

YAŞAM HAKKI: AİHM KARARLARI VE İDARİ YARGI UYGULAMASI

Serkan KIZILYEL*

ÖZET

Yaşam hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde düzenlenen en temel haktır. Bu hakkın yeterince korunamaması halinde, Sözleşmede yer alan diğer hak ve özgürlükler anlamsız hale gelecektir. Yaşam hakkının korunması konusunda devletlere yüklenen negatif ve pozitif yükümlülükler bulunmaktadır. Bu yükümlülüklerin yerine getirilmesinin denetlenmesi konusunda ise idari yargıya önemli bir sorumluluk düşmektedir. İdari yargıda bu denetim genelde tam yargı davaları yoluyla yapılmaktadır. Ancak iptal davalarında da yaşam hakkı gündeme gelebilmektedir. İdari yargının denetim sorumluluğunu yeterince yerine getirmemesi halinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu hakkın ihlal edildiğine karar verebilmektedir. Bu bakımdan, idari yargının Mahkemenin bu hakkı korurken kullandığı tüm temel parametreleri kabul etmesi ve etkin bir şekilde uygulaması gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Yaşam Hakkı, Pozitif Yükümlülük, Öldürme Yasağı, İdari Yargı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi.

RIGHT TO LIFE: ECTHR'S CASE LAW AND THE PRACTICE OF THE ADMINISTRATIVE JUDICIARY

ABSTRACT

The right to life is the most fundamental right regulated in the European Convention on Human Rights. In case of insufficient protection of this right, other rights and freedoms enshrined in the Convention become meaningless. There are negative and positive obligations loaded on states to protect the right to life. Supervising the fulfilment of these obligations is a significant responsibility for the administrative jurisdiction. This control is generally carried out through full remedy actions in administrative judiciary. However, the right to life also may arise over the course of annulment actions. Whereas the administrative judiciary fails to fulfil the responsibility of supervision effectively, the European Court of Human Rights could decide that the right has been violated. In this regard, administrative judiciary should accept and effectively implement all fundamental parameters of the Court that are applied over the course of the protection of the right.

Keywords: Right to Life, Positive Obligation, Prohibition of Killing, Administrative Judiciary, European Court of Human Rights

* Dr., Hâkim, Danıştay, s_kizilyel@hotmail.com

1. GİRİŞ

Yaşam ile ilgili olarak söylenebilecek ilk husus, onun çok değerli ve kutsal olduğudur.¹ Yaşama olanağı insan için en temel sermaye ve her şeyin başlangıcıdır. Bundan dolayı insanın doğal olarak sahip olduğu ilk hakkın yaşam hakkı olduğu kabul edilir.² İlk olması nedeniyle diğer tüm hakların öncesi ve ön şartıdır. Dolayısıyla varlığa ilişkin her şeyin temelini oluşturan yaşamın korunması, insanın değişmeyen en önemli önceliğini oluşturmaktadır.

İnsan, yaşamını korumak için her türlü tedbiri almış ve bu amaçla devleti kurmuştur. Bu yönüyle devletin amacı, insanların yaşamını korumak ve buna yönelik tehlikeleri bertaraf etmektir. Bununla birlikte, yaşama yönelik tehlikeler halen bütünüyle giderilememiştir. Hatta yaşamı korumak için kurulan devlet, yaşam hakkını tehdit eder hale gelmiştir. Büyük ve bütünleşmiş bir örgüte sahip olan devletin bu hakkı ihlal etmesi diğer faillerden daha kolay olabilmektedir. Bu noktada, devletin işlem ve eylemlerini denetleyen idari yargının önemi belirlemektedir.

Özellikle İkinci Dünya Savaşı öncesinde ve Savaş sırasında devletin neden olduğu kitlesel ihlaller nedeniyle doğal hukukta var olduğuna kuşku bulunmayan yaşam hakkı, uluslararası pozitif normlara da girmeye başlamış ve uluslararası seviyede de korunmaya çalışılmıştır. Bu anlamıyla yaşam hakkı, bu hakka tehlike olabilen ya da dışarıdan beliren tehlikeyi giderebilen devleti, yaşamı koruma konusunda zorlamaktadır.³

Yaşam hakkı, medeni ve siyasi haklar olarak da ifade edilen birinci kuşak haklardan olup doğal hukukun ve liberal öğretinin norm hale getirilmiş formudur. Bu hak, insan haklarının tarihsel süreci içerisinde evrilmesinde ve devletin demokratik hukuk devleti niteliğinin ortaya konulmasında ölçüt

¹ Arzu Besiri, “Ötenazi ve Yaşam Hakkı”, *TBB Dergisi*, sayı 86, 2009, s. 193.

² A. Kadir Çüçen, *İnsan Hakları*, Bursa, MKM Yayıncılık, 2011, s. 78.

³ “Yaşam Hakkı: A- Önce insanın, fizik-biyolojik-psikolojik varlığını, arızasız olarak sürdürebilmek için gerekli olan bir sağlık ve bütünlük içinde dünyaya gelebilmesini deyimler; B- Sonra, insanın, fizik-biyolojik varlığına, doğumu olayı ile birlikte hemen eklenecek olan moral-entelektüel girişim olanaklarına sahip olarak, sürebilmesini deyimler; C- Daha sonra, böylece, fiziki-biyolojik-psikolojik-moral-entelektüel bütünlüğünü kazanmış insan varlığının-hukuksal kişilik yönü ile beraber- toplumun yararı adına da olsa, doğa yasasından gelenden başka, hiçbir yeryüzü bağ, önlem, zor yapım (müeyyide) ile sınırlanmamasını, etkilenmemesini, noksana uğratılmamasını, yok edilmemesini deyimler.” Ayrıntılar için bkz. Bahri Savcı, *Yaşam Hakkı ve Boyutları*, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1980, s. 14.

olarak ele alınabilecek niteliktedir.⁴ O, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde (Sözleşme) düzenlenen ilk haktır. Onun ihlal edilmesi durumunda, diğer haklar anlamsız hale gelmektedir.⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (Mahkeme), bu hakkı ilk incelediği 1994 yılından beri hakkın kapsamını zenginleştirmek ve farklı alanlara yaygınlaştırmak suretiyle geniş bir koruma alanı oluşturmuştur.⁶ Mahkemeye göre, yaşam hakkı Sözleşmenin en temel maddelerinden birisini oluşturduğundan barış zamanında Sözleşmenin 15. maddesine göre istisna tutulmasına izin verilmemektedir. Yine, Sözleşmenin 2. maddesi, 3. madde ile birlikte Avrupa Konseyini oluşturan demokratik toplumların temel değerlerini oluşturmaktadır.⁷ Buna göre, Mahkeme yaşam hakkını demokratik toplumun vazgeçilmez unsuru olarak algılamaktadır.

Yaşam hakkının Sözleşmede düzenlenme tarzı da onun önceliği ile uyumlu olmuştur. Sözleşmenin 2. maddesinin 2. fıkrasında yer alan “ölüm, aşağıdaki durumlardan birinde mutlak zorunlu olanı aşmayacak bir güç kullanımı sonucunda meydana gelmişse” ibaresinde yer alan “mutlak” ve “zorunlu” terimleri ölümcül güç kullanımı konusunda Sözleşmede yer alan diğer maddelerden ayrılır. Sözleşmenin diğer maddelerinde, özellikle 8. ila 11. maddelerinde, istisnalara yer verilmesine rağmen, istisnaları daraltan bu yönde bir ibare yer almamaktadır.

Uygulamada yaşam hakkı ihlaline ilişkin iddiaları ciddiyetle ele alan Mahkeme, yaşam hakkının sözleşmede düzenleme biçimini de dikkate alarak, diğer maddelerden daha sert bir inceleme yapmaktadır. Buna göre Mahkeme, devletin kullanacağı ölümcül gücün Sözleşmede yer alan ve çok dar yorumlanan ölçütlere uygun olmasını arar. Bu kapsamda, böylesi bir güç kullanımının mutlak şekilde gerekli olanın ötesine geçmemesini ilkesel olarak şart koşmaktadır. Buna ek olarak Mahkeme, ölümcül gücün demokratik toplumda gerekli olmasını, başka bir ifade ile meşru araçlara dayanmasını da aramaktadır.⁸

Bu çalışmanın amacı, Sözleşme uygulamasında büyük bir öneme sahip olan yaşam hakkının idari yargı uygulamasını incelemektir. Bu kapsamda,

⁴ Cengiz Topel Çiftçioğlu, “Yaşam Hakkı”, *TBB Dergisi*, sayı 103, 2012, s. 138.

⁵ Douwe Korff, *Yaşam Hakkı: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap*, 4. baskı, İstanbul, Beta Basım, 2003, s. 751.

⁶ Robin CA White, Clare Ovey, *The European Convention on Human Rights*, 5. Baskı, Oxford, Oxford University Press, 2010, s. 143.

⁷ *Mc Cann ve diğerleri/Birleşik Krallık*, AİHM, No. 18984/91, 5 Eylül 1995, p. 147.

⁸ Korff, *a.g.e.*, s. 24.

idari yargıya yansıyan olaylarla ilgili olarak Mahkemenin, yaşam hakkının korunması amacıyla geliştirdiği ilkeler ile bunların idari yargıya etkileri değerlendirilecektir. Bu doğrultuda, idari yargının ve özelden Danıştay'ın kararlarının Sözleşme karşısındaki durumu ve Mahkeme kararlarına ne ölçüde uygun düştüğü ele alınacaktır. Yine, Danıştay'ın içtihadını Mahkeme kararları doğrultusunda değiştirmesi gereken alanlar dikkate sunulacaktır.

2. YAŞAM HAKKININ İDARİ YARGI İLE İLİŞKİSİ

Kural olarak yaşam hakkı, adli yargının konusuna girmektedir. Yaşam hakkı ihlalinin öncelikle ceza hukukuna ilişkin bir alan olduğunu ifade etmek yanlış olmayacaktır. Gerçekten, gerek Sözleşmenin 2. maddesinin kaleme alınma tarzı, gerek Mahkemeye yapılan başvurular ve Mahkemenin ürettiği içtihat, yaşam hakkının ceza hukuku ağırlıklı olarak ele alındığı kanaatini oluşturmaktadır. Bu anlamda, yaşam hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddiaların incelenmesinde, Mahkeme öncelikle ceza yargılaması üzerinde yoğunlaşmaktadır.

Mahkeme, yaşam hakkının ihlal edildiği olaylarda mutlaka ceza yargısının olay hakkında soruşturma ve yargılamaya başlamasını beklemektedir. Nitekim Mahkeme'ye göre, Sözleşmenin 2. maddesinin gerektirdiği yargı sistemi, ölüm olaylarının olduğu olaylarda gerektiğinde cezai yaptırımını temin eden bağımsız ve tarafsız soruşturma ve yargılamayı içermelidir.⁹ Cezai sorumluluğun olduğu olaylarda, mutlaka idari yargıya başvurulması zorunluluğu aranmamaktadır.

Bu değerlendirmenin bir sonucu olarak, yaşam hakkının ihlal edilmekle birlikte cezai yaptırımın uygulanmadığı olaylarda, Türkiye tarafından yapılan savunmalarda, iç hukuk yollarının tüketilmediği, zira iç hukukta durumuna göre özel hukuk ya da idare hukuku sorumluluğunun bulunduğu, idare ve hukuk mahkemelerinin ceza mahkemelerine göre daha esnek delil elde etme ve değerlendirme olanağına sahip olduğu, bu yönde ilgili mahkemelere başvurulması halinde iç hukuktan bir sonuç alınabileceği ileri sürülmesine rağmen bu iddialar Mahkeme tarafından yerinde bulunmamaktadır.

Bu yönde iddianın ileri sürüldüğü bir başvurusunda¹⁰ Mahkeme, Türk hukukunda medeni, idari ve cezai telafi yöntemlerinin bulunduğu ve bunların farklı sorumluluk türleri olduğunu kabul etmiştir. Bu kapsamda da, idari yargının telafi yöntemleri arasında Anayasanın 125. maddesine göre kusursuz

⁹ Önerıldız/Türkiye, AİHM, No. 48939/99, 30 Kasım 2004, p. 94.

¹⁰ Yaşa/Türkiye, AİHM, No. 63/1997/847/1054, 2 Eylül 1998.

sorumluluk olduğunu belirtmiştir. Mahkemeye göre, bu sorumluluk türünde devletin sorumlu olarak kabul edilebilmesi için hukuka aykırı faaliyette bulunan devlet görevlisinin kimliği önemli değildir. Bununla birlikte, Sözleşmenin 2. maddesi kapsamında yer alan yükümlülük, ölümcül eylemde bulunanın kimliğini tespit ve bunların cezalandırılması zorunluluğunu bünyesinde barındırır. Buna göre Mahkeme, devletlerin idari yargı araçlarıyla zararların karşılanması suretiyle sorumluluktan bu şekilde kurtulmalarını kabul etmemektedir. Aksi takdirde, Sözleşmenin 2. maddesi uyarınca kusursuz sorumluluğun esas alınması ve mutlaka tüketilmesi gereken bir yol olarak kabul edilmesi halinde, devletin suçluyu bulma yönündeki yükümlülüğü kaybolacaktır. Bu nedenle yaşam hakkı bakımından medeni ya da idari yargı yollarına başvuru zorunluluğu getirilemez.¹¹ Mahkeme, bu değerlendirmeyi kusursuz sorumluluk ilkesi yönünden yapmakta ise de, bunun hizmet kusuru için de geçerli olacağına kuşku bulunmamaktadır.

Bununla birlikte Mahkeme, yaşam hakkının ve bedensel bütünlüğün ihlal edildiği durumların kasta bağlı olmayan eylemlerden doğması halinde ise, idari ve disiplin işlemlerinin yürütülmesine bağlı olarak ceza hukukuna ilişkin usule başvurulması zorunluluğu bulunmadığını ortaya koymaktadır.¹² Buna göre, ihlale konu olan eylemin niteliğine ve maddi olayın durumuna göre, ceza hukukunun gereklerini yapma zorunluluğu aranmayabilir. Bu hallerde, Sözleşmenin 2. maddesinde yer alan yükümlülüklerin yerine getirilmesi idari yargıdan talep edilecektir.¹³ Bu durum, idarenin yaşam hakkına saygılı olmasının yanında, yaşamı başka kaynaklardan gelecek tehlikelere karşı koruma yükümlülüğünden de kaynaklanmaktadır.¹⁴ *Vo* başvurusunda, tıbbi uygulama hatası sonrası hamileliğin sona ermesi üzerine açılan ceza davasında hekimlerin beraat etmesi üzerine Mahkeme, olayda idari yargıya başvurulmaması nedeniyle idarenin ihmalinin irdelenmesine gidilmeyeceğine karar vermiştir.¹⁵

Yaşam hakkının korunması sorunu, bazı olaylarda, sadece idari yargı önünde belirebilmektedir. İdari yargının konuyu ele aldığı hallerde, idari yargı

¹¹ *Yaşa/Türkiye*, p. 71-75.

¹² *Öneryıldız/Türkiye*, p. 92.

¹³ Anlatılan durum, medeni hak ve yükümlülüğe ilişkin olarak açılacak davaların idari yargının görev alanı içerisinde kaldığı durumlar bakımından geçerlidir. Medeni davanın hukuk mahkemelerinde açılacağı davalar bakımından aynı açıklama bu kez hukuk yargısı için geçerlidir.

¹⁴ Safa Reisoğlu, **Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları**, İstanbul, Beta Basım, 2001, s. 38.

¹⁵ *Vo/Fransa*, AİHM, No. 53924/00, 8 Temmuz 2004.

organları tarafından yapılan yargılamanın ve verilen kararların bizatihi kendisi de Sözleşmeye uygunluk testine tabi tutulmaktadır.¹⁶ Buna ilişkin pek çok örnek karar vardır. Bu kararlar, yaşam hakkının korunmasının idari yargının da bir yükümlülüğü olduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Bu nedenle, sadece idari yargı kararlarının değerlendirildiği başvurularda, idari yargı organlarının tutumlarının Sözleşmenin 2. maddesine uygunluğu incelemesi yapılmaktadır. Yaşam hakkının idari yargıdaki görünümü daha çok “idarenin kamu hukuku kurallarına ve idari yargıya tabi olan mali sorumluluğudur.”¹⁷ Bununla birlikte, istisnai olarak da hukuka aykırı olan işlemlerin iptal edilmesi şeklinde de yaşam hakkı korunmaktadır.

Hem idari hem de cezai sorumluluğun bulunduğu hallerde, Mahkemenin tarafların ileri sürdüğü iddialar çerçevesinde bir değerlendirme yaptığı gözlemlenmektedir. Bununla birlikte, Mahkeme her iki yargı yerinde de yapılan yargılamanın Sözleşmenin 2. maddesindeki yükümlülüklerle uygun olup olmadığını incelemektedir.¹⁸ Buna göre, bu iki yargı organınca yapılan yargılamadan birinin dahi sorunlu olması halinde, ihlal kararı verilmektedir. Bazen Mahkeme, davacıların iddialarını derinleştirerek farklı yönlerden ihlal bulması veya kararında sorun bulunan yargı yerinin değerlendirmesine daha fazla değer atfetmesi mümkündür. Bu yaklaşımın bir sonucu olarak Mahkeme, ceza yargılamasında bir sorun görmediği ve ceza mahkemesi kararına bir itirazın bulunmadığı, tüm iddianın idari davaya yöneldiği durumda sadece idari yargılamanın vardığı sonuçtan hareket etmek suretiyle ihlal kararı vermektedir.¹⁹

Sonuç olarak, yaşam hakkının öncelikli konusunu ceza hukuku oluşturduğunun kabul edilmesi doğaldır. Bununla birlikte, gerek bir idari işlemin gerek ise de bir idari eylemin yargısal denetimi nedeniyle idari yargı işlevinde de, yaşam hakkının geniş uygulaması vardır. Yine genel olarak ifade edilebilir ki Mahkeme tarafından ihlal kararı verildiği hallerde konunun idari yargıda hizmet kusuru ve iptal ile malul olarak kabul edilmesi gerekir.

3. YAŞAMIN BAŞLANGICI VE SONU

Sözleşmenin 2. maddesinde geçen “herkesin yaşam hakkı yasayla korunur” ifadesinde yer alan “herkes” (everyone veya toute personne) terimi,

¹⁶ Eğitim hakkı bakımından bkz. *Temel ve diğerleri/Türkiye*, AİHM, No. 36458/02, 3Mart 2009.

¹⁷ Kemal Gözler, Gürsel Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, 11. baskı, Bursa, Ekin Basım, 2011, s. 745.

¹⁸ *Çoşalev/Türkiye*, AİHM, No. 1413/07, 9 Ekim 2012.

¹⁹ *Kayak/Türkiye*, AİHM, No. 60444/08, 10 Temmuz 2012.

salt gerçek kişileri kapsamaktadır. Buna göre, yaşam hakkı ancak bireylerin hayatını güvence altına almaktadır. Hayvanlar “herkes” kapsamında olmadıkları için Sözleşme tarafından korunmamaktadırlar.²⁰ Benzer şekilde, şirket, dernek, siyasi partiler gibi özel hukuk ya da kamu hukuku tüzel kişileri de yaşam hakkı kapsamında değerlendirilemez.²¹ Bununla birlikte, tüzel kişiler bütünüyle Sözleşmenin koruması dışında değildir. Tüzel kişilerin de hakkın türüne göre, Sözleşmede yer alan nimetlerden yararlanmaları mümkündür.²²

Sözleşme kapsamında korunan yaşamın tam olarak ne zaman başladığı tartışma konusudur.²³ Sözleşme, yaşamın başlangıcı noktasında herhangi bir hüküm içermemektedir. Bu bakımdan, Mahkemenin bu konuda taraf devletlere bir takdir alanı (margin of appreciation) bıraktığı görülmektedir. Bir kararında Mahkeme, yaşamın ne zaman başlayacağı konusunda devletlerin, Sözleşmenin yaşayan bir belge olduğu ve günün koşullarına göre değerlendirilmesi gerektiği ilkesini dikkate almak suretiyle, geniş takdir yetkisinin olduğunu belirtmiştir. Bu takdirin nedeni, bu konuda bilimsel ve hukuki anlamda bir Avrupa uzlaşısının olmamasıdır.²⁴ Yarışan menfaatler arasında bir dengenin bulunması ulusal makamlara bırakılmış durumdadır.

Mahkeme, ceninin “herkes” ifadesi kapsamında değerlendirilemeyeceği yönünde karar vermektedir. Mahkeme, daha önce Komisyonun verdiği kararları devam ettirmek suretiyle ceninin yaşam olarak kabul edilmesinden ısrarla kaçınmaktadır. Mahkemenin konuyla ilgili olarak baktığı davalardan biri *Vo*'dur. Bu davada, altı aylık hamile olan başvuru rutin kontrolü için

²⁰ Hayat sahibi tüm canlılar içinde sadece insanın yaşamının ahlaki olarak çok değerli bulunması ve korunmasının temel nedeni insanın özel bir yere sahip olması ve diğer canlılarda bulunmayan bazı niteliklere sahip olmasıdır. Bkz. Çüçen, **a.g.e.**, s. 13.

²¹ Korff, **a.g.e.**, s. 8.

²² Örneğin 1 No'lu Protokolün 1. maddesinde yer alan, “her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır” hükmü tüzel kişileri kapsayıcı niteliktedir.

²³ İç hukukta da özel hukuk ve kamu hukuku yönünden yaşamın başlangıcı farklılaştırılmıştır. 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 28. maddesinde “Kişilik, çocuğun sağ olarak tamamiyle doğduğu anda başlar ve ölüme sona erer. Çocuk hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder.” hükmü nedeniyle ana rahmine düşmekle haklara sahip olabilmektedir. Buna karşın, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun uygulamasında yaşam ancak tam ve sağlam olarak doğumdan sonra başlamaktadır. Buna göre, ancak kısa bir süre bile olsa anne bedeninden ayrı olarak yaşayan kişi ceza hukuku anlamında yaşam hakkı korunabilir. Bu nedenle ceninin düşürülmesi adam öldürme kapsamında değerlendirilmekte, ayrı ama daha hafif cezayı gerektiren suç olarak düzenlenmektedir. Benzer bir değerlendirme için bkz. Halil Yılmaz, “*Cenini Öldürme (Çocuk Düşürme/Düşürme Suçu)*”, **Ankara Barosu Dergisi**, sayı 2, 2001.

²⁴ *Vo/Fransa*, p. 82.

hastaneye getirildikten sonra, burada aynı soyadını taşıyan başka bir bayan ile karıştırılmış, nihayetinde rahmi spiral ile delinmiş, amniyotik sıvısının akmasına ve ceninin zorunlu olarak alınmasına neden olunmuştur. Başvurucu, ceninin yaşam hakkının istem dışı olarak ihlal edildiği gerekçesiyle yaptığı başvuruda Mahkeme, ceninin Sözleşmenin 2. maddesi kapsamında korunan bir kişi olmadığını, ceninin bir yaşam hakkı varsa da bunun annenin menfaatleri ile sınırlandırıldığını belirlemiştir.²⁵

Yeni bir kararında Mahkeme, tıbbi ihmal nedeniyle hem annenin hem de ceninin ölmesi olayında ceninin yaşam hakkı kapsamında olmadığı yönündeki geleneksel yaklaşımından uzaklaşmasını gerektirebilecek bir neden görmemiş ve başvuruların ceninin Sözleşmenin 2. maddesi kapsamına girdiğine ilişkin iddialarını inceleme gereği duymamıştır. Mahkeme, bahsi geçen ceninin hayatının annenin hayatı ile sıkıca bağlı ve anneye uygulanacak tedaviye muhtaç olduğunu düşünmektedir. Ancak bu olay, ölen annenin yaşam hakkının ihlali nedeniyle incelenmiştir.²⁶

Yaşamının başlangıcı konusunda hukuki sorun, kendisini kürtajın yaşam hakkı ile ilişkisi konusunda da göstermektedir. Kürtajın, Sözleşmenin başta 6., 8. ve 10. maddeleri olmak üzere diğer maddeleri ile de ilgisi vardır. Mahkemeye göre, hamilelik ve onu sonlandırmak sadece annenin özel hayatının bir meselesi değildir.²⁷ Kürtajın, kadının özel yaşamı ile çok yakın bir ilişkisi olduğu gibi, ceninin, baba adayının ve kamunun da menfaatlerini ilgilendirmektedir.

Mahkemenin konuyu ele aldığı ve açık bir içtihat ortaya koymaktan çekindiği kararlar genel olarak taraf devletlere takdir yetkisi verilmesi yönündeyken daha sonra Mahkeme ilk kez *Boso* davasında kürtaj ile ilgili bir konuyu esastan ele almıştır. Bu davada, Mahkeme somut olaydaki kürtajın ulusal hukuka uygun olup olmadığını değerlendirmiş ve aksi iddialara rağmen

²⁵ Yaşayan bir hukuk metni olan Sözleşmenin günümüz şartlarına göre yorumlanması suretiyle ceninin yaşam hakkının korunması gerektiği yönündeki görüş için bkz. Katherine Freeman, "The Unborn Child and the European Convention on Human Rights: To Whom Does "Everyone's Right To Life" Belong?", **Emory International Law Journal**, cilt 8, 1994, s. 665.

²⁶ Mehmet Şentürk ve Bekir Şentürk/Türkiye, AİHM, No. 13423/09, 9 Nisan 2013, p. 108; Bununla birlikte yaşamamın dölleme ile ana rahminde başladığına ve bundan sonra yaşamın başladığının kabul edilebileceğine ilişkin görüş için bkz. Rachel Warren, "Pro [Whose?] Choice: How the Growing Recognition of a Fetus' Right to Life Takes the Constitutionality Out of Roe", **Chapman Law Review**, cilt 13, 2009, s. 235.

²⁷ *Bruggemann ve Scheuten/Almanya*, AİHM, No. 6959/75, 12 Temmuz 1977.

bunun ulusal hukuka uygun olduğunu belirlemiştir. Bundan sonra Mahkeme, ulusal hukukta yer alan düzenlemelerin ceninin ve kadının menfaatlerini koruma arasında bir denge bulmaya çalışıp çalışmadığını sorgulamıştır. Somut olayda, taraf devletin bu hassas alandaki takdir yetkisinin ötesine geçtiğine ilişkin bir tespit olmadığından bahisle başvuru reddedilmiştir.²⁸

Dolayısıyla Mahkemenin içtihadından çıkan sonuç, öncelikle kürtajın bizatihi kendi başına yaşam hakkının bir ihlali olmayacağıdır. Mahkeme genel kuralı böyle belirlemekle birlikte, cenini bütünüyle madde kapsamı dışında tutmak da istememiştir. Mahkeme, kürtajın ulusal hukuka uygun olmasını aramaktadır. Buna göre, cenin ve anne ile kamu menfaatleri arasında adil bir dengeyi kuran rasyonel ulusal mevzuata göre yapılan kürtaj, Sözleşmenin 2. maddesinin ihlali olarak görülmemektedir. Bu bakımdan, ulusal mevzuata aykırı yapılan kürtaj ile adil bir denge kurmayan bir mevzuata göre yapılan kürtaj, yaşam hakkının ihlali olarak değerlendirilebilir. Mahkemenin böyle bir karar vermesi halinde, cenini yaşam hakkı kapsamında değerlendirmiş olacaktır ki bu da mevcut pozisyonundan bir uzaklaşmayı ifade etmektedir. Ancak her halde, mevzuata aykırı olarak yapılan bir kürtajın, idari yargıda hizmet kusuru olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Yine hukukun adil bir denge kurup kurmadığının incelenmesinin idari yargı tarafından yapılabilmesi gerekir. Ancak bu değerlendirmenin kanun için yapılması, somut norm denetimi yoluyla gidilebilecek bir anayasa yargısının olması nedeniyle idari yargı için olanaklı değildir.

Yaşamın sonu konusunda da, Sözleşmede hüküm bulunmaması nedeniyle bir kısım duraksamalar yaşanmaktadır. Bu kapsamda, yakından incelenmesi gereken konu ötenazinin yaşam hakkı kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir. Bilindiği gibi ötenazi, içinde bulunduğu sağlık sorunlarına bağlı olarak dayanılmazacak derecede acı ve ıstırap çekenlerin yaşamlarını, acısız veya çok az acıtan bir ölümcül yol kullanılarak veya kişiyi yaşamda tutan cihazları durdurarak sonlandırmak anlamına gelir.²⁹ Ötenazi iki şekilde ortaya çıkmaktadır. Birincisi, yaşamın sonlandırılmasına yönelik dışarıdan yapılan müdahaledir ki buna aktif ötenazi denilmektedir. İkincisi ise, yaşamın sonlandırılmasına yönelik dışsal bir müdahale olmasına gerek olmaksızın, ancak aynı sonucu doğuracak şekilde, genelde yardımsız yaşatılması mümkün olmayan hastaların bağlı olduğu cihazların kapatılması ya da acil ihtiyaç duyulan tıbbi yardımın sunulmamasıdır ki buna da pasif ötenazi denilmektedir.

²⁸ *Boso/İtalya*, AİHM, No. 50490/99, 5 Eylül 2002.

²⁹ (Erişim) <http://tr.wikipedia.org/wiki/%C3%96tanazi>, 13 Mayıs 2013.

Aktif ötenazi kapsamında ele alınan konu, daha çok ölme isteğinin yaşam hakkı kapsamında olup olmadığı sorunsalı ile ilgilidir. Ölme hakkı, hem ulusal hem de uluslararası hukukta ahlak yoğunluklu olarak tartışılan bir konudur. Genel kabule göre, kişinin kendi yaşamını sonlandırmaya hakkı yoktur. Yaşamın devamı, toplumsal ve ahlaki yönleri ihmal edilerek, bütünüyle kişinin kendi takdirine bırakılamaz. Zira temel hak ve özgürlüklerden vazgeçmek kabul edilemez.³⁰ Bunun karşısındaki savunma, kişinin kendi iradesine karşı yaşam hakkının korunmasının, ahlaki bir zorunluluk olarak kabul edilmeyeceğidir.³¹ Ancak bunun için de sıkı bazı şartların varlığı aranır.

Bu konu, Mahkemenin önüne bir hukuki sorun olarak gelmiştir. Mahkeme, ölme hakkı iddiasıyla ilk kez *Sanles Sanles* başvurusunda karşılaşmıştır.³² Usule ilişkin bir nedenle bu başvurunun reddedilmesinden sonra benzer yönde bir başvuru bu kez Birleşik Krallıktan yapılmıştır.³³ Bu başvuruyu yapan *Dianne Pretty*, boynundan aşağısı tümüyle felç olmuş, buna karşın bilinci yerinde olan biridir. Motor nöron hastalığı olan başvuran, hastalığının ilerleyen zamanlarında daha büyük sızımlar çekeceği ve onurunun zedeleneyeceği endişesine bağlı olarak yaşamını sonlandırmak istemiştir. Ancak dışardan yardım olmaksızın bunu yapamayacağından, eşinin kendisine yardım etmesini istemiştir. Bu durumda başvuran, savcılıktan böyle bir yardımda bulunması halinde eşi hakkında ceza soruşturması açılmaması taahhüdü istemiştir. Ancak bu taahhüt savcılık tarafından verilmemiş ve ulusal mahkemeler de başvuranın talebini reddetmiştir. Bunun üzerine Mahkemeye giden başvuru, yaşam hakkının aynı zamanda yaşamak istememeyi de içerdiği, iradi olarak yaşama son verilmesinin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği, aksi takdirde bu şekilde yaşamın sonlanmasına izin veren devletlerin bu hakkı ihlal ettiğinin kabul edilmesi gerektiğini ileri

³⁰ Savcı, **a.g.e.**, s. 18-19; “Yaşama hakkı vazgeçilmez/devredilmez bir hak olarak tanımlanıyor ise, bu hakkı ortadan kaldırma yetkisinin kişinin kendisine bırakılabileceğini savunmak kolay gözükmemektedir; dolayısıyla, kişinin kendisine bile bırakılamayan bu tür bir yetkinin başkasına verilebileceğinin savunulması daha da zor olacaktır. Ve ayrıca, ‘hak’ kavramının bir ödev unsuru gerektirdiği de unutulmamalıdır. Oysa yukarıda da ortaya konulduğu gibi, bir kişiye böyle bir öldürme ödevinin dayatılabilmesi hem kavramsal, hem kuramsal, hem ahlaki, hem de hukuki açıdan imkânsız gözükmemektedir. O halde, intihara ilişkin tartışmalar bir yana, (aktif) ötanaziyi kavramsal ve kuramsal açıdan temellendirilebilir bir ‘hak’ olarak savunmak bu nedenle de kolay değildir.” Bkz. Ertuğrul Cenk Gürcan, “Ötenazi: Yaşam Hakkı Açısından Bir Değerlendirme”, **AÜHFD**, cilt 60, sayı 2, 2011, s. 275.

³¹ Çiftçioğlu, **a.g.e.**, s. 140.

³² *Sanles Sanles/İspanya*, AİHM, No. 43335/99, 26 Ekim 2000, p. 94.

³³ *Pretty/Birleşik Krallık*, AİHM, No. 2346/02, 29 Nisan 2002.

sürmüştür.³⁴

Konuyu ele alan Mahkemeye göre, Sözleşmenin 2. maddesi, herhangi bir dil çarpıtması olmadan, yaşam hakkının ölme hakkını ya da yaşamaktan ziyade ölmeyi de içerecek şekilde kendi kaderine egemen olma hakkını kapsadığı şeklinde yorumlanamaz.³⁵ Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisinin 1418 sayılı Tavsiye Kararına da vurgu yapmak suretiyle Mahkeme, Sözleşmede ölme hakkının olmadığı yönünde bir karar vermiştir.³⁶ Başvuruyu reddeden Mahkemenin kararından kısa bir süre sonra *Pretty* doğal bir şekilde nefes darlığına bağlı olarak ölmüştür.³⁷ Böylece Mahkeme, aktif ötenazide yardım eden için ceza soruşturmasından muafiyet güvencesi verilmemesini 2. maddenin ihlali olarak değerlendirmemiştir. Bununla birlikte Mahkeme, bu durumda ölümcül hasta olan bireylere yardımcı olarak yaşamlarını sonlandırmaya olanak sunan devletlerin de, bu konuda 2. maddeyi ihlal ettiğini söylememiştir.³⁸ Dolayısıyla Mahkemenin devletlere bir takdir yetkisi verdiği açık bir şekilde anlaşılmaktadır.

Bununla birlikte, hastanın rızası bu gibi durumlarda büyük önem taşımaktadır. Tedavisi mümkün olmayan veya acı veren bir hastalığı olan kişiyi merhamet için öldürme söz konusu olsa dahi, 2. maddeden hastanın rızasının olmadığı durumlardaki ötenazinin suç teşkil etmesi gerektiğini çıkarmak mümkündür. Yaşam hakkı, akıl rahatsızlığı ya da fiziksel engele sahip bir kişinin rızası olmaksızın tabi tutulduğu ötenaziyi kabul etmez.³⁹

Pasif ötenazi ise, sağlık hizmetlerinin sunulmasında gündeme gelmektedir. Sağlık hizmeti sırasında kişinin makinelere bağlı olmadan yaşamasının mümkün olmadığı hallerde, yaşam destek ünitelerinin kapatılıp kapatılamayacağı konusu yaşam hakkı ile doğrudan ilgilidir. Bu konu halen Mahkeme tarafından karara bağlanmamıştır. Ancak ulusal uygulamalarda tıbben yaşam destek ünitesi ile yaşamın gereksiz yere uzatıldığına ortaya konulduğu hallerde, rıza olmasa bile bu makinelerin kapatılabileceği yönünde uygulama vardır. Mahkemenin içtihatlarına bakıldığında, bunun başvuruya konu olması halinde taraf devletlere geniş bir takdir yetkisinin verileceği kanaati

³⁴ *Pretty/Birleşik Krallık*, p. 35.

³⁵ *Pretty/Birleşik Krallık*, p. 39.

³⁶ *Pretty/Birleşik Krallık*, p. 40.

³⁷ (Erişim) http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/1682546.stm, 4 Mayıs 2013.

³⁸ Korff, a.g.e., s. 20.

³⁹ David J. Haris v.d., *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, çev. Mehveş Bingöllü Kılıcı, Ankara, Avrupa Konseyi Yayınları, 2013, s. 41.

oluşmaktadır. Buna göre, rasyonel bir şekilde, orantılı olarak menfaatleri dengeleyen bir yasa, taraf devletlerin takdir yetkisinde görülebilecektir. Bu durumda, Sözleşmenin 2. maddesine göre pasif ötenazinin mutlaka bir suç haline getirilmesi gerekmemektedir.⁴⁰

Türkiye tıp uygulamasında, yaşamı makinelerle gereksiz yere uzatıldığı hekimler tarafından düşünülen hastaya yakınlarının izni ile pasif ötenazi yapıldığı bilinmektedir. Yine bu durumda olduğu bilinen bir hastaya bağlı makinelerin durdurulması ya da acil sağlık hizmeti sunulmaması (kalp masajı gibi) örnekleri de olabilir. Bu tür pasif ötenazi örnekleri pozitif hukukta düzenlenmemiştir. Bu bakımdan, özellikle yakınların izninin olmadığı hallerde, yapılan işlemin bir hizmet kusuru olup olmadığı konusu idari yargıda tartışma konusu olabilecektir. Kanaatimizce, bu konuda kusurun olup olmadığının belirlenmesinde, maddi olayın niteliğinin ve tıbbın bilimsel verilerinin esas alınması gerekir. Tıbbi hata ise, yapılan müdahalenin tıbben kabul edilip edilmediği ve tıp literatürü ile tıbbın geliştiği seviye bakımından olağan kabul edilip edilmeyeceğine göre belirlenir. Eğer müdahale normal kabul edilecekse artık, idare hukuku anlamında hizmet kusurundan bahsedilmemesi gerekir.

Son olarak, Sözleşmenin 2. maddesi sadece ölümün meydana geldiği durumlarla sınırlı değildir. Madde, kullanılan güç ölümle sonuçlanmazsa dahi öldürücü potansiyel taşıması halinde uygulanmaktadır. Yine de, bu sonuç sadece olağanüstü şartlarda mağdurun ölmediği durumlarla sınırlı tutulmaktadır. Bu bağlamdaki eylemlerin Sözleşmenin 2. maddesi kapsamına girip girmediğinin değerlendirilmesinde, diğer unsurların yanı sıra uygulanan gücün derecesi ve türü ile gücün kullanılmasındaki amaç veya niyete bakılır. Bu genel ilkeye göre, cezaevindeki açlık grevinin sona erdirilmesi amacıyla yapılan operasyon sırasında pek çok kişinin ölmesi, operasyonun ciddi bir güçle yapılması, gücün ölümcül olması ve başvuranın ağır bir şekilde yaralanması nedeniyle başvuru için yaşam hakkının uygulanmasına karar verilmiştir.⁴¹

4. HUKUKİ DÜZENLEME ZORUNLULUĞU

Sözleşmenin 2. maddesinde yer alan “herkesin yaşam hakkı yasayla korunur” hükmü nedeniyle ulusal hukukta yaşamın pozitif düzenlemelerle korunması gerekir. Yasayla yaşam hakkının korunması, pozitif yükümlülüğün bir gereğidir. 2. maddede İngilizce “law”, Fransızca ise “loi” terimi

⁴⁰ Korff, a.g.e., s. 15-16.

⁴¹ *Düzova/Türkiye*, AIHM, No. 40310/06, 5 Haziran 2010, p. 67.

kullanılmıştır. Bu terimler, iç hukukta hem hukuk hem de kanun olarak kullandığımız kavramları karşılamaktadır. Ancak kanaatimize göre, burada kullanılan haliyle “law” veya “loi”, kanun yerine tüm pozitif düzenlemeleri içerecek şekilde anlaşılan hukuk kavramını ifade etmektedir.

Mahkeme hukuk kavramından ne anlaşılması gerektiğine ilişkin bir kısım ölçütler koymuştur. *Sunday Times* kararında⁴² Mahkeme, hukukla öngörülme ifadesinden iki şartın varlığını anlamaktadır. Bunlardan ilki, normun yeterli bir şekilde ulaşılabilir olmasıdır. Bireylerin, bir davada bu hukuki kuralın uygulanabilir olduğuna ilişkin yeterli belirlemeye sahip olması gerekir. İkinci olarak, bir norm, muhatabı bireylerin yapması gereken davranışlarını düzenleme konusunda yeterli özeni ve açıklığı barındırmalıdır. Bu norm, durumuna göre belli bir dereceye kadar öngörülebilir olmalı ve sonuçları hakkında bir belirlilik içermelidir. Ancak Mahkemeye göre, öngörülebilirlik belli bir durumda normun herhangi bir yoruma ihtiyaç duymayacak kadar açık olması olarak değerlendirilemez.

Maddede yükümlülük olarak düzenlenen pozitif hukuk düzenlemesinin başında, ölümcül güç kullanmanın suç kabul edilmesi ve ceza yaptırımına bağlanması, başka bir ifadeyle yaşam hakkı ihlalinin ceza kanunlarında suç olarak düzenlenmesi gelmektedir. Bir kararında Mahkeme, Sözleşmenin 2. maddesinde düzenlenen yükümlülüğün temel unsurunu, yaşam hakkını ihlal eden suçları önlemek ve şayet meydana geldi ise ceza yaptırımına bağlamak olduğunu vurgulamıştır.⁴³ Dolayısıyla bu yükümlülük failin devlet veya bireyler olmasına göre değişmeksizin, hem yaşam hakkı tehlike altında olan bireylerin önleyici tedbirlerle korunmasını hem de yaşam hakkının ihlal edilmesi halinde bunun ceza soruşturmasına konu olmasını içermektedir. Bunun için yaşam hakkı ihlalinin cezai yaptırıma bağlayan bir düzenleme gerekmektedir. Bununla birlikte, devlet her yaşama son verilmesini yasadışı ilan etmek zorunda değildir. Sözleşmenin 2. maddesinde izin verilen istisnalar ile sınırlı kalınmak suretiyle devletin, bazı yaşama son verme eylemlerini cezai sorumluluk içinde öngörmemesi mümkündür.⁴⁴

Sözleşmenin 2. maddesinde yer alan hukuki düzenleme yükümlülüğü, sadece ceza hukukuna ilişkin düzenlemelerle sınırlı değildir. Yaşam hakkının korunması konusunda yapılması gereken düzenlemeler kapsamına idari

⁴² *Sunday Times/Birleşik Krallık*, AİHM, No. 6538/74, 24 Mart 1979.

⁴³ *Osman/Birleşik Krallık*, AİHM, No. 87/1197/8711083, 28 Ekim 1998, p. 115.

⁴⁴ *Osman/Birleşik Krallık*, p. 116.

nitelikteki ikincil düzenlemeler de girmektedir. Yaşam hakkının korunmasına yönelik önlemlerin alınmaması, bu hakkın ihlali sonucunu doğurabilir. Sözleşmenin uygulanmasında, tehlikeli faaliyetler ile sağlık hizmetinin hukuki düzenlemelere konu edilmesi bu kapsamda değerlendirilebilir.⁴⁵ Yine kolluk faaliyetlerine ilişkin mevzuatta da yaşam hakkının korunmasına ilişkin düzenlemelerin olması gerekir. Bunun için kolluk operasyonları, hukuk tarafından açık bir şekilde düzenlenmiş olmalıdır. Yine, hukuki düzenlemelerin yeterli ve etkin bir şekilde, keyfiliği ve gücün suiistimalini önleyecek tedbirleri barındırması gerekir.⁴⁶

Yaşam hakkına yapılacak müdahalelerin de mutlaka bir düzenlemeye bağlanması gerekir. Buna göre, devlet tarafından yaşam hakkının istisnası olabilecek müdahalelerinin usul ve esasları ile kamu düzeninden sayılacak görev ve yetkileri açık bir biçimde düzenlenmesi gerekir.⁴⁷ Aksi takdirde, pozitif yükümlülüğünü yerine getirmeyen bir devletten söz edilmiş olur.

5. GÜÇ KULLANARAK ÖLDÜRME YASAĞI

Sözleşmenin 2. maddesindeki ölüm cezasının infazı hariç olmak üzere hiç kimsenin yaşamına kasten son verilemeyeceği yolundaki hüküm, devletin negatif yükümlülüğünü göstermektedir. Buna göre, istisnalar hariç olmak üzere hiç kimsenin yaşamına son verilemez. Mahkemeye göre, Sözleşmede devletin ölümcül güç kullanması bazı durumlarda meşru olarak kabul edilmekte ise de, bu durum devlete açık çek verildiği anlamına gelmemektedir. Buna göre, düzenlenmemiş keyfi devlet faaliyetleri sonrasında meydana gelen ölümler, yaşam hakkına saygı ile uyumlu olmayacaktır.⁴⁸ Başka bir ifade ile öncelikle devlet, öldürmeme yükümlülüğüne uygun hareket etmek durumundadır.⁴⁹ Bu, devletin ilk ve en açık yükümlülüğünü oluşturur.⁵⁰

Mahkeme, yaşam hakkının kamu otoritesi tarafından ihlal edildiğine ilişkin iddiaları çok ciddi bir şekilde değerlendirmektedir. İddianın ağırlığı nedeniyle Mahkeme, bu tür iddianın sübuta erdiğini kabul etmek için

⁴⁵ Bkz. Öneriyıldız/Türkiye ve Erikson/İtalya, AİHM, No. 37900/97, 26 Ekim 1998.

⁴⁶ Makaratzis/Yunanistan, AİHM, No. 50385/99, 20 Aralık 2004, p. 58.

⁴⁷ Handan Yokuş Sevük, “Kolluk Görevlilerinin Silah Kullanma Yetkisi ve Yaşam Hakkı”, *YÜHFD*, cilt 9, sayı 2, 2012, s. 247.

⁴⁸ Makaratzis/Yunanistan, p. 58.

⁴⁹ Çiftçioğlu, *a.g.e.*, s. 144.

⁵⁰ White, Ovey, *a.g.e.*, s. 145.

makul şüphenin ötesinde delilin varlığını aramaktadır.⁵¹ Başka bir ifadeyle başvuruçunun, ihlalin meydana geldiğini kanıtlaması gerekir.⁵² İspat külfeti, bu iddiayı ileri süren başvuruçuya aittir. Makul şüphenin ötesinde ilkesinden, iddianın yeterince güçlü, açık ve uyumlu çıkarımlara dayanması ya da olaylara ilişkin çürütülemez varsayımların bulunması anlaşılmaktadır.⁵³

Kural olarak Mahkeme, ikincil (subsidiary)⁵⁴ olmasına bağlı olarak ulusal mahkemelerin delilleri değerlendirmesiyle bağlıdır. Bu bakımdan Mahkeme, ulusal mahkemelerin delilleri değerlendirmelerinden ayrılmamaya gayret göstermektedir. Mahkemenin ulusal mahkemelerin delillerin takdirinden ayrılması ancak güçlü nedenlerin bulunması halinde söz konusu olabilecektir.⁵⁵ Bir kararında Mahkeme, olay yeri incelemesi ile adli tıp incelemesinin eksikliğine vurgu yapmak suretiyle delillerin güvenilirliği ve değerlendirmesi tartışmalarına girmiştir.⁵⁶

Mahkeme, yaşam hakkına ilişkin başvurularda delillerin toplanması aşamasında ileri sürülen iddia ile ilgili olarak delegasyon önüne çıkarak ifade vermeyen başvuranların iddialarını delillendiremediklerine karar vermiştir.⁵⁷ Benzer şekilde, savunmacı devletin talep edilen belgeleri vermemesi, yapılan operasyonda sivil yaşamların korunmasına dönük tedbirlerin delillendirilememesi olarak değerlendirilmiştir.⁵⁸

Devletlerin eylemlerinde yaşam hakkını korumaları için gerekli olan tüm tedbirleri almaları gerekmektedir. Mahkemenin, önceden hazırlanmış güvenlik operasyonlarını düzenleyen devletler üzerinde katı yükümlülükler öngören bir yaklaşımı vardır. Bir operasyonun planlanmasında, yönetilmesinde ve kontrolünde gereken özeni gösterme görevi, sadece operasyondan

⁵¹ *Kaya/Türkiye*, AİHM, No. 158/1996/777/978, 19 Şubat 1998, p. 78.

⁵² Korff, **a.g.e.**, s. 28.

⁵³ *Avşar/Türkiye*, AİHM, No. 25657/94, 10 Temmuz 2001, p. 282.

⁵⁴ Sözleşmeyi değiştirecek olan 15 No'lu Protokolün 1. maddesiyle Sözleşmenin başlangıcına eklenmesi düşünülen paragraf ile Sözleşmenin uygulanmasında subsidiarite ilkesinin olduğu, devletlerin Sözleşmede düzenlenen hak ve yükümlülükleri öncelikle temin edecekleri ve bu konuda bir takdir yetkileri olduğu düzenlenmektedir. Protokolün İngilizce tam metnini görmek için Bkz. (Erişim) [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM\(2012\)166&Language=la nEnglish&Ver=original&Site=COE&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=ED B021&BackColorLogged=F5D383](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM(2012)166&Language=la nEnglish&Ver=original&Site=COE&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=ED B021&BackColorLogged=F5D383), 10 Haziran 2003.

⁵⁵ *Avşar/Türkiye*, p. 283.

⁵⁶ *Gül/Türkiye*, AİHM, No. 22676/93, 14 Aralık 2000, p. 89.

⁵⁷ *Kaya/Türkiye*, p. 77.

⁵⁸ *İsayeva/Rusya*, AİHM, No. 57950/00, 24 Şubat 2005, p. 182.

etkilenecek sivillerin değil, aynı zamanda eğer mümkün ise şüphelilerin de yaşamlarının korunması ya da korunmaya çalışılmasını kapsamaktadır. Güvenlik tehlikesinin kimsenin yaşam hakkını risk altına sokmadan önlenmesi mümkün ise, göreceli olarak daha güvenli olan bu yolun seçilmesi gerekmektedir. Makul şüphenin ötesi ilkesi ışığında eğer bu yol mümkün iken, daha ölümcül yollara başvurulmuş ise bu takdirde yaşam hakkının ihlal edildiği kabul edilir.⁵⁹ Böylece Mahkeme, taraf devletlere yaşam hakkı için daha az tehlikeli olan yolun kullanılmasını şart koşmaktadır.

Şüpheli teröristlerin üzerlerinde bomba olduğu konusuna inandırılmaları sonrasında teröristlerin görülmesi üzerine hemen silaha sarılarak sivil bireylerin canlarının da tehlikeye atılması suretiyle şüphelilerin öldürülmelerine ilişkin bir olayda Mahkeme, yeterli önleyici tedbirlerin alınmaması, bilgilerin yeterli bir şekilde değerlendirilmeden öldürme konusunda eğitim alan askerlere ulaştırılması ve sivillerin bulunduğu alanda doğrudan ölümcül güç kullanılması nedeniyle mutlak suretle gerekli olan güç kullanımı konusunda ikna olmadığından bahisle yaşam hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.⁶⁰

Türkiye hakkında yapılan başvurularda yaşam hakkının ihlal edildiğine ilişkin kararlardan birini *Ülüfer* oluşturmaktadır.⁶¹ Askerlik hizmetini yapmaktayken hırsızlık suçundan dolayı adliyeye götürülen ve çıkışta elleri kelepçeli olarak araç bekleyen şahsın, kaçması üzerine kendisini kovalayan jandarmanın sözlü uyarılarına ve uyarı niteliğindeki ateş açmalarına rağmen kaçmaya çalışırken vurularak ölmesi üzerine açılan ceza davasında öldürme olayının suç oluşturmadığı, idari davada ise idareye atfedilebilecek bir kusur bulunmadığı yönünde karar verilmiştir. Bu kararlar yüksek yargı organları tarafından onanmıştır. Mahkeme, kaçma halinde kolluğa bunu önlemeye yetecek oranda silah kullanmasına olanak veren ulusal kanunun, kaçanın başka birilerine açık tehdit oluşturmaması halinde dahi silaha izin vermesini eleştirmiştir. Mahkemeye göre, yakalanmak istenenin, bir başka kimsenin hayatını veya bedensel bütünlüğünü hiçbir şekilde tehdit etmediği ve şiddet içeren bir suç işlememiş olduğu bilinmesine rağmen kullanılan ölümcül güç mutlak zorunluluk olarak kabul edilemez.

Türkiye’de terörizme karşı yürütülen operasyonlar sırasında meydana gelen ölümler, Mahkeme tarafından sıklıkla ele alınan bir konu olagelmıştır.⁶²

⁵⁹ Korff, a.g.e., s. 32.

⁶⁰ *Mc Cann ve diğerleri/Birleşik Krallık*, AİHM, No. 18984/91, 25 Eylül 1995, p. 211-214.

⁶¹ *Ülüfer/Türkiye*, AİHM, No. 23038/07, 5.6.2012.

⁶² Serkan Cengiz, “*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Yaşam Hakkı*”, *TBB Dergisi*, sayı 93, 2011, s. 386.

Ani gelişmeyen operasyonların planlanması ve yönetimi konusunda devletin yükümlülüğü daha fazladır. PKK ile silahlı çatışmaya girildiği devlet tarafından belirtilen bir operasyon nedeniyle bir kişinin ölmesi sonrasında Mahkeme, devletin sorumluluğunun devlet görevlilerinin açtığı ateşin bir sivilin ölümüne neden olduğuna dair önemli kanıt mevcut olduğu hallerle sınırlı olmadığını belirterek, istenmeyen sivil yaşam kaybını engellemek veya her durumda en aza indirmek amacıyla, karşıt bir gruba yönelik gerçekleştirilen güvenlik operasyonunun kurgu ve yöntem seçiminde uygun önlemlerin alınıp alınmadığının da göz önünde bulundurulması gerektiğine karar vermiştir. Böylece olayda, *Havva Ergi*'yi öldüren merminin güvenlik güçleri tarafından ateşlendiğinin tespit edilmemiş olmasına rağmen Mahkeme, pusudaki PKK'lıların ateş gücünden gelebilecek zararlar da dâhil olmak üzere, çatışmanın yaşandığı yere yakın olan köylülerin hayatına gelebilecek zararları engelleyebilecek ya da en aza indirgeyebilecek nitelikte bir operasyon yapıp yapılmadığı konusu üzerinde durmuştur.⁶³ Mahkeme, pusu operasyonunun planlanması ve idaresi hakkında doğru delil sunulmamasına bağlı olarak, sivil şahısların hayatlarının korunmasında yeterli önlemlerin alınmadığı sonucuna varmıştır.⁶⁴ Bu başvuruda, sivillerin yaşamlarının tehlikeye atılacak şekilde operasyon yapılması Sözleşmenin ihlali olarak görülmüştür.

Operasyonların planlanması ve kontrolünde yaşam hakkının korunması konusunda yeterli özeninin gösterilmemesinin idare hukukunda doğurduğu doğal sonuç, bu tür operasyon ve eylemlerin hizmet kusuru olarak kabul edilmesidir. Güvenlik hizmetlerinin planlanması ve kontrolünde meydana gelecek özensizliklerin birer hizmet kusuru olarak değerlendirilmesi, yaşam hakkının ihlal edilmesi halinde de tazminat ödenmesi idare hukukunun genel ilkelerine de uygun olacaktır. Terörle mücadele birçok güçlük içermekte ise de, bunun en temel hak olan yaşam hakkını zayıflatmasına izin verilmemesi gerekir.⁶⁵

Bu yaklaşıma karşın Danıştay, güvenlik hizmetlerinin planlanması ve yönetilmesi konusunu kararlarında tartışmaya açmamaktadır. Danıştay, daha basit bir inceleme yapmak suretiyle doğan sonucun meşruluğu üzerinden değerlendirme yapmaktadır. Bir kararında Danıştay, davacılar murisinin protesto eylemi sırasında açılan ateş sonucu ölmesi nedeniyle uğranıldığı ileri

⁶³ *Ergi/Türkiye*, AİHM, No. 66/1997/850/1057, 28 Temmuz 1998, p. 79.

⁶⁴ *Ergi/Türkiye*, p. 81.

⁶⁵ Işıl Karakaş, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yaşam Hakkı: ‘Mc Cann’den ‘Kaya’ ve Ötesine”, *GÜHFD*, sayı 1, 2002, s. 570.

sürülen zararın tazmini istemiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali ve tazminat ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılan davada, idare mahkemesi tarafından terör örgütü üyesi olduğu ya da meydana gelen olaylarda aktif olarak rol aldığı, güvenlik güçlerine ateş ettiği veya herhangi bir şekilde saldırıda bulunduğu yönünde bir belirleme bulunmayan davacılar murisinin ölüm olayının, 5233 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilmesi gerekirken aksi yönde tesis edilen işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptali ve maddi tazminat isteminin kısmen kabulüne karar verilmiş, ancak temyizi aşamasında bu karar bozulmuştur. Danıştay, yapılan yasadışı gösteride göstericilerin güvenlik güçlerine taş ve sopalarla saldırmaları ve daha sonra da ateş açmaları üzerine, daha vahim olayların meydana gelmesini önlemek ve savunma amacıyla güvenlik güçlerince de açılan ateş sonucunda davacılar murisinin ölmesinde, kanunsuz eylemde ve güvenlik güçlerine ateş açan topluluk içinde yer almakta ısrar eden murislerinin kusurlu olması nedeniyle 5233 sayılı Kanun kapsamında tazminat ödenmesine imkân bulunmadığına karar vermiştir.⁶⁶ Bu olayda Danıştay, Mahkemenin kullandığı mutlaka zorunlu olma ilkesi ile operasyonların planlanmasında yaşam hakkı ihlali olup olmadığı değerlendirmesine girmemiştir.

6.DEVLETİNYAŞAMHAKKINIKORUMAYÜKÜMLÜLÜĞÜ

Yaşam hakkının ikinci niteliği devletin pozitif yükümlülüğünün gereği olarak, bireylerin yaşatılması için gerekli olan önlemlerin alınmasıdır. Mahkemenin uzun yıllara dayanan içtihatlarıyla geliştirdiği ve çerçevesini oluşturmaya başladığı bu yükümlülük, devletlere belli bir yönde pozitif olarak adım atmasını, önlem almasını ve pratik olarak uygulamasını gerektirdiğinden kapsamı itibarıyla negatif yükümlülüğe göre daha geniş olduğu söylenebilir. Devletin pozitif yükümlülüğü çok farklı alanlarda kendini gösterdiğinden bünyesinde bir belirsizlik de taşımaktadır.

6.1. Bireylerin Diğer Bireylere Karşı Korunması

Diğer bireyler tarafından öldürülen bireylerin yakınlarının, devletin öldürülenleri koruması gerekmesine rağmen bunu yerine getirmediği gerekçesiyle yaptıkları başvurular bulunmaktadır.⁶⁷ Devletin korumamasına ilişkin bu tür iddialarda iki temel adım vardır. Bunlardan birincisi, devletin toplumda yaşayan her bir bireye özgü güvenlik sağlamanın olanaksızlığıdır.

⁶⁶ Danıştay 15. Dairesi, E:2011/9634, K:2012/1341, 21 Mart 2012.

⁶⁷ Devletin bireylerden gelen tehlikelere karşı temel hak ve özgürlükleri koruma yükümlülüğünün pozitif dayanağını Sözleşmenin 1. maddesi ile 17. maddesi oluşturmaktadır.

Başka bir ifadeyle genel güvenlik hizmetlerinin yanında her bir bireyi tehlikelere karşı korumak için özel önlem alınması mümkün değildir. İkincisi ise, devletin gerçekten özel bir tehlike altında olanları korumaya yönelik önleminin olmaması halinde, güvenlik konusunda devletin üstlendiği görevi ihmal ettiğinin açık olmasıdır. İşte, bir bireyden ya da birey grubundan diğerine ya da diğerlerine yönelen tehlikelerin giderilmesine yönelik olan devlet yükümlülüğünün bu iki uç nokta arasında olması gerekir.

Bu konunun tartışıldığı ilk başvurulardan birisi *Osman*'dır. Başvuranın kocası, oğlunun öğretmeni tarafından öldürülmüştür. Oğlu ise aynı olaydan ağır yaralı olarak kurtulmuştur. Başvurunun konusu, kamu otoritesinin bir birey tarafından yaşam hakkına yönelen tehlikenin giderilmesi konusundaki ihmaldir. Konuyu değerlendiren Mahkemeye göre, devletin yükümlülüğü sadece yaşam hakkını ihlal etmekten imtina etmek ile sınırlı değildir; aynı zamanda yaşam hakkını koruyacak adımların atılması da gerekmektedir. Pozitif yükümlülüğün bir gereği olarak belli durumlarda yaşam hakkının başka bireylere karşı korunması da devletin yükümlülüğünde bulunmaktadır.⁶⁸

Bununla birlikte Mahkemeye göre, modern toplumlarda bireylerin korunmasının zorluğunu göz önüne almak suretiyle bu yöndeki pozitif yükümlülüğün devletlere katlanılması zor bir külfet doğurmaması gerekir. Bu bakımdan, bireylere yönelen tüm tehlikeler devlet için önleyici tedbir alma zorunluluğunu doğurmaz. Mahkemeye göre, devletin bir tehlike nedeniyle önleyici ve durdurucu nitelikte tedbirlerin alınması konusunda sorumluluğunun olabilmesi için yaşam hakkını ihlal edeceği bilinen ya da bilinmesi gereken gerçek ve aktüel bir tehlikenin, gerekli tedbirlerin alınması suretiyle önlenilecek iken önlenmemesi gerekir. Ancak bu durumun gerçekleşip gerçekleşmediğine, her bir olayda, maddi durum tek tek değerlendirilmek suretiyle karar verilebilir.⁶⁹ Anılan ölçütlerin gerçekleşmesi halinde, güvenlik hizmetinin sunulmasında bir kusur olduğu kabul edilerek idari yargıda tam yargı davası ile tazmin edilmesi gerekir.

Bu genel ilkeler ışığında yaptığı değerlendirmede Mahkeme, taraflar arasındaki husumetin daha önce şikâyet yoluyla polise taşındığını tespit etmişse de, öğretmenin psikolojik rahatsızlığı olduğunun sonradan anlaşılması ve öldürme niyetinin hiçbir durumda açığa çıkmaması nedeniyle polisin detaylı bir inceleme yapmamasının ya da ev araması veya tutuklama yoluna

⁶⁸ *Osman/Birleşik Krallık*, AİHM, No. 23452/94, 28 Ekim 1998, p. 115.

⁶⁹ *Osman/Birleşik Krallık*, p. 116.

gitmemesinin koruma görevinin ihmali olarak değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir.⁷⁰

Türkiye ile ilgili olarak verilen bir kararında da pozitif yükümlülüğün kapsamı ortaya konulmuştur. Öğretmen olarak görev yapan ve sendika yöneticisi olan şahsın görev yaptığı okula giderken uğradığı silahlı saldırı sonrasında ölmesi üzerine olayın devlet görevlileri tarafından yapıldığına ilişkin iddiayı inceleyen Mahkeme, ulaşılan ve sunulan delillerden ölümün devlet tarafından işlendiğine ilişkin makul şüphenin ötesinde bulgu olmadığından bahisle bu yöndeki iddiaya itibar etmemiştir. Ancak anılan ölçütler uyarınca devletin şahsı koruma yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeniyle Sözleşmenin 2. maddesinin ihlal edilip edilmediği değerlendirilmesinde bulunmuştur. Anılan kararda, ölen şahsın ve yine öğretmen olan eşinin sıklıkla telefonda öldürülecekleri yönünde tehdit almaları, sendika faaliyetleri nedeniyle idare ile sorunlar yaşamaları, aldıkları ölüm tehditlerinin savcılığa bildirilmesine rağmen herhangi bir önlemin alınmaması ve o dönemde Kürtlerle ilgili faili meçhul cinayetlerin sık sık tekrarlanması dikkate alındığında devletin bilmesi gereken tehlike karşısında ölenin korunmadığı sonucuna varılmıştır.⁷¹

6.2. Küçüklerin Korunması

Devletin koruma yükümlülüğü ile ilgili olarak ele alınan bir diğer konu, kendilerini koruma yetisinden kısmen ya da tamamen uzak olan çocukların korunması konusudur. Mahkeme çocukların yaşam hakkının korunması konusunda devlete düşen yükümlülüğün daha ağır olduğunu kabul etmektedir. Bu kapsamda, Mahkeme önüne gelen küçüklerin başında öğrenciler gelmektedir. Bu konudaki önemli kararlardan biri ortaokula giden bir öğrencinin öldürülmesi olayıdır.⁷² Ölen, yanında öğrenci olmayan başka arkadaşlarıyla okuduğu okulun hemen yanında bir öğrenci grubu ile tartışmıştır. Bu tartışma sonrasında öldüren öğrenci itilip kakılmanın etkisiyle yalan söyleyerek girmesine göz yumulan okul mutfağından bir bıçak almış ve bu bıçak ile yine okul dışında öğrenci arkadaşını öldürmüştür. Yapılan ceza yargılaması sonrasında, adam öldürmekten dolayı mahkûmiyet cezası verilmiştir. İdare mahkemesinde açılan davada ise, mahkeme oyçokluğuyla tazminat davasını reddetmiş ve bu kararı Danıştay onamıştır. Ölenin yakınları, yatılı olan okulun güvenliğinin sağlanmaması (ders vakti olmasa bile),

⁷⁰ *Osman/Birleşik Krallık*. Bu konuda verilen bir başka karar için bkz. *Paul ve Audrey/Birleşik Krallık*, AİHM, No. 26277/99, 14 Mart 2002.

⁷¹ *Akkoç/Türkiye*, AİHM, No. 22947/93, 22948/93, 10 Ekim 2000, p. 82-94.

⁷² *Kayak/Türkiye*.

okul mutfağından bıçak alınması ve öldürenin mevzuata göre okula devam etmemesi gereken bir yaşta olmasına rağmen okul ile ilişkisinin kesilmemesi gerekçeleriyle idarenin kusurlu olduğunu ileri sürmüştür. Devlet ise, Mahkemenin yerleşik içtihadına göre ölenin gerçek ve aktüel bir risk altında olduğuna ilişkin bir verinin olmadığı, bu nedenle idarenin ölüm olayında bir kusurunun bulunmadığı, olayın okul dışında ve tamamen tarafların inisiyatifli ile geliştiğini savunmuştur.

Mahkemeye göre, gerçek ve aktüel bir tehlikenin burada önceden bilinemediği, bu nedenle idarenin sorumlu tutulamadığı, yaşının büyük olmasına rağmen okul ile ilişkisinin kesilmemesi ile ölüm arasında bir illiyet bağı bulunmadığı açık ise de, öğrencilerin korunması konusunda daha itinalı davranılması gerektiği, öğrencilerin öğrenci olmayanlar tarafından tehdit edildiklerine ilişkin farklı tespitlere rağmen çıkışta gerekli önlemin alınmadığı, okul bahçesinin sürekli denetlenmesi gerektiğine ilişkin talimata rağmen güvenliğin tam olarak sağlanamadığı ve öğrencinin okuldan temin ettiği bıçak ile ölüm olayına neden olduğu dikkate alındığında öğrencinin yaşamının korunması adına gerekli olan pozitif yükümlülüğün yerine getirilemediği sonucuna varılmıştır.⁷³

Öğrencilerle ilgili bir başka başvuru ise, öğrencinin koruma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi sonrasında ölmesi ile ilgilidir. Olayda, yoğun kar yağışı nedeniyle okullar planlanandan bir gün önce idari tatile çıkmıştır. O gün yedi yaşında olan ölen, okulların tatil olduğundan haberi olmaksızın kendisini alan belediye otobüsü ile okula gelmiştir. Okulda karneler dağıtıldıktan sonra normal süresini beklemeden tatile ayrılmışlardır. Öğrenci dört kilometre uzakta olan evine, belediye otobüsü gelmediği için fırtınada yürüyerek gitmeye çalışmıştır. Öğrenci soğuktan donarak ölmüş ve cesedi ertesi gün bir dere kenarında bulunmuştur. Konuyla ilgili olarak idare tarafından yapılan soruşturma sonucunda, her sabah yedi öğrenciyi alan ve akşam saatinde tekrar öğrencileri bırakan belediye otobüsüne o gün öğrencilerin öğlen saatlerinde dağılacağı haberini vermeyen müdür yardımcısı kusurlu bulunmuştur.

Bunun üzerine idarenin ölüm olayında kusurlu davrandığından bahisle idare mahkemesinde adli yardım istemli olarak tazminat davası açılmıştır. İdare mahkemesinin istemi üzerine davacılar, kamu otoritelerinden aldığı belgelerle mali yoksunluk halinde olduklarını ispatlamaya çalışmışlardır.

⁷³ Kayak/Türkiye, p. 61-66.

Bununla birlikte mahkeme herhangi bir gerekçe göstermeden adli yardım istemini reddetmiş ve istenen harcın yatırılmaması nedeniyle dosya kapatılmıştır. Ceza yargılamasında da olay trajik bir şekilde yürümüştür. Önce 4483 sayılı Kanun uyarınca soruşturma izni verilmemiş, itirazı bölge idare mahkemesi tarafından kaldırılmış, yargılamada ceza mahkemesi beraat kararı vermiş, Yargıtay işin esasına girmeden yapılan bir duruşmada kâtibin tutanakta imzasının olmadığını gerekçe göstererek beraat kararını usulden bozmuş, eksiklik giderildikten sonra tekrar beraat kararı verilmiş ve dosya karar vaktinde halen kesinleşmemiştir.

Mahkeme, bir genel ilke olarak öğrenciler gibi savunmasız bireylerin yaşam hakkının korunması konusunda devletin pozitif yükümlülüklerinin daha geniş olduğuna vurgu yapmıştır. Mahkeme, idari yargılamada bu kadar önemli ve fakir olduğu anlaşılan kişinin başvurusunun reddedilmesi suretiyle tazminat yolunun kapatılmasını ve aradan sekiz yıl geçmesine rağmen ceza davasının halen karara bağlanamamış olmasını değerlendirmek suretiyle yedi yaşındaki bir çocuğun korunması konusunda özensiz davranıldığı sonucuna varmıştır.⁷⁴

Çocukların yaşam hakkını koruma yükümlülüğünün pekiştiği bir diğer örnek de *Paşa ve Erkan Erol* başvurusudur.⁷⁵ Tunceli'nin bir köyünde, askeri karakolun korunması amacıyla mera olan bölgeye yerleştirilen, etrafı tel örgülerle çevrilen, uyarı levhaları konulan ve bu yönde karakol tarafından bilgilendirmeleri yapılan alana, dokuz yaşındaki başvuru otlatıldığı hayvanlarının peşinden girmiş ve kısmen görünen mayını toprak altından çıkarmak isterken mayın patlamış ve yaşamına protezle devam etmek zorunluluğu doğuracak şekilde yaralanmıştır. Ceza davası açılmamasına rağmen idare mahkemesinde açılan davada, köylülerin yeterli bir şekilde defalarca uyarıldığı, mayınlı bölgenin tel örgü ile çevrildiği ve uyarı levhaları asıldığı, buna rağmen önlemler aşılarak alana girilip mayın ile uğraşıldığı ve babası mayınlı arazi hakkında köyde yaşayanları bilgilendiren muhtar olan çocuğun yaralanmasında ebeveynin gözetim eksikliği olduğu gerekçesiyle dava reddedilmiştir. Danıştay da, bu konuda hizmet kusuru bulunmadığı, kusursuz sorumluluktan da bahsedilemeyeceği gerekçesiyle mahkeme kararını onamıştır. Ancak Mahkemece, bu alanın hayvanların otlatıldığı ve köy yaşamının yoğun olarak sürdüğü mera alanı olduğu, çocukların büyükler gibi anılan önlemleri kavramalarının mümkün olmadığı, anılan yerde birbirinden

⁷⁴ *İlbeyi Kemaloğlu ve Meriye Kemaloğlu/Türkiye*, AİHM, No. 19986/06, 10 Nisan 2012.

⁷⁵ *Paşa ve Erkan Erol/Türkiye*, AİHM, No. 51358/99, 10 Temmuz 2012.

uzak iki sıra tel örgüsü ve levhaların güvenliği önleme adına yetersiz olduğu gerekçesiyle küçüklerin yaşam hakkı kapsamında pozitif yükümlülüğün gereklerinin yerine getirilmediğine karar verilmiştir.⁷⁶

Böylece Mahkeme, idari yargıda uygulaması olan yetişkin bireyler için müterafik kusur olarak kabul edilebilecek bağı, çocuklar yönünden sorumluluktan kurtulma nedeni olarak kabul etmemiştir. Bu duruma göre kanaatimizce, idari yargıda idarenin kusura dayalı sorumluluk şartlarının yeniden değerlendirilmesi gerektirmektedir.

6.3. Özgürlüğünden Mahrum Bırakılanların Yaşam Hakkının Korunması

Yeterli önlemlerin alınmaması halinde, devletin hukuka aykırı güç kullanımının üzerinin örtülmesi ve delillerinin karartılması, özellikle bunun kapalı kapılar ardında gerçekleşmesi durumunda, çok kolaydır.⁷⁷ Özgürlüğünden mahrum bırakılan grubun başında gözaltına alınanlar bulunmaktadır. Mahkeme, gözaltında olanları toplumun öncelikle korunması gereken kesimlerinden biri kapsamında görmektedir. Özellikle korunması gereken grup kapsamında olduklarından gözaltındakilerin yaşam hakkının korunması için pozitif yükümlülük daha da ağırlaşmaktadır. Devletler özgürlüklerinden yoksun bırakılan kişilere ilişkin azami özeni göstermekle yükümlüdür.⁷⁸ Dolayısıyla sağlıklı olarak gözaltına alınan kişilerin bedensel olarak zarar görmeleri halinde, bedensel zararın nasıl meydana geldiği konusunda inandırıcı bir açıklama yapma yükümlülüğünün devletin görevi olduğu yönünde yerleşmiş bir içtihat vardır.⁷⁹ Bundan hareketle Mahkeme, gözaltına alma olayı kamu otoritesinin bilgisi dâhilinde cereyan ettiğinden, yaralanma ve ölümün gözaltı sırasında oluştuğunu kabul eder. Gerçekten, bu tür durumlarda kamu otoritesinin ikna edici ve tatminkâr bir açıklama yükümlülüğü altında olduğu kabul edilir.⁸⁰

Salman davası bu yönde verilen önemli kararlardan biridir. Başvurucunun kocası terör örgütüne yardım ve yataklık yaptığı gerekçesiyle gözaltına alınmış, bir gün sonra fenalaştığı için hastaneye kaldırılmış ve orada

⁷⁶ *Paşa ve Erkan Erol/Türkiye*, p. 33-38.

⁷⁷ White, Ovey, **a.g.e.**, s. 147.

⁷⁸ Cengiz, **a.g.m.**, s. 389.

⁷⁹ *Salman/Türkiye*, AIHM, No. 21986/93, 27 Haziran 2000, p. 99.

⁸⁰ *Salman/Türkiye*, p. 100; Yaşam hakkı ihlalden kurtulabilmek için makul bir açıklamanın yeterli olduğuna ilişkin açıklama için bkz. Cengiz Başak, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Gözaltında İnsan Hakları İhlali", **AÜHFĐ**, cilt 51, sayı 4, 2002, s. 45.

yaşamını yitirmiştir. Başvurucu, göğüste yer alan yaralar, kırık kaburgalar ve ayakaltında yer alan morluklar nedeniyle ölümün meydana geldiğini, devlet ise ölümün doğal kalp krizinden olduğunu savunmuştur. Gözaltında ölenlerle ilgili olarak ispat külfeti karşı tarafa, yani devlete geçtiği gerçeğinden hareketle Mahkeme yaptığı değerlendirmede, öncelikle ölenin iyi bir sağlık durumu içinde gözaltına alındığını ve daha önce herhangi bir rahatsızlığının olmadığını vurgulamıştır. Yine devletin ölenin vücudunun değişik yerlerinde yer alan morluk, darbe ve kırıkların gerekçesini ikna edici bir şekilde ortaya koyamadığını belirtmiştir. Mahkeme bu nedenle yaralanmaların ölenin gözaltına alınması sırasında yaşandığı, kaburga kırıklarının ise ölene uygulanan kalp mesajından kaynaklandığı savunmasına itibar etmemiştir.⁸¹

Sözleşmenin 2. maddesi, gözaltına alınanın açık olmadığı hallerde de gündeme gelmektedir. Bu tür olaylarda genellikle gözaltına alma olayı kanıtlanamamış, ancak sonuçta ilgili öldürülmüş ya da kaybolmuştur. Kamu görevlilerinin gözaltına alma sırasında ve sonrasında öldürme ya da kayıp olaylarına karıştıkları yönünde delilin bulunması halinde, devletin yaşam hakkını ihlal ettiği kabul edilir. Bu halde idarenin kusursuz sorumluluğundan değil, hizmet kusuruna dayalı sorumluluğundan bahsedilir.

Mahkeme, kayıp kişi nedeniyle devletin yaşam hakkından sorumluluğunu *Timurtaş* başvurusunda tartışmıştır. Başvurana göre, oğlu bir köye yakın bir bölgede birkaç kişiyle birlikte gözaltına alınmış, diğerleri bir şekilde serbest bırakılmasına rağmen oğlundan bir daha haber alınamamıştır. Devlet savunmasında, başvuranın oğlunun gözaltına alındığı iddiasının doğru olmadığı savunmuştur.⁸² Mahkeme öncelikle altı yıl altı aydan beri kendisinden haber alınamayan şahsın ölmüş olarak kabul edilip edilemeyeceğine ilişkin sorunu değerlendirmiştir. Mahkemeye göre, Sözleşmenin 5. maddesine göre, gözaltına alınan ve böylece devletin otoritesi altına girenlerin nerede olduklarına ilişkin devletin hesap verme yükümlülüğü vardır. Kamu otoritelerinin gözaltına alınanların akıbetleri konusunda mantıklı açıklama getiremediği durumlarda ve cesedin yokluğu halinde, olayın koşullarına, özellikle olayla ilgili delillerin varlığı, sabit hususlara bağlı olarak yeterli delil seviyesine ulaşıldığında gözaltına alınanın öldüğü farz edilebilmelidir. Şahsın aradan geçen süre ve elde edilen deliller dikkate alındığında ölmüş olarak kabul edilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.⁸³ Yine *Ertak* başvurusunda

⁸¹ *Salman ve Türkiye*.

⁸² *Timurtaş/Türkiye*, AİHM, No. 23531/94, 13 Haziran 2000, p. 15-22.

⁸³ *Timurtaş/Türkiye*, p. 82.

olduğu gibi tüm deliller birlikte değerlendirildiğinde gözaltına alındığı ve öldüğü sonucuna varılan şahsın kamu görevlileri tarafından öldürüldüğü ve yaşam hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.⁸⁴

Bununla birlikte, gözaltına alma ve devletin sorumluluğunun varlığını başvuru ortaya koymak durumundadır. Mahkemenin, gözaltına alındıktan sonra kaybolma olaylarında başvuruculara kanıtlanma yükümlülüğünü yüklemesi problemlidir. Öncelikle Mahkeme kaybolma davalarında delillendirmenin zorluğunu dikkate almamaktadır. Mahkemenin bu yaklaşımı bireysel haklara yetersiz bir güvence vermektedir. Yine, başvurucuya bu şekilde yüksek standartlı bir kanıtlanma yükümlülüğünün konulması, devletin kaybolma olayındaki sorumluluğunu irdelene olanağını kapatmaktadır. Son olarak, bu yaklaşım Mahkemenin kararları arasında bir tutarsızlık doğmasına da neden olmaktadır.⁸⁵

Devletin doğrudan kendi yönetimi altında olan tutuklu ve hükümlülerin yaşam haklarını koruması da pozitif yükümlülüğünün bir gereğini oluşturmaktadır. Mahkeme, hapisanede bulunanların hassas bir durumda olduklarını ve kamu otoritesinin bunları koruma görevi olduğunu vurgulamaktadır. Devlet, hapisanede yaşanan her türlü faaliyetlerden sorumlu olup bu sorumluluk özellikle bireylerin öldükleri davalarda daha katıdır.⁸⁶ Devletin bu durumdaki bireyleri özellikle intihara karşı korumak için neler yapması gerektiği, bu konudaki yükümlülüğünün nereye kadar gidebileceği Mahkeme tarafından her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmektedir.⁸⁷ Mahkeme, Sözleşmenin 2. maddesinin değerlendirilmesi kapsamında, bireyin intihar edeceği konusunda gerçek ve aktüel bir riskin varlığının bilinip bilinmediği ve varsa bu riskin önlenmesi için gerekenlerin tümünün yapıp yapılmadığını irdeler.⁸⁸

Türkiye ile ilgili bir başvuruda, cezaevinde hükümlü bulunan başvuranın, açlık grevinin sonlandırılması amacıyla yapılan müdahale sonrasında ciddi ve kalıcı bir şekilde yaralanmasıyla sonuçlanan operasyonun yaşam hakkını ihlal ettiği ileri sürülmüştür.⁸⁹ Mahkeme, müdahale için gereken mutlak zorunlu

⁸⁴ *Timurtaş/Türkiye*, p. 85-86.

⁸⁵ Irum Taqi, "Adjudicating Disappearance Cases In Turkey: An Argument For Adopting the Inter-American Court Of Human Rights 'Approach'", *Fordham International Law Journal*, cilt 24, 2001, s. 981.

⁸⁶ *Keenan/Birleşik Krallık*, AİHM, No. 27229/95, 3 Nisan 2001, p. 91.

⁸⁷ Korff, *a.g.e.*, s. 74.

⁸⁸ *Keenan ve Birleşik Krallık*, p. 93-102.

⁸⁹ *Düzova/Türkiye*, AİHM, No. 40310/06, 5 Haziran 2010.

olma şartının somut olayda gerçekleşmediğini, özellikle devletin idaresi altında bulunan cezaevine yapılan bu operasyonun gerekçesinin tam olarak açıklanamadığını, düzensizliğin baş göstermesinde devletin de ihmalinin olduğunu ve başvuranın silahla vurulmasını gerektirecek şekilde isyancılar arasında yer aldığı ortaya konulmadığını gerekçe göstererek Sözleşmenin 2. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁹⁰ Böylece Mahkeme, cezaevleri konusunda devletin pozitif yükümlülüğünün çok geniş olduğunu ortaya koymuştur. Cezaevlerinin güvenliğinin temini konusunda gerekli tedbirler alınmasına rağmen güvensiz bir ortam oluşmuşsa, ancak bu halde ve sadece neden olanlara orantılı bir güç kullanılmasına olanak sunulmaktadır.

Buna karşın, cezaevlerinde başlayan direnme nedeniyle kamu güvenliğinin tesisi amacıyla başlatılan operasyon kapsamında ölümlerin meydana gelmesi olayında idare mahkemesi, yaşam hakkının Anayasayla teminat altına alınmış en temel kişisel hak olduğu, olayda mahkûmların güvenlik güçlerine saldırırken kullandıkları her türlü silahın mahkûmlarca temini ile mahkûmların kolaylıkla bir araya gelip isyan başlatabilmiş olmaları konusunda yeterli tedbirleri almayarak tutuklu ve mahkûmların bazılarının yaşamlarını yitirmesinde idarenin ağır hizmet kusuru bulunduğu gerekçesiyle tazminat isteminin kabulü yönünde karar vermiştir. Danıştay, cezaevinde asayiş ve disiplinin sağlanması amacıyla yapılan operasyonun hizmetin işleyişinde kusur olarak kabul edilemeyeceği, şahsın kendi kusurunun illiyet bağıını kesen bir neden olduğu ve olaya katılanlar hakkında adam öldürme iddiasıyla açılan davaların halen devam ettiği gerekçesiyle hizmet kusuru bulunmayan müdahale nedeniyle mahkeme kararını bozmuştur.⁹¹ Danıştay kararında cezaevinde bulunanların idarenin yakın ve etkin gözetiminde bulunması ile kırılğan bir durumda bulunmaları hususuna herhangi bir vurgu bulunmamaktadır.

Mahkemeye göre, cezaevlerinde olanların sağlık hizmetlerinden yararlandırılmaları ayrıca önem arz eden bir durumdur. Buna göre, devletin bütünüyle idaresi altında bulunan kişilere gerekli tıbbi desteğin sağlanmaması yaşam hakkının ihlali olarak kendini gösterebilir. Mahkeme *Huytu* kararında, cezaevinde bulunanların yaşam hakkının korunması yükümlülüğünün bunlara sağlık hizmeti sunma ve ölmemelerini sağlayacak tedbirleri almayı da içerdiğini belirtmiştir.⁹²

⁹⁰ *Düzova/Türkiye*, p. 90-93.

⁹¹ Danıştay 10. Daire, E: 2006/4154, K: 2008/9568, 30.12.2008.

⁹² Bir olayda Mahkeme, şahsın Mart 1998'de başlayarak şiddetli baş ağrısı çekmeye başladığı, cezaevi doktorunun migren teşhisi koyduğu, ağrıların sürekli artması üzerine zaman zaman ilgilinin Çankırı Devlet Hastanesine götürüldüğü, kendisine ağrı kesici verildiği, deva-

Hükümlülerin durumuyla ilgili bir başka başvuru olan *Çoşalev*'de ise, devletin cezaevinde intihar eğilimi olanlar nedeniyle pozitif yükümlülüğünün kapsamı tartışılmıştır. Olayda, başvuruçuların reşit olmayan oğlu cezaevi çocuk koğuşunun avlusunda kendisini asmak istemiş, ancak memurlar tarafından müdahale edilerek kurtarılmıştır. İlgili kısa bir süre sonra aşırı dozda ilaç kullanmak suretiyle tekrar intihara teşebbüs etmiş ve yine farkına varılarak kurtarılmıştır. Bunun üzerine bir başka ile nakledilmiştir. Yeni yerde de intihar eğilimi olduğu yönetim tarafından gözlemlenmiştir. İlgili farklı zamanlarda üç kez cezaevi idaresi ile görüşerek başka bir yere nakledilmek istemiş ve koğuş arkadaşları ile anlaşamadığını ifade etmiştir. En son görevlilere saldırmış, kendini yaralamış ve revire kaldırılmıştır. Tek başına hücreye yerleştirildikten sonra aynı gün çarşafı ile kendini asarak intihar etmiştir. Olay nedeniyle idare mahkemesinde açılan davada, idarenin şahsın kendi şahsi problemleri nedeniyle intihar etmesinden dolayı sorumlu tutulamayacağına karar verilmiştir.

Danıştay, cezaevi idaresinin intihara eğilimi olan şahsın korunması konusunda ihmali olduğu gerekçesiyle kararı bozmuştur. Strazburg Mahkemesi, psikolojik durumu gittikçe kötüleşen ölenin yakın gözetim altında tutulmasının yetmeyeceği, kendisine aynı zamanda psikolojik tedavi verilmesi gerektiği gerekçesiyle yaşam hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.⁹³ Buna göre, hükümlüde intihar niyeti varsa gerekli önlemleri almak ve örneğin gün boyunca gözetim altında tutmak zorunluluğu devletin yükümlülüğüdür.⁹⁴

mında artık beslenemez duruma geldiği ve kriz halleri yaşadığı, bu halde iken bilinç kaybı yaşadığı, Şubat 1999'dan itibaren ise tamamen yatağa bağlı hale geldiği, bazen diğer koğuş arkadaşları tarafından kendisine ağrı kesici iğne yapıldığı, 6 Şubat 1999 tarihinde durumunun daha da ağırlaşması üzerine Çankırı Devlet Hastanesine götürüldüğü ve yine ağrı kesici verildiği, ancak bir başka bölümden Ankara Devlet Hastanesi Hematoloji bölümüne sevk edildiği, sevk saat 2.40'ta yapıldığı, cezaevi müdürünün ise saat 4:00'te onay verdiği ve zırhlı araçla Ankara'ya getirildiği ve şahsın 6:30'da öldüğünü tespit etmiştir. Mahkeme, ölenin ciddi bir rahatsızlığı olduğunun idare tarafından bilinmesinin olanaklı olduğu, buna rağmen hastalığın teşhis ve tedavi edilmesi konusunda gerekli özenin gösterilmediği ve acil halde bile hastanın zırhlı araç ile Ankara'ya getirilmesinin konuya bakışlarını gösterdiği gerekçesiyle mahpusun sağlığının korunması adına gerekli pozitif yükümlülüğün yerine getirilmediğini karara bağlamıştır. Bkz. *Huyulu/Türkiye*, AİHM, No. 52955/99, 16 Kasım 2006. Bir kararında Danıştay yapılan muayene sonucunda antero septal iskemi ve kroner yetmezliği tanısı ile tıp fakültesine sevk edilen hastanın ambulans yerine kendi imkânlarıyla yaya olarak ayrılmasına izin verilmesi sonrasında yarım saat sonra kalp krizi geçirerek ölmesi olayını bir hizmet kusuru olarak değerlendirmiştir. Bkz. Danıştay 10. Daire, E:2006/4794, K:2009/1148, 18 Şubat 2009.

⁹³ *Çoşalev/Türkiye*.

⁹⁴ M. Sezgin Tanrikulu, "İHAM Kararlarında ve Türk Hukukunda Yaşam Hakkı", *TBB Dergisi*, sayı 66, 2006, s. 57.

Mahkemenin, Danıştay tarafından bozma kararı verilmesine rağmen, adli yargıda ceza yargılamasında yaşam hakkının korunmamasını göz önünde bulundurarak ihlal kararı verdiği anlaşılmaktadır.

6.4. Çevre Kapsamında Yaşam Hakkının Korunması

Çevre ve şehircilik ile ilgili pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmemesi nedeniyle meydana gelen ölümler, yaşam hakkının ihlalidir. Bu bakımdan, idari yargı yerlerinde iptal davaları ile idari işlemlerin, tam yargı davaları ile de idari eylemlerin yaşam hakkına uygunluğunun incelenmesi gerekir. Yaşam hakkı da dâhil olmak üzere Sözleşmede güvence altına alınan bireysel hakları doğrudan etkilediği ileri sürülen çevre meseleleriyle ilgili Mahkemeye bir dizi başvuru yapılmıştır.

Bu konuda verilen kararların başında *Öneriyıldız* gelmektedir. Başvuran olay tarihinde bir gecekonuda akrabalarıyla birlikte yaşamaktaydı. Bu alan uzun zamandan beri dört belediyenin vahşi çöplük alanı olarak kullanılmaktaydı. Anılan alanda, metan gazı sıkışması olduğu ve bunun tahliyesine ilişkin hiçbir önlemin alınmadığı uzman raporlarına da bağlanmıştı. Belediyeler arasında önlemin alınması konusunda sorumluluğun kime ait olduğu konusundaki tartışmalar devam etmekteyken patlama olmuş, evler yığının altında kalmış ve başvuranın bazı yakın akrabaları da yaşamını yitirmişti.⁹⁵

Mahkemeye göre, Sözleşmenin 2. maddesi gereğince yaşam hakkını tehlike altına sokan her türlü riske karşı caydırıcı idari yapının oluşturulması ve insan yaşamına potansiyel risk oluşturan tehlikeli faaliyetlerle ilgili düzenlemelere gidilmesi özel bir öneme sahiptir. Gerekliğinde devlet bu alanlarda ruhsatlandırma yapmalı, bu nitelikteki faaliyetleri denetlemeli, güvenliği sağlamalı ve risklere karşı tehlike içinde olanları korumak amacıyla herkesi pratik önlemleri almaya zorlamalıdır.⁹⁶

Olayda, bu bölgede yaşayan insanların gerçek ve yakın bir tehlikeye maruz kaldıklarının devlet tarafından bilindiği ya da bilinmesi gerektiği açık olduğundan gerekli adımların atılmadığına ve önlemlerin alınmadığına karar verilmiştir. Burada gecekonduların tahliyesine gidilmediği gibi sakinlere kamu hizmetinin sunulmasına ve onlardan vergi tahsil edilmesine de devam edilmiştir. Sonuç olarak, çevre ve kentçilik konularında takdir yetkisi geniş olmakla birlikte devletin, var olan tehlikeyi giderme konusunda gerek mevzuat gerekse idari işbirliği ve koordinasyon anlamında etkin bir sistem kurmadığı,

⁹⁵ *Öneriyıldız/Türkiye*.

⁹⁶ *Öneriyıldız/Türkiye*, p. 89-90.

imar ve şehircilikte zayıf kaldığı ve gerekli önlemleri almadığı gerekçesiyle yaşam hakkını ihlal ettiğine karar verilmiştir.⁹⁷

Bu karar, çevre ile ilgili düzenlemeleri ile planlama ve kontrol sistemleri zayıf olan devletlere bir uyarıdır. Atık alanları gibi çevre ile ilgili konularda Avrupa standartlarında düzenleme yapılmaması, yaşam hakkının hukuk tarafından korunması yükümlülüğünün yerine getirilmediği şeklinde algılanır. Hukuki alanda bu standartların kabul edilmesi de tek başına yeterli değildir. Düzenlemelerin uygulamada katı bir şekilde hayata geçirilmesi ve bunlara uyulmaması halinde etkin bir hesap sorma ve gerekirse cezalandırma yoluna gidilmesi de gerekir.⁹⁸

Tehlikeli alanlarda yaşamalarına izin verilmesi, devletin tehlikeli durumdan haberi olması ve ölümlerin fiilen meydana gelmesi nedeniyle *Öneryıldız* kendine özgü özelliği olan bir karardır.⁹⁹ Bu örneğe rağmen Mahkeme, yaygın olarak çevrenin insan yaşamı üzerinde yaratmış olduğu etkiyi 2. maddeden ziyade 8. madde altında ele almaktadır.¹⁰⁰

6.5. Sağlık Hizmetinde Yaşamın Korunması

Birçok başvuruda ölüm ile sonuçlanan tıbbi hatanın farklı yönlerden devletin sorumluluğunu gerektirdiği ileri sürülmüştür. Sağlık hizmetinde yaşam hakkının korunmasına yönelik hukuki ve idari yapının kurulması bir zorunluluk olmakla birlikte, sunulan hizmetin kalitesi anlamında bir ölçüt bulunmamaktadır. Bu kapsamda, sağlık güvencesi olan bir şahsın kullandığı ilaçların bedelinin bir kısmının kendisi tarafından ödenmesi zorunluluğunun yaşam hakkını ihlal ettiğine ilişkin başvuru, sağlık hizmetinin mali kaynaklara bağlı olması nedeniyle kabul edilemez bulunmuştur.¹⁰¹

Mahkemeye göre, yaşam hakkının korunmasına ilişkin devletin pozitif yükümlülüğü hastanelerde hastaların hayatlarının korunmasına ilişkin düzenleme yapılması zorunluluğunu ve yaşanan ölüm olayları dolayısıyla uygulayıcıların sorumluluğunu gerektiren etkili yargısal sistemin kurulmasını

⁹⁷ *Öneryıldız/Türkiye*, p. 97-110.

⁹⁸ Korff, **a.g.e.**, s. 66.

⁹⁹ Svitlana Kravchenko, John E. Bonine, “*Interpretation of Human Rights for The Protection of the Environment in the European Court of Human Rights*”, **Pacific McGeorge Global Business & Development Law Journal**, cilt 25, 2012, s. 280.

¹⁰⁰ Cengiz, **a.g.m.**, s. 395.

¹⁰¹ *Nitecki/Polonya*, AİHM, No. 65653/1, 21 Mart 2002.

içerir.¹⁰² Bu bakımdan, yaşamın korunmasına ilişkin pozitif düzenleme olması sağlık hizmetleri bakımından da geçerlidir.¹⁰³ Böylece Mahkemeye göre, kamu ya da özel hastaneleri, hastaların hayatını kurtarmak için tedbirler almaya zorlayacak düzenleyici bir rejim öngörülmalıdır.¹⁰⁴ Bununla birlikte, devletin sağlık çalışanları yönünden gerekli mesleki standardı sağlaması ve hizmet alanların yaşamlarının korunması yönünde yeterli düzenlemeleri yapması durumunda, tıbbi bir konuda sağlık çalışanlarının değerlendirme hatası ya da ihmalleri pozitif yükümlülüğünün gereklerinin yerine getirilmemesi olarak kabul edilemez.¹⁰⁵

Yaşam hakkının veya bedensel bütünlüğün ihlali kasıtlı değilse, 2. maddeden kaynaklanan etkin bir yargı sistemi kurma biçimindeki olumlu yükümlülük, her zaman bir ceza davası olarak anlaşılmayabilir. Yargı sistemi ilgililere, doktorların sorumluluklarının tespiti ve varsa, tazminat ödenmesi ve kararın ilan edilmesi gibi özel hukuk yaptırımlarının uygulanmasını sağlamak amacıyla ceza mahkemeleri önünde tek başına ya da birlikte dava açma imkânının yanında hukuk mahkemeleri önünde dava açma imkânı verilmesi şeklinde de yerine getirilebilir. Disiplin önlemleri de, aynı zamanda öngörülebilir.¹⁰⁶

Danıştay, sağlık hizmetinin sunumundan doğan sorumluluk konusunda Mahkemenin içtihadına yakın bir yaklaşıma sahiptir. Danıştay'a göre, Anayasanın 125. maddesinde, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararları ödemekle yükümlü olduğu hükme bağlanmıştır. İdarenin yürütmekle yükümlü olduğu bir hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde veya işleyişindeki nesnel nitelikli bozukluk, aksaklık veya boşluk olarak tanımlanabilen hizmet kusuru; hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi hallerinde gerçekleşmekte ve idarenin tazmin yükümlülüğünün doğmasına yol açmaktadır. Bununla birlikte, Danıştay'ın yerleşik içtihatlarına göre bünyesinde risk taşıyan hizmetten yararlanan ilgililerin uğradıkları zararların tazmini, olayda idarenin ağır hizmet kusurunun belirlenmesi şartına bağlıdır. Dolayısıyla bünyesinde risk taşıyan sağlık hizmetini yürüten idarenin

¹⁰² *Erikson/İtalya*, AIHM, No. 37900/97, 26 Ekim 1998.

¹⁰³ Korff, *a.g.e.*, s. 77.

¹⁰⁴ *Calvelli ve Ciglio/İtalya*, AIHM, No. 32967/96, 12 Ocak 2002, p. 49.

¹⁰⁵ Juliet Chevalier-Watts, "Effective Investigations Under Article 2 of the European Convention on Human Rights: Securing the Right to Life or an Onerous Burden on a State?", *European Journal of International Law*, cilt 21, sayı 3, 2010, s. 709.

¹⁰⁶ *Mehmet Şentürk ve Bekir Şentürk/Türkiye*, p. 79-83.

hizmetten yararlanan ilgiliye karşı tazmin sorumluluğu, sadece hizmetin kusurlu işletilmesi halinde değil, ağır hizmet kusurunun saptanması halinde mümkündür.¹⁰⁷

Daha yeni sayılacak bir kararında Mahkeme, sağlık hizmetinden dolayı yaşam hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Burada ölen şahıs hamileliğinin ileri safhasında olan biriydi. Ağrıları nedeniyle devlet hastanesine kaldırılan şahıs burada bir ebe tarafından muayenesi yapılmış ve doğum vaktinin henüz gelmediği gerekçesiyle hastaneye yatırılmamıştır. Ağrıların aynı şekilde devam etmesi üzerine farklı bir devlet hastanesine daha gidilmiş ve yine ebe tarafından muayene edilerek hekime görünmesine gerek görülmemiştir. Devamında yine aynı gün kamuya ait bir araştırma hastanesine gidilmiş ve kendisine ilaç yazılarak taburcu edilmiştir. Ancak ağrılarının şiddetlenerek artması üzerine bu kez üniversite hastanesine gidilmiş ve ceninin ölü olduğu anlaşıl原因 olarak derhal ameliyata alınmasına karar verilmiş ve ameliyat için ücretin yatırılması istenmiştir. Ancak ücretin yatırılmaması üzerine hasta, kamuya ait bir kadın doğum hastanesine ambulans ile sevki sırasında ölmüştür.¹⁰⁸

Mahkeme konu ile ilgili olarak yaptığı inceleme sonrasında acil tıbbi müdahaleye ücret yatırılmadan başlanmamasını eleştirmiştir.¹⁰⁹ Bu kapsamda, sağlık hizmetinin gösterdiği açık kusurun kurbanı olan ölen kişi, uygun tıbbi bakıma erişim hakkından mahrum bırakılmıştır. Bu tespit, Mahkemenin, devletin, ölen kişinin bedensel bütünlüğünü korumaya ilişkin ödevini ihlal ettiği sonucuna varması için yeterlidir. Mahkeme, Sözleşmenin 2. maddesinin maddi yönü bakımından ihlal edilmiş olduğu sonucuna varmıştır.¹¹⁰

Sağlık hizmeti ile ilgili olarak Danıştay'ın gündeme getirdiği temel konulardan biri hizmetin niteliğinin düşmesine neden olan düzenlemenin yaşam hakkının ihlali olduğuna dair örneklerdir. Danıştay, işçi emeklisi olan davacının, koroner arter hastalığı tedavisinde kullanılan ilaçlı stend bedelinin ödenmemesine ilişkin sağlık uygulama tebliğinde ilaçlı stend bedellerinin kamu tarafından ödenmeyeceği ibaresinin iptali istemiyle açılan davada, muayene ve tetkiklerden sonra, hastalığın tedavisinde kullanılması tıbben uygun görülen, kullanılması hastanın tercihine bırakılmayan ve hasta tarafından bedeli mukabilinde piyasadan temin edilen stend bedelinin

¹⁰⁷ Danıştay 15. Daire, E: 2013/145, K:2013/1103, 13 Şubat 2013.

¹⁰⁸ Mehmet Şentürk ve Bekir Şentürk/Türkiye, p. 6-10.

¹⁰⁹ Mehmet Şentürk ve Bekir Şentürk/Türkiye, p. 94.

¹¹⁰ Mehmet Şentürk ve Bekir Şentürk/Türkiye, p. 94.

ödenmeyerek hastanın sağlık hizmetine erişim hakkının engellenmesinin ve hastanın ağır bir maddi yük altında bırakılmasının sağlıklı yaşam hakkı ve sosyal devlet ilkesi ile bağdaşmadığına karar vermiştir.¹¹¹

7. SORUŞTURMA YAPMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Sözleşmenin 2. maddesi uygulamasında devlete, yaşam hakkının korunmasına yönelik bazı usule ilişkin güvenceleri sağlama yükümlülüğü de verilmiştir. Burada yer alan yükümlülük bütünüyle 2. maddede yer alan negatif ve pozitif yükümlülüklerden farklı ve bağımsızdır.¹¹² Bu yükümlülük, yaşam hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddialar hakkında etkin bir soruşturma yapılmasını gerektirmektedir.

Etkin soruşturma yapma yükümlülüğü olmasının temel nedeni bu hakkın korunmasına yönelik olan ulusal hukuk normlarının etkin bir şekilde uygulanmasını temin etmek ve ölüm olaylarının yaşandığı hallerde devlet görevlilerinin ve kurumlarının hesap verebilirliğini sağlamaktır.¹¹³ Bu yükümlülük, olayın kamu idarelerinin bilgisine girmesi sonrasında soruşturma başlatılmasını gerektireceğinden, ayrıca kamu idarelerinin bir şikâyet yapılmasını beklemelerine gerek bulunmamaktadır.¹¹⁴ Yine soruşturmanın etkinliği konusu her bir olayda ayrı ayrı değerlendirme yapılmak suretiyle takdir edilmektedir.¹¹⁵

Etkin bir soruşturmadan bahsedebilmek için öncelikle soruşturmayı yapan makamların bağımsız olmaları gerekmektedir. Bağımsızlıktan kast edilen adına hareket edilenin bağımsızlığı ile birlikte, bizzat soruşturmada yer alanların da bağımsızlığıdır. *Ergi* başvurusunda, yaşam hakkını ihlal ettiği ileri sürülen jandarma görevlileri tarafından toplanan deliller üzerinden yürütülen soruşturmanın yeterince bağımsız olmadığına karar verilmiştir.¹¹⁶

Yine, teori ve pratikte hesap verilebilirliği sağlamak için soruşturmanın ve sonuçlarının kamusal denetime açık olması gerekir.¹¹⁷ Bu kapsamda, ölenin yakınlarının ve özellikle ailesinin soruşturmaya etkin olarak katılmasına, bilgi ve belge sunmasına ya da menfaatlerini korumasına izin verilmediği hallerde

¹¹¹ Danıştay 10. Daire, E: 2011/7, K:2011/337, 22 Haziran 2011.

¹¹² Korff, a.g.e., 36.

¹¹³ *Nachova ve diğerleri/Bulgaristan*, AİHM, No. 43577/98, 43579/98, 6 Temmuz 2005, p. 110.

¹¹⁴ *Nachova ve diğerleri/Bulgaristan*, p. 111.

¹¹⁵ *Hugh Jordan/Birleşik Krallık*, AİHM, No. 24746/94, 4 Mayıs 2001, p. 109.

¹¹⁶ *Ergi/Türkiye*, p. 85.

¹¹⁷ *Hugh Jordan/Birleşik Krallık*, p. 109.

usuli güvencelerin ihlal edildiği söylenebilir.¹¹⁸

Son olarak, yapılan soruşturmanın ölüm olayının nedenlerini ve koşullarını aydınlatmayı, delillere ulaşmayı ve onları korumayı, sorumlularını belirlemeyi, kullanılan gücün meşru olup olmadığını ortaya koymayı temin edecek nitelikte olması gerekir.¹¹⁹ Soruşturmanın hukukun üstünlüğünü sağlayacak şekilde ivedilikle yürütülmesi gerekir.¹²⁰ *Acar ve diğerleri* başvurusunda Mahkeme, öldürme olayının tespitinde çok önemli olarak gördüğü balistik incelemenin yapılması aşamasında bazı mermilerin hiç incelemeye gönderilmemesini, bazılarının ise gönderilmesine rağmen uygun koşullarda muhafaza edilmemesi nedeniyle paslanmasına bağlı olarak inceleme yapılamamasını eksiklik olarak değerlendirmiştir.¹²¹

Soruşturma yapma bir adli işlem olarak değerlendirilmektedir.¹²² Bu bakımdan, soruşturmanın anılan usuli güvencelere aykırı olması durumunda idari yargıda dava konusu edilmesi olanaklı değildir. Türkiye’de soruşturmanın yürütülmesinde yaşanan bu usuli sorunlar nedeniyle tazminat istemiyle başvurulabilecek bir mahkeme bulunmamaktadır. Ancak 2010 yılında Anayasanın 148. maddesine eklenen bireysel başvuru yolu ve bu yolu düzenleyen 6216 sayılı Kanunun kabul edilmesinden sonra Anayasa Mahkemesinin bu olanağa kavuştuğu açıktır.

Bununla birlikte Danıştay, bir kararında soruşturma yapılmamasına karşı idari yargı organları önünde dava açılmasının yolunu aralamış gibidir. *Dodo Tekin*’in, terör örgütüne yardım ve yataklık yaptığı şüphesi ile jandarma tarafından gözaltına alındıktan sonra öldüğü, ölümün sorgu sırasında rahatsızlanmasından kaynaklandığı, buna karşın yapılan muayenede, bileklerde kelepçe izine bağlı morluklar, her iki ayak tabanında yüzeysel morluk ve yumurtalıklarda siyah ekimozların tespit edildiği, ancak kati ölüm nedeninin mevcut imkânlar dâhilinde belirlenemediği, ölüme sorumlulukları

¹¹⁸ *Hugh Jordon/Birleşik Krallık*, p. 109.

¹¹⁹ *Nachova ve diğerleri/Bulgaristan*, p. 113.

¹²⁰ *Acar ve diğerleri/Türkiye*, AİHM, No. 36088/97, 38417/97, 24 Mayıs 2005, p. 76.

¹²¹ *Acar ve diğerleri/Türkiye*, p. 91.

¹²² “Bu durumda yargılama görevi kapsamında yürüttükleri hizmet nedeniyle Adalet Bakanlığının ajanı konumunda olmayan hâkim ve Cumhuriyet savcılarının yaptıkları ceza soruşturması ve yargılaması nedeniyle yürütme erki içinde yer alan Adalet Bakanlığını sorumlu tutmaya hukuken olanak bulunmamaktadır. ... Öte yandan, hâkim ve Cumhuriyet savcılarının yargısal nitelikli faaliyetleri nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen zararların tazmini istemiyle hâkim ve Cumhuriyet savcılarına karşı adli yargıda tazminat davası açılabileceği de tabiidir.” Bkz. Danıştay 10. Daire, E:2007/6441, K:2009/10124, 7 Aralık 2009.

bulunanlar hakkında memurun muhakematı uyarınca yapılan soruşturmaya ilişkin dosyanın kaybolduğu, bu konuda herhangi bir kararın verilemediği ve soruşturmanın hiçbir şekilde yapılmadığı olayda Danıştay, etkili bir soruşturma sonucunda, kamu görevlilerinin kusurunun saptanması halinde, idarenin hizmet kusuru işlediğinden bahisle uğranılan zararın tazmini için genel hükümler çerçevesinde tam yargı davası açılabilirken, ölüm olayının uzun yıllar geçmesi nedeniyle bu yolun kullanılma imkânının ortadan kalkması ve 5233 sayılı Kanunla terörle mücadele sırasında yürütülen faaliyetler nedeniyle uğranılan zararların karşılanması yolunda yeni bir imkân getirilmesi nedeniyle ölüm olayının 5233 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilmesinin hakkaniyete ve hukuka uygun olacağına karar vermiştir.¹²³ Kanaatimizce, soruşturmanın eksikliği üzerine kurulan bu karara rağmen, ceza soruşturmasının idari yargı yerlerinde tartışmaya konu yapılması idari rejim ile bağdaşmamaktadır.

8. SONUÇ

İdari yargının temel amacı idarenin işlemlerinin hukuka uygunluğunu denetlemek ve idari eylemler sonrasında oluşan zararlar nedeniyle idarenin sorumluluğunu belirlemektir. İdarenin olduğu her yerde ve yürüttüğü tüm hizmetlerde idari yargının da görev alması söz konusudur. Bu bakımdan, yaşam hakkını ilgilendiren idari eylem ve işlemlerin idari yargının görev alanına gireceğine kuşku bulunmamaktadır. Buna göre, yaşam hakkının münhasıran ceza hukukunun bir konusu olduğu anlayışı doğru değildir. Ceza hukuku ile birlikte idare hukuku da yaşam hakkı ile ilgilidir.

Yaşam hakkı öncelikle bu hakkın korunması konusunda devlete verilen pozitif yükümlülüğün bir gereği olarak idare hukukuyla ilgilidir. Buna göre, devletin yaşam hakkını korumaya yönelik çıkardığı düzenlemeler, kurduğu ve işlettiği kamu hizmetleri ve istihdam ettiği personel bütünüyle idare hukukuyla ilgilidir. Bu kapsamda, sağlık hizmetinin sunumu, çevrenin ve kentçilik, güvenlik hizmetleri sonrasında yaşanan ölüm olayları, gözaltında, cezaevinde ve okuldaki insan grupları yönünden yaşam hakkının korunması bütünüyle idare hukukunun konusuna girmektedir.

Bu yönüyle, Sözleşmenin 2. maddesinin ihlal edildiğine Mahkeme tarafından karar verilen tüm olayların, idare hukuku uygulamasında hizmet kusuru olarak kabul edilmesi gerekir. İdare hukukunun kendine özgü sorumluluk türleri olduğu için farklı olaylarda hizmet kusuru, sosyal risk ve kusursuz sorumluluk ilkeleri uygulanabilmektedir. Bununla birlikte,

¹²³ Danıştay 15. Daire, E: 2011/9811, 2012/2716, 9 Mayıs 2012.

Sözleşmenin 2. maddesinin ihlali sayılabilecek hallerde yaşam hakkına ilişkin konuların sosyal risk ya da kusursuz sorumluluk ilkelerine gidilmeden, doğrudan hizmet kusuru olarak değerlendirilmesi yerinde olur.

Danıştay'ın yaşam hakkı algısı ile Mahkemenin algısı arasında bir kısım farklılıklar olduğu görülmektedir. Temel ayırımın Danıştay'ın daha çok uyuşmazlığa konu eylem üzerine yoğunlaşması, buna karşın Mahkemenin sonucu doğuran süreci ve alternatifi içeren bir değerlendirme yapmasıdır. Bu türden değerlendirme farklılığı, genellikle güvenlik hizmetinde ve cezaevlerinin idaresinde kendini göstermektedir. Mahkeme, ölüm olayını doğuran eylemin ve ihmalin başlı başına meşru olup olmadığı değerlendirmesi ile yetinmez. Olayın doğumu öncesini de kapsayacak bir değerlendirme yapmak suretiyle ölüm ile sonuçlanan eylemi giderebilecek bir alternatifin olması halinde ihlal kararı verebilmektedir. Buna göre, bu hukuki inceleme yolunun Danıştay tarafından da benimsenmesi gerekmektedir.

Yine, idari yargının temel görevlerinden bir tanesi de devletin pozitif yükümlülüğünün gereği olarak baktığı iptal davalarında yaşam hakkının korunmasına yönelik önlemlerin alınıp alınmadığının denetimini yapmaktır. Buna göre, bünyesinde risk taşıyan alanlardan başlamak suretiyle idarenin faaliyette bulunduğu tüm konularda, özellikle de düzenleyici işlemlerin denetlenmesi sırasında, yaşam hakkının korunması gerekir. Böylece sadece idari eylemlerin değil, idari işlemlerin denetiminde de yaşam hakkı öncelenmiş olacaktır.

KAYNAKÇA

BAŞAK, Cengiz, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Gözaltında İnsan Hakları İhlali”, **AÜHFD**, cilt 51, sayı 4, 2002, s. 41-72.

BESİRİ, Arzu, “Ötenazi ve Yaşam Hakkı”, **TBB Dergisi**, sayı 86, 2009, s. 188-203.

CENGİZ, Serkan, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Yaşam Hakkı”, **TBB Dergisi**, sayı 93, 2011, s. 383-404.

CHEVALIER-WATTS, Juliet, “Effective Investigations Under Article 2 of the European Convention on Human Rights: Securing the Right to Life or an Onerous Burden on a State?”, **European Journal of International Law**, cilt 21, sayı 3, 2010, s. 701-721.

ÇİFTÇİOĞLU, Cengiz Topel, “Yaşam Hakkı”, **TBB Dergisi**, sayı 103, 2012, s. 137-168.

ÇÜÇEN, A. Kadir, **İnsan Hakları**, Bursa, MKM Yayıncılık, 2011.

FREEMAN, Katherine, “The Unborn Child and the European Convention on Human Rights: To Whom Does “Everyone’s Right To Life” Belong?”, **Emory International Law Journal**, cilt 8, 1994, s. 615-665.

GÜRCAN, Ertuğrul Cenk, “Ötenazi: Yaşam Hakkı Açısından Bir Değerlendirme”, **AÜHFD**, cilt 60, sayı 2, 2011, s. 255-280.

GÖZLER, Kemal, KAPLAN, Gürsel, **İdare Hukuku Dersleri**, 11. baskı, Bursa, Ekin Basım, 2011.

HARIS, David J. v.d., **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, çev. Mehveş Bingöllü Kılıcı, Ankara, Avrupa Konseyi Yayınları, 2013.

KARAKAŞ, Işıl, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yaşam Hakkı: ‘Mc Cann’den ‘Kaya’ ve Ötesine”, **GÜHFD**, sayı 1, 2002, s. 58-70.

KRAVCHENKO, Svitlana, BONINE, John E., “Interpretation of Human Rights for The Protection of the Environment in the European Court of Human Rights”, **Pacific McGeorge Global Business & Development Law Journal**, cilt 25, 2012, s. 245-287.

KORFF, Douwe, **Yaşam Hakkı: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 2. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap**, 4. baskı, İstanbul, Beta Basım, 2003.

REİSOĞLU, Safa, **Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları**, İstanbul, Beta Basım, 2001.

SAVCI, Bahri, **Yaşam Hakkı ve Boyutları**, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1980.

TANRIKULU, M. Sezgin, “*AİHM Kararlarında ve Türk Hukukunda Yaşam Hakkı*”, **TBB Dergisi**, sayı 66, 2006, s. 51-93.

TAQI, Irum, “*Adjudicating Disappearance Cases In Turkey: An Argument For Adopting the Inter-American Court Of Human Rights’ Approach*”, **Fordham International Law Journal**, cilt 24, 2001, s. 940-987.

WARREN, Rachel, “*Pro [Whose?] Choice: How the Growing Recognition of a Fetus’ Right to Life Takes the Constitutionality Out of Roe*”, **Chapman Law Review**, cilt 13, 2009, s. 221-247.

WHITE, Robin CA, OVEY, Clare, **The European Convention on Human Rights**, 5. baskı, Oxford, Oxford University Press, 2010.

YILMAZ, Halil, “*Cenini Öldürme (Çocuk Düşürtme/Düşürme) Suçu*”, **Ankara Barosu Dergisi**, sayı 2, 2001, s. 69-88.

YOKUŞ SEVÜK, Handan, “*Kolluk Görevlilerinin Silah Kullanma Yetkisi ve Yaşam Hakkı*”, **YÜHFD**, cilt 9, sayı 2, 2012, s. 239-286.

