



**T.C.
SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU YÖNETİMİ ANA BİLİM DALI**

**AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN TARAF
DEVLETLERE YÜKLEDİĞİ POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLER**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Sadık KOCABAŞ

**Tez Danışmanı
Doç. Dr. Yüksel METİN**

ISPARTA,2009

T.C
SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
MÜDÜRLÜĞÜ

TEZ SAVUNMASI ve SÖZLÜ SINAV TUTANAĞI

Gönderen : **KAMU YÖNETİMİ** EABD Başkanlığı

Gönderilen : Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü

Enstitü Anabilim Dalımız **YÜKSEK LİSANS / DOKTORA** Programı öğrencisi
..... **Sadık KOCABAŞ** tez çalışmalarını sonuçlandırmış ve
kurulan jüri önünde tezini savunmuştur. Sınav tutanağı aşağıdadır.
Tez Adı Değişikliği ~~YAPILDI~~ / **YAPILMADI**

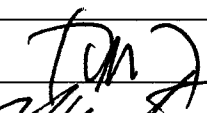
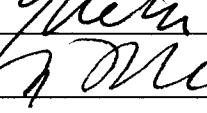
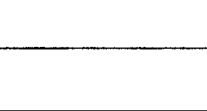
03.09.2009
Tarih

Prof. Dr. Selma Tokdemir
Enstitü Anabilim Dalı Başkanı

SINAV TUTANAĞI:

Jürimiz Lisansüstü Öğretim Yönetmeliği'nin 25./39. maddesi uyarınca **03./09./2009** **Perşembe**
günü saat **10.00** 'de toplanmış ve yukarıda adı geçen öğrencinin **Ayrıca İnsan Hakları**
Sözleşmesi'nin **Taraf** **Devletlere** **Tüteleceği** **pozitif** **bulunmaktadır**
konulu tezini incelemiş ve yapılan sözlü sınav sonunda **OYBİRLİĞİ / OYÇOKLUĞU** ile aşağıdaki kararı
almıştır.

KABUL **RED** **DÜZELTME**

Tez Sınavı Jürisi	Ünvanı, Adı Soyadı	İmza
Başkan	Prof. Dr. Faruk Turhan	
Üye	Doç. Dr. Yücel Mehmet	
Üye	Doç. Dr. Mehmet Popmaçlı	
Üye		
Üye		

Yukarıda adı geçen öğrenci Sınav Tutanağı'nda belirtildiği üzere mezun olmaya **HAK KAZANMIŞTIR / KAZANMAMIŞTIR.**

Gereğini rica ederim.

ENSTİTÜ YÖNETİM KURULU KARARI : Tarih: Karar No:

Enstitü Müdürü

MADDE-25 Tez Sınavının tamamlanmasından sonra Jüri tez hakkında salt çoğunlukla "KABUL", "RED", veya "DÜZELTME" kararı verir. Bu karar, Enstitü Anabilim Dalı Başkanlığınca tez sınavını izleyen üç gün içinde ilgili Enstitüye tutanakla bildirilir. Tezi reddedilen öğrencinin Enstitü ile ilişkisi kesilir. Tezi hakkında düzeltme kararı verilen öğrenci en geç üç ay içinde gereğini yaparak tezini aynı jüri önünde yeniden savunur. Bu savunma sonunda da tezi kabul edilmeyen öğrencinin Enstitü ile ilişkisi kesilir. Düzeltme alan öğrenci bir sonraki dönemde kayıt yaptırmak zorundadır.

Madde-39 Tez Sınavının tamamlanmasından sonra Jüri tez hakkında salt çoğunlukla "KABUL", "RET" veya "DÜZELTME" kararı verir. Bu karar, Anabilim Dalı Başkanlığınca tez sınavını izleyen üç gün içinde ilgili Enstitüye tutanakla bildirilir. Tezi reddedilen öğrencinin Yüksek Öğretim Kurumu ile ilişkisi kesilir. Tezi hakkında düzeltme kararı verilen öğrenci en geç altı ay içinde gereğini yaparak tezini aynı jüri önünde yeniden savunur. Bu savunma sonunda da tez kabul edilmeyen öğrencinin Enstitü ile ilişkisi kesilir.

ÖNSÖZ

Günümüzde insan hakları, bütün medeni ülkelerin ortak paydası konumunda olan en önemli kavramların başında gelmektedir. Ülkemizde de insan hakları kavramının ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin son yıllarda önemi gittikçe artmaktadır. Bu yüzden bu alanda yapılacak bir çalışmanın çok sevdiğimiz ülkemiz için son derece faydalı olacağını düşünerek bu tez konusunu belirledik. Tezi hazırlarken en sıkıntılı süreç, yüzlerce Mahkeme kararının ve onlarca kaynağın içinden pozitif yükümlülük kavramını arayıp bulmak ve pozitif yükümlülükleri Sözleşme'deki haklar kapsamında kategorize etmek olmuştur.

Bu tez çalışmasının her aşaması ile ilgilenen ve yardımlarını esirgemeyen danışmanım ve değerli hocam Doç. Dr. Yüksel METİN'e duyduğum minnettarlığı ifade etmek isterim. Değerli yorum ve tavsiyeleri ile tezin bu hale gelmesinde katkıda bulunan Prof. Dr. Faruk TURHAN'a ve Doç. Dr. Metin TOPÇUOĞLU'na teşekkürlerimi sunarım. Öğrenim hayatımın ilk gününden bugüne kadar sevgileri ve maddi-manevi destekleri ile hep yanımda olan çok değerli anneme ve babama şükranlarımı sunarım. Bu süreçte bana her zaman destek olan sevgili dayılarım Prof. Dr. Nevzat GÜRAN'a ve Ahmet GÜRAN'a, ev arkadaşlarıma ve tüm sevdiklerime çok teşekkür ederim. Özellikle yüksek lisans öğrenimim boyunca verdiği destekten ötürü Türkiye'nin en saygın bilim kurumu olan TÜBİTAK'a sonsuz şükranlarımı sunarım.

ÖZET

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN TARAF DEVLETLERE YÜKLEDİĞİ POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLER

SADIK KOCABAŞ

Süleyman Demirel Üniversitesi, Kamu Yönetimi Bölümü Yüksek Lisans Tezi, 147
sayfa, Eylül 2009

Danışman: Doç. Dr. Yüksel Metin

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

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, dinamik ve gelişmeci yorum yaparak sürekli geliştirdiği içtihatlarla Sözleşme'deki özgürlüklerden yargı organları önünde ileri sürülebilecek pozitif haklar, bir başka deyişle devletin temel hakları koruma yükümlülüğünün kapsamını genişleten pozitif yükümlülükler geliştirmiştir.

Bu tezin amacı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin taraf devletlere yüklediği pozitif yükümlülüklerin neler olduğunu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ışığında ortaya koymaktır. Bu bağlamda pozitif yükümlülük kavramı, pozitif yükümlülüklerin amacı, türleri üzerinde durulmuş ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarından örnekler verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, negatif yükümlülükler, pozitif yükümlülükler, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin yorumu.

ABSTRACT**POSITIVE OBLIGATIONS IMPOSED ON CONTRACTING STATES
BY THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS****SADIK KOCABAŞ****Suleyman Demirel University, Department of Public Administration Ph. D, 147
pages, September 2009**

Supervising Professor: Assoc. Prof. Dr. Yüksel Metin

Protection of fundamental rights provided by European Convention on Human Rights is not limited to protecting areas of freedom of individuals against state intervention. The fact that rights covered in Convention are not only defensive rights but that their content provides wider protection can be seen clearly when the properties of judicial rights secured in Convention are considered. Within the framework of these rights it is demanded that state should secure these rights and make them applicable by taking positive measures. Since about 30 years, European Commission of Human Rights and European Court of Human Rights have developed positive obligations as a concept from the fundamental rights in Convention. European Court of Human Rights has stated through its jurisprudence that the duty to acknowledge rights in the 1st Article of Convention brings for contracting states not only negative obligations but also positive obligations as well.

With jurisprudences that it has continually developed by making dynamic and progressive interpretations, European Court of Human Rights has developed positive rights that can be alleged through judicial processes, in other words it has introduced positive obligations widening the scope of state's obligation to protect fundamental rights.

The aim of this thesis is to clarify what positive obligations that European Convention on Human Rights loads on contracting states in the light of the adjudications of European Court of Human Rights. To this end, the concept, aim and types of positive obligations have been investigated through examples of jurisprudences of the European Court of Human Rights.

Keywords: European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights, negative obligations, positive obligations, the interpretation of European Convention on Human Rights

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	i
ÖZET.....	ii
ABSTRACT	iii
İÇİNDEKİLER	iv
KISALTMALAR DİZİNİ	vii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ ve POZİTİF

YÜKÜMLÜLÜKLER.....	3
I. GENEL OLARAK AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ.....	3
A. AİHS'in Kapsamı ve İçeriği.....	4
B. AİHS'in Özellikleri ve Uluslar Arası Hukuka Getirdiği Yenilikler.....	7
C. AİHS'in Taraf Devletlerin İç Hukukundaki Yeri.....	10
D. AİHS'in Denetim Mekanizması.....	11
II. DEVLETİN İNSAN HAKLARIYLA İLGİLİ DÖRT ÖDEVİ.....	14
A. Tanıma.....	14
B. Dokunmama	15
C. Koruma	15
D. Temin/Tedarik.....	16
III. NEGATİF ve POZİTİF YÜKÜMLÜLÜK KAVRAMLARI	17
A. Negatif Yükümlülük.....	17
B. Pozitif Yükümlülük	19
1. Pozitif Yükümlülüklerin Amacı.....	22
2. Pozitif Yükümlülüklerin Türleri: Usuli-Esasi Yükümlülükler	23
3. Pozitif Yükümlülükler ve Sözleşme'nin Yatay Boyutu.....	25
IV. POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLERİN DOĞURDUĞU ÖDEVLER.....	28
A. Hukuki Tedbir Alma Ödevi	28
B. Pratik veya Operasyonel Tedbirler Alma Ödevi	30
V. POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLER ve AVRUPA İNSAN HAKLARI	
SÖZLEŞMESİ'NİN YORUMU	31
A. Tarihsel Yorum	32

B. Deyimsel Yorum	34
C. Sistematiik Yorum.....	35
D. Karşılaştırmalı Hukuk Yöntemi	37
E. Dinamik Yorum ve Etkililik İlkesi	38

İKİNCİ BÖLÜM

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İÇTİHATLARINA GÖRE SÖZLEŞME'DEKİ HAK ve ÖZGÜRLÜKLERDEN DOĞAN POZİTİF

YÜKÜMLÜLÜKLER.....	41
I. YAŞAM HAKKI (AİHS m. 2).....	41
A. Yaşam Hakkı'nın Tanımı	41
B. Yaşam Hakkı'nın Kapsamı.....	42
1. Ceninin Yaşam Hakkı ve Kürtaj Sorunu.....	42
2. Ötenazi (Ölme Hakkı).....	46
C. Yaşam Hakkı'nın Sınırları (İstisnaları)	48
1. Yasanın Öngördüğü Durumlarda Yetkili Mahkeme Tarafından Verilen Ölüm Cezasının Yerine Getirilmesi:.....	48
2. AİHS Madde 2'nin 2. Fıkrasında Sayılan İstisnalar:	49
D. Yaşam Hakkı (AİHS m. 2) Kapsamında Pozitif Yükümlülükler.....	51
1. Yaşam Hakkını Etkin Bir Şekilde Koruyan Yasal Rejim Oluşturmak ...	52
2. Yaşamı Tehlikede Olanların Korunması Yükümlülüğü	54
3. Yaşam Hakkının İhlali Durumunda Devletin Etkili Araştırma ve Soruşturma Yapma Yükümlülüğü	65
II. İŞKENCE, İNSANLIK DIŞI ve ONUR KIRICI MUAMELE ve CEZA YASAĞI (AİHS m. 3).....	78
A. Genel Olarak İşkence Yasağı (AİHS m. 3).....	78
B. İşkence Yasağı (AİHS m. 3) Kapsamında Pozitif Yükümlülükler.....	80
1. Özgürlüklerinden Mahrum Bırakılan Kişilerin Korunması	80
2. Üçüncü Kişilerin Kötü Muamelelerinden Koruma Yükümlülüğü.....	82
3. İşkence ve Kötü Muamele İddialarını Etkili Bir Biçimde Soruşturma Yükümlülüğü	84
III. KÖLELİK ve ZORLA ÇALIŞTIRMA YASAĞI (AİHS m. 4).....	88
A. Genel Olarak Kölelik ve Zorla Çalıştırma Yasağı (AİHS m. 4).....	88

B. Kölelik ve Zorla Çalıştırma Yasağı Kapsamında Pozitif Yükümlülükler....	89
IV. KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜ ve GÜVENLİĞİ HAKKI (AİHS m. 5).....	93
A. Genel Olarak Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği.....	93
B. Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı (AİHS m. 5) Kapsamında Pozitif Yükümlülükler	95
V. ADİL YARGILANMA HAKKI (AİHS m. 6).....	105
A. Genel Olarak Adil Yargılanma	105
B. Adil Yargılanma Hakkı (AİHS m. 6) Kapsamında Pozitif Yükümlülükler	106
VI. ÖZEL HAYATIN ve AİLE HAYATININ KORUNMASI (AİHS m. 8)	110
A. Genel Olarak Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması Hakkı	110
B. Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması Hakkı (AİHS m. 8) Kapsamında Pozitif Yükümlülükler.....	111
1. Kişinin Cinsel Saldırıya Karşı Korunması.....	112
2. Kişinin Cinsel Kimliğinin Tanınması	112
3. Kişinin Kökenleri İle İlgili Bilgilere Ulaşmasının Sağlanması.....	114
4. İsim Tercihinin Resmi Olarak Tanınması.....	115
5. Kişinin İtibar Hakkının Korunması.....	117
6. Sosyal Özel Hayatın Korunması	118
7. Aile Hayatının Korunması	120
8. Çevre Kirliliğinden Koruma	124
9. Konut ve Haberleşme Hakkı Kapsamında Pozitif Yükümlülükler.....	126
VII. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ (AİHS m. 10)	127
A. Genel Olarak İfade Özgürlüğü.....	127
B. İfade Özgürlüğü (AİHS m. 10) Kapsamında Pozitif Yükümlülükler.....	129
VIII. DERNEK KURMA ve TOPLANTI ÖZGÜRLÜĞÜ (AİHS m. 11)	132
A. Genel Olarak Dernek Kurma ve Toplantı Özgürlüğü	132
B. Dernek Kurma ve Toplantı Özgürlüğü (AİHS m. 11) Kapsamında Pozitif Yükümlülükler	134
SONUÇ.....	137
KAYNAKÇA	140
ÖZGEÇMİŞ.....	147

KISALTMALAR DİZİNİ

AB	Avrupa Birliği
AİHD	Avrupa İnsan Hakları Divanı
AİHK	Avrupa İnsan Hakları Komisyonu
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AK	Avrupa Konseyi
AKPM	Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi
AÜ	Ankara Üniversitesi
AÜHF	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Bkz.	Bakınız
BM	Birleşmiş Milletler
Çev.	Çeviren
CMK	Ceza Muhakemesi Kanunu
Ed.	Editör
ILO	Uluslar arası Çalışma Örgütü
İHD	İnsan Hakları Derneği
İHEB	İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi
İİBF	İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi
İÜ	İstanbul Üniversitesi
m.	Madde
no.	Numara
Par.	Paragraf
s.	Sayfa

SBF	Siyasal Bilimler Fakültesi
SDÜ	Süleyman Demirel Üniversitesi
TCK	Türk Ceza Kanunu
TODAİE	Türkiye Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü
t.y.	Tarih Yok
vd.	Ve Diğerleri

GİRİŞ

İnsan hakları, hukuk ve siyaset gündeminin en başta gelen konularından biridir. Gerek ulusal gerekse uluslar arası düzeyde son yılların ciddi tartışmalarından biri olan insan hakları, hem teorik hem de pratik bir sorundur. İnsan hakları sorunu, özellikle İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra uluslar arası alanda özel bir önem kazanmıştır. (Erdoğan, 2006: 11) İkinci Dünya Savaşı sırasında yaşanan ağır insan hakları ihlalleri sonunda 1948 yılında Birleşmiş Milletler tarafından “İnsan Hakları Evrensel Bildirisi” yayınlanmıştır. Bu bildirinin yayınlanmasının amacı, insan haklarına ve temel özgürlüklere saygı duyulmasını sağlamaktır. 1949 yılında yürürlüğe giren Avrupa Konseyi statüsünün genel amacı, insan haklarının sağlanması, korunması ve geliştirilmesi olarak belirlenmiştir. İnsan haklarının ulusal, uluslar arası hatta uluslar üstü alanlarda önem kazanması 1953 yılında yürürlüğe giren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile olmuştur. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa Konseyi' nin insan hakları çalışmaları bünyesinde meydana getirdiği uluslar arası bir sözleşmedir ve soyut olarak uluslar arası alanda yer alan insan hakları kavramını somutlaştırmıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, temel hak ve özgürlükleri sıralarken bir de bu hak ve özgürlüklerin korunması için denetim mekanizması oluşturmuştur.

Her insan hakkı üç tür yükümlülük gerektirebilmektedir. Bu yükümlülüklerden birincisi, devlet organ ve görevlilerinin kendilerinin bir ihlalde bulunmamasını gerektiren saygı gösterme yükümlülüğü; ikincisi, devletin hak sahiplerini üçüncü tarafların müdahalesine karşı korumasını ve faillerin cezalandırmasını gerektiren koruma yükümlülüğü ve üçüncüsü hakkın tümünden gerçekleştirilmesi ve etkin kılınması amacıyla özel pozitif tedbirlerin alınmasını gerektiren uygulama yükümlülüğüdür. Bu yaklaşım daha çok ekonomik, sosyal ve kültürel hakların tam olarak yerine getirilmesine adanmış belgelerin uygulanmasının denetlenmesinden sorumlu organlar tarafından tercih edilirken medeni ve siyasi haklar ile ilgili olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından tercih edilmemektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, devletlerin yükümlülüklerini iki kategoride toplayan daha basit ikili bir yaklaşımı seçmiştir. Buna göre birinci

kategori, negatif yükümlülükler, ikinci kategori ise pozitif yükümlülüklerdir. (Kombe, 2008: 5)

Negatif yükümlülük, devletlerin Sözleşme'deki hakları ihlal etmekten kaçınma yükümlülüğüdür. Pozitif yükümlülük ise devletlerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki hak ve özgürlükleri korumak için gerekli tedbirleri alma yükümlülüğüdür. Pozitif yükümlülükler, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni dinamik ve etkili bir biçimde yorumlaması sonucu geliştirilmiş bir kavramdır. Bütün pozitif yükümlülüklerin amacı, Sözleşmesi'nin etkili bir şekilde uygulanması ve güvence altına aldığı haklara etkililik kazandırılmasıdır.

Bu çalışma iki bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde ilk olarak, genel anlamda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nden bahsedildikten sonra devletlerin insan haklarıyla ilgili ödevleri sayılmıştır. Daha sonra negatif ve pozitif yükümlülük kavramlarının tanımları yapılmış, pozitif yükümlülüklerin türleri ve amacı ile ilgili bilgiler verilmiştir. Sonrasında pozitif yükümlülüklerin doğurduğu ödevler sıralanmıştır. Ayrıca bu bölümde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni yorumlarken kullandığı yorum yöntemlerinden ve bunların pozitif yükümlülüklere etkisinden bahsedilmiştir.

İkinci bölümde ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları çerçevesinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki hak ve özgürlüklerden doğan pozitif yükümlülüklere yer verilmiştir. Bunu yaparken Sözleşme'de yer alan maddelerin sıralamasına uyulmuştur. Bu yöntemin amacı konunun genel olarak anlaşılmasını sağlamak ve Sözleşme'den kaynaklanan pozitif yükümlülüklerin bir bütünlük içerisinde kategorize edilmesini sağlamaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ ve POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLER

I. GENEL OLARAK AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ

2. Dünya Savaşı'nın sosyal, ekonomik ve siyasal zararlarını yaşayan Avrupa, böylesine bir savaşın tekrarlanmaması ve insan haklarını ortadan kaldıran totaliter sistemlerin yeniden ortaya çıkışının önlenmesi için bir birlik oluşturma çabası içine girmiştir. Savaş sonrası 26 Haziran 1945 tarihinde imzalanan Birleşmiş Milletler Örgütü de, insan haklarını uluslar arası düzeyde güvence altına alma amacını taşıyordu. Ancak Birleşmiş Milletler Örgütü farklı ideolojik temellere dayanan siyasal sistemlerin bir arada bulunmasından kaynaklanan yapısıyla, görüş farklılıklarının yaşandığı bir örgüttü. Bu nedenle Birleşmiş Milletler Örgütü'nün evrensel birlik ve barışı sağlaması pek kolay değildi. Bu şartlar altında insan hakları ve barışın sağlanması için bölgesel örgütlenmeler gerekli görünüyordu. (Akad ve Dinçkol, 2004: 310–311)

2. Dünya Savaşı'ndan sonra Avrupa ülkelerinde birlikte hareket etme fikri oluşmuş, 1948 yılında La Haye'de Avrupa Kongresi toplantıya çağırılmıştır. Çağrışı yapanlar “Avrupa Hareketleri Milletlerarası Koordinasyon Komitesi” adı altında ortaya çıkmıştır. Avrupa Kongresi, İnsan Hakları Anayasası'nın hazırlanmasına ve bu anayasa hükümlerine uyulmasını sağlamak amacıyla gerekli yaptırımları uygulamakla görevli bir yüce divan kurulmasına karar vermiştir. Bu kongrede oluşturulan “Avrupa Hareketleri Milletlerarası Konseyi” 1949 yılı Şubat ayında düzenlediği konferans sonunda oluşturduğu hukuk komisyonuna “İnsan Haklarını Koruma Sözleşme Tasarısı”nı hazırlamak görevini vermiştir. Bu Sözleşme kurulacak Avrupa Konseyi'ne katılacak devletlerin onayına sunulacaktır. (Arık, 1960: 116, aktaran Akbulut, 1991: 6)

Avrupa Konseyi bölgesel düzeyde, insan haklarının güvence altına alınması çabalarının bir sonucu olarak, on batı Avrupa ülkesinin (Belçika, Fransa, Lüksemburg, Hollanda, İngiltere, Danimarka, Norveç, İrlanda, İtalya, İsveç) 5 Mayıs 1949'da Londra'da toplanarak, Avrupa Konseyi Statüsü'nü imzalamaları ile kurulmuştur. (Gölcüklü ve Gözübüyük, 2005: 8) Avrupa Konseyi'nin kuruluş amacı, üyeleri arasında ortak varlıkları olan ülkü ve ilkeleri korumak ve yaymak, üyelerinin ekonomik ve toplumsal gelişmelerini sağlamaktır. Avrupa Konseyi'nin amaçları arasında yer alan en önemli ilkelerden biri de insan haklarının ve temel özgürlüklerin geliştirilmesi ve korunmasıdır. Konsey Statüsü'nün 3. maddesinde her üye devletin hukukun üstünlüğü ve kendi yargı yetkisi içindeki herkesin insan haklarından ve temel özgürlüklerden yararlanması ilkelerini kabul ettiği açıkça belirtilmiştir. (Sencer, 1986: 175)

Avrupa Konseyi kurulur kurulmaz insan haklarının korunması ve geliştirilmesi sorununa öncelik vermiş, en kısa sürede Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) hazırlanmasını sağlamıştır. (Gözübüyük, 1987: 4) Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi (AKPM) Ağustos 1949'da yapmış olduğu ilk toplantıda insan haklarının ve temel özgürlüklerin korunması konusunda bir örgütün kurulmasını kararlaştırmıştır. AKPM'nin bu teklifi Avrupa Konseyi'nin yetkili komisyonu tarafından somut bir taslak haline getirilmiş ve taslak Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'ne sunulmuştur. Bakanlar Komitesi, taslağı incelemek ve nihai şeklini vermek üzere bir Uzmanlar Komitesi'ne havale etmiştir. Uzmanlar Komitesi'nin son şeklini verdiği Sözleşme, 4 Kasım 1950 tarihinde Roma'da Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi toplantısında aralarında Türkiye'nin de bulunduğu 15 ülke tarafından imzalanmıştır. Sözleşme'nin o zamanki 66. maddesi uyarınca 10. devletin onay belgesini Avrupa Konseyi Genel Sekreterine iletmediği tarihte, yani 3 Eylül 1953'te yürürlüğe girmiştir. (Kılınç, 2006: 138)

A. AİHS'in Kapsamı ve İçeriği

AİHS'in -11. Protokol ile değişik- metni, bir Giriş, üç bölüm, 59 madde ve 14 Ek Protokol'den oluşmaktadır. Sözleşme'nin Girişinde imzacı devletler, insan haklarına ilişkin bakış açılarını ortaya koymuş ve AİHS'in dayandığı temelleri açıklamışlardır. Buna göre; Avrupa Konseyi üyesi devletler, Avrupa Konseyi'nin

amacını “üyeleri arasında daha güçlü bir birliğe ulaşmak” olarak belirlemiş ve “insan hakları ve temel özgürlüklerin korunması ve daha ileri düzeyde gerçekleştirilmesi”ni, bu amaca ulaşma yollarından biri olarak ifade etmişlerdir. İmzacı devletler BM İnsan Hakları Evrensel Bildirisi’ni (İHEB) dikkate aldıklarını, Bildiri’de dile gelen haklardan bazılarını ortak güvenceye almak için girişimde bulduklarını bildirerek, Sözleşme hükümleri üzerinde anlaştıklarını açıklamışlardır. (Özdek, 2004: 28–29)

Girişin ardından “İnsan Haklarına Saygı Yükümlülüğü” başlıklı 1. madde gelmektedir: “Yüksek sözleşmeciler taraflar, kendi yargı yetkileri içindeki herkes için bu sözleşmenin 1. Bölümünde tanımlanan hak ve özgürlükleri güvence altına alır.”

Sözleşme’nin bir bütün olarak uygulanması için standart oluşturan bu maddenin ardından gelen 1. Bölüm (m. 2–18), Sözleşme’nin güvence altına aldığı haklar ve özgürlükler, ayrıca Sözleşme’nin koyduğu yasaklar düzenlenmektedir. Sözleşme’nin 2. Bölümünde (m. 19–51), Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin (AİHM) oluşumuna, yetkilerine, çalışma usullerine ve Bakanlar Komitesi’nin bazı yetkilerine ilişkin hükümler vardır. Sözleşme’nin “Çeşitli Hükümler” başlığını taşıyan 3. Bölümde (m.52–59) ise, Sözleşme’nin uygulanması ve yürürlüğe girmesiyle ilgili kurallar bulunmaktadır.

Sözleşme ve Sözleşme’ye yapılan Ek Protokoller, BM tarafından kabul edilen sözleşmelerde “Medeni ve Siyasi Haklar” ya da “kişisel ve siyasi haklar” denilen ve Anayasamızca “kişi hakları” ve “siyasi haklar” adı altında düzenlenen klasik-liberal (birinci kuşak) hak ve özgürlüklerin bir kısmını içermekte, İHEB’in tanıdığı sosyal hakları ise içermemektedir. Avrupa Konseyi sosyal hakları ayrı bir mekanizma içerisinde ele almıştır. (Avrupa Sosyal Şartı, Torino: 18 Ekim 1961; yürürlük tarihi: 26 Şubat 1965) (Gölcüklü ve Gözübüyük, 2005: 11)

Sosyal ve ekonomik içerikli hakların AİHS ile koruma altına alınmamasının temelinde bunların gerçekleştirilmesi bakımından devletin pek çok pozitif yükümlülükle karşı karşıya bulunması bir yana, içeriklerinin Sözleşme’nin yapıldığı tarih itibarıyla henüz tam bir netlikle belirlenememiş olması ve Avrupa Konseyi üyesi devletlerin farklı ekonomik durumları nedeniyle bu alanda getirilecek yükümlülüklerin altından kalkamayacak olmalarının doğurduğu endişedir. Bununla birlikte, Sözleşme’nin ana konusunu oluşturan medeni ve siyasi hakların birer

tamamlayıcı niteliğinde bulunan ve genel olarak sosyal ve ekonomik haklar grubu içerisinde yer verilen birtakım haklar da Sözleşme ve Protokolleri ile düzenleme altına alınmıştır. Bunlar mülkiyet hakkı, eğitim hakkı, sendika hakkıdır. Bunun dışında AİHM içtihatlarında özel ve aile yaşamının korunması hakkının (m.8) bileşenlerinden biri olarak anılan çevre hakkı da, Sözleşme'nin koruma altına aldığı sosyal ve ekonomik haklardandır. (Anayurt, 2004: 93)

AİHS'in 1. bölümünde (m.2–18) hak ve özgürlüklerle ilgili düzenlemelerle, bu hak ve özgürlüklere getirilen sınırlama hükümlerine yer verilmiştir. Sözleşme'de güvence altına alınan haklar; yaşam hakkı (m.2), işkence ve kötü muamele yasağı (m.3), kölelik ve zorla çalıştırma yasağı (m.4), kişi özgürlüğü ve güvenlik hakkı (m.5), adil yargılanma hakkı (m.6), suç ve cezaların kanuniliği ilkesi (m.7), özel hayat ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı (m.8), düşünce, vicdan ve din özgürlüğü (m.9), ifade özgürlüğü (m.10), toplanma ve örgütlenme hakkı (m.11), evlenme ve aile kurma hakkı (m.12), etkili başvuru hakkı (m.13), ayrımcılık yasağı (m.14) olarak düzenlenmiştir. Sözleşme'nin 15. maddesi, olağanüstü rejime ilişkin askıya alma hükümlerini içerir. 16. madde, yabancıların siyasal etkinliklerinin kısıtlanması ile ilgilidir. 17. madde, hakkın kötüye kullanılmasını önleme amacıyla, Sözleşme'de düzenlenen hak ve özgürlüklerin yine bu hak ve özgürlükleri engelleyecek şekilde kullanılmasını yasaklamaktadır. 18. madde ise, sözü edilen hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların ancak öngörülen amaçlar için uygulanabileceğine hükmetmektedir.

AİHS, kabul edildiği günden günümüze kadar çeşitli değişikliklere uğramıştır. Şu ana kadar kabul edilmiş 14 Ek Protokol ile Sözleşme'nin kapsamı genişletilmiş ve denetim mekanizması daha etkin hale getirilmiştir.

AİHS'in güvenceye aldığı hak ve özgürlüklerin alanı, 1, 4, 6, 7, 12 ve 13. Protokollerle genişletilmiştir. 1. Protokol üç yeni hak getirmiştir. Bunlar; mülkiyet hakkı, eğitim hakkı ve serbest seçim hakkıdır. 4. Protokol, borç nedeniyle hapis yasağı, seyahat özgürlüğü, vatandaşı sınır dışı etme yasağı ve yabancılar topluca sınır dışı etme yasağı olmak üzere dört yeni hak ve özgürlüğe yer vermiştir. 6. Protokol, AİHS'in 2. maddesinde yer alan yaşam hakkının çerçevesini genişletmiş ve (savaş zamanı ve yakın savaş tehlikesinin bulunduğu zamanlar hariç olmak üzere) ölüm

cezasını kaldırmıştır. 7. Protokol yabancıların sınır dışı edilmelerine ilişkin usul güvencelerini tanımış, cezai konularda temyiz hakkı, haksız mahkûmiyet için tazminat hakkı, çifte yargılanmama ve çifte cezalandırılmama hakkı ve eşler arasında eşitlik hakkı olmak üzere yeni hakları Sözleşme'ye eklemiştir. 12. Protokol, AİHS'in 14. maddesindeki ayrımcılık yasağının alanını genişletmiştir. 13. Protokol, ölüm cezasını istisnasız kaldırmaktadır. (Özdek, 2004: 31–32)

2. Protokol ile AİHS hükümlerinin yorumu konusunda AİHM'e istişari görüş bildirme yetkisi tanınmıştır. 3, 5, 8, 9, 10, 11 ve 14. Protokoller, usul konuları ile ilgilidir ve Sözleşme'nin etkinliğini geliştirme amacına yöneliktir. 3. Protokol ile şimdi kaldırılmış bulunan Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun (AİHK) çalışma esasları yeniden düzenlenmiştir. 5. Protokol ile AİHK ve AİHM üyelerinin yarısının her üç yılda bir yenilenmesine karar verilmiştir. 8. Protokol ile AİHM'in daireler halinde çalışabilmesi için gerekli düzenlemeler yapılmıştır. 9. Protokol ile Komisyon'a başvuran bireylere AİHM'e de başvurma imkânı tanınmıştır. 10. Protokol ile Bakanlar Komitesi'ne basit çoğunlukla karar alma yetkisi tanınmıştır. 11. Protokol ile denetim sistemi esaslı bir şekilde değiştirilmiş, Komisyon ve Bakanlar Komitesi'nin yargısal yetkileri kaldırılmış, ihlalleri incelemekle tek bir organ (AİHM) görevlendirilmiştir. 14. Protokol ise, imzaya açılmış olmakla birlikte henüz yürürlüğe girmemiştir. 14. Protokol, AİHM sisteminin etkinleştirilmesi için sistemde reform yapılmasına, bu arada kararların yerine getirilmesine ilişkin yeni hükümleri ve Avrupa Birliği'nin (AB) AİHS'e taraf olmasına imkân sağlayan hükümleri düzenlemektedir. (Kılınç, 2004: 140–141)

B. AİHS'in Özellikleri ve Uluslar Arası Hukuka Getirdiği Yenilikler

AİHS, hukuk tekniği açısından uluslar arası bir antlaşma niteliğindedir. Bu niteliği gereği, Sözleşme'ye taraf olan devletler bakımından uluslar arası hukuka göre bağlayıcı sonuçlar doğurur ve taraflara Sözleşme'deki hak ve özgürlükleri kendi yargı yetkileri içinde koruma ödevini yükler. Sözleşme'nin 1. maddesi, tarafları kendi yargı yetkileri içindeki herkes için Sözleşme'nin getirdiği hak ve özgürlükleri güvenceye almakla yükümlü kılmıştır. Sözleşme'yi onaylayan devletler, onay işlemiyle birlikte otomatik olarak iki yönlü bir yükümlülük altına girmektedirler. Birincisi, iç hukuklarını Sözleşme ile uyumlu hale getirmektir. İkincisi ise

Sözleşme’de yer alan hak ve özgürlüklerin ihlaline karşı önlem almaktır. AİHS’in 13. maddesi de, Sözleşme’de düzenlenen hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkesin ulusal makamlar önünde etkili bir hukuksal yola başvuru hakkını tanıyarak, Sözleşme’nin güvence sistemini pekiştirmektedir. (Özdek, 2004: 29)

AİHS’in garanti altına aldığı haklar, Sözleşme’nin hazırlandığı tarihte Batı demokrasilerinin anayasalarında yer alan bazı kişisel ve siyasal haklardır. Bununla birlikte Sözleşme’nin getirdiği uluslar arası koruma sistemi, insan hakları alanında köklü anlayış değişikliklerini yansıtmaktadır. (Kılınç, 2004: 143) AİHS’in uluslar arası hukuka katkısı olarak değerlendirilebilecek ve diğer uluslar arası sözleşmelerde bulunmayan bu nitelikler şu şekilde özetlenebilir:

- Sözleşme bireyi uluslar arası hukukta da hak sahibi yapmıştır. Sözleşme, bireye haklarını çiğneyen devlete karşı AİHM’e başvurabilme yolunu açmıştır. Böylece birey, uluslar arası hukukta da hak sahibi durumuna gelmiştir ve uluslar arası hukukun süjesi olmuştur. Bireysel başvuru hakkı, Sözleşme’nin belkemiğidir. Bireysel başvuru hakkı, Sözleşme ile getirilen denetim sisteminin en önemli parçasıdır. Bireysel başvuru yanında bir de ortak güvence sistemi olan devlet başvurusu vardır. Devlet başvurusu mekanizması, Sözleşme’nin temel özelliklerindedir. (Gölcüklü ve Gözübüyük, 2005: 13–14)
- Diğer uluslar arası sözleşmelerin aksine AİHS’in uygulaması açısından vatandaşlık önemli değildir. (Ünal, 2001: 70) Sözleşme’yi onaylayan devletler, yargı yetkileri içindeki herkes için Sözleşme’de sayılan hak ve özgürlükleri güvenceye alma yükümlülüğü içine girmişlerdir. Yalnız vatandaşlar değil, yabancılar ve vatansızlar da Sözleşme’deki hak ve özgürlüklerden yararlanabileceklerdir. (Özdek, 2004: 33)
- Geleneksel uluslar arası sözleşmelerde karşılıklılık esas olmasına karşın, AİHS’de bu ilkenin herhangi bir önemi yoktur. (Kılınç, 2004: 143) Sözleşen devletlerin, Sözleşme’den doğan yükümlülükleri nesnel bir yükümlülüktür; karşılıklılık ilkesine dayanmaz. (Gölcüklü ve Gözübüyük, 2005: 15)

- AİHS, güvence altına aldığı hak ve özgürlüklere saygı gösterilmesi ödevini, yalnız sözleşen devletlere yüklemekle kalmamış, hak ve özgürlüklere saygıyı sağlamak için bir Mahkeme (Divan) yani yargısal nitelikte bir denetim organı öngörmüştür. (Gölcüklü ve Gözübüyük, 2005: 16)
- AİHS, getirdiği uluslar arası koruma sistemiyle insan haklarını devletlerin içişleri alanından çıkarıp, uluslar arası alana taşınmasını sağlamıştır. Bu koruma sistemi, devletlerin, insan hakları ihlalleri nedeniyle uluslar arası alanda yargılanabilmelerini mümkün kılmakta ve insan hakları alanında uluslar arası yargısal bir düzen kurmaktadır. (Özdek, 2004: 28) Ayrıca devletler, sadece yargılanmakla kalmayıp, insan haklarının ihlal edildiği olaylar için hesap vermek, tazminat ödemek ve ihlalin tekrar yaşanmaması için tedbirler almak zorunda kalmaktadır. (Kılınç, 2004: 143)
- AİHS'in sağladığı güvence ikincildir. Sözleşme'nin benimsediği düzende, insan haklarının iç hukukça korunması asıldır. Uluslar arası koruma ikincil niteliktedir. (Gölcüklü ve Gözübüyük, 2005: 15) Bu nedenle, bireylerin Sözleşme'de öngörülen hak ve özgürlüklerden faydalanabilmesi için ulusal iç hukuk yollarının tüketilmesi gerekmektedir.
- AİHS, ulusal hukuku etkilemektedir. Sözleşme'nin bir özelliği de, sözleşen devletlerin iç hukukunu etkilemesi, Sözleşme'ye aykırı yasaların, Sözleşme'ye uygun bir duruma getirilmesi gereğini doğurmasıdır. Yani Sözleşme, ulusal hukuku etkileyen, ortak hukuk kuralları koyan bir belgedir. (Gölcüklü ve Gözübüyük, 2005: 16)
- Sözleşme, taraf devletlerin imzaladığı diğer uluslar arası sözleşmelerin uygulanmasına engel değildir. Böylece bireyler, ulusal mahkemelerde AİHS hükümlerinin uygulanmasını talep edebilecekleri gibi, o devletin taraf olduğu ve daha geniş haklar sağlayan diğer sözleşme hükümlerinin uygulanmasını da isteyebilirler. (Ünal, 2001: 70)

- AİHS, temel hak ve özgürlüklerin önemli bir kısmını belirtmekle kalmamış, bu hak ve özgürlükler için bazı sınırlamalar da getirmiştir. Ancak Sözleşme, hiçbir devlete olağanüstü durumlarda bile yaşam hakkına saygı yükümlülüğünden, işkence ve kölelik yasağından sıyrılma, suç ve cezaların kanuniliğinden vazgeçme fırsatı tanımamıştır. Olağanüstü durumlarda bile devletler, bu hak ve özgürlüklere saygı göstermek zorundadır. Ayrıca Sözleşme, kanunla değiştirilemez. Sözleşme, kendi koyduğu kurallara göre değiştirilebilir ve kaldırılabilir. Devletler Sözleşme'yi tek taraflı değiştiremezler. Sözleşme, devletlerin çekince koyma hakkını da sınırlandırmıştır. Buna göre, Sözleşme'ye genel nitelikte çekince konulamaz, çekince açıkça madde belirtilmek suretiyle yerine getirilebilir. (Tezcan vd., 2004: 26)

C. AİHS'in Taraf Devletlerin İç Hukukundaki Yeri

Devletler hukukunda bir uluslar arası sözleşmenin, sözleşmeye taraf olan devletin iç hukukundaki yeri konusunda iki farklı teori vardır. Bunlardan biri düalist (ikici) teori, diğeri ise monist (tekçi) teoridir.

Düalist teoriye göre, uluslar arası hukuk ve iç hukuk birbirinden farklı ve tamamen bağımsızdır, iki ayrı hukuk düzenidir. İç hukuk özellikle ulusal düzeyde yer alan kamusal ve bireysel ilişkileri düzenlerken, uluslar arası hukuk büyük ölçüde devletlerarası ilişkileri düzenler. Her iki hukuk düzeni birbirinden tamamen bağımsız olduğu için, kuralların birbiriyle çatışması da söz konusu değildir. Bir hukuk düzenindeki kuralın diğeriindeki geçerli olabilmesi için, açıkça yollamada bulunulması ya da aktarma yapılması gerekmektedir. AİHS'e taraf devletlerden Danimarka, İzlanda, Malta, Norveç ve İngiltere'de ikili düzen anlayışı egemendir. İkili düzeni uygulayan bu ülkelerde, Sözleşme iç hukukun bir parçasını oluşturmamakla birlikte, devlet Sözleşme ile güvence altına alınmış olan hak ve özgürlüklerin uygulanmasını sağlamak için gerekli önlemleri almak zorundadır. Bu düzende bir sözleşmenin ulusal hukuka aktarılması bir yasama tasarrufu ile olmaktadır. (Gölcüklü ve Gözübüyük, 2005: 19)

Monist (tekçi) teoriye göre ise hukuk bir bütündür. Uluslar arası hukuk ile iç hukuk bu bütünün yalnızca birer parçasını oluşturmaktadır. Bu anlayışta bir

sözleşmenin iç hukuk düzenine girebilmesi için ayrıca bir ulusal işleme gerek yoktur. Monist teoriye göre, sözleşmenin anayasal formata uygun olarak yapılıp yürürlüğe girmesi yeterlidir. Böylece sözleşme iç hukukun herhangi bir işlemiyle iç hukuka dâhil edilmesi zorunluluğu bulunmaksızın iç hukuk kurallarından biri gibi uygulama alanı bulmaya başlar. AİHS'e taraf devletlerden Avusturya, Almanya, Türkiye, Belçika, Hollanda, Portekiz, İspanya, Fransa, Bulgaristan, Yunanistan, İtalya tekçi sistemi benimsemiştir. (Anayurt, 2004: 72) Monist teoriyi kabul eden taraf devletlerde AİHS yasa, yasa üstü veya anayasa seviyesinde olmak üzere üç farklı konumda bulunabilmektedir. Federal Almanya'da, AİHS yasa seviyesinde kabul edilmektedir. Aynı şekilde AİHS'in, Finlandiya, İtalya, San Marino ve Danimarka'da da yasa seviyesinde olduğu kabul edilmektedir. Fransa, İsviçre, Malta, Hollanda, Belçika, Lüksemburg, Yunanistan, Portekiz ve İspanya'da ise, AİHS'in yasalara göre önceliği veya üstünlüğü vardır. Avusturya'da ise AİHS anayasa seviyesindedir. (Kılınç, 2004: 142)

Türkiye'de 1982 Anayasası'nın milletlerarası andlaşmalara ilişkin 90. maddesinin son fıkrasına 2004 yılında eklenen cümleye göre: "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır." Böylece AİHS, 2004 yılından itibaren Türkiye'de yasa üstü seviyesine çıkmıştır.

D. AİHS'in Denetim Mekanizması

AİHS'in en önemli özelliklerinden biri garanti altına aldığı hak ve özgürlüklere uyulmasını sağlamak amacıyla kurulan uluslar arası denetim mekanizmasının varlığıdır.

AİHS'in denetim mekanizmasını diğer bölgesel ve evrensel düzeydeki insan haklarını koruma mekanizmalarından ayıran temelde iki nokta bulunmaktadır. Birincisi, bireylerin başvurusuna açık ve aleyhine ihlal kararı verilen devleti bağlayıcı kararlar verebilen bir yargılama aşamasının mevcut olmasıdır. İkincisi ise, ihlal kararlarının yerine getirilmesini veya başka bir deyimle infazını sağlayan ikinci bir aşamanın mevcut olmasıdır. Bu nedenle AİHS ve denetim mekanizması, insan

hakları ihlallerine karşı kurulan günümüzdeki sistemler içinde en kapsamlı koruma sağlayan sistemdir. (Kılınç, 2004: 144)

Sözleşme, taraf devletlerin üstlenmiş oldukları yükümlülüklerin yerine getirilmesini denetlemek amacıyla, başlangıçta yargısal nitelikli AİHK, AİHM ve yargısal nitelikli olmamakla birlikte önemli görevleri bulunan Bakanlar Komitesi'nden oluşan bir denetim mekanizmasına yer vermişti. 11. Protokol yürürlüğe girmeden önceki bu sistemde ilk olarak Komisyon'a başvurulmaktaydı. Komisyon tarafından kabul edilebilirlik kararı verilirse, Komisyon'un bu kararını Bakanlar Komitesi'ne gönderdiği tarihten itibaren en geç 3 ay içerisinde Komisyon'un veya ilgili devlet tarafından konunun AİHM'e götürmesi kaydıyla Mahkeme'nin başvurunun esasını görüşüp kesin kararını vermesi biçiminde bir süreç işlemekteydi. (Anayurt, 2004: 78) Bakanlar Komitesi ise, Komisyon'un ihlal kararı verdiği ve Mahkeme'ye götürmediği davalarda hüküm veriyordu. (Kılınç, 2004: 144) Bakanlar Komitesi bu görevinin yanında bugün de olduğu gibi AİHM'in kararının yerine getirilmesini de ayrıca denetlemekteydi. (Tezcan vd., 2004: 47) Bu sistemde kişilere doğrudan Mahkeme'ye başvurma yetkisi verilmemişti. Diğer yandan, sorunun AİHM tarafından görülebilmesi için aleyhine başvuruda bulunulan devletin Mahkeme'nin zorunlu yargı yetkisini tanımış olması gerekiyordu. (Anayurt, 2004: 78)

Komisyon ve Mahkeme'nin tam zamanlı olarak çalışmaması, AİHS'e taraf devletlerin sayısının da artması, davaların birikmesine ve yargılama sürelerinin uzamasına yol açmıştır. AİHS'in çeşitli protokolleri ile denetim sisteminin hızlandırılmasına ve etkinleştirilmesine yönelik önlemler alınmıştır. Ancak bu önlemlerin de ihtiyacı karşılamakta yetersiz kalması, 11. Protokolün hazırlanmasında temel etkindir. (Özdek, 2004: 44)

1 Kasım 1998'de 11. Protokolün yürürlüğe girmesiyle birlikte, Komisyon ve Bakanlar Komitesi'nin yerini sürekli olarak çalışan ve tek bir Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi almıştır. (Kılınç, 2004: 144)

AİHS'in denetim sistemi, AİHM'e yapılan iki tür başvuru ile harekete geçirilebilmektedir. Bunlardan ilki devletlerarası başvurular, diğeri de bireysel başvurulardır. Bu başvuru yollarından biri kullanılmadıkça Sözleşme'nin denetim

sistemi işletilememektedir. Sözleşme organı olan Mahkeme'nin kendiliğinden harekete geçerek ulusal yasaların ve uygulamaların Sözleşme'ye uygunluğunu denetleme yetkisi yoktur. AİHM, yalnız önüne gelen somut olaylarla ilgili olarak taraf devletlerde Sözleşme'nin uygulanmasını denetleyebilmektedir. (Özdek, 2004: 49)

Mahkeme, başvuru aşamasından karar aşamasına kadar davanın bütün aşamalarını re'sen yürütür. Mahkeme'ye yapılan başvurular, kabul edilebilirliklerine karar verilmesi için öncelikle üç kişilik bir komite tarafından incelenir. Bir başvurunun kabul edilebilirlik koşulları şu şekildedir: Başvurucu, aleyhine dava açtığı ülkede bütün iç hukuk yollarını tükettiğini ispatlamalıdır. Başvuru, dava edilen ülke mahkemelerinin ya da yetkili organlarının nihai kararından sonraki altı ay içerisinde yapılmalıdır. (Kılınç, 2004: 145) Başvurucunun kimliği belli olmalıdır. Başvuru konusu, daha önce AİHM tarafından incelenmiş bir konu ile aynı olmamalıdır. Başvuru, daha önce bir başka uluslar arası soruşturma ya da çözüm yerine sunulmuş bir konu olmamalıdır. Başvuru, Sözleşme hükümleri ile bağdaşır nitelikte olmalıdır. Başvuru, açıkça temelden yoksun olmamalıdır. Ayrıca, başvuru hakkının kötüye kullanılmaması gerekmektedir. (Özdek, 2004: 60–61)

Bir başvuru, komitenin iletildiği daire tarafından kabul edilebilir bulunduğu, Mahkeme iki tarafı dostane bir çözüme davet eder ve taraflar arasında arabuluculuk yapar. Tarafların dostane bir çözüme ulaşmaması halinde, Mahkeme başvuruyu incelemeye devam eder ve gerekirse duruşma açar. Duruşma kamuya açık olarak yürütülür ve karar verilir. Daire tarafından verilen kararlara itiraz edilmemesi halinde karar kesinleşir ve infaz için Bakanlar Komitesi'ne gönderilir. Taraflardan birisinin başvurusu üzerine, kararın Büyük Daire'ye gönderilmesi talebi 5 hâkimden oluşan panel tarafından incelenir. Talep kabul edilmezse, karar kesinleşir. Talep kabul edilirse Büyük Daire'ye gönderilir. Büyük Daire'nin kararları kesindir. Kesinleşen Mahkeme kararları başvurucular ve özellikle aleyhine başvuru devlet için bağlayıcıdır. (Kılınç, 2004: 145–146)

AİHM, çeşitli şekillerde karar verebilir. İhlalin bulunmadığına karar verebileceği gibi, ihlalin var olduğunu tespitle yetinebilir veya ihlalin varlığını tespit dışında başvurucuya tazminat ödenmesine de karar verebilir. AİHS'in 46. maddesi

gereğince, tazminatın ödenip ödenmediğini, ihlalin veya etkilerinin devam edip etmediğini ve yeni ihlallerin önlenmesi amacıyla devletlerin gerekli önlemleri alıp almadığını kontrol etmek Bakanlar Komitesi'nin görevidir. Bakanlar Komitesi, bu görevini Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü'nün yardımıyla yerine getirir. (Kılınç, 2004: 146)

II. DEVLETİN İNSAN HAKLARIYLA İLGİLİ DÖRT ÖDEVİ

A. Tanıma

Devlet insan olarak değerimizi ve bu değerden türeyen haklarımızı tanımak zorundadır. Tersinden söylersek, devlet insan haklarını tanımazlık edemez. Kendi yetki alanındaki kişilerin insan haklarını reddeden devletin meşruluğu şüphelidir. Esasen, devletin sırf devlet olarak meşruluğundan söz edilemez, meşruluk ona dışarıdan verilir. Bu da, esas olarak, onun insan haklarını korumak ve toplumda barışı temin etmek üzere “kurulmuş” bir müessese olmasından başka bir şey değildir. Devlet meşru olarak var olmasını, “insan” olmak itibariyle dokunulmaz haklara sahip kişilerin iradelerinden türemesine ve onların haklarını korumasına borçludur. (Aktan, 2007: 23)

Devlet, insan haklarını başta anayasası olmak üzere bütün bir hukuk düzeni ile tanıır. Öyleyse, insan haklarını tanıyıp güvence altına almayan bir hukuki belge, adı anayasa olsa bile, gerçekte anayasa değildir. Çağdaş anayasalar genellikle “temel haklar ve hürriyetler” veya “kamu hürriyetleri” başlıklı bölümler içerirler, ama böyle olan anayasalar bile aslında insan haklarını reddediyor olabilirler. Bir “sözde anayasa” böyle bir bölüm içerse bile, temel haklara devletin keyfi müdahalesi için açık kapılar bırakmışsa veya bu hakları kendisinin tanımladığı ve uygun gördüğü ölçüde kullanılacak devlet bağışları olarak düzenlemişse, gerçekte insan haklarını tanımıyor demektir. Öte yandan, anayasalar hiç bir zaman bütün insan haklarını kapsamadıkları gibi, anayasaların tanıdıkları her hak da “insan hakkı” niteliğinde olmayabilir. Onun için, anayasaların “temel haklar ve hürriyetler” ve/veya “kamu hürriyetleri” olarak listeledikleri hakların hepsinin ahlâkî ve/veya hukukî gücü aynı değildir. Ancak, bir anayasanın tanıdığı hakların bazılarının “insan hakkı” niteliğinde

olmaması, onların hukukî bağlayıcılığını ortadan kaldırmaz. Bu olsa olsa, anayasanın tanımaması halinde onların “insan hakkı” olarak ileri sürülemeyecekleri, ama belki (adalet, hakkaniyet, dayanışma gibi) başka nedenlere dayanılarak ileri sürülebilecekleri anlamına gelir. (Erdoğan, 2006: 23)

B. Dokunmama

Devlet sivil, kamusal ve siyasal alanda insan hakları kullanımına prensip olarak karışmamalıdır. İnsanlar, devlet müdahalesinden korunmuş bir şekilde kendi dünya görüşleri ve hayat tarzı tercihlerine göre kendi yaşamlarını tanzim edebilmeli, eğer gerek görüyorlarsa başkalarıyla ortak amaç ve idealleri çerçevesinde -yine müdahaleden masun bir şekilde- her türden gönüllü etkinlikler yapabilmelidirler. İnsan haklarına devletin müdahalesi istisnaî bir durumdur ve böyle bir müdahale ancak bir tek ilkeyle, sivil barışın korunması amacıyla haklı gösterilebilir. Bunun da somut içeriği, başkalarının haklarına tecavüz edilmesini veya başkalarına doğrudan doğruya zarar verilmesini önlemekten ibarettir. Ayrıca, dışarıdan gelen bir saldırı veya doğal bir afet sonucunda toplumun varlığının ve özgürlüklerinin tehlikeye düşmesi durumu da, insan haklarını kısıtlamanın meşru gerekçesidir. Devlet en fazla “dokunmama” ilkesine uymamak suretiyle insan haklarını ihlâl eder. (Erdoğan, 2007: 90)

C. Koruma

Devletin temel görevi insan haklarını korumaktır. İnsan haklarının asıl ihlâlcisi devlet olmakla beraber, insan haklarının korunması sadece devletin bu haklara tecavüz etmemesi ile sağlanamaz. Devlet aynı zamanda insan haklarıyla korunan temel değerlere yönelik olarak başka kişi ve gruplardan gelecek saldırıları caydırmak ve önlemek, ayrıca vaki saldırıları müeyyidelendirmek yükümlülüğü altındadır. Devletten başka aktörlerin insan haklarıyla korunan değerlere saldırıda bulunabilmesi, insan haklarının devlete yönelik siyasî iddia ve talepler olduğu gerçeğini değiştirmez. İnsanların canına, malına, kişiliğine ve kendini bireysel veya toplu olarak ifade etme girişimlerine yönelik tehdit ve tehlikeleri bertaraf etmesini de kişiler yine bir insan hakkı olarak devletten talep edebilirler. Başka bir anlatımla,

insan haklarını korumakla görevli olan devletin kendisidir; kişilerin insan haklarına tecavüz teşkil eden eylemleri, devletin, bizim insan haklarına sahip olmamızdan kaynaklanan görevini ihmal ettiğini gösterir. Bu görev, somut olarak, devletin insan haklarını korumak üzere etkin bir polis, icra ve mahkeme düzeni kurmasını gerektirir. (Erdoğan, 2006: 24)

D. Temin/Tedarik

İlke olarak insan hakları kişilerin devletten kendilerine genel olarak karşılıksız avantajlar sağlamasını talep etmeleri hakkını vermemekle beraber, istisnaî durumlarda devletin kişilere karşı bazı temin-tedarik yükümlülükleri olduğu söylenebilir. Bu ödevin istisnaî olması, devletin bu tür temin-tedarik faaliyetini genelleştiremeyeceği anlamına gelir. Bu faaliyetler birkaç grup olarak belirtilebilir: (Erdoğan, 2007: 91)

- Kendi kusurları olmaksızın geçimlerini veya bakımlarını sağlayamayanlar (sakatlar, yaşlılar, kimsesiz çocuklar vb.) için devlet, toplumun bir kurumu sıfatıyla, gerekli tedbirleri almak ve kurumları kurmakla yükümlüdür.

- Tekelci, cebrî ve büsbütün karşılıksız olmamak şartıyla, devlet sosyal güvenlik düzenlemeleri yapabilir. Bu hizmetlerin tekelci olmaması, bu tür hizmetlerin sağlanmasında rekabetçi bir yapıya izin verilmesini; cebrî olmaması kişilerin bu sisteme katılmaya zorlanamamasını, yani gönüllü katılımı; karşılıksız olmaması ise ödeme gücüne sahip olanların bu hizmetlerin sağlanmasına katkıda bulunmalarını gerektirir.

- İkinci şıkta belirtilen “sosyal hak”larda evrenselliğin sağlanmasının her zaman mümkün olmadığını unutmamak gerekir. Burada evrensellikten hem “her yerde aynı şekilde geçerli olma” hem de “hakkın öznesinin herkes olması” kastedilmektedir. Nitekim bu kategoride yer verilen hakların çoğunun uygulamada da genelleştirilmiş haklar olmadıklarını görüyoruz. Ayrıca, bunların kapsam ve nitelikleri, zorunlu olarak, ülkeden ülkeye ve içinde bulunan sosyo-ekonomik konjoktüre göre değişiklik göstermektedir.

III. NEGATİF ve POZİTİF YÜKÜMLÜLÜK KAVRAMLARI

A. Negatif Yükümlülük

İnsan hakları, doktrinde çeşitli şekillerde sınıflandırılmaktadır. Ancak herkesin ya da çoğunluğun kabul ettiği bir sınıflandırma modeli bugüne kadar ortaya konulamamıştır. (Anayurt, 2000: 51) Mesela, temel hak ve özgürlükler, konularına göre, “kişinin fizik özgürlükleri”, “düşünce özgürlükleri” ve “kolektif özgürlükler” olmak üzere üçe; kullanılış biçimlerine göre “bireysel özgürlükler” ve “kolektif özgürlükler” olarak ikiye; tarihsel ortaya çıkışlarına göre “birinci kuşak haklar”, “ikinci kuşak haklar” ve “üçüncü kuşak haklar” şeklinde üçe ayrılmaktadır. (Gözler, 2001: 150) Geleneksel yaklaşımla haklar, pozitif haklar ve negatif haklar şeklinde bir tasnife tabi tutulmaktadır. Hakların pozitif-negatif şeklindeki ayrımı, büyük ölçüde Alman Hukukçusu Jellinek’in yaptığı sınıflandırmaya dayanmaktadır. Jellinek’in sınıflandırmasına göre haklar, “negatif statü hakları”, “pozitif statü hakları” ve “aktif statü hakları” olmak üzere üçe ayrılmaktadır. (Kalabalık, 2004: 30)

Negatif haklar, devlet müdahalesine karşı güvence altına alınması ve siyasi iktidar karşısında korunması gereken hakları ifade eder. Yani bu kategoriye giren haklar, devletin bunlarla ilgili olarak olumsuz bir tutum takınmasıyla sağlanabilir. Buradaki olumsuzluk kavramı beğenilmeyen, kötü, uygun olmayan manasında değil, hareketsiz kalma, kaçınma, karışmama anlamındadır. (Erdoğan, 1996: 150) Burada devlete düşen görev, öncelikle bu alana karışmamaktır. Devlet, ancak hakların kullanılmasını kolaylaştırmak için düzenleme yapabilir. Bu haklara koruyucu haklar da denilebilir. Yaşam hakkı, kişi güvenliği, düşünce özgürlüğü, özel yaşamın korunması, işkence yasağı gibi hak ve özgürlükler bu kümede yer alır. (Gülmez, 2001: 18)

Pozitif haklar olarak kategorileştirilen haklarda ise, negatif hakların tersine devletin olumlu bir müdahalesinin, bir ediminin söz konusu olması gerektiği ileri sürülmektedir. Bu tür haklar daha çok ekonomik haklar olarak gösterilmektedir. (Gemalmaz, 2005: 990) Ancak, bugün bu anlayışa dayalı sınıflandırma, batılı hukuk çevrelerince hemen hemen terk edilmiştir. Bunun nedeni, ayırımında kullanılan kriterin insan haklarının bütünlüğü ve karşılıklı bağımlılığı ilkesini göz ardı etmesidir.

(Anayurt, 2000: 51) Gerçekten de, insan hakları ya da hak ve özgürlükler, birbirinin olmazsa olmaz şartıdır. (Akad, 1984: 63, aktaran Bulut, 2009: 24) Buna göre insan hakları birbirini tamamlar ve buna “hakların bütünlüğü” ilkesi denir. Bu ilke çerçevesinde siyasal iktidara düşen görev, bir bütün olarak hak ve özgürlüklerin işlerliğini sağlayacak ortamı hazırlamaktır. Çünkü insan hakları arasından bir grubu çıkarmak bu bütünlüğü bozar ve diğer hakları anlamsız hale getirir. (Bulut, 2009: 24) Modern hürriyet anlayışı içerisinde ister pozitif haklar olsun, ister negatif haklar olsun bunlara devletin müdahalesi kaçınılmazdır. Örneğin, toplanma özgürlüğü Jellinek’e göre negatif statü hakkıdır. Oysa bir yönüyle negatif bir yönüyle pozitif bir hak niteliği taşımaktadır. AİHD, 21 Haziran 1988 tarihli “Platform Arzte Für Das Leben” kararında, toplanma özgürlüğünün devlete iki tür yükümlülük getirdiğini; bunlardan negatif yükümlülüğün, geçerli bir sebep olmaksızın toplanma hürriyetini ihlal etmekten kaçınma yükümlülüğü, pozitif yükümlülüğün ise bu hakkın kullanılmasını ihlal etmek isteyenlere karşı korunmasını sağlayıcı tedbirleri almak yükümlülüğü olduğunu ifade etmiştir. Böylece Divan, bu özgürlük konusunda devletin sadece karışmama yükümü olmadığını toplantıların barışçıl bir biçimde kullanımını sağlamak için makul pozitif önlemler alma yükümünün olduğunu belirtmiştir. (Anayurt, 2000: 52) Keza, yaşam hakkı konusunda devletin haksız yere öldürmeme yükümlülüğünün yanında yaşam hakkının korunması yönünde pozitif yükümlülükleri de vardır.

Bunların yanında, modern hürriyet anlayışıyla, devletin “seyirci kalması”, “gölge etmemesi” düşüncesi bağdaşmaz. Devletin sadece pozitif haklar bakımından değil, negatif hakların da gerçek anlamda kullanılabilmesi ve işlevini ortaya koyabilmesi açısından el atması gerekmektedir. Kısaca modern hürriyet anlayışında haklar hem pozitif hem negatif özellik gösterir. Devlet niteliğine uygun düştüğü ölçüde hangi kategoride olursa olsun, hakkın işlevine uygun olarak kullanımını sağlamak bağlamında gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür. (Anayurt, 2000: 52) Mesela, işkence yasağı genel olarak tipik bir negatif hak olarak değerlendirilir. Bu hakkın, devletin işkence yapmaktan kaçınmasından başka bir şey yapmasının gerekmediği düşünülür. Ancak, böyle bir müdahalenin olmamasını sağlamak, hemen her durumda kolluk kuvvetlerinin eğitim ve denetimiyle ilgili pozitif edimleri gerektirir. Kısacası, insanları işkenceye karşı korumak devletin pozitif çabasını

gerektirir. (Donnelly, 1995: 45) Yine, negatif haklar arasında sayılan adil yargılanma hakkının var olabilmesi için, devletin mahkemeler kurması, hâkim ve savcılar görevlendirmesi, savunma hakkı için koşullar oluşturması, yargıya başvuru imkânlarını sağlaması, gerekli araç ve donanımı tesis etmesi vb. gibi çok sayıda edimi gerektiği biçimde kurumsallaştırması gerekir. Adil yargılanma hakkı çerçevesinde belki devletin biricik negatif yükümlülüğü, yargının bağımsız, tarafsız ve objektif kararlar vermesini etkileyebilecek kapsamdaki müdahalelerden sakınmaktan ibarettir. (Gemalmaz, 2005: 991)

B. Pozitif Yükümlülük

İnsan hakları ve temel özgürlüklerin korunmasından söz edildiği zaman, uzun süre, devletin hep “negatif”; yani, eski deyimle, “imtina” (el atmama, müdahale etmeme) yükümü düşünülür ve bu tutum yeter görüldü. Kısaca devlet, bireyi hak ve özgürlük alanı içinde serbest bırakacak; bu alana müdahale etmeyecektir. (Gölcüklü, 2003: 2) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin yapıldığı 1950 yılında, devletler Sözleşme’yle kendilerine bugünkü kadar geniş bir sorumluluk yüklenebileceğini öngörmemişti. Sözleşmeciler, Sözleşme maddelerinin ifade tarzının da ima ettiği gibi, sadece “negatif yükümlülük”, yani Sözleşme’deki hakları ihlal etmekten kaçınma yükümlülüğü altına girdiklerini düşünmüşlerdir. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin önüne getirilen davalarda Sözleşme’yi yorumlamasının ve uygulamasının bir sonucu olarak, bugün Sözleşmeciler devletlerin bu negatif yükümlülüklerinin yanında “pozitif yükümlülükleri”, yani Sözleşme’deki hakları ve özgürlükleri korumak için gerekli tedbirleri alma yükümlükleri de vardır. (Doğru, 2007)

Pozitif yükümlülük kavramı ilk olarak 1968 tarihli Belçika Dil Davası (Başvuru no. 1474/62, 23 Temmuz 1968) kararında kullanılmıştır. (Göçer, 2002: 134; Marguénaud, 2004: 50; Kombe, 2008: 5–6) Bu kararın 3. paragrafı şu şekildedir:

“Mahkeme’ye göre; 1 No’lu Ek Protokol’ün 2. maddesindeki “Hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz” cümlesinde hak kelimesi kullanıldığı için, hüküm içinde eğitim hakkından ve Birinci Protokolün Başlangıcında da ‘hak ve özgürlükleri birlikte yerine getirmekten söz edildiği için, bu maddenin bir hakkı

içerdiğinden kuşku yoktur. Maddenin negatif ifade tarzına rağmen, devletin eğitim hakkını sağlamada pozitif (olumlu) bir yükümlülüğü bulunmadığı sonucu çıkarılamaz; bir hak var olduğunda, Sözleşme'nin birinci maddesine göre devletin egemenlik yetkisi içinde bulunan herkes için bu hak güvence altına alınır.”

Pozitif yükümlülük kavramının geliştirilmesi anlamında ilk önemli davalar, 1979 tarihli İrlanda'ya karşı Airey (Başvuru no. 6289/73, 9 Ekim 1979) ve Belçika'ya karşı Marckx (Başvuru no. 6833/74, 13 Haziran 1979) davaları ve 1985 tarihli Hollanda'ya karşı X ve Y (Başvuru no. 8978/80, 26 Mart 1985) davasıydı. Bu üç yargılamada, pozitif yükümlülükler konusunda daha sonra oluşturulan hukukun temelleri atılmıştır. (Dröge, 2003: 379)

Pozitif yükümlülükler terimi, devletin korumacı bir görevine işaret eder. Pozitif yükümlülükler, her zaman, insan haklarının gerçekleşmesi açısından devletin sorumluluğunu yansıtır. Pozitif yükümlülükler devletin, insan haklarının bir ihlalcisi olmaktan çok, bir garantörü olması meselesiyle ilgilidir. Negatif yükümlülükler, devletin, yaptığı müdahaleden kaçınması ile ilgili yükümlülükleri ifade ederken; pozitif yükümlülükler, devletin yanlış ihmalini konu edinir. Negatif bir hak bu anlamda devlete karşı bir hak, pozitif bir hak ise devletten bir yardım talebidir. Negatif yükümlülük, eylemde bulunmaktan kaçınma (vazgeçme) şeklinde bir yükümlülük olarak ifade edilir; oysa pozitif yükümlülük, pozitif bir eylemde bulunma (aksiyon) yükümlülüğüdür. Pozitif yükümlülükler temel haklardan etkili bir biçimde yararlanılmasını sağlamak için devletin aktif önlemler alma yükümlülüğü anlamına gelir. Pozitif yükümlülükler temel hak sahiplerinin özgürlüklerini kullanmasını kolaylaştırır veya mümkün kılar. (Dröge, 2003: 380) Pozitif yükümlülükler, bireyin haklarını korumak için uygun ve makul tedbirler alma yükümlülüğüdür. (Göçer, 2002: 134; Kombe, 2008: 7)

AIHM, “pozitif yükümlülük” kavramını tanımlamamıştır ancak Yargıç Martens bir karşı oy yazısında “taraf devletlerin harekete geçmesini gerektiren durumlar” şeklinde bir tanım yapmıştır. Kavram bu şekilde taraf devletlerin aktif tavrı almasını gerektiren bütün durumları ifade edecek şekilde tanımlanınca pozitif yükümlülükler, üçüncü kişilerden ya da dışarıdan gelecek tehlikelere karşı koruma tedbirleri alma, bazı olanaklar sağlama, bilgilendirme, tercüman sağlama, (tutuklu ve

hükümlülere) tıbbi yardım sağlama ya da haklara yapılacak ihlalleri önlemek için ceza hükümleri koyma, meydana gelen hak ihlallerini etkin bir şekilde araştırma ve faileri cezalandırma gibi çok farklı şekillerde ortaya çıkabilir. (Mowbray, 2004: 2, aktaran Çoban, 2008: 206) Mahkeme pozitif ödevlerle ilgili olarak da taraf devletlerin takdir yetkisine sahip olduğuna hükmetmiştir. Ancak bu takdir yetkisinin kapsamı çeşitli faktörlere bağlı olarak değişecektir. (Çoban, 2008: 206)

AİHS'in "insan haklarına saygı yükümlülüğü" başlığını taşıyan 1. maddesinde "Yüksek Sözleşen Taraflar, kendi yetki alanları içinde bulunan herkese bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlükleri tanırlar" deniliyor. Hem AİHK kararlarına hem de AİHM'in yerleşik içtihadına göre maddede geçen "tanırlar" ("tanıma" taahhüdü) kelimesi, taraf devletlere sadece bireyin, hak veya özgürlük olarak tanınmış serbest hareket alanındaki eylemlerine müdahale etmemek, (kullanılmasını engellemek) mükellefiyetini değil; fazla olarak bunların fiilen ve gerçekten kullanılmasını sağlamaya yönelik uygun önlemlerin de alınması mecburiyetini getirmektedir. (Gölcüklü, 2003: 2) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, devletin pozitif yükümlülüklerinin hukuki temelini Sözleşme maddelerinin hakları tanıyan hükümlerinde bulmuş; Sözleşme'nin insan haklarına saygı yükümlülüğünü getiren 1. maddesini ve etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkı getiren 13. maddesini pozitif yükümlülüğü güçlendirici bir zemin olarak kullanmıştır. Sözleşme'deki hakların teorik ve kâğıt üzerinde değil ama pratik ve etkili bir şekilde korunması ilkesi, devletin pozitif yükümlülükleriyle uygulanma olanağı bulmuştur. (Doğru, 2007)

Devletin pozitif yükümünün derece ve sınırı, ihlali iddia edilen hak ve özgürlüğün cins ve özelliklerine göre değişmektedir. Ayrıca bu yüküm, bir sonuç yükümü değil, bir olanak yükümüdür. Yani devlet imkânlarının elverdiği ölçüde gerekli önlemleri almış ise, sonuç sağlayamamış olsa bile, yükümünü yerine getirmiştir. (Gölcüklü ve Gözübüyük, 2005: 48)

Taraf devletler, Sözleşme önünde bütün organlarıyla (yasama, yürütme, yargı erkleri) sorumludur. Mesela hükümet, yasama organının veya yargı organının bağımsızlığını ileri sürerek yasama veya yargı organının tasarrufu nedeniyle devletin sorumlu tutulamayacağını iddia edemez. Kısaca AİHM'in önüne gelen bütün

davalarda, devletin uluslar arası sorumluluğu söz konusudur. (Dröge, 2003: 382; Tezcan vd., 2004: 26; Gölcüklü ve Gözübüyük, 2005: 48–49)

1. Pozitif Yükümlülüklerin Amacı

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nden kaynaklanan tüm pozitif yükümlülükler aynı amaca hizmet etmektedir. Bu amaç Avrupa Sözleşmesi'nin etkili bir şekilde uygulanması ve güvence altına aldığı haklara etkililik kazandırılmasıdır. (Kombe, 2008: 9) AİHM' e göre hakların etkili korunması, bu hakların somut ve kullanılabilir haklar olmasına bağlıdır. Devletin pozitif edimde bulunma yükümlülüğü de bu çerçevede vurgulanmıştır. (Çavuşoğlu, 1992: 138) Devletler, güvence altındaki hakkı korumak ve bu hakların somut bir şekilde etkin olmasını sağlamak için makul ve uygun tedbirleri almak zorundadır. (Marguénaud, 2004: 50)

Temel haklara etkinlik sağlama konusunda Airey kararı iyi bir örnektir. Airey davasında, boşanmak isteyen başvurucuya İrlanda hukukunda kendisine açık olan hukuki yollarla ayrılma hakkı tanınmıştır. Başvurucunun düşük geliri ve söz konusu zamanda İrlanda'da adli yardım sisteminin olmaması nedeniyle, başvurucu yasal prosedürün karmaşıklığını göz önünde bulundurarak kendini bir avukatın yardımı olmadan savunamayacağına inandığından en nihayetinde başvurusunu geri çekmek zorunda kalmıştır. Başvurucu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önünde özellikle devletin kendisine etkili bir hukuk yolu sağlamaması nedeniyle 6. maddenin 1. fıkrasını ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Avrupa Mahkemesi nihayetinde başvurucunun şikâyetlerini kabul etmiştir. Kararın 24. paragrafında, “Sözleşme'nin teorik hakları değil, fakat somut ve etkili hakları koruma amacında olduğunu” vurgulanmıştır. Yani hukuki yolların mevcut olması tek başına yeterli değildir. Ayrıca bu yolların gerçekten ve yararlı bir şekilde kullanılabilmelerinin de mümkün olması gerekmektedir. Kararın 26. paragrafında ise Sözleşme'nin düzenlediği haklar alanında bireyi gerçek ve pratik olarak korumayı amaçladığı belirtilmiş; Sözleşme'deki kişisel ve siyasal hakların birçoğunun sosyal ve ekonomik sonuçlarının olduğunun altı çizilmiştir. Böylece Mahkeme, bireyin etkin bir şekilde korunması adına, Sözleşme'nin içerdiği medeni ve siyasi haklar ile ekonomik ve sosyal haklar arasında kesin bir ayırım düşüncesini reddetmiştir. (Göçer, 2002: 134; Kombe, 2008: 10)

Mahkeme, Artico-İtalya (Başvuru no. 6684/74, 13 Mayıs 1980) kararında da adli yardımla ilgili, devletin Sözleşme ile tanınan bir hakkın gerçek kullanılmasını sağlayacak pozitif yükümlülükte bulunması gerektiğini belirtmiştir. Artico'ya adli yardım yoluyla tayin edilen avukatın mazereti nedeniyle görevini yerine getirmemesi sonucunda Artico yeni bir avukat için başvuruda bulunmuş, ancak mahkeme bu talebi cevaplamamış, önceki avukatın görevini yapması için de bir girişimde bulunmamıştır. AİHM'e göre 6. maddenin 3. fıkrasının c bendinin amacı, adli yardımın etkili korunmasını sağlamaktır. Sadece bir avukatın tayin edilmesi bu amacı karşılamaz. Sözleşme, dava konusu olayda, sanığın bir avukatın ücretsiz yardımından yararlanması için devletin olumlu eylemde bulunmasını gerekli kılmaktadır. (Çavuşoğlu, 1992: 138–139)

2. Pozitif Yükümlülüklerin Türleri: Usuli-Esasi Yükümlülükler

AİHM, Öneriyıldız-Türkiye Büyük Daire kararında (Başvuru no. 48939/99, 31 Kasım 2004) usuli yükümlülükler ve esasi yükümlülükler arasında açıkça ayırım yapmıştır. Buradaki ayırımın altını çizen ölçüt devletten beklenen eylemin esasında yatmaktadır. Bu nedenle güvence altına alınan hakların tam olarak kullanılabilmesi için gerekli temel tedbirler, örneğin polis müdahalesini düzenleyen uygun kurallar koymak, kötü muamele veya zorla çalıştırmayı yasaklama, cezaevlerinin donatılması, transseksüellerin hukuki statüsünü resmen tanımak, Sözleşme kurallarını evlat edinme prosedürüne veya daha geniş bir şekilde aile hukukuna vb. dâhil etmek, alınması gereken esasi yükümlülüklerdir. Usuli yükümlülükler ile ilgili olarak, bu yükümlülükler kişilerin daha iyi bir şekilde korunması için iç hukuk prosedürlerinin düzenlenmesini gerektiren ve nihayetinde hakların ihlallerine karşı yeterli hukuk yollarını gerektiren yükümlülüklerdir. Bu durum (haklarının ihlal edildiğini ileri süren) bireylerin etkili bir soruşturma hakkının ve daha geniş bir bağlamda, devletin hem etkili hem de caydırıcı cezai mevzuat çıkarmak gibi görevine karşı bir arka plan sağlamaktadır. (Kombe, 2008: 16–17) Usuli yükümlülüklere soruşturma yükümlülüğü de denebilir. (Doğru, 2007)

Usuli yükümlülükler, esasi yükümlülüklerin uygulamaya geçirilmesine ve onlardan daha iyi yararlanılmasına hizmet ettiği gibi, devlet müdahalesine karşı da etkili bir savunma sunarlar. Usuli yükümlülükler, yerine getirdikleri ikili fonksiyon

nedeniyle özellikle pozitif yükümlülükler açısından önemlidir. Bunlar, bir yandan, salt şekli garantilerdir ve bu yönüyle devletin takdir marjı üzerinde pek fazla bozucu etki yapmazlar; diğer yandan da herhangi bir daha fazla bağımsız talep olmaksızın devletin istisnasız saygı duyması gereken asgari pozitif garantiler niteliğindedir. (Dröge, 2003: 383)

AIHM kararlarında usuli ve esasi yükümlülükler arasında etkileşim olduğu görülmektedir. Mahkeme, önüne gelen bir davada esasi bir hakkın (örneğin yaşam hakkı) ihlal edilip edilmediğini kontrol etmekle kalmamaktadır. Mahkeme ayrıca ulusal makamların bu hakkı ihlal ettiği ileri sürülen olaylar ile ilgili olarak etkili bir soruşturma yürütüp yürütmediklerini veya tahmin edilen mağdura etkili iç hukuk yolu sağlayıp sağlamadığını da kontrol edecektir. Mahkeme ileri sürülen madde uyarınca bir veya her iki düzeyde bir ihlalin söz konusu olabileceğine hükmedebilir. (Kombe, 2008: 17)

Usuli yükümlülüklerin yerine getirilmeleri veya getirilmemeleri ayrıca esasi hakkın ileri sürülen ihlalin değerlendirilmesinde bir rol oynayabilir. AIHM'in, Tanış ve diğerleri-Türkiye kararı (Başvuru no. 65899/01, 2 Ağustos 2005) buna bir örnektir; burada Mahkeme iç hukuk prosedürlerindeki eksiklikler ve makamların soruşturmada üzerlerine düşen özen görevini yerine getirmemiş olmaları nedeniyle kaybolan bir kişinin hayatına müdahale edildiği sonucuna varmıştır. (Kombe, 2008: 17)

Devletlerin yerine getirmesi gereken usuli eylemlerdeki bir eksiklik (örneğin etkili bir soruşturma yürütme), Mahkeme'nin devleti hem esasi hakkın ihlal edilmesinden dolayı hem de usuli yükümlülüklerin yerine getirilmemiş olduğundan dolayı sorumlu tutmasına yol açabilir. Bu durum Kurt - Türkiye kararından (Başvuru no. 24276/94, 25 Mayıs 1998) bu yana 3. madde kapsamında yapılan başvurularda karşılaşılan özel bir hipotezdir. Burada etkili bir soruşturmanın bulunmaması kendiliğinden bir yerine getirmeme anlamına gelmektedir. Fakat bu durumun kaybolan kişinin ailesini etkilediği durumda, buna ek olarak insanlık dışı ve/veya onur kırıcı muamele anlamına gelebilir. (Kombe, 2008: 17)

Pozitif yükümlülükler alanı içinde, usuli ve esasi yükümlülükler birbirini tamamlayıcı niteliktedir. Usuli garantiler, devletin iradesi üzerinde küçük bir bozucu

etki yapmasının yanı sıra, bireye asgari bir garanti sağlama avantajına da sahiptir. Esasi yükümlülükler ise, usuli garantilere anlam kazandırır ve bazen tamamlayıcı rol oynayarak onu daha ileri bağımsız bir yükümlülüğe dönüştürür. (Dröge, 2003: 389)

3. Pozitif Yükümlülükler ve Sözleşme'nin Yatay Boyutu

İnsan hakları hukuku kural olarak birey-devlet ilişkisi üzerine kuruludur. Teknik anlamda insan haklarını ancak ve ancak devlet ihlal edebilir. Bu insan hakları anlayışı, tarihsel bir gelişimin sonucudur. Bu duruma insan hakları hukukunda dikey boyut (etki-uygulama) denir. Yani bir olayın insan hakkı kapsamına girebilmesi için sorunun kaynağı devlet makamları olmalıdır. Kural bu olmakla birlikte, özellikle Alman anayasa hukuku doktrinin etkisiyle, insan hakları sözleşmelerinin yatay boyutundan söz edilir olmuştur. Alman doktrininde buna “Drittwirkung” denmektedir. (Gemalmaz, 2005: 94–95; Ovey ve White, 2006: 38)

Yatay boyut, insan haklarının özel kişiler arasında korunması anlamına gelmektedir. (Çavuşoğlu, 1992: 140; Dröge, 2003: 281; Gemalmaz, 2005: 32; Poroy, 2006: 1006; Kombe, 2008: 14) İnsan haklarının yatay boyutunda, bireyin başka bir özel şahsın müdahalesine karşı korunması yükümlülüğü söz konusudur. (Dröge, 2003: 381) Günümüz modern insan hakları anlayışında devletler sadece dikey ilişkilerden kaynaklanan aykırılıklardan sorumlu değil aynı zamanda toplumdaki bireyler arasındaki özel ilişkilerden kaynaklanan yatay ihlallerden dolayı da sorumludurlar. İnsanın gelişimi için önemli bir ön koşul olan insan haklarının özel yapısı, hem birey ile devlet ve hem de bireylerin kendi aralarındaki ilişkilerde ortaya çıkabilmektedir. (Poroy, 2006: 1011)

Yatay boyut ile ilgili ilk olarak söylenmesi gereken insan hakları belgelerinin yatay uygulanmasının devletlerin bağlı buldukları sözleşmeden doğan pozitif yükümlülüklerinin bir sonucu olmasıdır. (Çavuşoğlu, 1992: 140) İkinci söylenmesi gereken, ilgili belgenin yatay uygulanmasının söz konusu olduğu hallerde dahi, bu belgenin ihlalden taraf devletlerin sorumlu olduğu gerçeğinin değişmemesidir. Üçüncü kişiler ihlalden ötürü sözleşme bakımından sorumlu tutulamazlar. Dolayısıyla, teknik bakımdan böyle bir durumda da insan haklarını ihlal eden yine taraf devletlerdir. Burada söz konusu olan, taraf devletlerin doğrudan

sorumluluğunun genişlemesidir. Bu, yatay uygulamanın pozitif yükümlülüklerle olan koparılamaz ilişkisinin sonucudur. (Gemalmaz, 2005: 96)

AİHS ile ilgili yatay boyut, Mahkeme tarafından ilk olarak Young, James ve Webster-Birleşik Krallık davasında (Başvuru no. 7601/76, 13 Ağustos 1981) üstü kapalı olarak ele alınmıştır. Young, James ve Webster olayında başvurucular, çalıştıkları kurumdaki iki sendikadan birine girmeye zorlanmalarının ve iki sendikaya da girmemeleri üzerine işveren tarafından açık yasa hükmüne dayanarak işten çıkarılmalarının AİHS'in 11. maddesine aykırılığı iddia etmişlerdi. Mahkeme, işverene sendikaya girmediği için işçiyi işten çıkarma yetkisini veren yasayı Sözleşme'ye aykırı bulmuştu. Çünkü iç hukuk, başvurunun yapıldığı sırada şikâyet konusunu hukuka uygun kılmaktadır. Mahkeme bunu ortaya koyduktan sonra şikâyete konu olan işverenin kamuya mı yoksa özel sektöre mi ait bulunduğunu incelemeyi gereksiz bulmuştu. Mahkeme, eğer şirkete konu olan işverenin özel sektör kuruluşu olduğu varsayılacak olursa sorumluluğunun özel sektör işverenlerinin davranışlarını kontrol etmek pozitif yükümlülüğünden kaynaklanacağı kabul etmiştir. AİHM'e göre bu pozitif yükümlülüklerin temeli Sözleşme'nin 1. maddesidir. Buna göre, eğer ihlal bu yükümlülüğe devletin uymamasından ötürü meydana gelmişse, o devletin sorumlu tutulabileceğidir. (Gemalmaz, 2005: 97–98)

AİHM, Sözleşme'nin yatay boyutunu ilk kez X ve Y-Hollanda (Başvuru no. 8978/80, 26 Mart 1985) davasında açık bir şekilde ortaya koymuştur. Bu olayda başvuruculardan Y, zihinsel özürlü olup yatılı kaldığı kuruluştaki yöneticisinin damadı tarafından cinsel istismara uğramıştır. Hollanda'nın o dönemdeki iç hukuku zihinsel özürlü bir kişinin ceza hukuku açısından hakkını arayabilmesi için yeterli düzenlemeler öngörmemekteydi. Nitekim Y'nin babası olup aynı zamanda birinci başvurucu olan Bay X'in yaptığı girişimler sonuçsuz kalmış ve savcı tarafından fail hakkında bir ceza davası açılmasına yer olmadığına karar verilmişti. Bu karar, ilgili iç hukuk organlarınca onaylanmıştı. Başvurucular, faile karşı cezai girişimlerde bulunmanın imkânsız olmasının AİHS'in 8. maddesini ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir. Mahkeme önce, 8. maddenin negatif yükümlülüklerinin yanında pozitif yükümlülükler de içerdiğini belirtmiştir. Mahkeme bununla birlikte, 23. paragrafta, açıkça pozitif yükümlülüklerin bireyler arasındaki ilişkilerde de geçerli olduğunu hükme bağlamıştır. (Gemalmaz, 2005: 99)

AİHD, 21 Haziran 1988 tarihli “Platform Arzte Für Das Leben” kararında (Başvuru no. 10126/82) Sözleşme’nin 11. maddesi ile ilgili olarak silahsız ve saldırısız toplantı hürriyetinin devletin müdahale yasağını gerektirmenin yanı sıra 11. maddenin amacının 8. maddede olduğu gibi, kişiler arasında ilişkilerde de devletin pozitif yükümlülüğünün olduğunu belirtmiştir. Bu anlamda, böyle toplantılara üçüncü kişilerin müdahalesini engelleme yükümlülüğü devlete aittir. (Çavuşoğlu, 1992: 142)

Bunların yanında, pozitif yükümlülüklerin yatay uygulamayı sonuçlamasının en ilginç örneklerinden biri, AİHS’in yaşam hakkını düzenleyen 2. maddesi bağlamında görülmektedir. Bu maddedeki “Herkesin yaşam hakkı yasa tarafından korunacaktır.” ibaresi, pozitif yükümlülükler kapıyı açan norm işlevini görmüştür. Mahkeme bu yükümlülüğü oldukça genişleterek bir taraf devletin yaşam hakkı kapsamından sorumluluğunu, bireylerin üçüncü kişilerden gelebilecek tehlikelere karşı korunmasına kadar genişletmiştir. Osman-Birleşik Krallık davası (Başvuru no. 23452/94, 28 Ekim 1998) buna örnektir. Bu davada Mahkeme 2. maddenin, taraf devletleri sadece hayata keyfi ve hukuka aykırı olarak son vermekten kaçınmayı değil (negatif yükümlülük); ayrıca kişilerin hayatlarını koruyacak gerekli adımları atma yükümlülüğünü de içerdiği kararını vermiştir. Mahkeme, taraf devletlerin yükümlülüğün devlet görevlileri tarafından yapılacak saldırılara ve ihlallere karşı etkili cezai yaptırımlar koymanın ötesine geçip, iyi tanımlanmış koşullar altında, hayatı üçüncü kişilerden gelecek eylemlerden dolayı tehlikede olan bireyleri koruyacak pozitif yükümlülükler kadar ulaştığını hükme bağlamıştır. Bu yaklaşımın sonucu olarak Mahkeme, ilgili devlet makamlarının, üçüncü bir kişinin eylemlerinden dolayı belirli bireylerin hayatının gerçek ve yakın bir tehlike altında olduğunu bildikleri veya bilmek zorunda oldukları kabul edildiği durumlarda, yetkileri ölçüsünde makul olarak alınması beklenebilecek tedbirleri almamalarından taraf devleti sorumlu tutmuştur. (Gemalmaz, 2005: 100)

AİHS’in pozitif yükümlülükler içerdiği görüşünün ve pozitif yükümlülüklerin Sözleşme’nin yatay boyutunu sonuçlamasının iki temel dayanağı vardır. Bunlardan birincisi Sözleşme’nin taraf devletlere genel ve objektif sorumluluk yükleyen 1. maddesidir. İkinci dayanak da Sözleşme’nin uygulanmasına hâkim olan etkililik prensibidir. Bu ilkeye göre Sözleşme’de düzenlenen haklar, Sözleşme’nin yapıldığı

1950'lerdeki anlamıyla değil, davanın görüldüğü zamanın şartlarına göre yorumlanır. Mahkeme'ye göre, Sözleşme teorik ve sanal hakları değil, pratik ve etkili hakları garanti etmiştir. (Gemalmaz, 2005: 101)

IV. POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLERİN DOĞURDUĞU ÖDEVLER

Sözleşmeciler devletlerin Sözleşme'deki hakları nasıl koruyacakları, büyük ölçüde kendilerine kalmış bir meseledir. Bu bağlamda devletlerin takdir yetkileri vardır. Ancak Mahkeme'nin, pozitif yükümlülüklerin devlet için doğurduğu ödevleri giderek daha ayrıntılı olarak belirlediği gözlemlenmektedir. Bu tavrın ardında, hakları etkili bir şekilde koruma ve kullanılmalarını sağlama çabası olduğu açıktır. Hiç kuşkusuz, devletlerin Sözleşme ihlallerinden doğan ödevlerine karar gerekçelerinde daha ayrıntılı bir şekilde işaret edilmesi, Sözleşme'nin 46. maddesi gereğince Mahkeme kararlarının icrasını da kolaylaştırıcı bir etki yapacaktır. (Doğru, 2007)

Mahkeme kararlarında devlet organlarına yüklenmiş ödevler beş başlık altında incelenmiştir: i) hukuki bir çerçeveyi yürürlüğe koyma ödevi; ii) hakların ihlalinin önleme ödevi; iii) hakların ihlaliyle ilgili bilgi sağlama ödevi; iv) hakların ihlaline karşılık verme ödevi; v) hakların ihlalinin önlemek için bireylere kaynak sağlama ödevi. (Starmer, 1999: 195)

Ne var ki pratik kaygılarla oluşturulan bu ayrım yerine, Mahkeme'nin yaklaşımına daha uygun ve çözümlenmeye daha elverişli ikili bir ayrım önerilebilir: i) hukuki tedbir alma ödevi ve ii) pratik veya operasyonel tedbirler alma ödevi.

Sözleşme'deki bir hakkın ihlalinin iç hukukun Sözleşme'ye aykırılığından mı kaynaklandığı, yoksa belirli bir olayda Sözleşme'ye aykırı uygulamadan mı kaynaklandığını tespit etmek büyük önem taşır. Birincisi hukuki tedbir alınmasını, ikinci ise uygulamaya ilişkin tedbirler alınmasını gerektirir.

A. Hukuki Tedbir Alma Ödevi

Sözleşme'deki hakların iç hukukta korunmaları, bu hakların Anayasa veya yasalarda tanınmalarına ve hakların ihlaline karşı iç hukuk yollarının bulunmasına

bağlıdır. Sözleşme'deki bir hakkın belirli bir müdahaleye karşı ulusal mevzuatta güvence altına alınmamış olması halinde, Sözleşme, bu eksik iç hukukun yasa ve/veya içtihat yoluyla tamamlanmasını gerektirir. Hak ihlaline karşı getirilecek yaptırımın cezai bir yaptırım mı, yoksa hukuki bir yaptırım mı olacağı da hakkın ve ihlalin niteliğine göre şekillenmektedir. İç hukuktaki boşluk nedeniyle üçüncü kişinin cinsel saldırısına karşı bireyin hukuken korunmaması, ulusal mevzuatta değişiklik yapılmasını gerektirmiştir. Mahkeme, alınacak tedbirlerin niteliğine, yani cezai mi hukuki mi olması gerektiğine de işaret etmektedir: “Mahkeme, Bayan Y’ye karşı işlenen türden bir kötülüğe karşı medeni hukuk tarafından sağlanan korumanın yetersiz olduğunu tespit etmektedir. Bu olay, temel değerleri ve özel yaşamın esaslı yönlerini tehlikeye sokan bir olaydır. Bu alanda etkili bir caydırıcılık kaçınılmaz olup, ancak ceza kanunu hükümleriyle gerçekleştirilebilir; gerçekten de sadece bu tür hükümlerle, mesele normal bir biçimde düzenlenebilir.” (Ülgen, 2006: 165)

Mahkeme, sağlık alanında olduğu gibi yaşam hakkının veya kişi bütünlüğünün ihlaline kasten sebebiyet verilmemiş ise, medeni hukuk yaptırımını yeterli görebilmektedir. Ancak devlet görevlilerine veya organlarına yüklenebilecek olan kusurun, takdir hatasının veya dikkatsizliğin ötesine geçmesi halinde, insanların yaşamını tehlikeye sokan görevlilere suç isnat edilmemiş olması ve yargılanmamış olmaları, Sözleşme'nin 2. maddesini ihlal edebilir. Bir hak ihlaline karşı iç hukukta cezai veya hukuki yaptırım öngörülmüş olması yeterli değildir; iç hukukun ulusal mahkemeler tarafından etkili bir koruma sağlayacak şekilde yorumlanarak uygulanıp uygulanmadığı da önemlidir. Mahkeme, örneğin iç hukukta düzenlenmiş olan bir suçun maddi unsurunun hangi fiilleri kapsayacak genişlikte yorumlanması gerektiğini söyleyebilmiştir. Buna göre ulusal mahkemeler, artık tecavüz suçundaki “zor”un bulunup bulunmadığına bakarken mutlaka fiziksel direnç aramayacaklar, fakat mağdurun cinsel ilişkiye rıza göstermemiş olmasını tecavüz için yeterli sayacaklardır. Yine Mahkeme'ye göre ulusal mahkemeler iç hukuk hükümlerini, Sözleşme'nin ilgili maddesinin “ruhuna uygun yorumlamak”la yükümlüdürler. (Doğru, 2007)

B. Pratik veya Operasyonel Tedbirler Alma Ödevi

İnsan haklarının etkili korunması için bazı hallerde hukuki tedbirler yeterli olmaz; uygulamaya dönük daha özel tedbirler gerekebilir. Devletin Sözleşme'deki hakları ihlal riski altında olan bireyi korumak için operasyonel tedbirler alma ödevi vardır. Bireyi üçüncü kişilere karşı koruyucu operasyonel tedbir alma yükümlülüğü, yaşam hakkından toplanma özgürlüğüne kadar, her hak bakımından gerekli olabilir. Bireyin yaşam hakkına bizzat kendisinin risk oluşturması halinde de operasyonel tedbirler alma ödevi vardır. Devletin operasyonel tedbir alma ödevinin doğması için, kamu makamlarının bireyin yaşamına ve maddi ve manevi bütünlüğüne yönelik gerçek ve yakın bir tehlikenin varlığını o anda bildikleri veya bilmeleri gerektiği belirlenmelidir. Öte yandan devlet, bireyin örneğin özel ve aile yaşamına saygı hakkının kullanılmasını sağlamak için, pratik tedbirler almakla yükümlüdür. Bu bağlamda, çocuk ile kişisel ilişki kurulmasını öngören bir mahkeme kararın icrası, bunun engellenmesine karşı pratik tedbirler alınmasını gerektirir. Yine tutulma koşullarının Sözleşme'nin aradığı standartlara uygun hale getirilmesi, devletin bu alanda kaynak ayırmasına ihtiyaç gösterir. Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin 2. maddesi, gerektiği hallerde yetkili makamlara, yaşamı başkasının suç fiilinden veya bizzat kendisinden kaynaklanan risk altında olan bir bireyi korumak için önleyici operasyonel tedbirler alma şeklinde pozitif bir yükümlülük de yükler. Devletin kontrolü altındayken ölümün meydana geldiği olaylarda Mahkeme'nin görevi, olayın şartları içinde devletin ilgili kişinin yaşamının risk altına girmesini önlemek için kendisinden beklenebilecek her şeyi yapıp yapmadığını belirlemektir. (Doğru, 2007)

McCann-İngiltere davasında da belirtildiği üzere, devletin “demokratik bir toplumda gerekli olan şekilde” müdahale etmesi ve “sivil kişilerin hayatını kaybetme ihtimalini önlemek ya da en aza indirmek için gereken önlemleri alması” gerekmektedir. Bu önlemleri almayarak bireyin ölümüne neden olması halinde; devletin, 2. madde anlamında pozitif yükümlülüğünü ihlal ettiği sonucuna varılır. (Erdoğan, 2007: 82)

V. POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLER ve AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN YORUMU

AIHS' in en özgün niteliklerinden biri, bu Sözleşme'nin uygulanmasını ve yorumunu sağlamakla görevli denetim organlarının ihdas edilmiş olmasıdır. Gerçekten de AIHS sadece belirli temel hakları tanımakla ve ilan etmekle yetinmemekte ayrıca bu hakların bilfiil ve etkin bir şekilde uygulanmasını amaçlamaktadır. Bu amaçla, Sözleşme'nin kurduğu denetim organının taraf devletlerin bu Sözleşme ile üstlendikleri yükümlülükleri ne şekilde yerine getirdiklerini denetleyebilmesi yani, bir anlamda, bu Sözleşme'nin etkin bir şekilde uygulanmasını sağlayabilmesi, bu organa Sözleşmeyi yorumlama yetkisinin tanınması ile mümkündür. (Göçer, 2002: 113) AIHS'in 32. maddesi, AIHM'in yargılama fonksiyonunu yerine getirirken kullandığı yetkinin, Sözleşme'nin uygulanmasını ve yorumunu kapsadığını açıkça hükme bağlamaktadır. Ancak ulusal anayasalar ve uluslar arası antlaşmaların çoğunluğunda olduğu gibi, AIHS'de yorumun nasıl yapılacağına dair bir düzenleme yoktur. Bunun bir sonucu olarak Strasbourg Mahkemesi, yorum konusunda nispeten geniş bir serbestliğe sahip olmaktadır. (Grewe, 2001: 459, aktaran Metin, 2008: 91–92)

Bir uluslar arası belge sıfatıyla, AIHS her şeyden önce, uluslar arası hukukun yorum konusundaki yerleşik kurallarına göre anlamlandırılacaktır. Bu alandaki yol gösterici kurallar Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 31–33. maddelerinde toplanmıştır. (Gölcüklü ve Gözübüyük, 2005: 139)

AIHS'in nasıl yorumlanacağı hususunda en sistematik yaklaşım Golder-Birleşik Krallık davasında (Başvuru no. 4451/70, 21 Şubat 1975 tarihli karar, paragraf 29) Komisyon tarafından ortaya konmuş ve Mahkeme'nin aynı olaya ilişkin kararında benimsenmiştir. Buna göre, Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 31, 32 ve 33 maddeleri Sözleşme yorumunda yol gösterici kurallar olarak kabul edilmekte; Sözleşme hükümlerinin Sözleşme'nin bütünü içinde konu ve amaca uygun yorumu yerleşiklik kazanmaktadır. (Çavuşoğlu, 1992: 133)

Bununla birlikte AIHS'in konusu, devletlerarası ilişkiler olmayıp, insan hak ve özgürlüklerini ortak bir güvence sistemiyle teminat altına almaktır. Sözleşme, bu

yönüyle diğer uluslar arası sözleşmelerden ayrılmaktadır. Sözleşme'nin amacı, konusu ve çok taraflı olmasından kaynaklanan yapısal konumu nedeniyle, Sözleşme'nin yorumunda uluslar arası hukuk kurallarıyla yetinilmemiş, Sözleşme'ye özgü yorum yöntemleri geliştirilmiştir. (Stieglitz, 2002: 179, aktaran Metin, 2008: 92–93)

A. Tarihsel Yorum

Genel anlamda tarihsel yorum, bir hukuki metnin anlamının belirlenmesi için, o metnin hazırlık çalışmalarına başvurulmasıdır. Hazırlık çalışmaları, metnin hazırlanması için görevlendirilmiş makamlarla komisyonların ve kişilerin görüşleri, ön tasarılar, gerekçeler, görüşme tutanakları ile o konuda söylenmiş ya da yazılmış ifadelerdir. (Metin, 2008: 20) Tarihsel yorum çerçevesinde, hukuksal metnin ortaya çıkış tarihindeki koşullar, yani yasa koyucuyu böyle bir düzenleme yapmaya yönelten siyasal, sosyal ve ekonomik ihtiyaçlar önem taşır. (Hassold, 1983: 215, aktaran Metin, 2008: 20)

Uluslar arası sözleşmelerin tarihsel yorumu konusunda, sözleşmelerin hazırlanması sürecinden kaynaklanan özel durumlar söz konusudur. Çok taraflı uluslar arası sözleşmelerin hazırlanma süreci oldukça karmaşık ve iç hukuktaki yasa yapma sürecinden daha az biçimsel kurallara bağlıdır. Ayrıca uluslar arası hukukta antlaşmaları akdetme yetkisine sahip organlar açıkça öngörölmüş değildir. Çoğunlukla ön çalışmaları yürütenler ve antlaşma metnini hazırlayanlar ile antlaşmayı onaylamaya yetkili organlar farklıdır. Her ne kadar hazırlık çalışmalarından sözleşmenin hazırlanmasında görev alan kişilerin niyetleri ortaya çıkartılsa bile, bunlara çok fazla itibar edilmez. (Grabenwarter, 2003: 36, aktaran Metin, 2008: 96) Nitekim uluslar arası sözleşmelerin hazırlık çalışmaları ve yapılma şartları, Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 32. maddesine göre tamamlayıcı yorum araçlarıdır.

AIHS'de düzenlenen hak ve özgürlüklerin tarihsel yorumunda genellikle Sözleşme'nin ortaya çıkış süreci, taraf devletlerin iradeleri ve bütün üye devletlerde Sözleşme'nin kabul edildiği dönemdeki hukuksal durum dikkate alınarak yorum yapılır. Bundan dolayı çekinceler ve yorum beyanları Sözleşme'nin yorumu bakımından zorunlu ise yorum faaliyetine katılır. (Metin, 2008: 97)

Sözleşme’de yer alan hakların anlamı tarihsel bir yaklaşımla belirlenirken hem sübjektif hem de objektif tarihsel yoruma başvurulmaktadır. Sübjektif tarihsel yorum metodunda Sözleşme’yi hazırlayanların iradesi araştırılmaktadır. AİHM, bu yöntemden zaman zaman faydalanmaktadır. Örneğin Belçika’da Eğitim Dili davası (Başvuru no. 1474/62, 23 Temmuz 1962 tarihli karar) ve Botta-İtalya davasında (Başvuru no. 21439/93, 24 Şubat 1998 tarihli karar) Mahkeme, Sözleşme’yi hazırlayanlarda sosyal haklara yer verme iradelerinin olmadığını belirtmiştir. (Metin, 2008: 97)

AİHM, Bankoviç-Belçika davasında (Başvuru no. 5220/99, 12 Aralık 2001 tarihli karar, paragraf 58, 64, 65) Sözleşme’nin 1. maddesinde geçen “yetki alanı” kavramının anlamını belirlerken sübjektif tarihsel yorum yöntemine başvurmuştur. Mahkeme’ye göre, Sözleşme’nin yer bakımından uygulanması ile ilgili olarak 1. maddede geçen “yetki alanı” kavramından kural olarak taraf devletlerin siyasal sınırları yani ulusal toprakları anlaşılır. Bu sonuç aynı zamanda Sözleşme’nin hazırlık çalışmalarıyla da doğrulanmaktadır. Bununla birlikte, kararda hazırlık çalışmalarına atfedilen önem, sonraki açıklamalarla azalmıştır. Mahkeme, Sözleşme’nin yaşayan bir belge olduğunu ve günün koşulları ışığında yorumlanması gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme’ye göre, Sözleşme hükümleri yalnızca onu kaleme alanların niyetleri doğrultusunda yorumlanmamalıdır. Zira Sözleşme’ye taraf devletlerin çok azı Sözleşme’nin hazırlık çalışmalarına katılmıştır. Dolayısıyla sübjektif tarihsel yorum yöntemiyle Sözleşme’yi hazırlayanların amacı tespit edilmiş olsa bile, elde edilen sonuç çok da ikna edici olmayacaktır. Ancak Mahkeme, bu görüşleri sıraladıktan sonra tekrar hazırlık çalışmalarının önemine vurgu yapmıştır:

“1. maddenin kapsamı Sözleşme’ye taraf devletlerin pozitif yükümlülüklerinin konusunu tam olarak tespit edicidir. Hazırlık çalışmaları, Sözleşme’nin 1. maddesine verilen anlamın açık bir belirtisidir. Bu husus göz ardı edilemez. Mahkeme, Sözleşme’nin 1. maddesini sadece hazırlık çalışmalarına göre yorumlamadığını veya hazırlık çalışmalarını belirleyici bulmadığını; bu hazırlık materyalinin Sözleşme’nin 1. maddesinin daha önce Mahkeme tarafından tespit edilen olağan anlamını teyit eden açık bir kanıt oluşturduğunu vurgulamaktadır.”

B. Deyimsel Yorum

Deyimsel yoruma, aynı zamanda lâfzî yorum, gramer yorumu, metne dayalı yorum da denilmektedir. (Metin, 2008: 15) Kanun koyucunun ne demek istediğini anlamak için ilk önce onun ne demek istediğine yani kanunun sözüne bakmak gerekir. Bu yorum metodunda bir kanun maddesinin anlamı, maddenin kelimelerine, kelimelerin cümle içindeki yerlerine, maddenin sözdizimine, noktalama işaretlerine bakılarak tespit edilir. Bu yorum metodunda dilbilgisi kuralları ve kelimelerin sözlük anlamı çok önemlidir. (Gözler, 1998: 166, aktaran Metin, 2008: 15)

Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 31. maddesinin 1. paragrafı, “bir anlaşma, anlaşma terimlerine, anlaşmanın bütünü içinde ve konu ve amacının ışığında verilecek olağan anlama göre iyi niyetle yorumlanmak zorundadır” hükmü ile AİHM' in, öncelikle devletlerin iradesini ifade eden sözleşme terimlerini göz önüne alması gerektiğini belirtmektedir. (Göçer, 2002: 128)

Değişik dillerde kaleme alınmış uluslar arası sözleşmelerin yorumunda deyimsel yorum metodunun ayrı bir önemi vardır. (Gözler, 1998: 167, aktaran Metin, 2008: 93) AİHS'in son maddesine göre Sözleşme, her iki metin de aynı derecede geçerli olmak üzere İngilizce ve Fransızca dillerinde düzenlenmiştir. Bundan dolayı Sözleşme, iç hukukta ve uluslar arası hukukta yorumlanırken İngilizce ve Fransızca metinleri esas alınmak durumundadır. Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 33. maddesi değişik dillerde kaleme alınmış uluslar arası sözleşmelerin yorumuna ilişkin ilkesel düzenlemeler içermektedir. 33. maddenin 1. fıkrasına göre, “Bir antlaşma iki veya daha fazla dilde tevsik edildiği zaman, görüş ayrılığı halinde, belirli bir metnin üstün tutulacağını metnin kendisi öngörmedikçe veya taraflar öyle kararlaştırmadıkça, her bir dildeki metin aynı şekilde geçerlidir.” Maddenin 3. fıkrası, bir varsayıma yer vermiştir. Buna göre, antlaşmada geçen kavramların kuşku halinde her bir geçerli metinde aynı anlamı taşıdığı farz edilir. Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 34. maddesinin 4. fıkrası bir başka ilkeye daha yer vermektedir. Eğer geçerli metinler arasında yapılan bir karşılaştırma, 31. ve 32. maddelerin uygulamasının ortadan kaldırmadığı bir anlam farkı oluşturursa, antlaşmanın konu ve amacı göz önünde tutulduğunda metni en iyi uzlaştıran anlam benimsenecektir. (Metin, 2008: 93)

AİHM, Viyana Sözleşme'sinin 33. maddesinin 4. fıkrasında yer alan ilkeyi kararlarında dikkate almaktadır. Örneğin Sunday Times-Birleşik Krallık kararında (Başvuru no. 6538/74, 26 Nisan 1979 tarihli karar, paragraf 48) Mahkeme şöyle demektedir: "Sözleşme'nin 9, 10 ve 11. maddelerinin ikinci fıkralarındaki "hukuken öngörülmüş" (prescribed by law) ifadesi, Fransızca metindeki "prévues par la loi" ifadesinin karşılığıdır. Sözleşme'nin 8/2'de, Birinci Protokolün 1. maddesinde ve Dördüncü Protokolün 2. maddesinde yine aynı Fransızca ifade yer alırken, İngilizce metinde sırasıyla, "hukuka uygun olarak", "hukukun öngördüğü koşullar" ve yine "hukuka uygun olarak" ifadeleriyle karşılanmıştır. Hukuk oluşturan bir antlaşmanın güvenilirlik bakımından eşit, fakat tamamıyla aynı olmayan metinleri ile karşılaşan Mahkeme, bunları mümkün olduğu kadar uzlaştırıcı ve Sözleşme'nin gayesini kavramaya ve amacını gerçekleştirmeye en uygun tarzda yorumlamalıdır."

C. Sistematik Yorum

Hiçbir kanun hükmü tek başına fazla bir anlam ifade etmemektedir. Hukuk bir normlar sistemi bütünüdür, kurumdur ve kişiler arası bir ilişkidir. Bu nedenle yorumlanacak her kanun hükmü ait olduğu sistem içinde göz önüne alınıp değerlendirilmelidir. Sözleşme'nin sistematik yorumunda ise yoruma konu olan kuralın anlamı, Sözleşme'nin bütünü ve diğer maddelerle olan bağlantısı dikkate alınarak araştırılır. (Metin, 2008: 101) Sözleşme'de kullanılan terimleri yorumlamak için, Sözleşme'yi, birbiriyle bağlantısı olmayan bir cümleler dizgesi olarak değil, tutarlı bir bütün olarak düşünmek gerekir. Kullanılan terimler ancak bu çerçevede bir anlam kazanabilir. (Göçer, 2002: 129)

Sistematik yorum yöntemi, Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 31. maddesinin 2 ve 3. fıkralarında düzenlenmiştir. 31. maddenin 2. fıkrasına göre "anlaşmanın bütünü", başlangıç ve eklerle, anlaşmaya bağlantılı olarak taraflar arasında kabul edilen belgeleri de kapsar. 3. fıkra ise, anlaşmanın yorumuna ilişkin taraflar arasında yapılan sonraki anlaşmalar, ortak kabul görmüş uygulamalar ve taraflar arasındaki ilişkilerde uygulanabilecek ilgili uluslararası hukuk kurallarının anlaşmanın bütünü ile birlikte dikkate alınacağını düzenlemektedir.

AİHM, Sözleşme'nin bir maddesini yorumlarken, söz konusu maddenin diğer maddelerle bağlantısını dikkate almaktadır. Soering-Birleşik Krallık kararı (Başvuru

no. 14038/88, 7 Temmuz 1989 tarihli karar, paragraf 103) Sözleşme'nin sistematik yorumunda maddeler arasındaki bağlantının gözetildiğini gösteren kararlardan biridir. Dava konusu olayda başvuru, Birleşik Krallık Hükümeti güvence vermiş olsa bile, ABD'ye iade edilecek olursa, ölüm cezasıyla cezalandırılmasının çok yüksek bir ihtimal olduğuna inandığını, “ölüm koridoru olgusu” göz önünde tutulduğunda, Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı olarak kendisini insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele ve cezaya tabi tutulacağını ileri sürmüştür. AİHM, konuyu Sözleşme'nin 2. ve 3. maddelerini birlikte ele alarak değerlendirmiş ve şu sonuca varmıştır: “Sözleşme bir bütün olarak okunmalı ve bu nedenle Sözleşme'nin 3. maddesi, 2. maddesinin hükümleriyle ahenkli bir şekilde yorumlanmalıdır. Bu temelden bakıldığında, Sözleşme'yi oluşturanların, Sözleşme'nin 3. maddesinde ölüm cezasına dair genel bir yasak koymak istemiş olmadıkları açıktır; çünkü bu, 2. maddenin 1. fıkrasının açık ifadesini hükümsüz kılacaktır.”

Sözleşme hükümlerinin sadece Sözleşme'nin bütününün dikkate alınarak yorumlanması yeterli değildir. Bunun dışında ayrıca Ek Protokollerde yer alan düzenlemelerin de dikkate alınması gerekir. (Metin, 2008: 103) Sözleşme'nin bütün olarak okunması ya da yorumlanması, özellikle Ek Protokollerin devletlerce onaylanmadığı durumlarda önem kazanmaktadır. Mahkeme'ye göre, Sözleşme veya Ek Protokol maddelerinin herhangi biriyle düzenlenen bir konu diğer maddelerle de ilişkilendirilebilir. Bu çerçevede, ihlal edildiği öne sürülen bir maddenin, konunun onaylanmamış protokol ile özel olarak düzenlendiği ileri sürülerek uygulanamayacağına ilişkin devlet itirazları kabul edilmemiştir. (Çavuşoğlu, 1992: 135)

AİHS'de düzenlenen haklar, bir taraftan uluslar arası bir sözleşmede yer alan haklar, diğer taraftan da ulusal anayasalar ile güvence altına alınan subjektif haklar konumundadır. Bundan dolayı sistematik yorumda Sözleşme'nin farklı bir düzenleme alanına sahip olduğu gözden kaçırılmamalıdır. AİHS açısından bakıldığında sistematik yorum yapılırken yalnızca Sözleşme'deki diğer hakları özellikle de taraf devletlerin bir kısmı tarafından onaylanmamış olsa bile ek protokoller değil, aynı zamanda diğer uluslar arası sözleşmelerin de dikkate alınması gerekir. (Metin, 2008: 101) Diğer uluslar arası sözleşmelerle olan sistematik bağlantıdan anlaşılması gereken esas olarak taraf devletler arasında akdedilmiş olan

veya en azından diğer devletler yanında taraf devletlerin de katıldığı sözleşmelerdir. Bu çerçevede AİHS ile Avrupa Konseyi bünyesinde kabul edilmiş diğer sözleşmeler arasında sıkı bir ilişki vardır. Bunların dışında AİHM, AİHS’deki temel hakların norm alanı içindeki konuları düzenleyen evrensel nitelikteki sözleşmeler ile AİHS arasında da ilişki kurmaktadır. AİHM, çok az sayıda da olsa kimi kararlarında Avrupa Birliği hukukundan da sistematik yoruma ilişkin dayanaklar çıkarmaktadır. (Grabenwarter, 2003: 37, aktaran Metin, 2008: 105)

D. Karşılaştırmalı Hukuk Yöntemi

Karşılaştırmalı hukuk yöntemi, uluslar arası sözleşmelerin yorumlanmasında benzer konuları düzenleyen diğer uluslar arası sözleşmelerin de dikkate alınmasını ifade eder. Uluslar arası bir sözleşme olarak AİHS’in yorumunda karşılaştırmalı hukuk yönteminin uygulanması önem arz eder. Nitekim Strasbourg organları birçok kararda Sözleşme’de yer alan kavramların anlamını ve kapsamını belirlerken diğer sözleşmelerdeki düzenlemelerden ve bu düzenlemelere ilişkin içtihatlardan faydalanmaktadır. (Metin, 2008: 121)

AİHK, Gussenbauer davasında Sözleşme’nin 4. maddesinin 2. ve 3. fıkraları anlamında “zorla çalıştırma veya zorunlu çalışma” kavramlarını yorumlarken, Uluslararası Çalışma Örgütü bünyesinde kabul edilen 1930 tarihli ve 29 No’lu Zorla Çalıştırma ve Zorunlu Çalışmaya Dair Sözleşme’ye dayanmıştır. Zira 29 No’lu Sözleşme, AİHS’in 4. maddesin kaynaklık ettiği gibi, bu konuda zengin bir içtihat da sunmaktadır. (Metin, 2008: 121)

Marckx davasında Mahkeme, Belçika aile hukukunun evlilik dışı çocuklarla ilgili hükümlerinin AİHS’in 8. maddesinde düzenlenen aile hayatına saygı ile bağdaşıp bağdaşmadığını incelemiştir. İnceleme sadece AİHS çerçevesinde ele alınmamış, konuyla ilgili diğer sözleşmeler de dikkate alınmıştır. Mahkeme bu bağlamda Belçika aile hukuku hükümlerinin, “mater semter certa est” (ana daima bellidir) ilkesini benimsemiş olan 15 Ekim 1975 tarihli Evlilik Dışı Doğan Çocukların Hukuki Statüsüne Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi ile bağdaşıp bağdaşmadığını tespit etmiştir. (Metin, 2008: 122)

E. Dinamik Yorum ve Etkililik İlkesi

AIHM, Sözleşme'yi yorumlarken zaman zaman klasik yorum yöntemlerini kullanmaktadır. Ancak Mahkeme, AIHS'in özel niteliklerine ve mantığına daha fazla uyması nedeniyle, dinamik yorum yöntemlerini daha sık tercih etmektedir. (Göçer, 2002: 127) AIHM'in getirdiği Sözleşme'ye özgü yorum yöntemlerinden biri olan dinamik yorum, Sözleşme'nin günün koşulları ışığında yorumlanmasını ifade eder. (Metin, 2008: 115) Genel olarak kabul edilen anlamda dinamik ya da gelişmeci yorum, Sözleşme metninden hareket ederek, Sözleşme'de tanınan hakların genişletilmesi ve hatta Sözleşme'yi hazırlayanların, başlangıçta Sözleşme'nin bir parçası olarak görmedikleri bazı hakların, Sözleşme'nin güvence alanına dâhil edilmesiyle sonuçlanan bir yorum yöntemidir. (Göçer, 2002: 132)

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, çeşitli kararlarında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni durağan bir biçimde ve boşlukta değil, önüne gelen somut olayın ve toplumun değişen koşullarını dikkate alarak dinamik bir şekilde yorumlayacağını vurgulamıştır. Mahkeme'nin içtihatları da, Sözleşme'ye taraf ülkelerdeki sosyal değişimden etkilenmekte; ortaya çıkan toplumsal sorunlara göre içtihatlar da, insan hakları uygulamasının yeni sorunlara çare olabilmesi ve geliştirilebilmesi için dinamik bir yoruma tabi tutularak yenilenmektedir. (Kaya, 2006: 10; Korkut, 2005)

Sözleşme'nin başlangıcında hukukun üstünlüğünden, insan haklarının geliştirilmesinden ve sıkı bir birlik oluşturmaktan söz edilmektedir. Ayrıca Sözleşme'nin 8–11. maddelerinin ikinci fıkralarında sınırlama ölçütü olarak demokratik toplum düzenine yer verilmiştir. Sözleşme metnindeki bu dinamik ve açık ifadeler, Sözleşme'nin daha geniş yorumlanmasına zemin oluşturduğundan yargıçlar bakımından önem taşımaktadır. Mahkeme bu düzenlemeler sayesinde Sözleşme'yi sadece deyimsel ve tarihsel yorum yöntemleriyle anlamlandırmamakta, aynı zamanda güncelleştirici şekilde Sözleşme'yi tamamlamakta ve modernize etmektedir. Mahkeme, insan haklarının etkinliğinin sağlanabilmesi için Sözleşme'nin günün koşulları ışığında yorumlanması gerektiğini sık sık vurgulamaktadır. Avrupa standardı kavramı ve buna uygun olması gereken üye devletlerin yükümlülükleri güncelleştirilmiş bu yorum doğrultusunda anlaşılmalıdır. Dinamik ve gelişmeci yorum öncelikle Sözleşme'nin konu ve amacına dayanır. (Metin, 2008: 116)

Mahkeme ilk defa Tyrer-Birleşik Krallık davasında (Başvuru no. 5856/72, 25 Nisan 1978 tarihli karar, paragraf 32) Sözleşme'nin yaşayan bir belge olduğunu ve günün koşullarına göre yorumlanması gerektiğini belirterek dinamik yorum yöntemini seçmiş ve böylece Sözleşme'deki haklara etkinlik kazandırmıştır. Benzer şekilde Marckx-Belçika davasında (Başvuru no. 6833/74, 13 Haziran 1979 tarihli karar, paragraf 41) Mahkeme, Sözleşme'nin yapıldığı 1950'de aile ile gayri meşru aile arasında bir ayırım yapmanın mümkün olduğunu, ancak Sözleşme'nin günün koşullarına göre yorumlanması gerektiğini vurgulamıştır. Mahkeme, Guerra-İtalya davasında (Başvuru no. 14967/89, 19 Şubat 1998 tarihli karar, paragraf 58 vd.) Sözleşme'de sağlıklı ve güvenli bir çevrede yaşam hakkı diye ayrıca bir hak olmamasına rağmen, özel hayata, aile hayatına ve konuta saygı hakkını korumak için kişinin güvenli bir çevreye ihtiyacı olduğunu kabul etmiş bu haklara güvenli çevreyi de eklemiştir. Mahkeme'ye göre 8. maddenin amacı, kişileri kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı korumaktır. Ancak madde hükmünden taraf devletler için sadece müdahale etmeme yükümlülüğünün bulunduğu sonucu çıkarılamaz. Özel hayat ve aile hayatının etkili bir şekilde korunması ilkesinin bir sonucu olarak 8. madde, negatif yükümlülükler yanında pozitif yükümlülükler de içerir. Yüksek düzeydeki çevre kirliliği kişilerin huzur ve güven içinde yaşamlarını tehdit eder ve konutlarından yararlanmasına engel olur. Dolayısıyla devletin gerekli önlemleri almaması, nihayetinde özel hayat ve aile hayatını ihlal eder. Mahkeme bu kararında 8. maddeyi dinamik bir yorumla yorumlamış ve maddenin kapsamı genişletilmiştir. (Metin, 2008: 118)

Yorum bir değerlendirmedir. Yapıldığında uyulması gerekir; uyulması ise, onun etkin olduğunu gösterir. Yorumun etkili olması prensibi denilen bir durum, AİHM kararlarının işlevsel konumunu gösterir. Temel hakların uygulanabilirliğini gerçekleştirme ve etkinliğini sağlama, sözleşmenin amaçlarındandır. Yorumun etkili olması prensibine bu açıdan bakıldığında, önemli bir anlam içermektedir. (Yıldız, 1998: 33) AİHM'e göre hakların etkili korunması, bu hakların somut ve kullanılabilir haklar olmasına bağlıdır. Devletin pozitif edimde bulunma yükümlülüğü de bu çerçevede vurgulanmıştır. (Çavuşoğlu, 1992: 138)

AİHM, Marckx-Belçika davasında, özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesini içeren 8. maddenin amacının, her ne kadar bireyi, kamu gücünün keyfi

müdahalelerinden korumak olsa da söz konusu madde, devleti sadece müdahalelerden kaçınmaya zorlamakla yetinmemekte fakat bu tür negatif yükümlülüğün yanında, aile hayatına etkin bir şekilde saygı gösterilmesine sıkıca bağlı olan pozitif yükümlülüklerin de bulunduğunu dile getirmiştir. Mahkeme'ye göre ilgili devletin bu alandaki pozitif yükümlülüğü, aile ile çocuklar arasındaki ilişkilerin normal bir şekilde gelişmesine imkân tanıyacak tedbirleri almaktır. (Göçer, 2002: 134)

Mahkeme'nin pozitif yükümlülükler şemsiyesi altında başvurduğu yorumda etkililik yöntemi, Sözleşme'nin içerdiği haklara etkinlik sağlama ve böylece Sözleşme'nin öngörülen etkilerini doğurması düşüncesinden hareket ederek, Sözleşme'de yer alan bir hakkın, etkin ve somut bir nitelik kazanması için, mantıksal gelişimini sağlamak ve bunu denetlemekten ibarettir. (Göçer, 2002: 135–136)

AİHM, yorum yoluyla Sözleşme'deki hakların koruma alanını genişletebilir, ancak bunun da bir sınırı vardır. Örneğin, dinamik yorum yoluyla Sözleşme metninin daha önce korumadığı yeni hak ve özgürlükler oluşturulamaz. Sadece Sözleşme metninde açıkça veya üstü örtülü şekilde düzenlenmiş bir konu dinamik yorumlanabilir. Ayrıca yorumlanan kuralın niteliği de dikkate alınmalıdır. Sözleşme'deki bazı kavramlar öyle dar tanımlanmıştır ki, bu alanda yorum yoluyla boşluk doldurulması ve böylece de söz konusu alanın genişletilmesi daha baştan sınırlandırılmış olmaktadır. Bunların yanı sıra dinamik yorumda ayrıca Sözleşme'nin bütünlüğü, hukuk güvenliği ve yasanın öngörülebilirliği ilkelerinin de gözetilmesi gerekir. (Stieglitz, 2002: 191–192, aktaran Metin, 2008: 120–121)

İKİNCİ BÖLÜM

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İÇTİHATLARINA GÖRE SÖZLEŞME'DEKİ HAK ve ÖZGÜRLÜKLERDEN DOĞAN POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLER

I. YAŞAM HAKKI (AİHS m. 2)

A. Yaşam Hakkı'nın Tanımı

Hiyerarşik olarak en üstte kabul edilen yaşam hakkı, uluslararası sözleşmelerde ve devletlerin anayasalarında düzenlenmiştir. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, geniş anlamda yaşam hakkının, insanın en üst hakkı olduğunu ve devletlerce pozitif önlemlerin alınmasını gerekli kıldığını vurgulamaktadır. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi (Inter-American Court of Human Rights) aynı şekilde yaşam hakkının bağlayıcı karakterine dikkat çekmekte ve keyfi öldürmelere karşı devletleri uyarmaktadır. (Symonides, 1998: 129, aktaran Akdoğan, 2006: 6) İnsan Hakları Evrensel Beyannameyi yaşam hakkını 3. maddede düzenler. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi de bu konuda, Birleşmiş Milletler Sivil ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesiyle paralel bir düzenleme yapmıştır. (Crawshaw vd., 1998: 89, aktaran Akdoğan, 2006: 6) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ise yaşam hakkını 2. maddesinde düzenlemiştir. 2. madde şu şekildedir:

“1. Herkesin yaşam hakkı yasanın koruması altındadır. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın yerine getirilmesi dışında hiç kimse kasten öldürülemez.

2. Öldürme, aşağıdaki durumlardan birinde kuvvete başvurma mutlak suretle gerekli olduğu haller sonucunda meydana gelmişse, bu maddenin ihlali suretiyle yapılmış sayılmaz:

a. Bir kimsenin yasa dışı şiddete karşı korunması için,

b. Usulüne uygun olarak yakalamak veya usulüne uygun olarak tutuklu bulunan bir kişinin kaçmasını önlemek için,

c. Ayaklanma veya isyanın, yasaya uygun olarak bastırılması için.”

B. Yaşam Hakkı'nın Kapsamı

2. madde “herkesin” yaşam hakkını güvence altına almaktadır. Buradaki “yaşam” ile insan hayatı kastedilmektedir. Bu kavram ne bir hayvanın yaşam hakkını ne de tüzel kişilerin var olma hakkını kapsamaktadır. Hayvanlar “kişi” değildirler ve böylece “herkes” kavramına dâhil değildirler ve bu nedenle Sözleşme tarafından hiç korunmamaktadırlar. Şirket gibi tüzel kişiler kişidirler ve Sözleşmeyi belli açılardan ileri sürerler. Örneğin, ifade özgürlüğü hakkı gazete şirketleri ve yayıncılar, dernek kurma özgürlüğü ise dernekler tarafından ileri sürülebilir. Fakat hiçbiri 2. madde anlamında bir yaşam sahibi değildir. (Korff, 2006: 8)

Sözleşme, bunun dışında yaşamın ne olduğu ya da ne zaman başlayıp ne zaman sona erdiği konularına açıklık getirmemiştir. Bu nedenle, ana rahmindeki çocuğun (ceninin) 2. madde kapsamında koruma altında olup olmadığı ve buna bağlı olarak kürtaj meselesi değişik görüşlere konu olmuştur. Aynı şekilde ötenazi (ölme hakkı) ve intihar konusunda da farklı düşünceler ortaya çıkmıştır. Cenin, kürtaj, ötenazi ve intihar konularında Mahkeme, kesin standartlar koymaktan kaçınıp, devletlere geniş bir takdir yetkisi vererek her davayı içinde bulunduğu koşullara göre ele almıştır.

1. Ceninin Yaşam Hakkı ve Kürtaj Sorunu

Yaşam hakkı ile ilgili maddenin 1. cümlesinde geçen “herkes” kelimesinin, henüz doğmamış, anne karnındaki cenini de kapsayıp kapsamadığı konusu tartışılmaktadır. (Özbey, t.y.:6) Gerçekten de, bu konu üzerinde Avrupa’da (ya da dünya çapında) hukuki ve bilimsel bir uzlaşmanın olmaması sebebiyle, Komisyon zamanında olduğu gibi Mahkeme de halen bu sorunla ilgili kesin standartlar koymaktan kaçınmaktadır. (Korff, 2006: 8-9)

Komisyon önüne gelen Brüggemann ve Scheuten-Almanya davasında (Başvuru no. 6959/75, 12 Temmuz 1977 tarihli Komisyon Raporu) başvuru, Sözleşme’nin özel hayata saygıyı güvence altına alan 8. maddesi uyarınca kürtaj

olmaya karar verme hakkının olduğunu ileri sürmüştür. Fakat Komisyon, 8. maddenin prensip olarak hamileliğin ve sonlandırılmasının sadece annenin özel hayatının bir meselesi olarak yorumlanamayacağına karar vermiştir. Komisyon, bu davada konuyu 2. madde uyarınca görüşmeyi reddetmiştir. Ancak daha sonraki davalarda meseleyi bu madde uyarınca ele almıştır. (Korff, 2006: 9-10)

Komisyon, X-Birleşik Krallık davasında (Başvuru no. 8416/79, 13 Mayıs 1980 tarihli kabul edilebilirlik kararı) annenin yaşam hakkının, doğmamış çocuğunkinden üstün olduğu sonucuna vararak, annenin sağlığını korumak için kürtaj yaptırmanın Sözleşme'nin 2. maddesine aykırı bulunmadığına karar vermiştir. (Çavuşoğlu, 1994: 11) Komisyon, bu kararında 2. maddede bulunan "herkes" kelimesinin doğmamış çocuğu kapsamadığını belirtmiştir. (Van Dijk ve Van Hoof, 1998: 300, aktaran Akdoğan, 2006: 7)

Ancak bu davadan sonra H.-Norveç davasında (Başvuru no. 17004/90, 19 Mayıs 1992 tarihli kabul edilebilirlik kararı) Komisyon ceninin korunması konusunun 2. madde açısından ele alınabileceğini kabul etmiştir. Komisyon öncelikle kürtaj gibi hassas bir konuda Sözleşmeciler devletlerin belli bir takdir hakkına sahip olması gerektiğini vurgulamıştır. Ancak Komisyon, üye devletler doğmamış çocuğun yaşam hakkına sağlanacak korumanın kapsamıyla ilgili farklı düşüncelere sahip olsa da, bazı durumlarda ceninin 2. madde kapsamında korunmadan yararlanabileceğine karar vermiştir. Ancak bu davada başvurucunun (doğmamış çocuğun annesi değil babası), Norveç yasalarının doğmamış çocuğun hayatına yeterince koruma sağlamadığına ilişkin şikâyeti Komisyon tarafından reddedilmiştir. (Dutertre, 2003: 34)

Open Door ve Dublin Well Women-İrlanda davası kararında (Başvuru no. 14234/88, 29 Ekim 1992 tarihli karar, paragraf 66) Mahkeme, dolaylı olarak bu konuya değinmiştir. Bu davada, başvurucu olan iki ayrı şirket, diğer hizmetlerin yanı sıra, İrlanda'daki hamile kadınlara, eğer talep ederlerse, Birleşik Krallıktaki kürtaj kliniklerine ilişkin bilgi ve bağlantı hizmeti de vermektedirler. İrlanda hukukunda kürtaj yasaktır. Söz konusu iki şirket hakkında açılan davada İrlanda Yüksek Mahkemesi 1988 tarihinde verdiği kararda, bu şirketlerin, ülke dışındaki kürtaj klinikleri, yerleri, kimlikleri ve irtibat kurma yöntemleri hususlarında bilgi temin

etmeleri dâhil, anılan hizmeti vermelerine yasak getirmiştir. AİHM, kararın 66. paragrafında; mevcut davada Sözleşme'nin kürtaj hakkını güvence altına alıp almadığını ya da 2. madde kapsamında ceninin yaşam hakkı bulunup bulunmadığını incelemenin Mahkeme'nin görevi olmadığını belirtmiştir. Sonuç olarak; Mahkeme, bu davada yasağın amacı olan doğmamış çocuğun yaşam hakkını korumanın 10. madde anlamında meşru bir amaç olduğuna karar vermiş fakat Sözleşme kapsamında bir kürtaj hakkının güvence altına alıp alınmadığı veya 2. maddedeki yaşam hakkının cenini kapsayıp kapsamadığını tespit etmeyi açıkça reddetmiştir.

Birkaç yıl sonra Komisyon Reeve-Birleşik Krallık (Başvuru no. 24844/94, 30 Kasım 1994 tarihli kabul edilebilirlik kararı) davasını incelemiştir. Bu davada, hamilelik döneminde gözetiminde olduğu doktorlar tarafından tespit edilmesi gerekirken edilmeyen ciddi kalıtım bozukluğu ile doğmuş 2 yaşında bir çocuğun annesi, çocuğu adına, çocuğunun sakat doğması nedeniyle bu doktorların çalıştığı sağlık kurumuna karşı dava açmaktan alıkonulduğu gerekçesiyle şikâyette bulunmuştur. Anne eğer tüm gerçeklerden haberdar olmuş olsaydı kürtaj olmaya karar vereceği şartlar altında çocuğun doğmasına izin verildiği gerekçesi ile çocuğu adına (daha sonra resmen başvuru), devletin çocuk tarafından zararlar için dava açmasına izin vermeyerek Sözleşme'nin ve daha spesifik olarak da çocuğun Sözleşme'nin 6. maddesi uyarınca mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Fakat anne sadece engelli bir çocuk sahibi olmaktan dolayı uğradığı gelir kaybı, bakım giderleri vb. zararlarını ileri sürebilmiştir. Komisyon, mahkemeye erişim ile ilgili kısıtlamanın yaşam hakkının kullanılmasına yönelik olduğuna ve devletin takdir yetkisi kapsamına girdiğine hükmetmiştir. Mahkeme kısıtlamanın makul derece orantılı olduğuna ayrıca iddiaların çocuğun engellerini artıran hatalı bir eyleme dayandırılabilmesine ve şimdiye kadarki bu hatalı eylemin ebeveynleri etkilediğinden, davanın ebeveynlerin muzdarip oldukları zararlara dayanabileceği sonucuna varmış ve bakım giderlerine de hükmetmiştir. (Korff, 2006: 12)

Boso-İtalya davasında (Başvuru no. 50490/99, 5 Eylül 2002 tarihli karar), Mahkeme nihayetinde doğrudan kürtaj ile ilgili bir davayı karara bağlamıştır. Bu davada kadın, kocası istemediği halde ilgili iç hukuk uyarınca kürtaj olmuştur. Mahkeme bu davada, ceninin 2. maddenin ilk cümlesindeki korumaya hak kazanıp kazanmadığını tespit etmeyi gerekli görmemektedir. Belirli durumlarda ceninin

Sözleşme'nin 2. maddesi uyarınca korunan haklara sahip olduğu kabul edilse bile Mahkeme mevcut dosyada başvuruçunun kürtaj olmadan önce kaç haftanın geçtiğini ya da kürtajın tam olarak hangi nedenlerle yapıldığını belirtmediğini ve deliller ışığında eşinin gebeliliğinin ilgili iç hukuk kurallarına uygun olduğunu dikkate almıştır. Bu bağlamda, Mahkeme ilgili İtalyan mevzuatının kadının fiziksel veya akıl sağlığında bir riskin söz konusu olduğu durumlarda hamileliğin ilk on iki haftasında kürtaja izin vermediğini dikkate almaktadır. Bu noktanın ötesinde, hamileliğin devamının veya çocuğun doğumunun kadının yaşamını riske attığı veya çocuğun, kadının fiziksel ve akıl sağlığını tehlikeye düşürebilecek bir tehlike ile doğacak olacağının tespit edilmesi halinde kürtaj yapılabilir. Mahkeme ayrıca kürtajın kadının sağlığını korumak için yapılabileceğini belirtmiştir. Mahkeme'nin görüşüne göre, böylesi hükümler bir taraftan ceninin korunmasının güvence altına alınması ihtiyacı ve diğer taraftan kadının menfaatleri arasındaki adil dengeyi gözetmektedir. Hamileliğin sonlandırılmasını gerektiren koşullar ve davanın özel koşulları da hesaba katılınca, Mahkeme ilgili devletin böylesi hassas bir alanda takdir yetkisini aştığı kanaatinde değildir. (Korff, 2006: 12-13)

Vo-Fransa davası (Başvuru no. 53924/00, 8 Temmuz 2004 tarihli karar) AİHM'in kürtaj konusunda en çok dikkatini çeken davadır. Bu davada başvuruçunun doğmamış çocuğunun yaşayabilir olduğu ya da en azından sağlıklı olacağı beklenen hamile bir kadındır ve hamileliğini doğum zamanına kadar devam ettirme niyetindedir. Fakat başvuruçunun hastaneye gittiği bir gün benzer isimli bir başka kadın ile karıştırılmış ve rahmine bir spiral sokulmuş bu da ceninin büyüdüğü su kesesini tahrip etmiştir. Bunun sonucunda başvuruçunun, ceninin ölümüne yol açan tedavi amaçlı bir kürtaj olmak zorunda kalmıştır. Bayan Vo doktorların ihmalkâr davrandığını ve kasıtsız cinayetten dolayı yargılanmaları gerektiğini ileri sürmüştür. Fakat Fransız Yargıtayı ceza kanununun katı bir biçimde yorumlanması gerektiği için ceninin kasıtsız bir cinayetin mağduru olamayacağına hükmetmiştir. (Korff, 2006: 13)

Mahkeme, yaşamın ne zaman başladığı konusunda bilimsel ve hukuksal tam bir uzlaşma olmadığını tekrarlamış ve bu konuda taraf devletlere takdir hakkı verilmesi gerektiğini belirtmiştir. (Kombe, 2008: 23) Mahkeme, "taşındığı doğmamış çocuğunun kaybı ile ilgili olarak başvuruçuya Fransa tarafından sağlanan hukukî korumanın Sözleşme'nin 2. maddesiyle getirilen yükümlülükleri karşılayıp

karşılamağı” sorununu da ele almıştır. AİHM, kararın 89. paragrafında bu soruya cevap verirken, Calvelli ve Ciglio-İtalya (Başvuru no. 32967/96, 17 Ocak 2002 tarihli karar) ve Powell-Birleşik Krallık (Başvuru no. 45305/99, 4 Mayıs 2000 tarihli kabul edilebilirlik kararı) kararlarına atıfta bulunmuştur. Buna göre, 2. madde ile getirilen ve devletlerin yerine getirmekle zorunlu olduğu pozitif yükümlülükler, hem özel hem de devlet hastanelerini, hastalarının yaşamlarını korumak için gerekli tedbirler almaya zorlayan düzenlemeler yapmalarını gerektirir. Bu yükümlülükler ayrıca kamuda ya da özel sektörde, tıp mesleğinin gözetiminde bulunan hastalarının ölüm nedenlerini ve sorumluları belirleyecek bağımsız etkin bir yargı sisteminin kurulmasını da öngörmektedir. Başvurucu, bunun ötesinde, sadece cezai bir hukuk yolunun Sözleşme’nin 2. maddesinin gereklerini yerine getirebileceğini ileri sürmüştür. Fakat Mahkeme, kararın 90. paragrafında yine diğer davalara atıfta bulunmuş ve kasıtsız öldürme durumlarında bunun zorunlu olmadığı sonucuna varmıştır. Buna göre, tıbbi ihmal alanında medeni ve idari hukuk yolları ile disiplin cezaları yeterli olacaktır. Başvurucuya bu tür hukuk yolları açıktır. Buradan hareketle Mahkeme, kararın 95. paragrafında, bu davada 2. maddenin uygulanabilir olduğu farz edilse bile, bir ihlalin söz konusu olmadığını belirtmiştir. Bu karar göstermektedir ki Mahkeme 2. maddenin esasının yanı sıra söz konusu devlette yaşamın etkin bir şekilde korunmasını güvence altına alan prosedürleri de dikkate almıştır. Kanun adil bir dengeyi sadece soyut olarak gzetmemeli aynı zamanda olaylardan doğrudan etkilenenlerin bunu test edecek bir prosedüre erişimlerini de sağlamalıdır. 2. maddedeki usule ilişkin bu durum ilk olarak gç kullanılması ile ilgili davalarda geliştirilmiştir. Burada dikkate alınması gereken husus şudur ki, Mahkeme şu anda bu yükümlülüğü açıkça ve daha geniş bir şekilde kürtaj davalarına uygulamaktadır. Aynı zamanda, son dönemlerdeki içtihatlarda, her ne kadar bu bağlamda birçok durum Sözleşme’ye taraf devletlerin takdirine bırakılmakta ise de, doğmamış yaşam, Sözleşme kapsamında koruma yolları verildiği açıktır. (Korff, 2006: 14–15)

2. Ötenazi (lme Hakkı)

Ötenazi (lme hakkı), iyileşme olanağı bulunmayan bir hastayı, dayanılmaz ve sürekli acılardan kurtarmak için, hastanın kendi rızasıyla öldürmek veya ölmesini abuklaştırıcı yöntemler uygulamaktır. (Kaboğlu, 1998: 165)

Ölme hakkı ile ilgili yakın tarihli iki dava mevcuttur. Bu davalardan ilki, Sanles Sanles-İspanya (Başvuru no. 48335/99, 20 Ekim 2000 tarihli kabul edilebilirlik kararı) davasıdır. Bu dava, 1993 yılında daha 25 yaşında iken iki kolu ve bacağı felç olan ve yaklaşık elli yaşına geldiğinde başkalarının yardımı ile (özellikle doktorunu dâhil ederek) devletin bir müdahalesi ile karşılaşmayarak kendi hayatını sonlandırmasının bir hak olduğunu İspanyol mahkemelerinin tanımını isteyen Bay Sampedro adında bir kişi ile ilgilidir. Fakat başvurucu İspanya'daki yargılama bitmeden hayatını kaybetmiş ve İspanya mahkemeleri ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, başvurucunun halefi olarak tayin ettiği bir akrabası olan Bayan Sanles Sanles'in, Sözleşme'nin iddia edilen ihlalinin bir mağduru olmadığı gerekçesiyle mesele ile aktif bir husumetinin olmadığına karar vermiştir. (Korff, 2006: 18)

Ötenazi ile ilgili ikinci dava ise, Pretty-Birleşik Krallık (Başvuru no. 2346/02, 29 Nisan 2002 tarihli karar) davasıdır. Birleşik Krallık vatandaşı Bayan Diane Pretty ilerlemiş motor nöron hastalığına yakalanmıştır. Bayan Pretty çok hızlı bir şekilde gelişen bu hastalığı nedeniyle tamamen felç olmuş ve kendi kendine gıda alamayacak duruma gelmiştir. Fakat Bayan Pretty'nin zihni ve karar verme yetisi bozulmamıştır. Bu hastalık için belirli bir tedavi olmadığından bir kaç ay içerisinde öleceğinden emindir. Ölümünün çok büyük bir acı sonrasında gerçekleşeceği ve Bayan Pretty'nin haysiyetini kaybetmesine neden olacağı da kesindir. Bu nedenler Bayan Pretty eşi ile anlaşarak eşinin bunlar olmadan önce ölmesine yardımcı olması için karar almıştır. İntihara yardım etme eylemi İngiliz hukukunda suç sayıldığından Bayan Pretty hayatta iken eşi için bir cezasızlık talebinde bulunmuş ve yetkili yargı mercilerinden eşinin cezai takibata uğramayacağı yönünde bir taahhüt istemiştir. Bu talep reddedilmiş ve ret cevabı İngiliz mahkemeleri tarafından onanmıştır. Bunun üzerine Pretty, Sözleşme'nin 2. maddesine dayanarak yaşayıp yaşamamayı seçmenin bireye ait olduğunu ve ölme hakkının yaşam hakkının doğal sonucu olduğunu ve korunması gerektiğini ileri sürmüştür. Buna göre, başvurucunun iç hukukta bu hakkını kullanabilmesi için devleti bunu düzenleme şeklinde pozitif yükümlülüğünün olduğunu iddia etmiştir. Fakat Mahkeme'nin yaşam hakkıyla ilgili içtihatları, devletin yaşamı koruma yükümlülüğü üzerinde yoğunlaşmaktadır. Bu nedenle Mahkeme, yaşam hakkını güvence altına alan Sözleşme'nin 2. maddesinin negatif bir yönü içerdiği şeklinde yorumlanamayacağını belirtmiştir. Bu madde, bir bireye

yaşamak yerine ölmeyi seçme anlamında bir irade özgürlüğü hakkı da oluşturmaz. Mahkeme'ye göre, Sözleşme'nin 2. maddesinden, ne üçüncü bir kişi eliyle ne de bir kamu otoritesi yardımıyla bir ölme hakkı türetilemez. Bu sebeple devletlerin de bu bağlamda bir pozitif yükümlülüğü bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu davada 2. madde ihlal edilmemiştir.

C. Yaşam Hakkı'nın Sınırları (İstisnaları)

Yaşam hakkı mutlak ve sınırsız bir hak değildir. Sözleşme'nin 2. maddesi bu hakka getirilebilecek sınırları da belirtmiştir. Belirtilen bu istisnalar dışında insan hayatına kasten son verilemez. Ayrıca Sözleşme'nin 15. maddesinin 2. fıkrası uyarınca savaş veya olağanüstü durumlarda dahi, devletler 2. maddeye aykırı önlemler alamaz. 2. maddenin öngördüğü istisnalar şu şekildedir:

1. Yasanın Öngördüğü Durumlarda Yetkili Mahkeme Tarafından Verilen Ölüm Cezasının Yerine Getirilmesi:

Sözleşme'nin 2. maddesinin 1. fıkrasına göre ölüm cezasının verilebilmesi için, işlenen suçun yasada karşılığının ölüm cezası olması ve bu cezanın yetkili mahkeme tarafından verilmesi gereklidir. Ancak 01.03.1985 tarihinde yürürlüğe giren İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşmeye Ek Ölüm Cezasının Kaldırılmasına Dair 6 No'lu Protokol'ün 1'inci maddesi ile ölüm cezası kaldırılmıştır ve hiç kimse bu cezaya çarptırılıp idam edilemez. 6 No'lu Protokolün 2. maddesine göre bir devlet, mevzuatında, savaş veya yakın savaş tehlikesi zamanında işlenmiş olan fiiller için ölüm cezası öngörebilir.

Avrupa Konseyi ölüm cezası konusunda bununla yetinmekle kalmamış ve bir adım daha ileri gitmiştir. 03.05.2002 tarihinde ise Vilnius'ta imzaya açılan ve 01.07.2003 tarihinde yürürlüğe giren "Her Durumda Ölüm Cezasının Kaldırılmasına İlişkin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 13 No'lu Protokol ile 6 No'lu Protokol'ün öngördüğü istisnalar da kaldırılarak artık ölüm cezası tümünden yasaklanmıştır. Gerçekten de 13 No'lu Protokol'ün 1'inci maddesine göre, "Ölüm cezası kaldırılmıştır. Hiç kimse ne böyle bir cezaya çarptırılabilir, ne de bu ceza infaz edilebilir." Var olan istisnaları ortadan kaldıran 2'nci madde "istisnaların yasaklanması" başlığını taşımakta ve Sözleşme'nin 15'inci maddesi doğrultusunda iş bu protokol hükümlerine hiçbir istisna getirilemez" hükmüne yer verilmektedir. Aynı

şekilde Protokol'ün "çekince yasağı" başlıklı 3'üncü maddesine göre, Sözleşme'nin 57'nci maddesi doğrultusunda iş bu protokol hükümlerine hiçbir çekince konamaz. (Tezcan vd., 2004: 39)

2. AİHS Madde 2'nin 2. Fıkrasında Sayılan İstisnalar:

2. maddenin 2. fıkrası şu şekildedir:

"Öldürme, aşağıdaki durumlardan birinde kuvvete başvurma mutlak suretle gerekli olduğu haller sonucunda meydana gelmişse, bu maddenin ihlali suretiyle yapılmış sayılmaz:

d. Bir kimsenin yasa dışı şiddete karşı korunması için,

e. Usulüne uygun olarak yakalamak veya usulüne uygun olarak tutuklu bulunan bir kişinin kaçmasını önlemek için,

f. Ayaklanma veya isyanın, yasaya uygun olarak bastırılması için"

AİHS madde 2/2 yaşam hakkının üç istisnasına yer vermektedir. Bunlar; meşru müdafaa, yakalama ile kaçmanın önlenmesi ve ayaklanmanın bastırılmasıdır. (Tezcan vd., 2004: 115) Yaşam hakkının ihlali niteliğinde sayılmayan bu hallerde devletin mutlak zorunlu (gerekli) olarak kullandığı güç sonucunda öldürme meydana gelmektedir. Burada yer alan istisnalar kişinin öldürülmesine değil, mutlak zorunluluk halinde güç kullanılmasına izin vermekte ve kullanılan güç sonucu istenmeden meydana gelen ölüm, yaşam hakkının ihlalini oluşturmamaktadır. (Gomien vd., 1996: 94, aktaran Karakaş, 2000: 204) Yani bu istisnaların sistematik yorumu, burada kasıtlı öldürmeye olanak tanınmadığını göstermektedir. (Tezcan vd., 2004: 115) 2. maddede düzenlenen haller uyarınca güç kullanma mutlak olarak zorunlu olmalıdır. Olağanüstü hallerde dahi sınırlama getirilemeyen, meşru savaş fiilleri sonucu vuku bulan ölümler dışında, mutlak bir hak olan yaşam hakkına, mutlak zorunluluk dâhilinde yapılan müdahalelerin dar yorumlanması gerekmektedir. Bu bağlamda mutlak olarak zorunlu güç kullanımının denetimi daha katı kriterler uyarınca gerçekleştirilmektedir. Bir başka ifadeyle, 2. maddede yer alan mutlak zorunluluğun test edilmesi, Sözleşme'nin 8-11. maddeler arasında kullanılan demokratik bir toplumda zorunluluk kriterinden daha katı bir ölçü uyarınca söz konusu olmaktadır. Buna göre, zorlayıcı toplumsal ihtiyacın ötesinde mutlak bir

zorunluluk söz konusu olduğundan, devlet, yaşam hakkının mutlak niteliğine dokunmadan 2. fıkranın a, b ve c bentlerinde yer alan amaçlara sıkı sıkıya orantılı olarak güç kullanabilir. (Karakaş, 2000: 204)

2. maddenin 2. fıkrasının a bendinde belirtilen istisna, meşru müdafaa halidir. Meşru müdafaa, bir kişinin kendisine veya üçüncü bir kişiye karşı meydana gelen haksız saldırıyı defetmek için sergilediği zorunlu tepkidir. Bir başka ifadeyle, kişinin kendisinin ya da bir başkasının hukuki varlığını, gerçekleşmekte olan hukuka aykırı bir saldırıya karşı mecburi savunmasıdır. (Meran, 2002: 558–559, aktaran Yıldız, 2004: 67) Buna göre bir kişi, kendisinin veya başkasının hayatına yönelik haksız ve devam etmekte olan bir saldırıyı defetmek zorunluluğu içinde güç kullanarak saldırganı öldürse, Sözleşme’ye aykırı davranmış olmaz. Ancak burada haksız saldırı hayata yönelik olmalıdır. Yani, mala yönelik haksız bir saldırıyı önlemek için saldırganın öldürülmesi, meşru müdafaa olarak değerlendirilemez. (Reisoğlu, 2001: 40) Ayrıca öldürme fiili, mutlak zorunluluğun söz konusu olduğu durumlarda, ölçülü ve saldırıyla orantılı olmalıdır. (Özbey, t.y.: 8)

2. maddenin 2. fıkrasının b bendinde belirtilen istisna, yasanın izin verdiği yakalamayı sağlamak veya yasal olarak el altında bulunan kişinin kaçmasını önlemek amacıdır. (Gölcüklü ve Gözübüyük, 2005: 164) Yasaya uygun olarak tutuklama yapılması veya yasaya uygun olarak tutuklu bulunan bir kişinin kaçmasının önlenmesi için, olayın özel niteliğine göre, kuvvete başvurma “mutlak zorunluluk” haline gelmiş ve kuvvete başvurma sonucunda tutuklanmak istenen veya kaçmaya kalkışan kişi ölmüşse, Sözleşme’nin 2. maddesinde bu durum yaşam hakkının ihlali (çiğnenmesi) niteliğinde görülmemiş, hukuka aykırı bir davranış sayılmamıştır. Ancak, böyle bir durumda, ölüm olayının kabul edilebilir olması, olayın istisnai niteliği (örneğin tutuklanmak istenen veya kaçmaya kalkışan kişinin çok tehlikeli bir şahıs olması, işlenmiş olan suçun özel ağırlığı) dikkate alındığında, kuvvete başvurma kaçınılmaz olmasına ve kuvvete öldürme amacıyla başvurulmamış bulunmasına bağlıdır. (Reisoğlu, 2001: 40)

2. maddenin 2. fıkrasının c bendinde belirtilen son istisna ise, ayaklanma veya isyanın yasaya uygun olarak bastırılmasını önlemek amacıdır. Ayaklanma, çok sayıda kişinin büyük çapta şiddet kullandığı durumları ifade eder. (Tezcan vd., 2004:

116) Bir ayaklanma veya isyanın yasalara uygun olarak bastırılması, olayın özel ağırlığı, kişilere veya mala vereceği veya vermekte olduğu zararın büyüklüğü göz önünde bulundurulduğunda, “mutlak bir zorunluluk” olarak kuvvete başvurusunu gerektirmişse, kuvvete başvurma sonucunda ölüm olayının meydana gelmesi Sözleşme’nin 2. maddesinde öngörülen yaşam hakkının çiğnenmesi sayılmayacaktır, hukuka aykırı bir nitelik taşımayacaktır. Ayaklanmanın veya isyanın kuvvet kullanarak bastırılması için, devlet güçlerinin veya üçüncü kişilerin “meşru savunma” halinde bulunması gerekmez. Olayın görünürdeki özel ağırlığının kuvvet kullanmayı gerektirmesi yeterlidir. Ancak devlet, bir ayaklanmayı veya isyanı bastırırken, şartların haklı kılmadığı şiddetten özenle kaçınmalıdır. (Reisoğlu, 2001: 41)

D. Yaşam Hakkı (AİHS m. 2) Kapsamında Pozitif Yükümlülükler

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 2. maddesi, taraf devletlere yaşam hakkının korunmasıyla ilgili, biri negatif diğeri pozitif olmak üzere iki tür yükümlülük yüklemektedir. Negatif yükümlülük, devletlerin, Sözleşme’de yer alan istisna halleri dışında kasıtlı veya taksirli olarak hiç kimseyi öldürmemelerini ve bireyin hayatını tehlikeye atmamalarını ifade eder. Pozitif yükümlülük ise, devletlerin kendi yetki alanında yaşayan herkesin yaşam hakkını korumasını ifade eder.

AİHM’in birçok kararında da belirttiği gibi, Sözleşme’de yer alan haklar teorik değil, gerçek ve fiilen var olan haklardır. Bu sebeple devlet, önce öldürmeme yükümünü kendisi yerine getirecek, sonra da kişinin hayatını, ölümle sonuçlanabilecek saldırı ya da eylemlere karşı korumak için gerekli uygun önlemleri alacaktır. Fakat yaşam hakkıyla ilgili devletlere yüklenen pozitif yükümlülük, kişilere devamlı bireysel koruma sağlayacak kadar sınırsız ve mutlak değildir. Pozitif yükümlülük bir sonuç yükümlülüğü değil, olanak yükümlülüğüdür. Ayrıca 2. maddeden kaynaklanan pozitif yükümlülük, Sözleşme’nin 1. maddesinin doğal sonucudur. (Gölcüklü ve Gözübüyük, 2005: 160)

Sözleşme organlarının yaşam hakkıyla ilgili içtihatlarını dönemselsel olarak ayırmak gerekir. Buna göre, son yıllara kadar Sözleşme organları yaşam hakkıyla ilgili içtihatlarında çekingen ve muhafazakâr bir tutum sergilemiştir. Komisyon’un

verdiği kabul edilmezlik kararları sonucunda 2. madde ile ilgili az sayıda başvuru incelenmiştir. Son yıllarda ise AIHM, yaşam hakkıyla ilgili içtihadını geliştirmiştir. Günümüzde 2. maddeye aykırılık saptanan çok sayıda başvuru söz konusu olmuştur. Mahkeme'nin yaşam hakkı ile ilgili tutum değişikliğinin dönüm noktası ise, 1995'te verilen McCann ve diğerleri-Birleşik Krallık kararıdır. (Başvuru no. 18984/91, 27 Eylül 1995) Bu kararda Mahkeme, ilk kez bir Sözleşmeci devletin yaşam hakkını ihlal ettiği sonucuna varmıştır. Ayrıca Mahkeme bu kararın 161. paragrafında, devletin yaşam hakkını koruma ödevinin, güç kullanılarak öldürülen kişiler hakkında etkili bir resmi soruşturma yapmayı gerektirdiğini belirlemiş ve ilk kez devletlerin yaşam hakkı çerçevesinde bazı pozitif yükümlülükleri olduğunu dolaylı olarak benimsemiştir. Mahkeme daha sonraki kararlarında ise devletlerin yaşam hakkı konusundaki pozitif yükümlülüklerini daha açık bir şekilde ortaya koymuştur. (Özdek, 2004: 133, 150)

Yaşam hakkını düzenleyen AIHS madde 2'nin Sözleşmeci devletlere yüklediği pozitif yükümlülükleri şu şekilde kategorize edebiliriz:

- 1) Yaşam hakkını etkin bir şekilde koruyan yasal rejim oluşturmak
- 2) Yaşamı tehlikede olan kişiler için koruyucu tedbirler almak
- 3) Kuvvete başvurma sonucunda gerçekleşen ölüm durumunda yeterli ve etkin soruşturma yapmak. (Akdoğan, 2006: 24)

1. Yaşam Hakkını Etkin Bir Şekilde Koruyan Yasal Rejim Oluşturmak

Devletler, yaşam hakkına yönelik eylemleri ceza kanunlarında suç olarak düzenlemeli ve bu tür suçların işlenmesini önlemek için caydırıcı tedbirler almalıdır. Bu suçların önlenmesi için yeteri kadar kolluk kuvveti bulundurmak ve bu suçu işleyenlerin cezalandırılabilmesi için gerekli adli teşkilatı kurmak da devletlerin yükümlülüğü altındadır. (Bakırcı, 2004, aktaran Akdoğan, 2006: 25; Erdoğan, 2007: 80) Yaşam hakkına yönelik eylemleri cezalandıran kanunlar, uygulanabilir ve etkili olmalıdır. Kasıtlı adam öldürme ve Sözleşme'nin 2. maddesinde yer alan istisnai durumlar dışında kalan güç kullanımından kaynaklanan haller de dâhil olmak üzere kasıtsız adam öldürme de cezai yaptırıma tabi tutulmalıdır. Ayrıca iç hukukta devlet temsilcileri tarafından güç kullanımının sınırları düzenlenmelidir. (Çakmak, 2004)

AİHM, Kılıç-Türkiye (Başvuru no. 22492/93, 28 Mart 2000) kararının 62. paragrafında şu yorumda bulunmuştur:

“Mahkeme, Sözleşme’nin 2/1. maddesinin ilk cümlesinin bir devlete bilinçli ve yasadışı öldürmeleri önleme yükümlüğü yanında, kişilerin yaşam hakkının hukuken korunması için uygun önlemlerin de alınmasını gerektirdiğini belirtmektedir. Bu hüküm, kişiler aleyhine işlenecek suçları caydırıcı etkili ceza hükümleri koyarak ve bu hükümlerin ihlalini önleyici, bastırıcı ve cezalandırıcı icra mekanizması getirerek yaşam hakkını güvence altına alma konusunda devlete verilecek asli bir görevi de içermektedir.”

Devletin olumlu yüküm olarak hayatı koruma görevi, hastanelerde hastaların hayatını koruyacak düzenleyici tedbirlerin alınmasını ve hastanede gerçekleşen ölüm halinde, bunun nedenini ve gereğinde tedaviye katılan doktorların sorumluluğunu saptamaya imkân verecek etkili bir adli sistemin tesisini gerekli kılar. (Gölcüklü ve Gözübüyük, 2005: 162) AİHM, sağlık hizmetlerinde tıbbi hata ve ihmal halinde devletlere yüklenilen pozitif ödev konusunda Calvelli ve Ciglio-İtalya (Başvuru no. 32967/96, 17 Ocak 2002) kararının 51. paragrafında şu yorumda bulunmuştur:

“... yaşam hakkının veya kişi bütünlüğünün ihlaline kasten sebebiyet verilmemiş ise, Sözleşme’nin 2. maddesinin etkili yargısal sistem kurma konusunda yüklediği pozitif yükümlülük, her olayda mutlaka ceza hukuku yolunun getirilmiş olmasını gerektirmez. Örneğin tıbbi ihmal gibi özel bir alanda, hukuk sistemi tarafından mağdurlara sadece bir hukuk davası veya ceza davasıyla bağlantılı olarak hukuk davası şeklinde, ilgili doktorların sorumluluklarını ortaya çıkaran ve tazminat kararı ile kararın yayınlanması gibi uygun hukuki giderimler sağlayan bir hukuk yolu getirilmiş olması halinde de bu yükümlülük yerine getirilmiş olur. Disiplin yargılaması da düşünülebilir.”

AİHM, İstanbul Ümraniye çöplüğünde 28 Nisan 1993’te meydana gelen patlamanın yol açtığı ölümlerle ilgili verdiği Öneriyıldız-Türkiye (Başvuru no. 48939/99, 18 Haziran 2002 tarihli karar) kararında, uygulanan iç hukuki yolların yeterli ve etkili olmadığı sebebiyle 2. maddenin ihlaline karar vermiştir. Bu bağlamda AİHM, cezai kovuşturma sırasında belediye yetkililerinin yalnız görevlerini yerine getirmedeki ihmalleri nedeniyle yargılanıp, tedbirsizlikle ölüme

sebebiyet verme suçu isnadıyla yargılanmamış olmalarını, yaşam hakkı ihlali iddialarının ileri sürüldüğü bir cezai kovuşturmada yeterli bulmamıştır. AİHM'e göre ceza hâkimlerinin, olayı yaşamın tehlikeye atılması bakımında incelemekten kaçınmaları, belediye başkanlarının fiili muafiyet kazanmalarına hizmet etmektedir. Oysa ölümle sonuçlanan eylemlerde caydırıcı olabilmek için, devletin ceza hukuku mekanizmasını kesin bir şekilde uygulama ödevi vardır. Bu olayda belediye yetkililerinin, görevlerini yerine getirmedeki ihmalleri çerçevesinde mahkûm edildikleri 3 ay hapis cezası para cezasına çevrilmiş ve toplam olarak hükmedilen 9.70 Euro (1996'da 610.000 TL) tutarındaki para cezası da ertelenmiştir. Mahkeme'ye göre, bu davada uygulanan ceza hukuku önlemleri yeterli ve etkili değildir. İstanbul İdare Mahkemesi'nin belediye yetkililerinin başvurucuya ödenmesine hükmettiği manevi tazminat da (1995'te 100 milyon TL/2.077 Euro) kararın verilmesinde sonra aradan geçen 4 yıl 11 ay 4 gün boyunca, idari yargılama sürecinin tamamlanmasının uzun sürmesi nedeniyle hala ödenmemiştir. Bu tazminatın makul bir sürede ödenmediği açık olduğu gibi, hükmedilen manevi tazminat miktarının da yeterliliği tartışmalıdır. Kısacası, iç hukukta alınan önlemler de Sözleşme'nin 2. maddesinde kaynaklanan gereklilikleri karşılamamaktadır. (Özdek, 2004: 156–157)

Devletlerin, kasten adam öldürme suçu için af çıkarması, eğer bunun için özel nedenler varsa ve bu tür fiillerin cezalandırılmasını genel olarak önleme yönünde bir uygulama yoksa Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlali anlamına gelmez. (Tezcan vd., 2004: 109)

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 17. maddesinde yaşam hakkı güvence altına alınmıştır. Türk Ceza Kanunu'nun da 81–85. maddeleri, yaşam hakkına yönelik saldırılara karşı verilecek cezaları öngörmektedir.

2. Yaşamı Tehlikede Olanların Korunması Yükümlülüğü

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf devletler, egemenlik yetkileri dâhilinde, hayatı tehlikede olan kişileri korumakla yükümlüdür. Daha önce de belirtildiği gibi, devletlerin bu pozitif yükümlülükleri sonuç alma yükümü değil, olanak yükümüdür.

Hükümlü ve tutuklular ile gözaltında bulunan kişiler bakımından Sözleşme'nin 2. maddesi özel bir korumayı gerektirir. Bu yükümlülük özellikle mahkûmların intihar etmelerinin önlenmesini de içermektedir. Bu kişilerin sağlıklarının korunması çok önemlidir. (Çakmak, 2004) Bu nedenle, polis tarafından nezarete alınan şahısların iyi gözlemlenmesi gerekmektedir. İntihara meyilli olanlar, kendine jilet ile zarar vermeye çalışan insanlar sık sık karşılaşılan olaylardır. Bu tür olaylarda polis hakkında yanlış düşüncelere mahal vermemek için polislerin gözaltındaki şahıslara dikkat etmesi gerekmektedir. (Akdoğan, 2006: 28) Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin 10. maddesinde belirtildiği gibi, gözaltı birimine getirilen kişi nezarethaneye konulmadan önce çok iyi bir şekilde aranır. Kendisine zarar verebilecek kemer, kravat, ip, kesici ve delici alet gibi nesnelere arındırılırlar.

Tanrıbilir-Türkiye (Başvuru no. 21422/93, 16 Kasım 2000) kararı bu bağlamda incelenmeye değerdir. Dava konusu olayda, başvuruçunun oğlu, PKK üyesi olduğundan kuşulanılarak jandarma tarafından gözaltına alınmıştır. Ertesi günü Emniyete nakledilmek üzere bir gece jandarma karakolunda tutulmuştur. Nezarethaneye konmadan önce aranmış, belindeki kemer ve ayakkabı bağları alınmıştır. Gece boyunca jandarmalar nezarethaneyi yokladıkları halde, sabah kendisini asılı bulmuşlardır. Savcı hemen soruşturma başlatmıştır. Ceset üzerinde otopsi yapılmış, fotoğraflar çekilmiş, tanıklar dinlenmiş ve nezarethane incelenmiştir. Soruşturmayı yapanlar, başvuruçunun oğlunun gömleğinin kollarından yaptığı ipi kullanarak intihar ettiği sonucuna varmışlardır. Jandarmaların tutulan kişiyi gözetleme konusunda ihmali bulunup bulunmadığı konusunda Mahkeme'ye göre, özgürlükten yoksun kalma kişi üzerinde çok derin psikolojik değişiklikleri tahrik edebilir ve bazı kişileri intihar edebilecek konuma getirebilir; bu tehlikeye karşı kendisini korumak için üzerindeki tehlikeli maddeleri almak gibi tedbirler alınabilir. Olayda tutulan kişinin kemeri ve ayakkabı bağları alınmıştır; jandarmalar her yarım saatte bir nezarethaneye bakmışlardır. Ayrıca gözaltına alınırken davranışlarında intihar edebileceğini düşündürebilecek hiçbir şey olmamıştır. Son olarak tutulan kişinin gömleğini bu şekilde kullanabileceğini ve sessizce intihar edebileceğini düşünmek güçtür. Bu nedenle jandarmalar, intihar olayını makul surette önceden göremezlerdi. Sonuç olarak nezarethane içinde sürekli bir jandarmanın tutulmaması

gibi özel tedbirler alınmamış olması bir kusur değildir. Bu nedenle yaşam hakkını koruma yükümlülüğünün ihlal edilmediği sonucuna varılmıştır.

27 Haziran 2000 tarihli Salman-Türkiye kararı (Başvuru No. 21986/93, paragraf 99–103) bir şahsın gözaltında ölümüyle ilgilidir. Davalı devlet şahsın kalp krizinden öldüğünü iddia etmiştir. AİHM aşağıdaki açıklamayı yapmıştır:

“Mahkeme, Sözleşme’nin 2. maddesinde korunan hakkın önemi nedeniyle, sadece devlet görevlilerinin eylemlerini değil, ama aynı zamanda olayı çevreleyen bütün koşulları dikkate alarak, yaşamdan yoksun bırakma olaylarını çok dikkatli bir incelemeye tabi tutmalıdır. Gözaltındaki kişiler korunmasız bir durumda olup, yetkililer bu kişileri korumakla yükümlüdürler. Sonuç olarak, gözaltına alınırken sağlığı yerinde olan bir kimsenin gözaltından çıkarken yararlanmış olduğu görülecek olursa, bu yaralara nasıl meydana geldiği konusunda aklın alabileceği şekilde açıklama getirmek, devlete düşer. Kişinin gözaltında ölmesi halinde, yetkililerin bireye yapılan muameleyi anlatma yükümlülükleri daha da sertleşir.

Mahkeme, delilleri değerlendirirken genellikle “makul şüphenin ötesinde” bir ispat ölçütü uygulamıştır. Ne var ki bu ispat, yeterince güçlü, açık ve tutarlı çıkarımların bütününden ya da aksi ispatlanamayan bazı karinelere de oluşabilir. Söz konusu olayların tamamı ya da büyük bir kısmı, gözaltında kendi denetimlerinde bulunan kişilerin durumunda olduğu gibi, yetkili makamların bilgisi dâhilinde gerçekleştiğinde gözaltında gerçekleşen yaralanma ya da ölümlerle ilgili kuvvetli karineler ortaya çıkacaktır. Bu durumda ispat yükünün, tatminkâr ve ikna edici bir açıklama yapmak zorunda olan yetkili makamlara ait olduğu değerlendirmesini yapmak uygundur.

Agit Salman, görünüşte sağlıklı durumda ve herhangi bir yara ya da hastalığı olmadan gözaltına alınmıştır. Sol ayak bileğindeki yaralar, sol ayaktaki morluk ve şiş, göğüsteki morluk ve göğüs kemiğindeki kırık için mantıklı bir açıklama yapılmamıştır. Eldeki deliller, devletin bu yaraların yakalama sırasında gerçekleştiği ve göğüs kemiğinin kalp masajı nedeniyle kırıldığı şeklindeki iddiasını doğrulamamaktadır. Bu nedenle Mahkeme, devletin Agit Salman’ın Adana Emniyet Müdürlüğü’nde bulunduğu sırada kalbinin durması suretiyle gerçekleşen ölümünü

açıklayamamış olduğu ve ölümünden davalı devletin sorumlu olduğu sonucuna varmıştır. Bu bakımdan 2. madde ihlal edilmiştir.”

Cezaevinde psikopat bir hücre arkadaşı tarafından öldürülen şahısla alakalı Paul ve Audrey Edwards-Birleşik Krallık (Başvuru no. 46477/99, 14 Mart 2002) davasında Mahkeme, öncelikle başvuruçunun oğlunun tutuklu olarak devletin sorumluluğunda olduğunu ve dolayısıyla devletin bu kişinin yaşamını korumakla yükümlü olduğuna dikkat çekmiştir. Mahkeme’ye göre, yetkililer şahsın hücre arkadaşının başkalarına karşı gerçek ve ciddi anlamda tehdit oluşturduğunu biliyorlardı ya da bilmeleri gerekiyordu. Zira ellerinde bu kişiyle ilgili bilgiler bulunuyordu. Fakat aslında poliste, Mahkeme’de ve sağlık ekibinde bulunan bu bilgiler, cezaevi idaresine verilmemişti. Bu nedenlerle Mahkeme, bir psikopatla başvuranın oğlunun aynı hücreye konulması ve sonuçta öldürülmesi neticesi, İngiltere’nin pozitif yükümlülüğünü yerine getirmediğine ve 2. maddeyi ihlal ettiğine karar vermiştir. (Akdoğan, 2006: 28–29) Bu olay, pozitif yükümlülüklerin yatay boyutuyla da ilgilidir. (Poroy, 2006: 1011)

Devletler, üçüncü kişilerden gelecek tehlikelere karşı bireyleri korumalıdır. Bu yükümlülük Sözleşme’nin yatay boyutuyla alakalıdır. Bu konuda Osman-Birleşik Krallık davası önemli bir örnektir. Bu dava, tehdit edildiklerini iddia eden ve polis koruması talep eden kişilerin gündeme getirdiği son derece hassas bir konuyla ilgilidir. Söz konusu davada bir öğretmen öğrencilerinden birine sağlıksız bir ilgi göstermektedir. Öğretmenle öğrencinin ailesi arasındaki ilişkiler gerilir. Olay, öğretmenin öğrencisini tabancayla vurarak ağır bir şekilde yaralaması ve öğrencinin babasını öldürmesi ile trajik bir şekilde son bulur.

Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin 2. maddesinin 1. fıkrasının birinci cümlesi devlete sadece kasten ve hukuka aykırı olarak öldürmekten kaçınma değil, ama ayrıca kendi egemenlik alanında bulunan kişilerin yaşamını korumak için gerekli tedbirleri alma görevi de vermektedir. Devletin bu konudaki yükümlülüğü, bir kimseye karşı suç işlenmesini caydırıcı etkili ceza kanunu hükümlerini yürürlüğe koymak ile bu hükümlerin ihlalini önlemek, suçu bastırmak ve cezalandırmak için adli bir mekanizma kurmak suretiyle yaşam hakkını koruma şeklindeki temel görevinin ötesine geçmektedir. Sözleşme’nin 2. maddesi ayrıca, belirli bazı

durumlarda yetkililere, başka birinin suç niteliğindeki eylemleri nedeniyle yaşamı risk altında olan bir bireyi korumak için önleyici operasyonel tedbirler alma şeklinde pozitif bir yükümlülük de yükler. Ancak bu yükümlülük, modern toplumlarda güvenliği sağlamadaki güçlükler, insan davranışlarının önceden kestirilemezliği ve operasyonel tercihlerin önceliklere ve kaynaklara göre yapılmak zorunda oluşu akılda tutularak, yetkililere imkânsız veya orantısız bir külfet yüklemeyecek şekilde yorumlanmalıdır. Bir başka nokta, polisin suçu soruşturma ve failleri adalet önüne çıkarma faaliyeti üzerinde meşru kısıtlamalar getiren Sözleşme'nin 5 ve 8. maddelerindeki güvenceler gibi, adil yargılanma hakkına ve diğer güvencelere tam olarak saygı gösterilmek suretiyle suçu kontrol ve önleme yetkilerini kullanmasını sağlama gereği bulunmasıdır. Mahkeme'ye göre bir kimseye karşı suçların önlenmesi ve bastırılması görevi bağlamında yaşam hakkını koruma şeklindeki bir pozitif yükümlülük, belirli bir bireyin yaşamına karşı üçüncü kişinin suç fiillerinden kaynaklanan gerçek ve yakın bir tehlikenin varlığının o anda yetkililer tarafından bilindiği veya bilinmesi gerektiğinin ve makulce değerlendirildiğinde bu riski bertaraf etmesi beklenebilecek yetkileri dâhilindeki tedbirleri almadıklarının kanıtlanması halinde doğar. Mahkeme, bilinen şartlarda yaşam karşı bir risk bulunduğunu anlayamamış olmanın veya riskten kurtarmak için önleyici tedbirler almamış olmanın, büyük bir ihmale veya yaşamı koruma ödevini bilerek göz ardı etmeye eşdeğerde olması gerektiği şeklindeki Hükümetin görüşünü kabul etmemektedir. Böylesi katı bir standart, Sözleşme'nin 1 ve 2. maddeleriyle bağdaşmaz. Sözleşme'nin 2. maddesindeki hakkın temel niteliği dikkate alındığında, yetkililerin bildiği veya bilmeleri gereken yaşam karşı gerçek ve yakın tehlikeden kurtarmak için kendilerinden makul olarak beklenen her şeyi yapmadıklarının başvuru tarafından kanıtlanması yeterlidir. Bu sorun, her olayın içinde bulunduğu şartlar altında çözülebilecek bir meseledir. Mevcut olayda başvurucular, trajik ölümlere yol açan olayların hangi aşamasında Osman ailesi üyelerinin Paget-Lewis'ten gelen gerçek ve yakın bir tehlike nedeniyle yaşamlarının risk altında olduğunun polis tarafından bilindiğini veya bilinmesi gerektiğini gösterememişlerdir. Başvurucular, Paget-Lewis tarafından oluşturulan tehlikeyi ortadan kaldırması için polise imkân veren kaçırılmış bir dizi fırsattan söz etmişler ise de, makul bir şekilde değerlendirildiğinde bu tedbirlerin bu sonucu doğuracağı veya ulusal mahkemelerin

eldeki delillere dayanarak kendisini mahkûm edebilecekleri ve bir akıl hastanesinde tutulmasına karar verebilecekleri söylenemez. Yukarıda da belirtildiği gibi, polis bireylerin hak ve özgürlükleriyle bağdaşacak bir tarzda görevlerini yerine getirmelidir. Mevcut olayın şartları içinde, masumiyet karinesine ağırlık vermiş olması, gözaltına alma ve arama ve el koyma yetkilerini kullanmak için gerekli şüphe standardı bulunmadığı için bu yetkilerini kullanmamış olması nedeniyle polis eleştirilemez. Bu nedenlerle 2. maddenin ihlal edilmediği sonucuna varılmıştır. (Leach, 2006: 2)

Yaşamı tehlikede olan kişiler ve faili meçhul cinayetler ile ilgili devletin pozitif yükümlülüğünün tartışıldığı davalardan biri Mahmut Kaya-Türkiye (Başvuru no. 22535/93, 28 Mart 2000) davasıdır. Davaya konu olan olayda, Başvurucunun kardeşi Doktor Hasan Kaya, arkadaşı Avukat Metin Can ile birlikte bir PKK'lıyı tedavi etmek üzere yaşadıkları Elazığ'dan 21 Şubat 1993 günü ayrıldıktan sonra geriye dönmemişler, Elazığ'a 138 Tunceli'ye 12 kilometre mesafedeki Dinar köprüsünün altında 27 Şubat 1993'te elleri bağlı olarak ölü bulunmuşlardır. Her ikisi de daha önceleri izlendiklerini ve yaşamlarının tehlikede olduğunu dile getirmişlerdir. Mahkeme'nin yaptığı inceleme sonucunda, öldürme olayına devlet görevlilerinin karıştığı konusunda hiçbir makul kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde ortaya konamamıştır; ancak mağdurların birçok denetim noktasından geçerek kayboldukları yerden 130 kilometre uzakta cesetlerinin bulunması hususu dikkate alındığında, failerin yetkililer tarafından bilindiğine dair güçlü bir çıkarımda bulunulabilir. Sorun, Hasan Kaya'nın yaşam hakkını korumada devletin pozitif yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğidir. O dönemde PKK'yı desteklediğinden kuşku edilen kişilerin hedef alınmasına kontrgerillanın karıştığı yönünde yaygın söylenti bulunmaktadır ve birçok öldürme olayı bulunduğu tartışma konusu değildir. Bu nedenle Mahkeme, PKK'ya yardım ettiğinden kuşku edilen Doktor Hasan Kaya'nın özel bir risk altında olduğuna ve bu riskin gerçek ve çok yakın olduğuna ikna olmuştur. Dahası yetkililer bu tehlikenin farkındadırlar ve güvenlik güçlerinin bilgisi veya himayesiyle hareket eden kişilerden veya gruplardan kaynaklandığı ihtimalinin farkındadır. Yetkililerin kendilerinden beklenen her şeyi yapıp yapmadıkları konusunda ise, yaşam hakkını korumayla ilgili çerçeve bir mevzuat bulunmakla birlikte, güneydoğuda ceza kanununun uygulanması, ceza hukukunun

etkililiğini zayıflatan özellikler göstermektedir. Bu durum, demokratik bir toplumda hukukun üstünlüğü ile bağdaşmayacak şekilde güvenlik güçlerinin sorumsuzluğuna imkân vermekte veya bunu beslemektedir. Bu kusurlar, Hasan Kaya'nın hukuken sahip olduğu korumayı kaldırmıştır. Olayın özel şartları içinde yetkililer, gerçek ve yakın bir tehlikenin önlenmesi için alınması gereken makul tedbirleri almamışlardır. Bu bakımdan yaşam hakkının ihlali sonucuna varılmıştır. (Uygun, 2007: 48–49)

Devletin pozitif yükümlülükleriyle ilgili açılan davalardan biri de Kılıç-Türkiye (Başvuru no. 22492/93, 28 Mart 2000) davasıdır. Bu davada Başvurucu Cemil Kılıç, kardeşi Kemal Kılıç'ın öldürülmesiyle ilgili olarak başvurmuştur. Kemal Kılıç, Özgür Gündem gazetesi Şanlıurfa muhabiri bulunduğu sırada 23 Aralık 1992 tarihinde Şanlıurfa Valiliğine dilekçe vererek, gazete ve çalışanlarına yönelik saldırılar ve tehditler nedeniyle kendisine ve gazete için diğer çalışanlara koruma verilmesini istemiştir. Koruma isteği reddedilmiştir. Kemal Kılıç 18 Şubat 1993'te evinin yolunda kendisini bekleyen dört kişi tarafından vurularak öldürülmüştür. Başvurucu Komisyon'a başvurarak, kardeşinin Özgür Gündem gazetesine çalışan bir gazeteci olduğu için güvenlik güçleri tarafından veya onların göz yumduğu kişiler tarafından öldürüldüğünü iddia etmiştir.

Mahkeme, devlet görevlilerinin veya devlet makamları adına hareket eden herhangi bir kimsenin hiç bir makul kuşkuyla yer vermeyecek şekilde Kemal Kılıç'ın öldürülmesine karışıklarının kanıtlanamadığı sonucuna varmıştır. Ancak yetkililerinin Kemal Kılıç'ın yaşamını koruma bakımından pozitif yükümlülüğünü yerine getirip getirmediği tespit edilmelidir. Mahkeme, Özgür Gündem gazetesi için çalışan bir gazeteci olarak Kemal Kılıç'ın yasadışı bir saldırının mağduru olma riski altında bulunduğunu belirlemiştir. Kemal Kılıç bu riski Şanlıurfa Valiliğine dilekçeyle bildirdiği için yetkililer bu riskin farkındadırlar. Yetkililer ayrıca bu riskin güvenlik güçlerinin bilgisi dâhilinde olan veya onların göz yumdukları kişi veya gruplardan kaynaklandığını bilmekte veya bilmeleri gerekmektedir. Bu nedenle Mahkeme, yetkililerin Kemal Kılıç'ı bu riskten korumak için kendilerinden makul olarak beklenebilecek her türlü tedbiri alıp almadıklarını incelemek durumdadır. Güneydoğu bölgesinde çok sayıda güvenlik mensubu bulunmasına ve yaşamı koruma amaçlı ceza kanun hükümleri genel olarak yer almasına rağmen, güvenlik güçlerinin karıştığı iddia edilen yasadışı eylemler bakımından ceza kanununun

uygulanması bu dönemde farklı özellikler göstermiştir. İlk devlet görevlileri tarafından işlenen suçlar söz konusu olduğunda, bazı koşullarda olayı soruşturma yetkisi idari kurullara verilmiştir. Mahkeme daha önceki iki kararında Valiliğin emri altındaki memurlardan oluşan bu kurulların güvenlik güçlerinin sorumlu olabileceği ölüm olayları olaylar bakımından bağımsızlığa ve etkili bir soruşturma usulüne sahip olmadıkları sonucuna varmıştır. İkinci olarak bu bölgede bu zamanda meydana gelen Sözleşme organları tarafından incelenen olaylarla ilgili olarak, güvenlik gücü mensuplarının kusurlarıyla ilgili iddiaların soruşturulmasında hem Sözleşme'nin 2. maddesindeki usul yükümlülüğü ve hem de 13. maddenin getirdiği etkili soruşturma yükümlülüğü bakımından yetkililerin bir dizi eksikliğini ortaya koymuştur. Bu olayların ortak özelliği, bireylerin güvenlik güçlerinin karıştığını iddia ettikleri suçlar hakkındaki şikâyetlerini savcıların güvenlik güçlerinin ifadelerini almamak ve olayları PKK'ya yüklemek suretiyle kovuşturmamasıdır. Üçüncü olarak, olayların sorumluluğunun PKK'ya yüklenmesi, olayların soruşturulması ve yargısal usul bakımından özel bir önem taşımaktadır. Mahkeme'ye göre bu kusurlar, Sözleşmeyle güvence altına alınan hak ve özgürlüklere saygılı demokratik bir toplumda hukukun üstünlüğüyle bağdaşmayacak şekilde güvenlik güçlerinin sorumsuzluluğuna imkân vererek ve besleyerek, ceza hukuku korumasının etkililiğini zayıflatmaktadır. Dahası bu olayda Kemal Kılıç'ın korunması için ne alınması gereken makul tedbirler alınmış, ne de Özgür Gündem gazetesi çalışanlarının karşılaştıkları riskin boyutlarını soruşturma girişiminde bulunulmuştur. Mahkeme'ye göre yetkililer, Kemal Kılıç'ın yaşamının karşılaştığı gerçek ve yakın tehlikeyi önlemek için makul tedbirler almamışlardır. Bu nedenle yaşam hakkının ihlali sonucuna varılmalıdır.

Koruyucu tedbirlerin alınması ile ilgili Türkiye aleyhine açılan Akkoç-Türkiye (Başvuru no. 22947/93, 10 Ekim 2000) kararında başvuran ve kocası, öldürüleceklerine ilişkin tehditleri içeren telefon konuşmaları almış ve bunları Cumhuriyet Savcılığı'na bildirmişlerdir. Hükümet, telefon tehditlerinin ciddiyetine karşı çıkmakla birlikte, Mahkeme, yetkililerin, Cumhuriyet Savcılığı'nın müracaatçı ve kocasının şikâyetlerine karşılık herhangi bir adım atmamasını önemli bulmaktadır. Bu davada Mahkeme, Zübeyir Akkoç'un yaşamı için gerçek ve yakın tehlikeyi önlemek amacıyla Hükümetin makul tedbirleri almada başarısız olduğuna karar vermiştir. Bu bağlamda 2. maddenin ihlali söz konusudur. (Akdoğan, 2006: 26)

AİHS'e taraf devletlerin, güvenlik kuvvetlerinin yaptığı operasyonların planlanması ve yürütülmesi konusunda da pozitif yükümlülükleri vardır. Ergi-Türkiye davası (Başvuru no. 23818/94, 28 Temmuz 1998) bu konuda örnek gösterilebilir. Bu davada, başvuru, kardeşi Havva Ergi'nin 29 Eylül 1993'te güvenlik güçlerinin köye misilleme operasyonu sırasında güvenlik güçleri tarafından öldürüldüğünü iddia etmiştir. Hükümet ise köy yakınlarında güvenlik güçleri ile PKK teröristleri arasında çıkan çatışmada güvenlik güçlerine ait olmayan bir merminin isabet etmesi sonucu Havva Ergi'nin öldüğünü savunmuştur. Mahkeme'ye göre, Sözleşme'nin 2. maddesi yaşam hakkının etkili bir şekilde kullanılmasını güvence altına almak için belirli bazı tedbirler almasını gerektirebilir. Bu sorumluluk, devlet görevlilerinin yanlış yöne ateş ettiklerine dair önemli delillerin bulunduğu durumlarla sınırlı değildir; güvenlik güçlerinin karşıt bir gruba başlattıkları operasyon sırasında sivillerin ölmemesi için araçların seçimi ve operasyon yöntemi konusunda alınabilecek her türlü tedbiri almamaları halinde de söz konusu olabilir. Olayda sivil kişilerin yaşamlarına yönelik gerçek bir tehlike vardır. Sivil kişiler güvenlik güçleri ile PKK'nın çatışması sırasında çapraz ateş karşısında korunmasız kalmışlardır. Pusu operasyonunun planlanması ve yürütülmesi hakkında Hükümet doğrudan delil gösterememiştir. Bu nedenle yeterli önlem alınmamış olduğu sonucu çıkarılabilir. Operasyonun planlanması ve yürütülmesi konusundaki kusurlar nedeniyle yaşam hakkının ihlali sonucuna varılmıştır.

Yaşam hakkıyla ilgili pozitif yükümlülükler kapsamına hayatı tehdit eden çevre riskleri de girmektedir. Bu konuyla ilgili davalardan birisi L.C.B-Birleşik Krallık (Başvuru no. 23413/94, 9 Haziran 1998) davasıdır. Dava konusu olayda, Başvurucunun babası Kraliyet Hava Kuvvetlerinde aşçı olarak çalışırken, 1957 ve 1958 yıllarında Christmas Adalarında nükleer test yapılması sırasında adada bulunmuştur. Başvuru 1966 yılında doğmuştur. 1970 yılında veya civarında başvurucuya, vücutta kan yapan organlarda kanser hastalığı demek olan lösemi teşhisi konmuştur. Başvurucunun hastaneye yatış kaydında şu başlık vardır: 'Sebebe Dair Muhtemel Faktörlerin Özeti', 'Babası - Radyasyona maruz kalmış'. Başvuru 10 yaşına kadar kemoterapi tedavisi görmüştür. Başvuru Aralık 1992'de, Britanya Nükleer Test Gazileri Derneğinin hazırladığı bir rapordan haberdar olmuştur. Bu raporda, Christmas Adaları gazilerinin çocuklarında lösemi gibi çok sayıda kanser

olayının görüldüğü belirtilmiştir. Başvurucu halen tıbbi kontrollerini yaptırmakta ve doğuracağı çocukların genetik olarak lösemi hastalığına yatkın olacağından kaygılanmaktadır. Başvurucu, babasının nükleer teste katılmasının, kendisinin sağlığında sebep olabileceği muhtemel risk hakkında anne babasının devlet tarafından bilgilendirilmemiş olmaları nedeniyle ve ayrıca babasının aldığı radyasyon düzeyinin ilk zamanlarda izlenmemiş olması nedeniyle yaşam hakkını ihlalden şikâyetçi olmuştur. Başvurucu ayrıca davalı devletin anne babasını uyarmayı ve onlara tavsiyede bulunmayı veya Ekim 1970'te kendisine lösemi teşhisi konulmadan önce sağlığını izlemeyi ihmal ettiğini ve bunda yaşam hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Mahkeme, Sözleşme'nin 2(1). fıkrasının ilk cümlesinin devlete sadece kasten ve hukuka aykırı olarak öldürmekten kaçınma yükümlülüğü değil, ama aynı zamanda egemenlik alanında bulunan kişilerin yaşamını korumak için gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü de yüklediğini düşünmektedir. Mevcut olayda davalı devletin başvurucuyu kasten yaşamdan yoksun bırakmak istediği söylenmemiştir. Bu nedenle Mahkeme'nin görevi devletin, başvurucunun yaşamının kaçınılabir bir risk altına girmesini önlemek için yapabileceği her şeyi yapmış olup olmadığını belirlemektir. Mevcut olayda başvurucunun babası Birleşik Krallık'ın Christmas Adalarında nükleer test yaptığı sırada aşçı olarak çalışmıştır. Bireysel radyasyon doz ölçümlenmeleri bulunmadığından, başvurucunun babasının tehlikeli düzeyde radyasyona maruz kalıp kalmadığı kesin olarak bilinemez. Ancak başvurucunun babası ortalama radyasyon düzeyine maruz kalmasından kaynaklanan bir sağlık şikâyetinde bulunmamıştır. Mahkeme bu konuyla ilgili olarak her iki tarafın sunduğu delileri incelemiştir. Christmas Adalarında aynı zamanda yapılan ölçümler, sıradan askerlerin konuşlandırıldığı alanda radyasyonun tehlikeli düzeye ulaşmadığını göstermektedir. Bu kayıtlar, devlet yetkililerinin başvurucunun babasının tehlikeli bir şekilde ışına maruz kalmadığı konusundaki güvenlerini temelini oluşturmuştur. Öte yandan yetkililerin elinde başvurucunun babasının başvurucunun sağlığını ciddi ölçüde tehlikeye sokacak kadar radyasyona maruz kaldığına dair bilgi olmuş olsaydı, devletin kendiliğinden başvurucunun anne babasına tavsiyede bulunmaları ve başvurucunun sağlığını kontrol ettirmeleri gerekirdi. Mahkeme kendisine sunulan bilirkişi raporlarına dayanarak, başvurucunun babasının radyasyona maruz kalması ile başvurucunun daha sonra lösemi hastalığına

yakalanması arasında nedensellik bağının kurulamadığına kanaat getirmiştir. Bu nedenle Mahkeme, 1960 yılında yetkililerin bulunmayan nedensellik bağına dayanarak başvuru bakımından gerekli adımları atmamış olduğu sonucuna varamaz. Dolayısıyla 2. maddenin ihlal edilmediği kararına varılmıştır. (Korff, 2006: 61–62)

Bu konu ile ilgili bir diğer önemli dava Öneriyıldız-Türkiye davasıdır. Başvurucu Maşallah Öneriyıldız, İstanbul Yıldız Hekimbaşı gecekondu mahallesinde 1970 yılından beri çöplük olarak kullanılan bir yere gecekondu yapmıştır. Burası İstanbul Büyükşehir Belediyesi'nin sorumluluğu altındaki bir yerdir. Ümraniye Belediyesi'nin başvurusu üzerine Üsküdar Asliye Hukuk Mahkemesi çöplerin bozulması sonucu ortaya çıkacak metan gazinin yok edilmesine ilişkin hiçbir tedbir alınmadığına dair rapor vermiş ve bu rapor da belediyeler arasında tartışmalara sebep olmuştur. 23 Nisan 1993'de gaz patlaması olmuş, on bir ev çöp yığınları altında kalmış ve başvuru sahibi de ailesinden dokuz bireyi kaybetmiştir. Başvurucu esasa ilişkin olarak, Nisan 1993'te çöplükte meydana gelen metan patlaması sonucu akrabalarının ölmesi ve mülkünün yıkılmasından ulusal makamları sorumlu tutmuştur.

Mahkeme 2004 yılındaki Büyük Daire kararında 2. maddenin iki boyutunu, esasî ve usûlî olmak üzere, yaşamı tehdit eden çevresel meseleler ile ilgili olarak ayrı ayrı incelemiş ve bunların her birine uygulanacak genel prensipleri açıkça belirtmiştir. Mahkeme, ilk bağlamda çevresel tehlikeler ile ilgili olarak bundan etkilenen bireyler ve kamuya bilgi verilmesinin önemini altını çizmiştir. Mahkeme, bu alandaki Avrupa Konseyi Sözleşmeleri'ne ve tavsiyelerine dikkate değer bir vurgu yapmıştır. Mahkeme 2. maddenin devletlere yetki alanlarında bulunanların yaşamlarını güvence altına almak için uygun adımlar atma konusunda pozitif yükümlülükler getirdiğini tekrar ederek 71. paragrafta şu hususları eklemiştir:

“Bu yükümlülüklerin kamusal olsun veya olmasın yaşam hakkının tehlikede olabileceği her eylem bağlamında ve özellikle de nitelikleri gereği çok tehlikeli olan çöp toplama alanları gibi endüstriyel faaliyetlerde uygulanabilir oldukları şeklinde yorumlanmaları gerekir.”

Mahkeme, Türk makamlarının çöp dökme sahasının yakınlarında yaşayan insanların sağlıkları ve yaşamlarına karşı gerçek ve yakın bir tehlikenin söz konusu olduğunu birçok seviyede bildiklerini veya bilmiş olmaları gerektiğini fakat makamların gerekli adımları atmadığı ve gereken acil tedbirlerin kabul edilmesine karşı yapmadıklarını tespit etmiştir. Türk Devleti, başvurucunun yaşadığı yerde yaşamsının resmen yasak olduğu fakat yetkililerin başvurucu ve akrabalarının söz konusu zamanda evlerinde hiç bir şekilde rahatsız edilmeden yaşamlarına izin verdikleri, başvurucu ve diğer gecekondularda yaşayanlardan belediye vergisi aldıkları ve bu kişilere kamusal hizmetler götürdükleri ve bu kişilerin bu hizmetler için ödeme yapmış oldukları gerçeğine karşı bir şey ileri sürememiştir.

Burada birçok hususta devletin sorumluluğu söz konusudur: Hukuki çerçevede eksiklikler tespit edilmiştir, bu alan ilgili teknik standartlara uygun değilken açılmış ve isletilmiştir ve tutarlı bir denetim mekanizması da söz konusu değildir. Bu durum genel şehir plancılığında güçsüz olduğu ve düzenleyici tedbirlerin uygulanması hususunda belirsizlik oluşturduğu tespit edilen genel bir politika ile daha da kötü bir hal almıştır. Devlet yetkilileri ve makamları başvurucu ve ailesini maruz kaldıkları bilinen ve yakın tehlikeden korumak için yetkileri dâhilindeki her şeyi yapmamışlardır. Bu nedenle Sözleşme'nin 2. maddesinin esası ihlal edilmiştir. (Korff, 2006: 65–66; Erdoğan, 2007: 82; Uygun, 2007: 49)

Mahkeme bu kararıyla pozitif sorumluluk alanını biraz daha genişletmiştir. Devletlerin yaşamı korumak için tüm vatandaşlarına veya bir bölgenin tüm meskûnlarına koruma sağlamak gibi genel tehditleri için tedbirler alma yükümlülüğü yoksa da Öneriyıldız kararındaki gibi, bu tehditler somutlaşarak reel bir risk haline dönüşmüşse, devlet bu riski yok etmek için, gerekli adımları atmak zorundadır. Bu, çağdaş, demokratik, insan haklarına saygılı bir devlet olmanın gereğidir. (Akdoğan, 2006: 31)

3. Yaşam Hakkının İhlali Durumunda Devletin Etkili Araştırma ve Soruşturma Yapma Yükümlülüğü

2. maddedeki yaşam hakkının korunması yükümlülüğü, 1. maddede Sözleşmeciler devletlerin “herkese bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlükleri tanıması” genel ödevi ile birlikte okunduğunda, silah kullanma

sonucunda kişiler öldürüldüğünde, etkin resmi bir soruşturma biçiminin var olması gerektiği sonucunu ortaya çıkarmaktadır. (McCann ve diğerleri-Birleşik Krallık, Başvuru no. 18984/91, 27 Eylül 1995, 161. paragraf) Bu gereklilik, devlet güçlerinin öldürücü güç kullanmakta haklı olup olmadıklarının bağımsız ve açık bir biçimde incelenerek görevlilerin sorumlu olup olmadıklarını saptama ihtiyacından kaynaklanmaktadır. (Kaya-Türkiye, Başvuru no. 22729/93, 19 Şubat 1998, 86–87. paragraf) Eğer ulusal makamlarca etkili ve yeterli soruşturma yapılmamışsa, öldürme eyleminin güvenlik güçlerince yapıldığı kanıtlanamasa bile, yeterli bir soruşturma yapılmadığı için 2. maddenin ihlali sonucu çıkabilmektedir. (Özdek, 2004: 134)

Kaya-Türkiye kararı (Başvuru no. 22729/93, 19 Şubat 1998) AİHM'in yetersiz soruşturma gerekçesi ile bir taraf devletin yaşam hakkını ihlal ettiğine ilişkin ilk karardır. Bu karar aynı zamanda, Türkiye'nin 2. maddeyi çiğnediğinin saptandığı ilk karardır. Ayrıca, McCann kararından sonra yaşam hakkının ihlalini saptayan ikinci karar olma özelliği taşımaktadır. (Özdek, 2004: 134)

Dava konusu olayda, Başvuran Mehmet Kaya, kardeşi Abdülmenaf Kaya'nın, tarlasına giderken bölgede operasyon yapmakta olan hükümet kuvvetlerine rastladığını; yanındaki arkadaşının askerler tarafından yakalandığını; kendisinin de yakalanacağı korkusuyla kaçmaya başladığını; saklandığı kayalıklar arasından bulunarak askerler tarafından öldürüldüğünü ileri sürerek, Sözleşme'nin 2, 6 ve 13. maddeleri hükmünün çiğnendiğini iddia etmiştir. Hükümet ise adı geçenin, güvenlik güçleriyle girişilen çatışmada öldüğünü ileri sürmüştür.

Mahkeme'ye göre, 2. madde çerçevesinde yaşam hakkının korunması, ölüme neden olan kuvvet kullanılmasının haklı olup olmadığının tespiti bakımından, kuvvet kullanan görevlinin etkin bir soruşturma yoluyla hesap vermeye davet edilmesini gerektirir. Olayla ilgili olarak yürütülen soruşturmada, Cumhuriyet Savcısının olaya dâhil olan askerlerin ifadesine başvurmadan ve olay yerinde yoğun bir çatışmanın yaşandığını kanıtlayan boş kovanları incelemeyen, mağdurun güvenlik güçleri ile çıkan çatışmada ölen bir terörist olduğu kanısına vardığına dikkat çeken Mahkeme, Savcının askerler tarafından verilen bilgileri kabul etme yönündeki istekliliğinin, cesedin parmaklarında barut izi bulunup bulunmadığının neden araştırılmadığını açıkladığını vurgulamıştır.

Cesedin, vücuttaki kurşunlar da dâhil olmak üzere daha kapsamlı bir inceleme yapılmasını engelleyecek şekilde köylülere teslim edilmesinin, soruşturma açısından ciddi bir eksiklik olarak değerlendirildiği kararda, olay yerinden sadece silah ve cephanenin delil olarak alındığını ve Savcının, balistik incelemeyi beklemeden görevsizlik kararı verdiğine dikkat çekerek nihayetinde yetkili makamların başvuruçunun kardeşinin ölümünü aydınlatabilmek için etkili bir araştırma yürütemedikleri sonucuna varmıştır. Mahkeme bundan dolayı Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edildiğini kabul etmiştir. (Karakaş, 2000: 207–209)

Bir soruşturmanın nasıl yapılacağı kural olarak devletlerin ulusal hukuklarına bırakılmıştır. Devlet kolluk ve adalet organları marifetiyle egemenlik sahası içinde gerçekleşen bütün ölüm olaylarını titizlikle araştırmakla yükümlüdür. Ancak AİHM'in içtihatları da etkin bir soruşturmanın nasıl yapılacağını altını çizmektedir. Mahkeme Hugh Jordan-Birleşik Krallık davasında (Başvuru no. 24746/94, 4 Mayıs 2001) etkin bir soruşturmanın nasıl yapılacağını belirtmiş ve bu saptamalara “Jordan Prensipleri” adı verilmiştir. (Akdoğan, 2006: 33) Mahkeme'nin kararında, özetle şunlar belirtilmiştir:

Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin 2. maddesindeki yaşam hakkını koruma yükümlülüğü, Sözleşme'nin 1. maddesi ile birlikte yorumlandığında, bireylerin güç kullanma sonucu öldürülmeleri halinde, bir biçimde etkili bir resmi soruşturma yapılmasını gerekli kılar. Böyle bir soruşturmanın temel amacı, yaşam hakkını koruyan iç hukuk hükümlerinin etkili bir şekilde uygulanmasını sağlamak ve devlet görevlilerinin veya organlarının işe karıştığı hallerde, görevlilerin ölüm olayındaki sorumluluklarını tespit etmektir. Ne tür bir soruşturmanın bu amacı gerçekleştireceği farklı koşullara göre değişebilir. Ancak hangi yöntem kullanılırsa kullanılsın, Mahkeme soruşturma konusunda beş temel prensip belirlemiştir. İlk olarak, olayı öğrenen yetkililer re'sen harekete geçmelidirler. Yetkililer, ölenin yakınlarının resmi bir şikâyette bulunmalarını veya soruşturmanın yürütülmesine katılmalarını bekleyemezler. (İlhan-Türkiye kararı, 63. paragraf)

İkinci olarak, devlet görevlileri tarafından hukuka aykırı bir öldürmenin bulunduğu iddia edildiği bir olayda soruşturmanın etkili olabilmesi için, soruşturmayı yapmakla görevli kişilerin olaylara adı karışanlardan bağımsız olması

gerekir. (Güleç-Türkiye kararı, 81–82. paragraf; Oğur-Türkiye kararı, 91–92. paragraf) Bu sadece hiyerarşik veya kurumsal bağlantının bulunmamasını değil, ama aynı zamanda pratik bağımsız olunmasını gerektirir. (Bkz. Ergi-Türkiye kararı, 83–84. paragraf, bu olayda iddiaya göre çatışma sırasında bir kadının ölümünü soruşturan savcı, ağırlıklı olarak olaya karışan jandarmalar tarafından verilen bilgiye dayanmıştı.)

Üçüncü olarak soruşturma, olayda kullanılan gücün olayın şartları için haklı olup olmadığına karar verilebilmesine (Kaya kararı, 87. paragraf) ve sorumluların belirlenmelerine ve cezalandırılmalarına (Oğur kararı, 88. paragraf) yol açabilecek şekilde etkili olmalıdır. Bu bir sonuç yükümlülüğü değil, vasıta yükümlülüğüdür. Yetkililer, başka delillerin yanında, görgü tanıklarının ifadeleri, adli tıp delilleri ve gerektiği takdirde yaraları tam ve gerçeğe uygun bir şekilde anlatan ve klinik bulguları objektif bir şekilde analiz eden otopsi raporu gibi ölüm sebebiyle ve olayla ilgili delilleri toplamak için yapabilecekleri bütün makul işlemleri yapmalıdırlar. (bk. otopsiyle ilgili Salman-Türkiye kararı, 106. paragraf; tanıklarla ilgili Tanrıkulu-Türkiye Büyük Daire kararı, 109. paragraf; adli tıp delilleriyle ilgili Gül-Türkiye kararı, 89. paragraf) Soruşturmada ölüm sebebinin veya sorumlu kişi veya kişilerin ortaya çıkarılma imkânını zayıflatan bir eksiklik, bu standart ile çatışma riski taşır.

Dördüncü olarak, soruşturma hemen başlamalı ve makul bir hızla yapılmalıdır (Yaşa-Türkiye kararı, 102–104. paragraf; Çakıcı-Türkiye kararı, 80,87 ve 106. paragraf; Tanrıkulu kararı, 109. paragraf; Mahmut Kaya-Türkiye kararı, 106–107. paragraf) Bazı durumlarda bir soruşturmanın ilerlemesini önleyen güçlükler veya engeller bulunabilir. Ancak öldürücü güç kullanılmasıyla ilgili bir soruşturmada yetkililerin çabuk hareket etmeleri, halkın hukukun üstünlüğüne olan bağlılığını sürdürmesi ve hukuka aykırı eylemlere hoşgörü ve teşvik görünümü verilmesinin engellenmesi için esaslı bir unsurdur.

Beşinci olarak, aynı gerekçelerle, teoride olduğu gibi pratikte de hesap verilebilirliği sağlamak için, soruşturmanın veya sonuçlarının kamusal denetime açıklığı (aleniyeti) için yeterli unsurlar bulunmalıdır. Bununla birlikte her olayda, mağdurun yakın akrabalarının bu sürece meşru menfaatlerini korumak için gerekli olduğu ölçüde katılmaları sağlanmalıdır. (bk. mağdurun babasının kovuşturamama

kararından haberdar edilmediği Güleç-Türkiye kararı, 82. paragraf; mağdurun ailesinin soruşturma dosya ve dava dosyasını göremediği Gül-Türkiye kararı, 93. paragraf)

Yaşam hakkı söz konusu olduğunda, bir soruşturma ilgili otoriteler tarafından haberdar olunduğunda re'sen ve derhal soruşturma başlatılabilmelidir. Mahkemenin kararlarına göre, bir soruşturmanın en önemli boyutlarından birisinin, mümkün olan en kısa zamanda harekete geçerek, delillerin kaybolmasını önlemek ve tanıkların ifadelerine hafızaları hala taze iken başvurmasıdır. Böyle bir soruşturmaya başlarken, herhangi bir önyargıya kapılmadan, olayı tüm yönleri ile araştırmaya devam etmenin önemi de Mahkeme kararında görülmektedir. (Çokal, t.y.:4)

Ulusal hukukumuzda Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 160. maddesinde "Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar. Cumhuriyet savcısı, maddi gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için, emrindeki adli kolluk görevlileri marifetiyle, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür" denmektedir. Re'sen başlatılması gereken ölüm olayları soruşturmalarında delillerin muhafazası çok önemlidir. Cumhuriyet Savcısı yukarıda zikredilen görevine kolluk kuvvetleri marifetiyle yerine getirir. Ölüm olaylarının incelenmesinde olay yerindeki incelemelerde bulunacak deliller olayın aydınlatılmasında önem arz eder. Olay yerindeki kan izi gibi vücut sıvıları, fişek çekirdekleri, cesedin konumu, ateşli silahlar, görgü tanıkları gibi deliller uzman kişilerce en kısa zamanda toplanmalı ve değerlendirilerek soruşturma dosyasına konulmalıdır. Bu maddi deliller Cumhuriyet Savcısının ve yardımcısı sıfatıyla kolluğun işini çok kolaylaştıracak, kolluğun 2. madde bağlamında iddialara maruz kalmasını engelleyecektir. (Akdoğan, 2006: 34–35)

Devlet görevlileri tarafından bir öldürme olayı yapıldığı iddiası varsa, bu konu ile ilgili soruşturma yapacakların iddia edilen olaya karışanlardan bağımsız olmaları gerekmektedir. Güleç-Türkiye davasında bağımsızlık ölçütüne atıf yapılmıştır. Şırnak'ta meydana gelen izinsiz gösteri, kepenk indirme ve kamu

binalarına saldırı gibi olaylarda, başvuruçunun lise öğrencisi olan oğlu 15 yaşındaki Ahmet Güleç ve bir kişi daha ölmüştür. Başvuruçuya göre oğlu Jandarma aracından çıkan kurşunla ölmüştür. Hükümet ise çocuğun göstericiler arasındaki silahlı PKK provokatörlerinin silahlarından çıkan kurşunla öldüğünü iddia etmekteydi. Olayların tahkikinden sonra Komisyon'un görüşüne göre, soruşturmadan sorumlu yetkililer bağımsız ve tarafsız değillerdir. İl valisi tarafından atanan iki müfettiş jandarma subaylarıdır ve soruşturmaları gereken jandarmaların hiyerarşik olarak üstleridir. İdare Meclisi jandarmadan sorumlu il valisinin emri altında bulunan Bölge Komisyon Üyesi ve il yönetiminin kıdemli devlet memurlarından oluşmaktadır. Mevcut davada Mahkeme içtihatlarında tanımlanan objektif tarafsızlık söz konusu değildir, sübjektif bir tarafsızlık vardır. Mahkeme de aynı görüşü paylaşarak Şırnak İl İdare Meclisinin "dava dosyasında yer alan kanıtlar temelinde maktulleri yaralayan ve öldüren kişileri belirlemenin imkânsız olduğu" görüşüne dayanarak davayı Ağır Ceza Mahkemesine iletmediğine dikkat çeker. Mahkeme'ye göre böyle bir sonuç kabul edilemez, çünkü soruşturma görevlisi tamamen sübjektif davranmıştır ve il valisi veya yardımcısının başkanlık ettiği ve yerel temsilcilerden oluşan ilgili idari kurumun yapısı duruma uygun değildir. Durum böyle olduğu için, Mahkeme, Komisyon gibi soruşturmanın tamamlandığı ve bağımsız yetkililer tarafından yürütülmediği sonucuna varmıştır.(Güleç-Türkiye, Başvuru no. 21593/93, 27 Temmuz 1998)

Bu kararda, Mahkeme "Memurin Muhakematı Kanununa" göre il ve ilçe kurullarınca yapılan soruşturmaların bağımsız merci tarafından yapılmadığı kanaatindedir. Mahkeme'nin eleştirilerine konu olan bu kanun değiştirilmiştir. Önceki kanun maddelerine göre bir memur suç islediğinde, il valisi tarafından belirlenen muhakkik, olayı inceleyip "lüzum-u muhakeme" veya "men-i muhakeme" mütalaaı veriyor ve bu mütalaa, il veya ilçe kurulunca karar olarak veriliyordu. Mahkemenin yukarıda belirtilen karşı görüşü bu uygulama içindi. Fakat 1999 yılında çıkan "Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılaması Hakkında Kanun" ile çok fazla bir şey değişmedi. Yeni çıkan bu kanuna göre, işkence ve eziyetin düzenlendiği Türk Ceza Kanunu 94. ve 95. maddeleri ile Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 161. maddesinde yer alan, adli görevi suiistimal suçları hariç, memurların islediği diğer suçlar için soruşturma izni verme yetkisi kurullardan alınıp

mülki amire verilmiştir. Mülki amir bir soruşturmacı tayin edebilir. Soruşturmacı ön inceleme yapar. Raporunu yetkili merciye verir, yetkili merci de soruşturma izni verilmesi veya verilmemesi konusunda kararını verir. Görüldüğü gibi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin eleştirdiği noktalar konusunda çok fazla bir değişiklik yapılmamıştır. Hatta bir kurulda olan soruşturmaya izin yetkisi tek bir kişinin yetkisine verilmiştir. (Yılmaz, 2003: 544, aktaran Akdoğan, 2006: 36)

Devletlerin, faili meçhul cinayetleri etkili bir biçimde soruşturma yükümlülükleri vardır. Yaşa-Türkiye davası (Başvuru no. 22495/93, 2 Eylül 1998) bu konuda örnek gösterilebilir. Diyarbakır'da Özgür Gündem gazetesi de satan başvuru Eşref Yaşa'ya ait gazete bayiinin Ekim 1992'de tahrip edilmiştir. Başvuru 15 Ocak 1993 günü sabah bisikletiyle iş yerine giderken silahlı saldırıya uğramış ve 8 kurşunla yaralanmıştır. 14 Haziran 1993'te, bu kez gazete bayiini işleten amcası Haşim Yaşa caddede yürürken başından vurulup öldürülmüştür. Gazete bayiinde çalışmaya devam eden başvuruçunun 13 yaşındaki kardeşi Yalçın Yaşa 10 Ocak 1993'te evinin yakınında öldürülmüş ve diğer kardeşi 16 yaşındaki Yahya Yaşa ağır surette yaralanmıştır. Başvuru bu olaylarından güvenlik güçlerinin sorumlu olduğunu ve yaşam hakkının, etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Mahkeme'ye göre, başvuruçunun uğradığı saldırıların ve amcasının öldürülmesinden güvenlik güçlerinin sorumlu olduğu sonucuna hiç bir makul kuşkuyla yer vermeyecek bir biçimde ulaşmak mümkün değildir. Bu yönden yaşam hakkının ihlal edilmediği sonucuna varılmıştır. Ancak, saldırıların üzerinden beş yıl geçtiği halde iç hukukta açılan iki soruşturmada herhangi bir sonuç veya kayda değer bir gelişme olmamıştır. Olayların terörün etkili olduğu bir bölgede meydana gelmiş olması devletin etkili soruşturma yapma yükümlüğünü ortadan kaldırmaz. Devlet görevlilerin olaylardan sorumlu olabilecekleri iddiası yetkililer tarafından dikkate alınmamıştır. Etkili ve yeterli bir soruşturma yapılmadığından yaşam hakkının ihlali sonucuna varılmıştır. (Ergül, 2004: 125–126)

Gözaltında kaybolma durumlarında, taraf devletler etkili bir biçimde soruşturma yapma yükümlülüğündedir. Türkiye'ye karşı açılan çeşitli başvurularda, AİHM, 2. maddenin ihlal edildiğini tespit etmiştir. Bu kararlar arasında Ertak kararı (Başvuru no. 20764/92, 9 Mayıs 2000), Timurtaş kararı (Başvuru no. 23531/94, 13

Haziran 2000), Taş kararı (Başvuru no. 24396/94, 14 Kasım 2000), Çiçek kararı (Başvuru no. 25704/94, 27 Şubat 2001), Akdeniz vd. kararı (Başvuru no. 23954/94, 14 Kasım 2000), İrfan Bilgin kararı (Başvuru no. 25659/94, 17 Temmuz 2001) ve Orhan kararı (Başvuru no. 25656/94, 18 Haziran 2002) sayılabilir. AİHM, bu davalarda hem devleti kayıplardan sorumlu tutmuş hem de yetkililerin kayıp iddiaları hakkında yeterli soruşturma yapmadığına dayanarak 2. maddeye aykırılık saptamıştır. Bu davaların bazı ortak özellikleri vardır. Ortak özelliklerden birincisi, yaşam hakkı ihlal edildiği ileri sürülen kişilerden uzun süre haber alınmaması ve cesetlerinin bulunamamasıdır. İkinci ortak özellik, bu kişilerin en son gözaltına alınırken veya gözaltındayken görülmeleridir. Üçüncü ortak özellik, hükümet bu kişilerin gözaltına alınmadığını veya gözaltındayken kaçtıklarını iddia etmektedir. Dördüncü ortak özellik ise, Mahkeme'nin elde ettiği delillere dayanarak bu kişilerin gözaltındayken kaybolduklarına, muhtemel ölmüş olduklarına ve ölümlerinden devletin sorumlu olduğuna karar vermesidir. (Özdek, 2004: 139)

Ertak kararında, başvuran, oğlu Mehmet Ertak'ın 18 Ağustos 1992 tarihinde, jandarmaca yakalanarak polis tarafından gözaltına alındığını ve o tarihten beri de kendisinden haber alınmadığını iddia etmiştir. Kendisi daha sonra Şırnak Valiliği ve Cumhuriyet Başsavcılığına başvurarak oğlunun bulunmasını talep etmişse de bir cevap alamamıştır. Mahkeme, başvuruçunun oğlunun Hükümet tarafından kabul edilmeyen gözaltında tutulması, kötü muamele görmesi ve kayıp edilmesi ile ilgili koşullara göre kendisinin ölmüş olduğu karinesi ortaya çıkarmıştır. Bundan çıkan sonuca göre yetkililer kendisinin kayıp edilmesi hakkında etkili ve eksiksiz soruşturma yapmakla yükümlüdür. Mehmet Ertak'ın kayıp edilmesiyle ilgili olarak yapılan soruşturma bağımsız organlar tarafından eksiksiz bir biçimde yürütülmemiş ve başvuruçuya bu soruşturmaya katılma imkânı verilmemiştir. Hazırlık soruşturmasını yapan soruşturmacının elinde, içinde diğer belgelerle birlikte Mehmet Ertak ile birlikte gözaltında tutulan diğer kişilerin adlarının yer aldığı dilekçe dosyası yoktur ve soruşturmacı soruşturma sırasında başvuruçunun veya şikâyet dilekçesinde adı geçen kişilerin ifadelerini almamıştır. Bu nedenle başvuruçunun oğlunun kayıp edilmesiyle ilgili olaylar hakkında etkili ve yeterli soruşturma yapılmadığından, yaşam hakkının ihlali sonucuna varılmıştır.

Timurtaş kararında başvuran, oğlu Abdulvahap Timurtaş'ın 14 Ağustos 1993 tarihinde Silopi'nin Yeniköy Kasabasında güvenlik güçleri tarafından gözaltına alındığını ve halen kayıp olduğunu iddia etmiştir. Hükümet ise savunmasında adı geçenin gözaltına alınmadığını belirtmiştir. Abdulvahap'ın kaybedilmesi olayı hakkında resmi soruşturmanın başlaması ve tanık ifadelerinin alınması için çok uzun bir zaman geçmiştir. Tanıklara sorulan sorular yetersiz kalmış, elde edilen bilgiler göz ardı edilmiş ve daha sonra da soruşturma makamları tarafından inkâr edilmiştir. Başvurucunun oğlu gözaltına alınmasından iki yıl sonra Şırnak jandarması tarafından araştırma başlatılmıştır; oysa başvuru oğlunun Şırnak'a nakledildiğini çok daha önce yetkililere bildirmiştir. Soruşturmaya ilgili savcının gözaltı kayıtlarını ve nezaret defterlerini incelediğine veya Silopi jandarmasına başvuru oğlunun gözaltına alındığı gün ne yaptıklarına dair bir soru sorduğuna ilişkin hiçbir delil yoktur. Buna göre, Abdülvahap'ın kaybedilmesiyle ilgili soruşturmanın yetersizliği nedeniyle, yaşam hakkının usul yükümlülüğü bakımından da ihlali sonucuna varılmalıdır. (Yıldız, 2004: 122–124)

Taş kararında, başvuran somut olayda oğlu Muhsin Taş'ın 14 Ekim 1994 tarihinde Cizre'de güvenlik güçleri tarafından tutuklandıktan sonra kaybolduğunu iddia etmiştir. Cizre İl Jandarma Komutanlığında çalışan 3 jandarma askeri tarafından 9 Kasım 1993 tarihinde ve saat 16.30'da el yazısı ile tutulan raporda, anılan şahsın Gabar Dağlarında PKK sığınakları bulmak için yürütülen bir operasyonda yardım ederken kaçtığı belirtilmiştir. Mahkeme somut olayda, başvuranın oğlunun 14 Ekim 1993 tarihinde gözaltına alınmış olmasına rağmen gözaltı kayıt defterine kayıt yapılmadığını ve Taş'ın nerede gözaltında tutulduğuna dair hiçbir inanılır belgenin hükümet tarafından sunulmadığını, Taş'ın kaçtığına dair 3 memur tarafından imzalanan raporun güvenilir kanıtla desteklenmediğini, ayrıca bu 3 memurunun da kimliklerinin tespit edilemediğini saptamıştır. Öte yandan mahkeme Muhsin Taş'ın nerede gözaltına alındığına dair belge olmamasından ve hükümetin Muhsin Taş'ın akıbeti hakkında yeterli ve makul bir açıklama sunmamasından kuvvetli sonuçlar çıkarmıştır. Bu bulgulara dayanarak Mahkeme, anılan şahsın güvenlik güçlerince gözaltında iken başına gelenler konusunda bilgi vermemesi ve görevlilerin silah kullanmaları karşısında haklı bir sebep göstermemeleri nedeniyle ölümünün sorumluluğunun devlete ait olacağına karar

vermiştir. Mahkeme ayrıca kişilerin kuvvet kullanımı sonucunda öldürdüklerinde etkili bir resmi soruşturmanın yürütülmesinin gerekli olduğunu tekrar vurgulanmış, Muhsin Taş'ın kayboluşuna ilişkin Cumhuriyet savcısının soruşturma başlatmadığını, soruşturmanın; kaçış olayına karışan kimselerin kimliklerinin tespitine çalışan Şırnak savcısı tarafından olayların üzerinden 2 yıl geçtikten sonra soruşturmanın başlatılmış olmasına değinmiş, ancak aynı kararlıkla soruşturmaya devam edilmediğini belirtmiştir. Mahkeme; başvuranının oğlunun kaybolması hakkında yürütülen soruşturmanın etkili ve yeterli olmadığını ve devletin yaşam hakkını koruma altına alma sorumluluğunu yerine getirmediğini tespit ederek, bu bağlamda 2. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. (Tezcan vd., 2004: 125–128)

Çiçek davasında, başvurunun çocukları olan Tahsin Çiçek ve Ali İhsan Çiçek'in 10 Mayıs 1994'te Lice'nin Dernek köyüne gelen güvenlik güçleri tarafından gözaltına alınmış ve en az iki gün Lice Lisesinde tutulmuşlardır. Bu kişiler bir daha görülmemiş ve bu nedenle gözaltında öldükleri kabul edilmiştir. AİHM, soruşturmanın ilgili kişilerin gözaltında alınmalarından yaklaşık bir buçuk yıl sonra başlaması, Lice savcısının diğer gözaltına alınan kişileri üç buçuk yıl sonra dinlemesi ve savcının gözaltı kayıtlarının doğruluğunu araştırmaması nedeniyle 2. maddenin ihlal edildiği kararını vermiştir. (Akdoğan, 2006: 46–47)

Akdeniz vd. davasında, Mehmet Salih Akdeniz ile birlikte on kişinin daha 9–12 Ekim 1993 tarihlerinde Kulp ilçesinin Alaca köyü civarında operasyon yapan güvenlik güçleri tarafından gözaltına alınmışlardır ve 17–19 Ekimde Kepir'de gözaltında tutulmuşlardır. Bu kişilerden bazıları bir helikoptere bindirilirken görülmüş ve aradan yedi yıldan fazla bir süre geçmiş olmasına rağmen bir daha görülmemişlerdir. Bu nedenle bu kişilerin öldüğü kabul edilmiştir, ölümlerden devlet sorumlu tutulmuştur. Ölüm konusunda başvuruçuların Kulp savcılığına yaptıkları kayıp şikâyetleri soruşturulmayıp terörle bağlantılı bir olay olarak görülüp Diyarbakır DGM savcılığına sevk edilmiş ve ancak birkaç yıl geçtikten sonra başvuruçuların ifadeleri alınmış olmasına rağmen gereği gibi soruşturma yapılmaması nedeniyle 2. maddenin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. (Özdek, 2004: 140, 142)

İrfan Bilgin davasında, Ankara Emniyet Müdürlüğü Terörle Mücadele ekipleri tarafından 12 Eylül 1994'teki operasyon sırasında gözaltına alınan, 3 Ekim 1994'e kadar gözaltında tutulan Kenan Bilgin'in gözaltında çılgınlıklarını ve iniltilerini duyan on bir görgü tanığına rağmen kamu makamları tarafından akıbetinin açıklanmaması nedeniyle bu kişinin öldüğü kabul edilmiştir. Ölüm konusunda başvurucunun, kardeşinin gözaltında kayıp edilmesi olayı hakkında Ankara DGM savcılığına yazılı başvuruda bulunmuştur. Görgü tanıklarının iddiaları hakkında, polisin bu kişilerin kamuoyunu yanlış yönlendirdikleri ve yasadışı örgütlere karşı operasyonlarda polise zarar verdikleri şeklinde açıklama yapması savcılığın soruşturmasını engellemiştir. Nöbetçi polis memurlarının listesinin savcılığa gönderilmemesi, bunların ifadelerini alamaması, tanıklarla yüzleştirme yapamaması ve polisin o tarihlerde bir çeşit muafiyete sahip olması nedeniyle savcının Ankara Emniyet Müdürlüğünü ziyaret edememesi nedenleriyle 2. maddenin ihlal edildiği karara bağlanmıştır. (Özdek, 2004: 140–142)

Orhan kararındaki olayda, 6 Mayıs 1994 günü Kulp ilçesinin Çağlayan köyüne bağlı Deveboyu mezarına gelen büyük bir askeri konvoy köyün boşaltılmasını istedikten sonra evler yakılmıştır. Bazı köylüler 7 Mayıs'ta Kulp Jandarma Komutanlığına şikâyetinde bulunmuşlardır. Bunun üzerine 24 Mayıs'ta köye gelen askerler tarafından başvurucunun kardeşleri Selim Orhan ve Hasan Orhan ile oğlu Cezayir Orhan gözaltına alınmışlar ve bu kişilerin son olarak güvenlik güçlerinin bulunduğu Gümüşsuyu mezarında görülmüşlerdir. Başvurucu yaşam hakkının, kötü muamele yasağının, kişi özgürlüğünün, mülkiyet hakkının ve etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkının ihlali iddiasıyla Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na başvurmuştur. Gözaltına alınan kişiler aradan sekiz yıl geçmesine rağmen bir daha görülmemiş ve Hükümet bir açıklama yapmamıştır. Bu kişilerin öldüğü kabul edilmiştir. Ölüm konusunda birinci soruşturma gelişigüzel yapılmış ve gerekli hızla yapılmamıştır. O sırada kolaylıkla izi bulunabilecek kilit görgü tanıklarının ifadeleri alınmamıştır. İkinci soruşturmayı yapan Kulp İlçe İdare Kurulunun bağımsız bir organ değildir ve soruşturma altında olan güvenlik güçleriyle hiyerarşik olarak bağımlı kamu görevlilerinden oluşmuştur. Başvurucunun iddia ettiği olayların doğrudan görgü tanığı köylülerin ifadeleri alınmamıştır. Güvenlik güçlerinden o sıradaki operasyonları veya Lice Yatılı Okulundaki

faaliyetleriyle ilgili bilgi istenmemiştir. Olaydan beş yıl sonra gözaltı kayıtlarının arşive kaldırıldığı ve kilit tanıkların artık bulunamadığı bir dönemde başlayan üçüncü soruşturmada jandarmaların ve köylülerin ifadeleri alınmamıştır; başvurucu tarafından bazı görgü tanıkları belirlenmiş olmasına rağmen bunların ifadelerine de başvurulmamıştır. Askeri operasyon hakkında bilgi istenmemiştir. Başvurucuya hiçbir zaman soruşturmalarda veya alınan kararlarla ilgili bilgi verilmemiştir. Başlatılmış olan bazı soruşturmalar bitirilmeden bırakılmıştır. Bu nedenlerle 2. maddenin ihlal edildiği kararı verilmiştir. (Özdek, 2004: 141–142)

Ölüm olaylarında cesedin bulunduğu yer araştırma başlangıç noktasını oluşturur. İnceleme sırasında olay yerinde suçluların ve mağdurun bıraktığı iz ve delillerin bulunması olayı aydınlatmada en önemli ipuçlarıdır. Suç mahallindeki bütün iz ve emareler tespit edildikten sonra yapılan bütün işler, ele geçen ipuçları tutanakla tespit edilir. Olay yerinin fotoğrafları tüm iz ve delilleri belirleyecek şekilde değişik açılardan çekilir. Daha sonra krokisi çizilir. Bütün deliller incelenmek üzere kriminal laboratuvarlara gönderilir. Bu işlemler titizlikle ve uzmanlar tarafından yapıldığı zaman olayı aydınlatmak kuvvetle muhtemeldir. AİHM birçok kararında bu işlemlerin eksikliğine dikkat çekmektedir. (Azak, 1997: 465, aktaran Akdoğan, 2006: 38)

AİHM, Finucane-Birleşik Krallık kararında (Başvuru no. 29178/95, 1 Ekim 2003) ölüm olaylarına ilişkin olarak yapılan soruşturmalarda asgari olarak bulunması gereken prensipler belirtilmiştir. Bu prensipler kısaca; mağdurun kimliğinin tespiti, muhtemel bir yargılama için delil olabilecek tüm emarelerin bulunup saklanması, görgü tanıklarının tespit edilip, ölüm ile ilgili ifadelerinin alınması, ölüm olayının zamanı, yeri, sebebi, oluş şeklinin ve aynı zamanda benzer olaylarla ilişkisinin belirlenmesi ölümün, doğal ölüm, kazara ölüm, intihar veya cinayet mi olduğunun ayırt edilip, tam olarak saptanması, ölüm ile ilgili kişi veya kişilerin tespit edilip yakalanması ve şüphelilerin, kanuna uygun olarak kurulmuş salahiyetli Mahkemeye teslim edilmesidir. (Garlicki, 2004: 85–86)

Ölüm olaylarında olayı çözmeye yarayacak en önemli delillerden birisi belki de en önemlisi cesettir. Cesedin çok iyi bir incelemeden geçirilmesi ölünün kimliği, ölüm sebebi, ölüm zamanı gibi çok önemli ipuçlarını açığa çıkarır. Bu nedenle otopsi

çok önemlidir. Fakat otopsinin de soruşturmayı yönlendirecek, aydınlatacak, cevabı bulunamayan sorulara cevap verebilecek şekilde yapılması gerekir. AİHM birçok kararında otopsi ile ilgili eksiklikleri belirtmiştir. Finucane-Birleşik Krallık kararında atıf yapılan Minnesota Protokolüne göre ve Türkiye ile ilgili Kaya ve Tanrıkulu kararlarına göre doğru bir otopsi protokolünde şu işlemler yapılmış olmalıdır: (Çiftçi, t.y.:8–9)

- Ceset, vücut ve giysiler üzerinde inceleme yapılmak üzere uygun bir yere getirilmelidir. Kaya kararının 89. paragrafında Mahkeme, olay yerinde yapılan (iki köy arasındaki kayalık bir yer) ölüm sonrası ve adli tıp araştırmasının terörist şiddete açık bir yerde yapıldığını dolayısıyla standart uygulamanın yapılmasının mümkün olmadığını belirtmiştir. (Başvuru no. 22729/93, 19 Şubat 1998)
- Otopsi Adli tıp uzmanı tarafından klasik otopsi şeklinde yapılmalıdır. Gecikmeden hemen olayın akabinde yapılmalıdır. Tanrıkulu-Türkiye davasında, Tanrıkulu'nun öldürüldüğü gün iki genel pratisyen hekim tarafından ölüm sonrası inceleme yapılmıştır. Mahkeme bu kararında, yapılan incelemenin sonucunda elde edilen bilginin yetersiz olduğu konusunda Komisyon'un endişelerini paylaşarak, adli tıp uzmanının görevlendirilmeyişinin ve tam bir otopsi yapılmayışının üzüntü verici olduğu görüşündedir. (Başvuru no. 23763/94, 08 Temmuz 1999, paragraf 106)
- Vücuttaki tüm emareler tespit edilmeli ve tespit edilen emarelerin ölümden önce meydana gelip gelmediği, ölenin işkence veya kötü muameleye maruz kalıp kalmadığı tüm bulguları ile tespit edilmeli ve tutanağa geçirilmelidir.
- Vücutta tespit edilen bulgular fotoğraflanmalıdır. Cesedin giyinik iken ve elbiseleri çıkarıldıktan sonra yakın, orta ve uzak mesafelerden fotoğrafları çekilmelidir.
- Özellikle ateşli silahla meydana gelen ölüm olaylarında; giriş ve çıkış delikleri ve sayısı tespit edilmeli, atışların yakın, bitişik veya uzak atış

olup olmadıkları, giriş deliğinde vurma halkası olup olmadığı gibi atış özellikleri ve varsa atışın hangi yönden yapıldığı tespit edilmelidir.

- Otopsi ile ölüm nedeni ve zamanı tam olarak tespit edilmeli ve diğer tıbbi bulgular tutanağa geçirilmelidir.

Türkiye’de otopsiler Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 86–89. maddelerine göre yapılmaktadır. Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 87. maddesine göre; otopsi, Cumhuriyet Savcısının huzurunda biri adli tıp, diğeri patoloji uzmanı veya diğeri dallardan birisinin mensubu veya biri pratisyen iki hekim tarafından yapılır. Müdafî veya vekil tarafından getirilen hekim de otopside hazır bulunabilir. Zorunluluk bulunduğu otopsi işlemi bir hekim tarafından da yapılabilir; bu durum otopsi raporunda açıkça belirtilir. Fakat AİHM’e göre, eğer konunun uzmanı olmayan bir hekim otopsi yaptığı için ölüm sebebi ortaya çıkarılamamışsa, bu durumda Sözleşme’nin 13. maddesinin ihlali söz konusudur. Yani ilgili devletin ölüm olayının gerçek nedenini bulmak için gerekli çabayı sarf etmediği ve bunun sonucu olarak Sözleşme’nin 2. maddesinde yer alan yaşam hakkının ihlali sonucuna varmaktadır. (Doğan, 2003: 227)

II. İŞKENCE, İNSANLIK DIŞI ve ONUR KIRICI MUAMELE ve CEZA YASAĞI (AİHS m. 3)

A. Genel Olarak İşkence Yasağı (AİHS m. 3)

AİHS’in 3. maddesinde, “Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı cezaya veya işlemlere tabi tutulamaz.” denilmek suretiyle, ”İşkence yasağı” başlığı altında ’işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı işlemler ile ceza verilmesi” mutlak olarak yasaklanmıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve ekindeki protokollerin en kısa maddesi olan 3.madde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin içtihatlarında birçok defalar belirttiği gibi, ”demokratik toplumların en temel değerlerinden birini içermekte olup, bireyin beden bütünlüğünü ve kişilik onurunu mutlak surette korumayı amaçlamaktadır. Sözleşme’nin 3.maddesi, 15.maddede belirtilen savaş ve olağanüstü hal durumlarında dahi geçerli olmak üzere, hiçbir istisna tanımamaktadır.

3.madde'nin içerdiği mutlak yasak, savaş halinde bile bu yasaktan feragat edilemeyeceği anlamını taşır. AİHS'in 15.maddesi savaş ve ulusun varlığını tehdit eden diğer toplumsal acil durumlarda AİHS ve Ek Protokoller ile güvence altına alınan diğer hakların çoğunda Sözleşmeciler taraf devletlere normal koruma standardından gereken ölçüde feragat edebilme izni verdiği halde; 3. madde istisna öngörmez ve ulusun yaşamını tehdit eden olağanüstü durumlarda bile 15. maddeye göre yükümlülüğün sınırlanması (derogation) yoluna gidilemez. Organize terör ve suçla mücadele gibi en zor koşullarda bile Sözleşme işkenceyi, insanlık dışı ya da alçaltıcı muameleyi ve cezayı mutlak terimlerle yasaklamaktadır. (Doğru, 2006: 73; Bikirli, t.y.:4)

Her türlü kaba ve sert muamele 3. madde kapsamına girmez. Mahkeme'ye göre bir kötü muamelenin 3. madde kapsamına girmesi için asgari düzeyde bir şiddetin bulunması gerekir bu asgari düzey olayın niteliğine göre değişir. Muamelenin süresi fiziksel ve ruhsal etkileri ve bazı durumlarda mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi olayın bütün şartlarına bağlıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İrlanda-Birleşik Krallık (Başvuru no. 5310/71, 18 Ocak 1978) kararında "işkence", "İnsanlık dışı muamele" ve onur kırıcı muamelenin ne anlama geldiğini yorumlamıştır. Bu olayda İngiltere'nin Kuzey İrlanda'daki terörist eylemleri önlemek için aldığı tedbirler ve sorgulamalar sırasında uygulanan beş teknik:

1. Duvar dibine dikme: Birkaç saat süreyle eller havaya kaldırılmış, ayaklar açılmış kollar ve ayaklar gergin, ayak parmakları üzerine kalkılmış dolayısıyla bedenin ağırlığı ayak parmaklarına yüklenecek şekilde gergin pozisyonda durmaya zorlanma,

2. Başlık geçirme: Başa siyah veya koyu renkli bir torba geçirme ve bunu sorgulama süresi dışında sürekli başta tutma,

3. Gürültü verme: Sorgulamayı bekleyenleri bir odaya alıp sürekli biçimde yüksek tonda ısıklık ve yuhalama sesi verme,

4. Uyutmama: Sorgulanmayı bekleyenleri uykudan yoksun bırakmak,

5. Yiyecek ve içecek vermeme: Merkezde kaldıkları süre içinde ve sorgulamayı beklerken sadece az bir yemek verme eylemleri şikâyet konusu edilmekteydi. (Tekin, t.y.:2)

B. İşkence Yasağı (AİHS m. 3) Kapsamında Pozitif Yükümlülükler

AİHM içtihatları ile taraf devletlerin biri negatif, diğeri de pozitif olmak üzere iki yükümlülüğü olduğunu kabul etmiştir. Negatif yükümlülük; devlet yetkililerinin 3. madde ile yasaklanan eylemleri yapmadan kaçınma yükümlülüğüdür ve bunu sağlamayı amaçlamaktadır. Pozitif yükümlülükleri ise şu şekilde kategorize edebiliriz:

- 1) Özgürlüklerinden mahrum bırakılan kişilerin korunması
- 2) Üçüncü kişilerin kötü muamelelerinden koruma yükümlülüğü
- 3) İşkence ve kötü muamele iddialarını etkili bir biçimde soruşturma yükümlülüğü.

1. Özgürlüklerinden Mahrum Bırakılan Kişilerin Korunması

3. madde kapsamında güvence altına alınan koruma özgürlüklerinden geniş anlamda mahrum bırakılanları (tutuklu bulunan, gözaltında veya akıl hastalıkları ile ilgili kurumlarda tutulan kişileri) kapsamaktadır. Bu kişiler ile ilgili içtihadın özgürlüklerinde mahrum bırakılmayan devletin veya başka bir kamu makamının sorumluluğuna bırakılan (Örneğin, ailelerinin yanından alınarak başka bir yere yerleştirilen reşit olmayan) diğer kişilere de uygulanması makuldür. (Kombe, 2008: 29–30)

Kişiye cebir ve şiddet uygulanmamasına ve yetkililerin kişiyi aşağılama kastları bulunmamasına rağmen, gözaltında veya cezaevinde tutulma koşulları, Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal edecek şekilde devletin sorumluluğunu doğurabilir. Devlet, özgürlüğünden yoksun bıraktığı kişinin beden ve ruh sağlığından sorumludur. Bu haktan gözaltında tutulanlar, tutuklular, hükümlüler gibi, sınır dışı edilmek üzere tutulan yabancılar da yararlanır. (Doğru, 2006: 79)

Tutulma koşullarıyla ilgili olarak devletin öncelikli yükümlülüğü, tutma mekânıyla ilgili koşulların insani standartlarda olmasını sağlamaktır. Tutulan kişinin temiz hava alma, yeme içme, ısınma, aydınlatma, temizlenme, uyuma, egzersiz yapma gibi en basit insani ihtiyaçlarının karşılanması için maddi imkânların sağlanmaması, tutulan kişinin bedensel ve ruhsal sağlığı üzerinde önemli bir etki yapar. (Doğru, 2007)

Peers-Yunanistan kararında; (Başvuru no. 28524/95, 19 Nisan 2001) tutuklu birinin aylarca günün büyük bir kısmını pencere veya havalandırmanın bulunmadığı, sıcaklığın bazen dayanılmaz bir hal aldığı ve hücre arkadaşının önünde tuvaleti kullanmaya zorlandığı bir hücrede yatakta geçirmeye zorlanması ve bu tutulma koşullarının düzeltilmesi için kamu makamlarının bir çaba göstermemeleri nedeniyle 3. maddenin ihlal edildiği belirtilmiştir. (Tekin, t.y.:9)

Kalashnikov-Rusya davasında (Başvuru no. 28524/95, 15 Temmuz 2002); sekiz kişi için dizayn edilen bir hücreyi yirmi üç kişi ile paylaşan, bir yatağı diğer iki mahpusla, dönüşümlü olarak paylaşmaya zorlanan ve bunlara ek olarak hücrenin aşırı derecede gürültülü olduğu, ışığın sürekli olarak yandığı, sıçanların dolaştığı, sigara içenlerin alanının havalandırılmadığı vb. bir hücrede kalan bir mahpusun başvurusunda Mahkeme, 3. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. (Kombe, 2008: 31)

Mayzit-Rusya davasında (Başvuru no. 28524/95, 20 Ocak 2005) cezaevlerinin çok kalabalık olduğu (her bir mahpusa çatıdan en fazla 2.51 metre kare alanın düştüğü), ek olarak hücrelerin sağlıksız olduğu (kirli, hamam böcekleri, bit ve tahtakurularının etrafı sardığı, pencerelerin kaplandığı) ve mahpusların hemen hemen bütün gün dışarı bırakılmadan tutulması, 3. maddenin ihlaline sebep olmuştur. (Kombe, 2008: 31)

İnsan haysiyetine saygı gösteren cezaevinin maddi koşulları ile ilgili bölüm, devletin cezaevlerini bireylerin fiziksel koşullarına göre uyarlaması görevinin özel bir boyutudur. Bu durum her şeyden önce ciddi hastalık veya zayıflıktan muzdarip için geçerlidir. Mahkeme Price-Birleşik Krallık (Başvuru no. 33394/96, 10 Temmuz 2001) davasında dört uzvu engelli, ciddi böbrek sorunu yaşayan, yatağa giremediği, tuvaleti kullanamadığı veya diğer kişilerin yardımı olmadan olağan temizlik faaliyetlerini gerçekleştiremediği, sıvı almada zorluklar yaşayan ve bunlara ek olarak soğuk olan bir hücrede tutulan engelli bir kişinin cezaevine konmasını onur kırıcı muamele olarak kabul etmiştir. AİHM bu davada çok açık bir şekilde Bayan Price'yi mahkûm eden mahkemenin, ilk olarak tutulduğu polis merkezindeki memurlar ve cezaevi makamların; mahkemenin Bayan Price'nin mevcut ciddi engellerine uygun

bir kuruluş tespit ederek ve diğerleri de Bayan Price’yi uygun bir yere naklederek veya salıvererek harekete geçmesi gerektiğini belirlemiştir. (Reidy, 2002: 39–40)

AİHM, yargısal mercilerin yükümlülükleri ile ilgili olarak Farbtuhs-Letonya (Başvuru no. 4672/02, 2 Ekim 2004) davasında “böyle bir kişiyi cezaevine yerleştirerek orda tutmaya karar verdiklerinde özellikle katı bir şekilde bu kişinin tutukluluk koşullarının engellerinden ötürü doğan özel ihtiyaçlarını karşılaması gerektiğini” ifade etmiştir. Mahkeme ayrıca vahim derecede kanser hastası bir kişinin tutuklanarak nakledilmesinden doğan ve hasta bir mahpusun tedavisindeki eksikliklere yol açması olması nedeniyle 3.maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Bu bağlamda tutuklunun yaşı da hesaba katılmaktadır. (Kombe, 2008: 31–32)

Devletin özgürlüğünden yoksun bırakılanlara karşı pozitif yükümlülüğü sınırsız değildir. Sözleşme’nin 3. maddesi, tutulan bir kimsenin sağlık sebebiyle salıverilmesini veya belirli türden bir tedavi almasını sağlama gibi, devlete genel bir yükümlülük yükleyecek şekilde yorumlanmamaktadır. Bununla birlikte Devlet, kişinin insan onuruna saygıyla bağdaşabilecek koşullarda tutulmasını sağlamak zorundadır; özgürlükten yoksun bırakan tedbirin icra tarzı ve yöntemi, kişiyi tutma işleminde kaçınılmaz olarak mevcut bulunan ıstırabın düzeyini aşacak yoğunlukta sıkıntı ve üzüntüye maruz bırakmamalıdır; tutmanın pratik şartları çerçevesinde gerekli sağlık hizmetleri sağlanarak, tutulan kişinin sağlığı ve esenliği yeterince korunmalıdır. (Doğru, 2007)

AİHM’e göre, bir kimse polisçe sağlıklı olarak gözaltına alındığı halde, gözaltından çıktığında yaralı olduğu tespit edilirse, şahsın ne şekilde yaralandığı hususunu “mantıklı ve kabul edilebilir” bir şekilde “izah etme görevi” o devlete aittir. Bu açıklama görevinin yerine getirilememesi, 3. maddenin ihlalini gündeme getirir. Zira gözaltına alınan şahıslar zayıf konumda olduklarından, gerek bazı temel ihtiyaçlarının karşılanması, gerekse korunma ihtiyaçları devlet görevlilerinin sorumluluğundadır. (Doğru, 2006: 83)

2. Üçüncü Kişilerin Kötü Muamelelerinden Koruma Yükümlülüğü

AİHM’in içtihadından, 3. maddenin bireyi sadece doğrudan devlet görevlilerinden kaynaklanan kötü muamelelerden değil, aynı zamanda bazı

durumlarda üçüncü kişilerden gelebilecek kötü muameleden de korumayı öngördüğü anlaşılmaktadır. Bu, 3. maddenin üçüncü kişilerin eylemlerinden sorumluluk doğuracak bir şekilde yorumlanması ile ortaya çıkan ve AİHM'in içtihadı ile Sözleşmeciler devletlere yüklenen bir diğer pozitif yükümlülüktür. Bu yükümlülük altında devletler sadece kötü muameleyi yasaklayan yasalar çıkarmakla sorumlu olmayıp, aynı zamanda bu yasaları, bireyleri gerçek ve etkili bir şekilde koruyacak biçimde uygulamakla da sorumludurlar. (Erdal ve Bakırcı, 2006: 193)

Başvuranın 9 yaşındayken üvey babası tarafından düzenli olarak dövülmesini konu alan A.-Birleşik Krallık (Başvuru no. 25599/94, 23 Eylül 1998) davasında verdiği kararında AİHM, başvuranın maruz kaldığı muamelenin 3. madde ile yasaklanan ağırlığa ulaştığı sonucuna varmıştır. A.'yı dövdüğünü inkâr etmeyen üvey baba da yaralamaya sebep olmak suçlamasıyla yargı önüne çıkarılmış ancak, ulusal mevzuatın ebeveyn ve vasiler için öngördüğü "cezalendirme amacıyla makul bir şekilde dövme" savunmasını öne sürmüştü ve suçlu bulunmamıştır. Davalı Hükümetle hemfikir olan AİHM, bahsedilen ulusal mevzuatın 3. madde ile yasaklanmış olan kötü muamele ve cezalardan başvurana gerektiği gibi korumaktan uzak olduğuna karar vermiştir. AİHM bu kararın 22. paragrafında şöyle demiştir:

"AİHS'e taraf olan devletler AİHS'in 1. maddesi uyarınca, sınırları içinde bulunan herkese AİHS'de tanımlanan hak ve özgürlükleri sağlamakla yükümlüdür. Bu yükümlülük 3. madde ile birleştiğinde, devletlerin yetki alanları içinde bireylerin, özel kişiler de dâhil olmak üzere hiç kimse tarafından işkence veya insanlık dışı veya küçük düşürücü muamele uygulamasına maruz kalmamalarını sağlayacak önlemleri almalarını gerektirir." (Reidy, 2004: 56)

Mağdurun korumaya muhtaç bir kişi olduğu durumlarda, üçüncü kişilerin kötü muamelesinden korumaya yönelik yükümlülüğün kapsamı daha da geniş olmaktadır. Böyle durumlarda Sözleşmeciler devletlerden, yetkililerin kötü muamelenin vuku bulacağından haberdar oldukları ya da olmaları gerektiği durumlarda, kötü muamelenin vuku bulmasını önlemek amacıyla makul önlemler almaları beklenecektir. (Mowbray, 2004: 50)

Z. ve Diğerleri-Birleşik Krallık (Başvuru no. 29392/95, 10 Mayıs 2001) davasında, ebeveynleri tarafından ağır kötü muameleye maruz kaldıkları için

başvuran dört kardeşin, dört buçuk yıl boyunca kötü muameleden haberdar olmalarına rağmen sosyal servisler tarafından korunamamış olması AİHM'in, "sistemin başvuru sahibi çocukları uzun bir süre devam eden ağır ihmal ve tacizlerden korumada muvaffak olamadığının şüpheye yer bırakmadığı" sonucuna varmasına ve böylelikle de 3. maddenin ihlaline sebep olmuştur. (Gemalmaz, 2005: 110)

Cinsel saldırılar ve tecavüz, üçüncü kişinin bireye yönelik şiddet ve istismarının özel bir biçimidir. M.C.-Bulgaristan (Başvuru no. 39272/98, 4 Aralık 2003) kararında, Mahkeme'ye göre, devletin tecavüzü etkili bir şekilde cezalandıran ceza hükümleri koyma ve bunları etkili bir biçimde soruşturma ve kovuşturma suretiyle pratikte uygulama konusunda Sözleşme'nin 3 ve 8. maddelerine içkin bir pozitif yükümlülüğü vardır. Mahkeme bu genel ilkeyi hatırlatmakla yetinmemiş, tecavüze karşı etkili korumanın nasıl mümkün olabileceği üzerinde durmuş ve suçun maddi unsuru olan zor kullanmanın farklı yorumlanması gerektiği, mağdur veya sanık üzerinde maddi iz yerine, mağdurun rıza yokluğunu aramanın yeterli olacağı sonucuna varmıştır. Kararın 166. paragrafı şöyledir:

"Mahkeme, cinsel suçların soruşturulmasında fiziksel direncin kanıtlanmasını gerektiren katı bir yaklaşımın, bazı tecavüz türlerini cezasız bırakma riski doğurduğuna ve böylece bireyin cinsel özerkliğinin etkili bir şekilde korunmasını tehdit ettiğine kanaat getirmiştir. Bu alandaki çağdaş standartlara ve eğilimlere uygun olarak, Sözleşme'nin 3 ve 8. maddelerine göre Sözleşmeciler devletlerin, rızaya dayalı olmayan herhangi bir cinsel fiili, mağdurun fiziksel direnci olmadığı hallerde de etkili bir şekilde soruşturmalarını ve cezalandırmalarını gerektiren pozitif yükümlülüklerinin bulunduğu görülmelidir." (Doğru, 2007)

3. İşkence ve Kötü Muamele İddialarını Etkili Bir Biçimde Soruşturma Yükümlülüğü

Sözleşme'nin 1. maddesi 3. maddesiyle birlikte ele alındığında etkili soruşturma yapma yükümlülüğü doğal olarak ortaya çıkmaktadır. AİHS 1. maddesine göre "Yüksek sözleşmeciler taraflar kendi yetki alanları içinde bulunan herkese bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlükleri tanırlar" hükmünden hareketle, devletler 3. maddenin ihlal iddiasıyla karşılaştıkları zaman

uygun ve etkili bir soruşturma yapacaklar ve faillerin cezalandırılması yoluna gideceklerdir. Kısacası, soruşturma tam ve etkin bir biçimde yapılacaktır. İhlal iddiasının tartışılabilir durumda olması devlet yetkililerinin harekete geçmesi için yeterlidir. (Gökçınar, t.y.:13)

Mahkeme'ye göre, işkence ve kötü muamelelerin soruşturulmasının iki amacı vardır. Birincisi, işkence ve kötü muamele faillerinin tespit edilerek gerekli cezai yaptırımların sağlanmasıdır. İkinci amaç ise eğer gerekliyse mağduriyetin bireysel sonuçlarının tazminat vb. yollarla giderilmesidir. Mağdura sadece tazminat ödenmesi ama failin cezasız kalması etkili bir soruşturma anlamına gelmez. Çünkü ihlal edilen alan onur ve kişilik alanıdır. (Anayurt, 2009: 274)

Assenov ve Diğerleri-Bulgaristan (Başvuru no. 24760/94, 28 Ekim 1998) davasında AİHM başvurucunun, gözaltında devlet görevlilerince ciddi bir şekilde kötü muameleyle tabi tutulduğuna dair başvurucunun yapmış olduğu tartışılabilir iddia karşısında devlet makamlarının harekete geçmemesini, etkin bir soruşturma yapmamasını ve sorumluların ortaya çıkartılıp cezalandırılmasına yol açabilecek nitelikte şikâyetçinin de etkin bir şekilde katılabileceği eksiksiz ve etkili bir soruşturma yapılmamasından ötürü 3. maddenin ihlaline karar vermiştir. Mahkeme bu davada doktor raporundaki bulguların yetersizliğinden ötürü kötü muamele yapıldığına dair delil bulunmadığından bu yönden 3. maddenin ihlal edildiğine kanaat getirmemiştir. Assenov kararı, Mahkeme'nin önemli bir içtihadıdır. (Reidy, 2004: 36; Gölcüklü ve Gözübüyük, 2005: 160; Erdal ve Bakırcı, 2006: 189)

Sözleşmeciler devletlerin kötü muamele iddialarının etkili bir şekilde soruşturulması yükümlülüğünün Assenov kararının alınmasından önce de söz konusu olduğu ve Sözleşme'nin etkili hukuk yollarının sağlanmasını öngören 13. maddesi altında incelendiğini belirtmek gerekir. (Erdal ve Bakırcı, 2006: 189)

Soruşturma yükümlülüğü konudaki örnek kararlardan biri Sevtap Veznedaroğlu-Türkiye (Başvuru no. 32357/96, 11 Nisan 2000) kararıdır. Bu kararda başvuran, 4-15 Temmuz 1994 tarihleri arasında gözaltında tutulduğunu ve bu süre içerisinde Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı olarak ellerinden asılarak, kendisine elektrik verilerek suretiyle işkenceye maruz kaldığını, ölüm ve tecavüzle tehdit edildiğini iddia etmiştir. 13 Temmuz 1994 tarihli adli tıp raporunda şahsın

vücudunda çürükler saptanmıştır. 18 Temmuz 1994 tarihinde başvuran, Dicle Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesi'nden 20 gün iş göremezlik raporu almıştır. Başvuran, Savcıya ve Diyarbakır DGM'ye bağlı yedek hâkime işkence gördüğüne ilişkin iddiada bulunmuş, ancak başvurandan daha ayrıntılı bilgi edinilmesi yönünde herhangi bir adım atılmadığı gibi, işkence iddialarına yönelik herhangi bir işlem de yapılmamıştır. Hükümet başvuranın iddiasını reddetmiş, adı geçen Tıp Fakültesi'nin düzenlediği 20 günlük raporun sahte olup olmadığını incelemek üzere soruşturma açıldığını vurgulamış, iki çürüğe bu uzunlukta bir istirahat verilmesini abartılı bulduğunu ifade etmiştir. Ayrıca, hastane kayıtlarında yapılan incelemede, başvurana verilmiş bu tür bir belgenin kaydına rastlanmamıştır. Hükümet yaptığı savunmada, başvuran tarafından tek somut kanıt olarak sunulan bu belgenin sahte olduğunu ve dolayısıyla dikkate alınmaması gerektiğini, neticede Savcının şikâyeti incelemediği için kusurlu bulunamayacağını dile getirmiştir.

Mahkeme, “Hükümetin, başvuranın gözaltında tutulduğu sırada meydana gelen çürükleri inkâr etmediğine dikkat çekmektedir. Lakin Hükümet, bu çürüklerin küçüklüğüne işaret ederek bunların şikâyetçi olunan muamelenin ağırlığıyla bağdaşmadığını vurgulamaktadır. Mahkeme, kendisine sunulan kanıtlarla, başvuranın yaralanmasına polisin yol açıp açmadığına ya da iddia edildiği ölçüde işkenceye maruz kalıp kalmadığına karar vermeyi olanaksız bulmaktadır. Mahkemeyi ikna edecek, davaya esas teşkil eden olayları açıklığa kavuşturacak ya da başvuranın iddialarını kanıtlayacak bir tanık dinleme duruşması da gerçekleşmemiştir. Aynı zamanda Mahkeme, başvuranın vücudundaki çürüklerin makul bir açıklamasının olup olmadığının ya da maruz kaldığını iddia ettiği muamelenin yetkililerin, şikâyetleri incelemeyi savsaklamasından kaynaklanıp kaynaklanmadığının belirlenmesindeki zorluğa dikkat çekmektedir. Mahkeme, başvuranın işkence gördüğüne ilişkin ısrarının, dosyadaki tıbbi kanıtlarla birlikte, Savcının soruşturma açması için yeterli olması gerektiği” kanaatindedir.

Başvuranın, yargılama aşamasında da iddialarında ısrar etmesi ve başvuranın iddialarına yönelik, yetkililerin sergiledikleri atalet, Sözleşme'nin 3. maddesinin taraf devlete yüklediği usuli sorumluluğa aykırıdır. Sonuç olarak, Mahkeme, başvuranın işkence iddialarına yönelik soruşturma görevinin yerine getirilmediği için 3. maddenin ihlal edildiği kararını vermiştir. (Çor, 2005: 108–109)

Dikme-Türkiye (Başvuru no. 20869/92, 11 Temmuz 2000) kararında başvuru Metin Dikme 10 Şubat 1992'de bir kız arkadaşı ile birlikte gezerken polis tarafından durdurulmuş, kimliğinden kuşulanılması üzerine Terörle Mücadele Şubesine götürülmüştür. Başvuru burada on altı gün süreyle dış dünyayla iletişim kurmadan gözaltında tutulmuştur. Kendisini sorgulayan polisler Dev-Sol hareketi üzerine uzman olduklarını söylemişlerdir. Başvurucunun iddiasına göre polisler, "sen Devrimci Sol'a üyesin; istediğimiz bilgileri vermezsen buradan ancak cesedin çıkar" diyerek, kendisini öldürmekle tehdit etmişler ve sistemli kötü muamelede bulunmuşlar; sorgulanırken gözleri bağlanmış, defalarca kendisine vurulmuş, Filistin askısına alınmış, vücudunun çeşitli yerlerine elektrik verilmiş, ölüme tehdit edilmiştir. Başvurucuyu on altıncı günün sonunda muayene eden doktorun raporunda kabuk bağlamış eski sıyrıklardan söz edilmiştir. Başvuru terör eylemlerine karışmaktan yargıç önüne çıkarılmış ve tutuklanmıştır. Başvuru götürüldüğü cezaevinde doktor kontrolünden geçmiş ve verilen raporda, eski sıyrıklardan ve vücudun çeşitli yerlerindeki çürüklerden söz edilmiştir. Başvurucunun gözaltına alınan arkadaşı da gözaltındayken başvuru bir kaç kere gözleri bağlı bir halde gördüğünü ve kendisini sorgulayan polislerin başvurucuya yaptıklarını kendisine anlattıklarını belirtmiştir. Başvurucunun annesi kendisiyle görüşmek istemiş ancak bu talebi yetkililerce reddedilmiştir. Başvuru yargılama sırasında, gözaltında verdiği ifadeyi reddetmiş ve kendisini sorgulayan polisler hakkında işkence şikâyetinde bulunmuş ancak bu şikâyetler reddedilmiştir. Başvurucunun şikâyetinden itibaren 8 yıl geçmesine rağmen olay hakkında kayda değer bir sonuç elde edilememiştir. Başvurucuyu nezarete tutmakla görevli olup kötü muameleden sorumlu bulunan polislerin kimliği belirlenememiştir. Hükümet soruşturmanın ilerlemesi konusunda ikna edici herhangi bir açıklamada bulunamamıştır. Bu yönden de işkence yasağının ihlali sonucuna varılmıştır.

Ali ve Ayşe Duran-Türkiye (Başvuru no. 20869/92, 8 Nisan 2008) davasında, başvurucular, 16 Ekim 1994'te İstanbul'da bir polis merkezinde dört polis tarafından dövülme sonucu ölen 26 yaşındaki Bayram Duran'ın anne ve babasıdır. Oğulları bir şikâyet üzerine gözaltına alınmış ve gözaltı sırasında ölü olarak bulunmuştur. Başvurucular Sözleşme'nin 2, 3, 6 ve 13. maddelerine dayanarak, oğullarının güvenlik güçleri tarafından işkenceyle öldürüldüğünden ve polisler aleyhine açılan

davanın makul sürede sonuçlandırılmaması ve oğullarının işkence görmesinden ve ölümünden sorumlu olanlara caydırıcı bir ceza verilmemesi nedeniyle yetkililerin etkili bir soruşturma yapmadıklarından şikâyetçi olmuşlardır. Mahkeme'ye göre, Denizli Ağır Ceza Mahkemesi'nin takdiri ile birlikte mahkûm edilen polislerin hapis cezalarının hiçbir zaman infaz edilmemiş olması, söz konusu suçun ağırlığı ile verilen ceza arasında açık bir orantısızlık bulunduğunu göstermiştir. Mahkeme, polislere verilen cezanın infazının ertelenmesi konusundaki ceza hukuku sisteminin, mevcut olayda uygulandığı şekliyle sert olmaktan çok uzak olduğu ve başvuruçuların şikâyet ettikleri eylemler gibi hukuka aykırı eylemlerin etkili bir biçimde önlenmesinde pek az caydırıcı bir etkisi olabileceğini düşünmektedir. Bu gerekçeyle 3. maddenin ihlal edildiğine karar verilmiştir. (Anayurt, 2009: 276)

Savcılar veya soruşturmayı yürüten yetkililer kötü muamele iddiaları konusunda polis veya güvenlik güçleri mensuplarını sorgulamaktan veya ifadelerini almaktan kaçınmamalı veya çekinmemelidirler. Soruşturmayı yürüten yetkililer nezarethane kayıt defterleri gibi gerçeği veya kötü muamele iddialarını ortaya çıkaran belgelerin doğrulanması için gerekli önlemleri almalı veya polis ya da güvenlik güçlerince verilen bilgilerdeki çelişkiler, tutarsızlıklar ve boşlukların üzerine gitmelidir. Savcılar işkence iddiaları konusunda, adli tıp delilleri de dâhil olmak üzere, bağımsız ve teyit edici delilleri elde etmeye çalışmalıdır. (Reidy, 2004: 60)

III. KÖLELİK ve ZORLA ÇALIŞTIRMA YASAĞI (AİHS m. 4)

A. Genel Olarak Kölelik ve Zorla Çalıştırma Yasağı (AİHS m. 4)

Sözleşme'nin 4. maddesinin 1. fıkrası kölelik ve kulluğu mutlak bir şekilde yasaklamakta; 2. fıkrası hiç kimsenin zorla çalıştırılmayacağını ve zorunlu çalışmaya tabi tutulamayacağını belirtmekte, 3. fıkrası ise dört bent halinde nelerin “zorla çalıştırma veya zorunlu çalışma” sayılmayacağını göstermektedir. AİHS'in 4. maddesi şu şekildedir:

“4. Madde: Kölelik ve zorla çalıştırma yasağı

1. Hiç kimse köle ve kul halinde tutulamaz.
2. Hiç kimse zorla çalıştırılmaz ve zorunlu çalışmaya tabi tutulamaz.
3. Aşağıdaki haller bu maddede sözü geçen "zorla çalıştırma veya zorunlu çalışma"dan sayılmazlar:

a) Bu Sözleşme'nin 5. maddesinde öngörülen koşullar altında tutuklu bulunan kimseden tutukluluğu veya şartlı salıverilmesi süresince olağan olarak yapılması istenen çalışma;

b) Askeri nitelikte bir hizmet veya inançları gereğince askerlik görevini yapmaktan kaçınan kimselerin durumunu meşru sayan ülkelerde, bu inanca sahip kimselere zorunlu askerlik yerine gördürülecek başka bir hizmet;

c) Toplumun hayat veya refahını tehdit eden kriz ve afet hallerinde istenecek her hizmet;

d) Normal yurttaşlık yükümlülükleri kapsamına giren her türlü çalışma veya hizmet.”

B. Kölelik ve Zorla Çalıştırma Yasağı Kapsamında Pozitif Yükümlülükler

Bir Sözleşmeci devletin 4. maddeden doğan yükümlülükleri, doğrudan kendilerinin kölelik ve kulluk ile zorla çalıştırma ve zorunlu çalışmaya tabi tutma şeklinde eylemlerde bulunmama yükümlülüğüyle mi sınırlıdır, yoksa devletin bu fiilleri iç hukukunda suç olarak düzenlemek ve cezalandırmak şeklinde pozitif bir yükümlülüğü de var mıdır?

Mahkeme 2005 yılı içinde verdiği Siliadin – Fransa kararında bu soruya olumlu yanıt vermiş ve ilk kez bu kararda Sözleşme'nin 4. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Başvurucu Bayan Siwa-Akofa Siliadin 1978 doğumlu ve Paris'te yaşayan bir Togoludur. Başvurucu, Ocak 1994'te on beş buçuk yaşındayken, Togo kökenli Fransız vatandaşı Bayan D ile birlikte Fransa'ya gelmiştir. Başvurucu, uçak biletinin parasını geri verebilecek miktarda para kazanıncaya kadar Bayan D'nin ev işlerini yapacak; Bayan D ise, başvurusunun göçmen statüsü almasını ve eğitim görmesini sağlayacaktır. Başvurucu, fiilen Bay ve Bayan D'nin ücretsiz çalışan bir hizmetçisi haline gelmiş ve pasaportu elinden alınmıştır. Bayan D, 1994 Ekim civarında, başvurusuyu ev işlerinde yardımcı olması ve küçük çocuklarına bakması

için arkadaşları Bay ve Bayan B'ye 'ödünç vermiştir'. Başvurucunun Bayan B doğum yapıncaya kadar yalnızca birkaç gün yanlarında kalması düşünülmüştür. Ancak çocuk doğduktan sonra Bayan B, başvurucuyu yanında tutmaya karar vermiştir. Bazı Pazar günleri ayine gitmesi için özel izin verilmesi dışında, başvurucu hiç boş günü olmaksızın her gün sabah 7.30'dan akşam 10.30'a kadar 'bütün ev işlerini yapan bir hizmetçi' olarak çalıştırılmıştır. Başvurucu, çocukların odasında yerde bir minder üzerinde uyumuş ve eski giysiler giymiştir. Bayan B'nin annesinden aldığı 76.22 Euro dışında, kendisine hiç bir ödeme yapılmamıştır. Bayan Siliadin, Temmuz 1998'de, bir komşuya güvenerek durumunu anlatmıştır. Komşu, bu durumu Modern Kölelik Komitesi'ne, Komite de soruşturma makamlarına haber vermiştir. Bay ve Bayan B aleyhinde, Ceza Yasası'nın 225-13 maddesi uyarınca korunmasız veya bağımlı bir kimseden ücretsiz olarak veya yeterince ücret ödemediği haksız yere hizmet edinmek ve yine Yasanın 225-14 maddesi uyarınca bu kişiyi insan onuruyla bağdaşmayan koşullar altında çalıştırmak ve yaşatmak suçlarından ceza davası açılmıştır. Sanıklar ilk derece mahkemesi tarafından suçlu bulunmuşlar ve diğer cezaların yanı sıra 12 ay hapis cezasına mahkûm edilmişler, bu cezalarının 7 aylık kısmı ertelenmiştir. Ancak 19 Kasım 2000'de Üst Mahkeme tarafından sanıkların beraatlarına karar verilmiştir. Daha sonra Temyiz Mahkemesi tarafından davanın gönderildiği Versay Üst Mahkemesi, 15 Mayıs 2003 tarihinde verdiği bir kararla, Bay ve Bayan B'yi korunmasız ve bağımlı biri durumundaki başvurucuyu kendileri için ücretsiz çalıştırmaktan suçlu bulmuş, fakat çalışma ve yaşam koşullarının insan onuru ile bağdaşmaz olarak nitelenemeyeceğine karar vermiştir. Bu mahkeme, uğradığı zararlar için başvurucuya 15,245 Euro tazminat ödenmesine hükmetmiştir. Ekim 2003'de iş mahkemesi başvurucuya ödenmemiş maaşlarına karşılık 31,238 Euro ödenmesine karar vermiştir. Başvurucu, Sözleşme'nin 4. maddesine (kölelik ve zorla çalıştırılma yasağı) dayanarak Fransız Ceza Yasası'nın kendisini ev içi kölesi (domestic slave) haline getiren 'kölelik' durumuna veya hiç değilse maruz kaldığı 'zorla ya da mecburi' çalıştırılmaya karşı yeterli ve etkili koruma sağlamadığını ileri sürmüştür. Mahkeme, Sözleşme'nin 4. maddesinin Avrupa Konseyi'ni oluşturan demokratik toplumların temel değerlerinden birisini koruduğu kanaatinde. Bir devletin güvenceye alınmış hakları ihlal etmekten kaçınması, yükümlülüklerini yerine getirmiş sayılması için

yeterli değildir. Sözleşme'nin 4. maddesi, Sözleşmeciler devletler üzerinde 4. maddesinde belirtilen uygulamaları suç haline getiren ceza hükümleri koymalarını ve etkili bir şekilde uygulamalarını içeren bir pozitif yükümlülükler doğurur. Mahkeme, Sözleşme'nin yanı sıra çok sayıda uluslararası antlaşmanın insanları kölelik, kulluk ve zorla çalıştırma ya da zorunlu çalışmaya karşı koruma amacı taşıdığına dikkat çekmiştir. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin işaret ettiği gibi kölelik, resmi olarak 150 yıldan daha uzun bir süre önce yasaklanmış olmasına rağmen, Avrupa'da 'ev içi kölelik' devam etmiş ve çoğunluğunu kadınların oluşturduğu binlerce insanı ilgilendirmiştir. Bu bölgedeki modern standart ve eğilimlere uygun olarak Mahkeme, devletlerin bir kimseyi 4. maddeyle bağdaşmayan bir durum içerisinde tutmayı amaçlayan herhangi bir eylemi suç haline getirmek ve cezalandırmak yükümlülüğü altında buldukları kanaatindedir. Mahkeme, başvurucunun içinde bulunduğu durumu nitelendirirken, Bayan Siliadin'in yıllarca Bay ve Bayan B için dinlenmeksizin, kendi iradesine aykırı biçimde ve ücretsiz olarak çalıştırıldığına dikkat çekmiştir. O dönemde bir küçük olan başvurucu, yabancı bir ülkede yasadışı olarak bulunmakta ve polis tarafından yakalanmaktan korkmaktadır. Gerçekten de Bay ve Bayan B, başvurucunun bu korkusunun sürmesini sağlamışlar ve başvurucunun statüsüne ilişkin işlemlerin yapılacağına başvurucuyu inandırmışlardır. Daha sonra Mahkeme, başvurucunun köle veya kul olarak tutulup tutulmadığını incelemiştir. Kölelik konusunda, başvurucu irade özerkliğinden mahrum bırakılmışsa da, onun gerçek anlamda köle olarak tutulduğuna dair bir delil yoktur. Diğer bir ifadeyle, Bay ve Bayan B'nin, başvurucunun üzerinde gerçekten mülkiyet hakkı kullandıklarını ve bu suretle onu bir nesneye indirgedikleri görülmektedir. Dolayısıyla Mahkeme, Bayan Siliadin'in, kavramın geleneksel anlamıyla köle olarak tutulmadığı kanaatindedir. Kulluk, bir kimsenin baskıyla hizmet sunma yükümlülüğü olarak değerlendirilir ve 'kölelik' kavramı ile bağlantılıdır. Bu anlamda Mahkeme, başvurucunun zorla çalıştırılmasının günde hemen hemen 15 saat ve haftada yedi gün sürdüğüne işaret etmiştir. Babasının bir akrabası tarafından Fransa'ya getirilen Bayan Siliadin, Bay ve Bayan B için çalışmayı kendisi seçmemiştir. Bir küçük olarak, hiç bir geçim kaynağı yoktur ve korunmasız (vulnerable) ve tek başındır (isolated). Çocukların yatak odasını paylaştığı Bay ve Bayan B'nin evinde yaşamak dışında bir geçim yolu bulunmamaktadır. Başvurucu kâğıtlarının elinden alınmış olmasından ve

asla gerçekleşmeyen göçmenlik statüsünün sağlanacağı vaadinden ötürü, durumu tamamen Bay ve Bayan B'nin merhametine kalmıştır. Ayrıca polisin kendisini yakalamasından korkan Bayan Siliadin'in hiç hareket özgürlüğü ve boş zamanı yoktur. Buna ilaveten, babasına verilen sözlere rağmen okula gönderilmediği için, başvurucunun durumunun iyeyeceğini umması olanaksızdır ve bütünüyle Bay ve Bayan B'ye bağımlıdır. Bu koşullar uyarınca, Mahkeme, o dönemde bir küçük olan Bayan Siliadin'in madde 4'teki anlamıyla kul olarak tutulduğu görüşündedir. Bu durumda Mahkeme, Fransız mevzuatının başvurucuya 4. madde uyarınca Fransa'nın pozitif yükümlülükleri bakımından yeterli koruma sağlayıp sağlayamadığını belirlemek durumundadır. Bununla bağlantılı olarak, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin 1523(2001) sayılı tavsiye kararında 'Avrupa Konseyi hiç bir ülkenin ev içi köleliği ceza yasalarında açıkça suç olarak düzenlememiş' olmasından üzüntü duyduğunu ifade ettiğine dikkat çekmiştir. Kölelik ve kulluk, Fransız ceza mevzuatında suç olarak nitelendirilmemiştir. Ceza Yasasının 225-13 ve 225-14 maddeleri uyarınca kovuşturulan Bay ve Bayan B, ceza kanunu açısından suçlu bulunmamışlardır. Bununla bağlantılı olarak Mahkeme, Başsavcının Temyiz Mahkemesi'nin 19 Ekim 2000 tarihli kararını temyiz etmediğini, Üst Mahkeme'ye yalnızca davanın medeni hukuka ilişkin unsurları bakımından bir itirazın yöneltildiğini ve böylelikle Bay ve Bayan B'nin beraatlarının kesinleştiğine değinmiştir. Buna ilaveten, Fransız Ulusal Meclisi'nin ortak komitesinin hazırladığı modern köleliliğin değişik biçimlerine ilişkin bir rapora göre, Ceza Yasası'nın söz konusu hükümleri mahkemeden mahkemeye büyük farklılıklar gösteren yorumlara açıktır. Bu çerçevede Mahkeme, söz konusu dönemde yürürlükteki ceza kanununun, başvurucuyu mağdur eden eylemlere karşı özel ve etkili bir şekilde korumadığı görüşündedir. Mahkeme, insan haklarının ve temel özgürlüklerin korunması konusunda gerekli olan ve giderek yükselen standartların, kaçınılmaz biçimde demokratik toplumların temel değerlerinin ihlallerini değerlendirmede daha istikrarlı olmayı gerektirdiğini vurgulamıştır. Sonuç olarak Mahkeme, Fransa'nın 4. maddeden doğan pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediği sonucuna ulaşmıştır.

Bu karar, Avrupa'da giderek artan ev köleliği (domestic servitude) için insan ticareti bakımından büyük öneme sahip bir karardır. Mahkeme, Avrupa Konseyi'ni oluşturan demokratik toplumların temel değerlerini içeren Sözleşme maddeleri

arasında 2 ve 3. maddeden sonra 4. maddeyi de saymış ve bu madde bakımından da devletin pozitif yükümlülüğünü vurgulamıştır. (Doğru, 2007)

IV. KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜ ve GÜVENLİĞİ HAKKI (AİHS m. 5)

A. Genel Olarak Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesi, bireyin insan haklarının korunmasına ilişkin önemli bir hususa işaret etmektedir. Kişi özgürlüğü ve güvenliği, insanoğlunun en önemli değerlerinden biridir; hatta diğer özgürlüklerin kullanılmasını sağlayan bir özelliğe sahiptir. (Turhan, 2000: 206) Kişisel özgürlük, herkesin genel olarak faydalanması gereken temel koşuldur. Kişisel özgürlükten mahrumiyet, aile hayatı ve özel hayat hakkından toplantı özgürlüğü, dernek kurma özgürlüğü, ifade özgürlüğü ve serbest dolaşım özgürlüğü gibi pek çok diğer hak ve özgürlükten istifade edilmesini doğrudan ve olumsuz olarak etkileyebilecek bir durumdur. Ayrıca, herhangi bir özgürlükten mahrumiyet, söz konusu kişiyi son derece hassas bir konuma düşürerek işkence ve insanlık dışı ve küçük düşürücü muameleye maruz kalma riskiyle karşı karşıya bırakacaktır. Hâkimler, özgürlük teminatının anlamlı olabilmesi için, herhangi bir özgürlük mahrumiyetinin istisnaî, objektif gerekçesi olan ve mutlak surette gerekenden daha uzun süreli olmaması gerektiğini her zaman hatırd tutmalıdır. (Mancovei, 2002: 10) Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını içeren 5. madde şu şekildedir:

“5. Madde: Özgürlük ve güvenlik hakkı

1. Herkesin kişi özgürlüğüne ve güvenliğine hakkı vardır. Aşağıda belirtilen haller ve yasada belirlenen yollar dışında hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz:

a) Yetkili mahkeme tarafından mahkûm edilmesi üzerine bir kimsenin usulüne uygun olarak hapsedilmesi;

b) Bir mahkeme tarafından yasaya uygun olarak verilen bir karara riayetsizlikten dolayı veya yasanın koyduğu bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak için bir kimsenin usulüne uygun olarak yakalanması veya tutulması;

c) Suç işlediği hakkında geçerli şüphe bulunan veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olmak zorunluluğu inancını doğuran makul nedenlerin bulunması dolayısıyla, bir kimsenin yetkili merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulması;

d) Bir küçüğün gözetim altında eğitimi için usulüne uygun olarak verilmiş bir karar gereği tutulması veya yetkili merci önüne çıkarılmak üzere usulüne uygun olarak tutulması;

e) Bulaşıcı hastalık yayabilecek bir kimsenin, bir akıl hastasının, bir alkoliğin, uyuşturucu madde bağımlısı bir kişinin veya bir serserinin usulüne uygun olarak tutulması;

f) Bir kişinin usulüne aykırı surette ülkeye girmekten alıkonması veya kendisi hakkında sınır dışı etme ya da geri verme işleminin yürütülmekte olması nedeniyle usulüne uygun olarak yakalanması veya tutulması;

2. Yakalanan her kişiye, yakalama nedenleri ve kendisine yöneltilen her türlü suçlama en kısa zamanda ve anladığı bir dille bildirilir.

3. Bu maddenin 1.c fıkrasında öngörülen koşullar uyarınca yakalanan veya tutulan herkes hemen bir yargıç veya adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış diğer bir görevli önüne çıkarılmalıdır; kişinin makul bir süre içinde yargılanmaya veya adli kovuşturma sırasında serbest bırakılmaya hakkı vardır. Salıverilme, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminata bağlanabilir.

4. Yakalama veya tutulma nedeniyle özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, özgürlük kısıtlamasının yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar vermesi ve yasaya aykırı görülmesi halinde, kendisini serbest bırakması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir.

5. Bu madde hükümlerine aykırı olarak yapılmış bir yakalama veya tutma işleminin mağduru olan herkesin tazminat istemeye hakkı vardır.”

Özgürlük ve güvenlik hakkı benzersiz bir haktır ve bu ifade bir bütün olarak değerlendirilmelidir. Kişinin güvenliği, fiziksel özgürlük bağlamında algılanmalı ve farklı çerçevelerde değerlendirilmemelidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, özgürlük ve güvenlik hakkının önemini pek çok davada vurgulamıştır. Örneğin,

Kurt-Türkiye kararının 123. paragrafında Mahkeme şöyle demiştir (Mancovei, 2002: 10–11) :

“...Sözleşmeyi kaleme alanlar, özgürlükten mahrumiyet kararının bağımsız yargı denetimine tâbi tutulması ve bu kararı veren mercilerin sorumlu kılınması vasıtasıyla, özgürlükten mahrumiyet kararlarının keyfî bir hüviyet taşıması riskini asgarî seviyeye indirebilmeye yönelik bazı temel hakların teminat altına alınması yoluyla, kişinin keyfî bir şekilde özgürlüğünden mahrum edilmesine karşı korunmasını vurgulamışlardır. [...] Gerekli olan, yalnızca kişilerin fiziksel özgürlüklerinin korunması değil, aynı zamanda, bu tür teminatların bulunmadığı ve hukukun üstünlüğü ilkesinin tahrip edilebileceği ve alıkonulan kişilerin en temel hukukî koruma yöntemlerine erişemeyeceği bir konuma düşebileceği hallerde kişisel güvenliklerinin de korunmasıdır.”

Bu madde iki tür hüküm içermektedir. Birincisi kişi özgürlüğü ve güvenliğinin tanınması yani gözaltına alma ve tutuklamanın kanuna uygunluğunun denetimi ve ikincisi ise kişi özgürlüğü ve güvenliğini korumak için alınan önlemler yani yargısal güvencelerdir. (Gölcüklü ve Gözübüyük, 2005: 221)

B. Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı (AİHS m. 5) Kapsamında Pozitif Yükümlülükler

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını içeren, Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. paragrafında getirilen hükümler devletlere hiçbir pozitif yükümlülük yüklememektedir. Bu tür pozitif yükümlülükler sadece 5. maddenin gözaltına alınmış veya tutuklanmış kişilerin yararlanabilmesi için gereken güvenceleri getiren diğer paragraflarında karşımıza çıkmaktadırlar. Özgürlüklerinden mahrum kalan kişilerin ileri sürebileceği güvenceler 5. maddenin 2–5. fıkralarında belirtilmiştir. Bu güvencelerin çoğu devletin, nitelikleri bir paragraftan diğerine değişiklik gösteren pozitif müdahalesini gerektirmektedir. (Kombe, 2008: 65–66)

5. maddenin 2. fıkrasında göre “Yakalanan her kişiye, yakalama nedenleri ve kendisine yöneltilen her türlü suçlama en kısa zamanda ve anladığı bir dille bildirilir.”

Fox, Campbell ve Hartley-Birleşik Krallık davasında (Başvuru no. 12244/86, 30 Ağustos 1990) AİHM, yakalanan kişilere verilecek bilginin hem fiilî hem de

hukukî konularla ilgili olması gerektiği hükmüne varmıştır. Kararın 40. paragrafı şöyledir (Dutertre, 2003: 104):

“Sözleşme’nin 5 maddenin 2. fıkrası, gözaltına alınan bir kimsenin, neden ötürü özgürlüğünden yoksun bırakıldığını bilmesini gerekli gören, temel bir koruyucuyu içerir. Bu hüküm, 5. maddeyle sağlanan koruma sisteminin bütünleyici bir parçasıdır; gözaltına alınan bir kimseye, 5 maddenin 2. fıkrası gereğince, gözaltına alınmasının temel hukuki ve maddi nedenleri teknik olmayan ve anlayabileceği basit bir dilde söylenmeli, böylece kişi gerekli görüyorsa 5 maddenin 4. fıkrası göre bunun hukukiliğine itiraz edebilmesi için mahkemeye başvurma olanağına kavuşturulmalıdır. Bu bilgi derhal verilmelidir; ama gözaltına alma anında gözaltına alan memur tarafından bu bilginin tamamının verilmesine gerek yoktur. Bilginin içeriğinin yeterli olup olmadığı ve derhal verilip verilmediği, her bir olayda olayın kendi özel şartlarına göre değerlendirilmelidir.”

AİHM, bilgi verme hükmü ile ilgili olarak şu ana kadar belirli bir zaman sınırı koymaktan kaçınmış ve davadan davaya temelinde karar vermiştir. Mahkeme, akıl hastalığından dolayı verilen kapatma kararı ve ilgili kişiye bilgi verilmesi arasında geçen on günlük sürenin 2. paragrafa aykırı olduğuna fakat terörist eylemlerden dolayı gözaltına alınan kişilerin durumunda bir kaç saatlik zamanlık diliminin (4 saat 45 dakika) 2. fıkraya aykırı olmadığına hükmetmiştir. (Kombe, 2008: 66)

Öte yandan, yakalanan kişiye verilecek bilginin belirli bir şekilde olması gerekmemektedir. Soruşturma amacıyla yöneltilen belirli sorular, söz konusu kişinin özgürlüğünden mahrum edilmesine ilişkin gerekçeler hakkında bilgi edinmesini sağlayabilir; ayrıca, bir kişinin suçüstü yakalanmış olması da, diğer unsurlarla birlikte değerlendirildiğinde, bu kişinin kendisine isnat edilen suç hakkında yeterince bilgilendirildiğine işaret eder. (Dutertre, 2003: 104)

Açıklamanın teknik olmayan bir dilde yapılması gerekir. Özgürlüğünden mahrum edilen pek çok kişi, ya zihinsel kapasite ya da profesyonel tecrübe bakımından hukukî karmaşıklıkları çözemeyecek düzeydedir. Asıl olan, kişinin başına ne geldiğini anlaması olduğu için, her zaman kişinin bireysel kapasitesini de dikkate almak gerekir. Bu amaçla, özgürlükten mahrumiyete yetki veren resmî evrak

– tutuklama emri ya da mahkeme kararı gibi – genel olarak anlaşılabilir bir dille ifade edilmelidir. Ancak, bu her zaman mümkün olmayabilir ve 5. madde 2. fıkra hükümlerine göre belirli bir iletişim şartı getirilmediği için de yetkililerin resmî evrakı dikkate alarak yapacağı açıklamalar bu amaçla tamamen kabul edilebilir. Elbette, bu durum bazen yetkililerin düz ve basitleştirilmiş bir dilde iletişim kurmak için fazladan çaba harcamasını gerektirebilir. Kişinin yaşı ya da akli durumu sebebiyle etkili bir iletişimin mümkün olmadığı hallerde, açıklama bu kişinin velâyetini elinde bulunduran kişiye – örneğin, küçük bir çocuğun ebeveynine – ya da söz konusu kişinin haklarını temsil etmek üzere vekil tayin edilmiş bir kişiye yapılmalıdır. Özgürlüğünden mahrum edilen kişinin resmî dili anlamadığı hallerde, açıklama kişinin anladığı dilden yapılmalıdır (bu dil körler ve dilsiz alfabeti de olabilir). Ancak bu durum, açıklama ilk yakalanma anında verilmek zorunda olmadığından ve kişinin anlayacağı dilde açıklama yapabilecek bir kimsenin bulunabilmesi imkân olduğu için, bir sorun da teşkil etmemelidir. (Mancovei, 2002: 87–88)

Devletlerin, ceza gerektiren bir suç işlediğinden şüphelenilen kişilerin derhal hâkim veya adli bir görevli önüne çıkarılması yükümlülüğü vardır. Bu yükümlülük, sadece 5. maddenin 1. fıkrasının c bendinde belirtilen şartlarda yakalan kişiler ile ilgilidir. Bu bent dışındaki durumlarda uygulanamaz. Buradaki amaç, yasal dayanağı olmayan ve gereksiz tutuklamayı önlemektir. (Gölcüklü ve Gözübüyük, 2005: 236–237)

Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrasına göre öncelikle, 1. fıkra c bendi uyarınca yakalanan ya da alıkonulan bir kişinin en kısa süre içinde bir hâkim ya da kanunen yargı yetkisini haiz bir yetkili huzuruna çıkarılması gerekir. “Yargıç” kelimesi herhangi bir soruna yol açmazken, “adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış diğer bir görevli” ifadesi, AİHM'i hâkim olmayan bu tür bir “yetkilinin” kim olduğunu belirlemek zorunda bırakmıştır. (Mancovei, 2002: 90)

Schiesser-İsviçre (Başvuru no. 7710/76, 14 Aralık 1979) kararı, AİHM'in bu konuda verdiği ilk kararlardandır. Mahkeme daha sonraki kararlarında bu kararında ortaya koyduğu içtihatlarına sıkça atıfta bulunmuştur. Mahkeme'ye göre, Sözleşme'nin 5. maddesi 3. fıkrası anlamında kanunen yargı yetkisine sahip görevli,

“hâkim” ile aynı değildir, ancak hâkimliğin bazı özelliklerini taşıması gerekir; özellikle yakalanan kişi açısından hâkimin sağladığı gibi güvenceler sağlayacak şartlara sahip olması gerekir. Bu kişide aranacak ilk şart, bu görevlinin yürütme ve taraflar karşısında bağımsız olmasıdır. Bu onun herhangi bir hâkim veya memurun denetimi altında veya astı olmasına engel değildir; ancak bu üst durumundaki kişinin de yürütme ve taraflar karşısında bağımsız olması gerekir. İkinci olarak, özgürlüğü kısıtlanarak önüne çıkarılan kişiyi bizzat dinlemesi gerekir. Üçüncü olarak ise, tutukluluk lehine veya aleyhine olan durumları yargısal kriterlere göre incelemesi ve tutukluluğu gerektiren nedenlerin bulunmaması halinde yakalanan kişiyi serbest bırakma yetkisine sahip olması gerekir. AİHM Schiesser-İsviçre davasında, tutuklama kararı veren vilayet savcısının aynı olayda daha sonra iddia makamı olarak görev almadığından, onun 5. maddenin 3. fıkrası anlamında yargı yetkisine sahip görevli olarak kabul edilebileceği sonucuna varmıştır. (Turhan, 2000: 234)

AİHM, Schiesser-İsviçre olayına benzer nitelikteki İsviçre ile ilgili bir başka olayda, yani Huber-İsviçre (Başvuru no. 12794/87, 23 Ekim 1990) davasında, Zürih vilayet savcısını taraflar açısından bağımsızlık ve tarafsızlık şartını taşımadığı gerekçesi ile Sözleşme'nin 5. maddesi 3. fıkrası hükmüne göre yargı yetkisine sahip görevli olarak kabul etmemiştir. Mahkeme'ye göre savcı, yürütme organına karşı bağımsız davranabildiği ve tutuklama kararını verirken başvuruçunun lehine ve aleyhine olan delilleri birlikte değerlendirdiği halde, bu olayda hazırlık soruşturmasına katılarak önce sanığın tutuklanmasına karar verdiği ve daha sonra da soruşturmayı yürütüp iddianameyi hazırlayan savcı olarak görev aldığı için sanığın, Sözleşme'nin aradığı şekilde “gecikmeksizin bir hâkim önüne çıkarılma” hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir. (Turhan, 2000: 234–235)

Sonuç olarak hazırlık soruşturması sırasında yakalanan sanık hakkında tutuklama kararı veren hâkim dışındaki görevlinin başka fonksiyonlara sahip olması mümkündür. Ancak, Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrası anlamında “kanunen yargılama yetkisine sahip diğer bir görevli” olarak kabul edilebilmesi için, gerektiğinde sanığı serbest bırakma yetkisine sahip olmalıdır. Eğer sanık hakkında hazırlık soruşturması sırasında tutuklama kararı vermişse, artık aynı olayın yargılama aşamasında iddia makamı rolünü üstlenmemesi gerekir. Aksi halde davaya katılanlar

açısından onun tarafsızlığına şüphe düşeceğinden, sanık açısından Sözleşme'nin 5. maddenin 3. fıkrası yer alan güvence ihlal edilmiş olur. (Turhan, 2000: 237)

Türk hukukunda, suç şüphesi nedeniyle yakalanan kişinin “hâkim önüne çıkarılması” anayasal bir emirdir. Çünkü 1982 Anayasası'nın 19. maddenin 3. fıkrasına göre “suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak hâkim kararıyla tutuklanabilir”. Hâkim kararı olmadan yakalama yapılabilmesi ise, “suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde” mümkündür. Yine aynı maddenin 5. fıkrası da, yakalanan veya tutuklanan kişilerin belli süreler içinde hâkim önüne çıkarılmasını emrederek, esasen yakalamanın da kural olarak hâkim kararına dayanması gerektiğini, istisna olarak ise yetkili mercilerin yakalama yetkisinin bulunduğunu belirtmektedir. Yakalanan kişi hakkında tutuklama kararını da ancak hâkim verebilir. Hâkim dışında bir başka memurun tutuklama kararı vermesi mümkün olmadığından, yakalanan kişi salıverilmediği takdirde mutlaka kanunlarda belirlenen süreler içinde hâkim önüne çıkarılıp sorgulanması anayasal bir zorunluluktur. (Turhan, 2000: 237)

AİHS 5. madde 3. fıkrasının suç nedeniyle yakalanan sanıklara tanıdığı en önemli hak, hemen bir hâkim önüne çıkarılarak iddialar hakkında sorgulanmasıdır. Sözleşme bu konuda belli bir süre belirtmemekte, ancak yakalanan kişinin hemen (gecikmeksizin) hâkim veya yargı yetkisine sahip bir görevli önüne çıkarılmasını emretmektedir. Sözleşme'de böyle bir yolun seçilmesinin nedeni, ne kadar bir gözaltı süresinin uygun olacağına tespitinin somut olayın özelliklerine göre değişmesinden kaynaklanmasıdır. (Göçer, 2000: 217–218, aktaran Turhan, 2000: 238)

Yargı gözetimiyle ilgili süre kısıtlaması getirilmesiyle (kişinin alıkoyulmasını takiben ilk olarak yargı huzuruna en fazla ne kadar bir süre sonra çıkartılabileceği) ilgili en çarpıcı dava, Brogan ve Diğerleri-Birleşik Krallık (Başvuru no. 11209/84, 29 Kasım 1988) davasıdır. Bu davada hem dört gün altı saatlik süre çok uzun bulunmuştur hem de bu dava kişinin ilk alıkoyulmasını takiben mahkeme huzuruna çıkartılması yükümlülüğünün ne amaçla getirilmiş olduğu konusu aydınlatılmıştır. Brogan davasında yakalanan kişi, terörist olduğundan şüphelenilen bir kişidir. AİHM her ne kadar terörle mücadeleye özgü şartların, alıkoymanın yargı gözetimine tâbi olmasından önceki süresini etkileyebileceğini kabul etmiş olsa da davaya özgü

koşullar çerçevesinde, kişinin en kısa sürede yargı huzuruna çıkarılması şartının ihlâl edildiğini belirlemiştir. AİHM, kabul edilebilir ve yeterli kanıt bulmada karşılaşılan zorluklar, belli adli tahlillerin yapılması için gereken süreler ve davaya ilişkin bilgilerin hassasiyeti gibi konularda bazı sıkıntılar yaşanabileceğini takdir etmektedir. Ancak, AİHM'in bu koşulları takdir etmesi bir ölçüye kadardır, zira AİHM “en kısa süre” şartının aranması gerektiği ve bu şartın son derece önemli olduğu kanaatinde. AİHM bu davada şu kararı vermiştir (Mancovei, 2002: 96–97):

“Bu davanın özel koşullarına bu tür bir önem atfederek kişi hâkim ya da bir başka yargı yetkilisi önüne çıkarılıncaya kadar bu denli uzun bir alıkoyma süresini haklı göstermek, “en kısa sürede” ifadesinin kelime anlamının kabul edilemez ölçüde geniş bir şekilde yorumlanmasıdır. Bu tür bir yorum, bu çerçevede Sözleşme'nin 5. madde 3. fıkrasında öngörülen usule ilişkin teminatın kişinin zararına olacak şekilde ciddi bir biçimde zayıflatılmasına yol açacak ve bu maddeyle korunan hakkın özüne zarar verecek sonuçlar doğuracaktır.”

Bazı davalarda söz konusu alıkoyma süresi, makul olarak kabul edilebilir süreden çok daha uzun olmuştur. Örneğin, suçlanan kişinin gözaltına alınmasıyla mahkeme huzuruna ilk çıkarılması arasında on beş günlük bir süre geçen McGoff-İsveç davasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi hiç tereddütsüz, bir ihlâl tespit etmiştir. Yargı gözetimine kadar üç ay bir süre geçmiş olan Assenov ve Diğerleri-Bulgaristan ve Jecius-Litvanya davalarında en kısa süre içinde yargı gözetimine tâbi olunması şartının ihlâl edildiği tespit edilmiştir. Ayrıca, gecikmenin on bir ilâ on dört gün arasında olduğu Van der Sluijs, Zuiderveld ve Klappe-Hollanda davasında da (bu davada askerî emirlere itaatsizlik söz konusuydu; askerliğe özgü koşullar ve kurallar gereği bir süre alıkoymaya müsaade edilmiştir) bir ihlâl bulunduğu tespit edilmiştir. Ancak, bu sürenin bu kadar uzun olmadığı hallerde de bu yükümlülüğün ihlâl edilmesi söz konusu olabilir. Örneğin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, beş ilâ altı günlük süreleri de kabul etmemiştir. (Mancovei, 2002: 95–96)

Dikme-Türkiye (Başvuru no. 20869/92, 11 Temmuz 2000) davasında başvurucuya gözaltında iken işkence yapıldığına ve onun gecikmeden hâkim önüne çıkarılma hakkının ihlâl edildiğine karar vermiştir. AİHM, öncelikle Sözleşme

sistemi içindeki 5. maddenin önemini vurgulamıştır. Mahkeme'ye göre gecikmeksizin yapılacak yargısal müdahale, gerçeği ortaya çıkarmaya ve Dikme'nin iddia ettiği olaylar gibi gözaltında kötü muameleyi önlemeye yönelik olmalıdır; uzun gözaltı süresi, gözaltında bulunan kişiye kötü muamele yapılma riskini arttıracak gibi, ondan baskı altında itiraf almaya da sebep olur. Mahkeme, olayda başvuruçunun 16 gün süreyle hâkim önüne çıkarılmadan polisçe gözaltında tutulmasını gerektirecek nedenlerin bulunmadığı ve Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrasının öngördüğü gecikmezlik güvencesinin gereklerinin yerine getirilmediği sonucuna vararak, 5. maddenin ihlaline karar vermiştir. (Turhan, 2000: 247)

Günay ve Diğerleri-Türkiye (Başvuru no. 31850/96, 27 Eylül 2001) davasında başvuruçuların 5 ile 11 gün arasında gözaltında tutulmaları nedeniyle AİHM, Sözleşme'nin 5. madde 3. fıkrasının ihlal edildiğine karar vermiştir. AİHM, Brogan ve diğerleri-İngiltere kararında terör suçlarında bile 4 gün 6 saatlik sürenin 5. maddenin 3.fıkrasındaki gecikmezlik kuralının ihlali olarak nitelendirdiğini hatırlatarak, terör suçlarındaki soruşturmanın zorluğuna rağmen 5 günden 11 güne kadar değişen gözaltı sürelerinin Mahkeme'nin içtihatları doğrultusunda 5. maddenin 3.fıkrasının ihlali olarak değerlendirerek, tazminata hükmetmiştir. (Turhan, 2000: 248)

Türk hukukunda gözaltı süreleri başta Anayasa olmak üzere birçok kanunda ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Anayasanın 19. maddesinin 5. fıkrasında suç şüphesi nedeniyle yakalanan veya tutuklanan kişilere hâkim güvencesi sağlamak amacıyla, yakalanan veya tutuklanan kişinin, tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç en geç 48 saat içinde, toplu olarak işlenen suçlarda ise en geç 15 gün içinde hâkim önüne çıkarılmasını emretmekteydi. 3.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanunla 19. maddenin 5. fıkrası değiştirilerek toplu suçlarda öngörülen 15 günlük süre 4 güne indirilmiştir. Olağanüstü hal, sıkıyönetim ve savaş hallerinde ise bu sürelerin uzatılabileceği belirtilerek herhangi bir üst sınır gösterilmemiştir. (Turhan, 2000: 250)

CMK'nın 91. maddesine göre bireysel suçlarda gözaltı süresi, yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre hariç, yakalama anından itibaren yirmi dört saati geçemez. Yakalama yerine en yakın

hâkim veya mahkemeye gönderilmesi için zorunlu yol süresi ise on iki saatten fazla olamaz. Toplu olarak işlenen suçlarda, delillerin toplanmasındaki güçlük veya şüpheli sayısının çokluğu nedeniyle; Cumhuriyet savcısı gözaltı süresinin, her defasında bir günü geçmemek üzere, üç gün süreyle uzatılmasına yazılı olarak emir verebilir. Buna göre, toplu işlenen suçlarda da gözaltı süresi 24 saattir, ancak savcı yazılı olarak bu sürenin toplam dört güne kadar uzatılmasına karar verebilir. Özel yetkili ağır ceza mahkemelerinin görev süresine giren suçlarda CMK 251. madde 5. fıkrasına göre gözaltı süreleri bireysel suçlarda 48 saattir. Bu süreye yol süresi dâhil değildir. Toplu işlenen suçlarda gözaltı süresi, CMK 91. maddeyle aynıdır. Toplu suçlar olağanüstü hal ilan edilen yerlerde 7 güne kadar uzatılabilir. Askeri Mahkemeler Kuruluş ve Yargılama Usulü Hakkında Kanunu'nun 80. maddesinde yapılan 2006 yılındaki değişiklik ile gözaltı süresi 48 saatten 24 saate düşürülmüştür. Toplu suçlarda ise askerî savcı veya Cumhuriyet savcısı gözaltı süresinin, her defasında bir günü geçmemek üzere, üç gün süreyle uzatılmasına yazılı olarak emir verebilir. Sıkıyönetim Kanununun 15. maddesinin son fıkrasına göre Sıkıyönetim komutanı bu Kanunda yazılı suçlardan sanık kişileri sıkıyönetim komutanlığı nezdindeki askeri mahkemeye sevk ve tutuklanmaları gerekip gerekmediği hakkında bir karar alınıncaya kadar gözetim altında tutabilir. Bu süre 15 günden fazla olamaz. Ancak, delillerin araştırılıp tespitinin uzun süre alması sebebiyle sanıkların 15 gün içinde hâkim önüne çıkarılmalarına imkân bulunmaması halinde sanıklar soruşturmanın bitiminde ve herhalde 30 gün içinde yetkili hâkim önüne çıkarılırlar. Gözetim altında bulunanlar ilk 15 gün sonunda hâkim önüne çıkarılmadıkları takdirde sıkıyönetim komutanı bu kişilerin durumunu bu süre sonunda inceler ve hâkim önüne çıkarılıp çıkarılmamaları konusunda karar verir. (Turhan, 2006: 212–214)

AİHM, birçok kararında sanıkların uzun süre hâkim önüne çıkarılmadan gözaltına tutuldukları için Türkiye'yi mahkûm etmiştir. Avrupa Birliği'ne uyum amacıyla Anayasa ve diğer kanunlarda gözaltı süreleriyle ilgili yapılan değişikliklerle gözaltı süreleri AİHM içtihatlarında kabul edilen kıstaslara uygun hale getirilmiştir. Ancak Sıkıyönetim Kanununda öngörülen gözaltı süreleri AİHM içtihatlarıyla bağdaşmamaktadır. (Turhan, 2006: 215)

5. maddenin 4. fıkrasının amacı esasen tutulu bulunan kişinin yakalama emrine karşı bir “mahkemeye” itirazda bulunması hakkını güvence altına almaktadır. Bu kapsamda, bu madde devlet açısından böyle bir itiraz için yasal düzenleme getirmek ve söz konusu mahkemeyi kurma dışında pozitif bir yükümlülük gerektirmemektedir. Öte yandan, bu madde o konudaki yetkili mahkeme açısından bir dereceye kadar pozitif bir yükümlülük getirerek mahkemenin “hızlı bir şekilde” karar vermesini gerektirmektedir. Mahkeme normal olarak davanın karmaşıklığını dikkate almaktadır. Bu durum davadan davaya değişen bir sorundur fakat genellikle bu zamanın birkaç haftayı geçmemesi gerektiği düşünülmektedir. (Kombe, 2008: 67)

5. maddenin 5. fıkrasında, bu madde hükümlerine aykırı olarak gerçekleştirilmiş bir yakalama veya alıkoyma işleminin mağduru olan herkesin tazminat istemeye hakkı olduğu belirtilmiştir. Bu tür bir hakkın tanınmamış olması durumunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde dava açma hakkı doğar. 5. maddenin 4. fıkrası gibi bu fıkra da, Sözleşme’nin 13. maddesinde belirtilen, Sözleşme tarafından teminat altına alınmış hak ve özgürlüklerin ihlâli halinde kişinin etkili başvurma hakkına ilişkin daha genel bir yükümlülüğün net bir tezahürüdür. Uygulamada, tazminat normal koşullarda malî bir tazminat şeklindedir. Ödenecek tazminatın miktarının belirlenmesine ilişkin ulusal bazda farklılıklar olabilsede bu tür bir tazminat belirlenirken net kaybın dikkate alınması konusunda farklılık olmamalıdır. Tazminat miktarını belirlemeden önce, ulusal mercilerin 5. madde hükümlerinin ihlâlinden kaynaklanan zararlara ilişkin kanıt ihtiyacı olabilir. AİHM, kişi 5. madde hükümlerinin ihlâli sebebiyle mağdur olmuşsa da “tazmin edilecek herhangi bir maddi ya da gayri-maddi zararının olmaması halinde bir ‘tazminat’ doğmayacağı” kanaatine varmıştır. (Mancovei, 2002: 117–118)

Taraf devletlerin, gözaltındayken ortadan kaybolma riskine karşı etkili önlemler alma ve gözaltındayken kayb olduğu iddia edilen kişilerle ilgili etkili ve yeterli soruşturma yapma yükümlülükleri vardır.

Gözaltına alındıktan sonra kaybolan veya ölü olarak bulunan kişiler için yapılan başvurularla ilgili olarak Mahkeme olayları bazen 2. maddenin ihlali, bazen de 2. madde yanında 5. maddenin de ihlali olarak nitelendirmektedir. Konu ile ilgili Mahkeme’nin ilk kararı Kurt-Türkiye (Başvuru no. 24276/94, 25 Mayıs 1998)

kararıdır. Başvurucu Bayan Koçeri Kurt, oğlu Üzeyir Kurt'un 23–25 Kasım 1993'te Bismil'e bağlı Ağılı köyüne operasyon yapan güvenlik güçleri tarafından gözaltına alındığını ve daha sonra oğlunun nerede olduğu konusunda bilgi verilmediğini ve güvenlik kuvvetlerinin sorumluluğuna giren bir kayıp söz konusu olduğunu, bu nedenle yaşam hakkının, insanlık dışı muamele yasağının, kişi özgürlüğünün, etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkının ihlal edildiğini iddia ederek Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na başvurmuştur. Hükümet Üzeyir Kurt'un gözaltına alındığı iddiasını reddetmiş ve PKK'lılarca kaçırılmış olabileceğini savunmuştur. Komisyon topladığı delillere göre başvurucunu oğlunun güvenlik güçleri tarafından gözaltına alındığı ancak öldürdüğü sonucuna varmayı gerektiren bir delil bulunmadığı sonucuna varmıştır. Mahkeme Komisyon'un görüşüne katılmıştır. AIHM, konuyla ilgili 5. madde kapsamında şu kararı vermiştir:

“Bir kimse gözaltında tutulduğu halde bunun yetkililer tarafından kabul edilmemesi, Sözleşme'nin 5. maddesindeki güvencelerin tümüyle inkâr edilmesi anlamına gelir. Bir kimse üzerinde yetkililerin kontrolünün bulunduğu ön kabulü, bu kimsenin nerede olduğunun yetkililer tarafından açıklanmasını gerektirir. Sözleşme'nin 5. maddesi, gözaltına alınan bir kimseyi kayıp edilme riskine karşı korumak ve gözaltına alındıktan sonra bir daha görülmediğine dair savunulabilir bir iddia hakkında hemen etkili bir şekilde soruşturma yapmak için etkili tedbirler almayı gerektirir. Başvurucunun oğlu güvenlik güçleri tarafından köyde gözaltına alınmış, ancak gözaltına alındığına ve tutulduğuna ilişkin bir kayıt tutulmamıştır. Dahası, başvurucunun oğlunun nerede olduğuna ilişkin bilgi talepleri hakkında yeterli bir soruşturma yürütmemişlerdir. Yetkililer başvurucunun ifadesini almamışlardır. Bu koşullarda taraf devletin başvurucunun oğlunun nerede olduğunu açıklama sorumluluğunu yerine getirmediği kabul edilmelidir. Başvurucunun oğlunun Sözleşme'nin 5. maddesinin öngördüğü güvencelerden yararlandırılmadan gözaltında tutulduğu sonucuna varılabilir. Bu durumda kişi özgürlüğünün ağır surette ihlali sonucuna varılmalıdır.” (Özyurt, 2006: 70–72)

Pratik bir ifade ile bu durum bir kişinin resmi, makamlar tarafından gözaltına alındığı durumda bu makamların yakalamanın tarih ve saatini, gözaltı yerini, gözaltı nedenlerini ve gözaltına alınan kişinin ismini kaydederek harekete geçmeleri anlamına gelmektedir. (Kombe, 2008: 67)

V. ADİL YARGILANMA HAKKI (AİHS m. 6)

A. Genel Olarak Adil Yargılanma

Hak ve özgürlüklerin etkili bir biçimde korunmasını sağlamak için bunların sadece sayılmaları yeterli değildir. Bundan daha da önemlisi bu hak ve özgürlüklerin korunması mekanizmalarını güçlendirme amacına yönelik temel usul güvencelerine yer vermektir. Bu kapsamdaki güvencelerin başında denetim sisteminin bel kemiğini oluşturan adil yargılanma hakkı bulunmaktadır. (Anayurt, 2004: 108)

Adil yargılanma hakkı Sözleşme'nin 6. maddesinde düzenlenmiştir. Bu madde bireyin medeni hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesi ile suçlanması halinde adil ve açık bir yargılanma hakkının olduğunu teminat altına almaktadır. (Mole ve Harby, 2001: 9) Adil yargılanma kavramı demokratik toplumda önemli bir yer işgal eder. 6. madde ayrıca demokratik yönetimin temel öğelerinden olan hukukun üstünlüğü ilkesini de içerir. (Gölcüklü ve Gözübüyük, 2005: 266)

Sözleşme'nin 6. maddesinin amacı ve hedefi, adaletin belli bir yargısal sürecin sonucunda dağıtılmasının sağlanması ve güvence altına alınmasıdır. Bu hedef ve amaç, maddenin, gerek ceza yargılaması, gerek hukuk yargılaması alanındaki yargılama usullerine yönelik genel düzenlemelere yer veren ve bu yargılamaların makul bir sürede, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız mahkemeler önünde, aleni bir biçimde ve adil olarak yapılmasını güvence altına alan 1. fıkrasında açıklıkla ortaya koyulmaktadır. (Dinç, 2006: 9)

Adil yargılama, her şeyden önce, bağımsız ve güvenceli hâkimler tarafından yapılan, tarafsız yargılama demektir. Yargılamanın tarafsızlığı, başka şeyler yanında, yargılama usulünün tarafların iddia ve kanıtlarını hakkıyla sunabilmelerine –özellikle de kendilerini yeterince savunabilmelerine- imkân verecek bir nitelikte olmasını da gerektirmektedir. Savunma hakkının bihakkın kullanılabilmesi özellikle ceza yargılamasında tarafların eşitliğine riayet edilmesine bağlıdır. (Özdek, 2004: 198)

AİHS 6. maddesi şu şekildedir:

“6. Madde: Adil yargılanma hakkı

1. Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini isteme hakkına sahiptir. Hüküm açık oturumda verilir; ancak, demokratik bir toplumda genel ahlak, kamu düzeni ve ulusal güvenlik yararına, küçüklerin korunması veya davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veya davanın açık oturumda görülmesinin adaletin selametine zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, duruşmalar dava süresince tamamen veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir.

2. Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır.

3. Her sanık en azından aşağıdaki haklara sahiptir:

a) Kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeninden en kısa zamanda, anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek;

b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olmak;

c) Kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir avukatın yardımından yararlanmak ve eğer avukat tutmak için mali olanaklardan yoksunsa ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilmek;

d) İddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağrılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek;

e) Duruşmada kullanılan dili anlamadığı veya konuşmadığı takdirde bir tercümanın yardımından para ödemeksizin yararlanmak.”

B. Adil Yargılanma Hakkı (AİHS m. 6) Kapsamında Pozitif Yükümlülükler

AİHM, idarenin çeşitli işlem veya kararlarına karşı ulusal yargı yerlerinde, dava açabilme olanağının mevcut olmaması halinde, bu durumu Sözleşme'nin altıncı maddesine aykırı bulmaktadır. Sözleşme'ye taraf olan ülkeler, Sözleşme ile güvence altına alınan haklar bakımından kişilere ulusal yargı

sisteminde, en etkin bir şekilde mahkemeye başvurabilme olanağını sağlamakla yükümlüdür. Etkin bir şekilde mahkemeye başvurabilme hakkı, gerektiğinde kişilerin hukuki yardımdan yararlanabilmeleri, yargısal prosedürün basitleştirilmesi, yargılamanın en az maliyetle yapılması gibi hususları da kapsamaktadır.(Çiftçi, 2003: 86)

AİHS 6. madde medeni hukuk davaları için adli yardımla ilgili bir düzenleme içermemektedir. Buna rağmen AİHM, davanın özellikleri kişinin bir avukatın hukuki yardımından yararlanmasını kaçınılmaz kılıyorsa, mahkemeye ulaşma hakkının etkili kullanılabilmesi devletin bu imkânı sağlama yükümlülüğünü gerektirir sonucuna varmıştır. (Çavuşoğlu, 1992: 138)

Adalet erişim hakkı 6. maddede açıkça zikredilme de Mahkeme Golder-Birleşik Krallık kararında (Başvuru no. 4451/70, 21 Şubat 1975) bu hakkın 6. maddenin özünde var olduğunu belirtmiştir. (Kombe, 2008: 63)

Airey-İrlanda davasının kararında (Başvuru no. 6289/73, 9 Ekim 1979) AİHM üye devletlerin mahkemelere etkili erişim hakkını garanti etmesi gerektiğini belirtme fırsatı bulmuştur. Bu davada başvuru, avukat yardımından yoksundur ve maliyetleri kendisi karşılayacak maddi imkânlara sahip olmadığından, kendisini temsil edecek bir avukat da bulamamıştır. Başvuru, kendisini şahsen temsil edebilme imkânına sahiptir, ancak usuller çok karmaşıktır. AİHM bu davada 6. madde'nin 1. fıkrasının ihlal edildiğine karar vermiştir:

“Mahkeme Hükümetin sözünü ettiği bu imkânı (Yüksek Mahkeme önüne bir avukatın yardımı olmaksızın çıkmak), ele alınan sorunu çözücü nitelikte görmemiştir. Mahkeme'ye göre Sözleşme, hakları teorik ve görüntüde değil, ama pratik ve etkili bir biçimde güvence altına almaktadır. Bu yaklaşım, adil yargılanma hakkının demokratik bir toplumda öncelikli bir yere sahip olduğu göz önünde tutulduğunda, mahkemeye başvurma hakkı bakımından özellikle geçerlidir. Bu nedenle Mahkeme, başvurunun Yüksek Mahkemeye bir avukat yardımı olmaksızın yapacağı başvurunun, davasını gereği gibi ve tatmin edici bir şekilde savunma anlamında, etkili olup olamayacağı sorunu üzerinde durmuştur. Bu konuda Hükümet ve Komisyon karşıt görüşler ileri sürmüşlerdir. Mahkeme'ye göre, başvuru bir avukatla temsil edilmediği halde eşinin avukatla temsil edilmesi, başvuru

dezavantajlı bir duruma sokacaktır. Yine Mahkeme'ye göre bu nitelikteki bir uyuşmazlıkta, davalarını bizzat savunan kişilere yargıçlar yardım etse bile, başvurusunun kendi davasını etkili bir biçimde savunabileceğini düşünmek gerçekçi değildir.

...Mahkeme, Bayan Airey'in konumundaki bir davacının davasını etkili bir şekilde savunabileceğini düşünmemektedir. ...Mahkeme, Yüksek Mahkeme önüne kişinin bizzat kendisinin çıkma imkânının, başvurucuya etkili bir biçimde mahkemeye başvurma hakkı sağlamadığı, ayrıca bu imkânın Sözleşme'nin 26. maddesinin aradığı etkili bir iç hukuk yolu olmadığı sonucuna varmaktadır. (24. paragraf)

Mahkeme'ye göre, maddi engel gibi hukuki engel de Sözleşme'ye aykırılık oluşturabilir. Ayrıca Sözleşme'deki yükümlülükleri yerine getirmek bazen devletin pozitif tedbirler almasını gerektirebilir; bu tür durumlarda devlet pasif kalmaz; devletin 'tasarrufu' ile 'ihmalî' arasında bir ayırım yapılamaz. Mahkemeye ulaşma hakkını etkili bir biçimde koruma yükümlülüğü, bu tür bir yükümlüdür. (25. paragraf)

Mahkeme, Hükümetin bir genelleme yaparak bütün hukuk davalarında adli yardım verilmesi gerekeceği gibi bir sonuca varmasını hatalı bulmuştur. Belirli durumlarda bir mahkemenin, hatta bazen Yüksek Mahkemenin önüne bir avukatın yardımını almadan bizzat çıkabilme imkânı, 6(1). fıkrasının gereklerini yerine getirir. Sözleşme'nin 6(1). fıkrası 'kişisel hak ve yükümlülüklerin' karara bağlanmasında uyuşmazlığın taraflarına etkili bir biçimde mahkemeye ulaşma hakkı tanırken, bu hedefin gerçekleştirilmesinde uygun araçların seçilmesini devletlere bırakmaktadır. Adli yardım bu araçlardan biridir; ancak usulün basitleştirilmesi gibi daha başka yollar da vardır. Her halükarda hangi tedbirlerin alınması gerektiğini devlete göstermek ya da dikte ettirmek Mahkeme'nin görevi değildir. (26. paragraf)

Başvurucu yargısal ayrılık davasında kendi adına hareket edecek bir avukat bulamamıştır. Komisyon'a göre, avukatların başvurucuya hukuki yardım vermemelerinin nedeni, başvurusunun masrafları ve ücretleri karşılayamayacak olmasıdır. Hükümet bu konuda itiraz etmiştir. Ancak Mahkeme, Komisyon'un yaklaşımını ikna edici bulmuştur. (27. paragraf)

Bu nedenlerle Mahkeme, başvuruçunun yargısal ayrılık kararı almak için Yüksek Mahkemeye dava açmak üzere etkili bir biçimde mahkemeye başvurma hakkını kullanamadığı ve olayda mahkemeye başvurma hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.(28. paragraf)

Mahkeme Artico-İtalya (Başvuru no. 6694/74, 13 Mayıs 1980) kararında da yine adli yardımla ilgili olarak; devletin Sözleşme ile tanınan bir hakkın gerçek kullanımını sağlayacak olumlu edimde bulunma borcunu ortaya koymuştur. Artico'ya adli yardım yoluyla tayin edilen avukatın, mazereti nedeniyle görevini yerine getirmemesi sonucunda Artico yeni bir avukat için başvuruda bulunmuş, ancak mahkeme bu talebi cevapsız bırakmış, önceden tayin edilen avukatın görevini yerine getirmesi için de herhangi bir girişimde bulunmamıştır. AİHM'e göre 6. maddenin 3. fıkrasının c bendinin amacı, adli yardımın etkili korunmasını sağlamaktır ve sadece bir avukatın tayini bu amacı karşılamaz. Sözleşme, dava konusu olayda yetkili devlet otoritesinin sanığın bir avukatın ücretsiz yardımından yararlanması için olumlu eylemde bulunmasını gerekli kılar. Bu nedenle Mahkeme, yeni bir avukatın tayin edilmesi ya da eski avukatın görevini yerine getirmesinin sağlanması zorunluluğunu kararlaştırmıştır. (Çavuşoğlu, 1992: 138–139)

Bununla birlikte, kabul edilen bu yardım hakkı mutlak değildir. Bu durum, örneğin, Gnahore-Fransa (Başvuru no. 40031/98, 19 Mayıs 2000) davasından kaynaklanmaktadır. Mahkeme bu kararda temyiz başvurusunda bulunmak için yapılan adli yardım talebinin yeniden incelemesi için ciddi dayanakların bulunmaması nedeniyle reddedilmesinin başvuruçuların davalarını sunmak için avukata başvurmak zorunda olmadıkları durumlarda 6. maddeye aykırı olmadığına hükmetmiştir. Genel olarak bakılırsa, sadece Gnahore davasında ileri sürülenler ile sınırlı kalmayarak çeşitli diğer nedenler ile adli yardıma kısıtlama getirilmesine izin veren Avrupa Mahkemesi, erişim hakkının “niteliği gereği devlet tarafından yapılan ve bireylerin ve toplumun ihtiyaçları ve kaynaklarına göre zamana ve mekâna göre değişebilen düzenlemeleri gerektirdiği” sonucuna varmıştır. (Kombe, 2008: 63)

VI. ÖZEL HAYATIN ve AİLE HAYATININ KORUNMASI (AİHS m. 8)

A. Genel Olarak Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması Hakkı

Özel hayatın ve aile hayatına saygı hakkını içeren AİHS 8. maddesi şu şekildedir:

“8. Madde: Özel hayatın ve aile hayatının korunması

1. Herkes özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir.”

Madde metninden anlaşılacağı üzere; maddenin ilk fıkrasında, koruma altına alınan hak ve özgürlükler belirtilmiş; sonraki fıkrada koruma altına alınan değerlerin mutlak olmadığı bunlara sınırlar konabileceği görüşüyle, sınırlamaya meşruiyet veren haller dile getirilmiştir. Diğer bir anlatımla, madde bütünüyle koruma altına aldığı değerlere saygı gösterilmesini emretmekte, bireyi, temas ettiği konularda hak sahibi kılmakta bunun yanında kamu otoritesinin keyfi müdahalelerinden korumaktadır. (Demirtaş, 2004: 1)

8. maddeye göre herkes, özel hayatı, aile hayatı, konutu ve haberleşmesine saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Belirtmek gerekir ki, buradaki “herkes” terimine özgürlüğünden mahrum edilmiş ve bazı hakları kısıtlanmış olmasına karşılık hükümlü ve tutuklular da dâhildir. (Ünal, 2001: 212)

8. maddeyle özel hayat, aile hayatı, konut ve haberleşmeye saygı gösterilmesi hakları korunmakta ve kısmen birbiriyle kesişen dört temel hak garanti altına alınmaktadır. (Tezcan vd., 2004: 281) Maddeyle koruma altına alınan dört kavramın anlamı belirgin değildir ve AİHM, bu kavramların yorumu konusunda kesin kurallar belirlemekten kaçınmaktadır. Özellikle 8. maddenin uygulanabilir olup olmadığını ve böylece bir şikâyetin korunan hakların kapsamına girip girmediğini belirlerken

AİHM'in yaklaşımı, söz konusu kavramlara AİHS'e özgü özerk birer anlam yüklemekle beraber, davanın durumuna göre karar vermek olmuştur. Bu durum, söz konusu hakları ve bunların kapsamına nelerin girdiğini kategorik olarak tanımlamayı zorlaştırmaktadır. (Kilkelly, 2001: 9) Başka bir ifadeyle, AİHM, maddenin uygulanmasında "kazuistik" bir metot kabul ederek, önüne gelen her olayda, o olayın koşullarını değerlendirdikten sonra, günün gerçeklerini ve ihtiyaçlarını da dikkate alarak, geliştirici ve ileriye götürücü yorumlar yapmak suretiyle maddeyle korunan haklara belirli bir içerik kazandırmıştır. (Gölcüklü ve Gözübüyük, 2005: 231)

B. Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması Hakkı (AİHS m. 8) Kapsamında Pozitif Yükümlülükler

AİHS madde 8'in ifade tarzı, devletin negatif yükümlülüğüne işaret etmektedir. Devlet müdahalede bulunmaktan kaçındığı takdirde, birinci fıkradaki haklara saygı gösterme yükümlüğünü yerine getirmiş olacaktır. Ancak Sözleşme organları, 8. maddenin prensiplerinden bu maddedeki haklara saygı gösterilmesini sağlamak için devletin eylemde bulunma şeklinde pozitif bir yükümlülüğünün de bulunduğunu çıkarsamışlardır:

"Mahkeme'ye göre, Sözleşme'nin 8. maddesi esas itibarıyla bireyi kamu makamlarının keyfi müdahalesine karşı korumakla birlikte, devleti sadece böyle bir müdahalede bulunmaktan kaçınmaya zorlamakla kalmaz; bu öncelikli negatif yükümlülüğe ek olarak, özel ve aile yaşamına etkili bir şekilde saygı gösterilmesi için pozitif yükümlülükleri de bulunabilir. ... Bu yükümlülükler, bireylerin kendi aralarındaki ilişkiler alanında olsa bile, özel yaşama saygıyı sağlamayı hedefleyen tedbirlerin alınmasını içerebilir." (Doğru, 2007)

Yine Mahkeme'ye göre:

"Sözleşme'nin 8. maddesinden kaynaklanan devletin pozitif ve negatif yükümlülükleri arasındaki sınır kesin bir şekilde tanımlanmaya elverişli değildir. Bununla birlikte, uygulanan ilkeler benzerdir. Her iki durumda da, bireyin ve toplumun yarışan menfaatleri arasında adil bir denge kurulmasına dikkat edilmelidir; her iki durumda da devlet belirli bir takdir alanından yararlanır" (Doğru, 2007)

1. Kişinin Cinsel Saldırıya Karşı Korunması

Sözleşme'ye taraf devletler bireyleri cinsel saldırıya karşı koruma yükümlülüğündedir. Bu yükümlülüğü konu alan X ve Y-Hollanda davasında (Başvuru no. 8978/80, 26 Mart 1985) başvuruculardan Y, zihinsel özürle olup yatılı kaldığı kuruluştaki, kuruluşun yöneticisinin damadı tarafından cinsel istismara uğramıştır. Hollanda'nın o dönemdeki iç hukuku zihinsel özürle bir kişinin ceza hukuku açısından hakkını arayabilmesi için yeterli düzenlemeler öngörmemekteydi. Nitekim Y'nin babası olup aynı zamanda birinci başvurucu olan Bay X'in yaptığı girişimler sonuçsuz kalmış ve savcı tarafından fail hakkında bir ceza davası açılmasına yer olmadığına karar verilmişti. Bu karar, ilgili iç hukuk organlarınca onaylanmıştı. Başvurucular, faile karşı cezai girişimlerde bulunmanın imkânsız olmasının AİHS'in 8. maddesini ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir. Mahkeme'ye göre Hollanda Ceza Yasası'nın sadece kendine cinsel saldırıda bulunulan kişiye dava açma hakkı tanıyan ilgili maddesi cinsel saldırıya uğrayan zihin özürle kişileri bu hakkı kullanmamaları nedeniyle koruma alanı dışında bırakmakta; olayda Y gerçek ve etkili bir koruyucu hükümden yararlanamadığı için 8. maddeye aykırılığın mağduru durumuna düşmektedir. Özel yaşamın korunması, devletin üçüncü kişilerin müdahalelerini önleyici ve yaptırıma bağlayıcı yasal düzenlemeleri gerçekleştirmesini gerekli kılar. Devlet bu yükümlülüğünü yerine getirmediği için Y'ye tazminat ödeyecektir. (Çavuşoğlu, 1992: 140–141)

2. Kişinin Cinsel Kimliğinin Tanınması

Mahkeme'nin, transseksüellerin Sözleşme kapsamındaki koruma ile ilgili iddialarını değerlendirdiği ilk dava Rees-Birleşik Krallık (Başvuru no. 9532/81, 17 Ekim 1986) davasıdır. Başvurucu Birleşik Krallık hükümetinin kendisinin cinsiyet değiştirme ameliyatından sonraki (bir erkek olarak) yeni statüsünü hukuken tanıyacak adımlar atmamış olmasından şikâyetçi olmuştur. Daha kesin olarak başvurucu, 8. maddenin devletin medeni durum kütüğünü değiştirerek, ya da en azından açıklama yaparak, başvurucunun cinsiyet değişikliğini buraya eklemesini gerektirdiğini ileri sürmüştür. Başvurucu ayrıca hükümetin, yeni statüsü ile ilgili olarak kendisine yeni bir doğum belgesi düzenlemesi gerektiğini ileri sürmüştür. Mahkeme bu iddiayı kabul etmemiştir. Mahkeme bu meseledeki belirsizlikler ve

taraf devletlerdeki mevzuat ve uygulamadaki farklılara dayanarak “transseksüellerin kalan taleplerini ne ölçüde karşılayabileceğini belirlemek bulunulan zaman için de cevapçı devlete bırakılması gerektiği” ve 8. maddenin hiçbir durumda taraf devletlerin medeni durum kütüklerini kısmen bile olsa değiştirmesini gerektirdiği şeklinde yorumlanamayacağı sonucuna varmıştır. Aslında, bu tutum devletlerin transseksüellere karşı pozitif yükümlülükler altında olma ihtimalini tümünden dışta bırakmamaktadır. Britanya hükümetinin tutumu, hukukî tanımayı reddederken, cinsel özgür iradesini (self-determination) kabul etmiş ve hukukî tanımanın olmaması nedeniyle doğabilecek sakıncaları asgariye indirmek için adımlar atmış, belli bir dereceye kadar etkili olmuştur. Bu durum ayrıca B-Fransa (Başvuru no. 13343/87, 24 Ocak 1992) kararına da taşınmıştır. Mahkeme, oldukça benzer koşullarda, Sözleşme’nin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Çünkü Mahkeme başvurucunun şikâyetlerini doğrulayan olayları, Fransız hukukunun, Birleşik Krallık hukukundan farklı olarak bir transseksüelin görünümünü bile kabul etmediğini dikkate almamıştır. (Kombe, 2008: 38–39)

Mahkeme’nin bu tutumu I.-Birleşik Krallık (Başvuru no. 25680/94, 11 Temmuz 2002) ve Christine Goodwin-Birleşik Krallık (Başvuru no. 28957/95, 11 Temmuz 2002) kararları ile belirgin bir şekilde değişmiştir. Mahkeme, bilimsel bilgilerin ve uluslararası uygulamaların gelişimini, hukuk sistemlerinin tutarlılığı, ihtiyacı ve ayrıca söz konusu kişilerin tanınmamalarının devam etmesinden kaynaklanan ve artan olumsuzlukları da dikkate alarak tutumunu değiştirmiştir. Mahkeme şimdi tanıma konusunda devletlerin artık takdir yetkilerinin olmadığı görüşündedir. Başka bir deyişle devletler tanımak ile yükümlüdürler. Devletler tanıma prosedürünün söz konusu olduğu durumlarda hala belirli bir hareket özgürlüğüne sahiptirler. Bunun sonucu olarak meydana gelen devletlerin yükümlülüğü bu devletlerin mahkemelerine düşmektedir. Devletler, transseksüellerin cinsel özgür irade hakkına saygı duymalı ve cinsiyet değiştirme ameliyatlarının masraflarının ameliyatın tedavi gerekliliğinin kanıtlanması şartıyla geri ödenmesi hakkını tanımalıdır. (Üzeltürk, 2004: 175)

Homoseksüel eğilimler bakımından Mahkeme, kişilerin kendi istekleri ile cinsi ilişkide bulunmalarının genel olarak yasaklanmasını 8. maddenin ihlali olarak görmektedir. Dudgeon-Birleşik Krallık (Başvuru no. 7525/76, 22 Ekim 1981)

kararına konu olan olayda Kuzey İrlanda’da yaşayan İngiliz vatandaşı Jeffrey Dudgeon, bu ülkede yürürlükte olan yasaların reşit homoseksüellerin kendi istekleri ile birbirleriyle cinsi ilişkide bulunmalarını yasaklamasının, Sözleşme’nin 8. maddesi anlamında özel hayatın gizliliği hakkına aykırı olduğunu ileri sürerek Komisyon’a başvurmuştur. Komisyon, şikâyetçi hakkında ceza davası açılmamış olmasına rağmen, bu alandaki yasaların homoseksüel faaliyetleri tümüyle yasaklamasının, şikâyetçi üzerinde bir dereceye kadar baskı ve korku oluşturarak, kendisinin özel hayatına saygı hakkını 8. madde anlamında ihlal ettiğini kabul etmiştir. Mahkeme’ye intikal eden olayda yukarıda yazılı gerekçeye göre başvurusunun talebi haklı görülmüştür. (Bygrave, 1998: 270)

3. Kişinin Kökenleri İle İlgili Bilgilere Ulaşmasının Sağlanması

Taraf devletlerin ayrıca bireylerin kökenleri ile ilgili bilgilere ulaşmalarını sağlama görevi söz konusudur. Başka bir deyişle, Mahkeme’den alıntı yaparak “herkes bireysel insan olarak kimliklerinin detaylarını saptayabilmelidir.”

Gaskin-Birleşik Krallık davasında problemin başlangıcının sosyal hizmetler tarafından bakıma alındığı zamana dayanan bir psikolojik bozukluktan muzdarip olan başvuru cevapçı devletin, davanın gizli niteliğini ileri sürerek, kendisine o zamana ait kişisel bilgilere ulaşmasına izin vermediğinden şikâyetçi olmuştur. Mahkeme kamu makamlarının hizmet ettiği meşru amacı kabul ederken “başvurucunun durumunda bulunan kişilerin çocuklukları ve ilk ergenliklerini anlamak için gerekli bilgileri almalarında, Sözleşme tarafından korunan hayati menfaatlerin söz konusu olduğu” sonucuna varmıştır. Söz konusu davada, belgelere erişimin reddedilmesinin bazı “bilgi veren kimselerin” adlarını açıklamak istememeleri ile bağlantılı olduğu ölçüde AİHM Birleşik Krallık’ın erişim talepleri hakkına karar vermeden sorumlu bağımsız bir kurum kurması gerektiği sonucuna varmıştır. (Yıldırım, 2004: 394)

Mahkeme, Mikulic-Hırvatistan (Başvuru no. 53176/99, 7 Şubat 2002) kararında benzer şekilde karar vermiştir. Mahkeme babalığın tespiti prosedürü bağlamında iç hukukun çocuğun babası olarak bilinen ihmalkâr kimseyi DNA testi yaptırmaya zorlama ihtimalini sağlaması veya bunu yapmaması durumunda menfaati olan tarafın babanın eylemi hakkında karar verilmesi için bağımsız bir otoriteye başvurmasını sağlayacak diğer yollar sunması gerektiğine hükmetmiştir. Fakat bu

erişim hakkı mutlak bir hak değildir. Bu durum Gaskin ve Mikulic davalarında Mahkeme'nin tehlike altındaki kamu menfaatlerine karşı detaylı bir incelenme yapılmayınca kadar ihlalin söz konusu olduğunu kabul etmemesi ile gösterilmiştir. (Üzeltürk, 2004: 165)

4. İsim Tercihinin Resmi Olarak Tanınması

Stjerna-Finlandiya davasında (Başvuru no. 18131/91, 25 Kasım 1994) bir Finlandiya vatandaşı olan başvurucu, 28 Mart 1989 tarihinde İl İdare Kuruluna başvurarak "Stjerna" olan soyadının "Tawastsjerna" olarak değiştirilmesini istemiştir. Başvurucuya göre ataları, değiştirmek istediği soyadını kullanmış olup, orijinal soyadı yerine bunun yarısının kullanılması nedeniyle Stjerna ailesi adaletsizlik duygusu yaşamaktadır. Yine başvurucuya göre halen taşıdığı soyadı yaygın olarak bilinmeyen eski İsveç formunda olup, telaffuz güçlüğü oluşturmakta ve çok çeşitli şekillerde telaffuz edilmektedir. Ayrıca bu soyadı İsveç dilindeki bir kelimeden kaynaklanıp Fince 'kirnu' (yayık) şeklinde küçük düşürücü bir kısaltma isme meydan vermektedir. Konunun havale edildiği İsim Tavsiye Komitesi 19 Nisan 1989 tarihli mütalaasında, kullanılmak istenen soyadının başvurucunun ataları tarafından kullanılmış olduğunun kanıtlanamadığını, çünkü söz konusu ata Fredrik Stjerna'nın evlilik dışında doğduğunu, zikredilen ataların ise 1985 tarihli Soyadı Kanununun 10. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen atalardan çok daha uzak bir geçmişte yaşamış olabileceklerini belirtmiştir. Başvurucu doğum belgelerine dayanarak Fredrik Stjerna'nın, Magnus Fredrik Tawaststjerna'nın oğlu olmadığı iddiasını reddetmiştir. Tavsiye Komitesi 25 Ekim 1989'da başvurucunun talebinin reddedilmesi gerektiğini çünkü önerilen soyadın uygun düşmediğini belirtmiştir. Öte yandan Tavsiye Kurulu başvurucunun soyadının 'Tawastsjerna' yerine 'Tavastsjerna' olarak değiştirmesini önermiştir. İl İdare Kurulu Soyadı Kanununun 10. maddesinin ikinci fıkrasına dayanarak, başvurucunun soyadının değiştirilmesi talebini 12 Şubat 1990 tarihinde reddetmiştir. Kurula göre önerilen soyadının ataları tarafından 'yerleşik' sayılabilecek şekilde kullanıldığının kanıtlanamadığını belirtmiştir. Başvurucu bu karara karşı Yüksek İdare Mahkemesinde başvurmuştur. Bu mahkeme 14 Kasım 1990 tarihinde verdiği kararda bire karşı dört oyla Kurulun kararını onamıştır. Bu mahkemeye göre yazılı belgelerden anlaşıldığı şekilde başvurucunun atası Fredrik Stjerna 1764 tarihinde doğmuş olup Magnus Fredrik Tavaststjerna'nın evlilik dışında doğan

çocuğudur; önerilen soyadının başvuruatının ataları tarafından Soyadı Kanununun gerektirdiği şekilde kullanılmış yerleşik soyadı olduğu kabul edilemez. Karşı oy veren yargıca göre Tavastsjerna soyadı, başvuruatının atalarının 'yerleşik' soyadıdır. Başvuruatının birinci atası Stjerna'nın evlilik dışında doğmuş olması konuyla ilgili değildir. Başvuruatı 11 Mart 1991 tarihinde İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na yaptığı başvuruda, soyadı değişikliğine izin vermeyen kamu makamlarının tasarrufları nedeniyle Sözleşme'deki özel yaşama saygı hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

Mahkeme değerlendirmesinde; Sözleşme'nin 8. maddesi açıkça isme yer vermemekle birlikte isim, kişisel kimliğin bir unsurunu ve bir aile ile bağ oluşturduğu için bir kimsenin ismi özel ve aile yaşamını ilgilendirdiğini belirtmiştir. İsim kullanılmasının düzenlenmesinde kamu yararı bulunması, kişilerin isim sorununun belirli bir ölçüde başkalarıyla ilişki kurma hakkını içerecek şekilde yorumlanan özel ve aile yaşamı alanından çıkarılması için yeterli değildir. Mevcut olayda 8. madde uygulanabilir niteliktedir. Başvuruatının yeni bir soyadının kabul edilmesi talebinin ulusal makamlar tarafından reddedilmesi, örneğin kamu makamları tarafından bir kimsenin ismini değiştirmekle yükümlü tutulması, mutlaka özel ve aile yaşamına saygı hakkına müdahale biçiminde düşünülemez. Bununla birlikte Sözleşme'nin 8. maddesinin temel amacı, bireyleri kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı korumaktır. Ancak etkili bir özel yaşama "saygı" kavramına ilişkin kamu makamlarının pozitif yükümlülükleri de bulanabilir. Devletin pozitif ve negatif yükümlülüklerinin sınırlarının açıkça tanımlanması mümkün değildir. Her iki duruma da uygulanabilecek ilkeler aynıdır. Her iki durumda da bireyin ve bir bütün olarak kamunun yarışan menfaatleri arasında adil bir dengenin kurulması gerekir. Bireyin isim değiştirme isteğini teşvik eden somut nedenler bulunsa bile, bu değişiklik üzerine kamu yararının haklı kılacağı hukuki sınırlar konulabilir. Bu hukuki sınırlamalar, örneğin gerçeğe uygun nüfus kaydının tutulması veya kişisel kimliğin veya bir soyadını kullanmakta olan ailenin korunması gibi sebepler olabilir. Sözleşme'ye taraf olan devletlerin iç hukuk sistemlerinde isim değişikliği ile ilgili şartlar bakımından pek az ortak nokta bulunduğu için Sözleşmeciler devletler bu alanda geniş bir takdir alanına sahiptirler. Mahkeme'nin görevi Finlandiya'da soyadı değişikliğinin düzenlenmesinde en uygun politikanın ne olduğuna karar verilmesi

sırasında yetkili Finlandiya makamlarının yerine kendi görüşlerini koymak olmayıp, bu kamu makamların takdir alanları içinde karar alıp almadıklarını Sözleşme'ye göre incelemektir. Mevcut olayda başvurucunun soyadının değiştirilmesi için yazım ve telaffuz güçlükleri bulunduğu şikâyetinden Mahkeme ikna olmamıştır. Çünkü başvurucunun karşılaştığı güçlük, insanların ülkeler ve dil bölgeleri arasındaki hareketlerinin büyüdüğü bugünkü Avrupa'da karşılaşılan güçlükten daha fazla değildir. İsim Tavsiye Komitesinin görüşüne göre başvurucunun önerdiği yeni soyadının kullanılması da benzer pratik güçlükler oluşturacaktır. Bu bağlamda Mahkeme bir ismin değil de diğerinin kullanılmasındaki uygunluk derecesinin takdirinde ulusal makamların kural olarak daha iyi bir konumda olduklarını kabul etmektedir. Olayda Finlandiya makamlarından daha farklı bir sonuca varması için yeterli bir sebep gösterilememiştir. Son olarak başvurucunun taşımakta olduğu soyadın kısaltması küçük düşürücü bir anlama sahip olsa bile bu kısaltma başvurucunun soyadının bir özelliği değildir. Yukarıdaki sebeplerin ışığında başvurucu tarafından şikâyet edilen uygunsuzluğun kaynakları özel yaşama saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna götürmemektedir. Başvurucunun almayı istediği soyadı konusunda ise, bu soyadını taşıyan son ata 200 yıl önce ölmüştür. Başvurucunun atalarının ardılı olduğuna dair kişisel duygularına rağmen söz konusu ata çok uzak bir geçmişte yaşamış olduğu için Sözleşme'nin 8. maddesi bakımından bu bağa bir ağırlık verilemez. Öte yandan başvurucu kendisine yeni bir soyadı almak veya kullanılmayan bir soyadıyla kendini ifade etmek gibi çok çeşitli imkâna sahiptir. Bu şartlar çerçevesinde Finlandiya makamlarının başvurucunun soyadını değiştirme talebini reddetmeleri nedeniyle özel yaşama saygı hakkının ihlal edilmediği sonucuna varılmıştır. (Yıldırım, 2004: 393)

5. Kişinin İtibar Hakkının Korunması

Kişilerin kimliklerinin pozitif olarak korunması ile ilgili içtihadına ek olarak AİHM, özellikle Von Hannover-Almanya (Başvuru no. 59320/00, 26 Haziran 2004) davasında devletlerin yargı yetkileri dâhilindeki bir kişinin itibar hakkına gazeteciler de dâhil olmak üzere üçüncü kişiler tarafından saygı gösterilmesini güvence altına almakla yükümlü olduğuna hükmetmiştir. Mahremiyet hakkının, Mahkeme'nin sürekli olarak demokratik toplumun esas temellerinden biri olduğunu tekrar ettiği, ifade özgürlüğüne olan üstünlüğü dikkate değerdir ve bu husus daha sonradan birçok

kere dile getirilmiştir. Bu konu, Monako’yu yöneten hükümdar ailesinin bir ferdi olan Prenses Caroline ile ilgili olayda daha belirgindir. Fakat bu aile ilişkisi AIHM için sonuca götürücü olmamıştır. Mahkeme’nin görüşüne göre sonuca götürücü etkenler ilgili kişinin Monako devletinde ve bu devlet namına hiçbir resmi konumunun olmadığı, çekilen fotoğrafların esas olarak bu kişinin özel hayatın ve aile hayatının korunması hayati ile ilgili olduğu, bu kişinin halkın sık sık gittiği yerlerde bile olması ve resimlerin foto muhabirleri tarafından bu kişinin bilgisi ve rızası dışında çekilmiş olmasıdır. Mahkeme, “bu koşullar altında ifade özgürlüğü daha dar bir yorum gerektirmektedir” sonucuna varmıştır. Bu husus şu şekilde vurgulanmıştır (Kombe, 2008: 40–41) :

“Özel hayatın her bir insanın gelişmesi bakış açısı ile korunmasının temel önemi. Bu koruma özel aile çevresinin ötesine uzanmakta ve ayrıca sosyal bir boyut taşımaktadır... Herkes, kamuoyu tarafından tanınıyor olsa bile, kendi özel hayatları için koruma ve saygı gibi “meşru bir beklenti” içinde olabilmelidir.”

Alman devleti bu durumda mevzuatında özel hayatın sadece kendilerinin hususi alanlarında korunması gereken “çağdaş toplumların eşi olmayan (par excellence) figürleri“ ile daha geniş bir korumaya sahip olması gereken “nispeten” halkın tanıdığı kişiler arasındaki farkı netleştirmek yükümlülüğündedir. Bu ayrımın altını çizen kriter açıkça belirtilmelidir. Ulusal mahkemeler ve hatta anayasa mahkemeleri kendi açılarından söz konusu davada iç hukuku Sözleşme gerekleri ile uyuşan bir şekilde yorumlamalıdır. (Kombe, 2008: 41)

6. Sosyal Özel Hayatın Korunması

Kişinin kimlik hakkını etkili bir şekilde kullanmasının güvence altına alınmasını amaçlayan pozitif yükümlülükler ile ilgili içtihatlar hem ayrıntılı hem de zengin iken bu durum özel hayatın sosyal boyutu ile ilgili olarak aksine hem daha az hem de daha ihtiyatlıdır. (Kombe, 2008: 40–41)

Bu konuyla ilgili, plajlara ulaşamadığı için şikâyette bulunan özürsüz bir kişinin açtığı Botta-İtalya (Başvuru no: 21439/93, 24 Şubat 1998) davası kararına bakılabilir. AIHM, özel hayata saygı gösterilmesini sağlamak için devlete pozitif yükümlülük getiren prensipleri hatırlatmış ve özetlemiştir (paragraf 32–35):

“Mahkeme’nin görüşüne göre, özel hayat bir kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğünü de içerir; AIHS’nin 8. maddesinde sağlanan teminatın asıl amacı, bir bireyin başkalarıyla ilişkiler kurarak gelişimini sağlamaktır.

Bu davada, başvuru devleti yaptığı değil, yapmadığı bir şeyden dolayı şikâyetçi olmuştur. 8. maddenin asıl amacı bireyi kamu otoritelerinin keyfi müdahalelerine karşı korumak olsa bile, devleti sadece bu tür müdahalelerden kaçınmaya zorlamamaktadır; bu negatif yükümlülüğe ek olarak, özel hayata veya aile hayatına etkin biçimde saygı gösterme kapsamında pozitif yükümlülükler de olabilir. Bu yükümlülükler, bireyler arasındaki ilişkiler alanında bile özel hayata saygı gösterilmesini sağlayacak önlemlerin alınmasını içerebilir. Ancak saygı kavramı tam olarak tanımlanmamıştır. Bu tür yükümlülüklerin olup olmadığını belirlemek için, devletin her halükârda bir takdir hakkı olmasına rağmen, bireyin çıkarları ile kamu yararı arasında âdil bir denge kurulmaya çalışılmalıdır.

Mahkeme, bir başvurucuya uygulanan önlemler ile başvurucunun özel ve/veya aile hayatı arasında doğrudan ve yakın bağlar olduğunda, devletin bu tür yükümlülükleri olduğunu belirtmiştir.

Airey-İrlanda davasında iç hukuk sisteminde ayrılma davasında başvurucunun adli yardım almasını sağlayan bir sistem olmadığı için ve mahkemeye başvuramaması doğrudan başvurucunun özel hayatını ve aile hayatını etkilediği için, Mahkeme başvurucunun 8. madde ihlalinin mağduru olduğu sonucuna ulaşmıştır.

Aklî dengesi yerinde olmayan bir kişiye tecavüz edilmesiyle ve bu kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğüyle ilgili olan ve yukarıda bahsedilen X. ve Y.-Hollanda davasında Mahkeme, Hollanda ceza hukukunun eksikliklerinden dolayı söz konusu kişiye uygulanabilir ve etkin koruma sağlanmadığına karar vermiştir.

Daha yakın tarihli Lopez Ostra-İspanya davasında Mahkeme, başvurucunun evinin yakınında bulunan bir atık su arıtma tesisindeki faaliyetlerin neden olduğu kirliliğin olumsuz etkilerini ele almış ve Lorca kasabasının ekonomik refahı (yani bir atık arıtma tesisi olması) ile başvurucunun özel ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkının etkin olarak kullanılması arasında adil bir denge kurulmasında devletin başarılı olamadığı kararına varmıştır.

Son olarak, 19 Şubat 1998 tarihli Guerra ve Diğerleri-İtalya davası kararında Mahkeme, Enichem fabrikasından çıkan zehirli atıkların, başvuruçuların özel ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı üzerindeki doğrudan etkisinin, 8. madde'nin uygulanabilir kıldığını belirtmiştir. Başvuruçuların ve ailelerinin, söz konusu fabrikada bir kaza olması durumunda özellikle zarara uğrama tehlikesi altında olan Manfredonia kasabasında yaşamaya devam etmeleri durumunda, ne tür tehlikelere maruz olduklarını değerlendirmeleri için gerekli bilgilerin başvuruçulara verilmemiş olmasından dolayı, Mahkeme İtalya'nın bu hükmü ihlal ettiğine karar vermiştir.

Ancak bu davada Bay Botta'nın ileri sürdüğü hak, yani oturduğu yerden uzak olan bir yerde, tatili sırasında plaja ve denize erişme hakkı, özel plajların eksikliklerini gidermek için devletin alması gereken önlemler ile başvuruçunun özel hayatı arasında doğrudan bir bağ kurulamayacak kadar geniş ve kapsamı belirsiz, kişiler arası ilişkilerle ilgilidir. Bu nedenle, 8. madde uygulanamaz.” (Dutertre, 2003: 204–205)

7. Aile Hayatının Korunması

AİHM, aile yaşamına saygı hakkı bakımından devletin pozitif yükümlülüğünü ilk olarak Marckx-Belçika (Başvuru no. 6833/74, 13 Haziran 1979) kararında formüle etmiştir. Marckx davasında Mahkeme, Belçika aile hukukunun evlilik dışı çocuklarla ilgili hükümlerinin AİHS'in 8. maddesinde düzenlenen aile hayatına saygı ile bağdaşıp bağdaşmadığını incelemiştir. AİHM, özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesini içeren 8. maddenin amacının, her ne kadar bireyi, kamu gücünün keyfi müdahalelerinden korumak olsa da söz konusu madde, devleti sadece müdahalelerden kaçınmaya zorlamakla yetinmemekte fakat bu tür negatif yükümlülüğün yanında, aile hayatına etkin bir şekilde saygı gösterilmesine sıkıca bağlı olan pozitif yükümlülüklerin de bulunduğunu dile getirmiştir. (Özdek, 2004: 223) Kararın 31. paragrafi şöyledir:

“...bu madde, bir devleti aile yaşamına sadece müdahale etmemeye zorlamakla kalmamaktadır; aile yaşamına ‘saygı’ kavramının içinde bazen pozitif yükümlülükler de bulunabilir. Bu demektir ki, evli olmayan anne ile çocuğu arasındaki ilişkiyi düzenleyen iç hukuk hükümleri, bu kişilerin normal bir aile gibi yaşamlarına olanak verecek şekilde, yani çocuğun doğumundan itibaren aileyle

bütünleşmesini sağlayacak biçimde düzenlemesi gerekir. Bu bağlamda devlet bu amacı gerçekleştirmek için çeşitli araçlar kullanabilir; ancak bu gereği yerine getirmeyen bir yasa hükmü, Sözleşme'nin 8(2). fıkrasına göre incelemeye geçilmeden, birinci fıkrasını ihlal eder. Bu nedenlerle Mahkeme, başvuruçuların durumu Sözleşme'nin 8(1). fıkrasıyla ilgili görmüş ve bu fıkra altında incelemeye karar vermiş, bir başka deyişle evlilik dışı aileye de 8. maddenin uygulanabilir olduğu sonucuna varmıştır.”

Airey-İrlanda davasında, boşanmak isteyen başvuruçuya İrlanda hukukunda kendisine açık olan hukuki yollarla ayrılma hakkı tanınmıştır. Başvuruçunun düşük geliri ve söz konusu zamanda İrlanda'da adli yardım sisteminin olmaması nedeniyle, başvuruçunun yasal prosedürün karmaşıklığını göz önünde bulundurarak kendini bir avukatın yardımı olmadan savunamayacağına inandığından en nihayetinde başvurusunu geri çekmek zorunda kalmıştır. Başvuruçunun, İrlanda'nın, aile hukuku sorunlarıyla ilgili olarak yargısal yollara ulaşma imkânı sağlamamış olması nedeniyle aile yaşamına saygı hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Mahkeme'ye göre olayda, İrlanda'nın başvuruçunun aile yaşamına veya özel yaşamına 'müdahale' ettiği söylenemez. Ancak başvuruçunun şikâyeti devletin tasarrufuna değil, tasarrufta bulunmamasına karşıdır. Sözleşme'nin 8. maddesi amacı asıl olarak kişileri kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı korumak ise de, bu madde sadece devleti bu tür müdahalelerden kaçınmaya zorlamakla kalmaz; bu negatif yükümlülüğe ek olarak, aile yaşamına saygı hakkının etkili bir biçimde korunması, olumlu yükümlülükleri de içerebilir. Mahkeme'ye göre, etkili özel ve aile yaşamına saygı hakkı, İrlanda'nın, gerektiği takdirde herkesin başvurabileceği koruma araçlarına ulaşmasını sağlamasını gerektirir. Ancak başvuruçunun, Yüksek Mahkemeye başvurabilecek durumda olmadığından, bu yol başvuruçunun için etkili bir biçimde ulaşılabilir değildir. Başvuruçunun, eşinden fiilen ayrılığının hukuken tanınmasını sağlamak için başvuramamaktadır. Bu nedenle Mahkeme olayda, aile yaşamına saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır. (31–33. paragraf)

AIHM, Olsson (No. 2)-İsveç (Başvuru no. 13441/87, 27 Kasım 1992) davasında, çocukların zorunlu olarak idari makamların koruması altına alındığı ve koruma tedbirlerinin uygulandığı olaylarda, Sözleşme'nin 8. maddesinin anne babaya çocukla yeniden bir araya getirilmek için tedbirler alınmasını isteme hakkı

verdiğini ve ulusal makamlara da bu tür eylemlerde bulunma yükümlülüğü yüklediğini belirtmiştir. Mahkeme'ye göre bu prensip, annesi ölen çocuğun baba tarafından annene ve dede yanına bırakıldıktan bir süre sonra, babanın çocukla görüşmesine dair mahkeme kararına rağmen annene ve dedenin görüştürmediği olaylarda da geçerlidir. Mahkeme'ye göre ulusal makamların yeniden birleşmeyi kolaylaştırmak için tedbirler alma yükümlülüğü mutlak değildir; çünkü bir süredir başkalarıyla birlikte yaşayan çocuğun anne babasıyla yeniden bir araya gelmesi hemen mümkün olmayabilir ve bu yönde hazırlık tedbirlerinin alınması gerekebilir. Burada belirleyici olan şey, ulusal makamların yeniden birleşmeyi kolaylaştırmak için olayın şartları içinde kendilerinden beklenebilecek bütün makul tedbirleri alıp almadıklarıdır. (Doğru, 2007)

Sophia Gudrun Hansen-Türkiye davasında (Başvuru no. 36141/97, 23 Eylül 2003) Mahkeme, İzlandalı annenin Türk babadan olma çocuklarının baba tarafından Türkiye getirilmesinden sonra ulusal mahkeme kararlarına rağmen kendisine gösterilmemesini ve bunun için ulusal makamların gerekirse zorlayıcı tedbirleri almamalarını Sözleşme'nin 8. maddesindeki pozitif yükümlülüğüne aykırı bulmuştur. (Doğru, 2007)

Sözleşme'ye taraf devletlerin aile bağlarını resmi olarak tanıma yükümlülüğü vardır. Buna göre, aile bağının varlığının kanıtlandığı durumda devlet, bu bağın geliştirilmesini sağlayan bir şekilde hareket etmelidir. Bu durum hukuki tanımayı gerektirmektedir. Çocuğun doğum anından itibaren veya bundan sonra mümkün olur olmaz ailesi ile bütünleştirilmesi lazımdır. Hukuki tanıma her şeyden önce mevzuat ile kurulmalıdır. Bununla birlikte, 8. maddenin gereklerini karşılayan bir yasanın kabul edilmesi tek başına yeterli değildir. Bu yasanın ayrıca uygun bir şekilde uygulanması ve ulusal mahkemeler tarafından uygun şekilde yorumlanması gerekmektedir. Bu bağlamda, içtihat aslında ulusal mahkemeler için ulusal yasayı Sözleşme uyarınca yorumlama yükümlülüğü getirmektedir. Fakat belirtilmelidir ki devletin Sözleşme sistemi uyarınca var olan sorumluluğu her dava için söz konusu olmayacaktır. Böyle olabilmesi için ulusal mahkemelerin açık bir yorumlama hatası yapmış olmaları, diğer bir deyişle sadece "ulusal mahkemelerin olguları veya iç hukuku değerlendirmesinin açık bir şekilde makul olmaması veya keyfi veya

Sözleşme'nin temel ilkeleri ile belirgin bir şekilde uyumsuz olması gerekmektedir.” (Kombe, 2008: 42)

Sözleşme'nin 8. maddesi çerçevesinde ailelerin birleştirilmesi yükümlülüğü vardır. Fakat bu yükümlülük mutlak değildir. Mahkeme bu konudaki başvuruları mevcut olayların içinde bulunduğu şartlara göre değerlendirmektedir. Yabancıların yakınlarına katılma ve onlarla bir arada kalmak için 8. madde temelinde devletten topraklarına girme ve/veya topraklarında ikamet etme izni alma almaları konusu Mahkeme önüne gelmiştir. Mahkeme bu davalarda 8. maddenin aile birleşimine uygulanabilir kabul etmiş ancak çoğu kez statüleri ve genel menfaatlerini dikkate alarak bu kişilere uygulanan muamelenin bu maddeyi ihlal etmediği sonucuna varmıştır. Burada üstün gelen düşünce bu kişilerin yabancı olduğu ve birçok ilgili kararda vurgulandığı gibi devletin uluslararası hukuk uyarınca bu kategorideki kişiler ile ilgili olarak kendi topraklarına giriş üzerinde neredeyse mutlak bir kontrol haklarının bulunması ve kabul ve ikamet konularında takdir yetkisinin devlete ait olmasıdır. Daha somut ifadelerle, Avrupa Mahkemesi Sözleşme uyarınca devletin aile hayatının kendi toprakları dışında başka bir yerde yaşanmasının mümkün olmadığı durumlar dışında bu kişileri kabul etmesi ve bu kişilere yerleşme izni vermeye zorlanamayacağı görüşündedir. (Kombe, 2008: 43)

Fakat Şen-Hollanda (Başvuru no. 31465/96, 21 Aralık 2001) ve Tuquabotekle-Hollanda (Başvuru no. 60665/00, 1 Aralık 2005) adlı iki davada Mahkeme farklı bir sonuca varmıştır. Mahkeme iki davanın kendine has özelliklerini dikkate almış ve yabancının söz konusu devletin topraklarına kabul edilmesi ilgili kişinin aile hayatının gelişmesi için en uygun yol olduğu ve ulusal makamların böyle bir karar vermemekle 8. maddenin devlet için getirdiği pozitif yükümlüğün yerine getirilmediği sonucuna varmıştır. Burada Mahkeme'nin kaynağı ülkede yaşayan bir annenin alıcı ülkede bıraktığı çocuğuna daha sonra bu ülkede katılmak istemesi ile ilgilidir. (Kombe, 2008: 44)

Yabancılar ile ilgili yukarıdaki davalarda AİHM şu prensibi kabul etmiştir: Çocuğun sadece doğumu ile ebeveynleriyle arasında sürekli bağları söz konusudur ve sadece istisnai durumlar bu bağları koparabilmelidir. Elbette bu durum hiçbir şekilde Sözleşme'nin ayrılma ve boşanmayı yasakladığı anlamına gelmemektedir.

Mahkeme basitçe ebeveyn/çocuk arasındaki ilişkilerin kopmasına neden olan bu tür olayları reddetmektedir. İlgili içtihat bu bağlamda devletler açısından pozitif yükümlülükler getirmiştir. (Kombe, 2008: 44)

8. Çevre Kirliliğinden Koruma

Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin 8. maddesi, "bireylerin sağlığını ciddi bir biçimde tehlikeye sokmaksızın, özel ve aile yaşamlarını olumsuz etkileyecek şekilde bireylerin esenlikleri üzerinde etkili olabilecek ve evlerini kullanmalarını önleyebilecek ağır çevre kirliliğine de uygulanır. O halde devlet, Sözleşme'nin 8(1). fıkrası gereğince bu tür hakları korumak için uygun ve makul tedbirleri alma konusunda pozitif yükümlülük altındadır. (Doğru, 2007)

Lopez Ostra-İspanya (Başvuru no. 16798/90, 9 Aralık 1994) davasında, başvuru evine birkaç metre uzaklıkta olan bir atık işleme tesisinin neden olduğu koku, ses ve kirlilik oluşturan gazlardan ve bu durumun konutunu, özel hayatını ve aile hayatını ihlal ettiğinden şikâyetçi olmuştur. AİHM'in kararı şöyledir:

"Ağır çevre kirliliği kişilerin sağlığını ciddi bir biçimde tehlikeye sokmaksızın da bireylerin esenliğini etkileyip özel ve aile yaşamları üzerinde olumsuz sonuçlar doğuracak şekilde konuta saygı haklarını kullanmalarını engelleyebilir. Mevcut olaydaki sorun ister devletin başvuru evinin 8. maddenin birinci fıkrasındaki haklarını korumak amacıyla makul ve gerekli tedbirleri almak şeklinde pozitif yükümlülük açısından, isterse ikinci fıkraya göre haklı gösterilebilecek kamu makamlarının bir müdahalesi açısından analiz edilsin, uygulanacak olan ilkeler büyük ölçüde aynıdır. Her iki bağlamda da bireyin ve kamunun yarışan menfaatleri arasında adil bir denge kurulmaya çalışılması gerekir. Her iki durumda da devlet belirli bir takdir alanına sahiptir. Ayrıca 8. maddenin birinci fıkrasından çıkan pozitif yükümlülük bakımından adil denge kurulurken bile ikinci fıkradaki amaçların belirli bir bağlantısı bulunabilir. İç hukuku yorumlamak ve uygulamak öncelikle ulusal makamların ve özellikle ulusal mahkemelerin işidir. Mahkeme'nin görevi ise ulusal makamlar tarafından başvuru evinin konutuna ve özel ve aile yaşamına saygı hakkını koruyan tedbirler alınıp alınmadığı hakkında karar vermektir. Olaylara bakıldığında davalı devletin, kentin ekonomik iyiliği ile başvuru evinin konutuna, özel ve aile yaşamına saygı hakkını etkili bir şekilde

kullanma hakkı arasında adil bir denge kuramadığı anlaşılmaktadır. Bu gerekçeyle 8. maddenin ihlaline karar verilmiştir.” (Yıldırım, 2004: 405–406)

Bu konuda bir diğer örnek karar, Guerra ve Diğerleri-İtalya (Başvuru no. 14967/89, 19 Şubat 1998) davasıdır. Dava konusu olayda, davacılar, yaşadıkları kasabanın yakınında bulunan kimyasal maddeler üreten bir fabrikada üretim faaliyetleri sırasında çok miktarda parlayıcı gaz, sülfür dioksit nitrik asit, sodyum, amonyak ve arsenik trioksitin havaya salındığını, önlem alınmaması nedeniyle yaşamlarına ve fiziksel bütünlüklerine saygı gösterilmesi haklarının ihlal edildiğini, bu nedenle Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edildiğini, öte yandan, ilgili otoritelerin halkı bilgilendirmemesinden dolayı 10. maddedeki bilgi edinme haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. Mahkeme, olaya 8. maddenin uygulanması gerektiğine karar verdikten ve bu tür faaliyetler ile ilgili İtalya mevzuatını değerlendirdikten sonra, şiddetli çevre kirliliğinin kişilerin özel ve aile yaşamlarını olumsuz etkileyerek evlerinde huzur içinde yaşamlarını önleyeceği, dava konusu olayda, sorumlu kamu otoritelerinin, fabrikanın faaliyeti ve bir kaza meydana geldiğinde yörede yaşayanların karşılaşılabileceği risk konusunda gerekli bilgiyi vermemesi nedeniyle Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. (Kilkelly, 2001: 107)

Taraf devletlerin bu gibi durumlarda, ilk olarak, faaliyetin ulusal kuralları ihlal ettiği durumlarda resmi makamların bu faaliyete son vermek için gerekli adımları atması veya faaliyetin yürürlükteki kurallara uymasını sağlamaları gerekmektedir. Her durumda, ilgili kişilerin, üstün gelen kamu yararına tabi olmak üzere, söz konusu tehlikeyi değerlendirebilmelerini sağlayacak bilgiye ulaşma hakkı vardır ve devletin “bu tür kişilerin ilgili ve uygun tüm bilgiyi talep edebilecekleri etkili ve erişilebilir bir prosedür” kurması gerekmektedir. devletin, çevreye zarar vererek, bir grup kişiyi evleri ve ayrıca özel hayat ve aile hayatları ile ilgili olarak etkileyebilecek ekonomik ve sosyal bir politikayı saptadığı durumlarda, devletin ilk olarak söz konusu tüm kişilerin menfaatlerinin dikkate alınabilmesi için uygun inceleme ve çalışma yapması gereklidir ve bu kişilerden evlerini taşıyarak bu politikanın zararlı etkilerinden kaçmak isteyen olduğu takdirde bunu hiçbir maddi kayıpları olmadan yapabilmelidirler. (Kombe, 2008: 48)

9. Konut ve Haberleşme Hakkı Kapsamında Pozitif Yükümlülükler

Mahkeme'nin şimdiye kadar nadiren karşılaştığı sorun bir kişinin konut hakkının üçüncü kişiler veya kamu otoritesini kullanan kişiler tarafından ihlal edilmesi ile ilgilidir.

Konutun özel kişilerce ihlal edilmesi ile ilgili Surugiu-Romanya (Başvuru no. 48995/99, 20 Nisan 2004) ve Novosseletskiy-Ukrayna (Başvuru no. 47148/99, 22 Şubat 2005) adlı iki dava Mahkeme'nin içtihatlarında ilginç boyutlar geliştirmesine fırsat sunmuşlardır. Her iki davada şikâyet edilen olaylar idarenin yasayı uygulamamasından, ulusal mahkemeler tarafından gerekli özen ve dikkatin gösterilmemesi ve belirli mahkeme kararlarının infaz edilmemesinden dolayı meydana gelmiştir. Mahkeme, özellikle de şu durumlarda konuta saygının devlet açısından pozitif tedbir almayı gerektirdiğine hükmetmiştir (Kombe, 2008: 46) :

— Yasanın ulusal mahkemeler tarafından özenli ve dikkatli olarak uygulanması (bu bağlamda Novosseletskiy davası Avrupa Mahkemesinin, hem soruşturma aşaması ile kararı etraflı olarak inceleyerek hem de kabul edilen yorumlamalara odaklanarak, bu alanda detaylı bir inceleme yapılmasını gerektirdiğini göstermektedir)

— Sahibin veya o mekânda oturanların hakkını teyit eden mahkemenin nihai kararının ivedililikle uygulanması (Bu bağlamda, Mahkeme, kararında şunu vurgulamıştır: “İdare, kendi menfaatleri adaletin tamamen uygulanmasıyla aynı olan, hukukun üstünlüğünün bir ögesini oluşturmaktadır ve idarenin bir kararı uygulamayı reddettiği veya ihmal ettiği veya geciktirdiği durumlarda, bireyin, prosedürün yargı aşamasında yararlandığı güvenceler varlık nedenlerini yitireceklerdir.”)

İlgili bir diğer karar ise bir kaç gece kulübünün yakın olmaları nedeniyle muzdarip olunan aşırı gürültü ile ilgili olan Moreno Gomez-İspanya (Başvuru no. 4143/02, 16 Kasım 2004) davasıdır. Bu davada, başvurucunun şikâyetleri ve Mahkeme'nin değerlendirmesi sadece kişinin konutuna saygı hakkı ile alakalıdır. Bu karar ayrıca AİHM tarafından konulan prensipler nedeniyle de dikkate değerdir. Bu durum esas olarak 8. maddede güvence altına alınan kişinin konutuna saygı hakkı ile alakalıdır: Bu husus “sadece fiili fiziksel alana ilişkin hak değil fakat ayrıca bu alandan gürültüsüz bir şekilde yararlanma hakkı” olarak anlaşılmalıdır. Bu hakkın

ihlali ile ilgili olarak, “bu haklar kişinin konutuna izinsiz girmek gibi ‘somut ve fiziksel ihlallerle sınırlı olmayan’ yani gürültü, atık, koku ve diğer müdahale türleri de dâhil olmak üzere” geniş olarak somut ve fiziksel olmayan müdahaleler olarak algılanmalıdır. Bu davada başvuru, ulusal makamların doğrudan hakkını kullanmasına müdahale ettiğinden değil bu makamların gece kulüpleri nedeniyle ciddi huzur kaybı ile ilgili olarak pasif kalmalarından şikâyetçi olmuştur. Aslında bu tesislerin açılması için belediye tarafından izin verildiği, belediye tarafından atanan bir uzmanın hukukî sınırların üzerindeki bir gürültü seviyesinden kaynaklı “akustik bir yoğunluğun” söz konusu olduğu konusundaki görüşünün bulunmasına rağmen belediyenin yıllar boyunca harekete geçmemiş olduğu kanıtlanmıştır. Mahkeme bu koşullarda, mantıklı olarak 8. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. (Kombe, 2008: 47)

Cotlet-Romanya (Başvuru no. 38565/97, 3 Haziran 2003) davası da haberleşme hakkı ile ilgilidir. Bu kararda görülmektedir ki, 8. madde belirli koşullarda cezaevi makamları için bir tutuklunun Mahkeme ile yazışması için kendisine imkân sağlamak gibi pozitif bir yükümlülük getirmektedir. Unutulmamalıdır ki kararın gerekçesi ve bu yükümlülük bağıntılı olarak görülmelidir. AİHM Sözleşme’nin, devletler için mahpusların tüm yazışmalarının posta giderlerini karşılama ve yazışmada bulunma seçeneğini güvence altına alma yükümlülüğü getirmediğine işaret ederken dikkatli davranmıştır. Bu nedenle, söz konusu davada olduğu gibi, haberleşme ile ilgili kuralların cezaevi yönetmeliğine dayanmadığı, kâğıt ve zarfların oldukça yetersiz olarak sağlandığı (ayda iki zarf) ve mükerrer taleplerin dikkate alınmadığı durumlar gibi sadece özel durumlarda 8. maddenin ihlal edildiği sonucuna varılacaktır. (Kombe, 2008: 47)

VII. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ (AİHS m. 10)

A. Genel Olarak İfade Özgürlüğü

Düşünce ve düşündüklerini ifade etme özgürlüğü, demokratik süreçte önemli bir yer tutmaktadır. Yeni ve daha iyi fikirlerin ortaya çıkmasının zeminini ifade özgürlüğü oluşturmaktadır. Birbirinden farklı çeşitli fikirlerin olması ve bunların

tartışılması bireylere farklı düşünceler arasında seçim yapma olanağı sunmaktadır. İfade özgürlüğünün varlığı halinde ancak kişiler, kendi düşüncelerinin doğru veya yanlış olduğunu test edebilirler. (Ünal, 2001: 220) Demokratik bir toplumda, ifade özgürlüğü, yöneticilerin veya kamu makamlarının hoşuna gidecek şeyleri söyleme hakkı değil, her türlü düşüncüyü serbestçe açıklama özgürlüğüdür.(Bıçak, 2002)

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesi ifade özgürlüğünü şu şekilde düzenlemektedir:

“10. Madde: İfade özgürlüğü

1. Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir alma ve verme özgürlüğünü de içerir. Bu madde, devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine bağlı tutmalarına engel değildir.

2. Görev ve sorumluluk yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, demokratik bir toplumda zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için yasayla öngörülen bazı biçim koşullarına, sınırlamalara ve yaptırımlara bağlanabilir.”

Görüldüğü gibi, ifade özgürlüğü başlığını taşıyan Sözleşme'nin 10'uncu maddesi iki fıkradan oluşmaktadır. Birinci fıkrada ilke olarak ifade özgürlüğü güvence altına alınmış, ikinci fıkrada ise, ifade özgürlüğünün kullanılması üzerindeki kısıtlama sebepleri sayılmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10.maddesinin, Sözleşme'nin en temel ve en önemli hükümlerinden birini içerdiği genelde kabul edilmektedir. 1998 yılında yeniden yapılanan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ifade özgürlüğüne verdiği önemi sembolik olarak göstermek amacıyla ilk kararını ifade özgürlüğü ile ilgili olarak vermiştir. İfade özgürlüğü, tüm insan hak ve özgürlükleri içinde, yaşam hakkıyla birlikte en önemli olanıdır. Bu önem, düşüncenin insanın yararlandığı birçok hak ve özgürlüğün temelini yani olmazsa olmaz koşulunu oluşturması gerçeğinden kaynaklanmaktadır. Sözleşme sisteminde ifade özgürlüğü demokratik

toplumun zorunlu dayanaklarından biri ve kişilerin kendilerini geliştirmelerinin önde gelen bir şartı olarak değerlendirilmektedir. (Dinç, 2005: 36)

B. İfade Özgürlüğü (AİHS m. 10) Kapsamında Pozitif Yükümlülükler

Devletin, ifade hürriyetinin gerçekleşmesi bakımından hem pozitif hem de negatif yükümlülüğü bulunmaktadır. (Dost, 2001: 12) Devlet, sadece negatif bir faaliyette bulunarak yani “karışmayarak” ifade hürriyetinin gerçekleşmesini sağlayamaz. Bunun yanında bir takım pozitif eylemlerde de bulunmak zorundadır. Ancak devletin bu konudaki pozitif yükümlülüğü, ifade hürriyeti için ekonomik kaynak tahsis etmesi olarak anlaşılmamalıdır. Bu bağlamda kişilerin kendilerini geliştirmelerinin ve bilgiye ulaşmalarının önündeki engellerin kaldırılması, bu konudaki pozitif yükümlülüklerdendir. (Okumuş, 2006: 10)

Sözleşme'nin 10. maddesinden doğan pozitif yükümlülüklerin kapsamı, içtihatlarla belirtildiği gibi, bugüne kadar bireyler arasındaki ilişkilerle sınırlı kalmıştır. Guerra davasında başvuru, 10. maddeden gelen ve dahası Avrupa Mahkemesi tarafından kabul edilen, kamunun bilgi edinme hakkının ulusal makamlar için özellikle tehlikeli bir faaliyetin bireylerin sağlığı ve aile hayatı ve özel hayatı için tehlike oluşturduğu durumlarda, bilgiyi toplama ve yayma görevi getirdiğini ileri sürmek istemiştir. Fakat Mahkeme, böyle bir hakkın Avrupa Sözleşmesinin bu maddesinden çıkarılamayacağı sonucuna varmıştır. İfade özgürlüğü ihlali özel ilişkilerde farklı şekillerde olabilir. Yine de uygulanan ilkeler aynı kalmaktadırlar. İlk olarak, bireylerin eylemleri ile ilgili olarak ifade özgürlüğü esas olarak yargısal çerçevenin uyarlanması ile ilgilidir. İfade özgürlüğünün yürürlükte mevzuat ile mümkün kılındığı durumlarda devlet bu yükümlülüğü yerine getirmemiş olacaktır. İkinci olarak, bu özgürlüğün kullanılmasına dair bilinen tehditlerin söz konusu olduğu durumlarda, ulusal makamların kişileri ve mülkü korumak için, pratik tedbirler dâhil olmak üzere gerekli adımları atması gerekmektedir. Bu durumda, devletin kamuya açık özel binalarda ifade özgürlüğünün kullanılmasını güvence altına almak gibi bir pozitif yükümlülüğü var mıdır? Bu soru bir şirketin kendi alışveriş merkezinde el ilanları dağıtmak için stant kurulmasına izin vermeyi reddetmesi ile ilgili olarak Appleby ve diğerleri – Birleşik Krallık davasında gündeme gelmiştir. Mahkeme kişinin mülkiyet hakkının (1 No'lu

Protokol'ün 1. maddesi) üstün gelmesi gerektiği sonucuna vararak olumsuz bir yanıt vermiştir. (Kombe, 2008: 50–51)

Özgür Gündem-Türkiye (Başvuru no. 23144/93, 16 Mart 2000) davasında günlük bir gazeteye ve gazete personeline yönelik iki yıl içerisinde çok sayıda yasadışı şiddet olayı gerçekleşmiş olmasına rağmen bu olayları araştırma konusunda kamu makamlarınca herhangi bir işlem yapılmamıştır. Saldırı ve tacizlerin kamu görevlilerinin doğrudan veya dolaylı yönlendirmesi ile gerçekleştiği iddia edilmiştir. Gazetenin ofisinde güvenlik kuvvetlerince yapılan aramada binada bulunan kişilerin hepsi gözaltına alınmış, bütün doküman ve arşivlere el konulmuştur. Arama süresince gazete iki gün yayınlanamamıştır. Gazetenin editörleri terör örgütüne üye olmak, yardım ve yataklık etmek suçunu işledikleri gerekçesiyle hapis cezasına çarptırılmışlardır. Gazete hakkında toplatma ve kapatma kararları verilmiştir. Olayı değerlendiren Mahkeme ifade özgürlüğünün önemli fonksiyonlarından birisinin demokrasinin gerektiği gibi çalışmasının bir ön şartı oluşturması olduğunu, bu özgürlüğün gerçek anlamda kullanılabilmesi için sadece devletin ifade özgürlüğün kullanılmasına müdahale etmemesinin yeterli olmadığı, devletin, pozitif önlemler alması gerekebileceği, söz konusu gazeteye ve personeline ciddi saldırılar gerçekleştirildiği ve bu saldırıların gazetenin yayını ve dağıtımını etkilediğinin devletçe bilinmesine rağmen, gazete yönetiminin ve personelinin istek ve dilekçelerinin hiç birisine cevap verilmediği, saldırıların ciddiyeti ve yaygınlığının yanı sıra saldırıların sistematik olarak yapıldığı ve yetkililerin bilgisi ve desteği dâhilinde gerçekleştiği iddiaları dikkate alındığında, savcılarca gerçekleştirildiği söylenen araştırma ve soruşturmalar yeterli ve etkili tedbirler olarak kabul edilemeyeceği, bir terör örgütü üyesinin görüşlerinin yayınlanmış olması veya devletin resmi politikasını ifade eden fikirlerin kötülenmesi tek başına bir gazetenin ifade özgürlüğünü sınırlamak için yeterli olmadığı tespitini yaparak ifade özgürlüğünün ihlal edildiği hükmünü vermiştir. (Bıçak, 2002)

Mahkeme, düzeltme ve cevap hakkına ilişkin konuyu 28 Ağustos 2003 tarihinde Melnychuk-Ukrayna (Başvuru no. 23436/03) başvurusunun kabul edilebilirlik kararında incelemiştir. Karara konu olan olaylar şöylece özetlenebilir:

1996 yılında yerel bir gazete, başvurucunun yazmış olduğu bir kitap hakkında eleştirel bir değerlendirme yazısı yayınlamıştır. Gazete daha sonra (26 Ocak 2001 tarihinde) başvurucunun yazmış olduğu şiir kitabı hakkında da eleştirel bir değerlendirme yazısı yayınlamıştır. Her iki eleştiri yazısını da kaleme alan gazeteci, başvurucu hakkında oldukça olumsuz değerlendirmeler yapmıştır. Başvurucu, gazeteye yayınlanmak üzere bir cevap yazısı göndermiş, ancak cevap gazeteciye yönelik hakaretler ve edepsiz ifadeler içerdiği gerekçesiyle yayınlanmamıştır. Bunun üzerine başvurucu, tazminat talebiyle birlikte cevap yazısının yayınlanması için yerel mahkemeye başvurmuş; ancak yerel mahkeme bu talebi, gazetecinin yapmış olduğu eleştirilerin başvurucunun yazmış olduğu eserler hakkında bir yorum ve görüş bildirme niteliğinde olduğu ve buna karşı bir cevap hakkının söz konusu olamayacağı gerekçesiyle reddetmiştir. Temyiz mahkemesi de yerel mahkemenin kararını onamıştır. İç hukuk yollarını tüketen başvurucu, AİHM'e başvurmuştur. Konuyu değerlendiren AİHM, cevap hakkıyla ilgili olarak önemli tespitler yapmıştır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, Mahkeme cevap hakkıyla ilgili Avrupa Konseyi belgelerine "ilgili uluslararası ve iç hukuk" başlığı altında doğrudan göndermede bulunmuştur. İfade özgürlüğünün demokratik bir toplumun en önemli temellerinden birini oluşturduğuna, demokratik toplumunun ilerlemesinin (gelişiminin) ve her bireyin kendi kendini gerçekleştirmesinin en temel koşullarından birini oluşturduğuna dikkat çeken Mahkeme, cevap hakkının ifade özgürlüğünün en önemli unsurlarından (element) biri olduğunu belirtmiştir. Mahkeme'ye göre düzeltme ve cevap hakkı, gerçek dışı bilgiye karşı itirazda bulunulabilmesi için gerekli olduğu gibi, özellikle genelin çıkarının/yararının söz konusu olduğu siyasal ve edebi tartışmalarda düşünsel çoğulculuğun sağlanabilmesi için gereklidir. Mahkeme'ye göre medya, kural olarak bireyler tarafından sunulan makale, yorum ya da herhangi diğer yazılardan hangisini yayınlayıp hangisini yayınlamama konusunda editoryal bir takdir hakkına sahip bulunmaktadır; ancak, kimi durumlarda medyanın bir yazıyı – örneğin, hakaret davalarında verilen bir kararı ya da bir özür yazısını - yayınlaması haklı biçimde talep edilebilir. Bu durumda, bireyin medyadaki ifade özgürlüğünü gerçekleştirmesinin temini konusunda devletin bir olumlu (pozitif) edim yükümlülüğü ortaya çıkabilmektedir. Öyle ki devlet, medyaya erişim talebinin geri çevrilebilmesiyle ilgili koşulları bireyin ifade özgürlüğüne orantısız bir müdahale

oluşturacak ölçüde bir keyfilige bağlı olmaktan çıkarmalıdır ve söz konusu geri çevirmeye karşı yetkili bir yerel makam önünde itirazı olanaklı kılacak düzenlemeleri yapmalıdır. Mahkeme'ye göre, cevap hakkının tanınması bireyin ifade özgürlüğü hakkının bir gereğidir ve bu hakkın kullanılmasını olanaklı kılacak düzenlemeleri yapmak, ifade özgürlüğü bağlamından devletin pozitif edim yükümlülüğünün bir gereği olmaktadır. Olayda, başvurucuya cevap hakkının sağlandığı ve hakkın kullanılmasıyla ilgili hukuksal güvencelerin verilmiş olduğu görülmektedir. Bu bağlamda devletin, Sözleşme'nin 10. maddesinden kaynaklanan pozitif edim yükümlülüğünü savaştırmış olduğundan söz edilemeyecektir.

Mahkeme'nin kararı, iki önemli noktaya vurgu yapmaktadır. İlk olarak, düzeltme ve cevap hakkının ifade özgürlüğü sistemine katkısına dikkat çekilmiştir. Etkin bir ifade özgürlüğü sisteminin oluşturulabilmesi için düzeltme ve cevap hakkının kurumsallaştırılması gereğine işaret edilmektedir. İfade özgürlüğü piyasasının gereği gibi işleyebilmesi için bu hakkın tanınması gerekmektedir. Başka bir deyişle, düzeltme ve cevap hakkı kurumu, piyasadaki düşünsel çoğulculuğun sağlanabilmesinin bir aracıdır. Dahası bu kurum, gerçeğin ortaya çıkmasına yardımcı olmakta; dolayısıyla da ifade özgürlüğünün en temel unsurlarından biri haline gelmektedir. İkinci olarak, düzeltme ve cevap hakkının, devletin pozitif edim yükümlülüğü çerçevesinde ifade özgürlüğü hakkının koruduğu çıkarlar yapısının sınırları içinde kaldığı belirtilmiş olmaktadır. Başka bir deyişle, düzeltme ve cevap hakkı, ifade özgürlüğü hakkının norm alanı içinde kalmaktadır. Zira düzeltme ve cevap hakkının, bireyin ifade özgürlüğüne sağladığı destek doğrudan ve açıktır. Bu hak sayesinde bireyin ifade özgürlüğü ile medyanın ifade özgürlüğü arasında adil bir denge kurulmuş olmaktadır. Aksi durumda bireyin ifade özgürlüğüne yeterli korumanın sağlanmamış olduğu ve böylece hakkın ihlal edilmiş olduğu kabul edilecektir. (Şahin, 2008: 212–214)

VIII. DERNEK KURMA ve TOPLANTI ÖZGÜRLÜĞÜ (AİHS m. 11)

A. Genel Olarak Dernek Kurma ve Toplantı Özgürlüğü

Dernek özgürlüğü, bireylerin toplumsal ve siyasal hayata geniş katılımını sağlayan en önemli özgürlüklerdendir. Dernek örgütlenmesinde amaç, kar amacı

gütmeden toplumun bütün kesimlerine ya da belli bir topluluğa yönelik yararlı faaliyetlerde bulunmaktır. Demokratik ülkelerde derneklerin varlığı kaçınılmazdır. Özellikle günümüzde, sivil toplumun gelişmesi ve desteklenmesiyle derneklere verilen önem artmıştır. Dernekler, demokratik bir ortamda faaliyette bulunup, hoşgörü içerisinde kendi anlayışlarını serbestçe yansıtabilmelidirler. Bu amaçla, yönetimlerin, dernek özgürlüğünün gelişimine değer vererek bu özgürlüğün kullanımını kolaylaştırıcı bir yaklaşım içerisinde bulunma zorunluluğu vardır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde dernek özgürlüğü, 11. maddede örgütlenme özgürlüğü kapsamında düzenlenmiştir. Sözleşme'nin 11. maddesi genel ifade içeren bir hüküm olduğu için dernek özgürlüğünün kapsamı Sözleşme içtihadınca belirlenmektedir. (Metin ve Aslan, 2007: 272)

Dernek kurma ve toplantı özgürlüğü başlığını taşıyan Sözleşme'nin 11'inci maddesi şu şekildedir;

11. Madde: Dernek kurma ve toplantı özgürlüğü

1. Herkes asayişini bozmayan toplantılar yapmak, dernek kurmak, ayrıca çıkarlarını korumak için başkalarıyla birlikte sendikalar kurmak ve sendikalara katılmak haklarına sahiptir.

2. Bu hakların kullanılması, demokratik bir toplumda zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amaçlarıyla ve ancak yasayla sınırlanabilir. Bu madde, bu hakların kullanılmasında silahlı kuvvetler, kolluk mensupları veya devletin idare mekanizmasında görevli olanlar hakkında meşru sınırlamalar konmasına engel değildir.

11. maddede güvence altına alınan toplantı ve dernek kurma özgürlüğü, düşünceyi açıklama özgürlüğünün öteki tezahür şekillerinden biridir. Bu hak da, düşünceyi açıklama özgürlüğü gibi özgürlükçü demokratik düzenin temeli sayılmaktadır. Bu yönüyle bakıldığında 10. madde ile garanti altına alınan ifade özgürlüğü, toplanma ve örgütlenme özgürlüğünün amaçlarından biridir. Gerek toplantı, gerek örgütlenme suretiyle bireylerin bir araya gelmesi, demokratik yönetimin zorunlu koşuludur. (Alpkaya, 2001: 6)

B. Dernek Kurma ve Toplantı Özgürlüğü (AİHS m. 11) Kapsamında Pozitif Yükümlülükler

Toplantı özgürlüğünü askıya alma veya kısıtlama olanağına karşılık, devletin bu hakkın etkili biçimde kullanılabilmesini sağlama konusunda pozitif bir yükümlülüğü vardır. Bu yükümlülük özellikle göstericilerin hasımlarıyla çatışmaya girdiği durumlarda geçerlidir. (Korkelia, 2002: 407)

Platform “Arzte Für Das Leben-Avusturya (Başvuru no. 10126/82, 21 Haziran 1988) kararında, başvuru dernek, kürtaja karşı bir gösteri yürüyüşü düzenlemek için izin istemiş ve bu izin polis tarafından verilmiştir. Aynı gün, aynı yerde karşı gösteri düzenlemek isteyenlerin talebi ise polis tarafından reddedilmiştir. Ancak izinli yürüyüşçüler olay çıkması ihtimaline karşı yürüyüş başlamadan kısa bir süre önce polis yetkilileri ile görüşerek yürüyüş mekânını değiştirmişlerdir. Polis yetkilileri güvenlik görevlilerini ilk mekânda konuşturdukları gerekçesiyle ikinci mekânda karşı göstericilerin yumurta atmalarını ve kendilerini rahatsız etmelerini engelleyemeyeceklerini ve bu gibi protestolara karşı yeterli koruma sağlayamayacaklarını belirtmişler, ancak yürüyüşün yapılabileceğini söylemişlerdir. Başvurucuların yürüyüşü karşı göstericilerin protestolarına maruz kalmış, ancak fiziksel bir şiddet meydana gelmemiştir. Başvurucular AİHK’ya başvurarak etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. Mahkemeye göre, 11’inci madde, gösteri yürüyüşüne katılacak olanların karşı gösteri yapacak olanların fiziksel şiddetine maruz kalmaktan korkmadan gösterilerini yapabilmelerini gerektirir. Demokratik bir toplumda karşı gösteride bulunmak, gösteri yapma hakkının kullanılmasını kısıtlayacak dereceye varamaz. AİHS 11. madde bazen bireyler arasındaki ilişkilerde devletin pozitif tedbirler almasını da gerekli kılar. Sözleşmeciler devletler hukuka uygun gösterilerin barışçıl bir biçimde yapılmasını sağlamak için makul ve gerekli tedbirleri alma yükümlülüğünde ise de, tedbir almak üzere uygun araçları seçerken geniş bir takdir yetkisine sahiptirler. Resmi makamların esas yükümlülüğü durumun gerektirdiği pratik koruma tedbirleri almaktır. Bu bir sonuç yükümlülüğü değil bir yöntem yükümlülüğüdür ve Mahkeme sadece makul ve uygun tedbirleri talep etmektedir. Mahkeme, bu konuda devletin yükümlülüğü tedbir almak olup sonucun gerçekleşmesini sağlamak olmadığından, olayda tartışılabilir bir hak ihlali iddiası bulunmadığı için toplanma özgürlüğü

bakımından 13'üncü maddenin uygulanabilir olmadığına karar vermiştir (Alpkaya, 2001: 10–11; Gözlügül, 2002: 223; Dutertre, 2003: 278)

Young, James ve Webster (Başvuru no. 7601/76, 13 Ağustos 1981) davasında başvurucular, eskiden Britanya Demiryollarında çalışan işçilerdir. Britanya Demiryolları ile üç sendika arasında 1975'te bir "kapalı işyeri" sözleşmesi imzalamıştır. Buna göre demiryollarında istihdam edilmek için, bu üç sendikadan birine üyelik şarttır. Başvurucular bu şartı yerine getirmediikleri için, 1976'da işten çıkarılmışlardır. Başvurucular, işten çıkarılmalarının, Sözleşme'nin 9, 10, 11 ve 13. maddelerini ihlal ettiğini iddia etmişlerdir. Mahkeme, işverene sendikaya girmediği için işçiyi işten çıkarma yetkisini veren yasayı Sözleşme'ye aykırı bulmuştu. Çünkü iç hukuk, başvurunun yapıldığı sırada şikâyet konusunu hukuka uygun kılmaktadır. Mahkeme bunu ortaya koyduktan sonra şikâyete konu olan işverenin kamuya mı yoksa özel sektöre mi ait bulunduğunu incelemeyi gereksiz bulmuştu. Mahkeme, eğer şirkete konu olan işverenin özel sektör kuruluşu olduğu varsayılacak olursa sorumluluğunun özel sektör işverenlerinin davranışlarını kontrol etmek pozitif yükümlülüğünden kaynaklanacağı kabul etmiştir. AİHM'e göre bu pozitif yükümlülüklerin temeli Sözleşme'nin 1. maddesidir. Buna göre, eğer ihlal bu yükümlülüğe devletin uymamasından ötürü meydana gelmişse, o devletin sorumlu tutulabileceğidir. (Sunay, 2001: 248; Gemalmaz, 2005: 97–98)

Wilson ve The National Union Of Journalists, Palmer, Wyeth, The National Union Of Rail, Maritime, Transport Workers, Doolan ve Diğerleri-Birleşik Krallık (Başvuru no. 30668/96, 2 Temmuz 2002) davası sendikanın temsilinden vazgeçme karşılığı ücret artışı ve toplu iş sözleşmesi hakkı ile ilgilidir. İlk başvurucu, gazeteci olarak günlük bir gazetede çalışmaktadır. 10.11.1989 tarihinde diğer gazeteciler gibi başvurucu da gazete sahibinden bir yazı alır. Söz konusu yazıda, Ulusal Gazeteciler Sendikası ile mevcut anlaşmanın uzatılmayacağı ve artık toplu sözleşme konusunda bu sendika ile görüşmek istenmediği yazılıdır. Çalışanlara, eğer bireysel hizmet sözleşmesi imzalarlar, çalışma saatlerinde sendikal faaliyetlerle uğraşmazlar ve işverenle yapılacak görüşmede kendilerini sendika aracılığıyla temsil ettirme hakkından vazgeçerlerse, ücretlerinin yükseltileceği vaat edilir. Başvurucu Wilson, sözleşme imzalamayı reddeder. İzleyen yıllarda ücreti yükseltilir; ancak asla bireysel sözleşme yapmış olan diğer çalışanların ücretlerindeki artışa ulaşamaz. Başvurucu

Palmer ve Wyeth ile Doolan ve diğer başvurucular, liman işçisi olarak Associated British Ports'da çalışmaktaydılar. 1992 yılında Associated British Ports, sendikayı artık tanımadığını bildirir. Başvurucular sendika hakkına ilişkin Sözleşme'nin 11'inci maddesi ile düşünceyi açıklama özgürlüğüne ilişkin 10'uncu maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. Başvurucular, Sözleşme'nin 11'inci maddesiyle güvence altına alınan kendi menfaatlerini korumak amacıyla sendika kurma hakkının zorunlu olarak işverenle yapılan görüşmede işçilerin sendika tarafından temsil edilmesi hakkını da içerdiği ve bu hakkın kullanılması nedeniyle ayrımcılık yapılamayacağı düşüncesindedirler. Mahkeme, 11'inci maddenin, dernek kurma özgürlüğünün özel bir görünümü veya biçimi olarak sendika özgürlüğünü de içerdiğini hatırlatır. Mevcut olayda işverenler, sendikanın veya üyelerinin toplu iş sözleşmesi görüşmelerinin sınırlandırılmasına karşı her protestosunu, kolektif görüşmenin sona ermesine onay veren işçilerin ücretlerini arttırma sözü vermek suretiyle önceden engellemeye çalışmıştır. Böylece İngiliz hukuku, işverene dernek özgürlüğünün önemli bir unsuru olan bir haktan vazgeçmeye hazır olmayan işçilerin dezavantajlı duruma düşürülmesine izin vermektedir. Bu, işçilerin menfaatlerini korumak için sendikaya üye olmak isteyen işçilerin sınırlandırılması veya korkutulması niteliğindedir. İngiltere, finansal teşvik yoluyla işçilerin sendika özgürlüğü hakkının önemli bir unsurundan vazgeçmeye razı olmalarına izin vermek suretiyle Sözleşme'nin 11'inci maddesinde öngörülen hakların icrasını güvence altına alma yönündeki pozitif yükümlülüğünü ihlal etmiştir. (Tezcan vd., 2004: 291–292)

SONUÇ

İnsan hakları kavramının önemi her geçen gün artmaktadır. Bu hakların gerçek anlamda öneminin anlaşılmasıyla birlikte insanlar, bu hak ve özgürlükleri koruma arayışı içine girmişlerdir. Özellikle İkinci Dünya Savaşı sırasında insan hakları konusunda ağır ihlaller olmuştur. İkinci Dünya Savaşı sonrasında devletler kendi aralarında, insan haklarını korumaya yönelik sözleşmeler imzalamıştır. Bu sözleşmeler içinde en çok dikkat çeken 4 Kasım 1950 tarihinde Roma’da imzalanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’dir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilen sözleşmelerde “Medeni ve Siyasi Haklar” ya da “kişisel ve siyasi haklar” denilen ve Anayasamızca “kişi hakları” ve “siyasi haklar” adı altında düzenlenen klasik-liberal (birinci kuşak) hak ve özgürlüklerin bir kısmı teminat altına alınmış, İnsan Hakları Evrensel Beyanname’sinin tanıdığı sosyal haklar ise kapsam dışı bırakılmıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, garanti altına aldığı hak ve özgürlüklerin korunmasını sağlamak için güçlü bir denetim mekanizması olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ni kurmuştur. AİHS ve denetim mekanizması olan AİHM, günümüzde insan hakları ihlallerine karşı kurulan sistemler içinde en kapsamlı koruma sağlayan sistemdir.

İnsan hakları iddialarının muhatabı prensip olarak devlettir. Bu çerçevede devletin insan haklarıyla ilgili olarak, tanıma, dokunmama, koruma, temin/tedarik olmak üzere başlıca dört ödevinin bulunduğu söylenebilir. Buna göre, devletler insan haklarını tanımak zorundadır. Devletler, insan hakları kullanımına prensip olarak karışmamalıdır. Devlet aynı zamanda insan haklarıyla korunan temel değerlere yönelik olarak başka kişi ve gruplardan gelecek saldırıları önlemek, ayrıca vaki saldırıları cezalandırmak yükümlülüğü altındadır. Bazı istisnai durumlar ise devletlerin bireylere karşı temin/tedarik yükümlülüğü altında olduğu söylenebilir.

İnsan hakları geleneksel bir yaklaşımla, negatif haklar ve pozitif haklar şeklinde sınıflandırılmaktadır. Negatif haklar, devlet müdahalesine karşı güvence altına alınması ve siyasi iktidar karşısında korunması gereken hakları ifade eder. Burada devlete düşen görev, öncelikle bu alana karışmamaktır. Pozitif haklarda ise, negatif hakların tersine devletin olumlu bir müdahalesinin, bir ediminin olması

gerektiği ileri sürülmektedir. Ancak, bugün bu anlayışa dayalı sınıflandırma, batılı hukuk çevrelerince hemen hemen terk edilmiştir. Çünkü bu ayırımıda kullanılan kriter, insan haklarının bütünlüğü ve karşılıklı bağımlılığı ilkesini göz ardı etmektedir. Modern hürriyet anlayışı içerisinde ister pozitif haklar olsun, ister negatif haklar olsun bunlara devletin müdahalesi kaçınılmazdır. Kısaca modern hürriyet anlayışında haklar, hem pozitif hem negatif özellik gösterir.

İnsan haklarının korunmasından söz edildiği zaman, uzun süre, devletin hep negatif (el atmama, müdahale etmeme) yükümü düşünöldü. AİHS'in yapıldığı yıllarda devletler, Sözleşme maddelerinin ifade tarzından sadece negatif yükümlölük altına girdiklerini düşünmüşlerdi. Ancak AİHM, Sözleşme'yi yorumlarken taraf devletlerin, negatif yükümlölüklerinin yanında pozitif yükümlölüklerinin de olduğuna karar vermiştir. Pozitif yükümlölükler, kavram olarak ilk defa 1968 tarihli Belçika Dil Davası kararında kullanılmıştır. Pozitif yükümlölükler, devletlerin Sözleşme'deki hakları ve özgürlükleri korumak için gerekli önlemleri alma yükümlölükleridir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, devletin pozitif yükümlölüklerinin hukuki temelini Sözleşme maddelerinin hakları tanıyan hükümlerinde bulmuş; Sözleşme'nin insan haklarına saygı yükümlölüğünü getiren 1. maddesini ve etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkı getiren 13. maddesini pozitif yükümlölüğü güçlendirici bir zemin olarak kullanmıştır. Pozitif yükümlölüklerin amacı, AİHS'in etkili bir şekilde uygulanması ve güvence altındaki hakların etkili olarak korunmasıdır. İki tür pozitif yükümlölükten söz edilebilir. Birincisi esasi yükümlölükler, ikincisi ise usuli yükümlölüklerdir. Usulü yükümlölüklere soruşturma yükümlölüğü de denir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hakların etkili kullanılmasını sağlamak için Mahkeme'ye Sözleşme'yi yorumlama yetkisi tanımıştır. AİHM, Sözleşme'yi yorumlarken zaman zaman klasik yorum yöntemlerini (tarihsel, deyimsel, sistematik, karşılaştırmalı hukuk yöntemi) kullanmaktadır. Ancak Mahkeme, AİHS'in özel niteliklerine ve mantığına daha fazla uyması nedeniyle, dinamik yorum yöntemlerini daha sık tercih etmektedir. AİHM'in getirdiği Sözleşme'ye özgü yorum yöntemlerinden biri olan dinamik yorum, Sözleşme'nin günün koşulları ışığında yorumlanmasını ifade eder.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, dinamik ve etkili yorum yaparak taraf devletlerin Sözleşme'den kaynaklanan pozitif yükümlülükleri olduğunu birçok kararında belirtmiştir. Örneğin; yaşam hakkı konusunda taraf devletlerin, yaşamı etkili bir şekilde koruyacak yasal rejim oluşturma yükümlülüğü, yaşamı gerçekten tehlikede olan kişiler için koruyucu tedbirler alma yükümlülüğü ve yaşam hakkı ihlal edilince bu durumu etkili ve yeterli bir şekilde soruşturma yükümlülüğü vardır. Yine işkence yasağı kapsamında taraf devletlerin; özgürlüğünden mahrum bırakılan kişileri koruma yükümlülüğü, üçüncü kişilerden gelecek tehlikelere karşı bireyleri koruma yükümlülüğü ve işkence iddialarını yeterli ve etkin araştırma yükümlülüğü vardır. Özel hayatın ve aile hayatının korunması hakkı kapsamında ise devletlerin Sözleşme'den kaynaklanan pozitif yükümlülükleri şunlardır: Kişinin cinsel saldırıya karşı korunması, kişinin cinsel kimliğinin tanınması yükümü, kişilerin kökenleri ile ilgili bilgilere ulaşmalarını sağlama görevi, isim tercihinin resmi olarak tanınması, kişinin itibar hakkının korunması, sosyal özel hayatın korunması yükümlülüğü, aile hayatının korunması yükümlülüğü, kişileri çevre kirliliğinden koruma yükümlülüğü ve konut ve haberleşme hakkının korunması yükümlülüğü.

Sonuç olarak, pozitif yükümlülükler kavramı, Mahkeme'nin Sözleşme'yi günün koşulları ışığında ve dinamik yorum yöntemini kullanmasıyla bir içtihat olarak ortaya çıkmıştır. Mahkeme, davaları incelerken her somut olayın şartlarına bakarak karar vermektedir. Toplumdaki değişmeler ve gelişmeler, sosyal hayatın değişmesi, teknolojinin her geçen gün yenilenmesi, ileride yeni ve değişik konuları Mahkeme'nin karşına getirecektir. Böylece zamanla pozitif yükümlülüklerin alanı genişleyecektir. Çünkü pozitif yükümlülüklerin sınırı çizilmemiştir.

KAYNAKÇA

Kitaplar

- AKAD, M., **Teori ve Uygulama Açısından 1961 Anayasasının 10. Maddesi**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1984.
- AKAD, M. ve DİNÇKOL, B. V., **Genel Kamu Hukuku**, Der Yayınları, 3. Basım, 2004, İstanbul.
- AKTAN, İ., **Türkiye’de Hak Temelli STK’lar Sorunlar ve Çözüm Arayışları**, Ed. Merve Erol, STGM Yayınları, Ankara, 2007.
- ANAYURT, Ö., **Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004.
- ARIK, F., **Avrupa İnsan Hakları Çerçevesinde İnsan Haklarının Milletlerarası Korunması**, AÜ SBF Dergisi, C. XV , No:4, Ankara Aralık 1960.
- AZAK, Ü., **Soruşturma ve Yazışma Teknikleri**, Özkan Matbaacılık, Ankara, 1997.
- BULUT, N., **Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009.
- CRAWSHAW, R., DEVLİN B. ve I. JILLIAMON, **Human Rights and Policing**, The Hague: Kluwer Law International, 1998.
- ÇAVUŞOĞLU, N., **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine**, AÜ SBF, İnsan Hakları Merkezi Yayınları Özel Dizi No: 1, Ankara, 1994.
- DİNÇ, G., **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Göre İnanç, Anlatım ve Örgütlenme Özgürlükleri**, İzmir Barosu Yayınları, İzmir, Aralık 2005.
- _____, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Göre Adil Yargılanma Hakkı**, İzmir Barosu Yayınları, İzmir, Mart 2006.
- DOĞRU, O., **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı**, Legal Yayıncılık, İstanbul, Mart 2006.
- DONNELLY, J., **Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1995.
- DOST, S., **Avrupa İnsan Hakları Yargısında İfade Özgürlüğü ve Türkiye**, Fakülte Kitabevi, 2001.
- DRÖGE, C., **Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention / Positive Obligations of States under the European Convention on Human Rights**, Springer-Verlag, Berlin/Heidelberg, 2003.
- DUTERTRE, G., **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler**, Avrupa Konseyi Yayınları, 2003.
- ERDAL, U. VE BAKIRCI H., **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 3. Maddesi Uygulama El Kitabı**, OMCT El Kitapları Dizisi, Cilt: 1, Kasım 2006.

- ERDOĞAN, M., **Anayasal Demokrasi**, Siyasal Kitabevi, Ankara, 1996.
- _____, **İnsan Hakları**, Matus Basımevi Reklam ve Yayıncılık Tic. Ltd. Şti., Ankara 2006.
- _____, **İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku**, Orion Yayınları, Ankara, 2007.
- ERGÜL, E., **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Uygulaması**, Yargı Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2004.
- GEMALMAZ, H. B., **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve Türk Hukukunda Çocuğun Bedensel Cezaya Karşı Korunması**, Legal Yayıncılık, İstanbul, Nisan 2005.
- GEMALMAZ, M. S., **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, Legal Yayıncılık, İstanbul, Ekim 2005.
- GOMIEN, D., HARİS, D., ve ZWAAK L., **Law and Practice of The European Convention On Human Rights and The European Social Charter, Council of Europe Publishing**, Strasbourg, 1996.
- GÖÇER, M., **Uluslararası Hukuk ve İnsan Haklarının Uluslararası Korunması**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2002.
- GÖLCÜKLÜ, F. ve GÖZÜBÜYÜK, Ş., **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 6. Bası, Ankara, 2005.
- GÖZLER, K., **Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu**, Us-A Yayıncılık, Ankara, 1998.
- _____, **Anayasa Hukukuna Giriş-Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku**, Ekin Kitabevi, Bursa, 2001.
- GÖZLÜGÖL, S. V., **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuzda Etkisi**, Hilmi Usta Matbaacılık, Ankara, 1999.
- GRABENWARTER, C., **Europäische Menschenrechtskonvention**, 2. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2003.
- GÜLMEZ, M., **İnsan Hakları ve Demokrasi Eğitimi: Egemenlik İnsanıdır**, TODAİE Yayınları, Ankara, 2001.
- KABOĞLU, İ. Ö., **Özgürlükler Hukuku**, Genişletilmiş 4.Baskı, AFA Yayınları, İstanbul, 1998.
- KALABALIK, H., **İnsan Hakları Hukuku Ders Notları**, Değişim Yayınları, İstanbul, Kasım 2004.
- KAYA, A., **Adalet Erişim İçin Sürekli Mesleki Gelişim: İnsan Hakları**, Boğaziçi Üniversitesi Avrupa Çalışmaları Merkezi Proje Yayını, İstanbul, 2006.
- KILINÇ, B., **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İnfazı**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006.
- KILKELLY, U., **Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin**

- Kılavuz**, Avrupa Konseyi Yayınları İnsan Hakları El Kitapları No: 1, Kasım Almanya, 2001.
- KOMBE, J.F.A., **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler**, Avrupa Konseyi Yayınları, İnsan Hakları El Kitapları Serisi No: 7, Belçika, 2008.
- KORFF, D., **Yaşam Hakkı**, Avrupa Konseyi Yayınları, İnsan Hakları El Kitapları Serisi No: 8, Belçika, 2006.
- MANCOVEI, M., **Kişinin Özgürlük ve Güvenlik Hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz**, Avrupa Konseyi Yayınları, İnsan Hakları El Kitapları Serisi No: 5, Almanya, 2002.
- METİN, Y., **Anayasanın Yorumlanması**, Asil Yayın Dağıtım Ltd. Şti., Ankara, 2008.
- MOWBRAY, A., **The Development of Positive Obligations Under The European Convention On Human Rights By The European Court of Human Rights**, Hart Publishing, Oxford, 2004.
- OVEY, C. ve WHITE, R., **Jacobs and White: The European Convention on Human Rights**, Oxford University Press, USA; 4 edition, 2006.
- ÖZDEK, Y., **Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye**, TODAİE Yayınları, Ankara, 2004.
- REIDY, A., **İşkencenin Yasaklanması Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz**, İnsan Hakları El Kitapları No: 6, Almanya, Temmuz 2002.
- REİSOĞLU, S., **Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları**, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2001.
- SENCER, M., **İnsan Hakları Ana Kuruluşlar ve Belgeler**, TODAİE Yayınları, No: 214, Ankara, 1986.
- STARMER, K., **European Human Rights Law**, LAG, London, 1996.
- STIEGLITZ, E., **Allgemeine Lehren im Grundrechtsverständnis nach der EMRK und der Grundrechtsjudikatur des EuGH**, Nomos Verlag, Baden-Baden 2002.
- SUNAY, R., **Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları**, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara, 2001.
- SYMONİDES, J., **Human Rights. New Dimension and Challenges**, Ashgate-Dormauth: Unesco Publishing, 1998.
- TEZCAN, D., M. R. ERDEM ve O. SANCAKTAR, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, T.C Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2004.
- TURHAN, F., **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Asil Yayın Dağıtım Ltd. Şti., Ankara, 2006.
- ÜLGEN, C., **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Yöntemi**, İstanbul Barosu Yayınları, Ocak 2006.

- ÜNAL, Ş., **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri**, TBMM Kültür Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları No: 89, Ankara, 2001.
- ÜZELTÜRK, S., **1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı**, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 2004.
- VAN DIJK, P. ve VAN HOOFF, G.J.H., **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, 3rd Edition, The Hague: Kluwer Law International, 1998.
- YILDIZ, M., **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargısı**, Alfa Yayınları, İstanbul, 1998.
- YILMAZ, Z., **Anayasa-TCK-CMUK-CİK-TMK İlgili Mevzuat**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003.
- YOKUŞ, S., **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Olağanüstü Hal Rejimine Etkisi**, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 1996, İstanbul.

Makaleler

- AKBULUT, İ., İnsan Hakları, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, Yıl: 12, Sayı: 1-3, İstanbul, 1991.
- ALPKAYA, G., “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve Uygulamasında Toplanma Hak ve Özgürlüğüne Hak”, **AÜSBF Dergisi**, Cilt: 56, Sayı: 3, Temmuz-Eylül 2001.
- ANAYURT, Ö., “Hakların Bütünlüğü İlkesi Açısından İnsan Haklarına İlişkin Sınıflandırmaların Değerlendirilmesi”, **Türkiye'de İnsan Hakları**, TODAİE İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi, Yayına Hazırlayan: Oya Çitçi, Ankara, 2000.
- _____, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde İşkence ve Kötü Muamele Yasağı”, **İşkencenin Önlenmesi ve İstanbul Protokolü**, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Editör: İlyas Doğan, Ankara, 2009.
- BIÇAK, V., “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü”, **İzmir Barosu Dergisi**, Sayı: 1, 2002.
- BYGRAVE L. A., “Data Protection Pursuant to the Right to Privacy in Human Rights Treaties”, **International Journal of Law and Information Technology**, volume 6, 1998.
- ÇAVUŞOĞLU, N., “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ni “Yaşayan Belge” Yapan Yorum Teknikleri”, **İnsan Hakları Yıllığı**, Cilt: 14, TODAİE, 1992.
- ÇİFTÇİ, E., “AIHM Kararları Işığında Adil Yargılama İlkesi ve İdari Yargı”, **Damıstay Dergisi**, Yıl: 33, Sayı: 106, 2003.
- ÇOBAN, A. R., “Strasbourg'da Herküllere İhtiyacımız Var Mı? Ulusal Takdir Yetkisi ve Evrensel Standartlar Arasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi”, **AÜHF Dergisi**, Cilt: 57, Sayı: 3, 2008.

- DOĞAN, İ., “Gözaltında Yaşam Hakkına Saygı ve İşkencenin Önlenmesinde Hekimin Rolü ve Sorumluluğu”, **Polis Dergisi**, Sayı: 36, Temmuz/Ağustos/Eylül 2003.
- ERDOĞAN, G., “Bireysel Silahlanma, Yaşama Hakkı ve Devletin Pozitif Yükümlülüğü”, **Hukuk Gündemi Dergisi**, Bahar 2007.
- GÖÇER, M., “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Göre Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği ve Türk Hukuku”, **Türkiye’de İnsan Hakları**, TODAİE İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi, Yayına Hazırlayan: Oya Çitçi, Ankara, 2000.
- GÖLCÜKLÜ, F., “İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasında Devletin Olumlu (Pozitif) Yükümü”, **Polis Dergisi**, Sayı: 37, Ekim-Kasım-Aralık 2003.
- GÖZÜBÜYÜK, Ş., “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Bireysel Başvuru Hakkı”, **İnsan Hakları Yıllığı**, Cilt: 9, 1987.
- GREWE, C., “Vergleich zwischen den Interpretationsmethoden europäischer Verfassungsgerichte und des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte”, **Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht**, Band 61, 2001.
- HASSOLD, G., “Strukturen der Gesetzesauslegung”, in: **Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag**, München 1983.
- KARAKAŞ, A. I., “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yaşam Hakkı: Mc Cann’dan Kaya Kararına”, **Türkiye’de İnsan Hakları**, TODAİE İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi, Yayına Hazırlayan: Oya Çitçi, Ankara, 2000.
- KORKELIA, K., “State’s Positive Obligation In Securing Protection Of Human Rights”, **Georgian Law Review**, 2002.
- LEACH, P., **Positive Obligations from Strasbourg - Where do the Boundaries Lie?**, First published in the INTERIGHTS' Bulletin, Volume 15, No 3: Positive Obligations of States and the Protection of Human Rights, 2006.
- MARGUENAUD, J.P., “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’ni Yorum Yöntemleri”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı Sempozyumu**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2004.
- MERAN, N., “Yasal Savunma (Meşru Müdafaa) Kavramı ve Mal İçin Yasal Savunma”, **Yargıtay Dergisi**, Cilt:28, Sayı:4, Ekim 2002.
- METİN, Y. ve ASLAN, G., “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Dernek Özgürlüğü”, **SDÜ İİBF Dergisi**, Yıl: 2007, Cilt: 12, Sayı: 3, 2007.
- POROY, M. A., “Yatay İlişkilerde Pozitif Yükümlülük-İnsan Haklarının Yatay İlişkilerde Geçerliliği”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt: 80, Sayı: 3, 2006.
- TURHAN, F., Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişi Özgürlüğü ve Türkiye/Gözaltında Kayıplar, Hâkim Önüne Çıkarma ve Gözaltı Süreleri, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: IV, Sayı: 1-2, Haziran-Aralık 2000.

Diğer

AIHM KARARLARI, <<http://aihm.anadolu.edu.tr>>

AKDOĞAN, H., **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Yaşama Hakkının Devletlere Yüklediği Yükümlülükler: Türkiye Örneği**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Polis Akademisi, Güvenlik Bilimleri Enstitüsü, Ankara, 2006.

BAKIRCI, H., **Yaşam Hakkı (2. madde)**, <<http://www.inak-bb.adalet.gov.tr/aihs/madde2>> Erişim Tarihi: (24.06.2004).

BİKİRLİ, A. Y., **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. Maddesi İşkence Yasağı**, <<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/madde3.htm>>, Erişim Tarihi: (15.04.2007).

ÇAKMAK, S., “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hükümleri ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Yaşam Hakkı”, **Adalet Dergisi**, Sayı: 19, Mayıs 2004, <http://www.yayin.adalet.gov.tr/19_sayi%20icerik/Seyfullah%20ÇAKMAK.htm> Erişim Tarihi: (24.06.2006).

ÇİFTÇİ, İ. H., “**Yaşam Hakkı AIHS'in 2. Maddesi**”, <<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/madde2.htm>> Erişim Tarihi: (15.03.2007).

ÇOKAL, S., “**AIHS'in 2. ve 3. Maddeleri Kapsamında, AIHM İçtihatları Işığında Cumhuriyet Savcılarının Yapmaları Gereken Soruşturmalar ve Etkin Soruşturma Kavramı**”, <<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/madde2.htm>> Erişim Tarihi: (15.03.2007).

ÇOR, Y., **Yargıtay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İşkence**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Polis Akademisi, Güvenlik Bilimleri Enstitüsü, Ankara, 2005.

DEMİRTAŞ, E., “**İnsan Hakları Avrupa Sözleşme'sinin 8. Maddesi ve İlgili Yargı Kararları**”, <<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/madde8.htm>> 2004, Erişim Tarihi: (15.11.2007).

DOĞRU, F., **Yaşama Hakkı ve İşkence Yasağı Bağlamında Polisin İnsan Hakları Tutumu: Ankara ve Diyarbakır Örneği**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Polis Akademisi, Güvenlik Bilimleri Enstitüsü, Ankara, 2006.

DOĞRU, O., **Devletin Sorumluluğu İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde Pozitif Yükümlülükler**, **Danıştay 2007 Yılı İdari Yargı Sempozyumu**, 2007, <<http://www.danistay.gov.tr/index.html>>, Erişim Tarihi: (11.03.2009).

GARLICKI, L., **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Göre Yaşam Hakkı, İHAS ve Adli Yargı Sempozyumu**, Türkiye Barolar Birliği İHAUM Yayını, Ankara, 2004.

GÖKÇINAR, A., **AIHS Hükümleri ve AIHM İçtihatları Işığında İşkence Yasağı**, <<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/madde3.htm>>, Erişim Tarihi: (15.04.2007).

- KORKUT, L., “Yasakçı Konuşma Yanlışlarla Dolu!”, **Zaman Gazetesi**, (28.04.2005).
- OKUMUŞ, A., **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Hürriyeti: Türkiye**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gaziosmanpaşa Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Tokat, 2006.
- ÖZBEY, Ö., **Yaşam Hakkı**, <<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/madde2.htm>>, Erişim Tarihi: (15.03.2007).
- ÖZYURT, G., **Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı Açısından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İç Hukukumuzda Etkisi**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Isparta, 2006.
- ŞAHİN, K., **Farklı Özgürlük Anlayışları Çerçevesinde İfade Özgürlüğünün Temellendirilmesi ve Sınıflandırılması**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2008.
- TEKİN, A. K., **İşkence İnsanlık Dışı ve Onur Kırıcı Muamele ve Ceza Yasağı**, <<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/madde3.htm>>, Erişim Tarihi: (15.04.2007).
- UYGUN, O., “Haklar Rejimine Özgürlük Ekseninden Bakmak: Klasik Haklar”, **Yeni Bir Anayasada İnsan Haklarına Yeni Bir Bakış Sempozyumu**, Heinrich Böll Stiftung Derneği Yayını, İstanbul, 2007.
- YILDIRIM, G., **Özel Hayat, Aile Hayatı, Haberleşme ve Mesken: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8. Maddesinin Genişlemiş Yorumu İle Sağlanan Koruma, İHAS ve Adli Yargı Sempozyumu**, Türkiye Barolar Birliği İHAUM Yayını, Ankara, 2004.
- YILDIZ, M., **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Yaşam Hakkı ve Sınırları**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Isparta, 2004.

ÖZGEÇMİŞ

Kişisel Bilgiler:

Adı ve Soyadı : Sadık Kocabaş

Doğum Yeri : Ankara

Doğum Yılı : 27. 08. 1983

Medeni Hali : Bekâr

Eğitim Durumu :

Lise : 1998-2001

Lisans : 2002-2006

Yabancı Dil ve Düzeyi :

1. İngilizce : Orta