

T.C.
NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

**KİŞİ DOKUNULMAZLIĞININ HUKUKİ VE FELSEFİ
TEMELLERİ**

TURAN ATLI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

DANIŞMAN:
Dr. Öğretim Üyesi TUĞBA BAYRAKTAR

KONYA-2018



T.C.
NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



Bilimsel Etik Sayfası

Öğrencinin	Adı Soyadı	TURAN ATLI		
	Numarası	17812301004		
	Ana Bilim / Bilim Dalı	KAMU HUKUKU/KAMU HUKUKU		
	Programı	Tezli Yüksek Lisans	X	
		Doktora		
Tezin Adı	KİŞİ DOKUNULMAZLIĞININ HUKUKİ VE FELSEFİ TEMELLERİ			

Bu tezin hazırlanmasında bilimsel etiğe ve akademik kurallara özenle riayet edildiğini, tez içindeki bütün bilgilerin etik davranış ve akademik kurallar çerçevesinde elde edilerek sunulduğunu, ayrıca tez yazım kurallarına uygun olarak hazırlanan bu çalışmada başkalarının eserlerinden yararlanılması durumunda bilimsel kurallara uygun olarak atıf yapıldığını bildiririm.

Öğrencinin Adı Soyadı
İmzası

Turan ATLI



T.C.
NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



YÜKSEK LİSANS TEZİ KABUL FORMU

Öğrencinin	Adı Soyadı	Turan ATLI
	Numarası	17812301004
	Ana Bilim / Bilim Dalı	Kamu Hukuku
	Programı	Yüksek Lisans
	Tez Danışmanı	Dr. Öğr. Üyesi Tuğba BAYRAKTAR
	Tezin Adı	KİŞİ DOKUNULMAZLIĞININ HUKUKİ VE FELSEFİ TEMELLERİ

Yukarıda adı geçen öğrenci tarafından hazırlanan Kişi Dokunulmazlığının Hukuki ve Felsefi Temelleri başlıklı bu çalışma 19/09/2018 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda oybirliği/oyçokluğu ile başarılı bulunarak jürimiz tarafından Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

Sıra No	Danışman ve Üyeler		
	Unvanı	Adı ve Soyadı	İmza
1	Dr. Öğr. Üyesi	Abdulkerim YILDIZ	
2	Dr. Öğr. Üyesi	Hikmet Tülen	
3	Dr. Öğr. Üyesi	Tuğba BAYRAKTAR	

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	I
KISALTMALAR DİZİNİ	IV
ÖZET	V
ABSTRACT	VI
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

KİŞİ DOKUNULMAZLIĞININ TARİHİ VE KAPSAMI

1.1. Kişi Dokunulmazlığının Tarihsel Süreç İçerisindeki Gelişimi	3
1.1.1. Hak ve Özgürlükler Bağlamında Kişi Dokunulmazlığı	3
1.1.2. Kişi Dokunulmazlığının İnsan Haklarındaki Temeli ve Doğal Hukuk ile İlişkisi	6
1.1.3. Kişi Dokunulmazlığının Tarihi	8
1.1.3.1. Dinlerde ve Eski Medeniyetlerde Kişi Dokunulmazlığı	10
1.1.3.1.1. Semavi Dinlerde Kişi Dokunulmazlığı	10
1.1.3.1.1.1. Yahudilikte Kişi Dokunulmazlığı	12
1.1.3.1.1.2. Hristiyanlıkta Kişi Dokunulmazlığı	12
1.1.3.1.2. Çin ve Hint Medeniyetlerinde Kişi Dokunulmazlığı	13
1.1.3.1.3. Eski Yunan ve Roma'da Kişi Dokunulmazlığı	14
1.1.3.2. Ortaçağ ve Yeniçağ'da Kişi Dokunulmazlığının Özgürlük Belgelerindeki Yeri	16
1.1.3.2.1. İngiliz Özgürlük Belgeleri	19
1.1.3.2.1.1. Petition of Rights (Haklar Dilekçesi) (1628)	20
1.1.3.2.1.2. Habeas Corpus Act (1679)	22
1.1.3.2.1.3. Haklar Bildirisi (Bill of Rights) (1689)	23
1.1.3.2.2. Amerika'nın Bağımsızlığı ve Anayasası	25
1.1.3.2.3. Fransız Devrimi (1789) ve Kişi Dokunulmazlığı	28
1.1.3.3. Kişi Dokunulmazlığı Düşüncesinin Gelişimini Etkileyen Akım ve Düşünürler	31
1.1.3.3.1. Ferdietçilik Akımı ve Kişi Dokunulmazlığına Etkisi	31
1.1.3.3.2. Kişi Dokunulmazlığının Düşünürler Gözünden İncelenmesi	34
1.1.3.3.2.1. Thomas Hobbes, Kişi Dokunulmazlığı ve Direnme Hakkı	34
1.1.3.3.2.2. John Locke'un Liberalizmi ve Kişi Dokunulmazlığı	38
1.2. Kişi Dokunulmazlığının Kapsamına Giren Haklar ve Kavramlar	39
1.2.1. Yaşama Hakkı	39
1.2.2. İnsan Onuru	42
1.2.3. İşkence ve Eziyet Yasağı	44
1.2.4. Kürtaj ve Yaşama Hakkının Kısıtlanması	45
1.2.5. İntihar	46

1.2.6. Ötenazi	47
1.2.7. Ölüm Cezası	49
1.2.8. Yargısız İnfaz	53
1.2.9. Organ ve Doku Nakli	53
1.2.10. Hadım (Kastrasyon)	55
1.2.11. Bilimsel ve Tıbbi Deneylere Tabi Tutulma	56
1.2.12. Kölelik	57

İKİNCİ BÖLÜM

İSLAM HUKUKU VE TÜRK-İSLAM HUKUKU'NDA KİŞİ DOKUNULMAZLIĞI

2.1. İnsan Hakları ve Kişi Dokunulmazlığının İslam Hukukundaki Yeri	60
2.1.1. İslam Hukukunda Kişi Dokunulmazlığı	62
2.1.2. İslam Hukukunda Canın Korunması	64
2.2. Türk Tarihinde Kişi Dokunulmazlığı	66
2.2.1. Osmanlı Hukukunda	66
2.2.1.1. Osmanlı Klasik Döneminde	67
2.2.1.2. Tanzimat Döneminde	70
2.2.1.2.1. Tanzimat Fermanı	70
2.2.1.2.2. Islahat Fermanı	75
2.2.1.2.3. Kanun-ı Esasi	76
2.3. Türkiye Cumhuriyeti Hukukunda Kişi Dokunulmazlığı	78
2.3.1. Anayasalardaki Durumun Tespiti	78
2.3.1.1. 1921 Tarihli Teşkilat-ı Esasiye Kanunu	78
2.3.1.2. 1924 Anayasası	79
2.3.1.3. 1961 Anayasası	80
2.3.1.4. 1982 Anayasası	80
2.3.2. Kişi Dokunulmazlığının Kapsamına Giren Haklar ve Kavramlar	81
2.3.2.1. Yaşama Hakkı	82
2.3.2.1.1. Meşru Müdafaa	82
2.3.2.1.2. Yakalama ve Tutuklama Kararlarının Yerine Getirilmesi, Hükümlü veya Tutukluların Kaçmasının Önlenmesi, Bir Ayaklanma veya İsyanın Bastırılması, Sıkıyönetim ve Olağanüstü Hallerde İstisnalar	83
2.3.2.2. Kişinin Maddi ve Manevi Varlığını Koruması ve Geliştirmesi	84
2.3.2.3. İnsan Onuru	85
2.3.2.4. İşkence ve Eziyet Yasağı	87
2.3.2.5. Kürtaj ve Yaşama Hakkının Kısıtlanması	91
2.3.2.6. İntihar ve İntihara Teşvik Suçu	92
2.3.2.7. Ötenazi	93
2.3.2.8. Ölüm Cezası	95
2.3.2.9. Organ ve Doku Nakli	97
2.3.2.9.1. Ölüden	98
2.3.2.9.2. Canlıdan	100
2.3.2.10. Hadım (Kastrasyon)	102
2.3.2.11. Bilimsel ve Tıbbi Deneylere Tabi Tutulma	104

2.3.2.12. Kölelik.....	106
------------------------	-----



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ULUSLARARASI HUKUKTA KİŞİ DOKUNULMAZLIĞI

3.1. Yaşama Hakkı.....	108
3.1.1. Devletlerin Yükümlülükleri (md. 2).....	111
3.1.1.1. Negatif Yükümlülükler	111
3.1.1.1.1. Öldürmeme Yükümlülüğü ve Devletin Ölümcül Güç Kullanmasını Haklı Hale Getiren Durumlar.....	111
3.1.1.1.2. Kolluk Kuvvetlerinin Müdahalelerinde ve Müdahale Planlarında Yaşam Hakkının Korunması (Kesinlikle Gerekli Olma Koşulu).....	113
3.1.1.1.3. Meşru Savunma.....	115
3.1.1.1.4. Yakalama veya Kaçmanın Önlenmesi	117
3.1.1.1.5. Ayaklanma veya İsyanın Yasaya Uygun Olarak Önüne Geçilmesi... ..	118
3.1.1.2. Pozitif Yükümlülükler.....	119
3.1.1.2.1. Bireyleri Diğer Bireylerin Saldırısına (Yaşam Hakkı İhlaline) Karşı Koruma.....	120
3.1.1.2.2. Kişiyi İntihara Karşı Koruma.....	122
3.1.1.2.3. Diğer Yükümlülükler	123
3.1.1.2.4. Etkin Soruşturma Yükümlülüğü	124
3.2. Kişinin Maddi ve Manevi Varlığını Koruma ve Geliştirmesi.....	125
3.3. İşkence ve Eziyet Yasağı ve Bunların İnsan Onuruyla İlişkisi	127
3.3.1. Devletlerin İşkence Hususunda Negatif Yükümlülükleri.....	130
3.3.2. Devletin İşkence Konusunda Pozitif Yükümlülükleri.....	131
3.4. Kürtaj	134
3.5. Ötenazi	137
3.6. Ölüm Cezası.....	139
3.7. Organ ve Doku Nakli	142
3.8. Hadım (Kastrasyon).....	144
3.9. Bilimsel ve Tıbbi Deneylere Tabi Tutulma.....	146
3.10. Uluslararası Hukukta Kölelik Yasağının Temelleri	149
SONUÇ.....	153
KAYNAKLAR.....	156

KISALTMALAR DİZİNİ

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
a.g.e.	: Adı Geçen Eser
a.g.m.	: Adı Geçen Makale
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
bkz.	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
C.	: Cilt
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
DİA	: Diyanet İslam Ansiklopedisi
DTB	: Dünya Tabipler Birliği
Ed.	: Editör
E.T	: Erişim Tarihi
İHEB	: İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi
HHY	: Hasta Hakları Yönetmeliği
KSHS	: Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi
NPHK	: Nüfus Planlaması Hakkında Kanun
m.	: Madde
ODNK	: Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
ss.	: Sayfa Sayısı Aralığı
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
y.	: Yıl



 KONYA	T.C. NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü	 SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
---	--	---

ÖZET

Öğrencinin	Adı Soyadı	Turan ATLI		
	Numarası	17812301004		
	Ana Bilim / Bilim Dalı	Kamu Hukuku/Genel Kamu Hukuku		
	Programı	Tezli Yüksek Lisans	X	
		Doktora		
	Tez Danışmanı	Dr. Öğretim Üyesi Tuğba BAYRAKTAR		
Tezin Adı	Kişi Dokunulmazlığının Hukuki ve Felsefi Temelleri			

Kişi dokunulmazlığı bir haklar bütünü olarak ele alınmaktadır. Birtakım hakları içinde barındıran kişi dokunulmazlığının en önemli alt kavramı “Yaşama Hakkı”dır. Yaşama hakkı haricinde kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının ön plana çıktığı görülmektedir. Bir üst kavram olarak insan onuru da kişi dokunulmazlığının ayrılmaz bir parçası olarak değerlendirilmiştir. İnsan onurunu zedeleyen veya ortadan kaldıran durumların önlenmesi kişi dokunulmazlığı hakkının kapsamına girecektir. Bu üst kavramlardan sonra özel olarak işkence ve eziyet yasağı, ölüm cezası, ötenazi, kürtaj, bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulma, organ ve doku nakli ile hadım (kastasyon) kişi dokunulmazlığının konu edindiği mevzulardır. Bu hakların ya da korunan menfaatlerin ilk önce tarihsel çerçevesi ortaya konulmuştur. Daha sonra İslam hukukundaki ve Türk hukukundaki yerleri incelenmiştir. Son olarak da kişi dokunulmazlığının uluslararası alanda ne şekilde yer aldığı incelenerek çalışmamız tamamlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Kişi Dokunulmazlığı, Yaşama Hakkı, İnsan Onuru, İşkence, Ötenazi, Kürtaj.

 KONYA	T.C. NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü	 NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ KONYA SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
---	--	--

ABSTRACT

Author's	Name and Surname	Turan ATLI		
	Student Number	17812301004		
	Department	Public Law/General Public Law		
	Study Programme	Master's Degree (M.A.)	<input checked="" type="checkbox"/>	
		Doctoral Degree (Ph.D.)	<input type="checkbox"/>	
	Supervisor	Asst. Prof. Tuğba BAYRAKTAR		
Title of the Thesis/Dissertation	Legal and Philosophical Basic of Personal Immunity			

Personal immunity is treated as a whole of rights. The most important sub-concept of the personal immunity is “right to life”. Apart from the right to life, the right to protect and develop the material and spiritual existence of the person is also a priority. As a top concept, human dignity is also considered an integral part of human immunity. Prevention of situations that injure or abuse human dignity will fall within the scope of the right to privacy. After these top concepts, there are sub-concepts torture, death penalty, euthanasia, abortion, organ and tissue transplantation, subject to scientific and medical experiments and castration. These rights or protected interests were first framed by the historical framework. Later, the places of Islamic law and Turkish law were examined. Finally, we have completed our study by examining how the personal immunity has taken place in the international arena.

Keywords: Personal Immunity, Right to Life, Human Dignity, Torture, Euthanasia, Abortion.

GİRİŞ

İnsanların sadece insan olmalarından kaynaklanan haklara sahip olduğu düşüncesinin bir ürünü olarak kişi hakları ortaya çıkmıştır. Kişi hakları korunmaya muhtaç hakların başında gelmektedir. Bu haklar hem devlete hem de diğer kişilere karşı korunması gereken haklardandır. Kişi haklarının korunması için birçok tedbir alınmaktadır. Bu hakların koruyucusu olan en önemli kavram ise kişi dokunulmazlığıdır. Çünkü kişi dokunulmazlığı, insanlığın vazgeçilmez ve mutlak kabul ettiği maddi ve manevi değerleri korumaktadır. Bu bağlamda insan hakları ile kişi dokunulmazlığı arasında da ciddi bağlantılar kurulabilecektir. Kişi dokunulmazlığının koruduğu değerler insan hakları ile örtüşmektedir.

Kişi dokunulmazlığının değeri insanın değeri ile doğrudan bağlantılıdır. Bu hak korunduğunda birey ve hakları korunmuş olur. Bu nedenle de bu çalışmanın temel amacı bireyi koruma yolunda tarih boyunca neler yapıldığından yola çıkarak bir perspektif çizmek olacaktır.

Kişi dokunulmazlığı bir haklar mücadelesinin ürünüdür denilebilir. Tarihe bakıldığında insanlığın köleci ve devletçi yapılardan teşekkül ettiğini görülür. İnsanı değersizleştiren tutum ve davranışlar tarihin her döneminde olmuştur. Çalışmamızda bu davranışların kökenleri ve nasıl değişim geçirdikleri de göz önüne alınacaktır.

Kişi dokunulmazlığı ve kişi dokunulmazlığının gelişimi tarihsel yönüyle birlikte ele alınacaktır. Kişi haklarının Eski Yunan'da, Mısır'da ve doğu medeniyetlerinde ne durumda olduğu, ayrıca dinlerin kişi dokunulmazlığına yer verip vermediği ilk bölümde incelenen konulardır. Bütün bu medeniyet ve dinlerden sonra daha yakın tarihte Magna Carta'dan başlayarak meydana gelen hareketleri de göz önüne alarak kişi dokunulmazlığının kavramsal çerçevesi çizilecek ve ilk bölüm tamamlanacaktır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise öncelikle İslam Hukuku'nun kişi dokunulmazlığını nasıl ele aldığı anlaşılmaya çalışılacaktır. İslam Hukuku ve özelde Osmanlı Klasik Dönem Hukuku çerçevesinde kişi dokunulmazlığının nasıl anlaşıldığı ortaya konulacaktır. Sonrasında ise Tanzimat dönemine değinilecektir. Akabinde Türkiye Cumhuriyeti hukukunda kişi dokunulmazlığının yeri ve durumu ele alınacak ve tarihsel olarak değişimleri anlatılacaktır. Birinci bölümde ortaya koyduğumuz kişi

dokunulmazlığının kavramsal çerçevesi esas alınarak Türkiye Cumhuriyeti hukukunda bu kavramların yeri bulunacaktır. Ayrıca yürürlükteki hukukta bu kavramlarla ilgili içtihatlarla da yeri geldiğinde değinilerek sistemin nasıl işlediği anlaşılmaya çalışılacaktır.

Üçüncü ve son bölümde ise kişi dokunulmazlığının uluslararası alandaki yeri araştırılmaktadır. Uluslararası belgelerde kişi dokunulmazlığının ne şekilde yer aldığı ve nasıl uygulandığı bu bölümün araştırma konusudur. Uluslararası bildirge, beyanname ve metinlerde kişi dokunulmazlığı araştırılacak ve ilk bölümde oluşturduğumuz kavramsal çerçeve kapsamında değerlendirilecektir. Özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarından faydalanılarak kişi dokunulmazlığı ile ilgili içtihatlarla da yer verilmiştir. Bütün bunları bir araya getirerek uluslararası hukukun kişi dokunulmazlığı konusunda ne durumda olduğu analiz edilerek bir sonuca varmak hedeflenmektedir.

BİRİNCİ BÖLÜM

KİŞİ DOKUNULMAZLIĞININ TARİHİ VE KAPSAMI

1.1. Kişi Dokunulmazlığının Tarihsel Süreç İçerisindeki Gelişimi

Hukukun temel süjesi kişidir. Tarihte insanlar arasında sınıf ayrımları yapılmış olsa da ve devlet insandan daha ön planda tutulsa da tarih her zaman kişiler üzerinde yükselmiştir. Yüzyılımıza ve geçen birkaç yüzyıla baktığımızda insana verilen değerin giderek arttığı ve kişilerin haklarının gerçek manada sağlandığı bir dünya çabası görülmektedir. Bunu sağlamak için çeşitli fikirler ve düşünceler ortaya atılmış, kimisi benimsenmiş kimisi de tarihin tozlu sayfalarına karışmıştır. Ancak şu bir gerçektir ki insan hakları ve bunun özelinde kişi dokunulmazlığı tarihin her döneminde mücadele konusu olmuş ve çeşitli kazanımlar ortaya çıkmıştır. Bu kazanımlardan en temel olanı da kişi dokunulmazlığıdır. İçerisinde birçok kavramı barındıran kişi dokunulmazlığı bireylerin devlet karşısında ve diğer bireyler karşısında güçsüz duruma düşmesinin önüne geçmek için vardır. Devlete ve diğer bireylere *maruz* kalmamak da bireyin hakkıdır. Bu bakımdan kişinin yaşama hakkı başta olmak üzere dokunulmaz haklarının neler olduğu tarihsel süreçler de değerlendirilerek belirlenecek ve buna göre bir kişi dokunulmazlığı düşüncesi bina edilecektir.

1.1.1. Hak ve Özgürlükler Bağlamında Kişi Dokunulmazlığı

Kişi dokunulmazlığı anayasal bir kurum olmakla birlikte tarih boyunca yaşanan mücadelelerin bir kazanımıdır. Bu kazanım daha çok halk ile devlet arasındaki çatışmaların bir sonucu olmuştur. Bahsedilen çatışma daha çok batı dünyası için geçerlidir. Devlet zamanla kişi hak ve özgürlüklerini tanımaya ve korumaya başlamıştır. Bu hak ve özgürlükleri korumak devletin görevidir. Özellikle kişi dokunulmazlığının muhtevasına giren hakların korunmasında devletin gözetimi mutlaktır. Yani bunlar hak olmaktan da daha temel bir noktada özgürlük olarak tanımlanabilir. Devlet kişi dokunulmazlığını sağlamak zorundadır.

Hak kelimesi Arapça *h-k-k* kökünden türeyen bir kelimedir. Anlam olarak ise batıl olmayan, gerçek olan anlamlarında kullanılmaktadır. Ayrıca bu kelime Allah'ın

isimlerinden biridir. İslam hukukunda bu kelimeye bir olumlu bir de olumsuz anlam yüklemesi yapılmıştır. Olumlu anlamda bir şeyin hak olması şüpheye yer vermeyecek şekilde doğru olması veya bir şeyin varlığından şüphe duyulmaması anlamında kullanılır. Olumsuz olarak ise kişiye yüklenen ödev ve yükümlülük anlamında kullanılmıştır¹.

Roma hukukunda ise hak ve hukuk kavramları “*ius*” ile ifade edilmiştir. Günümüz Kıta Avrupa’sı Hukukunda da bu kavramlar tek bir kelimeyle ifade edilmiştir. Kıta hukukundan ayrılan İngiliz Hukukunda hak “*right*” ile ifade edilmiştir. Hukuk ise “*law*” kelimesi ile kullanılmaktadır². Bu ayırmadan anlaşılması gereken ise tekil olan “hak”ın daha tanrısal ve felsefi bir anlam içerdiği, çoğul olan “hukuk”un ise pozitif bir anlam yüklemesine sahip olduğudur. Bu anlam yüklemeleri de toplumların hukuklarını oluşturma süreçleriyle doğrudan bağlantılı görünmektedir. Keza hak ve hukuk kavramları üzerinden diğer hukuk felsefeleri de türemiştir. Bunlardan en önemlisi ve insan haklarının temelini oluşturan doğal hukuktur.

Yukarıda da bahsedildiği gibi hak ve hukuk “*ius*” ile ifade edilmiştir. Doğal hak ise “*ius naturale*” şeklinde ifade edilmiştir. Yaşamını ve tabiatını güvende tutmak, verdiği mücadele ve bu mücadeleyi başarıya ulaştırmak için kişinin akıl ve mantık yoluyla kendine tanıdığı hak olarak tanımlamıştır Thomas Hobbes doğal hakkı³.

Birlikte yaşamaya başlayan toplulukların ilk problemlerinden biri hak ile ilgili olmuştur. İnsanları birlikte yaşamaya ikna eden devlet bu insanlara bazı sözler vermiştir. Doğuştan sahip olunan hak ve özgürlüklerin olduğunu ve bunları korumayı üstlendiğini iddia etmiştir. İnsanlar da devletin güvencesine karşı bazı sınırlamaları kabul etmek durumunda kalmıştır. Bu bağlamda hak; insanların talep edebileceği, iddia edebileceği ve kullanabileceği bir yetkidir. Bu amaçlarla insanın devlet tarafından güvence altına alınmış olması da bize hukuk düzeni ve kanunlar tarafından

¹ Mehmet Akif Tutumlu, “Psikolojik, Metafizik ve Hukuki Bir Fenomen Olarak Hak Kavramı”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXII, S.1, ss. 729-738, s. 733, 2014.

² Tutumlu, **a.g.m.**, s. 733-734.

³ Thomas Hobbes, **Leviathan**, çev: Semih Lim, Yapı Kredi Yayınları Kazım Taşkent Klasik Yapıtlar Dizisi, 6. Baskı, Ocak 2007, s. 96.

tanınan hakkın tanımını vermektedir. Tabii olarak da bu hak ve özgürlükler her toplumda değişik tezahürlerle ortaya çıkabilecektir⁴.

Hak kavramı topluma, devre ve coğrafyaya göre farklılık arz edebilir. Her toplum şartları gereği kurallar oluşturmaktadır. Bu durumda da bir yerde hak olarak tanınan bir olgu diğer toplumlarda bu şekilde tanınmayabileceği gibi hak olan bir olgu da şartlar gereği kanunlar tarafından hak olmaktan çıkartılabilir⁵.

Günümüzde hak denildiğinde anlaşılan ise hukuk tarafından korunan menfaattir. Hukukun düzenlediği alanlarda kişilerin hukuk tarafından sınırları çizilmiş bir şekilde koruma altına alınan menfaatlerine ve bu kişilere tanınan yetkilere hak denilmiştir.

Kişi dokunulmazlığının bir haktan çok özgürlük olduğunu ifade etmiştik. Hak ve özgürlükler için bir bakış açısı da şu şekildedir: İnsanın tüm yaptıklarından yasaklanmamış olanlara özgürlük denileceği, mevcut hukuk sistemi tarafından yasalarla düzenlenmiş olan hareketlerin ise hak olarak tanımlanmasının en uygun ifade biçimi olacağı ileri sürülmüştür. Yani hakkın pozitif bir düzenleme ile ortaya çıktığı, özgürlüğün ise negatif bir anlamı olduğu düşünülür⁶. Bu bağlamda değerlendirildiğinde kişi dokunulmazlığının devlet tarafından bir lütuf olarak tanınması insan ve birey hakları mücadelesi için bir başarı sayılamaz. Bunların tartışmasız özgürlük olduğu unutulmamalıdır. Bu sebeple de kişi dokunulmazlığı bir hak olarak tanımlansa da kişi dokunulmazlığı bir özgürlüktür denilebilir.

Hak ve Özgürlük ayrımını yapmak için kullanılan örneklerden birini de yine Kemal Gözler'in *Jean Dabin*'den aktardığı "Robinson Parabolü"nde buluyoruz. Buna göre Robinson Crusoe ıssız bir adaya tek başına düştüğünde özgürdür, bu özgürlük sınırlanmamış bir özgürlüktür. Her istediğini yapma hakkına sahiptir, çünkü hakkını ihlal edeceği biri yoktur. Daha sonra adaya Cuma gelir ve ada artık iki kişiden oluşmaktadır. Bu durumda artık Robinson sınırsız bir özgürlüğe sahip diyemeyiz.

⁴ Anıl Çeçen, "İnsan Haklarının Düşünsel Boyutları", **İnsan Hakları Yıllığı**, Türkiye Ortadoğu ve Amme İdaresi Enstitüsü, sayı: 3-4, 1982, ss. 6-37, s. 10.

⁵ Çeçen, **a.g.m.**, s. 11.

⁶ Kemal Gözler, **İnsan Hakları Hukuku**, Ekin Yayınları, Temmuz 2017, Bursa, s. 66.

Cuma'nın da artık "hakları" mevcuttur. Bu hakları kullanması demek artık özgürlüğün sınırsız olmadığı anlamına gelir⁷.

Bu şekilde kişi dokunulmazlığının haklar ve özgürlükler arasındaki felsefi konumu tartışıldıktan sonra tarihi ve felsefi olarak ne şekilde neşvünema bulduğu da incelenmelidir. Bu bakımdan hukuk felsefesinin temel konularında ve daha sonra da tarihte kişi dokunulmazlığının seyri incelenecektir.

1.1.2. Kişi Dokunulmazlığının İnsan Haklarındaki Temeli ve Doğal Hukuk ile İlişkisi

Kendisine dayanak olarak doğal hukuk anlayışını alan insan hakları düzenine göre; insan sadece insan olduğundan dolayı vazgeçilmez, devredilmez ve zaman aşımına uğramaz olan haklara sahiptir. İnsanın kendi başına bir "amaç" olduğu gerçeği üzerine bina edilmiş bir anlayışın sonucudur insan hakları kavramı. İnsan hakları kavramı son üç yüz yılda pratik olarak herkes tarafından kabul gören bir anlama ulaşmış bulunmaktadır⁸.

İnsan hakları sosyolojik bir değişim ve dönüşüm sürecinden ayrı düşünülmemelidir. Hak ve hürriyetlerin hukuk sistemi tarafından kabul edilmesi bir sonuçtur. Bundan önce ve asıl olan, insanların bir arada iken oluşturdukları gruplar veya yapıların ilişkileridir. Aynı zamanda insanların da kendi aralarındaki münasebetler hukukun oluşumunun temel taşı oluşturacaktır.

Donnelly'e göre insan haklarının asli hedefi hukukta var olan ve düzeltilmesi gereken noktalara müdahale etmektir. Bu anlamıyla hukukun dışında bir konum almıştır. Bu tanım doğal hukuk temelli insan hakları savunusudur. Eğer insan hakları korunmuyor ise bunu korumayan düzen ve yapılar değiştirilmelidir⁹. Hukukun dışında

⁷ Jean Dabin'den aktaran, Gözler, (2017), a.g.e., s. 70-71.

⁸ Vahap Coşkun, **İnsan Hakları; Liberal Açıdan Bir Tahlil**, Liberte Yayınları, 2. Baskı, Mayıs 2014, s. 20.; Cennet Uslu, **Doğal Hukuk ve Doğal Haklar; İnsan Haklarının Felsefi Temelleri**, Liberte Yayınları, 2. Baskı Temmuz 2011, s. 15.

⁹ Jack Donnelly, **İnsan Hakları**, Yetkin Yayınları, 1. Baskı, 1995, s. 24-25.

ve üstünde bir konum atfedilen insan hakları her zaman için bir denetim mekanizması gibi çalışacaktır.

Bu bakımdan insan hakları tabiri hukukun hedeflediği bir ideal olarak düşünülmektedir. Yani her zaman için ulaşılabilecek bir ileri hedef bulunmaktadır. Bu durumun gerçekleşmesi için de insanların eşitliği temel olarak alınacak ve buna göre bir sistematik geliştirilecektir¹⁰. İnsan haklarının sürekli ve dinamik oluşu da bunu gerektirir.

Donnelly'nin insan haklarına “*ahlaki*” yönden bakışı da ilgi çekmektedir. Buna göre; insan hakları tamamen *ahlaki* haklar olarak ortaya çıkmıştır. Siyaset ile hukuku birbirinden ayırmadığından dolayı siyasetin koyduğu haklara *hukuki* hak demek, insan haklarını ise ahlaki hak olarak tanımlamaktadır. İnsan haklarının mevcut hukuk düzeninde yer bulup bulmadığını ise bu tartışmadan ayrı tutar. Bu bağlamda pozitivist anlayışın tümünden hâkim olduğu düşünce sistemlerine kesinlikle karşı çıkar ve hukuk düzeni tarafından korunan hakların “*hak*” olduğu diğer hakların ise hak olmadığı iddiasını kesinlikle reddeder. Her ikisi de haktır, hatta ahlaki hak olan insan hakları daha temel bir haktır¹¹.

Sosyolojik realiteden bahsederek hedeflenen duruma ulaşılması her zaman mümkün olmamaktadır. İnsan haklarını gerçekleştirmek politikanın uğraşı olmaz ise hak sadece ulaşılması gereken hedef olarak görünür. Hedeflenen ile uygulananın örtüştüğü haklar ise elbette vardır. Yaşam hakkı bunun en temel örneği olur. İktisadi ve sosyal hakları ise imkân ölçüsünde gerçekleştirilebildiğinden dolayı her zaman hak ile bütünleşmez. Bu siyasetin çabalaması gereken bir durumdur¹².

Her ne kadar insan haklarını temellendirilmede kullanılmasa da doğal hukukun ilk nüvelerini oluşturan etmenlerden birinin de tanrı inancı olduğunu yadsıyamayız. Bu bağlamda dinlerin temel metinlerinde yer alan ve insanı yücelten kavramlar vardır; Tevrat'ta yer alan yaratıcının insanı kendi sureti biçiminde yarattığı bahsi ve Kur'anda

¹⁰ Münci Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s.14; Muhlis Öğütçü, “Doğal Hukuk ve Pozitif Hukuk Işığında İnsan Hakları Alanındaki Bazı Kavramlar” **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7 (Özel Sayı), (2005), ss. 555-616, s. 569.

¹¹ Donnelly, **a.g.e.**, s. 26-27.

¹² Öğütçü, **a.g.m.**, s.569.

geçen “*biz insanı şerefli kıldık*”¹³ ayeti birlikte düşünüldüğünde dinlerin insana üstün bir değer verdiği tespitinde bulunabiliriz¹⁴.

Hak kazanımlarının insanlarla devletin mücadelesi şeklinde geçtiğini biliyoruz. En temel hak arayışlarının da doğal hukuk ve insan hakları mücadelesiyle verildiği de bir gerçektir. Bu süreçte devletin insan haklarına ve doğal hukuka vereceği tepki ne olmuştur sorusunun cevabı ise yüzyıllar sonra netleşecekti. Bu cevap sınırlı devlet idi. Devletin; sınırları içinde yaşayan kişilere karşı tavrı insan haklarının konusu olmuştur. Devlet, doğal hukukun çizdiği sınırlar ile bağlı kalma noktasında, başta yaşam hakkı olmak üzere temel hak ve hürriyetler ile ilgili sorumludur. Hatta devlet oluşumundan önce bile mevcut olan doğal hukuka boyun eğmek durumunda kalmıştır¹⁵.

Bütün bunlardan anlaşılmaktadır ki doğal hukuk dediğimiz, insan doğasını ve üstün olan akli dayanak alan sistem, insanlığın en temel hak taleplerini sağlayan hak anlayışı olarak tezahür etmiş ve modern dünyanın hukuk sistemlerine yadsınamayacak kadar katkı sağlamıştır. Bu katkı devlet sistemleri, gözaltı süreleri ve daha önemlisi yaşama hakkı gibi birçok konuda kazanılmış bir zafer olarak düşünülebilir. Doğal hukuk ve doğal hukuk temelli insan hakları anlayışının geçirdiği evrim bizim günümüzde sahip olduğumuz hak ve özgürlüklerin tamamının nüvesini oluşturmaktadır.

1.1.3. Kişi Dokunulmazlığının Tarihi

Kişi Dokunulmazlığının tanımın tam olarak vermeden önce Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında yer alan kişi dokunulmazlığı maddesine yer vermek gerekiyor.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 17. maddesi anayasanın kişi hakları ve ödevleri kısmının ilk maddesidir. Bu başlıkta kişi dokunulmazlığı düzenlenmiştir ve şu şekilde ifade edilmektedir:

¹³ İsra Suresi 70. Ayet.

¹⁴ Jerome j. Shestack, “İnsan Haklarının Felsefi Temelleri” Liberal **Düşünce Dergisi**, C. 11, no:43, Yaz 2006, ss. 87-119, s. 91.

¹⁵ Öğütçü, **a.g.m.**, s. 573; Kapani, **a.g.e.**, s. 31.

“Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.

Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz.

Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz.

Meşru müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri, birinci fıkra hükmü dışındadır.”

Kişi dokunulmazlığının tanımını değil çerçevesini gördüğümüz bu madde bize sadece yol göstermektedir. Kişi hak ve özgürlüklerinin özü kişi dokunulmazlığıdır. Bütün kişi özgürlüklerinin ihlali kişinin dokunulmazlığını ihlal anlamına da gelecektir.

Tanör kişi dokunulmazlığının çerçevesini ifade ederken “kişilerin yaşama, maddi ve manevi varlıklarını koruyabilme ve geliştirme haklarının olduğunu, işkence ve eziyet yasağını, ayrıca insan onuruna aykırı cezaların verilmesinin ve o yönde hareketlerde bulunulmasının önüne geçilmesini” içeren düzenlemeleri bu ilkenin neticeleri olarak ifade etmektedir¹⁶. Bu tanım sadece kanun maddesinin içeriği ile sınırlı kalmış bir tanım gibi görünmektedir. Doktrinin kişi dokunulmazlığına yaklaşımı anayasamızın 17. maddesi çerçevesiyle sınırlı kalmıştır. Bu noktada farklı bir yaklaşım sergileyerek kişi dokunulmazlığının tanımını daha geniş düşünebileceğimiz kanaatindeyiz.

Kişi dokunulmazlığı için temel kaynağımız anayasanın maddesi olmasına rağmen dinlerde, medeniyetlerde ve özgürlük belgelerinde karşılaştığımız durumlarla birlikte kişi dokunulmazlığının çerçevesinin genişleyeceğini unutmamak gerekir. Bu noktada bu hakkın yasada geçen alt başlıklarını incelemeden önce bu

¹⁶ Bülent Tanör, **Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, BDS Yayınları, 3. Basım, Kasım 1994, s.19.

hakların yanına başka hangi hakların dâhil edilebileceğini de araştırmak gerekecektir. Öncelikli olarak eski din ve medeniyetlerde kişi dokunulmazlığını inceleyecek daha sonra özgürlük belgelerinde ve düşünürlerde bu kavramı arayacağız. Bu düşüncelerin katkısı ile bulacağımız kavramları da kişi dokunulmazlığına dâhil etmek gerekecektir.

1.1.3.1. Dinlerde ve Eski Medeniyetlerde Kişi Dokunulmazlığı

Dinler, insanlık tarihinin başından beri var olan ve bu sebeple insanlık ile ilgili olan her konuda söz söylemiş yapılarıdır. “İnsan hakları” adı altında olmasa da aynı amaca yönelik olarak bütün dinler ve hukuk sistemleri belli yapılar ve kurumlar oluşturmuşlardır. Ancak son yüzyıllarda dinin insan hakları konusunda belirleyici olmadığı söylenebilir. Bunun sebebi ise, özellikle batı düşüncesinde, savaşların genel sebebinin din eksenli olmasıdır. Dünya tarihi genel olarak din savaşları ekseninde şekillenmiştir. Ayrıca son yıllardaki savaş ve terör olaylarının gelişiminin de din eksenli olduğu görülmektedir. Bundan dolayı modern anlamda insan hakları düşüncesinin oluştuğu ve geliştiği batıda dini söylemler ile değil hümanist söylemler ile bir düşünce sistemi oluşturulduğu söylenebilir. İnsan hakları savına katkı veren düşünürlerin başında Jean Jacques Rousseau ve Montesquieu gibi hümanistler gelmektedir¹⁷.

Bir kez daha söylemek gerekir ki batı düşüncesinde insan hakları söylemi seküler bir söylem olarak ortaya çıkmıştır. İnsan hakları düşüncesinin çıkış noktası kilisenin baskısını ortadan kaldırma amacıdır. Ve bu nedendir ki din ve insan hakları söylemi bir karşıtlık algısı üzerinden yürümüştür¹⁸. Bu bağlamda modern anlamda kişi hak ve özgürlüklerinin belirlenmesinde dinin etkisi ciddi derecede azalmış ve azaltılmıştır.

1.1.3.1.1. Semavi Dinlerde Kişi Dokunulmazlığı

İnsana verilen değer noktasında tek tanrılı dinlerin tarihsel üstünlüğü olduğundan dolayı en çok bunlara değinilmiştir. Yahudilerin kutsal kitabı olan

¹⁷ Ali Köse, “İnsan Hakları”, Ed: Mehmet Paçacı, **İslama Giriş Evrensel Mesajlar, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları**, 2008, s.639.

¹⁸ Köse, **a.g.m.**, s. 693.

Tevrat'ta insanların tanrı suretinde yaratıldığı ifade edilmiştir¹⁹. Bu ifade aynı zamanda insanın, yaratıcının yeryüzündeki temsilcisi (halifesi) olduğu anlayışını oluşturmuştur²⁰.

Thomas Paine insan hakları kavramına etki eden en önemli iddiaların dinler kaynaklı olduğunu ve özellikle tek tanrılı dinlerin insanların eşitliği konusundaki iddialarının ön plana çıktığını ileri sürmektedir. Tevrat kaynaklı yaradılış anlatıları da insanların eşitliğini destekler niteliktedir. Hatta eşitlik kavramının çağdaş bir yorum olmaktan öte olarak tarihsel bir fenomen olduğunu söyler. Dinlerin insanlara ve insanların iyiliğine hitap etmesini de buna kanıt olarak gösterir²¹.

Kur'an'da yer alan ayetlerde insana verilen değeri görmekteyiz. Allah'ın insana ruhundan üflemesi²² insanın kutsiyetini ifade etmek için en önemli örneklerdendir. Yukarıda bahsettiğimiz şekilde Tevrat'ta geçen insanın Allah'ın yeryüzündeki halifesi oluşu da Kur'an'da yer almaktadır²³.

Kur'an'daki ayetlerden yola çıkarak İslam'da insan haklarının bir boyutunu görmüş bulunmaktayız. İnsan hakları ile ilgili olarak bir diğer referans noktamız da veda hutbesi olacaktır. İnsanı bir değer olarak görme noktasında tarihin en önemli dinsel kaynaklarından biri veda hutbesidir. Veda hutbesinde ayrımcılıkların tamamı reddedilmiş ve Allah katında herkesin eşit olduğu ifade edilmiştir²⁴.

¹⁹ Şevket Özcan, **Dinlerin İnsana Verdiği Değer (Yahudilik, Hristiyanlık ve İslam Örneği)**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2013, s. 53.

²⁰ Özcan, **a.g.e.**, s. 55.

²¹ Aktaran Ahmet İnan, "Kur'an Verileri Açısından İnsan Hakları", **İnsan Hakları ve Din (Sempozyum) Bildiriler**, Ed. Tevhit Ayengin, Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Yayınları, Çanakkale 2010, ss. 40-52, s. 43.

²² Hicr: 15/29; Sad: 38/72; Secde: 32/9.

²³ Fatır: 35/39; Bakara: 2/30; Yunus: 10/14; En'am: 6/165.

²⁴ İzzet Sargın, "İnsan Hakları ve Devletin Bütünlüğü", **İnsan Hakları ve Din (Sempozyum) Bildiriler**, Ed. Tevhit Ayengin, Çanakkale On sekiz Mart Üniversitesi Yayınları, Çanakkale 2010, ss. 86-100, s. 91.

1.1.3.1.1.1. Yahudilikte Kişi Dokunulmazlığı

Tevrat Yahudilerin kutsal kitabıdır ve bu kitabın *exodus*²⁵ bölümünün 20. kısmında meşhur on emir yer almaktadır ve on emrin ilki “öldürmeyeceksin”dir²⁶. Yahudiliğe göre insanın en temel hakkı yaşama hakkıdır. İslam hukukunda da olan ve karşılığını aynen verme anlamına gelen kısas Yahudilikte de vardır. Bir kişi cinayet işler ise onun öldürülmesi Yahudi şeriatında da vardır. Kısas sadece öldürme için değil organlara verilen zararlar için de uygulanmıştır²⁷. *Ama bir başka zarar varsa, cana karşılık can, göze karşılık göz, dişe karşılık diş, ele karşılık el, ayağa karşılık ayak, yanığa karşılık yanık, yaraya karşılık yara, bereye karşılık bere ödenecektir*²⁸. Yahudiliğin intihar etmeyi de yasakladığını görmekteyiz²⁹.

Bir diğer husus da kürtaj meselesidir. O zamanlarda da gündeme gelmiş olan kürtaj konusunda Yahudiliğin kesin bir karşıtlığı vardır. Çünkü Allah’ın yarattığını yok etme girişimi olarak görülmüştür. Ancak daha önce bahsettiğimiz gibi Tevrat’ta yer alan yaşam hakkının kutsallığı ile karşılaştırılmış ve annenin hayatını tehlikeye atan durumlarda annenin yaşamı, bebeğin yaşamına tercih edilerek kürtajın yapılabileceği hükmü verilmiştir³⁰.

1.1.3.1.1.2. Hristiyanlıkta Kişi Dokunulmazlığı

İncil’de Hz. İsa kendisine yöneltilen ahiret hayatında ve dünyada mutlu olmak ve sonsuz cenneti kazanmak için ne yapmalıyım sorusuna “zina yapma, cinayet işleme, çalma, yalancı şahitlik yapma ve anne, babana saygı ve sevgi göster” cevabını vermiştir³¹. Matta incilinde geçen bu ayette toplu şekilde öğütler yer almıştır. Yine

²⁵ Mısır’dan çıkış.

²⁶ Âdem Dölek, “İnsanın Yaşama Hakkının Korunmasının Dini Dayanağı”, **İnsan Hakları ve Din Sempozyumu, Çanakkale 18 Mart Üniversitesi Yayınları**, Çanakkale 2010, ss. 18-39, s. 19.

²⁷ Özcan, **a.g.e.**, s.104.

²⁸ Exodus (Mısır’dan Çıkış), 21:23.; <https://incil.info/YC2009/arama/Misirdan+Cikis+21:23>. Erişim tarihi. 01.04.2018.

²⁹ Özcan, **a.g.e.**, s.105.

³⁰ Özcan, **a.g.e.**, s.107.

³¹ <https://incil.info/YC2009/arama/Matta+19:18>, . Erişim tarihi. 01.04.2018.; aktaran, Dölek, **a.g.m.**, s.20.

Matta incilinde yer alan *adam öldürmeyeceksin, öldüren yargılanacak*³² ayeti de kesin bir şekilde öldürmenin yasak oluşu ve cezasıyla ilgilidir.

Yahudilikten farklı olarak Hristiyanlığın ilk dönemlerinde intiharın yaygın olduğu bilinmektedir. Ancak St. Augustine bunu katletmekle aynı değerde görmüş ve intihar edenlerin cehennemlik bir suç işlediğini söylemiştir. Bundan sonra intihar yasak olarak görülmüştür. Ötenazi konusunda da Hristiyanlık diğer semavi dinlerden farklı bir düşünce ortaya koymamış ve kesinlikle yasaklamıştır³³.

1.1.3.1.2. Çin ve Hint Medeniyetlerinde Kişi Dokunulmazlığı

Çin’de imparatorların hükmetme yetkilerinin tanrı tarafından verildiğine inanılırdı. Göklerin oğlu tanımlaması hükümdarlar için kullanılmıştır. Göklerden aldığı yetki ile tebaasının iyiliği, zenginliği ve barış içinde yaşaması için çalışmışlardır. Yetkisini kutsal bir kaynaktan alan imparator bundan dolayı ağır sorumluluklar da yüklenmiştir. Eğer toplumu veya devleti zor duruma düşürür ise o zaman tebaanın direnme hakkı ortaya çıkacaktır³⁴.

Çin’in en etkili felsefesi/dini Konfüçyüsçülüktür. Bu bir din olmaktan çok felsefedir ve çok yaygın bir inanıştır. Hedeflenen şey insanların mutluluğunu sağlamak ve bu mutluluk için yöntemler öğretmektir. İnsanların eşit yaratıldığını düşünür³⁵. Bu anlayıştan yola çıkarak insan haklarına saygılı bir yapının oluştuğunu düşünebiliriz ancak elimizde bu konuda yeterli veri olduğunu söyleyemeyiz.

Hindistan’da ise köklü bir din anlayışı olan Hinduizm yaygındır. Hinduizm’in etkileri ile oluşan bir toplumsal ve yönetsel sistem kurulmuştur. Bu inanışta kast sistemi adını verdiğimiz bir yapı mevcuttur. Kast sistemine göre insanlar sınıf sınıf ayrılmışlardır. Sınıflar arsında ise geçişler mümkün değildir. Ayrıca bu sınıflara

³² <https://incil.info/YC2009/arama/Matta+5:21>. E.T. 01.04.2018.

³³ Özcan, **a.g.e.**, s.111.

³⁴ Ünal, “İnsan Haklarının Tarihi, Felsefi ve Hukuki Temelleri”, **Ankara Barosu Dergisi**, 1994/1, ss. 41-74, s. 45.

³⁵ Şevket Özcan, “İnsana Verilen Değer Ekseninde Çeşitli Dinlerde İnsan: Dinler Tarihi Açısından Karşılaştırmalı Bir İnceleme”, **Dini Araştırmalar Dergisi**, Ocak-Haziran 2016, Cilt 19, sayı: 48, ss. 203-224, s. 205.

uygulanan hukuk da farklı olmuştur. Bu nedenle insan haklarına değer verdiğini söylemek zordur³⁶.

Hinduizm haricinde Sihizm, Caynizm ve Budizm de yaygın dinlerdendir. Bu dinler birbirinden farklı inanç sistemleri olmalarına rağmen insana verilen değer ve yaşam algısı benzerlikler göstermektedir³⁷.

Caynizm dinindeki ibadetlerden biri olan ölüm orucu ibadeti dikkat çekmektedir. Ölüm orucu her ne kadar tekâmül amaçlı olarak görülse de yaşam hakkını ortadan kaldırır³⁸. Yaşam hakkını ortadan kaldıracabilecek bir felsefenin günümüz insan hakları algısı açısından kabul edilebilirliği mümkün olmasa da dini bir inanışı eleştirmek veya yanlış bulmaktan çok modern insan hakları teorisi ile çeliştiği yönleri göstermekle yetineceğiz.

1.1.3.1.3. Eski Yunan'da Kişi Dokunulmazlığı

Eski Yunan'da insan hak ve hürriyetlerinin izleri görülebilir fakat bu anlayış sadece düşünürlerde ve felsefede yerini bulur, site/devlet bunun dışında kalmıştır. Kişisel haklar bu düşünce sisteminde ortaya çıkan bir iddiadan öteye gidemese de temellerin atılması bu şekilde gerçekleşmiştir³⁹.

Eski Yunan düşüncesinde site/devlete bakış incelenirse görülen şey siteye verilen değerdir. O dönemin geleneksel anlayışına göre site olmazsa sitede yaşayanlar da olmayacaktır. Bu Sokrates, Platon ve Aristoteles'in düşüncesinde açıkça görülür. Onların yaşadığı dönemde site gerileme dönemine girmişti ve Atina site devletini ayakta tutma kaygısı özellikle Platon ve Aristo için ön plandaydı. Bu durumun sonucu olarak bireysel özgürlükleri öne çıkartmayan bir anlayışın hâkim olduğunu söyleyebiliriz⁴⁰. Bu düşünürler insan hakları savunucusu değildiler, ancak insanı felsefenin ve doğal olarak da tüm düşüncenin merkezi haline getirmiş oldukları bir

³⁶ Ünal, **a.g.m.**, s. 45.

³⁷ Özcan, **a.g.m.**, s. 205.

³⁸ Özcan, **a.g.m.**, s. 210.

³⁹ Çeçen, **a.g.m.**, s.19-20.

⁴⁰ M. Semih Gemalmaz, **Devlet, Birey ve Özgürlük**, genişletilmiş 3. Baskı, Legal Yayınları, İstanbul, 2015, s. 1.

gerçektir. Ancak insanı bir değer haline getirmekten çok sitenin selameti ve ayakta kalmasını sağlamak düşüncesiyle “yurttaş kavramını ön planda tutmuşlardır⁴¹.

Eski Yunan’da insanı bir değer olarak kabul eden düşünce sistemlerinden biri de sofizmdir. Sofizm akımı M.Ö. V. Yüzyılın ortalarında ortaya çıkmıştır. Bu akımın en önemli kişilerinden olan Protagoras’a göre “*İnsan her şeyin ölçüsüdür*”. Bu söz bu akımın mottosu olmuştur⁴².

Sofistler devletin nasıl oluştuğu konusunda iki farklı görüş ortaya koymuşlardır. Bu görüşlerden birine göre devlet; toplumu oluşturan tarafların karşılıklı anlaşmaları ile ortaya çıkan sözleşmesel bir kurumdur. Yani bugünkü siyaset bilimi terminolojisi ile söyleyecek olur isek devlet; toplum sözleşmesi dediğimiz yöntem ile kurulmuştur. Protagoras’ın düşüncesi de bu şekildedir. Diğer görüşe göre ise devletin temelinde güç ilişkileri yatmaktadır. Güçlünün güçsüze tahakkümü devletin kuruluşunda asli rol oynar. Bu durumda da eşitsizlik normal bir durum olarak düşünülecektir⁴³. Her ne kadar köleliği insan onuruna aykırı bulsalar ve bu konuda çaba gösterecekler de hukuk sistemini etkilemeyi başaramamışlardır⁴⁴. İnsanı köleleştirilmesi kişi dokunulmazlığına karşı yapılan en ciddi engellerden biridir ve buna karşı olan sofistler de dönemlerine göre çok insani bir bakış açısına sahiptirler.

Stoacılık akımı ise insanın özgür bir varlık olduğunu ve kendi içinde bir değere sahip olduğunu savunur. Bu eşitlik fikrinin ilk iddialarından biridir. Bu durumdan yola çıkarak köleliğin de olağan bir durum olmadığını iddia ederler ki bu konuda ilk söz söyleyen akım da stoacılık’tır. Kölelik, kişinin yaşama hakkından sonra gelen ve dokunulmaz olan özgürlüğünü elinden alan bir uygulamadır. Kişi dokunulmazlığının en önemli parçalarından biri özgürlüktür. Bu bakımdan köleliğin tartışıldığı ve kaldırılmasının istendiği bir ortam olarak eski Yunan dönemi ve bunu tartışan stoacılar kişi dokunulmazlığının sağlanmasında önemli adımlar atmışlardır.

⁴¹ M. Semih Gemalmaz, “Tarihselliği Bağlamında İnsan Hakları”, **İnsan Hakları Yıllığı**, TODAİE, sayı 7-8, Yıl 1986, ss.55-68, s.55.

⁴² Mehmet Akad, Bihterin Vural Dinçkol, Nihat Bulut, **Genel Kamu Hukuku**, Der Yayınları, 10. Baskı, 2014, İstanbul, s. 13.

⁴³ Akad, Dinçkol, Bulut, **a.g.e.**, s. 13-14.

⁴⁴ Ahmet Mumcu, Elif Küzeci, **İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri**, 7. Bası, Ankara, 2015, s. 40.

1.1.3.2. Ortaçağ ve Yeniçağ 'da Kişi Dokunulmazlığının Özgürlük Belgelerindeki Yeri

Ortaçağ ile birlikte yeni fikirlerin ortaya çıkması ve hukukun hızlı şekilde değişimi söz konusu olmuştur. Devletler sınırsız bir yetki ile değil sınırlandırılmış bir yönetim anlayışı ile yönetilmeye başlamıştır. Önceleri Hristiyan kilisesinin hâkimiyeti ile başlayan bu süreçte insanlara tanrının verdiği haklar olduğu düşüncesi ön plana çıkmıştır. Bu şekilde devletler biraz olsun sınırlanabilmiştir⁴⁵.

Ortaçağ Hristiyan felsefecilerinden Thomas Aquinas'ın "Summa Theologica" adlı eserinde doğal hukukun tanrısal hukuktan izler taşıdığını ve yaratıcının insanlara vazgeçilemez bazı haklar verdiğini ifade etmektedir. Fakat bu çağın, feodal sistemi ve köleliği yadsımadığı bir gerçektir⁴⁶.

Bu dönemin yaygın idare biçimi feodalitedir. Feodalite ile idare edilen halk, idarecisine hizmet ve sadakat borçludur. Buna binaen idarecilerin de halka karşı güvenliği sağlama yükümlülüğü vardır. Yaşama haklarını idareciler koruyacaktır. İnsan haklarının ya da temel hak ve özgürlüklerin tanındığını söylemek imkânsızdır. Bu dönemde halk, feodal beyler ve krallar arasında çok uzun süren mücadeleler yaşanmıştır. Bu mücadeleler sonucunda yapılan anlaşmalar ise günümüz insan haklarını temellendirmiştir⁴⁷.

1215 tarihinde yapılan "Magna Charta Libertatum" adıyla bilinen anlaşma ise bu mücadelenin ilk ve en önemli ayağı olacaktır. Anlaşmaya göre kişiye mal ve can güvenliği devlet tarafından garanti edilmiştir. Elbette bu anlaşmaya harfiyen uyulduğu söylenemez fakat hak ve özgürlüklerin tanınmasında çok önemli bir adım olmuştur⁴⁸. Keyfi yönetimi reddederek yönetimin yasalara bağlı olarak hareket etmesini zorlayan ve aynı zamanda yönetilenlerin de belli başlı haklara sahip olmasını sağlayan bir

⁴⁵ Çeçen, a.g.m., s. 20.

⁴⁶ Shestack, a.g.m., s. 92.

⁴⁷ Ünal, a.g.m., s. 47.

⁴⁸ Ünal, a.g.m., s. 48.

anlaşma meydana gelmiştir. Bu bakımdan dinsel bir etkenin haricinde bir durumun kralın egemenliğini kısıtladığı tek ortaçağ gelişmesi olarak düşünülebilir⁴⁹.

Genel olarak baronların haklarını savunan, bunlar dışındaki halkın hakları ile fazla ilgilenmeyen bir metin olmasına rağmen çok önemli ifadeler ve koruma düzenlemeleri vardır. Fermanın 40. maddesi şu şekildedir: “*Kimseye hakkı ve adaleti satmayacağız, menetmeyeceğiz ya da geciktirmeyeceğiz*⁵⁰.” Bu ve benzeri maddeler ile fermanın sonuç kısmında yer alan, idarecilerin ve baronların kral karşısındaki yargılanmalarında hangi yöntemin izleneceği, sözleşmedeki vaatlerden olan barış ve özgürlüğün uygulamasının ve denetiminin nasıl yapılacağı belirlenmiştir⁵¹. Kişi özgürlüğü ve güvenliği ile kişi dokunulmazlığının kesiştiğini hatta kişi dokunulmazlığının kişi özgürlüğü ve güvenliğini kapsadığını ilk kez burada görmekteyiz.

Magna Carta kralın gücünü sınırlama amacıyla ortaya çıkan ancak kralın sınırlanmasının faydasını feodal güçlerin gördüğü bir düzenleme şeklinde meydana gelmiştir. İlk bakışta tam anlamıyla bir özgürlük metni olarak görünmemektedir, fakat İngiliz tarihi açısından baktığımızda bu anlaşmanın ortaya çıkardığı özgürlük imkânını İngilizlerin sonuna kadar kullandığını görmekteyiz⁵².

⁴⁹ Muharrem Gürkaynak, Âdem Ali İren, “Modernizm Öncesi ve Sonrası Batı Toplumlarında İnsan Haklarının Kavramsallaştırılması”, **Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, yıl 2016/1, sayı:23, ss.329-357, s.335.

⁵⁰ Janko Musulin, **Hürriyet Bildirgeleri**, Belge Yayınları, 1. Baskı Nisan 1983, s.20.

⁵¹ “Krallığımızın sınırları içinde bulunan baronlar kendi aralarından, diledikleri 25 kişiyi seçecekler ve bu 25 kişi tüm güçleriyle, bizim bu hâlihazırdaki fermanla kendilerine bağışladığımız ve teyit ettiğimiz barışı ve özgürlükleri uygulayacaklar, bunlara uyacaklar ve karşı tarafın da uymasını sağlayacaklardır. Bu, şu yolla olacaktır: Eğer biz ya da başyargıcımız ya da memurlarımız ya da emrimizdeki herhangi bir kimse, herhangi bir durumda, herhangi birine karşı suç işler, güvenlik ve barış kararlarından herhangi birini çiğnerse ve eğer bu hareket sözü edilen 25 barondan sadece dördü tarafından öğrenilirse, bunlar bize ya da yurt dışında bulunuyorsak başyargıcımıza giderek, işlenen suç bildircekler ve bu haksızlığı düzeltmemizi talep edeceklerdir. Ve eğer bu cürümü, bize ya da yurtdışındaysak başyargıcımıza bildirmelerinden sonraki 40 gün içinde, biz ya da yurtdışındaysak başyargıcımız düzeltmezse, 4 baron olayı geri kalan 21 baronun önüne götürecektir ve bu 25 baron topluca, tüm ülkeyi arkalarına alarak, kalelerimizin, topraklarımızın ve mülkümüzün elimizden alınması yoluyla, olay kendi isteklerine uygun bir biçimde yeniden yoluna girene dek, bizi uygun bir biçimde sıkıştırarak; bize karşı haciz uygulayacak ve daha ellerinden ne geliyorsa yapacaklardır. Ama bu arada bizim, kraliçenin ve çocuklarımızın şahısları dokunulmadan korunacaktır. Ve eğer olay yeniden tatlıya bağlanırsa, baronlar eskiden olduğu gibi bize boyun eğeceklerdir. Musulin, **a.g.e.**, s. 20-21.

⁵² Kapani, **a.g.e.**, s. 41.

İngiliz özgürlük hareketlerinin genel özelliğinin vergilendirme ve kralın bu konudaki keyfi davranışını önleme gayesi olarak tanımlayabiliriz. Fakat bunların yanında kişi güvenliğinin sağlanması ve bireysel özgürlüklerin kullanım alanının genişletilmesiyle ilgili kazanımlar da olmuştur. Yakalama kararları, tutuklama şartları, mala el koymanın kuralları, sürgün ve işkence gibi durumlara düzenlemeler getirilmiş, bunlar mümkün olduğunca kısıtlanmaya çalışılmıştır⁵³. Bunlardan dolayı hak ve özgürlüklerin kazanılması ve bunun için mücadele edilmesi gerektiğinin anlaşıldığı bir ateşleme noktası olarak düşünülebilir.

Ortaçağ'ın bitişi ve feodal düzenin ortadan kalkması ile birlikte yeni bakış açıları ortaya çıkmıştır. Bunlardan biri de doğal hukukun dünyevileşmesidir (seküler hukuk). Doğal hukuk Grotius ve Putendorf tarafından sistematik bir anlatıya kavuşmuştur. Ortaçağda Hristiyan kilisesinin etkisi ile dini kaynaklı oluşu ağırlık kazanan doğal hukuk düşüncesini dinden kopararak bu düşünceyi dünyevi ve akli olarak ortaya koymuşlardır. Hugo Grotius'un doğal hukuku nitelemesi de şu şekildedir; "doğal hukuk, doğru aklın emridir"⁵⁴.

Ortaçağda haklar konusunda fazla bir kazanım olduğunu söyleyemesek de "Magna Carta" gibi büyük bir hak bildirgesinin ortaya çıkışı bir başlangıç kabul edilmiştir. Bununla birlikte hukukun sekülerleşmesi ve kiliseden bağımsız hale gelmesi de hakların yeniden tanımlanmasına yol açacaktır. Ortaçağ sonrasında özellikle İngiltere'de arka arkaya birçok düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemeler ile birlikte insan hakları düşüncesi giderek pozitif hukuka yansımaya sahiptir.

İngiltere'de XVII. yüzyıl ile birlikte ortaya çıkan ve temel hak ve hürriyetleri düzenleyen en önemli kanun ve bildireler şunlardır: Haklar Dilekçesi (1628), Habeas Corpus Act (1679) ve Haklar Bildirisi (1689). İngiltere dışında ise Amerika'da Virginia Temel Haklar Bildirisi (1776) ve Fransa'da 1789 Fransız İhtilalinin akabinde ortaya çıkan Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi önemli insan hakları metinlerinden olmuştur⁵⁵. Bu özgürlük metinlerinde kişi dokunulmazlığı, kişi

⁵³ Muzaffer Sencer, "İnsan Hakları Açısından İngiliz Devrimi", **TODAİE**, sayı: 23/2, yıl: Haziran 1990, ss. 3-21. S.6.

⁵⁴ Shestack, **a.g.m.**, s. 92.

⁵⁵ Gürkaynak, İren, **a.g.m.**, s.338.

özgürlüğü ve güvenliği ile ilgili birçok madde bulunmaktadır. Bu düzenlemeler bu hakların gelişimi noktasında ciddi derecede etkili olmuşlardır⁵⁶.

XVII. yüzyılda devlet, siyaset ve hukuk denilince ve bunların değişimi söz konusu olduğunda akla İngiltere ve bu ülkedeki hak kazanımları gelmektedir. Bu kazanımlar modern çağın ulaşmaya çabaladığı fikirlerin aslında çok yeni olmadığını görmemizi de sağlamaktadır.

Bu dönemde bireysel manada insanın değişimi gerçekleşmeye başlamış ve insana atfedilen değer artık sistemleşmek zorunda kalmıştır. Bunun haricinde dönemin şartları gereği yeni düşünce biçimleri ve ideolojiler de ortaya çıkmıştır. Aşağıda bunlardan bazılarına değinilecektir.

1.1.3.2.1. İngiliz Özgürlük Belgeleri

İngiltere’de XVII. yüzyılda çeşitli mücadeleler ile kazanılmış özgürlük haklarının temel mahiyeti parlamento ile krallığın çatışması kökenli olup öncelikli konular vergilendirme ve savaşa alım ile ilgiliydi. Fakat bu sebeplerle başlayan hareketlerin kazanımları daha fazla ve olumlu yönde olmuştur.

Öncelikle belirtmek gerekir ki bu belgeleri Amerikan ve Fransız Özgürlük bildirilerinin sahip olduğu manada haklar bildirisi olarak kabul etmek zordur. Bütüncüllükten uzak ve ihtiyaca göre ortaya atılmış haklar olarak ifade etmek mümkündür. Bunun sonucu olarak da sistematik bir düzenleme olmaktan çok krallar ile aristokrasinin karşılığında türeyen metinler olarak görmek daha doğru olacaktır⁵⁷. Fakat bu şekilde olması belgelerin değerini azaltmaz, bu belgeler kişi hürriyetlerinin ilk olarak tezahür ettiği pozitif düzenlemeler olmaları nedeniyle çok değerlidirler.

Avrupa devletleri İngiltere haricinde hak ve özgürlükleri tanıma noktasında çok geride kalmıştır. Avrupa’nın tamamında işkence normal bir prosedür olarak uygulanırken, İngiltere’de kişi özgürlüğü ve güvenliği, adil yargılanma, işkence ve

⁵⁶ İlyas Doğan, Mehmet Kaya, **İstanbul Protokolü ve İşkencenin Önlenmesi**, Adalet Yayınevi, 1.baskı, Ankara 2010, s. 20.

⁵⁷ Kapani, **a.g.e.**, s. 42.

kötü muamele yapma yasağı gibi hakların verilmiş olması⁵⁸ kişi dokunulmazlığının şekillenmesinde etkili olan en önemli durumlardan biridir.

Magna Carta'nın 39. maddesinde kanunda belirtilmedikçe ve yargı kararı olmadıkça özgür bir kişinin yakalanması, zindana atılması, mallarının müsadere edilmesi, sürgüne yollanması, işkence ve kötü muameleyle uğraması yasaklanmıştır⁵⁹, bu kişilerin haklarının korunması hedeflenmiştir.

1.1.3.2.1.1. Petition of Rights (Haklar Dilekçesi) (1628)

1625-1649 tarihleri arasında İngiliz kralı olan I. Charles'in parlamento ile olan mücadelesinin sonucunda parlamentonun, daha doğru ifadeyle de avam kamarasının⁶⁰, bazı haklar için yaptığı mücadele sonucunda krala kabul ettirdikleri bir belgedir⁶¹. İngiltere'de parlamenter sistemin gelişimi de bu yönde olmuştur. Kralın vesayetinden kurtulmak isteyen burjuvazinin halk tabakalarını da arkasına alarak güçlenme sürecindeki mücadeleler İngiliz parlamento tarihinin özeti sayılabilir⁶².

Bu dönemde savaş halinde olan İngiltere'de savaşın ekonomik kayıplarını telafi etmek ve savaşa da destek sağlamak amacıyla kral ek vergiler koymuştur. Kral ile parlamento bu konuda ters düşmüş ve parlamento kralın bu konuda geri adım atması için ona bir "dilekçe" sunmuşlardır. Bu dilekçede vergi çıkarma konusundaki kuralların ve yasaların daha önceden belirlendiği ve kralın bunlara uyması gerektiği ifade edilmiştir. Bu kurallara uymayanların ise kral tarafından keyfi olarak cezalandırılmayacağı, sürgün, tutuklama, gözaltı gibi kararların yasalara uygun olmayan bir biçimde uygulanmasının engellenmesi de bu dilekçenin konusudur⁶³. Kral bu belgeyi kabul etmiş ve bu tavizler karşılığında da istediğini almıştır⁶⁴.

⁵⁸ Doğan, Kaya, **a.g.e.**, s. 18-19.

⁵⁹ Musulin, **a.g.e.**, s.19.

⁶⁰ İngiltere Anayasal Monarşi ile yönetilmektedir. Bu yönetim biçiminde Kral ya da Kraliçe tahttedir ve ülkenin en üst mercii odur. Ancak İngiltere'de parlamento ile kraliyet arasındaki mücadele çok eskiye dayandığından dolayı süreç içerisinde parlamento krallıktan daha etkili olmaya başlamıştır. Parlamento ise ikiye ayrılmaktadır. Avam kamarası ve lordlar kamarası şeklinde. Avam kamarası halktan kişilerin seçildiği yer iken lordlar kamarası asillerin oluşturduğu birimdir.

⁶¹ Ayferi Göze, **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**, Beta Yayıncılık, 15. Baskı, Şubat 2015, s. 480.

⁶² Sencer, **a.g.m.**, (1990), s.4.

⁶³ Gemalmaz, **a.g.e.**, s. 250; Göze, **a.g.e.**, s. 480; Musulin,**a.g.e.**, s. 43-44.

⁶⁴ Sencer, **a.g.m.**, (1990), s. 9.

Bu belgede Kral III. Edward'ın iktidarının 25. senesinde, o tarihten sonra kimsenin kendi isteği ve kabulü olmaksızın krala zorla para vermek zorunda bırakılmayacağına dair yasanın parlamento tarafından kabul edildiği ve ayrıca “*Benevolence*” adında kralın yüklediği yasal olmayan verginin de çıkarılmayacağı hatırlatılmıştır. Vergilendirmenin parlamentonun onayına tabi olduğu vurgusu ön plana çıkmıştır⁶⁵.

Kral III. Edward (1312-1377)'ın 25. yönetim yılında alınan kararlardan biri de parlamento kararı ile kişilerin vücudu ve hayatı ile ilgili menfi tasarrufla bulunulamayacağıydı. Bununla birlikte Haklar Dilekçesinin ortaya çıktığı tarihlerde keyfi yaklaşımlar ve cezalandırmaların meydana gelmesi ve bunların artış göstermesi sonucu oluşan itirazların da bu dilekçedeki payı yüksektir. Dilekçede bir suç işlese dahi bunu cezalandırma yetkisinin kanunlar ve nizamnameler vasıtasıyla kullanılacağı ve cezayı hak etseler dahi bunun kanunlara uygun olarak verilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁶⁶. Ayrıca çok önemli bir düzenleme olarak “Tabii Hâkim İlkesi⁶⁷”ne değinildiğini görmekteyiz⁶⁸.

Sonuçta görüyoruz ki bu dilekçenin üç hedefi vardır. Yeni vergilerin konulması için parlamentonun onayının aranması gerektiği aksi halde yeni vergi alımı yapılamayacağı, ülkenin savaşta olmadığı zamanlarda savaş hukuku ve savaş ekonomisinin yürütülemeyeceği ve kişilerin sebepsiz olarak hapsedilmesinin mümkün olmadığı⁶⁹. Bütün bunlardan anlaşılmaktadır ki kişi hakları her ne kadar birinci planda korunmaya çalışılmasa da dolaylı olarak kişi haklarının korunduğu ve bunun iktidarı sınırladığı ilk düzenlemeler bunlardır. Özellikle yaşam hakkı ve işkence yasağı ile ilgili ifadeler dikkat çekmektedir.

⁶⁵ Musulin, **a.g.e.**, s. 43.

⁶⁶ Musulin, **a.g.e.**, s. 44-45.

⁶⁷ “Kanuni hâkim ilkesi” şeklinde de ifade edilen “tabii hâkim ilkesi (doğal yargıç), bir uyuşmazlık hakkında karar verecek olan hakimin, o uyuşmazlığın doğmasından önce kanunen belli olmasını öngören bir ilkedir. Yani tabii mahkeme olaydan önce kurulmuş ve somut olay ile kuruluş bakımından ilgisi olmayan mahkeme demektir. Bir uyuşmazlık durumunda bu uyuşmazlığı muhakeme edildiği mahkemenin uyuşmazlık gerçekleştikten sonra kurulmasının yasaklandığı ilkedir. Kişiye veya olaya göre mahkeme kurmanın imkânsız hale getirilmesi çabasının bir ürünüdür. (Kemal Gözler, **Hukukun Temel Kavramları**, Ekin Yayınları, 15. Baskı, Ağustos 2017, s.102)

⁶⁸ Sencer, **a.g.e.**, (1990), s. 9.

⁶⁹ Gemalmaz, **a.g.e.**, s. 250.

1.1.3.2.1.2. Habeas Corpus⁷⁰ Act (1679)

Haklar dilekçesinin temel amacı olan keyfiliğin önlenmesi İngiliz özgürlük bildirilerinin temel uğraşı olmuştur. Haklar dilekçesinde daha çok vergi kaynaklı olarak çıkan sorunlara müdahale hedeflenmişse de kişi hak ve özgürlüğü açısından önemli bir belgedir. Habeas Corpus Act ise kişi güvenliğinin amaçlandığı bir diğer önemli belgedir.

Bireylerin keyfi biçimde ve hâkim kararı bulunmadan tutuklanmaları, hüküm giymeleri ve idam edilmeleri yasaklanmıştır. Ayrıca gözaltında bulunan kişilerin gereğinden fazla süre hâkim karşısına çıkarılmadan tutulmalarının da engellenmesi kuralı ortaya çıkmıştır. Tutuksuz yargılamanın önü açılmış, ağır suçlar dışında kişilerin kefaletle bırakılmaları ve tutuksuz yargılanmalarına imkân verilmiştir. Son olarak da tutuklu olarak yargılanan kişilerin davalarının uzun sürmemesi ve hakkaniyetli bir süre içinde karara bağlanmaları prensibi benimsenmiştir⁷¹.

Belgenin genel muhtevasında gözaltı ve tutukluluk sürelerinin ayrıntılı düzenlemesi bulunmaktadır⁷². Gözaltı sürelerinden mahkeme önüne çıkarılma süresine⁷³, gözaltındaki kişi başka bir yere gönderilecekse bunun uzun sürmemesi gerektiğine kadar bütün durumlar ayrıntılı bir şekilde ve net sürelerle belirlenmiştir. Bu sürelere uyulmaması halinde ise görevlilere hem para cezası şeklinde hem de bir daha bu görevleri vermeme şeklinde yaptırımlar öngörülmüştür⁷⁴.

Belgede geçen şu cümle yargılama sürecine verilen önem konusunda bizi aydınlatacaktır: “*mahkemede başvurunun haksız yere reddedilmesine, adam kayırılmasına, ayrıcalık tanınmasına, adli değişikliklere, karakter-kefaletine ya da*

⁷⁰ “Kişinin huzura çıkmasına müsaade et” anlamına gelir. Gözaltına alınan bir kişinin en kısa sürede mahkeme önüne çıkmasını ve yargılamaya başlanmasını ifade eden bir Anglosakson hukuk terimidir. Kişinin ne ile itham edildiğini bilmesinin en temel hakkı olduğunu da bu kavramın içeriğinde bulmaktayız

⁷¹ Gemalmaz, **a.g.e.**, s. 253; Göze, **a.g.e.**, s. 482.

⁷² Gözaltına alınma durumunda kişiye ne ile suçlandığının 24 saat içinde bildirilmesi gerektiği bu düzenlemenin en önemli maddelerindendir. bkz: Muzaffer Sencer, **a.g.e.**, (1990) s. 12.

⁷³ Tutuklanmayı takip eden 20 gün içerisinde hâkim karşısına çıkarılma kuralı getirilmiştir. bkz: Sencer, **a.g.e.**, s. 12.

⁷⁴ Musulin, **a.g.e.**, s.55-57.

“non vult ulterius prosequi”⁷⁵ yoluyla davanın düşürülmesine ya da benzeri şeylere izin verilmeyecek ya da göz yumulmayacaktır”⁷⁶.

1.1.3.2.1.3. Haklar Bildirisi (Bill of Rights) (1689)

İngiltere tarihinin dönüm noktası olarak kabul edebileceğimiz tarihlerden biri de 1688 yılıdır. Çünkü İngiliz parlamentosunun kralın baskısından kesin olarak sıyrıldığı tarihtir. Bu dönemde tahtta Kral II. James oturmaktadır. Kral daha öncekilerin de yaptığı gibi parlamentoyu güçsüz ve işlemez duruma sokmak istemiştir. Ayrıca kralın Katolik bir eşi olması ve Protestanlık aleyhine hareketleri olması da kralın sonunu hazırlamıştır. Ancak bu kez parlamento kansız bir darbe ile kralı tahttan indirir ve kesin zaferini ilan eder. Kral ülkeyi terk etmek ve Fransa'ya gitmek durumunda kalmıştır. Bu dönemde Hollanda'da sürgün olan eski kralın çocuklarından Mary ve Damadı Orange Prensi William (William d'Orange) parlamento tarafından tahta çıkmaları için çağırılırlar. Çağırılmalarının bir sebebi de Protestan olmalarıdır. Bu çağrıdan sonra da haklar bildirisi ilan edilmiştir⁷⁷.

Parlamento'nun onayının bulunmadığı bir kanunun kral tarafından konulması ya da kaldırılmasının önüne geçen bu düzenlemeyle kralın kanunlardan üstün olamayacağı vurgusu da ön plana çıkarılmıştır. Kralın kanundan üstün olmadığı vurgulanmış, parlamentonun da yürütmeyi denetlemek hakkının ortaya çıkması sağlanmıştır⁷⁸.

Yargılama memnuniyetsizlikleri de bahsettiğimiz darbenin nedenlerinden olmuştur. İnsanlara yüklü miktarlarda para cezası verildiği ayrıca çok şiddetli cezalara maruz bırakıldığı belirtilmiş, yargının kanun tanımaz hale geldiği vurgusu yapılmıştır. Yargı kararı olmadan insanlardan kefalet alınmış, yargıya güven de azalmıştır⁷⁹.

⁷⁵ Keyfi takipsizlik kararları olarak çevrilebilir.

⁷⁶ Musulin, **a.g.e.**, s.57-58.

⁷⁷ Ayferi Göze, **a.g.e.**, s.482-483., **a.g.e.**, s. 253-254.

⁷⁸ Sencer, **a.g.e.**, (1990), s. 13.

⁷⁹ Musulin, **a.g.e.**, s. 60.

Krallıktan şikâyetler had safhaya çıktığından dolayı parlamento müdahale etme ihtiyacı hissetmiş ve Hakları Bildirisi ortaya çıkmıştır⁸⁰.

Haklar Bildirisi'nin onuncu maddesinde yargılama ile ilgili bir ifade vardır. Buna göre kişilerin yargılanması sırasında sağlanan güvenlik önlemlerinin ölçülü olması aranmaktadır. Suçu sabit olmayan veya belli bir süre hapis yatan kişilerin kefaletle serbest bırakılması öngörülmüştür ancak önceki uygulamalarında yüksek kefalet ücreti belirlendiğinden dolayı bu bildiri kefalet ücretleri de konu olmuştur. Kefaletlerin yüksek olmaması da kural haline gelmiştir. Ve en önemli nokta da verilen cezaların korkunç ve olağandışı olmaması gerektiğidir. Korkunç ceza açık açık yazmasa da işkence ve eziyet yasağı olarak algılanmalıdır. Şiddetli cezalar verilmesinin önüne geçilmek istenmiştir⁸¹.

Görüldüğü üzere bu belgeler İngiltere Krallığı ile Parlamento arasında çok uzun süren mücadeleler sonucunda ortaya çıkmıştır. Beş yüz yıldan fazla süren bu mücadeleler sonucunda tedrici de olsa kazanımlar elde edilmiş ve en sonunda parlamento mutlak olarak yasa yapma ve vergi çıkarma yetkisini kazanmıştır.

İngiliz belgelerinin genel görünümünü şu şekilde açıklayabiliriz: Bu belgeler parlamentonun kraliyet karşısındaki konumunu güçlendirmek için yaptığı mücadeleler sonucunda ortaya çıkan kazanımlardır. Bahsettiğimiz kazanımların çoğunluğu vergilendirme ile ilgili olsa da yaşam hakkı, işkence, gözaltı ve tutukluluk süreleri gibi çok önemli düzenlemeleri hayata geçiren bu belgelerdir.

Dünya tarihinde bu mücadelenin modern manada ilk örneği İngiltere olmasına karşın bu kazanımların etkisinde kalarak Amerika ve Fransa'da da özgürlük,

⁸⁰ Haklar bildirisinin kişi dokunulmazlığı ile ilgili maddeleri:

7) Protestan inancına bağlı uyruklar, mevkilerinin gerektirdiği ve yasanın izin verdiği ölçüde, kendi güvenlikleri için silah taşıyabilmelidirler.

9) Konuşma özgürlüğü vardır; Parlamento'daki tartışmalar ve görüşmeler, parlamentodan başka hiçbir yerde ya da mahkemede suçlama ya da soruşturma konusu yapılmamalıdır.

10) Gereğinden çok, abartılı güvenlik önlemleri öngörülmemelidir, kefaletler yüksek tutulmamalı, korkunç ve olağandışı cezalar verilmemelidir.

12) İlgili kişinin yargılanmasından önce, kefalet ve hapis cezasıyla ilgili söz verilmesi ve vaatlerde bulunulması yasadışıdır. Bkz. Musulin, **a.g.e.**, s. 61-62.

⁸¹ Doğan, Kaya, **a.g.e.**, s. 20.

bağımsızlık ve hak kazanma çabaları ön plana çıkmış ve hızlı bir şekilde değişim ve dönüşüm yaşamışlardır.

1.1.3.2.2. Amerika'nın Bağımsızlığı ve Anayasası

Amerikan bağımsızlığı ve bunun arkasından gelişen süreçlerle ilgili en önemli aşama İngiltere ile Fransa arasında meydana gelen ve yedi yıl savaşı olarak adlandırılan savaştır. İngiltere ve Fransa arasında Kanada için yapılan savaş ve neticesinde İngiltere'nin savaşı kazanmasından sonra Amerikan kolonileri artık Fransız tehdidinden kurtulmuşlardır. 1763 yılında imzalanan Paris Anlaşması ile Fransızlar Kuzey Amerika'dan uzaklaştırılmışlardır. Bu tehdidin ortadan kalkması ve ekonomik bağımlılığından kurtulmak isteyen Amerika daha bağımsız hareketlerde bulunmaya başlamıştır⁸². Akabinde gelişen olaylar Amerikan tarihini ve demokrasisini şekillendiren önemli gelişmelere neden olmuştur.

İngiltere kazandığı büyük başarıya rağmen Amerikan kolonilerini kontrolü altında tutmakta zorlanmıştı. Ticaretlerinde ve siyasetlerinde giderek İngiltere'den uzaklaşan ve anlaşmazlıklar yaşayan Amerika için bağımsızlık düşüncesi ön plana çıkmıştır. Meydana gelen anlaşmazlıklarda İngiltere yapıcı davranmayarak Amerika'nın kopuşunu hızlandıracaktır. İngiltere hâkimiyetini kaybetmek istemediğinden bazı sert yasa ve uygulamaları yürürlüğe sokmuş, ticareti kısıtlamaya çalışmış ve kolonilerin güçlenmesini engellenmeyi amaçlamıştır. Bunun üzerine Amerika'da arka arkaya kongreler düzenlenmeye başlanmış ve bağımsızlık fikri gündeme gelmiştir. Artık bağımsız bir devlet olma aşamasına giren Amerika'da anayasal fikirler de düşünölmeye başlanmıştı. İlk olarak "Virginia Haklar Bildirgesi" ortaya çıkacaktır. Bildirge 16 maddeden teşekköl etmiştir. Bildirgenin 1. maddesinde "*tüm insanlar doğuştan eşit, hür ve bağımsızdır*" ibaresi yer almaktadır ve insan hakları ve doğal hukukun yansıdığı bir madde olmuştur⁸³. 1. maddede yaşama hakkına da vurgu yapılmıştır⁸⁴. Bildirgede ayrıca Amerikan hükümet sistemini oluşturacak

⁸² Oral Sander, **Siyasi Tarih**, İmge kitabevi, 31. Baskı, Kasım 2016 Ankara, s. 152.; Göze, **a.g.e.**, s.520; Muzaffer Sencer, "İnsan Haklara Açısından Amerikan Devrimi", **İnsan Hakları Yıllığı**, TODAİE, sayı:9, Yıl 1987, ss. 85-126., s.88.

⁸³ Sencer, **a.g.m.**, (1987) s. 94-95.

⁸⁴ Virginia İnsan Hakları Bildirisinin ilk maddesi: Tüm insanlar doğuştan eşit derecede özgür ve bağımsızdırlar. Doğar doğmaz edindikleri belli bazı haklar vardır; siyasal bir topluluk kurdukları

olan temel meselelere değinilmişse de bu konumuz olmadığından bahsedilmeyecektir. Bildirgenin kişi dokunulmazlığı ile ilgili önemli maddeleri vardır⁸⁵.

Haklar bildirisinin asıl amacının, ticareti tekeline almaya çalışan ve ayrıca vergi yükü oluşturan İngiltere'nin önüne geçmek olduğu ifade edilmektedir. Ancak bütün bunlarla birlikte kolonilerde yaşayanların bir İngiliz vatandaşından farklı olarak görülmesi ve haklarının ona göre tanınması da bildirinin değiştirmek istediği noktalardandır. Eşitlik ve hak tanınması talebi önemli bir unsur olarak bildiride yer almıştır⁸⁶.

Virginia Haklar Bildirgesinin 8. maddesinde *habeas corpus* ilkesinin bir görünümü bulunmaktadır. Kişi kendisine yöneltilen suçlamayı bilme ve suçlamaya istinaden ceza verilmesi hakkına sahiptir. Aynı zamanda kendisi lehine olan delilleri ileri sürmek ve aleyhine olan delilleri de çürütmek hakkına sahiptir. Tarafsız bir jüri de kişinin haklarından. Haklar dilekçesinin 10. maddesinde yer alan aşırı kefalet istenemez ve olağandışı ve şiddetli cezalar verilemez maddesi benzer şekilde Amerikan bağımsızlık bildirgesinin 9. maddesinde de yer almıştır. Ayrıca arama ve tutuklama konusunda hassas olunmuştur. Bildirinin 11. maddesinde arama ve tutuklama hallerinde mahkeme kararını şart koşulmuştur.

1776 yılında Amerika, bağımsızlık bildirisini de ilan eder ve tarih sahnesine yeni bir devlet olarak ortaya çıkar. Amerika yeni bir devlettir ancak hem ırksal olarak

zaman, hiçbir antlaşmayla gelecek nesilleri bu haklardan yoksun bırakamaz, onları bu haklardan vazgeçmeleri için zorlayamazlar; yaşama ve özgürlük haklarıyla, mülk edinme ve sahip olma, mutluluk ve güvenlik arama ve kazanma olanağı da bunların arasındadır. (Bkz. Musulin, **a.g.e.**, s. 75-76.)

⁸⁵ Bildirinin kişi dokunulmazlığı ile ilgili maddeleri:

8) Tüm ciddi yolsuzluk ve cürüm hallerinde, herkes kendisi hakkında yapılan suçlamanın gerekçesini ve niteliğini sormak, suçlamayı yapanlarla, tanıklarla yüzleşmek, kendi lehine olan delilleri göstermek, kendi çevresinden seçilmiş, oybirliğiyle karar vermedikçe suçlu sayılmayacağı, tarafsız bir jüri önünde, hızla yargılanmak hakkına sahiptir. Hiç kimse kendi aleyhine delil göstermeye zorlanamaz. Ülkenin bu konuda bir yasası ya da kendisine eşit kişilerin bir kararı olmadıkça kimsenin özgürlüğü elinden alınamaz.

9) Hiç kimseden aşırı kefalet akçesi istenemez; yüksek para cezaları ya da zulüm sayılabilecek, olağandışı cezalar verilemez.

10) Bir memura ya da özel görevliye, işlenen suç hakkında açık bir delil olmadan kuşku yerleri araması ya da tarif edilmemiş, suçu açıkça anlatılıp, delilleri gösterilmemiş kişi ya da kişileri yakalaması için verilen arama ve tutuklama müzakereleri haksız ve despotiktir; bu tür müzakerelerin verilmemesi gerekir. Musulin, **a.g.e.**, s. 77.

⁸⁶ Göze, **a.g.e.**, s.523-524.

İngiliz ve Batı Avrupa ağırlıklı bir nüfus yapısına sahip olması hem de koloni sürecinde İngiliz Hukukuna tabi olması Amerika'nın devlet ve hukuk anlayışını oluşturan temel etkenlerden olacaktır. 1215 tarihli Magna Carta'dan 1689 tarihli Bill of Rights'a kadar olan belge ve anlaşmalar bu ülkenin hukukunda temel aldığı düzenlemelerdendir. Genel olarak hukuk sisteminden bir kopuş olmadığından dolayı Amerikan Bağımsızlık Bildirgesinde ya da anayasal düzenlemelerinde haklar ve hürriyetlerin tanınmasında bir geriye gidiş olmamıştır. Amerika sadece siyasi olarak farklı bir konuma kavuşmuştur diyebiliriz.

Bağımsızlık Bildirgesinden sonra Amerika zorlu siyasi süreçlerden geçmeye devam etmiştir. Sıkıntılı dönemlerde de olsa bir anayasa yapmayı başaran Amerika 1787 yılında anayasasını ilan etmiştir. Hak ve hürriyetlerin korunması konusunda ciddi düzenlemeler yapılmış "Habeas Corpus" ilkesi vurgulanmış ve isyan ya da ülkenin dış güçler tarafından müdahaleye uğraması gibi durumlar haricinde bu ülkenin ortadan kaldırılamayacağı ifade edilmiştir. Bunun dışında yargı kararı olmaksızın bir kişinin hüküm giyemeyeceği ve yasaların yürürlüğe girdiği andan itibaren geçerli olması ilkesinin benimseneceğine ilişkin ibareler anayasada yer almıştır⁸⁷.

1791 yılında Amerika Birleşik Devletleri tarafından ilan edilen ve Anayasaya eklenen haklar bildirisinde insan hakları, kişi güvenliği ve dokunulmazlığıyla ilgili önemli düzenlemeler bulunmaktadır. Ceza davalarında soruşturma ve kovuşturma süreçleri, arama, el koyma gibi durumlarda ne yapılması gerektiği hususu ve yargılamalardaki usuller düzenlenmiştir⁸⁸.

Kişi hak ve hürriyetleri Amerika'nın bağımsızlık süreci ve sonrasında yapılan anayasalarda önemli bir yer bulmuştur. Bununla ilgili düzenlemeler ciddi bir yaptırım

⁸⁷ Sencer, **a.g.m.**, (1987), s. 105.

⁸⁸ 1791 tarihli Amerika Anayasasının 4. maddesi: Hiç kimsenin kişi, konut, yazışma ve eşyasının yasadışı arama ve el koymaya karşı güvenlik hakkının çöngenemeyeceği. 5. Madde: büyük jüri tarafından suçlanmadıkça kimsenin ağır bir uçtan dolayı sorgulanamayacağını, bir kişinin aynı suçtan iki defa yargılanamayacağını ve kişinin kendi aleyhine tanıklığa zorlanamayacağını, kişinin yaşamından, özgürlüğünden ya da mülkiyetten yoksun bırakılamayacağını ve tüm karşılığı ödenmedikçe özel mülklerin kamulaştırılamayacağını düzenlemektedir. 6. Madde: Jürili yargılama, tanık çağırma ve hazır bulundurma, aleyhindeki tanıklarla yüzleştirme, adli yardımdan yararlanma ve en önemlisi de hızlı ve açık yargılama hakkı tanınmıştır. 8. Madde: kefaletle salıverilmede aşırı ücret alma ya da şiddetli ceza verme gibi uygulamaların ortadan kalkacağını düzenlemiştir. (Bkz. Muzaffer Sencer, **a.g.m.**, (1987), s. 106.

ve denetleme mekanizması sağlamıştır. Ancak Amerika liberal öğretiyeye dayalı bir ekonomik modeli kurulmadan önce ve kurulduktan sonra devam ettirdiğinden dolayı ekonomik açıdan zayıf halk gruplarının talepleri ve hak arayışları ön plana çıkarılmamıştır⁸⁹.

1.1.3.2.3. Fransız Devrimi (1789) ve Kişi Dokunulmazlığı

1252 tarihinde Katolik kilisesinin Hristiyan olmayanlara karşı işkence uygulanabileceğini ve bunun dinin emri olduğunu açıklamasından sonra “engizisyon mahkemeleri” kurulmuştur. Bunun sonucu olarak da mahkemeler soruşturma sırasında işkence uygulanabileceğini, bunun itiraf almak için meşru bir yöntem olduğunu kabul etmişlerdir⁹⁰.

Papa IV. Innocent 1252 yılında “ad extirpanda” adı altında bir ferman çıkartarak engizisyon mahkemelerinin hem destekçisi olmuş hem de nasıl işleyeceğini belirlemiştir⁹¹. Bu fermana göre suçlanan kişinin itirafını almak için ya da bazı bilgileri elde etmek için belli başlı işkence yöntemleri kullanılabilirdi. Hatta bu resmi izinden sonra yeni işkence yöntemleri de keşfedilmiş ve uygulanmıştır⁹².

Fransız devrim öncesinde engizisyon uygulaması ve bunun getirisi olan işkence sistematik bir yapıda idi. Hatta bu yargılama usulü bir doktrin niteliğinde bütün Avrupa için emsal niteliğinde olmuştur⁹³. İşkence bütün Avrupa'nın sorunu olsa da Fransa engizisyon mahkemeleri ve işkence yöntemleri ile bir ekol/doktrin oluşturduğundan dolayı işkence konusu bu kısımda ele alınmıştır. İşkence ile ilgili genel bir yasak olmasa da yurttaş hakları bildirisi ile insanların eşitliği ve belirlenen yargılama ilkeleri neticesinde işkence artık uygulanabilir olmaktan çıkmıştır.

Beccaria, Montesquieu, Voltaire ve Montaigne gibi düşünürlerin etkisiyle Fransa'da ve Avrupa'da aydınlanma felsefesi akımı etkisini göstermiş, bunun

⁸⁹ Sencer, **a.g.m.**, s.126.

⁹⁰ Doğan, Kaya, **a.g.e.**, s.21.

⁹¹ Mehmet Esgin, “İşkence ve Engizisyon”, **Bozok Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, 3,3 (2013/3), ss.39-60, s.48.

⁹² Doğan, Kaya, **a.g.e.**, s.21.

⁹³ Doğan, Kaya, **a.g.e.**, s. 21-22.

neticesinde ilk ortaya çıkan itirazların başında da işkenceye itiraz gelmiştir. Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi ile insan hakları, kişi dokunulmazlığı, kişi özgürlüğü ve güvenliği gibi haklar koruma altına alınmış, işkence ise kaldırılmıştır⁹⁴.

Bu aşamadan sonra “*İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi*” ilan edilerek devrim amacına ulaşmıştır. Bu bildirin başlangıç metninde ülkenin maruz kaldığı sıkıntıların temel sebeplerine değinilmekte, bu sebeplerin en başında da insan haklarının olmayışı, görmezden gelinişi olduğu belirtilmektedir⁹⁵. Bildiri burjuvazinin haklarını öncelikli olarak savunduğu için özellikle mülkiyet hakkı ön plana çıkmıştır. Bununla birlikte dolaylı da olsa en önemli kazanım özgürlük düşüncesinin ve insan hakları fikrinin geniş kabul görmesidir⁹⁶. Son olarak da kapsayıcı ve uluslar üstü bir anlayışla kaleme alınması dolayısıyla önemini devam ettirdiğini belirtmek gerekir⁹⁷.

Bildirge'nin neredeyse bütün maddeleri kişi güvenliği ve dokunulmazlığıyla ilgilidir. Ancak bazı maddeleri⁹⁸ doğrudan kişi güvenliği ve dokunulmazlığı ile ilgili olduğundan sadece bu maddelere değineceğiz. Bildirgenin 7. maddesinde kişilere bir suç isnadında bulunulacaksa dahi bunun keyfi olamayacağını ve yasada belirtilen kurallar çerçevesinde olacağını ifade etmiştir. Yine gözaltı ve tutuklama kararlarının da yasada belirtilen usullerle olması şart koşulmuştur. Fakat yasanın buyruğu üzerine yakalanan ya da çağırılan yurttaşların devlete ve yasaya boyun eğmesi beklenmektedir. Buna direnme hakları yoktur. Direnmek isyan anlamına gelecektir⁹⁹. Bildirge'nin 8.

⁹⁴ Doğan, Kaya, **a.g.e.**, s. 23.

⁹⁵ Göze, **a.g.e.**, s.597.

⁹⁶ İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nin 2. maddesi: Her siyasal topluluğun ana amacı, hukuki taahhüt altındaki, doğal insan haklarını korumaktır. Bu haklar özgürlük, mülkiyet, güvenlik ve baskıya karşı direnmedir. (Bkz. Musulin, **a.g.e.**, s.97.)

⁹⁷ Gemalmaz, **a.g.e.**, s.290.

⁹⁸ İnsan ve yurttaş hakları bildirgesinin ilgili maddeleri:

“7) Hiç kimse yasanın belirlediği haller ve öngördüğü biçimler dışında itham edilemez, gözaltında tutulamaz ya da tutuklanamaz. Keyfi buyruklar veren, bu tür buyrukları tanzim eden, yerine getiren ya da getirenlerin cezalandırılması gerekir. Ancak yasa uyarınca çağırılan ya da yakalanan her yurttaş buna derhal boyun eğmelidir. Direnirse suçlu durumuna düşer

8) Yasa ancak sıkı ve aşikâr biçimde zorunlu olan cezalar koymalıdır. Bir kimse, ancak suçun işlenmesinden önce kabul ve ilan edilmiş olan, usulüne göre uygulanan bir yasa uyarınca cezalandırılabilir.

9) Herkes suçlu olduğu açıklanıncaya kadar masum sayıldığından tutuklanmasının zorunlu olduğu hallerde, suçlunun yakalanması için zorunlu olmayan her türlü sert davranışı yasa en ağır biçimde cezalandırmalıdır”. Musulin, **a.g.e.**, s.97-98.

⁹⁹ Direnme hakkı konusunda Hobbes ve Locke'un görüşlerini görmemekteyiz. Çünkü her ne kadar özgürlük belgesi olsa da bir düzenin kurucu metinlerinden olduğundan dolayı her düzen kendi

maddesinde hukuki güvenlik ilkesine ve kanunların geriye yürümesi yasağına¹⁰⁰ atıf vardır. Cezalandırma ilkelerinin yer alması önemli bir adımdır.

Masumiyet karinesinin ifadesini bulduğu yer bildirgenin 9. maddesidir. Bu karinenin yer bulmuş olması kişi dokunulmazlığı açısından gereklidir. Çünkü suçlu olduğuna inanılan kişiye yapılan muamele ile suçsuz olduğu düşünülen bir kişiye yapılan muamele tarihin hiçbir döneminde aynı olmamıştır. Suçlu olduğuna inanılan kişiye onur kırıcı davranışlarda bulunulması kuvvetle muhtemeldir. Bu sebeple masumiyet karinesi aynı zamanda kişi dokunulmazlığının güvencelerinden olmuştur. 9. madde'nin yasakladığı bir diğer durum da işkencedir. Her türlü sert davranışın yasak olması gerektiği ifadesi işkencenin yasaklandığını bize göstermektedir¹⁰¹.

Görüldüğü üzere bu maddeler kişilerin özgürlüğüne olduğu kadar yaşama haklarına ve vücut bütünlüklerine dair de düzenlenmiştir. Bildirgedeki en belirgin özellik düzenlediği hakların *negatif*¹⁰² haklar oluşudur. Bu durum döneme göre dahi devrim niteliğindedir. Bir de doğal hukuk düşüncesinin yansıması olan bir metindir¹⁰³. Bu sebeple de insanlığa ışık tutacak ve tüm tarihi etkileyecek üstün ve yadsınamaz bir belge ortaya çıkmıştır.

Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi çağının çok ötesinde anlamlar ifade eden, başta Avrupa olmak üzere bütün dünyayı siyasi olarak etkileyen devrimin bir ürünü olarak ortaya çıkmıştır. Bu devrim bir Fransız devrimi olmakla birlikte aslında sadece onlara mal edilemeyecek kadar değerlidir. Aynı zamanda bütün Avrupa düşünce tarihinin ve Amerikan bağımsızlık sürecinin de etkisi görülmektedir. Bu manada bu bildirge bir “batı” belgesi olarak düşünülebilir¹⁰⁴. Tüm batının hak, adalet,

yönetiminin işleyişini mümkün olduğunca sıkı denetlemek ister. Bu durumda da egemen direnme hakkını tanımamaktadır. Tanımasını beklemek egemenin mantığına da aykırı olacaktır. Egemen kendi iktidarına karşı direnilmesine tahammül edemeyendir.

¹⁰⁰ İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nin 8. maddesi: Bir kişi eğer hüküm giymişse ve kanun bu hükümden sonra değişmişse bu durumda değişen cezanın niteliğine bakılır. Eğer değişen ceza daha ağır bir ceza ise bu durumda yeni kanun uygulanmaz ve kişi eski cezasını çekmeye devam eder. Aksi durumda ise yani cezanın daha az verilmesi imkânı oluştuğunda ise bu defa yasa uygulanır ve kişinin cezasında azaltmaya gidilir.

¹⁰¹ Doğan, Kaya, **a.g.e.**, s.23.

¹⁰² Devletin yapmama yükümlülüğünü üstlendiği haklardır. Yani devlet bir şeyi yapmayarak, bir davranışı engellemeyerek veya serbest bırakarak bu yükümlülüğü yerine getirir.

¹⁰³ Ağaoğulları, **Batıda Siyasal Düşünceler**, İletişim Yayınları, 6. Baskı, 2015, s.608.

¹⁰⁴ Touchard, **Siyasal Düşünceler Tarihi**, İslık Yayınları, birinci baskı, Ekim 2015, s. 467.

özgürlük ve mülkiyet ile ilgili fikirlerinin tezahür ettiği bir metin. Ve elbette ki batı aydınlanma düşüncesinin de kristalize olmuş hali.

1.1.3.3. Kişi Dokunulmazlığı Düşüncesinin Gelişimini Etkileyen Akım ve Düşünürler

XVII. ve XVIII. yüzyılda gerçekleşen ekonomik gelişmelerin toplumsal yapıyı ve dolayısıyla siyasi düşünceyi etkilemesi dolayısıyla ortaya çıkan boşluk hukuki değişimin de ihtiyaç olduğunu göstermiştir. Feodal yapının değişmesi sonrasında Avrupa'nın ekonomik yapısı değişmiş ve burjuva sınıfının ekonomik sistemi hâkim hale gelmiştir. Liberal iktisat düşüncesi ile birlikte artık devlet sınırlanmaya başlayacaktır. Liberalizmin ferdiyetçi yapısı ve bilimin hızlı bir şekilde gelişmesi de toplumların dönüşmesinde etkili olmuştur¹⁰⁵.

1.1.3.3.1. Ferdiyetçilik Akımı ve Kişi Dokunulmazlığına Etkisi

Ekonomik gelişmeler neticesinde yeni ihtiyaçlar ortaya çıkmış, refaha kavuşan Avrupa devletleri daha da güçlenmek amacıyla sömürge arayışına girmişlerdir. Fert olarak Avrupalı ise entelektüel açıdan kendini geliştirmiş ve dünyayı daha çok tanımıştır.

Bu bağlamda klasik cemaat yapısından uzaklaşmış ve giderek geleneksel olmayan düşünce yapısı hâkimiyet alanı bulmuştur. Akabinde insana atfedilen manada değişme yaşanmış *ferdiyetçilik* ön plana çıkmıştır¹⁰⁶. Bu düşünce biçiminde insan içinde bulunduğu grupta değerini bulan değil ya kendi başına değerli ya da gruba değer katan olmuştur.

Bu konuda Horkheimer'in bireycilikle ilgili tespitleri önemlidir. Ona göre bir kişinin toplumsal olanı öncelemeyi bırakıp kendini öncelemesi aşaması gündelik zevklerden ziyade gelecek için düşünmeye başlamasıdır. Aynı zamanda ruhsal bütünlüğünü sağlama peşinde koşması da bir aşamadır. Ancak en dikkat çekici aşama

¹⁰⁵ Yüksel, a.g.m., s.4.

¹⁰⁶ Yüksel, a.g.m., s. 5.

güvenlik kaygısının ön plana çıkması olmuştur. İnsanlar bu kaygılara istinaden kendinden bir şeyler feda ederek bireyselleşmeyi seçmişlerdir¹⁰⁷.

Horkheimer Akıl Tutulması eserinde Atina Şehir Devletinin yapısından ve bu yapının bireyle arasındaki etkileşimden de bahsetmiştir. Buna göre daha önceki başlıklarda bahsettiğimiz gibi Atina Şehir Devleti bireyi geri plana atan bir yapıya sahipti. Ancak Horkheimer'e göre bu durum bireyin gelişmesine bir engel oluşturmamış, bir dengeleme unsuru olmuştur. Bireylerin hürriyeti ile toplumun refahı arasında bir denge unsuru olan "Polis" bireyin ilerleyişine ket vurması beklenirken ilerletmiştir. Bu manada da bağımsız kişinin tarihi ile "Polis"nin tarihi birbirine kenetlidir diyebiliriz¹⁰⁸.

İnsanın topluma içkin olan tarihinin başlaması için öncelikle insanın kendini fark etmesi gerekmiştir. Toplumsal bir varlık olarak sahneye çıkmadan önce de insanlar vardı fakat bunlar bireyselliğini bulamamış ve tabiat ile kendini ve diğerlerini ayıramamış insanlardı. Kendinin farkına varan insan da hemen bireyselleşmemiş, yavaş ve hantal süreçlerle ilerleyen bir aşama geçirmiştir. Tarihin her döneminde bireyselliğini bulabilenler olmasına rağmen kitlesel olarak ve anlamlı bir şekilde bunun gerçekleşmesi için ortaçağ sonrası dönem göze çarpmaktadır¹⁰⁹.

Feodal düzenin kendi paradigmasında insanlar bu düzene çalışan bir mekanizma olmaktan öte değillerdi. Herkesin kendi bölgesinde bir görevi vardı ve yaşama amacı bu görevi ifa etmekten başka bir şey değildi. Bundan dolayı da bireyselleşmeye ket vurulmuştu. Feodal düzenin ortadan kalkması için aydınlanma düşüncesinin hâkim olması, Rönesans ve Reform süreçlerinin ortaya çıkması gerekmektedir¹¹⁰.

Ferdietçi anlayışın devlete bakışı müdahalesinin niteliğiyle alakalıdır. Onlara göre devlet haklara müdahale etmediği müddetçe hürriyetler sağlanmış olacaktır. Bundan dolayı de bu görüşün haklara ve hürriyetlere bakış açısının "negatif hürriyet"

¹⁰⁷ Max Horkheimer, **Akıl Tutulması**, Metis Yayınları, İstanbul 2016, s. 146.

¹⁰⁸ Horkheimer, **a.g.e.**, s.147.

¹⁰⁹ Erich Fromm, **Özgürlükten Kaçış**, Payel Yayınları, 1996, s.36.

¹¹⁰ Yüksel, **a.g.m.**, s. 8.

şeklinde olduğu görülmektedir¹¹¹. Yani devletin “yapma” yükümlülüğünün olmadığı sadece “yapmama” zorunluluğunun olduğunu görmekteyiz.

Yukarıda bahsettiğimiz ferdiyetçi doktrinin “negatif hürriyet” anlayışı ideal olarak kalmış, çeşitli problemlerin oluşacağı görülmüştür. Bu sorunların temel nedeni sahip olunan hakları kişinin kendi kendine sağlaması zorunluluğudur. Kişi hak ve hürriyetlere sahiptir ancak bunları kullanmasını başaramayabilir. Yani ideal olarak mülkiyet hakkına sahip olan biri ekonomik yetersizlik sebebiyle mülk edinemez ise bu hürriyeti kullanamaz. Keza eğitim imkânına sahip olmayan bir kişinin de eğitim hürriyetinin olması bu kişi için bir şey ifade etmez¹¹².

Bu sebeple de devletin kişilere bazı “pozitif” düzenlemeler ile katkıda bulunması gerektiği düşüncesi baskın hale gelmeye başlamıştır. Öncelikli olarak da sağlık, eğitim gibi alanlarda devlet vatandaşlarına katkı sağlamak yükümlülüğünü üstüne almaya başlamıştır. 1848 tarihli Fransız Anayasası’ndan itibaren tebarüz etmeye başlayan pozitif düzenlemeler giderek yaygınlık kazanacak ve özellikle II. Dünya Savaşının akabinde bu kazanımlar bütün dünyaya yayılmış olacaktır¹¹³.

Ortaçağ’ın sonuna yaklaşırken dinin egemenliği yerini merkezi otoritesini kurmuş olan imparatorluklara bırakacaktı. Bu durum egemenliğin sınırsızlaştığı bir anlayışa yol açmıştır. Sınırsız egemenlik anlayışının getirdiği baskı, korku ortamı ise yeni fikirlere ya da eski fikirlerin yeniden canlanmasına gebeydi.

Doğuştan sahip olunan devredilemez hakların felsefenin bir uğraşı olmaktan çıkarak politikanın tartışma konusu haline gelmesi ve yasalarla düzenlenmesi ortaçağ’ın bittiği ve yeniçağın hüküm sürdüğü dönemlere denk gelmektedir. Kişilerin sahip oldukları hakları insan olduklarından dolayı almaları düşüncesi bu dönemde geri dönülemez olarak benimsenmiştir. Rönesans sonrası Avrupa’da ortaya çıkan Hümanizm akımının etkisi ile kişi ön plana geçmiştir. Ferdiyetçilik akımı hümanizmin

¹¹¹ Kapani, **a.g.e.**, s49.

¹¹² Kapani, **a.g.e.**, s51.

¹¹³ Kemal Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Cilt II**, Ekin Yayınları, Bursa, 1. Baskı, Haziran 2011, s. 503-504, Kapani, **a.g.e.**, s. 52-54.

devamı niteliğindedir. Devlet kurumuna bakış açısı da bundan etkilenmiştir. Artık devlet bir güvence mekanizması ve kişiler için çalışan bir yapıdır¹¹⁴.

Ferdiyetçilik akımının ortaya çıkmasının nedeni doğal hukuk ve toplum sözleşmesi kavramlarına ihtiyaç duyulmadan salt “insan”ı temel alma kaygısıdır. İnsanlar dışındaki her kurum ve düşünce zaten insanların oluşturduğu şeylerdir ve bunların hak sahibi olduğu düşüncesi yoktur¹¹⁵. Hak ve hukukun yegâne kaynağı insandır. Bu şekilde ifade edilmesine rağmen ferdiyetçilik akımı insan haklarının ve modern doğal hukuk düşüncesinin şekillenmesine katkıda bulunmuştur. Çünkü insanı kendi başına bir değer olarak gören düşüncenin insan hakları konusunda hareketsiz kalması düşünülemez.

1.1.3.3.2. Kişi Dokunulmazlığının Düşünürler Gözünden İncelenmesi

1.1.3.3.2.1. Thomas Hobbes, Kişi Dokunulmazlığı ve Direnme Hakkı

Thomas Hobbes kendine özgü siyaset teorisiyle ve mutlakıyetçi devlet anlayışıyla dikkat çekmiş bir düşünürdür. Doğal hakkı ve bunun insanlar arasında oluşturduğu ilişkiyi kendine özgü bir şekilde yorumlar ve bunun üzerine devlet ve insan ilişkilerinin analizini yapar.

Doğal hakkın tanımında herkesin her şeyi yapma hakkına dikkat çeker. Doğa durumunda¹¹⁶ herkes her şeyi yapma hakkına sahiptir. Bir başka deyişle de yaşamını idame ettirmek için yapması gereken her şeyi yapma hakkı kişinin sahip olduğu ilk güçtür. Doğa durumunun gereği olarak ortada bir yasa yoktur ve bunun olmayışı neticesinde insanlar sınırlandırılmamış durumdadır. Dilediğini yapma hürriyetine sahip insanlar vardır¹¹⁷.

¹¹⁴ Ünal, **a.g.m.**, s. 48.

¹¹⁵ Yüksel, **a.g.m.**, s.2.

¹¹⁶ Doğa durumu insanların toplum sözleşmesinden önceki yaşam biçimleridir. Bu halde insanlar herhangi bir devlet veya yasanın tahakkümü altında değildirler. Doğa durumu Hobbes’a göre kötü, zararlı ve eziyetli iken Locke’a göre ise bunun tersi olarak birbiriyle uyumlu insanların yaşadığı bir haldir.

¹¹⁷ A.P. Martinich, **Thomas Hobbes**, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 1. Baskı, Şubat 2013, İstanbul, s. 265.

Hobbes'a göre haklar ödevlerden üstün ve ileridedir. Hakların devletten, ödevlerden ve içinde yaşanılan sosyolojiden ayrı bir konumu bulunmaktadır. Bu bağlamda hakkın öncelenmesi düşüncesi ile birlikte içinde yaşanılan gruptan ayrı bir bireyin varlığının kabulü de kaçınılmaz olmuştur. Kişinin doğuştan sahip olduğu haklara ne devlet ne de toplum müdahale edemez çünkü hak ödevden önce gelmektedir. Anlatılan bu düşünce ise modern anlamda doğal hukuk düşüncesinin yapıtaşını oluşturan bir söylem olarak ortaya çıkar¹¹⁸. Doğuştan sahip olunan dokunulmaz alan ise kişi haklarının en önemlisi olan yaşama hakkı ve bu hakkın getirileridir.

Herkesin herkesle ve herkese karşı olan savaşı¹¹⁹ egemenin ve hükümdarın olmadığı durumda gerçekleşecek olan şeydir. İnsanlar kendilerini denetleyecek, hükmedecek ve korku ile yönetecek bir egemen olmazsa savaş halinin bitmeyeceğini söyler¹²⁰. Devletin oluşmasının gerekliliğini de bu sebeplerde bulur Hobbes. Herkesin herkesle savaşının kişi dokunulmazlığını güvencesiz bırakacağı ortadadır. Bu yüzden kişilerin özgürlüklerini, güvenliklerini ve dokunulmazlıklarını koruyacak bir devlete ihtiyaç vardır.

Hobbes'a göre insanlar arasında bir hiyerarşi yoktur. Bütün insanlar eşittir. Akıl yönünden güçlü olanların fiziksel eksiklikleri olabileceği gibi fiziken güçlülerin de akıl yönünden eksik olabileceğini söyler. Ya da buna benzer eşitleme biçimlerinin olması gerektiğini iddia eder. Var olan eşitsizliklerin insanlardan kaynaklandığını, doğuştan bir eşitsizliğin mümkün olmadığını ifade eder¹²¹.

Doğa durumunda insanların tamamen özgür ve eşit olduğunu söylemektedir. Ancak bu durumun olumsuz sonuçları üzerinde durur. Doğa halinde ve sınırlanmamış insan her tür mücadelenin içine girer ve bir kargaşa ortamına sürüklenir. Kargaşanın hâkim olduğu bu durumun nedenleri ise şunlardır: rekabet ve çıkarlarını koruma,

¹¹⁸ Armağan Öztürk, "Liberalizm, Negatif Özgürlük ve İnsan Hakları", **TODAİE Yayınları**, İnsan Hakları Yıllığı, Cilt 33, 2015, ss. 1-17, s. 6.

¹¹⁹ "*Bellum Omnium Contra Omnes*" Latince ifadesi ile kullanılır.

¹²⁰ Hobbes, **a.g.e.**, s. 94.

¹²¹ Hobbes, **a.g.e.**, s. 92.

güvensizlik ortamı ve de güçlü olma güdüsü. Bu halin devamı da insanları savaşıma sürükleyecektir¹²².

Eşitlik aynı zamanda güvensiz bir ortamın habercisidir. Eşitliğin aynı şeyler üzerinde talep hakkı oluşturacağı ve bunun da rekabet ve güvensizlik ortamına sokacağı iddiasındadır. Bundan dolayı da birbirlerine üstün gelmeye çalışırlar. Bu üstün gelme çabası ise kendini korumak isteyen insana güç kullanma ve hile yapma hakkı dahi verir. Çünkü insan kendini korumak konusunda kısıtlanamaz¹²³.

Bir ahlaki ilke olarak “bireysel vicdan”ın uyulması gereken en üstün ilke olduğu düşüncesinden ayrılarak tam tersi bir tutum takınan Hobbes bu düşüncenin tamamen yanlış olduğu kanaatinde idi. Tebaa egemene tam bağlılık içinde olmalıydı ve “vicdan” unsuru bu bağlılığa halel getirmemeliydi¹²⁴. Toplum sözleşmesi ancak ve ancak yönetenlerin, yönetilenlerin can ve mallarını korudukları ölçüde ayakta tutulabilir. Bunu yapan egemenin ise tebaasından itaat bekleme hakkı olduğunu söyler¹²⁵.

Egemenin karşı konulamaz iradesinin Hobbes’a göre istisnası sadece “direnme hakkı”dır. Direnme hakkı da yaşam hakkıyla ve kişi dokunulmazlığıyla doğrudan bağlantılıdır. Neredeyse egemeni sınırladığı tek durum can güvenliği ile ilgilidir. İktidar, sözleşme ile meydana gelmiş olan yasaları uygulama noktasında sınırsız bir yetkiye sahipti. Bu durumun istisnası ise yaşama hakkı idi. Yasayla düzenlenmiş ve yargısal karar ile hükme bağlanmış olsa dahi yaşama hakkını savunmak bireyin sahip olduğu bir haktır. Bu durumda da otorite ile tebaası arasında bir ikilik oluşur. Tebaa direnme hakkına sahiptir. Sonuç olarak otorite ile tebaası arasında sözleşme öncesi döneme geri dönmüş olur¹²⁶.

¹²² Göze, **a.g.e.**, s. 152; Adnan Güriz, “Hobbes, Şahsiyeti ve Siyasi Fikirleri”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, cilt 12, sayı: 1-2, 1955, ss. 298-315.s. 304-305.

¹²³ Hobbes, **a.g.e.**, s. 93.

¹²⁴ Martinich, **a.g.e.**, s. 132.

¹²⁵ Alaeddin Şenel, **Siyasal Düşünceler Tarihi**, Bilim ve Sanat Yayınları, 6. Kısaltılmış basım, Ankara 1996, s. 326.

¹²⁶ Şenel, **a.g.e.**, s. 326.

“İlk olarak, insan, canını almak için kendine cebren saldıranlara direnmek hakkını bırakamaz; çünkü bu hakkı bırakmakla, kendisi için herhangi bir yarar elde etmeyi amaçladığı düşünülemez. Aynı şey, yaralanmak, hapsedilmek ve zincire vurulmak için de söylenebilir; çünkü böyle durumlarda sabretmekten gelecek bir yarar yoktur; bir başkasının yaralanması veya hapsedilmesine izin vermektense gelecek bir yarar olmadığı gibi ve ayrıca insan birilerinin kendisine şiddetle yaklaştıklarını gördüğünde, onların kendisini öldürmeye niyetli olup olmadıklarını da bilemez¹²⁷.”

“Egemen, adalete uygun olarak mahkûm edilmiş olsa bile bir kimseye, kendisini öldürmesini, yaralamasını veya sakatlamasını veya ona saldıranlara direnmemesini veya gıda, hava, ilaç veya onsuz yaşaması mümkün olmayan bir şeyi kullanmaktan kaçınmayı emrederse; o kimse itaat etmeme özgürlüğüne sahiptir¹²⁸.”

Hobbes bu iki cümlesinde önce kendisine saldırıda bulunulan kişinin bunu engelleme hakkının meşruluğundan hatta gerekliliğinden bahsetmiştir. Özgürlüğüne müdahale edilen kişinin bunu kabullenmek gibi bir seçeneğinin olmayacağını ifade eder ve herhangi bir kısıtlamayı kabul etmez. Bireysel öz-savunma hakkı konusunda açık kapı bırakmamıştır. Bir de toplu halde direnme hali ile ilgili düşünceleri vardır. Bir kimsenin başka bir kimseyi egemene karşı korumasını ve savunmasını doğru bulmaz, ancak egemene göre bir bütün halinde yoldan çıkan grubun kendilerini korumasının da en doğal durum olduğunu savunmuştur. Bu grubun cezalandırılmayı hak edip etmediğini ise önemli görmemektedir. Her iki halde de direnme hakkının doğallığına vurgu yapar.

“Hiç kimse, suçlu veya masum başka birini savunmak için devletin kılıcına direnmek özgürlüğüne sahip değildir. Çünkü bu özgürlük egemenden bizi koruma araçlarını alır. Dolayısıyla hükümetin gerçek özünü tahrip eder. Fakat çok sayıda insan toplu olarak egemen güce haksızca direnmişler veya beklenen cezası ölüm olan büyük bir suç işlemişler ise bir araya gelip birbirlerini kollamak ve savunmak

¹²⁷ Hobbes, **a.g.e.**, s.99.

¹²⁸ Hobbes, **a.g.e.**, s. 160.

özgürlüğüne sahip midirler? Kesinlikle sahiptirler ki bu yaptıkları şey canlarını korumaktır ve suçsuzlar gibi suçlular da bunu yapabilir¹²⁹.”

1.1.3.3.2.2. John Locke’un Liberalizmi ve Kişi Dokunulmazlığı

Thomas Hobbes’in aksine Locke toplumların bir savaş ve kaos halinde olmadığını “doğa hali” dediğimiz bir durumda barış içinde olduklarını düşünüyordu. Locke doğa halinin bir barış hali olduğunu söyler, Hobbes’da olduğu gibi acımasız bir halin olduğunu hiç düşünmez, Rousseau’nun mükemmel doğa hali tasvirine¹³⁰ de uymaz Locke’un görüşleri¹³¹. Doğa halinde insanların hür olduğunu ifade eder ancak doğal hukukun izin verdiği sınırları görmezden gelmez. Doğal hukukun üstünlüğüne vurgu yapmış, aynı zamanda da doğal hukukun ne olduğunu ifade etmiştir. Grotius gibi Locke’da doğal hukukun temelini “akıl” olduğunu düşünmüştür¹³².

Locke’un İnsana verilen değer konusundaki tartışmaları da önemli bir yer teşkil etmektedir. Özellikle *Hükümet Üzerine Birinci İnceleme* adlı kitabında “*Patriarcha*” adında bir kitap yazan *Robert Filmer’e* verdiği cevaplar ile eşitlik yanlısı olduğunu görmekteyiz. Bahsi geçen *Filmer* “*patriarca*” aldı eserinde kralların ilahi bir teveccüh ile tahtlarını elde ettiklerini ve bu yüzden insanlar arasında eşitlik olmadığını savunmuştur. Hatta kanunların üstünde bir egemenlik anlayışının var olduğunu, edilen yemin ve verilen sözlerin dahi kralı bağlamayacağını iddia etmiştir. Bütün bunlardan dolayı da insanların doğal olarak sahip oldukları bir özgürlüğün var olamayacağı çıkarımını yapmıştır¹³³. Buna karşı çıkarak kitabını yazan Locke insanların eşitliğini savunan bir düşünürdür.

Locke egemene karşı direnme hakkının olduğunu, kanunlarla egemenin sınırlı olması gerektiğini ve sınırları aşan egemene karşı direnme hakkının doğacağını söyler¹³⁴. Sınırdan kastettiği kanunlar olmasına rağmen özellikle bu hakkın ortaya

¹²⁹ Hobbes, **a.g.e.**, s. 161.

¹³⁰ Rousseau’ya göre insanlar doğa halinde yaşarken herkes mutluydu, hiçbir suç işlenmiyordu ve düzensizlik yoktu.

¹³¹ Touchard, **a.g.e.**, s. 390.

¹³² Ağaoğulları, **a.g.e.**, s. 485.

¹³³ John Locke, **Hükümet Üzerine Birinci İnceleme**, İmaj Yayınevi, üçüncü baskı, Ankara 2016, s.3.

¹³⁴ Ağaoğulları, **a.g.e.**, s. 502.

çıkması için ise egemenin insanın doğal haklarına, özel mülkiyete ve hürriyetine sınırlama getirmesi gerektiğini söyler¹³⁵.

Hobbes, direnme hakkının egemenin çok geniş yetkilerine karşı ancak ve ancak yaşama hakkının ihlal edildiği durumlarda kullanılabileceğini, siyasi olarak baskı altında olmanın veya başkaca sebeplerin varlığını yeterli görmek bir yana bunları def etmeyi egemenin hakkı olarak görmüştür. Locke ise daha geniş bir alanda bu hakkın varlığını savunur.

1.2. Kişi Dokunulmazlığının Kapsamına Giren Haklar ve Kavramlar

Bu kısımda yukarıda tarihsel çerçevesi verilen kişi dokunulmazlığının alt başlıkları ele alınacaktır. Kişi dokunulmazlığının alt başlıkları diğer bölümlerde de çeşitli açılardan incelenecektir. Bu kısımda bahsedeceğimiz alt başlıklarda hakların genel çerçevesi anlatılacak, diğer bölümler için genel bilgi sahibi olmamız sağlanacaktır.

1.2.1. Yaşama Hakkı

Yaşama hakkının ilk görünür olduğu yer insanın doğumunda fiziksel, biyolojik ve psikolojik olarak yaşamaya uygun bir şekilde hayata gelmesidir. Doğumun sağlıklı olmasının akabinde insanın ruhsal ve zihinsel gelişimine uygun şartların oluşmuş olması da zorunludur. Bütün bunlara sahip olan insanın daha sonra hukuksal olarak tanınması ve haklara sahip olması gerekmektedir. Bütün bu haklara sahip olan insan artık yaşama hakkının gereklerine sahip insan olacaktır¹³⁶.

Bir başka deyimle, konuyu şöyle yineleyebiliriz: Önce yaşam var idi. Bu, en temel hakkı, en temel özgürlüğü teşkil eder. Öyle ki, insanlık sıfatından çözülemez. İnsanın kendisi bile istese, ondan feragat edemez. Bu nedenle, yaşam hakkı; kişilikten soyutlanıp çözülemediği gibi, sınırlanamaz da... “Özü saklıdır. Öz’den dışarısı sınırlanabilir” de denemez. Çünkü yaşam hakkının kendisi, bir “öz”den ibarettir. Yaşam hakkı söz konusu olunca, onun “öz”ü, “içerik”i, “kapsam”ı, “şümül”ü, hep

¹³⁵ Touchard, a.g.e., s. 392.

¹³⁶ Bahri Savcı, **Yaşam Hakkı ve Boyutları**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 1980, s.14.

“bir” ve “aynı” şeyi deyimler. Bunların hepsi “bir” ve “aynı” şeydirler. Bu “içerik”e bu “kapsam”a, bu “şümül”e, bir yerinden, en küçük bir sınır getirilirse; “öz” bozulmuş olur; “öz” yok edilmiş olur. “Yaşam hakkı”, tek hücreli bir canlılık gibidir. Onun bir yerinin bir karışına, bir sınır getirilince, “hücrenin tümlüğü” etkilenir. Bu, bir mahvolma etkilenmesidir. Başka haklarda “öz” ile özün dışında kalan bir “kapsam”, bir “şümül”, bir “içerik” düşünülebilir. Ama yaşam hakkı söz konusu edilince, böyle bir ayırım, düşünülemez, artık... “Yaşam hakkı”nda, “öz” ile “tüm içerik”, “öz” ile “tüm kapsam” eş anlama gelmiştir. Bu kavramlar, yani öz ile şümüller, içerikler, birbirleri ile tıpkılaştırmıştır. Öyle ki, şöyle demek gerekir: Yaşam hakkının özü, bütün içeriğini, bütün kapsamında deyimleyen bir şümül içinde anlaşılmalıdır¹³⁷.

Yaşama hakkının bir bütün olduğu ve bu bütüne en ufak bir müdahalenin bile hayatı tamamen etkilemesi sebebiyledir ki bu hak dokunulmazdır. Bu hakka yönelik tehditler büyük ve küçük olarak ayrılamaz. Yaşam hakkı yekpare bir özdür. Bundan dolayı aynı zamanda felsefi ve ahlaki bir haktır ve temelini bunlardan alır.

Bu hak iki ilke ile korunmuştur. Bunlardan bir tanesi yaşama hakkının “dokunulmazlığıdır” ki genel olarak hep bundan bahsedilmektedir. Bir de “sınırlanamazlığı” ilkesi bulunmaktadır. Kişinin yaşama hakkına müdahale demek diğer bütün haklarına müdahale etmek demektir. Artık diğer haklardan bahsedilemez eğer yaşama hakkı ortadan kaldırılırsa. Yaşama hakkı sadece hayata son vererek ya da bedensel zararlarla ihlal edilmez aynı zamanda yaşama isteği elinden alınarak, yaşamayı çekilmez bir hale getirerek ya da bunlar olmaksızın insanın hayatını kısaltacak eylemlerde bulunarak da yaşama hakkı engellenebilir. Sosyal, ekonomik ve siyasi sebeplerle insanların maruz kaldığı etkenler dahi yaşama hakkının dokunulmazlığını ihlal eder¹³⁸.

Yaşama hakkının sınırlanamazlığı ilkesi ise yaşama hakkının dokunulmazlığından daha farklı bir bakış açısıyla ele alınır. Birey olmanın verdiği

¹³⁷ Bahri Savcı, “Yaşam Hakkı Üzerine”, **İnsan Hakları Yıllığı**, TODAİE, sayı:1, yıl:1, 1979, ss. 17-35, s.26-27.

¹³⁸ Cahit Talas, “Yaşam Hakkı ve Toplumsal Haklar”, **İnsan Hakları Yıllığı**, TODAİE, sayı:12/1, 1990, ss. 83-90, s. 84.

özgürlükle yaşayamayan insanın yaşama hakkı sınırlanmış demektir. İnsan onuruna yakışır bir hayat yaşamamak, eşitsizliklerden maruz kalmak, zihinsel ve fiziki olarak kendinin geliştirememek de yaşama hakkını sınırlayan durumlardandır¹³⁹.

Yaşama hakkına yönelik tehditlerin başında insanın kendi kendine zarar vermesi ya da intihar vardır. Kişinin kendisi haricinde bir kişi ve en sonunda da toplum ve toplum adına karar verme gücü olan devlet yaşam hakkını ihlal edebilir. Buradan yola çıkarak şunu söyleyebilir ki bir kişi kendisini öldüremez, kendisinden başka biri de o kişiyi öldüremez ve toplum da öldürme hakkına sahip değildir. Bunlar “öldürülemezlik” ilkesinin sonuçlarıdır¹⁴⁰. Ayrıca yaşama hakkını ihlal etmek için öldürmek de gerekmemektedir. Yukarıda sayılan öznelerin kişiye bedensel ve ruhsal olarak verdikleri zararlar da yaşama hakkını ihlal etmektedir.

Yaşama hakkının ihlal edildiği ya da ihlal edilebileceği durumlar vardır. İntihar, ötenazi, kürtaj ve ölüm cezası yaşam hakkı ihlallerinin başlıcalarındandır. Bunların dışında organ nakli ve hadım konusu da vücut bütünlüğünün ihlali ile ilgili olabileceğinden yaşam hakkının bir boyutu olarak incelenebilir. Yaşama hakkını ihlal edebilecek olan bu durumların değerlendirilmesi yaşama hakkının ve kişi dokunulmazlığının anlaşılmasında bize yol gösterecektir.

Maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkının tanımlanması için öncelikle bu hakkı ikiye bölmemiz gerekmektedir. İnsan tarihsel olarak gelişimini ihtiyaç duymasına borçludur. Bu ihtiyaçlar ise iki kısımda şekillenmektedir. Bir kısmı maddi bir kısmı da manevi ihtiyaçlardır ve ikisinin arasında bir derece farkı yoktur. Ancak maddi ihtiyaçları karşılanamayan insan yaşayamaz. Bu noktada “geçim” ve “güvenlik” en önemli ihtiyaçlardır. Bu ihtiyaçların karşılanması elzemdir ve alternatifi yoktur. Bunların en rahat karşılanabileceği ortamın ise insanların birlikte yaşadığı haller olduğu ifade edilmiştir. Maddi ihtiyaçlar sadece insana özgü olmayıp

¹³⁹ Talas, **a.g.m.**, s. 85-86.

¹⁴⁰ Savcı, **a.g.e.**, s. 17.

yaşayan bütün canlıların hissettiği gereksinimlerdir. Manevi ihtiyaçlar ise geliştirdiği ahlaki yapısı sayesinde sadece insanın aradığı bir durumdur¹⁴¹.

Johan Galtung ise maddi ve manevi ihtiyaçları beden/zihin ihtiyacı şeklinde ayırmıştır. Bu ihtiyaçların karşılanmasının bedensel boyutunu yeme, barınma, giyinme, sağlık ve öğrenim ihtiyaçları vb. oluşturmaktadır. Zihinsel boyutu ise insanın inanç özgürlüğünden, ifade özgürlüğüne ve daha birçok özgürlüğün sağlanmasına bağlı çok temel bir hakkı içinde barındırmaktadır¹⁴².

1.2.2. İnsan Onuru

İnsan onuru, insan haklarından ayrı ve felsefi açıdan derin bir kavramdır. Onur, insanın çok değerli oluşundan kaynaklanan ve bu değerinsana yüklediği anlamın bir ürünüdür. Haklara sahip olan insanın bu hakları elde etmesi, onurunu koruması için şarttır. Bununla birlikte insanın da bu hakları “hak etmesi” gerekmektedir. Çünkü onur tek yönlü bir kavram olarak değil iki yönlü olarak düşünölmelidir. Haklarını kibirle, aşağılamayla kullanan ya da bu hakların sahibi olmayı bir üstünlük olarak gören insan, Mercier’e göre onur sahibi değildir. Mercier, onurun alçakgönüllülikle birlikte var olduklarını söyler. Aksi bir durumun onuru ortadan kaldıracağını da ifade eder¹⁴³.

İnsanlar, akıllarıyla ve ahlaki yapılarıyla hayvandan farklı bir konuma kavuşmuşlardır. Ahlaki yapısı ve yaptıkları iş neticesinde onur sahibi olur insan. Kendini gerçekleştirme arzusunun sonucu ve hedefi onurlu bir yaşamdır¹⁴⁴.

İnsanın onurlu bir varlık olduğu tarihte ve dinlerde tartışmasız bir yer bulmuştur. Ancak bütün bu söylemler uzun çağlar boyunca sadece sözde kalmıştır. Eski Yunandan Roma’ya, ilk çağdan ortaçağa insan onuru sadece mevki, kast ya da

¹⁴¹ Oktay Uygun, “İnsan Hakları Kuramı”, **İnsan Hakları**, (cogito), Yapı Kredi Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2000, s. 18.

¹⁴² Johan Galtung, **İnsan Hakları (Bir Başka Açıdan Bakış)**, Metis Yayınları, 2. Baskı, Eylül 2013, s. 86.

¹⁴³ Andre Mercier, “İnsan Haklarının Temelleri”, çeviren: Ayşe Özberki, **İnsan Haklarının Felsefi Temelleri**, yayına hazırlayan: İoanna Kuçuradi, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, 4.baskı, Ankara 2016, ss. 25-38, s.25-26.

¹⁴⁴ Nihat Bulut, “Eski Yunan’dan Aydınlanma Çağına İnsan Onuru Kavramının Gelişimine Bir Bakış”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 12, s. 3-4, ss. 1-12, s. 2.

kan üzerinden anlamını bulmuştur. Ancak ve ancak aydınlanma devri ile birlikte evrensel ve istisnasız insan onuru düşünülmüş ve kabul görmüş bulunmaktadır¹⁴⁵.

İnsan haysiyeti tabiri ilk defa 1961 Anayasasında kullanılan bir kavram olmuştur. Bu kavram için insan onuru tabiri de kullanılmaktadır. Kavram iki farklı yönü ile değerlendirilebilir. Birinci yön olarak kişinin vücut bütünlüğünün korunması ve bu çerçevede alınabilecek önlemlerdir ki bu işkence ve eziyet yasağının da bir veçhesini oluşturur. Diğer yandan insanın yaşamı sırasında iktisadi ve içtimai olarak zor duruma düşmesi de insan onurunun kabul etmeyeceği bir durumdur¹⁴⁶. Bu durumdan kurtulmak insanın öncelikle kendi görevidir. Ruhsal ve psikolojik problemler insanın felsefi açıdan çözmesi gereken problemleridir, ancak devletin de bu problemlere çözüm için katkı sağlayabileceği düşüncesi vardır. Çünkü sağlıklı düşünemeyen bireylerin sayısının arttığı bir toplumun genel psikolojisinin de bozulacağı unutulmamalıdır.

Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası'nın 1. maddesi¹⁴⁷ insan onuru ile ilgilidir. Bu maddede insan onur ve haysiyetinin dokunulmaz olduğu ve devletin bu hakkı hem koruma hem de ihlal etmeme yükümlülüğü olduğu belirtilmektedir. Bu bakımdan insan onurunun devlete hem pozitif hem de negatif bir yükümlülük verdiği ortadadır.

Ekonomik düşkünlük durumu da insanın haysiyetini zedeleyen unsurlardandır. Liberal demokratik sistemlerde bütün insanların ekonomik eşitliğini sağlama savunusu yapmak mümkün değildir. Ancak asgari şartları oluşturma düşüncesi bu sistemi de etkilemiştir. Buna sosyal devlet denilmiştir. Sosyal devletin temel amacı insan onurunu asgari düzeyde de olsa sağlamaktır.

İnsan onurunun sağlanmasında bireyin bağımsızlığı en önemli etkidir. Bireyin geniş hürriyet alanına sahip olması insan onuru kavramının muhtevasında vardır. Bu durumda da kavramın sadece yukarıda bahsettiğimiz gibi pozitif yönü

¹⁴⁵ Bulut, **a.g.m.**, s.11.

¹⁴⁶ İlyas Doğan, "Alman Öğretisinde İnsan Onuru ve Güncel Sorunlar Hakkında Kısa Bir Giriş", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:13, Sayı:2, Yıl: 2005, ss.51-59, s. 52.

¹⁴⁷ Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası'nın 1. maddesi: İnsanın onur ve haysiyeti dokunulmazdır. Tüm devlet erki ona saygı göstermek ve onu korumakla yükümlüdür.

olmadığını görmekteyiz. Aynı zamanda negatif yönü olan bir içeriğe sahiptir bu kavram. Devletin müdahale alanı ne kadar azalırsa insana dokunan yönü de o kadar azalır ve insana zarar vermeyen devlet, yapmama yükümlülüğünü yerine getirmiş olur. İnsan hakkı ile karşılaştırıldığında ise pozitif manada düşünürsek insan hakları mevcut hukuku, insan onuru ise oluşturulması gereken hukuku ortaya koyar ve insan haklarının temeli olarak görülebilir¹⁴⁸.

1.2.3. İşkence ve Eziyet Yasağı

İşkence bir kişinin diğer bir kişiye karşı istediği şeyi elde etmek amacıyla uyguladığı bedeni ve ruhi baskıdır. Bu baskının, güç kullanmanın sistematik bir şekilde ve hedef gözeterek yapılması işlemi ile buna maruz kalan kişiye işkence yapılmış olmaktadır. Bu uygulamanın hukuki iki yönü vardır. Herhangi bir kişinin herhangi bir kişiye yaptığı işkencedir ve suçtur. Bir de devlet görevlisinin suçlu olduğu iddia edilen kişiye ya da suçu sabitlemiş kişiye yaptığı bedeni ve ruhi eziyetlerdir¹⁴⁹. Her ne kadar işkence kelime anlamı itibariyle herkesin herkese yapabileceği bir müdahaleyi anlatsa da aşağıda bahsedileceği üzere işkence suçu sadece kamu görevi dolayısıyla işlenebilmektedir.

İşkence tarih boyunca yapılmış bir uygulamadır. Devlet düzeninin olduğu her toplum bu uygulamanın var olduğu bir toplumdur aynı zamanda. İşkencenin lanetlenmesi ise henüz yeni sayılabilecek bir zaman diliminde olmuştur. XX. Yüzyıl işkencenin ortadan kaldırılması için en çok çaba sarf edilen dönemdir. Ancak işkenceye karşı ilk seslenişler ortaçağın bitişiyle başlar. Ortaçağ sonrası devlet ve hukuk sistemlerinin liberalleşmesi bu suçun önlenmesi için felsefi açıdan ilk söylemlerin ortaya çıkmasını sağlar.

Ünlü İtalyan ceza hukukçusu Cesare Beccaria işkencenin ancak ve ancak bir güçsüzlük göstergesi olduğunu düşünmekteydi. Bunu uygulayanların da aciz birer uygulayıcılar olduğu düşüncesindeydi. İşkencenin bunu yapana sağladığı sadece üstünlük algısıydı. Ve işkence gören ne kadar dayanıksızsa o kadar suçlu olacaktı. Bu

¹⁴⁸ Doğan, **a.g.m.**, s. 56.

¹⁴⁹ Köksal Bayraktar, “İşkence Suçu”, **Zabunoğlu Armağanı**, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara 2011, ss.145-176, s. 145.

eziyete katlanmak istemeyen suçlu olmasa dahi itiraf edecekti. Hele bir de gerçekten bir suçsuzla işkence edilirse bu durumda tahammül edilemez bir gariplik ortaya çıkmaktaydı. Bu yüzden işkence kabul edilemez bir uygulama olarak görülmeye başlanmıştır¹⁵⁰.

İşkence ve kötü muamele yasağı istisnaları bulunmadan mevcuttur. Ancak bu yasağın yorumu konusunda farklılıklar mevcuttur. Devletin neyi işkence olarak gördüğü neyi görmediği değişebilmektedir. Devletler işkenceyi lanetler fakat neyi işkence olarak kabul edip neyi kabul etmeyecekleri yine bu devletlerin elinde olduğundan ortaya bir kavram karmaşası çıkmaktadır. Bu nedenle de işkence yasağının anlaşılmasından kaynaklı derin sorunlar ortaya çıkabilmektedir¹⁵¹.

1.2.4. Kürtaj ve Yaşama Hakkının Kısıtlanması

Daha önce çeşitli dinlerde kürtaja nasıl bakıldığından bahsetmiştik. Genel olarak kürtaj Allah'ın yarattığı bir canı ortadan kaldırmak olarak düşünüldüğünden dinler tarafından hoş görülmemiştir. Bununla birlikte annenin sağlığı gibi durumların ön plana çıkması halinde kürtajın mümkün olabileceğini ve dinlerin buna izin verdiğini de biliyoruz.

Kürtaj, hamile kalan kadının çocuğu doğurmak istememesi durumunda eğer tıbbi sebepler varsa doktor kararıyla, böyle bir durum yoksa kadının ya da çiftlerin tercihiyle yapılan bir tıbbi müdahaledir. Kürtaj çok tartışmalı bir konu olarak gündemdedir. İlk olarak sağlık sebepleri dolayısıyla yapılan kürtaj gündeme gelir ki bu konuda fazla bir tartışma yoktur. Genellikle yapılabileceği kabul edilir. Ancak annenin sağlığı dışında ceninin sağlığı, özürlü olma ihtimali, genetik bozukluklar gibi sağlık sebepleri de yine tartışma konusu olmuştur. Çünkü bu durumda doğacak olanın yaşam hakkı elinden alınmış olacaktır. Sosyo-ekonomik nedenlerden dolayı çocuğunu doğurmak istemeyenlerin olabileceği de göz önünde bulundurulmalıdır. Bu durumda kadının özgür iradesi ile çocuğu doğurmama hakkı olduğunu ileri sürenler olduğu gibi,

¹⁵⁰ Cesare Brccaria, **Suçlar ve Cezalar Hakkında**, çev: Sami Selçuk, İmge Kitabevi, 6. Baskı, Ankara 2016, s.85-94.

¹⁵¹ Kerem Altıparmak, "Anayasa Mahkemesinin Zor Sorusu: İşkence ve Kötü Muamele, Ama Hangisi?", **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt:32, Yıl:2015, ss.145-184, s.146.

ana rahmine düşen ceninin artık insan olma potansiyeli olduğundan dolayı bir insanı ortadan kaldırmak gibi düşünenler de olmuştur¹⁵².

Bu tartışmalı durumdan dolayı ülkelerin kimisinde kürtaj tamamen yasaklanmıştır. Bazılarında ise doktorun kararına bırakılmıştır. Yine bazı ülkelerde de gebeliğin belli sürelerine kadar kürtajın mümkün olabildiği ancak o sürelerden sonra yasaklandığı da bilinmektedir¹⁵³.

Ceninin yaşama hakkının olup olmadığı, insan gibi muamele edilip edilmeyeceği hukukun konusu olmakla birlikte aynı zamanda dinlerin ve felsefenin de konusu olmuştur. Cenin ne zaman bir canlı hatta insan olarak görülebilir? Bu soruya çok farklı cevaplar verilmiştir. Ceninin uzuvlarının ve sinir sisteminin oluşmaya başladığı durumda artık canlılık gerçekleşmiştir diyenler olduğu gibi döllenmenin olduğu zaman dahi canlılık başlamıştır kanısında olunduğu da bilinmektedir¹⁵⁴.

1.2.5. İntihar

İntihar, bir hastalık, akli sıkıntı, ağır ve tamiri güç hastalık veya manevi buhranların etkisiyle kişinin hayatını devam ettirmekte anlam bulamaması, bunun neticesinde de yaşama sebebinin kalmadığını düşünerek kendi hayatına son verme isteğidir¹⁵⁵.

Kişinin kendi vücudu üzerinde yaşamama yönünde bir karar alması kabul edilebilir değildir. Hukuk düzeni buna onay veremez. Ahlaki ve dini sistemler de intiharın karşısında yer almıştır. Buradan yola çıkarak kişilerin intihar etme hakkı olduğunu ya da olmadığını söylemek güçtür. Fakat hukuk intiharı yasaklayamaz.

¹⁵² Y. Furkan Şen, “Yaşam Hakkı: İdam, Kürtaj, Ötenazi ve Siyasal Sorumluluk”, **Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**,2015, sayı:19 (2), ss. 1-26, s. 12; Funda Çoban, “Tıp ve Hukukun Buluşma Noktasında Biyoetik Tartışmalar”, **İnsan Hakları Yıllığı**, TODAİE, ss. 21-42, s. 25.

¹⁵³ Çoban, **a.g.m.**, s.25.

¹⁵⁴ Hamide Tacir, “Yaşama Hakkı Kapsamında Yaşamın Başlangıcı”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan Özel Sayı**, Cilt:19, Sayı:2, Yıl: 2013, ss.1301-1321, s. 1304.

¹⁵⁵ Mehmet Emin Artuk, “Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukunda İntihara İkna ve Yardım Suçu”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C.8, 1994/11-3, s.7.

Kişinin kendi hayatına son vermesi durumunda fail ile zarar gören aynı kişidir ve bu kişi artık hayatta değildir. Bu yüzden cezalandırılma ihtimali de yoktur¹⁵⁶.

Ortaçağda intihar edenlere ceza verilirdi yani kişinin ölü bedenine eziyet edilir, vücudu yerde süründürülür, malları devlete geçirilir, cenaze töreni yapılmaz ve resmi mezarlıklara defnedilmezdi. Bu tür cezalar ortaçağ düzeninde verilmiş ve daha çok intiharın ahlakiliği üzerinden tartışılacak cezalar olmuştur¹⁵⁷.

1.2.6. Ötenazi

Kelimenin kökleri Yunancadan gelmektedir. Eu- “iyi, tatlı” manasında bir kelimedir. “Thanatos” kelimesi ise ölüm anlamına gelmektedir. Bu kelimelerin birleşiminden oluşan ötenazi kelimesi ise “iyi ölüm”, “tatlı ölüm” manasına gelmektedir. Cem Eroğul ise bu manalardan birini seçmemiş çeviriye daha uygun olan “gönüllü ölüm” tabirini daha uygun bulmuştur¹⁵⁸.

Buradan yola çıkarak ötenazi'nin artık yaşamak istemeyen kişiler için bir seçenek olduğunu düşünenler de ortaya çıkmıştır. İnsanların yaşama hakkı olduğu gibi *yaşamama hakkı* da olduğunu savunan kişiler olmuştur ve bu hakkın kullanım yöntemlerinden biri ötenazidir. Burada hak savunucuları her hakkın olumlu ve olumsuz boyutlarının olduğunu ve yaşama hakkının olumsuz boyutunun da ölme hakkı olabileceğini iddia etmişlerdir¹⁵⁹.

Fakat bahsedildiği gibi kişinin ölmeyi isteme hakkının olduğu varsayılsa bile bu durumda bu hakkı uygulayacak kişinin yani hakkın yanında olan ödev unsurunu kimin yüküneceğini düşünürsek bu kişi hekim olacaktır. Hekim bu durumda öldürme ödevine mi sahip olacaktır? Ahlaki olarak hastanın çektiği acılardan kurtulma isteği müdafaa edilebilir olsa da öldürme işini doktorun yapması aynı şekilde müdafaa

¹⁵⁶ Mahmut Koca, İlhan Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara 2016, s. 110-111.

¹⁵⁷ Koca, Üzülmöz, **a.g.e.**, s.111.

¹⁵⁸ Cem Eroğul, “Ölüm Hakkı”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, Yıl:1993, Cilt:48, Sayı: 1, 47-56, s. 48.

¹⁵⁹ Şen, **a.g.m.**, s. 16-17.

edilemez¹⁶⁰. Bu şekilde doğrudan ölümlerle sonuçlanan ve doktorun fiilen destek olduğu ölüme *aktif ötenazi* denilmektedir.

Hukuksal bir terim olarak aktif ötenazinin tanımı şu şekildedir: hayatın son bulmasının kaçınılmaz olduğu ve çekilen acı ve ıstırapın dayanılmaz olduğu bir durumda, tıbben sağlığına kavuşması veya acılarının dindirilmesi mümkün olmayan kişinin yine tıbbi yöntemlerle öldürülmesi veya yaşam desteğinin kesilmesi suretiyle ölüme bırakılmasıdır¹⁶¹.

Genellikle kabul edilebilir görülen ötenazi türü ise pasif ötenazidir. Bu yöntemde kişinin ölümü için çaba gösteren bir kişi veya durum yoktur ancak çektiği acıları azaltmaktan başka bir uygulama yapmayarak, yaşamı uzatma çabasına girmeyerek uygulanan yöntem budur. Bu yöntemde hastanın sağlığına kavuşması için doktorun müdahale etmemesi isteğinin kimden geldiği de önemlidir. Beyin ölümü gerçekleşmiş kişilerin yaşam destek ünitesinden çıkarılmaları tercihi bu kapsamda değerlendirilmez. Bilinci yerinde olan ya da yerine gelmesi ihtimali olan hastalar için geçerlidir¹⁶².

Ötenazi seçeneklerinden bahsettikten sonra tıp dünyasında genel olarak geçerli olan ötenazinin kabul edilebilirlik şartlarından da bahsetmek gerekecektir. Hastanın ölüm isteğinin bilinçli bir şekilde alınmış olması ve sürekli olması önemlidir, ayrıca bu kararı özgürce alacağı bir ortam şartı da mevcuttur. İkinci olarak tıbbi açıdan kurtulma umudunun kalmamış olması gerekmektedir. Son olarak da ötenazi işlemini gerçekleştirecek olan hekimden başka bir hekimin de aynı tıbbi gerekçelere katılması gerekmektedir¹⁶³.

“Talep üzerine öldürme” kavramı da ötenaziyle ilişkili olarak incelenebilir. Kişinin ısrarlı talepleri üzerine bir diğer kişiden kendini öldürmesini istemesine talep

¹⁶⁰ Ertuğrul Cenk Gürçan, “Ötenazi: Yaşama Hakkı Açısından Bir Değerlendirme”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl:2011, 60 (2), ss. 255-280, s. 269.

¹⁶¹ Hakan Hakeri, **Tıp Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, Ankara 2012, s. 627.

¹⁶² Hakeri, **a.g.e.**, s. 632-633.

¹⁶³ Eroğul, **a.g.m.**, s. 47.

üzerine öldürme denir¹⁶⁴. Bu durumda kişinin talebinin sebebi ötenazi olabileceği gibi başka sebeplerle de öldürülmeyi talep edebilir. Bundan dolayı ötenazi ile aynı anlama gelmezler¹⁶⁵.

İnsanların kendi hayatlarını ve geleceklerini belirleme ve bu konuda tasarruf etme hakkını savunanlar vardır. Bunlara göre bir insan nasıl kendi hayatı ile ilgili kararlar alıyorsa, hayatına son vermek ile ilgili kararı da alabilmelidir. Bu durumda intiharı da meşru bir çerçeveye oturtan bu görüş ötenazi konusunda da benzer bir çaba içindedir. Ötenazinin sebepleri ortaya çıktığında kişi yaşama hakkının olumsuz yönü olan yaşamama hakkını da kullanarak ötenaziyi tercih edebilir ve yaşadığı sıkıntılardan kurtulabilir. Bunu yapan hekim ise sadece ve sadece bu kişiye yardım ettiğinden dolayı suçlu görülemez denilmektedir. İntihar suç değilse ötenazi de suç değildir şeklinde bir görüşe sahiplerdir¹⁶⁶.

1.2.7. Ölüm Cezası

Devletin yargı organları vasıtasıyla aldığı ölüm kararı “ölüm cezası” olarak tanımlanmıştır. İdam cezası XX. yüzyılın ortalarına kadar çok fazla itiraz görmeden devletler tarafından uygulanmıştır. Felsefi olarak karşı çıkış ise biraz daha eskiye dayanmaktadır. Aydınlanma felsefesinin ortaya çıkmasından sonra ve ferdiyetçilik akımının etkisiyle ölüm cezası eleştirilmeye başlanmıştır. Ancak devletler tarafından yasaklanması ise bahsettiğimiz gibi XX. yüzyılın ortalarından itibaren olmuştur¹⁶⁷.

Daha eski zamanlarda ise idam cezası olağan bir cezalandırma biçimi olarak düşünülüyordu. Örneğin Eski Mısır’da firavunların hüküm sürdüğü zamanlarda idam yaygın bir uygulamaydı. Firavuna ve diğer devler adamlarına isyan başta olmak üzere kutsal eşya ve hayvanlara zarar vermek, büyü ile uğraşmak da ölüm cezası verilebilen

¹⁶⁴ Mehmet Emin Artuk; A. Caner Yenidünya, “Ötenazi”, **Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötenazi**, der: Nur Centel, Oniki Levha Yayınları, birinci baskı 2011, ss.107-140, s. 109.

¹⁶⁵ Artuk; Yenidünya, **a.g.m.**, s.110.

¹⁶⁶ Demirörs; Arslan Hızal, **a.g.m.**, s.1494.

¹⁶⁷ Halit Çelenk, “Çağdaş Ceza Hukuku ve Ölüm Cezası”, **Mülkiye Dergisi**, C.XXIV, s. 223, ss. 14-27, s. 15.

suçlar arasındaydı. Ayrıca zina suç olarak kabul ediliyordu ancak sadece kadın ölüm cezası alıyordu¹⁶⁸.

Orta Asya'da yaşayan Türklerde, Mezopotamya ve Eski Yunan hukuk sistemlerinde de o dönemin her devletinde olduğu gibi ölüm cezası yer almaktaydı. Ölüm cezasını gerektirecek suçların başında devlete isyan ve kutsallara hakaret yer almaktaydı. Ayrıca cinayet işlemek de ölüm cezasını gerektiren bir suçtu¹⁶⁹.

Türkler için Çin kaynaklı olarak verilen bilgilere göre, ceza kanunlarında Türkler isyan, cinayet, vatana ihanet, başka bir kişinin karısı ile meşru olmayan ilişki ve bağlı atı ipinden çözüp çalmak suçları idamla cezalandırmışlardır. Bunlar idamlık suçlardır fakat bunları cezalandırma yetkisi sadece devletindir. Kişiler kendi öçlerini kendileri alamazlar¹⁷⁰.

Yukarıda da bahsedildiği gibi idamlık suçlar genel olarak çok benzerdir fakat bazen milletlere özgü suç tipleri de oluşabilmektedir. Örneğin Türklerde bağlı atı çalmanın cezasının idam olması gibi ya da daha eski tarihlerde Firigyalıların saban kırmanın cezası olarak ölümü belirlemesi örneği de verilebilir. Bu örnekten de bu devletin tarımla uğraştığı ve sabanın onlar için çok değerli olduğunu görmekteyiz.

Yahudilikte idam cezası Tevrat ile belirlenmiş sınırlamalara sahiptir. Bu suçların başında adam öldürme gelmektedir. Tevrat'ın on emrinden ilki "öldürmeyeceksin" emri idi. Bu emri ihlal edenlere verilecek ceza da ölüm cezasıdır. Yahudilerin cezalandırma yöntemlerinde en başta kısas gelmektedir. Bu cezayla bir kişi değer bir kişiye nasıl bir zarar verdi ise aynı şekilde karşılık görür. Eğer bir kişi cinayet işlemişse de ölen kişinin yakınlarının katilin ölümünü isteme hakkı vardır.

Hristiyanlıkta ise daha çok Yahudi şeriatı uygulanmıştır. Hatta İncilde göze göz dişe diş şeklinde kısas ile ilgili hükümler olmasına rağmen Hz. İsa'nın affedicili olmayı öğütlemesiyle birlikte düşünüldüğünde cezaların hafifletilebileceği anlamı çıkar. Hristiyanlık bu konuda daha yumuşak bir sistem belirlemiştir. Ancak tarihsel

¹⁶⁸ Kâmil Ateşoğulları, **Bir İnsanlık Suçu: Ölüm Cezası**, belge yayınları, 2.baskı, İstanbul 2000, s.25.

¹⁶⁹ Mehmet Köroğlu, "Hukuk Tarihi Açısından Ölüm Cezası ve İnfaz Çeşitleri", **İslam Hukuku Araştırmalar Dergisi**, s:17, yıl: 2011, ss.309-322. s. 310.

¹⁷⁰ Sadri Maksudi Arsal, **Türk Tarihi ve Hukuk**, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara 2014, s.280.

olarak uygulama bu şekilde gerçekleşmemiş ve Hristiyan devletlerde ölüm cezası ve kısas yaygın bir şekilde uygulanmıştır¹⁷¹.

İslam'da ölüm cezası ise özel bir bölümde incelenecektir. Ancak şunu belirtmek gerekir ki İslam'da da idam cezası vardır ve uygulanmıştır. Yahudilik ve Hristiyanlıkta olduğu gibi kısas genel olarak idamın biçimlerindedir. Bunun dışında devlete isyan suçu da ölüm cezasını gerektirir. Her ne kadar Kur'an da olmasa da zina suçunun cezası olarak düzenlenen "recm" de ölüm cezasının bir şekli olarak uygulanmıştır.

Roma İmparatorluğu ise günümüz Avrupa hukuk sisteminin temelini kurduğu için önemlidir. Roma imparatorluğu hukuk sisteminde idam cezası öngörülen suçlardan en büyüğü vatana ihanetti ve kapsamlı bir şekilde düzenlenmişti. Kendi halkına karşı silahlanmak ihanetin ilk örneği sayılabilir. Düşmanla irtibatta olmak veya onlara bilgi taşımak hatta yabancıları gemi yapma konusunda eğitmek dahi vatana ihanet kapsamına girebilmekteydi. Düşmanı kışkırtmak ya da bir Roma yurttaşını düşmana vermek de ihanet kapsamında değerlendiriliyordu ve bunlar On İki Levha kanunlarında açıkça düzenlenmişti¹⁷².

İdam cezasını savunanlar, çok ağır suçların meydana getirdiği toplumsal travmanın ortan kaldırılmasını idamın amacı ve faydası olarak görmektedirler. Bu ciddi suçlara karşı uygulanabilecek olan en ağır yaptırım idamdır ve idam neticesinde beklenen sonuç da toplumun vicdanını rahatlatmak, yükselen nefret hislerini tatmin etmek gibi insanın en temel içgüdülerine hitap etmektir¹⁷³.

İnsanların vicdanlarındaki adaleti sağlamak ve kendilerinin adaleti sağlama isteklerinin önüne geçmek de idamın amaçlarındandır. Aksi takdirde insanlar tatmin olmadıkları cezalara karşı kendi adaletlerini sağlama girişiminde bulunabilirler. Ölüm cezası suçlunun daha sonra işleyeceği suçları engellediği gibi, suç işleme niyetinde

¹⁷¹ Köroğlu, **a.g.m.**, s. 314.

¹⁷² Kadir Gürten, "Roma'da Devlete Karşı İşlenen Bazı Suçlar ve Cezaları", **Ankara Barosu Dergisi**, 2017/3, ss. 53-79, s. 75.

¹⁷³ Şen, **a.g.m.**, s. 9.

olanlar için de bir tehdit mahiyetindedir. Ayrıca mağdurların veya yakınlarının psikolojik rahatlama da idamı savunanların iddialarındandır¹⁷⁴.

Ceza hukukunun amacı, suçluyu ıslah etmek ve yeniden topluma kazandırmak arzudur. Bu arzunun sağlanmasında ölüm cezasının bir faydası yoktur. Ölüm ile birlikte ıslah ve topluma kazandırma ortadan kalkmaktadır. Öldürülme her ne kadar bir suç sonucu ve yargı kararı neticesinde olsa da bu durum insan onuruna aykırılığı ortadan kaldırmamaktadır. Bu sebeple de bir şiddet hareketidir ve şiddetin sonucunda tekrar şiddet oluşması muhtemeldir. Devlet suça karşı bir suçla cevap vermektedir. Bunu yaparken de önceden hazırlıklı ve soğukkanlı bir yöntem uygular¹⁷⁵. Bu durumu ilgili olarak Fransa Adalet Eski bakanı Peyrefitte'nin sözü de dikkat çekmektedir. "Devletin planlayarak işlediği bir cinayet" olarak nitelemektedir idamı¹⁷⁶.

Kişinin idam edilmesinin yaşama hakkının elinden alınması olduğu, ayrıca kişinin kendisinden kaynaklanan sebeplerle suç işleyebildiği gibi çevresel faktörlerin de suç işlemede etkili olabileceğinin göz önünde tutulmasını isteyenler olmuştur. Ayrıca yargılama sırasında meydana gelebilecek hataların neticesinde suçsuz bir kişi yahut daha az bir cezaya çarptırılacak kişinin idam cezasıyla karşılaşması mümkündür. Bu neticeyle karşılaşan kişi için artık cezanın geri alınma imkânı yoktur. Düzeltme imkânsızdır. Bu sebepten de idamın geri dönülemez ve telafi edilemez sonuçları olabileceğini görmekteyiz¹⁷⁷. İdam cezasına karşı çıkanların en önemli argümanlarından birisi de yargılama hatalarıdır. Son anda ortaya çıkan yeni delillerin olduğu davalar mevcuttur. Davanın seyrini değiştirecek nitelikte delillerin ortaya çıktığı birçok durum mevcuttur¹⁷⁸.

¹⁷⁴ Zafer Gören, "Yaşama Hakkı ve Ölüm Cezası", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, yıl:5, sayı:10, güz: 2006/2, ss. 67-97, s.69-70.

¹⁷⁵ Tanör, **a.g.e.**, (1994), s. 19.

¹⁷⁶ Aktaran Tanör, **a.g.e.**, (1994), s.20.

¹⁷⁷ Ersan Şen, "Ölüm Cezası", *İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, No: 11-12-13, Nisan, Temmuz, Ekim 1995, ss.229-232, s. 231.

¹⁷⁸ Gören, **a.g.m.**, s. 70.

1.2.8. Yargısız İnfaz

Devlet görevlilerinin bir yargı kararı ya da kesin bir zorunluluk hali meydana gelmeden bir kişinin hayatına son vermeleri, yaşama hakkının devlet ve devlet görevlileri tarafından ortadan kaldırılması suçunun işlenebilecek en ağır halidir¹⁷⁹.

Yargısız infaz devlet görevlileri tarafından yargılama yapmaksızın gerçekleştirilen öldürme biçimidir. Devletin görevlisi (polis, asker vb.) bir kişiyi kendi aklınca suçlu bulup bu suçun cezası olarak da öldürmeyi seçebilmektedir. Bu durumda devlet de suçludur çünkü bunu önleyici yasalar çıkarmak ve devlet görevlilerini eğitmek görevleri vardır. Bu görevleri yerine getirmek devlet için bir zorunluluktur.

Yargısız infazın görünmeyen şekli ise “kayıp kişiler” ve “çatışma esnasında” öldürülen kişilerdir¹⁸⁰. Devlet görevlileri bir suçü soruştururken ya da bir örgütü araştırırken bazı kişileri sorguya alabilir ancak hukuk devletinde bunun biçimi savcı kararıyla gözaltı ve sorgulamadır. Ancak devletler bu konuda isteksiz davranabilmektedir. Bir başka durum da çatışma esnasında adam öldürmedir. Devlet kendisine isyan eden gruplarla çatışabilir ya da bir suç işlenirken görevlilerin müdahalesi sırasında da çatışma meydana gelebilir. Bu tip durumlarda her zaman yargısız infaz olduğunu düşünemeyiz. Ancak gerekli uyarıları yapmadan ve keyfi biçimde insanların öldürüldüğü durumlar da meydana gelmiştir. Bu sebeplerden dolayı hangi hallerde çatışmanın ve adam öldürmenin meşru olabileceği yasalarla belirlenmelidir.

1.2.9. Organ ve Doku Nakli

Kişinin vücut bütünlüğüne karşı bir işlem olduğundan dolayı organ nakli konusu da kişi dokunulmazlığının kapsamında değerlendirilmesi gereken önemli bir kavramdır.

Bireylerin kişilik hakkı olarak sahip olduğu çeşitli haklar bulunmaktadır. Bu haklar farklı şekilde kategorize edilebilmektedir. Ancak genellikle kullanılan ayırım

¹⁷⁹ Tanör, **a.g.e.**, (1994), s. 24.

¹⁸⁰ Tanör, **a.g.e.**, (1994), s. 25.

maddi kişilik hakları ve manevi kişilik haklarıdır. İnsanların maddi hakları dendiğinde ilk akla gelen vücut bütünlüğü olmuştur. Manevi haklar ise daha geniş bir çerçevede incelenebilir. Bunlardan şeref, onur, haysiyet ve ayrıca fotoğrafı, sesi gibi çeşitli özellikler manevi haklardandır ve korunması beklenir¹⁸¹.

Kişilerin maddi haklarından kabul edilen vücut bütünlüğünün en önemli parçaları organ ve dokulardır. Değişen ve gelişen dünyada organ ve doku nakli çok ciddi bir ihtiyaç haline gelmiştir. Bu nedenle de insan vücudu ve bununla ilgili tasarruflar ile ilgili konular da hukuk ve insan haklarının konusu olmuşlardır.

İnsanın kendi vücudu ve biyolojik kullanıma müsait organları/dokuları üzerinde tasarruf edebileceği hatta ticarileştirebileceği ile ilgili düşünceler son zamanlarda ciddi boyutlara ulaşmıştır. Eğer böyle bir durum kabul edilirse insanların kendi organ ve dokularını satım sözleşmesine konu etmesi ihtimali doğacaktır. Hatta bu satış sözleşmesi mümkün olabilirse bunun ceza verilebilirliği de ortadan kalkacaktır¹⁸².

Tıp teknolojisinin gelişmesiyle birlikte organ, doku veya mikro düzeyde biyolojik materyallerin bilimsel olarak incelenmesi ciddi derecede artmıştır. Ancak bu incelemelerde hangi yöntemlerin uygulanacağı ve sınırının ne olacağı belirsizdir. Bu materyalleri ticarileştirme fikrinin olması tartışmanın hukuki manada kapsamlı olacağını göstermektedir. Bu materyallerin satışının yasak oluşu benimsenmiştir ancak tıbbi kullanımı ve bu kullanımın sınırı konusunda belirsizlikler mevcuttur¹⁸³.

Yasadışı organ nakli ve kaçakçılığı da yaygın olduğundan dolayı bu konu çok ciddi bir mesele haline gelmiştir. Organ nakli konusunda kapsamlı kanunlar yapılması gereği duyulmuştur.

¹⁸¹ Ahmet Kılıçoğlu, “Organ Nakli ve Doku Alınmasının Hukuksal Yönleri”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 1991/2, ss.246-265. S.246.

¹⁸² Mehmet Ali Zengin, “İnsan Haklarının Korunması Kapsamında Yasa Dışı Organ veya Doku Naklinin Türk Hukukuna Yansımaları”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, yıl:5, sayı:18, Temmuz 2014, ss. 153-196, s.156.

¹⁸³ Zengin, **a.g.m.**, s.156.

1.2.10. Hadım (Kastrasyon)

Kelime anlamı “kısırlaştırılmış erkek” demektir¹⁸⁴. Bir kişinin üremesi ve cinsel haz alması için gerekli olan organlarını almak ya da işlevsiz hale getirmek olarak uygulanmaktadır. Tıbbi olarak kullanılan tabir ise “kastrasyon”dur. Kişinin cinsel organlarının işlevsizleştirilmesi ve aynı zamanda cinsel isteğin ortadan kaldırılması hedeftir¹⁸⁵.

Hadım etme yöntemi tarihin büyük bir kısmında milletler tarafından uygulanmıştır. Tarihsel bilgilerimiz ışığında Sümerlerle başlayan bu süreç günümüze kadar devam etmiştir. Ancak dinlerin hadıma karşı olduğu, yani hadımın dinsel bir ceza olarak öngörülmediğini bilmekteyiz. İslamda ve Yahudilikte hoş görülmemiştir. Savaş kaybedip esir düşen askerlere de hadım yapıldığı bilinmektedir¹⁸⁶.

Kastrasyon, bir kişinin üreme imkânını tamamen ortadan kaldırmak ya da geçici olarak üreyemez hale getirmek için uygulanan ve cerrahi bir müdahale yoluyla ya da kimyasal ilaç vermek suretiyle uygulanabilen bir yöntemdir¹⁸⁷. Bir kişinin cinsel faaliyetlerine devam etmesi fakat üreme kabiliyetinin ortadan kalkması kastrasyon değildir. Bu gönüllü kısırlaştırma değildir ve bu kişi cinsel dürtülerini kaybetmemektedir. Cinsel isteğini ve üreme kabiliyetini kaybettirme faaliyeti ise kastrasyondur ve iki şekilde yapılabilir cerrahi kastrasyon ile tüm üreme organı yahut cinsel istek uyandıran organlar alınabilir. Kimyasal kastrasyon yöntemi ile de vücuda ilaç verilerek cinsel isteğin ve üremenin önüne geçilebilmektedir¹⁸⁸.

Kastrasyonun amacı ile ilgili olarak da bunun bir ceza mı güvenlik tedbiri mi olduğu tartışılmaktadır. Kastrasyon bir cezalandırma yöntemi olursa bu ağır ve telafisi mümkün olmayan bir cezadır ve aynı zamanda hesaplaşma düşüncesinin ürünü olarak

¹⁸⁴ TDK. Sözlüğü, www.tdk.gov.tr.

¹⁸⁵ Hayrunnisa Özdemir, “Hadım Etme ve Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, cilt:14, yıl:2010, sayı:1, ss.125-164, s. 126.

¹⁸⁶ Zeynep Burcu Akbaba, “Kimyasal Hadım Yönteminin Anayasaya Uygunluğu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, sayı:2-81, yıl:2009, ss.1-28, s. 5-6.

¹⁸⁷ A. Caner Yenidünya, Yusuf Yaşar, “Kastrasyon Cinsel Suç Faillerine Uygulanabilecek Uygun Bir Yaptırım Mıdır?”, **TAAD**, yıl:4, sayı:14, Temmuz 2013, ss. 347-364, s 348.

¹⁸⁸ Yenidünya, Yaşar, **a.g.m.**, s. 350-351; Tefik Sönmez Küçük, “Bir Ceza Hukuku Yaptırımı Olarak Zorunlu Kastrasyonun Anayasa Hukuku Açısından İncelenmesi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, cilt:19, yıl:2015, sayı:4, ss.297-322, s.299-300.

bir ceza ortaya çıkar. Eğer güvenlik tedbiri olarak düşünürsek bir kişinin daha önce işlediği suçu yeniden işleme olasılığını da göz önüne almak gerekir. Cinsel saldırı suçlarını işleyenlerin tekrar aynı suçları işlemesi bir olgudur. Bu sebeple bunun önüne geçmek için güvenlik tedbiri olarak düşünüldüğünü belirtmek gerekir¹⁸⁹.

1.2.11. Bilimsel ve Tıbbi Deneylere Tabi Tutulma

Kişi dokunulmazlığının önemli parçalarından biri de bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulması konusunda kişinin rızasının aranması ve rızanın olmadığı durumlarda kişinin üzerinde bilimsel ve tıbbi deney yapılmasına izin verilmemesidir.

Tıbbi etik ile hukuk arasındaki ilişkide en çok tartışılan konu tıbbi deneylerdir. Bu bakımdan insan üzerinde yapılan deneylerde bilimsel özgürlüğün sağlanması ve tıbbi katkı vermek ile bu araştırmanın üzerinde yapıldığı kişinin sağlığı ve vücut bütünlüğü arasında bir çatışma meydana gelme ihtimali vardır. Bu bakımdan ciddi sonuçları olan, risk barındıran uygulamalarda hassasiyet göstermek ve kişi dokunulmazlığına saygı göstermek gerekecektir¹⁹⁰.

Bilim ve teknolojinin gelişmesi ve tıbbi çalışmaların da giderek artması neticesinde insanların hayatını kolaylaştıran ve sağlıklarını olumlu yönde etkileyen birçok buluş ortaya çıkmıştır. Ancak bunların ortaya çıkış süreçlerinde hayvanlar üzerinde deneyler yapılabildiği gibi insanlar üzerinde de deney yapılması ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Bu noktada öncelikli olarak etik değerlerden söz edilebilir. Bilim ve tıp etiğinin çerçevesinden bu deneylere yaklaşmak gerekecektir. Bunun bir parçası olarak da bu deneylere katılacak ve araştırmalardan etkilenecek kişilerin rızası aranmalıdır. Etik kabul edilebilecek deneylerde rızanın da varlığı halinde bu deneylerin ve araştırmaların yapılmasında bir sakınca kalmayacaktır. Hukuki düzenlemelere ise ileride değinilecektir.

¹⁸⁹ Küçük, a.g.m., 207.

¹⁹⁰ Gülsün Ayhan Aygörmöz Uğurlubay, "İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçuna İlişkin Bazı Tespitler", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Özel Sayı, Cilt:1, yıl:2015. ss. 165-206, s.166.

1.2.12. Kölelik

Kişinin en temel haklarından olan özgürlüğünü ortadan kaldıran kölelik tarih boyunca çeşitli şekillerde ortaya çıkmıştır. İnsanlık tarihinin çok uzun bir döneminde kölelik varlığını sürdürmüştür

Kölelik ekonomik ve sosyal bir olgu olarak karşımıza çıkmaktadır. İnsanların ekonomik olarak kötü duruma düşmeleri sonucu köle olması en sık görülen durumlardan biridir. Bununla birlikte köleliğin insan fitratında olabileceğini bazı insanların yaradılıştan köle mizaçlı olduğunu söyleyenler olmuştur. Bunların başında da Aristoteles gelmektedir¹⁹¹.

a) Yahudilik ve Hristiyanlıkta Kölelik

İsrailoğulları tarihin belli bir döneminde kavim olarak Mısır firavununun kölesi olmuşlardır. Bütün bir kavmin köle olması Allah'ın İsrailoğullarına bir cezasıydı. Daha sonra Hz. Musa ile birlikte İsrailoğulları firavunun zulmünden kurtulmuş, Filistin civarına yerleşmiş ve kölelikten kurtulmuşlardır. Bu yüzden İbraniler kölelik anlayışına karşı olmasalar da kölelere karşı daha anlayışlı bir tutum sergilemişlerdir. Özellikle bir İbrani'nin köle olma şartları mümkün olduğunca daraltılmıştır. Bütün bunlarla birlikte dönemin şartları gereği köleliğin kaldırılması ile ilgili bir düzenleme getirilmemiş, köleliğin önüne geçilmesi dahi düşünülmemiştir¹⁹².

Hristiyanlıkta da kölelik kabul edilmiştir. Hristiyanların diğer Hristiyanları köle edinmesinin de serbest olduğu bilgisi vardır. St. Thomas d'Aquino'nun düşüncesine göre köleliğin kaynağı Hz. Âdemin işlediği ilk günahtr¹⁹³.

Kölelerin haklarının en çok korunduğu dinlerden birisi Hristiyanlıktır. Kölelere kötü davranılması dahi yasaklanmıştır. Ancak buna rağmen dönemin yaygın anlayışı gereği köleliğin kaldırılması fikri oluşmamış, sadece kölelere iyi davranma öğütleri

¹⁹¹ Mehmet Birsin, **İslam Hukukunda İnsan Hakları Kuramı**, Düşün Yayınları, birinci baskı, İstanbul 2012, s. 236.

¹⁹² Gülnihal Bozkurt, "Eski Hukuk Sistemlerinde Kölelik", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, c.38, s.1, yıl.1981, ss.65-103, s. 81-85.

¹⁹³ M. Akif Aydın, *Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, 26 (Kili), s. 772.

verilmiştir. Ancak İslamiyet ile birlikte dinlerde kölelik daha da farklı bir boyuta ulaşmıştır. Yine bir yasaklama veya ortadan kaldırma söz konusu değildir ancak köle olma şartlarının kısıtlanması ve köle azadının teşvik edilmesi önemli bir aşama olarak kabul edilebilecektir¹⁹⁴.

b) İslamda Kölelik

İslam dininin gelişinden önce Arap yarımadasında kölelik yaygın bir durumdu. Köle sahiplerinin köleleri üzerindeki hakları ciddi derecede fazlaydı. Bunun istisnası olarak üçüncü şahısların fiilleri karşısında kölelerin belli başlı güvenceleri bulunmaktaydı. Bu güvence de sınırlı bir güvence olarak kalmıştı¹⁹⁵.

Köleler hukuki olarak mal kabul edilmişlerdir. Özgür insanlardan farklı olarak fiil ehliyetleri bulunmamaktadır. Hak ehliyetlerinin ise kısmen olduğu söylenebilir. Şahsi bir mahiyeti olan dini yükümlülükler açısından kölelerin özgür insanlardan herhangi bir farkı yoktur. Ancak hukuki, ekonomik ve toplumsal yönlerden özgür insanlardan tamamen farklı haklara sahiptirler¹⁹⁶.

İslam hukuku kaynaklarında kölelik “velâyet, şehâdet ve kazâdan hükmen (hukuken) âciz ve mülkiyet hakkından mahrum olan kimse” olarak tanımlanmıştır. Bu sebeple köleliğin bir ehliyet arızası olduğu sonucuna varılmıştır¹⁹⁷.

İslam hukukunda köleye “Abd”, “Memluk”, veya “Rıkk” denilmiştir. Müslüman topraklarında yaşayan insanlar Müslüman ve zımmı olarak ikiye ayrılmışlardır. Bu ayrıma ek olarak hürler ve köleler olarak da ayırım yapılmıştır. İslam hukukunda köleliğin kaynakları sınırlandırılırken, kölelerin şartları iyileştirilmiş ve azat edilme yolları artırılmıştır¹⁹⁸.

¹⁹⁴ Bozkurt, **a.g.m.**, s. 66.

¹⁹⁵ M. A. Aydın, *Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, 26 (Kili), s. 773.

¹⁹⁶ M. A. Aydın, *Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, 26 (Kili), s. 771.

¹⁹⁷ M. A. Aydın, *Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, 26 (Kili), s. 771.

¹⁹⁸ Coşkun ÜÇÖK, Ahmet MUMCU, Gülnihal BOZKURT, **Türk Hukuk Tarihi**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 104.

İslam hukukunda köleliğin iki sebebi vardır. Bunlardan biri yukarıda bahsedilen savaş esirliği diğeri ise köle olarak doğmaktır. Eski toplumlarda var olan fakirlikten dolayı kendini satmak, velisi veya babasının kişiyi satması veya bir kişinin borcunu ödeyememesi sebebiyle kölelik İslam hukukunda yoktur¹⁹⁹.

Köle olan kişilerin gayrimüslim olması şarttır. Müslüman harp esirleri var ise bunlar köle yapılamazlar. Ancak köle olduktan sonra Müslüman olan kişiler köle olmaya devam ederler. Diğer taraftan İslam ülkeleri arasındaki savaşlarda esir düşenler ve iç isyan sonucu esir edilenler köle olamazlar²⁰⁰.

İslam hukukunda doğan çocuk esas olarak anneye tabidir. Köle anneden doğan çocuk köle olacaktır ve bu çocuğun mülkiyeti annenin sahibine aittir. Bu durumun bir istisnası vardır. Efendinin cariyesinden olan çocuk hürdür. Babanın köle annenin hür olması durumunda çocuk hür olacaktır²⁰¹.

İslam dini köleliği tanımasına rağmen kölelikten kurtulmak için fazlasıyla seçenek sunmuştur. Köle azadı bu yöntemlerin başından gelmektedir. Hatta ayetlerle desteklenmiştir²⁰². Sadece İslamın tatbik ettiği bir durum da İslam devletinin köle azat etmek için fon ayırmasıdır²⁰³.

¹⁹⁹ Üçok, Mumcu, Bozkurt, **a.g.e.**, s. 104.

²⁰⁰ Aydın, **a.g.e.**, s. 236.

²⁰¹ M. A. Aydın, *Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, 26 (Kili), s. 778.

²⁰² Maide/89, Mücadile/ 3

²⁰³ M. A. Aydın, *Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, 26 (Kili), s. 776., (Tevbe/60)

İKİNCİ BÖLÜM

İSLAM-OSMANLI HUKUKU VE CUMHURİYET DÖNEMİ TÜRK HUKUKU'NDA KİŞİ DOKUNULMAZLIĞI

Türk tarihinin büyük bir bölümünü İslam'dan ayrı olarak düşünemeyeceğimizden dolayı Türk hukukunun oluşumunda da İslam'ın etkisini ciddi bir şekilde görmekteyiz. İslam Dininin etkisi Türk tarihinde ilk dönemlerden itibaren etkisini hissettirmektedir. Türklerin hızlıca Müslümanlaşması ve devletler kurması dolayısıyla ilk dönemlerinden itibaren İslam'ın etkisi ciddi boyutlarda olmuştur. Bu etkinin önemi bize Türk hukuk tarihi ile İslam hukukunun ayrılamaz bir bütün olduğunu gösteriyor.

Bu kısımda İslam hukukunun, insan haklarına ve kişi dokunulmazlığına bakışını ve nasıl şekillendirdiği anlatılacaktır. İslam Hukukunda kişi dokunulmazlığı ise Osmanlı Devleti örneği ile anlatılacaktır. Daha sonra ise cumhuriyet dönemi Türk hukukunda kişi dokunulmazlığı tanımlanacak ve nasıl anlaşıldığı üzerinde durulacaktır. Cumhuriyet dönemini anlamamız için de doktrin ve Anayasa Mahkemesi içtihatları bize yol gösterecektir.

2.1. İnsan Hakları ve Kişi Dokunulmazlığının İslam Hukukundaki Yeri

İslam dini sadece Hz. Muhammed'in tebliğ ettiği ve 610 yılında aldığı vahiyle birlikte başlayan bir din olarak görülmemiştir. Hz. Âdemden itibaren bütün peygamberleri onaylayan ve aynı dinin temsilcileri kabul eden bir dindir İslam. İslam önceki dinleri ve peygamberleri kabul etse dahi artık o dinlerin bir hükmünün kalmadığını söylemektedir²⁰⁴. Daha önce de bahsettiğimiz üzere dinler, tanrının yarattığı insana değer vermiş, onu korumuştur. Ancak tarihsel olarak bakıldığında dinlerde günümüz insan hakları düşüncesi çerçevesinde bir insan hakları görmek mümkün değildir. Bu bakımdan tarihi kendi dinamikleri içinde değerlendirmenin gerekliliğini vurgulamak gerekir.

²⁰⁴ Al-i İmran Suresi 19. Ayet: Allah katında din İslam'dır.

İnsan hakları tabiri tümüyle batı menşeli bir tabir olduğundan bu kavramı incelerken, İslam düşüncesi ve kavramsallaştırması üzerinden incelemek zordur. Bu durum aynı zamanda düşünce dünyamızda çelişkiler oluşmasına da yol açabilir. Her düşünceyi ya da dini kendi paradigması içinde değerlendirmek daha verimli ve değerli olacaktır.

İnsan hakları düşüncesi yeni ve daha çok Avrupalı bir düşüncedir. Bu kadar yaygınlaşmasının sebebi de batı düşüncesinin siyasi, hukuki ve ekonomik olarak dünyaya hâkim olmasıyla birlikte açıklanabilir. Batıda insan hakları ortaya çıkmıştır ancak bunun ortaya çıkması için uzun mücadeleler vermek gerekmiştir. Ayrımcılığın had safhada olduğu batıdan farklı olarak ise İslam ilk zamanlarından itibaren insanları dinlerine, milletlerine ve dillerine göre ayırım yapmadan, kategorize etmeden insan bir değer olarak görülmüş, Allah'ın hitabına muhatap olan her insanın bir kişiliği, değeri olduğu düşünülmüştür²⁰⁵. Bu bağlamda insan haklarının İslam dinindeki teşekkülü ilk vahyin inmesine kadar dayandırılabilir. İnsan, Allah'ın yarattığı ve kendisine vahiy göndererek teveccüh ettiği dünya üzerindeki en değerli varlıktır. Bu sebeple de insanın ilk vahiy ile birlikte değeri görülmektedir. Bu bakımdan insanın değerinin başka insanlar ya da devletler tarafından belirlendiği yahut çeşitli sistemlerle insanlar arasında ayırım yapıldığı bir durumdan sadece Allah'ın değer verdiği ve insanlar arasında hiçbir ayırım yapılmayan bir duruma geçilmiştir ki bu insan haklarını şekillendiren en önemli faktör olarak karşımıza çıkmaktadır²⁰⁶.

İnsan sahip olduğu hak ve özgürlüğe ancak ve ancak Allah tarafından verildiği için sahiptir. Bununla birlikte bu hürriyete de ancak Allah sınır koyabilir. Onun dışında koyulan sınırlar ise Allah'ın izin verdiği ölçü ve denge ile düzenlenebilir. İnsanın durumu ise önceki bölümde ve özellikle de ferdiyetçilik bölümünde bahsettiğimiz gibi değildir İslam'da. Batı düşüncesinde insan ancak insanla sınırlanabilen, bunun haricinde tamamen kendine bağlı bir varlıktır. Ancak İslam felsefesinde insan öncelikle Allah'a bağlıdır. Allah'ın kurallarını çiğnemeye de izin verilmemiştir.

²⁰⁵ Recep Şentürk, "Farklı Dünya Medeniyetlerinde İnsan Hakları: İnsan Hakları Bildirgelerine Dayalı Karşılaştırmalı Bir İnceleme", **Kur'an ve Sünnete Göre Temel İnsan Hakları**, ed: Muhsin Demirci, Ensar Neşriyat, 1. Baskı Eylül 2014, ss. 21-51, s.24.

²⁰⁶ "İnsan Hakları", **İslam İlmihali, 2. Cilt İslam ve Toplum**, Diyanet Vakfı Yayınları, s. 304-305.

Bunun haricinde sosyal olarak da çevresine karşı sorumlu olan insan doğaya, çevreye ve başka insanlara zarar vermemekle de yükümlüdür²⁰⁷. Tek tanrılı dinlerin ortak bir kökten geldiği bilindiğine göre bu dinlerin insani değerleri paylaşması da normaldir, hatta böyle olması gerekmektedir. Çeşitli kopuşlar olsa da insana verilen değer konusundaki benzerlikler dikkat çekmektedir. İslam dininin de üzerinde hassasiyetle durduğu bu ortak insani değerler şunlardır *dini korumak, canı korumak, akli korumak, nesli korumak ve malı korumaktır*²⁰⁸.

İslam'da korunması gereken zaruri değerler (Zarurat-ı Hamse)²⁰⁹ olarak geçen bu beş değerden canın korunması ise bizim de konumuz olan kişi dokunulmazlığıyla doğrudan alakalıdır. Bu sebeple bu beş değerden sadece canın korunması ile ilgili kısma değineceğiz. Ancak bu noktada İslam hukukunda kişi dokunulmazlığının genel bir tanımını da vermek gerekecektir.

2.1.1. İslam Hukukunda Kişi Dokunulmazlığı

Kişi dokunulmazlığını karşılayan “ismet” kavramını görmekteyiz. “İsmet” kavramı peygamberlerin günahsız oluşu için kullanıldığı gibi kişilerin temel hak ve hürriyetlerinin korunması manasında da kullanılmıştır. Kelime anlamı “koruma, önleme ve tutma, önüne geçme”dir. Özellikle malın, canın korunması olmak üzere yukarıda da bahsettiğimiz korunması gereken beş değer de zarar görmesini engellemek için bu kavramı görmekteyiz²¹⁰. Bu bağlamda kişi dokunulmazlığının İslam hukukundaki karşılığının da “ismet” kavramı olduğu anlaşılmaktadır. Birinin kanının dökülmesinin önüne geçmek, kişiyi saldırılardan korumak veya başına böyle bir durum gelmişse bunun ödetilmesi bu kavrama dâhildir. Ayrıca insan olması dolayısıyla korunan bütün menfaatlerinin de bu kapsama dâhil olduğu söylenilebilir²¹¹.

²⁰⁷ Mustafa Yayla, **İslam Hukukunda İnsan Hakları ve Eşitlik**, Çizgi Kitabevi, birinci baskı, Ekim 2011, s. 173.

²⁰⁸ Allal el- Fasi, **İslam Hukuk Felsefesi**, Mana Yayınları, birinci baskı, Temmuz 2014, İstanbul, s. 36.

²⁰⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. “Makasid-üş Şeria”, Diyanet İslam Ansiklopedisi, cilt:27, ss. 423-427, s. 425.

²¹⁰ Recep Şentürk, “İsmet”, **Diyanet İslam Ansiklopedisi**, yıl 2001, cilt 23, ss. 137-138, s. 137.

²¹¹ Birsin, **a.g.e.**, s.200.

“*İsmet ademiyyetledir*²¹²” prensibi İslam hukukunun en temel prensiplerindedir. Bu cümleden de anladığımız üzere insanın dokunulmazlığının sadece insan oluşundan kaynaklandığını görmekteyiz ki bu anlayış batının uzun mücadeleler sonucu şekillendirdiği bir durumdur. Oysaki *ademiyyet* İslam düşüncesine sonradan geçmiş bir prensip değil aksine İslam’ın özünde olan bir düşüncedir²¹³.

Bir insanın kişi dokunulmazlığına sahip olmak için Müslüman olması gerekip gerekmediği İslam hukukçuları tarafından tartışılmıştır. Hanefi mezhebine göre bir kimsenin kişi dokunulmazlığına sahip olması için Müslüman olmasına gerek yokken diğer mezhepler ise bunun gerekli olduğunu düşünmüşlerdir²¹⁴. Şu hâlde İslam hukukunun evrensel yönü ve tüm insanlığa hitap eden bir anlayışı olup olmadığı sorulabilir. Bütüncül bir İslam hukuku olmadığından dolayı bu soruya cevap vermek zordur. Ancak Hanefi mezhebinin görüşleri evrensele daha yakındır denilebilir. Ayrıca yukarıda da bahsettiğimiz *ismet ademiyyetledir* prensibi de İslam hukukunun genel bakış açısını yansıtacaktır.

Kişi dokunulmazlığı yaşama hakkını temel almakla birlikte kişinin maddi ve manevi bütünlüğünü, onur ve haysiyetini korumayı hedeflemektedir. İslam hukukunda da bu şekilde tezahür ettiğini görmekteyiz. Öncelikle insanın maddi ve manevi bütünlüğünü sağlamak için insana zulmedilmemesi gerektiği vurgusu ön plandadır. Zulümden çok farklı anlamlar çıkarılabilir ancak insana eziyet veren, hayat kalitesini düşüren ve sıkıntıya sokan işler zulüm olarak adlandırılabilir²¹⁵.

İslam hukukunda kişi dokunulmazlığı kapsamında düşünülmüş olan bir durum da kişi hürriyetidir. Bu yüzden kişinin itham edilmesi o kişinin hürriyetini tahdit etmeyi gerektirmez. Hürriyetten yoksun bırakılması için yargıç kararı gerekmektedir. Bu kısım aynı zamanda masumiyet karanesi olduğunun da bir göstergesidir. Ayrıca dövme, işkence gibi muameleler de kesinlikle yasaklanmıştır. Ancak ve ancak mahkeme kararı ile bir kişiye ceza verileceği ilkesi benimsenmiştir. Keyfi cezalar ve uygulamaların mümkün olduğunca azaltılması İslam hukukçularının da önceliği

²¹² Ademiyyet: İnsanlık. Bkz. www.tdk.org.tr. Erişim Tarihi 21.06.2018.

²¹³ Recep Şentürk, **İnsan Hakları ve İslam**, Etkileşim Yayınları, Birinci Baskı, Mart 2007, s. 21.

²¹⁴ Birsin, **a.g.e.**, s.201-202; Şentürk, **a.g.e.**, s. 37.

²¹⁵ Armağan, **a.g.e.**, s. 97.

olmuştur²¹⁶. Hatta bu hukukçular zaman zaman devletlerinin baskısına maruz kalmışlar ve buna rağmen düşüncelerini savunmaktan geri adım atmamışlardır. Son olarak da kişiler hem başkalarının hem de kendilerinin hayatını tehlikeye atan ya da kişi dokunulmazlığına giren haklarını ihlal eden davranışlar sergilemekten de men edilmişlerdir²¹⁷. Bu son durum modern anlamda hukuk kuralı olmaktan çok dinin inananlarına yükümlülüğü olarak görülmektedir.

2.1.2. İslam Hukukunda Canın Korunması

“Her kim bir insanı öldürmüşse bütün insanlığı öldürmüş gibidir. Her kim de birini yaşatmışsa bütün insanlığı kurtarmış gibidir”²¹⁸. Bu ayetten yola çıkarak canın korunmasının ne derece önemli olduğunu görmekteyiz. Kişinin bir başka kişiyi öldürmesi büyük suç ve günahlardan sayılmıştır. Bir de *“kendinizi öldürmeyin (helak etmeyin)”²¹⁹* ayeti vardır ki bu ayette de bir kişinin intihar etmesinin yasaklandığını görmekteyiz. Bu dünyevi cezası olan bir suç olmasa da uhrevi cezası olan, Allah tarafından yasaklanmış bir işidir.

Allah’ın insana verdiği canı başka bir insanın alması cezayı hak eden bir suç olarak düzenlenmiş, bu suçu işleyenin cezası da ölüm olmuştur. Yaşama hakkı elinden alınan kişinin yakınlarına katili affetme hakkı verilerek uhrevi bir ödül vaat edilmiştir. Bu da göstermektedir ki bir kişinin yaşama hakkını elinden alan kişi ancak ve ancak öldürülen kişinin yakınları tarafından affedilebilir. Aynı durum öldürme haricinde gerçekleşen zararlar ile ilgili de olabilmektedir. Bir kişi başka bir kişinin vücut bütünlüğüne zarar verir ise bu *“kisas”* yoluyla cezalandırılmaktadır. Kısası affedebilecek kişi de vücut bütünlüğü zarar gören kişinin kendisidir²²⁰.

İslam’da yaşama hakkı Allah tarafından kulluk vazifesi göreviyle verildiğinden dolayı hayatı boşa harcamak, zararlı işler yapmak dahi uygun görülmemiştir. Yaşamamanın önemi ve hedefi vardır. Bu sebeple korunması zorunludur. İslam’da yaşam hakkının bir diğer yönü ise bu hakkın sadece hak olarak kalmayıp bir yükümlülük

²¹⁶ Armağan, **a.g.e.**, s. 98-99.

²¹⁷ Armağan, **a.g.e.**, s. 99.

²¹⁸ Maide Suresi 5/32.

²¹⁹ Nisa Suresi 4/29.

²²⁰ Yayla, **a.g.e.**, s. 175.

oluşudur. Müslümanlar birbirlerine karşı da sorumludurlar. Yaşama haklarını korumak ve gözetmek her müslümanın diğer müslümana karşı olan sorumluluğudur²²¹.

Allah'ın yasakladığı bir başka durum da “*intikam*” ve “*öç alma*”dır. Bu hislerle bir kişiyi öldürmek de kesinlikle yasaklanmıştır. İddiasında haklı dahi olsa bu kabul edilmemiştir. Kisas yoluyla adam öldürmede dahi öldürülecek olan suçlunun cezasını devlet verir. Bunun dışında affetme yetkisine sahip kişiler affetmese dahi infazı ancak ve ancak devlet yapabilecektir²²².

İslam hukukunda insan onurunun korunması da yaşama hakkını destekleyen, birlikte düşünülmesi gereken unsurlardandır. İnsanları yaratılışları gereği şerefli olarak tanımlayan bir dinin onların zor duruma düşmesini onaylaması düşünülemez²²³. Hint dinlerinde olduğu gibi önceki hayatında kötü durumda olanların sonraki hayatında daha iyi yerlerde olacağı gibi bir inanç İslam'da yoktur. Zenginlik de fakirlik de övülmemiştir. Zengin de fakirin de insan onuruna uygun yaşaması dinin amacıdır. Bu bakımdan zekât müessesesinin önemi vardır. “Veren el alan elden üstündür²²⁴” hadisi fakir olmayı yasaklamak için değil ama onursuz bir yaşamın önüne geçmek için önemli bir sözdür.

Semavi dinlerde intihar yasaklanmıştır. Allah'ın yarattığı canı Allaha başkasının alamayacağı inancı vardır. İnsanların gerek manevi sıkıntılardan kurtulmak için intiharı seçmesi gerek de fiziki acılarından kurtulmak için ötenazi²²⁵yi seçmesi kabul edilmemiş, ahrette şiddetli cezası olacağı ifade edilmiştir²²⁶.

İslam hukukunda İnsan hakları ve kişi dokunulmazlığı kavramlarından bahsettik ve özellikle yaşama hakkını ele aldık. Yaşama hakkı, kişi dokunulmazlığının temel dayanağı olup kişi dokunulmazlığını oluşturan diğer unsurların da yaşama hakkını desteklediğini görmekteyiz. Bu bakımdan özellikle İslam hukukunda ayırım

²²¹ el-Fasi, **a.g.e.**, s. 258.

²²² el-Fasi, **a.g.e.**, s. 259.

²²³ Yayla, **a.g.e.**, s. 176.

²²⁴ Buhârî, Zekât 18; Müslim, Zekât 94-97, 106, 124.

²²⁵ Tdk'da ölme hakkı olarak tanımlanan ötenazi ileriki bölümlerde Türk hukuku ve Uluslararası hukuk açısından incelenecektir.

²²⁶ Yayla, **a.g.e.**, s. 177.

yapılmamış “*canın(yaşamın) korunması*” ilkesi çerçevesinde incelenmiştir. Bu hakkın Türk hukukuna olan yansımaları ise iki başlık altında inceleyeceğiz. Osmanlı hukukunda kişi dokunulmazlığı ve Cumhuriyet dönemi hukukunda kişi dokunulmazlığı şeklinde ayırım yapılacaktır.

2.2. Türk Tarihinde Kişi Dokunulmazlığı

İslam öncesi Türk tarihinde devlet gelenekleri ile yaşayan bir kurumdu. Türk töresi kanun yerine geçmekteydi. Yazılı kanunlar olmadığı gibi düzenli bir yargı teşkilatı olduğunu da söyleyemeyiz. Ancak Türk töresi önemli ve hassasiyetle uyulan bir kurumdu. Töre, halkın ihtiyaçlarına cevap veren ve zamanla oluşan bir yapıdır. Hakanın iradesi ile de töre korunur ve uygulanırdı. Yaşanılan bölgenin ihtiyaçları da töre'nin oluşmasında etkili olmuştur. Bir kuralın örfi olarak uygulanması onu töre yapmaz. Örfi hukuk kuralına “*yosun*” denmektedir ve bu kuralın Hakan tarafından kabul ve ilan edilmesi “*törü*” yü ortaya çıkarır²²⁷.

İslam öncesi Türk hukukunun oluşumu bu şekildedir. Ancak göçebe bir milletin örf, adet hukuku ve bunun getirdiği töreden başka sistematik bir hukuk oluşturmaları mümkün olmamıştır. Ancak ve ancak yerleşik hayata geçmeye başladıktan sonra bir hukuk düzeni şekillenmeye başlamıştır. Bu düzenin ilk örneklerini de İslama geçiş ile birlikte görmekteyiz. Osmanlı hukuku bu bakımdan temel kaynağımız olacaktır.

2.2.1. Osmanlı Hukukunda

Osmanlı devleti uyguladığı hukuk bakımından iki devirde incelenecektir. Bunlardan ilki kuruluşundan (1299) Tanzimat Fermanına (1839) kadar olan dönemdir ve bu döneme Osmanlı Klasik Dönemi denilir. 1839 sonrası dönem ise Tanzimat Dönemi olarak adlandırılabilir.

²²⁷ Halil İnalçık, “Türk Tarihinde Türe ve Yasa Geleneği”, **Doğu-Batı Dergisi**, Yıl:4, Sayı:13, Kasım, Aralık 2000, Ocak 2001, 4. Baskı Ağustos 2016, ss. 163-181, s. 167.

2.2.1.1. Osmanlı Klasik Döneminde

Osmanlı Devleti kurulduğu dönemden itibaren genişlemiş ve üç kıtada toprak sahibi olmuştur. Bu sebeple merkezi bir devlet olmanın da gerektirdiği üzere hukuk kurumlarının oluşturulması gerekmiştir. Osmanlı Devleti de uzun yıllar devam edecek sağlam bir hukuk sistemini oluşturmuştur. Bu sistemin kökeni ise İslam hukuku ve örfi hukuktur.

Hukuk sistemini görmeden önce Osmanlı Devletinin yapısını ve işleyişini anlamak önemlidir. Çok geniş sınırlara ulaşmış devletin içinde birçok ırktan, dilden ve inaniştan insan bulunmaktadır ve hukuk bu kişiler ile ilgili düzenleme yapmaya mecburdur. İdari ve hukuki olarak devletin yapılanması bu duruma uygun şekilde gerçekleşmelidir.

Kuruluş döneminden itibaren farklı ırk, din ve dilden insanların tebaası olduğu Osmanlı devleti bilhassa Fatih Sultan Mehmet döneminden itibaren hem bir imparatorluğa dönüşmüş hem de imparatorluğun getirisi olan “millet sistemi” hayata geçmiştir. Devlet, müslümanlarla diğer azınlıklar arasında farklı bir hukukun olduğunu ancak aralarında üstünlük ilişkisi olmadığını kabul eden “cihanşümül devlet” olarak kendini görmeye başlamıştır²²⁸.

Millet sistemi bu anlayışın bir ürünü olarak ortaya çıkmıştır. Sultan’ın onayıyla dini gruplara kendi liderlerini seçme hakkı verilmiş ve azınlıklar varlıklarını devletin gözetiminde ama özerk bir biçimde devam ettirmişlerdir. Bu gruplar kendi özel hukuklarını uygulama yetkisine sahip olup, bu konuda bağımsızdırlar. Ancak bu hukukun uygulaması yine devletin kontrolünde olacaktır. Sadece özel hukuk ilişkileri bu şekilde olup devlet ile olan hukuki uyumsuzluklarda Osmanlı hukukunun yetkisi kesindir²²⁹.

Millet sisteminin ağırlık kazanması devletin imparatorluğa geçişi olan II. Mehmet (Fatih Sultan Mehmet) devriyle olmuştur. Bu dönemde Müslüman olmayan

²²⁸ Cevdet Küçük, “Osmanlı İmparatorluğu’nda “Millet Sistemi” ve Tanzimat”, **Tanzimat**, Yayına Hazırlayanlar: Halil İncılık, Mehmet Seyitdanlıoğlu, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 5. Baskı, Kasım 2015, ss. 543-555.s. 543.

²²⁹ Küçük, **a.g.m.**, s. 543-544.

azınlıkların haklarının korunacağı padişah fermanıyla güvence altına alınmıştır. Padişahın bu fermanlarına “*ahdname*” deniliyordu ve bu ahdnamelerin konumu “milletlerarası sözleşme” statüsüydü. Ancak bu gruplar sadece II. Mehmet döneminde tanınmış gruplar değildi. Selçuklu devleti zamanında dahi millet olarak tanınmış yapılarıdır²³⁰.

Osmanlı Devleti'nin hukuku iki kısımdan oluşmaktaydı. Birinci kısmı bir İslam devleti oluşunun zorunlu unsuru olarak “*şer'i hukuk*” idi. Şeriattan farklı fakat ona uymak zorunda olan ikinci kısım ise “*örfi hukuktur*”. Halil İnalçık bu duruma şeriatin üstüne çıkan ve özel şartlar içinde oluşmuş bir hukuk demektedir. Burada örften maksat Sultan'ın şeriatin belirlemediği ve serbest bıraktığı alanlarda düzenleme yapma yetkisidir²³¹.

Devletin temeli İslam olsa da bir Türk-İslam geleneği oluşmuştur ve bu geleneğin kendine özgü bir kurumsallığı ortaya çıkmıştır. Halil İnalçık'ın Zeki Velidi Togan'dan aktardığı üzere “Orhan Bey'in bildiği devlet düzeni ve yasası, sadece Töre ve Yasaktır. Devletin esası şer'i hukuk değil, yasaktır”²³². Bu anlayışın bir ürünü olarak da kendine özgü bir hukuk sistemi ortaya çıkmıştır. Millet sisteminin de hukuk sisteminin de en görünür halini aldığı dönem II. Mehmet dönemidir. Bu dönemde devletten imparatorluğa geçiş ile birlikte kurumların da sağlamlaştığı bir ortam oluşmuştur.

Devlet, can ve mal güvenliği konusunda İslam hukukunun temel kaidelerine uymuştur. Siyasi saiklerle can ve mal güvenliğinin ihlal edildiği durumlar olmuşsa da bunun haricinde halkın hakları noktasında hassasiyet gösterilmiştir. Çünkü can ve mal güvenliği dinin hassasiyet gösterdiği haklardandır. Hatta devletin tebaası olarak yaşayan ve Müslüman olmayanların da can ve mal güvenlikleri hassasiyetle korunmuştur. Askerlik ve memuriyet gibi durumlarda farklı statüye tabi olsalar da bunun dışındaki noktalarda Müslümanlardan ayrı tutulmamışlardır. Can güvenliği

²³⁰ Şentürk, a.g.e., s. 94.

²³¹ Halil İnalçık, **Osmanlı'da Devlet, Hukuk ve Adalet**, Kronik Yayınları, 3. Baskı, Kasım 2016, İstanbul, s.33.

²³² İnalçık, a.g.e., s.38.

noktasında İslam hukukunun sağladığı bütün haklardan faydalanmışlardır. Keza mal güvenliği hususu da aynı şekilde olmuştur²³³.

Osmanlı hukukunun İslam hukukundan ayrılmadığını söylemiştik. İslam hukukunun bir uygulaması olan “dayak” Osmanlıda da mevcuttur ancak kişinin suçunu itiraf etmesi yahut başkalarını ele vermesi için bu yöntem uygulanmamıştır. Yani işkence uygulaması suç aydınlatmak için bir vasıta olarak kullanılmamıştır²³⁴.

“Millet sisteminin” ayrıştırıcı olmayan bütünleştirici yapısı sayesinde Osmanlı Devleti uzun süre içindeki azınlıklarla sorunlar yaşamadan varlığını sürdürdü. Ancak XVII. yüzyıldan itibaren gelişen ticari yapının etkisi ile özellikle Avrupa’yı tanıyan azınlıklar sayesinde kopuş başlamıştır. Azınlıklar, Hristiyan devletlere meylenmiş, ayrıca kapitülasyonlar sebebi ile Avrupa devletleri özellikle bazı mezheplerin hamisi olmaya başlamıştır. Bunun etkisi de giderek devletle azınlıkların manevi bağının kopmaya başlamasıdır²³⁵. Bu kopuşun ardından bir de Avrupa’da yaşanan Fransız İhtilali ve bunun milliyetçi etkileri neticesinde azınlıkların devletle bağı tamamen kopma aşamasına gelmiştir. Bunu önlemek isteyen devletin karşı hamleleri olmuştur ki bu dönemin genel adına da “Tanzimat Dönemi” denmektedir. Tanzimat dönemine kadar İslam hukukunun temel prensiplerinden uzaklaşmayan Osmanlı devleti kişi dokunulmazlığı noktasında da İslam hukukunun temel kaidelerini uygulamıştır.

Kişi dokunulmazlığını zedeleyen uygulamalardan birinin de kölelik olduğu unutulmamalıdır. Kölelik Osmanlı Devleti’nin bir gerçeği olarak karşımıza çıkmaktadır. Kölelik uygulaması daha önce ifade edildiği gibi İslam hukukunda kabul görmüş bir kurumdu. Osmanlı Devleti İslam hukukunu uygulayan bir devlet olması neticesinde İslamın köleler için öngördüğü şartlara uyması gerekmektedir. Ancak uygulamada tam olarak İslam hukukuna uyulmamış, köleler daha ağır şartlar altında çalışmışlardır.

²³³ Mehmet Akif Aydın, **Türk Hukuk Tarihi**, Beta Yayınları, 13. Baskı, Ekim 2015, İstanbul, s.141-142.

²³⁴ Doğan, Kaya, **a.g.e.**, s. 24.

²³⁵ Küçük, **a.g.m.**, s. 545-546.

Osmanlı Devleti'nde köleler dönemin Avrupa'sına göre çok daha insancıl şartlarda yaşamaktaydı. İslam'ın emirleri gereği genellikle ev üyelerinden fazlaca ayırt edilmemişlerdir. Roma'da ve Avrupa'da ve daha sonra da Amerika'da büyük çiftliklerde çalıştırılan ve ciddi derecede aşağılanan köle mantığı Osmanlı'da olmamıştır. Osmanlı'da köleler genellikle efendisinin günlük ev hizmetleri ile alakadar kişiler ya da efendisinin işleriyle ilgilenen hatta bu işleri yaparken belli yetkilere de sahip olan kişilerdi²³⁶.

1815 yılında yapılan Viyana Kongresi ile birlikte Avrupa'da köleliğin ortadan kaldırılması çabaları başlamıştır. Osmanlı padişahi II. Mahmut bu sebeple köle pazarlarının kaldırılması için girişimde bulunmuş, ancak hemen sonuç alamamıştır. 1857 tarihinde Sultan Abdülmecid yayınladığı bir ferman ile zenci köle ticaretini yasaklamıştır. Bu yasağa uyulmamış, zenci köle ticareti bir süre daha devam etmiştir²³⁷.

Osmanlı Devleti 1880 yılında köle ticaretini yasaklayan bir anlaşma yapmıştır. İngiltere ile yapılan bu anlaşmadan sonra 1889 yılında Devletin sınırları dahilinde zenci köle ticareti yasaklanmıştır. 1909 tarihinde de Çerkez köleler başta olmak üzere köle alım satımın yasaklayan bir yasa yürürlüğe girerek Osmanlı'da köleliğin temelleri ortadan kaldırılmaya çalışılmıştır²³⁸.

2.2.1.2. Tanzimat Döneminde

2.2.1.2.1. Tanzimat Fermanı

Tanzimat Fermanı 3 Kasım 1839 tarihinde ilan edilmiştir. Gülhane parkında okunduğundan dolayı "*Gülhane Hatt-ı Hümayunu*" olarak da bilinir. Bu fermanın sebepleri üzerinde kısaca durulacak ve oluşan hukuk sistemi anlatılacaktır.

Ferman'ın ortaya çıkışı ile Avrupa'nın durumu arasında bir irtibat olduğu gözden kaçmamalıdır. Avrupa ülkeleri hızla gelişmekteydi. Ekonomik olarak gelişen

²³⁶ Bülent Tahiroğlu, "Osmanlı İmparatorluğunda Kölelik", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, c.45.s.1-4. ss. 649-676., s. 653-654.

²³⁷ Üçok, Mumcu, Bozkurt, **a.g.e.**, s. 106.

²³⁸ Üçok, Mumcu, Bozkurt, **a.g.e.**, s.107.

devletler askeri güçlerini de artırmış durumdaydı ve Osmanlı her ne kadar eski gücünde olmasa da Avrupa'nın en büyük sorunuydu. Yukarıda da bahsettiğimiz gibi özellikle azınlıklar Osmanlı'nın bir iç meselesi iken artık Avrupa ile sorunların da odağı haline gelmiştir. Bu sebeplerle değişen ticaret, siyaset ve hukuk ile birlikte artık eski hukuk sistemi beklentileri karşılayamaz hale gelmiş durumdaydı. Yani hukukun batı hukuku karşısındaki yetersizliğine ek olarak iç meselelerin de çözülmesini sağlamak amacıyla, Avrupa'dan gelen baskılara da dayanamayan Osmanlı Devleti bu fermanı ilan ederek sıkıntılarına çözüm bulmaya çalışmıştır²³⁹.

Halil İnalçık Tanzimat hakkında iki tür yorum yapıldığını belirtmiştir. Bunlardan birine göre, Müslüman çoğunluk ile Gayrimüslim azınlık arasındaki ilişkilerin düzenlenmesi hususunda bir girişim mahiyetinde olduğudur. Diğer görüşe göre ise ülkenin batı medeniyetine adım atma çabasının bir denemesi olarak görüldüğüdür²⁴⁰.

İlber Ortaylı'ya göre bu dönem, kişilerin hem ekonomik yaşamını hem de yaşama hakkını koruma altına almaya çalışan bir dönemdir. Bunları yapmak için de kanun yapma faaliyetlerine girişilmiştir. İlk defa batılı manada kanun yapma anlayışı bu dönemde görülmektedir. Bu Avrupalılaşıma yani kanun devleti haline gelme girişimi sonucunda önce kurumlar daha sonra eğitim ve fikri hayat değişim ve dönüşüm geçirmiştir²⁴¹.

Devletin, milliyetçilik fikrinin ve sanayi inkılâbının çağa hâkim oluşuna kadar ayakta kalmasını sağlam bir kurumsallaşmaya dayandığını söyleyen İnalçık, Osmanlı'nın ortaçağ'ın en önemli kurumları olan imparatorluk anlayışını ve toprak sistemini çağın gereklerini en iyi şekilde yerine getirerek koruduğunu ifade etmiştir. Ne zaman ki devlet zaafa düşmüş ve gücünü kaybetmeye başlamıştır, o zaman otorite boşluğunu dolduran yerel beyler güçlenmiş, egemenlik zayıflamış ve toprak sistemi çökmüştür²⁴². Bunun sonucunda ise devlet giderek zayıflamış, travmayı atlattık ve

²³⁹ Taha Akyol, **Türkiye'nin Hukuk Serüveni**, Doğan Kitap, 2. Baskı, Şubat 2015, İstanbul, s.145.

²⁴⁰ Halil İnalçık, "*Tanzimat Nedir*", **Tanzimat**, Yayına Hazırlayanlar: Halil İnalçık, Mehmet Seyitdanlıoğlu, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 5. Baskı, Kasım 2015, ss. 31-56.s. 31.

²⁴¹ İlber Ortaylı, **İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı**, Timaş Yayınları, 42. Baskı, Ekim 2015, İstanbul, s.30.

²⁴² İnalçık, **a.g.m.**, (2015), s. 34-35.

devleti yeniden ayağa kaldırmak için ise çeşitli çabalara girişmiştir. Bu çabaların ilki de önemli bir adım olan Tanzimat Fermanıdır.

“İmparatorluğun dayandığı, dağılma tehlikesine maruz kütleleri, yeni prensipler etrafında toplamak ve devlet faaliyetini bu esaslara istinat ettirerek muhtelif unsurlar arasında –birlik ve emniyetin esas şartı olan- zapt ve raptı, nizam ve intizamı tesis etmek, müşterek maksatların istihali için disiplinli bir çalışmanın temellerini kurmak²⁴³”. Yavuz Abadan’ın bu tahlilinden de anlıyoruz ki Fermanın amacı bozulan düzeni yeniden sağlamak amacıyla Müslüman-Gayrimüslim ayrımı yapmaksızın ya da ırk ayrımı olmaksızın bütün tebaanın eşit olmasını sağlamaktır. Bu sağlandığı vakit devletin eski haline geleceği inancı mevcuttur.

Ferman’da İslam’a bağlılık ve bu bağlılığın sağladığı yararlarından bahsedilmiş, dine hakkıyla uyulduğu dönemde devletin kuvvetli ve başarılı olduğu ifade edilmiştir. Dine olan bu bağlılığın son 150 senede azaldığı tespiti yapılmış, bunun neticesinde de gerileme dönemine girilmiştir. Yeniden İslamın egemenliği sağlanmazsa başarısızlık devam edecektir görüşü ön plana çıkmıştır. Yapılması faydalı olan işler bir an önce yapılırsa devlet az bir vakitte eski gücünü toplayabilir inancı fermanında korunmuştur. Bu duruma gelmek için de Allah’ın yardımını istemek ve düzenlemeler yapmak gerekliliği hissedilmiş, kanunların çıkarılması bu sebeplere bağlanmıştır. Fermanın çıkan sonuca göre yeni yasalar yapılacaktır. Ayrıca bir padişah ilk kez kendisini sınırlandıran bir ferman ilan etmiştir. Buna göre sultanın örfi hukuk alanındaki yetkisi sınırlandırılmıştır²⁴⁴.

Yapılması gereken düzenlemeler içinde en önemli olanlar can güvenliği, mal güvenliği, vergi ile ilgili düzenlemeler, yine askerlikle ilgili düzenlemeler ve tebaanın ırz ve namus güvenliğidir²⁴⁵. Yukarıda saydığımız güvenceler daha önce Osmanlı hukuk düzeninde olmayan güvenceler değildir, ancak yozlaşmış sistemi tekrar ayağa

²⁴³ Yavuz Abadan, “Tanzimat Fermanı’nın Tahlili”, **Tanzimat**, Yayına Hazırlayanlar: Halil İnalçık, Mehmet Seyitdanlıoğlu, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 5. Baskı, Kasım 2015, ss. 31-56. s. 62.

²⁴⁴ Coşkun Üçok, Ahmet Mumcu, Gülnihal Bozkurt, **Türk Hukuk Tarihi**, Turhan Kitabevi, 18. Baskı, Ankara 2016, s. 330-331.

²⁴⁵ Ahmet Mumcu, “Tanzimat Döneminde Türk Hukuku”, **Adalet Kitabı**, editörler: Halil İnalçık, Bülent Arı, Selim Aslantaş, Kadim Yayınları, 1. Baskı, Şubat 2012, Ankara, s. 208.

kaldırmak amacıyla yapılan bu düzenlemelerle ilk defa pozitif hukuk mantığı ortaya çıkmıştır. Kendini sınırlandıran padişah ayrıca bu sınırlamaları yazılı bir metinle ortaya koyarak Avrupa'nın baskısını da ortadan kaldırmak istemiştir. Bahsedilen güvenceler bir İslam devletinin ilk hak ve özgürlükler belgesi olarak da önemlidir. Bir anayasa özelliği taşımasa da çağdaş hakları tanınması önemli bir adım olarak görülmüştür. Anayasası olmayan Osmanlı devletinde ilk adım bu Fermanla atılmıştır. Atılan adımların gerisi de hızlı bir şekilde gelecek ve birçok yasal düzenleme ile birlikte anayasa da kısa sürede ortaya çıkacaktır²⁴⁶.

Bülent Tanör de Tanzimat hareketinin neden gerektiğini açıklarken Osmanlı adalet sisteminin işlemez hale geldiğini söylemiştir. Bu sistem yargılamanın eşitliği, açıklık, tanıkla yargılama ve cebir kullanmadan sorgu gibi muhakeme ve cezalandırma prensiplerinin uygulandığı bir yapı iken bunların işlememesi ya da yozlaşması sebebi ile Osmanlı Devleti'nde adalet sistemi fonksiyonunu kaybetmiştir²⁴⁷.

Yaşama hakkının mal güvenliği, ırz ve namus güvenliği ile birlikte Fermanda ifadesi şu şekildedir:

“İşbu kavânîn-i mukteziyyenin mevâdd-ı esâsiyyesi dahi emniyet-i can ve mahfûziyyet-i ırz u nâmûs u mal ve tayîn-i vergi ve asâkir-i mukteziyyenin sûret-i celb ve müddet-i istihdâmı kazıyyelerinden ibâret olup şöyle ki, dünyada can ve ırz u nâmûsdan e'azz bir şey olmadığından bir adam onları tehlikede gördükte hilkat-i zâtiye ve cibillet-i fitriyesinde hıyânete meyl olmasa bile muhâfaza-i can ve nâmusu için elbette bazı sûretlere teşebbüs edeceği ve bu dahi devlet ve memlekete muzır olageldiği mü- sellem olduğu misillü bilakis can u nâmûsundan emîn olduğu halde dahi sıdk u istikâmetten ayrılmayacağı ve işi gücü hemân devlet ve milletine hüsn-i hizmetten ibâret olacağı dahi bedihî ve zâhirdir ve emniyet-i mâl kazıyyesinin fıkdanı halinde ise herkes ne devlet ve ne milletine ısınamayub ve ne i' mâr-ı mülke bakamayub dâima endişe ve ıztırabdan hâlî olamadığı misillü aksi takdîrinde yâni emvâl ü emlâkinden emniyet-i kâmile olduğu halde dahi hemân kendi işiyle ve tevsî-i dâire-i

²⁴⁶ Mumcu, **a.g.m.**, s. 211.

²⁴⁷ Bülent Tanör, **Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri**, Yapı Kredi Yayınları, 30.baskı, Kasım 2017, s. 113-120.

taayyüşiyle uğraşup ve kendisinde gün-be-gün devlet ve millet gayreti ve vatan muhabbeti artıp ona göre hüsn-i harekete çalışacağı şübheden âzâdedir”²⁴⁸.

Ferman’ın bu kısmında da ifade edildiği üzere can güvenliğinin sağlanamaması halinde devlete olan güvenin kalmayacağı ve bu sebeple de can güvenliği ile birlikte mal ve ırz, namus güvenliğinin sağlanmasının devleti tekrar güçlendirmek yolunda önemli bir adım olacağı ifade edilmiştir.

Tanzimat’ın önemle üzerinde durduğu ilke bugün herkesin bildiği “kanun önünde eşitlik ilkesidir”. Klasik Dönem Osmanlı hukukunda Müslüman ile gayrimüslim eşit görülmemekteydi. Ayrıca sadece dinler arasında değil mezhepler arasında ve daha da önemli olarak devlet bürokrasisi ile halk arasında bir eşitlik iradesi ortaya konulmuş bulunmaktaydı²⁴⁹. Bütün bu hakların sağlanması ve düzenlemelerin yapılması padişahın “*irade-i seniyesi*” ile olduğundan fermanın bir anayasa niteliğinde olmadığını ancak can dokunulmazlığı başta olmak üzere ırz ve mal dokunulmazlıklarını da güvence altına alması yarı anayasal özellikte bir belge olduğunu göstermektedir²⁵⁰.

Tanzimat Fermanı ile birlikte ortaya konulan irade bozulan millet ve adalet sistemini onarma iradesidir. Düşünülen şey imparatorluğun eski günlerine geri dönmesidir. Ancak ferman istenilen faydayı verememiştir. “*Bu sebeple yazanın, onun geniş bir kütle tarafından okunup anlaşılmasına matuf muhtemel maksadı husul bulmuş ise de asıl hedefini teşkil etmesi gereken mantıki vuzuh temin edilememiştir. Bunun sebebi de Fermanla çizilen hukuki programın sistemsizlik ve tertipsizliğidir. Ferdi ve şahsi masuniyete ait teminat ile bununla sıkı sıkıya alakadar olan ceza ve usulü muhakeme prensipleri, vergi ve askerlik hususatına müteallik idari kararlarla*

²⁴⁸ Tanzimat Fermanı orijinal metin. www.muhammedbalci.com/hukukdunyasi/belgeler/233.pdf. E.T: 28.06.2018.

²⁴⁹ Halil İnalçık, “Sened-i İttifak ve Gülhane Hatt-ı Hümayunu”, **Bellekten**, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Cilt: XXVIII, Sayı:112, Yıl: Ekim 1964, ss. 603-622, s. 619.

²⁵⁰ Mehmet Seyitdanlıoğlu, “Divan-ı Hümayun’dan Meclis-i Mebusan’a Osmanlı İmparatorluğu’nda Yasama”, **Tanzimat**, Yayına Hazırlayanlar: Halil İnalçık, Mehmet Seyitdanlıoğlu, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 5. Baskı, Kasım 2015, ss. 373-385, s. 377.

karışık bir surette ve sırasız, silsilesiz, tasnifsiz bir şekilde zikredilmiştir²⁵¹.” Yavuz Abadan’ın Tanzimat Fermanı ile ilgili düşüncesi bu şekildedir.

2.2.1.2.2. Islahat Fermanı

Bütün uğraşlara rağmen sonuç vermeyen iyileşme çabalarının sebebi hukuki olmaktan çok ekonomik ve siyasiydi. Osmanlı Devleti savaşlarla ve ekonomik sıkıntılarla mücadele ediyordu. Kırım savaşının neticesinde 30 Mart 1856 da sona eren Paris Kongresi neticesinde Osmanlı Devleti Avrupa tarafından kabul edilmiş yani devlet Avrupa ailesi içine girmiştir. Tam Kongrenin düzenlendiği dönemde ilan edilen ferman, Avrupa’dan gelecek baskıyı engellemeyi amaçlamıştır²⁵².

Daha önce tanımladığımız üzere Osmanlı tebaası olan gayrimüslimlere “zımmi” denmektedir. Zımmiler ile Müslümanlar arasındaki statü farkını belirleyen İslam hukuku olmuştur. Tanzimat ile birlikte bu farklılığın kaldırılması hedeflenmişse de açık açık böyle bir düzenleme yapılmamıştır. Yasal olarak statüsü değişmeyen sadece iyileştirilen zımmilerin durumu uygulamada neredeyse aynı kalmıştır. Bu yüzden Tanzimattan beklenen gerçekleşmemiştir. Bu nedenle bu Fermanla Tanzimat’ın ilkelerinin her din ve mezhebe eşit uygulanacağı öncelikle ifade edilerek başlanmıştır. Zımmilere daha önce verilen hakların devam ettiğini görmekteyiz. İlave olarak ise zımmilerin dini bağımsızlıklarının artırıldığı görülmektedir. Ancak eşitliğin en görünür kısmı askerlik, memuriyet ve vergi meselelerinde ortaya çıkmaktadır. Her ne kadar Tanzimat Fermanı ile eşitlikleri hedeflenmişse de kesin düzenlemeler Islahat Fermanı ile ortaya çıkmıştır. Zımmilerin devlet memuru olması, askeri veya sivil okullarda okuyabilmesi ilk defa bu Fermanla gerçekleşen bir kazanımdır. Ayrıca vergilendirme konusunda da eşitlik sağlanacaktı. Bütün vergiler din ve mezhep ayrı tutulmaksızın eşit tahsil edilecekti. Buradan anladığımız ise cizyenin²⁵³ kaldırılmasıdır²⁵⁴.

²⁵¹ Abadan, **a.g.m.**, s. 66.

²⁵² Ortaylı, **a.g.e.**, s. 128-129.

²⁵³ Cizye: Osmanlıda Gayrimüslimlerden alınan baş vergisi. www.tdk.gov.tr. Erişim tarihi: 28.06.2018.

²⁵⁴ Üçok, Mumcu, Bozkurt, **a.g.e.**, s. 333-334.

Tanzimat ve Islahat Fermanlarının sonuçlarından olan ve özellikle Islahat Fermanından sonra hız kazanan yasa yapma hareketinin bir sebebi de bahsettiğimiz batı devletlerinin Osmanlı Devleti üzerinde kurduğu baskıdır. Osmanlı tebaası arasındaki hukuksal statü farklılığı ve ayrıca verilen kapitülasyonların devlete yüklemeye başladığı ağır yük sebebiyle de yeni yasalar ve düzenlemeler yapma ihtiyacı ortaya çıkmıştır²⁵⁵.

Osmanlı hukukunu derinden etkileyen Tanzimat ve Islahat Fermanları ile öncelikle bütün tebaa'nın can, mal ırz ve namus güvenliği garanti altına alınmış olup, ayrıca ayırım gözetilmeksizin eşitlik sağlama çabası da ön plana çıkmaktadır. Başarılı olduğu söylenemese de modern Türk hukuku bu iki Fermanın ilkeleri üzerine bina edilecektir.

Islahat Fermanı'nın kişi dokunulmazlığı ile hukukumuzda kattığı en önemli kavramlardan biri "işkence yasağı" dır. Sened-i İttifak ve Tanzimat Fermanı ile zulüm yasağı getirilmiştir ancak bu yasaktan anlaşılan ağır vergilendirmenin ortadan kaldırılmasıdır. Islahat Fermanı ise işkence ve eziyet yasağının ortaya çıktığı ilk düzenlemedir. Fermanda işkence, eziyet gibi uygulamaların yasak olduğu, bunları yapan devlet görevlilerinin ve uygulanmasını isteyen amirlerin cezalandırılması gerektiği ifade edilmiştir²⁵⁶.

2.2.1.2.3. Kanun-ı Esasi

Bu iki Fermandan sonra Osmanlı'nın ilk anayasası olan Kanun-ı Esasi ilan edilmiştir ki aslında temel hak ve hürriyetlerin düzenlenmesi gereken yer de anayasa olmalıdır. 1876 yılında Padişah II. Abdülhamit'in tahta çıktığı sene ilan edilen anayasa uzun tartışmalar sonucu kabul ve ilan edilebilmiştir. Batının Osmanlı Devleti'ne olan baskısı bazı düzenlemelerle yavaşlarsa da genel olarak hız kesmemiştir. Bu baskılar neticesinde de artık tam manasıyla batılı anlamda bir anayasa yapmanın zorunlu olduğunu gören Osmanlı bürokrasisi çalışmalarını buna göre şekillendirecektir.

²⁵⁵ Bozkurt, a.g.e., s. 10.

²⁵⁶ Doğan, Kaya, a.g.e., s. 24.

Anayasa’da temel hak ve hürriyetler toplantı ve dernek kurma hakkı hariç tanımlanmış olup anayasal niteliğe haiz bir metin ortaya çıkmıştır. Can ve mal dokunulmazlıklarının yanı sıra ırz ve konut dokunulmazlığının da bulunması, inanç hürriyetinden bahsedilmesi bu kanunun batılı anlamda anayasal nitelikte olduğunu göstermektedir. Ancak padişahın ısrarla Kanun-ı Esasiye eklettiği 113. madde sebebiyle bu hakların güvenceden uzak kaldığı hatta Tanzimat ve Islahat’ın da gerisine gidildiği iddia edilmiştir. Kanun-ı Esasi’nin 113. maddesine göre padişah, Osmanlı tebaasından olup da “devlete karşı hareket eden” kişileri mahkeme kararı olmaksızın yurt dışına sürgüne gönderebilir. Bu madde başlı başına özgürlüklerin önüne geçen bir husus olmuştur. Yargılama ilkelerini de ihlal eden bu madde Kanun-ı Esasi’nin değerini düşürmüştür²⁵⁷.

Kanun-ı Esasi’nin kişi hak ve hürriyetlerini barındırması önemlidir ancak bu hak ve hürriyetlerin güvencesi neredeyse yoktur. Ayrıca padişah tarafından ilan edildiğinden dolayı da “Berat” niteliğindedir ki bir anayasanın en önemli özelliği olan parlamento tarafından ihdas ve kabul edilme bu durumda gerçekleşmemiştir. Hükümeti ve padişahı sınırlayan düzenlemeler olsa bile bunların çok kolay bir şekilde ortadan kaldırılabilir olması da güvencesizliğin bir örneğidir²⁵⁸. Sağlanan can güvenliğine ek olarak Kanun-ı Esasi’nin 26. maddesinde²⁵⁹ işkence ve eziyet de yasaklanmıştır. Daha önce Tanzimat ve ıslahat Fermanlarında ortaya konulan işkence ve eziyet yasağı da anayasal olarak düzenlenmiş olmaktadır.

Kanun-ı Esasi ilan edilmiştir ancak çok az süre yürürlükte kaldığını ifade etmek gerekir. Devletin içinde bulunduğu durumu göz önüne aldığımızda içeride ekonomik ve siyasi belirsizlikler, dışarıda ise savaş durumu söz konusuydu. Rusya’yla savaşan devletin iç politikadaki belirsizliklere tahammülü yoktu. Bunu düşünen padişah II. Abdülhamit süresi belirsiz bir şekilde Kanun-ı Esasiyi yürürlükten kaldırmıştır. 1908’deki II. Meşrutiyetin ilanına kadar yürürlükte olmayan Kanun-ı Esasi bu tarihte tekrar yürürlüğe girecektir.

²⁵⁷ Bozkurt, a.g.e., s. 71.

²⁵⁸ Hasan Tahsin Fendoğlu, **Hukuk Tarihimizde Temel Haklar**, Mimoza Yayınları, 1994, s. 94.

²⁵⁹ İşkence ve sair her nevi eziyet katiyen ve külliyen memnudur. “<http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/mevzuat/anayasalar/kanunuesasi.html>. E.T: 28.04.2018.

Osmanlı devlet düzeninde hak ve özgürlükler ile ilgili düzenlemeler bu şekildedir. Özellikle yaşama hakkı konusunda İslam hukukunun prensiplerini uygulayan imparatorluk sadece siyasi sebeplerle bu hakkı ihlal etmiştir. Siyasi sebepler dışında meydana gelen ihlallerin kaynağı ise devlet değil daha çok keyfi uygulamalardır. Ancak bu keyfiliklerin yaygınlaşması ve düzenin giderek bozulması neticesinde klasik İslam hukukunun uygulanması zorlaşmış, değişen ekonomik ve siyasi düzene ayak uydurmaya çalışan Osmanlı çareyi Avrupa tarzı yasa yapmada bulmuştur. Bu yasalar ile kişi hak ve özgürlükleri pozitif güvencelerle korunmaya çalışılmışsa da çok başarılı olunamamıştır. Devletin uzun süren buhrandan çıkması mümkün olmamış ve İmparatorluğun sonu gelmiştir. Yıkılan imparatorluğun yerine kurulan devlet ise Türkiye Cumhuriyeti'dir.

Türkiye Cumhuriyeti, Tanzimat sonrası batılılaşma hareketlerinin oluşturduğu ortamın bir ürünüdür diyebiliriz. Tanzimat sonrasında yetişmiş kadroların ve fikir akımlarının etkisi altında olan devletin kurucuları da batılılaşma fikrini sürdürmüşlerdir. Bu yönde hamleler yapılmış yasal düzenlemelerin birçoğu Avrupa devletlerinin yasalarından iktibas edilmişlerdir. Sonuç olarak bir sonraki kısımda inceleyeceğimiz Türkiye Cumhuriyeti hukuku Tanzimat döneminden itibaren süregelen bir düşünüşün ürünüdür. Bunun üzerine bina edilmiş ancak İslam hukukundan daha da uzaklaşarak batıya tam olarak entegre olma çabasına girilmiştir.

2.3. Türkiye Cumhuriyeti Hukukunda Kişi Dokunulmazlığı

2.3.1. Anayasalardaki Durumun Tespiti

2.3.1.1. 1921 Tarihli Teşkilat-ı Esasiye Kanunu

Türkiye Cumhuriyeti 29 Ekim 1923'te kurulmakla birlikte cumhuriyet dönemi yasaları Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin açılışından itibaren ortaya çıkmıştır diyebiliriz. 20 Ocak 1921 tarihli Teşkilat-ı Esasiye Kanunu cumhuriyet döneminin ilk anayasası kabul edilebilir ancak bu anayasa çerçeve bir anayasadır ve devletin kuruluşuyla ilgili kurumları düzenlemekle birlikte temel hak ve hürriyetler konusuna bir düzenleme getirmemiştir. Bununla birlikte bu anayasanın yürürlüğü 1876 tarihli Kanun-ı Esasi'yi ilga etmemiştir. Bu sebeple de aynı anda iki farklı anayasa yürürlükte

olup kişi hak ve özgürlükleri ile ilgili olarak Kanun-ı Esasi'ye başvurmak mümkün olacaktır²⁶⁰.

2.3.1.2. 1924 Anayasası

1924 Anayasası ise temel hak ve hürriyetlerin düzenlendiği ilk cumhuriyet dönemi Anayasasıdır. Kişilerin can ve ırzının korunacağı, beşinci bölüm olan “Türklerin Hukuk-u Ammesi” başlığı altında Anayasanın 70, 71 ve 72. Maddelerinde düzenlenmiştir. Anayasanın 73. maddesinde ise eziyet ve işkence yasağı yer almaktadır²⁶¹.

1924 anayasasının doğal hukuk anlayışı ve ferdiyetçiliği öne çıkardığı görülmektedir, ayrıca getirilen sınırlamalar yönünden de devletin sadece yapmama görevini üstlendiği görülmektedir ki bu durum 1924 Anayasasını Türkiye Cumhuriyeti anayasaları arasında özgürlükçü niteliği ile ön plana çıkarmaktadır. Bu sebeple bu anayasanın geniş bir şekilde temel hak ve hürriyetleri düzenlemese de özellikle devletin negatif yükümlülüğünde olan konuları düzenlemesi liberal bir demokrasinin benimsenmeye çalışıldığını göstermektedir²⁶².

1924 Anayasası'nın 70, 71, 72 ve 73. maddeleri kişi dokunulmazlığıyla doğrudan ilgilidir. Anayasanın 70. Maddesinde kişi dokunulmazlığı sadece isim olarak geçmiş ve kişi dokunulmazlığı ile maddede geçen diğer haklar Türklerin tabii hakları olarak ifade edilmiştir. Burada kişi dokunulmazlığının açıklaması yoktur. İzleyen maddeler bize kişi dokunulmazlığının muhtevasını verecektir. Dikkat çeken bir husus da bu hakların Türklere özgü olduğu ifadesidir ki ileride göreceğimiz anayasalarda bu kullanım ortadan kalkmıştır. Sonraki anayasalar herkes şeklinde ifade etmektedir.

1924 Anayasası'nın 71. maddesi ile ırz, mal ve can dokunulmazlığı ilan edilmiştir. Bu kullanım tanzimattan itibaren anayasalarımızın genel kullanımı olmuştur. Bunlar haricinde aynı maddede konut dokunulmazlığından bahsetmesi

²⁶⁰ Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, 16. Baskı, Ankara 2016, s.28.

²⁶¹ Adnan Küçük, “1924 Anayasasında Temel Hak ve Hürriyetler”, **Liberal Düşünce Dergisi**, sayı 82, Bahar 2016, ss.5-54, s.7; Doğan, Kaya, **a.g.e.**, s.25.

²⁶² Ömer Anayurt, “1924 Anayasası'nda Temel Hak ve Hürriyetler”, **Gazi Üniversitesi Dergisi**, Cilt:7, Sayı 1-2, (Haziran-Aralık 2003), ss. 241-262, s.243.

önemli bir farklılıktır. Bu şekilde düzenlenmesi insanların konutlarının da mahrem olduğunu ırz ve namusun konuta tecavüzle de ihlal edilebileceğini görebiliriz.

Yakalanma ve tutuklanmanın kişi dokunulmazlığının kapsamından çıkarılması tutumu bu anayasada benimsenmemiştir. Yani yakalanma ve tutuklanma süreleri ve usulleri de kişi dokunulmazlığına dâhil olarak düşünülmüştür. Anayasanın 72. maddesinde bu şekilde düzenlenmesi ile kişi dokunulmazlığının kapsamını daraltmayan bir yaklaşım sergilenmiştir.

Anayasanın 73. maddesinde işkencenin ve eziyetin yasaklanması dışında angarya ve zorluluk da yasaklanmıştır ki bu düzenleme ferdin korunması yolunda ciddi bir adım atılmasına örnek olarak gösterilebilir. Bu anayasada ölüm cezasından doğrudan bahsedilmemektedir. Ancak 26. maddede TBMM'nin yetkileri sayılmıştır ve bu yetkilerden biri de ölüm cezası hükmü verilir ise bunun infazı ile ilgili yetkilerdir.

2.3.1.3. 1961 Anayasası

Anayasanın ikinci kısmı olan temel hak ve hürriyetlerin düzenlendiği bölümde 14. maddede kişi dokunulmazlığı yer almıştır. Öncelikle maddenin kullandığı dilde önceki anayasalar göre değişiklik meydana gelmiştir. Önceki anayasalarda can güvenliği tabiri kullanılırken 1961 Anayasası ile birlikte “yaşama hakkı” tabiri kullanılmıştır. “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını geliştirme haklarına ve kişi hürriyetine sahiptir”. Maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı da yeni bir tabir olarak yer almaktadır.

2.3.1.4. 1982 Anayasası

Kişi dokunulmazlığı 1982 Anayasasının 17. maddesine düzenlenmiştir. Anayasanın 17. maddesinin ilk fıkrasında 1961 Anayasasında bahsettiğimiz yaşama hakkı ve maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı yer almıştır. Ancak 1961 Anayasasında maddi ve manevi varlığını geliştirme olarak geçerken bu maddede koruma ve geliştirme hakkı tabiri kullanılmıştır. Bu durumda sadece koruma tabirinin kullanılması devletin daha çok negatif yükümlülüğüne atıf olarak düşünülebilecektir.

Koruma ve geliştirme hakkı olarak tanımlandığında ise insanların maddi ve manevi varlıklarının korunması konusunda devlet de pozitif bir yükümlülük altına girmiş gözükmektedir.

1982 Anayasasının 17. maddesinin ikinci fıkrasında daha önce olmayan bir düzenleme yapılmış ve kişinin vücut bütünlüğüne dokunulması yasağının istisnalarına yer verilmiştir. Tıbbi gereklilikler ve yasada belirtilen haller bu dokunulmazlığın istisnası olmuştur. Anayasanın 17. maddesinin Üçüncü fıkrası 1961 Anayasasının 14. maddesinin 3. fıkrasındaki düzenleme ile aynı kalmıştır. Anayasanın 17. maddesinin Dördüncü fıkrası ise tamamen farklı bir durum neticesinde ortaya çıkmıştır. Daha önceki anayasalarda ve 1982 anayasasının ilk halinde idam cezası yer almaktaydı. İdam cezasının kaldırılmasından sonra bu düzenleme ile idam haricindeki öldürme fiilleri de yasayla sınırlanmıştır. Sadece belli hallerde kişi dokunulmazlığının sınırlanabileceğini görmekteyiz. Anayasal bir sınırlama ile bu haller dışında insanın yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme haklarının sınırlanamayacağı ifade edilmiştir. Kişi dokunulmazlığının Türk anayasalarındaki yerini tespit ettikten sonra kapsamında yer alan kavramların Türk hukukunda ne şekilde düzenlendiğini göreceğiz.

2.3.2. Kişi Dokunulmazlığının Kapsamına Giren Haklar ve Kavramlar

Kişi dokunulmazlığı kavramının altını dolduran çeşitli haklar ve kavramlar bulunmaktadır. Bu hakları ve kavramları anlamak kişi dokunulmazlığının çerçevesini çizmekte yardımcı olacaktır. Kişi dokunulmazlığının baskın kavramı yaşama hakkıdır. Bununla birlikte maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı yer almaktadır. Kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaması, işkence ve eziyet yasağı, insan haysiyeti ile bağdaşmayan ceza verilmemesi, ölüm cezası, kürtaj ve ötanazinin de kişi dokunulmazlığı ile ilişkisi ikinci bölümde incelenmiştir. Burada da ilk bölümde incelenen hakların Türk hukukundaki yeri araştırılacaktır.

2.3.2.1. Yaşama Hakkı

Yaşama hakkı ile ilgili olan düzenleme daha önce de belirtildiği gibi 1982 Anayasası'nın 17. maddesinde yer almaktadır. Kişi dokunulmazlığı başlığı altında yer alan yaşama hakkı kişi dokunulmazlığının da en önemli unsuru olarak kabul edilir.

Bu hakkın kapsam ve içeriğinden ve tarihte nasıl korunduğundan daha önce bahsettik. Yaşama hakkını, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile korunan bir hak olarak ileriki bölümde ele alacağımızdan bu bölümde sadece Türk hukukunda hangi şekilde yer aldığından bahsetmekle yetineceğiz.

2.3.2.1.1. Meşru Müdafaa

Türk Ceza Kanunu'nun 25. maddesinde meşru savunma ve zorunluluk hali düzenlenmiştir. Meşru müdafaa bir kişinin kendisine veya başkasına yönelik bir saldırıyı, tecavüzü önlemek için ve tecavüz veya saldırı ile orantılı olarak kuvvet kullanılmasından ibarettir. Meşru müdafaayı cezalandırılabilir olmaktan çıkaran unsur sadece kendisine yöneltilen saldırıyı uzaklaştıracak kadar kuvvet kullanılması yani ölçülü olunmasıdır²⁶³.

Devletin insanların haklarını koruması ve kişilere karşı bir saldırıda bulunulduğunda bunun önüne geçmesi kuraldır. Yani kişilerin adaleti kendilerinin sağlamasına izin verilmez. Bu devletin pozitif yükümlülüklerindedir. Ancak ani bir saldırıya karşı her zaman devletin bu saldırının önüne geçmesi beklenemez bu durumda belli bir sınıra kadar kişilerin kendilerini savunma hakları olmalıdır. Meşru savunma bu sınıra kadar olan korunma biçimine denmektedir²⁶⁴.

Sonuç olarak meşru müdafaa hakkının kullanılması halinde eğer ölçü, sınır aşılmamışsa ortaya çıkan sonuç suç niteliğinde olmayacaktır. Birinin hayatını kaybetmesi dahi eğer orantılı savunma yapılmış ise cezalandırılmayabilecektir.

²⁶³ İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınları, 8.baskı, Ocak 2013, s.327-328.

²⁶⁴ Mahmut Koca, İlhan Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınları, 7.baskı, s.260.

2.3.2.1.2. Yakalama ve Tutuklama Kararlarının Yerine Getirilmesi, Hükümlü veya Tutukluların Kaçmasının Önlenmesi, Bir Ayaklanma veya İsyanın Bastırılması, Sıkıyönetim ve Olağanüstü Hallerde İstisnalar

1982 Anayasası'nın 17. maddesinin 4. fıkrasında “*Meşrû müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda...*” ifadesi yaşama hakkının istisnalarındandır. Bu durumda silah kullanılabilmesi ifade edilerek yaşama hakkına bir sınır getirilmiştir. Yine aynı fıkranın düzenlediği ve silah kullanmanın meşru sayıldığı haller vardır. Bu hallerde dahi yaşama hakkına sınırlama getirilemeyeceği bilinmelidir. Sadece zorunlu hallerin varlığı durumunda ve geçici olarak bu istisnalardan faydalanılabilecektir²⁶⁵.

Terörle Mücadele Kanunu'nun ek 2. maddesinde yer alan ...” *failleri etkisiz kılmak amacıyla doğrudan ve duraksamadan hedefe karşı ateşli silah kullanmaya yetkilidirler*” ibaresinin Anayasaya aykırı olduğu gerekçesi ile AYM'ye iptal istemi ile dava açılmıştır. Maddenin iptali isteminin gerekçesinde, olağanüstü hallerde dahi kişilerin yaşam hakkının korunması konusunda hassasiyet gösterilmesi gerektiği, bu nedenle de maddede geçen silah kullanma yetkisinin ölçüsüz olarak verildiği ifade edilmiştir. Bu şekilde bir düzenlemenin kişilerin yaşam hakkını ihlal edeceği belirtilmiş, AYM de bu sebepleri geçerli bularak bu maddeyi iptal etmiştir²⁶⁶.

²⁶⁵ Oktay Bahadır, **Yaşama Hakkı**, Seçkin Yayınevi, 1. baskı, Mayıs 2015, s. 66.

²⁶⁶ Anayasa Mahkemesi, E. 1996/68, K. 1999/1., “*Ek Madde 2'de, terör örgütlerine karşı yapılacak operasyonlarda, kolluk kuvveti görevlilerinin silah kullanmaları, teslim ol emrine itaat edilmeyerek silah kullanmaya teşebbüs edilmesi koşuluna bağlanmıştır. Bu koşulun gerçekleşmesi durumunda görevliler failleri etkisiz kılmak amacıyla, doğrudan ve duraksamadan, hedefe karşı ateşli silah kullanabileceklerdir.*

Maddede "teslim ol emrine itaat edilmemesi" ve "silah kullanmaya teşebbüs edilmesi" durumunda, kademeli olarak etkisiz kılma yöntemleri belirtilmeden, kolluk kuvvetlerine son çare olarak başvurulması gereken ateşli silah kullanma yetkisi verilmiştir.

Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında, "herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir". Son fıkrasında da, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesine koşturularak "mahkemelerce verilen ölüm cezalarının yerine getirilmesi hali ile meşrû müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz

Bir önceki paragrafta meydana gelen durumların faili bir kamu görevlisidir. Anayasamızda ve AİHS'nde kamu görevlisinin silah kullanması dar yorumlanmaktadır. Ölçülülük ilkesi yorumlanırken de AYM çeşitli kıstaslar kullanmaktadır. Bunlar “elverişlilik”, “gereklilik” ve “orantılılıktır”. “Elverişlilik” yapılan hareket ile yapılmak istenenin yapılmasının mümkün olması, “gereklilik” yapılan hareketin istenen şeyin yapılması için gerekli olması, “orantılılık” da bu hareketlerin sonucunda karşılaşılabilecek olan durumun istenmeyecek bir duruma yol açmaması ve orantısız bir hal oluşturmamasıdır²⁶⁷.

2.3.2.2. Kişinin Maddi ve Manevi Varlığını Koruması ve Geliştirmesi

Anayasanın 17/1 de yaşama hakkı ile birlikte kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı yer almıştır. Bu iki kavramın birbirinden ayrı düşünülmemesi, kişinin maddi ve manevi olarak yetersiz bir yaşama sahip olması halinde yaşama hakkının ihlal edilmiş olacağı gerçeği ile karşı karşıya kalırız. Nitekim AYM'nin de bu yönde kararları mevcuttur²⁶⁸.

verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri birinci fıkra hükmü dışındadır" denilmektedir.

Bu maddeyle güvence altına alınan yaşama hakkını korumak için devlet her türlü önlemi almak yükümlülüğündedir. Yasa ile ancak zorunlu durumlarda silah kullanma yetkisi verilebilir. Silah kullanmaya yetki verilebilmesi için son fıkrada sayılan durumlarda yetkililerin silah kullanma dışında başka olanaklarının bulunmaması gerekir.

Kuralda faillerin sadece "silah" kullanmaya teşebbüslerinden söz edilirken kolluk kuvveti görevlilerinin hedefe karşı "ateşli silah" kullanmalarından söz edilmiş; böylece faillerin kullanmaya teşebbüs ettikleri silahın ateşli silah olup olmadığına bakılmaksızın ve başka türlü etkisiz hale getirilmeleri olanağı gözetilmeksizin küçük bir müdahale ile önlenebilecek olaylarda dahi görevlilere ateşli silahlar kullanma yetkisi verilmiştir.

Buna göre, dava konusu kuraldaki teslim ol emrine uyulmaması ve silâh kullanmaya teşebbüs edilmesi, görevlilerin her zaman doğruca ve duraksamadan hedefe karşı ateşli silâh kullanmalarını zorunlu kılabilecek nitelikte bir durum değildir. Kimi olaylarda faillerin, can güvenliğini daha az tehlikeye sokan yöntemlerle de etkisiz hale getirilmeleri olanaklı olabilir. Olayların özelliğine göre, bu yöntemlere başvurulmaksızın doğruca ve duraksamadan hedefe karşı "ateşli silâh" kullanılması yaşama hakkının zedelenmesi sonucunu doğurur.

Bu nedenle kural, Anayasa'nın 17. maddesine aykırıdır. İptali gerekir."

<http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html> . E.T: 02.07.2018.

Polisin silah kullanması ile ilgili bir diğer karar için bkz. E. 1985/8., K. 1986/27., karar tarihi. 26.11.1986. <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html> . E.T: 02.07.2018.

²⁶⁷ Mehmet Beyhan Seçkin, “Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararları Işığında, Yaşam Hakkından Kaynaklanan Kamu Gücü İhlallerinin Değerlendirilmesi”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2016/2., ss. 419-439.s. 428.

²⁶⁸ Anayasa Mahkemesi, E. 1984/10., K. 1985/2., Anayasa'nın 17. maddesi yönünden inceleme: İtiraz yoluna başvuran Mahkeme, orman içi köylüsünün atalarından miras kalan tarlalarını kullanmalarının yasaklanmasıyla, başka geçim kaynağı bulunmayan köylünün çaresizlik içinde

Kişinin geçim kaynaklarını kurutmak, eğitim hakkını engellemek, sağlıktan yararlanmasının önüne geçmek, refaha ulaşabileceği ortam oluşturmamak ve kişiyi çeşitli sebeplerle baskılamak dahi maddi ve manevi varlığına müdahale ve dolayısıyla yaşama hakkını gereğince kullanamama anlamına gelebilecektir. AYM bir kararında da “sağlık hakkı”nın kişinin yaşama hakkı ve maddi ve manevi bütünlüğünü koruma ve geliştirme hakkına dahil olacağını belirtmiştir²⁶⁹.

Sağlık hakkının maddi ve manevi bütünlüğü koruma ve geliştirme hakkına dahil olmasıyla ilgili bir karar da tıbbi teşhis ve tedavide gecikmenin sonucu olarak ortaya çıkan zarardır. Menekşe Alkan ve Mehmet Cemal Alkan’ın AYM’ye yaptıkları bireysel başvuru sonucuna göre gerekli teşhis ve tedavinin zamanında yapılmaması sebebi ile bir çocuğun görme özürlü olması çocuğun maddi ve manevi bütünlüğünü ihlal anlamına gelmektedir²⁷⁰.

2.3.2.3 İnsan Onuru

Ceza hukukunun çeşitli amaçları vardır. Bu amaçlar çeşitli sosyolojik ihtiyaçların bir sonucu olarak meydana geldiği gibi kişinin değeri üzerinden de tartışılmıştır. Bu bakımdan cezalandırmanın ve ceza hukukunun üç amacı vardır:

bırakıldığını, bunun ise Anayasa'nın 17. maddesinin güvencesi altındaki yaşama hakkına aykırı olduğunu ifade etmektedir.

Anayasa'nın 17. maddesinin gerekçesinde, kişinin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkıyla ilgili olarak şu açıklamalara yer verilmiştir: "... bu madde ile yaşama, maddi ve manevi varlığın bütünlüğü ve bunun geliştirilmesi hakkı korunmaktadır. Bu iki hakkın bir bütün teşkil ettiği, birbirini tamamladığı açıktır. Kanun güvencesi altında olan yaşama hakkını korumak için, Devlet, gerekli tedbirleri alacaktır. Kişinin rızası olmadan, bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulması yahut organlarının alınması yasağı, vücut bütünlüğünün korunması hakkının bir gereği ve uzantısı niteliğindedir...". İçin bkz. <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>. Erişim tarihi: 02.04.2018.

²⁶⁹ Anayasa Mahkemesi, E. 2013/114., K. 2014/184., karar tarihi: 4.12.2014., “Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında " Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. " denilerek, kişinin yaşam ve vücut dokunulmazlığı güvence altına alınmıştır. İnsanın hastalıklara yakalanması veya çeşitli nedenlerle yaralanması mümkün olup kişinin bu hastalıklardan ve yaralanmalardan kurtulmayı istemesi de bir başka ifadeyle "sağlık hakkı" da kişinin " yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı " kapsamında kalmaktadır. " <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html> . Erişim Tarihi: 02.07.2018.

²⁷⁰ Anayasa Mahkemesi, Menekşe Alkan ve Mehmet Cemal Alkan Başvurusu., Başvuru numarası. 2014/13327., Karar Tarihi. 08.03.2018. <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/13327>. E.T: 02.07.2018.

“Hakikate ulaşmak için çaba göstermek”, “suçsuzların ceza çekmesinin önüne geçmek” ve “insan onurunun korunmasını sağlamak”²⁷¹.

Anayasa'nın 5. Maddesinde devletin amaç ve görevlerinden bahsedilmektedir. 5. maddenin son kısmında, sosyal devlet vurgusu ile birlikte insanların maddi ve manevi varlığının gelişmesi ve bunları sağlamak için ekonomik engellerin kaldırılması devletin görevi olarak ifade edilmiştir. Bu ifade biçimi insan onurunun sağlanmasını temel alan bir düşüncenin ürünü olarak ortaya çıkmıştır.

Kişi onuru bir üst kavramdır bu hakka saygısızlık ahlaki müeyyideleri olan hareketlerdir. Normal insan davranışlarından farklı ve kişiyi aşağılayan hareketler insan onurunu zedeler. Bu hakka aykırı davranışların doğrudan cezası yoktur. Dolaylı olarak eziyet, işkence, hakaret, zor kullanma, tehdit gibi insanın hayatını olumsuz yönde etkileyen fiiller cezalandırılmıştır. Ancak insan onuruna aykırı hareket etme fiilinin doğrudan doğruya bir tanımı yapılmamış ve müeyyide konulmamıştır. Onur zedeleyici hareketler öncelikle insanların vicdanında yargılanmaktadır.

AYM'ye yapılan Turan Günana başvurusunda, Ceza infaz kurumunda kurum personeli tarafından çırılçıplak soyulma ve havasız bekleme odasında uzun süre bekletilme sebebi ile işkence ve darba maruz bırakılan ve bununla ilgili soruşturmanın da etkili bir şekilde yapılmadığını iddia eden başvuru, Anayasanın 17. ve 36. maddelerinin ihlal edildiğini iddia etmiştir.

AYM kararında²⁷² tutuklu ve hükümlülerin aranması sırasında gerekli bir durum var ise çıplak arama da yapılabileceği, ancak bu şekilde yapılması halinde dahi insan onurunun gözetilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu kararda Mahkeme Anayasa'nın 17. maddesinin 3. fıkrasının öngördüğü etkili soruşturma yapma usul

²⁷¹ Kahan Onur Arslan, “İnsan Onuru Kavramı ve Koruma Tedbirleri Bağlamında Temel Bir İlke Olarak İnsan Onurunun Korunması”, **TBB Dergisi**, 2015/120, ss.155-172, s. 166.

²⁷² Anayasa Mahkemesi, Başvuru numarası. 2013/5545., Karar tarihi. 15.12.2015. “§ 64 Tutuklu veya hükümlülerin cezaevinde çıplak olarak aranmaları, güvenlik ve kamu düzeninin sağlanması bakımından haklı görülebilir. Ancak bu kapsamdaki bir aramanın her hâlükârda insan onuruna uygun bir şekilde ve uygun bir tarzda yapılması gerekir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. Valaşinas/Litvanya, B. No: 44558/98, 24/7/2001, § 117). Dolayısıyla her türlü çıplak arama işleminin insan onuruna müdahale oluşturduğu söylenemez.” <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/5545> . E.T: 02.07.2018.

yükümlülüğünün ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Bir diğer karar da hükümlü kişiye yapılan muamele ile ilgilidir. Mahkeme kararında cezaevinde tutulan hükümlü ya da tutuklunun cezaevinde bulunduğu süre zarfında insan onuruna uygun şartlarda kalması ve insan onuruna uygun davranılması gerektiğini vurgulamış, tıbbi ihtiyacı olan tutuklu veya hükümlülerin bu ihtiyaçlarının karşılanması gerektiğini belirtmiştir. Tıbbi gerekçeden sadece fiziksel acının değil ruhsal acının da anlaşılması gerektiği Mahkemenin bir diğer görüşüdür²⁷³.

2.3.2.4. İşkence ve Kötü Muamele Yasağı

TCK'nın 94, 95 ve 96'ncı maddelerinde düzenlenen işkence ve eziyet yasağından anladığımız kadarıyla işkence, kamu görevlisinin işlediği bir suçtur. Eziyet ise herhangi birinin işleyebileceği bir suç olarak tanımlanabilir.

İşkence ve eziyetin önlenmesi bireyin sahip olduğu bir haktan çok devlete yüklenen bir yükümlülük olarak düzenlenmiştir. Anayasa'nın 17. maddesinde de bu şekilde düzenlendiği görülmektedir. Bu bağlamdan yola çıkarak özellikle işkencenin önlenmesi hususunda devletin negatif yükümlülüğünün yanında pozitif yükümlülük altına da girdiğini görmekteyiz. Bununla birlikte işkencenin yapılabildiği haller diye bir durum da söz konusu değildir. 1982 Anayasası'nda, TCK'da ve uluslararası sözleşmelerin hiçbirinde bu duruma açık kapı bırakacak ibarelere yer verilmemiştir²⁷⁴.

AYM Ahmet Şenol ve Diğerleri²⁷⁵ başvurusunda, Ahmet Şenol'un ceza infaz kurumu görevlilerince darp edildiği, ters kelepçe ile kelepçelendiği ve bunlar neticesinde etkili bir soruşturma yapılmadığı iddiası ile AYM'ye bireysel başvuru yapılmıştır. Aynı Ceza İnfaz Kurumunda tıbbi olarak gerekli bakımların yapılmaması

²⁷³ Anayasa Mahkemesi Başvuru Numarası. 2014/20289., K.T: 05.12.2017. § 53, § 54. <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/20289>. E.T: 02.07.2018.

²⁷⁴ Bülent Algan, "İşkence İle Mücadelede Yargı Organlarının Tutumu", **Zabunoğlu Armağanı**, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara 2011, ss. 1-36, s.4; Bkz. Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, md. 7, 4 (2); Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS), md. 3 ve 15 (2); Amerikalılar arası İnsan Hakları Sözleşmesi md. 5 (2) ve 27 (2); İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı BM Sözleşmesi (İKS), md. 2. İnsancıl hukukta da işkence yasaklanmıştır. Harp Esirlerine Yapılacak Muameleye İlişkin Sözleşme (Cenevre Sözleşmesi III), md. 17; Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin Sözleşme (Cenevre Sözleşmesi IV), md. 31.

²⁷⁵ Anayasa Mahkemesi, Ahmet Şenol ve Diğerleri, Başvuru numarası, 2014/16947., Karar Tarihi, 22.02.2018. <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/16947> . E.T: 02.07.2018.

ve verilen yanlış ilaç sebebi ile çoklu ilaç zehirlenmesinden dolayı ölüm vakası da yaşanmıştır. İşkence ve eziyete maruz kalan ve sonra da yaşama hakkı elinden alınan bir kişi vardır. Mahkeme, kararında işkence ve kötü muamele yasağının ve ayrıca yaşam hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

İşkence ve kötü muamele yasağı, istisnaları bulunmadan mevcuttur. Ancak bu yasağın yorumu konusunda farklılıklar bulunmaktadır. Devletin neyi işkence olarak gördüğü neyi görmediği değişebilmektedir. Devletler işkenceyi lanetler fakat neyi işkence olarak kabul edip neyi kabul etmeyecekleri yine bu devletlerin elinde olduğundan ortaya bir kavram karmaşası çıkmaktadır. Bu nedenle de işkence yasağının anlaşılmasından kaynaklı derin sorunlar ortaya çıkabilmektedir²⁷⁶.

AYM Tuna Ayçiçek başvurusunda yaralama, tehdit ve hakaret şikayetleri olmasına rağmen etkili soruşturma yapılmadığı ve bu sebeple de kovuşturmayaya yer olmadığı kararı alınması neticesinde başvuru kötü muamele yasağını ihlal iddiası ile AYM'ye başvurmuştur. Bu başvurunun sonucunda Anayasa'nın 17. maddesine göre devletin negatif yükümlülükleri kadar pozitif yükümlülüğü de olduğu vurgulanmış, somut olayda pozitif yükümlülüğe sahip devletin bu yükümlülüğünü yerine getirmediği tespiti ile ihlal kararı alınmıştır²⁷⁷.

Yargıtay'ın işkence ile elde edilen delilleri kabul etmeyen ve bu minvalde de sorgu ve ikrarın ne şekilde gerçekleşeceğini gösteren kararları mevcuttur. 1.4.1985 tarihinde verilen bir Yargıtay kararında ikrar edilen durumun olabilirliğinin olması, hâkim karşısında ikrar edilmesi, ikrarın geri çekilmemesi ve de ikrar harici yan delillerin de var olması gereği aranmıştır. Bunların hep birlikte aranması ilk defa

²⁷⁶ Kerem Altıparmak, "Anayasa Mahkemesinin Zor Sorusu: İşkence ve Kötü Muamele, Ama Hangisi?", **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt:32, Yıl:2015, ss.145-184, s.146.

²⁷⁷ Anayasa Mahkemesi, Tuna Ayçiçek başvurusu, Başvuru Tarihi. 2014/6526, Karar Tarihi. 24.01.2018. "*§ 62. Pozitif yükümlülüğün usul boyutu çerçevesinde bireyin Anayasa'nın 17. maddesini ihlal eder biçimde kötü muameleye maruz kaldığına ilişkin savunulabilir bir iddiasının bulunması halinde devlet, sorumlularının belirlenmesini ve gerekiyorsa cezalandırılmasını sağlayabilecek etkili resmi bir soruşturma yürütmek durumundadır. Bu soruşturmanın temel amacı, söz konusu saldırıları önleyen hukukun etkin bir şekilde uygulanmasını güvenceye almak ve faillerin hesap vermelerini sağlamaktır. Bu, olanaklı olmazsa kötü muamele yasağı sahip olduğu öneme rağmen pratikte etkisiz hale gelecek ve kötü muamele faillerinin fiili dokunulmazlıktan yararlanarak kişilerin haklarını istismar etmeleri mümkün olacaktır (Cezmi Demir ve diğerleri, § 110, 111).*" <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/6526> . E.T: 02.07.2018.

gerçekleşmiş ve yüksek mahkeme daha sonraki kararlarında da bu şekilde hükümler vermiştir²⁷⁸.

Ceza Muhakemesi Kanununun 148. maddesinde²⁷⁹ ifade alma sırasında gözetilecek hususlar ve yasaklar düzenlenmiştir. Aynı şekilde Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin 24. maddesinde²⁸⁰ de işkence ile alınan ifadenin geçerli olmayacağı belirtilmiştir. İşkence kapsamına girebilecek maddi veya manevi müdahaleler, ilaç verme, cebri uygulamalar ve tehdit de aynı yasak kapsamındadır. Hatta ilaç verme de fiziki bir acı vermese de kişinin iradesini etkileyeceğinden ve bu sebeple daha sonraki bir zarara sebebiyet verebileceğinden yasaklanmıştır. Son olarak da kişiye çeşitli vaatlerde bulunularak ifade vermesinin sağlanması da yasak kapsamındadır.

1980'li yıllardan itibaren uluslararası alanda Türkiye'nin işkence karşısındaki tutumu ilgi çekmiştir. Bu noktada yargının kararları sık sık diğer devletler ve insan hakları savunucuları tarafından eleştirilmiştir. 1982 senesinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmecisi beş devlet tarafından Türkiye'nin insan hakları ihlali yaptığı ve işkence konusunda duyarsız kaldığı iddiası ile Türkiye suçlanmıştır. Bu suçlama sonrası

²⁷⁸ Bahri Öztürk, "Yaşama Hakkı ve İşkence Yasağı", **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:2, Sayı:1-2, ss. 39-80, s. 63.

²⁷⁹ CMK Madde 148 – (1) Şüphelinin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, ilaç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı araçları kullanma gibi bedensel veya ruhsal müdahaleler yapılamaz. (2) Kanuna aykırı bir yarar vaat edilemez. (3) Yasak usullerle elde edilen ifadeler rıza ile verilmiş olsa da delil olarak değerlendirilemez. (4) Müdafî hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifade, hâkim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınmaz. (5) Şüphelinin aynı olayla ilgili olarak yeniden ifadesinin alınması ihtiyacı ortaya çıktığında, bu işlem ancak Cumhuriyet savcısı tarafından yapılabilir.

²⁸⁰ Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği:

Madde 24 – İfade veren şüphelinin beyanı, özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, ilaç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı araçları kullanma gibi bedensel veya ruhsal müdahaleler yapılamaz.

Kanuna aykırı bir yarar vaat edilemez.

Yasak usullerle elde edilen ifadeler rıza ile verilmiş olsa da delil olarak değerlendirilemez.

Şüphelinin aynı olayla ilgili olarak yeniden ifadesinin alınması ihtiyacı ortaya çıktığında, bu işlem ancak Cumhuriyet savcısı tarafından yapılabilir.

Hiç kimse, kendisini veya kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.

Türkiye çeşitli düzenlemeler yapmış ve 1985 senesinde sorun “dostça çözüm” ile ortadan kaldırılmıştır²⁸¹.

İç hukuk düzeninde işkence yasağı tanzimattan beri olmasına rağmen genellikle siyasi sebeplerle Türkiye’de işkence vakaları yaşanmış ancak XXI. yüzyılın başından itibaren işkence vakaları bitme noktasına gelmiştir. Avrupa Birliğine uyum süreci ve AİHS çerçevesinde yapılan mevzuat değişiklikleri ve uygulama kararlılıkları neticesinde işkence ciddi derecede azaltılmıştır. Örneğin 1984 yılında bir sıkıyönetim mahkemesi kararında işkencenin nasıl meşrulaştırıldığını görebiliriz. Bu karara göre işkence ile elde edilen bilginin yanlış olması durumunda işkencenin ağırlaşacağını bilen kişinin bu durumdan kurtulmak isteyeceği yani kendisine daha fazla işkence yapılmaması için doğruyu söyleyeceği mahkeme tarafından düşünülmüştür. Bundan dolayı da işkenceyle edinilen bilginin doğru bilgi olacağı ve sahip olunan bu bilginin de kullanılması gerektiği kararı verilmiştir²⁸². Bu kararda işkence doğrudan meşrulaştırılmamıştır ancak işkenceden elde edilen delillerin meşruluğu kabul edilmiştir. Bu evrensel hukukta kabul edilemez bir durum olarak ortadadır. Bu kararın verildiğinde cari olan TCK’nın mehz kanunu olan Alman Ceza Kanununda da “vicdani delil sistemi” vardı. Vicdani delil sisteminin uygulanması bu gibi sonuçlara neden olmaktadır ancak Alman Ceza Kanununda yapılan değişiklikle yasal olmayan şekilde delil elde edilmesi yasaklanmış ya da bu şekilde elde edilen delillerin yargılama sırasında kullanılmayacağı belirtilmiştir²⁸³.

Türkiye, anayasalarında ve AİHS’nde işkence yasağına uyacağını belirtmiştir. Ancak bunlar yeterli olmamış ve belli durumlarda işkence iddiaları devam etmiştir. Bununla birlikte 80’lerin ortalarından sonra “*İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi*²⁸⁴” ve “*İşkencenin, Gayri İnsani ya da Küçültücü Ceza ve Muamelelerin*

²⁸¹ Tekin Akıllıoğlu, “*İşkencenin, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Zalimce Davranışların ve Cezaların Önlenmesi*”, **İnsan Hakları Yıllığı**, TODAİE, Sayı: 10-11, Yıl: 1989, ss. 17-64, s. 18; M. Semih Gemalmaz, “Türkiye Yargısının İşkence Karşısında Tavrı”, **İnsan Hakları Yıllığı**, TODAİE, Sayı: 14, Yıl: 1992, ss. 65-107, s. 66.

²⁸² Erzincan SYM, E., 1984/107, K., 1984/375, T., 04.09.1984. Aktaran Tanör, **a.g.e.**, (1994), s.28.

²⁸³ Tanör, **a.g.e.**, (1994), s.28.

²⁸⁴ Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 10 Aralık 1984 tarih ve 39/46 sayılı Kararıyla kabul edilip imza, onay ve katılıma açılmıştır. Sözleşme 27(1). maddeye uygun olarak 26 Haziran 1987 tarihinde

*Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi*²⁸⁵’ni kabul eden Türkiye bu suçun ortadan kalkması noktasındaki mücadelesini sürdürmüştür.

2.3.2.5. Kürtaj ve Yaşama Hakkının Kısıtlanması

1983 tarihinde çıkarılan Nüfus Planlaması Hakkında Kanun’da kürtaj hakkında yapılmış düzenlemeler yer almaktadır. Hamileliğin sona erdirilmesi ve sterilizasyon devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Bu maddeden yola çıkarak kürtajın da devlet gözetiminde olmayan yerlerde yapılmasının yasak olduğunu görüyoruz. Kanun’un 5. maddesinde gebeliğin sona erdirilmesi²⁸⁶ kısmı yer almıştır. Bu maddeye göre hamileliğin onuncu haftası tamamlanana kadar kürtaj yapılmasına izin verilmiştir. Onuncu haftadan sonra ise kürtaj, ancak sağlık gerekleri ile yapılabilir ve hekimlerin bu durumu ilgili kurumlara bildirim yükümlülüğü vardır.

Kişinin tecavüze uğraması ve sonrasında hamile kalması durumunda kürtajın uygulanıp uygulanmayacağı tartışma konusu olmuştur. 16 yaşında tecavüz mağduru kişinin ailesi ceninin alınması isteğiyle savcılığa başvurmuştur. Savcılık dosyayı İstanbul Anadolu 35. Sulh Ceza Mahkemesine göndermiştir. Ancak bu mahkeme cenin’in yaşam hakkı olduğunu ve annenin psikolojisinin değil cenin’in yaşam

yürürlüğe girmiştir. Türkiye Sözleşmeyi 25 Ocak 1988 tarihinde imzalamış ve 21 Nisan 1988 tarihinde bir beyan ve bir ihtirazı kayıtlı onaylamıştır. 3441 Sayılı Onay Kanunu 29 Nisan 1988 gün ve 19799 Sayılı Resmî Gazete ‘de yayınlanmıştır.

²⁸⁵ 26 Kasım 1987 tarihinde Strasbourg’da imzalandı ve 19. maddeye uygun olarak 1 Şubat 1989 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye Sözleşmeyi 11 Ocak 1988 tarihinde imzalamış ve 25 Şubat 1988 tarihinde onaylamıştır. Sözleşme Türkiye için 1 Şubat 1989 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 3411 Sayılı Onay Kanunu 2 Mart 1988 gün ve 19737 Sayılı Resmî Gazete’nin Mükerrer sayısında yayınlanmıştır.

²⁸⁶ Nüfus Planlaması Hakkında Kanun Madde 5 – Gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar annenin sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığı takdirde istek üzerine rahim tahliye edilir. Gebelik süresi, on haftadan fazla ise rahim ancak gebelik, annenin hayatını tehdit ettiği veya edeceği veya doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacağı hallerde doğum ve kadın hastalıkları uzmanı ve ilgili daldan bir uzmanın objektif bulgulara dayanan gerekçeli raporları ile tahliye edilir. Derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde durumu tespit eden yetkili hekim tarafından gerekli müdahale yapılarak rahim tahliye edilir. Ancak, hekim bu müdahaleyi yapmadan önce veya mümkün olmadığı hallerde müdahaleden itibaren en geç yirmidört saat içinde müdahale yapılan kadının kimliği, yapılan müdahale ile müdahaleyi icabettiren gerekçeleri illerde sağlık ve sosyal yardım müdürlüklerine, ilçelerde hükümet tabipliklerine bildirmeye zorludur. Acil müdahale hallerinin nelerden ibaret olduğu ve yapılacak ihbarın şekil ve mahiyeti ile sterilizasyon ve rahim tahliyesini kabul edenlerden istenilecek izin belgesinin şekli ve doldurulma esasları, bunların yapılacağı yerler, bu yerlerde bulunması gereken sağlık ve diğer koşullar ve bu yerlerin denetimi ve gözetimi ile ilgili hususlar çıkarılacak tüzükte belirtilir.

hakkının korunması gerektiğini ileri sürerek kürtaj talebini reddetmiştir. Burada Türk hukukunda ve AİHS’nde kürtaj hakkı gibi bir hakkın bulunmadığı, kürtajın bir hak olarak düşünülmemeyeceği de iddia edilmiştir. Mahkeme’nin bu kararı üzerine savcılığın itirazı ile dosya bir üst merci olan 6. Asliye Ceza Mahkemesine gitmiştir. Bu mahkeme de mağdurun yaş küçüklüğü, ailenin istemi göz önüne alınarak kürtaj yapılmasına izin verilmiştir²⁸⁷. Bu olayda tecavüze uğramış bir kişinin hamile kalması neticesinde ortada ciddi bir mağduriyet meydana gelmiştir. Küçük yaşta ve rızası dışında bir cinsel birleşme sonucu hamile kalan kişinin çocuğunu sağlıklı bir psikolojiyle büyütebileceğini düşünemeyiz. Bu yüzden kürtaj kararının haklı olduğunu düşünüyoruz.

Sonuç olarak ilgili yasalarla kürtajın sınırları belirlenmiştir diyebiliriz. Ancak ceninin hangi koşullarda ve hangi şekilde ortadan kaldırılacağı yasalarla belirlenebilir olmasına rağmen ahlaki olarak bu durumun tartışılması bitmeyecektir. Özgürlükçü bakış açısıyla kadın hakları ve kadının kendi bedeni üzerindeki tasarruf hakkı olarak düşünülebilir. Muhafazakâr düşünce yapısına sahip insanlar ise daha çok dini nedenlerle yaratıcının takdir ettiği gebeliği sonlandırmayı uygun bulmamaktadırlar. Bu meselede gebelik sırasında ceninin canlılığının ne anlama geldiği noktasında bir fikir birliği oluşana kadar da kürtaj meselesinin hukukiliği ve ahlakiliği tartışılmaya devam edecektir²⁸⁸.

2.3.2.6. İntihar ve İntihara Teşvik Suçu

TCK’nın 84. maddesinde²⁸⁹ intihara teşvik suçu düzenlenmiştir. Bu suçun oluşması için bir kişi başka bir kişiye psikolojik telkinlerde bulunabilir, bunun dışında

²⁸⁷ <http://www.haberturk.com/polemik/haber/914340-cigliğini-duydular-o-bebek-alındı>.E.T:17.07.2018.

²⁸⁸ Tacir, **a.g.m.**, s. 1315.

²⁸⁹ TCK Madde 84

İntihara yönlendirme

(1) Başkasını intihara azmettiren, teşvik eden, başkasının intihar kararını kuvvetlendiren ya da başkasının intiharına herhangi bir şekilde yardım eden kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) İntiharın gerçekleşmesi durumunda, kişi dört yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) Başkalarını intihara alenen teşvik eden kişi, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (Mülga ikinci cümle: 29/6/2005 – 5377/10 md.)

intihar etmesi için baskıda bulunabilir yahut intiharı düşünen bir kişiye destek vererek bu kararını kuvvetlendirebilir. Bu durumda kişi intihar etmese dahi intihara yönlendirme suçu oluşacaktır. Yönlendirilen kişi intihar ederse bu suçu işleyen kişinin cezası ağırlaştırılacaktır. 1. fıkrada geçen intihara yardım hali ise iki şekilde düşünülebilir. Birinci şekilde kişinin intihar süreçlerine, araç ve gereç sağlmasına yardımcı olmaktır. İkinci durum ise bir hastanın ölümüne yardım etmektir ki ötenazi bölümünde buna değinilecektir.

2.3.2.7. Ötenazi

Hastanın doğrudan ölümünü sağlayacak doktor müdahaleleri aktif ötenazi kapsamında değerlendirilmektedir. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 13. ve 14. maddelerinde²⁹⁰ ötenazi yasağı düzenlenmiştir. Hayat hakkından hastanın isteği olsa dahi vazgeçilemeyeceği vurgusu yapılmıştır. HHY 14. maddede hastanın iyileşme umudu kalmasa dahi çektiği acıları dindirme görevinden bahsedilmiştir. Ancak bu görev hastanın yaşamına son vermek olarak anlaşılamaz.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 14.maddesinde²⁹¹ aynı şekilde hastanın acı ve ıstırabının azaltılması için olan hususlar belirtilmiştir. Bu acı ve ıstırabın

(4) İşlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan veya ortadan kaldırılan kişileri intihara sevk edenlerle cebir veya tehdit kullanmak suretiyle kişileri intihara mecbur edenler, kasten öldürme suçundan sorumlu tutulurlar.

²⁹⁰ Hasta Hakları Yönetmeliği

Ötenazi Yasağı

Madde 13- Ötenazi yasaktır.

Tıbbi gereklerden bahisle veya her ne suretle olursa olsun, hayat hakkından vazgeçilemez.

Kendisinin veya bir başkasının talebi olsa dâhil, kimsenin hayatına son verilemez.

Tıbbi Özen Gösterilmesi

Madde 14- Personel, hastanın durumunun gerektirdiği tıbbi özeni gösterir. Hastanın hayatını kurtarmak veya sağlığını korumak mümkün olmadığı takdirde dahi, ıstırabını azaltmaya veya dindirmeye çalışmak zorunludur.

²⁹¹ Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi

Madde 14 – Tabip ve dış tabibi, hastanın vaziyetinin icabettirdiği sıhhi ihtimamı gösterir. Hastanın hayatını kurtarmak ve sıhhatini korumak mümkün olmadığı takdirde dahi, ıstırabını azaltmaya veya dindirmeye çalışmakla mükelleftir.

Tabip ve dış tabibi,hastasına ümit vererek teselli eder. Hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkca söylenmesi lazımdır. Ancak, hastalığın, vahim görülen akibet ve seyrinin saklanması uygundur.

Meş'um bir pronostik hastanın kendisine çok büyük bir ihtiyatla ihdas edilebilir. Hasta tarafından, böyle bir pronostiğin ailesine açıklanmaması istenilmemiş veya açıklanacağı şahıs tayin olunmamış ise, durum ailesine bildirilir.

dindirilmesi için hastanın rızasıyla dahi olsa ölümle sonuçlanacak müdahaleler yasaktır. Ancak uygulanacak tıbbi müdahale doğrudan ölüme yol açmaz da hastanın sıkıntıları giderilirken yaşamını kısaltır ise o hekimin cezalandırılmayacağı ile ilgili görüşler mevcuttur. Bu noktada daha farklı bir tedavi yönteminin bulunmaması zorunludur. Bu da *dolaylı aktif ötenazi*'nin tanımıdır²⁹².

1997 yılında ortaya koyulan TCK tasarısının 137. maddesinde²⁹³ talep üzerine öldürme başlığı altında yapılan düzenleme ötenaziyi tanımlamaktadır. Yürürlüğe giren kanunlarımızda bulunmasa da kanun tasarılarımızda ötenazi yer almıştır. Burada dikkat çeken durum ise bu yolla öldürmenin kasten adam öldürme suçundan daha az ceza öngörüyor oluşudur²⁹⁴. 2003 Tasarısının 140. maddesinde de talep üzerine öldürme başlığı altında bu maddeye aynı şekilde yer verilmiştir.

TCK ötenazi ile ilgili bir düzenleme yapmamıştır. Bu durumda ötenazi “kastan adam öldürme” suçu kapsamında değerlendirilebilecektir²⁹⁵. Böyle bir durumda mahkemenin kasten adam öldürme suçu olarak karar verme ihtimali yüksektir. Bundan dolayı hastanın rızasının olması; ancak TCK 61. maddede yer alan takdiri hafifletici sebepler kapsamında değerlendirilerek karar verilebilir. Bununla birlikte Türk hukukunda ötanazinin kesinlikle kabul görmediğini belirtmek gerekir.

²⁹² Hakeri, **a.g.e.**, s.631-632.

²⁹³ 1997 tarihli TCK Tasarısı madde 137: İyileşmesi kabil olmayan ve ileri derecede ıstırap verici bir hastalığa tutulmuş bulunan bir kimsenin, şuuruna ve hareketlerinin serbestliğine tam olarak sahip iken yaptığı ısrarlı talepleri üzerine ve sadece hastanın ıstırabına son vermek amacıyla öldürme fiilini işlediği sabit olan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir.

²⁹⁴ Özge Demirörs; Sevinç Arslan Hızal, “Türk Ceza Hukuku Açısından Ötanazi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 65. Sayı: 4, Yıl: 2016, ss. 1481-1516, s. 1490; Gül Altay, “Nitelikli Yaşam İçin Ötanazi”, **İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s.65.

²⁹⁵ M. Emin Artuk; A. Caner Yenidünya, **a.g.m.**, s. 120; Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2005/9-213 E., 2005/3 K., “Ayrıca mağdurun rızası suçu ortadan kaldırmaz. Yasa müessir fiil suçunda hukuka uygunluk sebebi olarak mağdurun rızasını kabul etmemiştir. Beden bütünlüğü ile ilgili haklar üzerinde kişinin sınırsız tasarruf yetkisi yoktur. Beden bütünlüğüne zarar veren, kişinin toplumsal görevlerini yerine getirmesini engelleyecek eyleme ilişkin rıza, geçerli olamaz. Öğretide çoğunlukla mağdurun rızası takibi şikâyete bağlı müessir fiil eylemlerinde geçerli kabul edildiği halde, re'sen kovuşturulan müessir fiil eylemlerinde geçerli kabul edilmemektedir. Bu suçta mağdurun rızasını kabul etmek bizi sonuçta ötenaziyi kabul etmeye kadar götürebilecektir ki Türk Hukukunda ötenazi, kasten adam öldürme şeklinde cezalandırılmaktadır.” Bkz. (Erem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, c. IV s. 416; İçel, Suç Teorisi, s. 188, Dönmezer-Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku c. 2, s. 78, Önder, Ceza Hukuk Dersleri, s. 260). <https://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/yeniTasarim/index.jsp>. E.T: 17.07.2018.

Ötenazinin kasten adam öldürmeden farklı ve müstakil bir suç tipi olduğu görüşünü savunanlar da vardır. Bu görüşe göre ötenazi bir suçtur fakat bu suçu işleyenler kasten adam öldürenler gibi değildir. Yani “tehlikeli suçlu” olmadıkları düşünülebilir. Bu sebeple de bu suça verilecek cezanın daha az bir ceza olabileceği savunulmuştur²⁹⁶. Yukarıda bahsettiğimiz 1997 yılında hazırlanan TCK taslağında da kasten adam öldürmeden farklı ve daha az cezayı gerektiren düzenleme olması bu noktadaki fikirlerin varlığını ortaya koymaktadır. Ancak yürürlüğe giren yasalarımızda buna benzer bir düzenleme yapılmamıştır.

TCK'nın 84. Maddesinde intihara teşvik suçu düzenlenmiştir. Maddenin 1. fıkrasında intihara yardım eden kişiden bahsedilmiştir. Bu durumda bir kişinin intiharına yardım etme veya buna araç sağlama da ötenazi kapsamında değerlendirilebilecek durumlardandır. Ötenazi ve intihara teşvik ancak ve ancak ötenazi yapma sebeplerini taşıyan hastaya hekimin yardım etmesi durumunda çakışmaktadır. Bu durumda bile olsa hayatına son veren kişi bizzat kendisi yaptığından dolayı suç tipleri tam olarak örtüşmemektedir²⁹⁷.

Ötenazi dünyada henüz ortak bir uygulamaya ve hukuki altyapıya kavuşmamıştır ve insan hayatıyla ilgili kritik bir karar olduğundan dolayı da bu konsensusun oluşması pek mümkün değildir. Türkiye’de ise ötenaziyle ilgili olarak yukarıda da bahsettiğimiz gibi Hasta Hakları Yönetmeliğinde kesin bir kural vardır. Burada da ötenazinin yasak olduğu belirtilmektedir. Ötenazinin farklı yöntemlerinden bahsetmediğinden dolayı bütün tiplerinin yasak olduğunu düşünmemiz gerekecektir.

2.3.2.8. Ölüm Cezası

Ölüm cezası Türk hukukunda eski zamanlardan beri uygulanmaktaydı. Türkiye Cumhuriyeti hukukunda ise ilk olarak 1926 da İtalyan Ceza Kanunundan iktibas edilerek yürürlüğe giren TCK’da idam cezası yer almıştır. İktibas ettiğimiz 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanununda ise ölüm cezası yer bulmamıştır²⁹⁸.

²⁹⁶ Artuk; Yenidünya, **a.g.m.**, s. 124.

²⁹⁷ Artuk; Yenidünya, **a.g.m.**, s. 113.

²⁹⁸ Ateşoğulları, **a.g.e.**, s.109.

Türkiye’de ölüm cezası uygulaması 2004 yılındaki anayasa değişikliğine kadar mevcuttu. 1982 Anayasası’nın ilk halinde ölüm cezası düzenlenmiştir²⁹⁹. Mahkemelerce verilen ölüm cezalarının uygulanması yaşama hakkının istisnası olarak düzenlenmişti. 2004 yılındaki anayasa değişikliği ile “*Mahkemelerce verilen ölüm cezalarının yerine getirilmesi hali ile*” ifadesi anayasadan çıkarılmıştır. Bu tarihe kadar anayasalarımızda idam cezasının bulunduğunu görmekteyiz. İdam cezası farklı kanunlarda ve farklı suç tiplerinde düzenlenmiştir. Sivil ve askeri sayılabilecek suç tipleri ayrımı da vardır. 1990 yılından önce TCK’da 28 adet farklı suç tipi için idam öngörülmüştü. 2 adet Vatana İhanet Kanunu’nda 1 adet de Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanunda idam düzenlemesi yer almıştır. Toplamda ise 51 ayrı suç tipi için idam öngörülmüştür³⁰⁰.

1982 Anayasası’nın ilk halinin 87. maddesinde³⁰¹ TBMM’nin görev ve yetkileri düzenlenmiştir. Bu düzenleme de daha sonra 2004 değişiklikleriyle maddeden çıkarılacak olan “*Anayasanın 14’üncü maddesindeki fiillerden dolayı hüküm giyenler hariç olmak üzere mahkemelerce verilip kesinleşen ölüm cezalarının yerine getirilmesine*” karar vermek cümlesi yer almaktadır. Bu cümle mahkeme kararının kesinleşmesi halinde dahi infazın gerçekleşmesi için TBMM’nin kararının gerektiğini göstermektedir³⁰².

²⁹⁹ 1982 Anayasasının İlk Hali MADDE 17. — Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tâbi tutulamaz. Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz. ***Mahkemelerce verilen ölüm cezalarının yerine getirilmesi hali*** ile meşrû müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri, birinci fıkra hükmü dışındadır.

³⁰⁰ Şen, **a.g.m.**, s. 10.

³⁰¹ Türkiye Büyük Millet Meclisinin görev ve yetkileri, kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak; Bakanlar Kurulunu ve bakanları denetlemek; Bakanlar Kuruluna belli 'konularda kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi vermek; bütçe ve kesin hesap kanun tasarılarını görüşmek ve kabul etmek; para basılmasına ve savaş ilânına karar vermek; milletlerarası anlaşmaların onaylanmasını uygun bulmak, Anayasanın 14 üncü maddesindeki fiillerden dolayı hüküm giyenler hariç olmak üzere, genel ve özel af ilânına, mahkemelerce verilip kesinleşen ölüm cezalarının yerine getirilmesine karar vermek ve Anayasanın diğer maddelerinde öngörülen yetkileri kullanmak ve görevleri yerine getirmektir.

³⁰² Türkiye’de gerçekleşen idamlar için bkz. Ateşoğulları, **a.g.e.**, 114-180.

Türkiye’de gerçekleştirilen idamların genellikle askeri dönemlerde meydana geldiği unutulmamalıdır. Askeri yönetimlerin yargılama olmaksızın yaptıkları yargısız infazlar olabilmektedir. Ayrıca yargılama olsa dahi muhakeme öncesi ve muhakeme sırasında usûlî hatalar yaptıkları da bir gerçektir. Darbelere sonra idareyi ele alan askeri yönetimler zamanında idam sayılarının ciddi derecede arttığını görmekteyiz³⁰³.

Türkiye’deki yargısız infazlara gelince, bu durumun yaşandığı ortam da genel olarak askeri darbe ortamları olmuştur. “Yargısız infaz”, “gözaltında kaybolma”, ve “faili meçhul cinayetler”, özellikle 1980 darbesi öncesi ve sonrasında sıklıkla yaşanmış olaylardır. Hatta bu konu ile ilgili olarak 1980 darbesi sonrası kayıpların listesi dahi yayınlanmıştır. Türkiye’de yargısız infaz olaylarının genellikle oluşumu “teslim ol çağrısına uymama” ya da “devletin güvenlik birimleriyle silahlı çatışmaya girilmesi” neticesinde ortaya çıkan ölümlerdir³⁰⁴.

2.3.2.9. Organ ve Doku Nakli

Organ ve doku nakli daha önceki bölümde tanımlanmış ve çerçevesi belirlenmişti. Organ ve doku nakli hukukumuzda “Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun” ile düzenlenmiştir.

Organ naklinin tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlara münhasır olarak yapılabileceği kanunun 1. maddesinde düzenlenmiştir. İnsan vücudundan çıkan ve çeşitli şekillerde kullanılabilen biyolojik materyallerden hangisinin bu kanuna tabi olup hangisinin olmadığını da 2. maddeden anlıyoruz. Saç, deri ve otogreftler³⁰⁵ ile kan transfüzyonu bu kanun çerçevesinde değerlendirilmeyecektir. Kanunun 3. maddesinde ise herhangi bir ücret ya da faydalanma karşılığı organ ve doku alınıp satılması yasaklanmıştır³⁰⁶.

³⁰³ Bkz. Tanör, **a.g.e.**, (1994), s. 23.

³⁰⁴ Bkz. Tanör, **a.g.e.**, (1994), s. 25.

³⁰⁵ Diğer bir yerine aktarılmak üzere hastadan alınan doku parçası. www.tdk.gov.tr. E.T: 10.07.2018.

³⁰⁶ Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun:

Madde 1 – Tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla organ ve doku alınması, saklanması, aşılması ve nakli bu kanun hükümlerine tabidir.

Madde 2 – Bu Kanunda sözü edilen organ ve doku deyiminden, insan organizmasını oluşturan her türlü organ ve doku ile bunların parçaları anlaşılır. Oto - greftler, saç ve deri alınması, aşılması ve

Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği 4/1-ğ'de organ ve doku naklinin tanımı yapılmıştır. Bu tanıma göre organ ve doku nakli: *“Terminal dönemdeki hastalıklarda tedavi amacıyla uygulanan organ ve doku nakli uygulaması”* şeklinde tanımlanmıştır. Organ ve doku nakli ölüden yapılabildiği gibi canlıdan da yapılabilmektedir.

2.3.2.9.1. Ölüden

Hayati fonksiyonları bitmiş fakat organları başka birine nakledilebilecek sağlıklı olan kişilerden, organ veya doku ihtiyacı olan kişilere yapılan nakillerdir. Ancak ölü sayılma halinin nasıl belirleneceği konusunda tartışmalar yapılmıştır. 1968 yılı Türk Tabipler Birliği komite kararı ve 1969 tarihli Yüksek Sağlık Şûrası kararından önce ülkemizde biyolojik ölüm kabul edilmekteydi. Bahsettiğimiz kararlarla birlikte organ nakli için gereken ölüm tanısının beyin ölümü olması gerektiği belirlenmiştir³⁰⁷.

Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanununun 11. maddesinde³⁰⁸ ölüm halinin saptanması başlığı düzenlenmiştir. Bu maddeye göre belirtilen branşlara mensup hekimler tarafından oybirliği ile kişinin ölümüne karar verilmektedir. Değişiklikten önce dört hekimin oybirliği aranırken değişiklik ile birlikte iki hekimin oybirliği yeterli görülmüştür. Ayrıca değişiklik öncesinde maddede bilimin ülkede ulaştığı seviyenin gerekleri ile hareket edilir ifadesi varken değişiklik ile bu ifade kaldırılmıştır³⁰⁹.

nakli ile kan transfüzyonu bu kanun hükümlerine tabi olmayıp, yürürlükte bulunan sağlık yasaları, tüzükleri, yönetmelikleri ve tıbbi deontoloji kuralları çerçevesinde gerçekleştirilir.

Madde 3 – Bir bedel veya başkaca çıkar karşılığı, organ ve doku alınması ve satılması yasaktır

³⁰⁷ Özlem Koçak Süren, “Organ ve Doku Naklinin Yasal ve Etik Açısından İncelenmesi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, sayı:73, yıl: 2007, ss. 174-195, s. 180.

³⁰⁸ Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun:

Madde 11 – (Değişik: 2/1/2014-6514/41 md.) Bu Kanunun uygulanması ile ilgili olarak tıbbi ölümün gerçekleştiğine, biri nörolog veya nöroşirürjiyen, biri de anesteziyoloji ve reanimasyon veya yoğun bakım uzmanından oluşan iki hekim tarafından kanıta dayalı tıp kurallarına uygun olarak oybirliği ile karar verilir.

³⁰⁹ Koçak Süren, **a.g.m.**, s.180.

Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliğinin Ek-1. maddesinde³¹⁰ beyin ölümü tanımı verilmiş ve bu düzenlemenin getirdiği çerçevede dâhilinde beyin ölümü kararı verilebileceği düzenlenmiştir.

³¹⁰ Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliğinin Ek-1. Maddesi:

Beyin Ölümü Tanısı (1) Beyin ölümü klinik bir tanıdır ve tüm beyin fonksiyonlarının tam ve geri dönüşümü olmayan kaybıdır. Beyin ölümü tanısında gereken ön koşullar aşağıda belirtilmiştir.

- a) Komanın nedeninin belirlenmiş olması,
- b) Beyin hasarının yaygın ve geri dönüşümsüz olduğunun belirlenmiş olması,
- c) Santral vücut ısısı ≥ 32 oC olması,
- ç) Hipotansif şok tablosu olmaması,
- d) Komadan geriye dönüşüm sağlanabilecek ilaç etkileri ve intoksikasyonların dışlanmış olması,
- e) Beyin hasarından bağımsız şekilde klinik tabloyu açıklayabilecek metabolik, elektrolit ve asit-baz bozukluklarının olmaması.

(2) Birinci fıkrada yer alan tüm koşulların tespiti halinde beyin ölümü tanısı için aşağıdaki hususlar aranır.

- a) Derin komanın olması (Tam yanıtsızlık hali; Santral ağırlı uyaranlara motor cevap alınmaması),
- b) Beyin sapı reflekslerinin alınmaması;
- 1) Pupiller parlak ışığa yanıtız, orta hatta ve dilatedir (4-9 mm),
- 2) Okülosefalik ve Vestibulo-oküler refleks yokluğu,
- 3) Kornea refleks yokluğu,
- 4) Faringeal ve trakeal reflekslerin yokluğu.

c) Spontan solunum çabasının bulunmaması ve apne testinin pozitif olması.

(3) Apne testi yapılabilmesi için normotermi, normotansiyon ve normovolemi ön koşulları sağlanır. Bu koşullarda hastaya uygun mekanik ventilasyon yaklaşımı ile PaCO₂'nin 35-45 mmHg ve PaO₂'nin 200 mmHg üzerinde olması sağlanmalıdır. Bu koşullar sağlandıktan sonra hasta mekanik solunum desteğinden ayrılarak intratrakeal oksijen uygulanmalıdır. Test sonunda PaCO₂ ≥ 60 mmHg ve/veya PaCO₂ bazal değerine göre 20 mmHg veya daha fazla yükselmesine rağmen spontan solunumu yoksa apne testi pozitifdir.

(4) Pnomotoraks, pnomomediastinum gibi apne testinin yapılmasının mümkün olmadığı tıbbi durumlarda, hekimler kurulunun belirleyeceği beyin dolaşımının durduğunu değerlendiren bir destekleyici test yapılır ve test sonucu beyin ölümü tanısı ile uyumlu ise beyin ölümü tespiti tamamlanır.

(5) Aşağıdaki bulgular beyin ölümü tanısına engel oluşturmaz.

- a) Derin tendon reflekslerinin alınması,
- b) Yüzeysel reflekslerin alınması,
- c) Babinski işaretinin bulunması,
- ç) Spinal refleks ve otomatizmaların olması,
- d) Terleme, kızarma, ateş ve taşikardi bulunması,
- e) Diabetes insipitus olmaması.

(6) Beyin ölümü tanısı konan vakalarda;

a) Beyin ölümü tanısının konulduğu birinci nörolojik muayenedeki klinik tablonun; yeni doğanda (2 aydan küçük) 48 saat, 2 ay-1 yaş arası 24 saat, 1 yaş ve üzerindeki çocuklarda ve yetişkinlerde 12 saat ve anoksik beyin ölümlerinde 24 saat sonra yapılan ikinci nörolojik muayenede de değişmeden devam ettiği gözlenmelidir.

b) Klinik beyin ölümü tanısı almış vakalarda, yeni doğan (2 aydan küçük) grubunda iki adet destekleyici test, 2 ay ve üzerindeki diğer vakalarda ise hekimler kurulunun uygun göreceği bir laboratuvar yöntemi ile beyin ölümü tanısı teyit edilir.

c) Klinik olarak beyin ölümü tanısı konulan vakalar için beyin dolaşımını değerlendiren bir destekleyici test yapılmış ve yapılan bu test beyin ölümü ile uyumlu ise ikinci nörolojik muayene için beklemeye gerek kalmaz.

Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanununun 14. maddesinde³¹¹ ise vasiyet halinde ve vasiyeti olmadığı durumlarda da vasisinin kararıyla veyahut vasileri de olmayan kişinin hangi şekilde organ nakli yapılabileceği düzenlenmiştir. Kişinin hayattayken, organ ve dokularının alınmasına müsaade etmediği hallerde organ veya doku nakli yapılması mümkün değildir.

2.3.2.9.2. Canlıdan

Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliğinin 16. maddesinin 1. fıkrasında de³¹² canlıdan organ bağışı düzenlenmiştir. Bu maddeye göre organ ihtiyacı olan kişi en az iki yıldır birlikte yaşadığı eşinden ya da dördüncü dereceye kadar kan veya kayın hısımlarından organ alabilir. Akraba harici organ ve doku nakli ise etik komisyonun

³¹¹ Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun:

Ölüden organ ve doku alma koşulu ve cesetlerin bilimsel araştırma için muhafazası:

Madde 14 – Bir kimse sağlığında vücudunun tamamını veya organ ve dokularını, tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlar için bıraktığını resmi veya yazılı bir vasiyetle belirtmemiş veya bu konudaki isteğini iki tanık huzurunda açıklamamış ise sırasıyla ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisinin; bunlar yoksa yanında bulunan herhangi bir yakınının muvafakatiyle ölüden organ veya doku alınabilir. Aksine bir vasiyet ibraz edilmedikçe yoksa kornea gibi ceset üzerinde bir değişiklik yapmayan dokular alınabilir. Ölü, sağlığında kendisinden ölümünden sonra organ veya doku alınmasına karşı olduğunu belirtmişse organ ve doku alınmaz.

(Değişik: 21/1/1982- 2594/1 md.) Kaza veya doğal afetler sonucu vücudunun uğradığı ağır harabiyet nedeniyle yaşamı sona ermiş olan bir kişinin yanında yukarıda sayılan kimseleri yoksa, sağlam doku ve organları, tıbbi ölüm halinin alınacak organlara bağlı olmadığı 11 inci maddede belirlenen hekimler kurulunun raporuyla belgelenmek kaydıyla, yaşamı organ ve doku nakline bağlı olan kişilere ve naklinde ivedilik ve tıbbi zorunluluk bulunan durumlarda vasiyet ve rıza aranmaksızın organ ve doku nakli yapılabilir. Bu hallerde, adli otopsi, bu işlemler tamamlandıktan sonra yapılır ve hekimler kurulunun raporu adli muayene ve otopsi tutanağına geçirilir ve evrakına eklenir.

(Ek: 21/1/1982- 2594/1 md.) Ayrıca vücudunu ölümden sonra inceleme ve araştırma faaliyetlerinde faydalanılmak üzere vasiyet edenlerle yataklı tedavi kurumlarında ölen veya bunların morglarına getirilen ve kimsenin sahip çıkmadığı ölü muayenesi veya otopsi işlemi tamamlanmış cesetler aksine bir vasiyet olmadığı takdirde 6 aya kadar muhafaza edilmek ve bilimsel araştırma için kullanılmak üzere ilgili yüksek öğretim kurumlarına verilebilirler. Bu cesetlerin defin hususu dahil tabi olacakları işlemler Adalet, İçişleri, Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlıklarınca bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren 3 ay içinde çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.

³¹² Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun:

Canlıdan organ bağışı ve nakli

MADDE 16 – (1) Canlıdan organ nakli; alıcının en az iki yıldan beri fiilen birlikte yaşadığı eşi ile dördüncü dereceye kadar (dördüncü derece dâhil) kan ve kayın hısımlarından yapılabilir. Alıcı, verici ve nakil sonuçlarının TODS'a kaydı yapılır. Türkiye Organ ve Doku Bilgi Sistemi (TODS).

(2) Akraba dışı canlıdan organ nakli, naklin yapılacağı ilde oluşturulacak Etik Komisyonun verici ile alıcı arasında, bu Yönetmeliğe ve diğer ilgili mevzuata aykırı herhangi bir hususun bulunmadığını ve etik açıdan organ bağışının uygunluğunu onaylaması ile gerçekleştirilecek akraba dışı kişilerden yapılır.

onayı ile mümkün olabilmektedir. Çünkü bu tip organ bağışlarında usulsüzlük ve kaçakçılık ihtimali yüksektir.

Canlıdan organ ve doku bağışının bir seçeneği de çapraz bağıştır. Çapraz bağışta, eşi veya akrabasına organ veya doku bağışını uyumsuz olduğu için yapamayan kişilerin çaprazlama bağış yapması şeklinde meydana gelmektedir. Yönetmeliğin 4. maddesi'nin 1. fıkrasının 4. bendinde “Çapraz nakil: Canlı uygunsuz vericisi olan ve bekleme listesinde bulunan hastalar arasında verici değiştirmek suretiyle yapılan nakil türünü” ifade ettiği belirtilmiştir.

Canlıdan nakilde kişinin on sekiz yaşını doldurması ve mümeyyiz olması aranmaktadır. ODNK'un 5. maddesinde ifade edilen bu şarta ek olarak bu kanunun 6. maddesinde de bu kişinin özgür iradesiyle en az iki tanık huzurunda sözlü ya da yazılı olarak beyanı da şart koşulmuştur.

Organ ve doku nakli ile ilgili kanun ve yönetmeliğin haricinde bu işlemlerin sonucu olarak suç teşkil eden durumları da TCK'da düzenlenmiştir. Organ ve doku nakli başlığı altında 91, 92 ve 93. maddelerde³¹³ düzenleme yapılmıştır. Buna göre rızası dışında bir kişiden organ alan kimse hapisle cezalandırılmaktadır.

³¹³ İlgili TCK maddeleri. Organ veya doku ticareti

Madde 91- (1) Hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın, kişiden organ alan kimse, beş yıldan dokuz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Suçun konusunun doku olması halinde, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. (2) Hukuka aykırı olarak, ölüden organ veya doku alan kimse, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (3) Organ veya doku satın alan, satan, satılmasına aracılık eden kişi hakkında, birinci fıkrada belirtilen cezalara hükmolunur. (4) Bir ve üçüncü fıkralarda tanımlanan suçların bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis ve on bin güne kadar adli para cezasına hükmolunur. (5) Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklayan, nakleden veya aşıl原因an kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (6) Belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam veren veya yayımlayan kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (7) Bu maddede tanımlanan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur. (8) Birinci fıkrada tanımlanan suçun işlenmesi sonucunda mağdurun ölmesi halinde, kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanır. Zorunluluk hali

Madde 92- (1) Organ veya dokularını satan kişinin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşullar göz önünde bulundurularak, hakkında verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir. Etkin pişmanlık

Madde 93- (1) Organ veya dokularını satan kişi, resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce durumu merciiine haber vererek suçluların yakalanmalarını kolaylaştırırsa, hakkında cezaya hükmolunmaz. (2) Bu suç haber alındıktan sonra, organ veya dokularını satan kişi, gönüllü olarak, suçun meydana çıkmasına ve diğer suçluların yakalanmasına hizmet ve yardım ederse; hakkında verilecek cezanın, yardımın niteliğine göre, dörtte birden yarısına kadar indirilir.

Bütün bu düzenlemelerden yola çıkarak ve tezimizin de konusu olan kişi dokunulmazlığını göz önüne aldığımızda organ naklinin kişinin yaşama hakkını doğrudan etkilediğini görmekteyiz. Bu durumda bir kişinin ihtiyacı olan organa ulaşması için devletin imkân sağlaması bir görev olarak görülmüştür. Ve bunu engelleyen, usulsüzlük yapanlara da ciddi cezalar öngörülmüştür. Bir kişiden zorla organ alınamayacağı ve kişilerin ölümden önce de sonra da organları üzerinde tasarruf hakkı olduğu unutulmamalıdır. Bunun dışında rızaen organ bağıışı ise istenilen bir uygulama olmakla birlikte kaçakçılığının önlenmesi konusunda da hassas olunmalıdır.

2.3.2.10. Hadım (Kastrasyon)

Kişi dokunulmazlığının koruduğu bir durum olan vücut bütünlüğüne yönelik bir tehdit şeklinde tezahür eden hadım çok güncel ve tartışmalı bir mevzu olarak önümüzdedir. Anayasamızın 17. maddesinde düzenlenen kişi dokunulmazlığı düzenlemesine ek olarak hadım konusunda 20. maddeyi³¹⁴ de göz önüne almamız gerekecektir. Kişinin cinsel yaşamını ve özel hayatını ilgilendiren bir konu olan hadım meselesi değerlendirilirken bu bağlam da değerlendirilmelidir.

Hadım meselesi son zamanlarda özellikle çocuklara yönelik tecavüzlerin toplumsal infial oluşturması sebebi ile ciddi bir şekilde gündeme gelmektedir. Ülkemizde belli aralıklarla tecavüzcülerin, özellikle çocuk tecavüzcülerinin, hadım edilmesi hatta idam edilmesi gibi istekler gündeme gelmektedir. Bu konu ile ilgili olarak yeni düzenlemeler de tartışılmaktadır³¹⁵. Kastrasyon yönteminden uzaklaşarak cinsel isteğin baskılanmasına yönelik rehabilitasyon uygulamalarının mahkeme heyeti kararıyla uygulanabileceğine dair görüşler de konuşulmaktadır³¹⁶.

2016 yılında da hadım meselesi gündeme gelmiş ve bu tartışmaların sonunda bir yönetmelik çıkarılmıştır. “*Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlardan Hükümlü Olanlara Uygulanacak Tedavi ve Diğer Yükümlülükler Hakkında Yönetmelik*” ile

³¹⁴ T.C. Anayasası madde 20: Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.

³¹⁵ <https://www.cnnturk.com/turkiye/recep-akdagdan-kimyasal-hadim-ve-iyi-hal-indirimi-aciklamasi>. E.T: 29.03.2018.

³¹⁶ <http://www.hukukihaber.net/siyaset/kimyasal-hadim-degil-cinsel-istegin-baskilanmasih168543.html>. E.T: 30.03.2018.

cinsel suçlardan hüküm giymiş olanlara uygulanacak olan çeşitli tedavi yöntemleri öngörülmüştür.

Türk Psikiyatri Derneği bu yönetmeliğin bazı maddelerine karşı yürütmenin durdurulması talebi ile Danıştay'a gitmiştir. Bu davaya göre iptali ve yürütmesinin durdurulması istenen maddeler ve sebepleri şunlardır: 4. maddenin 1.fikrasının (1) bendinde yer alan tedavi merkezi tanımının; 6. maddesinin 1. fıkrasının, 7. maddesinin 1. fıkrasının, 8.maddesinin 2. fıkrasında yer alan “Bu yükümlülüğe karar verilmeden önce hükümlü veya yükümlünün onayı aranmaz” şeklindeki son cümlesinin, 15. maddesinin 1. ve 4. fıkralarının hukuka aykırı olduğu, 7. maddesinin 2. ve 3. fıkralarının ise eksik düzenleme içerdiği ileri sürülerek iptali ve yürütmesinin durdurulması istenmektedir.

Danıştay kararında; özellikle Anayasanın kişi dokunulmazlığını düzenleyen 17. maddesine atıf yaparak bu maddede yer alan “tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz” cümlesini esas alarak karar vermiştir. Yönetmelikte yer alan tedavi tanımında cinsel isteğin kısmen ya da tamamen ortadan kaldırılması yer aldığından Mahkeme bu ifadenin tedavi tanımını fazlasıyla aşacağını ifade etmiştir. Ayrıca anayasanın 17. maddesinde yer alan vücut bütünlüğüyle ilgili ifadeye göre de böyle bir düzenleme ancak kanunla yapılabilecektir. Bu düzenlemenin yönetmelikle yapılması mümkün değildir. Bu sebeple anılan yönetmeliğin 7.maddesinin 1.fikrasının tamamı oyçokluğu ile, aynı maddenin aynı fıkrasında yer alan “*ile cinsel isteğin azalmasını veya yok edilmesini sağlayan yöntemdir*” ibaresinin yürütmesinin ise esasta oybirliği, gerekçede oyçokluğu ile durdurulmasına, diğer istemlerin ise reddine karar verilmiştir³¹⁷.

Yenidünya/Yaşar'ın görüşüne göre kişinin isteği ve kabulü olmadan, kişinin hilafına olacak şekilde ve bir tedavinin unsuru olarak kullanılmaksızın, kişinin cinsel itkilerini yönetemediği yahut bilerek ve isteyerek devam ettiği durumların da tespit edilemediği bir halde, kastrasyon uygulanması anayasal olarak belirlenmiş temel hak ve özgürlüklerle bağdaşmayacaktır. Bir kişiye kastrasyon uygulanması, bu kişinin

³¹⁷ Danıştay 10. Dairesi, T.,07.06.2017, E.,2016/12975. <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/>. E.T: 10.07.2018.

gerekli psikolojik ve fizyolojik testlerden geçmesi ve bu testler sonucunda kişinin kendisinin zapt edemediği, bunun neticesinde de gerek çocuklar gerek de yetişkinler açısından tehlike teşkil ettiği anlaşılır ise makul karşılanabilir³¹⁸.

Vücut bütünlüğünün korunması kişi dokunulmazlığının en temel unsurlarından biridir. Bununla birlikte başkalarının yaşama hakkı, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ve vücut bütünlüğünün sağlanması da devletin görevidir. Bir kişinin vücut bütünlüğüne müdahale etmek toplumun sayıca üstün diğer kesimini koruma altına almak anlamına gelebilir. Fakat bu belirsiz bir durumdur. Hukuk bir kişinin işlediği bir suçu yeniden işleyebileceği düşüncesi ile düzenleme yapamaz. Bu sebeple toplumun korunması için alınacak bir tedbirin kalıcı ve telafisi imkânsız sonuçlar doğurabilecek olması kabul edilemez. Ancak tedbir şeklinde önlemlerin alınmasında sakınca yoktur.

Bunun haricinde kişinin vücut bütünlüğüne müdahalenin anayasadaki şartı da bellidir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında müdahale kabul edilmemiştir. Yani yukarıda bahsedilen düzenleme yönetmelik şeklinde olduğundan dolayı da tartışmalı hale gelmektedir. Bir düzenleme yapılacaksa bile olması gereken kanuni bir düzenleme şeklinde yapılmasıdır.

2.3.2.11. Bilimsel ve Tıbbi Deneylere Tabi Tutulma

Anayasamızın 17. maddesinin ikinci fıkrasında “*Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz*” ifadesi yer almaktadır. Bu ifadeden de anlaşılacağı üzere kişinin rızası üzerine birisi üzerinde bilimsel ve tıbbi deneyler yapılabilecektir. Bunun sınırları ve ne şekilde olabileceği ise diğer yasa ve yönetmeliklerde düzenlenmiştir.

TCK’nın 90. maddesinde³¹⁹ “insan üzerinde deney” başlığı altında bilimsel ve tıbbi deneylerle ilgili cezai durumlar belirlenmiştir. Buna göre insan üzerinde deney

³¹⁸ Yenidünya, Yaşar, **a.g.m.**, 362.

³¹⁹ TCK., İnsan üzerinde deney Madde 90- (1) İnsan üzerinde bilimsel bir deney yapan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) İnsan üzerinde yapılan rızaya dayalı bilimsel deneyin ceza sorumluluğunu gerektirmemesi için; a) Deneyle ilgili olarak yetkili kurul veya makamlardan

yapmak hapis cezasını gerektiren bir suçtur. Bu uygulamanın ceza gerektirmemesi için ise üzerinde deney yapılan kişinin rızası gerekmektedir. Bunun dışında deneyin insanda denenmeden önce bir hayvanda ya da insan dışı bir ortamda denenmesi de gerekli görülmüştür. Ayrıca insan dışında yapılan deneyler sonucunda bu deneylerin insanda da yapılması gerekliliğinin de oluşması gerekmektedir. Deneyin zararlarının daha önceden bilinmesi ve deneğe açıkça bildirilmiş olması, sınırları aşacak derecede acı verici olmaması da yasada yer almıştır. Bütün bunlara ek olarak rızanın ne şekilde olacağı da yasada belirtilmiştir. Buna göre herhangi bir menfaat temini olmadan ve yazılı rızanın varlığı ile birlikte bu deneyler hukuka uygun görülebilecektir. 90. maddenin 3. fıkrasında ise çocuklar üzerinde deneyden bahsedilmiştir. Bu deneylerde de çocuğun anne ve babasının veya vasisinin yazılı izni aranmıştır. Bu maddede korunan hukuki değer ne olduğu doktrinde farklı görüşlere yol açmıştır. *Yaşam hakkı, vücut dokunulmazlığı, sağlık, kişi haysiyeti, kendi geleceğini belirleme, özel hayatın gizliliği* ve hatta *kişinin bizzat kendisi* korunan değer tanımı içerisinde değerlendirilmiştir³²⁰.

gerekli iznin alınmış olması, b) Deneyin öncelikle insan dışı deney ortamında veya yeterli sayıda hayvan üzerinde yapılmış olması, c) İnsan dışı deney ortamında veya hayvanlar üzerinde yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından bunların insan üzerinde de yapılmasını gerekli kılması, d) Deneyin, insan sağlığı üzerinde öngörülebilir zararlı ve kalıcı bir etki bırakmaması, e) Deney sırasında kişiye insan onuruyla bağdaşmayacak ölçüde acı verici yöntemlerin uygulanmaması, f) Deneyle varılmak istenen amacın, bunun kişiye yüklediği külfete ve kişinin sağlığı üzerindeki tehlikeye göre daha ağır basması, g) Deneyin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak açıklanan rızanın yazılı olması ve herhangi bir menfaat teminine bağlı bulunmaması, Gerekir. (3) (Değişik: 31/3/2005 – 5328/7 md.) Çocuklar üzerinde bilimsel deneyin ceza sorumluluğunu gerektirmemesi için ikinci fıkrada aranan koşulların yanı sıra; a) Yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından bunların çocuklar üzerinde de yapılmasını gerekli kılması, b) Rıza açıklama yeteneğine sahip çocuğun kendi rızasının yanı sıra ana ve babasının veya vasisinin yazılı muvafakatinin de alınması, c) Deneyle ilgili izin verecek yetkili kurullarda çocuk sağlığı ve hastalıkları uzmanının bulunması, Gerekir. (4) Hasta olan insan üzerinde rıza olmaksızın tedavi amaçlı denemede bulunan kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ancak, bilinen tıbbi müdahale yöntemlerinin uygulanmasının sonuç vermeyeceğinin anlaşılması üzerine, kişi üzerinde yapılan rızaya dayalı bilimsel yöntemlere uygun tedavi amaçlı deneme, ceza sorumluluğunu gerektirmez. Açıklanan rızanın, denemenin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak yazılı olması ve tedavinin uzman hekim tarafından bir hastane ortamında yapılması gerekir. (5) Birinci fıkrada tanımlanan suçun işlenmesi sonucunda mağdurun yaralanması veya ölmesi halinde, kasten yaralama veya kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanır. (6) Bu maddede tanımlanan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.

³²⁰ Aygörmez Uğurlubay, **a.g.m.**, s. 168-169.

HHY'nin 22. maddesinde³²¹ rızanın varlığı ve istisnai hali düzenlenmiştir. Buna göre, bir suçla ilgili olarak kişinin tıbbi müdahaleye uğraması hâkim kararı ile mümkün olabilmektedir. 23. maddenin 2.³²² ve 4.³²³ fıkralarında da rıza ile ilgili hükümler yer almıştır. Bu maddede kişilerin rızalarının varlığı halinde dahi bilgilerinin paylaşılmasına sınır getirilmiştir.

2.3.2.12. Kölelik

Türkiye Cumhuriyeti hukukunda kölelik kurumu hiçbir zaman yer almamıştır. XX. yüzyıl 'da devletlerin genel eğilimi köleliği kaldırmaktır. Bu sebeple dünya da köleliğin tamamen bittiği dönem olarak kabul edilebilir.

Cumhuriyet anayasalarında da kişilerin özgür olduğu düzenlenmiştir. 1924 anayasasının 68.maddesi'nde *her Türk hür doğar, hür yaşar* ifadesi yerini bulmuştur. 1924 anayasasının 73. maddesi angaryayı yasaklamaktadır.

1982 anayasasında ise kişi dokunulmazlığını düzenleyen maddenin ardından gelen 18.madde angaryayı yasaklamaktadır.

³²¹ HHY madde 22. Kanunda gösterilen istisnalar hariç olmak üzere, kimse, rızası olmaksızın ve verdiği rızaya uygun olmayan bir şekilde tıbbi ameliyeye tabi tutulamaz.

Bir suç işlediği veya buna iştirak ettiği şüphesi altında bulunan kişinin işlediği suçun muhtemel delillerinin, kendisinin veya mağdurun vücudunda olduğu düşünülen hallerde; bu delillerin ortaya çıkarılması için sanığın veya mağdurun tıbbi ameliyeye tabi tutulması, hakimın kararına bağlıdır.

Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde bu ameliye, cumhuriyet savcısının talebi üzerine yapılabilir.

³²² HHY madde 23/2. Kişinin rızasına dayansa bile, kişilik haklarından bütünüyle vazgeçilmesi, bu hakların başkalarına devri veya aşırı şekilde sınırlandırılması neticesini doğuran hallerde bilginin açıklanması, bunları açıklayanın hukuki sorumluluğunu kaldırmaz.

³²³ HHY madde 23/4. Araştırma ve eğitim amacı ile yapılan faaliyetlerde de hastanın kimlik bilgileri, rızası olmaksızın açıklanamaz.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ULUSLARARASI HUKUKTA KİŞİ DOKUNULMAZLIĞI

Kişi dokunulmazlığı tarih boyunca mücadelesi verilen hakların en önemlilerindedir. Aynı zamanda çok geniş ele alınabilecek potansiyele sahiptir. Hatta kapsamı konusunda ihtilaflar da ortaya çıkabilir. Ancak bu hakkın yaşama hakkı temelinde yükseldiği de unutulmamalıdır. Bundan dolayı da kişi dokunulmazlığının seyri yaşama hakkından ayrı tutulamaz. Yaşama hakkı ilk çağlardan ve ilk dinlerden itibaren insanlığın ortak bilincine yerleşen bir kavramdır. İnsanların yaşamlarını koruması ve başkalarının yaşamlarına müdahale etmemesi en temel konulardandır. Binlerce yıllık bir mesele olan yaşama hakkının uluslararası alanda tanınması ise çok yeni olmuş bir durumdur. XX. yüzyıl bu hakkın ve insan haklarının uluslararası arenada kabul görmeye başladığı tarihtir. Bu yüzyılın 1. yarısının sonlarına doğru yani 2. Dünya Savaşının sona ermesinden itibaren insan hakları savunucuları ve devletlerin birleşmesiyle çeşitli insan hakları metinleri ortaya çıkmıştır. Bu çalışmalar insan haklarının evrensel boyut kazanması yönünde atılan adımların ilk ve en önemlilerindedir.

İnsan hak ve özgürlüklerinin uluslararası alanda ilk ortaya çıkışı ve kabul görüşü 1945 tarihli BM anlaşmasıdır³²⁴. Bununla birlikte insan haklarının ulusal koruma mekanizmaları ile korunamayacağına anlaşılması üzerine uluslararası koruma ve denetleme mekanizmalarının sağlanması da BM vasıtasıyla olmuştur. Uluslararası insan hakları hukukunun ilk adımı BM'nin kuruluşudur diyebiliriz³²⁵. 1945 yılında ABD'nin San Francisco şehrinde yapılan BM anlaşmasına göre temel insan haklarının ve insan onurunun korunması da kuruluş amaçlarındandır³²⁶. Bu bağlamda 1945 tarihinden itibaren çeşitli anlaşmalar ve sözleşmelerle insan hakları uluslararası alanda koruma ve denetim mekanizmalarına tedricen kavuşmuştur. İnsan hakları ihlallerinin önlenmesi için gösterilen çabalar günümüzde dahi devam etmektedir.

³²⁴ Gemalmaz (1986), **a.g.m.**, s. 65.

³²⁵ Muzaffer Sencer, "Birleşmiş Milletler Bağlamında İnsan Hakları", **İnsan Hakları Yıllığı**, TODAİE, s. 13/1, y. 1991, ss: 19-36. s. 21.

³²⁶ Musulin, **a.g.e.**, s.186-187. (...*Temel insan haklarına, insan şahsının onuruna ve değerine, kadın ve erkeğin, büyük ve küçük ulusların hak eşitliğine olan inancı bir kez daha güçlendirmeye...*)

Kişi dokunulmazlığının kapsamında yer alan hakların uluslararası metinlerde ne şekilde yer aldığı ve uluslararası yargı mekanizmalarının bu hakları ne şekilde değerlendirdiğini ele almak gerekecektir. Bu bakımdan daha önce kişi dokunulmazlığı kapsamına aldığımız hakların uluslararası alanda nasıl yorumlandığını bu hakların başlıkları altında inceleyeceğiz. İnceleyeceğimiz uluslararası metinler genel olarak *İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi* olacaktır. Bu metinlerde yer alan ve kişi dokunulmazlığı kapsamına giren haklar değerlendirilecek ve bununla ilgili tavsiye, komisyon ve mahkeme kararlarına değinilecektir.

3.1. Yaşama Hakkı

İHEB ile birlikte insan haklarının uluslararası boyuta taşındığını söylemiştik. Bununla birlikte bildirgenin 3. maddesinde “*yaşamak, özgürlük ve kişi güvenliği herkesin hakkıdır*” ibaresini görmekteyiz. Bu madde ile birlikte Bildirgede istisnasız herkesin yaşama hakkı olduğu ifade edilmiştir. Ancak Bildirgenin bu ifadesi uluslararası koruma mekanizmalarını harekete geçirmek için yeterli değildir. BM’nin denetim ve yargı mekanizmaları Bildirgenin yayınlandığı tarihlerde ya mevcut değildi ya da verimli çalışmıyordu. Ancak zamanla daha etkili mekanizmalar ortaya konulabilmiştir. Özellikle AİHS ve bu sözleşmenin önemli bir ayağı olan AİHM bu hakların korunmasında çok önemli katkılar sunmuştur. AİHS’nde yaşam hakkı şu şekilde düzenlenmiştir:

“Madde 2: Yaşam Hakkı

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 keskin zorunluluk haline gelmesi sonucunda meydana gelmişse, bu maddenin ihlali suretiyle yapılmış sayılmaz:

(a) Bir kimsenin yasadışı şiddete karşı korunması için;

(b) *Usulüne uygun olarak yakalamak için veya usulüne uygun olarak tutuklu bulunan bir kişinin kaçmasını önlemek için;*

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

Sözleşmenin ortaya çıkmasından sonra ölüm cezası ile ilgili farklı düzenlemeler yapılmıştır. Bunları ölüm cezası başlığı altında inceleyeceğimizden sadece yaşama hakkı ile ilgili noktalara bu kısımda değinilecektir. Bu noktada yaşama hakkının hangi koşullarda askıya alınacağı da AİHS'nin 15. maddesinde³²⁷ yer almıştır. AİHS'nin 15. maddesinin 1. fıkrasında sayılan durumlarda sözleşme maddelerinin askıya alınabileceği belirtilmektedir ancak Aynı maddenin 2. fıkrasında ifade edildiği üzere sözleşmenin 2. maddesinde düzenlenen yaşama hakkı askıya alınabilecek haklardan değildir. Her ne olursa olsun meşru savaş fiilleri haricinde yaşama hakkını ortadan kaldırma hakkı diye bir hak bulunmamaktadır.

Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesinin 6. maddesinde yaşama hakkı yer almaktadır. Buna göre:

“1. Her insan doğuştan yaşama hakkına sahiptir. Bu hak hukuk tarafından korunur. Hiç kimse yaşama hakkından keyfi olarak yoksun bırakılamaz.

2. Ölüm cezası kaldırmamış olan ülkelerde, suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan hukuka uygun olarak ve bu Sözleşme ile Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nin hükümlerine aykırı olmayacak biçimde, sadece çok aşırı suçlar için ölüm cezası verilebilir. Bu ceza sadece yetkili mahkeme tarafından verilen nihai karardan sonra infaz edilebilir.

³²⁷ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 15. Maddesi

“Olağanüstü hallerde yükümlülükleri askıya alma:

1. Savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde her Yüksek Sözleşmeci Taraf, durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerle ters düşmemek koşuluyla, bu Sözleşme 'de öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbirler alabilir.

2. Yukarıdaki hüküm, meşru savaş fiilleri sonucunda meydana gelen ölüm hali dışında 2. maddeye, 3. ve 4. maddeler (fıkra 1) ile 7. maddeye aykırı tedbirlere cevaz vermez.

3. Aykırı tedbirler alma hakkını kullanan her Yüksek Sözleşmeci Taraf, alınan tedbirler ve bunları gerektiren nedenler hakkında Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne tam bilgi verir. Bu Yüksek Sözleşmeci Taraf, sözü geçen tedbirlerin yürürlükten kalktığı ve Sözleşme hükümlerinin tekrar tamamen geçerli olduğu tarihi de Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne bildirir.”

3. Yaşamdan yoksun bırakmanın bir soykırım suçunu oluşturması halinde, bu maddedeki hiçbir hüküm, bu Sözleşmeye Taraf bir Devlete Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nin hükümlerine göre üstlendiği yükümlülüklerini azaltma yetkisi verdiği şeklinde anlaşılamaz.

4. Ölüm cezasına mahkûm olan bir kimse bağışlanması veya cezasının hafifletilmesini isteme hakkına sahiptir. Her olayda ölüm cezasının affı, bağışlama veya hafifletme verilebilir.

5. Yaşı on sekizden küçük olan kimselere işledikleri suçlar nedeniyle ölüm cezası verilemez; hamile Kadınların ölüm cezaları infaz edilemez.

6. Bu maddedeki hiçbir hüküm, ölüm cezasının bu Sözleşmeye Taraf bir Devlet tarafından kaldırılmasını engellemek veya ertelemek için ileri sürülemez.”

KSHS ile yaşam hakkı ifadesi bir sözleşmede daha yerini bulmuş ve uluslararası toplum ve devletler tarafından yaşam hakkının korunması konusundaki kararlılık bir kez daha vurgulanmıştır. Bu sözleşmenin denetim mekanizması olarak da ek protokol³²⁸ ile İnsan Hakları Komitesi belirlenmiştir.

Yaşam hakkını düzenleyen bu belgelerden AİHS ve denetim mekanizması olan AİHM ciddi derecede etkili olmuştur. İmzacı devletlerin Sözleşmeye aykırılıkları halinde mahkemece yükümlülük altında bırakılmaları ve uluslararası toplum tarafından kınanmaları neticesinde bu mahkeme kararları ciddi faydalar sağlamış, devletler de iç hukuk düzenlemelerini ve denetim mekanizmalarını bu sözleşmeye göre yapmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin devletlere yüklediği yükümlülükler vardır. Devletler bu yükümlülükleri yerine getirmediği takdirde insan hakları ihlallerinin meydana gelmesi kaçınılmaz olacağı için AİHM bu yükümlülüklerin ihlali

³²⁸ Protokol, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 16 Aralık 1966 tarihli ve 2200 A (XXI) sayılı kararıyla kabul edilmiş ve 19 Aralık 1966 tarihinde imzaya açılmıştır. İhtiyari Protokol 9. maddeye uygun olarak 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

halinde devletlere yükümlülükler aykırılıktan kaynaklanan cezalar vermektedir. Bu yükümlülüklerin neler olduğu aşağıda incelenecektir.

3.1.1. Devletlerin Yükümlülükleri (md. 2)

Yaşama hakkının devlete yüklediği yükümlülük üç tanedir. Devletlerin negatif yükümlülüğü, pozitif yükümlülüğü ve etkin soruşturma yapma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bir hususa daha değinmek gerekecektir. Bu da yaşama hakkıyla ilgili olan Sözleşmenin 2. maddesinin uygulanabilmesi için gereken şartların ne olduğudur. Öncelikle yaşama hakkını kullanan ve bu hakkın ihlal edildiğini düşünen bir kişi olmalıdır. Yaşama hakkı ihlal edilen kişinin bu hakkını ihlal eden veya hareketsiz kalan kurum ise devlet olmalıdır³²⁹. Yaşama hakkının ihlali halinde beklenen sonuç genellikle ölümdür ancak istisnai olarak yaralanma gibi durumlarda ya yaşama hakkının ihlal edildiği kararı verilmiştir. Yasa v. Türkiye kararında mağdurun silahla ağır yaralanmasının yaşama hakkının ihlali olduğu kararı verilmiştir³³⁰.

3.1.1.1. Negatif Yükümlülükler

3.1.1.1.1. Öldürmeme Yükümlülüğü ve Devletin Ölümcül Güç Kullanmasını Haklı Hale Getiren Durumlar

Yaşama hakkının etkili bir şekilde sağlanması için devletlerin istisnasız herkesin yaşamına müdahale etmeme, yani öldürmeme zorunluluğu vardır. Öldürmeme zorunluluğu kasten öldürme durumları için geçerli değildir. AİHS'nin 2. maddesinin 2. fıkrasında yer alan ayırık durumlar için ve taksirle ölüm hallerinde geçerlidir. Yani kasten adam öldürme amacıyla güç kullanımı kabul görmemektedir. Sadece olayın gereklerine göre ve tehlikeyi ortadan kaldıracak kadar müdahale edilmelidir³³¹. Ayrıca mahkeme son zamanlarda sayısı artmakla birlikte ölümle sonuçlanmayan halleri de yaşam hakkının ihlali olarak ele almıştır. Bu durumun sebebi yaşama hakkını ciddi derecede kısıtlayan müdahalelerde bulunulmuş olması ve

³²⁹ Bahadır, **a.g.e.**, s.112.

³³⁰ Sezgin Tanrıkulu, "İham Kararlarında ve Türk Hukukunda Yaşam Hakkı", **TBB Dergisi**, s: 66, y: 2006, ss. 51-94., s. 56.

³³¹ Hüseyin Akdoğan, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Yaşama Hakkının Devletlere Yüklediği Yükümlülükler: Türkiye Örneği**, Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü, (yayınlanmamış yüksek lisans tezi), Ankara 2005., s.17.

uygulanan gücün “potansiyel olarak öldürücü” oluşu ve hayatta kalan kişinin de “tesadüfi” olarak hayatta kalmasıdır. Yani kişi o kadar ciddi bir saldırıya maruz kalmıştır ki ölmemesi şans eserdir. Bu sebeple de yaşama hakkı ihlal edilmiştir. AİHM’nin Makaratzis v. Yunanistan³³² kararında özellikle “*potentially lethal force*”³³³ ifadesi sıkça kullanılarak kolluk kuvvetlerinin müdahalesinin ölümcül şekilde uygulanan güç olduğu ifade edilmiştir.

Öldürmeme yükümlülüğü devletin üzerindedir. Devlet adına bu işi yapan ajanlar ise asker, polis veya diğer kolluk görevlileri olabilmektedir. Bunların müdahaleleri sonucu meydana gelen ölüm olayları sonucunda yaşama hakkının ihlali söz konusu olabilmektedir³³⁴.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin *Avşar v. Türkiye* kararında köy korucularının Mehmet Şerif Avşar’ı kaçırmaları ve daha sonra da öldürmesi neticesinde devletin yaşama hakkını ihlal ettiği iddiasıyla AİHM’ne dava açılmıştır. Mahkemenin olayla ilgili kararı yaşam hakkının ihlali yönünde olmuştur. Köy korucularının devlet görevlisi olduğu konusunda mahkeme tereddüte düşmemiştir³³⁵. Devlet görevlisi kavramından ne anlaşılması gerektiği hususunda mahkeme böyle bir içtihat oluşturmuştur. Devlet şiddet tekeli elinde tutmaktadır ancak bu uluslararası sözleşmelerle kısıtlanmıştır. Devletin şiddeti kullanma yetkisi ancak meşru sınırlar içerisinde kullanılırsa makul kabul edilebilir. AİHS 2. madde 2. fıkrada yer alan istisnalar meşru şiddet kullanma yetkisinin ayrı durumlardanır³³⁶. Ancak bu durumların yorumlanmasında bile mahkeme dar yorumlamayı tercih etmiş hatta maddede geçenden daha farklı ve koruyucu yorumlar ortaya koymuştur³³⁷.

³³² AİHM Makaratzis v. Yunanistan Kararı, no: 50385/99., § 52, 53, 60, 63. <https://hudoc.echr.coe.int>. E.T: 10.07.2018.

³³³ Potansiyel ölümcül güç

³³⁴ Bahadır, **a.g.e.**, s.116.

³³⁵ AİHM Avşar v. Türkiye Kararı, no. 25657/94. <https://hudoc.echr.coe.int>. E.T: 10.07.2018.

³³⁶ Bahadır, **a.g.e.**, s.118.

³³⁷ Örneğin müdahalelerde “mutlak suretle gerekli olma” koşulu ve “katı orantılılık” koşulları AİHM’nin içtihatlarında belirtilmiştir.

3.1.1.1.2. Kolluk Kuvvetlerinin Müdahalelerinde ve Müdahale Planlarında Yaşam Hakkının Korunması (Kesinlikle Gerekli Olma Koşulu)

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesinin 2. fıkrasında ifade edildiği gibi “*kesinlikle gerekli olan*” durumlar hariç olmak üzere devlet ajanlarının öldürücü güç ile bir kişinin hayatına son vermesi ya da öldürmese bile yaşam hakkını zedelemesi negatif yükümlülüğün ihlali anlamında yorumlanmıştır.

Kolluk kuvvetlerinin devlet adına sağlamaya çalıştıkları durum “*Güvenlik*”tir. Hem devlet hem de devlet içinde yaşayanlar güvenliklerini sağlamak amacındadırlar. Bunu sağlamaya çalışan devletin ihlal ettiği durumlardan en önemlisi kişi özgürlüğü olmuştur. Bu sebeple devletin güvenlik kaygısı ile kişilerin özgürlük isteklerinin karşılıklı gelmesinden kaynaklanan özgürlük-güvenlik dengesi problemi ortaya çıkmıştır. Bunlardan sadece birini seçmek bir çözüm olmadığından bunlar arasında denge sağlamak devletin görevlerindedir. Devlet bu dengeyi sağlarken kolluk kuvvetlerini denetlemek ve eğitmek yükümlülüğünü üzerine almış, denge bozulduğunda tazmin yükümlülüğü de devlete yüklenmiştir. Kolluk kuvvetlerinin güvenliği sağlamak adına yaptığı çeşitli müdahaleler ayrıca arama, yakalama, gözaltına alma ve cebir kullanma durumlarında da dengenin gözetilmesi şarttır. Aksı takdirde kişi dokunulmazlığı zarar görecektir ve yaşama hakkının engellendiği durumlar ortaya çıkabilecektir³³⁸.

Bu konuda *McCann ve diğerleri/ Birleşik Krallık* davası önemli bir yer teşkil etmektedir. Kolluk kuvvetlerinin müdahale öncesinde ve sırasında yaptıklarından sorumlu oldukları ve bu sorumluluğun yaşama hakkını ihlal edebileceği düşüncesi Mahkeme kararında ifade edilmiştir. Bu davada üç adet IRA terör örgütü zanlısının öldürülmesi neticesinde yaşam hakkının ihlal edilip edilmediği tartışması meydana gelmiştir. Her ne kadar bu üç kişi terör örgütüne üye olsalar da öldürüldükleri esnada silahsız olmaları ve yanlarında bomba düzeneğinin de bulunmaması dolayısıyla bu kişilerin orantısız bir güce maruz kaldıkları belirtilmiştir. Yaşam haklarının ihlal

³³⁸ Bahadır, a.g.e., s.119.

edildiğini belirten Mahkeme ayrıca müdahalenin “mutlak suretle gerekli” olduğunu da ifade etmiştir³³⁹.

Sözleşmeye uygun bir müdahalenin ortaya çıkması için AİHS'nin 2. maddesinin 2. fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde ifade edilen istisnaların hedeflenmesi gerekmektedir. Bu ayırık durumlar hariç öldürme fiilinin kabul edilebilirliği yoktur. İkinci olarak da müdahalenin olayın gereklerine göre kesinlikle gerekli olması gerekmektedir. Müdahalede kullanılan gücün ise orantılı olması katı bir şekilde gözetilmektedir³⁴⁰.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Şat v. Türkiye kararında mutlak suretle gereklilik ilkesine ek olarak katı orantılılık ilkesinin de olması gerektiğine atıf yapılmıştır. *“AİHM, ayrıca güç kullanımının, Sözleşme'nin 2. maddesinin 2. paragrafının a), b) ya da c) bentlerinde belirtilen hedeflerden birine ulaşmak için “mutlak gerekli” olduğunda kullanılmasını gerektiğini hatırlatmaktadır. Bu bağlamda, Sözleşme'nin 2. maddesinin 2. paragrafındaki “mutlak gereklilik”, Sözleşme'nin 8-11. maddelerinin 2. paragraflarında açıklandığı gibi Devlet'in müdahalesinin “demokratik toplumda gerekli” olup olmadığını belirlemek için normalden daha katı ve zorlayıcı bir gereklilik kistası uygulamak gerektiğini belirtmektedir. Özellikle, kullanılan güç Sözleşme'nin 2. maddesinin 2. paragrafının a), b) ile c) bentlerinde belirtilen amaçlarla mutlak orantılı olmalıdır. Demokratik bir toplumda bu düzenlemenin önemini bilen AİHM, bir karara varmak için ölüme maruz kalan durumlarda, özellikle ölümcül gücün kasıtlı olarak kullanıldığında, son derece dikkatli bir inceleme yapmalıdır ve yalnızca Devlet görevlilerinin eylemlerini değil, aynı zamanda davanın tüm koşullarını, özellikle de söz konusu eylemlerin hazırlanışı ile kontrolünü, göz önünde bulundurmalıdır”³⁴¹.*

Mahkeme'nin Türkiye lehine verdiği Altın ve Kılıç v. Türkiye kararında ise müdahalenin mutlak gereklilik koşullarına uyduğu ve olayın şartları değerlendirilerek

³³⁹ Douwe Korff, **Yaşam Hakkı: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 2. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap**, 1.baskı, Kasım 2006., s. 24-25.

³⁴⁰ Bahadır, **a.g.e.**, s.125.

³⁴¹ AİHM Şat v. Türkiye Kararı, no. 14547/04, 10 Temmuz 2012, § 72., ayrıca bkz. McCann ve Diğerleri v. Birleşik Krallık Kararı, § 149., Ramsahai ve Diğerleri v. Hollanda Kararı, § 286. <https://hudoc.echr.coe.int>. E.T: 10.07.2018.

yapılan operasyonun sorumsuzca öldürmeye yol açmadığı kanaatine varılmıştır³⁴². Oluşturulan müdahale ekibinin yapısı ve verilen karşılığa göre ortaya çıkan sonuç ve müdahalenin mutlak suretle gerekli olma prensibine aykırılık taşımadığı belirtilmiştir. Planlama ve düzenlemenin yapılmasında bir usulsüzlük olduğu kanaati Mahkemede oluşmamıştır.

3.1.1.1.3. Meşru Savunma

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesinin 2. fıkrasının (a) bendinde yer alan bir kimsenin zarar görmesi durumunda bu zararın önüne geçmek amacıyla kolluk kuvvetlerinin müdahalesi için verilen izin ayrık durumlardan biridir. Ancak bu iznin kullanılması sırasında dahi yukarıda bahsettiğimiz şekilde mutlak suretle gerekli olma ve orantılılık koşulları aranmaktadır.

Bir kişiye karşı saldırıda bulunuluyorsa bu kişinin zarar görmesini önlemek gerekmektedir. Saldırıda bulunan kişinin korunmaması kabul edilebilir bir durum

³⁴² AİHM Altın ve Kılıç Kararı, no. 15225/08., 47. Diğer taraftan Mahkeme'ye, operasyonun, ölümcül güç kullanımının olabildiğince, en asgari düzeye indirilecek şekilde hazırlanmadığını ve uygulanmadığını düşündürecek herhangi bir unsur sunulmamıştır. Dosyadan anlaşılmaktadır ki, Diyarbakır'ın bir mahallesinde yer alan binanın zemin katında bulunan dairede teröristlerin olduğunu söyleyen isimsiz ihbarın ardından, Cumhuriyet savcısı, arama kararı çıkarmıştır. Ulusal makamlar, bu kararın uygulanması amacıyla, önemli bir polis tertibatı, yani tamamı terörle mücadele birimine bağlı kırk iki polis memurundan oluşan bir ekip oluşturmuşlardır. Bu ekip, aramayı gerçekleştirmekle ve gerektiği takdirde, şüphelilerin yakalanmasıyla görevlendirilmiştir. Güvenlik güçleri, saat 20.30'a doğru, olay yerine varmışlar ve özellikle şüphelilerin bulunduğu dairenin etrafını kuşatarak gerekli tedbirleri almışlardır. Bununla birlikte, şüpheliler polisleri fark etmişler ve polislerin üzerine doğru ateş etmeye başlamışlardır. Polisler her şeyden önce, şüphelilerin açtığı ateşe karşılık vermişler, ardından şüphelilere teslim olma çağrısında bulunarak, Türkçe ve Kürtçe sözlü uyarıda bulunmuşlardır. Şüpheliler uyarıları kabul etmemişler ve ateş etmeyi kesmemişlerdir. Bu sırada polislerin koruma kalkanına da mermiler isabet etmiştir (yukarıdaki 8.paragraf). Mahkeme, bu koşullarda, şüphelilerin silahlı olduğunu bilerek ve bir terör saldırısı planladıklarını tahmin ederek, polislerin, makul olarak, söz konusu daire girmeye çalışmaları, ilgilileri etkisiz hale getirmeleri ve yakalamaları gerektiğini düşündükleri kanaatindedir. Ayrıca polislerin söz konusu daireye girdiklerinde, birinin elinde silah, diğerinin elinde el bombası bulunan şüphelilerin, fiziksel olarak, bahsedilen silahla ateş ederek veya el bombasını fırlatarak karşılık veremeyecek durumda olana kadar ateş edilmesi gerektiği kanaatine varmaları makuldür (diğer kararlar arasında bk. McCann ve diğerleri/Birleşik Krallık, 27 Eylül 1995, § 200, A Serisi No. 324 ve Andronicou ve Constantinou/Kıbrıs, 9 Ekim 1997, § 192, Karar ve Hükümler Derlemesi 1997-VI). § 48. Mahkeme, bu koşullarda ölümcül güç kullanımının, ne kadar üzücü olursa olsun, “şiddete karşı herkesin korunmasını sağlamak” ve “şüphelileri yasaya uygun olarak yakalamak” için “mutlak zorunlu” olanı aşmadığı kanısındadır. Üstelik söz konusu operasyonun, başvuranların yaşamlarının korunması için tüm tehlikenin olabildiğince bertaraf edilecek şekilde planlanmadığı ve düzenlenmediği de tespit edilmemiştir. Dolayısıyla bu bağlamda Sözleşme'nin 2. maddesi ihlal edilmemiştir. <https://hudoc.echr.coe.int>. E.T: 10.07.2018.

değildir. Kişi kendini savunabileceği gibi bunu kolluk kuvvetlerinden de bekleyebilir. Kolluk kuvvetleri bu kişiyi korumakla yükümlüdür. Aksi düşünülemez³⁴³.

Meşru savunma halinin varlığına yönelik tespitler genellikle sübjektif olmaktadır. Mahkemenin kanaatinin ne şekilde olacağı olayın gelişimine göre değişmektedir ancak mahkemenin bu konuda “samimi inanç” içtihadı bulunmaktadır. Kolluk kuvvetlerinin müdahale ettiği durumlarda bunu meşru savunma hali içine almanın yolunu mahkeme bu faktöre dayandırmıştır. Yani müdahaleyi/savunmayı yapan kişinin bu hareketi yaparken gerçekten savunma hali içinde olduğuna samimi olarak inanması gerekmektedir. Fakat bu halde dahi yukarıda bahsedilen kuvvet kullanımının sınırları aşılacaktır³⁴⁴.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Armani da Silva v. Birleşik Krallık kararında 7 Temmuz 2005 tarihinde Londra’da gerçekleşen bombalı saldırılar neticesinde polis olayın faillerini yakalamak için geniş çaplı bir operasyon başlatmıştır. Bu operasyonun olayda Jean Charles de Menezes isimli Brezilya vatandaşının terör şüphelilerinden biri olarak takip edildiği ve iki güvenlik görevlisi tarafından yakalandıktan sonra öldürüldüğü belirtilmektedir. Mahkeme bu olayda kolluk görevlilerinin sorumlulukları ile ilgili şu görüşü ortaya koymuştur:

“Gerek tarafların ibraz etmiş oldukları görüşlerden gerekse mevcut davadaki yerel mahkeme kararlarından açık bir biçimde anlaşıldığı üzere, İngiltere ve Galler’de meşru müdafaya ilişkin kıstasın odağında, güç kullanımının gerekli olduğu yönünde dürüst ve samimi bir düşüncenin söz konusu olup olmadığı meselesi yer almaktadır. Bahse konu düşüncenin öznel makullüğü (veya bu düşüncenin benimsenmesi için öznel iyi nedenlerin varlığı) esasen bu düşüncenin aslında samimi ve dürüst bir şekilde benimsenmiş olup olmadığı sorusu ile alakalıdır. Bu soru yanıtlandıktan sonra, yerel makamların kullanılan gücün “mutlak biçimde zorunlu” olup olmadığı sorusunu sormaları gerekmektedir. Bu soru esasında orantılılık ile ilgili bir soru olup, yetkililerin ilgili kişinin dürüst ve samimi bir şekilde benimsediği düşüncenin ne

³⁴³ Sibel İnceoğlu, “Yaşama Hakkı ve Ölüm Cezası”, **Vecdi Aral’a Armağan**, Ed. Mustafa Çakır, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, ss.133-164., s. 138.

³⁴⁴ Bahadır, **a.g.e.**, s.130.

olduğunu dikkate alarak, makullük meselesini, yani kullanılan gücün derecesinin makul olup olmadığını tekrar ele almalarını gerektirmektedir (bk. yukarıda §§ 148-155)³⁴⁵”. Buradan çıkaracağımız sonuç öncelikle kolluk kuvvetlerinin kanaatinin önemidir. Eğer kolluk kuvveti samimi bir şekilde meşru savunmada bulunmuşsa mahkeme bunu göz önüne alacaktır. Diğer kriterler bundan sonra gelmektedir. Yine benzer bir kararda mahkeme bu algının kuvvetli bir sebebe dayanması gerektiği vurgusu yapılmıştır³⁴⁶.

Mahkeme özellikle meşru savunma iddialarıyla ilgili olarak önüne gelen davalarda sübjektif kriterlerle olaya yaklaşmak zorunda kalmıştır. Bu konuda daha elverişli bir çözüm yolu bulmak çok zordur. Bu nedenle mahkemenin kriterlerinin sübjektif olmasını eleştirmek zordur ancak bu kriterler uygulanırken keyfi davranılamayacağı da aşikardır.

3.1.1.1.4. Yakalama veya Kaçmanın Önlenmesi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesinin 2. fıkrası (b) bendinde yer alan “hukuka uygun olarak yakalamak ve hukuka uygun olarak tutulan bir kişinin kaçmasını önlemek” ifadesi yaşama hakkının istisnai hallerinden bir diğerini oluşturmaktadır. Bu ifadeler tek başlarına yorumlanamayacak, mahkemenin içtihatlarıyla birlikte değerlendirilmesi gereken ifadelerdir. Olayı yorumlarken hangi kriterlerin hâkim olacağı mahkeme içtihatlarından anlaşılmaktadır.

Bir kişiyi yakalama veya yakalanmış bir kişinin kaçmasını önleme amacıyla yapılan müdahalelerin boyutu konusunda mahkemenin içtihatlarına baktığımızda “*uygulanan güç kullanımı ne kadar üzücü olursa olsun, “bir kişiyi şiddete karşı güvende tutmak” ile “yakalama işlemini kanuna uygun olarak yapmak” arasında*

³⁴⁵ AİHM Armani de Silva v. Birleşik Krallık Kararı., no: 5878/08., § 251. <https://hudoc.echr.coe.int>. E.T: 10.07.2018.

³⁴⁶ AİHM Kavaklıoğlu ve Diğerleri v. Türkiye Kararı., no: 15397/02., § 167. <https://hudoc.echr.coe.int>. E.T: 10.07.2018.

denge sağlamak gerektiği ifade edilmiştir. Bu dengenin “mutlaka gerekli” olacak şekilde güç kullanımı gerektirdiği açıktır³⁴⁷.”

Mahkeme'nin bu kararından da anlaşılmaktadır ki devlet görevlilerine verilen yetkilerde takdir hakkı tanınmaması imkânı yoktur ancak mahkeme bunlara da sınır getirerek kesinlikle gerekli olmanın şartlarını olaya göre belirlemektedir.

Katı orantılılık testinin yakalama veya yakalanan kişinin kaçması hallerinde uygulanması gerektiği de AİHM içtihatlarındandır. Öldürmek için güç kullanmak sözleşmenin ve mahkemenin kabul ettiği davranışlardan değildir. Ancak bu aşamaya varmayan orantılı güç kullanımları kabul görmektedir³⁴⁸.

3.1.1.1.45. Ayaklanma veya İsyanın Yasaya Uygun Olarak Önüne Geçilmesi

Ayaklanma, çok sayıda insanın ciddi boyutlara ulaşan şekilde şiddet kullanması şeklinde ifade edilebilir. Fakat AİHM'nin bu kavramları kesin olarak tanımlamadığı ve duruma göre yorum yaptığı göz önüne alınmalıdır³⁴⁹.

Mahkemenin olaya göre tanımlarından birkaç örnek vermek gerekirse: *“150 kişilik insan kitlesinin devriye görevinde olan askerlere karşı bir şeyler atması ve atılan şeylerin yaralayıcı olduğu bilincinde olmaları yani yaralama fiilini gerçekleştirmeyi istemiş olmaları ayaklanma tanımına girecektir³⁵⁰.”* *“Binlerce kişiden oluşan bir grubun kolluk kuvvetlerine karşı yaralama isteğiyle taşlı ve sopalı saldırıda bulunması ve devlet mallarına zarar vermeleri de ayaklanma olarak kabul edilir³⁵¹.”*

³⁴⁷ Camekan v. Türkiye Kararı., no: 54241/08., § 50. 50. Mahkeme, bu koşullarda güç kullanımının, ne kadar üzücü olursa olsun, “herhangi bir kişiyi şiddete karşı korumak” ve özellikle “yakalama işlemini yasaya uygun şekilde gerçekleştirmek” amacıyla “mutlaka gerekli” olduğu ve sınırın aşılmadığı kanısındadır. Dolayısıyla bu bağlamda, Sözleşme'nin 2. maddesi esas bakımından ihlal edilmemiştir. <https://hudoc.echr.coe.int>. E.T: 10.07.2018.

³⁴⁸ Akdoğan, **a.g.e.**, s.12.

³⁴⁹ Bahadır, **a.g.e.**, s.135.

³⁵⁰ Stewart v. Birleşik Krallık Kararı., aktaran Oktay Bahadır, **a.g.e.**, s.135.

³⁵¹ Güleç v. Türkiye Kararı., aktaran Oktay Bahadır, **a.g.e.**, s.135.

Bütün istisnai durumlarda belirttiğimiz gibi bu durumda da “mutlak suretle gereklilik ve katı orantılılık” testlerinden geçmeyen güç kullanımlarının kabul edilemez olduğunu söylemeliyiz. Ölüm ile sonuçlanan müdahalelerin yaşama hakkının ihlali sayılmaması için güç kullanmanın (a) kesinlikle zorunlu olması, (b) orantılı bir kuvvet kullanımı, (c) son çare ilkesi çerçevesinde yapılabilecek her şeyin yapılmasından sonra olması gerekmektedir³⁵².

Gömi ve Diğerleri v. Türkiye kararında cezaevi isyanı sırasında meydana gelen ölümler neticesinde ortaya çıkan durumun yaşam hakkını ihlal edip etmediği gündeme gelmiştir. Hükümet ise bu ölüm olaylarına karşı AIHS'nin 2. maddesinin 2. fıkrasının (c) bendinde yer alan durumun meydana geldiğini ve bir isyan durumunun neticesinde güvenlik güçlerinin kuvvet kullanması sırasında bu ölümlerin meydana geldiğini iddia etmiştir. “*AIHM, bu olayları oluşturan şartlarla ilgili olarak 2. maddenin 2. paragrafının c) bendi göz önüne alındığında isyanın çıkış nedeni ne olursa olsun infaz koruma memurları ve jandarmaların saldırıya uğramış olmaları ve aralarından birçoğunun yaralanmış olması nedeniyle güvenlik güçlerinin tepkisi meşru olarak addedileceği kanaatindedir.*”³⁵³

3.1.1.2. Pozitif Yükümlülükler

Pozitif yükümlülükten anlaşılan, devletin bir hakkın sağlanması sırasında müdahale etmeme yükümlülüğü olan negatif yükümlülükten farklı olarak bir müdahalesini içermektedir. Fakat devletin bu müdahalesi olumsuz bir müdahale değildir. Tam aksine olumlu yani pozitif bir durum oluşturma çabası vardır. Devlet getirdiği kurallarla veya aldığı önlemlerle insanların yaşam haklarından daha iyi istifade edebilecekleri ortamı oluşturmalıdır. Bu düşünce ile hareket edilerek devletlere bazı pozitif yükümlülüklerin yüklendiğini söyleyebiliriz.

Yaşama hakkının devlet tarafından ihlal edilmemesi negatif yükümlülük olarak adlandırılmıştı. Yani devletin ajanlarının müdahil olmadığı bir yaşam hakkı ihlali negatif yükümlülüğün de ihlali anlamına gelmemektedir. Bu sebeple devlet ajanı

³⁵² Akdoğan, a.g.e., s.14.

³⁵³ Gömi ve Diğerleri v. Türkiye Kararı., no: 35962/97., § 50. <https://hudoc.echr.coe.int>. E.T: 10.07.2018.

olmayan bir kişinin başka bir kişinin yaşam hakkını ihlal etmesi neticesinde devletin sorumlu olup olmayacağı pozitif yükümlülüğün çerçevesine girmektedir.

3.1.1.2.1. Bireyleri Diğer Bireylerin Saldırısına (Yaşam Hakkı İhlaline) Karşı Koruma

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına göre, bir kişinin diğer bir kişiye saldırısı ve yaşam hakkını ihlal etmesi halinde bunu önleme yükümlülüğü devletin üzerindedir. Devlet kurumlarıyla ve yasalarıyla insanların birbirinin haklarını ihlal etmesinin önüne geçmek zorundadır. Bu ihlallerin en ciddi de bir kişinin diğer kişiye karşı saldırısı ve yaşam hakkını ihlal etmesidir. Bu sebeple devletin yükümlülüğü ciddi boyutlardadır ve mahkeme bu yükümlülüğün yerine getirilip getirilmediğini denetlemektedir. Bir duruma daha dikkat çekmek gerekir. He ne kadar devletlerin yaşam hakkını korumak için belli düzenlemeler ve tedbirler almak zorunluluğu olsa da mahkeme bunları yerine getirdiği takdirde gerçekleşen olaylardan devleti sorumlu tutmamaktadır. Yani gerekli yasal düzenlemeler ve önlemler alınmış ve saldırı buna rağmen gerçekleşmişse devletlerin pozitif yükümlülüklerini yerine getirdiği kabul edilmektedir³⁵⁴.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Cevrioğlu v. Türkiye kararında inşaat sahasında hayatını kaybeden kişilere karşı yaşam hakkının ihlali olup olmadığı tartışılmıştır. Davada inşaat sahasının devlet kurumları ile bir alakası yoktur. Bir müteahhit inşaatı yapmaktadır. Bu sebeple olayımızda devletin doğrudan müdahil olmadığı bir yaşam hakkı ihlali vardır. Mahkemenin bu konudaki içtihadında *“Mahkeme, Sözleşme'nin 2. maddesinin 1. fıkrasının ilk cümlesinin, Devlete sadece kasten ve hukuka aykırı olarak öldürmekten kaçınma yükümlülüğü değil, aynı zamanda kendi egemenlik alanı içerisinde bulunan kişilerin yaşamlarını korumak için uygun tedbirler alma yükümlülüğü de getirdiğini yinelemektedir”* ifadesini kullanmıştır. Yani devlete pozitif yükümlülük vermektedir. Mahkeme pozitif yükümlülüğü bireylerin diğer bireylere verdiği zararların önüne geçmek açısından değerlendirmiş ve olayımızda inşaat ruhsatı verilmesi, denetim yapılması gibi

³⁵⁴ Akdoğan, a.g.e., s.26.

hususlarda devletin yükümlülükleri olduğunu ifade etmiştir. Ancak bu yükümlülüklerin dahi sınırı vardır. Bu sınır da insan davranışlarının öngörülemezliğidir ve devlete ve devlet görevlilerine aşırı sorumluluk verme ihtimali vardır. Mahkeme bu unsuru da göz önünde tutmaktadır³⁵⁵.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Civek v. Türkiye kararı 'da üçüncü kişilerin fiillerine karşı devletin koruma görevini üstlenmesiyle ilgilidir. Olayda eşinden şiddet gören ve birçok defa kolluk kuvvetlerine şikâyetinde bulunan kadının kocası tarafından öldürülmesi söz konusudur. Bu durumda kolluk kuvvetlerinin ve adli makamların sorumluluğu tartışılmıştır. Mahkeme, devletin yargı yetkisi içindeki kişileri koruma yükümlülüğü olduğu içtihadını hatırlatmış ve yaşama hakkının güvence altına alınmamasını sözleşmeye aykırı bulmuştur³⁵⁶. Mahkeme, insan davranışlarının öngörülemezliği dolayısıyla ortaya çıkabilecek durumları da dikkate almış ve olayı bu şekilde değerlendirmiştir. Olayda kadının defalarca şikâyetinde bulunması ve tehdit altında olduğunu ifade etmesi dolayısıyla şikâyetin ve koruma istenmesinin makul olduğu kanaati mahkemede oluşmuştur³⁵⁷. Bu sebeplerle öldürülen kadının ölümüne yol açan sebeplerden birinin devletin koruma yükümlülüğünü yerine getirmemesi olarak değerlendirildiğini görmekteyiz. Mahkeme, devletin pozitif yükümlülüklerini ihlal ettiği kanaatine ulaşmıştır.

Devletin kişileri üçüncü kişilerden koruması yükümlülüğü bir başka açıdan da devlet ve kişi arasındaki “dikey ilişki”den farklı olarak kişilerin birbirleri arasındaki “yatay ilişki” bağlamında değerlendirilir. Bu bağlamda devletin sorumluluğu sadece dikey ilişkinin kapsamından çıkıp yatay ilişkinin de koruma yükümlülüğündeki ayağı olarak devleti görmek gerekecektir. Mahkemenin içtihadı bu yöndedir³⁵⁸.

³⁵⁵ AİHM Cevrioğlu v. Türkiye Kararı., no: 69546/12., § 49, § 51, 52. Ayrıca bkz. L.C.B. / Birleşik Krallık, 9 Haziran 1998, § 36, Karar ve Hüküm Derlemeleri 1998-III; Osman / Birleşik Krallık, 28 Ekim 1998, § 115, Derlemeler 1998-VIII; Paul ve Audrey Edwards / Birleşik Krallık, no. 46477/99, § 71, AİHM 2002-II. <https://hudoc.echr.coe.int>. E.T: 10.07.2018.

³⁵⁶ AİHM Civek v. Türkiye Kararı., no: 55354/11., § 45, 46, 47. Benzer kararlar için bkz. Halime Kılıç v. Türkiye Kararı., no: 63034/11., § 92, 100, 101, 102. <https://hudoc.echr.coe.int>. E.T: 10.07.2018.

³⁵⁷ Civek v. Türkiye Kararı., no: 55354/11., § 50, 51. <https://hudoc.echr.coe.int>. E.T: 13.07.2018.

³⁵⁸ Bahadır, a.g.e., s.145.

3.1.1.2.2. Kişiyi İntihara Karşı Koruma

Bu yükümlülüğün kaynağı devletin sınırları içinde bulunan insanların can güvenliğini sağlaması, bunu sağlamak için de insanları kendisinden dahi koruması düşüncesidir. Yaygın olarak devletin gözetimi altında iken gerçekleşen intihar vakaları tartışma konusu olmuştur. Bu intiharların sebebi olarak veya sebebi olmasa dahi önleyicisi olması gerektiği hasebiyle devlet sorumlu tutulmuştur.

Cengiz ve Sayginkan v. Türkiye kararında askerlik görevini yapmakta olan Davut Cengiz'in psikolojik testlerinde daha önce babasının intihar ettiği ve kendisinin de intihara meyilli olduğu tespit edilmesine rağmen askerliğe elverişli raporu verilmesi sonrası nöbet tuttuğu sırada intihar etmesi sonucu yaşam hakkının ihlal edilip edilmediği tartışılmıştır. Davut Cengiz'in psikolojik raporları nedeniyle daha önce görev yaptığı askeri üste kendisine silah verilmediği tespit edilmiştir. Buna rağmen daha sonraki birliğinde kendisine silahlı nöbet verildiği bilinmektedir. Silahlı nöbeti sırasında kendisine zimmetlenmiş silahla intihar ettiği tespit edilmiştir. “Bu nedenle, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, devletin Davut Cengiz'in zorunlu askerlik görevini yerine getirdiği sırada hayatını korumaya yönelik pozitif yükümlülüğünü yerine getirmediğini tespit etmektedir. Dolayısıyla, Sözleşme'nin 2. maddesi, esas yönünden ihlal edilmiştir”³⁵⁹.

Mahkeme, bu tip durumlarda devletin bir kurumunda ve gözetiminde yaşayan kişileri koruma ve kollama yükümlülüğünün de devlete ait olduğunu ifade etmektedir. Bu manada askerlik görevini yapmakta olan kişilerin maddi ve manevi ihtiyaçları devletin güvencesinde olmalıdır. Mahkemenin bu konudaki yerleşik içtihadına göre de sorumluluğu devlete ait olan kişileri kendilerinden dahi korumak da devletin pozitif yükümlülüklerindedir³⁶⁰.

Mahkemenin olayın gelişimine göre farklı içtihatları olabilmektedir. Kişiyi kendisinden koruma yükümlülüğünün genel olarak karşılaştığı hal askerlik hizmeti

³⁵⁹ AİHM Cengiz ve Sayginkan v. Türkiye Kararı no: 26754/12, § 62. <https://hudoc.echr.coe.int>. E.T: 13.07.2018.

³⁶⁰ AİHM Osman v. Birleşik Krallık Kararı no: 23452/94, § 115. <https://hudoc.echr.coe.int>. E.T: 13.07.2018.

sırasında meydana gelen intiharlardır. “Zorunlu askerlik hizmeti konusunda şüphesiz geçerli olan bu yükümlülük³⁶¹ Devletleri, yaşama hakkına zarar verilmesini etkili şekilde önleyebilecek nitelikte idari ve hukuki bir sistemi uygulamakla yükümlü kılmaktadır”³⁶². Mahkemenin bir içtihadında zorunlu askerlik ile pozitif yükümlülüklerin hangi noktada birleştikleri ifade edilmektedir. Buna göre devletin koruma ve gözetme yükümlülüğünü zorunlu askerlik açısından kesin olarak görmektedir.

Mahkeme her durumda mahkûmiyet kararı vermemektedir. Bu konudaki kriterlerinden biri de daha önce de ifade edildiği gibi kamu görevlilerine aşırı yük yüklememektir. Zorunlu askerlik hizmeti için askere alınan kişilere yapılan muayenenin sonucunda kişinin intihara meyilli olduğu tespiti yok ise ve daha önceki sağlık raporlarında da psikolojik rahatsızlık bilgisi yok ise bu durumda devletin kişiyi askere almada hata yaptığı sonucuna varılamayacaktır. Askerlik yaptığı sırada davranışlarının intihara meyilli olup olmadığı ise üstlerinin sorumluluğundadır. Ancak bu konuda da aşırı yük yüklememek gerektiği açıktır. Bu sebeple kişinin intihar edebileceğine dair ibarelerin bulunmaması halinde devletin bu kişinin intiharından sorumlu tutulması devlet görevlilerine ve makamlarına aşırı yük yüklemek olacaktır. Bu noktada Mahkeme pozitif yükümlülüğün ihlali tespiti yapmamıştır³⁶³.

Askerlik görevinden ayrı olarak devletin koruma ve gözetim yükümlülüğünün tebarüz ettiği en önemli durumlardan biri de gözaltı ve tutukluluk halleridir. Devlet bu durumda da kişilere gerekli muayeneleri yapmalı ayrıca kişiyi kendisine zarar verebileceği yerlerden ve aletlerden uzak tutmalıdır³⁶⁴.

3.1.1.2.3. Diğer Yükümlülükler

Pozitif yükümlülüğün ortaya çıktığı bir durum da devletin sağlık alanında sağladığı hizmetlerden kaynaklanan ihlallerdir. Bu noktada devletin ihlallerini çok geniş bir çerçevede ele almayı AİHM’de doğru bulmamıştır. Ancak gerekli tıbbi teşhis

³⁶¹ AİHM Alvarez Ramon v. İspanya Kararı no: 51192/99, <https://hudoc.echr.coe.int>. E.T: 13.07.2018.

³⁶² AİHM Şahinkuşu v. Türkiye Kararı No: 38287/06, § 50. <https://hudoc.echr.coe.int>. E.T: 13.07.2018.

³⁶³ AİHM Şahinkuşu v. Türkiye Kararı No: 38287/06, § 62, 63., Tanışma v. Türkiye Kararı no: 32219/05, § 66, 67. <https://hudoc.echr.coe.int>. E.T: 13.07.2018.

³⁶⁴ Akdoğan, **a.g.e.**, s.28.

ve tedavi için yeteri kadar çaba gösterilmediği anlaşılır ise burada devletin yaşama hakkını ihlal ettiği sonucuna varılacaktı. Yukarıda da belirtildiği gibi kamu görevlilerine gereğinden ağır bir sorumluluk Mahkeme tarafından verilmemiştir. Yani gerekli müdahale yapılmasına rağmen tespit edilemeyen durumların olması mümkündür ve Mahkeme bunları ihlal olarak görmemiştir³⁶⁵. Bunun dışında devletin yargı yetkisi içerisinde vatandaşların başına gelebilecek ve devletin önleme yükümlülüğü olan her konu devletin pozitif yükümlülüklerindedir.

3.1.1.2.4. Etkin Soruşturma Yükümlülüğü

Devletler bir hak ihlali meydana geldiğinde bu ihlalin sebeplerini ve sonuçlarını araştırmak ve varsa failerini bulmak olarak gerekli cezayı vermek durumundadırlar. Bu yükümlülük etkin soruşturma yapma yükümlülüğü olarak adlandırılmaktadır. AİHM'nin verdiği kararlarda yaşama hakkı çerçevesinde etkin soruşturma yapma yükümlülüğünün varlığı kabul edilmiştir³⁶⁶.

Kuvvet kullanımının olduğu hallerde ölüm meydana gelmişse bunun soruşturmasının yapılması ve çözüme ulaştırılması gerekmektedir. Çözüme ulaşılamasa dahi soruşturmanın şeffaf ve yeterli olduğuna dair ikna edici olunması gerekmektedir. Gerçekleşen ölüm olayında failin devlet görevlisi olması şartı yoktur. Bu fiil neticesinde meydana gelen olayı soruşturma yükümlülüğü devlete aittir ve 2. madde çerçevesinde değerlendirilecektir. Yani devletin yaşam hakkını ihlal etmesi söz konusu olmasa dahi ihlal edilen yaşam hakkının soruşturulması için devletin sorumluluğu devam etmektedir³⁶⁷. Burada önemli olan gerekli işlemlerin yapılması için mümkün olduğu kadar hassasiyet göstermektir. Buna rağmen soruşturma sonuca ulaşamazsa devletin sorumluluğu ortadan kalkar³⁶⁸.

Etkin soruşturma yükümlülüğü doğrudan Sözleşme'de ifade edilmemekle birlikte Mahkeme'nin ortaya koyduğu kararlar neticesinde bir içtihat haline gelmiştir.

³⁶⁵ Akdoğan, **a.g.e.**, s.30.

³⁶⁶ Bahadır, **a.g.e.**, s.163.

³⁶⁷ Serkan Cengiz, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Yaşam Hakkı", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2011/93. ss. 383-404., s. 395.; Hüseyin Akdoğan, **a.g.e.**, s.33.

³⁶⁸ Tanrıkulu, **a.g.m.**, s. 63.; Cengiz, **a.g.m.**, s.395.

Yaşama hakkının usûlî koruma mekanizması da bu yükümlülük olarak ortaya çıkar³⁶⁹. McCann kararı bu yükümlülüğün Mahkemenin içtihadı haline geldiğinin göstergesi olan kararlardandır. Bu karara göre: *“Mahkeme, Komisyon gibi, sadece kendisini dikkate almakla sınırlamaktadır ki devlet makamları tarafından kullanılan ölümcül gücün tekrar gözden geçirilmesi için bir prosedürün olmaması nedeniyle hiç kimsenin devlet görevlileri tarafından keyfî bir şekilde öldürülemeyeceği gibi genel hukukî bir yasak, uygulamada, etkisiz olacaktır. Bu madde uyarınca yaşam hakkını koruma yükümlülüğü, devletin Sözleşme’nin 1. maddesince “kendi yetki alanları içinde bulunan herkese bu Sözleşme’nin Birinci Bölümünde açıklanan hak ve özgürlükleri tanır” gibi bir genel görevi ile birlikte okunduğunda bireylerin, inter alios [diğer kişiler arasında], devlet görevlileri tarafından güç kullanımı sonucunda öldürüldükleri durumlarda bir takım etkin resmi soruşturma şeklinin bulunmasını gerektirmektedir³⁷⁰.”*

Mahkeme’nin, olayı aydınlatma, sorumluları ortaya çıkarma ve cezalandırma yükümlülüğü vardır. Bu yükümlülüğü yerine getirmemesi 2. maddeyi ihlal anlamına gelecektir³⁷¹. Olay yeri incelemeleri ve raporlamalar, bunlardaki hatalar veya usulsüzlükler, adli tıp raporlamaları da bu yükümlülüğün yerine getirilip getirilmediğinin göstergesi olmuştur³⁷².

3.2. Kişinin Maddi ve Manevi Varlığını Koruma ve Geliştirmesi

Kişinin maddî ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı yaşam hakkından sonra ifade edilen en temel haklardandır. Çünkü modern insan sadece karın

³⁶⁹ Bahadır, **a.g.e.**, s.163.

³⁷⁰ Aktaran Douwe Korff, McCann v. Birleşik Krallık BD. Kararı., § 161. <https://hudoc.echr.coe.int>. E.T: 13.07.2018.

³⁷¹ AİHM Mızrak ve Atay v. Türkiye Kararı., no: 65146/12., § 61. Mahkeme, özellikle soruşturmanın tamamen gereken titizlikten yoksun olduğu ve bu durumun, mahsum Mızrak’ın ölümüne neden olan atışın nereden yapıldığını ve sorumlu kişilerin kimliğini tespit edebilme yetisini belirleyici şekilde tehlikeye attığı kanısındadır. Mahkeme, bu bağlamda, soruşturma ve onu izleyen ceza davasının, olay sırasında ihtilaf konusu bomba atıcı tipini kullanmaya yetkili kolluk kuvvetleri görevli sayısını kesin olarak tespit edemediklerine ilişkin sahip olduğu yukarıdaki görüşleri hatırlatmaktadır. Öte yandan, başvuranların yakınına zarar veren fişegin üç polis tarafından kullanılan gaz atıcı aracılığıyla atılmadığı zira bu atıcıların ilgili kalibrede olmadıkları ceza davası sırasında teyit edilmektedir. Ölünün başından çıkarılan fişegin sonradan kaybolduğunun tespit edilmesi de ayrıca şaşırtıcıdır. <https://hudoc.echr.coe.int>. E.T: 14.07.2018.

³⁷² AİHM Güzelaydın v. Türkiye Kararı., no: 26470/10., § 91. <https://hudoc.echr.coe.int>. E.T: 14.07.2018.

tokluğuna çalışan ve barınağa ihtiyacı olan insan değildir. Bunlarla yetinmeyi bırakmıştır. Bu sebeple de insanlar artık maddi ve manevi olarak engellenmeyi kabul etmemektedir. Hatta engellenmek bir yana bunları ileri taşıma özgürlüğünün kısıtlanması mümkün değildir.

Maddi olarak düşünüldüğünde vücut bütünlüğü ve yaşama şartları akla gelmektedir. Bu sebeple insanlara hem sağlık hakkının sağlanması hem de gerekli refaha ulaşmaları devletin yükümlülüklerindedir. En azından refah seviyesinin artması için çaba gösterilmelidir. İnsanları ekonomik sıkıntıya düşürecek işlemlerin devlet tarafından yapılması bu hakkın ihlaline yol açacaktır. Ayrıca bireyler arasında da ekonomik mücadele ortamının bulunması her ne kadar normal olsa da bir kişinin gerekmediği halde ve normal ticari kaidelerin dışına çıkarak diğer bir kişiyi zor duruma düşürmesi de kabul edilemez ve devlet yasalarıyla bunlara önlem almalıdır. Bu devletin maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkına sağladığı pozitif bir katkıdır. Ancak devletin bu konuda çok müdahaleci olması düşünülemez. Liberal ekonomik sisteme uygun yasalar yapmalı ancak bu yasalar aynı zamanda zor duruma düşenleri de yeteri kadar korumalıdır.

Manevi varlıktan maksat ise kişilerin içsel değerlerinin müdahalelere karşı korunması ve bu içsel değerlerin geliştirilmesine engel olunmamasıdır. Bu manada kişinin yaşam tarzına ve manevi değerlerine müdahale etmemek ve edenleri engellemek devletin görevlerindedir. Ancak bu hakkın uygulaması da sınırsız değildir. Başkalarının haklarına ve değerlerine açıkça saldırılan durumlarda saldırganlar bunu değerleri için yaptıklarını iddia etseler de korunmayacaklardır. Ayrıca eğer yukarıda belirttiğimiz gibi başkalarına zarar vermeyen değerler ve inançlar söz konusu ise bunların kendilerini geliştirme hakları da mevcuttur.

Kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı çok geniş haklar yelpazesinin bir sonucudur. Yani yasalarda ve sözleşmelerde özel olarak nasıl korunacağı düzenlenmemiştir. İnsanların gerek maddi gerek de manevi olarak kendilerini koruma ve geliştirme hakları çeşitli yasalarda tebarüz ettiği için bunları tek tek ele almak mümkün olmayacaktır. Çalışmamızda bahsi geçen her hak aynı zamanda kendini bu hakkın da içinde bulabilecektir.

3.3. İşkence ve Kötü Muamele Yasağı ve Bunların İnsan Onuruyla İlişkisi

Uluslararası hukukta işkence yasağının ne şekilde ele alındığı ayrı bir tez konusu olacak kadar geniştir. Bizim burada değineceğimiz kısım temel insan hakları metinlerinde işkencenin ne şekilde düzenlendiği ve işkenceye karşı alınan önlemlerdir. Halihazırda işkencenin önlenmesi ile ilgili var olan uluslararası düzenlemelere değinilecek ve birkaç mahkeme kararı verilerek konu tamamlanacaktır.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin³⁷³ 5. maddesinde işkence yasağı düzenlenmiştir. Bu maddeye göre:

“Hiç kimseye işkence yapılamaz, zalimce, insanlık dışı veya onur kırıcı davranışlarda bulunulamaz ve ceza verilemez.”

İşkencenin zalim davranışlar barındırdığı ve insan onurunu zedelediği açık olarak ifade edilmiştir. Bununla birlikte daha önce belirttiğimiz gibi BM tarafından ortaya konulan İHEB'in denetim mekanizmaları önceleri bulunmamaktaydı. Önce İnsan Hakları Komisyonu kurulmuş, daha sonra ise adı İnsan Hakları Konseyi olarak değişmiştir. Bu oluşumların yaptırım gücü çok fazla bulunmamakla birlikte uluslararası farkındalık oluşturmak açısından etkili olmuşlardır.

Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin³⁷⁴ 7. maddesinde de İHEB'in 5. maddesine benzer bir düzenleme vardır:

“Hiç kimse işkenceye veya zalimane, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele veya cezaya maruz bırakılamaz. Ayrıca hiç kimse, serbest iradesi olmadan tıbbi veya bilimsel bir deneye tabi tutulamaz.” Bu madde İHEB'e ek olarak tıbbi veya bilimsel deneylerin de irade dışı yapılmasını kapsamına almıştır. Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 28. maddesinin öngördüğü üzere İnsan Hakları Komitesi kurulacak ve bu Komite ile bu Sözleşmenin gereklilikleri takip edilecektir. Ciddi bir yaptırım mekanizması bulunmamakla birlikte verdikleri raporlar doğrultusunda uluslararası

³⁷³ Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 10 Aralık 1948 tarih ve 217 A(III) sayılı Kararıyla ilan edilmiştir.

³⁷⁴ BM Genel Kurulunun 16 Aralık 1966 tarihli ve 2200 A (XXI) sayılı Kararıyla kabul edilmiş ve imzaya, onaya ve katılmaya açılmıştır. Yürürlüğü giriş: 23 Mart 1976.

kamuoyunu bilgilendirmektedirler. Bu mekanizmalardan sonra daha ciddi ve sadece işkenceye karşı bir sözleşme ihtiyacı hissedilmiş ve bu sebeple “İşkence ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme” ortaya çıkmıştır. BM önderliğinde gerçekleştirilen bu adım ile işkence ve bunun versiyonları tanımlanmıştır. Buna göre işkencenin tanımı sözleşmenin ilk maddesinde verilmiştir:

İşkence ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme'nin 1. maddesi “Sözleşme amaçlarına göre, “işkence” terimi, bir şahsa veya bir üçüncü şahsa, bu şahsın veya üçüncü şahsın işlediği veya işlediğinden şüphe edilen bir fiil sebebiyle, cezalandırmak amacıyla bilgi veya itiraf elde etmek için veya ayırım gözeten herhangi bir sebep dolayısıyla bir kamu görevlisinin veya bu sıfatla hareket eden bir başka şahsın teşviki veya rızası veya muvafakatiyle uygulanan fiziki veya manevi ağır acı veya ıstırap veren bir fiil anlamına gelir. Bu yalnızca yasal müeyyidelerin uygulamasından doğan, tabiatında olan veya arızı olarak husule gelen acı veya ıstırapı gidermez.”

Sözleşme'nin 2. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında ise:

“2/2: Hiçbir istisnai durum ne harp hali ne de harp tehdidi, dahili siyasi istikrarsızlık veya herhangi başka bir olağanüstü hâl, işkencenin uygulanması için gerekçe gösterilemez.

2/3: Bir üst görevlinin veya bir kamu merciinin emri, işkencenin haklılığına gerekçe kabul edilemez.”

Bu maddelerden ve işkencenin tanımından yola çıkarak söyleyebiliriz ki, işkence hiçbir şart altında kabul edilmemiştir, ayrıca işkenceye yaklaşacak davranışlar dahi yasaklanarak işkencenin önüne geçme kararlılığı gösterilmiştir. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki işkence ile diğer kötü muameleler aynı kavram içinde değerlendirilmemişlerdir. Bunların hepsi yasaklanması gereken menfi hareketler olsa da niteliği ve ağırlığı itibariyle aynı başlık altında ele alınmamışlardır³⁷⁵.

³⁷⁵ Ömer Anayurt, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Kavramı”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XII, Y. 2008, Sa. 1-2, ss. 421-459., s. 425.

Bu ayrımı İşkence ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme'nin 16. maddesinde açıkça görmekteyiz. Buna göre:

“1. Her bir Taraf Devlet kendi egemenliği altındaki bir ülkede, birinci maddede tanımlanan işkenceye varmayan diğer zalimane, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele veya ceza fiillerinin bir kamu görevlisi ve resmi sıfatla hareket eden bir diğer kimse tarafından veya bu kimsenin teşviki veya rızası veya muvafakati ile işlenmesini önlemeyi taahhüt eder. Sözleşmenin özellikle 10, 11, 12 ve 13. maddelerinde yer alan yükümlülükler, işkence sözcüğü yerine diğer zalimane, insanlık dışı veya onur kırıcı bir muamele veya ceza terimleri konarak uygulanır.

2. Bu Sözleşme hükümleri diğer uluslararası belgelerin veya ulusal hukukun zalimane, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele veya cezayı yasaklayan veya iade veya sınır dışı etme ile ilgili hükümlerinin uygulanmasına engel olmaz.”

Bu maddede de görüldüğü üzere diğer davranışlar “işkenceye varmayan” davranışlar olarak nitelenmektedir. Ancak bunların da ortadan kaldırılması ve yasaklanması için düzenlemeler yapıldığı unutulmamalıdır.

Uluslararası metinlerde işkencenin ve işkence dışı unsurların tanımı yukarıdaki şekilde ifade edilmiştir. Bir koruma ve denetleme mekanizması olması yönü ile en etkili bölgesel sistemlerden olan AİHS'nin işkence tanımı ve AİHM kararları bizim için yol gösterici olacaktır. Bu sebeple öncelikle AİHS'nin 3. maddesinde yer alan işkence tanımı verilecek daha sonra mahkemenin yorum ve içtihatlarına değinilecektir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 3. madde de işkence yasağı yer almaktadır. Bu maddeye göre:

“Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemlere tâbi tutulamaz.”

Hem diğer uluslararası belgelerde hem de AİHS'nde işkence ile diğer uygulamaların ayırt edildiği görülmektedir. Bu noktada işkencenin oluşması için bir arada olması gereken bileşenleri tespit etmek gerekmektedir. Uluslararası belgelerde ve AİHS'nde ortaya çıkan işkence tanımının bileşenleri şu şekildedir: Bir kişiye

yöneltilen hareketin o kişide maddi ve manevi olarak acı ve ıstırap oluşturması, yöneltilen hareketin kastla yapılmış olması, fiilin tehdit unsuru olarak yapılması ya da ceza vermek amacıyla yapılması veya bir itiraf ya da bilgi almak için yapılması, işkence fiilinin kamu görevlisi sıfatı ile ya da bu görevlilerin bilgisi dahilinde yapılmış olması ya da işkence yapanın kendini bu şekilde tanıtmış olması³⁷⁶.

Mahkeme, acı ve ıstırabın işkence boyutunda olup olmadığına karar verirken “ağır” olma koşulunu göz önüne almıştır. Ancak ağır olma koşulunun hangi hallerde gerçekleşeceğini söylemek belirsiz olduğundan yaşanan duruma göre değerlendirme yapılacağı düşünülmüştür. Genel olarak çekilen acının yoğun oluşu, uygulanan fiilin ne kadar uzun uygulandığı, uygulama şartları ve bunların maddi ve manevi etkileri göz önüne alınmaktadır. Ayrıca bu fiillere maruz kalan kişinin özel durumları da karar vermede etkili olmaktadır³⁷⁷.

3.3.1. Devletlerin İşkence Hususunda Negatif Yükümlülükleri

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesi göz önüne alındığında devlete işkence yapmama yükümlülüğünün verildiğini görmekteyiz.

Yaşama hakkında da ifade edildiği gibi negatif yükümlülük bir yapmama yükümlülüğüdür. Yukarıda sayılan şekilde devlet görevlileri vasıtasıyla veya devletten icazetli olduğu iddiasıyla yapılan ve maddi ve manevi olarak ciddi derecede acı ve ıstırap veren fiiller kesinlikle yasaklanmıştır ve bu devletin negatif yükümlülüklerindedir.

Devletin hangi uygulamalarının işkence kapsamına girebileceği ile ilgili olarak İrlanda v. Birleşik Krallık Davası³⁷⁸ kararı çok önemlidir. Bu davada Birleşik Krallığın uyguladığı sorgulama tekniklerinin işkence olup olmayacağı tartışılmıştır. “Beş teknik” olarak isimlendirilen bu beş yöntem şunlardır: Duvar Duruşu (kişilerin uzun süre ayakta tutulması), gözaltındaki kişilerin gözlerini kapatma ve uzun süre bu şekilde

³⁷⁶ Anayurt, **a.g.m.**, s.431.

³⁷⁷ Osman Doğru, Atilla Nalbant, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi 1. Cilt**, Legal Yayınevi, ikinci baskı, Mart 2013, İstanbul, s. 137.

³⁷⁸ AİHM İrlanda v. Birleşik Krallık Kararı., no: 5310/71., § 167. <https://hudoc.echr.coe.int>. E.T: 14.07.2018.

tutma, yüksek sesle rahatsız etme, uyutmama, aç ve susuz bırakma. Bu davranışlar AİHM’nde dava konusu olmuştur. Avrupa İnsan Hakları Konseyi bu uygulamaları işkence kapsamına sokmuştur. Ancak AİHM farklı düşünmüş ve bu uygulamaların işkence olmadığını, insanlık dışı muamele olarak nitelenebileceğini belirtmiştir³⁷⁹. Mahkemenin bu kanaatinin temelinde yatan sebep uygulanan fiillerin “ağır” olup olmaması ile alakalı olmalıdır. Yani bu fiiller meydana gelse dahi yeteri kadar ağır olmadığı takdirde işkenceden söz edilemeyecektir. Olsa olsa insanlık dışı muamele yasağına aykırı davranılmış olmaktadır. Bu sebeple Mahkemenin yorumunu bu şekilde yaptığını düşünmekteyiz.

3.3.2. Devletin İşkence Konusunda Pozitif Yükümlülükleri

Pozitif yükümlülükten maksat ise devletin sadece işkence yapmama değil işkence yapılmasını önleme yükümlülüğüdür. Bunun iki neticesi vardır. Devlet ilk olarak işkence yapılmasını önleyecek tedbirleri almalıdır. İkinci olarak ise devlet işkence yapıldığı hallerde bunun etkili soruşturulmasını sağlamak görevini üstlenmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Opuz v. Türkiye Kararında üçüncü kişilerin eylemlerine karşı da devlet sorumlu tutulmuştur³⁸⁰. Bu kararda devlet üçüncü kişilerin eylemlerine karşı kendi yargı yetkisi içindeki bireyleri korumakla yükümlendirilmiştir. Özel şartların varlığı bu konuda etkilidir. Ancak bu şartları gözetme yükümlülüğü de devletin üstündedir. Yani kadın ve çocukların, engellilerin korunması ya da daha özel durumların varlığı halinde devlet koruma görevini yapmalıdır. Ancak Mahkemenin daha önceki içtihatlarında “devlet görevlilerine

³⁷⁹ Said Vakkas Gözlüöl, *Avrupa İnsan Hakları Hukuku*, Turhan Kitabevi, Mayıs 2014. Ankara, s. 191.

³⁸⁰ AİHM Opuz v. Türkiye Kararı., no: 33401/02. § 159. Üçüncü madde kapsamında, devlet dışı aktörler tarafından bireylere uygulanan kötü muamele bağlamında, Devletin sorumlu tutulup tutulamayacağı hususuyla ilgili olarak, AİHM, Yüksek Sözleşmeciler Tarafından, AİHS’nin 1. maddesi uyarınca, kendi yargı yetkileri kapsamındaki herkese AİHS’de tanımlanan hak ve özgürlükleri temin etme yükümlülüklerinin, 3. maddeyle birlikte ele alındığında, Devletlerin, kendi yargı yetkileri dâhilindeki bireylerin, bireyler tarafından uygulananlar da dâhil olmak üzere, işkence, insanlık dışı, küçültücü muamele veya cezaya maruz bırakılmamalarını temin etmek için oluşturulmuş tedbirleri almalarını gerekli kıldığını hatırlatır (bkz. gerekli değişiklikler yapılmak şartıyla, H. I. R. – Fransa, 29 Nisan 1997, Reports 1997-III). Özellikle çocuklar ve diğer savunmasız kişiler, bu tür ciddi kişisel bütünlük ihlalleri karşısında, Devlet tarafından korunma hakkını haizdirler (bkz. A. – İngiltere, 23 Eylül 1998, Reports 1998-VI). <https://hudoc.echr.coe.int>. E.T: 14.07.2018.

gereğinden fazla yük vermeme” kuralı da bulunmaktadır. Bu hususun dikkate alınması da gereklidir.

Etkin soruşturma yapma yükümlülüğü de pozitif yükümlülüklerden birisidir. Bu yükümlülüğe göre devlet bir işkence iddiası karşısında şu işlemleri yapmalıdır: Soruşturmayı gecikme olmadan başlatmalıdır, başlatılan soruşturmayı yürüten birimlerin bağımsız hareket etmesi gerekmektedir, soruşturma ciddi ve etkili bir biçimde yürütülmeli ve olayın aydınlatılması için gerçek bir çabanın varlığı görülmelidir, yapılan soruşturma makul sürede ve ciddi tahkiklerle tamamlanmalıdır, soruşturma denetim açısından şeffaf olmalıdır ve son olarak da yukarıdaki kriterlere uyulduktan sonra ortaya çıkan müeyyide caydırıcılık arz etmelidir³⁸¹.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Aksoy v. Türkiye davasında hem işkence ve kötü muamele iddiaları hem de bu durumun etkin bir şekilde soruşturulmadığı iddiası gündeme gelmektedir. Bilindiği üzere devlet görevlileri veya devlet görevlisi olduğu iddiası ile yapılan fiiller neticesinde işkence suçu oluşmaktaydı. Bu durumda da genel olarak işkence ve kötü muamele yasağı ile ilgili davalar devletlere karşı açılmaktadır. Bunun sebebi işkenceyi yapmakla itham edilenlerin devlet görevlisi olduğu iddiasıdır. Bir de işkenceyi soruşturma yükümlülüğü devlete aittir ve bu sebeple etkin soruşturma yapmama ithamı devlete yöneltilmektedir.

“Mahkeme, başvuruçunun ‘Filistin Askısına’ tabi tutulduğunun, başka bir deyişle, çırılçıplak soyularak elleri arkadan bağlı bir biçimde kollarından asıldığıının Komisyon tarafından tespit edildiğini hatırlatır. Mahkeme’ye göre, bu muamele ancak kasten yapılabilir; bunu yapmak için elbette ki belirli bir hazırlık sürecine ve güç kullanmaya ihtiyaç vardır. Bunun başvuruçulardan bir ikrar veya bilgi elde etmek için yapıldığı anlaşılmaktadır. Yapıldığı zaman ağır acı vermiş olmasının yanı sıra, tıbbi belgeler bunun her iki kolda uzun süre devam eden felce yol açtığını göstermektedir. Mahkeme, bu muamelenin, ancak işkence olarak nitelenebilecek ağır ve zalimce bir muamele olduğunu kabul etmektedir³⁸².”

³⁸¹ Doğru; Nalbant, **a.g.e.**, s. 173.

³⁸² AİHM Aksoy v. Türkiye Kararı., no: 21987/93., § 64. <https://hudoc.echr.coe.int>. E.T: 14.07.2018.

Sözleşme ve Mahkeme devletlere takdir yetkisi tanımaktadır. Ancak bu takdir yetkisinin sınırsız olduğunu düşünemeyiz. Devletler bu takdir yetkilerini yine Sözleşme sınırlarında ve Mahkeme içtihatlarına göre belirlemelidir. Bu bağlamda Türkiye Cumhuriyeti hükümeti bu davada takdir yetkisi sınırları içerisinde hareket ettiğini ifade etse de Mahkeme bu itirazı kabul edilebilir bulmamış ve takdir yetkisini aşan fiillerde bulunduğu tespit edilmiştir. “Zorunluluklarının kesinlikle gerektirdiği ölçü³⁸³” ifadesi bu takdir marjının ne şekilde olacağıyla ilgili belirlenmiş bir Mahkeme içtihadıdır³⁸⁴.

Türkiye'nin davada takdir yetkisini aşmış olduğunu ifade eden Mahkeme buna gerekçe olarak gözaltına alınanlara koruma sağlamada yetersiz kaldığını, hızlı bir *habeas corpus* usulü olmadığını, ayrıca avukata, doktora, akrabaya ya da herhangi bir tanıdığa ulaşma ve iletişim kurma hakkı tanınmadığını ifade etmektedir. Bunun haricinde gözaltına alınan kişinin her ne kadar olağanüstü hâl şartlarında dahi olsa çok uzun süre göz altında kalması da kişi dokunulmazlığına aykırı görülmüştür ve takdir marjını aştığına şüphe yoktur.³⁸⁵ Bu karardan da anlaşılmaktadır ki Mahkeme devletlere belli pozitif yükümlülükler yüklemiş ve bunların sağlanmasını ciddi olarak araştırmıştır. Devletlere verilen takdir yetkisini geniş yorumlamamış ve genel olarak devlet aleyhine ihlal kararı vermiştir.

İşkence ve insan onuruyla bağdaşmayacak muamelelerin aynı zamanda insan onurunu ayaklar altına alan davranışlar olduğu da bir gerçektir bu sebeple AİHM'nin işkence ve kötü muamelenin insan onurunu zedelediği ile ilgili kararları da mevcuttur. Mahkeme, Bouyid v. Belçika³⁸⁶ kararının 45-47 paragraflarında uluslararası metinlere atıfta bulunarak insan onuru kavramının bütün sözleşme ve anlaşmaların özü olduğu ifade edilmiştir. İHEB'nin ilk maddesine atıfla buradaki insan onuru kavramına dikkat çekmiş ve daha birçok sözleşmedeki insan onuru kavramına yer verilmiştir.

³⁸³ AİHM Brannigan ve McBride v. Birleşik Krallık Kararı., no:14453/89., § 43. <https://hudoc.echr.coe.int>. E.T: 16.07.2018.

³⁸⁴ Doğru; Nalbant, **a.g.e.**, s. 203.

³⁸⁵ Doğru; Nalbant, **a.g.e.**, s. 205.

³⁸⁶ AİHM Bouyid v. Belçika Kararı., no: 23380/09. <https://hudoc.echr.coe.int>. E.T: 18.07.2018.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Svinarenko ve Slyadnev kararında³⁸⁷ insan onurunun korunmasının devlete yüklenen bir ödev olduğunu ifade etmiştir. Bir kişinin şartlar gereği gözaltına alınması ya da tutuklanması insan onuruna aykırı değildir. Cezalandırmanın özünde gözaltı ve tutukluluk vardır ancak bu halde dahi insan onurunun aşağılanmaması gerektiği ortadadır. Bunu gözetmek ise devletin sorumluluğunda olacaktır. “*Mahkeme, Sözleşme'nin özünün insan onuruna saygı olduğunu ve birey olarak insanları koruyan bir belge olan Sözleşme'nin hedef ve amacının hükümlerini Sözleşme 'de yer alan güvenceleri pratik ve etkili yapacak şekilde yorumlamak ve uygulamak olduğunu tekrar etmektedir. Mahkeme, bu nedenle, bir kişiyi bir yargılama sırasında metal kafeste tutmanın tek başına – demokratik bir toplumun ayırıcı özelliği olan medeni davranış standartlarıyla uyumsuz olan objektif olarak aşağılayıcı mahiyetini göz önünde tutarsak – 3. maddenin ihlalini teşkil edecek şekilde insan onuruna hakaret olduğu fikrindedir*”³⁸⁸.” Svinarenko ve Slyadnev kararında Mahkemenin bu şekilde bir karar alması insan onurunun ön plana çıkarıldığı bir ifade şeklidir. Bu karardan yola çıkarak insan onurunun sözleşmenin özü olduğu ifadesini de görmekteyiz. Yani insan onuru Mahkemenin dikkate aldığı ve hassasiyetle değerlendirdiği kavramlardandır. Kararlarda da bu durum tebarüz etmektedir.

3.4. Kürtaj

Kürtaj tartışmalarının farklı boyutları daha önceki bölümlerde incelenmiştir. Kürtajın uluslararası hukukta nasıl değerlendirildiği ise bu bölümde incelenecektir. Uluslararası alanda da kürtaj tartışmaları benzer cereyan etmektedir. Yani dindar ve muhafazakâr gruplar kürtaja karşı çıkmakta ve hukuki düzenlemelerin bu yönde

³⁸⁷ AİHM Svinarenko ve Slyadnev Kararı., no:43441/08., § 116: Bir muamelenin “aşağılayıcı” olabilmesi için, bununla ilgili acı çekme ya da küçük düşme, her durumda belirli bir yasal muameleye ait olan kaçınılmaz acı çekme ya da küçük düşme ögesinden daha ileriye gitmelidir. (bkz. yukarıda adı geçen karar *V./Birleşik Krallık*, § 71). Bir kişiyi özgürlüğünden mahrum eden önlemler çoğu zaman bu tür bir unsur içerebilir. Yine de tutuklamanın infazının kendi başına 3. madde altında bir sorun yarattığı söylenemez. Bununla birlikte, bu hüküm altında Devlet bir kişinin insan onuruna saygı ile bağdaşır koşullarda tutuklanmasını güvence altına almak zorundadır ve bu tedbirin infazında izlenecek tutum ve yöntem, kişiyi tutuklamanın doğasında kaçınılmaz olarak var olan ıstırap düzeyini aşan bir yoğunlukta sıkıntı ve zorluğa maruz bırakmamalıdır (bkz. *Kudla/Polonya* [BD], no.30210/96, §§ 92-94, ECHR 2000-XI). <https://hudoc.echr.coe.int>. E.T: 14.07.2018.

³⁸⁸ AİHM Svinarenko ve Slyadnev., no:43441/08., § 138. <https://hudoc.echr.coe.int>. E.T: 16.07.2018.

olmasını istemektedirler. Buna karşı olan grup ise daha özgürlükçü bir pozisyon aldığı iddia etmektedir. Kadının tercihine saygı gösterenler olduğu gibi kadının istediğini yapmakta özgür olması gerektiğini iddia eden feminist gruplar da kürtaji desteklemektedir. Bu durumda da özellikle Hristiyan ülkelerin tavrı değişiklik göstermektedir. Katolik mezhebine bağlı Hristiyanların ağırlıkta olduğu ülkelerde kürtaj hoş görülmeyen bir uygulama olarak görülmektedir. Bu mezhebin kürtaja bakışı devletin yasal düzenlemelerinde de etkili olmuştur. Bununla birlikte diğer Avrupa ülkeleri ise kürtaja daha özgürlükçü yaklaşmaktadırlar. Müslüman ülkelerin yaklaşımı da İslamın kürtaja yaklaşımından dolayı daha temkinli olmuştur. Genel olarak geleneksel İslam anlayışı çerçevesinde İslam devletleri kürtaja karşı çıkmakta ya da sınırlayıcı düzenlemeler getirmektedir.

İslam hukukunun bu meseleye temel yaklaşımı ise dinin cenine atfettiği anlamda yatmaktadır. Yani cenin ruhu oluşmuş bir insan mıdır yoksa bu ruh verilmediği için insan nitelikleri kazanmamış mıdır? İslam hukukunda sorulan soru budur. Yani anne karnında ruh verilmesi anı temel alınmış öncesi ve sonrası tartışılmıştır. Modern tıbbın verilerini de göz önüne alma çabası bazı İslam hukukçularında görülmektedir. Anne karnında hangi evrede ruhun üflendiği kesin olarak tespit edilemese de bu konuda kanaatler ileri sürülmektedir³⁸⁹. Hukuklarında İslam hükümlerini uygulayan devletlerde zorunlu kürtaj halleri hariç bu uygulama hoş karşılanmamakta hatta cezalandırılabilir.

Kürtaj ve kadın hakları konusunda uluslararası metinlerin ortaya çıkması diğer haklardan nispeten daha sonra olmuştur. İHEB’de kadın hakları ile ilgili bir düzenleme olmasına rağmen kürtaj konusu kendisine yer bulamamıştır. 1976 tarihli BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi ise kadının cinsel kimliğinin ve özgürlüğünün olduğunu ifade eden ilk metin olmuştur³⁹⁰.

BM Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi (CEDAW), kadınların cinsel ayrımcılıklardan uzak tutulmasını sağlama amacını

³⁸⁹ İbrahim Tüfekçi, “İslam Hukukuna Göre Gebeliğin Sonlandırılması”, **Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, Cilt-Sayı 45, Eylül 2013, ss. 111-154, s. 113.

³⁹⁰ Funda Çoban, “Bir İnsan Hakkı Olarak Güvenli Kürtaja Erişim”, **Artvin Çoruh Üniversitesi, Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi**, 2015 Kış, ss. 79-112, s. 97.

güttüğü gibi kadının üreme ve cinsellik ile ilgili hakları konusunda söz sahibi olduğunu ifade etmiştir. Bütün bu düzenlemelere rağmen kürtaj konusunda eş izninin aranması ise bu sözleşmenin eleştirilen ve kadın özgürlüğünü kısıtlayan maddelerinden biri olarak görünmesini sağlamıştır³⁹¹.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde doğrudan kürtaj ile ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak sözleşmenin 2. maddesinde korunan yaşam hakkı ceninin yaşam hakkını da kapsamaktadır, Mahkemenin düşüncesi de bu yönde olmuştur. AİHM'nin BM Sözleşmeleri ve Protokolleri'nin ortaya çıkardığı durumu destekler yönde kararlar verdiği görülmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin cenin ve kürtaj konusunda nasıl düşündüğünü Vo v. Fransa Kararı³⁹²bize göstermiştir. Bu kararda yanlış tıbbi müdahalede bulunulan kadının bu müdahale sonrası çocuğunun alınması mecburiyeti ortaya çıkmıştır. Yanlış müdahalenin sonucunda yapılan kürtaj nedeniyle ceninin insan statüsünde olup olmayacağı da gündeme gelmiş ve tartışılmıştır. Ulusal mahkemede ceninin insan olmadığı kararı verilmiş ancak bu karar bir üst mahkemede bozulmuştur. Akabinde temyiz mahkemesine başvurulmuş ve temyiz mahkemesinin nihai kararı ile ceninin insan olarak kabul edilemeyeceği ifade edilmiştir. Bu olaylardan sonra olay AİHM'ne taşınmıştır. Yaşama hakkının ihlal edilip edilmediği konusunda mahkeme tartışmıştır. Sonuç olarak Mahkeme ceninin yaşama hakkının bulunup bulunmadığı konusunda Avrupa'da bir mutabakat olmadığını, bu konuda takdir hakkının devletlerde olduğunu ifade etmiştir. Ceninin birey olup olmadığını tartışmasını yapmak istememiş, sadece insan olma potansiyeli olan ceninin insan onuru çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir³⁹³.

Ayrıca kürtaj sadece ceninin yaşam hakkı olarak görülmemiş aynı zamanda annenin de sağlık hakkı ile ilgili bir durum olarak kabul edilmiştir. Annenin yaşamsal tercihleri noktasında ise feministler ve liberallerin anneye kürtaj konusunda özgürlük verilmesi taraftarı oldukları da bilinmelidir. Anne sağlığını etkileyen durumlar sebebi

³⁹¹ Çoban, **a.g.m.**, s. 97-98.

³⁹² AİHM Vo v. Fransa Kararı., no: 53924/00. <https://hudoc.echr.coe.int>. E.T: 17.07.2018.

³⁹³ Aktaran Tacir, **a.g.m.**, s.1306-1307.

ile kürtaj talebinde bulunursa Mahkeme bunun kabul edilmemesinin insanlık dışı ve onur kırıcı muamele olacağını ifade etmiştir³⁹⁴.

3.5. Ötenazi

Ötenazi kavramından tarihsel çerçevesinden ve Türk hukukundaki yerinden daha önce bahsetmiştik. Bu bölümde ise özellikle AİHS ve AİHM kararları çerçevesinde olmak üzere uluslararası hukukta ne şekilde ele alındığını inceleyeceğiz.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarından önce Dünya Tabipler Birliğinin ötenazi ile ilgili bildirelerini belirtmek gerekecektir. Uluslararası alanda bu bildireler genel kabul görmüş, teamül oluşturabilecek niteliktedirler. DTB'nin Venedik Bildirgesi ilk olarak akla gelen belgedir. Venedik Bildirgesi 35. DTB Genel Kurulunda kabul edilen bir metindir. 1983 yılında İtalya'nın Venedik şehrinde toplanan Birlik ölümle sonuçlanması muhtemel hastalıklarda hekimin sorumluluğu ile ilgili bir metin ortaya çıkarmışlardır. Bu metinde³⁹⁵ ölümcül hastalığı olan kişinin dahi gerekli tedaviyi görmesi gerektiği tedavinin kesilmesinin ancak rıza ile ve acıyı dindirmek için olabileceği ifade edilmiştir. Ayrıca hastanın tedavi edildiği ülkenin yasalarına atıf yapılarak bu yasaların da değerlendirilmesi gerektiği yönünde bir kanaatte bulunduğunu görmekteyiz. Ötenazi ifadesi tam olarak geçmese de hastanın acısını dindirmek için yapılacak işlemlerin benzeri bir anlama gelip gelmeyeceği

³⁹⁴ AİHM R.R. v. Polonya Kararı., no: 27617/04. <https://hudoc.echr.coe.int>. E.T: 17.07.2018.

³⁹⁵ 1983 Tarihli Dünya Tabipler Birliği Venedik Bildirgesi:

- 1-Hekimin görevi hastalarını iyileştirmek, olabildiğince onların acılarını gidermek, hastalarının çıkarlarını iyi şekilde koruyacak biçimde davranmaktır.
- 2-Hastada iyileşmeyecek bir hastalığın ya da malformasyonun bulunduğu durumlar bile, bu ilke için bir ayrıklık (istisna) oluşturmaz.
- 3-Bu ilke, aşağıdaki kuralların uygulanmasına engel değildir:
 - 3.1.Hekim, ölümcül hastalığın son dönemindeki bir hastada hastanın rızası, hasta kendi isteğini açıklayamıyorsa en yakın akrabasının kararı ile tedaviyi keserek hastanın acısını dindirebilir. Hekim tedaviyi kesme gerekçesiyle, ölmekte olan kişiye yardım etme ve onu hastalığının son döneminde rahatlatmak için gerekli ilaçları verme sorumluluğundan kurtulamaz.
 - 3.2.Hekim hastaya herhangi bir yarar sağlamayacak olan ve olağan olmayan yöntemler uygulamaktan kaçınmalıdır.
 - 3.3.Hekim, hasta yaşam bulgularının geri dönmeyecek şekilde kesildiği son döneme girdiğinde, ülkesinin yasalarına uygun davranmak koşuluyla, hastanın yetkili yakınının resmi rızasını sağlayarak, ne transplantasyon ameliyatı ile ne de hastaya verilen tedaviyle ilgili olmayan hekimler tarafından verilmiş ölüm raporuna (ya da yaşam bulgularının geri dönmeyeceğini belirten rapora) dayanarak, transplantasyon için gerekli organlarını canlı tutabilecek yapay yöntemleri hastaya uygulayabilir. Bu yapay yöntemlerin ücretini verici ya da akrabaları ödememelidir. Vericiyi tedavi eden hekimler alıcıdan ve alıcıyı tedavi edenlerden bütünüyle bağımsız olmalıdır.

tartışılabilir. Bu durumda da Birliğin genel kanısı sadece acıyı dindirmek için tedavinin kesilebileceği yönünde olmuştur.

Dünya Tabipler Birliğinin 1987 yılında doğrudan ötenazi ile ilgili bir görüşü vardır. Bu görüşe göre ötenazi bir kişinin kendi isteği ya da kendisi karar veremiyorsa çok yakını olan kişiler tarafından dahi olsa yapılamaz. Ötenazi isteğinin kabul edilmesi mümkün değildir. Ancak çok ağır ve kesin ölümle sonuçlanacak hastalıkların son dönemlerinde hastanın acısını dindirmek için tedavinin kesilebileceği düşüncesi kabul görmüştür³⁹⁶.

Dünya Tabipler Birliğinin 44. Genel Kurulunda 1992 yılında kabul edilen ve hekim yardımcı intihar olarak adlandırılan hastanın hekimden öğrenerek kendini öldürmek için yardım alması da kabul görmeyen bir durum olarak nitelenmiştir³⁹⁷.

Yaşam hakkı tartışmalarında ötenazi önemli bir yer teşkil etmektedir. Yaşama hakkına sahip olunabildiği gibi ölme hakkına da sahip olunabileceği iddiaları ortaya atılmıştır. Pretty v. Birleşik Krallık Kararı'nda³⁹⁸ ötenazi ve ölme hakkı kavramları ortaya atılmış ve kişinin yaşam hakkını tanıyan ulusal ve uluslararası metinlerden yola çıkarak aynı zamanda ölme hakkına da sahip olduğu iddia edilmiştir. Bu hakkın tanınmamasının da yaşama hakkını ihlal ettiği ileri sürülmüştür³⁹⁹. Bu noktada Mahkeme yaşama hakkının negatif yorumunun olmayacağını ifade etmiştir⁴⁰⁰. Ötenazi konusunda dünyada da bir mutabakat sağlanamamış olsa da ulusal olarak ötenaziye izin veren ülkeler bulunmaktadır. Ancak bu ülkeler sınırlı sayıda kalmıştır. Uluslararası karar mercileri ve kurumların ise ötenaziye izin verme düşüncesi olmadığı gözlemlenmektedir. Bu konudaki tartışmalar uzun süre devam edecektir ancak tıbbın gelişmesi ile birlikte tartışmaların farklı yönlere evrilebileceği de unutulmamalıdır.

³⁹⁶ Gül Altay, **Nitelikli Yaşam İçin Ötenazi**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2005, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 84.

³⁹⁷ Altay, **a.g.e.**, s.83.

³⁹⁸ AİHM Pretty v. Birleşik Krallık Kararı., no: 2346/02. <https://hudoc.echr.coe.int>. E.T: 17.07.2018.

³⁹⁹ Cengiz, **a.g.m.**, s.401-402.

⁴⁰⁰ AİHM Pretty v. Birleşik Krallık Kararı., no: 2346/02. § 38. <https://hudoc.echr.coe.int>. E.T: 17.07.2018.

3.6. Ölüm Cezası

Ölüm cezası sıkça tartışılan ve tartışılmaya da devam eden bir konudur. Bu konuda uluslararası yaklaşım giderek ölüm cezasının ortadan kaldırılmasına yöneliktir. İHEB'den itibaren insan hakları noktasında önemli adımlar atan uluslararası camia ölüm cezası konusunda da ciddi girişimlerde bulunmuştur.

Ölüm cezasını bölgesel olarak ortadan kaldırma girişimi AİHS ile olmuştur. AİHS'nin 6 no'lu protokolü ile ölüm cezasının sözleşmeye üye olan devletlerde kaldırılması hedeflenmiştir⁴⁰¹. Bu Protokol 28.04.1983 tarihinde kabul edilmiştir. İlk maddesinde “*Ölüm cezası kaldırılmıştır. Hiç kimse bu cezaya çarptırılamaz ve idam edilemez*” ifadesi yer bulmuştur. Bu ifadeden ölüm cezasının verilmesinin ve infaz edilmesinin yasaklandığını anlamaktayız. Bu Protokolün 2. maddesinde ise ölüm cezasının istisnası olan savaş zamanında verilen ölüm cezaları yer almaktadır. Buna göre “*Bir devlet, yasalarında savaş veya yakın savaş tehlikesi zamanında işlenmiş olan fiiller için ölüm cezasını öngörebilir; bu ceza ancak yasanın belirlediği hallerde ve onun hükümlerine uygun olarak uygulanabilir. İlgili devlet, söz konusu yasanın bu duruma ilişkin hükümlerini Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne bildirir.*” İstisna olarak düzenlenmiş olsa da savaş veya yakın savaş tehlikesi hallerinde ölüm cezası verilebileceği ve uygulanabileceği anlaşılmaktadır. Bu durumun keyfi olarak kullanılmasını engellemek adına ise devletler yasalarında bu hallerin nasıl düzenlendiğini Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine bildirme yükümlülüğü altına girmişlerdir. Ancak buna rağmen kriterleri belirlemede söz sahibi devlet olduğundan dolayı tartışmalı bir konu haline gelebilecektir. Protokol'ün 3 ve 4. maddelerinde ise bu protokol'ün askıya alınamayacağı ve çekince koyulamayacağı ifade edilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ek 13 no'lu protokol ölüm cezasının kaldırılması hususunda ortaya çıkmış en ciddi belgedir diyebiliriz. *Ölüm Cezasının Her Durumda Kaldırılmasına Dair Protokol* olarak tanımlanmıştır. Protokolün gerekçesi olarak ise AİHS'ne ek 6 no'lu protokolde ifade edilen savaş ve yakın savaş tehlikesi hallerinde kabul edilen ölüm cezasını da ortadan kaldırmak gösterilmiştir.

⁴⁰¹ Gören, a.g.m., s.73.

Askıya alma ve çekince kabul etmeksizin Protokole imza atan her devlet ölüm cezasını kaldırmak zorundadır. Bu protokol ile birlikte ölüm cezasını tamamen ortadan kaldırmak için bir adım atılmış olmaktadır. Dünyada uygulanan bir yöntem olsa da AİHS'ne taraf devletlerin ölüm cezasını kaldırmış olması önemli bir başlangıç ve büyük bir başarı olarak kabul edilmelidir.

Ölüm cezasının kaldırılması için yapılan ve tüm dünyayı kapsayan girişim BM'nin öncülüğünde ortaya çıkan *Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'ne ek ikinci ihtiyari protokoldür*. BM Genel Kurulunda 15 Aralık 1989 yılında kabul edilmiştir. Bu Protokolün girişinde ulaşılmak istenen amacı ifade eden ve ölüm cezasının yaşama hakkının önüne geçtiğini gösteren ifadeler vardır⁴⁰². BM'in başını çektiği İHEB'i temel alan ve daha sonra kapsamlı bir biçimde ele alınan KSHS ile yaşama hakkının korunması konusunda ciddi çabalar ortaya çıkmıştır. Ancak yaşama hakkını ortadan kaldıran ölüm cezası konusunda atılan adımlar daha sonra gerçekleşmiştir. Bunun sebebi uluslararası toplumun ölüm cezasının kaldırılmasına henüz hazır olmaması idi. Dini sebeplerin yanı sıra vatan hainliği ya da ölüm cezasını gerektirecek diğer suçların varlığı ve bu suçların cezası olarak ölüm cezasını talep eden halklar dolayısıyla bu kuralların koyulması gecikmiştir. Dünyada ölüm cezasının tamamen ortadan kaldırılması hala mümkün gözükmemektedir.

Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'ne Ek 2. İhtiyari Protokol'ün aşağıdaki maddeleri de ölüm cezasının kaldırılmasıyla ilgilidir:

“Madde 1

1. Bu Protokole Taraf bir Devletin egemenlik alanında bulunan hiç kimse idam edilemez.

⁴⁰² “Bu Protokole Taraf Devletler, Ölüm cezasının kaldırılmasının insan onurunun yüceltilmesine ve insan haklarının giderek gelişmesine katkıda bulunacağına inanarak, 10 Aralık 1948 tarihinde kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 3. maddesi ve 16 Aralık 1966 tarihinde kabul edilen Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 6. maddesini hatırlatarak, Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 6. maddesinin, kaldırılmasının istendiğini güçlü biçimde tavsiye edecek şekilde ölüm cezasının kaldırılmasından söz ettiğini göz önüne alarak, Ölüm cezasının kaldırılmasına ilişkin bütün tedbirlerin yaşama hakkının kullanılmasına bir ilerleme olarak kabul edileceğine ikna olarak, Bu vesileyle ölüm cezasının kaldırılmasına ilişkin uluslararası bir yükümlülük altına girmeyi arzularak, Aşağıdaki hükümlerde anlaşmışlardır.”

2. Her bir Taraf Devlet, kendi egemenlik alanı içinde ölüm cezasını kaldırmak için gerekli bütün tedbirleri alır.”

Bu ifadelerden bu Protokole taraf olan devletlerin egemenlik alanında yaşayan kişilerin hiçbir şekilde idam edilemeyecekleri anlamı çıkarılamamaktadır. Devletlere ölüm cezasını kaldırma yükümlülüğü verilmiş olsa da yine 2. maddede savaş halleri istisna tutulmuştur. 2. maddede savaş halleri istisna olmak üzere bu Protokole çekince koyulamayacağı ifade edilmiştir⁴⁰³. Protokol'ün 2. Maddesi'nin 1. fıkrasında savaş zamanı ölüm cezası verilebileceği ve infaz edilebileceği ifadesi bulunmaktadır.

Bölgesel olarak ölüm cezasını kaldırmayan ancak yaşama hakkı içerisinde sınırlama ve düzenleme yapan Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi⁴⁰⁴ de önemli bir metindir. Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi'nin yaşama hakkını düzenleyen 4. maddesinde ölüm cezasının hangi şartlarda ortaya çıkabileceği düzenlenmiştir⁴⁰⁵.

Bu sözleşme ölüm cezasını kaldırmak için bir girişimde bulunmamış ancak ölüm cezasının varlığı halinde dahi hangi kurallar çerçevesinde uygulanacağını ifade etmiştir. Hatta yaşama hakkı bağlamında ölüm cezasını en geniş ele alan metindir. Kaldırılması halinde tekrar yürürlüğe giremeyeceği ifadesi ve belli yaş sınırları

⁴⁰³ KSHS'ye Ek 2. İhtiyari Protokol:

Madde 2/1: Bu Protokolü onaylama ve Protokole katılma sırasında konulan, savaş sırasında işlenen askeri nitelikteki çok ciddi suçlar için verilen mahkûmiyet kararına uygun olarak savaş zamanında ölüm cezasının infazını öngören çekince dışında, bu Protokole konulan herhangi bir çekince kabul edilemez.

⁴⁰⁴ Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi (San Jose Paktı), imza: 22/11/1969, yürürlük: 18/07/1978.

⁴⁰⁵ Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi

Madde 4 Yaşam Hakkı:

1. Her kişinin yaşamına saygı gösterilmesine hakkı vardır. Bu hak, genel olarak, gebe kalma anından başlayarak, yasa ile korunacaktır. Hiç kimse yaşamından keyfi olarak yoksun bırakılamayacaktır.

2. Ölüm cezasını kaldırmamış olan ülkelerde, bu cezaya sadece, çok ciddi nitelikli suçlar için ve suçun işlenmesinden önce yürürlüğe konmuş olup bu tür cezayı öngören yasa uyarınca ve yetkili bir mahkeme tarafından nihai bir karar verilmiş olması halinde hükmedilebilir. Bu cezanın uygulanması halihazırda bu cezanın uygulanmadığı suçları kapsayacak şekilde genişletilemeyecektir.

3. Ölüm cezası, bu cezayı kaldıran devletlerde yeniden yürürlüğe konmayacaktır.

4. Ölüm cezası hiçbir halde, siyasal suçlar ya da bunlarla bağlantılı ortak suçlar için verilmeyecektir.

5. Ölüm cezası suçun işlendiği zaman 18 yaşın altında ya da 70 yaşın üstünde olan kişilere verilmeyecek ve gebe kadın üzerinde uygulanmayacaktır.

6. Ölüm cezasına mahkûm edilen her kişinin, her vakada kararlaştırılabilecek olan, affedilme, bağışlanma ya da cezanın hafifletilmesi için başvuruda bulunma hakkı olacaktır.

belirtmiş olması önemlidir. Ayrıca siyasi suçlara ölüm cezasını men etmesi de çok önemli bir girişim olarak kabul edilebilir.

3.7. Organ ve Doku Nakli

İnsan manevi olarak büyük bir değere sahip olduğundan dolayı haklara sahiptir. Ancak bu hakların kullanılmasının bir şartı da maddi yeterlidir. Maddi yeterlilikten kastedilen ekonomik olabileceği gibi fiziksel yeterlilik de olabilir. Bu bölümde de insan sağlığı için önemli bir konu olan organ ve doku nakli konusuna değinilecektir. Organ ve doku nakli insan sağlığı için ciddi derecede önemli bir konu haline gelmiştir. Tıbbın gelişmesi ile birlikte başarılı organ nakilleri yapılmıştır. Ancak organ naklinde meydana gelen bazı suiistimaller neticesinde bu uygulamanın kurallara tabi olması gerektiği anlaşılmaktadır.

Bu konuda evrensel bazda bir sözleşme bulunmamaktadır. Bölgesel bazda ise Avrupa Konseyi'nin 4 Haziran 1997 yılında imzaya açtığı "*Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi*" bulunmaktadır. Sözleşme 1. maddesinden itibaren insana ve insan onuruna verilen değeri vurgulamaktadır. Sözleşmenin 6. bölümü "*Nakil Amacıyla Canlı Vericiden Organ ve Doku Alınması*" başlığını taşır. Bu bölümde organ ve doku nakli ile ilgili düzenleme yapılmıştır.

Organ ve doku nakli İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 19. ve 20. maddelerinde düzenlenmiştir. Düzenleme canlıdan organ ve doku nakli olduğundan dolayı rıza önemli bir şart olmuştur. Ölüden organ bulunamaması halinde canlıdan organ alınabileceği de ifade edilmiştir. Ayrıca rızanın resmi makam önünde sözlü veya yazılı olarak verilmesi gerekmektedir⁴⁰⁶.

Tıbbi zorunluluklar dışında organ ve doku alışverişi yasaklanmıştır. Bu yasak genel bir kabuldür. Ancak ABD gibi bazı ülkelerde tırnak, saç, kan gibi materyallerin satışı serbesttir. İnsanın biyolojik materyallerinin alım satım konusu olması tartışmalı

⁴⁰⁶ Zeynep Kıvılcım Forsman, "Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi", **İnsan Hakları Yılığ**, Cilt 21-22., 1999-2000., ss. 95-107, s. 101.

bir alan haline gelmektedir. Fakat genel olarak bu materyallerin alınıp satılamayacağı kanısı mevcuttur⁴⁰⁷.

ABD organ ve Doku nakli konusunda öncü olan ve bu konuda yasa çalışması yapan ilk devlettir 1947'den beri organ ve doku nakli operasyonları yapılmaktadır. 1968 tarihli Amerikan Hukuk Enstitüsü taslağından faydalanılarak bir organ nakli yasası çıkarılmıştır. 1984 yılında yürürlüğe giren bu yasa ile ölüden organ alımı yasalaşmış, organ ticareti ise yasaklanmıştır⁴⁰⁸. Canlıdan organ alınması ise ilk defa yukarıda bahsettiğimiz gibi Avrupa Konseyi Sözleşmesi ile gerçekleşmiştir.

Organ ve doku ticareti ise dünyada kesinlikle kabul görmeyen bir uygulamadır. Ancak Avrupa Konseyi, 1978 yılında verdiği bir kararında vericinin uğradığı zararları telafi edecek kadar ücretin makul görülebileceğini belirtmiştir. Amaç organ veren kişinin sıkıntı ve üzüntü çekmesinin önüne geçmektir. Daha fazla bir amaç güdülmesi kabul görmemiştir⁴⁰⁹. Bu konuda organ, doku veya diğer materyallerin mülkiyeti ile ilgili de tartışmalar bulunmaktadır. ABD hukukuna göre vücuttan ayrılan parçalar üzerinde sahiplik iddiası ortaya atılmamışsa artık o materyaller üzerinde mülkiyet olmadığı düşünülmektedir⁴¹⁰.

Canlıdan organ naklinde istisnai olarak kazanç sağlanabilen ülkelerden birisi İran'dır. İran'da organ vermek isteyen kişi gerekli kurumlara başvurur ve organını verir ise devlet tarafından mükafatlandırılır. Bu mükafatlandırma hem para hem de onurlandırma şeklinde olmaktadır⁴¹¹.

Son olarak Avrupa Konseyi biyolojik materyallerin bilimsel çalışmalarda kullanılması ile ilgili 2002 yılında bir görüş belirtmiştir. Buna göre kişinin biyolojik materyallerinin kullanılması ancak kişinin haklarına yeteri kadar saygı gösterilirse mümkündür. Bu haklardan en çok önemseneni insan onuru ve özel hayatın gizliliğidir. Bunlar korunmadan bilimsel deney için dahi olsa izin verilmesi mümkün değildir.

⁴⁰⁷ Zengin, **a.g.m.**, s.159.

⁴⁰⁸ Koçak Süren, **a.g.m.**, s. 182.

⁴⁰⁹ Koçak Süren, **a.g.m.**, s. 190.

⁴¹⁰ Zengin, **a.g.m.**, s.161.

⁴¹¹ Koçak Süren, **a.g.m.**, s. 190.

AİHS'nin 8. maddesinde korunan özel hayatın gizliliği ile de doğrudan bağlantı kurulabilecektir⁴¹².

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde organ ve doku nakli ile ilgili kendisine başvurulmuş davalarda 8. maddenin ihlali yönünden değerlendirmelerini yapmıştır. Elberte v. Letonya ve Petrova v. Letonya kararlarında bu husus göze çarpmaktadır. Petrova v. Letonya kararında başvuruçunun oğlu trafik kazasında yaralanmış ve hastanede hayatını kaybetmiştir. Başvuruçunun rızası olmadan da ölen oğlunun organları alınmıştır. Mahkeme 8. maddenin yani özel yaşama ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Elberte v. Letonya kararında ise başvuruçunun eşi hayatını kaybetmiştir. Başvuruçunun haberi olmadan hayatını kaybeden eşten doku alınmış ve Almanya'da bir kuruma gönderilmiştir. Hatta başvuruçuya doku alındıktan sonra da haber verilmemiştir. Başvuruçucu bu olayı iki sene sonra tesadüfen öğrenmiş ve dava açmıştır. Mahkeme kararında hem 3. maddenin⁴¹³ hem de 8. maddenin⁴¹⁴ ihlal edildiğine karar vermiştir.

3.8. Hadım (Kastrasyon)

II. Dünya Savaşı öncesi ve süresince yapılan insanlığa aykırı uygulamalar neticesinde dünyada insan haklarının gerçekleştirilmesi noktasında ciddi adımlar atılmıştır. Bu adımların en başında da insan sağlığı ve bütünlüğü gelmektedir. Yaşanan süreçte insanlara ciddi eziyetler yapılmış hem maddi hem manevi olarak insan onuruna aykırı uygulamalar meydana gelmiştir. Bunun önüne geçmek amacı ile çeşitli evrensel beyannameler ve sözleşmeler ortaya çıkmıştır. Bu belgelere taraf olan devletler insan hakları noktasında kendisini bu metinlere bağlamış olmaktadır. İHEB'de insanlara zalimce muamelelerde bulunulamayacağı haysiyetine dokunulamayacağı ve zalimce davranışlarda bulunulamayacağı ifade edilmiştir⁴¹⁵.

Avrupa'da hadımın bir ceza olarak uygulaması XX. yüzyılın başlarında yasal olarak düzenlenmiştir. Cerrahi hadım yöntemi kullanılarak, cinsel suçluların

⁴¹² Zengin, **a.g.m.**, s.163-164.

⁴¹³ AİHM Elberte v. Letonya Kararı., no: 61243/08., § 143. <https://hudoc.echr.coe.int>. E.T: 17.07.2018.

⁴¹⁴ AİHM Elberte v. Letonya Kararı., no: 61243/08., § 117. <https://hudoc.echr.coe.int>. E.T: 17.07.2018.

⁴¹⁵ Küçük **a.g.m.**, s. 309.

dürtülerini azaltmak amacıyla bu yöntem uygulanmıştır. Yüzyılın sonlarına doğru ise cerrahi hadımdan uzaklaşarak kimyasal hadım yöntemine geçiş başlamıştır. Bütün bunlara ek olarak da psikolojik destek uygulaması yaygınlaştırılmaya çalışılmıştır. Günümüzde Avrupa hadım uygulamasını mümkün olduğunca ortadan kaldırma eğilimindedir ve daha çok psikolojik çözümler bulma çabası içine girilmiştir⁴¹⁶.

Amerika Birleşik Devletleri'nde ise dokuz eyalette cinsel suçlardan mahkûm olanlar için kimyasal kastrasyon düzenlemesi yapılmıştır. İlk olarak Kaliforniya eyaletinde bu düzenleme hayata geçmiştir. İki defa on üç yaşından küçüklere cinsel istismarda bulunan bir kişiye bu uygulamanın yapılacağı yasal olarak düzenlenmiştir. Ancak mahkeme kararı ile ilk kez istismarda bulunanlara da bu uygulama yaptırılabilir⁴¹⁷.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesi de kastrasyon uygulaması ile aynı çerçevede değerlendirilebilir. *“Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemlere tâbi tutulamaz.”* Bu maddede yer alan insanlık dışı ceza ve onur kırıcı muamele tabirlerini hadım uygulamasıyla birlikte düşünmek gerekecektir. Buradan hareketle hadım uygulamasının bu kapsama girip giremeyeceği tartışılabilir. Hadım uygulaması gönüllü olarak yapılıyor ise gerekli denetimin yapılması şartı ile bunda bir sorun ortaya çıkmayacaktır⁴¹⁸. Ancak cinsel istismar suçlarının zorunlu hadım edilmesi konusu tartışmalara yol açmaktadır. Zorunlu hadımın kişinin vücut bütünlüğüne isteği dışında müdahale olması ve bunun kişi dokunulmazlığını ihlal ettiği unutulmamalıdır. Kişi dokunulmazlığını ihlal eden bir durumun uygulanabilir olması mümkün değildir ve insanlık dışı ceza kapsamına girebilecektir.

⁴¹⁶ Çakan **a.g.m.**, s.18-19.

⁴¹⁷ Yenidünya, Yaşar, **a.g.m.**, s. 360.

⁴¹⁸ Bu durumda dahi belli kriterlerin göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Örneğin Alman Gönüllü Kastrasyon Yasasının 2.maddesinde kastrasyonun şartları yer almaktadır. Bu yasaya göre rızanın varlığı şarttır. Ayrıca kişinin cinsel isteklerinde bir anormallik olduğunun tespiti gerekir. Kişinin de 25 yaşının üstünde olması zorunludur. Bu koşulların varlığı halinde tıp biliminin ulaştığı son noktanın da bu uygulamayı uygun görmesi gerçekleşir ise bu uygulama hayata geçirilebilecektir.

3.9 Bilimsel ve Tıbbi Deneylere Tabi Tutulma

Hadım meselesinde olduğu gibi bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulma meselesinde de II. Dünya Savaşı sonrası belirleyici bir dönem olmuştur. Bunun sebebi Nazi Almanya'sı döneminde ortaya çıkan ve insan hakları gözetilmeksizin yapılan bilimsel ve tıbbi deneylerdir. Bu dönemde insan hakları gözetilmeksizin ve izin alınmaksızın insan ve hayvanlar üzerinde deneyler yapılmıştır. Bunun sonucu olarak ciddi kazanımlar elde edilmiş olsa da bu kabul edilemez bir durumdur ve insanlık dışı deneyleri ortadan kaldırmak için savaş sonrası ciddi uğraşlar verilmiştir.

II. Dünya Savaşının akabinde Nazileri yargılamak için Nüremberg Duruşmaları yapılmıştır. Bu yargılamalar sırasında da bilimsel ve tıbbi araştırmalar için etik kurallar ortaya çıkmıştır. Bu kurallar “Nüremberg Kodu” adıyla bilinmektedir. Bu kodun on ilkesi mevcuttur:

1. *“Deneye konu olan insanın deney için rızası kesinlikle gereklidir.*
2. *Deneyde amaçlanan sonuç toplumun yararına olmalı, başka çalışma ve yöntemlerle sonuç alınamayacak olmalı, gelişigüzel ya da gereksiz bir deney olmamalıdır.*
3. *Deney düzenlenirken hayvan deneyleri temel alınmalı ve tarihsel bilgi ışığında problemin çözümüne yönelik çalışmalar yapılmalıdır. Beklenen sonuçlar da bahsedilen bilgi ve deneyimin üzerine kurulmalıdır.*
4. *Deneylerde maddi ve manevi acıların meydana gelmesinden kaçınılması şarttır.*
5. *Deney sırasında ölüm ya da sakatlanma ihtimali var ise bu deneylerden kesinlikle kaçınılmalıdır. Sadece hekimlerin de bu deneylere katılması halinde bir istisna uygulanabilecektir.*
6. *Yapılan deneyin sonucunda ortaya çıkacak sonuç gerçekten insanlığa faydalı olmalıdır. Bunun dışında bir sonuç tahmin ediliyorsa deney yapılmamalıdır.*
7. *Yaralanma, sakatlanma veya ölümün önlenmesi için deneyden önceki hazırlıkların tam olması şarttır. Kullanılan malzeme ve araçların eksik olmaması ve deney için elverişli olması gerekmektedir.*

8. *Deneyi gerçekleştirecek olanlar bu işin ehli olmalıdırlar. Bu deneyleri gerçekleştirecek kişilerin bu deneyi yapabilecek kapasiteleri ve özverileri olmalıdır.*

9. *Deney boyunca deneye konu olan insan deneğinin deneyi sonlandırma hakkı vardır. Bu kararı deneğin kendisi vermektedir.*

10. *Deneyi yapan bilim adamı bu süreçte ortaya çıkabilecek farklı durumlara karşı önlemler alabilecek, gerekirse deneyi sonlandırma kararı verebilecek nitelikte ve kararlılıkta olmalıdır⁴¹⁹.*”

1964 Helsinki Bildirgesi de uluslararası bir belge olarak önemli kabul edilmektedir. Araştırmalarda uygulanan yöntemlerde olması gereken bilimsel zorunluluklar bu belgede önemli bir yer teşkil etmektedir:

1. *“Bilimsel araştırma, bilimin kurallarına uyularak ve insan deneylerinden önce laboratuvar ve hayvan deneyleri ile yapılmış olarak ortaya çıkmalıdır.*

2. *Bilimsel araştırmalar alanında yetkin kişiler tarafından hayata geçirilmelidir.*

3. *Deneyin sonucunda elde edilmesi beklenen sonuç ile alınan risk arasında bir denge olmalıdır. Toplumun ve bilimin kazancından önce deneğin sağlığı ve psikolojisi düşünülmelidir.*

4. *Bilimsel araştırma sırasında deneğin özel hayatının gizliliği korunmalıdır.*

5. *Bilimsel araştırmayı yapan kişi deneyin yarardan çok zarar getireceğini fark ettiği an deneyi sonlandırma kapasitesine sahip olmalı ve bunu hemen uygulamalıdır.*

6. *Araştırma sonucunda elde edilen bulgular doğru bir biçimde yayınlanmalıdır.*

7. *Bilimsel araştırma insan üzerinde icra edilmiş ise bu araştırmayı bağımsız bir kurum denetlemelidir⁴²⁰.*”

⁴¹⁹NürembergKodu:<http://wayback.archiveit.org/4657/20150930181802/http://www.hhs.gov/ohrp/archive/nurcode.html>. E.T: 12.07.2018.

⁴²⁰ Dünya Tabipler Birliği 1964

Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesinin 7. maddesinden de kişinin rızası olmaksızın kişi üzerinde bilimsel veya tıbbi deney yapılamayacağı vurgulanmıştır. Daha önce bahsettiğimiz 1997 tarihli Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi⁴²¹ de bağlayıcı bir sözleşme olarak bilimsel ve tıbbi deneyler bakımından önemli düzenlemeler içermektedir. Sözleşmenin 15, 16, 17 ve 18. maddelerinde bilimsel araştırmanın konusu olan insanın korunması ile ilgili kurallar yer almaktadır.

Helsinki Bildirgesi. Aktaran: Özgür Kasapçopur, “Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği”, **Cerrahpaşa Tıp Dergisi**, yıl 2007, sayı:38. ss. 161-165., s. 163.

⁴²¹ Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi:

Madde 15. (Genel kural)

Biyoloji ve tıp alanında bilimsel araştırma, bu sözleşme hükümlerine ve insan varlığının korunmasını güvence altına alan diğer yasal hükümlere bağlı kalmak kaydıyla, serbestçe yapılabilir.

Madde 16. (Üzerinde araştırma yapılan kişilerin korunması)

Bir kimse üzerinde araştırma, ancak aşağıdaki şartların tümünün yerine getirilmesi halinde yapılabilir:

- i) insanlar üzerindeki araştırmayla karşılaştırılabilir etkinlikte başka bir seçeneğin bulunmaması;
- ii) araştırmaya konu olan şahsın maruz kalabileceği tehlikelerin, araştırmanın beklenen yararlarıyla oransız olmaması;
- iii) araştırma projesinin bilimsel değerinin, araştırma amacının öneminin değerlendirilmesi ve etik bakımdan kabul edilebilirliğinin çok disiplinli bir gözden geçirmeye tâbi tutulması dahil, yetkili bir kurum tarafından bağımsız bir şekilde incelenmeden sonra onaylanmış olması;
- iv) üzerinde araştırma yapılan kişilerin, korunmaları için kanun tarafından öngörülen hakları ve güvenceleri hakkında bilgilendirilmiş olmaları;
- v) 5. Maddede öngörülmüş bulunan muvafakatin açıkça ve belirli bir şekilde verilmiş olması ve bunun belgelendirilmiş bulunması. Bu muvafakat her zaman serbestçe geri alınabilir.

Madde 17. (Araştırmaya muvafakat etme yeteneği olmayan kişilerin korunması)

1. 5. Maddede belirtildiği şekilde muvafakatini açıklama yeteneği bulunmayan bir kimse üzerinde araştırma ancak, aşağıdaki şartların tümünün yerine getirilmesi halinde yapılabilir:

- i) Madde 16 alt paragraf (i)'den (v)'e kadar olan şartların gerçekleşmiş olması;
- ii) araştırmanın sonuçlarının ilgilinin sağlığı üzerinde gerçek ve doğrudan yarar sağlama beklentisinin bulunması;
- iii) muvafakat etme yeteneği bulunan bireyler üzerinde karşılaştırılabilir nitelikte bir etkinlik doğuracak bir araştırmanın yapılamaması;
- iv) Madde 6'da öngörülen gerekli iznin belirli ve yazılı olarak verilmiş bulunması ve
- v) ilgili kişinin itirazda bulunmaması.

2. Araştırmanın ilgilinin sağlığı üzerinde doğrudan yararlı sonuçlar sağlayacağı beklentisinin bulunmadığı durumlarda, istisnai olarak ve kanun tarafından öngörülen koruyucu şartlar altında, söz konusu araştırmaya, yukarıda 1. paragraf ve alt paragraf (i), (iii), (iv) ve (v)'de öngörülen şartlarla birlikte aşağıdaki ek şartların da bulunması halinde izin verilebilir:

- i) araştırmanın, hastanın sağlık durumu, hastalığı veya rahatsızlığı hakkındaki bilimsel bilginin önemli derecede geliştirilmesine katkıda bulunma yoluyla, ilgili kişiye veya aynı yaş grubunda olan veya aynı hastalık ya da rahatsızlığa yakalanmış bulunan veya aynı durumda olan diğer kimselere yarar sağlamaya elverişli nihai sonuçlara ulaşılması amacını taşıması;
- ii) araştırmanın, ilgili kişi bakımından sadece asgarî bir tehlike ve asgarî bir külfeti gerektirmesi

Madde 18. (Tüpte embriyonlar üzerinde araştırma)

1. Hukukun embriyon üzerinde tüpte araştırmaya izin vermesi halinde, embriyon için uygun koruma sağlanacaktır.

2. Sadece araştırma amaçlarıyla insan embriyonlarının yaratılması yasaktır.

XX. yüzyılın ortalarından itibaren insan hakları düşüncesinin getirdiği en büyük yeniliklerden biri de bilimsel ve tıbbi deneylerin insaniliği konusunda olmuştur. Daha önceleri bir şekilde zor durumda olan insanlara rızaları olmaksızın bu tarz işkenceler yapılmakta idi. Bunları da göz önüne alarak yarım yüzyılı aşkın bir süredir bilimsel ve tıbbi deneylerin etik ve insani boyutları ciddi derecede iyileştirilmiştir. Yukarıdaki metinler de bu gelişimin örnekleri olarak durmaktadır. Bu kriterleri göz önüne alarak bilimsel ve tıbbi çalışmalar yapmak gerektiği bütün dünya tarafından benimsenmiştir.

3.10. Uluslararası Hukukta Kölelik Yasağının Temelleri

Dünyada kölelik karşıtlığı köleliğin varlığıyla beraber ilerlemiş ve bu şekilde binlerce yıl kölelik ve karşıtlığı devam etmiştir. Ancak kölelik karşıtlarının ciddi derecede etkili olduğu dönem XVIII. yüzyıl sonrasındır. Uluslararası iletişim ve etkileşimin arttığı bu dönemden itibaren tartışmalar farklı bir boyut kazanmıştır.

Köleliğin tamamen ortadan kalkmasından önce köle ticaretinin sınırlanması ve yasaklanması tartışmaları başlamıştır. Köleliği tamamen kaldırmanın bir hazırlığı olsa da köleliğin tamamen kalkmasına dünya hemen hazır olamamıştır.

1815 yılında Viyana Kongresi akabinde köle ticareti Avrupa’da yasaklanmaya başlamıştır⁴²². Köle ticaretinin ortadan kaldırılması süreci de kısa ve kolay bir süreç olmamıştır. Bu süreçlerin tamamlanmasından sonra da köleliğin yasaklanması aşamasına geçilmiştir. Köleliğin yasaklanmasıyla ilgili birçok belge mevcuttur ancak uluslararası alanda ilk ciddi belge 1926 tarihli Milletler Cemiyetinin ortaya çıkardığı köleliğin kaldırılması anlaşmasıdır. Buna göre devletler mümkün olduğu derecede köleliği kaldırma yükümlülüğü altına girmişlerdir. Bu anlaşmada dahi kölelik hemen kaldırılmamış, mümkün olduğunca hızlı kalkması tavsiye edilmiştir⁴²³.

İHEB’nin 4. maddesinde “*Hiç kimse kölelik veya kulluk altında bulundurulamaz; kölelik ve köle ticareti her türlü şekliyle yasaktır.*” ifadesi bulunmaktadır. Bu ifadeden anlaşıldığı şekilde istisnası olmayan bir durum ortaya

⁴²² Üçok, Mumcu, Bozkurt, a.g.e., s.106.

⁴²³ Tahiroğlu, a.g.m., s.675.

çıkarılmıştır. Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesinin 8. maddesinde de kölelik yasağı düzenlenmiştir:

“Madde 8- Kölelik Yasağı 1. Hiç kimse köle olarak tutulamaz; her türlü kölelik ve köle ticareti yasaktır. 2. Hiç kimse kul olarak tutulamaz. 3. a) Hiç kimse zorla çalıştırılmaz veya zorunlu çalışmaya tabi tutulamaz; b) Bu fıkranın a bendi, bir suçla karşılık hapisle birlikte ağır işte çalıştırma cezasının verilebildiği ülkelerde, yetkili bir mahkeme tarafından böyle bir cezanın verilmesi sonucunda ağır işte çalıştırmaya engelleyici sayılamaz; c) Aşağıdaki haller, bu fıkra bakımından, zorla çalıştırma veya zorunlu çalışma sayılmaz: (i) Bir mahkemenin hukuka uygun bir kararın sonucu olarak hapsedilen bir kimseden veya böyle bir hapislikten şartla salıverilmiş bir kimseden şartlı tahliye süre için normal olarak istenen ve b bendi kapsamına girmeyen bir iş veya hizmet; (ii) Askeri nitelikteki bir hizmet ve inanç nedeniyle askerlik hizmetine katılmama hakkının tanındığı ülkelerde vicdani retçilerden hukuken yerine getirmeleri istenen bir kamu hizmeti; (iii) Toplumun yaşamını veya iyiliğini tehdit eden olağanüstü bir durum veya felaket halinde yapılması emredilen bir hizmet; (iv) Normal vatandaşlık yükümlülüklerinin bir parçasını oluşturan bir iş veya hizmet.” Bu ifadelerden de anlaşıldığı üzere köleliğin mümkün olduğu bir durumun ortaya çıkması kesinlikle istenmemiştir. Ancak devletin bazı ihtiyaçları dahilinde kişileri zorunlu çalıştırmaya tabi tutmasının mümkün olduğu da bu sözleşmede yer alan ayrı bir durumdur.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 4. maddesi de KSHS'nin 8. maddesinde yer alan düzenlemeye benzer şekilde ifade edilmiştir:

“Madde 4 – Kölelik ve zorla çalıştırma yasağı

1. Hiç kimse kul ya da köle olarak tutulamaz.

2. Hiç kimse zorla çalıştırılmaz veya zorunlu çalışmaya tabi tutulamaz.

3. Aşağıdaki haller bu madde bakımından zorla çalıştırma ya da zorunlu çalışma sayılmaz:

a) bu Sözleşmenin beşinci maddesi hükümlerine göre bir kimsenin tutulu bulunduğu sırada veya şartla tahliyelili olduğu süre içinde kendisinden yapması istenen olağan bir iş;

b) askeri nitelikte bir hizmet veya inanç nedeniyle askeri hizmetlere katılmama hakkının tanındığı ülkelerde zorunlu askeri hizmet yerine yüklenen başka bir hizmet;

c) toplumun yaşamını veya huzurunu tehdit eden olağanüstü bir durum veya bir felaket halinde yüklenen bir hizmet;

d) normal yurttaşlık yükümlülüklerinin bir parçası olan bir iş veya hizmet.”

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde de kölelik ve zorla çalıştırma sayılamayacak durumlar ifade edilmiştir. Uluslararası belgeler köleliği bu şekilde tanımlamış ve bitirme girişimlerinde bulunmuştur. Yukarıda bahsi geçen sözleşmeler ve bildirgeler neticesinde günümüzde kölelik kurumunun ortadan kalktığını söylemek mümkündür. Ancak klasik köleliğin ortadan kalkması demek gerçek manada insan sömürsünün ortadan kalktığını kanıtlamamaktadır. “Modern Kölelik” olarak ifade edilebilecek uygulamalar mevcuttur. Fuhuş köleliği, insan ticareti, zorla çalıştırma, çocukların çalıştırılması veya istismar edilmesi, zorla çalıştırma gibi işler köleliğin modern biçimleri olarak tanımlanmışlardır⁴²⁴.

Avrupa'da köleliğin olamaması neticesinde AİHM kararlarında da 4. maddeyi dayanak alan kararların olmaması gerekirdi. Ancak yukarıda bahsettiğimiz “modern kölelik” tabiri ile ortaya çıkan durum neticesinde AİHM'nin 4. maddeyi dayanak aldığı kararları mevcuttur. Mesela Mahkeme insan ticareti suçunun hangi kapsama girdiğini, yani kölelik, kulluk ya da zorunlu çalışma, zorla çalıştırma kapsamına girip girmediğini incelemeksizin 4. madde kapsamına almıştır⁴²⁵.

⁴²⁴ Erkan Duymaz, “Modern Kölelik Avrupa Konseyi Hukukunda Kölelik, Kulluk ve Zorla Çalıştırma Yasakları Üzerine Bir İnceleme”, **Legal Hukuk Dergisi**, Cilt: 11, Sayı: 123, Mart 2013, ss. 67-104., s. 69.

⁴²⁵ AİHM Rantsev v. Kıbrıs Rum Kesimi ve Rusya kararı., no: 25965/04., § 282. <https://hudoc.echr.coe.int>. E.T: 17.07.2018.

Mahkeme'ye göre, modern kölelik kapsamına hangi durumların gireceği kesin sınırlarla belirlenmemiştir. Duruma göre farklılık göstermesi mümkündür. Ancak her ne olursa olsun devletin sadece negatif yükümlülüklerinin olmadığı pozitif yükümlülükleri de üstüne aldığı Mahkeme kararı ile sabittir. Yani devlet kişiyi köle yapamayacağı, zorla çalıştıramayacağı ya da benzeri işleri yaptıramayacağı gibi kendi yargılama sınırları içerisinde bu işlerin yapılmasını önleme sorumluluğuna da sahiptir⁴²⁶.

⁴²⁶ AİHM Siliadin v. Fransa Kararı., no: 73316/01., § 89., Aktaran, Doğru, Nalbant, **a.g.e.**, s. 318.

SONUÇ

Tarih insan faktörü olmadan düşünülemez. İnsan tarihi yapmış ve daha sonra da insan tanıklığında tarih yazılmıştır. Bununla birlikte insana verilen değer her zaman aynı olmamıştır. İnsan tarihin büyük bir kısmında günahkâr, köle, ikinci sınıf vatandaş olmuştur. İnsanları düşük gösteren, zor durumlara düşüren ve zulmeden de yine insanlardır. Yani insanın insana yapıp ettikleridir tarih. Bu bakımdan da kişi dokunulmazlığı incelenmesi gereken, tarihi perspektifi olan bir konudur. Tarihe bakarak gelişimini ve dönüşümünü görebiliriz.

İnsanlık tarihinin çok uzun bir bölümünde kişi dokunulmazlığı yoktur yahut yok denecek kadar az ortaya çıkmıştır. Kısmı olarak insana değer verildiği olmuştur da bu sadece yöneten-yönetilen ilişkilerinin bir enstrümanı olarak kullanılmıştır. İnsanlar özellikle dinlerle birlikte değerini bulmaya başlamıştır ancak dinlerin yorumu ve yorumcuları genellikle bunun tersi sonuçlar doğuracak tefsirlerde ve uygulamalarda bulunmuşlardır. Ortaçağın sonları ve yeniçağ ile birlikte oluşan modern hukuk kişi dokunulmazlığının ne olduğu konusunda temel kaynağımızdır. Bu çağlardan itibaren batıda kişi ve topluluklar bazı haklara sahip olduklarını ve bu hakları mücadeleyle kazanabileceklerini fark ettiler. Bu farkındalık neticesinde ortaya çıkan düşünce ve ideolojiler neticesinde modern insan hakları ve kişi dokunulmazlığının ortaya çıktığı söylenebilir.

Ortaçağ ve devamında meydana gelen hak arayışları neticesinde özellikle mülkiyet hakkı, can güvenliği, vücut bütünlüğü gibi haklar yavaş da olsa kazanılmış ve vazgeçilmez haklardan olmuşlardır. Batı hukukunda kişi hakları ve kişi dokunulmazlığı İngiliz özgürlük belgeleri ile kesin olarak kendisine yer edinmiştir. Ancak sistematik olmayan bu belgeler zamana ve ihtiyaca yönelik olarak ortaya çıkmışlardır. Amerika'nın bağımsızlığının ardından ortaya çıkan Amerikan Bağımsızlık Bildirisi ve Amerikan Anayasası sistematik olarak kişi dokunulmazlığına yer vermiştir. Hemen arkasından da Fransız devrimi neticesinde Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi kendisine yer bulmuştur. Batı hukukunda kişi hakları ve kişi dokunulmazlığını düzenleyen en önemli belgeler bunlar olmuştur. Aydınlanma

düşüncesi neticesinde meydana gelen fikirler XVII. yüzyıl ve sonrasına damga vurarak kişi haklarının evrensel hale gelmesinde başat rolü üstlenmiştir.

Kişi dokunulmazlığı ve kişi dokunulmazlığının kapsadığı kavramlar hemen oluşmuş kavramlar değildir. Tarihsel kazanımların ürünü olarak ortaya çıkan kişi dokunulmazlığının altında oluşan kavramlar zamanla oluşmuştur ve oluşmaya da devam etmektedir. Tarihi ve felsefi çerçevesi ortaya konulan kişi dokunulmazlığı çeşitli alt başlıklardan meydana gelmektedir. Bu alt başlıklar incelenerek çalışmanın temeli atılmış bulunmaktadır.

Kavram çerçevesi oluşturulan kişi dokunulmazlığını batının gözünden anladıktan sonra İslam'ın gözünden de bu kavrama bakmak gerekmiştir. İslam dininde insana verilen değerden bahsedilmiş ve Osmanlı Devleti klasik dönem hukuku özelinde de İslam'ın insan verdiği değer incelenmiştir. Can, mal, din, akıl ve nesil olarak ifade edilen beş değer İslam'ın insanda korunmasını şart gördüğü temellerdir.

Osmanlı klasik döneminden sonra ise Tanzimat dönemi gelmektedir. Bu dönem Osmanlı Devleti'nin modern batı hukukuna yaklaştığı dönem olarak tanımlanabilir. Osmanlı Devleti'nin sonuna kadar bu yaklaşma devam etmiştir. Bu yakınlaşmalar sonucunda Müslüman-Gayrimüslim ayrımı, ceza hukuku, özel hukuk, vatandaşlık statüsü, askerlik gibi kurumların yapısı değişmek durumunda kalmıştır.

Osmanlı Devleti'nin yıkılmasından sonra kurulan Türkiye Cumhuriyeti'nde ise hızlı bir şekilde yasalaşma faaliyetine girişilmiştir. Bu 1921 anayasası ile başlayan süreçte temel hak ve hürriyetler ile kişi dokunulmazlığının alanı giderek genişlemiştir. 1921 anayasası hak ve hürriyetlerin korunması noktasında düzenleme yapmamış olup aynı anda yürürlükte olan Kanun-u Esasi'nin bu konudaki düzenlemeleri ile yetinilmiştir. Diğer anayasalarımızda ise bu haklar düzenlenmiştir. Kişi dokunulmazlığı için ortaya attığımız kavramsal çerçeve Türkiye Cumhuriyeti hukuku içinde de değerlendiril konusu yapılmıştır.

Kişi dokunulmazlığı kavramını aldığımız batı hukuku aynı zamanda uluslararası anlaşma ve sözleşmelerin de temelini atmıştır. Uluslararası sözleşmeler ile kişi hakları koruma altına alınmış ve bunun sağlanması için çalışmalar yapılmıştır. Bu

hakların korunması ve daha da iyileştirilmesi için çalışmalar devam etmektedir. Oluşturulan kavramsal çerçeveden faydalanılarak uluslararası alanda kişi dokunulmazlığını koruyan belgeler ve mahkemeler ortaya konulmuştur.

Devletler ve yönetimler tarih boyunca kişi dokunulmazlığını ihlal etmişlerdir. Hatta ihlal etmenin meşru yollarını oluşturmaya çalışmışlardır. İnsanlar ve toplumlar ise buna direnmiş ve kazanmışlardır. Ancak kişi dokunulmazlığı zaaf gösterilemez haklardandır. Zaaf anında ihlallerin başlaması kaçınılmazdır. Bu sebeple kişi dokunulmazlığının korunması ve daha da geliştirilmesi elzemdir. Korunmaz ve etki alanını genişletmezse kişi dokunulmazlığı ihlalleri ortaya çıkmakta gecikmeyecektir.



KAYNAKLAR

ABADAN, Yavuz, “Tanzimat Fermanı’nın Tahlili”, **Tanzimat**, Yayına Hazırlayanlar: Halil İnalçık, Mehmet Seyitdanlıoğlu, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 5. Baskı, Kasım 2015, ss. 57-88.

AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali, **Batıda Siyasal Düşünceler**, İletişim Yayınları, 6. Baskı, 2015.

AKAD, Mehmet, **VURAL DİNÇKOL**, Bihterin, **BULUT**, Nihat, **Genel Kamu Hukuku**, Der Yayınları, 10. Baskı, İstanbul, 2014.

AKBABA, Zeynep Burcu, “Kimyasal Hadım Yönteminin Anayasaya Uygunluğu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 81, 2009, ss.1-28.

AKDOĞAN, Hüseyin, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Yaşama Hakkının Devletlere Yüklediği Yükümlülükler: Türkiye Örneği**, Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü, (yayınlanmamış yüksek lisans tezi), Ankara 2005.

AKILLIOĞLU, Tekin, “İşkencenin, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Zalimce Davranışların ve Cezaların Önlenmesi”, **İnsan Hakları Yıllığı**, **TODAİE**, S. 10-11, 1989, ss. 17-64.

AKYOL, Taha, **Türkiye’nin Hukuk Serüveni**, Doğan Kitap, 2. Baskı, İstanbul, 2015.

ALGAN, Bülent, “İşkence İle Mücadelede Yargı Organlarının Tutumu”, **Zabunoğlu Armağanı**, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara 2011, ss. 1-36.

ALTAY, Gül, “Nitelikli Yaşam İçin Ötanazi”, **İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2005.

ALTIPARMAK, Kerem, “Anayasa Mahkemesinin Zor Sorusu: İşkence ve Kötü Muamele, Ama Hangisi?”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, C. 32, 2015, ss.145-184.

ANAYURT, Ömer, “1924 Anayasası’nda Temel Hak ve Hürriyetler”, **Gazi Üniversitesi Dergisi**, C. 7, s. 1-2, Haziran-Aralık 2003, ss. 241-262.

ANAYURT, Ömer, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Kavramı”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 12, s. 1-2, 2008, ss. 421-459.

ARSAL, Sadri Maksudi, **Türk Tarihi ve Hukuk**, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 2014.

ARSLAN, Kahan Onur, “İnsan Onuru Kavramı ve Koruma Tedbirleri Bağlamında Temel Bir İlke Olarak İnsan Onurunun Korunması”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2015/120, ss.155-172.

ARTUK, Mehmet Emin, “Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukunda İntihara İkna ve Yardım Suçu”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, c. 8, 1994.

ARTUK, Mehmet Emin, **YENİDÜNYA**, A. Caner, “Ötanazi”, **Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötanazi**, der: Nur Centel, Oniki Levha Yayınları, 1. Baskı, 2011, ss.107-140.

ATEŞOĞULLARI, Kâmil, **Bir İnsanlık Suçu: Ölüm Cezası**, Belge Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2000.

AYDIN, M. Akif, **Türk Hukuk Tarihi**, Beta Yayınları, 13. Baskı, İstanbul, 2015.

AYGÖRMEZ UĞURLUBAY, Gülsün Ayhan, “İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçuna İlişkin Bazı Tespitler”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Özel Sayı, c. 1, 2015, ss. 165-206.

BAHADIR, Oktay, **Yaşama Hakkı**, Seçkin Yayınevi, 1. Baskı, Mayıs 2015.

BAYRAKTAR, Köksal, “İşkence Suçu”, **Zabunoğlu Armağanı**, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara 2011, ss.145-176.

BECCARIA, Cesare, **Suçlar ve Cezalar Hakkında**, çev: Sami Selçuk, İmge Kitabevi, 6. Baskı, Ankara, 2016.

BİRSİN, Mehmet, **İslam Hukukunda İnsan Hakları Kuramı**, Düşün Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2012.

BOZKURT, Gülnihal, “Eski Hukuk Sistemlerinde Kölelik”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, c. 38, s. 1, 1981, ss.65-103.

BULUT, Nihat, “Eski Yunan’dan Aydınlanma Çağına İnsan Onuru Kavramının Gelişimine Bir Bakış”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, c. 12, s. 3-4, 2008, ss. 1-12.

CENGİZ, Serkan, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Yaşam Hakkı”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2011/93. ss. 383-404.

COŞKUN, Vahap, **İnsan Hakları; Liberal Açından Bir Tahlil**, 2. Baskı, Liberte Yayınları, İstanbul, 2014.

ÇEÇEN, Anıl, “İnsan Haklarının Düşünsel Boyutları”, **İnsan Hakları Yıllığı**, **Türkiye Ortadoğu ve Amme İdaresi Enstitüsü**, 1982, s. 3-4, ss. 6-37.

ÇELENK, Halit, “Çağdaş Ceza Hukuku ve Ölüm Cezası”, **Mülkiye Dergisi**, c. XXIV, s. 223, ss. 14-27.

ÇOBAN, Funda, “Tıp ve Hukukun Buluşma Noktasında Biyoetik Tartışmalar”, **İnsan Hakları Yıllığı**, **TODAİE**, c. 34, 2016, ss. 21-42.

Funda Çoban, “Bir İnsan Hakkı Olarak Güvenli Kürtaja Erişim”, **Artvin Çoruh Üniversitesi, Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi**, 2015 Kış, ss. 79-112.

DEMİRÖRS, Özge, **ARSLAN HIZAL**, Sevinç, “Türk Ceza Hukuku Açısından Ötanazi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, c. 65. S. 4, 2016, ss. 1481-1516.

DOĞAN, İlyas, **KAYA**, Mehmet, **İstanbul Protokolü ve İşkencenin Önlenmesi**, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, 2010.

DOĞAN, İlyas, “Alman Öğretisinde İnsan Onuru ve Güncel Sorunlar Hakkında Kısa Bir Giriş”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, c. 13, s. 2, 2005, ss.51-59.

DONNELLY, Jack, **İnsan Hakları**, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1995.

DÖLEK, Âdem, “İnsanın Yaşama Hakkının Korunmasının Dini Dayanağı”, Ed. Tevhit Ayengin, **İnsan Hakları ve Din Sempozyumu, Çanakkale 18 Mart Üniversitesi Yayınları**, 2010, ss. 18-39.

DUYMAZ, Erkan, “Modern Kölelik Avrupa Konseyi Hukukunda Kölelik, Kulluk ve Zorla Çalıştırma Yasakları Üzerine Bir İnceleme”, **Legal Hukuk Dergisi**, c. 11, s. 123, Mart 2013, ss. 67--104.

EL-FASİ, Allal, **İslam Hukuk Felsefesi**, Mana Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 2014.

EROĞUL, Cem, “Ölüm Hakkı”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, c.48, s. 1. 1993, ss. 47-56.

ESGİN, Mehmet, “İşkence ve Engizisyon”, **Bozok Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, 2013/3, ss.39-60.

FENDOĞLU, Hasan Tahsin, **Hukuk Tarihimize Temel Haklar**, Mimoza Yayınları, 1994.

FORSMAN, Zeynep Kıvılcım, “Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi”, **İnsan Hakları Yıllığı, TODAİE**, c. 21-22, 1999-2000, ss. 95-107.

FROMM, Erich, **Özgürlükten Kaçış**, Payel Yayınları, 1996.

GEMALMAZ, M. Semih, **Devlet, Birey ve Özgürlük**, Genişletilmiş 3. Baskı, Legal Yayınları, İstanbul, 2015.

GEMALMAZ, M. Semih, “Tarihselliği Bağlamında İnsan Hakları”, **İnsan Hakları Yıllığı**, **TODAİE**, s. 7-8, 1986, ss.55-68.

GEMALMAZ, M. Semih, “Türkiye Yargısının İşkence Karşısında Tavrı”, **İnsan Hakları Yıllığı**, **TODAİE**, s.14, 1992, ss. 65-107.

GÖREN, Zafer, “Yaşama Hakkı ve Ölüm Cezası”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, y. 5, s. 10, 2006/2, ss. 67-97.

GÖZE, Ayferi, **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**, Beta Yayıncılık, 15. Baskı, 2015.

GÖZLER, Kemal, **İnsan Hakları Hukuku**, 1. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2017.

GÖZLER, Kemal, **Hukukun Temel Kavramları**, Ekin Yayınları, 15. Baskı, Bursa, 2017.

GÖZLÜGÖL, Said Vakkas, **Avrupa İnsan Hakları Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, Mayıs 2014.

GÜRCAN, Ertuğrul Cenk, “Ötenazi: Yaşama Hakkı Açısından Bir Değerlendirme”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 60 (2), 2011, ss. 255-280.

GÜRİZ, Adnan, “Hobbes, Şahsiyeti ve Siyasi Fikirleri”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, c. 12, s. 1-2, 1955, ss. 298-315.

GÜRKAYNAK, Muharrem, **İren**, Adem Ali, “Modernizm Öncesi ve Sonrası Batı Toplumlarında İnsan Haklarının Kavramsallaştırılması”, **Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, 2016, s. 23, ss.329-357.

GÜRTEN, Kadir, “Roma’da Devlete Karşı İşlenen Bazı Suçlar ve Cezaları”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2017/3, ss. 53-79.

HAKERİ, Hakan, **Tıp Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, Ankara, 2012.

HOBBS, Thomas, **Leviathan**, 6. Baskı, Yapı Kredi Yayınları Kazım Taşkent Klasik Yapıtlar Dizisi, İstanbul, 2007.

HORKHEİMER, Max, **Akıl Tutulması**, Metis Yayınları, İstanbul 2016.

İNALCIK, Halil, “Türk Tarihinde Türe ve Yasa Geleneği”, **Doğu-Batı Dergisi**, Yıl:4, Sayı:13, Kasım, Aralık 2000, Ocak 2001, 4. Baskı Ağustos 2016, ss. 163-181.

İNALCIK, Halil, **Osmanlı’da Devlet, Hukuk ve Adalet**, Kronik Yayınları, 3. Baskı, İstanbul, 2016.

İNALCIK, Halil, “*Tanzimat Nedir*”, **Tanzimat**, Yayına Hazırlayanlar: Halil İnalçık, Mehmet Seyitdanlıoğlu, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 5. Baskı, Kasım 2015, ss. 31-56.

İNALCIK, Halil, “Sened-i İttifak ve Gülhane Hatt-ı Hümayunu”, **Belleten**, Türk Tarih Kurumu Yayınları, c. XXVIII, s. 112, Ekim 1964, ss. 603-622.

İNAN, Ahmet, “Kur’an Verileri Açısından İnsan Hakları”, Ed. Tevhit Ayengin, **İnsan Hakları ve Din (Sempozyum) Bildiriler**, Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Yayınları, 2010, ss. 40-52.

İNCEOĞLU, Sibel, “Yaşama Hakkı ve Ölüm Cezası”, **Vecdi Aral’a Armağan**, Ed. Mustafa Çakır, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2001, ss.133-164.

KAPANİ, Münici, **Kamu Hürriyetleri**, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.

KILIÇOĞLU, Ahmet, “Organ Nakli ve Doku Alınmasının Hukuksal Yönleri”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 1991/2, ss.246-265.

KOCA, Mahmut, **ÜZÜLMEZ**, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara 2016.

KOCA, Mahmut, **ÜZÜLMEZ**, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınları, 7.baskı, 2014.

KOÇAK SÜREN, Özlem, “Organ ve Doku Naklinin Yasal ve Etik Açısından İncelenmesi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, s. 73, 2007, ss. 174-195.

KÖROĞLU, Mehmet, “Hukuk Tarihi Açısından Ölüm Cezası ve İnfaz Çeşitleri”, **İslam Hukuku Araştırmalar Dergisi**, s. 17, 2011, ss.309-322.

KÖSE, Ali, “İnsan Hakları”, Ed: Mehmet Paçacı, **İslama Giriş Evrensel Mesajlar, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları**, 2008, ss. 636-652.

KÜÇÜK, Adnan, “1924 Anayasasında Temel Hak ve Hürriyetler”, **Liberal Düşünce Dergisi**, s. 82, Bahar 2016, ss.5-54.

KÜÇÜK, Cevdet, “Osmanlı İmparatorluğu’nda “Millet Sistemi” ve Tanzimat”, **Tanzimat**, Yayına Hazırlayanlar: Halil İnalçık, Mehmet Seyitdanlıoğlu, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 5. Baskı, Kasım 2015, ss. 543-555.

KÜÇÜK, Tevfik Sönmez, “Bir Ceza Hukuku Yaptırımı Olarak Zorunlu Kastrasyonun Anayasa Hukuku Açısından İncelenmesi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, c. 19, s. 4, 2015, ss.297-322.

LOCKE, John, **Hükümet Üzerine Birinci İnceleme**, İmaj Yayınevi, 3. Baskı, Ankara, 2016.

MERCİER, Andre, “İnsan Haklarının Temelleri”, çev: Ayşe Özberki, **İnsan Haklarının Felsefi Temelleri**, yay haz: İoanna Kuçuradi, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, 4. Baskı, Ankara 2016.

MUMCU, Ahmet, “Tanzimat Döneminde Türk Hukuku”, **Adalet Kitabı**, editörler: Halil İnalçık, Bülent Arı, Selim Aslantaş, Kadim Yayınları, 1. Baskı, Ankara, Şubat 2012.

MUMCU, Ahmet, **Küzeci**, Elif, **İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri**, 7. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.

MUSULİN, Janko, **Hürriyet Bildirgeleri**, 1. Baskı, Belge Yayınları, 1983.

ORTAYLI, İlber, **İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı**, Timaş Yayınları, 42. Baskı, İstanbul, Ekim 2015,

ÖĞÜTÇÜ, Muhlis, “Doğal Hukuk ve Pozitif Hukuk Işığında İnsan Hakları Alanındaki Bazı Kavramlar” **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2005, c. 7 (Özel Sayı), ss. 555-616.

ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, 16. Baskı, Ankara 2016.

ÖZCAN, Şevket, **Dinlerin İnsana Verdiği Değer (Yahudilik, Hristiyanlık ve İslam Örneği)**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2013.

ÖZCAN, Şevket, “İnsana Verilen Değer Ekseninde Çeşitli Dinlerde İnsan: Dinler Tarihi Açısından Karşılaştırmalı Bir İnceleme”, **Dini Araştırmalar Dergisi**, 2016, c.19, s. 48, ss. 203-224.

ÖZDEMİR, Hayrunnisa, “Hadım Etme ve Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, c. 14, s. 1, 2010, ss. 125-164.

ÖZGENÇ, İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınları, 8. Baskı, Ocak 2013.

ÖZTÜRK, Armağan, “Liberalizm, Negatif Özgürlük ve İnsan Hakları”, **TODAİE Yayınları, İnsan Hakları Yıllığı**, c.33, 2015, ss. 1-17.

ÖZTÜRK, Bahri, “Yaşama Hakkı ve İşkence Yasağı”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, c. 2, s. 1-2, 2003, ss. 39-80.

SANDER, Oral, **Siyasi Tarih**, İmge kitabevi, 31. Baskı, Ankara, 2016.

SARGIN, İzzet, “İnsan Hakları ve Devletin Bütünlüğü”, Ed. Tevhit Ayengin, **İnsan Hakları ve Din (Sempozyum) Bildiriler, Çanakkale On sekiz Mart Üniversitesi Yayınları**, 2010, ss. 86-100.

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

SAVCI, Bahri, Yaşam Hakkı Üzerine”, **İnsan Hakları Yıllığı**, TODAİE, s.1, y. 1, 1979, ss. 17-35.

SEÇKİN, Mehmet Beyhan, “Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararları Işığında, Yaşam Hakkından Kaynaklanan Kamu Gücü İhlallerinin Değerlendirilmesi”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2016/2, ss. 419-439.

SENCER, Muzaffer, “İnsan Haklara Açısından Amerikan Devrimi”, **İnsan Hakları Yıllığı**, TODAİE, 1987, s. 9, ss. 85-126.

SENCER, Muzaffer, “İnsan Hakları Açısından İngiliz Devrimi”, **İnsan Hakları Yıllığı**, TODAİE, 1990, s. 23/2, ss. 3-21.

SENCER, Muzaffer, “Birleşmiş Milletler Bağlamında İnsan Hakları”, **İnsan Hakları Yıllığı**, TODAİE, s. 13/1, 1991, ss: 19-36.

SEYİTDANLIOĞLU, Mehmet, “Divan-ı Hümayun’dan Meclis-i Mebusan’a Osmanlı İmparatorluğu’nda Yasama”, **Tanzimat**, Yayına Hazırlayanlar: Halil İnalcık, Mehmet Seyitdanlıoğlu, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 5. Baskı, Kasım 2015, ss. 373-385.

SHESTACK, Jerome J., “İnsan Haklarının Felsefi Temelleri”, **Liberal Düşünce Dergisi**, 2006, c. 11, no: 43, ss. 87-119.

ŞEN, Ersan, “Ölüm Cezası”, **İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, no: 11-12-13, Nisan, Temmuz, Ekim 1995, ss.229-232.

ŞEN, Y. Furkan, “Yaşam Hakkı: İdam, Kürtaj, Ötenazi ve Siyasal Sorumluluk”, **Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, s. 19 (2), 2015, 1-26.

ŞENEL, Alaeddin, **Siyasal Düşünceler Tarihi**, Bilim ve Sanat Yayınları, 6. Kısaltılmış basım, Ankara, 1996.

ŞENTÜRK, Recep, “Farklı Dünya Medeniyetlerinde İnsan Hakları: İnsan Hakları Bildirgelerine Dayalı Karşılaştırmalı Bir İnceleme”, **Kur’an ve Sünnete Göre Temel İnsan Hakları**, ed: Muhsin Demirci, Ensar Neşriyat, 1. Baskı Eylül 2014, ss. 21-51.

ŞENTÜRK, Recep, “*İsmet*”, **Diyanet İslam Ansiklopedisi**, c. 23, 2001, ss. 137-138.

ŞENTÜRK, Recep, **İnsan Hakları ve İslam**, Etkileşim Yayınları, 1. Baskı, Mart 2007.

TACİR, Hamide, “Yaşama Hakkı Kapsamında Yaşamın Başlangıcı”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan Özel Sayı**, c. 9, s. 2, 2013, ss.1301-1321.

TAHİROĞLU, Bülent, “Osmanlı İmparatorluğunda Kölelik”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, c. 45.s. 1-4. ss. 649-676.

TALAS, Cahit, “Yaşam Hakkı ve Toplumsal Haklar”, **İnsan Hakları Yıllığı**, TODAİE, s. 12/1, 1990, ss. 83-90.

TANÖR, Bülent, **Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri**, Yapı Kredi Yayınları, 30.baskı, Kasım 2017.

TANÖR, Bülent, **Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu**, 3. Basım, BDS Yayınları, 1994.

TANRIKULU, Sezgin, “İham Kararlarında ve Türk Hukukunda Yaşam Hakkı”, **TBB Dergisi**, s. 66, 2006, ss. 51-94.

TOUCHARD, Jean, **Siyasal Düşünceler Tarihi**, Işık Yayınları, 1. Baskı, Ekim 2015.

TUTUMLU, Mehmet Akif, “Psikolojik, Metafizik ve Hukuki Bir Fenomen Olarak Hak Kavramı”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, 2014, c. LXXII, s.1, ss. 729-738.

TÜFEKÇİ, İbrahim, “İslam Hukukuna Göre Gebeliğin Sonlandırılması”, **Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, s. 45, Eylül 2013, ss. 111-154.

USLU, Cennet, **Doğal Hukuk ve Doğal Haklar; İnsan Haklarının Felsefi Temelleri**, 2. Baskı, Liberte Yayınları, İstanbul, 2011.

UYGUN, Oktay, “İnsan Hakları Kuramı”, **İnsan Hakları (Cogito)**, Yapı Kredi Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 2000.

ÜÇOK, Coşkun, **MUMCU**, Ahmet, **BOZKURT**, Gülnihal, **Türk Hukuk Tarihi**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.

ÜÇOK, Coşkun, **MUMCU**, Ahmet, **BOZKURT**, Gülnihal, **Türk Hukuk Tarihi**, Turhan Kitabevi, 18. Baskı, Ankara, 2016.

ÜNAL, Şeref, “İnsan Haklarının Tarihi, Felsefi ve Hukuki Temelleri”, **Ankara Barosu Dergisi**, 1994/1, ss. 41-74.

YAYLA, Mustafa, **İslam Hukukunda İnsan Hakları ve Eşitlik**, Çizgi Kitabevi, 1. Baskı, Ekim 2011.

YENİDÜNYA, A. Caner, **YAŞAR**, Yusuf, “Kastrasyon Cinsel Suç Faillerine Uygulanabilecek Uygun Bir Yaptırım Mıdır?”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, y. 4, s. 14, Temmuz 2013, ss. 347-364.

ZENGİN, Mehmet Ali, “İnsan Haklarının Korunması Kapsamında Yasa Dışı Organ veya Doku Naklinin Türk Hukukuna Yansımaları”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, y. 5, s. 18, Temmuz 2014, ss. 153-196.

İNTERNET KAYNAKLARI

<http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>.

<http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/mevzuat/anayasalar/kanunuesasi.html>.

http://www.dindersi.com/depo/mbsts-pdf/ilmihal_cilt_2.pdf.

<https://hudoc.echr.coe.int>.

<https://incil.info/YC2009/arama/Misirdan+Cikis+21:23>.

<https://incil.info/YC2009/arama/Matta+19:18>

www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/el_kitaplari/yasam_hakki.pdf.

<http://www.islamansiklopedisi.info/>.

www.muharrembalci.com/hukukdunyasi/belgeler/233.pdf.

www.tdk.gov.tr.