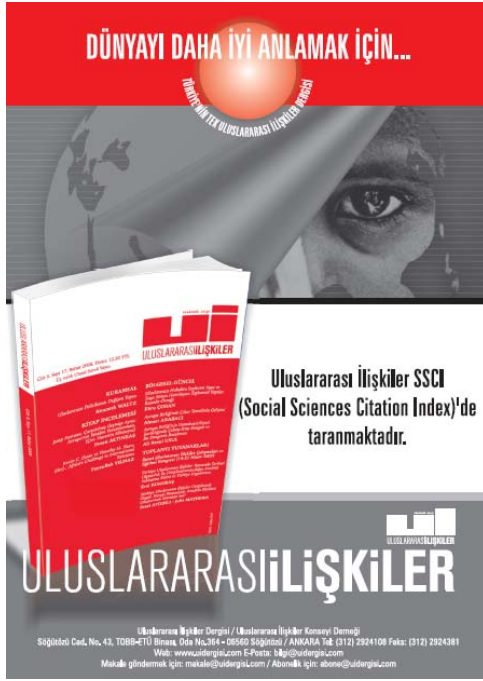


Yayın ilkeleri, izinler ve abonelik hakkında ayrıntılı bilgi:

E-mail: bilgi@uidergisi.com

Web: www.uidergisi.com



Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlıkın Korunması ile İlgili Olarak Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler

Yüksel Metin

Doç. Dr., Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi

Bu makaleye atıf için: Metin, Yüksel, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlıkın Korunması ile İlgili Olarak Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler”, *Uluslararası İlişkiler*, Cilt 7, Sayı 27 (Güz 2010), s. 111-132.

Bu makalenin tüm hakları Uluslararası İlişkiler Konseyi Derneği'ne aittir. Önceden yazılı izin alınmadan hiç bir iletişim, kopyalama ya da yayın sistemi kullanılarak yeniden yayımlanamaz, çoğaltılamaz, dağıtılamaz, satılamaz veya herhangi bir şekilde kamunun ücretli/ücretsiz kullanımına sunulamaz. Akademik ve haber amaçlı kısa alıntılar bu kuralın dışındadır.

Aksi belirtilmediği sürece *Uluslararası İlişkiler*'de yayınlanan yazılarda belirtilen fikirler yalnızca yazarına/yazarlarına aittir. UİK Derneğini, editörleri ve diğer yazarları bağlamaz.

Uluslararası İlişkiler Konseyi Derneği | Uluslararası İlişkiler Dergisi

Söğütözü Cad. No. 43, TOBB-ETÜ Binası, Oda No. 364, 06560 Söğütözü | ANKARA

Tel: (312) 2924108 | Faks: (312) 2924325 | Web: www.uidergisi.com | E- Posta: bilgi@uidergisi.com

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlığın Korunması ile İlgili Olarak Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler

Yüksel METİN*

ÖZET

Bu çalışmada, pozitif yükümlülük kavramı ile pozitif yükümlülüklerin türetilmesi açıklanmakta ve yaşamın ve sağlığın korunması ile sınırlı olmak üzere Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin taraf devletlere yüklediği pozitif yükümlülükler ortaya konulmaktadır. Aynı zamanda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Sözleşme'deki hakları etkili bir şekilde koruma ve kullanılmasını sağlama şeklindeki yaklaşımı üzerinde durulmuştur. Yaşamın ve sağlığın korunması konusunda taraf devletlerin pozitif yükümlülükleri tespit edilirken Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarından yararlanılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Pozitif Yükümlülük, Yaşama Hakkı, Sağlığın Korunması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi.

Positive Obligations The European Convention on Human Rights Imposed on State Parties Regarding the Protection of Life and Health

ABSTRACT

In this study, through the concept of positive obligation, the reproductions of positive obligations are clarified, and the positive obligations that the European Convention on Human Rights have imposed on the state parties within the framework of the protection of life and health are presented. At the same time, the approach of the European Court of Human Rights towards protection and use of the rights in the Convention in an effective manner is emphasized. The case law of the European Court of Human Rights is used in ascertaining the positive obligations of the Contracting Parties within the area of protection of life and health.

Keywords: The European Convention on Human Rights, Positive Obligation, Right to Life, the Protection of Health, The European Court of Human Rights.

* Doç. Dr., Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, Hukuk Fakültesi, Süleyman Demirel Üniversitesi, Isparta. E-posta: ymetin@hotmail.com.

Giriş

Devletlerin insan haklarıyla ilgili olarak başlıca üç ödevinin bulunduğu söylenebilir. Bunlar; saygı göstermek, korumak ve gereğini yerine getirmek biçiminde formüle edilmektedir.¹ “Karışmama” biçiminde özetlenebilecek “saygı gösterme” yükümlülüğü, kimi yazarlar tarafından klâsik insan hakları sınıflandırmasında negatif statü haklarını oluşturan kişisel ve siyasal hakların ayırıcı özelliği olarak belirtilmişse de, bunun aslında tüm insan hakları için geçerli bir edim türü olduğu rahatlıkla söylenebilir.² Saygı gösterme yükümü, kişinin yararlanmakta olduğu, ya da salt kişisel çabasıyla, başkaca bir olanağa gereksinim duymaksızın yararlanabileceği bir hakkını kullanmasına devlet tarafından müdahale edilememesi anlamına gelmektedir. Devletin koruma yükümü, her türlü devlet-dışı tehdit ve ihlâlin devlet tarafından önlenmesi gerektiğine işaret eder. Bir başka deyişle, koruma yükümlülüğü, devletin hak sahiplerini üçüncü kişilerin müdahalesine karşı korumasını ve failleri cezalandırmasını gerektirir. “Uygulama yükümlülüğü” de denilen gereğini yerine getirme yükümlülüğü ise, hakkın tam olarak gerçekleştirilmesi ve etkin kılınması amacıyla özel pozitif tedbirlerin alınmasını gerektirir.³

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (AİHS) sağladığı temel hak koruması, bireylerin özgürlük alanlarını devletin müdahalesine karşı korumakla sınırlı değildir. Sözleşme’de yer alan hakların yalnızca savunma hakları niteliğinde olmadığı, daha geniş koruma sağlayan bir içeriğe sahip olduğu, Sözleşme’de güvence altına alınan yargısal hakların özellikleri dikkate alındığında açıkça görülmektedir. Bu haklar çerçevesinde devletten, pozitif tedbirler almak suretiyle temel hakları kullanılabilir hale getirmesi ve güvence altına alması talep edilmektedir. Yaklaşık 30 yıldan beri, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (AİHK) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Sözleşme’deki temel hak güvencelerinden bir kavram olarak “pozitif yükümlülükler” (*positive obligations*) kavramını geliştirmişlerdir.⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşme’nin 1. maddesindeki hakları tanıma ödevinin taraf devletlere yalnızca negatif yükümlülükler değil, aynı zamanda pozitif yükümlülükler de getirdiğini içtihadıyla ortaya koymuştur.

Bu anlamda önce karara bağlanan önemli davalar, 1979 tarihli İrlanda’ya karşı *Airey* ve Belçika’ya karşı *Marckx* davaları ve 1985 tarihli Hollanda’ya karşı *X ve Y* davalarıdır. Bu üç davada, pozitif yükümlülükler konusunda daha sonra oluşturulan hukukun temelleri atılmıştır. Bu kavram, Sözleşme’nin, savunma haklarına müdahale etmeme yükümlülüğü dışında, taraf devletlere yüklediği yükümlülükleri ifade etmek üzere kullanılmaktadır.⁵

¹ Jean-François Akandji-Kombe, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler*, Belçika, Avrupa Konseyi Yayınları, 2008, s. 5.

² Ida Elisabeth Koch, “The Justiciability of Indivisible Rights”, *Nordic Journal of International Law*, Vol. 72, Number 1, 2003, s. 12.

³ Akandji-Kombe, *Pozitif Yükümlülükler*, s. 5.

⁴ Christoph Grabenwarter, *Europäische Menschenrechtskonvention*, München, Verlag C.H. Beck, 2005, s. 117.

⁵ *Ibid.*, s. 119.

AİHS'nin metnine, konu ve amacına bakıldığında, esas itibarıyla, Sözleşme'deki özgürlüklere yönelik devlet müdahalelerine karşı bireyleri korumayı amaçlayan savunma haklarından oluştuğu görülmektedir. Buna karşılık AİHM, zaman içerisinde Sözleşme'de yer alan hak ve özgürlüklerin sosyal yönlerinin de bulunduğunu kabul etmiştir. Öte yandan Mahkeme, sürekli geliştirdiği içtihatla Sözleşme'deki özgürlüklerden yargı organları önünde ileri sürülebilecek pozitif haklar, bir başka deyişle devletin temel hakları koruma yükümlülüğünün kapsamını genişleten pozitif yükümlülükler geliştirmiştir.⁶

Pozitif Yükümlülükler Kavramı

Pozitif yükümlülükler kavramı, farklı şekillerde tanımlanmaktadır. AİHS bağlamında pozitif yükümlülükler Harris, O'Boyle ve Warbrick tarafından, sosyal gerçeklikte insan haklarının etkinliğini sağlamak, temel hakların üçüncü kişiler tarafından ihlâl edilmesini önlemek ve haklardan etkili şekilde yararlanabilmek için devlet tarafından alınması gereken önlemler şeklinde tanımlanmaktadır. Malinverni, doğrudan Sözleşme'den çıkan pozitif yükümlülükler ile Sözleşme'deki hakların niteliğinden ve eşitlik ilkesi veya etkililik ilkesi gibi ilkelere dayanılarak içtihat yoluyla türetilen pozitif yükümlülükler arasında bir ayrıma gitmektedir. Buna karşılık de Schutter, pozitif yükümlülükleri, uyulmaması halinde yalnızca başvurusunun veya küçük bir grubun değil, aynı zamanda geniş bir kesimin, hatta bütün toplumun etkileneceği her türlü yükümlülük şeklinde açıklamaktadır. Pozitif yükümlülükler konusunda Sudre, bir temel hak ihlâlinin ortaya çıkmasında devletin hareketsiz kalıp kalmadığı veya devletin özel kişilerden kaynaklanan temel hak ihlallerine izin verip vermediği şeklinde bir ayrıma gitmektedir.⁷

Almanca literatürde pozitif yükümlülükler, geniş anlamda devlet hizmetlerinden yararlanmayı sağlayan temel haklar veya gereğini yerine getirme yükümlülüğü olarak kabul edilmektedir.⁸ Bir başka deyişle, Jellinek'in klâsik sınıflandırması çerçevesinde pozitif statü hakları anlaşılmaktadır. Genel olarak devletin pozitif yükümlülükleri dört kategoriye ayrılmaktadır: Koruma yükümlülüğü, usule ve organizasyona ilişkin yükümlülükler, hukuki düzenleme yapma yükümlülüğü ve sosyal haklardan doğan yükümlülükler.

AİHM'nin kararlarına bakıldığında pozitif yükümlülüklerle ilişkin böyle bir ayrıma gidilmediği görülmektedir. Mahkeme'nin bugüne kadar verdiği kararlar göstermektedir ki, Mahkeme, devletin olumlu bir edimde bulunmasına veya Sözleşme'de yer alan bir hakkın doğrudan devletin eylemiyle ihlâli söz konusu olmasa bile, o hakkın norm alanıyla ilişkili durumlara yönelik her türlü talebi pozitif yükümlülük ola-

⁶ Albert Bleckmann, "Die Entwicklung staatlicher Schutzpflichten aus den Freiheiten der Europäischen Menschenrechtskonvention", Ulrich Beyerlin et al. (der.), *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung, Festschrift für Rudolf Bernhardt*, Berlin, Springer Verlag, 1995, s. 309-310.

⁷ Aktaran Cordula Dröge, *Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Berlin, Springer Verlag, 2003, s. 4-5.

⁸ Ibid, s. 5.

rak değerlendirmektedir.⁹ Literatürde birçok yazar, pozitif yükümlülükleri, AİHM'nin kararlarındaki yaklaşımı benimseyerek, bireylerin savunma hakları dışında yer alan ve devlete karşı ileri sürebileceği isteme hakları olarak tanımlamaktadırlar.¹⁰

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, içtihadında AİHS'nin pozitif yükümlülükler içerdiğini kabul etmekte, ancak pozitif yükümlülüğe ilişkin bir tanım vermemektedir.¹¹ Her ne kadar Mahkeme “pozitif yükümlülük” kavramını tanımlamamışsa da, Yargıç Martens bir karşı oy yazısında “taraf devletlerin harekete geçmesini gerektiren durumlar” şeklinde bir tanım yapmıştır.¹² Kavram bu şekilde taraf devletlerin aktif tavır almasını gerektiren bütün durumları ifade edecek şekilde tanımlanınca, pozitif yükümlülükler, üçüncü kişilerden ya da dışarıdan gelecek tehlikelere karşı koruma tedbirleri alma, bazı olanaklar sağlama, bilgilendirme, tercüman sağlama, (tutuklu ve hükümlülere) tıbbi yardım sağlama ya da haklara yapılacak tecavüzleri önlemek için ceza hükümleri koyma, meydana gelen hak tecavüzlerini etkin bir şekilde araştırma ve faileri cezalandırma gibi çok farklı şekillerde ortaya çıkabilir.¹³

Literatürde pozitif yükümlülüklerin üç kategoride sistematize edildiği görülmektedir.¹⁴ Birinci kategoride sosyal boyutlu pozitif yükümlülükler yer almaktadır. Bu kategoride yer alan pozitif yükümlülükler uyarınca devlet, bireylerin Sözleşme'deki haklarını kullanabilmelerini sağlayacak faaliyette bulunmak zorundadır. AİHM'nin Belçika'da Eğitim Dili davasında vermiş olduğu karar¹⁵, sosyal boyutlu pozitif yükümlülüklerin dayanağını oluşturmada çıkış noktasını oluşturduğu gibi, aynı zamanda sosyal boyutlu pozitif yükümlülükler kategorisine örnek olarak da gösterilmektedir. Söz konusu davada, Belçika vatandaşı olan başvuruçular, Fransızca konuşmakta ve kendilerini daha çok Fransız olarak tanımlamaktadırlar. Başvuruçular, Belçika'nın bazı bölgelerinde Fransızca eğitim verilmemesinin, Birinci Protokolün 2. maddesindeki eğitim hakkına aykırı olduğunu iddia etmişlerdir. Mahkeme'ye göre, “bu maddede hak kelimesi kullanıldığı, hüküm içinde eğitim hakkından ve Birinci Protokolün Başlangıcında da “hak ve özgürlükleri” birlikte yerine getirmekten söz edildiği için, bu maddenin bir hakkı içerdiğinden kuşku yoktur. Maddenin negatif ifade tarzına rağmen, Devletin eğitim hakkını sağlamada olumlu bir yükümlülüğü bulunmadığı sonucu çı-

⁹ Ibid.

¹⁰ Ibid., s. 124; Edgar Stieglitz, *Allgemeine Lehren im Grundrechtsverständnis nach der EMRK und der Grundrechtsjudikatur des EuGH: Zur Nutzbarmachung konventionsrechtlicher Grundrechtsdogmatik im Bereich der Gemeinschaftsgrundrechte*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2003, s. 153; Wibke Streuer, *Die positiven Verpflichtungen des Staates: Eine Untersuchung der positiven Verpflichtungen des Staates aus den Grund- und Menschenrechten des Grundgesetzes und der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2003, s. 29; Katja Wiesbrock, *Internationaler Schutz der Menschenrechte vor Verletzungen durch Private*, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 1999, s. 84.

¹¹ Kerstin Blau, “Neuere Entwicklungen in der Schutzpflichtdogmatik des EGMR am Beispiel des Falles “Vo/Frankreich””, *ZEuS*, Heft 3, 2005, s. 400.

¹² AİHM Kararı, Gül/İsviçre, 19.02.1996, Başvuru no: 23218/94.

¹³ Alastair Mowbray, *The Development of Positive Obligations Under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2004, s. 2.

¹⁴ Dröge, *Positive Verpflichtungen*, s. 191.

¹⁵ AİHM Kararı, Belçika'da Eğitim Dili Davası/Belçika, 23.07.1968, Başvuru no: 1474/62.

karılamaz; bir hak var olduğunda, Sözleşme'nin birinci maddesine göre Devletin egemenlik yetkisi içinde bulunan herkes için bu hak güvence altına alınır." Bu davada Mahkeme, bazı çocukların sadece anne-babalarının ikamet yerleri nedeniyle Kraainem'in de dâhil olduğu Brüksel çevresinin özel statüdeki altı beldesinde bulunan Fransızca eğitim veren okullara alınmaması nedeniyle 2 Ağustos 1963 tarihli Yasanın 7(3). fıkrasının, Birinci Protokolün 2. maddesinin birinci cümlesiyle bağlantılı olarak okunan Sözleşme'nin 14. maddesine aykırı olduğuna karar vermiştir.¹⁶

İkinci kategori, yatay koruma yükümlülüğü¹⁷ veya dar anlamda koruma yükümlülüğü¹⁸ olarak adlandırılmaktadır. Buna göre devlet, daima üçüncü kişilerin başkalarının haklarına müdahalesi söz konusu olduğunda faaliyete geçmekle yükümlüdür. Streuer, bu kategoriyi, özel kişiler arasındaki yatay etkinin sınırlarının belirlenmesi sorunu nedeniyle, oldukça tartışmalı bulmaktadır.¹⁹ Dröge, yatay koruma yükümlülüğünü, özel kişiler arasındaki yatay etkinin tersi veya korelasyonu olarak değerlendirmektedir. Zira burada devlet, özel kişiler arasındaki ilişkiye dolaylı da olsa etkide bulunmak üzere üçüncü bir kişinin davranışına engel olmak için faaliyete geçmektedir. Sözleşme'deki hakların özel kişiler arasındaki hukuki ilişkilere doğrudan etkisi kabul edilmemektedir.²⁰ Bu nedenden dolayı, doğrudan yatay etki karşısında koruma yükümlülüğü anlayışının tercih edilmesi gerekir.²¹ Ayrıca Streuer, doğrudan yatay etkinin sınırlarını açıklığa kavuşturmak ve devletin gereğini yapmasını sağlamak amacıyla da olsa, koruma yükümlülüğünün devlete sınırsız şekilde yüklenemeyeceğini belirtmektedir.²² Bu durumda yatay boyutlu pozitif yükümlülükleri, yatay koruma yükümlülüğü olarak nitelendirmek daha isabetli olacaktır.

Üçüncü kategoriyi ise, usulî veya operasyonel tedbirler alma ödevi oluşturmaktadır. Buna aynı zamanda prosedürel koruma yükümlülüğü de denilebilir. Ancak bu kategori altında neyin anlaşılması gerektiği tartışmalıdır. Streuer, usulî yükümlülükler çerçevesinde Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. ve 4. paragrafları, 6. maddesi ve 13. maddesi gibi gerçek usulî haklar ile diğer maddi hukuka ilişkin güvencelerden türetilen prosedürel unsurlar arasında ayrıma gidilmesi gerektiğine işaret etmektedir.²³ Murswiek'in yaklaşımı da ilginç görünmektedir. Yazar, her ne kadar, savunma hakları yaklaşımından hareket etse de, yatay koruma yükümlülüğünü birincil koruma yükümlülüğü olarak ve dava, tazminat veya diğer yollarla böyle bir koruma yükümlü-

¹⁶ AİHM Kararı, Belçika'da Eğitim Dili Davası/Belçika, 23.07.1968, Başvuru no: 1474/62.

¹⁷ Dröge, *Positive Verpflichtungen*, s. 11.

¹⁸ Streuer, *Die positiven Verpflichtungen des Staates*, s. 195.

¹⁹ *Ibid.*, s. 294.

²⁰ Liv Jaeckel, *Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht: Eine Untersuchung der deutschen Grundrechte, der Menschenrechte und Grundfreiheiten der EMRK sowie der Grundrechte und Grundfreiheiten der Europäischen Gemeinschaft*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2001, s. 41; Streuer, *Die positiven Verpflichtungen des Staates*, s. 294; Peter Szczekalla, *Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht*, Berlin, Duncker & Humblot Verlag, 2002, s. 906; Durmuş Tezcan, Mustafa R. Erdem ve Oğuz Sancaktar, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2002, s. 68.

²¹ Blau, "Neuere Entwicklungen in der Schutzpflichtdogmatik des EGMR", s. 402.

²² Steuer, *Die positiven Verpflichtungen des Staates*, s. 294.

²³ *Ibid.*, s. 402.

lüğünün yerine getirilmesini ikincil koruma yükümlülüğü olarak nitelendirmektedir. Prosedürel koruma yükümlülüğü, ikincil nitelikte bir koruma yükümlülüğüdür.²⁴ Dröge ise, prosedürel koruma yükümlülüğünü pozitif yükümlülükler kapsamında görmemekte, aksine yalnızca savunma hakları güvencesi çerçevesinde usulî bir unsur olarak dikkate almaktadır. Böylece söz konusu hakkın asgari içeriği ve garantisi güvence altına alınmış olmaktadır.²⁵ Dolayısıyla prosedürel koruma yükümlülüğü, prosedürel unsurlar olarak maddi hukuka ilişkin güvencelerden türetilen ve bu güvencelerin yaşama geçirilmesine hizmet eden pozitif yükümlülüklerdir.²⁶

Sözleşmedeki Hak ve Özgürlüklerden Pozitif Yükümlülüklerin Türetilmesi

AIHS'ndeki özgürlüklerden pozitif yükümlülüklerin türetilmesi, biçimsel ve maddi yollarla olmaktadır. AIHM biçimsel açıdan pozitif yükümlülükleri, Sözleşme'nin 2. maddesinin 1. paragrafındaki "Herkesin yaşam hakkı yasanın koruması altındadır" şeklindeki düzenlemeye dayanarak türetmektedir. Bu hüküm, sınırlı bir şekilde de olsa, yasa koyucu-yu insan yaşamını koruma yükümlülüğü altına sokmaktadır. Ayrıca söz konusu hükmün, Sözleşme'ye hâkim temel prensiplerin düzenlendiği Sözleşme'nin başında yer alması nedeniyle, Sözleşme'deki diğer hak ve özgürlükler alanında da etkili genel bir hukuk ilkesi olarak görülmesi mümkündür.²⁷

Her ne kadar Sözleşme metni, devletin pozitif yükümlülüklerinden açıkça bahsetmemiş olsa da, Sözleşme'nin 8-11. maddelerinin ikinci paragrafları ile 1 Nolu Ek Protokol'ün 1. maddesinin ikinci paragrafı, taraf devletlere, başkalarının hak ve özgürlüklerini korumak amacıyla söz konusu özgürlükleri sınırlandırma yetkisi tanımaktadır. Yani, AIHS, üçüncü kişilerden gelebilecek müdahalelere karşı özgürlüklerin korunmasını devletin görevi olarak kabul etmektedir. Bu husus, devletin temel hakları koruma yükümlülüğünün gerekçelendirilmesinde önemli olmakla birlikte, yeterli değildir.

Benzer şekilde Federal Alman Anayasa Mahkemesi de, devletin temel hakları koruma yükümlülüğünü geliştirirken biçimsel olarak Federal Anayasanın 1. maddesinin 1. fıkrasındaki insan onurunun dokunulmazlığı ile devletin ona saygı göstermek ve onu korumakla yükümlü olduğuna ilişkin hükme dayanmaktadır.²⁸ Alman anayasa hukukunda Federal Anayasa m. 1/1'de düzenlenen koruma yükümlülüğünün diğer temel haklara da uzandığı kabul edilmektedir.²⁹

²⁴ Dietrich Murswiek, "Die Pflicht des Staates zum Schutz vor Eingriffen Dritter nach der EMRK", Joachim Konrad (der.), *Grundrechtsschutz und Verwaltungsverfahren unter besonderer Berücksichtigung des Asylrechts-Internationaler Menschenrechtsschutz*, Berlin, Duncker&Humblot Verlag, 1985, s. 213 vd.

²⁵ Dröge, *Positive Verpflichtungen*, s. 6.

²⁶ Blau, "Neuere Entwicklungen in der Schutzpflichtdogmatik des EGMR", s. 403.

²⁷ Bleckmann, "Die Entwicklung staatlicher Schutzpflichten", s. 310.

²⁸ Örnek olarak bkz. BVerfGE 39, 1 (41); 88, 203 (251).

²⁹ Bleckmann, "Die Entwicklung staatlicher Schutzpflichten", s. 311.

Ancak AİHS ile ilgili söz konusu yorumun, özgürlüklerden pozitif yükümlülüklerin türetilmesi ve geliştirilmesi için yeterli olduğunu söylemek güçtür. Daha çok kapsamlı bir temel hak genel teorisi yaklaşımına ihtiyaç bulunmaktadır. Bu konuda benimsenebilecek teorilerden biri, devletin temel hakları koruma yükümlülüğü ile temel hakların yatay etkisi arasında daha sıkı bir ilişkinin kurulması gerektiğini söyleyen görüştür. Ancak bu şekilde AİHM'nin kararları tasdik edilebilir.

Özgürlüklerin yatay etkisinin geliştirilmesinin devletin koruma yükümlülüğü, yani pozitif yükümlülükler bakımından ön şart oluşturup oluşturmadığı literatürde oldukça tartışmalıdır.³⁰ Gerçekten, eğer özgürlükler üçüncü kişileri de bağlıyorsa, devlet ancak o zaman özgürlüklerin üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesini sağlayabilir. Bu görüşe karşılık, AİHS'nin 8-11. maddelerinin ikinci paragrafları uyarınca devletlerin temel hakları üçüncü kişilerin haklarını korumak amacıyla sınırlayabileceği, karşı argüman olarak ileri sürülebilir. Bu durumda özgürlüklerin yatay etkisinin geliştirilmesinin, pozitif yükümlülüklerin ön şartını oluşturmadığı söylenebilir. Bununla birlikte literatürde bazı yazarlar, söz konusu hükümleri, AİHS'ndeki özgürlüklerin yatay etkisi için kanıt olarak kullanmaktadır.³¹

Her ne kadar, AİHS'nde insan onuru, temel hak olarak açıkça öngörülmemiş ise de, Sözleşme'deki bütün özgürlüklerin arka planında insan onurunun korunması düşüncesi yatmaktadır. Ayrıca Sözleşme'nin bütününden çıkan insan onuru, Sözleşme'nin 3. maddesindeki insanlık dışı ve onur kırıcı muamele yasağında açıkça kendini göstermektedir. Nitekim AİHS'ne ilişkin literatürde bu maddenin insan onurunu korumaya yönelik olduğu hep belirtilir.³² Bunun yanı sıra AİHS'nin Başlangıç metninde, Sözleşme'nin 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nde düzenlenen özgürlükleri somutlaştırmayı hedeflediği açıkça ifade edilmiştir. İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin önsözünün başında ise, açıkça insan onurundan söz edilmektedir. Aynı şekilde, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'ndeki özgürlükleri somutlaştırmak üzere hazırlanan Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin başlangıç metninin ilk cümlesi de, insan onurundan bahsetmektedir.³³

Devletin maddi yükümlülüklerinden olan pozitif yükümlülüklerinin temelinde, kamu makamları gibi özel şahısların eylemlerinin de insan haklarına karşı tehdit oluşturabileceği tespiti yer almaktadır. Bir uluslararası hukuk metni olan Sözleşme, özel şahıslara sorumluluk yükleyemeyeceği için, Strasbourg organları bireylerin haklarını diğer bireylere karşı korumak amacıyla Sözleşmeciler Devletlere pozitif yükümlülük yüklemeyi seçmişler-

³⁰ Albert Bleckmann, *Staatsrecht II-Grundrechte*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 4. Auflage, 1997, s. 285; Gerhard Robbers, *Sicherheit als Menschenrecht*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1987, s. 202; Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III/1, München, Beck Verlag, 1988, s. 1573; Eckart Klein, "Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates", *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 27, 1989, s. 1640.

³¹ Bleckmann, "Die Entwicklung staatlicher Schutzpflichten", s. 312.

³² Jochen A. Frowein ve Wolfgang Peukert, *Kommentar zur EMRK*, Kehl, Engel Verlag, 1996, Art. 3, kn. 8.

³³ Bleckmann, "Die Entwicklung staatlicher Schutzpflichten", s. 313.

dir. Ancak pozitif yükümlülüklerin temelini, bireylerin haklarını sadece üçüncü kişilerin eylemlerine karşı koruma anlayışında değil, her ne olursa olsun Sözleşme'deki hakları etkili bir şekilde koruma ve kullanılmalarını sağlama yaklaşımında aramak gerekir.³⁴

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, devletin pozitif yükümlülüklerinin hukuki temelini Sözleşme maddelerinin hakları tanıyan hükümlerinde bulmuş; Sözleşme'nin insan haklarına saygı yükümlülüğünü getiren 1. maddesini ve etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkı getiren 13. maddesini pozitif yükümlülüğü güçlendirici bir zemin olarak kullanmıştır. Sözleşme'deki hakların teorik ve kâğıt üzerinde değil ama pratik ve etkili bir şekilde korunması ilkesi, Devletin pozitif yükümlülükleriyle uygulanma olanağı bulmuştur.³⁵

Sonuç olarak, Sözleşme'den pozitif yükümlülükler türetilirken temelde üç farklı gerekçeye dayanılmaktadır. Birinci görüş, pozitif yükümlülükleri genel bir ilke olan insan onuruna dayandırmaktadır. İkinci görüş, pozitif yükümlülüklerin Sözleşme'deki haklara içkin olduğunu ve dinamik yorum yöntemiyle bu yükümlülüklerin ortaya çıkartılması gerektiğini söylemektedir. Üçüncü görüş ise, Sözleşme'nin 1. maddesiyle diğer maddeler arasında bağlantı kurmak suretiyle pozitif yükümlülükleri türetmektedir.³⁶

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince Sözleşmenin Yorumlanması ve Pozitif Yükümlülükler

AİHS'ni diğer sözleşmelerden farklılaştıran özelliklerinin başında, başlangıçtan bugüne, Sözleşme'nin güvence altına aldığı hak ve özgürlüklerin içeriğinin Komisyon ve Mahkeme kararlarıyla belirlenerek geliştirilmesidir.³⁷

AİHM, birçok kararda Sözleşme'yi yaşayan belge olarak gördüğünü vurgulamaktadır. Bu yaklaşıma uygun olarak Mahkeme, kararlarında değişen ekonomik ve sosyal ilişkileri ve ahlâk anlayışını göz önünde tutmaktadır. Böylelikle AİHM, içtihat yoluyla insan haklarının korunmasını sürekli olarak geliştirmektedir. Bundan dolayı Sözleşme'nin sağladığı korumanın hâlihazırdaki durumunu kavrayabilmek için, Sözleşme'de yer alan temel haklara ilişkin kararların bilinmesi gerekir.

AİHM, birçok kararda kalıplaşmış bir ifade olarak, "Sözleşme'nin yaşayan bir belge olduğunu ve günün şartlarına göre yorumlanması gerektiğini"³⁸ belirtmiştir. Sözleşme'nin günün koşulları ışığında yorumlanmasını ifade eden gelişmeci ya da dinamik yorum, AİHM'nin geliştirdiği Sözleşme'ye özgü yorum yöntemlerinden biridir. Dinamik yo-

³⁴ Osman Doğru, "Pozitif Yükümlülükler", *2007 Yılı İdari Yargı Sempozyumu*, <http://www.danistay.gov.tr> (Erişim Tarihi 20 Nisan 2009).

³⁵ Ibid.

³⁶ Blau, "Neuere Entwicklungen in der Schutzpflichtdogmatik des EGMR", s. 409.

³⁷ Naz Çavuşoğlu, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukuku'nda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine*, Ankara, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, 1994, s. 74.

³⁸ Tyrer/Birleşik Krallık, 25. 04. 1978, Başvuru no: 5856/72, parag. 31; Marckx/Belçika, 13. 06. 1979, Başvuru no: 6833/74, parag. 41; Airey/İrlanda, 09. 10. 1979, Başvuru no: 6289/73, parag. 26; Rees/Birleşik Krallık, 17. 10. 1986, Başvuru no: 9532/81, parag. 47; Cossey/Birleşik Krallık, 27. 09. 1990, Başvuru no: 10843/84, parag. 35.

rum, AİHM'nin, Sözleşme'yi hazırlayanların öngörmemiş olmasına rağmen, Sözleşme'de düzenlenen hak ve özgürlüklerin norm alanını genişletip genişletemeyeceği veya hangi şartlar altında genişletebileceği sorunuyla ilişkilidir.³⁹ Bir başka deyişle, Sözleşme'deki düzenlemelere etkili sonuç sağlama arayışından doğmuştur.⁴⁰ Dinamik yorum metodunun ortaya çıkışı ve gelişiminde İtalyan hukukundaki “yaşayan hukuk” kavramının ve haklara etkinlik kazandırma düşüncesinin etkisi büyüktür. Gelişmeci yorum metodu olarak da adlandırılan bu yöntem, yargıca yazılı olan temel hak ve özgürlükleri günün koşullarına uyarlama ve bunları metnin bütünlüğü ilkesiyle uyumlu hale getirme imkânı sunar.⁴¹ Mahkeme, Sözleşme'yi yalnızca deyimsel ve tarihsel yorum yöntemiyle anlamlandırmakla yetinmemekte, aynı zamanda güncelleştirici şekilde Sözleşme'yi tamamlamakta ve modernize etmektedir. Dinamik ve gelişmeci yorum öncelikle Sözleşme'nin konu ve amacına dayanır. Buna uygun bir yaklaşımla Mahkeme, Sözleşme'de açıkça zikredilmemiş olan yabancıların ve hükümlülerin spesifik bir statülerinin bulunduğuna ve bundan dolayı da özellikle 2., 3. ve 8. madde çerçevesinde özel olarak korunması gerektiğine karar vererek Sözleşme metnini tamamlayıcı bir içtihat geliştirmiştir. Benzer bir durum pozitif yükümlülüklerle ilişkin içtihadın geliştirilmesinde de görülmektedir.⁴²

Sözleşme'yi anlamının gereklerinden biri, Sözleşme'nin sürekli gelişen ve dinamik bir biçimde yorumlanması gerektiği ilkesidir. Bu nedenle Strasbourg Mahkemesi sıkça Sözleşme'nin “yaşayan bir belge” olduğuna değinmektedir. Özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı ile ilgili kararlar, Sözleşme'nin zaman içinde değiştiğini açıkça göstermektedir. Mahkeme bu kararlar ile yeni haklar yaratmamakta, mevcut hakların kapsamlarını genişletmektedir.⁴³

AİHM, Sözleşme'yi, Sözleşme'nin amacını dikkate alarak ve insan haklarının etkili şekilde korunmasını sağlayacak şekilde yorumlamaktadır. Mahkeme, sürekli olarak Sözleşme'nin konusu ve amacının temel hakların teorik ya da görünüşte değil, gerçek ve etkili şekilde korunması olduğunu tekrarlamaktadır. Örneğin Mahkeme, Sözleşme'ye Ek 1 Nolu Protokol'ün 1. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkına ilişkin düzenlemeyi yorumlarken yalnızca resmi kamulaştırmaları değil, fiili kamulaştırmaları da madde kapsamına sokmaktadır. AİHM, Sözleşme'den, özellikle de başlangıç bölümünden, amaçsal yorumun yapılması gerektiği, hatta Sözleşme'nin geliştirilmesi konusunda yetkilendirildiği sonucunu çıkarmaktadır.

³⁹ Stieglitz, *Allgemeine Lehren im Grundrechtsverständnis nach der EMRK und der Grundrechtsjudikatur des EuGH*, s. 185.

⁴⁰ Naz Çavuşoğlu, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ni “Yaşayan Belge” Yapan Yorum Teknikleri”, *İnsan Hakları Yılıgı*, Cilt 14, 1992, s. 132.

⁴¹ Costance Grewe, “Vergleich zwischen den Interpretationsmethoden europäischer Verfassungsgerichte und des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Band 61, 2001, s. 466.

⁴² *Ibid.*, s. 467.

⁴³ Jonathan Cooper, “Özel ve Aile Yaşamının Korunması: İHAS m. 8”, Teoman Ergül et al. (der.), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İdari Yargı*, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2006, s. 125.

Mahkeme, Sözleşme’de kullanılan kavramları yorumlarken kendisini kavramların iç hukuktaki anlamıyla sınırlı tutmamakta, çoğunlukla özerk yoruma başvurmaktadır.⁴⁴ Özerk yorum, Sözleşme’de yer alan kavramların üye devletlerin hukuk düzenlerinden bağımsız, Sözleşme sistemine özgü kavramlar olarak anlaşılması gerektiğini ifade etmektedir. Özerk yorum ilkesi, taraf devletlerdeki farklı anlayışlardan bağımsız olarak, Avrupa standardının geliştirilmesine katkıda bulunmaktadır.⁴⁵ Sözleşmenin dinamik yorumu, Sözleşme’nin gerçek bir koruma sağlaması ve Avrupa standardının yaratılması amacı, kavramların yorumunda özerkliği gerekli kılmıştır.⁴⁶

AİHM, Sözleşme’ye ilişkin yorumlarında, Sözleşme’de yer alan çoğu güvencenin devletin keyfi müdahalelerine karşı bireyi koruma amacı taşıdığını ve Sözleşme’deki hakların özgürlük hakları, negatif statü hakları, savunma hakları niteliğinde olduğunu belirtmektedir. Ancak Sözleşme’nin bazı maddeleri açıkça taraf devletlere pozitif yükümlülükler yüklemektedir. Örneğin, Sözleşme’ye Ek 1 Nolu Protokol’ün 3. maddesinde öngörülen serbest seçim hakkı uyarınca taraf devletler, adil ve dürüst seçimler yapma, seçimlerin organizasyonunu gerçekleştirme ödevi altındadır. Bununla birlikte, AİHM, her geçen gün Sözleşme’deki hakların etkili şekilde korunmasını sağlamak için klâsik özgürlük haklarından pozitif yükümlülükler çıkarmaktadır. Mahkeme bu konuda özellikle 2., 3., 8., 10. ve 11. maddelerin pozitif yükümlülükler içerdiğini belirtmektedir.⁴⁷ Mahkeme özellikle devlet kurumlarının Sözleşme’nin 2. ve 3. maddelerine aykırı davrandığı durumlarda, etkili soruşturma yapma yükümlülüğünden söz etmektedir. Devletler ayrıca insan haklarının korunması, örneğin yaşama hakkının korunması için gerekli ve yeterli yasal tedbirleri almakla yükümlüdürler.

⁴⁴ Jens Meyer-Ladewig, *Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2003, s. 31.

⁴⁵ Stieglitz, *Allgemeine Lehren im Grundrechtsverständnis nach der EMRK und der Grundrechtsjurisprudenz des EuGH*, s. 179; Mustafa Yıldız, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargısı*, İstanbul, Alfa Yayınları, 1998, s. 24.

⁴⁶ Feyyaz Gölcüklü ve Şeref Gözübüyük, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2002, s. 142-143.

⁴⁷ AİHM, Özgür Gündem/Türkiye kararında bu konuda şu tespiti yapmaktadır: “Mahkeme, Sözleşme’deki birçok hükmün amacının, bireyi, kamu yetkililerinin keyfi uygulamalarına karşı korumak olduğu halde, bu haklar konusunda, etkin pozitif sorumluluklar olabileceğine karar vermiştir. Bu sorumlulukların 8. (bkz. diğerleri arasında, 7 Temmuz 1989 tarihli Gaskin/İngiltere Kararı, Seri A, No 160, par. 42-49) ve 11. madde (21 Haziran 1988 tarihli Platform “Arzte für das Leben”/Avusturya Kararı, Seri A, No 139 par. 32) bağlamında ortaya çıkabileceğini tespit etmiştir. Etkili bir soruşturma yapma sorumluluğunun 2. madde (örn. 27 Eylül 1995 tarihli McCann ve Diğerleri/İngiltere Kararı, Seri A, No 324, par. 161) ve 3. madde bağlamında arttığı tespit edilmiştir (28 Ekim 1998 tarihli Assenov ve Diğerleri/Bulgaristan Kararı, Raporlar, 1998-VIII, s. 3265, par. 102). Ayrıca 2. madde bağlamında yaşama hakkının korunması ile ilgili olarak pozitif bir sorumluluk mevcuttur (bkz. 28 Ekim 1998 tarihli Osman/İngiltere Kararı, Raporlar 1998- VIII, s. 3159 -3161, par. 115-117)”. Bkz. Özgür Gündem/Türkiye, 16.03.2000, Başvuru No: 23144/93, par. 42.

Yaşamanın ve Sağlığın Korunması Konusunda Taraf Devletlerin Pozitif Yükümlülükleri

Genel Olarak

Günümüzde artık devletlerin bireylerin yaşamını ve sağlığını tehdit eden tehlikelerle tek başına mücadele etmesi yeterli olmamaktadır. Salgın hastalıklarla, AIDS veya sınır aşan çevre sorunlarıyla mücadele gibi konularda uluslararası işbirliğine ve uluslararası hukuk normlarına gereksinim duyulmaktadır. Bu konulara ilişkin uluslararası alandaki düzenlemelerin ve mekanizmaların zaman içinde geliştiğı gözlemlenmektedir. Bu gelişme iki yönlüdür. İlk olarak, sağlığın korunması amacıyla özel düzenlemelerin yapıldığı ve uygulamaya geçirildiğı görülmektedir. Dünya Sağlık Örgütü, bu amaçla kurulmuş olan ve evrensel düzeyde faaliyette bulunan uluslararası bir örgüttür. İkincisi, sınır aşan hava kirliliğı, uluslararası akarsular ve sulardan yararlanma gibi, ortaya çıkan yeni sorunların, uluslararası hukukun geleneksel mekanizmaları ve kurallarıyla çözülmesidir.⁴⁸ Bu çalışmada Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yaşamın ve sağlığın korunmasına yönelik düzenlemeler ile bu düzenlemelerin koruma alanını genişleten Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları üzerinde durulacaktır.

Bilindiğı üzere, AİHS, esas itibariyle devletin müdahalelerine karşı bireyleri koruyan klâsik özgürlük haklarını içermektedir. Sözleşme'de yaşamın ve sağlığın korunması ile ilgili olarak ilk planda göz önünde tutulacak iki norm bulunmaktadır. Birincisi, yaşama hakkını güvence altına alan 2. madde, diğeri özel hayata ve aile hayatına saygı hakkını düzenleyen 8. maddedir. Yaşamın ve sağlığın korunması söz konusu olduğunda bu iki maddedeki özgürlük haklarının göz önünde tutulması gerekir. Bu iki temel hak, öncelikle, geleneksel temel hak anlayışına uygun olarak, devlet organlarından gelen müdahalelere ve saldırılara karşı bireyleri korumayı amaçlar. Ancak günümüzde yaşama ve sağlığa yönelik tehditlerin azımsanmayacak kısmı, devlet dışı aktörlerden veya devletin ihmalinden doğmaktadır.

Modern temel hak anlayışında, devlete düşen yükümlülük yalnızca kişiye ait özel alana müdahale etmeme değildir. Devlete, aynı zamanda, temel hakları koruma görevi verilmekte ve özel kişilerden veya çeşitli kaynaklardan gelebilecek tehlikeleri önlemede aktif olması gerektiğı kabul edilmektedir. Dolayısıyla bu konuda yalnızca tartışmalı olan temel hakların yatay etkisi değil, aynı zamanda bireylerin yaşamını ve sağlığını korumak üzere faaliyette bulunma şeklinde devletin doğrudan yükümlülüğü söz konusudur. Bu anlayış zamanla AİHS çerçevesinde de tanınmış ve gelişmiştir. Nitekim AİHM'nin kararları bu anlayışın benimsendiğini göstermektedir.

⁴⁸ Rudolf Bernhardt, "Schutz von Leben und Gesundheit durch europäische Grundrechte: Anmerkungen zur Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte", Bernd-Rüdiger Kern et al. (der.), *Humaniora: Medizin-Recht-Geschichte: Festschrift für Adolf Laufs zum 70. Geburtstag*, Berlin, Springer Verlag, 2006, s. 703.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yaşamın ve sağlığın korunması konusunda taraf devletlere düşen pozitif yükümlülüklerin neler olduğunu zaman içerisinde önüne gelen somut uyuşmazlıkları karara bağlarken geliştirmiştir.

Lopéz Ostra/İspanya davasında Mahkeme, çevre kirliliği, sağlığın korunması ve devletin pozitif yükümlülüğü konusunu ele almıştır.⁴⁹ Dava konusu olayda, bir şirket, başvurunun evinden 12 metre uzaklıktaki bir kamu arazisi üzerinde sıvı ve katı atıkların işleneceği bir fabrika kurmuştur. Fabrika, belediyeden alınması gereken ruhsat alınmadan ve ruhsat almak için de başvurulmadan faaliyete geçmiştir. Fabrika kötü işletilmekten ötürü pis ve hastalık yayıcı duman ve kokular salmaya başlamış, özellikle başvurunun bulunduğu bölgede yaşayan birçok kimsede sağlık sorunlarının meydana gelmesine ve rahatsızlıklara yol açmıştır. AİHM'ne göre, ağır çevre kirliliği, kişilerin sağlığını ciddi bir biçimde tehlikeye sokmaksızın da, bireylerin esenliğini etkileyip özel ve aile yaşamları üzerinde olumsuz sonuçlar doğuracak şekilde konuta saygı haklarını kullanmalarını engelleyebilir. Mevcut olaydaki sorun, ister Devletin başvurunun 8. maddenin birinci paragrafındaki haklarını korumak amacıyla makul ve gerekli tedbirleri almak şeklinde pozitif yükümlülük açısından, isterse ikinci paragrafa göre haklı gösterilebilecek kamu makamlarının bir müdahalesi açısından analiz edilsin, uygulanacak olan ilkeler büyük ölçüde aynıdır. Her iki bağlamda da bireyin ve kamunun yarışan menfaatleri arasında adil bir denge kurulmaya çalışılması gerekir. Her iki durumda da Devlet belirli bir takdir alanına sahiptir. Ayrıca, 8. maddenin birinci paragrafından çıkan pozitif yükümlülük bakımından adil denge kurulurken bile ikinci paragraftaki amaçların belirli bir bağlantısı bulunabilir. İç hukuku yorumlamak ve uygulamak öncelikle ulusal makamların ve özellikle ulusal mahkemelerin işidir. Mahkeme'nin görevi ise ulusal makamlar tarafından başvurunun konutuna ve özel ve aile yaşamına saygı hakkını koruyan tedbirler alınıp alınmadığı hakkında karar vermektir. Olaylara bakıldığında davalı Devletin, kentnin ekonomik iyiliği ile başvurunun konutuna, özel ve aile yaşamına saygı hakkını etkili bir şekilde kullanma hakkı arasında adil bir denge kuramadığı anlaşılmaktadır. Mahkeme bu gerekçeyle ve oybirliğiyle 8. maddenin ihlâl edildiğine karar vermiştir.⁵⁰

Mahkeme, *Guerra/İtalya* davasında, İtalya'daki kimyasal bir fabrikanın yol açtığı zararları incelemiştir. Başvurucu, çevre için büyük tehlike oluşturacak bir kaza riskini minimize etme konusunda kamu makamlarının ihmalinin bulunduğunu, gerekli önlemlerin alınmadığını ve bu durumun Sözleşme'nin 2. maddesiyle bağlantılı olarak yaşam hakkına ve vücut bütünlüğüne saygı hakkının ihlâline yol açtığını ileri sürmüştür. Ayrıca İtalyan devleti kimya fabrikasının yakınında oturan başvuruçulara risk faktörü ve bir kaza anında nasıl davranacakları hakkında bilgi vermemiştir. Başvurucuya göre, halkın bilgilendirilmesi Sözleşme'nin 10. maddesindeki bilgilendirme hakkının ihlâlini oluşturur.⁵¹

⁴⁹ AİHM Kararı, *Lopéz Ostra/İspanya*, 09.12.1994, Seri A, No. 303-C.

⁵⁰ AİHM Kararı, *Lopéz Ostra/İspanya*, 09.12.1994, Seri A, No. 303-C, parag. 58.

⁵¹ AİHM Kararı, *Guerra ve Diğerleri/İtalya*, 17.12.1998, Başvuru No: 14967/89.

Bu davadaki en önemli hukuksal sorunlardan biri, dava konusu olaya uygulanacak Sözleşme hükümlerinin belirlenmesi olmuştur. Komisyon, Sözleşme'nin 10. maddesindeki bilgilendirme hakkının ihlâl edildiğine karar vermiştir. Buna karşılık Mahkeme, dava konusu olayı 10. madde değil, 8. madde altında ele almıştır. Zira başvuru, genel olarak ifade özgürlüğü ve bilgi edinme hakkı sahibi olarak değil, kişisel yaşamını tehlikeye sokan bir fabrika yakınında oturan kişi olarak başvuruda bulunmuştur. Dolayısıyla başvuru 8. maddeden doğan haklarının ihlâli söz konusu olabilir. Hatta bu olayda ilgili kişilerin korunmasını sağlamak üzere kamu makamlarının pozitif yükümlülüklerini yerine getirmemesi söz konusudur.

Mahkeme'ye göre, İtalyan devletinin başvuru özetinde özel hayat ve aile hayatına tecavüz ettiğini ileri sürülemez. Dava konusu olayda daha çok devletin ihmali söz konusudur. Her ne kadar 8. maddenin amacı, bireyleri devletin keyfi müdahalelerine karşı korumak olsa da, madde hükmünden devlete düşen yükümlülüğün sadece müdahale etmeme yükümlülüğü olduğu sonucu çıkartılamaz. Madde hükmü, negatif yükümlülük yanında özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının etkili şekilde korunmasını sağlamak üzere pozitif yükümlülükler de içerir. Dava konusu olayda kamu makamları ilgili kişileri bilgilendirme konusunda hiçbir adım atmamıştır. Ağır çevre kirliliği bireylerin sağlığını tehdit eder ve onların konutundan yararlanmasına engel teşkil eder. Sonuç olarak davalı devlet, özel hayata ve aile hayatına saygı hakkında doğan pozitif yükümlülüklerini yerine getirmemiş ve 8. maddeyi ihlâl etmiştir.⁵²

24 Şubat 1998 tarihli *Botta/İtalya* kararı, bireyler lehine pozitif önlemler alma konusunda devlete düşen yükümlülüklerin sınırlarını göstermek bakımından elverişli bir karardır. *Botta/İtalya* davasında kendisi de engelli olan başvuru, engelli kişilerin plaja ve denize ulaşmasını sağlayacak imkânlar sunmayan özel işletmecinin ihmaline karşı Devletin bunu gidermek üzere tedbir almamasının, Sözleşme'nin 8. maddesine aykırılık oluşturduğunu ileri sürmüştür.⁵³

Mahkeme, öncelikle 8. maddenin dava konusu olaya uygulanabilir nitelikte olup olmadığı sorunu üzerinde durmuştur. Mahkeme'ye göre, 8. madde anlamında özel hayat, bireylerin ruhsal ve bedensel dokunulmazlığını kapsar. Özel hayata saygı, diğer insanlarla ilişki kurma hakkını da içerir. 8. maddenin amacı, bireyleri devletin keyfi eylemlerine karşı korumaktır. Bu konuda devlete düşen yükümlülük, esas itibarıyla kaçınma, müdahale etmeme yükümlülüğüdür. Ancak buna bireylerin kendi aralarındaki ilişkilerde bile özel hayatın korunmasına yönelik tedbirler gibi pozitif yükümlülükler de eklenebilir. Böyle bir yükümlülüğün bulunup bulunmadığının tespitinde kamu yararı ile bireysel yarar arasında bir tartım yapılması zorunludur. Eğer başvuru alınmasını istediği tedbir ile onun özel hayatı ve/veya aile hayatı arasında direkt ve doğrudan bir ilişki varsa, o zaman pozitif bir yükümlülük var demektir. Mahkeme, dava konusu olayda böyle bir ilişki tespit edemediğinden 8. maddenin uygulanamayacağına karar vermiştir.⁵⁴

⁵² AİHM Kararı, Guerra ve Diğerleri/İtalya, 17.12.1998, Başvuru No: 14967/89, parag. 60.

⁵³ AİHM Kararı, Botta/İtalya, 24.02.1998, Başvuru No: 21439/93.

⁵⁴ AİHM Kararı, Botta/İtalya, 24.02.1998, Başvuru No: 21439/93, parag. 35.

AİHM, *Calvelli ve Ciglio/İtalya* davasında, yeni doğan bir bebeğin ölümünden dolayı kliniğin sorumluluğunu ve doktorun cezalandırılmamış olmasını incelemiştir. Başvurucular yaşama hakkının ve makul sürede yargılanma hakkının ihlâlinden şikâyetçi olmuşlardır. Dava konusu olayın ayrıntıları konumuz açısından bizi ilgilendirmemektedir. Buna karşılık Mahkeme kararında yer alan ilkesel açıklamalar önem taşımaktadır.

Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin 2. maddesinden doğan devletin pozitif yükümlülüğü, halk sağlığı alanında da uygulanır. Devletlerin yerine getirmekle ödevli oldukları pozitif yükümlülük, hem özel ve hem de devlet hastanelerini hastalarının yaşamlarını korumak için gerekli tedbirler almaya zorlayan düzenlemeler yapmalarını gerektirir. Bu yükümlülük ayrıca devletlerin, ölüm sebebinin belirlenmesi ve kusurlu olanların sorumlu tutulabilmeleri için etkili bir bağımsız adli sistem kurmalarını gerektirir.

Sözleşme'nin 2. maddesi, üçüncü kişiler aleyhine ceza davası açılmasını isteme hakkını güvence altına almamakla birlikte, 2. maddenin gerektirdiği etkili bir adli sistem, bazı hallerde ceza hukukuna başvurmayı içerebilir. Buna göre başvurucuların bu bağlamda mağdurluk statüleri bulunmadığına dair Hükümetin itirazı reddedilmelidir. Ne var ki, yaşama hakkının kasıtsız olarak ihlâl edildiği hallerde, devletin etkili adli sistem kurma yükümlülüğü, her olayda mutlaka cezai hükümlerin getirilmiş olmasını gerektirmez; tıbbi hata gibi özel bir alanda, mağdurların sorumluluğu kanıtlayabilecekleri ve bir giderim elde edebilecekleri bir hukuk mahkemesine başvuru yolu, bu şartı yerine getirebilir. İtalyan hukuk sistemi zarar gören tarafa, hem ceza davası açılmasını isteme ve hem de hukuk davası açma hakkı tanımaktadır; eğer doktor hukuk davasında sorumlu görülecek olursa, disiplin soruşturması da açılabilir. Sonuç olarak İtalyan sistemi uyumsuzluğun taraflarına, Sözleşme'nin 2. maddesinin gereklerini teorik olarak karşılayan bir koruma sağlamaktadır. Ancak, bu koruma, mahkemelerin her bir davanın görülmesini süresi içinde tamamlamalarına imkân verecek şekilde, pratikte de etkili bir şekilde işlemelidir. Mevcut olayda ceza davası, usulî gecikmeler nedeniyle zamanaşımına uğramıştır. Ancak başvurucular hukuk davası açma hakkına sahip olup, böyle bir dava açmışlardır. Doktorun sorumluluğunun hukuk mahkemesi tarafından tespit edilememiş olmasının sebebi, başvurucuların doktorun sigortacısıyla anlaşmaya varmış olmalarıdır. Böylece başvurucular doktorun tazminat ödemesine hükmedilebilecek bu davaya devam etme haklarından isteyerek vazgeçmişlerdir. Bu yolla başvurucular, olayın şartları içinde Sözleşme'nin 2. maddesinden doğan devletin pozitif yükümlülüğünü karşılayacak olan davadan vazgeçmek suretiyle, çocuklarının ölümü nedeniyle doktorun sorumluluğunun boyutlarının açıklanmasının en iyi aracından da kendilerini mahrum bırakmışlardır. Bu sonuç, ceza davasında zamanaşımının Sözleşme'nin 2. maddesiyle bağdaşıp bağdaşmadığını incelemeyi gereksiz kılmaktadır. Bu gerekçeyle Mahkeme, Sözleşme'nin 2. maddesindeki yaşama hakkının ihlâl edilmediğine karar vermiştir.⁵⁵

⁵⁵ AİHM Kararı, *Calvelli ve Ciglio/İtalya*, 17.01.2002, Başvuru No: 32967/96, parag. 49 vd.

AIHM'nin 1998 yılında *Osman/İngiltere* davasında verdiği karar, Sözleşme'nin 2. maddesi çerçevesinde devletin yaşama hakkını koruma yükümlülüğü konusunda emsal karar niteliğindedir.⁵⁶ Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin 2. maddesinin birinci paragrafının birinci cümlesi devlete sadece kasten ve hukuka aykırı olarak öldürmekten kaçınma değil, ama ayrıca kendi egemenlik alanında bulunan kişilerin yaşamını korumak için gerekli tedbirleri alma görevi de vermektedir. Devletin bu konudaki yükümlülüğü, bir kimseye karşı suç işlenmesini caydırıcı etkili ceza kanunu hükümlerini yürürlüğe koymak ile bu hükümlerin ihlâlini önlemek, suçu bastırmak ve cezalandırmak için adli bir mekanizma kurmak suretiyle yaşama hakkını koruma şeklindeki temel görevinin ötesine geçmektedir. Sözleşme'nin 2. maddesi ayrıca, belirli bazı durumlarda yetkililere, başka birinin suç niteliğindeki eylemleri nedeniyle yaşamı risk altında olan bir bireyi korumak için önleyici operasyonel tedbirler alma şeklinde pozitif bir yükümlülük de yükler. Ancak bu yükümlülük, modern toplumlarda güvenliği sağlamadaki güçlükler, insan davranışlarının önceden kestirilemezliği ve operasyonel tercihlerin önceliklere ve kaynaklara göre yapılmak zorunda oluşu akılda tutularak, yetkililere imkânsız veya orantısız bir külfet yüklemeyecek şekilde yorumlanmalıdır. Bir başka nokta, polis suçu soruşturma ve failleri adalet önüne çıkarma faaliyeti üzerinde meşru kısıtlamalar getiren Sözleşme'nin 5. ve 8. maddelerindeki güvenceler gibi, adil yargılanma hakkına ve diğer güvencelere tam olarak saygı gösterilmek suretiyle suçu kontrol ve önleme yetkilerini kullanmasını sağlama gereği bulunmasıdır.

Mahkeme'ye göre bir kimseye karşı suçların önlenmesi ve bastırılması görevi bağlamında yaşama hakkını koruma şeklindeki bir pozitif yükümlülük, belirli bir bireyin yaşamına karşı üçüncü kişinin suç fiillerinden kaynaklanan gerçek ve yakın bir tehlikenin varlığının o anda yetkililer tarafından bilindiği veya bilinmesi gerektiğinin ve makulce değerlendirildiğinde bu yetkililerin bu riski bertaraf etmesi beklenebilecek yetkileri dâhilindeki tedbirleri almadıklarının kanıtlanması halinde doğar. Mahkeme, bilinen şartlarda yaşama karşı bir risk bulunduğunu anlayamamış olmanın veya riskten kurtarmak için önleyici tedbirler almamış olmanın, büyük bir ihmale veya yaşamı koruma ödevini bilerek göz ardı etmeye eşdeğerde olması gerektiği şeklindeki Hükümetin görüşünü kabul etmemektedir. Böylesi katı bir standart, Sözleşme'nin 1. ve 2. maddeleriyle bağdaşmaz. Sözleşme'nin 2. maddesindeki hakkın temel niteliği dikkate alındığında, yetkililerin bildiği veya bilmeleri gereken yaşama karşı gerçek ve yakından kurtarmak için kendilerinden makul olarak beklenen her şeyi yapmadıklarının başvuru tarafından kanıtlanması yeterlidir. Bu sorun, her olayın içinde bulunduğu şartlar altında çözülebilecek bir meseledir.⁵⁷

İstanbul'da Ümraniye çöplüğünün patlaması sonucu hayatını kaybeden kişilerin yaşam hakkına ilişkin *Öneryıldız* davasında⁵⁸ Mahkeme, tehlike doğuran faaliyetler sonucu kişilerin ölümünü ve Devletin yaşamı koruma yükümlülüğü konusunu ele almıştır. Bu karar, Mahkeme'nin yaşama hakkının devlete pozitif yükümlülükler yükledi-

⁵⁶ Blau, "Neuere Entwicklungen in der Schutzpflichtdogmatik des EGMR", s. 404.

⁵⁷ AIHM Kararı, *Osman/İngiltere*, 28.10.1998, Başvuru no: 23452/94.

⁵⁸ AIHM Kararı, *Öneryıldız/Türkiye*, 30.11.2004, Başvuru no: 48939/99.

ği yönündeki içtihadını uyguladığı kararlardan biridir. Dava konusu olayda başvuru, 28 Nisan 1993'te İstanbul Ümraniye'de şehir çöplüğünde metan patlamasından doğan kayma sonucu evinin yıkıldığını, aile üyelerinden dokuz kişinin öldüğünü, çöplüğün patlayabileceğine dair mevcut raporlara rağmen devletin gerekli tedbirleri almadığını ve bu nedenlerle yaşam hakkının ihlâl edildiğini ileri sürmüştür.

AIHM, vermiş olduğu kararda, 2. maddenin yalnızca Devleti temsil eden kişilerin kuvvet kullanması sonucunda meydana gelen ölümleri kapsamadığını; aynı zamanda ilk paragrafının ilk cümlesi ile Devletlere, topraklarında yaşayan kişilerin yaşamlarını korumak için gerekli önlemleri almaya yönelik pozitif bir yükümlülük yüklediğini vurgulamıştır.

2. madde anlamında yaşama hakkını korumak için gerekli tüm önlemleri almaya yönelik pozitif yükümlülük, her şeyden önce, Devlet'e yaşama hakkını tehdit eden durumlara karşı etkin bir caydırma mekanizması oluşturacak yasal ve idari çerçeve oluşturmak görevi vermiştir.

Bu yükümlülüğün, söz konusu etkinliğin kendine özgü niteliklerine ve insan hayatı açısından oluşturduğu potansiyel riske uygun olarak hazırlanan yönetmeliklere özellikle önem verilmesi gereken tehlikeli etkinlikler için de geçerli olduğu şüphesizdir. Bu yönetmelikler etkinliğe ruhsat verilmesini, hazırlanılmasını, etkinliğin işletimini, güvenliğini ve denetimini düzenlemeli; tüm ilgililerin açığa çıkan riskler nedeniyle hayatı tehlikeye girebilecek vatandaşların etkili bir şekilde korunmasını sağlamaya yönelik pratik önlemleri almasını zorunlu hale getirmelidir.

Bu önlemler arasında, AIHS kurumlarının kararları tarafından belirlenen kamunun haber alma hakkına da özellikle önem verilmelidir. Prensip, daha önce 8. madde ile tanınan bu haktan, yaşama hakkının korunmasını sağlamak için de yararlanmanın mümkün olduğu konusunda Büyük Daire de Daire ile aynı fikirdedir. Avrupa standartlarındaki yakın tarihli gelişmeler de bu yorumu desteklemektedir.

Her halükarda, ilgili yönetmelikler, söz konusu etkinliğin teknik yönlerini de göz önüne alarak, ilgili süreçteki eksiklikleri ve farklı düzeylerdeki sorumlular tarafından yapılmış olabilecek hataları belirlemeye yönelik süreçler oluşturmalıdır.⁵⁹

Mahkemeye göre:

[Y]etkililer dikkatlerine sunulan tehlikeyi ortadan kaldırmak için pozitif ödevlerinin gerektirdiği tedbirleri alma yükümlülüğü altındadır. Bu tehlike ölümcül hale gelmeden önce Ümraniye çöplüğüne gaz tahliye sistemlerinin yerleştirilmesi etkin bir önlem olabilirdi. Ve bu Türk Anayasasının 65. maddesine aykırı bir şekilde kaynakların aşırı kullanımı teşkil etmez ya da hükümetin iddia ettiği siyasal sorunlara yol açmazdı. Bu Türk hukukuna aykırı olmayacağı gibi Hükümetin Mahkemenin önünde dile getirdiği insani kaygıların da daha iyi bir göstergesi olurdu.⁶⁰

⁵⁹ AIHM Kararı, Öneriyıldız/Türkiye, 30.11.2004, Başvuru No: 48939/99, parag. 71, 89, 90.

⁶⁰ AIHM Kararı, Öneriyıldız/Türkiye, 30.11.2004, Başvuru No: 48939/99, parag. 107.

Görüldüğü gibi Mahkeme her ne kadar sosyal problemlerin çözümünde uygulanacak politikaların ne olması gerektiği konusunda taraf devlet makamlarının yerine geçerek karar vermekten imtina ediyorsa da, yaşam hakkını tehdit eden bir tehlikenin bertaraf edilmesi için alınacak etkin bir tedbirin ne olabileceğini ortaya koymaktan kaçınmamakta ve böyle bir tedbirin alınmaması sonucu meydana gelen ölüm olayından devleti sorumlu tutmaktadır.⁶¹

Öneriyıldız kararı, devletin pozitif yükümlülükleri konusunda AİHM'nin geliştirdiği içtihadın kilometre taşlarından biridir. Özdek'e göre bu karar, devletin yaşama hakkı çerçevesindeki yükümlülüklerini genişleten AİHM içtihadının bir örneğidir ve aynı zamanda AİHS ile çevre sorunları arasında bağ kuran, yaşama hakkının ihlali tehlikesini taşıyan çevre sorunlarında devletin sorumluluğunu Sözleşmeye dayandıran bir karar olarak da okunabilir.⁶²

Gözaltı, tutuklama veya hükümlülük gibi özgürlükten yoksun bırakma nedeniyle veya askerlik gibi bir görev nedeniyle Devletin kontrolü altında bulunan kişilerin intihar etmeleri veya üçüncü kişilerin şiddet kullanmaları sonucu ölümlerinden Devlet sorumlu tutulabilir mi?

Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin 2. maddesi, gerektiği hallerde yetkili makamlara, yaşamı başkasının suç teşkil eden fiilinden veya bizzat kendisinden kaynaklanan bir risk altında olan bir bireyi korumak için önleyici operasyonel tedbirler alma şeklinde pozitif bir yükümlülük de yükler.⁶³ Devletin kontrolü altındayken ölümün meydana geldiği olaylarda Mahkeme'nin görevi, olayın şartları içinde Devletin ilgili kişinin yaşamının risk altına girmesini önlemek için kendisinden beklenebilecek her şeyi yapıp yapmadığını belirlemektir.

Özgürlüğünden yoksun bırakılanlar korunmasız durumda olup, yetkililer onları korumakla görevlidir. Devletin gözetimi altındayken alınan yaraları açıklamak Devlete düşen bir ödevdir; bu durumdaki bir kişinin ölmesi halinde Devletin yükümlülüğü daha da ağırdır. Ölümün intihar sonucu olması halinde, ölenin gerçek ve yakın bir intihar riski taşıdığından yetkililer tarafından biliniyor veya bilinmesi gerekiyor olup olmadığı, eğer biliniyor veya bilinmesi gerekiyor ise, bu riski engellemek için kendilerinden makulce beklenebilecek her şeyi yapıp yapmadıkları incelenir.⁶⁴ Aynı şey, özgürlüğünden yoksun bırakılmış bir kimsenin üçüncü bir kişi tarafından öldürülmesi halinde de geçerlidir.⁶⁵

Mahkeme, *Tanrıkkulu/Türkiye* kararında, "kendi yetki alanları içinde bulunan herkese bu Sözleşme'nin 1. bölümünde açıklanan hak ve özgürlükleri tanırlar" şeklindeki Sözleşme'nin 1. maddesiyle ortaya konan Devletin genel görevinin ve bu madde ile bir-

⁶¹ Ali Rıza Çoban, "Strasbourg'da Herküllere İhtiyacımız Var mı? Ulusal Takdir Yetkisi ve Evrensel Standartlar Arasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi", *AÜHFĐ*, Cilt 57, Sayı 3, 2008, s. 207.

⁶² Yasemin Özdek, *Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye*, Ankara, TODAİE Yayınları, 2004, s. 156.

⁶³ AİHM Kararı, Uçar/Türkiye, 11.07.2009, parag. 83.

⁶⁴ AİHM Kararı, Keenan/İngiltere, 03.04.2001, parag. 91, 93.

⁶⁵ AİHM Kararı, Paul ve Audrey Edwards/İngiltere, 14.03.2002, parag. 54-56.

likte okunan 2. maddenin “yaşama hakkını güvence altına alma sorumluluğu”, ölümlerle sonuçlanan Devlet görevlilerinin kuvvet kullandığı hallerde etkili resmi bir soruşturmanın yapılmasını gerekli kıldığını hatırlatmaktadır.⁶⁶

Mahkeme, *Kaya/Türkiye* davasında, “kamu görevlilerinin keyfi bir biçimde adam öldürmelerinin Sözleşme’nin 2. maddesinde yasaklanmasının, uygulamada kamu makamlarının kullandıkları şiddetin hukuksallığını denetleyecek bir makamın bulunmaması durumunda bir anlamı olmayacağı” tespitinde bulunmuştur. Mahkeme’ye göre, 2. maddedeki yaşama hakkının korunması, kamu görevlileri tarafından kullanılan şiddetin belli koşullar altında hukuka uygun mu, aykırı mı olduğunun bağımsız bir şekilde incelenmesini, bu konularda kamu görevlilerinden hesap sorulabilmesini gerekli kılar.⁶⁷

AİHM kararlarında belirttiği gibi, devletin, kendi gözetimindeki kişilerin sağlığını korumak konusunda pozitif yükümlülüğü bulunmaktadır. Devlet bu kişilerin sağlığı ile ilgili önlemleri almakla, gereken tedaviyi ve ilaçları sağlamakla yükümlüdür. Mahkeme, devletin bu yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde, Sözleşme’nin işkence ve kötü muameleyi yasaklayan 3. maddesinin ihlâl edildiğine karar vermektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi birçok olayda hasta kişilerin tutuklu olarak tutulmasının insanlık dışı muamele veya ceza yasağı ile bağdaşır bağdaşmadığını incelemiştir. *Gelfmann/Fransa* davasında Mahkeme, 20 yılı aşkın bir süre AIDS hastası olan ve adam öldürme suçundan tutuklu olan kişinin serbest bırakılmamasını 3. maddenin ihlâli olarak görmüştür.⁶⁸ Benzer şekilde *Farbtuhs/Litvanya* davasında Mahkeme, uzmanların serbest bırakılması yönünde görüş bildirmelerine rağmen, 84 yaşında Parkinson hastası ve felçli bir kişinin bir yıldan fazla tutuklu kalmasını, insanlık dışı bir muamele olarak değerlendirmiş ve 3. maddenin ihlâl edildiğine karar vermiştir. Bu davada başvuru 2. Dünya Savaşı sırasında işlediği insanlığa karşı suçlar ve soykırım suçu nedeniyle yargılanıyordu. Ancak Mahkeme, suçun niteliğini devletin yükümlülüklerini etkileyen bir unsur olarak görmemiştir.⁶⁹

Strasbourg Mahkemesi, hasta bir insanın tutukluluğunun insanlık dışı ya da onur kırıcı muamele olup olmadığını incelerken; tutuklunun sağlık durumu, tutukluluk sırasında gösterilen bakım ve tedavinin yeterli olup olmadığı, sağlık durumu göz önünde bulundurulduğunda tutukluluk durumunun devamının doğru olup olmayacağı ve hastanın durumunun kötüleşmesi olasılığı unsurlarını dikkate almaktadır. Tutuklu, hastalığı nedeni ile serbest bırakılmıyorsa, o zaman Mahkeme, devletin yeterli tedavi ve destek verip vermediğini incelemektedir. Mahkeme’nin incelediği noktalardan biri de, tutuklu hastanın tedavisine ilişkin kayıtların düzgün tutulup tutulmadığı hususudur.⁷⁰ *Aleksanyan/Rusya* davasında Mahkeme, tutuklu bulunan AIDS’li bir hastaya antiretroviral ilacın bir yıl geç verilmesi, ayrıca cezaevindeki hastanenin antiretroviral tedavi konusunda yeterli uzmanlığa sahip olmaması

⁶⁶ AİHM Kararı, Tanrıkulu/Türkiye, 16.11.2000, Başvuru No: 23763/94, parag. 101.

⁶⁷ AİHM Kararı, *Kaya/Türkiye*, 16.02.1998, parag. 86-87.

⁶⁸ AİHM Kararı, *Gelfmann/Fransa*, 14.12.2004, Başvuru No: 25875/03.

⁶⁹ AİHM Kararı, *Farbtuhs/Litvanya*, 02.12.2004, Başvuru No: 4672/02.

⁷⁰ Rıza Türmen, “Tutukluların İnsan Hakları”, Milliyet, 22 Haziran 2009.

nedenleriyle Sözleşmenin 3. maddesinin ihlâline karar vermiştir.⁷¹ *McGlinchey ve Diğerleri/İngiltere* davasında Mahkeme, tutuklunun giderek kötüleşen sağlık durumu karşısında ilgililerin tepkisiz kalmaları, verilen tedavinin yetersizliği ve hastaneye çok geç sevk edilmesi nedeniyle yine Sözleşmenin 3. maddesinin ihlâline karar vermiştir.⁷²

Devletin koruma yükümlülüğünün sınırlarının nereye kadar uzandığı sorusunu gündeme getiren davalardan biri de *van Kück/Almanya* davasıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bir dairesi 12 Haziran 2003 tarihinde 3'e karşı 4 oyla, transseksüel eğilimli bir kişinin geçirdiği cinsiyet değişikliği ameliyatı masraflarının özel sağlık sigortası tarafından ödenmesini sağlama konusunda devletin yükümlülüğü bulunduğuna karar vermiştir.⁷³

Sonuç

Çalışmada değinilen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları, temel hakları koruma-ya yönelik geleneksel normlar ile değişen dünyada devlete düşen ödevler arasında sıkı bir bağlantı bulunduğunu göstermektedir. Devletin kişilerin özel alanına müdahalesine ilişkin yasaklama, devletin temel hakları koruma yükümlülüğü ile tamamlanmaktadır. Devlet, eskiden olduğu gibi, ilk planda ve kural olarak düzenleme yapmak ve hukuka aykırı eylem ve işlemlere karşı yaptırım uygulamak suretiyle önleyici veya bastırıcı işlevini sürdürmektedir.

İnsan haklarını yargısal yoldan korumak üzere kurulmuş uluslararası bir mahkeme söz konusu olduğunda temel bir problem özel önem arz etmektedir. Toplum ve bireyleri korumak üzere gerekli tedbirleri almak, öncelikle başta yasama ve yürütme olmak üzere yetkili devlet organlarının görevidir. Uluslararası bir mahkeme kural olarak yalnızca ağır insan hakları ihlallerini tespit eder. Bu bağlamda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ulusal takdir yetkisi doktrinini geliştirmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi pek çok kararında bir meselenin ele alınması sırasında ulusal makamların daha avantajlı bir konumda olduğunu, kendi rolünün tamamıyla ikincil olduğunu ve ancak meselenin bireysel başvuru olarak önüne getirilmesi halinde bir inceleme yapabileceğini, bu incelemenin de Sözleşmeye uygunluğun denetlenmesi amaçlı olduğunu, buna karşın ulusal makamların takdir yetkilerinin esasına prensip olarak müdahale edemeyeceğini belirtmiştir. Ulusal makamlar bir hakkın tesisinde veya sınırlandırılmasında belirli bir takdir yetkisine sahip olacaklardır. Kuşkusuz bu takdir yetkisi her olay bazında mahkeme tarafından denetlenebilecektir. Mahkeme pozitif ödevlerle ilgili olarak taraf devletlerin takdir yetkisine sahip olduğuna hükmetmiştir. Ancak bu takdir yetkisinin kapsamı çeşitli faktörlere bağlı olarak değişecektir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki hakların ulusal düzeyde etkili bir biçimde korunması için taraf devletin Sözleşme'den doğan pozitif yükümlülüklerini yerine getirmesi gerekir. Bununla birlikte pozitif yükümlülüklerin sınırları çizilmiş değildir. Kuşkusuz bu konuda Mahkemenin kararları taraf devletler bakımından yol gösterici niteliktedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararları, Sözleşme'deki hakların koruma alanını genişletirken, Sözleşmeciler Devletlerin yükümlülüklerin kapsamını da genişletmektedir.

⁷¹ AİHM Kararı, Aleksanyan/Rusya, 22.12.2008, Başvuru No: 46468/06.

⁷² AİHM Kararı, McGlinchey ve Diğerleri/İngiltere, 29.04.2003, Başvuru No: 50390/99.

⁷³ AİHM Kararı, van Kück/Almanya, 12.06.2003, Başvuru No: 35968/97.

Kaynakça

- Akandji-Kombe, Jean-François, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler*, Belçika, Avrupa Konseyi Yayınları, 2008.
- Bernhardt, Rudolf, "Schutz von Leben und Gesundheit durch europäische Grundrechte: Anmerkungen zur Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte", Bernd-Rüdiger Kern et al. (der.), *Humaniora: Medizin-Recht-Geschichte: Festschrift für Adolf Laufs zum 70. Geburtstag*, Berlin, Springer Verlag, 2006, s. 703-709.
- Blau, Kerstin, "Neuere Entwicklungen in der Schutzpflichtdogmatik des EGMR am Beispiel des Falles "Vo/ Frankreich"", *ZEuS*, Heft 3, 2005, s. 397-440.
- Bleckmann, Albert, "Die Entwicklung staatlicher Schutzpflichten aus den Freiheiten der Europäischen Menschenrechtskonvention", Ulrich Beyerlin et al. (der.), *Recht zwischen Umbruch und Bewährung, Festschrift für Rudolf Bernhardt*, Berlin, Springer Verlag, 1995, s. 309-321.
- Bleckmann, Albert, *Staatsrecht II-Grundrechte*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 4. Auflage, 1997.
- Cooper, Jonathan, "Özel ve Aile Yaşamının Korunması: İHAS m. 8", Teoman Ergül et al. (der.), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İdari Yargı*, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2006, s. 117-131.
- Çavuşoğlu, Naz, "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ni "Yaşayan Belge" Yapan Yorum Teknikleri", *İnsan Hakları Yılığ*, Cilt 14, 1992, s. 131-146.
- Çavuşoğlu, Naz, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topuluk Hukuku'nda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine*, Ankara, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, 1994.
- Çoban, Ali Rıza, "Strasbourg'da Herküllere İhtiyacımız Var mı? Ulusal Takdir Yetkisi ve Evrensel Standartlar Arasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi", *AÜHFD*, Cilt 57, Sayı 3, 2008, s. 187-223.
- Doğru, Osman, "Pozitif Yükümlülükler", 2007 Yılı İdari Yargı Sempozyumu, <http://www.danistay.gov.tr> (Erişim Tarihi 20 Nisan 2009).
- Dröge, Cordula, *Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Berlin, Springer Verlag, 2003.
- Frowein, Jochen A. ve Peukert, Wolfgang, *Kommentar zur EMRK*, Kehl, Engel Verlag, 1996.
- Gölcüklü, Feyyaz ve Şeref Gözbüyük, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2002.
- Grabenwarter, Christoph, *Europäische Menschenrechtskonvention*, München, Verlag C.H. Beck, 2005.
- Grewe, Costance, "Vergleich zwischen den Interpretationsmethoden europäischer Verfassungsgerichte und des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Band 61, 2001, s. 459-473.
- Jaeckel, Liv, *Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht: Eine Untersuchung der deutschen Grundrechte, der Menschenrechte und Grundfreiheiten der EMRK sowie der Grundrechte und Grundfreiheiten der Europäischen Gemeinschaft*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2001.
- Klein, Eckart, "Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates", *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 27, 1989, s. 1633-1640.
- Koch, Ida Elisabeth, "The Justiciability of Indivisible Rights", *Nordic Journal of International Law*, Cilt 72, No 1, 2003, s. 3-39.
- Meyer-Ladewig, Jens, *Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2003.
- Mowbray, Alastair, *The Development of Positive Obligations Under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2004.
- Murswiek, Dietrich, "Die Pflicht des Staates zum Schutz vor Eingriffen Dritter nach der EMRK", von Hans-Joachim Konrad (der.), *Grundrechtsschutz und Verwaltungsverfahren unter besonderer Berücksichtigung des*

- Asylrechts-Internationaler Menschenrechtsschutz*, Berlin, Duncker&Humboldt Verlag, 1985, s. 213-242.
- Özdek, Yasemin, *Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye*, Ankara, TODAİE Yayınları, 2004.
- Robbers, Gerhard, *Sicherheit als Menschenrecht*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1987.
- Stern, Klaus, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III/1, München, Beck Verlag, 1988.
- Stieglitz, Edgar, *Allgemeine Lehren im Grundrechtsverständnis nach der EMRK und der Grundrechtsjudikatur des EuGH: Zur Nutzbarmachung konventionsrechtlicher Grundrechtsdogmatik im Bereich der Gemeinschaftsgrundrechte*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2003.
- Streuer, Wibke, *Die positiven Verpflichtungen des Staates: Eine Untersuchung der positiven Verpflichtungen des Staates aus den Grund- und Menschenrechten des Grundgesetzes und der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2003.
- Sudre, Frédéric, "Les obligations positives dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme", *RTDH*, 1995, s. 363-384.
- Szczekalla, Peter, *Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht*, Berlin, Duncker & Humblot Verlag, 2002.
- Tezcan, Durmuş / Erdem Mustafa R. ve Sancaktar Oğuz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2002.
- Türmen, Rıza, "Tutukluların İnsan Hakları", *Milliyet*, 22 Haziran 2009.
- Wiesbrock, Katja, *Internationaler Schutz der Menschenrechte vor Verletzungen durch Private*, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 1999.
- Yıldız, Mustafa, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargısı*, İstanbul, Alfa Yayınları, 1998.

Summary

It can be said that states have mainly three duties which as to respect, protect and doing the necessary, concerning human rights. The duty to respect means is not to be intervened by the state. The duty of the state's protection means is any non-state threat and infringement must be prevented by the state. In other words, the duty of protection requires the protection of the holders of a right against the third persons' intervention by the state and punishment of law perpetrators. The duty of doing the necessary called also as the duty of application requires that special positive measures must be taken with the goal of enabling the right to be activated and utilized entirely.

The Protection of Fundamental Right ensured by the European Convention on Human Rights is not only limited with the protection of individuals' area of freedom against the intervention of the state. Considering the features of judicial rights guaranteed in the convention, it has been evidently seen that the rights appearing in the convention are not in the quality of rights of defense but have a nature of supplying broader protection. Within the framework of these rights, it is requested that the state should secure the rights and enable them to be able to be utilized through taking positive precautions. For about 30 years, the European Court of Human Rights has developed the notion of "Positive Obligations" as a notion out of the basic assurances in the convention. The European Court of Human Rights has recognized that the duty of according a right in the first article of the convention imposes not only negative but also positive obligations on state parties.

While creating positive obligations out of the convention, it has been based on three various reasons. The first view bases positive obligations on human dignity which is a general principle. The second view claims that positive obligations are related to the rights in the convention and these obligations should be revealed by way of dynamic interpretation. The third view creates positive obligations by means of linking up between the first article of the convention and the others.

The notion of positive obligation has been defined as precautions to be taken by the state in order to ensure the activity of human rights, prevent the intervention for the fundamental rights by the third persons, and the enjoyment of a right effectively.

The European Court of Human Rights has admitted that the European Convention on Human Rights (ECHR) includes positive obligations; however, it does not make any definition related to positive obligation. Even though the court has not defined the notion of 'positive obligation', it has regarded the circumstances that require the state parties to go into action as positive obligation.

When the notion is defined to express all the cases that requires state parties should take positive manner, positive obligations can occur in many different ways like taking precautions against the incoming threats from the outside or the third persons, providing some opportunities, informing, providing translator, providing medical assistance or fixing penalty provisions to prevent the human rights from being invaded by others, and questioning the resultant invasions of the rights efficiently and punishing the perpetrators of these invasions.

It has been seen that positive obligations are systematized in three categories in legal literature. Social-dimensional positive obligations take place in the first category. According to the positive obligations taking place in this category, the state should be engaged in activities which will enable the individuals to be able to use their rights in the convention. The Second category has been named as cross-protection or in a limited sense the duty of protection. With reference to this, the state is always obliged to go into action when the intervention of the third persons to others' rights is the case. The third category comprises the duty of taking procedural or operational precautions. It can be regarded as the duty of procedural protection, as well.

In the first place, there are two norms to consider in the convention related to preservation of life and health. The first one is the second article ensuring preservation of life and the other is the eighth article regulating the right to respect for private and family life. When the preservation of life and health is the case, the rights of freedom in these two articles are to be taken into consideration. In accordance with traditional understanding of fundamental rights, these two basic rights primarily aim to protect the individuals against the intervention and attack aiming at governmental bodies. However, substantial part of attacks against life and health occurs due the negligence of the state or existence of non-governmental persons at the present time. In modern understanding of the fundamental right, it has been recognized that the duty of the state is not only to intervene the individuals' private sphere but also protect the fundamental rights and be active in preventing the threats that may come from private persons or various sources. Consequently, what controversial in this respect is not only the cross-effect of the rights but also the point that the state is directly obliged to take action in the way of preservation of individuals' life and health. In course of time, this conception has progressed and been acknowledged within the framework of the European Convention on Human Rights. As a matter of fact, the case laws of ECHR show that this conception has been embraced.

While adjudicating concrete inconsistent cases coming in due course, the European Court of Human Rights has developed which positive obligations are to be carried out by the states in the matter of preservation of life and health.

The matter how to protect the rights in the convention largely depends on the member states themselves. In this sense, states have discretionary right. However, it has been observed that the court designates the duties that positive obligations generated for the state more and more elaborately.