

T.C. İstanbul Kültür Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Kamu Hukuku Doktora Programı

175922

YAŞAM HAKKI

Danışman
Prof. Dr. Yıldızhan YAYLA
Hazırlayan
Hasan Atilla GÜNGÖR

İstanbul 2007

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	1
KISALTMALAR.....	4
GİRİŞ.....	5
BİRİNCİ BÖLÜM/HAK SAHİBİ.....	16
1-1 Genel Olarak.....	16
1-2 Ceninin Ahlaki Statüsü.....	20
1-2-1 Dinlerin Cenin Konusundaki Yaklaşımları.....	21
1-1-1-1 Musevilik.....	23
1-1-1-2 Hıristiyanlık.....	27
1-1-1-3 İslamiyet.....	33
1-1-1-4 Hinduizm ve Budizm.....	38
1-1-2 Cenin Konusundaki Sektörel Yaklaşımlar.....	41
1-1-2-1 Döllenme Anı (Conception).....	42
1-1-2-2 Ceninin Ana Rahmine Yerleşmesi.....	45
1-1-2-3 Ceninin Hareteki (Quicken).....	47
1-1-2-4 Beynin Çalışması.....	49
1-1-2-5 Yaşayabilme Kabiliyeti.....	53
1-1-2-6 Doğum Sonrasına Bağlanan Kriterler.....	57
1-3 Ülke Hukuklarında Cenin.....	61
1-3-1 Amerika Birleşik Devletleri İç Hukuku.....	63
1-3-1-1 ABD Yüksek Mahkemesi İçtihadında Cenin ve Kürtaj.....	64
1-3-1-2 Özel Hukukta Ceninin Statüsü Ve Hakları.....	72
1-3-1-3 Ceza Hukukunda Ceninin Statüsü.....	78
1-3-1-4 The Unborn Victims of Violence Act.....	90
1-3-1-5 Anayasaya Aykırılık Sorunu.....	94
1-3-2 Avrupa Ülkeleri Hukuk İç Düzenleri.....	99
1-3-2-1 Kürtaj Yasaları Bakımından.....	99
1-3-2-2 Özel Hukuk Bakımından Cenin ve Türkiye Örneği.....	103
1-3-2-3 Avrupa Ülkeleri Ceza Hukuku'nda Cenin ve Türkiye Örneği.....	108
1-4 Ulusüstü İnsan Hakları Hukukunda Cenin.....	114
1-4-1 B.M. Bünyesinde Üretilen İnsan Hakları Belgelerinde Cenin.....	114
1-4-1-1 Evrensel Bildiri.....	115
1-4-1-2 Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi.....	118
1-4-1-3 Çocuk Hakları Sözleşmesi.....	126
1-4-1-3-1 Sözleşmenin Hazırlanışı.....	128
1-4-1-3-2 Başlangıç Bölümü, 1. ve 6. Madde ve Ceninin Statüsü.....	135
1-4-1-3-3 BM Çocuk Hakları Komitesi.....	139
1-4-2 Amerika Kıtası'nda Üretilen Belgeler.....	141
1-4-2-1 Amerikan İnsan Hak ve Ödevleri Bildirisi.....	142
1-4-2-1 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sözleşmesi.....	143
1-4-3 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi.....	146
1-4-3-1 Avrupa İnsan Hakları Komisyonunun İncelediği Başvurular.....	147
1-4-3-2 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kararları.....	151
1-4-3-3 Vo v. Fransa Davası.....	153
1-4-3-4 AIHM'nin İçtihadının Değerlendirilmesi.....	156
1-5 Kadın Hakları ve Ceninin Yaşam Hakkı.....	160
1-5-1 Kadının Yaşam Hakkı.....	162
1-5-2 Kadının Sağlık Hakkı.....	166

1-5-3 Ayırıcılık Yasası	172
1-5-4 Kadının Mahremiyet Hakkı	175
1-6 Değerlendirme.....	178
1-6-1 Doğmamış Çocuğa Yaşam Hakkı Tanınabilir mi?	180
1-6-2 Doğmamış Çocuğa Sınırlı Yaşam Hakkı Tanınabilir mi?	184
1-6-3 Nasıl Bir Koruma?	189
2. BÖLÜM/ HAK SAHİBİNİN TASARRUF YETKİSİ	197
2-1 Genel Olarak.....	197
2-2 Yaşam Hakkının Geleneksel Olarak Kabul Edilen Nitelikleri	199
2-2-1 Dokunulmaz Hak Olma Niteliği	200
2-2-2 Üstün Hak Olma Niteliği	202
2-2-3 Jus Cogens Niteliği	205
2-2-4 Mutlak Hak Olma Niteliği	210
2-2-5 Vazgeçilmezlik Niteliği	212
2-3 Temel Tartışma Alanları	216
2-3-1 Ötanazi ve Hekim Yardımlı İntihar.....	218
2-3-1-2 Ötanazinin Ahlaki Boyutu	221
2-3-1-2-1 Dinlerin Yaklaşımı	222
2-3-1-2-1-1 Musevilik.....	222
2-3-1-2-1-2 Hıristiyanlık.....	224
2-3-1-2-1-3 İslamiyet.....	226
2-3-1-2-1-4 Budizm ve Hinduizm.....	228
2-3-1-2-2 Tıp Etiği Bakımından Ötanazi.....	231
2-3-1-2-3 Seküler Yaklaşımlar ve İnsan Hakları Boyutu	234
2-3-1-2-3-1 Yaşamın Kutsallığı Tezi.....	235
2-3-1-2-3-1 Kişi Otonomisi	240
2-3-1-2-3-1 Yararcı Yaklaşım	248
2-3-1-3 Ülke Hukuklarında Ötanazi ve Hekim Yardımlı İntihar	255
2-3-1-3-1 Hollanda	257
2-3-1-3-1-1 2002 yılı Öncesi Gelişmeler	258
2-3-1-3-1-2 2002 yılı sonrası	263
2-3-1-3-2 ABD.....	266
2-3-1-3-2-1 Pasif Ötanazi	267
2-3-1-3-2-2 Yardımlı İntihar ve Oregon Eyaleti Pratiği.....	270
2-3-1-3-3 Avustralya.....	275
2-3-1-3-4 Belçika.....	277
2-3-1-3-5 İsviçre	279
2-3-1-3-6 Türkiye	281
2-3-1-4 Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Ötanazi	284
2-3-2 Ölüm Orucu.....	291
2-3-2-1 İnsan Hakları Bakımından Ölüm Orucu	295
2-3-2-2 Tıp Etiği Bakımından Ölüm Orucu	300
2-3-2-3 Ülke Pratiğinde Ölüm Oruçları.....	303
2-3-2-3-1 İngiltere.....	303
2-3-2-3-2 Amerika Birleşik Devletleri	307
2-3-2-3-2-1 Devletin Müdahalesini Uygun Bulan Mahkemeler.....	309
2-3-2-3-2-2 Devletin Müdahalesini Uygun Bulmayan Mahkemeler.....	313
2-3-2-3-3 Türkiye	315
2-3-2-4 Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Ölüm Orucu.....	327
2-4 Değerlendirme.....	333

3. BÖLÜM / HAK SAHİBİNİN KORUNMASI	339
3.1 Genel Olarak	339
3.2 B.M. Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi.....	342
3-2-1 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi Kararlarında Yaşam Hakkı	345
3-2-1-1 Kişilerin Keyfi olarak Yaşamdan Yoksun Bırakılmaması	347
3-2-1-2 Kayıp Kişiler Sorunu	356
3-2-1-3 Ölüm Cezası.....	364
3.2.1.3.1 Adil Yargılanma	365
3-2-1-3-1 Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı	367
3-2-1-3-2 Tanık ve Delillerin Değerlendirilmesine İlişkin İhlal Halleri .	369
3-2-1-3-3 Masumiyet Karinesi.....	371
3-2-1-3-4 Sanık-Avukat İlişkisi Çerçevesinde 14. maddesin İhlali.....	374
3-2-1-3-5 Süreye İlişkin İhlal Halleri	377
3-2-1-3-5 İade Sorunu.....	378
3-2-1-3-6 Bağışlanma ve Cezanın Hafifletilmesini İsteme Hakkı.....	386
3-2-1-3-7 Yaş Kriteri	388
3-2-1-3-8 Çok Ciddi Suç Kriteri.....	391
3-2-1-4 Devletin Pozitif Yükümlülükleri	397
3-3 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi.....	405
3-3-1 Devletin Negatif Yükümlülükleri	408
3-3-1-1 Öldürme Yasağı	409
3-3-1-2 Kayıp Kişiler Sorunu	412
3-3-2 Devletin Pozitif Yükümlülükleri.....	417
3-3-2-1 Maddi Yükümlülükler.....	419
3-3-2-1-1 Somut Tehlikelerden Kişinin Korunması.....	419
3-3-2-1-1-1 Devletin Sorumluluk Alanında Oluşan Tehlikelerden Koruma	420
3-3-2-1-1-2 Sivil Kişilerin Eylemlerinden Koruma.....	425
3-3-2-1-2 Yasal Düzenlemelerin Yapılması	429
3-3-2-2 Usuli Yükümlülükler	431
3-3-2-2-1 Devletin Soruşturma Yapma Yükümlülüğü	431
3-3-2-2-2 Etkili Bir Soruşturmanın Asgari Standartları	435
3-3-2-2-2-1 Soruşturmanın Bağımsız Olması.....	436
3-3-2-2-2-2 İvedi ve Makul Sürat.....	440
3-3-2-2-2-3 Kamunun Bilgisine Açık Olma.....	445
3-3-2-2-2-4 Soruşturmanın İçeriğine İlişkin Kıstaslar.....	447
3-3-3 Hakka Getirilen İstisnalar	454
3-3-3-1 Ölüm Cezası.....	454
3-3-3-2 Meşru Müdafâ, Yakalama ve Tutuklama, Ayaklanmanın Bastırılması	458
3-4 Değerlendirme.....	470
SONUÇ	475
KAYNAKÇA.....	486

KISALTMALAR

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AAİHS	: Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sözleşmesi
AİHK	: Avrupa İnsan Hakları Komisyonu
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
App.	: Application
AYM	: Anayasa Mahkemesi
Bkz.	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
C	: Cilt
CMUK	: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
Çev.	: Çeviren
Dpt.	: Dipnot
İÜHFİM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
M	: Madde
No	: Numara
Rg.	: Resmi Gazete
S	: Sayı
Sf.	: Sayfa
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TODAİE	: Türkiye Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü
Vd.	: Ve devamı
Vol.	: Volume

GİRİŞ

İnsan hakkı olarak kabul gören her hak, diğer haklardan daha yoğun bir şekilde farklı disiplinlerin ilgi alanına girmektedir. Bunun nedeni ise; insan haklarının meşruluk zeminini bizzat ahlaki doğruluğun oluşturmasıdır. Ahlaki doğruluk ise subjektif bir değerlendirmenin ürünü olduğundan, insan hakkı olarak kabul edilen her hak bakımından eleştirel yaklaşımların ve tanımlamaların üretilmesi kaçınılmaz bir olgudur. Dolayısıyla insan haklarının farklı ahlaki değerlendirmelere tabi tutulması hakların farklı disiplinler altında ele alınması sonucunu ortaya çıkarmaktadır.

Bu yönü ile insan hakları esasında pozitif hukuktan bağımsız bir karakter taşımaktadır. İnsan hakları tarihine bakıldığında da bu bağımsızlığın oldukça açık bir biçimde dile getirildiği görülmektedir. Zira herhangi bir insan hakkı talebi ileri sürüldüğü durumlarda ya pozitif hukuk bu talebi karşılamamakta ya da bu talep görünürde pozitif hukuk tarafından korunuyor olsa bile uygulama bakımından talebin gerçekleşmesi sözkonusu olmamaktadır. Bu durumun en çarpıcı ve de yakın sayılabilecek örneği ise Güney Afrika Cumhuriyeti'nde yaşanmıştır. Hatırlanacağı üzere Mandela öncesi Güney Afrika Cumhuriyeti'nde pozitif hukuk, ırk ayrımcılığını kabul eden bir görünüm arz etmekteydi. Siyah ırkın yönetime katılması bu hukuk düzeni tarafından engelleniyor ve bu engelleme açık bir insan hakkı ihlali teşkil ediyordu. Bu aşamada sözkonusu vaziyetin bir insan hakkı ihlali olarak değerlendirilmesine ilişkin savın meşruiyet kaynağını pozitif hukuk değil ama doğrudan doğruya yapılan ayrımcılığın yanlış olduğuna ilişkin ahlaki değerlendirme oluşturmaktadır. Zira Güney Afrika Cumhuriyeti'nin hukuk düzeni bizzat ayrımcılığı esas almakta ve bu ahlaki düşünce ile çelişmektedir. Fakat pozitif hukukun eşitlik esasını kabul etmemesi, o ülkede yaşayan siyahı ırktan olan kişilerin siyasal katılıma dahil olması yönündeki talebi gayri meşru kılmamaktadır. Bunun ötesinde siyasal yaşama katılma haklarının olduğu hemen hemen herkes tarafından dile getirilmiştir. Bu bağlamda insan hakları bakımından iki husus dile getirilebilir; ilki hakların pozitif hukuktan evvel mevcut olabilmeleri diğeri ise bir insan hakkı talebi ancak bir ihlal durumunda ortaya çıkabilmesidir.

İnsan haklarının pozitif hukukla olan bağlantısı ise amaçsal bir nitelik taşımaktadır. Zira insan hakları anlayışının nihai hedefi bu hakların pozitif hukuk tarafından tanınması ve siyasal iktidarın bu düzenlemeleri hayata geçirmesidir. Nitekim bu amaç yukarıda verdiğimiz Güney Afrika Cumhuriyeti örneğinde de gerçekleşmiştir. Ancak talebin pozitif hukuka girmesi ile mesele kendiliğinden çözüme kavuşmamaktadır. Çünkü insan hakkı olarak ifade edilen talebin pozitif hukuka girmesi sadece bir başlangıç olup bu talebin değişen toplumsal koşullara göre şekillendirilmesi ve geliştirilmesi de gerekmektedir. Değişen toplumsal koşullar kabul edilen ahlaki saptamaların da görünümünü değiştirebilmektedir. Bu konuda eşitlik ilkesinin Amerika Birleşik Devletleri anayasal düzenindeki gelişimi doğru bir örnek olarak ifade edilebilir. ABD’de ilk anayasa yapıldığı dönemde eşitlik ilkesi siyasal iktidar tarafından anayasa metninin içerisine dahil edilmiştir. Fakat aynı dönemde kölelik kurumu da pozitif hukuk içerisinde varlığını koruyabilmiştir. 1857’de Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin Dred v. Scott davasında, köle üzerinde kişilerin mülkiyet hakkına sahip olabileceği ve kölenin sahibine geri dönmesi gerektiği karara bağlanırken, bu durumun eşitlik ilkesine aykırılık teşkil edeceği düşünülmemiştir. Aradan yaklaşık yüzyıl geçtikten sonra 1957’de aynı mahkeme bu sefer, Brown v. Board of Education davasında okulların ırka göre ayrılmasını anayasaya aykırı bulmuştur. Gümüntüze gelindiğinde ise eşitlik prensibinin, anayasanın ilk yapıldığı dönemden farklı olarak ne kölelikle ne de ırk ayrımcılığı ile bağdaştırılabilmektedir.

Bu bağlamda toplumsal yaşamdaki gelişime paralel olarak insan hakları anlayışında da bir değişim gözlenmekte ve bu değişim de insan hakları anlayışının temel niteliği gereği pozitif hukuka yansıtılmak istenmektedir. Ancak teorik plandaki gelişim ya da değişim her zaman pozitif hukuka aynı şekilde ya da aynı hızda geçmemektedir. Sözkonusu farklılık mevcut pozitif hukuka değişik disiplinlerden eleştiri yapılmasına ve hakların pozitif hukuk ile teorik plandaki anlamlarının belirli ölçülerde farklılaşmasına neden olabilmektedir. Yaşam hakkı bakımından da bu saptamanın geçerli olduğunu söyleyebiliriz. Hatta bu farklı anlamlandırmanın Türk mevzuatı ve öğretisi bakımından hakkı tanımlarken kullanılan terimlerin seçiminde dahi ortaya çıktığı söylenebilir.

Gerçekten Türk Hukuk öğretisine baktığımızda, bazı yazarların hakkı isimlendirebilmek için “yaşam” yerine “yaşama(k)” terimini tercih ettiklerini görmekteyiz. Bu eğilimin temel nedeni ise, muhtemelen; mevzuatta hakkı tanımlamak için esas olarak “yaşama(k)” kelimesinin kullanılmasıdır. 1982 Anayasası'nın yaşam hakkını düzenleyen 17. maddesinin üst başlığı “Kişinin Dokunulmazlığı, Maddi ve Manevi Varlığı” olarak kurucu iktidar tarafından belirlenirken, yaşama(k) hakkı ve de işkence yasağı, vücut dokunulmazlığının alt unsurları olarak madde metnine yerleştirilmiştir. Yine aynı şekilde “Temel Hak ve Hürriyetlerin Durdurulması” başlığını taşıyan 15. maddede de hakkın yaşama(k) kelimesinin kullanılarak adlandırıldığını görmekteyiz.¹ Bu nedenle, Yaşam hakkının Türk Hukuku bakımından değerlendirilmesinin yapıldığı eserlerde, yaşama(k) kelimesinin bir tercihten çok zorunluluk nedeni ile kullanıldığı söylenebilir.²

Bununla birlikte, Türk Hukukundan bağımsız biçimde genel olarak yaşam hakkının incelendiği bazı eserlerde de, “yaşama(k)” teriminin kullanıldığına rastlanmaktadır.³ Sözkonusu çalışmalarda neden “yaşam” değil de “yaşama(k)” kelimesinin tercih edildiğine dair bir açıklamaya yer verilmediğinden, bu konuda sadece bir takım olasılıklardan bahsetmemiz mümkün olabilir. İlk ihtimal, bu eserlerde hakkın tanımlanması için kriter olarak Türk Mevzuatına öncelik tanınmış olmasıdır. Dolayısıyla anayasamız hakkı yaşama(k) şeklinde tanımladığı için, sözkonusu yazarlar da bu yaklaşımı tercih etmiş olabilirler. Bu noktada özellikle

¹ Bununla birlikte, 19 Mart 1954'de resmi gazetede TBMM'nin uygun bulma kanunu ile yürürlüğe giren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin resmi gazetede metninde, 2. maddenin üst başlığında “yaşama hakkı” terimi kullanılırken, madde metninde “yaşam hakkı” terimi tercih edilmiştir. RG. 19.03.1954, s. 8662, md. 2 Yaşama Hakkı/1 “Herkesin yaşam hakkı yasanın koruması altındadır. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırıldığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın yerine getirilmesi dışında hiç kimse kasten öldürülemez.” Nitekim Avrupa Konseyinin resmi internet sitesinde de sözleşmenin türkçe metni resmi gazetede yayımlandığı şekli ile sunulmaktadır. Bkz. http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/3BAA147F-29C9-48CE-AF64-FB85A86B2433/0/TUR_Conven.pdf.

² Örn.Bkz. B. TANÖR; Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, BDS Yayınları, İstanbul, 1994, sf. 19, B. TANÖR-N. YÜZBAŞIOĞLU; 1982 Anayasasına göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001, sf. 162,

³ Örneğin; A. MUMCU-E. KÜZECİ; İnsan Hakları, Savaş Yayınları, Ankara, 2003, sf. 146, 147, D. TEZCAN-M. R. ERDEM-O. SANCAKDAR; Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004, sf. 204, S. ÇAKMAK; Yaşama Hakkı ve Ölüm Cezası, Yaygı Yayınevi, Ankara, 2002, B.ÖZTÜRK; Yaşama Hakkı ve İşkence Yasağı, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/dkaynak/dkaynak.htm>

tercih kelimesini kullanıyoruz çünkü uluslararası insan hakları sözleşmelerinde yer alan ifadeler doğrudan kullanılıyor olsa idi, yaşama(k) değil yaşam kelimesinin kullanılmış olması gerekirdi. Zira bizim incelediğimiz uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin tümünde, hakkı tanımlamak için “right to life” kalıbı kullanılmakta ve bu kalıptaki “life” kelimesi bir isim olup Türkçe karşılığı yaşam ya da hayattır.⁴ Yaşama(k) ise live kelimesine karşılık gelmektedir ve hiçbir insan hakkı belgesinde “right to live” kalıbı kullanılmamaktadır.⁵

İkinci ihtimal ise şekli bir yaklaşımdan ziyade, hakkın içeriğine dönük bir kaygı ile “yaşama(k)” kelimesinin tercih edilme olasılığıdır. Çünkü bu iki kelime arasında anlam itibariyle önemli farklar vardır. Türk Dil Kurumu’nun sözlüğüne baktığımızda, Yaşama(k) kelimesi sadece biyolojik bir varlık yani canlı olarak hayatta olmak, varlığını sürdürmek, sağ olmak anlamına gelmektedir.⁶ Bu nedenle yaşama(k) hakkı öldürülmeme ile eş anlama gelmekte ve ister istemez hakkın sınırı da bu noktada çizilmektedir. Oysaki yaşam denildiğinde doğum ile ölüm arasında geçen insan ömrü ifade edilirken,⁷ hakkın koruduğu değer sadece hayatta kalmak değil; bir olgu olarak doğum ile ölüm arasında geçen ve insanın maddi tarafının yanında manevi yönünü de kapsayan süreç kastedilmektedir. Dolayısıyla bunun bir hak olarak üçüncü kişilere karşı iddia edilmesi, bireyin sosyal, ahlaki ve entellektüel varlığının korunması ve geliştirilmesi talebini de, hakkın koruma alanı içerisine sokacaktır. Bu nedenle iki terim arasında yapılacak olan tercih de, doğal olarak hakkın kapsamı hususunda yazarın da yaklaşımını ortaya koyacaktır.

Yaşama(k) kelimesini tercih eden yazarlar eğer bu kelimeyi bir içerik değerlendirmesi sonucunda kullanıyorlarsa, hemen belirtmemiz gerekir ki, bu yaklaşımın sağlam hukuki temelleri vardır. Özellikle uluslararası insan hakları sözleşmeleri çerçevesinde kurulmuş olan denetim mekanizmalarının üretmiş olduğu

⁴ Langenscheidt’s Standart Dictionary, İnkılap Yayınevi, İstanbul, 2001, sf. 306.

⁵ Bizim tesbit edebildiğimiz kadarıyla açıkça biyolojik yaşamın devam ettirilmesini ifade eden tek düzenleme Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesinin ikinci fıkrasında yer almaktadır. Burada da önce yaşam hakkı düzenlenirken ikinci fıkrada hayatta kalınması ayrı bir hak olarak ele alınmıştır. B.M. Çocuk Hakları Sözleşmesi, Md. 6/2: States Parties shall ensure to the maximum extent possible the survival and development of the child.

⁶Bkz. TürkDilKurumuGenelSözlüğühttp://www.tdk.gov.tr/TR/SozBul.aspx?F6E10F8892433CFFAAAF6AA849816B2EF05A79F75456518CA

⁷ Aynı yer.

kararlarda, kaba bir genelleme yapacak olursak; kişinin yaşamaya devam etmesinin, yaşam hakkı dahilinde korunan esas değer olarak kabul edildiği söylenebilir. Dolayısıyla her ne kadar sözleşmelerde yaşam hakkının korunduğu ifade edilse de, içtihat hakkın kapsamını çok dar bir çerçevede, öldürülmeme hakkı olarak kabul etmektedir.⁸ Bu nedenle, içeriğe döntük bir değerlendirme ile yaşama(k) teriminin tercih edilmesi, uluslararası hukukun içtihadı ile uyumlu bir yaklaşımın sergilendiği anlamına gelmektedir.

Görüldüğü üzere yaşama(k) kelimesinin kullanımına ilişkin olarak hukuk ölçüğünde tutarlı ve de sağlam gerekçeler oluşturulabilmektedir. Fakat buna rağmen biz, hakkın Türkçe adlandırılmasında “yaşam” teriminin kullanılmasının daha doğru olacağı kanaatindeyiz. Herşeyden önce, hakkı tanımlamak bakımından birincil kaynak olarak yerel düzenlemeler yerine uluslararası insan hakları belgelerinin kullanılması gerektiğini düşünmekteyiz. Çünkü, modern insan hakları hukukunun tarihsel gelişimine baktığımız zaman, hakların pozitif hukuka geçişi genellikle ilk olarak bu belgeler ile gerçekleşmekte, bu aşamadan sonra ancak iç hukukun bir parçası haline gelmektedir. Bunun ötesinde, sözleşmeler çerçevesinde yapılandırılan denetim mekanizmalarının ürettiği kararlar ile sadece sözleşmenin haklara ilişkin yaklaşımı geliştirilmemekte fakat ilave olarak iç hukuk sistemleri de bu kararlara göre şekillenmektedir. Dolayısıyla, uluslararası hukukun iç hukuka rehber ya da öncü olduğu söylenebilir.

Diğer taraftan insan haklarının dinamik bir niteliğe sahip olması da, kullanılacak kavramın bu özelliğe uygun olmasını gerektirmektedir. İnsan haklarının dinamik bir niteliğe sahip olması demek; insan haklarının insanlığın tarihsel değişimine paralel olarak gelişmesi anlamına gelmektedir. Kuşak haklar olarak ifade edilen hak kategorileri tarihin belirli aşamalarında oluşan birikimlerin ürünüdür ve bu gelişim halen de devam etmektedir. Yani, hak listesinde yer alan haklar insan haklarının sınırını oluşturamaz. Zira yeni yaşam durumları ve yeni ihtiyaçlar başka

⁸ Örneğin Ahmet Mumcu ve Elif Küzeci çalışmalarında bu yaklaşımı destekler biçimde, yaşama hakkını insanın bedeni içerisinde her türlü dış korkudan uzak yaşaması ve yaşarken beden bütünlüğüne dokunulmaması şeklinde açıklamaktadırlar. Bkz. A. MUMCU-E. KÜZECİ; sf. 147.

hakları da her zaman gündeme getirecektir.⁹ Tüm insan hakları bakımından yapılan bu değerlendirmenin tek tek her hak bakımından da geçerli olacağı muhakkaktır. Nitekim, sözleşmesel denetim organlarının yapmış olduğu değerlendirmeler ile, sözleşmelerin imzalandığı tarihte her hak bakımından düşünülen içerikten çok daha geniş bir muhteva ortaya çıkmıştır. Aslında sadece insan hakları bakımından değil fakat bunun yanında tüm pozitif hukuk açısından geçerli olan bu değişim, tanımlanan hakların kapsamının sürekli genişleme eğiliminde olduğunu göstermektedir. Nitekim yukarıda “eşitlik” kavramı bakımından yapmış olduğumuz açıklama bu durumu doğrulamaktadır.

Tüm bunların yanında, insan haklarının temelde ahlaki bir talep olduğunu ve nihai amacın bu hakların pozitif hukukta tanınması olduğunu gözönüne alırsak, mevcut pozitif hukuk çerçevesinde oluşturulan içtihatlar her hak bakımından hakkın gerçek niteliğinden ziyade sadece belirli bir zaman dilimi içerisinde pozitif hukukun o hakka verdiği anlam olduğunu unutmamalıyız. Dolayısıyla pozitif hukukun ulaştığı nokta insan hakları açısından nihai değil ister istemez geçici bir değerlendirmeden ibarettir.

Bu nedenlerden dolayı, sözleşmelerde kullanılan yapının Türkçeye çevriminde, içeriğe dönük bir daraltma yapılmadan ve herhangi bir değişikliğe gitmeksizin aktarılması gerektiği düşüncesi ile çalışmamızda yaşama(k) değil yaşam hakkının kullanılmasının daha uygun olacağına karar verilmiştir.¹⁰

Söz konusu farklı algılama pozitif hukuktaki yaşam hakkı ile teorik plandaki yaşam hakkı arasında ciddi farklılıkların ortaya çıkmasına neden olabilmektedir. Bugün teorik planda da yaşam hakkının sadece hayatta kalma özünden ibaret olup devlete getirilen yükümlülüğün sadece keyfi öldürülmelerin önüne geçmekten ibaret olduğunu savunan yazarlar da söz konusudur. Ama bunun karşısında devletin yükümlülüğünün pozitif nitelikler de barındırdığını iddia eden ve bu yükümlülükleri

⁹ S. GEMALMAZ; Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukuna Giriş, Beta Yayınevi, 1997, İstanbul sf. 334-336.

¹⁰ Yaşam kavramını kullanan diğer yazarlar; S. GEMALMAZ; Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı, Kavram Yayınları, İstanbul, 1993, S. GEMALMAZ; İnsan Hakları Komitesi Kararlarında Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2002., B. SAVCI; Yaşam Hakkı ve Boyutları, AÜSBF Yayınları, No: 449, Ankara, 1980.

sosyal hakları da kapsayacak şekilde yorumlayan yazarlar da mevcuttur. Örneğin Bahri Savcı, yaşam hakkını bu açıdan ele almakta ve devletin sadece biyolojik yaşamı değil fakat insanı insan yapan nitelikleri ile birlikte koruması gerektiği argümanını ileri sürmektedir.¹¹ Fakat sosyal hakların yaşam hakkı gibi subjektif bir hak niteliğinde pozitif hukuk tarafından kabul edilmesini bir kenara bırakalım, bizzat sosyal hakların insan hakkı olmadığı ve hatta sosyal hakların bizzat insan hakkı ihlali anlamına geldiği de çeşitli yazarlar tarafından dile getirilmektedir.¹²

Bu noktaya kadar yapmaya çalıştığımız açıklamalardan kısaca şu sonuca ulaşabiliriz; insan hakkı olarak kabul edilebilecek her hak gibi yaşam hakkı da temelde iki inceleme alanına ayrılabilir. Bunlarda ilki pozitif hukuk alanı diğeri ise teorik ya da ahlaki alan. Ancak iki alanın birlikte ele alınması hem formasyonumuz itibariyle hem de çalışmanın ulaşacağı hacmi gözönüne alındığında mümkün değildir. Fakat iki alanı da birbirinden bütünüyle ayırarak bir inceleme yapılması ise yaşam hakkının tam olarak tanımlanamaması sonucunu ortaya çıkaracaktır. Çünkü iki alanda gerçekleşen tartışmalar, bir diğeri beslemektedir. Ne zaman pozitif hukukta bir insan hakkı talebi karşılığını bulmazsa o aşamada bu talebin ahlaki olarak dile getirilmesi sözkonusu olur. Tam tersinden bakacak olursak, pozitif hukukta insan haklarına ilişkin bir düzenleme yapılmak istenirse ya da mevcut yapının geliştirilmesi veya değiştirilmesi ihtiyacı doğarsa, doğal olarak işin kaynağına yani ahlaki değerlendirmelere başvurulacaktır. Dolayısıyla, iki alanın da birlikte ele alınması kaçınılmazdır. Mesele çalışmanın merkezine hangi alanı oturtacağımız, bu alanın kapsamına yaşam hakkına ilişkin hangi konuları yerleştireceğimiz ve de teorik alan ile pozitif hukuk alanını nasıl bu çalışmada hangi yöntem ile birlikte alacağımızın belirlenmesidir.

Çalışmamızın merkezi kendi alanımız olması itibariyle doğal olarak pozitif hukuk olacaktır. Bu konuda zaten herhangi bir tereddüt yaşanmamaktadır. Fakat yaşam hakkını konu olarak ele aldığımızda hangi meselelerin çalışmamızın içerisine dahil edileceği temel sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira yaşam hakkı pozitif hukuk içerisinde de insan hakları dışında pekçok disiplin ve mesele ile bağlantı

¹¹ Yazarın görüşleri için bkz. B. SAVCI; Yaşam Hakkı ve Boyutları.

¹² Bu konudaki görüşler için bkz. M. ERDOĞAN; Anayasal Demokrasi, Siyasal Kitapevi, Ankara, 1999, sf. 174-180.

kurulabilecek bir niteliğe sahiptir. Ve bu konular aynı zamanda yaşam hakkını teorik tartışmaları ile de içiçedir. Örneğin yaşam hakkının kapsamı bakımından yapılan “yaşamın niteliği” argümanı çalışmaya dahil edilecek olursa, daha önce de belirttiğimiz üzere bu konu sosyal hakların subjektifleştirilmesi ile doğrudan bağlantılı olacağından; başta güçler ayrılığı olmak üzere liberal demokrasi anlayışının ve prensiplerinin incelenmesi gerekmektedir ve başlı başına ciddi bir inceleme konusudur. Bunun yanında soykırım ve insanlığa karşı işlenen suçlar da yaşam hakkı ile bağlantılı olan ve de kapsam itibariyle tek başına incelenebilecek içeriğe sahip olan konulardır. Veyahut Birleşmiş Milletler çerçevesinde kabul edilen insan hakları sözleşmeleri ve denetim organlarının kararları çerçevesinde yaşam hakkı tek başına monografik bir çalışmanın konusu olabilir. Aynı durum Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ya da Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sözleşmesi bakımında da geçerlidir. Takdir edileceği üzere yaşam hakkı bağlamında çalışılabilecek konuların listesi bu saydıklarımızla sınırlı bir kapsama sahip değildir. Dolayısıyla bizim çalışmamızın alanının ve amacının açık bir şekilde belirlenmesi bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır.

Bu bağlamda konu bakımından yapmış olduğumuz sınırlama, herhangi bir hak için bize göre esas olan üç unsura dayanmaktadır. Bunlardan ilki hak sahibinin belirlenmesi, diğeri hak sahibinin hak üzerindeki tasarruf yetkisi ve üçüncüsü ise hak sahibinin bu hak dolayısıyla pozitif hukuk tarafından nasıl korunduğudur. Bu üç konu üzerinde yapılacak olan inceleme, bize göre, yaşam hakkının kapsamının belirlenmesi bakımından temel oluşturacaktır. Bu açıdan amacımız yaşam hakkının genel bir görünümünün ortaya konulmasıdır. Fakat bu genel görünüm içerisinde bu unsurlarla ilgili olarak özel sorunlar da ayrı bir incelemeye tabi tutulacaktır.

Yukarıdaki tasnife uygun olarak çalışmamız da üç temel bölüme ayrılmaktadır. İlk bölümde hak sahibi başlığı altında yaşam hakkına kimin ya da neyin sahip olduğu meselesi incelenecektir. Konuya tarihsel bir yaklaşım getirmeksizin sadece günümüzde bu tartışmanın temelini oluşturan sorun yani doğum öncesinde yaşam hakkının başlayıp başlamadığı sorunu ele alınacaktır. Dolayısıyla doğmuş insanlar bakımından geçmişte üretilen ve artık geçerliliği olmayan düşünceler bu başlık altında ele alınmayacaktır. İkinci bölüm ise, kişinin sahip olduğu bu hakka ilişkin temel niteliklerin arasında, hak sahibine tasarruf yetkisinin

tanınıp tanınmadığı ya da tanınıp tanınamayacağı sorunu incelenmeye çalışılacaktır. Bu sorun incelenirken de iki özel problem ele alınacaktır. Bunlardan ilki, hekim yardımı ile intihar ve ötanazi meselesidir. Diğer ise bir dönem Türkiye'nin gündeminde uzun süre yer alan ölüm orucu ve zorla besleme uygulaması ele alınacaktır. Ve nihayet son bölümde ise pozitif hukukta yaşam hakkının korunmasına ilişkin standartlar belirlenmeye çalışılacak ve de bu bakımdan yaşam hakkının pozitif hukuktaki gelişimi içtihat çerçevesinde ortaya konulmaya çalışılacaktır.

Yukarıda ifade ettiğimiz meselelerin incelenmesine ilişkin yöntemsel saptamalar her bölümün başında "genel olarak" başlığı altında ayrı ayrı dile getirilecektir fakat çalışmanın bütününe hakim olan bir takım prensiplerin bu aşamada belirtilmesinin yararlı olacağı düşüncesindeyiz. Herşeyden önce sorunlar ele alınırken, mutlaka konunun pozitif hukuk içerisindeki görünümü tesbit edilmeye çalışılacaktır. Varolan tesbit edildikten sonra olması gerekene ilişkin savların pozitif hukuk ve insan hakları bakımından uygulanabilirliği test edilmeye çalışılacaktır. Bundan kastımız; bir sistem olarak hukukun içerisinde kabul edilen ilkeler ile sözkonusu taleplerin aynı çatı altında bulunup bulunamayacağı ve eğer bu mümkünse insan hakları hukuku bakımından ne gibi sonuçlar doğuracağı tartışılmasıdır.

Bu noktada doğal olarak yaşam hakkına ilişkin ahlaki savların ele alınması gerekecektir. Biz bu savları ifade ederken mümkün olduğu müddetçe fikirleri ve karşı argümanları olduğu gibi aktarmaya çalışacağız. Amacımız ileri sürülen savın hangi amaçla ve nereden kaynaklandığını gösterebilmektir. Bunun ötesinde ilgili savların doğruluğu ya da yanlışlığı üzerine felsefi bir değerlendirmeye girmemiz hem çalışmamızın içeriği ile bağdaşmamakta hem de bu konuda yayın yapacak bir yeterliliğe sahip olduğumuzu düşünmemekteyiz. Ancak diğer taraftan ahlaki değerlendirmelerin bu ölçüde yoğun olduğu bir konuda objektif kalabilme hedefimize ulaşmamızda yaşayabileceğimiz güçlüklerin de farkında olduğumuzu belirtmemiz gerekmektedir.

Belirtmemiz gereken bir diğer prensip ise; pozitif hukuk bakımından kullandığımız kaynakların önceliklerine ilişkindir. Pozitif hukukta hakkın görünümünü ortaya koymaya çalışırken başta Birleşmiş Milletler'e üye 192 ülkenin

iç hukuk düzenleri olmak üzere oldukça geniş ve zengin bir kaynak birikimi karşımıza çıkmaktadır. Ancak takdir edileceği üzere tüm bu kaynakların tek tek değerlendirilmesi ve çalışmaya aktarılması mümkün değildir. Biz de bu nedenle kaynaklarımızı sınırlandırma bakımından iki ana kuralı çalışmamızı hazırlarken takip ettiğimizi söyleyebiliriz. Bunlardan ilki ana kaynak olarak, uluslararası hukukta kabul edilen insan hakları metinlerinin kullanımınıdır. Bu tercihin pratik ve sonuçta elde edilecek faydalar bakımından bir takım olumlu yönleri vardır. İlk olarak, insan haklarına konu olan herhangi bir hakkın sadece yerel düzeyde incelenmesi, o hakla ilgili olarak sadece incelenen ülke hukukları bakımından belirli sonuçlara ulaşmamıza sağlar. Halbuki insan hakları denildiğinde artık akla gelen ilk metinler uluslararası insan hakları belgeleridir ki; *modern hukuk sistemlerinin neredeyse tamamı bakımından bu belgelerin bağlayıcılığı kabul edilmektedir.* İkincisi, sözleşmelerin bünyesinde yapılandırılan denetim organlarının vermiş olduğu kararlar ile bir taraftan metin içerisinde yer alan haklar adeta canlı birer varlık haline gelip gelişmekte, diğer taraftan da bu gelişim ülke hukuklarına doğrudan etki yapabilmektedir. Bu anlamda üçüncü olarak; hakların pozitif hukuka geçiş sürecinde öncülük eden uluslararası insan hakları belgelerinin günümüzde artık hakların gelişimi bakımından öncülük vazifesini üzerine aldığı söyleyebiliriz. Dolayısıyla, insan hakları açısından sözkonusu metinlerin ve denetim organlarının vermiş olduğu kararların esas olarak kabul edilmesi; hem ülke hukuklarının değişim seyrini ortaya koymak bakımından hem de hakların ulaştığı en son noktanın tesbiti bakımından belirleyici olacaktır.

Bununla birlikte, iç hukuk düzenlemelerinin çalışmamızın bütünüyle dışında kalacağını da söyleyemeyiz. Herşeyden önce ele aldığımız tüm konularda Türk hukuku da incelenecektir. Fakat bunu yapmak için ayrı bir başlık açılmayacaktır. Bunun ötesinde, ülke hukukları içerisinde ele aldığımız meseleler bakımından önemli gördüğümüz kurallar ya da içtihatlar mümkün olduğunca ele alınmaya çalışılacaktır. Örneğin ceninin yaşam hakkı meselesinde konu ile ilgili olarak Amerika Birleşik Devletleri iç hukuku, oldukça farklı ve bize göre önemli bir yaklaşımın sergilemesi nedeni ile oldukça detaylı bir şekilde incelemeye konu olacaktır. Yine benzer biçimde 2. bölümün ana temasını oluşturacak olan ölüm hakkı ya da ötanazi konusunda başta ABD olmak üzere Hollanda, Belçika, İsviçre ve de Avusturya hukukları ayrıca değerlendirilecektir. Dolayısıyla ele alacağımız ülke hukukları sorun

ile ilgili alternatif bir yaklaşım sergilemeleri nedeni çalışma içerisinde aktarılmış olacaktır.

Bununla birlikte inceleyeceğimiz uluslararası insan hakları sözleşmeleri ve bu sözleşmelerin denetim organlarının yaşam hakkına ilişkin yaklaşımları, konu ile ilgili monografik bir çalışma niteliği taşımayacaktır. Daha önce de belirttiğimiz üzere bu tür çalışmalar başlı başına bir tez niteliği taşımaktadır ve böyle bir girişim bizim amacımızın ötesine geçmektedir. Biz bu belgeleri incelerken denetim organlarının oluşumu, çalışma prensipleri, karara varırken bağlı oldukları ya da içtihatla kabul ettikleri kurallar gibi usuli unsurları inceleme alanımız dışında bırakmaktayız. Bu anlamda sözkonusu unsurların eleştirisel bir değerlendirilmesi yapılmayacaktır. Sadece yaşam hakkına ilişkin kabul edilen standartların neler olduğu bizim eleştirisel bakış açımızın konusunu oluşturacaktır.

Bu noktaya kadar anlatmaya çalıştığımız ilkeler ve konuya ilişkin kapsam çerçevesinde incelememiz üç bölüm halinde ele alınacak ve her bölümün sonunda bir değerlendirme başlığı açılacaktır. Ve en nihayetinde de genel olarak bu çalışmada yaşam hakkına ilişkin olarak yapmış olduğumuz saptamalar sonuç bölümünde toparlanacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM/HAK SAHİBİ

1-1 Genel Olarak

Yaşam hakkının sağladığı hukuki himayeden yararlanacak olanı tesbit etmek için literatürde ileri sürülen düşüncelere baktığımızda, meselenin çözümüne ilişkin üretilen görüşlerin yoğun bir biçimde “İnsan yaşamı ne zaman başlar?” sorusuna odaklandığını görmekteyiz. Halbuki bizim düşüncemize göre, konunun aydınlatılması için sorulması gereken asıl soru “Pozitif hukukun sağladığı himayeden yararlanacak olan insan yaşamı ne zaman başlar?” olmalıdır. Zira yaşamı biyolojik bir vaka olarak ele alırsak, insan yaşamının kuşkusuz döllenme ile birlikte ortaya çıktığı muhakkaktır. Döllenmiş yumurta (zigot) biyolojik anlamda bir canlıdır ve yeni oluşan insanın ilk görünümüdür. Hatta daha da ileri gidersek zigotu oluşturan sperm ve yumurta da canlıdır ve dolayısıyla döllenme öncesi yaşamın varlığından bahsedilebilir. Fakat marjinal yaklaşımlar¹³ bir kenara bırakılacak olursa, sperm ve yumurtanın yaşam hakkının korumasından yararlanabileceğinin ileri sürülebilmesi mantık çerçevesinde olanaksızdır.

Oysa soruyu “Pozitif hukukun sağladığı himayeden yararlanacak olan insan yaşamı ne zaman başlar?” şeklinde değiştirdiğimizde, biyolojik yaşamın ne zaman başladığını araştırmaksızın, varolan yaşamın hukuki korumadan hangi kıstasların gerçekleşmesi ile yararlanabileceğinin tebitine yöneliriz. Yani pozitif hukuk açısından korumaya değer olan yaşamın ne zaman başladığını belirlemeye çalışırız. Dolayısıyla asıl araştıracağımız husus kişilik kavramı ve bu kavramın mevcudiyeti için gerekli olan niteliklerin belirlenmesi meselesi olmalıdır. Çünkü yaşam hakkına sahip olabilmenin ilk şartı diğer haklarda olduğu gibi, hak iddiasında bulunanın mevcut hukuk düzeni tarafından kişi olarak tanınmasıdır.

¹³ Katolik kilisesi yaşam hakkının gebe kalma anı ile birlikte başladığını iddia etmekle birlikte, doğum kontrolü yöntemlerine karşı çıkmasıyla adeta kendi tesbit etmiş olduğu bu sınırda ötesinde bir alanda bu hakkı fiilen genişletme eğilimi sergilemektedir.

Toplumsal yaşamda hangi varlıkların ya da kimlerin hukuksal anlamda kişi sayılacağı ise her toplumun kendi yapısına göre değişkenlik gösterebilen bir pozitif hukuk meselesidir. Örneğin bugünkü hukuk sistemimizin temel taşlarından biri sayılan Roma Hukuku'nda kölelere kişilik tanınmamıştır. Hak ehliyetine sahip olmayan köleler, aksine hakkın konusunu oluşturan varlıklardır. Pekçok eski hukuk düzeninde yer alan bu uygulamanın yanında, Roma Hukuku'nda aile reislerinin egemenliği altında olan kişiler üzerinde de, köle olsun ya da olmasın yaşam ve ölüm hususlarında karar verme hakkına varan hakimiyetleri sözkonusudur.¹⁴

Kölelik sadece Roma Medeniyeti'ne has bir uygulama olmaktan öte, 1800'lü yıllarda başlayan¹⁵ kölelik karşıtı hareketlerin ağırlık kazanmasına kadar, hemen hemen her medeniyette doğal bir uygulama olarak kabul edildiğini söyleyebiliriz. Örneğin Eski Türk Devletlerinden olan Hun, Göktürk ve Uygurlarda savaş tutsakları kul, köle ve alınıp satılabilecek bir varlık olarak kabul edilmektedir. İslam öncesi Arabistan'da uygulanan kölelik ya da kulluk uygulamasında İslamiyetle beraber bir takım iyileştirmeler sözkonusu olsa da muhafaza edilmiştir.¹⁶ Nitekim Avrupa Hristiyan dünyası da, kendi insanları için değil ancak kendileri dışındakiler için kölelik kurumunu yaşatmaya devam etmiştir. Müslümanlara karşı verilen savaş ve İslam Hukukundaki kölelik anlayışı örnek gösterilerek köleliliğin meşru bir uygulama olarak muhafaza edilmesi savunulmuştur.¹⁷ Katolik Kilisesi'nin köleliği resmi olarak reddi ise ancak 1965 yılında gerçekleşmiştir.¹⁸

Günümüze gelindiğinde ise artık modern hukuk sistemlerinin tümü, doğmuş ve hayatta olan insanların kişiliğini herhangi bir ayırım yapmaksızın kabul etmektedir. Dolayısıyla, kişiliğe yani haklara sahip olabilme ehliyeti tüm insanlar için kabul edildiğinden yaşam hakkı da doğmuş ve hayatta olan tüm insanlar için tartışılmaksızın geçerli olan bir haktır. Geride bıraktığımız yüzyılda başlayan ve zamanımızda da devam eden asıl tartışma konusu ise, bu hakkın doğum öncesinde

¹⁴ B. ERDOĞMUŞ, Roma Hukuku, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1992, sf. 105-126.

¹⁵ A. MUMCU-E. KÜZECİ; sf. 97-99.

¹⁶ M. ÖNEN; Hukukun Temel Kavramları, Der Yayınları, İstanbul, 1991, sf: 168.

¹⁷ C. B. AKAL; Modern Düşüncenin Doğuşu, Dost Kitapevi, Ankara, 1997, sf: 110.

¹⁸ A. MUMCU-E. KÜZECİ; sf. 97.

başlayıp başlamadığı sorunudur. Daha açık bir ifade ile “ceninin yaşam hakkı”¹⁹ meselesidir. Dolayısıyla biz de bu bölümde yaşam hakkının başlangıcı konusunu ele alırken günümüzde yaşam hakkının başlangıcı hususunda tartışmalı tek mesele olan ceninin yaşam hakkı konusunu ele alacağız.

Özellikle kürtaj karşıtı grupların en önemli savlarından birisini oluşturan “ceninin yaşam hakkı” iddiası, uzun bir süredir tartışılan ve henüz üzerinde bir uzlaşmanın sağlanamadığı ve de yakın bir dönemde de sağlanması ihtimal dahilinde olmayan bir sorundur. Konunun bu derecede uzlaşmaz bir nitelik kazanmasının temel nedeni ise, kişiliğin kazanılması için belirlenecek olan kıstasların hukukun korumasından, bir hak sahibi olarak tam anlamıyla yararlanana, yaralanamayacak olandan kesin bir şekilde ayırmasından kaynaklanmaktadır. Bu çizginin çekilmesi ise çok sağlam ahlaki temellere dayanan kıstasların belirlenmesini zorunlu kılmaktadır. Çünkü belirlenen kriterler, haklara sahip olabilmeye ehliyetini edinmiş yaşam ile sadece dolaylı bir korumadan yararlanabilecek bir yaşam arasındaki sınırı oluşturacaktır. Eğer ceninin hukuken hak sahipliği kabul edilmez ise, hukukun ona getireceği koruma, hak sahibi olmayan bir varlığın korunması için getirilecek olan düzenlemeden nitelik itibariyle bir farklılığı olmayacaktır.

Bir örnekle neyi kastettiğimizi daha somut bir şekilde ifade edebiliriz. Mesela bir hayvanın zulme varan hareketlere maruz kalması hukuk tarafından yasaklanırken bu yasağın amacı; hak sahibi bir varlığın korunması değildir. Asıl gaye hayvanı bu tür hareketlerden korurken, bu davranışı ahlaki olarak tasvip etmeyen toplumun incinen duygularını tatmin etmek ya da toplumun bu konuda yaşayabileceği rahatsızlığı önlemektir.²⁰ Ceninin kişiliği kabul edilmediği takdirde, aynı bir hayvanın korunması için yapılan düzenlemeler bu sefer cenin için kabul edilmiş

¹⁹ Bu kalıp içerisinde kullandığımız cenin kavramı, anlatım kolaylığı bakımından tıp biliminin vermiş olduğu manadan daha geniş bir anlamı ifade edilmek için kullanılmıştır. Tıp bilimine göre, doğum öncesi evreler, zigotun ana rahmine yerleşmeden önceki aşaması pre-embryo, ana rahmine yerleştikten sonrası ise embryo ve cenin şeklinde ayrılmaktadır. Biz tıp bilimine göre hamileliğin geç safhasını ifade eden cenin kavramını, doğum öncesindeki bütün süreci kapsayacak şekilde çalışmamızda kullanacağız. İngilizce kaynaklarda bizim kullandığımız terimin yerine, “unborn child” yani “doğmamış çocuk” yapısı kullanılmaktadır. Anlatım itibariyle doğmamış çocuk kalıbının yaratabileceği zorluklar gözönüne alındığından, tıp bilimine göre hatalı da olsa cenin kavramını kullanmayı anlatım kolaylığı bakımından tercih ettiğimizi söylemeliyiz.

²⁰ S. S. TEKİNAY; Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1992, sf: 203.

olacaktır. Halbuki cenine hak ehliyeti tanınacak olursa, yaşam hakkına sahip bir varlık olarak herkese karşı bu iddia ileri sürülebilecektir ki; bu konuda asıl muhattap büyük ölçüde kürtaj yaptırmak isteyen kadın olacaktır. Hak sahibi bir varlığın talebi ile hak sahibi olmayan varlığın korunması için kamuoyunun hassasiyetinin kullanılması arasında, yapılacak olan düzenlemelere etki bakımından en azından teorik açıdan büyük farklar olacağı kesindir. İşte bu ayırım nedeni ile, ceninin ahlaken nasıl nitelendirilmesi gerektiği ve bu nitelendirmenin pozitif hukuka yansıma şekli, önemli bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır.

Ceninin konusunda yapılan ahlaki değerlendirmeler, çalışmamızın yöntemine ilişkin prensiplerimiz doğrultusunda, mümkün olduğunca tarafsız bir şekilde aktarılmaya çalışılacaktır. Yerindelik sorgulaması yapmayacağımız bu aktarımda iki hususun aydınlatılmasını amaçlamaktayız. Bunlardan ilki, yapılan değerlendirmelerden pozitif hukuku etkileyen ve etkileme potansiyeline sahip olan düşünceleri belirlemek, ikincisi ise özellikle ceninin yaşam hakkına sahip olduğu iddiasını taşıyan ahlaki önermeleri, kategorileştirerek bir sistem içerisinde sunmaktır. Böylece bir taraftan ahlaki değerlendirmelerin ortak noktaları tesbit edilebilecek, diğer taraftan da bir insan hakkı talebi olduğu iddia edilen ahlaki yaklaşımın genel çerçevesi belirlenmiş olacaktır.

Ceninin ahlaki statüsü ortaya çıktıktan sonra ise, mevcut iç hukuk düzenleri içerisindeki normların ne ölçüde bu ahlaki taleple uyduğu ya da uyuşabileceği tesbit edilmeye çalışılacaktır. Bu şekilde de, ceninin ahlaki statüsünün ardından iç hukuk düzenlerindeki hukuki statüsü de genel hatları ile belirlenmiş olacaktır.

Son aşamada ise, ulusüstü insan hakları hukukunda ceninin nasıl algılandığı sorusuna cevap aranacaktır. Fakat teorik planda ceninin yaşam hakkı ile kadın haklarının birbiri ile yarışıyor olması nedeni ile, ortaya konulan ahlaki talebin kadın hakları üzerindeki etkisini görebilmek adına, başta kadının üreme sağlığına ilişkin hakları olmak üzere genel olarak kadın haklarının da ele alınacağı bir başlık oluşturulacaktır. Tabii bu inceleme de yine ulusüstü insan hakları belgeleri çerçevesinde yapılacaktır.

Nihayet son bölümde ise, ortaya çıkan tablodan yararlanılarak, ceninin yaşam hakkına sahip olduğuna ilişkin talebin pozitif hukukta uygulanabilirliği tartışılacaktır. Ağırlıklı olarak kendi düşüncelerimizin ve değerlendirmelerimizin yer alacağı bu başlıkta, pozitif hukuk açısından teknik bir mesele olarak ceninin yaşam hakkının olabirliliği incelenirken, bu inceleme ile birlikte ortaya çıkabilecek olası sorunlara ilişkin olarak kendi çözüm yollarımız sunulacaktır.

1-2 Ceninin Ahlaki Statüsü

Ahlaki değerlendirmelerin yapıldığı tüm meselelerde, değerlendirmelerin çoğu zaman iki ana kaynağı olduğu söylenebilir. Bunlardan ilki din, ikincisi ise din dışı yani seküler yaklaşımlardır. Dolayısıyla çalışmamızın bu aşamasında, ceninin ahlaki statüsünü belirleyebilmek adına iki alt başlık oluşturulmuştur. Söz konusu iki kaynaktan ortaya çıkan ve birbirinden çok farklı değerlendirmelerin yer aldığı bu bölümde, cenin konusunda ileri sürülen ortak ve farklı değerlendirmelerin neler olduğunu tesbit etmeye çalışacağız. Bunu yaparken de pozitif hukuku doğrudan ya da dolaylı yoldan etkilemiş olan önermeleri yeri geldikçe konu içerisinde göstermeye çalışacağız.

Fakat önemli bir noktayı konuya geçmeden önce belirtmek istiyoruz. Seküler ya da din tabanlı ahlak yargılarının çalışmamıza yansması, doğal olarak bir ahlak felsefecisinin ya da din bilimcisinin konuyu ele alması ile paralellik göstermemektedir. Çünkü bu konular hem bizim alanımız dışında kalmakta hem de çalışmamız bir hukuk tezi olması nedeniyle, bu görüşleri kendi yargılarımızı katmamaya özen göstererek, olduğu gibi aktarmaya çalışacağız. Dolayısıyla bu bölüm, okuyucu tarafından değerlendirilirken çalışmanın esas olarak bir pozitif hukuk çalışması olduğu gözden kaçırılmamalıdır.

1-2-1 Dinlerin Cenin Konusundaki Yaklaşımları²¹

Dinler, öngördükleri dünya görüşleri çerçevesinde toplumsal sorunlara çözümler üretmeye çalışırken, bu sorunların çözümü hususunda pozitif hukukun şekillenmesine de önemli derecede etkileri olabilmektedir. Seküler anlayışın hukuk sistemlerine yerleşmesinden önce çoğu zaman doğrudan görülen bu etki; günümüzde bazı modern toplumlarda hukuk kurallarının oluşturulması sürecinde varlığını hala kuvvetli bir şekilde hissettirebilmektedir.

Özellikle dinin güçlü bir kamuoyu oluşturabilme potansiyeline sahip olduğu toplumlarda, kanun koyucunun iradesinin dinsel söylemlere göre biçimlenmesi mümkün olabilmektedir. Bu etki sadece kuralın oluşum aşamasında değil fakat bunun yanında kabul edilen kuralın uygulama aşamasında da kendisini gösterebilmektedir. Dinsel söylevin seküler bir anlayışla hazırlanmış olan herhangi bir hukuk kuralının fiiliyatta uygulanmasını engelleyebildiği durumlar dahi sözkonusu olabilmektedir.²² Dolayısıyla dinin toplumsal meselelerde ortaya koyduğu bakış açısı, oluşturulan kamuoyu desteği sayesinde her ülkede değil ama dinsel hassasiyetin yoğun olduğu toplumlarda uygulama açısından hukukun da önüne geçebilmektedir.

²¹ Çalışmamızın bu bölümünde ve daha sonraki aşamalarında kürtaj ile ilgili ülke hukukları aşağıdaki kaynaklardan yararlanılarak belirlenmiştir; Abortion Policies, A Global Review, United Nations Population Division Department of Economic and Social Affairs, 2002. bkz.<http://www.un.org/esa/population/publications/abortion/>, Avrupa ülkeleri bağlamında yapılan ve bizim ulaştığımız tek kaynak ise; bir sivil toplum kuruluşu olan Planned Parenthood Federation'ın Avrupa departmanının yapmış ve yayınlamış olduğu çalışmadır. Bkz. Legislation in Europe, <http://www.ippfen.org/site.html?page=34&lang=en#3>, bu konudaki bir diğer kaynak ise Harvard Üniversitesi'nin internet ortamında sağladığı kürtaj ile ilgili ülke hukuklarına ilişkin veri tabanıdır. bkz. <http://annualreview.law.harvard.edu/population/>, Abortion In Law, History and Religion, Published by; Childbirth by choice Trust, Toronto, 1995. Ülke nüfuslarının dini inanış bakımından dağılımı konusunda bilgiler için bkz. The World Factbook, CIA, 2007.

²² Örneğin İtalya'da 1978 yılında kanunlaşan liberal kürtaj yasası, Vatikan'ın kürtajı yapacak olan doktorları afaret edileceğini açıklamasından sonra, kürtaj hukuki zeminde yasal olmasına karşın uygulamada doktorların çok büyük bir kısmı kürtaj yapmaması nedeni ile kürtaj konusundaki yasa büyük oranda hayata geçememiştir. Bkz. Abortion Policies, A Global View, United Nations, Vol. 1, 2002, Başka bir örnek ise ABD'nde Yüksek Mahkeme Roe v. Wade davası neticesinde her eyaletin hamileliğin ilk üç ayında kürtajı engelleyemeyeceğini hükme bağlamasına karşın günümüzde kürtaj yapmaya çalışan doktorlar bazı bölgelerde barınamamakta ve kürtaj yapan klinikler kaptılmak zorunda kalmaktadır bkz. T. S. JOST; "Rights of Embryo and Fetus in Private Law", American Journal of Comparative Law", Vol. 50, No:3 Summer 2002, sf: 633-646.

Dinin bu niteliği bilhassa insan hakları konusunda daha büyük bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira din kaynaklı insan hakları anlayışı mutlaka belirli bir kabullenişin ürünü olmak zorundadır. Bu durum her türlü dinsel yaklaşımın hatalı sonuçlar doğuracağı anlamına gelmediği gibi doğru sonuçlara da ulaşacağımız manası çıkarılamaz. İnsan haklarının esası devlet-birey geriliminde bireyin menfaatlerinin korunması temeline ve bu temelin oluşturulması da seküler yaklaşıma, akla dayanmaktadır. Bu nedenle herhangi bir insan hakkı ile korumaya çalıştığımız değer bu himayeden tam olarak yararlanabilmesi için, hakkın işlevselliğini sağlamak adına yapılacak olan her türlü düzenleme somut sorunların çözümüne yönelik akla ve bilime dayanan çözümler olmalıdır. Dolayısıyla, insan hakları adına yapılan dinsel tabanlı söylevlerin akıl muhakemesinden geçirilmesi zorunludur.

Yaşam hakkı konusunda ise, belki de diğer haklardan çok daha yoğun bir biçimde, seküler karaktere sahip pozitif hukuk ve insan hakları anlayışı ile bağdaşmayan dinsel önermelerin, hukuk sistemleri içerisine sokulmaya çalışıldığını görmekteyiz. Bununla ifade etmeye çalıştığımız şey, dinsel önermenin doğruluğu ya da yanlışlığı konusunda herhangi bir değerlendirme yapmak değil, önermelerin pozitif hukuk ve insan hakları anlayışında şu an kabul edilen genel ilkelere ters marjinal bir nitelik taşımasıdır. Aynı durum kimi seküler tabanlı değerlendirmeler için de sözkonusu olmakla birlikte, asıl bizim için önemli olan bu iki anlayışın üzerinde uzlaştığı ortak ahlaki değerlendirmeyi belirleyebilmektir. Böylece son bölümde yapmaya çalışacağımız; sözkonu ortak ahlaki değerlendirmenin ve buna bağlı olarak ileri sürülen insan hakkı talebinin pozitif hukuk ve insan hakları anlayışı ile uygunluğu ya da bu alanlarda uygulanabilirliğinin sorgulanmasını, bu bölümde elde edeceğimiz bilgiler ışığında gerçekleştirebileceğiz.

Bu başlık altında ele alacağımız inanç sistemleri ise, zorunlu bir elemenden sonra belirlenmiştir. Zira tüm inançlara bu bölümde yer verebilmemiz mümkün değildir. Yaptığımız sınırlamanın objektif bir nitelik taşıması için seçimimizde iki kıstas uygulamanın daha doğru olacağına karar verdik. Bunlardan ilki ele alacağımız inancın pozitif hukuku etkileyebilme kapasitesi, diğeri ise dünya nüfusunun ciddi sayılabilecek bir oranının ele alacağımız inanç sistemlerini kabul ediyor olması. Bu

iki kıstası uygulamamızdan sonra 5 dini inancın incelenmesine karar verilmiştir; Musevilik, Hıristiyanlık, İslamiyet, Budizm ve Hinduizm.

1-1-1-1 Musevilik

Semavi dinler arasında, Hıristiyanlık ve İslamiyetten tarihsel olarak daha önce ortaya çıkan Musevilik, yaklaşık 4000 yıllık bir geçmişe sahiptir. Bu inancın Kutsal kitabı olarak kabul edilen Tevrat'ın diğer iki semavi din bakımından da kutsiyeti teslim edilmekte ve özellikle Hıristiyanlığın yorumunda "Eski Ahid" adı altında Tevrat'tan sıklıkla yararlanılmaktadır. Musevilik ve Hıristiyanlık bakımından temel kaynak olarak kabul edilen Tevrat, bizim de ceninin Musevilik inancındaki yeri ya da statüsünü tesbit etmek için ilk ele alacağımız metin olacaktır. Fakat çok uzun bir geçmişe sahip olan bu inanç sisteminde, zaman içerisinde ikincil kaynakların da oluşturulduğu ve dinin yorumlanmasının yanında toplumsal yaşama ilişkin kuralların belirlenmesinde bu kaynaklardan yararlanıldığı da bilinmektedir. Bu nedenle, içinde Tevrat'a ait kuralların da yer aldığı ama ayrıca bu inanç sisteminin toplumsal yaşama dair yazılı ve sözlü kuralların bütününe ifade eden Halakha'da cenine biçilen ahlaki değerlendirmeyi ana hatları ile sunmaya çalışacağız.

Halakha'nın Tevrat dışındaki en önemli kaynağı, bir nevi dini kanunlar olarak ifade edebileceğimiz Talmud hukukudur. Sosyal yaşama dair kuralların belirlendiği bu kanun külliyyatının yanı sıra, inancın ileri gelenleri tarafından meydana getirilen ve İngilizce terminolojide Rabbinical Writings olarak belirtilen metinler de, Halakha'nın üçüncü ana kaynak grubunu oluşturmaktadır.

Tevrat'ta insan yaşamının ne zaman başladığını ya da ceninin statüsünü açıkça belirleyen herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak çocuk düşürtme ve adam öldürmeye ilişkin hükümler birlikte incelendiğinde, konuyla ilgili bir takım sonuçlara Tevrat açısından varmamız mümkündür. Çocuk düşürtmenin ve bu eylemin yaptırımının belirlendiği hükümler Tevrat'ın "Mısır'dan Çıkış" bölümünde yer almaktadır.

Mısır'dan Çıkış (Exodus) 21:22 “İki kişi kavga ederken gebe bir kadına çarpar, kadın erken doğum yapar ama başka bir zarar görmezse, saldırgan, kadının kocasının istediği ve yargıçların onayladığı miktarda para cezasına çarptırılacaktır.

Mısır'dan Çıkış (Exodus) 21: 23-25 Ama başka bir 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.”²³

Yukarıda aktarmış olduğumuz maddelerde; iki erkeğin kavgası esnasında, hamile bir kadına çarpmaları ve bu müdahale neticesinde meydana gelen erken doğumun sorumlularına uygulanacak yaptırımlar gösterilmektedir. Ancak belirtmemiz gerekir ki, erken doğumdan kast edilen; ceninin zamanından önce doğması ve hayatına devam etmesi değildir. Aksine 3. kişilerin eylemleri neticesinde ceninin hayatını kaybetmesidir ki; metinden anlaşıldığı kadarıyla bu olay cinayet olarak algılanmamaktadır. Tevrat'a göre, ortaya çıkan zarar sadece düşük olayının meydana gelmesi ise, babanın mülkiyet alanına giren ceninin ölmesi nedeni ile sorumluların hakimın uygun göreceği bir tazminatı ödemeleri gerekmektedir. Fakat düşük haricinde, kadın bir zarara uğrarsa, o zaman da kısas yöntemine göre yaptırımın şekli ortaya çıkacaktır.²⁴

Musevilik inancında genel olarak kabul gören bu Tevrat yorumu, bu inanç içerisinde önemli bir yere sahip olan düşünürler tarafından da kurallaştırılmıştır. Örneğin Maimonides ve Karo, düşükten sorumlu olan kişilerin hukuki yaptırım olarak, ceninin maddi değerini ve de kadının gördüğü maddi ve manevi zararın tazminat şeklinde karşılanması gerektiğini ifade etmişlerdir. Bununla birlikte iki düşünür de, cinayetten söz etmemişlerdir. Zira bu onlara göre cenin, annenin bir parçası ve kocasıyla beraber kadına ait olan bir varlıktır.²⁵

Tevrat'ta adam öldürme suçunun ve yaptırımın anlatıldığı bölüm ise şu şekildedir;

²³ Kutsal Kitap, Yeni Yaşam Yayınları, İstanbul, 2006, sf. 94.

²⁴ F. ROSNER; “The Jewish Attitude Toward Abortion”, Journal of Orthodox Thought, 10:2, 1968, sf. 55.

²⁵ Aynı eser; sf. 55-56.

Mısırdan Çıkış (Exodus) 21:12 “...o bir kişiye vurdu ve o adam öldü, şüphe yok ki bunu yapan da öldürülecektir...”²⁶

Bu madde ile ilgili yapılan yorumlar, “adam” teriminin doğmuş olan insanı işaret ettiğini bu nedenle ceninin bu kapsam içerisinde sayılamayacağı yönündedir.²⁷ Nitekim maddelerin hukuk mantığı çerçevesinde beraber incelenmesi de bizi aynı sonuca ulaştırmaktadır. İlk maddede çocuğun düşürülmesi eylemine bağlanan hukuki yaptırım tazminattır. Kadın için bir zarar doğarsa ki, bu ölüm olabilir; maddeninin devam eden bölümünde açıkça kısas yönteminin uygulanacağı belirtilmektedir. Kısaca ceninin ölümü tazminat yaptırımına bağlanırken, aynı olayda gerçekleşebilecek annenin ölümü, kısas kuralı gereği ölüm cezasını gerektirmektedir. Bu nedenle adam öldürme suçunun ele alındığı son maddede, “adam” kavramına ceninin dahil edilmesi, kurmuş olduğumuz bu mantık zinciri içerisinde mümkün değildir.

Nitekim Talmud Hukukunda da bu yorumu doğrulayan bir düzenleme sözkonusudur;

Tohoroth II Oholoth 7:6: “...eğer kadın zor bir durumdaysa (yani müdahale edilmediği takdirde ölecekse), çocuk ana rahminden parça parça çıkarılır, çünkü kadının hayatı onun (ceninin) hayatından önce gelir. Fakat büyük parça (kafa olarak yorumlanmakta) çıkarılırsa, bu takdirde ona dokunulamaz, bir kimsenin hayatı için bir başka kimsenin hayatı feda edilemez.”²⁸

Bu madde çok açık bir biçimde, anne, cenin ve doğmuş olan çocuk bakımından bir değerler kademelendirmesi yaratmaktadır. Bu sıralama içerisinde de, ceninin hangi aşamada değerlendirmenin en üst basamağında yer alacağı da gösterilmektedir. Madde kürtajın ne zaman yapılabileceğini açıklamaktadır. Eğer hamileliğin devamı kadının yaşamını tehdit eder bir hal almışsa, cenine kürtaj yolu ile müdahale

²⁶ Kutsal Kitap; sf. 93.

²⁷ Aynı eser; sf. 56, J. D. BLEICH; “Abortion in Halakhic Literature”, *Journal of Orthodox Thought*, 10:2, 1968, sf. 74.

²⁸ F. ROSNER; sf. 56, A. SPERO; “A Talmudic Overview of Abortion”, *Midstream Policy Review*, 36:7, 1990, 20-21.

edilebilmesine izin verilmektedir. Hükümü tersinden okuyacak olursak; kadının yaşamını tehdit eden bir hamilelik sözkonusu değilse, cenine müdahale uygun bulunmamaktadır. Fakat, kadının hayatı hamilelik nedeni ile tehlikede olsa bile, eğer ceninin başı annenin vücudundan ayrılırsa, bu durumda kürtaj eylemi durdurulmak zorundadır çünkü bir kişinin hayatı için bir başka kişinin öldürülmesine müsaade edilmemektedir. Yani bu kurala göre, ceninin tam olarak insan sıfatını kazanabilmesi için, başının anne vücudundan ayrılmış olması yeterlidir. Özetleyecek olursak, bu maddeye göre ceninin ölmesine neden olacak herhangi bir müdahale ancak kadının yaşamı hamilelik nedeni ile tehlikede ise mümkündür bu da anne karnında ceninin doğmuş insanlar gibi değil fakat sınırlı bir şekilde korunduğunu göstermektedir. Tam korumadan yararlanmak için yani kişi olabilmek içinse, anne vücudundan başın ayrılmış olması yeterlidir.²⁹

Bu üç kaynaktan elde ettiğimiz bilgiler ışığında şu sonuçlara varabiliriz; ilk olarak cenin ile doğmuş olan insanlar aynı statüde değerlendirilmemektedir. Çünkü doğmuş olan ile olmayana karşı işlenebilecek haksız fiillerin hukuki yaptırımları nitelik itibariyle birbirinden oldukça farklıdır. Bunun yanında annenin hayatının tehlikede olması halinde, cenine müdahale edilebilmesi annenin yaşamının ceninin yaşamından daha fazla bir değere sahip olduğunun göstergesidir. Cenin, Musevi inancında korunması gereken bir varlık olarak kabul edilmekle birlikte; hukukun sağladığı korumadan tam olarak yararlanabilmesi için yani kişi olabilmemesi için doğum esasının gerçekleşmesi gerekmektedir.³⁰ Ancak, bu kademeli değerlendirme, cenine karşı her türlü müdahalenin mümkün olabileceği anlamına da gelmemekte; tam tersine, mecbur kalınmadıkça cenine müdahalenin olmaması gerektiği savunulmaktadır.³¹

²⁹ F. ROSNER; sf. 56-57.

³⁰ Bununla birlikte bazı haham metinlerinde, kişiliğin ya da insan yaşamının başlangıcı doğum sonrasındaki bir döneme uzatılmaktadır. Vaktinden önce doğmuş premature bebekler bakımından ileri sürülen bu görüşe göre, doğumdan 13 tam gün geçmedikçe, normal hamilelik süresi sonunda doğmuş olan bebekler ile aynı statüde sayılmamaktadır. Çocuğun yaşayabilme kabiliyetini hazi olup olmadığını görmek amacıyla konulduğu düşünülen bu kriterin, diğer kültürlerde yer alan bekleme süresi ile özdeşleştirilmektedir. Yaşayabileceğini ispatlayan bebeğe ad konulması gibi, haham metinlerine göre yaşayabileceğini ispatlayan bebek tam olarak insan statüsünde sayılabilecektir. S. F. GILBERT- A. TYLER- E. ZACKIN; Bioethics and the New Embryology: Springboards for Debate, W.H. Freeman & Company, 2005, sf. 35.

³¹ Bkz. F. ROSNER; sf. 48-71., A. SPERO; sf. 20-22., J. D. BLEICH; sf. 72-120.

Günümüzde Nüfusunun büyük çoğunluğu musevi olan tek devlet İsrail'dir. İsrail'in kürtaj ile ilgili günümüzde geçerli olan hukuki düzenlemeleri, büyük oranda muhafazakar dini kesimlerin ve de kürtaj kanunlarının sıkılaştırılması ile nüfusun artacağı düşüncesinde olanların etkisi ile şekillenmiştir. Bu etki, 1977'de liberal bir kürtaj yasasının kabulünden sonra, 1979'da yapılan ve günümüzde de geçerli olan değişikliklerde kendisini göstermiştir. Bugün İsrail'de kadınların kürtaj yaptırabilmesi sıkı bir takım kurallara bağlanmıştır. Ülke çapında kürtaj yaptırma taleplerini inceleyen ve izin verme yetkisine sahip olan 28 komite oluşturulmuştur. Şu anda sadece kadının isteği doğrultusunda kürtaj yapılamamakta bunun dışında bir takım nedenlerin varlığı aranmaktadır. Örneğin pekçok modern hukuk düzeninde yer alan sosyal ve ekonomik nedenlerin varlığı kadın bakımından kürtajı yasal hale getirememektedir. Komitenin kürtaja izin verebildiği 4 durum sözkonusudur. Bunlar, başvuranın 17 yaşından küçük ya da 40 yaşından büyük olması hali, hamililiğin tecavüz ya da ensest gibi cinsel bir suç neticesinde meydana gelmesi veya evlilik dışı bir ilişkinin ürünü olması, ceninin fiziksel ya da ruhsal bir sakatlık taşıması ve de son olarak hamileliğin devamının kadının sağlığını ya da hayatını tehlikeye sokacak bir durum arz etmesidir.

1-1-1-2 Hıristiyanlık

Günümüzde ceninin yaşam hakkına sahip olduğu iddiasını ortaya koyanların önemli bir bölümü, bu iddialarının ahlaki temellerini Hrisitiyanlık inancına ve de özellikle Katolik öğretisine dayandırmaktadırlar. "Right to Life Movement-Yaşam Hakkı hareketi" olarak adlandırılan ve Vatikanın etkin desteği ile özellikle ABD ve Latin Amerika'da ceninin yaşam hakkının pozitif hukukta yer alması için faaliyet gösteren hareketin de fikri alt yapısını, cenin konusunda Katolik kilisesinin ileri sürdüğü iki savı oluşturmaktadır: Bunlardan ilki ceninin gebe kalma anından itibaren yaşam hakkına sahip olduğu ve ikincisi de kürtajın herhangi bir istisna tanınmaksızın tüm pozitif hukuk düzenlemelerinde yasaklanmasıdır.

Hıristiyanlıkta yer alan diğer mezheplerin genellikle muhafazakar kesimlerinin katıldığı bu yaklaşım, Katolik mezhebi dışında kalanlar bakımından bir dogma niteliği taşımamaktadır. Zira Hıristiyanlık inancının kutsal kitabı olan İncil'de konu ile ilgili olarak tüm inananları bağlayacak açık bir hüküm bulunmamaktadır.

Dolayısıyla hem mezheplerin kendi içerisinde hem de mezhepler arasında oldukça farklı yorumlar ortaya çıkabilmektedir. Bunun yanında Katolik inancından farklı olarak diğer mezheplerin tüm dünyaya yayılan hiyerarşik bir kurumsal yapıya sahip olmamaları da, öğretinin tek bir bakış açısı istikametinde gelişimini engellemektedir.

Oysaki Katolik inancında, hiyerarşik düzenin en başında Vatikan-Papa olmak üzere, Katolik mezhebine bağlı dünyadaki tüm kiliselerin kontrol edilebileceği kurumsal bir yapı sözkonusudur. Bu yapının başında bulunan papanın hatasızlığı peşinen kabul edildiğinden, öğreti tek bir otoritenin söylevi çerçevesinde gelişmekte ve dolayısıyla mezhebin konulara bakışında homojen bir görünüm ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte Hıristiyanlık ve de Katolik inancın tarihine baktığımızda, ceninine verilen anlam konusunda aynı homojen görünümün oluştuğunu söyleyemeyiz. Yaklaşık 2000 yıllık din tarihi boyunca, cenin farklı değerlendirmelere tabi tutulmuş ve bugün Katolik öğretinin benimsemiş olduğu anlayışın resmi olarak Vatikan tarafından dile getirilmesi, ancak 1869 yılında mümkün olabilmıştır.

Vatikan'ın cenin konusunda resmi olarak dile getirdiği görüşe en yakın olan düşünceler, Hıristiyanlığın erken dönemlerinde de savunulmuştur. Örneğin ilk yazılı dini metinlerden birisi olduğu kabul edilen Didache'de "ne kürtaj yolu ile cenini öldürebilirsin ne de yeni doğmuş bir çocuğu", ifadesi ile yeni doğmuş olan çocuk ile cenin arasında fark gözetmeksizin, ikisinin de öldürülmesi yasaklanmıştır.³² Benzer yaklaşımlar, dönemin ileri gelen Hıristiyan düşünürleri Tertullan, Agustine ve Titus Flavius Clemens tarafından da savunulmuş ve ceninin aynı doğmuş insanlar gibi korunması gerektiği fikri, o dönem Hıristiyanlığında genel olarak kabul edilen yaklaşım olmuştur.³³

³² D. A. JONES ; "On The Place of Human Embryo with in the Christian Tradition and the Theological Principles for evaluating its Moral Status", *Ethics & Medicine: An International Journal of Bioethics*, 17:3, 2001, sf. 144.

³³ Dönemin ileri gelen din adamlarının bakış açısına göre, insan oluşumu engelleyecek herşey karşı çıkılmalıdır. Bu nedenle de, sadece kürtaj değil fakat bunun yanında doğum kontrolü de, dünyaya gelmesi gereken bir canlının doğumun engellenmesi anlamına geldiğinden, doğum kontrolü zımnî bir cinayet olarak algılanmıştır. O dönemde doğum kontrolüne yönelik oluşan bu anlayış günümüzde Katolik Kilisesi tarafından hala savunulmaktadır. Fakat ceninin hamileliliğin her döneminde korunması gerektiğini savunan erken dönem Hıristiyan düşünürleri ve de özellikle Tertullian ve Agustine, günümüzdeki Katoliklerden farklı olarak, hamilelik kadının yaşamını tehdit eder bir hal aldığında, kürtajın kadın bakımından bir hak olduğunu kabul etmekteydiler.bkz. M. J. BUSS; "The

O dönemde kabul gören bir başka önemli fikir ise; ceninin canlanmasının ona ruh verilmesi ile mümkün olduğu savıdır.³⁴ Bununla birlikte ruhun bedene giriş anının ne zaman gerçekleştiği kutsal metinlerde belirtilmemektedir. Fakat yukarıda aktarmaya çalıştığımız kürtaj karşıtı yaklaşıma paralel olarak, ilk dönem Hristiyanların büyük bir bölümü bunun gebe kalma anında gerçekleştiğini savunmuşlardır.³⁵

5. yüzyıla gelindiğinde ise bazı teologlar, o zamana kadar kabul edilmiş olan ruhun bedene gebe kalma anında girdiği savını tartışmaya başlamışlardır. Bir kısım düşünür, bunun ancak tanrı tarafından bilinebilecek bir bilgi olduğunu söyleyerek, kabul edilmiş olan gebe kalma anı kıstasını eleştirmişlerdir. Diğer bir grup teolog ise, Aristoteles'in yaklaşımına paralel olarak ruhun bedene giriş anının 40. günden evvel gerçekleşmeyeceğini ileri sürmüştür.³⁶ Acqinolu Thomas ve Saint Augustine gibi önemli düşünürlerin de savunmuş olduğu bu ayırım, bir görüşe göre, Yunan etkisinin hissedildiği "Septuagint-Tevrat'ın Yunanca Tercümesi"ndeki farklılıktan kaynaklanmaktadır.³⁷

Aristoteles'in hamilelik dönemi boyunca cenin için kullandığı terimlere ve anlayışa paralellik gösteren bu çevirinin, Hıristiyan teologların cenine bakış açılarını etkilemiş olma ihtimali vardır. Sözkonusu etki, her ne kadar ceninin gebe kalma anında ruha sahip olmayacağına ve de hamileliliğin ileriki aşamalarında bu olayın gerçekleştiğine ilişkin düşüncenin kabul edilmesine neden olsa da, genel olarak

Beginning of Human Life as an Ethical Problem", Journal of Religion, Vol. 47, No. 3. Jun 1967, sf. 246.

³⁴ Aslında hemen hemen her medeniyette kabul edilmiş olan bu sav, yaşamın başlangıcı olarak öne sürülen en köklü düşüncelerden birisidir. Antik Yunan'da Aristoteles ruhun vücuda girmesi ile insanlık vasfının kazanıldığını savunmuş ve bu aşamadan önceki biyolojik yapıyı insan kategorisi içerisinde değerlendirmemiştir. Aristoteles'e göre; dişi cenin hamileliliğin 90. günü erkek cenin ise, 40. günlü ruh kazanabilmektedir. Aristoteles, ruh kazanımından önceki cenin için şekillenmemiş/canlanmamış terimini kullanırken, kazanımdan sonrası içinse şekillenmiş/canlanmış terimini kullanmaktadır. Fakat aralarında Platon'un da bulunduğu pekçok filozof ruhun bedene girme anı ile doğum anını eş tutmuşlardır. Daha sonraları İngiliz Hukuku'nda yerleşen ve güntümüzde de sınırlı bir biçimde uygulanan "quickenning" kriterinin de temelini ruhun bedene girme anı oluşturmaktadır. bkz. M. J. BUSS; sf. 245.

³⁵ D. A. JONES ; 144.

³⁶ D. A. JONES ; 146, M. J. BUSS; sf. 245.

³⁷ M. J. BUSS; sf. 244, S. F. GILBERT- A. TYLER- E. ZACKIN; sf. 36.

kürtajın yine de büyük bir günah olduğu konusundaki anlayışta bir değişiklik olmamıştır.³⁸

7. yüzyıldan itibaren Anglo Sakson kilisesi ve 11. yüzyıldan itibaren de Katolik Kilisesi³⁹, cenin konusundaki resmi değerlendirmesini bu ayırma dikkat ederek yapmaya başlamıştır. Her ne kadar bu dönemde kürtaj doğru bir uygulama olarak görülmesi de, şekillenmemiş ceninin kürtajı ile şekillenmiş olanı arasında önemli cezai farklılıklar gözetilmiştir. 12. Yüzyıla gelindiğinde ise, artık neredeyse tüm Hıristiyan dünyasında, ceninin ruha sahip olma anı hamileliliğin 40. günü olarak kabul edildiği söylenebilir.⁴⁰

1588 yılına kadar Katolik kilisesinin bu konudaki tavrında herhangi bir değişiklik olmamıştır. Bu tarihte ise Papa V. Sixtus, hem kürtajı hem de doğum kontrolünü için kiliseden aforoz cezasını öngörmüştür.⁴¹ Fakat Papa V. Sixtus'un Halefi Papa IX. Gregory, eski anlayışa dönerek şekillenmemiş cenine uygulanacak olan kürtajı tekrar cinayet olma niteliğinden çıkarmıştır.⁴² Bu dönemde katolik düşünürlerin büyük bir bölümü kürtaja karşı çıkmakla beraber, öngörülen cezanın ağırlığı açısından ceninin ruha sahip olma kistasını kabul etmekteydiler. Ceza konusundaki bu ayırma karşı münferit çıkışlar olmakla birlikte, 1869 yılına kadar bu anlayış değiştirilememiştir. Bu tarihte ise Papa 9. Pius şekillenmiş-şekillenmemiş

³⁸ Örneğin ruhun bedene kavuşmasının hamileliliğin 40. gününden önce gerçekleşmeyeceğini savunan St. Augustine, bir taraftan 40. günden önce gerçekleştirilen kürtajın cinayet olarak kabul edilemeyeceğini çünkü 40. güne kadar ceninin ruhu olamayacağı için tam olarak şekillenmediği düşüncesini dile getirirken, diğer taraftan da kürtaja ve doğum kontrolüne karşı çıkararak bunların ahlaksızlık olduğunu savunmuştur. Bkz. D. DOBROWSKI; "St Augustine, Abortion, and Libido Crudeils", Journal of the History of Ideas, Vo. 49, No. 1, Jan-Mar 1998, sf; 151-156.

³⁹ Gratian tarafından tahmini olarak 1140 yıllarında yazıldıktan hemen sonra Avrupa'daki hukuk fakültelerinde temel kilise hukuku kitabı olarak okutulmaya başlanan ve 1917 yılına kadar da Kilise'nin geçerli kanun kitabı olarak kabul ettiği Decretum'da; şekillenmemiş ceninin öldürülmesi cinayet olarak kabul edilmediği görülmektedir. Bkz. S. F. GILBERT- A. TYLER- E. ZACKIN; 37.

⁴⁰ D. A. JONES ; sf. 144-145.

⁴¹ Günümüzde de Vatikan doğum kontrol yöntemlerinin uygulanmasına karşı çıkmaktadır. Vatikan'ın bu tutumu özellikle AIDS'le mücadelede büyük problemler doğurmaktadır. Doğum olayını önleyen her türlü müdahaleye karşı çıktığından, AIDS'le mücadelede en önemli silah olarak tanımlanan prezervatifin AIDS'in yaygın olduğu ülkelerde dağıtımı ve kullanımının engellenmesi için Vatikan tarafından çaba gösterilmektedir. Bu yaklaşım, büyük ölçüde Katolik nüfusa sahip Afrika ülkelerinde AIDS'in yayılmasına ve bu hastalık nedeni ile gerçekleşen ölümlere neden olmaktadır. Fakat konunun ironik olan yanı; şu an dünyadaki AIDS hastalarının %25'inin bakımını doğrudan ya da dolaylı biçimde Vatikan'ın üstlenmesidir. Başta Nabıbya, Bostwana, Lesoto olmak üzere büyük kapsamlı 85 AIDS proje veya programı Katolik Kiliseler tarafından yürütülmektedir. Bkz. <http://www.condoms4life.org/>.

⁴² S. F. GILBERT- A. TYLER- E. ZACKIN; 38.

cenin anlayışını ortadan kaldırarak, kürtajın bütün halleri için kiliseden aforoz cezasını kabul etmiştir.⁴³

Papa 9. Pius'un 1869 yılındaki Deklarasyonu ile şekillenen Katolik öğretinin cenin konusundaki bakış açısı, geride bırakmış olduğumuz yüzyılda Vatikan'ın yapmış olduğu çeşitli bildirimlerden de anlaşılacağı üzere hala geçerliliğini korumaktadır.⁴⁴ Diğer Hıristiyan mezhepleri bakımından ise, aynı kesinlikte ifadeler kullanabilmemiz mümkün değildir. Örneğin Protestan Kiliseleri, tartışmalı olan pekçok konuda olduğu gibi yaşamın başlangıcı konusunda da birbirinden farklı değişik yaklaşımlar sergilemektedirler. Hatta Amerikan Evangelist Luteryan Kilisesi bu farklılığın bu konuda farklı düşüncelerin savunulmasının daha faydalı bir tutum olacağını belirtmektedir. İncil'i Calvin yorumu ile kabul eden Amerikan Presbyterian Kilisesi ise, kürtajın ancak son çare olarak kullanılabileceğini savunmaktadır. Bu kilisenin anlayışına göre; sosyal problemler, ırkçılık ve fakirlik gibi olumsuz etkenler kadının kürtaj konusunda karar almasını etkilemektedir. Güney Bölgesi Baptist Konvansiyonu ise, Katolik düşünceye paralel olarak gebe kalma aşaması ile birlikte yaşamın ve yaşam hakkının başladığını kabul etmektedir. Verilen örneklerden anlaşıldığı üzere, cenin ve kürtaj konularında, Protestan Kiliseleri arasında bir fikir birliği olduğunu söyleyemeyiz.⁴⁵

Doğu Ortodoks Kiliselerinin bakış açısının ise, Katolik Kilisesi ile büyük ölçüde benzerlik gösterdiği söylenebilir. Örneğin Amerikan Bioetik Tavsiye Komisyonu'nun çalışmalarında bilgisine başvuru olan Yunan Ortodoks Kilisesi Temsilcisi Demetrios Demopulos'a göre Ortodoks inancında yaşam zigotun oluşumu

⁴³ BUSS; 246, D. A. JONES; 147, S. F. GILBERT- A. TYLER- E. ZACKIN; 38.

⁴⁴ PAUL VI; Humanae Vitae, "Encyclical of Pope VI on the Regulation of Birth", 25.07.1968

http://www.vatican.va/holy_father/paul_vi/encyclicals/documents/hf_pvi_enc_25071968_humanae-vitae_en.html

PAULUS PP. II; Evangelium Vitae, "Value and Inviolability of Human Life", 25.03.1995,

http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/encyclicals/documents/hf_jpii_enc_25031995_evangelium-vitae_en.html.

Declaration on Procured Abortion,

http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19741118_declaration-abortion_en.html.

⁴⁵ S. F. GILBERT- A. TYLER- E. ZACKIN; 38., Bkz. The Use of Embryonic Stem Cells for Therapeutic research Report of the Bioethics Advisory Committee of the Israel Academy of Sciences and Humanities, August 2001, [http://www.academy.ac.il/data/reports_data/31/21\(1\).pdf](http://www.academy.ac.il/data/reports_data/31/21(1).pdf), National Bioethics Advisory Commission, "Issues in Human Stem Cell Research", Rockville Maryland, 2000, sf. E-1-5.

ile başlar. Yani gebe kalınması yaşamın başlangıcı için yeterlidir. Cenin, insanın yaşadığı gelişimin bir basamağını teşkil eder ki, Ortodoks Kilise bu yaşamın kutsallığını kabul etmektedir. Dolayısıyla yazara göre, doğmamış çocuğun doğmuş olanla korunması bakımından bir farkın olmaması gerekir ve aynı saygıyı hak etmektedir.⁴⁶

Hristiyanlık dini içerisinde en katı yaklaşımı sergileyen ve de kürtaj konusunda dünya üzerinde katolikliğin yoğun yaşandığı bölgelerde hukuk düzenlerini etkileme potansiyeline sahip olan katolik inancı, bu gücünü kimi zaman hukuk düzenleri üzerinde göstermektedir. Günümüzde kadının hayatının risk altında olduğu durumlarda dahi kürtaja izin verilmeyen iki ülke sözkonusudur. Bunlar Vatikan ve Malta'dır. Buna paralel olarak Küba dışındaki Güney Amerika ülkelerinde Pro-life olarak tanımlanan katolik temelli oluşum etkisini çok büyük ölçüde hissettirmektedir. Örneğin 25 Mart gününü "International Day of Unborn Child-Uluslararası Doğmamış Çocuk Günü" ilan eden El Salvador'un ardından diğer Latin Amerika ülkeleri Arjantin, Guetemala, Şili, Nikaragua, Kosta Rika, Dominik Cumhuriyeti ve Peru da 25 Martı doğmamış çocuk günü olarak kutlayacaklarını açıklamışlardır.⁴⁷ Arjantin Devlet Başkanı Menem'in 1998 yılında 25 Martı doğmamış Çocuk Günü olarak kutlayacağını ilan etmesi üzerine Papa, başkana göndermiş olduğu mektupta bu gelişmeden ne kadar mutlu olduğunu belirtmiştir. Menem ise bütün Katolik ülkelerin bu günü kutlaması için temasa geçeceğini ifade etmiştir.⁴⁸

Vatikan'ın Katolik ülkelerdeki etkinliğinin bir başka örneği ise, İrlanda'da 1994 yılında yapılan referandumda, Anayasa'nın 40. maddesine doğmamış çocuğun yaşam hakkının korunacağı ifadesinin eklenmesi ile görülmektedir. Referandum öncesi yoğun bir faaliyet gösteren kilise, yaşam hakkının kapsamını anne karnındaki çocuğa kadar genişletilmesinde etkin rol oynamıştır.⁴⁹

⁴⁶ Bioethics Advisory Commission; sf. B-3. Ayrıca bkz. The Use of Embryonic Stem Cells for Therapeutic research Report of the Bioethics Advisory Committee of the Israel Academy of Sciences and Humanities.

⁴⁷ Bkz. <http://www.righttoliferoch.org/wdayofunborn.htm>.

⁴⁸ Bkz. <http://www.cwnews.com/news/viewstory.cfm?recnum=9892>

⁴⁹ S. MULLALLY; "Debating Reproductive Rights In Ireland", Human Rights Quarterly, V. 27, 2005, sf. 78-104.

Nüfusunun çoğunluğunu Katolik olan ülkelerin Avrupa'daki istisnaları bir kenara bırakılacak olursa, genel anlamda kürtaj konusunda sert bir yaklaşım ortaya koydukları söylenebilir. Vatikan ve Malta kürtajın her biçimini yasaklamaktadır. Andora, Şili, Kolombiya, Dominik Cumhuriyeti, El Salvador, Monaco ve San Marino'da açık bir biçimde kürtajın izin verildiği haller düzenlenmemiş ve kürtaj mevcut hukuk düzeni içerisinde yasak olarak görülmektedir. Fakat bu ülkelerde, mevcut hukuk kurallarının yorumu ile kadının yaşamı tehlikeye düştüğü durumlarda kürtaja izin verilebileceği belirtilmektedir. Guetamala, Honduras, Nikaragua, Paraguay, Fiiipinler ve Venezuela'da sadece kadının yaşamı tehlikede ise kürtaja izin verilmektedir. Brundi Kostarika ve Brundi'de ise, kadının yaşamının veya sağlığının tehlikede olduğu durumlarda kürtaja izin verilmektedir. Brezilya'da sadece tecavüz nedeni ile meydana gelen hamilelikler ile kadının yaşamı tehlikeye girdiği durumlarda hamileliğin sona erdirilmesine izin verilmektedir. Arjantin ve Panama'da ise Brezilya'daki düzenlemeye ek olarak kadının sağlığının tehdit altında olduğu durumlarda da kürtaja izin verilmektedir.

1-1-1-3 İslamiyet

İslam inancında, tıpkı Hıristiyanlıkta olduğu gibi ceninin ruh sahibi olmasıyla birlikte canlandığı kabul edilmektedir. Ceninin vücuduna ne zaman ruhun girdiği ise tartışmalı bir meseledir. Fakat Hıristiyanlıktan farklı olarak İslam dininin kutsal kitabı Kuran-ı Kerim'de ceninin anne karnında gelişimi ve canlanlanması 2 yerde tasvir edilmektedir. Bunlar Hac suresinin 5. ayeti ile Mü'minun suresinin 12-16 arasındaki ayetlerdir ve bu ayetlere aşağıda yer verilmektedir.

Hac Suresi 5. Ayet: "...Ama şu bir gerçek ki, biz sizi bir topraktan, sonra bir spermden, sonra bir embriyodan/dölllenmiş bir karışımdan, sonra ne olduğu kısmen belirli (birşeye benziyor ama tam şeklini almamış), kısmen belirsiz bir et parçasından yarattık ki, size açık-seçik beyanda bulunalım. Ve sizi rahimlerde, belirlenen bir süreye kadar dilediğimiz şekilde bekletiyoruz. Sonra sizi bir çocuk olarak çıkarıyoruz..."⁵⁰

⁵⁰ Kur'ân-ı Kerim ve Türkçe Meâlî, Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara, 1998, sf. 321.

Müm'minûn süresi (12-16): "...Andolsun ki, biz insanı süzölmüş balçıkdan yarattık. Sonra onu nufte (meni, sperm) olarak elverişli bir karargaha (rahme) koyduk. Sonra bu nufteyi çengel bir hale getirdik. Ardından bu çengeli bir çignemli vücut kıldık. Ardından bu çignemlik vücudu kemik yaptık ve kemiğe et giydirdik. Sonra onu bir başka yaratışla inşa ettik. Gördünüz mü, yaratanların en güzeli olan Allah ne Yücedir! Sonra siz, bunların ardından ölümcüllersiniz..."⁵¹

Hac ve Mümin surelerinde yer alan ayetler birlikte ele alındığında, insanın ana karnındaki oluşum süreci şu aşamalara ayrılabilir; 1- Sperm 2- Spermin rahme yerleşmesi 3- Spermin çengelli bir yapı kazanması (embriyo) 4- Bu çengelli yapının belli belirsiz bir yapı haline gelmesi 5- Kemiklerin oluşması 6- Kemiklerin etle giydirilmesi 7- Başka bir yaratılış inşası 8- Bu yaratılış sonrasında ölümcüllük vasfının kazanılması. Yapmış olduğumuz bu sıralama, Kuran'da iki konunun çok net bir şekilde ifade edildiğini göstermektedir. Bunlardan ilki; canlanmanın yani vücuda ruhun girmesinin, Hristiyanlıktaki gibi gebe kalma anında gerçekleşmemesidir. Çünkü dikkat edilecek olursa, ölümcüllük vasfı ancak son aşamada kazanılmaktadır. Ölebilmek yeteneğine bir varlığın sahip olabilmesi için öncelikle canlılık vasfını kazanması gerektiğinden, ölümcüllük vasfının kazanımının anlamı canlılık kazanımıdır. Ölümcüllük vasfı da en son aşamada gerçekleştiğinden, ruhun vücuda girmesi gebe kalma anında gerçekleşmemektedir.⁵²

Diğer taraftan, ruhun bedene intikalî hamileliğin erken dönemlerinde meydana gelmemektedir. Çünkü, ölümcüllük vasfının kazanımından evvel kemikler oluşmakta ve daha sonra da etler meydana gelmektedir. Bu nitelikler ise ancak hamileliliğin ileriki aşamalarında meydana geleceğinden, Kuran'a göre cenin hamileliğin daha ileriki safhalarında canlanmaktadır. Fakat canlanmanın ne zaman gerçekleştiği kesin bir biçimde Kuran'da gösterilmemektedir. Bu nedenle, İslam düşünürleri arasında, canlanma anına ilişkin olarak farklı görüşler savunulmaktadır. Bu görüşlerin de kaynağını, esas olarak sahih olduğu kabul edilen ve ceninin oluşum aşamasını anlatan iki hadis oluşturmaktadır.

⁵¹ Kur'ân-ı Kerim ve Türkçe Meâli; sf. 341.

⁵² F. BAŞER; Hanımlara Özel Fetvalar, Bilge Yayınları, 3. Baskı, 2005., kitabın ilgili bölümü www.farukbaser.com. adresinden alınmıştır.

Sahih olduğu kabul edilen bu iki hadisin kaynakları Buhari ve Müslimdir. Buhari'nin bize ulaştırmış olduğu hadis şu şekildedir: “Sizin her birinizin yaratılışı annesinin karnında 40 günde derlenip toparlanır. Sonra böylece çengel olur. Sonra böylece belirsiz bir cisim olur. Sonra Allah bir melek gönderir ve ona dört sözle emreder: Amelini yaz! Ecelini yaz! Said mi şaki mi olduğunu yaz! Sonra da ona ruh üflenir!...”

Müslim kaynaklı olan hadis ise şu şekilde ifade edilmektedir: “Sizin her birinizin yaratılışı annesinin karnında 40 günde derlenip toparlanır. Sonra bu sürede böylece çengel olur. Sonra bu sürede, böylece belirsiz şekil olur. Sonra melek gönderilir ve ona ruh üfler ve dört şeyle emrolunur...”⁵³

Yukarıda verdiğimiz bu iki hadiste esas olarak, Kuran'da ifade edilen ceninin oluşum süreci tekrarlanmaktadır. Fakat, surelerdeki ifadelerden farklı olarak bu iki hadis, ceninin gelişim sürecine ilişkin zamanlara da yer vermektedir. Buhari'nin ulaştırdığı hadiste, bu sürecin 40 günde gerçekteştiği söylenmektedir. Yani en son aşama olan ceninin ölümcüllük sıfatını kazanması, 40. günün sonunda gerçekteşmektedir. Bu hadisle ilgili herhangi bir tartışma sözkonusu değildir. Ancak Müslim'in ulaştırdığı hadisin yorumunda İslam düşünürleri iki farklı yaklaşım ortaya koymaktadırlar. İlk yoruma göre, Müslim'in iletteği hadis aynı Buhari'nin ulaştırdığı hadiste olduğu gibi ceninin ruha kavuşmasının 40. günün sonunda gerçekteştiğini bildirmektedir. İkinci yoruma göre ise, hadiste belirtilen her “bu sürede” ifadesi 40 günü işaret etmektedir. Dolayısıyla, yaradılışın derlenip toparlanması birinci 40 günde, çengelin oluşması ikinci kırk günde ve belli belirsiz şeklin oluşması üçüncü 40 günde gerçekteşir. Bu üç aşamadan sonra ruh üflenir ki; canlanma toplamda 120. günün sonuna gerçekteşir.⁵⁴

Kuran'ın ilgili ayetleri ve sahih olduğu kabul edilen bu iki hadisin birlikte yorumlanmasından, ceninin ahlaki stasüsü ve de kürtaj konusunda İslam düşünürleri farklı değerlendirmeler ortaya koymuşlardır. Bu değerlendirmelere geçmeden önce

⁵³ F. BAŞER; aynı yer.

⁵⁴ D. L. BOWEN; “Abortion, Islam, and The Cairo Population Conference”, *International Journal of Middle East Studies*, Vol. 29, No. 2, 1997, sf. 164., Z. SACHEDİNA; “Islam, Procreation and Law”, *International Family Planning Perspectives*, Vol. 16, No.3 1990, sf. 109, 110.

tüm düşünürlerin konu ile ilgili buluştukları ortak noktaları öncelikle belirtmek istiyoruz. İslam düşünürlerinin tamamına yakını, ceninin canlanmasının gebe kalma anından itibaren değil, belirli bir süre geçtikten sonra meydana geldiğini kabul etmektedirler. İkincisi; ruha sahip olan bir varlığın öldürülmesi hiçbir düşünür tarafından doğru bir davranış olarak kabul edilmemektedir. Üçüncü ve son ortak nokta ise; annenin hayatı hamileliliğin devam etmesi nedeni ile tehlikeye sokuyorsa, hangi aşamada olursa olsun kürtaja izin verilmektedir. Yani annenin hayatı ceninin hayatından önce gelmektedir.⁵⁵

İslam Hukukun mezhepsel yorumlarında, cenin ve kürtaj meselesi farklı şekillerde değerlendirilmektedir. Hanefi ve Zeydi mezhebine bağlı düşünürlerin büyük bir kısmı, 120 gün geçmedikçe cenin ruha sahip olamayacağı için, bu süreden önce kürtajın yapılmasını uygun bulmaktadırlar. Hanbeli mezhebinde ise genel olarak kabul edilen süre 120 değil 40 gündür. Şafi mezhebinde ise, kürtajın yapılabileceği süre konusunda fikir ayrılığı sözkonusudur. Bir kısım düşünür 80 günü işaret ederken, diğer bir kısmı ise Hanefi ve Zeydi mezheplerine paralel olarak 120 günü kabul etmektedirler. Hamileliliğin hiçbir döneminde kürtajı uygun bulmayan mezhepler ise; Maliki, Şii, İbadi ve Tahiri mezhepleridir. Bu mezheplere mensup olan düşünürlere göre kürtaj potansiyel bir insanın öldürülmesi anlamına geldiğinden hamileliğin hiçbir döneminde izin verilmemelidir.⁵⁶ Örneğin kürtaja hamileliliğin hiçbir döneminde müsaade edilmemesi gerektiğini savunan düşünürlerden Gazaliye göre kürtaj varoluşa karşı işlenen bir suçtur. Varoluşun basamakları vardır ki; bu suçun ağırlığı, işlendiği anın denk geldiği basamağa göre değişmektedir. Ruhun bedene kavuşmasından sonra ceninin öldürülmesi ağır cezayı gerektiren bir durumdur. Fakat suçun en ciddi görünümü, çocuğun anneden ayrılmasından sonra öldürülmesidir.⁵⁷

İslam mezhepleri arasında 120 günlük süre ile kürtajın yapılmasına en geniş zamanı tanıyan Hanefi, Şafi ve Zeydi mezhepleri, 120 günlük bu süre içerisinde kürtajın yapılmasını bir hak olarak nitelendirmemektedir. Aksine, bu süre zarfında

⁵⁵ D. L. BOWEN; sf. 164.

⁵⁶ D. L. BOWEN; sf. 164.

⁵⁷ Z. SACHEDİNA; sf. 110.

gerçekleştirilen kürtajlar haram olarak tanımlanmamakla birlikte, bu mezheplere göre kürtaj mekruh bir eylem olarak kabul edilmektedir.⁵⁸

Özetle İslam inancında, ceninin insan sıfatını kazanması ancak hamileliliğin belirli bir aşamasından sonra gerçekleşmektedir. Bu da ruhun bedene kavuşması ile meydana gelmektedir. Bu anın hangi aşamada gerçekleştiği ise tartışmalı bir meseledir. İslam düşünürlerine göre, genel olarak her ne kadar ceninin canlanmasına kadar geçen süre içerisinde kürtaja izin verilmekteyse de, bu süre içerisinde yapılan kürtajlara çok da olumlu bakılmamaktadır. Herkesin üzerinde uzlaşmış olduğu husus, annenin hayatı tehlikede ise ancak kürtajın yapılabileceğidir.⁵⁹

Nüfusunun çoğunluğu müslüman olan ve İslam Konferansı Örgütü'ne üye olan ülkelerin hukuk düzenlerine de baktığımızda, kürtaj ile ilgili hukuk düzenlemelerinin kadının hakkını korumaktan çok cenini korumak üzerine şekillendiğini görüyoruz. Benin, Mısır, İran, Mali, Moritanya, Fas, Mozambik, Nijer, Senegal, Sierra Leone, Somali ve Suruye'de kürtaj istisna kabul edilmeksizin yasaklanmıştır. Fakat bu ülkelere, Ceza Kanunlarının genel hükümlerinden hareketle uygulamada, kadının yaşamını kurtarmak için gerçekleştirilen kürtajlara ceza verilmemektedir.

Bangladeş, Brunei, Endonezya, Libya, Umman, Sudan, Birleşik Arap Emirlikleri ve Yemen'in ülke hukuklarında, kadının yaşamını kurtarmak için kürtaj yaptırılabilceği kuralı kanunlaştırılmıştır.

Burkina Faso, Kamar Adaları, Cibuti, Gambia, Gine, Gine Poissou, Ürdün, Kuveyt, Malezya, Maldivler, Nijerya, Pakistan, Katar ve Suudi Arabistan'da kadının yaşamının tehlikede olmasının yanında hamileliğin kadının sağlığını bozması tehlikesi durumunda da kürtaj uygulaması yasal olarak kabul edilmektedir.

Eski doğu bloku ülkelerinden olan ve nüfusunun çoğunluğunu müslümanların oluşturduğu Azerbeycan, Kazakistan, Kırgızistan, Tacikistan, Türkmenistan ve

⁵⁸ D. L. BOWEN; sf. 165.

⁵⁹ Y. N. ÖZTÜRK; Kur'an'ın Temel Buyrukları, Yeni Boyut Yayınları, 14. Baskı, İstanbul, 2006, sf. 243-244.

Özbekistan'da hamileliğin 12. haftasına kadar herhangi bir ek gerekçe aranmaksızın sadece kadının isteğine bağlı olarak kürtaj yaptırılabilir. Kadının hayatının ya da ruh ve fizik sağlığının tehlikede olması, sosyo ekonomik nedenler, tecavüz ya da ensest ilişki nedeni ile oluşan hamilelikler de gebeliğin 28. haftasına kadar yasal olarak sona erdirilebilir. Bu ülkeler dışında kalan diğer eski bir doğu bloku ülkesi olan Arnavutluk'ta da, hamileliğin ilk 12 haftası içerisinde isteğe bağlı kürtaj yaptırılabilir. Sosyal nedenlerden dolayı ya da tecvüz veya cinsel suçlar nedeni ile meydana gelen hamileliklerin sona erdirilmesi ise gebeliğin 22. haftasına kadar mümkündür. Kadının hayatının tehlikede olması ya da sağlık durumunu olumsuz etkilemesi veya ceninin üzerinde bir tahribatın varlığı sözkonusu ise; hamileliğin herhangi bir aşamasında kürtaj yaptırılabilir.

Geriye kalan ülkelerden Tunus ve Bahreyn kürtaj konusunda çoğunluğun aksine daha özgürlükçü politikalar izleyen ülkeler olarak ön plana çıkmaktadır. Tunus'da, gebeliğin ilk üç ayında sadece kadının istemi üzerine hamileliğin sona erdirilebilmesi mümkündür. Bu aşamadan sonra ise kadının hamileliğin devamının kadının yaşamını tehlikeye sokacağı durumlarda, kürtaj yapılabilir. Bahreyn ise, kürtajla ilgili olarak sadece iki eyleme ceza öngörmektedir. Bunlardan ilki kadının kendi başına çocuğunu düşürmesi diğeri ise kadının rızası dışında çocuğun düşmesine neden olmak. Dolayısıyla bunun dışında kalan hallerde kürtaj yaptırılması yasalara uygundur. Fakat kürtajın hangi sınırlar içerisinde yapılabileceği hususunda bir belirsizlik mevcuttur.

1-1-1-4 Hinduizm ve Budizm

Geçmiş binlerce yıl öncesine dayanan uzak doğu kökenli bu iki dinin, kişiliğin başlangıcı konusunda yaklaşımını yansıtacak tek bir görüşten bahsedebilmemiz mümkün değildir. Katolik Mezhebi bir tarafa bırakacak olursak, diğer inanışlarda olduğu gibi bu husus iki inanç açısından hem dini metinlerde net bir şekilde açıklama yer almamakta hem de tüm inanç adına kural koyabilecek bir makam bulunmamaktadır. Dolayısıyla metinlerin yorumundan konuyla ilgili farklı yaklaşımlar geliştirilmiştir.

Geleneksel Hindu inancının azınlıkta kalan bir bölümü, hamileliğin 7. ayına kadar yaşamın başlamadığını savunurken, bu inanışta olanların önemli bir bölümü ruhun bedene gebe kalma anından itibaren girdiğini savunmaktadır. Bu görüşte olanlara göre, cenin insan olma yolunda gelişen bir varlık değil, aksine hamileliğin çok erken dönemlerinden itibaren kişilik sıfatına sahip bir insandır.⁶⁰

Budist öğretilerde de Hinduizme benzer bir ayırım vardır. Ayırımın temel nedeni ise Buda'nın söylevlerini içeren kutsal metinlerde, insanın oluşumunu anlatan bölümün yorumuna açık bir niteliğe sahip olmasıdır. Buda'nın söylevine göre insan/kışi üç şartın gerçekleşmesine bağlı olarak ortaya çıkmaktadır; birincisi, anne ve babanın cinsel ilişkisi, ikincisi annenin iyi bir biyolojik duruma sahip olması ve üçüncüsü de zihnin oluşması. Görüldüğü üzere kişinin varlığı iki temel gelişim sürecine bağlıdır. Bunlardan ilki maddi gelişim diğeri ise zihinsel gelişim. Dikkat edileceği üzere, maddi koşulların ne zaman oluştuğu net olarak tesbit edilebilmesine karşın, zihnin varlığı konusunda bu ifadelerden bir çıkarım yapabilmemiz mümkün değildir. Buda da bu konuda net bir şey söylememiştir. Dolaylı ve geleneksel yorumlar ise zihinsel yapının embryo daha rahmin dışındayken, döllemenin başlaması ile birlikte zihnin de oluştuğu fikrini savunmaktadır. Çünkü manastır kurallarındaki bir kayda göre Buda, genç bir kıza kürtaj yapan keşişe adam öldürme suçunun karşılığı olan cezayı vermiş ve bu nedenle embryonun öldürülmesinin insan ölümünden farklı olmadığı sonucuna varılmışlardır.⁶¹ Ancak ikincil kaynaklara dayanılarak yapılan bu yorumun tüm budist inancını kapsadığını söyleyebilmemiz mümkün değildir. Zira, asıl metinde yer alan zihnin oluşması kıstası, kimilerine göre ancak belirli bir aşamadan sonra elde edilebilecek bir nitelik olduğundan, gebe kalma anından itibaren insan yaşamının başladığı düşüncesini paylaşmamaktadırlar.⁶²

İki inanışta da kişilik bahsi açık bir şekilde ortaya konulmasa da, söylenebilecek tek kesin husus var ki o da ceninin yok edilmesinin hoş karşılanmadığıdır. Bu iki dinin hem geleneksel hem de modern yorumları kürtajı

60 J. HUGHES-D. KEOWN; "Buddhism and Medical Ethics: A Bibliographic Introduction", Journal of Buddhist Ethics", V. 2, 1995, s. 109, BBC Religion&Ethics, 2003.10.15 http://www.bbc.co.uk/religion/religions/hinduism/hinduethics/abortion_1.shtml

61 S. PROMPTA; "Buddhism and Genetic Research", The Chulalongkorn Journal Of Buddhist Studies, Vol. 3. No.1, 2004, sf. 235-236.

62 S. PROMPTA; tümü.

kadın özgürlüğünün bir parçası olarak görmemektedir. Ancak istisna bir yol olarak bu uygulamaya başvurulabilir. Örneğin Dalai Lama bir demecinde, kürtajın Budist inancına göre bir cinayet olduğunu ve genel olarak olumsuz karşılandığını belirtirken, çocuğun zihinsel özürülü olması ya da doğumun aile için çok büyük bir problem oluşturması gibi bazı istisnaların tanınabileceğini söylemiştir. Dalai Lama'ya göre her kürtaj istemi o isteme neden olan olaylarla birlikte ayrı ayrı değerlendirilmelidir.⁶³

Hindu inanişında bugün de kabul edilen yaklaşıma göre, kürtaj annenin hayatını kurtarmak dışında olumlu karşılanan bir uygulama değildir. Klasik Hindu metinlerinde kürtaj ile ilgili olarak sert yaklaşımlara rastlanılmaktadır. Bu metinlerden birisinde, kürtajın rahibi öldürmekle bir tutulduğu, bir diğesinde kürtajın anne veya babayı öldürmekten daha büyük bir günah olduğu, bir başkasında da kürtaj yaptıran kadının kendi kastını kaybedeceği yazılmaktadır. Hindu inanişının kürtaja çok büyük tepki vermesinin asıl nedeni ise, dinin temel unsurlarından birisi olan reenkarnasyonun engelleniyor olmasıdır. Kürtaj yaptırılması ile birlikte yaşam halkası bozulmakta ve bu durumun ruhların gelişimini engellemektedir.⁶⁴

Nüfusunun büyük bölümü Hindu olan Hindistan'da, sağlık, sosyal, ekonomik ya da cenininle ilgili bir problem sözkonusu ise yapılan kürtaj yasal sayılmaktadır. Fakat sadece kadının istemi ile kürtaj yaptırılmasına müsaade edilmemektedir. Kadın mutlaka yukarıda belirtilen nedenlere dayanarak kürtaj yaptırabilme konusunda izin alabilmektedir. Bununla birlikte dünyada en yoğun yasa dışı kürtajın yapıldığı ve bu nedenle büyük oranda ölümlerin yaşandığı yerlerden birisi de Hindistandır. Kürtajın sosyal bir tabu olarak algılanması, kadınları yasa dışı kürtaja yönlendirmektedir.

Hinduizmin etkin olduğu diğeri iki ülke olan Nepal ve Maritius'da ise, dinin yaklaşımına paralel olarak sadece kadının yaşamı tehlikeye girdiği anda kürtaja izin verilmektedir. Bunun haricinde herhangi bir nedene dayanılarak kürtaj yapılamamaktadır.

⁶³BBC Religion & Ethics: 2004-06-28

<http://www.bbc.co.uk/religion/religions/buddhism/buddhistethics/abortion.shtml>

⁶⁴BBC Religion&Ethics, 2003.10.15

http://www.bbc.co.uk/religion/hinduism/hinduethics/abortion_1.shtml

Nüfusunun çoğunluğunu Budistlerin oluşturduğu ülkelere bakacak olursak, farklı uygulamalara yer verildiğini görürüz. Örneğin nüfusunun %90'ı Budist olan Btuhan'da, resmi devlet dini Budism olması nedeni ile kürtaj ancak annenin hayatı tehlikeye girerse yapılabilmektedir. Nitekim aynı şekilde, Laos, Sri Lanka ve Myanmar'da da sadece annenin yaşamını tehdit eden bir durum sözkonusu ise kürtaja izin verilmektedir. Buna karşın, Kamboçya, Moğolistan ve Vietnam'da sadece kadının istemi ile başka bir gerekçe aranmaksızın kürtaj yapılabilmektedir. Japaonya'da hamilelik tecavüz neticesinde gerçekleşmişse, ekonomik ve sağlık nedenleri sözkonusu ise ve de kadının hayatı tehlikeye düşecek ise kürtaja izin verilmektedir. Tayland hukuku ise Japon düzenlemeleri ile paralel olmakla birlikte tek farkı sosyal gerekçelere dayanan kürtaj taleplerini kabul etmemesidir.

1-1-2 Cenin Konusundaki Seküler Yaklaşımlar

Cenin dinler bakımından değerlendirilmesinden sonra aynı konudaki seküler yaklaşımlar, doğal olarak toplumların konuya bakış açılarını dinler kadar etkileyebilme potansiyeline sahip değildir. Fakat günümüzde, laik hukuk düzenlerinde bazı din kaynaklı önermelerin pozitif hukuk düzenine sokulması çabasının en etkin görünüm şekillerinden birisi, önermeyi bilimsel bir tabana oturtarak kamuoyuna sunmaktır. Nitekim ceninin yaşam hakkını savunan kimi dinsel söylemlerin, bilimsel verilerden de yararlanılarak sözkonusu iddiaların güçlendirilmeye çalışıldığını görmekteyiz.

Diğer taraftan, toplumun hasas olduğu bu konuda, kanun yapıcının elbette objektif bir düzenleme yapabilmesi için de bu verilere ihtiyaç duyduğu muhakkaktır. Zaten bu bölümde kategorileştirerek ele alacağımız fikirlerin büyük bir bölümü, zaman içerisinde yargısal içtihatlarla konu olmuş yaklaşımlar ya da bu şekilde değerlendirilebilme potansiyeline sahip olduğunu düşündüğümüz yaklaşımlardır. Dolayısıyla bölüm içerisinde ele alınacak fikirler bakımından ilk sınırlamamız da bu şekilde kendiliğinden ortaya çıkmaktadır; pozitif hukuku etkileyen ya da etkileyebileceğini düşündüğümüz fikirler inceleme alanımız içerisine direcektir.

Doktrine bakıldığında, aslında aşağıdaki 6 başlıkla sınırlandırdığımızın çok daha fazla düşüncenin dile getirildiği görülecektir. Hatta her bir başlık altında küçük değişikliklerle aynı görüşün çok değişik versiyonlarının ifade edildiği de görülecektir. Ancak bu çalışmanın temel amacı cenin konusundaki ahlaki değerlendirmelerin tümünü incelemek olmadığından ve de böyle bir girişimin tezin niteliği ile uyummayacağını düşündüğümüzden, fikirlerin çalışmaya yansıtılmasında da ikinci bir sınırlamaya gittiğimizi söylememiz gerekmektedir. Ele alınan her düşünce, sadece ana hatlarıyla ve bilimsel veriler de, ilgili bilimin jargonundan mümkün olduğunca uzak, anlaşılabilir bir şekilde yani bizim becerebildiğimiz en sade haliyle anlatılmaya çalışılacaktır. Böylelikle, tartışmanın seküler boyuttaki görünümü kaba bir şekilde tasvir edilmiş olacaktır.

1-1-2-1 Döllenme Anı (Conception)

Yaşamın ahlaki bir değer olarak döllenme anı ile birlikte hukuk tarafından korunması gerektiği düşüncesi, dinler bahsinde de ele aldığımız üzere esas olarak günümüzde Katolik öğretinin savunmuş olduğu bir görüştür. Bu görüşün seküler verilerle dile getirilmesindeki amaç ise kanaatimizce, döllenme anının insan yaşamının başlangıcını teşkil ettiği savının, sadece belirli bir dinin yaklaşımı olmasından öte, bilimsel veriler ışığında savunulabilecek bir argüman olduğunu ispatlama çabasından başka bir şey değildir. Böylelikle dini bir değerlendirme, bilimin olanaklarından yararlanılarak objektif bir nitelik kazanmış olacaktır ki; sözkonusu iddianın pozitif hukuk metinlerinde yer alabilmesi için bu çabanın doğru bir yaklaşım olduğu söylenebilir.

Yaşamın döllenme anında başladığı iddiasının seküler dayanağını gen bilimi oluşturmaktadır. Bu düşünceye göre, bireyin varlığından sözedilebilmesi için, onu diğer insanlardan ayıran sadece kendine özgü kimi niteliklere sahip olması gerekmektedir. İnsan gelişimine bakıldığında ise, bireyi özgünleştiren sözkonusu niteliklerin, döllenme anında ortaya çıktığı görülmektedir. Bu aşamada, anne ve babadan gelen farklı genetik yapıya sahip iki hücre birleşerek yeni bir yapı meydana getirirler. Bu yapı aynı zamanda kendisini oluşturan kaynaklardan bağımsız, farklı ve benzeri olamayan bir genetik kod oluşturur. Genetik kod oluştuktan sonra, artık biyolojik olarak o yapının gelişimi ve kendine has nitelikleri belirlenmiş olduğundan,

insanın kimliğini belirleyen temel unsur ortaya çıkmış olacaktır. Dolayısıyla, ontolojik olarak tek, benzersiz, özgün bir yapı meydana geldiğinden, insan yaşamının başlangıcı için döllenme anının kabul edilmesi gerekmektedir.⁶⁵

Katolik inancı ile tutarlılık gösteren bu yaklaşım, bilimin ilerlemesi ve eski bir takım bilgilerin geçerliliğini kaybetmesi üzerine ciddi eleştirilen hedefi haline gelmiştir. İddianın temel dayanağını oluşturan iki unsur; döllenme anı ve ontolojik teklik konusundaki değerlendirmelerin, yine bilimsel veriler ışığında çürütüldüğünü söyleyebiliriz.

Yaklaşık 30-35 yıl kadar önce bilim dünyasının döllenmenin nasıl ve hangi süreler içerisinde gerçekleştiğinin belirlenmesi ile birlikte, kadının gebe kalmasına ilişkin bir anının olmadığı ortaya çıkmıştır. Zira döllenme meselesi o dönemde sanılan aksine günlerle ifade edilen bir zaman diliminde gerçekleşmektedir. Gelişimi en başından alacak olursak; örneğin sadece spermin kadın vücuduna girdikten sonra döllemeyi yapabilmesi için yaklaşık olarak 7 saat kadın üreme organında beklemesi gerekmektedir. 7 saatlik bekleme süresinden sonra yumurtalığa girebilecek hale gelen sperm, ancak 10 saatlik bir ilerlemenin ardından yumurtaya ulaşır. Yumurtanın içine girebilmek ise, biyokimyasal ve oldukça kompleks bir sürecin geçirilmesini gerektirmektedir ki; yaklaşık 24 saatlik bir sürenin ardından döllenmiş yumurta yani zigot ortaya çıkar. Fakat iki hücreden gelen tek set kromozom yapılarının, 46 kromozomlu tek bir yapıya dönüşümü için ayrıca 24 saatlik bir süreye ihtiyaç vardır.⁶⁶

Görüldüğü üzere, döllenme anı olarak ifade edilebilecek bir zaman sözkonusu değildir. Spermin yumurtanın içerisine girişi ve döllenme olayının gerçekleşmesi birkaç gün süren bir sürecin sonucunda meydana gelmektedir. Fakat bundan daha da ilginç olanı, yumurta döllenmiş yani zigot haline gelmiş olsa bile, bu aşamada zigotun kendisini tek başına embryoya dönüştürecek genetik yeterliliği yoktur. Döllenmiş yumurtanın embryoya dönüşümü, anneden gelen kromozomların

⁶⁵ J. T. NOONAN; "An Almost Absolute Value In History", The Morality of Abortion, Harvard, 1970, sf. 66-67.

⁶⁶ T.A. SHANNON-A.B. WOLTER; "Reflection on The Moral Status of The Pre-Embryo", Theological Studies, Vol. 5,1990, sf. 607, F. K. BELLER-G. P. ZLATNIK; "The Beginning of Human Life", Journal of Assisted Reproduction and Genetics, Vol. 12, No. 8, 1995, sf. 479.

yönlendirmesi ile gerçekleşmektedir. Her ne kadar zigot genetik açıdan gerekli bilgiyi taşıma kapasitesine sahip olan molekülleri bünyesinde bulunduruyor olsa da, bu moleküller gen yapısına işlenmediğinden özgün bir varlığın henüz bu aşamada oluşmadığı belirtilmektedir.⁶⁷

Pre-Embryo olarak ifade edilen bu dönemde, zigotun genetik bireyselliğinden sözedilemeyeceği gibi ontolojik tekliğinden de bahsedilebilmesi mümkün değildir. Çünkü zigotun anne rahmine aşılmasından önceki 14-15 günlük süre içerisinde kendisini ikiye bölebilmeye ihtimali vardır. İkiz oluşumunun meydana geldiği bu evrede, organizmanın kendisini ikiye bölmesi ve bölünen parçaların tek başına bağımsız yapıları meydana getirmesi, zigotun ontolojik tekliğinden bahsetmemizi engellemektedir. Dolayısıyla ne genetik ne de ontolojik olarak özgün bir yapıdan sözedilemeyeceğinden, yaşamın başlangıcı için bu aşamanın kabul edilemeyeceği dile getirilmiştir.⁶⁸

Bu yaklaşıma getirilen bir diğer eleştiri ise, döllenmiş olan her yumurtanın gelişim seyrine ilişkindir. Zira, zigot normal gelişim sürecini tamamlayıp embriyoya dönüşebileceği gibi, hiçbir gelişim göstermeksizin plasentanın bir parçası haline de gelebilir. Hamileliklerin yaklaşık olarak %50'sinde görülen bu durum sonucunda zigot, anne vücudu tarafından dışarıya atılmaktadır. Dolayısıyla bu aşamanın yaşamın başlangıcı olarak kabul edilmesi bazı yazarlara göre, henüz gelişeceği dahi tam olarak belli olmayan bir yapıya hak tanımak anlamına geleceğinden bu önermenin uygulanması sağlıksız sonuçlar doğuracaktır.⁶⁹

Ceninin korunması konusunda döllenme anının kıstas alındığı hukuk sistemleri sözkonusudur. Amerika Birleşik Devletleri'nde 17 eyalet, döllenme anından itibaren ceninin yok edilmesine yönelik eylemleri ceza kanunlarında "Feticide- Fetal Homicide" yani cenin cinayeti olarak tanımlamaktadır. Bu kanunlar, doğmuş insanların öldürülmesi gibi ceninin öldürülmesini cinayet kapsamına almakta ve bu kanunla koruma altına alınan doğmamış çocuk, gebe kalma anından itibaren suçun mağduru olabilmektedir. Tanımlanan bu suçun doğmuş kişilere karşı işlenen adam

⁶⁷ Aynı eser; sf. 608,

⁶⁸ B. BRODY; "On Humanity of the Fetus", What is Person?, The Humana Press, 1988, sf. 241.

⁶⁹ F. K. BELLER-G. P. ZLATNIK; sf. 479.

öldürme suçundan tek bir farkı sözkonusudur o da; yasaların uygulamasının Roe v. Wade davası ile kadına tanınan kürtaj hakkını ihlal etmeyecek şekilde sınırlandırılmasıdır.

1-1-2-2 Ceninin Ana Rahmine Yerleşmesi

Bilimsel verilerden yararlanılarak döllenme anının yaşamın başlangıcı olduğu iddiasının seküler bir yaklaşımla ileri sürülmesine eş zamanlı biçimde, ikinci bir argüman olarak ceninin ana rahmine yerleşmesi, yaşamın başlangıcı bakımından zamansal kıstas olduğu iddiası ileri sürülmüştür. Ceninin ana rahmine yerleşimini savunan bu görüş, esas olarak döllenme anını savunan görüşle paralel bir tabana sahip olmasına karşın, bu görüşe bazı noktalarda önemli eleştiriler getirerek yeni bir anlayış ortaya koymaktadır.

Yapılan eleştirilen odağını, yukarıda ifade ettiğimiz üzere döllenme aşamasının zigotun genetik ve ontolojik tekliğini sağlayamaması fikri oluşturmaktadır. Oysa bu fikri savunan yazarlara göre, ceninin ana rahmine geçişi ile birlikte ancak özgün bir yapının ortaya çıkabileceği iddia edilmektedir. Çünkü zigot ana rahmine yerleştiği anda artık kendi genetik yapısının kontrolü altında gelişimine devam ederken, yerleşme öncesinde varolan bölünme riski ortadan kalkacaktır. Dolayısıyla cenin bu aşamada artık hem ontolojik hem de genetik olarak özgün yapı haline gelecektir.⁷⁰

Bu dönemin bir başka önemli özelliği ise, organizmanın sahip olduğu hücrelerin artık vücudun belirli parçalarını oluşturmak üzere farklılaşmasıdır. Buna göre hücreler üç ana gruba bu aşamada bölünmektedirler. Birinci grubu ectoderm hücreler oluşturmakta ve bu hücreler genel olarak embryonun dış yüzeyi, beyin ve sinir sistemini oluştururlar. İkinci grup hücreler ise, endoderm hücreleridir ve bu hücrelerin görevi de sindirim sisteminin temel organlarını oluşturmaktır. Üçüncü grupta yer alan mesoderm hücreleri ise ectoderm ile endoderm hücrelerinin arasında kalarak, kalp, kan, böbrek, yumurtalık, kemik kas gibi yapıları meydana getirirler.

⁷⁰ K. A. Mc CORMIC; "Who or What is the Pre Embryo? Kennedy Institute Ethics Journal, v. 1, 1991, sf. 24-28.

Bir grup mesoderm hücresi embryodan ayrılarak, plasenta ile bağlantıyı sağlamak üzere göbek kordonunu oluştururlar.⁷¹

Zigotun ana rahmine yerleşmesi ile birlikte, döllenme anı kıstasına ilişkin bir önceki bölümde dile getirilen itirazların da geçerliliği kalmamaktadır. Nitekim, bazı katolik bilim adamları da, bu bilgilerden yola çıkarak, döllenme anı ifadesinden gastrulasyon aşamasının anlaşılması gerektiğini ileri sürmektedirler.⁷² Bununla birlikte, gerek muhafazakar gerekse liberal çevreler yaşamın başlangıcı için gastrulasyon aşamasının önerilmesine de karşı çıkan yazarlar olmuştur.

Bu yaklaşıma getirilen ilk itiraz, zigotun ana rahmine yerleşmesi ile birlikte, organizmanın artık kendini ikiye bölme ihtimalinin kalmadığına yönelik bilginin hatalı olduğuna ilişkindir. İtiraz eden yazarlara göre bu aşamada organizmanın hala kendisini bölme ihtimali vardır. Siyam ikizi olarak adlandırılan sıradışı ikiz oluşumları, zigotun ana rahmine yerleşmesinden sonra meydana gelmektedir. Dolayısıyla, az bir ihtimal olsa bile hala bu aşamada organizmanın iki ayrı varlığı ortaya çıkarma potansiyeli mevcuttur.⁷³

Gerek döllenme anı gerekse gastrulasyon aşamasını öneren yazarların sadece biyolojik olarak bireyin oluşumunu temel almaları, gerçek bireyin oluşumunu tanımlamamaktadır. Zira bireyin sadece genetik koduna göre karakterinin oluştuğunu söyleyebilmek mümkün değildir. Bireyin genetik konuna bağlı olarak şekillenen niteliklerinin yanında sosyal yaşam içerisinde etkileşim halinde bulunduğu ilişkilerle de bireyi özgün yapan esas özellikler belirlenmektedir. Bu nedenle bireyin sosyal çevreye bağlı olarak şekillenen niteliklerinin bir kenara bırakılarak sadece biyolojik verilerin esas alınması bazı yazarlara göre doğru olmayan bir yaklaşımdır.⁷⁴

Bu kriterin de pozitif hukukta uygulama alanı bulunduğunu söyleyebiliriz. Muhtemelen yukarıda sayılan gerekçelerden bağımsız bir şekilde, Kıta Avrupası hukukunda kişilik değil ama hak ehliyetinin başlangıcı zigotun ana rahmine yerleşme

⁷¹ S. F. GILBERT- A. TYLER- E. ZACKIN; sf. 19,20, T. A. SHANNON-A. B. WOLTER; 609.

⁷² T. A. SHANNON-A. B. WOLTER; 603-626.

⁷³ D. IRWING; "When do Human Being Begin? Scientific Myths and Scientific Facts", The International Sociology and Social Policy, 19, 3/4 , sf. 34.

⁷⁴ B. BRODY; "On Humanity of the Fetus", What is Person?, sf. 241.

anı olarak kabul edilmektedir. Bu aşamada, ceninin doğum sonrası zarar görebileceği düşünülen kimi menfaatleri, kendisine hak ehliyeti tanınması ile korunmaya çalışılmaktadır. Daha sonra detaylı bir şekilde göreceğimiz bu kurala göre cenine tanınan sözkonusu ehliyet doğum şartına bağlı olarak fonksiyonel hale gelmektedir.

1-1-2-3 Ceninin Hareteki (Quicken)

Anglo Sakson ve Anglo Amerikan Hukukunda, ceninin zarar görmesi ile sonuçlanan eylemlerin cezalandırılabilmesi için uzun dönem kullanılan bu kıstas; günümüzde sadece ABD'nin bazı eyalet hukuk düzenlerinde kullanılmaya devam edilmektedir. Quicken olarak adlandırılan bu kıstasın uygulanması ile ortaya çıkacak olan sonuç; bilimsel veriler ışığında insan yaşamının ne zaman başladığının tesbitinden ziyade, canlılığın fiziksel olarak dışarıdan ilk ne zaman farkedilebildiğinin belirlenmesi olacaktır.⁷⁵

Cenin ilk hareket anını canlılık belirtisi olarak kabul eden bu yaklaşım, tarih süreci içerisinde objektif bir kıstas olarak ceninin anne karnında ilk hareketini değil ama somut olayda annenin hissedebildiği ceninin ilk hareketini kendisine ölçüt almıştır. Dolayısıyla net bir şekilde hamileliğin belirli bir aşaması canlılığın başlangıcı olarak kabul edilmemektedir. Oysaki bilimsel veriler göstermektedir ki; ultrason görüntülerine göre cenin anne karnında ilk olarak döllenme tamamlandıktan 5 ya da 6 hafta sonra ilk hareketini yapmaktadır.⁷⁶ Hamileliliğin 7. ya da 8. haftasına denk gelen bu zaman aralığında ise annenin bu hareketi hissedebilmesi mümkün değildir. Annenin hissedebileceği ilk cenin hareketi ise ancak hamileliliğin 18. haftası ile 20. haftaları arasında mümkündür. Bunun yanında çocuğun gelişimine göre bu süre değişebilmektedir.⁷⁷

⁷⁵ Bu yaklaşımın tarihsel temelinde, ceninin anne karnında belirli bir aşamadan sonra canlandığına ya da ruha sahip olduğuna ilişkin düşüncenin fiziksel emareler yardımı ile somut olaya uygulanması kaygısı yer almaktadır. Daha önce de üzerinde durduğumuz gibi Aristoteles'e kadar uzanan ve Hıristiyanlık ile İslamiyet'te de gördüğümüz bu anlayış, bazı yazarlara göre "quicken" kıstasının pozitif hukukta yer almasının esas nedeni bahsettiğimiz sözkonusu dini yaklaşımlardır.

⁷⁶ J.A. BURGESS- S.A. TAWAI; "When did you first begin to feel it? - Locating the beginning of human consciousness" *Bioethics*, V. 10, 1996, sf. 10.

⁷⁷ D. BONIN; *Defense of Abortion*, Cambridge University Press, 2002, sf. 98.

Klasik Anglo Sakson Hukukunda, “quicken” olarak ifade edilen bu evre, cenine karşı yapılan eylemin suç niteliğinde sayılabilmesi için sınır olarak kabul edilmektedir. Bu evreden önce ceninin zarar görmesine neden olan eylemlere karşı ceza davası açılmaz iken bu evreden sonra sadece kadına karşı işlenen suçlar kapsamında ceninin gördüğü zarar da cezaya konu olabilmektedir. Sağ doğum kuralının esas alındığı klasik Anglo Sakson Hukukunda, ceninin öldürülmesi cinayet kapsamında kabul edilmemekle birlikte, hapis cezasını gerektiren ciddi bir suç olarak kabul edilmiştir.⁷⁸

Günümüze gelindiğinde ise; Amerika Birleşik Devletleri’nin bazı eyaletlerinde, ceninin ölümüne neden olan eylem eğer “quicken” aşamasından sonra gerçekleşmişse, dava cinayet kapsamında ele alınmaktadır. Eğer bu aşamadan önce eylem gerçekleşmişse bu durumda açılan davanın konusu sadece kadına karşı işlenen suç olarak kalmaktadır. Yani sözkonusu bu aşama, anneye yapılan ve ceza gerektiren eylem dışında, cenine karşı da işlenebilecek ayrı bir suçun, “cinayet” suçunun varlık koşulunu oluşturmaktadır.

Ceninin anne tarafından ilk hareket anının canlılık için kıstas alınması hiç şüphe yok ki subjektif bir değerlendirmedir. Zira ceninin ilk hareketinin belirlenmesi her somut durumda farklı sürelerle tabi tutulacağından bir belirsizlik sözkonusudur. Bunun yanında kadının karnında meydana gelen hareketin gerçekten cenin tarafından mı yok başka bir neden dolayısıyla mı meydana geldiğini ayırt edebilmesi her zaman mümkün olamayacaktır. Ayrıca cinayet gibi ciddi bir suçun oluşumunda sadece kadının bu yöndeki ifadesinin dikkate alınması ve hamileliğin hangi aşamasında ceninin cinayet suçunun mağduru olabileceğinin belirsiz olması hukuk güvenliği bakımından tereddüt uyandırmaktadır.

⁷⁸ M. HOLTZAPFEL; “The Right to Live, The Right to Choose, and The Unborn Victims of Violence Act” *Journal of Contemporary Health Law and Policy* 2002, 443-445, M. K. SHAH; “Inconsisties in the Legal Status of Unborn Child: Recognition of a Fetus as a Potential Life”, *Hofstra Law Review*, V. 29. Spring, 2001, sf. 936-938.

1-1-2-4 Beynin Çalışması

Yaşam hakkının başlangıcı için önerilen bir diğer kıstas ise insan beyninin çalışmaya başlamasıdır. Bu görüşü savunan yazarlara göre, insanın beyninin çalışmaya başlaması ile birlikte, doğmamış çocuğun hukuk düzeninde kişiliği tanınmalı ve bu şekilde onun yaşam hakkı kabul edilmelidir. Fakat bu görüş taraftarları bazı noktalarda birbirlerinden ayrılmaktadırlar ki; bunlardan en önemlisi “beynin çalışması” kavramından ne anlaşılması gerektiğidir.

Bu konuda ilk görüş bildiren bilim adamlarından bir tanesi, Baruch Brody'dir. Brody ölümün varlığı ile yaşamın varlığını belirlemek için kullanılacak olan kıstaslar arasında bir bağlantı kurmaktadır. Yazara göre, ölüm için ortaya konulan verilerin bir insan bakımından mevcut olmaması onun yaşadığını gösterir; öyleyse insanın yaşadığını gösteren bu niteliklerin ilk ortaya çıkışı da basit bir mantık yürütme ile insan yaşamının başlangıcına işaret eder. Eğer bir insan için ölümü tanımlarken beyin ölümünden bahsediyorsak, insanın yaşamının başlangıcı için de beynin çalışmasından bahsedebilmeliyiz. Brody, beyin ölümünün varlığı için kabul edilen beyin elektriksel aktivitesinin belirlenememesini kıstasını, ters açıdan yorumlayarak, bu aktivitenin ilk ölçüldüğü anın insan yaşamının başlangıcı olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmuştur. Bu yaklaşım doğrultusunda Brody, hamileliğin 6. haftasında ceninin beyninden elektriksel aktivitenin ölçülebildiğini iddia ederek, insan yaşamının bu aşama ile birlikte başladığı görüşünü ileri sürmüştür.⁷⁹

Brody'nin ortaya koyduğu düşünceler ciddi eleştirilere maruz kalmıştır. Zira yazar, bahsettiği beyin aktivitesini savunurken bu aktivitenin ne oranda beynin kendi fonksiyonunu yerine getirdiğine dair bir bilgi sunmamaktadır. Bu aktivite sadece beyin hücrelerinin canlılığın bir göstergesi mi yoksa beynin kendi fonksiyonlarını yerine getirdiğinin bir kanıtı mı belli değildir. Dolayısıyla önermenin hangi çerçevede ele alınması gerektiği müphem bir şekilde kalmaktadır. Fakat bu eleştirilere ve karşı savlara geçmeden önce, sözkonusu düşünceleri doğru

⁷⁹ B. BRODY; *Abortion and the Sanctity of Human Life*, MIT Press, 1975, sf. 83.

anlayabilmek adına öncelikle beyinin ürettiği elektiriksel aktiviteyi ve bunu ölçmek için kullanılan metodu kısaca açıklamak gerektiğini düşünüyoruz.

Tıp dünyasında beyinin işlevsel olarak faaliyet gösterdiğinin en önemli belirtisi, beyin hücrelerinin günümüz teknolojisi ile ölçülebilen elektiriksel aktivitesinin varlığıdır. Aslında vücutta yer alan bütün hücreler belirli düzeylerde elektiriksel aktivite gösterirler ve bu durum çeşitli cihazlar vasıtası ile ölçülebilmektedir. Hücrelerin aktivitesinin varlığı, temelde o hücrelerin canlılığına işaret etmektedir. Fakat tek başına bu canlılık hücrelerin oluşturduğu organın kendi işlevini yerine getirdiği anlamına gelmemektedir. Dolayısıyla canlı beyin hücrelerinin olması demek beyin aktif bir şekilde çalışıyor olması anlamına gelmemektedir. Beynin aktif bir şekilde çalıştığının göstergesi ise düzenli beyin dalgaların ölçümü ile mümkün olabilmektedir ki; beyin yarattığı bu sinyaller electroencephalograph (EEG) olarak adlandırılan bir cihaz sayesinde tesbit edilebilmektedir. Bu nedenle beyin hücrelerinin ürettiği her sinyal değil ama EEG tarafından ölçülebilen düzenli sinyaller beyin işlevsel olarak faaliyette olduğunu göstermektedir.⁸⁰

Yaklaşık 50 yıldır tıp dünyasında kullanılan bu cihazın çalışması kısaca şu şekilde gerçekleşir. EGG'ye bağlı iki elektrot kafatasının farklı iki noktasına tutturulmakta ve elektrotlar arasındaki voltaj ölçülmektedir. Voltajda değişiklikler tesbit edilebiliyorsa (monitör ya da yazıcı aracılığı ile) o zaman beyin dalgasından ya da beyinin çalışması neticesinde ortaya çıkan sinyallerin varlığından bahsedilebilmektedir. Bu dalgalar ya da sinyaller insanın ölçüm anındaki ruh haline göre farklılıklar gösterdiği tesbit edilmiştir. Genelde bu farklı durumlar voltajdaki dalgalanmaların sıklığına göre 4 ana kategoride ele alınmaktadır. Beta (saniyede 13 dalgalanma) olarak adlandırılan durum dikkatli ya da uyarılmış halle ilişkilendirilmekte, alpha (saniyede 8-13 dalgalanma) olarak adlandırılan durum sakin halle ilişkilendirilmekte, theta (saniyede 7 dalgalanma) olarak adlandırılan durum uykulu halle ilişkilendirilmekte ve delta (saniyede 4 dalgalanmadan az) olarak adlandırılan durum da derin uykuyla ilişkilendirilmektedir. Beynin düzenli elektiriksel aktivitesi olarak ifade edilen bu ölçümlerin gerçekleştirilememesi yani

⁸⁰ D. BONIN; sf. 106, 107.

insan beyninden bu sinyallerin alınamaması bazı toplumlarda beyin ölümünün kanıtı olarak kabul edilmektedir.⁸¹

Bu noktada, beynin çalışmasını kıstas olarak savunan yazarlar arasında beynin üretmiş olduğu elektriksel aktivitenin niteliğine ilişkin bir ayırım oluşmaktadır. Bir grup yaşamın başlangıcı için beyin hücrelerinin canlılığına işaret eden sıradan elektriksel aktiviteyi yeterli görürken, diğer grup ise özellikle bilince işaret eden düzenli beyinsel aktivitenin varlığını gerekli görmektedir.⁸²

Brody'nin düşüncesine yapılan eleştiriler de, hamileliğin 6. haftasında ceninde bulunan beyin hücrelerinin elektriksel aktivitesinin dağınık, düzensiz ve EEG ile ölçülmesinin imkansızlığı üzerine kurulmuştur.⁸³ Bu eleştiriye dayanak ise 1963 yılında yapılan bir araştırmanın sonuçlarıdır. Araştırmada 8,5'dan 22,5. haftaya kadar değişik gelişim düzeyindeki ceninlerin sezeryan yolu ile yapılan kürtajlarında, ana rahminden henüz beyin hücreleri ölmeden çıkarılan ceninlerin beyin dalgaları ölçülmüş ve bu çalışma esnasında kullanılan ceninlerin hiçbirinde organize elektririsel beyin aktivitesine rastlanmamıştır.⁸⁴

Kayıtedilebilen düzensiz sinyallerin sadece beyin hücrelerinin canlılığına işaret ettiğini savunan bazı yazarlar, insan yaşamının başlangıcı için asıl önemli olanın insan beyninin kendi fonksiyonunu yerine getirmediğini gösteren düzenli sinyallerin tesbit edilmesi olduğunu ileri sürmektedirler. Çünkü, beyin hücrelerinden alınan düzensiz sinyaller, beyne ait olmayan diğer canlı hücrelerden de alınabilmektedir ki,

⁸¹ J.A. BURGESS- S.A. TAWAI; sf. 8, D. BONIN; sf. 107.

⁸² Bilincin ya da bilince sahip olabilme kapasitesine erişmenin kıstas olarak kabul edilmesinin güçlü felsefi temelleri olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Avrupa felsefesine bakıldığında, birçok filozofun günümüze kadar, insanı diğer varlıklardan ayırırken bilinç unsuruna sıklıkla vurgu yapıldığını görmekteyiz. Örneğin Aristoteles'in insanı diğer canlılardan ayırmak için kullandığı ünlü "insan düşünen sosyal bir hayvandır" ifadesi doğrudan bilince ve sosyal yaşama işaret etmektedir. Dekart düşünüyorum öyleyse varım derken de insan olarak varlığını anlamlı kılan şeyin bilincin bir göstergesi olan düşünebilme yetisi olduğuna işaret etmektedir. Locke insanı, varlığının ve bu varlığın sürekliliğinin farkında olan obje olarak değerlendirirken yine insan aklının bir sonucu olan bilinci, kişiyi diğer varlıklardan ayıran bir kıstas olarak nitelendirmiştir. Kant'a göre insan, tecrübelerini değerlendirebilen ve ahlaki prensipler doğrultusunda hareket edebilen akıl sahibi bir varlıktır. Sartre ise insanı bilince sahip olan ve hareketlerini bilerek şekillendiren varlık olarak tanımlamaktadır.

⁸³ Beynini elektriksel aktivitesinin en erken hamileliğin 10. haftasında ölçülebilmektedir. Fakat en azından sadece bir vakada 6. haftada aktive ölçülebilmektedir. Bkz. J.A. BURGESS- S.A. TAWAI; sf. 20, D. BONIN; sf. 106.

⁸⁴ H.J. MOROWITZ- J.S. TREFIL; The Facts of Life: Science and the Abortion Controversy, Oxford University Press, 1992, sf.125.

bu beynin çalıştığını göstermez. Oysa beynin kıstas alınmasındaki ana düşünce onun işlevine yüklenen anlamdır.⁸⁵

Beynin işlevsel olarak faaliyet göstermesi ise ancak yapısal bazı niteliklerin kazanımı ile mümkündür. Dolayısıyla kıstas olarak sadece beyin dalgalarının ölçümü yeterli olmamakta bunun yanında beynin ve sinir sisteminin belirli bir olgunluk düzeyine gelmesi gerekmektedir. Bu olgunluğa ne zaman erişildiğini anlayabilmek içinse beynin ve sinir sisteminin hamilelik döneminde nasıl bir gelişim sergilediğini ana hatları ile göstermemiz gerekmektedir. İlkel anlamda beyin ve omurilik hamileliğin 3. haftasında ortaya çıkar. Fakat bu ilkel yapı nörolojik işlevi yerine getirebilecek niteliklere henüz bu aşamada sahip değildir. 5. haftaya gelindiğinde ise, ilk sinir hücreleri görünmeye başlar ki, çok seyrek de olsa sinir hücrelerini birbirlerine bağlayan synapsler 6. haftada ilk kez ortaya çıkar. 7. hafta itibariyle de refleksel hareketler ceninin gelişim hızına göre tesbit edilebilir ve 12. haftaya ulaşıldığıdaysa, embryonun bütününde refleksel hareketler görülebilmektedir. Fakat sinir sistemi açısından en önemli olan zamanlardan birisi ceninin gelişiminin 20. haftasıdır. Çünkü bu aşamada sinir yolunun thalamusa ve onunda neocortexe bağlanması sözkonusudur. Bu gelişime verilen önemin nedeni, sağlanan bu bağlantı ile uyarıların beyne aktarımının gerçekleşmesi ve vücut aktivitesinin sağlanmasıdır.⁸⁶

Bununla birlikte, bu bağlantının oluşumu da bazı yazarlara göre yeterli sayılmamaktadır. Çünkü bilinç kapasitesini ve beynin vücuda hakimiyetini asıl sağlayan yapı “Celebral Cortex” olarak isimlendirilen beynin kafatasına yakın bir bölümünde oluşan parçasıdır. Bu bölümün oluşması ile birlikte, insanı diğer canlılardan ayıran bilincin oluşması için gerekli olan yapısal nitelikler de meydana gelmiş olmaktadır. Zira celebral cortexin ortaya çıktığı anda sinir hücreleri arasındaki bağlantıyı sağlayan synapsislerin de oluşumu büyük oranda tamamlanmış olmaktadır. Sinir yolunun thalamusa bağlanması ve onun da cortexe ulaşması da, beynin kendi fonksiyonlarını meydana getirmesi için gerekli alt yapının oluştuğu anlamına gelmektedir. Fakat bu noktaya kadar görüş birliğine sahip olan yazarlar, beynin çalışması ve düzenli elektriksel aktivitenin ne zaman tesbit edilebildiği

⁸⁵ H.J. MOROWITZ- J.S. TREFIL; sf. 9.

⁸⁶ T. A. SHANNON-A. B. WOLTER; sf. 610-620.

konusunda hamileliliğin 25. haftası ile 35. haftası arasında değişen farklı görüşler ortaya koymaktadırlar.⁸⁷

1-1-2-5 Yaşayabilme Kabiliyeti

Pozitif hukuk düzenlerinde kişiliğin kazanımı için Roma hukukundan bu yana genel olarak kabul edilen sağ doğum şartı, cenini annenin vücudunun bir parçası olarak görmekte ve muhtemelen de bu sebeple, doğum öncesi kişiliğin kazanımı hususunda kemikleşmiş olan bu anlayışın dışına büyük ölçüde çıkmamaktadır. Fakat gerek bilimsel gelişmeler gerekse erken doğumlar sonucunda yaşamına devam eden çocuklar olgusu, en azından hamilelik sürecinin bütünü bakımından ceninin annenin vücudunun bir parçası olduğunu savını sorgulanır hale getirmektedir.

Günümüzde tartışmalı olmakla beraber, hamileliğin 20 ile 23. haftaları arası gerçekleşen erken doğumlarda dünyaya gelen premature çocuklar tıbbi destekle yaşatılabilmektedir. Dolayısıyla normal hamilelik süresinden ortalama üç buçuk ay öncesinde ceninin, annenin vücudundan bir şekilde ayrılması halinde kendi yaşamını sürdürebilecek gerekli niteliklere sahip olduğu söylenebilir. İşte yaşayabilme kıstasınının da temel iddiası bu anın, yani ceninin tek başına yaşamını sürdürmesini sağlayacak olan niteliklerin kazanımı anının, insan yaşamının başlangıcı olarak kabul edilmesi gerektiğidir. Zira bu aşamada cenin artık en azından teorik olarak annenin bir parçası olmaktan çıkmakta, kendi yapısal özellikleri ile hayatını sürdürebilme kapasitesine kavuşmaktadır.⁸⁸

Ceninin annenin vücudundan ayrılıp kendi başına yaşayabilecek nitelikleri edinmesi, pozitif hukuk açısından bağımsız bir varlığın ortaya çıkması anlamına geleceğinden, ilk bakışta kişilik ya da yaşam hakkı tanınması için oldukça uygun bir yaklaşım olarak değerlendirilebilir. Fakat bu yaklaşımın dayanağını oluşturan verilerin tesbit edilebilmesi somut yaşam durumlarında bir takım problemleri de beraberinde getirecektir. Zira kriterin dayanağını oluşturan verilerin, her olay

⁸⁷ H.J. MOROWITZ- J.S. TREFIL; sf. 122, J.A. BURGESS- S.A. TAWAI; sf. 18, D. BONIN; sf. 111.

⁸⁸ G. CRUM-T. McCORMACK; Abortion, Pro-Choice or Pro-Life?, American University Press, Washington, 1992, sf. 34, 35, F. K. BELLER-G. P. ZLATNIK; sf. 478, D. BONIN; sf. 129.

bakımından değişkenlik gösterebilmesi mümkündür. Bu nedenle de bu kriter çeşitli eleştirilere maruz kalmıştır.

Yaşama Kabiliyeti kıstasının belki de en önemli problemi ve de üzerinde en ciddi eleştirilerin yapıldığı yönü, ceninin bağımsız bir varlık olarak kabul edilebilmesi için kazanması gereken niteliklerin ortaya çıkışının, kesin bir zaman aralığına bağlanmasıdır. Örneğin bir hukuk düzeninde yaşama kabiliyetinin 6. ayda başladığının kabul edildiğini farzederseniz, bu hukuk düzeninde 5 ay 25 günlük bir cenin bu haktan yararlanamayacak mıdır? Daha da ileri gidersek; 5 ay 25 günlük bu cenin normalden hızlı gelişerek 6½ aylık bir seviyeye ulaşmışsa yine bu hakka sahip olamayacak mıdır? Tersten soruyu soracak olursak, normalde 6½ aylık olan bir cenin yavaş bir gelişim göstererek tek başına yaşayabilme kabiliyetine nitelik olarak ulaşmamışsa, o zaman bu ceninin yaşam hakkı olacak mıdır yoksa olmayacak mıdır? Nitekim bu kriteri eleştiren yazarlara göre de; yaşayabilme kabiliyetinin kazanımı için her cenin bakımından hamileliğin bir dönemini kesin olarak belirlemek; ceninin yapısı, ırkı ve bulunduğu şartlara göre farklı hızlarda gelişebildiği gerçeğinin göz ardı edilmesi demektir. Örneğin Noonan'a göre siyah ırka mensup bir ceninin gelişimi diğer ırklara mensup ceninlerin gelişiminden çok daha hızlıdır. Aynı şekilde diğer ırklar arasında da gelişim seyri itibarıyla farklılıklar olma ihtimali gözden kaçırılmaz. Dolayısıyla bu yazara göre, her ceninin farklı hızda gelişebileceği bilgisini bir kenara bırakarak, tüm ceninler açısından tek bir anın tesbiti doğru bir yaklaşım değildir.^{89/90}

Meselenin tartışmaya açık olan bir diğer yönü ise, ceninin tek başına yaşayabilmesinden kastedilenin ne olduğuna ilişkindir. Cenin annenin vücudundan ayrıldığında günün tüm tıbbi imkanları kullanılarak yaşayabilmesi mi bu niteliklere sahip olduğunu göstermektedir yoksa anneden ayrıldıktan sonra normal sürede

⁸⁹ J. T. NOONAN; sf. 56.

⁹⁰ Örneğin yaşayabilme kabiliyeti kıstasına, ABD Yüksek Mahkemesi'nin kürtaj ile ilgili içtihadında da yer verilmiştir. Bu içtihadta ceninin yaşam hakkının korunmasına ilişkin bir karar alınmamış olsa da, ceninin korunması bakımından yaşayabilme kabiliyetini kazanması bir kriter olarak belirlenmiştir. Hatta mahkeme, bilimsel verilerden yararlanarak, bu kriterin hayata geçmesi konusundakesin süreler belirlemiştir. Fakat kriterin gerçekleşmesi için bir takım sürelerle bağlanması içtihadından, mahkeme daha sonra vazgeçerek; her somut olayda süreye bakılmaksızın kürtaj talebine konu olan ceninin bu kabiliyeti kazanıp kazanmadığının bilimsel testlerle belirlenebileceği ve de bunun eyalet hukuk düzenlerinde yer alabileceğine işaret edilmiştir. Bu şekilde kriterin kesin bir zaman aralığına bağlanmasının doğurabileceği olumsuz sonuçlardan da kaçınılmış olmaktadır.

doğmuş çocuklar gibi hayatta kalması için ek bir sağlık tedbirine gerek olmaması mı beklenmektedir? Bu soruya ne yönde yanıt verilirse verilsin, her iki yanıtta kendi içerisinde bir problemin doğmasına neden olmaktadır. Bu konuda genel olarak kabul edilen görüşün, yaşama kabiliyeti kistasından kastedilenin, ceninin her türlü tıbbi imkandan yararlanılarak hayatta kalabilmesi olduğunu söyleyerek iki ihtimalin yaratacağı sorunlara kısaca değinelim.

Eğer ceninin yaşayabilmesinden kastedilen tıbbi imkanların kullanılarak onun canlılığına devam etmesi anlaşılıyorsa, bu durumda annenin vücudu dışında döllenenin sağlandığı in vitro döllenne uygulamasında, tüp içerisindeki dölleniş yumurtanın da anneden bağımsız yaşayabilen bir birey olduğunu söylememiz gerekir. Anneden bağımsızlık ve yaşamını tıbbi destek vasıtası ile sürdürme bu döllenne şeklinde de mevcuttur.⁹¹ Dölleniş yumurtanın tekrar anne karnına yerleştirilmesi durumunda ise, anneden bağımsız olan bu yapı bağımlı hale döneceğinden, ceninin tüpte sahip olduğu kişilik ortadan kalkacaktır. Daha açık bir ifade ile ceninin kişiliği ya da yaşam hakkı göreceli bir hal alacaktır.⁹²

Kriterin belirlenmesinde tıbbi imkanların kullanılıyor olması bir başka açıdan da kişiliği ve dolayısıyla yaşam hakkını göreceli bir konuma sokmaktadır. Günümüz tıbbi biliminin ulaştığı nokta, 5 ½ aylık gelişime ulaşmış olan bir cenini anne vücudundan ayrıldığı takdirde yaşatabilmektedir. Halbuki bundan 100 yıl kadar önce 7 aylık bir gelişime sahip olan ceninin yaşatılabilmesi mümkün değildi. Günümüzden 100 yıl sonra ise, 4 aylık ceninin yaşatılabilmesi ya da anne vücuduna bağlı olmaksızın laboratuvar ortamında döllenenin ve daha sonraki aşamaların gerçekleştirilemeyeceğinin herhalde kimse söyleyemez. Dolayısıyla, bu kritere getirilen önemli eleştirilerden birisi, kişilik ya da yaşam hakkına sahip olmanın tıbbi ilerlemeye bağlı olarak göreceli bir hale bürünmesidir.

⁹¹ G. CRUM-T. McCORMACK; 35.

⁹² ABD Yüksek Mahkemesi de, muhtemelen bu problemi gözönüne aldığından, yaşayabilme kabiliyetini tanımlarken yaşanacak olan hayat bakımından da bir kriter belirlemiş ve yaşanacak olan hayatın "anlamlı" olması gerektiğine işeret etmiştir. In vitro döllenne uygulamasındaki hayatın anneden ayrıldıktan sonra tek başına anlamlı bir hayat olmayacağı muhakkaktır. Zira insan oluşumun tamamlanabilmesi için yumurtanın tekrar anne vücuduna yerleştirilmesi gerekmektedir.

Diğer taraftan eğer ceninin tıbbi imkanlardan yararlanmadan hayatta kalması bekleniyor ise, bu mantığa göre erken doğum neticesinde dünyaya gelen bebeklere bakılması hususunda bir yükümlülüğün olmaması gerekir. Zira bebeğin kişiliğe sahip olması için kendi başına yaşayabileceğini ispatlaması gerekir. Oysaki günümüz modern pozitif hukuk düzenlerinde, erken doğum ile dünyaya gelen bebeğe kasten bakılmaması nedeni ile ölmesi ya da imkanlar olmasına karşın onun ölüme terk edilmesi adam öldürme suçunu meydana getirecektir. Kaldı ki yeni doğan her sağlıklı bebek dahi hayatta kalabilmek için belirli bir yaşa kadar birilerinin bakımına muhtaçtır. Dolayısıyla bağımsızlığın bu dercede uç bir şekilde algılanması mümkün olmamalıdır.

Görüldüğü üzere tartışmaya oldukça açık görünen bu kriter, ABD iç hukuk düzeninin önemli unsurlarından birisini oluşturmaktadır. İlk olarak 1973 yılında Roe v Wade davası ile birlikte en üst düzeyde yani ABD Yüksek Mahkemesi'nde kullanılan yaşayabilme kabiliyeti kriteri, daha sonra eyalet hukuk düzenleri içerisinde de geniş kullanım alanı bulmuştur. Fakat eyalet düzeyindeki kullanımı ile Yüksek Mahkeme'nin kullanım alanları, en azından isim bakımından farklılık taşımaktadır. Yüksek Mahkeme bu kriteri kullanırken daha ilerideki bölümlerde ayrıntılı bir biçimde inceleyeceğimiz üzere; eyaletlerin ceninin yaşaması konusundaki menfaatlerinin ceninin yaşama kabiliyetini elde etmesi ile birlikte başladığına hükmetmektedir. Mahkemeye göre bu kriter gerçekleştiği anda eyaletler, kürtaj uygulamasını, annenin yaşamı tehlikeye düşme durumu haricinde yasaklayabileceklerdir. Dolayısıyla cenine doğrudan kişilik tanınması ya da onun yaşam hakkının olduğu kabul edilmemektedir. Nitekim Mahkemenin kararında da bu husus çok açık bir ibimde ifade edilmiştir.

Eyaletler bakımından ise biraz evvel de söylediğimiz üzere kriterin algılanışı en azından isimlendirme bakımından farklıdır. Bugün birçok eyalet cenine yaşam hakkı tanırken, bu hakkın hamileliğin belirli dönemlerinde başladığı kabul edilmektedir. İşte bazı eyaletler de, ceninin yaşam hakkının, onun yaşayabilme kabiliyetini elde ettiği andan itibaren başladığını düzenlemekte ve bu aşamadan sonra cenine karşı yapılacak olan haksız fiiller aynı kişilere karşı yapılan eylemler gibi değerlendirilmektedir. Şu an, ceninin öldürülmesini cinayet suçu kapsamına alan

eyaletlerden 5 tanesi, suçun oluşabilmesi için, eylemin gerçekleştiği anda ceninin yaşayabilme kabiliyetine sahip olması şartının gerçekleşmesini aramaktadır.

Kriterin özel hukuk bakımından da uygulama alanı sözkonusudur. Ceninin ölümüne neden olan eylem nedeni ile “cenin sanki bir şahısmış gibi” onun adına tazminat davası açılabilmektedir. Bu düzenlemeler ya da “Case Law”da ortaya çıkan içtihatlar ceza hukukundaki hükümlerden bağımsızdır. Eyaletlerin büyük bir kısmında kabul edilen bu tazminat sorumluluğu “wrongful death action” olarak ifade edilirken, eyaletlerin büyük bir bölümü bakımından tazminata hükmedebilmek için, eylemin yapıldığı anda ceninin yaşayabilme kabiliyetini kazanması şartı aranmaktadır.

Amerika Birleşik Devletleri dışında bu kıstası kullanan bizim tesbit edebildiğimiz sadece bir ülke vardır. Hollanda Ceza Kanunu’nun adam öldürme suçunu düzenleyen ilgili maddesi, mağduru tanımlarken yaşayabilme kabiliyetini kazanmış cenini de bu bu kategorinin içerisine almaktadır. Fakat daha sonra tekrar ele alacağımız bu düzenlemenin, yargı kararlarına yansımada bir takım problemler ortaya çıkmaktadır.

1-1-2-6 Doğum Sonrasına Bağlanan Kriterler

Günümüzde pekçok düşünür farklı zaman dilimlerini işaret etmelerine rağmen büyük bir çoğunluğu ceninin yaşam hakkının annenin hamilelik döneminde başladığını ileri sürmektedir. Bununla birlikte yaşam hakkının ve bununla bağlantılı olarak kişiliğin oluşumu için doğum sonrasında bir takım niteliklerin insan tarafından kazanılması gerektiğini öne süren bir takım yazarlara da rastlanmaktadır.⁹³

Bu yazarların öncülerinden birisi olan Mary Anne Warren, kişiliğin oluşması için ortaya koymuş olduğu kriterler ile ceninin yaşam hakkını tamamen reddetmiştir. Feminist bir yaklaşımla çalışmasında kürtaj meselesini ele alan yazar, hamileliğin hiçbir döneminde ceninin yaşam hakkını elde edemeyeceğini öne sürerken aynı

⁹³ Bkz. R. MACKLIN; “Personhood in the Bioethics Literature”, *The Milbank Memorial Fund Quarterly*. Vol. 61, No. 1, 1983, sf. 35-57.

zamanda kişilik için koymuş olduğu yüksek standartlar nedeni ile de örneğin akıl hastalarını, yeni doğmuş çocukları ve düşük zekalıları kişiliğin kapsamından çıkarmıştır.⁹⁴

Yazara göre ahlaki anlamda kişiliğin varlığından bahsedilebilmesi için 5 özelliğin varlığı aranmalıdır:

- 1- Bilinç (özellikle acı hissinin bulunması)
- 2- Muhakeme
- 3- Kendi başına bağımsız hareket
- 4- İletişim yeteneği
- 5- Kendisinin farkında olmak⁹⁵

Saymış olduğu bu niteliklerden kaçının varlığı kişiliğin oluşması için gerekli olduğu hususunda bir ayırım yapmayan yazar, kendisi ile paralel dönemde benzer argümanları içeren ve adeta yeni doğmuş bebeklerin öldürülmesini üstü kapalı bir biçimde uygun gören Michael Tooley'in yaklaşımı nedeni ile daha sonra bu kriterlerini bir miktar yumuşatmış ve yeni doğan çocukların öldürülmesinin kendisi tarafından kabul edilmediğini söylemek durumunda kalmıştır.⁹⁶

Kişiliğin kazanımını doğum sonrasında insanın bir takım nitelikler kazanmasına bağlayan bilim adamlarından birisi de Michael Tooley'dir. Michael Tooley'e göre bir organizmanın yaşam hakkından bahsedilebilmesi için o varlığın yaşam tecrübesi ve diğer zihinsel faaliyetleri ile kendisinin sürekliliği olan bir varlık olduğu kavramına sahip olması ve kendi devamlılığına inanması gerekmektedir. Tooley'in kendi varlığının farkındalığı olarak özetlediği bu durum gerçekleştiğinde bir kişiden ve o kişinin yaşam hakkından bahsedebiliriz.⁹⁷

Tooley sadece beynin fonksiyonel olarak çalışmasını kıstas edinmemekte fakat bunun yanında zaman içerisinde kişinin kendi varlığının bilincinde olması gerekliliğini de eklemektedir. İnsanı kişiliğe kavuşturan temel kendi varlığının

⁹⁴ M. A. WARREN; "On the Moral and Legal Status of Abortion", The Monist, 57/1, 1973, sf.43-61.

⁹⁵ Aynı eser; sf. 55.

⁹⁶ R. MACKLIN; sf. 45, 46.

⁹⁷ M. TOOLEY; "Abortion and Infanticide", Philosophy and Public Affairs, Vol. 2 No.1, 1972, sf. 37-65.

bilincinde olmaktadır diyen yazar yeni doğmuş bir kedi yavrusu ile yeni doğmuş bir insan yavrusu arasında bir farkın olmadığını dile getirmektedir. Çünkü ikisi de kendi varlıklarının farkında değildir. Klasik söyleme göre yaşam hakkını hamilelikte başlatan bilimsel tabanlı fikirlerin hepsi aslında aynı zamanda bahsetmiş olduğu kedi yavrusu için de geçerli olan kriterler vurgusunu yapmaktadır. Oysaki insanı diğer canlılardan ayıran bu kriterlerde bahsedilen durumların gerçekleşmesi değil, kendi varlığının bilincinde olmasıdır insanı kişi yapan.⁹⁸

Dolayısıyla yeni doğmuş çocuğun öldürülmesi ile ceninin öldürülmesi arasında ahlaki bir farkın olduğunu söylemek mümkün değildir. Çünkü ikisi de kendi varlıklarının bilincinde değildir.⁹⁹ Bununla birlikte kişiliğin ya da yaşam hakkının başlangıcı konusunda net bir zaman aralığı vermeyen Tooley, özellikle cenin ile yeni doğmuş çocuk arasında ayırım gözetmemesi nedeni ile hem bu konuda kriterler sunan diğer düşünürler arasında en marjinal noktaya gelmiş hem de bu yaklaşımından dolayı eleştirilere uğramıştır.

Bu konuda bahsetmemiz gereken bir başka yazar ise; Joseph Fletcher'dır. Fletcher haklar konusuna girmeksizin bioetik alanında karşılaşılabilecek kimi problemler için kişiliğe sahip olunabilmesi için 15 olumlu 5 tane de olumsuz özellik dile getirmiştir. Yine diğer iki yazar gibi koymuş olduğu kriterler aşağıda görüleceği üzere doğum sonrasındaki bir takım gelişimlerin varlığı ile karşılanabilmektedir. Dolayısıyla yeni doğmuş çocuklar, hastalar, düşük zekalılar gibi pekçok grup bu kriterler göre kişi sıfatını kazanmamaktadır. Personhood yerine Humanhood kavramını kullanan yazarın oluşturduğu kriterler şunlardır :

Olumlu özellikler:

- 1- Minimum zeka 20-40 IQ
- 2- Bilinç
- 3- Kendini kontrol
- 4- Zamanın farkındalığı
- 5- Geleceğin Farkındalığı
- 6- Geçmişin Farkındalığı

⁹⁸ Aynı eser.

⁹⁹ Aynı eser.

- 7- Başkaları ile ilişki kurabilme kapasitesi
- 8- Diğer insanları önemseme
- 9- İletişim
- 10- Yaşamımı kontrol edebilme

Olumsuz Kriterler:

- 1- İnsan yapay bir varlık değildir.
- 2- İnsan anne ve babasına esas olarak ait değildir.
- 3- İnsan esas olarak cinsel bir varlık değildir.
- 4- İnsan bir hak yığını değildir.
- 5- İnsan kul değildir.¹⁰⁰

Kök hücre araştırmalarının ortaya çıkışı ile birlikte, ceninin ahlaki statüsünü konu alan tartışmanın odağı, bir ölçü de olsa kürtajdan tıbbi deneylere yönelmiştir. Bunun sonucunda Fletcher'in ortaya koymuş olduğu tavır gibi doğrudan ceninin yaşam hakkına sahip olması meslesi ele almaksızın, felsefi anlamda kişinin ne zaman ortaya çıktığı ve bu konuda belirlenen kıstaslara göre, embryo üzerinde yapılan araştırmaların ne ölçüde etik olduğu sorusuna yanıt aranmaya başlanmıştır. Örneğin, Fletcher'in yaklaşımına benzer bir çalışmada, kişiliğin felsefi anlamda varolduğunu söyleyebilmek için; sözkonusu varlığın kendinin bilincinde olması ve aklın ortaya koymuş olduğu standartlara uygun karşılıklar verebilmesi kıstas olarak öngörülmektedir.¹⁰¹

Yapılan araştırmalardan yararlanan yazarlar, 2 yaşın altındaki çocukların belirli bir bilince sahip olmasına karşın, kendilerini diğer insanlardan ayıramadıklarını ileri sürmektedir. İkinci yaşın sonuna doğru ancak çocuk kendi bilincine varıp, ayna karşısında örneğin kendisini tanıyabilmekte ve kendi varlığının bilincinde olduğuna dair duygusal tepkiler ortaya koyabilmektedir; örneğin utanma gibi. 3 yaşın altındaki çocuklar kendilerine anlatılan bir hikayenin bir parçası olduğunu düşünebilmekte ve kendisinin sadece bir gözlemci olduğunun farkında olamamaktadırlar. Bu örneklerden yola çıkan yazarlar, kişilik için gerekli olduğu

¹⁰⁰ R. MACKLIN; sf. 46, 47.

¹⁰¹ L. BORTOLOTTI-J. HARRIS; "Stem Cell Research, Personhood and Sentience", Ethics, Law and Moral Philosophy of Reproductivite Biomedicine, Vol. 1, No. 1, 2005, sf. 73.

varsayılan akli yeteneğin, çok küçük çocuklar bakımından sözkonusu olamayacağı iddiasını savunmaktadırlar.¹⁰²

Yukarıda adı geçen yazarların ortak noktası, kişiliğin başlangıcı olarak doğum sonrasına işaret etmeleridir. Bunu yaparken de kişiliğe sahip olan varlıklar içerisinde pekçok doğmuş insanın girmediği de ortadadır. Özellikle akıl sağlığı yerinde olmayan, zeka düzeyi düşük ve bu özelliklere yaşları nedeni ile sahip olamayan küçük çocukların kişiliği bu yaklaşımlar çerçevesinde kabul edilmemektedir. Moral bir değerlendirme olarak sunulan bu kriterlerin pozitif hukukta doğrudan bir anlam ifade etmesi olanaksızdır. Bahsedilen grupların hukuken kişiliğinin reddi, bu insanların tüm diğer haklar gibi yaşam hakkının da reddi olacağından, bahsedilen kriterlerin kabulü günümüz insan hakları prensipleri ile bağdaşmadığı açıkça ortadadır. Yaşam hakkı ya da hukuki kişiliğin başlangıcı meseleleri dışında kalan ve sadece embrioyu konu alan araştırmalarının pozitif hukukta düzenlenmesi bakımından, sözkonusu çalışmaların değerlendirilebileceği söylenebilir.

1-3 Ülke Hukuklarında Cenin

Ceninin ahlaki statüsünün ele alındığı bir önceki bölümde yapılan değerlendirmelerin bulunduğu ortak nokta, ceninin doğum öncesinde de doğmuş insanlarla aynı ahlaki bir değere sahip olduğudur. Gerçi bu uzlaşmanın uzlaşamayan bir tarafı vardı ki; o da hatırlanacağı üzere, bu saygı kazanımının hamileliliğin hangi döneminde gerçekleşeceği. Fakat bu önemli farklılığı bir kenara bırakacak olursak, genel ahlaki değerlendirmenin annenin hayatının tehlikede olması durumu haricinde, ceninin doğmuş insanlar kadar saygıyı hak ettiği şeklinde oluştuğunu söyleyebiliriz.

Bu anlayışın pozitif hukukta geçerlilik kazanabilmesinin en uç görünümü ise, cenine belirli kriterler dahilinde yaşam hakkının tanınmasıdır. Tabi yaşam hakkına bir varlığın sahip olmasının anlamı da kuşkusuz o varlığın hukuki kişiliğinin olmasıdır. Dolayısıyla, hukuki kişiliğe sahip olan ceninin gerek ceza hukuku gerek özel hukuku ilgilendiren haksız saldırılar karşısında sahip olacağı hukuki koruma da

¹⁰² Aynı yer.

gerçek kişilerin sahip olduğu koruma ile aynı olacaktır. Örneğin, cenine karşı yapılan haksız saldırılar onun ölümüne neden olmamışsa kişilere karşı işlenmiş bir müessir fiil olarak değerlendirilecek; ama ölümüne neden olmuşsa bu eylem cinayet olarak kabul edilecektir. Özel hukuk bağlamında cenin anne karnında yaşam hakkına ve dolayısıyla hukuki kişiliğe sahip olacağından ona kalan miras, miras bırakanın ölümüyle ceninin mülkiyetine geçecek ve hatta mirasçı olan cenin doğmadan anne karnında ölürse, bu sefer iktisap ettiği tereke kendi terekesi olarak onun mirasçılara geçecektir.

Vermiş olduğumuz örneklerden de görüldüğü üzere, ceninin yaşam hakkı talebinin pozitif hukuka tanınmasının, başka bir ifade ile cenin için kabul edilen ahlaki değerlendirmenin pozitif hukukta karşılık bulmasının doğal sonucu, aynı gerçek kişiler gibi ceninin pozitif hukukta tanınan haklara eşit düzeyde sahip olmasıdır. İşte bu bölümde bizim de esas olarak amacımız; iç hukuk düzenlerinde sözkonusu ahlaki talebin ne ölçüde kabul gördüğünü belirlemeye çalışmak olacaktır.

Bunu yaparken de ceza hukuku, özel hukuk ve kürtaj ile ilgili düzenlemeler incelenecektir. Bu kapsam içerisinde, başta kök hücre araştırmaları olmak üzere bilimsel çalışmalarda embryonun kullanımına ilişkin hukuki düzenlemelere yer verilmemiştir. Zira bu düzenlemeler bioetik konusunu ilgilendiren ve de ceninin hukuki kişiliği hususunda bir yenilik getirme potansiyeline sahip olmayan kurallardır. Dolayısıyla başka ahlaki ya da etik kaygıların işlendiği metinlerdir. Bu nedenle biz doğrudan doğruya ceninin olası hukuki kişiliğinin izlerini bulabileceğimizi düşündüğümüz yukarıdaki üç düzenleme alanı ile kendimizi sınırlamayı daha uygun bulmaktayız.

Diğer bir sınırlama ise, inceleyeceğimiz ülke hukuklarına ilişkindir. Fakat en başta hemen belirtelim ki; ceninin yaşam hakkı ya da hukuki kişiliği konusunda en hararetli tartışmaların yaşandığı ve de Avrupa hukukuna göre en azından görünüm itibariyle marjinal sayılabilecek düzenlemelere sahip olan Amerika Birleşik Devletleri iç hukuku, diğer ülke hukukları için yapılacak genellemelerin dışında özel olarak incelenecektir. ABD hukukunu bir kenara bırakacak olursak, diğer hukuk düzenlerinin incelenmesinde coğrafi bir ayırım yaptığımızı söyleyebiliriz. Bu ayırımımızın esası, modern insan hakları kuramının doğduğu ve günümüzde

demokratik olarak tanımlanan Avrupa ülkelerinin iç hukuk düzenlerinin incelenmesinin, modern pozitif hukukun cenine bakış açısını görebilmemiz bakımından daha sağlıklı olacağı düşüncesine dayanmaktadır. Dolayısıyla, ABD dışında ana inceleme alanımız Avrupa ülkelerinin hukuk düzenleri olacaktır. Tabii bu incelemenin içerisinde genel yaklaşımları belirledikten sonra bir Avrupa ülkesi olan ve Avrupa ilke aynı hukuk anlayışından beslenen Türk hukuku her bir başlık altında özel olarak ele alınacaktır.

1-3-1 Amerika Birleşik Devletleri İç Hukuku

Ceninin Hukuki kişiliği ya da yaşam hakkı meselesi, Amerikan Yargısında hem federal hem de eyalet düzleminde yoğun bir şekilde tartışılan ve kimi zaman da idolojik yönleri ön plana çıkan bir konudur. Tüm eyalet hukuk düzenleri için bağlayıcı olan Federal Anayasanın bu konuda açık bir hüküm içermemesi konunun farklı şekillerde algılanmasına yol açabilmektedir. Bunun yanında muhtemelen Anglo Sakson Hukukunun etkisi nedeni ile ceninin hukuki kapasitesini belirleyen açık hukuk kurallarının oluşturulamayışı, meselenin içeriğinin mahkemelerin her olay bakımından ayrı ayrı vermiş olduğu kararlarla belirlenmesine yol açmaktadır.¹⁰³ Bu davalardan en önemli ve de en belirleyici olanı ise, Yüksek Mahkemenin 1973 yılında karara bağladığı, Roe v Wade davasıdır. Davada verilen karar ile, ABD Anayasasına göre kişiliğin ne zaman başladığı belirlenmiştir. Fakat bunun yanında Roe v Wade kararında mahkeme, ceninin yaşam hakkı ve de bu hakla çelişen kadının mahremiyet hakkı konularını da açıklığa kavuşturmuştur. 1973 yılından bugüne değin aynı konularda iki önemli davayı da karara bağlayan mahkemenin içtihadı, bizim ABD hukuku başlığı altında inceleyeceğimiz ilk konu olacaktır.

İkinci aşamada ise eyalet hukuk düzenlerinde, ceninin özel hukuk ve ceza hukuku bağlamındaki konumu incelenecektir. Aslında 1970'li yıllara kadar Anglo Sakson Hukuku'nun hak sahipliği için öngördüğü "Born Alive" sağ doğum kuralının geçerli olduğu eyalet sistemlerinde, Roe v Wade davası ile birlikte önemli değişimler yaşanmıştır. Günümüzde sağ doğum kuralı ciddi eleştirilere uğramakta ve de eyalet hukuk düzenlerinde, bu kuralın büyük ölçüde artık uygulanmaz hale geldiğini

¹⁰³ T. S. JOST; sf. 633, 634.

rahatlıkla söyleyebiliriz. Yaklaşık 40 yıldır yaşanan bu değişimde mahkemeler, genel olarak muhafazakar bir tutum sergileyerek sağ doğum kuralını içtihadta uygulamaya devam etmeye çalışırken, bu tutuma karşı yasama organları da sağ doğum kuralını bertaraf edecek düzenlemeleri hızla yasalaştırdıkları görülmektedir. Özel hukuk ve ceza hukukundaki bu farklı yaklaşımın eyalet pozitif hukuk metinlerinde nasıl yer aldığını gösterdikten sonra, son olarak Federal düzeydeki yaklaşımlar gösterilmeye çalışılacaktır.

Federal hükümetin, ülke genelinde yaşanan bu değişime ayak uydurduğunun en önemli göstergesi; “The Unborn Victims Violence Act” yani doğmamış çocuğa karşı şiddet yasasıdır. Bu yasanın kanaatimizce en önemli özelliği, federal düzeyde ilk kez ceninin mağdur olarak kabul edilmesidir. Dolayısıyla, ceninin hukuki kişiliğinin tartışıldığı bu çalışmada, ABD Federal Kanunlarının cenini mağdur yani hakları olan bir varlık olarak görmesi ayrı bir başlık altında kanunun incelenmesini zorunlu hale getirmiştir.

Son aşamada ise, ABD iç hukukunun konuya olan yaklaşımı tarafımızca incelenerek, bizim görüşümüze göre yaşanan bu değişimin pozitif hukuk bakımından nasıl algılanması gerektiğine ilişkin düşüncelerimiz sunulacaktır.

1-3-1-1 ABD Yüksek Mahkemesi İchtihadında Cenin ve Kürtaj

İchtihat hukukun büyük öneme sahip olduğu ABD’de, tarihsel süreç içerisinde bazı davalar hem hukuk sisteminin bir takım konulara yaklaşımını tamamiyle değiştirmelerinden hem de toplumsal yaşama yapmış oldukları büyük etkiler nedeni ile aradan yüzyıllar geçmiş olsa bile hala hatırlanabilmektedir. Örneğin 1803 yılında görülen Marbury v Madison davası dünyada anayasa yargısının ilk örneğini teşkil etmesi nedeni ile sadece ulusal değil fakat uluslararası bir şöhrete sahiptir. Dred Scott v Standford davası Afrika kökenli Amerikalıların vatandaşlığını reddetmesi ve bu nedenle Amerikan iç savaşının başlamasında yarattığı katalizör etki sebebi ile Amerikan halkı bakımından unutulmayan bir başka davadır. Nitekim 1954 yılında Brown v. Board of Education davası okulların ırka göre ayırımını anayasaya aykırı bulması bakımından çok önemli bir dönüm noktası olarak kabul edilmektedir. Fakat

tüm bu davalar arasında özellikle Amerikan halkı için en ünlüsü ve olumlu ya da olumsuz toplum tarafından en çok eleştiriye uğrayanı Roe v Wade¹⁰⁴ davasıdır.¹⁰⁵

ABD hukuk düzeninin ceninin hukuki statüsü, kadının mahremiyet hakkı ve kürtaj konusundaki anayasal prensipleri öz olarak, 1973 yılında kara bağlanan Roe v. Wade davası ile belirlenmiştir. Daha sonra görüşülen Webster v. Reproductive Health Services¹⁰⁶ ve Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey¹⁰⁷ davalarında, yüksek mahkeme ilk davada vermiş olduğu kararından bazı noktalarda sapmalar göstermiş olsa da, esas itibariyle Roe v. Wade davasında ortaya koymuş olduğu prensiplere sadık kalmıştır.

Roe v. Wade davasında uyuşmazlığın esas konusu, Teksas eyaletinin kürtajı yasaklayan kanunlarının anayasaya aykırılığı meselesidir. Davada, yasağın gerekçesi olarak ceninin yaşam hakkının korunması ileri sürülmüştür. İlgili düzenlemenin anayasaya aykırılığı ise; kadının anayasa tarafından tanınan mahremiyet hakkının ve bu hak ile bağlı olan kürtaj hakkının, sözkonusu yasak nedeni ile ihlal edildiği iddiasına dayandırılmıştır. Dolayısıyla mahkemenin davayı sonuçlandırabilmesi için çözmesi gereken ilk sorun belirlemiştir; anayasada yer aldığı iddia edilen ama anayasa metninde açıkça ifade edilmeyen ve birbirleriyle yarışan iki hakkın akibetini belirlemek.

Mahkeme önce, kadının mahremiyet hakkını ve bu hakla bağlantılı olarak kürtaj hakkının varlığı meselesini ele almıştır. Bu pratik açıdan da doğru bir yaklaşımdır; çünkü eğer kadının mahremiyet hakkı anayasa tarafından korunmuyorsa, o zaman getirilen kürtaj yasağının ihlal edebileceği bir hak da

¹⁰⁴ Amerikan Federal Mahkemesi'nde davanın açılmasına neden olan Bayan Roe (Jane Roe) evlilik dışı yaşamış olduğu bir ilişki neticesinde hamile kalmış fakat ikamet ettiği Teksas eyaletinde kürtajın yasak olması ve bu eylemin bir suç olarak tanınması nedeni ile yasal, güvenli bir yoldan kürtaj yaptırmaya imkanından yoksun kaldığını iddia etmiştir. Bu durumun Amerika Birleşik Devletleri Anayasası'nın 1, 4, 5, 9 ve 14. ek/değişikliklerinde var olduğunu iddia ettiği özel yaşam hakkının ihlali anlamına geldiğini belirterek, kürtajı yasaklayan Teksas Eyaleti'nin ilgili düzenlemesinin anayasaya aykırılığını ileri sürmüştür. Jane Roe'nun yanı sıra, kürtaj yapan ve bu nedenle hakkında dava açılan bir hekim ve de hamile kalması durumunda tıbben kürtaj yaptırması gereken bir kadın ile kadının eşi de, sözkonusu düzenlemenin anayasaya aykırı olduğu iddiası ile davaya katılmıştır. Roe v. Wade, 410 U.S. 113.

¹⁰⁵ R. DWORKIN; Life's Dominion, Alfred A. Knopf, Inc, New York, 1994, sf. 102.

¹⁰⁶ Webster v. Reproductive Health Services, U.S. 490.

¹⁰⁷ Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey, U.S. 833.

sözkonusu olmayacaktır. Fakat yapılan değerlendirme neticesinde, anayasanın 9.¹⁰⁸ ve 14.¹⁰⁹ ek/değişikliklerin nitelikleri gereği bu hakkı içerdikleri sonucuna varılmıştır. Bundan yola çıkılarak, kadının kürtaj yaptırma konusunda kendisinin istediği kararı verebileceğine hükmedilmiştir. Fakat kürtaj ile mahremiyet hakkı arasında kurulmuş olan bağlantı herhangi bir şekilde açıklamamıştır. Böylelikle kürtajın kadının mahremiyet hakkının bir parçası olduğu ve mevcut pozitif hukukta, bu hakkı ortadan kaldıracak kuralların anayasaya aykırı olacağı neticesine varılmıştır.¹¹⁰

Kadının mahremiyet hakkı ve kürtaj yaptırabilme özgürlüğü anayasal bir statü kazandıktan sonra, mahkeme bu sefer ceninin yaşam hakkı olup olmadığı sorununa yönelmiştir. Amerikan Anayasanın 14. ek/değişiklikliği yaşam hakkını düzenlemekle birlikte, bu hakkın cenini kapsayıp kapsamadığı hususunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ceninin yaşam hakkı meselesi, daha geniş bir perpektiften bakıldığında esas olarak ceninin hak sahibi olma yeteneği ile bağlantılı bir sorun olduğundan, mahkeme ceninin kişiliği olup olmadığını araştırma yoluna gitmiştir. Böylece eğer ceninin kişiliği varsa o zaman yaşam hakkından bahsedilebilecek ama eğer ceninin kişiliği yoksa zaten hak sahibi olma yeteneğini haiz olmadığı için yaşam hakkına sahip olup olmadığı da tartışılacak bir mesele olmaktan kendiliğinden çıkacaktır.

Mahkemenin değerlendirmesini üç sac ayağı üzerine kurmuştur. Bunlardan ilki içtihatır. O döneme kadar yapılan yargılamaları inceleyen mahkeme, çocuğun yaşam hakkının tanındığı ya da hukuki kişiliğinin kabul edildiği bir karara rastlanılmadığı belirtmiştir. İkinci olarak; anayasada kişi teriminin kullanıldığı bölümlere bakıldığında, ilgili hükümlerin sadece doğmuş olanları kapsayacak şekilde düzenlendiğine dikkat çekilmiştir. Ve üçüncüsü de 14. değişikliğin kabul edildiği 1868 yılında ve o yüzyılda kürtajla ilgili yasal düzenlemelerde, 1973 yılındakinden daha liberal bir yaklaşım sergilenmesi nedeni ile değişikliği kabul edenlerin yaşam

108 Amendment IX. The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people.

109 Amendment XIV. Section 1. All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.

¹¹⁰ Roe v. Wade, 410 U.S., sf.153.

hakkının kapsamını doğum öncesine kadar genişletme eğilimi içerisinde olmadıkları sonucuna varılmıştır.¹¹¹

Gerek içtihatla gerekse anayasanın yapım süreci ve metninde ceninine yaşam hakkı tanınacağına ilişkin bir veri bulamayan mahkeme, cenine yaşam hakkının tanınması durumunda ortaya çıkabilecek tabloyu değerlendirmiştir. Buna göre cenin eğer bir hak sahibi olan kişi ise ve de yaşam hakkına sahip ise kürtaja izin veren tüm düzenlemelerin anayasaya aykırılığı nedeni ile ortadan kaldırılması gerekmektedir. Oysaki kimi durumlar vardır ki; örneğin annenin hayatı tehlikede ise kürtaj uygulanması gerekmektedir. İşte bu tür vakaların olduğu bir anda kürtaj yasak olacağından annenin yaşamını korumak için kürtaj yapılamayacaktır. Dolayısıyla ceninin yaşam hakkına sahip olması demek, onun hayatının anneninkinden daha değerli olduğunu kabul etmek anlamına gelecektir. Bu nedenle de cenine yaşam hakkı mahkemeye göre tanınmaz.¹¹²

Mahkeme ceninin yaşam hakkını bu gerekçelerle reddederken, yaşamın başlangıcı ile ilgili teorilerin değerlendirmesini yapmadığını görüyoruz. Örneğin Texas eyaletinde o dönemde yaşamın gebe kalma anından itibaren başladığına dair varolan yasal düzenlemelerin doğruluğu mahkeme tarafından tartışılmazken, bu konudaki diğer yaklaşımların doğruluğu üzerinde de durulmamıştır. Bununla birlikte bu konudaki farklı görüşler tarihsel bir perspektif ile dile getirilmiştir.¹¹³ Doğrudan doğruya, “Common Law”da yerleşen geleneksel uygulamaya¹¹⁴ atıfla kişiliğin doğum ile başlayacağı karara bağlanmıştır.

Kürtajın anayasal bir hak olduğunun saptanması ve ceninin yaşam hakkı iddiasının değerlendirilmesinin yanı sıra, kadının kürtaj yaptırma özgürlüğünün sınırları da mahkeme tarafından çok net bir biçimde çizilmiştir. Yapılan sınırlandırmanın esasını, hak sahibi olan ceninin menfaati değil, henüz kişiliğe sahip olmayan doğmamış çocuk üzerinde toplumun sahip olduğu menfaatin çizeceği ifade edilmiştir. Dolayısıyla eyaletlerin belirli şartlar altında ceninin korunması hususunda

¹¹¹ Roe v. Wade, 410 U.S., sf.156-162.

¹¹²T. KOLE-L. KADETSKY; “The Unborn Victims of Violence Act”, Harvard Journal on Legislation, Winter, 2002, sf. 215-237, Roe v. Wade, 410 U.S., sf. 157.

¹¹³ Roe v. Wade, 410 U.S., sf. 160, 161.

¹¹⁴ Bkz. T. KOLE-L. KADETSKY; sf. 221, 222.

menfaati olabileceği kabul edilmiş ve hamilelik zamansal olarak 3 ayrı aşamaya ayrılarak, her dönem için eyaletlerin düzenleme yapma yetkisinin sınırları saptanmıştır.¹¹⁵

Mahkemeye göre hamileliğin ilk üç ayında, kadının kürtaj yaptırma konusunda özgürlüğünü kısıtlayıcı herhangi bir düzenleme yapılamayacağı karara bağlanmıştır. Bu dönem zarfında eyaletlerin, kürtajı engelleyecek hukuki bir düzenleme yapma olanağı ortadan kaldırılmıştır. Hamileliğin ikinci üç aylık döneminde ise, eyaletlere kadının sağlığını korumak için yasal düzenleme yapabilme imkanı sağlanmıştır. Çünkü mahkemeye göre, hamileliğin 3. ayından sonra yapılan kürtajlar tıbbi verilere göre kadının sağlığını olumsuz şekilde etkileyebilme potansiyeline sahiptir. Dolayısıyla kadını korumak için eyaletler düzenlemede bulunabilir. Anlaşılacağı üzere mahkeme, ilk 6 aylık devre için eyaletlere ceninin korunması konusunda yasal düzenleme yapma yetkisi vermemiştir. Ceninin korunması ancak son 3 aylık devrede sözkonusu olabileceği belirtilirken, buna gerekçe olarak da ceninin bu aşamada ancak “yaşayabilme yeteneği”ni kazandığı görüşü ileri sürülmüştür. Mahkemenin yaşayabilme kriterinden çıkardığı anlam ise ceninin ana rahminden ayrılarak anlamlı bir hayat sürebilme kapasitesine sahip olduğu andır. Tıbbi verilere göre de bu aşama hamileliğin 6. ayının sonuna denk gelmektedir. Bu nedenle hamileliğin son üç ayında, eyaletler, cenini korumak için bir istisna durum haricinde istedikleri düzenlemeleri yapabilecekler. O istisna ise, hamileliliğin devamı kadının yaşamını tehlikeye soktuğu durumlarda kürtaja izin verilmesidir.¹¹⁶

Özetle, Roe v. Wade davasında Yüksek Mahkemenin vermiş olduğu karar üç anayasal ilkeyi ortaya çıkarmıştır. Birincisi, anayasada açıkça ifade edilmese bile mahremiyet hakkı vardır ve kadının kürtaj yaptırma özgürlüğü bu hakkın kapsamı içerisindedir. İkincisi, ceninin ABD hukuk sistemi içerisinde kişiliği ve yaşam hakkı sözkonusu değildir; ABD hukukuna göre kişilik doğumla birlikte başlar. Üçüncüsü ise, her ne kadar ceninin kişiliği kabul edilmemiş olsa da, cenin üzerinde eyaletlerin

¹¹⁵ Roe v. Wade U.S. sf. 163,164.

¹¹⁶ Aynı yer.

sahip olduğu menfaat gözönüne alınarak ceninin belirli şartlar altında korunabileceğine hükmedilmektedir.¹¹⁷

Roe v. Wade davasından yaklaşık 13 sene sonra, ceninin kişiliği meselesi Webster v. Reproductive Health Service davası ile yine Yüksek mahkeme önüne gelmiştir. Davanın konusu, Missouri Yasama Organının kürtaj ile ilgili çıkarmış olduğu bir kanunun anayasaya aykırılığı iddiasıdır. 20 maddelik kanunun başlangıç hükmü ile birlikte 5 maddesinin anayasaya aykırılığı iddia edilmiştir.¹¹⁸

Anayasaya aykırılık iddiasına konu olan kanunun giriş bölümünde yaşamın her insan için gebe kalma anından itibaren başlayacağı ve doğmamış çocukların yaşam, sağlık ve iyi koşullar bakımından korunabilir menfaatleri olduğu kabul edilmiştir. Doğmamış çocuğun haklarının korunması için eyalet hukukunun da bu kanuna göre yorumlanması zorunluğu getirilmektedir.¹¹⁹

Bu ifade Roe v. Wade davasında doğmamış çocuğun kişiliği konusunda verilen kararlarla tezat bir görünüm sergilediği söylenebilir. Yaşamın başlangıcı için gebe kalma anı resmi olarak kabul edilirken doğmamış çocuğun yaşam hakkı bu kapsam içerisinde korunacak bir menfaat olarak dile getirilmektedir. Ve nihayetinde tüm eyalet yasalarının bu kanuna göre yorumlanacağı da emredici bir hüküm olarak metin içerisinde yer almaktadır. Her ne kadar doğrudan doğmamış çocuğa kişilik tanındığı ifade edilmese de, yapılan değişikliklerle ve çocuğun sahip olacağı ve tanınan haklar göz önüne alındığında üstü kapalı bir şekilde Roe v. Wade davasında kabul edilen kişilikle ilgili ilkelere aykırılık ya da en azından yüksek mahkemenin kararı ile metin arasında çelişkili bir durum gözükmektedir. Nitekim, giriş bölümünde yer alan bu ifadelerin Roe v. Wade davasında alınan karara karşı doğrudan bir meydan okuma olduğu yönünde yorumlara rastlanılmaktadır.¹²⁰ Bununla birlikte, mahkeme başlangıç bölümünde yer alan bu ifadelerin sadece yaşamın başlangıcı ile ilgili eyaletin yaklaşımını sergilediğini, kürtajla ilgili olarak Roe v. Wade davasında oluşturulan standartların ihlali anlamına gelmeyeceğini dile getirmiştir. Başlangıç bölümünde yer

¹¹⁷ R. K. KIRNER-L. B. WILLIAMS; "Roe to Casey: A Survey of Abortion Law", Washburn Law Journal, V. 32, Winter, 1993, sf. 167-172, T. KOLE-L. KADETSKY; sf. 221-223.

¹¹⁸ Webster v. Reproductive Health Services, U.S. 490, sf. 501.

¹¹⁹ Webster v. Reproductive Health Services, U.S. 490, sf. 500-501.

¹²⁰ T. KOLE-L. KADETSKY; sf. 223.

alan ifadelerin nasıl kullanılacağına eyalet mahkemelerinin karar vereceğini bunun da zaten miras hukuku ile haksız fiil hukukunu kapsadığını söyleyerek, anayasaya aykırılık iddiasını başlangıç bölümü için reddetmiştir.¹²¹ Mahkemenin eyaletlere insan yaşamının ne zaman başladığı ile ilgili kendi teorilerini kanun metinlerinde yer vermesini anayasaya uygun bulması, daha sonra aşağıda daha ayrıntılı bir biçimde görüleceği üzere özellikle eyalet ve federal ceza hukukunda yapılan tanımlamaların anayasaya uygunluğu bakımından dayanağını oluşturmuştur.¹²²

Mahkemenin bu davada Roe v. Wade kararından kısmen de olsa döndüğünü gösteren ikinci yaklaşımı, ilk kararda ortaya konulan 2. üç aylık dönemin sonundan itibaren ceninin korunması hususunda eyaletlerin menfaati olabileceği hükmünün değiştirilmesidir. İptali istenen yasanın bir maddesi, eğer kürtaşı yapacak olan doktor hamileliğin 20 haftadan daha fazla olduğunu düşünürse, ceninin yaşının hesaplanması için bir takım testlerin yapılmasını isteyebilme imkanını tanımaktadır.¹²³ Hatırlanacağı üzere Roe v. Wade davasında mahkeme, eyaletin ceninin korunması hususunda menfaatinin 3. üç aylık dönemin başından itibaren sözkonusu olabileceğini karara bağlamıştı. 2. üç aylık dönemde ise eyaletler sadece annenin sağlık durumu ile ilgili olarak düzenleme yapabileceğinden ceninin korunması ile ilgili bir hukuki düzenleme yapma imkanı tanınmamıştı. Oysaki anayasaya aykırılığı iddia edilen yasa ile Roe v. Wade davasında belirlenen sınırın altındaki bir dönemde (20. hafta 2. üç aylık döneme denk gelmektedir) ceninin korunması için bir kural getirilmiştir. Bu düzenleme karşısında Yüksek Mahkeme, Roe v. Wade davasında oluşturduğu içtihadının cenin korunması için 6. ayın beklenmesi yönündeki kararının uygulama ve teorik açıdan yanlış olduğu sonucuna varmıştır. Böyle bir uygulamanın aslında anayasada ya da anayasal prensipler içerisinde yer almadığını belirten mahkeme, eyaletlerin potansiyel insan yaşamını korumak için ceninin yaşayabilme kabiliyetini kazanmasını bir sınır olarak belirlenmesini de uygun bulmamıştır.¹²⁴ Böylelikle potansiyel insan yaşamının korunması için cenin yaşayabilme kabiliyetini elde etmeden önceki dönemde de eyaletlerin hukuki düzenlemelerde bulunabilmelerinin yolu açılmıştır. Fakat bu

¹²¹ Webster v. Reproductive Health Services, U.S. 490, sf. 504-507.

¹²² T. KOLE-L. KADETSKY; sf. 226, 227.

¹²³ Webster v. Reproductive Health Services, U.S. 490, sf. 515.

¹²⁴ Webster v. Reproductive Health Services, U.S. 490, sf. 518.

düzenlemeler kadının ilk üç ay içerisinde kürtaj yaptırmasını engellemekte ve sadece 2. üç aylık dönemde ceninin korunması için bazı ek düzenlemelerin yapılabilmesinin önü açılmaktadır. Dolayısıyla 2. üç aylık dönemde yine kürtaj yaptırılabilmesi mümkündür fakat bu dönem için eyaletler hem kadının sağlığını hem de ceninin 3. üç aylık dönem sonrasındaki menfaatini koruyacak düzenlemelerde bulunabilecektir.

Yüksek Mahekemenin kürtaj ve ceninin korunması hususunda Roe v. Wade davasındaki kararını bazı açılardan değiştirdiği diğer dava ise Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey davasıdır. Bu davada Pensilvanya Yasama Organının 1988 ve 1989 yıllarında “The Abortion Control Act” Kürtaj Kontrol Yasasında yapmış olduğu değişikliklerin anayasaya aykırılığı incelenmiştir. Bu değişiklikler hamile kadının kürtaj yaptırma hakkına sahip olduğu ceninin yaşayabilme kabiliyetini elde etmesinden önceki dönemde, kürtaj gerçekleşmeden önce bazı şartları yerine getirmesini öngörmektedir. Örneğin kürtajın gerçekleştirilmesinden önce 24 saatlik bir bekleme kuralı getirilmekte ve bu aşama hamile kadına kürtajın sonuçları hakkında gerekli bilgilerin verilmesi ile başlamaktadır. Kadının yazılı olarak bu bilgiyi aldığını da bildirmesi gerekmektedir. Reşit olmayanın kürtaj yaptırabilmesi içinse ebevenlerinden birisinin yazılı rızası aranmaktadır. Ayrıca kadın evli ise kocasının bu konudaki rızasını yazılı olarak getirmesi istenmektedir. Kadına yüklenen bu prosedürlerin yanında kürtajı yapan kliniklere de kapsamlı raporlar hazırlama zorunluluğu getirilmiştir.¹²⁵

Yüksek Mahkeme, getirilen bu yeni düzenlemelerin anayasaya aykırılığını incelerken Roe v. Wade kararının özünü üç parça olarak ele almıştır. Birincisi, ceninin yaşayabilme kabiliyetini elde etmesinden önceki dönem için kadının kürtaj hakkı vardır ve eyaletler bunu engelleyemez. İkincisi, eyaletler yaşayabilme kabiliyetini cenin elde ettikten sonra kürtajı yasaklayabilirler. Üçüncüsü eyaletlerin hamilelik boyunca hem kadını hem de doğmamış çocuğun potansiyel yaşamını koruma hususunda hukuki menfaatleri vardır. F

düzenlemeler kadının ilk üç ay içerisinde kürtaj yaptırmasını engellemekte ve sadece 2. üç aylık dönemde ceninin korunması için bazı ek düzenlemelerin yapılabilmesinin önü açılmaktadır. Dolayısıyla 2. üç aylık dönemde yine kürtaj yaptırılabilmesi mümkündür fakat bu dönem için eyaletler hem kadının sağlığını hem de ceninin 3. üç aylık dönem sonrasındaki menfaatini koruyacak düzenlemelerde bulunabilecektir.

Yüksek Mahkemenin kürtaj ve ceninin korunması hususunda Roe v. Wade davasındaki kararını bazı açılardan değiştirdiği diğer dava ise Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey davasıdır. Bu davada Pensilvanya Yasama Organının 1988 ve 1989 yıllarında “The Abortion Control Act” Kürtaj Kontrol Yasasında yapmış olduğu değişikliklerin anayasaya aykırılığı incelenmiştir. Bu değişiklikler hamile kadının kürtaj yaptırma hakkına sahip olduğu ceninin yaşayabilme kabiliyetini elde etmesinden önceki dönemde, kürtaj gerçekleşmeden önce bazı şartları yerine getirmesini öngörmektedir. Örneğin kürtajın gerçekleştirilmesinden önce 24 saatlik bir bekleme kuralı getirilmekte ve bu aşama hamile kadına kürtajın sonuçları hakkında gerekli bilgilerin verilmesi ile başlamaktadır. Kadının yazılı olarak bu bilgiyi aldığını da bildirmesi gerekmektedir. Reşit olmayanın kürtaj yaptırabilmesi içinse ebevenlerinden birisinin yazılı rızası aranmaktadır. Ayrıca kadın evli ise kocasının bu konudaki rızasını yazılı olarak getirmesi istenmektedir. Kadına yüklenen bu prosedürlerin yanında kürtajı yapan kliniklere de kapsamlı raporlar hazırlama zorunluluğu getirilmiştir.¹²⁵

Yüksek Mahkeme, getirilen bu yeni düzenlemelerin anayasaya aykırılığını incelerken Roe v. Wade kararının özünü üç parça olarak ele almıştır. Birincisi, ceninin yaşayabilme kabiliyetini elde etmesinden önceki dönem için kadının kürtaj hakkı vardır ve eyaletler bunu engelleyemez. İkincisi, eyaletler yaşayabilme kabiliyetini cenin elde ettikten sonra kürtajı yasaklayabilirler. Üçüncüsü eyaletlerin hamilelik boyunca hem kadını hem de doğmamış çocuğun potansiyel yaşamını koruma hususunda hukuki menfaatleri vardır. Fakat mahkeme dikkat edileceği üzere Roe v. Wade kararında belirtilen üçer aylık kanuni çerçeveyi kararın özü olarak

¹²⁵ J. L. HORAN; “Jurisprudence of Doubt: Planned Parenthood v. Casey”, Creighton Law Review, V.26, February, 1993, sf. 479-492.

değerlendirmemiştir. Bunun yerine yeni bir kıstas uygulamıştır. Buna göre kürtaj ile ilgili düzenlemelerin anayasaya aykırılığı, kürtaj yaptırmak isteyen kadının önüne gerçekten önemli bir engel çıkarması durumunda sözkonu olabilecektir.¹²⁶ Mahkeme oluşturduğu bu yeni kıstasa göre yapmış olduğu değerlendirmede, babadan izin alınması koşulu haricindeki düzenlemelerin kadının kürtaj yaptırma hususunda gerçekten önemli bir engel oluşturmadığı kanaatine varmıştır.¹²⁷

Yüksek Mahkeme'nin kararlarından ortaya çıkan sonuç şu şekilde özelenabilir; ceninin anayasal anlamda kişiliği doğum ile başlamaktadır. Bunun sonucunda, eyaletlerin ceninin korunması hususunda yapacağı düzenlemeler, anayasanın kişi olarak tanıdığı varlıkların anayasal haklarını ihlal edecek niteliğe sahip olması mümkün değildir. Dolayısıyla bu dava ile anayasal bir hak olarak tanınan kürtaj, ceninin menfaatleri için yasaklanamaz. Fakat eyaletlerin potansiyel yaşam üzerinde sahip olduğu menfaat nedeni ile kadının bu özgürlüğü belirli sınırlamalara tabi tutulabilir. Bu sınırlamanın en belirgin bölümü ise ceninin yaşayabilme kabiliyetini elde etmesinden sonra kürtajın yasaklanabilmesidir. Bunun haricinde kürtaj ile ilgili düzenlemeler kadının kürtaja ulaşma konusunda hukuka aykırı bir yük getirmemesi gerekmektedir.

1-3-1-2 Özel Hukukta Ceninin Statüsü Ve Hakları

Geleneksel Anglo Sakson-Amerikan Hukukunda, kişiliğin kazanımı sağ doğma koşuluna bağlanmaktadır. Sağ doğma kuralının altında yatan temel düşünce, ceninin ile annenin tek bir yapı olarak kabul edilmesidir. Dolayısıyla, ceninin anneden ayrılmadan önce, ondan bağımsız olarak zarar görebilecek bir menfaati sözkonsu olamaz. Ceninin kendine ait korunması gereken menfaatlerinin ortaya çıkışı ise anneden sağ olarak ayrılması ile mümkündür.¹²⁸

Sağ doğma kuralının hak sahipliği konusunda ortaya koymuş olduğu bu katı yaklaşım, muhtemelen pratikte bazı adaletsiz sonuçlar ortaya çıkarabileceği

¹²⁶ Mahkemenin orjinal ifadesi "substantial obstacle in the path of a woman seeking an abortion".

¹²⁷ R.R. K. KIRNER-L. B. WILLIAMS; sf. 185-189.

¹²⁸ M. K. SHAH; "Inconsisties in the Legal Status of Unborn Child: Recognition of a Fetus as a Potential Life", Hofstra Law Review, V. 29. Spring, 2001, sf. 935.

düşüncesi ile bazı istisnalar ile birlikte uygulanmaktadır. Zira her ne kadar cenin anne ile tek bir yapı olarak düşünülüyor ve de anneden bağımsız bir menfaati olamayacağı kabul ediliyor olsa da; hamilelik döneminde yaşanabilecek kimi durumların, doğum gerçekleşikten sonra ceninin sahip olabileceği bazı manfaatlere zarar verebilmesi mümkündür. Bu nedenle de korumak amacıyla; cenine bazı konularda hamilelik döneminde şarta bağlı olarak haklar tanınmaktadır. Yani, sağ doğma koşulunun gerçekleşmesine bağlı olarak, hamilelik döneminde cenine bir takım haklar tanınmaktadır. Sözkonusu hakların ceninin açısından yürürlük kazanabilmesi ancak onun sağ olarak doğumu ile mümkün olabilmektedir. Eğer cenin sağ olarak doğmaz ise bu durumda tanınmış olan şarta bağlı hakların yok hükmünde olduğu kabul edilir. Bu kategorideki hakların en başında da miras hakkı gelmektedir.¹²⁹

Amerikan Hukukunda ilk kez 19. yüzyılda şarta bağlı olarak tanınmış olan miras hakkı¹³⁰ ile cenin, miras bırakanın ölümü ile sağ doğma koşulunun gerçekleşmesi şartına bağlı olarak tereke üzerinde hak sahibi olmaktadır. Bu şekilde ceninin kişiliği olmaması nedeni ile ölüm anında sahip olamayacağı tereke üzerindeki menfaati, onun doğumuna kadar korunacak ve diğer mirasçılara geçmeyecektir. Fakat eğer sağ doğum gerçekleşmez ise bu takdirde tereke üzerindeki hakları diğer mirasçılara geçecektir.¹³¹

Miras Hakkının şarta bağlanarak cenine tanınmasının gereçesini, şarta bağlanmaksızın tanındığında ortaya çıkabilecek sonuçlar oluşturmaktadır. Hakkın doğum şartına bağlanmadan doğrudan doğruya cenine verilmesi durumunda, cenin doğal olarak terekeyi anne karnındayken iktisap etmiş olacaktır. Bu durumda cenin eğer doğmadan ölür ise, o zaman ölmüş olan babanın belkide hiç tanımadığı ya da istemediği kişilere tereke aktarılmış olacaktır. Çünkü babanın mirası anne karnında cenine geçmesi ve ceninin ölmü ile birlikte, ikinci bir tereke meydana gelecektir ve

¹²⁹ D. E. JOHNSEN; "The Creation of Fetal Rights: Conflicts with Women's Constitutional Rights to Liberty, Privacy, and Equal Protection", The Yale Law Journal, Vol. 95, No. 3, Jan., 1986, sf. 600-601, C. WELLMAN; "The Concept of Fetal Rights", Law and Philosophy, Vol. 21, No.1 Jan. 2002, sf. 66, 67.

¹³⁰ J. A. BROBST; "The Prospect of Enacting An Unborn Victims of Violence Act In North Carolina", North Carolina Law Journal, Spring, 2006, sf. 144.

¹³¹ D. E. JOHNSEN; sf. 601.

bu terekeden yararlanacak olan kişiler her zaman ilk terekede hak sahibi olan kişiler olmayabilir. Dolayısıyla ölmüş olan babanın arzusu dışında bir tereke dağılımı gündeme gelecektir. Halbuki miras hakkı sağ doğum esasına göre çocuğun doğması ile güncel bir hak haline geldiğinden, cenin her ne kadar anne karnında miras hakkına sahip olsa da sağ doğum şartının gerçekleşmesine bağlı olarak bu haktan yararlanabileceği için ceninin ölmesi ya da ölü doğması durumunda onun hakkı sanki hiç oluşmamış gibi muamele görecektir yok sayılacaktır. Böylece babanın isteği doğrultusunda bir tereke dağılımı gerçekleşecektir.¹³²

Şarta bağlı olarak cenine tanınan bir diğer hak ise haksız fiil sorumluluğuna ilişkindir. Ceninin, hamilelik döneminde 3. kişilerin müdahalesi sonucunda uğrayacağı zararların, doğum sonrasında dava edebilmesini sağlayan bu dava hakkı, Amerikan mahkemeleri tarafından 1946 yılına kadar kabul edilmemiştir.¹³³ Mahkemeler sağ doğma kuralının temel unsuru olan anne ile ceninin tek varlık olduğu prensibinden hareketle, onun bağımsız bir varlık olmadığına dikkat çekilerek, hukuki kişiliği olmayan cenine özen gösterilmesi konusunda bir yükümlülüğün doğamayacağı ileri sürülmüştür. İkinci olarak, hamilelik döneminde yapılan eylem ile cenin üzerinde oluşan zarar arasında illiyet bağımının kurulmasındaki zorluk işaret edilmiş ve bu tür bir dava hakkının tanınması fikrine mahkemeler soğuk yaklaşmışlardır.¹³⁴

1946 yılında ise, Columbia Bölgesi Bölge Mahkemesi anne ile cenini tek varlık olarak gören anlayışın, elde edilen bilimsel veriler ışığında yeniden değerlendirilebileceğini belirterek, yaşayabilme kabiliyetini kazanmış olan cenine karşı yapılan haksız müdahalelerin, sağ doğum gerçekleşmesi şartı ile tazminat sorumluluğu doğurabileceği karara bağlanmıştır. Böylece özel hukukta, doğum öncesi yaralanmaların, sağ doğma koşulunun gerçekleşmesine bağlı olarak dava

¹³² C. WELLMAN; sf. 68, Fakat bununla birlikte, sağ doğan ve birkaç dakika yaşayan ve sonra ölen çocuk açısından da bu tehlikenin hangi kural kabul edilirse edilsin yine devam edeceği gözden kaçırılmamalıdır.

¹³³ Hamilelik döneminde meydana gelen zararların sivil hukuk bağlamında dava edilebilmesi meselesi ilk kez Amerikan yargısında 1884 yılındaki bir kararda ele alınmıştır. *Diethrich v Inhabitants Northampton* davasında kararı veren Massachusetts Yüksek Mahkemesi, doğum öncesi meydana gelen zararlar nedeni ile tazminat sorumluluğunun doğamayacağına hükmetmiştir. Bkz. R. F. CHASE, J. D.; Amerikan Law Report ALRD 3d , 1222, orginally published in 1971, D. E. JOHNSON; sf. 601.

¹³⁴ M. FITZPATRICK; "Fetal Personhood After The Unborn Victims Violence Act", *Rutgers Law Review*, Winter, 2006, sf. 568.

edilebileceği ilk kez kabul edilmiş olmaktadır.¹³⁵ O tarihten günümüze değin gerek içtihatla gerekse pozitif hukuktaki yeni düzenlemeler ile Amerikan eyaletlerinin tümünde, ceninin doğum öncesinde maruz kaldığı tüm haksız fiiller sağ doğma koşuluna bağlı olarak özel hukuk alanında dava edilebilmektedir.¹³⁶

Cenin hamilelik döneminde maruz kaldığı haksız saldırılar bakımından açılacak diğer bir dava ise; “wrongful death action”dır.¹³⁷ Bu dava hakkı; esas olarak kişilerin ölümlerine eylemleri dolayısıyla neden olanların tazminat sorumluluklarını sağlayabilmek adına tanınmıştır. Dolayısıyla bu hakkın kapsamına hamilelik döneminde ceninin maruz kaldığı eylemlerin de dahil edilmesi, “wrongful death action” davasının Amerikan Hukuk sistemine girişinden yaklaşık 100 yıl sonra mümkün olabilmektedir. Bu dava türünün cenini de kapsayacak şekilde yorumlanması ise yukarıda bahsettiğimiz Columbia Bölge Mahkemesinin kararından sonra gerçekleşmiştir.¹³⁸

Bu dava türünde, haksız eylem neticesinde ölen kişinin yakınları tazminat davası açabilme hakkına sahip olmaktadır. Cenin eğer, hamilelik döneminde uğramış olduğu zarar nedeni ile sağ doğduktan bir müddet sonra ölmüş olursa, bir dönem için hukuki kişilik kazanmış olacağından bu davayı yakınları açabilecektir. Nitekim tüm eyalet hukuk düzenlerinde bu anlayış kabul edilmektedir.¹³⁹ Fakat Amerikan hukukunda son dönemde yaşanan gelişmeler, ceninin hamilelik

¹³⁵ M. HOLZAPFEL; “The Right to Live, The Right to Choose, And The Unborn Victims Of Violence Act”, *Journal of Contemporary Health Law and Policy*, Summer, 2002, sf. 447-448.

¹³⁶ T. S. JOST; sf. 642.

¹³⁷ Geleneksel Anglo Sakson-Amerikan hukukunda, ölüme sebebiyet veren kişinin yapmış olduğu eylem nedeni ile tazminat davası açılmasına izin verilmemekteydi. Çünkü bu anlayışa göre dava hakkı da maktülle birlikte ölmektedir. Bunun neticesinde, haksız müdahalede bulunan kişinin eylemi mağduru öldürecek oranda güçlü olursa, özel hukuk bakımından bir sorumluluk ortaya çıkmamaktadır. Fakat 1846 yılına gelindiğinde, “Lord Campbell Act” olarak bilinen ve İngiltere’de çıkarılan bir yasa ile mağdurun yakınlarının tazminat davası açabileceği ilk kez kabul edilmiştir. İngiltere’deki bu gelişim Amerikan hukukuna aynı dönemlerde girmiş olmasına karşın yaygınlaşması içtihat hukukunda çok kolay olmamıştır. Mahkemeler önlerine gelen tazminat taleplerini çeşitli nedenlerle reddetmişlerdir. Örneğin mahkemelerin insan hayatının parasal değerini ölçecek yerler olmadığı veya insan hayatının para ile ölçülemeyeceği gibi gerekçeleri ileri sürerek bu talepleri geri çevirmişlerdir. Hatta bazı kararlarda insan yaşamının para ile ölçülmesinin Hristiyan inancını altını oymak anlamına geldiği ileri sürülmüştür. İngiltere’den bir yıl sonra New York Eyaleti, ABD’deki konuyla ilgili ilk düzenlemeyi yasalaştırmıştır. O tarihten bu yana geçen süre içerisinde tüm eyaletler “wrongful death action” davasını hukuk sistemlerinin bir parçası haline getirmişlerdir. Bkz. M. K. SHAH; sf. 933, 934.

¹³⁸ Aynı yer.

¹³⁹ T. S. JOST; 642.

döneminde görmüş olduğu zarar nedeni ile ölü doğması ya da anne rahminde ölmüş olması halinde dahi, bu davanın cenin hukuki kişilik kazanmamış olmasına karşın bazı eyalet hukuk düzenlerinde açılabilmesi kabul edilmektedir. Özetle, “wrongful death action” olarak adlandırılan dava türünün cenine karşı hamilelik döneminde yapılan haksız müdahaleler bakımından uygulanışı, eyalet düzenlerin 2 ana şekilde belirlediğini söyleyebiliriz. İlk grupta; sadece yapılan müdahalenin ceninin sağ olarak doğumundan sonra bu müdahale nedeni ile ölmesi halinde dava açılabilmesine izin veren eyaletler yer almaktadır.¹⁴⁰ İkinci grup eyaletler yer alan eyaletlerin hukuk düzenleri, ana rahminde ölmüş olan, yani sağ olarak doğmamış olan cenin adına da dava açılabilmesine imkan tanımaktadır. Fakat bunun gerçekleşebilmesi için, ceninin zarar gördüğü anda yaşayabilme kabiliyetini haiz olması gerektiği şartı aranmaktadır.¹⁴¹ Tennessee, Illinois, ve South Dakota diğerlerinden farklı olarak ceninin bu dava bakımından konumunu kanunlaştırmışlardır.¹⁴² Alaska, Arkansas,

¹⁴⁰ Bu eyaletler; California, Florida, Iowa, Maine, Montana, Nebraska, New Jersey, New York, Texas, Virginia'dır. Ceninin dava hakkı ile ilgili doğrudan düzenleme bulunmamakla birlikte sözkonusu eyalet mahkemeleri ceninin öldürülmesi nedeni ile tazminat davasının ancak sağ doğma koşulunun gerçekleşmesi ile mümkün olduğu yönünde içtihat oluşturmuşlardır. Mahkemeler bu kararları verirken gerekçe olarak, daha önceden konu ile ilgili emsal kararın olmadığını, ceninin annenin bir parçası olduğuna ve hukuki kişiliğinin olmadığını, nedensellik bağının kurulması hususunda problemler çıktığını, konunun önce yasama organı tarafından düzenlenmesi gerektiğini ve cenin adına böyle bir dava açılmasının gereksiz olduğunu çünkü anne ve babanın zaten benzer gerekçelerle dava açabilme hakkına sahip olduğunu ileri sürmüşlerdir. Bkz. M. P. PENICK; American Jurisprudence Proof of Facts 3d 107 Database updated November 2006.

¹⁴¹ Bu eyaletler ise şunlardır; Alabama, Arizona, Connecticut, Delaware, District of Columbia, Georgia, Idaho, Illinois, Indiana, Kansas, Kentucky, Louisiana, Maryland, Massachusetts, Michigan, Minnesota, Mississippi, Missouri, Nevada, New Hampshire, New Mexico, North Carolina, North Dakota, Ohio, Oklahoma, Oregon, Pennsylvania, Rhode Island, Washington, West Virginia, Wisconsin. Bkz. M. P. PENICK.

¹⁴² Tennessee, Illinois, ve South Dakota konuyu kanunlaştıran üç eyalettir.

T. C. A. § 20-5-106 Tennessee Code Annotated

Wrongful death; beneficiaries

(c) For purposes of this section, "person" includes a fetus which was viable at the time of injury. A fetus shall be considered viable if it had achieved a stage of development wherein it could reasonably be expected to be capable of living outside the uterus.

IL ST CH 740 2.2 Illinois Compiled Statutes Annotated

Wrongful Death Act

Fetal death; cause of action

§ 2.2. The state of gestation or development of a human being when an injury is caused, when an injury takes effect, or at death, shall not foreclose maintenance of any cause of action under the law of this State arising from the death of a human being caused by wrongful act, neglect or default.

There shall be no cause of action against a physician or a medical institution for the wrongful death of a fetus caused by an abortion where the abortion was permitted by law and the requisite consent was lawfully given. Provided, however, that a cause of action is not prohibited where the fetus is live-born but subsequently dies.

SDCL § 21-5-1 South Dakota Codified Laws

Wrongful Death Actions

Colorado, Hawaii ve Wyoming'de ise, bu davanın ölü doğan ya da anne rahminde ölen cenin bakımından açılıp açılmayacağı, herhangi bir içtihat oluşturulmadığı için belli değildir.¹⁴³

“Wrongful death action” davalarının, doğum şartına bağlı olmaksızın tanınması, bir görüşe göre, bu dava ile tanının hakkın muhatabının farklılaşmasına neden olmaktadır. Geleneksel olarak Amerikan Hukuk sisteminde, kadının çocuğunu düşürmesine neden olan haksız eylem sebebi ile uğradığı zararı tazmin edebilmesi mümkündür; fakat çocuğunun ölümü için ayrıca bir tazminat isteyememektedir. Bu dava türünün doğum öncesine yansıtılmasındaki ana düşüncenin de sözkonusu boşluğun doldurulması olduğu ileri sürülmektedir. Kısaca, bu dava türünün tanınması ile bir taraftan annenin menfaati maddi anlamda korunmakta, diğer taraftan da tazminatın hukuki bir yaptırım olması nedeni ile bir ölçü de olsun kadına karşı gerçekleştirilebilecek haksız müdahalelerin önüne geçilmeye çalışılmaktadır. Fakat meselenin bu şekilde ele alınışı, biraz sonra ceza hukuku bölümünde de göreceğimiz gelişmelerle birlikte değerlendirildiğinde bizzat ceninin hak sahibi gibi tanımlanmaya başladığı tehlikeli bir kavramsal hareketin varlığını göstermektedir. Bu düşünceye göre, ceninin hak sahibi olarak ya benzeri şekilde hukuk önünde tanınması, bu düzenlemelerin belirli bir aşamadan sonra bizzat kadına karşı kullanılabilmesi hatta kullanıldığı ileri sürülmüştür.¹⁴⁴

Liability for wrongful death where damages for injury could have been recovered--Unborn child
Whenever the death or injury of a person, including an unborn child, shall be caused by a wrongful act, neglect, or default, and the act, neglect, or default is such as would have entitled the party injured to maintain an action and recover damages in respect thereto, if death had not ensued, then and in every such case, the corporation which, or the person who, would have been liable, if death had not ensued, or the personal representative of the estate of such person as such personal representative, shall be liable, to an action for damages, notwithstanding the death of the person injured, and although the death shall have been caused under such circumstances as amount in law to a felony; and when the action is against such personal representative, the damages recovered shall be a valid claim against the estate of such deceased person. However, an action under this section involving an unborn child shall be for the exclusive benefit of the mother or the lawfully married parents of the unborn child. There shall be no cause of action against a physician or a medical institution for the wrongful death of a fetus based on the alleged misconduct of the physician or medical institution where the defendant did not know and, under the applicable standard of good medical care, had no medical reason to know of the pregnancy of the mother of the fetus. Bkz. M. P. PENICK.; American Jurisprudence Proof of Facts 3d 107.

¹⁴³ Bkz. M. P. PENICK; American Jurisprudence Proof of Facts 3d 107.

¹⁴⁴ D. E. JOHNSEN; sf. 604.

Doğum öncesine uzanan haklardan bu başlık altında ele alacağımız son hak ise, “wrongful life action” olarak isimlendirilen dava hakkıdır.¹⁴⁵ Bu davada dile getirilebilecek olan temel iddia; hekimin sözkonusu probleme ilişkin ailesine bilgi vermesi halinde ailenin kürtaj yaptırması ile dünyaya hiç gelmeyeceğinden, halihazırda yaşamış olduğu acıyı hiç çekmiş olacaktır; bu nedenle çocuğun dünyaya gelmesine ve acı çekmesine neden olan hekimin tazminat sorumluluğu olduğu ileri sürülmektedir. Fakat Amerikan Mahkemeleri genel olarak bu “wrongful life” davalarını kabul etmemektedir. Bunun ilk nedeni; özürsüz olarak dünyaya gelmektense, hiç doğmuş olmamanın daha iyi olduğuna dair argümanın kabul edilmeyişi, diğeri ise “wrongful life” davasının yanında genel de “wrongful birth” davasının da açılıyor olması nedeni ile anne ve babanın mağdur olarak hekime karşı benzer bir argümanı savunması daha yerinde görülmektedir. Bununla birlikte, sadece üç yargı alanı “wrongful life” davasının açılabilirliğini kabul etmiştir.¹⁴⁶

1-3-1-3 Ceza Hukukunda Ceninin Statüsü

Özel hukuk açısından kişiliğin kazanımı için kullanılan sağ doğum kriteri, geleneksel Anglo Sakson-Amerikan hukuk düzeninde, ceza hukuku bakımından da geçerli olan bir prensiptir. Sağ doğum kuralının ceza hukuku alanındaki uygulanışı; bizim açımızdan, mağdurun tanımlanması probleminde kendisini göstermektedir. Kural gereği, kişiliğin başlangıcı sağ doğum esasına göre belirlendiğinden, bu aşamadan evvel hukuk tarafından menfaati korunabilecek bir kişinin varlığından bahsedilemez. Dolayısıyla, cenine karşı yapılabilecek haksız saldırıların suç olarak pozitif hukukta düzenlenmesi durumunda, menfaati korunan doğrudan cenin olamayacaktır. Çünkü cenin, kişi olarak tanımlanmadığı için, pozitif hukuk nazarında korunabilecek bir menfaatede sahip olamaz.

¹⁴⁵ Benzer niteliklere sahip iki dava hakkından da bahsetmemiz gerekmektedir. Bunlardan ilki “wrongful birth”dir. Bu dava türünde, anne ya da baba ciddi anomoli ile doğmuş olan çocuklarını, eğer bu konuda hekim yeterli bilgi vermiş olsaydı dünyaya getirmeyeceklerini iddia edebilmektedirler. Diğer dava türü ise, “wrongful conception” olarak ifade edilmektedir. Bu davada ise, istenmeyen bir çocuğun dünyaya gelmesi sözkonusudur. Buna göre, dünyaya gelen çocuk sağlıklı olmasına karşın, doğum kontrol ekipmanının hatalı olması ya da doktorun bu konuda gerekli uyarıları yapmamış olması dava nedeni olarak karşımıza çıkmaktadır. Bkz. T. S. JOST; sf. 643, 644.

¹⁴⁶ Bu yargı alanları, California, New Jersey ve Washington’dur. Buna karşın günümüzde 31 eyalete “wrongful birth” davasına izin verilmektedir. Bkz. W. F. HENSEN; “The Disabling Impact of Wrongful Birth and Wrongful Life Action”, Harvard Civil Rights-Liberties Law Review, Winter, 2005, sf. 151.

Ceza hukuku açısından yaklaşık 14. yüzyıldan beri Anglo Sakson hukukunda uygulanan bu kural, bazı yazarlara göre, pratik nedenlerle kabul edilmiş ve günümüze kadar ulaşmıştır. Özel hukuk bölümünde kısmen dile getirilen bu sözkonusu pratik zorunluluklar, ceza hukuku bakımından şu şekilde sıralanmaktadır. İlk olarak öne sürülen neden; kuralın kabul edildiği dönemde, sağlıklı geçirilen hamileliklerin sayısının oldukça düşük olmasıdır. Gerek anne ve babanın yeterli özeni gösterememesi gerekse tıbbi olanakların kısıtlılığı nedeni ile, hamileliklerin büyük bir bölümü ceninin bir biçimde ölümü ile sonuçlanmaktaydı. Dolayısıyla, ceninin zarar göremesi ve hatta ölmesi için 3. bir kişinin ek bir müdahalesi pek çok hamilelik bakımından gereksiz bir unsur olarak değerlendirilebilir. Bu bakımdan eylem ile ceninin ölümü arasında sağlıklı bir illiyet bağının kurulması mümkün olamamaktadır. İkinci neden ise, sağ doğum kuralının temelini oluşturan anne ile ceninin tek bir varlık olması prensibinin gerekçesini oluşturmaktadır. Ceninin annenin vücudundan ayrı ve bağımsız bir yapı kazanmasının, hamileliğin hangi aşamasında gerçekleşeceği de bilinmemekteydi. Bugün yaklaşık olarak hamileliğin 6. ayı şeklinde kabul edilen bu aşama, geride bıraktığımız yüzyıl içerisinde tıp biliminde yaşanan gelişmelerin ürünüdür. Bu nedenle 14. yüzyıldan 20 yüzyıla kadar geçen süre içerisinde, yaşayabilme kabiliyetini ceninin ne zaman kazandığı sadece tahmin edilebiliyordu. Belirli bir kıstas üzerinde uzlaşmış olsa bile somut vakaların incelenmesinde ceninin hangi aşamada olduğunun tesbit edilebilmesi de bu yazarlara göre o dönem için mümkün değildir. Sayılan bu nedenlerden dolayı, sağ doğum kuralı ceza hukukunda mağdurun tanımlanabilmesi için kullanılan temel kriter olmuştur.¹⁴⁷

Sağ doğum kuralı çerçevesinde, ceninin zarar gördüğü eylemlerin suç olarak tanımlanmasında geleneksel Anglo Sakson-Amerikan hukukunun oluşturduğu içtihat ana hatları ile şu şekilde özetlenebilir; ceninin hamilelik döneminde yaşamı iki ana safhada ele alınmaktadır. Quicken olarak ifade edilen ve çocuğun ilk hareket ettiği zaman olduğu kabul edilen devreden önce düşük yapılmasına neden olunmuşsa, bu eylem herhangi bir cezayı gerektirmemektedir. Fakat eylem bu aşamadan sonra

¹⁴⁷ A. TSAO; "Fetal Homicide Laws: Shield Against Domestic Violence or Sword to Pierce Abortion Rights?", *Hastings Constitutional Law Quarterly*, Spring, 1998, sf. 460, 461, T. KOLE-L. KADETSKY; 216, 217, J. A. BROBST; sf. 132, 133.

gerçekleşmişse, “misdemeanor”¹⁴⁸ kategorisindeki bir cürümün gerçekleştiği kabul edilmekle birlikte, bu eylem cinayet olarak nitlendirilmemektedir. Bununla birlikte ceninin hamilelik döneminde mazruz kaldığı bir haksız müdahale nedeni ile sağ olarak doğduktan sonra ölmesi, genel olarak kabul edilen görüşe göre adam öldürme suçunu meydana getirmektedir.¹⁴⁹

Kürtaj ile ilgili düzenlemelerin Amerikan Hukukundaki seyrine bakacak olursak, bu konudaki en önemli noktalardan birisinin 1828 yılında New York eyaletinin kürtajı istisna tanımaksızın bütün halleriyle yasaklaması olduğunu söyleyebiliriz. Fakat bu düşüncenin altında yatan temel kaygı cenini 3. kişilerin müdahalelerinden korumak değil kadının kürtaj neticesinde tehlikeye girecek olan yaşamını korumaktır. Nitekim 1950’li yıllara gelindiğinde, Amerikan Eyaletlerinin büyük bir kısmı; kürtajı kendi hukuk sistemleri içerisinde yasaklamışlardır. Bu yasakların genel olarak ciddi hukuki yaptırımlarla desteklenmiyor olması, yasaklamanın ceninden çok kadına yönelik bir koruma getirme niyetini ortaya koymaktadır.¹⁵⁰

Amerikan Hukuku, 1970’li yıllara kadar içtihat hukukunun geleneksel anlayışını takip etmiştir. Hatta Roe v. Wade davası ile birlikte sağ doğum kuralı hukuki kişiliğin tanımlanması bakımından anayasal bir nitelik de kazanmıştır. Fakat

¹⁴⁸Amerikan hukuk sisteminde, ciddi cezayı gerektiren suçlar “felony” olarak adlandırılırken, “misdemeanor” daha az cezayı gerektiren suçlar için kullanılmaktadır. Anglo Sakson Hukukunda çocuk düşürme geneleksenel anlayış içinde “felony” grubunda yer alan bir suç değildir.

¹⁴⁹A. S. WASSERSTORM; Homicide Based on Killing of Unborn Child, American Law Reports ALR5th 671, Originally published in 1998, § 2 (a), L. B. WRIGHT; “Fetus v. Mother: Criminal Liability for Maternal Substance Abuse During Pregnancy”, Wayne Law Review, Spring, 1990, sf. 1290, 1291, İngiliz hukukunda, sağ doğum kuralı ilk kez 13. yüzyılda Andrew Horne tarafından dile getirilmiştir. Yazara göre ceninin anne rahminde öldürülmesi ile doğduktan sonra öldürülmesi arasında bir fark olması gerekmektedir. Bu fark da adam öldürme suçunun ancak doğduktan sonra yapılan eylemler bakımından geçerli olabileceğidir. 17. yüzyılda ise, İngiliz Hukunun en önemli kişilerinden birisi kabul edilen Sir Edward Coke, bu ayırımı daha da detaylandırarak, “quicken” aşamasından önceki eylemler bakımından ceza öngörülemeyeceğini, bu aşamadan sonra ise, ceninin ölümüne neden olan eylemlerin ciddi bir suç olarak kabul edilmesine karşın bu eylemlerin adam öldürme suçu niteliği taşıyamayacağını ileri sürmüştür. 18. yüzyılın ünlü İngiliz hukukçusu Lord William Blackstone ise, bu iki yazarın görüşlerine ek olarak; cenin anne karında maruz kaldığı zarar nedeni ile doğduktan sonra öltürse, bu eylemin adam öldürme suçu niteliği taşıdığını söylemiştir. İngiliz hukukunun konuya bakış açısını şekillendiren bu yazarların düşünceleri uzun dönem Amerikan Hukukunda da kabul görmüştür. Bkz. M. ROBBINS; “The Fetal Protection Act: Redefining “Person” for the Purpose of Arkansas Criminal Homicide Statutes”, Arkansas Law Review, 2001, sf. 78, 79.

¹⁵⁰New York eyaletindeki ilk kürtaj yasağından yaklaşık 25 yıl önce, 1803 tarihinde İngiltere “Lord Ellenborough” yasası ile kürtaja yasak getirmiştir. Bu yasanın yapılmasında henüz antibiyotiğin bulunmadığı bu dönemde, kürtajın yaratabileceği enfeksiyonların kadın hayatını tehlikeye atacağı düşüncesi yer almaktadır. Bkz. BROBST; sf. 135, 136.

hukuki platformda “sağ doğum” kuralının ulaştığı bu zirve aynı zamanda eyalet hukuk düzenleri bakımından sağ doğum kuralının yavaş yavaş geçerliliğini yitirmeye başladığı bir değişim sürecinin de başlangıcını ifade etmektedir. Yaklaşık 30 yıldır süren ve hala devam eden bu sürecin ortaya koymuş olduğu en belirgin sonuç; sağ doğma kuralının eyaletlerin hukuk düzeninden çıkarılması ya da daha yumuşak bir ifade ile geleneksel anlayışla tezat oluşturacak farklı bir biçimde yorumlanmasıdır.

Sözkonusu değişimin uygulamaya yansıyan ilk örneklerinden birisi; 1984 tarihli Commonwealth v. Cass davasında Massachusetts Yüksek Mahkemesi'nin verdiği karardır.¹⁵¹ Bu kararda mahkeme, motorlu taşıtlar kanununun adam öldürme suçunu düzenleyen bölümünde yer alan “kişi” kavramını ele almıştır. Madde metninde sadece kişiden sözedilmekte fakat bu kavramın içine ceninin girip girmediği belirtilmemektedir. Mahkeme kişi kavramını yorumlarken, bunun içerisine yaşayabilme kabiliyetini kazanmış ceninin de girdiğine karar vererek, Amerikan hukukunda ilk kez bir mahkeme, cenini doğrudan mağdur olarak tanımlayarak sağ doğum kuralınının dışına çıkmıştır.¹⁵²

Oysa bu davadan 14 yıl önce yani 1970 yılında, benzer bir taleple karşılaşan California Yüksek Mahkemesi, kişi kavramının içerisine cenini de dahil etmenin, varolan kanunun mahkeme tarafından yeniden yazılması anlamına geleceği söyleyerek, istemi reddetmiştir. Mahkemenin bu davranışı karşısında, California yasama organı aynı yıl, adam öldürme suçunun tanımına mağdur olarak cenini de eklemiştir.¹⁵³ Böylelikle, Amerikan Hukukunda bir kanununu cenini mağdur yani

¹⁵¹ Davaya konu olan olayda, davalı otoyolda yaya olarak giden sekiz buçuk aylık hamile bir kadına çarpmıştır. Çarpma neticesinde sezeryan yolu ile alınan ceninin kaza anında “yaşayabilme kabiliyeti”ne sahip olduğu otopside belirlenmiş ve motorlu taşıtlar kanununa göre, adam öldürme suçundan yargılanmıştır. Bkz. 467 N.E.2d 1324 Commonwealth. v. Cass 1984, sf. 800.

¹⁵² Mahkeme kararını gerekçelendirirken 14. yüzyıldan o zamana kadar ceza hukukunda uygulanan sağ doğum kuralının, esas itibarıyla ceninin eylem anında yaşayabilecek niteliklere sahip olup olmadığının tesbit edilememesi ve gerçekleşen eylemin cenini gerçekten öldürüp öldürmediğinin belirlenememesi nedeni ile kabul edildiğini belirtmiştir. Artık tıbbın bu iki bilgiyi de hukuka sunduğunu ileri süren mahkeme, bu nedenle kişi kavramının içerisinde yaşayabilme kabiliyetini haiz olan ceninin de girmesi gerektiğe karar vermiştir. Commonwealth. v. Cass 1984, sf. 806.

¹⁵³ Mahkemenin incelediği davanın konusunu; karısından boşanmış bir kocanın kasıtlı olarak yaklaşık 6 aylık hamile olan eşine çocuğu düşürmesi için kasıtlı olarak saldırması ve bunun neticesinde kadının çocuğunu düşürmesidir. Bkz. M. ROBBINS; sf. 80.

kişi olarak tanımlanmış ve günümüzde eyalet hukuk düzenlerinin büyük bir bölümüne giren “Fetal Personhood” kavramı ortaya çıkmıştır.

Ceninin hukuki kişiliğe sahip bir varlık gibi pozitif hukuk tarafından mağdur olarak kabul edilmesi, başka bir ifade ile kanun koyucunun ceninin korunacak ve şarta bağlı olmayan menfaatleri olabileceğini kabul etmesi anlamına gelmektedir. Bu ise, 14. yüzyıldan beri Anglo Sakson Hukukuna hakim olan ve de 1800’lü yıllarda Amerikan Hukuku tarafından da iktisap edilen sağ doğum kuralının en azından görünüm itibariyle aşılması anlamına gelmektedir. Çalışmalarını incelediğimiz Amerikalı yazarların tamamına yakını; yaşanan bu değişimi Massachusetts Yüksek Mahkemesi’nin gerekçesinde yazıldığı gibi tıp alanında yaşanan gelişmelere bağlamaktadır. Zira artık, ceninin ne zaman yaşayabilme kabiliyetini kazandığı, olay vuku bulduğunda bu niteliğe sahip olup olmadığı ya da gerçekleşen olayın ne oranda ceninin ölmesine sebep olduğu artık kesin olarak belirlenebilmektedir. Dolayısıyla eylem ile zarar arasında uygun nedensellik bağının sağlıklı bir şekilde kurulması artık mümkün olduğundan, kişiliğin başlangıcı için sağ doğum kuralının kabul edilmesini gerektiren nedenler ortadan kalkmıştır.

Bununla birlikte olayın bir başka yönü de dikkatlerden kaçırılmaması gerektiğini söylemeliyiz. Ceninin anne karnında ölümüne neden olan eylemler niteliği gereği anneye de zarar vermektedir. Dolayısıyla ceninin korunması için getirilen bu düzenlemelerden en az ceninin kadar hamile kadınlar da yararlanmaktadır. O halde yasa koyucuların yapmış oldukları bu tercihinin sadece tıbbın gelişimine bağlanması tek başına yeterli bir gerekçe olarak görülmeyebilir. Zira kadına ve özellikle de hamile kadınlara karşı gerçekleştirilen şiddet eylemlerinin de önüne geçilmesi hedeflendiği rahatlıkla söylenebilir. Yapılan bir kaç araştırmadan örnekler verecek olursak, yasama organlarının bu konudaki hassasiyetini daha net bir şekilde anlayabiliriz. Bir araştırmaya göre, tahmini olarak ABD’de hamile kadınların ortalama %3.9’u ile %8.3 arasındakiler şiddete maruz kalmaktadırlar. Bu ise yine tahmini sayılara göre; 156.000 ila 332.000 kadının hamilelik döneminde şiddet gördüğünü ortaya koymaktadır. Başka bir araştırmada ise, kadına yönelik şiddet özellikle hamilelik döneminde artmaktadır ve kadına hamilelik döneminde

uygulanan şiddet süreklilik arz etmektedir. Bir diğer araştırmada şiddete maruz kalan hamile kadınların yaklaşık %60'ı en az 2 kez bunu yaşamaktadır.¹⁵⁴ FBI'ın verilerine göre ise Amerika'daki ailelerin %25'inde aile içi şiddet görülmekte ve öldürülen kadınların %33'ü eşleri ya da erkek arkadaşlarını eylemleri neticesinde hayatlarını kaybetmektedirler. Dolayısıyla, 1970'lerden önce kadının korunması için çıkarılan kürtaj yasalarındaki amaç, ceninin mağdur olarak tanımlanması ile bir ölçüde olsun devam ettirilildiği söylenebilir.¹⁵⁵

Günümüzde artık sadece eyalet düzeyinde değil fakat aynı zamanda federal düzeyde de kabul edilen bu yeni yaklaşım; esas olarak ceninin pozitif hukukta anneden bağımsız olarak kendisine karşı yapılabilecek eylemler bakımından mağdur sıfatını alabilmesidir. Sağ doğum kuralının aksine, doğum öncesinde de şarta bağlı olmaksızın ceninin bir takım haklara sahip olabileceği kabul edilmekte ve dolaylı olarak kişilik tanınmaktadır.

Tesbit edebildiğimiz kadarıyla, ceninin ceza hukuku bağlamında kişiliğinin eyalet hukuk düzenleri tarafından kabul edilmesi dört şekilde gerçekleşmektedir. Birincisi; herhangi bir pozitif hukuk kuralı olmamasına karşın, içtihat hukukunun yargıca tanımış olduğu yetki çerçevesinde, mahkemenin kanunda yer alan "kişi" kavramının içerisine cenini de dahil etmesidir. İkinci yol ise, herhangi bir özel düzenleme yapmaksızın, ceza kanunlarının tanımlama kısmında yer alan "kişi" kavramı, yasal bir değişiklik ile cenini de kapsayacak şekilde genişletilmektedir. Böylelikle kişilere karşı işlenebilecek suçlar, aynı zamanda cenine karşı da işlenebilir bir nitelik kazanmaktadır. Kullanılan üçüncü yöntem ise; sadece bazı suçların tanımına mağdur olarak ceninin eklenmesidir. Dördüncü yol ise; kanunun koyucunun cenini mağdur olarak kabul eden suçlar ihdas etmesidir.

Cenin kişiliğinin kabulünde kullanılan yöntemdeki farklılık, ceninin hamileliğin hangi aşamasından sonra kişilik kazanacağı ya da mağdur sayılabileceğini hususunda da kendisini göstermektedir. Ceninin mağdur sıfatını kabul eden eyaletler

¹⁵⁴ D. TUERKHEIMER; "Conceptualizing Violence Against Pregnant Women" Indiana Law Journal, Spring, 2006, sf. 671.

¹⁵⁵ R. COLKER; "Abortion and Violence", William & Mary Journal of Women and the Law, 1994, sf. 93.

tercih ettikleri kritere göre 3 grupta toparlanabilir. İlk grupta yer alan eyaletler, ceninin mağdur olarak tanımlanabilmesi için eylem anında yaşayabilme yeteneğine sahip olması gerektiğini kabul etmektedirler. Muhtemelen Roe v Wade davasından esinlenerek kabul edilen bu kirter ile tahmini olarak hamileliğin 6. ayı itibariyle yaşayabilme kabiliyetine sahip olan cenine karşı yapılan haksız saldırılarda ceninin annenin bir parçası biçimde değil bağımsız bir kişi olarak meydana gelen suçun mağduru sıfatını taşımaktadır. 2007 yılı Ocak ayı itibariyle yaşayabilme kriterini kabul eden eyaletler şunlardır; Indiana¹⁵⁶, Iowa¹⁵⁷, Tennessee¹⁵⁸, Florida¹⁵⁹, Massachusetts¹⁶⁰ ve South Carolina.¹⁶¹

İkinci grupta sayacağımız eyaletlerin hukuk düzenleri ise, İngiliz hukukundan kalma “quicken” kriterini benimsemişlerdir. Hatırlanacağı üzere bu kriterin esası, ceninin ilk hareketinin anne tarafından hissedilmesine dayanmaktadır. Hukuk pratiği açısından sorun çıkarabilecek bir niteliğe sahip olan “quicken” kriterinin hamileliğin 16. haftası ile 20 haftası arasında gerçekleştiği kabul edilmektedir. Fakat kadının ceninin hareketi ilk hissetmesine göre belirlenen bu kişilik anlayışı, objektif bir değerlendirmenin yapılmasını olanaksız kılmaktadır. Nitekim kanunda “quicken” açıkça kriter olarak belirlenmiş olmasına karşın, örneğin Michigan Yüksek

¹⁵⁶ **Indiana Code IC 35-42-1-1 Title 35. Criminal Law and Procedure Article 42. Offenses Against The Person Chapter 1. Homicide 35-42-1-1 Murder Sec. 1.**

A person who:(1) knowingly or intentionally kills another human being;(2) kills another human being while committing or attempting to commit arson, burglary, child molesting, consumer product tampering, criminal deviate conduct, kidnapping, rape, robbery, human trafficking, promotion of human trafficking, sexual trafficking of a minor, or carjacking;... (4) knowingly or intentionally kills a fetus that has attained viability commits murder, a felony.

¹⁵⁷ **Iowa Code I.C.A. § 707.7 Title XVI. Criminal Law and Procedure Subtitle 1. Crime Control and Criminal Acts Chapter 707. Homicide and Related Crimes 707.7. Feticide**

Any person who intentionally terminates a human pregnancy, with the knowledge and voluntary consent of the pregnant person, after the end of the second trimester of the pregnancy where death of the fetus results commits feticide. Feticide is a class "C" felony.

Any person who attempts to intentionally terminate a human pregnancy, with the knowledge and voluntary consent of the pregnant person, after the end of the second trimester of the pregnancy where death of the fetus does not result commits attempted feticide. Attempted feticide is a class "D" felony.

¹⁵⁸ **Tennessee Code : Title 39 Criminal Offenses : Chapter 13 Offenses Against Person : Part 2 - Criminal Homicide : 39-13-214. Viable fetus as victim**

a) For purposes of this part, “another” and “another person” include a viable fetus of a human being, when any such term refers to the victim of any act made criminal by the provisions of this part

¹⁵⁹ **Florida Statutes 782.071. Vehicular homicide**

"Vehicular homicide" is the killing of a human being, or the killing of a viable fetus by any injury to the mother, caused by the operation of a motor vehicle by another in a reckless manner likely to cause the death of, or great bodily harm to, another.

¹⁶⁰ Bkz.

¹⁶¹ South Carolina eyaletinin yaklaşımı, içtihat ile belirlenmiştir. Bkz. J. A. BROBST; sf. 143.

Mahkemesi, "quicken" kıstasını yaşayabilme kabiliyetini elde etmekle bir tutmuştur.¹⁶² Bununla birlikte bir eyalet dışında bu kriterin tam olarak ne anlama geldiği mevzuatta belirtilmemiştir. Bu kriteri kabul eden eyaletler ise şunlardır; Rhoe Island¹⁶³, Arkansas¹⁶⁴, Washington¹⁶⁵, Michigan¹⁶⁶, Florida¹⁶⁷ ve Nevada.¹⁶⁸

Eyaletlerin düzenlemelerine bakıldığında, genel eğilimin gebe kalma anından itibaren cenini korumak olduğunu söyleyebiliriz. Ceninin korunması için herhangi bir gelişim kriterini kabul etmeyen bu hukuk düzenlerinin bazılarında, kişiler henüz anne rahmine yerleşmemiş yani embryo aşamasına gelmemiş zigotun tahrip edilmesi neden ile hüküm giyebilmekteydiler. Bu grupta yer alan tüm eyaletler bakımından söyleyemesek de en azından bir kısmı için, korumanın herhangi bir gelişim kriteri kullanılmaksızın kabul edilmesinin, ceninin hayatının korunmasından ziyade hamile kadına karşı gerçekleştirilebilecek şiddet eylemlerinin önüne geçme düşüncesine dayandığını söyleyebiliriz. Ceninin kişiliğini hamileliğin bütününde tanıyan

¹⁶² M. HOLZAPFEL; dpt. 118.

¹⁶³ **RI ST § 11-23-5 Willful killing of unborn quick child.**(a) The willful killing of an unborn quick child by any injury to the mother of the child, which would be murder if it resulted in the death of the mother; the administration to any woman pregnant with a quick child of any medication, drug, or substance or the use of any instrument or device or other means, with intent to destroy the child, unless it is necessary to preserve the life of the mother; in the event of the death of the child; shall be deemed manslaughter.

(c) For the purposes of this section, "quick child" means an unborn child whose heart is beating, who is experiencing electronically-measurable brain waves, who is discernibly moving, and who is so far developed and matured as to be capable of surviving the trauma of birth with the aid of usual medical care and facilities available in this state.

¹⁶⁴ **A.C.A. § 5-1-102 Definitions**(13)(A) "Person", "actor", "defendant", "he", "she", "her", or "him" includes:(b) "Unborn child" means a living fetus of twelve (12) weeks or greater gestation.

¹⁶⁴ **Ann.Cal.Penal Code § 187 Murder defined**(a) Murder is the unlawful killing of a human being, or a fetus, with malice aforethought.

¹⁶⁵ **RCWA 9A.32.060 Manslaughter in the first degree**(1) A person is guilty of manslaughter in the first degree when:(a) He recklessly causes the death of another person; or(b) He intentionally and unlawfully kills an unborn quick child by inflicting any injury upon the mother of such child.(2) Manslaughter in the first degree is a class A felony.

¹⁶⁶ **The Michigan Penal Code Chapter XLV. Homicide 750.322. Manslaughter; wilful killing of unborn quick child**Sec. 322. Wilfull killing of Quick Unborn child --The wilful killing of an unborn quick child by any injury to the mother of such child, which would be murder if it resulted in the death of such mother, shall be deemed manslaughter.

¹⁶⁷ **Florida Statutes Title XLVI. Crimes (Chapters 775-899) Homicide 782.09. Killing of unborn quick child by injury to mother**(1) The unlawful killing of an unborn quick child, by any injury to the mother of such child which would be murder if it resulted in the death of such mother, shall be deemed murder in the same degree as that which would have been committed against the mother. Any person, other than the mother, who unlawfully kills an unborn quick child by any injury to the mother.

¹⁶⁸ **N.R.S. 200.210 Killing of unborn quick child; penalty**A person who willfully kills an unborn quick child, by any injury committed upon the mother of the child, commits manslaughter and shall be punished for a category B felony by imprisonment in the state prison for a minimum term of not less than 1 year and a maximum term of not more than 10 years, and may be further punished by a fine of not more than \$10,000.

eyaletler şunlardır; Illinois¹⁶⁹, Nebraska¹⁷⁰, Oklahoma¹⁷¹, Virginia¹⁷², Louisiana¹⁷³, Minnesota¹⁷⁴, Missouri¹⁷⁵, North Dakota¹⁷⁶, South Dakota¹⁷⁷, Utah¹⁷⁸, Wisconsin¹⁷⁹, Georgia¹⁸⁰, California¹⁸¹ ve Mississippi.¹⁸²

¹⁶⁹ **720 ILCS 5/9-1.2 Intentional Homicide of an Unborn Child** (a) A person commits the offense of intentional homicide of an unborn child if, in performing acts which cause the death of an unborn child, he without lawful justification... (b) For purposes of this Section, (1) "unborn child" shall mean any individual of the human species from fertilization until birth, and (2) "person" shall not include the pregnant woman whose unborn child is killed.

¹⁷⁰ **NE ST § 28-391 Murder of an unborn child in the first degree; penalty.**(1) A person commits murder of an unborn child in the first degree if he or she in committing an act or engaging in conduct that causes the death of an unborn child, intends, with deliberate and premeditated malice, to kill the unborn child or the mother of the unborn child with knowledge of the pregnancy.(2) Murder of an unborn child in the first degree is a Class IA felony.

¹⁷¹ **21 Okl.St. Ann. § 713 Killing an unborn child** A. Except as otherwise provided by law, any person who willfully kills an unborn child, as defined in Section 1-730 of Title 63 of the Oklahoma Statutes, shall, upon conviction, be guilty of a felony and, upon conviction, shall be punished pursuant to the provisions of Section 715 of this title.

63 Okl.St. Ann. § 1-730 DefinitionsAs used in this article:2. "Unborn child" means the unborn offspring of human beings from the moment of conception, through pregnancy, and until live birth including the human conceptus, zygote, morula, blastocyst, embryo and fetus;

¹⁷² **Va. Code Ann. § 18.2-32.2Killing a fetus; penalty** A. Any person who unlawfully, willfully, deliberately, maliciously and with premeditation kills the fetus of another is guilty of a Class 2 felony.B. Any person who unlawfully, willfully, deliberately and maliciously kills the fetus of another is guilty of a felony punishable by confinement in a state correctional facility for not less than five nor more than 40 years.

¹⁷³ **La. Rev. Stat. Ann. §§ 14:32.5-A.** Feticide is the killing of an unborn child by the act, procurement, or culpable omission of a person other than the mother of the unborn child.

¹⁷⁴ **Minn. Stat. Ann. 609.21. Criminal vehicular homicide and injury Subd. 3. Resulting in death to an unborn child.** A person is guilty of criminal vehicular operation resulting in death to an unborn child and may be sentenced to imprisonment for not more than ten years or to payment of a fine of not more than \$20,000, or both, if the person causes the death of an unborn child as a result of operating a motor vehicle **609.2661. Murder of an unborn child in the first degree** Whoever does any of the following is guilty of murder of an unborn child in the first degree and must be sentenced to imprisonment for life...

¹⁷⁵ **Mo. Ann. Stat. 1.205.** Life begins at conception--unborn child, defined--failure to provide prenatal care, no cause of action for 3. As used in this section, the term "unborn children" or "unborn child" shall include all unborn child or children or the offspring of human beings from the moment of conception until birth at every stage of biological development.

¹⁷⁶ **N.D. Cent. Code §§ 12. 3.** "Unborn child" means the conceived but not yet born offspring of a human being, which, but for the action of the actor would beyond a reasonable doubt have subsequently been born alive...**12.1-17.1-04 Negligent homicide of an unborn child..**A person is guilty of negligent homicide of an unborn child, a class C felony, if the person negligently causes the death of an unborn child.

¹⁷⁷ **SDCL § 22-16-1 Homicide defined** Homicide is the killing of one human being, including an unborn child, by another.

¹⁷⁸ **Utah Criminal Code 76-5-201. Criminal homicide--Elements--Designations of offenses** (1)(a) A person commits criminal homicide if he intentionally, knowingly, recklessly, with criminal negligence, or acting with a mental state otherwise specified in the statute defining the offense, causes the death of another human being, including an unborn child at any stage of its development.

¹⁷⁹ **W.S.A. 939.75 Death or harm to an unborn child** (1) In this section ... "unborn child" means any individual of the human species from fertilization until birth that is gestating inside a woman. (2)(a) In this subsection, "induced abortion" means the use of any instrument, medicine, drug or other substance or device in a medical procedure with the intent to terminate the pregnancy of a woman and with an intent other than to increase the probability of a live birth, to preserve the life or health of the infant after live birth or to remove a dead fetus.

Bu üç grup içerisinde yer alan eyaletlerin bir bölümünün ceza kanunlarında, hangi kriterin kabul edildiği açıkça ifade edilirken, bir kısmında da uygulanacak olan kriter yargı kararları ile belirlenmiştir. Yukarıda vermiş olduğumuz Michigan örneği, bu konuda mahkemelerin kanun metnleri ile kendilerini çok da bağlı tutmadıkları izlenimi uyandırmaktadır. Bir diğer farklılık ise; eyaletlerin cenine karşı gerçekleşen eylemlere verilen cezalar bakımında da homojen bir görünüm sergilememeleridir. Örneğin Nevada eyaleti ceninin öldürülmesi eylemine 1 yıldan 10 yıla kadar hapis ve 10.000 dolardan fazla olmamak kaydıyla para cezası öngörürken, Georgia eyaleti hukuki yaptırım olarak ömürboyu hapsi kabul etmektedir. Florida eyaleti ise, aynı zamanda annenin ölümüne neden olan cenin öldürme eyleminin cezasını idam olarak belirlemiştir.

Ceninin anneden bağımsız bir kişi olarak ceza hukuku bağlamında mağdur sıfatını alması, mağduriyeti yaratma potansiyeline sahip olan kişiler içerisinde annenin de girmesini hukuk mantığının zorunlu kıldığını söyleyebiliriz. Zira cenin başlı başına anneden bağımsız bir varlıksa, annenin tıpkı doğmuş çocuklarına verebileceği zararlar gibi hukuk tarafından kişi olarak korunan cenine de zarar verebileceği kabul edilmelidir. Hatta, geleneksel anlayışı eleştiren bazı yazarlara göre; babanın sorumluluğunun kabul edildiği bu sistemde annenin sözkonusu sorumluluktan muhaf tutulması, Roma Hukukunun babaya tanımış olduğu yetkilerin modern hukuk sistemlerince anneye tanınmasından başka bir şey değildir. Çünkü sağ doğum

¹⁸⁰ **Ga. Code Ann.,16-5-80. Feticide(a)** For the purposes of this Code section, the term "unborn child" means a member of the species homo sapiens at any stage of development who is carried in the womb. (b) A person commits the offense of feticide if he or she willfully and without legal justification causes the death of an unborn child by any injury to the mother of such child, which would be murder if it resulted in the death of such mother, or if he or she, when in the commission of a felony, causes the death of an unborn child.(c) A person convicted of the offense of feticide shall be punished by imprisonment for life.

¹⁸¹ **Ann.Cal.Penal Code § 187Murder defined** (a) Murder is the unlawful killing of a human being, or a fetus, with malice aforethought.

¹⁸² **Miss. Code Ann.97-3-37.** Injury to pregnant woman resulting in miscarriage or stillbirth; "human being" defined; crimes; exceptions(1) For purposes of the offenses enumerated in this subsection (1), the term "human being" includes an unborn child at every stage of gestation from conception until live birth and the term "unborn child" means a member of the species homo sapiens, at any stage of development, who is carried in the womb:(a) simple and aggravated assault and domestic violence;(b) justifiable homicide;(c) excusable homicide;(d) capital murder;(e) homicide while committing a felony;(f) homicide while committing a misdemeanor;(g) killing a trespasser unnecessarily;(h) killing without malice in the heat of passion;(i) homicide by means of a dangerous animal;(j) all other homicides;(k) poisoning with intent to kill or injure

kuralına göre gelişen içtihat, hamileliliğin yasaklanmış olan dönemlerinde yapılan kürtaj dışında, cenine zarar verecek olan eylemler bakımından kadına herhangi bir ceza verilmesine sıcak bakmamaktadır. Oysaki babanın çocuğun doğmasından sonra ölümüne neden olan hamilelik dönemindeki eylemleri, adam öldürme suçu olarak kabul edilmektedir.¹⁸³ Amerikan Hukukunda yaşanan gelişime paralel olarak, ceninin kişiliğinin tanınması ile birlikte, geleneksel yaklaşımın kabul ettiği annenin cezai sorumsuzluğu ilkesi de sorgulanır hale gelmiştir.

Teorik planda yapılan bu tartışmanın uygulamaya geçtiğini söyleyebilmemiz ise mümkün değildir. Herşeyden önce Roe v Wade kararının kürtajı anayasal bir hak olarak tanımlaması, bizzat annenin kürtaj yolu ile ceninin hayatını sona erdirebilmesini, anne bakımından sadece bir tercih sorunu haline getirmiştir. Eyaletlerin Roe v Wade kararı çerçevesinde kadının bu eylemine cezai bir yaptırım uygulayabilmesi anayasa hukuku açısından imkansızdır. Bunun ötesinde, eyalet hukuk düzenlerinin de kadının cezai sorumluluğu konusuna yaklaşımı geleneksel anlayışın izlerini taşımaktadır. Zira cenini ceza hukuku bakımından mağdur olarak tanımlayan eyaletlerin yarısından fazlası açıkça, cenine kasten zarar verecek olan eylemler dolayısıyla kadının ceza sorumluluğu olmadığını kanunlarında açıkça ifade etmişlerdir.

Bunla birlikte başka bir alanda, kadının doğum öncesi eylemleri bakımından cezai sorumluluğu, eyalet hukuk düzenleri içerisinde yer almaya başlamıştır. “Child Endangerment Law” yani annenin ve babanın çocuğu tehlikeye atan eylemleri nedeni ile cezai sorumluluğun düzenlendiği bu hukuk alanı, son yıllarda ceninin korunması bakımından da gündeme gelmiştir. Aslında ilk olarak 1983 yılında New Jersey yasama organının ceninin ihmali eylemlerden korunmasına ilişkin özel bir kanun çıkarması ile başlayan süreç, esas olarak geride bıraktığımız birkaç yıl içerisinde büyük ivme kazanmıştır. Şu an Florida, Indiana, Illinois, Minnasota, New Jersey, New York ve Oklahoma yasama organları tarafından, çocuğun ihmal ya da kötü muamele nedeni ile zarar görebileceği davranışların ceza hukuku bakımından yaptırımını düzenleyen kanunları, cenini de kapsayacak biçimde genişletilmiştir. Bu

¹⁸³ Roma Hukukunda aile reisi olan baba, çocukların hayatı hakkında da karar verme yetkisine sahiptir. Vereceği kararlardan dolayı herhangi bir sorumluluğu olmazken, annenin çocuklara zararı olabilecek bir davranışı aynı hoşgörüyle karşılanmamaktadır. Bkz. BROMBST; sf. 134.

konuda düzenlemeye sahip olmayan eyaletlerde ise mahkemelerin ilgili kanunları hamilelik dönemini de içine alacak şekilde yorumladıkları görülmektedir.¹⁸⁴ Bir taraftan Amerikan hukununda cenine getirilen korumanın genişlemesi diğer taraftan anne ve babanın çocuğun bakımı konusunda hukuki anlamda daha çok yükümlülüğün altına girmeleri ve de eyaletlerin bu konuda müdahil olabilmeleri, cenine kişilik tanıyan ceza hukukunda, hamilelik döneminde ihmal ve kötü muamele nedeni ile annenin sorumluluğuna gidilmesini talep eden bir eğilimin oluşmasına neden olmuştur.¹⁸⁵

2005 yılı itibariyle, 30 eyalette yaklaşık 200 kadın hamilelik döneminde bağımlılık yaratan madde kullanımı ya da başka eylemleri nedeni ile yargılanmaktadır. Örneğin 1998 yılında South Carolina'da 28 yaşındaki bir kadın, hamilelik döneminde kokain kullanması nedeni ile 8 yıl hapis cezasına çarptırılmıştır. South Carolina Yüksek Mahkemesi, ceninin yaşama kabiliyetini kazandığı andan itibaren kötü muamele ya da ihmal nedeni ile görebileceği zararlardan eyalet tarafından korunabileceğine hükmetmiştir. Fakat 2003 yılında karara bağlanan bir davada ise yine South Carolina Yüksek Mahkemesi, 37 haftalık çocuğu düşüren bir kadını kötü muamele nedeni ile adam öldürme suçundan 20 yıl hapse mahkum etmiştir. Kadın kokain bağımlısı olup, yapılan otopside çocuğun kanında ciddi bir miktarda kokain bulunmuştur. Uzmanlar ölüm nedenini kesin olarak kokaine bağlayamasalar da mahkeme, annenin hamilelik döneminde kokain kullanarak cenine kötü muamelede bulunduğunu ve onun ölümüne neden olduğu gerekçesi ile mahkumiyetine karar vermiştir.¹⁸⁶

¹⁸⁴ C. E. AMANA; "Drugs, Aids and Reproductivite Choice: Maternal-State Conflict Continues into The Millennium", North Carolina Central Law Journal, V. 28, dpt. 16, 17.

¹⁸⁵ J. BROBST; sf. 146, 147. Fakat bu konuda yaşanan duyarlılığın belki de en önemli nedeni, hamilelik döneminde anne adaylarının kullanmış oldukları içki ve uyuşturucu madde nedeni ile çocukların sağlıklarının bozulması ve hatta hayatlarını kaybetmeleridir. Nitekim tartışmanın şu an Amerika'daki genel eksenini madde bağımlısı annelerin hamilelik döneminde de madde kullanımına devam ederek cenine zarar vermesidir. Bir araştırmaya göre; tahminen her yıl ABD'de 350.000 ile 750.000 arasında değişen sayıda çocuk anne rahminde bağımlılık yaratan maddelere maruz kalmaktadır. Hamile kadınların yaklaşık olarak %11'i yasa dışı ilaç kullanırken bunların da %75'i kokaini tercih etmektedir. Hamilelik döneminde kullanılan kokain ise, çocukta zeka geriliğine, organların tahrip olmasına ve de erken doğumlara neden olabilmektedir. Bkz. C. J. SOVINSKI; "The Criminalization of Maternal Substance Abuse: A Quick Fix to a Complex Problem", Pepperdine Law Review, V. 25, 1997, sf. 108.

¹⁸⁶ C. E. AMANA; sf. 36-41.

Bir başka dava dolayısıyla konu Amerikan Yüksek Mahkemesi'nde ele alınmıştır. 2001 yılında Amerikan Yüksek Mahkemesi'nde sonuçlanan Ferguson v. City of Charleston davasında, uyuşturucu madde kullanan annenin hamilelik sırasında da uyuşturucu kullanmaya devam ettiği tesbit edilmiş ve cenine zarar vermesi nedeni ile alt derece mahkemesi tarafından mahkum edilmiştir. Davayı inceleyen yüksek mahkeme ise, kadının uyuşturucu madde kullandığını gösteren delillerin hukuka aykırı bir biçimde alındığını tesbit ederek alt mahkemenin kararını hukuka aykırı bulmuştur.¹⁸⁷

İlginç bir başka dava ise, Utah Eyaleti'nde halen devam etmektedir. Davanın konusunu ikiz çocuk bekleyen bir hamile kadının kendisine doğumun sezeryan ile yapılmaması durumunda çocukların hayatı tehlikeye gireceği doktorlar tarafından bildirilmiş olmasına karşın kadının sezeryanı reddetmesi ve bunun neticesinde yapılan normal doğumda çocuklardan birisinin ölmesidir. Bu olay üzerine kadın aleyhine açılan davada, hem doğum öncesi bilgilendirilmiş olmasına karşın sezeryanı reddetmesi nedeni ile hem adam öldürme suçu hem de çocukları tehlikeye atma suçundan mahkumiyeti talep edilmiştir. Henüz sonuçlanmamış olan bu davada verilecek olan karar, konu ile ilgili tartışmanın da seyrini etkileyecektir.¹⁸⁸

Özetle annenin hamilelik dönemindeki eylemleri bakımından bizim ulaşabildiğimiz kadarıyla sadece bir eyalette mahkumiyet kararı çıkmıştır. Fakat son yıllarda konuya olan hassasiyetin artması ile birlikte bu konuda farklı eyaletlerde pek çok davanın açıldığı ve henüz sonuçlandırılmadığı düşünülürse, önümüzdeki birkaç yıl içerisinde bu konudaki içtihatın da aynı ceninin hukuki kişiliğinin ceza hukukunda tanınmasında olduğu gibi hızlı bir gelişim seyri izlemesi mümkün gözükmektedir.

1-3-1-4 The Unborn Victims of Violence Act

Ceninin ceza hukukunda mağdur olarak tanımlanması talebi sadece eyalet hukuku düzeyinde değil fakat federal düzeyde de varlığı hissedilen bir eğilimdir.

¹⁸⁷ J. BROBST; sf. 146, C. E. AMANA; sf. 40.

¹⁸⁸ M. K. MILLER; "Refusal the Undergo a Cesarean Section: A Woman's Right or a Criminal Act?" Health Mtrix: Journal of Law Medicine, V. 15, 2005, sf. 383-400.

Özellikle Roe v Wade davasından sonra daha açık bir biçimde ifade edilmeye başlanan bu talebin hukuki planda en açık görünümü, 1973 yılından bugüne kadar yapılan anayasa değişikliği teklifleridir. Bu tekliflerin temel amacı, Yüksek Mahkemenin kürtaj ve ceninin hukuki kişiliği konusunda oluşturduğu içtihatın anayasa değişikliği ile ortadan kaldırılmasıdır. Bununla birlikte yapılan değişiklik önerileri bazı noktalarda birbirinden ayrılmaktadır. Örneğin hemen Roe kararının açıklanmasından sonra yapılan Buckley değişiklik teklifi annenin yaşamı tehlikede olması halinde kürtaja izin verilebileceğini öngörürken, bu tekliften 5 ay sonra sunulan Helms teklifinde istisna tanınmaksızın kürtaja anayasal bir yasak getirilmesi talep edilmektedir. Gebe kalma anından itibaren ceninin yaşam hakkına sahip olduğu savını değişik biçimlerde ileri süren bu tekliflerin hiçbirisi kongreden yeterli desteği alamamıştır.¹⁸⁹

Ceninin yaşam hakkını savunanların bu talepleri Anaysal nitelikte bir himayeye kavuşmuş olmasa bile 2002 yılında yaşanan bir olay, konunun ilk kez federal yasalar tarafından düzenlenmesi meselesini kamuoyunda tartışmaya açmıştır. Olayın ana hatlarını kısaca şu şekilde ifade edebiliriz; Aralık 2002 yılında 8 aylık hamile olan Laci Peterson, aniden ortadan kaybolur. Bu olaydan 4 ay sonra Laci'nin ve Connor ismini koyacakları bebeğinin bedenleri San Fransisco sahilinde ayrı ayrı bulunur. Polisin yapmış olduğu inceleme sonucunda, başka bir kadınla ilişkisi olduğu belirlenen Laci'nin kocası Scott'ın bu cinayeti gerçekleştirdiği yönünde kuvvetli deliller bulunur. Yapılan yargılama neticesinde de Scott adam öldürme suçundan idama mahkum edilir. Fakat bu davanın konumuzu ilgilendiren tarafı, Scott'ın bir cinayetten mi yoksa sekiz aylık bebeğini öldürmesi nedeni ile iki cinayetten mi sorumlu tutulması gerektiğinin kamuoyunda çok yoğun bir şekilde tartışılmasıdır. Zira eyalet hukuku ceninin öldürülmesini adam öldürme suçu olarak tanımlamamakta ve meselenin sağ doğum kuralına göre çözümlenmesi gerekmektedir. Nihayetinde mahkeme ortada sadece bir cinayetin olduğuna karar vererek bu eylem nedeni ile idam cezasına hükmetmiştir.¹⁹⁰

¹⁸⁹ Geniş bilgi için bkz. <http://www.nchla.org/>

¹⁹⁰ Geniş bilgi için bkz. http://www.nrlc.org/Unborn_Victims/index.html.

Bu dava dolayısıyla kamuoyunda yaşanan tartışmalar, en son aşamada kongreye taşınmış ve federal yasalarda ceninin öldürülmesi durumunda onun ayrı bir mağdur olarak tanınmasını sağlayacak “The Unborn Victims Violence Act” yasa teklifi hazırlanmıştır.¹⁹¹ Oluşturulan büyük kamuoyu desteğini de arkasına alan yasa taraftarları, gerekli olan çoğunluğu alarak yasanın kongreden geçmesini sağlamışlardır. Neticede yasa 1 Nisan 2004 tarihinde ABD Başkanı George Bush tarafından imzalanarak yürürlüğe girmiştir.

Yasanın en önemli özelliği yukarıda da ifade ettiğimiz üzere ana rahmine düşen çocuğun ölümüne ya da zarar görmesine neden olan eylem, kadına karşı gerçekleştirilenden ayrı olarak farklı bir suç kategorisine sokulmuş olmasıdır.¹⁹² Dikkat edilecek olursa yasanın sağladığı koruma ana rahmine düşmeden önceki zamanı kapsamamaktadır. Yasanın geleneksel Anglo Sakson Hukuku’ndan ayrılan bir diğer özelliği ise, doğmamış çocuğa karşı gerçekleşen suç niteliğindeki eylemlerin yaptırımı, sözkonusu zarara annenin maruz kalması durumunda failin alacağı cezayla eş tutulmasıdır.¹⁹³ Hatırlanacağı üzere, geleneksel yaklaşım çocuk düşürme suçlarını ya da ceninin zarar görmesine yönelik eylemleri daha az cezayı gerektiren “misdemeanor” kapsamına sokmakta; oysa annenin ölümüne neden olan eylemler en ağır kategori olan “felony” kapsamındaki suçlar olarak değerlendirilmekteydi. Bu yeni yasa ile cenine karşı işlenen suçlar da “felony” kapsamına girmiş olmaktadır.

Ceza Hukuku bakımından tartışmaya açık olan yasanın başka bir hükmü ise, eylemi gerçekleştiren kişinin hareketi yaptığı esnada kadının hamile olduğunu bilmesi ya da bilmesi gerektiği şeklinde bir koşulun aranmamasıdır. Yine aynı şekilde failin eylemle ilgili kastı da aranmamaktadır. Dolayısıyla eylemi

¹⁹¹ ABD’de kanunun çıkmasına neden olan olayın mağdurları olan Laci ve Connor’un adları kanunun isimlendirilmesinde de “Laci and Connor’s Law” şeklinde kullanılmaktadır.

¹⁹² SEC. 2. PROTECTION OF UNBORN CHILDREN.

CHAPTER 90A--PROTECTION OF UNBORN CHILDREN

Sec. 1841. Protection of unborn children

(a)(1) Whoever engages in conduct that violates any of the provisions of law listed in subsection (b) and thereby causes the death of, or bodily injury (as defined in section 1365) to, a child, who is in utero at the time the conduct takes place, is guilty of a separate offense under this section.

¹⁹³ (2)(A) Except as otherwise provided in this paragraph, the punishment for that separate offense is the same as the punishment provided under Federal law for that conduct had that injury or death occurred to the unborn child’s mother.

gerçekleşiren kişinin yaralama ya da öldürme kastıyla hareket etmesi mahkum olmak için bu yasaya göre şart değildir.¹⁹⁴

Yasanın Roe v. Wade davasında oluşan içtihadı uygunluğunu sağlamak amacıyla da yasal kürtaj uygulamalarına, kadının ve ceninin sağlığı ile ilgili müdahalelere ve bizzat hamile kadına karşı bu kanunun uygulanamayacağı hüküm altına alınmıştır.¹⁹⁵

“The Unborn Victims of Violence Act” aslında bazı eyaletlerin getirmiş olduğu düzenlemelerin bir nevi tekrarı mahiyetindedir. Federal bir kanun olması nedeni ile cenine karşı ayrı bir suç kategorisini kabul etmeyen eyaletler bakımından uygulanması zorunlu bir düzenleme değildir.¹⁹⁶ Dolayısıyla kanunun kabul edilmesinden önceki eyalet hukuk düzenlerinde herhangi bir değişiklik olmayacaktır. Bu nedenle de yasanın uygulama alanı sadece federal suçları kapsayacağından çok dar bir çerçevede etkin olabilecek bir düzenleme olduğu söylenebilir.

Yasa niteliği gereği dar bir uygulama alanı bulacak olmasına karşın, kongrenin cenine bakış açısını göstermesi bakımından oldukça önemlidir. Eyaletlerde münferit olarak tanınan “kişilik” kıstası, bir anlamda tüm ülkenin iradesini yansıtan kongrede de taraftar bulması, ileride bu konuya ilişkin anayasal gelişmelerin de olabileceği ihtimalini akla getirmektedir.

¹⁹⁴ (B) An offense under this section does not require proof that--

(i) the person engaging in the conduct had knowledge or should have had knowledge that the victim of the underlying offense was pregnant; or
(ii) the defendant intended to cause the death of, or bodily injury to, the unborn child.

¹⁹⁵ (c) Nothing in this section shall be construed to permit the prosecution--

(1) of any person for conduct relating to an abortion for which the consent of the pregnant woman, or a person authorized by law to act on her behalf, has been obtained or for which such consent is implied by law;

(2) of any person for any medical treatment of the pregnant woman or her unborn child; or

(3) of any woman with respect to her unborn child.

¹⁹⁶ Amerika Birleşik Devletleri'nde, Federal hükümet ile eyaletlerin yetkileri anayasanın 1. maddesinde belirlenmiştir. Amerikan Anayasasına göre, anayasada federal hükümetin yetkileri arasında sayılmayan konularda, eyaletlerin yetkisi sözkonusudur. Federal devletin yetki alanı içerisinde olan bir konuda eyaletler farklı bir hukuki düzenleme yapacak olursalar, bu durumda federal yasanın üstünlüğü sözkonusudur. Ceza Hukuku alanında ise eyaletler Federal Anayasaya aykırı olmamak kaydıyla kendi düzenlemelerini yapabilirler. Bu konu Kongrenin yetkilerini belirleyen Anayasanın 1. maddesi içerisinde yer almadığından, eyalet düzenlemeleri ile federal düzenlemeler arasında farklılık olabilir. Dolayısıyla yapılan bu düzenlemelerin eyalet hukukuna üstünlüğü sözkonusu değildir. Bk. O. UYGUN, Federal Devlet, Çınar Yayınları, İstanbul, 2002, sf. 232.

1-3-1-5 Anayasaya Aykırılık Sorunu

ABD’de yaklaşık 30 yıldır süren değişim, çeşitli eyaletlerin ceza hukukunda ve de Federal düzeyde “The Unborn Victims Violence Act” ile ceninin anneden bağımsız ayrı bir mağdur olarak kabul edilmesine neden olmuştur. Bunun basit şekliyle anlamı en azından görünüm itibariyle, ceninin anne karnında ceza hukuku bakımından kişiliğe sahip bir varlık olarak tanımlanmasıdır. Dolayısıyla Roe v Wade davasında Yüksek Mahkemenin vermiş olduğu karar ile bu yeni eğilimin bazı açılardan çelişik bir görünüm sergilediği söylenebilir. Nitekim bu çelişki, sözkonusu düzenlemeler nedeni ile yargılanan kişiler tarafından da dile getirilmiştir. Bu bölümde, cenine kişilik tanıyan ceza kanunlarının uygulamada anayasaya aykırılık teşkil ettiği iddialarına ve mahkemelerin bu konuda oluşturdukları içtihadı kısaca değinmek istiyoruz.

Cenini mağdur sayan ceza kanunlarının anayasaya aykırılığının dile getirildiği ilk sav, mevcut düzenlemelerin anayasanın eşitlik ilkesine aykırılığı iddiasıdır. Bu iddianın temel gerekçesi şu şekilde özetlenebilir; cenin eğer kişi olarak tanınıyorsa ve de ona karşı 3. kişilerin gerçekleştirdiği eylemler adam öldürme suçu olarak kabul ediliyorsa, bu kural sadece anne dışındaki 3. kişileri değil annenin de dahil olduğu herkesi kapsamalı. Oysaki mevcut pozitif hukukta ve içtihadta annenin belirli şartlar altında ceninin ölümüne kürtaj yolu ile karar vermesi mümkün olmakta ve hatta anayasa bunu bir hak olarak tanımaktadır. Bunun yanında sağ doğum kuralının uygulandığı dönemden kalma anlayış devam ettirilerek, kadın ceninin kasten zarar görmesine neden olacak eylemler nedeni ile hüküm giymesi hem kanunlar hem de içtihat tarafından kabul edilmemektedir. Ortaya çıkan tablo, anayasanın kuralların herkese eşit şekilde uygulanmasını emreden eşitlik prensibine aykırılık teşkil etmektedir. Zira aynı sonuca ulaşan eylemler, kişilere farklı hukuki yaptırımlar şeklinde geri dönmektedir. Bundan dolayı Amerikan Anayasası’nın 5. değişikliği/ekinde garanti altına alınan eşit koruma prensibinin, aynı statüdeki kişilerin aynı hukuki muameleye tabi olmasını gerektiği yönündeki ilkesi ihlal edilmektedir.¹⁹⁷

¹⁹⁷ T. KOLE-L. KADETSKY; sf. 228.

People v Ford davasında ileri sürülen anayasanın eşit koruma prensibine aykırılık iddiası mahkeme tarafından reddedilmiştir. Mahkemeye göre eyaletlerin potansiyel insan yaşamını korumak amacı ile kabul ettikleri cenin öldürme suçunu düzenleyen hükümler anayasaya aykırı değildir. Hekimin kontrolünde yasal sınırlar içerisinde gerçekleştirilen kürtaj ile annenin rızası dışında, ceninin ölümüne neden olan eylemler hukuk nazarında aynı statüde yer alamazlar. Dolayısıyla, aynı eyleme farklı hukuki sonuçların bağlanması sözkonusu olmadığından eşit koruma prensibinin de ihlal edildiği söylenemez. Mahkeme ayrıca, bir kadının en azından ilk üç ay içerisinde hamileliğini sonlandırabilmesi anayasal bir hak olarak tanımlanmaktadır. Bu kadının hamileliğini bitirmek bakımından mahremiyet hakkı dolayısıyla hukukça korunan bir menfaatinin ya da yararının olduğunu göstermektedir. Oysaki saldırganın hamileliğin bitirilmesi bakımından hukuk tarafından korunan bir yararının ya da menfaatinin olduğu söylenemez. Kaldı ki, eyaletlerin potansiyel yaşamı koruma kanusunda hukuki menfaatleri vardır. Mahkeme bu gerekçelerle eşit koruma prensibinin ihlal edilmediğine karar vermiştir. State v Merill davasında da gündeme gelen bu iddia aynı gerekçelere dayanılarak reddedilmiştir. Bu davada mahkeme, anayasa tarafından korunan kadının mahremiyet hakkının, ona belirli bir dönem içerisinde eyaletlerin müdahalesi olmaksızın hamileliğe son verebilmesi imkanını tanıırken, hukuki sınırın geçilmesi ile birlikte eyaletlerin potansiyel yaşamı koruma hususundaki menfaati gündeme gelmektedir. Dolayısıyla kadının mahremiyet hakkı 3. kişilerin eylemlerini kapsamamaktadır ve eşit koruma prensibinin ihlali sözkonusu değildir.¹⁹⁸

İkinci anayasaya aykırılık iddiası ise hukuki esaslara uygun yargılanma hakkının¹⁹⁹ ihlal edildiğidir. Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin daha önce vermiş olduğu bir kararda Anayasanın 5. ve 14. maddelerini yorumlarken, kişilerin keyfi cezalara maruz kalmaması için ceza kanunlarında suçun unsurlarının açık bir biçimde tanımlanması gerektiği vurgulanmıştır. Suç niteliğindeki eylemin açıkça tanımlanması bireyi bu davranıştan uzak tutarak onun ceza alması önlenecektir. Bu şekilde kişilerin muğlak kanun maddelerine dayanılarak cezalandırılmasının yani

¹⁹⁸ A. S. WASSERSTROM; ALR 5th, § 14. Equal Protection.

¹⁹⁹“Due Process” olarak adlandırılan bu prensip, kişilerin hukuki haklarının sınırlandırılmasında anayasa federal devlete ve eyaletlere usulüne uygun işlem ve yargılama yükümlülüğü getirmektedir. Anayasanın 5. maddesi bu büyüklülüğü kongreye yüklerken 14. maddesi de eyaletlerin bu prensibe uygun davranması zorunluluğunu getirmektedir.

keyfiligin önüne geçilmiş olunacaktır. Dolayısıyla suçun, bireyin anlayacağı şekilde açık bir ifade ile düzenlenmemesi ayasaya aykırılık teşkil edecektir.²⁰⁰

Ceza kanunları ile anayasanın bu konuda çeliştiğini öne sürenlerin iddiaları ise şu şekilde özetlenebilir; anayasa herhangi bir suçun unsurlarının açıkça belirlenmesini emrederken, yapacağı eylemler dolayısıyla tanımlanan suçun gerçekleştirilecek olan kişinin bir bakıma dikkatini çekerek onun bu eylemi yapmamasını sağlamak istemektedir. Zira kişi suçu meydana getiren eylemin ne olduğunu bilirse, o hareketten kaçınabilecektir. Diğer taraftan suçun unsurları açık değil ise, suçun ne şekilde meydana geleceği açık olmayan hükümler nedeni ile o suçu işleme arzusunda olmayan kişilerin keyfi olarak cezalandırılması sözkonusu olabilecektir ki hukuk güvenliği açısından bu durum kabul edilemez. İlgili ceza kanunlarına bakıldığında ise, pekçok düzenlemenin eylemin yapıldığı sırada saldırganın kadınının hamileliği konusunda bir bilgiye sahip olup olmamasının ya da hamile olduğunu anlayabilecek durumda olup olmadığını bir unsur olarak kabul etmemektedir. Dolayısıyla ceninin varlığından haberi olmayan bir kişi, sadece kadına saldırıda bulunma amacını güderken cinayet işlemiş olmaktadır. Konunun bir başka yönü ise, ceza kanunlarının cenini mağdur olarak tanımlanması için kullanmış oldukları “quick-ilk hareket” ya da “viable-yaşayabilme” kriterlerinin kesinlikten uzak olmasıdır. Örneğin “quick” kriterini benimseyen hukuk düzenlerinde, cinayetin gerçekleşip gerçekleşmemesi, kadının ceninin ilk hareketini eylem öncesinde hissetmesine bağlıdır. Bu nedenlerden ötürü suçun tanımlanması açık değildir ve bu düzenlemelerin anayasaya aykırı olduğu şeklinde bir sav ileri sürülmektedir.²⁰¹

Bu iddiaların dile getirildiği Smith v Newsome davasında, Georgia kanunlarının, “quick” aşamasına gelmiş olan ceninin öldürülmesini cinayet olarak tanımlaması davalı tarafından muğlak bir ifade olarak değerlendirilerek anayasaya aykırılığı ileri sürülmüştür. Bu iddiayı reddeden mahkeme, eylemin gerçekleştiği sırada hamileliğin tıbbi bilgilere göre “quicken” aşamasına geldiği ve de çocuğunu

²⁰⁰ M. ROBINS; “The Fetal Protection Act: Redefining “Person” for the Purposes of Arkansas Criminal Homicide Statutes” Arkansas Law Review, V. 54, 2001, sf. 89, T. KOLE-L. KADETSKY; sf. 230.

²⁰¹ M. ROBINS; 89, T. KOLE-L. KADETSKY; sf. 230.

kaybeden kadının da ceninin hareketini eylemden önce fark ettiğine ilişkin beyanını değerlendirmiştir. Dolayısıyla, otopsi ile eylem anında ceninin hangi aşamada olduğunun tesbit edilebilmesi ve bu bilginin de kadının ifadesi ile paralellik göstermesi, yargılama bakımından kanunda yer alan düzenlemenin muğlak olmadığı sonucuna varmak için yeterli görülmüştür.²⁰²

Fakat bu konuda yaşanan asıl problem, kadının hamile olduğunun saldırgan tarafından bilinmemesidir. Eyaletlerin bir bölümü bu problemi “transferred intent-aktarılmış maksat” kuramı ile aşmışlardır. Bu kurama göre, bir kişiyi öldürmeye çalışan kişi yanlışlıkla başka birini öldürürse,

kullanmaktadır; bunlardan birincisi suçun ağırlığı ile cezanın ağırlığının orantılı olması, ikincisi; suçun düzenlendiği hukuk düzeninde mağdura karşı işlenen diğer suçlarda verilen cezalarla uyumlu olması, üçüncüsü ise; diğer hukuk düzenlerinde (diğer eyaletlerin hukuk düzeni veya federal ceza hukukunda) mağdura verilen cezalarla uyumlu olması. Bu üç kriter de sözkonusu ceza bakımından uygunluk gösteriyorsa, cezanın zalimane ya da olağandışı olmadığı kabul edilmektedir.²⁰⁶

Yukarıda sayılan üç kıstastan son ikisi mevcut hukuk düzenlerine uygulandığında, federal ve eyalet kanunlarının kendi içerisinde uyumlu ve tutarlı bir görünüm sergiledikleri muhakkaktır. Fakat bu konuda asıl itiraz edilen husus zaten birinci kıstasın ihlali iddiasına dayanmaktadır. Yapılan eleştirilerin temelini, cenin ile kişilerin aynı hukuki korumadan yararlanmasının yanlışlığı üzerine kurulmaktadır. Bunun için de en önemli dayanak Roe v. Wade davasında mahkemenin kişiliğin başlangıcı için sağ doğum esasını kabul etmesidir. Yüksek Mahkemenin doğum öncesi cenine kişiliği tanımaması aynı zamanda hukuki bakımdan da daha alt düzeyde korunduğunun göstergesidir. Nitekim kürtajın yasak olduğu 6. aydan sonra dahi kadının hayatı tehlikede ise kadının menfaatini korumak adına kürtaja izin verilmektedir. Bu nedenle cenin hukuki bakımdan kişilerden daha alt düzeyde bir varlıktır ve kişilerin öldürülmesinin sonucuna bağlanan cezalar ile ceninin yok edilmesine bağlanan cezalar aynı şiddette olmamalıdır.²⁰⁷

Ceninin yok edilmesi ile kişinin öldürülmesinin aynı cezayı öngörmemesi gerektiğini savunanların bir diğer argümanı ise, özellikle hamilelik döneminin başlarında dışarıdan müdahale olmaksızın doğal yollardan çocuk düşebilmesi ve bu durumun sayısal olarak dikkatten kaçmayacak bir düzeyde olmasıdır. Dolayısıyla cenin, yapısı gereği biyolojik varlığını devam ettirebilmek adına oldukça hasas bir varlıktır. Bu kadar hasas bir varlığın yok edilmesi ile kişilerin öldürülmesi arasında ceza anlamında bir fark olmalıdır.²⁰⁸

Nihayetinde bu argümana dayanılarak anayasaya aykırılık iddiasında bulunulan People v Bunyard davasında, karısının başına ateş ederek öldüren bir

²⁰⁶ T. KOLE-L. KADETSKY; sf. 232.

²⁰⁷ Aynı yer.

²⁰⁸ M. ROBIN; sf. 93.

adamın aynı zamanda ceninin ölmesine sebep olması nedeni ile iki adam öldürme suçunun meydana geldiğine karar vermiş ve sanığı idam cezasına çarptırmıştır. Anayasaya aykırılık iddiasında bulunan sanığın iddiasını reddeden mahkeme, Amerikan Yüksek mahkemesinin kıstaslarını olaya uygulayarak verilen cezanın olağandışı ya da zalimane olmadığı sonucuna varmıştır. Ceninin öldürülmesi eylemine daha az ceza verilmesi gerektiği savını incelerken de, bu iddianın eski dönem hukukuna ait bir yaklaşım olduğunu ifade etmiştir. Kanun koyucunun yaşayabilme kabiliyetine sahip olan cenin ile doğmuş olanı adam öldürme suçları bakımından aynı statüde değerlendirmesi, saldırganın eyleminin ikinci sonucu açısından daha az ceza alması gerektiği savını çürütmektedir. Yapılan eylemi büyük bir suç olarak nitelendiren mahkeme anaysanın 8. maddesinin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.²⁰⁹

Bizim yapmış olduğumuz incelemeye göre, 2007 Ocak ayına kadar cenini mağdur olarak tanımlayan ceza kanunlarının anayasaya aykırılığı iddiası mahkemeler tarafından kabul edilmemiştir.

1-3-2 Avrupa Ülkeleri Hukuk İç Düzenleri

Bu başlık altında özellikle kıta Avrupası hukuk sistemlerinin konuya bakış açısını ortaya koymaya çalışacağız. Geleneksel Amerikan Hukuk sistemi ile aynı tabanı paylaşan İngiliz Hukuk düzeni, gereksiz bir tekrar yapmamak adına bu bölüm altında ayrıca incelenmeyecektir. Amerikan Hukuk düzenini ele alırken uyguladığımız yönteme paralel olarak kürtaj, özel hukuk ve ceza hukuku başlığı altında Kıta Avrupa hukuk düzenlerinin genel yaklaşımı belirlenmeye çalışılacaktır.

1-3-2-1 Kürtaj Yasaları Bakımından

Avrupa ülkelerinin hukuk düzenlerine genel olarak bakıldığında, kürtaj konusundaki yaklaşımlarının kadın açısından özgürlükçü bir niteliğe sahip olduğu söylenebilir. Bununla birlikte kürtajın çok sıkı koşullara bağlandığı ve hatta yasaklandığı ülkeler de mevcuttur. Örneğin Malta ve Vatikan, hiç bir durumda kütaja

²⁰⁹ People v. Bunyard, 249 Cal.Rptr. 71, Cal 1988, sf. 829, 830.

izin vermezken, Monako, Lihteştayn, San Marino, Andora ve İrlanda sadece hamile kadının hayatı tehlikeye girdiği durumlarda kürtaja müsaade etmektedir.

Avrupa ülkelerinin büyük çoğunluğu kadının talebi haricinde başka bir neden aramaksızın hamileliğin belirli bir döneminde kürtaj yaptırılmasına izin vermektedir. Hamileliğin ilk 12 haftası içerisinde kadının iradesine bağlı olarak kürtaj yaptırılmasına izin veren ülkeler şunlardır; Arnavutluk, Avusturya, Belçika, Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Estonya, Fransa, Gürcistan, Almanya, Yunanistan, Letonya, Litvanya, Lüksemburg, Moldova, Norveç, Romanya, Rusya Federasyonu, Slovakya, İsveç, İsviçre, Ukrayna. Türkiye bu konu'daki en kısa süre olan 10. haftayı tercih ederken, Hollanda en uzun süre olan 13. haftayı yasal izin sınırı olarak belirlemiştir.

Finlandiya, İzlanda, İtalya, Polonya, Portekiz, İspanya ve İngiltere'de kürtaja izin verilmesi belirli nedenlere dayandırılmaktadır. Dolayısıyla sadece kadının talebi kürtajın yapılmasına hukuki gerekçe oluşturmamaktadır.

Arnavutluk, Belçika, İtalya, Rusya Federasyonu, İspanya ve İngiltere'de hamilelik nedeni ile kadının yaşamı tehlikede ise, kürtajın yaptırılmasında bir üst sınır konulmamıştır. Fakat Avrupa ülkelerinin önemli bir kısmı kadın sağlık nedenleri ile kürtaj uygulamasına 20 ile 28 hafta arasında değişen zaman aralıklarında izin vermektedirler.

Bu kıstaslar haricinde hamileliğin tecavüz ya da cinsel bir suç sonucunda gerçekleşmesi, sosyal nedenler, sosyo ekonomik nedenler gibi bir takım kriterlere göre de her ülke mevzuatının hamileliğin farklı zamanlarında kürtaja izin verilebilmektedir.

Genel bir özetleme yapılacak olursa; Avrupa ülkeleri arasında sınırsız kürtaj uygulaması sözkonusu değildir.²¹⁰ Buna karşın Vatikan ve Malta'da kürtaj tamamen

²¹⁰ Dünyada kürtaj konusunda herhangi bir hukuki düzenlemeye sahip olmayan 2 ülke vardır; Kanada ve Çin. Bu ülkelerde kürtaj herhangi bir şekilde düzenlenmediği için hukuki platformda ne süre ne de koşullar bakımından bir sınırlama sözkonusu değildir.

yasaktır. Sadece kadının iradesine bağlı kürtaj uygulaması yaygın bir şekilde kabul edilirken, üst sınır 22 ile 28 hafta arasında değişmektedir.

Türkiye’de ise kürtaj ile ilgili düzenlemelerin iki temel kaynağı vardır. Bunlardan ilki 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkındaki Kanun²¹¹, diğeri ise Türk Ceza Kanunu’dur²¹². Nüfus Planlaması Kanunu’na göre, gebeliğin 10. haftası doluncaya kadar annenin sağlığı açısından tıbbi bir sakınca olmadığı takdirde istek

²¹¹ İlgili maddeleri: Gebeliğin Sona Erdirilmesi :

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 zorunludur.

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.

Gebeliğin Sona Erdirilmesinde İzin:

MADDE 6.- 5. maddede belirtilen müdahale, gebe kadının iznine, küçüklerde küçüğün rızası ile velinin iznine, vesayet altında bulunup da reşit veya mümeyyiz olmayan kişilerde reşit olmayan kişinin ve vasinin rızası ile birlikte sulh hakiminin izin vermesine bağlıdır. Ancak akıl maluliyeti nedeni ile şuur serbestisine sahip olmayan gebe kadın hakkında rahim tahliyesi için kendi rızası aranmaz. 4. maddenin ikinci ve 5. maddenin birinci fıkralarında belirtilen ve rızaları aranılacak kişiler evli iseler, sterilizasyon veya rahim tahliyesi için eşin de rızası gerekir. Veli veya sulh mahkemesinden izin alma zamana ihtiyaç gösterdiği ve derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde izin şart değildir.

²¹² **MADDE 99- (1)** Rızası olmaksızın bir kadının çocuğunu düşürten kişi, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Tıbbî zorunluluk bulunmadığı hâlde, rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşürten kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu durumda, çocuğunun düşürülmesine rıza gösteren kadın hakkında bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.

(3) Birinci fıkrada yazılı fiil kadının beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarara uğramasına neden olmuşsa, kişi altı yıldan oniki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır; fiilin kadının ölümüne neden olması hâlinde, onbeş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(4) İkinci fıkrada yazılı fiil kadının beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarara uğramasına neden olmuşsa, kişi üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır; fiilin kadının ölümüne neden olması hâlinde, dört yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(5) Rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftayı doldurmamış olan bir kadının çocuğunun yetkili olmayan bir kişi tarafından düşürülmesi hâlinde; iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan diğer fiiller yetkili olmayan bir kişi tarafından işlendiği takdirde, bu fıkralara göre verilecek ceza, yarı oranında artırılarak hükmolunur.

(6) Kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması hâlinde, süresi yirmi haftadan fazla olmamak ve kadının rızası olmak koşuluyla, gebeliği sona erdirene ceza verilmez. Ancak, bunun için, gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sona erdirilmesi gerekir.

üzerine kürtaj yaptırılabilmesine izin verilmektedir. Hamilelik 10 haftanın üzerinde ise hamileliğin devamının annenin hayatını tehdit etmesi ya da edeceği veya doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacağı uzmanlar tarafından tesbit edildiği takdirde kürtaja izin verilmektedir. Dünyadaki genel uygulamadan farklı olarak Nüfus Planlaması Kanunu, evli kadının kürtaj yaptırabilmesi için eşinin rızasını aramaktadır.

2005 tarihinde yürürlüğe giren Yeni Türk Ceza Kanunu, Nüfus Planlaması Kanunu ile bazı farklılıklar taşımaktadır. Herşeyden önce, yeni kanunda kadının mağduru olduğu bir suç neticesinde gebe kalması halinde hamileliğin 20. haftasına kadar kürtaj yaptırabilmektedir. Eski Ceza Kanununda yer almayan bu hüküm, kürtajın uygulanabilme alanını batıdaki örneklerine uygun bir şekilde genişletmiştir. Dolayısıyla tecavüz neticesinde meydana gelen hamilelikler de artık sona erdirilebilmektedir.

Yeni kanunun getirmiş olduğu bir diğer değişiklik ise, kürtajın yaptırılması hususunda aranacak rızaya ilişkindir. Nüfus Planlaması Kanunu'nun 6. maddesi, evli kadının kürtaj yaptırabilmesini kocasının rızasına bağlarken, getirilen yeni düzenlemede rıza sahibi olarak sadece kadın ifade edilmektedir. Bu nedenle artık Türk Hukuk düzeninde evli kadının kürtaj yaptırabilmesi kocanın rızasına bağlı olmaktan çıkarılmıştır.

Özetle, Türk Hukuk sisteminde kürtaja izin verilen haller şu şekilde sıralanabilir. Kadın hamileliğin 10. haftasına kadar sadece kendi isteği doğrultusunda kürtaj yaptırabilmektedir. Tıbbi nedenler kürtaj yaptırmayı zorunlu kılıyorsa hamileliğin hangi dönemi olursa olsun kürtaj yaptırılması mümkündür. Kanunda tıbbi nedenler bakımından bir açıklık bulunmadığı için bu nedenlerin içerisine mental rahatsızlıkların girip girmediği ise tartışmalıdır. Fakat kanaatimizce tıbbi nedenler bakımından kanunun yapmamış olduğu bir ayırımın yorum yolu ile yapılmasının uygun olduğu düşüncesinde değiliz. Bu nedenle mental rahatsızlıkların da bu kapsam içerisinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Kürtaja izin verilen ve süre sınırlaması konulmayan bir diğer hal ise, ceninin deformasyonu ya da taşıdığı bir rahatsızlık nedeni ile ileri nesilleri etkileyebilecek bir durumun varlığıdır. Ve son olarak da

hamileliğin 20. haftasına kadar, hamilelik kadının mağdur olduğu bir suç nedeni ile ortaya çıkmışsa, kürtaj yaptırılmasına izin verilmektedir.

1-3-2-2 Özel Hukuk Bakımından Cenin ve Türkiye Örneği

Anglo Sakson ve geleneksel Amerikan Hukuku'nda kabul edilen kişiliğin sağ doğumla başlaması kuralı, Kıta Avrupası Hukuk sistemleri bakımından da geçerli olan bir ilkedir. Roma hukukunu temel alan sözkonusu hukuk düzenlerinin bu yaklaşımı, esasında Corpus Iuris Civilis'te yer alan ve gerçek kişi olmak için vücut bağımsızlığını arayan kuralın bir yansıması olarak değerlendirilmektedir.²¹³ Muhtemelen, Anglo Sakson Hukuku bakımından yapmış olduğumuz değerlendirmede belirttiğimiz üzere, sağ doğum kuralının Roma hukukunda da kabul edilmesi ve günümüze kadar ulaşması, uygulamada yaşanabilecek olası sorunları engellemesinden kaynaklanmaktadır.

Günümüzde Kıta Avrupasında uygulanan sağ doğum kuralı, ülke hukuk düzenleri içerisinde ve yazarlar tarafından bir takım küçük farklılıklarla yorumlanmaktadır. Örneğin Türkiye'nin iktisap ettiği İsviçre Medeni Kanunu ve Alman Medeni Kanunu, kişiliğin kazanımı için tam ve sağ doğumu gerçekleşmesini gerekli saymıştır. Yeni Türk Medeni Kanununda da muhafaza edilen bu kural, doktrinde farklı şekillerde yorumlanmaktadır. Bir görüşe göre, çocuğun vücudunun annenin vücudundan ayrılması yetmemekte ayrıca göbek kordonunun da kesilmesi gerekmektedir. Başka bir görüş ise göbek kordonunun atışlarının kesilmesini bir koşul olarak aramaktadır. Fakat genel kabul gören yaklaşım annenin vücudundan çocuğun tamamen ayrılmasının yeterli olduğudur.²¹⁴

Konunun tartışılan bir diğer yönü ise, sağ doğum koşulunun ne anlama geldiğidir. Örneğin Fransız Medeni Kanunu, sağ olarak doğan çocuğun aynı zamanda yaşayabilme kabiliyetine sahip olmasını aramaktadır. Alman, İsviçre,

²¹³ M. DURAL-T. ÖĞÜZ; *Kişiler Hukuku*, 7. Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2004, sf. 18., M. K. OĞUZMAN-Ö. SELİÇİ-S. OKTAY; *Kişiler Hukuku*, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2005, dpt. 1, 2.

²¹⁴ M. DURAL-T. ÖĞÜZ; sf. 15, S. S. TEKİNAY; sf. 206, M. K. OĞUZMAN-Ö. SELİÇİ-S. OKTAY; sf. 10.

Avusturya ve Hollanda²¹⁵ Medeni kanunları ise, sağ olarak doğmuş olan çocuğun ayrıca hayatına devam edebilecek durumda olmasını aramamaktadır.²¹⁶ Fakat bu hukuklar bağlamında tartışılan esas mesele, çocuğun ne zaman sağ doğmuş sayılacağıdır. Bir fikre göre çocuğun sağ doğmuş sayılması için nefes alması ve kalbinin çarpması gerekmektedir. Diğer bir yaklaşım ise, bu iki koşuldan sadece birinin olması sağ doğumun gerçekleştiğini göstermektedir. Genel olarak kabul gören görüş ise, çocuğun sağ olduğunu gösteren ibarelerin tek tek belirlenmesi yerine bunlardan herhangi birinin mevcudiyeti sağ doğumun gerçekleştiğinin ispatı olarak değerlendirilmesidir.²¹⁷

Özetle, Kıta Avrupası ülkelerinde²¹⁸ bazı küçük farklılıklar olmasına karşın kişiliğin başlangıcı sağ doğum kuralına göre belirlenmektedir. Fakat bu kuralın katı bir şekilde uygulanması doğum sonrasında çocuğun menfaatlerinin olumsuz şekilde etkilenmesine yol açacaktır. Kıta Avrupası hukuk düzenlerinin kaynağını oluşturan Roma Hukuku da, sağ doğum kuralını bazı istisnalar dahilinde kabul etmiştir. Doğum öncesinde cenine bir takım hakların tanındığı Roma Hukukunda, özellikle miras hukuku açısından ceninin menfaatlerini koruyucu bir takım kurallar geliştirilmiştir. Çocuğun doğumla birlikte sahip olacağı menfaatlerin korunması için, doğumun gerçekleşmesi şartına bağlı olarak hamilelik döneminde cenine bir takım haklar tanınmıştır. Söz konusu hakların korunması için bir kayyım tayin edilmekte ve böylelikle doğumun gerçekleşmesi ile birlikte haklara sahip olacak olan ceninin hamilelik döneminde zarara uğraması engellenmeye çalışılmıştır.²¹⁹

Günümüzde Roma Hukukunu takip eden modern hukuk sistemlerinin de kabul etmiş olduğu bu anlayış kendisini, miras hukuku ve haksız fiil hukuku alanında

²¹⁵ J. DORSCHIEDT; "The unborn child and the UN Convention on Children's Rights: the Dutch perspective as a guideline", The International Journal of Children's Rights v. 7: 1999, sf. 315.

²¹⁶ M. DURAL-T. ÖĞÜZ; sf. 16, 17.

²¹⁷ M. DURAL-T. ÖĞÜZ; sf. 16, S. S. TEKİNAY; sf. 206, M. K. OĞUZMAN-Ö. SELİÇİ-S. OKTAY; sf. 10., A. ARPACI; *Kişiler Hukuku, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1993, sf. 5.* Meselenin tıp bilimine bırakılması gerektiğini savunan bu yazarlara göre sağ doğumun ne zaman gerçekleştiği sorusuna hukuk bilimi cevap veremez. Örneğin doğduktan sonra nefes almayan bir bebeğin tıbbi imkanlar ile nefes alması sağlanabilir. Bu nedenle bizim ölümü tanımlamak için kullanacağımız kimi kriterler tıp bilimi bakımından geçersiz olabilir. Bir başka açıdan mesele ele alındığında, eğer nefes alma yaşam için bir kriter olarak değerlendirilirse, doktorun kalbi çalan ama nefes alamayan bir çocuğa müdahale etme yükümlülüğü de ortadan kalkar. Bkz. M. DURAL-T. ÖĞÜZ; sf. 15, dpt. 33.

²¹⁸ Yukarıda saymış olduğumu ülkeler dışında sadece kanunlarından kişiliğin başlangıcını sağ doğum esasına bağlayan bizim ulaşabildiğimiz diğer ülkeler ise İspanya ve İtalyadır.

²¹⁹ B. ERDOĞMUŞ; *Roma Hukuku, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1992, sf. 115.*

belirgin bir şekilde göstermektedir. Buna göre, cenin anne karnındayken mirasçı sıfatını kazanabilmektedir. Fakat her ne kadar cenin henüz doğmadan mirasçı sıfatını kazanıyor olsa da eğer sağ doğum gerçekleşmez ise sanki cenin hiç bu sıfatı kazanmamış gibi tereke dağıtılır.²²⁰ Aksi takdirde cenin doğum öncesi mirası iktisap ettiği için, elde ettiği menfaat ceninin ölümü durumunda ona miras bırakanın mirasçılarına değil bizzat ceninin mirasçılarına geçmiş olacaktır.

Cenine sağ doğum koşulu ile tanınan bir diğer hak ise, ceninin doğumdan önce uğramış olduğu bir zararın tazminini isteyebilmesidir. Örneğin sağ doğan çocuk için henüz doğmadan önce babasının öldürülmesi sonucu onun destekten yoksun kalmış olması yüzünden uğradığı zararın tazmini istenebilir. Bunun yanında çocuk ana rahminde iken yapılan bir müdahale sonucunda sakat doğarsa, yine bu eylem dolayısıyla tazminat istenebilmektedir.²²¹

Bununla birlikte, özürlü doğan bir çocuğun tatminsiz bir hayat sürmesi nedeni ile doğumuna izin veren anne veya babasına karşı ya da doktordan tazminat isteyip isteyemeyeceği tartışmalıdır.²²² Amerikan Hukukunda daha önce değindiğimiz “Wrongful birth” davasının Kıta Avrupasında da uygulanmaya başlandığını gösteren davalar vardır. Örneğin Fransız Yargıtayı 2000 yılında vermiş olduğu Perruche kararında, cenin ana rahmindeyken geçirilen kızamıkçık hastalığı nedeni ile özürlü doğan çocuğun, bu hastalığın doğacak çocuk üzerinde olumsuz etkiler bırakabileceği yönündeki bilgiyi anneye iletmeyen doktor ve ilgili kişilerin belirli bir miktar tazminat ödemesi gerektiğine karar vermiştir. 2000 yılında verilen bu karar yoğun tartışmalara neden olmasına karşın mahkeme, bu konudaki içtihadını koruyarak 5 ayrı davada da benzer sonuçlara varmıştır.²²³

Genel olarak anlatmaya çalıştığımız Kıta Avrupa hukuk düzeninden sonra, Türk Medeni Hukukunun da benzer düzenlemelere sahip olduğunu söyleyebiliriz. Yukarıda da belirtildiği üzere Türk Hukukunda kişinin başlangıcı tam ve sağ doğum esasına göre belirlenmektedir. Fakat hak ehliyeti sağ doğmak koşulu ile ana rahmine düştüğü andan itibaren başlamaktadır. Dolayısıyla çocuğun doğumuna yani kişilik

²²⁰ M. K. OĞUZMAN-Ö. SELİÇİ-S. OKTAY; sf. 15.

²²¹ Aynı yer.

²²² Aynı yer.

²²³ A. MORRIS- S. SAINTIER; “To be or not to be: Is that the Question? Wrongful Life and Misconception”, Medical Law Review, Oxford University Press, Summer 2003, sf. 168, 169.

kazanmasına bağılı olarak ceninin anne karnında haklara sahip olabilmesi mümkündür. Bunun en belirgin örneği miras hukukunda kendisini göstermektedir. Medeni Kanun'un 582. maddesi ceninin sağ doğmak koşulu ile mirasçı olabileceğini öngörmektedir. Bu madde esasında 28/2. maddede yer alan "çocuk sağ doğmak şartıyla ana rahmine düştüğü andan itibaren medeni haklardan istifade eder" prensibinin bir yansımasıdır.²²⁴

Ceninın korunmasına yönelik miras hukukundaki bir diğer düzenleme ise 643. maddede yer almaktadır. Bu maddeye göre de mirasın açıldığı tarihte mirasçı olabilecek bir cenin varsa paylaşım doğuma kadar engellenir. Bu şekilde tam ve sağ doğum olayının gerçekleşmesi ile kişilik kazanacak olan çocuğun mirastaki payı korunmuş olur. Kanun koyucu ceninin miras payının korunması için ayrıca madde 427/3'de ceninin menfaatleri doğrultusunda terekedeki payının korunması amacıyla kayyım atanması mümkün olabilmektedir.

Türk hukukunda haksız fiil hükümlerine göre de, ceninin dava hakkına sahip olduğu kabul edilmektedir. Borçlar Kanunu'nun 45. maddesi adam öldürme eylemi neticesinde meydana gelen zararların tazminini düzenlemektedir.²²⁵ Maddenin ikinci fıkrasında, ölen kişinin desteğinden mahrum kalanların, bu mahrumiyet nedeni ile oluşan zararının tazmin edilebileceği öngörülmektedir. Yargıtay, destekten yoksun kalanlar içinde ölüm anında ana rahmine düşmüş olan ceninin de olduğunu kabul etmektedir.²²⁶

²²⁴ M. K. OĞUZMAN; Miras Hukuku, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1995, sf. 263.

²²⁵ A) Ölüm takdirinde zarar ve ziyan

Madde 45 – Bir adam öldüğü takdirde zarar ve ziyan, bilhassa defin masraflarını da ihtiva eder. Ölüm, derhal vukubulmamış ise zarar ve ziyan tedavi masraflarını ve çalışmağa muktedir olamamaktan mütevellit zararı ihtiva eder.

Ölüm neticesi olarak diğer kimseler müteveffanın yardımından mahrum kaldıkları takdirde, onların bu zararını da tazmin etmek lazımgelir.

²²⁶ Yarg. 4. HD. 23.10.1984, E. 1983/6447, K. 1984/2849; Dava, desteğin ölümtünden sonra doğan çocuğun (cenin) maddi ve manevi tazminatı isteğidir... Davacının doğmadan önce cenin halinde iken desteği olan babasının ölümü nedeniyle BK. nun 45,47. maddeleri uyarınca maddi ve manevi tazminat isteyebileceğinde kuşku yoktur... Hukukumuzda, ceninin medeni haklardan yararlanma (hak ehliyeti) ehliyetinin, gerektirici koşula bağılı bir ehliyet olduğu kabul edilmektedir. Kural olarak medeni haklardan yararlanma ehliyeti, ceninin kişilik kazandığı anda (tam olarak sağ doğum) gerçekleşir. Ancak geriye etkili olarak ana rahmini düştüğü günden itibaren hüküm Olayımızda destek olan baba 7.9.1980 tarihinde ölmüş davacı Belgizar 25.12.1980 günü doğmuştur. Babanın ölüm gününde davacının kişiliği henüz gerçekleşmemiş, cenin halindedir. Sağ ve tam doğum koşulu ile medeni haklardan yararlanacağı, desteğin yitirilmesi nedeniyle maddi ve manevi tazminat isteyebileceği benimsendiğine göre bu hakkı kullanma zamanının başlangıcının sağ ve tam doğumun

Yine Borçlar Kanunu'nun 47. maddesi ölüm halinde ölen kişinin ailesinin uğradığı manevi zararın tazminini öngörmektedir.²²⁷ Yargıtay, tazminat isteyebilecek aile kavramı içersininde, ceninin de bulunduğunu belirtmiştir.^{228/229}

Bu örneklerin dışında, sağ doğan çocuğun hamilelik döneminde gerçekleşen bir müdahale neticesinde bir zarar meydana gelirse, yine haksız fiil hükümleri uyarınca tazminat isteyebilmektedir. Yargıtay bu konuda bir adım öteye giderek, hamilelik aşamasında bedensel anamolisi tesbit edilmeden doğan çocuk adına hamileliği takip eden doktor ve hastaneye karşı açılan maddi ve manevi tazminat davasını kabul etmiştir.²³⁰ Dolayısıyla Fransız Yargıtayının 2000 yılında vermiş olduğu karardan 2 sene sonra, Türk Mahkemeleri de Amerikan Hukukunda "wrongful birth" davası olarak tanımlanan davayı kabul etmiş olmaktadır.

gerçekleştiği 25.12.1980 gününü kabul etmek gerekir. Zamanaşımı süresinin başlangıcı, ana rahmine düşme anı kabul edilemez. Ayrıca; davacının kanuni temsilcisi (veli) annesi olmasa, veya evlilik dışı doğum sonucu kendisini temsile yetkili kimse bulunmasa idi, zamanaşımı başlangıcını, atanacak kazaE temsilci (vasi)nin zarara ve faile itila tarihinden başlatmak gerekecektir...

²²⁷ C) Manevi tazminat

Madde 47 – Hakim, hususi halleri nazara alarak cismani zarara düşer olan kimseye yahut adam öldüğü takdirde ölünün ailesine manevi zarar namıyla adalete muvafık tazminat verilmesine karar verebilir.

²²⁸ Bkz. dpt. 260, Yarg. 4. HD. 12.10.1983, E. 1983/7784, K. 1983/8331; ...Dava trafik kazasından doğma manevi tazminat isteğidir. Kazada ölen Cevahir, davacılarından M. Sait'in oğlu ve diğerlerinin kardeşidir. BK.nun 47. maddesi hükmüne göre adam öldüğü takdirde ölünün ailesine manevi zarar namı ile adalete muvafık tazminat verilmesine karar verilebilir. Nitekim mahkemece de yasaya uygun olarak baba ile bir bölüm kardeş yararına manevi tazminata hükmedilmiştir.

Ancak kardeşlerden Muhsine, Ramazan, Tokman ve Saime'nin yaşlarının küçük olmaları nedeni ile bir acı duymayacakları benimsenip onların isteklerinin reddine karar verilmiştir. Oysa manevi tazminat yalnız çekilen acılara değil, çekilecek acılara karşılık da takdir olunur. Nitekim bu gibi olaylarda sağ doğması kaydıyla olay gününde anarrahmine düşmüş çocuk yararına dahi böyle bir tazminata hükmedilmesi gerekmektedir. Gerçekten küçük davacılar yaşları itibarıyla olay günü acı çekme durumunda olmasalar bile ileride büyüdükleri zaman kardeşleri Cevahir'in bu şekilde kaybından ötürü bir ızdırap duyacakları muhakkaktır. O halde adları geçen davacılar yararına da manevi tazminat takdiri gerekirken isteklerinin belirtilen gerekçe ile reddine karar verilmiş olması bozmayı gerektirir.

²²⁹ Yargıtay bir kararında babasının uğradığı haksız fiil neticesinde, olay anında ana rahmine düşmemiş ceninin tazminat hakkını kabul etmemiştir. Bkz. Yarg. 4. HD. 10.03.2005, E. 2004/10405, K. 2005/2205. : ...Uyuşmazlık, iş kazası sonucu iş göremez duruma düşen sigortalının iş kazasından sonra ana rahmine düşen ve sağ doğan çocuğunun manevi tazminat davası açıp açamayacağına ilişkindir.

Dava açabilme, taraf olma ehliyetine bağlıdır. Medeni haklardan yararlanma ehliyetine sahip her gerçek veya tüzel kişi, taraf olma ehliyetine de sahiptir. Çocuk hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder.

Babasının maruz kaldığı iş kazasının meydana geldiği tarihte henüz ana rahmine düşmemiş olan çocuk söz konusu iş kazası nedeniyle manevi tazminat isteyemez... . Somut olayda, küçük Oğuzhan Çocuk hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan başladığından hak ehliyetine sahip değildir. Bu nedenle, annesi tarafından velayeten açılan davanın reddi gerekirken...

²³⁰ M. K. OĞUZMAN-Ö. SELİÇİ-S. OKTAY; sf. dpt. 17.

Cenin hukuki kişiliği bakımından Kıta Avrupası Hukuk sistemine dahil olan Türk Hukuku ve uygulaması, ana rahmine düşme anını hak ehliyetinin başlangıcı olarak kabul etmekte fakat bu ehliyet çerçevesinde kazanılan haklar tam ve sağ doğum şartı gerçekleşinceye kadar (yani kişilik kazanımına kadar) askıda kalmaktadır. Eğer tam ve sağ doğum gerçekleşmez ise, geciktirici şarta bağlı olarak kazanılan haklar ortadan kalkmaktadır. Bu düzenleme şekliyle, ceninin kişiliği olmaması dolayısıyla elde edemeyeceği hakların korunması sağlanmaktadır.

1-3-2-3 Avrupa Ülkeleri Ceza Hukuku'nda Cenin ve Türkiye Örneği

Kıta Avrupa ülkelerinin büyük bir bölümü, ceza hukuku alanında kişiliğin başlangıcı için sağ doğum ilkesini kabul etmektedir. Fakat sözkonusu sağ doğumun ne zaman gerçekleştiği tartışmalı bir meseledir. Bir görüşe göre yaşam doğumla birlikte başladığı için doğum sürecinin başlaması hukuk tarafından korunacak olan kişinin de ortaya çıkması anlamına gelmektedir. Normal doğum bakımından sancuların başlangıcı, sezeryan ile doğum gerçekleşiyorsa ana rahminin açılması ile birlikte doğum süreci başlar ve pozitif hukuk nazarında cenin artık anne vücudundan henüz ayrılmamış olsa bile kişiliğine sahip bir varlık olduğu kabul edilmelidir.²³¹ Alman Ceza Hukuku'nda da kabul edilen bu görüşe göre, normal doğum için ortaya çıkan ağrıların yapay ya da doğal olmasının da bir önemi yoktur.²³²

Bununla birlikte farklı kriterleri savunan yazarlar da sözkonusudur. Bir grup yazar en azından annenin vücudundan bir parçanın ayrılmış olması gerektiğini savunurken, başka bir görüşe göre ise özel hukukta kullanılan tam ve sağ doğum koşulunun ceza hukuku bakımından da geçerli olması gerekmektedir.²³³ Fakat hangi kıstas kabul edilirse edilsin, ceza hukuku bakımından doğum öncesi kişiliğin başlangıcı sözkonusu değildir. Dolayısıyla kişilere karşı işlenen suçlar bakımından

²³¹ D. TEZCAN-M. ERDEM-M. ÖNOK; Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayınları, 4. Baskı, Ankara, 2006, sf. 99.

²³² S. DÖNMEZER; Kişilere ve Mallara Karşı Cürümler, Beta Yayınları, 17. Baskı, İstanbul, 2004, dpt. 7.

²³³ D. TEZCAN-M. ERDEM-M. ÖNOK; dpt. 7, S. DÖNMEZER; sf. 12.

ceninin mağdur sıfatını kazanabilmesi, bizim tesbit edebildiğimiz kadarıyla Hollanda Ceza Hukuku'nu bir kenara bırakacak olursak mümkün değildir.

Kanunlarına ulaşabildiğimiz ülke hukukları içerisinde²³⁴, Avrupa'daki genel eğilimden farklı olarak ve de daha çok ABD'deki gelişmelere paralel bir düzenleme, Hollanda Ceza Kanunu'nda görülmektedir. Hollanda Ceza Kanunu'nun 82a. maddesinde adam öldürme suçunu tanımlanırken, bu tanım içerisine anne vücudundan ayrıldığı takdirde yaşayabilme kapasitesine sahip olan ceninin de gireceğini belirtilmektedir.²³⁵ Bunun yanında ayrıca çocuk düşürtme suçuna da, 296. madde de yer verilmektedir.²³⁶ Dolayısıyla, Hollanda Ceza Hukuku'na göre ceninin yok edilmesine yönelik olarak gerçekleşen eylemler temelde iki farklı suç tipini oluşturmaktadır. Eğer sözkonusu eylem cenin yaşayabilme kapasitesine sahip olduğu anda yapılıyorsa bu hareket adam öldürme suçu olarak kabul edilmektedir. Fakat eğer bu eylem 296. madde kapsamı içerisine girecek şekilde yani cenin yaşayabilme kapasitesine sahip olmadan evvel yapılıyorsa o zaman çocuk düşürtme suçu gerçekleşmektedir.²³⁷ Bununla birlikte eğer annenin hayatı tehlikede ise yaşayabilme kabiliyetini kazanmış olan ceninin kürtaj yolu ile öldürülmesi 82a maddesinin kapsamı içerisinde değerlendirilmemektedir.²³⁸

²³⁴ Ulaşabildiğimiz ceza kanunları şu ülkelere aittir; Fransa, Almanya, İtalya, Finlandiya, Norveç, Yunanistan ve Hollanda. Bu bölümde ele aldığımız "çocuk düşürtme suçları" ile ilgili yorumlarımız da bu kanunlar çerçevesinde yapılmıştır.

²³⁵ 82a. The term 'to take the life of another person or of a child at the time of birth or shortly after birth' includes the killing of a fetus which may reasonably be assumed to be capable of remaining alive outside the mother's body."

²³⁶ Title XIXA

Termination of Pregnancy

Section 296. Any person who provides a woman with treatment and knows or may reasonably assume that pregnancy may be terminated as a result shall be liable to not more than four years and six months' imprisonment.

Where the act results in the death of the woman, the person shall be liable to not more than six years' imprisonment.

Where the act is committed without the woman's consent, the person shall be liable to not more than 12 years' imprisonment.

Where the act is committed without the woman's consent and also results in her death, the person shall be liable to not more than 15 years' imprisonment.

The act referred to in the first paragraph shall not be punishable if the treatment is provided by a physician in a hospital or clinic in which such treatment may be provided under the Law on the termination of pregnancy.

²³⁷ S. GEVERS; "Abortion Legislation and the Future of the 'Counseling Model'", European Journal of Health Law V.13, 2006 sf. 31, 32.

²³⁸ J. DORSCHHEIDT; sf. 314.

Hollanda Ceza Hukuku bakımından ifade ettiğimiz “çocuk düşürtme suçu”, esasında kürtaj yasakları ile birlikte ceninin zarar görebileceği eylemlerden koruması bakımından kıta Avrupası ülkelerinde kullanılan genel bir düzenlemelerdir. Bu suç kalıbı, annenin 3. kişilerin müdahalesi ya da kimi durumlarda kendi hareketi nedeni ile çocuğunu düşürmesini ceza hukuku anlamında yaptırıma bağlamaktadır. Bu düzenlemelerin sağladığı hukuki yarar bakımından da farklı düşünceler ortaya konulmaktadır. Örneğin bir görüşe göre gelecekteki yaşam korunmaktadır²³⁹, başka bir yaklaşım ise ceninin yaşamının korunduğunu iddia edilmektedir ki²⁴⁰ Almanya, Hollanda, İspanya, Avusturya ve İsviçre Mevzuatı korunan hukuki yarar olarak bu düşünceyi kabul etmektedir.²⁴¹ Bir diğer görüşe göre ise yapılan müdahale aynı zamanda kadın üzerinde de olumsuz sonuçlar doğuracağı için, bu tür eylemlerin yasaklanması ya da cezai yaptırıma tabi tutulması ile kadının korunması amaçlanmaktadır.²⁴² Bizim kanaatimize göre burda esas üzerinde durulması gereken nokta hangi hukuki yararın kabul edildiği değil, bu hukuki yararın kime ait olduğudur. Eğer ceninin yaşamının ya da potansiyel yaşamının korunduğu ileri sürülüyor ve bundan kastedilen bizzat ceninin yaşama konusundaki veya sağ olarak doğma konusundaki menfaati ise, bu önermenin günümüzde kabul edilmiş olan pozitif hukuk ilkeleri ile çeliştiğini rahatlıkla söyleyebiliriz. Zira Kıta Avrupası hukukunda, pozitif hukuk bakımından korunabilecek menfaate sahip olanlar sadece doğmuş olan kişilerdir. Bu suç kalıbında ise henüz dünyaya gelmemiş bir varlığa karşı yapılacak olan müdahaleler yasaklanmaktadır ki, korunacak olan menfaat ceninin kaybedeceği hayat olamaz. Dolayısıyla herhangi bir hukuki menfaatin varlığından söz ediyorsak, farzedelim bu ceninin yaşamı olsun; korunan esas menfaat ceninin yaşaması ya da hayatta kalması hususunda toplumun sahip olduğu menfaattir. Eğer bu kural ihlal edilecek olursa, ceninin yaşamını kaybetmesinden dolayı menffati pozitif hukuk bakımından ihlal edilmeyecek fakat toplumun belirli bir değer yüklediği varlığın hayata veda etmesi nedeni ile toplumsal menfaat ihlal edilmiş olacaktır. Aksini düşünmek ceninin kişiliğini kabul etmemiz ve yaşam hakkına sahip olduğunu iddia etmemiz anlamına gelmektedir ki, biraz evvel

²³⁹ D. TEZCAN-M. ERDEM-M. ÖNOK; 205.

²⁴⁰ E. YURTCAN; Türk Hukukunda Kürtaj ve Uygulaması, İstanbul 1985, sf. 45.

²⁴¹ S. DÖNMEZER; sf. 197.

²⁴² E. YURTCAN; 45.

söylediğimiz üzere günümüz pozitif hukuk ilkelerine göre bunu söyleyebilmemiz mümkün değildir.

Ceninin çocuk düşürtme suçları bakımından korunmasının temel özelliklerinden birisi de, yapılan eylemlere verilen cezaların adam öldürme suçuna verilenlere oranla oldukça hafif olmasıdır. Niketim geleneksel Amerikan hukukunda da görülen bu yaklaşım, kişiler ile ceninin değer itibarıyla kanun koyucuların gözünde farklı statülerde olduğunun göstergesidir.

Hollanda örneğini bir kenara bırakacak olursak, bu noktaya kadar Kıta Avrupası için ifade ettiğimiz temel ilkelerin, Geleneksel Amerikan hukuk anlayışı ile büyük benzerlikler gösterdiği söylenebilir. Fakat çok önemli bir noktada iki hukuk anlayışı arasında bir farklılığın olduğunu belirtmemiz gerekmektedir. Bu nokta ise, doğum öncesinde gerçekleştirilen eylemlerin doğum sonrasında çocuğun ölümüne neden olması halinde hangi suçun oluşacağına ilişkindir. Hatırlanacağı üzere geleneksel Amerikan hukukunda, çocuğun doğduktan sonra ölmesine, anne karnında maruz kaldığı bir eylem neden olmuşsa, bu eylemi yapan kişinin adam öldürme suçu işlediği kabul edilmektedir. Oysaki, Kıta Avrupası bakımından bu durum bakımından ortaya konulan genel yaklaşım, adam öldürme suçunun değil çocuk düşürtme suçunun meydana geleceği yönündedir.²⁴³ Özel hukuk alanında doğum öncesinde şartlı olarak verilen bir takım hakların doğum gerçekleşmesi ile birlikte güncellik kazanması anlayışı ceza hukuku bakımından kabul edilmemektedir. Örneğin doğum öncesi ceninin zarar gördüğü bir haksız fiil nedeni ile doğum sonrasında cenin adına tazminat davası açılabilir. Çünkü artık ceninin hukukun tanıdığı ve kişiliğe sahip bir varlıktır. Dolayısıyla eylem doğum öncesinde gerçekleşmiş olsa bile somut durumda zararı gören gerçek bir kişi olduğu için eylemin yapıldığı ana bakmaksızın dava açılabilir. Fakat öbür taraftan bu eylem doğum sonrasında ceninin ölümüne neden olursa, ölen varlık her ne kadar hukuki menfaatleri olan bir kişi olsa da, ölüme neden olan eylemin yapıldığı anda cenin kişi olarak tanınmadığı için kişiye karşı işlenen bir suçun meydana geldiği kabul edilmemektedir.

²⁴³ S. DÖNMEZER; sf. 219, D. TEZCAN-M. ERDEM-M. ÖNOK; 207.

Türk Hukuku'na bakıldığında, Avrupa'da hakim olan yaklaşımın izlendiği görülmektedir. Ceza Hukuku sistemimizde, suçun mağduru ancak doğmuş kişiler olabilmektedir. Doğum öncesinde cenine karşı yapılabilecek ve ceninin mağdur olabileceği bağımsız suç niteliğinde bir hareket sözkonusu olamaz. Dolayısıyla cenine zarar verecek olan hareketler, ya annenin vücut bütünlüğüne karşı işlenen eylemler olarak ya da potansiyel yaşamın devam etmesi hususunda toplumun menfaatini korumak şeklinde değerlendirilebilir.

Ceninin yok edilemesi sonucunu doğuracak olan eylemler ise Türk Ceza Kanunu'nun 99. ve 100. maddelerinde, karışıklığa neden olabilecek bir ifade ile yani "Çocuk Düşürtme/Düşürme Suçu"²⁴⁴ başlıkları altında yaptırıma bağlanmıştır. Madde başlıkları karışıklığa neden olmaktadır; çünkü Türk Ceza Kanunu'nun 6. maddesi çocuğu; 18 yaşını doldurmamış kişi olarak tanımlar. Kanun metninde yer alan terimlerin gündelik dile göre değil hukuk siteminin ona verdiği anlama göre yorumlanması gerektiğinden basit bir mantık yürütmesi ile rahatlıkla şu sonuca varabiliriz; eğer çocuk 18 yaşının altında olan kişi ise, çocuk düşürtme/düşürme suçunun mağduru 18 yaşından küçük kişiler olmalıdır. Buna göre de mağdur ilk ihtimale göre dünyaya gelmiş çocukların ki; bu kanun metnini anlamsız kılar, ikinci ihtimalde ise 18 yaşından küçük kişi kavramının kapsamına cenin de dahil edilmek istenmiştir. Fakat bu ihtimalin doğru olduğunu kabul edecek olursak, ayrı bir çocuk düşürtme suçunun düzenlenmesi anlamsız bir hale gelir; çünkü cenin eğer kişi olarak kabul ediliyorsa, o zaman onun öldürülmesine yol açan eylemler diğer kişilerin ölümü için öngörülen düzenlemelerde olduğu gibi adam öldürme suçu olarak tanımlanmak zorundadır.

Öte yandan ceza hukukumuz bakımından tartışmasız kabul edilen yaklaşım, ceninin kişiliği olmadığı yönündedir.²⁴⁵ Nitekim eski ceza kanunu yürürlükteyken yargıtayın vermiş olduğu kararlar da bu yöndedir.²⁴⁶ Dolayısıyla ceninine yapılan

²⁴⁴ Bize göre hatalı olan bu tanımlama doktrinde yerleşmiş olduğu için ve de ceza kanunumuzda bu şekilde ifade edildiği için aynı şekilde çalışmanın içerisinde kullanılmıştır.

²⁴⁵ S. DÖNMEZER; sf. 12, D. TEZCAN-M. ERDEM-M. ÖNOK; 99, 100, D. SOYASLAN; Ceza Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002, sf. 94.

²⁴⁶ Yargıtay 2004 yılında vermiş olduğu bir kararda, hamile kadına saldırıda bulunan kişinin bu eylemi neticesinde ceninin ölmesi nedeni ile adam öldürme suçunun işlendiği iddiasını kabul etmemiştir. Mahkeme henüz doğmamış ceninin şahıs olarak kabul edilip adam öldürme suçundan mahkum edilemeyeceğini karara bağlamıştır. Bkz. Yarg. 1. CD. 17.12.2004, E. 2004/2133, K. 2004/4204; Bu

müdahale aslında, annenin vücut bütünlüğüne karşı yapılmış olan bir müdahale olarak adlandırılmakta, aynı müdahale doğum sonrasında gerçekleşirse kasten ya da taksirle adam öldürme suçu meydana gelmektedir. 99. ve 100. maddelerdeki çocuğun düşürtülmesi/düşürülmesi ifadelerinin yerine belki ceninin öldürülmesi ya da doğmamış çocuğun öldürülmesi veya hamileliğin sona erdirilmesi kavramlarının kullanılması daha uygun olabileceği düşüncesindeyiz.

Türk Ceza Kanunu'nun 99. maddesi, Nüfus Planlaması Kanunu'na paralel biçimde, kürtajın yasal olarak yapılma koşullarını belirledikten sonra bu koşullara uyulmadan yapılan kürtaj ya da çocuğun düşürülmesine neden olan eylemler ceza yaptırımına bağlanmaktadır. Dolayısıyla 3. şahsın müessir fiili neticesinde meydana gelecek olan düşük halleri de bu maddenin yaptırımına tabi olacaktır. Bununla birlikte 99. madde kürtaja izin verilen süreler içerisinde uzman olmayan bir kişi tarafından hamileliğin sona erdirilmesi eylemini de yaptırıma bağlamaktadır. Dolayısıyla kanunun bu madde ile amacı aynı zamanda kadının sağlığını korumaktır. Kanunun 100. maddesi ise kadının belirlenen süreler dışında kendi eylemi sonucunda çocuğunu düşürmesi halinde (kast aranmaktadır) ceza hukuku anlamında yaptırıma tabi olacağı düzenlenmiştir.

Özetle Türk Ceza Kanunu, ceninin kişiliğini tanımamaktadır. Bu nedenle ceninin zarar gördüğü eylemler bakımından kişiye karşı suçların uygulama alanı olmadığını söyleyebiliriz. Ceninin dolaylı yollardan korunması ise, diğer Avrupa Ülkelerine paralel olarak çocuk düşürtme/düşürme suçunun tanınması ile sağlanmaktadır.

şekilde Yargıtay Türk Ceza Hukuku bakımından ceninin kişiliğinin olamayacağına işaret ederken, aynı zamanda ceninin mağdur sıfatını alamayacağını ortaya koymuştur. Bir başka davada ise 8.5 aylık bir ceninin ölümüne neden olan kişinin yargılanması sadece hamile kadının öldürülmesine tam teşebbüs suçu çerçevesinde ele alınmıştır. Bkz. Yarg. 1. CD. 17.03.1998, E. 1998/100, K. 1998/722. Bu karar da göstermektedir ki, mahkeme ceninin gelişimi ne düzeyde olursa olsun adam öldürme suçunun oluşabilmesi için doğma şartını esas almaktadır. Halbuki eylem neticesinde cenin doğsa ve saldırgan cenine doğum sonrasında tekrar saldırırsa ve ölümüne neden olsa bu durumda 2. bir adam öldürme suçu gerçekleşecektir.

1-4 Ulusüstü İnsan Hakları Hukukunda Cenin

Günümüzde İnsan Haklarının gelişimi konusunda öncü rol oynayan uluslararası insan hakları düzenlemelerinin, iç hukuk düzenlerine yol gösterici işlevinin yanı sıra, oluşturulan denetim mekanizmaları ile insan haklarının hayata geçirilmesi bakımından hükümetlerin ürettikleri politika ve uygulamaları önemli ölçüde etkileyebilme gücü vardır. Bu nedenle uluslararası insan hakları normlarının, insan hakları hukuku içerisinde en önemli aktör olarak ön plana çıktığı söylenebilir.

Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin bir diğer niteliği ise ülkeler arasında uzlaşmış metinler olmalarıdır. Genellikle amaç mümkün olduğunca çok ülkenin sözleşmelere imza koymasından, bütün tarafların üzerinde anlaşma sağlayacağı bir metin ancak uzlaşma ile oluşturulabilir. Uzlaşma kelimesi asgari noktalarda buluşmayı ifade etmesi nedeni ile kabul edilen standartların düşük düzeyde kaldığı anlamı çıkarılabilir. Fakat sözleşmelerin yargısal nitelikteki organları, üretmiş oldukları kararlar ile sözleşme metnini durağan görünümünden çıkarmakta; belgeye, devamlı gelişen ve sorunlara cevap veren bir nitelik kazandırmaktadır. Dolayısıyla insan haklarının pozitif hukukta geldiği en son noktayı görmek bakımından uluslararası insan hakları hukukunun incelenmesi gerekmektedir.

Değerlendireceğimiz belgeler Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sözleşmesi ile Birleşmiş Milletler bünyesinde kabul edilen İnsan Hakları Belgeleridir. Kuşkusuz bunların dışında da çeşitli insan hakları ile ilgili düzenlemeler sözkonusudur. Fakat yukarıda bahsedilen belgeler, doğrudan yaşam hakkını düzenliyor olmaları ve bunun yanında sahip oldukları denetim mekanizmaları ya da tarihsel işlevleri nedeni insan hakları hukuku alanında belirleyici role sahiptirler. Bu nedenlerden ötürü çalışmamızın bu bölümünde ilgili düzenlemeler ele alınacaktır.

1-4-1 B.M. Bünyesinde Üretilen İnsan Hakları Belgelerinde Cenin

Bu başlık altında Birleşmiş Milletler bünyesinde üretilen ve ceninin yaşam hakkı ile ilgili olarak yorum yapabileceğimiz insan hakları metinlerine yer verilmiştir. Bu belgelerin incelenmesi esnasında, metinlerin yorumlanmasının

yanında konunun tartışıldığı hazırlık çalışmaları ve yargısal nitelikteki organların vermiş olduğu kararlar da ele alınmıştır.

1-4-1-1 Evrensel Bildiri

BM İnsan Hakları Bildirisi'nde yaşam hakkının düzenlendiği 3. maddedeki; "Yaşam, hürriyet ve kişi emniyeti her ferdin hakkıdır." ifadesi, sadece hakkın varlığına işaret etmekte fakat bunun ötesinde ne kapsam ne de niteliğine ilişkin yorum yapılabilmesini sağlayacak bir veri ortaya koymamaktadır. Belgenin bağlayıcı niteliğe sahip olmaması ve de metnin kabulünde geniş bir mutabakat aranıyor olması, bildiride yer alan her hak bakımından aynı yaklaşımın sergilenmesine neden olduğu söylenebilir.

Konumuz bakımından 3. maddeyi ele alırsak, bu hakka kimin sahip olabileceği hususunda herhangi bir ifadeye yer verilmediğini görürüz. Kullanılan "her fert" terimi ile daha çok hakkın ayırım gözetilmeksizin her insana ait olduğu vurgusu yapılmaya çalışılmakta ama bunun ötesinde ferdin somutlaştırılabilmesi için ek bir bilgi vermemektedir. Nitekim bildirmede yer alan diğer hakların öznelere belirtilirken de büyük oranda herkes (everyone) ve hiçkimse (none) ve bütün insanlar (all human beings) gibi evrensel içerikli terimler tercih edilerek bu hakların tüm insanlara ait olduğu ortaya konulmaya çalışılmıştır.²⁴⁷

Bununla birlikte, bildirinin çocuk ve annenin korunmasını öngören 25. maddesinde haklardan genel anlamda yararlanabilecek olan yaşamın ne zaman başladığını gösterebilecek bazı ifadelerin olduğu söylenebilir. Madde 25'de çocuk haklarından bahsedilirken "Ana ve çocuk özel ihtimam ve yardım görmek hakkını haizdir. Bütün çocuklar, evlilik içinde veya dışında doğsunlar, aynı sosyal korunmadan faydalanırlar" ifadesi kullanılmıştır. Bu maddede çocuklar için öngörülmüş olan özel ihtimam ve yardım görme hakkı, maddenin ikinci cümlesinden anlaşıldığı kadarıyla sadece doğmuş olan çocukları kapsamaktadır. Çünkü çocuğu tanımlarken evlilik içi veya dışında doğmuş olması kıstas alındığından, öncelikle

²⁴⁷ Terimlerin seçimi konusunda yaşanan tartışmalar için bkz. J. MORSINK; "Women's Rights in the Universal Declaration", Human Rights Quarterly, 13:2, 1991 s.229-256.

çocuğun varlığı için doğum şartının gerçekleşmesi gerekmektedir. Dolayısıyla çocuk olarak hak sahibi olabilmenin ön koşulu bu maddeye göre doğmuş olmaktır. Çocuğun korunması sadece doğduktan sonra değil doğum öncesinde de bir takım tedbirlerin alınmasını gerektirdiğinden ve madde metninin doğum öncesini kapsamaması neden ile, bildiride yer alan hakların sadece doğmuş olanları kapsadığı sonucuna varılabilir. Fakat bu yorumun geçerliliği, sözleşmenin hazırlık çalışmalarında yaşanan gelişmeler daha açık bir şekilde ortaya koyacaktır.

BM İnsan Hakları Bildirisi, oluşum süreci itibariyle ceninin yaşam hakkını savunanlar ile hakkın başlangıcının sağ doğum esasına göre belirlenmesi gerektiğini iddia edenlerin çatıştığı ilk uluslararası insan hakları belgelerinden birisidir. Nitekim Bildirinin kabulünden sonra hazırlanan diğer uluslararası insan hakları belgelerinin bir kısmında, sözkonusu çatışma değişik biçimlerde tekrarlanmıştır.

BM İnsan Hakları Bildirisi'nde yer verilen yaşam hakkının cenini de kapsayacak şekilde düzenlenmesi talebi, Latin Amerika ülkelerinin temsilcilerinden gelmiştir. Günümüzde de ceninin yaşam hakkını savunanların başını çeken bu ülkelerin yaklaşımı, Şili temsilcisinin yaşam hakkının düzenlendiği maddeye ilişkin değişiklik teklifinde somutlaşmıştır.²⁴⁸ Şili delegasyonunun çalışma grubuna sunmuş olduğu teklif şu şekildedir: "Doğmamış çocuklar ve tedavi edilemez durumdaki hastalar ile akıl hastaları yaşam hakkına sahiptir."²⁴⁹

Yaşam hakkının düzenlendiği 3. maddeye ilişkin olarak sunulan bu teklif, aslında Katolik öğretinin iki varsayımını birleştirmektedir. Bunlardan ilki, yaşamın

²⁴⁸ Latin Amerika ülkeleri, BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'ne etki edebilmek için çalışmalar sırasında aktif rol oynamışlardır. Hatta Amerikan İnsan Hakları Bildirisi, Evrensel Bildiriden daha önce çıkarılarak hem Birleşmiş Milletler'in hazırladığı belgeden önce davrandıkları için prestij sağlamaya çalışmışlar hem de oluşturulan belgeye doğrudan etki edebilmeyi planlamışlardır. Geniş Bilgi için bkz. M. A. GLENDON; "The Forgotten Crucible: The Latin American Influence on the Universal Human Rights Idea", Harvard Human Rights Journal, V.16, 2003, sf. 28-39., M. A. GLENDON; A World Made New: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights, New York, 2001.

²⁴⁹ Değişiklik önergesinin İngilizce metni: Unborn children and incurables, mentally defectives and lunatics, shall have the right to life.

All persons shall have the right to the enjoyment of conditions of life enabling them to live in dignity and to develop their personality adequately.

Persons unable to maintain themselves by their own efforts shall be entitled to maintenance and assistance. M. A. GLENDON; A World Made New: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights, sf. 282.

gebe kalma anında başladığı savıdır ki; teklifin birinci bölümünde yaşam hakkının doğmamış çocukları da kapsamı bu anlayışı yansıtmaktadır; ikincisi ise, kişinin kendi hayatı üzerinde tasarruf etme yetkisi olmadığını savunan Katolik öğretinin ötanaziye karşı oluşudur. Teklifin ikinci kısmı, tedavi edilemez durumdaki hastaların yaşam hakkına sahip olması vurgulanarak, dokunulmaz olarak kabul edilen yaşam hakkından kişinin kendi iradesi ile vazgeçmesinin de prensip olarak önü kapatılmış olacaktır. Fakat bunun yanında akıl hastalarının yaşam hakkına sahip olmasına yapılan vurgu, muhtemelen 2. Dünya Savaşı sırasında Nazi Almanyası'nın akıl hastalarına karşı uygulamış olduğu şiddete karşı bir tepki olarak değerlendirilebilir.

Bildiride ceninin yaşam hakkına sahip olmasını sağlayacak şekilde değiştirilmesini talep eden bir diğer ülke ise Lübnan'dır. Şili temsilcisinin vermiş olduğu değişiklik önergesinde üzerinde durulan doğmamış çocuğun yaşam hakkı ve ötanazi konularına aynen yer veren değişiklik teklifi şu şekilde çalışma grubuna sunulmuştur; "Fiziksel ve akıl sağlığı durumuna bakılmaksızın herkes yaşam, özgürlük ve güvenlik hakkına gebe kalma anından itibaren sahiptir."²⁵⁰

Yaşam hakkını anne karnında başlatan Şili ve Lübnan'ın değişiklik teklifleri kabul edilmemiş ve bugün var olan metin genel kuruldan geçmiştir. Zira ötanazi, ceninin yaşam hakkı ve ölüm cezası gibi konulara daha geniş bir mutabakat sağlanması için özellikle girilmemeye çalışılmıştır.²⁵¹ Bu önergelerin kabul edilmeyişi ile birlikte, yaşam hakkının hamilelik esnasında başlaması gerektiğini ileri süren yaklaşımların metne tesiri engellenmiştir. Dolayısıyla metnin hazırlık aşamasında dile getirilen ve açıkça iki kez reddedilen öneriler bize göstermektedir ki, bildirge metnini hazırlayan komisyon yaşam hakkının başlangıcını en azından gebe kalma dönemine kadar uzatmak istememiştir.

²⁵⁰ Lübnan heyetinin sunduğu değişiklik teklifinin İngilizce metni: Every one has the right to life and bodily integrity from the moment of conception, regardless of physical or mental condition, to liberty and security of person. M. A. GLENDON; A World Made New: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights, sf. 282.

²⁵¹ M. A. GLENDON; A World Made New: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights, sf. 283.

1-4-1-2 Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi

BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin metni de, bu sözleşmeden önce hazırlanan İnsan Hakları Evrensel Bidirisi'nde olduğu gibi, hakların öznelerinin belirlenmesinde genel terimlerin kullanılmasına gayret edilmiştir. Dolayısıyla ne yaşam hakkı bakımından ne de genel olarak sözleşmede yer alan diğer haklar bakımından genel kapsayıcı bir hak sahibi tanımı bulunmamaktadır.

Yaşam hakkının düzenlendiği sözleşmenin 6. maddesi, ilk fıkrasında her insanın doğası gereği yaşam hakkına sahip olduğu ifadesini içermektedir ama bundan yararlanacak olan insanın tanımı yapılmamaktadır. Fakat aynı maddenin 4. fıkrasında yer alan "...hamile kadınların ölüm cezaları doğum gerçekleşinceye kadar infaz edilemez" hükmü ile korunan menfaatin ceninin yaşamı olduğu izlenimi uyandırmakla birlikte, bunun doğrudan cenine yaşam hakkı tanınması anlamına gelip gelmediği tartışmalıdır. Nitekim sözleşmenin hazırlık aşamasında da bu konu gündeme gelmiş ve değişik fikirler öne sürülmüştür.

BM İnsan Hakları Evrensel Bidirisi'nin hazırlık aşamasında yaşanan gelişmelere paralel olarak, yaşam hakkı ile ilgili düzenlemenin cenini de kapsayacak şekilde genişletilmesi önerileri getirilmiştir. Bu görüşü savunanların kullandıkları argümanlardan birisi de 4. fıkrada yer alan idamın ertelenmesi ile ilgili düzenlemedir. Belçika, Brezilya, El Salvador, Meksika ve Fas'ın hükümet temsilcilerinin 6. maddenin ilk fıkrasına "Gebe kalma anından itibaren bu hak hukuk tarafından korunur" şeklindeki değişiklik önergesi verilirken, bu ülkelerin hareket noktası 4. fıkranın cenine sadece annesinin idamı halinde yaşam hakkını tanınmasıdır.²⁵²

Bu sözkonusu ülkelerin temsilcilerinin savundukları düşünceye göre, yaşam hakkını düzenleyen 6. maddenin, cenini açıkça kapsamı içerisine alan tek hükmü 4. fıkrada yer almaktadır. Oysaki, ceninin yaşam hakkı korunmalıdır ve bu korumanın tüm doğmamış çocukları da kapsayacak şekilde düzenlenebilmesi için ilk fıkraya

²⁵² Orjinal metin: "From the moment of conception , this right shall be protected by law" bkz. B. G. RAMCHARAN; "Drafting History of Article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights", *The Right to Life In International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/Lancaster, 1985, sf. 49.

gebe kalma anından itibaren hakkın hukuk tarafından korunacağı ilkesinin yerleştirilmesi gerekmektedir.²⁵³ Örneğin Belçika temsilcisi, hamile kadının idamının ertelendiği düzenleme ile ceninin yaşam hakkının zaten korunduğunu asıl meselenin bu düzenleme ile yetinileceği mi yoksa hakkın tüm doğmamış çocukları kapsayacak şekilde açık bir düzenlemeye ihtiyaç olup olmadığına karar vermektir.²⁵⁴

El Salvador temsilcisi ise, sözleşmenin hazırlandığı tarih itibariyle zaten halihazırda bazı ülkelerin yaşam hakkını gebe kalma anından itibaren koruduğunu ve de bu durumun, hakkı doğum ile başlatan ülkelerdeki anlayışa göre hakkın yorumu bakımından daha ileri bir düzey olduğunu vurgulamıştır. Dolayısıyla ceninin yaşam hakkının sözleşme ile korunmaması, bu ülke hukukları da gözönüne alındığında uygun bir yaklaşım olmayacaktır.²⁵⁵

Değişiklik talebi bu düşünceler ile çerçevesinde ileri sürülürken, bazı ülkelerin temsilcileri ise sözkonusu öneriye bu kadar sıcak yaklaşmamışlardır. Bunun en önemli nedeni ise o dönemde gebe kalma anının ne zaman gerçekleştiğinin tam olarak tıbben belirlenememesidir. Sözleşmenin bir maddesinin belirsiz bir kavram üzerine oturtulması ise, hakkın daha geniş bir çerçevede korunması amacıyla yapılan bu müdahalenin uygulamada pekçok sorunu beraberinde getireceğinin üzerinde durulmuştur. Ayrıca ülke mevzuatlarının büyük çoğunluğunun çoğunun o dönemde, cenini yaşam hakkı tanımadan dolaylı yollardan zaten koruduğu vurgulanarak; böyle bir hakkın sözleşmede açıkça tanınmasının hem gereksiz hem de problem doğurabilme potansiyeline sahip bir düzenleme olacağı ileri sürülmüştür.²⁵⁶

Uygulamada yaşanacak problemler nedeni ile değil de doğrudan ceninin yaşam hakkına sahip olamayacağını savunan ülke temsilcilerine göre ise yaşam hakkı doğum ile birlikte başlamaktadır. Değişiklik önerisinin temelini oluşturan 6. maddenin 4. fıkrası ise, cenine yaşam hakkını tanıma amacı gütmemekte sadece infazın ertelenme nedenlerinden birisi gösterilmektedir. Bu sebeple, 4. fıkranın

²⁵³ Aynı eser; sf. 51.

²⁵⁴ J. IBEGBU; Rights of Unborn Child In International Law, The Edwin Mellen Press, Lewiston/Queenstone/Lampeter, 2000, sf. 112.

²⁵⁵ Aynı eser; sf. 115.

²⁵⁶ B. G. RAMCHARAN; "Drafting History of Article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights", 51.

ceninin yaşam hakkını sadece annenin idamı sözkonusu iken koruduğu ve bu hakkın açıkça tüm doğmamış çocukları kapsayacak şekilde için genişletilmesi gerektiği fikri hatalıdır. Bunun yanında, cenine yaşam hakkının tanınmaması, onun hiçbir şekilde korunmayacağı anlamına da gelmemektedir. Aksine hamilelik döneminde ceninin korunması için çeşitli koruma mekanizmaları uygulanabilmektedir.²⁵⁷

Değişiklik önergesinin gündeme gelmesi ile birlikte hükümet temsilcileri arasında 3 farklı yaklaşımın ortaya çıktığını söyleyebiliriz. Bunlardan ilki, ceninin yaşam hakkının sözleşmede açıkça tanınmasını isteyen ve bu konuda değişiklik önergesini veren ya da destekleyen yaklaşım; ikincisi yaşam hakkının cenini kapsayıp kapsamadığını değerlendirmeksizin uygulamada yaşanabilecek problemleri göz önüne alarak bu öneriye karşı çıkanlar ve de üçüncüsü, yaşam hakkının ancak doğum ile birlikte başladığını savunan ama ceninin korunması için başka hukuki koruma mekanizmalarının da kullanılabileceğini savunan yaklaşım. Fakat yapılan görüşmelerin neticesinde, Belçika, Brezilya, El Salvador, Meksika ve Fas'ın önerisi 31 red, 21 kabul ve 17 çekimser yola reddedilmiştir.²⁵⁸

Bununla birlikte, ceninin yaşam hakkının BM Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nde korunduğunu öne süren yazarlar mevcuttur. Bu yazarlara göre, sözleşmenin yaşam hakkını koruyan 6. maddesinin 5. paragrafındaki ölüm cezasına ilişkin istisna ile korunan temel değer ceninin yaşam hakkıdır. Zira suçla ilişkisi olmayan doğmamış çocuğun, annenin işlemiş olduğu bir suç nedeni ile ceza görmesi istenmemekte ve onun yaşamı korunmaktadır. Eğer ceninin yaşamı korunmak istenmiyorsa idi bu tür bir istisnaya sözleşmede yer verilmezdi. Nitekim başka sözleşmelerde de hamile kadının doğumuna kadar idam ertelenmekte ve ancak hamilelik durumu sona erdiğinde infaz gerçekleştirilmektedir. Ulusal ya da uluslararası düzenlemelerde yer alan bu yaklaşım sadece BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi bakımından değil, ama bu kuralı kabul eden tüm düzenlemeler bakımından ceninin yaşam hakkı zımnen korunmuş olmaktadır.²⁵⁹

²⁵⁷ J. IBEGBU; sf. 112.

²⁵⁸ B. G. RAMCHARAN; "Drafting History of Article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights", sf. 54.

²⁵⁹ J. IBEGBU; sf. 122-127.

Bizim kannatimize göre, maddenin bu şekilde yorumlanması mümkün değildir. Bu görüşün oturduğu temel, “eğer bir varlığa hukuki koruma sağlanıyor ise o varlığın hak sahibi olduğu kabul edilmelidir” varsayımına dayanmaktadır. Bize göre bu varsayım hatalıdır; çünkü hukukun varlıkları koruma yöntemi sadece onlara hak tanıyarak 3. kişilerin buna saygı göstermesini beklemek ve 3. kişiler bu hakkı ihlal ettiği zaman maddi yaptırım gücünü kullanmak değildir. Aksine, pozitif hukuk herhangi bir varlığı ona hak tanımaksızın da koruyabilir. Örneğin tarihi eserlerin ya da ağaçların korunmasına yönelik düzenlemelerde olduğu gibi. Eğer bu varsayım doğru ise, ağaçların ya da tarihi eserlerin de kişiliği hak sahipliği olması gerekmektedir. Oysaki bu görüşü savununların da kabul edeceği üzere, sözkonusu varlıkların Pozitif hukuk bakımından hak sahibi olması ya da kişiliği sözkonusu olamaz. Çünkü bizzat onlara ait olan ve hukuk tarafından korunan bir menfaat yoktur. Bu varlıkların görebileceği zararların hukuk tarafından engellenmeye çalışılması sadece toplumun o varlıkların mevcudiyeti bakımından sahip olduğu menfaatin korunmasına yöneliktir. Bu nedenle idam cezasına mahkum edilmiş bir hamile kadının hamileliği sona erene kadar cezasının infaz edilememesi, doğrudan ceninin yaşam hakkını korumaya yönelmiş bir düzenleme yapıldığı anlamına gelemez.

Öte yandan bu durum sözleşmeyi yapan iradenin de cenine yaşam hakkı tanımadığı anlamına da gelmemektedir. Çünkü kural koyucu, elbette eğer cenine yaşam hakkı tanıma iradesine sahip ise hamile kadının idamını ceninin yaşam hakkını koruma amacı ile ertelemiş olabilir. Fakat böyle bir iradenin varlığını anlayabilmenin yolu sözleşme metninde cenine yaşam hakkı tanıyan açık bir düzenlemenin varlığını aramak ki; böyle bir düzenleme sözleşmede yer almamaktadır; bu durumda ise bakılacak olan yer hazırlık çalışmaları esnasında hükümet temsilcilerinin iradelerinin ne yönde geliştiğine bakmaktır.

Hazırlık çalışmalarına baktığımızda ise, iddia edilen aksine sözleşme metnini hazırlayanların cenine yaşam hakkını tanıma konusunda bir uzlaşmaya varmadıkları görülmektedir. 5 ülkenin sunduğu, cenine yaşam hakkı tanınması yönündeki önerge açık bir biçimde reddedilmiştir. Yani sözleşme metnini hazırlayanların önüne yaşam hakkının kapsamını cenini de içine alacak şekilde genişletme imkanı ortaya çıkmış fakat bu imkan kullanılmamıştır. Dolayısıyla, bu iradenin cenine yaşam hakkını

vermek amacını taşıdığını ve de buradan yola çıkarak sözleşmenin cenine yaşam hakkını tanıdığını söyleyebilmemiz mümkün değildir.

Bununla birlikte, sözleşmenin yaşam hakkı konusundaki yaklaşımının ne olduğu sorusuna bu noktaya kadar ortaya koymaya çalıştığımız bilgiler doğrultusunda kesin cevaba ulaşabildiğimizi düşünmemekteyiz. Diğer uluslararası sözleşmeler bakımından değil ama yargısal nitelikte organlara sahip olan insan hakları sözleşmeleri için, sözleşme maddelerinin anlamı ya da yorumu ancak bu organların vermiş olduğu kararlar çerçevesinde belirlenebileceğini düşüncesini taşımaktayız. Bu nedenle de şimdi, sözleşmenin resmi yorum yapma ve sözleşmenin ülke uygulamaları bakımından yapılan şikayetleri karara bağlama yetkisine sahip olan BM İnsan Hakları Komitesi'nin vermiş olduğu kararları ele almaya çalışacağız.

Komitenin incelemiş olduğu başvurulara baktığımızda, 2007 Ocak ayına kadar ceninin yaşam hakkının ele alınabileceği sadece bir başvuru olduğunu söyleyebiliriz. *Queenan v Canada*²⁶⁰ başvurusunda, Kanada'daki kürtaj yasalarının doğmamış çocuğun yaşam hakkını ihlal edildiği ileri sürülmüştür. Fakat başvurucu herhangi bir somut olay nedeni ile bir hakkın ihlal edildiği iddiasını öne sürmemiş, sadece Kanada'daki doğmamış çocuklar adına, onların yaşam hakkı ihlal edildiği savı ile başvuruda bulunmuştur. Komite ise esasa girmeden başvurucunun kürtaj yasalarının mağduru olmaması sebebi ile kabul edilmezlik kararı vermiştir. Dolayısıyla ceninin yaşam hakkının sorgulanabileceği bir başvuru değerlendirme yapılmaksızın geri çevrilmiştir.

Bununla birlikte, komitenin ülke gözlemleri ve tavsiye kararlarında ceninin yaşam hakkı meselesi ile bağlantı kurulabilecek yorumları sözkonusudur. Komitenin ülke gözlemlerinde vermiş olduğu bu kararların ortak noktası, kürtaj yasakları ya da sıkı kürtaj yasalarının insan haklarını ihlal etmesidir. 2005 yılı itibariyle 93 devletle ilgili olarak yapılan 122 gözlemde, kürtaj yasaklarının ya da aşırı sınırlamaların insan haklarını tehdit ettiğinin altı çizilmiştir.²⁶¹

²⁶⁰ CCPR/C/84/D/1379/2005.

²⁶¹ S. JOSEPH; "UN Human Rights Committee: Recent Cases", Human Rights Law Review, Oxford University Press, 2006, sf. 364, 365.

BM İnsan Hakları Komitesi'nin sözkonusu 122 gözleminden bizim ulaşabildiklerimiz içerisinde, kürtaj yasaklarının sağlık, mahremiyet ya da ayrımcılık yasağı, gibi hakların ihlali yanında doğrudan yaşam hakkını tehdit ettiğine dair görüşleri bulunmaktadır. Komitenin, kürtajın yasakları ya da sıkı kürtaj yasaları ile yaşam hakkı arasında kurduğu bağlantı şu şekilde açıklanabilir; komiteye göre ülke hukukda kürtajın yasaklanması, kürtajın uygulanmasını ortadan kaldırmamaktadır. Yasal olarak izin verilmeyen bu uygulama, yasaklar nedeni ile yasal olmayan yollardan ülke içerisinde sürdürülmektedir. Yasal olmayan kürtaj ise, genellikle ya sağlıksız ortamlarda gerçekleştirilmekte ya da ehil olmayan kişiler tarafından kürtaj uygulanmaktadır. Bu durum ise hamile kalan kadınların sağlık açısından uygun olmayan şartlarda kürtaj yaptırmasına ve bunun neticesinde de ölümlerin yaşanmasına neden olmaktadır. Dolayısıyla kürtajın yasaklanması ya da çok sıkı kurallara tabi tutulması doğrudan kadının yaşam hakkını tehdit etmektedir.²⁶²

BM İnsan Hakları Komitesi'nin genel olarak yaşam hakkı ile kürtaj yasakları arasında kurmuş olduğu bu bağlantının yanı sıra, bu bağlantıyı genişlettiği bazı kararları da mevcuttur. Örneğin Ecuador gözleminde²⁶³ komite, ülkede yaşanan genç kız intiharlarının yasalar tarafından kürtajın izin verilmemesi ile doğrudan bağlantı kurmuştur. Dolayısıyla sadece uygun olmayan şartlarda kürtaj yapılması değil, bizzat kürtajın yasak olması ya da yasak olmasa bile çok sınırlı durumlarda yapılmasına izin verilmesi, toplumsal koşullar göz önüne alındığında ölümlere neden olabilmektedir. Ayrıca Arjantin gözleminde²⁶⁴, kürtaja izin verilmesinin yeterli olmadığı, aynı zamanda getirilen prosedürlerin fakir insanların yasal kürtaj imkanından yararlanmasına engel olacak büyüklükte maddi külfet yüklememesi gerektiği vurgulanmaktadır. Çünkü raporun hazırlandığı dönemde Arjantin iç hukuku

²⁶² Komitenin kürtaj yasakları ile yaşam hakkı arasında bağlantı kurduğu ülke gözlemlerinden bazıları şunlardır; CCPR/C/79/Add.72, 18 November 1996 Peru, prg. 15, CCPR/C/79/Add.82, 19 November 1997 Senegal, prg. 12, CCPR/C/79/Add.74, 1 May 1997, CCPR/C/79/Add.76, 5 May 1997 Colombia, prg. 24, CCPR/C/79/Add.92, 18 August 1998 Ecuador, prg. 11 Bolivia prg 22, CCPR /C/79/Add.97, 18 August 1998 Tanzania, prg 15, CCPR/C/79/Add.104, 30 March 1999 Chile prg.15, CCPR/C/79/Add.107, 8 April 1999 Costa Rica, prg. 11, CCPR/C/79/Add.116, 4 November 1999, Cameroon, prg. 13, CCPR/CO/70/ARG, 3 November 2000 Argentina prg. 14, CCPR/CO/70/PER, 15 November 2000, Peru, prg. 20, CCPR/CO/72/GTM, 27 August 2001, Guatemala, prg. 19, CCPR/CO/71/VEN, 26 April 2001 Venezuela, prg. 19, CCPR/C/79/Add.110, 29 July 1999 Poland, prg. 11, CCPR/CO/77/MLI, 16 April 2003, Mali, prg. 14, CCPR/CO/79/LKA, 1 December 2003, Sri Lanka, prg. 12, CCPR/CO/80/COL, 26 May 2004, Colombia, prg. 13, CCPR/CO/82/MAR, 1 December 2004, Morocco, prg. 29, CCPR/CO/82/POL., 4 November 2004 Poland, prg. 8,

²⁶³ CCPR/C/79/Add.92, 18 August 1998 Ecuador, prg. 11.

²⁶⁴ CCPR/CO/70/ARG, 3 November 2000 Argentina prg. 14.

kürtaja imkan tanımakla birlikte hukuki bir kararın alınmasını buna ön koşul olarak eklemekteydi. Bunun sonucunda da maddi imkanı olmayanlar yasadışı ve güvenli olmayan kürtaja başvurmak zorunda kaldıklarının altı çizilmiştir. Bu iki yorumdan da anlaşılacağı üzere Komite, hukuki düzenlemelerin sosyal şartlar gözönüne alınarak yapılması gerektiği düşüncesindedir. BM İnsan Hakları Komitesi'ne göre taraf devletin en önemli görevlerinden birisi hamile kadınlar da dahil olmak üzere herkesin yaşam hakkını korumak için gerekli önlemleri almasıdır. Bunu gerçekleştirmenin yollarından biri ise kadınlara uygun, yasal kürtaj imkanının tanınmasıdır.²⁶⁵

Komitenin kürtaj konusunda ortaya koymuş olduğu tavır ve özellikle yaşam hakkı ile kurmuş olduğu bağlantı, BM İnsan Hakları Komisyonunun 28. Genel yorumunda da tekrar dile getirilmiştir. Söz konusu belgede, yaşam hakkı ile ilgili değerlendirme yapılırken, kadınların yasal olmayan kürtaj uygulamalarından uzak tutulmasına dikkat çekilirken, ülkelerden de bu konuda gerekli adımların atılması talep edilmiştir.²⁶⁶

BM İnsan Hakları Komitesi'nin uzun yıllar istikrarlı bir biçimde ülke gözlemlerinde seğilediği kürtaj yasaklarının insan haklarını tehdit ettiği savı, 2003 yılında yapılan bir başvurunun kararına dayanak olmuştur. Bu karar ilk kez uluslararası insan hakları sözleşmesine göre yapılandırılmış olan yargısal nitelikteki bir organın, kürtaj yasaklarının insan haklarını ihlal ettiği kararına varması nedeni ile oldukça önemlidir. Kürtajın bir insan hakkı olarak talep edilmesi bakımından dönüm noktası olarak ifade edebileceğimiz bu kararlar Peru'nun kürtajı çok sıkı kurallara bağlayan yasal düzenlemelerinin, insan haklarına aykırılığı tesbit edilmiştir.

Llantoy v Peru davasına²⁶⁷ konu olan vakalar kısaca şu şekilde özetlenebilir; şikayette bulunan kişi 17 yaşında iken hamile kalmış ve hamileliğin üçüncü ayındayken, ceninin anencephalic olduğu belirlenmiştir. Ceninin anencephalic olması demek, çocuğun beyнинin büyük bir bölümü olmadan doğması anlamına gelmektedir.

²⁶⁵ CCPR/C/79/Add.104, 30 March 1999 Chile prg.15.

²⁶⁶ Human Right Commision, General Comment 28: Equality of Rights Between, Men and Women, 68th Session 2000, prg.10.

²⁶⁷ CCPR/C/85/D/1153/2005.

Ve bu bebekler doğumdan kısa bir müddet sonra mutlaka hayatlarını kaybederler. Bunun üzerine başvuru, kendisine bu bilgiyi veren sağlık kurumundan hamileliğin sonlandırılmasını talep etmiştir. Fakat Peru yasalarına göre, sağlık nedeni ile kürtaj yaptırılabilmesi 2 şekilde mümkün olabilmektedir. Bunlardan ilki kadının sağlığının hamilelik nedeni ile bozulması, ama bu rahatsızlığın patolojik olması gerekmektedir, diğeri ise hamileliğin kadının hayatını tehlikeye düşürmesi. Dolayısıyla ceninin yapısal bozukluğa sahip olması Peru yasalarına göre kürtajın yapılmasını hukuka uygun hale getiren bir vaka değildir. Bu nedenle ilgili sağlık kurumu kürtajı yaptırmayı reddetmiştir. Neticede hamile kadın 2002 Ocak ayında anencephalic bir kız çocuğu dünyaya getirmiştir. Sadece 4 gün yaşayabilen bebek, sonunda hayatını kaybetmiştir. Yaşanan bu vakanın ardından başvuru 2003 yılında BM İnsan Hakları Komitesi'ne başvurmuştur.

Komite, ceninin anencephalic olduğunun öğrenilmesinden doğumun gerçekleştiği ve çocuğun öldüğü zamana kadar hamile kadının çekmiş olduğu ızdırabı, kendisine kürtaj yaptırma izni vermeyen yasalara bağlanmış ve de sözleşmenin 7. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Bunun yanında güvenli kürtaj imkanının tanınmamasını, mahremiyet hakkının ihlali olarak değerlendiren komite, kadının kürtaj yaptırmasının engellenmesini somut olay bakımından keyfi olarak nitelendirmiştir. Son olarak da, olayın gerçekleştiği dönemde hamile olan kadının 17 yaşında olması nedeni ile çocuk sayılacağından, sözleşmenin 24. maddesinde belirtilen özel ihtimam gösterme yükümlülüğünün de ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

Komitenin günümüze kadar vermiş ülke gözlemlerinde ortaya koymuş olduğu yorumlar ve en sonunda da Llantoy v Peru davasında, kürtajın yasaklanması değil fakat bunun ötesinde çok sıkı kurallar çerçevesinde uygulanmasını dahi insan hakkı ihlali olarak değerlendirmesi, doğrudan ceninin hayatına müdahale anlamına gelen kürtajı insan haklarının gereği olarak kabul edildiği sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Dolayısıyla, bu dava göstermektedir ki, Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi kürtajı bir hak olarak tanımlıyor olması nedeni ile ceninin yaşam hakkını kabul etmemektedir.

1-4-1-3 Çocuk Hakları Sözleşmesi

Çocuk haklarının²⁶⁸ Birleşmiş Milletler bünyesinde ilk ele alındığı belge olan 1959 tarihli BM Çocuk Hakları Deklarasyonu, niteliği gereği ülkeleri bağlamayan moral değere sahip bir belgedir. Dolayısıyla ülkelere bu deklarasyonla herhangi bir hukuki sorumluluk getirilmediği için deklarasyonda yer alan hükümlerin temenniden öte gitmesinin, sadece ülkelerin iyi niyetine kaldığını söyleyebiliriz. Öte yandan, 2. Dünya Savaşı sonrasında insan hakları alanında yaşanan gelişmeler, çocuk hakları konusunda da yeni düzenlemelerin yapılmasını gündeme getirmiştir.

Bu ihtiyacın giderilmesi için Birleşmiş Milletler Bünyesinde ilk öneri Şubat 1978'de Polonya'dan gelmiştir. Polonya'nın hazırlamış olduğu Sözleşme Taslağı temelinde 1959 yılında kabul edilen Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Deklarasyonu'nu esas almaktaydı. Hazırlanan taslak, hükümetlere, Birleşmiş Milletler organlarına ve çeşitli Sivil Toplum örgütlerine gönderilerek taslak ile ilgili yorumları istenmiş ve böylece sözleşmenin yapım süreci başlamıştır.²⁶⁹

1978'den 1989 yılına kadar devam eden sözleşmenin hazırlanış süreci, 20 Kasım 1989 yılında Genel Kurul tarafından kabul edilerek imzaya sunulmuştur. 20 ülkenin onay belgesini Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği'ne teslim etmesi ile de

²⁶⁸ Uluslararası düzlemde çocuk haklarının ilk kez dile getirilmesi 20. yüzyılım başlarına denk gelmektedir. 1. Dünya Savaşı'na bir tepki olarak çocuğu koruma hususunda yeni hukuki mekanizmaların oluşturulması sürecine girilmiştir. Yapılan ilk sözleşmeler, genel olarak iki ana gruba ayrılabilir. Bunlardan ilki çocuk ticaretinin önlenmesine yönelik sözleşmelerdir. Örneğin "International Convention for the Suppression of Traffic in Women and Children" League of Nations, Geneva, September 30, 1921. Diğer gruba giren sözleşmeler ise işçi çocukları korumaya ilişkin sözleşmelerdir. Çocukların çalışma hayatında korunmasına yönelik olan bu sözleşmeler ILO çatısı altında hazırlanmıştır. Örneğin; Convention No. 5 "Fixing the Minimum Age for Admission of Children to Industrial Employment" (October 29, 1919); ve "Convention No. 6 Concerning the Night Work of Young Persons Employed in Industry" (October 29, 1919). Bu sözleşmelerin yapıldığı tarihlerde çocukları koruma misyonunu üstlenen ilk uluslararası organizasyon "Save the Children International Union", daha sonra Milletler Cemiyeti tarafından da 1924 yılında kabul edilecek olan 5 paragraflık Genova Deklarasyonunu hazırladı. Çocuk Haklarına ilişkin ilk uluslararası deklarasyon olan Genova Deklarasyonu'nun ardından, 2. Dünya Savaşı sonrası, Birleşmiş Milletler bünyesinde "Çocuk Hakları Deklarasyonu" 1959 yılında ilan edildi. Geniş Bilgi için bkz. C. P. COHEN; "Role of the United States in Drafting The Convention on the Rights of The Child: Creating a New World For Children", Loyola Poverty Law Journal, Vol.9, Spring, 1998, sf. 10-33.

²⁶⁹ A. F. JANOFF; "Rights of The Pregnant Child vs. Rights of The Unborn Under The Convention on The Rights of the Child", Boston University International Law Journal, Spring 2004, sf. 169, 170.

20 Eylül 1990 tarihinde sözleşme insan hakları sözleşmeleri arasında en kısa sürede yürürlüğe girme ünvanını da alarak uygulamaya sokulmuştur.²⁷⁰

BM Çocuk Hakları Sözleşmesi, bundan önce incelemeye çalıştığımız iki belgede olduğu gibi yaşam hakkı sözleşme metninde yer almasına karşın bu hakkın ne zaman başladığına ilişkin bir açıklamaya yer verilmemiştir. 6. maddenin ilk fıkrasında “Taraflar Devletler her çocuğun temel yaşam hakkına sahip olduğunu kabul ederler” denilirken ikinci fıkrasında “Taraflar Devletler çocuğun hayatta kalması ve gelişmesi için mümkün olan azami çabayı gösterirler” denilmek suretiyle, çocuk tanımı yapılmaksızın, sadece her çocuğun bu hakka sahip olduğunun altı çizilmiştir. Fakat ceninin bu korumadan yararlanıp yararlanmadığı sadece bu madde metninden çıkarabilmemiz mümkün değildir.

Bununla birlikte BM Çocuk Hakları Sözleşmesi diğer sözleşmelerden farklı olarak, metinde belirtilen hakların öznesini yani hak sahibini özel bir hükümle tanımlamıştır. Dolayısıyla ceninin yaşam hakkına sahip midir sorusuna yanıt arayabileceğimiz ikinci hüküm sözleşmenin 1. maddesinde yer alan tanımlamadır. Fakat bu hüküm tanımlama yapılırken sadece üst yaş limiti kullanıldığından, ceninin yaşam hakkına sahip olup olmadığı sorusu da yine cevapsız kalmaktadır. Sözleşmenin ilk maddesi şu şekilde çocuğu tanımlamaktadır; “Bu Sözleşme uyarınca çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, onsekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır.”

Bu noktaya kadar sözleşmenin cenine bakış açısının diğer iki metinde olduğu gibi, sadece sözleşme metninden yararlanılarak tesbit edemeyeceğimiz bir mesele olduğu ortaya çıkmaktadır. Ama konuyu bu sözleşme bağlamında asıl zorlaştıran husus, sözleşmenin operasyonel bölümü olarak tarif ettiğimiz bölümden yer alan 1. ve 6. madde değil, operasyonel bölümde yer almayan yani giriş bölümünde yer alan ifadelerdir. Zira giriş bölümünün 9. paragrafı şu şekilde düzenlenmiştir; “...Çocuk Hakları Bildirisinde de belirtildiği gibi, çocuğun gerek bedensel, gerek zihinsel

²⁷⁰ Sözleşme en kısa sürede yürürlüğe girme niteliğinin yanında, en geniş katılımın sağlandığı insan hakları sözleşmesidir. En son Ekim 2006 tarihinde Montenegro devletinin de kabul etmesi ile birlikte, sözleşmeye taraf olan devlet sayısı 193 olmuştur. Bkz.<http://www.ohchr.org/english/countries/ratification/11.htm>

bakımdan tam erginliğe ulaşmamış olması nedeniyle doğum sonrasında olduğu kadar, doğum öncesinde de uygun yasal korumayı da içeren özel güvence ve koruma gereksiniminin bulunduğunu hatırla tutarak,..." Dikkat edileceği üzere, giriş bölümünün 9. paragrafı, çocuğun doğum sonrasında olduğu gibi doğum öncesinde de korunacağını öngörmesi nedeni ile korumanın çerçevesini belirleyen sözleşme hükümlerinin ne ölçüde doğum öncesine yansıtacağı tartışmalı bir hal almıştır. Konumuz bakımından meseleyi ele alırsak, çocuğun korunmasının bir unsuru olarak ifade edilen yaşam hakkının ne ölçü doğum öncesine kadar uzanacağı tartışmalı bir hal almıştır.

Biz çalışmamızın bu bölümünde, sadece sözleşme metninden ceninin yaşam hakkı var mıdır? sorusunun yanıtını, önce yukarıda saydığımız maddelerin ve giriş bölümünün hazırlık çalışmalarında ne gibi tartışmalara sahne olduğunu ortaya koyarak, sözleşme metnini hazırlayan iradenin bu konudaki yaklaşımını araştıracağız. Daha sonra, sözleşmenin resmi yorum organı olan Çocuk Hakları Komitesi'nin sözleşmenin ülke uygulamalarına ilişkin olarak yapmış olduğu yorumlarla, sözleşmenin cenine bakış açısını belirlemeye çalışacağız.

1-4-1-3-1 Sözleşmenin Hazırlanışı

1990 yılında yürürlüğe giren Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi, cenine yaşam hakkının tanınmasını isteyen gruplarla buna karşı çıkanlar arasında açık ve uzun soluklu bir mücadelenin yaşandığı bir tartışma platformuna sahne olmuştur. Diğer insan hakları sözleşmelerinin yapım aşamasında da ceninin statüsü konusunda benzer girişimler ve fikri çatışmalar yaşanmış olsa bile, bu sözleşmenin çocuk haklarını düzenliyor olması nedeni ile ceninin yaşam hakkı meselesi daha yoğun bir biçimde ele alınmıştır.

1924 ve 1959 Çocuk Hakları Deklarasyonlarına ve sözleşmenin ilk taslağı olan ve de bu deklarasyonları temel alan Polonya'nın önerdiği sözleşme metninde, ceninin yaşam hakkı ile ilgili herhangi bir ifade yer almamaktadır. Fakat görüşmeler esnasında bu konunun daha sonra gündeme geleceği Polonya taslağının dağıtılması sonucunda ülkeler ve sivil toplum örgütlerinin vermiş olduğu cevaplardan anlaşılabilir.

Taslakta yer alan 1.madde²⁷¹ ile ilgili olarak yapılan yorumlardan Barbados ve Yeni Zellanda'nın aşağıdaki ifadeleri dikkat çekicidir. Barbados Hükümeti; "Çocuğun yaşam hakkı maddelerştirilmemiştir. Bu hakkın kapsam alanı ne olacaktır? Çocuk kavramının içerisinde doğmamış çocuk ya da cenin girecek midir? Özel durumlarda, kürtaj suç olarak sayılmayacak ya da uygun bir zaman cenin için insan yaşamı kabul edilecek mi? Bütün bu soruların yaşam hakkını düzenleyen madde içerisinde değerlendirilmesi gerekmektedir."²⁷² Şeklinde eleştirilerini sunarken Yeni Zellanda hükümeti de ilk yorumunda çocukluğun gebe kalma anından itibaren mi, doğum sırasında mı yoksa ikisi arasında bir noktada mı başlayacağını sormakta ve de çocuk tanımının yapılması gerektiğini vurgulamıştır.²⁷³

Çocuk haklarının düzenlendiği bir uluslararası İnsan Hakları Sözleşmesi'nde çocuk tanımı yapılmaması doğal olarak eleştirilmiştir.²⁷⁴ Bunun üzerine Polonya Taslağı tekrar incelenmiş ve 1. maddesi çocuk tanımı olacak şekilde değiştirilmiştir.²⁷⁵ Fakat bu düzenlemede çocuk tanımı yaş düzeyi ele alınarak yapılmış ve üst limit 18 yaş olarak belirlenirken alt limit için ise doğum şartı getirilmiştir. Dolayısıyla haklardan ve de yaşam hakkından yararlanmak koşulu olarak doğum şartı metne dahil edilmiştir.

Yeniden düzenlenen sözleşmenin 1. maddesi, 1980 yılında Birleşmiş Milletler bünyesinde yapılan çalışma toplantısında ele alınmış ve çocukluğun başlangıcı için doğum esasının öngörülmesi çeşitli eleştirilere maruz kalmıştır. Bu eleştirilerin ana noktası çocukluğun doğum anına göre belirlenmesinin birçok ülkenin iç hukuku ile çelişeceği iddiasına oluşturmaktadır. Çünkü bu düzenlemeye karşı

²⁷¹ Polonya'nın ilk taslak metninde yer alan 1. maddesi: "Every child without any exception whatsoever, shall be entitled to rights of set forth in this convention, without distinction or discrimination on account of race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status, whether of himself or of his family", Legislative History of the Convention on the Rights of Child (1978-1989), Article 1, Ser.1, UN Centre For Human Rights, 1995, sf. 4-5.

²⁷² Legislative History of the Convention on the Rights of Child (1978-1989), sf. 5.

²⁷³ Aynı eser; sf. 8.

²⁷⁴ Aynı eser, sf.4-9.

²⁷⁵ Yeniden düzenlenen 1. maddenin metni: "According to the present convention a child is every human being from the moment of his birth to the age of 18 yearsold unless, under the law of state, he has attained his age of majority earlier" Legislative History of the Convention on the Rights of Child (1978-1989), sf. 10.

çıkan ülkelere göre, pekçok devletin iç hukukunda çocukluk gebe kalma anından itibaren başlamaktadır. Bu nedenle madenin kapsamı gebe kalma anını kapsayacak şekilde genişletilmelidir. Bunun karşısında, başka bir grup hükümet temsilcisi ise, çocukluğun başlangıcı için konulan ifadenin, yerine başka bir kıstas konulmadan kaldırılmasını ve böylece ülkelere bu konuda hareket serbestisi tanınmasının daha uygun olacağını belirtmiştir.²⁷⁶

Görüşmeler esnasında Fas Hükümetinin temsilcisi, doğum anından itibaren ifadesinin öneri metninden çıkartılması ile sorunun kendiliğinden kaybolacağını ifade etmiş ve bu öneri kabul edilerek çocukluğun başlangıcı konusunda birinci madde herhangi bir ifadeye yer verilmemiştir.²⁷⁷ Böylece sözleşmenin ilk maddesi ülkeleri bağlayan bir başlangıç noktası belirlemediğinden, taraf devletlerin kendi iç hukuk düzenlerinde konu ile ilgili olarak diledikleri düzenlemeyi yapabilmeye konusunda bir esneklik tanınmıştır.

Bununla birlikte, 1989 yılındaki nihai oturumda, kapanmış gibi görülen bu mesele 1. madde ile ilgili verilen iki önerge nedeni ile yeniden açılmıştır. Önergelerden ilki Malta'dan gelmiştir ve bu teklife göre metinde yer alan "18 yaşına kadar bütün insanlar çocuktur" ifadesinin "18 yaşına kadar bütün insanlar gebe kalma anından itibaren çocuktur" şeklinde değiştirilmesini teklif etmiştir.²⁷⁸

Aynı şekilde Senegal Hükümetinin temsilcisi de, Malta ile aynı önergeyi ayrı olarak sunmuştur.²⁷⁹ Fakat daha önce başlangıç bölümünde yapmış oldukları teklifin kabul edilmesi nedeni ile bu önerilerini geri çektiklerini açıklamışlardır. Fakat hükümetlerinin çocuğun korunması konusunda doğumu bir başlangıç noktası olarak kabul etmediklerini aksine gebe kalma anından itibaren çocuğun bu korumadan yararlanması gerektiği yönündeki düşüncelerini de kayıt ettirmişlerdir. Senegal ve Malta'nın bu girişimi esnasında sessiz kalan Vatikan temsilcisi de bu bu iki ülkeyi desteklediğini öneriler çekildikten sonra açıklamıştır.²⁸⁰

²⁷⁶ Aynı eser; sf. 11.

²⁷⁷ Aynı yer.

²⁷⁸ E/CN.4/1989/48, prg.76.

²⁷⁹ Aynı yer.

²⁸⁰ E/CN.4/1989/48, prg. 77.

Bu şekilde Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 1. maddesinde çocukluğun başlangıcı ile ilgili bir hükme yer verilmeyerek, maddenin günümüzdeki son hali ortaya çıkmıştır.

Sözleşmenin 6. maddesinin görüşülmesi esnasında tekrar ceninin statüsü meselesi gündeme gelmiştir. Sözleşmenin 6. maddesi aslında bu şekliyle yaşam hakkını düzenlemektedir. Fakat ne Polonya'nın düzenlemiş olduğu ilk taslakta ne de yorumlar çerçevesinde tekrar gözden geçirilerek sunulan ikinci tasakta yaşam hakkını düzenleyen bir hükme yer verilmemiştir. Yaşam hakkını düzenleyen madde Hindistan Hükümeti'nin, çocuğun gelişiminde sağlıklı bir sürecin yaşanması için devlete bir takım pozitif yükümlülükler getirmek amacıyla "hayata devam etme hakkı"nın tanınması gerektiğini ileri süren bir önerge sunmasından sonra oluşturulmuştur.²⁸¹ Bu teklifte sadece hükümetlere ekonomik güçleri oranında çocuğun sağlıklı bir gelişim göstermesi için mümkün olan azami imkanın sağlanması öngörülmekteydi. Tartışmanın ana eksenini "yaşama devam etme hakkı"nın terim olarak ne anlama geldiği üzerine yoğunlaşırken ve de maddenin farklı versiyonları öne sürülürken²⁸², İtalyan Hükümeti'nin temsilcisi, yaşam hakkı ile yaşama devam etme hakkının birbirlerini bütünleyen iki hak olduğunu, bu nedenle BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde ve yine BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nde yer verilen yaşam hakkına bu sözleşmede de yer verilmesi gerektiğini ifade etmiştir.²⁸³

Konunun tekrar yaşam hakkına dönmesi, ceninin yaşam hakkı meselesini ortaya çıkaracağından, toplantıya katılanlar İtalyan Hükümeti'nin temsilcisinin yaşam hakkının aynı madde içerisinde yer alması hususundaki talebini, yaşamın ne zaman başlayacağı tartışmasının yeniden başlatılmaması şartıyla ele almışlardır.²⁸⁴

²⁸¹ Hindistan hükümetinin teklifi: "The States Parties to the present Convention undertake to create an environment, within their capacities and constitutional processes, which ensures, to the maximum extent possible, the survival and healthy development of the child." Bkz. Legislative History of the Convention on the Rights of Child (1978-1989), Article 6, Ser. 1, UN Centre of Human Rights, 1995, sf. 5.

²⁸² Aynı eser; sf. 5, 6.

²⁸³ Aynı yer.

²⁸⁴ Aynı eser; sf. 6.

Bütün temsilciler bu kurala uyarken sadece Vatikan'ın temsilcisi konuyla ilgili kendi yorumlarını kayıtlara geçirmiştir. Temsilciye göre; çocuk hakları doğum öncesinde başlar. Vatikan çocukluğun ve çocuğun yaşamının gebe kalma anından itibaren başladığını ileri sürmektedir. Hamile kalınması ile birlikte çocuk haklara sahip olur. İnsan yaşamı gebe kalınması anından itibaren korunmalı ve ona saygı duyulmalıdır.²⁸⁵

Sonuç olarak, 6. maddede ceninin yaşam hakkı ile ilgili olarak herhangi bir düzenlemeye yer verilmeksizin sadece genel anlamda yaşam hakkının varlığından bahsedilmiştir. Bununla birlikte günümüzde esas itibariyle BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin cenine yaşam hakkını tanıdığı iddiasında bulunanların temel dayanağı olan başlangıç bölümünün hazırlanış safhası bu iki görüşün tekrar çatışmasına neden olmuştur.

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin başlangıç bölümü ile ilgili Polonya'nın sunmuş olduğu taslak metin 1959 BM Çocuk Hakları Bildirgesi'nde de yer alan aşağıdaki ifadeyi içermektedir:

“...çocuğun gerek bedensel, gerek zihinsel bakımdan tam erginliğe ulaşmamış olması nedeniyle doğum sonrasında olduğu kadar, doğum öncesinde de uygun yasal korumayı da içeren özel güvence ve koruma gereksiniminin bulunduğu hatırd tutarak...”²⁸⁶

Yapılan ilk yorumlar neticesinde revize edilen Polonya Taslağı, başlangıç bölümünün 6. paragrafında yer alan “doğum sonrasında olduğu kadar, doğum öncesinde de” ifadesi metinden çıkarılarak değiştirilmiştir.²⁸⁷

²⁸⁵ Aynı yer.

²⁸⁶ İngilizce metin: “Recognizing also that the child, by reason of his physical and mental immaturity, needs special safeguards and care, including appropriate legal protection, before as well as after birth...” Legislative History of the Convention on the Rights of Child (1978-1989), Title and Preamble, UN Centre For Human Rights, Ser. 1, 1995, sf. 6.

²⁸⁷ İngilizce metni: “Recognizing that the child due to the needs of his physical and mental development requires particular care and assistance with regard to health, physical, mental, moral and social development as well as legal protection in conditions of freedom, dignity and security,” legislative... Legislative History of the Convention on the Rights of Child (1978-1989), Title and Preamble, sf. 15.

1980 ve 1988 yıllarındaki toplantılarda sözleşmenin giriş bölümünün BM Çocuk Hakları Deklerasyonu'ndaki "doğum sonrasında olduğu kadar, doğum öncesinde" ifadesinin yer alması hususunda tartışmalara sahne olmuştur. 1980 yılındaki hazırlık çalışmalarında, Vatikan'ın başını çektiği bir grup bu ifadenin aynı deklerasyonda yer aldığı şekliyle sözleşmenin giriş bölümünde de yer alması gerektiğini ileri sürmüştür. Vatikan temsilcisinin öne sürüdüğü bu değişiklik teklifi, başka ülke temsilcilerinden de taraftar toplamış ve kendi iç hukuklarının doğmamış çocuğun haklarını koruyan düzenlemelere yer verdiğinden bahisle, değişiklik önermesine destek vermişlerdir. Böyle bir değişikliğin annenin hayatının tehlikede olması gibi istisnai durumlarda yapılacak olan kütajı engellemeyeceği savunmuşlardır.²⁸⁸

Vatikan'ın sunmuş olduğu değişiklik önermesine açıkça karşı çıkan temsilciler ise; özellikle giriş bölümünün bu paragrafının, kütaj gibi hasas olan konularda kesinlikle tarafsız bir içeriğe sahip olması gerektiğini ileri sürerek, burada yapılacak olan bir değişiklikle 1. maddede yer alan çocuk tanımının bu değişiklikten etkilenmemesi gerektiği vurgulanmıştır. Bu nedenle değişiklik önermesine karşı çıktıklarını belirtmişlerdir.²⁸⁹

Nihayetinde, 1980 yılındaki toplantıda çalışma grubu üzerinde kabul edilebilir bir uzlaşma sağlanıncaya kadar konunun tekrar ele alınmasını ertelemiştir. Fakat aynı zamanda metne Vatikan'ın önerdiği "doğum sonrasında olduğu kadar, doğum öncesinde de" ifadesinin de dahil edilmeyeceği karara bağlanmıştır.²⁹⁰

1988 yılındaki toplantıya gelindiğinde ise, 1980 yılında Vatikan'ın yaptığı değişiklik teklifi, 2 ayrı önerge şeklinde yeniden gündeme gelmiştir. Bu değişiklik tekliflerinden ilki Federal Almanya'dan, diğeri ise Vatikan, Malta, İrlanda ve Filipinler'den oluşan gruptan gelmiştir. Bu tekliflerdeki değişiklik isteği ise 1959

²⁸⁸ Legislative History of the Convention on the Rights of Child (1978-1989), Title and Preamble, sf. 17.

²⁸⁹ Aynı eser; 17-18.

²⁹⁰ Aynı eser; 18.

Deklerasyonu'nda yer alan "doğum sonrasında olduğu kadar, doğum öncesinde de" ifadesinin ilgili paragrafa yerleştirilmesidir.²⁹¹

Konu ile ilgili tartışmalar neticesinde İtalya, Venezuela, Senegal, Kuveyt, Arjantin, Avusturya, Kolombiya ve Mısır 1959 Deklerasyonu'ndaki ifadenin başlangıç bölümünde yer almasını uygun bulurken; çocuğun doğum sonrasında olduğu kadar öncesinde de korunması gerektiği vurgulanmıştır. Ayrıca, tüm hukuk sistemlerinin anne karnındaki çocuğu çeşitli düzeylerde koruduğu ifade edilirken bu gerçeğin görmezden gelinemeyeceği de tekrar belirtilmiştir.²⁹²

Bu olumlu söylemin karşısında bu duruma olumsuz yaklaşım gösteren devletler ise hemen kendi tavırlarını ortaya koymuşlardır. Norveç, Hollanda, Hindistan, Çin, Sovyet Sosyalist Cumhuriyetleri Birliği, Danimarka, Avustralya, İsveç, Demokratik Almanya ve Kanada'dan oluşan blok, konunun tartışmalı olması ve geçen oturumlarda üzerinde bir uzlaşmaya varılmaması nedeni ile meselenin tekrar gündeme gelmesinden hoşnut olmadıklarını belirtmişlerdir.²⁹³

İki tarafında kendi pozisyonlarını korumak istemesi, sözleşmenin geleceğini tehlikeye atacak olmasından, iki grup arasında belirli bir uzlaşmaya varılmıştır.²⁹⁴ Buna göre, ceninin haklarının korunmasını isteyen grubun teklifi kabul edilecek ancak buna karşılık kayıtlara (sözleşme ek olarak metnine değil, sadece hazırlık aşamasında tutulan kayıtlara), grubun bu paragraftaki²⁹⁵ ifade ile sözleşmenin ne 1. maddesinin ne de başka bir maddesinin yorumunu değiştirmeyi amaçlamadığı ifadesinin geçmesine karar verilmiştir.²⁹⁶

²⁹¹ E/CN.4/1989/48, prg. 33.

²⁹² E/CN.4/1989/48, prg. 34, 35.

²⁹³ E/CN.4/1989/48, prg. 36.

²⁹⁴ P. ALSTON; "The Unborn Child and Abortion Under The Draft Convantion on The Right of The Child", Human Rights Quarterly, 12:1, Feb. 1990, sf. 166-167. Sözleşmenin hazırlık çalışmalarında bulunan yazar, iki grup arasında paralel bir anlaşma sağlandığından bahsetmektedir. Yazılı herhangi bir kayda girmeyen bu anlaşmaya göre, Vatikan'ın liderliğini yaptığı grup, 1. maddeye yapılan değişiklik önergesinin geri çekilecek, bunun karşılığında da başlangıç bölümüne 1959 Deklerasyonu'ndaki ifadeye yer verilecek. Ayrıca hazırlık çalışmasındaki tutanaklara da bu başlangıç kısmında yer alan değişikliğin sözleşmenin operasyonel bölümüne etki etmeyeceği çalışma grubu adına geçirilecektir.

²⁹⁵ İlk taslak metinde yer alan 6. paragraf daha sonra 9 olarak değiştirilmiştir.

²⁹⁶ P. ALSTON; sf. 167.

Böylelikle, sözleşmenin 1. ve 6. maddelerinde doğrudan cenine yaşam hakkının tanınması girişimleri başarısızlıkla sonuçlanırken, başlangıç bölümün 9. paragrafına eklenen ifade ile sözleşmenin cenin yaşam hakkı konusundaki yaklaşımında açıklığa kavuşturulması gereken bazı problemler ortaya çıkmıştır.

1-4-1-3-2 Başlangıç Bölümü, 1. ve 6. Madde ve Ceninin Statüsü

BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin yaşam hakkını düzenleyen 6. madde ve çocuk tanımının yer aldığı 1. maddesinde, ceninin hukuki statüsü konusunda herhangi bir hüküm yer almamasına karşın, başlangıç bölümünde "çocuğun doğum sonrasında olduğu kadar doğum öncesinde de uygun yasal koruma gereksinimi" vurgulanması, önceki iki maddenin başlangıç bölümünde yer alan ifadeye göre yorumlanma ihtimali, bu konuda iki farklı yaklaşımın ortaya çıkmasına neden olmuştur.

Yorumlardan ilki sözkonusu 1. ve 6. maddenin yaşam hakkının ve çocukluğun başlangıcı konularında açık bir ifadeye yer vermemiş olmasına karşın, başlangıç bölümünün 9. paragrafının bu maddeler ile birlikte yorumlanması neticesinde, sözleşmenin imzacı devletlere ceninin yaşam hakkını tanınması ve korunması hususunda yükümlülük getirdiği sonucuna varmaktadır.²⁹⁷

Bu iddianın temel dayanağı Viyana Konvansiyonu'nun anlaşmaların yorumu konusunda getirmiş olduğu kıstaslardır. Konvansiyon'a göre anlaşmaların başlangıç kısmı, herhangi bir maddenin yorumu sözkonusu olduğunda metin ile birlikte kullanılabilir.²⁹⁸ Dolayısıyla giriş bölümünde yer alan çocuğun doğum sonrasında olduğu kadar doğum öncesinde de yasal korumadan yararlanmasının gerekliliği ifadesi, sözleşme metni içerisindeki yaşam hakkı ve çocuk tanımlamalarının da içeriğini belirlemek için kullanılabilir. Eğer 9. paragraf, bu korumanın doğum öncesinden başladığını belirtiyorsa, yaşam hakkı ve çocuk statüsü de ister istemez doğumdan önceki bir aşamada başlayacaktır.

²⁹⁷ J. IBEGBU; sf. 141-162.

²⁹⁸ Viyana Konvansiyonu 31. madde 2. paragraf: "...the context for the interpretation of treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annex."

Başlangıç bölümünün 9. paragrafında yer alan ifadenin metne eklenmesi için yapılan başvurularda hatırlanacağı üzere, teklifleri sunan ülke temsilcilerinin açıkça çocuk için getirilecek olan korumanın doğum öncesini de kapsamı gerekliliğine vurgu yapmışlardır. Dolayısıyla bu argümanı savunanlar için paragrafa eklenen o maddenin amacı, başlangıç bölümünün hazırlık aşamasında açıkça, doğum öncesinde çocuğun korunması şeklinde ortaya çıkmıştır. Buna göre çocuğu tanımlayan 1. maddenin üst sınırı 18 yaş iken, 9. paragrafla birlikte yorumlandığında alt sınır doğum öncesini de kapsamakta yani cenin çocuk sıfatı ile sözleşmenin sunduğu haklardan yararlanmaktadır. Aynı şekilde, yaşam hakkını düzenleyen 6. madde de, başlangıç bölümünün 9. paragrafı ile birlikte yorumlandığında, cenin yaşam hakkına sahip bir varlık olarak ortaya çıkmaktadır.

Bu görüşe göre, Viyana Konvansiyonu hazırlık aşamasındaki tutulan tutanakları sözleşmenin yorumunda tamamlayıcı unsur olarak kabul etmesi ve başlangıç bölümünü esas metin ile birlikte yorum için ana unsur olarak kabul etmesi nedeni ile gerek 6. maddenin gerekse 1. maddenin görüşülmesi esnasında ceninin yaşam hakkı konusundaki temsilcilerin ortaya koymuş oldukları yaklaşımlar değerlendirme dışında tutulmaktadır.²⁹⁹ Dolayısıyla tutanıklara çalışma grubunun sonradan koydurmuş olduğu ve değiştirilen başlangıç bölümü ile operasyonel bölümde değişiklik yapma niyetinde olmadıklarına dair kayıt, bu yaklaşıma göre kendilinden geçersiz hale gelmektedir.

Karşı görüşte olanlar ise³⁰⁰, özellikle başlangıç bölümünün hukuki niteliği üzerinde durmaktadırlar. Çünkü sözleşmelerin başlangıç bölümü her ne kadar sözleşmenin yorumlanması gereken durumlarda esas kaynaklardan birisi olarak ele alınmış olsa bile sözleşmenin operasyonel bölümünde yer verilen ve tanınmayan bir hakkın başlangıç bölümünde yer alan ifadelerle dayanılarak var olduğunun kabul edilemeyeceğini öne sürmektedirler. Zira esas olarak başlangıç bölümü politik programların sunumu, sözleşmenin amacı gibi unsurları bünyesinde barındırmaktadır. Hatta bu bölümde yer alan kimi ifadeler operasyonel bölümde yer alan ifadelerle çelişiyor olabilir. Bu durumun sözleşmenin sıhhati bakımından bir

²⁹⁹ J. IBEGBU; sf. 154.

³⁰⁰ P. ALSTON; sf. 168-172.

problem teşkil etmemesi, bu bölümün kendi başına hüküm içermemesinden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla sözleşmenin 1. ve 6. maddesinde yer alan “çocuk” ve “yaşam hakkı” kavramlarına olağan anlamı dışında bir mana yüklemek için başlangıç bölümünde yer alan ifadelerin yorum yapmak adına kullanılması uygun değildir. Bu kavramların olağan anlamlarından daha geniş bir çerçevede değerlendirilmesi ise başlangıç bölümünde yer alan ifadelerin operasyonel bölümdeki maddelerin hükmetmediği bir sonucun ortaya çıkması anlamına gelmektedir.³⁰¹

Bu düşünceye göre; daha önce yapılmış olan insan hakları sözleşmelerine bakıldığında çocuk ya da yaşam hakkı kavramlarının cenini içine kapsayacak şekilde hiçbir zaman düzenlenmemiştir. Bu yoruma en yakın olan Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sözleşmesi’nde dahi doğrudan ceninin yaşam hakkının tanınması teklifi kabul görmemiş, sözleşmeye göre yaşam genellikle gebe kalma anından itibaren başladığı kabul edilerek, ülkeleri bu konuda doğrudan bağlayan bir hüküm konulmasından özellikle kaçınılmıştır. O halde sözleşmede yer alan ilgili kavramların olağan anlamları dışında başlangıç bölümüne referans verilerek anlam çıkarılması ve olamayan bir hükmün konulması sözkonusu olamaz.³⁰²

Diğer taraftan, sözleşmenin 1. ve 6. maddeleri görüşülürken, ısrarlı bir şekilde çocukluk kavramının ve de yaşam hakkının gebe kalma anından itibaren başlaması gerektiği savlarına açıkça karşı çıkılmıştır. Bu konuda getirilen önerilerin kabul görmemesi nedeni ile 1. ve 6. maddeler tartışılan meseleye değinmeyecek şekilde düzenlenmiştir. Dolayısıyla, açık itirazların yapıldığı bu konuda, sözleşmenin de operasyonel bölümünün özellikle doğum sonrası durumları düzenlediği gözönüne alındığında, sadece başlangıç kısmına dayanılarak yapılacak olan bir değerlendirme ile cenine yaşam hakkının tanınması mümkün değildir.³⁰³

Alston’a paralel bir başka yaklaşıma göre ise, sözleşmede yer alan çocuk ya da insan kavramının genel anlamda cenini kapsadığını farz edildiği takdirde, sözleşmede tanınan haklardan örneğin, bağımsız eğitim hakkı, babası

³⁰¹ Aynı eser; 169, 170.

³⁰² Aynı eser; 170.

³⁰³ Aynı eser; 172.

tutuklandığında bilgilendirilme hakkı ve düşüncesini açıklayabilme haklarının ceninin hak sahibi olduğu düşünüldüğünde mantıksız ve saçma sorunuçlar ortaya çıkacaktır. Bu durumda da yine Viyana Konvansiyonu'nun 32. maddesine³⁰⁴ göre sözleşme hükümlerinin mantıksız ve saçma bir anlam içermesi halinde hazırlık çalışmalarındaki tutanaklar, sözkonusu ifadelerin anlamlı hale getirilmesinde kullanılabilir. Bu durumda da zaten çalışma grubunda gerek öneriler getirildiğinde anlaşma sağlanamaması gerekse sonradan tutanaklara geçirilen açıklama nedeni ile çocuk ya da insan kavramının içerisine ceninin girmediği sonucuna ulaşılacaktır.³⁰⁵

Sözleşme metninin ceninin yaşam hakkı konusunda ortaya koyduğu spekülasyona açık tutum, devletlerin sözleşmeyi kabul ederken bazı çekinceleri de resmi olarak ya da deklarasyon şeklinde dile getirmelerine neden olmuştur. Çekince koyanlar içerisinde hem ceninin yaşam hakkını savunun devletler hem de yaşam hakkının doğum esasına göre şekillenmesi gerektiğini savunan devletler vardır. Örneğin Arjantin, Ekvator, Guetemala ve Vatikan yayınladıkları deklarasyonda sözleşmenin tanıdığı hakların çocuğu gebe kalma anından itibaren koruduğu şeklinde yorumladıklarını ifade etmişlerdir. Fransa, Tunus, Birleşik Krallık ve Çin ise, isteğe bağlı kürtajın ülke hukuk tarafından tanındığı bir deklarasyon ile belirtmişlerdir. Endonezya, Lüksemburg, Malezya, Bostwana ise ülkelerinin üreme sağlığına ilişkin düzenlemelerin Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin ilgili hükümlerinin yerini alacağını çekince olarak kabul etmişlerdir.³⁰⁶

³⁰⁴Article32

Supplementary means of interpretation: Recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion, in order to confirm the meaning resulting from the application of article 31, or to determine the meaning when the interpretation according to article 31:

(a) leaves the meaning ambiguous or obscure; or

(b) leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable.

³⁰⁵ S. J. FOX ; "The United Nation Convention on The Rights of the Child and United States Abortion Law", Annual Survey of International and Comparative Law, Vol. 2, 1995, sf. 35, 36.

³⁰⁶ A. F. JANOFF; sf. 174-176., T. AKILLIOĞLU; Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları No:13, Ankara, 1995, sf. 23, 24.

1-4-1-3-3 BM Çocuk Hakları Komitesi

BM Çocuk Hakları Komitesi, sözleşmenin hayata geçirilmesi hususunda ülkelerin bu konudaki faaliyetlerini gözlemleyen bir kuruldur. Sözleşmenin 44. maddesi uyarında periodik olarak ülkeler kendi iç düzenlerinde Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin uygulamaya geçmesi ile ilgili rapor sunak yükümlülüğü altındadırlar. Komitede bu raporları değerlendirmek, görüşlerini ve tavsiyelerini bildirmek konusunda yetkilidir. Komitenin yaklaşımı değerlendirebilmek için, iki kaynağa bakılabilir. Bunlardan ilki komitenin genel yorumları, diğeri ise ülke raporlarının komite tarafından değerlendirilmeleridir.

Komite'nin 2003 yılında yayınladığı “Gençlerin Sağlığı” başlıklı genel yorumunda imzacı devletlerin güvenli olmayan kürtaj uygulamaları nedeni ile bu sözleşmenin koruması altına giren genç annelerin hastalanmalarının veya ölmelerinin engellenmesi için gerekli önlemlerin alınmasının önemi vurgulanmıştır. Bunun sağlanması için de imzacı devletlerin güvenli kürtaj imkanına (kürtajın hukuka aykırı olmadığı yerlerde) gençlerin rahatlıkla ulaşabileceği bir yapının oluşturulması gerektiği belirtilmiştir.³⁰⁷

Ülke gözlemleri incelendiğinde ise ceninin yaşam hakkı olduğuna dair bir değerlendirme bulunmamaktadır. Tam aksine çeşitli gözlemlerde güvenli ve yasal kürtaja gençlerin ulaşabilmesi için gerekli koşulların sağlanması tavsiye edilmektedir. En son geçen yıl Kolombiya raporunda Mayıs 2006'da Kolombiya Anayasa Mahkemesi'nin kürtajın suç olma niteliğinin liberalleşmesine yönelik kararını genç anne ölümlerinin önlenmesi bakımından önemli bulunduğunu fakat bununla birlikte cinsel ve üreme ile ilgili sağlık servislerine kolay erişimin hala eksik olduğu vurgulanmıştır.³⁰⁸

Aynı raporda Kolombiya Anayasa Mahkemesi'nin bazı durumlarda kürtaja izin veren kararı ile birlikte komitenin hükümeti güvenli sağlık faaliyetlerini sağlama

³⁰⁷ General Comment No. 4, CRC/GC/2003/4, Thirty-third session, 1 July 2003, prg. 31

³⁰⁸ CRC/C/COL/CO/3, 8 June 2006 Colombia, prg. 70.

konusunda desteklediği açıklanmıştır.³⁰⁹ Komitenin yine 2006 yılı Peru raporunda, hamile genç kızların kürtaj nedeni ile ölüm oranlarının çok yüksek olduğunun altı çizilirken, cinsel ve üreme ile ilgili sağlık hizmetlerinin yetersizliğine dikkat çekilmiştir.³¹⁰ Peru hükümetine de CRC/GC/2003/4 numaralı genel yorumda yer alan ilkeler doğrultusunda gençlerin cinsel ve üreme ile ilgili sağlık hizmetlerine ulaşma imkanlarının oluşturulması tavsiye edilmiştir.³¹¹ 2006 yılındaki bir başka gözleminde Komite, Benin'e gençlerin sağlığı ile yasa dışı kürtaj uygulamaları arasındaki bağlantı hatırlatılarak yasa dışı kürtajın engellenmesi istenmiştir.³¹² 2001 yılındaki Guatemala Raporunda genç kızların yüksek oranda ölümlerinin sebepleri arasında yasa dışı kürtaj uygulaması gösterilmiştir.³¹³ Yine 2001 yılı Palu gözleminde, komiteye göre ülkede sadece tıbbi nedenlerle kürtaja izin verilmesi, tecavüz ya da ensest ilişki sonrası hamile kalan çocukların iyiliği bakımından endişe uyandırmaktadır.³¹⁴ 1999 yılında hazırlanan Çad raporunda ise, yine cinsel ve üreme ile ilgili sağlık hizmetlerine ulaşımın önemi belirtilirken, sıkı kürtaj yasalarının genç kız ölümleri bakımından önemli bir etkiye sahip olduğu vurgulanmıştır. Hükümeti de kürtaj yasalarında değişiklik yapılması için destek verildiği ifade edilmiştir.³¹⁵

Komitenin yapmış olduğu tesbitlerden genç hamile kadınların ölümü ya da sağlığı ile sıkı kürtaj düzenlemeleri ya da yasakları arasında bağlantı kurulduğu anlaşılmaktadır. Kürtajın yasak olduğu toplumlarda, genç kızların hamileliği sona erdirmek için yasa dışı ve ehil olmayan kişiler tarafından kürtaj yaptırılmaları sözkonusudur. Bunun sonucunda da ölümler gerçekleşmektedir. Komitenin genel yaklaşımından, mümkün olduğu oranda gençlerin sağlıklı kürtaj imkanına sahip olması sözleşmenin uygulanması bakımından önemlidir. Ayrıca sadece kürtajların yasak olması değil fakat bunun yanında liberal kürtaj yasalarına sahip olan ülkeler bakımından da bu uygulamaya ulaşımın kolaylaştırılması istenmektedir. Dolayısıyla kürtajın gençler bakımından ulaşılabilir olması doğrudan bir insan hakkı sorunu olarak algılanmaktadır.

³⁰⁹ Aynı yer; prg. 71.

³¹⁰ CRC/C/PER/CO/3, 14 March 2006 Peru, prg. 52.

³¹¹ CRC/C/PER/CO/3, prg. 53.

³¹² CRC/C/BEN/CO/2, 20 October 2006 Benin, prg. 55.

³¹³ CRC/C/15/Add.154, 9 July 2001 Guatemala, prg. 40

³¹⁴ CRC/C/15/Add.149, 21 February 2001 Palau, prg. 46, 47.

³¹⁵ CRC/C/15/Add.107, 24 August 1999 Chad, prg. 30.

Komite kürtajın gençlerin sağlığı ve yaşamı bakımından ulaşılabilir olmasını önemli bir insan hakları meselesi olarak ele alırken, diğer taraftan da kürtajın bir doğum kontrol yöntemi olarak kullanılması konusundaki kaygılarını ülke gözlemlerine ilişkin yorumlarında dile getirmektedir. Örneğin 2001 Letonya gözleminde, gençlerin sağlığı ile ilgili Komite endişesini belirtirken çoğalan kürtaj uygulamalarının bir doğum kontrol yöntemi haline gelmesinden duyulan rahatsızlık da dile getirmiştir.³¹⁶ 2001 yılında Ermenistan ile ilgili yorumunda, bir taraftan kürtajın da dahil olduğu sağlık hizmetlerine yoksul insanların ulaşamamasına ve de yasal olmayan kürtajın yaygın olmasına dikkat çekilirken, diğer taraftan da kürtajın yaygın bir aile planlaması yöntemine dönüşmesinden duyulan endişe ifade edilmiştir.³¹⁷ 1999 yılındaki Rusya Federasyonu yorumunda da komite, Rus hükümetini kürtajın bir doğum kontrol yöntemi olmaktan çıkarılması için efor sarfedilmesini talep etmiştir.³¹⁸

Görüldüğü üzere Komitenin ülke gözlemlerinde, kürtajın yasaklanması ya da ulaşılamamasının yanı sıra, kürtajın bir doğum kontrol yöntemi olarak kullanılmasının da uygun bulunmadığı görülmektedir. Fakat kürtajın yaygın kullanımından duyulan endişelerin temelini hiçbir yorumunda ceninin yaşam hakkı oluşturmamaktadır. Dolayısıyla Komitenin yorumlarından bizim çıkarmış olduğumuz sonuç; kürtajın çocuk haklarının gerçekleştirilmesi bakımından önemli bir unsur olarak ifade edilmesi nedeni ile ceninin yaşam hakkının zımnen dahi komite tarafından korunmaya çalışılmadığıdır. Sözleşmenin bir nevi denetim organı olduğunu düşünürsek, uygulamada çıkan sonuç, yaşam hakkının bu sözleşmeye göre cenini kapsamadığıdır.

1-4-2 Amerika Kıtası'nda Üretilen Belgeler

Amerika kıtasında üretilen ve yaşam hakkını içeren iki temel belge sözkondur. Bunlar Amerikan İnsan Hak ve Ödevleri Bildirisi ve Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sözleşmesi'dir. Daha çok ceninin yaşam hakkı konusunda hasas olan

³¹⁶ CRC/C/15/Add.142, 21 February 2001 Latvia, prg. 39.

³¹⁷ CRC/C/15/Add.119, 24 February 2000 Armania, prg. 36, 37.

³¹⁸ CRC/C/15/Add.110, 10 November 1999 Russian Federation, prg. 46.

Latin Amerika ülkelerinin inisiyatifi ile hazırlanan ve kabul edilen bu belgelerden ilki aynı BM İnsan Hakları Bildirisi için söylediğimiz gibi moral değere sahip olan bir belgedir. Dolayısıyla hukuki bağlayıcılığı olan Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sözleşmesi, bu bölgenin temel insan hakları düzenlemesi olduğu söylenebilir. Şimdi kronolojik sıraya göre önce bildiri daha sonra da sözleşmede ceninin nasıl algılandığını incelemeye çalışacağız.

1-4-2-1 Amerikan İnsan Hak ve Ödevleri Bildirisi³¹⁹

1945 yılında gerçekleştirilen Amerikalılar Arası Konferans'ta kıta ülkeleri, temel hak ve ödevlere ilişkin bir bildirin ilk taslak metninin hazırlanması için Amerikalılar Arası Hukukçular Konseyi'ni görevlendirmiştir. Konseyin yaptığı çalışma neticesinde 21 maddelik taslak metin 1946 yılındaki toplantısında son şeklini almıştır. Taslak metinde yaşam hakkı cenini de kapsayacak biçimde düzenlenmiştir. Yaşam hakkını düzenleyen maddenin ilgili bölümünde yer alan ifadeler şu şekildedir:

Madde 1/1: Herkes Yaşam Hakkına sahiptir. Doğmamış çocuklar, tedavisi imkansız hastalar ve zihinsel rahatsızlıkları olanlar ile akıl hastaları bu hakkın sahibidirler...³²⁰

Taslak metnin yaşam hakkı ile ilgili gerekçesinde, doğmamış çocuğa yaşam hakkının tanınma nedeni olarak Amerikan Devletleri'nin büyük bir bölümünün sivil hukuklarındaki düzenlemeler gösterilmiştir. Ancak ayrıntılı bir açıklama yapılmamıştır.³²¹

Hazırlanan taslak metin 1948 yılında yapılan Bogota'daki 9. Amerikalılar Arası Konferans'ta ele alınmıştır. Konferansa katılan ülkeler daha önce de belirttiğimiz üzere, metnin sözleşme mi yoksa bildiri mi biçiminde kabul edileceği hususunda tereddüt yaşamaktaydılar. Hukukçular Konseyi tarafından hazırlanan

³¹⁹ Bildirgenin metni için bkz. <http://www.cidh.oas.org/Basicos/basic2.htm>.

³²⁰ İngilizce metni: Everybody has the right to life. This Right belongs to the unborn and the incurable, mentaly sick and the insane... bkz. J. COLLON-COLLANZO; sf. 35.

³²¹ Aynı Yer.

metin ise sözleşme olabilecek ölçüde, hakları geniş bir çerçevede ele almaktaydı. Fakat konferansa katılan hükümet temsilcileri, devletleri bağlamayan bildiriri biçimi üzerinde uzlaşmışlardır. Bu nedenle de kapsamlı hükümlerin daraltılması yoluna gidilmiştir. Nitekim yaşam hakkının düzenlendiği 1. madde de, tanımlamalar ve kullanılan ifadeler itibariyle çok kapsamlı ve devletleri bağlayıcı nitelikte bulunmuş ve aşağıda yer alan tek bir cümleye indirgenmiştir:

Madde 1: Her insan yaşam hakkına, özgürlüğe ve kişisel güvenlik hakkına sahiptir.³²²

Sadece moral değere sahip, ülkeler için zorunluluktan ziyade amaçları gösteren bu belge 2 Mayıs 1948 yılında kabul edilmiştir. Latin Amerika ülkelerinin BM Evrensel Bildirgesi'nin hazırlık aşamalarında da görülen yaşam hakkının cenini kapsayacak şekilde genişletilmesi eğilimi, ilk taslak metinde kendisini göstermiştir.

1-4-2-1 Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sözleşmesi

Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirgesi'nin hazırlanması sürecinde olduğu gibi, sözleşmenin ilk taslak metninin hazırlanması görevi yine Amerikalılar arası Hukukçular Konseyine verilmiştir. Konseyin 1959 yılında Şili'de gerçekleştirdiği ilk toplantıda, Uruguay delegasyonu yaşam hakkı ile ilgili bir öneri sunmuştur. Öneri, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi temel alınarak düzenlenmiştir ve bu düzenlemede yaşam hakkının başlangıcı ya da ceninin yaşam hakkı konusunda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.³²³ Bu öneri daha sonra bir takım aşamalardan geçerek tekrar değerlendirilerek değiştirilmiştir. Konumuz bakımından önemli olan değişiklik ise, maddenin ilk fıkrasına “yaşam hakkının gebelik anından itibaren hukuk tarafından korunacağı” ilkesinin yerleştirilmesidir.³²⁴

³²² Article 1: Every Human Being has the right to life, liberty and personal security. Bkz. J. COLLON-COLLANZO; sf. 36.

³²³ J. COLLON-COLLANZO; sf. 36, 37.

³²⁴ Metin: 1- The right to life is inherent to all persons. This right will be protected by law from the moment of conception...bkz J. COLLON-COLLANZO; sf. 36.

1965 yılındaki konferansta ise Uruguay kurulun hazırladığı metne alternatif bir metin hazırlayarak değişiklik önerisinde bulunmuştur. Fakat bu metin de, konseyin elindeki metin ile aynı şekilde yaşam hakkının gebe kalma anında itibaren korunacağını hükme bağlamaktadır. Uruguay önerisi ve konseyin hazırladığı taslak Amerikan Devletleri Örgütünün insan hakları birimi olan İnsan Hakları Komisyonu'na nihayi metnin oluşturulması için gönderilmiştir. Komisyon yaptığı inceleme neticesinde, yaşam hakkı ile ilgili düzenlemelerde Uruguay delegasyonunun önerisini uygun bulduğunu açıklarken bir takım eklemelerde bulunduğunu bildirmiştir. Bu eklemelerden birisi de 1. paragrafta yer alan yaşam hakkının gebelik anından itibaren korunacağı cümlesinin başına “(in general) genel olarak” ifadesinin yerleştirilmesidir.³²⁵

Bu değişikliğin hangi amaçla yapıldığını, taslak sözleşme metninin tartışıldığı 1969'daki konferansta, Brezilya delegasyonunun itirazı üzerine getirilen açıklamalardan anlıyoruz. Brezilya Hükümetinin temsilcileri, “yaşam hakkı gebelik anından itibaren hukuk tarafından korunur” cümlesinin başına getirilen “genel olarak” ifadesinin maddeyi müphem bir hale soktuğunu, bu nedenle çıkarılması gerektiğini öne sürmüştür. Fakat konferansa katılanların çoğunluğu, Brezilya'nın bu karşı çıkışını desteklememişlerdir. Konferansta genel kabul gören anlayışa göre de, oluşturulan yeni ifade ile belirsiz bir durum ortaya çıkmıştır. Fakat bu hükümdeki anlam gelecekte yapılacak olan yorumlarla belli olacaktır. Bununla birlikte konferansa katılan delegeler doğmamış çocuğun yaşamının korunması konusunda hem fikir olduklarını beyan etmişlerdir.³²⁶ Ancak baştaki düzenlemenin değiştirilemesinin ana nedeni, sözleşme yapıldığı anda Amerikan Devletlerinin bir kısmında ceninin yaşam hakkı ile çelişen pekçok düzenlemenin olması ve cenine hakkın tanınması durumunda yürürlükte olan bu kanunların kaldırılması zorunluluğudur. Dolayısıyla bu tür bir durumla karşılaşmamak için ifadenin yumuşatıldığı söylenebilir.³²⁷

³²⁵ Aynı eser; sf. 39.

³²⁶ Aynı eser; sf. 39, 40.

³²⁷ S. DAVIDSON; The Inter-American Human Rights System, Dartmouth Publishing Company, 1997, sf. 262,263.

Böylece, sözleşmenin ilk taslak metinlerinde kesin olarak tanınan ceninin yaşam hakkı son bir değişiklikle bu konuda kesin olarak bir hüküm verilmesi imkanını ortadan kaldırmıştır. Sözleşmenin hazırlanışı esnasında hükmün ne anlama geldiği hususu gelecekte yapılacak olan yorumlara göre şekilleneceği belirtilmişse de, sözleşmenin yorumlanması hususunda yetkili olan yargısal nitelikteki organların önüne, günümüze değin tek bir başvuru gelmiştir.

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sistemi'nde ceninin statüsünün bildiri ve sözleşmeye göre nasıl tanımlanabileceği Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu'nun 1981 yılında vermiş olduğu bir karar ile belirlenmeye çalışılmıştır. Karara konu olan başvuruda, Amerika Birleşik Devletleri'nin Roe v. Wade davası ile liberalleşen kürtaj yasalarına göre yapılan bir kürtajın Amerikalılar Arası İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirgesi'nin yaşam hakkını düzenleyen 1. maddesini ihlal edildiği iddiasına dayanmaktadır.^{328/329}

“Baby Boy” davası olarak da isimlendirilen bu şikayette komisyon, önce bildirinin ceninin yaşam hakkını koruma altına alıp almadığı sorusuna yanıt aramıştır. Metnin hazırlık aşamalarından yararlanarak yapılan komisyon yorumunda, bildirinin kabul edildiği konferansta yaşamın gebe kalma anından itibaren korunacağına hükmetme imkanı varken delegelerin bu yolu tercih etmemesinden dolayı hakkın kapsamının cenini içine alacak şekilde yorumlanamayacağı belirtilmiştir.^{330/331}

Başvuranın ikinci iddiası ise, ABD'nin onaylamadığı Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sözleşmesi'nin yaşam hakkını düzenleyen 4. maddesinin de ihlal edildiğidir. Komisyon doğal olarak ABD'nin onaylamadığı bir uluslararası sözleşmeye göre

³²⁸ S. DAVIDSON; sf. 263, 264.

³²⁹ Amerika Birleşik Devletleri Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sözleşmesini onaylamadığı için aslında bu sözleşmenin yargısal denetimine tabi değildir. Fakat Amerikalılar Arası İnsan Hak ve Ödevleri Bildirgesini imzalamış olması nedeni ile bu bildirgenin kapsamına giren ihlaller için komisyona başvuru olanağı sözkonusudur. Bkz. S. GEMALMAZ; Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukuna Giriş, sf. 272, Nitekim “Baby Boy” başvurusunda da esas olarak bildirinin 1. maddesinin ihlal edildiği savı sözkonusudur.

³³⁰ Annual Report of The Inter-American Commission on Human Rights 1980-1981 OEA/Ser.L/V/II.54, Doc. 9 rev. 1, 16 October 1981, prg. 19h.

³³¹ Hatırlanacağı üzere bildirgenin ilk taslak metninde yaşam hakkının gebe kalma anından itibaren korunacağı ifadesi yer alırken daha sonra bu bölüm metinden çıkarılmıştır.

denetim yapamayacağını belirtmesine karşın, teorik olarak bu maddenin ihlali iddiasını ele almıştır. Komisyon; başvuruçunun 4. maddenin kapsamı konusundaki yaklaşımını tarihsel veriler ışığında uygun bulmamıştır. Komisyona göre, “genel olarak gebe kalma anından itibaren” ifadesi ile daha kısa olan “gebe kalma anından itibaren” ifadesi hukuki anlam itibariyle birbirinden önemli farklılıklar içermektedir. Genel olarak gebe kalma anından itibaren ifadesinin getirilmesi bildiride yer alan ifadenin değiştirilmesi anlamına gelmemektedir. Bu nedenle bu madde ile ülke hukuklarının ceninin yaşam hakkını tanıma gibi bir yükümlülüğü ortaya çıkamaz³³²

Şikayette bulunanların başvurularını reddeden komisyon, böylelikle İnsan Hakları belgeleri içerisinde ceninin yaşam hakkını koruma hususunda en marjinal düzenlemeyi getiren maddenin dahi ceninin yaşam hakkını gebe kalma anından itibaren korumadığı sonucuna varılmıştır.

1-4-3 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

İnsan Hakları Hukuku içerisinde en etkin ve önemli yapılardan birisi olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin yaşam hakkının düzenlendiği 2. maddesinde, hakkın ne zaman başladığına dair bir hüküm bulunmamaktadır. Sözleşme metni BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nde olduğu gibi hak sahibini bütün haklar bakımından “herkes”, “hiçkimse” gibi genel kavramlarla belirtmektedir. Fakat BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nden farklı olarak, sözleşmenin yapım sürecinde ceninin yaşam hakkı meselesi ne bir tartışmaya konu olmuş ne de bir değişiklik teklifi olarak gündeme gelmiştir.³³³ Bu nedenle diğer sözleşmelerden farklı olarak hazırlık çalışmalarının konunun aydınlatılmasında yararlanması mümkün değildir.

Sözleşmenin metninden ve de hazırlık çalışmalarından bir sonuca varamayacağımız için Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ceninin statüsünü ancak

³³²Annual Report of The Inter-American Commission on Human Rights 1980-1981 OEA/Ser.L/V/II.54, Doc. 9 rev. 1, 16 October 1981, prg. 30.

³³³ B.G. RAMCHARAN; “The Drafting History of Article 2 of the European Convention on Human Rights”, The Right to Life In International Law, Martinus Nijhoff Publishers, 1985, sf. 57-63.

sözleşmenin kurumsallaştırdığı yargısal nitelikteki organların kararları incelenerek tesbit edilmeye çalışılacaktır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde, hak ihlallerinin denetimi konusunda üç organ oluşturulmuştur. Bunlar, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Bakanlar Komitesidir. 1 Kasım 1998 tarihinde 11. protokolün yürürlüğe girmesi ile bu sistem değiştirilerek yeniden düzenlenmiştir. Buna göre; Komisyon ve mahkeme yerine tam zamanlı çalışan tek bir insan hakları mahkemesi oluşturulmuş, Bakanlar Komitesinin yetkileri ise mahkeme kararlarının denetimi ile sınırlandırılmıştır.³³⁴

Ceninin yaşam hakkı meselesini ele alan kararlar da bu tasnife uygun olarak 11. protokol öncesinde komisyona yapılan ve kabul edilmezlik kararı verilen başvurular ile mahkemenin ele aldığı davalar şeklinde iki kategoride incelenecektir.

1-4-3-1 Avrupa İnsan Hakları Komisyonunun İncelediği Başvurular

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun ceninin yaşam hakkı meselesini dolaylı yoldan ele aldığı ilk başvuru *Bruggemann & Scheuten v Federal Almanya* davasıdır. Davada esas itibarıyla özel hayatı koruyan 8. maddenin ihlali incelenmiştir. Fakat ihlale neden olduğu ileri sürülen kanunlar kürtaja ilişkin olduğu için ceninin yaşam hakkı meselesini ilgilendiren bazı önemli saptamalarda bulunulmuştur.³³⁵

Şikayette bulunan başvurucular, Alman Kürtaj Kanunlarında yapılan değişiklik ile kürtaj yaptırma imkanının kısıtlandığını ve dolayısıyla kürtaj yaptırma hakkını da içeren sözleşmenin 8. maddesinin yani özel hayatın korunması hakkının, ihlal edildiğini iddia etmişlerdir. Komisyon, kürtaj yaptırma hakkının özel hayatın korunması hakkının kapsamı içerisinde olduğunu kabul etmekle beraber, somut olayda getirilen kısıtlamaların bu hakkı ihlal etmediği sonucuna varmıştır. Çünkü

³³⁴ N. ÇAVUŞOĞLU; "Avrupa Konseyi: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin Denetim Sistemi", İnsan Hakları, YKY, İstanbul, 2000, sf. 456-477.

³³⁵ A. PLOMER; "A Foetal Right to Life? The Case of *Vo v France*" *Human Rights Law Review*, 5:2, Oxford University Press, 2005, sf. 311-338.

Komisyona göre; hamilelik sadece özel hayatın kapsamı içerisinde değerlendirilebilecek bir mesele değildir. Kadının hamile kalması ile birlikte, özel hayat anne karnında gelişen cenin ile bağlantılı hale gelmektedir. Dolayısıyla ikisini birlikte değerlendirmek gerekmektedir. Komisyon, sözleşmenin imzalandığı dönemde, imzacı devletlerin konuyu çeşitli derecelerde sınırlandırdığı gerçeğini vurgulayarak, Federal Almanya'nın Kürtaşı sınırlayan düzenlemelerini 8. maddenin ihlali kapsamına almamıştır.³³⁶

Davada 2. madde kapsamında bir değerlendirme yapılmamıştır. Bu nedenle komisyon ceninin 2. maddeye göre yaşam hakkına sahip olup olmadığı meselesini doğrudan ele almamıştır. Fakat bu kararı ile sözleşmenin yorumunda ceninin menfaatlerinin de, kadının menfaatleri karşısında korunması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Bu korumanın kapsamı yaşam hakkını içerecek bir genişlikte mi olacağı ise komisyon tarafından cevaplandırılmayan bir sorudur.

Komisyonun konuyla ilgili ele aldığı ikinci başvuru ise X v. Birleşik Krallık³³⁷ (Paton v. Birleşik Krallık olarak da bilinmektedir.) davasıdır. Komisyonun bu davada vermiş olduğu karar kendisinden sonra gelen kararları etkilemiştir. Bu davada 10 haftalık bir ceninin kürtaşı sözkonusudur. Kadının kürtaşı istemesine karşın baba bu kürtaşı engellemek için hukuki yollara başvurmuştur. En son İngiliz Yüksek Mahkemesi, kürtaşın engellemesi için babanın yaptığı tedbir talebini reddetmiş ve bunun üzerine başvurucu da Strassburga'a şikayette bulunarak; 1967 tarihli İngiliz Kürtaşı yasasının sözleşmeyi ihlal ettiği iddiasında bulunmuştur. Sözleşmenin yaşam hakkını düzenleyen 2. maddesinin cenini kapsadığı savına dayanan başvuruda, kürtaşa izin veren bu yasanın ceninin yaşam hakkını ihlal ettiği ileri sürülmüştür.

Komisyon sözleşmenin 2. maddesinin ilk fıkrasında yer alan herkes yaşam hakkına sahiptir ifadesindeki "herkes" kelimesinin sözleşme metninde açıklanmadığını vurgulayarak; sözleşmenin diğer maddelerinde de geçen bu terimin uygulama alanının sadece doğum sonrasını kapsadığının altını çizmiştir. Madde 2 tek başına incelendiğinde de, yaşam hakkı için getirilen istisnaların yalnızca doğmuş

³³⁶ A. PLOMER; sf. 315.

³³⁷ Paton v. United Kingdom, Application No. 8416/78.

olanlar için geçerli olduğunu belirtip, “herkes” teriminin olağan kullanım biçimi de göz önüne alındığında, sözleşme metninin cenini bu terimin kapsamı dışında tutmak hususunda bir eğilimi olduğunun söylenebileceği dile getirilmiştir.³³⁸

Komisyon yukarıda sayılan gerekçelere dayanarak ceninin yaşam hakkının olmadığını tesbit ettikten sonra, teorik planda 2. maddede yer alan “yaşam” teriminin cenini kapsayıp kapsamadığını değerlendirmeye almıştır.³³⁹ Yaşamın başlangıcı konusunda çok farklı yaklaşımların ve yorumların varlığını vurgulayan komisyon³⁴⁰, 2. maddenin cenine uygulanabilirliğini üç ihtimal göz önüne alınarak yorumlamaya çalışmıştır.³⁴¹

- 1- Maddenin cenini hiç kapsamaması
- 2- Maddenin belirli sınırlar içerisinde cenini kapsamaması
- 3- Cenine hiçbir sınırlama olmaksızın yaşam hakkının tanınması

İlk olarak ceninin herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın yaşam hakkına sahip olduğu varsayımı ele alınmıştır. Komisyona göre; ceninin yaşamını izole bir biçimde anneden ayrı olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Eğer ceninin yaşam hakkını tam olarak tanıyacak olursak, kürtajın kesinlikle yasaklanması gerekmektedir. O halde hamileliğin devamının kadının sağlığını tehlikeye sokacak bir durum arz ettiğinde bu yasak ceninin yaşamının annenin yaşamından daha değerli olduğu sonucunu ortaya çıkaracaktır. Bu durumda da sözleşmenin yaşam hakkının açıkça sayıldığı istisnalarına zımni bir ekleme yapılmış olacaktır ki; bu yaklaşım sözleşmenin amacıyla uyum sağlaması mümkün değildir.³⁴²

3. ihtimalin yorumu yapıldıktan sonra, komisyon ilk iki ihtimali geniş çapta değerlendirmek yerine, olayda dava konusu olan hamileliğin başlangıcında

³³⁸ Application No. 8416/78, prg. 5-9.

³³⁹ Komisyonun sözleşmede genel olarak hak sahibini belirlemek için kullanılan “herkes” teriminin sadece doğmuş olanlar için kullanılabileceğini belirttikten sonra, sözleşme içerisinde yer alan bir hakkın uygulama alanını belirlerken doğmamış olan için değerlendirme yapması çelişkili bir durum arz etmektedir. Çünkü hak sahibi olamayacağına karar verilen bir varlık için sözleşmenin ihlal edilmesi ya da bu varlığın sözleşmede yer alan bir hakkın sahibi olabilmesi mümkün değildir. Bu nedenle komisyonun bu yaklaşımı eleştirilmiştir.

³⁴⁰ Application No. 8416/78, prg. 12-15.

³⁴¹ Application No. 8416/78, prg. 17.

³⁴² Application No. 8416/78, prg. 19, 20.

yapılmasına izin verilen kürtajın 2. madde ile uygunluğu ele alınmıştır. Dolayısıyla ceninin yaşam hakkının belirli sınırlar içerisinde var olup olmadığı meselesinin çözümüne gidilmemiştir. Komisyona göre yaşam hakkı hamileliğin somut olayda olduğu gibi erken döneminde var olduğu farzedilirse, bu hak belirli limitler (kadının sağlığı ve hayatı) dahilinde olacaktır.³⁴³

Paton v. Birleşik Krallık kararında komisyon sözleşmeye göre ceninin yaşam hakkı var mıdır sorusuna yanıt vermekten kaçınmıştır. Fakat ilginç bir yöntemle başvurularak önce maddenin sözleşmeye göre normal yorumu yapılmış ve ceninin bu hakka sahip olamayacağı belirlenmiştir. Daha sonra madde değişik ihtimaller çerçevesinde yorumlanarak bazı durumlarda maddenin cenine uygulanabilirliği tartışılmıştır. Paton v. Birleşik Krallık kararında uygulanan varsayımsal yaklaşım daha sonra diğer benzer kararlarda da uygulama alanı bulmuştur.

Paton v. Birleşik Krallık davasından sonra aynı konunun işlendiği ikinci dava ise H v. Norveç^{344/345} başvurusudur. Bu dava da, Paton v. Birleşik Krallık davasında olduğu gibi hamile olan eşinin kürtaj yaptırmasına izin veren yasaların yaşam hakkını ihlal ettiği iddiası üzerine kurulmuştur. Evlilik dışı bir ilişki neticesinde şikayetçinin hamile kalan kız arkadaşı, hamileliğinin 14. haftasında eşinin haberi olmaksızın kürtaj yaptırmıştır. Bunun sonucunda olayı duyan eş, devlet aleyhine dava açmış ve kürtaja izin veren Norveç yasalarının değiştirilmesi için talepte bulunmuşsa da başarılı olamamıştır. Nihayetinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuran ilgili Norveç Kürtaj Yasalarının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesine aykırılığını iddia etmiştir.

Başvuruyu değerlendiren komisyon, Paton davasında olduğu gibi 2. madde de yer alan "herkes" teriminin cenini kapsamadığına ilişkin açıklamasını yapmıştır. Bunun yanında ceninin yaşam hakkı konusunda kesin bir karar veremeyeceğini belirttikten sonra, imzacı devletlerin sözleşmede yer alan yaşam hakkının ne ölçüde cenini kapsadığı konusunda farklı uygulamaları olabileceğini vurgulamıştır. Örneğin

³⁴³ Application No. 8416/78, prg. 22, 23.

³⁴⁴ H v. Norway, Application No. 17004/90.

³⁴⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin internet sitesinden elde ettiğimiz bu karar metninde sayfa numarası ve de paragraf numarası bulunmadığı için, komisyon kararı değerlendirilirken sayfa veya paragraf atfı yapılamamıştır.

Avusturya Federal Mahkemesi yaşam hakkının sadece doğmuş olanlar için geçerli olduğunu belirtirken, Alman Federal Mahkemesi de tam aksi yönde; tüm insanlar kelimesinin içine cenini de katarak yaşam hakkının alanını genişletmiştir. Dolayısıyla kürtaj yasaları ya da ceninin yaşamının korunması konusunda ülke mevzuatları çok büyük farklılıklar arz etmektedir. Fakat yine Paton davasında olduğu gibi maddenin farklı şeklide yorumlanabileceği üzerinde durulmuştur. Buna göre sözleşmenin konu ile bağlantılı olduğu farzedildiğinde, her ülkenin tartışmalı olan bu alanda düzenleme yapma konusunda takdir hakkına sahip olması gerektiğine işaret edilmiştir. Bu bağlamda ceninin ve kadının menfaatlerinin yasallaştırılmasında Norveç hükümetin sahip olduğu bu takdir hakkını aşan bir durumun tesbit edilmediği de vurgulanmıştır. Dolayısıyla ceninin yaşam hakkının varlığı kabul edilse dahi kadının kürtaj hakkı ve ceninin yaşam hakkı arasında adil bir denge tutturulması, sözleşmenin 2. maddesinin ihlali anlamına gelmemektedir.

1-4-3-2 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kararları

Önceki iki başvurudaki komisyonun göstermiş olduğu yaklaşım 11. protokolün uygulanmasından sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kabuledilmezlik kararı verdiği Boso v. İtalya^{346/347} davasında da aynı şeklide devam etmiştir. Boso v. İtalya davasında, yine eşin rızası olmamasına karşın yapılan bir kürtaj konu edinmektedir. Başvuru sahibi Giampiero Boso, eşinin kendisinin istememesine rağmen yapmış olduğu kürtaj nedeni ile iç hukukta doğmamış olan çocuklarının yaşam hakkının eşi tarafından ihlal edildiği iddiasında bulunmuştur. Bu başvurudan bir sonuç alamayan Boso, gerçekleştirilen kürtajın sözleşmenin 2. maddesini ihlal ettiği savı ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuruda bulunmuştur.

Komisyon diğer başvurularda olduğu gibi yine doğrudan ceninin yaşam hakkı konusunda açık bir ifade kullanmamıştır. Paton v Birleşik Krallık ve H v Norveç davalarına paralel olarak meselenin sözleşmenin 2. maddesinin kapsamında olduğu

³⁴⁶ Boso v. Italy, Application No 50490/99.

³⁴⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin internet sitesinden elde ettiğimiz bu karar metninde sayfa numarası ve de paragraf numarası bulunmadığı için, komisyon kararı değerlendirilirken sayfa veya paragraf atfı yapılamamıştır.

farzedilerek ikinci bir yorum yapılmıştır. Bu yorum çerçevesinde kürtaj ile ilgili iç hukuk düzenlemeleri ele alınmış ve gerçekleştirilen kürtajın yasaların çizdiği çerçevede yapılıp yapılmadığı sorunu ile ilgilenmiştir. Açıklamanın devamında sözkonusu iç hukuk düzenlemelerinin, annenin menfaati ile ceninin korunmasına duyulan ihtiyaç arasında adil bir denge kurduğunu ve bu nedenle kürtaj ile ilgili yasaların düzenlenmesindeki akit devletin takdir hakkının, sınır aşmadan kullanıldığı kararına varılmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, ceninin yaşam hakkı konusunda hüküm verme imkanına sahip olduğu davalardan bir diğeri ise Open Door and Dublin Well Woman v. İrlanda³⁴⁸ davasıdır. Bu dava aslında doğrudan ceninin hakkı ile ilgili olmamakla beraber İrlanda hükümetinin yapmış olduğu savunma neden ile mahkemenin ceninin yaşam hakkı meselesine girme imkanı doğmuştur.

Davaya neden olan olayı kısaca şu ekilde özetleyebiliriz. İrlanda'da kürtaj çok sıkı kurallar çerçevesinde düzenlemiş olduğundan, isteğe bağlı olarak kadınların kürtaj yaptırabilme imkanı bulamamaktadırlar. Bu nedenle daha liberal kürtaj yasalarına sahip olan ülkelere ve özellikle de İngiltere'ye kadınlar kürtaj yaptırabilmek için gitmektedirler. İrlandalı kadınlar ile yurt dışındaki klinikler arasındaki ilişkiyi de şikayet eden kuruluş ve benzer yapılar tarafından sağlanmaktadır. Bu kuruluşların çalışmasının yasaklanması üzerine sözleşmenin 10. maddesinin (ifade hürriyeti) ihlali iddiası ile başvuruda bulunulmuştur.

Savunmasında İrlanda hükümeti, ifade özgürlüğünün demokratik devlet ilkelerine göre sınırlandığını çünkü bu yasaklama ile toplumun ahlaki değerlerinin korunduğunu ve de bunun yanında ceninin yaşam hakkının korunmaya çalışıldığı ifade edilmiştir.³⁴⁹ İrlanda halkının kürtajı istemediği 1983 referandumunu ile ortaya açıkça çıktığından mahkemenin başka bir bakış açısını kabul ettirmek gibi bir çabasının olmaması gerektiğini belirtmiştir.³⁵⁰ Fakat mahkeme, daha önceki uygulamasına paralel olarak ceninin yaşam hakkı meselesini değerlendirmeye almamıştır. Mahkeme, hükümetin yapmış olduğu savunmadan sadece ahlaki

³⁴⁸ Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland, Application no; 14235/88.

³⁴⁹ Application no. 14234/88; 14235/88, prg. 61.

³⁵⁰ Application no. 14234/88; 14235/88, prg. 65.

değerlerin korunması hususunu ele alarak davayı çözmüştür. Bu nedenle ceninin yaşam hakkına sahip olup olmadığı ve eğer sahipse sözkonusu yasakların demokratik devlet ilkelerine uygun düşüp düşmediğini değerlendirmemiştir.³⁵¹ Dolayısıyla ceninin sözleşme tarafından yaşam hakkının korunup korunmadığı hususunda bir hüküm vermemiştir.

1-4-3-3 Vo v. Fransa Davası³⁵²

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önünde görülen konuyla ilgili en son ve en önemli dava Vo v. Fransa davasıdır. Bu davayı diğer başvurulardan ayıran ve daha önemli bir konuma sokan neden ise; kadının çocuğunu doğurma iradesine karşın 3. bir kişinin müdahalesi sonucu kürtaj yapılmış olmasıdır. Dolayısıyla diğer başvurulardan farklı olarak bu davada kadın ve ceninin menfaatleri çatışmamakta aksine paralellik göstermektedir.

Vietnam asıllı olan ve Fransa'da yaşayan Bayan Thi-Nho Vo, hamileliğinin 6. ayında Lyon'daki bir devlet kliniğine genel sağlık kontrolü için gitmiştir. Aynı gün Thi Thanh Van Vo adında bir başka bayan hasta da sargılarının alınması için hastanede bulunmaktadır. Doktor sargıların alınması için Bayan Vo'yu çağırdığında çok az Fransızca bilen hamile Bayan Thi-Nho Vo kendisinin çağrıldığını düşünerek bu çağrıya cevap vermiştir. Doktor ise karşısındakinin sargılarının alınması için gelen Bayan Thi Thanh Vo olduğunu düşünerek tıbbi müdahaleyi yapmıştır. Bu müdahale nedeni ile daha sonra Bayan Vo'nun bebeği kürtaj yolu ile alınmak zorunda kalınmıştır.

Yapılan otopsi neticesinde ceninin ölüm tarihinde 20-21 haftalık olduğu tesbit edilmiştir. Ayrıca olayı inceleyen uzmanların raporuna göre de hastanenin aynı isimlerdeki kişilerin karıştırılma riskini önleme, doktorun ise hastanın kimliğinin sorgulanması hususunda kusurlu oldukları belirlenmiştir. Bayan Vo doktor hakkında kasıtlı olmayan adam öldürme suçundan ceza davası açmıştır. Fakat ilk derece ceza mahkemesi ceninin ölümü anında yaşayabilir durumda olmadığından adam öldürme

³⁵¹ Application no. 14234/88; 14235/88, prg. 66.

³⁵² Vo v. France, Application no. 53924/00.

suçunun unsurlarının oluşmadığına karar vermiştir. Lyon İstinaf Mahkemesine taşınan davada, yaşam hakkının canlılığın başlangıcı ile korunmaya başlandığını bu yüzden yaşayabilir olma kriterinin geçerli olmadığını belirterek ilk derece mahkemesinin kararına katılmamıştır. Nihayetinde, Fransız Temyiz Mahkemesine gelen davada, istinaf mahkemesinin doğmamış ceninin yaşam hakkının olduğu yorumunun iç hukuk ve sözleşmenin hatalı yorumlanmasından kaynaklandığını belirterek kararı tersine çevirmiştir. Bunun üzerine Bayan Vo Strassburg Mahkemesine iddiasını taşımış ve sözleşmenin 2. maddesi kapsamında olan ceninin yaşamının kasıtlı olmadan ortadan kaldırılması eylemine, Fransız Hukukunda cezai bir yaptırım öngörülmemesi nedeni ile sözleşmenin ihlal edildiği savını öne sürmüştür.

Mahkeme yaşamın başlangıcı konusunda varolan görüş ayrılıklarına dikkat çekerken, Fransa da dahil olmak üzere konunun tartışıldığı taraf devletlerin büyük bölümünde henüz çözüme kavuşturulmadığını belirtmektedir.³⁵³ Bunun yanında Avrupa düzeyinde yaşamın başlangıcı hususunda ne bilimsel ne de hukuki bir görüş birliği de oluşmadığı vurgulanarak; ceninin korunması hususunda Avrupa ülkeleri arasında var olduğu söylenebilecek ortak zeminin, cenini kişi olarak kabul etmeden, sivil hukuk içerisinde miras hakkı gibi haklar tanınmasından ibaret olduğu ifade edilmiştir.³⁵⁴ Nitekim Oviedo İnsan Hakları ve Bio-Tıp Sözleşmesi ile bu sözleşmenin ek protokolleri olan İnsan Klonlanması Protokolü ve Bio-Tıp Araştırmaları Protokolünde özellikle herkes teriminin anlamı varolan farklı yaklaşımlar nedeni ile tanımlanmamıştır.³⁵⁵ Ceninin hem hukuki hem de moral değer olarak statüsü üzerine bir uzlaşma olmaması nedeni ile mahkeme yaşamın ne zaman başladığına ve buna bağlı olarak da ceninin madde 2 kapsamında kişi olup olmadığı sorusuna cevap vermeyi hem uygun bulmamış hem de mümkün görmemiştir. Olay ele alındığı zaman başvuranın hamileliliğinin beklenmedik bir biçimde sonuçlanmasının madde 2 kapsamında olup olmadığı da mahkeme tarafından değerlendirmemesine karar verilmiştir. Fakat Paton davasında başlayan içtihadına uygun olarak ceninin yaşam hakkının var olduğu farz edilse dahi kamu sağlığı alanında yaşamın korunması için gerekli koşulların sağlanması hususunda davalı

³⁵³ Application no. 53924/00, prg. 82, 83.

³⁵⁴ Aynı prg. 84.

³⁵⁵ Aynı prg. 84.

devlet kusurlu bulunmamıştır. Bu konuda mahkeme, doğmamış çocuğunu kaybeden başvuruçunun Fransız hukukunun sağladığı korumanın madde 2 kapsamındaki prosedürel gereksinimleri ne oranda karşıladığı incelenmiştir.^{356/357}

Mahkemenin 2. maddenin ihlali ile ilgili olarak Fransız Hukukunda aradığı kıstaslar, doktorun yapmış olduğu eylem neticesinde sorumluluğuna gidilebilmesi ve yapılan kürtaj neticesinde tazminat sorumluluğunun varlığıdır. Karara göre, hukuken korumanın etkili olması için somut davada bu koşulların gerçekleşmesi yeterli görülmektedir. Oysaki başvuruçunun, sadece ceza hukuku alanında bir kanun yolunun olması gerektiği savını ileri sürmüştür ve mahkeme bu görüşü paylaşmamıştır.³⁵⁸

Mahkemeye göre yaşam hakkının ihlali ya da fiziksel bütünlüğe dışarıdan gelen müdahaleler eğer bir kast sonucu meydana gelmiyorsa, devletin bu konudaki pozitif yükümlülüğü mutlaka ceza hukukunda bu eylemleri yaptırma bağlayan bir hüküm bulundurması anlamına gelmemektedir. Sivil hukuk içerisinde de eylemin yapan kişinin sorumluluğuna gidilebilmesi bazı durumlarda 2. madde bakımından uygun olabilir.³⁵⁹

Bu görüş doğrultusunda, Fransız Ceza Hukuku'nda, doktorun kusuru nedeni ile meydana gelen yaralanma vakası için Bayan Vo'nun dava açabilme hakkına işaret eden mahkeme aynı zamanda idari dava yolu ile de uğramış olduğu zararın tazminini isteyebileceğini belirtmiştir.³⁶⁰ Dolayısıyla olayda mutlaka ceza kanun yolunun gerekliliği aranmamalıdır. Bu nedenlerden ötürü de kararda var olan dava yollarının

³⁵⁶ Aynı prg. 85.

³⁵⁷ Yaşam hakkı ile ilgili olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin oluşturmuş olduğu içtihadı göre, madde ikinin 2 temel ihlal biçimi sözkonusudur. Bunlardan ilki hakkın esasının ihlali ki; bu klasik anlamda kişinin yaşamının sona erdiği durumlarda devletin öldürmeme yükümlülüğü olarak belirir. İkincisi ise, yaşam hakkının hayata geçirilmesinin bir parçası olan devletin pozitif yükümlülüğünün sonucunda ortaya çıkmaktadır. Buna göre devlet hakkın hayata geçirilmesi için gerekli ve uygun düzenlemeleri yapması zorunludur. Örneğin kişi yaşamına tecavüz sözkonusu olduğunda, sanığın etkili ve bağımsız bir hukuk düzeni içinde hukuki sorumluluğunun sağlanabilmesi gerekmektedir. Bu durumun sağlanmadığı hallede 2. maddenin prosedürel gereksinimler hayata geçirilmediği için ihlali sözkonusu olabilmektedir. Nitekim bu davada da mahkeme 2. maddenin prosedürel ihlalini ele almıştır.

³⁵⁸ Aynı prg. 87.

³⁵⁹ Aynı prg. 90.

³⁶⁰ Aynı prg. 91.

tatmin edici nitelikte olduğuna karar verilip madde 2'nin ihlal edilmediği sonucuna varılmıştır.³⁶¹

1-4-3-4 AİHM'nin İçtihadının Değerlendirilmesi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde “ceninin yaşam hakkı” olduğu yönünde taleplerin dile getirildiği başvurularda, sözleşmenin yargısal nitelikteki organları tutarlı bir biçimde ülkelerin hukuk düzenlerini bağlayacak şekilde karar vermekten kaçınılmaktadırlar. Ceninin ahlaki statüsü konusunda ortaya atılan farklı yaklaşımları gerekçe gösteren mahkeme, tüm ülkeleri tek bir düzenleme altında toparlamaktansa konu bakımından herhangi bir karar beyan etmemeyi daha uygun bulmaktadır. Nitekim en son Vo davasında da bu yaklaşım açık bir biçimde ifade edilmiştir. Fakat mahkemenin konu üzerinde karar vermeme yönündeki eğilimi tutarlı bir biçimde her başvuruda ortaya konulmakla beraber, önüne gelen davaların çözümünde uygulamış olduğu yöntem itibariyle kanaatimizce hem kendi içinde hem de pozitif hukuk ilkeleri bakımından çok ciddi tutarsızlıklar görülmektedir.

Mahekeme Vo davasına kadar geçen süreç içerisinde, ceninin yaşam hakkının konu edildiği başvurularda kullandığı yöntem; önce sözleşme bakımından ceninin yaşam hakkına sahip olmadığını tesbit etmek, daha sonra da teorik bir değerlendirme yaparak, yaşam hakkı olduğu farz edilerek davada incelenen olayda ceninin yaşam hakkının ihlal edilip edilmediğine karar vermektir. Vo davasında kadar mahkemenin yapmış olduğu bu farazi değerlendirmede kullandığı kıstas ise, yaşam hakkına sahip olduğu varsayılan ceninin menfaatleri ile kadının menfaatlerinin kanunlar önünde adil bir dengeye oturtulmasıdır. Örneğin kürtajın belirli döneme kadar serbest olması ve ondan sonra yasaklanması adil bir dengenin kanunlar tarafından kurulduğunu göstermektedir. Dolayısıyla mahkemenin kurmuş olduğu bu denge, ceninin yaşam hakkının kadının menfaatleri bakımından sınırlanması ya da tam tersi kadının özgürlüğünün ceninin yaşam hakkı için sınırlanması anlamına gelmektedir. Yani cenin bakımından farazi hakkın çerçevesi oluşturulmaktadır. Eğer bu çerçeve kadın lehine bozulur ve ceninin bu kapsam içerisindeki hakkı ihlal edilecek olursa, ceninin farazi yaşam hakkı da ihlal edilecek ama olmaz ise hakka ilişkin bir ihlal sözkonusu

³⁶¹ Aynı prg. 93, 94.

olmayacaktır. Vo davasına kadar mahkemenin vermiş olduğu kararlarda yaşam hakkının 2 ihlal edilme nedeninden birisi olan hakkın özünün ihlali ele alınmıştır ve yapılan başvuruların hiçbirinde bu öze zarar verecek bir düzenleme ya da eylem tesbit edilmemiştir. Başka bir ifade ile kadın ve cenine ait olan iki hak arasında adil bir denge olduğuna karar verilmiştir.

Vo davasına gelindiğinde ise mahkeme, diğerlerinden içerik itibariyle farklı olan bu başvuruda, yöntem olarak da farklı bir yaklaşım sergilemiştir. Hatırlanacağı üzere diğer başvurularda kürtaj yaptırmak isteyen ya da yaptıran kadın ile ceninin menfaati çatışmakta ve mahkeme farazi olarak tanıdığı hakkın ihlal edilip edilmediğine bakmıştır. Oysaki bu davada, hamile kadın ile cenin arasında kurulan dengenin yerini doktorun müdahalesi ve onun karşısında menfaati zarar gören bir cenin sözkonusudur. Dolayısıyla mahkeme aynı denge kıstasını bu davada uygulamış olsa, doktorun menfaati ile ceninin menfaati arasında kurulabilecek bir dengenin olmayacağı açıktır. Zira doktorun eyleminin bir hak olarak ifade edilebilmesi mümkün değildir. Bu nedenle de öz olarak ceninin farazi yaşam hakkının ihlal edildiği sonucuna varılacaktır. Fakat mahkeme, Vo davasına kadar ısrarla kullandığı sözkonusu yöntemi her nedense bu başvuruyu değerlendirirken kullanmamıştır. Bunun yerine hakkın öz olarak ihlal edilip edilmediğine bakmaksızın, prosedürel ihlalin varlığı araştırılmıştır. Yani ceninin ölümüne neden olan olaydan sonra pozitif hukukun gerekli çareleri tanıyıp tanımadığına bakılmıştır.

Mahkemenin Vo davasına kadar kullanmış olduğu kıstas eğer kullanılmış olsaydı kaçınılmaz olarak ceninin farazi yaşam hakkının ihlal edildiği sonucuna varılacaktı. Mahkemenin bu yaklaşımını eleştiren yazarlardan Plomer'a göre; aslında mahkemenin bu tutumu sergilemesi, denge kıstasını uygulandığı zaman hakkın öz olarak ihlal edilip edilmediğinin sorgulanması yapılacağından ve de sonuçta ihlal edildiğine karar verileceğinden, özellikle sadece prosedürel ihlalin varlığı incelenmiştir. Diğer taraftan eğer 2. maddenin yanı sıra 13.³⁶² maddenin de ihlal edildiği iddiası ileri sürülseydi, mahkeme mecburen ceninin yaşam hakkının varlığını

³⁶²Madde13 Etkili başvuru hakkı

Bu Sözleşme'de tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, ihlal fiili resmi görev yapan kişiler tarafından bu sıfatlarına dayanılarak yapılmış da olsa, ulusal bir makama etkili bir başvuru yapabilme hakkına sahiptir.

incelemesi ve öz itibariyle bu hakkın ihlal edilip edilmediğini değerlendirmesi gerekecekti. Çünkü, 13. madde bakımından inceleme yapılabilmesi için öncelikle öz itibariyle ceninin farazi yaşam hakkının ihlal edilip edilmediğinin belirlenmesi gerekecekti. Bunun yapılması halinde de, mahkemenin klasik denge kıstası ceninin farazi yaşam hakkının ihlal edildiği sonucunu ortaya çıkaracaktı.³⁶³

Kanaatimizce sözleşmenin denetim organlarının farklı yöntemleri uygulanmasından daha önemli bir sorun, hukuki problemin algılanış şekline ilişkin olarak ortaya çıkmaktadır. Mahkemenin ya da komisyonun vermiş olduğu kararlara baktığımızda, çok net bir şekilde konu üzerinde sözleşmeye dahil olan ülkelerin bu konuda karar vermesinin daha uygun olacağı yaklaşımı hissedilmektedir. Başka bir ifade ile mesele hukuki olmaktan çok siyasi iradenin çözmesi gereken bir problem olarak algılanmaktadır. Zira mahkemeye göre, ceninin yaşam hakkı ya da yaşamın başlangıcına ilişkin olarak Avrupa'da bir fikir birliği oluşmamıştır. Eğer bu konuda bir uzlaşma sağlanırsa, sözleşmeyi yapan irade cenine yaşam hakkı tanıyabileceği gibi sağ doğum kuralını takip ederek bu haktan yararlandırmayabilir. Mahkeme, bu konuda oldukça ciddi bir tereddüt yaşamaktadır ki, önüne gelen davaları önce sözleşmeye göre daha sonra da ceninin yaşam hakkına sahip olduğu varsayımına göre çözmeye çalışmaktadır. Bu durum da, mahkemenin konuyu hukuki olmaktan çok siyasi bir problem biçiminde algıladığını göstermektedir.

Bize göre ise, sorun hukukidir ve mahkemenin tereddütte kalması manasızdır. Avrupa'daki hukuk sistemlerine baktığımızda, kişiliğin başlangıcının sağ doğum kuralına göre belirlendiğini söyleyebiliriz. Haklara sahip olabilmek için öncelikle sağ olarak doğmak gerekmektedir. Bunun cenin bakımından anlamı; doğum öncesinde şarta bağlı olmayan herhangi bir hakkı iktisap edememesidir. Başka bir ifade ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin içerisinde yer alan herhangi bir hakkın öznesini cenin oluşturamaz. Dolayısıyla, ceninin varsayımsal yaşam hakkı ile annenin menfaatleri arasında bir dengenin aranması, bugünkü pozitif hukukun kabul edilen ilkeleri ile bağdaşmamaktadır.

³⁶³ PLOMER; sf. 328, 329.

Mahkemenin içtihadına baktığımızda oluşturmuş olduğu varsayımsal yaşam hakkını irdelerken, ceninin menfaatleri terazinin bir tarafına, diğer tarafa ise annenin menfaatleri konulmakta ve sistem içerisinde adil bir düzenlemenin varlığı aranmaktadır. Halbuki Pozitif hukukta bir kural konulduğunda, bu kuralın koruduğu menfaatin hukuki bir kişiliğe ya da kamuya ait olması gerekmektedir. Dolayısıyla annenin hukuk tarafından korunan menfaati ile ceninin hukuk tarafından korunamayan menfaati pozitif hukuk açısından aynı statüde kabul edilemez. Mahkeme farazi de olsa, pozitif hukuk tarafından menfaati korunmayan bir varlığın hukuki çıkarını korumaya kalkıyorsa, asıl bu noktada siyasi bir yaklaşım sergiliyor demektir. Çünkü yaklaşım yerindelik denetimi anlamına gelmektedir.

Bu noktada bizim görüşlerimize, şu şekilde bir itiraz gelebilir; mahkeme ceninin menfaatlerini değil, aynı Roe v Wade kararında belirtildiği üzere, kamunun cenin üzerinde sahip olduğu menfaati korumaktadır. Dolayısıyla terazinin bir tarafında annenin menfaatleri varken diğer tarafında ise ceninin değil kamunun menfaatleri sözkonudur. Fakat bu takdirde de şu sorunun yanıtlanması gerekmektedir; eğer kamunun menfaati korunmaya çalışılıyorsa, neden kadının kürtaj dolayısıyla mahremiyet hakkının sınırları belirlenmeye çalışılmıyor da ceninin bir hak sahibi olarak yaşam hakkı ölçüt alınmıyor? Eğer gerçekten yaklaşım kamusal menfaatin korunması kaygısını taşıyor olsa idi; bu tartışmanın yapıldığı platform ceninin yaşam hakkı değil kadının mahremiyet hakkı olurdu. Halbuki mahkeme açıkça 2. maddenin cenine uygulanabilirliğini tartışmaktadır. Bu nedenlerden ötürü, bize göre cenine yaşam hakkının bugünkü pozitif hukuk ilkeleri çerçevesinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde tanınması mümkün değildir.

Mahkemenin içtihadını eleştirirken ilk bakışta kendi kendimizle çeliştirdiğimiz düşünülebilir. Zira çalışmanın en başında insan haklarının niteliğini açıklarken bir insan hakkı talebinin nihai amacının pozitif hukukta tanınmak olduğunu söylemiştik. Bu durumda mevcut Avrupa hukuk sistemlerini kriter alarak yaşam hakkının tanınamayacağını ileri sürmemiz, başlangıçta söylediklerimize ters düşmektedir. Örneğin ceninin hukuki kişiliğinin hamileliğin bir döneminde başlatılıp, o dönemden itibaren yaşam hakkının tanınması neden mümkün olmasın denilebilir. Ya da bazı istisnalar ile tıpkı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin varsayımsal olarak cenine tanıdığı yaşam hakkında olduğu gibi neden cenine belirli sınırlar dahilinde yaşam

hakkı tanınmasın diye de sorulabilir. Fakat, ceninin sadece Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne göre değil ama hiçbir modern hukuk sisteminde yaşam hakkına sahip olamayacağını ve de ceninin korunmasına yönelik olası bir insan hakkı talebinin pozitif hukukta nasıl düzenlenebileceğine ilişkin görüşlerimizi en son değerlendirme bölümüne bırakmaktayız.

1-5 Kadın Hakları ve Ceninin Yaşam Hakkı

Kaynağı ne olursa olsun herhangi bir hakkın varlığından bahsettiğimiz zaman, iki unsurun varlığına da işaret etmiş oluruz. Bunlardan ilki hak sahibinin korunması gereken bir mafaatinin varlığı, diğeri ise bu korumanın hayata geçebilmesi için 3. kişilerin hak sahibinin bu menfaatine saygı duymasındır. Bu durum bir taraftan hak sahibinin özgürlük alanını tanımlarken, zorunlu olarak ilgili menfaate saygı gösterme yükümlülüğü sonucunda, 3. kişilerin de özgürlük alanı daraltılmış olmaktadır. Başka bir ifade ile herhangi bir hakkın tanınması ya da yeniden biçimlendirilmesi, kaçınılmaz olarak, kişilerin özgürlük alanına hem olumlu hem de olumsuz bir müdahale anlamına gelmektedir.

Bu perspektiften baktığımızda cenine yaşam hakkının tanınması, onun hayatta kalabilme konusundaki mafaatinin hukuk tarafından korunması ve ceninin bunu bir hak olarak ileri sürebilme yetkisini kazanması anlamına gelmektedir. Dolayısıyla 3. kişilerin bu hak tanınmadan evvel ceninin yaşamını ortadan kaldırma konusunda sahip oldukları özgürlük alanı da ortadan kalkmaktadır. Bu durum ceninin kendi yaşamı konusunda sahip olduğu menfaate 3. kişilerin saygı göstermesi zorunluluğunun bir sonucudur. Bu neticeden en olumsuz etkilenecek olanlar ise hiç şüphesiz bir takım özgürlükleri kısıtlanacak olan kadınlardır.

Ceninin yaşam hakkının kabulü, aynı zamanda onun pozitif hukuk nazarında kişiliğinin de kabulünü zorunlu kılacağından, doğum öncesinde anne ile çocuk birbirinden ayrı ve eşit haklara sahip iki varlık haline gelecektir. Bu nedenle annenin doğmuş çocukları üzerinde ne tür müdahaleleri hukuk tarafından uygun bulunuyorsa, doğum öncesinde de aynı müdahaleler uygun sayılacaktır. Hukukun doğum sonrasında onayladığı eylemlerin dışında kalanlar ve elbette çocuğun öldürülmesi

anlamına gelen kürtajın da doğum öncesinde uygulanması hukuk dışı, yaptırıma tabi bir eylem niteliği kazanacaktır.

Güntümüzde, kürtaj hakkı kendisine bağlı pekçok hakkın kadın bakımından hayata geçebilmesi ya da korunabilmesi için tanınması zorunlu olan haklardan birisi olduğu ileri sürülmektedir.³⁶⁴ Bununla birlikte, kürtaj hakkı, bir insan hakkı olarak sadece Afrika İnsan ve Halkların Hakları Sözleşmesi'ne eklenen Kadın Hakları Protokülde açıkça yer almıştır. Protokolde cinsel suç ve ensest ilişkisi neticesinde oluşan hamileliklerde, hamileliliğin kadının ruhsal ve fiziksel durumunu etkilemesi halinde, ceninin ya da kadının yaşamı tehlike altındaysa kadının kürtaj hakkını kullanması bakımından devletin gerekli önlemleri alması istenmektedir.³⁶⁵

Afrika İnsan ve Halkların Hakları Sözleşmesi'ne eklenen protokol kürtajın bir hak olarak sadece bir yönünü ortaya koyduğu söylenebilir. Zira kürtajın toplumsal yaşamda uygulanabilir bir niteliğe sahip olması, kimi zaman başka bir takım hakların hayata geçmesi bakımından son derece önemli bir unsur olarak ortaya çıkabilmektedir. Örneğin bu konudaki belki de en önemli dava olan Roe v Wade davasında mahkeme, kadının mahremiyet hakkının bir uzantısı olarak kürtajın anayasal bir hak olduğunu kabul etmiştir. Yaşam ve sağlık hakkının yanında, özel hayat, otonomi, hukuk önünde eşitlik ya da ayırmacılık yasağı gibi pekçok hak ile bağlantısı olduğu savunulmaktadır. İşte bu bölümde biz de, ceninin yaşam hakkı tanınması halinde bu hak ile çelişebilecek ve kürtajla bağlantılı insan haklarının neler olduğunu uluslararası insan hakları mekanizmalarının kararları eşliğinde incelemeye çalışacağız. Ancak kürtaj ile ilişkilendirilen çok sayıda hak olmasına karşın biz bu bölümde bir ayıklama yaparak; yargısal kararlara ve de uluslararası sözleşmelerin yorumlarına konu olmuş haklara yer vermeye çalışacağız.

³⁶⁴ R. COOK; "Abortion, Human Rights and The International Conference on Population and Development (ICPD)", Preventing Unsafe Abortion and its Consequences: Priorities for Research and Action, Warriner IK and Shah IH, eds., New York: Guttmacher Institute, 2006, sf. 15-35.

³⁶⁵ Article 14

Health and Reproductive Rights

2 c) protect the reproductive rights of women by authorising medical abortion in cases of sexual assault, rape, incest, and where the continued pregnancy endangers the mental and physical health of the mother or the life of the mother or the foetus.

1-5-1 Kadının Yaşam Hakkı

Yukarıda incelediğimiz başlıca uluslararası insan hakları belgelerinde, genel olarak yaşam hakkının ne zaman başladığı sorusuna imzacı devletleri bağlayacak net bir yanıtın verilmediği gözlemlenmektedir. Bu konuda en açık bir düzenleme getirdiği iddia edilen Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sözleşmesi dahi, uygulama sözkonusu olduğunda yine gelenekelleşmiş yaklaşım olan ülkeleri bağlayacak bir yorum yapmama pratiğini sürdürerek, imzacı devletlerin bu konuda serbest olduklarının altını çizmiştir.

İnsan Hakları Sözleşmeleri ve bu sözleşmelerin resmi yorumlarında kadınının kürtaj hakkı açıkça tanınmıyor olsa da, verilen bazı kararlar ile resmi yorumlardan kadının yaşam hakkı ile kürtaj arasında bir bağlantı kurulduğu izlenimini uyanmaktadır. Özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin vermiş olduğu kararlarda bu durum daha açık bir biçimde ortaya çıkmaktadır. Kendisine yapılan başvurularda, kürtaj yasalarının kadının menfaati ile ceninin menfaati arasında adil bir denge oluşturulması kistası dile getirildiğinden, kadının menfaati sayabileceğimiz durumların başında onun yaşamının tehlike altında olduğu durumlarda kürtaja izin verilmesi gelecektir. Nitekim mahkeme, vermiş olduğu kararlarda, cenine yaşam hakkı tanınması durumunda kürtaj yasaklanacağı için ve de kürtaj sözleşmede yaşam hakkının bir istisnası olarak düzenlenmemesi nedeni ile hamileliliğin devamının kadının hayatını tehlikeye sokması durumunda, ceninin yaşamının kadınınkinden daha önemli bir konuma geleceğinden böyle bir yorumun kabul edilemeyeceği vurgulanmıştır. Böylece dolaylı yoldan kadının yaşam hakkı ile kürtaj arasında bir bağlantı kurulmuştur.

Kürtaj ile yaşam hakkı arasında bir başka bağlantı ise, BM İnsan Hakları Komitesi'nin yorumlarından çıkarılmaktadır. Ülke gözlemleri ve genel yorumlarda kürtajın istisna olarak kabul edilmeden tüm hallerde yasaklanmasının kadınları yasa dışı yollardan kürtaj yapmaya ittiğini ve bunun sonucunda da ölüm olaylarının yaşandığı vurgulanmaktadır. En azından istisnai birkaç halin kürtaj yaptırılması bakımından hukuk düzenleri içerisinde yer almasını öngören komite, aksi düzenlemelerin kadının yaşamını tehlikeye sokacak bir ortamı hazırladığını öne sürmektedir.

Uluslararası insan hakları sözleşmeleri ile bu sözleşmeleri yorumlama yetkisine sahip olan organların yaklaşımlarından, kürtaj ile kadının yaşam hakkı arasında iki noktadan bağlantı kurulduğunu görmekteyiz. Bunlardan ilki hamileliğin devamının kadının hayatını tehlikeye sokacak olması halinde kürtaja izin verilmemesinin doğrudan kadının ölümüne yol açması, diğeri ise kürtajın yasaklanması ya da çok istisnai hallerde izin veren sıkı kürtaj uygulamalarının kadınları yasal ve sıhhi olmayan kürtaj uygulamalarına yöneltmesi nedeni ile kadınların ölümüdür. Bu iki durumda da kadınların yaşam hakkının ihlal edildiği öne sürülmektedir.

Kürtaj ile yaşam hakkı arasında kurulan ikinci bağlantı ise, kadınların yasal olmayan kürtaja yönelimler nedeni ile meydana gelen ölümler olgusudur. Kürtajın iç hukukta belirlenen yasal çerçevenin dışında uygulanması, bu müdahalelerin kadın açısından ölüme varan olumsuz sağlık problemleri ortaya çıkarmaktadır. Uygulama yasa dışı olduğundan, genellikle operasyon tıbbi açıdan yetersiz kişiler tarafından gerçekleştirilmekte ve de mekansal anlamda sağlıklı olmayan ortamlarda yapılmaktadır. Bunun sonucunda da, müdahale nedeni ile kadının ölmesi veya kürtaj sonrası büyük sağlık sorunları ile karşı karşıya kalması tehlikesi belirlemektedir.

Dünya Sağlık Örgütü'nün verilerine göre, bir yıl içerisinde dünyada yaklaşık olarak 210 milyon hamilelik gerçekleşmektedir. Bu hamileliklerden 80 milyonu plansız hamileliklerdir. 80 milyon hamileliğin yine yaklaşık olarak 46 milyonu kadının iradesi doğrultusunda sonlandırılmaktadır. Bu operasyonlardan ise sadece 27 milyonu hukuki çerçevede gerçekleşirken, 19 milyonu hukuk dışı ve güvenli olmayan kürtaj uygulamalarıdır.³⁶⁶

Her yıl güvenli olmayan yoldan gerçekleştirilen 19 milyon kürtajın ortalama 68.000 bini hamile olan kadının ölümüne neden olmaktadır. Bölgesel olarak bu sayıyı açarsak, en çok ölümlerin 34000 ile Asya'da gerçekleştiğini söyleyebiliriz.³⁶⁷

³⁶⁶ Unsafe Abortion, Foruth Edition, World Health Organization Geneva, 2004, sf. 1.

³⁶⁷ Bu sayının içerisine Japonya, Avustralya ve Yeni Zellenda dahil edilmemiştir.

Asya kıtasının ardından Afrika 29.800 ile gelmekte ve Latin Amerika ve Karaib bölgesi de 3700 ile 3. sırada yer almaktadır. Avrupa Kıtasında ise bu sayı 300'dür.³⁶⁸

Yapılan araştırmalara göre, dünyada kadınların güvenli olmayan kürtaj uygulamalarına yönelmelerinin çeşitli nedenleri vardır. Örneğin Hindistan'da olduğu gibi geleneksel anlayışın oluşturduğu baskı kadını yasal zeminden uzaklaştırabilmektedir.³⁶⁹ Bu baskı kimi zaman kürtajı yapacak hekim üzerinde yoğunlaşırken kimi zaman bizzat hamile kadının operasyonu gizli ve yasal olmayan yollardan yapmasına neden olmaktadır. Fakat kadını güvenli olmayan kürtaja yönelten en önemli mesele, iç hukuk düzenlerinde kürtajın yasaklanması ya da çok sıkı kurallara tabi tutulması veya hukuk kuralları kürtaj izin verse bile kural ile uygulama arasında uyumsuzluk olmasıdır. Örneğin hukuk kuralları kürtaj izin verse bile hekim ya da tıbbi malzeme eksikliği, kürtajın uzun yasal prosedürleri gerektirmesi, maliyetinin çok yüksek olması, kadının bu imkandan haberdar olmaması, kadının üreme sağlığı ile ilgili servislere ulaşma imkanının olmaması gibi nedenler, kürtaja izin veren yasaların hayata geçmesini önleyen olgular bakımından ön plana çıkmaktadır.³⁷⁰

Bununla birlikte kürtaj yasalarında yaşanan değişikliklerin, güvenli olmayan kürtajı önlemede ve de dolayısıyla kadının yaşamının korunmasında etkin olduğu kuşkusuzdur. Örneğin Romanya'da, 1966 yılında hükümetin kürtaj yasalarını sıkılaştırması ile birlikte hamile kadınların kürtaj nedeni ile ölüm oranında anlamlı bir yükseliş gözlemlenmiştir. 1966 yılında her 100.000 sağlıklı doğuma karşı kürtaj nedeni ile 20 kadının ölümü söz konusu iken bu oran 1970'de 60/100.000, 1974'de yaklaşık olarak 100/100.000 ve 1983 yılında ise 150/100.000'e yükselmiştir. 1989 senesinde kürtajın tekrar yasallaşması ile ölüm oranı düşmüştür. 1990 yılında 60/100.000, 1992 yılında 40/100.00 ve 1997 yılında ise 20/100.000 civarlarına kadar bu oran gerilemiştir.³⁷¹ Buna benzer bir araştırma da, Güney Afrika Cumhuriyeti'nde

³⁶⁸ Aynı eser; sf. 16.

³⁶⁹ Abortion In Law, History and Religion, Publihed by; Childbirth by choice Trust, Toronto, 1995, sf. 30, 31.

³⁷⁰ S. SINGH; "The Incidence of Unsafe Abortion: Global Review", Preventing Unsafe Abortion and its Consequences: Priorities for Research and Action, Warriner IK and Shah IH, eds., New York: Guttmacher Institute, 2006, sf. 38-40. "Sexual and reproductive health: a matter of life and death", The Lancet, Vol 368 November 4, 2006, sf. 1599.

³⁷¹ Unsafe Abortion; sf. 3.

gerçekleştirilmiştir. 1996 yılında kürtajın yasallaşması sonrasında, güvenli olmayan kürtaj uygulamaları nedeni ile meydana gelen sağlık sorunlarının oranında %16.5'den %9.7'ye varan bir düşüş gerçekleşmiştir.³⁷²

Diğer taraftan kadınların hamileliklerine son vermelerinin en önemli nedeni olarak sunduğumuz, kadının yaşamının tehlikede olması kavramı kanaatimizce sadece tıbbi gerekçelerle sınırlanmaz. Tıbbi nedenler kadar önemli olan bir başka problem ise, kimi toplumlarda bizzat kadının hamile kalmasının, onun hayatını tehlikeye düşürmesidir. Toplumun değerlerine ters düşen hamilelikler, örneğin “namus” ya da “ahlak” adına, kadının yakın çevresi tarafından öldürülmesine neden olabilmektedir. Birleşmiş Milletler ve Uluslararası Af Örgütünün verilerine göre daha çok Orta Doğu ülkelerinde ve bu ülkelerin geleneklerine benzer geleneklere sahip olan toplumlarda namus veya onur cinayetleri adı altında toplanan eylemler, kadınların evlilik dışı hamile kalması vakalarında, hamile kadınların akrabaları tarafından öldürülmesi durumunda ortaya çıkmaktadır. Bu anlayışa göre evlilik dışı hamile kalan kadının bu davranışı sadece “kadının namusuna” leke sürmemekte fakat aynı zamanda onun mensup olduğu çevrenin de namusunu kirletmektedir. Evlilik dışı hamile kalan kadının yakın çevresine düşen görev ise, kirlenen namusun temizlenmesi için kadının öldürülmesidir.

Töre cinayetleri dışında bir de genç kızların intiharı olgusunun özellikle ülkemizde Güney Doğu Anadolu Bölgesi'ndeki illerimizde çok ciddi sayılara ulaştığı görülmektedir. Yapılan değerlendirmelere göre, bu intiharların iki önemli sebebi ön plana çıkmaktadır. Bunlardan ilki, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun cinayetin namus nedeni ile gerçekleşmesi halini hafifletici neden olarak saymaması ve bunun sonucunda da kadının yakın çevresinin kadını doğrudan öldürmek yerine onu intihar etmeye zorlamasıdır. İkincisi sebep ise; hamile olduğunu anlayan genç kızların, başlarına gelecek olan akibeti bilmeleri nedeni ile kaçınılmaz sonu beklemek yerine kendi ölümlerini kendilerinin gerçekleştirmeleridir. Nitekim gerek Türk basınında “töre cinayeti” ya da “namus cinayeti” olarak adlandırılan bu eylemler, gerekse genç kız intiharları neredeyse hergün haber olarak karşımıza çıkmaktadır ve bu tablo ciddi bir insan hakları probleminin göstergesidir.

³⁷² Executive Summary of *Lancet* Sexual and Reproductive Health Series, 4 November 2006, sf. 5.

Evlilik dışı hamile kalan kadının yaşamını doğrudan tehdit eden bu kültürel anamolinin ortadan kaldırılması elbette öncelikle eğitimle gerçekleştirilebilir. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere hukuksal yaptırımların üstesinde bir şekilde gelinebilmektedir. Dolayısıyla kökeni yüzyıllar öncesinde dayanan bu anlayışın bertaraf edilmesi uzun bir eğitim sürecinin yaşanması ile mümkündür. Halbuki bu süreç içerisinde, kadının yaşadığı sözkonusu tehlikeden kendisini kurtarabileceği tek yol ise, hamileliliğin fiziksel olarak belli olmadığı erken dönemlerinde sonlandırılmasıdır. Böylece olası toplumsal baskıdan hem kadın hem de yakın çevresi kurtulacağından, kadının yaşamını devam ettirmesi adına bir umut doğacaktır. Bununla birlikte bize göre, sadece kürtajın serbest bırakılması yeterli olmayıp; ayrıca imkanı olmayan kadınlara, olayın mahremiyetine dikkat edilmek suretiyle üreme sağlığı ile ilgili kuruluşlara kolay ulaşım olanağı da tanınmalıdır. Ancak bu şekilde kadınlarımızın yaşamı tehlikeden kurtarılabilir. Zira ülkemizi örnek olarak ele alacak olursak, kürtaj ile ilgili yasalarımızın liberal bir anlayışı sergilemesine karşın, “töre cinayetleri” konusunda en önde giden ülke olmasak da, bu konuda adı geçen sayılı ülkelerden birisidir Türkiye Cumhuriyeti. Bu tablonun da muhtemelen en önemli nedenlerinden birisi de kadınlarımızın büyük bir bölümünün, hem hamilelik öncesinde hem de hamile kaldıktan sonra, üreme sağlığı ile ilgili kuruluşlara ulaşma imkanına sahip olmamalarıdır.

Bu iki örnek de göstermektedir ki, kadınların sağlığı ya da ölümü ile kürtajı düzenleyen hukuk kurallarının arasında bir bağlantı kurulabilmektedir. Dolayısıyla kadının yaşam hakkı bakımından kürtajın kullanılabilir bir yöntem olarak iç hukuk düzenleri içerisinde yer alması gerekmektedir. Fakat hukuki düzenlemeler, bu konuda kadının yaşamını korumak bakımından tek başına yeterli olmayacaktır. Kürtajın uygulanabilir bir yöntem olarak toplumsal hayata girebilmesi parasal, sosyal ve tıbbi alanlarda gerekli açılımların yapılmasına bağlıdır.

1-5-2 Kadının Sağlık Hakkı

Sağlık hakkı 2. kuşak haklar grubu içerisinde tanımlanan ve temelde kişinin sağlıklı bir yaşam sürebilmesi için devlete yükümlülükler getiren bir haktır. Kişinin

sağlığı ile ilgili olduğu için yaşam hakkı ile de yakından alakalı olmasına karşın denetim mekanizmalarının daha etkin bir şekilde düzenlendiği ve 1. kuşak hakları içeren insan hakları sözleşmelerinde sağlık hakkına yer verilmemektedir. Nitekim ulusal düzenlemelerde de bu yaklaşım takip edilmekte ve genelde devletten bu konudaki yükümlülüğünü maddi imkanlar nisbetinde gerçekleştirilmesi beklenmektedir. Aşağıdaki başlık altında uluslararası insan hakları belgelerinin başlıcalarında sağlık hakkının düzenleniş şekillerine yer verilmektedir.

Sağlık hakkına değinen uluslararası insan hakları belgelerinin ilk örneklerinden birisi Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'dir. Belgenin sosyal hakları düzenleyen 25. maddesinde sağlık hakkına değinilmiştir. Herkesin tıbbi bakım hakkına hazi olduğu belirtilirken anne ve çocuk bakımından özel ihtimam görmek hakkı da ayrı olarak belirtilmiştir.³⁷³

Sağlık Hakkına yer veren bir diğer belge ise, Birleşmiş Milletler Sosyal ve Ekonomik Haklar Sözleşmesidir. Sağlık hakkının düzenlendiği Sözleşmenin 12. maddesi, sağlık standartı hakkı başlığını taşımaktadır. Kişinin fiziksel ve ruhsal sağlık standartlarına sahip olmasını bir hak olarak düzenleyen sözleşme devlete, bunun gerçekleştirilmesi için gerekli tedbirleri alması yönünde yükümlülükler getirmektedir.³⁷⁴

³⁷³ BM İnsan Hakları Bildirisi 25. madde : Her şahsın, gerek kendisi gerekse ailesi için, yiyecek, giyim, mesken, tıbbi bakım, gerekli sosyal hizmetler dahil olmak üzere sağlığı ve refahını temin edecek uygun bir hayat seviyesine ve işsizlik, hastalık, sakatlık, dulluk, ihtiyarlık veya geçim imkânlarından iradesi dışında mahrum bırakacak diğer hallerde güvenliğe hakkı vardır. Ana ve çocuk özel ihtimam ve yardım görmek hakkını haizdir. Bütün çocuklar, evlilik içinde veya dışında doğsunlar, aynı sosyal korunmadan faydalanırlar.

³⁷⁴ BM Sosyal ve Ekonomik Haklar Sözleşmesi, 12. madde: Sağlık standardı hakkı

1. Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, herkesin mümkün olan en yüksek seviyede fiziksel ve ruhsal sağlık standartlarına sahip olma hakkını tanırlar.
2. Bu Sözleşmeye Taraf Devletlerin bu hakkı tam olarak gerçekleştirmek amacıyla alacakları tedbirler, aşağıdakiler için de alınması gerekli tedbirleri içerir:
 - a) Varolan doğum oranının ve bebek ölümlerinin düşürülmesi ile çocukların sağlıklı gelişmelerinin sağlanması;
 - b) Çevre sağlığını ve sanayi temizliğini her yönüyle ileriye götürme;
 - c) Salgın hastalıkların, yöresel hastalıkların, mesleki hastalıkların ve diğer hastalıkların önlenmesi, tedavisi ve kontrolü;
 - d) Hastalık halinde her türlü sağlık hizmetinin ve bakımının sağlanması için gerekli şartların yaratılması.

Sağlık hakkını düzenleyen diğer Birleşmiş Milletler bünyesinde hazırlanan belge ise; Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'dir. Belgenin 14. maddesi sağlık hakkını düzenlemektedir. Madde sağlık kavramı içerisine aile planlaması hizmetlerini de dahil ederek sağlık hizmetlerinden yararlanılması konusunda ayrımcılığın önlenmesi hususunda devleti yükümlü kılmaktadır.³⁷⁵

Birleşmiş Milletler bünyesinde üretilen belgelerin dışında, bölgesel düzelemde hazırlanan insan hakları metinlerinde de, sağlık hakkına yer verildiğini görmekteyiz. Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sözleşmesi'nin esas metninde sağlık hakkına yer verilmemiştir. Bu eksiklik sözleşmeye eklenen Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Protokolü'nün 10. maddesi ile giderilmeye çalışılmıştır. Sağlık hakkı başlığını taşıyan 10. madde, hakkın anlamını en üst düzeyde fiziksel, ruhsal ve sosyal yapıya sahip olmak olarak ifade etmektedir. Yani sadece fiziksel sağlık değil fakat bunun yanında ruh sağlığı da korumanın kapsamı içerisine sokulmaktadır.³⁷⁶

İnsan Haklarının korunmasında en önemli bölgesel mekanizma olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 1. kuşak hakları düzenlediği için sağlık hakkınında içerisinde bulunduğu 2. kuşak haklar bu metinde yer almamıştır. 2. Kuşak hakların

³⁷⁵ Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi
Madde 12- Sağlık hakkı

1. Taraf Devletler sağlık alanında erkekler ile kadınların eşit şekilde, aile planlaması hizmetleri de dahil sağlık hizmetlerinden yararlanmalarını sağlamak üzere kadınlara Karar ayrımcılığı tasfiye etmek için gerekli her türlü tedbiri alır.

2. Taraf Devletler bu maddenin birinci fıkrasındaki hükümlere bakmaksızın, hamilelik dönemi, doğum dönemi ve doğum sonrası dönem ile ilgili olarak kadınlara, gerektiği takdirde ücretsiz olarak, gerekli hizmetleri sağlar; bunun yanında hamilelik ve emzirme döneminde yeterli hizmet verir.

Madde 14/2 b) Aile planlamasında bilgilendirme, danışmanlık ve hizmet verme de dahil, yeterli sağlık hizmetinden yararlanma hakkı;

³⁷⁶ Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Culturel Rights, Article 10 Right to Health

1. Everyone shall have the right to health, understood to mean the enjoyment of the highest level of physical, mental and social well-being.

2. In order to ensure the exercise of the right to health, the States Parties agree to recognize health as a public good and, particularly, to adopt the following measures to ensure that right:

a. Primary health care, that is, essential health care made available to all individuals and families in the community;

b. Extension of the benefits of health services to all individuals subject to the State's jurisdiction;

c. Universal immunization against the principal infectious diseases;

d. Prevention and treatment of endemic, occupational and other diseases;

e. Education of the population on the prevention and treatment of health problems, and

f. Satisfaction of the health needs of the highest risk groups and of those whose poverty makes them the most vulnerable.

yer aldığı Avrupa Sosyal Şartı'nda ise sağlık hakkı geniş bir şekilde düzenlenmiştir. Şartın önsözünde herkesin en yüksek sağlık düzeyinden yararlanması bir hak olarak tanımlanırken, özgürleştirme anlayışına paralel olarak, yeterli kaynaktan yoksun olanların bu konudaki hakkı da ayrı bir başlık altında belirtilmiştir.³⁷⁷ Şartın operasyonel bölümünün 11. ve 13. maddelerinde sağlığın korunması ve sağlık ve sosyal yardım hakkı başlıkları altında hakkın kapsamı detaylandırılmıştır.³⁷⁸

Genel olarak üreme sağlığının ya da hakkının³⁷⁹ ve bu alan içerisinde de önemli bir yeri olan kürtajın sağlık hakkı ile bağlantısı, uluslararası insan hakları mekanizmalarının yorum organlarınca çok kez dile getirilen bir konudur. Özellikle sosyal ve ekonomik hakları düzenleyen metinlerden yola çıkılarak yapılan yorumlar, kadının kürtaj yaptırabilme seçeneğine sahip olması, sağlık hakkının gerçekleştirilmesi bakımından önemli bir unsur olarak vurgulanmaktadır.

Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi ile ilgili olarak 2000 yılında yayınladığı genel yorumunda bu hususun altını çizmiştir. Komite, sağlık hakkı kavramını açıklarken, hakkın sadece sağlıklı olmak anlamına gelmediğini belirtmektedir. Bunun ötesinde

³⁷⁷ Avrupa Sosyal Şartı Önsöz; 11. Herkes ulaşılabilecek en yüksek sağlık düzeyinden yararlanmasını mümkün kılan her türlü önlemlerden faydalanma hakkına sahiptir.

13. Yeterli kaynaklardan yoksun herkes, sosyal ve sağlık yardımı hakkına sahiptir.

³⁷⁸ Madde 11 - Sağlığın korunması hakkı

Akit Taraflar sağlığın korunması hakkının etkin biçimde kullanılmasını sağlamak üzere ya doğrudan veya kamusal veya özel örgütlerle işbirliği içinde, diğer önlemlerin yanı sıra,

1. Sağlığın bozulmasına yol açan nedenleri olabildiğince ortadan kaldırmak;
2. Sağlığı geliştirmek ve sağlık konularında kişisel sorumluluğu artırmak üzere eğitim ve danışma kolaylıkları sağlamak;
3. Salgın hastalıklarla yerleşik mevzii ve başka hastalıklar olabildiğince önlemek;üzere tasarlanmış uygun önlemler almayı taahhüt ederler.

Madde 13 – Sağlık ve sosyal yardım hakkı

Akit Taraflar sağlık ve sosyal yardım hakkının etkin bir biçimde kullanılmasını sağlamak için:

1. Yeterli olanağı bulunmayan ve kendi çabasıyla veya başka kaynaklardan, özellikle bir sosyal güvenlik sisteminden yararlanarak böyle bir olanak sağlayamayan herkese yeterli yardımı sağlamayı ve hastalık halinde bunun gerektirdiği bakımı sunmayı;
2. Böyle bir yardım görenlerin, bu nedenle siyasal ve sosyal haklarının kısıtlanmasını önlemeyi;
3. Herkesin, kişisel veya ailevi mahrumiyet halini önlemek, gidermek ya da hafifletmek için gerekebilecek öneri ve kişisel yardımları uygun kamusal ya da özel hizmetler eliyle alabilmesini sağlamayı;
4. Bu maddenin 1. 2. ve 3. fıkralarında değinilen hükümleri, ülkelerinde yasal olarak bulunan başka Akit Tarafların vatandaşları ile kendi vatandaşlarını eşit tutarak, 11 Aralık 1953'te Paris'te imzalanmış olan Avrupa Sosyal ve Tıbbi Yardım Sözleşmesi ile üstlendiği yükümlülükler uyarınca uygulamayı taahhüt ederler.

³⁷⁹ Orjinal olarak kullanılan terim reproductive health/rights.

sağlık hakkı bireye özgürlükler ve yetkiler tanımaktadır. Cinsellik ve üreme özgürlüğü de dahil olmak üzere kişinin sağlığı ve vücudu üzerinde kontrolü, hakkın kapsamı içerisinde yer alan özgürlüklerdir.³⁸⁰

Kadına karşı ayrımcılığın önlenmesinin gerekliliği üzerinde duran komite, kadının hayatı boyunca sağlık hakkının geliştirilebilmesi için ulusal düzeyde kapsamlı bir stratejinin geliştirilip uygulanmasını zorunlu görmektedir. Bu strateji kadının cinsellik ve üreme ile ilgili sağlık servislerine ulaşabilmesi unsurunu içermelidir. Bu servislere ulaşma yolunda kadını engelleyen ve tam üreme hakkını elinden alan geleneksel kültürel uygulamalar ve kurallara karşı korunmalıdır.³⁸¹

Komitenin ülke gözlemleri de bu genel yoruma paralellik göstermektedir. 2004 yılında Azarbaycan ile ilgili gözleminde, yukarıda ilgili bölümünü aktardığımız genel yoruma atıfta bulunan komite, ülkede kadın ve çocuk ölümlerinin önüne geçilmesi için yeterli ve sağlıklı kürtaj imkanının tanınmasının gerekliliğine işaret etmiştir.³⁸²

Yine 2004 yılında Kuveyt ile ilgili gözleminde, iç hukukun sadece kadının yaşamı tehlikeye girdiği zaman kürtaja izin vermesine dikkat çeken komite, ülke içerisinde kapsamlı cinsel ve üreme sağlığı ile ilgili bir programın olmamasından duyduğu endişeyi belirtirken, kürtaj yasaları da dahil olmak üzere üreme sağlığı konusunda geniş çaplı bir programın başlatılmasını tavsiye etmiştir.³⁸³

Benzer şekilde komitenin 2004 yılı Şili raporunda, ülkede istisna tanınmaksızın kürtajın her durumda yasak olması, kadın sağlığı açısından düşündürücü bir durum olarak algılandığı dile getirilmiştir.³⁸⁴ Şili hükümetine de kürtaj ile ilgili hukuki düzenlemeleri tekrar gözden geçirilmesi hususu da tavsiye edilmiştir.³⁸⁵

³⁸⁰ Committee on Economic, Social and Cultural Rights; General Comment 14: The right to the highest attainable standard of health, E/C.12/2000/4, 11 August 2000, prg. 8.

³⁸¹ Aynı prg. 21.

³⁸² E/C.12/1/Add.104, 14 December 2004 Azerbaijan, prg. 56. Komitenin bu kararına paralel bir başka gözlemi ise Rusya Federasyonu için dile getirilmiştir. Bkz. E/C.12/1/Add.94, 12 December 2003 Russian Federation, prg. 63.

³⁸³ E/C.12/1/Add.98, 7 June 2004 Kuwait, prg. 23, 43.

³⁸⁴ E/C.12/1/Add.105, 26 November 2004 Chile, prg. 26.

³⁸⁵ E/C.12/1/Add.105; sf.53.

Komünist Rejimden çıktıktan sonra, kürtaj yasalarını katolik doktrinin etkisi ile katılaştıran Polonya için 2002 yılında yapılan gözleminde, sıkı kürtaj yasalarının hayata geçmesi ülkede bulunan kadınların büyük oranda sağlıklarının riske girmesi sonucunu doğuracağına ve kürtajın yeraltına kayarak hukuk dışı ve sağlıksız uygulamalara yol açacağına dair bir yorum yapılmıştır.³⁸⁶

Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayırimcılığın Önlenmesi Sözleşmesi ile kurulan komite, yapmış olduğu genel tavsiye yorumunda kürtaj ile sağlık hakkı arasında bağlantı kurmuştur. 1999 tarihinde yapılmış olan yorumda, kadın sağlığı ile ilgili olarak; kürtaj yaptıran kadınların üzerine yüklenen sıkı önlemlerin ortadan kaldırılması için, mümkün olduğu anda kürtajı suç sayan iç hukuk düzenlemelerinin değiştirilmesinin gerektiği vurgulanmıştır.³⁸⁷

Aynı tavsiyesinde komite, devletlerin kadının sağlık servislerine ulaşması bakımından önündeki engellerin kaldırılmasının zorunluluğuna dikkat çekilmiştir. Sadece kadınların ihtiyaç duyabileceği medikal uygulamaların ceza hukukunda yaptırıma tabi tutulmasının kadının önüne konulan engellerden birisi olduğu saptamasında bulunulmuştur.³⁸⁸

Komitenin 2006 tarihinde yayınlamış olduğu Gana gözleminde, sadece hukuk kurallarının değil fakat bunun yanında kadının sağlık servislerine ulaşımında engel oluşturan olumsuz kültürel inanışlar bakımından da toplumun bilgilendirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Gana hükümetine yapılan çağrıda, ülkedeki kürtaj yasalarına uygun olarak sağlıklı kürtaj yaptırabilme yollarını hakkında toplumun bilgilendirilmesinin gerekliliğine işaret edilmiştir.³⁸⁹

2006 yılı Cape Verde gözleminde de, kadınların sağlıklı kürtaj yaptırabilme imkanına sahip oldukları bilgisinin topluma aktarılması gerektiği ve böylece hamile kadınların sağlıksız kürtaj uygulamalarından bu şekilde korunabileceği görüşüne yer

³⁸⁶ E/C.12/1/Add.82, 19 December 2002 Poland, prg.29.

³⁸⁷ The Committee on the Elimination of Discrimination against Women, General Recommendation No. 24, 02/02/1999. prg. 31c.

³⁸⁸ General Recommendation 24; prg. 14.

³⁸⁹ CEDAW/C/GHA/CO/5, 25 August 2006 Ghana, prg 32.

verilmiştir. Ayrıca, bu servislerin kadına olan mali külfetinin makul düzeylerde olmasının ilgili servislerden kadının yararlanması yolunu açacağı düşüncesi ifade edilmiştir.³⁹⁰

Komitenin birçok ülke gözleminde de, kürtajın tamamen yasak olmasının ya da çok sıkı kurallar dahilinde düzenleniyor olmasının, kadın sağlığı bakımından oluşturduğu tehdiye dikkat çekilmiştir. İlgili devletlere kürtaj yasalarının liberalleştirilmesi hususunda tavsiyede bulunan komite, bunun yanında kadının bu servislere ulaşımında engel oluşturan olumsuz kültürel anlayışlarla da mücadele edilmesi gerektiği tekrarlanmıştır.³⁹¹

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin genel yorum yapma ve ülke raporlarını değerlendirme yetkisine sahip olan organı Çocuk Hakları Komitesi'nin, gençlerin ve özellikle de çocuk hamile kadınların üreme sağlığı ile ilgili servislere ulaşımının önemini sıklıkla vurguladığını görmekteyiz. Komite yayınlamış olduğu kararlarda, kürtajı yasaklayan ya da sıkı kurallara bağlayan imzacı devletlere mümkün olduğu takdirde çocukların sağlığının korunması bakımından ilgili düzenlemelerin tekrar gözden geçirilmesini tavsiye etmektedir. Sağlık ile üreme sağlığı servislerinin arasında doğrudan ilişki kuran komite, her ne kadar kürtajın yasak olmasını sözleşmeye açıkça aykırı bir durum olarak değerlendirmese de, kürtaj yasaklarının olduğu ya da çocukların bu servislerden yararlanma imkanının az olduğu ülkeler açısından endişesini dile getirmektedir.

1-5-3 Ayırmıcılık Yasağı

Ayırmıcılık yasağı, insan hakları kuramının en temel öğelerinden birisidir. Kısaca hukukun tanımış olduğu haklar bakımından aynı statüdeki kişilerin farklı muameleye tabi tutulmaması hakkı olarak tanımlayabileceğimiz bu yasak, büyük ölçüde bütün uluslararası insan hakları sözleşmelerinin içerisinde yer verilen bir düzenlemedir. Yasağın ihlali ırk, cinsiyet, din, yaş veya ekonomik gruplar

³⁹⁰ CEDAW /C/CPV/CO/6, 25 August 2006 Cape Verde, prg. 29.

³⁹¹ CEDAW/C/PHI/CO/6, 25 August 2006 Philippines, prg. 28, CEDAW/C/MAR/CO/6, 25 August 2006 Mauritius, prg. 30, 31, CEDAW/A/54/38, 01/07/99, Belize, prg. 56, 57, CEDAW/A/53/38/Rev.1, 08/07/98, Peru, prg. 339, 340, CEDAW/A/54/38/Rev. 1, 01/07/99, Nepal, prg. 139, 147, 148, CEDAW/A/52/38/Rev.1, 12/08/97, Venezuela, prg. 236, CEDAW/A/52/38/Rev.1, 12/08/97, Antigua and Barbuda, prg. 235.

çerçevesinde ortaya çıkabilmektedir. Fakat kürtajın yasaklaması veya sıkı kurallara tabi tutulması sonucunda gerçekleştiği öne sürülen ihlal durumları, genellikle ekonomik farklılıklar, cinsiyet ve ırk ayrımcılığı üzerinde yoğunlaşmaktadır.

Kürtaj yasaklamalarının ya da sınırlamalarının ayrımcılık yasağı bakımından en somut sonucu, farklı ekonomik düzeyde olan kişilerin üzerinde bıraktığı etkide görülebilir. Zira bir ülke içersinde kürtajın yasaklanması ya da zor uygulanabilir bir düzenlemeye tabi tutulması, kürtajın engellenmesini hedef alan kuralların o ülke vatandaşlarının tümünü kapsayacak bir uygulama alanı olacağı anlamına gelmemektedir. Örneğin İrlanda'da çok muhafazakar kürtaj yasaları olmasına karşın, İrlandalı kadınların tümünün bu yasaklardan etkilendiği söylenemez. İrlanda Aile Planlaması Derneği'ne (Irish Family Planning Associations/ ifpa) göre, Ocak 1980 ile Aralık 2004 tarihleri arasında İngiltere'de kürtaj yaptıran kadın sayısı 117,673'dür.³⁹² Bu sayı ayrıca belirmemiz gerekir ki; sadece İngiltere'de yapılan ikametgah olarak İrlanda'nın gösterildiği kürtaj uygulamalarını kapsadığından, yurt dışında İrlandalı kadınların yaptırmış olduğu diğer kürtajları içermemektedir. Dolayısıyla her ne kadar ülke içinde kürtaj yasalar yolu ile engellenmeye çalışılsa da, yurt dışına çıkıp kürtajın yasal olduğu ülkelerde kürtaj yaptırmaya maddi imkanı yeten kadınlar bakımından sözkonusu yasak sadece para ile aşılabilecek küçük bir engel görünümü sergilemektedir.

Ekonomik koşulların kuralların uygulanması bakımından yaratmış olduğu farklılığa bir diğer örneği Güney Afrika Cumhuriyeti'nden verebiliriz. 1975 yılına kadar kürtaj sadece hamileliğin devamının kadının yaşamını tehlikeye soktuğu durumlarda izin verilen bir uygulama idi. Fakat Birleşmiş Milletler verilerine göre, kural her ne kadar bu şekilde olsa da, uygulamada başka nedenlerle de kürtajın yapıldığı ve hukuki yaptırıma tabi tutulmadığı belirtilmektedir. 1975 yılında ise kabul edilen yeni bir kanunla, 3 istisnai hal daha tanınmıştır. Bunlar, hamileliliğin bir suçun işlenmesi sonucunda meydana gelmesi, hamileliğin devamının kadının ruhsal ve fiziksel sağlığını çok ciddi derecede tehlikeye düşürmesi ve de ceninin sakat doğması sözkonusu olduğu hallede, kürtajın yasal bir uygulama olduğu kabul edilmiştir. Yasanın uygulamada kaldığı yaklaşık 22 sene içerisinde, yılda yaklaşık

³⁹² Bkz. <http://www.ifpa.ie/abortion/iabst.html>.

800 ile 1200 kadın yasal kürtajdan yararlanırken, yasa dışı kürtajın yıllık miktarı tahmini sayılara göre 44.000 ile 120.000 arasında değişmektedir. Yasal olan kürtajdan yararlanan kadınların %66'sı ise, maddi durumu iyi olan beyaz kadınlardır.³⁹³ Bu durumun oluşmasındaki en önemli faktör ise, o dönemde mevcut olan yasanın kürtaja izin verilmesi hususunda aradığı bürokratik işlemlerin ciddi miktarda para ile gerçekleştirilebiliyor olmasından kaynaklanmaktadır.³⁹⁴ Bu nedenle yasa kürtajı engellemiyor olsa bile düzenleme eğer tüm kadınları kapsayacak bir içeriğe sahip değilse bu durumda da yasanın uygulanışı sonuçları itibariyle, ekonomik farklılıklara sahip gruplar arasında değişebilmektedir.

Güney Afrika Cumhuriyeti'nde yaşananlara paralel diğer iki örnek ise, Avusturalya ve Amerika Birleşik Devletleri'nden verilmektedir. Avusturalya'da üreme sağlığı servislerine kolay ulaşma imkanı olmayan Aborjin kadınların hamilelik dönemi ölüm riski Aborjin olmayanlara göre 10 kat daha fazla olduğu ileri sürülmektedir. Amerika Birleşik Devletleri'nde de, Afro Amerikalıların bu konuda sahip olduğu risk, diğerlerine nazaran 4.3 kat daha fazladır. Söz konusu örnekler, yasal düzenlemelerin tek başına kürtajdan yararlanmak bakımından yeterli olmadığını, bunun yanında devletin dezavantajlı grupların bu servislerden yararlanması için pozitif yükümlülükleri yerine getirmesinin zorunluluğuna işaret etmektedir. Eğer devlet bu düzenlemeleri yerine getirmez ise, ekonomik bazda yaşanan bu farklılaşma, kadın üzerinde fiilen ırksal bir ayrımcılığın da göstergesi olarak kimi yazarlar tarafından savunulmaktadır.³⁹⁵

Kürtaj yasalarının ya da muhafazakar yasaların ayrımcılık konusunda meydana getirdiği düşünülen bir diğer ihlal şekli ise sağlık haklarından yararlanma bakımından cinsiyet ayrımcılığının yaratılmasıdır. Kadınlara Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Engellenmesi Sözleşmesi'nin 12. maddesi, daha önce de belirttiğimiz üzere kadının sağlık hakkından yararlanmasında ayrımcılığın önlenmesi konusunu düzenlemektedir. Sözleşmenin yorum organı olan komite 24. Genel Tavsiyesinde 12. maddenin içeriğini netleştirmiştir. Komiteye göre, sadece kadının kadın olması

³⁹³ R. COOK – B. DICKENS; "Human Rights Dynamics of Abortion Law", Human Rights Quarterly, Vol: 25, 2003, sf. 40.

³⁹⁴ Aynı yer.

³⁹⁵ Aynı eser; sf. 38-41.

dolayısıyla ihtiyaç duyacağı duyacağı tıbbi müdahaleleri cezalandıran kanunların, kadının sağlık hakkından yararlanmasını engelleyen ve kadına karşı ayrımcılığı ortadan kaldırmayı amaçlayan bu sözleşmeye aykırı olduğu belirtilmiştir.³⁹⁶

Komitenin yapmış olduğu ülke gözlemlerinde de bu yaklaşım tekrar daha açık ifadelerle dile getirilmiştir. 1999 Kolombiya gözleminde, kürtajın istisna tanınmaksızın iç hukuk düzeninde yasaklanmasının sözleşmenin 12. maddesi yani sağlık hakkı bakımından ayrımcılık meydana getirdiği ifade edilmiştir.³⁹⁷ Benzer şekilde 1998 yılında komite Meksika hükümetine, 12. madde ile ilgili tavsiyesinde tüm eyaletlerinde gerekli hallerde kolay ve çabuk kürtaja ulaşılabilmesini garanti altına alması gerektiği vurgulanmıştır.³⁹⁸

Kısaca kürtajın yasadışı hale getirilmesi ya da ciddi sınırlamalar dahilinde izin verilmesi veya serbest olmasına karşın ulaşılabilir nitelikte olmaması, netice itibarıyla hem kadın erkek arasında hem de farklı ekonomik gruplar arasında ayrımcılığa neden olmaktadır.

1-5-4 Kadının Mahremiyet Hakkı

Mahremiyet hakkı çok geniş bir kullanım alanına sahip olması nedeni ile kavramın tanımlanmasında çok farklı yaklaşımlar kullanılmaktadır. Kamu hukukunun yanısıra özel hukukun da ilgi alanına giren bu kavram, çalışmamızda kadın hakları ve kürtaj uygulaması bağlamında değerlendirilecektir.

Mahremiyet hakkı, insan hakları bakımından da yapılması tanımlanması kolay olmayan bir kavramdır. Zira, hakkın tanımı uluslararası insan hakları sözleşmelerinde çok net bir şekilde yapılmamış olmasının yanı sıra, bu kavramla ilgili olarak da niteliğini açıklayan fazla sayıda karara rastlanılmamaktadır. Bununla birlikte, insan hakları açısından mahremiyet hakkının ele alındığı en önemli dava Roe v Wade davasıdır.

³⁹⁶ General Recommendation 24, prg. 14.

³⁹⁷ CEDAW/ A/54/38, 04/02/99, Colombia, prg.293.

³⁹⁸ CEDAW/ A/53/38, 05/07/98, Mexico, prg. 426.

Hatırlanacağı üzere Roe v Wade kararında Amerikan Yüksek Mahkemesi, kürtajın anayasal çerçevesini oluştururken, mahremiyet hakkından yararlanmıştır. Mahkeme, kadının mahremiyet hakkının içerisinde kürtajın da bulunduğunu söyleyerek, kürtajı engelleyen eyalet yasalarının anayasaya aykırı olduğu sonucuna varmıştır. Mahkeme Anyasada tanımlanmayan ve hatta açıkça yer almayan Mahremiyet hakkının varlığını Anayasanın 14. maddesinde bulmuştur. Kişisel özgürlük kavramı ve devletin bireye müdahalelerine sınırlamayı içeren bu madde, mahkemeye göre mahremiyet hakkının kaynağını oluşturmaktadır. Bu bağlamda, kadının hamileliğine son verebilme kararı mahremiyet hakkının kapsamı içerisinde dir.³⁹⁹

Mahkeme daha sonra mahremiyet hakkı bağlamında kürtaja karar verebilecek olan kadının bu konudaki hakkının sınırsız olamayacağını belirtmekle birlikte, mahremiyet hakkının tam olarak ne anlama geldiğini açıklamamıştır. Fakat bu hakka referans verdiği anayasanın 14. maddesinin kapsamı, bize mahkemenin mahremiyet hakkından kişinin kendisi ile ilgili kararları kendisinin verebilme özgürlüğünü tanımladığını söyleyebiliriz. Başka bir deyişle otonomi ya da self determination olarak ifade edilen bu hak devletin kişinin kendisi ile ilgili vermiş olduğu kararlara ancak belirli sınırlar içerisinde müdahale edebileceği anlamına gelmektedir.

Bizim incelememiz neticesinde, kadının kürtaj hakkının mahremiyet hakkı ile ilişkilendirildiği diğer yargı alanı ise, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarıdır. Daha önce incelemiştir olduğumuz üzere, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kürtajı konu alan başvurularda, ceninin yaşam hakkı konusunda net bir yaklaşım ortaya koymazken, kürtaj hakkı ile ilişkilendirilen 8. maddenin tanıdığı mahremiyet hakkının kadın bakımından açılımını da yapmamıştır. Bunun yerine kadının kürtaj yaptırma konusunda menfaati olduğunu belirterek aynı Amerikan Federal Mahkemesi'nin Roe davasında vermiş olduğu karardaki gibi bu hakkın belirli sınırlar dahilinde sözkonusu olabileceğine karar vermiştir.

³⁹⁹ Roe v Wade, sf. 153-155.

Kadının kürtaj hakkının sözleşme bakımından kaynağı olduğu ileri sürülen 8. madde ise, özel hayatın ve aile hayatının korunması başlığını taşımaktadır. Kürtaj hakkının sınırlandırıldığı ve dolayısıyla sözleşmenin 8. maddesinin ihlal edildiği savı ile ilgili olarak ele alınan Buruggeman & Scheuten başvurusunda komisyon, özel hayatla ilgili yapmış olduğu tanıda, kişinin bireysel davranışını ilgilendiren kuralların koyulduğu her durumda, devletin özel hayata müdahalesi vardır ve sözleşmenin 8. maddenin 2. fıkrası bu müdahaleyi meşru kılmıyorsa sözleşme ihlal edilmiş olur diyerek⁴⁰⁰, Amerikan Anayasasının 14. maddesi ile paralellik kurmaktadır. Başka bir kararda ise, özel hayatın maddi ve manevi bütünlüğü içerdiği vurgulanmıştır. Fakat kavramın oldukça geniş bir alana sahip olması, her zaman geçerli olan genel bir tanım yapma girişiminden sözleşmenin denetim organlarını uzaklaştırmıştır. Bunun yerine, önlerine gelen her davayı olayın kendi şartlarına göre değerlendirerek kazüvistik bir yol takip edilmiştir.⁴⁰¹

Ulaşabildiğimiz bu iki içtihat, mahremiyet ya da özel hayatın korunması konusunda benzer bir yaklaşım sergilemektedir. Buna göre, mahremiyet hakkı, kadının kendisi ile ilgili kararları istisnai durumlar haricinde kendisinin vermesi şeklinde çok kaba bir tanım yapabiliriz. Cenine yaşam hakkının tanınması ile kürtaj yasaklanacağından, kadının hamileliğin devamı ya da sona erdirilmesi konusunda sahip olduğu bu özgürlükten mahrum kalacaktır. Dolayısıyla cenine yaşam hakkının tanınması ile kadının bir insan hakkı olarak mahremiyet hakkı da ortadan kalkmış olacaktır.

⁴⁰⁰ F. GÖLCÜKLÜ-Ş. GÖZÜBÜYÜK; prg. 575.

⁴⁰¹ Aynı eser; prg. 574, 575.

1-6 Değerlendirme

Ceninin korunması, hukukun diğer alanlarından farklı olarak toplumun hemen hemen bütün kesimlerinin üzerinde fikir yürüttüğü ve mutlaka ahlaki bir çerçeve içerisinde ele aldığı bir meseledir. Bu derece ilgi çekebilen pek az sayıda hukuki problemden bahsedebiliriz. Belki ceninin gerçekten korumaya muhtaç bir varlık olması ona yapılacak müdahalelerin kapsamı konusunda insanları bir vicdan muhasebesi yapmaya yöneltmekte belki de toplumun devamı için ceninin zorunlu bir unsur olması, onu bu ilginin odağı haline getirmektedir. Hangi nedenle olursa olsun ceninin korunması gereken bir varlık olduğu adeta toplumların bilinçaltına işlenmiş bir kaide haline geldiği söylenebilir.

Konuya olan ilginin nedeni ya da bu konudaki toplumsal taleplerin yerindeligi esas olarak başka bir disiplin altında cevabı aranması gereken bir sorudur. Fakat toplumların bu konu ile ilgili yaklaşımları pozitif hukukun şekillenmesinde önemli bir baskı unsuru olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim ceninin yaşam hakkına sahip olması gerektiği yönündeki argüman da, gücünü bu toplumsal yaklaşımdan almaktadır.

Toplumun bu yöndeki eğilimini destekleyen ve belki de oluşturan ana etkenlerden birisi dindir. Yapmış olduğumuz inçemede görülmektedir ki; dünya nüfusunun büyük bir bölümünü kapsayan inanç sistemlerinde genel olarak kadının hayatının tehlikeye düşmesi durumu haricinde cenine müdahale uygun bulunmamaktadır. Hatta Vatikan yaklaşık son 200 yıldır kadının hayatı tehlikde olsa dahi ceninin korunması gerektiğini savunmaktadır.

Bilimsel ve felsefi yaklaşımlara baktığımızda ise kişiliğin başlangıcı için sağ doğum esasının herhangi bir ahlaki temele oturtulmadığını görmekteyiz. Aksine, hep doğum öncesinin belirli safhaları kişiliğin başlangıcı için önerilmekte ve bu safhalar bakımından ahlaki temeller oluşturulmaya çalışılmaktadır. Ve bu ahlaki temellendirme çabasının bir sonraki basamağını ise, belirlenen kriterler dahilinde pozitif hukukta ceninin yaşam hakkının korunması gerektiği savının ileri sürülmesi oluşturmaktadır. Nitekim tartışmaya dahil olan yazarların tümü, son noktada bu taleplerini ileri sürmektedirler.

Bir hukuk çalışması olan bu tezde bizim yapacağımız ise, sözkonusu taleplerin doğruluğunu ya da yerindeliliğini tartışmaktan ziyade, öncelikle var olan hukuk düzeninde bu taleplerin ne ölçüde hayata geçirildiğini tesbit etmektir. Yani olanı ortaya koymaktır. Mevcut hukuk düzenleri ise iki başlık altında incelenebilir. Bunlardan ilki iç hukuk ikincisi ise uluslararası ya da ulusal üstü insan hakları hukuku. İç hukuk düzenlerine bakıldığında genel olarak kişiliğin gerek özel hukuk gerekse ceza hukuku bakımından bazı küçük değişiklikler dışında sağ doğum esasına göre şekillendiğini görmekteyiz. Yani ceninin kişiliği kabul edilmemektedir. Dolayısıyla farklı kriterler doğrultusunda ahlaki düzeyde savunulan kişiliğin başlangıcı için doğum öncesinin belirlenmesi talebi yürürlükteki hukuka baktığımızda devletlerin yaptırım gücünü arkasına alamadığını söylenebilir. Bu konuda en farklı ve de klasik anlayışa göre marjinal olarak ifade edebileceğimiz ABD hukuk düzeni dahi ceninin hukuki kişiliğini tam olarak tanımamaktadır. Bir bakıma aslında sağ doğum esasının oluşturduğu sistem başka bir ad altında yeniden düzenlenmektedir. Avrupa Hukukunda ise bu yaklaşımı sadece Hollanda'nın takip ettiğini görmekteyiz.

Ulusal üstü insan hakları hukukuna baktığımızda ise, bu konuda net bir yaklaşım meydana getirilemediği söylenebilir. Özellikle yargısal nitelikte organlara sahip olan koruma mekanizmaları, ülkeleri tek bir yaklaşım etrafında yönlendirmekten özellikle kaçınmaktadırlar. Sözleşme metinleri yaşam hakkının başlangıcı konusunda bir düzenleme getirmezken, tartışmalı olan bu mesele adeta ülkelerin iç tasarruflarına bırakılmıştır. Bu sözleşmeler içerisinde cenine yaşam hakkının tanındığını “genel olarak” ifadesi ile sunan Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sözleşmesi'nin yargısal nitelikteki organı dahi, bu ifadenin tüm ülkeleri bağlayan anlamı olmadığını belirtmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ceninin yaşam hakkı var mıdır sorusuna cevap vermekten o denli kaçınmaktadır ki, önüne gelen davaları kendisine göre önce sözleşmeye göre çözmekte daha sonra farazi olarak ceninin hak sahibi olduğu varsayımına dayanarak ikinci kez çözmeye kalkmaktadır. Birleşmiş Milletler'in oluşturduğu insan haklarını koruma mekanizmaları da benzer bir yaklaşım göstermektedirler. Örneğin bir taraftan katı kürtaj yasalarının kadınların yaşam hakkını ihlal sonucunu doğuracağı belirtilirken, diğer taraftan da kürtajın bir doğum kontrol yöntemi olarak kullanılmasının yanlışlığı

üzerinde durulmaktadır. Ancak Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi'nin önüne doğrudan bu konuyu içeren sadece bir başvuru yapılmıştır ki; o da esasa girilmeden şikayete ilgili kabul edilmezlik kararı verilmiştir. Özetle mesele ulusal üstü bir düzeye gelindiğinde, insan haklarının korunması için oluşturulan mekanizmalar bu konuda ülkeleri bağlayan bir yaklaşım sergilemekten kaçınmaktadırlar. Bunun da temel nedeni herhalde ceninin toplumlar için taşıdığı anlam ve bu konudaki derin fikir ayrılıklarıdır. Sözkonusu durumun en iyi örneğini de zaten sözleşmelerin yapım aşamasında yaşanan tartışmalar göstermektedir. Peki gerçekten cenine yaşam hakkı tanınabilir mi? Bu sorunun yanıtını şu anki insan hakları anlayışına göre ve pozitif hukuk çerçevesinde konumlandırılabilme ihtimallerini göz önüne alarak yanıtlamaya çalışacağız.

1-6-1 Doğmamış Çocuğa Yaşam Hakkı Tanınabilir mi?

Bilindiği üzere bir varlığın haklardan yararlanabilmesi için hukukun onu kişi olarak tanınması gerekmektedir. Yaşam hakkının öznesini oluşturan gerçek kişilerin kişilikleri ise; bazı küçük farklılıklar dışında sağ doğum esasının gerçekleşmesi ile kazanılmaktadır. Bizim yapmış olduğumuz incelemede, doğum öncesinde kişiliği başlatan herhangi bir hukuki düzenine rastlanılmamıştır. Dolayısıyla doğmamış çocuğun pozitif hukuk bakımından yaşam hakkına sahip olabilmesi için öncelikle genel kabul gören hukuk anlayışının dışına çıkılıp, onun kişiliğinin tanınması gerekmektedir.

Bununla birlikte ABD iç hukukuna baktığımızda, cenine kişilik tanındığı izlenimi uyandıran bazı düzenlemelerin varlığı dikkat çekmektedir. Örneğin doğrudan ceninin mağdur olarak tanımlandığı ya da kişilere karşı işlenen suçların cenini kapsayacak bir mağdur tanımı ile birlikte düzenlendiğini görülmektedir. Dolayısıyla sözkonusu hukuk kuralları ile, en azından şekil itibarıyla ceninin ceza hukuku bakımından korunabilecek birtakım menfaatlere sahip olabileceği kabul edilmektedir. Oysa ABD Yüksek Mahkemesi, Roe v. Wade davası ile birlikte, açık bir biçimde kişiliğin ne zaman başladığı sorusuna sağ doğum ile birlikte cevabını vermiştir. Anayasanın yorumlanmasında yetkili olan Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin, kişiliğin sağ doğum esasına göre başladığına ilişkin kararı, bütün ABD hukuk düzeni için uyulması zorunlu bir kural niteliğindedir. Dolayısıyla

sözkonusu hukuk düzenleri ile Anayasa arasında görünürde bir çelişki olduğu söylenebilir. Fakat bu çelişkinin de nedeni yine Yüksek Mahkeme'nin vermiş olduğu Webster kararıdır.

Hatırlanacağı üzere mahkeme yaşamın başlangıcı ile ilgili olarak her eyaletin kendi düşüncesini kanun metinlerine aktarabileceğini, kişilerin hakları ile ilgili anayasal güvencelerin çiğnenmemesi koşulu ile bu düzenlemelerin anayasaya aykırılık teşkil etmeyeceğine karar vermiştir. Eyalet kanunlarında yaşamın ne zaman başlayacağına dair hükümlerin uygulamada haksız fiil ve ceza hukukuna etki edeceğini belirten mahkeme, bu konuda yorum yapmaya yetkili makamların ise eyalet mahkemeleri olduğunu vurgulamıştır. Dolayısıyla eyalet hukuk düzenleri Roe v Wade davasında kabul edilen kadının kürtaj hakkına zarar vermeyecek şekilde yaşamın başlangıcı ya da kişilik ile ilgili düzenlemelerde bulunabilmektedirler. Bu anlayışın sonucunda da, Amerikan hukuk sisteminde anayasal olan ve olmayan şeklinde gerçek kişiler bakımından ikili bir ayırım ortaya çıkmıştır.

Fakat burada dikkat edilmesi gereken bir husus sözkonusudur. Yüksek Mahkeme, ceninin korunmasına ilişkin düzenlemelerde hukuki menfaat sahibini cenin olarak belirlememektedir. Aksine, ceninin yaşamı konusunda eyaletlerin sahip olduğu menfaatten bahsetmektedir. Bu nedenle mahkeme bir taraftan yaşamın başlangıcı ya da kişilik konusunda eyaletlerin istediği düzenlemeyi yapabileceğini belirtirken, bu düzenlemelerin ancak eyaletin hukuki menfaatinin korunması amacı ile yapılabileceğini söylemektedir. Yani kanunun ismi ya da tanımı ne şekilde olursa olsun menfaati korunan cenin değil eyalettir. Nitekim, eyaletlerin bu konuda yapacağı düzenlemelerin, kişilerin anayasadan kaynaklanan haklarını ihlal edemeyeceği de karara bağlanmıştır. Bu şekilde anayasal bir hak olan kürtaj güvence altına alınmış olurken, anayasada kişilere tanınmış olan yaşam hakkı da cenin bakımından geçersiz hale gelmektedir.

Kısaca, ABD hukukunda ceninin hak sahipliği Yüksek Mahkemenin vermiş olduğu karar göre sözkonusu olamaz. Eyaletlerin ceninin zarar görebileceği eylemleri suç olarak nitelendirmesi, sadece terminolojide yapılan bir tercihten ibaret olup cenine verilen ahlaki değer bir göstergesi olmaktan öte bir anlamı yoktur. Mahkemenin bu sonuca varmasının altında yatan temel neden ise; cenine kişilik ya

da yaşam hakkı tanınması durumunda, onun artık doğmuş ve yaşayan insanlarla eşit haklara sahip bir varlık olduğunun kabul edilmesi sonucunun ortaya çıkmasıdır. Cenin hak sahibi olduğunda, bir başkasının herhangi bir menfaati gerekçe gösterilerek onun varlığına müdahale edilemeyecektir. Bu durumun pratikteki en önemli sonucu ise hiç şüphe yok ki; kürtaj ve benzeri eylemlerin kişiye karşı yapılmış haksız fiiler olarak tanımlanmasıdır. Tabii bunun yanında, örneğin miras hakkının geciktirici şarta bağlı olarak anne karnında iktisabı ortadan kalkacak, cenin hamilelik döneminde ölmüş olsa bile, artık kendisine intikal eden tereke kendi mirasçılara geçecektir. Veya destekten yoksun kalma tazminatına anne karnında sahip olacağından, ceninin sonradan ölümü bu tazminatın geçerliliğini etkilemeyecektir.

Cenine hukuki kişilik tanınmasının pozitif hukuk bakımından getireceği sonuçlar daha da genişletilerek dile getirilebilir. Fakat bizim açımızdan beliren en önemli sonuç, ona yapılacak olan müdahalelerin artık her durumda hukuka aykırılık teşkil edeceğidir. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere bu anlayış kürtajın yasaklanması sonucunu doğuracaktır. Kürtajın her konuda yasaklanması ise kanaatimizce insan hakları anlayışı ile ve de özellikle yaşam hakkı ile bağdaştırılabilecek bir düzenleme değildir.

Kadının iradesine bağlanan kürtaj uygulamalarını bir kenara bırakacak olursak, genellikle anne adaylarının hamileliği sona erdirmek konusundaki istemleri çeşitli zorunluluklara dayanmaktadır. Bu zorunluluklar genel olarak annenin yaşamının tehlikeye girmesi, toplumsal kurallar ya da ekonomik nedenlerden kaynaklanmaktadır. Hamile kadının yaşamının tehlikeye girmesinin en önemli örneği ise tıbbi bir zorunluluk nedeni ile hamileliğe son verilmesi gereğinin ortaya çıkmasıdır. Hamileliliğin devam etmesi halinde kadının yaşamını tehlikeye sokan ya da sağlığı çok ciddi bir şekilde etkileyebilen hamileliklerde, anne adayının hayatını kurtarmak adına bu uygulamaya başvurulmaktadır. Cenine yaşam hakkının tanınması ve bunun sonucunda da hukuki kişiliğe sahip olması nedeni ile hamileliğin sona erdirilmesi kesinlikle yasaklanacaktır. Bu durumda ise, henüz dünyaya sağlıklı bir şekilde geleceği belli olmayan bir canlı için kadının yaşamından vazgeçilmesi, en iyimser ihtimalde tehlikeye atılması pozitif hukuk tarafından korunan bir davranış olacaktır. Diğer taraftan, eğer kadının hayatını kurtarmak adına müdahale sözkonusu

olursa, kadının hayatını kurtaran kişi bu sefer ceninin yaşamına son verdiği için adam öldürme suçu işlemiş olacaktır. Ancak cenine müdahale etmeme adına, kadının ölümüne göz yuman kişi; mesela bir doktor, bu sefer hem kadının ölümü nedeni ile hem de kadının ölmesine bağlı olarak anneye bağımlı yaşayan ceninin ölmesi nedeni ile bir sorumluluğu olmayacaktır. Yani hareketsiz kalması durumunda iki kişi ölecek ve bu eylem herhangi bir cezaya tabi olmayacak, fakat eylemde bulunduğu takdirde aynı iki kişiden birisi kurtulmasına rağmen bu eyleme ceza öngörülebilecektir. Bu paradoksun en net ifadesi; cenine yaşam hakkı tanınması durumunda, ceninin diğer gerçek kişiler karşısında hukuk tarafından daha çok himaye edilmiş olacaktır. Oysaki eşitlik ilkesinin hakim olduğu bir hukuk düzeninde, kişiler arasında bir ayrımcılık sözkonusu olamaz. Dolayısıyla cenine kişilik tanınması, hukuk sistemi içerisinde tutarsızlığa yol açacaktır.

Pozitif hukuk bakımından cenine yaşam hakkı tanınması ne ölçüde imkansızsa, bize göre insan haklarının kabul edilen genel ilkeleri bakımından da cenine yaşam hakkının tanınması mümkün değildir. Zira kürtajın yasaklanması ile birlikte pozitif hukukta tanınmış olan kadın haklarının büyük ölçüde ortadan kaldırılması gerekecektir. Kürtaj bugün, kadının insan hakkı olarak nitelendirilen birçok hukuki menfaatinin gerçekleştirilmesi bakımından çok önemli bir unsur olarak kabul edilmektedir. Nitekim en son 2006 yılında Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi bir vaka ile ilgili vermiş olduğu kararında, kürtaja izin verilmemesini insan hakları ihlali olarak değerlendirmiştir. Kararın en önemli yanlarından birisi ise, ülke hukukunun kürtaja izin vermemesi nedeni ile kadının çekmiş olduğu ızdırıp işkence yaşayışının ihlali olarak yorumlanmasıdır.

Bu kararın öncesinde Birleşmiş Milletler bünyesinde gerçekleştirilen ülke gözlemlerinde kürtaj yasaklarının insan haklarının ihlali anlamına geldiği defalarca vurgulanmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise açıkça kürtajı bir hak olarak tanımlamamakla birlikte, hatırlanacağı üzere ceninin yaşam hakkının konu edildiği davalarda bir taraftan sadece kürtaj yapılmasının insan haklarının ihlali anlamına gelmediğine karar vermiş, diğer taraftan da farazi yargılamalarında ceninin menfaati karşısında dengelenmesi gereken unsur olarak kadının kürtaj yaptırma konusundaki menfaatini koymuştur. Dolayısıyla, kadının kürtaj yaptırması mahkemeye göre korunması gereken bir menfaat olarak değerlendirilmektedir.

İnsan hakları hukukunda kadına tanınan bu hakların sürdürülebilmesi ancak ceninin insan haklarına sahip olması gerektiği yönündeki talebin geri çevrilmesi ile mümkündür. Bu nedenle, pozitif hukuk bakımından da uygulanabilirliği olmayan bu talebin insan hakları açısından da kabul edilmesi bizim düşüncemize göre mümkün değildir.

1-6-2 Doğmamış Çocuğa Sınırlı Yaşam Hakkı Tanınabilir mi?

Pozitif hukuk ve bu sistem içerisinde kabul edilen insan haklarına ilişkin temel ilkeler, cenine, doğmuş kişilerin sahip olduğu şekli ile yaşam hakkı tanınmasını engellemektedir. Meseleyi ele alan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve de Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin de ulaştığı olduğu bu sonuç, gerçekte kadının hukuki menfaatlerini koruma kaygısından kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla, eğer cenini hak sahibi bir varlık olarak kabul edecek olursak, kadın ile ceninin menfaatleri çatışıyor olduğundan, kadın lehine bir yorumla ceninin yaşam hakkının bütün halinde uygulanamayacağı neticesi ortaya çıkmaktadır. Peki bu iki menfaatin uzlaştırılması mümkün olabilir mi? Başka bir ifade ile kadının ihlal edilemeyecek nitelikteki hakları korunarak cenine yaşam hakkı tanınabilir mi? Konunun en başında hemen belirtelim ki; ilk bakışta uygun bir çözüm gibi gelen bu yaklaşımın hayata geçirilebilmesi, günümüz pozitif hukuk ve de insan hakları anlayışı çerçevesinde mümkün değildir. Bu cevabımızın gerekçelerini ortaya koymadan evvel neden böyle bir ara yol arayışının ortaya çıktığının üzerinde kısaca durmak istiyoruz.

Cenin pozitif hukuk nazarında hukuki kişiliğinin tanınmamasının en açık anlamı; onun hukuk açısından menfaatleri korunmaya değer bir varlık olarak görülmemesidir. Dışarıdan herhangi bir müdahale olduğu takdirde, hukuki kişiliği olmadığı için bu kişiliği kazanıncaya kadar görmüş olduğu zararı yargı organları önüne getiremeyecektir. Örneğin ceninin ölümü sözkonusu olduğunda, sağ olarak doğma şansı olmadığı için, bu eylem adam öldürme suçu niteliğini kazanmayacaktır. Hatta vaka doğum başlamadan çok kısa bir süre önce gerçekleşse dahi değişen bir durum olmayacaktır. Çünkü az öncede söylediğimiz üzere hukuk nazarında cenin kişi olarak tanınmadığı için, kişilere has korunması gereken bir menfaatin

varlığından söz etmemiz mümkün değildir. En iyi ihtimalde, annenin vücudunun bir parçası olarak kabul edilmesi nedeniyle dolaylı olarak belirli yaptırımların uygulanması sözkonusu olabilir. Bu durum da aynı eylemlerin kişilere karşı işlenmesi halinde uygulanan yaptırımlarla, annenin vücudunun bir parçası olarak kabul edilen cenine karşı işlenmesi halinde uygulanacak olan yaptırımlar arasında hem nitelik hem de ağırlık itibariyle önemli farklar oluşturacaktır. Zira burada hukuk tarafından esas olarak korunan menfaat ceninin değil annenin menfaati olmaktadır.

Diğer taraftan, annenin de cenine karşı işleyebileceği herhangi bir suç olamayacaktır. Çünkü cenin annenin vücudunun bir parçası olması nedeni ile üçüncü kişilerden de farklı olarak, yaptığı eylem nedeni ile zarar verebileceği bir başka hamile kadın olmayacaktır. Bununla birlikte, günümüzde pekçok hukuk sisteminde çocuk düşürtme ya da hamileliğin erken sona erdirilmesi şeklinde tanımlanan kimi suçlar öngörülmuş olmakla birlikte, bu suçlarda cenin mağdur sıfatını kazanmamaktadır ve öngörülen cezalar kişilere yönelik gerçekleştirilen cezalardan çok daha düşük düzeyde tutulmaktadır. Zira bu noktada siyasi iktidarların bu eylemi suç olarak ifade tanımlamasındaki amaç, kişiliğe sahip olmayan diğer canlıların; örneğin mavi balinaların korunması amacı ile avlanmasının önlenmesi ya da ormanların korunması için ağaç kesilmesinin cezai yaptırıma bağlanması ile paraleldir.

Pozitif hukukun oluşumu ve uygulamasında esas aldığı formal bakış açısı başka türlü bir yorumu kabul etmemezi engellemektedir. Fakat bununla birlikte, mevcut hukuki düzenlemelerin, hukukun işlevi ile uygunluğu sorunu ortaya çıkmaktadır. Çünkü hukuk genel bir tanımlama yapacak olursak; adalete yönelmiş bulunan bir toplumsal yaşam düzeni olarak ifade edilebilir.⁴⁰² Hukukun yapılmasının temel amacı toplumsal düzeni sağlamak olmasına karşın, bu amaca ulaşırken üretilen kuralların da adaleti sağlama gayesine yönelmesi gerekmektedir. Bu nedenle cenin ile ilgili yapılacak olan düzenlemelerin de toplumun adalet duygularını incitmeyecek bir niteliğe sahip olması gerekmektedir. Oysaki cenine yaşam hakkının tanınmaması kimi hallerde toplumsal yaşamı düzene koyma amacını güden pozitif hukuk kurallarının adaletle çelişkili bir görünüm sergilemesine neden olmaktadır. Bu

⁴⁰² V. ARAL; Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1991, sf. 15.

konuda ortaya çıkan temel problem ise ceninin hukuk tarafından bir değerlendirmeye tabi tutulması ve bu değerlendirmenin netice itibariyle uygulamada oluşturduğu çelişik durumlardır.

Pozitif hukukun ceninin hukuki kişiliğini kabul etmemesi, onun korunması için yapılan düzenlemeleri, bir ağacın, bir tarihi eserin, bir hayvanın ya da kişi olmayan herhangi bir “şey”in korunması ile eş tutması anlamına gelmektedir. Canlı dahi olmayan kimi varlıklara hükmi şahsiyet tanıyan ve de hukuk nazarında korunabilir menfaatlerinin olduğunu kabul eden pozitif hukuk, diğer taraftan cenini kişiliği olmayan herhangi bir varlıkla eş düzeyde tutmaktadır. Halbuki insan tarafından oluşturulan ve de insana hizmet etmesi amacıyla kabul edilen hukukun, bir tür olarak insan ırkından olan ve onun bir gelişim aşamasındaki bir dönemi ifade eden cenine karşı oluşturduğu bu yaklaşım ahlaken sorgulanabilir bir mahiyet taşımaktadır. Dolayısıyla, kişiliği tanınmayan diğer varlıklardan daha çok saygıyı hak ettiği söylenebilir.

Adalet duygusunu zedeleyebilecek bir başka durum ise, ceninin hamileliğin bütün dönemlerinde neredeyse aynı statüde tanımlanmasıdır. Örneğin henüz hiçbir organı tam olarak oluşmamış ve insan şekline dahi benzemediği birkaç aylık dönemdeki cenin ile 9 aylık ceninin aynı varlık olduğunu söylemek hukukun kendi içindeki tutarlılığı ile de çelişmektedir. Pozitif hukukta insan gelişiminin belirli bir aşamasında yani ceninin anne karnından ayrılarak tam ve sağ doğmasıyla onun hukuk nazarındaki konumu değişmektedir. Çünkü artık hukuki kişiliğe sahip olan bir varlıktır ve her türlü hukuki korumadan herkes kadar yararlanabilmektedir. Halbuki, doğumdan hemen önceki cenin ile doğumdan sonraki cenin arasında nitelik itibariyle bir fark yoktur. Sadece onun artık yaşayacağı ortam değişmektedir. Diğer taraftan ceninin anne karnında geçirmiş olduğu 9 aylık süre içerisinde ise, tek bir hücreden bütün organlarıyla tam bir organizmanın gelişimi gerçekleşmektedir. İlk baştaki tek hücreli yapının hukuki statüsü ile 9. ayına gelmiş olan insanın hukuki statüsünün aynı olması ve aynı korumadan yararlanmasının ahlaki herhangi bir gerekçesi herhalde bulunamaz. Kaldı ki tıp ve biyoloji bilimi artık ceninin ne tür değişimler ve gelişimler gösterdiğini net zaman aralıkları göstererek ortaya koymaktadır. Örneğin hamileliğin 6. ayı itibariyle cenin, erken doğum neticesinde dünyaya geldiğinde hayatta kalabilmektedir. Dolayısıyla, cenin 6. ayda dünyaya gelse ve ona karşı bir

haksız eylem gerçekleşse, hukuk onu kişi olduğu için koruyacaktır. Bununla birlikte istenmeyen bir olay gibi gözükken erken doğum 6. ayda gerçekleşirse ve de cenine karşı haksız müdahale o anne karnındayken meydana gelse, bu takdirde pozitif hukuk aynı himayeyi cenine sağlamayacaktır. İki cenin arasında, yine niteliksel bir fark olmamasına karşın sadece yaşamın devam edeceği mekan bakımından bir fark sözkonusudur.

Özetle, ceninin hukuki kişiliğinin tanınmaması daha da özelde yaşam hakkının kabul edilmemesi gerek siyasal iktidarların hukuku yaparken cenine olan bakış açısı gerekse o hukukun uygulamada ortaya çıkardığı sonuçlar bakımından adalet düşüncesini zorlayan durumların sergilenmesine yol açmaktadır. Bu nedenle, kadının ihlal edilmez nitelikte olduğu kabul edilen hakları gözetilerek cenine sınırlı bir yaşam hakkının tanınıp tanınmayacağı tartışma konusu olmuştur.

İnsan hakları sözleşmelerine bakıldığında, genel olarak hemen hemen her hak bakımından bir takım istisnalar kabul edilmektedir. Fakat örneğin işkence görmeme hakkı olarak tanımlayacağımız işkence yasağı gibi bazı haklar nitelikleri gereği istisnaya tabi olmayan haklar olarak kabul edilmektedir. Yaşam hakkı bakımından ise bu grup içerisinde yer almamaktadır. Dolayısıyla hakkın somut vakalarda ihlal edilmesi kimi zaman hukuka aykırılık sonucunu doğurmamaktadır. Mesela ayaklanma ve isyanın bastırılması halinde meydana gelen ölüm vakaları gibi. Bu nedenle bu istisnalar içerisinde cenin ile ilgili olarak da bazı hükümlerin getirilebileceği düşünülebilir.

Bunun en kestirme yolu, yaşam hakkının düzenlediği maddelere kürtaj istisnasının konulmasıdır. Böylelikle bir taraftan ceninin hukuki kişiliği tanınacak ve yaşam hakkı olduğu kabul edilmiş olacak, diğer taraftan da kürtaj bu hakkın bir istisnası olacağı için kadının örneğin yaşamı tehlike altında olduğu zaman gerçekleştirilecek olan kürtaj hukuka aykırılık teşkil etmeyecektir. Bu şekilde de hem kadının hem de ceninin hak sahibi olarak gözetilen hukuki menfaatleri korunmuş olacaktır.

Başka bir formül ise, ceninin gelişiminin belirli bir aşamasının kişiliğinin başlangıcı olarak kabul edilmesidir. Yani hamileliliğin tümünde değil ama belirli bir

süre sonrasında kişiliğin ve yaşam hakkının başlaması öngörülebilir. Nitekim ceninin ahlaki statüsünün incelendiği bölümde, seküler yaklaşımların ortaya koymuş olduğu fikrin ana teması da budur. Örneğin bize göre de, en makul olan yaklaşım yaşayabilme kabiliyetini elde etmesi anı, kişiliğin başlangıcı bakımından bir eşik olarak kabul edilebilir. Zira bu aşamada artık cenin anneden fiziki olarak da bağımsız bir yaşamı sürdürebilme kapasitesine sahip olacağından bağımsız bir kişinin varlığından rahatlıkla sözedebiliriz. Ayrıca ceninin bu aşama itibariyle kendisine yapılabilecek müdahalelerde acı çekebileceği düşünülürse, bu eşik geçildikten sonra cenin bakımından korunması gereken bir menfaatin doğduğu da herhalde kimsenin itiraz edemeyeceği husustur.

Fakat başta da söylediğimiz üzere, her ne kadar ahlaken ve de mantık çerçevesinde uygun birer çözüm gibi gözükse de bu önermeler, bize göre pozitif hukuk bakımından hayata geçirilmesi mümkün olmayan fikirlerdir. Açıklamalarımıza birinci önermeden başlayacak olursak; ceninin yaşam hakkının kürtaj istisnası ile birlikte tanınması öncelikle, bütün modern anayasaların tanıdığı eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Eşitlik ilkesi, aynı statüdeki kişilere aynı kuralların uygulanması anlamına gelmektedir. Bu nedenle kişilere yüklenecek olan yükümlülük ya da tanınan haklar bakımından yatay bir dengenin oluşturulması bir zorunluluktur. Konumuz bakımından eşitlik ilkesini değerlendirecek olursak, doğmuş herhangi bir kişi ile hak sahibi olduğunu varsaydığımız cenin bakımından haklara ya da yükümlülüklerle sahip olma bakımından büyük bir fark meydana getirilmektedir. Doğmuş olan kişi için bir başkasının hayatını kurtarmak adına öldürülme yükümlülüğü sözkonusu olmazken, hukuki kişiliğe sahip cenin bakımından kürtaj bir istisna teşkil ettiğinden ölmek bir yükümlülük olarak düzenlenmektedir. Meseleyi daha açık bir şekilde ifade edebilmek için yaşamı hemilelik nedeni ile tehlikede olan bir kadının durumunu örnek gösterebiliriz. Ceninin yaşam hakkı ve kişiliğinin olduğunu varsaydığımızda, annenin hayatı hamilelik nedeni ile tehlikede ise kürtaj ceninin yaşam hakkının bir istisnası olduğundan kadının hayatını kurtarabilmek için ceninin öldürülmesi hukuka uygun bir eylem olarak kabul edilecektir. Oysaki hem hamile olan kadın hem de cenin hukuki kişiliğe sahip iki ayrı varlıktır. Neden bir kişinin hayatını kurtarmak için bir diğerinin ki feda edilebilsin ya da hukuki kişiliğe sahip olan cenine ölme yükümlülüğü getirilsin. İki varlık da hukuk önünde eşit bireyler olduğunu düşünürsek, neden ceninin yaşaması için annenin yaşamı feda

edilmesin? Eğer pozitif hukuk bir kişinin hayatını kurtarmak için bir diğerinin öldürülmesini meşru bir eylem olarak kabul eder ise, o zaman doğmuş olan diğer kişiler bakımından da aynı düzenlemenin yapılabilmesi gerekmektedir. Bu durum benim hayatım için bir başkasının öldürülmesinin hukuka uygun kabul edilmesi anlamına gelmektedir ki, ne pozitif hukuk bakımından, ne insan hakları bakımından ve ne de herhalde ahlaki değerlendirme bakımından bu önermenin kabul edilebilecek bir yaklaşım olduğu söylenemez.

Diğer taraftan, belirli bir gelişimin sonucunda yaşam hakkının tanınmasına ilişkin öneri de pozitif hukuk bakımından uygulanma kabiliyetine sahip bir yaklaşım değildir. Çünkü kadının hamilelik nedeni ile hayatının tehlikeye girmesi sadece hamileliğin erken dönemlerinde yaşanan bir risk değildir. Bu nedenle cenine müdahale edilmesini gerektiren sağlık problemleri her aşamada ortaya çıkabilir ve kadının hayatının kurtarılabilmesi için, ceninin kürtaj yolu ile öldürülmesi gerekebilir. Bununla birlikte, annenin ölümü halinde dahi cenin yaşatılabilmekte ya da kadının hayati tehlikesi bulunduğunda sezeryan yöntemi ile cenin sağ olarak dünyaya getirilebilmektedir. Fakat bu uygulamalar takdir edileceği üzere, tıbbi imkanlar dahilinde başarılı bir şekilde sonuçlanacağından, hekimin ya da ilgilinin yapacağı eylemlerin hukuki sonuçlarını bu kadar değişken bir veriye bağlamak sağlıklı sonuçlar vermeyecektir.

Özetle, cenine tam ya da belirli istisnalar dahilinde yaşam hakkının tanınması, günümüz hukuk sistemleri içerisinde var olan hak ve hukuki kişilik kavramları ile mümkün değildir. Ancak bu gerçek ceninin korumasız bir varlık haline geldiği ya da hukuki kişiliği olmayan diğer varlıklarla eş değerde tutulacağı anlamına gelmemektedir. Çözüm yine hukuk içerisinde bulunmalıdır; fakat bu çözüm cenine hukuki kişilik kazandırılması ya da yaşam hakkı tanınması amacına yönelinmeden yapılmalıdır.

1-6-3 Nasıl Bir Koruma?

Ceninin insan hakları hukuku dahilinde korunması gerektiği yönündeki ahlaki talebin hayata geçirilebilmesi için yöntem olarak hak ve kişilik kavramlarının

kullanılması; bize göre ahlaki değerlendirmenin pozitif hukukta yer alabilmesi için uygun bir yaklaşım değildir. Pozitif hukuk ve pozitif hukuk içerisinde tanınan insan hakları ilkeleri, bu ceninin korunması için ileri sürülen bu önermenin karşısındaki en büyük ve bugün için aşılması mümkün olmayan engellerdir. Fakat bu olumsuz görünüm, sözkonusu ahlaki talebin insan hakları niteliğini ortadan kaldırmamaktadır. Zira ahlaki değerlendirmenin konusunu oluşturan insan kavramı ile özü itibariyle teknik bir değerlendirmeye dayanan pozitif hukukun hak sahibi olarak tanıdığı insan kavramı birbiri ile her zaman örtüşmeyebilir ve bu durum doğaldır. Çünkü hukuk, toplumsal düzeni koruma amacını taşıyan ve de bunu yaparken adalete yönelmiş olan bir sistemdir. Halbuki insan hakları anlayışının temelini en üstün değer olarak kabul edilen insan değerinin korunması oluşturmaktadır. Dolayısıyla insan hakları çerçevesinde üretilen fikirlerin meşruiyet kaynağını pozitif hukuk oluşturamaz. Aksi takdirde, bu konuda pozitif hukuka yönelik olarak verdiğimiz araçsal anlam yerini niteliksel bir ölçüte bırakmış olacaktır.

Bir adım daha ileri gidersek, pozitif hukukun günümüzde meşruluğunu sayılabilmesi için sadece spesifik bir takım hakları tanınması yeterli görülmemekte fakat aynı zamanda tüm düzenlemeler bakımından temel öncüllerini de insan haklarının oluşturması gerektiğinin ileri sürüldüğünü söylememiz gerekmektedir. O halde, insan haklarına dayanan ahlaki değerlendirmenin öznesini oluşturan insan kavramının genel olarak pozitif hukukta ve de özel olarak da insan hakları hukukunda korunabilmesi mümkün olabilmelidir.

Kanaatimizce meselenin hak sahipliği çerçevesinde ele alınmasının temel nedeni, uluslararası hukukta insan haklarını koruma altına alan belgelerin, bunu gerçekleştirebilmek için farklı kategoriler altında kişilere haklar tanınmasıdır. Hakların bu şekilde bireylere özgülenmesi ile soyut bir koruma anlayışının yerine somut vakalar bakımından müdahil olabilme imkanı ortaya çıkmaktadır. Günümüzde en etkin koruma mekanizması olarak kabul edilen bireysel başvuru yönteminin de temelini bu yaklaşım oluşturmaktadır. Dolayısıyla, cenine yaşam hakkının tanınması ile bir taraftan onun varlığı güvence altına alınacak diğer taraftan da bireysel başvuru imkanı doğrudan tanındığı için bu güvence etkin bir şekilde hayata geçirilmiş olacaktır ki; daha öncede belirttiğimiz üzere bu yaklaşımın gerçekleştirilebilmesi imkan dahilinde değildir. Bununla birlikte bize göre, ceninin yine de insan hakları

hukuku çerçevesinde korunabilmesi mümkündür. Fakat önce bu talebin niteliğinin ve pratikte ne gibi sonuçlara yöneldiğinin doğru olarak belirlenmesi gerekmektedir.

Ceninın yaşam hakkına sahip olması gerektiği yönündeki talebin esas olarak yöneldiği sonuç, insanın biyolojik yaşamının zamansal olarak bir bölümünü ifade eden doğum öncesi döneminde, doğum sonrasında pozitif hukukun insana göstermiş olduğu saygının cenine de gösterilmesidir. Bu talebi ortaya koyanların buldukları ortak nokta ise, pratikte; hamilelik döneminde bazı istisnalar dışında ceninin fiziki varlığına yönelen müdahalelerin caydırıcı hukuki önlemler ile engellenmesidir. Dikkat edilecek olursa, Katolik düşünce dışında ulaşabildiğimiz kadarıyla, tüm dini ve de seküler yaklaşımların ceninin korunmasına ilişkin olarak ortaya koyduğu tavır, belirli istisnalar içermektedir. Bu istisnaların başında da annenin yaşamının tehlikede olması gelmektedir. Dolayısıyla, pozitif hukuktan beklenen saygının sınırını, en azından kadının yaşamına verilen değer oluşturmaktadır. Yani, ceninin kadına göre daha aşağıda bir değere sahip olduğu en başta kabul edilmektedir. Bu yaklaşımda aslında pozitif hukukta cenine kişilik tanınmamasının ahlaki meşruluğunu ortaya koymaktadır.

Ahlaki değerlendirmenin istisna içermesi, başka yaşam durumlarında da belirli istisnaların kabul edilebileceği anlamına gelmektedir. Hangi durumların istisna teşkil edeceği ya da etmesi gerektiği ise, bizim değil önce ahlak felsefecilerinin daha sonra da kanun koyucuların sorunudur. Fakat, hukuki düzenleme yetkisine sahip olanların yapacakları değerlendirmede kadının insan haklarını gözetmesi gerektiği de bir zorunluluk olarak belirlemektedir. Bu nedenle, bir canlı türü olarak insan yaşamının zamansal olarak belirli bir aşamasını ifade eden cenine pozitif hukukta gösterilecek olan saygının, kadının menfaatleri karşısında belirli sınırlamaya tabi olması kaçınılmazdır. İnsan hakları hukuku ve insan haklarının dayandığı ahlaki değerlendirmenin de meşruiyetini teslim ettiği bu sınırlamaların dışında kalan bölüm ise, asıl bize göre insan hakları hukuku çerçevesinde korunması gereken alan olduğu söylenebilir.

Bu alanın korunması hususunda cenine yaşam hakkının tanınması sözkonusu olamayacağından da başka bir yöntem uygulanması gerekmektedir. Önemli olduğunu düşündüğümüz için tekrar belirtelim ki, ceninin yaşam hakkı konusunda bir takım

istisnaların tanınması zaten onun ahlaki değerlendirmeler bakımında da doğmuş olan insanlardan farklı bir statüde kabul edildiğini göstermektedir. Dolayısıyla, ceninin korunmasına yönelik olarak şekillenen ve de ceninin yaşam hakkı kavramıyla ifade edilen yaklaşım esasında, kendi içerisinde çelişkilidir ve de yöneldiği koruma yöntemi normal kişilere sağlanandan farklı bir niteliğe sahiptir.

Aslında pozitif hukukta ceninin korunması için günümüzde uygulanan genel yöntem, zımni olarak ceninin yaşam hakkına sahip olması gerektiği savının da kabul etmiş olduğu yöntemdir. Yani, cenine kişilik tanımadan ona karşı 3. kişilerin yapabileceği haksız müdahalelerin hukuki yaptırıma bağlanmasıdır. Cenin hukuki kişiliğe sahip olmadığı için korunan menfaat doğrudan kendisine ait olamayacağından, toplumun onun fiziki varlığını koruması konusundaki yararı, sözkonusu düzenlemelerin gözettiği hukuki yarar olacaktır. Bu noktada şöyle bir soru doğal olarak akla gelecektir; madem halihazırda pozitif hukuk ceninin yaşam hakkı konusundaki ahlaki talebin zımni olarak kabul ettiği koruma yöntemini takip etmekte o zaman niçin bu söylev ileri sürülmektedir?

Bize göre bu sorunun iki yanıtı vardır. Bunlardan ilki, pozitif hukukta ceninin zarar gördüğü eylemler için, hak sahibi kişilerin aynı eylemle karşılaşması durumunda öngörülenden daha düşük yaptırımların kabul edilmesidir. Pozitif hukuktaki bu yaklaşımın, pratikte hukukun yöneldiği adalet kavramına aykırı sonuçları olabilmektedir. Örneğin, doğumdan bir gün önce ceninin kasten öldürülmesi çocuk düşürtme suçu olarak kabul edilirken, olay doğum sonrası gerçekleştiği takdirde adam öldürme suçu oluşmaktadır. İki suça bağlanan hukuki yaptırımlar arasında ise birbirinden ağırlık itibariyle farklı olmaktadır. Ama sorun her zaman uygulanacak olan yaptırımın ağırlığından kaynaklandığını söyleyemeyiz. Örneğin, Amerika Birleşik Devletleri'nde "Laci and Conor's Law" olarak bilinen "The Unborn Victims Violence Act" yani "Doğmamış Çocuğa Karşı Şiddet Kanunu"nun oluşum sürecinde toplumsal bakış açısı anne ve 8 aylık ceninin ölümüne yol açan eylem nedeni ile iki cinayetin meydana geldiği fikrinde yoğunlaşmaktaydı. Halbuki annenin öldürülmesi eylemi tek başına ölüm cezasının verilmesi için yeterli iken kamuoyunda 2 cinayetin gerçekleştiği fikri ağırlık kazanmıştır. Nitekim federal düzeydeki yasal değişiklikte sözkonusu kamuoyu baskısının neticesinde ortaya çıkmıştır. Burada sorun cezaların ağırlığından ziyade

hukukun cenine bakış açısının niteliği olarak belirmektedir. Bir başka örneği Türkiye'den verecek olursak, Türk Hukuku'nda kasden orman yakma suçuna öngörülen cezanın alt sınırı 10 yıl, üst sınırı ise 30 yıl hapis olmasına karşın, örneğin 9 aylık bir çocuğun doğmadan ölümüne kasten neden olmanın hukuki yaptırımı 5 ile 10 yıl arasında değişen hapis cezası olarak öngörülmektedir. Halbuki eylem ceninin tam ve sağ olarak doğmasından hemen sonra yapılırsa, bu suç adam öldürme suçu niteliği taşıyacağı için cezası ömür boyu hapis olacaktır. Her ülke hukuku bakımından misallerin çoğaltılması mümkündür. Bizim burada temel olarak söylemeye çalıştığımız şey, pozitif hukukun ceninin zarar gördüğü eylemlere uyguladığı yaptırımların ağırlığı ve bu düzenlemelerin konusu suç teşkil eden diğer eylemlere öngörmüş olduğu cezalarla kıyaslanması, hak sahibi bir varlık olarak değil ama bir değer olarak insanın pozitif hukuk tarafından gerekli saygıyı görmediği izlenimi uyandırmaktadır.

Nitekim ABD'de geride bıraktığımız yaklaşık 30 sene içerisinde cenine karşı işlenen suçlara yönelik öngörülen ve ölüm cezasına kadar ağırlaştırılan hukuki yaptırımlar, kamuoyunun etkin olduğu bu ülkede ceninin yaşam hakkı savının toplumsal destek görmesinden kaynaklanmaktadır. Bunun yanında cenine karşı işlenen suçların isimlendirmesinde de, dikkat çekici bir biçimde kişilere karşı işlenen suçlarla aynı terimlerin kullanıldığı görülmektedir. Hatta bazı kanunlarda sadece mağdur kavramının içine cenin dahil edilerek, kişilere karşı işlenen suçların tümü cenin bakımından da geçerli hale getirilmiştir. Hukuk tekniği bakımından ise, oluşturulan bu suç kalıpları daha öncede ifade etmiş olduğumuz üzere, tanımlanmasının aksine ceninin değil toplumun hukuki yararı gözetmektedir. Fakat dünyada genel olarak uygulanan koruma yöntemi, ABD'de ağırlaştırılan cezalar ile bu ülkeyi ceninin en güçlü hukuki himayenden yararlanan ülke haline getirmiştir. Bununla birlikte bu konu ile ilgili yapmış olduğumuz yorum subjektif bir değerlendirme niteliğinde olup, sadece "ceninin yaşam hakkı" başlığı altında yapılan ahlaki değerlendirmelerin düştüğü çelişkinin nedenini sorgulama amacı güdülmüştür. Şimdi ise, asıl olarak bizi ilgilendiren; ceninin uluslararası insan hakları hukukunda korunabilirliği meselesine değinilecektir.

Cenin uluslararası insan hakları hukuku dahilinde korunabilir hale gelmesinin en önemli sonucu, konunun artık ulusal iktidarların tasarruf alanından

çıkacak olmasıdır. Böylelikle bir taraftan ceninin korunması ulusüstü bir düzeyde gerçekleşecek diğer taraftan da uluslararası hukukta insan hakkı olarak tanımlanan her hak gibi ulusal hukuklarda hakkın tanınma ve yayılma süreci başlayacaktır. Fakat tekrar belirtmemiz gerekmektedir ki; ceninin korunmasına yönelik bir düzenleme günümüz şartlarında asla ona subjektif herkese karşı ileri sürülebilir bir hakkın tanınması yöntemi ile gerçekleşemez. Eğer uluslararası insan hakları hukukunda ceninin korunması isteniyorsa bize göre takip edilebilecek tek bir yol vardır o da ulusal mevzuatlarda olduğu gibi hak tanımaksızın ceninin zarar görebileceği davranışların insan hakkı ihlali olarak kabul edilmesidir.

Bu yöntem daha öncede söylediğimiz üzere, uluslararası hukukta öncelikle tercih edilen bir uygulama olmadığını söylemeliyiz. Ancak bizim görebildiğimiz kadarıyla, doğrudan hak tanımaksızın bir takım varlıkların insan hakları adına korunduğu bazı oluşumların varlığından bahsedebiliriz. Örneğin pozitif hukukta henüz diğer hak gurupları kadar uygulama alanı olmayan ve hatta insan hakkı olma niteliği de tartışılan 3. kuşak haklarında genel olarak kişi doğrudan hak sahibi olmamakta, menfaat tüm topluma yayılmaktadır. Mesela çevre hakkının ihlalinde, doğrudan kişinin menfaati değil tüm insanlığın menfaati zarar görmekte ve hukuki yarar topluma özgülenmektedir. Pozitif hukukta yer alan bir başka örnek ise, adından da anlaşılacağı üzere “Afrika İnsan ve Halkların Hakları Sözleşmesi”dir. Sözleşmenin 22. maddesi barış hakkından söz etmekte ve her toplumun bu hakka sahip olduğu belirtilmektedir. Aynı zamanda 3. kuşak haklar içerisinde de yer alan barış hakkı subjektif bir hukuki menfaati korumaya yönelmemiştir. Dolayısıyla uluslararası insan hakları sözleşmelerinde, doğrudan hak sahibini belirlemeden, toplumsal menfaatin ihlali bir insan hakkı meselesi olarak ele alınabildiği söylenebilir.

Ancak konumuzla çok daha yakından ilgili bir örnek, B.M. Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 6. maddesinde yer almaktadır. Hatırlanacağı üzere bu maddeye göre, ölüm cezası bazı koşullarda izin verilebilen bir uygulama olmakla birlikte, eğer infazı yapılacak olan kadın hamile ise, hamileliliğin sona ermesine kadar cezanın uygulanmasının erteleneceği belirtilmektedir. Bu madde ile korunan cenin olmasına karşın, gözetilen hukuki menfaat bizzat ceninin kendisinin yaşamı değildir. Korunan hukuki menfaat toplumun ceninin varlığını devam ettirmesi

hususunda sahip olduğu yarardır. Gerçekte ceninin hayatta kalması korunurken, bu koruma cenine bir hak sahipliği getirmemektedir. Dolayısıyla, bu madde ile hak kavramı kullanılmaksızın cenin korunmakta ve de olası bir hamile kadının idam cezasının infazı halinde insan hakları ihlali ortaya çıkmış olmaktadır.

Sözkonusu yönleme ilişkin olarak vereceğimiz son örnek ise, 1999'da yürürlüğe giren Oviedo İnsan Hakları ve Biomedikal Konvansiyonu'dur. Hasta hakları üzerine yoğunlaşan bu sözleşme ile aynı zamanda bioetik bakımından bir takım kurallar da kabul edilmiştir. Konumuz bakımından sözleşmenin özellikle 18. maddesi bizi ilgilendirmektedir. Bu madde in vitro embro araştırmalarına izin verilen ülkelerde, embryonun yeterli bir şekilde korunması yükümlülüğu imzacı devletlere getirilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında ise, araştırma yapılması amacı ile tüpte embyo oluşturulması yasaklanmıştır. Sözleşmenin rahim dışında geliştirilen embro üzerindeki araştırmaları düzenleyen bu maddesinde, dikkat edileceği üzere herhangi bir hak sahipliği tanınmaksızın embryonun korunmasına ilişkin bir takım sınırlamalar getirilmiştir ve bu sınırlamalar insan hakları adına gerçekleştirilmektedir. Yani, embriyonun hak sahipliği tanınmaksızın, kamu menfaati adına ona karşı gerçekleştirilebilecek bir takım eylemler insan hakkı ihlali olarak kabul edilmiştir. Görüldüğu üzere, insan hakları sözleşmelerinde mutlaka subjektif hakka sahip bir varlığın korunması gerekmemektedir. Hak sahibi varlıkların dışında kalanların da herhangi bir zarara uğraması kimi hallerde, kamu menfaati gözetilerek insan hakkı ihlali olarak değerlendirilebilir. Dolayısıyla, ceninin fiziki varlığı konusundaki kamu menfaati, belirli istisnalar dahilinde insan hakları hukuku içerisinde korunabilir.

Özetle, vermiş olduğumuz örnekler göstermektedir ki, ceninin insan hakları hukuku içerisinde korunabilmesinin tek yolu ona hak sahipliği ve de yaşam hakkının tanınması değildir. Ceninin herhangi bir hakka sahip olmaksızın uluslararası insan hakları hukukunun konusunu teşkil edebilir. Önemli olan nokta bu konuda bir uzlaşmanın sağlanması ve de etkin hukuki önlemlerin kabul edilmesidir. Burada sadece ceninin insan hakları hukuku içerisinde, hukuki ölçütler dahilinde nasıl korunabileceğini ortaya koymaya çalıştığımızdan; sınırlamaların ne şekilde gerçekleşeceği ya da hangi kıstaslara göre korumanın sağlanacağı bizim yapacağımız bir değerlendirme değildir. Bu kanun koyucunun ya da sözleşmeyi kabul edecek olan

iradenin takdir yetkisine giren bir meseledir, yani yerindelik ölçütünün kullanılması gerekmektedir. Bu nedenle, kıstasların belirlenmesi meselesine girilmeyecektir.

2. BÖLÜM/ HAK SAHİBİNİN TASARRUF YETKİSİ

2-1 Genel Olarak

Yaşam hakkına ilişkin en önemli tartışma konularından bir diğeri ise; hak sahibinin yaşam hakkı üzerinde tasarruf yetkisine sahip olup olmadığı meselesidir. Sorun teorik alanda ciddi tartışmalara konu olurken, mesele ile ilgili üretilen fikirlerin pozitif hukuka da değişik şekillerde yansıdığı görülmektedir. Fakat meselenin incelemesine geçmeden önce birkaç saptamanın yapılması bir zaruret olarak ortaya çıkmaktadır. Çünkü hak sahibinin tartışmaya konu olan olası yetkisinin, yaşam hakkına biçilen hangi anlama ve de hakla ilişkilendirilen hangi nitelikler bakımından ileri sürüldüğünün tesbit edilmesi bir ihtiyaç olarak belirmektedir. Kısaca problemin temelini oluşturan yetkinin kapsamına ilişkin genel bir çerçevenin oluşturulması gerekmektedir.

Hatırlanacağı üzere yaşam hakkına ilişkin olarak yapılan tanımlamaların ya da ahlaki değerlendirmelerin birbirinden oldukça farklı bir görünüm sergilediğini ifade etmiştik. Dolayısıyla hakkı ele alırken, bu tanımlamalardan birisini tercih etmemiz gerekmektedir ki; bu da hiç şüphesiz alanımız olması nedeni ile yaşam hakkının pozitif hukukta beliren anlamıdır. Günümüzde pozitif hukuk içerisinde yaşam hakkının anlamı ve kapsamı son bölümde ele alınacak olmasına karşın, meselenin anlaşılabilmesi için kısa ve eksik fakat tasarruf yetkisi tartışmasının kapsamını belirlemek için yeterli bir tanımın yapılabileceği kanaatindeyiz. Buna göre günümüz pozitif hukuku bakımından yaşam hakkının içeriği, kişinin hayatta kalmasından ibaret olup bireyin devlet tarafından keyfi olarak öldürülmemesi ve de yine devletin kişinin ölümüne yol açabilecek saldırılardan korunmasına yönelik pozitif ve negatif yükümlülükleri ihtiva etmektedir. Bu nedenle kişinin entellektüel ve sosyal yaşamın korunması, bu bölümün ilgi alanı dışında kalmaktadır. Özetle biyolojik bir varlık olarak hayatta kalması korunan hukuki menfaat olarak yaşam hakkının pozitif hukuktaki içeriğini oluşturmaktadır.

Bir diğerkonu ile ilgili önemli mesele ise yaşam hakkına atfedilen niteliklerdir. Zira kişinin hak üzerinde tasarruf yetkisine sahip olması ya da olmamasına göre bu nitelikler anlam değiştirdiğinden, hakka atfedilen bu niteliklerin öncelikle ele alınması gerekmektedir. Bu nedenle biz de bu nitelikleri açıklayarak çalışmamıza

başlayacağız. Ancak sözkonusu nitelikleri belirlerken de bir sınırlama yoluna giderek, sadece pozitif hukuka konu olanları değerlendireceğimizi belirtmek isteriz.

Kişinin yaşam hakkı üzerinde tasarruf yetkisine sahip olup olmadığı tartışmasının iki ana eksenine olduğu söylenebilir. Bunlardan ilki yaşamı kutsal olarak kabul eden ve kişinin kendi yaşam hakkı üzerinde tasarruf yetkisini kabul etmeyen görüştür. Diğer ise bireyi ve onun iradesini temel alan ve de belirli koşullar altında kişinin kendi yaşam hakkı üzerinde tasarruf edebilmesi gerektiğini ileri süren yaklaşımdır. Sözkonusu iki yaklaşımın beslendiği farklı kaynaklar mevcuttur. Örneğin yaşamın kutsallığı tezi seküler bir ahlaki değerlendirmenin ürünü olmasına karşın, dinsel köklerinin de bulunduğu gözden kaçırılmamalıdır. Meşruiyet alanları farklı olsa da sonuç itibarıyla birleşen bu anlayışlara benzer biçimde kişinin kendi yaşamı üzerinde tasarruf yetkisine sahip olması gerektiğini savunan yaklaşım da iki ana ahlaki değerlendirmeden beslenmektedir. Bunlardan ilki kişisel otonomi ya da özerkliği savunan yaklaşım ve de bu argüman üzerinde temellendirilen faydacı ahlaki anlayıştır.

Kişinin tasarruf yetkisine ilişkin olarak yapılan tartışma içerisinde yer alan bu düşünceler ya da ahlaki değerlendirmeler esas itibarıyla temel tartışma konularımızdan birisi olan ötanazi ve yardımcı intihar başlığı altında incelenmeye çalışılacaktır. Bununla birlikte, bu değerlendirmelerin büyük ölçüde diğer temel başlığımız olan ölüm orucu konusunda da geçerliği olduğu metin okunurken gözden kaçırılmamalıdır.

Kişinin tasarruf yetkisi meselesinin ele alındığı bu bölümde yukarıda belirttiğimiz üzere, iki temel alan üzerine yoğunlaşılacaktır. Bu inceleme alanlarından ilkinin nitelik itibarıyla birbirine benzemesi nedeni ile ötanazi ve yardımcı intihar konuları oluştururken, diğerini ise ölüm orucu konusu oluşturacaktır. Doğrudan intihara bu bölümde yer verilmemesinin nedeni ise halihazırda pozitif hukuk düzenlerinin hiçbirisinin intihar eylemine, tabii eylem başarısızlıkla sonuçlanmışsa, herhangi bir hukuki yaptırım uygulanmamasıdır. Bu nedenle pozitif hukuk bağlamından bir tartışmanın intihar konusunda yapılması bize göre çok da anlamlı değildir. Dolayısıyla, biz de çalışmamızın bu bölümünde, kişinin yaşam hakkındaki tasarruf yetkisi meselesini yukarıda saydığımız ötanazi, hekim yardımı

ile intihar ve de ölüm orucu-açlık grevleri kavramları ile sınırlı olarak ele almaya çalışacağız.

Kişinin yaşam hakkı üzerinde tasarruf yetkisine sahip olmasını onaylayan ya da karşı çıkan görüşler, dini argümanları bir tarafa bırakacak olursak, kendi yaklaşımlarını insan hakları temeline oturttukları görülmektedir. Başka bir ifade ile tartışmanın eksenini oluşturan iki yaklaşım da, insan haklarını korumaya ya da gerçekleştirilmeye yönelik olup; aradaki ayırım ,insan hakları kavramından ne anlaşıldığına ilişkindir. Dolayısıyla, sadece aktarılması değil fakat aynı zamanda değerlendirilmesi de isteniyor ise, subjektif bir tavrın takınılması kaçınılmazdır. Bu nedenle çalışmamızın bu bölümünde ilgili argümanların ne ölçüde insan hakları ile uyum gösterdiğinin belirlenmesi ana amaçlarımızdan bir tanesini oluşturmaktadır.

İkinci olarak yapmaya çalışacağımız şey ise bu argümanların ne ölçüde pozitif hukuka yansıdığıın tesbit edilmesidir. Bundan önceki bölümde takip ettiğimiz yönetime paralel olarak önce ulusal mevzuatlar ve içtihatlar incelenecek daha sonra ulusüstü insan hakları belgelerinde ve de mekanizmalarında konuya ilişkin benimsenen anlayış belirlenmeye ve değerlendirmeye çalışılacaktır. Ancak dünyadaki tüm hukuk düzenlerini inceleme olanağımız olamayacağı için bu konuda belirli bir sınırlama uyguladığımızı belirtmemiz gerekmektedir. Sınırlamamızın esası ise; konuya ilişkin olarak düzenlemeleri ile farklılık oluşturan ya da görece olarak daha zengin içtihadı sahip olan modern hukuk sistemleri ilgi alanımızı oluşturacaktır. Elbette her başlık altında Türk hukuk sistemi de ayrı olarak incelenmeye çalışılacaktır.

Böylelikle kişinin kendi yaşam hakkı üzerinde tasarruf yetkisine sahip olup olmadığı sorusuna pozitif hukuk içerisinde yanıt arayacağız ve de iki ihtimali destekleyen ahlaki yaklaşımları inceleyerek, bu argümanların insan haklarına uygunluğu bir ölçüde test edilmeye çalışılacaktır.

2-2 Yaşam Hakkının Geleneksel Olarak Kabul Edilen Nitelikleri

Bu başlık altında ele alacağımız nitelikler, gerek öğretide gerekse pozitif hukukta yaşam hakkı ile ilişkilendirilen özelliklerdir. Ancak üstün olma niteliği dışında, bu nitelikler sadece yaşam hakkına has olan özellikler olmayıp, insan hakkı olarak nitelendirilen diğer haklar içinde dile getirilmektedir. Kaldı ki, bu grubun dışında bırakmış olduğumuz üstün olma niteliği de insan onurunu korumaya yönelmiş olan işkence yasağı için de ileri sürülmektedir. Dolayısıyla bu nitelikler, yaşam hakkı dışında üzerinde büyük ölçüde uzlaşmaya varılmış anlamları sözkonusudur.

Bununla birlikte aşağıda ele alacağımız vazgeçilmezlik niteliğinin yaşam hakkı bakımından kabul edilecek olan anlamı, diğer niteliklerin de anlamını ister istemez etkilemektedir. Zira vazgeçilmezlik niteliği doğrudan kişinin hak üzerindeki tasarruf yetkisine ilişkin olması nedeni ile kabul edilecek anlama göre belirtilen niteliklerin sağladığı korumanın muhatabında değişiklik olması sözkonusudur. Yani vazgeçilmezliğe verilen anlam ile sadece devlet mi yoksa bizzat hak sahibi de mi yaşam hakkının potansiyel ihlalcisi konumuna geleceği belirlenecektir.

2-2-1 Dokunulmaz Hak Olma Niteliği

Dokunulmazlık kavramı, pozitif hukukta yer almış insan haklarına konu olan tüm haklar bakımından kullanılan bir kavramdır. Örneğin 1982 Anayasası'nın Temel hak ve hürriyetlerin niteliği başlığını taşıyan 12. maddesinin ilk fıkrasında yer alan "Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir" ifadesi ile, sadece yaşam hakkı bakımından değil fakat aynı zamanda anayasada yer alan tüm temel hak ve hürriyetler bakımından dokunulmazlık bir nitelik olarak kabul edilmektedir.

Dokunulmazlık kavramının bu kullanımı esasen, hakkın mutlak olma niteliğine bir vurgu niteliği taşımaktadır. Yani devlet de dahil olma üzere 3. kişilere karşı bu temel hak ve hürriyetlerin ileri sürülebileceği başka bir ifade ile hakların herkese karşı korunduğu anlamına gelmektedir. Fakat biz temel hak ve hürriyetlerin bu özelliğini, her ne kadar bu özellik anayasamızda dokunulmazlık terimi ile ifade ediliyor olsa da, hakkın mutlak olma niteliği başlığı altında inceleyeceğiz. Çünkü

dokunulmazlık kavramının, insan hakları hukuku bakımından bu tanımdan farklı bir anlamı vardır.

İnsan Hakları hukukunda dokunulmaz haklar, aykırı önleme tabi olmayan (non-derogable) haklar olarak tanımlanmaktadır. Uluslararası insan hakları sözleşmelerinde düzenlenen her hak bakımından değil fakat bazı haklar açısından kabul edilen bu nitelik, haklar arasında değerlendirme bakımından bir ayırım yapıldığının göstergesidir. Çünkü, dokunulmaz hak olarak kabul edilen sözkonusu haklar için kriz halinde yürürlüğe konan olağanüstü rejimde dahi kayıtlama yapılamamaktadır.⁴⁰³

Sert çekirdekli haklar olarak da tanımlanan bu kategori içerisindeki haklar, olağanüstü hallerde dahi kullanılması ya da yararlanılması durdurulamayan haklar olması nedeni ile insan hakları katoloğundaki hiyerarşik yapının da bir göstergesi olarak yorumlanmaktadır.⁴⁰⁴ Nitekim Anayasamızın 15. maddesinde de, bu yaklaşımı doğrular şekilde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Temel Hak ve Hürriyetlerin Kullanılmasının Durdurulması başlığını taşıyan 15. madde, savaş, seferberlik, sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde temel hak ve hürriyetlerin kısmen ya da tamamen kullanımının durdurulabilmesini düzenlemektedir. Maddenin ilk fıkrası, temel hak ve hürriyetlerin kısmen veya tamamen kullanımının durdurulmasının tabi olduğu prensiplere yer verirken, ikinci fıkrada yaşama hakkı, maddi ve manevi varlığının bütünlüğü, din vicdan düşünce ve kanaat özgürlükleri bu kapsamın dışında bırakılmıştır. Ayrıca, suç ve cezaların geriye yürümezliği ilkesi ile suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamayacağı prensibi de yukarıda sayılan özgürlükler gibi dokunulmaz haklar kategorisi içerisinde değerlendirilmiştir.

Görüldüğü üzere, anayasayı yapan siyasi iktidar temel hak ve özgürlükler içerisinde farklı bir kategori oluşturarak, bir kısım hak ve özgürlüğü diğerlerine nazaran daha güçlü bir koruma rejimine tabi tutmuştur. Ancak bu yaklaşım sadece bizim hukukumuzda has bir düzenleme olmayıp, uluslararası insan hakları

⁴⁰³ Dokunulmaz haklar kavramı için bkz. S. GEMALMAZ; Olağanüstü Rejim Standartları, Beta Yayınları, İstanbul, 1994, sf. 53-58.

⁴⁰⁴ Z. GÖREN; Temel Hak Genel Teorisi, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2000, sf. 33.

sözleşmelerinde de takip edilen bir anlayıştır. Örneğin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 15. maddesi, yaşam hakkı, İşkence yasağı, Kölelik, Kulluk Yasağı ile suç ve cezada geriye yürümezlik ilkesini dokunulmaz haklar kapsamı içerisine almıştır. BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi ise, bu haklara ilave olarak, hukuk kişiliğinin tanınması, Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü ile Sözleşmesel Yükümlülükten Hapis Cezası Yasağını kabul etmiştir. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi ise, bu konuda en geniş katoloğu oluşturan sözleşmedir. Sözleşmesel yükümlülükten hapis cezası yasağını bu kategori içerisine koymamakla birlikte, BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin dokunulmaz hak olarak tanıdığı hakların yanında, Aile hakkı, Çocuk Hakları, İsim Hakkı, Uyrukluk Hakkı, Yönetime Katılma Hakkı ve Hakların Korunması için Yargısal Güvenceleri aykırı önleme tabi olmayan haklar olarak belirlemiştir.

Gerek iç hukuk düzenlerinde gerekse uluslararası insan hakları sözleşmelerinde, bir grup insan hakkının diğerlerinden ayrılarak daha güçlü bir güvence sistemine tabi tutulmasının nedeni, sözkonusu hakların niteliğinden kaynaklanmaktadır. Zira bu haklar, hak ve özgürlükler bütünü çekirdeğini oluşturmaları nedeni ile onların kullanılmasının kısmen ya da tamamen durdurulması, olağanüstü dönemlerde dahi kabul edilmemektedir. Yaşam hakkı ise, yukarıda göstermeye çalıştığımız üzere, 3 sözleşmede de dokunulmaz haklar kategorisinde yer almaktadır. Bu nedenle, olağanüstü dönemlerde dahi, yaşam hakkı ile tanınan güvencelere aykırı önlem alınması halinde, hak ve özgürlüklerin temeline ya da çekirdeğine müdahale edilmiş olacaktır.

2-2-2 Üstün Hak Olma Niteliği

Yaşam hakkının nitelendirilmesine yönelik değerlendirmelere baktığımızda, ön plana çıkan hususlardan birisinin yaşam hakkının diğer haklara göre üstün konuma sahip bir hak olduğu iddiasıdır. Bu düşünce esasında, yaşam hakkının “jus cogens” niteliğine sahip olduğuna ilişkin argüman ile benzer bir paydayı paylaşıyor olsa da bu başlık altında yaşam hakkının diğer insan hakları ile arasında hiyerarşik bir ilişki olduğu ve bu hiyerarşinin en üst noktasında da yaşam hakkının yer aldığına ilişkin sav açıklanmaya çalışılacaktır. Büyük ölçüde kaynağını çalışmanın ilerleyen bölümlerinde ele alamaya çalışacağımız “yaşamın kutsallığı” tezine dayanan seküler

tabanlı bu argümanın, hem öğretide hem de pozitif hukukta büyük ölçüde kabul edildiğini gösteren ifadelere rastlanılmaktadır.

Yaşam hakkının diğer haklara göre üstün olduğunu kabul eden bu yaklaşımın esası, insanın kendi başına bir değer olması anlayışına dayanır. Çünkü insan doğada bulunan diğer tüm varlıklardan farklıdır ve bu farklılık insan yaşamını üstün bir konuma sokar. Söz konusu farklılık genellikle insan aklına ve iradesine yapılan vurgu ile kendisini göstermektedir. Ancak bu farklılık neticesi var olduğu kabul edilen değer sadece kişinin kendisi için değil aynı zamanda toplum içinde bir anlama sahiptir ve hak sahibinin yaşam hakkı üzerindeki tasarrufu sadece kişiyi değil toplumu da ilgilendirmektedir. Bir nevi toplumun kişinin yaşamı üzerinde hakka sahip olması söz konusudur. Kısaca, bir hak olarak yaşam hakkı temel hakların en önemlisi ve hiyerarşik olarak en üstü kabul edilmelidir. Dolayısıyla, yaşam hakkının hiyerarşik yapının en tepesinde bulunduğu kabulü ile, bu hak ile çelişen her durum, olanak, ayrıcalık ve de müsaade, ikinci plana itilmiş olmaktadır ki; yaşam hakkı ile çelişebilecek hak sahibinin diğer menfaatleri de ister istemez bu kapsamın içerisinde yer alacaktır.⁴⁰⁵

Yaşam hakkına üstünlük tanıyan bu anlayışın, ahlaki değerlendirmenin dışında rasyonel kökenlerinin de olduğu söylenebilir. Zira, kişi ancak hayatta kaldığı sürece sahip olduğu diğer haklardan yararlanabilir. Yaşam hakkının ihlal edilmesi halinde, yani pratikte kişinin ölmesi ile kendisinden yararlanabilecek bir hak söz konusu olmayacağı için, yaşam hakkı bir nevi insan hakları bakımından kilit işleve sahiptir. Örneğin Kaboğlu'nuna göre; değer sırası bakımından ilk ve temel olan yaşam hakkı doğal bir olgudur; ancak bu doğal olgunun varlığı sayesinde birey diğer hak ve özgürlüklerin öznesi olabilir; bu da yaşamın korunmasının öncelik ve önemini ortaya koyar.⁴⁰⁶ Bu nedenle insan hakkı olarak da nitelendirilmiş olsa dahi herhangi bir hak ile yaşam hakkının çelişmesi durumunda, yaşam hakkının önceliği olmalıdır. Yaşam hakkının hiyerarşik olarak en tepede olduğunu savunan yazarlardan Bahri Savcı'ya göre de; yaşam hakkı; bir özden ibarettir. Bu nedenle de herhangi bir sınırlama kabul etmez. Eğer bir sınırlama yapılacak olursa, öz doğrudan zarar göreceğinden, hak ihlal

⁴⁰⁵ D. SOYASLAN; sf. 273, B. SAVCI; sf. 32-36, 58,59.

⁴⁰⁶ İ. KABOĞLU; sf. 272.

edilmiş olacaktır ve kişinin sahip olduğu diğer haklardan faydalanabilme ihtimali ortadan kalkacaktır. Hatta yazara göre, bizzat hak sahibinin dahi bu temel özgürlükten feragat edebilme imkanı yoktur.⁴⁰⁷

İnsan Hakları Hukukuna baktığımızda da, yaşam hakkının gerçekten diğer haklardan farklı bir konuma yerleştirildiğine dair bazı ibarelere rastlanılmaktadır. Bir önceki başlıkta belirttiğimiz üzere, yaşam hakkı dokunulmaz yani aykırı önleme konu olamayacak haklar katoloğu içerisinde yer almaktadır. Bunun yanında uluslararası insan hakları sözleşmelerin resmi yorum organlarının yaşam hakkın üstünlüğüne ilişkin yapmış olduğu yorumlara da rastlanılmaktadır.

BM İnsan Hakları Komitesi'nin yapmış olduğu iki genel yorumda, yaşam hakkının diğer haklara göre üstün olma niteliği vurgulanmıştır. Bunlardan ilki 1982 yılında kabul edilen Genel Yorumdur. Bu metinde komite, yaşam hakkının olağanüstü dönemlerde dahi aykırı önleme konu olmayan üstün bir hak olduğu ifadesine yer vermiştir.⁴⁰⁸ Komitenin yaşam hakkına ilişkin olarak ortaya koymuş olduğu bu yaklaşımı pekiştiren bir diğer yorumu ise, 1984 yılında kabul edilmiştir. Bu belgede komite, yaşam hakkının aykırı önleme tabi olmayan bir hak olduğunu tekrar vurgulayarak, hakkın insan haklarının temelini oluşturduğunu belirtmiştir.⁴⁰⁹

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de; BM İnsan Hakları Komitesi'nin kararlarına paralel bir yaklaşım geliştirmiştir. Mahkeme, yaşam hakkını sözleşmenin en temel haklarından birisi olduğunu belirterek, aykırı önleme tabi olmayan bir hak olduğu vurgusunu tekrarlamıştır. Mahkemeye göre yaşam hakkı, işkence görmeme hakkı ile birlikte, Avrupa Konseyi'ni oluşturan demokratik toplumların temel değerlerinden birisidir.⁴¹⁰ McCann davasından sonra istikrarlı bir şekilde sürdürülen bu yaklaşım, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yaşam Hakkını ayrı bir yerde tuttuğunun göstergesidir.

⁴⁰⁷ B. SAVCI; sf. 12, 13.

⁴⁰⁸ General Comment No. 06: The right to life (art. 6) : 30/04/82. prg. 1.

⁴⁰⁹ General Comment No. 14: Nuclear weapons and the right to life (Art. 6) : 09/11/84, prg. 1.

⁴¹⁰ McCann and Others v. United Kingdom, App. 18984/91, prg. 147.

Yaşam hakkının diğer haklara göre üstün olduğu iddiasının en tartışmalı yönü, sözkonusu üstünlüğün sadece devlet de dahil olmak üzere 3. kişilerin menfaatlerine karşı mı yoksa bizzat kişinin diğer menfaatlerini de kapsayacak şekilde yorumlanması gerektiğine ilişkindir. Bu konuda benimsenecek olan yaklaşım, ötanazi, ölüm orucu ya da yardımcı intihar gibi eylemlerin insan hakları ve devletin sorumluluğu bakımından belirleyici olacaktır. Eğer bu üstünlük bizzat kişinin kendisine karşı da ileri sürülebilirse, hiç kuşkusuz yukarıda saydığımız eylemler insan haklarına aykırılık teşkil edeceğinden devletin bu eylemlere müdahale etme yükümlülüğü ortaya çıkacaktır. Fakat yaşam hakkının üstünlüğü prensibi, sadece 3. kişilerin bu hakla çelişen hak ve menfaatlerine karşı bir anlam ifade ediyor ise, bu durumda belirli şartlar altında kişinin kendi menfaatleri doğrultusunda kişi kendi yaşamına son verebilmesi insan haklarına aykırılık teşkil etmeyecektir.

2-2-3 Jus Cogens Niteliği

Uluslararası Hukukta devletleri bağlayan kuralların en önemli kaynağını devletler arasında yapılan uluslararası anlaşmalar oluşturmaktadır. Fakat, örf adet hukuku olarak adlandırılan ve de herhangi bir hukuki metinde düzenlenmemiş kimi uygulamalar da, devletlerin ortaya koymuş olduğu eylemlerin hukuki meşruiyetini sınıma bakımından birer kriter olarak kullanılmaktadır.

Örf, adet hukuku içerisinde kabul edilen bir kuralın varlığından bahsedebilmemiz için iki şartın gerçekleşmesi gerekmektedir. Bunlardan ilki, kuralın içeriğini oluşturan davranışın sürekli olarak tekrarlanmasıdır.⁴¹¹ Herhangi bir örf, adet kuralı global bir geçerliliğe sahip olabileceği gibi sadece belirli bir coğrafi alana ilişkin de olabilir. Ancak kuralın tüm dünya bakımından geçerliliğe sahip olabilmesi için bütün ülkelerin, kuralın içeriğini oluşturan uygulamaya katılmaları gerekmektedir. Bu noktada önemli olan husus; özellikle kural ile ilgili devletler bakımında geniş bir uygulama alınının oluşmasıdır.⁴¹²

⁴¹¹ H. PAZARCI; Uluslararası Hukuk Dersleri, Turhan Kitapevi, Ankara, 1994, sf. 209.

⁴¹² H. PLAGMAN; "The Status of The Right to Life and The Prohibition of Torture Under International Law: Its Implacations For The United States", Journal of the Institute of Justice and International Studies, 2003, sf. 176., H. PAZARCI; sf. 210.

Örf, adet kuralının oluşması için gereken ikinci unsur ise, ortaya konulan davranışın hukukun gereği olarak yapıldığına dair bir inancın varlığıdır.⁴¹³ Psikolojik öge (Opinio Juris) olarak da adlandırılan bu unsur, uluslararası ilişkilerde oluşturulan aynı yöndeki davranışların örf adet hukukuna dahil bir kural haline gelmesi için zorunludur.⁴¹⁴

Yukarıda bahsettiğimiz iki ögenin gerçekleşmesi ile yapılagelen bir davranışın örf, adet hukukuna ilişkin bir kural niteliği kazandığı söylenebilir.⁴¹⁵ Fakat bu kural, her koşulda bütün ülkeler için bağlayıcı olmayabilir. Dolayısıyla kuralın ülkeler bakımından geçerliliği görecelidir. Örneğin sözkonusu davranışa ısrarlı, tutarlı ve açık bir biçimde karşı çıkan ülkeler için kuralın bağlayıcılığından bahsetmemiz mümkün değildir.⁴¹⁶ Kısaca, örf ve adet hukukuna ilişkin bir kuralın devletler bakımından geçerli bir niteliğinin olması, yine devletlerin bu kuralı kabul etmesi koşuluna bağlıdır.

Yaşam hakkının bir özelliği olarak değerlendirilen Jus Cogens ise, uluslararası hukukun hiyerarşik olarak en tepesinde yer alan ve de örf adet hukukun bir parçası olarak kabul edilen kuralları tanımlamak için kullanılan bir kavramdır.⁴¹⁷ Fakat hem nitelik hem de hukuki etki açısından jus cogens kuralları örf adet hukukunda yer alan diğer kurallardan önemli farklılıklara sahiptir. Bu durum büyük ölçüde jus cogens olarak nitelendirilen kurallara özgülenen işlevle alakalıdır. Zira jus Cogens kuralları, uluslararası toplumun ve de hukuk düzeninin temel unsurlarını korumaya yönelik kurallardır.⁴¹⁸

⁴¹³ H. PAZARCI; sf. 211, H. PLAGMAN; sf. 176.

⁴¹⁴ Uluslararası Adalet Divanının Statüsünü belirleyen metnin 38. maddesinin b fıkrası; mahkemenin karar verirken uygulayacağı kurallar arasında, hukuk kuralı olarak kabul edilmiş olan ve genel bir uygulamanın beyyinesi olarak milletlerarası teamülleri-örf adet kuralları kabul edilmiştir. Görüldüğü üzere burada örf, adet kuralı için 2 unsur ön plana çıkmaktadır. İlki maddi unsur olan genel uygulama diğeri ise manevi unsur yani uygulamanın hukuk kuralı olarak kabul edilmesi.

⁴¹⁵ Örneğin Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu, örf adet hukukunun varlığını 4 koşulun gerçekleşmesine bağlamaktadır. Birincisi; uluslararası ilişkilerin alanına giren bir konuda, bazı ülkelerin tutarlı bir davranışı sergilemesi, ikincisi; dikkate alınabilecek bir süre içerisinde aynı davranışın sergilenmesi, üçüncüsü; bu davranışın mevcut uluslararası hukukun bir gereği olduğunun ya da uluslararası hukuka uygun olduğunun kabulü ve de nihayet dördüncüsü; diğer devletlerin tümünün değil ama genelinin bu davranışa muvaffakat etmesidir. Akt. K. PARKER-L.B. NEOYLON; "Jus Cogens: Compelling The Law Of Human Rights" Hasting International and Comparative Law Review, Winter 1992, sf. 417.

⁴¹⁶ K. PARKER-L.B. NEOYLON; sf. 417, 418., H. PAZARCI; sf. 215.

⁴¹⁷ K. PARKER-L.B. NEOYLON; sf. 417.

⁴¹⁸ K. PARKER-L.B. NEOYLON; sf. 415.

Jus Cogens kurallarına atfedilen bu işlev, doğal olarak bu kuralları uluslararası hukukun hiyerarşik düzeni içerisinde en üst noktaya taşımaktadır. Dolayısıyla, jus Cogens kuralları ile çelişen herhangi bir davranışın hukuki anlamda bir meşruiyet kazanabilmesi mümkün değildir. Diğer örf adet kurallarından farklı olarak, devletlerin jus cogens olarak tanımlanan bir kurala en başından beri açıkça ve ısrarlı biçimde karşı çıkması da devletin bu kuraldan bağımsızlığını sağlamamaktadır. Başka bir ifade ile jus cogens kuralları devletlerin egemenlik alanını sınırlayan bir niteliğe sahiptir.⁴¹⁹

Jus Cogens kurallarının hiyerarşik olarak en tepe noktasında bulunması, bu kuralların diğer normlara göre üstünlüğünü ve de emredici niteliğini ortaya koymaktadır. Kuralların yarışması sözkonusu olduğunda, jus Cogens kuralları hiyerarşik üstünlüğe sahip olduğundan sadece devletlerin iradesinin değil ama bir hukuk düzeni içerisinde diğer kuralların da meşruiyet kıstası haline gelmektedir. Nitekim Latince olan “Jus Cogens” teriminin Viyana Sözleşmesi’nde kullanılan İngilizce karşılığı “peremptory norm” yani amir hükümdür. Bu anlamda jus cogens niteliğindeki bir normun diğer kurallar karşısında emredici bir karaktere sahip olduğu söylenebilir.

Genel olarak jus cogens kurallarının varlığına ve de işlevine ilişkin bir mutabakat olsa da, hangi kurallarının bu kapsam içerisinde değerlendirileceğine dair bir uzlaşmanın olduğundan bahsetmemiz mümkün değildir. Çünkü bunu belirleyen ne bir kabul edilmiş uluslararası sözleşme vardır ne de jus cogens kurallarının tek tek belirlenmesinin gerekliliğine yönelmiş bir irade sözkonusudur.⁴²⁰ Aslında mesele, gelişmekte olan ve jus cogens niteliği taşıyabilecek olan kurallarda düğümlenmektedir. Zira, örneğin kölelik yasağı ya da korsanlık yasağı gibi bazı

⁴¹⁹ K. PARKER-L.B. NEOYLON; sf. 418, H. PLAGMAN; sf. 178.

⁴²⁰ Jus Cogens kurallarını bir metin içinde tek tek belirlemenin çeşitli sakıncaları dile getirilmiştir. Örneğin, Viyana Konvansiyonu’nun yapımı esnasında sözleşmeyi hazırlayanlar, özellikle jus cogens kurallarını metne aktarmaktan kaçınmışlardır. Çünkü her ne kadar jus cogens kurallarının varlığı ve de bazı kurallar üzerinde fikir birliği olsa da, yeni gelişmekte olan ve jus cogens olarak nitelendirilebilecek kuralların üzerinde fikir birliği sözkonusu değildi. Sözleşmenin yapımı esnasında bir listenin kabul edilmesi, tüketici bir karaktere sahip olacağından, jus cogens kurallarının gelişimi olumsuz yönde etkilenecekti. Bu nedenle sözleşmenin 53. maddesinde genel bir tanımlama yapılmakla yetinilmiş fakat bir liste yapılmasından kaçınılmıştır. K. PARKER-L.B. NEOYLON; sf. 428, 429, J. IBEGBU; dpt. 260.

kuralların jus cogens niteliğinde olduğuna ilişkin evrensel bir kabulün varlığından sözedilebilir. Bu nedenle, dinamik olan bu alanın önüne geçilmemesi adına liste hazırlanarak, bir sınırlama yapılmamaktadır. Bununla birlikte, hangi kuralların Jus Cogens niteliğinde olduğunu belirleyebilmemiz için yararlanabileceğimiz bazı pozitif hukuk düzenlemeleri mevcuttur.

Viyana Konvansiyonun 53. maddesi, bur kuralın jus cogens niteliğinde olması için gereken koşulları ortaya koymaktadır.⁴²¹ Bu maddenin ortaya koymuş olduğu kriterleri şu şekilde sıralayabiliriz; ilk olarak ilgili kural uluslararası genel hukukun bir parçası olacak, ikincisi; bu norm büyük ölçüde uluslararası toplumda yer alan devletler bakımından kabul edilmiş olacak, üçüncüsü; kuraldan sapılmasına müsaade edilmeyecek yani aykırı önleme tabi olmayacak ve dördüncüsü; sadece kendi statüsünde yer alan yeni bir kural ile değişikliğe uğrayabilecek. Bu unsurlar birleştiğinde Viyana Konvansiyonu'na göre uluslararası genel hukukta yer alan bir norm, jus cogens ya da amir hukuk kuralı niteliği kazanacaktır.⁴²² Dolayısıyla yaşam hakkının jus cogens niteliğinde bir hak olup olmadığı sorusuna verilecek olan yanıt, Viyana Konvansiyonu'nun ortaya koymuş olduğu bu kıstaslar değerlendirilerek belirlenebilir.

İlk kıstas yani kuralın uluslararası genel hukukun bir parçası olma şartı, tartışmaya gerek olmaksızın yerine getirilmiş olan bir unusurdur. Gerek Birleşmiş Milletler bünyesinde kabul edilen İnsan Hakları Sözleşmelerinde gerekse bölgesel düzlemde kabul edilen insan hakları sözleşmelerinde yaşam hakkı yer almaktadır. Dolayısıyla, yaşam hakkı ve ona getirilen güvenceler, uluslararası genel hukukun bir parçası haline gelmiştir. Sözleşmeleri kabul eden ülkelerin sayısına baktığımızda ise, devletlerin çok büyük bir kısmının yaşam hakkını tanıdığını görmekteyiz. İkinci kıstas olan uluslararası toplumda yer alan devletler tarafından kabul edilmesi şartı da bu şekilde gerçekleşmiş olmaktadır. Üçüncü kıstas ise, yaşam hakkının jus cogens niteliğinin kabul edilmesi için aykırı önleme tabi olmaması, başka bir ifade ile

⁴²¹ Madde 53: ...Bu sözleşme bakımından milletlerarası genel hukukun emredici bir normu, bir bütün olarak milletlerarası devletler toplumunun, kendisinden hiçbir surette sapmaya müsaade edilmeyen ve ancak aynı nitelikte olan daha sonraki bir milletlerarası genel hukuk normu ile değiştirilebilecek olan bir norm olarak kabul ettiği ve tanıdığı bir normdur...

⁴²² G. SAWYER; "The Death Penalty is Death Wrong: Jus Cogens Norms and Envolving Standart of Decency", Penn State International Law Review, Winter 2004, sf. 467.

sapmaya mücadele edilmemesi koşulunu gerektirmektedir. Bir önceki başlıkta açıklamaya çalıştığımız “dokunulmazlık-aykırı önleme tabi olmama” niteliği de bu kıstasın yerine geldiğini göstermektedir. Daha önce bu konuyu ele aldığımız için bu noktada sadece insan haklarını koruma altına alan sözleşmelerin, yaşam hakkını aykırı önleme tabi tutulamayan bir hak olarak değerlendirdiğini hatırlatmak ile yetiniyoruz. Fakat bu nitelik diğer taraftan da dördüncü kıstasın hayata geçtiğini gösteren bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Çünkü ilk iki unsur halihazırda pekçok hak bakımından geçerli olan kriterlerdir. Esas olarak jus Cogens niteliğini kazandıran unsur, aykırı önleme tabi olmamasıdır ki, bu kıstasların belirlenmesinde ortaya çıkan 4. ölçüt, daha ziyade niteliğin kazanılmasından sonra ortaya çıkan bir sonuç görünümündedir.

Bununla birlikte, her ne kadar yaşam hakkının jus cogens olarak tanımlanması için yukarıda saydığımız kıstaslar karşılanıyor olsa da, yaşam hakkının jus cogens olarak belirlenen niteliğinin neyi kapsadığı tartışmaya açık bir konudur. Örneğin jus cogens olarak adlandırılan işkence yasağının kapsamı konusunda herhangi bir tereddüt sözkonusu değilken, yaşam hakkı bakımından aynı açıklığın varolduğunu söylememiz mümkün değildir. Zira uluslararası ya da bölgesel insan hakları sözleşmelerinde yaşam hakkının belirli istisnalara konu olduğu görülmektedir. Oysaki işkence yasağı ya da herkesin üzerinde uzlaşmış olduğu iki kural kölelik yasağı ve korsanlık yasağı konusunda uluslararası hukukta bir takım istisnaların tanınmadığı görülmektedir. Yaşam hakkı bakımından ise kapsam dar anlamda kişinin ölümüne neden olan her eylem değil sadece keyfi olarak bu haktan yoksun bırakılmaması ile sınırlıdır.

Yaşam hakkına getirilen istisnaları sıralayacak olursak herhalde en başta devletlerin askerlerini çatışma esnasında kaybetmesini söyleyebiliriz. Bu durumda açık ölüm tehditi altında askerler çatışmaya ya da savaşa girerken, sözkonusu çarpışma neticesinde gerçekleşen asker ölümleri yaşam hakkının ihlali anlamına gelmemektedir. Nitekim sadece askerlerin değil, aynı zamanda savaş nedeni ile meydana gelen sivil kayıpların da yaşam hakkının ihlali anlamına gelmediği kabul edilmektedir. Ayrıca pekçok ülke anayasalarında ya da kanunlarında halen ölüm cezası yer almakta ve uygulanmaktadır. Dolayısıyla, doğrudan kişinin hayatının devlet tarafından sona erdirilmesi sayılan bu yaptırımın da yaşam hakkının jus

cogens kalkanının dışında kaldığı söylenebilir. Özetle daha önce de belirttiğimiz üzere yaşam hakkının jus cogens olarak kapsamı sadece kişinin keyfi olarak öldürülmemesi kuralından ibarettir.⁴²³

Fakat yine de bu kuralın da kapsamı, bize göre, çok net bir biçimde belirlenmiş değildir. Çünkü, kişinin ölümüne neden olan hangi eylemlerin keyfilik taşıdığı ve devletin bu bağlamda sorumluluğunun hangi koşulların gerçekleşmesi ile ortaya çıktığı tartışmalı bir meseledir ve de ulusüstü insan hakları hukuku ve içtihadında gelişim gösteren bir konudur. Örneğin, bu meselede Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi diğer bölgesel ya da uluslararası insan hakları denetim mekanizmalarına oranla geniş bir karar birikimi oluşturmaya karşın, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bakımında oluşturulan standartların dünyadaki tüm ülkeler bakımından bağlayıcılığı olan ilkeler olduğunu söylememiz mümkün değildir. Dolayısıyla dar bir şekilde yorumlanan ve kişinin keyfi olarak hayatını kaybetmemesi biçiminde şekillenen bu kuralın farklı sistemler içinde değişik uygulamalara sahne olacağı da muhakkaktır. Bu nedenle yaşam hakkının jus cogens olarak kabul edilmesi hakkın getirdiği koruma bakımından önemli bir aşama olarak kabul edilse de, pratikte en azından ortak bir içtihadın oluşumuna değin istenilen sonuçları vermesi mümkün gözükmemektedir.

2-2-4 Mutlak Hak Olma Niteliği

Yaşam hakkı ile ilişkilendirilen bir başka özellik ise; hakkın mutlak olma niteliğidir. İnsan Haklarının özel hukuktaki iz düşümü olan “Kişilik Hakları Teorisi”ne göre, kişilik hakları içerisinde yer alan yaşam hakkı, mutlak haklardandır.⁴²⁴ Mutlak haklar; herkese karşı ileri sürülebilir ve sahiplerine belli bir konu üzerinde hakim olma iktidarını veren haklardır. Yaşam hakkının mutlak olması nedeni ile sahip olduğu herkese karşı ileri sürülebilir özelliği, 3. kişilere yaşam hakkına saygı gösterme yükümlülüğünü doğurmaktadır.

Özel Hukukta kişilik haklarının yanı sıra, eşya üzerindeki haklar bakımından da mutlak hak niteliği sözkonusudur. Fakat bu iki grup arasında, hakkın ihlal edilebilmesi bakımından önemli bir fark olduğu genel olarak kabul edilmektedir.

⁴²³ K. PARKER-N. B. NEYLON; sf. 431, 432.

⁴²⁴ S. S. TEKİNAY; sf. 140, A. ARPACI; sf. 103, M. K. OĞUZMAN-Ö. SELİÇİ-S. OKTAY; sf. 125, D. DURAL-T. ÖĞÜZ; sf. 95.

Eşya üzerinde sahip olunan mutlak hakkın yani aynı hakların korunması sadece 3. kişiler bakımından sözkonusudur. Halbuki, yaşam hakkının da içerisinde bulunduğu kişilik hakları bakımından bu yükümlülük, bizzat hak sahibini de kapsamaktadır. Dolayısıyla, hakkın koruduğu değere yönelebilecek olan müdahaleler hem hak sahibi bakımından hem de 3. kişiler bakımından yasaklanmaktadır.⁴²⁵

Bununla birlikte yaşam hakkının mutlak hak niteliğine sahip olması, hakkın koruduğu değere yönelecek olan her türlü eylemin hukuka aykırı olacağı anlamına gelmemektedir. Örneğin Türk Medeni Kanunu'nun 24. maddesinin 2. fıkrası; bazı hallerde kişilik hakkına yapılan müdahalelerin hukuka aykırılık teşkil etmeyeceği belirtilmektedir. Bu haller ise 4 başlık altında toplanmaktadır; kişilik hakkına müdahale edilenin rızası, daha üstün özel yarar, daha üstün kamu yararı ve de kanunun verdiği yetkinin kullanımı. O halde hakkın mutlak olma niteliği, bazı istisnalar ile birlikte değerlendirilmek durumundadır.

Nitekim uluslararası insan hakları sözleşmelerinde de bu anlayışın takip edildiği görülmektedir. BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi, yaşam hakkının tanımı yapılırken, hiçkimsenin "keyfi" olarak yaşam hakkından yoksun bırakılamayacağı belirtilmiştir. Buarada ifade edilen "keyfi olarak yaşam hakkından yoksun bırakılamayacağı" kalıbı tersten okunduğunda, keyfi olmayan nedenler ile bu haktan kişilerin yoksun bırakılabileceği sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, özellikle devletin müdahalesi sonucu meydana gelen ölüm vakaları, bazı hallerde hakkın ihlali sonucunu doğurmamaktadır. Zaten maddenin devamında da, en büyük ve tartışmalı istisna olan ölüm cezasına da açık bir biçimde yer verilmiştir.

Benzer bir yaklaşım Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinde de yer almaktadır. Sözleşmenin yaşam hakkını düzenleyen 4. maddesinin ilk fıkrasında, yine keyfi olarak kişilerin yaşam hakkından yoksun bırakılamayacağı kalıbı kullanılırken, devam eden fıkralarda ölüm cezasının belirli şartlar altında uygulanabileceği belirtilmektedir.

⁴²⁵ K. GÜVEN; Kişilik Hakları ve Ötanazi, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara, 2000, sf. 100.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ise diğer iki belgeden farklı olarak ölüm ile sonuçlanan eylemlerin ne zaman yaşam hakkını ihlal etmediğini maddeler halinde belirlemiştir. Sözleşmenin 2. maddesinin 2. fıkrası; ölümle sonuçlanan eylemin kuvvete başvurmanın kesin bir zorunluluk haline gelmesi halinde, yaşam hakkının ihlal edilmiş olamayacağı belirtilmektedir. Fıkranın devamında, bu zorunluluğun kabul edilebileceği haller üç başlık altında sınırlanmıştır. Bunlardan ilki, kişinin yasadışı şiddete karşı korunmasıdır. Yani; meşru müdahale halinde yasadışı şiddetten korunmak için yapılan eylem, saldırganın ölümü ile sonuçlanıyorsa sözleşmeye göre bu eylem yaşam hakkını ihlal etmemektedir. İkinci durum ise, usulüne uygun olarak yakalamak için veya usulüne uygun olarak tutuklu bulunan bir kişinin kaçmasını önlemek için, zorunlu olarak şiddete başvuruluyorsa ve bunun neticesinde ölüm vakası meydana geliyorsa, yine hakkın ihlal edilmediği kabul edilmektedir. Ve nihayet son olarak ayaklanma ve isyanın yasaya uygun olarak bastırılması halinde güç kullanımı zorunlu bir hal almışsa ve de ölüm meydana gelmişse, yine yaşam hakkı ihlal edilmiş olmamaktadır.

Tarihsel olarak yukarıda sayılan sözleşmelere göre daha geç dönemde kabul edilen Afrika İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ise, keyfi olarak öldürülmeme kalıbı kullanılırken ölüm cezasına açık bir istisna olarak yer verilmemiştir. Bu durum ise muhtemelen ölüm cezasına karşı gelişen ve sözkonusu cezanın insan haklarına aykırı olduğunu büyük ölçüde kabul edildiği anlayışın bir ürünü olarak değerlendirilebilir.

Özetle, "Kişilik Hakları Teorisi"ne paralel olarak uluslararası insan hakları sözleşmeleri de, prensip itibarıyla yaşam hakkını mutlak bir hak olarak ama bazı istisnalar ile birlikte kabul etmektedir. Dolayısıyla, örneğin işkence yasağı bakımından kabul edilen mutlak nitelik yaşam hakkı bakımından sözkonusu değildir. Zira işkence görmeme hakkı için sözleşme metinlerinde herhangi bir istisna kabul edilmemektedir. Oysa, yaşam hakkı için özellikle kamu yararı adına bir takım istisnalar getirilebilmektedir.

2-2-5 Vazgeçilmezlik Niteliği

Yaşam hakkı bakımından dile getirilen vazgeçilmezlik niteliği, sadece bu hak bakımından değil ama bunun yanında vazgeçilmez olarak tanımlanan ya da kabul

edilen diğer hakların yorumlanması bakımından da kimi zaman farklı değerlendirmelerin yapılmasında temel teşkil edebilmektedir. Ancak yaşam hakkının koruduğu değer bizzat kişinin yaşamı olması nedeni ile bu hakka yüklenen vazgeçilmezlik niteliği hiçbir hak üzerinde olmadığı kadar yoğun bir tartışma ortamının meydana gelmesine neden olmaktadır.

Farklı değerlendirmelere konu olan vazgeçilmezlik niteliğinin tanımlanması meselesinde de, tek bir görüş üzerinde fikir birliği sağlanmasını olanaksız kılmaktadır. Yapılan tanımlamalarda örneğin kimileri birey iradesinden ziyade devletin müdahalesini merkez almakta kimileri de “mutlak olma” niteliğini vazgeçilmezlik niteliği ile karıştırmaktadır. Hal böyle olunca da, herhangi bir pozitif hukuk sisteminde açıkça hangi hakların vazgeçilmez olduğunu belirtilmemişse, vazgeçilmez haklar listesine hangi hakların bulunduğu yapılan yorumlara bağlı olarak şekillenmektedir. Oysaki bizim de katıldığımız görüşe göre, yapılacak olan tanımlama kişinin iradesi temel alınarak şekillendirilmelidir. Bu bağlamda herhangi bir hak vazgeçilmez olarak tanımlanıyorsa, o hakkı diğerlerinden ayıran iki temel özellik sözkonusudur ve her ikisi de kişinin tasarruf yetkisine ilişkindir. Bunlardan ilki kişinin bu hakkı kullanmaktan feragat edememesi, diğeri ise hak sahibinin sözkonusu hakkı bir başkasına devredememesidir.⁴²⁶

Bir hakkın vazgeçilmez olarak tanımlanması uygulamada, bireyin karşı iradesine rağmen hak sahibinden bağımsız ve de farklı bir “iyi” ya da “doğru” kavramı içerisinde korunması sonucunu doğurmaktadır. Örneğin, kişinin hayat boyu bir başka kişi için çalışacağını bir sözleşme ile kabul etmesi, modern hukuk sistemlerinde hukuki meşruluğu olmayan bir irade uzlaşmasıdır. Veya kişinin oy verme hakkını bir sözleşme ile başkalarına devretmesi, yine hukuk sistemleri tarafından meşruiyeti kabul edilmesi mümkün olmayan bir irade beyanıdır. Bu iki halde de kişi haklarından vazgeçmektedir. Kişi her ne kadar bu irade açıklaması ile iyi olduğunu düşündüğü bir eylemde bulunmuş olsa da, pozitif hukuk ve dolayısıyla devlet aynı iradeyi paylaşmamaktadır ve kişinin korunması sağlanmaktadır.

⁴²⁶ Vazgeçilmez haklar konusunda yukarıda yapılan ayırmalar ve konu ile ilgili daha geniş bilgi için bkz. T. McCONNELL; Inalienable Rights, Oxford University Press, 2000.

Nitekim insan haklarının pozitif hukuk metinlerine geçişinde de devletin sözkonusu himayeci yaklaşımını görmekteyiz. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrenel Bildirisi'nin başlangıç bölümünde kişinin vazgeçilmez hakları olduğu belirtilmektedir. Virginia Haklar Bildirisi yine vazgeçilmezlik unsuruna vurgu yapmaktadır. Yine Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi'nde insanların vazgeçilmez haklara sahip olduğu ve bu haklar içerisinde de yaşam hakkının bulunduğu yazılmaktadır. Aynı bildiri de devletin, kişilerin sahip olduğu bu vazgeçilmez hakları koruma yükümlülüğü olduğu ifade edilmektedir. Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi de, insanın doğal, devredilmez ve kutsal hakları olduğuna ileri sürmesi ile bu hakların vazgeçilmezliği niteliğine yollamada bulunmaktadır. Modern anayasalarda da temel hak ve hürriyetler bakımından dile getirilen bu nitelik örneğin 1982 Anayasası'nda "herkes kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir" ifadesi ile kendisini göstermektedir. Avrupa'daki diğer anayasalarda da yer alan bu tanımlama, sadece yaşam hakkı bakımından değil fakat pozitif hukuka girmiş ve de temel hak ve hürriyetler olarak tanımlanan tüm insan hakları bakımından genel olarak kabul edilen bir nitelik olduğu söylenebilir.

Hukuk sistemleri içerisinde kimi hakların vazgeçilmez olarak tanımlanma nedeni iki farklı bakış açısından yapılabilir. Bunlardan ilki, hakkın vazgeçilmez olarak tanımlanması siyasi iktidarın paternalist yönü ile açıklanmasıdır. Zira kanun koyucu, bazı haklar konusunda hak sahibinin tasarruf yetkisini, ilgili hakka vazgeçilmezlik niteliği yükleyerek sınırlandırabilir. Bu durum devletin bizim yerimize bazı değerler konusunda karar vermesidir. Birey istemese de ya da farklı bir değerlendirmede bulursa da, devletin hakka vazgeçilmezlik niteliği vermesi ile bireyin iradesinin önüne geçilmektedir. Bir nevi neyin doğru ya da neyin yanlış olduğu devlet tarafından kişi adına karar verilmektedir. Nitekim, yaşam hakkının vazgeçilmez olarak kabul edilmesinin altında, yaşamın kutsal olduğuna ilişkin seküler yaklaşımların olduğu söylenebilir.

Bununla birlikte bireyin iradesine getirilen bu sınırlamaların rasyonel kaynaklarından da bahsedilebilir. Yine yaşam hakkından yola çıkacak olursak, kişinin bu haktan vazgeçmesi genel olarak insanların saldırıya açık bir konuma sokulması endişesine dayandırılabilir. Zira eğer kişi yaşam hakkından vazgeçebilme yetkisine sahip olursa, gerçekleşebilecek pekçok cinayet, ölen kişinin iradesi ile

gerçekleştiği argümanına dayandırılabilir. Dolayısıyla, toplumda genel bir güvensizlik hali, bunun ötesinde ise bireylerin yaşamlarının tehlikeye girmesi sözkonusu olabilir. Bu nedenle, kişinin kendi yaşamından vazgeçmesine yönelik bir yetkiye imkan tanınmamış olabilir.

Bununla birlikte teorik planda hararetle bir biçimde ifade edilen vazgeçilmezlik ilkesinin uygulama bakımından nasıl bir görünüm arz ettiği ortaya konulması gereken bir durumdur. Vazgeçilmezlik katı bir biçimde her türlü feragattan ya da hakkın devrini yasaklayan bir nitelik midir, yoksa belirli istisnalar dahilinde kabul edilen bir özellik midir? Belki de bundan daha kritik olan bir soru vazgeçilmez olarak tanımlanan vazgeçilmez ve dokunulmaz olarak tanımlanan iki hakkın yarışması halinde bu problemin nasıl bir çözüme kavuşturulacağıdır. Kısaca vazgeçilmez olarak tanımlanan sözkonusu haklardan kişi belirli koşullar altında vazgeçebilme imkanına sahip olabilir mi?

Bu sorunun en kestirme ve kolay yanıtı evet olmak zorundadır. Örneğin vücut bütünlüğünün korunması hem anayasa hukuku bakımından hem de medeni hukuk açısından vazgeçilmez haklardan birisi olarak tanımlanmaktadır. Ancak, tıbbi müdahale doğrudan vücut bütünlüğünü bozan bir eylem olmasına karşın, ve hatta riskli bir müdahale sonucunda sonuç olumsuz ise hak sahibinin dahi ortadan kalkacağı bu müdahale, kişinin rızasına dayandığı müddetçe hukuka aykırılık teşkil etmeyecektir. Dolayısıyla bu noktada kişinin vücut bütünlüğüne yönelen bu eyleme karşı bir feragatin olduğundan bahsedebiliriz. Ya da kişi mülkiyetinde bulunan bir eşyayı başka bir kişiye satar ya da bağışlarsa, vazgeçilmez olarak tanımlanan ve bir insan hakkı olarak kabul edilen eşyaya yönelik mülkiyet hakkını devretmiş olacaktır. Başka bir örneği de konut dokunulmazlığı hakkından verebiliriz. Mesela arama izni olmasızın polisin evi araması halinde kişi bu duruma izin verecek olursa, konut dokunulmazlığı hakkı nedeni ile sahip olduğu haktan o vaka için bireyin feragat etmesi sözkonusudur. Fakat saydığımız tüm bu örneklerde her ne kadar anayasamız vazgeçilmez olarak tanımlasa da, somut durumda bireyin bu haklarından feragat etmesi yani sözkonusu haklarından vazgeçmesi sonucu ortaya çıkmaktadır.

Ancak yukarıda vermiş olduğumuz örneklerin ortak özelliği hak sahibinin ilgili haktan vazgeçmesi, sadece somut vakaya ilişkin bir irade olup, anayasa çerçevesinde

kendisine tanınan hakkından bütünüyle vazgeçmesi sonucu ortaya çıkmamaktadır. Zira kişi hala vücut bütünlüğünün korunması hakkına sahiptir veya kişi hala mülkiyete konu olabilecek eşyalar üzerinde mülkiyet hakkı kurabilme yetkisini muhafaza etmektedir. Oysaki, sözkonusu yaşam hakkı olduğu zaman kişinin bu haktan vazgeçmesi artık sadece yaşam hakkının değil fakat aynı zamanda diğer hakların da artık öznesi olamayacağı sonucu ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla modern hukuk sistemlerinin geneli, kişinin kendi yaşam hakkından vazgeçmesini prensip olarak kabul etmemektedir. Örneğin, kişi kendi iradesi ile bir başkasına kendi hayatını sona erdirmesini talep etse ve bunun neticesinde ölüm vakası gerçekleşse, öldürülen kişinin iradesi çok açık bir biçimde ispat edilmiş olsa dahi hiçbir hukuk düzeni bu eylemi meşru olarak tanımaz.

Vazgeçilmezlik ilkesi bu açıdan yaşam hakkı bakımından farklı bir anlama sahiptir. Fakat kimi durumlar vardır ki; bu yaklaşımı kendi hukuk sistemleri içerisinde çok katı bir biçimde uygulayan ülkelerde bile kişinin iradesi kendi yaşamını sona erdirmeye yönelebilir ve de hukuk bu iradeye saygı göstermek durumunda kalabilir. Daha açık bir biçimde ifade edecek olursak; kişiye kendi iradesi dışında fiziksel bütünlüğüne müdahale edilememesi yani rızası dışında tıbbi müdahaleye konu olamaması, onun ölümle sonuçlanabilecek bir tercihte bulunması anlamına gelecektir. Dolayısıyla kişi tıbbi müdahaleyi reddederek yaşamından ve yaşam hakkından vazgeçebilecektir. Aslında yaşam hakkı bakımından tartışma büyük ölçüde bu noktada odaklanmaktadır. Zira kişi tıbbi müdahaleyi reddederek kendi yaşamına son verebiliyorsa, vazgeçilmezliğe tanınan bu istisnanın kapsamı daha da genişletilebilir mi sorusu gündeme gelmektedir. Ya da bu istisnanın dahi ortadan kaldırılması sözkonusu olabilir.

2-3 Temel Tartışma Alanları

Yaşam hakkının yukarıda saydığımız ve genel olarak kabul edilen niteliklerinin en tartışmalı olanı hiç kuşkusuz hakka yüklenen vazgeçilmezlik niteliğidir. Bunun yanında yaşam hakkının vazgeçilmez olma niteliğinin tanımına göre, diğer niteliklerin anlamlarında da değişikliklerin olacağı şüphesizdir. Zira vazgeçilmezlik niteliği katı bir biçimde kabul edilecek olursa, kişinin kendi yaşam hakkı üzerinde herhangi bir tasarruf yetkisi olamayacağından, örneğin yaşam hakkın üstün olma

niteliği bireyin bu hakla çatışan diğer menfaatlerine de üstünlüğü sözkonusu olacaktır. Ya da yaşam hakkının mutlak olma niteliği bireyin kendisine karşı da ileri sürülebilecektir. Özetle yaşam hakkı için dile getirilen bu niteliklerin muhattabı sadece 3. kişiler değil, bizzat yaşam hakkına sahip olan kişi olacaktır.

Bu durumun pratikteki neticesi ise, kimi hukuk düzenleri tarafından da hukuki meşruluğu kabul edilen ötanazi ya da yardımcı intihar gibi uygulamaların insan haklarına aykırılığı olduğu hükmüne varılmasıdır. Zira bu eylemler, doğrudan kişinin yaşam hakkından vazgeçmesi anlamına geldiğinden, vazgeçilmez olarak tanımlanan bir hakkın ihlal edilmesi sözkonusu olacaktır. Fakat bunun ötesinde, neredeyse bütün modern hukuk sistemlerinde kabul edilen tedaviyi reddetme hakkının tanınması da, aynı vazgeçilmezlik ilkesinin ihlali ve dolayısıyla bu ilke ile anlam kazanan diğer niteliklerin de ihlal edildiği anlamına gelecektir. Çünkü kişinin tedaviyi reddetmesi ile kişi hayatını kaybedecek ya da beklenen ölüm vakası daha yakın bir tarihte gerçekleşecekse, hukuk düzenleri tarafından meşruluğu genel olarak kabul edilen bu eylem ile kişi yaşam hakkından vazgeçmiş olacaktır.

Oysaki yukarıda da belirttiğimiz üzere, ülke hukuklarına baktığımızda tedaviyi reddetme neredeyse tüm modern hukuklarda tanınan ve tıp etiğinin de kabul ettiği bir prensiptir. Öte taraftan Hollanda ve Belçika gibi ülkeler doğrudan ötanaziyi tanıyarak genel eğilimin de önüne geçen bir hukuk politikası izlemektedirler. Dolayısıyla, yaşam hakkının vazgeçilmez olduğuna ilişkin savın öğretilde olduğu gibi pozitif hukuk bakımından da herkesin üzerinde bulunduğu bir tanımlama sözkonusu değildir. Kişinin sahip olduğu yaşam hakkı üzerinde ne ölçüde tasarruf yetkisine sahip olduğu ve insan hakları bakımından bu yetkinin sınırlarının belirlenmesi oldukça tartışmalı bir meseledir.

Bu tartışmanın da ana başlıklarını, ötanazi ve hekim yardımcı intihar ile ölüm orucu-açlık grevi ve zorla besleme uygulaması oluşturmaktadır. Biz de bu bölümde kişinin yaşam hakkı üzerinde tasarruf yetkisini tartışmasının eksenini oluşturan bu kavramlara ve de pozitif hukuktaki görünümünü ele almaya çalışacağız.

2-3-1 Ötanazi ve Hekim Yardımlı İntihar

Ötanazi, kelimesi Yunanca iyi güzel anlamına gelen “Eu” kelimesi ile ölüm anlamına gelen “Thanatos” kelimelerinin birleşiminden meydana gelmektedir. Yani ötanazinin kelime anlamı güzel ya da iyi ölümdür fakat kavram olarak ötanazi iyi ya da güzel şekilde gerçekleşen tüm ölümleri kapsamaz. Örneğin bir kişinin acı hissetmeden ölmesi ile günlerce acı çekerek ölmesi arasındaki ölüme ilişkin nitelendirmeyi tek başına açıklamaz ötanazi kavramı. Zira ötanazi kavramı ile bugün genel anlamda kastedilen; tedavisi mümkün olmayan ve de hastalığı nedeni ile ızdırap çeken kişilerin, bu acısının ortadan kaldırılması için kişinin hayatına son verilmesidir. Bu anlamda ölüm her ne kadar normal yaşam şartları içerisinde olumsuz ve acıyı temsil eden bir olgu olmasına karşın, bu durumdaki insanlar için çektikleri acının sonu anlamına geldiğinden mutluluğun anahtarı haline gelmektedir. Bu şartlar altında gerçekleşen ölüm güzel ya da iyi ölüm halini almaktadır.

Bununla birlikte, ötanazinin tarihteki görünümüne baktığımızda bu uygulamanın her zaman güzel ölümü tasvir için kullanılmadığını görmekteyiz. Örneğin, Spartalılarda olduğu gibi kimi toplumlar hasta ya da sakat olan çocukların hayatına son vermişlerdir. Ya da çok daha yakın bir dönemde ötanazi Nazi Almanyası’nda üstün ırkı oluşturma çabasının bir yöntemi olarak benimsenmiştir. Bu dönemde 200 000 çocuk ve sayısı belirlenemeyen birçok hasta, yaşlı ve sakat insanın hayatına son verilmesinin adı olarak kullanılmıştır. Nitekim günümüzde ötanazinin toplumlar üzerinde olumsuz bir çağrışım yapmasının temel nedenlerinde birisini, 2. Dünya Savaşı dönemindeki Hitler Almanyası’nın ötanazi uygulamaları oluşturmaktadır.

Elbette günümüzde ötanazi, Hitler Almanyası’nın uygulamasını ifade etmek için kullanılmamaktadır. Bugün ahlak ve hukuk alanında yaşanan hararetli tartışmanın temel eksenini, tedavisi mümkün olmayan ve ızdırap çeken hastaların kendi yaşamlarını sona erdirebilme sorunu oluşturmaktadır. Ve bu tartışma içerisinde de ötanazinin çeşitli sınıflandırmalara tabi tutulduğunu görmekteyiz. Bu sınıflandırmalar büyük ölçüde konunun daha rahat anlaşılabilmesi için yapılmakla

birlikte, önerilen ayrımlar ötanazinin pekçok alt ayırım içerisinde değerlendirilmesini gerekli kılmaktadır.

Bu ayrımlardan ilki aktif-pasif ötanazi ayırımıdır. Pasif ötanazi sözkonusu olduğunda, bir hastanın kendisine uygulanan tedaviyi durdurması ya da önerilen tedaviyi reddetmesi anlamına gelmektedir. Kişinin tedaviyi reddetmesi ya da durdurması esasında günümüzde kabul edilen temel hasta haklarından ve de tıp etiğinin ana prensiplerinden birisi olmasına karşın, eğer durdurulan ya da reddedilen tedavi kişinin hayatta kalmasını sağlıyorsa veya hayatta kalmasını sağlamasa bile beklenen ölümü geciktiren bir niteliğe sahip ise , bu takdirde sözkonusu hasta hakkı ötanazinin bir biçimi olarak ifade edilen pasif ötanaziye dönüşmektedir. Bugün modern hukuk sistemlerinin büyük bir bölümünün zımni olarak pasif ötanaziyi kabul ettiğini söyleyebiliriz.

Aktif ötanazi ise; hastanın tedaviyi sona erdirmesine ya da hiç başlanmamasına yönelik iradesine saygı duyulmasının ötesinde hekimin yapacağı bir eylem ile doğrudan hastanın hayatına son vermesi sözkonusudur. Yani kişiye tedavi uygulanmaması değil aksine hastanın ölümüne neden olacak örneğin ölümcül dozda morfin verilmesi gibi bir eylemin gerçekleştirilmesi sözkonusudur. Dolayısıyla aktif ötanazide hekim kaçınmaya yönelik bir davranış sergilemez aksine hastanın istemi doğrultusunda tedavi yerine ölümcül bir müdahalede bulunması durumu ortaya çıkar. Hekimin yapacağı eylemin aktif ya da pasif olmasına göre yapılan bu ayırım belki meselenin anlaşılması için uygun bir tasnif gibi görünsede, kimi yazarlar hekimin aktif ya da pasif konumuna göre yapılan tasnife karşı çıkmaktadırlar. Sonuçtan yola çıkan sözkonusu yazarlar, iki türlü uygulamada da bir eylemin sözkonusu olduğunu ve de önemli olanın ölüm sonucunun ortaya çıkması olduğunu belirtmektedirler.

Yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalar, aktif ya da pasif olsun ötanazi uygulaması hasta olan kişinin iradesine dayanmaktadır. Bu nedenle ortaya çıkan sonuç iradidir ve de ötanazinin iradeye dayanmış şekline istemli ötanazi denmektedir. Bunun tam karşısında yer alan kavram ise istemsiz ötanazidir. Yani ötanazi yapılmasına ilişkin karar, bizzat hasta tarafından değil hasta dışında örneğin anne veya babasının ya da kardeşlerinin istemi ile gerçekleşmektedir. Bu bakımdan

ortada yine bir istemin olduğu söylenebilir ama istemsiz ötanazi denmesinin nedeni bu isteğin bizzat hastaya ait olmamasıdır.

Gerek aktif ötanazi gerekse pasif ötanazi istemli ya da istemsiz sözkonusu olabilir. Örneğin kişi açıkça tedavinin durdurulmasını talep ederse istemli pasif ötanazi sözkonusudur. Ama bilinci yerinde olmayan hastayı hayatta tutan tıbbi imkanlar ailesinin talebi üzerine kesilirse, istemsiz pasif ötanazinin varlığından bahsedebiliriz. Aktif ötanaziyi örneklendirmeye çalışırsak; hasta olan kişi eğer hekimden hayatına son vermesini talep ederse, bu durumda bir aktif ötanazi talebi ortaya çıkar. Fakat henüz yeni doğmuş ve çeşitli rahatsızlıklardan muzdarip bir bebeğin yaşamına son verilmesi ailesinin talebi üzerine gerçekleştirilirse istemsiz aktif ötanazi uygulanmış olmaktadır.

Ötanazi kavramına ilişkin olarak yapılan sınıflandırmaları kısaca ifade ettikten sonra, bu kavrama yakın bir başka kavrama da özetle değinilmesi gerekmektedir. Hekim yardımı ile intihar ya da yardımı intihar olarak ifade edilen uygulama, sonuçları ve amaçları itibariyle ötanazi ile paralellik taşısa da, eylemi gerçekleştirecek olan kişi ve hekimin bu eylemdeki pozisyonu bakımından farklılık taşımaktadır. Hekim yardımı ile intiharda, hastanın ölümüne neden olan eylem bizzat hasta tarafından gerçekleştirilmektedir. Hekimin bu yöntemdeki konumu yardımdan ibaret olup, kişinin ölmüne yol açan eylemi bizzat uygulamaz. Örneğin kendisinden intihar için yardım talep eden hastaya hekimin zehirli bir karışım hazırlaması, gerçekleşen ölüm olayındaki tek fonksiyonudur. Dolayısıyla hekim sadece yardım eder, hastasının hayatına doğrudan son vermez.

Yukarıda yapmış olduğumuz ayrımların, ötanazinin yasal olduğu hukuk sistemlerine birebir girdiğini söyleyemeyiz. Örneğin ötanaziyi yasal olarak kabul eden Hollanda ve Belçika'nın hukuk düzenlerinde ötanazi kavramı dahi kullanılmamaktadır. Ancak ABD'nin Oregon eyaleti ve de Avusturalya'nın kuzey bölgesinde bir dönem uygulanan yardımlı intihar, kavram olarak da hukuk metinleri içerisinde yer almıştır.

2-3-1-2 Ötanazinin Ahlaki Boyutu

Ötanazi uygulamasına ilişkin ahlaki değerlendirmeler, bir önceki bölümde olduğu gibi dini ve seküler yaklaşımlar başlıkları altında iki bölümde ele alınacaktır. Dinlerin nerdeyse tek bir ahlaki değerlendirmeyi benimsedikleri ötanazi meslesinde, seküler yaklaşımlarda ise ikili bir ayırım gözlemlenmektedir. Bu ayırımın ilk bacağı dinler ile aynı sonucu paylaşan ama kaynağı seküler olan yaşamın kutsallığı tezi oluştururken, diğer bacağı ise kişinin kendi yaşamı konusunda kendisinin karar vermesi gerektiğini savunan kişisel özerklik anlayışı ve bu anlayışın bir uzantısı olarak kabul edebileceğimiz faydacı yaklaşım oluşturmaktadır. Dinsel değerlendirmeler bir kenara bırakılacak olursa, günümüz insan hakları anlayışında kişinin kendi yaşam hakkı üzerinde tasarruf yetkisinin olup olmadığına ilişkin tartışmaların temelini de seküler yaklaşımın bu iki ayrı ahlaki değerlendirmesi oluşturmaktadır. Bu ikili ayırımın dışında konu tıp alanını ilgilendiren bir mesele olması itibariyle, hekimin böyle bir taleple karşı karşıya kalması durumunda meslek etiğine göre ne yapması gerektiği de ayrı bir inceleme alanı olarak ortaya çıkmaktadır. Tıp etiğinin konuya yaklaşımını yerel ve de tıp alanı dışında kalan kişilerin değerlendirmelerinden ziyade, daha evrensel bir çerçeve çizmek adına özellikle Dünya Tabipler Birliği'nin ötanaziye ilişkin değerlendirmelerini ve de birliğin bu yaklaşımına karşı çıkan, farklı etik yaklaşımları benimseyen Hollanda Kraliyet Tabip Odası'nın değerlendirmeleri ele alınmaya çalışılacaktır.

Bu yaklaşımları değerlendirmeye geçmeden önce bir noktanın altını tekrar çizme gereğini duymaktayız ki; bu da, gerek dini yaklaşımlar gerekse seküler yaklaşımlar olsun ilgili ahlaki değerlendirmeler, bizim alanımız dışında kalmaları nedeni ile mümkün olduğunca yalın ve konunun kavranabilmesi için genel hatları ile verilmeye çalışılacaktır. Zira her bir başlık tek başına bir inceleme alanı olabilme kapasitesine sahiptir ve de başka bir alanın uzmanlık alanına girmektedir. Biz sadece bölümde sunmaya çalışacağımız bilgiler ile pozitif hukukla ilgili yapılan olumlu ya da olumsuz eleştirilerin muhtemel düşünsel boyutunu vurgulamaya çalışacağız.

2-3-1-2-1 Dinlerin Yaklaşımı

2-3-1-2-1-1 Musevilik

Musevilik'te insan yaşamı sadece Tanrının bir armağını olarak sayılmamakta fakat bunun yanında, Tanrıya karşı bir sorumluluk anlamına gelmektedir. Her yaşam üst düzeyde bir değere sahiptir ve bu değeri belirtmek için Talmud'ta yer alan Adem'in yaratılışı bölümünde şu şekilde ifadeler kullanılmaktadır: "...Adem size bir şeyi öğretmek için yaratıldı; eğer bir ruhu öldürürsen bütün dünyayı öldürdüğün farz edilir, eğer bir ruhu kurtarırsan bütün dünyayı kurtardığın farz edilir..."⁴²⁷

Musevi inancında sadece adam öldürmek yasaklanmamakta ve fakat bunun yanında yaşamın korunması için 4 başlık altında toplanabilecek kurallar getirilmektedir. Buna göre, kişi kendini fiziksel zararlardan koruyacak ve de intihar etmeyecek, adam öldürmeyecek, diğerlerini fiziksel zarardan koruyacak ya da kurtaracak ve tıbbi müdahaleye izin verilecek.⁴²⁸

Görüldüğü üzere Musevi inancı ve ona bağlı oluşan hukukta, sadece bir başkasının öldürülmesi değil bunun yanında kişinin kendisini öldürmesi de yasaklanmıştır. Dolayısıyla, yaşam kutsal bir emanet olarak kabul edilirken insanın bu emanet üzerindeki tasarruf yetkisinin boyutu onu ortadan kaldıracak şekilde yorumlanmamaktadır.

İnsan için yaşamın bir hediye olmasının yanında bir sorumluluk olmasının altında yatan temel düşünce ise, evreni yaratan Tanrının, bu evren içerisindeki tüm varlıkları da yaratmış olmasıdır. Musevi inancına göre, herşeyi yaratan Tanrı, doğal olarak insan yaşamının da sahibidir. Dolayısıyla insan üzerinde her türlü tasarrufta bulunabileceği bir yaşam hakkına sahip olmamakta, aksine insanın yaşamı esas itibarıyla Tanrıya ait olmaktadır. İnsanın yaşam ile ilgili olarak sadece sorumlulukları vardır ki; bu sorumluluklar da temel olarak yaşamı mümkün olduğunca sağlıklı bir şekilde geçirmektir.⁴²⁹

⁴²⁷ S. RESNICOFF; "Jewish Law Perspectives on Suicide and Physician-Assisted Suicide", Journal of Law and Religion, V. 13, No. 2, 1998-1999, sf. 201-291.

⁴²⁸ Aynı eser; sf. 286.

⁴²⁹ E. DORFF; "Assisted Suicide", Journal of Law and Religion, V. 13, No. 2, 1998-1999, sf. 265.

İnsan için yaşamak bir sorumluluk haline gelince, sadece öldürme değil ama bunun yanında kendi hayatını sona erdirmeye de yasaklanmaktadır. Bununla birlikte, sadece üç durumda kanunu çiğnemek yerine intihar edilmesi uygun görülmüştür. Bunlardan ilki, cinayet işlemeye zorlanma, ikincisi, putperestlik ve üçüncüsü ise ensest ilişki. Bu üç durumda da kişi kendi hayatına son verebilir fakat kendisi için değil Tanrı uğruna bunu gerçekleştirir.⁴³⁰

Tevrat'ta sadece normal intiharın değil fakat ölmek üzere olan kişinin ölümünün hızlandırılmasının da yasaklandığını gösteren örnekler mevcuttur. Örneğin Samuel 2'nin başlangıç kısmında (1-16), savaş alanında ölmek üzere olan kralın askerinden kendisini öldürmesini istemesi ve askerinin de bunu gerçekleştirmesi, ölüm cezası ile cezalandırılmıştır.⁴³¹

Ötanazinin ya da yardımcı intiharın Musevi inancına ters düşmesi ise, yine yaşama verilen anlam ve Tanrı ile insan arasındaki ilişkinin algılanış şekline ilişkindir. Çünkü bu inançta bir yoruma göre, kişi yaratıcının isteklerini yerine getirme bakımından kendi mantığı ve isteklerine ket vurmaktadır. Bunun gerçekleştirilmesi ile, fakirlik ve hastalık gibi çeşitli güçlükler yaşanmasına rağmen, insan Tanrıya yaklaşır ve kutsiyet kazanır. Bu nedenle bir sorumluluk olarak insana verilen yaşama Tanrının isteği dışında son verilmemelidir; acılar içinde ölümü bekleyen bir hasta olunsa bile.⁴³²

Özetle Musevi inancında yaşam insan bakımından bir hak olarak görülmenin ötesinde, Tanrının ona vermiş olduğu bir emanet olarak algılanmaktadır. Bu emanet sadece saldırı yasaklanmamış fakat aynı zamanda koruma yükümlülüğü de getirilmiştir. Bu yükümlülüğün çerçevesi içerisinde kişinin sağlıklı bir hayat sürmek için çaba sarfetmesi sözkonusudur. Dolayısıyla, bireyin bu inanca göre belirli istisnalar dışında, kendi yaşamını sona erdirebilmesi mümkün değildir. Kişinin kendi yaşamını sona erdirmesi ise sadece Tanrının uğruna gerçekleştirilen belirli eylemler

⁴³⁰ Aynı eser; sf. 266.

⁴³¹ Kutsal Kitap; sf. 379, 380.

⁴³² S. RESNICOFF; sf. 291.

ile sınırlıdır. Bu eylemlerin içerisinde kişinin kendi acısını sona erdirmek şeklinde ortaya çıkan kişisel bir menfaatin tatmini, yani ötanazi de bulunmamaktadır.

2-3-1-2-1-2 Hıristiyanlık

Hıristiyan dinin kutsal kitabı olan İncil’de kişinin kendi yaşamına son vermesine değinen sadece bir bölüm vardır. Matta 27: 3-5’a göre İsa’ya ihanet eden Yahuda, onun mahkum edildiğini görünce pişman olur ve almış olduğu parayı geri götürür. Pişman olan Yahuda parayı iade ettikten sonra kendini asar. İncil’de intihara ilişkin olarak geçen bu bölümde her ne kadar Yahuda sevilen bir karakter olmasa da, intihar etme eylemi ile ilgili olarak İncil’de olumlu ya da olumsuz herhangi bir yorum yapılmamaktadır.⁴³³

Hıristiyanlık’da kişinin kendi hayatına son vermesinin büyük bir günah olarak kabul edilmesi gerektiğini ileri sürenlerin hem tarihsel hem de önem olarak en başta gelenlerinden birisi olan St. Augustine, 5. emir olan öldürme yasağının içine intiharı da dahil etmiştir. Bu şekilde intihar cinayet olarak kabul edilmeye başlanmış ve büyük günahlardan birisi olarak görülmüştür.⁴³⁴ St. Augustine’nin ardından Ortaçağ’da aynı konuyu ele alan bir başka kişi ise St. Thomas Aquinas’dır. Hıristiyan Dininin önemli kişilerinden birisi olan Thomas’a göre, insanın kendi yaşamını sona erdirmesi ölümcül bir günahdır. Bu görüşünü üç ana nedene bağlayan Thomas, öncelikle intiharın doğanın akışına aykırı bir davranış olduğu saptamasında bulunur. İkinci olarak, her parça bir bütüne aittir düşüncesini dile getiren yazar, insanın da toplumun bir parçası olduğunu söyleyerek, kişinin kendi hayatına son vermesi eyleminin, aynı zamanda toplumu yaralayan bir niteliğe sahip olacağını vurgulamaktadır. Üçüncü gerekçe ise, yaşamın insanın onun üzerinde dilediği gibi tasarruf edebileceği birşey olmadığı savına dayanmaktadır. Zira, yaşam Tanrı’nın bir hediyesidir ve esas olarak O’na aittir. Dolayısıyla insanlara hediye olarak verilen bu yaşamın ne zaman sona erdirileceğine ancak Tanrı karar verebilir.⁴³⁵

Görüldüğü üzere St. Thomas Aquinas’ın değerlendirmesi, sondan başlayacak olursak, Musevilik’teki yaşamın Tanrının bir hediyesi olduğu anlayışına

⁴³³ Kutsal Kitap; sf. 1238.

⁴³⁴ U. SCHMIDT; “Euthanasia, Autonomy and Beneficence”, *Studia Theologica*, V. 56, 2002, sf. 135.

⁴³⁵ Aynı yer; sf. 135, 136.

dayanmaktadır. Fakat bunun ötesinde, ikinci önermesi ile intihar eylemi sadece ilahi bir yapının sorunu olmakla kalmamış, bunun ötesinde toplumsal bir mesele olarak da değerlendirilmeye tabi tutulmuştur.

Aydınlanma dönemiyle birlikte çeşitli eleştirilere maruz kalan bu yaklaşım, günümüzde Roma Katolik Kilisesi tarafından hala takip edilmektedir. 1980 yılında yayınlanan deklarasyonda şu anki Roma Katolik Kilisesi'nin konuya yaklaşımı ana hatları ile şu şekilde özetlenebilir: Vatikan kürtaj, intihar, soykırım, cinayet ve ötanaziye, deklarasyonun başında kişi yaşamına yönelmiş suçlar olarak kabul etmektedir. Vatikan'a göre, insan Tanrı'nın yapmış olduğu plana göre hayatına devam etmek zorundadır ve gerçek mükemmellik maddi dünyada değil ancak içsel olarak ulaşılabilecek bir durumu tarif eder. Bu nedenle kişinin intihara yönelmesi cinayete eş değer bir suç niteliği taşımaktadır. Dolayısıyla intihar eden kişinin, Tanrı'nın egemenliğini ve de sevgisine ilişkin planlarını reddettiği kabul edilmektedir.

Roma Katolik Kilisesi'ne göre ötanazi masum bir kişinin öldürülmesinden başka birşey değildir. Öldürülen insanın embryo, fetus, yeni doğmuş çocuk olması, yaşlı olması ya da ölümcül bir hastalığa tutulması farketmez ve hiçbirisinin öldürülmesine izin verilemez. Aynı zamanda, insanın da başka birinden kendisini öldürmesini istemesi ya da bu konuda yardım talep edilmesine izin verilmemektedir. Bu nedenle ne ötanazinin talep edilmesi ne de bu eylemin uygulanması Katolik inancına göre mümkündür.

Deklarasyonda ayrıca acı konusuna ve de özellikle yaşamın son döneminde çekilen acıya da değinilmiştir. Hristiyan öğretilerinde yaşamın son anlarında çekilen acılar, Tanrı'nın isteğine uymak ve kefarete çıkarmak olarak tanımlanırken, bu acıdan kaçmak yerine bizzat bu acıya katlanmak adeta övülerek anlatılmaktadır. Bu nedenle kişinin acıdan kaçması ve bunu bizzat hayatına son vererek yapması Katolik öğretinin deklarasyonda belirtildiği üzere kabul edebileceği bir davranış değildir.

Uygulanacak tedavi bakımından da bir ayırıma giden Vatikan, herkesin kendi sağlığını koruma konusunda bir yükümlülüğe sahip olduğunu ve de hastalık halinde iyileşmek için tıbbın imkanlarından yararlanması gerektiğini belirtirken, normal

tedavinin dışında kalan olağandışı yöntemleri kişilerin kabul etmeyebileceğini vurgulamaktadır. Deklerasyonun sonuç bölümünde ise, yaşamın bir Tanrı tarafından insana bir hediye olduğu belirtilirken ölümü hızlandırmaya çalışmanın yanlış olduğu üzerinde durulmuştur.

Ceninin dini değerlendirmesi konusunda olduğu gibi ötanazi konusunda da, Roma Katolik Kilisesi'nin dünya çapında sahip olduğu örgütlenme ve hiyerarşik yapısı nedeni ile meseleye ilişkin net yaklaşımını tesbit edebilme imkanına sahip olabilmekteyiz. Bu durum aynı zamanda ötanazi ile ilgili Katolik inancın savlarını dile getiren zengin bir tartışma platformunun da oluşmasına neden olmaktadır. Fakat bu netlik diğer mezheplerin aynı örgütlenmeye sahip olmamaları nedeni ile Katolik inancı dışında kalan diğer Hıristiyan mezheplerinin yaklaşımlarının tesbitinde sağlanamamaktadır.

Bununla birlikte, özellikle ötanazi konusunda genel olarak Hıristiyan dünyasının bu eylemi onaylayan bir yaklaşım ortaya koyduğunu söyleyebilmemiz mümkün değildir. Katolik düşüncüyü ifade ederken kullandığımız argümanlar büyük ölçüde diğer kiliseler tarafından da kabul edilmektedir.⁴³⁶ Ancak bu klasik yaklaşımın dışında kalan ve de özellikle protestan kiliseleri arasında ötanazi konusunda farklı yaklaşımların da dile getirildiği de görülmektedir.⁴³⁷

2-3-1-2-1-3 İslamiyet

İslam düşüncesine göre temel haklar, modern insan hakları anlayışından farklı olarak, kişinin özü itibarıyla sahip olunan ve de üzerinde hak sahibine tassaruf yetkisi tanıyan haklar değildir. İnsanın hayatta kalmasını ifade eden yaşama hakkı da, Allah'ın insanlara bahsettiği ve belirli kurallar çerçevesinde kullanımını insana devrettiği birer emanet hükmündedir. Dolayısıyla yaşama hakkı belirli sınırlar dahilinde kullanılabilen ve bu çerçevede kişinin kendi yaşamına son verebilme imkanının tanınmadığı bir haktır. İntihar büyük günahlar arasında sayılırken inancı

⁴³⁶Bkz. G. A. LARUE; Euthanasia and Religion, Hemlock Society, Los Angeles, 1986.

⁴³⁷Bkz. S. İNCEOĞLU; Ölüm Hakkı, sf. 87-91.

ve ameli ne olursa olsun bir insanın intihar etmesi ahirette büyük bir cezaya çarptırılacağı anlamına gelmektedir.⁴³⁸

İslamiyet'in temel kaynağı olan Kuranı Kerim'in Nisa Suresinde bu husus açık bir biçimde ifade edilmiştir:

Nisa Suresi 29-30; "...kendinizi öldürmeyin. Şüphesiz Allah, sizi esirgeyecektir. Kim düşmanlık ve haksızlık ile bunu yaparsa onu ateşe koyacağız; bu ise Allah'a çok kolaydır."⁴³⁹

Kuranı Kerim'e göre, bir insana hayat vermek adeta bütün insanlığa hayat vermek anlamına geldiği gibi bir cana kıymakta bütün insanların öldürülmesi ile eş değer bir günah olduğu belirtilmektedir. Bu ölçüde büyük bir günah olarak kabul edilen öldürme eylemi, ister eylem insanın kendisi üzerinde gerçekleşsin ister başkasının hayatı sona erdirilsin Allah'ın belirli bir amaç ve sınırlamalar çerçevesinde verdiği yaşama hakkı kişi tarafından kendisine verilen yetkinin aşılması anlamına gelmektedir. Başka bir ifade ile yaşamı veren Allah, onu almaya tek yetkili olduğu için öldürme eylemi aynı zamanda Allah'lık iddia etmesi manasını taşımaktadır.⁴⁴⁰

Kişinin kendi acılarından kurtulmak için hayatına son vermesi ya da birinin yardımı ile bu eylemi gerçekleştirmesi de intihar olarak değerlendirilmekte ve yasaklanmaktadır.⁴⁴¹ Zira İslamiyet'e göre yaşam içerisinde çekilen acılar kaçınılması gereken birer külfet değil aksine Allah'ın bizi sınamasından başka bir şey değildir. Bu nedenle Allah'tan umut kesilmeden sabırla ve sükunet ile çekilen acılar karşılanmalıdır. Örneğin Sâd Suresi'nin 40-44. ayetlerinde Hz. Eyüp'ün çekmiş olduğu ızdırap karşısında göstermiş olduğu sabırın nasıl takdirle karşılandığı belirtilmektedir.⁴⁴²

⁴³⁸ İlmihal, Cilt 2, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara, 1998, sf. 182.

⁴³⁹ 82.

⁴⁴⁰ Y. N. ÖZTÜRK; sf. 301.

⁴⁴¹ İlmihal; sf. 183, Y. N. ÖZTÜRK; sf. 301.

⁴⁴² S. S. SHAH; "Mercy Killing in Islam: Moral and Legal Issues", Arab Law Quartetly, V. 11, No.2, 1996, sf. 107-108.

Kuranı Kerim'in Nisa Suresi ile ifade edilen açık intihar yasağı ile ilgili olarak hadislerde de örnekler sözkonusudur. Örneğin, Hz. Muhammed uçurumdan atlayarak, zehir içerek veya öldürücü bir aletle yaşamına son veren kimsenin cehenneme gideceği ve sürekli olarak orda kalacağını belirtmiştir. Hatta kimi İslam Bilginlerine göre Hz. Muhammed'in intihar eden bir kişinin cenaze namazını kılmamasından yola çıkarak, bu kişilerin cenaze namazının kılınmayacağını iddia etmektedirler. Fakat genel kabul edilen görüşe göre intihar edenin cenaze namazı kılınır fakat bu sünnetten çıkarılabilecek tek sonuç devlet başkanının ölen kişinin cenaze namazını kılınmayacağı şeklindedir.⁴⁴³

Sonuç itibariyle İslam düşüncesine göre bir kişinin hayatına son vermek büyük bir günahdır. Ölüm vakası intihar ya da ötanazi şeklinde gerçekleşse de değişen bir durum sözkonusu değildir. Çünkü İslam inancına göre kişinin sahip olduğu haklar Allah'ın onlara vermiş olduğu emanetler olarak kabul edildiğinden, bu emaneti ortadan kaldıracak bir eylem Allah'lık iddiası anlamına geldiğinden en büyük günahlardan birisini teşkil etmektedir. Bu durumda istisnası sözkonusu değildir. Kişi yaşamının son aşamasında olsa da bu aşama hastalık nedeni ile büyük acılarla geçse de İslam dini mensuplarına hayatta kalma konusunda çaba göstermeyi emretmektedir. Çekilen acılar bir sınav niteliği taşıdığından, Allah'ın verdiği yaşamdan vazgeçilmesi aynı zamanda ona olan güvenin sona erdiği anlamına geleceğinden kabul edilemez.

2-3-1-2-1-4 Budizm ve Hinduizm

Budizm öğretisinde intihar ya da ötanazi meselelerinin nasıl bir ahlaki değerlendirmeye tabi tutulduğu tartışmalı bir konudur. İnanç sisteminin temel kaynaklarında bu konular çok açık bir biçimde düzenlenmediğinden ve farklı yorumlanabilecek kimi unsurlar sözkonusu olduğundan, intihar ve ötanazi gibi kişinin kendi yaşamına son vermesi hallerinin yazarlar tarafından farklı değerlendirmelere tabi tutulduğu görülmektedir.

⁴⁴³ İlmihal; sf. 183, 184.

Budismin insan yaşamına vermiş olduğu önem, ilk ahlaki kuralın insan öldürme eylemine ilişkin olmasından anlaşılabilir. Bu kurala göre bir Budistin işleyebileceği en önemli suç, bir insanın hayatına son vermesidir. Bunun yanında Budist rahiplerin uyması gereken temel kurallardan üçüncüsü, bilince ulaşmış herhangi bir kişinin ölümüne göz yummak büyük suçlardan sayılmış ve bu kuralın çiğnenmesi eylemi rahiplikten ve de kutsal yaşamdan atılma yaptırımına bağlanmıştır. Budismin önemli prensiplerinden birisi olan zarar vermeme kuralının birer görünümü olan sözkonusu kriterler, yapılan bazı yorumlara göre kişinin kendisine zarar vermesi anlamına gelen intihar da kapsamaktadır. Bunun yanında hayatı kısaltmanın açıkça reddedildiği Budist inancında intiharın ya da ötanazinin kabul edilebilmesi genel kabul gören anlayışa göre mümkün değildir.⁴⁴⁴

Bununla birlikte ölüm vakası Budist inancına göre bir son değil sadece bir geçiş anlamına gelmektedir. Başka bir ifade ile ölüm yeni başlayacak olan bir yaşama geçiş evresini temsil etmektedir. Fakat Budisme göre ölümün gerçekleşme anındaki zihni durum, bir nevi vakanın önüne geçen bir önem arz etmektedir. Zira yeni yaşamın iyi ya da kötü biçimde şekillenmesi, büyük ölçüde ölüm anında kişinin yalın bir zihne sahip olmasına bağlıdır. Buradan yola çıkılarak yapılan yorumda, isteme bağlı olarak yapılan ötanazi, kötü yalın olmayan bir durumda olduğunu göstermektedir. Fiziksel acının yanında zihinsel acının da ortaya çıkması sözkonusu olacağından intihar ya da ötanazinin uygun bir hareket olamayacağı ileri sürülmektedir.⁴⁴⁵

Ölüm yeni bir hayatın başlangıcı olduğu için herhangi birşeyden kaçış anlamına gelmemektedir. Bu anlayışa dayanan ilk dönem Budist toplumlar, insanın kendi hayatına son vermesini uygun olmayan birer eylem olarak kabul etmişler ve yasaklamışlardır. Fakat Budist metinlerinde özellikle Buda'nın, gerçekleşen 3 ötanazi eylemini bir şekilde maruz gördüğü anlatılmaktadır. Bu metinleri yorumlayan yazarlardan bir grup, intihar ya da ötanazinin en azından toplumun belirli bir kesimi için uygun bir eylem olarak kabul edildiğini iddia etmektedirler.

⁴⁴⁴ D. KEOWN; "Suicide, Assisted Suicide and Euthanasia: A Buddhist Perspective", *Journal of Law and Religion*, Vol:13, No: 2, 1988-1999, sf. 390-399,

⁴⁴⁵ C. BECKER; "Buddhist View of Suicide and Euthanasia" *Philosophy East and West*, Vol. 40, No: 4, 1990, sf. 546, 547.

Buna göre normal insan özelliklerinden sıyrılan ve aydınlanmış olduğu kabul edilen kişilerin kendi hayatlarına son vermeleri, Budisme göre yanlış bir eylem değildir. Fakat intihar ya da ötanazi eğer aydınlanmamış bir kişi tarafından gerçekleştiriliyorsa, bu Budist inancında yeri olmayan bir eylemdir. Ancak intiharın toplumun sadece belirli kesimleri tarafından uygulanabileceği şeklinde geliştirilen bu düşünce büyük ölçüde eleştiri toplamış ve tartışma yaratmıştır.⁴⁴⁶

Özetle, kişinin kendi hayatına son vermesi genel kabul gören yaklaşıma göre Budist inancında uygun bir davranış değildir. Fakat meselenin çok açık bir biçimde Budist metinlerinde ele alınmamış olması ve de özellikle Buda'nın 3 intihar vakası için olumsuz bir yaklaşım ortaya koymaması, konu ile ilgili olarak farklı yorumların yapılmasına neden olmaktadır.

Bir başka uzak doğu kökenli din olan Hinduizm'de de ötanazi ya da intihar konusuna ilişkin tek bir anlayışın olduğu söylenemez. Bir yazarın ötanazi konusundaki yorumuna göre, Hinduizm inancı, hukuka konu olan meselelerde kişinin bireysel tercihinin saygı duyulmasını öngörmektedir. Teolojik bir dogmanın oluşmadığı bu konuda, Hinduizmin meseleye yaklaşımı farklı yorumlara tabi tutulmamaktadır.⁴⁴⁷

Bununla birlikte genel olarak kabul edilen yaklaşıma göre intihar reenkarnasyonun ölüm ve yeniden doğum döngüsünü bozması nedeni ile tasvip edilmemektedir. Fakat bu durumun tek bir istisnası sözkonusudur o da, prayovesa olarak adlandırılan ölüm orucu eylemidir. Bu eylem intihar olarak kabul edilmemektedir ve herkesin başvurabileceği bir yöntem değildir. Sadece ruhani bakımdan üstün konuma gelmiş kişiler belirli şartlar altında ölüm orucu tutabilir. Eylemin niteliğinin şiddet içermemesi, ölümün doğallığını sağladığından gelenekselleşen Hindu inancına da aykırılık oluşturmamaktadır.⁴⁴⁸

Bunun dışında ötanaziyi onaylayan yaklaşımlar da ileri sürülmüştür. Acı çeken bir kişinin bu ızdırabını dindirmek iyi bir eylem olarak adlandırılmakta ve

⁴⁴⁶ Tartışma için bkz. D. KEOWN; sf. 385-405.

⁴⁴⁷ G. A. LARUE; sf. 133.

⁴⁴⁸ Bkz. <http://www.bbc.co.uk/religion/religions/hinduism/hinduethics/euthanasia.shtml>

bunu gerçekleştiren kişinin ahlaki vazifesini yerine getirdiği varsayılmaktadır. Ancak intihar konusunda kabul edilen yaklaşım yani ölüm ve yeni yaşamın başlama döngüsünün bozulması, ötanaziye karşı olanların kullandıkları en önemli argüman olarak ön plana çıkmaktadır.⁴⁴⁹

2-3-1-2-2 Tıp Etiği Bakımından Ötanazi

Tıp etiği bakımından ötanazinin değerlendirilmesini yapabilmek için konuyu iki temel alana bölmemiz gerekmektedir. Bu alanlardan ilki pasif ötanazi olarak adlandırılan ve de kişinin tedaviyi reddetmesi karşısında hekimin bu tercihe saygı duymasını içeren uygulamadır. İkincisi ise hekimin kişinin ölme isteğine bir eylemi ile dahil olmasını ifade eden aktif ötanazi. Bu ayırımın ikinci bölümüne hekimin doğrudan hastanın ölümüne neden olan eylemi gerçekleştirmesini tanımlamayan ama eylemin meydana gelmesinde yardımının sözkonusu olduğu yardımcı intihar kavramı da konulabilir. Ötanazinin tıp etiği bakımından ne anlam ifade ettiğini gösterebilmek adına böyle bir ayırımı yapmamızın temel nedeni; ilk grup için neredeyse tartışmasız ortak bir etik anlayışının varlığından bahsedebilmemize karşın, ikinci grupta yer alan eylemler bakımından hekimlerin ortaya koyacağı eylemlerin etik değerlendirmesi bakımından aynı şeyleri söylememizin mümkün olmamasıdır.

Kişinin kendisine uygulanması planlanan bir tedaviyi kabul etmeyebileceği ve de hekimin bu tercihe saygı göstermesi gerektiği şeklinde biçimlenen prensip, neredeyse günümüz modern tıp etiğinde herkes tarafından kabul edilen bir ilkedir. Bu ilkenin bir diğer önemli unsuru ise, tedaviyi reddeden hastanın, tedavi uygulanmadığı takdirde ne gibi sonuçların ortaya çıkacağı hakkında hekim tarafından bilgilendirilmesidir. Elbette bu zincirin en son ve de belki de en önemli halkasını, tedaviyi reddetme hakkına sahip olan hastanın sözkonusu durumu anlayabilecek durumda olması, daha hukuki bir yaklaşımla konuyla ilgili hekim tarafından bilgilendirilen hastanın bu kararı verirken temyiz kudretine sahip olması sağlıklı kararlar verebilecek durumda olması gerekmektedir.

⁴⁴⁹ Aynı kaynak.

Kişinin tedaviyi reddetmesi ise kimi durumlarda ölümü muhtemel ölümü yakınlaştıran ya da doğrudan ölümü getiren bir nitelik arzedebilir. Dolayısıyla, kişinin kendisine önerilen tedaviyi kabul etmemesi ve de hekimin, hastanın yapmış olduğu bu tercihe saygı duyulmasının bir zorunluluk olarak ifade edildiği bu prensip, aynı zamanda pasif ötanazinin de kabul edilmesi anlamına gelmektedir. Bu prensip, tıp etiğine ilişkin olarak kabul edilen uluslararası belgelerde de sıklıkla yer alan bir ilke olarak belirlemektedir.

1981 yılında Dünya Tabipler Birliği tarafından Lizbon'da yayınlanan deklarasyonun 3. maddesi "Hasta, yeterli ölçüde bilgilendirildikten sonra tedaviyi kabul ya da ret etme hakkına sahiptir" ifadesi ile yukarıda belirtmiş olduğumuz prensip dile getirilmiştir. 1995 yılına gelindiğinde ise Lizbon Deklarasyonu, Endonezya'nın Bali kentinde yapılan Dünya Tabipler Birliği toplantısında genişletilmiştir. Bu toplantı sonucunda kabul edilen belgenin 3. maddesi; kendi kaderini belirleme başlığını taşımaktadır. Bu hak üç madde altında biçimlendirilirken, ilk maddede hastanın kendi hakkında özgürce karar verebileceği ve de kendi kaderini tayin edebileceği belirtilmekte; hekime ise yapılan tercihler konusunda hastaya bilgi verme görevi yüklenmektedir. İkinci madde ise daha açık biçimde zihinsel yeterliliği olan erişkin bir hastanın herhangi bir tanı veya tedaviye yönelik girişimi onaylama veya kabul etmeme hakkına sahip olduğu vurgulanmaktadır. Son maddede ise hastanın klinik çalışmalara veya tıp eğitimine katılmayı reddetme hakkı olduğu belirtilmektedir. 2005 yılında Şili'de gerçekleştirilen toplantıda revize edilen deklarasyonun hastanın kendi kaderini belirleme hakkı ile ilgili bir değişiklik yapılmamıştır.

1994 yılında Birleşmiş Milletler Dünya Sağlık Örgütü'nün himayesinde kabul edilen Avrupa'da Hasta Haklarının Geliştirilmesi Deklarasyonu, yine kendisine önerilen tedaviyi kabul etme bakımından hastanın özgürlüğüne vurgu yapmaktadır. 36 ülkenin imzalamış olduğu ve Hollanda'nın Amsterdam kentinde kabul edildiği için Amsterdam Deklarasyonu olarak da bilenen metnin 3. maddesi onay başlığını taşımaktadır. Bu başlık altında bilgilendirilmiş hastanın kendisine uygulanan tedaviyi

durdurma ya da kendisine önerilen tedaviyi reddetme hakkı olduğu ifade edilmektedir.⁴⁵⁰

Görüldüğü üzere, pasif ötanazinin çekirdeğini oluşturan zihinsel yeterliliğe sahip, bilgilendirilmiş hastanın kendisine önerilen tedaviyi reddetme ya da kendisine uygulanan tedaviyi durdurma hakkı, başta tıp etiği bakımından en önemli yapılardan birisi olan Dünya Tabipler Birliği olmak üzere çeşitli uluslararası girişimler tarafından savunulmaktadır ve günümüz modern hukuk sistemlerinin çok büyük bir bölümü bu anlayışı hukuk sistemlerine adapte etmişlerdir.

Bir hekimin aktif ötanazi uygulaması ya da intihara yardım etmesi, genel kabul gören anlayışa göre tıp etiğine aykırılık teşkil eden eylemlerdir. Bu yaklaşımın kaynağı tarihsel olarak baktığımızda Hipokrat'a kadar uzanmaktadır. Hekimlerin göreve başlamadan önce ettikleri Hipokrat yemininde “Ne isteyenlere, ne de kendiliğimden kimseye zehir vermeyeceğim ve böyle bir şeyi önermeyeceğim” ifadesi yer almaktadır. Millattan önce 5. yüzyıla dayanan bu yemin hala hekimlik mesleğinin temel prensiplerini içermesi bakımından önem taşımaktadır ve yukarıdaki söylemi ile de hekimin hastasının ölümüne ne şart altında olursa olsun bilerek sebebiyet vermesi yasaklanmaktadır.

Tıp etiği bakımından modern dünyaya baktığımızda ise, hekime yüklenen etik görevin büyük ölçüde takip edildiği görülmektedir. Pasif ötanazi konusunda referans olarak kullandığımız Dünya Tabipler Birliği'nin bu konudaki deklarasyonu bu durumu açıkça ortaya koymaktadır. 1987 yılında Madrid'de kabul edilen ve de 2005 yılında Fransa'daki toplantıda tekrar teyit edilen deklarasyon şu ifadeleri içermektedir: “Bir hastanın yaşamını, kendi ya da çok yakınlarının izni olsa dahi sonlandırmak anlamına gelen ötanazi etik bir eylem olarak kabul edilmemektedir. Bu durum hekimi hastalığının son döneminde olan bir hastanın doğal ölüm süreci ile ilgili isteğine saygı göstermekten alıkoymaz.”

Aktif ötanazinin yanısıra Dünya Tabipler Birliği, hekim yardımı ile gerçekleştirilen intihar vakalarının da tıp etiği ile uyuşmadığı bir beyanname ile ifade

⁴⁵⁰ Yukarıda sayılan belgelerin Türkçe metinleri için bkz. <http://www.saglik.gov.tr/extras/hastahaklari/mevzuat.htm>

edilmiştir. 1992 yılında İspanya'da gerçekleştirilen 44. genel kurulda kabul edilen ve de daha sonra 2005 gerçekleştirilen Fransa'daki toplantıda tekrar teyit edilen bildiride, şu ifadelere yer verilmiştir: "Hekim yardımı ile gerçekleştirilen intiharlar da aynı ötanazi gibi tıp etiğine uymayan bir eylemdir ve de tıp mesleğinde olanlarca hiçbir zaman uygulanmamalıdır. Hekimin, bir kimseye yaşamını sona erdirmekte bilerek ve kararlı bir biçimde yardım etmesi etik dışıdır. Fakat hastanın tedaviyi reddetmesi temel bir hak olup, hekimin hastanın bu arzusunun hürmet etmesi sonucu hastanın ölümü olsa bile etik olmayan bir davranış sayılmaz." Görüldüğü üzere, her iki bildiri de terim olarak ötanazi kavramını kullansa da, bu metinlerde asıl kastedilen uygulama aktif ötanazidir. Bu metinler ile pasif ötanazinin tıp etiği bakımından meşru eylemler olduğu da tekrar teyit edilmiş olmaktadır.

Gerek aktif ötanazi gerekse hekim yardımı ile intihar eylemleri, modern hukuk düzenlerinin tamamına yakın bir bölümünde suç olarak kabul edilmekte ve aynı zamanda tıp camialarında da etik dışı uygulamalar olduğu benimsenmektedir. Fakat 20. yüzyılın ikinci yarısında itibaren sözkonusu geleneksel anlayışın çok daha ciddi bir biçimde sorgulanmaya başlandığı ve de hekimler tarafından da aktif ötanazinin ya da hekim yardımı ile gerçekleştirilen intihar eylemlerinin tıp etiği ile uyum gösterdiği iddiaları ileri sürüldüğü görülmektedir. Örneğin Hollanda Tabipler Birliği, bu uygulamaların tıp etiği ile çelişmediğini öne sürerken hangi şartlar altında ötanazinin ya da hekim yardımı ile intiharın yapılabileceğine ilişkin etik kurallar belirlemiştir. Günümüzde Hollanda'nın öncülüğünde gerçekleşen sözkonusu yeni yaklaşım, aktif ötanazi ve de hekim yardımı ile intiharın tıp etiğine aykırı uygulamalar olduğunu savunan geleneksel anlayışta bir takım sapmaların olabileceğini göstermesi bakımından önemlidir.

2-3-1-2-3 Seküler Yaklaşımlar ve İnsan Hakları Boyutu

Bu başlık altında ele alacağımız üç yaklaşım hak sahibinin yaşam hakkı üzerindeki tasarruf yetkisine ilişkin olarak yapılan yorumların temelini oluşturmaktadır. İlk yaklaşım olan yaşamın kutsallığı tezi, hak sahibinin tasarruf yetkisini bütünüyle reddederken, diğer iki ahlaki yaklaşım yani kişi otonomisi ya da özerkliği ve de faydacı yaklaşım kişinin kendi yaşam hakkı üzerinde kimi durumlarda tasarruf yetkisine sahip olması gerektiğini savunmaktadır. Bu bölümde

ele alacağımız yaklaşımlar, sadece konu ile ilgili genel argümanı belirleme amacına yönelik olduğundan, kullanacağımız yöntem temel yaklaşımları belirli yazarların düşünceleri doğrultusunda açıklamakla sınırlı olacaktır.

2-3-1-2-3-1 Yaşamın Kutsallığı Tezi

Kişinin kendi yaşamı üzerinde tassarruf yetkisini kabul etmeyen yaşamın kutsallığı tezinin kökenini her ne kadar dinlere dayandırılrsa da, aynı savın seküler tabanlı versiyonu çeşitli düşünürler tarafından da dile getirilmiştir. Bunun ötesinde, en azından lafzen yaşam hakkının vazgeçilmez ve dokunulmaz olduğu iddiası pozitif hukuk metinlerine aktarılırken, bu girişimin esasını da yaşamın kutsallığı tezinin seküler görünümü oluşturmaktadır. Modern insan hakları anlayışının başlangıcından itibaren kendisini gösteren bu yaklaşımın izleri günümüz pozitif hukuk düzenlerinde kendisini çeşitli şekillerde göstermektedir.

Bu fikre yaşam kendi başına bir kutsiyet taşımakla birlikte, yaşama bu özelliğini katan şey, biyolojik olarak varlığını sürdürmek değil, aksine sözkonusu biyolojik yaşama sahip olan varlığın yani insanın kendine has olan kimi nitelikleridir. Dolayısıyla, bir karıncanın ya da çok daha karmaşık ve insan organizmasına benzer özellikler gösteren maymunların insan gibi bir yaşama sahip olmalarına karşın, insana özgülenen kimi niteliklere sahip olmamaları nedeni ile bu kutsiyetten nasiplerini alamamaktadır. Bu nedenle sadece hayvanlar değil fakat bunun yanında bitkilerin sahip oldukları yaşamın da bu kutsallıktan yararlanabildiğini söyleyebilmemiz mümkün değildir. Aydınlanma döneminin insanı merkez alan anlayışının bir yansıması olan bu düşünce, insanı diğer canlılar arasında ayrı ve ayrıcalıklı kategoriye koyarken, aynı zamanda bireyin kendi yaşamı konusunda yapabileceği tasarrufları da kısıtlamaktadır.⁴⁵¹

Örneğin Türk Hukuk Öğretisinde Yaşam Hakkı ile ilgili çalışmalara sahip olan Bahri Savcı, insanın doğadaki diğer canlılardan ayırmak için irade kıstasını

⁴⁵¹İnsanın diğer hayvanlardan farklı bir kategoride değerlendirilmesini eleştiren günümüz düşünürlerinden Peter Singer, bu anlayışı tür ayrımcılığı olarak yorumlamaktadır. Bkz. P. SINGER; , Yaşamın kutsallığı tezinin farklı gerekçelere dayanılarak fakat seküler yaklaşım doğrultusunda ileri sürülemesine örnekler için bkz. J. GLOVER; Causing Death and Saving Lives, Penguin Books Ltd., London, 1977, sf. 39-59.

kullanmaktadır. Yazarın deyimi ile insan doğanın irade dolu bir birimi, hatta tek birimidir. İnsanın haklara ve borçlara sahip olabilmesini bu özelliğe bağlayan Savcı, sözkonusu yaklaşımı ile insan hakları öğretisinin kapsamını kişi kavramı ile sınırlandırmaktadır.⁴⁵²

Yazar, kişiliğe bağlı somut temel hak olarak “Bireysel Kişilik Hakkı” kavramını kullanmaktadır. Buna göre de ilgili hakkın ilk ögesini beden bütünlüğü oluşturur ki; bu bütünlük bireyin biyolojik, fizyolojik, maddi bir varlık olarak düşünülmesinden ortaya çıkar. Fakat bu bütünlüğün içerisinde yer alan ögeler arasında hiyerarşik olarak en üst noktada kişinin yaşamına devam etmesi gelmektedir.⁴⁵³

En yüce varlık olarak tanımlanan insanoğlunun sahip olduğu bu yaşam, yazara göre, en temel hak ve en temel özgürlüğü oluşturmaktadır. Bu hak o kadar temeldir ki; insanlık niteliklerinden çözülemez. İnsan kendisi istese bile bu hakkından vazgeçemez. Başka bir ifade ile ne vazgeçilebilir ne de sınırlandırılabilir bir niteliği sözkonusudur. Zira yaşam hakkı bir özden ibaret olduğundan herhangi bir sınırlamaya tabi tutulamaz. Yaşam hakkını tek hücreli bir canlılığa benzeten yazar, onun herhangi bir yerine karışma, bir sınırlama getirilecek olursa, sözkonusu bütünlük bozulacaktır. Sınırlama yapılamaya çalışılması, bir sınır doğurmayacak, aksine tüm hakkı ortadan kaldıracaktır. Bu nedenle diğer tüm haklar ancak bu özün sınırına kadar gelebilir fakat ötesine geçemez.⁴⁵⁴

Görüldüğü üzere bu anlayış büyük ölçüde kişiyi kendi başına bir ve belki de tek değer olarak kabul etmekte; ve bu nedenle de yaşam hakkının ne hak sahibi tarafından ne de başkaları tarafından herhangi bir sınırlamaya tabi tutulamayacağı prensibi esas alınmaktadır. Hukuk tarafından korunması gereken en üstün menfaat olarak beliren yaşam hakkının herhangi bir başka menfaat için sınırlandırılması ya da yazarın ifadesine göre bir öz olan yaşam hakkının ortadan kaldırılması sözkonusu olamaz. Zira, önce yaşam vardır ve diğer hakların kullanılabilmesi için kişinin ilk başta hayatta olması gerekmektedir. Dolayısıyla yaşam hakkı, maddi, fiziksel-

⁴⁵² B. SAVCI; sf. 6.

⁴⁵³ Aynı eser; sf. 8.

⁴⁵⁴ Aynı eser; sf. 12, 13.

biyolojik bir yapı olarak dünyaya gelen insanın, moral-entellektüel bir nitelik ile de gelişerek bir gerçeklik kazanabilmesinin ilk koşulu olarak belirlemektedir.⁴⁵⁵

Bu noktaya kadar seküler anlayış içerisinde tanımlamaya çalıştığımız yaşamın kutsallığı argümanı, kişinin diğer hak ve özgürlüklerinin kullanımı için yaşam hakkının kilit önemine yaptığı vurgu ile dikkat çekmektedir. Fakat bu anlayışın fonksiyonel anlamı sadece kişinin özgürlüklerini korumakla kendisini göstermemekte, aynı zamanda yaşam hakkın “kutsal” olarak nitelendirilmesi, hakkın korunmasının toplumsal menfaatler bakımından da bir zorunluluk olduğu iddialarını da içermektedir. Bu nedenle hakkın varlığı ve koruduğu değer sadece hak sahibi bakımından bir anlam taşımamakta, bunun yanında toplumsal değer ve menfaatlerin de ilgi alanına girmektedir. Bunun sonucunda da, hakkın vazgeçilmezliği ilkesi ön plana çıkmaktadır.

Bu yaklaşımın ilk gerekçesi, bir kişinin ölümü, sadece ölen kişiyi değil fakat aynı zamanda toplumdaki diğer kişileri de etkilemesidir. “Side-Effects” olarak ifade edilen bu etki, özellikle ölen kişinin yakın çevresi bakımından önem arz etmektedir. Örneğin bir kişi öldüğü takdirde bu ölüm olayının tek sonucu bir insanın hayatının sona ermesi değildir. Ölen kişinin eşi, anne ve babası ya da arkadaşları, sevidikleri bu insanın kaybı nedeni ile üzüntü duyacaklardır. Çocukların annesiz ya da babasız büyümeleri gibi olumsuz sonuçların ortaya çıkması sözkonusu olabilecektir. Kişinin yakın çevresi dışında, genel olarak toplum bakımından da olumsuz bir etkinin meydana gelebileceği, yaşamın kutsallığını savunan görüş içerisinde ileri sürülmektedir. Zira bir kişinin ölümü, o toplumun kişinin katabileceği katkıları da kaybedeceği anlamına gelmektedir.⁴⁵⁶

Nitekim sözkonusu yaklaşımın iç hukuk düzenlerinin yorumunda da çeşitli yazarlar tarafından kullanıldığını görmekteyiz. Örneğin özellikle Amerikan Hukuku’nda ölüm orucu ya da açlık grevlerine müdahalenin hukuki meşruiyetini sağlamak adına eylemcinin ailesinin ve de toplumun olası ölümün gerçekleşmesi halinde olumsuz bir biçimde etkileneceği savunulmuştur. Türk Hukukunda da benzer

⁴⁵⁵ Aynı eser; sf. 13.

⁴⁵⁶ J. GLOVER; sf. 39, 40.

yaklaşımların ileri sürüldüğü görülmektedir. Örneğin Soyaslan, yaşam hakkını tanımlarken, bu hakkın bünyesinde barındırdığı ödev ve sorumluluklarla birlikte değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Yazar Anayasanın 12. maddesini temel alarak yorumladığı yaşam hakkını, vazgeçilmez olarak tanımlarken, kişinin sadece ve sadece kendisi için yaşamadığını, aynı zamanda ailesi ve toplum için hayatına devam ettiğini söylemekte, bu nedenle de kişinin ailesi ve topluma karşı yaşamını devam ettirme borcunu yerine getirmekle yükümlü olduğunu iddia etmektedir.⁴⁵⁷

Yaşamın kutsallığı tezi, her ne kadar, öldürülen kişinin iradesine dayansın ya da dayanmasın kişilerin öldürülmesi eylemini yanlış olarak kabul etse de, örneğin meşru müdafaa neticesinde meydana gelen ölümler gibi bazı istisnaların da genel olarak bu sav altında meşru olarak kabul edildiğini söyleyebiliriz. Başka bir ifade ile bazı durumlar ölen kişinin yaşamda kalma menfaatinden ve hatta eğer bu hakkı topluma karşı bir ödev olarak da algılayacak olursak toplumun kişinin hayatta kalması menfaatinden daha üstün tutulduğunu görmekteyiz. Ancak bu menfaat tartışında genel eğilim, kişinin kendi hayatını sona erdirme konsundaki menfaatinin ağır basmadığı yönündedir. Özellikle aktif ötanazinin pozitif hukuka girmesine karşı çıkanların söylevlerinde ön plana çıkan bu husus aşağıda saymaya çalışacağımız argümanlarla desteklenmeye çalışılmaktadır.

Aktif ötanaziye ve de bu uygulamanın yasalaşmasına karşı çıkanların en önemli ve belki de en ünlüsü, “slippery slope” kavramı altında ileri sürülen düşüncelerdir. Bu kavram esasen bir vakanın, bir eğilimin ya da bir uygulamanın yöneldiği esas amaç dışında istenmeyen sonuçlar doğurmasını ifade etmek için kullanılmaktadır. Aktif ötanazinin yasallaşması ile de istenmeyen ve insan yaşamını tehdit edebilecek kimi istenmeyen sonuçların doğabileceği ileri sürülmektedir. Dile getirilen tehlikelerden birisi; ilk başta sadece acı çeken umutsuz hastaların bu ızdıraplarını dindirmek için hukukun kişilerin kendi istemleri doğrultusunda öldürülmelerine izin verilirken, öldürmenin daha sıradan bir uygulama olarak kabul edilerek, uygulama alanının genişletilmesi tehlikesidir. Bir diğer argüman ise, aktif

⁴⁵⁷ D. SOYASLAN; “Türk Hukuk Düzeni ve Açlık Grevi Yapan Kişilere Müdahale Sorunu”, sf. 273.

ötanazinin tanınması ile birlikte insan yaşamına verilen geleneksel önemin zamanla tahrip olacağı endişesidir.⁴⁵⁸

Ancak daha düşünsel planda kalan bu yaklaşımların yanında, uygulamaya ilişkin çeşitli tehlikeler dile getirilmiştir. Bu tehlikeler kısaca, aktif ötanaziye izin verilmesi ile uygulamanın istismar edilmesidir. Örneğin, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, ülke gözlemlerinde ötanaziye yasalaştırmayı planlayan ülkelere yaşam hakkının niteliğinden ziyade, uygulamanın istismara açık olması nedeni ile uyarılarda bulunmuştur.

Aktif ötanazinin yasallaşması ile birlikte ortaya çıkabilecek ilk sorun, irade dışı ötanazi uygulamalarının meydana gelmesidir. Bu yasal düzenlemeler ile büyük ölçüde üzerinden gelinebilecek bir sorun gibi gözükse de, aktif ötanazi hakkına sahip olabilen bir hastanın üzerinde oluşturabileceği baskı, hasta istemese de sırf ailesinin maddi ve manevi çıkarlarını düşündüğünden ötanazi uygulanmasını talep edebilir. Zira eğer hayatta kalma iradesini ortaya koyacak olursa, bu takdirde, ailesi için yoğun bir maddi külfetin ortaya çıkması sözkonusu olabilir ve bu durum hastayı ötanaziye zorlayabilir.

Aktif ötanazinin uygulanmasına karşı olanların ileri sürdükleri bir diğer argüman ise, tıbbın hergün gelişim kaydetmesini kendisine taban oluşturmaktadır. Buna düşünceye göre, tıbbın bütün imkanları kullanılarak kişinin daha fazla yaşaması sağlanmalıdır ki; gelişen bu bilim her an hastalıkları tedavi edecek yeni uygulamalar keşfetmekte ve insanlar hastalıktan kurtarılabilir. Dolayısıyla az bir şans olarak ifade edilse de kişinin bu şansını kullanması gerektiği ileri sürülmektedir. Ayrıca kimi durumlarda en beklenmedik hastalıkların seyrinde olumlu gelişmelerin yaşanması ve umutsuz hastaların iyileşme örnekleri bu savı desteklemek için kullanılan diğer argümanlardır.⁴⁵⁹

⁴⁵⁸ J. RACHEL; "Euthanasia", sf. 60,61.

⁴⁵⁹ J. RACHELS, "Euthanasia"; sf. 54, 55.

2-3-1-2-3-1 Kişi Otonomisi

Ötanazi ya da yardımcı intiharın pozitif hukuk tatarafından meşru birer eylem olarak tanımlanması yönündeki talebin altında yatan temel argüman otonomi veya başka bir ifade ile kişisel özerkliliktir.⁴⁶⁰ Kavram, aşağıda görüleceği üzere, çok farklı tanımlamalara konu olması nedeni ile içerik bakımından herkesin üzerinde uzlaştığı bir muhtevaya sahip sahip değildir. Fakat yine de çok genel ama genel olması nedeni ile eksik bir tanımlama olduğunu gözden kaçırmayarak bir çerçeve çizmeye çalışırsak; kişisel özerklik ya da kişisel otonomi günümüzde kişinin kendi hayatının seyrini etkileyecek karar ve eylemlerde, bizzat kişinin kendisinin karar verebilmesi durumu olarak ifade edebiliriz. Bu bağlamda dışardan gelecek baskı ya da etkilerden bireyin bağımsız olması anlaşılmaktadır.⁴⁶¹ Self determinasyon olarak da ifade edilen bu kavramın değeri, kişilerin kendi “iyi yaşam” kavramı dahilinde hayatlarını şekillendirmesini ve en azından hukuk içerisinde ve diğer kişilerin sınırlarını geçmeden bunu gerçekleştirilebilmesinin gerekliliğine işaret etmesinden kaynaklanmaktadır. Zira bir taraftan kişi, kendi yaşamı ile ilgili vereceği kararlarda bizzat sorumluluğu üzerine almış olacak, diğer taraftan da insan değerinin ya da onurunun temel görünümü olan kişinin kendi hayatını şekillendirmesi unsuru gerçekleşmiş olacaktır.⁴⁶²

Biraz önce de belirttiğimiz üzere otonomi kavramının içeriğine ilişkin farklı düşüncelerin dile getirildiği görülmektedir. Özellikle kişisel özerk hareketin unsurlarının neler olduğu, hangi durumlarda özerk bir davranışın varlığından bahsedilemeyeceği, kişinin kendi yaşamına ilişkin olarak vermiş olduğu karara karşı yapılan müdahalelerin ne zaman meşru sayılabileceği ve de özellikle devletin kişisel özerklik karşısındaki konumunun ne olması gerektiğine yönelik sorulara verilen

⁴⁶⁰ İlk olarak Antik Yunan’da dile getirilen bu kavram “Auto” ve “nomos” kelimelerinin birleşiminden türetilen bileşik bir kelimedir. Nomos hukuk anlamına geldiğinden kendi hukukunu yapan ya da kendi dışındaki otoriteden bağımsız olmayı ifade etmektedir. Kavramın ifade edilişi millattan önce 5. yüzyılda toplumun dış ve iç ilişkilerden bağımsızlığı ve de kendi hakkında karar verebilmesi anlamında kullanılmıştır. Bazen özgürlük (eleutheria) kavramı ile eş anlamlı olarak dile getirildiği de belirtilmektedir. Bkz. S. LAKOFF; “Autonomy and Liberal Democracy”, *The Review of Politics*, Vol. 52, No: 3, 1990, sf. 388.

⁴⁶¹ M. OSHANA; “How Much Should We Value Autonomy?”, *Social Philosophy & Publicity*, 2003, sf. 100.

⁴⁶² D. W. BROCK; “Voluntary Actice Euthanasia” *Hastings Center Reports*, Vol. 22, Issue 2, 1990 sf. 10.

yanıtlar, kişisel özerkliğe konu olan her eylem gibi kişinin kendi yaşamına sona vermesi hususunda da geniş bir düşünce yelpazesinin oluşmasına neden olmaktadır. Dile getirmeye çalıştığımız bu sorular elbette tüketici olarak sayılmamıştır ve yeni sorular da bu listeye eklenebilir. Ancak hangi soruyu bu listeye ekleyecek olursak olalım, muhtemelen bu soruların temelinde kişisel özerklik ile birlikte anılan ve onunla çelişen paternalizm kavramı bulunacaktır.

Paternalizm, kişinin kendi eylemleri nedeni ile uğrayabileceği ciddi zararlardan koruması ya da kişiye belirli bir fayda sağlayabilmek adına, bireyin özerkliğinin kısıtlanması anlamına gelmektedir. Buna göre paternalist bir davranış, kişinin kendi yararı için fakat onun iradesine aykırı bir biçimde özerkliğinin kısıtlanmasıdır ve bu bu kısıtlamanın meşru sayılabilmesi için, kişinin kendisine ciddi bir zarar vermesi ya da kendi menfaatlerini ciddi bir biçimde tehlikeye atma durumunun olması gerekmektedir.⁴⁶³ Bu çerçevede kişinin kendi hayatına ilişkin olarak vereceği kararlar eğer onun ciddi bir zarara maruz kalmasına neden olacaksa ya da menfaatleri tehlikeye girecekse, kişinin yapmış olduğu bu tercihe müdahalede bulunulabilir. Doğal olarak 3. kişinin kendi yaşamına ilişkin vereceği bir karara müdahale sözkonusu olduğunda ilk akla gelen kişi devlettir ve devletin ne zaman bu eyleminin hukuka uygun olduğu da tartışmanın esas kaynağını oluşturmaktadır. Şimdi kişi özerkliğinden kaynaklanan hareketler karşısında devletin nasıl bir tavır takınması gerektiğine ilişkin çeşitli yaklaşımlar, özerk hareket tanımlamaları da belirtilerek ifade edilmeye çalışılacaktır.

Kişisel özerklik kavramına ilişkin yapılan yorumlar içerisinde ele alacağımız ilk grup, bireyin kendi yaşamına ilişkin olarak vereceği kararlara devletin hiçbir şekilde müdahale edemeyeceğini savunmaktadır. Paternalizm, devletin kişi için neyin iyi neyin kötü olduğuna ilişkin olarak birey adına karar vermesi anlamına geldiğinden, devletin kişiyi korumak adına kişiye rağmen yapacağı müdahale, bireyin kendi doğrularını yaşamasına engel teşkil edecektir. Bu anlayışa göre devlet kişiye herhangi bir ahlaki amaç ya da bir son yükleyemez. Birey kendi değerlerini kendisi seçer ve buna göre hayatını şekillendirir. Devletin kişileri mükemmelleştirmek gibi bir amacı olamayacağından kişisel ahlaki değerlendirme

⁴⁶³ T. BEAUCHAMP; "Suicide", Matters of Life and Death, ed. Tom Regan, sf. 98, 99.

bütünüyle bireye ait olmalıdır. Dolayısıyla devletin müdahalesizliği kişisel özerkliğin teminatı haline gelmektedir.⁴⁶⁴

Bu yaklaşımı benimseyen yazarların her türlü bireysel tercihe ve buna bağlı olarak ahlaki değerlendirmeye saygı duyulması gerektiğini ileri sürdüklerini söylememiz mümkün değildir. Zira kişisel ahlaki değerlendirmenin sonucunda yapılacak olan tercih bir başkasının hakkını ihlal ediyorsa, bu eylemi engellemeye yönelik olarak devletin yapacağı müdahale paternalist bir yaklaşım olarak değerlendirilmemektedir. Dolayısıyla kişisel özerkliğin kullanımı, başkalarının haklarının ihlal edilebileceği genişlikte yorumlanmamaktadır ki; aksine bir yaklaşımın modern hukuk sistemlerinde meşruluk kazanabilmesi mümkün değildir. Fakat kişisel tercihlere saygı duyulması gerektiğini ileri süren ve de devletin bireye herhangi bir ahlaki değer yüklemesine karşı çıkan bu anlayış, bir takım şartlar altında kişinin hayatına ilişkin yapmış olduğu kimi tercihlere müdahale edilebileceğini kabul etmektedir. Çünkü kişisel tercih olarak ortaya çıkan her eylem aslında bireysel özerkliğin bir görünümünü teşkil etmemektedir. Başka bir ifade ile yapılan tercihin ortaya çıkaracağı eylemin özerk bir karar sonucunda meydana geldiğinin kabul edilebilmesi için bazı koşulların gerçekleşmesi gerekmektedir.

Örneğin bir yazarın yapmış olduğu tasnife göre, kişinin yapmış olduğu tercih başkalarının zorlaması nedeni ile ortaya çıkmışsa, alkol, uyuşturucu hipnotizma gibi etkenler altında karar verilmişse veya içsel kimi psikolojik ya da nerotik etkenlerin altında olunması durumunda otonom bir davranıştan sözedilebilmesi mümkün değildir. Yazar ayrıca, kişi yapmış olduğu tercihin sonuçları hakkında yanlış bir bilgiye sahipse yine kişinin özerkliğine dayanan bir davranıştan sözedilemeyeceğini belirtmektedir.⁴⁶⁵ Kısaca hata, hile, zorlama sözkonusu ise ya da sağlıklı karar verebilecek bir durumda değilken birey bir tercihte bulunuyorsa, bu tercihin iradi yani otonom bir anlam taşımadığı sonucu ortaya çıkmaktadır. Nitekim zaten hemen hemen her hukuk sisteminde bu anlayış bazı değişiklikler ile kabul edilmekte ve de kişinin bu durumlarda vermiş olduğu kararların sonuçlarından korunmaktadır.

⁴⁶⁴ N. GORSUCH; "The Right to Assisted Suicide and Euthanasia", Harvard Journal of Law & Public Policy, V.23, 2000, Bu yaklaşımı benimseyen yazarlar ve görüşleri için bkz. D. SCOCCIA; "Paternalism and Respect for Autonomy", Ethics, Vol. 100, No.2, Jan 1990, sfç 318-334.

⁴⁶⁵ D. SCOCCIA; sf. 319.

Bireysel özerkliği savunan yazarlardan John Harris de, yukarıdaki tasnife benzer bir çerçeve çizmektedir. Yazara göre insan otonomisini açıkça azaltan ve altını oyan, kusur olarak adlandırıldığı dört şey sözkonusudur. Bunlardan ilki; bireyin isteklerini ya da eylemlerini yahut her ikisini de denetim altına alabilme yeteneğindeki kusurlar, ikincisi; bireyin muhakeme kusurları, üçüncüsü; bireyin tercihini dayandırdığı ve sahip olduğu bilgilerdeki kusurlar, dördüncüsü ise bireyin kendi isteklerinde kararlı olma konusundaki kusurlar.⁴⁶⁶ Yazar tam otonominin gerçekleşemeyeceğini ileri sürerken, kişinin yapmış olduğu tercihin her koşulda makul sayılabilecek kadar otonom olması halinde “maksimal otonomi” sağlanmış olmaktadır. Maksimal otonominin ise varlığı yukarıda saydığımız listenin ilk üç maddesinin gerçekleşmesi halinde ortaya çıkmaktadır.⁴⁶⁷

Görüldüğü üzere otonom hareket için gerekli olan koşullara ilişkin olarak ortaya konulan kıstaslar birbirine büyük ölçüde benzerlik göstermektedir. Başka yazarlar tarafından da benzer kıstasların ileri sürüldüğü bu alanda, asıl tartışılan mesele, otonom bir hareket için ileri sürülen bütün koşullar gerçekleştirilmiş olmasına karşın, irrasyonel ya da kişi için kötü diyebileceğimiz bir sonuç ortaya çıkacak ise bu noktada sözkonusu tercihin hayata geçirilmesi konusunda bir müdahalede bulunulup bulunulamayacağıdır.⁴⁶⁸

Harris bu soruya olumsuz yanıt vermektedir. Çünkü bir insanın kendisi bakımından neyin iyi olduğuna ilişkin yaklaşımı, diğer insanlarla paralellik göstermesi gerekmez. Eğer kişinin tercihleri maksimal düzeyde otonom ise, başkalarının iyiliğini paternalist biçimde düşünmek onlara kişi olarak gösterilmesi gereken saygının yerine getirilmediği anlamına gelmektedir. Bizim için hayatı yaşamaya değer kılan şeylerin peşinden koşmamız engellendiği sürece hayatımız bizim için değerli olmaktan çıkar. Bu şeyler diğer insanların iyi anlayışından tamamen farklı olsa bile. Sözkonusu yaklaşım yazara göre hayata değer vermekten vazgeçip ölmeyi tercih ettiğimiz durumda dahi geçerlidir. Bu bağlamda ötanazinin meşuluğunu otonomi argümanı ile sağlayan yazar, sadece ötanazinin değil fakat aynı

⁴⁶⁶ J. HARRIS; *Hayatın Değeri*, çev. S. Sertabiboğlu, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1998, sf. 268-273.

⁴⁶⁷ Aynı eser; sf. 274.

⁴⁶⁸ D. SCOCCIA; sf. 318.

zamanda intiharını da, maksimal otonom bir tercihin neticesinde gerçekleşmesi halinde de saygı duyulması gereken bir eylem olarak tanımlamaktadır ve intihar girişiminin engellenmesini kişinin isteklerine yönelik temel bir saygısızlık olarak kabul etmektedir.⁴⁶⁹

Benzer bir yaklaşımı benimseyen yazarlardan birisi de Ronald Dworkin'dir. Konu ile ilgili olarak kendisine sıklıkla atıfta bulunulan⁴⁷⁰ ve liberal görüşleri ile tanınan yazar, ötanazi ve yardımcı intiharın bir hak olarak pozitif hukuk tarafından kabul edilmesi gerektiğini savunurken toplum içerisinde hangi tür ölümün anlamlı olduğuna dair bir fikir birliği olmadığından yola çıkarak, ahlaki değerlendirmeler konusunda tarafsız olan bir devletin ötanazi ya da yardımcı intiharı izin vermesi gerektiğini ileri sürmektedir. Dworkin'e göre, kişi bakımından ne tür bir ölümün doğru ya da onun hayatı bakımından anlamlı olduğu, büyük ölçüde o hayatın nasıl yaşanmış olduğuna bağlı olmakta ve bu konuda en iyi karar verecek olan kişinin bizzat o hayatı yaşamış kişi olduğu fikrini savunmaktadır. Bu nedenle genel olarak ötanazi ya da yardımcı intiharın ahlaki değerlendirmesini yapmaksızın, insanların kendi inançları doğrultusunda hareket etmeleri gerektiği düşüncesini dile getirmektedir.⁴⁷¹ Yazar kişinin bu konudaki tercihine saygı duyulması gerektiğini söylerken, dile getirilen istemin açıkça irrasyonel olmaması gerektiğini ifade etmektedir. Dolayısıyla, irrasyonellik olarak kabul edilen bir tercihe müdahale yazara göre meşru sayılmalıdır. Başka bir ifade ile kişinin otonom yapısına, yapılan tercihin rasyonelitesine göre müdahalede bulunulabilmelidir. Ancak bu hak sadece ötanazi ve yardımcı intihar için geçerli olmayıp, kişinin kendi yaşamına son verebileceği her durum için tanınmalıdır.⁴⁷²

Görüldüğü üzere, devletin müdahalesini otonomi argümanı dahilinde reddeden bu anlayış, kişinin yaşamı konusunda vereceği kararlar ve yapmış olduğu değerlendirmeler içerisine onun hayatına son verebilme hakkını da dahil etmektedir.

⁴⁶⁹ J. HARRIS; sf. 273-278.

⁴⁷⁰ Örneğin Türk Hukukçulardan Sibel İnceoğlu, yazarın ötanazi meselesinin de ele alındığı "Life's Dominion" adlı eserinden, yazarın konu ile ilgili dile getirdiği görüşlerini kendi çalışmasında özet halinde sunmuştur. Bkz. S. İNCEOĞLU; Ölme Hakkı, sf. 103-112.

⁴⁷¹ R. DWORKIN; Lordlar Kamarasındaki ifadesi, bkz. House of Lords, Reports of Select Committee on Medical Ethics, H. L. Paper No: 21-1, 1993-1994, sf. 23, 28.

⁴⁷² R. DWORKIN; Life's Dominion", sf. 224.

Dolayısıyla kişinin yaşam hakkının getirmiş olduğu koruma, bizzat kişinin tercihlerini bertaraf edecek bir nitelik taşıyamaz. Bu nedenle kişinin yaşamına son verme konusundaki iradesi, onun özerkliğinin bir parçası olduğundan devletin bu yaşama ilişkin kişiden farklı bir ahlaki değerlendirmede bulunması ya da farklı bir iyi kavramını kabul etmesi ve de kişiyi buna uygun bir harekete zorlaması sözkonusu olamaz. Başka bir ifade ile kişi eğer hayatını sona erdirmeye yönelik otonom bir irade ortaya koyacak olursa, devlet bu eylemi kişiden farklı bir ahlaki değerlendirmeye tabi tutarak engellemeye çalışmamalıdır. Bu da ötanazi yardımı intihar ya da ölüm orucu eylemlerinde devletin bu iradeye aykırı bir müdahalede bulunmaması gerektiği sonucuna götürmektedir. Bununla birlikte, devletin herhangi bir müdahalesini kabul etmeyen bu anlayış göre, şu an ötanazi ve hekim yardımı ile intiharın belirli koşullar altında gerçekleşebileceğini öngören hukuk düzenlerinden farklı olarak, örneğin ölümcül bir hastalığa tutulmuş olma ya da çok büyük ızdırap çekme gibi gerek koşullar kabul edilmemektedir. Yani esas olan kişinin ölümü istemesi olup, temyiz kudretine sahip olan bir kişinin hangi gerekçeyle bunu yolu tercih etmesinin bir önemi yoktur.

Kişinin yaşamına ilişkin olarak yapacağı tercihlere saygı gösterilmesi esasına dayanan otonomi kavramı, bazı yazarlara göre ise kişinin kendi hayatını sona erdirme yetkisine temel olamaz. Bu yaklaşımı kabul edenlerin bir kısmı, devletin müdahalesinin ancak 3. kişilerin bu eylemden zarar görmesi halinde meşru olabileceği argümanına dayanmaktadır. “Harm Principle” olarak da adlandırılan bu yaklaşıma göre, kişinin kendi hayatını şekillendirmek üzere ortaya koymuş olduğu şahsi yaklaşım, diğer kişilerin zarar görmemesi koşuluna bağlanmaktadır.⁴⁷³ Hatırlanacağı üzere devletin müdahalesini reddeden yaklaşım çerçevesinde de dile getirilen bu argüman, önceden farklı olarak 3. kişilerin haklarının ihlal edilmesi esasını değil menfaatlerinin ihlal edilmesini temel almaktadır. Örneğin kişi kendisine ızdırap veren ve tedavisi mümkün olmayan bir hastalık nedeni ile hayatına son verirse, onu seven ve hayatta kalmasını isteyen kişilerin çekeceği ızdırap manevi açıdan bir zarar olarak kabul edilebilir ama hukuken açıkça korunan bir hakkın ihlali anlamına gelmeyecektir. Diğer taraftan ölüm orucu eyleminde bulunan kişinin, bu davranışı nedeni ile hayata veda etmesi, örneğin o kişinin çocukları bakımından hem

⁴⁷³ N. GORSUCH; sf. 665, 666.

manevi bir zarar anlamına gelmektedir hem de ileriki dönemlerde maddi zararların doğması sonucunu ortaya çıkaracaktır. Nitekim Amerikan hukukunda devletin ölüm orucu eylemlerine müdahalede bulunması gerektiği yönündeki argümanın temel gerekçelerinden birisini de bu düşünce oluşturmaktadır.

Otonomi kavramını diğer kişilerin ve de özellikle bireyin yakın çevresinin menfaatleri ile birlikte tanımlayan bu yaklaşımın dışında, otonominin amaçsal değil araçsal bir nitelik taşıdığını savunan ve de bu nedenle devletin müdahale alanını genişleten yazarlar da mevcuttur. Örneğin bir yazara göre; devlet, toplumsal uyum adına belirli bir ahlaki neticeyi takip edebilir. Otonomi tek başına bir değer değil aksine araçsal niteliğe sahip olan bir değerdir. Otonominin ahlaki değeri, onu kullananın iyiye ya da kötüye yönelmesine göre belirlenebilir ve ancak otonominin hayata geçmesi iradenin iyiye yönelmesi ile ve ilgili toplumun iyi konusunda oluşturduğu forma göre belirlenebilir. Bu yaklaşım genel anlamda kişinin hayatına son vermesini otonominin gerçekleştirilmesi olarak algılamamaktadır. Zira hukukun varlık nedeni bizzat insan varlığını korumak olduğundan, kişinin hayatını ortadan kaldıracak olan bir eylemin hukuk nazarında meşru sayılması mümkün değildir.⁴⁷⁴ Açıkça paternalismi savunan bu yaklaşıma paralel görüşlere sahip bir başka yazar ise; otonomi kişinin iyi menfaatleri içerisinde tercih yapması anlamına gelmektedir. İyi kavramının içerisine geleneksel olarak kabul edildiği üzere, yaşamı korumak, sağlığınıza dikkat etmek, hastalık durumunda iyileştirmek ve de en az düzeyde acı çekmek gelmektedir. İyi kavramı içerisinde yer alan bu öğeler, sahip olduğumuz otonominin üzerinde olan şeylerdir ve ötanazi ile yardımcı intihar da dahil olmak üzere kişinin kendi yaşamına son vermesine ilişkin olarak ortaya çıkan her türlü tercih otonom hareketin dışında kalmaktadır.⁴⁷⁵

Kişisel özerklik ya da otonomi argümanı temel alınarak üretilen düşünceleri örneklere çalıştığımız bu bölümde, hem kişinin kendi yaşamına son verebilmesi de dahil olmak üzere bireysel tercihlere saygı duyulması gerektiği yönünde düşünceler ileri sürülmekte hem de otonominin ancak genel olarak kabul edilen “iyi” kavramına dahil olan seçenekler içinde tercih yapması olduğunu öngören bu nedenle

⁴⁷⁴ N. GORSUCH; sf. 668, 667.

⁴⁷⁵ A. DAVIS; . House of Lords, Reports of Select Committee on Assisted Dying for the Reminally Ill Bill, H. L. Vol. 1, 2005, sf. 21.

de ölümü tercih etmenin iyi sayılamayacağını savunan yaklaşımların ileri sürüldüğünü görmekteyiz. Mesele ne zaman ortaya konulan eylemin saygı duyulması gereken kişisel bir tercih olduğunun tesbiti yanında, devletin ne ölçüde bireyin kendi yaşamına ilişkin vermiş olduğu kararlara müdahale edebileceği tartışmasına dayanmaktadır. Felsefi ve etik planda yapılan bu tartışmanın yansımaları pozitif hukuk içerisinde de görülmektedir.

Kişisel otonomi ya da özerklik kavramı pozitif hukukta, mahremiyet hakkı olarak tanımlanan hakkın çerçevesinde belirmektedir. Hatırlanacağı üzere daha önceki bölümümüzde kadının kürtaj hakkı konusunda da ele aldığımız mahremiyet hakkı, özellikle konunun yargısal içtihatlarda yoğun biçimde değerlendirildiği Amerikan Hukukunda sıklıkla kullanılan bir kavramdır. Fakat kavramın içeriğinin tam olarak belirlendiğini söyleyebilmemiz mümkün değildir.⁴⁷⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatında da gözlemlendiği üzere, bir insanın mahremiyet hakkının ne zaman ihlal edildiğinin belirlenmesine yönelik temel kuralların oluşturulması mümkün gözükmemektedir. Dolayısıyla kavram, her bir davada olayın özelliklerine göre değerlendirilerek kazüvistik bir metod uygulanmaktadır. Zira hakkın ihlali, öz itibarıyla kişinin kendi yaşamına ilişkin olarak vermiş olduğu kararlara devlet tarafından hukuka aykırı biçimde müdahalesi anlamına gelmektedir. Bu nedenle her bir olayın ayrı bir çerçevede incelenerek karara varılması bir zorunluluk haline gelmektedir.

Mahremiyet hakkı insanın kendi yaşamına ilişkin olarak vereceği kararlara dışarıdan müdahale edilmemesi anlamına geldiğinden, doğrudan özgürlük ile ilişkilendirilmekte ve hatta kimi zaman özgürlük hakkı olarak da ifade edilmektedir. Bu formülden çıkarabileceğimiz önemli önemli bir sonuç ise, kişi eğer meşru nedenler olmaksızın özgürlüğünden bir şekilde mahrum bırakılıyor, kendi yaşamına ilişkin olarak kendi iradesi ile karar veremiyor ise, insan onuruna uygun bir yaşam sürmediği anlamına gelmektedir. Dile getirmeye çalıştığımız bu sonucu daha açık ifade edebilmek adına, insanın kendi yaşamına ilişkin kararları verememesi, kölelik ile aynı tabanı paylaşan bir anlayışın uygulanması anlamına gelmektedir. Fakat bir

⁴⁷⁶ "Physician-Assisted Suicide and the Right to Die with Assistance", Harvard Law Review, Vol. 105, No. 8, 1992, sf. 2025.

noktanın altını önemle çizmemiz gerekmektedir ki; mesele sadece özgürlüğün kısıtlanması değildir; zira kişi özgürlüğünü kısıtlayan her uygulama insan haklarının ihlali anlamına gelmemektedir, fakat bu kısıtlamaya dayanak olan kıstasın ne ölçüde meşru bir nitelik taşıdığıdır. Örneğin başkalarının haklarının ihlal edilmemesi için yapılacak bir kısıtlama elbette meşru sayılması gereken bir uygulama olarak kabul edilmesi gerekirken, kısıtlamanın bir ahlaki anlayışın kabul edilmesine yönelik bir zorlama olarak ortaya çıkması halinde, otonomi argümanına dayanan liberal anlayış, bu müdahaleyi insan onuruna aykırı bulmaktadır. Söz konusu düşüncenin pozitif hukuka geçmiş insan hakları bakımından ihlal olarak ileri sürülmesi ise öncelikle mahremiyet ya da özel yaşama saygı talebinin ihlali ve de kimi durumlarda insanlık dışı muamele niteliği taşıdığı iddia edilen durumlarda işkence yaşanımın ihlali olarak dile getirilmektedir. Bu iddiaları ve pozitif hukukta oluşturulan konu ile ilgili yaklaşımları ileriki bölümlerde ortaya koymaya çalışacağımızı belirteceğiz.

2-3-1-2-3-1 Yararcı Yaklaşım

Tarihsel süreç içerisinde, kişisel otonomi ya da özerklik anlayışının üzerine inşaa edilmiş olan faydacı yaklaşım, kişinin kendi yaşamı üzerinde tasarrufta bulunabileceğine ilişkin görüşlerin ikinci temel argümanını oluşturmaktadır. Bunun ötesinde sadece iradi aktif ötanazinin değil, ama özellikle temyiz kudretine sahip olmayan bebekler için iradi olmayan ötanaziye savunmaların da temel argümanı olması nedeni ile en az otonomi prensibi kadar öneme sahip olan bir ahlaki yaklaşımdır.

Faydacılık, kuralları ya da eylemleri sadece faydaları bakımından değerlendiren bir ahlaki teoridir. Klasik faydacı yaklaşıma göre sözkonusu fayda, bilinç sahibi varlıkların iyiliğine yol açan durumlardır. Buna göre bilinç sahibi bir varlığın iyiliği onun mutluluğuna ve acı çekmemesine bağlanmaktadır. Klasik önerme bu şekilde tanımlanıyor olmasına karşın, zaman içerisinde faydacı yaklaşımın çok farklı versiyonları üretilmiştir.⁴⁷⁷

⁴⁷⁷ P. SINGER; "Voluntary Euthanasia: A Utilitarian Perspective", *Bioethics*, v. 17, n. 5-6, 2003, sf. 526, 527., B. HOOKER; "Rule-Utilitarianism and Euthanasia" *Philosophy Anthologies Blackwell Publishing Ltd.*, 2004, sf. 22-24.

Ötanazi ya da yardımcı intihar konularının ahlaki değerlendirmesi yapılırken de faydacı yaklaşımın değişik versiyonlarının kullanıldığı görülmektedir. Örneğin Rachel çalışmasında önce ötanazi konusunu klasik söyleme uygun olarak formüleştirmiştir. Buna göre, herhangi bir eylem ya da sosyal politika eğer dünyada mutluluğu artırıcı bir işlev görüyorsa veya acıyı azaltıcı bir fonksiyona sahipse, o zaman ahlaki anlamda bu eylem ya da politikanın doğru olduğu söylenebilir. Tam tersine sözkonusu eylem ya da politika mutluluğu azaltıyorsa ya da acıyı artırıyorsa, o zaman bu eylem ve politikalar ahlaki anlamda yanlıştır. Tedavisi mümkün olmayan ve bu nedenle de büyük acılar çeken bir hastanın kendi isteği ile öldürülmesine izin veren politika dünyadaki acıyı azaltacaktır. Bu bakımdan, sözkonusu politikanın ahlaken doğru olduğu söylenebilir.⁴⁷⁸

Klasik söylem çerçevesinde yapılan bu çıkarım, eleştireye açık bazı zayıf önermeleri içerdiği yazar tarafından da dile getirilmiştir. Zira pekçok çağdaş düşünürün de belirttiği üzere, sadece mutluluğun tek moral değer olarak algılanması hatalı bir yaklaşımdır. Mutluluk önemli bir değer olmakla birlikte, gerçekleştirilmesi gereken diğer değerlerden sadece birisidir. Örneğin insanların zihinlerinin yıkanmış olduğunu farzettığımız bir dünyada, kişilerin özgürlük gibi bir talebi olmayacağı için daha mutlu olacaklardır. Ya da bütün dinlerin kaldırıldığı ve tek bir dinin hüküm sürdüğü bir yaşamda, dinlere dayalı çatışmalar ortadan kalkacağından yine mutluluk artacaktır. Fakat bu durumda kişilerin özgürlükleri ortadan kalkacağından klasik faydacı yaklaşımın mutluluğu tek ahlaki değer olarak ileri sürmesi kabul edilebilecek bir argüman değildir.⁴⁷⁹

Klasik söyleme dayanılarak ötanazinin ahlaki doğruluğunu kanıtlamanın yarattığı bir diğer problemi ise yazar başka bir örnek ile açıklamaktadır. Acı içerisinde bir yaşam sürdüren kişi, herşeye rağmen hayatını sürdürmek istiyorsa, hiç kuşkusuz onun öldürülmesi bir cinayettir ve ahlaken de yanlıştır. Diğer taraftan acı çeken bu insanın öldürülmesinin dünyadaki acıyı azaltacağı da kesindir. Bu durumda ahlaken hatalı bulunan bu cinayetin klasik faydacı yaklaşıma göre doğru bir eylem olduğunun izahı mümkün olmaktan çıkmaktadır. Bu bakımdan bu söylemin ahlaken

⁴⁷⁸ J. RACHELS; "Euthanasia", Matters of Life and Death, ed. Tom Regan, New York : McGraw-Hill, 1993, sf. 47.

⁴⁷⁹ Aynı yer.

neyin doğru, neyin yanlış olduğunun belirleyebilmesi için yeterli bir kıstas olmadığı söylenebilir.⁴⁸⁰

Rachel, ilk ortaya koymuş olduğu faydacı yaklaşım temelli çıkarımın yerine, yine bu yaklaşımdan esinlenerek ama kendi deyimi ile Best Interest-En uygun Menfaat argümanını ortaya koymaktadır. Bu yeni yapılandırmaya göre; bir eylem herkes için en uygun menfaati gerçekleştiriyorsa ve bu eylem başkalarının haklarını ihlal etmiyorsa, ahlaken doğrudur. En azından bazı aktif ötanazi uygulamaları herkes için en uygun menfaati gerçekleşmesine neden olur ve de bu uygulama kimsenin hakkını ihlal etmez. Dolayısıyla bazı durumlarda ötanazi ahlaken kabul edilebilir. Bu düşünce yapısını yaşamış olan bir vakaya adapte eden yazar, ahlaken ötanazinin kabul edilebileceği bir durumu ortaya koymaya çalışır.⁴⁸¹ Dipnotta aktarmaya çalıştığımız olaya bu önerme adapte edildiğinde, ölümünü acılar içerisinde bekleyen bir hastanın ötanazi ile acısız ve dolayısıyla daha iyi bir ölümü yaşaması onun menfaatinedir. İkinci olarak eşinin umutsuzca hastayı izlemesi ve acı çekmesine bir son verilmesi de eşinin ve de hastanın menfaatinedir. Üçüncü olarak, hastane imkanları yardım bekleyen hastalara yöneleceğinden, bu durum hastaların da menfaatine uygundur. Nihayetinde terminal dönemdeki hasta bu durumu talep ettiğinden, kimsenin herhangi bir hakkı da ihlal edilmiş olmayacaktır.⁴⁸²

Faydacı yaklaşımı benimseyen düşünürlerden bir diğeri olan Peter Singer da, klasik faydacı yaklaşımı reddetmektedir. Yazara göre klasik ya da hedonist yararçı anlayış sadece acı ve mutluluğu niteliği gereği önemsemekte, bunun dışında kalan şeyler mutluluk ve acıya etkileri oranında önem kazanmaktadırlar. Buna göre mutluluk istenilen ve iyi olanı temsil ederken, acı istenmeyen ve yanlışını temsil

⁴⁸⁰ Aynı yer.

⁴⁸¹ Yazarın alıntı yaptığı metinde, kanser olan bir gazetecinin yatmış olduğu hastanede oda arkadaşının yaşadıkları anlatılmaktadır. Gazetecinin hastanedeki oda arkadaşı, Jack isimli 28 yaşında olan ve birkaç ay önce kansere yakalanmış bir gençtir. Hastanın sol omzunda beyzbol topu büyüklüğünde bir tümör sözkonusudur ve metastaz yapmıştır. Çok kısa süre içinde gelişen bu hastalık nedeni ile hastanın yakın zamanda öleceği doktorlar tarafından söylenmektedir. Tümör sürekli bir acı yaratmaktadır ve 4 saatte bir hastaya ağrı kesici uygulanmaktadır. Gündüz eşi yanında kalmakta ancak gece olduğunda acı çok şiddetli bir biçimde tekrar ortaya çıkmaktadır. Yapılan müdahaleler yetersiz kalmakta ve hasta acılar içinde adeta bir köpeğin ulumasını andıran sesler çıkararak inlemektedir. Bu duruma şahit olan gazeteci, 3. günün sonunda eğer Jack bir köpek olsaydı, herhalde hiç kuşku yok ki onun bu acıları çekmesine izin vermez hayatına son verirdim diyerek yazısını tamamlamıştır. Bkz. aynı eser, sf. 46.

⁴⁸² Aynı eser; sf. 47.

etmektedir. Fakat yazar değerlerin sadece bunlardan ibaret olmadığını savunurken, insanların kimi zaman başka tercihlerde bulunmaları halinde daha mutlu olabilecekken, kendilerine acı veren ya da daha mutsuz oldukları bir hayatı tercih edebileceklerini ileri sürmektedir. Örneğin sanat edebiyat ya da spor alanında, başaramayacaklarını büyük ölçüde bilen kişilerin mükemmellik için uğraşı vermesi, onların hayatına acı ve mutsuzluk getirebilmektedir. Bu durumda sözkonusu kişiler için hata yaptıkları ve başka tercihler yapmaları durumunda daha mutlu olacakları da değerlendirilmesinde bulunulabilir. Fakat bizimle aynı bilgi ve konuma sahip olan bu insanlara yapmış oldukları tercihlerin hatalı olduğunu hangi ölçütlere göre söyleyebiliriz? Hedonist yaklaşımı bu nedenle kabul etmeyen yazar, faydacı anlayışını (preference utilitarianism) tercih faydacılığı olarak tanımlamaktadır. Yazara göre doğru hareket; kişinin tercihleri arasında kabul etmiş olduğu önem derecesine göre, en çok tercihi tatmin eden davranıştır.⁴⁸³

Bu bakış açısından ötanaziyi değerlendiren yazar, kişinin yaşamış olması halinde sahip olacağı elementler negatif ağırlığa sahipse, örneğin daha çok mutsuz olacaksa ya da tercihleri konusunda düş kırıklığına uğrayacaksa, kişinin öldürülmesi konusunda ahlaki bir nedenin var olduğu söylenebilir. Ancak yazar bu noktada, kişi otonomisi kavramına yaklaşarak Stuart Mill'in ünlü örneğine değinerek, bu konuda kişinin kendisinin karar vermesi gerektiğinin altını çizmektedir. Mill'e göre, birey kendi menfaatlerini en iyi bilen ve değerlendiren kişidir. Örneğin sağlam olmadığı bilinen bir köprüden bir kişi geçmeye kalkarsa, bu durumda yapılacak olan tek şey o kişinin köprüünün sağlam olmadığı konusunda uyarılmasından ibarettir. Bunun ötesinde ona müdahale edilmemesi gerekmektedir. Zira, kişinin köprüden geçme konusuna verdiği önemi sadece o bilebilir ve de bu eylem ile hayatını kaybetme riski arasındaki dengeyi ancak kendisi değerlendirebilir.⁴⁸⁴

Singer istemli ötanazinin yanı sıra, istem dışı ötanazinin de kimi durumlarda ahlaken kabul edilebilir bir uygulama olduğunu savunmaktadır. Yazarın bu konudaki en dikkat çekici yaklaşımı, faydacı yaklaşım çerçevesinde bebek ötanazisine ilişkin olarak yapmış olduğu ahlaki değerlendirmedir. Oldukça şiddetli eleştirilere maruz

⁴⁸³ P. SINGER; "Voluntary Euthanasia: A Utilitarian Perspective", sf. 527.

⁴⁸⁴ Aynı eser; sf. 252.

kalan bu yaklaşım, sadece bebeğin faydasının merkez alındığı bir öldürme eylemini değil fakat bunun yanında kimi durumlarda bebek büyük acılar çekmese bile ya da maruz kaldığı rahatsızlık ileride çok ızdıraplı bir hayatı öngörmese bile anne ve babanın istemi doğrultusunda bebeğin öldürülmesi eylemini onaylayan bir içeriğe sahiptir.

Bu argümanı doğru kavrayabilmek için öncelikle yazarın kişi ve bebek arasında yapmış olduğu ayırımı belirtmemiz gerekmektedir. Singer, 2. bölümde değinmiş olduğumuz Micheal Tooley'in kişi kavramını büyük ölçüde kabul etmektedir. Hatırlanacağı üzere, Tooley, kişiyi diğer canlılardan ayırmak için akıl ve kendi varlığının bilincinde olma kistaslarını kullanmaktadır. Bu iki kistas sadece bebeklikten çıkmış olan insan için sözkonusu olduğundan, kişi kavramının içerisine bebekler girmemektedir. Dolayısıyla Tooley'e göre, yeni doğmuş bir bebeğin öldürülmesi ile kürtaj arasında bir fark olmadığını iddia ederken, ne ceninin ne de yeni doğmuş bir bebeğin kişilerin sahip olduğu haklardan yararlanamayacağı sonucuna varmaktadır. Tooley'in görüşlerini tekrar eden Singer da, bir kişinin öldürülmesi ile bir bebeğin öldürülmesinin aynı şey olmadığını ve ikisinin farklı ahlaki değerlendirmeye tabi tutulması gerektiğini savunmaktadır. Bu bağlamda bebekler yazarın yapmış olduğu değerlendirmeye göre ahlaki statü bakımından bilinç sahibi olmayan insan dışı canlılar ile aynı seviyededir.⁴⁸⁵

Singer, kişi bebek arasında yapmış olduğu bu ahlaki değerlendirme farklılığı üzerinde kurmuş olduğu bu yapı, faydacı yaklaşım çerçevesinde bebek ötanazisinin meşruluk temelini oluşturduğunu söyleyebiliriz. Bu argüman faydacı yaklaşım çerçevesinde bebek ötanazisini iki temel başlık altında ele almaktadır. Bunlardan ilkinde, bebeğin hayatının yaşamaya değmeyecek kadar acı verici olduğu durumlara yöneliktir. Eğer bebeğin hayatı yaşamaya değmeyecek kadar ızdırap verici ise (bu ızdırap sözkonusu bebeğin içsel perspektifinden bakılarak belirlenmektedir);ve anne ve babanın duyguları gibi bebeğin hayatta kalması için dışsal bir neden sözkonusu

⁴⁸⁵ P. SINGER; Practical Ethics, 2. edition, Cambridge, 1993, sf. 9-11.

değil ise, bebeğin ölmesine yardımcı olmak uygun bir davranış olarak kabul edilmektedir.⁴⁸⁶

Bebek ötanazisini savunanların genel olarak kabul ettikleri bu argüman, çoğunlukla doğumla birlikte acı çeken ve de ölümcül bir hastalıktan muzdarip bebeklerin ızdıraplarının dindirilmesine yönelik olarak ileri sürülmektedir. Yaşamın kutsallığı tezine dayanılarak, bir müddet sonra öleceği kesin olan ve de ölene kadar ızdırap çekecek olan bir bebeğin bu dönem içerisinde yaşatılmaya çalışılması ve bunun bebeği korumak adına yapılması çelişik bir durum olarak kabul edilerek eleştirilmektedir. Fakat Singer'ı bu yaklaşımın da ötesine geçiren düşüncesi, bu durumda olmayan ve anlamlı ve hatta mutlu bir yaşam sürme kapasitesine sahip olan bazı bebeklerin de ötanazi yolu ile öldürülebileceğine ilişkin olarak ortaya koyduğu savıdır.

Yazar ilk ihtimalde dile getirilen koşullardan farklı olarak, bebek eğer yaşamaya değmeyecek bir durumda değil ise ama normal çocuklardan sahip olduğu engeller nedeni ile daha zor koşullar altında bir yaşam süreceği belli olduğu durumlarda, yeni doğan bebeklerin de ötanaziye tabi tutulabileceğini savunmaktadır. Singer Hemofili hastalığını bu duruma örnek göstermektedir. Bu hastalığı taşıyan kişi, anlamlı ve mutlu bir hayat sürebilmektedir. Fakat hemofili olan kişi ve o kişinin ailesi pekçok zorluğu da göğüslemek zorunda kalmaktadır. Örneğin hemofili hastalığına sahip olan bir kişinin kanında pıhtılaşma sorunu gözlemlendiğinden uzun süreli kanama olması riski sözkonusudur. Özellikle iç kanama ve kolay yaralanmaların göüldüğü bu hastalıkta, kanamanın devam etmesi kimi durumlarda ölüme neden olabilmektedir. Bu hastalık konusunda tıp çeşitli tedavi yöntemleri geliştirmiş olsa da, hastanın günümüz şartları altında önemli bir zamanını hastanede geçirmesi gerekmektedir. Mesela bu hastaların pekçok spor dalına katılmaları mümkün olmazken, hayat boyu her an gerçekleşebilecek bir kriz ihtimali ile sürekli yaşamak durumundadırlar. Fakat bu rahatsızlık büyük zorlukların yaşanmasına neden

⁴⁸⁶ P. SINGER; Practical Ethics sf. 11-13 , Benzer bir yaklaşım için bkz. J. RACHELS; "Active and Passive Euthanasia", Philiosophy Anthologies Blackwell Publishing Ltd., 2004, sf. 288-291.

olmasına karşın, görüldüğü üzere hastanın yaşamını yaşamaya değmez bir hale getirmemektedir.⁴⁸⁷

Yazar toplam faydacı yaklaşım açısından örneğin hemofili olduğu tesbit edilen bir bebeğe ötanazi uygulanabileceğini ileri sürmektedir. Eğer hemofili olan bir bebek öldürülürse, aile hemofili olmayan bir başka bebek dünyaya getirebilir. Aynı doğal nedenlerle hayatını kaybeden bir bebeğin yerine ailesinin bir başka bebeği dünyaya getirmesi gibi. Eğer bir aile birisi normal diğeri hemofili olan iki çocuğa sahip ise ve aile sadece iki çocuk sahibi olmak istiyor ise bu durumda normal bir başka çocuk yapabilme imkanları sözkonusu değildir. Ama hemofili olarak doğan bir bebeğin ölmesi durumunda aile bir başka çocuk dünyaya getirebilecektir. Böylece özürlü olarak doğan bir çocuğun ölmesi daha mutlu bir yaşam geçireceği düşünülen normal bir bebeğin doğmasına neden olacağından bu ölüm toplam mutluluğu artıracaktır. Bu bağlamda toplam faydacılı yaklaşım bebekleri ikame edilebilir olarak kabul ettiği ortaya çıkmaktadır; tıpkı bilinç sahibi olmayan hayvanların ikame edilebilmesi gibi.⁴⁸⁸

Bilinç sahibi olamayan hayvanlar bakımından kabul edilebilir olan bu görüşün bebekler için uygulanamayacağı itirazında bulunulacağını öngören yazar; sözkonusu olası eleştiriye de kişi ve kürtaja ilişkin uygulamalar ile cevap vermektedir. Günümüzde down sendromu ya da hemofili gibi ciddi pekçok rahatsızlık doğum öncesinde tesbit edilebildiğinden, hamile kadına bu hastalıklar belirlendikten sonra bir seçme hakkı tanınmaktadır. Kadın ister doğumu gerçekleştirebilmekte isterse de kürtj yolu ile hamileliğini sona erdirebilmektedir. Modern hukuk sistemlerinin büyük bir bölümünde tanınan bu hak, sadece kadının istemi doğrultusunda gerçekleştirilebilmektedir. Ve kadın kürtaj yaptırdıktan sonra sağlıklı bir çocuk dünyaya getirebilmektedir. Yani başka bir ifade ile insan hayatını yaşamaya değmez hale getirmeyecek pekçok hastalık nedeni ile, kadının daha sağlıklı bir çocuk dünyaya getirme istemine göre kürtaj uygulanabilmekte ve de pratikte bir bebeğin yerine bir başkası ikame edilebilmektedir.⁴⁸⁹

⁴⁸⁷ P. SINGER; Practical Ethics sf. 13-16

⁴⁸⁸ Aynı yer.

⁴⁸⁹ Aynı eser; sf. 18, 19.

Bu önermeden yola çıkan yazar, kişiliğin kazanımı konusundaki değerlendirmesini düşüncesine ekleyerek şu sonuca varmaktadır: Kişiliğin kazanımı için kendi varlığının bilincinde olmayı temel kriter olarak kabul edildiğinde, cenin ile yeni doğmuş bir bebek arasında ahlaki değer bakımından bir fark sözkonusu değildir. Bu bakımdan özürlü bir bebeğin yerine başka bir bebeği dünyaya getirmek amacı ile yapılacak olan müdahalede, ahlaki anlamda ölümün doğum öncesinde gerçekleşmesi ile doğum sonrasında gerçekleşmesi arasında bir fark oluşturmamaktadır. Zira gerek kürtaj gerekse özürlü bir bebeğin öldürülmesinde hayatından olan canlı, bilinç sahibi olmayan ve ahlaki bakımdan aynı statüde olan varlıklardır.⁴⁹⁰

Yukarıdaki görüşleri savunan yazar, özürlü çocukların dünyaya gelmemesi gerekmediği ya da gelse bile hayatlarına devam etmemeleri gerektiğini ileri sürmediğini önemle belirtmektedir. Bu noktada Singer'ın ifadesine göre asıl savunulan şey; doğum öncesinde olduğu kadar doğum sonrasında da anne babanın seçme haklarının olması gerektiğidir.⁴⁹¹

Bu başlık altında ifade etmeye çalıştığımız üzere faydacı yaklaşım çerçevesinde temel olarak ötanazi bilinç sahibi bir varlığın faydası merkez alınarak savunulmaktadır. Fakat bunun yanında faydacı ahlaki felsefenin farklı yorumlarından, bebek ötanazisine kadar uzanan ve hatta anne ve babanın faydası gözetilerek ötanaziye meşru kılan yaklaşımlar da üretmektedir. Günümüzde, her ne kadar özellikle Peter Singer'ın görüşleri şiddetli eleştirilere maruz kalsa da uygulamada, özürlü olarak doğmuş olan bebeklere tedavinin kesilmesi ile ya da aşağıda göreceğimiz üzere Hollanda pratiğinde olduğu gibi doğrudan bebek ötanazisinin uygulandığı sistemler mevcuttur.

2-3-1-3 Ülke Hukuklarında Ötanazi ve Hekim Yardımlı İntihar

Ülke hukuklarına baktığımızda, pasif ötanazinin genel olarak hemen hemen her hukuk düzeni tarafından kabul edilen bir uygulama olmasına karşın, aktif ötanazinin ya da Hekim yardımı ile intihar uygulamasının aynı ölçüde ülke hukuklarında yer ettiğini söyleyemeyiz. Bugün hukuk metinlerinde açıkça aktif ötanazi ile hekim

⁴⁹⁰ Aynı yer.

⁴⁹¹ Aynı eser; sf. 16.

yardımlı ile intiharı birlikte kabul eden sadece iki ülke vardır; Hollanda ve Belçika. Hollanda'da 2001, Belçika'da ise 2002 yılında yürürlüğe giren yasalar ile aktif ötanazi ve hekim yardımı ile intiharı çerçevesi ve hukuki meşruiyeti belirlenmiştir. Fakat sözkonusu iki ülkeden önce 1995 yılında, Avusturalya Kuzey Bölgesi bir yasa ile Aktif Ötanazi ve Hekim yardımı ile intiharı yasallaştırmış ve hatta uygulama imkanı bulmuş olmasına karşın, daha sonra federal bir düzenleme ile bu yasa yürürlükten kaldırılmıştır.

Bu ülkelerin dışında ABD'nin Oregon Eyaleti, aktif ötanaziyi değil ama hekim yardımı ile intihar uygulamasını halk tarafından hazırlanan bir yasa ile kabul etmiştir. Ancak aktif ötanazi ve yardımlı intihar konusundaki tartışma, ABD'de, sadece Oregon Eyaleti'nin yapmış olduğu düzenleme ile sınırlı değildir. Aksine geride bıraktığımız yüzyılın başından bu yana konu toplumsal bir ilgi görmüş ve de bu ilgi Federal Mahkeme de dahil olmak üzere birçok mahkeme kararına yansımış ve zengin bir içtihat oluşmuştur.

Yardımlı intiharı bazı durumlarda suç olarak kabul edilmediği bir diğer ülke ise İsviçre'dir. Bu konuda öncülük yapan Hollanda'dan çok uzun yıllar önce İsviçre'de yardımlı intihar (yardım edenin hekim olması şart değil) yargı kararları ile korunan bir eylem olarak kabul edilmiştir. Hatta bugün çok sayıda kuruluş, İsviçre vatandaşı olmayan ve de ülkelerinde aktif ötanazinin ve de hekim yardımı ile intiharı yasak olması nedeni ile hayatlarına son veremeyen kişilerin bu imkandan yararlanması için faaliyet göstermektedir. Bir bakıma ölüm turizmi olarak ifade edilen ve de ahlakiliği tartışılır olan bu olguya izin veren hukuk düzeni, dünyadaki hukuk sistemleri içerisinde konuyla ilgili en eski düzenlemeye sahip yapı olduğu rahatlıkla söylenebilir.

Sayılan bu ülkelerin dışında Latin Amerika ülkelerinden Kolombiya'da, açık bir yasal düzenleme olmamasına karşın, Kolombiya Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu bir karar ile ötanazinin suç niteliğinde bir eylem olmadığına hükmedilmiştir. Bu nedenle Kolombiya'nında saydığımız bu ülkelerin dışında anayasal düzlemde

ötanazinin hukuka uygunluğu kabul edilmiş bir ülke olduğunu da belirtmemiz gerekmektedir.⁴⁹²

Yukarıda adı geçen ve de kabul ettikleri yasalar ile dünyadaki diğer devletlerden farklılaşan bu ülkeler, aktif ötanazi ve de hekim yardımı ile intihar bakımından ele alınacaktır. Fakat bu ülkelerden Kolombiya'nın yasal bir düzenlemeye sahip olmaması ve de sadece bir anayasa mahkemesi kararının mevcut olması nedeni ile bu ülke bakımından ayrı bir başlık açılmayacaktır. Son olarak ise konunun Türk Hukuku bakımından değerlendirilmesi yapılacaktır.

2-3-1-3-1 Hollanda

Hollanda, ötanazinin en yaygın şekilde uygulandığı ve de bu eylemin ceza hukuku çerçevesinde belirli koşullar altında yaptırımdan muaf tutulduğu ilk ülkedir. Hollanda'nın ötanazi konusunda geleneksel yaklaşımı terk etmesinin altında yatan temel etken ise, pekçoklarına göre; ülkenin dini ve politik hoşgörü konusunda tarih içerisindeki gelenekselleşmiş gelişimidir. Örneğin Kalvinist öğretinin merkezi olan bu ülke, yüzyıllar boyu Avrupa'daki pekçok ülkeden farklı olarak hem museviliğe hem de katolikliğe karşı hoşgörüsü ile ün sağlamıştır.⁴⁹³

Hollanda dünyadaki en uzun ortalama ömrün yaşandığı birkaç ülkenin içinde yer almasının yanında ölüm oranları bakımından da sanayileşmiş ülkeler içerisinde en son sıralarda yer almaktadır. Dünya ortalamasına göre refah seviyesinin en üst düzeyde yaşandığı bu ülkede, ötanazi bireyin ön plana alındığı bir özgürlük sorunu çerçevesinde kabul edilmektedir. Bununla birlikte, 1930'lu yıllarda ötanazi topluluklarının oluşturulduğu ve bu konuda yasal düzenleme yapılmasının dile getirildiği İngiltere ve ABD'den farklı olarak; Hollanda da toplumun bu mesele ile ilgilenmesi ancak 1970'li yıllarda mümkün olabilmıştır. Bu durumun da muhtemelen

⁴⁹² Bkz. <http://www.nrlc.org/news/2001/NRL06/rai.html>.

⁴⁹³ M. ALLEN; "Crossing the Rubicon: The Netherland's Steady March Towards Involuntary Euthanasia", Brooklyn Journal of International Law, 2006, sf. 537, 538.

en önemli nedeni, 2. Dünya Savaşı'nda ülkelerini işgal eden Almanya'nın ötanazi konusundaki politikaları ve uygulamalarıdır.⁴⁹⁴

Ötanazi meselesinin mahkeme kararlarına yansımalarına ilişkin ilk örnekler ise 20. yüzyılın ortalarında gerçekleşmiş olmasına karşın, şu an Hollanda içtihadının ve pozitif hukukun konu ile ilgili olarak kabul etmiş olduğu anlayışın temeli 1984 yılında verilmiş olan bir mahkeme kararı oluşturmaktadır. O karardan sonra ötanazinin yasal bir uygulama haline gelişi hızlı bir gelişim göstermiş ve nihayetinde 2002 yılında meselenin içtihattan yasalara taşınması sağlanmıştır.

Ötanazi konusunda yaşanan bu gelişmenin günümüzde yöneldiği mesele ise, temyiz kudretine sahip olmayanların ötanazisidir. 2005 yılında Hollanda Kraliyet Tıp Birliği yapmış olduğu bir açıklamada, Sağlık Bakanlığının kendilerinden temyiz kudretine sahip olmayan kişilerin ötanazisi konusunda prensiplerin oluşturulmasının talep edildiğini bildirmiştir.⁴⁹⁵ Bu kapsamda ötanazinin alanı sadece iradesini ortaya koyabilen ve bunu isteyen kişiler değil, başta çocuklar olmak üzere, akıl hastaları ve koma durumundaki insanlara da ötanazinin uygulanması sözkonusu olabilecektir.

Dünyadaki hukuk sistemlerine göre ötanazi konusunda marjinal bir görünüm arzeden Hollanda Hukuku'nun gelişimi esas olarak iki aşamada değerlendirilebilir. 2002 yılında kabul edilen "Talep Üzerine Yaşamın Sona Erdirilmesi ve Yardımlı İntihar Yasası-Termination of Life on Request and Assisted Suicide" öncesi içtihadı dayalı Hollanda Hukuku ve bu dönem sonrasında şekillenen yasal çerçeve. Biz de Hollanda'nın ötanazi konusundaki hukuki gelişimini esas olarak bu iki başlık altında ele almaya çalışacağız.

2-3-1-3-1-1 2002 yılı Öncesi Gelişmeler

Günümüzde Hollanda'da ötanazi konusundaki kanunlaştırma hareketi, esas olarak mahkemelerin içtihadında oluşan konu ile ilgili prensiplerin düzenlenmesinden farklı bir açılım getirmemektedir. Dolayısıyla doğrudan ötanaziye ilgilendiren yasal

⁴⁹⁴ J. SMIES; "Legalization of Euthanasia in the Netherlands", *Gonzaga Journal of International Law*, 2003-2004, sf. 4.

⁴⁹⁵ <http://www.cnn.com/2004/HEALTH/12/01/netherlands.mercykill/index.html>.

düzenlemelerden önce, Hollanda Mahkemelerinin bu konudaki içtihadına kısaca değinmek faydalı olabilir.

Ötanazi konusunun, Hollanda hukuku ve toplumu bakımından yeni bir mesele olduğunu söylememiz mümkün değildir. Önemli değişiklikler yapılmış olsa da hala yürürlükte olan 1886 Ceza Kanunu, ötanazi ya da yardımcı ölüm uygulamalarını suç niteliğinde eylemler olarak kabul etmiştir. Kanunun 293. maddesi mağdurun istemi üzerine öldürme eylemi cinayet olarak kabul edilirken, bu eyleme yaptırım olarak en çok 12 yıl hapis cezası öngörülmüştür. İntihara yardım ise, 294. maddede suç olarak düzenlenirken, yaptırımı en çok 3 yıl hapis cezası olacağı kabul edilmiştir. Bu hükümlerin yanında ilk bakışta 293 ve 294. maddelerle doğrudan ilgili gibi gözükmesede, kanunun 40. maddesi daha sonraki ötanazi ile ilgili davalarda önemli rol oynamıştır. Bu maddeye göre, genel olarak bir kişi zorunluluk nedeni ile suç işlemeye mecbur kalmışsa kişinin o eylemle ilgili cezai sorumluluğunun olmadığı kabul edilmiştir.⁴⁹⁶

2. Dünya Savaşı sonrasında ötanazinin konu olduğu ilk dava 1952 yılında görülmüştür. Davaya konu olan olayda, Eindhoven'lı bir doktor, verem olan kardeşinin istemi üzerine yapmış olduğu müdahale ile onun ölümüne neden olmuştur. Davada mahkeme, sanığı Ceza Kanunu'nun 293. maddesine göre suçlu bulurken, sadece 1 yıllık göz hapsi cezasına hükmetmiştir.⁴⁹⁷

1973 yılına gelindiğinde ise Leewarden Bölge Mahkemesi'nin vermiş olduğu bir karar, ülkede ötanazi meselesine kamuoyunun dikkatini çekmiştir. Mahkeme'nin ele aldığı olayda, hasta olan ve ölmek istediğini defalarca dile getiren 78 yaşında bir kadının doktor olan çocuğu, annesinin ısrarlı istemi üzerine aşırı dozda morfin vererek onun ölümüne neden olmuştur. Duruşma esnasında, ifadesine başvuru tıp müfettişi; Hollanda'daki tıp uygulamasının, mutlaka her şart altında hastanın yaşamını uzatmaya yönelmediğini belirterek bazı koşulların gerçekleşmesi ile ötanazinin uygulanabileceğini belirtmiştir. Bunlar; hastalığın iyileşmesi mümkün olmamalı, hastalık zihinsel ya da fiziksel olarak katlanılmaz bir durum arz etmeli,

⁴⁹⁶ J. SMIES; sf. 5.

⁴⁹⁷ Aynı eser; sf. 7.

hastanın öldürülme konusunda bir istemi olmalı, ötanazi uygulanacak olan kişi hastalığın son aşamasında olmalı (terminal dönem) ve bu ötanazi istemi hekime yapılmış olmalı. Mahkeme müfettişin saymış olduğu koşullardan sadece terminal döneme ilişkin olanı kabul etmemiştir. Sözkonusu olayda sayılan diğer 4 koşul gerçekleşmiş olmasına karşın mahkeme, hastanın tek bir öldürücü dozda morfin almasının, onun acısının dindirilmesi için makul bir vasıta olmadığı gerekçesi ile hekimi suçlu bulmuş fakat verilen ceza sadece 1 hafta hapis cezası ve 1 yıl göz hapsi cezası verilmiştir. Zira eğer eylem, dozun zaman içerisinde kademeli olarak artırılması şekline bürünmüş olsa idi, bu takdirde hukuka aykırılık sözkonusu olmayacaktı. Dolayısıyla, mahkeme doğrudan ötanazinin uygulanmasını bu bakımdan hukuka aykırı bulmuştur.⁴⁹⁸

1981 yılında görülen Wertheim davası ise adeta ötanazinin zımnen hukukileştiği bir karara sahne olmuştur. Davanın konusu, 67 yaşında olan ve pekçok hastalık nedeni ile rahatsız olan bir kadının ölümüne, bir ötanazi aktivisti olan Bayan Wertheim tarafından yardım edilmesidir. Rotherdam Bölge Mahkemesi'nin vermiş olduğu kararın bizim açımızdan önemli olan yanı, intihara yardım edilmesinin ne zaman hukuka aykırılık teşkil etmeyeceğinin açıkça belirlenmiş olmasından kaynaklanmaktadır. Mahkemenin belirlemiş olduğu kıstaslar hasta ve yardımda bulunan için olmak üzere iki gruba ayrılmıştır. Hasta için olanlar şu şekilde sıralanabilir; öncelikle katlanılmaz derecede fiziksel ya da zihinsel bir hastalığın olması, bu hastalığın devamlı surette ölme isteği uyandırması, ölmeye ilişkin kararın iradi olması, hastanın kendi durumu ve alternatifleri konusunda bilgilendirilmiş olması, durumun düzenlenmesi için başka çarelerin olmaması ve de hastanın ölümü üzerine üçüncü kişilerin gereksiz bir acıya katlanmak zorunda kalmamaları. Yardımda bulunacak olan kişiye ilişkin kıstaslar ise şu şekildedir; ölüme yardımcı olma konusundaki karar tek kişi tarafından verilmemeli, mutlaka bir hekim olayın içerisine dahil olmalı ve intihara yardıma karar verilmesi ve de uygulanması mümkün olan azami özen içerisinde gerçekleştirilmelidir. Mahkeme bu prensipleri karşılayan yardımcı intihar vakalarının hukuka uygun olduğunu belirtirken, somut olayın şartlarının bu prensipleri karşılamadığı sonucuna varmıştır. Ancak intihara

⁴⁹⁸ J. SMIES; sf. 8., N. GORUSCH; "The Legalization of Assisted Suicide and The Law of Unintended Consequences: A Review of the Dutch and Oregon Experiments and Leading Utilitarian Arguments For Legal Change", Wisconsin Law Review, 2004, sf. 1354.

yardım etmekten suçlu bulunan Bayan Wertheim'e yaşı nedeni ile hapis cezası verilmemiş, 1 yıl gözetimde kalma ve de 2 hafta ev hapsi cezası verilmiştir.⁴⁹⁹

Pratisyen Hekim Schoonheim'in 1984 yılında yargılandığı dava ise, Hollanda Mahkemeleri'nin o döneme kadar ötanazi konusunda meydana getirdiği içtihadın tepe noktasını oluşturmaktadır. Davaya konu olan olayda, hekim Schoonheim, 93 yaşındaki bir kadının istemi üzerine ötanazi uygulamasıdır. En son aşamada Yüksek Mahkeme'nin önüne gelen davada, Ceza Kanunu'nun 40. maddesinde yer alan "zorunluluk hali"varlığına ilişkin olarak bir değerlendirilme yapılmıştır. Zorunluluğun değerlendirilmesinde, hekimin ceza kanununun 293. maddesinin getirdiği yükümlülük ile hastasını acıdan kurtarma yükümlülüğünün çatışmasına göndermede bulunulmuştur. Mahkemeye göre tıp etiğinin prensiplerine göre yapılacak olay ile ilgili tıbbi mütalada değişkenlik olabileceği bu da ötanazi konusundaki uygulamanın zorunluluk kıstasını karşılaması konusundaki standartı ortaya koyacağını belirtmiştir. Yapılan yargılamanın neticesinde, Schoonheim'in yapmış olduğu ötanazinin 40. maddede belirlenen zorunluluk halinin bir örneğini teşkil ettiği sonucuna varılarak sanığın beraatine karar verilmiştir.⁵⁰⁰

Ötanazinin, belirli şartlar altında Hollanda Mahkemeleri'ne göre hukuka uygun bulunmasından sonra Hollanda Kraliyet Tabipler Birliği, ötanazinin kabul edilebilir olabilmesi için 1984 yılında beş koşul belirlemiştir. Bunlar; ötanazi kararı iradi olmalı, bu karar iyi değerlendirilmiş olmalı, ölmek hastanın nihai arzusu olmalı çekmiş olduğu acı hasta bakımından katlanılmaz olmalı hekimin düşüncesi meslektaşları tarafından değerlendirilmeli. Fakat bu prensipler bazı açılardan müphem bir görünüm arz ettiğinden, meselenin açıklığa kavuşması için yine mahkeme kararlarına başvurulmuştur.⁵⁰¹

⁴⁹⁹ J. SMIES; sf. 8, N. GORUSCH; "The Legalization of Assisted Suicide and The Law of Unintended Consequences: A Review of the Dutch and Oregon Experiments and Leading Utilitarian Arguments For Legal Change" sf. 1354, 1355.

⁵⁰⁰ J. SMIES; sf. 10, M. ALLEN; sf. 549, 550, N. GORUSCH; "The Legalization of Assisted Suicide and The Law of Unintended Consequences: A Review of the Dutch and Oregon Experiments and Leading Utilitarian Arguments For Legal Change" sf. 1355.

⁵⁰¹ J. SMIES; sf. 11, M. ALLEN; sf. 550, 551.

Örneğin, bu ilkeler içerisinde yer alan acının niteliğine ilişkin bir açıklamada bulunulmamıştır. Sadece fiziksel bir acı mı ötanazi için gerekli görülmekte yoksa zihinsel bir ıstırap da ötanazi bir neden olabilmektedir. Chabot davası bu bakımdan belirleyici olmuştur. Zira bu davada, ağır bir travma geçiren bir hastanın yaşama konusunda bir isteğinin kalmaması ve de doktorunun tüm çabasına rağmen psikolojik tedaviyi reddetmesi üzerine, intihar etmesi için hekimden yardım alması sorunu ele alınmıştır. Mahekeme, psikolojik acıların somatik acılar kadar ızdırap verici olabileceğinden yola çıkarak kendi iradesini ortaya koyabilen akıl hastalarının da ötanazi yapabileceğine karar vermiştir. Böylece, tedavisi mümkün olmayan ya da hastalığın ölümcül olması gibi kıstaslar da bu mahkeme kararı ile ortadan kalkmıştır.⁵⁰²

Ötanazi konusunda bir diğer önemli iki dava ise, Prins davasıdır. Prins davasında iyileşme ihtimali olmayan ve de acı çeken 3 günlük bebeğe ötanazi yapılması olayı ele alınmıştır. Dolayısıyla, daha önceden ortaya konulan hastanın ötanazi talebini açıkça dile getirmesi bu vaka bakımından sözkonusu değildir. Fakat mahkeme aşağıda saydığımız nedenler ile ötanazinin 3 günlük bebek üzerinde uygulanmasını hukuka aykırı bulmamıştır. Mahkemeye göre Ceza Kanunu'nun 40. maddesinde yer alan zorunluluğu doğuran ilk neden; bebeğin dayanılmaz bir acı içerisinde bulunması ve tedavi edilmesinin imkansız olmasıdır. İkincisi uygulamanın gerekli ihtimam gösterilerek yapılmasıdır. Üçüncüsü, doktorun davranışının tıbbi etik ve bilimsel tıbbi yargılama ile uygun düşmesidir. Alkmaar Mahkemesi'nin verdiği bu beraat kararı daha sonra Temyiz Mahkemesi'nde de uygun bulunmuş ve ilk kez çocuk ötanazisi mahkemeler tarafından hukuka uygun bir eylem olarak kabul edilmiştir.⁵⁰³

Bir başka ilginç dava ise, Sutorius davasıdır. Bu davada ötanaziyi talep eden kişi 86 yaşında eski bir senatördür. Fiziksel ya da zihinsel bir hastalığı olmamasına karşın kendi deyimi ile ölümün kendisini unuttuğunu söyleyen senatör, yaşamaktan yorulduğu için ölmek istemiş ve bu konuda Dr. Sutorius'tan yardım almıştır. Davaya

⁵⁰² J. SMIES; sf. 12, M. ALLEN; sf. 551, N. GORUSCH; "The Legalization of Assisted Suicide and The Law of Unintended Consequences: A Review of the Dutch and Oregon Experiments and Leading Utilitarian Arguments For Legal Change" sf. 1356-1357.

⁵⁰³ J. SMIES; sf. 12, 13.

bakan Haarlem Bölge Mahkemesi, senatörün umutsuz ve acı içinde olmasını ötanaziye başvurulması konusunda uygun bir neden olarak görmüş ve hekimi beraat ettirmiştir. Fakat Temyiz Mahkemesi, sözkonusu acının fiziksel ya da zihinsel bir hastalığa dayanmaması nedeni ile açık olmadığı kararına vararak, alt derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Ve nihayetinde, hekim suçlu bulunmuş ama hastasına vermiş olduğu söz ve de gösterdiği merhamet gözönüne alınarak kendisine herhangi bir ceza verilmemiştir.⁵⁰⁴

2-3-1-3-1-2 2002 yılı sonrası

1 Nisan 2002 tarihinde yürürlüğe giren “İstem Yaşama Son verilmesi ve Yardımlı İntihar Yasası-Termination of Life on Request and Assisted Suicide Act”, bu tarihten önce oluşan Hollanda içtihatının izlerini taşıyan bir görünüm arz etmektedir. Yeni yasa ile ötanazinin suç niteliği ortadan kaldırılmamıştır. Kökeni 1886 Ceza Yasası’na dayanan ve istem üzerine adam öldürme suçunu düzenleyen Ceza Yasası’nın 293. maddesi muhafaza edilmekle birlikte, maddeye getirilen ek fıkra ile, hekimlere ötanazi yapmaları halinde ileri sürebilecekleri özel bir savunma imkanı tanınmaktadır. Dolayısıyla ötanazi Hollanda hukukuna göre hala suç niteliğinde bir eylem olma özelliğini devam ettirmekle birlikte, hekimlerin belirli şartları yerine getirmeleri halinde cezadan muaf tutulmaları sağlanmaktadır.

Ötanazinin doğrudan suç olma niteliğinin ortadan kaldırılmaması, Hollanda Parlamentosunda yer alan Hristiyan Demokratlar ile Sosyalistler arasında bir dengenin kurulmaya çalışıldığı izlenimini uyandırmaktadır. Zira ötanazinin suç olarak varlığını ceza kanununda devam ettirmesi Hristiyan Demokatlara istemine uygun bir yaklaşımın benimsendiğini ortaya koyarken, belirli koşullar altında ötanazi uygulamasının kovuşturmadan muaf tutulması ise ötanazi taraftarı Sosyalistlerin istemlerinin de yasaya yansımaları anlamına gelmektedir.⁵⁰⁵ Fakat ötanazinin yeni düzenleme ile suç niteliğini koruması aynı zamanda yasa koyucunun amacına ilişkin bazı saptamaların yapılmasına imkan tanımaktadır. Zira ceza kanununun 293. maddesinin yeni hali belirli koşullar altında sadece hekimlere ötanazi yapabilme

⁵⁰⁴ Aynı eser; sf. 13.

⁵⁰⁵ D. TEZCAN-R. ERDEM-M. ÖNOK; sf. 111.

imkanı tanımaktadır. Dolayısıyla hemşirelerin ya da hekim olmayan 3. kişilerin gerçekleştirdikleri ötanazi uygulamaları yasanın getirdiği korumanın kapsamı dışına çıkmaktadır. Bunun anlamı bir yorumu göre, insan yaşamına olan saygının göstergesidir. Bu saygı kişinin kendi yaşamına ilişkin olarak yapmış olduğu değerlendirme hesaba katılmaksızın gerçekleştirilmektedir. Eğer sadece bireysel değerlendirme esas olsa idi ötanaziyi gerçekleştirecek kişi ve kurallar konusunda sıkı bir düzenlemeye gidilmeye ihtiyaç duyulmaması gerekirdi.⁵⁰⁶

Diğer taraftan yeni yasa ile ötanazi uygulaması ile otonomi hakkını kullanmak isteyen hastanın, ötanazi uygulamak istemeyen doktor ile çatışmasının da önüne geçilmiş olmaktadır. Zira bu düzenleme hekime, kendisine ötanazi yapılması talebi ile gelen hastayı reddetme imkanını getirirken, hekimin hastasını ötanazi uygulayabilecek başka bir meslekdaşına yönlendirme yükümlülüğünü de getirmektedir. Bu şekilde hem hastanın hem de ötanazi uygulamak istemeyen hekimin iradeleri arasında bir denge sağlanmış olmaktadır.⁵⁰⁷

Daha öncede belirttiğimiz üzere, 2002 yılından önceki Hollanda hukuk sisteminde, ötanazi uygulaması içtihat ile korunmuştur. Başka bir ifade ile ötanaziyi uygulayacak olan hekimin dayanacağı açık bir hukuki düzenlemenin varlığından bahsedebilmemiz mümkün değildir. Bu nedenle yeni yasa aslında doğrudan hekime bir mesaj niteliği taşıdığı söylenebilir. 293. maddede belirtilen koşulları sağlaması durumunda hakkında kovuşturma yapılmayacağını bilen hekimin, hastanın taleplerine saygı gösterme konusunda tereddüt etme ihtimali ortadan kaldırılmıştır. Başka bir ifade ile hekimin hukuki güvenliği bu düzenleme ile sağlanmış olmaktadır.

Hekime sağlanan bu güvencenin bir başka getirisi ise, belki de yasanın yapılmasının en önemli nedenlerinden birisi olarak söyleyebiliriz; ülke çapında yapılan ötanazilerin tümünün rapor edilmesini sağlamaktır. Çünkü sistemin bu hali hekimlerin yapmış oldukları ötanazi uygulamalarını rapor etmelerini zorunlu kılmaktadır. Örneğin 1999 yılında rapor edilen ötanazi uygulamasının sayısı 2216 iken 2000 yılında bu sayı 2123'e düşmüştür. Fakat bu belirtilen sayılar ülke

⁵⁰⁶ J. DE HAAN; "The New Dutch Law on Euthanasia", Medical Law Review, Oxford University Press, V. 10, Spring 2002, sf. 60.

⁵⁰⁷ Aynı eser; sf. 60-61.

genelinde yapılan ötanazi uygulamalarının sadece %60'ına denk geldiği tahmin edilmektedir. Dolayısıyla yaklaşık olarak ötanaziye dünyadaki en geniş hoşgörüyü gösteren Hollanda da bile uygulamanın %40'ı gayriresmi şekilde gerçekleşmektedir. Bu yeni düzenleme ile Hollanda Hükümeti hekime sağlanan açık hukuki güvenlikle, gayriresmi yapılan ötanazinin de önüne geçmeyi planlamaktadır.⁵⁰⁸

İstem Üzerine Yaşamın Sona Erdirilmesi ve Yardımlı İntihar Yasası'na göre, hekimin kovuşturmayla uğramaması için kanunun 2. maddesinin ilk fıkrasında yer alan şartları yerine getirdiğini Bölgesel İnceleme Komitesi'ne göstermesi gerekmektedir. Buna göre, hekimin ötanazi talebinde bulunan hastanın bu isteminin iradi ve iyi düşünülmüş olduğuna ikna olduğunu, hastanın dayanılmaz ve umutsuz bir biçimde acı çektiğini belirlediğini, hastaya durumu ve olası gelişmeler ile ilgili bilgi verdiğini, hastanın kendi durumu ile ilgili olarak başka makul bir yolun olmadığına ilişkin kanaate sahip olduğunu, bağımsız başka bir doktorun da hastayı muayene ettiğini ve de nihayetinde gerekli özeni göstererek hastanın yaşamını sona erdirdiğini ya da intiharına yardımcı olduğunu ortaya koyması gerekmektedir.

Yasa, irdesini açıklayamayabilecek durumda olmayan kişiler bakımından da bir düzenleme getirmektedir. 2. maddenin 2. fıkrasına göre, bu durumda olan ve 16 yaşında olan ya da 16 yaşından büyük olan hastaların, daha önceden temyiz kudreti yerinde iken yazılı bir biçimde ötanazi talebinde bulunmaları halinde de, hekimin hastanın sözkonusu talebini yerine getirebileceğini öngörmektedir.

Ötanazinin alt sınırı ise yasaya göre 12'dir. Yasanın hazırlık aşamasında hükümet, 12 ve üzeri hastaların ailesinin düşüncesine bakılmaksızın ötanazi taleplerinin yerine getirilebileceği bir düzenleme yapmak istemiştir. Fakat bu yaklaşım yoğun eleştiriler almış olduğundan, küçükler için kabul etmeyi planladığı rejimi değiştirmiştir.⁵⁰⁹ Şu an yürürlükte olan yasa küçükler bakımından ikili bir ayırım içermektedir. Buna göre 12 ile 15 yaş arasında bulunan hastalardan kendi menfaatlerini anlayabilecek durumda olanlar, ötanazi talep ederlerse, velilelerinin ya da kanunu temsilcilerinin onayı ile hekim hastanın yaşamını sona erdirebilecek ya da

⁵⁰⁸ J. DE HAAN; sf. 61.

⁵⁰⁹ J. DE HAAN; sf. 64.

intiharına yardımcı olabilecektir. Aynı durumda olan fakat 16 ve 17 yaşında olan hastalar içinse tek bir farklılık sözkonusudur. O da; velileri ya da kanuni temsilcilerinin, hastanın ötanazi konusunda karar vermesi aşamasında, bu sürece dahil olmasıdır. Fakat hastanın talebi esas alınacaktır. Yani velinin ya da kanuni temsilcinin karşı çıkması, ötanazinin yapılmasına engel teşkil etmeyecektir.

2-3-1-3-2 ABD

Alt başlıklarda göreceğimiz üzere yardımcı intihar ve de ötanazinin hukuki meşruiyet kazanmasında öncülük eden ülkelerin başında İsviçre ve Hollanda gelmektedir. Bununla birlikte, konunun toplumsal tartışmaya açılması ve sivil yapılanmalar tarafından bir talep olarak dile getirilmesi, bu ülkelerden çok daha önce ABD’de gerçekleşmiştir. Ancak fikri alanda yaşanan bu uzun tartışmalı sürecin hem zaman bakımından hem de pozitif hukuka yansımaları bakımından gelişimi, Hollanda ve İsviçre gibi ülkelerden farklılık arz etmektedir.

Amerikan toplumunda ötanazi meselesinin günümüzdeki anlayışla ilk olarak ifade edilmesi, 19. yüzyılın sonlarına denk gelmektedir. Toplum içerisinde hakim olan Musevi ve Hristiyanlık öğretisinin yaşamın kutsallığı üzerine kurmuş olduğu anlayışa getirilen eleştirilerle, doğum kontrolü ve kadın hakları konusundaki girişimler paralel olarak algılanmıştır. O dönemde toplum içerisinde sayı itibarıyla çok az taraftar bulan bu yaklaşım, 1930’lu yıllara gelindiğinde artık organize olmuş ve bir sivil toplum hareketi niteliğini kazanmıştır. Amerikan toplumu içerisinde o dönemden köklerini alan günümüzdeki ötanazi tartışması hala güncelliğini korumaktadır.⁵¹⁰

Pozitif hukukun yardımcı intihar ve ötanazi konusundaki yaklaşımı ise büyük ölçüde, *ceninin hukuki kişiliği konusunda olduğu gibi içtihatla ile belirlenmiştir.* Mahremiyet hakkının bu konu üzerindeki en önemli unsurlardan biri olarak ön plana çıktığı bu içtihadın dönüm noktası olarak sayılabilecek ilk örnekleri ise, ilginç bir biçimde Roe v. Wade davasınının da karara bağlandığı 1970’li yıllarda ortaya çıkmıştır.

⁵¹⁰ ABD’deki ötanazi hareketinin ve tartışmasının tarihi için bakz. I. R.DOWBIGGIN; Merciful End : The Euthanasia Movement in Modern America, Oxford University Press, 2003.

İçtihadın anayasal çerçeveyi oluşturmasının yanı sıra, Oregon Eyaleti gibi yardımcı intihara izin veren yasal bir düzenleme ya da tam aksine bu eylemleri açıkça suç sayan yasal düzenlemeler de farklı eyaletlerde kabul edilmiştir. Bu nedenle konu ile ilgili ABD hukukunu incelerken önce oluşturulan içtihat belirlenmeye çalışılacak daha sonra da Oregon Eyaleti'nde yapılmış olan düzenleme incelenecektir.

2-3-1-3-2-1 Pasif Ötanazi

Pasif ötanazi olarak nitelendirilen kişinin hayatta kalması için gerekli olan tıbbi müdahaleleri reddetmesinin anayasal bir hak olarak ilk kez mahkeme kararları ile dile getirilmesi, 1976 yılında New Jersey Yüksek Mahkemesi'nin vermiş olduğu Quinlan kararı ile gerçekleştirilmiştir. Yüksek Mahkeme'nin vermiş olduğu bu karar, kendisinden sonra diğer eyalet mahkemelerinin vermiş olduğu kararları da kapsayacak biçimde, bu konuda oluşan içtihadı öncülük ettiği söylenebilir. Kişinin hayatta kalmasını sağlayacak tıbbi müdahaleleri reddetme hakkı bu kararda anayasanın sağladığı özgürlük rejimine bağlanmış olsa da, aslında bu hakkın kökleri anayasa dışında geleneksel Anglo Sakson hukukuna dayandığı söylenebilir.

Bu hak, geleneksel hukukun hasta hekim ilişkisine bakış açısından çıkarılabilir. Söz konusu anlayışa göre, hekimin hastaya tıbbi müdahalede bulunabilmesi için onun rızasını alması gerekmektedir. Hekim eğer hastanın onayını almaksızın bir tıbbi müdahalede bulunur ise, bu eylem bir nevi işkence olarak kabul edilmekte ve hukuk dışı sayılmaktadır. Dolayısıyla kendisine tıbbi müdahalede bulunulması gereken temyiz kudretine sahip olan kişi geleneksel hukukta kabul edilen reddetme hakkını kullanarak pasif ötanaziyi gerçekleştirebilir. Nitekim Quinlan kararından sonra da, konu ile ilgili olarak eyalet mahkemeleri düzeyinde oluşturulan içtihadın bir bölümünde sadece bu prensibe atıf yapıldığı görülmekte ve bu yaklaşım günümüzde de bazı mahkemeler tarafından takip edilmektedir.⁵¹¹

Quinlan davasında ele alınan olayda, alkol ve içkinin birlikte kullanımı nedeni ile beyinde hasar oluşan 21 yaşındaki Karen Ann Quinlan'ın bilincini kaybetmiş ve

⁵¹¹ N. CANTOR; "Twenty-Five Years After Quinlan: A Review of the Jurisprudence of Death and Dying", *Journal of Law, Medicine and Ethics*, Summer 2001, sf. 183.

bunun netiesinde de Karen'in biyolojik fonksiyonlarını devam ettirebilmesi için solunum aygıtına bağlanmıştır. Yasal temsilcisi olan babası, kızına bağlanan solunum aygıtının çıkarılması talebi ile yargıya başvurmuştur.⁵¹²

Görüldüğü üzere, mahkemenin önüne gelen olay sadece doğrudan kişinin tıbbi müdahaleyi reddetme hakkının varlığına ilişkin olmayıp, bunun yanında eğer böyle bir hak sözkonusu ise, hakkın kişinin iradesini beyan edemeyecek durumda olması halinde yasal temsilcisinin bu konuda karar verip veremeyeceğine ilişkindir. Dolayısıyla mahkeme öncelikle böyle bir hakkın varlığını tesbit etmek ve daha sonra da kişinin doğrudan biyolojik ölümüne neden olabilecek bu eylemi yapmaya 3. kişilerin yetkisinin olup olmadığını belirlemek durumunda kalmıştır.

New Jersey Yüksek Mahkemesi'ne göre, eğer Karen'in bilinci açık olsaydı, kendisinin tedaviyi reddetme yönündeki talebi hukuk tarafından korunmuş olacaktı. Çünkü mahkemeye göre; kişinin kendisini hayatta tutan tıbbi müdahaleleri reddetme hakkı anayasanın 14. Ek/Değişikliği tarafından tanınmaktadır. Mahremiyet hakkına dayandırılan bu değerlendirmede, mahkeme tıbbi müdahalenin niteliği ile mahremiyet hakkı arasında bir orantı kurarak; müdahalenin kapsamı genişledikçe ve de hastanın iyileşme ihtimali düştükçe, mahremiyet hakkının kapsamı genişler. Olayda ise, hastanın bilincinin yerine gelmesi artık imkansız olduğundan yapılan bu oranlamada mahremiyet hakkı ağır basmaktadır. Kişinin bilincinin olmaması ise bu haktan yararlanmaması için geçerli bir gerekçe oluşturamaz. Dolayısıyla solunum aygıtının kullanılmaması için babasının yapmış olduğu müracaat aslında Karen'in mahremiyet hakkının bir sonucu olarak değerlendirilmeli ve aygıtın kullanımına son verilebilmelidir.⁵¹³

Mahkemenin bu konuda vermiş olduğu karar daha önce de ifade ettiğimiz üzere, daha sonraki eyalet mahkemelerinin vermiş olduğu kararlara rehber olmuştur. Mahremiyet hakkının belirli ölçüler dahilinde kişinin yaşamda kalması konusundaki alternatif menfaatlere üstün geldiğinin saptanması ve bu argümanın temelinin

⁵¹² Quinlan, 355 A.2d 647 (N.J. 1976).

⁵¹³ Kararın verilmesinden sonra solunum cihazının kullanımı durdurulmuştur. Fakat Karen Ann Quinlan yaklaşık olarak 11 yıl komada kadıktan sonra 1985 yılında akciğerler iltihaplanması nedeni ile hayatını kaybetmiştir.

anayasaya dayandırılması, kişinin her koşulda yaşatılması kuralını içeren yaşamın kutsallığı tezinin Amerikan hukukunda güç kaybetmesine neden olmuştur. Fakat bu husustaki daha büyük ve de önemli karar ise benzer bir olayın ele alındığı ve Amerikan Federal Mahkemesi tarafından karara bağlanan Cruzan davasıdır.

1990 yılında verilen Cruzan kararı ile Federal Mahkeme, ilk defa pasif ötanaziye anayasal bir hak olarak tanımıştır. Daha önce de belirttiğimiz üzere geleneksel hukuk içerisinde ve Quinlan kararı ile birlikte eyalet içtihatlarında yer almış olan bu hak, Federal Yüksek Mahkeme tarafından da kabul edilmesi ile Amerikan Hukuku içerisindeki anlamını daha da sağlamlaştırmıştır. Cruzan davasına konu olan olay, Quinlan davası ile benzer nitelikler göstermektedir. Bir otomobil kazası geçiren Nancy Cruzan bitkisel yaşama geçmiştir. Ailesi Nancy'yi hayatta tutan tıbbi desteğin kesilmesini talep etmiş ve bu mesele Federal Yüksek Mahkemesi'ne kadar ulaşmıştır.

Yüksek Mahkeme, anayasanın 14. Ek/Değişikliği'ne atıfta bulunarak kişinin istemediği bir tıbbi müdahaleye tabi tutulamayacağını, bunun kişi özgürlüğü ile bağdaşmadığını belirterek pasif ötanazinin anayasal bir hak olduğunu vurgulamıştır. Temyiz kudretine sahip olan bir kişinin kendisine yapılamak istenen tıbbi müdahaleleri, hayatı buna bağlı olsa bile reddetme hakkına sahip olduğunu belirten mahkeme, bunun kişinin kendi vücudu üzerindeki özerklik hakkı ile bağlantılı bulmuştur. Bunun karşısında devletin de kişinin yaşaması konusunda bir menfaate sahip olduğunu vurgulanan kararda, bu menfaatin temyiz kudretine sahip olan kişinin iradesinin üzerinde olmadığı sonucuna varılmıştır. Cruzan kararı ile açıkça ortaya konulan yaklaşım göstermektedir ki; Amerikan Hukuku bakımından en azından pasif ötanazi çerçevesinde ele alındığında, yaşamın hak sahibine karşı mutlak olarak her koşulda korunan bir çerçevesi sözkonusu değildir. Dolayısıyla yaşam hakkının diğer haklar ile yarışması sözkonusu olduğunda her zaman yaşam hakkının üstün geldiğini söyleyebilmemiz Amerikan Hukuku bakımından mümkün değildir.

Mahkeme vermiş olduğu bu kararda pasif ötanazinin bir anayasal hak olduğu sonucuna varmış olsa da, somut vaka bakımından hastanın yaşam desteğinin çekilmesi talebi kabul edilmemiştir. Ancak bu red kararının nedeni, Nancy'nin sağlıklı iken bitkisel hayata girmesi halinde pasif ötanaziye isteyeceğinin

ispatlanamamasıdır. Fakat daha sonra, Nancy Cruzan'ın ailesi farklı deliller göstererek, mahkemeden tıbbi yaşam desteğinin kaldırılması yönündeki taleplerini karşılayan bir karar almayı başarmıştır.⁵¹⁴

2-3-1-3-2-2 Yardımlı İntihar ve Oregon Eyaleti Pratiği

Temyiz kudretine sahip olan kişinin kendisini hayatta tutacak tıbbi desteği kabul etmemesi eyleminin yani bir anlamda pasif ötanazinin Federal Mahkeme tarafından anayasal bir hak olarak kabul edilmesi, aktif ötanazi ya da yardımlı intihar konularında da yeni açılımların yapılacağı düşüncesini doğurmuştur. Fakat Cruzan davasından sonra yardımlı intiharın ele alındığı iki davada, Federal Mahkeme bir taraftan yardımlı intiharın anayasal bir hak olmadığı sonucuna varırken, diğer taraftan da eylemin eyalet düzenlerinde yer almasının anayasaya aykırı olacağına ilişkin bir karar da vermemiştir. Bunun ötesinde, eyalet düzenlemelerin yardımlı intiharı ya da aktif ötanaziyi kabul etmeleri halinde bu düzenlemelerin de mutlaka anayasaya aykırılık teşkil etmeyebileceği belirtilmiştir.

Yardımlı intihar konusunun federal mahkemenin önüne gelmesine neden olan ilk davanın konusunu 1994 yılında Washington'dan bir grup hekim, hasta ve de sivil toplum örgütlerinin, yardımlı intiharı yasaklayan eyalet yasalarının anayasaya aykırılığı iddiası ile Federal Bölge Mahkemesi'ne başvurmasıdır. Bölge mahkemesi yapılan bu başvuruyu incelerken, Anayasa'nın 14. Değişikliği/Ek'inde yer alan özgürlük kavramının mücbir nedenler olmaksızın devletin müdahalesinden bağımsız bir takım maddi hakları içerdiğinden yola çıkarak; kürtaj kararı gibi ölümcül hasta durumunda olan kişilerin yaşamlarının süresine ilişkin olarak yapacağı tercihler, bireysel otonomin ve bireyin değerinin merkezini oluşturduğu belirtilmiştir. Bölge Mahkemesine göre kişiyi hayatta tutan ya da tutacak olan tıbbi yardımı reddetmesi ile hayatının son döneminde hekim yardımı ile yaşamına son vermek isteyen kişinin talebi arasında bir fark yoktur. İkisi de ölüme yöneliktir ve hastanın iki durumda da menfaati kişisel özgürlüğün kalbini oluşturmaktadır.⁵¹⁵

⁵¹⁴ Bu aşamadan sonra Nancy'nin beslenmesini sağlayan sistem kaldırılmış fakat hastane yetkilileri yeniden takmışlardır. Bu nedenle de gözaltına alınmışlardır. Sistemin kaldırılmasından sonra 11 gün yaşayan Nancy sonunda yaşamını yitirmiştir.

⁵¹⁵ N. GORSUCH; sf. 606-608.

Bölge Mahkemesi'nin vermiş olduğu bu karara, 9. Temyiz Dairesi katılmamıştır. Ancak başvurunun yapılmasından yaklaşık iki yıl sonra, 9. Temyiz Dairesi bu sefer kurul halinde toplanarak davayı tekrar ele almıştır. Anayasada yer alan hükümlerin yorumuna ilişkin tartışmaları bir kenara bırakacak olursak, mahkeme esas olarak Bölge Mahkemesi'nin kararını verirken dayandığı temel gerekçeleri kullandığını söyleyebiliriz. Mahkeye göre, yaşama ilişkin temel kararlar anayasa tarafından korunmaktadır. Tıpkı kürtaj konusunda kadının karar vermesi gibi ne zaman ve ne şekilde ölüneceğine ilişkin karar da, anayasa tarafından korunan temel bir haktır.⁵¹⁶

Gerek Bölge Mahkemesi'nin gerekse Kurul halinde toplanan 9. Temyiz Dairesi'nin kararı, temel olarak kişinin kendi yaşamı üzerinde karar verme hakkına sahip olduğuna yani mahremiyet hakkına atıfta bulunarak yardımcı intiharın yasaklanmasını anayasaya aykırı bulmuştur. Bu nedenle mahkeme tarafından meselenin bir özgürlük sorunu olduğu ve yarışan haklar arasında ölümcül hasta durumunda olan kişinin yaşamının ne zaman ve nasıl sona ereceğine ilişkin kararının üstün gelmesi gerektiği sonucuna vardıklarını söyleyebiliriz. Daha açık bir ifade ile bu kararlarda kişinin otonomi şeklinde beliren mahremiyet hakkı, yaşam hakkından üstün tutulmuştur.

Washington'daki bu başvuru ile aynı yıl New York'ta yapılan bir başka başvuruda ise, yine bir grup New York'lu hekim, New York Eyalet yasalarının yardımcı intiharı yasaklayan maddelerinin anayasanın 14. Değişiliği/Eki'ne aykırı olduğu iddiası ile Bölge Mahkemesi'ne başvurmuştur. Başvuruyu kabul etmeyen mahkeme, kürtaj ve benzeri konularda mahremiyet hakkına dayanılarak verilen kararlarda doğrudan başka hakların tanındığı anlamına gelmemektedir. Mahremiyet hakkının yardımcı intihar konusunda hastaya bir hak tanındığına ilişkin tarihsel bir verinin olmadığı bir ortamda, mahkemeye göre, bunun bir anayasal hak olduğunu ileri sürmek mümkün değildir. Davacılar tarafından dile getirilen bir başka husus ise, temyiz kudretine sahip olan bir kişinin kendisini hayatta tutacak tıbbi desteği reddetmesine izin verilirken, ölümcül bir hastalığa yakalanan kişinin yardım alarak hayatına son verememesi, anayasanın eşit koruma prensibi ile çeliştiği argümanıdır.

⁵¹⁶ Aynı eser; sf. 610.

Fakat mahkeme iki eylem arasında fark olmadığı iddiasını reddederken ayırımı; ilk yolun doğal bir süreç olduğuna ikincisinin ise ölümün gerçekleşmesi için bir aracın kullanıldığını söyleyerek belirlemiştir.⁵¹⁷

Bölge Mahkemesi'nin vermiş olduğu bu karar, daha sonra 2. Temyiz Dairesi tarafından da ele alınmıştır. Fakat bu aşamada temyiz dairesi hakkın varlığını tartışmaksızın sadece eşit koruma prensibinin ihlal edilip edilmediği meselesini incelemiştir. Mahkeme, Bölge Mahkemesi'nin doğal olan ve olmayan ayırımı reddederken, tıbbi desteğin çekilmesi sonucu meydana gelen ölümün varolan hastalığın ya da hastanın çekmiş olduğu acının ortaya çıkardığı bir süreç olmadığı kararına varmıştır. Bunun yanında ileri sürülen tıbbi desteğin kesilmesinin ihmali bir davranış ama yardımcı intiharın icrai bir eylem olduğu konusundaki ayırımı da reddeden mahkeme, bu yaklaşımına gerekçe olarak, her iki eylem neticesinde meydana gelen ölüm vakalarının doğal olmayan yoldan yani kişinin iradesi sonucu oluştuğuna karar vererek anayasada yer alan eşit koruma prensibinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.⁵¹⁸

1996 yılının ortalarına gelindiğinde, Federal Yüksek Mahkeme 2. ve 9. Temyiz Dairelerinin yukarıda özetlemeye çalıştığımız davalarını birleştirerek ele almıştır. Yüksek Mahkeme, 14. Değişiklik/Ek'e göre bir hakkın varlığında bahsedilebilmesi için onun tarih içerisinde köklerinin bulunması gerekmektedir. Buna göre geleneksel Anglo Sakson Hukukunda intihar ve intihara yardım hiçbir dönemde tasvip gören eylemler olmadığı için yardımcı intiharın bir anayasal hak olarak savunulabilmesi, tarihsel köklere bakıldığında mümkün değildir.⁵¹⁹

Mahkeme anayasada yer alan eşit koruma prensibinin ihlal edildiği savını da yerinde bulmayarak, bu yaklaşımını temel hukuk prensiplerinden birisi olan nedensellik bağı ile açıklamıştır. Mahkemeye göre, kişinin tıbbi desteği reddetmesi neticesinde meydana gelen ölüm vakasının nedeni hastalığın kendisidir. Fakat eğer yardımcı intihar sözkonusu olursa bu durumda hekim tarafından uygulanan ölümcül müdahale, kişinin öldürülmesi sonucunu ortaya çıkaracaktır. İki eylem arasındaki

⁵¹⁷ Aynı eser; sf. 611, 612.

⁵¹⁸ Aynı eser; sf. 613.

⁵¹⁹ Aynı eser; sf. 614.

ayırımı niyet bakımından ele alan mahkeme, tıbbi desteği sona erdiren hekim bu eylem sonucunda hastanın öleceğini biliyor olmasına karşın asıl burada yapmış olduğu hastanın talebini yerine getirmektir. Oysa, hekim eğer hastanın ölmesine yönelik bir yardımda bulunuyor ise bu durumda yapmış olduğu hareketin doğrudan sonucu ölüme yönelmektedir.⁵²⁰

Yüksek Mahkeme'nin vermiş olduğu bu karar ile, New York ve Washington'da yürürlükte olan ve yardımcı intiharı yasaklayan düzenlemelerin anayasaya aykırılık teşkil etmediği sonucuna varılsa da, yardımcı intihar ya da ötanazinin anayasal bir hak olduğu savı reddedilse de, yazılan gerekçelere bakıldığında ölümcül bir rahatsızlığa sahip olan herhangi bir hastanın, ötanaziye ya da yardımcı intihara izin verilmemesinin anayasaya aykırılık teşkil edebileceği sonucuna varılmıştır. Yani karar sadece bu yasaların soyut olarak anayasaya aykırılık teşkil etmediği anlamına gelmektedir. Bunun ötesinde, başyargıç gerekçesinde tek tek eyaletlerin yaşamın sona ermesine ilişkin tıbbi müdahaleler bakımından özgür oldukları vurgusunda bulunmuştur.⁵²¹

Federal Yüksek Mahkeme'nin vermiş olduğu bu karar, aslında bir taraftan New York ve Washington eyaletlerinin kabul etmiş olduğu yasağı hukuka uygun bulurken, diğer taraftan da yardımcı intihar ya da ötanazinin diğer eyaletler tarafından kabul edilebilmesinin de yolunu açtığını söyleyebiliriz. Nitekim Oregon Eyaleti'nin Yardımlı intiharı kabul eden hukuki düzenlemesinin anayasaya aykırı olmadığına ilişkin 2005 yılında Yüksek Mahkemenin vermiş olduğu karar bu yaklaşımın en belirgin göstergesidir. Bu kararın alındığı Gonzales v Oregon davasına değinmeden önce, şimdi ABD'de yardımcı intiharı yasallaştıran Oregon düzenlemesi hakkında genel bir bilgi verilecektir.

1994 yılında Amerika Birleşik Devletleri'nin ilk yardımcı intihara izin veren yasası Oregon Eyaleti'nde kabul edilmiştir. Ülke çapında büyük tartışmalara neden olan bu yasa, yardımcı intihara karşı çıkanların çeşitli girişimlerine karşın günümüze kadar varlığını devam ettirebilmiştir. 1994 yılında bir halk inisiyatifi olarak ortaya

⁵²⁰ Aynı eser; sf. 616.

⁵²¹ Aynı eser; sf. 614.

çıkan bu yasa, eyalet genelinde yapılan oylama neticesinde %51 kabul oyu alarak yürürlüğe girmiştir. Yasanın kabul edilmesinden yaklaşık 3 sene sonra bu sefer yasanın kaldırılması için yine bir halk girişimi sözkonusu olmuş ve yardımcı intihara izin veren yasanın kaldırılması için yapılan oylamada sözkonusu teklif bu sefer %60 hayır oyu ile reddedilmiştir. Aradan geçen üç yıl içinde halkın %10 daha fazla desteğini alan yardımcı intihar yasası 2001 yılında ise Federal Hükümetin bir müdahalesi ile karşılaşmıştır. Federal hükümet yardımcı intiharı içeren yasanın ilaçların kullanımını kontrol altına almayı amaçlayan federal yasayı ihlal ettiği şeklinde bir yorum getirmiştir. Bunun üzerine Oregon eyaleti, bir eczacı, bir hekim ve terminal dönemdeki bir grup hasta ile birlikte bölge mahkemesine başvurarak federal hükümetin sözkonusu yorumlayıcı kuralına karşı dava açmıştır. Bölge mahkemesi yardımcı intihar yasasına karşı getirilen bu kuralın hukuka aykırı olduğunu tesbit etmiş ve bu karar da 9. Temyiz Dairesi tarafından da onanmıştır. Nihayetinde dava Federal Yüksek Mahkeme'nin önüne gelmiştir.

Mahkemenin gerekçeli kararında her ne kadar yardımcı intihar konusu ahlaki ve politik tartışmaların odak noktalarından birisini oluşturduğu söylene de, Federal Hükümetin yapmış olduğu müdahalenin hukuka aykırı olduğunu bu değerlendirmelere girmeksizin sadece yasanın dili ve federal hükümetin yetkisi üzerinden tesbit etmiştir. Bir yoruma göre mahkemenin bu tavrı, almış olduğu karara karşı olabilecek tepkileri minimum düzeye indirmek amacına dayanmaktadır.⁵²² Fakat sonuç olarak mahkemenin kararı ile Oregon Eyaleti'nin yardımcı intiharı yasalaştıran düzenlemesi yürürlükte kalmıştır.

Oregon'da hala yürürlükte olan bu yasaya göre, Oregon sakinlerinden 18 yaşını tamamlamış olan terminal dönem hastaları doktor yardımı ile kendi ölümlerini sağlayabilmektedirler. Yasa hekimlere kişinin hayatını sona erdirebilmesi için gerekli olan maddelerin temin edilebilmesi için reçete yazabilmektedir. Dolayısıyla sağlanan kolaylık, bu durumdaki hastaların kendi yaşamlarını sona erdirebilmek için gerekli maddelerin temini ile sınırlıdır. Fakat bu prosedür ciddi bir denetim altında gerçekleşmektedir ki; her yardımcı intihar vakası resmi olarak raporlandırılmaktadır.

⁵²² D. SCHALAR; "U.S. Supreme Court Ruling in Gonzales v. Oregon Upholds The Oregon Death With Dignity Act", *Journal of Medicine and Ethics*, Fall 2006, sf. 640.

Yasanın kabul edildiği tarihten bugüne kadar 292 terminal dönem hastanın yaşamı bu şekilde sonlandırılmıştır.

2-3-1-3-3 Avustralya

Avusturalya, aktif istemli ötanazinin ilk kez yasal hale getirildiği ve de yine ilk kez yasal olarak kabul edilen aktif istemli ötanazinin yasadışı hale getirildiği ülkedir. Yürürlüğe girmesi ve yürürlükten kaldırılması arasında çok kısa bir zaman olmasına rağmen pratikte hayata geçirilebilmiş olan bu yasa, daha sonra ötanazinin yasalar tarafından açıkça düzenlendiği Hollanda ve Belçika Hukuklarına öncülük ettiği söylenebilir.

Federal bir devlet yapısına sahip olan Avusturalya'da 1995 yılında kabul edilen "The Rights of Terminally Ill Act-/Terminal Dönem Hastalarının Hakları Yasası", Federal bir yasa olmaması nedeni ile tüm Avusturalya'da değil ama yasanın kabul edildiği Kuzey Avusturalya Bölgesi'nde uygulama imkanı bulmuş bir düzenlemedir. Bununla birlikte bu yasanın Avusturalya'da ötanaziye ilk yasal zemin oluşturma girişimi olduğunu söyleyemeyiz. Zira sözkonusu yasanın kabul edilmesinden evvel, Avusturalya'nın diğer eyaletlerinde benzer girişimler olmasına karşın herhangi bir hukuki düzenleme yapılamamıştır. Örneğin, Batı Avusturalya Eyaleti'nde hekimlerin hastanın çektiği acıyı azaltan ve ölümü çabuklaştıran ilaçları vermesi halinde sorumluluklarının olmayacağına yönelik bir teklif yasalaşma imkanı bulamamıştır.⁵²³

1996 yılında yürürlüğe giren Kuzey Avusturalya Bölgesi Terminal Dönem Hastalarının Hakları Yasası, parlamentoda yoğun tartışmaların yaşanmasına ve yasa metninde 50 değişikliğin gerçekleştirilmesinden sonra sadece 5 oy farkla kabul edilmiştir. Buna karşın yasa her ne kadar parlamentoda birçok değişikliğe uğrayarak parlamentoda kabul edilmiş olsa da, politikacılardan, medyadan, yaşam hakları savunucularından, dini kesimlerden ve de hekimlerden yoğun eleştiri almıştır.

⁵²³ A. PLATTNER; "Australia's Northern Territory: The First Jurisdiction to Legislate Voluntary Euthanasia, and The First to Repeal It", De Paul Journal of Health Care Law, Spring , 1997, sf. 645, 646.

Nitekim yasanın ömrünün kısa olması da muhtemelen sözkonusu tepkinin büyüklüğünden kaynaklanmaktadır.⁵²⁴

Kabul edilen bu yasadan gerekli niteliklere sahip her Avusturalya vatandaşı yararlanabilmektedir. Dolayısıyla, Oregon Eyaleti'ndeki uygulamadan farklı olarak sadece yasanın kabul edildiği Avusturalya Kuzey Bölgesi'nde belirli bir süredir ikamet eden kişiler değil tüm Avusturalya vatandaşları faydalanabilmektedir. Yasa sadece, adından da anlaşılacağı üzere, terminal dönemde olan ve dayanılmaz acılar çeken hastalara uygulanabilmektedir. Ötanazinin uygulanabilmesi için uzaman bir hekimin, sözkonusu hastalığın gerçekten tedavisinin mümkün olmadığını tesbit etmesini zorunlu kılmaktadır. Fakat sözkonusu hekimin vermiş olduğu karar tek başına ötanazinin uygulanması için yeterli sayılmamış, bunun yanında ölümcül hastalıklar konusunda uzman olan bir hekimin bu durumu onaylaması ve de bir psikiyatristin de hastanın klinik düzeyde depresif olmadığını tesbit etmesi istenmiştir. Yasa gerekli şartların oluşmasından sonra ötanaziye karar verildiğinde, 9 günlük bir bekleme periyodu şartı getirmiştir. Bu zaman zarfında doğal olarak hasta ötanazinin uygulanmasından vazgeçebileceği gibi hekime de bu uygulamadan çekilebilme imkanı tanınmıştır. Ama iki irade de 9 gün sonunda değişmemiş ise, hekim hastanın ölümüne yol açacak bir ilacı bir reçetede yazabileceği gibi kendisi de hazırlayabilmektedir. İlacın uygulanması konusunda da alternatifler sunulmuştur. Duruma göre hasta kendi başına ilacı uygulayabileceği gibi hekim de aktif olarak bu uygulamayı yapabilmektedir. Görüldüğü üzere, yasa sadece yardımcı intiharı değil fakat bunun yanında istemli aktif ötanazi imkanını da tanımaktadır.⁵²⁵

Yasa yürürlüğe girdikten sonra, 4 hasta kendi iradeleri ile yaşamlarına son vermiştir. Hastaların ölümü bilgisayara bağlı bir sistem üzerinden kişiye ölümcül ilacın verilmesi yolu ile gerçekleştirilmiştir. Bu şekilde hekim doğrudan hastanın ölümünü gerçekleştirmemekte fakat acı çeken kişinin intihar etmesine yardımcı olmaktadır. Bununla birlikte ötanazinin dünyada ilk kez yasalar tarafından açıkça meşrulaştırıldığı bu uygulamanın ömrü çok uzun olmamıştır. Yukarıda da bahsettiğimiz üzere, yasanın yürürlüğe girmesi ile birlikte yoğun bir muhalefet

⁵²⁴ Aynı eser, sf. 646, 647.

⁵²⁵ Yasanın metni için bkz. www.nt.gov.au/lant/parliament/committees/rotti/rotti95.pdf.

oluşmuş ve bu muhalefet istediği sonuca Avusturalya Kuzey Bölgesi Parlamentosu'nda değil Federal Parlamentoda ulaşmıştır.⁵²⁶

Büyüyen tepkiler en sonunda kendisini Avusturalya Parlamentosunda da göstermiştir. Parlamentodan talep edilen şey, Avusturya Anayasası'nın 122. maddesinin uygulanmasıdır. Zira bu maddeye göre, Avusturalya Parlamentosu, bölgesel yönetimlerin çıkarmış olduğu herhangi bir yasaı yürürlükten kaldırma yetkisine sahiptir. Parlamantonun da gündemine gelen bu istem 24 Mart 1997 tarihinde sonuç vermiş ve 4 oy farkla Avusturalya Kuzey Bölgesi'nin kabul etmiş olduğu Terminal Dönem Hastaların Hakları yasası yürürlükten kaldırılmıştır.⁵²⁷

2-3-1-3-4 Belçika

Avrupa ülkeleri içerisinde ötanaziyi hukuk metinlerinde düzenleyen ikinci ülke Belçikadır. Belçika, Hollanda ile aynı yıl yani 2002 yılında ötanaziyi düzenleyen bir kanunu yürürlüğe koymuştur. Fakat Hollanda'dan farklı olarak bu ülkenin hukuk düzeninde, ötanazi ya da yardımcı intihar konusunda bir içtihadın meydana gelmemiştir. İchtihatta ötanazi ile bağlantı kurulabilecek bir davanın olmamasının yanında herhangi bir kovuşturma da ötanazi ya da yardımcı intihar konusunda yapılmamıştır. Bu nedenle Belçika hukuku bakımından 2002 yılında yürürlüğe giren ötanazi yasası oldukça farklı düzenlemeleri ihtiva etmektedir.⁵²⁸

Belçika Ötanazi Yasası⁵²⁹, kendisinden öncekilerden farklı olarak; yardımcı intihar uygulamasını ele almaksızın ötanaziyi tanımlamaktadır. Yasanın ilk bölümünde ötanazi; bir kişinin istemi üzerine, bir başka kişinin hayatına son vermek biçiminde tanımlanmıştır. Ötanazinin gerçekleştirilebilmesi için, hem bu eyleme muhattap olacak olan kişi bakımından hem de ötanaziyi uygulayacak kişiler bakımından çeşitli kıstaslar belirlenmiştir. Ötanaziyi talep eden kişi bakımından aranan ilk özellik, reşit ve temyiz kudretine sahip kişi olmasıdır. Dolayısıyla çocuk

⁵²⁶ A. PLATTNER; sf. 650, 651.

⁵²⁷ Aynı eser; sf. 652.

⁵²⁸ M. ADAMS-H. NYS; "Comparative Reflections on the Belgian Euthanasia Act 2002", Medical Law Review, V. 11., Autumn, 2003, sf. 353.

⁵²⁹ Yasanın İngilizce metni için bkz. "The Belgian Act on Euthanasia of May, 28th 2002", Ethical Perspectives, v. 9, 2002, sf. 182-188.

ötanazisi bu kanunun kapsamı içerisinde yer almamaktadır. Talepte bulunan kişinin istemi iradi, iyi düşünülmüş ve tekrar edilmiş olmalıdır.

Kanun ötanazinin olabilmesi için, mutlaka bir hastalığın varlığını aramaktadır. Fakat bu hastalığın fiziksel bir rahatsızlık olması gerekmemektedir. Zihinsel bir rahatsızlık da ötanazi talebinin yerine getirilmesi için yeterli görülebilmektedir. Rahatsızlık bir hastalıktan kaynaklanabileceği gibi bir kaza neticesinde de oluşabileceği belirtilmektedir. Bu rahatsızlığın kişinin ölümüne neden olacak bir niteliğe sahip olması gerekmemektedir. Ama yaşanan acının katlanılmaz ve dindirilemez nitelikte olma şartı aranmaktadır.

Ötanaziyi uygulayacak olanların ise hekim olması zorunludur. Bu nedenle yetkisi olmayan kişilerin bu eylemi gerçekleştirmesi hukuka aykırı olarak kabul edilmiştir. Hasatadan yazılı talep alındıktan sonra eylemin yapılabilmesi için 1 ayın geçmesi gerekmektedir. Eğer hasta terminal safhada değilse, hekim durumu diğer meslektaşları ile değerlendirmek durumundadır.

Yasa devlete de bir takım ek yükümlülükler getirmektedir. Maddi durumu iyi olmayan ve de ötanazi yaptırabilme kriterlerini karşılayan kişilere, müdahalenin yapılabilmesi için gerekli kaynağın ayrılması hüküm altına alınmıştır. Bunun yanında yasanın uygulanmasının gözlemlenmesi için bir komisyon oluşturulmuş ve bu komisyona her bir ötanazi vakasının bildirilmesi zorunluluğu getirilmiştir. Bu komisyon hem ötanazi ile ilgili olarak bildirimleri toplarken, ötanazi uygulayan hekimlerin bu bildirimler ile haklarında kovuşturma başlatılması engellenmiş olmakta ya da uygunsuz bulunan uygulamalar savcılığa bildirilmektedir.

Sözkonusu komisyonun ikinci bir işlevi ise uygulamaya yönelik olarak kanun hakkındaki şikayetlerin ya da görüşlerin toplanmasıdır. Bu şekilde daha önceden hukuk pratiğinde görülmemiş olan bu uygulamanın, kanun tarafından ne ölçüde ihtiyacı karşıladığı tesbit edilmeye çalışılacak ve de gerekli görülen yasal düzenlemeler bu komisyonun elde ettiği veriler ışığında yapılabilecektir.

Temel niteliklerini ifade etmeye çalıştığımız Belçika Ötanazi yasasının uygulamasında, günümüze kadar herhangi bir hukuka aykırılık iddiası ileri

sürülmemiştir. Bunun ötesinde uygulamaya ilişkin olarak herhangi bir problem de bildirilmemiştir. Dolayısıyla, kanun koyucu bakımından da yasanın değiştirilmesine ilişkin olarak bir girişim olmamıştır. Ötanazi yasasının yürürlüğe girmesinden sonraki ilk 15 aylık dönemde 259 ötanazi vakası bildirilmiştir. İlginç bir biçimde, bu vakaların %80'inden fazlası, ülkede Hollanda dilinin konuşulduğu Flaman bölgesinde gerçekleşmiştir. Ortalama her ay 17 ötanazinin gerçekleştiği bu dönemden sonra 2004 yılında 347 vaka bildirilmiştir ki bu vakaların aylık ortalaması 29'dur.⁵³⁰

2-3-1-3-5 İsviçre

Bireyin bir başka kişinin yardımı ile hayatına son verebilme eyleminin belirli koşullar altında hukuk tarafından yaptırıma bağlanmadığı ülkelerden birisi olan İsviçre, modern dünyada bu konudaki en eski hukuki geleneğe ve de uygulamaya sahip olan devlettir. Buna karşın, ne Hollanda örneğinde olduğu gibi bu uygulamalara izin veren açık bir hukuki düzenleme mevcuttur ne de ötanazi bu hukuk düzeni içerisinde meşru bir eylem niteliğine sahiptir. Yakın dönemde ötanazinin yasalaşması konusunda çeşitli girişimler yapılsa da bu çaba sonuçsuz kalmıştır. İsviçre hukukunda bugün ötanazi değil ama yardımcı intihar eylemleri, İsviçre Ceza Kanunu'nun esnek yapısı nedeni ile belirli koşullar altında suç niteliği taşımamaktadır.

İsviçre Ceza Kanunu'nun 114. maddesi, mağdurun istemi üzerine adam öldürme eylemini suç olarak nitelendirmektedir. Dolayısıyla ötanazi, İsviçre Ceza Kanunu'na göre suç sayılmaktadır. Fakat bu eylem, mağdurun istemi olmaksızın meydana gelen adam öldürme suçlarına nazaran çok daha hafif bir yaptırıma bağlanmaktadır ki; bu da kanun koyucunun mağdurun rızası ile gerçekleşen adam öldürme eylemini daha az ciddi bir suç olarak kabul ettiğini göstermektedir. İsviçre Ceza Kanunu'na göre, mağdurun rızası ile gerçekleşen bir adam öldürme suçunun cezası en az 3 gün ve en fazla da 3 yıl haptir.⁵³¹

⁵³⁰ Assisted Dying for the Terminally Ill, House of Lord, Volume 1: Report, London, 2005, sf. 73, 74.

⁵³¹ S. HURST-A. MAURON; "Assisted Suicide and Euthanasia in Switzerland: allowing a role for non-physicians", BMJ, V. 326, February, 2003, sf. 272, C. SCHWARZENEGGER-S. SUMMERS; "Criminal Law and Assisted Suicide in Switzerland", Hearing with the Select Committee on the Assisted Dying for the Terminally Ill Bill, House of Lords, Zurich, February 2005, sf. 3.

İsviçre Ceza Kanunu'nun 115. maddesi ise intihara yardım suçunu düzenlemektedir. Ancak bu suçun meydana gelebilmesi için, eylemi yapan kişinin kişisel çıkarları nedeni ile intihara yardım etmiş olması gerekmektedir. Dolayısıyla herhangi bir kişisel çıkarı olmaksızın bir kişinin ölümüne yardım ediliyor ise, suç meydana gelmemektedir. Bu düzenlemenin ilginç olan yanı ise, intihara yardımda bulunan kişinin hekim olması konusunda bir zorunluluk getirmemesidir. Sıradan herhangi bir vatandaşın bu eylemi hiçbir hukuki yaptırıma tabi olmaksızın gerçekleştirebilme imkanı vardır. Oysaki hatırlanacağı üzere, ötanazi ya da yardımcı intihara izin verilen diğer ülkelerde, eylemin hukuka uygun sayılması için bir hekimin bunu yapmış olması aranmaktadır. Bu nedenle, İsviçre hukuku yardımcı intihar konusunda en geniş serbestliği tanıyan ülke olarak ön plana çıkmaktadır.⁵³²

Bir diğer önemli farklılık ise, hayatına son vermek isteyen kişiye ilişkin olarak herhangi bir koşulun aranmış olmamasıdır. Başka bir ifade ile kişinin psikolojik ya da fiziksel bir rahatsızlığının olup olmaması, hastalığının terminal aşamada bulunması veya katlanılmaz bir acıya sahip olması gibi unsurlar, İsviçre Hukukunda, yardımcı intiharın hukuka uygun olabilmesi için koşul olarak görülmemektedir. Bu hukuk sisteminde aranan tek koşul yardım eden kişiye ilişkin olup, o da sadece bu eylemi kişisel çıkarları için yapmamasıdır.⁵³³

İsviçre Hukukunda kişinin kendi yaşamını sona erdirmesine ilişkin olarak kabul edilen bu serbesti politikası, zaman içerisinde İsviçre'yi ve özellikle de Zürih'i yardımcı intihar konusunda kendine has ve de dönüş imkanı olmayan bir tuzimin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bu konuda Hollanda'dan dahi liberal bir hukuk düzenine sahip olan İsviçre'de, varolan bu hukuk yapısı yaşamına son vermek isteyen kişilere yardım eden sivil yapıların ortaya çıkmasına zemin hazırlamıştır. Bugün EXIT gibi sadece İsviçre vatandaşlarına hizmet veren müesseseler olduğu gibi DIGITAS örneğinde olduğu gibi yurt dışından İsviçre'ye yaşamını sona erdirmek için gelen kişilere yardım eden müesseseler de bulunmaktadır.

⁵³² S. HURST-A. MAURON; sf. 271.

⁵³³ S. HURST-A. MAURON; sf. 272.

Yardımlı intihar yolu ile hayatına son veren kişilere ilişkin olarak resmi kayıtlar tutulmamaktadır. Fakat, bu konuda yapılan bazı araştırmalara göre, yukarıda bahsettiğimiz müesseseler vasıtası ile intihar için yardım isteyenlerin yıllık toplamı ortalama 1800 kişidir. Bu başvurulardan öngörüşme sonrasında yarısına yakını elenmektedir. Kalan 600 kişinin de yine yarısı başka nedenlerle eylem gerçekleşmeden hayatını kaybetmektedir. Geri kalan 300 kişi de bu müesseselerin yıllık olarak gerçekleştirdikleri yardımlı intihar eylemlerinin öznesini oluşturmaktadır.⁵³⁴

2-3-1-3-6 Türkiye

Ötanazi üst başlığı altında, hastanın kendi yaşamını sona erdirmeye yönelik iradesinin Türk Hukuku bakımından değerlendirilmesi, yukarıda yapmış olduğumuz ayırıma paralel olarak; kişinin tedaviyi reddetmesi, yardımlı intihar ve aktif ötanazi kavramları çerçevesinde ele alınacaktır.

Türk Hukukunda hastanın tedaviyi reddetmesi 1998 yılında çıkarılan Hasta Hakları Yönetmeliği ile açık bir biçimde tanınmıştır. Yönetmeliğin 24. maddesi, tıbbi müdahalenin gerçekleşmesi için hastanın rızasını aramaktadır. Dolayısıyla hastanın istemi dışında bir tedavinin ya da tıbbi müdahalenin gerçekleştirilebilmesi mümkün değildir. Fakat hastanın yapılması planlanan tedaviyi reddedebilmesi, onun yönetmelikte belirlenen kriterlere uygun olarak aydınlatılması şartına bağlanmaktadır. Yönetmeliğin 24. maddesine göre tedavinin uygulanmamasından doğacak olan sonuçların hastaya anlatılması ve bunu gösteren yazılı bir belgenin alınması koşulu getirilmiştir.

Hasta Hakları yönetmeliğine göre her ne kadar hastanın tedaviyi reddetme hakkı olsa da başlanmış olan tedavinin sonradan durdurulması ancak tıbbi yönden sakınca bulunmaması halinde mümkün olabilmektedir. Bu nedenle tedavi edilmediği takdirde hayatını kaybedecek olan hasta tıbbi müdahale başlamadan tedaviyi reddederse bu durumda hastanın rızası geçerli olmakta ve pasif ötanaziye izin verilmektedir. Fakat ilk başta kişinin rızasına uygun olarak tedavi başlatılmışsa ve

⁵³⁴ Aynı yer.

hayati tehlike sözkonusu ise, bu yönetmeliğe göre kişinin rızasını geri alabilmesi mümkün değildir.

Bunun yanında tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesi için her ne kadar hastanın rızasının alınması esas olsa da, bu prensip, bazı istisnalar ile birlikte kabul edilmektedir. Hastanın velisinin ya da vasisinin olmadığı hallerde veya hastanın ifade gücünün olmadığı durumlarda bu şart aranmamaktadır. Velayet ya da vesayet altında olan kişiye tıbben müdahale edilmesi zorunluluğu ortaya çıkmasına karşın ilgili kişiler tedaviye izin vermiyorsa, müdahale için mahkeme kararı aranmaktadır. Fakat bu durumda müdahale edilmediği takdirde hastanın hayatı ya da organlarından birisi tehdit altına girecek ise, müdahale için yine izin şartının gerçekleşmesine ihtiyaç yoktur.

Yönetmeliğin rızaya ilişkin bu hükmü uygulamada bazı sorunların çıkmasına neden olabilir. Örneğin temyiz kudreti yerinde olmayan bir hastaya uygulanan tedavi süreklilik arz ediyorsa ve de kişi belirli bir süre sonra temyiz kudretine kavuşur ise bu durumda tedavinin başlangıcında alınamayan hastanın rızası tekrar sorulacak mıdır? Eğer tedavinin kesilmesi tıbbi yönden bir sakınca doğurmayacaksa ortada bir problem olmayacaktır. Fakat tedavinin durdurulması kişinin yaşamını kaybetmesine neden olacaksa hastanın sonradan dile getirdiği iradeye ne ölçüde uyulacaktır? Zira 24. maddenin son hükmü açıkça müdahale başladıktan sonra hastanın tedaviyi reddetmesi hakkını tıbbi yönden sakınca bulunmaması şartına bağlamaktadır. Bize göre, tedaviyi reddetme bakımından böyle bir ayırma gidilmesi hatalı bir yaklaşımdır. Zira rızanın geçerli olabilmesi için tedavinin başlamış olması ile olmaması arasında yapılan bu ayırımın hangi hukuki menfaati korumaya yöneldiği belirsizdir.

Yönetmelikte yer alan bu düzenleme, kanaatimizce bir anayasaya aykırılık sorununu gündeme getirmektedir. Zira 2004 yılında gerçekleşen Anayasa değişikliği ile birlikte, 90. maddeye eklenen “usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası anlaşma hükümleri esas alınır” ibaresi, açıkça insan haklarını konu alan ve Türkiye'nin kabul ettiği bir sözleşmenin hukuk düzenimiz içerisindeki yeri kanunların üzerine

çıkılmaktadır. Türkiye'nin de imzaladığı ve Avrupa Konseyi çerçevesinde kabul edilen "Convention on Human Rights and Biomedicine -İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi"⁵³⁵ nin 5. maddesi muvafakat başlığını taşımaktadır ve sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş olarak muvafakat vermesi ile gerçekleşebileceği belirtilmektedir. Aynı maddenin 3. fıkrası ise ilgili kişi muvafakatını her zaman özgürce geri alabilir denilerek, yönetmelikten farklı olarak verilmiş olan izni belirli koşullara bağlamamaktadır. Dolayısıyla iki norm arasında bir çelişki mevcut olup, anayasanın 90. maddesine göre ilgili sözleşme insan haklarını konu alan bir niteliğe sahip olması nedeni ile sözleşme hükmünün geçerli olduğu kabul edilmelidir. Başka bir ifade ile Türk hukukunda her ne kadar Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24. maddesi verilmiş olan muvafakatın geri alınmasını tıbben bir sakınca olmaması koşuluna bağlıyor olsa da, bugünkü hukuk düzenimize göre sözkonusu koşulun geçerli olmadığını söyleyebiliriz.

Görüldüğü üzere pasif ötanazi belirli şartlar altında Türk Hukuk düzeni içerisinde kabul edilmektedir. Hekim yardımı ile kişinin hayatına son verebilmesi ise yardımda bulunan kişinin cezai sorumluluğunu gerektirmektedir. Bu eylem Türk Ceza Kanunu'nun 84. maddesinde düzenlenen intihara yönlendirme suçunu oluşturmaktadır. 84. maddenin ilk fıkrasında "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." ifadesine yer verilmiştir. Eski Türk Ceza Kanunu'ndan farklı olarak yardımda bulunan kişinin cezalandırılabilmesi için ölüm olayının gerçekleşmesi gerekli değildir. Ancak ölüm olayının varlığı uygulanacak olan yaptırımını ağırlaştırmaktadır. Eğer ölüm gerçekleşirse, yaptırım 4 yıldan 10 yıla kadar hapis cezası olacaktır.

Gerek eski gerekse yeni Türk Ceza Kanunu'nda, İsviçre Ceza Kanun'unun intihara yardım suçunu düzenleyen 114. maddesindeki istisnaya benzer bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Dolayısıyla failin bu eylemi yaparken kişisel bir çıkar gözetmesi ya da gözetmemesi suçun oluşumu bakımından etkili değildir. Başka

⁵³⁵ 4 Nisan 1997 tarihinde imzalanan bu sözleşme, 9 Aralık 2003 tarihinde uygun bulma kanununun resmi gazetede yayınlanması ile yürürlüğe girmiştir.

bir ifade ile Türk Hukukuna göre hekim, umutsuz durumda olan veya büyük acılar çeken hastanın talebi üzerine, onun ölümünü sağlayacak ilaçları insani amaçlar çerçevesinde tedarik etmesi, hekimin cezai sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Bu nedenle bizim hukukumuzda hekimin hastasına intihar etmesi konusunda yardım edebilmesi mümkün değildir.

2-3-1-4 Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Ötanazi

Ötanazi ya da yardımcı intihar konuları, her ne kadar insan hakları öğretisinde gerek hukuki gerekse ahlaki anlamda yoğun olarak tartışılıyor olsa da, bu tartışmanın ulusüstü nitelikteki insan hakları mekanizmalarının üretmiş oldukları karara aynı yoğunlukta yansımadağını görmekteyiz. Bununla birlikte bizim tesbit edebildiğimiz kadarıyla, Birleşmiş Milletler bünyesinde kabul edilen insan hakları sözleşmelerinin yetkili organlarının ülke gözlemlerinde bu konunun ele alındığını ve de İnsan hakları komitesine yapılan ve de esasa girmeden kabul edilmezlik kararı verilen başvuruların olduğunu söyleyebiliriz.⁵³⁶ Bunun dışında yargısal nitelikteki bir karara konu olan ve meselenin esastan incelenme imkanının ortaya çıktığı bir başvuru sözkonusudur ki; bu başvuruda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde gerçekleştirilen Pretty v Birleşik Krallık olarak adlandırılan davadır. Biz bu başlık altında önce Birleşmiş Milletlerin İnsan hakları organlarının ötanaziye ya da yardımcı intihara ilişkin yorumlarını ortaya koymaya çalışacağız, daha sonra da konu ile ilgili esastan ele alınan tek dava olan Pretty v Birleşik Krallık davasını incelemeye çalışacağız.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi'nin ötanazi ya da yardımcı intihar konusunda görüşlerini yansıtan en önemli belge, 27 Ağustos 2001 yılında Hollanda gözlemdir.⁵³⁷ Komite bu belgede, Ötanazi ve Yardımlı intihar konusunda ocak ayında yürürlüğe girecek olan yasayı değerlendirmiş ve bu konudaki endişelerini ve tavsiyelerini dile getirmiştir. Komite yeni yasa ile Hollanda hükümetinin içtihat ve tıbbi pratikte yerleşen ötanazi ve yardımcı intihar uygulamalarının açıklığa ve kesinliğe ulaştırma amacını güttüklerinin bilincinde olduklarını vurgularken, bununla birlikte sözleşmeye taraf bir devletin insan yaşamını sona erdirmeye yönelik kasti

⁵³⁶ Bkz. CCPR/C/80/D/1024/2001, Spain, 28 April 2004.

⁵³⁷ CCPR/CO/72/NET, 27 August 2001, Netherlands.

eylemlere ilişkin hukuki korumayı gevşetme arayışları karşısında komite; ilgili düzenlemelerin ne ölçüde sözleşme ile korunan yaşam hakkı ile uyumluluk gösterdiğinin belirlenmesi gerektiğine inanmaktadır.⁵³⁸

Komite yeni yasa ile ötanazi ya da yardımcı intiharın gerçekleşmesi için belirlenen kriterlerin hayata geçirilmesinde uygunsuzluklar ya da suistimallerin olmasından endişe duyduğunu belirtmiştir. Ayrıca zaman içerisinde uygulamanın rutin hale gelmesi ve de konu ile ilgili olarak duyarsızlığın oluşması da bir tehlike olarak görülmektedir.

Komitenin endişe duyduğu bir başka konu ise, 18 yaşından küçüklerin de ötanazi ya da yardımcı intihar uygulamasından yararlanmasıdır. Küçüklerin korumaya muhtaç olduğunu vurgulayan komite, ötanazi ya da yardımcı intiharın uygulanması ile artık geri dönülmez sonuçlar ortaya çıkacağından bu konunun da altını çizme ihtiyacını duymuştur.⁵³⁹

Hollanda da kabul edilen yasanın en etkin organı olan teftiş komitesinin çalışma şekli de komite tarafından eleştirilmiştir. Zira teftiş komitesinin fonksiyonu, ötanazi ya da yardımcı intihar uygulamaları gerçekleştikten sonra başlamaktadır ki; bu yöntem kanunun uygulanması için gerekli olan şartlar oluşmadan gerçekleşecek uygulamaları önleme konusunda yetersiz kalacaktır. Bu nedenle suistimallerin önüne geçilebilmesi için denetimin vaka sonrası değil vaka öncesine genişletilmesi gerekmektedir.⁵⁴⁰

Görüldüğü üzere, komite doğrudan ötanazi ve de yardımcı intiharın yaşam hakkı ile çeliştiği savını ileri sürmemekte, daha ziyade bu yasanın hangi hallerde yaşam hakkı ile çelişebileceğini sorgulamakta ve kaygılarını dile getirmektedir. Raporla ön plana çıkan kaygı ise, yasanın suistimallere açık olabilmesi ve de zaman içerisinde ötanazinin ya da yardımcı intiharın rutin tıbbi müdahaleler şekline dönüşmesidir. Bu şekilde ilk başlarda sıkı kurallara bağlanan sözkonusu uygulamalar zaman içerisinde daha gevşek bir zemine oturma tehlikesini taşımaktadır. Doktrinde

⁵³⁸ CCPR/CO/72/NET; prg. 5/a, b.

⁵³⁹ CCPR/CO/72/NET; prg. 5/c.

⁵⁴⁰ CCPR/CO/72/NET; prg. 5/d.

slippery slope olarak adlandırılan tehlikenin bir şekilde dile getirildiği bu raporun dışında, Komiteninin 2004 yılında yayınladığı bir başka ülke gözleminde de mesele ile ilgili endişeler tekrar ifade edilmiştir.

Komitenin 2004 tarihli raporunda ötanaziye ilişkin olarak bir yasa tasarısının hazırlandığı belirtilirken, henüz teklif olarak sunulmayan bu yasa taslağının hazırlanması esnasında dikkatli ve kapsamlı bir çalışmanın gerekliliği vurgulanmıştır. Özellikle böyle bir yasanın ne ölçüde toplumsal gerçeklerle uyduğunun doğru tesbit edilmesi gerektiğini belirten komite, bu konuda hükümetin temkinli davranması tavsiyesinde bulunmuştur.⁵⁴¹

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından görülen Pretty v. Birleşik Krallık davası, aktif ötanazi ya da yardımcı intihar konusunun insan hakları açısından uluslararası bir yargı makamı tarafından değerlendirildiği ilk ve şu ana kadar bizim ulaşabildiğimiz kaynaklar itibarıyla tek davadır. Bu dava ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin eline, sözleşme metninde açıkça ifade edilmeyen ötanazi ya da yardımcı intihar konusunu insan hakları bakımından aydınlatılabilme imkanı doğmuştur. Konu sadece yaşam hakkı açısından değil fakat bunun yanında kişi otonomisi, din hürriyeti, ayrımcılık yasağı ve işkence yasağı bakımından ele alınabilmiştir.

Birleşik Krallık aleyhinde başvuruda bulunan Bayan Pretty, merkezi sinir sisteminde oluşan bir hastalığı sözkonusudur. Bu hastalık kasların zayıflamasına ve de iradi olarak kişinin kaslarını kontrol edememesine yol açmaktadır. Hastalığın ileri aşamalarında kişi kollarını bacaklarını ve de solunum sistemini kontrol etmekte zafiyet göstermekte ve ölüm genellikle solunum sisteminde oluşan bu zafiyet nedeni ile meydana gelmektedir. Ve hastalığın tedavisi ya da ilerlemesinin durdurulması mümkün değildir.⁵⁴²

Başvuru anında Bayan Pretty'nin hastalığı ileri bir aşamaya ulaşmıştır. Vücudunun çeneden alt tarafı felç olmuş, anlaşılır şekilde konuşamamaktadır ve tüpler ile beslenmektedir. Bayan Pretty'nin yaşamı doktorlar tarafından hafta

⁵⁴¹ CCPR/C/THA, Thailand, 2 August 2004, prg. 135.

⁵⁴² Pretty v. The United Kingdom, App. 2346/02, 29.07.2002, prg. 7.

ya da aylar ile sınırlı olduğu söylenmekte,⁵⁴³ fakat zihni ve karar verme kapasitesinin yerinde olduğu belirtilmektedir. Başvurucu, hastalığın son aşamasında yaşayabileceği durumları gözönüne aldığında korkmakta ve ölümünün kendi kontrolü altında gerçekleşmesini talep etmektedir. Fakat belirtilen bu fiziki durumu nedeni ile her ne kadar Birleşik Krallık'ta intihar suç sayılmasa da, kendi hayatına son verememekte; bu nedenle de dışarıdan bu eylemi gerçekleştirmek için yardım talep etmektedir.⁵⁴⁴

Dava Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin önüne gelmeden önce, Bayan Pretty ve eşi, yardımlı intiharın gerçekleşebilmesi için Birleşik Krallık hukuk sistemi içerisinde çeşitli başvurularda bulunmuştur. Zira intihar bir suç sayılmamasına karşın, intihara yardım İngiliz Hukukunda suç olarak tanımlanan bir eylemdir. Bu nedenle Bayan Pretty'nin avukatı, savcılıktan, müvekkilinin kendi istemi doğrultusunda kocasının gerçekleştireceği intihara yardım eyleminin kovuşturulmaması için taahütte bulunulması istenmiş, fakat bu istem kabul edilmemiştir. Bunun üzerine Bayan Pretty savcılığın red kararını mahkemeye taşımış ancak bölge mahkemesi savcılığın vermiş olduğu cevabı hukuka aykırı bulmamıştır. İkinci kez olumsuz sonuçlanan başvuru bu sefer Lordlar Kamarasına taşınarak temyiz yoluna gidilmiş, bununla birlikte bölge mahkemesinin vermiş olduğu karar Lordlar Kamarası tarafından hukuka uygun bulunmuştur.⁵⁴⁵

Fiziksel imkansızlıklar nedeni ile kendi hayatını sona erdiremeyen ve kocasının yardımı ile hayatının sona erdirilmesine izin verilmeyen Bayan Pretty, sözleşme ile korunan İnsan haklarının ihlal edildiği iddiası ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurmuştur. Bayan Pretty, sözleşmenin yaşam hakkını koruyan 2. maddesi ile ilgili iddiasında, kendisine yardımlı intihar imkanı tanınmasının sözleşmenin 2. maddesine aykırılık teşkil etmeyeceğini, zira eğer bu durum 2. maddenin ihlali olarak kabul edilecek olursa, sözleşmenin tarafı olan ve de yardımlı intiharı suç olarak tanımlamayan ülkelerin de 2. maddeyi ihlal ettikleri sonucu ortaya çıkacağını savunmuştur. Bunun yanında 2. maddenin yaşamı değil yaşam hakkını koruduğunu dolayısıyla, getirilen koruma mekanizmalarının kişinin kendisine karşı

⁵⁴³ Bayan Pretty Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı yayınlanmadan hayatını kaybetmiştir.

⁵⁴⁴ Application no. 2346/02, 29.07.2002, prg. 8, 9.

⁵⁴⁵ Application no. 2346/02, 29.07.2002, prg. 10-14.

değil 3. kişilerin eylemlerine karşı bir koruma getirmediğini ileri sürmüştür. Bu nedenle kişinin kendi yaşamına ilişkin tercih imkanının olduğunu ve yaşam hakkının yanında ölme hakkının da 2. maddeden çıkarılabileceğini iddia etmiştir.⁵⁴⁶

Görüldüğü üzere Bayan Pretty, genel olarak kabul gören ve büyük ölçüde yaşamın kutsallığı tezine dayanan yaşam hakkının vazgeçilemezliği niteliğini kabul etmemektedir. Kişinin kendi yaşamına ilişkin tercihlerinin içerisine ölüm şeklini de sokan bu anlayış, mahkeme tarafından kabul edilmemiştir. Mahkeme 2. maddenin ihlali iddialarının dile getirildiği içtihadından yola çıkarak, bu maddenin negatif bir içeriğe sahip olmadığı sonucuna varmaktadır. Yani başka bir ifade ile 2. maddenin metni tahrif edilmeden yaşam hakkının tam zıttı olan “ölüm hakkı”nın sözleşmede yer aldığı söyleyebilmek mümkün değildir. 2. maddenin farklı ifade ediliş biçimleri olduğuna dikkat çeken mahkeme, bunların arasında insan yaşamının niteliği ya da yaşam içerisinde kişinin tercihleri konularının yer almadığını belirtmiştir. Bu konuların ancak sözleşmede yer alan başka maddelerle ilişkilendirilebileceğini ya da tamamıyla başka bir sözleşme ile koruma altına alınmış olabileceğini ileri sürmüştür. Bu nedenlerle sözleşmenin yorumundan ölüm hakkının tanındığına ilişkin bir yorum yapılamayacağına karar verilmiştir.⁵⁴⁷

Başvurucunun diğer ülkelerde yer alan ve yardımcı intiharı hukuka aykırı saymayan hukuk düzenlerine ilişkin saptamasını ise değerlendirmeye almamıştır. Davanın konusunu diğer ülkelerin hukuk düzenlerinin sözleşmenin 2. maddesine aykırılığı olmaması nedeni ile bu hususu incelemeyen mahkeme, 2. maddenin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.⁵⁴⁸

Mahkeme 3. maddenin getirdiği korumanın bu şekilde yorumlanmasını, yeni bir yaklaşım olarak değerlendirirken; sözleşmede yer alan hakların yorumlanmasının esnek ve dinamik bir yaklaşımla gerçekleştirilmesi gerektiğini teyit etmiştir. Fakat bu yorumun sözleşmenin temel amaçları ve insan haklarını koruma sistemine ile uygun ve tutarlılık oluşturması gerektiğini ifade etmiştir. Buradan yola çıkan mahkeme, 3. maddenin 2. madde ile birlikte bir uyum göstermesi gerektiğine dikkat çekmiş, 2.

⁵⁴⁶ Application no. 2346/02, 29.07.2002, prg. 35.

⁵⁴⁷ Application no. 2346/02, 29.07.2002, prg. 39, 40.

⁵⁴⁸ Application no. 2346/02, 29.07.2002, prg. 41.

madde çerçevesinde yapılan yoruma atıfta bulunarak, yardımcı intiharın bir hak olarak talep edilemeyeceğini tekrarlamıştır. Mahkeme somut vakada her ne kadar Bayan Pretty'nin duygularına katıldığını söylese de 3. maddenin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. Mahkemeye göre somut vakada devletin pozitif yükümlülüğünün hastanın acısını dindirmek ya da hafifletmek şekilde yorumlanamayacağını belirtirken, böyle bir yorumun yapılabilmesini devletin kişinin hayatının sona erdirilmesi konusunda tasvip etme yükümlülüğü anlamına geleceğini söylemiştir. Dolayısıyla, 2. madde ile ilgili yorum gözönüne alındığında, 3. maddenin böyle bir yükümlülüğü doğuramayacağına karar verilmiştir.⁵⁴⁹

Başvurucunun sözleşmenin ihlal edildiğine dair ikinci iddiası, 8. maddede düzenlenen özel yaşam ya da mahremiyet hakkının ihlaline ilişkindir. Başvurucuya göre, self determinasyon hakkı sözleşmenin 8. maddesi ile garanti altına alınmıştır. Self determinasyon hakkı ise, kişinin kendi varlığına ilişkin kararları ve kendisine olacak olanları da kapsamaktadır ve bu hakkın içerisinde kişinin ne zaman ve nasıl öleceğine ilişkin tercihi de yer almaktadır. Bu nedenle savcılıktan talep edilen taahhütün kabul edilmemesi sözleşmenin 8. maddesinin ihlali sonucunu doğurmaktadır. Başvurucuya göre özel hayatın en mahrem bölümlerinden birisini oluşturan bu konuda devletin müdahalesi ancak çok ciddi bir gerekçeye dayanmalıdır ki; davalı durumundaki Birleşik Krallık hükümeti bu konuda yeterli bir neden ortaya koyamamıştır.⁵⁵⁰

Mahkeme, özel yaşam kavramının kapsamlı bir tanımının yapılamayacağını belirtirken, bu kavramın kişinin hem fiziksel hem de psikolojik bütünlüğünü kapsadığını belirtmiştir. Bu çerçevede henüz o zamana değin self determinasyon hakkının sözleşmenin 8. maddesinin kapsamında olduğuna ilişkin bir karar verilmemiş olsa da, mahkeme, kişisel otonominin ilgili maddenin yorumunun altında yatan temel prensiplerden birisi olduğunu kabul etmiştir. Kişinin kendi hayatına ilişkin olarak vermiş olduğu kararlar ya da davranışların kimi zaman yaşamı tehlikeye atabilecek nitelikte olabileceğine dikkat çeken mahkeme, bu tercihlere devletin yapmış olduğu müdahaleler kişisel yaşama müdahale olarak kabul edilmekte

⁵⁴⁹ Application no. 2346/02, 29.07.2002, prg. 55, 56.

⁵⁵⁰ Application no. 2346/02, 29.07.2002, prg. 58, 59.

ve de ilgili müdahalenin sözleşmeye aykırı olmaması için 8. maddenin ikinci paragrafında yer alan düzenlemeye uygunluk göstermesi gerekmektedir.⁵⁵¹

Somut vakaya bakıldığında ise, başvurucu tedavisi mümkün olmayan bir hastalık nedeni ile acı çekmektedir ve bu acıyı kocasının yapacağı yardım ile hayatını sona erdirerek sonlandırmak istemektedir. Bu bağlamda kişinin yapmış olduğu bu istem kendi yaşamına ilişkin bir taleptir ve de bu talebe saygı gösterilmesi gerekmektedir. İnsan değerinin ve kişi özgürlüğünün sözleşmenin temeli olduğunu vurgulayan mahkeme, sözleşme tarafından korunan yaşamın kutsallığı prensibini inkar etmeksizin, yaşamın kalitesi ya da niteliği kavramının 8. maddenin içerisinde olduğunu belirtmiştir. Bu bakımdan, başvurucunun kendisi bakımından alçaltıcı ve acı veren sondan kurtarmasına ilişkin tercihi hukuk tarafından engellenmiştir. Mahkeme, bu engellemenin 8. madde bağlamında bir ihal oluşturup oluşturmadığı sorusunu ikinci paragrafı olaya uygulayarak çözmeye çalışmıştır.⁵⁵²

Sözleşmenin 8. maddesinin 2. paragrafında yer alan ve devletin müdahalesini meşru kılan kısstas yani zorunluluk (necessity), mahkemeye göre, sosyal bir ihtiyacın karşılığı olmalı ve özellikle takip edilen meşru amaçla ölçülü olmalıdır ki; yapılan müdahalenin ne ölçüde demokratik toplum için bir zaruret arz ettiği belirlenebilsin. Böylelikle her olay ve şarta değişebilen ve devletin yetkili makamları tarafından takdir edilen müdahalelerin sözleşmeye uygunluğu ölçülebilmektedir. Bu davada Birleşik Krallık'ın, yasal düzenlemeler yolu ile yardımlı intiharı suç olarak kabul etmesi ve buna bir istisna tanımamasının temel nedeni, çoğunluğu zayıf ve zarar görebilecek durumda olan terminal dönem hastalarının istismar edilmesinin önlenmesidir. Her ne kadar somut vakada Bayan Pretty mahkeme tarafından zayıf ya da istismara açık bir kişi olarak görülmesede, yardımlı intihar konusundaki genel yasak ile istismara açık olabilecek olan bu hastaların yaşamı korunmak istenmektedir. Bu nedenle savcılığın Bayan Pretty tarafından yapılan başvurusunun kabul edilmemesi, onun kendi yaşamına ait vermiş olduğu kararın engellenmesi başka bir ifade ile özel yaşama müdahale olarak kabul edilmekle birlikte, mahkeme

⁵⁵¹ Application no. 2346/02, 29.07.2002, prg. 62, 63.

⁵⁵² Application no. 2346/02, 29.07.2002, prg. 64-67.

bu müdahalenin 2. maddenin 8. maddenin 2. paragrafında yer alan koşullara uyması nedeni ile, sözkonusu eylemin bir ihlal oluşturmadığı sonucuna varmıştır.⁵⁵³

2-3-2 Ölüm Orucu

Ölüm orucu ile açlık grevi kavramları, ortaya koyulan eylem ve kullanılan yöntem bakımından birbirlerine benzer ve hatta kimi durumlarda birbirinin uzantısı olarak ortaya çıkan davranışları tanımlıyor olmasına karşın, bu iki kavram arasında oldukça önemli bir fark vardır. Dünya Tıp Birliği'nin⁵⁵⁴ yapmış olduğu tanımlamaya göre açlık grevi; temyiz kudretine sahip olan ve genellikle başka yollardan isteklerini ifade etme imkanı olmayan kişilerin; taleplerini dile getirmek için beslenmeyi reddederek ortaya koymuş oldukları eylemdir.⁵⁵⁵ Fakat bu eylem, genellikle belirli vitaminlerin alınması, eylemcilerin sıra ile beslenmeyi reddetmeleri ya da belirli süreler dahilinde eylemin gerçekleştirilmesi yolu ile kişinin hayatta kalmasına yönelik tedbirler alınmakta ve bu nedenle açlık grevleri ölüm orucundan ayrılmaktadır. Zira ölüm orucunda, beslenmenin ve tıbbi müdahalenin tümüyle reddi sözkonusu olduğundan kişinin yaşamı gerçekleştirilen eylem dolayısıyla tehlike altındadır. Diğer taraftan açlık grevlerinin de belirli bir aşamadan sonra kişinin yaşamını tehdit eder bir hal alması, eylemi ölüm orucu niteliğine de büründürebilir. Dolayısıyla ölüm orucu bu anlamda, açlık grevlerinin ileri aşaması olarak da tanımlanabilir.^{556/557}

⁵⁵³ Application no. 2346/02, 29.07.2002, prg. 74-78.

⁵⁵⁴ World Medical Association. Bizim rasladığımız bazı Türkçe kaynaklarda bu kurum, Dünya Tabipler Birliği olarak da adlandırılmaktadır.

⁵⁵⁵ World Medical Association Declaration on Hunger Strikers, Adopted by the 43rd World Medical Assembly Malta, November 1991 and editorially revised at the 44th World Medical Assembly Marbella, Spain, September 1992 and revised by the WMA General Assembly, Pilanesberg, South Africa, October 2006.

⁵⁵⁶ M. SEVİNÇ; "Bir İnsan Hakları Sorunu Olarak Açlık Grevleri", AÜSBF Dergisi, 57(1), Ocak-Mart, Ankara, 2002, sf. 113.

⁵⁵⁷ Örneğin bir çalışmada beslenmenin reddedilmesi ile ortaya konulan eylemler kategorileştirilmeye çalışılmıştır. Buna göre; beslenmeyi reddetme şeklinde ortaya çıkan eylemler 4 başlık altında gruplandırılabilir. Birinci grupta yer alan eylemler politik ya da diğer düşüncelere dikkat çekmek amacıyla taşınmaktadır. Yapılan eylemin sonuna kadar götürülmesi konusunda bir kararlılık sözkonusudur. Dile getirilen istemlerin hayata geçirilmesi ve beslenmeye devam etme konusunda eylemciler bir umut taşımaktadır. Fakat, istemlerin kabul edilmemesi halinde ölüm ihtimal dahilindedir; bununla birlikte, ölmek amaç niteliğini taşımaz. İkinci gruba giren eylemlerde, eylemler genellikle kısa sürelidir. Yani sonuna kadar eylemi devam ettirme kararlılığı yoktur. Dolayısıyla, eylemin bitmesi için gerekli olan şartların neler olduğu açık değildir. Üçüncü gruba giren eylemlerde ise, pazarlık amacı ile kullanılan eylemlerdir. İlk gruptaki katılık bu nedenle sözkonusu değildir. İstemlerinin tümü değil ama makul teklifler ile uzlaşma sağlanabilmektedir. Hatta hiçbir uzlaşma sözkonusu olmaz ise eylem bir şekilde kendiliğinden sona erebilmektedir. Son gruba giren eylemler ise mahkumlara has bir durum olarak değerlendirilmektedir. Mahkum ölmek istediğini daha önceden

Bizim bu çalışmada ölüm orucu kavramı ile ifade etmeye çalıştığımız durum ise; temyiz kudretine ve akıl sağlığına sahip bir kişinin, belirli bir şeyi protesto etmek ya da belirli bir talebi dile getirmek amacı ile beslenmeyi reddetmesi, hayatına devam etmesi için gerekli olan tıbbi müdahaleleri kabul etmemesi ve bu nedenlerle de yaşamının tehlikeye girmesi halidir.

Bahsettiğimiz bu tanıma uygun eylemlerin tarihsel kökleri Antik Yunan'a kadar uzanmaktadır. Bizim ulaşabildiğimiz kaynaklara göre, bilinen ilk ölüm orucu eylemi, Spartalı Lyncurgus tarafından gerçekleştirilmiştir. Kanunlarının değiştirilmemesi için topluma baskı yapmak amacı ile ölüm orucunu bir eylem olarak gerçekleştirmiştir.⁵⁵⁸ Bir diğer ilginç ölüm orucu eylemi ise, Osmanlı İmparatorluğu döneminde yaşanmıştır. Kanuni Sultan Süleyman döneminde meydana gelen bu eylemin baş aktörü vezir Divane Hüsrev Paşa'dır. Padişah'ın kendisini azletmesinden sonra durumu protesto etmek için 1545 yılında ölüm orucuna başlayan eski vezir 17 gün su dahil herhangi bir besin almadan ölüm orucu tutmuş ve vefat etmiştir.⁵⁵⁹

Beslenmenin reddedilmesinin yöntem olarak bir topluluk tarafından ilk kullanımı ise, 1774 yılında Virginia'da bulunan bir kasabanın sakinleri tarafından gerçekleştirilmiştir. Bu eylemde, İngilizlerin Boston limanına uygulamış olduğu ambargo protesto edilmiştir.⁵⁶⁰ Tarihteki bir diğer ünlü eylem ise, Çarlık Rusyası

ifade etmiştir fakat intihar etmek için alternatif bir yolu yoktur. Kendisini aç bırakarak ölmeye çalışmaktadır. Bkz. S. BENNETT; "The Privacy and Procedural Due Process Rights of Hunger Striking Prisoners", New York University Law Review, November, 1983, dpt. 1.

⁵⁵⁸ W. MANOR; "Striking Differences: Hunger Strike in Israel and the USA", Social Movement Studies, Vol. 4, No. 3, 2005, sf. 282.

⁵⁵⁹ Divane Hüsrev Paşa, Veziriazam Hadım Süleyman Paşa'dan sonra gelen etkin bir vezirdir. Fakat veziriazam olabilmesi için Hadım Süleyman Paşa'nın bu görevden ayrılması gerekmektedir. Dolayısıyla iki paşa arasında bir gerilim sözkonusudur. Birgün padişah huzurunda tartışan bu iki vezir, tartışmanın boyutunu kavgaya dönüştürmüş ve de Hüsrev Paşa hançerini çekerek Süleyman Paşa'nın üstüne yürümüştür. Bu olaydan sonra Kanuni iki veziri de azletmiş ve veziriazamlığa Rüstem Paşa'yı getirmiştir. Bunun üzerine konağına kapanan Hüsrev Paşa durumu protesto etmek için ölüm orucuna başlamış ve 17. günde vefat etmiştir. Bkz. M. BARDAKÇI, "Türkiye'de açlık grevinde ölen ilk kişi, Kanuni'nin veziri Hüsrev Paşa'dır"

<http://hurarsiv.hurriyet.com.tr/goster/haber.aspx?id=5255909&tarih=2006-10-14>

⁵⁶⁰ W. MANOR; sf. 283.

döneminde sürgün edilenler ile mahkumların kendi yaşam şartlarını düzeltmek için son çare olarak beslenmeyi reddetmeleridir.⁵⁶¹

Ölüm orucunun dünya genelinde bilenen ilk örneği ise İngiltere’de geride bırakmış olduğumuz yüzyılın başında yaşanmıştır. Kadın hakları hareketinin mensupları, yapmış oldukları eylemler nedeni ile mahkum olmuşlar ve kendilerine adi suçlu muamelesi yapıldığı için ölüm orucuna başlamışlardır. Eylemcilerin beslenmesi için önce ikna yoluna başvurulsa da, konumuzun önemli olan bir diğer yanı zorla besleme uygulamasına zaman içerisinde başvurulmuştur. Önemli sağlık sorunlarının doğmasına neden olan bu eylemler tepki çekmiş ve Kedi Fare yasası olarak bilinen düzenleme İngiliz Parlamentosunda kabul edilmiştir. Bu yasaya göre, beslenmeyi reddeden mahkumlar birkaç günlüğüne serbest bırakılmaktadır. Fakat uygulamada defalarca cezaevine girip çıkan mahkumlar olduğu gibi hiç dönmeyenler de olmuştur. Nihayetinde, 1918 yılında oy hakkının tanınması ile de eylemcilerin açlık grevi sona ermiştir.^{562/563}

Beslenmeyi reddetmeyi bir protesto ya da düşünceleri ifade etme yöntemi kullananlar arasında yer alan en ünlü kişi hiç şüphesiz, Mahadma Ghandi’dir. Ghandi’nin ilk eyleminde İngiltere’nin Hindistan üzerindeki egemenliğini protesto etmiştir. İkinci eyleminde ise bağımsız Hindistan’ın otokratik yönetimini. Bununla birlikte, 20 yüzyılın ilk ölümle sonuçlanan ölüm orucu eylemini, İrlandalı Terence MacSwiney gerçekleştirmiştir. 1920 yılında yaklaşık 74 gün boyunca besin almayı kabul etmeyen MacSwiney bu nedenle hayatını kaybetmiş ve ölüm orucu neticesinde hayatını kaybeten, 20. yüzyıldaki bilinen ilk eylemci olmuştur.⁵⁶⁴

Yakın dönemde ölüm orucu ya da açlık grevlerinin tekrar dünya kamuoyunun dikkatini çekmesine neden olan eylemler ise 1970’li yıllardan sonra Cumhuriyetçi İrlandalılar tarafından İngiliz Cezaevlerinde gerçekleştirilmiştir. Bu eylemlerin en ünlüsü ise 1981 yılında başlatılan ve mahkumların hayatlarını kaybetmesi ile

⁵⁶¹ M. FEYZİOĞLU; “Açlık Grevi”, A.Ü.H.F Dergisi, 43/1-4, sf. 158, 159.

⁵⁶² W. MANOR; sf. 282, M. FEYZİOĞLU; sf. 159.

⁵⁶³ İngiltere’de kadınların oy hakkına sahip olması için girişilen mücadelede kullanılan ölüm orucu yöntemi daha sonra İngiltere’de eğitim görmüş kadınlar tarafından ABD’de kullanılmıştır. Bkz. W. MANOR; sf. 282.

⁵⁶⁴ Aynı eser; sf. 283.

sonuçlanan ölüm oruçlarıdır. Aynı yıl İspanya'da Grapo adlı terörist örgüte üye olan mahkumlardan birisi, 90 günü aşan bir ölüm olucundan sonra hayatını kaybetmiştir. Daha sonra aynı örgütün tutuklu olan 50 üyesi 1989 yılında açlık grevine başlayarak dünya kamuoyunun dikkatinin tekrar bu konuya dönmesine neden olmuştur.⁵⁶⁵

Açlık Grevlerinin yöntem olarak sıklıkla kullanıldığı bir diğer ülke ise İsrail'dir. 1996 yılında Filistinli Mahkumlar cezaevi şartlarının düzeltilmesi için açlık grevine başlamışlar fakat İsrail Yüksek Mahkemesi'nin zorla beslenme konusunda karar vermesi üzerine bu eylemlerini bitirmişlerdir. Daha yakın bir tarih olan 2004 yılında 3000 Filistinli İsrail'de bulunan çeşitli cezaevlerinde açlık grevine başlamış ama bu sefer bu eyleme yanıt Savunma Bakanından gelmiştir. Bakan mahkumların ölüm orucu tutabileceklerini ancak kendilerinin Filistinli mahkumların dile getirmiş olduğu talepleri karşılamayacaklarını belirtmiştir.⁵⁶⁶

Ölüm orucu eylemleri ile dünya gündemine taşınan bir diğer ülke ise Türkiye'dir. Bu eylemin ilk ciddi biçimde görünümü, 12 Eylül askeri müdahalesinden sonra yaşanmıştır. 1981 yılında iki mahkum ölüm orucu nedeni ile yaşamını yitirmiştir. Bu tarihten sonra en büyük eylem ise 1996 yılında Buca Cezaevinde yaşanmış ve 12 mahkum hayatını kaybetmiştir. 2000 yılının Kasım ayında ise F Tipi Cezaevlerinin protesto edilmesi için başlayan ölüm orucu eylemlerinde ise 40'ın üzerinde mahkum ve mahkum yakını hayatını kaybetmiştir.⁵⁶⁷

Son Ölüm orucunu son zamanlarda tekrar gündeme taşıyan gelişmeler ise A.B.D.'nin Guantánamo Bay Deniz üssünde tutuklu olarak bulunan kişilerin başlattıkları ölüm oruçlarıdır. A.B.D.'nin Afganistan'a müdahalesi sonrasında bu üsse getirilen büyük çoğunluğunu Afganlıların oluşturduğu mahkumların bir kısmı 2005 yılında ölüm orucuna başlamışlardır.

Yukarıda saymış olduğumuz, İngiltere, İspanya, İsrail, Türkiye ve A.B.D.'de yaşanan ölüm orucu pratikleri, dünya kamuoyuna yansıyan çarpıcı örnekler olması

⁵⁶⁵ C. B. AKAL; "İspanya'da Açlık Grevinin Doğurduğu Sorunlar", Argumentum, 2/19, İstanbul, 1992, sf. 291.

⁵⁶⁶ M. SILVER; "Testing Cruzan: Prisoners and The Constitutional Question of Self-Starvation", Stanford Law Review, November 2005, sf. 634.

⁵⁶⁷ M. SEVİNÇ; sf. 115.

itibariyle ön plana çıkmaktadır. Oysa, ölüm orucunun bir yöntem olarak uygulanması neredeyse bütün dünyada rastlanılan bir olgudur.⁵⁶⁸ Başka bir ifade ile geride bırakmış olduğumuz yüzyılda daha sık bir biçimde uygulanmaya başlanan ve bundan sonra da devam edecek bir olgudan sözlemekteyiz. Bizim açımızdan bu meselenin önemi ise, doğrudan yaşam hakkı ile bağlantılı bir niteliğe sahip olmasından kaynaklanmaktadır. Fakat bu mesele, ötanazi konusunda olduğu gibi bir nevi hakların yarışmasına sahne olmaktadır. Dolayısıyla öncelikle insan hakları bakımından konun çerçevesi belirlenmesi gerekmektedir ki; biz de ilk önce ölüm orucunun insan hakları bakımından taşıyabileceği anlam ele alınacaktır.

İnsan Hakları bakımından genel çerçevenin çıkarılmasından sonra, ölüm orucunun yargısal kararlara konu olduğu İngiliz ve Amerikan Hukukunda meselenin nasıl değerlendirildiği incelenecektir. Ülke uygulamalarının yer alacağı bu bölümde, Türkiye'deki ölüm oruçları ve Türk Hukukuna göre bu eylemler değerlendirilmeye çalışılacaktır. En son aşamada ise, uluslararası insan hakları mekanizmalarının ölüm orucuna ilişkin kararları ve değerlendirilmeleri incelenecektir.

2-3-2-1 İnsan Hakları Bakımından Ölüm Orucu

Ölüm orucu ya da açlık grevi olarak adlandırdığımız eylemlerin insan hakları çerçevesinde değerlendirilmesi girişimi; ister ister istemez birbiri ile bağlantılı iki meselenin tartışılmasını gerektirmektedir. Bunlardan ilki sözkonusu eylemlerin insan haklarının bir görünümü olarak tanımlanıp tanımlanamayacağı sorunu, diğeri ise zorla besleme olarak adlandırılan ve eylemin, eylemcinin iradesine rağmen bitirilmesi anlamına gelen davranışın ne ölçüde insan hakları ile uyum gösterdiği meselesidir. Ancak ikinci meselenin yorumu ilk soruya verilecek olan yanıtı göre farklılık arz edecektir. Zira eğer ölüm orucu bir insan hakkı ya da insan haklarının hayata geçirilmesi için bir yöntem olarak kabul edilecek olursa, kişinin kendisine karşı dahi korunması gerektiği düşüncesine dayanan yaşam hakkı ile bir çatışma sözkonusu olacaktır. Başka bir ifade ile kişinin hayatta kalması konusunda toplumun sahip olduğu menfaatle, kişinin beslenmeyi reddetme yolu ile elde etmeye çalıştığı menfaatlerin yarışması sözkonusu olacaktır. Diğer taraftan, eğer bu eylemler birer

⁵⁶⁸ A. TAŞKAN; Açlık Grevleri, Eda Matbaacılık, Ankara, 2005, sf. 24-54.

hak olarak değerdendirilmeyecek olursa, bu takdirde de, sadece zorla beslemenin insan hakları bakımından ortaya çıkarabileceği sorunlar gündeme gelecektir. İşte biz bu başlık altında yukarıda saymış olduğumuz ihtimalleri değerdendirmeye çalışacağız.

Beslenmeyi reddetme biçiminde ortaya çıkan eylemlerin ortak noktası, hoşnut olunmayan bir durumu ya da gelişimi protesto etmektir. Bu eylemin nihai amacı kimi hallerde kişinin kendi hayatını a kalarak tehlikeye atması halini bir istemlerinin kabul edilmesi için pazarlık aracı olarak kullanmak, kimi zaman da doğrudan kişinin kendisini feda etmesi ile protesto edilen duruma toplumun dikkatini çekmektir. Fakat nihai amaç ne olursa olsun eylemin temelini, protesto edilen duruma ilişkin olarak eylemcinin düşüncelerini topluma aktarma çabası oluşturmaktadır. Yani eylemci açısından ölüm orucu, kişinin kendisini ifade edebilmesinin en etkili yollarından birisidir.

Tarihteki lm orucu eylemlerine baktığımızda, genellikle eylemcilerin son bir hamle olarak açlık grevine ya da ölüm orucuna başladıklarını görmekteyiz. Dolayısıyla lm orucu ya da açlık grevi, hukuki yollar tketicikten sonra başvurulan bir yöntem olarak ortaya çıkmaktadır. Eylemci pozitif hukukun tanıdığı ve olağan yollardan ulaşamadığı amacına, kendi hayatını tehlikeye sokmak suretiyle ulaşmayı hedefler. Zira böyle bir durumda medya eyleme odaklanacak ve topluma eylemcinin düşüncelerini aktarmış olacaktır. Eylemcenin hayatını tehlikeye atması karşısında toplum duyarsız olmayacak ve lehine bir kamuoyu oluşma ihtimali doğacaktır. Ve nihayetinde, karar mercilerinin üzerinde bir baskı oluşturulabilecektir. Bu nedenle, beslenmeyi reddetme şeklinde ortaya çıkan bu eylemin en önemli unsurlarından birinin, kişinin kendini topluma ifade etmesi; yani ifade özgürlüğünün kullanılması olduğunu söyleyebiliriz.

Düşünceleri ifade etme özgürlüğü, bir protesto yöntemi olarak ortaya çıkan beslenmeyi reddetme eyleminin insan hakları bakımından önemli bir unsurunu oluşturuyor olsa da, bize göre burada asıl üzerinde durulması gereken husus; bu eylemlerin kişinin mahremiyet hakkı ile olan bağlantısıdır. Daha önce de üzerinde duruduğumuz için mahremiyet hakkının ne anlama geldiği üzerinde tartışma yapmaksızın; sadece bu hakkın kişinin kendi hayatı ile ilgili vereceği kararlara

dışarıdan müdahale edilmemesi talebini içerdiğini hatırlatmak istiyoruz. Bu anlamda ölüm orucu, temyiz kudretine sahip olan kişinin tam anlamı ile hayatına ilişkin yapmış olduğu değerlendirmenin bir yansıması niteliğini taşımaktadır. Bu değerlendirme neticesinde kişi, fikirlerini ifade edebilmek ya da kendince olması gerekene ulaşabilmek adına hayatını tehlikeye sokmaktadır. Dolayısıyla ölüm orucu aslında mahremiyet hakkının hayata geçirilmesinin bir görünümü niteliğindedir.

Mahremiyet hakkının sınırlandırılmasında ise, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihadında da gördüğümüz üzere, genellikle kazüvistik bir yaklaşım sergilenmekte ve tüm olaylar bakımından uygulanacak kurallar oluşturulmamaktadır. Yani her bir olayın kendi niteliğine göre sınırlandırmanın hukuka uygunluğu ele alınmaktadır. Bu nedenle ölüm orucunun yapılacak olan müdahalenin hangi şartlar altında hukuka aykırılık teşkil edeceği tartışma konusudur. Elbette tartışmanın en önemli boyutunu, kişinin hayatta kalması konusunda toplumun sahip olduğu menfaati ifade eden ve yaşamın kutsallığı tezine dayanan yaşam hakkı ile kişinin mahremiyet hakkı arasındaki gerilim oluşturmaktadır.

Kişinin ölüm orucu nedeni ile kendi hayatına son vermesine engel olunması gerektiği yönündeki düşüncenin esası, yaşam hakkına sahip olan bireyin bu hakkın konusunu oluşturan yaşamdan kendi iradesi ile dahi vazgeçemeyeceği iddiasına dayanmaktadır. Çünkü insan yaşamı kendi başına bir değerdir ve de eğer kişi yaşamına son verecek olursa bu değerinkın inkar edilmesi anlamına gelecektir. Dolayısıyla ölüm oruçlarına müdahale edilmesi bizzat yaşam hakkının hayata geçirilebilmesi için zorunlu bir unsur olduğu düşünülebilir. Diğer taraftan, bir başka yoruma göre; yaşam hakkı hem kişiye bir takım talepleri ileri sürme hakkı vermekte fakat aynı zamanda bu hak bireye, ailesi ve topluma karşı çeşitli sorumluluklar getirmektedir. Başka bir ifade ile kişi sadece kendisi için yaşamamakta bunun yanında aile ve toplum için de yaşamaktadır. Bu görüşe göre kişiye bir nevi ailesi ve toplumuna karşı hayatta kalma borcu yükletilmektedir.⁵⁶⁹

⁵⁶⁹ D. SOYASLAN; "Türk Hukuk Düzeni ve Açlık Grevi Yapan Kişilere Müdahale Sorunu", Yargıtay Dergisi, 16/1-4, Ankara, 1990, sf. 273.

Ölüm oruçlarına müdahale yanısı bu görüşler esas olarak ötanaziye karşı ileri sürülen görüşlerden temelde büyük farklılıklar taşımamaktadır. Fakat ölüm oruçlarının büyük oranda cezaevlerinde mahkumlar tarafından gerçekleştirilmesi, toplumun, kişinin hayatta kalmasındaki menfaati gözetilerek ötanazi için yapılan itirazlardan bazı açılardan daha farklı argümanların üretilmesine neden olmaktadır. Çünkü eylemi yapan kişiler, özgürlüğü yasanın verdiği yetki ile mahkeme tarafından kısıtlanmış kişilerdir. Dolayısıyla kişilerin bu eylemleri ile ilgili yapılan değerlendirmelerde, toplumsal menfaatin gündeme gelmesi başka kaygıların izlerini taşıyabilmektedir.

Bunlardan ilki; cezaevi şartlarında bir mahkumun ölüm orucu eylemine başlaması, bu eylemin diğer mahkumlar tarafından da takip edilmesi tehlikesini ortaya çıkarmaktadır. Bu nedenle eylemin engellenmesinde devletin bu bakımdan menfaati olduğu ileri sürülebilir.⁵⁷⁰ Ancak eylemin bu gerekçeye dayanılarak engellenmesi sadece diğer mahkumların sağlığını ya da hayatını koruma kaygısını içermemektedir. Bunun yanında ölüm orucu eylemine cezaevi içerisinde sağlanacak geniş çaplı bir katılım, hem cezaevi yönetiminin otoritesini sarsma potansiyenine sahip bir ortam hazırlamakta hem de kurum içerisindeki disiplinin ortadan kalkması tehlikesini gündeme getirecektir.⁵⁷¹

Kişinin ifade hürriyeti ve mahremiyet hakkının bir görünümü olarak adlandırabileceğimiz bu eylemler, yetkili makamlar tarafından yapılan değerlendirme neticesinde; kişinin bu eylemi yapma konusundaki menfaatinden daha üstün bir menfaatin varlığına kani oldukları takdirde, zorla besleme olarak adlandırılan uygulamaya başvurmaktadırlar. Fakat bu müdahale eyleminin iradesine karşı gerçekleştirildiğinden, niteliği yapılabilmesi için değişik oranlarda şiddetin uygulanması gerekmektedir. Bu ise, tıp etiği bakımından kabul edilmesi mümkün olmayan bir davranış olmasının yanında insan hakları ihlallerini gündeme getirebilecek bir yaklaşımdır.

⁵⁷⁰ J. K. GREENBERG; "Hunger Striking Prisoners: The Constitutionality of Force-Feeding", Fordham Law Review, March 1983, sf. 759.

⁵⁷¹ J. K. GREENBERG; sf. 763, 764., M. SILVER; sf. 648-651.

Zorla beslemenin en ilk örneklerinden birisi, 1909 yılında İngiltere’de gerçekleştirilmiştir. Kadın Hakları savunucusu eylemcilerin mahkum olduktan sonra cezaevlerinde başlattıkları ölüm oruçlarına, müdahale de bulunan cezaevi yetkilileri, mahkumların beslenmesi için oldukça sert yöntemler uygulamıştır. Yüzlerce kadın eylemci boğazlarından ve burun deliklerinden süt ve et suyu akıtılması suretiyle beslenmeye çalışılmıştır. Fakat ciddi sağlık sorunlarına yol açan bu sert müdahale İngiliz Parlamentosu’nda eleştirilmiş ve doktorlar tarafından da tepki ile karşılanmıştır. Neticesinde bu yöntemden vazgeçilerek ünlü kedi köpek yasası olarak adlandırılan ve mahkuma kısa süreli cezaevinden çıkma imkanı sağlayan düzenleme kabul edilmiştir.⁵⁷²

Yakın dönemde zorla besleme yöntemine ilişkin tepkilerin tekrar gündeme gelmesi Guantanamo’da alıkonulan ve ölüm orucu yapan eylemcilerin zorla beslenmesi ile olmuştur. Birleşmiş Milletler Özel Raportörü’nün hazırladığı rapordan anlaşıldığı kadarıyla Guantanamo üssünde alı konulan kişilerden ölüm orucu tutanlara zorla besleme uygulaması kısaca şu şekilde gerçekleşmektedir. Eylemcilerin beslenmesi için esas olarak burunları kullanılmaktadır. Beslenmenin yapılabilmesi için ince değil fakat parmaktan daha kalın tüpler kullanılmakta ve bu tüpler besleme esnasında burna defalarca sokulup çıkarılmaktadır. Fakat bu yöntem burnun kanamaya başlamasına kadar devam etmektedir. Tüplerin burnun içerisine sokuluyor olması nedeni ile eylemci çoğu zaman kan kusmaktadır. Günde iki kez gerçekleşen bu beslemeye muhattap olan kişilerin bir kısmı hastane şartlarında değil bizzat kendi hücrelerinde zorla beslenmektedir.⁵⁷³

Amerika Birleşik Devletleri’nde zorla besleme için esas olarak iki yöntem uygulanmaktadır. Bunlardan daha çok uygulanan yöntemde, yumuşak bir tüp burundan sokulmakta ve boğazdan geçirilerek mideye ulaştırılmakta. Böylece burundan verilen besinin doğrudan mideye gitmesi sağlanmaktadır. Fakat bu yöntemde burun yolu ve de boğazda tüpün meydana getirdiği tahribat büyük acılara neden olurken, buna karşı refleksel olarak meydana gelen yutkunma çok şiddetli başağrıların ortaya çıkmasına sebep olabilmektedir. Aynı yöntem kimi zaman

⁵⁷² M. FEYZİOĞLU; sf. 159.

⁵⁷³ Commission on Human Rights, Situation of Detainees at Guantanamo Bay, E/CN.4/2006/120, 15 February 2006, dpt. 74.

doğrudan ağızdan uygulanabilmektedir. Zira buruna sürekli olarak tüplerin takılıp çıkarılması sonuç olarak yara oluşmasına ve de kanamaya neden olabilmektedir. Bu durumda da, anestetik ve sindirim olmak üzere iki tüp kullanılarak mideye besin aktarılmaktadır.⁵⁷⁴

Zorla besleme konusunda kullanılan ikinci yöntem ise doğrudan damardan beslemedir. Bu yöntemde ana damarlardan birisine kişinin günlük ihtiyacı olan besin damardan kana karıştırılır. Fakat bu yöntem iki nedenle çeşitli problemler doğurabilmektedir. Bunlardan ilki, ölüm orucu tutan mahkumun bu müdahaleye karşı çıkması durumunda yaşanabilecek bir kan kaybı hali onun doğrudan ölümüne neden olmasıdır. 3 ya da 4 dakikalık bir kan kaybı yaşamsal bir tehlikenin ortaya çıkması için yeterli olduğu belirtilmektedir. İkinci problem ise, damardan beslenmenin enfeksiyon oluşturma ihtimalidir.⁵⁷⁵

Bunların yanında, beslenme zorla gerçekleştirildiği için mahkumun ayrı bir fiziksel müdahaleyle de karşı karşıya kalması kaçınılmazdır. Çünkü yukarıda anlatılan yöntemlerden hangisi uygulanırsa uygulansın, ölüm orucu tutan kişinin bu müdahaleye karşı çıkması sözkonusu olacaktır. Bu durumda da ellerinin ya da vücudunun bağlanması veya görevliler tarafından zaptedilmesi gerekecektir. Dolayısıyla eylemi yapan kişinin yaralanması, beslenme esnasında ölüme varabilecek çeşitli zararlar görmesi gözardı edilmeyecek bir ihtimaldir.

Kişinin kendi yaşamını tehlikeye sokacak bir şekilde beslenmeyi reddetmesi karşısında devletin zorla beslemeyi uygulaması, zorunlu olarak içeriği şiddete dayanan bir uygulama olduğundan, hem maddi hem de manevi açıdan insan üzerinde olumsuz etkiler bırakabilmektedir. Bu nedenle sözkonusu müdahalenin sadece mahremiyet hakkının ya da ifade özgürlüğünün kısıtlanması değil ama bunların yanında kişinin insanlık dışı bir muameleye maruz kalması anlamına da gelebilmektedir.

2-3-2-2 Tıp Etiği Bakımından Ölüm Orucu

⁵⁷⁴ M. SILVER; sf. 637.

⁵⁷⁵ Aynı eser; sf. 637, 638.

Açlık grevleri ya da ölüm oluru eylemleri sözkonusu olduğunda ilk aklı gelen meslek grubu başta hekimler olmak üzere tıp mesleği mensuplarıdır. Çünkü uzun süre gerekli besinleri almamış kişilerin zorla beslenmesi ancak tıbbın gerekleri yerine getirilerek çerçevesiyle bir uygulamadır. Nitekim pratikte, ne zaman bir ölüm orucu eylemi ortaya çıksa ve akabinde zorla besleme sözkonusu olsa, kısa süre içerisinde hekimlerin bu uygulamanın içerisine dahil edilmeye çalışıldığını görmekteyiz. Ancak zorla besleme yöntemi konusunda hekimin ya da diğer tıp personelinin takınacağı tavır esas olarak belirlen unsur, müdahalede bulunması istenilen tıp personelinin şahsi ahlaki değerlendirmesi değil, tıp mesleği içerisinde zaman içerisinde kabul edilen etik kurallardır.

Bir ölüm orucu eylemi sözkonusu olduğunda, hekimin tıp etiği açısından ortaya koyması gereken tavır belirleyen ilkeler çeşitli kaynaklar tarafından dile getirilebilmektedir. Bu ilkelerin uluslararası düzeyde ifade edilmesinin ilk örneklerinden birisini Dünya Tabipler Birliği'nin 1975 yılında yayınladığı Tokyo Deklarasyonudur. Hapis ya da tutukluluk nedeni ile hürriyeti kısıtlanmış olanlar ile ilgili olarak işkence, insanlık dışı ya da kötü muamele gibi davranış ya da cezalara maruz kalmalarına ilişkin olarak hekimler için oluşturulmuş bir rehber niteliği taşıyan bu deklarasyon, daha sonra sırasıyla 2005 ve 2006 yıllarında revize edilmiştir. Deklarasyonun ilk maddesinde, hekimin hürriyeti kısıtlanmış olana kişiye karşı yapılan bir işkenceye, diğer acı verici eylemlere, insanlık dışı ya da alçaltıcı hareketlere onay veremeyeceği, bu durumu görmezden gelemeyeceği ve de bu eylemlere katılmayacağı belirtilmektedir. Deklarasyonun doğrudan zorla besleme uygulamasını ele aldığı 7. maddesinde ise, temyiz kudretine sahip olan ve kendi iradesi ile beslemeyi reddeden tutuklu ya da mahkuma zorla besleme yapılamayacağı öngörülmektedir. Fakat mahkumun ya da tutuklu ile ilgili olarak hekimin yapacağı bu tesbitlerin bağımsız başka bir hekim tarafından da onaylanması istenmektedir. Hekimin bu noktada mahkum ya da tutuklu için yapması gereken tek şey, ona beslenmeyi reddetmesi halinde, bu davranışının ne gibi sonuçlar doğuracağını açıklamaktan ibarettir.

1975 yılında yayınlanan bu deklarasyondan sonra, Dünya Tabipler Birliği, 1991 yılında Malta'daki 43. Toplantısında, özel olarak Açlık Grevleri ile ilgili ikinci bir deklarasyon yayınlamıştır. 1991 ve 2006 sennelerinde iki kez revize edilen bu

metin ile bir taraftan açlık grevine müdahale konusunda hekim için etik prensipler belirlenirken, diğer taraftan da bir açlık grevi eylemi sözkonusu ise hekimin bu eylemi tıp etiği bakımından nasıl yöneteceği de açıkça belirlenmiştir. Bu metin aynı Tokyo Deklarasyonunda olduğu gibi mahkumun ya da tutuklunun rızası olmaksızın zorla besleme yöntemini reddetmekte fakat bir adım ileri giderek, bu yöntemin uygulanmasını insanlık dışı ve alçaltıcı bir muamele olarak tanımlamayı, etik bakımından zorla beslenmenin hiçbir şekilde kabul edilemeyeceği metnin 21. maddesinde ifade edilmektedir.

Dünya Tabipler Birliği'nin ölüm orucu ya da açlık grevlerine ilişkin olarak kabul etmiş olduğu bu ilkeler, dünyadaki hekim birlikleri tarafından da kabul edilen ilkeler olduğunu söyleyebiliriz. Örneğin Türk Tabipler Birliği'nin 47. Genel Kurulu'nda kabul edilen "Hekim Meslek Etiği Kuralları"nın 21. maddesi genel anlamda hasta haklarına saygıyı düzenlerken, hekimin tedaviyi red ya da kabul etmesine saygı gösterilmesini kural olarak öngörmektedir. Fakat bu maddenin dışında, özel olarak 36. maddede, tutuklu ve hükümlülerin tedaviyi reddetmesi durumu ele alınmaktadır. Maddeye göre hekim, muayene ve tedavi olanaklarını bilinçli olarak reddeden tutuklu ve hükümlülere bu davranışlarının sonuçlarının neler olabileceğini açıklar; zorla muayene ve tedavi yolunu deneyemez, öneremez.

Dünya Tabipler Birliği ve ülke tabip birliklerinin dışında, Uluslararası Kızıl Haç Komitesi'nin yaklaşımı da, zorla besleme yöntemini dışlar bir görünüm arz etmektedir. Örneğin 2004 yılında Filistinli mahkumların İsrail hapishanelerinde başlattıkları açlık grevleri konusunda, Kızıl Haç örgütüne mensup hekimlerin göstereceği faaliyetler konusunda bilgi sunarken, hekimlerin İsrail'li yetkilileri zorla besleme yöntemini uygulamamasına sevk etmeye çalışmak yer almaktadır.⁵⁷⁶ Kızıl Haç'ın yayınladığı bir başka belgede ise, hekimlerin cezaevi ziyaretleri sırasındaki konularının ifade edilirken, açlık grevi ve zorla besleme yöntemleri ile karşılaşıldığında neler yapmaları gerektiğine ilişkin yanıt ve de bu uygulamaların ne ölçüde işkence ya da kötü muamele sayılacağı belirlenmesi için referans gösterilen kaynaklardan birisi de, Tabipler Birliği'nin Tokyo Deklarasyonudur.

⁵⁷⁶ <http://www.icrc.org/Web/Eng/siteeng0.nsf/html/649H5V>

Konu ile ilgili aktarabileceğimiz bir başka kaynak ise, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda kabul edilen 18 Aralık 1982 tarihli Tıbbi Etik Prensipleri metnidir.⁵⁷⁷ Bu metin doğrudan ölüm orucu ya da açlık grevleri karşısında hekimin ne yapması gerektiğini gösteren bir içeriğe sahip olmamasına karşın, metinde ilk prensip olarak kabul edilen kural, ölüm orucu ya da zorla besleme yöntemini uygulama olanağını ortadan kaldırmaktadır. Zira kabul edilen metinde ifade edilen ilk prensibe göre; sağlık personeli, hükümlü ya da tutukluya karşı ortaya koyacağı mesleki davranış, cezaevi dışındakiler ile aynı standartta olmalıdır. Dolayısıyla, kabul edilen tıbbi etik kuralların cezaevi için farklılaşması bu metne göre mümkün değildir.

Görüldüğü üzere, tıp etiği konusunda yetkin ulusal ve uluslararası müesseselerin tavrı birbiri ile uyumaktadır. Açlık grevine müdahale sözkonusu olduğunda hekimi yönlendirecek olan unsurlar içsel değil, genel olarak kabul edilen etik prensipler olduğuna göre bu mesleği icra eden kişilerin müdahalede bulunabilmesi için öncelikle hastanın rızasını alması, kabul edilen bu prensipler çerçevesinde bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır.

2-3-2-3 Ülke Pratiğinde Ölüm Oruçları

2-3-2-3-1 İngiltere

İngiltere'nin ölüm oruçları ile anılan birkaç ülkeden biri olmasının en önemli nedeni, 1980li yıllarda Cumhuriyetçi İrlandalıların İngiliz hapishanelerinde uyguladıkları ölüm oruçlarıdır. Ancak bu tarihten evvel de İrlandalı Cumhuriyetçiler ölüm orucunu, değişik zamalarda kendilerini ifade etmek ya da İngiliz varlığını protesto etmek için bir yöntem olarak kullanmışlardır. Bununla birlikte İngiltere'de ölüm orucunun ilk örneklerinden birisini, kadınların oy hakkına sahip olmasını savunan hareketin öncüleri tarafından ortaya konulmuştur. Bu örneğin bizim açımızdan önemli olan tarafı ise, ölüm orucu ve zorla besleme uygulamasının yargı tarafından bir değerlendirmeye tabi tutulmuş olmasıdır.

1909 yılında Leigh v. Gladstone davasında, kadın hakları hareketinin savunucularından olan Marie Leigh'in tutuklanmasından sonra başlattığı ölüm

⁵⁷⁷ A/RES/37/194.

orucunun zorla besleme yöntemi ile sona erdirilmesi ele alınmıştır. Bayan Leigh, zorla besleme esnasında şiddete maruz kaldığını ve zarar gördüğünü iddia ederek dava açmıştır. Ayrıca, mahkemeden bundan sonraki aşamalarda kendisine zorla beslenme yönteminin uygulanmaması için tedbir almasını istemiştir. Fakat Bayan Leigh'in bu başvurusu mahkeme tarafından kabul edilmemiştir. Mahkemeye göre zorla beslenmenin bir saldırı olarak değerlendirilebilmesi için, bu yöntemin keyfi olarak uygulanması gerekmektedir. Halbuki, hapisane yönetiminin, mahkumların sağlığını ve de yaşamlarını koruma yükümlülüğü sözkonusudur. Mahkemenin kabul etmiş olduğu tıbbi delillere göre, Bayan Leigh'e müdahale edilmemesi halinde, onun sağlığı ve yaşamı çok ciddi bir tehlikenin içerisine girmiş olacağından, kraliyet hapisane yönetiminin zorla besleme yöntemini uygulaması hukuka aykırı bir davranış teşkil etmemektedir.⁵⁷⁸

Geride bırakmış olduğumuz yüzyılın başında verilen bu karar, İngiliz hukukunda, kişinin yaşam hakkının kendisinin iradesine rağmen korunacağını göstermektedir. Dolayısıyla bu karara göre zorla beslenme tek başına bir saldırı ve hukuk açısından bir aykırılık oluşturmamaktadır. Önemli olan husus, zorla besleme şeklinde ortaya çıkan müdahalenin gerçekten bir gereksinim sonucunda mı meydana geldiği yoksa keyfi olarak mı uygulandığıdır. Zorla beslenme eğer ölüm orucu kişinin yaşamını tehdit eder bir hale gelmişse ve bu durum tıbbi veriler ile ortaya konulabiliyor ise, uygulama hukuka aykırılık teşkil etmeyecektir.

Bununla birlikte, yüzyılın başında kabul edilen sözkonusu yaklaşımın, idari makamlar tarafından özellikle 1981 yılında başlatılan ölüm oruçlarında uygulanmadığını görmekteyiz. Maze Hapishanesi'nde bulunan IRA (Irish Republican Army) mensupları bir takım taleplerini dile getirmek adına ölüm orucu tutmaya başlamışlardır. Mahkumlar, 7 ay süren ölüm oruçlarında kendilerinin suçlu değil ama savaş esiri statüsünde kabul edilmelerini talep etmişlerdir. Bunun yanında hapisane işlerinden muaf tutulmak, hapisane giysileri yerine kendi giysilerini giymek, mahkumlarla özgür bir şekilde görüşmek gibi mahkumiyet koşulları ile ilgili bazı hususların da değiştirilmesini talep etmişlerdir. Fakat 7 ay süren bu eylemleri

⁵⁷⁸ J. WILLIAMS; "Hunger Strikes: A Prisoner's Right or "Wicked Folly"?", The Howard Journal Vol. 40, No: 3, 2001, sf. 287, 288.

neticesinde İngiliz Hükümeti sadece çalışmama ve de kendi giysilerini giyme gibi bazı koşulları kabul etmelerine karşın, onların savaş esiri statüsünde tanınma taleplerini kabul etmemiştir. Nihayetinde bu eylem 10 mahkumun ölümü ile sonuçlanmıştır.⁵⁷⁹

Leigh v. Gladstone kararında ortaya konulan anlayışın sadece uygulamada değil fakat aynı zamanda mahkeme kararlarında da değiştiği görülmektedir. Ölüm orucu tutan kişilere karşı devletin müdahaleden kaçınması, bu anlamda ölüm orucunun kişisel bir hakkın kullanımı olarak algılandığını göstermektedir. Nitekim, 1995 yılında verilen *Secretary of for the Home Department v. Robb* kararı, açıkça bu yaklaşımı ortaya koymaktadır. Mahkemeye göre, Leigh v. Gladstone davasında alınan karar ya da benimsenen tutum, günümüz koşulları ile çok az ölçüde bağlantı kurulabilecek ve ağırlık oluşturabilecek bir niteliğe sahiptir. Onun için mahkeme 1909 yılında benimsenen yaklaşımını kendi kararına dayanak yapmamıştır. Bu yeni karara göre, kişinin kendi kaderini belirleme hakkı, devletin diğer karşı menfaatlerine üstün gelmektedir. Bu nedenle ölüm orucu tutan kişinin yemek yememek ya da sıvı almamak konusunda vermiş olduğu karara saygı duyulmalıdır ve müdahale edilmemelidir.⁵⁸⁰

Görüldüğü üzere mahkeme bu kararı ile, kişinin kendi kaderini belirleme konusundaki hakkını, bir başka deyişle self determinasyon hakkını, hiyerarşik olarak devletin kişinin yaşaması konusunda sahip olduğu menfaatin üzerine çıkarmıştır. Bu nedenle yaşam hakkı ile özdeşleştirilen yaşatmacılık kuralının zorla beslenme yöntemi ile hayata geçirilmesi, prensip itibarıyla hukuka aykırılık teşkil edecektir. Nitekim, bu değerlendirmenin ölümle sonuçlanan somut vakalarda da hayata geçtiğini söyleyebiliriz.

Örneğin Hayvan hakları savunucusu olarak tanınan Barry Horne'nun ölüm orucuna fiili bir müdahalede bulunulmamış ve 2001 yılında Horne hayatını kaybetmiştir. Hayvan ürünleri ile ilgili faaliyette bulunan yerleri kundaklamaktan suçlu bulunarak 18 yıl hapis cezasına çarptırılan Horne, hapishanede ölüm orucu

⁵⁷⁹ M. SILVER; "Testing Cruzan: Prisoners and The Constitutional Question of Self-Starvation", *Stanford Law Review*, November 2005, sf. 635, dpt. 25.

⁵⁸⁰ M. SILVER; sf. 635, 636, J. WILLIAMS; sf. 288.

tutmuştur. Aralıklarla devam eden bu eyleminde mahkum, en uzun süreli aç kaldığı 68 günlük eyleminden sonra kısmen kör olmuş ve karaciğer ile böbrekleri bozulmuştur. Fakat kendisinin temyiz kudreti yerinde olduğu belirlendiğinden, hapisane yönetimi Horne'un eylemine müdahale etmemiş ve neticesinde 2001 yılında hayatını kaybetmiştir.⁵⁸¹

Kısaca İngiliz içtihadında 20. yüzyılın başında belirlenen kriterler yüzyılın sonuna doğru ortadan kalkmıştır. En başta kişinin tercihlerinden ziyade yaşatmacılık kuralı gereği devletin ölüm orucu tutan kişiye müdahalesi hukuka uygun bulunmuştur. Bunun ötesinde mahkumun yaşaması için zorla besleme uygulaması, hapisane yönetimi için yapılması gereken bir yükümlülük olarak kabul edilmiştir. Fakat yaklaşık 90 yıl sonra aynı konu mahkeme önüne geldiğinde mahkemenin önceliklerinin değiştiği görülmektedir. Uygulamaya paralel olarak ölüm orucuna yaklaşım ve taşıdığı anlam değişmiş ve de kişinin kendi geleceği ile ilgili vereceği kararların, devletin önceliklerine üstün geleceği kabul edilmiştir.

Bu yeni yaklaşımın temel noktasını, beslenmeyi reddetme iradesini gösteren kişinin akıl sağlığının yerinde olmasıdır. Yani, kişinin ölümüne neden olabilecek olan bu karar, sağlıklı bir iradenin ürünü olmalıdır. Eğer kişinin beslenmeyi ya da tıbbi müdahaleyi reddetme yönündeki kararı sağlıklı bir iradeden çıkmıyor ise devletin bu noktada devreye girmesi sözkonusu olmaktadır. Nitekim iki ölüm orucu vakasında bu durum ortaya çıkmış ve zorla besleme yöntemi idare tarafından uygulanmıştır.

Adam cinayet suçundan hüküm giydikten sonra yaklaşık 30 yıl hapis yatan Brady isimli mahkum, akıl sağlığının yerinde olmadığına tesbiti üzerinde 1985 senesinde akıl hastanesine kaldırılmıştır. Akıl Sağlığı Kanunu (Mental Health Act) uyarınca gerçekleştirilen bu transfer sonrasında Brady, ölüm orucu tutmaya başlamış ve yaklaşık 150 gün, günde 4 defa zorla beslenmeye tabi tutulmuştur. Brady ölüm orucu tutmasına yapılan bu müdahale nedeni ile yüksek mahkemeye başvurmuş fakat mahkeme zorla beslemenin hukuka uygun olduğuna karar vermiştir. Mahkemeye göre Brady'nin zorla beslenmesi hukuka uygun, akılcı ve adil bir yöntemdir. Çünkü,

⁵⁸¹ M. SILVER; sf. 236.

mahkemeye göre zaten Brady Akıl Sağlığı Kanunu'na göre hastanede tutulmaktadır ki, kendisinin beslenmeyi reddetme yönünde bir iradeyi ortaya koyabilecek kapasitesi mevcut değildir. Dolayısıyla, bu kapasiteye sahip olmayan bir kişinin hayatını tehlikeye sokacak bir eylem konusundaki iradesinin sağlıklı olduğu kabul edilemez. Bu nedenle hastane yetkililerinin zorla beslemesi hukuka uygun bir yöntem olarak kabul edilmiştir.⁵⁸²

Croydon kararında da, dava konusu olan kişi Akıl Sağlığı Kanunu'na göre alıkonulmaktadır. Kişinin hastalığının en belirgin özelliği, kendisine zarar vermesidir. Zira, kendisine zarar verme kavramının farkında değildir ve bunun en önemli sonucu da ölüm orucuna başlamasıdır. Bu kararında da mahkeme, Brady kararında olduğu gibi ölüm orucu tutan kişinin bu kararı verme kapasitesine sahip olmadığını ve bu nedenle de zorla beslenmesinin hukuka uygun olduğuna karar verilmiştir.⁵⁸³

Ölüm orucunun İngiltere'deki görünümü, mahkeme kararlarına konunun taşınması bakımından önemlidir. Fakat bunun ötesinde, bu kararlarda kişinin kendi kaderini belirleme konusundaki menfaatinin, devletin olası karşı menfaatlerinin üzerinde kabul edilmesinden kaynaklanmaktadır. Klasik yaşam hakkı kavramının aşıldığını gösteren bu örneğe, mahkeme kararları bakımından sadece ABD içtihadında rastlanılmaktadır.

2-3-2-3-2 Amerika Birleşik Devletleri

Daha önceki başlıklarda da vurguladığımız üzere, bir protesto ya da kendini ifade etme yöntemi olarak kişilerin beslenmeyi reddetmesinin, Amerika Birleşik Devletleri bakımından oldukça eski bir uygulama olduğu söylenebilir. Vaka sayısı bakımından da oldukça önemli bir yekun tutan bu uygulamalar, ABD'yi açlık grevi ya da ölüm oruçlarının en sık görüldüğü ülkelerden birisi haline getirmektedir. Örneğin basına yansıyan vakalardan hareketle, 1976 yılı ile 2001 tarihleri arasında toplam 312 açlık grevi yaşanmıştır. Bu olaylardan 1989 ile 2001 yılı arasında

⁵⁸² J. WILLIAMS; sf. 288.

⁵⁸³ Aynı eser; sf. 288, 289.

gerçekleştirilen 113'ü ele alındığında, eyleme katılanların sayısının tam olarak bilindiği 96 vakada, toplam 1335 kişinin açlık gevine gittiği tesbit edilmiştir.⁵⁸⁴

Aynı çalışmada, eylemlere katılanların kişisel özellikleri ve taleplerin farklılıklarına da yer verilmiştir. Mesela 1989 yılı ile 2001 yılı arasında gerçekleşen 113 açlık grevi eylemini yapan kişilere baktığımızda, bu eylemlerden sadece %20.35'inin mahkumlar tarafından yapıldığını görmekteyiz. Açlık grevlerinin %59.3'ü siyasi eylemciler tarafından yapılmıştır. Geriye kalan %20.35 ise yasa dışı göçmenlerin yapmış oldukları eylemlerdir. Eylemler ile dile getirilen talepler de oldukça geniş bir yelpaze arz etmektedir. Örneğin çevre ve hayvan haklarının korunması, evsiz ve fakirlerin gözetilmesi, ölüm cezasının kaldırılması, eşcinsellerin haklarının korunması, ırk ayrımcılığının protesto edilmesi, açlığa dikkat çekilmesi, kilise bölgelerinin birleştirilmesinin protesto edilmesi vb.⁵⁸⁵

Görüldüğü üzere, ABD'de açlık grevi geniş sayılabilecek toplumsal tabanda bir protesto ya da ifade özgürlüğünün bir biçimi şeklinde uygulanmaktadır. Fakat büyük oranda bu eylemler ölüm orucu aşamasına gelmeden sonlandırılmaktadır. Bununla birlikte ABD'nin ölüm orucu vakası ile gündeme gelmesi, kendi vatandaşlarının yapmış olduğu eylemler nedeni ile değil fakat Guantanamo Bay'da alıkoyduğu tutsakların geniş çaplı başlattıkları ölüm orucu eylemleri ve zorla besleme uygulamalarıdır. Ancak biz bu bölümde, Guantanamo Bay'daki uygulamaların değerlendirilmesi yerine sadece iç hukukta ölüm orucu ve de zorla besleme konusundaki yargı kararlarını ele alacağız.⁵⁸⁶

Ölüm orucu ve zorla besleme konusunda bizim tesbit edebildiğimiz kadarıyla en zengin içtihadı sahip olan bu hukuk düzeninde üretilen kararlar değerlendirilecektir. Ele alacağımız bu içtihat içerisinde zorla besleme uygulamasının yanında ölüm orucu tutmayan ama tedavi olmayı reddeden mahkumlara zorla tedavi uygulanmasına ilişkin mahkemelerin değerlendirmelerine de yer verilecektir. Genel olarak zorla beslenme ya da zorla tedavi uygulamalarına

⁵⁸⁴ I. WAISMER-MANOR; sf. 287.

⁵⁸⁵ Aynı eser; sf. 288, 289.

⁵⁸⁶ Guantanamo Bay'daki uygulamalar, Birleşmiş Milletlerin hazırlamış olduğu rapor çerçevesinde, uluslararası insan hakları hukuku bölümünde ele alınacaktır.

ilişkin olarak Amerikan Mahkemeleri bu müdahalelerin bir kısmını hukuka aykırı bulduğuna ilişkin kararlara rastlanılmasına karşın, büyük ölçüde ABD eyalet hukukunda, devletin müdahalesinin hukuka uygun olduğu görüşünün hakim olduğu söylenebilir. Biz bu iki gruptan önce devletin müdahalesini hukuka uygun bulan mahkeme kararlarını ve gerekçelerini ele aldıktan sonra, diğer aşamada devletin müdahalesini hukuka aykırı bulan kararları ikinci bir başlık altında inceleyeceğiz.

2-3-2-3-2-1 Devletin Müdahalesini Uygun Bulan Mahkemeler

Amerikan mahkemelerinin zorla besleme ya da zorla tedavi etme yöntemini hukuka uygun bulmaları tek bir nedene bağlanmamaktadır. Temel olarak, kişinin hayatını koruma ve intiharı engellemek şeklinde beliren gerekçenin yanında etkili bir hapisane yönetimi, tıbbi etik, masum üçüncü kişilerin menfaatlerinin korunması ve hapisane sisteminin manipüle edilmesi endişesi gibi nedenlerle, ölüm orucu tutan kişilerin zorla beslenmesi ya da tıbbi müdahaleyi reddeden kişilere zorla müdahalede bulunulması mahkemelerce hukuka uygun bulunabilmektedir.⁵⁸⁷

Mahkumun karşı çıkmasına rağmen tübertioloz tedavisinin uygulanmasını konu alan McCormick v. Stadler davasında mahkeme, mahkumun rızası dışında tıbbi müdahaleye mağruz kaldığı için anayasal haklarının ihlal edildiği iddiasını yersiz bulmuştur. Gerekçesinde mahkeme, salgın bir hastalığın önlenmesi için hapisane yönetiminin bu tür bir uygulama yapmasındaki menfaat, mahkumun anayasadan kaynaklanan ve istem dışı tıbbi müdahaleye maruz kalmaması yönündeki menfaatin önüne geçmektedir. Bu nedenle diğer mahkumların ve de çalışanların sağlığını korumak adına kişinin anayasadan kaynaklanan temel hakları sınırlandırılabilir ve bu durum bir aykırılık teşkil etmemektedir.⁵⁸⁸

Hapishanelerde düzenin, güvenliğinin ve disiplinin sağlanması ve de hapisane yönetiminin sahip olduğu otoritenin korunması amacı, ölüm orucu eylemleri

⁵⁸⁷ S. BENNETT; "The Privacy and Procedural Due Process Rights of Hunger Striking Prisoners", New York University Law Review, November, 1983, sf. 1157-1234, D. SNEED-H. STONECIPHER; "Prison Fasting as Sybolic Speech: The Ultimate Speech-Action Test" Howard Law Journal, 1989, sf. 554, A. McCARTHY; Amerikan Law Reports ALR5th, Prisoner's Right to Die or Refuse Medical Treatment, 2005, .M. SILVER; sf. 644-657.

⁵⁸⁸ A. McCARTHY; American Law Reports ALR5th, § 4.

karşısında mahkemelerin zorla besleme yöntemini hukuka uygun bulma gerekçelerinden bir diğerini oluşturmaktadır. Örneğin, Commonwealth v. Kallinger davasına konu olan olayda; mahkum tuvalette kendisine İsa'nın gördüğünü ve de diğer mahkumların açlık grevine katılmasını istediğini ileri sürmüştür. Beslenmeyi reddeden mahkuma müdahalede bulunulabilmesi konusunda görülen davada mahkeme, bir mahkumun ölmek üzere beslenmeyi reddetmesi eyleminin hapisane güvenliği ve de sistemi üzerinde önceden tahmin edilemeyen olumsuz etkilerinin olabileceğine işaret etmiştir. Diğer mahkumların ölüm orucu tutan kişiye katılması ya da tersine sinirlenmesi ve de sisteme olan güvenlerinin kaybolması eylemin mahkeme tarafından öngörülebilir tehlikeli sonuçları olarak ifade edilmiştir. Bu nedenlerle, mahkumun zorla beslenmesinin hukuka uygun olduğuna karar verilmiştir.⁵⁸⁹

Commissioner Correction v. Myers davasında ise, mahkumiyeti sırasında böbreklerinden rahatsızlanan ve sürekli tıbbi müdahale ve diyalize ihtiyaç duyan bir hükümlünün bu müdahaleleri reddetmesi konu olarak ele alınmıştır. Mahkumun bu eylemi, bulunduğu cezaevinden başka bir cezaevine alınmasını protesto amacına yönelik olup, hükümlü hastalığı nedeni ile güçsüz düştüğünü ve yeni cezaevinde kendini koruyabilecek fiziki yeterliliğe sahip olmadığını ileri sürmektedir. Mahkeme, mahkumun tıbbi müdahaleyi reddetmesini mahremiyet hakkına bağlayarak, tıbbi müdahalenin reddedilmesine yönelik mahkumun menfaatinin, eyaletin karşı menfaatleri ile dengeli bir görünüm sergilemesi gerektiği vurgulanmıştır. Eyaletin karşı menfaatleri ise dört başlık altınada toplanmaktadır; ilki yaşamın korunması, ikincisi masum 3. kişilerin korunması, üçüncüsü intiharı engelleme ve dördüncüsü ise tıbbi hizmete ilişkin etik bütünlüğün korunması. Söz konusu vakada, mahkum bekar ve çocuk sahibi olmadığı ya da ona bağlı kimse olmadığı için masum 3. kişilerin korunması söz konusu değildir. Mahkumun eylemi intihara yönelmediği için mahkeme, intiharı önlemek gibi bir menfaati de tesbit etmemiştir. Mahkeme, tedavinin tamamlanması ile kişinin sağlığına kavuşmasının da mümkün olacağından yola çıkarak, yaşamın korunması konusunda eyaletin menfaati olduğunu tesbit etmiştir. Ancak tıp etiği bakımından kişinin istemediği bir tıbbi müdahaleye tabi tutulamayacağını da dile getiren mahkeme, kararını sonuçlandırırken, söz konusu

⁵⁸⁹ Aynı eser; sf. 648, 649.

olayda tedaviyi reddetmeye yönelik olarak ortaya çıkan irade, idarenin mahkumun yerinin değiştirilmesi konusundaki kararının manipüle edilmesi amacını taşıdığından, kişinin iradesine aykırı biçimde bir tedavinin yapılmasını hukuka uygun bulmuştur.⁵⁹⁰

New Hampshire Yüksek Mahkemesi'nde görülen bir başka davada, cezaevinde bulunan bir hükümlünün kendisini aç bırakarak ölmeye hakkı olup olmadığı tartışılmıştır. Söz konusu olayda hükümlü, katı besin almayı bırakmış ve sadece belirli sıvıları içmektedir. Hükümlünün herhangi bir şeyi protesto etmek ya da cezaevi yönetiminden bir isteğinin yerine getirilmesine yönelik bir talebi yoktur. Aç kalarak çekeceği ızdırap ile yavaş yavaş ölüme giderken geçmişte işlemiş olduğu günahlarından arındığını düşünmektedir. Mahkeme yine, konunun anayasadan kaynaklanan mahremiyet hakkı kapsamında değerlendirilebileceğinin tebitinde bulunmuştur. Mahkemeye göre, eyalet kişinin anayasadan kaynaklanan temel haklarını yine eyaletin sahip olduğu karşı haklar söz konusu ise kısıtlayabilir. Eğer bir hükümlü kendi yaşamını tehlikeye sokacak bir davranış içerisinde ise eyaletin yaşamı koruması konusundaki menfaati hükümlünün bu davranışına üstün gelmektedir. Dolayısıyla mahkuma istemee dahi yaşamını korumak adına müdahalede bulunulmalıdır. Bu durum, yaşamın korunması ya da intiharın önlenmesi konusundaki eyalet menfaatinin bir sonucu olmasının yanında, adalet sisteminin efektif çalışması için de gerekli bir eylem olarak ifade edilmiştir.⁵⁹¹

White v. Narick davasında, ırk ayrımcılığını ve cezaevi koşullarını protesto etmek için ölüm orucuna giren mahkumun zorla beslenmesi konusu ele alınmıştır. Ölüm orucu tutan mahkumun sağlık durumu bir müddet sonra tehlikeli bir hal almasıyla, hapisane yönetimi hayatı tehlikeye giren mahkuma zorla besleme yöntemini uygulayacaklarını bildirmiş ve tedbir için mahkemeye müracaat etmiştir. Mahkum beslenmektense ölmeyi tercih edeceğini mahkemeye bildirmiş ancak mahkeme onun aç kalma talebini kabul etmemiştir. Bunun üzerine mahkum bir üst mahkemeye başvurmuş fakat mahkeme, eyaletin kişinin yaşaması konusundaki menfaatinin ifade özgürlüğü ya da mahkumun mahremiyet hakkından daha önce

⁵⁹⁰ Aynı yer.

⁵⁹¹ Aynı yer.

geldiğini belirterek bu talebi reddetmiştir. Bununla birlikte mahkeme, devletin kişinin yaşamı konusundaki menfaatinin, kişinin durumuna göre değişkenlik gösterebileceğini üstü kapalı bir biçimde ifade etmiştir. Mahkemeye göre, eğer mahkum yaklaşan, acı verici ve beklenmedik bir ölüm ile karşı karşıya olsa idi dışardan kendisine yapılacak olan müdahaleleri reddetme hakkına sahip olabilirdi. Bu durumda eyaletin kişinin yaşaması konusundaki menfaatinin, bireyin müdahaleyi reddetme konusundaki menfaatinden daha üstün geleceğini söylemek mümkün değildir. Fakat olayda kişi bir durumu protesto etmek amacı ile ölüm orucu tutmakta ve de bu tür durumlarda verilen kararlar duygusal ve de duruma göre değişkenlik göstermektedir.⁵⁹²

Meselenin aynı yaklaşım çerçevesinde ele alındığı bir diğer karar ise, New Hampshire Yüksek Mahkemesi tarafından verilmiştir. Karara konu olan ve ömür boyu hapis cezasını çeken Joe Caulk isimli mahkum, sadece sıvı besinler alarak ölüm orucuna başlamıştır. Mahkum hayatından memnun olmadığını belirterek, hapis hayatı sürmektense ölmeyi tercih ettiğini, kendini açlığa mahkum ederek çekeceği acı ile geçmişte yapmış olduğu kötülüklerin de hesabını vermiş olduğunu ileri sürmüştür. Mahkemeye göre mahkum tamamiyle sağlıklı olduğundan, yaşamın korunması diğer mülahazalara üstün gelmektedir. White v. Narick kararına paralel biçimde mahkumun, yaşamını kurtarması için olağanüstü metodların kullanımından vazgeçmesi sözkonusu olmadığından ve tam tersine kendisinin ölümünü bizzat hazırladığından, hapisane yetkililerinin zorla besleme yöntemini uygulamasına izin verilmiştir.⁵⁹³

Bu iki kararın ilginç olan ortak yönü, kişinin tedavisi mümkün olmayan ve de ızdırap çekmiş olduğu bir hastalık nedeni ile tedaviyi reddetmesini olanaklı görmesidir. Bu şartın gerçekleşmesi halinde ancak devletin kişinin yaşamının korunması hususundaki menfaatin önüne bireyin tedaviyi ya da müdahaleyi reddetmesindeki menfaati geçebilmektedir. Cruzan davasından önce pasif ötanazinin zımnı olarak hukuka uygun bulunduğu bu davalarda, bireyin sağlıklı iken herhangi kişinin ölüm orucuna başvurmasına olanak tanınmamıştır.

⁵⁹² A. McCARTHY; § 4, M. SILVER; sf. 644.

⁵⁹³ A. McCARTHY; § 4, M. SILVER; sf. 645.

Ölüm orucuna müdahalelerin hukuka uygun olduğuna ilişkin verilen kararların bir diğer dayanağı ise, intiharın önlenmesidir. Örneğin John Lennon'ı öldüren David Chapman, dünyada açlık çeken çocuklara dikkat çekmek için ölüm orucu girişimde bulunurken, hapisane yetkililerinin kendisini zorla besleyemeyeceğini çünkü bu davranışının anayasada yer alan mahremiyet hakkı ve ifade özgürlüğünün bir görünümü olduğunu savunmuştur. New York Yüksek Mahkemesi ise, Chapman'ın iddiasını geri çevirirken, mahremiyet hakkının intihar etme hakkını içermediğini belirterek, intiharın büyük bir hata olduğunu toplumun yaşama vermiş olduğu değerden yola çıkarak belirlemiştir. Cezaevine girmesi ile birlikte, cezaevi disiplinin sağlanması adına bazı anayasal hakların sınırlandığını belirten mahkeme, ifade özgürlüğünün ihlal edildiği savını da bu çerçevede içerisinde reddetmiştir. Bunun yanında mahkeme, insanın kendisini yok etmesinin anayasal bir hak olduğunun iddia edilmesinin gülünç olduğunun da altını çizmiştir.⁵⁹⁴

2-3-2-3-2-2 Devletin Müdahalesini Uygun Bulmayan Mahkemeler

Thor v. Superior Court kararı, Amerikan Mahkemeleri tarafından kişinin beslenmeyi reddetmesini bir hak olarak tanımlayan 3 karardan birisidir. Ölüm orucu tutan mahkum Howard Andrews, mahkumiyeti esnasında daha önce intihar girişiminde bulunmuş ve de çenesinden aşağısı bu eylem nedeni ile felç olmuştur. İyileşme ihtimali olmayan mahkum, bütün vücut fonksiyonlarını ancak dışarıdan elde ettiği yardımla gerçekleştirebilmektedir. 1991 yılında, yemek yemeyi ve tıbbi yardımı reddeden mahkumun zorla beslenmesi ve tıbbi müdahale için mahkemeye başvurulmuş fakat mahkeme bu istemi kabul etmemiştir. Bu karar daha sonra California Yüksek Mahkemesi tarafından da değerlendirilmiş ve bu değerlendirme yapılırken sorun iki ana kategoride çözümlenmeye çalışılmıştır. Bunlardan ilki, serbest olan sivillerin tıbbi müdahaleyi reddetme konusunda bir hakka sahip olup olmadıkları meselesidir. Mahkeme, bireyin sahip olduğu yaşamın niteliğine göre kendi hayatı için karar verebilmesini ve tercihlerde bulunabilmesini özgürlüğün ve kişinin otonomisine saygının bir sonucu olduğunu belirtmiştir. Bunun içerisine hastaların da girdiğini belirten mahkeme, dolayısıyla kişinin tedaviyi reddetme konusunda bir hakka sahip olduğu sonucuna varmıştır. Mahkumlar içinse, bu hakkın

⁵⁹⁴ A. McCARTHY; § 4, M. SILVER; sf. 646, 647.

bir ayırımı tabi tutulmasını, mahkeme kabul etmemiştir. Temyiz kudretine sahip olan ve de bilgilendirilmiş bir mahkumun da bu hakkı kullanabileceğini belirten mahkeme, somut vakada hapislihanenin bütünlüğünü bozacak herhangi bir durumun tesbit edilmediğine karar vermiştir. Dolayısıyla zorla beslenme yönteminin uygulanmasına izin veilmemiştir. Bununla birlikte, mahkum karar değiştirerek yaşamayı tercih etmiş ancak mahkemenin kararı vermesinden iki ay sonra iç kanama neticesinde hayatını kaybetmiştir.⁵⁹⁵

Singleton v. Costello davası mahkuma müdahale edilmesinin uygun bulunmadığı bir diğer davadır. Davanın konusunu, mahkum Florida İslah Departmanı'nın (Florida Department of Correction) kararlarını protesto etmek amacı ile bir mahkumun ölüm orucuna başlaması ve yetkililerin bu eylemi sona erdirmeye konusunda zorla besleme yöntemini uygulama istemi oluşturmaktadır. Mahkeme, hükümlünün tedviyi ya da beslenmeyi reddetme hakkının anayasal bir hak olan mahremiyet hakkından doğduğunu tesbit ederek, eyaletlerin ne ölçüde bu hakka müdahalede bulunma konusunda menfaati olduğunu diğer davalarda gördüğümüz üzere dört kıstasın değerlendirmesi ise belirleme yoluna gitmiştir. Mahkemeye göre eyaletin yaşamı koruma konusundaki menfaati, kişinin tedaviyi reddetme konusundaki hakkının önüne geçemez. Masum 3. kişilerin korunması ise bu dava bakımından sözkonusu olmadığından mahkeme bu konu ile ilgili olarak bir değerlendirmede bulunmamıştır. Protestocunun intihar etmek amacıyla olmadığını söyleyen mahkeme, asıl ulaşılmaya çalışılan şeyin bazı şikayet edilen hususların değiştirilmesi olduğundan, eyaletin intiharı önleme konusundaki menfaati de olayda sözkonusu olamaz. Mahkeme ayrıca eylemcinin hareketinin cezaevindeki disiplini, huzuru ve güvenliği ne ölçüde tehdit ettiğini de değerlendirmeye almış fakat bu konularda eylem ile bağlantılı herhangi bir delil göremediğini belirtmiştir. Dolayısıyla yapmış olduğu değerlendirmede mahkeme, kişinin anayasadan kaynaklanan tedaviyi reddetme hakkına müdahale edilebilmesi için gerekli bir durumun bulunmadığına hükmetmiştir. Zira, kişinin mahremiyet hakkı içerisinde tedaviyi ve de beslenmeyi reddetme hakkının sözkonusudur ve bireyin mahkum

⁵⁹⁵ A. McCARTHY; § 3, M. SILVER; sf. 657-659.

staüsünde olması onun bu taleplerinden feragat ettiği anlamına gelmediğini sonucuna varılmıştır.⁵⁹⁶

Konu ile ilgili ele alacağımız son dava ise, Zant v. Prevatte'dir. Bu davanın konusunu oluşturan olayda ise, başka bir cezaevine transfer edilne bir mahkumun durumu protesto etmesi sözkonusudur. Yapılan muayene neticesinde eğer hükümlü bu eylemini devam ettirecek olursa 3 hafta içerisinde hayatını kaybedeceği belirlenmiştir. Cezaevi yetkilileri müdahalede bulunabilmek için mahkemeden karar almak üzere başvurmuşlardır. Mahkeme ise yapmış olduğu inceleme neticesinde, hükümlünün temyiz kudretine sahip ve akli melekeleri yerinde olduğuna dikkat çekilerek, cezaevi yönetiminin hükümlülere koruma konusundaki yükümlülüğünün sağlıklı bir iradenin ürünü olarak tedaviyi hükümlüye zorla müdahalede bulunulmasını içermediğine karar vermiştir. Böyle bir müdahale kişinin anayasadan kaynaklanan mahremiyet hakkının ihlali anlamına geleceğinden, zorla beslemeye izin verilmesi sözkonusu olamaz. Ayrıca bunun yanında ilginç bir biçimde, ölüm cezasına mahkum olan bir hükümlü üzerinde eyaletin onu yaşatma konusunda üstün bir menfaatinin olmadığı belirtilmiştir.⁵⁹⁷

2-3-2-3-3 Türkiye

Türkiye Cumhuriyeti tarihinde açlık grevlerinin ilk ortaya çıkışı 1970'li yıllara rastlamakla beraber eylemlerin ölüm orucu niteliğini kazanmış hali 12 Eylül 1980 askeri müdahalesinden sonra görülmüştür. Diyarbakır Cezaevinde başlatılan ölüm orucu eylemi neticesinde 2 mahkum 1981 yılında hayatını kaybetmiştir.⁵⁹⁸ Bu eylemden sonra 1996 senesinde kamuoyuna da yansıyan Buca Cezaevinde başlayan açlık grevi eylemine Türkiye genelindeki cezaevlerinde bulunan yaklaşık olarak 1500 tutuklu ve hükümlü katılmıştır. Eylemin temel amacı mahkumların buldukları yerden başka cezaevlerine nakledilmesinin önlenmesidir.⁵⁹⁹ 20 Mayıs'ta başlayan ve 27 Temmuz'da sona eren bu eylemlere 38 ilde 41 cezaevinde

⁵⁹⁶ A. McCARTHY; § 3, M. SILVER; sf. 659.

⁵⁹⁷ A. McCARTHY; § 3, M. SILVER; sf. 659.

⁵⁹⁸ M. SEVİNÇ; sf. 115.

⁵⁹⁹ Eylemin temel amacı bu olmasına karşın, eylemciler siyasi düşünceleri ve cezaevine koşullarına ilişkin talepler de dile getirmilerdir. Bkz. A. TAŞKIN; sf. 54-83.

bulunan hükümlü ve tutuklular katılmıştır. 220 kişi 69 gün süre ile aç kalarak eylemi ölüm orucuna dönüştürmüş ve nihayetinde 12 kişi hayatını kaybetmiştir.⁶⁰⁰

1996 yılında cezaevlerimizde yaşanan bu olaylardan sonra, en geniş katılımı ölüm orucu eylemleri 2000 yılında başlatılmıştır. Bu eylemin temel amacı ise, F tipi olarak adlandırılan Cezaevlerini protesto etmektir. 2000 yılında başlamış olmasına karşın F tipi cezaevlerinin ölüm orucu ya da açlık grevi nedeni ile protesto edilmesi günümüze kadar sürdüğünü söyleyebiliriz. Sadece mahkumların değil ama mahkum yakınlarının da katılmış olduğu bu eylemler sonucunda 2007 Şubat ayı itibariyle 122 kişi hayatını kaybetmiştir.⁶⁰¹

Açlık grevi ve ölüm orucu eylemleri sırasında, Türk kamuoyunda eylemcilere müdahale sorunu gündeme gelmiştir. Özellikle hükümet ile hekimler arasında yaşanan bu gerilimde, hükümet ölüm orucu tutan eylemcilere müdahale edilmesi gerektiğini ve de zorla beslenmenin yapılmasını savunurken, hekimler tıbbi etik kuralları gereği kendisine müdahale yapılmasını istemeyen hastaları tedavi edilemeyeceği görüşünü ortaya koymuştur. Uygulamada ise, hükümetlerin zorla beslemeye yönelik talepleri büyük ölçüde hekimler tarafından hayata geçirilmediği söylenebilir.

Türk hukuk öğretisinin ölüm orucu eylemlerine ilişkin olarak sergilemiş olduğu genel yaklaşımın yaşamın kutsallığı ve yaşam hakkının vazgeçilmezliği tezi üzerine kurulduğu söylenebilir. Dolayısıyla bu eylemi gerçekleştiren kişilere yapılacak olan müdahale meşru olmanın ötesinde bazı yazarlara göre hekim bakımından bir zorunluluk arz etmektedir. Konu ile ilgili çalışmalarından yararlandığımız yazarların önemli bir kısmı, sözkonusu düşüncelerini konu ile ilgili özel düzenlemelerin olmadığı bir dönemde yapmış olmalarına karşın, aradan geçen zamanla birlikte Türk Pozitif Hukukunda kabul edilen normların bu yazarların görüşlerine büyük ölçüde paralellik gösterdiğini söyleyebiliriz. Şimdi sırsıyla önce doktrindeki yaklaşımları daha sonra da Türk Pozitif Hukukunda ölüm orucu eylemlerine ilişkin kabul edilen kuralları ortaya koymaya çalışacağız.

⁶⁰⁰ E. GÖKMEN; "Mayıs 1996 Açlık Grevi Ölüm Orucu Katılımcılarının Klinik Değerlendirilmesi", Bkz. http://www.ftb.org.tr/eweb/aclik_grevleri/turkce4.html.

⁶⁰¹ <http://hurarsiv.hurriyet.com.tr/goster/haber.aspx?id=4330203>

Ölüm orucu ya da açlık grevleri esas itibariyle belirli bir olayı, tutumu, davranışı protesto etmek ve isteklerini belirleme amacı ile yapıldığından düşünce hürriyeti kapsamında ele alınabileceği dile getirilmektedir.⁶⁰² Fakat her ne kadar bu eylemlerin düşünce hürriyetinin kapsamı alanı içerisinde olduğu dile getirilse de sonucu ölüm olabilen bu eylemlerin anayasa tarafından korunan bir yöntem olup olmadığı tartışmalı bir meseledir. Bu soruya verilebilecek en kestirme yanıt, anayasanın 12/1 maddesi temel alınarak verilebilmektedir. Bu maddeye göre sadece yaşam hakkı değil ama temel hakların hiçbirisi devredilemez ve vazgeçilemez niteliğe sahiptir. Dolayısıyla temel hakların devredilmesine ya da vazgeçilmesine yönelik olan her türlü eylem hukuk dışı olmaktadır. Başka bir ifade ile ölüm sonucunu doğuracak olan açlık grevi ya da ölüm orucu eylemi, yaşamı sona erdireceğinden bu durum eylemcinin yaşam hakkından vazgeçmesi anlamına gelecektir. Anayasaya göre temel haklardan vazgeçmek mümkün olmadığına göre sözkonusu eylemler gayrihukuki bir nitelik taşıdığı kabul edilmelidir.⁶⁰³

Bununla birlikte eylemciye karşı yapılacak olan müdahalenin meşru sayılabilmesi için kişinin yaşamının tehlikeye girmesi bu görüşe göre beklenmemelidir. Zira yaşam hakkının düzenlendiği anayasanın 17. maddesi aynı zamanda vazgeçilmez ve devredilmez bir başka hakkı kişinin maddi varlığını koruma ve geliştirme hakkını tanımaktadır. O halde yaşamsal tehlikenin doğumundan evvel vücutta kalıcı zararlar doğması ihtimali gündeme geldiğinde, müdahalede bulunulmalıdır.⁶⁰⁴

Ölüm orucu ya da açlık grevi yapan eylemciye müdahale bakımından Anayasanın 17. maddesini dayanak yapan yazarlardan Soyaslan, maddenin bu eylemler ile ilgili kapsamını daha da genişleterek, 3. fıkrada yer alan kimseye

⁶⁰² M. FEYZİOĞLU; sf. 162, D. SOYASLAN; "Türk Hukuk Düzeni ve Açlık Grevi Yapan Kişilere Müdahale Sorunu", sf. 272, Ö. ÇAKMUT; Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2003, sf. 184, M. ÖNOK; "İnsan Hakları ve Türk Ceza Hukuku Açısından, İnfaz Kurumları ve Tutukevlerindeki Açlık Grevlerine Müdahale Etme Yükümlülüğü ve Bunun İhmalinden Doğan Sorumluluk", Hukuk ve Adalet, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2007, sf. 179., M. SEVİNÇ; "Bir İnsan Hakları Sorunu Olarak: Açlık Grevleri", ASBFD, Ankara, 2002, sf. 126,

⁶⁰³ M. FEYZİOĞLU; sf. 163., D. SOYASLAN; "Türk Hukuk Düzeni ve Açlık Grevi Yapan Kişilere Müdahale Sorunu", sf. 272, 273.

⁶⁰⁴ M. FEYZİOĞLU; sf. 163, 164.

işkence ve eziyet yapılamayacağı, kimsenin insan haysiyeti ile bağdaşmayan bir muameleye tutulamayacağı hükmünün bu eylemler ile ihlal edildiğini öne sürmektedir. Yazara göre kişinin açlık grevi yapması kendi kendisine eziyet ve işkence yapması demektir. İşkencenin sadece 3. kişilerin eylemleri ile gerçekleşmeyeceğini ileri süren Soyaslan, kişinin kendisinin de işkence yapabileceği sonucuna varmaktadır.⁶⁰⁵

Yukarıda ifade etmeye çalıştığımız anayasal değerlendirmelerin temelinde yaşam, vücut bütünlüğü kendini geliştirme gibi haklardan kişinin vazgeçemeyeceği anlayışı sözkonusudur. Zira bu yaklaşım sözkonusu hakları sadece bireye özgülememekte fakat aynı zamanda toplumunda birey üzerinde bu haklara sahip olduğu savunulmaktadır. Kişinin toplum için ifade ettiği değer ona belirli bir sorumluluk yüklemekte ve bunun sonucunda kişinin sözkonusu hakları üzerindeki tasarruf yetkisi kısıtlanmaktadır.⁶⁰⁶ Dolayısıyla kişinin kendi vücuduna zarar verecek bir eylem olan açlık grevi bir subjektif hak olarak değerlendirilememelidir. Soyaslan'a göre açlığın subjektif bir hak olarak meşru sayılabilmesi ancak vücut formunu korumak amacıyla yemek yenmemesi halinde sözkonusu olabilir.⁶⁰⁷

Özetlemeye çalıştığımız bu argüman kaçınılmaz olarak, ölüm orucu eylemini yapan kişilere müdahale bakımından hürriyeti kısıtlanmış ve kısıtlanmamış kişiler arasında bir fark olmadığı sonucuna ulaşmaktadır. Bu bakımdan kişinin kendi evinde ölüm orucu tutması ile cezaevinde hükümlülerin ölüm orucu tutması arasında, bu kişilere yapılacak olan müdahalenin anayasal meşruluğu bakımından bir fark sözkonusu olamaz.⁶⁰⁸ Zira eğer kişi toplum bakımından bir değer olarak kabul ediliyor ise cezaevine girdikten sonra kişi açısından bu değerden mahrum kaldığı sonucuna varamayacağımızdan, ister cezaevi içinde olsun ister cezaevi dışında olsun bu tür eylemlere yapılan müdahaleler anayasaya uygun olmak durumundadır.

Kısaca bu düşünceye göre birey, yaşam hakkı ve vücut bütünlüğünü koruma hakkı gibi vazgeçilmez niteliğe sahip olan hakları kamu yararı adına toplumla

⁶⁰⁵ D. SOYASLAN; "Türk Hukuk Düzeni ve Açlık Grevi Yapan Kişilere Müdahale Sorunu", sf. 273.

⁶⁰⁶ M. FEYZİOĞLU; sf. 163.

⁶⁰⁷ D. SOYASLAN; "Türk Hukuk Düzeni ve Açlık Grevi Yapan Kişilere Müdahale Sorunu", sf. 273.

⁶⁰⁸ M. FEYZİOĞLU; 164.

paylaşmakta ve hatta toplumun çıkarı için bu haklar üzerindeki tasarruf yetkisi kısıtlanmakta ya da ortadan kalkmaktadır. Bu yaklaşım doğrultusunda kişinin ölüm orucu eylemi yapması konusundaki menfaati ve de rızası dışında vücut bütünlüğüne müdahale edilmemesi konusundaki menfaati, kamunun kişi üzerindeki menfaati karşısında ikinci planda kalmaktadır.

Ölüm orucu eylemlerine zorla müdahale edilmesine cevaz veren bir diğer yaklaşım ise, sözkonusu müdahaleye ilişkin meşruiyeti eylemin yapıldığı yere bağlı olarak tanımaktadır. Daha açık bir ifade ile açlık grevi ya da ölüm orucuna yapılacak olan müdahale ancak sözkonusu eylemler cezaevi içerisinde gerçekleşiyorsa belirli koşullar altında meşruiyet kazanabilmektedir. Zira bu yaklaşıma göre; cezaevi dışında, kişilerin rızası veya rızası yerine geçebilecek hukuka uygunluk nedenleri bulunmadığı sürece yapılacak her türlü müdahale hukuka aykırı olacaktır. Bu nedenle cezaevi dışında herhangi bir şekilde kişinin rızasına aykırı bir müdahale mümkün değildir. Ancak cezaevlerinde, bir hukuk devletinde öngörülen şekilde cezaların infaz edilebileceği bir düzenin yürütülebilmesi için zorunlu tıbbi müdahaleler mümkün ve gereklidir. O halde devletin sorumluluğu ve denetimi altında olan cezaevlerinde, kişinin kendi sağlığına ve hayatına yönelik ağır bir tehlike oluşturan ölüm orucu eylemlerine müdahale edilebilmelidir.⁶⁰⁹

Aynı sorumluluk anlayışını Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına göre savunan bir başka yazar ise, ölüm orucu eylemi sözkonusu olduğunda kişinin kendi geleceğini belirlemesi hakkına ağır basan bir kamusal yükümlülük olduğunu ileri sürmektedir. Buna göre devlet kendi gözetim ve denetimi altında bulunan mahpusların hayat ve sağlıklarını korumakla yükümlüdür. Sözleşmenin 2. maddesinin yorumundan kişilerin yaşam hakkının korunması için özellikle hükümlü ve tutuklular bakımından özel bir korumanın gerekliliğine işaret edilmektedir. Devletin sözleşmenin 2. maddesi ile üzerine aldığı pozitif yükümlülük, diğer hak taleplerinin hukuken korunmasını imkansız kılmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihadına atıfta bulunan yazar, tıbbın yerleşmiş ilkelerine göre terapik bir gereklilik sayılacak önlemler, ilke olarak insanlık dışı ya da küçük

⁶⁰⁹ B. ERMAN; Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, sf. 196.

düşürücü bir muamele olarak kabul edilmemektedir. Bu bağlamda, beslenmeyi reddeden mahpusun yaşamını kurtarmak için yapılacak olan zorla müdahale sözleşmenin ihlali anlamına gelmemektedir.⁶¹⁰

Görüldüğü üzere, ölüm orucu eylemlerine müdahale edilmesi gerektiğini savunan müellifler, esas olarak iki ana gruba ayrılmaktadırlar. Bunlardan ilki yaşam hakkının vazgeçilmezliği ve kişinin bu hakkı üzerinde toplumun da menfaati olduğu argümanına dayanan yaklaşım; diğeri ise ölüm orucu eylemlerine sadece devletin denetimi ve sorumluluğu altında olan yerlerde müdahalede bulunulabileceğini savunan yaklaşımdır. İkinci görüşte kişinin vücut dokunulmazlığı ve de kendi geleceğini belirleme konusundaki menfaatine baskın gelen unsur, bu sefer devletin kişiyi yaşatma yükümlülüğü olarak dile getirilmektedir. Ancak sözkonusu yükümlülük, devletin denetimi ve sorumluluğu altında olmayan yerlerde geçerli olmamaktadır. Bu açıdan bakıldığında sözkonusu yazarlar, zımnen yaşam hakkından belirli koşullar altında vazgeçilebileceğini kabul etmektedirler. Nitekim bu anlayış, yapılan son düzenlemeler ile birlikte Türk Pozitif Hukukunda da kendisini göstermektedir.

Ötanazi bahsinde de belirttiğimiz üzere, Türk Hukukunda pasif ötanazi yani kişinin tedaviyi reddetmesi bir hak olarak tanınmaktadır. Bu nedenle, eğer kişi cezaevi dışında ölüm orucu eylemi yapıyorsa, rızası dışında kendisine tıbbi müdahalede bulunulamayacağı için zorla besleme yönteminin uygulanması sözkonusu olamayacaktır. Yani üstü örtülü bir biçimde, hürriyeti kısıtlanmamış bir kişinin ölüm orucu eylemi yasalar tarafından korunmaktadır. Fakat aynı eylem eğer cezaevi içerisinde gerçekleştirilecek olursa, bu takdirde yürürlükteki hukuka göre devletin müdahalesi mümkün olacak ve hatta müdahalede bulunulmaması hukuka aykırılık teşkil edecektir.

Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ve bu kanunla ilgili olarak düzenlenmiş olan tüzük de, beslenmeyi reddeden mahkuma uygulanacak olan prosedür açık bir biçimde gösterilmiştir. Kanununun 82. maddesinde yer alan prosedüre

⁶¹⁰ M ÖNOK; "İnsan Hakları ve Türk Ceza Hukuku Açısından, İnfaz Kurumları ve Tutukevlerindeki Açlık Grevlerine Müdahale Etme Yükümlülüğü ve Bunun İhmalinden Doğan Sorumluluk", Hukuk ve Adalet, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2007.sf. 210.

göre açlık grevi ya da ölüm orucu tutan eylemciye önce hekim tarafından bu eylemin fiziksel ve ruhsal açıdan doğuracağı olumsuz sonuçlar hakkında bilgi verilecektir. Bunun yanında eylemin sona erdirilmesi için psiko-sosyal hizmet birimince girişimde bulunulacaktır. Sonuç alınamaması halinde, kurum hekimince belirlenen rejime göre mahkumun beslenmesine başlanır. Maddenin ikinci fıkrası, beslenmeyi reddeden mahkumun alınan tedbirlere karşın hayatı eylemi nedeni ile tehlikeye girmesi durumunda veya bilincinin bozulduğu doktor tarafından tesbit edilmesi halinde, mahkumun isteğine bakılmaksızın onun sağlığı ve hayatı riske girmeksizin tedavi ve beslenme tedbirleri cezaevinde başlanır eğer imkan bulunmaz ise hastaneye kaldırılır.

Beslenmenin reddi haricindeki durumlarda da, yani bir rahatsızlığın mevcut olduğu ve mahkumun muayene ve tedaviyi reddetme halinde, yukarıda saydığımız prosedürün uygulanması 3. fıkrada düzenlenmiştir. Bu prosedür kanuna göre, kurum hekiminin tavsiye ve yönetimi altında uygulanır. Ama hekimin zamanında müdahale edememesi durumunda daha önce sayılan şartlara bakılmaksızın tedbirlere başvuracağı da belirtilmektedir.

Kanunun 5. ve son fıkrası ise, hükümlülerin sağlıklarının korunması ve tedavilerine yönelik zorlayıcı tedbirlerin uygulanması, onur kırıcı nitelikte olamama koşuluna bağlanmıştır.⁶¹¹

Kanunun 82. madde ile ortaya koymuş olduğu yaklaşım, ilk bakışta, açlık grevi ya da ölüm orucu eylemini yapan kişiye uygulanacak olan müdahalenin hekimin insiyatifinde gerçekleşeceği izlenimini yaratsa da, müdahalenin yapılması ya da yapılmaması konusunda kanaatimizce hekime bir insiyatif tanımaktan çok yapılacak olan müdahalenin niteliğine ilişkin bir takdir yetkisi tanınmaktadır. Dikkat edilecek olursa, kanun metni tıbbi müdahalenin yapılmasını gerektiren halleri açıkça

⁶¹¹ Kanunun 82. maddesi haricinde, açlık grevi ya da ölüm orucuna yönelik bir diğer düzenleme ise 40. maddenin g) fıkrasında yer almaktadır. Bu maddeye göre açlık grevi ya da ölüm orucu eyleminde bulunan mahkum, hapisane disiplin kurallarını ihlal etmiş sayılmaktadır. Buna göre bu eyleme öngörülen disiplin cezası ise, kurum içerisindeki kültürel ve spor etkinliklerinden 1 aydan üç aya kadar mahrum bırakılmaktır. Kanun bu düzenlemesi ile meselenin sadece “yaşam hakkı” açısından ele alınmadığı görülmektedir. ABD’de yargısında dile getirilen disiplin ya da otorite problemi ile ilişkilendirebileceğimiz bu yaklaşım, zorla besleme yolu ile korunan hukuki menfaatin sadece mahkumun yaşamına ilişkin olmadığını göstermektedir.

belirlemiştir. Hekimin rolü sadece bu halleri tesbit etmekten ibaret olup, takdir yetkisinin kapsamı uygulamanın şekli ile sınırlı kalmaktadır. Bunun dışında, hekimin müdahalesinin mümkün olmadığı durumlarda, hekim dışında cezaevi yönetimine müdahale etme yetkisinin tanınması ile hekime sağlanan bu takdir yetkisi dahi daraltılmış olmaktadır. Dolayısıyla açlık grevi ya da ölüm orucu eylemine başlayan kişiye müdahale bu kanuna göre belirli şartlar altında zorunludur ve mahkumun iradesi ya da hekimin takdir yetkisi bu sonucu etkileme gücüne sahip değildir.

Sonuç olarak Türk Pozitif Hukuku kişinin ölümüne neden olacak eylemlerden birisi olan ölüm orucuna ikili bir ayırım getirmektedir. Buna göre, eylem eğer cezaevi dışında gerçekleştiriliyorsa, kişiye rızası dışında bir tıbbi müdahalede bulunulamayacağı için ve hatta olası bir müdahale ceza yaptırımına tabi tutulacağından, pozitif hukuk tarafından korunmaktadır. Ancak eğer devletin denetim ve sorumluluğu altında olan bir yerde, daha açık bir ifade ile cezaevlerinde gerçekleşiyor ise bu durumda ilgili kanun gereği bu eylemi yapan kişiye müdahalede bulunulması resmi görevleler bakımından bir zorunluluk arz etmektedir. Daha öncede dile getirdiğimiz üzere, ölüm orucuna ilişkin olarak pozitif hukukta kabul edilen bu ikili anlayış, zorla beslenme yönteminin uygulanması ile korunmak istenen hukuki menfaati doğrudan kişinin yaşamı olmaktan çıkarmaktadır. Zira eğer korunan değer doğrudan kişi yaşamı olmuş olsa idi, eylemin yapıldığı yer ya da yapan kişinin kısıtlı olup olmamasına bakılmaksızın müdahalede bulunulması gerekirdi. Dolayısıyla korunan hukuki menfaatin cezaevi ve infaz sistemi ile bağlantılı bir değer olması gerekmektedir.

Bu açıdan bakıldığında, korunan hukuki değer için iki ihtimalin dile getirildiği görülmektedir. Bunlardan ilki devletin kendi sorumluluk ve denetim alanı içerisinde olan cezaevlerinde bulunan mahkumların yaşamlarını ve sağlıklarını korumak bakımından özel bir yükümlülüğünün olmasıdır. Zira bu kişiler hürriyetlerinden yoksun bulunmaları nedeni ile kısıtlanmamış kişilere oranla daha çok zarar görebilme tehlikesi ile karşı karşıyadırlar. Dolayısıyla, bizim de katıldığımız bu anlayışa göre sözkonusu alanlar içerisinde devletin özel bir pozitif yükümlülüğü vardır. Ancak bu yükümlülük kişinin rızası dışında tıbbi müdahaleye muhattap olmasını meşru kılar mı? Bu noktada asıl cevaplandırılması gereken soru budur. En son söyleyeceğimizi şimdi söyleyelim; bize göre bu yükümlülük kişinin

rızasına aykırı biçimde tıbbi müdahaleye muhattap olmasını meşrulaştıramaz. Kanaatimizce mahkumun karşı iradesine rağmen zorla beslenmesi, insan haklarının ihlali anlamına gelmektedir ki; herhangi bir başka hukuki menfaat ya da ahlaki değerlendirme sözkonusu ihlali mazur gösteremez.

Bize göre, zorla beslenme yöntemi, eyleme muhattap olan kişinin kısıtlanmış olması ya da olmamasına göre meşruluk zemini değişen bir uygulama değildir. Zira kişinin hürriyetinin kısıtlanması demek, onun anayasandan kaynaklanan temel hak ve hürriyetleri üzerinde istenildiği biçimde tasarruf edilebileceği anlamına gelmez. Eğer aynı kişi cezaevi dışında bu eylemi gerçekleştiriyor olsa, yürürlükteki hukuka göre ona karşı resmi görevlilerin olası zorla besleme uygulaması,⁶¹² ceza hukuku bakımından bir yaptırımın doğmasına neden olacaktır. Dolayısıyla cezaevi dışında hukuki yaptırma bağlanan bir eylemin cezaevi içerisinde meşruluğa kavuşması sağlam hukuki gerekçelerin varlığına bağlıdır. Bu noktada ileri sürülen, devletin denetimi ve sorumluluğu altındaki cezaevi gibi alanlarda bulunan kişilerin haklarının korunması bakımından pozitif bir yükümlülüğünün olması argümanı ise kanaatimizce hatalı bir temellendirme değildir. Çünkü bu alanlarda bulunan kişilerin daha çok zarar görme tehlikesi altında bulunması gerçeği karşısında devletin sağlayacağı korumanın amacı, özgürlüğü kısıtlanmış olan bu kişilerin gerek diğer aynı konumdaki kişilerden gelebilecek zararlar gerekse devletin kendi ajanlarından gelebilecek zararlara karşı korunmasıdır. Bu nedenle kişiler özgür diğer insanlardan çok daha fazla insan hakları ihlallerinin öznesi olma tehlikesi altındadır. Devletin sözkonusu pozitif sorumluluğunu ölüm oruçları bakımından ele alacak olursak, mesele sadece kişinin özgür iradesi ile bu eyleme katılıp katılmadığının tesbitinden ve bu tesbite göre gerekli refleksin gösterilmesinden ibaret olmak durumundadır. Eğer kişi özgür iradesi ile cezaevi dışında kullanabildiği tedavi reddetme hakkını cezaevi içerisinde de kullanmak isterse, bu tavra karşı herhangi bir menfaat ya da ahlaki değerlendirmeye dayanılarak müdahale sözkonusu olamaz.⁶¹³

⁶¹² Şu ana kadar Türkiye’de cezaevi dışında da pek çok ölüm orucu eylemi yapılmış olmasına karşın bizim ulaşabildiğimiz kadarıyla ne bu kişilerin zorla beslenmesi gündeme gelmiş ne de buna yönelik bir uygulama girişiminde bulunulmuştur.

⁶¹³ Bu noktada bir ayırım yapmanın gerekli olduğu düşüncesindeyiz. Zira örneğin bulaşıcı hastalığa sahip bir mahkumun hastahâna ilişkin olan tedaviyi reddetmesi, aynı ortam içerisinde bulunan cezaevi personeli ve de diğer mahkumlara zarar verecek bir davranış olması nedeni ile elbette müdahale meşru olacaktır.

Zorla beslenme müdahalesini insan hakları bakımından ele alacak olursak, ilk bakışta ortaya çıkan mahremiyet hakkına ya da başka bir ifade ile özel yaşama müdahale biçiminde algılanıyor olmasına karşın, istisnası olmayan işkence yasağının da ihlali anlamına geldiği düşüncesindeyiz. Bu düşüncemizi de temellendirmek için önce işkencenin tanımını yapmaya çalışacağız ve ölüm orucu eylemleri karşısında uygulanan zorla besleme yönteminin işkence olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini ele alacağız. Daha sonra ise işkence yasağının niteliğinden yola çıkarak, cezaevindeki mahkumlara müdahale edilmesinin ne ölçüde meşru olacağını tartışacağız.

İşkencenin tanımı konusunda tam bir fikir birliği olmamasına karşın bazı esaslar üzerinde uzlaşmanın olduğu söylenebilir. Buna göre işkence olarak tanımlanan eylem herşeyden önce kuvvetli bedensel veya ruhsal acı ya da ıstıraba yol açmalı. İşkenceyi yapan kişinin resmi bir sıfatı ya da bir devlet ajanının direktifi ile hareket ediyor olması gerekmektedir. Üçüncü özellik ise, acı ve ıstırap veren hareketin belirli bir amaca yönelmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Örneğin itirafa zorlama, delillere ilişkin bilgi alma, suç ortaklarının ortaya çıkarma ya da cezalandırma gibi.⁶¹⁴ Ancak yukarıdaki kıstaslardan sonuncusu konumuz bakımından esas önemli olan ve tartışılması gereken unsurdur.

Bir eylemi işkence olarak tanımlayabilmemiz için amaç unsurunu esas alacak olursak; zorla besleme eylemi yukarıda sayılan amaçlardan hiçbirine uymadığı gibi görünürde ölüm orucu eylemi yapan kişinin hayatını kurtarma saikini taşıdığından onun yararına bir eylem gibi görülmektedir. Dolayısıyla zorla besleme eylemi bu yaklaşım çerçevesinde elbette işkence olarak tanımlanamaz. Fakat bu anlayışı eleştiren yazarlar⁶¹⁵ olduğu gibi Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi'nin vermiş olduğu yeni sayılabilecek bir kararda amaç unsuruna bakılmaksızın bir eylem BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 7. maddesinin ihlal edildiği sonucuna

⁶¹⁴ M. ÖNOK; İşkence Suçu, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006, sf. 30.

⁶¹⁵ Örneğin Y. ALİFENDİOĞLU; Devletin Çirkin Yüzü: İşkence, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, 2004, Cilt 2, sf. 357.

varmıştır. İlk bölümde ele aldığımız bu kararda⁶¹⁶ anencephalic olduğu belirlenen bir ceninin kürtaj yolu ile tahliyesine izin verilmemesi nedeni ile hamilelik dönemi süresince ve çocuğun birkaç gün yaşadığı hamilelik sonrası dönem için kadının yaşamış olduğu ızdırap İşkence yasağının düzenlendiği 7. maddenin ihlali olarak değerlendirilmiştir.

Nitekim Uluslararası Af Örgütü'nün 1975 yılında kabul etmiş olduğu tanıma göre işkence "...sistemik ve bilinçli olarak bir kişi tarafından diğer kişiye veya üçüncü kişiye yapılan ve serbest iradesine uygun olmayan bir şeyi kabul ettirme amacı güden, akut acının bilinçli olarak verilmesidir...".⁶¹⁷ İşkence konusunda çalışmasından yararlandığımız Önok'un yaptığı ve kendi tabiriyle uluslararası insan hakları hukuku ve olması gereken hukuk ışığında işkence; "...insan onuruna ağır bir saldırı teşkil ederek onun manevi bütünlüğüne zarar vermeye elverişli her türlü kasıtlı harekettir."⁶¹⁸ Bizim de katıldığımız bu tanımlamadan yola çıkarsak, daha önce ifade ettiğimiz zorla besleme yöntemlerinin hiç şüphesiz işkence olarak tanımlanması gerekmektedir. Bunun ötesinde yöntemin kendisinin değil ama uygulama ile güdülen amaç, pratikte bir kişinin kabul etmediği bir durumun; kişiye zorla kabul ettirilmesi olduğundan sadece bu yaklaşım bile mahkumun mazruz kaldığı davranışın işkence olarak tanımlanması için yeterli sayılabilir.

Bu noktada cevaplanması gereken bir başka soru gündeme gelmektedir; acaba işkence yasağının bir istisnası olabilir mi? Başka bir hukuki menfaati elde edebilmek adına kişinin belirli bir acıya rızası dışında maruz bırakılabilmesi mümkün müdür? Konu ile ilgili insan hakları sözleşmelerine bakıldığında, işkencenin düzenlendiği maddelerin hiçbirinde herhangi bir istisnaya yer verilmediği görülmektedir. Bunun anlamı; işkence yasağı ile korunan menfaatin, diğer tüm hak taleplerinden ya da menfaatlerden üstün olmasıdır. Yani sözkonusu korunan menfaat yaşam bile olsa, işkence yasağının korumuş olduğu menfaatin önüne geçememektedir. İşkence yasağı ile korunan menfaat ise hiç şüphesiz insan onurudur.

⁶¹⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihadın amaç unsurunun 3. maddenin ihlalinin tesbitinde temel unsur teşkil etmediği yorumuna yer verilmektedir. Bkz. M. ÖNOK; sf. 173.

⁶¹⁷ M. ÖNOK; İşkence Suçu; sf. 32.

⁶¹⁸ Aynı eser; 33.

Öğretide, işkenceyi meşrulaştırmak için verilen uç örneklerde, başkalarının yaşamını kurtarmak, başka bir kişinin onurunu korumak gibi gerekçelere dayanılarak bazı özel durumlarda işkence yapılabileceği tarih içerisinde kimi zaman öne sürülen bir fikirdir.⁶¹⁹ Bizim tamamiyle karşı olduğumuz bu argümanın doğruluğu ya da yanlışlığı konusunda bir tartışmaya girmeksizin, günümüzde gerek insan hakları belgelerinde işkence yasağının düzenleniş şekli gerekse modern insan hakları anlayışı içerisinde işkence yasağı ile korunan insan onurunun, diğer tüm hak taleplerine ya da menfaatlerine üstün olduğunun kabul edildiğini belirtmekle yetiniyoruz.

Söylem bu olmasına karşın, aşağıdaki başlıklarda göreceğimiz üzere özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ölüm orucuna ilişkin içtihadı ve öğretinin büyük ölçüde bu içtihada paralel bir konum alması, bize göre teori ile uygulama arasında çelişki doğurmaktadır. Zira kısaca özetleyecek olursak; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre zorla besleme yöntemi ancak ölüm orucu ya da açlık grevi eylemi yapan mahpusun sağlığı tehlikeye girdiği anda meşru olmaktadır. Mahkemeye göre eğer bu koşul gerçekleşmeden zorla besleme yöntemi uygulanıyor ise, sözleşmenin 3. maddesinin ihlali sözkonusudur. Başka bir ifade ile mahpusun yaşamı sadece tedaviyi reddetme hakkını kullanma yolu ile tehlikeye giriyor ise, ona zorla beslenme uygulanabilir ve de bu eylem işkence niteliği taşımaz. Nitekim mahkemenin vermiş olduğu olayda davalı olan ülkenin 3. madde bağlamında mahkum olmasının nedeni, zorla besleme uygulaması yapıldığında mahkumun sağlık durumunun ne nasıl bir özellik arzettiğinin belirlenememesidir.

Sonuçta işkence olarak tanımlanan bir eylem, mahkemenin gerekçesine baktığımızda, mahpusun yaşamı tehlikeye girdiği anda nitelik değiştirmekte ve insan yaşamı, onurunun önüne geçmektedir. Bize göre tartışmaya oldukça açık olan bu sonuç, sözleşmede olmamasına karşın 3. maddeye zımni bir istisna getirmek anlamına gelmektedir. Normal şartlar altında kişi onuru ile bağdaşmayan ve dolayısıyla işkence anlamına gelen bu eylem, kişi yaşamının tehlikeye girmesi sözkonusu olması nedeni ile meşruiyet kazanmaktadır. Dolayısıyla, teorik planda başkalarının yaşamı ya da onurunu kurtarmak için işkence olarak nitelendirilebilecek

⁶¹⁹ Konu ile ilgili daha detaylı bilgi için bkz. M. ÖNOK; İşkence Suçu, sf. 36,37, 455-465.

olan eylemlerin meşruiyeti olmamasına karşın, en azından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihadına göre 3. kişilerin haklarını ihlal etmeyen bir ölüm orucu eylemcisine, onun hayatını kurtarabilmek için müdahale mümkün olabilmektedir.

Bize göre devletin cezaevlerindeki mahkumları korumak için üstlendiği pozitif yükümlülük, hiçbir şekilde hükümlünün ya da tutuklunun sağlıklı iradesine rağmen ona tıbbi tedavi adı altında da olsa maddi ya da manevi şiddet uygunmasını mazur gösteremez. Çünkü daha belirtildiği üzere bu nokta korunan menfaat insan onurudur ve bu menfaatin üzerinde herhangi bir değer varlığı kabul edilemez, sözkonusu değer bizzat kişinin yaşamı olsa dahi.

2-3-2-4 Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Ölüm Orucu

Ölüm orucu eylemleri ve bu eylemle bağlantılı biçimde dile getirilen zorla besleme uygulaması, tıpkı ötanazi konusunda olduğu üzere, insan hakları ile çokça bağlantı kurulan ama ulusüstü insan hakları mekanizmalarının aynı yoğunlukta karar üretmedikleri meselelerden birisidir. Bu durum insan hakları ihlallerinin engellenmesi ve hakların hayata geçirilmesi hususunda standartlarının belirlenmesi bakımından oldukça önemli olmasına karşın, şu ana kadar verilmiş olan ve bizim tesbit edebildiğimiz kararlar da meselenin insan hakları bakımından netleşmesini kanaatimizce, sağlayamamışlardır.

Ölüm orucu yapan hükümlü ya da tutuklulara zorla besleme uygulamasının insan hakları ihlali olarak değerlendirilmesi iki temel esasa dayanmaktadır. Bunlardan ilki zorla besleme uygulamasının bizzat kendisinin herhangi bir ek nitelik aranmaksızın ihlal niteliği taşıyabileceği düşüncesidir, diğeri ise uygulamanın her zaman değil ama birtakım ek niteliklerin belirmesi ile insan haklarının ihlalinin ortaya çıkmasıdır. İlk ihtimal gözönüne alındığında, tıp etiğinin de kabul edilmeyen hastaya rızası dışında müdahale edilmesi durumu bir insan hakkı ihlali olarak meydana gelmektedir. Nitekim Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi'nin aşağıda yer vereceğimiz Guantanamo Bay ile ilgili raporunda, Guantanamo Bay'da Amerika Birleşik Devletleri tarafından alıkonulan kişilere uygulanan zorla besleme

uygulamasý, bařka bir unsur aranmaksýzýn zorla beslemenin insan haklarýnýn ihlali olduđu ileri sürölmektedir.

Týp etiđine göre zorla besleme yöntemi bařlýđından hatýrlayacađımız üzere, Birleřmiř Milletler Genel Kurulu'nun 1982 yılında kabul ettiđi Týp etiđi ilkeleri, sađlık personelinin vereceđi hizmet ve uyacađı standartlar bakımýndan cezaevinde hükümlü ya da tutuklu bulunan kiři ile cezaevi dýřında hür olarak hayatýný sürdüren kiři arasında ayırım yapılmasýný yasaklamaktadır. Dolayýsýyla, týp etiđinin en önemli ilkelerinden birisi olan tedaviyi reddetme imkanı eđer cezaevi dýřında tanýnyorsa, cezaevi iđerisinde bulunan tutuklu ve hükümlülerin de aynı imkandan yararlanmasý gerekmektedir. Bunun anlamý, eđer hekim cezaevi dýřında ölüm orucu tutan bir kiřiye, týp etiđi geređi, zorla besleme yöntemini uygulayamýyorsa, cezaevi içinde kalan kiřiye de sýrf hükümlü ya da tutuklu diye etik dýřı bir davranýř sergileyemeyecektir. Birleřmiř Milletler İnsan Hakları Komitesi'nin Guantanamo Bay'da alýkonulan kiřilerin durumunu belirlemek için özel raportör tarafından hazýrlanan raporun deđerlendirilmesinde, zorla besleme uygulamasýnýn týp etiđi ile bađdařmadýđı vurgulanarak, bu uygulamanýn insan hakları ihlali olduđu ileri sürölmektedir.⁶²⁰

İnsan Hakları Komitesi'nin yapmýř olduđu deđerlendirmede, temyiz kudretine sahip olan bir tutuklunun ya da hükümlünün rýzasý olmaksýzýn zorla besleme yöntemine tabi tutulmasý, bir taraftan bu uygulamaya muhattap olan kiřinin sađlık hakkýnýn ihlal edilmesi anlamına gelmekte, diđer taraftan da zorla besleme uygulamasýna dahil olan hekim içinse, týp etiđini ihlal ettiđi sonucu ortaya çıkmaktadır.⁶²¹

Ancak zorla besleme uygulamasýnýn Komite tarafından insan haklarına aykırılık teřkil etmesi, sadece sađlık hakkýnýn ihlali ile sýnırlý deđerildir. Bunun yanında Guantanamo Bay'da uygulanan bu yöntem iřkence yasađının da ihlali anlamına gelmektedir. Fakat raporun iđerisinde yer alan ifadelerden, zorla besleme uygulamasýnýn kendisi bizzat iřkence yasađının ihlali anlamına gelmediđi izlenimi

⁶²⁰ Commission on Human Rights, Situation of Detainees at Guantanamo Bay, E/CN.4/2006/120, 15 February 2006.

⁶²¹ E/CN.4/2006/120; Prg. 94.

uyandırmaktadır. Zira değerlendirmenin 88. maddesinde zorla beslemenin işkence yasağına aykırılık teşkil ettiği şu cümleler ile ifade edilmiştir; “ Nakil esnasında, cezaevi görevlilerinin (IRF-Initial Reaction Forces) operasyonları sırasında ve de açlık grevcilerinin zorla beslenmesi gibi hallerde ortaya çıkan orantısız güç kullanımı, Birleşmiş Milletler İşkence Sözleşmesi’nin 1. maddesinde yer alan işkence tanımı içerisinde değerlendirilmelidir.” Görüldüğü üzere komite, yalnızca zorla beslemeyi işkence olarak tanımlamamakta, fakat bunun yanında orantısız güç kullanımını da işkencenin ortaya çıkabilmesi için bir koşul olarak öngörmektedir.⁶²²

Ölüm orucu eylemlerine yapılan zorla besleme müdahalelerinin insan haklarına uygunluğunu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin denetim organları tarafından da ele alınmış bir meseledir. Bu konu ile ilgili iki önemli karar sözkonusudur ve bunlardan ilki komisyon tarafından diğeri ise 2005 yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından verilmiştir. 2005 yılında verilen karar daha önce komisyon tarafından verilen karara paralellik gösterirken, yapılan iki başvuruda da yaşamın kutsallığı tezinin, kişi otonomisi argümanına üstün tutulduğu görülmektedir.

Komisyonun 1984 yılında incelemiş olduğu X v. Federal Almanya başvurusunda, hapisanede açlık grevi yapan bir tutuklu, resmi görevliler tarafından zorla beslenmiştir. Kendisine zorla besleme uygulaması tatbit edilmesinin ardından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile tanınan haklarının ihlal edildiği iddiası ile başvuruda bulunmuştur. Komisyon başvuruya ilişkin incelemesinde, zorla besleme uygulamasının, bazı durumlarda sözleşmenin 3. maddesinde yasaklanan kötü muamele olarak tanımlanabileceğini belirtilirken, sözleşmeye taraf olan devletlerin 2. maddede yer alan yaşam hakkını da koruması gerektiğine dikkat çekmiştir. Bu madde bağlamında devletlerin yaşam hakkını korumak için pozitif eylemlerde bulunması gerektiğini belirten komisyon, bu yükümlülüğün özellikle cezaevlerindeki hükümlülerin yaşamlarının korunması için geçerli olduğunu ileri sürmektedir. Başvuruda ele alınan olayda olduğu gibi bir hükümlünün açlık grevine başlaması durumunda, 2. madde ile devlete yüklenen yaşamın korunması yükümlülüğü ile kişinin vücut bütünlüğü hakkı kaçınılmaz olarak çatışmaktadır. Sözleşme tarafından bu çatışmanın çözümüne ilişkin bir düzenleme olmadığı belirtilirken, aleyhine

⁶²² E/CN.4/2006/120; Prg. 88.

başvuruda bulunan Federal Almanya'nın ilgili hukuk düzeni, zorla besleme uygulamasını açlık grevinin vücutta kalıcı hasarlar yaratma aşamasına gelmesi halinde uygulanabileceğini öngördüğünü ve bunun yanında eğer eylemcinin yaşamı tehlikeye girdiyse o zaman zorla beslemenin hukuki bir zorunluluk haline geldiği saptamasında bulunulmuştur. Eylemcinin sağlık durumu ile ilgili sözkonusu saptamaları yapmak her ne kadar hekimin görevi olarak Alman hukukunda kabul ediliyor olsa da, zorla besleme yönteminin uygulanabilmesi için mahkeme kararı gerekmektedir. Komisyon somut vakada, Alman yetkililerin önlerinde olan iki seçenekten, yani başvuruçunun beslenmeyi reddetmesine saygı göstermek ve bunun sonucunda sağlığının bozulmasına ya da ölmesine göz yummak ile onun varlığının devamı için, insan değerini ihlal edebilecek bir niteliğe sahip olmasına karşın zorla besleme uygulamasını tercih etmelerinin, başvuruçunun menfaatini en iyi şekilde karşılayan seçenek olduğuna karar vermiştir.⁶²³

Komisyon bu kararı ile somut vakada zorla besleme uygulamasının sözleşmeye aykırılık teşkil etmediğine karar verirken, yapmış olduğu değerlendirmede birkaç noktanın ön plana çıktığını görmekteyiz. Bunlardan ilki, bir ölüm orucu ya da açlık grevi sözkonusu ise, zorunlu olarak iki hakkın çatışmasının ortaya çıktığının kabul edilmesidir. Bunlardan ilki hiç kuşkusuz devletin yaşam hakkını koruması konusunda sahip olduğu yükümlülük ve dolayısıyla eylemcinin yaşam hakkı diğeri ise zorla besleme uygulaması gündeme geldiğinde kişinin insan değerine aykırı bir muamele ile karşı karşıya kalması yani işkence görmeme hakkıdır. Sözleşmenin konuya herhangi bir çözüm getirmediği bu karar ile belirtilirken, 3. maddede yer alan kötü muamele yasağının herhangi bir istisnaya tabi tutulmadığı bir şekilde gözardı edilmektedir. Oysaki kişinin ölümüne neden olan her eylem, sözleşmeye göre yaşam hakkının ihlali anlamına gelmemektedir. Başka bir ifade ile yaşam hakkının belirli istisnalar ile kabul edilirken, 3. maddede yer alan kötü muamele yasağı herhangi bir istisnaya tabi tutulmamıştır ve komisyon tarafından bu ayırım dile getirilmemiştir.

Komisyonun kararı ile ortaya çıkan bir diğer husus ise, zorla besleme olayı her ne kadar kimi durumlarda insan değerine aykırı bir nitelik taşısa da, kişinin hayatının kurtarılması, insan değerine aykırı bir davranışı meşru hale getirebilmektedir.

⁶²³ X v. Germany, App. 10565/83 1984, sf. 153, 154.

Komisyon bir adım daha ileri giderek, kişinin kendi yaşamına ilişkin olarak vermiş olduğu bir kararın doğru ya da iyi olup olmadığına devletin müdahale edebileceğini söylemiştir ve somut vakada kişinin eylemine devam etme ve beslenmeyi reddetme yönündeki iradesine saygı gösterilmeyerek zorla beslenerek hayatta tutulması eylemci için en uygun davranış olduğu şeklinde bir ahlaki değerlendirmede de bulunulmuştur. Dolayısıyla kişinin hayatta kalması, bir hukuki menfaat olarak ele alacak olursak ne insan değerinin korunmasına yönelik menfaatin ne de kendi kaderini belirleme ya da otonomi hakkının kişinin yaşamda tutulmasına yönelik menfaate bir üstünlüğü sözkonusudur. Bu nedenle yaşam hakkının kutsallığı teorisi, bu karar ile bir anlamda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bakımından kutsanmıştır diyebiliriz.

Komisyon, kişinin karşı iradesine rağmen zorla besleme müdahalesinin gerçekleştirilmesini sadece kişinin menfaatine daha uygun bir davranış olması nedeni ile meşru sayması ve bunun dışında kamusal bir menfaate; başka bir ifade ile kamu yararı kavramını ele almaksızın meseleyi çözmesi, aynı zamanda paternalist bir değerlendirilmede bulunulduğunu göstermektedir.

Nevmerzhtsky v. Ukrayna davası⁶²⁴, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından açlık grevi ve zorla besleme konularının, bizim tesbit edebildiğimiz kadarıyla, doğrudan ele alındığı tek davadır. Başvurucu cezaevinde tutulduğu dönemde açlık grevine başlamış ve Ukraynalı yetkililer kendisini zorla beslemişlerdir. Başvurucunun iddiasına göre, sadece tıp mesleğine mensup kişiler tarafından değil diğer hükümlüler tarafından bu yöntemin kendisine uygulanmıştır. Haftada beş gün uygulanan zorla besleme yöntemi, başvurucunun elleri bir sandalyeye ya da ısıtma sistemine bağlanarak yapılmıştır. Ucu özel bir besin karışımı ile dolu mekanizmaya bağlı olan deri bir tüpü yutmaya zorlanan başvuru, bu tüpün içinden özel besinin mideye aktarılması ile beslenmiştir.⁶²⁵

Mahekeme değerlendirmesine başlarken içtihatla konu ile ilgili tek örnek olan ve yukarıda özetlemeye çalıştığımız X v. Federal Almanya başvurusuna değinmiştir.

⁶²⁴ Nevmerzhtsky v. Ukraine; Appl. no. 54825/00, 2005.

⁶²⁵ Appl. no. 54825/00; sf. 89.

Esas olarak mahkeme, vermiş olduğu bu kararda komisyonun kabul ettiği ilkeleri takip ettiği söylenebilir. Mahkemeye göre tıbbi zorunluluklar sözkonusu olduğunda bu zorunluluk neden ile yapılan müdahale prensip olarak insanlık dışı ya da alçaltıcı bir nitelik taşımaz. Bu prensibin zorla beslenme uygulaması bakımından geçerli olduğunu düşünen mahkeme, önemli olan hususun gerçekten zorla besleme eyleminin yapılması için tıbbi bir zorunluluğun olup olmadığının belirlenmesidir.⁶²⁶ Bu noktadan hareket eden mahkeme, somut vakada kişinin direnmesine karşı güç kullanarak ellerinin bağlanması, ağzın açılması için bir mekanizmanın ağza yerleştirilmesi ve de beslenme borusuna zorla deri bir tüpün sokulması sözleşmenin 3. maddesinde yer alan işkence yasağının ihlali anlamına geldiğini belirtirken, bu ihlalin ancak tıbbi zorunluluklar sözkonusu olduğunda ortadan kalkacağını belirtmektedir. Dolayısıyla, yapılan eylem aslında işkence niteliği taşımaktadır fakat kişinin yaşaması için bu yöntem uygulanırsa işkence niteliği mahkemeye göre ortadan kalkmaktadır. Bu mantık zinciri sonucunda, hakkında şikayette bulunulan Ukrayna hükümetinin zorla besleme konusunda tıbbi zorunluluk olduğunu gösteren bir kanıt ortaya koyamaması nedeni ile sözleşmenin 3. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.⁶²⁷

Görüldüğü üzere mahkemeye göre, zorla besleme vakası, kişinin iradesine karşı vücuduna bir müdahale olarak işkence yasağını ihlal eden bir uygulama olarak görülmektedir. Fakat eğer bu müdahale eğer kişinin hayatını kurtarmak amacıyla gerçekleştirilirse, ihlal meydana gelmemekte zira tıbbi uygulamalar ne kadar acı verici olsa da insanlık dışı ya da alçaltıcı bir muamele niteliği taşımamaktadır. Dolayısıyla mahkeke, tıbbi müdahalenin kişinin rızasına bağlı olarak yapılabileceği ilkesini gözardı ederek, onun yerine neyin iyi ya da doğru olduğuna karar verilerek müdahalede bulunulabileceğine hükmetmektedir. Başka bir ifade ile mahkemenin kararı zorla beslemenin bir yöntem olarak işkence niteliği taşımadığına, eğer bu yöntemi uygulanması için tıbbi bir zorunluluk sözkonusu değil ise ancak işkence yasağının ihlal edilmiş olacağına karar vermiştir.

⁶²⁶ Appl. no. 54825/00; sf. 94.

⁶²⁷ Appl. no. 54825/00; sf. 97.

Mahkemenin ve komisyonun bu yaklaşımı, daha önce de ifade etmeye çalıştığımız tıp etiği ilkeleri ile uyuşmamaktadır. Zira tedavi sözkonusu ise, bu hasta ile doktor arasında gerçekleşen iradeye dayalı bir ilişkidir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin denetim organlarının oluşturduğu bu içtihat yaşam hakkının, insan değerini korumaya yönelik işkence yasağının da önünde bir değere sahip olduğunu göstermektedir. Zira somut vakada açlık grevcisine yapılan müdahale prensip olarak alçaltıcı ve insanlık dışı olarak kabul edilirken, bu eylemlerin sözleşmenin 3. maddesi bağlamında meşruluğunu sağlayan unsur olarak tıbbi zorunluluk gösterilmektedir; aynı tedavi olan kişinin rızaasına dayalı olarak gerçekleştirilen bir müdahalenin insanlık dışı ya da alçaltıcı bir niteliğe sahip olamaması gibi. Fakat mahkeme iki eylem arasında müdahaleye mağruz kalan kişinin rızası unsurunu gözardı etmektedir. Yani yaşam, kişinin iradesine karşın korunması gereken bir değer olarak mahkeme tarafından kabul edildiği görülmektedir.

2-4 Değerlendirme

Kişinin kendi yaşam hakkı üzerindeki tasarruf yetkisine ilişkin yaklaşımlar yaşamın kutsallığı argümanı ile kişinin iradesini ön plana çıkaran kişisel otonomi ve faydacılık argümanları temelinde dile getirilmektedir. Yaşamın kutsallığı tezi bir taraftan kökleri çok eskilere giden dinsel argümanların izlerini taşıırken, aydınlanma ile birlikte bireyin ve dolayısıyla sahip olunan yaşamın kutsiyeti seküler ahlak tarafından da kabul edilmiştir. Öğreti tarafından genel olarak kabul edilen sözkonusu klasik söylemin, gerek insan hakları anlayışına gerekse hakların pozitif hukuktaki görünüm ve yorumuna hakim olduğunu söyleyebiliriz.

Bu anlayışa göre, kişinin kendi yaşamı üzerinde tasarruf yetkisine sahip olabilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla bu hakkını birine devretmesi ya da bu hakkından feragat etmesi sözkonusu olamayacağı için diğer tüm insan hakları bakımından dile getirilen vazgeçilmezlik ilkesi yaşam hakkı bakımından öncelikle geçerli olmaktadır. Bu öncelik, haktan vazgeçmenin doğuracağı sonuçtan kaynaklanmaktadır ki; bu sonuç kişinin hayatının sona ermesidir. Oysaki yaşamın kutsallığı tezi, bireyi, sadece kişinin kendisi için değil aynı zamanda toplum için de bir değer olarak algılamaktadır.

Bu durumun hukuk bakımından pratikteki anlamı; kişinin kendi yaşamını sona erdirecek her türlü eyleminin hukuk dışına itilmesidir. Özellikle intihar eylemi, dinlerin de büyük etkisi ile uzun dönem ceza hukukunun konusunu oluşturmuştur. Fakat zaman içerisinde yaşanan değişim ile intihar artık günümüz modern hukuk sistemleri tarafından ceza yaptırımına tabi tutulan bir eylem olmaktan çıkmıştır. Bu bağlamda, yaşamın kutsallığı tezi ile şekillenen pozitif hukukta bir dönüşümün varlığından bahsetmemiz herhalde çok abartılı bir yorum olmayacaktır.

Sözkonusu dönüşümün en önemli göstergelerinden bir diğeri ise; herhangi bir tıbbi müdahalenin kişinin rızası dışında uygulanamayacağına ilişkin prensibin insan hakları hukukuna yerleşmesidir. Bu prensip hem tedavinin reddini hem de halihazırda uygulanan tedavinin durdurulması hakkını içermektedir. Bu hakkın konumuz bakımından önemi ise, tedavi yapılmadığı ya da kesildiği takdirde kişinin hayatının sona ermesi veya beklenen bir ölümü çabuklaştırması halinde dahi tedaviyi reddetme hakkının varlığının devam etmesidir. Daha açık bir ifade ile kişi tedavi olmak yerine pasif eylemi ile ölümü tercih edebilmekte yani kendi yaşam hakkı üzerinde tasarruf yetkisini kullanabilmektedir.

Bireyin tedaviyi reddetme konusundaki iradesinin hukuk tarafından tanınması hasta haklarının korunması amacına yönelik olmakla birlikte, aslında bizzat hasta haklarının temelini oluşturan unsur kişinin maddi ve manevi varlığına dokunulmaması konusundaki kişisel menfaatin korunmasıdır. Bu menfaat doğrudan kişinin iradesine saygıyı gerektirdiğinden bireyin maddi bütünlüğüne yönelik her türlü müdahale, onun sağlığı adına da yapılmış olsa dahi ancak bireyin bu müdahaleye onay vermesi ile meşruiyet kazanabilmektedir. Aksi bir durum, örneğin devlet tarafından gerçekleştirilirse, bir taraftan kişinin mahremiyet hakkının ihlal edilmiş olmakta diğer taraftan da bazı hallerde, geniş anlamı ile değerlendirildiğinde işkence yasağının ihlali sözkonusu olabilmektedir.

Öğretide, özellikle ölüm oruçları çerçevesinde yapılan yorumlara bakıldığında, kişinin tedaviyi reddetme hakkının sözkonusu eylemler bakımından geçerli olmadığı yönünde düşüncelerin ileri sürüldüğü görülmektedir. Ölüm orucu nedeni ile kişinin yaşamı tehlikeye girdiğinde, devletin denetimi ve sorumluluğu

altında olan hükümlü ya da tutukluların yaşam hakkının korunması için zorla besleme ya da zorla tedavi uygulanabileceği savunulmaktadır. Zira Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihadı ile kabul edilen prensibe göre; hürriyeti kısıtlanmış olan bu kişinin yaşam hakkı, özgür olan kişilere oranla daha büyük bir risk altındadır ve devletin bu riski azaltması için ek bir pozitif yükümlülüğü söz konusudur. Buna göre, eğer hürriyeti kısıtlanmış bir kişi ölüm orucu eylemine başvurursa ve de hayatı tehlikeye girecek olursa, bu prensip gereğince yapılan zorla besleme yöntemi hukuka ve insan haklarına uygun olacaktır. Nitekim Mahkemenin ölüm orucu eylemlerine yapılan zorla besleme yöntemine ilişkin yaklaşımı da bu yöndedir. En son vermiş olduğu kararda her ne kadar zorla besleme yöntemi işkence yasağının düzenlendiği 3. maddenin ihlaline neden olduğu sonucuna varmış olsa da, gerekçeye baktığımızda ihlalin nedeni eylemin yapılması değil yaşamsal bir tehlikenin müdahalenin yapıldığı anda varolduğunun ispatlanamamasıdır. Mahkemeye göre bu durum ispatlanmış olsa idi, eylem sözleşmenin korumuş olduğu hakları ihlal etmiş olmayacaktı. Dolayısıyla işkence olarak ifade edilen bir eylem, kişinin yaşamının korunması için meşruiyet kazanmaktadır.

Bize göre, kişinin tedaviyi reddetme hakkı, hürriyetinin kısıtlanmış olup olmamasına göre farklı şekillerde algılanabilecek bir niteliğe sahip değildir. Kişinin anayasadan kaynaklanan bu hakkının cezaevine girmesi ile ortadan kalkmasına neden olacak herhangi bir hukuki menfaat söz konusu olamaz. Elbette bulaşıcı hastalık gibi diğer hürriyeti kısıtlanmış kişilerin ya da idari personelin zarar görebileceği istisnai durumları bu kapsamın dışında tutmaktayız. Ancak devletin hürriyeti kısıtlanmış kişilerin hayatlarını kurtarmak için, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından işkence olarak nitelendirilebilecek eylemleri gerçekleştirmesi, kanaatimizce insan haklarına aykırılık oluşturmaktadır. Zira devletin hürriyeti kısıtlanmış olan ve de temyiz kudretine sahip olan kişileri korumak için üstlendiği özel yükümlülük, kişinin cezaevi içerisindeki 3. kişilere karşı korunması amacına yönelik olması gerekmektedir, kişinin kendisine karşı değil. Bu bağlamda, devletin sahip olduğu bu özel yükümlülüğün ölüm oruçları bakımından tek sonucu, eylemcinin tedaviyi reddetme konusundaki iradesinin sağlıklı olup olmadığının tesbitinden ibarettir. Aksine bir yaklaşım, işkence görmeme hakkının, yaşam hakkının korunması için istisnaya tabi tutulması neticesini doğuracaktır. Nitekim

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bize göre hatalı bir yaklaşım sergileyerek, işkence yasağına bu şekilde zımni bir istisna getirmektedir.

Görüldüğü üzere, en azından hürriyeti kısıtlanmamış kişiler bakımından modern hukuk sistemlerinde kişinin tedaviyi reddetme hakkı üzerinde bir mutabakatın varlığından bahsedebiliriz. Başka bir ifade ile kişi kendisini hayatta tutabilecek olan tıbbi müdahaleyi sona erdirebilme bakımından bir özgürlüğe sahip olurken, devletin o kişiyi yaşatmak için onun iradesine aykırı biçimde bir müdahalede bulunabilmesi sözkonusu değildir. Dolayısıyla kişinin kendi yaşam hakkı üzerinde tasarruf edebilme hakkı sözkonusudur ve de bu noktada asıl cevaplanması gereken soru kişinin kendi yaşam hakkı üzerinde tasarruf yetkisine sahip olup olmadığı değil, sahip olduğu bu tasarruf yetkisinin ne ölçüde genişleyebileceğidir?

Ülke hukuklarına baktığımızda kişinin kendi yaşam hakkı üzerindeki tasarruf yetkisinin tedaviyi reddetme hakkı ile sınırlandırıldığı görülmektedir. Hollanda, Belçika, İsviçre ve Oregon Eyaleti gibi istisnalar bir kenara bırakacak olursak, en azından yasal düzenlemeler bakımından hukuk sistemlerinde kişinin yaşam hakkı üzerindeki tasarruf yetkisini genişleten aktif ötanazi ve hekim yardımı ile intihar kurumlarına karşı muhafazakar bir tavır takınıldığı söylenebilir. Diğer taraftan, ulusüstü insan hakları hukukunda da, konunun netlik kazanmadığını belirtmemiz gerekmektedir. Dolayısıyla mesele insan hakları bakımından tartışmalı bir niteliğe sahiptir.

Yaşamın kutsallığı tezini savunanlar, bireyi tek başına toplum için bir değer olarak gördüklerinden, kişinin yaşam hakkı üzerinde tasarruf etmesi anlamına gelen ötanazi ve yardımcı intihar uygulamalarına karşı çıkmaktadırlar. Bu bağlamda, hayatta kalmak sadece kişisel değil toplumsal bir menfaate işaret etmektedir. Kişi, hayatta kalma konusundaki menfaatini toplumla paylaştığı için; yaşam hakkının, bireyin üzerinde tek başına tasarruf edebileceği bir niteliği sözkonusu olamaz. Dolayısıyla, birey hayatta kalmak istemese dahi yaşamaya mecburdur; zira bu topluma karşı bir sorumluluk ve de ödev niteliğini taşımaktadır.

Bununla birlikte sözkonusu ortaklığın en azından ilk görünümde, adil olmayan başka nitelikleri de vardır. Zira menfaatin diğer paydaşı olan toplum yararına başka bir ifade ile kamu yararı için kişinin hayatına son verilebilmektedir. İdam cezaları, savaş sonucu meydana gelen ölümler ya da tutuklu bulunan bir kişinin kaçmasını önlemek için uygulanan şiddet sonucu meydana gelen ölümler gibi. Bunun yanında, kamu kişiye yaşamayı her koşulda adeta bir yükümlülük olarak öngörürken, kendi yükümlülüğünü sadece öldürmeme ile sınırlamaktadır. Ulusüstü insan hakları hukuku ve de ülke hukuklarına baktığımızda, yaşam hakkı konusunda devlete yüklenen yükümlülüğün esas olarak öldürmeme eylemi ile sınırlandırıldığı görülmektedir. Bunun ötesinde hayatta kalmak isteyen ama maddi imkanları olmaması nedeni ile hayatını kaybeden kişilerin ölümlerinden devletin sorumluluğu kabul edilmemektedir. Başka bir ifade ile en yüce değer olan insanın hayatta kalabilmesi konusunda sosyal imkanların sağlanıp sağlanmaması herhangi bir hukuki sorumluluğa işaret etmemektedir. Bu bakımdan bireyin hayatta kalması konusunda ortak menfaate sahip olan kişi ve toplumun yükümlülükleri arasında açık bir orantısızlığın varlığı ortaya çıkmaktadır. Eğer toplum için kişinin hayatı gerçekten kendi başına tasarruf edemeyeceği kadar değerli ise, toplum da onun hayatta kalması için üzerine düşen sorumluluğu yerine getirmelidir.

Diğer taraftan, kişinin kendi hayatının seyrine ilişkin verebileceği kararların içerisine, belirli koşullar altında bireyin kendi hayatını sona erdirebilmesi özgürlüğünün de tanınması gerektiği düşüncesini paylaşmaktayız. Kişisel otonomi argümanından yola çıkarsak; temyiz kudretine sahip ve yeterince bilgilendirilmiş bir birey için neyin doğru ya da neyin yanlış olduğuna başkalarının karar vermesi, insan onuruna uygun olmayan bir yaklaşımdır. Bu bağlamda, özellikle tedavisi mümkün olmayan ve de bu nedenle ızdırap çeken bir kimsenin, acısını sonlandırmak veya doğal bir ölümü beklemek konusundaki tercihi saygı duyulması gerektiği kanaatindeyiz. Zira yaşamın kutsal olduğu söylevine dayanarak yapılacak olan genel bir ahlaki değerlendirmenin herkes için geçerli olamayacağı düşüncesindeyiz.

Kişinin yaşam ve ölüm konusundaki kararına ilişkin olarak yapılan ahlaki değerlendirmelerin dışında dile getirilen ve rasyonel temele oturtulmaya çalışılan bir diğer argüman ise, ötanazi ya da yardımcı intihara izin verilmesi durumunda bunun

olumsuz etkilerinin ortaya çıkma tehlikesidir. Örneğin bu uygulamaların suistimale açık olması ya da ötanazi yapılabilecek olan kişilerde baskı oluşması gibi. Ancak sözkonusu endişeler meselenin teknik yönüne ilişkin olup, aynı yaklaşım ötanazinin ya da yardımcı intiharın tanınmadığı sistemler bakımından da dile getirilebilir. Zira özellikle başta İngiltere olmak üzere Avrupa ülkelerinde yapılan araştırmalar göstermektedir ki; aktif ötanazi yasa dışı olmasına karşın halihazırda uygulanan bir yöntemdir. Dolayısıyla yasal çerçevesi çizilmeden yapılan aktif ötanazinin yasal olarak yapılana oranla daha çok suistimale açık olduğu herhalde hiçkimsenin tartışmayacağı bir sonuçtur. Bu nedenle teknik meselelerden yola çıkılarak bir özgürlük sorununun ele alınması doğru bir yöntem olarak belirmemektedir.

Kısaca bize göre kişinin kendi yaşamı üzerinde tasarruf edebileceği kimi durumların pozitif hukuk tarafından kabul edilmesi, insan haklarının gelişen içeriğine daha uygun bir yorum olarak ortaya çıkmaktadır. Her kurum gibi ötanazi ya da yardımcı intiharın elbette beklenen olumlu sonuçlarının yanında olumsuz getirilerinin de meydana gelmesi ihtimal dahilindedir. Ancak belirttiğimiz üzere bu teknik bir meseledir ve konunun içeriğine ilişkin değildir.

3. BÖLÜM / HAK SAHİBİNİN KORUNMASI

3.1 Genel Olarak

Hak sahibi ve hak sahibinin tasarruf yetkisi bölümlerinin ardından çalışmamızın bu son aşamasında, yaşam hakkına sahip olan bireyin pozitif hukuk tarafından hangi kurallar ve standartlar çerçevesinde korunduğunu araştırmaya çalışacağız. Bunu yaparken de esas olarak iki sözleşme ve bu iki sözleşmenin denetim organlarının üretmiş olduğu karar ve belgelerden yararlanacağız. Söz konusu iki sözleşme, çalışmamızın önceki iki bölümünde de yararlanmış olduğumuz BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesidir.

Pozitif hukuk bağlamında bu iki sözleşmenin kriter olarak alınmasının nedenlerinde ilki; bu sözleşmelere taraf olan ülkelerin sayısal miktarıdır. BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'ni bugüne kadar kabul eden ülkelerin sayısı 160'dır. Dolayısıyla BM'ye üye 192 ülkenin çok büyük çoğunlu bu sözleşmenin tarafıdır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni ise 47 Avrupa Komseyi üyesi ülke kabul etmiştir ve bu ülkeler içerisinde insan hakları anlayışının tarihsel olarak öncülüğünü etmiş olanlar toplumlar bulunmaktadır. Her ne kadar tarihsel gelişimin güncel duruma işaret ettiği iddiası taşimasak da, varolan birikimin sözleşmenin yargısal nitelikteki organlara yansıma ihtimali de gözden kaçırılmamalıdır.

Bu sözleşmeleri kabul eden ülkelerin neredeyse dünya coğrafyasının tamamını kaplamasından daha önemli olan unsur ise; sözleşmeciler devletlerin bu sözleşmede tanınan hakları kendi iç hukuk düzenlerinde gerçekleştirmeyi taahhüt etmeleridir. Bundan iki anlam çıkarılabilir; bunlardan ilki bu metnlerin iç hukuk düzenlerine öncü ve yönlendirici olmaları, diğeri ise bu nitelikleri nedeni ile iç hukuktan daha özgürlükçü bir yapıya sahip olmaları. Bu varsayımın herhalükarda geçerli olduğunu söyleyebilmemiz elbette mümkün değildir. Örneğin Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sözleşmesi'nin kabul edilmesi gündeme geldiği dönemde, Kanada'da yapılan tartışmaların ana ekseninin sözkonsu sözleşmenin kimi hükümlerinin Kanada'nın sahip olduğu özgürlük düzenini kısıtlayıp kısıtlamayacağı idi. Veya Hollanda'nın kişi otonomisi argümanına dayanan özgürlük anlayışının bize göre, bölgesel ve uluslararası insan hakları düzenlemelerinden daha ileri olduğu da oradadır. Fakat bu

tür istisnalar bir kenara bırakılacak olursa, ulusüstü insan hakları mekanizmalarının büyük ölçüde iç hukuk sistemlerinin önünde olduğunu söyleyebiliriz. Bunun yanında, sözkonusu ülkeler de bu mekanizmaların içerisinde yer aldığından halihazırda ayrıksı durumlar denetim mekanizmalarının ürettiği metinlerde kendisini gösterebilmektedir. Nitekim Hollanda'nın Ötanazi konusundaki yaklaşımı önceki bölümde ayrı bir başlık altında ele alınmıştır.

Bu iki sözleşmenin değerlendirme bakımından temel alınmasının bir diğer nedeni ise sahip oldukları yargısal nitelikteki organlarıdır. Sözkonusu organlara bireysel şikayet başvurusunda bulunabilme hakkının tanınması, bu mekanizmaların içtihat üretmesine ve de bu içtihat içerisinde sözleşmede yer alan hakların adeta canlı birer varlık gibi her kararda tekrar yorumlanabilmesi imkanını doğurmuştur. Dolayısıyla iç hukuktaki hiçbir mahkemenin bu yoğunlukta insan hakları ilgili içtihad üretme imkânına sahip olamayacağı düşünüldüğünde, uzmanlaşan bu bağımsız kadroların üretimlerinden olumlu sonuçlar çıkarılabileceği düşüncesindeyiz.

Nitekim ülkelerin mahkeme kararlarına baktığımızda da özellikle Avrupa ülkelerindeki mahkemelerin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarına atıfta bulunduğunu görmekteyiz. Örneğin Türk Anayasa Mahkemesi'nin gerekçeli kararlarında bahsettiğimiz referanslara rastlanılmaktadır. Bu durum da, iç hukukun şekillenmesinde sözkonusu mekanizmaların ne ölçüde etkili olduğunun bir göstergesi olarak algılanabilir. Kaldı ki; son yapılan anayasa değişikliği sonrasında temel hak ve hürriyetler ile ilgili uluslararası anlaşmalar ile kanunların çatışması durumunda uluslararası anlaşmalara öncelik verilecek olduğundan, örneğin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin iç hukukumuz bakımından önemi daha da artmış durumdadır. Bu nedenlerden ötürü, yaşam hakkı bağlamında pozitif hukukta getirilen korumanın çerçevesini belirleyebilmek için sözkonusu iki sözleşme ve organlarının üretmiş olduğu karar ve belgelerden yararlanmanın daha olumlu sonuçlar doğuracağı düşüncesindeyiz.

Bu noktada açıklamamız gereken önemli bir diğer husus ise; Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sözleşmesi ve denetim organlarının yaşam hakkı ile ilgili ürettiği karar ve belgelere neden bu bölümde yer vermediğimizdir. Bilindiği üzere

Amerikalılararası İnsan Hakları Sözleşmesi, Amerikan Devletleri Örgütü bünyesinde hazırlanan bir metindir. Bu örgüt ise büyük ölçüde Latin Amerika ülkelerinin egemenliği altında olup, kullanılan ana dil İspanyolcadır. Dolayısıyla denetim organlarının kullanmış olduğu dil de İspanyolcadır. Denetim organlarının bazı kararları İngilizceye çevrilmiş olmasına karşın, yaşam hakkına ilişkin derli toplu bir bölüm hazırlayabilmek için yeterli karara ulaşamamıştır. Bu tez çalışması esnasında yabancı dil olarak İngilizce kullanıldığından, çalışmanın başlangıcında yapılan planın dışına, sözkonusu sorun nedeni ile çıkılarak Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sözleşmesi ile ilgili bir başlık açılmamıştır.

3. bölüm ile ilgili olarak belirtmemiz gereken son husus ise; çalışmanın içeriğine ilişkindir. Bu bölümde sözleşmelerin yaşam hakkına ilişkin yaklaşımları anlatılırken ulaşılmaya çalışılan temel amaç; sözkonusu sözleşmeler çerçevesinde yapılandırılan denetim organlarının yaşam hakkı bakımından kabul ettiği ya da geliştirdiği standartları saptamaktır. Dolayısıyla yaşam hakkının sözleşmesel bağlamda monografik bir çalışması olmayan bu tezde, ilgili organların çalışma şekli, organların kompozisyonu ya da kanıtları değerlendirme kriterleri gibi usulü konulara değinilmeyecektir. Bunun yanında ele alınan kararlar aynı zamanda başka hak ihlallerini içeriyor olsa da, sözkonusu ihlallerin değerlendirilmesine de girilmeyecektir. Zira sözkonusu yaklaşım başlı başına bir çalışmanın konusunu oluşturmaktadır ki; hali hazırda doğrudan kararları her yönü ile değerlendirmeyi amaçlayan ya da denetim organlarının çalışma usullerini ortaya koyan değerli eserlerin varolduğunu söylememiz gerekir.⁶²⁸ Daha önce de belirttiğimiz üzere bu bölümde ulaşılmaya çalışılan ana amaç sözkonusu denetim organlarının yaşam hakkına ilişkin kabul ettiği standartları belirlemek ve bunu yaparken de örnek kararlardan yararlanmaktır.

⁶²⁸ Örneğin BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi çerçevesinde Yaşam Hakkı ve İşkence Yasasını inceleyen S. Gemalmaz'ın bir çalışması bulunmaktadır. Çalışmasında yazar 2000 yılına kadarki bireysel şikayetleri ele almıştır. Bu kararlarda ele alınan olayların komite tarafından hem usul hem de esas değerlendirmesi sunulmuştur. Dolayısıyla bu monografik çalışmada konu çok daha ayrıntılı bir biçimde ele alınmıştır. Bkz. S. GEMALMAZ; İnsan Hakları Komitesi Kararlarında Yaşam Hakkı ve İşkence Yasası, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2002. Birleşmiş Milletler Sisteminde insan haklarının usul bağlamında nasıl korunduğuna dair diğer inceleme ise M. Gülmez tarafından hazırlanmıştır. Bkz. M. GÜLMEZ; İnsan Haklarının Korunması, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2004. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin işleyişi ve özellikle Türkiye kararlarının incelendiği bir diğer değerli çalışma için bkz. D. TEZCAN-M. ERDEM-O. SANCAKTAR; Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004.

3.2 B.M. Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi

İnsan hakları hukuku bakımından tarihsel süreç içerisinde yaşanan en önemli dönüm noktalarından birisi 2. Dünya Savaşı ve bu savaştan sonra uluslararası hukukta yaşanan gelişmelerdir. 2. Dünya Savaşı, insan haklarının yerel düzeyde algılanmasının büyük trajedilere neden olabileceğini göstermiştir. Onun için, hakların ulusal yerine ulusüstü bir ekseninde kabulü ve hak ihlallerinin bu boyutta denetlenmesine yönelik çalışmalar yürütülmüştür. Fakat klasik uluslararası hukuk anlayışı, uluslararası hukukun öznelerini büyük ölçüde devletler ile sınırlaması nedeni ile sözkonusu amaca ulaşabilmek için aynı zamanda uluslararası hukukun farklı bir biçimde yorumlanması gerekmiştir. Yaşanan bu değişim iki farklı koldan gerçekleşmiştir. Bunlardan ilki uluslararası düzlemde insan haklarının kurumsallaşmasını ve hayata geçirilmesinin önderliğini yapan Birleşmiş Milletler, diğeri ise bölgesel düzlemde insan haklarını sözleşmeler vasıtası ile koruma altına alan bölgesel girişimlerdir.

Birleşmiş Milletler Bünyesinde insan hakları ile ilgili olarak düzenlenen ilk belge İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'dir. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, Birleşmiş Milletler kurucu antlaşmasında insan haklarının muğallakta kalmış kapsamını belirlemek amacı ile hazırlanmış bir belgedir. 10 Aralık 1948 yılında 48 kabul ve 8 çekimser oy ile kabul edilmiş olan bu bildirge uluslararası düzeyde kabul edilmiş ilk insan hakları belgesidir.⁶²⁹

İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 3. maddesi yaşam hakkını düzenlemektedir. Maddede "yaşam, hürriyet ve kişi emniyeti her ferdin hakkıdır" denilmek suretiyle, belgenin evrensellik temasına uygun olarak herhangi bir ayırım yapmaksızın herkesin bu hakka sahip olduğu ifade edilmiştir.

⁶²⁹ Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Bildirgesi'nin kabul edilmesinden yaklaşık 6 ay önce, 30 Nisan 1948 yılında kurulan Amerikan Devletleri örgütü kurucu sözleşmenin metninde yer almayan insan hakları konusunu Mayıs 1948'de Amerikan İnsan Hak ve Ödevleri Bildirgesi'ni kabul ederek bu boşluğu doldurmuştur. Tarih itibarıyla Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Bildirgesi'nden önce gelmesine karşın bölgesel nitelikte bir anlaşma olması nedeniyle Birleşmiş Milletler Bildirgesi ilk uluslararası İnsan Hakları Belgesi olarak kabul edilmektedir.

Belge 10 Ağustos 1948 yılında Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun kararı ile kabul edilmiş olduğundan belgenin hukuken bağlayıcı niteliği yoktur. Çünkü Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda alınmış olan kararlar Birleşmiş Milletler Anlaşması gereği tavsiye niteliğindedir. Dolayısıyla bir genel kurul kararı olan İnsan Hakları Bildirgesi'nin hukuken uygulama anlamında bir zorlayıcılığı sözkonusu olamaz.⁶³⁰ Bununla birlikte belgenin zaman içerisinde moral değerden öte uluslararası hukukta teamül gücünü kazandığı veya hukukun genel ilkelerinden biri haline geldiği ya da emredici hukuk kuralı haline geldiği yönünde çeşitli görüşler de ileri sürülmüştür.⁶³¹

Günümüzde belgenin niteliğine ilişkin tartışmanın çok büyük bir önemi kalmamıştır. Çünkü kabul edilen bölgesel ve uluslararası insan hakları sözleşmeleri hem içerik itibarıyla hem de geliştirilen koruma mekanizmalarıyla Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Bildirgesi'nin çok ötesine geçmişlerdir.⁶³² Dolayısıyla teknik hukuk bakımından bir değerlendirme yapmak yerine onun moral değeri üzerinde düşünmek gerekir. Bildirgenin öncülük etmiş olduğu çağımız insan hakları anlayışı, insan haklarını sadece iç hukukun bir sorunu olmaktan çıkarıp ulusalüstü bir düzeye getirmiştir. İnsan Hakları konusunda samimi olmayan ülkeler bile hem iç hem de dış politikada uyguladıkları siyaseti mutlaka insan haklarına referans vererek sunma zorunluluğunu hissetmektedirler. Dolayısıyla BM İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nde dar bir çerçevede ele alınan haklar, bugün zaten hemen hemen hiçbir ülkenin açıkça rededemeyeceği bir niteliğe sahip olmuştur. Bu nedenle ülkelerin politik yaklaşımlarının zımnen temelini oluşturan hukuken moral niteliğe sahip bir belge olduğu söylenebilir.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Bildirgesi'nin hukuken bağlayıcılığının olmaması ve sadece moral bir değere sahip olması, uygulamada ülkeler tarafından yapılabilecek insan hakları ihlallerinin herhangi bir yaptırıma bağlanmaması,

⁶³⁰ Bkz. Birleşmiş Milletler Kurucu Anlaşması md. 10-11-12-13.

⁶³¹ BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, İspanya ve Romanya Anayasalarında olduğu gibi kimi zaman doğrudan atıfta bulunulan ya da Uluslararası Adalet Divanı'nın kararlarında yollama yapılan bir belgedir. Bildirge kendisinden sonra yapılan insan hakları sözleşmeleri için de bir rehber niteliği taşımaktadır. Bu nedenlerden ötürü belgenin sadece moral değer sahip olmadığı iddia edilmektedir. Bkz. İ. KABOĞLU; Özgürlükler Hukuku, İmge Kitapevi, İstanbul, 2002, sf. 199-200.

⁶³² S. GEMALMAZ; İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş; sf. 235.

Birleşmiş Milletler'in oluşumu ve insan hakları bağlamındaki söylemine tezat oluşturmaktaydı. 2. Dünya Savaşı'ndan çıkarılan en büyük derslerden birisi olan, insan haklarının sadece devletlerin iç işlerine bırakılmayacak kadar önemli bir mesele olarak kabul edilmesi, ülkelerin iç düzenlerinde gerçekleşebilecek olası insan hakları ihlallerinin ulusal üstü bir düzeyde denetimini zorunlu kılmıştır. Ulusal üstü düzeyde bir denetim ise sadece moral değere sahip bir bildirge ile sağlanamayacağı için de ülkeleri bağlayan çeşitli sözleşmelerin yapılmasına ihtiyaç duyulmuştur.

Bu bağlamda, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu'na hukuki denetim mekanizmalarını içeren bir sözleşme hazırlanması görevi verilmiştir. Komisyon 1. ve 2. kuşak hakların yer aldığı iki ayrı sözleşme sözleşme metni hazırlayarak 1954 yılında genel kurula sunmuştur. Doğu bloku ile batı arasındaki gerilim nedeni ile üzerinde uzun süre uzlaşma sağlanamayan bu metinler, 12 yıl süren uzun tartışmaların ardından nihayet 16 Aralık 1966 yılında imzaya açılmıştır. BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi 23 Mart 1976 yılında 35 devletin onaylaması ve katılma belgesini Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliğine vermesi ile yürürlüğe girmiştir.

20 Temmuz 2007 tarihi itibarıyla taraf devlet sayısı 160'a ulaşmıştır. Dolayısıyla Birleşmiş Milletlere bu tarih itibarıyla üye olan 192 ülkenin 160'ının bu sözleşmeyi kabul etmesi, sözleşmenin dünya çapındaki kabul görmüşlüğüne göstermesi bakımından önemlidir. Türkiye bu sözleşmeye 15 Ağustos 2000 tarihinde imza koymuş ve 3 Eylül 2003 tarihinde de yürürlüğe koymuştur. Türkiye'nin sözleşmeyi yürürlüğe girmesinden 27 yıl sonra kabul etmesi bizim açımızdan dikkat çekici bir husus olduğu söylenebilir.⁶³³

6 ana bölüm ve 53 maddeden oluşan Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi esas olarak 1. kuşak hakları içermekte ve birinci kuşak haklarından birisi olan yaşam hakkı 6. maddede düzenlenmektedir.⁶³⁴

⁶³³ <http://www.ohchr.org/english/countries/ratification/4.htm>.

⁶³⁴ Yaşam hakkı

1. Her insan doğuştan yaşam 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

3-2-1 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi Kararlarında Yaşam Hakkı

BM İnsan Hakları Bildirisi'nden farklı olarak sözleşme formatında hazırlanan Medeni ve Haklar Sözleşmesi bu bakımdan hem hukuken bağlayıcı bir metin olup; getirilmiş olan denetim mekanizması ile de sözkonusu hukuki yükümlülüğün pratiğe birey bakımından yansımaları sağlanmıştır. Sözkonusu denetim mekanizmasının en önemli unsuru ise "BM İnsan Hakları Komitesi"dir. İlk oturumunu 1977 yılında gerçekleştiren BM İnsan Hakları Komitesi'nin üç önemli işlevi sözkonusudur.

Bunlardan ilki "Genel Yorum" hazırlamaktır. Komiteye bu yetkinin verilme nedeni sözleşmeye dahil olan maddelerin yorum yolu ile içeriklerinin netleştirilmek istenmesidir. Böylece bir taraftan maddeden çıkarılabilecek olan yükümlülükler daha açık bir şekilde devletlere iletilmiş olacak diğer taraftan da yapılan yorumlar ile sözleşmenin bir anlamda canlılığı sağlanmış olacaktır. Komitenin Genel Yorum yapma yetkisini içerik olarak iki şekilde kullandığını görmekteyiz. Bunlardan ilki esasa ilişkin yorumlar olup, bu yorumlar ile sözleşmede taraf devletlere getirilen yükümlülüklerin içerikleri belirlenmeye çalışılır. İkinci yorum ise usule ilişkin olup, sistemin işleyişine ilişkin açıklamalar bu yorumların içerisinde yer almaktadır.

BM İnsan Hakları Komitesi'nin ikinci önemli yetkisi ise taraf devletlerin komiteye kendi egemenlik alanları içerisinde sözleşmenin gerçekleştirilmesine yönelik olarak atılmış olan adımları rapor yolu ile sunma mükellefiyeti ile ilgilidir. Komite kendisine iletilen bu raporları inceler ve raporla ilgili olarak nihai tesbitlerini hem yayınlar hem de taraf devlete iletir. Sözleşmenin en önemli denetim mekanizmalarından birisi olan sözkonusu yöntem ile ülkelerin insan hakları konusundaki gelişimi de yakından incelenmiş ve de yapılan yayınlarla tüm dünyaya

hükümlerine aykırı olmayacak biçimde, sadece çok aşırı suçlar için ölüm cezası verilebilir. Bu ceza sadece yetkili mahkeme tarafından verilen nihai karardan sonra infaz edilebilir.

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

4. Ölüm cezasına mahkum 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 hiç bir hüküm, ölüm cezasının bu Sözleşmeye Taraf bir Devlet tarafından kaldırılmasını engellemek veya ertelemek için ileri sürülemez.

iletilmiş olmaktadır. Bu bağlamda doğrudan iç hukuk ve uygulamasına bir müdahale sözkonusu olmasa da, raporların dünya kamuoyu ile paylaşımı nedeni ile hükümetlerin üzerinde fiili bir baskının oluşturulduğu söylenebilir.

Ve nihayet son olarak komitenin burada ele alacağımız yetkisi ise; sözleşmede yer alan hakların ihlaline ilişkin olarak yapılan devletlerarası ve bireysel şikayet başvurularını incelemektir. Günümüze kadar devletlerarası şikayet mekanizması hiç işletilmemiş bir yoldur. Fakat bireysel şikayet mekanizması, diğer mekanizmanın aksine sıklıkla başvuru alan bir denetim yöntemi olduğu söylenebilir. Ancak bir devlet hakkında bireysel şikayet mekanizmasının işletilebilmesi için, o devletin 1. seçmeli protokolü kabul etmiş olması gerekmektedir. Sözleşmeyi kabul eden 160 ülkeden 109'u 20 Temmuz 2007 tarihi itibarıyla bu protokolü de kabul etmiştir. Türkiye ise 1. Seçmeli Protokolü 1 Şubat 2004 tarihinde imzalamış ve 24 Kasım 2006 tarihinde yürürlüğe koymuştur.⁶³⁵

Çalışmamızın bu aşamasında, BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nde yer alan yaşam hakkı incelenirken, BM İnsan Hakları Komitesi'nin yukarıda sıraladığımız üç temel yetkisini kullanırken üretmiş olduğu kararları esas alacağız. Bu kararlar Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde yapılandırılan denetim mekanizmasının yaşam hakkı bakımından üzerinde durduğu temel konuları kapsamakla birlikte, mekanizmanın ürettiği kararların ağırlık noktasını ölüm cezası meselesi oluşturmaktadır. Özellikle bu husus bireysel başvurular konusunda kendisini göstermektedir. Bu bağlamda ölüm cezasına ilişkin olarak zengin bir içtihadın ve buna bağlı olarak içtihadı standartların varlığından bahsedebiliriz. Dolayısıyla ister istemez bizim de bu noktada çalışmamızın ağırlık noktasını ölüm cezasına ilişkin kararlar oluşturacaktır. Fakat bunun yanında komitenin yaşam hakkına ilişkin olarak saptadığı ve üzerinde durduğu diğer meseleler de ulaşılabilen kararlar çerçevesinde ayrı başlıklar altında incelenecektir.

⁶³⁵ <http://www.ohchr.org/english/countries/ratification/5.htm>

3-2-1-1 Kişilerin Keyfi olarak Yaşamdan Yoksun Bırakılmaması

“Kişilerin keyfi olarak yaşamlarından yoksun bırakılmaması” ifadesi, yaşam hakkının sağladığı korumanın anlamı belirlemek için kullanılan klasikleşmiş bir formüldür. Esasen yaşam hakkı ile ilgili gelişen içtihat doğrultusunda bu formül sadece devletin negatif sorumluluğunu gösteren bir unsur haline gelmiş olmakla birlikte, devlete hakkı korumak ve gerçekleştirmek bakımından yüklenen pozitif yükümlülüklerin de kaynağını, temelde sözkonusu ifade oluşturmaktadır. Bu bakımdan “kişilerin keyfi olarak yaşamdan yoksun bırakılmaması” hakkın sağladığı korumanın özüdür ve bu öz zaman içerisinde genişleyerek devletin sorumluluk alanına pozitif yükümlülüklerin de eklenmesine neden olmuştur.

Biz bu başlık altında, devletin keyfi öldürmelerden kaçınması meselesini yani sadece devletin negatif sorumluluğunu İnsan Hakları Komitesi Karar ve gözlemleri altında ele almaya çalışacağız. Zira devletin pozitif yükümlülüğü aşağıdaki bölümlerde ayrıca ele alınacaktır. Bunun yanında negatif yükümlülük bağlamında da bir ayırımı giderek, kişilerin hayatının devlet tarafından sona erdirilmesi anlamına gelen ölüm cezasının da keyfi bir biçimde uygulanmamasının kıstasları başka bir başlık altında inceleneceğinden, bu başlıkta sadece devletin ajanlarının ya da onlarla bağlantılı kişilerin kullandığı şiddet neticesinde meydana gelen olayların 6. madde ile uygunluğu meselesi ele alınacaktır. Yani bir diğer ifade ile ilkel ya da temel anlamda yaşam hakkının korunması sorunu komite kararlarına göre irdelenecektir.

Sözleşmenin 6. maddesinin ilk fıkrasında; “Her insan doğuştan yaşam hakkına sahiptir. Bu hak hukuk tarafından korunur. Hiç kimse yaşama hakkından keyfi olarak yoksun bırakılamaz.” cümlesine yer verilmiştir. Bu ifade bir taraftan hakkın hukuk tarafından korunacağına işaret ederken keyfi olarak kimsenin hayatından yoksun bırakılamayacağını belirtmektedir. Ama bununla birlikte metin tersten okunduğunda, meydana gelen her ölüm vakasının da yaşam hakkının ihlali anlamına gelmediği sonucuna varmaktayız. Doğal ölümleri bir kenara bırakacak olursak, özellikle devletin doğrudan ya da dolaylı eylemleri ile meydana gelen ölümlerin ne zaman hakkın ihlali anlamına geleceğine ilişkin 6. maddede sadece iki kıstasın varlığından bahsedebiliriz. Bunlardan ilki maddenin devamında yer alan ölüm cezasına ilişkin kurallardır. Daha öncede söylediğimiz üzere bu konu üzerinde ayrıca

duracağımızdan bu aşamada bu kuralların detaylarına girilmeyecektir. Diğer kıstas ise, ölüm cezaları da bakımından da geçerli olan “keyfilik” kavramıdır.

Aslında sözleşmenin 6. maddesi yapılandırılırken, hakka getirilebilecek olan istisnalar tartışma konusu olmuştur ve bir kaç fikir ortaya atılmıştır. Bunlardan ilki ve belki de en idealist olanı; hiçbir şart altında kişilerin yaşamlarından yoksun bırakılamayacağı formülüdür. Bu görüşe göre; yaşam hakkı diğer tüm haklar içerisinde en temel hak olması nedeni ile istisna kabul etmez ve de kişinin yaşamdan yoksun bırakılmasına yönelik herhangi bir eylem kabul edilemez. Ancak bu görüş çok fazla gerçekçi olmaması nedeni ile eleştirilmiştir. Zira gerçekten bazı durumlarda meydana gelen ölümlerin hakkın ihlali anlamına geldiğini söyleyebilmek mümkün değildir. İkinci görüşte olanlar ise; gerçekçi bulunmayan bu önermenin ötesine giderek maddenin aynı zamanda somut biçimde istisnalara yer vermesi gerektiğini savunmuştur. Bu yaklaşımı savunanlara göre, devletin sorumluluk alanı içtihadın gelişimine bırakılmamalı ve kesin bir biçimde hangi eylemlerin yaşam hakkının ihlali anlamına gelmediği tek tek sayılmalıdır. Böylece devlete içeriği kesin olamayan bir yükümlülük getirilmemiş olacaktır. Öneri olarak getirilen istisnalar şu şekilde sıralanabilir; hukuka uygun olarak yerine getirilen ölüm cezaları, meşru müdafaa, başkaldırma ya da isyan karşısında hukuka uygun müdahale sonucu meydana gelen ölümler, hukuka uygun tutuklama ya da hapisneden kaçışı engellemek için hukuka uygun eylemler sonucu meydana gelen ölümler, kişileri, mülkiyeti, devleti korumak için büyük halk ayaklanmalarında meydana gelen ölümler ve onuru korumak için yapılan eylem neticesinde meydana gelen ölümler. Bu anlayışa getirilen eleştiri ise, istisnaların bu şekilde sayılması, sözleşmeyi yapanların hakkı korumaktan ziyade öldürmeye izin veren bir görünüm sergilemesine yol açmasıdır. Zira, bu şekilde sıralama, haktan ziyade istisnalara önem verildiği izlenimi uyandırmakta ve de asıl amaçtan uzaklaşıldığı görünümü yaratmaktadır. Yaşam hakkının formüleştirilmesine yönelik üçüncü görüş ise; herhangi bir liste yapılmasına karşı çıkmaktadır. Madde metninde basit bir biçimde keyfi olarak kimsenin yaşam hakkından yoksun bırakılamayacağı ifade edilerek

hakkın bazı istisnalara tabi olduğu ima edilmiş olacak ve bir liste yapılması gereği ortadan kalkacaktır.⁶³⁶

Nihayetinde 6. madde ölüm cezası dışında, istisnalar sıralanmaksızın kabul edilmiştir. Bir liste halinde yer alacak olan istisnalar yerine, ölüm ile sonuçlanan hangi eylemlerin hakkın ihlali anlamına geldiği ise, “keyfilik” kıstası doğrultusunda belirleneceği sonucuna varılmıştır. Keyfilik kavramı oldukça soyut ve bu nedenle de farklı yorumlara konu olabilecek bir niteliğe sahip olması nedeni ile eleştirilmiştir.⁶³⁷ Dolayısıyla kavramın içeriğinin belirlenmesi görevi içtihadı bırakılırken bu tutum ile gelişimci bir yaklaşım benimsenmiştir.

BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi’nin resmi yorum organı olan İnsan Hakları Komitesi’nin “keyfilik” kavramının içeriğini belirlemede o dönemki tartışmalardan yararlanabileceği iki kıstas da metnin hazırlık aşamasında dile getirilmiştir. Buna göre keyfilik bir taraftan kanun dışılık anlamına gelirken, diğer taraftan da sadece pozitif hukuka aykırılığı içermemekte aynı zamanda hakka ve adalete aykırılığı da ifade etmektedir.⁶³⁸ Onun için keyfilikten anlaşılması gereken şey, sadece kanuna aykırılık değil ama hukuka aykırılıktır. Nitekim günümüzde madde yorumlanırken keyfilik kıstası bakımından bu hususun altı çizilmektedir. Örneğin Gemalmaz’a göre “keyfilik” kavramı yasadışı kavramından daha kapsamlıdır. Bir eylemin tek başına ulusal yasaya uygunluğu o tasarrufun keyfi olmasını engellemenin yeter unsuru değildir. Ulusal mevzuatın ve ona dayandırılan bütün işlemlerin, aynı zamanda insan hakları ve insancıl hukukun standartlarıyla uyumlu olması gerekmektedir. Bu bağlamda yaşamdan keyfi olarak yoksun bırakılma vakalarının tümünün ilgili akit devletin ulusal hukuk düzeni çerçevesinde yasadışı olması gerekmez, buna karşılık yasa dışı bütün yaşamdan yoksun bırakılma halleri kaçınılmaz bir biçimde keyfi hale dönüşür.⁶³⁹

İnsan Hakları Komitesi’nin de bu yaklaşımı paylaştığını gösteren ülke gözlemlerine ilişkin yorumları sözkonusudur. Örneğin 2004 yılı Portekiz gözleminde komite, polislin uygunsuz güç kullanımı konusundaki endişelerini dile getirirken,

⁶³⁶ B.G. RAMCHARAN; “The Drafting History of Article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights”, sf. 42, 43.

⁶³⁷ Aynı eser; 43.

⁶³⁸ Aynı yer.

⁶³⁹ S. GEMALMAZ; İnsan Hakları Komitesi Kararlarında Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı; sf. 42.

sadece vakalar bakımından bir değerlendirme yapmamış fakat bunun yanında Portekiz yasalarının güç kullanımına ilişkin düzenlemelerini de eleştirmiştir. Komite Portekiz hükümetinden “Birleşmiş Milletler Kuvvet Kullanmaya Yetkili Memurlar Tarafından Zor ve Ateşli Silah Kullanılması Hakkında Temel İlkeler” belgesine uygun hukuki düzenlemelerin kabul edilip hayata geçirilmesini talep etmiştir. Esasında hukuki bağlayıcılığa sahip olmayan bu belgenin hayata geçirilmesi talebinin komite tarafından Portekiz Hükümetine iletilmesi “keyfilik” unsurunun sadece yasadışılık değil fakat aynı zamanda hukuka aykırılık anlamına geldiğinin komite tarafından kabul edilmesinin bir göstergesi olarak değerlendirilebilir.⁶⁴⁰

Portekiz hükümetine kendi kanunlarını düzenlemesi için rehber olarak önerilen “Birleşmiş Milletler Kuvvet Kullanmaya Yetkili Memurlar Tarafından Zor ve Ateşli Silah Kullanılması Hakkında Temel İlkeler” belgesi, komitenin devletin kuvvet kullanma konusunda keyfi davranmamasının en önemli ölçütlerinden birisi olarak kabul edilmektedir. Konu ile ilgili diğer ülke gözlemlerinde de dikkat çeken bu yaklaşım, keyfilik kavramının özellikle kamu otoritesinin kuvvet kullanması durumunda ölçüt olarak kabul edildiği söylenebilir. 1994 yılı Güney Kıbrıs gözleminde de aynı yaklaşım sergilenmektedir. Polisin kuvvet kullanmasına ilişkin varolan düzenlemelerin, “Kuvvet Kullanmaya Yetkili Memurlar Tarafından Zor ve Ateşli Silah Kullanılması Hakkında Temel İlkeler” çerçevesinde yeniden yapılandırılması ihtiyacına vurgu yapılmıştır.⁶⁴¹

Pozitif hukuk bakımından bağlayıcılığı olmayan sözkonusu belgede yer alan ilkelerden bir kısmı hangi hallerde zor ve silaha başvurulabileceğini işaret etmektedir. Dolayısıyla, hangi hallerde sözkonusu müdahalenin keyfi olacağı bu ilkeler çerçevesinde değerlendirilebilir. Metnin 4. maddesi, kanun adamlarının zora ve silaha başvurmadan evvel şiddet içermeyen araçların kullanılması gerektiğini işaret etmektedir. Zor ve silah kullanımı sadece başka araçlar etkisiz kaldığında ya da hedeflenen amaca ulaşma ümidi kalmadığında başvurulabilecek bir yöntemdir.

Metnin 5. maddesi, bu şartlar altında zor ve silah kullanma artık kaçınılmaz bir hal aldığı anda bu kullanımın hangi ilkeler çerçevesinde gerçekleştirilebileceği

⁶⁴⁰ CCPR/CO/78/PRT, 5 July 2003, prg. 9.

⁶⁴¹ CCPR/C/79/Add.39, 21/09/1994.

sayılmaktadır. İlk ilkeye göre bu yöntem, suçun ciddiyeti ile ve gerçekleştirilmek istenen amaç ile orantılı bir zor kullanımını şart koşturmaktadır. Örneğin İnsan Hakları Komitesi'nin 1999 yılındaki Romanya gözleminde, polislerin çok önemli olmayan olaylarda dahi silah kullanmasından duyulan rahatsızlık dile getirilmiş ve özellikle çocukların dahil olduğu küçük suçlarda polisin silah kullanması eleştirilmiştir. Bu bağlamda Romanya iç hukukunun yaşam hakkı ve kişi güvenliği hakkının ihlalini önleyecek biçimde düzenlenmesi gerektiği ifade edilmiştir.⁶⁴²

5. maddede belirtilen bir diğer ilkeye göre, meydana gelebilecek olan zarar ve hasar en aza indirgenmeye çalışılmalıdır ve insan yaşamına saygı duyulmalı ve korunmalıdır. Bu saygı ve koruma yükümlülüğünün somut vakalar bakımından anlamı eğer bir kişi zarar görmüşse, mümkün olan en kısa sürede tıbbi yardım ve destek sağlanmasıdır. Belgenin 6. maddesi ise; 5. maddede yer alan ilkelere uyulmasına rağmen ölüm vakası söz konusu olduğunda, olayın hemen üst makama bildirilmesi gerektiği vurgulanmaktadır. Bu durum söz konusu müdahalelere ilişkin hukuki denetimin ilk ve önemli adımı olarak değerlendirilebilir. Nitekim metnin sonraki maddesinde; “Hükümetler, kanun adamları tarafından zor veya silahın keyfi biçimde veya suiistimal edilerek kullanılmasını, iç hukuklarında cezayı gerektiren bir suç olarak düzenler” ibaresine yer verilerek, bu denetim neticesinde ortaya çıkabilecek olan ihlallerin yaptırıma bağlanması, hükümetlere bir yükümlülük olarak belirmektedir. Komitenin yukarıda değindiğimiz Portekiz Yorumunda bu duruma dikkat çekilmiş ve resmi görevlilerin uygun olmayacak biçimde silah kullanımlarının etkin bir şekilde araştırılması ve ihlal halinde yaptırımların uygulanması gerektiği ifade edilmiştir.⁶⁴³

Belgenin 10. maddesi ise silah kullanmanın somut şartlarını ortaya koymaktadır. Bu maddeye göre; kanun adamları kendilerinin ve başkalarının öldürülmelerine veya ağır bir biçimde yaralanmalarına yönelik yakın bir tehlikeye karşı müdafaa halleinde ise silah kullanması keyfi bir nitelik taşımaz. Bunun yanında yaşama karşı ağır bir tehdit içeren ağır nitelikteki özel suçların işlenmesini önlemek, bu tür bir tehlike gösteren veya emirlere direnen bir kimseyi yakalamak

⁶⁴² CCPR/C/79/Add.111, 28 July 1999, prg.12.

⁶⁴³ CCPR/CO/78/PRT, 5 July 2003, prg. 8. Benzer bir yorum için bkz. CCPR/CO/76/EGY, 28 November 2002, prg. 13.

veya böyle bir kimsenin kaçmasını önlemek amacı ile de kanun adamları silah kullanabilmektedir. Ancak bu amaçları gerçekleştirmek için daha hafif yöntemler yetersiz kalmadıkça başkalarına karşı silah kullanamazlar. Öldürmeye yönelik silah kullanımı ise sadece yaşamı korumak için kesinlikle kaçınılmaz olduğu zaman meşru olabilir.

Yukarıda sayılan şartlar gerçekleşmiş olsa dahi belgeye göre silah kullanımından evvel kanun adamlarının yerine getirmesi gereken bazı yükümlülükleri sözkonusudur. 10. maddede yer alan bu yükümlülüklerden ilki; kanun adamlarının kendilerini gereği gibi tanıtarak silah kullanma niyetleri konusunda açık bir uyarıda bulunmaları ve uyarıya uyulabilmesi için yeterli zaman vermeleridir. Fakat bu ilke madde metnine göre mutlak olmayıp; eğer uyarıda bulunmak, kanun adamlarını gereksiz yere tehlikeye sokacak ise, veya başkaları için ölüm veya ciddi bir biçimde yaralanma riski yaratacak ise, veya olayın şartları içinde açıkça gereksiz veya anlamsız ise, uyarı yapılması gerekmez.

Belgede silah kullanımına ilişkin iki durum özel olarak ele alınmıştır. Bunlardan ilki yasadışı toplantılarda asayişin sağlanmasıdır. 12-14 maddeler arasında yer alan bu düzenlemeye göre, yasadışı olan ve fakat şiddet içermeyen toplantıların dağıtılması sırasında zor kullanmaktan kaçınmak esastır. Eğer zor kullanmaktan kaçınılamak mümkün değilse, bu zor kullanmayı gerekli olan asgari ölçüyle sınırlı tutmak gerekmektedir. Sökonusu toplantılar eğer şiddet içeriyorsa, bu toplantıların dağıtılmasında uygulanacak yöntemler yukarıda sayılanlar ile aynı ilkelere bağlı olarak yapılacaktır. Daha açık bir ifade ile önce daha az tehlikeli araçlar denenecek, bu araçlar vaka için elverişli değil ise zor kullanımı sadece gerekli asgari ölçüde kullanılacaktır. Silah kullanma konusunda ise yukarıda belirttiğimiz şartlar aynen geçerli olacaktır.

İkinci özel düzenleme ise, 15-17. maddeler arasında yer almaktadır ve tutulan veya hapsedilen kişiler bakımından asayişin sağlanması başlığını taşımaktadır. Bu düzenlemeye göre; kanun adamları, kurum içinde güvenliğin ve düzenin sürdürülmesi için gerekli olmadıkça veya kişisel güvenlikleri tehdit edilmedikçe, hapsedilen kişilerle olan ilişkileri sırasında zor kullanamazlar. Kendilerini veya başkalarını yakın bir ölüm veya ciddi surette yaralanma tehlikesine karşı savunma

halleri dışında, veya dokuzuncu prensipteki tehlikeliliği gösteren mahpus ya da tutulmuş kimsenin kaçmasını önlemek için kesinlikle gerekli olmadıkça, mahpus veya tutulmuş kişiler karşısında silah kullanamazlar.

İnsan Hakları Komitesi'nin referans olarak gösterdiği "Kuvvet Kullanmaya Yetkili Memurlar Tarafından Zor ve Ateşli Silah Kullanılması Hakkında Temel İlkeler" belgesinin konumuzla ilgili ilkelerini belirledikten sonra, çalışmamızın bu aşamasında komite önüne gelen ve silah kullanımı sonucu kişilerin keyfi olarak yaşamlarından yoksun bırakıldıkları sonucuna ulaşılan kararlara yer vermek istiyoruz. Bizim ulaşabildiğimiz konuyla ilgili en yakın tarihli karar; 2004 yılında sonuçlanan Muzeli v Democratic Republic of Congo başvurusudur. Şikayette bulunan Marcel Muzeli, kahve ticareti ve nakliyesi ile uğraşan bir iş adamıdır. Demokratik Kongo Cumhuriyeti'nin Kuzey Batısı'nda bulunan piyade müfrezesinin komutanının baskısı ile bir kamyonunu orduya ödünç olarak vermiş fakat daha sonra kamyon hiçbir zaman geri gelmemiştir. Bunun üzerine bir daha ordu ile çalışmamaya karar veren Bay Muzeli'den tekrar yardım istenmiş ve başvurucu bu istemi geri çevirmiştir. Bu aşamada gözaltına alınan Bay Muzeli'nin iddialarına göre uzun bir dönem yargılanmadan insanlık dışı koşullar altında aylarca alıkonulmuş ve işkence görmüştür. Fakat komitenin yaşam hakkının ihlal edildiği iddiasını ele aldığı esas olay; Bay Muzeli'nin tutuklanmasından sonraki gün askerlerin evini araması ve bu esnada karısını dövmeleridir. Askerlerin uyguladığı şiddet neticesinde ciddi şekilde yaralanan Bayan Muzeli tedavi görmek için Merkezi Afrika Cumhuriyeti'nin bir şehri olan Bangui'ye gitmek istemiştir. Fakat tedavi olabilmek adına yapılan bu istem askeri makamlar tarafından reddedilmiş ve Bayan Muzeli gerekli tıbbi desteği alamama nedeni ile üç gün sonra hayatını kaybetmiştir.⁶⁴⁴

Komite pekçok kararında rastladığımız üzere, bu başvuruda da sözkonusu iddialar karşısında Demokratik Kongo Cumhuriyeti Hükümetinden imkan olmasına karşın yanıt alamamıştır. Dolayısıyla başvurucunun ileri sürdüğü görüşlere ağırlık vererek almış olduğu kararında, Bayan Muzeli'nin ölümünden Demokratik Kongo

⁶⁴⁴ Mulezi v D. R. Congo; CCPR/C/81/D/962/2001, prg. 2.1-2.8.

hükümetini sorumlu bularak sözleşmenin 6. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁶⁴⁵

2000 yılında karara bağlanan Chongwe v Zambia başvurusunda ise; siyasi bir muhalefet lideri ve eski devlet başkanına hükümet tarafından gerçekleştirilen suikast girişimi iddiası ele alınmıştır. Söz konusu olayda; büyük bir siyasi muhalefet toplantısına gidilirken polis tarafından eski devlet başkanının aracına ateş açılmış ve bunun neticesinde iki kişi yaralanmıştır. Eski devlet başkanı hafif şekilde yaralanırken, isabet alan diğer kişinin çenesinin sağ tarafında kanamalı ve açık bir yara tesbit edilmiştir. Aynı kişi mülteci olarak gitmiş olduğu Avustralya'daki bir hastaneden almış olduğu raporda; yaralının bedeninde metal bir cisme dikkat çekilirken, eğer kurşun birkaç santim farkla isabet etmiş olsa idi, büyük ihtimal bu vakanın ölümle sonuçlanacağı bilgisine yer verilmiştir.⁶⁴⁶

BM İnsan Hakları Komitesi'ne yapılan başvuruda, hükümet tarafından bu kişilere suikast girişiminde bulunduğu iddia edilmiş ve de söz konusu eylemin sözleşmenin 6. maddesine aykırılık teşkil ettiği savı ileri sürülmüştür. Fakat hükümet bu iddialara herhangi bir yanıt vermemiştir. Dolayısıyla komite gelenekselleşen içtihadı doğrultusunda kanıtlanabildiği ölçüde başvuruçunun iddialarına ağırlık vererek değerlendirmede bulunmuştur. Komite, taraf devletin başvuruçunun ölümüne yol açabilecek ve hukuka aykırı biçimde öldürücü nitelikte kuvvet kullanılmasına izin verdiği sonucuna ulaşarak sözleşmenin 6. maddesinin ihlal edildiği kararına varmıştır.⁶⁴⁷

1996 yılında karar verilen Burrell v Jamaica başvurusuna konu olan iddia ise; gardiyanların gereksiz yere ateş açması sonucu bir mahkumun ölümüdür. Başvuruçucu, Bay Burrell'in ölümü ile sonuçlanan olayları Af Örgütünün olaylı ilgili basın bildirisini ve araştırmasını referans göstererek açıklamaya çalışmıştır. Bildiride Bay Burrell de dahil olmak üzere 4 mahkum gardiyanları rehin almaya çalışırken hayatlarını kaybettikleri ifade edilmiştir. Daha sonra örgütün 1993 yılında yapmış olduğu araştırmada ise şu bilgilere ulaşılmıştır: 4 mahkum ölüm cezası

⁶⁴⁵ Muzeli v D. R. Congo; prg. 5.4.

⁶⁴⁶ Chongwe v Zambia; CCPR/70/D/821/1998, prg. 2.1-2.15.

⁶⁴⁷ Chongwe v Zambia; prg. 7, 8.

mahkumlarının tutulduğu birinci katta öldürülmüştür. Yetkililer bazı gardiyanların yaralandığını söylese de, hastaneye kaldırılan herhangi bir gardiyan yoktur. Ansızın başlayan olay, gardiyanların ateş açması ile bastırılmış ve 4 mahkumun ölmesinin yanında en az 3 mahkum da yaralanmıştır. Alınan ifadelerle göre ölen mahkumlar gardiyanlar için bir tehdit oluşturmayacak şekilde hücrelerindeyken öldürülmüşlerdir.⁶⁴⁸

Hükümet ise mahkumların gardiyanları rehin olarak almaları üzerine diğer mesai arkadaşlarının olaya müdahale ettiklerini ve rehin alınan arkadaşlarının serbest bırakılmalarını talep ettiklerini ileri sürmüştür. Hükümete göre bu talep reddedildiği zaman ateş açılmış ve sözkonusu ölüm vakaları meydana gelmiştir. Hükümetin vermiş olduğu rapora göre gardiyanlar kurtarıldıktan sonra da ateş devam etmiştir. Jamaika hükümetine göre tehlike altında olan gardiyanların ateş açması kendi iç hukuklarına uygun bir davranış olarak kabul edilmelidir.⁶⁴⁹

İnsan Hakları Komitesi değerlendirmesine başlarken, Jamaika hükümetinin otopsi raporlarını ve de soruşturmacının raporunun kendilerine verilmediğine dikkat çekmiştir. İki tarafın da iddialarını değerlendiren komite, taraf devletin savı olan bazı gardiyanların, mesai arkadaşlarının tehdit altında olduğu endişesi ile paniğe kapılıp ateş etmeleri savına vurgu yaparak bunun talihsiz bir olay olduğu fikrini hatırlatmıştır. Ama yine taraf devlet tarafından gardiyanlar kurtulduktan sonra dahi ateş edildiğinin kabul edilmesi gerçeği, komiteye göre, Bay Burrell'in yaşamının etkili biçimde korunmadığı sonucunu ortaya çıkarmaktadır ki; bu da sözleşmenin 6. maddesinin ihlali anlamına gelmektedir.⁶⁵⁰

1985'de karara bağlanan Baboeram v Surinam başvurusu ise; muhalif bir grubun hükümet güçleri tarafından öldürülmesi savına dayanmaktadır. İddiaya göre; Bay Baboeram'ın da bulunduğu bir grup insan gözaltına alınmış ve bunlardan 15 tanesinin cesedi bulunmuş ve teşhis edilmiştir. Hükümet olayla ilgili olarak, bunun bir hükümet darbesi girişimi olduğunu ve ilgili kişilerin kaçma teşebbüsü sırasında öldürüldüklerini açıklamıştır. Bunun haricinde soruşturma ya da otopsi yapılmamış

⁶⁴⁸ Burrell v Jamaica; CCPR/C/57/D/546/1993, prg. 2.5-2.10.

⁶⁴⁹ Burrell v Jamaica; prg. 4.2-4.4.

⁶⁵⁰ Burrell v Jamaica; prg.

ve sadece 2 yıl sonra ilgili doktorların imzalarının olmadığı bir ölüm belgesi gönderilmiştir. Ayrıca komite kendilerine hükümet tarafından tıbbi rapor örnekleri ve de soruşturma yapıldığına dair bir bilgi sunulmadığına dikkat çekmiştir. Nihayetinde komite hükümetin bu kişilerin kaçarken öldürdükleri konusunda herhangi bir delil ileri sürmediğinin üzerinde durarak sözkonusu 15 kişinin askeri polisin kasıtlı tasarrufu sonucu yaşamlarını yitirdikleri sonucuna varmıştır. Dolayısıyla bu kişilerin yaşam haklarının ihlal edildiği kararı verilmiştir.⁶⁵¹

3-2-1-2 Kayıp Kişiler Sorunu

Kayıp kişiler sorunu, 6. Genel Yorumda yaşam hakkının özel bir ihlal biçimi olarak değerlendirilmiştir. Yorumun 4. paragrafında çok sık bir biçimde meydana gelmeye başlayan ve yine sıklıkla kişilerin hayatlarını kaybetmesi ile sonuçlanan bireylerin kaybolması pratiğinin önüne geçmek için devletlerin özel ve etkili önlemler alması gerektiği vurgulanmaktadır. Bunun ötesinde devletlerin, yaşam hakkını ihlali anlamına gelebilecek kaybolma vakaları bakımından, etkin soruşturma olanakları ve usüllerini yapılandırması gereği üzerinde de durulmuştur.⁶⁵²

Kayıp kişiler patolojisi, darbe sonrası dönemlerde daha yoğun bir görünüm arzetsede de, bu dönemler dışında da bu sorunun oldukça ciddi bir problem olarak varlığını koruduğu belirtilmektedir.⁶⁵³ Ancak bu aşamada bir noktanın açıklanması gerekmektedir ki; kayıp kişiler olgusu ile ifade edilmek istenen vakalar sıradan kaybolma durumlarından ziyade zorla kayıp edilme halleridir. Bir kişinin zorla kayıp edilmesi, sadece yaşam hakkı bakımından değil fakat bunun yanında özgürlük, kişi güvenliği ve işkence görmeme hakkı gibi pekçok hakkın da ihlali anlamına gelebilmektedir. Dolayısıyla kayıp kişiler sorunu bütün olarak insan hakları bakımından oldukça ciddi bir mesele olarak algılanmalıdır.

Nitekim Birleşmiş Milletler Bünyesinde kayıp kişiler sorununa ilişkin ilk resmi tepki; 1979 yılında 33/173 sayılı Genel Kurul kararı ile ortaya konulmuştur. Bu kararda, dünyanın çeşitli ülkelerinde yaşanan zorla ya da gayriiradi kaybolma vakaları nedeni ile duyulan endişe dile getirilirken, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları

⁶⁵¹ Baboeram v Suriname; CCPR/C/24/154/1983, prg. 6.4, 14.3, 15.

⁶⁵² General Comment no: 6; prg. 4.

⁶⁵³ S. GEMALMAZ; İnsan Hakları Komitesi Kararlarında Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı; sf. 45.

Komisyondan da problemin çözümüne ilişkin uygun öneriler beklendiği ifade edilmiştir. Bunun akabinde 1980 yılında ise İnsan Hakları Komisyonu bünyesinde bir yıllık bir dönem için konu ile ilgilenmek üzere bir komite kurulmuştur. O tarihten 1986 yılına kadar her sene komisyon yenilenmiş, 1986-1992 arasında iki yılda bir bu yenilenme yapılmış ve en nihayetinde 1992'den bu yana ise bu süre 3 yıla çıkarılmıştır.

1992 yılının konumuzla ilgili bir diğer önemli özelliği ise; 18 Aralık günü Genel Kurulun 47/133 sayılı kararı ile "Declaration on the Protection of all Persons from Enforced Disappearance-Zorla Kayıp Edilmeye Karşı Herkesin Korunmasına Dair Bildiri"nin kabul edilmesidir. Bildiride zorla kayıp edilme olgusunu diğer insan haklarının ihlali yanında yaşam hakkının da ihlali anlamına gelebileceğinden bahsedilirken, ilk maddesinde zorla ortadan kaybolmanın bir insanlık suçu olduğu belirtilmektedir. Devletin sorumlulukları ve alması gereken önlemlere yer verilen bu bildiri, meselenin ne ölçüde ciddi bir sorun olarak algılandığının bir diğer göstergesidir.

Bununla birlikte somut rakamlar, problemin dünya çapında göstermiş olduğu vahameti daha net bir şekilde ortaya koyabilir. Çalışma grubunun 2007 yılında Genel Kurula sunmuş olduğu raporda; grubun oluşturulmasından beri hükümetlere bildirilen kayıp vakasının toplam sayısı 51, 531'dir. Bunlardan 79 devletle ilgili 41, 232'si hala çözülememiş; ancak 2,791 vaka aydınlatılabilmektedir.⁶⁵⁴ Bu rakamların sadece komiteye ulaştırılabilen vakalar olması ve de ulaştırılanların da çok büyük bir bölümünün hala aydınlatılamamış olması gerçeği sorunun büyüklüğünü çok açık bir şekilde gözler önüne sermektedir. Bu nedenle olsa gerek; yukarıda zikrettiğimiz moral değere sahip olan bildirin yanında, konu ile ilgili bir sözleşme metni hazırlamış fakat bu metin henüz yürürlüğe girememiştir.⁶⁵⁵

Kayıp kişiler bakımından çalışma grubunun 2007 raporunda Türkiye ile ilgili sayısal bilgiler ise şu şekilde yer almıştır: Toplamda çalışma grubundan Türk Hükümetine 181 vaka iletilmiştir. Bu vakalara konu olan kişilerin 11'nin kadın olduğu belirtilmektedir. Bu vakalardan 49 tanesi hükümet dışı kaynaklardan elde

⁶⁵⁴ Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances, A/HRC/4/41, 25 January 2007; sf. 2.

⁶⁵⁵ Sözleşme Metni için bkz. <http://www.ohchr.org/english/issues/disappear/index.htm>.

edilen bilgiler ile aydınlatılmış; diğer 49 tanesi ise hükümetin vermiş olduğu bilgiler ışığında aydınlatılabilmektedir. Geriye kalan 83 vakada ise belirsizlik hala devam etmektedir. Aydınlatılmış kayıp vakalarına konu olan kişilerden 19'nun öldüğü, 22'sinin cezaevinde bulunduğu ve 57'sinin de normal hayatlarını sürdürdükleri belirtilmektedir.⁶⁵⁶ Çalışma grubundan hükümete iletilen kayıp vakalarının yıllara göre dağılımına bakıldığında; 1994 senesinin 63 vaka ile en yüksek sayıya ulaşıldığı, bu sayının o dönemden sonra kademeli olarak aşağıya doğru bir eğilim sergilediği görülmektedir.⁶⁵⁷

İnsan Hakları Komitesi'nin ülke gözlemlerine baktığımızda da, zorla kayıp edilme olgusunun yaşam hakkı bakımından bir tehlike oluşturduğu tesbitlerine rastlamaktayız. Örneğin 2003 yılı Sri Lanka gözleminde, insan hakları komitesi silahlı çatışma döneminde zorla ya da istem dışı kaybolma vakalarının büyük sayılara ulaştığı tesbitinde bulunurken, özellikle taraf devletin bu vakaların aydınlatılması, sorumluların yargı önüne çıkarılması konusundaki hareketsizliği ya da etkisizliği eleştirilmiştir. Bu bağlamda komite, taraf devleti yaşam hakkının tam olarak hayata geçirilmesi ve de gerekli araştırmaların yapılması hususuna dikkat çekmiştir.⁶⁵⁸

Nitekim çalışma grubunun 2007 raporuna baktığımızda, başlangıçtan raporun hazırlandığı zamana kadar Sri Lanka hükümetine 12.319 vaka bildirildiğini ve bu vakaların 5749 tanesinin hala aydınlatılmadığını görmekteyiz. Bu verilerin daha çarpıcı olan yanı ise, aydınlatılmış olan 6570 vakaya konu olan kişilerin 6444'nün şu an hayatta olmamasıdır.⁶⁵⁹ Raporda ölüm nedenleri belirtilmemiş olmasına karşın, verilen bu sayının kaybolma pratiği ile yaşam hakkının ihlal edilme ilişkisinin rahatsız edici bağlantısını bir ölçüde olsa ortaya koymaktadır.

Benzer şekilde, 2001 Venezuela gözleminde de yaşam hakkı ile kayıp kişiler olgusu komite tarafından ilişkilendirilmiştir. Komite Venezuela iç hukukunda zorla ya da irade dışı kayıp etme eylemlerinin suç olarak nitelendirilmesine karşın yaşanan kaybolma vakalarından büyük endişe duyulduğu belirtilmiştir. Ayrıca 1989 yılında gerçekleşen kaybolma vakaları karşısında hükümetin hareketsiz kalması

⁶⁵⁶ A/HRC/4/41; sf. 90, annex 2

⁶⁵⁷ A/HRC/4/41; sf. 121.

⁶⁵⁸ CCPR/CO/79/LKA; prg 10.

⁶⁵⁹ A/HRC/4/41; sf. 79-82.

eleştirilmiştir. Komite tarafından yapılan yorumda, 6. madde bağlamında mesele ele alınacak olursa; kaybolma olayları hakkında ciddi ve etkili bir araştırma yapılarak kayıpların bulunması ve sorumluların yargılanması gerekmektedir. Ayrıca hükümetin kaybolma vakalarını önlemek için gerekli adımları atması da komite tarafından talep edilmektedir.⁶⁶⁰

Herhangi bir kayıp kişi vakasının yaşam hakkının ihlali sonucuna bağlanması özellikle ortada bir ceset mevcut olmadığı durumlarda, ilk bakışta, bir zorlama olarak algılanabilir. Fakat yukarıda vermiş olduğumuz örnekler hatırlanacak olursa, kayıp kişi vakalarının ciddi bir bölümünün zaten aydınlatılmadığı ve de aydınlatılmış olanların da yine ciddi bir bölümünde kayıp kişinin öldüğü sonucuna varıldığı göz önüne alınırsa, sözkonusu muhakemenin aslında çok da zorlama bir mantığa dayandığını söylememiz bizim düşüncemize göre hatalı olur. Bununla birlikte, BM İnsan Hakları Komitesi'nin konuya ilişkin vermiş olduğu kararlarda farklı yaklaşımların sergilendiği de gözden kaçmamaktadır. Aydınlatılmamış kayıp vakalarında komitenin kimi zaman yaşam hakkının ihlal edildiği sonucuna vardığını, kimi zaman ceset olmaması nedeni ile yaşam hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmadığı kimi zaman da yaşam hakkının ihlali sözkonusu olabileceğini gözönünde bulundururken kayıp kişi adına şikayetçi olanların meseleye yaklaşımını ön planda tutup, ilgili kişinin ölmüş olabileceğine ilişkin bir sonuca ulaşmaktan kaçındığı kararlar mevcuttur. Bu konuya ilişkin vereceğimiz ilk örnek de, bu sonuncu duruma ilişkin olacaktır. Daha sonra komitenin diğer yaklaşımlarına ilişkin örnek kararlar da sırası ile gösterilecektir.

Kayıp kişiler konusunda insan hakları komitesi tarafından karara bağlanan en yakın tarihli başvuru; çalışma grubunun verilerine göre bu sorununun en ciddi şekilde yaşandığı Sri Lanka devleti aleyhine yapılmıştır. 2003 tarihinde karara bağlanan Sarma v Sri Lanka başvurusunda şikayet edilen husus; askeri görevliler tarafından gözaltına alınan bir kişinin akibeti konusunda ailesinin herhangi bir bilgiye sahip olmamasıdır. BM İnsan Hakları Komitesi'ne başvuran kişi, kaybolan şahsın babası olup yaşanan süreci şu şekilde özetlemektedir: 1990 yılı haziran ayında başvuru Bay Sarma, oğlu ve diğer 3 kişi bir askeri operasyon esnasında,

⁶⁶⁰ Benzer kararlar için bkz. CCPR/C/79/Add.118, CCPR/C/79/Add.95.

başvurucunun karısı ve başka kişilerinde o anda bulunduğu aile konutundan çıkarılmışlardır. Bu grup daha sonra başka bir askeri birime teslim edilmiştir. Ancak belirli bir süre sonra başvurucunun oğlu askeri bir kampa alınırken, başvuru ve diğerleri serbest bırakılmıştır. Bay Sarma'ya bu olaylardan sonra oğlunun öldüğü haberi gelmişse de, bu haberin kendisine ulaşmasından bir müddet sonra askeri bir araçta oğlunu canlı olarak gördüğünü belirtmiştir. Resmi kurumlara çeşitli başvurularında bulunmasına karşın bu Bay Sarma'nın bu girişimleri sonuçsuz kalmıştır.⁶⁶¹

Bu iddialara yanıt veren taraf devlet hükümeti; yapmış olduğu ilk incelemede resmi olarak silahlı kuvvetlerin herhangi bir bölümünün Bay Sarma'nın oğlunu tutukladığı ya da gözaltına aldığına dair bir bilgiye rastlanmadığını ifade etmiştir. Bununla birlikte araştırmanın devamında ilgili kişinin resmi görevliler tarafından kaçırıldığı tesbit edilmiştir. Dolayısıyla hükümet kaybolan kişinin resmi görevliler tarafından alıkonulduğunu kabul etmiş olmaktadır. Fakat bu eylemin üst kademe komuta biriminin haberi dışında, kimliği belirlenemeyen ve yetkilerini aşacak biçimde resmi sifata sahip kişiler tarafından yapıldığı savunması ileri sürülmüştür.⁶⁶² Buna karşın komite, kişinin kaybolmasına neden olan olayın resmi görevliler tarafından yapıldığının hükümet tarafından da kabul edildiğine işaret ederek, bu kişilerin yetkilerini aşması ya da bu kişilerin kimliği meselesinin hükümeti sorumluluktan kurtaracak bir argüman olmadığına karar vermiştir. Dolayısıyla Sri Lanka Devleti'nin bu kaybolma vakası bakımından sorumlu olduğu sonucuna varmıştır.⁶⁶³

Komite yapmış olduğu değerlendirmede, zorla ya da istem dışı kaybedilme vakalarının pekçok hakkın ihlali anlamına geldiği düşüncesini ileri sürerken, bu haklar içerisinde yaşam hakkının da olabileceği tesbitinde bulunmuştur. Buna karşın somut vaka bakımından yaşam hakkının ihlali sözkonusu olabileceği saptamasında bulunan komite, başvuru Bay Sarma'nın oğlunun öldüğü sonucuna varılmasını talep etmemektedir. Aksine serbest bırakılmasını talep ederek oğlunun bir gün ortaya çıkacağı umudunu sürdürmektedir. Bu şartlar altında komite, kaybolan kişinin ölmüş

⁶⁶¹ Sarma v Sri Lanka; CCPR/C/78/D/950/2000, prg. 2.1-2.6.

⁶⁶² Sarma v Sri Lanka; prg. 7.1-7.11.

⁶⁶³ Sarma v Sri Lanka; prg. 9.1-12.

olabileceğini kabul etmemeyi uygun bulmuş ve 6. madde bağlamında bir sonuca ulaşmamayı tercih etmiştir.⁶⁶⁴

Kayıp kişi vakalarına ilişkin Komitenin ilk kararlarından birisi olan Quinteros v Uruguay'da ise, komite aydınlatılmamış kayıp kişi vakasında taraf devleti sorumlu bulmasına karşın, bu olay bakımından yaşam hakkının ihlal edildiği sonucuna varmamıştır. Şikayete konu olan vakada; başvurucunun kızı olan Bayan Elena, 4 gün süren gözaltından sonra Venezuela Elçiliğinin önüne gelmiş ve iltica etmek amacıyla elçilik duvarını aşarak binanın bahçesine girmiştir. Bu sırada onu takip eden Uruguay polisi de peşinden gelmiş ve elçiliğin içerisinde, elçilik görevlilerinin müdahalesine karşın zorla Bayan Elena'yı çıkarmışlar ve bir araca koyarak oradan uzaklaşmışlardır. Ancak Uruguay hükümeti Bayan Elena'nın ellerinde bulunduğu iddiasını reddederek, kişinin ülkede aranmalar içerisinde olduğunu belirtmiştir. Bu yanıtı karşın komite görgü şahitlerinin beyamlarına dayanarak, kaybolma vakasında taraf devleti sorumlu bulmuş ve hala akibeti meçhul olan Bayan Elena'nın ve ailesinin işkence görmesi nedeni ile 7. maddenin ihlaline karar vermiştir.⁶⁶⁵

Görüldüğü üzere komite bu kararında Bayan Elena'nın ortadan kaybolmasından 7 sene geçmiş ve hükümet ellerinde bu kişinin bulunmadığını iddia ediyor olmasına karşın, taraf devletin sorumluluğuna giderken bu sorumluluğun kapsamını yaşam hakkına kadar genişletmemiştir. Oysa ki; aynı tarihlerde verilen bir başka kararda oldukça benzer bir olay için komite yaşam hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Yakın tarihli bu iki karar arasında komitenin farklı yaklaşım sergilemesi haklı olarak öğretilerde eleştirilmiştir.⁶⁶⁶

Sözkonu karar Bleir v Uruguay başvurusu neticesinde verilmiştir. Bu vakada; mağdur mahkeme kararı olmaksızın gözaltına alınmış fakat resmi makamlar bu gözaltına alma eylemini inkar etmektedir. Fakat mağdurun ailesi bir müddet sonra kayıp kişinin askeri bir cezaevinde tutulduğu bilgisine ulaşmış ve bir süre mağdura temiz giysiler götürüp kirli kıyafetlerini almışlardır. Ayrıca her hafta hükümlüler listesinde Bay Bleir'in ismi okunmuştur. Bir başka ifade ile zımnen mağdurun devlet tarafından alıkonulduğu teyit edilmiştir. Bunun yanında kayıp olan Bay Bleir'in

⁶⁶⁴ Aynı yer.

⁶⁶⁵ Quinteros v Uruguay; CCPR/C/19/D/107/1981, prg. 12.1-16.

⁶⁶⁶ S. Gemalmaz; İnsan Hakları Komitesi Kararlarında Yaşam Hakkı ve İşkence Yasası, sf. 74.

gözüne alınmasından yaklaşık bir sene sonra, Silahlı Kuvvetler bir açıklama yaparak aralarında Bay Bleir'in de bulunduğu Komünist Partisi üyesi 14 kişinin gözüne alındığını duyurmuştur. Taraf devlet iddiaya ilişkin olarak vermiş olduğu yanıtta sözkonusu kişi hakkında yakalama kararı çıkartıldığı ve arandığı fakat şu an itibariyle Bay Bleir'in kaçak olduğu bilgisi ileri sürülmüştür.⁶⁶⁷

Komite buna karşın, sözkonusu kayıp vakasından Uruguay hükümetini sorumlu tutmuştur. Zira askeri hapisanede iken Bay Bleir'in isminin her hafta okunması ve çamaşırlarının değiştirilmesine izin verilmesi hususuna gerekli yanıtın hükümet tarafından verilememiştir. Bunun yanında tanık ifadeleri de Bay Bleir'in devletin elinde olduğunu ve işkence gördüğünü göstermektedir. Bu bağlamda; sözleşmenin 7, 9, 10 ve 6. maddelerinin Uruguay devleti tarafından ihlal edildiğine inanmak için ciddi gerekçelerin olduğu sonucuna varmıştır.⁶⁶⁸

Bahsettiğimiz bu iki kararın dayandığı vakalar bakımından büyük benzerlikler olmasına karşın yaşam hakkının ihlal edilip edilmediği hususunda komitenin ortaya koyduğu yaklaşım birbiri ile çelişmektedir. Daha yakın tarihli kararlara baktığımızda ise; kayıp kişinin cesedine ulaşılmamasına karşın 6. maddenin ihlal edildiği sonucuna ulaşıldığını gösteren kararlar mevcuttur. Bu bağlamda ele alacağımız örnek karar Mojica v Dominik Cumhuriyeti'dir. Komiteye yapılan bu şikayette başvuru kaybolan oğlu adına girimde bulunmaktadır. Başvurucuya göre; kayıp olan oğlu bir gece yarısı, tanıkların ifadesi doğrultusunda, tanımadıkları bir grup kişi tarafından bir araca bindirilmiştir ve o tarihten bu yana Bay Mojica'nın oğlu kayıptır. Başvurucu, oğlunun kaybolmasından haftalar önce iki subay tarafından komünist olduğu gerekçesi ile ölümle tehdit edildiğini bildirmiştir. Bu vakanın ardında soruşturma açılması için girişimlerde bulunulmuş fakat bir sonuç elde edilememiştir.⁶⁶⁹

Bu iddialar karşısında taraf devlet komite tarafından uyarılmasına karşın esasa ilişkin olarak herhangi bir yanıt vermemiştir. Dolayısıyla komite başvuru kanıtlayabildiği iddiaları ölçüsünde kararını oluşturmuştur. Yaşam hakkı bakımından yapmış olduğu değerlendirmede, 6. genel yoruma atıfta bulunarak; yaşam hakkının ihlal edilebileceği bir durumda kaybolan ya da kaybedilen kişilere ilişkin olaylarda,

⁶⁶⁷ Bleir v Uruguay; CCPR/15/D/30/1978, prg. 2.1-2.6,

⁶⁶⁸ Bleir v Uruguay; prg. 15.

⁶⁶⁹ Mojica v Dominican Republic; CCPR/51/D/449/1991, prg. 2.1-2.5.

bu eylemleri önleyecek özel ve etkin önlemleri almak ve bağımsız bir organ eliyle kaybedilme vakalarını gerekli şekilde soruşturacak etkili imkan ve usulleri kurumsallaştırmak taraf devlet için bir zorunluluk olduğu belirtilmiştir. Somut vakada ilgili kişiyi akibeti hala belli değildir ve kaybolma ile ilgili olarak taraf devlet herhangi bir olumlu ya da olumsuz bir yanıt vermemiştir. Bunun yanında kaybolan kişinin resmi görevliler tarafından da ölümle tehdit edildiği düşünülecek olursa; yaşam hakkının yaşam hakkının Dominik Cumhuriyeti tarafından etkin bir biçimde korunmadığı ve ihlal edildiği sonucuna varılmaktadır.⁶⁷⁰

Bu kararda henüz kayıp olan kişinin öldüğüne dair herhangi bir veri olamamasına, başka bir ifade ile cesede ulaşılmamış olmasına karşın, 6. Genel yorumda belirtilen koruma ve araştırma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi, yaşam hakkının ihlali tehlikesi sözkonusu olan bu kaybolma vakasında, 6. maddenin ihlal edildiği sonucunu yaratmaktadır.⁶⁷¹

Zorla ya da istem dışı kaybedilme vakaları ile yaşam hakkının ihlal edilmesi tehlikesi arasındaki bağlantıyı gösteren bir diğer önemli karar ise; *Arrellana v Colombia*'dir. Bu kararda olay aydınlatılmış, yani soruşturma sonucunda kaybolma vakasının sorumluları bulunmuş ancak bu eylemin etkin bir yargı denet,mine tabi tutulmaması esas problemi oluşturmaktadır. 1995 tarihli karara konu olan vakada; Bayan *Arrellana* Ağustos 1986 tarihinde askeri birimler tarafından gözaltına alınarak 3 hafta boyunca alıkonulmuştur. Bu olaydan bir sene sonra ise; kişi görgü tanıklarının ifadesine göre sivil giysili ve silahlı kişiler tarafından kaçırılmıştır. Bu olaydan iki hafta sonra bir kimliği belirlenemeyen bir kadın cesedi bulunmuş ancak Bayan *Arrellana*'nın ailesi bu bilgiye 1990 yılında ancak ulaşabilmiştir. Daha sonra yapılan tetkikler neticesinde bu cesedin 1987 yılında kaçırılan Bayan *Arrellana*'ya ait olduğu tesbit edilmiştir.⁶⁷²

Hükümet bu iddialara vermiş olduğu yanıtta; Ulusal İnsan Hakları heyetinin vermiş olduğu karar ve İdare mahkemesinin tazminata hükmettiği bilgisi dile getirilmiştir. Ayrıca devlet başkanının yayınlamış olduğu karnamede kaybolma olayından sorumlu tutulan kişinin ordudan ihracına karar verilmiştir. Fakat komite,

⁶⁷⁰ *Mojica v Dominican Republic*; prg. 5.6-8.

⁶⁷¹ Aynı durum için bkz. *Atachahua v Peru*; CCPR/C/56/D/540/1993.

⁶⁷² *Arrellana v Colombia*; CCPR/C/55/D/563/1993, prg. 2.1-2.11.

yaşam hakkının ihlali gibi ciddi bir eylemin sadece disiplin ve idari nitelikte yollar ile takip edilmesini elverişli hukuk yolu olarak kabul etmemiştir. Komite kayıp vakalarını önleyecek etkin ve özel önlemlerin alınması gerektiğine vurgu yaparak, yaşam hakkının ihlali durumu sözkonusu olduğunda da, tarafsız ve uygun nitelikteki organlar tarafından gerektiği gibi soruşturulmasının zorunluluğuna dikkat çekmiştir. Varolan bilgiler ışığında, Bayan Arrellana'nın resmi görevliler tarafından kaçırılıp öldürüldüğü sabit görüldüğünden, 6. maddenin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.⁶⁷³

3-2-1-3 Ölüm Cezası

BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin kabul edilen nihayi metninde, hatırlanacağı üzere, ölüm cezası öngülmüş olmakla birlikte, ancak belirli istisnalar dahilinde sözkonusu yaptırımın sözleşmeye aykırılık teşkil etmeyeceği ifade edilmiştir. Sözleşmenin yürürlüğe girmesinden sonraki aşamada ise idam cezasının kaldırılmasına yönelik girişimler 2. seçmeli protokolün kabul edilmesi ile bir ölçüde sonuç vermiştir. Her ne kadar sözleşmenin yaşam hakkını düzenleyen 6. maddesinde idam cezası varlığını sürdürse de, bu protokol sözkonusu yaptırımın ortadan kaldırılması için önemli bir adım olarak değerlendirilebilir.

15 Aralık 1989 tarihinde 44/128 sayılı Birleşmiş Milletler Genel Kurulu kararı ile kabul edilen "Second Optional Protocol to International Covenant on Civil and Political Rights, aiming at the abolition of the death penalty-Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin Ölüm Cezasının Kaldırılmasını Amaçlayan İkinci Seçmeli Protokolü", 11 Temmuz 1991 Tarihinde yürürlüğe girmiştir. Temmuz 2007 tarihi itibarıyla 60 ülkenin onayladığı bu protokolü, Türkiye 6 Nisan 2004 tarihinde imzalamış ve 2 Mart 2006 tarihinde de onaylamıştır. Seçmeli protokol, idam cezası konusunda imzacı devletlere savaş dönemi ve olağan dönem bakımından farklı uygulama imkanı tanımaktadır.

Bununla birlikte, sözleşmeye imza koyan ve seçmeli protokolü henüz kabul etmeyen bazı devletlerde ölüm cezası halen uygulanmakta ve bu uygulamalar da BM İnsan Hakları Komitesi tarafından gerek bireysel şikayet yolu ile gerekse ülke yorumları ile denetlenmekte ve izlenmektedir. Nitekim protokolün kabulünden çok

⁶⁷³ Arellana v Colombia; prg. 8.3.

önce BM İnsan Hakları Komitesi tarafından üretilmeye başlanan bu kararlar ile ölüm cezası, komitenin yaşam hakkı bakımından en yoğun ele aldığı konulardan birisi haline gelmiştir.

Bu bölümde ölüm cezasına ilişkin olarak sözleşme çerçevesinde oluşturulan standartlar ayrı başlıklar altında ele alınmaya çalışılacaktır. Ölüm cezası uygulamasının yaşam hakkı dışında sözleşmede yer alan başta işkence görmeme hakkı gibi pekçok hakkı ihlal etme potansiyeline sahip olması nedeni ile konu çok geniş bir çerçevede incelenebilme olanağı sunmaktadır. Fakat biz bu aşamada çalışmamızın konusuna bağlı kalarak, ölüm cezası uygulamasının sözleşmenin resmi yorumuna göre sadece yaşam hakkını ihlal eden unsurlarını ve de diğer hak ihlalleri neticesinde yaşam hakkının dolaylı yoldan ihlal edilmesine ilişkin durumlar değerlendirmemize dahil olacaktır.

3.2.1.3.1 Adil Yargılanma

BM İnsan Hakları Komitesi'nin ölüm cezaları ve bu yaptırımın uygulamasına ilişkin olarak sözleşmenin yaşam hakkını düzenleyen 6. maddesi bağlamında vermiş olduğu ihlal kararlarının büyük bir bölümününün konusunu; ölüm cezasına hükmedilen yargılama sürecinin, adil yargılanmaya ilişkin esaslara riayet edilmeden sonuçlandırılması sorunu oluşturmaktadır. Başka bir ifade ile adil yargılanmaya ilişkin esaslar, komitenin 6. madde bağlamında ürettiği kararların en önemli dayanak noktalarından birisidir.

Adil yargılanma hakkının içeriğini oluşturan ilkeler, komitenin yaşam hakkına ilişkin içtihadında çok önemli bir role sahip olmasına karşın, 6. maddede bu ilkelere ilişkin olarak açıkça ifade edilen tek bir prensip sözkonusudur. Yaşam hakkını düzenleyen maddenin, 2. fıkrasında yer alan bu prensip; ölüm cezasının yetkili bir mahkeme tarafından verilen kesin hüküm uyarınca infaz edileceği şeklinde ifade edilmiştir. Oysa içtihadı baktığımızda, sadece bu prensibin değil fakat aynı zamanda adil yargılanma hakkının düzenlendiği sözleşmenin 14. maddesinde yer alan hemen hemen bütün ilkelerin, komitenin 6. madde bağlamında ürettiği kararlarda kullanıldığını görmekteyiz. Komite adil yargılanmaya ilişkin diğer ilkeleri sözkonusu

kararlarda kullanmasına ilişkin yaklaşımının meşruluk kaynağını ise, haklı bir biçimde, 6. maddenin 2. fıkrasında bulmaktadır.

6. maddenin 2. fıkrasında; 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 ifadesi yer almaktadır. Dolayısıyla hükmedilen ölüm cezasının sözleşmede yer alan yaşam hakkını ihlal etmemesi için, sadece 6. maddede yer alan ilkelere değil fakat bunun yanında diğer maddelerde yer alan ilkelere de aykırılık teşkil etmemesi gerekmektedir. Adil yargılanma ilkesi bir hak olarak sözleşmenin 14. maddesinde düzenlendiğine göre; ölüm cezasına hükmedilen yargılama sürecinde de, ölüm cezasını uygulayan taraf devletlerin bu maddede yer alan ilkelere saygı göstermesi gerekmektedir.

Adil yargılanma hakkının hayata geçirilmesi elbette her dava bakımından oldukça önemli bir unsur olmasına karşın, ölüm cezasının verilebileceği davalar bakımından bu hakkın gerçekleştirilmesi çok daha büyük bir önem arz etmektedir. Nitekim Komitenin Yaşam Hakkına ilişkin 6. genel yorumunda da, adil yargılanma hakkı ile ölüm cezası bağlamında yaşam hakkı arasındaki bağlantıya dikkat çekilmiş ve ön plana çıkan unsurlar tek tek sayılmıştır. Komiteye göre; ölüm cezası uygulanmasında öncelikle bağımsız bir mahkemede adil bir duruşmanın varlığı gereklidir. Masumiyet karinesi, savunma için asgari standartların sağlanması ve verilen kararın temyiz edilebilmesi için bir üst mahkemeye başvurabilme imkanının tanınması gerekmektedir. Dolayısıyla temel prosedürel teminatların tanınması bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır.⁶⁷⁴

Çalışmamızın bu aşamasında, komitenin adil yargılanma hakkının ihlali olarak gördüğü ve ölüm cezasını konu alan kararlar ele alınacaktır. Dolayısıyla, adil yargılanmaya ilişkin komitenin ürettiği içtihatlar değil sadece ölüm cezasına ilişkin olarak verilen ihlal kararları incelenmeye çalışılacaktır.

⁶⁷⁴ General Comment No. 06: The right to life (art. 6) : 30/04/82, prg. 7.

3-2-1-3-1 Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı

Adil yargılanma hakkının belki de en önemli unsuru, hükmü verecek olan mahkemenin yetkili, bağımsız ve de tarafsız olmasıdır. Modern hukuk sistemlerinin ayrılmaz bir parçası olan bu ilkeler, hukuk devletinin gerçekleştirilebilmesi için vazgeçilmez unsurlar olarak kabul edilmektedir. Adil yargılanmaya ilişkin tüm ilkeler gibi mahkemelerin yetkili, tarafsız ve bağımsız olması koşulları ölüm cezasının sözkonusu olan davalar bakımından daha da büyük bir önem kazanmaktadır. Bu bağlamda yapılacak olan herhangi bir ihlalin istisnası ya da mazereti sözkonusu olamaz.

BM İnsan Hakları Komitesi'nin kararlarına baktığımızda, mahkemenin tarafsızlığını ve de bağımsızlığını tüm yargı sürecini gözönüne alarak değerlendirdiğini görmekteyiz. Örneğin *Larangana v Philippines* kararına konu olan davada; duruşma hakimi ile ölüm cezası verilen kararın temyiz incelemesini yapan yüksek Mahkemenin iki yargıcı, davanın hazırlık aşamasına dahil olmuşlardır. Bu durumu sözleşmenin 14. maddesinin ilk fıkrasına aykırı olduğu iddiasını değerlendiren komite; sözkonusu yargıçların hazırlık soruşturmasına katılmalarının onların dava öncesi bir fikir oluşturmalarına imkan verdiğini belirtmiştir. Bu bilgi ise, kaçınılmaz biçimde, şikayetçi aleyhine yapılan suçlamalar ve bu suçlamaların gelişimi ile ilgilidir. Dolayısıyla diğer hakimlerden farklı olarak sözkonusu hakimlerin belirli bir ön bilgi ile duruşmalara katılmışlardır. Bu bakımdan hazırlık soruşturmasına dahil olan yargıçların duruşma ve temyiz aşamasında da yer almaları, sözleşmenin 14. maddesinin ilk fıkrasında yer alan bağımsızlık ilkesinin ihlali anlamına gelmektedir.⁶⁷⁵

Mahkemenin tarafsız olmasının en basit anlamı, mahkemenin savunma ve iddia makamına eşit uzaklıkta olmalarıdır. Bu bağlamda mahkeme üyelerinin davranışları ile herhangi bir tarafın lehine bir yaklaşım sergilemesi yargılamanın tarafsız bir mahkeme tarafından yapılmadığı sonucunu ortaya çıkarabilmektedir. *Sultanova v Uzbekistan* kararı bu duruma verebileceğimiz açık örneklerden birisidir. Bu karara konu olan şikayetleden birisi; ölüm cezası kararı verilen davada, tüm duruşma

⁶⁷⁵ *Laranaga v Philippines*; CCPR/C/89/D/1421/2005, prg. 7.9.

sürecinin kameralar tarafından kaydedilmesi ve bu nedenle de sanıklar lehine ifade verecek olan şahitlerin duruşmaya gelmemesidir. Diğer taraftan savcılık makamının şahitleri sözkonusu kamera çekiminden rahatsız olmadıkları için duruşmalara dahil olmuşlardır. Sanıkların tümü, sözkonusu durumu mahkemeye bildirmişler fakat yargıç herhangi bir gerekçe göstermeksizin çekimlerin devamına karar vermiştir. Sonuçta yargılamada sadece iddia makamının şahitleri dinlenebilmiş, savunmanın getirmek mahkemede dinletmek istediği şahitler kamera çekimi nedeni ile mahkemeye gelmemiştir. Başvuruvuya göre sözkonusu durum mahkemenin tarafsız ve bağımsız olmadığı anlamına gelmektedir ki; komite de yapmış olduğu değerlendirmede duruşmanın kameraya alınması ve bu nedenle de savunma makamının şahitlerini duruşmaya getirememesine göz yuman mahkemenin tavrı, 14. maddenin ilk fıkrasının ihlali olarak değerlendirilmiştir.⁶⁷⁶

Saidova v Tajikistan kararında ise başvuru, davaya bakan yargıcın taraflı bir yönetim sergilediği iddiasını öne sürmektedir. Zira, hazırlık soruşturması esnasında, başvuru iddiasına göre, işkence ve tehdit altında sanıktan suçu işlediğine dair itiraf alınmıştır. Duruşmada ise bu husus yargıca belirtilmesine ve itirafın geri alınması talebi ileri sürülmesine karşın, hakim sözkonusu iddiayı kabul etmek bir tarafa değerlendirmeye almayı dahi reddetmiştir. Komite ise; taraf devletten herhangi bir açıklama gelmemesi nedeni ile bu iddiada şikayetçinin sunmuş olduğu verileri doğru kabul edip sözleşmenin 14. maddesinin ilk fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.⁶⁷⁷

Benzer bir iddianın öne sürüldüğü Bazarov v Uzbekistan başvurusunda, dava sırasında mahkemeye işkence altında itiraf alındığı ileri sürülmüştür. Hatta başvuru iddiasına göre sanıklar işkence nedeni ile vücutlarında oluşan yaraları göstererek hakimden tıbbi inceleme talebinde bulunmuşlardır. Ancak hakim tıbbi inceleme talebini redderken, soruşturmayı yapanlardan iki resmi görevliyi hakim dinlemiştir. Sözkonusu kişiler sorgulama yapılırken hukuka aykırı bir yöntem kullanmadıklarını belirtmeleri üzerine mahkeme sadece bu ifadeyi yeteli bularak

⁶⁷⁶ Sultanova v Uzbekistan; CCPR/C/86/D/915/2000, prg. 7.5.

⁶⁷⁷ Saidova v Tajikistan; CCPR/81/D/964/2001, prg. 6.2, 6.7.

başkaca bir inceleme yapmaksızın sanığın talebini reddetmiştir.⁶⁷⁸ Komite sözkonusu durumu 14. maddenin ilk fıkrasının ihlali olarak değerlendirmiştir.⁶⁷⁹

Ölüm cezasının sözkonusu olduğu davalar bakımından mahkemenin yetkisizliğinin ileri sürüldüğü ve bu nedenle de 14. maddenin ihlal edildiğine ilişkin bizim ulaşabildiğimiz tek karar; Kurbanova Tajikistan'dır. 2003 tarihli kararda, ölüm cezasına mahkum edilen sanığın bu kararı askeri mahkeme tarafından verilmiştir. Başvurucu sivil kişilerin askeri mahkemede yargılanmasının bir yetki sorunu teşkil ettiğini ve bu nedenle ölüm cezası kararının verildiği askeri mahkemenin bu kararı vermek bakımından yetkisiz olduğu ileri sürülmüştür. Taraf devletin bu konuya herhangi bir açıklama getirmemesi nedeni ile de, 14. maddenin ilk paragrafının ihlal edildiği komite tarafından tesbit edilmiştir.⁶⁸⁰

Komitenin vermiş olduğu bu kararlar göstermektedir ki; yargılamanın bağımsız ve tarafsız olması için aranan unsurlar sadece kurumsal ya da yapısal bir bağın olmaması değildir. Her somut vaka bakımından yargılama sürecinin tarafsızlığını ya da bağımsızlığını etkileyebilecek her türlü veri değerlendirmeye tabi tutulmaktadır. Bu anlamda komitenin fiili olarak tarafsızlık ve bağımsızlık unsurunun varlığına önem verdiği söylenebilir.

3-2-1-3-2 Tanık ve Delillerin Değerlendirilmesine İlişkin İhlal Halleri

Tanık ve delillerin mahkeme tarafından değerlendirilmesi konusunda varılacak olan bir ihlal durumu esas olarak mahkemenin tarafsızlığı ilkesi ile büyük ölçüde bağlantısı olan bir durumdur. Ancak Komite, delillerin ve tanık ifadelerinin değerlendirilmesi konusunda esas olarak sözleşmecî devletlerin yargı organlarının yetkili olduğu görüşünü dile getirmektedir. Bununla birlikte, bazı durumlarda mahkemenin delil ve tanıklar bakımından yapmış olduğu değerlendirmeleri 14. madde kapsamında ihlal olarak yorumladığı da görülmektedir. Bir bakıma komitenin bu bağlamda istisnai olarak değerlendirmede bulunduğunu söyleyebilirsek de; konu ile

⁶⁷⁸ Bazarov v Uzbekistan; CCPR/C/87/D/959/2000, prg. 2.5.

⁶⁷⁹ Bazarov v Uzbekistan, prg. 8.3.

⁶⁸⁰ Kurbanova v Tajikistan; CCPR/C/79/D/1096/2002, prg. 7.6.

ilgili ortaya çıkan ciddi ihlaller, komiteyi bu istisnai incelemeyi yapmaya zorlamaktadır.

Örneğin Wright v Jamaica davasında, delillerin yerel mahkemece takdirine ilişkin olarak komitenin incelemede bulunması ve bir değerlendirme yapabilmesi ancak ilgili işlemin açıkça keyfi ve adaletin inkarı anlamına gelebilecek olması halinde mümkün olduğunu belirtilmiştir. Komitenin kararında sözkonusu kıstasın gerçekleştiğine kani olmasına neden olan olay ise şu şekilde gerçekleşmiştir: ölüm cezasının sözkonusu olduğu davada, maktulün ölümü sonrası yapılan otopsi raporuna göre ölüm saati, cinayet suçu ile yargılanan sanığın polis tarafından gözaltına tutulduğu zaman dilimini göstermektedir. Başka bir ifade ile otopsi raporuna göre sanık ölüm olayı gerçekleştiğinde polis nezaretindedir. Bu rapor dava dosyasına konulmuş olmasına karşın avukat tarafından dile getirilmemiş ve jürinin dikkatine sunulmamıştır. Bu bağlamda komite, oldukça ciddi sonuçlar doğuran bu raporun sanık avukatı tarafından jürinin dikkatine sunulmamasına rağmen yargıç tarafından resen ortaya konulması gerektiğine karar vermiştir. Dolayısıyla 14. maddenin ve buna bağlı olarak 6. maddenin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.⁶⁸¹

Larranaga v Philipphines kararında ise, savunmanın şahit dinletmek istemesi mahkeme tarafından reddedilmiştir. Yargıcın red kararının gerekçesi ise sözkonusu kişilerin şahitliklerinin dava ile ilgisiz ve dayanaktan yoksun olması ve onları dinlemek için yeterli zamanın olmamasıdır. Komite yerleşik içtihadını tekrar ederek delillerin değerlendirilmesi konusunda yerel mahkemenin yetkili olduğunu dile getirmiştir. Fakat sanıklar bakımından yapılan suçlamaların ciddiyeti gözönüne alındığında ve de mahkemenin şahitliklerin ilgisiz ve dayanaksız olması dışında tatmin edici bir gerekçe sunmadığına dikkat çekmiştir. Bunun yanı sıra savunmanın şahitlerine zaman sınırı konulurken, iddia makamının şahitlerinin dinlenilmesi esnasında böyle bir sınırın konulmadığını belirten komite, 14. maddenin ve buna bağlı olarak 6. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁶⁸²

⁶⁸¹ Wright v Jamaica; CCPR/C/45/D/349/1989, prg. 8.1-8.3.

⁶⁸² Laranaga v Philipphines; prg. 7.9.

Sanık lehine olan delillerin mahkeme tarafından incelenmemesinin 14. maddenin ihlalini oluşturduğu bir diğer karar ise Yasseen & Thomas v Jamaica'dır. Bu davada sanıkların ilk yargılanması temyiz mahkemesinin bozma kararı nedeni ile 2. kez yapılmıştır. Fakat ikinci yargılamada, jürinin oluşturulmasında usulsüzlük yapıldığı ortaya çıkmış ve sanıklar 3. kez yargılanmışlardır. Ancak bu yargı süreci içerisinde ilk yargılamada ortaya konulan, sanık lehine olabilecek ve hükme tesir edeceği başvuruçular tarafından dile getirilen bir takım delillerin kaybolduğu iddia edilmiştir. Taraf devletin bu konu ile ilgili herhangi bir yanıtının olmadığını gözönüne alan komite başvuruçuların savunmalarının 3. yargılamada engellendiği gerekçesi ile 14. maddenin ihal edildiğine karar vermiştir.⁶⁸³

3-2-1-3-3 Masumiyet Karinesi

Masumiyet karinesi, modern hukuk sistemlerde herhangi bir suçla itham edilen kişinin sahip olduğu en önemli haklardan birisidir. Herkesçe malum olduğu üzere en kısa tanımı ile bir kişi mahkeme kararı ile suçlu bulunmadığı sürece masum olarak kabul edilir. Bu bağlamda iddia sahibi olan savcılık, kişinin suçluluğunu kanıtlayarak yükümlülüğü altındadır. Savcılık bu iddialarını kanıtlayıp mahkeme tarafından kişi hüküm giyene kadar da hiçkimseye özellikle dava sırasında suçlu muamelesi yapılamaz. Bu ilke, sözleşmenin 14. maddesinin 2. fıkrasında "Hakkında bir suç isnadı bulunan bir kimse, hukuka göre suçluluğu kanıtlanıncaya kadar masum sayılma hakkına sahiptir." ifadesi ile tanımlanmıştır.

Diğer taraftan masumiyet karinesinin bizzat mahkeme heyetince ihlali anlamına gelebilecek yaklaşımları aynı zamanda mahkemenin bağımsız ve özellikle de tarafsız olma niteliği ile çelişebilmektedir. Zira daha önce de vurguladığımız üzere tarafsızlık mahkemenin savunma ve iddia makamına eşit uzaklıkta olması ve belirli bir önyargıyla hareket etmemesi anlamına gelmektedir.

Bununla birlikte, ölüm cezalarının konu edildiği kimi davalarda bu ilkenin ihlal edildiğini İnsan Hakları Komitesinin vermiş olduğu kararlardan görebilmekteyiz. Yukarıda örnek karar olarak verdiğimiz Larranaga v Philippines ve Saidova v Uzbekistan başvurularında, sanığın adil yargılanmanın gereği olan mahkemenin

⁶⁸³ Yasseen & Thomas v Guyana; CCPR/C/62/D/676/1996, prg. 7.8.

tarafsız ve bağımsız mahkemede yargılanma hakkının yanında, masumiyet karinesinden yararlanma hakkının da, insan hakları komitesinin yorumuna göre, ihlal edildiğini görmekteyiz.

Larranaga v Philippines başvurusunda insan hakları komitesi, ölüm cezasına hükmedilen davada mahkemenin, sanığın suçun işlendiği anda başka bir yerde olduğuna ilişkin savunmasını yapabilmesi için gerekli esnekliği göstermediğine işaret etmiştir.⁶⁸⁴ Zira başvurusunun ifadesine göre yargıç, sanığın bu yöndeki savunmasına şahitlik eden 14 kişiyi dinledikten sonra diğer şahitleri dinlemeyi aynı şeyleri söyleyecekleri gerekçesi ile reddetmiştir. Daha sonraki duruşmalarda da aynı tavrını devam ettiren yargıç, şahitler aracılığı ile ileri sürülen delilleri ilgisiz ve gayrimaddi oldukları gerekçesi ile reddetmiştir.⁶⁸⁵ Komiteye göre mahkemenin sanığın sahip olduğu masumiyet karinesinden yararlanma hakkını ihlal ettiğine ilişkin bir görünüm oluşmuştur. Bunun ötesinde komiteye göre, kamu otoritelerinin medyanın büyük bir bölümünde yayınlanacak şekilde sanığın suçlu olarak tarif etmeleri ve de yargı süreci ilerlerken mahkemeye sanığın ölüm cezası ile cezalandırılması konusundaki tekrarlanan imaları, sözleşmenin 14. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen sanığın masumiyet karinesinden yararlanma hakkına saygı gösterilmediği anlamına gelmektedir.⁶⁸⁶

Saidova v Uzbekistan başvurusunda da benzer bir durum meydana gelmiş ve komite yine sanığın masumiyet karinesinden yararlanma hakkına saygı gösterilmediği sonucuna varmıştır. Zira, henüz soruşturma aşamasında kamu otoriteleri ulusal yayın yapan medya organlarına sürekli olarak daha sonradan haklarında ölüm cezası verilecek olan tutuklular için “suçlular” ve “isyankarlar” şeklinde ithamda bulunmuşlardır. Bunların neticesinde de, başvurucuya göre, sanıklar için olumsuz bir kamuoyu oluşmuş ve bu durum yargı sürecine yansımıştır.⁶⁸⁷ Bu iddialar karşısında Özbekistan devletinden bir karşı çıkış ya da

⁶⁸⁴ Larranaga v Philippines; prg. 7.4.

⁶⁸⁵ Larranaga v Philippines; prg. 2.8.

⁶⁸⁶ Larranaga v Philippines; prg. 7.4.

⁶⁸⁷ Saidova v Tajikistan; prg. 3.5.

açıklama gelmediği için komite başvuruçunun iddialarına ağırlık vererek 14. maddenin 2. fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.⁶⁸⁸

Oysaki, sözleşmenin 14. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkına ilişkin olarak İnsan Hakları Komitesinin yapmış olduğu 13. Genel Yorumun 7. paragrafında açıkça; masumiyet karinesinin gerçekleşebilmesi için; tüm kamu otoritelerinin yargıyı etkileyebilecek değerlendirmelerden kaçınmaları gerektiği vurgulanmaktadır.⁶⁸⁹ Yukarıdaki iki davaya baktığımızda da kamu otoritelerinin net bir şekilde yargıyı etkileme konusunda adeta özel bir çaba sarfettikleri görülmektedir ki; bu da sanığın sahip olduğu masumiyet karinesinin doğrudan ihlali anlamına gelmektedir.

Ölüm cezası istemi ile yargılanırken sanıkların masumiyet karinesinden yararlanma hakkının ihlal edildiği iddiasının öne sürüldüğü bir diğer başvuru ise; komitenin 2007 yılında karara bağladığı Karimov & Nursatov v Tajikistan'dır. Masumiyet Karinesi hakkının ihlal edildiği iddiasının nedeni ise; sanıkların duruşma salonunda metal bir kafes içerisinde elleri kelepçeli bir biçimde tutulmalarıdır. Bunun yanında yüksek rütbeli bir güvenlik görevlisi, duruşmanın başında bir açıklama yaparak; sanıkların çok tehlikeli suçlular olmaları ve kaçma ihtimalleri sözkonusu olduğu için duruşma süresince kelepçeli olarak kalacakları açıklaması yapmıştır. Sözkonusu iddia karşısında hakkında şikayette bulunulan devletin herhangi bir açıklama yapmaması nedeni ile komite iddia sahiplerinin sözüne ağırlık vererek, masumiyet karinesinden yararlanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.⁶⁹⁰

Bu konuda vereceğimiz son örnek ise, yine Tajikistan Devletinin taraf olduğu ve komitenin 2005 yılında karara bağladığı Khalilova v Tajikistan başvurusudur. Bu başvuruda, yine ölüm cezasından hüküm giyen bir kişinin, bu kararın alındığı yargılama süreci öncesindeki soruşturma döneminde ulusal televizyona zorla çıkartılarak en az iki kez suçunu itiraf etmeye, kamu makamları tarafından zorlandığı iddiası dile getirilmiştir. Bu iddia karşısında Tajikistan hükümeti herhangi bir karşı sav ya da bilgi getirmediği için, komite iddia sahibinin düşüncelerini doğru farz

⁶⁸⁸ Saidova v Tajikistan; prg. 6.6.

⁶⁸⁹ General Comment 13; prg. 7.

⁶⁹⁰ Karimov & Nursatov v Tajikistan; prg. 7.4.

ederek, sözkonusu durumun masumiyet karinesinden yararlanma hakkının ihlali anlamına geldiğine karar vermiştir.⁶⁹¹

3-2-1-3-4 Sanık-Avukat İlişkisi Çerçevesinde 14. maddesin İhlali

Yargılanmanın adil bir biçimde gerçekleşmesini sağlayan diğer önemli unsur ise hiç şüphesiz sanığın savunma hakkını etkin bir biçimde kullanması ve de bunu gerçekleştirebilmek için de yeterli hukuki yardımı alabilmesidir. Özellikle ölüm cezasının sözkonusu olduğu davalar bakımından vazgeçilmez olarak kabul edilen bu unsur komitenin içtihadında da önemli bir yere sahiptir.

Sözleşmenin 14. maddesinin 3. fıkranın (b) bendi; hakkında bir suç isnadı bulunan kişinin savunmasını hazırlamak ve kendi seçtiği avukatla görüşmek için yeterli zamana ve kolaylıklara sahip olması gerektiği belirtilmektedir. Yani kişi kendi istediği avukatı seçebilecek ve o avukat ile de savunmasını hazırlayabilmesi için gerekli koşullar devlet tarafından sağlanacaktır. Aynı fıkranın (d) bendi ise; hakkında suç isnadında bulunulan kişinin duruşmaya bizzat veya avukatı aracılığı ile katılımı, eğer avukatı yoksa sahip olduğu haklar konusunda bilgilendirilmesi ve adaletin yararı gerektirdiği her durumda kendisine avukat tayin edilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bunun yanında eğer hakkında suç isnadında bulunulan kişi avukat masraflarını karşılayamıyorsa, ücretsiz olarak bir avukatın tayin edilmesi hususu madde metninde yer almaktadır.

İnsan Hakları Komitesinin kararlarına baktığımızda, 14. maddenin (b) ve (d) bentlerinin genellikle birlikte ihlal edildiğine görülmektedir. Zira, gerçekten bu iki bentte yer alan unsurlardan birisinin ihlal edilmesi diğerinin de ihlal edilme ihtimalini ortaya çıkarmaktadır. Bu duruma verebileceğimiz en yakın tarihli karar ise; Chikunova v Uzbekistan'dır. Komitenin 14. maddenin iki bendinin birlikte ihlal edildiği kanaatine varmasına yol açan vakalar şu şekilde ifade edilmiştir; hakkında ölüm cezası verilen kişiye, davaya konu olan ithamlar nedeni ile tutuklanmasından 2 gün sonra avukat tayin edilmiştir. Zanlı sözkonusu avukatla sadece bir kez ve resmi müfettişlerin huzurunda görüşebilmiştir. Tutuklamanın gerçekleştirilmesinden 2 ay sonra ise zanlı kendisi bir avukat ile anlaşmış fakat bu avukatın da aktif bir biçimde

⁶⁹¹ Khalilova v Tajikistan; CCPR/C/83/D/973/2001, prg.7.3.

çalışmasına ancak 2 ay sonra yani hazırlık soruşturmasının sonunda izin verilmiştir. Komite artık yerleşmiş hale gelen içtihadına atıfta bulunarak; ölüm cezasının sözkonusu olduğu davalarda, sürecin bütün aşamalarında başka bir ifade ile hazırlık soruşturması aşamasında dahi, zanlının avukattan etkili bir yardım alması gerektiğine işaret etmiştir. Hakkında şikayette bulunulan devletin konu ile ilgili herhangi bir açıklaması olmaması nedeni ile de başvuruçunun verdiği bilgiler doğrultusunda 14. maddenin 3. fıkrasının (b) ve (d) bendlerinin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.⁶⁹²

Görüldüğü üzere komite ölüm cezasının sözkonusu olduğu davalarda zanlının avukat yardımı almasının bir zorunluluk olduğuna işaret ederken, sadece avukatın varlığını yeterli saymayıp aynı zamanda ilgili avukatın etkili bir hukuki yardımda bulunmasını da şart koşmuştur. Fakat avukatın savunmasını gereği gibi yapabilmesi için kendisine ilk olarak savunmayı hazırlamaya yetecek bir sürenin verilmesi gerekmektedir. Eğer bu süre sanığa ve dolayısıyla avukatına tanınmamışsa adil bir yargılanmanın gerçekleştiğini söyleyebilmemiz mümkün değildir. Komite *Little v Jamaica* kararında komite, sanığa savunmasını hazırlamak üzere yeterli zaman ve olanağın sağlanmasını silahların eşitliği prensibine dayandırarak; özellikle ölüm cezasının sözkonusu olduğu davalarda sanığa ve avukatına hazırlık yapılması için yeterli zaman tanınması ilkesini kendiliğinden belli olan bir zorunluluk olduğunu ifade etmiştir. Ve bu zorunluluğun yargılamanın bütün aşamaları bakımından geçerli olduğunu da ifade etmiştir. Fakat yeterli zaman kavramının her dava bakımından uygulanabilecek bir kıstası olmadığını belirten komite; her olayın kendi şartlarına göre bir değerlendirmede bulunulabileceğini ifade etmiştir. Sözkonusu davada sanığın duruşma öncesinde avukatla yarım saat ve duruşma esnasında da aynı sürede görüşebildiği tesbit edilmiştir. Bunun yanında sanığın temyiz öncesi avukatı ile irtibata geçemediği de saptanmıştır. Bu nedenlerden dolayı kişinin adil yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmış ve dolayısıyla yaşam hakkının da ihlal edildiğine karar verilmiştir.⁶⁹³

⁶⁹² *Chikunova v Uzbekistan*, CCPR/C/89/D/1043/2002, prg. 7.4.

⁶⁹³ *Little V Jamaica*; CCPR/C/43/D/283/1988, prg. 8.3, 8.4. Örneğin komite bir kararında sanığa mahkemece tayin edilen avukatın bu tür davalarda tecrübesiz olduğunu bildirmesi ve bu nedenle de ek süre istemesinin mahkeme tarafından reddedilmesi adil yargılanma hakkının ve de dolayısıyla yaşam hakkının ihlali olarak görülmüştür. Bkz. *Phillip v Tinidad Tobago*; CCPR/C/64/D/594/1992, prg. 7.2.

Avukatın savunmasını hazırlayabilmesi için gerekli zamanın verilmesinin yanında, dava ile ilgili belgelere de ulaşabilme imkanının tanınması gerekmektedir. Bu bağlamda eğer sanık avukatı ilgili belgelere ulaşamıyorsa adil yargılanma hakkının ihlali sözkonusu olabilecektir. Örneğin *Berry v Jamaika* kararında komite, sanık avukatının başvuruçunun ön soruşturmasına ilişkin tanık ifadelerini ve diğer belgeleri talep etmesine karşın yargı makamlarının bu istemi reddetmesini adil yargılanma hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir.⁶⁹⁴

Komite ölüm cezalarının sözkonusu olduğu davalarda sanığın savunmasını hazırlamak ve hukuki yardımda bulunmak üzere avukat sağlanmasını bir koşul olarak kabul etmektedir. Sanık eğer avukat tutabilecek durumda değil ise yetkili makamların bu imkanı sanığa sağlaması beklenmektedir. Hatta özel avukatın hukuki yardımından yararlanılamaması sanığın kendisine atfedilecek bir durum olduğu kimi hallerde dahi bu kural geçerli olarak kabul edilmektedir. Örneğin *Yassen & Thomas v Guyana* kararında sanık avukatı, ilk dört gün duruşmaya katılamamıştır. Fakat buna rağmen mahkeme heyeti duruşmaların yapılmasına karar vermiştir. Komite bu durumla ilgili yapmış olduğu değerlendirmede, sanık avukatının katılımının sağlanmadığı durumlarda devletin sanığın savunmasını yapabilmesi için yardımcı olma mükellefiyetinin ortadan kalkmadığını belirterek 14. maddenin ve buna bağlı olarak 6. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.⁶⁹⁵

Avukatın devlet tarafından temin edilmesi her ne kadar devletin üzerine düşen sorumluluğu bir ölçüde ortadan kaldırmıyor olsa da, amaç kişinin adil bir şekilde yargılanmasının sağlanması olduğundan sanığa yardım için atanan avukatın aynı zamanda etkin bir biçimde faaliyet göstermesi de gerekmektedir. Başka bir ifade ile sadece şeklen bir avukatın olması yeterli görülmemekte ve fakat ayrıca avukatın mesleğinin gereklerini gerçekleştirilmesi de gerekmektedir. Nitekim *Karimov & Nusatov v Tajikistan* kararında hukuki yardımın etkisizliği bir ihlal nedeni olarak kabul edilmiştir. Bu davada, haklarında ölüm cezası verilen sanıklardan birisine devlet tarafından tayin edilen avukatın etkisizliği hak ihlali iddiasının nedenlerinden birisini oluşturmaktadır. Sözkonusu avukat, hazırlık soruşturmasının başlangıcında

⁶⁹⁴ *Berry v Jamaica*; CCPR/C/50/D/330/1988, prg. 11.7, Ayrıca bkz. *Peart & Peart v Jamaica*; CCPR/C/54/D/482/1991, prg. 11.4.

⁶⁹⁵ *Yassen & Thomas v Guyana*, prg. 7.8.

devlet tarafından hukuki yardım vermesi için tayin edilmiş olmasına karşın, sadece az sayıdaki soruşturma oturumlarına katılmaktan başka bir faaliyet göstermemiştir. Dolayısıyla komitenin aramış olduğu etkili yardım kıstası hayata geçirilememiştir. Komite, diğer ihlal nedenlerinin yanında hukuki yardımın etkili bir biçimde sağlanamaması nedeni ile de Tajikistan devletinin 14. maddeyi ihlal ettiği sonucuna varmıştır.⁶⁹⁶

İnsan Hakları Komitesinin kararlarına baktığımızda, ölüm cezasına ilişkin davalarda adil yargılanma hakkının ihlal edilmesine yol açan en önemli faktörlerden birisinin, ölüm cezasına hükmedildikten sonra adli yardım çerçevesinde atanan sanık avukatının temyiz itirazı için hiçbir gerekçe bulamadığı hususunda başvuru bilgilerini bilgilendirmemesi olduğu görülmektedir. Zira sanığa bu bilginin verilmemesi, ona başka seçenekleri kullanma şansının tanınmaması anlamına gelmektedir. Komite temyiz mahkemelerinden bu hususu netleştirmelerini beklemektedir. Eğer sanığa bu konuda bilgi verilmemişse gereken bilginin sağlanması ve yeni bir avukatla anlaşılması için imkan yaratılması gerektiği komite tarafından dile getirilmiştir. Aksi bir oluşum 14. maddenin ve yaşam hakkının sözleşmecisi devlet tarafından ihlali sonucunu doğuracaktır.⁶⁹⁷

3-2-1-3-5 Süreye İlişkin İhlal Halleri

14. madde bağlamında ortaya çıkan bir diğer ihlal durumu ise; yargılama sürecinde meydana gelen usulsüz gecikmelerdir. Usulsüz gecikmenin olmaması şeklinde ifade edebileceğimiz bu ilke, yargılamanın tüm aşamaları bakımından geçerli olmakta ve eğer bu ilkenin ihlali ortaya çıkarsa, ölüm cezasının sözkonusu olduğu davalar bakımından yaşam hakkının da ihlali gündeme gelmektedir.

Komite kararlarına yansıyan en belirgin usulsüz gecikme hali, gerekçeli kararın yazılmasında yaşanan aksaklıklardır. Komitenin özellikle Jamaica ile ilgili

⁶⁹⁶ Karimov & Nursatov; CCPR/C/89/D/1108, prg. 7.5., Campell v Jamaica kararında ise komite sanığın, suçunu itiraf ettiği ifadesine itiraz etmesi için avukatına verilmiş olan talimatın yerine getirilmemesini bir ihlal nedeni olarak değerlendirmiştir. Bkz. Campell v Jamaica; CCPR/C/44/D/248/1987, prg. 6.6.

⁶⁹⁷ Wright & Harvey, prg. 10.5, Grant v Jamaica; CCPR/C/50/D/353/1989, prg. 8.6, Collins v Jamaica; CCPR/C/47/D/356/1989, prg. 8.2., Graham & Morrison v Jamaica, CCPR/C/56/D/461/1991, prg.10.5, Kelly v Jamaica; CCPR/C/57/D/537/1993, prg. 9.5, McLeod v Jamaica; CCPR/C/62/D/734/1997, prg. 6.3.

vermiş olduğu kararlarda ön plana çıkan bu hususda altı önemle çizilen nokta; gerekçeli karar eğer bir üst hukuk yolunun kullanımı için gerekli ise ve de gerekçeli karar olmaması nedeni ile bu yol kullanılmıyorsa 14. maddenin ihlali sözkonusu olacaktır.⁶⁹⁸

Johnson v Jamaica davasında ise, hakkın ölüm cezası kararı verilen sanığın temyiz başvurusu yapmasından 51 ay sonra temyiz duruşması gerçekleşmiştir. Komite sanığın ya da avukatının bu gecikme bağlamında bir kusurunun olmadığını tesbit etmiş; aksine işlemlerin hızlı bir şekilde gerçekleşmesi için avukatın aktif bir şekilde hareket ettiği saptamasında bulunmuştur. Komite ölüm cezasının sözkonusu olduğu bir davada temyiz duruşması yapılması için 4 yılı aşkın bir gecikmenin, istisnai şartlar bulunmadıkça makul karşılanamayacağını belirtmiş ve bu durumun 14. maddenin ihlali anlamına geldiği sonucuna varmıştır.⁶⁹⁹

Steadman v Jamaica kararında ise; ölüm cezası ile yargılanan başvuruçunun gözaltına alınmasından ancak 27 ay sonra ilk duruşması gerçekleşmesini makul olmayan bir süre olarak kabul etmiştir. Zira gözlatına alındıktan sonra ilk soruşturma 1 ay içerisinde tamamlanmış fakat bu soruşturma sonrasında 26 ay ilk duruşmanın yapılması beklenmiştir. Sözleşmeci devletin bu gecikmenin makul nedenlerini ortaya koyamaması nedeni ile komite 14. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁷⁰⁰

3-2-1-3-5 İade Sorunu

BM İnsan Hakları Komitesi'nin yaşam hakkı bakımından ele aldığı bir diğer mesele ise; ölüm cezasına çarptırılmış ya da hakkında ölüm cezası verilme ihtimali olan bir kişinin, bu cezayı verecek ya da uygulayacak ülkeye iade veya sınırdışı edilmek suretiyle gönderilmesidir. Zira gönderme işlemi yapıldığı takdirde kişinin yaşamının sona ermesi sözkonusu olduğundan sözkonusu eylemin ne ölçüde yaşam hakkının ihlali anlamına geldiği büyük bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Komitenin konuyla ilgili içtihadı, büyük ölçüde 1993 yılında verilen Kindler v Canada kararıyla başlamış ve bu kararda kabul edilen yaklaşım yaklaşık 10 yıl kadar

⁶⁹⁸ Kelly v Jamaica; prg. 5.12, Henry v Jamaica; CCPR/C/43/D/230/1987, prg. 8.4, Little v Jamaica; prg. 8.5, Francis v Jamaica; CCPR/C/47/D/320/1988, prg. 12.2.

⁶⁹⁹ Johnson v Jamaica; CCPR/C/56/D/588/1994, prg. 8.8.

⁷⁰⁰ Steadman v Jamaica; CCPR/C/59/D/528/1993, prg. 10.1.

muhafaza edilmiştir. Ancak bu dönem zarfında verilen hemen hemen hiçbir karar oybirliği ile verilmediğinden, komitenin içtihadı başta kendi üyeleri olmak üzere eleştiriye uğramış ve nihayetinde 2003 yılındaki Judge v Canada kararı ile 10 yıldır kabul edilen yaklaşım bütünüyle terkedilmiştir.

Çalışmamızın bu bölümünde öncelikle komitenin 1993-2003 yılları arasında kabul etmiş olduğu yaklaşımın ana hatlarını ilgili kararlardan yararlanarak ortaya koymaya çalışacağız. Bunu yaparken de özellikle komite üyelerinin kararlara eklemiş oldukları karşı görüşleri ortaya koyup, 2003 yılındaki değişikliğin altında yatan temel nedenleri bu şekilde beşirlemeye çalışacağız. Ve nihayetinde, Judge v Canada kararını ele alarak komitenin konuya ilişkin yeni yaklaşımı tesbite yöneleceğiz.

Bu meselede komitenin esas olarak çözmeye çalıştığı temel soru; hakkında ölüm cezasına hükmedilmiş ya da hükmedilme ihtimali olan bir kişinin, bu kararı veren ya da verme ihtimali olan ve de pratikte ölüm cezasını uygulayan bir başka ülkeye gönderilmesi halinde bu gönderme eylemi her halükarda yaşam hakkının ihlali anlamına mı gelmektedir? Soruyu biraz daha zorlaştıracak olursak; gönderme eylemini yapan ülke eğer ölüm cezasını kaldırmış ya da büyük ölçüde hukuk sisteminden çıkarmış veya artık uygulamıyorsa, ülkenin bu niteliği sözkonusu gönderme eyleminin yaşam hakkının ihlali meselesinde belirleyici bir rolü olacak mıdır?

Komitenin bu soruya muhattap olduğu ilk başvuru yukarıda da ifade ettiğimiz üzere Kindler v Canada başvurusudur. Başvurucu Joseph Kindler ABD vatandaşı olup şikayette bulunduğu zaman Kanada'da bir cezaevinde alıkonulmaktadır. Fakat daha sonra ABD'ye iade edilmiştir. Bay Kindler, ABD'de birinci derece cinayet ve adam kaçırmaya suçlarından ölüm cezasına çarptırılmıştır. Hükümlü daha sonra firar etmiş ve Kanada'ya kaçmıştır. Ancak Kanada'da yakalanan Bay Kindler hakkında, ABD'nin iade talebi üzerine Quebec Yüksek Mahkemesi iade kararı vermiştir. Bu kararın pozitif hukuktaki dayanağı ise, ABD ile Kanada arasında imzalanmış olan Suçluların iadesi anlaşmasıdır. Bu anlaşmaya göre, iadeye konu olan suç eğer iade isteyen devletin yasalarına göre ölüm cezasını gerektiriyorsa ve de iadesi istenen kişinin bulunduğu ülke hukuku bu eyleme ölüm cezası öngörmüyorsa, kişiyi elinde bulunduran devlet iadenin gerçekleşebilmesi için eğer hüküm verilmediyse ölüm

cezasının verilmemesi, eğer hüküm verildiyse uygulanmaması için güvence isteyebilir. Fakat güvence istemi ihtiyari olup Kanada iç hukukuna göre Adalet bakanının takdirine bağlıdır. Kanada ise 1976 yılında belirli askeri suçlar dışında idam cezasını hukuk sisteminden çıkarmıştır.⁷⁰¹

Somut vakada ise Kanada Adalet Bakanı hükümlünün avukatını dinledikten sonra güvence istememe kararı vermiştir. Bu red kararı üzerine Federal Mahkemeye başvurulmuş fakat bu başvuru da mahkeme tarafından kabul edilmemiş ve temyize gidilmiştir. Temyiz makamının da red kararı vermesi üzerine Kanada Yüksek Mahkemesine gidilmiş ve mahkeme iadenin Kanada İnsan Hakları Şartı çerçevesindeki hakları ihlal etmediği sonucuna varmış ve bu kararın alındığı gün Bay Kindler ABD'ye iade edilmiştir.⁷⁰²

BM İnsan Hakları Komitesi, yapmış olduğu değerlendirmede ilk şu tesbitte bulunmuştur; eğer bir taraf devlet kendi yargı yetkisi altındaki bir kişiyi başka bir ülkeye iade etmesi halinde o ülkede sözleşmede yer alan haklarının ihlal edilmesine ilişkin gerçek bir riskin bulunduğu hallerde, sözleşmenin ihlali sözkonusu olabilecektir.⁷⁰³ Başka bir ifade ile iade sonrasında eğer kişinin sözleşmede yer alan hakları ihlal edilecekse, iade eden devlet de sözleşmeyi ihlal etmiş olabilir.

Yaşam hakkı bağlamında 6. Genel Yoruma atıfta bulunan komite, taraf devletlerin ölüm cezasını bütünüyle kaldırmak gibi bir yükümlülükleri olmamakla birlikte, ölüm cezasının kullanımı konusunda sınırlamalar getirme bakımından sözleşmesel sorumluluğa sahip oldukları belirtilmiştir. Ayrıca ölüm cezasının kaldırılmasına ilişkin tüm hareketler istenilen bir durumdur; zira yaşam hakkından yararlanmasının alanı ölüm cezasının kaldırılması ile genişlemektedir.⁷⁰⁴

Komite sözleşmenin 6. maddesinin ilk fıkrası ile ikinci fıkrasının birlikte okunması gerektiğini belirtmektedir. Zira ilk fıkra hakkı tanımlarken, ikincisi ölüm cezasının tümüyle yasaklamamakta ve kimi durumlarda bu cezanın uygulanmasını sözleşme bağlamında, yaşam hakkının ihlali anlamından çıkarmaktadır. Bu durumu

⁷⁰¹ Kindler v Canada; CCPR/C/48/D/470/1991, prg. 2.1-2.4.

⁷⁰² Kindler v Canada; prg. 2.4.

⁷⁰³ Kindler v Canada; prg. 13.1.

⁷⁰⁴ Kindler v Canada; prg. 14.2.

somut vakayla ilişkilendiren Komite; Bay Kindler'e Kanada'da ölüm cezası verilmediğini ve fakat kişi hakkında ölüm cezasına hükmedilen ABD'ne iade edildiğini belirtmiştir. Değerlendirmesine devam eden komite, kişinin ölüm cezasına çarptırılmasına neden olan suçun cinayet olduğunu ve bu suçun çok ağır nitelikte bir suç olduğuna ilişkin bir şüphe olmadığını vurgulamıştır. Diğer ifade ile komite, ölüm cezasının sözleşmeye göre yaşam hakkının ihlali olarak değerlendirilebilmesi için ilk kıstası sınamış ve sözleşmeye aykırılık tesbit etmemiştir.⁷⁰⁵

İkinci aşamada, suç işlendiği tarihte Bay Kindler'in 18 yaşından büyük olduğunun altını çizen komite, 6. maddenin 5. fıkrasının da ihlal edilmediği sonucuna vararak diğer kıstasın sınamasına geçmiştir. Adil yargılanma hakkının ABD'de ihlal edildiği iddiasını öne sürmediğini belirten komite; ayrıca Kanada yargı organlarının iade kararını verirken tüm delilleri gerektiği biçimde incelediğini belirten komite, adil yargılanma hakkının da ABD tarafından ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.⁷⁰⁶ Bu mantık silsilesiyle, Bay Kindler hakkında verilen ölüm cezasının sözleşmede yer alan yaşam hakkının ihlali anlamına gelip gelmediği sınanmış ve karar aklanmıştır. Dolayısıyla en azından verilen ölüm cezasının sözleşmeyle uygun olduğu ve Kanada hükümetinin iade işlemini gerçekleştirmesi ile sözleşmeye aykırı bir kararın hayata geçirilmesine neden olmadığı sonucuna yönelinmiştir.

Bununla birlikte asıl problem yaratan husus; belli askeri suçlar dışında ölüm cezasını kaldıran Kanada'nın, iade ile kendi iç hukukunda uygulamadığı ölüm cezasının gerçekleştirilmesinde bir sorumluluğunun olup olmadığı meselesidir. Daha açık bir ifade ile eğer Kanada ABD'deki düzenleme ve uygulamaya paralel bir ölüm cezası politikası gütmüş olsa idi; bir önceki paragrafta sunulan veriler ışığında iade işleminin sözleşmeye aykırılığı tartışma konusu dahi olmayacaktı. Dolayısıyla Kanada'nın bu durumu konuya basit bir yanıt verilmesini engellemektedir. Komitenin bu soruya vermiş olduğu yanıt ise şu şekildedir: Kanada'nın ölüm cezasını kaldırması iade anlaşmasından doğan sorumlulukları ortadan kaldırmamaktadır. Ancak komite, iade anlaşması çerçevesinde kabul edilen güvence

⁷⁰⁵ Kindler v Canada; prg. 14.3.

⁷⁰⁶ Aynı yer.

istemine ilişkin takdirin titizlikle değerlendirilmesi gerektiği yönündeki beklentisini de ifade etmiştir.⁷⁰⁷

Dolayısıyla komite Kanada'nın sözleşmesel sorumluluğunun iade talebini reddetmek ya da güvence istemek sonucunu doğurmadığı tesbitinde bulunmuştur. Komiteye göre eğer Kanada güvence istemi konusundaki iradesini acele ya da keyfi bir biçimde almış olsa idi; şüphesiz sözleşmenin ihlali anlamına gelecekti. Halbuki somut olayda güvence talebi çok ciddi biçimde değerlendirilmiş ve bu şekilde güvence talep etmeme kararına varılmıştır.⁷⁰⁸

Özetleyecek olursak; komite ölüm cezasına ilişkin sözleşmesel ilkelerin bu cezayı veren ülke bakımından değerlendirmesini yapmakta ve bunun sonucunda iade işleminin sözleşmeye aykırılığını test etmektedir. Eğer sözkonusu cezanın verilmesi ya da uygulanması 6. madde bağlamında kabul edilen ilkelere aykırılık teşkil ediyorsa, iadeyi yapan ülkenin sözleşmeye aykırı bir davranışta bulunduğu karar verilebilir. Fakat ölüm cezası kararı ve uygulaması sözleşmeye aykırılık teşkil etmiyorsa bu durumda iade işlemi de sözleşmeye uygun hale gelmektedir. Bu bağlamda ölüm cezasını kabul etmeyen ve uygulamayan bir ülkenin iade işlemi ile bu cezanın başka bir ülke topraklarında gerçekleşmesinden sorumlu olamayacağı komite tarafından belirlenmiştir.

Komitenin bu içtihadını paylaşmayan bazı komite üyelerinin karşı gerekçeleri ise kanaatimizce dikkate değerdir. Bir görüşe göre, sözleşmenin 6. maddesi, 6. Genel Yorumla birlikte değerlendirildiğinde; ölüm cezasını kaldıran devletin tekrar bu cezayı yürürlüğe koymama yükümlülüğü altında olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu yükümlülüğün ise iki yüzü vardır. Bunlardan ilki; doğrudan yani bir daha bu cezayı yürürlüğe koymamak; diğeri ise dolaylı bir yükümlülük olup, ölüm cezasını kaldıran devletin kendi yargı yetkisi içinde bulunan bir kişiyi bu cezanın uygulandığı ülkeye göndermemektir.

Bir başka komite üyesi ise yaşam hakkının niteliğinden yola çıkarak kararı yorumlamıştır. Üyeye göre; yaşam hakkı sözleşmede yer alan üstün bir hak olup insan yaşamı değeri ölçülemez bir niteliğe sahiptir. Taraf devletler, kendi yargı

⁷⁰⁷ Kindler v Canada; 14.6.

⁷⁰⁸ Aynı yer.

alanları içerisindeki bütün insanların yaşamlarını korumak zorundadır. Eğer sözkonusu olan yaşam hakkının korunması ise, öncelikler başka ülkelerin iç hukuku ya da ikili anlaşmaların maddelerine göre belirlenemez. Bu bağlamda Kanada Hükümeti'nin Bay Kindler'in yaşamını güvence altına alacak herhangi bir garanti almadan ABD'ye teslim edilmesi, sözleşme ile uygunluk göstermemektedir.

Konu ile ilgili diğer iki önemli başvuru ise Avustralya aleyhine yapılmıştır. Bunlardan ilki ARJ v Avusturalya'dır. 1997 yılında karara bağlanan başvuruda; İran vatandaşı olan başvurucu, Avusturalya'ya 2 kilo haşhaş sokmak ve bu maddeyi satmak girişiminden gözaltına alınmıştır. Daha sonraki aşamada sınır dışı edilmesi yani İran'a geri gönderilmesi sözkonusu olmuştur. Fakat başvurucunun iddiasına göre eğer İran'a yollanacak olursa, ölüm cezasına çarptırılacaktır. Dolayısıyla başvurucunun savına göre bu işlem Avusturalya hükümetinin sözleşmeyi ihlal etmesi anlamına gelmektedir.⁷⁰⁹

Komite yapmış olduğu değerlendirmede bazı noktaları saptamıştır. Komite Avusturalya hükümetinin başvurucunun bu savını aşağıdaki argümanlarla çürüttüğü düşüncesindedir. Bunlardan ilki başvurucunun Avusturalya'da hüküm giydiği suç için İran ceza hukuku ölüm cezasını değil, 5 yıl hapis cezasını öngörmektedir. İkincisi, İran devletinin başvurucuyu tutuklamak ve ölüm cezası ile yargılamak niyetinde olmadığı bilgisi verilmiştir. Son olarak da, başvurucunun eylemi nedeni ile ölüm cezası istemli suç isnadı ya da mahkumiyetin sözkonusu olmadığı saptamasında bulunulmuştur. Burdan yola çıkan komite, Avusturalya Hükümetinin ölüm cezası uygulanan bir ülkeye herhangi bir kişiyi göndermesinin sözleşme tarafından engellenmediği tesbitinde bulunmuştur. Özellikle yukarıda belirtilen veriler gözönüne alındığında sınırdışı eyleminin bir hak ihlali olarak dile getirilmesi komite tarafından temelsiz bulunmuştur.⁷¹⁰

G.T. v Avusturalya kararında da, yine bir uyuşturucu suçu sözkonusudur ve bu suçtan mahkum olan Malezya uyruklu kişinin sınırdışı edilmesi halinde ölüm cezasına çarptırılacağı iddia edilmektedir. Zira Malezya Hukukuna göre 15 gramdan fazla eroin bulunduran kişiye otomatik olarak ölüm cezası verilmektedir. Sınırdışı

⁷⁰⁹ A.R.J. V Australia; CCPR/C/60/D/692/1996, prg. 2.1-2.10.

⁷¹⁰ A.R.J. V Australia; prg. 6.4-6.13.

edilmek istenen kişi ise 240 gram eroinle yakalanmıştır. Dolayısıyla Avusturalya'dan Malezya'ya gönderim sözkonusu olursa, kişinin ölüm cezasına çarptırılacaktır.⁷¹¹ Komite yapmış olduğu değerlendirmede; Malezya Hükümetinin ülke dışında işlenen suçlar bakımından kendi vatandaşlarını yargılamadığı ve bu nedenle de ilgili kişinin Malezya'da yargılanmayacağına ilişkin verilen güvenceye dikkat çekmiştir. Ancak komite bu güvencenin yargılamayı bertaraf edecek bir nitelik taşımadığını saptamasına karşın; kendilerine ulaşan bilgiler ışığında Malezya Hükümeti'nin yargılama yapma niyetinde olmadıkları kanaatini dile getirmiştir. Bu nedenle de sınırdışı edilmenin öngörülebilir ve zorunlu biçimde ilgili kişi hakkında ölüm cezası verileceği anlamını taşımamaktadır.⁷¹²

Çok kaba olarak bu noktaya kadar vermiş olduğumuz örnek kararlar ile komitenin ölüm cezasına konu olan sınırdışı işlemleri sözkonusu olduğunda hangi hallerde sözleşmeye aykırılık teşkil edebileceğine ilişkin içtihadını ortaya koymaya çalıştık. Şimdi bu 10 yıllık içtihadın büyük ölçüde değiştirildiği Judge v Canada kararı ele alınacaktır. 2003 yılında karara bağlanan bu başvurunun sahibi ise yine ölüm cezasına çarptırılmış bir ABD vatandaşıdır.

Başvurucu Bay Judge, 2 birinci derece cinayet suçu nedeni ile 1987 yılında elektrikli sandalye vasıtası ile ölüm cezasına çarptırılmıştır. Aynı yıl cezaevinden firar eden hükümlü Kanada'ya kaçmıştır. Bir yıl sonra bu sefer iki ayrı hırsızlık suçundan Kanada Yargısı tarafından 10 yıl hapis cezasına çarptırılmıştır. Daha sonra hakkında sınırdışı edilme kararı verilmiştir. Başvurucu iç hukukta bu karara karşı gerekli yollara başvurursa da bir sonuç elde edememiştir. Başvurucu diğer şikayetlerinin yanında sınırdışı edilmesi ile Kanada'nın sözleşmede yer alan yaşam hakkını ihlal ettiği argümanını ileri sürmüştür.⁷¹³

Kanada'nın hukuk sistemi ve işleyişi ve de ABD ile olan Suçluların Değişimi Hakkındaki anlaşmaya dair gerekli bilgiler daha önce verildiği için bu hususlar üzerinde tekrar yapılmadan komitenin kararına geçilecektir. Diğer taraftan konu itibarıyla bu başlık altında vermiş olduğumuz ve de içtihadın başlangıç noktası olan

⁷¹¹ G.T. v Australia; CCPR/C/61/D/706/1996, prg. 2.1-2.4.

⁷¹² G.T. v Australia; prg. 8.1-8.5.

⁷¹³ Judge v Canada; CCPR/C/78/D/829/1998, prg. 2.1-3.3.

ilk örnek kararlarla birebir benzerlik gösteren bu başvurunun sadece komitenin değerlendirmesi bölümü ele alınarak, gereksiz bir tekrardan kaçınılacaktır.

Komite bu başvuru sonucunda yapmış olduğu değerlendirmede; ölüm cezasını kaldıran bir devletin kendi yargı yetkisi alanında bulunan kişiyi, hakkında ölüm cezası hükmü verilen bir başka devlete göndermesi kendiliğinden 6. maddenin ihlali anlamına gelmemektedir. Komitenin bu kararda oluşturduğu gerekçenin esas sözleşmenin 6. maddesinin ilk ve ikinci fıkralarının yorumuna dayanmaktadır. Komite sözkonusu fıkraları yorumlarken, Viyana Anlaşmalar Konvansiyonu'nda yer alan, anlaşmaların iyi niyet ve anlaşmanın çerçevesi içerisinde terimlerin mutlak anlamlarına göre ve de anlaşmanın amacına göre yorumlanır ilkesine gönderme yapmıştır. Herkesin yaşam hakkına sahip olduğu ifadesindeki amaç ise bizzat yaşamı korumaktır. Bu bağlamda ölüm cezasını kaldıran taraf devlet, yaşamı her şart altında korumak yükümlülüğü altındadır. 6. maddenin ilk fıkrasında sonra yer alan fıkralar, ölüm cezasının kaldırılacağı şeklindeki anlaşılmayı ortadan kaldırmaktadır. Ama bu yapı aynı zamanda uygulanacak olan ölüm cezasının da sınırlarını belirlemektedir. Bu istisnadan yararlanmak ve ancak maddede sayılan sınırlar çerçevesinde mümkündür ki bu da öncelikle ölüm cezasını kaldırmayan devlet bu istisnadan yararlanması anlamına gelmektedir. Ölüm cezasını kaldıran devletler ise hiçkimseyi bu uygulamanın riskine maruz bırakmamak yükümlülüğü altındadır. Onun için bu ülkeler kendi yargı alanları içinde bulunan kimseleri, gerçekten ölüm cezasına muhattap olacakları belli ise, bu cezanın uygulanmayacağına ilişkin garanti almaksızın sınırdışı ya da iade yöntemi ile başka bir devlete gönderemezler. Komite yapmış olduğu bu yorumla ölüm cezasını kaldıran ve kaldırmayan taraf devletler arasında bir ayırım yapıldığının ve bunun neticesinde de farklı uygulamaların ortaya çıkacağına bilincinde olduğunu belirtmiştir. Ancak bu durum maddenin ifade edilişi nedeni ile kaçınılmaz bir sonuçtur.⁷¹⁴

Komite bu yaklaşımdan yola çıkarak; başvurucunun cezanın infaz edilmeyeceğine dair bir garanti alınmaksızın ABD'ne iade edilmesini yaşam hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir. Komite Kanada'nın başvurucuya ölüm

⁷¹⁴ Judge v Canada; prg. 10.1-10.5

cezasını uygulamamasına karşın, yapmış olduğu bu hareketle onun olası infazının nedensel zincirinin kesin bir parçası haline gelmiştir.⁷¹⁵

3-2-1-3-6 Bağışlanma ve Cezanın Hafifletilmesini İsteme Hakkı

Sözleşmede yaşam hakkının düzenlendiği 6. maddenin 4. fıkrası ölüm cezasına mahkum olan bir kimsenin bağışlanması veya cezasının hafifletilmesini isteme hakkına sahip olduğunu ve her olayda ölüm cezasının affı, bağışlama veya hafifletme verilebileceği kuralını içermektedir. Sözleşmenin ilk taslak metninde de yer alan bu anlayış, hazırlık aşamasında 6. maddenin en az tartışılan ölümlerinden birisi olduğunu söyleyebiliriz.

Bu fıkranın maddeye dahil edilişi insancıl gerekçelere dayandırılmaktadır. Ölüm cezasına mahkum olmuş hükümlüye, bağışlanma veya cezasının hafifletilmesi talep edebilme hakkının tanınmasının temel amacı; ölüm cezasını hukuk sistemlerinde muhafaza eden ülkelerdeki bu uygulamayı, bir ölçüde olsa yumuşatmaktır. Fıkranın ilk taslağında, bağışlanma ve cezanın hafifletilmesinin yanında affın da talep edilebilecek bir hak olarak düzenlendiği görülmektedir. Fakat bu düzenlemeden, af talebinin bireysel bir başvuruya konu olabilecek niteliğe sahip olmaması nedeni ile vazgeçilmiş ve af kavramı çıkarılmıştır. Zira af kavramı yapısı gereği bireysel değil ama genel bir sonuca yöneldiğinden, bireyin affı kişisel bir talep olarak ileri sürmesi uygun görülmemiştir. Dolayısıyla şu anki düzenlemeye baktığımızda af bireysel bir talebin konu olmaktan çıkarılmış ve sadece genel anlamda her olay bakımından affın sözkonusu olabileceği ifadesi 6. maddenin 5. fıkrasına yerleştirilmiştir.⁷¹⁶

Ölüm cezasına mahkum edilmiş bir hükümlünün, bağışlanma ya da cezasının hafifletilmesi talebi bir hak olarak evrensel bir şekilde kabul ediliyor olmasına karşın, İnsan Hakları Komitesi'nin kararlarına baktığımızda, bu talebin tanınmadığı ya da uygulanmadığı örneklere de rastladığımızı söylememiz gerekmektedir. Örneğin 2002 yılı Yemen gözleminde komite; bağışlanma hakkının herkes için eşit bir

⁷¹⁵ Judge v Canada; prg. 10. 6.

⁷¹⁶ B.G. RAMCHARAN; "The Drafting History of Article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights", sf. 44, 45.

biçimde tanınmadığına dikkat çekmektedir ve Yemen devletinden bu hakkın tüm ölüm cezasına mahkum edilmiş hükümlülere ayırım yapılmaksızın tanınmasını talep etmiştir.⁷¹⁷

Bağışlanma ve cezanın hafifletilmesini talep etme hakkı bağlamında sözleşmenin 6. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varılan, bizim ulaşabildiğimiz tek karar, Chikunova v Uzbekistan'dır. 2007 yılında verilen bu karara konu olan olayda; Dimitryi Chikunov, borçlarını ödeyemediği için iki iş ortağını otomatik bir silahla öldürmüştür. Adam öldürme suçunun yanısıra, dolandırıcılık, güveni suistimal suçları ile yargılanan sanık, nihayetinde ölüm cezasına mahkum edilmiştir. 10 Haziran 2000 tarihinde de infaz gerçekleşmiştir.⁷¹⁸

Yürürlükteki Özbekistan Hukukuna göre, hükümlünün ölüm cezasından bağışlanma talebi cevaplanmadan yaptırımın infazı yasaklanmaktadır. Oysaki hükümlü, 26 Ocak, 9 Şubat, 26 Mayıs ve 30 Haziran 2000 tarihlerinde toplam 5 dileçe ile Başkanlık İdaresine bağışlanma talebi iletmiştir. Bunun yanında 6 Mart 2000 tarihinde ise Özbekistan Yüksek Mahkemesi'ne bir başka bağışlanma dilekçesi sunmuştur. Fakat ne hükümlünün kendisine ne de yakınlarına yapılan bu 6 bağışlanma başvurusuna ilişkin olumlu ya da olumsuz bir yanıt gelmemiştir. Fakat herhangi bir yanıt gelmemiş olmasına karşın infaz, 10 Temmuz 2000 yılında gerçekleşmiştir. Oğlu adına İnsan Hakları Komitesi'ne başvuran Bayan Chikunova, diğer iddiaları ile birlikte sözleşmenin yaşam hakkını düzenleyen 6. maddesinin 4. fıkrasının Özbekistan Devleti tarafından ihlal edildiğini öne sürmüştür.⁷¹⁹

Komite yapmış olduğu değerlendirmede, Bayan Chikunova'nın sözkonusu iddiaları ile ilgili olarak Özbekistan Devleti'nin herhangi bir yorumu olmadığını belirterek, ilgili iddiaları doğru olarak kabul etmiştir. Dolayısıyla, bağışlanma talepleri ne Başkanlık makamı tarafından ne de Özbekistan Yüksek Mahkemesi tarafından olumlu ya da olumsuz bir biçimde yanıtlanmadan gerçekleştirilen infaz, sözleşmenin 6. maddesinin 4. fıkrasında tanınan ölüm cezası hükümlüsünün

⁷¹⁷ CCPR/CO/75/YEM, 26 July 2002, prg. 15.

⁷¹⁸ Chikunova v Uzbekistan; prg. 1, 2.1.

⁷¹⁹ Chikunova v Uzbekistan; prg. 2.12.

bağışlanma ve cezasının hafifletilmesini talep etme hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.⁷²⁰

Görüldüğü üzere komite sözkonusu hakkın gerçekleşebilmesi için, sadece talep edebilme imkanının tanınmasını yeterli görmemekte ve fakat aynı zamanda prosedürün de tam olarak işlenmesini bir koşul olarak aramaktadır. Cevap verilmeyen dilekçelerin belirli bir süre sonra kendiliğinden red anlamına geleceği şeklinde bir yorum yapmayan komite, ilgili taleplerin açık bir biçimde cevaplanmadan infazın gerçekleşmesini 6. maddenin 4. fıkrasının ihlali olarak yorumlamıştır.

3-2-1-3-7 Yaş Kriteri

Ölüm cezasına ilişkin olarak kabul edilen bir diğer kıstas ise, 6. maddenin 5. fıkrasında yer alan 18 yaşından küçüklere özlüm cezası verilemez hükmüdür. 5. fıkranın devamında, aynı zamanda hamile olan kadınların almış oldukları ölüm cezalarının infaz edilemeyeceğine ilişkin bir ibare de yer alıyor olmasına karşın; biz bu bölümde sadece 18 yaşından küçükler için getirilen bu düzenlemeyi ele alacağız. Zira hamile olan kadınların çarptırıldıkları ölüm cezalarının ortadan kaldırılması değil ertelenmesi sözkonusudur ki; bu noktada korunmak istenen kadın değil doğacak olan çocuktur. Çalışmamızın ilk bölümünde, özellikle BM Çocuk Hakları Sözleşmesi bağlamında, hamile kadınlar bakımından getirilen bu düzenlemenin ne anlama geldiği konusuna mümkün olduğu kadar değinmiş olduğumuzdan, tekrar bu konuya geri dönmeyeceğiz.⁷²¹

Hamile kadınlara verilen ölüm cezalarının infaz edilemeyeceğine ilişkin hüküm sözleşmenin ilk taslak metninde yer alıyor olmasına karşın, 18 yaşından küçüklere bu cezanın verilemeyeceğine ilişkin bir ifadeye yer verilmemiştir. Taslak metin üzerinde yapılan tartışmalar esnasında önce Guatemala hamile kadınlar için getirilen kıstası küçükleri de kapsayacak şekilde genişleten bir öneri sunmuştur. Bu öneriye göre; küçükler ve hamile kadınlara ölüm cezası uygulanamaz. Fakat Guatemala bu değişiklik teklifini, Japonya'nın yapmış olduğu değişiklik teklifi

⁷²⁰ Chikunova v Uzbekistan; prg. 7. 6.

⁷²¹ Bkz.

lehine geri çekmiştir. Japon heyetinin yapmış olduğu teklif ise; cezanın uygulanmamasına yönelik olmayıp, doğrudan küçüklere ölüm cezası verilmeyeceği ibaresini taşımaktaydı.⁷²²

Sözleşmede yer alan yaşam hakkının nihayi metninde yer alan 18 yaşından küçüklere ölüm cezası verilemeyeceğine ilişkin ilke de, temel olarak Japonya'nın yapmış olduğu bu teklif üzerine inşaa edilmiştir. Bazı küçük değişiklikler ile kabul edilen bu öneri, aslında bir takım tartışmaların da yaşanmasına neden olmuştur. Japonya'nın bu teklifine olumlu bakanların göre küçükler genellikle ülke ceza hukuklarında öncelikli ve farklı bir muameleye tabi tutulmaktadırlar. Suç işlemiş çocuklar zaman içerisinde toplum için yararlı birer kişi haline gelebilmektedirler. Dolayısıyla küçükler bakımından böyle bir ayırımın yapılması desteklenmelidir.⁷²³

Tartışmalar esnasında, bu düzenlemeyi destekleyenler kadar karşı çıkanlar da kuvvetli argümanlar öne sürmüşlerdir. Bunlardan ilki; küçüklere idam cezası verilmemesi ile toplum içinde bir grup insan özelleştirilerek ölüm cezasından muaf tutulmuş olacaktır. Orijinal metinde yer alan hamile kadının infazının gerçekleştirilmemesi, kadının korunması için değil masum doğmamış çocuğun hayatını korumak için getirilmiştir. Eğer bu hüküm insani nedenler ile genişletilecek olursa; o zaman sadece küçükler bakımından böyle bir ayırım yapmak yeterli olmayacaktır. Yaşlılar ve akıl hastaları gibi diğer grupların da dahil edileceği bir genişletme yapmak gerekecektir.⁷²⁴

Bu tartışmalar neticesinde ilgili düzenleme bugünkü halini alarak kabul edilmiştir. Sözleşmenin yapılış aşamasında 18 yaşından küçüklere ölüm cezası verilemeyeceği ilkesine karşı çıkanların yaklaşımı, aradan uzun yıllar geçmiş olmasına karşın yakın döneme kadar bazı hukuk sistemlerinde etkisini gösterdiğini söyleyebiliriz. Örneğin 1997 yılındaki Hindistan gözleminde komite; bir taraftan ülke hukukunda ölüm cezası yaptırımına bağlanan suç sayısının yüksekliğine dikkat

⁷²² B.G. RAMCHARAN; "The Drafting History of Article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights", sf.; sf. 47.

⁷²³ Aynı eser; sf. 53.

⁷²⁴ Aynı yer.

çekerken, diğ er taraftan bu cezalara küçüklerin de ç arptırılabilceğini kabul eden Hindistan Hukuk düzenini eleştirmiştir.⁷²⁵

1994 senesindeki Kıbrıs Rum Kesimi'ne ilişkin ÷lke gözleminde komite, ÷lke hukukunun 16-18 yaş arasındaki küçüklere ölüm cezası verilebileceğine ilişkin bir düzenlemenin varlığı nedeni ile eleştirerek, böyle bir yaklaşımın sözleşmenin 6. maddesinin 5. fıkrasına aykırılık teşkil edeceği tesbitinde bulunmuştur.⁷²⁶

Daha ilginç bir örnek ise 1992 tarihli Senegal gözleminde ortaya çıkmaktadır. Sözleme hükümlerinin ÷lkenin içinde bulunduğu şartlara göre uygulanması ve yorumlanması gerektiğini ileri süren senegal hükümetine cevaben komite, böyle bir argümanı kabul etmediklerini ileri sürerken özellikle küçüklere idam cezası verilebileceğine ilişkin hukuki düzenlemeleri, sözleşmenin 6. maddesine açık aykırılık olarak değerlendirmiştir.⁷²⁷

İnsan Hakları Komitesi'nin bizim ulaşabildiğimiz yukarıdaki gözlemleri dışında, bireysel başvuru yolu ile bu ilkeye bağılı olarak yaşam hakkının ihlal edildiğine ilişkin tek bir kararı vardır; Johnson v Jamaica. Bu karara konu olan olayda, ölüm cezasına ç arptırılmış olan bir hükümlünün, suç işlediği zaman 18 yaşından küçük olduğunu iddia etmesi sözkonusudur. Bunu da ispat etmek için de doğum tarihinin yer aldığı bir resmi doğum belgesini komiteye sunmuştur. Bu belgeye Jamaica hükümetinin herhangi bir itirazının olmaması nedeni ile komite, 18 yaşından küçük bir kişiye ölüm cezası verilmesi sebebi ile 6. maddenin 5. fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.⁷²⁸

Bu kararda dikkat çeken bir başka hususta, Johnson'a verilen ölüm cezasının daha sonra hapis cezasına çevrilmesi nedeni ile ihlalin ortadan kalkıp kalkmadığı meselesidir. Bu soruya olumlu cevap vermek mümkün değildir zira; sözleşmenin ilgili hükmü açıkça 18 yaşından küçüklere ölüm cezası verilemeyeceğini ifade etmektedir. Dolayısıyla uygulama için değil bizzat ölüm cezasının verilmesi nedeni

⁷²⁵ CCPR/C/79/Add.81,4 August 1997, prg. 20.

⁷²⁶ CCPR/C/79/Add.39, 21 September 1994.S

⁷²⁷ CCPR/C/79/Add.10, 28 December 1992, prg. 5.

⁷²⁸ Johnson v Jamaica; CCPR/C/64/D/592/1994, prg. 3.1.

ile bir ihlal sözkonusudur. Bu nedenle daha sonradan yapılan cezaların çevrimi, ihlali ortadan kaldırmamaktadır.⁷²⁹

3-2-1-3-8 Çok Ciddi Suç Kriteri

Ölüm cezası uygulamasına sözleşme ile birlikte getirilen en önemli sınırlamalardan birisi de, ancak belirli suçlar bakımından bu yaptırımın sözkonusu olabilmesidir. Böylelikle ölüm cezasına hukukunda yer veren ülkelerin, bu cezanın kapsayacağı suçları belirleme bakımından hareket alanı daraltılmış olmakta; bu da çok sınırlı sayıda ve istisnai nitelikteki eylemlerin ölüm cezası ile yaptırıma bağlanması sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Oldukça önemli olan bu sınırlama sözleşmenin yaşam hakkını düzenleyen 6. maddesinde, ölüm cezasının sadece en ciddi suçlar için hükmedilebileceği ifadesi ile dile getirilmektedir. Dolayısıyla sözleşme tüketici biçimde hangi suçlar bakımından bu cezanın öngörülebileceğini saymamıştır.

Nitekim, sözleşmenin hazırlanış safasında maddeye konulan “en ciddi suç” kavramıeleştiriye uğramıştır. Zira açıklıktan yoksun olan bu ifade hangi suçların ciddi sayılacağını hangilerinin sayılmayacağını göstermemektedir. Bunun yanında her devlete göre ciddi suç kavramının değişebileceğini öne süren bir görüş kavramın daha açık bir şekilde ifade edilmesi gerektiğini öne sürmüştür. Örneğin maddeye açıklık getirmek bakımından yapılan önerilerden bir tanesi; bu maddeye politik suçların ölüm cezası yaptırımına bağlanamayacağı ifadesinin yerleştirilmesidir.⁷³⁰

Sonuç olarak, yapılan eleştirilere rağmen bu konuda bir değişiklik yapılmayarak; “en ciddi suç” kavramı ölüm cezasına hükmedilebilmesi için soyut ama temel bir koşul olarak kabul edilmiştir. Daha sonra yaşam hakkı konusunda yapılan 6. genel yorumda da yer verilen “en ciddi suç kavramı”na, herhangi bir açıklama yapılmaksızın sadece kriter olarak değinilmiş ve muğlak olan ifade varlığını sürdürmüştür. Dolayısıyla yorumlanmaya muhtaç olan her kural ya da prensip için, o kuralı ya da prensibi yorumlamaya yetkili olan organın vermiş olduğu

⁷²⁹ Johnson v Jamaica; prg. 8.

⁷³⁰ B.G. RAMCHARAN; “The Drafting History of Article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights”, sf. sf. 44.

kararlara bakmak gerekmektedir. Bu nedenle “en ciddi suç” kavramının anlam ve kapsamını belirleyebilmek adına, insan hakları komitesinin bireysel başvurular ve de ülke gözlemleri ile ilgili vermiş olduğu karar ve yapmış olduğu yorumlar bu noktada incelenmeye çalışılacaktır.

Komitenin ülke gözlemlerinde, ölüm cezası öngören kanunlar bakımından yapmış olduğu bir grup değerlendirmede, “en ciddi suç” kavramının ne olduğunu belirleme yerine, tam tersi bir yöntem uygulayarak, ölüm cezası yaptırımına bağlanmış olan suçlardan hangilerinin “en ciddi suç” kategorisine giremeyeceğini tesbit etme yoluna başvurmuştur. Bu yöntemle, hangi suçların “en ciddi suç” kavramını içerisinde kaldığını belirleyemsek de, en azından bazı suç tiplerinin bu kapsam içerisinde kesinlikle yer almadığını tesbit edebiliriz.

Çok yakın tarihli ülke gözlemlerinden birisi olan Madagaskar raporunda, ölüm cezası yaptırımına bağlanan çok sayıda suç olduğuna dikkat çekilirken, bunların içerisinde büyük baş hayvanların çalınmasına da ölüm cezasının öngörülmesi, komiteye göre sözleşme ile uyum göstermemektedir. Muhtemelen Madagaskar hükümeti de bu düşüncede olsa gerek ki; uygulamada büyük baş hayvan çalınması sözkonusu olduğunda, eylemi yapan kişiye verilen ölüm cezasının daha hafif bir yaptırım olan ömür boyu hapse çevrildiğinin teminatını vermiştir. Böylece kanuni düzenleme bakımından olmasa bile uygulama açısından sözleşme ile uyum sağlanmış olmaktadır.⁷³¹

2005 tarihli Kenya gözleminde ise; 1988 yılından beri herhangi bir ölüm cezasının infaz edilmediğine vurgu yapan komite; ölümcül sonuçları olmayan gasp ya da gaspa teşebbüs suçlarının, sözleşmede belirtilen “en ciddi suç” kavramıyla uyuşmadığı belirtilmiştir.⁷³² Bu yorumdan yola çıkacak olursak, komiteye göre; “en ciddi suç” kavramı içerisinde herhangi bir suçun değerlendirilebilmesi için, eylemin ölümcül bir sonuca yönelmesi gerekmektedir.

⁷³¹ CCPR/C/MDG/CO/3, 11 May 2007, prg. 15.

⁷³² CCPR/CO/83/KEN, 29 April 2005, prg. 13.

1999 yılında yapılan Kamerun gözleminde ise, yine verilmiş olan ölüm cezası kararlarının infaz edilmediği belirtilirken, casusluk, savaşa teşvik ve de isyan gibi eylemlerin hala ceza kanunlarında idam cezası yaptırımına bağlanması ile ilgili yaptığı yorumda, komite; ölüm cezasının sadece “en ciddi suçlar” için öngörülebileceğini vurgulanmıştır.⁷³³

Libya devleti ile ilgili olarak 1998 yılında yapılan yorumda ise; adeta sözleşme metninin hazırlanışında teklif edilen ama kabul görmeyen politik suçların ölüm cezası yaptırımına bağlanamayacağı görüşü teyit edilmiştir. Ölüm cezasının öngörüldüğü suçların sayıca fazlalığına dikkat çekilen gözlemde, özellikle politik ve ekonomik suçlara ölüm cezasının öngörülmesinin, “en ciddi suç” kriteri ile bağdaşmadığı belirtilmektedir.⁷³⁴

“En ciddi suç” kavramının dışında kalan bir başka suç listesi ise; 1997 yılındaki Sudan gözleminde tesbit edilen suçlardır. Buna göre belirtilen tarihte Sudan hukukuna göre, homoseksüel ilişki, dinen haram olan bir kişi ile cinsel ilişki, din değiştirme ve de kamu görevlilerinin zimmetlerine para geçirmesi ölüm cezasını gerektiren suçlar olarak kabul edilmektedir ve komiteye göre bu düzenleme sözleşmeye aykırılık teşkil etmektedir.⁷³⁵

1995 Sri Lanka gözleminde “en ciddi suç” kavramının dışında kaldığı tesbit edilen eylemler ise; intihara teşvik, uyuşturucu ile ilgili suçlar ve mülkiyet hakkına karşı gerçekleştirilen bazı suçlar yer almaktadır. Komite açık bir biçimde bu başlıklar altında suçları tek tek saymamakla birlikte, konu itibarıyla bu alanlarla ilişkili suçların en ciddi suç kavramının dışında kaldığını ifade etmektedir.⁷³⁶

“En ciddi suç” kavramı dışında bırakılan suçlara vereceğimiz son örnekler, 1993 yılında İran için yapılan gözlemden aktarılacaktır. Komite bu raporunda, İran hukukunda yer alan zina, yolsuzluk, ekonomik suçlar ve genel olarak can kaybına neden olmayan suçlar için verilen ölüm cezalarını ya da kanunların sözkonusu

⁷³³ CCPR/C/79/Add.116, 4 November 1999, prg. 14.

⁷³⁴ CCPR/C/79/Add.101, 6 November 1998, prg. 8.

⁷³⁵ CCPR/C/79/Add.85, 19 November 1997, prg. 8.

⁷³⁶ CCPR/C/79/Add.56, 27 July 1995

eylemlere ölüm cezası yaptırımını öngörmesini sözleşme ile aykırı bulmaktadır. Bunun yanında komite, infazların halka açık bir biçimde yapılmasını onaylamadığını da belirtmektedir.⁷³⁷

Ülke gözlemlerinde ölüm cezasını öngören kanunlarla ilgili olarak ortaya çıkan bir başka mesele de, ilgili düzenlemelerin kimi zaman açıklıktan yoksun olmasıdır. Örneğin 2002 yılındaki Vietnam gözleminde, ölüm cezası yaptırımına bağlanan ulusal güvenliğin ihlal edilmesi ya da emre itaatsizlik gibi kavramlar oldukça muğlak ve belirsiz ifadeler olarak tanımlanmıştır.⁷³⁸ Ölüm cezası öngören ilgili kuralların bu şekilde muğlak bir ifade ile dile getirilişi, hukuk güvenliği bakımından oldukça sakıncalı bir durum oluşturmaktadır. Maddeler açıkça eylemleri tanımlamadıkları için, herhangi bir eylemin oldukça takdiri bir biçimde bu suçların kapsamı alanına sokulabilmesi mümkündür. Benzer bir eleştiri Mısır Hukuku bakımından 2002 yılı gözleminde de ifade edilmiştir. Zira Mısır'da o dönem kabul edilen terör yasası ile yapılan terörist tanımı, komite tarafından oldukça geniş ve belirsiz bulunduğundan, bu kanuna göre verilecek ölüm cezaları bakımından sözleşmenin 6. maddesinin ihlal edilme olasılığı dile getirilmiştir.⁷³⁹

Komitenin bireysel başvurular karşısında konuyla ilgili yapmış olduğu değerlendirmelerde ise, ölüm cezası yaptırımına bağlanan suçlar bakımından ülke gözlemlerinde belirtilen hususların teyit edildiği görülmektedir. Örneğin Lubuto v Zambia kararında konu olan olayda; ölüm cezasına çarptırılan hükümlü, silah kullanarak hırsızlık yapma suçunu işlemiştir. Söz konusu olayda kimse ölmemiş ya da vurulmamıştır. Komite yapmış olduğu yorumda kimsenin yaralanmadığı ya da ölmediği bu eylem için öngörülen ölüm cezasını, sözleşmede belirtilen “en ciddi suç” kriteri ile bağdaşmadığına ve dolayısıyla sözleşmenin 6/2 maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.⁷⁴⁰

Chisanga v Zambia kararına konu olan olayda ise hükümlü, silahı ile birkişiyi kalçasından vurarak yaralamıştır. Dolayısıyla bu olayda diğerinen farklı olarak

⁷³⁷ CCPR/C/79/Add.25, 3 August 1993, prg. 8.

⁷³⁸ CCPR/CO/75/VNM, 26 July 2002 prg. 7.

⁷³⁹ CCPR/CO/76/EGY, 28 November 2002, prg. 16 a.

⁷⁴⁰ Lubuto v Zambia; CCPR/C/55/D/390/1990, prg. 7.2.

silahın kullanılması ve bu kullanım nedeni ile yaralanan bir mağdur sözkonusudur. Fakat komite, vücudunun ölümcül bir yerinden yaralanmayan bu kişiye karşı işlenmiş olan suçun doğuracağı yaptırımın ölüm cezası olmayacağına karar vermiştir. Bu nedenle de, ölümlü sonuçlanmayan bir eylem ölüm cezasının verilmesini, sözleşmenin 6. maddesinin ihlali olarak kabul etmiştir.⁷⁴¹

Şu ana kadar komitenin vermiş olduğu kararlardan bazı sonuçlara varılabileceği düşüncesindeyiz. Öncelikle, “en ciddi suç” kavramının içerisine sadece kişiye karşı işlenen suçların girebileceğini söyleyebiliriz. Dolayısıyla mala karşı işlenen suçların bu kapsam içerisinde yer alması sözkonusu olamaz ve hatta devlete karşı işlenen suçlar dahi bu kapsamın dışında kabul edildiği söylenebilir. Örneğin Turks and Caicos Islands’ın ölüm cezasına ilişkin hukuki yapısı değerlendirildiği bir gözlemlerde; vatana ihanet ve korsanlık suçlarının hala hukuk düzeninde ölüm cezası ile yaptırıma bağlandığına dikkat çeken komite, aynı hukuk düzeninde adam öldürme suçunun ölüm cezası ile yaptırıma bağlanmadığını söyleyerek, sözkonusu düzenlemenin 6. maddenin ihlali anlamına gelebileceğini belirtmekte ve de ihanet ile korsanlık suçlarına öngörülen ölüm cezalarının kaldırılması talep edilmiştir.⁷⁴² Dolayısıyla komitenin ölüm cezası verilebilecek olan suçlar bakımından temel kriterlerden birisi, ilgili suçun gerçek kişilere yönelmiş bir saldırı niteliğinde olması gerektiğidir.

Bunun yanında, kişiye karşı işlenen suçlar bakımından da ölüm cezası ancak ölümlü sonuçlanan eylemler bakımından sözkonusu olabilmektedir. Fakat herhalde bu eylemler kast ile işlenen eylemler olmalı ve taksirli suçlar bu kapsamın dışında tutulması gerektiği düşüncesindeyiz. Komitenin vermiş olduğu kararlardan çıkarabileceğimiz bir diğer sonuç ise, eylem teşebbüs derecesinde kalmışsa ya da tam teşebbüs sözkonusu ise yine ölüm cezasının verilmemesi gerekmektedir. Çünkü komite ölümlü sonuçlanmayan eylemler bakımından verilen ölüm cezalarını sözleşme ile korunan yaşam hakkının ihlali olarak değerlendirmektedir.

⁷⁴¹ Chisanga v Zambia; CCPR/C/85/D/1132/2002, prg. 7.4.

⁷⁴² CCPR/CO/73/UK;CCPR/CO/73/UKOT, 6 December 2001, prg. 37.

İnsan Komitesi'nin bireysel başvurular neticesinde vermiş olduğu kararlar ile, ülke gözlemlerinde "en ciddi suç" kriterine vermiş olduğu anlamı biraz daha genişlettiğini söyleyebiliriz. Zira ölüm cezasına ilişkin bir grup başvuruyu ele alan komitenin yeni bir standart oluşturduğunu rahatlıkla söyleyebiliriz. Bu standartını uyguladığı ve bizim tesbit edebildiğimiz en son kararı ise; *Persaud & Rampersaud v Guyana*'dır. Başvurucular 1990 yılında Bibi Zorina Alli adlı bir şahsı öldürme suçundan ölüm cezasına çarptırılmışlardır. Guyana Ceza Kanunu'nun 101. bölümüne göre; adam öldürme suçunu işleyen herkes ölüm cezasına çarptırılmaktadır. Dolayısıyla, ortada ciddi bir suç ve Guyana iç hukuka göre de uygun bir karar sözkonusudur. Fakat insan hakları komitesi sözkonusu kararı sözleşmenin 6. maddesinin ihlali olduğu sonucuna varmıştır. Zira, komiteye göre, ölüm cezası otomatik ve mutlak olarak hükmediliyorsa, bu ceza ile kişinin yaşam hakkı ihlal edilmektedir.⁷⁴³ Bu noktada komitenin otomatik ve mutlak olma niteliği ile kastettiği husus; suça öngörülen cezanın zanlıların kişisel durumu ve belirli saldırıların özelliklerine göre verilmemesidir.

2005 yılında karara bağlanan *Larranaga v Philippines* kararında da, komite aynı kriteri uygulayarak aleyhine başvuru devleti sözleşmeni 6/1 maddesini ihlal ettiği sonucuna varmıştır. Davaya konu olan olayda başvuru; Jauqueline Chiong isimli bir bayanı kaçırmak, alıkoymak, tecavüz etmek ve öldürmekten suçlu bulunmuştur.⁷⁴⁴ Filipin Ceza Kanunu'nun 267. maddesine göre tezacüz ya da alıkoyma neticesinde mağdur öldürülürse ya da ölürse en yüksek cezaya hükmedilir. Sözkonusu yaptırım ise ölüm cezasıdır. Komite kabul etmiş olduğu standarta göre, sanığın kişisel durumu ve olayın kendine has özellikleri dikkate alınmaksızın verilen ölüm cezası, kişinin keyfi olarak yaşam hakkından mahrum bırakılması anlamına gelmektedir ki; bu da sözleşmenin 6. maddesinin ilk fıkrasının ihlalidir.^{745/746}

⁷⁴³ *Persaud & Rampersaud v Guyana*; CCPR/C/86/D/812/1998/Rev.1, prg. 7.2.

⁷⁴⁴ *Larranaga v Philippines*; prg. 2.1.

⁷⁴⁵ *Larranaga v Philippines*; prg. 7.2.

⁷⁴⁶ Komitenin aynı yöndeki diğer kararları için bkz. *Rayos v Philippines*; CCPR/C/81/D/1167/2003, 7 September 2004, prg. 7.2, *Rolando v Philippines*; CCPR/C/82/D/1110/2002, 8 December 2004, prg. 5.2, *Carpo & Others v Philippines*; CCPR/C/77/D/1077/2002, 9 May 2003, *Thomson v Saint Vincent and the Grenadines*; CCPR/C/70/D/806/1998, 5 December 2000, prg. 8.2, *Chisanga v Zambia*; prg. 7.4, *Lubuto v Zambia*; prg. 7.2.

3-2-1-4 Devletin Pozitif Yükümlülükleri

Günümüz modern insan hakları anlayışının gelmiş olduğu nokta göstermektedir ki; yaşam hakkının korunması ve gerçekleştirilmesi için sadece devletin negatif yükümlülüğünü yerine getirmesi yani keyfi öldürme eylemlerinden kaçınması yeterli olmayıp aynı zamanda hakkın korunması ve gerçekleştirilmesi için gerekli olan adımları atması gerekmektedir. Başka bir ifade ile devletin bu bağlamda negatif yükümlülüklerinin yanısıra pozitif yükümlülükleri de sözkonusudur ve hakkın korunabilmesi için en az negatif yükümlülükler kadar pozitif yükümlülüklerin de yerine getirilmesi gerekmektedir.

Devletin sahip olduğu pozitif yükümlülüğün kapsamı ve çeşitleri, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin oluşturduğu içtihatla daha net ve zengin bir görünüm arz etmektedir. Bununla birlikte, devletin pozitif yükümlülüklerinin artık klasik olarak kabul edilen unsurlarının BM İnsan Hakları Komitesi tarafından da devletin bir yükümlülüğü olarak görüldüğü kararlara rastlamaktayız. Bunun yanında ölüm cezasına ilişkin olarak İnsan Hakları Komitesi'nin içtihadında devlete getirmiş olduğu yükümlülüklerin zaten önemli bir bölümünün pozitif sorumluluk olarak adlandırılabilceğini düşünürsek, aslında aynı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihadında olduğu gibi BM İnsan Hakları Komitesi'nin içtihadının önemli bir bölümünün devletin pozitif yükümlülüklerine yöneldiğini söyleyebiliriz.

Bu başlık altında öncelikle ölüm cezasına ilişkin kararlar dışında, İnsan Hakları Komitesi'nin devletin pozitif yükümlülüğüne ilişkin saptamalarına birkaç örnekler sunulmaya çalışılacaktır. Yargısal nitelikteki bu kararların dışında, Komitenin ülke gözlemleri bağlamında yaşam hakkı ile ilişkilendirilen pozitif yükümlülüklerle de değinilmeye çalışılacaktır. Zira bu yükümlülükler artık herkesçe kabul edilen klasikleşmiş yükümlülüklerden oldukça farklı bir görünüm ortaya koymaktadırlar. Henüz ülke gözlemlerinde dile getirilen bu sorumluluk alanının, bireysel başvurulara verilen yanıtlar çerçevesinde yargısal bir kimliğe büründüğünü söyleyebilmemiz mümkün olmasa da, komitenin ülke gözlemlerinde dile getirdiği ve ülkelerden gerçekleştirmesini beklediği sözkonusu yükümlülüklerin yaşam hakkının önümüzdeki süreçte genişleyebilecek anlamı konusunda fikir verebileceği kanaatindeyiz.

Devletin pozitif yükümlülükleri arasında yer alan ve özellikle şüpheli ölümler sözkonusu olduğu zaman ön plana çıkan en önemli sorumluluklarından birisi; ölüm vakası ile ilgili olarak etkin ve yeterli bir soruşturmanın gerçekleştirilmesi yani olayın aydınlatılması için gerekli olan adımların atılmasıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarından farklı olarak, komite kararlarından bir soruşturmanın hangi hallerde yeterli hangi hallerde yetersiz olduğuna ilişkin detaylı bir tasnife ulaşma imkanımız olmasa da bu yükümlülüğün yerine getirilmemesinin genel olarak yaşam hakkının ihlali olarak değerlendirildiğini söyleyebiliriz.

Sözkonusu sorumluluğun ihlal edildiğine ilişkin örneklerden birisi 2004 yılında komite tarafından karara bağlanan *Telitsin v Russian Federation* başvurusudur. Başvurucu, cezaevinde ölmüş olan oğlu adına şikayette bulunmuştur. Başvurucunun ifadesine göre; oğlu Vladimir Nikolayevich Telitsin 1994 yılında hükümlü olarak bulunduğu cezaevinde şiddete maruz kalması nedeni ile hayatını kaybetmiştir. Bu nedenle cezaevi yönetiminin ölüm nedeni olarak intiharı öne sürmesine karşı çıkmaktadır. Ayrıca başvuru otoritelerin oğluna yapılan şiddetin hazırlanan bilirkişi raporu ile örtbas edildiğini de ileri sürmüştür. Kendisi uygulanan şiddete kanıt olarak cenaze törenine katılan 11 kişinin imzaları ile kabul ettiği aşağıdaki bulguları ifade etmiştir: cesedin burnu kırılmış ve sarkık durumdadır, çenenin sağ tarafında bir parça et deşilmiş, sağ kaşının üzeri şimşik, sağ kulağından kan geldiği görülmüş, sağ avuç içinde yara belirlenmiş ve bu bölge koyu mor bir renk almış, sırt bölgesinde yaralar görülmüş ve dil yerinde bulunmamaktadır. Başvurucu bu bilgi ve imzalı belgesi ile iç hukukta başvurularda bulunmuş fakat kendisine olayın şiddet sonucu meydana geldiğini gösteren bir delil olmadığı yanıtı verilmiştir. Ayrıca oğlunun cesedinin mezardan çıkarılması ve iddialarının değerlendirilmesi talebi de reddedilmiştir.⁷⁴⁷

Komite yapmış olduğu değerlendirmede şu hususları ortaya koymuştur: Komite taraf devletın başvuruçunun tüm iddialarına yanıt vermediğini tesbit etmiştir. Özellikle cenaze törenine katılan 11 kişinin iddiaları konusunda herhangi bir yorum yapmamıştır. Bunun yanında cesedin fotoğraflarında sözkonusu izlerin görülmediği

⁷⁴⁷ *Telitsin v Russian Federation*; CCPR/C/80/D/888/1999, prg. 2.1-2.8.

iddiasını desteklemek üzere fotoğraflar da ortaya konulamamıştır. Ayrıca komite başvuranın oğlu hakkında düzenlenen tıbbi raporu okumasına izin verilmemesi ve de cesedin gömüldüğü yerden çıkarılması talebinin reddedilmesine de dikkat çekmiştir. Bu bağlamda Bay Telitsin'in ölümü ile ilgili olarak taraf devletın uygun bir araştırma yapmadığına karar verildiğinden, sözleşmenin 6. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.⁷⁴⁸

Görüldüğü üzere komite kararında, kişinin devlet tarafından öldürüldüğü sonucuna vardığından değil fakat şüpheli bir ölüm vakası durumunda gerekli araştırmanın yapılmaması nedeni ile Rus devletini mahkum etmiştir. Dolayısıyla sadece devletin gerçekleştirdiği ya da önleyemediği keyfi öldürme vakaları bakımından değil aynı zamanda ölümlerin gerektiği gibi soruşturulmaması nedeni ile de devletin sorumluluğu sözkonusu olabilmektedir. Nitekim daha önce ele aldığımız kayıp kişiler ile ilgili başlık altında da belirttiğimiz üzere bu sorumluluk zorla kaçırılma ve kişilerin kaybedilmesi iddalarında çok daha açık bir biçimde ortaya çıkmaktadır.⁷⁴⁹

Soruşturmanın yeterli ve etkili yapılması bir sonraki aşamada, yaşam hakkının ihlali anlamına gelebilecek eylemlerde sorumluların tesbit ve caydırıcı yaptırımlara tabi tutulmasını sağlayacaktır. Örneğin 2001 yılı Guetamala gözleminde bu hususun altı çizilmiştir. Komite ülkede yaşam hakkının ihlali anlamına gelebilecek çok sayıda eylem olduğuna dikkat çekilirken, devletten bu eylemlerin bağımsız bir organ tarafından yeterli bir biçimde soruşturulması, eylemin aydınlatılmasının akabinde sorumluların belirlenmesi ve caydırıcı yaptırımlara tabi tutulması istenmiştir.⁷⁵⁰ Bu yorumdan hareketle komitenin, devletin pozitif nitelikteki yükümlülükleri içerisinde, vakanın bağımsız bir organ tarafından soruşturulması ve de bu soruşturma neticesinde varsa sorumluların bulunup caydırıcı cezalara tabi tutulmaları şeklinde beliren usuli işlemleri de kattığını söyleyebiliriz.

Bu çerçevede dikkat çeken bir başka dava ise Vaca v Colombia'dır. Bu davanın konusu kimliği belirlenemeyen kişiler tarafından tehdit edilen bir avukata

⁷⁴⁸ Telitsin v Russian Federation; prg. 7.4-7.6.

⁷⁴⁹ Bkz.

⁷⁵⁰ CCPR/CO/72/GTM, prg. 12-16. Benzer bir karar için ayrıca bkz. CCPR/C/79/Add.116; prg. 17.

düzenlenen suikasttır. Suikast neticesinde kişi hayatını kaybetmemiştir fakat komite bu olayla ilgili olarak, devletin sorumlu kişileri ortaya çıkarması için bir araştırma yapılmamasını yaşam hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir.⁷⁵¹ Bu kararın bir başka ilginç olan tarafı ise sözkonusu vaka öncesinde saldırıya uğrayan kişinin defalarca ciddi ölüm tehditleri alması ve bu durumu ilgili resmi makamlara iletmesidir. Ancak şikayetçi bu başvurularından herhangi bir sonuç alamamıştır. Bu nedenle komite, devletin kendi egemenlik altında olan kişileri koruması etkin bir şekilde koruma yükümlülüğü olduğunu belirterek yaşam hakkının değil fakat 9. maddede düzenlenen kişi güvenliği hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Zira komiteye göre kişi güvenliğinin sağlanması konusundaki yükümlülük sadece hürriyeti kısıtlanmış olanlar için değil aynı zamanda özgür olan kişiler için de söz konusudur.⁷⁵²

Komite bu kararı ile her ne kadar kişinin korunmamış olmasını yaşam hakkının ihlali olarak değerlendimese de, devletin kişilerin güvenliğini sağlama konusunda pozitif bir yükümlülüğü olduğunun altını çizmesi aynı yükümlülüğün doğal olarak yaşam hakkı bakımından da geçerli olduğu sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Nitekim özgürlüğü kısıtlanmış olan kişilerin gerektiği gibi korunmaması nedeni ile meydana gelen ölüm vakalarından devletin sorumlu olduğuna işaret eden kararlar sözkonusudur.

Örneğin *Lantsova v Russian Federation* kararında cezaevindeki bir tutuklunun ölümü ele alınmıştır. Başvurucu, oğlunun tutuklama esnasında herhangi bir sağlık problemi olmadığını fakat tutuklandıktan sonra alıkonulduğu *Matrosskaya Tishina* cezaevinin kötü koşulları nedeni ile rahatsızlandığını iddia etmiştir. İddiasını insan hakları raporlarına da dayandıran başvurucu, cezaevinde kapasitenin çok üzerinde kişi tutulduğunu, mahkum ve tutuklulara yeterli yiyecek sağlanmadığını ve alıkonuların çok büyük bir bölümünün sağlık problemi olduğunu dile getirmiştir. Ayrıca başvurucu, İnsan Hakları Komisyonunun raporunda yeralan, sözkonusu cezaevi koşullarının insanlık dışı olduğuna ilişkin vurguyu da dile getirmiştir.⁷⁵³

⁷⁵¹ *Vaca v Colombia*; CCPR/74/D/859/1999, prg. 7.3.

⁷⁵² *Vaca v Colombia*; prg. 7.1-7.3.

⁷⁵³ *Lantsova v Russian Federation*; CCPR/C/74/D/763/1997; prg. 2.1-2.3.

Başvurucu oğlu ile aynı cezaevinde kalan kişilerini ifadelerine dayanarak, oğlunun cezaevi girdikten bir müddet sonra fiziksel ve ruhsal açıdan kötüleşmeye başladığını ileri sürmüştür. Kilo kaybetmeye başlamış, solunum yollarında problem doğmuş ve vücut ısısı artmıştır. Ölümünden bir süre önce yemek yemeyi bırakmış ve sadece soğuk su içmeye başlamıştır. Nihayetinde de bilincini kaybetmiştir. Tüm bu süreç yaşanırken hekim tutukluların talebi üzere gelmiş ve sadece ateşi düşmesi için aspirin vermiştir. Durumu aniden kötüleşen Bay Lantsov kliniğe kaldırılmış fakat aynı gün hayatını kaybetmiştir.⁷⁵⁴

Cezaevi koşullarının kötülüğünün sözleşmecisi devlet tarafından da kabul edildiğine dikkat çeken mahkeme, devletin cezaevindeki mahkum ve tutukluların yaşam haklarını sağlama konusundaki zorunluluğa işaret etmiştir. Taraf devletin kötü sağlık koşulları ile tutuklunun sağlığı arasındaki bağlantının reddedilmediği bu başvuruda, komite finansal problemlerin devletin tutuklu ya da hükümlünün sağlık durumunu bilmesi ve buna göre gerekli tedbirleri alması konusundaki yükümlülüğü ortadan kaldırmaz. Dolayısıyla devletin Bay Lantsov'un hayatını korumak için gerekli tedbirleri almadığına ve yaşam hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.⁷⁵⁵

Komite, devletin yaşam hakkını koruma bakımından sahip olduğu pozitif yükümlülüklerden bir diğeri olarak, cezaevleri gibi kendi kontrolü altında bulunan kişilerin yaşamlarını korumak için gerekli tedbirleri almasını da ifade etmiştir. Avrupa İnsan Hakemesi'nin içtihadında sıklıkla vurgulandığı üzere, bu alanlarda bulunan kişilerin kendilerini savunabilmesi ve yaşamlarını sürdürebilmesi bakımından özgür olan kişilerden daha dezavantajlı bir konuma sahip oldukları unutulmamalıdır. Dolayısıyla devletin bu tehlikeyi bertaraf edebilmek için gerekli adımları atması, yaşam hakkının gerçekleştirilmesinin ve korunmasının gereklerinden birisi olarak ortaya çıkmaktadır.

Nitekim 2002 yılı Moldova gözleminde de bu husus dile getirilmiştir. Moldova'daki cezaevi koşullarının sözleşmede yer alan hakları ihlal edecek ölçüde, standart dışı olduğu belirtilmiştir. Cezaevlerine ilişkin yapılan eleştirilerden birisi de,

⁷⁵⁴ Lantsov v Russian Federation; prg. 2.4-2.7.

⁷⁵⁵ Lantsov v Russian Federation; prg. 9.2.

kötü cezaevi koşullarının başta tübertiloz olmak üzere insan sağlığını tehlikeye atan hastalıkların nedeni olarak gösterilmiştir. Moldova'daki cezaevlerinde yaygın bir hastalık sorunu olduğuna dikkat çeken komite; taraf devletin özgürlüğü kısıtlanmış kişilerin sağlığını ve yaşamını koruma yükümlülüğünü hatırlatmıştır. Bulaşıcı hastalıkların yayılması, tutuklu ve hükümlülerin sağlığını ve yaşamını tehdit etmesi gerçeği, sözleşmenin 10. maddesinin yanında yaşam hakkının düzenlendiği 6. maddesinin de ihali anlamına gelebileceği komite tarafından ifade edilmiştir.⁷⁵⁶

Aynı yıl yayınlanan Gürcistan gözleminde de benzer ifadeler kullanılarak, devletin tutuklu ve hükümlülerin yaşam haklarını korumak için cezaevlerinde ihtiyaç duyulan tedbirleri alması gerektiği belirtilmiştir. Hijyen, beslenme ve genel cezaevi koşullarının geliştirilmesi, uygun sağlık tedbirlerinin alınmasının gerekliliğine vurgu yapılarak bu unsurlar ile yaşam hakkı arasındaki bağlantıya dikkat çekilmiştir. Bunun yanında komite, devletin cezaevlerinde meydana gelen ölüm vakalarını tarafsız bir organ tarafından soruşturulmasının gerekliliğine işaret edilmiştir.⁷⁵⁷

Komitenin bireysel şikayetler bakımından saptamış olduğu sözkonusu yükümlüklerin yanında, daha önce de belirttiğimiz üzere, özellikle ülke gözlemlerinde yaşam hakkının korunması ve gerçekleştirilmesine yönelik yapılan eleştiriler, devletin pozitif yükümlülüğünün çok daha geniş bir yelpaze içerisinde değerlendirilebileceğini göstermektedir. Örneğin birinci bölümde de ifade ettiğimiz üzere, devletlerin sıkı kütaj yasaları ve kütaj karşıtı politikalarının, yaşam hakkının ihlali anlamına gelebileceği pekçok ülke gözleminde dile getirilmiştir.

Komitenin üzerinde yoğunlaştığı bir diğer mesele ise; HIV virüsü ile ilgili gerçekleştirilen mücadeledir. Taraf devletlerden HIV virüsü ile mücadele de gerekli önlemlerin alınması konusunda uyarılarda bulunan komite; bu uyarılarını yaşam hakkının korunması çerçevesinde dile getirmektedir. Mesele sadece devletin sağlık politikaları bağlamında değerlendirilmemekte ve fakat ayrıca konu ile ilgili eğitim politikalarının varlığı ve geliştirilmesinin gerekliliği de dile getirilmiştir.⁷⁵⁸ Bahsedilen bu önlemler açıkça sosyal haklar bağlamında değerlendirilebilecek bir

⁷⁵⁶ CCPR/CO/75/MDA; prg. 9.

⁷⁵⁷ CCPR/CO/74/GEO; prg. 7.

⁷⁵⁸ Bkz. CCPR/CO/79/LVA, 2003, CCPR/CO/80/UGA, 2003.

nitelik arzemesine karşın, komitenin yaşam hakkı bağlamında konuyu ele alması, hakkın kapsamının hangi yönde genişleyebileceğini ya da genişlemesi gerektiğini göstermektedir.

Sosyal haklar bağlamında ele alınabilecek başka meseleler de yaşam hakkı çerçevesinde komite tarafından ele alınmıştır. Örneğin 1999 Kanada gözleminde evsizlerin durumu yaşam hakkı içerisinde değerlendirilmiştir. Bu gözleminde komite, Kanada'ya evsizlerin sağlık ve barınma sorunları ile ilgili etkili önlemler alması konusunda uyarıda bulunmuştur.⁷⁵⁹ Görüldüğü üzere yukarıda ele alınan eğitim ve sağlık hakkının yanında bir başka sosyal hak olan barınma hakkı da yaşam hakkının içerisine komite gözleminde dahil edilmiştir. Bunların dışında kadına karşı şiddet⁷⁶⁰, namus cinayetleri⁷⁶¹, kadınların sünnet edilmesi⁷⁶², bekar annelere hapis cezalarının verilmesi⁷⁶³, çocuk çeteleri sorunu⁷⁶⁴, kan davaları⁷⁶⁵, aile içi şiddet⁷⁶⁶ ve aile planlaması⁷⁶⁷ gibi meselelerin de komitenin ülke gözlemlerinde yaşam hakkı çerçevesinde değerlendirildiğini görmekteyiz.

BM İnsan Hakları Komitesi'nin kararları yaşam hakkının çok geniş bir perspektiften ele alınabileceğini göstermektedir. Nitekim 14. genel yorum da yaşam hakkının dar bir çerçevede değerlendirilemeyeceği bildirilmiştir. Bununla birlikte özellikle sosyal haklar ve dayanışma haklarının alanına giren meselelerin, bireysel başvuru mekanizması çerçevesinde ele alınmadığını görmekteyiz. Bu konular bağlamında yapılan sınırlı başvurular ise komite tarafından kabuledilmezlik kararı ile reddedilmiştir. Bu başvurulardan bizim ilgimizi çeken ve doğrudan 14. Genel Yorumu atıfta bulunulan *Borders & Temeharo v France* kararını örnek olarak vermek istemekteyiz.

⁷⁵⁹ CCPR/C/79/Add.105, 1999; prg. 12.

⁷⁶⁰ CCPR/CO/71/UZB, 2001; prg. 19, CCPR/CO/71/VEN, 2001, prg. 17.

⁷⁶¹ CCPR/CO/74/SWE, 2002, prg. 8, CCPR/CO/84/YEM, 2006, prg. 12.

⁷⁶² CCPR/CO/75/YEM, 2002, prg. 6, CCPR/C/79/Add.106, 1999, prg. 12, CCPR/C/79/Add.82, 1997; prg. 12.

⁷⁶³ CCPR/C/79/Add.97, 1998, prg. 15.

⁷⁶⁴ CCPR/C/HND/CO/1, 2006, prg. 9.

⁷⁶⁵ CCPR/CO/82/ALB, 2004, prg. 12.

⁷⁶⁶ CCPR/C/ITA/CO/5, 2006, prg. 6.

⁷⁶⁷ CCPR/CO/82/ALB, 2004, prg. 14.

Bu başvuruya konu olan vaka, Fransa'nın Güney Pasifik'te bulunan Mururoa ve Fangataufa'da bir seri nükleer deneme yapacağını açıklamasıdır. Bu bölgede yaşayan kişilerden olan sözkonusu başvurucular, 14. Genel Yorumda da ifade edildiği üzere nükleer silahların yaşam hakkını tehdit ettiğini ve bu denemeler nedeni ile o bölgede yaşayan insanların yaşamlarının ve sağlıklarının tehlikeye gireceği ifade edilmiştir. Komite başvurucuların mağdur sıfatını kabul etmemesine rağmen, yine de konu ile ilgili kısa bir yorum yapmıştır. Komiteye göre sözkonusu denemelerin kesin olarak insan sağlığını olumsuz yönde etkileyeceğine dair bir kanıt yoktur. Bu anlamda 6. maddenin ihlal edildiğini söyleyebilmek mümkün değildir.⁷⁶⁸ Dolayısıyla, eğer komite başvurucuların mağdur sıfatını kabul etmiş olsa bile hakkın ihlal edildiği sonucuna varmayacaktı.

Kısaca, komite yaşam hakkının devlete sadece klasik anlamı ile negatif yükümlülükler getirmediğini ama bunun yanında bir takım pozitif yükümlülüklerin de sözkonusu olduğunu kabul etmektedir. Ancak sözkonusu pozitif yükümlülükler, yine devletin öldürmeme yükümlülüğü bağlamında değerlendirilmektedir. Başka bir ifade ile 2. ve 3. kuşak hakların da alanına giren meselelerde devlete yaşam hakkı bağlamında pozitif yükümlülük getirdiğini gösteren bir karar mevcut değildir. Ama komiteinin ülke gözlemlerinde, bu yaklaşımın tam tersinin görüldüğü de belirtilmelidir.

⁷⁶⁸ Borders v Temeharo; CCPR/C/57/D/645/1995, prg. 5.1-5.6.

3-3 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin hazırlanmasının altında yatan temel nedenlerden birisi; 2. Dünya Savaşı gibi bir faciyanın tekrar bu topraklar üzerinde yaşanmasının önüne geçmektir. Avrupa'da yaşanan siyasal, toplumsal ve ekonomik çöküntüden çıkmak ve bir daha tekrarlanmamasını sağlamak adına bir birlik kurulması öngörülmüştür. Nitekim Birleşmiş Milletler de, evrensel barışın ve birliğin sağlanması imkansızlığını gözönüne alarak ortak değerlere sahip bölgesel kuruluşların oluşumunu desteklemiştir. Mayıs 1948'de La Haye'de toplanan "Avrupa Kongresi" ile başlayan süreç, 5 Mayıs 1949'da Belçika, Fransa, Lüksemburg, Hollanda, Danimarka, İngiltere, Norveç, İrlanda, İtalya ve İsveç'in Avrupa Konseyi Statüsünü imzalaması ile sonuçlanmıştır.⁷⁶⁹

Konseyin kurulmasından hemen sonra Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin hazırlık çalışmaları başlamıştır. Amerika kıtasının aksine Avrupa'da sözleşme çok kısa süre içerisinde hazırlanmış ve 4 Kasım 1950 tarihinde imzalanmıştır. 10. tasdik belgesinin teslimi ile 3.09.1952 tarihinde de yürürlüğe girmiştir.⁷⁷⁰

Yaşam Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin metninde ilk olarak ifade edilen haktır. Sıralama bakımından yaşam hakkına tanınan bu ayrıcalık, yaşam hakkını düzenleyen diğer insan hakları sözleşmelerindeki tanımla karşılaştırıldığında ilk bakışta çelişik bir durum oluşturduğu söylenebilir. Zira Yaşam hakkının düzenlendiği 2. maddeye baktığımızda esas olarak hak "Herkesin Yaşam Hakkı hukukun koruması altındadır" gibi oldukça mütevazı bir ifade ile tanımlanmaktadır. Buna karşın, örneğin BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nde yaşam hakkı "Her insan doğuştan yaşama hakkına sahiptir. Bu hak hukuk tarafından korunur. Hiç kimse yaşama hakkından keyfi olarak yoksun bırakılmaz" şeklinde daha güçlü vurgular kullanarak hakkın tanımlanması yoluna gidilmiştir.

⁷⁶⁹ F. GÖLCÜKLÜ-Ş. GÖZÜBÜYÜK; sf. 7-8.

⁷⁷⁰ Aynı eser; sf.10.

Bununla birlikte, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan bu mütevazı tanımın, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihadı ile günümüzde hakkın korunması bakımından en zengin karar birikiminin kaynağını oluşturduğunu söyleyebiliriz. Sayısal zenginliğin yanında sözleşmenin yorumlanmasında yaşam hakkına verilen önem de dikkat çekicidir. Mahkemeye göre yaşam hakkı olmaksızın diğer haklar anlamsız hale gelmektedir. McCann kararından bu yana kabul edilen anlayışa göre yaşam hakkı sözleşmede yer alan en temel hükümlerden birisi olup, işkence yasağının düzenlendiği 3. madde ile birlikte, Avrupa Konseyi'ni oluşturan demokratik toplumların temel değeri olarak ön plana çıkmaktadır.⁷⁷¹

2. madde yaşam hakkının tanımının yanı sıra, BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nden farklı olarak hangi hallerde öldürmenin meşru sayılacağını da göstermiştir. İkinci fıkrada sıralanan sözkonusu istisnalar; kuvvet kullanmanın mutlak suretle gerekli olması durumunda yaşam hakkının ihlali sonucunu doğurmamaktadır. Bu istisnalar ise; bir kimsenin yasa dışı şiddete karşı korunması, usulüne uygun olarak yakalamak veya usulüne uygun olarak tutuklu bulunan bir kişinin kaçmasını önlemek ve de ayaklanma veya isyanın, yasaya uygun olarak bastırılması halleridir. Ölüm cezası konusunda ise; yine BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nden ayrı bir yaklaşım benimsenmiş ve sadece “yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın yerine getirilmesi dışında hiçkimse kasten öldürülemez” ifadesine yer verilmiştir. Dolayısıyla bu sözleşmede ölüm cezasının meşru sayılması için gerekli olan standartların neler olduğuna dair bir listeye yer verilmemiştir.

Daha öncede belirttiğimiz üzere Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yaşam hakkına ilişkin üretmiş olduğu içtihat, hakkın sözleşmede yer alan kısa tanımının ötesine geçilerek yorumlanmasını sağlamıştır. Bu bağlamda iç hukuk düzenlerine de rehber olan bu birikim, aynı zamanda yaşam hakkının klasik insan hakları anlayışında kabul edilen “yaşam hakkının negatif statü hakkı” olduğu argümanını da çürütmektedir. Zira yaşam hakkına ilişkin içtihadı baktığımızda, devlete hak ile ilgili olarak negatif yükümlülüklerin yanında önemli sayıda pozitif yükümlülükler de getirildiğini görmekteyiz. Hatta biraz daha ileri gidecek olursak, mahkemenin vermiş

⁷⁷¹ McCann & Others v United Kingdom; App. 18984/91, prg. 147.

olduğu hak ihlali kararlarının büyük bir bölümünün, devletlerin içtihatla belirlenen pozitif yükümlülüklerini yerine getirmemesinden kaynaklandığını söyleyebiliriz.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde yapılandırılan denetim mekanizmasının yaşam hakkı ihlali konusunda ele aldığı ilk başvuru 1978 tarihli *Ireland v United Kingdom*'dir.⁷⁷² Kabul edilmezlik kararı verilen sözkonusu devletler arası başvuru sonrasında, gerek bireysel şikayet mekanizmasının işletilmesi ile gerekse devletler arası başvuru yolunun kullanılması ile yaşam hakkı ihlallerine ilişkin iddialar sistem tarafından denetlenmeye başlanmıştır. Fakat yaşam hakkı konusunda üretilen içtihatta, erken dönemdeki başvurular ele alındığında oldukça çekingen ve ihtiyatlı bir tavrın sergilendiği söylenebilir.⁷⁷³ Bu bağlamda McCann kararı hem genel anlamda yaşam hakkının anlamını ve devlete yüklenen sorumlulukları belirlemede hem de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin süre gelen içtihadı oldukça radikal biçimde değiştirmesi bakımından son derece önemli bir karardır. Zira bu karar ile kabul edilen prensipler daha sonra yaşam hakkına ilişkin olarak yapılan açılımların temelini oluşturmaktadır.

MacCann kararına konu olan olayda; IRA mensubu olduğu iddia edilen 3 İngiliz vatandaşının Cebelitarık'da bombalı terör eylemi gerçekleştirecekleri istihbaratının yapılması üzerine, İngiliz Ordusu'na bağlı özel bir birlik hareket düzenlemiş ve üç kişiyi öldürmüştür. Ancak bu kişilerin üzerinden herhangi bir patlayıcı madde çıkmamıştır. Komisyon yapmış olduğu incelemede İngiliz Hükümeti'nin yaşam hakkı konusunda bir ihlalde bulunmadığı sonucuna varmış olmasına karşın mahkeme konisyonun görüşünü kabul etmeyerek yaşam hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Bu kararın önemi yaşam hakkı bakımından kabul edilen devletin klasik sorumluluğunun pozitif yükümlülükler getirilmek suretiyle genişletilmesidir. Bu bağlamda güvenlik güçlerinin silah kullanımı konusuna ilişkin getirilen kriterler ön plana çıkarken, yaşam hakkının korunması bakımından etkin ve yeterli bir soruşturmanın yapılması bir diğer yükümlülük olarak kabul edilmiştir. Dolayısıyla,

⁷⁷² *Ireland v United Kingdom*; App. 5310/71.

⁷⁷³ N. AOLAIN; "The Envolving Jurisprudence of the European Conventin Concerning the Right to Life", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 19/1, 21-42, 2001.

MacCann kararı geniş çaplı usuli güvencelerin de 2. madde bağlamında değerlendirildiği ilk karardır.

Bizim çalışmamız bakımından da MacCann kararı doğal olarak başlangıç teşkil etmektedir. Zira bu karar ile yaşam hakkına ilişkin içtihat keskin bir biçimde ikiye ayrılmıştır. MacCann kararı öncesine ilişkin komisyonun yapmış olduğu değerlendirmeler ihtiyaç duyulduğu ölçüde çalışmanın içerisine katılacak olmakla birlikte esas olarak bu inceleme MacCann kararı sonrasına ilişkindir. MacCann kararı ile ilgili önemli hususlara her başlık altında işaret edilecektir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde, mahkemenin içtihat ile oluşturduğu yaşam hakkına ilişkin standartlarının belirlenmeye çalışılacağı bu bölümde, yöntem olarak devletin sorumluluk alanını iki ana başlık altında; yani devletin pozitif yükümlülükleri ve devletin negatif yükümlülükleri başlıkları altında ele almaya çalışacağız. Devletin yaşam hakkına ilişkin olarak sözleşme çerçevesinde belirlenen sorumluluk alanı belirlendikten sonra ise; 2. maddede belirtilen istisnalara ilişkin kararlar değerlendirilmeye çalışılacaktır.

3-3-1 Devletin Negatif Yükümlülükleri

Devletin yaşam hakkı bakımından klasik olarak kabul edilen temel yükümlülüğü, devletin belirli istisnai durumlar dışında keyfi olarak kişiyi öldürmemesidir. Yükümlülüğün niteliği devlet bakımından bir kaçınma olması nedeni ile negatif bir yükümlülük olarak adlandırılrsa da; devlet bu sorumluluğu yerine getirebilmek için en azından silah kullanma yetkisine sahip olan ajanlarının eğitimini sağlamak gibi pozitif bir yükümlülüğü olduğunun da gözden kaçırılmaması gerekmektedir.

Biz bu başlık altında ise sadece yalın anlamda devletin öldürmeme yükümlülüğüne ilişkin mahkeme kararlarını ele alacağız. Fakat bu içtihat içerisinde hakkın kendine özgü iki ayrı ihlal biçimi de bu başlık altında değerlendirilmeye çalışılacaktır. Bunlardan ilki, BM İnsan Hakları Komitesi kararlarında değindiğimiz “Kayıp Kişi” vakası, diğeri ise ölümle sonuçlanmasa dahi yaşam hakkını ihlal ettiği kabul edilen eylemlerdir.

3-3-1-1 Öldürme Yasağı

Sözleşmenin yaşam hakkını düzenleyen 2. maddesi, bu yükümlülüğü “yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın yerine getirilmesi dışında hiç kimse kasten öldürülemez” ifadesi ile tanımlamaktadır. Bu cümleden basit olarak çıkarabileceğimiz amaç; bireyin keyfi biçimde öldürülmesini önlemek yani kasıtlı bir biçimde devletin bireyi öldürme yasağıdır. Ancak bu açıklamada ortaya çıkan kasıt unsuru, yaşam hakkının ihlali bakımından zorunlu olmadığını belirtmemiz gerekmektedir. Kasıt unsurunun yanı sıra taksirle gerçekleştirilen adam öldürme fiilleri de hakkın ihlali anlamına gelebilmektedir ve büyük ölçüde mahkemenin bu konuya ilişkin içtihadı maddenin ikinci fıkrasında yer alan istisnai hallere ilişkindir. Bu konuyla ilgili içtihat ayrı bir başlık altında inceleneceğinden, bu aşamada sadece kasıt unsuru ile ilgili açıklamalarda bulunmaya çalışacağız.

Devletin sözkonusu yükümlülüğü yerine getirmiş olması için mutlaka resmi görevlilerin herhangi bir öldürme eylemine doğrudan katılmış olmaları gerekmemektedir. Bu kişiler dışında güvenlik güçlerine yardımcı olan sivil gönüllülerin eylemleri neticesinde meydana gelen ölümler bakımından da devletin sorumluluğu olduğunu söyleyebiliriz. sivil gönüllülerin eylemleri neticesinde devletin öldürmeme yükümlülüğünü ihlal etmesinin en önemli örneklerden birisi, *Acar & Others v Turkey* kararında tesbit edilmiştir. Başvurucuların iddialarına göre; Çalpınar Köyünden bir grup köylü, bir minibüs ve kamyon ile Midyata doğruilerken, araçları durdurulmuş ve aşağıya indirilmişlerdir. Onları bu eyleme zorlayan kişiler ise Kutlubey Köyünden olup, aynı zamanda köy korucusu olarak faaliyet göstermektedirler. Bu kişiler araçlardan indirilen köylülere ateş açmışlar ve 6 kişiyi olay yerinde öldürmüşler, 9 kişiyi de yaralamışlardır. Bu eylem nedeni ile de başvurucular devletin ilgili kişilerin yaşam haklarını ihlal ettiği iddiasını öne sürmüşlerdir.⁷⁷⁴

Mahkeme konuyla ilgili değerlendirmesine aynı eylem nedeni ile ülke yargısında görülen davaya referans vermiştir. Bu davada 8 köy korucusunun suçlu olduğuna karar vermiştir. Dolayısıyla bu kişilerin öldürme ve yaralama olaylarından

⁷⁷⁴ *Acar & Others v Turkey*; App. 36088/97, 24.05.2005, prg. 11 vd.

sorumlu oldukları Mahkemeye göre açıktır. Fakat tartışılması gereken husus, sözkonusu öldürmeler ve yaralamalar bakımından devletin bir sorumluluğunun olup olmadığı meselesinde ortaya çıkmaktadır. Zira köy korucuları aslen sivil olup, güvenlik güçlerine yardım eden unsurlardır. Daha önceki bir davaya atıfta bulunan mahkeke köy korucuları ile ilgili şu noktaların üzerinde durmuştur: Köy korucularının görev ve sorumlulukları ile resmi bir mevkiye sahip olduğu belirtilmiştir. İdari manada muhtara tabi olmaktadır ve onun denetimindedirler. Maaşları devlet tarafından karşılanmakta ve mesleki olarak jandarma komutanlığının emri altında çalışmaktadırlar. Koruculara gösterilen direniş, jandarmaya gösterilen direniş olarak kabul edilmekte ve mesleki olarak faaliyet gösterirken güvenlik güçleri ve askeri güçler ile aynı güce ve sorumluluğa sahip olmaktadır. Bu bağlamda Mahkeme, sözkonusu ölümler ve yaralanmalar bakımından devletin sorumlu olduğu kanaatine varmış ve de taraf devletin bu konu ile ilgili herhangi bir gerekçe sunmadığı belirtilerek, 2. maddenin ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır.⁷⁷⁵ Bu davanın önemi köy korucularının mahkeme nazarında resmi görevliler ile aynı statüde olduğunun tesbiti ve de bu bağlamda resmi görevli olarak kabul edilen köy korucularının somut vakada ortaya koymuş oldukları eylem ile devletin negatif yükümlülünün ihlal ediliyor olmasıdır.

Mahkemenin 2. madde bağlamında ihlal kararı vermesi için mutlaka ölüm olayının gerçekleşmesi gerekmektedir. Uygulanan kötü muamele ya da güç nedeni ile ölüm vaki olmasa bile ölüm anına çok yaklaşmış olması yaşam hakkının ihlali sonucunu doğuracağı mahkemenin vermiş olduğu çeşitli kararlarda görülmektedir. Yukarıda ele almaya çalıştığımız *Acar & Others v Turkey* kararında da bu bu anlayışın kabul edildiği görülmektedir.

Mahkeme açılan ateş sonucu yaralanan 2 kişinin durmunun 2. madde bağlamında değerlendirilmesi meselesini tartışırken şu hususların üzerinde durmuştur: Başvuruculara olay sırasında kullanılan gücün öldürücü olmadığını tesbit eden mahkeme, devlet görevlileri tarafından gerçekleştirilen ve de ölümle sonuçlanmayan kötü muamelenin sadece istisnai hallerde 2. madde kapsamında değerlendirilebileceğini bunun dışında sözkonusu eylemlerin işkence yasağını

⁷⁷⁵ *Acar & Others v Turkey*; prg. 82, 83, 86.

düzenleyen 3. madde bağlamında ele alınması gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme bu değerlendirmeyi yaparken, kullanılan gücün derecesi, türü ve güç kullanımının ardında yatan amacı ele almaktadır. Mahkeme iki başvurunun 8 kişinin ölümüne neden olan bir güç kullanımını sonucunda yaralandıklarını tesbit etmiştir. Dolayısıyla sadece yaralanmış olsalar dahi kullanılan gücün türü ve derecesi gözönüne alındığında bu kişilerin hayatlarını tehlikeye atan bir muameleye tabi oldukları sonucuna varılmaktadır. Başka bir ifade ile bu kişilerin başvuruları 2. madde kapsamında değerlendirilebilir.⁷⁷⁶

Ölüm vakası gerçekleşmemiş olmasına karşın, kullanılan şiddetin niteliğini nedeni ile 2. maddenin ihlal edildiği kararına varılan bir diğer başvuru ise; *Makaratzis v Greece*'dir. Bu davaya konu olan olayda başvuru aracıyla giderken kırmızı ışığa uymamış ve polisler de bu hareketten sonra kendisini durdurmaya çalışmıştır. Fakat başvuru durmayarak yoluna devam etmiş ve bu sırada pek çok polis arabasına ve motorsikletli polise çarpmıştır. Bunun yanında takip esnasında 2 sivilinde yaralanmasına sebep olan başvuru yol üzerine barikat yapan polislerin üzerine aracı sürmüş ve de polisler başvurucuya ateş açmıştır. Nihayetinde başvuru bir akaryatık istasyonunda durmuş fakat aracından inmemiştir. Polisler ateş etmeye devam etmiş ancak başvurunun aksine Yunan hükümeti ateşin havaya yapıldığını zira doğrudan kişiye yapılmış olsa akaryatık istasyonu olması nedeni ile büyük bir tehlikenin sözkonusu olacağını ifade etmiştir. Çeşitli yaralar alan başvuru sonuç olarak yakalanmış ve hastaneye kaldırılmıştır.⁷⁷⁷

Mahkeme yapmış olduğu değerlendirmede, araç üzerinde en az 16 kurşun izi olduğunu belirten mahkeme başvurunun da dört yerinden yaralandığını belirtmiştir. Bu aşamada polislerin kasten öldürmeye niyetlerinin olup olmasının bir önemi olmadığına dikkat çeken mahkeme başvurunun hayatının sözkonusu eylemler nedeni ile ciddi tehlike altına girdiğini ve bu eylemin başvurunun ölümü ile sonuçlanmasa bile yaşam hakkının ihlali anlamına geldiği sonucuna varmıştır.⁷⁷⁸

⁷⁷⁶ *Acar & Others v Turkey*; prg. 77-79.

⁷⁷⁷ *Makaratzis v Greece*; App.50385/99, 21.12.2004, prg. 11, 12.

⁷⁷⁸ *Makaratzis v Greece*; prg. 71, 72.

3-3-1-2 Kayıp Kişiler Sorunu

Kayıp kişiler sorunu, devlete yüklenen negatif yükümlülük olan öldürme yasağının kendine özgü bir ihlal biçimi olarak algılandığını BM İnsan Hakları Komitesi'nin konuyla ilgili kararlarını incelerken dile getirmiştik. Hatırlanacağı üzere BM İnsan Hakları Komitesi kararlarında da önemle üzerinde durulan bu sorun, büyük ölçüde kaybolan kişinin yaşamının sona erdiği ya da tehlike altında olduğunun bir göstergesi olarak kabul edilmektedir. Ancak konuyla ilgili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ilk kararı olan Kurt v Turkey'de, kaybolan kişinin ölmüş sayılacağı argümanı kabul edilmeyerek yaşam hakkının değil kişi güvenliği hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

Kurt v Turkey davasında başvurucu; oğlunun güvenlik güçleri tarafından alıkonulduğunu ve bu olayın ardından dörtbuçuk yıl geçmesine karşın kendisinin haber alınamadığını ileri sürmüştür ve oğlunun ölmüş olacağı varsayımından hareketle yaşam hakkının ihlal edildiği iddiasını ortaya koymuştur. Komisyon ve mahkemeye kaybolan Üzeyir Kurt'un PKK'ya katıldığına ilişkin hükümet cevabını yeterli bulmayarak başvuranın Üzeyir Kurt'un güvenlik güçleri tarafından gözaltına alındığını kabul etmiştir. Fakat, aradan dörtbuçuk yıl geçmesine karşın, başvurusunun oğlunun makul şüphelerin ötesinde köyde tutuklu iken ya da daha sonraki bir aşamada yetkililer tarafından öldürüldüğü sonucuna varmaya yol açacak somut kanıtların olmadığından hareketle 2. maddenin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. Bu nedenle de 2. madde bağlamında değil ama 5. madde bağlamında bir ihlalin varlığı dile getirilmiştir.⁷⁷⁹

Kurt kararı ile mahkeme, cesedin bulunamadığı durumlar bakımından kaybolma vakalarında yaşam hakkının ihlalini inceleyebilmek için ispat yükümlülüğünü bir anlamda iddia sahibine getirmiş ve yetkililer tarafından kaybolan kişinin öldürüldüğüne dair makul şüphenin ötesine geçecek nitelikte kanıtların varlığını aramıştır. Fakat mahkeme bu yaklaşımını daha sonra ele alacağı benzer kaybolma vakalarını incelerken muhafaza etmemiştir.

⁷⁷⁹ Kurt v Turkey; Apl. 24276/94, 25.05.1998, prg. 107-109.

2000 tarihli Taş v Turkey kararı bu anlayışa örnek olarak gösterilebilir. Bu davada başvuru; oğlunun Cizre’de güvenlik güçleri tarafından tutuklandıktan sonra kaybolduğunu iddia etmiştir. Bu bağlamda diğer maddelerin yanında sözleşmenin yaşam hakkını düzenleyen 2. maddesinin de ihlal ettiği savı ileri sürülmüştür. Hükümet, ilgili kişinin bir çatışma esnasında yaralı bir şekilde ele geçirildiğini kabul etmiş fakat daha sonra PKK’nın konuşlandığı yerleri göstermek üzere katılmış olduğu bir operasyon sırasında kaçtığını ileri sürmüştür. Komisyonun yapmış olduğu incelemede kişinin gözaltına alınmasına ilişkin olarak sadece Şırnak Askeri polikliniğinin kayıtlarına rastlanmıştır. Dolayısıyla sorgulamaya ya da hastane sonrası kişinin nerede tutulduğuna dair bir bilgi sözkonusu değildir. Bunun yanı sıra, kişinin PKK’nın konuşlandığı yerleri göstereceği sözüntü verdiğine dair ne sözlü ne de yazılı bir delile ulaşamamıştır. Ayrıca kaçma olayının tutanağını imzalayan resmi görevlilerin de kimlikleri tesbit edilememiştir. Komisyon yapmış olduğu değerlendirmede, devletin öne sürdüğü argümanı gerçekçi bulmamış ve Mahkeme de kararını komisyonun vermiş olduğu rapora göre şekillendirmiştir. Mahkeme bir kişinin sağlıklı olarak gözaltına alındığı ve daha sonra serbest bırakıldığında vücudunda bir takım darp izleri varsa, ilgili devletin bu izlerin nedenini açıklamak zorunda olduğunu belirtmiştir. Yetkililerin gözaltındaki bir kimseye uygulanan muamele bilgi verme sorumluluğu, sözkonusu kimse ölmüşse daha kuvvetlidir. Yetkililerin cesedin bulunmadığı bir ortamda yeterli bir açıklama sunmamasının, 2. madde bağlamında bazı problemler ortaya çıkarıp çıkarmayacağı dava şartlarına ve de özellikle sözkonusu kimsenin gözaltıda öldüğü varmak için yeterli somut kanıtların varlığına bağlıdır.⁷⁸⁰

Mahkemeye göre bu bağlamda sözkonusu kimse gözaltına alındıktan sonra geçen zamanın uzunluğu önemli bir faktördür. Haber alınmadan geçen süre ne kadar uzunsa bir kimsenin ölmüş olma olasılığı artmaktadır. Dolayısıyla, uzun bir sürenin geçmesi, ilgili kimsenin öldüğü sonucuna varmadan önce, ölüm ile ilgili kanıtlara verilmesi gereken önemi belli bir ölçüde etkiler. Sözleşmenin 5. maddesini ihlal edecek surette gözaltına alınmayı aşan konular ortaya çıkabilir. Bu yorum

⁷⁸⁰ Tas v Turkey; App. 24396/94, 14.11.2000,prg. 63.

sözleşmenin 2. maddesi aracılığı ile yaşam hakkının etkili bir şekilde güvence altına alınması ile uyum içindedir.⁷⁸¹

Mahkeme kişinin nerede gözaltına alındığına dair belge olmamasından ve hükümetin Muhsin Taş'ın akibeti hakkında yeterli ve makul bir açıklama sunmamasından kuvvetli sonuçlar çıkarmıştır. Güneydoğu Anadolu'daki o tarihteki durumu da gözönüne alan Mahkeme, bir kimsenin bu şekilde gözaltına alınmasının hayati tehlike içerdiği sonucuna varmıştır. Ve nihayetinde kişinin güvenlik güçlerince gözaltına alındıktan sonra öldüğünü tesbit etmiş ve yetkililerin gözaltında Muhsin Taş'ın başına gelenler konusunda bilgi vermemesi ve görevlilerin silah kullanma konusunda haklı bir sebep göstermemeleri nedeni ile devleti ölüm olayından sorumlu tutmuştur.⁷⁸²

Görüldüğü üzere mahkeme geçmişteki içtihadından ayrılarak, kişinin öldüğüne ilişkin şüpheye yer bırakmayacak şekilde kanıtlanması gerektiği yönündeki savının dışına çıkmış ve de özellikle süre unsurunu ön plana çıkararak kendine özgü bir ölüm karinesi yaratmıştır. Bunun neticesinde de, ceset bulunmamasına karşın büyük ölçüde süreye dayalı bu karine vasıtası ile de yaşam hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Mahkemenin bu yaklaşımı benzer pekçok kararda kendisini göstermektedir. Cesedin bulunamadığı kayıp vakalarında eğer kaybolan kişi en son sağ olarak güvenlik güçlerinin elinde olduğu zaman görülmüşse ya da resmi olarak güvenlik güçleri tarafından gözaltına alınmışsa, mahkeme devletten bu kişilerin akibeti hakkında geçerli kanıtlara dayanan açıklama beklemektedir. Başka bir ifade ile taraf devlete ispat yükümlülüğü getirilmektedir. Eğer gerekli açıklamalar tatmin edici bir biçimde ortaya konulamaz ise mahkeme yukarıdaki gibi kaybolan kişinin devletin kontrolü altındayken öldüğü sonucuna varılmaktadır.⁷⁸³

Sözleşmenin 2. maddesi çerçevesinde kayıp vakaları bakımından mahkemenin içtihadına konu olan bir diğer ülke ise Rusya'dır. Özellikle Çeçen bölgesinde

⁷⁸¹ Tas v Turkey; prg. 64.

⁷⁸² Tas v Turkey; prg. 66, 67.

⁷⁸³ Ayrıca bkz. Alikhadzhiyeva v Russia; App. 68007/01, 05.07.2007, prg. 57-63, Basayeva v Russia; App. 74237/01, 05.04.2007; prg. 116, Ertak v Turkey; App. 20764/92, 09.05.2000, prg. 131-133, Timurtas v Turkey; App. 23531/94, 13.06.2000, prg. 81-86.

meydana kaybolma vakaları bakımından Rusya'nın mahkum edildiği bir seri karar göze çarpmaktadır. Bu kararlardan Bozorkina v Russia kararı en çok bilinen kararlardan bir tanesidir. Davaya konu olan olayda; başvuru Moskova'da eğitim gören oğlunun, bu eğitimi yarıda bırakarak babasını bulmak için Grozny'e gittiğini ve daha sonra kendisinden bir daha haber alınamadığını belirtmiştir. Oğlunun Grozny'e gitmesinden sonra Rus birliklerinin şehre girdiği ve ciddi çatışmaların olduğunun altını çizen başvuru 2 Şubat 2000 tarihinde bir televizyon kanalında oğlunu Rus askerleri tarafından alıkonulduğunu gördüğünü ve çekimin tam kopyasını daha sonra elde etmediğini belirtmiştir. Videoda oğlu ile birlikte birçok gözaltına alınan insan görülmektedir fakat, bir subay ile oğlu arasında geçen konuşma ekrana yansımıştır. Bu konuşmanın sonunda subay emrindeki askerlere başvuru oğlunu alıp götürmelerini ve işini bitirmelerini ve de vurmalarını emretmiştir. Çekimde daha sonra askerlerin başvuru oğlunu götürdükleri görülmekte ama daha sonrası görülmemektedir.⁷⁸⁴

Rusya hükümeti ise ilgili kişinin yasadışı bir silahlı örgüte üye olduğunu ileri sürmüş ve gözaltına alındığını reddetmemiştir. Fakat devlet ajanları tarafından öldürüldüğü iddiasını kabul etmemiştir. Subayın vermiş olduğu emrin yerine getirilmediğini ve askerlerin kişiyi birkaç metre öteye götürüp beklettikten sonra denetim noktasına getirildiğini birkaç şahit göstererek ispat etmeye çalışmıştır. Ayrıca o tarihten sonra Çeçenya'da kayıp olduğu iddia edilen kişinin görüldüğüne dair şahit ifadeleri de sunulmuştur.⁷⁸⁵

Mahkeme yapmış olduğu değerlendirmede; kayıp kişinin ölü olarak sayılabilmesi için önemli nedenlerin olduğuna işaret etmiştir. Buna göre hükümetin de reddetmediği gibi başvuru oğlunu bir anti terör operasyonu sırasında gözaltına alınmıştır. Bunun ötesinde televizyon görüntüleri ve şahitlerin ifadelerinden anlaşıldığı üzere kayıp kişinin öldürülmesi için bir subay tarafından emir verilmiştir. Bu durum en azından kişinin hayatının o aşamada tehlikede olduğunu gösterir bir kanıt olarak değerlendirilmiştir. Ayrıca her ne kadar hükümet o vakadan sonra kayıp kişinin bir takım insanlar tarafında görüldüğünü ileri sürse de, başvuru oğlunun ne arkadaşları ne de ailesi ile irtibata geçmediğini ve de ondan herhangi bir haber

⁷⁸⁴ Bozorkina v Russia; App. 69481/01, 27.02.2006, prg. 10-18.

⁷⁸⁵ Bozorkina v Russia; prg. 100-102.

alınmadığına dikkat çekmiştir. Rus hükümetinin bu anlamda öne sürdüğü delilleri de zayıf bulmuştur. Gözaltına alınan kişilerin resmi kayıtlarında kayıp kişinin adının yeralmadığını belirten mahkeme; Rus hükümetinin gözaltı sonrasında başvuruçunun oğlunun akıbeti hakkında tatmin edici bir açıklama yapamadığına karar vermiştir. Bu nedenle de 6 yıldır kendisinden haber alınamayan kişinin ölü olarak kabul edildiğine ve de devletin yaşam hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir.⁷⁸⁶

Bozorkina davasında, kaybolma vakalarının yaşam hakkı çerçevesinde ele alındığı diğer kararlarda olduğu gibi devletin usuli yükümlülüklerini yerine getirip getirmediği de denetlenmiştir. Dolayısıyla hem maddi hem de şekli anlamda yaşam hakkının ihlal edilip edilmediği bu karar içerisinde incelenmiştir. Bu noktada devletin usuli yükümlülükleri ile kastedilen şey çok kaba tarifile, sözkonusu vakanın aydınlatılabilmesi için taraf devletin gerekli ve yeterli bir soruşturma yürütmesi ve eğer varsa sorumluların hukuki yaptırıma tabi tutulması için etkin bir yargısal sistemin işletilmesidir. Devletin usuli yükümlülükleri bahsi daha aşağıda ayrıntılı bir biçimde ele alınacağı için bu noktada yapmış olduğumuz kısa açıklama ile yetinerek, Bozorkina kararının usuli yükümlülükler bakımından mahkemenin yapmış olduğu değerlendirmeyi sunmaya çalışacağız.

Mahkemenin ilk olarak üzerinde durmuş olduğu husus; başvuruçunun çok daha erken bir dönemde yetkili makamları konu ile bilgilendirmiş olmasına karşın ifadesinin kaybolma vakasından sonra yaklaşık 1 yıl 5 ay sonra alınmış olmasıdır. Bunun yanında diğer tanık ifadelerinin alınması ancak soruşturmanın 5. yılında tamamlanabilmiştir. İfadeler bakımından daha da önemli olan unsur; televizyon görüntülerinde başvuruçunun oğlu için ölüm emri veren subayın ifadesi ise olaydan 4 yıl sonra alınabilmiş olmasıdır. Olayla ilgili resmi görevlilerin tamamının tesbit edilememesi ve 2000 yılı şubat ayında bulunan bir grup ceset için konu ile ilgili araştırmanın yürütülmemesi ve de soruşturmanın sadece başvuruçunun oğlunun kaçması üzerine yoğunlaşması dile getirilen diğer soruşturma kusurları olarak ifade edilmiştir. Ve nihayetinde, başvuruçunun sözkonusu soruşturmaya yeterli bir

⁷⁸⁶ Bozorkina v Russia; prg. 108-110.

biçimde dahil edilmediği de dile getirilmiş ve yaşam hakkının maddi ihlalinin yanında usuli anlamda da ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.⁷⁸⁷

Mahkemenin içtihadında aşağıda daha detaylı bir şekilde göreceğimiz üzere devletin yaşam hakkı bakımından üstlendiği usuli yükümlülükleri yerine getirmemesi, maddi bağlamda bir ihlal tesbit edilemese bile yaşam hakkının ihlali sonucunu ortaya çıkarabilmektedir. Nitekim mahkemenin içtihadında kayıp vakalarının ele alındığı başvuruların bir kısmında, sadece devlet usuli yükümlülükleri yerine getirmediği için mahkum edilmiştir.⁷⁸⁸

3-3-2 Devletin Pozitif Yükümlülükleri

AİHM yaşam hakkının hayata geçirilebilmesi için sadece devletin keyfi öldürme eylemlerinden kaçınması yani negatif yükümlülüğünü yerine getirmesini yeterli bulmayıp aynı zamanda insan yaşamının korunması konusunda da gerekli adımları atmasını 2. maddenin devlete yüklediği bir sorumluluk olarak kabul etmektedir. Bu bağlamda klasik ayırma göre negatif statü haklarından sayılan Yaşam hakkının aslında karma bir niteliğe sahip olduğu; başka bir ifade ile devletin hakkın gerçekleştirilmesi hususunda bir takım pozitif yükümlülükleri olduğunun ifadesidir. Bize göre negatif statüde sayılan tüm insan hakları bakımından geçerli olan bu karma niteliğin uygulama bakımından kabul edilmesi mahkeme kararları ile gerçekleşmiştir.

Bununla birlikte, içtihadın devlete yüklemiş olduğu pozitif yükümlülük konusuna ihtiyatlı yaklaşmakta fayda olduğu düşüncesindeyiz. Zira kabul edilen klasik sınıflandırmaya göre bir hakkın pozitif nitelikteki haklar kategorisine büyük ölçüde sosyal haklar girmektedir. Dolayısıyla devletin yaşam hakkı konusundaki pozitif yükümlülüğünden bahsettiğimizde, sosyal haklar listesi içerisinde yer alan ve fiiliyatta doğrudan insan yaşamını tehdit eden kimi unsurları ortadan kaldırmayı hedefleyen haklar ile yaşam hakkı arasında kolaylıkla bağlantı kurulabilir. Örneğin

⁷⁸⁷ Bozorkina v Russia; prg. 120-125. Ayrıca bkz. Akdeniz & Others v Turkey, App. 23954/94, 31.05.2001, Çiçek v Turkey; App. 25704/94, 27.02.2001, Orhan v Turkey; App. 25656/94, 18.06.2002.

⁷⁸⁸ Bkz. Erkek v Turkey; App. 28637/95, 13.07.2004, Buldan v Turkey; App. 28298/95, 20.04.2004, Biskin v Turkey; App. 45403/99, 10.01.2006, Selim Yıldırım & Others v Turkey; 56154/00, 19.10.2006, Kaya & Others v Turkey; App. 4451/02; 24.10.2006, E.O. v Turkey; App. 38449/95, 20.05.1997.

sağlık hakkı, çevre hakkı, beslenme hakkı ve barınma hakkı gibi. Dikkat edilecek olursa yukarıda örnek olarak verdiğimiz hakların hayata geçmemesi, bireyin yaşamının tehlikeye girmesi anlamına gelmektedir ve AİHM devlete kişi yaşamını korumak için gerekli adımların atılmasını yaşam hakkı bağlamında bir yükümlülük olarak kabul etmektedir. O halde, devletin yaşam hakkını gerçekleştirebilmek için söskonusu sosyal hakları öncelikle gerçekleştirmesi gerektiği fikri kaçınılmaz olarak gündeme gelecektir. Fakat Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde şekillenen koruma sisteminin henüz yaşam hakkı bağlamında kabul edilen devletin pozitif yükümlülüğünü bu ölçüde geniş yorumlamadığını görmekteyiz.

Örneğin Komisyon'un verdiği bir kararda konu doğuştan özürlü olan bir çocuğun hastanede ücretsiz bakımı ele alınmıştır. Bu kararda komisyon, devletin pozitif ya da negatif yükümlülüğüne ilişkin bir değerlendirme yapmaksızın sadece somut vakanın açıkça dayanaktan yoksun olduğunu söyleyerek reddetmiştir. Bir başka kararında ise; 2. maddenin, taraf devletin ülkedeki herkese fiziki mevcudiyetini sürdürme koşullarını sağlamak, hayatın devamı için gerekli önlemleri almak gibi genel ve kapsamlı bir anlam taşımadığını; sağlıklı çevre sağlamak her ne kadar her ne kadar devletin başta gelen ödevlerinden sayılsa da 2. madde ile güdülen amacın çok daha sınırlı olduğunu belirtmiştir. 2. madde ile güdülen temel amacın bireyin keyfi surette öldürülmesini önlemekten ibaret olduğu ifade edilmiştir.⁷⁸⁹

Elbette komisyonun bu yorumu yaşam hakkına verilen klasik sınırlı anlamı ortaya koymaktadır ve güncelliğini kaybettiğini mahkeme kararları gözönüne alındığında görülmektedir. Zira en azından yaşam hakkı ile güdülen amaç artık sadece keyfi öldürmelerin önlemesi değil aynı zamanda kusura dayalı ölümlerin de önüne geçilmedir. Fakat yaşam hakkının sosyal haklardan kopuk şekilde yorumla yaklaşımının bugün geçerli olmadığını söylemek de mümkün değildir. Gerçi Öneriyıldız v Turkey kararı ile çevresel riskler açısından devletin yaşam hakkı bağlamında sorumluluğu kabul edilmiştir ancak hakkın sosyal hakları kapsayacak şekilde yorumlandığına ilişkin bir örnek sözkonusu değildir. Nitekim Avrupa Konseyi Parlamenterler Asamblesi'nin, Avrupa Sosyal Şartı'nın bazı hükümlerinin

⁷⁸⁹ Ş. GÖZÜBÜYÜK-F. GÖLCÜKLÜ; sf. 156.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yargı yetkisi içerisine alınmasına ilişkin almış olduğu tavsiye kararı, Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilmemiştir.⁷⁹⁰

Kısaca özetleyecek olursak, devletin yaşam hakkı bağlamında sahip olduğu pozitif yükümlülük, kişinin keyfi ya da taksirle öldürülmesini önlemeyi hedef alan bir anlayışın ürünüdür. Dolayısıyla yaşam hakkı ile bağlantı kurulabilecek sosyal hakların subjektif bir hak olma niteliği, devletin pozitif yükümlülüğünün kapsamı dışında kalmaktadır.

Devletin sahip olduğu pozitif yükümlülükler nitelik itibariyle iki ana başlık altında toplanabilir. Bunlardan ilki maddi yükümlülükler yani devletin bireyi olası bir hak ihlalden korumak adına yapması gereken yükümlülüklerdir. Diğeri ise daha çok hak ihlallerinin ardından sözkonusu olayın aydınlatılması ve sorumluların hukuki yaptırıma tabi tutulması için devletin hayata geçirmesi gereken usuli yükümlülüklerdir.

3-3-2-1 Maddi Yükümlülükler

Maddi yükümlülükler başlığı altında iki ana konu ele alınacaktır. Bunlardan ilki devletin somut tehlikelerden bireyi ya da bireyleri korumaya yönelik yapması gereken pozitif eylemlerdir. Diğeri ise yaşam hakkını ihlal niteliği taşıyabilecek olan eylemlerin pozitif hukuk metinlerinde caydırıcı hukuki yaptırıma bağlanması yükümlülüğü olan kanuni düzenleme yapma mükellefiyetidir.

3-3-2-1-1 Somut Tehlikelerden Kişinin Korunması

Devletin kendi yargı alanı içerisindeki kişilerin yaşamlarını korumak için atması yerine getirmesi gereken bir diğer yükümlülük ise, resmi ya da sivil kişilerin bireylerin yaşamlarını gerçekten tehlikeye sokacak eylemlerinden korumaktır. Elbette bu korumanın bir yükümlülük olarak ortaya çıkabilmesi için, devletin gerçekten böyle bir riskin varlığından haberdar olduğu ya da olması gerektiğinin ortaya konması gerekmektedir. Korumanın mahiyeti ise her somut vakaya göre belirlenebilecek bir unsurdur. Kimi zaman sadece haber verme bir yükümlülük

⁷⁹⁰ N. ÇAVUŞOĞLU; "Sosyal Hakların Gerçekleştirilmesi", Yoksulluk, Şiddet ve İnsan Hakları, TODAİE, Mayıs, 2002, dpt. 36. Ayrıca bkz. <http://www.humanrights.coe.int/Bulletin/eng/ib53e.pdf>.

olarak ortaya çıkarken kimi zaman bizzat güvenlik güçlerinin bireyi yakın koruma altına alması gerekebilmektedir. Çalışmamızın bu aşamasında, devletin sözkonusu yükümlülüğünü resmi görevlilerden ve sivil kişilerden gelebilecek olan tehlikeler bakımından ayrı ayrı ele alacağız.

3-3-2-1-1-1 Devletin Sorumluluk Alanında Oluşan Tehlikelerden Koruma

Bu konu bağlamında yapılan ilginç başvurulardan birisi L.C.B v United Kingdom'dır. Başvuruda bulunan kişi 1957-1958 yılları arasında nükleer testlerin yapıldığı Christmas adasında çalışan ve radyasyona maruz kalan bir kişinin kızıdır. Başvurusu 1966 yılında dünyaya gelmiş ve 4 yaşındayken lösemiye yakalanmıştır. 6 yıl kemoterapi görmüştür. Başurucu, taşıdığı hastalığın nedeni olarak babasının nükleer denemelerin yapıldığı Christmas adasında çalışması olduğunu ileri sürmüştü ve İngiliz hükümetinin ailesini bu konuda uyarmaması nedeni ile onun yaşam hakkını ihlal ettiği savını ortaya koymuştur.⁷⁹¹

Komisyon, bu başvuruda 2. maddenin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. Çünkü hastalık ile başvurunun babasının maruz kaldığı radyasyon arasında bir bağın olduğuna dair herhangi bir kanıtın olmadığı sonucuna varmıştır. Fakat komisyon kararında ayrıca;eğer İngiliz Hükümeti babasının durumu nedeni ile başvurunun hayatının tehlikede olacağı bilgisine sahip olsaydı ve bu durumda hükümetin bilgilendirme konusunda yükümlü olduğu tartışılabilirdi.⁷⁹² Dolayısıyla komisyon gerek red nedeni olarak öne sürdüğü gerekçenin tersden okunması ile gerekse yukarıdaki ifadesi ile buna benzer durumlarda kişinin korunması için devletin bilgi vermesinin bir yükümlülük olarak kabul edilebileceğini yorumuna imkan vermektedir.

Devletin sorumluluk alanına giren bir diğer mesele ise insan yaşamını tehdit eden çevresel riskler karşısında bireylerin korunmasıdır. Mahkemin bu konuda 2. maddenin ihlal edildiği kararına vardığı tek bir başvuru sözkonusudur; Öneriyıldız v Turkey. Bir çöplükte metan gazı birikmesi neticesinde meydana gelen patlama sonucunda, çöplüğün yakınında oturan 12 kişilik bir ailenin 9 üyesinin hayatlarını kaybetmesi ele alınmıştır. Mahkeme başvuruya ilişkin değerlendirmesinde, yetkili

⁷⁹¹ L.C.B v United Kingdom; App. 23413/94, 19.06.2001, prg. 43, 47.

⁷⁹² L.C.B v United Kingdom; prg. 51-70.

makamların böyle bir vakanın meydana gelme riski konusunda bilgilerinin olduğunu ya da en azından olması gerektiği saptamasını yapmıştır. Ancak bu bilgiye karşın çöplük çevresinde oturan kişilerin yaşamlarını tehdit eden bu riski ortadan kaldırmaya yönelik herhangi bir eylem yapmadığını belirterek; yaşam hakkının devlete, kişilerin yaşamlarını korumak bakımından gerekli tedbirleri alma yükümlülüğünden hareketle resmi makamların bu sorumluluğun gereğini yerine getirmemesi nedeni ile 2. maddenin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.⁷⁹³

Mahkemenin yaşamı tehdit eden çevresel riskler bağlamında devletin sözleşmeden kaynaklanan sorumluluğunu yerine getirmediğine ilişkin 1998 tarihinde vermiş olduğu *Guvarro v Italy* kararında, sözleşmenin 8. maddesinin ihlal edildiğini hükmederken, ayrıca 2. maddenin ele alınmamasına karar vermiştir. Dolayısıyla *Öneryıldız v Turkey* kararı bu bağlamda bir ilki temsil etmesi bakımından önemli olduğunu söylememiz gerekmektedir.

Devlet kaynaklı tehlikenin en belirgin ve de mahkemenin üzerinde önemle durduğu bir diğer biçimi ise; devletin kontrolü altında olan alanlardaki kişilerin yaşam haklarının ihlal edilme ihtimalidir. Başta cezaevleri olmak üzere kişilerin kendi iradeleri dışında alıkonulduğu alanlarda, devletin kişiyi koruma yükümlülüğü daha da önem kazanmaktadır. Zira bu alan içerisinde bulundurulmuş kişiler etraflarını kontrol ve kendi savunabilme şansına sahip olmadıklarından, bu kişilerin haklarının daha kolay ihlal edilebileceği düşünülmektedir. Nitekim mahkemenin konuyla ilgili içtihadında bu yaklaşımın kabul edildiği görülmektedir.

2006 yılında karara bağlanan *Huyly v Turkey* kararı, devletin bu konuda sorumluluğunu yerine getirmediğinin bir örneğini oluşturmaktadır. Başvurucunun oğlu Engin Huyly, silahlı bir örgüte üye olmak suçuyla itham edilmiş ve tutuklanarak Çankırı Cezaevine konulmuştur. 1998 yılından itibaren şiddetli başağrıları çekmeye başlayan Engin Huyly'ya cezaevi doktoru tarafından migren teşhisi konulmuştur. Başvuranın iddiasına göre oğlu bir müddet sonra kendi başına hayatını devam ettiremeyecek hale gelmiştir. Örneğin yataktan çıkmak ve ayakta durabilmek için diğer mahkumların yardımını almak zorunda kalmış, yemek yiyememiş ve aralıklarla şuuru kapanmıştır. 5 Şubat 1999 günü gece 23:00 sıralarında ağırlaşmış ve bilincini

⁷⁹³ *Öneryıldız v Turkey*; App. 48939/99, 30.11.2004, prg. 97-110.

kaybetmiştir. Devlet Hastanesine gönderilen Engin Huylu'ya ağrı kesici ilaçlar verilmiş ve saat 01:00'e doğru tekrar cezaevine yollanmıştır. Ertesi gün, devlet hastanesi tutukluyu Ankara Hastanesi'ne sevk etmiş fakat kişi yolda yaşamını yitirmiştir.⁷⁹⁴

Mahkeme yapmış olduğu değerlendirmede; tutuklu şahısların yaşamını koruma zorunluluğunun aynı zamanda tıbbi tedaviye özen gösterilmesini ve hayatlarının sona ermesini engellemeyi de bir yükümlülük olarak içerdiğini belirtmiştir. Özel tedaviye ihtiyaç duyan hasta tutuklularının tedavilerinin cezaevinde yapılamaması durumunda uzmanlaşmış kurumlara ya da devlet hastanelerine sevkleri gerekmektedir. Lüzumu halinde bir sağlık personeli ya da hasta bakıcının hastaneye sevk sırasında hastaya eşlik etmesi de uygun bir davranış olacaktır. Somut vakada, tutuklunun hastaneye sevk edildiğini belirten mahkeme, uzman doktorlarca sağlık durumu bozulan bu hastanın muayene edilmediğine dikkat çekmiştir. Uygulanan tedavinin ağrı kesicilerin verilmesinden ibaret olduğu fakat tutuklunun durumu kötüleşme eğilimi sergilemesine karşın başka bir tahlil ya da tetkikte bulunulmadığı mahkemece belirlenmiştir. Bunun yanında hastanın durumunun cezaevi yönetimi tarafından bilindiği ya da bilinmesi gerektiği ifade edilirken, cezaevi yönetiminin hastaya uygun tıbbi tedavi sağlama yükümlülüğünü yerine getirmediğine karar vererek 2. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.⁷⁹⁵

Devletin kendi kontrolü altındaki kişilerin yaşamlarını koruma konusundaki sorumluluğu sadece cezaevinde bulunan hükümlüler ya da tutuklularla sınırlı değildir. Örneğin bu sorumluluk 2006 tarihli kararda, askerlik görevini yapan kişi bakımından ortaya çıkmıştır. Ataman v Turkey kararında, askerlik görevini yapmakta olan bir kişinin intihar sonucu ölümü nedeni ile taraf devlet mahkum edilmiştir. Mahkeme bu kararında kendilerine silah verilen askerlerin gözetlenmesi ve bu kişilerin intihar etmelerinin önlenmesi konusundaki görevleri çerçevesinde, bir askerın yaşam hakkını koruma zorunluluğunu ihmal ettikleri iddiası karşısında, sözkonusu yetkililerin, askerın bu türden bir eylemde bulunabileceğini bildikleri ve yetkileri dahilinde, bu tehlikeyi bertaraf edebilecek tedbirleri almadıkları hususunda

⁷⁹⁴ Huylu v Turkey; App. 52955/99, 16.11.2006, prg. 6-34.

⁷⁹⁵ Huylu v Turkey; prg. 69-57. Benzer kararlar için bkz. Tarariyeva v Russia; App. 4353/03, 14.12.2006, prg. 88-89, Kismir v Turkey; App. 27306/95, 31.05.2005, prg. 81-98.

ikna olunması gerektiği kanaatindedir. AİHM için ve 2. madde ile güvence altına alınan hak gözönüne alındığında, bir başvuranın, bilinen ya da bilinmesi gereken hayati bir tehlikenin oluşabilmesini önlemek için yetkililerin, kendilerinden makul olarak beklenen her şeyi yerine getirmediüklerini göstermesi yeterli olmaktadır. Mahkeme bu bağlamda şu vaka bakımından şu değerlendirmede bulunmuştur: mevcut davada, olay gecesi başvuranın oğlu olan ve dolu bir tüfeği bulunan Mikail Ataman'ın nöbet tuttuğunu not etmektedir. Burada ortaya çıkan soru, Mikail Ataman'ın psikolojik durumunun, özellikle de eline ölüme sebebiyet verebilecek bir silah verilerek nöbet tutması ve aktif askerlik hizmetini yapması için tehlike arz edebileceğinin, yetkili merciler tarafından bilinip bilinmemesi ya da bilinmesinin gerekip gerekmediği sorusudur. AİHM, Mikail Ataman'ın intihardan iki ay önce psikolojik rahatsızlıklar yaşadığını gözlemlemektedir. Mikail Ataman, Malatya'da inzibat tarafından kendisini kaybetmiş bir haldeyken yakalanmıştır. Malatya Askeri Hastanesi'nde Mikail Ataman'a sakinleştirici iğne yapılmıştır. Malatya'da askeri doktor, Mikail Ataman'ı Ankara'da bulunan Mevki Hastanesi'nin psikiyatri servisine sevk etmeyi uygun görmüştür. Özel bir klinikten geri çevrilmesi üzerine ilgilinin, Ankara'da bulunan Mevki Hastanesi'nde hasta kaydı yapılmıştır. Psikiyatri servisinde düzenlenen raporda, Mikail Ataman'da anksiyete sendromu teşhis edildiği belirtilmiştir. Uzmanlara göre, bu rahatsızlıkların artmış olması durumunda, Mikail Ataman'ın, birliğinin bulunduğu bölgenin askeri kurumunda tedavi görmesi ve üstlerine bilgi verilmesi gerekirdi. O halde Mikail Ataman'ın sağlık durumu, kendisine silah verilmesinin yaratabileceği riskin bertaraf edilmesi için, dikkatli bir gözetim yapılmasını gerektirmekteydi. Mikail Ataman'ın sağlık durumu dikkate alındığında, askeri makamların makul olarak kendilerinden beklenebilecek şekilde davranıp davranmadıkları sorusu ortaya çıkmaktadır. Hükümet bu konuda AİHM tarafından sorulan, Ankara'da bulunan askeri hastane tarafından düzenlenen raporun, Mikail Ataman'ın üstlerine ulaştırılıp ulaştırılmadığı sorusunu cevapsız bırakmıştır. Bununla birlikte, bu soruya verilecek cevap her ne olursa olsun AİHM iki ihtimalin bulunduğunu gözlemlemektedir. Mikail Ataman'ın üstlerine bu raporu ulaştırmamışlarsa doktorların ihmalkarlıkları ya da Mikail Ataman'ın sağlık durumundan haberdar oldukları halde Mikail Ataman'a silah teslim eden üstlerinin ihmalkarlıkları sözkonusudur. Bu nedenle, yetkililer sorumluluklarını yerine getirmemişlerdir zira yetkililer Mikail Ataman'ın silah taşımasına bile engel olabilecek türden psikolojik bir durum içerisinde bulunduğu gerçeğini gerektiği gibi

algılayamamışlardır. Dolayısıyla mahkeme devletin ilgili şahsın hayatını koruma yükümlülüğünü yerine getirmediğine karar vererek 2. maddenin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.⁷⁹⁶

Mahkemenin Tanlı v Turkey kararında belirttiği ve pekçok kararında tekrarladığı üzere; bir kimse sağlıklı olarak gözaltına alınıp sağlıksız bir şekilde serbest bırakıldığında devletin bu konuyu aydınlatma yükümlülüğü vardır. Başvuruya konu olan vakada, Mahmut Tanlı güvenlik güçleri tarafından gözaltına alındıktan sonra sorguya çekilmiş ve bu sorgu esnasında hayatını kaybetmiştir. Mahmut Tanlı'nın babası oğlunun işkence yapılması nedeni ile hayatını kaybettiğini ileri sürerken hükümet, ilgili kişinin sorgulama esnasında kalp krizi geçirerek hayatını kaybettiğini ileri sürmüştür. Bu sava kanıt olarak da ölüm sonrasında yapılan otopsi sonuçlarını göstermiştir.⁷⁹⁷ Hükümet bu otopsi raporu ile gözaltına sağlıklı olarak giren kişinin neden hayatını kaybettiğini göstererek kendisinin 2. madde bağlamında yükümlülüğünü yerine getirdiğini düşünmektedir.

Bununla birlikte mahkeme hükümetin bu argümanına katılmamıştır. Mahkemeyi bu yönde yaklaşım sergilemesine neden olan veriler ilki ise; maktulün daha önce herhangi bir ciddi sağlık probleminin olmamasıdır. Kişi askerliğini de yapmış olması nedeni ile askerlik döneminde sağlık problemi ile ilgili herhangi bir kayda rastlanmamıştır. İkinci olarak yapılan otopsinin yetersizliği üzerinde durulmuştur. Zira İstanbul Adli Tıp Enstitüsü yapmış olduğu ikinci incelemede ilk otopside ulaşılan sonuçların sağlıklı olabilmesi için gerekli incelemenin yapılmadığı saptamasında bulunmuştur ve bu nedenle ilk incelemenin sonuçlarının bilimsel bir değer taşımadığı ileri sürülmüştür. Ayrıca, ölüm sebebinin belirlenmesinin haricinde işkence yapılıp yapılmadığının tesbitine yönelik testlerin de ilk otopside gerçekleştirilmediğini vurgulayan mahkeme, bu otopsi ile Mahmut Tanlı'nın doğal sebeplerle öldüğü sonucuna ulaşamayacağına karar vermiştir. Devletin gözaltında ölen Mahmut Tanlı'nın akibeti konusunda ikna edici ya da yeterli bir açıklama

⁷⁹⁶ Ataman v Turkey; Apl. 46252/99, 27.04.2006, prg. 10-29, 44-62.

⁷⁹⁷ Tanlı v Turkey; Apl. 26129/95, 10.04.2001, prg. 9-24.

yapmadığına hükmeden mahkeme, sözleşmenin 2. maddesinin sözleşmeci devlet tarafından ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.⁷⁹⁸

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihadında konuyla ilgili bir başka örnek ise; Demiray v Turkey kararında görülmektedir. Bu kararda başvuruçunun yakını jandarmaya gizli bir silah deposunu gösterirken patlayan bir bubi tuzağı nednei ile hayatını kaybetmiştir. Olayla ilgili çizilen krokide, ölen kişi patlama anında silah deposunun 1 metre yakınıdayken, 2 jandarmanın deponun 30 metre uzağında ve üçüncüsünün ise 50 metre uzaklıkta buldukları görülmektedir. Mahkeme bu durumdan yola çıkarak, devletin sözkonusu tehlikeyi öngörebilecek durumda olmasına karşın hayatını yitiren kişinin yaşamını korumak için gerekli tedbirleri almadığı kanaatine ulaşmıştır.⁷⁹⁹

Devletin kişinin yaşamını koruma bakımından sahip olduğu diğer yükümlülük ise hastanelerde gerçekleştirilen hatalı tıbbi müdahaleler konusunda ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda yapılan başvurularda hatalı tıbbi müdahale neticesinde meydana gelen ölümlerde devletin sorumluluğu olduğu argümanı ileri sürülmüştür. AIHM'nin de bu görüşü paylaştığı söylenebilir. Mahkemeye göre, hastanelerde hastaların yaşamlarının korunması için düzenleme yapma gerekliliği devletin ikinci madde bağlamında sahip olduğu yükümlülüğün bir parçasını oluşturmaktadır. Bunun yanında hastanede gerçekleşen ölüm vakalarının aydınlatılması ve de varsa sorumlularının bulunması için gerekli yargısal sistemin de kurulması da diğer önemli bir yükümlülüktür.⁸⁰⁰

3-3-2-1-1-2 Sivil Kişilerin Eylemlerinden Koruma

Sözleşmenin yaşam hakkını düzenleyen 2. maddesinden çıkarılan bir diğer yükümlülük ise, devletin kişileri sivil kişilerin yaşamı tehdit eden eylemlerinden korumasıdır. Bu yükümlülüğün asgari görünümü, hukuk düzeninin yukarıda belirttiğimiz üzere, bu tür eylemleri caydırıcı yaptırımlara bağlaması ve bu düzenlemelerin uygulanabilmesi için gerekli mekanizmanın oluşturulup

⁷⁹⁸ Tanlı v Turkey; prg. 139-147, Salman v Turkey; App. 21986/93, 27.06.2000, prg. 97-103, İkincisooy v Turkey; App. 26144/95, 15.12.2004, prg. 61-66.

⁷⁹⁹ Demiray v Turkey; App. 27308/95, 21.11.2000, prg. 38-47.

⁸⁰⁰ Erikson v Italy; App. 37900/97, 26.10.1999, sf. 6-8.

işletilmesidir. Dolayısıyla sadece hukuki düzenlemenin varlığı yeterli olmayıp bunun yanında esas olarak ilgili düzenlemenin hayata geçirilmesi de gerekmektedir.

2007 yılında karara bağlanan *Kontrova v Slovakia* başvurusu, yukarıda ifade etmeye çalıştığımız yükümlülüğün ihlaline ilişkin ilginç bir örnek olarak kabul edilebilir. Başvurucu iki çocuk annesi bir bayandır. 2 Kasım 2002 tarihinde kişi kocası tarafından elektrik kabloyla dövülmesi nedeni ile polise başvurmuş ve tıbbi bir incelemeden geçerek 7 günlük iş görmezlik raporu almıştır. Bunun yanında da kocası tarafından dövülmesinin yeni bir durum olmadığı beyanında bulunmuştur. Bu şikayetten yaklaşık 2 hafta sonra ise Bayan *Kontrova* ve eşi polis merkezine gelmiş ve şikayetin geri alınması talebinde bulunmuştur. Polis merkezindeki yetkili ise; şikayetlerini geri alabilmeleri için 7 günlük işgörmezlik raporunun 6 güne düşürülmesi gerektiğini söylemiş ve yeni bir rapor almalarını tavsiye etmiştir. Bu tavsiyeye uyan çift 21 Kasım'da 6 gün işgörmezlik raporunu polis merkezine sunmuştur. Bu raporla birlikte suçun kapsamı değişerek hafif suçlar kapsamına girmiştir. Dolayısıyla polis hafif suçlar kapsamında olan bu vaka için şikayet geri çekildiğinden ayrıca bir girişimde bulunmamıştır.⁸⁰¹

26 Kasım gecesi ise polis merkezine başvurusunun bir yakını, Bay *Kontrova*'nın bir silahla çocuklarını ve kendisini öldüreceği tehdidinde bulunduğunu ihbar etmiştir. Benzer bir ihbar başvurusu tarafından da polis merkezine bildirilmiştir. Polis olay yerine geldiğinde Bay *Kontrovayı* bulamamıştır. Bayan *Kontrova* ise anne ve babasının evine götürülerek ertesi gün polis merkezine gelmesi istenmiştir. Ancak ertesi gün bay *Kontrova* iki çocuğunu öldürmüş ve intihar etmiştir.⁸⁰²

Mahkeme somut vakada yapmış olduğu değerlendirmede, polis merkezinin aile içinde yaşanan şiddetin varlığından haberdar olduğunun altını çizerken, sözkonusu bilgiler kendilerine ulaştığında, Slokaya hukukuna göre hemen bir araştırma başlatıp olayın üzerine gitmeleri gerektiğini ifade etmiştir. Fakat bu şekilde davranmayan polis, ayrıca ilgili kişilere suçun niteliğini değiştirmek konusunda neler yapılması gerektiği konusunda vermiş olduğu tavsiyeye dikkat çekmiştir. Polisin bu tutumu

⁸⁰¹ *Kontrova v Slovakia*; App. 7510/04, 31.05.2007, prg.7-12.

⁸⁰² *Kontrova v Slovakia*; prg. 14.

Slovakya Yüksek Mahkemesi tarafından da çocukların ölümünün doğrudan sebibi olarak kabul edilmiştir. Mahkemenin de katıldığı bu yaklaşım doğrultusunda 2. maddenin ihlal edildiği kararna varılmıştır.⁸⁰³

Kılıç v Turkey kararı da kişinin yaşamını tehdit eden sivil eylemler karşısında etkin bir koruma sağlanmaması nedeni ile 2. maddenin ihlaline karar verilen bir davadır. Bu davada başvuru, Kemal Kılıç'ın çalıştığı gazeteye yapılan saldırılar ve bu gazetede çalışanların öldürüldüğü iddiası ile valilikten koruma talep ettiğini ancak bu talebin bir saldırı ya da tehdit sözkonusu olmadığı için reddedildiğini ileri sürmüştür. Bu olayın sonrasında Kemal Kılıç kimliği belirsiz kişiler tarafından öldürülmüştür. Başvuru kardeşi Kemal Kılıç'ın gerekli şekilde korunmaması nedeni ile hayatını kaybettiği ve bu nedenle taraf devletin sözleşmenin 2. maddesini ihlal ettiği savını ileri sürmüştür. Ayrıca cinayetin devlet ya da devletin bilgisi dahilinde gerçekleştiği iddiasını da dile getirmiştir.⁸⁰⁴

Mahkeme yapmış olduğu değerlendirmede başvuruçunun iddiasının aksine, sözkonusu eylemin devlet ya da devletin bilgisi dahilinde gerçekleştiğine ilişkin bir kanıt bulamamıştır. Fakat devletin koruma yükümlülüğü bakımından mesleyi ele almıştır. Mahkeme, Sözleşme'nin 2/1. Maddesinin ilk cümlesinin bir Devlete bilinçli ve yasadışı öldürmeleri önleme yükümlülüğü yanında, kişilerin yaşam hakkının hukukten korunması için uygun önlemlerin de alınmasını gerektirdiğini belirtmiştir. Mahkemeye göre, pozitif bir yükümlülüğten bahsedildiğinde otoritelerin birey veya bireylerin yaşam hakkına yönelik gerçek ve yakın bir tehlikenin varlığından haberdar olması, ve bu tehlikeden kaçınabilmek amacıyla yetkileri kapsamında önlem almaları durumunun varlığı söz konusudur.

Modern toplumların yönetilmesindeki güçlükler, öncelikler ve mevcut kaynaklar kapsamında yapılması gereken insan yönetimi ve işlemsel seçeneklerin öngörülmezliği de göz önüne alan mahkeme, pozitif yükümlülüğünün kapsamı makamlara imkansız veya ölçüsüz bir yük getirmeksizin yorumlanmayacağını ifade etmiştir. Dolayısıyla yaşam hakkına geldiği iddia edilen her tehlike sözleşmenin gerekleri anlamında yetkililer için bu tehlikenin gerçekleşmesini önleyici önlemler

⁸⁰³ Kontrova v Slovakia; prg. 53-55.

⁸⁰⁴ Kılıç v Turkey; Apl. 22492/93, 28.03.2000, prg. 8-27.

almasını gerektirmez. Pozitif bir yükümlülüğün söz konusu olabilmesi için, yetkililerin birey veya bireylerin yaşama hakkını üçüncü bir tarafın suç niteliği taşıyan fiillerden gelebilecek gerçek ve yakın tehlikenin varlığından haberdar olmalı veya olmaları gerekmekte ve yetkileri kapsamında söz konusu tehlikeden kaçınabilmeye yönelik önlemler almayı ihmal etmiş olmaları gerekmektedir. İlgili gazete çalışanlarına yapılan saldırıları gözönünde tutan mahkeme, resmi makamların böyle bir tehlikenin varlığından haberdar oldukları tesbitinde bulunmuştur.

Bu bağlamda mahkemeye göre, Kemal Kılıç'ın hukuken alması gerekli önlemlerin eksikliklerine ek olarak, saldırıya karşı da önlem alınması da gerekirdi. Hükümet saldırılara karşı etkili önlem sağlanamayacağını da belirtmiştir. Mahkeme bu tezle ikna olmamıştır. Kemal Kılıç'ın yaşama hakkına yönelik tehlikeyi asgari düzeye indirgeyebilecek ve elverişsiz sayılamayacak çok sayıda önlem alınabilirdi. Ancak bunun tersine, otoriteler herhangi bir tehlike bulunmadığını öne sürmüşlerdir. Dolayısıyla taraf devlet sözleşmenin 2. maddesini ihlal etmiştir.⁸⁰⁵

Bununla birlikte komisyonun ilk dönemlerde vermiş olduğu bazı kararlarda devletin bu tür bir koruma yükümlülüğü olmadığı kabul edilmiştir. Dolayısıyla bu noktada vereceğimiz örnek içtihadın değişimini çok net bir biçimde göstermektedir. Örneğin X v Ireland kararında İrlanda vatandaşı olan başvuru; daha önceden kendisinin IRA tarafından silahla yaralandığını ve failerin tamamının yakalanmadığını belirtmiştir. Olaydan sonra hükümetin kendisine olası bir saldırıyı engellemek için polis koruması verdiğini ama bir müddet sonra bu korumanın geri alındığını belirtmiştir. Kendisine tekrar polis koruması verilmesini isteyen başvuru, devletin bu eylemi ile 2. maddeyi ihlal ettiği iddiasını ileri sürmüştür. Komisyon yapmış olduğu değerlendirmede; 2. maddede yer alan hukuk tarafından korunur ibaresinin bu şekilde yorumlanamayacağını belirtmiş, 2. maddenin devlete en azından belli olmayan bir süre için koruma verme yükümlülüğü getirmediği görüşünü ileri sürmüştür. Netice itibarıyla komisyon 2. madde çerçevesinde devletin kişiye özel koruma verilmesi şeklinde bir pozitif yükümlülüğü olmadığına karar vermiştir.⁸⁰⁶

⁸⁰⁵ Kılıç v Turkey; prg. 62-77.

⁸⁰⁶ X v Ireland; App. 6040/73, 20.07.1973, sf. 1-4.

3-3-2-1-2 Yasal Düzenlemelerin Yapılması

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bağlamında devlete yüklenen pozitif yükümlülüklerden bir diğeri ise yaşam hakkının yasalar tarafından korunmasıdır. Bu yükümlülüğün hayata geçirilebilmesinin en önemli unsurlarından birisi de, gerek devlet ajanlarının gerekse sivil kişilerin yaşam hakkını ihlal anlamına gelecek olan eylemlerinin iç hukukta kanun dışı sayılması ve hukuki yaptırıma tabi olmasıdır. Bu kanunlar kişilerin davranışlarını düzenleyecek kesinlikte biçimlendirilmelidir.⁸⁰⁷ Bu şekilde bireylerin yaşamı ilgili hukuki normun yaptırım gücü vasıtası ile korunmuş olacaktır. Elbette sadece kuralların varlığı yeterli olmamakta fakat bunların da hayata geçmesi için gerekli mekanizmaların işletilmesi gerekmektedir. Bu mekanizmanın da en önemli unsuru vakanın şıruşturulması safhasıdır ki; bu konu aşağıda ayrı bir başlık altında ele alınacaktır.

Hangi tür eylemlerin suç olarak nitelendirileceği ise sözleşme içtihadı tarafından sınırları ve içeriği belirlenmiş bir mesele değildir. Dolayısıyla ölümlerle sonuçlanan eylemlerden hangilerinin suç olarak tanımlanacağı bir ölçüde devletlerin takdirinde olduğu söylenebilir. Örneğin 2. bölümde ele aldığımız hekim yardımı ile intihar, yardımlı intihar ve ötanazi konularında Avrupa Konseyine üye ve sözleşmeye taraf devletlerin farklı yaklaşımları olduğu görülmektedir. Hatta hatırlanacak olursa; *Pretty v United Kingdom* kararında bu soruna başvuru değinmiş olmasına karşın, mahkeme herkesi bağlayan bir hüküm vermekten kaçınmış ve konuyu irdelenmemiştir. Bunun yanında bir takım kastı olmayan adam öldürme eylemlerinin ya da spor müsabakalarında kazalar neticesinde meydana gelebilecek ölümlerin suç olarak tanımlanmaması 2. maddenin ihlali anlamına gelmeyebilir. Ancak herhalde kasten adam öldürme eylemlerinin devletin takdir yetkisi içinde olmadığı konusunda herhangi bir şüphe söz konusu değildir. Kısaca, bu konu her vakanın özelliklerine göre ayrı ayrı değerlendirilebilecek bir mesele şeklinde algılanabilir.

Bu aşamada cezaların caydırıcılığı ile çelişebilecek bir uygulama olan “af”ın yaşam hakkını bu açıdan ihlal edip etmediği tartışmalı bir konudur. Zira adam öldürme eylemine ilişkin bir af söz konusu olduğunda, bu eylemi yaptırıma bağlayan yasanın etkinliğin ve caydırıcılığının zedelenmiş olduğu söylenebilir. Bu sava

⁸⁰⁷ *Sunday Times v United Kingdom*, Apl. 6538/74; 26.04.1979, prg. 49.

dayanan bir başvuruda komisyon, kişinin yaşam hakkının korunması ve kanunların uygulanması ile devletin af ilanı şeklinde ortaya çıkan yasama menfaatini tartmış ve devlet tarafından uygun bir denge kurulduğuna karar vermiştir.⁸⁰⁸ Dolayısıyla adam öldürme suçlarına ilişkin af ilanının kendisi bizatihi yaşam hakkını ihlal etmemekte; fakat bu durum somut her vaka bakımından ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Yapılan af ilanı örneğin bu kararda olduğu gibi komisyon bakımından bir ihlal niteği taşımayabileceği gibi başka bir af ilanı hak ihlali anlamına gelebilecektir.

Huyly v Türkiye kararında ise, dikkatsizlik ve ihmali nedeniyle ölüme sebebiyet verme nedeniyle açılan ceza davalarının “23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartlı Salıvermeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun” nedeniyle ertelenmesi bir ihlal nedeni olarak görülmüştür. Mahkemenin konuyla ilgili yapmış olduğu yorum şu şekildedir: AİHM, 4616 sayılı kanunun yürürlüğe girmesi sebebiyle ulusal makamların hangi kişilerin ne kadar sorumluluğu olduğunu belirlemelerini sağlayacak bu iki ceza davası sonuca ulaşamamıştır. Oysa, bu iki ceza davasında ulusal mahkemeler esasa dair çekişmeli yargılamaya başvurmuş olsalardı, başvuranın oğlunun ölümüne yol açacak türden eksiklik ve ihmallerin yapılmış olup olmadığını belirleyebilirlerdi. AİHM, 4616 sayılı kanunun yürürlüğe girmesinin akabinde ceza mahkemesinin karar vermek için beş yıllık süreyle iki davayı da ertelemiş olmasını üzüntüyle karşılamaktadır. AİHM, taraflarca sunulan unsurları gözönünde bulundurarak, 4616 sayılı kanunun uygulamasından kaynaklanan bu ertelemenin, haklarında takibat yapılan kişilere bahşedilmiş bir nevi yasal dokunulmazlık haline geldiğini tespit etmektedir. Özetle, ceza soruşturması yararını yitirmiştir. Zira, savcılık ve başvuran tarafından açılan ceza davası, de facto her türlü etkinlikten yoksun bir başvuru haline geldiğinden amacı ortadan kalkmıştır.⁸⁰⁹

Bununla birlikte komisyonun Dujardin France kararında yapmış yapmış olduğu değerlendirmede, eğer af uygulaması suç işleyen kişilerin kovuşturulmasını önlemek için sistematik bir şekilde uygulanıyor yani genel bir uygulama alanı oluşuyorsa, bu durumda 2. maddenin ihlali ortaya çıkacağı belirtilmiştir.⁸¹⁰

⁸⁰⁸ Dujardin v France; App. 16734/90, 02.09.1991, prg. 243-244.

⁸⁰⁹ Huyly v Turkey; prg. 70-78.

⁸¹⁰ Dujardin v France; prg. 240.

3-3-2-2 Usuli Yükümlülükler

Devletin yaşam hakkını ihlal edecek eylemleri suç olarak kabul etmesi ve etkin hukuki düzenlemeler yapması yaşam hakkının gerçekleştirilmesi için yeterli görülmemektedir. Bunların yanında, ilgili hukuki düzenin hayata geçirilebilmesi için devletin usuli yükümlülükleri de yerine getirmesi gerekmektedir. Devlet ajanının ya da sivil bir kişinin eylemi nedeni ile hukuka aykırı biçimde bireyin hayatı sona erdiriliyorsa, devlete bu durumda düşen temel yükümlülük bu olayı etkili bir biçimde araştırmak ve olaya hukuku uygulamaktır. Eğer bu yükümlülük yerine getirilmez ise, hukuk dışı ve keyfi öldürmeleri yasaklayan kuralların herhangi bir anlamı kalmaktadır.

Nitekim McCann v United Kingdom kararında mahkeme; devletin 2. madde ile yüklenmiş olduğu pozitif yükümlülüğün sadece adam öldürme fiilini yasaklayan bir düzenlemenin varlığı ile sınırlı olmadığını belirtmiştir. Bu yükümlülüğün gerçekleştiğini söyleyebilmemiz için mahkemeye göre; özellikle kamu görevlilerinin kuvvet kullanması sonucu ortaya çıkan ölüm olaylarında etkili bir soruşturma ve gerektiğinde yargılamanın yapılması da gerekmektedir.⁸¹¹ Ancak hemen belirtelim ki sözkonusu yükümlülüğün kapsamı sadece kamu görevlilerinin kuvvet kullanımı sonucu meydana gelen ölümlerle sınırlı değildir.

MacCann kararında belirtilen ve günümüze kadar geliştirilek takip edilen bu ilkenin usuli anlamda ne gibi sorumluluklar getirdiğini aşağıdaki başlıklar altında incelemeye çalışacağız.

3-3-2-2-1 Devletin Soruşturma Yapma Yükümlülüğü

Bu başlık altında ele almaya çalışacağımız temel mesele; yaşam hakkının ihlal edildiği kuşkusunun var olduğu vakalar sonrasında devletin bu vakanın çözümü için gerekli adımları atma yükümlülüğüdür. Bu anlamda yapılacak olan araştırma ile ilgili vakada varsa yaşam hakkını ihlal eden bir durum bunun tesbiti ve elbette ihlalin sorumlularının belirlenmesi esas amaçtır. Bu yükümlülük soyut hukuk metinlerinde yaşam hakkını korumaya yönelmiş olan düzenlemelerin herhangi bir ihlal

⁸¹¹ MacCann & Others v United Kingdom; App. 18984/9, 27.09.1995, prg. 162.

durumunda fonksiyonlarını yerine getirebilmesi için aşılması gereken ilk aşama olarak kabul edilebilir.

Bununla birlikte mahkemenin kararlarına baktığımızda, kimi zaman devletlerin bu konuda çok da istekli olmadıkları somut vakalar bazında gerçekleştirilen araştırma girişimlerinden görülmektedir. Başka bir ifade ile görünürde bir araştırma olmasına karşın, araştırmanın niteliğine göre yapılması gereken işlem ve eylemlerin gerçekleştirilmemesi ve bu durumun devletler tarafından açıklanamaması bu konudaki gönülsüzlüğü ortaya koyan temel unsurlardır.

Agdas v Turkey kararı mahkeme tarafından devletin araştırma yapma konusundaki “gönülsüzlüğü” tesbit ve ifade edilmiştir. Bu davada başvuru; kardeşinin polis memurlarınca haksız olarak öldürüldüğü iddiasını öne sürmüştür. Mahkeme yaşam hakkının maddi anlamda ihlal edildiği sonucuna varmazken, aşağıda vereceğimiz araştırma ve soruşturmaya ilişkin eksiklikler nedeni ile usuli anlamda yaşam hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Mahkemeye göre, olayla ilgili olarak suçlanan 3 polis memuruna ilişkin iddianamenin hazırlanması ile Yargıtay polisler hakkında vermiş olduğu beraat kararı arasında 5 yıldan fazla bir süre geçmiştir. Ayrıca dava dosyasının yetki sorunu nedeni ile mahkemeler arasında dolaşmasına bağlı olarak toplam süre 6 yılı aşmıştır. İkinci olarak sanık polis memurları davanın başında ifade vermek için çağrılmış olmalarına karşın; biri 4 ay sonra diğer iki sanık 1 yıl sonra ancak ifade vermiştir. Üçüncü olarak olay yerinde boş kovanları toplayan polislerin ifadelerinin alınması için mahkeme tarafından çağrılmasından 1 yıl sonra sadece bu polislerden bir tanesi ifade vermiştir. Dördüncüsü; başvuru boş kovanları görmek istemiş fakat bu talabi 15 ay sonra gerçekleşebilmiştir. Ayrıca yapılan balistik incelemede bu kovanların ilk incelemedeki kovanlarla aynı olmadığı belirlenmiş fakat mahkeme bu bilgiyi dikkate almamıştır. Ve nihayetinde mağdurun elinde barut izi olmadığına ilişkin otopsi raporu da göz ardı edilmiştir. Mahkeme bu tesbitlerden yola çıkarak dava sürecindeki yavaşlığa ve işlemlerin gönülsüzce yapıldığına dikkat çekerek, yapılan araştırma ve soruşturmanın yeterli olmadığı sonucuna varmıştır.⁸¹²

⁸¹² Agdas v Turkey; App. 34592/97, 27.07.2004, prg. 97-105.

Örneğin Çakıcı v Turkey kararında aynı durumun varlığı mahkemenin tesbitlerinden görülmektedir. Bu başvuruda kayıp olan kişi hakkında soruşturma yapılmayışı 2. maddenin ihlali olarak değerlendirilmiştir. Daha önce ele aldığımız bu başvuruda mahkeme; kayıp kişinin yakınlarının bu olayla ilgili olarak hem Devlet Güvenlik Mahkemesi'ne hem de savcılık makamlarına başvurularında bulunduğu ama buna karşın yetkililerin herhangi bir girişimde bulunmadığı belirtilmiştir. Bu bağlamda sadece Diyarbakır ve Hazro'daki gözaltı kayıtlarının tetkiki ve resmi görevlilerden alınan kısa iki ifade dışında bir tedbir alınmadığı görülmüştür. Bunun yanında Ahmet Çakıcı'nın bulunduğu dair raporun teyidi için veya otopsi raporu ile defin belgesinin kopyalarını talep etmek yolu ile kimliğin tesbiti için hiçbir girişimde bulunulmadığı tesbit edilmiştir. Dolayısıyla sözkonusu davada daha önce belirttiğimiz üzere devletin maddi anlamda yaşam hakkını ihlal etmesi ve de olay için yapılan araştırmanın büyük eksiklikler taşıması bakımından da usuli anlamda yaşam hakkını ihlal etmesi sözkonusudur.⁸¹³

Bu konuda mahkemenin üzerinde durduğu bir başka mesele ise; özellikle yaşam hakkı ihlali nitelgi taşıyabilecek kayıp vakaları sözkonusu olduğu durumlarda devletin araştırmanın yapılması için gerekli adımları atmasıdır. Nitekim mahkemenin içtihadına baktığımızda, kayıp vakası sözkonusu olduğunda cesede ulaşılmaya da ve hatta devletin kaybolma ile ilgili esastan sorumluluğu tesbit edilmese bile, konuyla ilgili gerekli araştırmanın yapılmamış olması nedeni ile yaşam hakkının ihlal edildiğine ilişkin kararlar mevcuttur.

Kaya & Others v Turkey kararı, yaşam hakkının ihlal edildiği savının öne sürüldüğü bir kayıp vakasının, cesede ulaşılmamış olmasına karşın, somut vaka bakımından devletin usuli yükümlülüklerini yerine getirmemesinden dolayı mahkum edildiğine bir örnektir. Bu davada başvurucular; Hakkı Kaya'nın resmi görevliler tarafından ifade vermek üzere polis merkezine götürüldüğünü ve de bu aşamadan sonra kendisinden haber alınamadığını ve Hakkı Kaya'nın öldürüldüğü iddiasını öne sürmüşlerdir. Mahkeme olaya ilişkin yapmış olduğu değerlendirmede; kaçınılma ve kaybolma olayı ile ilgili olarak başvurucuların iddialarının ikna edici deliller ile desteklenmediğinden 2. maddenin maddi anlamda ihlal edilmediği sonucuna

⁸¹³ Çakıcı v Turkey; App. 23657/94, 08.07.1999, prg. 87.

varmıştır. Fakat mahkeme; Hakkı Kaya'nın öldürüldüğüne dair bir kanıt bulunmadığının altını çizerken, 2. maddedeki usule ilişkin yükümlülüklerin sadece devlet görevlilerinin güç kullanımlarından kaynaklanan kasten öldürme olayını içeren vakalarla sınırlı olmadığını dikkat çekmiştir. Bu yükümlülüklerin bireyin yaşamsal tehlike olarak değerlendirilebilecek koşullarda kaybolması ve kayıptan haber alınmadan belli bir zamanın geçtiği davalar için de geçerli olduğu dile getirilmiştir.⁸¹⁴

Bu anlayış içerisinde değerlendirmesine devam eden mahkeme; kaybolma olayının ardından soruşturma başlatıldığını ama bu soruşturmanın aradan 10 yıl geçmiş olmasına karşın hala sürmekte olduğunu belirtmiştir. Bu süre zarfında ilerleme kaydedilmemesini bir eksiklik olarak gören mahkeme ayrıca aşağıda sayacağımız hususları da araştırmanın diğer eksiklik olarak nitelendirilebilecek unsurları olarak sunmuştur: Kaybolmanın ardından idari ve adli makamlara yapılan başvurulara verilen tek yanıt ilgili kişinin gözaltında olmadığıdır. Cumhuriyet savcısının muhtemel tanıkları belirleme girişiminde bulunmadığı da dikkat çeken bir başka husustur. Kaçırılma olayındaki görgü tanığının açık ve detaylı bilgiler vermesine karşın Hakkı Kaya'nın kaçırıldığı iddia edilen yer ile ilgili delil toplanmamıştır. Ayrıca olay günü görevli olan polislerin de ifadesi alınmamıştır. Ayrıca bir gazetede Hakkı Kaya'nın kaçırılması ve öldürülmesine ilişkin bilgi sahibi olduğunu öne süren kişinin bulunamaması ve onun da ifadesinin alınmadığı da dile getirilmiştir. Bu nedenlerden dolayı mahkeme vaka bakımından devletin yaşam hakkının usule ilişkin yükümlülüklerini ihlal ettiği sonucuna varmıştır.⁸¹⁵

Araştırmanın yapılması ya da etkin bir biçimde yürütülmesi için mağdur yakınlarının ya da herhangi bir kişinin bir girişimde bulunması da gerekmemektedir. Hatta mağdur yakınlarının tamamen pasif kaldığı ve kamu otoritelerine vakanın araştırılması için hiçbir talepte bulunmadıkları davalar bakımından da araştırmanın bir refleks olarak devlet tarafından etkili bir biçimde yapılması beklenmektedir. Nesibe Haran v Turkey kararı bu argümanın en belirgin örneklerinden birisidir. Başvurunun konusu bir kayıp vakasıdır ve iddiaya göre başvurucunun eşi resmi görevliler tarafından iş yerinden alınmış ve o tarihten sonra eşi bir daha ortaya

⁸¹⁴ Kaya & Others v Turkey; App. 4451/02; 24.10.2006, prg. 37.

⁸¹⁵ Kaya & Others; prg. 38-41.

çıkamıştır. Başvurucu kaybolma vakası nedeni ile devletin sorumlu olduğunu ve eşinin ölmüş olabileceğini iddia ederek yaşam hakkının ihlal edildiği savını ileri sürmüştür. Bunun yanında etkili bir araştırmanın yapılmamış olması neden ile de yaşam hakkının usuli anlamda ihlal edildiği iddiasında bulunmuştur. Fakat mahkemenin yapmış olduğu değerlendirmeden anladığımız kadarıyla ne Bayan Haran eşinin ailesi, açılan soruşturmaya katılmak istememişlerdir. Ve mahkeme bu durum karşısında yaşadığı şaşkınlığı belirtmiştir. Mahkeme bu bağlamda şu noktaların altını çizmiştir: Kaybolma vakası gerçekleştikten sonra başvurunun ya da ailesinin diğer fertlerinin soruşturmanın durumunu sorgular nitelikte bir adım attıklarını gösteren herhangi bir bilgi sözkonusu değildir. Hatta Cumhuriyet Savcısının kaybolma vakasından 4 yıl sonra delil yetersizliğinden soruşturmayı kapatmasına dahi itiraz edilmemiştir. Aynı şekilde soruşturma ile ilgili olarak hiçbir yerel yetkiliden bilgi talep edilmemiş ve daha da ilginç başvuran Diyarbakır'daki yeni adresini yetkililere bildirmediğinden kişinin bulunması ve dolayısıyla ifadesinin alınması zorlaşmıştır. Bu açıdan mahkeme, yerel makamların sözkonusu işbirliği eksikliğinin, İhan Haran'ın ortadan kaybolmasına ilişkin koşulların soruşturulmasını olumsuz yönde etkilediğinin kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Ancak bununla birlikte başvurunun sözkonusu tutumu, yerel makamları, soruşturmanın uygulanabilir gerçeklerinin sınırları içinde ortadan kaybolmaya ilişkin koşulları soruşturma yükümlülüklerini yerine getirmekten alıkoyamaz.⁸¹⁶

3-3-2-2-2 Etkili Bir Soruşturmanın Asgari Standartları

Etkin bir araştırmanın varlığından bahsedilebilmesi için hangi unsurların zorunlu olduğununun tesbit edilmesi, bir taraftan etkin araştırma yapma yükümlülüğüne sahip olan sözleşmeciler devletlerin sorumluluk alanı netleştireceği için hükümetler açısından pratik bir fayda ortaya çıkaracak, diğer taraftan da 2. madde ile koruma altına alınan yaşam hakkının hayata geçirilmesi uygulam bakımından daha da kolaylaşacaktır. Fakat bu standartların belirlenmesi girişimi iki önemli sorunu ortaya çıkarmaktadır. Bunlardan ilki 2. maddenin bu konuda herhangi bir çerçeve çizmemesidir ki; bu sorunun aşımı ancak mahkemenin içtihadının incelenmesi ile mümkündür. İkincisi ise bizzat içtihadta sıklıkla vurgulandığı üzere her duruma uygun

⁸¹⁶ Nesibe v Haran; App. 28299/95, 06.10.2005, prg. 76, 77.

etkinlik kriterinin varlığından sözedilebilmesi mümkün değildir. Mahkemeye göre; araştırmanın niteliği ve derecesi, uygun olayların tümüne dayanarak ve soruşturmanın uygulama gerçeklikleri gözönünde bulundurularak değerlendirilmektedir. Meydana gelebilecek durumların çeşitliliği, soruşturma eylem listesine veya sadeleştirilmiş diğer kriterlere indirgenemez. Dolayısıyla her araştırma için geçerli olan tam bir etkinlik kriter listesinin varlığından sözedilebilmesi mümkün değildir.

Bununla birlikte, içtihatla göze çarpan bazı unsurların yine de sıralanabileceği kanaatini taşımaktayız. Elbette bu aşamada vereceğimiz ana unsurlar ve bu unsurların içerisinde göstereceğimiz örneklerin tüketici olduğu iddiasını taşımamaktayız. Fakat tekrar eden ve mahkemenin içtihadında ön plana çıkan bazı standartların belirlenmesinin faydalı olabileceği düşüncesindeyiz. Zamana ve her vakanın şartlarına göre değişkenlik gösterebileceğini düşündüğümüz bu unsurları aşağıda 4 ana başlık altında ele almaya çalışacağız.

3-3-2-2-1 Soruşturmanın Bağımsız Olması

Yaşam hakkının ihlal edildiği iddiasının taşındığı bir davayı aydınlatmak üzere yapılan soruşturmanın objektif bir sonuç verebilmesinin temel şartlarından birisi; soruşturmayı yapan organın bağımsız ve tarafsız olmasıdır. Basit bir biçimde; eğer bu unsurlar somut vakada soruşturmayı yapan organın niteliği olarak belirliyorsa, gerek soruşturmanın seyri gerekse neticede ulaşılabilecek olan veriler subjektif bir değerlendirmenin ürünü olacağından sözkonusu vakaya ilişkin gerçek verilerin sağlıklı bir biçimde değerlendirmeye tabi tutulabileceğini söylememiz mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla, yaşam hakkını korumak üzere iç hukukta kabul edilen hukuki metinlerin işlevselliği kaçınılmaz bir biçimde ortadan kalkmış olacaktır.

Mahkemenin vermiş olduğu kararlarda soruşturmanın bağımsız ve tarafsız bir biçimde yürütülmemesi nedeni ile yaşam hakkının usuli anlamda ihlal edildiğine ilişkin kararlar ve bu kararlar çerçevesinde kabul edilen bir takım prensipler sözkonusudur. Mahkemenin bağımsızlıkla ilgili olarak ifade ettiği temel argüman ise; Devlet görevlilerince yapıldığı ve meşru olmadığı iddia edilen öldürmeye yönelik bir eylemle ilişkin soruşturmanın etkili olabilmesi için, genel olarak, soruşturmadan sorumlu olan ve soruşturmayı yürüten kişilerin olaylarda adı geçen

kişilerden bağımsız olması gerekmektedir. Ancak bu ifade de yer alan bağımsızlık ilkesinin, kanaatimizce sadece devlet görevlilerince yapıldığı ve meşru olmadığı iddia edilen öldürmeye yönelik eylemler için değil, fakat aynı zamanda sivil kişilerin karıştığı öldürme eylemleri bakımından da geçerli olması gerekmektedir. Çünkü hakkın koruma alanı, içtihatla kabul edildiği üzere sadece devlet kaynaklı ölümler bakımından değil, sivil kaynaklı eylemleri de kapsayacak niteliktedir.

Ogur v Turkey kararında mahkeme; soruşturmayı yapan organların hiyerarşik ve kurumsal bağımsızlığa sahip olmadıkları gerekçesi ile 2. maddenin usul bakımından ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Bu davada başvuru; oğlunun, gece bekçisi olarak çalıştığı bir madene güvenlik güçlerinin gerçekleştirmiş olduğu bir operasyon neticesinde öldürüldüğünü ve bunun yaşam hakkını düzenleyen 2. maddenin ihlali anlamına geldiğini ileri sürmüştür. İç hukukta konu ile ilgili olarak yapılan soruşturmanın yürütücüleri ile ilgili mahkemenin yapmış olduğu değerlendirme şu şekildedir: Sözleşmenin 2. maddesi bağlamında bağımsız bir soruşturmanın yetkililer tarafından gerçekleştirildiği konusunda ciddi kuşular sözkonusudur. Mahkeme valinin atadığı soruşturmacının bir jandarma yarbayı olduğunu ve soruşturmasını yaptığı güvenlik güçlerinin, komuta zincirinin bir alt halkasını teşkil ettiğini not etmiştir. Yapılan işlemlerin sözkonusu güvenlik güçlerine karşı yapıp yapılmaması konusunda karar verme sorumluluğunu taşıyan idari kurul ise; ilçenin kıdemli memurlarından oluşur ve başkanlığını da güvenlik güçlerinin yaptıkları operasyonlardan idari olarak sorumlu olan vali yapar. Bu bağlamda, Şırnak İl İdare Kurulu üyelerinden birinin, valiye itiraz etme olasılığının mevcut olmadığına ilişkin ifadesi göz önüne alınmalıdır. Üyeler ya kendisi tarafından hazırlanan kararı imzalarlar ya da imzalamaya istekli üyelerle yerlerini değiştirirler.⁸¹⁷

Yukarıdaki örnekte soruşturma mekanizmasının hem kurumsal hem de hiyerarşik olarak bağımsız olmadığı sonucuna varılmıştır. Şimdi vereceğimiz örnek ise, bu duruma benzer soruşturma yapılarının, bağımsız bir denetim organı gözetiminde olması halinde dahi soruşturmanın bağımsız bir karakter kazanmasına yetmeyeceğini göstermektedir. 2007 karar tarihli Ramsahai & Others v Netherlands başvurusu, polislerin görevleri başında silah kullanmaları sonucu bir kişiyi

⁸¹⁷ Ogur v Turkey; App. 21594/93, 20.05.1999, prg. 85-93. Ayrıca bkz. güleç

öldürmeleridir. Başvurucular öldürme eyleminin 2. maddenin maddi bağlamda hem de etkin bir araştırma yapılmaması nedeni ile usuli anlamda ihlal ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.⁸¹⁸ Mahkeme yapmış olduğu inceleme neticesinde vaka bakımından yapılan soruşturmanın bağımsız bir organ tarafından gerçekleştirilmediği sonucuna varmıştır. Olayda, polislerin sorumluluğunu araştırma görevi esas olarak “State Criminal Investigation Department- Devlet Kriminal Soruşturma Bölümü” tarafından gerçekleştirilmiştir. Bu yapı ülke çapında yayılmış kendi emir komuta zincirine sahip ve de ülkenin en yüksek savcılık makamına karşı sorumlu olan ve bu nitelikleri ile de mahkeme tarafından 2. madde bağlamında yeterli bağımsızlığa sahip olduğu teslim edilen bir kuruluştur. Bununla birlikte, mahkeme soruşturmanın önemli bir bölümünün ilgili polislerin de bağlı bulunduğu Amsterdam Polis Gücü tarafından gerçekleştirildiğini saptamıştır. Örneğin olay yeri incelemesi, olay yeri görgü tanıklarının alınması, iadelerin alınması gibi. Ayrıca mahkeme diğer aştırmalarında yine Amsterdam Polis Gücü tarafından ve Devlet Kriminal Araştırma Bölümünün gözetiminde gerçekleştirildiğini belirtmiştir.⁸¹⁹

Bununla birlikte, Devlet Kriminal Araştırma Bölümünün gözetiminde ve fakat Amsterdam Polis Gücünün bünyesinde soruşturmanın gerçekleştirilmesini mahkemeye göre soruşturmanın bağımsız bir biçimde yapılmadığı sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Başka bir ifade ile olaya karışan kişilerin bulunduğu yapının soruşturmaya katılması her ne kadar bağımsızlığı mahkeme tarafından da kabul edilmiş bir kurum tarafından denetleniyorsa da, bu soruşturmanın bağımsızlığını sağlamamaktadır.⁸²⁰

Yukarıda bahsettiğimiz vakada mahkeme yapılan soruşturmanın niteliği, bulguları ya da soruşturmanın niteliğine bakarak bir bağımsızlık sorugulmasından ziyade, bu bağımsızlığı kurumsal açıdan ele almıştır. Yani soruşturmanın seyri ne kadar objektif bir nitelik görünümü arzetsede kurumsal bağımsızlık olmadığı durumlarda; örneğin yukarıdaki vakada, suçlanan polislerin bağlı bulunduğu polis gücü soruşturmayı esas olarak yapmıştır, etkin bir soruşturmanın gerçekleşmediği sonucuna ulaşılmaktadır.

⁸¹⁸ Ramsahai v Netherland; App. 52391/99, 15.05.2007.

⁸¹⁹ Ramsahai v Netherland; prg. 284, 295.

⁸²⁰ Ramsahai v Netherland; prg. 296.

Ancak mahkeme soruşturmanın bağımsız bir biçimde gerçekleştirilmesi gerektiği argümanına verdiği anlam, kurumsal bağımsızlığın ötesine gitmektedir. Yine içtihatla sıklıkla vurguladığı üzere bağımsızlık; hiyerarşik ve kurumsal bir bağlantının bulunmaması değil, fiili anlamda da bir bağımsızlık bulunmasıdır. Yani kurumsal ve hiyerarşik olarak soruşturmayı yapan kişiler, olayda adı geçen kişilerden bağımsız olsa bile kimi durumlarda soruşturmanın bağımsız olarak yapıldığını söyleyebilmek mümkün olmamaktadır.

Örneğin Ergi v Turkey Kararında, şikayete konu olan vaka; başvuruçunun kız kardeşinin köylerine yapılan bir PKK baskını sırasında, askerler tarafından açılan ateş sonucu öldürülmesidir. Olayla ilgili olarak iç hukukta soruşturma yapmaya yetkili olan savcılığın konuya yaklaşımı, komisyon ve komisyonun görüşüne katılan mahkeme tarafından bağımsız ve tarafsız olarak kabul edilmemiştir. Mahkemenin bu yönde düşünmesine neden olan unsurlar ise şu şekilde sıralanabilir: Soruşturma yapma sorumluluğunu yaşıyan Cumhuriyet savcısı başvuranın kızkardeşinin ölümüne sebep olanın PKK olduğunu belirten Jandarmanın hazırlamış olduğu olay tesbit tutanağına çok fazla bağlı kalmıştır. Şüphe unsuru bulunmadan kurbanın aile üyelerinin, köylülerin, operasyon sırasında orada bulunan askeri personelin ifadeleri alınmadan, PKK'nın ölümlerden sorumlu olduğunu belirterek yetkisizlik kararı çıkartılmıştır. Hal böyleyken, sözkonusu olay tebit tutanağından veya olay yeri krokisinden kız kardeşini öldüren merminin PKK tarafından atıldığı belli değildir. Bunun yanında rapor, orada bulunmayan bir askeri görevli tarafından hazırlamış ve fakat savcılık Havva Ergi'nin ölümü konusunda bir soruşturma yapmaması nedeni ile ilgili belgeleri değerlendirmesi mümkün değildir. Bu bağlamda mahkemeye göre; güvenlik güçlerinin katıldığı çatışma sonrasında meydana gelen ölümler hususunda etkili ve bağımsız soruşturma yapma sorumluluğu, özellikle pekçok bakımdan durumun belirsiz olduğu davada ortadan kalkamaz.⁸²¹

Mahkemenin bu kararda yapmış olduğu değerlendirmeden anlayabildiğimiz kadarıyla; bağımsız bir soruşturmanın varlığının araştırılmasında, soruşturmayı yapma sorumluluğuna sahip olanın ortaya koymuş olduğu yaklaşım da ele alınmaktadır. Başka bir ifade ile soruşturmanın niteliğinin incelenmesinden hareketle

⁸²¹ Ergi v Turkey; App. 23818/94, 28.07.1998, prg. 82-85.

soruşturma yetkisine sahip olan makamın olayı aydınlatmak için ortaya koymuş olduğu tavır soruşturmanın ne ölçüde bağımsız olduğunun belirlenmesinde kriter olarak ele alınmaktadır. Dolayısıyla kurumsal ve hiyerarşik bağımsızlığın yanında soruşturma makamının sürecin gelişiminde ortaya koyacağı bağımsız ve tarafsız yaklaşım, soruşturmanın bağımsız olmasının bir diğer gereği olarak mahkeme tarafından kabul edilmektedir.⁸²²

3-3-2-2-2-2 İvedi ve Makul Sürat

Mahkeme, yaşam hakkının ihlali anlamına gelebilecek bir vaka sözkonusu olduğunda, soruşturma yapma konusunda sorumlu olan makamların ivedi bir biçimde tepki vermesinin önemine işaret etmektedir. Belli bir durumda bir soruşturmada ilerlemeyi engelleyen faktörler ve zorluklar olabileceğinin altını çizen mahkeme; yetkililerin ölümcül bir güç kullanımı soruşturmasındaki ivedi tepkisi, kamuoyunun, kendilerinin hukukun üstünlüğüne olan bağlılıklarını muhafaza etmede ve kanunsuz davranışlara karşıma ve bunlara müsamaha gösterme görüntüsü vermeyi önlemede temel olarak gördüğünü belirtmektedir.

Soruşturma yapma sorumluluğuna sahip olan makamların ciddi bir ihlal durumu sözkonusu olduğunda tepkisiz kaldığının tesbitine mahkeme kararlarından verilebilecek en iyi örneklerden birisi, daha önce de ele almış olduğumuz Çakıcı Turkey karardır. Hatırlanacağı üzere mahkeme yapmış olduğu değerlendirmede, resmi makamlara gerekli başvurular ve bilgiler ulaşmasına karşın soruşturma yapmak konusunda sorumlu olan makamların bu bilgi ve başvurular karşısında hareketsiz kaldıkları ve olayla ilgili soruşturma başlatmadıkları saptanmıştır.

Mahkemenin kararlarından bu konuyla ilgili çıkarabildiğimiz bir başka sonuç ise; soruşturma yapmaya yetkili olan makamların yapmış olabileceği girişimlerin de, bu kriteri yerine getirebilmek adına, sadece resmi prosedürün işletilmenin önüne geçmesi gerekmektedir. Başka bir ifade ile görünürde hemen resmi makamların bir tepki vermesi, şekli anlamda kriteri karşılıyor olmasına karşın, bu tepkinin öz itibariyle de kritere uygun olması gerekmektedir. Bu söylediğimiz durumu mahkeme

⁸²² Soruşturmanın bağımsız olmadığına karar verilen diğer örnek kararlar için bkz. Akpınar & Altun v Turkey; App. 56760/00, 27.02.2007, prg. 38-42, Finucane v United Kingdom; App. 29178/95, 01.07.2003, prg. 74-76, Ertak v Turkey; prg. 92.

kararları içerisinde en açık biçimde karşılayanlardan birisi de; Tanrikulu v Turkey kararıdır.

Bu davada başvuru; eşinin emniyet müdürlüğüne çok yakın bir yerde kimliği belirsiz kişiler tarafından öldürüldüğünü ve eylem nedeni ile kocasının yaşam hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Mahkeme olayın soruşturulmasına ilişkin yapmış olduğu değerlendirmede; yapılan soruşturmanın tamamı yetersiz ve kesinlikten uzak bilgiler ihtiva ettiği kanaatini dile getirmiştir. Olay sonrasında bir polis başvuru ile konuşmak üzere hastaneye gitmiş, olay yerinde diğer polisler bir deforme olmuş mermi bulmuşlardır. Olay esnasında çevrede olanların isimleri belirlenmemiş ve olayla ilgili rapor, olaydan 1 saat sonra hazır hale getirilmiştir. Ceset üzerinde adli tabip değil ama iki pratisyen hekim incelemede bulunmuş ve 13 kurşun deliği tesbit etmişlerdir. Bir merminin vücutta olduğu belirlenmiş ama diğer mermilerin bulunması için herhangi bir araştırma yapılmamıştır. Olayla ilgili balistik raporuna ulaşılamamıştır. Ve nihayetinde soruşturmayı yürüten savcı yetkisizlik kararı vererek soruşturmayı devlet güvenlik mahkemesine yollamıştır.⁸²³

Bu karardan önce yukarıda sayılan ve eleştirilen girişimler dışında mahkeme ne polis tarafından ne de savcı tarafından herhangi bir soruşturma yapılmadığı saptamasında bulunmuştur. Başvurunun sorumlu devletin önüne getirildiği tarihten bir ay sonra (olaydan 1 yıl sonra) başvurucağın ifadesi alınmış ve soruşturma ile ilgili bunun dışında herhangi bir şey yapılmamıştır. Mahkeme devletin ilgili ölüm vakası için etkili bir soruşturma yapmadığı sonucuna varırken yetkililerin sorumluluklarını gözardı ettikleri tesbitinde bulunmuştur.⁸²⁴

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, mahkeme kriterlere uygun bir soruşturmanın ivedilikle başlanmasını özellikle kamuoyu önünde devletin ölümle sonuçlanan vakalar bakımından hassasiyetini göstermesi, devletin hukukun üstünlüğüne bağlılığını ortaya koyması ve de bu vakalar bakımından müsamaha gösterilmeyeceğinin belirtilmesi bakımından önem taşımaktadır. Fakat bunun yanında soruşturma yapma sorumluluğunu taşıyan makamların bu tür olaylar bakımından göstereceği yerinde ve hızlı refleksi, aynı zamanda olayın çözümü için de

⁸²³ Tanrikulu v Turkey; App.23763/94, 08.07.1999, prg. 101-109.

⁸²⁴ Tanrikulu v Turkey; prg. 110, 111.

önemli bir unsur olarak değerlendirilebilir. İvedi bir biçimde başlanılan ve kriterlere uygun şekilde yürütülen bir soruşturma, zamanla ortadan kalkabilecek ya da ulaşılmaz hale gelebilecek kimi bilgilere de yetkililerin elde etmesine olanak sağlayacaktır.

Dündar v Turkey, bu bağlamda örnek olarak ele alabileceğimiz bir karardır. Mahkeme bu vakada yerel makamların yapmış olduğu soruşturmanın 2. madde bağlamında ne etkin ne yeterli ne de anlamlı olduğu sonucuna vararak, maddenin ihlal edildiği kararını vermiştir.⁸²⁵ Başvurucu bu davada, zihinsel engelli oğlunun güvenlik güçleri tarafından boğularak öldürüldüğü iddiasını dile getirmiştir. Mahkeme usul, yükümlülükler bakımından devletin yapmış olduğu soruşturmayı ele alırken şu noktaların altını çizmiştir: kişinin boğularak öldürüldüğü tesbit edildiğinden ceset üzerinde tam otopsi yapılmasına gerek olmadığı kararına varıldığını belirten mahkeme, tam bir otopsinin yapılması halinde ölüm nedeninin doğrulanacağı, ölüm zamanının tesbit edileceği ve faillere ilişkin kanıt bulma şansının artacağını dile getiren mahkeme bu imkandan yararlanılmadığına dikkat çekmiştir. Bunun yanında, jandarmanın raporuna göre kişinin başka bir yerde öldürüldüğünün ve daha sonra o yere getirildiği söyleniyor olmasına karşın, ölümün gerçekleştiği yerde ne parmak izi taraması yapılmış ne de tekerleklerin izleri araştırılmıştır. Ayrıca kurbanın boğulmuş olduğu saptamasında bulunulmuş olmasına rağmen, kurban üzerinde ne dna ne de parmak izi araştırması yapılmadığı da ifade edilmiştir. Bu bağlamda sözkonusu araştırmanın cinayetin aydınlatılması için gerekli nitelikleri taşımadığı sonucuna varılmıştır.⁸²⁶ Görüldüğü üzere eğer soruşturma kriterlere uygun olarak derhal başlatılarak sürdürülmüş olsa idi, yukarıda sayılan ve olayın aydınlatılmasını sağlayabilecek bazı delillere ulaşılabilirdi. Örneğin ölümün gerçekleştirildiği alan içerisinde yapılacak olan bir inceleme, ancak olaydan çok kısa bir süre sonra yapılacak bir araştırma ile olumlu sonuç verebilecektir. Zira zaman geçtikçe gerek tekerlek izleri olsun gerekse diğer ipuçlarının aynı cesedin üzerinden elde edilebilecek bilgiler gibi ortadan kalkma ihtimalleri sözkonusudur. Dolayısıyla sadece kamuoyunun tatmini için değil fakat aynı zamanda somut vakanın da

⁸²⁵ Dündar v Turkey; App. 26972/95, 20.09.2005, prg. 84, 85.

⁸²⁶ Dündar v Turkey; prg. 73-85.

aydınlatılabilmesi için soruşturmanın mümkün olan en kısa zamanda ve kriterlere uygun bir biçimde gerçekleştirilmesi gerekmektedir.⁸²⁷

Bu konuda mahkemenin üzerinde durduğu bir diğer husus ise, soruşturmanın ivedilikle başlatılmasının yanında makul bir süre içerisinde de sona erdirilmesidir. Zira eğer soruşturma gerçekten soruşturma yapma sorumluluğuna sahip makamlar tarafından en kısa sürede başlatılıyor olmasına karşın makul bir dürede bitirilemiyor ise ya da anlamlı bir sonuç ortaya çıkarılmıyor ise, mahkemeye göre etkisiz bir soruşturma sözkonusudur.

Örneğin 2007 tarihli *Angelova & Iliev v Bulgaria* kararında, bu durumun tipik örneklerinden birisi ortaya konulmaktadır. Ölen kişinin annesi ve kardeşi olan başvurucular, Bay Iliev'in bir grup kişinin ırkçı saldırısı sonucunda hayatını kaybettiğini ve bu nedenle de devletin Bay Iliev'in hayatını koruma konusundaki yükümlülüğünü ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir. Mahkeme 2. maddenin usuli anlamdaki yükümlülüğünü incelerken şu saptamalarda bulunmuştur: Öldürme olayının hemen ardından soruşturma başlatılmıştır. Henüz olayın üzerinden tam bir gün geçmeden saldırıyı yapanların eşgalleri belirlenmiş ve yakalanarak gözaltına alınmışlardır. Gözaltına alınanların tümü aynı gün sorgulanmış ve cinayet işlemekle suçlanmışlardır. Ancak sözkonusu kişilerin mahkeme önüne çıkması bu aynı süratle gerçekleşmemiştir ve hatta hiç gerçekleşmemiştir. Zira soruşturmanın başlamasından, başvurucunun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurduğu tarihe kadar 11 yıl geçmiş olmasına rağmen cinayet suçu ile itham edilen bu kişilerin hiçbiri yargı önüne çıkarılmamıştır. Bu nedenle mahkeme, devletin 2. madde içerisinde değerlendirilen usuli yükümlülükleri yerine getirmemesi nedeni ile Bulgaristan devletinin yaşam hakkını ihlal ettiği sonucuna varmıştır.⁸²⁸

Bir başka ilginç örnek ise *Menteşe v Turkey* kararında görülmektedir. Bu davada başvurucular; Kamil Mentşe'nin köylerine gelen güvenlik güçleri tarafından götürüldüğünü ve daha sonra bu kişinin cesedinin, onunla beraber götürüldüğü iddia edilen diğer kişilerin cesetleri ile birlikte bulunduğunu belirtilmiş ve de ilgili

⁸²⁷ Soruşturmanın ivedi bir biçimde başlatılmamasının bir eksiklik olarak görüldüğü örnek kararlar için bkz. *Musayev & Others v Russia*; 60403/00-57941/00-58699/00, 26.07.2007, prg. 160, *Alıkhadzhiyeva v Russia*; prg. 68, *Basayeva v Russia*; prg. 126, *Tarariyeva v Russia*; prg. 91, *Kismir v Turkey*; prg. 116.

⁸²⁸ *Angelova & Iliev v Bulgaria*; App. 55523/00, 06.07.2007, prg. 102 vd.

kişinin güvenlik güçleri tarafından öldürüldüğü savını ileri sürmüşlerdir. Mahkeme 2. maddeyi usule ilişkin yükümlülükleri bakımından ele alırken yapmış olduğu saptamalar şu şekildedir: Mahkeme, sözkonusu ölüm vakaları bakımından yerel yetkililerin farklı soruşturmalar açtığını belirtmektedir. Fakat bu olayla ilgili soruşturmalar açılmış olmasına karşın suç mahalindeki ilk inceleme, vakanın olduğu tarihten 7 sene sonra yapılmıştır. Bu nedenle de olay yerinde meydana gelen vakaya ilişkin kanıtların toplanması mümkün olmamıştır. Tam otopsinin ve de balistik incelemenin yapılmadığına dikkat çeken mahkeme, halihazırda 10 yıldır beklemekte olan soruşturmaların somut sonuçlar verecek gibi gözükmediğine dikkat çekmiştir. Bu nedenle olayla ilgili olarak yerel makamların etkili ve yeterli bir soruşturma yürütmedikleri sonucuna ulaşılmıştır.⁸²⁹

Bu konuda vereceğimiz son örnek ise Mehmet Şirin Yılmaz v Turkey kararıdır. Bu davada başvuru; askerler tarafından köylerine yapılan top ateşi neticesinde eşinin başına gelen bir şarapnel parçası nedeni ile hayatını kaybettiğini ve bu durumdan devletin sorumlu olduğunu ileri sürmüştür. Başvuru yerel yetkililere eşinin askerlerin yapmış olduğu top atışı neticesinde öldüğünü söylemiş olmasına rağmen bu yönde bir soruşturma gerçekleştirilmediği mahkeme tarafından belirtilmiştir. Bunun yanında otopsi, balistik inceleme ya da olay yerinden kovan ve şarapnel parçaları toplanmadığına dikkat çeken mahkeme; vakanın vukuundan 8 yıl geçtikten sonra başlatılan soruşturmanın herhangi bir sonuca ulaşmadığının üzerinde durmuştur. Bu nedenlerle de 2. maddenin usuli yükümlülükler bakımından ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.⁸³⁰

Soruşturma sürecine ilişkin olarak mahkemenin yapmış olduğu bir diğer saptama ise Esstamirov & Others v Russia kararında görülmektedir. Bu kararda soruşturmanın etkili olmadığına karar verilirken üzerinde durulan eksikliklerden birisi de soruşturmanın daha önce açılmış olmasına karşın, mahkemeye iletilen dosyadaki bilgilerin soruşturmanın açılmasından 3 yıl sonra ve bir ay içerisinde üretilmiş olmasıdır. Daha açık bir ifade ile hakkında şikayette bulunulan devlete bu şikayet mahkeme tarafından iletdikten sonraki ilk ayda dosya içerisindeki bilgiler toparlanabilmiştir. Dolayısıyla her ne kadar çok daha önce soruşturma resmi olarak

⁸²⁹ Mentese & Others v Turkey; Apl. 36217/97, 18.01.2005, prg. 50-58.

⁸³⁰ Sirin Yılmaz v Turkey; App. 35875/97, 29.07.2004, prg. 77-86.

başlatılmış olsa da gerekli bilgilerin ancak 3 yıl sonra değerlendirmeye tabi tutulması mahkeme tarafından bir soruşturma kusuru olarak görülmüştür.⁸³¹

3-3-2-2-3 Kamunun Bilgisine Açık Olma

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, soruşturmanın kamuya açık bir biçimde yürütülmesinin gerekli olduğunu, bir önceki başlıkta yer verdiğimiz ivedi bir şekilde ve makul bir sürede soruşturmanın tamamlanması ilkesi için kullandığı gerekçeyi kullanarak ifade etmiştir. Hatırlanacağı üzere mahkeme yetkililerin ölümcül bir güç kullanımı soruşturmasındaki ivedi tepkisi, kamuoyunun, kendilerinin hukukun üstünlüğüne olan bağlılıklarını muhafaza etmede ve kanunsuz davranışlara karışma ve bunlara müsamaha gösterme görüntüsü vermeyi önlemede temel olarak gördüğünü belirtmişti. Aynı nedenden ötürü mahkeme, yapılan soruşturmanın kamuya açık bir biçimde yürütülmesi gerektiğini dile getirmiştir.⁸³²

Mahkemeye göre hem teoride hem de pratikte güvenilirliği ya da sorumluluğu sağlayabilmek için soruşturmanın ya da soruşturmanın sonuçlarının kamuya açık olması gerekmektedir. Mahkeme kamuya açıklığın davadan davaya değişebilen dereceleri olduğunu belirtirken; tüm davalarda mağdurun yakını olan kişilerin gerekli ölçüde kendi menfaatlerini koruyabilmeleri için soruşturmaya dahil edilmeleri gerekmektedir.

Bu ifadelerden çıkarabileceğimiz sonuçlardan ilki; soruşturmanın kamuya açılması, devletin yaşam hakkının korunması konusundaki güvenilirliğinin ya da sorumluluğunun bir parçası olarak değerlendirilmekte ve ikinci olarak da bu açıklık somut vakalar bakımından mağdurun yakınlarının kendi menfaatlerini koruyabilmesinin en önemli unsurlarından birisini teşkil etmektedir. Soruşturmanın kamuya açıklığının derecesi mahkemeye göre her dava bakımından farklılık göstereceğinden, elbette bu konu için her zaman geçerli kriterlerin listelenmesi de mümkün olmamaktadır.

Oğur v Turkey kararında, mahkeme usule ilişkin diğer ihlal unsurlarının yanında, maktülün yakınlarının gerçekleştirilen idari soruşturmaya katılmalarına

⁸³¹ Estamirov & Others v Russia; App. 60272/00, 12.10.2006, prg. 89.

⁸³² Kelly & Others v United Kingdom; App. 30054/96, 04.05.2001, prg. 97, 98.

imkan tanınmadığını belirten mahkeme, dava dosyasının maktülün yakınları tarafından ulaşılabilecek bir durumda olmadığını saptamıştır. İdare mahkemesinin bu hususta hüküm verdiği ifade edilirken, kararın başvuruçunun avukatına tebliğ edilmemesi nedeni ile Yüksek İdare Mahkemesi'ne temyiz için başvurma olasılığından başvuruçunun mahrum bırakıldığı tebitinde bulunulmuş ve sözleşmede yer alan yaşam hakkının bu bağlamda da ihlal edildiği sonucuna varmıştır.⁸³³

Ognyanova & Choban v Bulgaria kararında ise mahkeme, sözkonusu vakada Bulgaristan devletini hem maddi hem de usuli anlamda 2. maddeyi ihlal ettiği sonucuna varırken, saptanan diğer usuli eksikliklerin yanında mağdurun yakınlarının soruşturmaya iştirak edemediği tesbitinde de bulunmuştur. Mahkemenin değerlendirmesine göre, soruşturma devam ederken başvuruçunun avukatı vasıtasıyla soruşturmanın gidişatı hakkında bilgi talebinde bulunmasına karşın bu bilgiyi vermekle yükümlü olan resmi sığata sahip kişiler bu bilgi akışını uygun bir biçimde sağlayamamıştır. Bu nedenle soruşturmaya madurun yakınları dahil olamamıştır. Bunun yanında en son aşamada avukatı aracılığı ile başvuruçunun soruşturmanın akibeti hakkında bilgi istediği zaman, soruşturmanın kapatıldığı cevabı kendilerine iletilmiştir. Avukat, soruşturma dosyasının bir kopyasını talep etmesine karşın kendisinin bu talebi hemen yerine getirilmemiştir. Avukat sözkonusu dosyanın bir kopyasını, kapatılma kararı kendisine iletdikten 7 ay sonra elde edebilmiştir. Bu bağlamda mahkeme; usuli yükümlülükler içerisinde yer alan soruşturmanın kamuya açık olması ilkesinin ihlali nedeni ile soruşturmanın etkin ve yeterli bir biçimde yürütülmediği kararına varmıştır.⁸³⁴

McKerr v United Kingdom kararında da mahkeme, mağdur yakınlarının soruşturmaya dahil edilmemesini diğer nedenler ile birlikte devletin yaşam hakkını ihlal ettiği sonucuna varmasına sebep olmuştur. Davaya konu olan vakada, Bay McKerr iki arkadaşı ile birlikte silahsız bir biçimde arabası ile giderken polislerin açmış olduğu ateş sonucunda hayatlarını kaybetmişlerdir. Başvuruçular bu vaka bağlamında devletin, sözleşmenin ikinci maddesinden kaynaklanan hem usuli hem de maddi yükümlülüklerini yerine getirmedeği iddiasını öne sürmüşlerdir. Bu iddialarının içerisinde görgü tanıklarından alınan ifadelere ilişkin dökümanların

⁸³³ Ogur v Turkey; prg. 92.

⁸³⁴ Ognyanova & Choban v Bulgaria; App. 46317/99, 23.02.2006, prg. 108-116.

kendilerine verilmemesi nedeni ile soruşturmaya katılımlarının engellenmesi de bulunmaktadır. Mahkeme bu konu bakımından yapmış olduğu değerlendirmede, görgü tanıklarının vermiş oldukları ifadelerin yazılı bir biçimde kendilerine verilmeyişini ve mağdur yakınlarının görgü tanıklarının mahkemeye çıktıktan sonra bu bilgiye sahip olmasını sözleşmenin 2. maddesinin usuli yönden ihlali olarak değerlendirmiştir. Zira mahkemeye göre, mağdur yakınlarına görgü tanıklarının ifadelerinin döküman olarak dava öncesinde kendilerine verilmemesiyle, onların davaya hazırlanma ve de sorulamaya katılımları kısıtlanmıştır. Olayın daha çarpıcı olan tarafı ise, karşı tarafın hukuki temsilcisinin dava ile ilgili bütün dökümanlara tam anlamıyla ulaşabiliyor olamasıdır. Bu nedenlerden dolayı mahkeme, mağdur yakınlarının soruşturmaya dahil olamadıklarına ve bu udurumun da 2. maddenin devlete yüklediği usuli yükümlülüğün ihlali anlamına geldiğine karar vermiştir.⁸³⁵

3-3-2-2-2-4 Soruşturmanın İçeriğine İlişkin Kısıtlar

Ölüm vakasının gerçekleştiği durumlarda, meydana gelen ölüm olayının nedenlerinin bulunması ve varsa sorumlularının tesbiti, vaka sonrasında yapılacak olan soruşturmanın içeriğinin bu soruları doğru şekilde yanıtlamaya yönelmesi ile mümkündür. Soruşturma esnasında yapılacak olan hatalar çoğu zaman bu bölüm içerisinde sıraladığımız diğer ilkeleri de etkilediğinden, devletin 2. madde bağlamında üstlendiği usuli yükümlülüklerin temel noktasının yapılacak olan soruşturmanın içeriği olduğunu söyleyebiliriz. Nitekim mahkeme de, olayın aydınlatılmasını ya da sorumluların bulunmasını engelleyecek bir soruşturma kusurunun, bu konuda kabul etmiş olduğu standartları bozacağını ifade etmiştir.

Bununla birlikte hangi uygulamanın sözleşmenin içeriğine ilişkin bir kusur sayılacağı ya da soruşturma yapma sorumluluğuna sahip olan kişilerin neler yapması gerektiğine ilişkin bir liste sözkonusu değildir. Zira daha önce de belirtildiği üzere mahkeme bu konuyu her davanın özel şartları içerisinde değerlendirmekte ve usuli yükümlülüklerle ilişkin bir listenin yapılabilmesinin imkansızlığının altını

⁸³⁵ McKerr v United Kingdom; App. 28883/95, 04.05.2001, prg. 158. Mağdur yakınlarının soruşturmaya yeterli katılımının sağlanmamasının bir eksiklik olarak dile getirildiği diğer örnek kararlar için bkz. Musayev & Others v Russia; prg. 163, Alikhadzhiyeva v Russia; prg. 72, Bitiyeva & Others v Russia; prg. 148, Basayeva v Russia; prg. 126, Tarariyeva v Russia; prg. 93, Estamirov & Others v Russia; prg. 92, Kismir v Turkey; prg. 119, Slimani v France; App. 57671/00, 27.10.2004, prg. 43-49.

çizmektedir. Dolayısıyla diğer usuli yükümlülükler bakımından geçerli olan bu yaklaşımın soruşturmanın içeriğine ilişkin unsurlar için de geçerli olduğunu belirtmemiz gerekmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihadına baktığımızda ise; mahkemeye göre soruşturmanın yetersiz, eksik ve hatta kimi durumlarda anlamsız sayılmasına neden olacak bazı kusurların ön plana çıktığını söyleyebiliriz. Mahkemenin önemle üzerinde durduğu ve soruşturmanın içeriğine ilişkin bir kusur olarak değerlendirdiği konulardan ilki; vaka ile ilgili mekanın gerekli ve yeterli bir incelemeye tabi tutulmamasıdır. Özellikle güvenlik güçlerinin düzenlemiş olduğu operasyonlarda, operasyonun gerçekleştirildiği alana ilişkin olarak çatışmaya girmiş olan birimlerin konumları hareketlerinin bir şema şeklinde belirlenmesi beklenmektedir. Bu durum meydana gelen vakanın gelişim seyrini belirlemenin yanında, silah kullanmaya ilişkin olarak getirilen standartların ne ölçüde varolduğunun ya da olay esnasında uygulandığının değerlendirilmesi bakımından önem taşımaktadır.⁸³⁶

Olay yerinin şematik olarak çizilmesinin yanı sıra, fotoğraflanması da mahkeme tarafından soruşturmanın sıhhati için kimi durumlarda gerekli bir unsur olarak ifade edildiğini görmekteyiz.⁸³⁷ Zira, zaman içerisinde olayın geçtiği yerde vaka ile ilgili verilerin ortadan kalkma ihtimali ya da vaka ile ilgili toplanan bilgilerin mekana ilişkin bir sağlamasının yapılabilmesi bakımından bu tür bir uygulamanın kabul edildiği söylenebilir.

Bunun yanında operasyonun gerçekleştirildiği yerde, çatışmaya ilişkin kanıtların tümüyle belirlenmesi ve toplanması gerekmektedir. Örneğin mermi çekirdekleri, mermi kovanları ya da şarapnel parçaları belirlenmesi ve toplanması gereken materyaller olarak ön plana çıkmaktadır.⁸³⁸ Bu unsurların toplanmasının yanı sıra buldukları yer ve özellikle yön itibarıyla konunları, kimi vakalar

⁸³⁶ Kaya v Turkey; App. 22729/93, 23.10.1998, prg. 89, Kanlıbas v Turkey; App. 32444/96, 08.12.2005, prg. 43. Ateş v Turkey; App. 30949/96, 31.05.2005, prg. 122, Hamiyet Kaplan & Others; App. 36749/97, 13.09.2005, prg. 60, Perk & Others v Turkey, 28.03.2006, prg. 79, Cennet Ayhan v Turkey; App. 41964/98, 27.06.2006, prg. 94, Sirin Yılmaz v Turkey; prg. 83, Semsî Önen v Turkey; App. 22876/93, 14.05.2002, prg. 88.

⁸³⁷ Erdoğan & Others v Turkey; App. 19807/92, 15.02.2007, prg. 92., Acar & Others v Turkey; prg. 87, Semsî Önen v Turkey; prg. 88.

⁸³⁸ Kaya v Turkey; prg. 89.

bakımından olayın aydınlatılması için hassasiyetle tesbit edilmesi gereken bilgiler olarak karşımıza çıkmaktadır.⁸³⁹

Olay yerine ilişkin mahkemenin üzerinde durduğu bir başka husus ise; vakanın meydana geldiği anda etrafta bulunabilecek olası görgü tanıklarının belirlenmesi ve onların dinlenmesidir.⁸⁴⁰ Zira vakanın nasıl meydana geldiğinin ve varsa sorumluların kimler olduğunun objektif olarak belirlenebilmesi bu tanıkların belirlenmesi ve dinlenmesi ile mümkün olabilecektir. Aynı şekilde bu tür bir operasyona katılan güvenlik güçlerinin de soruşturmayı yapmakla görevli organ tarafından ismen belirlenmesi bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır.⁸⁴¹

Olay yeri incelemesi, sadece silahlı çatışmaların ve cinayet vakalarının gerçekleştiği yerler bakımından önem taşımamaktadır. Bunun yanında, cinayetin gerçekleştiği yer olmamasına karşın, örneğin cesedin bulunduğu yer ya da bir kaybolma vakasında kaçırılmanın gerçekleştiği alan duruma uygun düştüğü ölçüde aynı incelemeye tabi tutulması mahkeme tarafından beklenmektedir. Mesela cesedin bulunduğu yerde görülen otomobil tekerleğine ait izlerin ya da ayak izlerinin incelenmemesi soruşturma bakımından bir eksiklik olarak görülebilmektedir.⁸⁴² Veya bir kaçırılma vakası ile ilgili yapılan bir soruşturmada, olayın geçtiği anda orada bulunabilecek tanıkların belirlenmemesi soruşturmaya ilişkin bir eksiklik olarak kabul edilmiştir.

Olayla ilgili elde edilen delillerin incelenmesi aşamasında da bir takım soruşturma kusurlarının ortaya çıktığı görülmektedir. Bu kusur kimi zaman elde edilen delilin doğru bir şekilde muhafaza edilememesi biçimde kendisini göstermektedir. Örneğin, ölümle sonuçlanan bir vakada, maktulün bedeninden çıkartılan mermi çekirdeği, gereği gibi korunamadığı için paslanmış ve balistik inceleme yapılabilme imkanı ortadan kalkmıştır.⁸⁴³ Bir başka vakada, üzerinde balistik inceleme yapılan mermi kovanlarının ikinci kez incelenmesi sonucunda, ikinci incelemeye konu olan mermi kovanlarının farklı olduğu ortaya çıkmıştır.

⁸³⁹ Erdoğan & Others v Turkey; prg 92, 93.

⁸⁴⁰ Kaya & Others v Turkey; prg. 39, Musayev & Others v Russia; prg. 162, Tekdag v Turkey; App. 27699/95, 15.01.2004, prg. 80, Semsi Önen v Turkey; prg. 88.

⁸⁴¹ Kanlıbas v Turkey; prg. 47.

⁸⁴² Dündar v Turkey; prg. 79, Nuray Sen v Turkey; App. 25354/94, 30.03.2004, prg. 177.

⁸⁴³ Acar & Others v Turkey; prg. 91.

Mahkemeye göre, mermi kovanlarının ya da mermi çekirdeğinin balistik incelemesinin yapılmaması ya da eldeki tüm çekirdek ya da kovanların değilde sadece bir bölümünün bu incelemeye tabi tutulması⁸⁴⁴ soruşturmanın etkisiz veya yetersiz yapıldığının bir kanıtıdır. Mermi çekirdeği ve kovanlarının yanında, örneğin ceset üzerinde bulunan giysilerdeki kurşun deliklerinin incelenmemesi de bir soruşturma kusuru olarak belirmektedir. Bunların yanında özellikle kullanılan silahlar üzerinde parmak izi araştırmasının yapılmaması da çokça dile getirilen eksikliklerden birisidir. Fakat parmak izi taraması sadece silahların incelenmesinde başvurulabilecek bir yöntem olarak kabul edilmemekte, bunun yanında vakanın çözümüne ilişkin olarak değerlendirilebilecek her türlü delil üzerinde gerçekleştirilmesi gereken bir araştırma düşünülmektedir. Örneğin bir vakada, cesedin üzerinde bulunabilecek parmak izlerinin alınmaması bir soruşturma kusuru olarak kabul edilmiştir.⁸⁴⁵

Silahlı çatışmaların sözkonusu olduğu vakalarda, özellikle öldürülen sivilin saldırdığı iddia edildiği durumlarda, bu halin tesbiti için silahlar üzerinde parmak izi araştırması bir zorunluluk olarak belirirken, aynı zamanda silah kullandığı iddia edilen kişinin ellerinde barut izi araştırmasının da yapılması beklenmektedir.⁸⁴⁶ Zira bu şekilde gerçekten öldürülen kişinin silah kullanıp kullanmadığı ve her olayın şartlarına bağlı olarak silah kullanarak bir kişinin ölümüne yol açanın meşru müdafaa halinde olup olmadığı belirlenebilecektir.

Olayı aydınlatacak verilerin incelenmesi meselesinde, üzerinde durulması gereken bir başka husus ise; bir operasyon ya da çatışma vakası sözkonusu olduğunda bu operasyona katılan kişilerin tek tek dinlenilmesinin gerektiğidir. Sadece olayın gerçekleştiği yer ve operasyonla ilgili şematik bilgi verilmesi ya da görgü tanıklarının dinlenmesi mahkeme bakımından yeterli bulunmamaktadır. Mahkeme, böyle bir durumda operasyonda ya da çatışmada yer almış tüm güvenlik güçlerinin dinlenmesini soruşturmanın sıhhati bakımından bir prensip olarak kabul

⁸⁴⁴ Güli Zengin v Turkey; App. 46928/99, 28.10.2004, prg. 51, Hamiyet Kaplan v Turkey; prg. 59, Erdoğan & Others v Turkey; prg 92, Oğur v Turkey; prg. 89, Kaya v Turkey; prg. 89, Sirin Yılmaz v Turkey; prg 83, Nuray Sen v Turkey; prg. 178, Semsi Önen v Turkey; prg. 88.

⁸⁴⁵ Dündar v Turkey; prg. 79, Sultan Karabulut v Turkey; App. 45784/99, 19.09.2006, prg. 81, Kaya v Turkey; prg. 89.

⁸⁴⁶ Sultan Karabulut v Turkey; prg. 81, Erdoğan & Others; prg. 92, Kaya v Turkey; prg. 89.

etmektedir.⁸⁴⁷ Ancak şeklen ilgili kişilerin dinlenmesi, mahkeme bakımından kriterin yerine getirildiği anlamına gelmemektedir. Zira mahkeme, basmakalıp ve genel geçer ifadelerin olayın aydınlatılması ve varsa sorumluların belirlenmesi bakımından yeterli bulmamaktadır.⁸⁴⁸ Bu noktada mahkemenin ifade alınması ile ilgili prensibinin somut vakada değerlendirmesini amaçsal bir ölçüte tabi tuttuğunu görmekteyiz. Bazı vakalarda ise; soruşturmayı yapmakla sorumlu olan makamın, olayla ilgisi olduğu iddia edilen kişilerin ifadesine başvurmadıkları görülmektedir. Özellikle mağdur yakınlarının işaret ettiği bu kişilerin bulunmaması ve de ifadelerinin alınmaması mahkeme bakımından bir soruşturma kusuru olarak algılanabilmektedir.⁸⁴⁹

Soruşturulan vakada bir cesedin varlığı sözkonusu ise, ceset ile ilgili olarak bir takım incelemelerin yapılmamasını soruşturmaya ilişkin kusur olarak kabul etmektedir. Örneğin elde bulunan cesetin eğer kimliği belli değil ise; kimlik belirlemek için gerekli girişimlerde bulunulması beklenmektedir. Bunun yapılması için dışarıdan ve özellikle maktulün yakınlarından bir talep gelmesi beklenmemeli ve resen harekete geçilmelidir.⁸⁵⁰ Bu noktada mahkemenin aradığı esas unsur, muhtemelen, cesedin kimliğinin mutlaka belirlenmesi değil fakat bunu belirleme bakımından gerekli adımların atılmasıdır. Ayrıca öldürülme vakaları sözkonusu olduğunda, faile ilişkin bilgilerin elde edilebilmesi bakımından ceset ve cesedin üzerindeki kıyafetler üzerinde bir araştırmanın yapılması gerekmektedir. Örneğin failin kimliğini belirlemeye yarayabilecek saç gibi delillerin toplanmaması bir eksiklik olarak dile getirilmiştir.⁸⁵¹

Mahkemenin cesedin sözkonusu olduğu vakalarda, soruşturmacı makamlardan genel beklentisi tam otopsinin gerçekleştirilmesidir. Sadece dışsal bir incelemenin yapılması ve cesedin tam otopsiye tabi tutulmaması bir takım önemli bilgilere ulaşılmamasına neden olabilmektedir. Örneğin tam ölüm saati, ölümün kesin nedeni,

⁸⁴⁷ Tas v Turkey; prg. 70, Ergi v Turkey; prg. 83, Kaya v Turkey; prg. 89, Ogur v Turkey; prg. 89, Sultan Karabulut v Turkey; prg. 80, Musayev & Others v Russia; prg. 160.

⁸⁴⁸ Hamiyet Kaplan & Others v Turkey; prg 60.

⁸⁴⁹ Erkek v Turkey; App. 28637/95, 13.07.2004, prg. 56, Stheyla Aydın v Turkey; prg. 169, Eren & Others v Turkey; 57778/00, 21.02.2006, prg. 47-55. Örneğin Kismir kararında, gözaltında hayatını kaybeden kişinin gözaltında bulunduğu zaman aralığında nöbetçi olan resmi görevlilerin ifadelerinin alınmaması bir eksiklik olarak dile getirilmiştir. Bkz. Kismir v Turkey; prg. 115.

⁸⁵⁰ E.O. v Turkey; App. 284497/95, prg. 135.

⁸⁵¹ Nuray Sen v Turkey; prg. 178.

kullanılan silahın türü, atılan kurşunun hangi mesafeden geldiğinin tebiti ve buna bağlı olarak silahı kullanan kişinin yerinin belirlenmesi gibi olayın aydınlatılması için çok önemli olabilecek bilgiler tam bir otopsinin yapılması ile ortaya çıkabilir.⁸⁵²

Ancak yine şeklen tam bir otopsinin yapılması da mahkemenin yapılan otopsinin içeriğine ilişkin değerlendirme yapmasının önüne geçememektedir. Zira tam bir otopsi yapılmasına karşın hala bazı yetersizlikler sözkonusu olabilmektedir. İkincisoy kararında otopsi neticesinde ateş eden kişinin ve vurulanın yaklaşık olarak pozisyonlarının belirlenmemesi bir kusur olarak dile getirilmiştir. Çünkü bu başvuruda devlet ölen kişinin bir silahlı çatışma neticesinde öldüğünü ileri sürerken, başvuru gözaltına alındığında ilgili kişinin öldürüldüğü savını ileri sürmektedir. Dolayısıyla yukarıda belirtilen bilgi otopsi sırasında araştırılmış olsa ve belirlenebilse mahkemeye göre gerçekten bir çatışma esnasında kişinin öldürülüp öldürülmediği tesbit edilebilecektir.⁸⁵³ Bir diğer kararda ise cesette bulunan kurşun sayısının belirlenmemesi nedeni ile, yapılan otopsinin sadece şeklen yapıldığı izlenimi uyandırdığı ima edilmiştir.⁸⁵⁴ Bir başka vakada ise; yapılan otopsi sonucunda ölüm nedeni olarak kalp krizi gösterilmiş olmasına karşın, İstanbul Adli Tabipliği'nin yapmış olduğu inceleme tam otopsinin olabilmesi için en azından ilgili vaka bakımından nelerin gerekli olduğu sıralanmıştır. Uzmanın, yapılan otopsi ile ilgili bulduğu eksiklikler şunlardır; organlar çıkarılmamış ve tartılmamıştır, kalp parçalara ayrılarak incelenmemiştir, boyun parçalara ayrılarak incelenmemiştir, elektrik şoku veya işkence ve kötü muamele türlerinin uygulandığını belirleyebilecek histopatoloji örnekleri alınmamış ve incelenmemiştir, toksikoloji analizi yapılmamıştır, fotoğraf çekilmemiştir, vaka bakımından emboli bulguları yeterli derecede tasvir edilmemiş veya analiz edilmemiştir ve de rapora imza atan doktorlar kalifiye adli tıp patalogu

⁸⁵² Tanlı v Turkey; prg. 150, A.K. & V.K. v Turkey; App. 38418/97, 30.11.2004, prg. 55, 56, H.Y. v H.U.Y. v Turkey; App. 40262/98, 06.10.2005, prg. 119-121, Dunder v Turkey; prg.77-78, Ogur v Turkey; prg. 89 , Mentese & Others v Turkey; prg. 54, Kaya v Turkey; prg. 89 , Biskin v Turkey; App. 45403/99,10.01.2006, prg. 70, Cennet Ayhan v Turkey; prg. 96, Estamirov & Others v Russia; prg. 91, Salman v Turkey; prg. 104-109.

⁸⁵³ İkincisoy v Turkey; prg. 79.

⁸⁵⁴ Ates v Turkey; prg. 122. Kakoulli kararında ise otopsi raporunda 2 kurşun deliğinin tesbit edildiğine dikkat çekilirken, otopsi esnasında çekilen fotoğraflarda vücutta 3 kurşun deliğine rastlanmıştır. Bkz. Kakoulli v Turkey; App. 38595/97, 22.11.2005, prg. 125.

değillerdir. Son unsur için verilebilecek ilginç bir örnek ise, bir vakada otopsinin pratisyen hekimler tarafından yapılmasıdır.⁸⁵⁵

Tam otopsinin yapılması, yukarıda sayılan bilgiler gözönüne alınırsa, sadece yaşam hakkı bakımından değil fakat aynı zamanda işkence yasağının işlevsellik kazanması bakımından da önem arz etmektedir. Zira eğer maktül işkence sonucunda ölmüş ise, tam otopsinin gerçekleştirilmesi ile işkencenin yapıp yapılmadığının da tesbit edilebilme imkanı ortaya çıkmaktadır. Meseleyi tersten alacak olursak; bir ölüm vakasında tam otopsi yapılmaması, kişinin işkence sonucunda öldüğü iddiasının ortada kalması anlamına gelmektedir. Yani işkence yapılmamış olsa dahi, bu durum tam otopsi yapılmadığı için kesin olarak belirlenemeyeceği için, güvenlik kuvvetlerinin şüphe altında kaldığı durumlar ortaya çıkabilecektir. Dolayısıyla bize göre, her şüpheli ölüm vakasında tam otopsinin gerçekleştirilmesi bir zorunluluk olarak belirmektedir.

Soruşturmanın içeriğine ilişkin olarak üzerinde duracağımız son husus; soruşturma yapma sorumluluğuna sahip olan makamların, elde ettikleri bilgiler doğrultusunda soruşturmanın seyrini belirlemelerine ilişkindir. Bununla ifade etmeye çalıştığımız şey; soruşturmanın başlangıcında ya da devamı süresince soruşturmayı yapan organın belirli bir etki altında kalmadan ya da önyargı ile vakaya yaklaşmadan olayın çözümü için eldeki bilgilerden yararlanarak mümkün olabilecek tüm ihtimalleri değerlendirmesi ve bu ihtimale göre soruşturmanın seyrini belirlemesidir. Dolayısıyla bu kritere uyulmadan yapılacak olan soruşturma mahkemenin içtihadında da belirtildiği üzere bağımsızlık niteliğini kaybedebilir.⁸⁵⁶ Özellikle mahkemenin Türkiye ile ilgili olarak vermiş olduğu kararlarda soruşturma makamlarının kimi vakalar bakımından yukarıda ifade etmeye çalıştığımız kriterlere uymadıklarının tesbit edildiğini görmekteyiz.

⁸⁵⁵ Süheyla Aydın v Turkey; prg. 174, 175.

⁸⁵⁶ Kılıç v Turkey; prg. 82, Buldan v Turkey; App. 28298/95, 20.04.2004, prg. 86, Kaya v Turkey; prg. 89-91, Biskin v Turkey; prg. 71, Selim Yıldırım & Others v Turkey; 56154/00, 19.10.2006, prg. 70, Ergi v Turkey; prg. 85, Cennet Ayhan v Turkey; prg. 98, Turkoglu v Turkey; prg. 125, Yasa v Turkey; prg. 105, İkincisoy v Turkey; 78, Tekdağ v Turkey; prg. 80, Finucane v United Kingdom; prg. 77,78, Ülkü Ekinci v Turkey; App. 27602/95, 16.07.2002, prg. 145, Semsî Önen v Turkey; prg. 88.

3-3-3 Hakka Getirilen İstisnalar

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında yaşam hakkı her ne kadar işkence görmeme hakkı ile birlikte en temel iki haktan birisi olarak kabul edilse de, işkence yasağından farklı olarak bizzat sözleşme metninde bir takım istisnalara tabi tutulmuştur. Dolayısıyla yaşam hakkı sınırsız bir hak olmayıp, belli durumlarda meydana gelen öldürme vakaları, sözleşmede düzenlenen yaşam hakkının ihlali anlamına gelmemektedir.

Söz konusu istisnalar esasen 2. maddenin 2. fıkrasından ifade edilmiştir. Buna göre 2. fıkrada belirtilen sınırlama nedenleri sınırlayıcı olarak sayılmış olup, bu nedenlerin dışında insan yaşamına kasten son verilemez. Bu nedenler ise, meşru müdafaa, yakalama ve kaçmanın önlenmesi ve de ayaklanmaların bastırılmasıdır. Ancak 2. maddenin 2. fıkrasında sayılan söz konusu sınırlama nedenlerine, ölüm cezasını da eklememiz gerekmektedir. Zira 2. maddenin yaşam hakkını tanımlayan ilk fıkrasında, mahkemece hükmedilmiş ölüm cezalarının infaz edilmesinin yaşam hakkının ihlali anlamına gelmeyeceği ifade edildiğinden, yukarıdaki sınırlama sebeplerine ölüm cezalarının infazı da eklenebilir. Şimdi sırasıyla, önce sözleşme bakımından ölüm cezası meselesi ele alınacak, daha sonraki başlıkta da 2. maddenin 2. fıkrasında yer alan diğer sınırlama nedenleri incelenmeye çalışılacaktır.

3-3-3-1 Ölüm Cezası

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin yaşam hakkını düzenleyen ikinci maddesi "Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın yerine getirilmesi dışında hiç kimse kasden öldürülemez" hükmünü içermesi nedeni ile gerek ölüm cezasına hükmedilmesinin gerekse bu cezanın infaz edilmesinin sözleşmeye prensip olarak aykırılık teşkil etmeyeceği sonucunu ortaya koymaktadır. Bununla birlikte, bu cezaya hükmedilmesi ve infazının bazı koşullar altında gerçekleşmesi gerekmektedir.

Bu koşullardan ilk ikisi hiç şüphesiz madde metninde belirtildiği üzere, söz konusu cezanın yasalar tarafından öngörülmesi ve yetkili mahkemenin ilgili yasaya göre bu kararı vermesidir. Bu iki kıstas bakımından yapılan yorumlara göre, söz konusu kriterlerin sözleşmenin tümüne egemen olan "orantı" kavramı çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Başka bir ifade ile devletler hangi

suçlar bakımından ölüm cezasına hükmedebilecekleri konusunda takdir yetkisine sahip olsalar da; suç ve ceza arasında bir orantının olması gerekmektedir. Eğer bu orantı gözönüne alınmadan bir ceza politikası güdülecek olursa; suç ve ceza arasında oluşabilecek olası bir dengesizlik yaşam hakkı ve işkence yasağının ihlali anlamına gelebilecektir. Bu anlamda ölüm cezasını kabul eden devletler sadece en ağır suçlar bakımından bu yaptırımı uygulayabileceklerdir.⁸⁵⁷

Bunun yanında, ölüm cezasına hükmedilen bir davada ilgili hükmün adil yargılanma hakkını da ihlal etmemesi gerekmektedir.⁸⁵⁸ Zira bu davalarda sözkonusu olan bizzat yaşamın kendisi olduğu için ceza nedeni ile yaşamı tehlikede olan kişi bakımından özellikle adil yargılanma hakkının ilkelerine riayet edilmesi daha da büyük bir önem kazanmaktadır. Dikkat edilecek olursa, daha önceki bölümde ele almaya çalıştığımız BM İnsan Hakları Komitesi'nin ölüm cezalarına ilişkin kabul ettiği standartların, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin yorumunda da kullanılabilceği ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda, ölüm cezasına hükmedildiği zaman bu süreç sözleşmenin hiçbir maddesi ile çelişmemeli, çünkü olası bir aykırılık o maddenin yanında aynı zamanda yaşam hakkının da ihlali sonucunu ortaya çıkarabilecektir.

BM İnsan Hakları Komitesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ölüm cezasına ilişkin içtihatları sayısal olarak karşılaştırıldığında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu konudaki içtihadının oldukça düşük bir seviyede kaldığını söyleyebiliriz. Bunun temel nedeni ise, Avrupa Konseyi'ne üye sözleşmeciler devletlerin büyük bir bölümünde ölüm cezasının kaldırılmış ya da çok uzun süredir uygulanmıyor olmasıdır. Bazı Avrupa ülkelerine bakacak olursak; en son infazlar Finlandiya'da 1826, Belçika'da 1863, İrlanda'da 1954 ve Yunanistan'da 1972 yılında gerçekleşmiştir.⁸⁵⁹

Ölüm cezasına ilişkin asıl önemli olan göstere ise, ölüm cezasını kaldırmaya yönelik olarak hazırlanan iki protokoldür. 6 numaralı protokol bunlardan ilki olup 1 Mart 1985 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu protokol ile savaş ya da savaş tehdidi dışında, ölüm cezasına hükmedilmesi ve bu cezanın infaz edilmesi yasaklanmıştır.

⁸⁵⁷ Ş. GÖZÜBÜYÜK- F. GÖLCÜKLÜ; sf. 420.

⁸⁵⁸ Aynı yer.

⁸⁵⁹ TEZCAN, Durmuş-ERDEM, Reha-SANCAKDAR, Oğuz; sf., 212.

Bu şekilde ölüm cezasına ilişkin olarak savaş dönemi ve barış dönemi olarak ikili bir ayırım yapılmış ve barış dönemi için ölüm cezası ortadan kaldırılmıştır. Protokolü bugüne kadar imzalayan 47 devlet içerisinde sadece Rusya Federasyonu henüz bu protokolü iç hukuku bakımından yürürlüğe koymamıştır.⁸⁶⁰

13 numaralı protokol ise; savaş ve barış dönemi ayırımı yapmaksızın tümüyle ölüm cezasını ortadan kaldırmaktadır. Bugüne kadar 45 ülkenin imzaladığı bu protokole, Azerbaycan ve Rusya Federasyonu henüz imza atmamışlardır. İmza atan devletler içerisinde de Ermenistan, Fransa, İtalya, Litvanya, Polonya ve İspanya bu protokolü henüz kendi iç hukukları bakımından yürürlüğe koymamışlardır. Türkiye ise; 6 numaralı protokolü 15.01.2003 tarihinde imzalamış ve 01.12.2003 tarihinde yürürlüğe koymuştur. 13 numaralı protokol ise; 09.01.2004 tarihinde imzalanırken, yürürlüğe 01.06.2006 tarihinde konulmuştur.⁸⁶¹

Bu bağlamda Avrupa İnsan Hakları sözleşmesi'ne taraf olan devletlerden sadece Rusya'da, 6. protokol henüz yürürlüğe sokulmadığı için hem barış hem de savaş döneminde ölüm cezası uygulanabilmekte; Azerbaycan 6. protokolü yürürlüğe sokmasına rağmen 13. protokolü henüz imzalamadığından sadece savaş döneminde ölüm cezası uygulanabilmekte ve yukarıda sayılan 6 ülke 13. protokolü imzalamış ama henüz yürürlüğe koymadıkları için bu ülkelerde de ölüm cezası şu anki hukuk düzenlerine göre sadece savaş döneminde uygulanabilmektedir. Dolayısıyla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde ölüm cezasının bütünüyle yaşam hakkını ihlal eden bir uygulama olarak kabul edilmesi muhtemelen çok kısa bir süre içerisinde gerçekleşmesi beklenen bir gelişmedir.

Türkiye bakımından meseleyi ele alacak olursak; tarihsel olarak yukarıda sayılan protokoller henüz yürürlüğe girmeden evvel bu cezanın Türkiye'de zaten uzun bir süredir uygulanmadığı ortadadır. Bunun yanında bu iki protokol de imzalanmış ve yürürlüğe koyulmuş olması nedeni ile Türkiye uluslararası hukuk ve insan hakları hukuku bakımından bu cezaları ortadan kaldırmayı taahhüt ettiği de ortadadır. Fakat en son yapılan anayasa değişikliği ile de iç hukuk bakımından ölüm cezasının uygulanabilme imkanı tamamiyle ortadan kalkmıştır. Zira anayasanın 90.

⁸⁶⁰ Bkz. <http://conventions.coe.int>

⁸⁶¹ Aynı yer.

maddesinde 2004 yılında yapılan değişiklik ile “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.” hükmü eklenmiştir. Bu bakımdan mevcut hukuk düzenimizde, ölüm cezasını öngören herhangi bir düzenleme yapılacak olsa dahi bu düzenleme sadece sözleşmeye ve uluslararası yükümlülüklerimize değil fakat aynı zamanda açıkça anayasaya aykırılık teşkil edecektir. Dolayısıyla hem uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerimiz bakımından hem de iç hukuk düzenimiz bakımından ölüm cezasının bütünüyle ortadan kaldırıldığını söyleyebiliriz.

Bu noktaya kadar anlatmaya çalıştıklarımızdan ortaya çıkan sonuç; yaşanan gelişmeler bağlamında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve mahkemesi bakımından ölüm cezasının insan haklarına aykırı bir uygulama olduğu tescillenmiştir. Dolayısıyla BM İnsan Hakları Komitesi’nin durumundan farklı olarak ölüm cezası meselesi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bakımından neredeyse üzerinde artık karar üretilebilecek bir konu olmaktan çıkmıştır. Bu durumun tek bir istisnası göze çarpmaktadır o da; iade ya da sınır dışı edilme hallerinde, iade edilen ülkenin iade edilen kişiye ölüm cezası uygulama tehlikesinin bulunduğu hallerdir. Bu durumun yaşam hakkı bakımından hangi hallerde 2. maddenin ihlali anlamına gelebileceği mahkemenin 2005 tarihli Bader v Sweden kararında ortaya konmuştur.

Bu karara konu olan vakada; başvuruçular birisi, yasal yollardan İsveç’e gelmiş ve bu ülkeden sığınma talep etmiş ve fakat bu talep kabul edilmemiştir. Sığınma talebinin gerekçelerinden birisi de; kendisinin Suriye’de gıyabında yapılan bir duruşma sonrası ölüm cezasına mahkum edilmesidir. Eğer kendisi Suriye’ye gönderilecek olursa, hakkında verilen ölüm cezasının uygulanması sözkonusu olacaktır. Dolayısıyla Suriye’ye iade işleminin tamamlanması, yaşamından yoksun kalması konusunda gerçek bir riskin ortaya çıkması anlamına gelmektedir. Bu nedenle başvuruçunun İsveç hükümetinin iade işlemi ile yaşam hakkını ihlal ettiği argümanını ileri sürmüştür.⁸⁶²

Mahkeme konuya ilişkin yapmış olduğu değerlendirmede, üzerinde durmuş olduğu en önemli nokta İsveç hükümetinin Suriye makamlarından mahkmenin

⁸⁶² Bader & Others v Sweden; App. 13284/04, 08.11.2005.

yeniden yapılması ve savcının ölüm cezası talebinde bulunmayacağına ilişkin bir garantinin istenmemesidir. Bu şartlar altında, başvuruçunun Suriye'ye geri gönderilmesi, onun yaşamının büyük bir tehlikenin içerisine sokulması anlamına gelmektedir. Dolayısıyla İsveç hükümetinin sözleşmenin 2. maddesini ihlal ettiği sonucuna varılmıştır.⁸⁶³

Görüldüğü üzere BM İnsan Hakları Komitesi'nin ölüm cezasının uygulanması tehlikesi altındaki sınırdışı ve iade işlemleri ile ilgili sonradan kabul etmiş olduğu yaklaşım Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından da kabul edilmiştir. Bu bağlamda ölüm cezasını kaldıran ülkenin yükümlülüğü sadece kendi toprakları içerisinde bu cezayı uygulamamaktan ibaret olmayıp aynı zamanda kendi topraklarından uzaklaştırmak istediği kişinin gideceği yerde de ölüm cezasına maruz kalması tehlikesi sözkonusu ise bu cezanın uygulanmayacağına ilişkin garanti alması da gerekmektedir. Aksi halde gerçekleştirilecek olan bir iade kararı yaşam hakkının ihlali anlamına gelecektir.

3-3-3-2 Meşru Müdafa, Yakalama ve Tutuklama, Ayaklanmanın Bastırılması

Sözleşmenin 2. maddesinin 2. fıkrasında yer alan sınırlamalardan ilki; meşru müdafa halidir. Meşru müdafa kavramının kapsamı, kişinin kendisini ya da bir başkasını haksız bir saldırıya karşı korumasından ibaret olup; mal bakımından meşru müdafa bu çerçevenin dışında kalmaktadır. Yaşam hakkına getirilen ikinci sınırlama ise; bir kişiyi yasal yollara uygun olarak yakalamak; ya da yasaya uygun surette tutuklu bulunan kaçmasını önlemek amacı ile yapılan müdahaledir. Ve nihayet sonuncusu ayaklanma ve isyanın yasal olanaklar dahilinde bastırılması durumudur. Son istisnanın hazırlık aşamalarında, ayaklanma ve isyan unsurlarının yanında, ulusal güvenlik bakımından girilmesi yasak olan bölgelere girilmesi halinde meydana gelen ölüm vakaları da sınırlamanın içerisine dahil edilmiş olmakla birlikte, daha sonradan bu kıstas 2. maddenin metninden çıkarılmıştır.⁸⁶⁴

Yaşam hakkına yukarıda saymış olduğumuz istisnalar getirilmiş olmasına karşın, istisnai hallerin olduğu her vakada gerçekleşen bütüm ölümlerin hakkın ihlali

⁸⁶³ Bader & Others v Sweden; prg. 45

⁸⁶⁴ B. RAMCHARAN; "Drafting History of Article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights", sf. 59-60.

anlamına gelmediğini söyleyebilmemiz mümkün değildir. Zira istisnalara yer veren fıkranın başlangıç kısmına baktığımız zaman, öldürme eylemi bu sayılan istisnai durumlarda kuvvete başvurma mutlak surette gerekli olduğu haller sonucunda meydana gelmiş ise 2. maddenin ihlali suretiyle yapılmış sayılmaz denilmektedir. Bunun anlamı, her istisnai durumlarda kuvvet kullanma sonucu meydana gelen her ölüm hakkın ihlal edilmediği sonucunu doğurmamaktadır. Eylemin ihlal niteliğinden çıkabilmesi için, ilk olarak bu istisnai hallerde kuvvet kullanmanın mutlak surette gerekli olması şartı gerçekleşmelidir. Bu bağlamda yapılan düzenleme ölüm cezası bakımından verilen izinden farklı olarak, öldürmeye izin verme şeklinde algılanmamalıdır. Amaç ölüm gerçekleşmeden bu istisnai durumlardaki hedeflere ulaşmaktır.

McCann davası ile birlikte şekillenen konu ile ilgili mahkemenin içtihadında, günümüze kadar belirli prensiplerin oluşturulduğu söylenebilir. Mahkeme bu kararında, güvenlik güçlerinin silah kullanımının sözkonusu olduğu vakalar bakımından iki unsurun altını çizmiştir. Bunlardan ilki bunlardan ilki, somut olayda amaç-amaç arasındaki orantının varlığı; yani kuvvet kullanımının gerçekten gerekli olmasıdır. İkincisi ise, hareketin planlamasında kuvvet kullanımını asgari düzeyde tutacak gerekli tedbirlerin alınıp alınmadığıdır. Kısaca kuvvet kullanımının asgari düzeye indirilmesi için gerekli planlamanın yapılması aranmaktadır.⁸⁶⁵ Bu karar sonrasında gelişen içtihatla silah kullanımına ilişkin ilkeler geliştirilmiş ve somut vaka bakımından kendine özgü şartları gözönüne alınarak uygulanmıştır.

Bu ilkelerden ilki sözleşmeye de büyük ölçüde hakim olan orantı ilkesidir. Ölümle sonuçlanabilecek bir kuvvet kullanımının somut vakada ulaşılmak istenen hedefle ne ölçüde orantılı olduğu sözkonusu eylemin gerekliliğini belirlemeye yarayan en önemli ölçütlerden birisidir. Örneğin Güleç v Turkey, bu orantının varlığının arandığı ve ölümle sonuçlanan eylemde kullanılan gücün hedeflenen amaçla orantılı olmadığına tesbit edildiği bir karardır. Başvurunun konusu, yasa dışı bir gösteri karşısında güvenlik güçlerinin gösteriyi bastırmak için silah kullanması nedeni ile başvuruçunun 15 yaşındaki oğlunun ölümüdür. Mahkeme olayla ilgili yapmış olduğu değerlendirmede, bashedilen gösterinin sakin bir şekilde

⁸⁶⁵ MacCann v United Kingdom; prg. 194.

gerçekleşmediğinin altını çizmektedir. Sözkonusu gösteride taşınır ve taşınmaz mallara zarar verilmiş, jandarmalar yaralanmış ve çok ciddi şiddet eylemleri yaşanmıştır. Bu bağlamda yaşam hakkının istisnalarının yer aldığı ikinci fıkradaki (c) bendinin bu vaka bakımından geçerli olduğunun söylenebileceği mahkeme taafından kabul edilmiştir. Ancak bu hususta ulaşılmak istenen amaç ile kullanılan araç arasında bir denge olması gerektiğini vurgulayan mahkeme, olayda jandarmanın çok güçlü silahlar kullandığını belirtmiştir. Oysa mahkemeye göre hükümet göstericiler arasında teröristlerin olduğunu gösteren bir kanıt ortaya koyamamıştır. Bunun yanında ne başvuranın oğlunun öldüğü yerde ne de göstericilerin bulunduğu diğer alanlarda kurşunla yaralanan jandarmanın olmadığını altı çizilmiştir. Ayrıca PKK üyelerine ait olduğu düşünülen herhangi bir silah ya da kovan da bulunmamıştır. Toplanan kovanlar ve el koyulan silahların sahipleri aleyhine Devlet Güvenlik Mahkemesinde açılan davalar da beraatle sonuçlanmıştır. Çünkü davalılar olaylarda yer almamışlardır. Sonuç olarak mahkeme gösterinin dağıtılması için kullanılan gücün gereksiz olduğuna ve 2. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁸⁶⁶

Görüldüğü üzere bu kararında mahkeme, özellikle göstericilerin jandarmanın yaralanacağı ya da ölümlerine sebep olacak şekilde silah kullanmadıklarının altını çizmekte ve de silahla karşı konulmayan bir eyleme silahla müdahale edilmesini gereksiz güç kullanımı olarak değerlendirmektedir. Mahkeme bu kararında sadece gereksiz güç kullanımını değil fakat aynı zamanda güvenlik güçlerinin bu tür olaylar bakımından yapması gerekenleri de bir ölçüde işaret etmiştir. Zira mahkeme olaylar sırasında jandarmanın çok kuvvetli silahlar kullandığını belirtirken, yanlarında cop, koruyucu kalkan, su topları, plastik mermileri ve göz yaşartıcı gazları olmadığına dikkat çekmiştir. Mahkemeye göre olağanüstü halin ilan edildiği bir bölgede bu tür teçhizatın sağlanmamış olması anlaşılabilir ve kabul edilemez bulunmuştur.⁸⁶⁷ Mahkemenin yaklaşımını bir adım öteye ilerletecek olursak, jandarmanın elinde gösteri sırasında bu tür teçhizat olsa idi belki de silah kullanılmadan önce daha az şiddet içeren bu malzemeler kullanılabilecek ve de yaşanan ölüm vakası sözkonusu olmayacaktı. Bu bağlamda güvenlik güçlerinin elinde, silah kullanımından önce faydalanabileceği daha az şiddet yaratacak malzemenin bulunması gerekmektedir.

⁸⁶⁶ Gülec v Turkey; App. 21593/93, 27.07.1998, prg. 69-73. Ayrıca bkz. Kakoulli v Turkey; prg. 111-121.

⁸⁶⁷ Gülec v Turkey; prg. 71.

Ancak bu şekilde güvenlik kuvvetleri olaya alternatif yaklaşımlar üretebilme şansına sahip olabilecektir.

Mahkemeye göre güvenlik güçleri sadece vaka aşamasında değil fakat olay gerçekleşmeden evvel henüz müdahaleye ilişkin planını hazırlarken kuvvet kullanma gereğini imkan ölçüsünde asgari düzeyde tutacak hazırlıkları yapması gerekmektedir.⁸⁶⁸ Özellikle önceden hazırlanan operasyonlar sözkonusu olduğunda bu durum bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır. Ergi v Turkey kararında mahkeme bu konudaki eksikliği bir ihlal nedeni olarak görmüştür. Hatırlanacağı üzere bu davanın konusu güvenlik güçlerinin bir operasyonu sırasında sivil can kaybının olmasıdır. Mahkemenin yapmış olduğu tesbite göre çatışma esnasında can kaybının yaşandığı köy, güvenlik güçleri ile teröristlerin arasında kalmış ve köy halkı çapraz ateşe mağruz kalmıştır. Mahkeme güvenlik güçlerinin sivil halkın varlığı nedeni ile köye yaklaşmakta olan teröristlerin ateşine karşılık verirken dikkatli davrandıkları düşünülebilir ama teröristlerin aynı hassasiyeti gösterdikleri düşünülemez. Köylüleri bu durumdan korumaya yönelik önlemler alındığına dair hiçbir kanıt sunulmamıştır. Bu nedenle, operasyonun planlanması ve yürütülmesi hususunda jandarmanın kanıt sunmaması nedeni ile sivil nüfusun hayatını korumak için yeterli önlemlerin alınmadığına ve 2. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁸⁶⁹

Görüldüğü üzere mahkeme sadece çatışma esnasında yaşamı korumak adına alınan önlemler ile yetinmemekte, bunun yanında operasyon öncesi sözkonusu önlemler bakımından hazırlık yapılmasını da beklemektedir. Elbette bu beklenti devletin asıl yükümlülüğünün bir yarısı olup diğer tarafta somut vaka bağlamında bu önlemlerin hayata geçirilmesi de gerekmektedir. Örneğin Erdoğan & Others v Turkey kararında, bir operasyon sırasında mahkemenin güvenlik güçlerinden yapılmasını beklediği önlemler dile getirilmiştir. Davaya konu olan vakalar ise, yaşandığı dönemde Türk mediasında geniş yer bulan Dev-Sol Terör Örgütünün hücre evlerine eşzamanlı yapılan baskınlardır. Zira bu baskınlar neticesinde pekçok kişi hayatını

⁸⁶⁸ Bkz. sf. 448.

⁸⁶⁹ Ergi v Turkey; prg. 80, 81.

kaybetmiş ve bu kişilerin yakınları Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurmuştur.⁸⁷⁰

Mahkeme olayla ilgili değerlendirmesini yaparken şu hususların altını çizmiştir: Planlama aşamasından başlayan mahkeme, polis müdürlerinin operasyonu gerçekleştiren polis memurlarına kendilerini tanıtmaları, ateşli silah kullanmalarına dair açık bir uyarı vermeleri ve bu uyarılara uyulması için yeterli zaman tanımaları talimatlarını verip vermedikleri belli değildir. Bunun yanında polis yetkililerinin öldürücü yöntemler ile öldürücü olmayan yöntemler arasında bir ayırım yapmadıkları da gözükmemektedir. Ayrıca şüphelilerin canlı olarak yakalamaya ve tutuklamaya ya da teslim olmaları konusunda nasıl bir anlaşma yapılacağına ilişkin açık talimatlar verildiğine dair bir bilgi de mahkemeye sunulmamıştır. Bu durum teslim olmaya gönüllü olmuş olabilecek kişilerin yaşamlarını tehlikeye atmıştır. Polisler operasyon esnasında sadece silah ve el bombası taşıdıklarından, öldürücü olmayan teçhizata sahip değillerdi. Ulusal mahkeme önünde yapılan bir polis beyanı da göz yaşartıcı gaz kullanılmadığı yönündedir. Nitekim mahkeme 2. maddenin ihlal edildiği kararını verirken bu sayılan gerekçeleri de kullanarak operasyonun planında ve uygulamasında kusur olduğu kanaatine varmıştır.⁸⁷¹

Mahkeme bu yaklaşımı ile yakalanmak istenen kişilerin ölümcül yollara başvurmadan önce ölümcül olmayan metodların kullanılması gerektiğinin altını çizmektedir. Bu metodlar içerisinde ateşli silah kullanılacağına ilişkin ciddi bir uyarının yapılması yani yakalanacak olan kişilerin teslim olmaları için imkan ve zaman tanınması girdiği gibi ateşli silah kullanımı öncesi ilgili kişilerin etkisiz hale getirilmeleri için göz yaşartıcı bomba gibi ölümcül olmayan mühimmatın kullanılması da girmektedir. Her olayın şartlarına göre değişebilecek ve çeşitlendirilebilecek olan bu metodlar aynı zamanda yine olayın şartlarına göre uygulanmadığı durumlarda hakkın ihlal edilmemesi de sözkonusu olabilir. Perk & Others v Turkey kararı bu duruma örnek olarak gösterilebilir.

2006 tarihli bu karar, yukarıda ele almış olduğumuz Erdoğan & Others v Turkey kararı ile benzer bir vakayı konu edinmektedir. Bu kararda ele alınan olay;

⁸⁷⁰ Erdogan & Others v Turkey; prg. 10-16.

⁸⁷¹ Erdogan & Others v Turkey; prg. 74-87.

güvenlik güçlerinin bir başka terör örgütüne karşı yapmış olduğu bir operasyon neticesinde gerçekleşen ölüm vakalarının, ölen kişilerin yakınları tarafından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne getirilmesidir. Bu kararda ele alınan konulardan birisi; güvenlik güçlerinin ölümcül olmayan metodları denemeksizin doğrudan silah kullanmasıdır. Hükümetin bu konuda vermiş olduğu cevapta operasyon yapılacak olan binada bulunan kişilerin aralıksız güvenlik güçlerine ateş ettikleri belirtilmiştir. Bu nedenle polislerin göz yaşartıcı bomba gibi etkisiz hale getirici diğer yollara başvurma imkanı olmadığı dile getirilmiştir.⁸⁷²

Mahkeme bu argüman bakımından yapmış olduğu değerlendirme şu şekildedir: AİHM, elinde bulunan unsurlar ışığında ve yukarıda incelenen koşulları göz önüne alarak bu durumda etkisiz hale getirici yolların kullanılması olasılığı üzerinde soyut olarak tartışılmasının gerekli olmadığına kanaat getirmektedir. AİHM'nin Andronicou ve Constantinou davasında tespit ettiği gibi, polisler, kendilerinin ve başkalarının yaşamları için mevcut olabilecek bütün riskleri ortadan kaldırmak amacıyla makul olarak gerekli olduğunu düşündükleri bütün tedbirleri almaya yetkilidirler. Bu bağlamda AİHM'nin görevi, kendi durum değerlendirmesini polislerinkinden üstün tutarak, ateşli silahları kullanmadan önce göz yaşartıcı bomba, plastik mermi ve uyuşturucu el bombaları gibi etkisiz hale getirici yolların kullanılmasını zorunlu kılmak değildir. Kuşkusuz, ölüme sebebiyet verici metotlara başvurulmasını gitgide azaltmak istenirse, bu türden yolların kullanılmasının yaygınlaştırılması arzu edilir. Ancak belli bir davanın koşullarını göz önünde bulundurmadan böyle bir ilke zorunluluğunun getirilmesi, kanunu uygulamakla mükellef olan Devlet ve görevlilerine, kendilerinin ve başkalarının yaşamlarını riske sokacak gerçek dışı bir yük getirecektir. Buradan yola çıkan mahkeme, doğrudan öldürücü nitelikte silah kullanılmasını somut vaka bakımından 2. maddenin ihlali olarak görmemiştir.⁸⁷³

Bu karardan yola çıkacak olursak; mahkemenin her şart altında ölümcül olmayan yöntemlere başvurulmasını bir kaide olarak kabul ettiğini söyleyemeyiz. Diğer kıstaslar gibi bu kıstasın da, her olay bakımından ayrı olarak değerlendirilmesi

⁸⁷² Perk & Others v Turkey, prg. 58-73.

⁸⁷³ Aynı yer.

gerekmektedir. Aksi halde hem güvenlik güçlerinin hem de diğer kişilerin yaşamları tehlike altına girebilir.

Yukarıda vermiş olduğumuz son iki kararda Türk Hukuk düzeni bakımından yapılan ortak bir eleştirinin varlığı dikkat çekmektedir. Bu iki kararda da 1934 tarihli Polis Vazife ve Selahiyat Kanunu'nun silah kullanmaya ilişkin hükümlerinin sözleşme ile uyum göstermediği dile getirilmiştir. Erdoğan & Others v Turkey kararında mahkeme açıkçabu kanunun bir polis memurunun sonuçlarından sorumlu olmadan ateşli silah kullanabileceği pekçok duruma yer verdiği ifade edilmiştir. Bu yasal çerçeve, günümüz Avrupa Demokratik toplumlarında gerek görülen yaşam hakkını kanunen koruma sağlamak konusunda yeterli gözükmemektedir.

Gerçekten 1934 yılında yürürlüğe giren bu kanunun zor ve silah kullanmayı düzenleyen 16. maddesi⁸⁷⁴, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde konuyla ilgili belirlenen standartlarla ciddi farklılıklar içermekteydi. Örneğin 16. maddede 9 fıkra halinde polisin silah kullanmasına yetkili olduğu durumlar belirtilirken ilk altısı, başka türlü hedeflenen amaca ulaşılmadığı takdirde polisin silah kullanılabileceği ifade edilmektedir. Ancak aynı maddenin (g) ve (h) fıkralarında bu şart aranmaktadır. Yani polis bu durumlar sözkonusu olduğunda başka çarelere başvurmaksızın silah kullanabilme yetkisine sahiptir. Bunun yanında kanun, tek veya toplu halde polise

⁸⁷⁴ MADDE 16 - Polis, aşağıda yazılı hallerde silâh kullanmağa salâhiyetlidir:

- A) Nefsini müdafaa etmek;
- B) Başkanın ırz ve canına vukubulan ve başka suretle men'i mümkün olmayıyan bir taarruzu savmak için;
- C) Ağır cezayı müstelzim bir suçtan maznun olarak yakalanıp nezaret altında bulunan veya her hangi bir suçtan mahkûm ve mevkuf olupta tutulması veya nakil ve sevki polise emir ve tevdi olunan şahısların kaçmaları veya bu maksatla polise taarruzları halinde yapılacak ihtarlara itaat edilmemiş ve kaçmağa ve taarruza mâni olmak için başka çare bulunmamışsa;
- D) Muhafazasına memur olduğu mevki veya elindeki silâha yahut kendisine verilmiş veya teslim edilmiş olan karakolhane ile şahıslara karşı vukubulacak taarruzu başka suretle defe imkân olmamışsa;
- E) Ağır cezayı müstelzim ve meşhut cürüm halinde bulunan suçlarda suçlunun saklı olduğu yerin arandığı sırada o yerden şüpheli bir şahıs çıkarak kaçtığı ve dur emrine kulak asmadığı görülerek başka suretle ele geçirilmesine imkân bulunmamışsa;
- F) Ağır hapsi müstelzim bir suçtan dolayı maznun veya mahkûm olupta zabıtaca aranmakta olan bir şahsın yakalanmasına teşebbüs edildiği sırada kaçır ve dur emrine de kulak asmiyerek başka türlü ele geçirilmesi kabil olmazsa;
- G) Vazife esnasında polise tecavüze veya karşı koymağa elverişli aletlerin ve silâhların teslimi emredildiği halde emrin derhal yerine getirilmiyerek karşı gelinmesi veya teslim edilmiş silâh ve aletlerin zorla tekrar alınmasına kalkışılmışsa;
- H) Polisin vazifesini yapmasına yalnız veya toplu olarak fiili mukavemette bulunmuş veya taarruzla mümanaat edilmişse;
- İ) Devlet nüfuz ve icraatına silâhlı olarak karşı gelinmişse;

karşı fiili mukavemette bulunulması durumunda da silah kullanılmasına imkan tanınarak oldukça geniş bir yetki alanı oluşturulmaktadır.

Bu polisin silah kullanma konusundaki yetkisi çok geniş bir alana yayılırken, silah kullanma aşamasına gelinceye koşullar elverdiği ölçüde yapması gereken eylemler belirtilmemiştir. Dolayısıyla kanunda yer alan “başka türlü gerçekleşmesi kabil olmazsa” kalıbının içeriği belli değildir. Muhtemelen yasa koyucu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin bu eleştirilerinden de etkilenerken, Polis Vazife ve Selahiyetleri Kanununun 16. maddesini 02.06.2007 tarihinde yürürlüğe giren bir kanunla değiştirmiştir.⁸⁷⁵

⁸⁷⁵ ZOR VE SİLAH KULLANMA

Madde 16- (Değişik madde: 02/06/2007-5681 S.K./4.mad)

Polis, görevini yaparken direnişle karşılaşması halinde, bu direniş kırma amacıyla ve kıracak ölçüde zor kullanmaya yetkilidir.

Zor kullanma yetkisi kapsamında, direnmenin mahiyetine ve derecesine göre ve direnenleri etkisiz hale getirecek şekilde kademeli olarak artan nispette bedenî kuvvet, maddî güç ve kanunî şartları gerçekleştiğinde silah kullanılabilir.

İkinci fıkrada yer alan;

a) Bedenî kuvvet; polisin direnen kişilere karşı veya eşya üzerinde doğrudan doğruya kullandığı bedenî gücü,

b) Maddî güç; polisin direnen kişilere karşı veya eşya üzerinde bedenî kuvvetin dışında kullandığı kelepçe, cop, basınçlı su, göz yaşartıcı gazlar veya tozlar, fizikî engeller, polis köpekleri ve atları ile sair hizmet araçlarını,

ifade eder.

Zor kullanmadan önce, ilgililere direnmeye devam etmeleri halinde doğrudan doğruya zor kullanılacağı ihtar yapılır. Ancak, direnmenin mahiyeti ve derecesi göz önünde bulundurularak, ihtar yapılmadan da zor kullanılabilir.

Polis, zor kullanma yetkisi kapsamında direnmeyi etkisiz kılmak amacıyla kullanacağı araç ve gereç ile kullanacağı zorun derecesini kendisi takdir ve tayin eder. Ancak, toplu kuvvet olarak müdahale edilen durumlarda, zor kullanmanın derecesi ile kullanılacak araç ve gereçler müdahale eden kuvvetin amiri tarafından tayin ve tespit edilir.

Polis, kendisine veya başkasına yönelik bir saldırı karşısında, zor kullanmaya ilişkin koşullara bağlı kalmaksızın, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun meşru savunmaya ilişkin hükümleri çerçevesinde savunmada bulunur.

Polis;

a) Meşru savunma hakkının kullanılması kapsamında,

b) Bedenî kuvvet ve maddî güç kullanarak etkisiz hale getiremediği direniş karşısında, bu direniş kırma amacıyla ve kıracak ölçüde,

c) Hakkında tutuklama, gözaltına alma, zorla getirme kararı veya yakalama emri verilmiş olan kişilerin ya da suçüstü halinde şüphelinin yakalanmasını sağlamak amacıyla ve sağlayacak ölçüde, silah kullanmaya yetkilidir.

Polis, yedinci fıkranın (c) bendi kapsamında silah kullanmadan önce kişiye duyabileceği şekilde “dur” çağrısında bulunur. Kişinin bu çağrıya uymayarak kaçmaya devam etmesi halinde, önce uyarı amacıyla silahla ateş edilebilir. Buna rağmen kaçmakta ısrar etmesi dolayısıyla ele geçirilmesinin mümkün olmaması halinde ise kişinin yakalanmasını sağlamak amacıyla ve sağlayacak ölçüde silahla ateş edilebilir.

Polis, direniş kırma ya da yakalamak amacıyla zor veya silah kullanma yetkisini kullanırken, kendisine karşı silahla saldırıya teşebbüs edilmesi halinde, silahla saldırıya teşebbüs eden kişiye karşı saldırı tehlikesini etkisiz kılmak ölçüde duraksamadan silahla ateş edebilir.

Bu düzenleme ile kabul edilen ilk dikkat çekici değişiklik, madde başlığının “silah kullanma salahiyeti”nden, “zor ve silah kullanma”ya çevrilmiş olmasıdır. Başlığa yapılan bu ekleme madde metnine de yansımış ve polisin görevini yaparken bir direnişle karşılaşması durumunda kademeli bir süreç uygulanacağı kabul edilmiştir. Önce bedeni kuvvet yani polisin doğrudan doğruya kendi beden gücü ile direniş kırması öngörülmektedir. İkinci aşama olarak ise, maddi güç kullanımınıdır ki; bu kavramın anlamı polisin kelepçe, cop, basınçlı su, göz yaşartıcı gazlar veya tozlar, fizikî engeller, polis köpekleri ve atları ile sair hizmet araçlarını kullanması olarak ifade edilmiştir. Üçüncü aşama ise silah kullanımınıdır. Yeni düzenlemede silah kullanımını 3 başlık altında toplanmıştır. Bunlardan ilki, meşru savunma hakkının kullanılması halidir. İkincisi, bedenî kuvvet ve maddî güç kullanarak etkisiz hale getiremediği direniş karşısında, bu direniş kırma amacıyla ve kıracak ölçüde silah kullanımınıdır. Ve nihayet üçüncü olarak; hakkında tutuklama, gözaltına alma, zorla getirme kararı veya yakalama emri verilmiş olan kişilerin ya da suçüstü halinde şüphelinin yakalanmasını sağlamak amacıyla ve sağlayacak ölçüde, polisin silah kullanmaya yetkili olduğu belirtilmiştir.

Görüldüğü üzere yeni düzenleme ile polisin güç kullanımını kademelendirilmiş ve de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihadına uygun bir söylev takip edilerek, ulaşılmak istenen amaca uygun güç kullanımını yani orantı esası benimsenmiştir. Bu değişikliklerin yanı sıra, polisin güç kullanımını esnasında yapması gereken hareketler de bu değişiklik içinde belirtilmektedir. 16. maddenin yeni halinde polise zor kullanmadan önce, ilgililere direnmeye devam etmeleri halinde doğrudan doğruya zor kullanılacağı ihtarını yapma yükümlülüğü getirilmiştir. Ancak, direnmenin mahiyeti ve derecesi göz önünde bulundurularak, ihtar yapılmadan da zor kullanılabilir.

Yeni düzenlemede sadece zor kullanma bakımından değil fakat aynı zamanda silah kullanımını zarureti ortaya çıktığı hallerde de polisin takip etmesi gereken prosedür belirlenmiştir. Yukarıda ifade ettiğimiz polise silah kullanma yetkisinin tanındığı üçüncü hale ilişkin olarak; polise silah kullanmadan önce kişiye duyabileceği şekilde "dur" çağrısında bulunulması yükümlülüğü getirilmiştir. Kişinin

bu çağrıya uymayarak kaçmaya devam etmesi halinde, önce uyarı amacıyla silahla ateş edilebileceği, buna rağmen kaçmakta ısrar etmesi dolayısıyla ele geçirilmesinin mümkün olmaması halinde ise kişinin yakalanmasını sağlamak amacıyla ve sağlayacak ölçüde silahla ateş edilebileceği ifade edilmiştir. Bununla birlikte, polis, direnişi kırmak ya da yakalamak amacıyla zor veya silah kullanma yetkisini kullanırken, kendisine karşı silahla saldırıya teşebbüs edilmesi halinde, silahla saldırıya teşebbüs eden kişiye karşı saldırı tehlikesini etkisiz kılacak ölçüde duraksamadan silahla ateş edebileceği belirtilerek silah kullanma öncesi getirilen yükümlülüklerin istisnasına da yer verilmiştir.

Bir diğer istisna ise, haklı olarak meşru müdafaa halinin varlığına ilişkin olarak düzenlenmiştir. Bu istisna; polis, kendisine veya başkasına yönelik bir saldırı karşısında, zor kullanmaya ilişkin koşullara bağlı kalmaksızın, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun meşru savunmaya ilişkin hükümleri çerçevesinde savunmada bulunur ifadesi ile belirtilmiştir. Zira meşru müdafaa halinde kimi zaman bu prosedürün uygulanması hem polisin hem de 3. kişilerin hayatlarının tehlikeye atılması anlamına gelebilmektedir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Perk & Others v Turkey kararında da bu husu açıkça dile getirilmiştir.

Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu'nun 16. maddesinde yapılan bu değişiklik, bize göre gerek güç kullanımına ilişkin olarak getirmiş olduğu standartlar gerekse kullanım esnasında polisin uyması prosedürü belirtmesi bakımından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihadı ile uyumlu gözükmektedir. Diğer taraftan bu düzenlemenin aynı zamanda Anayasa Mahkemesi'nin konu ile ilgili vermiş olduğu kararlar ile de paralellik gösterdiğini söylememiz gerekmektedir. Mahkemenin silah kullanma konusunda biri 1986 tarihli diğeri ise 1999 tarihli olmak üzere iki kararı mevcuttur ve bu kararlar da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde konu ile ilgili kabul edilen standartlara uyum göstermektedir.

1986 tarihli kararında mahkeme polisin güç kullanımı konusunda zorunluluk ve kademelilik unsurunun üzerinde durduğunu görmekteyiz. Mahkemeye göre *"...kamu düzenini sağlamakla yükümlü olan polisin, olayı başka türlü engelleme olanağı kalmadığında, son çare olarak zora başvurmasının Anayasa ile bağdaşmadığını söyleyemeyiz..."* Bu ifade; yukarıda dile getirdiğimiz iki unsuru güç

kullanımı bakımından anayasaya uygunluk ölçütü olarak ortaya çıkarmaktadır. Olayı başka türlü engelleme olanağı olmaması” demek güç kullanımı öncesinde polisin başka yöntemleri de gözönüne alacağı anlamına gelmektedir ki bu durum kademeli bir müdahalenin koşul olaak belirmesi anlamına gelmektedir. “son çare” ibaresi ise herhalde güç kullanımının zorunlu ya da kaçınılmaz olduğunu göstermektedir. Dolayısıyla kamu düzeninin sağlanması ya da korunması gerektiği durumlarda güç kullanımı bu iki unsurun gerçekleşmesi ile meşru hale gelmektedir. Bu karara atıfta bulunulan 1996 tarihli kararında Anayasa Mahkemesi bu yaklaşımını çok daha belirgin bir biçimde dile getirmiştir.

1996 tarihli karara konu olan düzenleme, “Terörle Mücadele Kanunu”na getirilen bir ek maddeye ilişkindir. Madde terör örgütlerine karşı icra edilecek operasyonlarda teslim ol emrine itaat edilmeyerek silah kullanmaya teşebbüs edilmesi halinde kolluk kuvveti görevlileri, failleri etkisiz kılmak amacıyla doğrudan ve duraksamadan hedefe karşı ateşli silah kullanmaya yetkili kılınmaktadır. Bu düzenlemenin anayasaya aykırılığı silah kullanma yetkisinin kademeli olarak etkisiz kılma yöntemleri belirtilmeden son çare olarak kullanılması gereken silah kullanma yetkisinin tanınmasıdır.

Mahkeme bu başvuruya ilişkin olarak yapmış olduğu değerlendirme şu şekildedir: “...*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 koşut olarak “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” 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 kılacak 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.”⁸⁷⁶

Görüldüğü üzere mahkeme silah kullanılmasının ancak nihai bir çare olarak kabul edilebileceği görüşündedir. Bu aşamaya gelinmeden önce diğer yolların kullanılması gerektiğini belirten mahkeme, Anayasa'nın 17. maddesindeki zorunluluk unsuruna dikkat çekerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'de de yer alan

⁸⁷⁶ E. 1996/6, K. 1999/71, sf. 62 (RG., 19.01.2001, S. 24292)

bu unsurun silah kullanmak için gerçekleşmesi gerektiğini belirtmektedir. Faillerin ateşli silah kullanmaya bakılmaksızın ve başka yollardan etkisiz hale getirilme imkanı aranmaksızın doğrudan ve duraksamadan silah kullanılmasına izin verilmesi 17. maddede düzenlenen yaşam hakkının ihlali anlamına gelmektedir.

Dolayısıyla gerek Anayasa Mahkememizin içtihadı gerekse 2007 yılında Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu'nda yapılmış olan değişiklikle, bugün polis'in silah kullanmaya yönelik yetkisi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile uygun bir görünüm sergilemektedir. Bununla birlikte 2007 yılında değişiklik yapılmış olduğunu düşünsek bile, Anayasanın 90. maddesinin yeni şekli, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile çelişik bir görünüm arz eden eski 16. maddenin bir hukuk devleti olan Türkiye Cumhuriyeti'nde uygulama alanı olmayacağı da muhakkaktır.

3-4 Değerlendirme

Üçüncü bölümde yaşam hakkı bakımından incelemeye çalıştığımız BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi ve de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, sadece yaşam hakkı bakımından değil fakat bunun yanında insan hakları katoloğunda yer alan diğer 1. Kuşak Hakların da gerçekleştirilmesi bakımından, pozitif hukukta şu ana kadar katedilen mesafenin görülebilmesi bakımından uygun iki örnek olarak değerlendirilebilir. Zira BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'ni 160 ülkenin ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin de 47 ülkenin kabul ettiği düşünülecek olursa; insan hakları mefhumunun 2. Dünya Savaşı'ndan bu zamana tarihte hiç olmadığı kadar hızlı bir biçimde ülke hukuklarına yerleştiğini söyleyebiliriz. Bu durum da, konun artık sadece ulusal çerçevede içerisinde ele alınamayacağına en açık delili olarak kabul edilmelidir.

Bununla birlikte sözkonusu hukuki gelişim, klasik uluslararası hukuk anlayışının da zorunlu olarak değişmesine neden olmuştur. Bireylerin uluslararası hukukun bir öznesi olamayacağı argümanı kabul edilen bireysel şikayet mekanizmaları yolu ile aşılmış, birey ve devlet ulusüstü insan hakları mekanizmalarının önünde karşı karşıya gelbilmiştir. Bu şekilde yapılan yargısal nitelikteki değerlendirmeler içtihat yapımının önünü açarak, uluslararası insan hakları sözleşmelerinin adeta bir iç hukuk düzenlemesi gibi her vakada yenilenmesi

ve güncellenmesi olanağını ortaya çıkarmıştır. Dolayısıyla, kimi zaman tek bir cümle ile ifade edilen haklar; sözkonusu içtihat yolu ile geniş bir kapsama ulaşabilmiştir.

Bu durumun özellikle yaşam hakkı bakımından geçerli olduğunu söylememiz herhalde abartılı bir yorum olmaz. Sözleşmelerin yapım aşamasına bakıldığında yaşam hakkına yüklenen anlam ile yargısal kararların bu hakka yükledikleri anlam arasında oldukça önemli farklar oluştuğunu söyleyebiliriz. Örneğin ölüm cezası konusunda, sözleşmelerin yapım aşamasında metinlere yansıyan bize göre bir ölçüde çelişkili yaklaşım, günümüzde artık tek bir boyuta doğru yönelmektedir. Özellikle BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin yaşam hakkına ilişkin maddesine baktığımızda, bir taraftan ölüm cezası yaşam hakkının istisnası olarak kabul edilmekte diğre taraftan ise; yaşam hakkını düzenleyen maddede hak bir fıkra ile tanımlanırken 6 fıkra halinde ölüm cezasına ilişkin kurallar sıralanmaktadır. Bir nevi günah çıkarma gibi algılanabilecek bu tavır; ölüm cezasının tamamıyla kaldırılması istenmesine karşın bu istemin gerçekleştirilmemesi nedeni ile ölüm cezası mümkün olduğunca dar bir uygulama alanına itilmek istenmiştir. Nitekim BM İnsan Hakları Komite'sinin içtihadının oldukça büyük bir bölümü ölüm cezasına ilişkin olup, aynı birikimin ülke gözlemlerinde varlığı hissedilmektedir. Bunun yanında sözleşmenin yürürlüğe girmesinden bugüne ölüm cezasını uygulayan ülkelerin sayısını azaltmak amacı ile protokol hazırlandığını da hatırlatmamız gerekmektedir.

Ölüm cezası konusunda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde de ölüm cezası yaşam hakkının bir istisnası olarak kabul edilmiştir. Fakat BM bünyesinde yaşanan gelişmelerden çok daha hızlı bir gelişim yaşanmış ve fiili olarak ölüm cezası neredeyse bir sorun olmaktan çıkmıştır. Ölüm cezasının kaldırılmasına ilişkin olarak iki protokol hazırlanmış ve bu protokollere sözleşmeciler devletler çok ezici bir çoğunlukla dahil olmuşlardır. Bugün ölüm cezasının en azından normal dönemde uygulanabileceği Avrupa Komisyonu üyesi iki devlet vardır; Rusya Federasyonu ve Azerbaycan. Bu iki devlette normal dönemde ölüm cezasını kaldıran ilk protokole imze koymuşlar fakat henüz yürürlüğe koymamışlardır. Bu ülkeler dışında ölüm cezasının normal dönemde uygulanabileceği başka bir Avrupa Komisyonu üyesi ülke sözkonusu değildir. Bu bağlamda yaşanan gelişme çarpıcıdır ve yaşam hakkının kapsamı bu yaklaşım ile daha da genişlemiştir.

Hakkın kapsamı ve anlamı konusunda yaşanan bu değişimin en önemli göstergesi ise hiç şüphesiz, klasik tasnife göre negatif statü olarak adlandırılan yaşam hakkı bakımından devlete yüklenen pozitif yükümlülüklerdir. Bugün devletlerin sözleşme organları tarafından mahkum edildiği kararların çoğunluğunun temelinde, devletin yaşam hakkına ilişkin olarak sahip olduğu negatif yükümlülüklerini değil pozitif yükümlülüklerini yerine getirmemesi vardır. Bu bağlamda artık devletten beklenen sadece keyfi olarak kişileri öldürmemesi değil fakat aynı zamanda hakkın hayata geçebilmesi için gerekli pozitif yükümlülükleri gerçekleştirmesidir. Bu pozitif yükümlülüğün kapsamı devletin hakkı hayata geçirebilmek için gerekli kanunları yapması ve mekanizmaları kurması başta olmak üzere, bu sistemin sağlıklı işleminin de temin edilmesi beklenmektedir. Bunun içerisine herhangi bir ölüm vakası sözkonusu olduğunda sağlıklı bir soruşturmanın yapılması girdiği gibi o soruşturmayı yapacak olan sorumlu makamların eğitimi de dolaylı olarak bu yükümlülüğün içerisine girmektedir. Zira özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları'na bakıldığında örneğin soruşturmanın gereği gibi yapılmaması başlı başına sözleşmede yer alan yaşam hakkının ihlali olarak değerlendirilmektedir. Dolayısıyla devlet, gerek güvenlik güçlerini gerekse soruşturma makamlarını ihtiyaca uygun bir şekilde eğitmesi ve bu eğitimin hayata geçebilmesi için de modern teçhizat ve imkanlarla donatması gerekmektedir. Aksi takdirde, yaşam hakkının esası bakımından ihlal oluşturmayan vakalarda sırf şekil noksanlıkları nedeni ile hakkın usuli anlamda ihlali sözkonusu olabilir.

Bunun yanında gerekli teçhizata ve de niteliğe sahip resmi makamların yaşam hakkını ihlal edebilecek eylemlerin üzerine gitmesi ve vakanın aydınlatılması, bu hakka yönelebilecek olası tehditlerin de önüne geçmektedir. Zira kişinin ölümü ile sonuçlanan bir vaka aydınlatılır ve de sorumlularca yarıcı hukuki yaptırıma tabi tutulursa, devletin bu konu üzerindeki ciddiyeti çok daha net bir şekilde belireceğinden olası ihlallerin de önüne geçilmiş olacaktır. Sıklıkla belirtildiği gibi bu durum insana haklarına dayalı ve de hukukun üstünlüğü ilkesini uygulayan devletler bakımından gerçekleştirilmesi zorunlu bir yükümlülüktür.

Bu açıdan baktığımızda, sözleşmelere taraf olan devletlerin hakkı hayata geçirebilmek adına oldukça ciddi bir maddi külfetin altına girmeleri gerektiğini de söylememiz gerekmektedir. Bu külfet ise kaçınılabilecek ya da üzerinde tasarruf

edilebilecek bir konu değildir. Zira günümüzdeki modern devletlerin temel iddiası insan haklarına dayalı olmaktır ve bu iddiayı gerçekleştirmenin de başka bir yolu sözkonusu değildir. Dolayısıyla siyasi iktidarların günümüz modern devlet anlayışı çerçevesinde siyasi ve hukuki meşruiyetini sağlaması, insan haklarına dayalı bir yönetimi gerçekleştirmesine bağlıdır. Bu sebeple yaşam hakkı diğer 1. Kuşak Haklarda olduğu gibi bir yönü ile devletten bireyin bir takım pozitif yükümlülükleri talep ettiği bir hak haline gelmiştir; tıpkı 2. Kuşak Haklardan olan Sosyal Haklar gibi.

Fakat şu ana kadar övgü ile sözettiğimiz gelişim süreci göstermektedir ki, ulusüstü insan hakları belge ve mekanizmaları devletin pozitif yükümlülüğünü sadece kişinin keyfi olarak öldürülmemesi olgusu çerçevesinde kabul etmektedir. Bu bağlamda kişinin hayatını tehlikeye sokan diğer unsurlar bakımından devletin ya da uluslararası toplumun sorumluluğu kabul edilmemektedir. Oysaki sağlık hakkı, barınma hakkı, çevre hakkı ve beslenme hakkı bir grup sosyal hakkın hayata geçirilmemesi nedeni ile dünyamızda hergün birçok insan hayatını kaybetmektedir. Eğer gerçekten devletin yaşam hakkını hayata geçirmek bakımından pozitif yükümlülüğü varsa ve gerçekten Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin dediği gibi yaşam hakkı işkence yasağı ile birlikte demokratik Avrupa topluluklarının en temel değerlerinden biri ise; dünyada gerçek anlamda insan yaşamını tehdit eden unsurlara karşı en azında tümüyle kayıtsız kalınmaması gerekmektedir.

Bu noktada elbette sosyal hakların korumasına yönelik sözleşmelerin ve de ulusalüstü mekanizmaların varlığı inkar edilmemektedir. Fakat bu hakların korunması ve gerçekleştirilmesi bakımından kabul edilen standartların, 1. Kuşak haklar bakımından kabul edilen standartlardan çok uzak olduğu da ortadadır. Bu durumun iç hukuktaki izdüşümü; sosyal hak olarak kabul edilen ve devlete pozitif yükümlülük getiren hakların somut vakada değerlendirilmesi ve subjektif hak olarak mahkemeler önünde ileri sürülebilmesi genel olarak modern hukuk sistemlerinde kabul edilmeyen bir durumdur. Demokrasinin temel ilkeleri ya da güçler ayrılığı prensibinin ihlali gibi pekçok gerekçeye dayanılarak reddedilen bu nitelik, sosyal hakları adeta moral değere sahip kurallar konumuna sokmaktadır. Dolayısıyla sosyal hakların ihlali halinde devletin sorumluluğuna gidilemediğinden, bu hak grubunun tam olarak gerçekleştirdiğini iddia edebilmemiz mümkün değildir.

Yaşam hakkı bakımından konuyu ele alacak olursak, örneğin maddi imkansızlık nedeni ile tıbbi destek alamayan kişinin ya da yeterli besin alamayan bir bebeğin ölümü, sözkonusu sözleşmeler bağlamında devletin yaşam hakkı bakımından sorumluluğunu gerektirmemektedir. Bu bakımdan yaşam hakkının en temel değer olarak iddia edilmesi, Fransız İhtilali sonrası ortaya atılan insan hakları deklarasyonları gibi yaldızlı ama bir yönüyle maddi imkana sahip olmayan içi boş bir argüman haline gelmektedir. Bu bağlamda en azından yaşam hakkı ile doğrudan bağlantılı olan bazı hakların, sözleşmelerin denetim organları tarafından yaşam hakkının içerisinde değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Aslında bu düşünce, ileriye dönük bir temenni olmaktan ziyade hakkın kapsamı bakımından yaşanan gelişim süreci ele alındığında ulaşılabilecek bir aşama olarak değerlendirilebilir. Nitekim bu konuda bazı öncü kararlardan bahsedebilmemiz mümkündür örneğin Önerıldız v Turkey gibi. Aynı şekilde BM İnsan Hakları Komitesi'nin yaşam hakkına ilişkin olarak ülke gözlemlerinde ve genel yorumlarında üzerinde durduğu bir takım konular, hakkın kapsamının ileride daha sosyal bir nitelik arzedebileceğinin işaretlerini vermektedir. Ama daha önce de belirttiğimiz üzere bu konu sadece insan haklarını ilgilendirmediği için ve özellikle de demokrasi ve güçler ayrılığı ilkesi bağlamında değerlendirildiği için bu konuya daha ihtiyatlı yaklaşılması gerekmektedir. Bu meseleler ise başlı başına başka bir çalışma konusunu olduğu için sadece yaşam hakkı bağlamında bize göre varolan bu boşluğu tesbit edip; daha detaylı bir değerlendirme yapma yoluna gitmeyeceğimizi belirtmemiz gerekmektedir.

SONUÇ

Bu çalışmamızda yaşam hakkı konusudaki üç temel tartışma alanı üç bölüm içerisinde ele alınmaya çalışılmıştır. İlk bölüm içerisinde kimin ya da neyin pozitif hukuk düzeni içerisinde yaşam hakkına sahip olduğu ya da bir sistem olarak hukuk ele alınacak olursa bu sistemin ilkeleri çerçevesinde yaşam hakkına hangi varlıkların sahip olabileceği sorusunun yanıtı aranmıştır. Günümüzde artık doğmuş olan insanlar bakımından herhangi bir tartışma sözkonusu olmamasına karşın, doğum öncesinde bu hakkın varlığı temel tartışma alanı konusu haline gelmiştir.

Cenin yaşam hakkı tartışması etkileri özellikle ABD’de fazlasıyla hissedilen, toplumsal ve dinsel değerlerin, pozitif hukukun ilkeleri ile ters düşmesine rağmen sistem içerisine sokulmaya çalışılmasının ilginç örneklerinden birisini oluşturmaktadır. Özellikle tartışmanın yoğun olarak görüldüğü yerler dikkat çekici bir biçimde ceninin yaşam hakkı olduğunu dinsel bir dogma olarak kabul eden Katolik inancın yaygın olduğu ülkelerde görülmektedir. Ancak belirtmemiz gerekir ki, bizim gözlemleyebildiğimiz kadarıyla bu yaklaşım sadece Katolik inanca has bir algılayış olmaktan öte dünya üzerinde hakim olan dinlerin büyük bir bölümünün bir bakıma ortak paydasını oluşturmaktadır. Katolik düşünce ile diğer dinler arasındaki temel fark en azından annenin hayatının tehlikeye girmesi durumunda ceninin hayatına son verilebilmesi bu dinler bakımından kabul edilen bir davranış olarak görülmektedir. Dolayısıyla basit bir mantık yürütmesi yapılacak olursa; bu dinlerin ortaya konulan argümanları bakımından cenin ile doğmuş insanın aynı kategoride değerlendirilmediği söylenebilir.

Fakat bu durum ahlaki bir değerlendirme olarak ceninin kişi ve dolayısıyla yaşam hakkına sahip bir varlık olması gerektiği yönündeki argümanın ortaya atılmasına engel teşkil etmemektedir. Nitekim dini esaslara göre yönetilen ama Katolik inancına sahip olmayan kimi ülkelerde kürtaj herhangi bir istisna tanınmaksızın yasaklanmaktadır. Bu bağlamda ceninin bu şekilde korunmasına yönelik talebin büyük ölçüde dini etkiyle ortaya çıktığı söylenebilse de, tek nedenin din olduğunu iddia etmemiz bize göre abartılı bir yorum olacaktır.

Bu yorumumuzun temelini ise, doğum öncesinde insanın kişilik kazandığına ilişkin olarak öne sürülen savların aynı zamanda seküler ve hatta bilimsel veriler üzerine oturtulmasıdır. Biyolojik anlamda ne zaman insanın meydana geldiği sorusundan hareketle üretilen çözümler, döllenme anından yaşayabilme kabiliyetini elde etme anına kadar çok farklı alternatifleri gözönüne sunmaktadır. Hatta bazı hukuk sistemleri gerek ceza hukuku gerekse özel hukuk bakımından bu kıstasları özellikle cenine yapılan ve dolayısıyla hamile kadına yapılan haksız saldırılara bağlanan hukuki yaptırımları belirleme açısından kullanmaktadırlar. Tarihsel olarak yapılagelinen bu uygulama zamanımızda ABD hukukunda bir adım ileri taşınarak, cenine has bir kişilik orjinal deyimini ile “fetal personhood” kavramını ortaya çıkarılmıştır. Ceninin kimi durumlarda hak sahibi olabildiği ve kişiliğe sahip bir varlık gibi mağdur olabildiği bu hukuk sisteminde sadece eyalet düzenlemeleri değil ama federal yasalarda da bu anlayışın takip edildiği görülmektedir.

Hollanda dışında Kıta Avrupası hukukuna oldukça yabancı olan bu yaklaşım, kişiliğin başlangıcı için tam ve sağdoğma koşulunu en azından görünürde gözardı etmektedir. Halbuki, Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin Roe v Wade kararını vermesinden bu zamana kadar sürdürdüğü içtihatla ceninin kişiliğinin olmadığını kabul edilmektedir. Dolayısıyla ortada ilk bakışta çelişik bir durum sözkonusudur; fakat bu çelişki, isimlendirmelerin ötesinde kavramların fonksiyonları bakımından ele alındığında ortadan kalkmaktadır. Zira kürtaj Amerikan Yüksek Mahkemesi'ne göre anayasal bir haktır ve eyaletler ne kadar cenine kişilik tanıyan düzenlemeler yapsa da bu hakkı ortadan kaldıramamaktadırlar. Bu bağlamda cenini mağdur olarak kabul eden eyalet ve federal yasalar, örneğin adam öldürme suçu içerisinde cenin öldürmeyi katan bir yasa gibi, mutlaka kadının kürtaj yaptırmasını bir istisna olarak yasal düzenlemenin içerisinde koymaktadırlar. O halde kavramların fonksiyonlarına bakıldığında cenine tanınmak istenen kişiliğin aslında sadece ismen kişilik olduğu ortaya çıkmaktadır. Aksi takdirde Amerikan Hukuk Sistemine göre, kişiler arasında bir ayrımcılık yapılarak cenin sıfatına sahip kişilerin doğmuş olanların sadece istemi üzerine öldürülebilme özgürlüğünden bahsetmemiz gerekmektedir. Bu bağlamda ya kürtaj Katolik doktrinine uygun olarak tamamen yasaklanacak ve annenin hayatı tehlikede olsa bile uygulanmasına izin verilmeyerek kaderi ile başbaşa bırakılacak ya

da kürtaj serbest bırakılacağı için ceninin kişiliğinden bahsetme imkanımız sözkonusu olmayacak.

Biribiri ile çelişen bu iki talebin, günümüzde kabul edilen pozitif hukukun ilkeleri çerçevesinde birlikte hayata geçirilebilmesi mümkün değildir. Bu aşamada yapılması gereken şey kürtaj hakkının gerçekten gerekli olup olmadığının belirlenmesidir. Sözkonusu belirlemeyi yaparken elbette bizim bakacağımız alan temelde insan hakları ve özelde de yaşam hakkıdır.

İlk bakışta doğrudan bağlantılı görünmese bile bize göre kadına kürtaj hakkının tanınması kadının yaşam hakkı ile ilgili bir meseledir. Zira en azından bazı hamileliklerin devamının kadının yaşamını ciddi bir tehlikeye soktuğu tartışılmaz bir gerçektir. Dolayısıyla tıbbi nedenler sözkonusu olduğunda eğer kadına kürtaj imkanı tanınmayacak olursa çok açık bir biçimde kadının ölümüne göz yumulmuş olacaktır. Oysaki günümüz insan hakkı anlayışının temel prensiplerinden birisi; devletin kişinin yaşamını devam ettirebilmesi için gerekli her türlü adımı atmasıdır. Bu bağlamda kadının elinden bu tıbbi imkan alınacak olursa doğrudan kişinin yaşam hakkı ihlal edilmiş olacaktır. Bunun yanında sosyal bir ihtiyaç ortaya çıktığı zaman bu ihtiyacı ortadan kaldıracak alternatif yöntemler üretilmeden yapılacak olan yasaklamalar uygulamada bir sonuç doğurmamaktadır. Eğer kürtaj yasaklanacak olursa, bu durumda kürtaj uygulaması kanundışı yollardan yapılamaya başlanacağı için sağlıksız ortamlarda gerçekleştirilen kürtajlar yine hamile kadının hayatını tehlikeye sokacaktır.

Saydığımız bu tehlikelerin yanında, konunun kadının yaşam hakkını tehdit eden sosyal bir boyutu da gözden kaçırılmamalıdır. Çünkü özellikle ortadoğuda hakim olan cinsiyete ve cinselliğe bağlı ahlak anlayışı evlilik dışı hamilelik vakalarında, hamileliğin nedeni ne olursa olsun başka bir ifade ile tecavüz de olsa, kadının öldürülmesine neden olabilmektedir. Bu bağlamda evlilik dışı istenmeyen bir gebeliği sona erdirebilme imkanından kadının mahrum bırakılması dolaylı yoldan yaşam hakkının ihlali anlamına gelmektedir. Bu argümanların yanında kadının diğer insan hakları da örneğin kendi vücudu üzerinde hakim olma, sağlık, otonomi gibi bir grup hak da kürtajın yasaklanması ile ihlal edilmiş olacaktır.

Özetleyecek olursak, iki temel noktanın altını çizmemiz gerekmektedir. Bunlardan ilki günümüz modern hukuk sistemlerinin sahip olduğu prensipler aynı anda cenine kişilik ve yaşam hakkı ve de kadına kürtaj imkanı tanımamaktadır. Kürtajın yasaklanması ise başta yaşam hakkı olmak üzere bir grup insan hakkının ihlali anlamına gelmektedir. Dolayısıyla ceninin kişiliğinden ve yaşam hakkından bahsedebilmemiz mümkün değildir. Diğer taraftan hukuk sistemlerinin ezici bir çoğunluğu, belirli ölçülerde kürtaj uygulamasına izin vermektedir ki; kürtajın bu ölçüde yaygın olması bir anlamda toplum gözünde en azından belirli şartlar altında meşruiyeti olan bir uygulama olduğunu göstermektedir.

Bununla birlikte bize cenine her ne kadar kişilik tanınması mümkün olmasa da, ceninin korunması insan hakları söylevi ve uygulaması içerisinde mümkündür. Pozitif hukuk hak sahibi varlıkların hukuki menfaatlerini korumakla birlikte, bu menfaatleri korurken sadece hak sahibi varlıkları değil kişilerin üzerinde menfaati bulunan nesnelere de korur. Sulhi Tekinay hocamızın vermiş olduğu örneği tekrarlırsak bir hayvana eziyet edildiğinde korunan menfaat hayvanın eziyet çekmemesi konusundaki menfaati değil, toplumun bu eylem nedeni ile duyabileceği rahatsızlığın önüne geçmektir. Bu bağlamda ceninin korunması için mutlaka ona kişilik tanınması gerekmemektedir. Bu bağlamda pozitif hukukta uygulanabilen bu yöntem elbette insan hakları hukukunda uygulanabilir. Nitekim özellikle çevre hakkı gibi 3. kuşak hakların korunmasına yönelik düzenlemelerde korunan menfaat elbette kişilerin menfaatidir ama somut olarak korunan varlıkların kişiliği sözkonsu değildir. Kısaca eğer böyle bir ahlaki talebin varlığı kabul ediliyorsa, bu talebin tatmini ona kişilik tanıyarak değil fakat kamu yararı adına getirilecek önlemler ile mümkündür. Bu önlemlerin şekli ve derecesi ise siyasi iktidarların takdirindedir.

Eğer genel olarak toplumların cenini insan derecesinde ya da ona yakın bir değer verdiği kabul ediliyorsa, bu değer korunması için mutlaka hak sahibi olarak tanınıp hukuk tarafından korunması gerekmemektedir. Bu bağlamda ceninin korunması meselesi ele alınacak olursa; örneğin ABD hukuk düzeni bir anlamda toplumdaki gelen bu talebi cenine kişilik tanımaksızın karşılayabilmiştir. Örneğin kimi eyaletlerde ceninin öldürülmesi ölüm cezasını gerektiren bir eylem olarak kabul edilmektedir ki; herhalde bir hukuk düzeni içerisinde bir varlığı koruyabilmek için daha caydırıcı bir hukuki yaptırım öngörülemez. Yöntem bakımından (ölüm cezası

kastedilmemektedir) ceninin korunmasına yönelik bu yaklaşım, toplumların cenine biçmiş olduğu değerın insan hakları hukukuna da yansımaları mümkündür. Dolayısıyla ceninin korunması konusunda olası bir toplumsal ihtiyacın şeklen yani hukuki kişilik tanıyarak değil ama fonksiyonel olarak hayata geçirilebilmesi mümkündür. Böylece hem kadının hem de cenin adına toplumun menfaatleri bir sistem içerisinde ya da insan hakları hukuku içerisinde tatmin edilebilir.

Çalışmamızda ele aldığımız ikinci mesele ise, yaşam hakkına sahip olan varlığın bu hak üzerinde tasarruf yetkisine sahip olup olmadığıdır. Daha açık bir ifade ile kişinin kendi hayatını sona erdirebilme hürriyeti var mıdır? Bu soruya verilecek olan yanıt, aynı zamanda hak ile ilişkilendirilen diğer niteliklerin de anlamlarına etki edeceğinden, yaşam hakkının bütünüyle algılanışına tesir edebilecek güce sahiptir. Bu konuda ortaya konulan geleneksel yaklaşım insan yaşamının kutsallığı anlayışını ileri sürer ve yaşamın herkese karşı korunmasını gerektiğini savunur. Buradaki herkes kavramının içerisinde bizzat hak sahibi de girmektedir. Bu anlayışın hem dinsel hem de seküler temelleri sözkonsudur. Dinsel yaklaşım genel olarak kişinin kendi yaşamı üzerinde hak sahibi olamayacağı düşüncesine dayanır çünkü yaşam aslında Tanrı tarafından insana verilen bir emanettir. Dolayısıyla bu emanet üzerinde tasarruf yapılabilecek bir şey değildir. Seküler yaklaşım ise, insan yaşamının sadece o yaşama sahip olan kişi için bir değer olduğunu kabul etmez çünkü yaşam aynı zamanda toplum içinde bir değere sahiptir. Onun için kişi kendi başına bu değer üzerinde tasarruf edebilme yetkisine sahip değildir. Başka bir ifade ile yaşam hakkı vazgeçilmezdir.

Bu yaklaşımı benimsemeyen görece olarak daha yeni yaklaşımlara göre kişinin kendi yaşamı üzerinde tasarruf edebilme yetkisi olmalıdır. Bu argümanlar da kendi arasında iki ana grupta toplanabilir. Otonomi argümanına göre, kişinin kendi yaşamı konusunda ölüm de dahil olmaz üzere karar verme hakkı vardır. Bu konuda kişiye dayatılacak bir ahlaki değerlendirme kaynağı ne olursa olsun paternalist bir yaklaşım olacağından kabul edilemez. Neyin iyi ya da neyin kötü olduğuna ancak insanın kendisi karar verebilir. Ölmek isteyen bir kişinin hayatını sona erdirmek istemesinin iyi ya da kötü olduğuna da ancak o hayatı yaşamış olan kişi karar verebilir. Onun için kişinin kendi yaşamı üzerinde tasarruf yetkisi olmalıdır ve de aksi yaklaşımlar kişinin özgürlüğünün keyfi olarak sınırlandırılması anlamına

gelmektedir. Bu konudaki diğer yaklaşım ise faydacı ahlaki öğretilerden temelini almaktadır. Faydacı yaklaşımın değişik versiyonları bakımından kişinin kendi yaşamı üzerinde tasarruf yetkisine sahip olabileceği ileri sürülürken, bu konuda ön plana çıkan yazarlardan Singer, sadece kişinin kendi yaşamı üzerinde değil fakat aynı zamanda yeni doğmuş olan bebeklerin de hayatına son verilebilmesini faydacı yaklaşım çerçevesinde ileri sürmüştür.

Konuya pozitif hukuk penceresinden baktığımızda, büyük ölçüde kişinin kendi yaşamı üzerinde tasarruf yetkisine sahip olmadığı ileri sürülmektedir. Ancak kişinin doğrudan kendi yaşamına son vermesi olan intihar eylemi, hukuk tarafınan cezai bir yaptırıma bağlanmamaktadır. Bunun yanında, pasif ötanazi olarak adlandırdığımız kişinin tedavi olmayı reddetmesi ya da varolan tedavinin dudurulmasını istemesi, sonucu ölüm olsa bile yine modern hukuk sistemlerinde bir hak olarak tanımlanmaktadır. Dolayısıyla, kişinin kendi yaşamına son vermesine ilişkin kimi eylemler modern hukuk sistemleri tarafından korunmakta ve hakkın bu açıdan vazgeçilmez olma niteliği ortadan kalkmaktadır. Bu konuda asıl tartışılan mesele ve uygulamadaki farklılık, aktif ötanazi ve hekim yardımı ile intihar konularıyla ölüm oruçlarında ortaya çıkmaktadır.

Ölüm oruçları niteliği itibariyle pasif ötnaziden farkı olmayan bir uygulamadır. Kişi bir durumu protesto etmek ya da bir talebini dile getirmek gibi nedenlerle beslenmeyi reddetmektedir. Bu bağlamda asıl amaç ölüm olmasa bile sonuç olarak ölüm göze alınmakta ve bu eylemi sona erdirmeye yönelik her türlü tıbbi müdahale reddedilmektedir. Bu nedenle de pasif ötanazi ile aynı paydayı paylaşmaktadırlar. Fakat uygulamada ve öğretilerde, iki eylem arasında yapay bir ayırım yapıldığı görülmektedir. Zira eğer ölüm orucu cezaevi içerisinde gerçekleşirse devletin müdahale etmesi gerektiği başta yaşam hakkı olmak üzere çeşitli argümanlara dayanılarak savunulmaktadır. Oysaki aynı yazarlar aynı eylemin cezaevi dışında gerçekleşmesi halinde müdahale edilmemesi gerektiğini ileri sürmektedirler. Ancak bu noktada şöyle bir sorun çıkmaktadır; eğer korunan değer kişinin yaşamı ise, cezaevinin içinde olma ya da olmamaya bağlı olarak sağlanacak koruma değişmemelidir. Çünkü yaşam her iki ortamda da aynı değere sahiptir. Bu noktada başka bir argümanın ileri sürüldüğü görülmektedir. O da devletin özellikle insan hakları sözleşmeleri ile üstlendiği, cezaevlerinde bulunan kişilerin yaşamlarını

koruma yükümlülüğü çerçevesinde ölüm orucu eylemlerine müdahale edilebileceğidir. Bizim düşüncemize göre bu yorum sözkonsu yükümlülüğün çarpıtılmasından başka birşey değildir. Zira bu yükümlülük devlete yüklenirken ulaşılmaya çalışılan hedef, cezaevi gibi yerlerde bulunan kişilerin daha savunmasız olmaları nedeni ile haklarının daha kolay ihlal edilebileceği düşüncesinden hareketle bu kişilerin özel önlemlerle korunmasıdır. Bu gibi ortamlarda gerek cezaevi personelinden gerek diğer mahkumlardan gerekse ruh hali nedeni ile bizzat kendisinden gelebilecek olan tehlikeleri ortadan kaldıracak önlemlerin alınması istenmektedir. Bu bağlamda bir ölüm orucu eylemi sözkonsu iken devlete düşen temel yükümlülük bu eylemi yapan kişinin sağlıklı karar verip vemediğini hem tıbbi olarak belirle, hem de bulunduğu yerden ilgili kişiyi ayırarak olabilecek etkilerden arınmış biçimde gerçekten bu yönde iradeye sahip olup olmadığını belirlemektir. Kişinin cezaevi dışında sahip olduğu bir özgürlüğü, cezaevi içerisinde herhangi bir kişiye zarar vermemek koşulu ile kullanılmasına engel olunmaması insan onuruna gösterilen saygının gereğidir.

Bunun yanında zorla besleme uygulamasının bizatihi kendisi bir başka insan hakkının ihlali anlamına gelebilir. Zira çalışmamızda ifade etmeye çalıştığımız üzere, ölüm orucuna müdahale yani zorla besleme oldukça yoğun bir şiddetin uygulanmasını gerektirmektedir. Kişinin hayatta tutulması kaygısı dışında gerçekleştirilebilecek olan bu eylem hiç kuşkusuz işkence yasağının ihlali anlamına gelecektir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin denetim organları da yapılan eylemi nitelik olarak insanlık dışı muamele olarak adlandırmakta ama bir kararında yaşamı korumak için diğerinde de tıbbi zorunluluklar nedeni ile yapılan bu müdahalenin işkence olarak kabul edilemeyeceğine karar verilmiştir. Eğer bu müdahale yaşamı korumak için yapılıyorsa, o zaman klasik bir örnekle açıklayacak olursak; yapılacak olan ama nerede gerçekleşeceği bilinmeyen bir terörist eylemi bilen ve yetkililerin elinde olan bir kişiye işkence yapılarak konuşturulmaya çalışılması da işkence kapsamının dışında tutulması gerekmektedir. Zira bu eylem ile korunan bizzat masum sivil halkın yaşamıdır. Ayrıca daha önce de belirttiğimiz üzere yaşam hakkının korunması konusunda cezaevi dışı ve içi ayırımının yapılmasının oldukça yapay olduğu aşikardır. Mahkemenin tıbbi zorunlulukları öne sürmesi de bize göre yerinde bir yaklaşım değildir. Eğer tıbbi zorunluluklar yapılan eylemin işkence niteliğini ortadan kaldırıyorsa, cezaevi dışında devletin doktorları

istediği zaman tıbbi zorunluluk nedeni ile kişilere zorla tedavi uygulayabilirler. Ve kişinin iradesine karşı yapılan bu uygulama sözkonusu yoruma göre işkence olarak adlandırılmamalıdır. Dolayısıyla bize göre bu sav, tutarlı bir argüman olarak görülmemektedir.

Ötanazi ve hekim yardımcı intihar konuları ise bazı istisnalar dışında genel olarak ülke hukuklarında yasaklanan eylemlerdir. Ulusüstü insan hakları mekanizmalarına bakıldığında konu ile ilgili tek bir karara rastlanmaktadır ve bu karar da, meseleyi açıklamaktan oldukça uzaktır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin vermiş olduğu bu kararda örneğin Hollanda'daki ötanazi uygulamalarının incelenmesi talebi dolaylı yoldan iletilmiş olmasına karşın mahkeme sadece somut vaka bakımından taraf devletin ötanaziyi yasaklamasının sözleşmeyi ihlal etmediği sonucuna varırken, ötanazinin yasal olarak uygulandığı ülkeler bakımından herhangi bir yorumda bulunmaktan kaçınmıştır. Dolayısıyla ötanazi meselesinin kendisi hakkında herhangi bir sonuca varılamamıştır.

Konunun insan hakları bakımından değerlendirilmesine bakacak olursak, kişinin kendi hayatını tedaviyi reddetme ya da intihar gibi yollardan sona erdirmesi bir hukuk düzeni içerisinde hukuki yaptırma bağlanmama nedeni ile korunurken, bunu tek başına yapabilecek fiziksel ya da ruhsal imkanı olmayan ve hastalığının terminal dönemini yaşayan kişinin engellenmesi bize göre bir çelişkidir. Sözkonusu çelişkiyi ifade edebilmek için konunun birkaç açıdan ele alınması gerekmektedir. Meseleyi yaşamın kutsallığı tezi bağlamında ele alacak olursak; toplum için bir değer olan kişinin büyük acılar içerisinde yavaş yavaş ölüme sürüklenmesinden toplumun nasıl bir fayda sağlayacağı ve bu faydanın hangi ahlaki temele oturtulacağı öncelikle açıklanması gereken bir sorudur. Eğer bu soruya olumlu bir yanıt verilemiyorsa, kişinin hayatta kalmasının doğru bir davranış olduğunun tek dayanağı dinsel argümanlardır. Ve bu durumda kanun yapıcı meşruiyetini sadece dinden alan bir ahlaki değerledirmeyi kanunlaştırmakla; laik devlet anlayışını ve de inanç özgürlüğünü ihlal etmiş olmaktadır.

İkinci ihtimal; ötanazi ve hekim yardımcı ile intihar uygulamalarının yasaklanması ahlaki değerlendirmenin ötesinde bireyi somut tehlikelerden korumanın bir yolu olarak görülüyor olabilir. Örneğin bu durumdaki bir hastanın

sağlık masrafları nedeni ile ailesine yük olmamak için aslında istememesine rağmen ötanazi talep etmesi gibi istenmeyen sonuçların ortaya çıkmasını önlemek amacı ile ötanazi yasaklanmış olabilir. Fakat bu durumda da esas mesele ötanazi ya da hekim yardımı ile intihar değil devletin sosyal devlet niteliğini gerçekleştirememesi ve bir anlamda teknik bir sorundur.

Bunun yanında yaşam hakkının düzenlendiği pozitif hukuk metinlerine bakacak olursak, hakkın belirli istisnalar dahilinde kabul edildiğini görmekteyiz. Ve istisnaların tümü kamu yararı adına getirilmekte ve kişinin bu yarar nedeni ile yaşamını kaybetmesi hak ihlali anlamına gelmemektedir. Kamu yararı adına kişinin hayatına son verilemesinin yaşam hakkının ihlali olmayacağı argümanına bir itirazımız olmamakla birlikte, insan haklarının bizzat özgür bireyin menfaatlerini koruma amacıyla kabul edildiğini düşündüğümüzde; kişinin yaşamının toplum menfaati adına sona erdirilemesinin meşru olarak kabul edildiği bir düzende, bireyin hiç azımsanamayacak acı çekmeme konusundaki menfaatinin gözardı edilmesi, insan haklarının temel düsturunun doğru anlaşılmadığı sonucuna bizi götürmektedir.

Yaşam hakkına ilişkin olarak ele aldığımız son konu, hak sahibinin pozitif hukukta ne şekilde korunduğudur. Korumanın kapsamını belirlemek için ülkesel bir düzeyde bir değerlendirme yapmak yerine, 47 Avrupa ülkesinin kabul ettiği Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile 160 devletin kabul ettiği BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi ve bu sözleşmelerin denetim organlarının üretmiş olduğu standartlar belirlenmeye çalışılmıştır. Yaşam hakkının korunması bakımından birkaç hususun ön plana çıktığı görülmektedir.

Bu hususlardan ilki, denetim organlarının vermiş olduğu kararlar ile gerek taraf devletlerin iç hukuklarında gerek bizzat sözleşmenin kendi yorumunda yaşam hakkına verilen anlamın ve de korumanın kapsamının kaydadeğer bir ölçüde genişlediğini görmekteyiz. Örneğin ölüm cezası konusunda başlangıçta yaşanan çekincenin, özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve bu sözleşmeye bağlı olan iç hukuk düzenlerinde ortadan kalktığını ve ölüm cezasının büyük ölçüde yaşam hakkının istisnalarından birisi olmaktan çıktığı görülmektedir. Benzer bir gelişimin BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi ve de bu sözleşmeye taraf devletler bakımından aynı düzeyde olmasa da geçerli olduğu söylenebilir.

Ancak en köklü değişim, yaşam hakkının klasik olarak negatif statü haklarından olduğuna ilişkin argümanın değişiminde görölmektedir. Devletin yaşam hakkını gerçekleştirmek bakımından sadece negatif yükümlülüğü olduğunu kabul eden ve hatta bazı erken dönem kararlarda da dile getirilen klasik savın geçerliliği, gelişen içtihat doğrutusunda ortadan kalkmıştır. Bugün sadece devletin keyfi öldürmelerden kaçınması ya da hukuk sisteminde adam öldürmeye ilişkin eylemleri yasaklaması eyeterli görölmemekte fakat bunun yanında pozitif bir takım yükümlülükleri yerine getirmesi de devletten beklenmektedir.

Sözkonusu pozitif yükümlülüğün en belirgin unsurlarından birisi, devletin ölüm vakaları karşısında olayı aydınlatmak ve varsa bu ölümle ilgili sorumluları bulma konusundaki usuli yükümlülükleridir. Elbette nihai aşamada sorumluların caydırıcı hukuki yaptırımlara bağlanması da devletten beklenen bir diğer yükümlülüktür. Bu şekilde sadece devletin eylemleri bakımından değil fakat aynı zamanda sivil kişilerin eylemlerinden de bireylerin korunması sağlanmış olacaktır. Zira etkili ve yeterli bir soruşturma neticesinde aydınlatılmış olan vaka gerekli durumlarda caydırıcı hukuki yaptırımların uygulanması ile birleştğinde, devletin hem hakkın korunması konusundaki ciddiyeti ortaya çıkmış olacak hem de bu nedenden ötürü olası ihlallerin önüne geçilmiş olacaktır. Bu nedenle günümüz insan hakları hukukunda yaşam hakkının korunması bağlamında devletin en önemli sorumluluklarından birisi olarak hakka ilişkin usuli yükümlülüklerin yerine getirilmesi gelmektedir.

Devleti nusuli yükümlülükleri sadece ölüm vakalarının gereği gibi soruşturulması ile sınırlı kalmamakta fakat aynı zamanda ölüm tehlikesi altında kaybolan kişilerin akıbetlerinin de gereği gibi araştırılması yaşam hakkının kapsamı içerisinde değerlendirilmektedir. Zira kaybolma vakalarının tarihsel görünümü, BM İnsan Hakları Komitesi kararlarının da ortaya koyduğu gibi kişinin yaşamının bir biçimde sona ermesi halidir. Başka bir ifade ile kaybolma ya da kabledilme pratiği kendine özgü bir hak ihlali şeklindedir.

Bunların dışında bizzat devletin bireyi korumaya yönelik müdahaleleri de yaşam hakkı bağlamında öngörülen yükümlülüklerden birisidir. Bu koruma sivil

kişilerin eylemlerine karşı olabileceği gibi bizzat devletin kendi kontrolü alanındaki kişilerin örneğin hürriyeti kısıtlanmış kişilerin korunmasına yönelik de olabilir. Özellikle hürriyeti kısıtlanmış tutuklu mahkum gibi bireylerin korunması bakımından devletin özel bir yükümlülüğü öngörülmektedir. Çünkü bu kişilerin özgür olan kişilerden farklı olarak haklarının ihlal edilme olasılığı daha kuvvetlidir. Bu nedenele devletin sözkonusu kişileri koruma konusunda yükümlülüğü normalden farklı ve daha ağırdır.

Kısaca ifade etmeye çalıştığımız devletin yaşam hakkını koruma konusundaki pozitif yükümlülüğünün çerçevesi görüldüğü üzere sadece öldürülmeme eylemine yani klasik yaşam hakkı anlayışının gerçekleştirilmesine yöneliktir. Bunun dışında bireyin devletten pozitif yükümlülük beklediği sosyal haklardan yaşam hakkı ile ilgili olanların hayata geçirilmesi, bu yükümlülük çerçevesine dahil edilmemektedir. Örneğin sağlık, barınma ya da beslenme hakkı gibi hakların gerçekleşmemesi nedeni ile meydana gelebilecek ölüm vakalarında devletin yaşam hakkına ilişkin sorumluluğunun henüz ulusüstü denetim mekanizmaları tarafından kabul edildiğine ilişkin bir karar üretilmemiştir. Dolayısıyla pozitif yükümlülüğün sosyal hakları da içine alacak bir niteliği sözkonusu değildir.

Bununla birlikte, yaşam hakkının sürekli bir gelişim içerisinde olduğunu gözönüne alacak olursak, hakkın kapsamının genişleme eğiliminde olduğunu söyleyebiliriz. Özellikle BM İnsan Hakları Komitesi'nin ülke gözlemlerinde yapmış olduğu vurgularda, sosyal haklar ve politikaların yaşam hakkı ile bağlantısı sıklıkla ortaya konulmaktadır. Beslenmeden, evsizlere sağlık hakkından kürtaj meselesine kadar pekçok raporda bu hususun altının çizildiği görülmektedir. Ayrıca AIHM'nin Öneriyıldız kararı çevre hakkının dahi yaşam hakkı içerisine dahil edilebileceğini göstermektedir. Dolayısıyla hakla ilgili gelişimin seyri kapsamın sadece öldürülmeme kavramı ile sınırlı kalmayacağını göstermektedir.

KAYNAKÇA

Abortion In Law, History and Religion, Published by; Childbirth by choice Trust, Toronto, 1995.

“AbortionDeclaration”http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19741118_declaration-abortion_en.html

ADAMS, Maurice-H. NYS, Herman; “Comparative Reflections on the Beglian Euthanasia Act 2002”, Medical Law Review, V. 11., Autumn, 2003, sf. 353-376.

AKAL, Cemal Bali; “İspanya’da Açlık Grevinin Doğurduğu Sorunlar”, Argumentum, 2/19, İstanbul, 1992, sf. 291-295.

AKAL, Cemal Bali; Modern Düşüncenin Doğuşu, Dost Kitapevi, Ankara, 1997.

AKILLIOĞLU, Tekin; Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları No:13, Ankara, 1995.

ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz; Devletin Çirkin Yüzü: İşkence, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, 2004.

ALLEN, Mason; “Crossing the Rubicon: The Netherland’s Steady March Towards Involuntary Euthanasia”, Brooklyn Journal of International Law, 2006, sf. 535-575.

ALSTON, Philip; “The Unborn Child and Abortion Under The Draft Convantion on The Right of The Child”, Human Rights Quarterly, 12:1, Feb. 1990, sf. 156-178.

AMANA, Cherly; “Drugs, Aids and Reproductivite Choice: Maternal-State Conflict Continues into The Millennium”, North Carolina Central Law Journal, V. 28, sf. 32-66.

A. ARPACI; Kişiler Hukuku, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1993.

ARAL, Vecdi; Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1991.

AOLAIN, Fionnuala; “The Envolving Jurisprudence of the European Conventin Concerning the Right to Life”, Netherlands Quarterly of Human Rights, Vol. 19/1,2001, sf. 21-42.

BAŞER, Faruk; Hanımlara Özel Fetvalar, Bilge Yayınları, 3. Baskı, 2005.

BARDAKÇI, Murat; “Türkiye’de açlık grevinde ölen ilk kişi, Kanuni’nin veziri Hüsrev Paşa’dır”

<http://hurarsiv.hurriyet.com.tr/goster/haber.aspx?id=5255909&tarih=2006-10-14>

- BECKER, Carl;** "Buddhist View of Suicide and Euthanasia" *Philosophy East and West*, Vol. 40, No: 4, 1990, sf. 543-555.
- BELLER, Fritz- ZLATNIK, Gail;** "The Beginning of Human Life", *Journal of Assisted Reproduction and Genetics*, Vol. 12, No. 8, 1995, sf. 477-483.
- BENNETT, Steven;** "The Privacy and Procedural Due Process Rights of Hunger Striking Prisoners", *New York University Law Review*, November, 1983, sf. 1157-1234.
- BEAUCHAMP, Tom;** "Suicide", *Matters of Life and Death*, ed. Tom Regan, Temple University Press, 1980, sf. 67-108.
- BLEICH, David;** "Abortion in Halakhic Literature", *Journal of Orthodox Thought*, 10:2, 1968, 72-120.
- BONIN, David;** *Defense of Abortion*, Cambridge University Press, 2002.
- BORTOLOTTI, Lisa-HARRIS, John;** "Stem Cell Research, Personhood and Sentience", *Ethics, Law and Moral Philosophy of Reproductive Biomedicine*, Vol. 1, No. 1, 2005, sf. 68-75.
- BOWEN, Donna;** "Abortion, Islam, and The Cairo Population Conference", *International Journal of Middle East Studies*, Vol. 29, No. 2, 1997, sf. 161-184.
- BURGESS, Anthony- S.A. TAWAI;** "When did you first begin to feel it? - Locating the beginning of human consciousness" *Bioethics*, V. 10, 1996, 1-26.
- BUSS, Martin;** "The Beginning of Human Life as an Ethical Problem", *Journal of Religion*, Vol. 47, No. 3. Jun 1967, sf. 244-255.
- BRODY, Baruch;** *Abortion and the Sanctity of Human Life*, MIT Press, 1975.
- BRODY, Baruch;** "On Humanity of the Fetus", *What is Person?*, The Humana Press, 1988, sf. 229-250.
- BROBST, Jenifer;** "The Prospect of Enacting An Unborn Victims of Violence Act In North Carolina", *North Carolina Law Journal*, Spring, 2006, 127-171.
- BROCK, Dan;** "Voluntary Active Euthanasia" *Hastings Center Reports*, Vol. 22, Issue 2, 1990.
- CANTOR, Norman;** "Twenty-Five Years After Quinlan: A Review of the Jurisprudence of Death and Dying", *Journal of Law, Medicine and Ethics*, Summer 2001, sf. 182-195.
- CHASE, Richard;** *American Law Report ALRD 3d* , 1222, originally published in 1971.

- COHEN, Cynthia;** "Role of the United States In Drafting The Convention on the Rights of The Child: Creating a New World For Children", *Loyala Poverty Law Journal*, Vol.9, Spring, 1998, sf. 10-33.
- J. COLON-COLLAZO;** "A Legislative History of the Right to Life in Inter-American Legal System" *The Right to Life In International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 1985, sf. 33-41.
- COLKER, Ruth;** "Abortion and Violence", *William & Mary Journal of Women and the Law*, 1994, sf. 93-120.
- COOK, Rebeca;** "Abortion, Human Rights and The International Conference on Population and Development (ICPD)", *Preventing Unsafe Abortion and its Consequences: Priorities for Research and Action*, Warriner IK and Shah IH, eds., New York: Guttmacher Institute, 2006, sf. 15-35.
- COOK, Rebeca-DICKENS, Bernard;** "Human Rights Dinamics of Abortion Law", *Human Rights Quarterly*, Vol: 25, 2003, sf. 1-59.
- CRUM, Gray-McCORMACK, Thelma;** *Abortion, Pro-Choice or Pro-Life?*, American University Press, Washington, 1992.
- ÇAKMAK, Seyfullah;** *Yaşama Hakkı ve Ölüm Cezası*, Yaygı Yayınevi, Ankara, 2002.
- ÇAKMUT, Özlem;** *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2003.
- ÇAVUŞOĞLU, Naz;** "Avrupa Konseyi: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin Denetim Sistemi", *İnsan Hakları*, YKY, İstanbul, 2000, sf. 456-477.
- ÇAVUŞOĞLU, Naz;** "Sosyal Hakların Gerçekleştirilmesi", *Yoksulluk, Şiddet ve İnsan Hakları*, TODAİE, Mayıs, 2002.
- DAVIDSON, Scott;** *The Inter-American Human Rights System*, Dartmouth Publishing Company, 1997.
- DE HAAN, Jurrian;** "The New Dutch Law on Euthanasia", *Medical Law Review*, Oxford University Press, V. 10, Spring 2002, sf. 57-75.
- DOBROWSKI, Daniel;** "St Augustine, Abortion, and Libido Crudeils", *Journal of the History of Ideas*, Vo. 49, No. 1, Jan-Mar 1998, sf; 151-156.
- DORFF, Elliot;** "Assisted Suicide", *Journal of Law and Religion*, V. 13, No. 2, 1998-1999, sf. 263-287.

- DORSCHIEDT, Joseph;** “The unborn child and the UN Convention on Children’s Rights: the Dutch perspective as a guideline”, *The International Journal of Children’s Rights* v. 7: 1999, sf. 303-347.
- DOWBIGGIN, Ian;** *Merciful End : The Euthanasia Movement in Modern America*, Oxford University Press, 2003.
- DURAL, Mustafa-ÖĞÜZ, Tufan;** *Kişiler Hukuku*, 7. Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2004.
- DÖNMEZER, Sulhi;** *Kişilere ve Mallara Karşı Cürümler*, Beta Yayınları, 17. Baskı, İstanbul, 2004.
- DWORKIN, Ronald;** *Life’s Dominion*, Alfred A. Knof, Inc, New York, 1994.
- DWORKIN, Ronald;** *House of Lords, Reports of Select Committee on Medical Ethics*, H. L. Paper No: 21-1, 1993-1994, sf. 23-28.
- ERDOĞAN, Mustafa;** *Anayasal Demokrasi*, Siyasal Kitapevi, Ankara, 1997.
- ERDOĞMUŞ, Belgin;** *Roma Hukuku*, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1992.
- ERMAN, Barış;** *Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.
- Executive Summary of *Lancet* Sexual and Reproductive Health Series, 4 November 2006.
- “Evangeliumvitae”http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/encyclicals/documents/hf_jpii_enc_25031995_evangeliumvitae_en.html
- FEYZİOĞLU, Metin;** “Açlık Grevi”, *A.Ü.H.F Dergisi*, 43/1-4, sf. 157-168.
- FITZPATRICK, Megan;** “Fetal Personhood After The Unborn Victims Violence Act”, *Rutgers Law Review*, Winter, 2006, sf. 553-580.
- FOX, Stanford;** “The United Nation Convention on The Rights of the Child and United States Abortion Law”, *Annual Survey of International and Comparative Law*, Vol. 2, 1995, sf. 15-32.
- GEMALMAZ, Semih;** *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukuna Giriş*, Beta Yayınevi, İstanbul, 1997.
- GEMALMAZ, Semih;** *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı*, Kavram Yayınları, İstanbul, 1993.
- GEMALMAZ, Semih;** *İnsan Hakları Komitesi Kararlarında Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı*, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2002.
- GEMALMAZ, Semih;** *Olağanüstü Rejim Standartları*, Beta Yayınları, İstanbul, 1994.

- GEMALMAZ, Semih;** Türkiye’de Ölüm Cezası (1920-2000), Cilt 1. Beta Yayınları, İstanbul, 2001.
- GEVERS, Sjeff;** “Abortion Legislation and the Future of the ‘Counseling Model’”, European Journal of Health Law V. Sf.13: 27-40, 2006.
- GLENDON, Mary Ann;** “The Forgotten Crucible: The Latin American Influence on the Universal Human Rights Idea”, Harvard Human Rights Journal, V.16, 2003, sf. 28-39.,
- GLENDON, Mary Ann;** A World Made New: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights, New York, 2001.
- GLOVER, Jonathan;** Causing Death and Saving Lives, Penguin Books Ltd., London, 1977, sf. 39-59.
- GILBERT, Scott-TYLER, Ann-ZACKIN, Emily;** Bioethics and the New Embryology: Springboards for Debate, W.H. Freeman & Company, 2005
- GİRİTLİ, İsmet-GÜNGÖR H. Atilla;** Günümüzde İnsan Hakları, Der Yayınları, İstanbul, 2001.
- GİRİTLİ, İsmet-SARMAŞIK, Jale;** Anayasa Hukuku, Der Yayınevi, İstanbul, 2001.
- İlmihal, Cilt 2. Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara, 1998, sf. 182.
- GORSUCH, Neil;** “The Right to Assisted Suicide and Euthanasia”, Harvard Journal of Law & Public Policy, V.23, 2000, sf. 600-710.
- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz-GÖZÜBÜYÜK, Şeref;** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitapevi, Ankara, 2002.
- GÖKMEN, Emel;** “Mayıs 1996 Açlık Grevi Ölüm Orucu Katılımcılarının Klinik Değerlendirilmesi”, Bkz. http://www.ttb.org.tr/eweb/aclik_grevleri/turkce4.html.
- GÖREN, Zafer;** Temel Hak Genel Teorisi, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2000.
- GÜLMEZ, Mesut;** İnsan Haklarının Korunması, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2004.
- GÜNDÜZ, Aslan;** Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Teşkilatlar Hakkında Temel Metinler, Beta Yayınları, İstanbul, 1994.
- GÜVEN, Kudret;** Kişilik Hakları ve Ötanazi, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara, 2000.
- GREENBERG, Joel;** “Hunger Striking Prisoners: The Constitutionality of Force-Feeding”, Fordham Law Review, March 1983, sf. 747-772.

- HARRIS, John;** *Hayatın Değeri*, çev. S. Sertabiboğlu, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1998.
- HENSEN, Wendy;** “The Disabling Impact of Wrongful Birth and Wrongful Life Action”, *Harvard Civil Rights-Liberties Law Review*, Winter, 2005, sf. 141-196.
- HOLZAPFEL, Michael;** “The Right to Live, The Right to Choose, And The Unborn Victims Of Violence Act”, *Journal of Contemporary Health Law and Policy*, Summer, 2002, sf. 431-466.
- HORAN, John;** “Jurisprudence of Doubt: Planned Parenthood v. Casey”, *Creighton Law Review*, V.26, February, 1993, sf. 479-524.
- HOOKER, Brad;** “Rule-Utilitarianism and Euthanasia” *Philosophy Anthologies* Blackwell Publishing Ltd., 2004.
- HUGHES, James-KEOWN, Damien;** “Buddhism and Medical Ethics: A Bibliographic Introduction”, *Journal of Buddhist Ethics*, V. 2, 1995.
- “Humanaevitae”http://www.vatican.va/holy_father/paul_vi/encyclicals/documents/hf_pvi_enc_25071968_humanae-vitae_en.html
- HURST, Samia-MAURON, Alex;** “Assisted Suicide and Euthanasia in Switzerland: allowing a role for non-physicians” , *BMJ*, V. 326, February, 2003
- IBEGBU, Jude;** *Rights of Unborn Child In International Law*, The Edwin Mellen Press, Lewiston/Queenstone/Lampeter, 2000.
- İNCEOĞLU, Sibel;** “Ölüm Cezası”, *İBD*, C. 74, S. 4-5-6, 2000.
- IRWING, Dianne;** “When do Human Being Begin? Scientific Myths and Scientific Facts”, *The International Sociology and Social Policy*, 19, 3/4 , sf. 22-46.
- “Issues in Human Stem Cell Research”, *National Bioethics Advisory Commission*,” Rockville Maryland, 2000.
- JANOFF, Abby;** “Rights of The Pregnant Child vs. Rights of The Unborn Under The Convention on The Rights of the Child”, *Boston University International Law Journal*, Spring 2004, sf. 163- 188.
- JOHNSON, Dawn;** “The Creation of Fetal Rights: Conflicts with Women’s Constitutional Rights to Liberty, Privacy, and Equal Protection”, *The Yale Law Journal*, Vol. 95, No. 3, Jan., 1986, sf. 599-625.
- JONES, Albert (ed.);** “On The Place of Human Embryo within the Christian Tradition and the Theological Principles for evaluating its Moral Status”, *Ethics & Medicine: An International Journal of Bioethics*, 17:3, 2001, sf. 143-154.

- JOSEPH, Sarah;** “UN Human Rights Committee: Recent Cases”, Human Rights Law Review, Oxford University Press, 2006, sf. 361-368.
- JOST, Timothy;** “Rights of Embryo and Fetus in Private Law”, American Journal of Comparative Law”, Vol. 50, No:3 summer 2002
- KABOĞLU, İbrahim;** Özgürlükler Hukuku, İmge Kitapevi, İstanbul, 2002.
- R. K. KIRNER-L. B. WILLIAMS;** “Roe to Casey: A Survey of Abortion Law”, Washburn Law Journal, V. 32, Winter, 1993, sf. 166-191.
- KOLE, Tara-KADETSKY, Laura;** “The Unborn Victims of Violence Act”, Harvard Journal on Legislation, Winter, 2002, sf. 215-237.
- KUÇURADI, İona;** “İnsan Hakları: Kavramı ve Çeşitleri”, İnsan Hakları, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2005, sf. 31-47.
- Kur’ân-ı Kerim ve Türkçe Meâli, Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara, 1998.
- Kutsal Kitap, Yeni Yaşam Yayınları, İstanbul, 2006.
- LAKOFF, Stanford;** “Autonomy and Liberal Democracy”, The Review of Politics, Vol. 52, No: 3, 1990.
- Langenscheidt’s Standart Dictionary, İnkılap Yayınevi, İstanbul, 2001.
- LARUE, Gerald;** Euthanasia and Religion, Hemlock Society, Los Angeles, 1986.
- MACKLIN, Ruth;** “Personhood in the Bioethics Literature”, The Milbank Memorial Fund Quarterly. Vol. 61, No. 1, 1983, sf. 35-57.
- MANOR, Waismel;** “Striking Differences: Hunger Strike in Israel and the USA”, Social Movement Studies, Vol. 4, No. 3, 2005, sf. 281-300.
- A. McCARTHY;** Amerikan Law Reports ALR5th, Prisoner’s Right to Die or Refuse Medical Treatment, 2005.
- McCORMIC, Richard;** “Who or What is the Pre Embryo? Kennedy Institute Ethics Journal, v. 1, 1991, sf. 24-28.
- McCONNELL, Terrance;** Inalienable Rights, Oxford University Press, 2000.
- MILLER, Monica;** “Refusal the Undergo a Cesarean Section: A Woman’s Right or a Criminal Act?” Health Matrix: Journal of Law Medicine, V. 15, 2005, sf. 383-400.
- MOROWITZ, Harold-TREFIL, James;**The Facts of Life: Science and the Abortion Controversy, Oxford University Press, 1992.
- MORRIS, Anne-SAINTIER, Severine;** “To be or not to be: Is that the Question? Wrongful Life and Misconception”, Medical Law Review, Oxford University Press, Summer 2003, sf. 167- 191.

- MORSINK, Johannes;** “Women's Rights in the Universal Declaration” , Human Rights Quarterly, 13:2 ,1991 s.229-256.
- MULLALLY, Siobhan;** “Debating Reproductive Rights In Ireland”, Human Rights Quarterly, V. 27, 2005, sf. 78-104.
- MUMCU, Ahmet-KÜZECİ, Elif;** İnsan Hakları, Savaş Yayınları, Ankara, 2003.
- NOONAN, John;** “An Almost Absulate Value In History”, The Morality of Abortion, Harvard, 1970.
- OĞUZMAN, Kemal-SELİÇİ, Özer-OKTAY, Saibe;** Kişiler Hukuku, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2005.
- OĞUZMAN, Kemal;** Miras Hukuku, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1995.
- OSHANA, Marina;** “How Much Should We Value Autonomy?”, Social Philosophy & Publicity, 2003
- ÖNEN, Mesut;** Hukukun Temel Kavramları, Der Yayınları, İstanbul, 1991.
- ÖNOK, Murat;** “İnsan Hakları ve Türk Ceza Hukuku Açısından, İnfaz Kurumları ve Tutukevlerindeki Açlık Grevlerine Müdahale Etme Yükümlülüğü ve Bunun İhmalinden Doğan Sorumluluk”, Hukuk ve Adalet, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2007.
- ÖZTÜRK, Bahri;** Yaşama Hakkı ve İşkence Yasağı, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/dkaynak/dkaynak.htm>
- ÖZTÜRK, Y. Nuri;** Kur'an'ın Temel Buyrukları, Yeni Boyut Yayınları, 14. Baskı, İstanbul, 2006.
- PARKER, Karen-NEOYLON, Lyn;** “Jus Cogens: Compelling The Law Of Human Rights” Hasting International and Comparative Law Review, Winter 1992, sf. 411-463.
- PAZARCI, Hüseyin;** Uluslararası Hukuk Dersleri, Turhan Kitapevi, Ankara, 1994.
- M. P. PENICK;** American Jurisprudence Proof of Facts 3d 107 Database updated November 2006.
- PLAGMAN, Hansje;** “The Status of The Right to Life and The Prohibition of Torture Under International Law: Its Implacations For The United States”, Journal of the Instutitue of Justice and International Studies, 2003, sf. 172-200.
- PLATTNER, Andrew;** “Australia’s Northern Territory: The First Jurisdiction to Legislate Voluntary Euthanasia, and The First to Repeal It”, De Paul Journal of Health Care Law, Spring , 1997
- PLOMER, Aurora;** “A Foetal Right to Life? The Case of Vo v France” Human Rights Law Review, 5:2, Oxford University Press, 2005, sf. 311-338.

- RACHELS, James;** "Euthanasia", *Matters of Life and Death*, ed. Tom Regan, New York : McGraw-Hill, 1993.
- RACHELS, James;** "Active and Passive Euthanasia", *Philosophy Anthologies* Blackwell Publishing Ltd., 2004
- RAMCHARAN, Berthrand;** "Drafting History of Article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights", *The Right to Life In International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/Lancaster, 1985, sf. 42-56.
- RAMCHARAN, Berthrand;** "The Drafting History of Article 2 of the European Convention on Human Rights", *The Right to Life In International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/Lancaster, 1985, 1985, sf. 57-63.
- RESNICOFF, Steven;** "Jewish Law Perspectives on Suicide and Physician-Assisted Suicide", *Journal of Law and Religion*, V. 13, No. 2, 1998-1999, sf. 289-349.
- ROBBINS, Michael;** "The Fetal Protection Act: Redefining "Person" For the Purpose of Arkansas Criminal Homocide Statutes", *Arkansas Law Review*, 2001, 75-94.
- ROSNER, Fred;** "The Jewish Attitude Toward Abortion", *A Journal of Orthodox Thought*, 10:2, 1968, sf. 48-71.
- SACHEDINA, Zulie;** "Islam, Procreation and Law", *International Family Planning Perspectives*, Vol. 16, No.3 1990, sf. 107-111.
- SAVCI, Bahri;** *Yaşam Hakkı ve Boyutları*, AÜSBF Yayınları, No: 449, Ankara, 1980.
- SAWYER, Geoffrey;** "The Death Penalty is Death Wrong: Jus Cogens Norms and Envolving Standart of Decency", *Penn State International Law Review*, Winter 2004, sf. 459-480.
- D. SCHALAR;** "U.S. Süpreme Court Ruling in Gonzales v. Oregon Upholds The Oregon Death With Dignity Act", *Journal of Medicine and Ethics*, Fall 2006, sf. 639-652.
- SEVİNÇ, Murat;** "Bir İnsan Hakları Sorunu Olarak Açlık Grevleri", *AÜSBF Dergisi*, 57(1), Ocak-Mart, Ankara, 2002, sf. 111-135.
- "Sexual and reproductive health: a matter of life and death", *The Lancet*, Vol 368 November 4, 2006, sf. 1595-1607.
- SHANNON, Thomas- WOLTER, Alan;** "Reflection on The Moral Status of The Pre-Embryo", *Theological Studies*, Vol. 5,11990, sf. 603-626.

- M. K. SHAH;** "Inconsisties in the Legal Status of Unborn Child: Recognition of a Fetus as a Potentional Life", Hofstra Law Review, V. 29. Spring, 2001, sf.
- SHAH, Sikander;** "Mercy Killing in Islam: Moral and Legal Issues", Arab Law Quartetly, V. 11, No.2, 1996, sf. 105-115.
- SILVER, Mara;** "Testing Cruzan: Prisoners and The Constitutional Question of Self-Starvation", Stanford Law Review, November 2005, sf. 631-660.
- SINGER, Peter;** "Voluntary Euthanasia: A Utilitarian Perspective", Bioethics, v. 17, n. 5-6, 2003.
- SINGER, Peter;** Practical Ethics, 2. edition, Cambridge, 1993.
- SINGH, Susheela;** "The Incidence of Unsafe Abortion: Global Review", Preventing Unsafe Abortion and its Consequences: Priorities for Research and Action, Warriner IK and Shah IH, eds., New York: Guttmacher Institute, 2006, sf. 35-48.
- SMIES, Jonathan;** "Legalization of Euthanasia in the Netherlands", Gonzaga Journal of International Law, 2003-2004, sf. 4-49.
- SPERO, Aryeh;** "A Talmudic Overview of Abortion", Midstream Policy Review, 36:7, 1990, 20-22.
- SOVINSKI, Jean;** "The Criminalization of Maternal Substance Abuse: A Quick Fix to a Complex Problem", Pepperdine Law Review, V. 25, 1997, sf. 107-126.
- SOYASLAN, Dđan;** "Türk Hukuk Düzeni ve Açlık Grevi Yapan Kişilere Müdahale Sorunu", Yargıtay Dergisi, 16/1-4, Ankara, 1990, sf. 269-280.
- SOYASLAN, Doğan;** Ceza Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002.
- SCHMIDT, Ulla;** "Euthanasia, Autonomy and Beneficence", Studia Theologica, V. 56, 2002, sf. 135.
- SNEED, Don-STONECIPHER, Harry;** "Prison Fasting as Sybolic Speech: The Ultimate Speech-Action Test" Howard Law Journal, 1989, sf. 549-560.
- TAŞKIN, Ahmet;** Açlık Grevleri, Eda Matbaacılık, Ankara, 2005.
- TANÖR, Bülent;** Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, BDS Yayınları, İstanbul, 1994.
- TANÖR, Bülent-YÜZBAŞIOğLU, Necmi;** 1982 Anayasasına göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001.
- TANÖR, Bülent;** Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri, YKY, İstanbul, 2001.
- TANÖR, Bülent;** Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar, MAY yay., İstanbul, 1978.
- TEKİNAY, Sulhi;** Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1992.

TEZCAN, Durmuş-ERDEM, Reha-SANCAKDAR, Oğuz; Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004.

TEZCAN, Durmuş-ERDEM, Reha-ÖNOK, Murat; Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayınları, 4. Baskı, Ankara, 2006.

The World Factbook, CIA Publication, 2007.

"The Use of Embryonic Stem Cells for Therapeutic research Report of the Bioethics" Advisory Committee of the Israel Academy of Sciences and Humanities, August 2001.

TOOLEY, Michael; "Abortion and Infanticide", Philosophy and Public Affairs, Vol. 2 No.1, 1972, sf. 37-65.

TSAO, Alison; "Fetal Homicide Laws: Shield Against Domestic Violence or Sword to Pierce Abortion Rights?", Hastings Constitutional Law Quarterly, Spring, 1998, sf. 457-491.

TUERKHEIMER, Deborah; "Conceptualizing Violence Against Pregnant Women" Indiana Law Journal, Spring, 2006, sf. 667-715.

Türk Dil Kurumu Sözlüğü <http://www.tdk.gov.tr/>

UYGUN, Oktay; Federal Devlet, İtalik Yayınları, İstanbul, 2002

UYGUN, Oktay; "İnsan Hakları Kuramı", İnsan Hakları, YKY, İstanbul, 2000, sf. 13-44.

WARREN, Mary; "On the Moral and Legal Status of Abortion", The Monist, 57/1, 1973, sf.43-61.

A. S. WASSERSTORM; Homicide Based on Killing of Unborn Child, American Law Reports ALR5th 671, Originally published in 1998.

WELLMAN, Carl; "The Concept of Fetal Rights", Law and Philosophy, Vol. 21, No.1 Jan. 2002, sf. 65-93.

WILLIAMS, John; "Hunger Strikes: A Prisoner's Right or "Wicked Folly"?", The Howard Journal Vol. 40, No: 3, 2001, sf. 285-296.

WRIGHT, Louis; "Fetus v. Mother: Criminal Liability for Maternal Substance Abuse During Pregnancy", Wayne Law Review, Spring, 1990, sf. 1285-1318.

YURTCAN, Erdener; Türk Hukukunda Kürtaj ve Uygulaması, İstanbul 1985.

Yargıtay Kararları

Yarg. 4. HD. 23.10.1984, E. 1983/6447, K. 1984/2849

Yarg. 4. HD. 12.10.1983, E. 1983/7784, K. 1983/8331

Yarg. 4. HD. 10.03.2005, E. 2004/10405, K. 2005/2205
Yarg. 1. CD. 17.12.2004, E. 2004/2133, K. 2004/4204
Yarg. 1. CD. 17.03.1998, E. 1998/100, K. 1998/722

ABD İç Hukukunda İncelenen Davalar

Roe v. Wade, U.S. 410.

Webster v. Reproductive Health Services, U.S. 490.

Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey, U.S. 833.

BM Organlarının Kararları

General Comments, General Recommendation

Human Right Commision, General Comment 28: Equality of Rights Between, Men and Women, CCPR/C/21/Rev.1/Add.10, 68th Session 2000.

Committee on The Rights of the Child, General Comment No. 4: Adolescent health and development in the context of the Convention on the Rights of the Child CRC/GC/2003/4, Thirty-third session, 1 July 2003.

Committee on Economic, Social and Cultural Rights; General Comment 14: The right to the highest attainable standard of health, E/C.12/2000/4, 11 August 2000.

The Committee on the Elimination of Discrimination against Women, General Recommendation No. 24, 02/02/1999.

The Committee on the Elimination of Discrimination against Women, General Recommendation No. 24, 02/02/1999.

Human Rights Committee, General Comment No. 06: The right to life (art. 6) : 30/04/82.

Human Rights Committee, General Comment No. 14: Nuclear weapons and the right to life (Art. 6) , 09/11/84.

Concluding Observations of the Human Rights Committee

CCPR/C/MDG/CO/3, 11 May 2007 Madagascar

CCPR/C/ITA/CO/5, 24 April 2006 Italy

CCPR/C/HND/CO/1, 13 December 2006 Honduras

CCPR/CO/83/KEN, 29 April 2005 Kenya

CCPR/CO/84/YEM, 09 August 2005 Yemen

CCPR/CO/80/UGA, 04 May 2004 Uganda

CCPR/CO/82/ALB, 02 December 2004 Albania

CCPR/CO/80/COL, 26 May 2004, Colombia

CCPR/CO/82/MAR, 1 December 2004, Morocco

CCPR/CO/82/POL., 4 November 2004 Poland

CCPR/CO/78/PRT, 5 July 2003 Portugal

CCPR/CO/79/LKA, 01 December 2003 Sri Lanka
CCPR/CO/79/LVA, 06 November 2003 Latvia
CCPR/CO/77/MLI, 16 April 2003, Mali
CCPR/CO/74/SWE, 24 April 2002 Sweden
CCPR/CO/75/YEM, 26 July 2002 Yemen
CCPR/CO/75/MDA, 26 July 2002 Moldova
CCPR/CO/74/GEO, 19 April 2002 Georgia
CCPR/CO/75/VNM, 26 July 2002 Vietnam
CCPR/CO/76/EGY, 28 November 2002 Egypt
CCPR/CO/71/UZB, 26 April 2001 Uzbekistan
CCPR/CO/71/VEN, 26 April 2001 Venezuela
CCPR/CO/73/UK;CCPR/CO/73/UKOT, 6 December 2001 United Kingdom
CCPR/CO/72/GTM, 27 August 2001 Guatemala
CCPR/C/79/Add.118, 27 March 2000 Congo
CCPR/CO/70/ARG, 3 November 2000 Argentina
CCPR/CO/70/PER, 15 November 2000 Peru
CCPR/C/79/Add.105, 07 April 1999 Canada
CCPR/C/79/Add.106, 08 April 1999 Leshoto
CCPR/C/79/Add.111, 28 July 1999 Romania
CCPR/C/79/Add.104, 30 March 1999 Chile
CCPR/C/79/Add.107, 8 April 1999 Costa Rica
CCPR/C/79/Add.110, 29 July 1999 Poland
CCPR/C/79/Add.116, 4 November 1999, Cameroon
CCPR/C/79/Add.101, 6 November 1998 Libya
CCPR/C/79/Add.97, 18 August 1998 Tanzania
CCPR/C/79/Add.95, 18 August 1998 Algeria
CCPR/C/79/Add.92, 18 August 1998 Ecuador
CCPR/C/79/Add.82, 19 November 1997 Senegal
CCPR/C/79/Add.81,4 August 1997 India
CCPR/C/79/Add.85, 19 November 1997 Sudan
CCPR/C/79/Add.74, 1 May 1997 Bolivia
CCPR/C/79/Add.76, 5 May 1997 Colombia
CCPR/C/79/Add.72, 18 November 1996 Peru
CCPR/C/79/Add.56, 27 July 1995 Sri Lanka
CCPR/C/79/Add.39, 21September 1994 Cyprus
CCPR/C/79/Add.25, 3 August 1993 Iran
CCPR/C/79/Add.10, 28 December 1992 Senegal

Concluding observations of the Committee on the Rights of the Child

CRC/C/COL/CO/3, 8 June 2006 Colombia
CRC/C/PER/CO/3, 14 March 2006 Peru
CRC/C/BEN/CO/2, 20 October 2006 Benin
CRC/C/15/Add.154, 9 July 2001 Guatemala
CRC/C/15/Add.149, 21 February 2001 Palau
CRC/C/15/Add.142, 21 February 2001 Latvia
CRC/C/15/Add.119, 24 February 2000 Armania
CRC/C/15/Add.107, 24 August 1999 Chad
CRC/C/15/Add.110, 10 November 1999 Russian Federation

Concluding Observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights

E/C.12/1/Add.104, 14 December 2004 Azerbaijan
E/C.12/1/Add.98, 7 June 2004 Kuwait
E/C.12/1/Add.105, 26 November 2004 Chile
E/C.12/1/Add.94, 12 December 2003 Russian Federation
E/C.12/1/Add.82, 19 December 2002 Poland

Concluding Observations of the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women

CEDAW/C/GHA/CO/5, 25 August 2006 Ghana
CEDAW/C/CPV/CO/6, 25 August 2006 Cape Verde
CEDAW/C/PHI/CO/6, 25 August 2006 Philippines
CEDAW/C/MAR/CO/6, 25 August 2006 Mauritius
CEDAW/A/54/38, 01/07/99, Belize
CEDAW/A/54/38/Rev. 1, 01/07/99, Nepal
CEDAW/A/54/38, 04/02/99, Colombia
CEDAW/A/53/38, 05/07/98, Mexico
CEDAW/A/53/38/Rev.1, 08/07/98, Peru
CEDAW/A/52/38/Rev.1, 12/08/97, Venezuela
CEDAW/A/52/38/Rev.1, 12/08/97, Antigua and Barbuda

Human Rights Committee Decisions

Queenan v Canada CCPR/C/84/D/1379/2005
Llantoy v Peru CCPR/C/85/D/1153/2005
Mulezi v D. R. Congo; CCPR/C/81/D/962/2001
Chongwe v Zambia; CCPR/70/D/821/1998
Burrell v Jamaica; CCPR/C/57/D/546/1993
Baboeram v Suriname; CCPR/C/24/154/1983
Sarma v Sri Lanka; CCPR/C/78/D/950/2000
Quinteros v Uruguay; CCPR/C/19/D/107/1981
Bleir v Uruguay; CCPR/15/D/30/1978
Mojica v Dominican Republic; CCPPR/51/D/449/1991
Arellana v Colombia; CCPR/C/55/D/563/1993
Laranaga v Philippines; CCPR/C/89/D/1421/2005
Sultanova v Uzbekistan; CCPR/C/86/D/915/2000
Saidova v Tajikistan; CCPR/81/D/964/2001
Bazarov v Uzbekistan; CCPR/C/87/D/959/2000
Chikunova v Uzbekistan, CCPR/C/89/D/1043/2002
Karimov & Nursatov; CCPR/C/89/D/1108
Wright & Harvey, CCPR/C/55/D/459/1991
Khalilova v Tajikistan; CCPR/C/83/D/973/2001
Kindler v Canada; CCPR/C/48/D/470/1991
A.R.J. V Australia; CCPR/C/60/D/692/1996
G.T. v Australia; CCPR/C/61/D/706/1996
Judge v Canada; CCPR/C/78/D/829/1998
Johnson v Jamaica; CCPR/C/64/D/592/1994

Lubuto v Zambia; CCPR/C/55/D/390/1990
Chisanga v Zambia; CCPR/C/85/D/1132/2002
Persaud & Rampersaud v Guyana; CCPR/C/86/D/812/1998/Rev.1
Telitsin v Russian Federation; CCPR/C/80/D/888/1999
Vaca v Colombia; CCPR/74/D/859/1999
Lantsova v Russian Federation; CCPR/C/74/D/763/1997
Rayos v Phillipines; CCPR/C/81/D/1167//2003
Rolando v Phillipines; CCPR/C/82/D/1110//2002
Carpo & Others v Phillipines; CCPR/C/77/D/1077/2002
Thomson v Saint Vincent and the Grenadines; CCPR/C/70/D/806//1998
Atachahua v Peru; CCPR/C/56/D/540/1993.
Kurbanova v Tajikistan; CCPR/C/79/D/1096/2002.
Wright v Jamaica; CCPR/C/45/D/349/1989.
Yasseen & Thomas v Guyana; CCPR/C/62/D/676/1996.
Little V Jamaica; CCPR/C/43/D/283/1988.
Phillip v Tinidad Tobago; CCPR/C/64/D/594/1992.
Berry v Jamaica; CCPR/C/50/D/330/1988.
Peart & Peart v Jamaica; CCPR/C/54/D/482/1991.
Campell v Jamaica; CCPR/C/44/D/248/1987.
Collins v Jamaica; CCPR/C/47/D/356/1989.
McLeod v Jamaica; CCPR/C/62/D/734/1997.
Kelly v Jamaica; CCPR/C/57/D/537/1993.
Graham & Morrison v Jamaica, CCPR/C/56/D/461/1991.
Grant v Jamaica; CCPR/C/50/D/353/1989.
Francis v Jamaica; CCPR/C/47/D/320/1988.
Henry v Jamaica; CCPR/C/43/D/230/1987.
Johnson v Jamaica; CCPR/C/56/D/588/1994.
Steadman v Jamaica; CCPR/C/59/D/528/1993.

Diğer BM Dökümanları

Unsafe Abortion, Fourth Edition, World Health Organization Geneva, 2004.

Legislative History of the Convention on the Rights of Child (1978-1989), Article 1, Ser.1, UN Centre For Human Rights, 1995.

Legislative History of the Convention on the Rights of Child (1978-1989), Article 6, Ser. 1, UN Centre of Human Rights, 1995.

Legislative History of the Convention on the Rights of Child (1978-1989), Title and Preamble, UN Centre For Human Rights, Ser. 1, 1995.

E/CN-4/1989/48

Commision on Human Rights, Situation of Detainees at Guantanamo Bay, E/CN,4/2006/120, 15 February 2006.

Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances, A/HRC/4/41, 25 January 2007.

Amerikan Bölgesel Sisteminde Üretilen Kararlar

Annual Report of The Inter-American Commission on Human Rights 1980-1981
OEA/Ser.L/V/II.54, Doc. 9 rev. 1, 16 October 1981 BABY BOY

AİHS Çerçevesinde Yapılan Başvurular

Alikhadzhiyeva v Russia; App. 68007/01, 05.07.2007.
Basayeva v Russia; App. 74237/01, 05.04.2007.
Kontrova v Slovakia; App. 7510/04, 31.05.2007.
Angelova & Iliev v Bulgaria; App. 55523/00, 06.07.2007.
Ramsahai v Netherland; App. 52391/99, 15.05.2007.
Akpınar & Altun v Turkey; App. 56760/00, 27.02.2007.
Musayev & Others v Russia; 60403/00-57941/00-58699/00, 26.07.2007.
Erdoğan & Others v Turkey; App. 19807/92, 15.02.2007.
Bozorkina v Russia; App. 69481/01, 27.02.2006
Huylu v Turkey; App. 52955/99, 16.11.2006
Tarariyeva v Russia; App. 4353/03, 14.12.2006
Ataman v Turkey; Apl. 46252/99, 27.04.2006
Kaya & Others v Turkey; App. 4451/02; 24.10.2006.
Estamirov & Others v Russia; App. 60272/00, 12.10.2006.
Ognyanova & Choban v Bulgaria; App. 46317/99, 23.02.2006.
Cennet Ayhan v Tukey; App. 41964/98, 27.06.2006.
Sultan Karabulut v Turkey; App. 45784/99, 19.09.2006.
Eren & Others v Turkey; 57778/00, 21.02.2006.
Selim Yıldırım & Others v Turkey; 56154/00, 19.10.2006.
Biskin v Turkey; App. 45403/99, 10.01.2006.
Perk & Others v Turkey, 28.03.2006.
Acar & Others v Turkey; App. 36088/97, 24.05.2005
Kismir v Turkey; App. 27306/95, 31.05.2005.
Nesibe v Haran; App. 28299/95, 06.10.2005.
Mentese & Others v Turkey; Apl. 36217/97, 18.01.2005.
Dündar v Turkey; App. 26972/95, 20.09.2005.
Süheyla Aydın v Turkey; App. 25660/94, 24.05.2005.
H.Y. v H.U.Y. v Turkey; App. 40262/98, 06.10.2005.
Kakoulli v Turkey; App. 38595/97, 22.11.2005.
Kanlıbas v Turkey; App. 32444/96, 08.12.2005.
Ateş v Turkey; App. 30949/96, 31.05.2005.
Hamiyet Kaplan & Others; App. 36749/97, 13.09.2005.
Bader & Others v Sweden; App. 13284/04, 08.11.2005.
Nevmerzhitsky v. Ukraine; Appl. no. 54825/00, 2005.
Vo v. France; App.53924/00, 08.07.2004
Ağdas v Turkey; App. 34592/97, 27.07.2004.
Oneryıldız v Turkey; App. 48939/99, 30.11.2004.
İkincisoay v Turkey; App. 26144/95, 15.12.2004.
Makaratzis v Greece; App.50385/99, 21.12.2004.

Sirin Yılmaz v Turkey; App. 35875/97, 29.07.2004.
 Slimani v France; App. 57671/00, 27.10.2004.
 Tekdag v Turkey; App. 27699/95, 15.01.2004.
 Nuray Sen v Turkey; App. 25354/94, 30.03.2004.
 Güli Zengin v Turkey; App. 46928/99, 28.10.2004.
 Erkek v Turkey; App. 28637/95, 13.07.2004.
 A.K. & V.K. v Turkey; App. 38418/97, 30.11.2004.
 Buldan v Turkey; App. 28298/95, 20.04.2004.
 Finucane v United Kingdom; App. 29178/95, 01.07.2003.
 Semsi Önen v Turkey; App. 22876/93, 14.05.2002.
 Ülkü Ekinci v Turkey; App. 27602/95, 16.07.2002.
 Boso v. Italy; App.50490/99, 05.09.2002.
 Pretty v. The United Kingdom, App. 2346/02, 29.07.2002.
 Orhan v Turkey; App. 25656/94, 18.06.2002.
 Akdeniz & Others v Turkey, App. 23954/94, 31.05.2001.
 Çiçek v Turkey; App. 25704/94, 27.02.2001.
 L.C.B v United Kingdom; App. 23413/94, 19.06.2001.
 Kelly & Others v United Kingdom; App. 30054/96, 04.05.2001.
 McKerr v United Kingdom; App. 28883/95, 04.05.2001.
 Tanlı v Turkey; Apl. 26129/95, 10.04.2001.
 Tas v Turkey; App. 24396/94, 14.11.2000.
 Ertak v Turkey; App. 20764/92, 09.05.2000.
 Timurtas v Turkey; App. 23531/94, 13.06.2000.
 Salman v Turkey; App. 21986/93, 27.06.2000.
 Demiray v Turkey; App. 27308/95, 21.11.2000.
 Kılıç v Turkey; Apl. 22492/93, 28.03.2000.
 Tanrikulu v Turkey; App.23763/94, 08.07.1999.
 Çakıcı v Turkey; App. 23657/94, 08.07.1999.
 Ogur v Turkey; App. 21594/93, 20.05.1999.
 Erikson v Italy; App. 37900/97, 26.10.1999.
 Kurt v Turkey; Apl. 24276/94, 25.05.1998.
 Ergi v Turkey; App. 23818/94, 28.07.1998.
 Kaya v Turkey; App. 22729/93, 23.10.1998.
 Gülec v Turkey; App. 21593/93, 27.07.1998.
 E.O. v Turkey; App. 38449/95, 20.05.1997.
 MacCann & Others v United Kingdom; App. 18984/9, 27.09.1995.
 H v. Norway; App.17004/90, 19.05.1992.
 Open Door and Dublin Well Woman v. Irland, App.14234/88; 14235/88, 07.03.1991.
 Dujardin v France; App. 16734/90, 02.09.1991.
 X v. Germany, App. 10565/83 1984.
 Paton v. United Kingdom; App. 8416/78, 13.05.1980.
 Sunday Times v United Kingdom, Apl. 6538/74; 26.04.1979.
 Ireland v United Kingdom; App. 5310/71, 18.01.1978.
 X v Ireland; App. 6040/73, 20.07.1973.