlüklerin Niteliği, AY, Ankara -1987, s.42,43

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinden alınmıştır. Gerçi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde 1982 Anayasasındaki 13. maddeye benzer genel bir sınırlama maddesi yer almamaktadır; hatta bu yönüyle 13. madde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile çelişmektedir. Ama gerek 13. maddede gösterilen genel sınırlama sebeplerinin, gerekse temel hak ve özgürlüklerin düzenlendiği maddede gösterilen özel sınırlama nedenlerinin bazılarının , Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde temel hak ve özgürlüklerin düzenlendiği ilgili -özellikle 5,8,9,10,11.- maddelerde yer aldığı görülür.⁸ Buna karşılık 1982 Anayasası, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması konusunda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesindeki; kanunla sınırlama, sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmaması, öngörülen amaç dışında sınırlama yasağı, sınırlamanın durumun gerektirdiği ölçüde olması ve sınırlamanın uluslararası hukuktan doğan yükümlülükleri ihlal etmemesi ilkelerini aynen almıştır.⁹

1982 Anayasanın 15. maddesi temel hak ve hürriyetlerin durdurulmasına ilişkindir ve bu hüküm Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinden alınmıştır. Her iki düzenleme aynı madde numarasını taşımaktadır. 1982 Anayasasının 15. maddesine göre, "Savaş, seferberlik, sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir." Anayasada sayılan bazı hak ve hürriyetlerin savaş, seferberlik, sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde bile durdurulamayacağı belirtilmiş ve ilgili maddede bu hak ve hürriyetler şöyle sayılmıştır: "Savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler ve ölüm cezası dışında kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararıyla saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz."

⁸ Efe T., 1982 Anayasasına Göre Temel Hak Ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması, Askeri Adalet Dergisi, Y.25, Eylül 1997, S. 100, s.19; Kuzu B., s. 81

⁹ Efe T., s.19; Yüzbaşıoğlu N., Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku, İstanbul-1993, s.51

2- Sınırlamanın Sınırları

A. Kanunla Sınırlama

Demokratik hukuk devletlerinde öteden beri kabul edilmiş ve yerleşmiş olan temel kural gereğince, özgürlüklerin sınırlandırılması ancak kanun yoluyla yapılabilir.¹⁰ Bütün modern hukuk devletlerinde olduğu gibi, 1924, 1961 ve 1982 Anayasaları da (md. 13) özgürlüklerin kanunla sınırlandırabileceği kuralını benimsemişlerdir.

Anayasanın 13. maddesinde kullanılan kanun sözcüğünden ne anlamak gerekir? Şekli anlamda kanun mu kastedilmektedir yoksa maddi anlamda doğrudan uygulanabilir hukuk kuralları içeren kanun hükmünde kararname, tüzük, yönetmelik gibi herhangi bir düzenleme yeterli midir?

Bu sorulara kesin cevap verebilmek için, her bir bireysel temel hak ve özgürlük için Anayasada kullanılan ifadelerle başvurmak gerekir. Anayasada, her temel hak ve özgürlük için "kanunla", "kanunda düzenlenen", "kanunda gösterilen", ve "kanunun açıkça gösterildiği hallerde" gibi farklı ifadeler kullanılsa da, bundan, gerek temel hak ve özgürlüklerin içeriğini belirleme şeklindeki genel yetkinin ve gerekse bunları kısıtlama yetkisinin mutlaka şekli anlamda bir kanunla kullanılmasının zorunlu olduğu anlaşılmaktadır. 13. maddenin ifade tarzı da bu görüşü doğrulamaktadır.¹¹

Anayasa, hukuk devletinin doğal bir sonucu olan idarenin hukuka bağlılığı ilkesinden hareketle, temel hak ve özgürlüklerin içerik ve kapsamını belirleme ve bunları kısıtlama yetkisini, idarenin takdirine değil, yasama organına bırakmıştır.¹² İdare, tüzük ve yönetmeliklerle temel hak ve özgürlükleri sınırlayamaz.¹³

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Divanı, Sözleşmede öngörülen kanun kavramından ne anlaşılması gerektiği konusunda bir tanımlama yapmamıştır. Her iki organ da konuyu üye devletlerin kendi iç hukuklarına bırakmış, üye devletler hukukuna göre kanun olarak kabul edilen

¹⁰ Kapanı M., s.230 ; Mumcu A., İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri, Ankara 1992, s. 256 ; Tanilli S., Devlet ve Demokrasi, Anayasa Hukukuna Giriş, 7. B., İstanbul 1993, s.179

¹¹ Ünal Ş., Anayasa Hukuku Ve Milletlerarası Sözleşmeler Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Kısıtlanması, AY, Ankara 1995, s. 45

¹² Ünal Ş., s.45

¹³ Ele T., s.20

düzenlemeler, sözleşme anlamında kanun olarak kabul edilmiştir.¹⁴

Sınırlamaların kanunla, yasama organı tarafından yapılması, bazı güvenceler sağlamaktadır. Bu güvenceler iki noktada toplanabilir. Birincisi, kanunlar parlamentoda açık görüşme ve tartışma yöntemleriyle hazırlandıklarından, özgürlüklerin düzenlenmesinde kamuoyunun etkin denetimi sağlanmış olmaktadır. İkinci olarak, yasalar herkes için geçerli, genel kurallar içerdiklerinden özgürlüklere getirilecek sınırlamaların objektifliği sağlanmış olmakta, sözkonusu sınırlamaların belirli kişi ya da grupları hedef alması önlenmektedir.¹⁵

Kanun terimi kuşkusuz , yalnızca şekli anlamda bir yasanın varlığını ifade etmemektedir. Parlamentonun yasa yapılması prosedürüne uygun olarak kabul ettiği her metin, yasal düzenleme koşulunu gerçekleştirmez. Kanunun içeriği bakımındanda bazı özellikler taşıması gerekmektedir¹⁶

Kanun öncelikle belirginlik ilkesi gereğince açık ve belirgin olmalıdır. 17 Kanun ile getirilen sınırlama hükümleri uygulayıcıların kişisel görüş ve anlayışlarına göre değişmeyen açıklık ve kesinlikle ifade edilmelidir. İkinci olarak, kanun ile getirilen sınırlamalar ileride yapılacak düzenleyici işlemler bakımından yeterince somut olmalıdır. Burada amaçlanan, sınırlama getirilen kanuna dayanılarak yapılacak düzenleyici işlemin, kanunda öngörülenin dışında yeni bir sınırlama getirmesinin önlenmesidir.¹⁸

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi uygulamasında kanun kavramı "anlamı kolayca anlaşılabilinen ve kolayca ulaşılabilen" bir kuralın, normun varlığı olarak değerlendirilmektedir. Yani belirsiz, içeriğinin ne olduğunu tayinde güçlük çekilen bir kural, mevcut kanun hükmü, norm sayılmamaktadır.¹⁹

¹⁴ Ünal Ş., s.48

¹⁵ Kapani M., s.31 ; Uygun O., 1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Temel Rejimi, İstanbul 1992, s. 90 ; Tanilli S., s.180; Kaboğlu İ. Ö., Özgürlükler Hukuku, s.59; Efe T., s.21

¹⁶ Uygun O., s.92

¹⁷ Gören Z., Temel Hak , s. 96; Gören Z., Anayasa, s.368

¹⁸ Uygun O., s. 92

¹⁹ Gölcüklü F., İnsan Hakları ve İnsancıl Hukuk Bağlamında Yaşam Hakkı Sempozyumunda Sunulan Tebliğ, İnsan Hakları Hukuku ve Hukuk Araştırmaları Merkezi Yay., s.47; Kaboğlu İ.Ö., Özgürlükler Hukuku, s.7: Bu başvuruda Kıbrıs yasalarının silahlı kuvvet kullanımı konusunda belirsiz olduğu ve bu durumun sözleşmenin 2. maddesini ihlal ettiği ileri sürülmüştür. Ancak 2. maddenin ,1. fıkrasına bir aykırılık görülmemiştir.

B. Nedene Bağlı Olarak Sınırlama

Yasakoyucuya verilen sınırlama yetkisinin ancak belirli nedenlerle kullanılacağına Anayasalarda belirtilmesi önemli bir güvencedir.²⁰ Nedene bağlılık ilkesi gereğince sınırlama herhangi bir nedenle değil, ancak Anayasada öngörülen genel ya da özel sınırlama nedenlerine dayanılarak yapılabilecektir.²¹ Böylece yasama organı her istediği nedene dayanarak temel hak ve özgürlükleri sınırlayamayacaktır.

Bilindiği gibi 1924 Anayasası temel hak ve özgürlükleri basit yasa kaydına tabi tutmakta ve yasakoyucu istediği nedenle temel hak ve özgürlükleri sınırlayabilmekteydi. 1961 Anayasası döneminde ise 11. maddede sayılan sınırlama sebeplerinin her temel hak ve özgürlük için geçerli olup olmadığı doktrinde tartışma konusu olmuştur. Bir kısım yazarlar ve Anayasa Mahkemesi genel olarak bütün özgürlüklerin sınırlanabileceği görüşündeydiler. Diğer bazı yazarlar ise, Anayasada hangi özgürlüğün hangi nedenlerle sınırlanabileceğinin ilgili maddelerde ayrı ayrı gösterildiğini, eğer Anayasanın 11. maddesindeki hüküm genel bir sınırlamaya imkan vermiş olsaydı, özgürlüklere ilişkin maddelerde ayrıca sınırlama hükümlerinin belirtilmesine gerek kalmamış olacağını ileri sürmüşlerdir. 1971 Anayasa değişikliğiyle 11. maddenin "Temel hak ve hürriyetler... amacı ile veya Anayasanın diğer maddelerinde gösterilen özel sebeplerle ... sınırlanabilir" şeklinde değiştirilmesinden sonra da tartışmalar sürmüştür.²²

1982 Anayasası, 13. maddede getirdiği düzenleme ile temel hak ve özgürlüklerin genel ve özel sınırlama nedenleri ile sınırlanabileceğini hiç kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde belirtmektedir.²³

Bu maddeye göre "temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğin, Cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzenini, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacıyla ve ayrıca Anayasanın ilgili maddelerinde

²⁰ Uygun O., s. 115

²¹ Uygun O., s.78

²² Bu konudaki tartışmalar için bkz. Sağlam F., s. 62-110 ; Soysal M., 100 Soruda Anayasa, 9. B., Kasım-1992, İstanbul, s. 196 ; Özbudun E., s.76-77 ; Tanör B., Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, 2. B. Eylül 1991s. 263; Tanilli S., Devlet ve Demokrasi, Anayasa Hukukuna Giriş, 7. B. Eylül 1993, İstanbul, s.182

²³ Kuzu B., s. 83 ; Özbudun E., s. 78 ; Efe T., s.18

öngörülen özel sebeplerle sınırlanabilir. " Maddenin son fıkrasında, genel sınırlama nedenlerinin temel hak ve özgürlüklerin tümü için geçerli olduğu ayrıca vurgulanmaktadır.

Kendi maddelerinde özel sınırlama sebebi gösterilmiş hak ve hürriyetler hem bunlara hem de genel sebeplere dayanılarak bindirmeli (kümülatif) bir şekilde sınırlanabilecektir.²⁴ 1982 anayasasının getirdiği bu yeni mekanizmayla, 1961 Anayasasının özgürlüklerin sınırlanması konusunda benimsediği kademeli sistemden uzaklaşmış, sınırlamada yasamaya çok geniş bir takdir yetkisi bırakılmıştır. Herbir hak ve özgürlüğün kendi özgül karakterinin haklı ya da haksız kılacağı ve özel sınırlama hükümlerine dayalı bir sistem artık yoktur. Hak ve özgürlükler arasındaki nitelik farkları silinmiş, bunların hepsi aynı disipline, katmerli ve bindirmeli sınırlamaya tabi kılınmıştır.²⁵

Ancak, 1982 Anayasasının 13. maddesinde sayılan sınırlama sebeplerinin bütün temel hak ve özgürlükler için geçerli olması, bütün temel hak ve özgürlüklerin mutlaka ve bu sınırlama sebeplerinin tümüyle sınırlanacağı anlamına gelmemektedir. Genel sınırlama sebepleri, sınırlanacak hak ve özgürlükle bağdaştığı ölçüde sınırlayıcı olabilir. Bazı özgürlüklere niteliği gereği sınırlama sebeplerinin her türü uygulanamaz.²⁶

Belirli bir temel hak ya da özgürlükle ilgili yasanın yapılışı sırasında parlamentoya bir takdir hakkı tanınmaktadır. O sırada, genel ve özel sınırlama nedenlerinden biri, birkaçı ya da hepsi temel alınarak sınırlamaya gidilebilecektir. Soysal'a göre, bu düzenleme bütün özgürlüklerin rastgele sınırlanmasına yol açacak kadar özgürlük düşmanı değildir.²⁷

Anayasada genel sınırlama kuralının kabul edilmiş olmasının, uygulamada kademeli ve farklılaşmış bir sınırlama rejiminin yaratılmasına engel olmayacağı, Anayasa Mahkemesinin, sınırlamaların Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olması ilkesinden yola çıkarak genel sınırlama nedenleri arasında seçilen kavramların ilgili temel hakkın niteliğine uygun

²⁴ Efe T., s. 19

²⁵ Tanör B., s. 265-266 ; Uygun O., s. 137 ; Efe T., s. 19 ; Özbudun E., s. 84

²⁶ Soysal M., 100 Soruda , s. 198 ; Öktem K., Temel Hakların Anayasa'da Korunması, Hakların Durdurulması Ve Demotratik Toplum Düzeni, TİD, Y.64, Eylül 1992, S.396, s. 165 ; Efe T., s. 18 ; Kuzu B., s. 82

²⁷ Soysal M., 100 Soruda, s. 198 ; Aksi görüş için bkz. Tanör B., Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, 2. B., İstanbul 1991, s. 267

düşüp düşmediğini denetlemek durumunda olduğu ileri sürülmüştür.²⁸ Böyle bir denetim ile, yasakoyucunun sınırlama olanaklarının her temel hak için farklı yoğunlukta belirlenmesi mümkün olacaktır.²⁸ 13. maddede sayılan nedenlerden olsa bile bir temel hakkın niteliğine uygun düşmeyen nedene dayanılarak yapılan sınırlama Anayasaya aykırı olacaktır ve bu durum Anayasaya uygunluk denetiminde gözönüne alınacaktır.²⁹ Sınırlamaların Anayasanın sözüne ve özüne uygun olarak yapılacağını belirten 13. madde hükmü de bu yorum biçimini doğrulamaktadır.³⁰

Sınırlama nedenlerinin genel, soyut, içeriği belirsiz kavramlar oldukları ve bu özelliklerinden dolayı belli sebeplere dayanma formülünün güvence getiremeyeceği ileri sürülmüştür.³¹ Sayılan nedenler uygulayıcıların kişisel görüş ve anlayışlarına göre genişleyebilecek, öznel yorumlamaya elverişlidirler.³² Kapsamlarının belirsizliğinin bir sonucu olarak sınırlama nedenlerinin birbirinden kesin çizgilerle ayrılması mümkün gözükmemektedir.³³

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Anayasamızın 13. maddesinde olduğu gibi bir genel sınırlama sebebi yer almamaktadır. Hernekadar Anayasada sayılan sınırlama sebeplerinin Sözleşmenin 8, 9, 10, 11. maddelerinde de yer aldığı belirtilse de,³⁴ Sözleşmede yer alan nedenlerin herbiri düzenlendiği madde için geçerli olmakta ve diğer temel hak ve özgürlüklere uygulanamamaktadır. Hak ve özgürlükler arasında, sınırlama rejimleri bakımından özgül farklar öngören, hak ve özgürlükleri tek bir rejime bağlamayan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile 1982 Anayasası arasında kutuplaşma vardır.³⁵ Avrupa İnsan Hakları Komisyonu De Becker başvurusunda, sözleşmenin özgürlüklerin sınırlanması konusundaki sistemini şöyle açıklamaktaydı: "Sözleşmenin kabul ettiği yöntem, her hak ve özgürlüğü ayrı bir madde olarak belirtmek, ve herbir maddeye sözkonusu hak ve özgürlüğe ilişkin, kabul edilebilir istisnaları eklemekten ibarettir". Nitekim,

²⁸ Uygun O., s. 138

²⁹ Uygun O., s. 120

³⁰ Soysal M., 100 Soruda, s. 199 ; Karşı görüş için bkz. Tanör B., s. 267

³¹ Tanör B., Türkiye'nin İnsan Hakları, s. 273 ; Öktem K., s. 165

³² Öktem K., s. 165

³³ Uygun O., s. 137

³⁴ Kuzu B., s. 821 ; Efe T., s. 19

³⁵ Tanör B. s. 266 ; Kaboğlu İ. Ö., Özgürlükler Hukuku, s. 64

Avrupa Konseyine rapor sunan yabancı uzmanlar, 1982 Anayasasının 13. maddesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırılığını saptamışlardır.³⁶ Raporda ayrıca genel sınırlama hükmüne dayanılarak yaşam hakkı ile zorla çalıştırma yasağının da çiğnenebileceği ileri sürülmüştür.³⁷

C. Anayasanın Sözüne Ve Ruhuna Uygunluk

Anayasanın sözü dendiğinde, genel olarak, Anayasa metninde açıkça düzenlenmiş kurallar anlaşılmaktadır.³⁸ Konuya temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması açısından bakıldığında, sınırlamanın, Anayasanın diğer maddelerinin yanısıra hak ve özgürlüklere ilişkin maddelere ve özellikle bu maddelerde belirtilen ek güvencelere aykırı olmaması gerekir.³⁹

Anayasa sözüyle olduğu kadar, özüyle de bazı kurallar koyar. Bu nedenle, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlamaların Anayasanın özüne de uygun olması gerekir.⁴⁰

Anayasa Mahkemesi de bir kararında, "Anayasa yalnız sözüyle değil özü ile de bir takım kurallar koyar ve yine Anayasanın koyduğu açık kuralların dayandığı hukuk ilkeleri dahi Anayasa kuralları gibi bağlayıcıdır" görüşünü belirtmektedir.⁴¹

Bir Anayasa kuralının tek başına değil, diğer Anayasa kurallarının gözönüne alınarak yorumlanması, Anayasanın bir bütün olarak yorumlanması ilkesidir ve Anayasa yorumunun en önemli ilkelerindendir. Yorum yaparken birbiriyle çatışan amaçlar arasında, Anayasanın değer yargılarını ve temel ilkelerini en güçlü bir şekilde belirgin kılan adaletli bir uyum sağlanmalı, hukukun arabulucu ve bütünleştirici ilkesi belirgin kılınmalıdır.⁴²

Anayasanın sözü ve özüne uygunluk ilkesi, temel hak ve özgürlüklerle ilgili sınırlamaların Anayasa metnine olduğu kadar başlangıç kısmına da uygun olmasını gerektirmektedir. Çünkü Anayasanın 176. maddesi gereğince "başlangıç", Anayasa metnine dahildir. Bu hükmün yanısıra,

³⁶ Tanör B., Türkiye'nin İnsan Hakları, s. 266

³⁷ Tanör B., Türkiye'nin İnsan Hakları, s. 264,265

³⁸ Uygun O., s. 142

³⁹ Özbudun E., s. 80; Efe T., s. 21 ; Kuzu B., s. 89

⁴⁰ Özbudun E., s. 81; Efe T., s. 21; Uygun O., s. 143

⁴¹ E.1967/41;K.1968/57, Kt. 23,24,25.10.1969, AMKD, S.8, s.60

⁴² Gören Z., Anayasa Hukukuna Giriş, İzmir -1997, s. 7

Anayasanın 2. maddesi, başlangıç hükümlerini, "Cumhuriyetin temel nitelikleri" arasında saymıştır.⁴³

Anayasanın sözüne ve ruhuna uygunluk ilkesinden yola çıkılarak 13. maddede sayılan genel sınırlama nedenlerinin her temel hakka uygulanamayacağı, temel hakkın niteliğinin gözönünde bulundurulması gerektiği ileri sürülmüştür.⁴⁴ 13. maddenin son fıkrasında yer alan, "temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerlidir" önermesindeki "geçerlilik" kavramı "Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlama" ilkesiyle birlikte değerlendirilmelidir.⁴⁵

Doktrinde bu görüş eleştirilmiştir. Tanör'e göre Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak yasayla sınırlama ilkesinin işlevi boşaltılmıştır. Çünkü hak ve özgürlükleri hiçbir demokratik ve özgürlükçü ülkede görülmedik biçimde sınırlayan, bunların daha da sınırlanabilmesi konusunda yasamaya yetki veren, yine Anayasanın kendisidir.⁴⁶

Ayrıca sınırlama kavramlarının çokluğu ve belirsizliği de "Temel haklar ve hürriyetler Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabilir" güvencesini anlamsız bırakmaktadır. Anayasanın sözü ve ruhu belirsizleştikçe, kanunla müdahale alanı da esnemektedir.⁴⁷

D. Hakkın Özü Kriteri Ve Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri

1961 Anayasasının temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasına ilişkin düzenlemesi büyük ölçüde F. Alman Cumhuriyeti Anayasası ile paralellik göstermekteydi ve sınırlamanın sınırı olarak hakkın özü kriterini getirmekteydi. 1982 Anayasası hakkın özü kriteri yerine Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nden alınan "demokratik toplum düzeni" ilkesini getirmiştir.⁴⁸

13. maddenin gerekçesinde, demokratik toplum düzeninin kabul ediliş nedeni "getirilen bu kıtas, 1961 Anayasasının kabul ettiği öze

⁴³ Uygun O., s. 144,145

⁴⁴ Uygun O., s. 120-138

⁴⁵ Soysal M., 100 Soruda, s. 196-197

⁴⁶ Tanör B., Türkiye'nin İnsan Hakları, s. 267

⁴⁷ Tanör B., Türkiye'nin İnsan Hakları, s. 273

⁴⁸ Uygun O., s. 89

dokunmama kıstasından daha belirgin, uygulanması daha kolay olan bir kıstastır" şeklinde açıklanmıştır.⁴⁹

Anayasakoyucunun "belirginlik" ve "kolay uygulanabilirlik" şeklindeki gerekçelerinin doktrinde genellikle benimsenmediği görülmektedir. Yazarların çoğu, demokratik toplum düzeni ölçütünün en az öz kadar yoruma açık bir ölçüt olduğu görüşündedirler.⁵⁰ Ayrıca öze dokunma yasağı Anayasa Mahkemesinin uzun yıllar boyu oluşturduğu içtihadıyla açıklığa kavuşturulmuştur.⁵¹

Anayasakoyucunun öz güvencesini kaldırmakla yasakoyucuya daha fazla sınırlama yetkisi vermek istediği ileri sürülmüştür.⁵² Bu görüşe göre, iki ölçüt arasında fark vardır. Demokratik toplum düzeni, sınırlamanın nasıl yapılacağını gösteren nisbi bir ölçüttür. Buna karşılık hakkın özü kriteri yasakoyunun sınırlayamayacağı alanı gösteren mutlak bir ölçüttür. Öz güvencesi her temel hak bakımından kişilere, yasakoyucunun dokunamayacağı bir alan güvencesi vermektedir.⁵³

F. Alman Anayasa Mahkemesince, temel hakların özüne dokunma yasağının somut bir olayda, bir temel hak çekirdeğinin tümüyle çekilip alınmasını mı yasakladığı yoksa Anayasa ile düzenlenmiş ve topluma verilmiş olan garantinin pratikte kaldırılması ile temel hak çekirdeğine dokunulmasını mı engellemek istediği konusu tartışılmıştır. Birinci halde herbir bireyin temel haktan faydalanabilmesinin hala mümkün olup olmadığı, ikinci halde genelde temel haktan faydalanabilmenin mümkün olup olmadığı sözkonusudur.⁵⁴

Gören'e göre özü toplum içinde toplum için garantide değil, birey için garantide arayan görüşe ağırlık verilmelidir. Çünkü temel haklar bireylere tanınmışlardır. Bireyin kendi temel hakkından faydalanamaması durumunda

49 Gerekçeli Anayasa, Değişim Yay., Aralık 1994, s.15; Güneş S., 1982 Anayasasında Demokratik Toplum Düzenini Gerekleri Kavramı, İz.B.D., C.69, S.1,2,3, Ocak- Şubat- Mart, 1995, s.25; Tanör B., s. 273

50 Soysal M., s. 200; Teziç E., s. 195; Özbudun E., s.88 ; Yıldırım T., Temel Hak Ve Hürriyetlerin Sınırlanmasında "Sınırlamanın Sınırı", SBFD, C.XLVI, Ocak -Haziran, 1991, N.1-2, s. 466

51 Soysal M., 100 Soruda, s.200; Uygun O., s. 173 ; Soysal M., İnsan Hakları, s.45

52 Uygun O., s. 174

53 Sağlam F., (Önsöz), s.III,IV ; Öktem K. M., s. 168 ; Tanör B., Türkiye'nin İnsan Hakları, s. 274

54 Gören Z., Temel Hak, s. 95; Gören Z., Anayasa Hukukuna, s.382

başkasının faydalanması ona bir yarar sağlamayacaktır.⁵⁵

Türk Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasası döneminde hakkın özü ilkesini şöyle açıklamıştır: "Bir hakkın veya özgürlüğün kullanılmasının açıkça yasaklayıcı veya örtülü bir şekilde yapılamaz hale koyucu veya ciddi surette güçleştirici ve amacına ulaşmasını önleyici ve etkisini ortadan kaldırıcı nitelikteki kanuni sınırlamalar, o hakkın özüne dokunur".⁵⁶ Anayasa Mahkemesi'nin bir başka kararına göre de, "bir hak ve özgürlüğün gayesine uygun şekilde kullanılmasını son derece zorlaştıran veya onu kullanılmaz duruma düşüren kayıtlara tabi tutulması halinde" o hak ve hürriyetin özüne dokunulmuş olur.⁵⁷

13. maddede kabul edilen demokratik toplum düzeninin gereklerinden 1982 Anayasası ile benimsenen demokratik toplum düzeninin mi yoksa çağdaş çoğulcu ve özgürlükçü bir demokrasi anlayışının mı amaçlandığı doktrinde tartışılmıştır.⁵⁸

Danışma Meclisi Anayasa Komisyonunun gerekçesinde "genellikle kabul gören demokratik rejim anlayışı" ifadesine yer verilmiştir.⁵⁹ Anayasa Mahkemesi 1986 yılında verdiği bir kararda "burada sözü edilen demokratik toplum düzeniyle hiç kuşkusuz Anayasamızda gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenen hukuk düzeninin kastedildiğinde duraksamaya yer yoktur"⁶⁰ görüşüne yer vermişse de, daha sonra bu görüşünü değiştirmiştir. Anayasa Mahkemesi daha sonra verdiği kararlarda demokratik toplum düzeninin gerekleri deyimini, evrensel demokratik ölçütleri yansıtır biçimde yorumlamıştır.⁶¹ Mahkemeye göre, "Anayasamız özgürlüklere saygılı olunmasını istemekle yetinmemiş, bunların kullanılmasını sağlayacak önlemler alınmasını Devletin temel amaç ve görevleri arasında saymak suretiyle özgürlükçü bir görüşü benimsemiştir... Klasik demokrasiler temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı

⁵⁵ Gören Z., Temel Hak, s. 95 ; Gören Z., Anayasa Hukukuna, s. 382

⁵⁶ E.1962/208, K.1963/1, Kt.4.1.1963,AMKD,S.1,s.74

⁵⁷ E.1963/25, K.1963/87, Kt.8.4.1963,AMKD, S.1, s.228

⁵⁸ Gören Z., Temel Hak, s. 100; Özbudun E., s. 83; Güneş S., 1982 Anayasasında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri Kavramı, İz. B. D., C.69, S.1,2,3, S. Ocak-Şubat - Mart, s.27,28; Yıldırım T., s. 466; Demokrasi anlayışı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Gören Z., Anayasa Ve Sorumluluk,3.B., Ankara 1995, s. 1 vd.

⁵⁹ Gerekçeli Anayasa, Değişim Yay., Aralık 1994, s.16

⁶⁰ E.1985/21, K.1986/23,Kt.6.10.1986, AMKD, S.22,s.224

⁶¹ Özbudun E., s. 84,85

rejimlerdir.”⁶²

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Divanı kararlarında, demokratik toplum düzeninin unsurlarını ortaya koymuştur. Komisyon ve Divan demokratik toplum düzeni kavramını yorumlarken demokrasi anlayışında ortak bir standart bulma çabası içindedir. Sözleşmeye taraf ülkelerin iç hukukları, Avrupa genelindeki sosyal, siyasal ve hukuki gelişmeler Sözleşme organlarınca gözönüne alınmakta ve bu yöntemle insan hakları ve demokrasi anlayışında bir Avrupa standardı oluşturulmaktadır.⁶³

1982 Anayasasının 13. maddesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarının resepsiyonu olduğuna göre, Anayasa Mahkemesi 13. maddeyi ve demokratik toplum düzeninin gerekleri ilkesini Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatları doğrultusunda yorumlamalıdır.⁶⁴

Anayasa Mahkemesi, 1982 Anayasası hakkın özü kavramına yer vermemesine rağmen, demokratik toplum düzeni kavramını hakkın özü kavramını da içerir anlamda yorumlamıştır. Mahkemeye göre, "Kişinin sahip olduğu dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup tümüyle kullanılmaz hale getiren kısıtlamalar, demokratik toplum düzeninin gerekleriyle uyum içinde sayılmaz."⁶⁵

Anayasa Mahkemesi bir temel hak ve özgürlüğün özünü ortadan kaldırıcı bir düzenlemenin aynı zamanda demokratik toplum düzeninin gereklerine de aykırı olacağı sonucuna vararak, bu iki kavramı birbirleriyle bağlantılı olarak kullanmıştır. Bu olumlu görüş, Anayasamızın temel hak ve özgürlüklere ilişkin kurallarının özgürlükten yana yorumlanmasına olanak tanımaktadır.⁶⁶

Bu yorumlama tarzıyla 1961 Anayasasının 11. maddesinde yer alan öze dokunmama ölçütü, Anayasa Mahkemesinin içtihatlarıyla 1982 Anayasası

⁶² E.1985/8, K.1986/27, Kt.26.11.1986, AMKD, S.22, s.365,366

⁶³ Batum S., Avrupa İnsan hakları Mahkemesi Ve Türkiye, Kavram Yay., Ağustos-1996, İstanbul, s. 26 ; Sözleşme organlarınca bu ilkenin ele alınış biçimi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Gören Z., Temel Hak, s. 104; Ünal Ş., s. 46

⁶⁴ Yıldırım T., Yasama Yetkisinin Sınırı-Hukuk Devleti- Kamu Yararı- Temel Hak Ve Hürriyetlerin Sınırlanması, MÜHA, Mayıs-Ağustos 1987, C.2, S.2, s.83

⁶⁵ E.1985/8, K.1986/27, Kt.26.11.1986, AMKD, S.22, s.365,366; Ayrıca bkz. E.1986/17, K.1987/11, Kt.22.5.1987, AMKD, S.23, s.222 ; E.1988/14, K.1988/18, Kt.14.6.1988, AMKD, s.24, s.253-254

⁶⁶ Özbudun E., s. 85

döneminde de varlığını sürdürecektir.⁶⁷

Demokratik toplum düzeninin gerekleri temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunulamayacağı anlamına gelmektedir. Hakkın özü kriteri Anayasada yer almasa bile, sözkonusu hakkın veya özgürlüğün özüne dokunulamayacaktır. Aksi halde temel hak ve özgürlüklerin Anayasaya konmasının bir anlamı kalmayacaktır.⁶⁸

E. Ölçülülük İlkesi

Ölçülülük ilkesi sınırlamada başvurulacak aracın sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olmasını; bu aracın sınırlama amacı açısından gerekli olmasını ve amaçla amacın ölçüsüz bir oran içinde bulunmamasını ifade eder.⁶⁹

Ölçülülük ilkesi 1961 Anayasasında yer almamıştır. 1982 Anayasasında ise açıkça yer almasa dahi, 13. ve 15. maddelerde bu ilke ifade edilmiştir.⁷⁰

13. maddenin 2. fıkrasına göre "temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar.... öngöröldükleri amaç dışında kullanılamaz." Anayasanın 13. maddesinin 2. fıkrasında yer alan bu kural bir yönüyle nedene bağıllık ilkesini ilgilendirmekte, bir yönüyle de ölçülülük ilkesinin bir ifadesi olmaktadır.⁷¹ Anayasanın 15. maddesine göre ise, "savaş seferberlik, sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde milletlerarası hukuktan doğan yükümlölükler ihlal edilmemek kaydıyla, 'durumun gerektirdiği ölçüde' temel hak ve özgürlükler kısmen veya tamamen durdurulabilir" 15. maddenin gerekçesinde "....hak ve hürriyetlerin durdurulması yahut bunlar için öngörölen güvencelere aykırı tedbirler getirilmesinde durumun gerektirdiği ölçüde kalınacak yani istisnada orantı korunacaktır" denilerek ölçülülük ilkesi ifade edilmiştir.⁷²

⁶⁷ Yıldırım T., Temel Hak, s. 474

⁶⁸ Turhan M., Siyaset Ve Anayasa, Ankara Mart 1995, s.239.

⁶⁹ Özbudun E., s. 81

⁷⁰ Ölçülülük ilkesi 1982 Anayasası ile getirilmiştir. Soysal M., İnsan Hakları, s. 46 ; Kuzu B., s. 89

⁷¹ Uygun O., s. 163

⁷² Gerekçeli Anayasa, Değişim Yay, Ankara-1984, s.19

Olağanüstü durumlarda bile temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının durdurulmasına ancak durumun gerektirdiği ölçüde izin verildiğine göre , bu esasın normal dönemde öncelikle geçerli olması gerekir.⁷³

Ölçülülük ilkesi Alman Anayasasında yer almamakla birlikte, ölçülülük ilkesini Alman Anayasa Mahkemesi çok yaygın bir biçimde kullanmış ve öz güvencesine gerek kalmaksızın temel hak ve hürriyetlerin korunmasını sağlamıştır.⁷⁴ Anayasal düzeyde ve bundan dolayı diğer kamu hukukunda ölçülülük ilkesinin getirilmesinde F. Alman Anayasa Mahkemesinin payı çok önemli olmuştur.⁷⁵

Alman Anayasa Mahkemesine göre ölçülülük ilkesi elverişlilik, zorunluluk ve oranlilik olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır.⁷⁶

Elverişlilik ilkesi sınırlama ile yaratılan durum ile güdülen amacın gerçekleşmiş olarak değerlendirildiği durumun, gerçeklik konusundaki günlük yaşam deneyimlerinden çıkarılan bir nedensellik bağı içinde bulunmaları anlamına gelmektedir.⁷⁷ Zorunluluk ise, sınırlama ile yaratılan durum dışında daha büyük zahmete girmeden yaratılabilecek başka bir durumun olmaması, bu durumun vatandaş için daha az külfetli olması, bu durumun güdülen amacın gerçekleşmiş olarak değerlendirildiği durumla gerçeklik konusunda günlük yaşam deneyimlerinden çıkarılan bir nedensellik bağı içinde olması demektir.⁷⁸ Sınırlamanın dayandığı amacı gerçekleştirmek için ilgili temel hak açısından en yumuşak amacın seçilmesi gerekmektedir.⁷⁹

Oranlilik ilkesi ise, belli bir yasal önlemin yöneldiği kişiye ölçüsüz bir yükümlülük getirmemesi onun için beklenmedik nitelikte olmaması şeklinde tanımlanmaktadır.⁸⁰

Türk Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasası dönemindeki bazı

⁷³ Özbudun E., s. 81 ; Uygun O., s. 164

⁷⁴ Uygun O., s. 161 ; Sağlam F., s. 113,114

⁷⁵ Rumpf C., Ölçülülük İlkesi Ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği, AY, Ankara 1993, s. 32

⁷⁶ Sağlam F., s. 113; Rumpf C., s. 33; Ayrıca bkz Gören Z., Temel hak, s.94; Gören Z., Anayasa Hukukuna, s.365

⁷⁷ Gören Z., Temel Hak, s. 93; Gören Z., Anayasa Hukukuna, s.365; Sağlam F., s.114

⁷⁸ Gören Z., Temel Hak, s. 93; Gören Z., Anayasa Hukukuna, s.365

⁷⁹ Sağlam F., s. 115

⁸⁰ Sağlam F., s. 116

kararlarında adını açıkça koymamakla birlikte ölçülülük kriterine dayanmıştır.⁸¹

1982 Anayasası döneminde Türk Anayasa Mahkemesi bu ilkeyi tanımlayarak, kararlarında yer vermiştir.⁸² Anayasa Mahkemesinin verdiği bir karara göre ölçülülük:⁸³ "Yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olup olmadığını saptanmaya yönelik elverişlilik; sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşma bakımından zorunlu olup olmadığını arayan 'zorunluluk - gereklilik' ayrıca amaç ve aracın ölçüsüz bir yükümlülük getirip getirmediğini belirleyen oranlılık ilkeleridir."

Anayasa Mahkemesi ayrıca bu ilkeyi, sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olması ilkesinin bir uzantısı olarak kabul etmiştir.⁸⁴

Anayasa Mahkemesi bu yaklaşımıyla öncelikle 13. md., f.2 ve 15. md. hükümlerine dayanarak, -Strazburg içtihatlarını aşarak- Almanya 'da geliştirilen zorunluluk, elverişlilik ve oranlılık unsurlarını kapsayan bir ölçülülük şeması kabul etmiştir.⁸⁵

Avrupa İnsan Hakları Komisyon ve Divanının kararlarında ölçülülük ilkesinin hukuki dayanağı olarak sözleşmenin 8, 9, 10 ve 11. maddelerinin 1. fıkralarında geçen "demokratik bir toplumda gerekli" ve 15. maddede yer alan "durumun gerektirdiği ölçü" gibi ifadeler kullanılmaktadır.⁸⁶

Ölçülülük ilkesi eşitlik, keyfilik yasağı, hukuk devleti gibi bazı temel hukuk ilkelerine dayandırılmaktadır.⁸⁷ Ölçülülük ilkesi demokratik toplum düzeni kavramının bir uzantısı⁸⁸ ve hukuk devletinin bir gereğidir.⁸⁹ Alman Anayasa Mahkemesi ölçülülük ilkesini hukuk devletinin somutlaşmış bir ifadesi saymakla yetinmeyip, onu doğrudan doğruya temel hakların varlığında mündemiç olarak belirtmiştir.⁹⁰

Ölçülülük ilkesi müdahale eden idare için de geçerlidir⁹¹. Norm

⁸¹ Özbudun E., s. 81; Efe T., s. 27

⁸² Uygun O., s. 165 ; Efe T., s. 28 ; Rumpf C., s. 36,37

⁸³ E.1988/50, K.1989/27, (R.G. 4.10.1989,S.20302) s.11-28

⁸⁴ E.1985/8, K.1986/27, t.26.11.1986, AMKD, S.22, s.366,387

⁸⁵ Rumpf C., s. 36,37

⁸⁶ Uygun O., s. 163, Rumpf C., s. 30

⁸⁷ Sağlam F., s. 117

⁸⁸ Tanör B., Türkiye'nin İnsan Hakları, s. 277

⁸⁹ Sağlam F., s. 117; Özbudun E., s. 81

⁹⁰ Sağlam F., s. 118

⁹¹ Gören Z., Temel Hak, s. 93; Gören Z., Anayasa Hukukuna, s.365

uygulayıcısı, müdahalenin ölçülülüğü anlamında bir değer dengelemesi yapmak zorundadır.⁹²

F. İnsan Onuru Kriteri

İnsan onurunun sınırlamanın bir diğer sınırı olarak kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür⁹³

İnsan onuru ilkesinde tüm düzenin odak noktasına yerleştirilmiş olan salt insan doğası, bağımsızlığı ve kişilik değeri sözkonusudur. İnsan onuru ilkesi ile kişiye insan olmasından dolayı tinsel ve sosyal bir değer verilmesini isteme hakkı tanınmaktadır.⁹⁴

Anayasa Mahkemesine göre İnsan onuru kavramı insanın ne durumda, hangi koşullar altında bulunursa bulunsun sadece insan oluşunun kazandırdığı değerlerin tanınmasını ve sayılmasını anlatır. Bu öyle bir davranış çizgisidir ki ondan aşağı düşünce, davranış ona muhatap olan insanı insan olmaktan çıkarır.⁹⁵

İnsan onurunun korunması ilkesi, diğer temel hakların karşısında bir anayasal ilke olarak çıkarıldığında karşımıza önemli sonuçlar çıkmaktadır⁹⁶

Temel hakların güvenceye alınması hukuk devletinin hammaddesi olan insan onurunun ve adalet ilkesinin bir gereğidir.⁹⁷

İnsan onuru sadece Anayasamızın başlangıç bölümünde 6. prf. ile değil aynı zamanda diğer temel haklar ile de korunmuştur. Temel haklar insan onurundan kaynaklanmaktadır ve onun bağımsız parçalarıdır. İnsan onurunun korunması ilkesi ayrıca bir Anayasa değişikliğine karşı Anayasanın 4. maddesi ile korunmaktadır. Temel haklara yasa ile yapılacak sınırlamaların sınırının saptanması açısından her temel hakkın somut insan onuru içeriği belirlenmelidir.⁹⁸

⁹² Rumpf C., s. 31

⁹³ İnsan onuru konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Gören Z., Anayasa Hukukuna, s. 396 ; Gören Z., Türk -Alman Anayasa Hukukunda Kişiliğin Korunması, AY, S.9, Ankara1993, s. 165 vd.

⁹⁴ Gören Z., Anayasa Hukukuna, s. 392

⁹⁵ E.1963/132, K.1966/29, Kt.28.6.1966, AMKD, S.4, s.187

⁹⁶ Gören Z., Anayasa Hukukuna, s. 396

⁹⁷ Rumpf C., s. 26

⁹⁸ Gören Z., Temel Hak, s. 96-97; Gören Z., Anayasa Hukukuna, s.368,369

Hakkın özü kriteri Anayasanın değiştirilemeyecek hükümleri kapsamında değerlendirilemez ve bu güvence insan onuru içeriği ile eşdeğer değildir. Ancak temel haklar insan onuru garantisi ile ne denli güçlü biçimlendirilirse her iki güvence o derece korunmuş olacaktır.⁹⁹

II.YAŞAM HAKKININ SINIRLANDIRILMASI

1. Anayasadan Kaynaklanan Sınırlamalar

A. Yaşam Hakkına Genel Sınırlama Nedenleri Uygulanamaz

Yaşam hakkı sınırlamasız bir temel hak değildir, nitelikli yasa sınırlamalı bir haktır.¹⁰⁰ Yaşam hakkının düzenlendiği Anayasamızın 17. maddesinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesine paralel bir şekilde özel sınırlama sebepleri sayılmıştır. Ancak bilindiği gibi Anayasamızın temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin 13. maddesi tüm temel haklar için genel sınırlama nedenleri getirmiştir. 13. maddeye göre "temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğin, Cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzeninin genel asayişin , kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacı ile.... sınırlandırılabilir." 13. madde 1961 Anayasası önemindeki tüm tartışmalara son vererek genel sınırlama nedenlerinin tüm hak ve özgürlüklere uygulanacağını vurgulamaktadır.

Yaşam hakkı Anayasamızın 15. maddesine göre sert çekirdekli bir temel hak olarak kabul edilmiştir. Sert çekirdekli temel haklar olağanüstü hallerde dahi kullanımı ve yararlanılması durdurulamayan haklardır. Bu tür temel haklar, haklar arasındaki hiyerarşiden kaynaklanmaktadır.¹⁰¹ Anayasamızın 15. maddesinin 1. fıkrası "Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde milletlerarası yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla

⁹⁹ Gören Z., Temel Hak, s. 97

¹⁰⁰ Gören Z., Temel Hak, s. 88 ; Gören Z., Anayasa Hukukuna, s.359

¹⁰¹ Gören Z., Temel Hak, s. 30

durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen ya da tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir" hükmünü getirdikten sonra 2. fıkrasında "Birinci fıkrafta belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler ile ölüm cezalarının infazı dışında kişinin yaşama hakkına ... dokunulamaz" hükmünü getirmiştir.

Bize göre her ne kadar genel sınırlama sebeplerinin tüm temel hak ve özgürlüklere uygulanacağı 13 . maddede belirtilmişse de, yaşam hakkının niteliğinden ve sert çekirdekli bir temel hak olmasından ötürü, yaşam hakkının 17. madde metninde belirtilen özel sınırlama sebepleri dışında, genel sınırlama sebepleri ile sınırlanamaması gerekmektedir.

Anayasakoyucu yaşam hakkının sert çekirdekli bir temel hak olmasından ötürü olağanüstü dönemlerde ve hatta savaş döneminde kullanılmasının kısmen ya da tamamen durdurulamayacağını belirtmiştir. Olağanüstü dönemlerde yapılacak sınırlamalarda Anayasanın 13. maddesi değil, 15. maddesi esas alınacağından,¹⁰² sınırlama getirmek mümkün olmayacaktır. Olağanüstü dönemde dahi durdurulamayacak, askıya alınamayacak bir hakkın, olağan dönemde kullanılmasının durdurulması mümkün değildir. 15. maddeyle 13. maddeyi birlikte değerlendirmek gereklidir. Üstelik yaşam hakkı kendine özgü niteliğinden ötürü kullanılması kısmen durdurulabilecek bir hak değildir. Yaşam hakkına getirilen en küçük bir sınır hakkın özünü ortadan kaldırır. Çünkü yaşam hakkında öz ile kapsam aynı şeyi anlatır.¹⁰³ Yaşam hakkının özü kendisinden , kendisi özünden ayrılamaz. Yaşam hakkına sınır getirmek yaşam hakkının yokluğudur, ölümdür.¹⁰⁴ Yaşam hakkına bir istisna getirildiğinde, bu hakkı tekrar kullanabilme olanağı yoktur. Diğer hakları kullanabilmenin koşulu olan yaşam sona erdiğinde, diğer temel hak ve özgürlükler de kullanılamaz duruma gelecektir.

Yaşam hakkına hangi durumda olursa olsun devletin bütün organlarıyla saygı göstermesi, yasa yaparken ya da yürütme görevini yerine getirirken saklı tutması gerekmektedir.¹⁰⁵

¹⁰² Aliefendioğlu Y., Anayasa Yargısal Açısından Olağanüstü Yönetim Usulleri, AY, S.9, Ankara-1993, s.415, 416

¹⁰³ Savcı B., Yaşam Hakkı Ve Boyutları, Ankara-1980, s.57

¹⁰⁴ Savcı B., Yaşam Hakkı , s.73

¹⁰⁵ Soysal M.,100 Soruda, s. 202

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 15. maddesi de Anayasamızın 15. maddesine paralel bir hüküm taşımaktadır. Sert çekirdekli bir hak olan yaşam hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 2. maddesinde yine Anayasamızın 17. maddesinde yer alan sınırlama sebepleri yer almaktadır. Ancak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yaşam hakkı için uygulanabilecek genel sınırlama sebepleri yoktur ve bu durum iki metin arasında bir çelişki yaratmaktadır,¹⁰⁶

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin kabul ettiği yöntem her bir temel hak ve hürriyeti ayrı maddelerde belirtip, her bir maddeye ilişkin özel kayıt ve istisnalar koymaktır. Avrupa Konseyine sunulan bir raporda 1982 Anayasasında yer alan 13. maddenin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırı olduğu ve bu hükme dayanılarak yaşam hakkının da çiğnenebileceği belirtilmiştir.¹⁰⁷

Yaşam hakkına genel sınırlama sebeplerinin uygulanamayacağı sonucuna sınırlamanın sınırları olan Anayasanın sözüne ve ruhuna bağlılık, hakkın özü, demokratik toplum düzeninin gerekleri, ölçülülük ve insan onuru kriterlerini uygulayarak ta varabilmek mümkündür.

Öncelikle genel sınırlama nedenleri, sınırlandırılacak hak ve özgürlükle bağdaştığı ölçüde sınırlayıcı olabilirler. Bazı özgürlüklere nitelikleri gereği sınırlama sebeplerinin hertürünü uygulamak mümkün değildir.¹⁰⁸ Yaşam hakkının niteliğine baktığımızda ise, bu hakkın hiçbir sınırlayıcı nedenle bağdaşamayacağını görürüz. Her ne kadar 13. maddedeki genel sınırlama sebepleri mevcut ise de, Anayasa Mahkemesi Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olma ilkesinden yola çıkarak genel sınırlama sebeplerinin ilgili temel hakkın niteliğine uygun düşüp düşmediğini denetleyebilmelidir.¹⁰⁹ 13. maddede sayılan nedenlerden hiçbirisi yaşam hakkının niteliğine uygun olamayacağından, yapılan sınırlamaların Anayasaya aykırı olduğunun kabul edilmesi gerekir.

Temel hakların sınırlandırılmasında hakkın özü kriteri demokratik

¹⁰⁶ Efe T., 1982 Anayasasına Göre Temel Hak Ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması, Askeri Adalet Dergisi, Y.25, Eylül 1997, S. 100, s.19; Kuzu B., Türkiye Cumhuriyeti Anayasalarının İnsan Hakları Açısından Karşılaştırmalı Olarak İncelemesi, İÜHF, C.LIV. 1991-1994, S.1-4, s. 82

¹⁰⁷ Tanör B., Türkiye'nin İnsan Hakları, s. 264,265,266

¹⁰⁸ Soysal M., 100 Soruda, s. 198 ; Öktem K., s. 165 ; Efe T., s. 18 ; Kuzu B., s. 82

¹⁰⁹ Uygun O., s.138

toplum düzeninin gerekleri ilkesi ile birlikte Anayasa Mahkememiz tarafından bir sınır olarak görülmektedir.

Bir temel hakkın özü, onun vazgeçilmez unsuru, dokunulduğu takdirde sözkonusu özgürlüğü anlamsız kılacak olan asli çekirdeğidir.¹¹⁰

F. Alman Anayasa Mahkemesi tarafından, bir temel hakkın özüne dokunma yasağının somut bir durumda, bir temel hak çekirdeğinin tümüyle çekip alınmasını yoksa Anayasa ile düzenlenmiş ve topluma topluma tanınmış olan garantinin ortadan kaldırılması ile temel hak çekirdeğine dokunulmasını mı engellemek istediği konusu tartışılmıştır. Birinci durumda bireylerin temel haktan yararlanabilmesinin mümkün olup olmadığı, ikinci halde genelde temel haktan yararlanabilmenin mümkün olup olmadığı sözkonusudur.¹¹¹

Kişilerin genel sınırlama nedenleri ile yaşam hakkından yoksun bırakılmaları yaşamdan geriye hiçbirşey bırakmaz ve bu durum hakkın özünün dokunulmazlığına ters düşmektedir. Hakkın özü kriteri daima temel haktan bir miktar geride bir miktar kalmasını şart koşmaktadır ve bu kollektif anlamda değil bireysel anlamda anlaşılmalıdır. Yaşam temel hakkının özü toplum için garantide değil birey için garantide aranmalıdır. Çünkü temel haklar bireyler için vardır ve bireyin kendi temel hakkından faydalanamaması durumunda başkasının faydalanması ona bir yarar sağlamayacaktır.¹¹²

Anayasa Mahkememize göre, bir hakkın veya hürriyetin kullanılmasını "açıkça yasaklayıcı veya örtülü bir şekilde yapılamaz hale koyucu veya ciddi surette güçleştirici ve amacına ulaşmasını önleyici ve etkisini ortadan kaldırıcı nitelik" teki yasal sınırlamalar o hakkın özüne dokunur.¹¹³

1982 Anayasasıyla getirilen demokratik toplum düzeninin gerekleri kriteriyle bağlantılı olarak bu kıstasın kabul ettiği demokrasinin çağdaş hürriyetçi demokrasilerde kabul edilen, genel evrensel demokrasi anlayışı olduğunu kabul etmek gerekir.¹¹⁴ Bu demokrasi anlayışına göre özgürlükleri kısıtlamak kural değil istisnadır ve insan haklarını geniş güvencelere

¹¹⁰ Özbudun E., s. 82; Kuzu B., s.84

¹¹¹ Gören Z., Temel Hak, s. 95 ; Gören Z., Anayasa Hukukuna, s. 382

¹¹² Gören Z., Anayasa Hukukuna, s.382

¹¹³ E.1962/208, K.1963/1, Kt.4.1.1963, AMKD,S.1,s.74

¹¹⁴ Gören Z., Anayasa Hukukuna, s.369; Özbudun E., s. 83

kavuşturmak demokratik bir devletin gereğidir.

Anayasa Mahkememiz bu kriteri şöyle yorumlamıştır: "Klasik demokrasiler temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Kişinin sahip olduğu dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup tümüyle kullanılmaz hale getiren kısıtlamalar, demokratik toplum düzenini gerekleriyle uyum içinde sayılmaz. Özgürlükçü olmak yanında , hukuk devleti olmak ve kişiyi ön planda tutmak ta aynı rejimin öğelerindendir. Bu anlayış içinde özgürlüklerin yalnızca ne ölçüde kısıtlandığı değil, kısıtlamanın koşulları, nedeni , yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları, hep demokratik toplum düzeni kavramı içerisinde değerlendirilmelidir. Özgürlükler ancak ; istisnai olarak ve demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde sınırlandırılabilirler. Demokratik hukuk devletinde, güdülen amaç ne olursa olsun, özgürlük kısıtlamalarının, bu rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılmaması ve belli bir özgürlüğün kullanılmasını ortadan kaldıracak düzeye vardırmasıdır."¹¹⁵

Anayasa Mahkemesi son derece olumlu kararlar vererek hakkın özüne dokunup, hakkı kullanılamaz hale getiren düzenlemeleri demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı görmüştür. Bu iki kriter tek bir kriterin iki ayrı görünümüdür. Bir hak ve hürriyetin özüne dokunmayı , çağdaş batı demokrasileri anlamında bir demokrasi kabul edemez. Çünkü demokrasi insan haklarına dayalı bir rejimdir.¹¹⁶

Yaşam hakkına genel sınırlama sebepleriyle getirilecek sınırlamalar bırakalım hürriyetin kullanılmasını güçleştirmeyi, onu hiç kullanılamaz duruma getireceğinden, getirilecek sınırlama hakkın özü kriterine ve demokratik toplum düzeninin gerekleri ilkesine aykırı görülerek Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmelidir. Yaşam hakkının özü kendisinden, kendisi özünden ayrılamaz. Yaşam hakkının özü kesin olarak yaşamda kalmaktır. Yaşam hakkı söz konusu olduğunda onun özü, içeriği, kapsamı hep aynı şeyi ifade eder. Yaşam hakkına en küçük bir sınırlama getirilirse öz bozulmuş olur. Yaşam hakkının özünü koruyarak sınırlama yapmak olanağı yoktur. Yaşam hakkı tek hücreli bir canlılık gibidir. Ona sınır getirme hücrenin tümünü etkiler. Başka haklarda öz ile onun dışında kalan bir kapsam düşünülebilse de yaşam

¹¹⁵ E.1985/8, K.1986/27, K1.26.11.1986, AMKD,S.22,s.365,366

¹¹⁶ Kuzu B., s.87

hakkında bu sözkonusu değildir. ¹¹⁷

Yaşam hakkının 17. maddede sayılan özel sınırlama nedenleri dışında genel sınırlama nedenleri ile sınırlandırılması ölçülülük ilkesine de ters düşecektir. Böyle bir durum araçla amacın bir orantı içinde olması¹¹⁸ zorunluluğuna aykırılık oluşturacaktır. Çünkü yaşam hakkı demokratik bir hukuk devletinde korunması gerekli en üstün değerdir.

Yaşam hakkının genel sebeplerle sınırlandırılması yaşam hakkının insan onurunu çirkeşleştireceğinden, bu durum insan onuru kriterine de aykırı olacaktır. Yaşamın kendisinin bu hakkın özü ve insan onuru çirkeşleştireceğini oluşturduğu kabul edilmelidir.¹¹⁹

Anayasanın sözü ve ruhu bir arada değerlendirildiğinde, insan haklarına saygılı, demokratik bir hukuk devletinde korunması gerekli en üst değer olan ve yokluğu halinde diğer temel hak ve özgürlüklerin kullanılamayacağı yaşam hakkının, Anayasanın kendisinin doğrudan doğruya sınırlama getirdiği 17. maddedeki nedenler dışında genel sınırlama sebepleriyle sınırlandırılmaması gerekir.

B. Yaşam Hakkının Özel Sınırlama Nedenleriyle Sınırlandırılması

a. Genel Olarak

Anayasamızın 17. maddesi herkesin yaşam hakkına sahip olduğunu belirttiikten sonra bu hakkın hangi özel nedenlerle sınırlandırabileceğini saymıştır. Bu nedenler şunlardır:

- Mahkemelerce verilen ölüm cezalarının yerine getirilmesi hali,
- Meşru müdafaa hali,
- Yakalama ve tutuklama kararının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi,
- Bir ayaklanma veya isyanın bastırılması,
- Olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlar.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesi de bu hükme

¹¹⁷ Savcı B., Yaşam Hakkı, s.12,13

¹¹⁸ Özbudun E., s. 81; Sağlam F., s. 116; Uygun O., s. 162

¹¹⁹ Bu konuda bkz. ; Gören Z., Anayasa Hukukuna, s.382

paralel düzenleme taşımaktadır. Maddenin 1. fıkrasında idam cezası yer almaktadır. 2. fıkrada ise yaşam hakkının istisnaları düzenlenmiştir. 2. fıkra hükmü şöyledir.

“Öldürme aşağıda derpiş edilen zaruret halleri dışında bu maddenin ihlali suretiyle yapılmış telakki olunmaz:

a. Her ferdin gayrimeşru cebir ve şiddete karşı korunmasını sağlamak için,

b. Kanun hükümleri dahilinde bir tevkifi yerine getirmek veya kanuna uygun olarak mevkuf bulunan bir şahsın kaçmasını önlemek için,

c. Ayaklanma veya isyanı kanuna uygun olarak bastırmak için.

Yaşam hakkına getirilen tüm bu sınırlamalarla yaşam hakkına belli nedenlerden dolayı son verilebileceği görülmektedir ve bireyin yaşamı toplumsal yararların gerisine itilmiştir. Burada yaşam üzerindeki hakkın özü hiçbir bireyden yaşamın alınamayacağı şeklinde yorumlanmamış, öz topluma verilen garantide aranmıştır.¹²⁰

Ancak yinede bu nedenlere dayanarak yasakoyucu yaşam hakkını sınırlandırdığında Anayasayı bir bütün olarak değerlendirip, çağdaş demokratik değerlere dayanarak yasa çıkarmalıdır ve Anayasal nedenlere mümkünse demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı düşmeyen bir anlam vermek gereklidir.¹²¹

b. İdam Cezası

aa. Bir Ceza Olarak İdam Cezası

İdam cezası, devletin yaşam hakkına saygı göstermesine bazı uluslararası sözleşmelerden ve Anayasalardan kaynaklanan bir istisnadır.¹²²

Binlerce yıl boyunca, tüm ülkelerde en ağır ceza idam cezası olmuştur. Baskı sistemlerinin kilit taşı olarak bu ceza, en gözde ibret teşkil etme cezasıydı; ve bu haliyle artık ıslah olmaz ve tehlikeli diye kabul edilen kişinin toplumdan tamamen koparılıp atılmasını hedeflemekteydi.¹²³ Son 200

¹²⁰ Gören Z., Anayasa Hukukuna, s.382 ; Gören Z., Temel Hak, s.95

¹²¹ Özbudun E., s. 83

¹²² Przetacznik F., The Right To Life As A Basic Human Right, HRJ, Vol: IX-4, Paris, s. 600

¹²³ Imbert J., Ölüm Cezası, İletişim Yay., İstanbul -1992, s. 9

yıl içinde ölüm cezası çeşitli düşünür ve hukukçular tarafından eleştirilmiştir ve yaşam hakkına ağır bir saldırı olarak nitelendirilen idam cezası son yüzyılda ülkelerin hukuk sistemlerinden ve uygulamadan çıkarılmaya başlanmıştır.

İnsanlığın ilk aşamalarında kişisel olarak öc alma bir hak ve özellikle kurbanın ailesi için bir ödev olarak görülmüştür. Merkezi otoritenin gücü arttıkça, şahsen öc alma uygulaması giderek daha fazla biçimde kısıtlanacak ve sonunda ortadan kalkacaktır.¹²⁴ Devletlerin cezalandırma yetkilerini ele almalarıyla birlikte ceza sistemlerinin amaçları konusunda farklılıklar yaşanmıştır. Ceza sistemlerinin amaçları başlıca ödetme ve önleme olarak ikiye indirgenebilir. Ödetme teorisinin ilk özelliği geriye yönelik olmasıdır ve asgari şartı suç-ceza dengesi, eşit ağırlıkta suça, eşit ağırlıkta ceza ilkesidir. Bu bakış açısıyla bir kimse başkasını tasarlayarak öldürmüş ya da belli nitelikte ağır bir suç işlemişse ölüm cezasına çarptırılır. Ceza fiil ile uygun düşer.¹²⁵ Önleme teorisi ise ileriye dönük bir teoridir ve bu bağlamda ölüm cezasının önleyici bir ceza olup olmadığı konusunda fikir ayrılıkları bulunmaktadır.¹²⁶ Ölüm cezasına bir temel aramak endişesi ile bu iki teori arasında başka köprü teoriler de kurulmuştur. Bunlar zaruri ceza ve meşru müdafaa fikirleridir. Zaruri ceza fikrine göre meşru müdafaa karşısında yaşam hakkı nasıl ileri sürüleliyorsa, Devletin zarurete dayanan ceza verme hakkı karşısında da hiçbir görüşün kabul görmemesi gerekir. Meşru müdafaa fikrine göre ise devletin "hak" kına saldırı halinde, devletin saldırganı öldürme hakkı doğmaktadır.¹²⁷ Bu fikre göre toplumun güvenliği söz konusu olduğunda ölüm cezası meşru sayılmalıdır.

Cezalandırma politikası açısından cezanın gayesinin sadece uslandırma değil aynı zamanda korunma ve başkalarını korkutma olduğunu savunan pekçok yazar bu gayelerin elde edilmesinin en etkili yollarından birinin idam cezası olduğunu ileri sürmüşlerdir. Buna göre uslandırılması mümkün olmayan tehlikeli suçluların toplumdan çıkarılması, zararsız hale getirilmeleri toplum ve devlet hayatı için önem taşıdığından, ölüm cezası bir

¹²⁴ Imbert J., s. 9

¹²⁵ Hassan Ü., Ölüm Cezası Sorunu: Kritik Bir Yaklaşım, SBFD, Mart-1972, C.27, No.1, s. 83

¹²⁶ Hassan Ü., s. 94, 95; Bayraktar K., Karşılaştırmalı Hukukta Ölüm Cezası, MÜ, MHAD, Y.2, S.3, 1968, s. 69 ; Gözübüyük A.P., Ölüm Cezası Üzerine, AD, Y.73, Mart-Haziran, S.3, s. 501; Savcı B., Yaşam Hakkı , s. 70

¹²⁷ Bayraktar K., s.91,92 ; Gürsel E., Ölüm Cezası, Çağımız Ve Türkiye, TBBD, S.3, 1991, s.394

zaruret olarak ortaya çıkar.¹²⁸ Ölüm cezasının bir kısas, kefaret olduğunu savunan ve bugün geçerliliğini yitiren anlayışa göre suçlunun işlediği suça karşı azap ve ızdırıp çekerek cezalandırılması , suçlunun kefaretini hayatı ile ödemesi gerekmektedir.¹²⁹

Bugün modern cezaların amacının eğitici, ıslah edici, eğitici ve kişiyi topluma kazandırıcı olması gerektiği ileri sürülmektedir.¹³⁰ Cezalandırılma ile güdülen başlıca gaye mahkumun yeniden eğitilmesi, kişinin topluma uygun duruma getirilmesi olmalıdır.¹³¹ Yaşam hakkını ihlal edenlere verilecek eğitimin; a)Başkalarının yaşam hakkını ihlal etmeme konusunda yasalara saygı gösterilmesi b)Başkalarının yaşamına saygı gösterilmesi ve böyle bir suçu gelecekte işlememesi açısından verilmesi gerektiği belirtilmektedir.¹³² Ölüm cezasının bu anlamdaki bir ceza politikasıyla bağdaşmayacağı kuşkusuzdur.

bb. Doktrinde İleri Sürülen Görüşler

Cezaların amacı konusundaki fikir ayrılıklarına paralel olarak ölüm cezasının lehinde ve aleyhinde pekçok görüş ileri sürülmüştür. Bu cezanın kalmasından ya da kaldırılmasından yana olan görüşler pekçok felsefi, moral ya da hukuki anlayışlar üzerine oturmaktadırlar.¹³³ Her iki anlayışın savunucuları da farklı bakış açılarıyla yaşam hakkına saygı duyduklarını düşünmektedirler. İdam cezası karşıtları temelde bu ceza yaşam hakkını yokettiği için ona karşı çıkarlarken, idam cezasını savunanlar, yaşam hakkı ihlal edilmiş olan kurbanların yaşamlarına saygı gösterilmesi için suçluların da öldürülmesi gerektiğini savunurlar.¹³⁴

¹²⁸ Gözübüyük A.P., Ölüm Cezası , s. 501

¹²⁹ Bayraktar K., s.71.

¹³⁰ Sokullu-Akıncı F., Ölüm Cezesi İkel Ceza Hukukundan Kalmış Bir fosildir, Hukukçu, Mayıs, S.4, s. 6

¹³¹ Bayraktar K., s.71

¹³² Przetacznik F., s.603

¹³³ Hood R., The Death Penalty, Oxford, Clarendon Press, s. 6 ; Imbert J., s. 72

¹³⁴ Nathanson S., An Eye For An Eye, The Morality Of Punishing By Death, Rowman - Little Field Publishers, s.1 ; Hood R., s. 6

aaa. İdam Cezasını Savunan Görüşler

İdam cezasının lehinde ileri sürülen görüşlerin başlıcaları şunlardır:

İdam cezasının korkutma ve suçları önleme fonksiyonu vardır. Bu görüşe göre ölüm korkusu kadar büyük bir korku yoktur. Ölüm cezasının dahi korkutamayacağı kişiler bulunmakla birlikte bunlar az sayıdadırlar. Büyük çoğunluk ölüm korkusuyla, ölümle cezalandırılacak eylemlerden vazgeçerler. İnsanlar cezadan korktukları için suç işlemekten kaçınırlar, en çok ölümden korktukları için de ölüm cezası en etkin önleyici tedbirdir.¹³⁵

İdam cezasının toplumun kendini koruması için zorunlu olduğu ileri sürülmüştür.¹³⁶ Kamu düzenini sağlamakla yükümlü olanlar için, toplumsal yaşam bizzat kendileri insan hayatına karşı hiçbir saygı duymayan tehlikeli suçlulara karşı en ağır ceza olan idam cezasını kullanmayı hak ve ödev haline getirir. Suçluların ölümü kamu huzurunu sağlamada öteki herhangi bir cezadan daha iyidir. Onların toplumdan kesinkes yokolmaları bir daha cinayet işlemeyeceklerine dair bir güvencedir; hem de tüm suç işleme eğiliminde olanları caydırmaktadır; madem ki bu ceza en büyük suçlara karşı bir engeldir, şu halde ölüm cezası meşrudur.¹³⁷

Bir suçlu ya da suçlular grubu kamu vicdanını çok sarsan, eylemde bulunduklarında, sarsılmış olan kamu vicdanını, kendi doğal yerine oturtmak gerekir. Bu şiddetli eylem cezaların en ağırları olan idam cezası ile karşılanmalıdır. Ayrıca toplumu, şiddetli ve ağır suç eylemlerinden korumak için, cezaların en şiddetlisinin acımadan verileceğine herkesi inandırmak gerekmektedir.¹³⁸

İdam cezası yaşamları yok edilmiş kurbanların yaşam haklarına saygı göstermenin de bir gereğidir. Onlara saygı gösterildiğinin bilinmesinin yolu da suçluları öldürmekten geçmektedir ve bu görevi devlet yerine getirmelidir. Devletin toplumdaki masum kişileri koruma yükümlülüğü

¹³⁵ Yalkut N., Mukayeseli Hukuk Bakımından Ölüm cezası, AD, S.9-12, F.8, 1964. s. 1004; Hassan Ü., s. 95 ; Toroslu N., Ölüm Cezası İle İlgili Bazı Sorunlar, TBBD, Aralık 1989, S. 6, s. 919; Gözübüyük A.P., Ölüm Cezası, s.501; Gürsel E., s.395

¹³⁶ Yalkut N.,1003 ; Tunçer S., Ölüm Cezası, AD, S.3, F.2, 1953,s.265

¹³⁷ Imbert J., s. 73,74 ; Gözübüyük A.P., Ölüm Cezası, s. 531 ; Demirel H., Ölüm Cezası, AÜHFD, C.XII, 1955, S.1-2, s. 168

¹³⁸ Bu konuda bkz. Savcı B., Yaşam Hakkı, s.70

vardır.¹³⁹

İdam cezasının cezaların derecelenmesini ortadan kaldırdığı görüşüne bu cezayı savunanlar karşı çıkmaktadırlar. Suç ve ceza arasında hakiki bir derecelendirmenin mümkün olamayacağı,¹⁴⁰ ayrıca ölüm cezasına sadece ağır ceza niteliğinde sayılan suçların karşılığı olarak hükmedilecek olur ise, bir derecelendirme sorununun da kalmayacağı ileri sürülmüştür.¹⁴¹ Aksine ölüm cezasının kaldırılması ile birbirinden çok farklı suçlar birbirine benzer hale getirilmektedir. Örneğin hem adam öldürme, hem de başka bir ağır suç ömür boyu hapsi gerektirecektir. Adam öldürmenin kendisi için eninde sonunda hapis getireceğini bilen suçlu o suçu işlerken kolaylıkla bir başka suç daha işleyebilecektir¹⁴²

Çevreden kaynaklanan sebeplerin, ölüm cezalarının kaldırılması için gerekçe oluşturabileceği görüşüne karşı ise, çevreden kaynaklanan sebeplerin suçların işlenmesinde suçu işleyeni etkilediği ve hatta suç işlemeye sebep olduğu kabul edilmekle birlikte, bunun temyiz kudretine sahip ve irade serbestisi bulunan kişinin sorumluluğunu ortadan kaldırmadığı belirtilmiştir. Çevresel faktörler olsa olsa cezaların hafifletilmesi veya ağırlaştırılması ya da hakimin takdiri hafifletici sebeplerin varlığını değerlendirmesinde dikkate alınabilir, yoksa çevresel faktörler başlıbaşına ölüm cezasının kaldırılmasına neden oluşturmaz.¹⁴³

Adli yanlışların sadece ölüm cezasına özgü olmadığı, her cezada yapılan yanlışın tamir edilemeyeceği vurgulanmıştır. Yanılığın da çekinildiğinde, ceza yasalarından vazgeçmek gereklidir, bunun da olamayacağı kuşkusuzdur.¹⁴⁴ Adli yanlışların miktarının abartıldığı belirtilmektedir.¹⁴⁵ Ölüm cezası büyütüldüğü kadar önemli bir toplumsal sorun değildir. İstatistiklere baktığımızda , ölüm cezasının çok az kişiye uygulandığı görülmektedir. Savaşlar, trafik kazaları, binlerce kişinin hayatına mal olmaktadır. İdam cezası hem sosyalist ülkelerde hem de islam

¹³⁹ Nathanson S., s. 10

¹⁴⁰ Yalkut N., s. 1005

¹⁴¹ Şen E., Ölüm Cezası, İBD, Ocak-Şubat-Mart, C.7, S.2-3, s. 37

¹⁴² Imbert J., s. 74

¹⁴³ Şen E., s. 57

¹⁴⁴ Yalkut N., s. 10004 ; 128-200

¹⁴⁵ Akkan K., Avrupa hukuk sistemlerinde Ölüm Cezası, AD, S.2, F.3, 1965, s. 185

hukukunda vardır.¹⁴⁶

İdam cezası taraftarlarının ahlaki açıdan kötü karşılanacaklarından çekindikleri için açıkça yazmaya çekindikleri ancak konuşmalar arasında sıkça söylenen gerekçelerinden birisi de toplum için faydası bulunmayan suçluların hapishanelerde bakılmalarının devlete ekonomik külfet getirmekte olduğudur.¹⁴⁷

İdam cezasının kaldırılmama nedenlerinden birisi de denemelerden geçmiş eski bir uygulamayı, alıkoyma gereği hissetme ve kaldırılmanın ortaya çıkartacağı olayları peşin olarak kestirememenin getirdiği korkudur.¹⁴⁸

bbb. İdam Cezasını Reddeden Görüşler

Bu görüşlere karşı ölüm cezasına karşı olan yazarlar şu görüşleri ileri sürmüşlerdir:

Ölüm cezası insanlıkdışı, gaddar ve aşağılayıcı bir cezadır. Bu cezayla birlikte kişinin yaşamı sona erdiğinden kişiyi ıslah edici bir özelliği yoktur. Ölüm cezası suç işlemiş bir kimseyi tekrar suç işlemekten alıkonulmuş, sosyalleştirilmiş bir kimse olarak topluma kazandırma niteliğinden yoksundur.¹⁴⁹

Ölüm cezasının önleyici bir ceza olmadığı, ölüm korkusunun niteliğinin tartışma konusu olduğu ileri sürülmüştür. İstatistiklerin yetkili uzmanlarca değerlendirilmesiyle hazırlanan raporlarda varılan sonuca göre ölüm cezasının kaldırılması, ilgili suç oranını arttırmamakta, ölüm cezasının yeniden konulması da suç oranını azaltmamaktadır. Bugün artık kabul ve tespit edilmiştir ki, bir yaptırım olarak ölüm cezasının varlığı ya da yokluğu, suç

¹⁴⁶ Bu konuda bkz. **Tosun Ö.**, Ölüm cezası Sorunu, İBD, C.52, S.4,5,6, Nisan-Mayıs-Haziran, 1978, s. 199,200

¹⁴⁷ **Nathanson S.**, s. 32 ; 3 Ekim 1984 günü Muş'ta yaptığı konuşmada Kenan Evren "Bir kişi düşüneceksiniz ki, sokaktan geçen otobüse elindeki otomatik silahla ateş edecek. Birçok insanları öldürecek, ondan sonra ben onu idam etmeyeceğim de hapishanelerde senelerce bakacağım. Buna sizin gönlünüz razı olur mu?... Bu vatan için kanını akıtan mehmetçiklere silah çeken o haini ben senelerce besleyeceğim. Buna siz razı olurmusunuz" diyordu. Bkz. **Gemalmaz S.**, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Yaşam Hakkı Ve İşkence Yasağı, Kavram Yay., Ocak 1994, İstanbul, s.37

¹⁴⁸ **Imbert J.**, s. 72,73

¹⁴⁹ **Canak E.**, Ölüm cezası , Çağımız Ve Türkiye, MBD, Temmuz-1991, Y.10, S.38, s. 56 ; **Özcan E.**, Ölüm Cezalarına Hayır, İzBD, Ocak-1989, S.1, s. 29 ; **Değer E.**, Çağdaş Hukuk Açısından Ölüm Cezası Ya da Ceza Olarak Öldürülmek, Çağdaş Hukuk, Haziran 1992, s. 31 ; **Imbert J.**, s.76

oranı veya teşebbüs halindeki suç oranı üzerinde etkili olmamaktadır. İnsanı yönelten tek his korku değildir. Sevgi, bağlılık, tutku, öfke de ölüme kafa tutulmasına neden olabilir. Cezanın büyüklüğü, kişinin suç işlerken daha dikkatli davranmasından başkaca bir sonuç sağlamayabilir.¹⁵⁰ Büyük suç faillerinin suçu işlerken sonunu düşünmedikleri kendi ifadeleriyle sabit olmuştur. Zaten suçu işlerken her suçlunun cezadan kurtulacağı ümidi vardır.¹⁵¹

Önleyicilik idam cezanın etkilerinden değildir, bir infazı seyretme bazen aksi etki dahi yaratmaktadır. İnfazların yapıldığı yerlerde suç işlendiği defalarca tespit edilmiştir. Örneğin Boston'da bir kundakçı idam edilmiştir. Bu çok eski devirlerden bu yana gerçekleştirilen ilk idamdır. İnfazdan sonra kentte ve çevresinde kundakçılık olayları çoğalmıştır. Yapılan bir anket sonucunda yangınları çıkaranların tümünün ilk suçlunun idamını seyretmiş olanlar oldukları anlaşılmıştır.¹⁵²

İdam cezası bir şiddet eylemidir ve şiddete yol açar. Ölüm cezasının verilmesi ve uygulanması bu eylemle ilgili herkesi vahşete iter.¹⁵³ Ölüm cezası geride kalanları cezalandırma özelliğine sahiptir.

Ölüm cezasının sonucu insanın yaşamına yönelik olduğundan, bu cezanın infazı ile bir daha geriye dönüş yoktur. Olabilecek adli hataların düzeltilme olanağı kalmamaktadır. Günümüzde adli hataların olabildiği bilinen bir gerçektir. Böylece adli hatalar tespit edilse bile, artık geriye dönüş yoktur. Adli yanlışlığın her ne kadar bütün cezalar bakımından tamir edilemez olduğu ileri sürülse bile, bu tamir edilmezliğin bir ölçüsü vardır. Para cezası alınsa, bu ceza geri verildiğinde doğurmuş olduğu etkiler hafifler, hürriyeti bağlayıcı cezalarda giderme daha zordur, ölüm cezalarında ise zordan öte

¹⁵⁰ Hassan Ü., s. 97 vd.

¹⁵¹ Demirel H., s. 170

¹⁵² Imbert J., s. 77 ; Saksena K. P., s.103; Hassan Ü., s.96; Aynı yönde görüşler için bkz.Tosun Ö., s. 202,203,204; Çelenk H., Yaşama Hakkı Ve Ölüm Cezası, İzBD, Nisan-1991, S.2, s. 123 ; Savcı B., Yaşam Hakkı, s. 74,75 ; Öndül H., İnsan Hakları Yazıları, Ocak - 1997, Ankara, s. 15 ; Tanör B., Türkiye'nin İnsan Hakları, s. 25 ; Bayraktar K., s. 75 ; Yeşilyurt M., Ölüm Cezası Üstüne, MBD, Temmuz-1991 , Y.10, S.38, s. 62 ; Sarıkaya H., Öldürmek Çözüm Değildir, AnBD, Ekim-Kasım-Aralık, 1993, Y.14, S.16 , s. 20 ; Özcan E., s.27,29 ; Casalnuova A., Ölüm Cezasının Hukuka Aykırılığı, İBD, C.54, S.3-4, Nisan, Mayıs-1980, s. 63 ; Tosun Ö., s. 202 ; Nathanson S., s. 59 İdam cezasının suçları azaltmadığı konusunda alıntılı bilgi ve idam cezasının var olduğu ve kaldırıldığı zamanlar arasındaki karşılaştırmalar konusunda yapılan çalışmalar için bkz. Nathanson S., s. 15 -32

¹⁵³ Özcan E., s. 27

olanaksızdır.¹⁵⁴

Suç, kişinin toplumla çatışmasını, uyuşmazlığını açığa vuran bir eylemdir. Fakat bilimsel araştırmalar göstermektedir ki bu çatışma toplumsal, siyasal, iktisadi nedenlere dayanmakta, suçlu kendi yaratmadığı bir çok nedenlerin etkisinde suçu işlemektedir. Hiç kimse doğuştan suçlu doğmaz. İnsanı suça iten nedenler sosyal, ekonomik, psikolojik ve ruhsal nedenlerdir. Öyle ise yapılacak iş, kişileri idam cezasına çarptırmak yerine suç ortamını ortadan kaldırıp kişileri eğitmek olacaktır.¹⁵⁵ Ölüm cezasının bölünmek ve derecelendirilmek yoluyla suçluya uydurulması imkanı da bulunmamaktadır.¹⁵⁶

Ölüm cezası devlet tarafından önceden hazırlanmış bir cinayettir.¹⁵⁷ Ölüm cezaları ile kişileri karşılaştıran Camus, "Böylesine müthiş bir cinayete kişiler arasında rastlanamamaktadır " demektedir.¹⁵⁸

Yaşam hakkına saygı kişilerin öldürülmemesini gerektirmektedir. Cinayetin kötü bir şey olduğunu göstermek için bir kişiyi öldürdüğünüzde cinayetten farklı bir şey yapmış olunmaz. İdam cezası cinayetle aynı şeydir çünkü ikisinde de öldürme söz konusudur. Cinayet yanlış bir şeydir, idam cezası cinayetin bir başka şeklidir, şu halde idam cezası da yanlıştır.¹⁵⁹

Ölüm cezası yaşam karşısında ani bir tehtide karşı bir meşru müdafaa eylemi değildir. Bu, bir kişinin daha hafif yollarla cezalandırılabilirken, önceden planlanarak öldürülmesidir.¹⁶⁰

Suçluya, toplumun korunması gerekçesi ile ölüm cezası verilirken, gelecekte göstereceği tehlikelilik, işleyeceği suçtan dolayı ceza verilmektedir. İşlenmiş, meydana getirilmiş bir suçta artık korunmadan söz edilemez, çünkü

¹⁵⁴ Aynı görüş için bkz. **Saksena K. P.**, (Edited by) Human Rights Pespective And Challenges, Lancer Books, New Delhi, 1994, s. 99 ; **Landerer L. E.**, Capital Punishment As A Human Rights Issue Before The United Nations, Human Rights Journal, 1971, Vol. IV, s. 512; **Tosun Ö.**, s. 201 ; **Bayraktar K.**, s. 70 ; **Devecioğlu V.**, Ölüm Cezası Ve Düşündürdükleri, MBD, Aralık-1990, S.126, s. 9 ; **Çelenk H.**, Yaşama Hakkı Ve Ölüm cezası, s. 124 ; **Toroslu N.**, s. 923 ; **Yeşilyurt M.**, s. 63 ; **Özcan E.**, s. 29 ; **Casalnuova A.**, s. 63 , **Karadayı İ. K.**, Ceza Hukukunda Ölüm, NMH, 1982, C.56, S.4,5,6, s. 163 ; **Tanör B.**, Türkiye'nin İnsan Hakları , İstanbul-1991, s. 125 ; **Imbert J.**, s.178

¹⁵⁵ **Bayraktar K.**, s. 75 ; **Özcan E.**, s. 28 ; **Yeşilyurt M.**, s. 62 ; **İlhan A.R.**, MBD, Temmuz-1991, Y.10, S.38, s. 67 ; **Canak E.**, s.30

¹⁵⁶ **Demirel H.**, s. 170

¹⁵⁷ **Tanör B.**, s. 125 ; **Öndül H.**, s. 15 ; **Sarıkaya H.**, s. 21

¹⁵⁸ **Çelenk H.**, Yaşama Hakkı, s. 123, (Aktaran)

¹⁵⁹ **Nathanson S.**, s. 2

¹⁶⁰ **Saksena K. P.**,(Edited by) s. 100

tehlike artık bitmiştir. Böylece ölüm cezası ile suçlu işlediği suçtan dolayı değil, işleyeceği suç için cezalandırılmaktadır. Toplumun korunması görüşü ile kişi toplumun bir aracı haline getirilmekte, toplum için kişi kurban edilmektedir. Kişi kendi işlediği suç için değil, başkalarının suç işlememesi için ölüme mahkum edilmektedir.¹⁶¹

Bütün ceza hukuku sistemleri ayrımcılığa açıktırlar ve idam cezaları toplumun zayıf ve dezavantajlı kesimlerine karşı daha oransız olarak uygulanmaktadır.¹⁶²

İdam cezasının özellikle siyasi suçlara uygulanması daha da sakıncalıdır. Çünkü bu suçlarda, suçlunun eyleminin haklı ya da haksız olduğu koşullara göre değişmektedir. Var olan düzene başkaldıran, kazanırsa bir lider, yitirirse asi bir suçlu olmaktadır.¹⁶³ Ayrıca ölüm cezası tehtidinin politik suçlar ya da terör eylemlerini önleyeceği yolunda da kanıtlar yoktur. İdamlarla gelen politik şehitlik olasılığı insanları bu tip suçları işlemek için teşvik dahi edebilir.¹⁶⁴

Ölüm cezası ile insanlık ağır bir tecavüze uğramaktadır. Kişiliğin bu ceza ile tamamen ihlal edilmesi, insan yaşamına duyulması gereken saygının böylece zayıflatılması, insanın nefretle anılmayacak bir varlık oluşu, insan yaşamının inkar edilmez değeri karşısında, bu cezanın karşısına çıkmaktadır. En yüksek değer olan insanın bu şekilde ortadan kaldırılması siyasal iktidar ve toplumun amaçlarına da aykırıdır. Toplumun, siyasal iktidarın kuruluş nedeni olarak insan kabul edilip, onu bazı hukuki formüller gereğince ortadan kaldırmak, çağımız uygarlığı için de büyük bir hata olacaktır.¹⁶⁵ İdam cezasında hangi yöntem uygulanırsa uygulansın akut ve ruhsal acılar meydana gelecektir.¹⁶⁶ Ölüm cezasının acımasızlığı açıktır. İşkence gibi idam da devlet görevlileri tarafından aciz durumda olduğu bilinen bir insan üzerinde aşırı bir fiziksel ve ruhsal saldırıdır. Bir insanın öldürülmesiyle ortaya çıkan fiziksel ağrı ve devletin ellerinde ölümün önceden bilinmesinin neden olduğu psikolojik ızdırap ölçülemez. Bir ölüm cezası ister acele bir yargılamadan 6

¹⁶¹ Bayraktar K., s. 72

¹⁶² Saksena K. P.,(Edited by) s.99 ; Nathanson S., s. 59

¹⁶³ Hassan Ü., s. 114

¹⁶⁴ Saksena K. P.,(Edited by) s.103

¹⁶⁵ Bayraktar K., s. 73,75

¹⁶⁶ Saksena K. P.,(Edited by) s.99

saat sonra, ister halka açık bir mahkemeden 6 hafta sonra, isterse uzun yargılamalardan 16 yıl sonra uygulansın, idam edilen kişi zalimce, insanlık dışı ve küçültücü bir cezaya maruz kalmıştır.¹⁶⁷

Ölüm cezası yaşam üzerindeki insan onuru çekirdeğini zedelemektedir. Devletin insan onuruna aykırı bir davranışı söz konusu olmaktadır.¹⁶⁸ İdam cezası hakkın özü kriterine de ters düşmektedir. İdam cezasının yaşam hakkının özü ile bağdaşabilmesi mümkün değildir. Çünkü yaşam hakkında öz ile kapsam aynı şeydir. Yaşam hakkına dokunduğunuzda özü de gitmiş demektir.¹⁶⁹

Amaç ne olursa olsun, bir hükümetin ölüm kadar acımasız bir cezayı haklı göstermesi insan hakları kavramıyla çatışır. Belli insanların yaptıkları kötülük için öldürülmeyi hak etmiş oldukları görüşü duygusal olarak güçlü ve aynı zamanda insan hakları temelini geçersiz kılacak bir görüştür. Korkunç bir eylemi gerçekleştiren bir kişi ölümün acımasızlığını hak edebiliyorsa, benzer nedenlerle işkenceyi ya da yargılanmadan mahkum edilmeyi de neden hak etmesin? İnsan haklarının temeli devredilemez nitelikte oluşlarıdır. Bir kişi en gaddar suçu işlemiş olsa bile yaşam hakkı alınamamalıdır. İnsan haklarının en iyimize olduğuna kadar en kötüye de uygulanması gerekmektedir.¹⁷⁰

cc. Uluslararası Belgelerde İdam Cezası

BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi idam cezanın kaldırılmasına ilişkin herhangi bir hüküm içermemektedir.¹⁷¹ Bildirgede yaşam hakkının istisnası olarak ölüm cezası düzenlenmediği gibi, bu cezanın kaldırılması yolunda da açık bir hüküm yoktur.

BM Uluslararası Kişisel Ve Siyasal Haklar Sözleşmesi yaşam hakkını tanımanın yanısıra 6. maddesiyle idam cezası istisnasına yer vermiştir.

¹⁶⁷ Canak E., s. 100

¹⁶⁸ Gören Z., Anayasa Hukukuna, s. 382; Aynı yönde bkz. Karadayı İ. K., s. 168 ; Ölçer S., Hiçbir Hekimden Ölüm Cezasına Etkin Şir biçimde Katılması İstenmemelidir, İzBD, Nisan 1991, S.2, s. 130 ; Tanör B., Türkiye'nin İnsan Hakları, s. 25 ; Özcan E., s. 27

¹⁶⁹ Savcı B., Yaşam Hakkı, s. 73,75

¹⁷⁰ Saksena K. P., (Edited by) s.103

¹⁷¹ Gomren D.-Harris D.-Zwaak L., Law and Practice Of The European Social Charter, Council of Europe Publishing, Germany 1996, s. 93 ;Landerer L.E., s. 511

Ancak temel hedef ve doğrultunun ölüm cezasının ilgası olduğunu da hükme bağlamıştır. Nitekim md.6/6'ya göre Sözleşmenin tarafı hiçbir devlet, bu maddedeki istisna hükümlerini, ölüm cezasını kaldırmayı önlemek yahut geciktirmek için kullanamaz. Ölüm cezası belli koşullara bağlanmıştır. Bu koşullar ölüm cezasının sınırlarını oluşturmaktadır. Bu bağlamda 9 sınır mevcuttur.

1. Ölüm cezası yaptırımını içeren suç yasayla düzenlenmeli ve gerek bu sözleşmenin, gerekse Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesinin hükümlerine ters düşmemelidir. 2. Ölüm cezası sadece çok ciddi suçlar için söz konusu olabilir. 3. Suç işlendiğinde yürürlükte olan norm ölüm cezası yaptırımını içeriyor olmalıdır. 4. Mahkum olan suçlunun cezasının infazı ancak suçlunun yaşı 18'den büyükse, kadınsa hamile olmaması halinde söz konusu olabilir. 5. Ölüm cezası hükmü yasaya uygun olarak ve yetkili bir mahkeme tarafından verilmiş olmalıdır. 6. Nihai bir hüküm olmalıdır. 7. Mahkumun bağışlanma ya da cezasının hafifletilmesini isteme hakkı vardır ve bağışlama ya da hafifletilme kararı her durumda verilebilir. 8. Ceza ancak nihai hükümden sonra varsa af talebine ilişkin karardan sonra infaz edilebilir. 9. Ceza soykırım suçu kapsamına girmeyecek mahiyette olmalıdır.¹⁷²

BM Uluslararası Kişisel Ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin ölüm cezasının ilgasını amaçlayan 2. Seçmeli Protokolü ölüm cezasını kaldırmaktadır.¹⁷³ Protokolün 2. maddesine göre, "Bu protokole çekince konmasına, savaş süresince işlenen çok ciddi nitelikli askeri suçlar için verilecek ölüm cezası mahkumiyetinin savaş zamanında uygulanması hakkında, onaylama ya da katılım sırasında çekince konması istisnası dışında, cevaz verilmez". Ölüm cezası alanı son derece sınırlı tutulmuş sadece savaş

¹⁷² Türkiye bu sözleşmeye taraf değildir. Sözleşme 16.12.1966 tarihli olup 23.3.1976 tarihinden bu yana yürürlüktedir. **Gemalmaz S.**, Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı, 2. B., İstanbul-Ocak 1994, s. 53; **Landerer L. E.**, s. 518 vd. ; **Gomren D.-Harris D.-Zwaak L.**, s. 93 ; **Gomren D.-Harris D.-Zwaak L.**, s. 225, **van Dijk P.- van Hoof G.J.H.**, Human Rights In Europe, Manchester Universty Press, Manchester And Newyork, 1993, s. 33 ; **Prezetacznik F.**, s.603: Hamile kadınların idamedilemeyeceğine ilişkin hüküm ile doğmamış yaşamın korunmakta olduğu belirtilmektedir.

¹⁷³ Protokol 11.7. 1991 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu protokol konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Gemalmaz S.**, Ölüm Cezasının İlgasını Amaçlayan BM Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin İkinci Seçmeli protokolü Ve Türkiye 'de Ölüm Cezası Sorunu, İHY,C.12, 1990, s.65 vd.

zamanında işlenecek askeri nitelikte suçlara özgülenmiştir.¹⁷⁴

BM Çocuk Hakları Sözleşmesine¹⁷⁵ göre (md. 37/a) 18 yaşından küçüklerin işledikleri suçlarda, ölüm cezasının verilemeyeceği hükme bağlanmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 2. maddesiyle ölüm cezasına yer vermektedir. Ancak daha sonra Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ölüm Cezasını kaldıran 6 nolu Ek Protokolü kabul edilmiştir.¹⁷⁶ Protokolün 1. maddesine göre ölüm cezası kaldırılmıştır. Hiçkimse ölüm cezasına mahkum edilemez ya da mahkumiyeti infaz edilemez. 2. maddeye göre devlet, savaş zamanında ya da yakın savaş tehdidi durumunda işlenen eylemler için, yasalarında ölüm cezasına ilişkin hükümler bulundurabilir. Bu ceza ancak, yasayla belirlenmiş durumlarda ve ilgili hükümler uyarınca uygulanabilir.

Hem BM Uluslararası Kişisel Ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'ne Ek 2. Seçmeli Protokol hem de Avrupa Konseyinin 6 Nolu Protokolü, savaş zamanı ve barış zamanı düalizmini tanımışlardır. Barış zamanı bakımından ölüm cezası yasağını, mutlak bir yasak olarak düzenlemektedirler.¹⁷⁷ Ancak 2. Seçmeli Protokolün istisna alanı çok daha sınırlıdır. Çok sıkı koşullara bağlanan bu istisna sadece savaş süresince işlenecek suçlara indirgenmiştir. Oysa 6 nolu protokol bu istisna alanına, savaş zamanında işlenen suçlardan başka, yakın savaş tehdidi durumunda işlenen suçları da katmıştır.¹⁷⁸ Bu cezanın sadece askeri nitelikte suçlar için öngörülebileceğine dair bir işaret yoktur. Ayrıca bu cezanın yalnızca çok ciddi nitelikli suçlar için tanınacağına, asker ve sivil tüm kişiler için geçerli olup olmayacağına ilişkin güvence de getirilmemiştir.¹⁷⁹

Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi de yaşam hakkına istisna

¹⁷⁴ Gomren D.-Harris D.-Zwaak L., s. 93 ; Gemalmaz S., Yaşam Hakkı, s. 117 ; Saksena K. P., (Edited by) s. 28

¹⁷⁵ Sözleşme 2.9.1990 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 6 Nolu protokol konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Gemalmaz M.S., Avrupa Konseyi Ölüm Cezasının Kaldırılmasına İlişkin 6 Nolu Protokolün Düşündürdükleri, MH, MÖHB, S.2, Y.5, 1985, s. 117 vd.

¹⁷⁶ Türkiye bu protokole taraf değildir. 6 nolu ek protokol, yürürlüğe girmesi için gerekli beş devlet tarafından onaylanması ya da ona katılması koşulunun yerine gelmesinden sonra, 1.3.1985'te yürürlüğe girmiştir.

¹⁷⁷ Robertson A. H., Merrills J.G., s.33

¹⁷⁸ Gomren D.-Harris D.-Zwaak L., s.96 ; Harris D.J.- O'Boyle M.-Warbrick C., Law Of The European Convention On Human Rights, Butterwords, London, Dublin, Edinburg, 1995.s. 45; van Dijk P.- van Hoof G.J.H., 221; Robertson A. H., Merrills J.G., s.33

¹⁷⁹ Gemalmaz S., Yaşam Hakkı, s. 124

olarak ölüm cezasını tanımıştır. Ancak buna ilişkin güvenceler de getirilmiştir. Getirilen güvencelerden önemlileri, ölüm cezasının sadece çok ciddi suçlarda söz konusu olması, hükmü mutlaka yetkili mahkemenin yasaya uygun olarak vermesi, ölüm cezasına ilişkin kararın nihai hüküm olması, hiçbir halde siyasi suçlar için verilememesi, 18 yaşın altında, 70 yaşın üstünde, ve hamile olan kişilere bu cezanın uygulanamayacağıdır. (md. 4)¹⁸⁰

Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ölüm Cezasını İlgı Eden Protokolü¹⁸¹ ile ölüm cezası kaldırılmıştır. Bu protokol de yukarıda incelenen diğer iki protokol gibi bu cezayı barış zamanları için ortadan kaldırmaktadır. BM belgesine koşut olarak ölüm cezasını saklı tutabilme istisnasını, sadece savaş zamanında işlenen askeri nitelikteki suçlar için tanımaktadır. Avrupa Konseyi belgesinden farkı, yakın savaş tehlikesi halleri bakımından da bu cezanın saklı tutulabileceği hükmüne yer verilmemiş olmasıdır.¹⁸²

Afrika İnsan Ve Halkların Şartı 4. maddesiyle yaşam hakkını tanımış ve idam cezası istisnasına madde metninde yer vermemiştir.

Karşılaştırmalı olarak olarak incelendiğinde bu belgeler arasında en az gelişmiş Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesidir. Bunda ise belirleyici etken bu belgenin alanının ilk ve eski tarihli örneği olmasıdır.¹⁸³

Avrupa Parlamentosu Temel Haklar Ve Özgürlükler Bildirisinin 22. maddesi, ölüm cezası kenar başlıklı olup, doğrudan bu cezaya özgülenmiştir. Buna göre "ölüm cezası ilga edilmiştir".¹⁸⁴

dd. İdam Cezasına İlişkin Güvenceler

BM Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi ve Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi ölüm cezasını tanımakla birlikte, yukarıda belirtildiği gibi pekçok güvenceler içermektedirler. Bu güvenceler, suçun yasal olması, suçun niteliğinin ciddi olması, suç işlendiğinde yürürlükte olan normun ölüm cezasını içermesi, ölüm cezası mahkumunun yaşına ve hamile olmamasına ilişkin

¹⁸⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Gemalmaz S., Yaşam Hakkı, s. 63

¹⁸¹ Bu protokol 28.8.1991 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

¹⁸² Gemalmaz S., Yaşam Hakkı, s. 133

¹⁸³ Gemalmaz S., Yaşam Hakkı, s. 67

¹⁸⁴ Gemalmaz S., Yaşam Hakkı, s. 62

güvenceler,¹⁸⁵ mahkemenin yetkili olması, mahkumun bağışlanma ya da cezasının hafifletilmesini isteme hakkı ve infazın bu talebe ilişkin karardan sonra yerine getirilmesi gibi kurallardır.¹⁸⁶

BM Ekonomik Ve Sosyal Konseyinin 25.5.1984 tarihli kararı da ölüm cezası mahkumlarına güvenceler getirmektedir.¹⁸⁷ Bu güvenceler şöyle özetlenebilir.

-Ölüm cezasını kaldırmayan ülkelerde bu ceza, sadece çok ciddi nitelikte suçlar için verilebilir.

-Ölüm cezası, sadece bir suç işlendiğinde, işlenen o eylem için bu ceza öngörülmüşse verilebilir.

-Suç işlendiğinde 18 yaşın altında olanlar ölüm cezasına çarptırılmaz. Hamile kadınların, yeni anne olanların ya da akıl hastası kişilerin ölüm cezası infaz edilemez.

-Söz konusu olayların açık şekilde ortaya konan delillere dayandırılması gerekir.

-Ölüm cezası sadece yetkili bir mahkeme tarafından verilecek bir nihai hükümden sonra infaz edilebilir. Sanığa yargılamanın bütün aşamalarında elverişli yasal yardımın sunulması hakkı tanınarak ve adil yargılanmayı temin edecek bütün güvenceler verilerek yürütülmüş olmalıdır.

-Ölüm cezasına mahkum herkesin bir üst yargılama yetkisine sahip mahkemede temyiz hakkı vardır.

-Mahkumun, affedilme ya da cezasının hafifletilmesini isteme hakkı

¹⁸⁵ Robertson A. H., Merrills J.G., s.33

¹⁸⁶ Uluslararası Medeni Ve Siyasal haklar sözleşmesi md. 6 ve Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi md. 4

Jamaika uyruklu bir şikayetçi BM komitesine başvurarak Medeni Ve Siyasal Haklar sözleşmesindeki bir dizi hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Komitenin belirtilen verilerden yola çıkarak ulaştığı sonuç şudur: Sözleşme md. 14'te adil bir yargılama konusunda aranan gereklere uyulmaksızın ölüm cezası mahkumiyetine ilişkin nihai hüküm verildiği için , sözleşme md. 6'da düzenlenen yaşam hakkı ihlal edilmiştir. Ayrıca komitenin vurgulamasına göre sözleşme md. 14'teki adil yargılamaya ilişkin bütün güvencelere , ölüm cezası istemli vakalarda tüm taraf devletlermutlak riayet etmelidir; bu güvencelerin istisnası yoktur. Bkz. **Gemalmaz S.**, Yaşam Hakkı, s.81

Amerikan İnsan Hakları Komisyonu, 27 .3.1987 tarihinde **Roach ve Pinkerton v. ABD** Vak'asında ABD'nin insan haklarını ihlal ettiğini karara bağlamıştır. Şikayet başvurusunda ileri sürülen argüman , suçu işledikleri tarihte 18 yaşından küçük olanların ölüm cezalarının yerine getirilmesi idi. Bkz. **Gemalmaz S.**, Yaşam Hakkı, s.88 vd.

¹⁸⁷ Bu karar BM Ekonomik Ve Sosyal Konseyinin 25.5.1984 tarihli oturumda kabul ettiği 1984/50 Kararıdır. Ölüm Cezasına Çarptırılanların Haklarını Garanti Altına Alacak Güvenceler isimli bu karar , BM Genel kurulunca 14.12.1984 tarihinde oylama yapılmaksızın , 39/118 sayılı bir karar ile kabul edilmiştir. ; **Saksena K.P.**, (Edited by) s.99,100

vardır. Temyize, af ya da cezanın hafifletilmesine ilişkin usullere başvurulmuşsa, ölüm cezası infazı yapılmaz.

- Ölüm cezası olan yerlerde bunun infazı mümkün olan en az acı verilerek yapılmalıdır.

Bu en düşük koruyucu hükümlere saygı halen yapılan idamları büyük ölçüde azaltacaktır.¹⁸⁸

BM Genel Kurulu tarafından kabul edilen "Beijing Kuralları" olarak bilinen metin, çocuk ve genç suçlulara ilişkin minimum Standart Kuralları düzenlemektedir. Beijing Kuralları (md.17/2) düzenlemesine göre gençlere işledikleri hiçbir suç nedeniyle ölüm cezası verilemeyeceği hüküm altına alınmıştır.¹⁸⁹

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ölüm cezasına ilişkin açık güvenceler yer almamakla birlikte¹⁹⁰, madde metninden, 6, 7, 3 ve 14. maddelerinden ölüm cezasına ilişkin güvenceler çıkarmak mümkündür. Buna göre idam cezasına ilişkin yargılamada sanığın adil ve usulüne uygun yargılanma hakkı vardır. Adil yargılama tarafsız ve bağımsız bir mahkeme tarafından yapılmalıdır. Ölüm cezası yasa ile düzenlenmiş olmalıdır, yetkili mahkeme cezayı vermelidir, ayrıca geriye yürümezlik kuralı uygulanacaktır. Cezanın verilmesinde, yerine getirilmesinde, af hakkı verilmesinde kişiler arasında ayırım yapılamaz.¹⁹¹ Acele ve savunma hakkı verilmeyen yargılamalar ve yasaya dayanmayan ölüm cezaları 2. maddeyi ihlal edecektir.¹⁹²

Ayrıca işlenen suç ile ceza arasında bir oransızlık olmamalıdır¹⁹³

¹⁸⁸ Saksena K.P., (Edited by) s.100

¹⁸⁹ Bu metin BM Genel kurulu tarafından 29.11.1985 tarihinde , 40/33 sayılı karar ile kabul edilmiştir.

Przetacznik F., s. 603 :Doktrinde ayrıca idam cezasıyla yargılanan sanıkların şu güvencelere sahip olmaları gerektiği belirtilmiştir: 1. İtham edildikleri konunun nitelikleri ve nedenleri konusunda ayrıntılı olarak bilgilendirilmeleri 2. Savunmalarını hazırlamaları için yeterli süre ve imkanlara ve kendi seçecekleri avukatla ilişkiye geçme hakkına sahip olmaları ya da kendilerine sunulan yasal yardımdan yararlanmaları 3. Kendilerine karşı ya da kendi tarafındaki delilleri inceleyebilmeleri, 4.Kendisi aleyhine yemin etmek için zorlanamaması 5. Mahkemede kullanılan dili anlayamıyor ya da konuşamıyorsa bir tercümandan serbest olarak yardım almaları gereklidir.

¹⁹⁰ **Orphal T.**, The Right To Life, in: The European System For The Protection Of Human Rights, (Edited by: Mc Donald R. St. J. -Matscher F.- Petzold H.) , Martinus Nijhoff Publishers, 1993, Boston-London, s. 218

¹⁹¹ **Gomren D.-Harris D.-Zwaak L.**,s.98 ; **Orphal T.**, s.218

¹⁹² **Orphal T.**,218

¹⁹³ **van Dijk P.- van Hoof G.J.H.**, s. 211; **Orphal T.**, s.218

ve ölüm cezasının yerine getirildiği yer ile cezanın infaz biçimi sözleşmenin 3. maddesinde güvence altına alınan kimseye gayriinsani veya haysiyet kırıcı ceza verilemez yasağına aykırı olmamalıdır.¹⁹⁴

İdam cezasının uygulanmasında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin bütününe hakim olan orantı kavramının gözden uzak tutulmaması gerekmektedir. Devletler, hangi suçları ölüm cezası ile cezalandıracakları konusunda bir takdir serbestisine sahip iseler de, bu cezayı öngörürlerken suç ve ceza dengesine saygılı olmak, söz konusu cezayı en ağır suçlara has kılmak zorundadırlar. Suç ve ceza dengesizliği 2. maddenin, gereğinde 3. maddenin ihlaline yol açabilir.¹⁹⁵

İdam cezasının, Anayasamızın 17., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesinde yer alan kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya tabii tutulamaz hükmüyle bir çelişki oluşturduğu belirtilmektedir.¹⁹⁶ insanın, idam cezası hangi şekilde infaz edilirse edilsin, asılmak, kılıç kullanılarak ya da elektrik verilerek öldürülmesi insan haysiyetine yaraşmamaktadır.¹⁹⁷ Bir ölüm cezası mahkum edildikten ister en kısa zamanda, isterse yıllar sonra infaz edilsin kişi ölümünü önceden bileceği için psikolojik olarak çok büyük ızdırap çeker. İdam edilen kişi zalimce, insanlık dışı ve küçültücü bir cezaya maruz kalmıştır. Kişi ölümün gerçek acısını duyana kadar bu süre esnasında şiddetli bir ruhsal ve fiziksel acı yaşar. Ölüm cezasının infazının içerdği fiziksel acı ve ızdırap da acımasız ve insanlık dışıdır. ¹⁹⁸

Her ne kadar ölüm cezasının insan haysiyetine yaraşmayan, insanlığa yaraşmaz bir ceza olduğu kabul edilse bile, bu durum idam cezasının Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki varlığını ortadan kaldıramamaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Divanı yaşam hakkının, 3. madde ile olan ilişkisine ve ölüm cezasını bekleyiş olgusuna (the death row phenomenon) dayanarak, ölüm cezasına ilişkin güvenceler içeren bazı kararlar vermiştir.

¹⁹⁴ van Dijk P.- van Hoof G.J.H., s. 211

¹⁹⁵ Gölcüklü F.- Gözübüyük Ş., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ve Uygulaması, 2. B., Ankara-1996, s. 189

¹⁹⁶ Selçuk S., Anayasa Ve Ölüm cezası, YD, Y.78, s. 429,

¹⁹⁷ Öndül H., s. 7,8

¹⁹⁸ Saksena K. P., (Edited by) ,s.100

E.M. Kirkwood v. /the United Kingdom¹⁹⁹ başvurusuna ilişkin raporunda komisyon şu sonuçlara varmıştır:

Bu başvuru İngiltere'de bulunan bir kişinin ABD tarafından idam cezasıyla yargılanmak üzere iadesinin istenmesi durumu ile ilgilidir. Komisyon 2. madde ile 3. madde arasında bir uyumsuzluk olduğunu belirlemiştir. Yaşam hakkı sözleşmede mutlak olarak tanınmadığı halde insan onuruna aykırı ceza verilememesi yasağının istisnası yoktur ve kesin bir biçimde korunmaktadır. Bu açıdan ölüm cezasını bekleyiş olgusu bir ikilem yaratmaktadır. Bir yandan uzatılan bir temyiz sistemiyle ortaya çıkan ölüm bekleyişi infaz edilecek bir idam cezası öncesinde kişi üzerinde derin kaygılar yaratırken, bir yandan sistemin hızlandırılması sanığın yargılanması açısından aleyhine olacaktır. Kaliforniya'daki temyiz sisteminin amacı yaşam hakkını daha fazla korumak ve keyfilikleri önlemektir. Sistem gecikmelere neden olsada, bu gecikmeler yargılamaların denetlenmesini sağlamaktadır. Olayda kişi henüz mahkum edilmemiştir ve ölüm cezasını bekleyiş olgusuna maruz kalıp kalmayacağı belirsizdir. Bu yüzden başvurucunun karşıkarşıya kalabileceği ölüm cezası bekleyişinin başlıbaşına 3. maddeye aykırı olmadığı tespit edilmiştir. İngiliz Hükümeti, 2. maddede idam cezasına açıkça izin verdiğinden, temyiz prosedürüne bağlı olarak gerçekleşen gecikmelerin 2. ve 3. ve maddelere uygun olduğunu ileri sürsede komisyon bu bakış açısını kabul etmemiştir ve sözleşmenin bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.

Buna benzer bir başvuru tekrar Komisyon önüne gelmiştir. Burada İngiltere'de bulunan Soering isimli bir Alman vatandaşının ABD'de işlediği bir cinayetten dolayı İngiltere'den idam cezasıyla yargılanmak üzere iadesi istenmektedir. İngiltere iade edilmesine karar vermiştir. Soering başvurusunda, iadesi halinde karşılaşabileceği ölüm cezası olasılığı nedeniyle ölüm bekleyiş olgusuna muhatap olabileceği gerekçesiyle bu durumun Sözleşmenin 3. maddesini ihlal edeceğini ileri sürmüştür. Komisyon raporunda suçlunun ölüm cezası riskiyle karşılaşabileceği bir ülkeye iade edilmesinin 2. ve 3. madde bağlamında bir sorun yaratmadığını, bununla birlikte ölüm cezasının yerine getiriliş koşullarının ve tarzının hiçbir şekilde 3. maddeyi ihlal etmeyeceğinin söylenemeyeceğini belirtmiştir.

¹⁹⁹ E.M. Kirkwood v./ the United Kingdom, D.R. 7, 12.3.1984, App. No. 10479/83, s.158 vd

Bu olay daha sonra Avrupa İnsan Hakları Divanı'nın önüne götürülmüştür. Mahkeme hükmü Komisyonun görüşünden farklıdır ve 3. maddenin ihlal edildiğine ilişkin karar verilmiştir. Hükme göre, Soering'in ABD'ne iadesi halinde karşılaşılabileceği ölüm cezası ve bu mahkumiyetten cezanın infazına dek geçecek süre, bir ölüm bekleyişi olgusu yaratacaktır ve bu durum Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi md. 3'te düzenlenen insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele ya da ceza yasağı normunun ihlali olacaktır. Bu hükme ulaşırken Mahkeme şu gerekçeleri ileri sürmüştür: Sözleşme bir bütün olarak okunmalıdır ve 2. ve 3. madde hükümleriyle uyumlu biçimde değerlendirilmelidir. 2. maddenin açık hükmü karşısında Sözleşmenin genel bir ölüm cezası yasağı getirmediği görülmektedir. Buna karşılık genel olarak ölüm cezasının ilgası biçiminde beliren ulusal ceza siyasaları pratiği, idam cezası istisnasını değiştirme konusunda taraf devletlerin bir uzlaşması olarak değerlendirilebilir. Ve böylece 3. maddenin amaçsal/evrimsel yorumu için, metnin sınırlayıcı kapsamı görülmeyebilir. 3. madde ölüm cezasını yasaklıyor biçiminde genel bir yorum yapılamaz. Fakat bu, ölüm cezasının bir problem olarak 3. madde bağlamında hiçbir zaman belirmeyeceği anlamına gelmez. Bu cezanın verilmesi ya da infazı, mahkum olan kişinin subjektif koşulları, işlenen suçun vahameti ile bir orantısızlık hali, infazı bekleme sürecindeki koşullar, mahkum olan kişinin göreceği muamele ya da cezanın çerçevesinde irdelenmesine elveren birkaç örnek faktördür.²⁰⁰

Mahkeme kararına karşı karşı oy yazan Yargıç De Meyer'e göre ölüm bekleyişi olgusunun "insanlık dışılığı ve aşağılayıcılığı" bunun bir yansısidir. İnsana aykırı olan, ölüm cezasının kendisidir. Hiçbir kuşku yok ki, şikayetçinin ABD'ye iadesi, onun yaşam hakkının ihlalidir.²⁰¹

²⁰⁰ Gemalmaz S., Yaşam Hakkı, s. 99 vd.

²⁰¹ Gemalmaz S., Yaşam Hakkı, s. 111; idam cezasının gerektiren suçlarda suçluların başka bir ülkeye geri verilmesi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Tezcan D., Ölüm Cezasını Gerektiren Suçlarda Suçluların Geri verilmesi Sorunu, SBFD, C.XXXVIII, Ocak- Aralık, 1983, No. 1-4, s. 159 vd.

ee. Karşılaştırmalı Hukuk

Avrupa Konseyi'ne üye ülkeler arasında Avusturya, İzlanda, Norveç, İsveç, Danimarka, F. Almanya, Lüksemburg, Hollanda, Portekiz, İsveç ve Fransa, barış ve savaş zamanları için idam cezasını tümünden kaldırmışlardır. İtalya, İspanya, Malta, Kıbrıs, İngiltere ve İsviçre'de ölüm cezası savaş halinde işlenen askeri suçlara ve vatana ihanet gibi sınırlı durumlara indirgenmiştir. Belçika'da ve Yunanistan'da ölüm cezası uygulaması yoktur, dolayısıyla ceza fiilen ortadan kalkmıştır.²⁰² F. Almanya idam cezasını Anayasa'da (md. 102) yasaklamıştır.²⁰³

Avrupa ulusal hukuklarındaki bu genel eğilimin Avrupa Konseyince saptanması üzerine Ölüm Cezasının Kaldırılmasına İlişkin 6 nolu Protokol çıkarılmış ve kabul edilmiştir. Türkiye Avrupa Konseyi'ne üye olup ta bu protokolü onaylamayan ve ölüm cezasını uygulamaya devam eden tek ülkedir.²⁰⁴

Macaristan Avrupa Konseyi'ne girişinin ardından (6 10.1990) ölüm cezasını kaldırmıştır. ²⁰⁵

Avrupa dışındaki liberal demokrasilerde de eğilim idam cezasının kaldırılması yönündedir. ABD'de 39 eyalet, Yeni Zelanda ve Avustralya bu cezaya son vermişlerdir. Kanada ve İsrail ise bu cezayı askeri suçlar ile sınırlandırmışlardır.

Uluslararası Af Örgütü tarafından 1996 yılında yayımlanan ölüm cezasını kaldıran ve yürürlükte tutan ülkelerin listesine göre hiçbir suç için ölüm cezasına mevzuatında yer vermeyen ülke sayısı 58, yasalarında yalnızca adli suçlar için (siyasi olmayan suçlar için) ölüm cezasını kaldıran ülke sayısı 15'tir. Ölüm cezası yasalarında olmakla birlikte fiilen uygulamayan ülke sayısı 26'dır. Böylece hukuken ve fiilen ölüm cezasını uygulamayan ülke sayısı toplam 99, ölüm cezasını uygulayan ülke sayısı 95'tir. Uluslararası Af Örgütü

²⁰² Gemalmaz S., Yaşam Hakkı, s. 125-128; Gemalmaz M.S., Avrupa, s. 120,121 ; Tezcan D., s. 178,179

²⁰³ Tanör B., Türkiye'nin İnsan Hakları, s. 26

²⁰⁴ Tanör B., Türkiye'nin İnsan Hakları, 26,27

²⁰⁵ Saksena K. P., (Edited by), s. 25 : Macaristan'da Anayasa Mahkemesi ölüm cezasının Anayasaya aykırı olduğunu açıklamıştır. Bu ceza keyfi ve insan haklarının bir ihlali olarak tanımlanmıştır. Ceza Yasası şimdi ölüm cezasına bir gönderme yapmadan yeniden düzenlenmiştir. Gemalmaz S., Yaşam Hakkı, s. 128

Türkiye'yi yasalarında ölüm cezasını öngörmekle birlikte, infaz etmeyen ülkeler arasında saymaktadır.²⁰⁶

Bu listeye göre hiçbir suç için ölüm cezasına yer vermeyen ülkeler şunlardır: Avusturya, Avustralya, Kolombiya, Danimarka, Dominik Cumhuriyeti, Ekvator, Finlandiya, Fransa, Almanya, Haiti, Honduras, Macaristan, İzlanda, İrlanda, Lüksemburg, Monako, Hollanda, Yeni Zelanda, Nikaragua, Panama, Romanya, Slovenya, Uruguay, Venezuela vd.

Ölüm cezasını adli suçlar için kaldıran ülkeler Arjantin, Brezilya Kanada, Kıbrıs, El Salvador, İsrail, Malta, Meksika, Nepal, Peru Güney Amerika ve İngiltere'dir.

Ölüm cezasına yasalarında yer vermekle birlikte fiilen uygulamayan ülkeler Bermuda, Bolivya, Kongo, Madagaskar, Nijerya, Senegal, Sri Lanka, Türkiye gibi ülkelerdir.

Ölüm cezasına yasalarında yer veren 95 ülkeden bazıları ise şunlardır: Afganistan, Azerbeycan, Bangladeş, Bulgaristan, Çin, Mısır, Estonya, Etopya, Guetemala, Endonezya, İran, Irak, Japonya, Kazakistan, Kenya, Kore, Kuveyt, Libya, Pakistan, Nijerya, Rusya, Suidi Arabistan, Sudan, Tayvan, Uganda, ABD, Zaire vd. ²⁰⁷

ff. Türkiye'de İdam Cezası

Türkiye'de 1982 Anayasası 17. maddesinde idam cezasını yaşam hakkına getirilmiş bir istisna olarak açıkça düzenlemiştir.²⁰⁸ 15. maddenin 2. fıkrasında "ölüm cezalarının infazı dışında" ibaresi yer almaktadır. 87. madde ise TBMM'nin görev ve yetkileri arasında mahkemelerce verilip kesinleşen ölüm cezalarının yerine getirilmesine karar vermeyi de düzenlemiştir.²⁰⁹ Anayasa doğrultusunda pekçok yasa idam cezasına yer vermektedir.

²⁰⁶ Öndül H., s. 17

²⁰⁷ Bugün pekçok Afrika devletinde hırsızlık suçlarında dahi idam cezasının verildiği belirtilmektedir. Sadece birkaçı belirtilecek olursa, Kenya, Uganda, Zambiya, Sri Lanka, Gine ve Nijerya 'da hırsızlık için ölüm cezası öngörülmektedir. Bu devletlerde işlenen suça karşı verilen karar, juri kararından sonra iki hafta içinde yerine getirilmektedir. Oruka H. O., Yasal Terorizm Ve İnsan Hakları, İnsan Haklarının Felsefi Temelleri Uluslararası Semineri, TFK, 9-13 Haziran 1980, Ankara, 2. B., 1996, s. 145

²⁰⁸ Gemalmaz M. S., Türkiye'de İnsan Hakları Ve Kavramın Temellendirilmesi Sorunu, İBD, C.57, S.10,11,12, Ekim-Kasım- Aralık, 1983, s. 455

²⁰⁹ Tanör B., Osmanlı -Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980), 3. B., Afa Yay., s. 229

1990 yılına dek Türk hukuk düzeninde toplam 51 adet suç ölüm cezası ile karşılanmaktaydı.²¹⁰ Bunların 28 tanesi Türk Ceza Kanununda²¹¹, 20 tanesi Askeri Ceza Yasasında²¹², iki tanesi Vatan-ı Hıyanet Yasasında²¹³, bir tanesi de Kaçakçılığın Önlenmesi Yasasının 30. maddesinde düzenlenmiştir.

Kasım 1990 sonunda yayımlanan, 3679 sayılı ve 21.11.1990 tarihli Ceza Kanununda değişiklik yapan yasa ile ölüm cezalarının sayısında indirime gidilmiştir. Bazı maddelerde düzenlenen ölüm cezaları²¹⁴, ömür boyu hapis cezasına dönüştürülmüştür. Böylece Türk Ceza Kanunu'nun toplam 28 maddesinde düzenlenen ölüm cezalarından 15 tanesinde bu ceza ilga edilerek sayı 13'e düşürülmüştür. Ceza Kanunu'nda değişiklik yapan yasa ile ölüm cezası öngören hükümlerin sayısı 51'den 36'ya indirilmiştir.²¹⁵

12.4.1991 tarihli 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu idam cezasına ilişkin yenilikler getirmektedir. Yasanın geçici madde 1/a hükmüne göre, 4.8.1991 tarihine kadar işlenen suçlar nedeniyle verilen ölüm cezalarının yerine getirilmemesi düzenlenmiştir. Böylece bunlarla ilgili olup TBBM'nde onay bekleyen dosyalar Adalet Bakanlığına geri gönderilmiştir. Bu düzenleme söz konusu mahkumların yaşam hakkı bakımından önemli olmakla birlikte, Türk hukuk düzeninde ölüm cezasının varlığı sürmektedir. Yasa, ceza olarak idam cezasını öngören Türk Ceza Kanunu'nun 141. maddesini ve 29.4.1920 tarih ve 2 sayılı Vatan-ı Hıyanet Kanununu yürürlükten kaldırmıştır. Böylece bu kanunun idam cezasını öngören 2. ve 3. maddeleri de ortadan kalkmış olmaktadır. Böylece Türk Hukuk mevzuatında idam cezasını öngören suçların sayısı 36'dan 33'e inmiştir.²¹⁶ Ancak şunu eklemek gereklidir ki, ölüm cezasında en çok kullanılan yasa normları halen yürürlükte.²¹⁷

Türkiye'de ölüm cezası asılmak suretiyle ve kurşuna dizilmek suretiyle iki türlü infaz edilmektedir. Ölüm cezasının yerine getirilmesi

²¹⁰ Gemalmaz M.S., Ölüm Cezasının, s.73

²¹¹ Md.70,82, 125, 126,137,129,131,132,133,136, 137,138, 141,146,147,1 49,152, 156,217,285, 286, 403, 406, 07, 418, 439, 450, 499

²¹² Md.54, 55, 56, 59, 60, 62, 63, 64, 69, 70, 75, 79, 80, 89, 91, 94, 97, 101, 102

²¹³ Md.2 3

²¹⁴ md.70,82/son,132/son,138/II,141/I,152, 217/I, 285/V, 286/III, 403/5,6,7, 406, 407/2, 418/1, 439, 499

²¹⁵ Gemalmaz M.S., Ölüm Cezasının, s.78; Şen E., s. 53

²¹⁶ Gemalmaz M.S., Yaşam Hakkı, s.34-35

²¹⁷ Gemalmaz M.S., Yaşam Hakkı, s.34,36 ; Gemalmaz M.S., Ölüm Cezasının, s.79

şekillerinden asmak suretiyle infaz, 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun'da ve İnfaz Tüzüğü'nde düzenlenmiştir. Yasanın 2. maddesindeki düzenleme şöyledir: "Ölüm cezası, buna hükümlü olan kimsenin asılması suretiyle hayatının izalesidir. Ölüm cezası, hükümlünün mensup olduğu din ve mezhebin hususi günlerinde infaz olunamaz. Gebe kadınlar doğurmadıkça, akıl hastalığına tutulanlar iyileşmedikçe ölüm cezası infaz olunmaz. Ölüm cezası, hükümlü hakkındaki kararın Yargıtayca onanması ve TBMM'nce infazına karar verilmesinden sonra gizli şekilde ve tüzükte belirtilen esaslar dahilinde infaz olunur. Askeri suçlardan dolayı asker kişiler hakkında verilen ölüm cezalarının infazına ilişkin hükümler saklıdır. " Askeri Ceza Kanunu'nun 20.maddesine göre ölüm cezasının askeri şahıslar hakkında askeri bir cürümden dolayı hükmedilmesi halinde mahkum kurşuna dizilecektir.

Türkiye'de 1937-1987 yılları arasında elli yıllık sürede toplam 443 kişinin idam cezası infaz edilmiştir.²¹⁸ Gerçekleştirilen bu infazlar yıllara ve siyasal dönemlere göre farklılıklar göstermektedir.²¹⁹ Rejimin askeri müdahaleler yoluyla kesintiye uğradığı 1960, 1971 ve 1980 sonrası devrelerde bu cezanın infazı hem adi hem de siyasal suçlular bakımından yoğunlaşmıştır.²²⁰ Buna karşılık sivil demokratik rejimin yürürlükte olduğu 1974-1980 arası²²¹ ya da 1984 yılı sonrası evrelerinde Türkiye'de parlamento ölüm cezalarını onaylamamıştır. ²²²

Türkiye'de 1960 yılı sonrası askeri rejimlerde 1960-1961 yılı arasında 25 tane, 1971-1973 yıllarında 17 tane, 1980 - 1983 yıllarında 53 tane olmak üzere toplam 95 idam cezası infaz edilmiştir. Normal dönemlerde ise, 1961-1971 yılları arasında 45, 1974-1980 yılları arasında 0 ve 1984-1998 yılları arasında iki tane olmak üzere toplam 57 tane idam cezası infaz edilmiştir.²²³

Türkiye'de idam cezasının kendisi olmasa bile infazı oldukça uzun zamandan beri fiilen ortadan kalkmıştır. 1965-1971, 1973-1980 ve 1984-1998 yılları arasında hiç idam cezası infaz edilmemiştir. 1984 yılında infaz edilen iki idam cezası dışında Türkiye'de sivil dönemde infazların kalkmış

²¹⁸ Gemalmaz M.S., Yaşam Hakkı, s.31

²¹⁹ Tanör B., s. 27

²²⁰ Gemalmaz M.S., Yaşam Hakkı, s.32 ;Tanör B., s. 27

²²¹ Tezcan D., s. 166

²²² Gemalmaz M.S., Yaşam Hakkı, s.32

²²³ Tanör B.,Türkiye'nin İnsan Hakları, s. 29

olması dünyadaki gelişime uygundur. Çoğu ülkede idam cezaları yasalardan çıkarılmadan önce ülkemizde olduğu bir uyku dönemine girmiş, cezanın kaldırılması ya da yasaklanması bu süreci tamamlayan 2. ya da 3. adımlar olmuştur. Ülkemizde idam cezalarının yerine getirilmesi daha çok askeri ya da yarı askeri dönemlere özgü bir uygulamadır.²²⁴

Sivil dönemlerde parlamento idam cezalarının onaylanması konusunda isteksiz davranmaktadır.²²⁵ Ancak bu olgu Türkiye'de yargı mercilerinin ölüm cezasına hükmetmediği anlamına gelmemektedir. Çok sayıda ölüm cezası hükmü, sadece askeri dönemlerde değil, olağan dönemlerde de yargı mercileri tarafından verilmektedir.²²⁶ Haklarında ölüm cezası verilen yüzlerce dosya yıllar boyunca heran infaz edilmek tehdidiyle Meclis önünde beklemektedir ve zaman zaman siyasi konjonktüre bağlı olarak Meclis önüne gelen ölüm cezası dosyalarının infaz yasaları çıkartılmak yoluyla sonuca bağlanabileceği tehditleri gündeme gelmektedir. Bu da ölüm bekleyişi olgusu dediğimiz insanlık dışı ceza kategorisine girerek insan hakları açısından son derece sakıncalı bir durum doğurmaktadır.²²⁷

1961 Anayasası döneminde Türk Ceza Kanunu'nun ölüm cezasını öngören 11. maddesinin, Anayasanın 11. ve yaşam hakkının öngören 14. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştü²²⁸ bu durum Anayasa Mahkemesi önüne somut norm denetimi yoluyla getirilmişti.

Dava dilekçesinde, bir hakkın ve hürriyetin özüne dokunulamayacağı hükümlerini kapsayan 11. madde ile, herkesin yaşama hakkına sahip olduğunu belirten 14. maddesine dayanılarak, kanunun herne

²²⁴ Tanör B., Türkiye'nin İnsan Hakları, s.30; Ölüm cezaları konusunda yasama organına verilen yetki konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Selçuk S., s. 416 vd.

²²⁵ Gemalmaz M.S., Ölüm Cezasının, s.77; Şen E., s. 53

²²⁶ Toroslu'ya göre ölüm cezalarının ülkemizde uygulanmasının ve zaman zaman da katliam derecesine varmasının tek sorumlusu kanunkoyucular değildir. Nitekim Türk Ceza Kanunu'nun 70. ve 82. maddelerinde öngörülen durumlar hariç, ölüm cezasına hükmetme zorunluluğu yoktur. Ölüm cezasına taraftar olmayan her yargıç, Türk Ceza Kanunu'nun 59. maddesine dayanarak bu ceza yerine ömür boyu hapis cezasına hükmedebilir. Oysa özellikle olağanüstü dönemlerde 59. maddeyi uygulamak şöyle dursun, çok defa yasal düzenlemelerin sınırlarını mantıki yorum faaliyetiyle bağdaştırılması mümkün olmayacak derecede genişleterek bu cezaya hükmetme yoluna gidilmektedir. Toroslu N., s. 920 ; Karşı görüş için bkz. Yalkut N., s. 1013; İdam cezası ve 59. maddenin uygulanması konusunda kararlar için bkz. Keskin O.K., İdam Cezası Ve Takdiri Tahkif, AD, Mart-Nisan, 1982, S.2, s. 294

²²⁷ Gemalmaz S., İnsan Hakları Ve İnsancıl Hukuk Bağlamında İşkence Yasağı Ve Yaşam Hakkı Seminerinde Sunulan Tebliğ, İz.B., İnsan Hakları Hukuku ve Hukuk Araştırmaları Merkezi Yay., İzmir-1997, s. 21

²²⁸ E. 1963/207, K. 1963/175, Kt. 1.7.1963, AMKD, S.1, s. 294

sebeple olursa olsun yaşama hakkının özüne dokunmaması gerektiği ve sözü geçen maddelerle konulan esaslara göre uzun yıllar mücadelesi yapılan ölüm cezasının kaldırılması prensibinin kabul edilmiş olduğu ileri sürülerek, yaşam hakkının özünü ortadan kaldıran ölüm cezasının Anayasaya aykırı olduğu belirtilmiştir.

1961 Anayasasının yaşam hakkını öngören 14. maddesinde idam cezası bir istisna olarak yer almamaktaydı. Sadece 64. maddede TBMM'nin yetkileri arasında mahkemelerce verilip kesinleşen ölüm cezalarının yerine getirilmesine karar vermek te sayılmış idi.

Anayasa Mahkemesi ölüm cezasının Anayasaya aykırı olduğuna şu görüşlerle karşı çıkmıştır: "Dava dilekçesinde ileri sürülen görüşün kabulü halinde yalnız ölüm cezasının değil, ölünceye kadar devam eden hapis cezasının da kişi hürriyetinin özüne dokunması bakımından Anayasaya aykırılığının kabulü gerekir. Suçlunun işlediği fiilin ağırlığı ile uygun bir cezaya çarptırılması gerektiği açıktır. Şu halde suç ve ceza konusunda Anayasanın 11. maddesine dayanmaya mantık bakımından olanak yoktur. Anayasa'da ölüm cezasının yasaklandığına dair hiçbir kayıt ve işaret mevcut değildir. Kaldı ki Anayasanın 64. maddesinde mahkemelerce verilip kesinleşen ölüm cezalarının yerine getirilmesine karar vermek konusunun TBMM'nin yetkilerinden olduğunun açıklanması Türk Ceza Kanunu'nun 11. maddesinde yazılı ölüm cezasının Anayasa koyucusu tarafından korunduğunun ve kabul edildiğinin en kesin delilidir."

1961 Anayasası döneminde hem ölüm cezası açıkça Anayasa'da yer almadığından , hem de hakkın özü kriteri gibi çok işlevsel bir norm 11. maddede yer aldığından, Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı doktrinde eleştirilmiştir²²⁹

1982 Anayasasında idam cezası konusunda kesin düzenleme getirilmiş olması, 1961 Anayasası dönemindeki tartışmaları sona

²²⁹ Gemalmaz S., Yaşam Hakkı, s. 40; Selçuk S., s. 430-431; Kaboğlu İ., Özgürlükler Hukuku, Afa Yay., 1994-İstanbul, s. 156 ;Sağlam'a göre 64. maddede hükmü yok farzedilebilseydi, ölüm cezasının yaşam hakkının özüne dokunması nedeniyle, Anayasaya aykırı sayılması gerekecekti. Buna karşılık, ölüm cezasını Anayasaya aykırı bulan görüşlere katılmak mümkün değildir. Bu görüşler ister istemez Anayasa normları arasında bir hiyerarşi bulunduğu varsayımına götürür. Böyle bir yaklaşım ise Anayasanın bütünlüğü ilkesiyle bağdaşmaz. Sağlam F., s. 153,154; Savcı'ya göre yaşam hakkında öz ile , kapsam aynı şeyder. Yaşam hakkına dokundunuz mu, o "öz" ünde solmuştur, gitmiştir. 64. maddedeki izin bu aykırılığı düzeltici nitelikte değildir. Savcı B., Yaşam Hakkı, s. 73,74

erdirmiştir. Getirilen açık hükümlerle, ölüm cezasının Anayasaya aykırılığına ilişkin olası iddialara set vurulmak istenmiştir.²³⁰

Ancak idam cezasına Anayasada açıkça yer verilmiş olması, bu cezanın yasakoyucu tarafından ortadan kaldırılamayacağı anlamına gelmemektedir.²³¹ Nitekim hazırlanmış olan Türk Ceza Kanunu öntasarısında ölüm cezasına yer verilmemektedir.²³² Ölüm cezaları yaşam hakkının özüne dokunmaktadır ve insan onuruna yaraşmayan bir cezadır. Ölüm cezası bugünkü ceza politikası açısından ters yöndedir. En yüksek değer olan insanın bu şekilde ortadan kaldırılması, siyasal iktidar ve toplumun amaçlarına da aykırıdır. Nasıl bugün ortaçağın düşüncesi geride bırakılmışsa, ayrı bir bilim yöntemi içinde bulunuluyor, ayrı bir teknik içinde ilerleniyorsa, hukuk anlayışı, ceza uygulaması da buna uygun olmalıdır.²³³

Türkiye'nin bir an önce Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 6 nolu Protokol'ünü ve BM'in ölüm cezalarını kaldıran protokollerini imzalaması ve onaylaması, iç hukuk sistemindeki ölüm cezasına ilişkin yasalarını kaldırması gerekmektedir. Bu durum artık hukuksal, siyasal ve moral bir yükümlülük haline gelmiştir.²³⁴ Tüm bu önlemlerle yasama ve yürütme organları hem yaşam hakkına duydukları saygıyı göstermiş olacaklar hem de insan haklarına saygılı, demokratik toplum düzeni açısından olumlu bir adım atmış olacaklardır.

²³⁰ Gemalmaz S., Yaşam Hakkı, s. 41

²³¹ Savcı B., Yaşam hakkı, s. 73; Kaboğlu İ., Özgürlükler Hukuku, s. 157; Gören Z., Anayasa Hukukuna, s. 380;

²³² Tasarıya yönelik eleştiri için bkz. Göktürk M., Ölüm Cezası, Cumhuriyet, 27.2.1998, s.2

²³³ Bayraktar K., s. 75

²³⁴ Gemalmaz M. S., Ölüm Cezasının, s. 82

c. Diğer Özel Sınırlama Sebepleri

İdam cezasının dışında Anayasamızın 17. maddesine ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 2. maddesine göre yaşam hakkının, meşru müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, tutuklu ya da hükümlü birinin kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanmanın ya da isyanın bastırılması nedeniyle sınırlandırılması mümkün olabilecektir. Ayrıca Anayasamızı göre sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde yetkili mercinin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda öldürme fiilleri meşru olacaktır.

Demokratik toplumlarda, kamu gücünü kullanan devlet ajanlarına yasalarla, değişen derecelerde kuvvet kullanma yetkisinin verilmesi olağan bir durumdur. Anayasamız ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi yaşam hakkını tanıdıktan sonra getirdiği bu istisnalarla yukarıda sayılan durumların gerçekleşmesi halinde öldürücü kuvvet kullanılmasına dahi izin vermiştir.²³⁵

Tüm bu istisnaların her durumda uygulanmaları birbirinden farklı farklı olacağından, hepsinin yorumlanmaya ve belli kriterlere ihtiyacı vardır.²³⁶

Bu istisna hallerinden yararlanabilmek için şiddet ve fiili kuvvete başvurma mutlak zorunlu olması gerekmektedir.²³⁷

Anayasamız 17. maddesinin son fıkrasında istisna hallerini sayarken "zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri"nden bahsetmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de istisnai durumlarda yapılacak olan öldürme fiillerinin "mutlak zaruret hallerinde" yapılması gerektiğini 2. maddenin 2. fıkrasında vurgulamaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin İngilizce ve Fransızca orjinal metniyle Türkçe metni arasında küçükmüş gibi görünen ama anlam farklılığının büyük olduğu bir ayrılık vardır. Orjinal metin "mutlak zaruret hallerinde" demekten, bizdeki Türkçe metin "zaruret halinde" demektedir. Türkçe metinde 2. maddenin 2. fıkrasının ilk cümlesi şöyledir: "Öldürme aşağıda derpiş edilen zaruret halleri dışında²³⁸ bu maddenin ihlali suretiyle

²³⁵ Opsahl T., s. 215

²³⁶ Opsahl T., s. 216

²³⁷ Gölcüklü F.- Gözübüyük Ş., s. 190; van Dijk P.- Van Hoof G.J.H., s. 222

²³⁸ "halleri dışında" yerine "hallerinde" denmek gerekir. Orjinal metin çevrilirken bir çeviri hatası yapılmıştır.

yapılmış telakki olunmaz.” İki metin arasındaki fark, istisna koşullarını Türk uygulamasında tehlikeli şekilde genişletip, yumuşatır niteliktedir. “Mutlak zaruret” ile “zaruret “ arasında farklılık olmakla birlikte, uygulama bakımından fiilin meşruiyetini belirlemede esas alınacak asıl metin İngilizce ve Fransızca metin olacağından, farklılığın önemi biraz hafifleyecektir.²³⁹ Aslolan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne aykırı uygulamaya gitmemek olduğuna göre Türkçe metnin orijinal metin ışığında yorumlanması zorunludur. Nitekim Divan’a göre, 2. maddenin 2. fıkrasındaki “mutlak surette gerekli” deyişi, “gereklilik” kriteri irdelemesinde, 8-11. maddelerin 2. fıkralarındaki normal “demokratik bir toplumda gerekli” kriterinden çok daha sert ve zorlayıcı bir niteliğin aranacağını göstermektedir.²⁴⁰

Türkçe metnin yazım şekli 2. maddenin, 2. fıkrasının üç bendinde sayılan hallerin “zaruret hali” sayıldığı anlamını vermektedir. Halbuki sözkonusu hükmün söylemek istediği, (a), (b) ve (c) bentlerinin “zaruret hali” telakki edildiği değil, fakat bu bentlerdeki sonuçları elde etmenin öldürme fiilini “zaruri” kıldığı, yani başka çare bulunmadığıdır.²⁴¹

Yaşam hakkına yapılan müdahalelerin mutlak zorunluluk olan hallerde yapılması gereğinin yanında, aynı zamanda alınan önlem ile ulaşılmak istenen amaç arasında tam bir orantı bulunması gerekmektedir.²⁴² Gereklilik, kuvvet kullanımının orantılı ve ölçülü olması ölçütünü getirmektedir.²⁴³ Bu orantı koşulu aranırken, güdülen amacın niteliği, somut durumun insan hayatı ve beden bütünlüğü için oluşturduğu tehlike ve kuvvet kullanımından doğan ölüm riskinin derecesi gözönünde tutulacak, diğer bir deyimle başvurulmuş önlem somut durumun getirdiği yoğunluğu

²³⁹ Gölcüklü F., İnsan Hakları , s. 53

²⁴⁰ Gölcüklü F.- Gözübüyük Ş., s. 187; Gomren D.- Harris D.- Zwaak L., s. 99: Mutlak sıfatı, gereklilik sözcüğünün önüne gelmekle, anlamı daha katı ve kesin bir hale getirmektedir. Bununla bkz. Kelly v. /the United Kingdom, App No. 17579/90, Dec. 13.1.1993, D.R. 17, p.145 ; Case Of Andronicou And, Constantinou v. Cyprus, (86/1996/705/897), Judgment, Strasbourg, 9.12.1997, p. 29

²⁴¹ Gölcüklü F., İnsan Hakları , s. 54

²⁴² Gomren D.- Harris D.- Zwaak L., s.99

²⁴³ Gemalmaz S., Yaşam Hakkı, s. 63

aşmayacaktır.²⁴⁴ Özellikle başvurmanın zorunluluğunda kalınan kuvvetin, 2. fıkranın (a), (b) ve (c) bentlerindeki amaçlarla sıkı sıkıya oranlı olması gerekmektedir.²⁴⁵

Sayılan istisnaların uygulanmasıyla ortaya çıkan ölüm sonucu eğer aşılmışsa, konusunda kasıt olsun ya da olmasın,²⁴⁶ mutlak gereklilik kriteri aşılmış ise öldürme fiili meşru sayılmamaktadır. Bunun aksine yapılacak bir yorum devletlerin yaşamı koruma yükümlülüklerine uygun olmayacaktır. Öldürme fiili istenmemiş olsa bile, kriter eğer aşılmış ise sorumluluk doğacaktır. ²⁴⁷

Mc Cann davasında Mahkeme, 2. fıkrada tarif edilen istisnaların kasten öldürmeye kadar uzandığını ancak münhasıran bununla ilgili olmadığını kabul etmektedir. Komisyonunun da işaret ettiği gibi, 2. madde bir bütün olarak okunduğunda, 2. fıkranın esasen bir kimseyi kasten öldürülmeye izin verilen durumları değil, fakat istenmediği halde yaşamdan yoksun bırakma sonucunu doğurabilecek "zor kullanma" hallerini belirttiği görülür. Zor kullanma, (a), (b) ve (c) bentlerinde belirtilen amaçlardan birini gerçekleştirmek için "mutlak gereken" den fazla olmamalıdır.²⁴⁸

İngiltere aleyhine yapılan Steawart v. The United Kingdom başvurusunda ise Komisyon amaçla eylem arasında oranlilik mevcut ise kullanılan kuvvetin "mutlak gerekli" olacağı sonucuna varmaktadır.²⁴⁹ Komisyona göre Sözleşme'nin 2. maddesi uyarınca meşrulaştırılabilecek yaşamdan yoksun bırakmaya ilişkin durumlar ve koşullar, kasıtlı olmayan öldürmeler de haklı kılınma irdelemesini gerektirdiğine göre, mutlaka dar

²⁴⁴ Gölcüklü F.- Gözübüyük Ş., s. 190; Gomren D.- Harris D.- Zwaak L., s.99; Gölcüklü F., İnsan Hakları , s.45,46:Sözleşme hükümlerinin uygulanmasındaki kurallardan biri "oranlilik" kuralıdır. Sözleşmede hak ve özgürlüklere getirilebilecek meşru sınırlamalar ölçütleriyle birlikte gösterilmektedir. Burada önemli olan hususbelli meşru amaçlara ulaşmak için kullanılan araçların amaçla orantılı olmasıdır. Bir hak veya özgürlüğe meşru bir müdahale söz konusu olduğu zaman dahi, ihtiyaç ve ona verilen cevap arasındaki korumak gereklidir.Bu denge korumasında elbetteki hukukun temel kurallarından biri olan menfaatlerin tartılması söz konusudur.

²⁴⁵ **Case Of Mc Cann And Others v. / the United Kingdom**, (17/1994/464/545) Judgement, Strasbourg, 27. 10, 1995, par.148,154,156

²⁴⁶ Orphel T., s. 216; Robertson A. H.- Merrills J.G., s.35

²⁴⁷ Gomren D.- Harris D.- Zwaak L., s.99

²⁴⁸ **Case Of Mc Cann And Others v. / the United Kingdom**, (17/1994/464/545) Judgement, Strasbourg, 27. 10, 1995, par.148,

²⁴⁹ **Steawart v. the United Kingdom** , App No. 10044/82, Dec. 10.8.1984, D.R. 39, s. 162 vd. ; Harris D.J.- O' Boyle M. - Warbrick C., s. 47; Orphel T., s. 216; , s.222

yoruma tabi tutulmalıdır. Bir kuvvet kullanımının "mutlak olarak gerekli" ve "kesin olarak orantılı" olup olmadığını belirlemede, hedeflenen amacın mahiyeti; yaşama yönelik tehlikeler ve söz konusu olaya yerleşik ayrıntılar ve kullanılan kuvvetteki risk derecesinin yaşamı yitirme sonucunu verip vermediği dikkate alınmalıdır.

Yaşam hakkı Sözleşme'nin ve 1982 Anayasası'nın 15. maddesine göre olağanüstü dönemlerde dahi durdurulamayacak, sert çekirdekli temel hak olduğundan, istisna halleri ayrıntılı bir şekilde hem Sözleşme'de hem de Anayasa'da sayılmıştır. Bu yüzden istisnai durumların dar yorumlanmaları gerekmektedir.²⁵⁰

aa. Meşru Müdafaa

Bir kişiyi öldürme ahlaksal ve hukuksal açıdan kabul edilemez bir durum olmakla birlikte, bunun haklı gösterilebileceği bazı haller vardır ki, bunların başında meşru müdafaa gelmektedir.²⁵¹

Meşru müdafaa doğa yasalarında bulunan ve kişisel emniyet ve güvenliği sağlamada ve kamu yararıyla çatışmayan koşullarda, yerleşik toplumlarda gerekli sayılan bir haktır. Meşru müdafaa şeklinde öldürmenin, özellikle yaşamı korumak için gerekli olduğunda, ahlaki açıdan haklı olduğu ifade edilmiştir. ²⁵² Meşru müdafaa'nın bir hukuka uygunluk nedeni sayılmasının nedeni her canlı tarafından saldırıya gösterilen doğal tepkidir.²⁵³ Meşru müdafaa'nın esasını en iyi açıklayan düşüncelerden biri de esasını toplumsal zararın yokluğunda bulan düşüncedir.²⁵⁴

Eski ve bugünkü hukuk düzenlerinde yer alan meşru müdafaa evrensel bir kurumdur, bu kuruma yer vermeyen bir hukuk düzeni geçmişte

²⁵⁰ Harris D.J.- O' Boyle M. - Warbrick C., s. 44

²⁵¹ Nathanson S., s. 15; Sokollu-Akinci F., s. 6

²⁵² Przetacznik F., s. 592; Savcı'ya göre nefsi koruma nedeni ile insan öldürme cevazı karşısında çok uyanık olmak ve bu cevazı dar bir sınırlama içinde tutmak zorunludur. Yaşam hakkının üstünlüğü tartışılmaz olduğuna göre yaşam hakkı ile karşılaşp , ona bir çelişki halinde ortaya çıkabilecek olan her kurum ikincildir. Nefsi koruma nedeni ile birisinin yaşam hakkının yok edilmesinde kuramsal bir çekicilik bulunsa da, bunun gerçek bir adalet sağlamaktan uzak olduğu da gerçektir. Özellikle böyle bir cevazın koşullarının, ortamının ve de nedeninin varlığını, gerçekleşmiş bulunduğunu saptamaya, içine dşülmüş bulunan histeri durumu engeldir. Savcı B., Yaşam Hakkı, s. 39,41

²⁵³ Öztürk B., Ceza Hukuku Ve emniyet Tedbirleri Hukuku, 3. B., Ankara 1994, s. 172

²⁵⁴ Özen M., Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa, Ankara 1995, s. 178

de bugün de bulunmamaktadır. ²⁵⁵ Meşru müdafaa Türk Ceza Kanunu'nun 49/2 maddesinde düzenlenmiştir ve bundan yararlanabilmek için saldırıya ve savunmaya ilişkin bazı şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. ²⁵⁶ Polis Vazife Ve Selahiyet Kanunu'nun 16. maddesinin 1. ve 2. bentlerinde de polise nefsi müdafaa etmek için ve başkasının ırz ve canına vukuu bulan ve başka suretle men'i mümkün olmayan bir taarruzu savmak için silah kullanma yetkisi verilmiştir. Asayişe Müessir Bazı Fiillerin Önlenmesi Hakkında Kanunun 1. maddesinin ilk bendiyle bu yetki jandarmaya da verilmiştir. Sıkıyönetim Kanunu 4. maddesinde ve Olağanüstü Hal Kanunu da 3. maddesinde silah kullanma yetkisine sahip güvenlik kuvvetlerinin meşru müdafaa durumuna düşmesinden söz etmektedirler. Silah kullanılmasına ilişkin diğer yasalarda da bunlara benzer kurallar yer almaktadır.

Meşru müdafaada bulunmak hem özel kişiler için hem de güvenlik görevlileri için söz konusu olabilir. Oysa yaşam hakkına getirilen diğer istisnalardan yalnızca devletin güvenlik görevlileri yararlanabilir. ²⁵⁷ Meşru müdafaa yalnız savunmada bulunan kişinin saldırıya uğramasında değil, ayrıca üçüncü bir kişinin, saldırıya uğraması halinde de kabul edilmiştir. ²⁵⁸ Mala karşı yapılan saldırılar meşru müdafaanın kapsamı dışında kalmaktadır. ²⁵⁹

Somut olayda meşru müdafaa durumunu "mutlak gereklilik" ve "oranlılık" kriterleriyle birlikte değerlendirmek gerekecektir. ²⁶⁰

Wolfram başvurusunda ²⁶¹ "mutlak gereklilik" kriteri komisyon tarafından uygulanmıştır. Söz konusu olayda banka soygunu yapacağından ve tehlikeli silahlar taşıdığından şüphelenilen bir grup kişi yolda giderlerken polis tarafından tutuklanmak istenmişlerdir. Araçtakilerden biri el bombası

²⁵⁵ Özen M., s. 78

²⁵⁶ Meşru müdafaanın şartları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Öztürk B., s. 172 vd. ; Özen M., s. 70 vd.

²⁵⁷ Gomren D.- Harris D.- Zwaak L., s. 100

²⁵⁸ Özen M., s. 135

²⁵⁹ Harris D.J.- O' Boyle M. - Warbrick C., s. 48 ; Özen M., s. 182 ; Gomren D.- Harris D.- Zwaak L., s. 101; Malta Hükümeti bazı koşullarda malın korunması için birisinin öldürülmesi durumunda da meşru müdafaanın söz konusu olması konusunda çekince koymuştur.

²⁶⁰ Gomren D.- Harris D.- Zwaak L., s. 101; Harris D.J.- O' Boyle M. - Warbrick C., s. 48

²⁶¹ Werner And Margit Wolfram v./ the Federal Republic Of Germany, App No. 11257/84, Dec 6. 11. 1986, D.R.49, s. 213 vd.

atınca polis ateş açmış ve iki kişi ölmüştür.

Başvurucular ateş etmenin "mutlak gerekli" olmadığını ileri sürmüşlerdir. Komisyona göre kullanılan kuvvetin sıkı bir biçimde oranlı olup olmadığını anlamak için güdülen amaç, yaşama yönelik tehlike ve riskin derecesi gözönüne alınmalıdır. Mevcut olayda kişilerin silahlı soygun yapacakları konusunda polisin ciddi ve ayrıntılı bilgileri vardır. Kişilerden en az biri yapılan ihtarla rağmen ellerini kaldırmamıştır ve polis el bombası atıldıktan sonra ateş etmiştir. Kişilerin bu davranışları da onların silahlı olduklarını kanıtlamıştır. Komisyon polislerin kendilerini korumak için ve tutuklamayı gerçekleştirmek için silah kullanmalarının "mutlak gerekli" olduğu sonucuna varmıştır.

Komisyon Antonia Diaz Ruano v. Spain²⁶² başvurusunda gözaltına alınmış bir kişinin öldürülmesinde de aynı sonuca varmıştır. Söz konusu olayda daha önce hiçbir sabıka kaydı olmayan 21 yaşındaki sanık iki polis memuru tarafından hırsızlık şüphesiyle sorguya çekilmekteydi. (Bu sırada yanında avukatı bulunmuyordu) Bir an için heyecanlanan ve paniğe kapılan sanık iki polis memurundan birinin silahını alıp, diğerine ateş etmiştir. Kurşun polise isabet etmemiş ancak kendisine doğru ateş edilen polis memuru sanığa vurmuş ve ölümüne neden olmuştur. Polis memuru önce mahkum olmuş ancak daha sonra meşru müdafaa nedeniyle bu karar bozulmuştur.

Olay Komisyon önüne geldiğinde, komisyon polis memurunun savunmasının, "mutlak gereklilik" kriterine uygun olduğu sonucuna varmıştır. Bu sonuca muhalif kalan beş komisyon üyesi ise, kişinin avukatı olmadan sorgulanmasının yasal olmadığını, sanığın on saat aç ve susuz bekletildiğini, polislerin içkili olduğunu, sorgulamada tansiyonun yüksek tutulduğu bir ortamın oluşturulduğunu, sanığın sıkı kurşunun iki polisten de 2, 3 metre ileriye gittiğini ve polisin açtığı ateşin uyardan çok öldürme kastı güttüğünü belirtmişler ve meşru müdafaa şartları oluşmadığından 2. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmışlardır.

Andronica And Constantinou v. Cyprus davasında²⁶³ da Divan söz konusu olayda kullanılan kuvvetin askerlerin kendilerini ve genç kadını

²⁶² Antonio Diaz Ruano v./ Spain, Report Of The Comission, App. No. 16988/90, (Adopted On 31.9.1993)

²⁶³ Case Of Andronicou And, Constantinou v. Cyprus, (86/1996/705/897), Judgment, Strasbourg, 9.12.1997

korumaları için mutlak zorunlu olup olmadığını incelemiştir. Olayda genç bir bayanın nişanlısı (Bay Lefteris) tarafından, onun evinde alıkonulması, dışarı bırakılmaması, ve ölümle tehdit edilmesi sözkonusudur. Sabah saatlerinden, geceyarısına kadar çeşitli şekillerde bayanın bırakılması için polis Bay Lefterisle pazarlık etmiş ancak tüm çabalar sonuç vermemiştir. Gece yarısında 4 tane asker eve girmiş, Bay Lefteris öncelikle odaya giren iki askere bir el, daha sonra bir el de nişanlısına ateş etmiştir. Daha sonra içeriye giren diğer iki asker Bay Lefteris'e ateş etmişler ve açılan bu ateş sonucunda iki nişanlı da ölmüşlerdir. Bayanın ölümüne neden olan da askerlerin açtığı ateş olmuştur.

Divan'a göre askerler kendi yaşamlarını ve genç kadının yaşamını kurtarmak için açtıkları ateşin ve aldıkları önlemin mutlak gerekli olduğuna ictenlikle inanmışlardır. Kullanılan kuvvet bayanın ve askerlerin yaşamlarını korumak için mutlak gereklidir. Mutlak gereklilik sınırı aşılmamış, dolayısıyla 2. madde ihlal edilmemiştir.²⁶⁴

Karara muhalif kalan yargıçlar silah kullanılmadan önce tüm barışçıl yolların denenmediğini, genç bayanın nişanlısı tarafından öldürüleceğine dair kesin bir kanıtın olmadığını, ve genç kadının , adamın yanında olduğu bilindiği halde makinalı silahlarla en az 25 kere ateş edilmesinin mutlak gerekli olmadığını ve 2. maddenin ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.²⁶⁵

Divan'ın yerleşmiş içtihadına göre, Sözleşmede kavramlar otonom niteliğe sahip, yani ulusal düzenlemelerden bağımsız bulunduklarından, Strasbourg denetim organları meşru müdafaa durumunun varlığını değerlendirirken, ulusal ceza mevzuatının bu konuda koyduğu koşullarla bağlı olmayacaktır.²⁶⁶

²⁶⁴ Bu Başvuru komisyonun önüne geldiğinde komisyon kullanılan kuvvetin askerlerin yaşamını ya da genç kadının yaşamını korumak için mutlak gerekli olmadığını ve 2. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmış idi Bkz. **Andronicou And Constantinou v./ Cyprus, Report Of The Commission**, App. No. 25052/94, (Adopted On 23.5.1996)

²⁶⁵ **Case Of Andronicou And, Constantinou v. Cyprus**, (86/1996/705/897), Judgment, Strasbourg, 9.12.1997, s. 54 vd.

²⁶⁶ **Werner And Margit Wolfram v./ the Federal Republic Of Germany**, App No. 11257/84, Dec 6. 11. 1986, D.R.49, s.213

**bb. Yakalama Ve Tutuklama Kararının Yerine Getirilmesi,
Bir Tutuklu veya Hükümlünün Kaçmasının Önlenmesi**

Böyle durumlarda güvenlik güçlerinin silah kullanmaları sözkonusudur.²⁶⁷ Türk yasalarında kolluk kuvvetlerine silah kullanma yetkisi Polis Vazife Ve Selahiyet Kanunu, Asayişe Müessir Bazı Fiillerin Önlenmesi Hakkında Kanun ve Kaçakçılığın Men Ve Takibine Dair Kanun vd. ile verilmiştir. Olağanüstü hallerde ve sıkıyönetim halinde, Sıkıyönetim Kanunu ve Olağanüstü Hal Kanunu ile bu yetkiler daha da genişlemektedir.

Oranlilik ve mutlak gereklilik kriteri bu nedenin yorumlanmasında da uygulanacaktır.

Komisyonla yapılan Olive Farrell v. the United Kingdom başvurusunda²⁶⁸, şikayetçinin kocası, kentin caddesinde, dört kişiden oluşan askeri timin açtığı ateş sonucunda öldürülmüştür. Askeri time çatıda üstlenilmesi emrini o caddedeki bir bankaya o gece bir terorist saldırı yapılabileceği duyumunu alan komutanları vermiştir. Şüpheli kişilere askerler dur ihtarında bulunmuşlardır. Ancak kişilerin durmamaları üzerine ateş açılmıştır. Daha sonra ölen kişilerin silahsız oldukları anlaşılmıştır. Şikayetçiye göre, öldürmeye yol açan koşulların makulluk ve mutlak gereklilik sınırları içinde kalıp kalmadığı incelenmelidir. Kocasının ölümüne yol açan olay 2. maddenin ihlalidir. Komisyon başvuru kabul edilebilir bulmuştur. Taraflar daha sonra dostça çözüm süreci içinde uzlaşmaya varmışlardır ki, yüksek bir miktar tazminatla devletin uzlaşması, kendisinin makul olmayan ve mutlak gereklilik sınırlarını aşan bir tasarrufta bulunduğunu kabul etmesi demektir.

Kelly v. the United Kingdom²⁶⁹ başvurusunda çalıntı olduğu tespit edilen bir araba kontrol noktasında durmamıştır ve çıkan çatışmada ölen olmuştur. Başvurucu mutlak gereklilik sınırlarının aşıldığını iddia ederken, hükümet tutuklama için kullanılan kuvvetin oransız olmadığını, askerlerin arabanın içindekilerin terorist olduklarına inandığını ve onları durdurmanın tek yolun ateş etmek olduğunu belirtmiştir. Komisyon, ateş açmanın, terorist olduğuna inanılan ve başka terorist aktiviteleri önlemek için tutuklamayı

²⁶⁷ Gölcüklü F.- Gözübüyük Ş., s. 189,190

²⁶⁸ Olive Farrell v./ the united Kingdom, App. No. 9013/80, Report adopted by the Comission on 2. 10. 1984, D.R.38

²⁶⁹ Kelly v. /the United Kingdom, App No. 17579/90, Dec. 13.1.1993, D.R. 17

gerçekleştirmek üzere muklak gereklilik sınırları içinde ateş edildiği sonucuna varmıştır. Komisyon amacın gerçekleşmesi sırasında kullanılan gücün mutlak gerekli ve özellikle katı olarak oranlı olup olmadığını incelemiştir. Komisyon ulusal Mahkemenin görüşüne katılarak, kişilere gelecek zarar büyük olsa da, bu zararın kişilerin kaçması riskindeki zarardan daha az olduğunu belirtmiştir. İkinci risk, bu kişilerin öldürme ve imha etmeye ilişkin faaliyetlerini sürdürmeleridir. Tüm bunlar gözönüne alındığında kullanılan kuvvet meşrudur.

Farrell ve Kelly başvuruları tutuklamanın gerçekleştirilmesiyle de olsa, sıkı oranlılık testine göre öldürme kastıyla kuvvet kullanmanın mazur görülüp görülemeyeceğini gündeme getirmiştir. Bir kişinin başka bir kişi tarafından öldürülmesi meşru müdafaa söz konusuysa haklı çıkarılabilir. Kararı eleştiren yazarlar bir kişinin tekrar tutuklanma olasılığı yadsınarak, kişilerin tutuklama amacıyla öldürülmelerinin sözleşmenin amacına ters düşeceğini ileri sürmüşlerdir. Aynı akıl yürütme bir tutuklu ya da hükümlünün kaçmasının önlenmesi için öldürücü kuvvet kullanılması için de geçerlidir.

Komisyonun, terörist olduğundan şüphelenilen ve topluma karşı suç işleyeceği düşünülen kişilere karşı tutuklamak amacıyla öldürücü kuvvet kullanılmasını mutlak gerekli bulan kararı, yaşam hakkının olağanüstü dönemlerde dahi durdurulamayacak bir hak olması nedeniyle eleştirilmiştir. Ayrıca komisyonun kendi görüşü olan, istisna hükümlerinin dar yorumlanması gerektiği fikrine de ters düşülmüştür.

cc. Ayaklanma Veya İsyanın Bastırılması

Ayaklanma veya isyanın bastırılması hallerinde de öldürücü kuvvet kullanımı mutlak gereklilik hallerinde Anayasanın 17. maddesine ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesine göre meşru olacaktır.

Komisyon Steawart başvurusunda²⁷⁰ ayaklanma ya da isyanın otonom bir anlama sahip olduğunu belirtmiş ve söz konusu somut olayın koşulları gözönüne alındığında 150 kişilik bir topluluğun, yaralanma risklerinin bulunduğu bir yerde olan bir bölük askere birşeyler atmalarını bir isyan olarak değerlendirmiştir. Mevcut isyan sırasında askerlerin sıktıkları plastik kurşunlardan biri 11 yaşında bir çocuğun başına gelerek ölümüne neden

²⁷⁰ Steawart v. the United Kingdom , App No. 10044/82, Dec. 10.8.1984, D.R. 39

olmuştur.

Başvurucu, oğlunun ölümüne yol açan, ayaklanmayı önleme yöntemi olarak geniş çaplı plastik kullanılması ile buna ilişkin yetkinin 2. maddeyi ihlal ettiğini iddia etmiştir. Bu olayda bir isyanı bastırmak ya da bir askeri ekibin hukuka aykırı şiddete maruz kalması durumunda kendisini savunma amacıyla ateş edilerek kuvvet kullanılması mutlak gereklilik sınırlarını aşmaktadır.

Komisyon'a göre Kuzey İrlanda'da süregiden bir huzursuzluk vardır ve bu durum birçok ölüme yol açmıştır. Pusu kurularak yapılan saldırıları da kapsayan isyanlar sıklıkla meydana gelmektedir. Her ne sebeple olursa olsun plastik kurşun kullanılması tartışmalara açık bir konuya da bu olayda tarafların sunduğu bilgiler çerçevesinde meydana gelen yaralanmalar ile kullanılan plastik kurşun sayısı karşılaştırıldığında, bu silahın iddia edildiğinden daha az tehlikeli olduğu sonucuna varılmıştır. Söz konusu kuvvet kullanımının md. 2/2, c'de düzenlenen anlamda bir ayaklanmayı bastırmak amacıyla hukuka uygun biçimde yapılan tasarrufların mutlak gereklilik ölçütünü aşmadığı sonucuna varılmıştır.

Komisyonun bu kararı plastik kurşunların yarattığı sakıncaların ve tehlikelerin gözardı edildiği gerekçesi ile eleştirilmiştir. Ayrıca Avrupa Parlamentosu, 1982 yılında geniş bir çoğunlukla plastik kurşun kullanımını kınamıştır.²⁷¹

Kıbrıs'ın, 1974 ve 1975 yıllarında Türkiye aleyhine iki başvuruda bulunmuştur. Komisyon kabuledilebilirlik kararı vermiştir. Daha sonra yerinde inceleme yapmak üzere Kıbrıs'a giden heyet, 1974 Harekatıyla müdahale eden Türkiye'nin başka maddeler yanında 2. maddeyi de ihlal ettiğine ilişkin rapor hazırlamıştır. Bu rapor Bakanlar Komitesine iletilmiş ve bu organ aldığı karar ile Kıbrıs'ta sözleşme hükümlerinin ihlal edildiğini, sorunun çözümünün toplumlararası görüşmeler yoluyla olacağını vurgulamıştır.²⁷²

Kıbrıs Cumhuriyeti Türkiye aleyhine 3. başvurusunu 1978 yılında Komisyon'a yapmıştır. Şikayetçi taraf müdahale sonrasında en az 3000 Kıbrıslı Rumun kaybolduğunu iddia etmiştir. Komisyon bu kişilerin Türk Ordusunun eline geçtiğini kanıtlamıştır, ancak Türk tarafı bu kişilerin akıbeti konusunda, bilgilerinin bulunmadığını ileri sürmüştür. Komisyon tarafından,

²⁷¹ Macfarlane L.J., Human Rights: Realities And Possibilities, Oxford, 1990. s. 35,36

²⁷² Gemalmaz S., Yaşam Hakkı, s. 214

"Türklerin gözetimi altında olduğu görünen bu kişilerin yazgısı bakımından, bir karine olarak, Türklerin sorumluluğu bulunduğu" dikkate alınmıştır.²⁷³

Ayaklanma veya isyanı bastırmak amacıyla yasaya uygun olarak işlenen öldürme fiillerinin kapsamı içine hem Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin hem de 1982 Anayasasının 15. maddesinin 2. fıkrasında yer alan savaş hukukuna uygun meydana gelen ölümleri almak gereklidir. Savaş hukukuna uygun meydana gelen ölümler Sözleşmenin 2. ve Anayasasının 17. maddesinin çiğnenmesi olmayacaktır. Bu belli durum dışında, 2. madde hükmü ve 17. madde hükmü, 15. madde hükmünden yararlanılarak askıya alınamayacaktır.²⁷⁴

dd. Sıkıyönetim Veya Olağanüstü Hallerde Yetkili Mercilin Verdiği Emirlerin Uygulanması

1982 Anayasasının getirdiği bu özel sınırlama nedeni Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde yer almamaktadır.

Bilindiği gibi sıkıyönetim ve olağanüstü hal rejimleri devletin normal hukuk düzeninin kuralları ile karşılanmasına imkan olmayan olağanüstü bir tehdit veya tehlike karşısında başvurduğu özel yönetim usulleridir.²⁷⁵

Anayasamızın 15. maddesiyle yaşam hakkının olağanüstü hal ve sıkıyönetim halinde dahi kullanılmasının durdurulamayacağı düzenledikten sonra, 17. maddeyle böyle bir hüküm getirmesi çelişkili görülmektedir. Bir devlette ve toplumsal yaşam içinde, en üst değer olarak gördüğümüz yaşam hakkına Anayasa tarafından nedenleri belirlenmeden salt yetkili merci emir verdi diye son verebilme imkanının tanınması, kanunkoyucuya çok geniş bir düzenleme alanı bırakmaktadır²⁷⁶ ve kötüniyetli uygulamalara yol açabilecektir.²⁷⁷ Anayasanın bu hükmü yaşam hakkı konusunda getirilen uluslararası standartlara uymamaktadır. Ancak "Mutlak gereklilik" kriterinin uygulanması sakıncaları bir nebze azaltabilecektir.

²⁷³ Gemalmaz S., Yaşam Hakkı, s.215; Cyprus v. Turkey, App. No.8007/77, DR. 72, 4.10.1983, s.5 vd.

²⁷⁴ Gölcüklü F.-Gözübüyük Ş., s. 190

²⁷⁵ Özbudun E., s. 315

²⁷⁶ 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu için bkz. RG. 27.10.1983-18204; 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu için bkz. R.G. 15.5.1971-13837

²⁷⁷ Çelenk H., Yaşama Hakkı ve Yargısız infaz, MüBD, Aralık 1993, S.162, C.XVII, s. 38

Sıkıyönetim ve olağanüstü haller keyfilik rejimleri değildir. Bu yönetim biçimleri de birer hukuk rejimleridirler. Bu durumlarda sadece idarenin yetkileri normal zamanlara göre daha çok genişler ve kişi hak ve özgürlükleri normal zamanlara göre daha çok sınırlandırılabilir.²⁷⁸ Ancak yine de yaşam hakkına uygun davranmak ve uluslararası antlaşmalardan kaynaklanan yükümlülöklere kesinlikle uymak gerekmektedir.²⁷⁹

2. Kanundan Kaynaklanan Sınırlamalar

A. Kanuni Düzenlemelere Bir Bakış

Mevzuatımızda yaşam hakkına müdahaleye izin veren, kolluk görevlilerine ve askerlere silah kullanma yetkisi vererek kişilerin yaşamlarına son verebilme imkanı sağlayan pek çok yasal düzenleme vardır. Yukarıda belirttiğimiz gibi yaşam hakkına sınırlama getiren yasal düzenlemelerin özel sınırlama sebeplerine dayanması, ölçölülük ilkesine, demokratik toplum düzeninin gereklerine, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olması gerekmektedir.

Aşağıda yaşam hakkını sınırlayan en önemli yasal düzenlemeler gösterilecek, bir kısmı kısaca belirtilecek ve son olarak topluca değeriendirileceklerdir.

a. Polis Vazife Ve Selahiyet Kanunu

Yaşam hakkına yönelik müdahaleye izin veren yasal düzenlemelerden birisi 2559 sayılı Polis Vazife Ve Selahiyet Kanunudur.²⁸⁰ Kanunun 16. maddesi belirtilen durumlarda polise silah kullanma yetkisi vermiştir. Bunun anlamı yasanın belirttiğı durumlarda polisin silah kullanmak suretiyle başka bir insanın yaşam hakkına müdahale etmesi, değışik bir ifadeyle insan yaşamına son vermesinin kanuna aykırı olmamasıdır.

²⁷⁸ Özbudun E., s. 323; Üsköl Z., Olağanüstü Hal, MüBD, C.XXI, S.196, s.62; Gözler K., Olağanüstü Hal Rajimlerinde Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sistemi Ve Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi, ABD, S.1990/4, Y.47, s.569; Serozan R., Anayasa Ve Sıkıyönetim Yasası, MHAD, Y.5, S.8, 1971, s. 569

²⁷⁹ Hadden T., İnsan Hakları Ve İnsancıl Hukuk Bağlamında İşkence Yasağı ve Yaşam hakkı Seminerinde sunulan tebliğ, 16.11.1996, İB, İnsan Hakları Hukuku ve HA Merkezi yay. , İzmir 1997, s. 111

²⁸⁰ R.G. 14.7.1934-2751

Kanunun 16. maddesine göre polis, aşağıda yazılı hallerde silah kullanmaya yetkilidir.

A) Nefsini müdafaa etmek;

B) Başkasının ırz ve canına vukubulan ve başka suretle men'i mümkün olmayan bir taarruzu savmak için;

C) Ağır cezayı müstelzim bir suçtan maznun olarak yakalanıp nezaret altında bulunan veya herhangi bir suçtan mahkum ve mevkuf olup ta tutulması veya nakil ve sevki polise emir ve tevdi olunan şahısların kaçmaları veya bu maksatla polise taarruzları halinde yapılacak ihtarlara itaat edilmemiş ve kaçmağa ve taarruza mani olmak için başka çare bulunmamışsa;

D) Muhafazasına memur olduğu mevki veya elindeki silaha yahut kendisine verilmiş veya teslim edilmiş olan karakolhane ile şahıslara karşı vukubulacak taarruzu başka suretle defe imkan olmamışsa;

E) Ağır cezayı müstelzim ve meşhut cürüm halinde bulunan suçlarda suçlunun saklı olduğu yerin arandığı sırada o yerden şüpheli bir şahıs kaçtığı ve dur emrine kulak asmadığı görülerek başka suretle ele geçirilmesine imkan bulunmamışsa;

F) Ağır hapsi müstelzim bir suçtan dolayı maznun veya mahkum olupta zabıtaca aranmakta olan bir şahsın yakalanmasına teşebbüs edildiği sırada kaçar ve dur emrine de kulak asmayarak başka türlü ele geçirilmesi kabil olmazsa;

G) Vazife esnasında polise tecavüze ve karşı koymaya elverişli aletlerin ve silahların teslimi emredildiği halde emrin derhal yerine getirilmeyerek karşı gelinmesi veya teslim edilmiş silah ve aletlerin zorla tekrar alınmasına kalkışılmışsa;

H) Polisin vazifesini yapmasına yalnız veya toplu olarak fiili mukavemette bulunulmuş veya taarruzla mümanaat edilmişse;

I) Devlet nüfuz ve icraatına silahlı olarak karşı gelinmişse.

Kanuna 16.6.1985 tarihli 3283 sayılı yasanın 3. maddesiyle getirilen ek madde 6'yla zor kullanmanın oranlı bir şekilde uygulanacağı belirtilmektedir. Maddeye göre, "Polis, yakalanması gerekli kişinin veya dağıtılması gereken topluluğun direnmesi, saldırıya yeltenmesi veya saldırıda bulunması hallerinde, bu fiilleri etkisiz hale getirmek için zor kullanabilir. Zor kullanma direnme veya saldırının mahiyetine ve derecesine göre etkisiz hale

getirilecek şekilde kademeli olarak artan nispette bedeni kuvvet, maddi güç ve kanuni şartları gerçekleştiğinde, her çeşit silah kullanma yetkilerini ifade eder...."²⁸¹

Polis Vazife Ve Selahiyet Tüzüğü²⁸² polisin silah kullanırken mutlak gereklilik ve oranlılık kriterlerine uygun davranması gerektiğini belirtmiştir. Tüzüğün 17. maddesine göre "Polis için silah kullanmak selahiyetinin kabul edildiği hallerde silah kullanılması, silah kullanmaktan başka bir çare bulunmadığı hallere münhasırdır. Bu takdirde mümkün olduğu kadar suçlunun öldürülmekten ziyade yaralı olarak yakalanmasına dikkat edilmesi ve kalabalık yerlerde silah kullanmaktan imkan nisbetinde sakınılması icap eder."²⁸³

b.Asayişe Müessir Bazı Fiillerin Önlenmesi Hakkında Kanun

1481 sayılı bu kanun²⁸⁴ polisin ve jandarmanın , diğer kanun ve tüzüklerde yazılı yetkileri saklı kalmak üzere 1. maddesinde belli durumlarda silah kullanma yetkisini düzenlemiştir. 1. maddenin a bendinde 2559 sayılı Polis Vazife Ve Selahiyet Kanunu'nun 16. maddesinde yazılı hallerde silah

281 Ek md.6'nın 3.fıkrası "Toplu kuvvet olarak müdahale edilen durumlarda zor kullanmanın derecesi ile kullanılacak araç ve gereçler müdahale eden kuvvet amirince tespit edilir" hükmünü getirmektedir. Ek md. 6'nın Anayasaya aykırılığı iddia edilmiştir. İptal isteminin gerekçesinde bu maddeye ilişkin olarak polis amirine saldırının mahiyetine ve derecesine göre etkisiz hale getirecek şekilde kademeli olarak artan nispette bedeni kuvvet, maddi güç ve kanuni şartlar gerçekleştiğinde herçeşit silah kullanma gibi içeriği objektif ve somut olarak belirlenmemiş ibarelere dayanarak zor kullanmak ve adam öldürmeye kadar varacak uygulama yetkisinin tanındığı, böyle bir yetkinin işkenceye, eziyete engel teşkil edecek bir sınırının çizilmediği, bu madde ile hiçbir hak ve özgürlüğün güvencesinin kalmadığı ileri sürülmüş ve iptali istenmiştir.

Anayasa Mahkemesi, inceleme konusu kuralla "Yakalanması gerekli kişi veya dağıtılması gereken topluluğun direnmesi, saldırıya yeltenmesi veya saldırıda bulunması " denildiğine göre, bu maddenin Anayasanın 17.maddesinde yer alan yakalama ve tutuklama kararının yerine getirilmesi, meşru müdafaa veya ayaklanma ve isyanın bastırılması kavramları içersinde değerlendirmek mümkündür, sonucuna varmıştır. Mahkemeye göre, bu tür eylemler esasen suç niteliğinde olduğundan kamu düzenini sağlamakla yükümlü polisin, olayı başka türlü engelleme olanağı kalmadığında, son çare olarak zora başvurusunun Anayasa ile bağdaşmadığı söylenemez. Bu yüzden incelenen kural Anayasanın 17. ve 34. maddelerine aykırı görülmemiştir. Bkz. E.1985/8, K.1986/27, AMKD, S.22, s.323 vd. , RG.14.8.1987:19544.

282 RG. 25.4.1938-3890

283 Ayrıntılı Bilgi için bkz. Arıcan F., Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir-1997, s. 30-38; Metin İ.-Eraslan F., Türkiye'de Polis Ve Kişi Hakları, İletişim Yay, İstanbul-1992, s.120; Gökçe A., Vur Emri, ABD, S.1980-3, Y.37, s.342,343

284 R.G.15.9.1971-13957

kullanma yetkisinin varlığı tekrar edildikten sonra, b bendinde, (A) bendindeki yetkiler saklı kalmak üzere, idam veya ağır hapis cezasını gerektiren suçlardan bir veya birkaçını işlemekten sanık veya hükümlü olup ta haklarında tevkif veya yakalama müzekkeresi çıkarılan ve silahlı dolaşarak emniyet ve asayiş tek başına veya toplu olarak fiilen tehdit ve ihlal ettikleri anlaşılanlardan, teslim olmaları için İçişleri Bakanlığınca tespit edilen tarihte başlamak üzere 10 günden az ve 30 günden çok olmamak şartıyla verilecek mühlet ile ad, san ve eylemleri de belirtilerek sanık veya hükümlünün dolaştığı bölgelerde mutad vasıtalarla ve uygun görülen yayın organlarıyla radyo ve televizyonla da ilan edilenlerin belirtilen süre sonuna kadar adli makamlara, zabıtaya veya herhangi bir resmi mercie teslim olmamaları hallerinde silah kullanma yetkisinin varlığı belirtilmiştir.

2. maddeye göre birinci maddenin (B) bendinde sayılan hallerde

a. Sanık veya hükümlünün teslim olması için yapılan ihtardan sonra,

b. Polis veya jandarmaya karşı silah kullanmaya fiilhal teşebbüs etmeleri halinde ise ihtara lüzum olmaksızın, silah kullanılır.

Müşademe sırasında; sanık veya hükümlüye müşademe veya kaçmada yardımcı olanlar haklarında da birinci fıkra hükmü uygulanır.

c. Kaçakçılığın Men Ve Takibine Dair Kanun

1418 sayılı Kaçakçılığın Men Ve Takibine Dair Kanun'un²⁸⁵, 26.7.1983 tarihli, 2867 sayılı Kanunun 4. maddesiyle değişik 11. maddesinin 3. ve sonraki fıkralarında kanun çerçevesinde silah kullanma yetkisi düzenlenmiştir.

11. maddenin 29.8.1956 tarihli, 6829 sayılı 1. maddesiyle değişik 1. ve 2. fıkraları, Gümrük Kanunu'nun 7. maddesi gereğince tayin olunan kapı ve yollardan başka yerlerden girmek, çıkmak ve geçmenin yasak olduğunu, bu yerlerde tesadüf edilecek eşya ve her nevi nakil vasıtaları Selahiyetli memurlar tarafından durdurulup, şahısların eşya, yük, üzerleri ve nakil vasıtalarının aranacağını düzenlemiştir.

3. fıkraya göre göre "Dur ihtarına itaat etmeyen şahıslar hakkında

evvela havaya ateş etmek suretiyle bu ihtar tekrar edilir. Bu ihtara da riayet edilmezse silah yetli memurlar silah kullanmaya yetkilidir. Ancak silahla mukabeleye yeltenilmesi veya meşru müdafaa durumuna düşülmesi veya Bakanlar Kurulunca ihdas edilen emniyet bölgelerine dur ihtarına itaat edilmemesi hallerinde silah yetli memurlar doğruca hedefe ateş edebilirler.”

4. fıkraya göre “Silahla techiz edilmiş zabıta ve gümrük muhafaza memurlarının memleket dahilinde tesadüf edecekleri kaçakçılar hakkında da yukarıdaki fıkralar ahkamı tatbik olunur...”

d. Terörle Mücadele Kanunu

3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu’na²⁸⁶ , 28.8.1996 tarihli, 4178 sayılı kanunun 3. maddesiyle getirilen ek madde 2’ye göre “Terör örgütlerine karşı icra edilecek operasyonlarda teslim ol emrine itaat edilmeyerek silah kullanmaya teşebbüs edilmesi halinde kolluk kuvveti görevlileri, failleri etkisiz kılmak amacıyla doğrudan ve duraksamadan hedefe karşı ateşli silah kullanmaya yetkilidirler.”

Kanunun 20. maddesi ise herkes için geçerli olabilecek meşru müdafaa durumunu bazı kamu görevlileri için özel olarak düzenlemiştir.

4. fıkraya göre bu maddenin önceki fıkralarında sayılan kamu görevlileri, görevlerinden ayrılmış olsalar dahi terör suçluları tarafından kendilerine veya eş ve çocuklarının canına vuku bulan bir taarruzu savmak için silah kullanmaya yetkilidirler.

e. Olağanüstü Hal Kanunu

Bilindiği gibi olağanüstü hal, Anayasamızın 119 ve 120. maddelerinde ve 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu’nun²⁸⁷ 3. maddesinde öngörüldüğü şekilde 2 ayrı durumda ilan edilebilir.

Olağanüstü Hal Kanunu’nun 3. maddesinin a bendinde öngörülen olağanüstü hal, tabii afet, tehlikeli salgın hastalıklar veya ağır ekonomik bunalım hallerinden birinin veya birden fazlasının görülmesi durumunda, b bendinde öngörülen olağanüstü hal ise, Anayasa ile kurulan hür demokrasi

²⁸⁶ R.G.12.4.1991-20843(Mükerrer)

²⁸⁷ R.G. 27.10.1983-19204

düzenini veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerine ait ciddi belirtilerin ortaya çıkması veya şiddet olaylar sebebiyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması hallerinde Cumhurbaşkanını başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından ila edilir. İkinci durumda Milli Güvenlik Kurulunun görüşü alınır.

Silah kullanma yetkisi Olağanüstü Hal Kanunu'nun 23 maddesinde düzenlenmektedir. 23. maddeye göre " Olağanüstü hal ilanında sonra kolluk kuvvetleri ile kendilerine görev verilen özel kolluk kuvvetleri v silahlı kuvvetler mensupları, görevlerini yerine getirirken kanunlarda silah kullanmayı icap ettiren hal ve şartlardan herhangi birinin tahakkuku halinde silah kullanma yetkisini haizdir.

Olağanüstü halin, bu Kanunun 3. maddesinin (b) bendi gereğince ilan edilmesi halinde silah kullanma yetkisine sahip bulunan güvenlik kuvvetlerinin teslim ol emrine itaat edilmemesi veya silahla mukabele yeltenilmesi veya güvenlik kuvvetlerinin meşru müdafaa durumuna düşmesi halinde görevli güvenlik kuvvetleri mensupları doğruca ve duraksamad hedefe ateş edebilirler....."

f.Sıkıyönetim Kanunu

1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu'nun²⁸⁸ 2. maddesine göre "sıkıyönetim altına alınan yerlerde genel güvenlik ve asayişe ilişkin zabta kuvvetlerine ait görev ve yetkiler Sıkıyönetim Komutanlığına geçer. Zabta kuvvetleri bütün teşkilatı ile Sıkıyönetim Komutanının emri altına girer....Sıkıyönetim Komutanlığı bu Kanunla kendisine verilen görev ve yetkileri o yerin zabta kuvvetleri ve tefrik edilecek askeri birlikler ile yürütür.

Sıkıyönetim Kanunu'nun 19.9.1980 tarihli, 2301 sayılı maddesiyle değişik 4. maddesi silah kullanma yetkisini düzenlemektedir.

Bu maddeye göre "Sıkıyönetim Komutanlığı emrinde görevli Silahlı Kuvvetler mensupları emniyet ve asayişe ilişkin zabta kuvvetleri ile güvenlik görevlileri kendilerine verilen görevlerin yerine getirilmesi sırasında tabi oldukları Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanun ve Yönetmeliği, Vazife Ve Selahiyet Kanunu, Jandarma Teşkilat Ve Vazife Nizamname

silah kullanmayı icap ettiren hal ve şartlardan herhangi birinin tahakkuku halinde silah kullanma yetkisini haizdir.

Silah kullanma yetkisine sahip güvenlik kuvvetlerinin teslim ol emrine itaat edilmemesi veya silahla mukabeleye yeltenilmesi veya güvenlik kuvvetlerinin meşru müdafaa durumuna düşmeleri halinde görevli güvenlik kuvvetleri mensupları doğruca ve duraksamadan hedefe ateş edebilirler.....”

g. İç Hizmet Kanunu

211 sayılı İç Hizmet Kanunu²⁸⁹ askerlerin silah kullanması ile ilgili olarak 87-90 maddeleri arasında ayrıntılı düzenlemeler getirmiştir. Buna göre “Askerler karakol, karakol nöbetçisi, devriye, nakliyat muhafazası hizmetlerinde veya asayişini temin için görevlendirildiklerinde aşağıda gösterilen hallerde silah kullanmaya yetkilidirler...a) Bu hizmetlerden birini yaparken müessir bir fiil ile taarruza uğranıldığı veya müessir bir fiil veya tehlikeli bir tehdit ile bu hizmetlerin yapılmasına mukavemet edildiği takdirde bu taarruz ve mukavemetleri gidermek için, b) Bir taarruz veya mukavemete hazırlanan ve silahını veya mukavemete elverişli bir aleti bırakmaya davet edildiği halde, bu davete itaat etmeyen veyahut bıraktığı silah veya aleti tekrar eline almaya davranan veya alan kimseyi itaate zorlamak için, c) Bu kanunun 80 ve 81. maddeleri gereğince muvakkaten yakalanan bir şahsın veyahut muhafaza ve sevki kendisine tevdi edilmiş olan bir tutuklunun veya hükümlünün kaçması veya kaçmaya teşebbüs etmesi ve verilecek dur emrini dinlemediği görüldüğünde başka türlü ele geçirilmesi kabil olmadığı takdirde yakalanması için, d) Kendi muhafazasına tevdi edilmiş olan insan ve her türlü eşyaya karşı vukubulan taarruzu defetmek için, e) Bu maddede sayılan görevleri yapan askerlere karşı, sözle yapılan sataşma veya hareketlerin bertaraf edilmesi sırasında mukavemet, taarruz, müessir fiil veya tehlikeli bir tehditle karşılaşıldığında bu halleri gidermek için ”

89. ve 90. maddelerde de silah kullanma yetkisi verilmiştir. 89. madde 87. maddede sayılan hallerden başka hizmete ait bir vazife yaparken silah kullanma imkanını vermiştir. Maddeye göre bu hallerde maruz kaldığı bir mukavemeti bertaraf etmek veyahut askere veya askeri eşyaya karşı yapılan

²⁸⁹ R.G.10.1.1961-10703

bir tecavüze karşı koymak için silah kullanmak zarureti hasıl olursa her asker silah kullanmaya Selahiyetli ve vazifelidir. 90. madde ise meşru müdafaa halini düzenlemiştir. 89. ve 90. maddelerde silah kullanma yetkisini her asker kullanabilirken, 87. maddedeki imkanı ancak madde başındaki görevlendirmeler halinde asker silahını kullanabilecektir.

Kanunu 87. maddesine göre silah kullanma derecesinde "başka çare kalmaması" veya "zaruret" olması gereklidir. Karşı tarafın silahlı ya da silahsız olmasına göre bir ayırım gerekir. Bu ihtimallerden her ikisinde de ihtar yapılır, buna rağmen devam ederse, "itaati sağlayacak" dereceden başlamak üzere silah kullanılır... Silah kullanmada önce havaya, sonra ayağa, eğer taarruz devam ederse hedef gözetmeksizin ateş edilir.

Askeri inzibatlar ise 96. madde gereğince görevli oldukları sırada, 87-90. maddedeki haller dahilinde silah kullanabileceklerdir.

h)Diğer Yasalar

Polis dışında diğer kolluk görevlilerine de çeşitli yasalarla silah kullanma yetkisi verilmiştir.

Jandarma, Teşkilat görev Ve Yetkileri Kanunu'nun²⁹⁰ 11. maddesine göre "Jandarma, kendisine kendisine verilen görevlerin ifası sırasında hizmet özelliğine uygun ve görevin gereği olarak kanunlarda öngörülen silah kullanma yetkisine sahiptir." Kanunun 24 . maddesine dayanılarak çıkarılan yönetmelik hangi hallerde silah kullanılabileceğini düzenlemektedir.²⁹¹ Yönetmeliğin 40. maddesi silah kullanmanın mutlaka ateş etmek olarak anlaşılmaması gerektiğini belirterek, bu eylemin aslında en son çare olacağını belirtmiştir. Ateşli silahların kullanılmasında sırayla; havaya ihtar atışı yapılır, sonra ayağa doğru ateş edilir, buna rağmen silah kullanmaya yol açan olay ve durum bastırılamamışsa hedef gözetilmeden ateş edilir. Maddenin bir sonraki fıkrası ise yukarıda belirtilen silah kullanma sırasını gözardı ederek, her olayda bu sıranın izlenmesinin zorunlu olmadığını belirtmekte ve hatta doğrudan en son aşama olan "hedefe ateş" safhasına geçilebilmesine imkan vermektedir.²⁹²

²⁹⁰ RG.12.3.1983-17985

²⁹¹ RG.17.12.1983-18254; Temel hak ve özgürlükler Anayasasının 13. maddesine göre ancak kanunla sınırlanabildiğinden hangi hallerde jandarmanın silah kullanacağına dair düzenlemenin yasayla yapılması gerekmektedir.

²⁹² Ayrıntılı bilgi için bkz. Arıcan F., s.59 vd.; Gökçe A.,

Bunun dışında, Orman Kanunu²⁹³ md.78, 442 sayılı Köy Kanunu²⁹⁴ md.77, Çarşı Ve Mahalle Bekçileri Kanunu²⁹⁵ md. 5, 2495 sayılı Bazı Kurum Ve Kuruluşların Korunması Ve Güvenliklerinin Sağlanması Hakkında Kanun²⁹⁶ md. 8, Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanunu²⁹⁷ md. 5, Karayolları Trafik Kanunu²⁹⁸ md. 6, belirtilen durumlarda ,belirtilen kişilerin silah kullanma yetkisine sahip olduğunu düzenlemiştir.

B. Genel Değerlendirme

Temel hak ve özgürlükler bilindiği gibi olağan dönemlerde Anayasamızın 13. maddesine göre yasayla, genel ve özel sınırlama sebeplerine dayanılarak, ölçülülük ilkesine , Anayasanın sözüne ve ruhuna ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olarak sınırlandırılabilir. Olağanüstü hal rejimlerinde ise temel hak ve özgürlüklerin sınırlama rejimi 15. maddeye bağlıdır ve bu dönemde temel hak ve özgürlüklerin kısmen veya tamamen durdurulabileceği ve bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabileceği öngörülmekle birlikte, bu hallerde dahi üç tane güvence getirilmiştir. Bunlar, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklerin ihlal edilmemesi kaydı, ölçülülük ilkesi, ve yaşam hakkının da içinde bulunduğu çekirdek alana dokunma yasağıdır.²⁹⁹

Yaşam hakkı olağanüstü hal rejimlerinde dahi kullanılması durdurulamayacak bir hak olduğu için gerek olağan dönemlerde, gerekse olağanüstü dönemlerde 13. maddede belirtilen genel sınırlama nedenleriyle sınırlandırılması gerekmektedir. Yaşam hakkına yasayla getirilebilecek sınırlamalara ilişkin nedenler Anayasamızın 17. maddesinde tahdidi olarak sayılmaktadır. Anayasamızın 15. maddesi olağanüstü hallerde milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklerin ihlal edilmemesini de aradığından,

²⁹³ RG. 8.9.1956-9402

²⁹⁴ RG. 7.11.1924-68

²⁹⁵ RG.22.7.1966-12355

²⁹⁶ RG.24.7.1981-17410

²⁹⁷ RG.13.7.1982-17735

²⁹⁸ RG.18.10.1983-18195

²⁹⁹ Gözler K., s.565,566: Olağanüstü hal rejimlerinde, sadece 15. madde uygulanır. Anayasanın diğer maddelerinde getirilen güvenceler geçerli değildir. Olağanüstü hal düzenlemelerinin Anayasaya uygunluğu tartışılırken araştıracağımız tek şey , sınırlandırmanın 15. maddede belirtilen üç ilkeye uygun olup olmadığıdır. Hadden T., s. 110,111

Türkiye'nin imzaladığı sözleşmelerin başında gelen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne³⁰⁰ uygun davranılması da zorunludur. Sözleşme Türk Anayasasında olduğu gibi yaşam hakkının olağanüstü hallerde dahi durdurulamayacağını belirtmekte ve 2. maddeyle getirilen istisna halleri dışında yaşam hakkının genel sınırlama nedenleriyle sınırlanamayacağını düzenlemektedir.

Yukarıda incelediğimiz kanun metinlerine bakıldığında Anayasamızda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde öngörülen özel sınırlama nedenleri dışında, başka nedenlere dayanılarak yaşam hakkına sınırlar getirildiğini görmekteyiz.

Bize göre yaşam hakkına getirilen anayasal istisnaları son derece dar yorumlamak gerektiğinden, özel sınırlama nedenleri aşılarak düzenlenen kanun maddelerinin ilgili hükümlerinin Anayasaya ve Anayasa'da düzenlenmiş olan korunması gerekli en temel değer olan yaşam hakkına aykırı görülerek iptal edilmeleri gerekmektedir. Aksine yapılacak bir yorum demokratik toplum düzeninin gereklerine, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklerimize ve demokratik hukuk devletini değiştirilemez hüküm olarak öngören Anayasamızın sözüne ve ruhuna aykırı olacaktır.³⁰¹

İlgili yasalar bakımından ortaya çıkan bir diğer problem , bu yasaların bazı hükümlerinde yaşam hakkına sınırlama getirilirken, ölçülülük ilkesine riayet edilmemiş olmasıdır. Oysa hem olağan hem de olağanüstü dönemlerde ölçülülük ilkesine uyulması gerekmektedir. Bu ilkeye göre sınırlamada başvuru aracı, sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olması, bu aracın sınırlama amacı açısından gerekli olması gerekmektedir. Ayrıca araçla amaç ölçüsüz bir oran içinde olmamalıdır. ³⁰² Kullanılan kuvvetin olayla orantılı olması gerekmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde de kuvvete başvuru mutlak olarak zorunlu olması şartı aranmaktadır.

³⁰⁰ Gözler K., s. 572

³⁰¹ Ancak bu yasaların pekçoğu Milli Güvenlik Konseyi döneminde çıkarılmış ve Anayasanın geçici 15. maddesine göre Anayasaya aykırılığı iddia edilemeyen yasalardır.

³⁰² Özbudun E., s.81; Gözler K., s. 573 ; Serozan R., s.88

Özellikle Terörle Mücadele Kanunu³⁰³ , Olağanüstü Hal Kanunu Ve Sıkıyönetim Kanunu'nda Güvenlik Kuvvetlerine verilen doğruca ve duraksamadan hedefe karşı silah kullanılmaya yetki verilmesi bize göre ölçülülük ilkesine aykırı görünmektedir.

Yaşam hakkını sınırlamaya yönelik yasaların bazı hükümleri özel sınırlama sebeplerinin aşılması ya da ölçülülük ilkesine uyulmaması açısından bize göre Anayasaya aykırılık oluşturmaktadır. Yaşam hakkının devlet tarafından korunması gerekli en yüksek değer olması ve bu hakka son verilmesi halinde, ne bu hakkın ne de diğer hakların bir daha hiçbir zaman kullanılamayacağı nedeniyle yaşam hakkına getirilecek istisnalar Anayasa yorumlayıcıları ve yasakoyucular tarafından dar yorumlanmalıdır.³⁰⁴

³⁰³ TMK'nun yaşam hakkına tehdit oluşturduğuna ilişkin görüşler için bkz. **Tanör B.** Türkiye'nin İnsan Hakları , s. VI.; **Sarıhan Ş.** Tüm Ülkede Olağanüstü Hal, İHD, Ankara Şube Bülteni, Ocak 1997, S.2, s.2,3: Sarıhan'a göre TMK'ya eklenen ek madde 2 ile, bugüne dek ülkemizde yakalama adı altında gerçekleştirilen infazların , nedenli artacağı açıktır. Ülkemizde yaygın olarak güvenlik güçlerinin yakalama sırasında silah kullanmayı gerektirecek halleri dikkate almadığı, silah kullanırken de yasal sınırlamaları uymadığı şikayeti vardır. Bu maddenin eklenmesiyle Anayasa ile güvence ağına alınan yaşam hakkı ihlal edilmiş olacak, madde daha çok zanlıları hedef aldığından bireyler adil yargılanma hakkından da mahrum kalacaklardır. Duraksamadan ateş etmek sanılar üzerine de olacak, zanlı zansız pekçok insan telef edilecektir.

³⁰⁴ Kolluk ajanlarına verilen silah kullanma yetkisine ilişkin eleştiriler için bkz. **Savcı B.**, Yaşam Hakkı, s. 63 vd. : Savcı'ya göre bütünpozitif hukukun meşruluğu, geçerliği, Anayasa'ya ve onun içindeki bir numaralı hak olan yaşam hakkına uygunluğuna bağlıdır. Kolluk ajanına silah kullanma ve bu yol ile kamu düzenini koruma hak ve yetkisini tanıyan pozitif hukuk kuralları, bireysel hak alanında bir numaralı olan beden bütünlüğünü bozmadığı, yıkmadığı ölçüler içinde geçerlidir. Öldürme sonucunu doğurucu yasa Anayasaya aykırı düşmektedir. İnsan hakları öğretisininözünü teşkil eden yaşam hakkının öncelliği varsa, hiçbir kimse-kolluk görevini , kamu düzenini korumak görevini yasalarla üstlenmiş de olsa- hiçbir suretle, birinsan varlığının beden bütünlüğünü ihlal edemez.

SONUÇ

Yaşam hakkı hiyerarşik olarak diğer temel hak ve özgürlüklerin üzerinde yer almaktadır ve diğer temel hak ve özgürlüklerin kullanılabilmesi için vazgeçilmez bir önkoşuldur. Yaşam hakkı pozitif hukuka aktarılmamış bile olsa, onun varlığı tartışmasız olarak kabul edilmektedir.

Böylesine önem taşıyan yaşam hakkı, günümüzde uluslar arası sözleşmelerin ve Anayasaların temel hak ve özgürlüklere ilişkin bölümlerinde ilk sırada yer almaktadır. Ancak yaşam hakkına ilişkin doktrinde pek çok sorun vardır ve çalışmamızda doktrindeki görüşlerin ve yargı kararlarının ışığında bu sorunlar tartışılarak, bunlara yanıtlar aranmaya çalışılmıştır.

Yaşam hakkı tanım olarak, kişilerin kendisi, devlet ve 3. kişiler tarafından öldürülmemesini sağlayan, aynı zamanda devlete, 3. kişilerden ve kişinin kendisinden gelecek saldırılara karşı yaşamın korunması için önlem alma yükümlülüğü getiren en temel haktır. Jellinek'in temel haklara ilişkin yaptığı ayrıma göre bir negatif statü hakkıdır. Bilindiği gibi negatif statü hakları kişiye devlet karşısında özerk bir alan tanırlar ve devlete o alana girmeme yükümlülüğü yüklerler. Bu bağlamda devletin yaşam hakkı karşısındaki olumsuz yükümlülüğü kişileri öldürmemektir. Ancak günümüzde bireysel kişilik haklarının da devleti aktif kılıcı nitelikte oldukları ileri sürülmekte ve devletin olumlu yükümlülükleri olması gerektiği kabul edilmektedir.

Devletin, yaşam hakkı karşısında olumlu yükümlülüğü bulunmaktadır. Devlet, kişileri kendilerinden, 3. kişilerden ve devletin kendi ajanlarından gelebilecek saldırılara karşı korumak durumundadır. Devlet yaşam hakkı karşısında pozitif yükümlülüğünü gerçekleştirmek üzere öncelikle yaşam hakkını korumaya ilişkin yasal düzenleme yapmak ve cezai yaptırımlar getirmek zorundadır. Yasal düzenleme yapmak yaşam hakkının korunması için yeterli değildir. Devlet yaşamın korunması için güvenlik güçlerini en iyi şekilde örgütlemeli ve onlara eğitim vermelidir. Devlet yaşamın korunması amacıyla yeterli örgütleri kurmak ve bu örgütlere gerekli ve yeterli ajan, araç ve olanakları sağlamakla yükümlüdür. Devletin zor kullanılabilecek operasyonlar için, güvenlik görevlilerine operasyonlarla ilgili eğitim ve talimat vermesi de önem taşımaktadır.

Devletin çıkardığı yasaların etkin kılınması için, yaşam hakkını ihlal ettiği ileri sürülen kişilere ve devlet görevlilerine karşı etkili soruşturma ve kovuşturma mekanizmalarının işletilmesi gerekmektedir.

Yaşam hakkıyla, yaşamı sürdürme hakları ya da sosyal haklar kategorisi birbirine karıştırılmakta ve bazı yazarlar sosyal hakları yaşam hakkının kapsamı içinde görmektedirler. Yaşam hakkının sosyal boyutu olduğu ve yaşamın iyi ve kaliteli sürdürülmesi için sosyal haklara ihtiyaç duyulduğu bir gerçekliktir. Yaşam hakkı ve yaşamı sürdürme hakları birbirleriyle çok yakın bağlantılı haklardır. Ancak yaşam hakkıyla doğrudan ilgili olan bu haklar yaşam hakkıyla korunmamaktadırlar. Yaşam hakkını korumak ile sosyal hakları gerçekleştirmek birbirleriyle yakından ilgili olmakla birlikte farklıdırlar. Yaşam hakkı ile eğitim, sağlık, konut, sosyal güvenlik gibi her bir sosyal hakkın koruma alanları birbirleri ile aynı değildir.

Yaşam hakkıyla yaşamı sürdürme haklarının-sosyal hakların-, koruma alanları birbirlerinden farklı olmakla birlikte; kişinin hiçbir sosyal boyut gözetmeksizin sadece yaşamda kalmak için gereksindiği en düşük düzeyde ekonomik güvenlik, yiyecek ve en düşük düzeyde sağlık hizmeti yaşam hakkının kapsamında düşünülmelidir. İnsanların sadece yaşamda kalmak için gereksindiği şeyler sosyal haklardan farklıdırlar ve yaşam hakkının koruma alanına girmelidirler.

Yaşam hakkının taşıyıcısı yaşayan herkeştir. Tüzel kişiler nitelikleriyle bağdaşmadığı için yaşam hakkının taşıyıcısı değildir. Ceninin yaşam hakkına sahip olup olmadığı ise doktrinde ve yargı kararlarında çok tartışmalı olan bir konudur. Ceninin döllemeden itibaren yaşam hakkına sahip olduğuna, doğuma kadar yaşam hakkına sahip olmadığına ya da hamileliğin belli bir döneminden sonra bu hakka sahip olduğuna ilişkin görüşler vardır. Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi açık olarak ceninin yaşam hakkından söz etmemesine rağmen, döllemeden itibaren canlı olan ve insan olma potansiyeline sahip bu varlığı anayasal korumanın dışında bırakmak mümkün görünmemektedir. Ancak doğmuş bir insanla ceninin biyolojik, yapısal farklılıkları bulunmakta ve cenin, anneye bağımlı bir şekilde yaşamaktadır. Bu sebeplere dayanılarak, ceninin yaşam hakkını doğmuş bir insanla aynı koşullarda kullanması ve hakkın her ikisi

için de aynı sınırlamalara tabi tutulması mümkün değildir. Ceninin biyolojik olgunluğu ile annenin seçim hakkı arasında bir denge kurmak gereklidir. Özellikle ceninin organlarının henüz oluşmadığı hamileliğin ilk haftalarında, yasalarla sert ve sosyal nedenler ile ceninin varlığına son verilmesine izin verilmesini, ceninin yaşam hakkına getirilen meşru sınırlamalar olarak değerlendirmek gerekecektir.

Yaşam hakkı, vazgeçilemeyecek nitelikte bir haktır. Kişiler intihar yoluyla kendi varlıklarına son veremeyecekleri gibi, yaşamlarına son verilmesine rıza gösteremez ya da öldürülmelerini talep edemezler. İntiharın hukuk düzeninde cezalandırılmaması onun meşruluğunu göstermemektedir.

İyileşmesi mümkün olmayan, dayanılmaz acılar çeken hastaların ölüm istemleri karşısında kişilerin öldürülmesi ya da ölmelerini kolaylaştırıcı önlemler uygulanması anlamına gelen ötenazi, yaşam hakkının vazgeçilemez nitelikte bir hak olması dolayısıyla çözümü zor problemlerle bizi karşı karşıya bırakmaktadır.

Yaşam hakkı har ne kadar vazgeçilemeyecek bir hak olsa da, tedavisi mümkün olmayan ve dayanılmaz acılar çeken hastaların istemleri üzerine tedavilerine son verilebilmesi (pasif ötenazi) bu kişilerin insan onuruna uygun bir şekilde ölmelerini sağlayacaktır. Ancak bu hastaların aktif ötenazi yoluyla öldürülmeleri yaşam hakkının vazgeçilmezliğiyle bağdaşır görünmemektedir. Devletin görevi aktif ötenazi konusunda kolaylıklar getirmek değil, tedavi ve bakım hizmetleri için sosyal devletin gereği olarak yurttaşlara tıbbın tüm olanaklarının sunulması olmalıdır. Aktif ötenazi için getirilebilecek tek istisna kendi başına hareket etmekten yoksun, dayanılmaz acılar çeken ve tedavi edilmesi mümkün olmayan bir kişinin ölmek istemesi üzerine, hekimlerden oluşan bir kurulca yaşamın son verilmesine karar verilmesi olmalıdır.

Bilindiği gibi, 1982 Anayasasına göre tüm temel hak ve özgürlükler yasayla, Anayasanın sözüne ve ruhuna ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olarak, ölçülülük ilkesi çerçevesinde genel ve özel sınırlama dayanılarak sınırlandırılabilirler. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ise temel hak ve özgürlükler için özel sınırlama nedenleri yer almakta, genel bir sınırlama nedeni bulunmamaktadır.

1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yaşam hakkına istisna olarak getirilen durumlar; idam cezası, meşru müdafaa hali, yakalama ve

tutuklama kararının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, ayaklanma veya isyanın bastırılması gibi durumlardır. 1982 Anayasasında ayrıca olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması durumu da düzenlenmiştir.

Yaşam hakkı gerek 1982 Anayasasının gerekse Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 15. maddesinde, olağanüstü dönemlerde dahi kullanılması durdurulamayacak bir hak olarak düzenlenmiştir. Yaşam hakkının sert çekirdekli bir hak olmasından ve özüyle kapsamının aynı şey olmasından kaynaklanan nedenlerden ötürü, yaşam hakkına genel sınırlama nedenlerinin uygulanmaması gerekmektedir. Bu nedenler yaşam hakkının niteliğine uygun değildir. Anayasanın sözü ve ruhu bir arada değerlendirildiğinde, insan haklarına saygılı demokratik bir hukuk devletinde korunması gerekli en üst değer olan ve yokluğu halinde diğer temel hak ve özgürlüklerin kullanılamayacağı yaşam hakkının, Anayasanın kendisinin doğrudan doğruya sınırlama getirdiği 17. maddedeki özel nedenler dışında, genel sınırlama nedenleriyle sınırlandırılmaması gerekir.

Yaşam hakkı, özel sınırlama nedenlerine dayanılarak sınırlandırıldığında da, yasa koyucu Anayasayı bir bütün olarak değerlendirmeli, çağdaş, demokratik değerlere dayanarak yasa çıkarmalıdır.

Yaşam hakkına bir istisna olarak getirilen idam cezası, 1982 Anayasasında açıkça yer almakla birlikte, idam cezasını öngören mevcut yasal düzenlemelerin kaldırılması konusunda bir engel yoktur. Dünyadaki gelişim, yaşam hakkının özüne dokunan ve insan onuruna yaraşmayan ölüm cezasının kaldırılması yönündedir. Türkiye'nin bir an önce Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ek 6 no'lu Protokolü ve Birleşmiş Milletler'in ölüm cezalarını kaldıran protokollerini imzalaması ve onaylaması, iç hukuk sisteminde yer alan bu konudaki yasaları kaldırması gerekmektedir. Bu, yaşam hakkına ve insan haklarına duyulması gereken saygının bir gereğidir.

Yaşam hakkına yönelik, sayılan istisnaların uygulanmasıyla ortaya çıkan ölüm, kasıtlı olsun ya da olmasın, "mutlak gereklilik" kriteri aşılmamış ise ve kuvvet kullanımı ölçülü ise meşru sayılacaktır.

Yaşam hakkını sınırlayan, silah kullanılmasına izin verilmesine ilişkin yasaların bazı hükümleri özel sınırlama sebeplerinin aşılması ya da ölçülülük ilkesine uyulmaması açısından bize göre Anayasaya aykırılık oluşturmaktadır.

Yaşam hakkı sert çekirdekli bir temel hak olduğundan istisna halleri hem Anayasada hem Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ayrıntılı olarak sayılmıştır. Bu yüzden istisnai durumların dar yorumlanmaları gerekmektedir. Aksine yapılacak bir yorum demokratik toplum düzeninin gereklerine, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklerimize ve demokratik hukuk devleti ilkesini değiştirilemez hüküm olarak öngören Anayasamızın sözüne ve ruhuna aykırı olacaktır.

KAYNAKÇA

- AKAD, M.**, "1789 Fransız İnsan Ve Yurttaş Hakları Bildirisinin Getirdiği Özgürlük Anlayışı Ve Türk Anayasalarına Etkisi, HA, C.5, S.1-3, MÜHFY, Ocak-Aralık 1990
- AKIN, İ.**, Temel Hak Ve Özgürlükler, 4.B., İstanbul 1971
- AKILLIOĞLU, T.**, İnsan Hakları, Kavram, Kaynaklar Ve Koruma Sistemleri (İnsan Hakları), AÜSBFD, İnsan Hakları Merkezi Yay., No:17, Ankara 1995
- Temel Haklar Gelişmesi Üzerine Bazı Düşünceler (Temel Hakları), SBFD, C.XLIV, Ocak-Haziran 1989, No:1-2
- AKKAN K.**, "Avrupa Hukuk Sistemlerinde Ölüm Cezası", AD, S.2, F.3, 1965
- AKSOY, M.**, Yaşam Hakkı Ve Yönetimin Sorumluluğu Seminerinde Sunulan Bildiri, Haziran, İstanbul 1977
- AKSOY, Ş.**, "Kürtaj Sadece Tıbbi Bir Karar Olabilir mi?" TE, C.4, S.1, Nisan 1996
- ALDIKAÇTI, O.**, Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi Ve 1961 Anayasası, İstanbul 1973
- ALİEFENDİOĞLU, Y.**, "Anayasa Yargısal Açısından Olağanüstü Yönetim Usulleri", AY., S.9, Ankara 1993
- ALPASLAN Ş.(Çev.)**, "1967 Tarihli İngiliz Kürtaj Yasası", MHAD, Y.10, S.13, 1976
- ALPKAYA G.**, "Kayıplar Sorunu Ve Türkiye" SBFD, C.50, No:3,4, Haziran-Aralık 1995
- ARICAN F.**, Polisin Silah Kullanma Yetkisi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir-1997
- ARIKAN B.**, Ötenazi, ABD, S.2, 1954
- ARSLAN, A.**, "İyi Ve Güzel Ölüm: Ötenazi", Hukukçu, S.7, Ocak-Şubat 1993,
- ARTUK E.M.**, "Talep Üzerine Adam Öldürme" MÜHF, HA, C.7, s.1-3, 1992-1993
- ATAAY A.**, "Vücut (Beden) Ve Cesed Üzerindeki Hak", MHAD, Y.20, 1996, Prof.Dr.İsmet Sungurbey'e Armağan
- ATABEK R.**, "İnsan Vücudu Üzerinde Tasarruflar", İÜHFM, 1935, s.188

- ATAÇ A.-ERDEM L.**, "Ötenazi Ve Organ Aktarım Etiği, Ötenazi İle İlgili Bir Anket Çalışması", TE, C.4, S.2, Ağustos 1996
- AYAN M.**, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 1991
- BAFRA, J.**, Ötenazi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1990
- BAYRAKTAR K.** Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul 1972
- "Karşılaştırmalı Hukukta Ölüm Cezası", MÜ, MHAD, Y.2, S.3, 1968
- BAYRAKTAR K.-OKUR A.R.**, Doğum Kontrolünün Ortaya Koyduğu Hukuki Problemler Ve Çözüm Yolları, İstanbul Barosu Bilim Ödülü Yarışması:2, İstanbul 1970
- BİLGE S.**, İnsan Hakları Sorunları, Bülten, Temmuz 1990
- BİLGİN P.**, Sert Çekirdekli Temel Haklar, İnsan Hakları Sempozyumu, 10-11 Aralık 1994, İstanbul
- CALLAHAN J.C.**, The Fetus And Fundamental Rights, in: Baird M.R.-Rosenbaum S.E., The Ethics Of Abortion, Prometheus Books, New York 1989
- CANAK E.**, "Ölüm Cezası Çağımız Ve Türkiye", MBD, Temmuz 1991, Y.10, S.38
- CASALINUOVA A.**, "Ölüm Cezasının Hukuka Aykırılığı", İBD, C.14, S.3-4, Nisan-Mayıs 1980
- CİVELEK, J.**, 1789 Fransız Bildirisi Ve 1948 Evrensel İnsan Hakları Bildirisi, MHB, Bülteni, S.1, Y.1, 1989
- ÇAĞLAYAN M.M.**, "Ötenazi Ve İntihar", Adalet Dergisi, Ocak 1996, s.3
- ÇELENK H.**, "Yaşama Hakkı Ve Ölüm Cezası"(Yaşama Hakkı), İz.BD, Nisan 1991, S.2
- "Yaşama Hakkı Ve Yargısız İnfaz"(Yargısız İnfaz), MBD, Aralık 1993, S.162, C.17
- DEGNAN A.D.**, Abortion And Divorce In Western Law, London 1987
- DEĞER M.**, "Ötenazi Konusunda Yaptığımız Bir Anket Çalışması", Dirim, Aylık Tıp Dergisi, 1994, Ocak-Şubat-Mart, S.33
- DEĞER E.**, "Çağdaş Hukuk Açısından Ölüm Cezası Ya da Ceza Olarak Öldürülmek", ÇH, Haziran 1992
- DELLINGER W.**, Abortion: The Case Against Compromise, in: **DOUGLES**

B.- WALBERT F.D.(Edited by) Abortion, Medicine And The Law, NewYork 1990.

DEMİREL H., "Ölüm Cezası", AÜHFD, C.XII, 1955, S.1-2

DEVECİOĞLU V., "Ölüm Cezası Ve Düşündürdükleri", MBD, Aralık 1990, S.126

DİJK VAN P.- HOOF VAN G.J.H., Theory And Practice Of The European Convention On Human Rights, Kluwer Law, Taxation Publishers, 1990

DİNÇ G., "Yaşama Hakkı Ve Barış", İz.BD, Ekim 1986, S.4, Y.5

DONNELLY J.(Çev. Erdoğan M.-Korkut I.), Teori Ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları, Ankara 1995

DÖNMEZER S., Kişilere Ve Mala Karşı Cürümler(Kişiler), İstanbul Ocak 1995

- "Çocuk Düşürme Düşürtmenin Dünü Ve Bugünü"
(Çocuk Düşürme), İHFM, 1984, S.1-4

EFE T., "1982 Anayasasına Göre Temel Hak Ve Özgürlüklerin

Sınırlandırılması", Askeri Adalet Dergisi, Y.25, Eylül 1997, S.100

ERDOĞDU A., "Mağdurun Suç İşlenmesine Muvafakatı", AD., S.9, Ankara 1950

EROĞUL C."Ölüm Hakkı", AÜSBFD, C.48, Ocak-Aralık, 1993, No:1-4, s. vd.

EREM F., Adam Öldürme, AÜSBFD, C.X, 1953, S.1-4

-Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuk, C.4, Özel Hükümler, 3.B., Ankara 1985

EREN M., "Sağlıklı Yaşam Ve Hak Arama Özgürlüğü" ABD, Nisan 1990, Y.47

FAWCETT J.E.C., The Application Of The European Convention On Human Rights, Oxford 1987

GARDNER A.C., Is An Embryo A Person in: Douglas B.-Walbert F.D.

Abortion, Medicine And The Law, NewYork-Oxford 1990

GARRY/ CRUM/ MC CORMACK T., Abortion Pro-Choice Or Pro Life, Washington 1984

GASSER H. P., İnsan Hakları Ve insancıl Hukuk Bağlamında İşkence

Yasağı Ve Yaşam Hakkı Seminerinde Sunulan Bildiri,

İnsan Hakları Hukuku ve Hukuk Araştırmaları Merkezi
Yay., İzmir 1997

GEMALMAZ, S.M., "Türkiye'de İnsan Hakları Ve Kavramın

Temellendirilmesi Sorunu (Türkiye'de İnsan Hakları),
İBD, C.57, S.10-11-12, Ekim-Kasım-Aralık, 1983

-Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Yaşam Hakkı Ve
İşkence Yasağı (Yaşam Hakkı), 2.B., İstanbul, Ocak 1994

-Latin Amerika'da İnsan Hakları (Latin Amerika'da), 3.B.,
İstanbul 1993

-(Derleyen) Avrupa İnsan Hakları Komisyonu Kararları-2,
Türkiye'ye Karşı Başvuruda Kabul Edilebilirlik Kararları
(Avrupa İnsan Hakları Komisyonu Kararları), İHD Yay.,
Ankara Şubat 1996.

-İnsan Hakları Ve İnsancıl Hukuk Bağlamında İşkence
Yasağı Ve Yaşam Hakkı Seminerinde Sunulan Bildiri
(İnsan Hakları), 16.11.1996, İzmir Barosu İnsan Hakları
Hukuku Ve Hukuk Araştırmaları Merkezi Yay., İzmir 1997,

-"Ölüm Cezasının İlgasını Amaçlayan BM Uluslararası
Madeni Ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin İkinci Seçmeli
Protokolü Ve Türkiye'de Ölüm Cezası Sorunu" (Ölüm
Cezası), İHY, C.12, 1990

-"Avrupa Konseyi Ölüm Cezasının Kaldırılmasına İlişkin
6 Nolu Protokolün Düşündürdükleri" (Avrupa Konseyi),
MH, MÖHB, S.2, Y.5, 1985

GIFFORD E.A., Artes Moriendi: Active Euthanasia And The Art Of Dying,
UCLA Law Review, August, 1993, U.40, N.6

GOMREN D.- HARRIS D.- ZWAAK L., Law And Practice Of The
European Convention, On Human Rights, And The
European Social Charter, Council Of Europe Publishing,
Germany, 1996

GÖKÇE A., Vur Emri, ABD, S.1980-3, Y.37

GÖKTÜRK M., "Ölüm Cezası", Cumhuriyet, 27.2.1998, s.2.

GÖLCÜKLÜ F., "İnsan Hakları Ve İnsancıl Hukuk Bağlamında İşkence
Yasağı Ve Yaşam Hakkı Seminerinde Sunulan Bildiri

(İnsan Hakları), İnsan Hakları Hukuku Ve Hukuk

Araştırmaları Merkezi Yay., No:10, İzmir, Ekim 1997

GÖLCÜKLÜ F.-GÖZÜBÜYÜK A.Ş., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ve Uygulaması, Ankara 1996, 2.B.

GÖREN Z., Temel Hak Genel Teorisi (Temel Hak), 3.B., Ankara 1995

- Anayasa Ve Sorumluluk (Anayasa), 2.B., Ankara 1995

- Anayasa Hukukuna Giriş (Anayasa Hukukuna), İzmir 1997

- Türk Alman Hukukunda Kişiliğin Korunması, AY, S.9 Ankara 1993

- Çocuğun Temel Hakları, Anayasa Mahkemesi Sempozyumunda Sunulan Yayınlanmamış Bildiri, 1998

GÖZLER K., "Olağanüstü Hal Rejimlerinde Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sistemi ve Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Hukuki Rejimi", ABD, S.1990/4, Y.47,

GÖZÜBÜYÜK A.P., "Ölüm Cezası Üzerine", AD, Y.73, Mart-Haziran, S.3

GÖZÜBÜYÜK Ş., Yönetim Hukuku, 7. Bası, Ankara 1994

- "Terör Olayları Ve Yönetimin Sorumluluğu" SBFD, Haziran-Aralık 1995, C.50, No:3-4

GÜNDÜZ T.- ÖNER S.-ÇINAR T.-DİN H., "Hekimler Euthanasia'yı Savunuyorlar mı?" Adli Tıp Bülteni, C.1, S.2, 1996

GÜNEŞ S., "1982 Anayasasında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekliliği Kavramı", İz.BD., S.1-2-3, Ocak-Şubat-Mart, 1995

GÜRELLİ, N., "Hukuk Açısından Cerrahi Müdahalenin Sınırları" İÜHFM, 1979-1980, No:1-4, Atatürk'e Armağan

GÜRSEL E., "Ölüm Cezası Çağımız Ve Türkiye", TBBD, S.3, 1991

GÜRZÜMAR O.B., "Özel Hukukumuzda Organ Nakli Ve 2238 Sayılı Yasa Üzerine Düşünceler, ABD, S.199163, Y.48

HADDEN T., İnsan Hakları Ve İnsancıl Hukuk Bağlamında İşkence Yasağı Ve Yaşam Hakkı Seminerinde Sunulan Bildiri, İzmir Barosu İnsan Hakları Kurulu Ve Hukuk Araştırmaları Merkezi Yay., İzmir 1997

HARRIS D.-GOMREN D., Law And Practice Of The European Convention Human Rights And The European Social Charter,

Germany 1996

HARRIS D.-WARBRICK C.- BOYLE M., Law Of The European Convention On Human Rights, Butterworths, London 1995

HASSAN Ü., "Ölüm Cezası Sorunu: Kritik Bir Yaklaşım", SBFD, Mart 1972, C.27, No:1

HINDERLING, H. (Çev.Erdener Yurtcan), "Organ Aktarmasının Ortaya Çıkardığı Hukuk Sorunları", MHAD, Y.3, S.5, 1969

HOOD R., The Death Penalty", Oxford, Clarendon Press,

IMBERT J., Ölüm Cezası, İstanbul 1992

İLAL E., "Magna Carta", İÜHFM, C.xxxiv, s.1-4, 1969

İMRE Z., Medeni Hukuka Giriş, İstanbul 1976

JAKOBS F.G., The European Convention On Human Rights, Oxford 1975.

KABOĞLU İ.Ö., Özgürlükler Hukuku , insan Haklarının Yapısı Üzerine Bir Deneme (Özgürlükler), İstanbul 1993

-Hak Ve Özgürlükler Anlayışındaki Gelişmelerin

Anayasaya Yansıtılması Sorunu (Hak Ve Özgürlükler),

AY., S.11 Ankara 1995

-Çevre Hakkı, 3.B., İstanbul 1996.

-Kollektif Özgürlükler, Diyarbakır 1989.

KAMAY B.T., "Ötenaziler, Ölümü Yaklaşan Hastayı İstirapsız Öldürme", ABD, 1952, s.93-94

KANAR E., "Sadece İdam Cezası Değil, Ömür Boyu Hapis Cezasına da Son Verilmelidir" Hukukçu, Mayıs, S.4

KAPANI, M., Kamu Hürriyetleri, 7.B., Ankara 1993

KARADAYI İ.K., "Ceza Hukukunda Ölüm", NMH, 1982, C.56, S.4-5-6

KAREL V., The International Dimensions Of Human Rights, V.i, Greenwood Press Westport, Paris 1982

KESKİN O.K., "İdam Cezası Ve Takdiri Tahkif", AD, Mart-Nisan 1982, S.2

KOYUNCUOĞLU, T., Özgürlüğün Önkoşulu Olarak Yaşam Hakkı

(Özgürlüğün Önkoşulu), YD, S.49, Mayıs 1980

- Tarihsel Yaklaşımla Hak Ve Özgürlük İlişkisinin

Saptanması (Hak Ve Özgürlük), MHAD, Y.12, No.15,

1978

- KURT S.**, Yaşam Hakkı Sempozyumunda Sunulan Bildiri, İz.BD., Nisan 1991, S.2
- KUZU B.**, "Türkiye Cumhuriyeti Anayasalarının insan Hakları Açısından Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi", İÜHFM, C.54, 1991-1994, S.1-4
- LANDERER L.E.**, "Capital Punishment As A Human Rights Issue Before The United Nations H.R.J., 1971, Vol. 4
- MC CORMARK T.**, Abortion Pro Choice Or Pro Life, Washington 1984
- MACFARLANE L.J.**, Human Rights: Realities And Possibilities, Oxford 1990
- METİN İ.-ERARSLAN F.** Türkiye'de Polis Ve Kişi Hakları, İstanbul 1992
- MULDOON M.**, The Abortion Debate In The US And Canada, NewYork, 1991
- MUMCU A.**, İnsan Hakları Ve Kamu Özgürlükleri, Ankara 1992
- NATHANSON S.**, An Eye For An Eye, The Morality Of Punishing By Death, Rowman-Little Field Publishers
- O'BRIEN M.D.- CRAIG B.H.**, Abortion And American Politics, New Jersey 1992
- OKECHUKWU S.N.**, The Right To Life And The Right To Live, PeterLang 1989
- ORPSAHL T.**, The Right To Life, **Macdonald R. St. J.-Matscher F.-Petzold H.** (Edited by), The European System For The Protection Of Human Rights, Martinus Nijhoff Publishers, Boston-London 1993
- ORUKA O. H.**, "Yasal Terörizm Ve İnsan Hakları, insan Haklarının Felsefi Temelleri Uluslararası Semineri", 9-13 Haziran 1980, Ankara 1996
- ÖKTEM M.K.**, "Temel Hakların Anayasa'da Korunması, Hakların Durdurulması Ve Demokratik Toplum Düzeni", TİD, Y.64, S.396, Eylül 1992
- ÖLÇER S.**, "Hiçbir Hekimden Ölüm Cezasına Etkin Bir Biçimde Katılması İstenmemelidir", İz.BD, Nisan 1991, S.2
- ÖNDÜL H.**, "İnsan Hakları Yazıları", Ankara Ocak 1997
- ÖZBUDUN E.**, Türk Anayasa Hukuku, 4.B., Ankara 1995

- ÖZCAN E.**, "Ölüm Cezalarına Hayır", İz.BD, Ocak 1989, S.1
- ÖZEN M.**, Türk Ceza Hukukunda Mesru Müdafaa, Ankara 1995.
- ÖZGEN E.**, "Çocuk Düşürme Ve Düşürtme Suçlarında Ülkemizdeki Son Durum", Nüfusbilim Dergisi, S.6, 1984
- ÖZKAYA I.**, "Euthanasia, Düşünceler" Y.9, S.8, Şubat 1995
- ÖZSUNAY E.**, Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, İstanbul 1979
- Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, İstanbul 1982.
- ÖZTAN B.**, Şahsın Hukuku Ders Notları, Ankara 1986.
- ÖZTÜREL A.**, "Ötenazi", AÜHFD, C.XIV, 1957, S.1-4
- ÖZTÜRK, B.**, Ceza Hukuku Ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, 3.B., Ankara 1994
- PAYNTER, R.A.**, Life In The Tragic Dimension, A Sermon On Abortion, in: Baird M.R.-Rosenbaum S.E., The Ethics Of Abortion, Prometheus Books, NewYork 1989
- PAUL E.-PAUL J.**, Abortion And Infanticide, Journal Of Medical Ethics, 5:33, 1979
- PRZETACZNIK F.**, "The Right To Life As A Basic Human Right, Human Rights Journal, Vol:IX-4, Paris 1976
- ROBERTSON A.H.-MERRILLS J.G.**, Human Rights In Europe, Manchester-Newyork, 1993
- ROBINSON N.**, The Universal Declaration Of Human Rights, 1958
- RUMPF C.**, "Ölçülülük İlkesi Ve Anayasa Yargısındaki İşlevi Ve Niteliği", AY., 1993
- SAĞLAM, F.**, "Temel Hakların Sınırlanması Ve Özü", Ankara 1980
- SAKSENA K. P.**(Edited by), Human Rights Perspective And Challenges, Lancer Books, New Delhi, 1994
- SALAÇIN S.-GÜLMEN M.K.-ERKOL Z.-DÖNBAK L.**, "Beyin Ölümü Kavramına Sosyal Bir Yaklaşım" Tıbbi Etik, S.4, 1996
- SARIHAN Ş.**, "Tüm Ülkede Olağüstü Hal", İHD, Ankara Şube Bülteni, Ocak, 1997
- SARIKAYA, H.**, "Öldürmek Çözüm Değildir" An.BD, Ekim-Kasım-Aralık 1993, Y.14
- SAVCI B.**, "Yaşam Hakkı" "Felsefel Açından Pratiğe Doğru" (Felsefel Açından), SBFD, C.XXXV, Ocak-Aralık 1980, No:1-4

- Sihhat Hakkı (Sihhat Hakkı), İnsan Hakları, Ankara 1948, Mart, S.15
- Yaşam Hakkı Ve Boyutları (Yaşam Hakkı), Ankara 1980
- Yaşam Hukuku Ve Yönetimin Sorumluluğu Seminerinde Sunulan Bildiri (Yönetimin Sorumluluğu), Haziran, İstanbul 1977
- ”Doğal Hukuk Ve XVII. Yüzyıldan itibaren Laikleşmesi, SBFD, C.XXV, Mart 1970, No:1, s. vd.
- ”Korkudan Kurtulma Hürriyeti” (Korkudan Kurtulma) İnsan Hakları, Ocak 1948, S.13
- SELÇUK S.**, “Anayasa Ve Ölüm Cezası”, YD, Y.78
- SEROZAN R.**, “Anayasa Ve Sıkıyönetim Yasası, MHAD, Y.5, S.8, 1971
- SOKULLU-AKINCI F.**, “Ölüm Cezası ilkel Ceza Hukukundan Kalmış Bir Fosildir” Hukukçu, Mayıs S.4
- SOYDAN A.**, “Öldürme Özgürlüğü Değil, Yaşama Hakkı”, Hukukçu, Mayıs, S.4
- SOYSAL M.**, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, 7.B., İstanbul 1987
 - “İnsan Hakları Açısından Temel Hak Ve Özgürlüklerin Niteliği” (İnsan Hakları), Anayasa Yargısı, Ankara 1987,
- SHUE H.**, “Temel Hakların Evrenselliği, insan Haklarının Felsefi Temelleri Uluslararası Semineri, 9-13 Haziran 1980, TFK, Ankara 1996
- SPIEKERKÖTTER J.**, Verfassungsfragen der Humangenetik, Frankfurt 1989
- ŞAHİNOĞLU S.**, “Tıbbi Etik Açısından Kürtaj Olgusu”, Bilim Ve Ütopya, S.8, 1995
- ŞEN E.**, “Ölüm Cezası”, İBD, 1996, Ocak-Şubat-Mart, C.7, S.-2-3
- TALAS C.**, Yaşam Hakkı Ve Toplumsal Haklar, İHY, 1990, C.12
- TANİLLİ, S.**, Devlet Ve Demokrasi, Anayasa Hukukuna Giriş, 7. Bası, İstanbul 1993
- TANÖR B.**, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu (Türkiye'nin insan Hakları), İstanbul 1991, 2.B.
 - Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (Türk-Osmanlı),

(1979-1980) 3.B., Afa Yay., İstanbul 1996

-İki Anayasa 1961-1982, İstanbul 1986

TEZCAN D., "Ölüm Cezasını Gerektiren Suçlarda Suçluların Geri Verilmesi Sorunu", SBFD, C.XXXVIII, Ocak-Aralık 1983, No:1-4

TOROSLU N., "Organ Aktarma Ve Cezai Sorumluluk" (Organ Aktarma) AÜSBFD, C.XXXV, S.1-4, 1978
-"Ölüm Cezası İle İlgili Bazı Sorunlar", TBBD, Aralık 1989, S.6

TOSUN Ö., "Ölüm Cezası Sorunu", İBD, C.52, S.4-5-6, Nisan-Mayıs-Haziran, 1978

TUNÇAY M., Batı'da Siyasal Düşünceler Tarihi, Ankara 1969

TUNCER S., "Ölüm Cezası", AD, S.3, F.2, 1953

TURHAN M., Siyaset Ve Anayasa, Ankara Mart 1995

UYGUN O., 1982 Anayasasında Temel Hak Ve Özgürlüklerin Temel Rejimi, Kazancı Hukuk Yay., No:121, İstanbul 1992

ÜNAL Ş., "İnsan Haklarının Tarihi, Felsefi Ve Hukuki Temelleri" (İnsan Hakları), ABD, S.1994/1, Y.51

-"Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu Ve Divan Kararları Işığında Sözleşme Hükümlerinin Açıklanması Ve Yorumu (Avrupa), Ankara 1995

-"Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Akdivar Ve Diğerleri- Türkiye Olayına İlişkin 16.12.1996 Tarihli Kararı" (Avrupa İnsan Hakları), YD., C.23, Ocak-Nisan 1997, S.1-2

-"Anayasa Hukuku Ve Milletlerarası Sözleşmeler Açısından Temel Hak Ve Özgürlüklerin Kısıtlanması, Anayasa Yargısı, Ankara 1995

ÜSKÜL, Z., "Olağanüstü Hal", MüBD, C.21, S.196

WALİRE, (Özetleyen: B. Savcı), Kişi Hakları Kavramının Ve Teorisinin Tarihte Kuruluşu, Işıklar Felsefesi, Amerikan Ve Fransız Beyannameleri, Doğal Hukuktan Kişisel Haklar'a, SBFD, C.XXV, Mart 1970, No:1

VELİDEDEOĞLU H.V., Türk Medeni Kanununa Göre Şahsiyetin Himayesi

