

İSTANBUL ŞEHİR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

DEVLETİN BİREYİN YAŞAM HAKKINI KORUMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ
ÇERÇEVESİNDE ZORLA KAYBETME

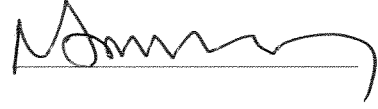
ŞERİFE GÜNDOĞAN

AĞUSTOS 2016

Bu tezi okuduğumuzu ve bu tezin kapsamı ve niteliği açısından, Kamu Hukuku alanında Yüksek Lisans Derecesi için tamamen yeterli olduğunu beyan ederiz.

Tez Jürisi Üyeleri:

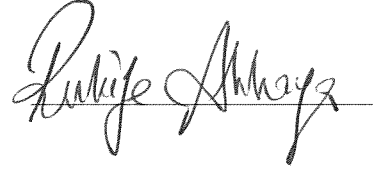
Prof. Dr. Nihat Bulut
(Tez Danışmanı)



Prof. Dr. Mahmut Koca



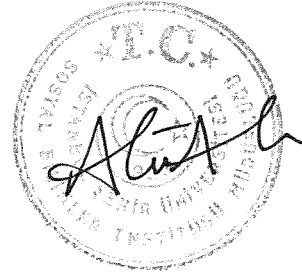
Prof. Dr. Rukiye Akkaya Kia



Bu tezin İstanbul Şehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü tarafından konulan tüm standartlara uygun şekilde yazıldığı teyit edilmiştir.

Tarih
22.08.2016

İmza/Mühür



Bu çalışmada yer alan tüm bilgilerin akademik kurallara ve etik ilkelere uygun olarak toplanıp sunulduğunu, söz konusu kurallar ve ilkelerin zorunlu kıldığı çerçevede, çalışmada özgün olmayan tüm bilgi ve belgelere, alıntılama standartlarına uygun olarak referans verilmiş olduğunu beyan ederim.

Ad/Soyad: şerife Gündoğan

İmza:



ÖZ

DEVLETİN BİREYİN YAŞAM HAKKINI KORUMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ ÇERÇEVESİNDE ZORLA KAYBETME

Gündoğan, Şerife

Kamu Hukuku Yüksek Lisans Programı

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Nihat Bulut

Ağustos 2016, 135 sayfa

Zorla kaybetme, kişilerin, devlet adına görev yapan veya devletin yetkilendirmesi, desteği ve bilgisiyle hareket eden kişiler veya gruplar tarafından tutuklanması, gözaltına alınması, kaçırılması veya başka herhangi bir biçimde özgürlüklerinden yoksun bırakılması; ardından söz konusu kişilerin kendi fiillerini reddetmeleri veya kaybolan kişinin nerede ve ne durumda olduğunu gizlemeleri ve sonuçta kayıp kişinin hukukun koruması dışına çıkarılmasıdır. Zorla kaybetme II.Dünya Savaşı sonrası literatüre girmiş olup, bu dönemden sonra bir çok ülkede uygulanmış bir devlet pratiğidir. 2006 yılında Birleşmiş Milletler tarafından “Herkesin Zorla Kaybetmeye Karşı Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme” adıyla bir sözleşme hazırlanmıştır. Sözleşmenin amacı, devletlerin zorla kaybetmeyi önlemeye yönelik harekete geçmelerini, iç hukuklarında zorla kaybetmeyi suç olarak düzenlemelerini sağlamaktır. Uluslararası alanda diğer önemli bir düzenleme zorla kaybetmeyi insanlığa karşı suç sayan Roma Statüsüdür. Ancak zorla kaybetmenin, insanlığa karşı suç sayılabilmesi için bir bölgede ya da ülkede yaygın şekilde ve sistematik bir saldırının parçası olarak uygulanmış olması gerekir. Zorla kaybetme, yaşam hakkı, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, gerçeği bilme hakkı ve işkence yasağı gibi, aynı anda birden çok hakkın ihlali anlamına gelir. Çalışmamız yaşam hakkı çerçevesinde zorla kaybetmeye ilişkin olduğundan, zorla kaybetme ve devletin yaşam hakkına ilişkin yükümlülükleri arasındaki bağlantıyı ortaya koymayı amaç edindik. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında yaşam hakkı konusunda devletlerin negatif ve pozitif yükümlülükleri olduğu vurgulanmıştır. Zorla kaybetmede devlet, bu suçu önleyecek düzenleme yapmayarak, zorla kaybetmeyi suç olarak düzenlemeyerek, kaybedildiği iddia edilen kişinin akıbetiyle ya da nerede olduğuyla ilgili açıklama yapmayarak ve nihayet kayıp vakalarının gerçekleşmesi üzerine etkili ve bağımsız soruşturma yapmayarak bu yükümlülüklerle aykırı davranmaktadır.

Anahtar kelimeler: zorla kaybetme, yaşam hakkı, devletin pozitif yükümlülükleri,
Birleşmiş Milletler Zorla Kaybetmeye Karşı Sözleşme



ABSTRACT

ENFORCED DISAPPEARANCES WITHIN THE CONTEXT OF A STATE'S OBLIGATIONS DERIVING FROM THE RIGHT TO LIFE

Gündoğan, Şerife

LLM, Department of Public Law

Thesis Advisor: Prof. Nihat Bulut

August 2016, 135 pages

“Enforced disappearances is considered to be the arrest, detention, abduction or any other form of deprivation of liberty by agents of the State or by persons or groups of persons acting with the authorization, support or acquiescence of the State, followed by a refusal to acknowledge the deprivation of liberty or by concealment of the fate or whereabouts of the disappeared person, which place such a person outside the protection of the law.” Enforced disappearance is an offense that, most of states, practiced after World War II. In 2006, the United Nations declared a convention called the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearances. The convention forced states to take necessary measures to ensure that enforced disappearances constitutes an offense under each state party’s criminal law. The widespread and systematic practice of enforced disappearance is considered a crime against humanity in the Rome Statute. Enforced disappearance is a grave violation of multiple rights, i.e., right to life, right to liberty, right to truth and right not to be subjected to torture. The purpose of my study is to show the link between enforced disappearances and obligation of states about the right to life. According to the jurisprudence of the European Court of Human Rights, state parties have obligations which are negative and positive obligations. State parties do not fulfill positive obligations about the right to life in most cases of enforced disappearances by not taking necessary measures to prohibit enforced disappearances, concealing the fate of disappeared ones and not effectively investigating the alleged case of enforced disappearances.

Keywords: enforced disappearances, right to life, positive obligations of states, International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearances

TEŐEKKÖR

Çalıőmamda emeği geçen çok değerli hocam ve tez danıőmanım sayın Prof. Dr. Nihat Bulut'a tezimin her aőamasındaki katkılarından dolayı müteőekkirim. Tez jürimi oluşturan Sayın Prof. Dr. Mahmut Koca ve Sayın Prof. Dr. Rukiye Akkaya Kia'ya kıymetli eleőtirileri ve katkılarından dolayı teşekkür ederim.



İÇİNDEKİLER

| | |
|--|------|
| ÖZ | iv |
| ABSTRACT | vi |
| TEŞEKKÜR | vii |
| İÇİNDEKİLER | viii |
| TABLolar LİSTESİ | xi |
| KISALTMALAR | xii |
| GİRİŞ | 1 |
| BÖLÜM I | 4 |
| YAŞAM HAKKI'NIN KAPSAMI VE KORUNMASINDA DEVLET'İN ROLÜ ... | 4 |
| I- YAŞAM HAKKI KAVRAMI VE KAPSAMI | 4 |
| A. Kavram ve Özellikleri | 4 |
| 1. Kavram-Tanım | 4 |
| a. Genel Olarak | 4 |
| b. Hakkın Öznesi | 5 |
| c. Hak Sahipliği Açısından Ceninin Durumu | 6 |
| 2. Yaşam Hakkının Özellikleri | 12 |
| a. Temel ve Öncül Hak Oluşu | 12 |
| b. Evrensellik | 14 |
| c. Mutlaklık, Dokunulmazlık | 15 |
| i. Genel Olarak | 15 |
| ii. Yaşam Hakkının Mutlaklık Sorunu | 15 |
| d. Vazgeçilmezlik | 18 |
| B. Yaşam Hakkının Kapsamı | 19 |
| 1. Yaşam Hakkının Sınırlandırılması | 19 |
| 2. Yaşam Hakkına İlişkin Tartışmalı Alanlar | 25 |
| a. Ölüm Cezası | 25 |
| b. Ötanazi | 29 |
| c. Kürtaj | 32 |
| d. Ölüm Oruçları | 33 |
| e. İntihar | 38 |
| II- YAŞAM HAKKININ KORUNMASINDA DEVLETİN ROLÜ | 39 |
| A. Devletin Negatif Yükümlülüğü: Öldürme Yasağı | 39 |

| | |
|---|----|
| B. Devletin Pozitif Yükümlülüğü..... | 43 |
| 1. Maddi Yükümlülükler | 46 |
| a. Kişinin Somut Tehlikelere Karşı Korunması..... | 46 |
| i. Kişilerin Devletin Sorumluluk Alanında Oluşan Tehlikelerden Korunması..... | 46 |
| ii. Bireylerin Üçüncü Kişilerin Saldırılarından Korunması | 51 |
| b. Yasal Düzenlemelerin Yapılması | 55 |
| 2. Usuli Yükümlülük: Etkin Soruşturma Yapma | 57 |
| BÖLÜM II | 62 |
| ZORLA KAYBETME | 62 |
| I- ZORLA KAYBETMENİN TANIMI VE BİR SUÇ TİPİ OLARAK ZORLA KAYBETME | 62 |
| A. Zorla Kaybetmenin Tanımı | 62 |
| 1. Genel Olarak Zorla Kaybetme..... | 62 |
| 2. Uluslararası ve Bölgesel Sözleşmelerde Düzenleniş Şekliyle Zorla Kaybetme | 64 |
| a. Zorla Kaybetmeye Karşı Herkesin Korunmasına Dair Bildiri | 64 |
| b. Kişilerin Zorla Kaybedilmesi'ne Dair Amerikalılararası Sözleşme | 65 |
| c. Roma Statüsü | 67 |
| d. Herkesin Zorla Kaybedilmeye Karşı Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme | 68 |
| 3. Bir Hak Olarak 'Zorla Kaybetmeye Maruz Bırakılmama' | 69 |
| 4. Zorla Kaybetme'nin Diğer Haklarla Bağlantısı | 69 |
| 5. Zorla Kaybetme'nin Tanımına İlişkin Genel Değerlendirme | 70 |
| B. Bir Suç Tipi Olarak Zorla Kaybetme..... | 71 |
| 1. Zorla Kaybetmenin Özel Bir Suç Tipi Olarak Düzenlenmesi Gerekliliği Tartışması..... | 71 |
| 2. Zorla Kaybetme Suçunun Unsurları..... | 77 |
| a. Tipiklik..... | 77 |
| i. Özgürlükten Yoksun Bırakma | 77 |
| ii. Hukukun Koruması Dışına Çıkarma | 78 |
| b. Fail Açısından Zorla Kaybetme..... | 80 |
| c. Mağdur Açısından Zorla Kaybetme..... | 82 |
| i. Zorla Kaybedilenler | 82 |

| | |
|---|-----|
| ii. Kaybedilenlerin Yakınları..... | 83 |
| d. Kast Açısından Zorla Kaybetme..... | 85 |
| e. Zorla Kaybetme'nin Süregiden İhlal Özelliği ve Zamanaşımı | 86 |
| i. Süregiden İhlal ve Belirsizlik Özelliği..... | 86 |
| ii. Zorla Kaybetmede Zamanaşımı..... | 88 |
| 3. Zorla Kaybetme'nin Fail-i Meçhuller ve Siyasi Cinayetlerden Ayrılması .. | 90 |
| 4. Zorla Kaybetme'nin İnsanlığa Karşı Suç Kategorisinde Değerlendirilmesi | 92 |
| II- BM Herkesin Zorla Kaybetmeye Karşı Korunmasına İlişkin Uluslararası | |
| Sözleşme ve Getirdiği Koruma Mekanizması | 94 |
| A.Genel Olarak BM Herkesin Zorla Kaybetmeye Karşı Korunmasına İlişkin | |
| Uluslararası Sözleşme..... | 94 |
| B. Uluslararası Ölçekte Bir Koruma ve İzleme Mekanizması: Zorla | |
| Kaybetmeye Karşı Komite..... | 96 |
| III- Türkiye'de Zorla Kaybetme Uygulaması İddiaları..... | 100 |
| A. Genel Görünüm | 100 |
| B. Zorla Kaybetme'nin Tipikliğiyle İlgili Olarak Türkiye'de Uygulanış | |
| Şekli | 103 |
| C. Hukuki Durum | 106 |
| D. Türkiye'de Zorla Kaybetme Olaylarının Aydınlatılmasına İlişkin Bazı | |
| Girişimler ve Çalışmalar | 108 |
| E. Yargı'nın Tutumu ve Cezasızlık Sorunu | 109 |
| 1. Yargı'nın Tutumu..... | 110 |
| a. Yasal Gözaltı Prosedürüne Uygunsuzluk | 110 |
| b. Etkili, Bağımsız ve Hızlı Soruşturma Yapılmaması..... | 111 |
| 2. Cezasızlık Sorunu..... | 112 |
| D. Türkiye'deki Zorla Kaybetme Olaylarına İlişkin AİHM Kararlarının | |
| İncelenmesi | 113 |
| 1. Genel Olarak..... | 113 |
| 2. Yaşam Hakkı'nın İhlali Gerekçesiyle Zorla Kaybetmeye İlişkin Davalar. | 113 |
| 3. Zorla Kaybetme Olayları Çerçevesinde Yaşam Hakkı'nın İhlaline Dair Örnek | |
| Kararlar | 114 |
| SONUÇ..... | 124 |
| KAYNAKÇA..... | 129 |

TABLÖLAR LİSTESİ

| | |
|-----------------|-----|
| Tablo 2.1 | 102 |
| Tablo 2.2 | 103 |



KISALTMALAR

| | |
|--------|--|
| ABD | : Amerika Birleşik Devletleri |
| a.g.e. | : adı geçen eser |
| a.g.m. | : adı geçen makale |
| AİHM | : Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi |
| AİHS | : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi |
| AYM | : Anayasa Mahkemesi |
| BM | : Birleşmiş Milletler |
| CED | : Committee of Enforced Disappearances |
| MK | : Medeni Kanun |
| TBMM | : Türkiye Büyük Millet Meclisi |
| TCK | : Türk Ceza Kanunu |

GİRİŞ

İnsan hakları dendiğinde akla ilk gelen tanım genellikle “insanın insan olmaktan kaynaklanan hakları” şeklindedir.¹ İnsan diğer canlılardan farklı olarak akıl ve irade ile donatılmış olduğundan, insan haklarına sahip olmasının nedenini oluşturan ve hukuki belgelere de konu olmuş olan “insan onuru”na sahiptir. İnsan onuru kişinin bu hakları talep edebiliyor olmasının gerekçesidir.² İnsan haklarının gerekçelendirme ve temellendirmesi bu yolla mümkün hale gelir. İnsan onurunun konusunu ise, insan olmanın değeri ve diğer türler arasında özel bir yerinin olması oluşturur.³

İnsan hakları nitelik itibarıyla diğer haklardan farklı olarak bazı özelliklere sahiptir. Bunların en başında bu hakların insanlık tarihi kadar eski olması gelir. Yani insan hakları pozitif hukuk tarafından düzenlenerek bir belgeye konu olmadan önce de mevcutturlar. Kişiler bu hakları doğdukları anda haiz olurlar. Bununla bağlantılı olarak insan hakları pozitif hukuktan evvel doğal hukukun konusudur. Doğal hukukun konusunu oluşturduğu için bu haklar aynı zamanda ahlaki haklardandır.⁴ İnsan haklarının ahlaki haklar olarak nitelendirilmesi onlara atfedilen yüksek değerden ve pozitif hukukun üstünde kabul edilmesinden kaynaklanır. Ahlaki haklar kategorisinde oluşları onları hukuki olmalarından daha öne çıkarır ve hukuki olmalarından bağımsız olduklarını gösterir.⁵ Genellikle bu haklar pozitif hukuku tamamlar niteliktedir ki zaten ahlaki hak olarak nitelenen bu hakların çoğu artık pozitif hukuk tarafından da düzenlenmiştir.

İnsan hakları sayma yoluyla tüketilebilen haklar değildir. Bu yönüyle sürekli gelişen dinamik bir alanı ifade eder. Bundan kastımız önceden insan hakları arasında sayılmayan fakat hayatın getirisi olarak, herhangi bir ihlal sonucunda ortaya çıkan yeni haklar da olabilir. Çalışmamızın konusunu oluşturan zorla kaybetme de bu açıdan

¹ Akıllıoğlu, Tekin; **İnsan Hakları(Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri)**, İmaj Yayınevi, Ankara 2010, s.2; Donnelly, Jack; **Universal Human Rights in Theory and Practice**, Cornell University Press, 2013, s. 7

² Kateb, George; **Human Dignity**, Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. ix

³ Kateb, George; a.g.e, s. 1

⁴ Kalabalık, Halil; **İnsan Hakları Hukuku**, 3.Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2013, s.29; Akıllıoğlu, Tekin; a.g.e, s. 3

⁵ Erdoğan, Mustafa; **İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku**, 3.Baskı, Orion Kitabevi, Ankara 2012, , s.25

değerlendirilebilir. Zorla kaybetme II. Dünya Savaşı sonrası insanlık tarihine girmiş bir uygulama olarak, güncel kabul edilebilir. Bundan sonra, zorla kaybetmeye maruz bırakılmama hakkı şeklinde bir haktan söz edilir olmuştur. Biz çalışmamızda, zorla kaybetme gibi ağır bir hak ihlalinin uluslararası boyutunu göstermeyi, bu hak ihlalinin aslında sadece özgürlüğünden yoksun bırakma değil, temelde yaşam hakkıyla nasıl bağlantılı olduğunu ortaya koymayı amaçlıyoruz. Bizi bu çalışmayı yapmaya iten sebeplerden biri de ülkemizde bu konuda hukuki açıdan herhangi ciddi bir adımın atılmamış olması dolayısıyla, yakınlarının kaybedildiğini iddia eden mağdurların sesini duyurmalarına katkı sağlama isteğidir. Amacımız zorla kaybetme uygulamasının hukuki açıdan ele alınması ve ne anlama geldiğinin ortaya konması olduğundan kapsama zorla kaybetmenin sosyolojik boyutu dahil edilmemiş olup, ülkemizdeki zorla kaybetme uygulaması iddialarına ve kayıp yakınlarının kaybetme olaylarından nasıl etkilendikleri, yaşamlarına nasıl devam ettikleri gibi hususlara da çok detaylı yer verilmeyecektir.

Yaşam hakkı, insan hakları arasında insan onuruyla bağlantısı en yoğun olan haklardan bir tanesidir. Kişi en başta yaşamını devam ettirdiği sürece insan onuruna sahiptir. Yaşam hakkı doğası itibariyle diğer bütün haklarla doğrudan bağlantılı bir haktır. Bizim çalışmamızın konusu olan zorla kaybetme de yaşam hakkıyla oldukça bağlantılı bir suç tipi olması dolayısıyla, zorla kaybetmeyi yaşam hakkı açısından ele alan bir çalışma ortaya koymayı amaçlıyoruz. Bunu yaparken, çalışmamızın ilk bölümünde genel olarak yaşam hakkına, yaşam hakkıyla bağlantılı olan bir çok tartışmalı hususa da değineceğiz. Nihayet, aslında yaşam hakkı konusunda devletlerin yükümlülüklerinin neler olduğu, devletin yaşam hakkıyla ilgili olarak ne şekilde, nereye kadar ve hangi kriterler çerçevesinde sorumlu tutulabileceğini ele alacağız.

Çalışmamızın ikinci bölümünde zorla kaybetme uygulamasına, uluslararası ve bölgesel bazı sözleşmelerde tanımlandığı şekliyle değinirken, zorla kaybetmenin nasıl bir görünüm arz ettiğini, nasıl bir suç tipi olduğunu resmetmiş olacağız. Türkiye’de zorla kaybetme uygulaması iddialarına değindikten sonra da, ülkemizden AIHM’ye bu hususta yapılan başvurulardan, yaşam hakkının ihlaline ilişkin verilen örnek bazı kararlar üzerinde duracağız.

Zorla kaybetme uluslararası alanda bazı çalışmalara konu olsa da, tek tek devletler bazında ele alındığında, bütün devletlerin zorla kaybetmeyi hukuki olarak tanıdıkları, yani iç hukuklarında düzenledikleri söylenemez. Zorla kaybedilmeye maruz bırakılmama hakkı, örneğin ifade özgürlüğü kadar mutlak manada kabul edilen bir hak değildir. Dolayısıyla çalışmamızı yaparken zorlandığımız temel konu, zorla kaybetme konusunda bilimsel kaynakların eksikliği olmuştur. Özellikle ülkemizdeki duruma değinirken kaynak açısından çok sınırlı bir literatür ile karşılaştığımızı belirtmeliyiz. Bazı insan hakları derneklerinin çalışmaları ve raporları ve bazı hukuki makaleler dışında zorla kaybetme ülkemizde, üzerinde çokça durulmuş bir konu değildir. Çalışmamız bir hukuk çalışması olduğundan ve ülkemizde hukuki açıdan zorla kaybetmenin düzenlenmemiş olmasından dolayı bu zorluğu fazlasıyla yaşadık. Dolayısıyla hukuki metinlerin dışına çıkmadan, uluslararası alanda yapılan düzenlemelere değinerek çalışmamızı ortaya koymaya çaba gösterdik. Elbette ülkemizde zorla kaybetmeye dair hukuki düzenleme olmaması, zorla kaybetme iddialarının olmaması anlamına gelmediği için, hukuki çerçeveden çıkmadan bu iddialara da yer vermeye çalıştık. Çalışmamızın bir diğer zorluğu aslında çalışma konumuzun tabiatında içkin olan bir husustur ki, zorla kaybetmenin unsurları arasında, devletin hukukun dışına çıkardığı kişilere ilişkin bilgi vermemesi ve kişinin özgürlüğünden yoksun bırakıldığını inkar etmesi yer alır. Haliyle, kanıtlanması oldukça zor bir ihlal türüdür. Ülkemizde de devletin zorla kaybetme uygulaması iddialarına yönelik herhangi bir resmi açıklaması bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu konuda çalışma yapmak isteyen dernekler ya da kişilerin elinde, kayıp yakınlarının iddiaları ve tanık olduğu iddia edilen kişilerin ifadeleri kalmaktadır.

Çalışmamızın zorla kaybetme uygulamaları konusunda ülkemizde oluşturulmaya çalışılan farkındalık hususunda katkı sağlamasını, mağdur olduğu iddia edilen kişilerin seslerini duyurmalarına yardımcı olmasını ve devletin bu konuda düzenlenen uluslararası sözleşmelere taraf olarak, adaletin tesisi için, geçmişte yaşandığı iddia edilen kayıp vakalarıyla yüzleşmesini umuyoruz.

BÖLÜM I

YAŞAM HAKKI'NIN KAPSAMI VE KORUNMASINDA DEVLET'İN ROLÜ

I- YAŞAM HAKKI KAVRAMI VE KAPSAMI

A.Kavram ve Özellikleri

1. Kavram-Tanım

a. Genel Olarak

Yaşam kelimesi dar ve geniş anlamda olmak üzere iki durumu niteleyecek şekilde kullanılmaktadır. Dar anlamda yaşam, kişinin biyolojik olarak yaşıyor olması, yani nefes alıp vermesi, ruh ve beden bütünlüğünü haiz olması, ölü olmaması gibi anlamlara gelirken; geniş anlamda yaşamdan kasıt kişinin biyolojik, sosyal, kültürel ve entelektüel hayatıdır. Biz çalışmamızda hem kapsamı daraltabilmek adına hem de yaşam hakkı ile ilgili hukuki düzenlemelerin ve uygulamadaki yorumların bu yönde olması dolayısıyla dar anlamda yaşam hakkını esas alacağız. Dolayısıyla yaşam hakkı anlam olarak “öldürülmeme hakkına” işaret edecektir.⁶ Bu da kişinin yaşamına her ne yolla ve kim tarafından olursa olsun zarar verecek ve yaşamını ortadan kaldıracak nitelikteki müdahalelerin önlenmesini içerir.

Bu noktada kavram kargaşasının önüne geçilebilmesi açısından yaşam hakkı ve beden bütünlüğüne dokunulmaması kuralı arasında nasıl bir fark olduğunu incelemek gerekir. Beden bütünlüğüne dokunulmaması kuralı daha çok yaşam hakkını anlayabilmemiz ve kapsamını belirleyebilmemiz için bize yardımcı olacak bir kavramdır. Beden bütünlüğüne dokunmama yaşam hakkını da içine alan daha geniş bir kavramdır. Beden bütünlüğüne dokunmama, sadece öldürülmemeyi değil, bedenün yaşamsal faaliyetlerini devam ettirmesinin yanında herhangi bir noksana uğratılmamasını, hatta maddi noksandan öte manevi ve psikolojik olarak da bir kayba sebep olunmamasını ifade eder.⁷ Örneğin; kişinin bir uzvunun kesilmesi yahut

⁶ Pavel, Nicolae; “The Right to Life as a Supreme Value and Guaranteeing the Right to Life”, *Contemporary Readings in Law and Social Justice*, Volume 4(2), 2012, s. 970-991; Kalabalık, Halil; a.g.e., s.397

⁷ Savcı, Bahri; *Yaşam Hakkı ve Boyutları*, S.B.F. Basın ve Yayın Yüksekokulu Basımevi, Ankara 1980, s.15-16

herhangi bir yolla akli melekelerinin ortadan kaldırılması beden bütünlüğüne saldırı anlamına gelir ve bu bütünlüğü bozar.

Yaşam hakkı niteliği gereği, varlığı ilk insanla başlayan bir hak olarak kabul edilir. Hukukun tanınmasına bağlı olmayıp⁸, ki bundan kasıt devlet öncesi bir nitelik arz etmesidir, insanların doğuştan sahip olduğu, insanlık tarihi kadar eski bir haktır.

Sonuç olarak, yaşam hakkı geniş yorumlanmaya açık değildir. Bu hak, "...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 yükümlülüklerini ihtiva etmektedir."⁹ Bu anlamda beden bütünlüğü kavramından da ayrılır. Çünkü yaşam hakkının kapsamı daha dar olup, 'öldürülmeme hakkı' olarak anlaşılmalıdır.

b. Hakkın Öznesi

Bir hakkın varlığından bahsedildiği takdirde o hakkın sahibinin de yani o hakkı kimin talep edebileceğinin de açıklığa kavuşturulması gerekir. Bunu belirlememize yardım eden ise o konudaki hukuki düzenlemelerin bu hakkı kimlere verdiğiidir. Bir hakka ehil olmak için bazen belirli şartları taşıyor olmak gerekir. Örneğin, evlenme hakkını kullanmak isteyen bir kişinin kanunun öngördüğü yaş kriterini sağlıyor olması ya da seçilme hakkının yaş ve belirli bir eğitimi almış olma kriterini taşıması gibi. İşte yaşam hakkı bu noktada diğer bazı haklardan ayrılır, çünkü yaşam hakkı öyle bir haktır ki bu hakkın talep edilmesi için insan olmak dışında başka bir gerekliliğe ihtiyaç yoktur. Herkes yaşam hakkına sahiptir. Nitekim, yaşam hakkı ile ilgili yapılan hukuki düzenlemelerin hepsinde "herkes"¹⁰ ya da "hiç kimse"¹¹ gibi kelimeler kullanılarak, bu hakkın herkes için, başka bir kriteri haiz olmayı gerektirmeksizin var olduğu ifade edilir.

Bununla beraber, altını çizmek gerekir ki, her ne kadar "herkesin" yaşam hakkı sahibi olduğu kabul edilse de bu hususta tartışmalı bir alan vardır ki o da kürtaj ile ilgili olarak

⁸ Erdoğan, Mustafa;a.g.e., s.106

⁹ Güngör, Hasan Atilla; **Yaşam Hakkı**, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü(yayınlanmamış doktora tezi), İstanbul 2007, s.197

¹⁰ Örneğin; Yaşamak, özgürlük ve kişi güvenliği herkesin hakkıdır.'(İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, m.3)

¹¹ Örneğin; '...hiç kimsenin yaşamına kasten son verilemez.'(Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, m.2)

karşımıza çıkan ve aşağıda değineceğimiz ceninin yaşam hakkının olup olmadığı sorunsalıdır.

c. Hak Sahipliği Açısından Ceninin Durumu

“Cenin¹² yaşam hakkı var mıdır?” sorusu genellikle kürtaj yoluyla cenine müdahale edilmesi halinde ortaya çıktığından bu tartışmayı kürtaj bağlamında ele alacağız. Kürtaj hem birçok dinin bu konudaki yaklaşımı ve toplumların ahlak anlayışları, hem de kadın haklarına ilişkin gelişmeler dolayısıyla her zaman tartışmalı ve ilgi çekici bir konu olmuştur. Yaşam hakkı ile yakından bağlantılı olup, kişiliğin hangi andan itibaren başladığıyla ilgili tartışmaların yoğun olarak yer aldığı bir konudur.

Cenin yaşam hakkının olup olmadığı tartışmasının temelinde kişiliğin ne zaman başladığı sorusu yatmaktadır. Kişiliğin başlangıcının tespiti ise bu hususta farklı kabuller ve görüşlerin mevcudiyeti dolayısıyla oldukça zordur. Aslında sadece olan hukuk bağlamında incelendiğinde, ceninin yaşam hakkını kabul etmek oldukça zor görünmektedir. Fakat doğal hukuk ve insan hakları perspektifinden baktığımız anda, cenin kişi olarak kabul edilmese bile korumaya tabi tutulması gereken bir varlık olarak karşımıza çıkmaktadır. Zaten, pozitif hukukta da hem ulusal hem de uluslararası yargı, nihayetinde ceninin yaşam hakkının olmadığı şeklinde yorumlanabilecek kararlar verseler de cenini korumak gerektiğini tartışmaktadırlar. Buna ek olarak, devletler de mevzuatlarında cenini koruyan düzenlemelere yer vermektedirler. Yani her ne kadar açıkça ceninin yaşam hakkı vardır diyemsek de cenin, korunmaya muhtaç ve potansiyel yaşam hakkını haiz bir varlık olarak karşımıza çıkmaktadır.¹³

Pozitif hukuk açısından incelendiğinde çoğu hukuk düzeni, kişiliğin sağ ve tam doğum ile kazanılmış olacağını kabul eder. Türk Medeni Kanunu da 28. maddesi ile “Kişilik çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar” ifadelerine yer vermiştir. Elbette

¹² ‘Cenin kavramı, ana rahmine düşmüş, fakat henüz sağ ve tam olarak doğmamış çocuk için kullanılır.’ Ünver Aydın, Tülay; **Cenin Hukuki Durumu**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2011, s.8

¹³ Dural, Mustafa/ Ögüz, Tufan; **Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku**, 14.Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2013, s.22; Hatemi, Hüseyin/Kalkan Oğuztürk, Burcu; **Kişiler Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s.9(Hatemi, sağ ve tam doğma geciktirici şartına bağlı hak ehliyetinin, ceninin yaşam hakkının korunması için yeterli olmadığını, herhangi bir şarta bağlı olmaksızın yaşam hakkı açısından cenine hak ehliyeti tanınması gerektiğini belirtmektedir. Ve mevzuatta doğumdan önce, sadece mirasçılık gibi malvarlığı hakları açısından doğum şartına bağlı hak ehliyetinin kabul edilmesini eleştirmektedir.) Aksi yöndeki görüş için; Serozan, Rona; **Medeni Hukuk(Genel Bölüm-Kişiler Hukuku)**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, s.387

kabul etmek gerekir ki çocuk sağ doğmak şartıyla, aslında anne rahmine düştüğü andan itibaren medeni haklardan yararlanır. Kişilik sağ ve tam doğum ile kazanıldığında da geriye etkili olarak hüküm ifade eder.¹⁴ Fakat yaşam hakkı hususunda sorun, zaten doğmamış çocuğun cenin halindeyken bu hakka sahip olup olmadığıdır.¹⁵ Dolayısıyla, tartışmalı husus, tam ve sağ doğumla beraber geriye etkili işleyen medeni haklarla alakalı değil, bebeğin cenin halindeyken yaşam hakkı olup olmadığı ve bunun sınırları ile ilgilidir. Ancak, MK 28. maddeden lafzi yorum yoluyla elde edebileceğimiz netice; kişilik doğum ile başladığına göre hukukun korumasının da doğumdan sonra devreye gireceği, dolayısıyla cenin için yaşam hakkı şeklinde bir hakkın söz konusu olmayacağıdır. Nitekim birçok ülkede olduğu gibi bizim iç hukukumuzda da açıkça cenine yaşam hakkı tanıyan bir düzenleme bulunmamaktadır. Yani her ne kadar bu tartışmalar devam etse de uygulamadan ve hukuki düzenlemelerden anlaşılan, yaşam hakkının sağ doğmakla kazanıldığıdır.¹⁶

Bununla beraber, burada Türk Ceza Kanunu 99 ve 100. maddeler ile ilgili tartışmaya girmek yerinde olacaktır. TCK, 99. maddesi ile çocuk düşürtme, 100. maddesi ile de çocuk düşürme suçunu düzenlemiştir. Söz konusu suç tiplerini “kişiliğe karşı suçlar” başlığı altında düzenlemiş olması bize, cenine kişilik atfetmesi, dolayısıyla da ceninin yaşam hakkına sahip olduğu yönünde bir izlenim vermektedir. TCK 99/2’de öngörülen süre aşıldıktan sonra (10 haftayı aşmamış gebeliklerde annenin rızası ile gebeliğe son verilmesi imkanı, 10 haftayı aşan gebeliklerde ise belirli şartlar çerçevesinde annenin sağlığının söz konusu olması dolayısıyla gebeliğin sonlandırılabilmesi imkanı tanınmıştır.) çocuğun düşürülmesinde annenin rızası varsa anne de cezalandırılmaktadır. Bunun dışında TCK 100. madde çocuk düşürme suçu olarak adlandırdığı suç tipinin failini, doğrudan anne olarak kabul etmektedir. Dolayısıyla bu hükümlerden yorumla diyebiliriz ki, söz konusu düzenleme açıkça cenini suçun mağduru olarak kabul etmekte ve ceninin yaşam hakkını korumayı

¹⁴ Oğuzman, Kemal/ Seliçi, Özer/ Oktay-Özdemir, Saibe; **Kişiler Hukuku(Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, 12.Baskı, İstanbul 2012, Filiz Kitabevi, s.13; Dural, Mustafa/ Ögüz, Tufan; a.g.e, s.21

¹⁵ Hatemi bu hususta, ‘ceninin hak ehliyetinin yaşama hakkı bakımından, spermin yumurta hücrelerini dölediği, döllenmiş yumurta hücrelerinin rahim çeperine tutunduğu andan başlaması’ gerektiği görüşündedir. Hatemi, Hüseyin/Kalkan Oğuztürk, Burcu; a.g.e., s.11.

¹⁶ Güngör, Hasan Atilla; a.g.e., s.18; Serozan, Rona; a.g.e., s.386,387, Ünver Aydın, Tülay; a.g.e., s. 47-52

amaçlamaktadır.¹⁷ TCK, 99. madde aracılığıyla hem annenin sağlığını, yani anneyi, hem de cenini korurken, TCK 100. maddesi doğrudan kişilere karşı suçlar başlığı altında cenini korumaktadır. Bunlara ek olarak söz konusu hükümler ile kamu düzeni, genel ahlak ve devletin nüfus politikasının da korunmasının amaçlandığını savunan görüşün varlığı kadar,¹⁸ korunan hukuki değeri kadının anne olma hakkı olarak kabul eden görüş¹⁹ de mevcuttur.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde yaşam hakkını düzenleyen 2. madde hükmünde cenine dair açıkça bir ifade bulunmamaktadır. Cenin için bu hakkın varlığı şeklinde bir yorum da maddenin amacını aşan geniş bir yorum olacaktır. Zaten, kürtaja ilişkin başvurularda yaşam hakkını düzenleyen 2. maddeden çok Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin özel ve aile hayatına saygı hakkını düzenleyen 8. maddesine ilişkin ihlal tartışmaları yer almaktadır.²⁰ Fakat biz konumuz itibariyle yaşam hakkı ile ilgili olarak yapılan tartışmalara değineceğiz.

Genel olarak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi konuyla ilgili başvurularda bu hususu 2. maddenin ihlali olarak değerlendirmemektedir. Ancak yine de Mahkemenin kürtaja ilişkin kararlarında, yaşam hakkını tartışırken izlediği şablonu göstermek konuya açıklık getirecektir.

Mahkeme, kürtaj sorunsalı kapsamında önüne gelen, özel ve aile hayatına saygı ve yaşam hakkına dayalı uyumsuzluklarda, ceninin tamamen 2. madde kapsamı dışında tutulması, cenine belirli sınırlamalar dahilinde yaşam hakkı tanınması ya da mutlak

¹⁷ Dönmezer, Sulhi; **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, İstanbul 2001, s. 197; Tezcan, Durmuş/ Erdem, M. Ruhan/Önok, Murat; **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2012, s. 287; Özbek, Özer/Kanbur, Nihat/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker; **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, 7. Baskı, s. 289; Dönmez, Burcu; "TCK'da Çocuk Düşürtme Suçu Mukayeseli Hukuk ve AİHM'nin Bakış Açısıyla Ceninin Yaşam Hakkının Sınırlandırılması", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 2007, C.9, sayı 2, s. 108.

¹⁸ Dönmezer, Sulhi; a.g.e., s. 197.

¹⁹ Hafızoğulları, Zeki/Özen, Muharrem; **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar**, Us-A Yayıncılık, Ankara 2013, s. 141.

²⁰ Bruggeman and Scheuten v Federal Republic of Germany, app.no:6959/75, 19 Mayıs 1976(kabuledilebilirlik kararına ulaşabildiğimiz için tarih kabuledilebilirlik tarihidir.); Open door and Dublin Well Woman v. Ireland, app.no:14235/88, 29 Ekim 1992, paragraf 36,81; A,B,C v Ireland, app.no:25579/05, 16 Aralık 2010, paragraf 156,167,213,274.

manada yaşam hakkı tanınması şeklinde üç seçenek üzerinde durmuştur.²¹ Bunları incelerken üçüncü seçeneğin mümkün olmadığını ifade etmiştir. Gerçekten eğer cenine mutlak manada yaşam hakkı tanırsak olası sağlık sorunlarında, kadının hayatı tehlikeye girdiğinde, kürtaja izin vermek olanaksız hale gelecek, bu da doğmamış bir varlığın hayatının annenin hayatından daha önemli kabul edilmesi anlamını taşıyacaktır.²² Yine aynı kararda, Mahkeme, sözleşmenin 2. maddesindeki “herkes” kelimesinin doğmamış çocuğu da kapsama dahil ettiği anlamına gelmeyeceğini vurgulamış ve yaşamın başlangıcı olarak kabul edilen an ile ilgili birden çok görüş olduğunu ve bu hususta bir konsensus olmadığını belirtmiştir. Zaten bu sebeple diyebiliriz ki, mahkemenin vermiş olduğu kararlar ve yapmış olduğu yorumlardan anlaşılan, kürtaja ilişkin düzenlemelerin, ülkelerin takdirine bırakılmış olduğudur. Mahkeme de ceninin yaşam hakkı olup olmadığı ve 2. madde kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusunda açıkça karar vermekten yana değildir. Yine de ceninin 2. maddedeki “herkes” kapsamına girmediğini²³ belirttikten sonra annenin menfaatleri ve cenin arasında bir denge gözetip, ceninin korunması gereken bir varlık olduğunu ve belirli sınırlar çerçevesinde aslında yaşam hakkının korunması gerektiğini kabul ettiği açıktır. Bu değerlendirmeleri yaparken cenine farazi bir yaşam hakkı atfettiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Mahkemenin cenin ile alakalı yaşam hakkını tartıştığı en bariz örneklerden bir tanesi de Vo v France kararıdır.²⁴ Söz konusu karara konu olan olayda başvuran Thi-Nho Vo adlı kadın bir sağlık kontrolü sebebiyle gittiği hastahane de isim benzerliği dolayısıyla başka bir hasta ile karıştırılmıştır. Başvuran o esnada beş aylık hamiledir. Doktorun isim benzerliği dolayısıyla meydana gelen karışıklık neticesinde hastaya müdahalesi, bebeğin düşmesine sebep olmuştur. Başvuran iç hukuk yollarını tükettikten sonra AİHM’ne yaptığı başvuruda devletlerin sözleşmenin 2. maddesi kapsamında pozitif yükümlülük olarak bu konuda düzenlemeler yapmak zorunda olduklarını ve taksirle insan öldürme suçunu düzenlerken bunun kapsamına ceninin de dahil edilmesi

²¹ X-Birleşik Krallık, Başvuru no:8416/79, 13 Mayıs 1980 tarihli kabuledilebilirlik kararı, paragraph 17; Korff, Douwe; **Yaşam Hakkı** (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 2. maddesinin uygulanmasına ilişkin klavuz kitap), Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları No:8,s.10.

²² X-Birleşik Krallık, paragraph 19.

²³ Harvey, Rachel/Mugnai, Emilia; **“The ‘Right to Life’ Commentary on Article 2”**, August 2002, <http://www.childrenslegalcentre.com>

²⁴ 8 Temmuz 2004 tarihli Vo-Fransa kararı, başvuru no: 53924/00.

gerektiğini ileri sürmüştür. Fransız hukuk sisteminde ceninin taksirle ölümüne sebebiyet verilmesine ilişkin bir düzenlemenin olmayışının, sözleşmenin 2. maddesinin ihlali olduğunu iddia etmiştir. Fransız hükümeti ise sözleşmenin 2. maddesine aykırılık olmadığını, nitekim maddedeki ‘herkes’ kavramının sadece doğmuş kişileri kapsadığını belirtmiştir. Nihayet mahkeme, “doğmamış çocuk sözleşmenin 2. maddesi kapsamında değerlendirilemez, doğmamış çocuğun bir ‘yaşam hakkı’ varsa bile bu zımnen annenin hakları ve menfaatleri ile sınırlıdır”²⁵ şeklinde yaptığı değerlendirmeden sonra, ceninin yaşam hakkının sözleşmenin 2. maddesi kapsamında ele alınıp alınamayacağı konusunda açıkça bir karar vermekten çekinmiştir. Ayrıca AİHM, devletlerin iç hukuklarındaki tercih ve düzenlemelerine müdahale etme yetkisinin bulunmadığını ve kendi yetkisinin aslında ikincil derecede bir yetki olduğunu belirtmiştir.

Çoğu ülkenin hukuk düzeninde, ceninin yaşam hakkına ilişkin açıkça bir düzenleme olmadığını ifade ettikten sonra, söylemek gerekir ki 1969’da yapılan ve imzaya açılan Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi, 4. maddesi ile ceninin yaşam hakkının mevcut olduğunu açıkça hükme bağlamıştır.²⁶ Sözleşmeye taraf olan Amerika Birleşik Devletleri, sözleşmeyi 1977 yılında imzaladığı halde henüz onaylamamış olduğu için ABD’de kürtaj uygulamasına ilişkin düzenlemeler eyaletten eyalate farklılıklar göstermektedir. Ancak diyebiliriz ki, ABD’de genel anlamda daha esnek ve kürtajın serbest olmasına yönelik bir yaklaşım ağır basmaktadır. Özel hayatın gizliliği ceninin menfaatinden daha üstün tutulmaktadır. Bu durum özellikle Roe v Wade kararından sonra tamamen yerleşmiş ve eyaletler bu yönde düzenlemeler yapmışlardır. Söz konusu karar²⁷ kürtaj yanlıları(pro-choice) ve ceninin yaşamının korunmasını savunanlar(pro-life) arasında ciddi bir ayrışmaya ve tartışmaya yol açmıştır. ABD’de kürtaj ile ilgili en sansasyonel süreç ve en yoğun tartışmaların yapıldığı dönem Roe and Wade kararından sonraki dönemdir.²⁸ Söz konusu karar ile 1973 yılında Amerika

²⁵ Vo-Fransa, paragraf 80

²⁶ Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi 4/1’de “Every person has the right to have his life respected. This right shall be protected by law and, in general, from the moment of conception. No one shall be arbitrarily deprived of his life.” şeklinde ifade bulan hükümde ‘conception’ kelimesini kullanarak, yaşam hakkının ana rahmine düşme anından itibaren korunmaya başlandığını kabul etmiştir.

²⁷ Roe v Wade kararı için bkz; <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/case.html> (24.12.2014)

²⁸ Dworkin, Ronald; **Life’s Dominion An Argument about Abortion and Euthanasia**, Harper Collins Publishers, London 1993, p.7.

Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi kürtajın yasak olmasının anayasal bir hak olan özel hayatın gizliliği hakkının ihlali olduğunu kabul etmiştir. Kürtajın bazı sağlık sorunları dışında, hamileliğin üç aylık periyotlarının(trimester) ilk ikisinde(ilk 6 aylık sürede) serbest olması gerektiğine, kürtaj hakkının bebeğin anne karnı dışında yaşayabilecek hale gelene kadar ki sürede mutlak bir hak olduğuna, dolayısıyla kürtajı yasaklayan düzenlemelerin anayasaya aykırılık teşkil ettiğine karar vermiştir. Bu karardan sonra Amerikada muhafazakarlar ve kürtaj hakkı savunucuları arasında fikri anlamda ciddi mücadeleler yaşanmıştır. Amerika Birleşik Devletlerinde halen, eyaletlere göre farklılıklar olsa da, Roe v Wade kararının etkisi sürmekte ve kürtajı sıkı şekilde yasaklayan düzenlemeler bulunmamaktadır. Özel hayatın gizliliği ve kadının tercih hakkı daha ön planda tutularak genellikle hamileliğin ilk 22-24 haftalık sürecince kürtaja izin verilmektedir.

Amerikan İnsan Hakları sözleşmesi dışında ceninin yaşam hakkının açıkça düzenlendiği bir sözleşme bulunmamakla beraber, Birleşmiş Milletlerin Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin 6. maddesi yaşam hakkını düzenlemektedir. Söz konusu maddede ceninin yaşam hakkına sahip olup olmadığı ile alakalı açıkça bir ifade kullanılsa da 5.fikrasında "...hamile kadınların idam cezası infaz edilemez." denilmektedir. Buradan çıkarım yaparak korunmak istenen hukuki değer ceninin potansiyel yaşam hakkı olduğunu söylemek mümkündür.²⁹ Fakat yine de pozitivist bir yaklaşım ile hükmün ifadelerine bakıldığında açıkça cenine yaşam hakkı tanındığını söyleyemeyiz.³⁰

²⁹ Peterson, Niels; "Life, Right to, International Protection", **Oxford Public International Law, Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, Ekim 2012, s.2, <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e841?rskey=EujGpA&result=1&prd=EPIL>. (erişim tarihi: 26.12.2014)

³⁰ İnsan Hakları Komitesi'nin 6 Kasım 2015 tarihli genel yorumunda, Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşme'sinin 6 maddesinde açıkça doğmamış çocuğun yaşam hakkına yer verilmediği, Komite'nin bu hususta devletlere baskı yapamayacağı ve doğmamış çocuğun yaşam hakkı olup olmadığı konusunun taraf devletlerin takdirinde olduğu belirtilmiştir. Komite bu konuda devletlere, takdir yetkisini bıraktıktan sonra, bu hususta genel bazı prensipler belirlemektedir. Devletler, düzenleme yaparken, hem ceninin potansiyel yaşam hakkını hem de potansiyel insan onurunu gözetmeli ama aynı zamanda, hamile kadınların fiziksel ve ruhsal sağlığını da göz ardı etmemelidirler. Genellikle devletler, gönüllü kürtaja karşı yasaklayıcı bir tutum sergileyip, ciddi sağlık sorunu mevcut olduğu takdirde kürtaja izin veren bir yol izlemektedirler. Bu konuda düzenleme yaparken, anne adaylarını yasal olmayan, gizli kürtaj yolları arayışına itmeyecek düzenlemeler yapmalıdırlar. Örneğin, evlilik dışı hamile kalan kadının cezalandırılması, kürtaj yaptırana ya da ona kürtajda yardım eden uzmanın cezai sorumluluğunun bulunması, kişileri illegal kürtaj yollarına itmektir (**Human Rights Committee-General Comment, CCPR/C/GC/R.36/Rev.2**).

Sonuç olarak, bizim iç hukukumuz başta olmak üzere çoğu ülke ceninin yaşam hakkı konusunda açıkça bir düzenleme yapmasa bile cenini bir şekilde koruma altına almakta, bunu yaparken de annenin menfaatini öncelemektedir. Kesin bir ifade ile ceninin yaşam hakkı olduğunu iddia etmek AIHM'nin kaçındığı kadar, aslında ülkelerin de çekindiği bir meseledir. Nitekim kürtaj tartışmaları belli görüşleri veya inançları savunan grupları karşı karşıya getirebilen hassas hatta bazen politik hale gelen bir konudur. Yaşamın ne zaman başladığı konusunda bir uzlaşma olmadığı sürece bu tartışmalar nihayet bulmayacaktır. Sanıyoruz, AIHM de bu konuda ülkelerin takdir yetkisine müdahale etmemek adına, bir süre daha açıkça ceninin yaşam hakkı vardır ya da yoktur şeklinde bir karar vermeyecektir. Bunun yerine şimdi de mevcut olan tutumuna devam ederek, cenine, annenin yaşamına bağlı, onunla sınırlı olan ve korunması gereken farazi bir yaşam hakkı tanıyacaktır. Kanımızca, cenin yaşam hakkına, en azından bu potansiyeli taşıdığı için sahip kabul edilmeli ve korunmalıdır. Keyfi şekilde ceninin yaşamına, yaşama potansiyeline son verilmesi, adil görünmemekte ve muhtemel bir yaşamın ortadan kaldırılması anlamına gelmektedir. Ancak, elbette bu durum cenine mutlak bir yaşam hakkı tanıma şeklinde yorumlanmamalı ve annenin yaşamını tehdit edecek ciddi sağlık sorunlarının mevcudiyeti halinde, kürtaja başvurulabilmelidir. Menfaatler arasındaki dengenin ve oranın sağlıklı kriterlerle değerlendirilmesi yerinde olacaktır.

2. Yaşam Hakkının Özellikleri

Yaşam hakkını açıklamak, kapsamını belirleyebilmek ve sınırlarını çizebilmek için bu hakkın özelliklerine değinmemiz gerekmektedir. Yaşam hakkı başka nitelikleri de olmasının yanında, en başta, temel ve öncül, evrensel, dokunulmaz ve vazgeçilmez, mutlak ve doğumla kazanılan bir haktır.

a. Temel ve Öncül Hak Oluşu

Yaşam hakkı, doğası gereği insan hakları arasında en temel hak olarak kabul edilir. Bunun sebebi ise yaşam hakkının diğer hakları talep edebilmek için bir nevi önşart olmasıdır.³¹ Ölmüş bir kişinin herhangi bir hak ya da özgürlük talebi söz konusu

³¹ Savcı, Bahri; a.g.e., s.11; Peterson, Niels; a.g.e., s. 1.

olamaz. Yani yaşam hakkı kişiyi diğer hakların da öznesi haline getiren bir haktır.³² Dolayısıyla, mülkiyet hakkından, adil yargılanma hakkından ya da ifade özgürlüğünden bahsedebilmek için kişinin yaşıyor olması gerekir. Bu da yaşam hakkını öncül bir hak haline getirir. Aynı şekilde yaşam hakkı öncül olmasının yanında diğer haklar ile iç içe geçmiş bir haldedir. Şöyle ki; bir kişinin yaşam hakkından mahrum edilmesi, onun özgürlük ve güvenlik hakkından, düşünce, din ve vicdan hürriyetinden ve diğer insan haklarından da mahrum edilmesi anlamına gelir.³³

Yaşam hakkının bu niteliği akla bazı sorular getirebilmektedir. Örneğin, en temel hak olduğunu söylediğimiz anda ona bir üstünlük de atfetmiş oluyor muyuz? İnsan hakları arasında bir hiyerarşi mevcut mudur? Eğer öyleyse, bu hiyerarşide en üstte yaşam hakkı mı yer almaktadır? Her ne kadar insan hakları arasında bir hiyerarşinin olmadığına, hepsinin eşit şekilde önemine vurgu yapılırsa da kabul etmek gerekir ki yaşam hakkı diğer insan haklarından daha üstün bir konumda ve onların önünde yer almaktadır.³⁴ Yukarıda da açıkladığımız gibi bunun sebebi yaşam hakkının diğer hakları talep edebilmek için bir önşart olma özelliği taşımasıdır. Yaşam hakkına yapılacak bir müdahale ile diğer hakların anlamsız hale gelecekleri ve mesnetsiz kalacakları açıktır.

Ayrıca yine, yaşam hakkının jus cogens niteliği haiz olup olmadığı hususu da burada tartışılması gereken noktalardandır. Jus cogens kurallar olarak adlandırılan kurallar, uluslararası hukukun amir hükümleri olarak kabul edilir.³⁵ Her hak ya da hukuk kuralı jus cogens olarak kabul edilmez. Bir kuralın jus cogens niteliğe sahip olup olmadığının belirlenmesi için Viyana Konvansiyonu ile bazı ölçütler belirlenmiştir. Bunlardan ilki, bu hukuk kuralının uluslararası genel hukukun bir parçası olması gerekliliğidir. İkinci kıstas, uluslararası toplumda yer alan devletlerin büyük çoğunluğu tarafından kabul

³² Kaboğlu, İbrahim; **Özgürlükler Hukuku**, İmge Kitabevi, İstanbul 2002, s.272.

³³ McCloskey, H.J.; "The Right to Life", **Mind, New Series**, Vol.84, No. 335, Oxford University Press, s.403-425.

³⁴ Dokunulmaz haklar kategorisine ilişkin olarak bkz: Kapani, Münici; **İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları**, Bilgi Yayınevi, Ankara 1996, s.115-116.

³⁵ Denk, Erdem; "Uluslararası Anlaşmalar Hukukunda Jus Cogens Kurallar", **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi** 2001, Cilt 56, Sayı 2., Linderfalk, Ulf; "The Source of Jus Cogens Obligations-How Legal Positivism Copes with Peremptory International Law", **Nordic Journal of International Law** 2013, V.82.3: p.369-389; Thouvenin, Jean-Marc/Tomuschat, Christian; **The Fundamental Rules of the International Legal Order-Jus Cogens and Obligations Erga Omnes**, Martinus Nijhoff Publishers, Boston 2006, p.29-31, 35.

edilmiş olma özelliğidir. Diğer bir ölçüt ki yaşam hakkının jus cogens niteliğini tartışmaya açık hale getiren, kuraldan sapılmasına müsaade edilmeme yani aykırı önleme tabi tutulmama kriteridir. Son olarak sadece kendi statüsündeki yeni kural ile değişikliğe uğrayabilme kriteri mevcuttur.³⁶ Kriterler yaşam hakkı ile alakalı olarak irdelendiğinde karşımıza çıkan tablo göstermektedir ki birinci ve ikinci ölçütler bu hak için sağlanmaktadır. Yaşam hakkı bir çok uluslararası anlaşma ve belgelerde düzenlenerek uluslararası hukukun parçası haline gelmiş, buna ek uluslararası hukukun özneleri olan bir çok devlet tarafından da kabul edilmiştir. Buraya kadar kriterleri sağlayan yaşam hakkı üçüncü kriter olan aykırı önleme tabi tutulmama ölçütünü mutlak manada sağlamamaktadır. Her ne kadar bazı ülkelerde tamamen kaldırılmış olsa da, ölüm cezası problemi bu hakkın mutlaklığına gölge düşürür. Hem bir çok ülkenin iç hukukunda anayasal düzeyde, hem de bazı uluslararası sözleşmelerde sadece ölüm cezası değil, yaşam hakkının ihlalini meşru kılan birden fazla istisna düzenlenmiştir. Bu konuyu ilerde “yaşam hakkının mutlaklık sorunu” başlığı altında ele alacağımız için, burada ihlali meşru kılan bazı hallerin varlığı, dolayısıyla aslında yaşam hakkının mutlaklığının zedelendiği ve jus cogens niteliğinin tartışılabilir olduğunu söylemekle yetineceğiz.

b. Evrensellik

Yaşam hakkı evrenseldir. Evrensellikten maksat, bu hakkın herhangi bir coğrafi bölge ile sınırlı olmadan tüm ülke insanlarına tanınan bir hak olmasıdır. Yine aynı şekilde sadece coğrafi olarak değil, ideolojik, ırksal, dilsel, dinsel ve cinsiyet ile ilgili bir ayırım yapmaksızın tüm insanların bu hakka sahip olmasını ifade eder. Nasıl kültürel-rölativizme dayandırılan herhangi bir gerekçe ile bir kişi ya da grubun insan haklarından mahrum edilmesi söz konusu olamazsa,³⁷ aynı şekilde yaşam hakkı da bir insan hakkı olduğundan, hem de en temel insan hakkı olarak kabul edildiğinden bu gibi gerekçelerle bir kişi ya da grup aleyhine yok sayılamaz.

³⁶ Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (1969) 53. madde (treaties conflicting with a peremptory norm of general international law)

³⁷ Erdoğan, Mustafa; a.g.e., s.106.

c. Mutlaklık, Dokunulmazlık

i. Genel Olarak

Mutlaklık ve dokunulmazlık insan hakları bakımından birbiriyle oldukça bağlantılı ve birbirini gerektiren iki nitelik olması dolayısıyla burada beraber incelenecektir. Bir hakkın mutlaklığından anlaşılan, o hakkın özel hukuktaki mutlak hak kavramında olduğu gibi herkese karşı ileri sürülebilme imkanı bulması ve hakkın mutlak bir niteliği haiz olması dolayısıyla aykırı önleme tabi tutulmama ve hiçbir anlamda hakkın ihlalini meşru kılabilecek bir istisna öngörülmemiş olmasıdır.³⁸ Dokunulmazlık da aynı şekilde hakkın devlet de dahil olmak üzere herkese karşı ileri sürülebilmesi ve korunmasıdır.³⁹ Dokunulmazlık her ne kadar genel anlamda mutlaklık ile benzer anlamlarda kullanılsa da hukukumuzda özel olarak düzenlenmiş bir hususu da ifade eder. Anayasa'nın 15. maddesi "hakların kullanılmasının durdurulması" başlığı ile olağanüstü hal rejimlerinde bile dokunulamayacak hakları düzenlemektedir. Maddenin ilk fıkrasında savaş, seferberlik, sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde gerekli şartların yerine getirilmesi halinde hakların kısıtlanabileceği hatta bazen durdurulabileceği ifade edildikten sonra ikinci fıkrasında "...savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddî ve manevî varlığının bütünlüğüne dokunulamaz..." ifadesi kullanılmış ve devamında diğer dokunulamayacak haklar da sayılmıştır. Söz konusu hükümde de bahsedildiği üzere, dokunulmazlık öyle bir koruma kalkanıdır ki şartları gerçekleştiğinde hakların sınırlandırmadan da öte durdurulmasının dahi mümkün olduğu olağanüstü hal rejimlerinde bile, bazı haklar bu dokunulmazlık kalkanından yararlanabilirler. İşte bu düzenlemeye göre yaşam hakkı, hiçbir şekilde dokunulamayan çekirdek haklar grubunda yer alır.

ii. Yaşam Hakkının Mutlaklık Sorunu

Yaşam hakkı her ne kadar çekirdek haklar kategorisinde sayılsa ve dokunulmaz kabul edilse bile pozitif hukuktaki düzenlemelere bakıldığında aslında bu hakkın mutlaklığına gölge düşürecek istisnaların mevcut olduğu görülmektedir. Yaşam hakkını düzenleyen çoğu mevzuatta, öncelikle bu hakkın önemi ve korunmasının

³⁸ Erdoğan, Mustafa; a.g.e, s.108.

³⁹ Güngör, Hasan Atilla; a.g.e., s.200.

elzem oluşu hükme bağlanır. Hemen ardından ise aslında tamamen ihlal edilemez olmadığını belirten ve bazen ihlali meşru kılan haller sayılır. Yani hakkın mutlak kabul edilmesi kuralının istisnaları mevcuttur. Yaşam hakkı ile alakalı bazı düzenlemelerden örnekler vererek bu tartışmaya değineceğiz. Anayasa'nın 17. maddesi birinci fıkrasında "Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir." ifadeleri ile yaşam hakkı düzenlenmiştir. Aynı maddenin devamında dördüncü fıkrasında ise "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." düzenlemesiyle yaşam hakkının yukarıda sayılan durumlarda ihlal edilmesinin hukuka uygun olduğu belirtilmiştir. Kabul etmek gerekir ki meşru müdafaa hali ölçülülük ilkesine aykırı hareket edilmediği sürece, gerçekten de başkasının yaşam hakkına müdahalenin mümkün olabileceği ve bu müdahalenin meşru kabul edilebileceği bir durumdur. Fakat bahsi geçen maddede sayılan diğer durumların hakikaten yaşam hakkına müdahaleyi haklı kılacak nitelikte olup olmadıkları tartışmaya açık hususlardır.⁴⁰ Örneğin; maddede sayılan özellikle, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi yahut tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi hallerinde yaşam hakkına müdahale edilmesi oldukça orantısız bir tedbirdir.⁴¹ Bir hükümlü ya da şüpheli sıfatını haiz kişiyi yakalamak ya da kaçmasını önlemek, yaşam hakkına müdahaleye izin verecek kadar önemli değildir. Nihayet, muhtemel ki bu kişi farklı zamanlarda ve farklı şekillerde ele geçirilebilir. Bu sebeple yaşam hakkının istisnaları arasında sayılan bu hususlar, elbette uygulamak için son çare olarak başvurulması gerekliliği gibi belirli şartlara bağlanmışsa da, kötüye kullanılmaya ve çok geniş yorumlanmaya müsait düzenlemelerdir.⁴² Yaşam hakkı gibi çekirdek bir hak, suçlu bir kişinin kaçmasının önlenmesi gibi bir sebeple ihlal edilmemelidir.

Aynı şekilde sadece ulusal mevzuatta değil fakat Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gibi diğer bazı uluslararası mevzuatlarda da yaşam hakkının istisnaları düzenlenmiştir.

⁴⁰ Tanör, Bülent; "Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi", **İnsan Hakları**, Edit; Korkut Tankuter, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2000, s.50,51.

⁴¹ Tanör, Bülent; **Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, BDS Yayınları, 3.Baskı, 1994, s.202.

⁴² Tanör'e göre; yaşam hakkına ilişkin sınırlandırma sebepleri oldukça geniş istisnalar olarak düzenlenmiştir. (Tanör, Bülent; **Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, s.202)

Biz burada sadece AIHS'deki düzenlemeye değineceğiz. AIHS'nin 2. maddesiyle yaşam hakkı düzenlenmiştir. İlgili madde metninde “Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur” ifadesi kullanılmış, ardından hakkında ölüm cezasına hükmolünmüş kişilerin cezasının infazının bu hükmün koruması dışında olduğu belirtilmiştir. Bu hususu ileride ele alacağız. Ancak şu kadarını belirtmeliyiz ki 1983 yılında imzalanan AIHS 6 no'lu ek protokol ile savaş ve yakın savaş tehlikesi zamanında işlenmiş olan fiillerden dolayı verilen ölüm cezalarının sözleşme dışında tutulduğu kabul edilmiştir. 2002 yılında imzalanan 13 no'lu ek protokol ile ise ölüm cezası, sadece savaş zamanı ile sınırlı olarak değil, her durumda tamamen kaldırılmıştır. Dolayısıyla artık ölüm cezasına hükmedilmesi ve bu cezanın infazı yaşam hakkının istisnası kabul edilemez. 2. maddenin devamında, ulusal mevzuatımıza paralel olarak, yaşam hakkının mutlak zorunlu olanı aşmayacak bir güç kullanımı sonucu, meşru müdafaa halinde, yakalama ve tutuklu bulunan kişilerin kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma ve isyanın bastırılması gibi durumlarda ihlal edilmesinin hukuka uygun hale geldiği ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere ‘mutlak zorunlu olanı aşmayacak bir güç kullanımı’ ifadesine yer verilmiş ve keyfi öldürmelerin önüne geçilmek istenmiş olsa da yaşam hakkının tereddütsüz olarak mutlak ve hiçbir surette dokunulamayacak bir hak olduğunu iddia etmek pek mümkün görünmemektedir. Kanaatimizce, hakların sınırlandırılmasıyla alakalı olarak bazı sınıflandırmalar yapılırken sayılan “istisnai olarak sınırlandırılan haklar”⁴³ kategorisi yaşam hakkını da içine alacak şekilde bir ihtivaya sahip görünmektedir.

Sonuç olarak yaşam hakkının en temel ve öncül hak olduğundan bahsettikten, diğer hakları kullanmak ve talep etmek için önşart olduğunu belirttikten sonra, bazı durumlarda müdahaleye ve ihlale açık olduğunu ifade etmek tutarlı görünmemektedir. Elbette işkence yasağında olduğu gibi mutlak surette ihlalinin mümkün olmadığını söyleyemiyoruz, çünkü meşru müdafaa hali gibi durumlar gerçekten de yaşam hakkına müdahaleyi mümkün kılabilir. Fakat bunun dışında bir istisna öngörmek yaşam hakkının mutlaklığını zedelemektedir. Çünkü yaşam hakkı, ihali halinde telafisi mümkün olan ya da geri alınabilen haklardan değildir. Müdahale edildiği anda niteliği

⁴³ Söz konusu sınıflandırma için bkz: Eren, Abdurrahman; **Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere**, Beta Basım, İstanbul 2004, s47-49. Yazar bu hususta mutlak haklar, istisnai olarak sınırlandırılan haklar ve belli nedenlerle sınırlanabilen haklar olarak üç grup haktan bahsetmiştir.

itibariyle mevcudiyeti son bulur. Dolayısıyla yaşam hakkına istisna öngörmek gibi bir ihtimalin var olmaması gerekir.

d. Vazgeçilmezlik

Yaşam hakkı kişilerin üzerinde istedikleri gibi tasarrufta bulunabilecekleri haklardan değildir. Genel olarak yaşam hakkından vazgeçilemeyeceği ve feragat edilemeyeceğinin altını çizdikten sonra belirtmek gerekir ki yaşam hakkı ile alakalı olarak en tartışmalı alanlardan biri de yine vazgeçilmezlik konusunda karşımıza çıkar. Bu tartışmalı alanı bazı sorular ile ortaya koymaya çalışacağız. Kişiler doğumla beraber kazandıkları bu hakkı istedikleri anda sonlandırabilirler mi? Rızalarına bağlı olarak üçüncü bir kişinin yardımı ile bu haklarından vazgeçebilirler mi? Bu sorular toplumlar tarafından çok uzun yıllar tartışılmıştır. Yaşam hakkının vazgeçilmezlik özelliği, intihar, ölüm oruçları ve ötanazi kapsamında tartışılan bir niteliktir. Biz de ileride “Yaşam Hakkının Sınırlandırılması ve İlgili Tartışma Alanları” başlığı altında bu tartışmalara değineceğimizden burada sadece vazgeçilmezlikten anlaşılması gerekenin ne olduğu üzerinde duracağız.

Yaşam hakkına ilişkin olarak vazgeçilmezlik kavramının iki görünümünden bahsedebiliriz. Vazgeçilmezlik ile kastedilen ilk olarak kişinin yaşam hakkından feragat edememesi ikinci olarak ise bu hakkı üçüncü bir kişiye devredememesidir.⁴⁴ Ancak bu durum sadece yaşam hakkına hasredilemez. Nitekim vazgeçilmezlik niteliğini haiz başka insan hakları da mevcuttur ki onlar da feragat edilemezlik ve devredilemezlik özelliğine sahiptirler. Feragat edememe özelliği tartışmalı olsa da yaşam hakkının niteliği gereği devredilemez oluşu kesindir.⁴⁵ Bir hakkın devri, o hakkın belirli bir kısmının ya da tamamının tasarruf yetkisinin üçüncü bir kişiye hak sahibin rızası dahilinde verilmesi, devredilmesi anlamına gelir. Hakların bazıları nitelikleri itibariyle devredilebilir oldukları halde, bazıları kişiye sıkı sıkıya bağlı olduklarından devredilemezler. Yaşam hakkı da kişilere sıkı sıkıya bağlı haklar arasında en başta geldiğinden ve insan onuru ile çok yakından alakalı olduğundan devredilemez. Zaten doğası gereği de bölünebilen yahut kişiden ayrı düşünülebilen bir hak olmadığı için devredilebilirliği tartışma konusu dahi olamaz. Bir kimsenin yaşam

⁴⁴ Güngör, Hasan Atilla; a.g.e., s.213

⁴⁵ Erdoğan, Mustafa; a.g.e., s.111

hakkının belirli bir kısmını ya da tamamını tasarruf yetkisini kullanarak bir başkasına devretmesi hiçbir anlam ifade etmez. Feragat etme ise kavramsal olarak rızaya dayalı vazgeçmeyi ifade eder. Yaşam hakkına ilişkin olarak feragat edememe özelliği, pozitif hukuk açısından bakıldığında bazı istisnaları mevcut olsa bile genel anlamda devletlerin ne yolla olursa olsun feragat edilemeyeceğini kabul etmiş ve bu yönde düzenlemeler yapmış oldukları bir husustur.

Sonuç olarak, genel kabul, yaşam hakkının devredilemez ve feragat edilemez bir hak oluşu yönünde olsa da, tartışmalı alanların mevcudiyeti dolayısıyla vazgeçilmezlik özelliğinin mutlak manada anlaşılması zor görünmektedir. Yine de belirtmek gerekir ki, yaşam hakkının belirli şartlar gerçekleştiğinde feragat edilebilecek bir hak olduğunu kabul etmek, yaşam hakkı üzerinde tasarruf etme konusunda kişinin irade ve rızasını ön planda tutmak ve pozitif hukuk bağlamında buna izin vermek yaşam hakkını önemli ölçüde zedeleyecektir. Kişilere bu özgürlüğü tanımak suistimale açık hale getirecektir. Örneğin, yaşam hakkı üzerinde kişilerin istediği gibi tasarruf edebilmesi halinde, en basit haliyle, bir çok cinayet belki de ölen kişinin rızası gerekçesi ile, ispatının da zorluğu gözönünde tutularak, örtbas edilebilecektir.

B. Yaşam Hakkının Kapsamı

1. Yaşam Hakkının Sınırlandırılması

Kural olarak hiçbir hak ve özgürlük sınırsız kabul edilemez.⁴⁶ Belirli şartlar altında, kamu menfaati gözönünde tutularak ya da kanunda sayılan bazı sebeplerle hak ve özgürlükler sınırlandırılabilir. ⁴⁷ “Yaşam hakkının mutlaklık sorunu” başlığında da tartıştığımız gibi yaşam hakkı da pozitif hukukta bazı sınırlamalara tabi tutulmuş ve bu hakka müdahale, bazı durumlarda hukuka uygun kabul edilmiştir. Çalışmamızın bu noktasında, genel olarak, hak ve özgürlüklerin ne şekilde sınırlandırılacağından ve özel olarak yaşam hakkının sınırlandırılmasından kısaca

⁴⁶ Bütün hak ve özgürlüklerin kendi yapısından kaynaklanan objektif sınırlarının olduğu (örneğin, iftira niteliğindeki konuşmalar, ırksal ve dinsel nefreti körükleyen ifadeler ,düşünce özgürlüğünün objektif sınırları dışında kalır), hak ve özgürlük kullanılırken, bu sınırların aşılması halinde hukukun koruması dışında kalacağı hususunda bkz; Hakyemez, Yusuf Şevki; “Temel Hak ve Özgürlüklerde Objektif Sınır Kavramı ve Düşünce Özgürlüğü’nün Objektif Sınırları”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, 57-2, s.37,38

⁴⁷ Eren, Abdurrahman; **Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere**, s.15

bahsettikten sonra yaşam hakkı ile ilgili ölüm cezası, ötanazi, kürtaj, ölüm oruçları ve intihar gibi tartışmalı alanlara değineceğiz.

Özgürlük kavramsal olarak, toplumsal yaşamın ve siyasal iktidarın var olduğu her yerde, her zaman belirli şekillerde sınırlandırılabilir kabul edilir. Çünkü, “düzen içindeki özgürlük sınırlı bir özgürlüktür.”⁴⁸ Düzenin olmadığı yerde, herkesin herşey üzerinde eşit şekilde hak iddia etmesi mümkündür ki bu da kargaşa durumuna işaret eder. Dolayısıyla hak ve özgürlüklerin kullanılabilmesi için bir düzenin mevcudiyeti şarttır. Kısacası, özgürlük kavramı ancak belirli bir düzen içinde sınırlı bir şekilde kullanılabilir.⁴⁹ Sözleşmecî düşünörlere göre⁵⁰; doğa halinden toplum haline geçildiği andan itibaren kişiler tüm özgürlük ve haklarını devletin ya da otoritenin çizdiği sınırlar içinde kullanabilirler. Aslında bu kaçınılmazdır, çünkü çoğunluğun hakkının korunması için her birey kendi hakkının sınırsızlığından fedakarlıkta bulunmak zorundadır.⁵¹ Bu bireyin de menfaatinde, çünkü kendi hakkını kullanabilmesi de diğerlerinin aynı şeyi yapmasına bağlıdır.⁵² Yani bireyler kendi haklarından belirli ölçüde fedakarlık yaparak bir özgürlük alanı oluştururlar. Her hak ve özgürlük, toplum, otorite veya devlet tarafından tanındığı müddetçe ancak belirli sınırlar içinde kullanılabilir. Dolayısıyla, toplumsal hayata geçince ‘özgürlük, yasaların izin verdiğini yapmak şeklinde anlaşılır.’⁵³

Kural olarak tüm hak ve özgürlükler belirli durumlarda ve belirli şartlarda sınırlandırılabilir. Ancak sınırlandırma keyfi olarak yapılamaz. Sınırlama için bazı güvencelerin varlığının aranması zorunludur. Bu sebeple, hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması belirli şartlara ve ilkelere tabi tutulmuştur. Bunlar; yasallık, nedene

⁴⁸ Bulut, Nihat; “Sahte Bir Karşıtlığın Çözümü Hukuk Devletinde Özgürlük Güvenlik İlişkisi”, **Prof.Dr. Mehmet Akad’a Armağan**, Der Yayınları, İstanbul 2012, s.299

⁴⁹ Akad, Mehmet/Vural Dinçkol, Bihterin/ Bulut, Nihat; **Genel Kamu Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul 2014, s.274

⁵⁰ Özgürlük tanımları için bkz; Locke, John; **Two Treatises of Government**, McMaster University Archive of the History of Economic Thought, London 2000, p.114; Hobbes, Thomas; **Leviathan**, edited with an introduction by C.B. Macpherson, Reprinted in Penguin Classics 1985(first published 1651), p.315

⁵¹ Eren, Abdurrahman; **Türkiye’de İnsan Haklarının Korunması; Uluslararası Korunma Mekanizmaları ve Ulusal İnsan Hakları Kurumlarının Rolü**, Turhan Kitabevi, Ankara 2007, s.106-108

⁵² Bulut, Nihat; a.g.e., s.309

⁵³ Bulut, Nihat; “Ölümüne Rekabetten Barış İçinde Yarışa: Hobbes’un Eşitlik Anlayışı”, **Prof.Dr. Ömer Teoman’a 55.Yaş Günü Armağanı**, Cilt II, Beta Yayınları, İstanbul 2002, s.1377-1397, s.1394

bağlılık, ölçülülük ve öze dokunmama ilkeleridir. Bu ilkelere ek olarak demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olma kriteri de mevcuttur.⁵⁴

Yasallık ile kastedilen sınırlandırmanın yasa ile yapılması gerekliliğidir. Yasaya bağlı sınırlama, bir hukuk devletinde, bireylerin devlete karşı korunmasında önemli bir güvenceyi ifade eder ve keyfiliğin önüne geçer.⁵⁵ Kural olarak yasa dışında herhangi bir düzenleyici işlem ile hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması mümkün değildir. 1982 Anayasasının 13. maddesinde temel hak ve hürriyetlerin “ancak kanunla” sınırlanabileceği açıkça ifade edilmiştir. Buna rağmen yine Anayasanın 91. maddesi ilk fıkrasında sıkıyönetim ve olağanüstü haller bu kuraldan hariç tutularak kuralın istisnası düzenlenmiştir. Buna göre, sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde temel hak ve hürriyetlerin yürütmenin düzenleyici işlemi olan kanun hükmünde kararname ile sınırlandırılabilmesi hükme bağlanmıştır.⁵⁶

Hakların sınırlandırılmasında uyulması gereken ikinci ölçüt nedene bağlılık ilkesidir. Bu ilke de aslında temel olarak keyfiliğin önlenmesi amacıyla hizmet etmektedir. Nitekim hakların sınırlandırılması gibi çok önemli bir yetkiye sahip olan yasakoyucu bu yetkisini kullanırken belirli bir nedene bağlı kalmak zorundadır. Her hak ve özgürlük için sınırlandırma o hak ve özgürlüğün niteliğiyle de bağlantılı olarak farklı nedenlere ve koşullara bağlanmıştır. 2001 yılında yapılan Anayasa değişikliği öncesi, ilgili madde metninde sınırlama yapılacak hak ve özgürlüğün neye dayanılarak sınırlanabileceği özel olarak belirtildiği gibi, 13.maddede genel sınırlama sebeplerine de yer verilmekteydi. Hak ve özgürlükler özel sınırlama sebepleri yanında, genel sınırlama sebeplerine dayanılarak da sınırlandırılabilmekteydi. Bu durum ise “sınırlı özgürlük anlayışının amacını çok fazla aşan, kısıtlı bir özgürlükler rejimi”⁵⁷ karşımıza çıkarabilirdi. Fakat söz konusu değişikliklerle beraber, genel sınırlama sebepleri

⁵⁴ Özbudun, Ergun; **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, 15.Baskı, Ankara 2014, s.115-120; Eren, Abdurrahman; **Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gereklileri**, s.66; Tanör, Bülent; a.g.e., s.208; Fendoğlu, Hasan Tahsin; “2001 Anayasa Değişiklikleri Bağlamında Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması(Anayasa’nın 13. Maddesi)”, **Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi**, Sayı: 1, <http://dergipark.ulakbim.gov.tr/esosder/article/view/5000067866>. (Erişim Tarihi: 02.09.2015)

⁵⁵ Eren, Abdurrahman; **Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gereklileri**, s.67

⁵⁶ Eren, Abdurrahman; **Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gereklileri**, s. 75

⁵⁷ Hakyemez, Yusuf Şevki; a.g.e., s.22

kaldırılmış, sadece, ilgili hak ve özgürlüğü düzenleyen madde hükmünün özel bir sınırlama sebebi öngörmesi halinde, buna dayanarak sınırlandırma yapılabileceği hükme bağlanmıştır.⁵⁸

Ölçülülük de hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında uyulması gereken ilkelerdendir. Ölçülülükten anlaşılması gereken, sınırlamanın amacı ile kullanılan araçlar ve yöntem arasında bir orantılılık olmasıdır. Yani sınırlamanın amacını gerçekleştirme yolunda uygulanan yöntemler, nasıl en az şekilde hakka zarar verecekse, o yollar izlenmeli ve o araçlar kullanılmalıdır.⁵⁹ 1982 Anayasasının 13. maddesinde de sınırlamanın ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 18. maddesi, “izin verilen kısıtlamalar öngörülükleri amaç dışında uygulanamaz” ifadesini kullanmıştır. Aslında bu ifadeden anlaşılana da yine ölçülülük ilkesi olmalıdır. Nitekim kısıtlama belirli bir amaç için öngörülmüşse bu amacı aşan her türlü kısıtlama amaç ile kısıtlama arasındaki oranın da aşılması anlamına gelecektir.⁶⁰ Dolayısıyla ölçünün aşıldığı her kısıtlama hali, hakkın varlığını ve özünü tehdit etmektedir. Orantılılık yanında, elverişlilik ve gereklilik de ölçülülük ilkesinin içinde yer alan unsurlardandır. Elverişlilik, yasanın(sınırlandırma aracı), hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasına uygun olmasını, gereklilik ise, gerçekleştirilmek istenen amaç için yapılacak olan sınırlandırmanın zorunlu olmasını ifade eder.⁶¹

Hak ve özgürlüklerin kısıtlanması halinde uyulması gereken diğer bir ilke öze dokunmama ilkesidir. Bu ilke ilk olarak 1961 Anayasasının 11. maddesinde “kanun kamu yararı, genel ahlak, kamu düzeni, sosyal adalet ve milli güvenlik gibi sebeplerle de olsa bir hakkın ve hürriyetin özüne dokunamaz” şeklinde ifade edilmiştir. 1982 Anayasasında ise ilk etapta öz kriterine yer verilmese de 2001 yılında yapılan

⁵⁸ Tanör, Bülent; a.g.e., s.200-204; Tanör 2001 öncesi düzenlemedeki genel ve özel sınırlandırma sebeplerinin aynı anda uygulanabileceğine ilişkin olarak da, bu durumun adeta “katmerli sınırlandırma sistemi” olduğunu ve hak ve özgürlüklerin daha da daraltılabildiğini mümkün kıldığını ifade etmiştir.(Tanör, Bülent; **İki Anayasa 1961-1982**, Beta Yayınları, İstanbul 1994, Baskı 2, s.134)

⁵⁹ Kalabalık, Halil; a.g.e., s.175; Sağlam, Fazıl; **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları: 506, s.115

⁶⁰ Fendoğlu, Hasan Tahsin; a.g.e., <http://dergipark.ulakbim.gov.tr/esosder/article/view/5000067866>. (Erişim Tarihi: 02.09.2015)

⁶¹ Bulut, Nihat; “Sahte Bir Karşıtlığın Çözümü Hukuk Devletinde Özgürlük Güvenlik İlişkisi”, s. 312; Sağlam, Fazıl; a.g.e., s. 112-114

değişiklik ile hakların sınırlandırılmasının öze dokunulmadan yapılması gerektiği 13. maddede belirtilmiştir. Bu bilgilerden sonra asıl mesele bir hak için kullanılan öz ifadesinin ne anlama geldiğidir.⁶² Hakkın özü doktrinde açıkça bir tanıma tabi tutulmasa da Anayasa Mahkemesinin geliştirmiş olduğu içtihatlar ile hakkın özünden anlaşılması gerekenin ne olduğu belirtilmiştir. Buna göre; “hakkın amacına uygun şekilde kullanımını son derece zorlaştıran, ciddi suretle güçleştiren, örtülü bir şekilde kullanılamaz hale koyan ve etkisini ortadan kaldıran sınırlamaları öze dokunur nitelikte” kabul etmek gerekir.⁶³ Anlaşıldığı üzere, bir hakkın özü o hakkın anlamını, koruduğu değeri hatta varlığını ifade etmektedir. Dolayısıyla hakkın özüne dokunulması, o hakkın kullanımını imkansız hale getiren yahut ciddi şekilde güçleştirip anlamsızlaştıran uygulamalardır. Diyebiliriz ki bir hakkın özü o hakkın varlık sebebini oluşturur.

Son olarak sınırlama şartları arasında demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olma kriterinden de bahsetmemiz gerekir. Bu kriter öze dokunmama ilkesinde olduğu gibi diğer ilkelere göre daha soyuttur ve her olay için ayrı ayrı incelenmesi gereken bir kriterdir.⁶⁴ Bununla beraber, diyebiliriz ki bu husus tamamen demokratik toplum deyiminin devlet politikasınca ve anayasal düzeyde nasıl anlaşıldığı ile alakalıdır. Demokratik toplum düzeninin gereklerini belirlemede, devletlerin takdir yetkisi söz konusudur.⁶⁵ Bir devlet demokratikleşmeyi gerçekten evrensel değerler ile iç içe ve özellikle insan hakları bakımından bu değerleri benimseyerek kabul ediyorsa, orada demokratik toplum düzeni genellikle “çağdaş, hürriyetçi demokrasilerin” genel ve evrensel niteliklerini ihtiva eden bir görünüm arz eder.⁶⁶ Bununla beraber her devlet bu anlayışı benimsemek zorunda değildir. Kendi milli değerleri kapsamında ve hukuk devleti ilkelerinin dışına çıkmadan da bir demokratik toplum düzeni anlayışı geliştirmesi mümkündür. Nitekim bizim ülkemizde de Anayasa Mahkemesi önceleri

⁶² Öz kavramının açıkça bir tanımının yapılmasının mümkün olmadığı, her hak için belli kriterler çerçevesinde ayrıca ele alınması gerektiği konusunda bkz; Sağlam, Fazıl; a.g.e., s.173-175; Yine de Sağlam, öze dokunma yasağının ‘kişiye mutlak nitelikte dokunulmaz bir alanı garanti’ ettiğini belirtmektedir. s. 112-114

⁶³ E.2006/121, K2009/90, K.T 18.06.2009. RG: 26.11.2009, Sayı:27418; Ayrıca, 1961 Anayasa’sı dönemindeki örnek bir karar için bkz: E.1963/207, K1963/175, K.T 01.07.1963, R.G: 7.10.1963, Sayı:11524,

⁶⁴ Tanör’e göre söz konusu kriter, öz kriterinin tamamlayıcısı niteliğindedir.(Tanör, Bülent; **Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu**, s.208)

⁶⁵ Eren, Abdurrahman; Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri, s.159

⁶⁶ Özbudun, Ergun; a.g.e., s.118-120

demokratik toplum düzeni ile Anayasamızda belirtilen hürriyetçi demokrasi anlayışını kastederken⁶⁷ daha sonraki içtihatlarında⁶⁸ evrensel batı demokrasisi ve onun gereklerinden bahsederek, bu yaklaşımı benimsediğini ortaya koymuştur.⁶⁹ Anayasamızın 13. maddesinde sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamayacağı belirtilerek bu ilkeye değinilmiştir. Aynı şekilde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde de özellikle bir madde olarak düzenlenmese de, adil yargılanma hakkı(md.6), düşünce, vicdan ve din özgürlüğü(md.9)⁷⁰ gibi bazı hakların sayıldığı maddelerde demokratik toplumda gerekli sınırlamaların yapılabileceğinden bahsedilmiştir. Bunun yanında, zaten demokratik toplum düzenine uygun olma kriteri AİHM'nin kararlarında sıkça üzerinde durulan bir husustur. Dolayısıyla, bu kıstasın AİHS'nin ruhunda yer aldığını söylemek yanlış olmayacaktır.⁷¹

Hak ve özgürlüklerin ne şekilde sınırlandırılacağından bahsettikten sonra söylemek gerekir ki bazı haklar hiçbir durumda sınırlanamaz. İşte bu hak ve özgürlükler çekirdek haklar denen özel bir kategoriyi ifade eder. Anayasamız 15. maddenin ikinci fıkrasında olağanüstü hal ve sıkıyönetim dönemlerinde bile dokunulamayacak hakları saymıştır. Savaş hukukuna uygun fiiller neticesinde meydana gelen ölümler hariç, yaşam hakkına, kişinin maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaması, kimsenin din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanmaması ve bunlardan dolayı suçlanmaması, suç ve cezaların geçmişe yürütülememesi ve suçlu sayılmama karinesi bu kategoridedir. Bahsi geçen hak ve özgürlükler dışındaki hak ve özgürlüklerin kullanımı şartlar gerçekleştiğinde sınırlandırılabilir hatta bazen durdurulabilir.

⁶⁷ E:1985/21, K:1986/23, K.T. 06.10.1986, R.G: 14.03.1987, sayı:19400

⁶⁸ Örnek AYM kararı için bkz; E:1985/8,K: 1986/27, K.T.26.11.1986, R.G:14.08.1987, sayı:19544(söz konusu kararda 'Anayasamızda gösterilen hürriyetçi demokrasi' anlayışından da bahsedilmesine rağmen, AYM'nin görüşünün önceki kararlarından farklı olarak demokrasisinin gerekleri ve araçlarını sayarken evrensel değerleri benimsediği görülmekte ve Batı demokrasisi anlayışına evrilmiş bir yaklaşım gözlemlenmektedir.)

⁶⁹ Akad, Mehmet/Vural Dinçkol, Bihterin/ Bulut, Nihat; a.g.e., s.281; Arslan, Zühtü; "Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa'nın 13. maddesi Üzerine Bazı Düşünceler", **Anayasa Yargısı Dergisi**, 2002, cilt 19, s. 148

⁷⁰ AİHS 9. madde "Din veya inancını açıklama özgürlüğü, sadece yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlık veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli sınırlamalara tabi tutulabilir."

⁷¹ Tanör, Bülent; **Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, s.211; Eren, Abdurrahman; **Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri**, s.153-154

Diğer hak ve özgürlüklerden ayrı olarak, yaşam hakkı bahsettiğimiz gibi hiçbir şekilde sınırlandırılmaz haklar arasında sayılmasına rağmen, hem ulusal hukukumuzda anayasal düzeyde hem de uluslararası mevzuatların bir kısmında istisnaları düzenlenen bir haktır. Yaşam hakkı insan onuruyla en bağlantılı olan haktır. Dolayısıyla insan haklarının temelini insan onurunu korumak oluşturduğundan sınırlama kabul edemez nitelikteki hakların en başında yaşam hakkı gelmelidir. Ayrıca bir hakkın sınırlandırılabilir oluşu o hakkın mahiyeti ile ilişkili olacağından yaşam hakkını sınırlamak bu hakkın doğası ile bağdaşmamaktadır. Yani bu hakkın sınırlandırılması, niteliği gereği, hakkın tamamen ortadan kaldırılması anlamına gelmektedir.

2. Yaşam Hakkına İlişkin Tartışılabilir Alanlar

Yaşam hakkının sınırlarını belirleyebilmek, gerçekten mutlak bir hak olup olmadığını gösterebilmek adına yaşam hakkı ile ilgili en çok tartışılan alanlara değinmek faydalı olacaktır. Yaşam hakkına devlet müdahalesi mümkün müdür? Kişi istediği anda kendi yaşamı üzerinde tasarrufta bulunabilir mi? Kişi yaşam hakkına kendisi ya da başkalarının yardımı ile son verebilir mi? Bu sorular uzun süre tartışılmıştır ve hala da tartışma konusudur. Bu soruları temel alan, ölüm cezası, ötenazi, kürtaj, ölüm oruçları ve intihar gibi tartışma alanlarına değineceğiz. Ancak belirtmek gerekir ki bizim göstermek istediğimiz, bahsi geçen başlıkların yaşam hakkı ile olan ilişkisi olduğundan bu tartışılan konulara detaylı şekilde değinmeyeceğiz, çünkü herbiri başlı başına geniş çaplı bir çalışma konusudur.

a. Ölüm Cezası

Ölüm cezası, yaşam hakkının istisnası olarak düzenlenen ve bu hakka müdahaleyi şartların gerçekleşmesi halinde meşrulaştıran uygulamalardan biridir. Ölüm cezası, yaşam hakkının varlığına son veren, onu tamamıyla ortadan kaldıran ve farklı yöntemlerle infaz edilebilen bir yaptırımdır. Ölüm cezası, insan onuruna aykırı bir uygulama olduğu için, bu cezanın infaz yöntemleri arasında da insancıl, insan onuruna uygun bir yöntem yoktur.⁷² Suçu önlemek ve suçluyu caydırmak amacı taşıyan bu ceza ile ilgili farklı görüşler mevcuttur. Ölüm cezasının, suç oranını düşüreceği ve caydırıcı

⁷² İnfaz yöntemlerinden bazıları için bkz: Köroğlu, Mehmet; “Hukuk Tarihi Açısından Ölüm Cezası ve İnfaz Şekilleri”, **İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi**, Sayı 17, 2011, s.316-317

bir etkiye sahip olduğu görüşü savunulurken⁷³, aksine, devletin suçluya ve suçta böyle bir yöntem ile karşılık vermesinin toplumu daha da şiddete iteceği görüşü de mevcuttur.⁷⁴ Tanör'e göre de, ölüm cezası adeta, devlet tarafından, planlı ve soğukkanlı şekilde gerçekleştirilen bir misillemedir.⁷⁵ Bu kadarını belirttikten sonra, biz bu başlık altında ölüm cezasının pozitif hukukta ne şekilde düzenlendiği ve ölüm cezasının kaldırılmasıyla hangi şekli aldığını kısaca açıklamaya çalışacağız.

Ölüm cezası, ulusal mevzuatımızda Anayasa'nın 17. maddesinin 4. fıkrasında yaşam hakkının istisnaları düzenlenirken "mahkemelerce verilen ölüm cezalarının yerine getirilmesi" şeklindeki ifade ile varlığını buluyor ve meşru kabul ediliyordu. Aynı şekilde, TBMM'nin görev ve yetkilerini düzenleyen 87. maddede "mahkemelerce verilip kesinleşen ölüm cezalarının yerine getirilmesine karar vermek" ifadesi ile de ölüm cezası açıkça ifade bulmuştur.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde de 2. maddenin 1. fıkrası "Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infaz edilmesi dışında, hiç kimsenin yaşamına kasten son verilemez." düzenlemesine yer vermiştir. Dolayısıyla ölüm cezası, açıkça yaşam hakkının bir istisnası kabul edilmektedir.

Birleşmiş Milletler'in 1966 tarihli Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin yaşam hakkını düzenleyen 6. maddesinde ölüm cezasının yalnız çok ağır suçlar için verilebileceği belirtilmiştir. Yine aynı maddenin 6. fıkrasında maddenin hiçbir hükmünün ölüm cezasını kaldırmayı engellemek ya da ertelemek amacıyla ileri sürülemeyeceği belirtilmiştir. Buradan hareketle bu sözleşmenin ölüm cezasına karşı

⁷³ Şen, Ersan; "Ölüm Cezası", **İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Sayı 11,12,13, Nisan-Temmuz-Ekim 1995, s. 232; Prof. Dr. Nurullah Kunter de ölüm cezasının meşruiyetine dair herhangi bir şüphenin olmadığını, ceza vermede amacın halkın müdafaası olduğu, ıslahınsa bu amaca varmak için kullanılan bir araç olduğunu belirtmektedir. İslah edilemeyecek kimseler hakkında yaptırım olarak ölüm cezasının tecelli edeceğini savunur. Ayrıca Kunter'e göre, hakim kanaat ölüm cezasının korkutucu ve faydalı olduğu yönündedir.(aktaran; Gemalmaz, M.Semih; **Türkiye'de Ölüm Cezası(1920-2000)-Zihniyet, İnfazlar, Mevzuat, Yargı ve Siyaset**, Cilt I, Beta Basım, İstanbul 2001, s.870)

⁷⁴ Gören, Zafer; "Yaşama Hakkı ve Ölüm Cezası", **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Güz 2006, sayı:10, s.70; Gemalmaz, M.Semih; **Türkiye'de Ölüm Cezası(1920-2000)-Zihniyet, İnfazlar, Mevzuat, Yargı ve Siyaset**, s. 899-901; Hassan, Ümit; " Ölüm Cezası Sorunu:Kritik Bir Yaklaşım", **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, Cilt XXVII, No:1, 1972, s. 115,116(75-116)

⁷⁵ Tanör, Bülent; 'Kişi Dokunulmazlığı', **İnsan Hakları**, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2000, s.19

çıkan bir yaklaşımla kaleme alındığını söylemek yanlış olmayacaktır. Zaten bu sözleşmenin başlangıç kısmında da insan onuruna vurgu yapılmış insan yaşamının önemi vurgulanmıştır.

Ölüm cezasının engellenmesi ve sonuçta kaldırılmasına yönelik girişim ve çabalar II.Dünya Savaşı'ndan beri mevcuttur. Ancak her ne kadar çoğu devlet ölüm cezasını kınasa ve uygulamasa bile ulusal mevzuatlarında yer verebilmektedirler. Nitekim bizim hukukumuzda 1961 Anayasasında 64. madde ile 1982 Anayasasında 17 ve 87. maddelerde ölüm cezasından bahsediliyordusa da uygulanmasına çok sık rastlanmamaktadır. “Türkiye’de ölüm cezasının yerine getirilmesi uzun zamandan beri fiilen ortadan kalkmıştı. 1965-1971,1973-1980 ve 1984-1998 yılları arasında hiç ölüm cezası infaz edilmemiştir.”⁷⁶ Anayasa 38. maddeye 2001 yılındaki değişiklik ile eklenen 9. fıkrada, barış zamanı ölüm cezasını mutlak surette yasaklayan, savaş zamanı işlenen suçlar ve yakın savaş tehdidi halinde işlenecek suçlar ile ilgili verilen ölüm cezalarını meşru gören Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 6. ek protokol⁷⁷ ve BM Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi 2. seçmeli protokolünün⁷⁸ düzenlemelerine ek olarak ölüm cezasının istisnalarını daha geniş tutarak “savaş ve çok yakın savaş tehdidi hallerinde işlenen suçlar” ve “terör suçları”nı da dahil etmiştir.⁷⁹ Daha sonra 2004 yılında AİHS'nin ölüm cezasını mutlak surette her durumda kaldıran 13 no'lu ek protokolünü de imzalamış ve 6.10.2005 tarihinde 5409 sayılı kanun ile onaylamıştır. 2004 Anayasa değişikliği ile Türkiye Büyük Millet Meclisinin görev ve yetkilerini düzenleyen 87. maddeden “mahkemelerce verilip kesinleşen ölüm cezalarının yerine getirilmesine karar vermek” ifadesi çıkarılmıştır. Yine aynı tarihli Anayasa değişikliği ile ise 38. Maddenin 10. fıkrasında “Ölüm cezası ve genel müsadere cezası verilemez” ifadesine yer verilmiştir. Zaten 2004 değişikliği ile Anayasa 90. maddenin 5. fıkrasına eklenen “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır.”

⁷⁶ Gören, Zafer; a.g.m., s.91

⁷⁷ Türkiye AİHS 6. Ek Protokolü'nü 15 Ocak 2003 tarihinde imzalamış, 26 Haziran 2003 tarih ve 4913 sayılı yasayla onaylanması uygun bulunan 6. Protokol, 17 Eylül 2003 tarihli Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

⁷⁸ Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmeye Ek İkinci Seçmeli Protokol de 29.10.2005 tarihinde TBMM Genel Kurulunda kabul edilmiştir.

⁷⁹ Gören, Zafer; a.g.m., s.91

hükmü de ölüm cezasını kaldıran AIHS 13 no'lu ek protokol varken ve Türkiye bunu onaylamışken ulusal mevzuatımızda bunun aleyhine bir düzenlemeyi imkansız kılmaktadır.

Uluslararası belgeler açısından bakıldığında ise yukarıda da bahsettiğimiz gibi, AIHS 1983 tarihli 6 no'lu ek protokol ile ölüm cezası savaş halinde işlenen suçlar hariç yasaklanmıştır. Ölüm cezasının her durumda kaldırılmasına ilişkin 13 no'lu protokol ile ise ölüm cezası sözleşmeye taraf ve onaylayan tüm devletlerde mutlak surette, tamamen kaldırılmıştır. Söz konusu protokolün başlangıç kısmında “Demokratik bir toplumda herkesin yaşama hakkının temel bir değer olduğu ve ölüm cezasının kaldırılmasının bu hakkın korunmasında ve tüm insanların sahip olduğu onurun tanınmasında büyük önem taşıdığı inancıyla...” ifadelerine yer verilerek ölüm cezasının yaşam hakkının korunması açısından sorun teşkil ettiği belirtilmiştir. Yine başlangıç kısmında “Strazburg’da 28 Nisan 1983 tarihinde imzalanan Sözleşme’ye Ek, Ölüm Cezasının Kaldırılmasına Dair 6 Numaralı Protokol’ün savaş ya da yakın savaş tehlikesi zamanında işlenmiş olan fiiller için verilen ölüm cezalarını Sözleşme dışı tuttuğunu göz önünde bulundurarak; Ölüm cezasını her tür durumda kaldırmak için son adımı atmaya karar vererek...” ifadeleri kullanılmıştır. Dolayısıyla artık ölüm cezasının uygulanması için hiçbir istisnai durum kalmamış olup her durumda kaldırılması kararlaştırılmıştır.

Birleşmiş Milletler düzeyinde ölüm cezasının kaldırılması ise Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesine ek 2 numaralı seçmeli protokole bağlanmıştır. Her ne kadar bu protokolde savaş halinde işlenen suçlar için öngörülen cezalar hariç, ölüm cezası kaldırılmış olsa da aslında Birleşmiş Milletler Evrensel Bildiriden itibaren ölüm cezasına karşı bir tutum sergilemektedir. Zaten sözleşme hükümlerinin hiçbiri insan hakları açısından daha geri sayılabilecek uygulamalar için sebep gösterilemez bu amaca hizmet eder nitelikte yorumlanamaz. Bu durumda ölüm cezasının tamamen kaldırılması amacı bu hükümlere içkindir diyebiliriz.

Sonuç olarak her ne kadar hala bazı ülkelerde uygulaması olsa da, ayrıca Avrupa Konseyi ve Birleşmiş Milletler düzeyinde de bu cezanın kaldırılması çok eskiye dayanmasa da kabul etmek gerekir ki, ölüm cezası, yaşam hakkının özüne

dokunmakta, yani onu ortadan kaldırmaktadır.⁸⁰ Bu yaşam hakkına doğrudan bir saldırı olduğu gibi, insan onuruna da aykırıdır. Bu sebeple ölüm cezası, yaşam hakkına müdahaleyi meşrulaştıran sebeplerden biri olarak herhangi bir düzenlemeye konu olmamalıdır. Zaten günümüzde ölüm cezasının tamamıyla kaldırılmasına yönelik evrensel boyutta bir gelişme ve eğilim mevcut olup, gerek devletlerin ulusal mevzuatları ile gerekse uluslararası düzenlemeler ile bu gelişme somutlaştırılmaktadır.⁸¹

b. Ötanazi

Ötanazi yaşam hakkı ile alakalı en çok tartışılan konular arasında gelir. Oldukça kapsamlı bir konu olması ve sadece hukuki açıdan değil felsefi ve etik açıdan da tartışılan bir konu olması dolayısıyla, konuyu dar tutabilmek adına yaşam hakkı ile ne şekilde bir bağı olduğunu göstermeye çalışacağız. Ancak, öncelikle kısaca kavramsal açıdan ötanaziyi incelememiz gerekir. Daha sonra ötanazinin hukukumuz açısından ne anlama geldiği ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesinin bu konuda nasıl yorumlanması gerektiği üzerinde duracağız.

Ötanazi, Yunanca iyi ve güzel anlamına gelen "Eu" ve ölüm anlamındaki "Thanatos" kelimelerinin birleşiminden oluşur.⁸² Mutlu, iyi ölüm anlamına gelir.⁸³ Günümüzde genel anlamda ötanazi ile kastedilen, tedavisi mümkün olmayan bir hastalıktan dolayı fiziksel acı çeken kişinin, acısının dindirilmesi ve hayatına son verilmesidir.⁸⁴ Ötanazi, aktif ve pasif ötanazi olarak ikiye ayrılmaktadır. Pasif ötanazide hastanın tedaviyi durdurması yahut reddetmesi yani hareketsizlik göstererek ölümü seçmesi söz konusudur. Aktif ötanazide ise kişiye acısının dindirilmesi amacıyla, ölümüne yol açacak tedavinin uygulanması(doğrudan ilaç verilmesi yoluyla da olabilir) söz konusudur.⁸⁵ Yani kaçınmaya yönelik bir hareket değil, aktif bir tutum içinde olmak

⁸⁰ Gemalmaz, M.Semih; **Türkiye'de Ölüm Cezası(1920-2000)-Zihniyet, İnfazlar, Mevzuat, Yargı ve Siyaset**, s. giriş

⁸¹ Gemalmaz, Mehmet Semih; **Devlet, Birey ve Özgürlük**, Legal Yayıncılık, İstanbul 2010, s.499

⁸² Güngör, Hasan Atilla; a.g.e., s.218; Ünver, Yener; "Türk Ceza Hukuku Açısından Ötanazi", **Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötanazi**, Derleyen, Nur Centel, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, s.27

⁸³ Norman, St. John-Stevas; Life, **Death and the Law: Law and Christian Morals in England and the United States**, Beard Books, 2002, s.262

⁸⁴ Diaconescu, Amelia Mihaela; "Euthanasia", **Contemporary Readings in Law and Social Justice**, Volume 4(2), 2012, s.474

⁸⁵ İnceoğlu, Sibel; **Ölme Hakkı**, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 1999, s.135

gerekir. Aktif ötanazide kişinin rızasının varlığı aranan durumlar olduğu gibi rızasının aranmadığı hallerde mevcuttur.⁸⁶ Örneğin, tedavisi mümkün olmayan bir hastalığı olan kişinin rızası dahilinde acısını dindirecek ve yavaş yavaş acısız şekilde ölmesini sağlayacak ilacın doktorlar aracılığı ile kendisine verilmesi yahut bitkisel hayattaki kişinin bağlı olduğu tıbbi cihazdan ailesinin rızası ile koparılması da aktif ötanaziyi oluşturur. Hastanın kendi rızası dışında birinin iradesi ile hayatına son verilmesine istemsiz ötanazi, kendi rızası olan hallere ise istemli ötanazi denir.⁸⁷ Ötanazi ile alakalı diğer bir kavram ise hekim yardımlı intihardır (assisted suicide). Hekim yardımlı intihar da amaç ve sonuç bakımından ötanazi ile benzerdir. Aralarında ki fark hayatı sona erdirecek hareketin doktor tarafından değil, hastanın kendisi tarafından gerçekleştiriliyor olmasıdır. Hekimin buradaki fonksiyonu, kendisinden yardım isteyen hastaya acısına son verecek ölümcül dozda bir ilaç hazırlamak ya da yardım niteliğinde yol göstermektir.⁸⁸

Ötanazi, hangi sınıflandırmaya tabi tutulursa tutulsun nihayet kişinin, rızası dahilinde bazen de onun ailesinin rızası ile, acısının dinmesi amacıyla hayatına son vermesi ya da başkası tarafından son verilmesi anlamına gelir. Burada temelde yatan problem aslında şudur; kişi yaşama hakkına doğuştan sahip olduğu gibi ölme hakkına da sahip midir? İsteddiği anda yaşam hakkına son verebilecek midir? Yaşam hakkı bünyesinde ölme hakkını da barındırır mı? Muhakkak bu sorular yaşam hakkı ile alakalı tartışma konusu olan diğer alanlarda da geçerlidir. Yaşamını ızdırap içinde geçirmek istemeyen kişi hastalığı ilerlemeden ve insan onuruna uygun şekilde huzur içinde ölmeyi isteyebilir mi? Bu durumda hekimin hasta kişiye yardım etmesi ve ölümünü kolaylaştırıp, hızlandırması hukuki açıdan bir ihlal oluşturur mu? Yoksa hekimin kişi ölmeyi istediği halde, onun rızası hilafına iyileşmesi amacıyla tedavi uygulaması mı gerekir? Ve nihayet insan onuru dolayısıyla kutsal ve en temel hak olarak kabul edilen ve korunması kanunlarca garanti altına alınan yaşam hakkı, hakkın öznesi tarafından bile müdahaleye açık olmayan, hak sahibinin de üzerinde tasarruf yetkisi bulunmayan bir hak mıdır? Ötanazi genel anlamda bu sorular bağlamında tartışılmaktadır. Ancak bu sorular uzun yıllar tartışılmış ve hala tartışılmakta olduğundan ayrıca her iki

⁸⁶ Wedad-Andrada Quffa/ Dan-Valeriu Voinea, "Assisted Suicide- Between the Right to Life, the Obligation to Live and Social Acceptance", **Contemporary Readings in Law and Social Justice**, Volume 5(2), 2013, s.262

⁸⁷ Güngör, Hasan Atilla; a.g.e., s.220

⁸⁸ Diaconescu, Amelia Mihaela; a.g.e., s. 474

tarafında argümanlarının makul söylemler olması hasebiyle bu konuda mutlak surette, kesin bir ifade ile ötanazi lehine ya da aleyhine bir söylem şimdilik kanımızca yerinde olmayacaktır. Bizim söyleyebileceğimiz, pozitif hukuk bağlamında ötanazinin hukuka uygun ya da aykırı kabul edilip edilmediğini belirtmek olacaktır.

Ötanazinin yaşam hakkının ihlali olduğu ortadadır nitekim bu uygulama yaşam hakkına son vermeyi konu alan bir uygulamadır. Hukukumuzda, ötanazi açıkça düzenlenmemiştir. Uygulamasına da rastlanmaz. Ülkemizde, Anayasal düzeyde ötanaziye ilişkin herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Ceza hukuku bakımından da ötanazi herhangi bir hükme bağlanmadığı gibi hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir neden olarak görülmemiş ve genel anlamda da kasten adam öldürme olarak değerlendirilmiştir.⁸⁹

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin yaşam hakkını düzenleyen 2. maddesi ifadelerinde ötanaziye, aslında daha geniş anlamda bakarsak ölme hakkına işaret etmez. Ölme hakkı sözleşmenin 2. maddesinin bir parçası değildir ve bu hakkı kapsar nitelikte düzenlenmemiştir.⁹⁰ Madde metninin ölme hakkını da içerdiğine dair çıkarım yapmak zorlama bir yorum olacaktır. AİHS'nin yaşam hakkını düzenleyen 2. maddesinin ölme hakkını içermediğine dair mahkemenin kendi ifadesine bakacak olursak; "Mahkeme 2. maddede güvence altına alınan "yaşam hakkının" yorumlanmasının olumsuz bir yön içerdiği şeklinde yorumlanamayacağı kanaatindedir." yani; "2. madde, herhangi bir dil çarpıtması olmadan, tamamen zıt bir hakkı verdiği şeklinde yorumlanamaz, bir ölme hakkı ya da bu madde bireyin yaşamaktansa ölmeyi seçme hakkı bağlamında kendi kaderini tayin hakkını yaratamaz. Mahkeme buna göre ister üçüncü bir kişinin eliyle olsun ister kamu makamlarının yardımı ile olsun ölme hakkı gibi bir hakkın Sözleşme'nin 2. maddesinden türetilmeyeceğine hükmetmektedir."⁹¹ Bununla birlikte, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi daha önce kürtaj ile ilgili olarak da bahsettiğimiz gibi ötanazi konusunda da devletlerin takdir payını çok geniş tutmuş ve bu konuda kesin hüküm vermekten kaçınmıştır.⁹² Genel görünüm hiçbir devletin, rızası olmadığı sürece

⁸⁹ Centel, Nur/ Çakmut, Özlem/ Zafer, Hamide, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, Beta Basım, İstanbul 2011, s.34

⁹⁰ Diaconescu, Amelia Mihaela; a.g.e., s.481

⁹¹ 29 Nisan 2002 tarihli Pretty-Birleşik Krallık Kararı, paragraf 39-40

⁹² Korff, Douwe; a.g.e; s.15

hastaya ötanazi uygulanmasını kabul edemeyeceği çünkü bunun çok açık şekilde yaşam hakkı ihlali oluşturduğudur. Ancak devletlerin takdir payı saklı olmak şartıyla ve Mahkeme bu konuda açıkça birşey söylemese de, Avrupa Konseyi düzeyindeki yaklaşımın ızdırap çeken hasta için ötanazi uygulamasına yaklaşımı mutlak manada olumsuz değildir. Bunu Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisinin bir tavsiye kararında⁹³ belirttiği şu ifadelerden çıkarabiliriz. Kararda, “Kişi aksini tercih etmedikçe, ölüme yaklaşmış veya ölmek üzere olan bir kişiye yan etkisi bireyin yaşamını kısaltsa dahi yeteri kadar ağrı kesici verilmeli ve hafifletici tedavi uygulanmalıdır.” ifadelerine yer verilmiştir.

Sonuç olarak ötanazi uygulaması açık şekilde yaşam hakkı ihlalidir. Yaşam hakkı hem seküler hem de dini perspektiften yorumlandığında kutsal kabul edilen bir haktır.⁹⁴ Dolayısıyla, kendisine kutsallık atfedilen bir hakkın ihlaline yol açan ötanazi uygulamasına izin verilip verilmemesi gerekliliğinin bu kadar tartışmalı olması olağandır. Yaşam hakkının karşısına kişinin ölme hakkı olup olmadığı, irade serbestliği gibi argümanlar getirilmektedir. Ulusal hukukumuzda ötanazi serbest değildir hatta ceza hukuku bağlamında kişinin ölmesine yardım eden ona ötanazi uygulayan hekimin kasten öldürmeye varan sorumluluğu söz konusu olabilmektedir.⁹⁵ Uluslararası anlamda Avrupa Konseyi düzeyinde ise ötanazi ile alakalı olarak AİHM'nin bu uygulamayı desteklediğini söylemek mümkün değildir. AİHM bu konuda yaşam hakkının içinde ölme hakkının yer olmadığını AİHS 2. maddesinin yorumundan ölme hakkının çıkarılamayacağını belirtmektedir. Bununla beraber bu konuda devletlerin takdir payını geniş tutmuştur.

c. Kürtaj

Kürtaj, ceninin yaşam hakkı ile kadının bedeni üzerindeki tasarrufta bulunma hakkı kapsamında tartışılan bir husustur. Yaşam hakkı ile alakalı olarak yine sadece hukuki açıdan değil etik ve sağlık açısından da tartışılan bir konudur. Buradaki sorun ceninin yaşam hakkı olup olmadığı ve korunması gerekenin doğmamış bebeğin yaşamı mı yoksa annenin hakları mı olduğudur. Kürtaj meselesini “Cenin Yaşam Hakkı Var

⁹³ Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi 1418 sayılı Tavsiye Kararı paragraf 9, (a) (vii), yıl 1999

⁹⁴ Dworkin, Ronald; a.g.e., 195

⁹⁵ Alan Akcan, Esra; “Ötanazi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 71, Sayı 1, 2013, s.5,

mıdır?” başlığı altında incelediğimiz için burada değinmeyeceğiz.

d. Ölüm Oruçları

Ölüm orucunu açıklamak için öncelikle anlam olarak çok yakın diğer bir kavram olan açlık grevi üzerinde durmak gerekir. Açlık grevi “belirli bir olayı, tutumu, davranışı protesto etmek, çeşitli istekleri kabul ettirmek ya da savunulan görüşleri salt ilgi çekmek amacıyla uygulanan ve greve katılanların yemek yemeyerek, kendilerini aç bırakmaları esasına dayanan bir yöntemdir.”⁹⁶ Diğer bir tanımda açlık grevcisi “zihinsel olarak ehliyetli, açlık grevine kendi iradesi ile karar vermiş, bu nedenle belirli bir zaman için yiyecek ve/veya sıvı almayı reddeden kişidir”⁹⁷ şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımlardan sonra asıl üzerinde durmak istediğimiz ve yaşam hakkı ile alakalı bir kavram olan ölüm orucu ise, açlık grevinin sonraki aşamasıdır. Açlık grevinin aksine ölüm orucunda hiçbir gıda ve sıvı tüketilmez. Kişi beslenmeyi tamamen reddeder. Açlık grevinde amaç ölmek değilken, ölüm orucunda ölme amacıyla hareket edilir. Nihayet süre, kişiden kişiye değişse bile ölüm orucuna devam edilmesi halinde ölüm meydana gelir.⁹⁸ Ölüm orucu ve açlık grevi yöntemi genellikle “siyasi mahkumlar ve onların dışarıdaki destekleyicileri” tarafından uygulanmaktadır.⁹⁹ Açlık grevi ve ölüm orucu, mahkumlar açısından, hak ve özgürlüklerin hukuka aykırı biçimde kısıtlanmasını protesto etmek ve buna son verilmesini istemek amacıyla yapılabileceği gibi, gayrimeşru bazı isteklerinin yerine getirilmesini zorlamak için de yapılabilir.¹⁰⁰ Genellikle amaç, yetkililerin üzerinde baskı oluşturmaya çalışmaktır. Özellikle, ölüm orucunda ilgili kişileri etkilemek yetkililerin birilerinin ölümüne duyarsız kalamayacağını düşünerek hareket etmek söz konusudur.

Ölüm orucunun, yaşam hakkıyla alakalı noktası diğer tartışmalı alanlarda da olduğu gibi, kişinin kendisinin yaşam hakkı üzerinde tasarrufu olup olmadığı hususudur.

⁹⁶ Feyzioğlu, Metin; “Açlık Grevi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1993, 43/1-4, s.157

⁹⁷ Dünya Tabipler Birliği Açlık Grevleri Konusunda Malta Bildirgesi, Kasım 1991’de Malta’da toplanan 43.Dünya Tıp Kongresi tarafından kabul edilmiştir.

⁹⁸ Sevinç, Murat; “Bir İnsan Hakları Sorunu Olarak: Açlık Grevleri”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, 57.sayı, 2002, s.113

⁹⁹ Feyzioğlu, Metin; a.g.e., s.157

¹⁰⁰ Feyzioğlu, Metin; a.g.e., s.157

Nitekim, ölüm orucunda vücuda neredeyse hiçbir şekilde gıda ve sıvı alınmadığı için, süre kişiden kişiye göre değişse de, sonuç ölümle neticelenmektedir. Bu durum ise açıkça yaşam hakkının ihlalidir. Buradaki sorun, kişinin kendi iradesi ile yaşam hakkını ihlal edip edemeyeceğidir. Ölüm orucuna giren kişilere, yaşamlarının son bulmaması adına yetkililerin, doktorların müdahale etmesi, bu kişilerin vücut bütünlüğüne saldırı teşkil edecek midir? Yoksa doktorlar için ya da cezaevi yetkilileri için bu kişilere müdahale etmek bir zorunluluk mudur?

Ölüm orucu tutanların, kendilerine müdahale edilmesini yani zorla besleme uygulamasını engellemek adına genellikle ileri sürdükleri argümanlar, özel hayatın gizliliği kapsamında, kendi kaderini tayin etme ve vücut bütünlüğüne dokunulamaması hakları eksenindedir.¹⁰¹ Diğer bir hak ise aynı zamanda açlık grevi ve ölüm orucunun altında yatan amacı da gösteren ifade özgürlüğüdür.¹⁰² Açlık grevi ve ölüm orucunda “kişiler siyasi düşüncelerini ortaya koymak, hak ve özgürlüklerini korumak”¹⁰³, kendi inanç ve isteklerini ifade etme yoluyla kamuoyunda dikkat çekme amacı güderler. Bu da ifade özgürlüğünün kullanılmasının yollarından biridir.

Hukuki açıdan bakıldığında açlık grevi Anayasamızın 26. maddesinde hükme bağlanan “düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti” kapsamına girebilir. Maddenin ilk fıkrasında “Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir.” ifadesine yer verilmiştir. Buna göre, açlık grevi yapanlar ya da ölüm orucu tutanların “söz, yazı, resim veya başka yollarla” ifadesine dayanarak düşüncelerini açıkladıkları söylenebilir. Ancak dikkat edilmesi gereken husus ölüm orucunda bu hakkın çatıştığı diğer hak olan yaşam hakkının ihlalini oluşturmasıdır. Anayasa’nın yaşam hakkını düzenleyen maddesinden kişilerin ölme hakkını da haiz oldukları sonucuna varamayız. Bu durumda hukukumuzda ölüm orucunu meşru kabul eden hiçbir düzenleme mevcut olmadığı gibi aksine hukuka aykırı bir eylem olduğu kabul edilir.¹⁰⁴ Buna bağlı olarak hekimlerin ölüm orucuna giren kişilere müdahalesi ve onları yaşatmak adına zorla besleme yoluna gitmeleri hukuka aykırı kabul edilmez. Ölüm orucu tutanların vücut

¹⁰¹ Sunshine, Steven.C; “Should a Hunger-Striking Prisoner Be Allowed to Die?”, **Boston College Law Review**, 1984, Volume 25, s.432-433

¹⁰² Sunshine, Steven.C; a.g.e., s.437

¹⁰³ İnceoğlu, Sibel; a.g.e., s.69

¹⁰⁴ Fezyioğlu, Metin; a.g.e., s.163

bütünlüğüne dokunulmasını yani bu müdahaleyi, yaşam hakkı üstün kabul edidiği için hukuka uygun hale getirir.¹⁰⁵ Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin Uygulanması hakkındaki kanunun 82. maddesinde “hükümlünün kendisine verilen yiyecek ve içecekleri reddetmesi” hususu düzenlenmiştir. Burada, açlık grevi ya da ölüm orucuna giren mahkuma uygulanacak prosedür belirlenmiştir. Maddenin ilk fıkrasına göre, hükümlülere hangi nedenle olursa olsun yiyecek ve içecekleri reddetmelerinin kendilerine vereceği fiziksel ve ruhsal zararlardan bahsedilir bilgi verilir, başka bazı tedbirler alınır fakat hala sonuç alınmazsa cezaevi hekimince besleme işlemine başlanır. İkinci fıkrada ise, doğrudan ölüm orucu ve açlık grevine girenler ile ilgili hükme yer verilir. Hükümlülerin, beslenmeyi reddetmeleri halinde hayatları tehlikeye girmeye başladığı anda rızalarına bakılmaksızın gerekli tedbirler alınır.

Diğer bir nokta ise tutuklu veya hükümlüler ile özgürlüğü kısıtlanmamış kişiler arasında bu hususta bir fark olup olmadığıdır. Şöyle ki, tutuklu veya hükümlülere ölüm orucu konusunda müdahale edilmesi, devletin gözetiminde olan kişilere karşı özellikle koruma yükümlülüğü olmasından mı kaynaklanır sorusu akla gelebilir. Ancak ülkemizdeki yaklaşım, devletin hükümlü ve tutuklular konusunda özgürlüğünden yoksun olmayanlara kıyasla daha fazla özen ve koruma yükümlülüğü altında olsa da ölüm orucu konusunda kişiler arasında ayırım gözetmeyeceği yönündedir.¹⁰⁶ Bunun dayanak noktası ise, kişilerin, özgürlüğü kısıtlanmış ya da kısıtlanmamış olsun, “yaşam hakkından feragat edemeyecek”¹⁰⁷ olmalarıdır. Tıbbi etik kurallarının ve uygulamaların cezaevindekiler için diğer kişilerden farklı bir uygulamaya tabi olmayacağı Birleşmiş Milletler Tıbbi Etik Prensipleri metninde de ifade edilmiştir.¹⁰⁸

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin ölüm oruçları ve açlık grevleri ile ilgili yaklaşımını bazı kararlar ışığında ortaya koymak mümkündür. Genel olarak, mahkemeye ölüm orucu ile ilgili olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin yaşam hakkı ile ilgili 2. maddesi, işkence yasağını düzenleyen 3. maddesi, özel ve aile hayatına saygıyı düzenleyen 8. maddesi, düşünce-vicdan-din özgürlüğünü düzenleyen 9. maddesi ve ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. maddesinin ihlali gerekçesi ile

¹⁰⁵ Feyzioğlu, Metin; a.g.e., s. 164,165,166

¹⁰⁶ Feyzioğlu, Metin; a.g.e., s.164

¹⁰⁷ Savcı, Bahri; a.g.e., s.18

¹⁰⁸ 18 Aralık 1982 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulunda kabul edilen Tıbbi Etik Prensipleri.

başvurulmaktadır. AİHM'nin Herczegfalvy-Avusturya kararına konu olan olayda psikolojik rahatsızlığı olan bir hasta için gıda almayı reddetmesi üzerine zorla besleme yöntemine başvurulmuştur. Mahkeme, kendisiyle ilgili karar veremeyecek durumda olanların, tıbbi yöntemlere uyulması koşuluyla, fiziksel ve zihinsel sağlıklarının korunması amacıyla zorla beslenebileceğine hükmetmiştir.¹⁰⁹ Nevmerzhitsky-Ukrayna kararında ise şikayetçi tutuklu olduğu esnada açlık grevindeyken, yetkililerce zorla beslenmiştir. Ayrıca diğer kararın aksine bu kararda kişinin psikolojik bir rahatsızlığı da yoktur yani bilincini etkileyecek bir durum söz konusu değildir. Başvuran, zorla beslemenin sözleşmenin 3. maddesinin ihlali olduğunu, zorla besleme esnasında kendisine insanlık dışı muamelede bulunduğunu iddia etmiştir.¹¹⁰ Mahkeme söz konusu kararda kişinin vücut dokunulmazlığı ve yaşam hakkının çatışmasının mevcudiyetinden bahsettikten sonra, 1998 tarihli Bakanlar Komitesinin tavsiye kararına da değinerek¹¹¹, yaşam hakkının ortadan kalkma ihtimalinin bulunması halinde, kişinin rızası olmasa bile, zorla beslemenin mümkün olabileceğini ortaya koymuştur.¹¹² Horoz-Türkiye kararında da mahkeme yaşam hakkının ihlalinin olmadığı yönünde karar vermiştir. Söz konusu kararda mahkum Muharrem Horoz adlı kişi F-tipi cezaevlerini protesto amacıyla açlık grevine başlamıştır. Ancak grev bir aşamadan sonra, sadece şekerli su ve bazı gerekli vitaminlerin tüketildiği ölüm orucu halini almıştır. Muharrem Horoz hastahaneye kaldırdığında bilinci yerindeyken tedaviyi reddetmiştir. Belirli bir süre sonunda ise ölmüştür. Başvuran(annesi), oğlunun ölümünün sözleşmenin 2. maddesinin ihlali olduğunu ileri sürmüştür. Ancak mahkeme burada, özellikle uygun tıbbi tedavi yönteminin izlendiğini belirterek, yetkili otoritenin, kişilerin vücut bütünlüğünü koruma yükümlülüğü ile ilgili herhangi bir zaafi olmadığını tespit etmiştir. Buna ek olarak, kişinin sağlık durumu hayati tehlike taşısa bile, devlet, kişinin herhangi bir müdahaleyi açıkça reddettiği beyanını kabul ettiği için eleştirilemez.¹¹³

Sonuç olarak ölüm orucu yaşam hakkını yakından ilgilendiren bir ifade biçimidir.

¹⁰⁹ 24.09.1992 Tarihli Herczegfalvy-Avusturya kararı, başvuru no:10533/83, 82.paragraf.

¹¹⁰ 12.10.2005 Tarihli Nevmerzhitsky-Ukrayna Kararı, başvuru no: 54825/00, 78.paragraf.

¹¹¹ Bahsi geçen karar, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 08.04.1998 Tarihli ve 7 no'lu Tavsiye Kararıdır. Hapishanelerdeki Sağlık Hizmetlerinin etik ve organizasyonel yönü ile ilgili olarak devletlerin gözönünde bulundurulması gereken esaslara ilişkin bir karardır.

¹¹² Nevmerzhitsky-Ukrayna, 93.paragraf.

¹¹³ 31.03.2009 Tarihli Horoz-Türkiye Kararı, başvuru no:1639/03

Açlık grevinin daha ileriye taşınmış hali olup ölümle sonuçlanma ihtimali çok yüksektir. Ölüm orucunda, ifade özgürlüğü ve kişilerin vücutları üzerinde tasarrufları ile ilgili iradeleri yaşam hakkı ile karşı karşıya gelmektedir. Dolayısıyla mesele zorla besleme uygulamasına gidilip gidilmeyeceği konusunda düğümlenmektedir. Gerek 1975 yılında Dünya Tabipler Birliği tarafından yayınlanan deklarasyonda, gerekse 1991 yılında Malta’da yine Dünya Tabipler Birliği tarafından kabul edilen belgede, açlık grevlerinde hekimlerin uyması gereken etik prensipler belirlenirken, kişilerin rızaları olmadığı durumlarda zorla besleme yöntemine gidilemeyeceği, hatta bu uygulamanın insanlık dışı kabul edileceği, hekimin kişinin rızasına saygı göstermesi gerektiği belirtilmiştir.¹¹⁴ Oysa uygulamada, genellikle yaşam hakkı ciddi tehlike altında olduğu anda, bu hakkın üstünlüğü dolayısıyla zorla besleme yoluna gidilmektedir. Kural olarak açlık grevi ifade özgürlüğünün bir yansıması olarak meşru kabul edilir.¹¹⁵ Ancak, bu ifade şekli, yaşam hakkı ve vücut bütünlüğü tehlikeye girdiği anda meşruiyetini kaybeder. Bu durumda da müdahale eden hekim ya da diğer yetkililer cezai sorumluluktan kurtulurlar.¹¹⁶ Bununla beraber kabul edilmelidir ki, zorla besleme ve zorla tedavi uygulamasında müdahalenin şekli önem arz eder. İnsan onuruna uygun ve kötü muamele teşkil etmeyecek şekilde hareket etmek gerekmektedir.¹¹⁷ Ayrıca, ifade özgürlüğünü arka plana atarak, sırf protestoya müdahale etmek amacıyla açlık grevi ve ölüm orucuna müdahale yerinde kabul edilmez, ancak yaşam hakkını korumak amacıyla müdahale edilebilecektir.¹¹⁸ Bununla beraber, devlet kişinin yaşam hakkını ve vücut bütünlüğünü korumak amacıyla etkin ve uygun tedbiri almış ve tedavi için uygun ortamı sağlamış olduğu halde, kişi tedaviyi kendi rızası ile reddettiği durumlarda ölüm meydana gelmişse, devletin yaşam hakkını ihlal ettiği ileri sürülemeyecektir.¹¹⁹

¹¹⁴ Dünya Tabipler Birliğinin belirlediği söz konusu prensiplerin, dünyadaki hekim birlikleri tarafından da benimsendiğini söyleyebiliriz. Buna bağlı olarak, Türk Tabipler Birliği de 47. Genel Kurulunda kabul ettiği “Hekim Meslek Etiği Kuralları”nın 36. maddesinde, hükümlü ve tutuklunun tedaviyi reddettiği durumlarda, hekimin bilgilendirmesi dışında zorla tedavi yoluna gidemeyeceğini ifade etmiştir.

¹¹⁵ Ömeroğlu, Ömer; “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında; Hükümlü, Tutuklu ve Gözaltındakilerin Açlık Grevi, Ölüm Orucu ve Müdahale Sorunu”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, sayı3-4(2011), s.90

¹¹⁶ Feyzioğlu, Metin; a.g.e., s.168

¹¹⁷ Nevmerzhitsky-Ukrayna, 93-94.paragraf.

¹¹⁸ Ömeroğlu, Ömer; a.g.e., s.90

¹¹⁹ Horoz-Türkiye Kararı

e. İntihar

İntihar, psikolojik bir olay olup kişinin kendi hayatına bilerek ve isteyerek son vermesidir.¹²⁰ Gelecekteki muhtemel yaşamına karşın ölümü seçmek olarak da tanımlanmaktadır.¹²¹ Algılanan bir probleme, çıkmaza, ikileme, bir kriz veya ümitsizliğe karşı seçilen en pratik çözüm olarak görülmektedir.¹²² Sonuç olarak kişi yaşamına son vererek, yaşam hakkını kendisi ortadan kaldırmaktadır. Karar verme aşamasında ise, bizzat kendisi karar verebileceği gibi, “üçüncü bir kişinin tahrik, teşvik ve yardımıyla” da karar verebilir.¹²³

İntiharın yaşam hakkı açısından tartışmalı oluşu, kişinin yaşamı üzerinde tasarruf yetkisi olup olmadığı, bu hakkından feragat edip edemeyeceği ve yaşam hakkının ölme hakkını da içerip içermediği sorularından kaynaklanır.

Pozitif hukuk bağlamında intihar artık kendi başına bir suç olarak düzenlenmese de¹²⁴ önceleri suç olarak kabul ediliyor ve başarısız sonuçlanan intihar girişimlerinde kişi cezalandırılıyordu.¹²⁵ Hukukumuzda intihar suç olarak düzenlenmemiştir. Ancak, intihara teşebbüs edenin cezalandırılmaması, bu hareketin hukuka uygun olduğunu göstermediğinden, intihara teşvik ve intihara yardım eden cezalandırılmakta yani bu fiiller suç olarak kabul edilmektedir.¹²⁶ Türk Ceza Kanunu 84. madde ile intihara yönlendirme suçunu düzenlemiştir. Burada “Başkasını intihara azmettiren, teşvik eden, başkasının intihar kararını kuvvetlendiren ya da başkasının intiharına herhangi bir şekilde yardım eden kişinin” cezalandırılacağından bahsedilmektedir. İntiharın suç olarak düzenlenmemesi kişinin ölme hakkını haiz olduğunu göstermez. “İntiharın suç teşkil etmemesinin nedeni, bir suçun pasif süjesi ile aktif süjesinin aynı kişide birleşmesinin imkansızlığıdır.”¹²⁷ Sonuç olarak, intihar yaşam hakkını ihlal ettiği ve

¹²⁰ Artuk, Mehmet Emin/Yenidünya, Caner; “Ötanazi”, s.110.(içinde; Hukuk ve Boyutuyla Ötanazi, Derleyen-Nur Centel)

¹²¹ Prado, C.G.; **Choosing to Die**, Cambridge University Press, New York 2008, s.30

¹²² Shneidman, Edwin S.; **Suicide as Psychache: A Clinical Approach to Self-destructive Behaviors**, Jason Aranson 1993, s.3.

¹²³ Koca, Mahmut; **TCK’da İntihara İkna ve Yardım Suçu**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü(Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 1993, s.17

¹²⁴ İnceoğlu, Sibel; a.g.e., s.155

¹²⁵ Benatar, David; a.g.e., s.291

¹²⁶ İnceoğlu, Sibel; a.g.e., s.72; Koca, Mahmut; **TCK’da İntihara İkna ve Yardım Suçu**, s.18

¹²⁷ Fezyioğlu, Metin; a.g.e., s.163

henüz ölme hakkı olarak adlandırabileceğimiz bir hak uygulamada kabul edilmediği için, pozitif hukukun intiharı tanınması mümkün değildir.

II- YAŞAM HAKKININ KORUNMASINDA DEVLETİN ROLÜ

Diğer insan haklarında olduğu gibi yaşam hakkı konusunda da devlete bazı yükümlülükler yüklenmiştir. Devlet, en başta bu hakka müdahale etmeme, dokunmama yani öldürmeme yükümlülüğü altındadır. Bunun devamında ise bu hakkı her türlü müdahaleden korumak, bu amaçla düzenlemeler yapmak ve gerekli tedbirleri almak zorundadır. Yaşam hakkına ilişkin düzenlemelerden de anlaşılan devletin bu hususta negatif ve pozitif yükümlülüklerinin olduğudur. Devletin negatif yükümlülükleri kapsamında öldürme yasağını inceledikten sonra, pozitif yükümlülükleri ile alakalı olarak ise maddi ve usuli yükümlülüklerini ele alacağız.

A. Devletin Negatif Yükümlülüğü: Öldürme Yasağı

Yaşam hakkı öyle bir haktır ki korunması ve devamı için öncelikle dokunmamayı yani negatif bir tutumu gerektirir. Yaşam hakkı üçüncü kişiler tarafından ihlal edilebileceği gibi bazen devlet gibi güçlü bir mekanizma tarafından da ihlal edilmektedir. Devlete, bu negatif yükümlülük bağlamında öldürme yasağı diye somutlaştırabileceğimiz bir yükümlülük düşmektedir.

Öldürme yasağı devletin kaçınmasını, kişinin yaşam hakkına dokunmamasını gerektirir. Nitekim, kaçınma, dokunmama gibi olumsuz eylemleri gerektirdiği için negatif yükümlülük olarak adlandırılır.¹²⁸ Burada bahsettiğimiz öldürme yasağının muhatabı devlettir. Kişilerin yaşamının üçüncü kişiler tarafından ihlalini bu bağlamda değerlendirmeyeceğiz. Elbette, hukuk üçüncü kişilerce de öldürmeme yükümlülüğü yüklemektedir, fakat konumuz devletin bizzat öldürmeme yükümlülüğüne ilişkindir. Dolayısıyla, burada öldürme yasağı devlete yüklenen bir yükümlülüktür. Yaşam hakkını düzenleyen normlardan anlaşılan devletin hukuka uygun kabul edilen öldürmeler dışında keyfi biçimde öldürme olarak kabul edilebilecek kasti öldürmelerden sorumlu olacaktır.¹²⁹ Bununla beraber sadece kasti değil taksirle

¹²⁸ Güngör, Hasan Atilla; a.g.e., s. 408

¹²⁹ Gerek Anayasa'nın 17. maddesi, gerek AİHS 2. maddesi ile yaşam hakkının istisnaları düzenlenmiş ve bunlar dışında devletin kişilerin hayatına son veremeyeceği açıkça düzenlenmiştir. Dolayısıyla yaşam hakkını düzenleyen maddelerden öldürme yasağının muhatabının devlet olduğunu anlıyoruz.

öldürmeler de bu hakkın ihlalini teşkil edecektir.¹³⁰ Yani öldürme yasağını ihlal etmesi sadece devletin kuvvet kullanımı sonucu ya da diğer herhangi bir yolla kasten sebebiyet verdiği öldürmeler ile sınırlı değildir. Bunun yanında taksirle öldürme de devlete yüklenen bu negatif yükümlülüğün ihlali olabilir. Örneğin; 1993 yılında İstanbul Ümraniye’de belediyeye ait bir çöplükte metan gazı patlaması yaşanmış ve orada yaşayan bazı vatandaşlar hayatını kaybetmiştir. Bu olay ile ilgili olarak AİHM’nin vermiş olduğu kararda sözleşmenin 2. maddesinin ihlali de ortaya konmuştur.¹³¹ Başvuran, devletin yetkililerinin ihmali sonucu kazada dokuz yakınının hayatını kaybetmiş olmasının sözleşmenin 2. maddesinin ihlali olduğunu iddia etmiştir. Mahkeme değerlendirmesinde 2. maddenin devlete yüklediği yükümlülükler arasında sadece devlet ajanlarının kuvvet kullanması sonucu meydana gelen ölümleri değil, aynı zamanda kişilerin hayatını tehlikeye atacak etkinlikler konusunda devletin gerekli tedbirleri alması gerektiğini de kapsadığına işaret etmiştir.¹³² Somut olaydaki çöp toplama hizmeti de devletin bir faaliyetidir. Yapılan incelemelerde devletin çöp toplama ile ilgili ciddi işletme risklerini ortadan kaldırmak için bir adım atmadığı gibi, çöplük çevresinde oturan kişilere herhangi bir bilgilendirme de yapmadığı gözlemlenmiştir. Sonuç olarak mahkeme kazada meydana gelen ölümler ve devlet yetkililerinin ihmalleri arasında bir illiyet bağı olduğuna karar vermiştir.¹³³ Bu durum devletin kasten olmasa bile ihmali dolayısıyla sözleşmenin 2. maddesini ihlal ettiğini göstermektedir.

Öldürme yasağından sadece devletin görevlendirdiği yani devletin resmi görevlilerinin, kişilerin hayatına son vermesi anlaşılmalıdır. Bu yasağın ihlali için öldürmenin devlet ajanı tarafından gerçekleştirilmesi şart olmayıp “sivil gönüllülerin”¹³⁴ kişilerin hayatına son vermesi de devletin yükümlülüğünün ihlali olarak kabul edilir. Yani devletin sorumluluğuna gidilmesi için ölüm olayının kimler tarafından gerçekleştirildiğinin tespiti önem arz etmektedir. Konuyla ilgili olarak

¹³⁰ Güngör, Hasan Atilla; a.g.e., s. 409

¹³¹ 30 Kasım 2004 tarihli Öner Yıldız-Türkiye Kararı, Başvuru no: 48939/99

¹³² Öner Yıldız-Türkiye kararı, paragraf 71

¹³³ Öner Yıldız-Türkiye kararı, paragraf 75

¹³⁴ 24 Mayıs 2005 tarihli Acar ve Diğerleri-Türkiye kararı, başvuru no: 36088/97. Söz konusu kararın 84.paragrafında geçen sivil gönüllüler tabiri ile kastedilenin devletin resmi görevlisi olmasa bile devlet ile bir şekilde ilişki içinde bulunan, devletin talimatına uyan ya da güvenlik güçlerine yardım eden kişilerin olduğu anlaşılmaktadır.

AİHM'nin Acar ve Diğerleri-Türkiye Kararına¹³⁵ değinmek yerinde olacaktır. Olay 1992 yılında Mardin'de gerçekleşmiştir. Bir grup köylü minibüs ve kamyon ile Mardin'nin Midyat ilçesine doğru yol alırken, silahlı ve askeri üniformalı bir grup tarafından durdurulmuş, araçtan indirilip yol kenarında sıraya geçmeye zorlanmış ve kendilerine ateş edilmiştir. Bu silahlı saldırının neticesinde 6 kişi ölmüş 9 kişi de yaralanmıştır. Başvuranlar iddialarında saldırıyı gerçekleştiren kişilerin komşu köylerinde yaşayan köy korucuları olduğunu iddia etmişler ve devletin sözleşmenin 2. maddesini ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir. Olay yeriyle ilgili rapor hazırlayan jandarma, saldırıyı gerçekleştirenlerin askeri üniforma giymiş terör örgütü üyesi olduklarını ifade etmiştir. Sonuç olarak iç hukukta yapılan uzun süreli yargılama sonucunda on köy korucusu suçlu bulunmuştur. Ancak burada bizim vurgulamak istediğimiz ve AİHM'nin de belirttiği gibi devletin bu konuda sorumluluğunun olup olmadığı hususudur. Devletin sorumluluğu ve negatif yükümlülüğünü ihlal edip etmediğinin tespiti açısından, yukarıda da değindiğimiz gibi, somut olayda saldırıyı gerçekleştirenlerin devlet ile organik bir bağının olup olmadığı yahut devleti sorumlu tutabilmek için resmi bir ilişkinin olması gerekir gerekmediği hususunun tespit edilmesi şarttır. AİHM somut olayda köy korucularının statüsü ile ilgili olarak, "...görevleri ve sorumlulukları ile resmi bir mevkiye sahip olduklarını belirtmiştir. İdari olarak köy muhtarlarına tabi ve onun denetimindedirler. Maaşları, hizmet karşılığı ianeleri ve tazminatları İçişleri Bakanlığı'na ödenir. Mesleki olarak jandarma komutanının emri altındadırlar. Koruculara karşı gösterilen direniş, jandarmalara karşı gösterilen direniş anlamına gelir..."¹³⁶ ifadelerine yer vermiştir. Kararda sözleşmenin ikinci maddesinin ihlal edildiği ortaya konulmuştur.¹³⁷ Yine benzer bir kararda¹³⁸ korucuların görevleri ve statüleri hakkında, 442 sayılı Köy Kanunu ve bu kanuna dayanılarak çıkarılan Köy Korucuları Yönetmeliği'ne değinilerek detaylı bilgi verilmiş ve köy korucularının resmi görevliler olduğu, kamu gücünü kullandıkları ifade edilmiştir.¹³⁹ Sonuç olarak devletin negatif yükümlülüğünün ihlali için öldürme fiilini gerçekleştirenlerin devlet ajanı olmaları yahut devlet ile bir bağ içinde olmaları aranmaktadır.

¹³⁵ 24 Mayıs 2005 tarihli Acar ve Diğerleri-Türkiye kararı, başvuru no: 36088/97

¹³⁶ Acar ve Diğerleri-Türkiye kararı, paragraf 83, (Kazancı, AİHM kararları endeksi)

¹³⁷ Acar ve Diğerleri-Türkiye kararı, paragraf 125 ve kararın sonuç paragrafı

¹³⁸ 27 Mart 2002 tarihli Avşar-Türkiye Kararı, başvuru no:25657/94

¹³⁹ Avşar-Türkiye Kararı, paragraf 271-281

Negatif yükümlülüğün ihlali ile ilgili diğer önemli bir husus da orantısız güç kullanımına ilişkindir. Bu yükümlülüğün ihlalden doğan sorumluluk için her zaman kişinin hayatının sona ermesi aranmaz, kişi ölmese bile hayatının ciddi şekilde tehlikeye girmesi ve ölüm anına yaklaşmış olduğu durumlar da hakkın ihlalini oluşturur.¹⁴⁰ Acar ve Diğerleri-Türkiye kararında konuyla ilgili olarak, saldırıda yaralanan kişilerden bazı başvuruçular kendileri ile ilgili sözleşmenin 2. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. Mahkeme, kural olarak ölümlü sonuçlanmayan güç kullanımı ve kötü muameleyi, sözleşmenin işkence yasağını düzenleyen 3. maddesi kapsamında değerlendirirse de bazen istisnai olarak kullanılan gücün derecesi de gözönünde tutulduğunda 2. madde kapsamına dahil edilebilmektedir.¹⁴¹ AİHM, söz konusu olayda köy korucularının kullandıkları gücün ölüme sebebiyet vermese bile ölümcül bir güç olup olmadığını incelemiştir. Başvuranların, olayda sekiz kişinin hayatını kaybetmesine sebep olan ateş altında kaldıkları ve yaralandıkları saptanmıştır. Dolayısıyla, kullanılan gücün niteliği dikkate alındığında, AİHM başvuranların hayatta kalmış olsalar bile, yaşamlarını riske atan bu kuvvet kullanımından dolayı mağdur olduklarına ve sözleşmenin 2. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.¹⁴² Benzer bir karar olan Makaratzis-Yunanistan¹⁴³ kararında da başvuruçular aracılığıyla giderken kırmızı ışıkta geçince polis tarafından durdurulmaya çalışılmıştır. Buna rağmen durmayan başvuruçular kaçışı esnasında bazı polis araçlarına ve motosikletli polisler çarpmış, bazı kişilerin yaralanmasına sebep olmuş, yolda barikat kuran polislerin üzerine de aracını sürmüştür. Bunun üzerine polisler başvurana ateş etmeye başlamış, nihayet başvuruçular bir akaryakıt istasyonunda durduğu halde polisler ateş etmeye devam etmiştir. Olayda başvuruçular dört yerinden yaralanmış, aracının üzerinde de 16 kurşun izine rastlanmıştır. Polislerin öldürme kastı olup olmadığı önem arz etmeksizin, AİHM kullanılan gücün ölümcül olduğuna, sadece vücut bütünlüğüne değil yaşam hakkına da bir saldırı olduğuna ve kişi hayatını kaybetmemiş olsa bile burada 2. maddenin ihlalinin söz konusu olduğuna işaret etmiştir.¹⁴⁴

Son olarak çalışmamızın aslında çekirdeğini oluşturan ve ikinci kısımda değineceğimiz zorla kaybetme suçu da devletlerin negatif yükümlülükleri ile ilgili

¹⁴⁰ Güngör, Hasan Atilla, a.g.e.; s.410

¹⁴¹ Acar ve Diğerleri-Türkiye kararı, paragraf 77

¹⁴² Acar ve Diğerleri-Türkiye kararı, paragraf 78,79,86

¹⁴³ 20 Aralık 2004 tarihli Makaratzis-Yunanistan kararı, başvuru no:50385/99

¹⁴⁴ Makaratzis-Yunanistan kararı, paragraf 52

olarak ele alınmakta ve yaşam hakkının ihlali ile ilgili istisnai bir durum oluşturmaktadır. Bu doğrultuda alınan AİHM kararlarında, genellikle kişinin kaybolması üzerinden geçen sürenin uzunluğu, devletin bu konuda yeterli ve makul bir açıklamada bulunamıyor oluşu gibi hususlar dolayısıyla devletin 2. maddenin gerektirdiği yükümlülüklerle aykırı davrandığı kabul edilmektedir.¹⁴⁵ AİHM zorla kaybetmeye ilişkin kararlarında devletin kaybolan kişilerle ilgili yeterli ve makul açıklama getirememesinden kuvvetli sonuçlar çıkarmakta ve geçen sürenin uzunluğuna da dayanarak ‘kendine özgü bir ölüm karinesi’ oluşturmaktadır.¹⁴⁶ Ayrıca yine Taş-Türkiye kararında kaybolan kişinin gözaltına alınması somut olaydaki şartlarla da ilgili olarak hayati tehlike taşıdığından mahkeme yaşam hakkına ilişkin ihlali kabul etmektedir.¹⁴⁷ Zorla kaybetmeye ilişkin bahsi geçen karar ve diğer ilgili kararlara çalışmamızın ikinci bölümünde detaylı olarak değinilecektir.

Sonuç olarak, yaşam hakkı devlete en başta negatif bir yükümlülük yüklemektedir ki, bu da karşımıza öldürme yasağı olarak çıkar. Devlet kişilerin yaşamına müdahale edemez, kanunda sayılan istisnai durumlar ve kuvvet kullanmanın mutlak zorunlu olduğu haller hariç keyfi şekilde kimsenin hayatına son veremez. Devletler negatif yükümlülüklerini bazen kasten bazen de taksirle öldürme sonucu ihlal edebilir. Devleti sorumlu tutmak için, kişilerin ölümüne devlet ile herhangi bir şekilde bir bağı olan devlet ajanları yahut güvenlik güçlerine yardım eden sivil gönüllüler gibi kişilerin sebep olması gerekir. Ayrıca bu yükümlülüğün ihlali için her durumda kişinin muhakkak ölmüş olması gerekmeyip, kullanılan kuvvet sonucu kişinin hayatının ciddi şekilde tehlikeye girmiş olması yeterli görülebilmektedir. Hatta AİHM içtihatlarına göre, kişinin ölmüş olduğunun kesin şekilde bilinmemesine rağmen, kişinin nerede olduğuna dair devlet üzerine düşen yükümlülüğü yerine getirip makul ve yeterli bir açıklama yapamıyorsa kişinin yaşam hakkının ihlal edildiğine dair kuvvetli karine oluşabilmektedir.

B. Devletin Pozitif Yükümlülüğü

Yaşam hakkı konusunda devletler sadece bu hakka saygı duymak ile değil aynı

¹⁴⁵ 14 Kasım 2000 tarihli Taş-Türkiye kararı, başvuru no: 24396/94, paragraf 64,66,67

¹⁴⁶ Güngör, Hasan Atilla; a.g.e.; s.414

¹⁴⁷ Taş-Türkiye kararı, paragraf 66

zamanda bu hakkın garanti altına alınması ile de yükümlüdürler.¹⁴⁸ Pozitif yükümlülükler bir mekanizma olarak ilk defa Belçika dil hakları davası¹⁴⁹ ile gündeme gelmiş ve AIHM, bundan sonra bu kategoriye eklediği yeni unsurlar ile pozitif yükümlülüklerin kapsamını geliştirmiş ve genişletmiştir.¹⁵⁰ Böylece bu yükümlülükler içtihatlar ile ‘gittikçe artan bir öneme’¹⁵¹ sahip olmuşlardır. Pozitif yükümlülükler bir hakkın güvence altına alınması için gerekli tedbirlerin alınmasını bunun için de uygun hukuki düzenlemelerin yapılmasını gerektirir.¹⁵² Kanımızca, pozitif yükümlülükler de negatif yükümlülükler gibi, hakkın doğasında olan, korunması ve uygulanabilmesi için zaten ona içkin bulunan yükümlülüklerdir. Çünkü bir hakkın varlığından bahsedilebilmesi için devletin onu tanıması, karışmaması ve müdahale etmemesi elbette en başta gelse de, hakkın varlığını sürdürebilmesi ve kişilerin rahatça haklarından yararlanabilmeleri açısından devletin pozitif edimi şarttır.¹⁵³ Hakların devlet tarafından sadece tanınması yeterli olmaz. Uygulamaya geçirilmesi ve saldırılardan korunması için devletin önleme, sağlama yahut hukuki düzenleme yapma gibi bazı pozitif fiilleri de gerekir.

AIHS insan haklarına saygı yükümlülüğü başlığı altında sözleşmenin 1. maddesinde ‘Yüksek Sözleşmeciler Taraflar kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşme’nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlarlar.’ ifadesine yer vermiştir. Maddede geçen ‘sağlarlar’ lafzı, tanıma ve saygı duymadan ibaret kabul edilemez. Sağlamak, temin etmek gibi anlamlara geldiğinden, devletler vatandaşlarına bahsi geçen haklarını kullanabilmeleri ve bunlardan yararlanmaları için uygun ortamı hazırlamalı, gerekli tedbirleri almalıdır. AIHM’nin 2011 yılı Aralık ayında yayınlamış olduğu ‘gazetecilerin korunması ve cezazırlığın önlenmesine yönelik, 10. madde kapsamında üye devletlere düşen pozitif yükümlülükler’ adlı araştırma raporunda¹⁵⁴ pozitif yükümlülüklerle dair genel ilkeler

¹⁴⁸ Petersen, Niels; a.g.m.; s. 2

¹⁴⁹ 23 Temmuz 1968 tarihli nihai karar(*Case ‘Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium’ v. Belgium*), başvuru no: 2126/64

¹⁵⁰ Jean-François Akandji-Kombe; AIHS Kapsamında Pozitif Yükümlülükler, **AIHS’nin Uygulanmasına İlişkin Klavuz Kitap**, İnsan Hakları El Kitapları No:7, Belçika 2008, s.6

¹⁵¹ Klatt, Matthias; “Positive Obligations under the European Convention on Human Rights”, **Heidelberg Journal of International Law** 2011, s.692

¹⁵² Jean-François Akandji-Kombe; a.g.e., s. 7

¹⁵³ Peterson, Niels; a.g.e., s. 2

¹⁵⁴ Council of Europe/European Court of Human Rights, **Research Report ‘Positive Obligations on Member States under article 10 to protect journalists and prevent impunity’** December 2011

başlığı altında bu hususta bazı kriterler belirlenmiştir. Mahkeme'ye göre, her ne kadar, sözleşmenin çoğu hükmünün amacı, kişileri kamu otoritelerinin keyfi müdahalelerine karşı korumak olsa da ilgili haklara saygının gereği ve bu hakların korunması için bazı pozitif yükümlülükler de hükümlere içkin haldedir. Bahsi geçen araştırma raporunda, mahkemenin pozitif yükümlülüğün mevcudiyetini nasıl tespit ettiği ve değerlendirdiği üzerinde de durulmuştur. Öncelikle kamunun menfaati ve bireyin menfaati arasında adil bir denge gözetilmelidir. Yükümlülüklerin kapsamı, sözleşmecî devletlerdeki durumların çeşitliliğine göre değişebileceğinden, modern toplumlardaki güvenlik zorlukları ve ülkelerin öncelikleri ve kaynakları gözönünde tutulmalıdır. Son olarak, bu yükümlülüklerin, sözleşmecî devletlere yerine getirilmesi imkansız ve orantısız bir yük yüklediği şeklinde yorumlanamayacağı belirtilmiştir.¹⁵⁵ Burada belirtilen kriterleri pozitif yükümlülüklerin sınırı şeklinde yorumlamak da mümkün olacaktır. Kabul edilmelidir ki devletlerin pozitif yükümlülükleri sınırsız bir şekilde değerlendirilemez. Aksi takdirde tüm ihlallerde devleti sorumlu tutma yoluna gitmek için esnek bir kapı açılmış olacaktır. Bu sebeplerle, yukarıda da değindiğimiz gibi, “Modern toplumların denetlenmesinin zorluğunu, insanın tutumlarının öngörülemezliğini ve önceliklere ve kaynaklara uygun olarak yapılmak zorunda olan operasyon tercihlerini göz önüne alarak, pozitif yükümlülüğün kapsamı resmi makamlar üzerinde imkansız veya orantısız bir yük yaratmayacak şekilde yorumlanmak zorundadır. Bu nedenle yaşama yönelik her risk, bir Sözleşme yükümlülüğü olarak, bu riskin somutlaşmasının önlemek adına resmi makamlarca operasyonel önlemler alınmasını gerektirmez. Bir pozitif yükümlülüğün ortaya çıkabilmesi için resmi makamların kimliği tespit edilmiş olan bir şahsın hayatına yönelik üçüncü bir şahsın kanuna aykırı eyleminden kaynaklanacak gerçek ve pek yakın bir tehlikenin mevcut olduğunu bildiklerinin veya bilmelerinin gerekli olduğunun ve koşullar çerçevesinde bu riskten kaçınılmasına imkan verecek yetkileri dahilindeki tedbirleri almadıklarının tespiti gerekmektedir...”¹⁵⁶

Sonuç olarak yaşam hakkının korunması için devletin sadece müdahalesizliğinin yeterli olmadığı, bazı pozitif yükümlülükleri sağlaması gerektiği açıktır. İşte yaşam

¹⁵⁵ Adı geçen araştırma raporu, s.4; Kriterlerin uygulandığı örnek mahkeme kararı için bkz; 28 Kasım 1998 tarihli Osman-İngiltere kararı, başvuru no:23452/94, paragraf 116

¹⁵⁶ 9 Temmuz 2009 tarihli kararı, başvuru no: 33401/02, paragraf 129 (paragraf çevirisi için bkz; Cengiz, Serkan; “AIHM Kararları Işığında Yaşam Hakkı”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, sayı 93 2011, s.392)

hakkının korunmasında devlete düşen bu pozitif yükümlülükleri maddi ve usuli yükümlülükler olarak ayrılabiliriz. Maddi yükümlülüklerden kasıt kişilerin somut tehlikelerden korunması ve bu hususta gerekli hukuki düzenlemelerin yapılmasıdır ki bunlar genellikle olası hak ihlallerini daha en başta önlemek amaçlı tedbirlerdir. Usuli yükümlülükler ise ihlal ortaya çıktıktan sonraki aşamada etkin soruşturma yapmak şeklinde somutlaşabilir.

1. Maddi Yükümlülükler

a. Kişinin Somut Tehlikelere Karşı Korunması

i. Kişilerin Devletin Sorumluluk Alanında Oluşan Tehlikelerden Korunması

Kişilerin yaşam haklarının korunması için devlete en başta yüklenen yükümlülük, ülkesi sınırları içinde vatandaşlarını ve diğer kişileri devlet görevlilerinin ya da sivil kişilerin saldırılarından korumaktır.¹⁵⁷ Devletin koruması ile kastedilenin nasıl bir koruma olacağı her somut olayda değişiklik gösterebilmektedir. Bazen kişileri tehlikelere karşı bilgilendirmek, haber vermek ve aydınlatmak yeterli olabilirken bazen de devletin kendi görevlileri aracılığı ile kişilere koruma sağlaması bu hususta tedbir alması gerekebilir.¹⁵⁸ Elbette, devleti sorumlu tutabilmek adına, mevcut veya muhtemel tehlikeden haberinin olması ya da olması gerektiğinin tespit edilmesi gerekir.¹⁵⁹

Devletin kişilerin yaşam hakkının korunması açısından, mevcut ve olası tehlikelere karşı bilgilendirme, haber verme ve devamında buna ilişkin olarak tedbir alma yükümlülüğüne ilişkin AİHM'nin içtihadını görmemiz açısından daha önce de değindiğimiz Öneriyıldız-Türkiye kararı önemlidir. Söz konusu karara konu olan olayda, Ümraniye'de çöplükte meydana gelen patlama sonucu bazı kişiler hayatını kaybetmiş, başvurular da yaşam hakkını düzenleyen 2. maddenin ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdi. Mahkeme 2004 tarihli kararında, “söz konusu davada ilgili yetkililerin 7 Mayıs 1991 tarihli bilirkişi raporunda vurgulanan ciddi işletme risklerini ortadan kaldırmak için hiçbir önlem almamakla kalmayıp başvuruları tüm bu risklerin kaynağı

¹⁵⁷ Şen, Murat; **Kişi Hak ve Hürriyetlerinde Devletin Pozitif Yükümlülüğü**, A.Ü.S.B.E.(yayınlanmış YL tezi) Ankara 2007, s.15

¹⁵⁸ Güngör, Hasan Atilla; a.g.e.; s. 419-420

¹⁵⁹ Güngör, Hasan Atilla; a.g.e.; s. 419; Kızılyel, Serkan; “Yaşam Hakkı: İdari Yargılama ve AİHM Uygulaması”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.XVIII, Yıl 2011, sayı:2, 253-289, s.271

olan çöplüğün yakınında yaşamaktan caydırmak için hiçbir girişimde bulunmadıklarını vurgulamıştır. Daire, aynı zamanda, davalı Hükümet'in makamlarının söz konusu mahallede yaşayanları, bir çöplüğün yakınında yaşamakla girdikleri riskler konusunda bilgilendirmediğine de dikkat çekmiştir. Dolayısıyla Daire, bir tarafta Türk makamlarına atfedilen ihmaller ile 28 Nisan 1993 tarihinde meydana gelen kaza ve diğer tarafta yaşanan can kaybı arasında bir sebep-sonuç ilişkisi olduğuna karar vermiştir. Bu nedenle, Daire, sözkonusu davada Türk makamlarının, Ümraniye'nin bazı gecekondu mahallelerinde yaşayan insanların yaşamlarına yönelik gerçek risklerin gerçekleşmesini önlemek için ellerinden gelen her şeyi yaptığını söylemenin mümkün olmadığını belirtmiştir” ifadelerine yer vermiştir.¹⁶⁰ Görüldüğü üzere somut olayda, muhtemel tehlikeyi öngörme ve buna ilişkin tedbirleri alma devletin üzerine düşen yükümlülük olarak ele alınmıştır. Nitekim devlet makamlarının vermiş olduğu bu çöp toplama hizmeti niteliği gereği tehlike taşıyan hizmetler arasında kabul edilmekte¹⁶¹ ve devletin de bunu biliyor olması, düzenli olarak kontrol ve denetimini yapıyor olması gerekmektedir. Tehlike taşıyan alanda yaşayan kişilerin bu hususta bilgilendirilmemiş olması ve risklere dair aydınlatılmamaları devletin yükümlülüklerinin ihlali anlamına gelmektedir. Gerekli tedbirlerin alınmaması sonucu meydana gelen kazada yaşanan can kayıpları ile devletin ihmali arasında illiyet bağı olduğu kabul edilmiş ve 2. maddenin ihlali tespit edilmiştir.

Pozitif yükümlülükler kapsamında, kişilerin gözaltında ya da tutukluyken hayatlarını kaybetmeleri halinde devletin sorumluluğuna gidilip gidilemeyeceği de tartışılan önemli hususlardandır. Bununla ilgili olarak devletin üzerine düşen yükümlülüğü yerine getirmesi ve gerekli özeni göstermiş olması gerekir. Devletin uygun tedbirleri almış olmasına rağmen ölüm gerçekleşirse devletin kişinin yaşam hakkını ihlal ettiği öne sürülemez. AİHM'nin 16 Kasım 2006 tarihinde Türkiye ile ilgili vermiş olduğu karara¹⁶² konu olan olayda, başvuranın oğlu silahlı bir örgüte üye olduğu gerekçesi ile tutuklu bulunmaktadır. Tutuklu kişi bir süre sonra şiddetli baş ağrısı çekmeye başlamış, cezaevi hekimi tarafından kendisine migren teşhisi konulmuştur. Ancak tutuklunun ağrıları gün geçtikçe artmış ve kendi başına yürüyemez hale gelmiş, denge

¹⁶⁰ Önerıldız-Türkiye, paragraf 75, (Kazancı, AİHM kararları endeksi)

¹⁶¹ Önerıldız-Türkiye, paragraf 13,16,60,62,65,71

¹⁶² 16 Kasım 2006 tarihli Huyulu-Türkiye kararı, başvuru no:52955/99

sorunu yaşamaya başlamış ve diğer bazı fiziksel ihtiyaçlarını da göremeyeceği bir duruma gelmiştir. Şiddetli ağrı çektiği durumlarda, ayrı zamanlarda birkaç kez hastahaneye sevk edilmiş ve tedavi görmüştür. Nihayet, yine şiddetli bir ağrı nöbetinde daha kaldırıldığı hastahane tutukluyu başka bir şehirdeki hastahaneye sevk etmiştir. Sevk işlemi ambulans yerine zırhlı bir araçla yapılmış, tutuklu gittiği hastahane hayatını kaybetmiştir. Başvuran, oğlunun uzun süredir hasta olduğunu, cezaevi yönetimine defalarca başvurduğunu, oğlunun sevk işleminin zırhlı araç ile yapıldığını ve geç kalındığı, oğlunun ölümüne devletin eylemsizliğinin sebep olduğunu bu nedenle devletin sorumlu tutulması gerektiğini iddia etmiştir.¹⁶³ Davalı devlet ise, başvuranın oğlunun her ağrı nöbetinde tedavi için hastahaneye götürüldüğünü, çeşitli test ve analizlerin yapıldığını tutuklunun ölümünden devletin sorumlu tutulamayacağını öne sürmüştür. AİHM dosyadan anlaşıldığı üzere, tutukluya migren teşhisi konulduktan sonra sağlık durumunun gün geçtikçe kötüleştiğini, son götürüldüğü hastahane beyinde tümör olabileceği gerekçesi ile başka bir hastahaneye sevk edildiğini ve burada hayatını kaybettiğini belirtmiştir. Mahkeme, cezaevi sorumlularının tutuklunun sağlık durumundan habersiz olduğunun iddia edilemeyeceğini belirtmiştir. Bunun yanında mahkeme, Avrupa Bakanlar Komitesi'nin “cezaevi ortamında tıbbi tedavilerin organizasyonuna ve etik yönlerine ilişkin tavsiye kararında, özel tedaviye ihtiyaç duyan hasta tutukluların tedavilerinin cezaevinde yapılamaması durumunda uzmanlaşmış kurumlara ya da devlet hastanelerine sevklerinin öngörüldüğünü”¹⁶⁴ de tespit etmiştir. AİHM, uygulanmış tedavilerin ağrı kesicilerle sınırlı kaldığını, durumunun hızla kötüleşmesine rağmen tutuklunun ayrıntılı hiçbir tahlil ya da tetkike tabi tutulmadığını gözlemlemektedir. Tutuklunun, sağlık durumunun giderek bozulması, cezaevi ve hastane yetkililerini uyarıcı bir etken olmalıydı. “Engin'in(tutuklunun) trajik ölümünden çok daha önceleri ortaya çıkan alarm sinyalleri ve sağlık durumunun bozulması karşısında, hastalığa teşhis konulduktan sonra uygun bir tedavinin uygulanması veya ilgilide görülen kusma ve bilinç kaybı gibi belirtilerin daha uzman kişilerin yardımından faydalanılarak önlenmesi amacıyla Ankara'daki gibi yeterli tıbbi imkanlara sahip bir hastaneye ve uzman doktorlara sevk edilmesi gerekiyordu. Böylelikle, Engin'in Ankara Hastanesi'ne

¹⁶³ Mahkumların hastahaneye sevkleri ile ilgili sorunların tespiti hakkında; Türkiye İnsan Hakları Kurumu, “**Ceza İnfaz Kurumlarında Bulunan Tutuklu ve Hükümlülerin Sağlık Hizmetlerine Erişimi Hakkında İnceleme Raporu**” 29.05.2014, s. 41,42

¹⁶⁴ Huyu-Türkiye Kararı(Kazancı AİHM kararları endeksi)

sevki, sözgelimi 27 ocak 1999 tarihinde Engin bu amaçla bir talepte bulunduğunda gerçekleştirilebilirdi. Ancak bu talep sonuçsuz kalmıştı.”¹⁶⁵ AİHM, sözkonusu makamların başvuranın oğlunun sağlık durumu karşısında gereken özeni göstermedikleri ve hastalığına teşhis koyarak uygun bir tedavi uygulanmasını sağlayacak tedbirleri almadıkları kanaatinde. Ayrıca, mahkeme “cezaevi ve hastane yetkililerinin Engin Huylu'nun sağlık durumuyla ilgilenme biçimlerinin AİHS'nin 2. maddesi uyarınca üzerlerine düşen pozitif yükümlülük ilkesine aykırı olduğu sonucuna varmıştır.”

Devletin sorumluluğu sadece yukarıda verilen kararda olduğu gibi tutuklu kişiye uygun tedaviyi sağlamaması dolayısıyla meydana gelmez. Buna ek olarak gözaltında, sorgu esnasında hayatını kaybeden kişiler ile ilgili olarak da devletin sorumluluğuna gidilebilir.¹⁶⁶ Mahkeme bir çok kararında söz konusu durumla ilgili olarak içtihat niteliğindeki şu ifadelerle yer vermiştir; “Gözaltındaki kişiler hassas bir konumdadırlar ve devlet makamları bu kişileri korumakla yükümlüdürler. Dolayısıyla, sağlıklı olarak polis nezaretine alınan kişiler yaralı bir şekilde salıverildiklerinde yaralanmanın nasıl meydana geldiği konusunda inandırıcı bir açıklamada bulunmak devletin görevidir.”¹⁶⁷ “Bireyin gözaltında ölmesi durumunda devlet makamlarının bireye gözaltında yapılan muamele ile ilgi olarak bir açıklamada bulunma yükümlülüğü özellikle katıdır. ...Aslında, [bu tür davalarda] tatmin edici ve inandırıcı bir açıklamada bulunma konusunda ispat yükü resmi makamlara aittir.”¹⁶⁸ Görüldüğü üzere devlet gözaltından yaralı şekilde çıkan ya da gözaltında hayatını kaybeden kişilerle ilgili olarak açıklama yapmak zorunda ve hayatlarını korumak açısından özellikle özen gösterme yükümlülüğüne sahiptir.¹⁶⁹ Gözaltındaki kişilerle ilgili belirtilen bu içtihat niteliğindeki yaklaşım tutuklu olanlar için de elbette aynı şekilde söylenebilecektir.

¹⁶⁵ Huylu-Türkiye kararı

¹⁶⁶ Tanlı-Turkey kararı

¹⁶⁷ 27 Haziran 2000 tarihli Salman-Türkiye kararı, paragraf 99; söz konusu karara konu olan olayda, başvuranın eşi göz altına alındıktan sonra 24 saat içinde ölmüştür. Davalı devlet, savunmasında kişinin kalp krizinden öldüğünü, göğüs kafesindeki kırıkların ve zedelenmelerin de kalp masajı yapılırken oluştuğunu iddia etmiştir. Komisyon ise, bu zedelenmelerin dayak sonucu oluştuğunu, kişinin gözaltında işkenceye maruz kaldığı ve kalp durması sonucu öldüğünü belirtmiştir. Mahkeme de bu tür davalarda kişinin işkence sonucu ölmediğinin kanıtlanmasının devletin sorumluluğunda olduğunu ifade ederek, komisyonun bulgularına katılmış ve 2. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

¹⁶⁸ Salman-Türkiye kararı(Kazancı, AİHM kararları endeksi)

¹⁶⁹ Türkiye İnsan Hakları Kurumu, “**Cezaevinde İntihar Olayları Bağlamında Ali Uçkun Vakasına İlişkin İnceleme Raporu**”, 2015, s.61,62

Bunun yanında tutukluken intihar eden kişilerle ilgili olarak da devletin 2. madde anlamında sorumluluğuna gidilebilecektir.¹⁷⁰ Tutuklu kişiler devletin koruması altında olup, devletin kişilerin sağlığı ve yaşamı ile ilgili ekstra özen yükümlülüğü vardır. Herhangi bir yaralanma ve ölüm olayında devletin bu konuya açıklama getirme yükümlülüğü mevcuttur.

Diğer bir husus ise sadece gözaltı ve tutuklulukta değil askerlik gibi, devlet korumasının hassasiyet içerdiği ve kişilerin devlet kontrolünde olduğu durumlarda da ölüm meydana geldiğinde, devletin aynı şekilde makul açıklama getirme yükümlülüğü vardır. 2006 tarihli Ataman-Türkiye kararında, mahkeme kendilerine silah verilen askerlerin intihar etmelerinin önlenmesi ve gözetlenmesi gerektiği dolayısıyla devletin bu hususta sorumluluğu olduğuna hükmetmiş ve yaşam hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.¹⁷¹ Olayda Mikail Ataman adlı şahıs askerlik vazifesini yapmaktadır. Psikolojik rahatsızlıkları mevcut olan kişi intihar etmeden 2 ay kadar önce kendini kaybetmesi sonucu askeri doktor tarafından psikiyatri bölümüne sevk edilmesi uygun görülmüş, hasta kaydı yapılmıştır. Kişi anksiyete rahatsızlığı yaşamaktadır. Buna rağmen kişi askerlik vazifesine devam etmiştir. Olay gecesine ise, Mikail Ataman dolu silahı ile nöbet tuttuğu esnada intihar etmiştir. Burada tartışılması gereken husus devletin Mikail Ataman'a silah verilebilecek bir konumda ve sağlığının buna elverişli olduğundan haberdar olup olmadığıdır. Söz konusu olayda, davalı devlet savunmasında, askerin üstlerine bu konuda bilgi verilmediğini iddia etmiştir. Mahkeme tespitlerinde iki ihtimali değerlendirmiştir. Üstlerin bunu biliyor olması durumunda özen yükümlülüğüne aykırı davranarak kişiye silah vermelerinin sorumluluk doğuracağını belirtmiştir. İkinci ihtimalde ise sağlık görevlilerinin, askerin üstlerine bu hususta bilgi vermemesinin de ihmalkarlık dolayısıyla sorumluluk doğuracağı üzerinde durulmuştur. Her iki durumda da sonuç olarak ölen askerin

¹⁷⁰ 3 Nisan 2001 tarihli Keenan-Birleşik Krallık kararı; söz konusu karara konu olan olayda, Mark Keenan adlı şahıs, ciddi bir saldırının faili olması dolayısıyla hapis yatmaktadır. Tutuklu daha önceleri de akıl hastalığı geçirmiş, cezaevinde de kendine zarar verme tehdidi dahil akıl hastalığı belirtileri sergilemiştir. Akıl hastalığı sebebiyle cezaevi personeline saldırmış bunun üzerine tahliyesine 8 gün kala ceza süresi uzatılmış ve bir hücreye konulmuştur. Keenan konulduğu hücrede kendini asmıştır. Başvuran(anne) oğlunun cezaevi sorumlularının ihmalkar davranışı sonucu öldüğünü ve 2. maddenin ihlal edildiğini iddia etmiştir. Mahkeme, “bir bütün olarak resmi makamların Mark Keenan’ın tavırlarına karşılık kendisini bir hastane gözetimine konularak ve intihar etme eğilimleri gösterdiğinde gözetim altına alarak makul bir şekilde hareket etmedikleri” sonucuna varmıştır.

¹⁷¹ 27 Nisan 2006 tarihli Ataman-Türkiye kararı, başvuru no: 46252/99

psikolojik durumu silah tutmaya elverişli değildir. Devletin bunun farkında olması gerektiği halde gerekli özen gösterilmemiştir. Dolayısıyla devlet, kişinin yaşamını koruma yükümlülüğünü yerine getirmemiş ve 2. maddeyi ihlal etmiştir. Buradaki olayda da askerlik vazifesi esnasında vatandaşlar devletin kontrolünde olduğundan, devletin bu kişiler üzerinde önemli derecede özen yükümlülüğü mevcut olduğundan, ölüm meydana geldiğinde devletin sorumluluğuna gidilecektir.

ii. Bireylerin Üçüncü Kişilerin Saldırılarından Korunması

Kişinin somut tehlikelere karşı korunmasına ilişkin olarak, devletin kendi kontrolündeki tehlikelere karşı kişileri koruması yeterli olamayacaktır. Bunun yanında üçüncü kişilerden gelecek tehlikelere karşı da önlem alması ve bu tür saldırılardan kişileri koruması gerekir.¹⁷² Belirtmek gerekir ki devletin bu konudaki sorumluluğuna hükmedebilmek için, mevcut ve muhtemel tehlikeden haberdar olmasının veya olması gerektiğinin tespiti şarttır. Ayrıca modern toplumlardaki güvenlik ve denetleme hizmetlerinin zorluğu, devletin kaynakları ve öncelikleriyle bağlantılı olarak tedbir alabileceğinin gözönünde tutulması gerekmektedir.¹⁷³ Bu kriterler bağlamında pozitif yükümlülüklerin değerlendirilmesi gerekir. AİHM'nin ülkemiz ile alakalı bu hususta vermiş olduğu Hrant Dink kararı, güncel bir karar olması sebebiyle incelenecektir. Fakat öncesinde bu karara benzer nitelikte olan Kılıç-Türkiye kararı¹⁷⁴ da söz konusu kapsama girdiğinden değerlendirilecektir. Kemal Kılıç çalıştığı gazeteye (Özgür Gündem) saldırı düzenlendiği ve arkadaşlarının öldüğünü iddia ederek valilikten koruma talep etmiş, fakat devlet yetkilileri böyle bir tehlikenin mevcut olmadığı gerekçesi ile söz konusu talebi reddetmişlerdir. Kemal Kılıç bir süre sonra kimliği belirsiz kişilerce öldürülmüştür. Başvuran, kardeşinin devletin gerekli tedbirleri almayıp, koruma sağlamadığı için öldüğünü, dolayısıyla 2. maddenin ihlal edildiğini iddia etmiştir. Buna ek olarak kardeşinin öldürülmesinin, devletin bilgisi dahilinde gerçekleştiğini de iddia etmiştir. Mahkeme incelemesinde başvuranın ikinci iddiasına dair yani devletin öldürülme olayına dair önceden bilgisinin olduğu konusunda yeterli bilginin ve kanıtın olmadığını kabul etmiştir.¹⁷⁵ Daha sonra, Kemal Kılıç'a yönelik

¹⁷² Şen, Murat; a.g.e., s. 26,31

¹⁷³ 28 Ekim 1998 tarihli Osman-Birleşik Krallık kararı, başvuru no: 87/1997. Söz konusu karar, Birleşik Krallık adına yaşam hakkı ile alakalı ihlal kararı verilmemiş olsa da, pozitif yükümlülüklerle ilişkin kriterlerin tartışıldığı önemli örnek kararlardan biridir.

¹⁷⁴ 28 Mart 2000 tarihli Kılıç-Türkiye kararı, başvuru no: 22492/93

¹⁷⁵ Kılıç-Türkiye, prg 64

mevcut veya muhtemel saldırı tehlikesinin varlığından devletin haberinin olup olmadığı ya da en azından haberinin olması gerekir gerekmediğine dair incelemeye geçmiştir. Mahkeme, Kılıç'ın çalıştığı gazeteye düzenlenen saldırılar dolayısıyla devletin, tehlikenin mevcudiyetinden haberdar olması gerektiğine değinmiştir.¹⁷⁶ Sonuç olarak mahkeme, devletin mevcut ve muhtemel risklere karşı Kemal Kılıç'ı korumak için uygun ve gerekli tedbirleri almamış olduğunu ifade etmiş, böylece 2. maddenin ihlali tespit edilmiştir.¹⁷⁷ Görüldüğü üzere söz konusu kararda, pozitif yükümlülüğün ihlali için önemli olan, devletin tehlikenin mevcudiyetini biliyor olması ya da bilmesi gereken bir konumda olup olmadığıdır.

Hrant Dink 1996'dan beri İstanbul'da Türkçe ve Ermenice olmak üzere iki dilde haftalık olarak yayın yapan Agos gazetesinin genel yayın yönetmeni ve başyazarıdır. Hrant Dink'in adı geçen gazetede yayınlamış olduğu bazı yazılar aşırı milliyetçi gruplar tarafından tehdit edilmesine yol açmıştır. Bu yazılar genel olarak, Türkler ile ilgili kullandığı ifadeler dolayısıyla Türklüğü aşağıladığı şeklinde algılanmıştır. Buna ek olarak, Agos gazetesinde çıkan bir haberde Atatürk'ün manevi kızı Sabiha Gökçen'in Ermeni olduğunun iddia edilmesi de Atatürk'ün imajını zedelediği gerekçesi ile bazı kesimler tarafından öfkeyle karşılanmış ve yazarın tehdit mektupları almasına sebep olmuştur.¹⁷⁸ Hrant Dink hakkında Türklüğü aşağıladığı gerekçesi ile dava açılmıştır. Ulusal yargı yerleri temyiz mercileri de dahil Hrant Dink'in kaleme almış olduğu yazıların Türklüğe hakaret oluşturduğuna değinerek yazarı mahkum etmişlerdir. Duruşma öncesi ve sonrasında çok defa milliyetçi gruplar tarafından Hrant Dink protesto edilmiştir. Bazı milliyetçi dernekler ve kuruluşlar tarafından davaya müdahil olma talebi söz konusu olmuştur. Hrant Dink'in avukatlarının itirazına rağmen müdahil olmak isteyenlerin talebi kabul edilmiştir. Nihayet aradan bir süre geçtikten sonra, Hrant Dink gazete binasından ayrılırken silahlı saldırıya uğramış ve hayatını kaybetmiştir. Yapılan ön soruşturmalarda katil zanlısının aşırı milliyetçi gruplara üye olduğu anlaşılmıştır. Savcılık tarafından alınan ifadelere ve basına

¹⁷⁶ Kılıç-Türkiye, prg 68

¹⁷⁷ Kılıç-Türkiye, prg 77

¹⁷⁸ 14 Eylül 2010 tarihli Dink-Türkiye kararı, başvuru no: 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09, 7124/09. Altını çizmek gerekir ki bizim burada bahsedeceğimiz hususlar AIHM'ye bizzat Hrant Dink tarafından yapılan 2668/07 numaralı, ifade özgürlüğü ile alakalı başvuruya ilişkin değildir. Biz çalışmamızda Hrant Dink'in öldürülmesinden sonra yakınlarının yapmış olduğu ve yaşam hakkına ilişkin başvurunun esaslarını inceleyeceğiz.

yansıyan haberlere göre, bazı istihbarat görevlileri ve polis memurları zanlı ile ara görüşmüşlerdir. Trabzon Emniyet Müdürlüğü muhbirlerinden biri, cinayetten önce, Hrant Dink'in öldürülmesine ilişkin planların varlığını Emniyete bildirmiştir. Bu bilgi İstanbul Emniyetine de aktarılmış ancak İstanbul Emniyeti bu bilgiyi değerlendirmeye almamıştır. Yapılan inceleme ve soruşturmalarda Trabzon ve İstanbul Emniyeti'nin ihmaline rastlanmıştır ve bazı görevliler hakkında ceza davası açılmıştır. Buna ek olarak katil zanlısının yakalanması anında ve sonrasında bazı polis memurları elinde Türk bayrağı tutan zanlıyla fotoğraf çekirmişlerdir. Başvuranlar bu kişiler hakkında, Hrant Dink cinayetini övdükleri ve görevi kötüye kullandıkları gerekçesi ile suç duyurusunda bulunmuşlardır. Yaşam hakkı ile alakalı ihlal iddiaları hususunda; başvuranlar devletin, Hrant Dink'in yaşam hakkını koruma yükümlülüğünü yerine getirmediğini, emniyet güçlerinin bile yakalanan katil zanlına sempati ile yaklaştığını ileri sürmüşlerdir. Esasa ilişkin olarak da, "Başvuranlar Hrant Dink'in görüş ve düşüncelerini açıklaması nedeniyle suçlu olduğu hükmüne varılmasında aşırı milliyetçi grupların baskılarının büyük rol oynadığı görüşündedir. Güvenliğin sağlanmasından sorumlu yetkililer, cinayete kurban gitmeden evvel bu yönde hazırlıklar yapıldığına dair ihbar almalarına karşın Hrant Dink'e yakın koruma verilmesi için gerekli tedbirleri almamışlardır. Başvuranlar sözkonusu cinayeti Hrant Dink'in etnik kökenine dayalı bir ayrımcılığı gözeten kin ve nefret dolu bir saldırı olarak nitelendirmekte, bunun dini azınlık cemaati üyelerine karşı aşırı milliyetçi gruplar tarafından düzenlenen bir dizi saldırının içine dahil edildiğini belirtmektedir. Başvuranlara göre ilgili Devlet'in kendi yargısına tabi kişilerin ırkçı ve ayrımcı nitelikteki saldırılara karşı özel olarak korunmasını sağlayacak bir sistemi oluşturma yükümlülüğü vardır."¹⁷⁹ Hükümet, Hrant Dink'in güvenlik güçlerinden yakın koruma talep etmediğinin altını çizmiştir. Ayrıca bulunduğu bölgedeki genel güvenlik hizmetlerinden yararlandığını da ifade etmiştir. AİHM, değerlendirmesinde öncelikle bu husustaki genel kriter ve ilkelere atıfta bulunmuştur. AİHS'nin 2/1 maddesinin ilk cümlesi Devlet'in yalnızca kasten ve keyfi öldürmelerden kaçınmasını değil, buna ek olarak kendi hukuk düzeninde kendi himayesi altında bulunan kişilerin yaşam haklarını korumak adına gerekli tedbirleri almasını da gerektirir.¹⁸⁰ "Bu bağlamda Devlet'in birinci sorumluluğu, kişi hayatına yönelik eylemleri caydırıcı somut bir ceza

¹⁷⁹ Dink-Türkiye kararı, (Kazancı, AİHM kararları endeksi)

¹⁸⁰ Bkz. L.C.B.-Birleşik Krallık kararı, 9 Haziran 1998

mevzuatı oluşturmak ve ihlalleri caydırmak, önlemek ve cezalandırmak için oluşturulmuş bir uygulama gerçekleştirmek suretiyle yaşam hakkını güvenceye almaktır. AİHS'nin 2/1 maddesi, belirli şartlarda, devletler için, üçüncü kişilerin suç fiilleri nedeniyle yaşamı tehdit altında olan kişileri korumak üzere önleyici tedbirler almak yönünde pozitif bir yükümlülük de getirmektedir.”¹⁸¹

Tüm bunların yanında, günümüz toplumlarında, “polis görevini yerine getirirken karşılaştığı zorlukları, insan davranışlarının öngörülemezliği ve öncelikler ile kaynaklar açısından yapılması gereken işlevsel seçimleri gözönüne alarak, bu pozitif yükümlülüğün kapsamı, yetkili makamlara yüklenecek dayanılmaz ve aşırı bir yük getirmeyecek biçimde yorumlanmalıdır.”¹⁸² Bu çerçevede, AİHS bakımından yetkililerin, insan yaşamına yönelik olası her hayati tehdidin ortadan kalkması için somut önlemler alması beklenemez ve böyle bir yükümlülük yüklenemez. Pozitif yükümlülüğün olması için, yetkililerin, ilgili somut olayla alakalı olarak, şahıs ya da şahısların yaşamlarının üçüncü kişilerin suç teşkil eden fiilleri nedeniyle gerçek ve yakın bir tehdit altında bulunduğunu bildikleri veya bilmeleri gerektiğinin tespit edilmesi şarttır. Ayrıca, “makul bir açıdan bakıldığında yetkilileri dahilinde sözkonusu tehlikeyi bertaraf etmek için kuşkuya yer bırakmayacak şekilde önlem almadıkları ortaya konulmalıdır.”¹⁸³ Kriterlerin somut olaya uygulanması hususunda, AİHM yaptığı inceleme sonucu, Hrant Dink’in kaleme almış olduğu yazılar dolayısıyla tehdit mektupları alması, hakkında Türklüğü aşağıladığı gerekçesi ile dava açılması ve suçlu bulunması, bazı aşırı milliyetçi gruplara mensup kişilerin davaya müdahil olma talebinin kabul edilmesi ve nihayet aşırı milliyetçi çevrelerin son derece hassas olduğu Türklük aleyhindeki bir konuda Ermeni kökenli Hrant Dink’in mahkumiyet kararının onanmış olması gibi hususlar dikkate alındığında, yazarın yaşamına yönelik gerçek ve yakın bir tehdidin varlığının kabul edilebileceği, ayrıca güvenlik güçlerinin cinayet işlenmeden önce yazara karşı yoğun husumet beslendiği konusunda bilgi sahibi olduklarına dair kanaat sahibidir.

¹⁸¹ Bkz. Osman-Birleşik Krallık kararı, 28 Ekim 1998; Kaya-Türkiye kararı, başvuru no: 22535/93; Kılıç-Türkiye kararı, başvuru no: 22492/93; Opuz-Türkiye kararı, başvuru no: 33401/02

¹⁸² Dink-Türkiye kararı, (Kazancı, AİHM kararları endeksi)

¹⁸³ Dink- Türkiye kararı; <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>. (erişim tarihi: 16.07.2015)

Hrant Dink'in öldürülmesine ilişkin yapılan planların muhbirler tarafından Trabzon emniyetine bildirilmesi buradan da İstanbul emniyetine bilgi verilmiş olması güvenlik güçlerinin söz konusu cinayet planından haberdar olduklarını, en azından haberdar olmaları gerektiğini göstermektedir. Bahsi geçen ulusal güvenlik birimlerinin cinayet hazırlığından haberdar olmalarına ek olarak, aşırı milliyetçi grupların yazara beslediği husumet de aşikar olduğundan, mahkemeye göre, yazarın talep etmesine gerek olmadan yetkililerin, Hrant Dink'in hayatını koruyacak şekilde harekete geçmeleri gerekmektedir. Bu sebeple, AİHM, yazarın yaşamına yönelik yakın ve gerçek söz konusu riski bertaraf edecek gerekli yollara makul düzeyde başvurulmadığı sonucuna varmıştır.¹⁸⁴ Sonuç olarak, mahkeme, yetkililerin önceden bilgi sahibi olmalarına karşın ve AİHS'nin 2. maddesinin esasına aykırı olarak aşırı milliyetçi grupların kaçınılmaz saldırısına karşı Hrant Dink'in hayatını yeterince koruyamadıklarını tespit etmiştir. Böylece sözleşmenin 2. maddesinin esas yönünden ihlal edildiğine karar vermiştir.¹⁸⁵

Sonuç olarak, yaşam hakkının korunması açısından devlete düşen pozitif yükümlülüklerden biri kişilerin somut tehlikelere karşı korunmasıdır. Devletin sorumluluğunun doğması için devletin somut tehlikeden haberdar olması ya da olmasının gerekliliği aranır. Aynı şekilde, makul ve devleti aşırı yük altında bırakmayacak tedbirleri alma zorunluluğu devlete yüklenebilir. Devletin kişiyi somut tehlikelere karşı koruma yükümlülüğü, kişilerin devletin koruması altında kabul edildiği gözaltı, tutukluluk veya askerlik vazifesi gibi hallerde özellikle önem arz eder. Bunun dışında bahsi geçen özel durumlar hariç olmak üzere devletin ülkesi sınırları içindeki tüm kişilerin yaşam hakkını koruma yükümlülüğü kapsamında üçüncü kişilerden gelecek saldırılara karşı da tedbir alma yükümlülüğü vardır.

b. Yasal Düzenlemelerin Yapılması

Yaşam hakkının korunması kapsamında, devletin en önemli maddi yükümlülüklerinden biri de hakkın korunması için iç hukukta yasal düzenlemelere gidilmesidir. Bir hakkın etkin şekilde korunması, yapılacak düzenlemeler ile söz konusu hakkın ihlalinin hukuka aykırı kabul edilmesi ve yaptırıma tabi tutulması ile

¹⁸⁴ Dink-Türkiye kararı

¹⁸⁵ Usule ilişkin ihlallerin değerlendirilmesi, çalışmamızın "Usuli Yükümlülükler" başlığı altında yapılacaktır.

mümkün olacaktır.¹⁸⁶ AİHS'nin yaşam hakkını düzenleyen 2. maddesi "Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur" ifadesi ile başlamaktadır. Daha ilk cümle ile devletlere yüklenen pozitif yükümlülük ifade edilmiş olmaktadır. Devletler yaşam hakkını koruma adına ulusal mevzuatlarında, yaşam hakkına müdahalenin hukuk dışı kabul edildiğini gösteren düzenlemelere gitmelidir. Buna ek olarak da yaşam hakkının ihlali halinde sorumlu kişiye etkili bir müeyyide uygulanacağını da belirtmelidir. AİHM birçok kararında şu ifadelere yer vermiştir; "...Devlet'in birinci sorumluluğu, kişi hayatına yönelik eylemleri caydırıcı somut bir ceza mevzuatı oluşturmak ve ihlalleri caydırmak, önlemek ve cezalandırmak için oluşturulmuş bir uygulama gerçekleştirmek suretiyle yaşam hakkını güvenceye almaktır."¹⁸⁷ Görüldüğü üzere, etkili ve caydırıcı bir mevzuat oluşturmak devletin pozitif yükümlülüğüdür.

AİHM kararlarında hukuki düzenleme yapılmamasına ilişkin olarak, devletin 2. maddeden doğan pozitif yükümlülüğünü ihlal ettiğine dair iddiada bulunulan bir karara daha önce değinmiştik. Vo-Fransa kararında, başvuran Fransız mevzuatında ceninin yaşam hakkını düzenleyen bir normun olmayışının 2. maddenin ihlali anlamına geldiğini ileri sürmüş¹⁸⁸ ve bunun devletin pozitif yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi anlamında olduğunu iddia etmişti. Mahkeme buradaki yaklaşımında, her ne kadar, yaşam hakkının doğmuş kişiler açısından uygulanabileceğini ifade edip ihlale karar vermemiş olsa da, bir hakkın korunması ile alakalı olarak etkili yasal düzenleme yapmanın devletlere yüklenmiş bir pozitif yükümlülük olduğunu ifade etmiştir.

Nihayet, AİHS'nin taraf devletlerce kabul edilmesinin, sözleşmenin maddelerinin iç hukuka angaje edilmesi şeklinde somutlaşacağını da kabul etmek gerekir. Bu da ancak sözleşmede sayılan hak ve özgürlüklerin ulusal hukuk tarafından da koruma altına alınması ve müeyyideye bağlanması ile mümkün olacaktır.

¹⁸⁶ Güngör, Hasan Atilla; a.g.e., s.429

¹⁸⁷ Dink-Türkiye Kararı, (Kazancı, AİHM kararları endeksi)

¹⁸⁸ Vo-Fransa Kararı, (Başvuran taksirle adam öldürme suçu düzenlenirken ceninin de bu kapsama dahil edilmeyişini eksiklik ve devletin yükümlülüğünü yerine getirmemesi olarak görmüş ve 2. maddenin ihlali iddiasında bulunmuştu.)

2. Usuli Yükümlülük: Etkin Soruşturma Yapma

Bir hakkın etkin şekilde korunabilmesi için devletlerin maddi yükümlülüklerine ek olarak usuli yükümlülüğü de mevcuttur. Usuli yükümlülük genellikle, ihlal oluşuktan sonra karşımıza çıkar. Bu yükümlülük, ihlal iddiası halinde, ihlalin tespiti ve hakka zarar veren kişinin uygun bir ceza alması için etkin soruşturma yapmak şeklinde somutlaşır.¹⁸⁹ Etkin soruşturma yapma yükümlülüğü AİHM içtihatları ile ortaya çıkmıştır.

Etkin soruşturma, Sözleşme kapsamındaki haklardan birinin ihlali halinde, devletin yetkili makamları tarafından, iç hukuk kapsamında, gerekli incelemelerin ve araştırmaların yapılması, sorumluların tespit edilmesi ve cezalandırılabilmesi için adli makamlar önüne çıkartılmaları, etkili bir ceza soruşturmasının sağlanması anlamına gelir.¹⁹⁰ Etkin soruşturma yapma, ihlalin ardından, hem ihlalin detaylarıyla tespiti ve analizi hem de ihlali gerçekleştiren kişinin hakkaniyete uygun ceza alması için önem arz eder. Devletler bunu usuli bir yükümlülük olarak üstlenirler. Etkin soruşturma yapmanın bazı kriterleri vardır ki bunlar AİHM kararları ile somutlaşmış ve artık içtihat haline gelmiştir. Her somut olayda ihlal edilen kriter başka olabileceği gibi bazen bu kriterlerin hepsi de aynı olayda ihlal edilmiş olabilir. Etkin bir soruşturmanın en önemli özellikleri; soruşturmanın bağımsız organlarca yürütülmesi, soruşturmaya ivedilikle başlanması, soruşturmada makul özenin gösterilmiş olması, makul sürede ve hızla soruşturmanın yapılmasıdır. Makul özen, makul süre gibi kıstaslar, genel olarak subjektif ifadeler gibi görünse de somut olayda süre ve özenin makuliyetini tespit etmek, şartlar da dikkatlice incelendiğinde zor olmamaktadır. Bu kriterlerin ihlali ile ilgili bazı kararlara aşağıda değinilecektir.

Etkin soruşturma yükümlülüğünün taraf devletlerin usuli yükümlülüğü kapsamında olduğunun iddia edildiği ve mahkeme tarafından da benimsenip kriterleri üzerinde durulduğu ilk dava¹⁹¹ 1995 tarihli Mc Cann ve diğerleri-Birleşik Krallık davasıdır.¹⁹²

¹⁸⁹ Gözübüyük, A.Şerif/Gölcüklü, Feyyaz; **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması**, Turhan Kitabevi, Ankara 2007, s.160; Şenol, Cem; **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Etkin Soruşturma Yükümlülüğü**, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi SBE, 2011, s.61

¹⁹⁰ Bilge, Burak; “AİHM İçtihatları Bağlamında Etkin Soruşturma Yükümlülüğü”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 5, Sayı 2, Yıl 2014, s. 369

¹⁹¹ Korff, Douwe; a.g.e., s. 35,36,37

¹⁹² 27 Eylül 1995 tarihli Mc Cann ve Diğerleri-Birleşik Krallık kararı, Başvuru no: 18984/91

Söz konusu karara konu olan olayda, Cebelitarıkta bulunan bir İngiliz askeri üssüne, İrlanda Cumhuriyet Ordusu(IRA) militanlarınca bomba yüklü araçla saldırı düzenleneceği istihbaratından hareketle İngiliz Özel Kuvvetleri(SAS) komandolarınca operasyon düzenlenmiş ve üç IRA militanı öldürülmüştür. Başvuranlar, militanların saklandıkları yerde bomba düzenekleri olsa da, militanlar vurulduğu anda ne üzerlerinde ne de araçta silah ya da bomba bulunmadığını, bu sebeple mutlak güç kullanımı zorunluluğu şartının gerçekleşmediği için 2. maddenin ihlal edildiğini iddia etmişlerdir. Bunun yanında devletin usuli yükümlülüğünün de ihlali iddia edilmiştir. AİHM her ne kadar söz konusu somut olayda usuli yükümlülükle ilgili ihlale karar vermemiş olsa da, devletlerin 2. madde kapsamında usuli yükümlülükleri olduğunu kabul etmiştir. Yaşam hakkını koruma yükümlülüğü, sözleşmenin 1. maddesindeki “kendi yetki alanları içinde bulunan herkese bu Sözleşme’de açıklanan hak ve özgürlükleri tanımak” ifadeleri ile birlikte değerlendirildiğinde, devlet ajanlarının güç kullanımı sonucu kişilerin hayatını kaybetmeleri halinde etkin ve resmi bir soruşturmanın devlete yüklenmiş bir yük olduğu açıktır.¹⁹³ Bu kararlar birlikte devletlerin usuli yükümlülüğüne ilişkin olarak etkili soruşturma yapma sorumluluğu gündeme gelmiştir.

Devletin etkin soruşturma yapma yükümlülüğüne ilişkin McCann ve diğerleri-Birleşik Krallık kararından sonra en önemli kararlarından biri de Kaya-Türkiye¹⁹⁴ kararıdır ki bu kararda McCann kararının aksine devletin esasa ilişkin yükümlülüğünün değil usule ilişkin yükümlülüğünün ihlal edildiği hükme bağlanmıştır. Karara konu olan olayda, başvuran, kardeşinin güvenlik güçleri tarafından kasten öldürüldüğünü iddia etmiştir. Hükümet ise, bir grup teröristin güvenlik güçlerine saldırması sonucu girilen çatışmada öldürüldüğünü ve bu kişinin saldırganlar arasında bulunduğunu iddia etmiştir. AİHM yaptığı inceleme sonucunda, başvuranın iddia ettiği üzere güvenlik güçlerinin kasten ölüme sebebiyet verdiğine dair yeterli delile ulaşamamıştır. Bu sebeple yaşam hakkının esas açısından ihlali mevcut değildir. Ancak, mahkeme soruşturma ile ilgili hususlarda ciddi eksikliklerin olduğuna değinmiştir. Örneğin, olayda davayı soruşturan savcı ölen kişinin güvenlik güçleri ile girilen çatışmada öldürülen bir terörist olduğunu doğrudan kabul etmiştir. Olaya karışan askerleri

¹⁹³ McCann ve diğerleri-Birleşik Krallık kararı, paragraf 161

¹⁹⁴ Kaya-Türkiye kararı, 19 Şubat 1998, başvuru no: 22535/93;

sorgulamamış, ifadelerini almamıştır. Ölen kişinin elinde ya da giysilerinde barut izi olup olmadığına dair tespit için test yapılmamıştır. Ölen kişinin silahından parmak izi alınmamış, ceset doğrudan köylülere teslim edilmiştir. Dolayısıyla ceset üzerinde kaç kurşun olduğu, kurşunların ne kadar mesafeden isabet ettiği gibi hususların analizi mümkün olmamıştır. Hazırlanan otopsi raporu da bu husuları içermeyen baştan savma bir rapordur.¹⁹⁵ Mahkeme bu sebeplerle sözleşmenin 2. maddesinin usuli yükümlülük açısından ihlal edildiğine karar vermiştir. Görüldüğü üzere söz konusu kararda taraf devletin etkin bir soruşturma yapması ve gerekli özeni göstermesi aranmaktadır. Bu kararda, devlet öldürülen kişiyle ilgili olarak yapılması gereken standart otopsiyi bile ihmal etmiş, ceset üzerinde gerekli incelemeyi yapmamıştır. Bu da devletin etkin soruşturma yükümlülüğü kapsamında makul özeni göstermediğine işaret etmektedir.

Hrant Dink-Türkiye kararında daha önce de değindiğimiz üzere usuli yükümlülükler anlamında da ihlal olduğuna karar verilmişti. Söz konusu kararda usule ilişkin yükümlülükler dair “AİHS'nin 2. maddesinin usul bakımından getirdiği yükümlülük, ulusal yetkililerin kendi yargısına tabi kişiler, üçüncü şahısların ölümcül fiilleri ile tehdit edildiğinde ve bu kişilerin hayatlarının korunmasında, ulusal yetkililerin dikkatsizlik, ihmalkârlık ve/veya eksikliklerinin bulunduğu iddiaları hakkında, ulusal çerçevede etkili bir soruşturma yürütülmesini zorunlu kılmaktadır”¹⁹⁶ ifadelerine yer verilmiştir. Mahkeme, Hrant Dink cinayetiyle ilgili etkili bir soruşturma yapıp yapılmadığını değerlendirirken neleri inceleyeceğini genel ilkeler kapsamında belirtmiştir. “Bir ölüm olayının önlenmesindeki aksamada devlet görevlilerinin sorumlulukları hakkında sürdürülen soruşturmada, soruşturmayı yürüten kişilerin ve gerekli tetkikleri yapanların sözkonusu olaylara dahil olmayan bağımsız kişilerden seçilmesi gerekir.” Soruşturmanın yetkililerce ivedilikle başlatılması ve makul özenin gösterilmesi kamuoyunun güvenini sağlamak, hukuk devletine olan inancı korumak açısından önem arz edecektir. Bunun yanında, mağdur yakınlarının davaya katılımı ve kamu denetimi açısından davanın kamuya açık yapılması da etkin soruşturma için önemli kıstaslardır.

¹⁹⁵ Kaya-Türkiye kararı, paragraf 86-92

¹⁹⁶ Dink-Türkiye Kararı, (Kazancı, AİHM kararları endeksi)

Somut olayda, AİHM, İstanbul Cumhuriyet Savcılığı'nın ve Trabzon Cumhuriyet Savcılığı'nın tutumuna ayrı ayrı değinmiştir. İstanbul Cumhuriyet Savcılığı, İstanbul ve Trabzon emniyetinin cinayet ile ilgili ilettiği tüm bulgulara dair titiz ve ayrıntılı bir çalışma yürütmüştür. Ancak, Trabzon Emniyeti'nin cinayetle ilgili birçok usulsüzlük ve ihmalkarlığı bulunduğu iddia edilmektedir ki bu iddialar İstanbul Cumhuriyet Savcılığı'nca ayrıntılı olarak dile getirilmiştir. Trabzon Cumhuriyet Savcılığı soruşturmaya yer olmadığına karar vermiştir. Soruşturmaya yer olmadığı kararına ilişkin dosyada birbiriyle çelişen argümanlar mevcuttur. Bunun yanında, Trabzon'da başlatılan ve yürütülen bir dizi soruşturmanın ardından vali iki astsubay dışında jandarma görevlilerinin mahkeme önüne çıkarılmasına izin vermemiştir. Daha sonra soruşturma dosyası kapatılmıştır. Trabzon Jandarma Komutanlığında görev yapan iki astsubay üstlerinin emriyle davayı soruşturan müfettişlere yalan beyanda bulunmak durumunda kalmışlardır. "AİHM, Trabzon Cumhuriyet Savcılığı tarafından polisin tutumu hakkında yürütülen soruşturmanın, zafiyet ve ihmalle suçlanan polislerin savunulmasından ibaret olduğunu ve elinde birçok bilgi bulunmasına rağmen katil zanlıları karşısında polisin neden pasif davrandığı konusunda herhangi bir bilgi içermediğini gözlemlemektedir." ¹⁹⁷ Devlet, etkin soruşturma yükümlülüğünün gerektirdiği özene aykırı hareket etmiştir. Gerekli özenin gösterilmemesi ve ihmalkarlık sonucu 2. maddenin usuli yükümlülükler açısından ihlal edildiği gözlemlenmiştir.

Söz konusu kararda etkin soruşturma yükümlülüğünün bağımsız organlarca yürütülmesi gerekliliğine dair de mahkeme eksiklik tespit etmiştir. "AİHM, Trabzon İl Jandarma Komutanlığı'nda görevli subaylar ve İstanbul İl Emniyet Müdürlüğü'ne bağlı memurlar hakkında yapılan suçlamaların da esasen olaylarda dahil bulunan kişilerden tamamen bağımsız olmayan, tamamı yürütmenin (Valilik, İl İdare Kurulu) bir parçası olan başka memurlar tarafından araştırıldığını ayrıca tespit etmektedir. Bu durum, sözkonusu soruşturmalar açısından esasen bir zafiyet teşkil etmektedir." ¹⁹⁸ Buna ek olarak, Mahkeme'ye göre, başvuranlar, Hrant Dink'in yakın akrabaları olarak, yürütülen soruşturmalara etkin şekilde dahil edilmemişlerdir. Sadece dosya üzerinden inceleme yapan itiraz mercilerine itirazda bulunabilmişlerdir. Sonuç olarak

¹⁹⁷ Dink-Türkiye Kararı

¹⁹⁸ Dink-Türkiye kararı, (Kazancı, AİHM kararları endeksi)

yukarıda değindiğimiz nedenlere¹⁹⁹ ek olarak, “Trabzon'da görevli jandarma ve polisler ile İstanbul İl Emniyet Müdürlüğü yetkilileri hakkında Hrant Dink'in yaşamının korunması konusunda kusurlu oldukları iddiasıyla açılan ceza soruşturmalarına ilişkin olarak takipsizlik kararı verilmesi” ve “söz konusu kusurları işleyenlerin tespit edilerek gerektiği takdirde cezalandırılmaları amacıyla etkili bir soruşturma yürütülmesini öngören AİHS'nin 2. maddesinin gereklerine riayet..” edilmemesi nedeniyle devletin usuli yükümlülükler bağlamında ihlali tespit edilmiştir.

Sonuç olarak, yukarıda bahsettiğimiz üç önemli AİHM kararında da görüldüğü üzere sözleşmeye taraf devletler, yaşam hakkının korunması açısından pozitif yükümlülükler arasında kabul edilen usuli bir yükümlülük altındadırlar ki bu yükümlülük hak ihlalini tespit edip etkin bir soruşturma yapmayı gerektirir. Devletler ihlali yapan kişilerin, ki bu kişiler devletin kendi ajanları olabileceği gibi üçüncü kişiler de olabilir, cezalandırılması ve adaletin tesisi açısından böyle bir usuli yükümlülük altında kabul edilir. Etkin bir soruşturmanın yapılabilmesi için mahkemenin ortaya koyduğu belli şartlar mevcuttur. Bu şartlar sağlanmadığında 2. maddenin usuli açıdan ihlali gündeme gelir. Öncelikle, soruşturmanın bağımsız organlarca yapılması gerekir. Bu durum özellikle ihlali gerçekleştiren devlet ajanı olduğu takdirde önem arzeder. Devlet kendi ajanını soruştururken ve yargıarken tarafsızlığa gölge düşürmemeli, ihmal ve kayırmacılık zafiyetine düşmemelidir. Soruşturmaya ivedilikle başlanması ve soruşturma boyunca makul özenin gösterilmesi gerekir. Ayrıca soruşturmaya ivedilikle başlandığı gibi makul bir hız ve sürede soruşturmanın yapılması ve tamamlanması gerekmektedir. Tüm bunların yanında yaşam hakkı açısından bakıldığında mağdurun yakınlarının soruşturma ve yargılama sürecine etkin şekilde katılımı da önem arzeder. Görüldüğü üzere tüm bu şartlar ile beraber etkin soruşturma yükümlülüğü yerine getirilebilecektir ki bu yükümlülük yaşam hakkının korunması açısından devlete düşen maddi yükümlülükleri tamamlar niteliktedir ve maddi yükümlülükler kadar önemlidir. Çünkü ihlali daha en başta önlemek ne kadar elzem ise ihlal bir şekilde gerçekleştiğinde, sorumluların yaptırımı tabi tutulması da bir o kadar elzemdır.

¹⁹⁹ Biz çalışmamızda kısaca değinmiş olsak da, kararda bahsi geçen usuli yükümlülüklere aykırılıklarla ilgili daha detaylı bilgi için kararın “Güvenlik güçlerinin Hrant Dink'in hayatını korumadaki eksikliklerine ilişkin gerekli soruşturmanın yapılmadığı iddiası hakkında” başlığı incelenebilir.

BÖLÜM II

ZORLA KAYBETME

I- ZORLA KAYBETMENİN TANIMI VE BİR SUÇ TİPİ OLARAK ZORLA KAYBETME

A. Zorla Kaybetmenin Tanımı

1. Genel Olarak Zorla Kaybetme

Kayıp, zorla kaybetme, gözaltında kayıp gibi terimlerle de açıklanan söz konusu uygulama²⁰⁰ genel manada kişinin “devlet tarafından yasal düzende yok sayılacak şekilde özgürlüğünden yoksun bırakılmasını, bazen de fiziksel varlığının yok edilmesini ifade eder.”²⁰¹ Buna ek olarak, kişi bazen fiilen devletin elinde olsa bile, devlet yetkililerinin kişinin akıbetine dair bilgileri olmadığını iddia etmeleri ve bu hususta sıkı bir inkar politikası izlemeleri, bu uygulamanın görünüm şeklidir.

Zorla kaybetme, II.Dünya Savaşı sırasında ilk olarak Nazi Almanya’sında yaygın olarak uygulanmıştır. Uygulamanın kökeni 7 Aralık 1941 tarihli Gece ve Sis Kararnamesi’ne(Nacht und Nebel Erlass/Night and Fog Decree) dayanmaktadır.²⁰² Söz konusu kararname için seçilen bu isim rastlantısal değil, isabetli bir adlandırmadır ki kişiler gecenin karanlığında ortadan kaybedilmekte ve bir daha akıbetleri hakkında bilgi alınamamakta, adeta bir sis perdesi ile örtülmektedir.²⁰³ Söz konusu kararnameye dayanarak, işgal güçlerine karşı geldikleri ve mukavemet gösterdikleri gerekçesi ile birçok kişi yaşadığı bölgeden, özel mahkemelerde gizlice yargılanmak üzere alınıp götürülmüştür. Bu kişilerin nerede olduklarının saklanması ve yargılamanın gizli

²⁰⁰Uygulamayı daha iyi anlatan bir çeviri olması yani zorla kaybetme ifadesi içinde ‘zor’u barındırması ve sadece gözaltına alma yoluyla değil herhangi bir şekilde kaybedilmeyi de ifade etmesi bakımından, ayrıca ülkemiz literatüründe de benimsenmesi dolayısıyla çalışmamızda “zorla kaybetme” terimini kullanacağız.

²⁰¹ Alpkaya, Gökçen; “Kayıp’lar Sorunu ve Türkiye”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Turan Güneş’e Armağan**, cilt 50, Sayı 3-4, Haziran-Aralık 1995, s.31

²⁰² Vibhute, Khushal; “ The 2007 Convention Against Enforced Disappearance: Some Reflections”, **Mizan Law Review**, Vol. 2, No. 2, Temmuz 2008, s. 287; Kyriakou, Nikolas; “International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance and Its Contributions to International Human Rights Law, with Specific Reference to Extraordinary Rendition”, **The Melbourne Journal of International Law**, 2012, V.13, 424

²⁰³ Deutschland Military Tribunal; **Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals, “The Justice Case”**, Vol. III, Nuernberg 1946-1949, http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/NT_war-criminals_Vol-III.pdf. (Erişim tarihi: 01.08.2015)

tutulması birden fazla amaca hizmet etmektedir. İlk olarak kaybedilenlerin yakınlarının korkutulması ve onlara gözdağı verilmesi, ikinci olarak da herhangi bir muhtemel soruşturmaya karşı delil, şahit yahut kayıt bırakılmaması amaçlar arasındadır.²⁰⁴ Gerçekten de bu dönemde kaybedilenlerin yakınları yahut Nazi rejimine muhalefet eden diğer kişiler arasında zorla kaybetme yoluyla korku yaymaya çalışma, adeta eğer muhalefet ederlerse aynı şeyin onların da başına gelebileceğine dair gözdağı verme amacı kendini göstermektedir. Bu dönemde özellikle Fransa, Belçika ve Hollanda’da birçok kişi büyük bir gizlilik içinde yaşadıkları yerden alınıp hızlıca infaz edilmiş, bir kısmı Almanya’ya götürülüp burada yargıldıktan sonra ölüm cezasına çarptırılmış yahut tamamen akibeti bilinmez şekilde kaybedilmiştir.²⁰⁵

Nazi Almanya’sındaki uygulamalardan²⁰⁶ sonra 1960 ve 1970’li yıllarda Latin Amerika’da görülmeye başlanan zorla kaybetme, özellikle Guatemala’da bir süre yaygın şekilde uygulanmıştır.²⁰⁷ Latin Amerika’da uygulanan zorla kaybetme yöntemi ‘ulusal güvenlik doktrini’ adıyla anılmakta ve meşrulaştırılmaktaydı.²⁰⁸ Bu doktrine göre, genellikle ordu yönetimine karşı duran bazı kişi ve gruplar, ki bunlar çoğunlukla sol ideoloji ve hareket mensubu olan öğretmen, işçi, öğrenci ve genellikle entelektüellerdir, vatan haini(internal enemies) ilan edilerek, ülke birliğini korumak ve ulusal çıkarları üstün tutmak gerekçesiyle tutuklanmakta ve kaybedilmekteydi.²⁰⁹ 1970 ve 1980’li yıllara gelindiğinde ise artık tüm Latin Amerika’da zorla kaybedilen kişilerin sayısı oldukça fazladır.²¹⁰ Latin Amerika’daki zorla kaybetme vakaları da

²⁰⁴ Deutschland Military Tribunal; a.g.e., “The Justice Case”, s. 21

²⁰⁵ Deutschland Military Tribunal; a.g.e., “The Justice Case”, s. 75

²⁰⁶ Söz konusu dönemde yaşanan uygulamalara ve kararnamaya ilişkin daha detaylı bilgi için, 1946-49 yılları arasında Nuernberg’de savaş suçları, insanlığa karşı suç ve savaşa sebep olma suçlarından dolayı yapılan uluslararası ceza yargılamasına ilişkin kayıtlar incelenebilir. Nuernberg Askeri Ceza Mahkeme’sinde söz konusu dönemde görev yapan bazı bakanlar, yüksek rütbeli askerler ve savaş suçu işlediği iddia edilen diğer bazı bağlantılı kişiler yargılanmış ve cezalandırılmıştır. İddianame (http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/NT_Indictments.pdf), sanıkların ve tanıkların savunma ve ifadeleri için bkz: http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/NT_war-criminals_Vol-III.pdf. (Erişim tarihi: 01.08.2015)

²⁰⁷ Dieterich, Heinz; “Enforced Disappearances and Corruption in Latin America”, **Crime and Social Justice**, No: 25, Human Rights and Justice in Siege(1986), Publisher; Social Justice/Global Options, s. 49

²⁰⁸ Latin Amerika’da ‘ulusal güvenlik’ kavramının genişletilmesi, mutlaklaştırılması ve bu bağlamda düzen açısından kullanımı hakkında bkz; Gemalmaz, M.Semih; **Latin Amerika’da İnsan Hakları**, Kavram Ajans Yayıncılık, İstanbul 1991, s.294, 308

²⁰⁹ Vermeulen, Marthe Lot; “Enforced Disappearance-Determining State Responsibility under the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance”, **School of Human Rights Research Series**, Vol. 51, Utrecht 2012, s.6

²¹⁰ United Nations Working Group on Enforced Disappearances, **Working Group Report 2011**, A/HRC/16/48. Çalışma grubunun inceleme ve denetim yaptığı süre boyunca kaybedilen kişi sayısı

Nazi Almanyası'ndaki uygulamalar ile benzerlikler göstermekte, kişilerin bedenleri tamamen yok edilmekte, geride hiçbir delil bırakmayarak, muhtemel yargılamaların önü kapatılmaktadır.²¹¹ Sadece Latin Amerika'da değil, dünyanın bir çok yerinde zorla kaybetme uygulamasına rastlanmaktadır. Birleşmiş Milletler'in Zorla Kaybetmeler'e İlişkin Çalışma Grubu'nun 2011 tarihli raporuna göre; Cezayir'de 2,912 kişi, Çin'de 28 kişi, Mısır'da 33 kişi, Etiyopya'da 112, Hindistan'da 369 kişi, Endonezya'da 162 kişi, İran'da 514 kişi, Irak'da 16,409 kişi, Lübnan'da 312 kişi, Siri Lanka'da 5,651 kişi ve Türkiye'de 63 kişi kaybedilmiştir.²¹²

2. Uluslararası ve Bölgesel Sözleşmelerde Düzenleniş Şekliyle Zorla Kaybetme

Zorla Kaybetme dünyanın birçok yerinde yaygın şekilde uygulanmaya başlandığı için devletler söz konusu uygulama ile mücadele arayışına girmiş ve bu hususta bazı sözleşmeler hazırlamışlardır. Bu kapsamda inceleyeceğimiz düzenlemeler; BM Zorla Kaybetmeye Karşı Herkesin Korunmasına Dair Bildiri, Kişilerin Zorla Kaybedilmesine Dair Amerikalılararası Sözleşme, Roma Statüsü ve BM Herkesin Zorla Kaybedilmeye Karşı Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme'dir.

a. Zorla Kaybetmeye Karşı Herkesin Korunmasına Dair Bildiri

Birleşmiş Milletler, 1992 tarihinde Zorla Kaybedilmeye Karşı Herkesin Korunmasına Dair Bildiri yayınlamıştır. Söz konusu Bildiri'nin en önemli özelliği, sonraki sözleşmelere ve düzenlemelere öncülük etmiş olmasıdır.²¹³ Bildiri'de zorla kaybetmenin açık bir tanımı yapılmasa da Bildiri'nin giriş kısmında zorla kaybetmeye ilişkin unsurlar ve görünüm şekli, şöyle tarif edilmektedir; "Pek çok ülkede sürekli olarak, göz altına alınan, tutuklanan ya da zorla kaçırılan, devlet kademelerinin farklı düzeylerinde çalışan hükümet görevlileri veya organize gruplar, hükümetin doğrudan ya da dolaylı rızası, desteği ile, yahut hükümet adına hareket eden kişiler tarafından

bazı ülkelere göre şöyledir: Arjantin'de 3,290 kişi, Guatemala'da 2,899 kişi, Honduras'da 127 kişi, Peru'da 2371 kişi, Şili'de 807 kişi, Kolombiya'da 963 kişi, Salvador'da 2,270 kişi.

²¹¹ Dinçer, Hülya; "**Kayıpları Görünür Kılmak: Birleşmiş Milletler Zorla Kaybetmeye Karşı Herkesin Korunmasına Dair Sözleşme**", http://www.hakikatadalethafiza.org/images/UserFiles/Documents/Editor/HÃlyaDinÃer_KayçplarçGirÃnÃrKçlmak.pdf. (Erişim tarihi: 02.08.2015), s. 3

²¹² United Nations Working Group on Enforced Disappearances, **Working Group Report 2011**, A/HRC/16/48. Söz konusu rakamlar Çalışma Grubu'nun Kasım 2009 ve Kasım 2010 tarihleri arasındaki üç dönemlik çalışma periyodundaki inceleme ve kayıtlarını göstermektedir.

²¹³ Finucane, Brian; "Enforced Disappearances as a Crime Under International Law: A Neglected Origin in the Laws of War", **The Yale Journal of International Law**, vol 35, 2010, s. 171-172

özgürlüklerinden yoksun bırakılan kişilerin akıbetleri hakkında, ya da nerede oldukları hususunda bilgi verilmeden, hukukun koruması dışına çıkarılmalarını takiben ortadan kaybolmalarından derin endişeler duyarak..”. Her ne kadar bir tanım paragrafı olmasa da, burada zorla kaybetme suçunun tüm unsurlarına yer verilmiştir. Yine Bildiri'nin giriş kısmında zorla kaybetmenin sistematik şekilde uygulanmasının insanlığa karşı suç kabul edildiği de belirtilmiştir. İlk maddede, söz konusu pratiğin, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nde yer alan insan hakları ve temel özgürlüklerinin ağır ve açık bir ihlali olduğu gerekçesiyle kınanması gerektiğine, hem kaybedilene hem de kaybedilen kişinin yakınlarına ağır acılar yaşattığına dikkat çekilmiştir. Devam eden maddelerde de, devletleri zorla kaybetmeyi yasaklayan, suç sayan ve yaptırıma bağlayan düzenlemeler yapmaya davet eden ve bu uygulamanın hiçbir gerekçeyle meşru gösterilemeyeceğini ifade eden bir tutum sergilenmektedir. Birleşmiş Milletler'in bu bildirisi gerçekten de sonraki düzenlemelere temel oluşturduğu için önemlidir. Nitekim aşağıda da inceleyeceğimiz düzenlemeler Bildiri ile paralellik göstermektedir.

b. Kişilerin Zorla Kaybedilmesi'ne Dair Amerikalılararası Sözleşme

Bölgesel düzeyde bir sözleşme olan, Kişilerin Zorla Kaybedilmeleri'ne Dair Amerikalılararası Sözleşme'nin²¹⁴ 2.maddesinde yer verdiği tanıma göre zorla kaybetme; “kişilerin herhangi bir yolla, devlet ajanları, devletin emri, desteği veya rızası ile hareket eden kişi ya da gruplarca özgürlüğünden yoksun bırakılmasını, devamında özgürlüğünden yoksun bırakma eylemiyle ya da kişinin nerede olduğuyla ilgili bilgi verilmemesini yahut inkar edilmesini, dolayısıyla da mağdurların hukuki çözüm arayışlarının engellenmesini ve onları hukuki koruma yollarından mahrum bırakmayı” ifade eder. Sözleşme yoluyla tanımlanan söz konusu suçun özellikleri aynı şekilde sözleşmenin koruma mekanizması olan Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi'nin²¹⁵ içtihatlarıyla da ortaya konmuştur. Bu konuda, henüz sözleşme

²¹⁴ Sözleşme 1994 yılında kıtalararası bir organizasyon olan Amerikan Devletleri Organizasyonu(Organization of American States/ OAS) öncülüğünde kabul edilmiştir. Günümüz itibariyle imzalayan ve onaylayan 15 devlet bulunmaktadır. Sözleşmenin ihlali halinde uyuşmazlık Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu önüne gelmektedir. Amerika Birleşik Devletleri sözleşmeyi ne imzalamış ne de onaylamıştır.

²¹⁵ Sözleşme 13.maddesi ile zorla kaybetmeyle ilgili Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonuna yapılan başvuruların, Amerikalılararası İnsan Hakları Sözleşmesinde ve Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesi'nin kuruluş ve işleyişine ilişkin düzenlemelerdeki usullere tabi olduğunu belirtmektedir.

imzalanmadan önce Mahkeme'nin vermiş olduğu ve zorla kaybetmenin detaylı şekilde tartışıldığı en önemli kararlardan biri olan Velasquez Rodriguez-Honduras davası oldukça yol göstericidir. Söz konusu karara konu olan olayda, mağdur Honduras'da bir üniversite öğrencisi olup güvenlik güçlerince alınıp götürülmüş ve bir daha kendisinden haber alınmamıştır. Yapılan başvuru sonucu Komisyon, taraf devletten bilgi istemiş, cevap alamaması üzerine, bunun Amerikalılararası İnsan Hakları Sözleşmesindeki yaşam hakkı, kişi özgürlüğünden yoksun bırakma gibi ciddi hakların ihlali olduğunu belirtmiştir. Bunun üzerine taraf devlet söz konusu kişinin nerede olduğuna ya da tutuklandığına dair bilgileri olmadığını, ayrıca iç hukuk yollarının tüketilmediğini ileri sürmüştür. Bunun yanında söz konusu kişinin bulunması için gerekli çabayı gösterdiklerini ancak Salvator kökenli bir gerilla grubuyla birlikte olduğu hakkında söylentiler olduğunu da belirtmiştir.²¹⁶ Mahkeme kararında, Honduras hükümetinin söz konusu kişinin yaşam hakkını koruma yükümlülüğüne aykırı hareket ettiğini belirtmiş, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını ihlal ettiğine ve kötü muamelede bulunduğuna hükmetmiştir.²¹⁷ Söz konusu karar, Amerikalılararası Zorla Kaybetme Sözleşmesinin hazırlanmasından önceye dayansa da, burada vurgulamak istediğimiz, Mahkeme'nin kayıp olgusuna yaklaşımı ve zorla kaybetmeyi neredeyse bütün unsurları ile tanımlamış olmasıdır. Mahkeme kararında, zorla kaybetmenin tipikliği, nasıl bir devlet pratiği halinde uygulandığı üzerinde detaylı şekilde durmuştur.²¹⁸

Amerikalılararası Zorla Kaybetme Sözleşmesi toplam 22 maddeden oluşmaktadır. 2.maddesi ile tanımı yapıldıktan sonra devamı maddelerinde, taraf devletlerin sözleşmeyi imzalayarak, zorla kaybetmeyi hukuk sistemlerinde suç olarak düzenlemeyi ve engellenmesi için gerekli düzenlemeleri yapmayı garanti ettikleri ifade edilmiştir (3 ve 4.maddeler). Savaş hali, yakın savaş tehdidi, iç ayaklanma ya da bunun gibi hiç bir durumun zorla kaybetmeyi meşru göstermeyeceği düzenlenmiştir(10.madde). Bunun yanında sözleşmeye taraf olma usulleri ve esasları detaylı şekilde sözleşmede yer bulmuştur. Daha önce de belirttiğimiz gibi sözleşme

²¹⁶ Velasquez Rodriguez v. Honduras Case, Judgment of July 29, 1988, Inter-Am.Ct.H.R. (Ser. C) No. 4 (1988), paragraph 3,4,5.

²¹⁷ Velasquez Rodriguez v. Honduras Case, paragraph 194.

²¹⁸ prgrf 99, 131, 147/b,d,g, 149. Sözleşmenin kabulünden sonraki tarihlerde yani daha güncel diyebileceğimiz, Heliodoro Portugal v Panama(12 Ağustos 2008, paragraf 191-204) kararında da Mahkeme'nin zorla kaybetmenin unsurlarını tanımladığını görmekteyiz.

koruma mekanizması da öngörmektedir, dolayısıyla genel anlamda etkili bir sözleşme olduğunu vurgulamak gerekmektedir.

c. Roma Statüsü

1998 yılında karara bağlanan Roma Statüsü'nün 7.maddesinde insanlığa karşı suçların hangi suçları ve uygulamaları kapsadığı sayılmıştır. Söz konusu maddede kaybedilen kişilere de yer verilmiş ve zorla kaybetme uygulaması insanlığa karşı suç olarak kabul edilmiştir. Zorla kaybetmenin insanlığa karşı suç kabul edilmesi sadece Roma Statüsünde karşılaştığımız bir düzenleme değildir. Sırf zorla kaybetmeye hasredilmiş olan sözleşmelerde de, yaygın ve sistematik şekilde uygulanması halinde, zorla kaybetmenin insanlığa karşı suç olduğuna yer verilmektedir. Dolayısıyla buradaki kıstas yaygın ve sistematik şekilde uygulanıp uygulanmadığıdır. Sistematik bir uygulama ile kastedilen planlanmış, belirli bir düzen ve politika ile yapılan, gelişigüzel ya da rastgele bir eylem olmayan anlamlarına gelirken, 'yaygın ya da geniş ölçekte'(widespred or large scale) ifadeleri ile vurgulanmak istenen saldırının birden çok kişiye, belirli bir topluluğa hatta geniş kitlelere karşı yapılmasıdır.²¹⁹ Bu hususu ileride, "Zorla Kaybetme'nin İnsanlığa Karşı Suç Kategorisinde Değerlendirilmesi" başlığı altında inceleyeceğimiz için, burada sadece Roma Statüsünde yer alan tanım mahiyetindeki düzenlemeye yer vereceğiz.

Statüde insanlığa karşı suç olarak değerlendirilen eylemlerin neler olduğu 7.maddenin ilk fıkrasında tek tek sayılmıştır. Ama daha önce, bu kapsamda değerlendirilmesi için, sivil bir topluluğa karşı geniş çapta veya sistematik bir saldırının parçası olarak uygulanması gerekliliği belirtilmiştir. Söz konusu eylemler şunlardır; a)öldürme, b)toplu yok etme, c)köleleştirme, d)nüfusun sürgün edilmesi veya zorla nakli, e)uluslararası hukukun temel kurallarını ihlal ederek, hapsedme veya fiziksel özgürlükten başka biçimlerde mahrum etme, f)işkence, g)ırza geçme, cinsel kölelik, zorla fuhuş, zorla hamile bırakma, zorla kısırlaştırma veya benzer ağırlıkla diğer cinsel şiddet şekilleri, h)herhangi bir tanımlanabilir grup veya topluluğa karşı, bu paragrafta

²¹⁹ Byron, Christine; **War Crimes and Crimes Against Humanity in the Rome Statute of the International Criminal Court**, Manchester University Press, 2009, s.192-193; Birleşmiş Milletler'in 1996 tarihli 'İnsanlığın Barış ve Güvenliğine Karşı Suçlar' başlığıyla hazırladığı taslağın 18.maddesi de İnsanlığa Karşı Suçlar başlığını taşımaktadır ve burada verilen tanım yine aynı taslakta detaylı şekilde yorumlanmıştır.

http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/7_4_1996.pdf.

atıf yapılan herhangi bir eylemle veya Mahkemenin yetki alanındaki herhangi bir suçla bağlantılı olarak siyasi, ırki, ulusal, etnik, kültürel, dinsel, cinsel veya evrensel olarak uluslararası hukukta kabul edilemez diğer nedenlere dayalı zulüm, i)zorla kaybetme, j)ırk ayrımcılığı(apartheid)suçtu, k)kasıtlı olarak ciddi ıstıraplara ya da bedensel veya zihinsel veya fiziksel sağlıkta ciddi hasara neden olan benzer nitelikteki diğer insanlık dışı eylemler.

Görüldüğü üzere, zorla kaybetme, Roma Statüsünde sayma yoluyla belirtilen ve insanlığa karşı suç oluşturan 11 eylemden biridir. Ancak sadece sayılmakla yetinilmemiş, burada belirtilen diğer eylemler gibi 7.maddenin 2.fikrasında tanımlanmıştır. Zorla kaybetme “bir devlet veya siyasi bir örgüt tarafından ya da onların yetkisi, desteği ve bilgisi dahilinde, kişilerin gözaltına alınması, tutuklanması veya kaçırılmasını takiben, bu kişilerin uzunca bir süre, kanun korumasından uzak tutulması amacıyla, nerede oldukları ve akıbetleri hakkında bilgi vermeyi reddetme ve bu kişilerin özgürlüklerinden mahrum bırakıldıkları bilgisini inkar anlamına gelir.”

d. Herkesin Zorla Kaybedilmeye Karşı Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme
Birleşmiş Milletler’in Herkesin Zorla Kaybedilmeye Karşı Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme’si²²⁰ bu konudaki en güncel ve kapsamlı sözleşmedir. Sözleşmenin 2.maddesinde zorla kaybetme tanımlanmıştır. “Bu Sözleşme’nin amaçları açısından “zorla kaybedilme” terimi, kişilerin, devlet adına görev yapan veya devletin yetkilendirmesi, desteği ve bilgisiyle²²¹ hareket eden kişiler veya gruplar tarafından tutuklanması, gözaltına alınması, kaçırılması veya başka herhangi bir biçimde özgürlüklerinden yoksun bırakılması; ardından söz konusu kişilerin kendi fiillerini reddetmeleri veya kaybolan kişinin nerede ve ne durumda olduğunu gizlemeleri ve sonuçta kayıp kişinin hukukun koruması dışında kalması durumunu anlatmak amacıyla kullanılır.”²²² Madde metni, zorla kaybetmenin tüm unsurlarına yer

²²⁰ Sözleşme 20 Aralık 2006 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilmiştir. 6 Şubat 2007’de imzaya açılıp, 23 Aralık 2010 tarihinde de 20 devletin taraf olması şartını sağlayıp yürürlüğe girmiştir. Sözleşmeyi imzalayan 94, onaylayarak taraf olan 48 ülke mevcuttur. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=IV-16&chapter=4&lang=en. Türkiye sözleşmeyi imzalamamış ve onaylamamıştır.

²²¹ Sözleşmede geçen “acquiescence” kelimesi “rıza”(Gökçen Alpkaya; ‘Kayıplar Sorunu ve Türkiye’, s.32), “onay”(Gemalmaz, Mehmet Semih; **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri**, 2. Cilt, Legal Yayıncılık, İstanbul 2011, s.754) ve “göz yumması”(Gökçen Alpkaya; “Uluslararası Hukukta Zorla Kaybetmeler”, s. 49) olarak da çevrilmiştir.

²²² Madde metni, İnsan Hakları Ortak Platformu’nun(İHOP) sözleşme çevirisinden alınmıştır.

vermektedir. 3.maddede ise tanıtımda yer alan eylemleri gerçekleştiren kişilerin sorgulanması ve yargılanması için devletin gerekli işlemleri yapması gerektiği, 4.madesinde zorla kaybetmenin suç olarak düzenlenmesi ve hukuk düzeninde yasaklanması için devletlerin muhtemel tedbirleri alacakları, 5.maddesinde ise zorla kaybetmenin sistematik şekilde uygulanmasının insanlığa karşı suç oluşturduğu ifade edilmiştir.

BM Sözleşmesi ileride “BM Sözleşmesi ve Getirdiği Koruma Mekanizması” başlığı altında daha detaylı incelenecektir.

3. Bir Hak Olarak ‘Zorla Kaybetmeye Maruz Bırakılmama’

BM sözleşmesi zorla kaybetmeye maruz bırakılmamayı otonom bir hak olarak düzenlemekte ve bu hakkın ihlalini herhangi bir şüpheyeye yer bırakmaksızın yasaklamaktadır. Sözleşmenin birinci maddesi kimsenin zorla kaybetmenin öznesi haline getirilemeyeceğine ilişkin bir düzenlemedir. Devamında ise, bu hakkın sınırlandırılmayan bir hak olduğunu gösteren ifadelere yer verilmektedir. Fiili savaş durumu, savaş tehdidi, ülke içindeki herhangi bir istikrarsızlık yahut kargaşa hali, herhangi bir kamusal acil durum ya da hangi istisnai koşullar olursa olsun zorla kaybetme uygulanamaz. Sayılan bu durumların hiç biri zorla kaybetmeyi meşru hale getirmez. Dolayısıyla söz konusu hakkın, yaşam hakkı ya da işkence yasağında olduğu gibi ‘ekirdek haklar’ kategorisinde yer aldığını söylemek yanlış olmayacaktır.

4. Zorla Kaybetme’nin Diğer Haklarla Bağlantısı

Zorla kaybetme suçu aynı anda birden fazla hakkın ihlaline sebep olmaktadır. Dolayısıyla, bu suç sebebiyle tek başına zorla kaybedilmeye maruz bırakılmama hakkının ihlal edilmesi, kaybedilen kişinin sahip olduğu diğer bazı hakları da doğrudan etkilemektedir. Aslında zorla kaybetme pratiğinin en temel unsuru olan, hukukun koruması dışına çıkarma eylemi gerçekleştiği anda, kişi neredeyse bütün haklarını kullanmaktan mahrum edilmektedir. Ancak bizim burada kastettiğimiz zorla kaybetmenin spesifik olarak ihlal ettiği temel bazı haklardır. “İşkence, insanlık dışı ve aşağılayıcı muameleden korunma, yaşam hakkı, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı,

adil ve kamuya açık(şeffaf) yargılanma hakkı, gerçeği bilme hakkı, hukuki statüsünün tanınması ve hukuk önünde eşit korunma hakkı”²²³ ihlal edilen haklar arasındadır.

Zorla kaybetme uygulamalarında kaybedilen kişiler genellikle işkence gördükleri bir gözaltı, tutukluluk ya da kaçırılma evrelerinden geçmektedirler. İşkence görmeseler dahi insanlık dışı ve aşağılayıcı muameleye tabi tutulmaktadırlar.²²⁴ Dolayısıyla öncelikle işkence ve insanlık dışı muameleye tabi tutulmama hakkı ihlal edilmektedir. Çoğu zorla kaybetme ölümle sonuçlanabilmekte böylece yaşam hakkı ihlal edilmektedir. Özgürlük ve güvenlik hakkı ise zaten kaybedilen kişi özgürlüğünden yoksun bırakıldığı, karanlık bir belirsizliğe gömüldüğü için yok sayılmaktadır. Nihayet adil yargılanma ve hukuki yollara başvurma hakkını kullanabilmek ise, kaybedilen kişi hukukun koruması dışına çıkarıldığı için mümkün olmazken, kaybedilenin yakınları açısından da kaybedilenin akıbetinin belirsizliği ve fail olduğu düşünülen kişilerin eylemlerini inkar etmeleri ve bilgi sunmamaları dolayısıyla etkisiz hale gelmekte ya da getirilmektedir.

5. Zorla Kaybetme'nin Tanımına İlişkin Genel Değerlendirme

Yukarıda yer verdiğimiz tanımlarda da görüldüğü üzere gerek Amerikalılararası sözleşme, gerekse Birleşmiş Milletler'in sözleşmesinde zorla kaybetme tanımlanırken bire bir benzer ifadeler kullanılmasa da içerik ve unsurlar açısından tanım aynıdır. Tanımları detaylı şekilde incelediğimizde, zorla kaybetmeden bahsedebilmek için öncelikle herhangi bir yolla ki bu tutuklama, gözaltına alma ya da kaçırma şeklinde de olabilir, kişi ya da kişilerin özgürlüğünden yoksun bırakılması gerekmektedir. Özgürlüğünden yoksun bırakma eylemi herhangi bir üçüncü kişi tarafından değil doğrudan ya da dolaylı olarak devletle bağlantılı kişilerce yapılmalıdır. Bu kişiler devletin resmi görevlileri olabileceği gibi, devletin emri, desteği hatta rızası, göz yummasıyla hareket eden kişi ya da gruplar olabilir. Önemli olan resmi görevli olmasa bile, bu eylemi yerine getiren kişi ya da kişilerin bir şekilde dolaylı olarak da olsa

²²³ Intersessional Open-ended Working Group Report E/CN.4/2003/71, prg.16, <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G03/109/43/PDF/G0310943.pdf?OpenElement>. (erişim tarihi:15.08.2015)

²²⁴ Kirsten, Anderson; Kirsten, Anderson; “How Effective is the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance Likely to be in Holding Individuals Criminally Responsible for Acts of Enforced Disappearance?”, **Melbourne Journal of International Law**, Vol.7, s.261

devletle bağlantılı olmalarıdır. Aynı zamanda bu kişilerin eylemlerini reddetmeleri, tamamıyla inkar politikası izlemeleri yahut bilgi vermekten kaçınma ya da susma yoluyla, kaybedilen kişinin nerede ve ne şekilde tutulduğunu gizlemeleri yahut öldürülmüşse bunu da gizli tutmaları söz konusudur. Dolayısıyla kaybedilen kişi hukukun koruması dışına çıkarılmaktadır. Kaybedilen kişinin koruma isteyecek konumda olmamasına ek olarak, kişinin yakınlarının da muhtemel yargılama talebinin önüne set çekilmektedir. Çünkü devlet görevlileri eylemlerini reddetmekte ya da bilgi vermemekte ve gizlemekte olduklarından kaybedilen kişinin yakınlarının elinde sadece iddiaları bulunmaktadır. Yukarıda bahsettiğimiz sözleşmelerdeki tanımlardan çıkarımla zorla kaybetmenin varlığı için gerekli olan şartların bunlarla sınırlı olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

B. Bir Suç Tipi Olarak Zorla Kaybetme

1. Zorla Kaybetmenin Özel Bir Suç Tipi Olarak Düzenlenmesi Gerekliliği Tartışması

Zorla Kaybetme uygulaması yaygın bir uygulama olmasına rağmen çoğu ülkede bir suç olarak düzenlenmemektedir. Uluslararası ve bölgesel örgütlerin çalışmaları sonucu bir farkındalık oluşturulmaya çalışılmış ve süreç içinde suç olduğuna açıkça yer verilen düzenlemeler yapılmıştır. BM sözleşmesinin 4.maddesinde zorla kaybetme uygulamasının taraf devletlerin iç hukuklarında, ceza hukuku kapsamında bir suç olarak düzenlenmesi gerekliğine yer verilmiştir. 5.maddede ifade bulan ise, söz konusu uygulamanın sistematik ve yaygın şekilde gerçekleştirilmesi halinde uluslararası hukukta tanımlandığı gibi insanlığa karşı suç kapsamında değerlendirileceğidir. Aynı şekilde, Roma Statüsü'nün 7.maddesinde de zorla kaybetme açıkça insanlığa karşı suçlar arasında sayılmıştır. Sonuç olarak zorla kaybetme bağlantılı suçlar olan, insan öldürme, özgürlüğünden yoksun bırakma, işkence gibi suçlardan ayrı olarak kendi başına bir suç olarak kabul edilmektedir. Zorla kaybetme ile alakalı Amerikalılararası sözleşme ve BM sözleşmesinin ihlali halinde devletlerin sorumluluğuna gidilirken, Roma Statüsü ile zorla kaybetme bireysel cezai sorumluluk da doğuran bir uluslararası suç haline gelmiştir.²²⁵ Hem taraf devletlerce iç hukuklarında ceza hukuku bağlamında suç olarak düzenlenmesi öngörülen hem de

²²⁵ Alpkaya, Gökçen; "Uluslararası Hukukta Zorla Kaybetmeler", **Zorla Kaybetmeler ve Yargının Tutumu**, Hakikat, Adalet ve Hafıza Çalışmaları Derneği Yayınları, İstanbul 2013, s.47

Roma Statüsü kapsamında bireysel cezai sorumluluk doğuran bir suç tipi olarak zorla kaybetmeyi unsurları ve kendine has özellikleri açısından incelemeye çalışacağız.

Fakat daha önce şunu belirtmek gerekir ki zorla kaybetmeyi ceza hukuku bağlamında suç olarak düzenlemek oldukça zor görünmektedir. Bunun iki sebebi olduğu kanaatindeyiz. İlk olarak zorla kaybetmenin özel bir suç tipi olarak düzenlenip düzenlenmemesi gerekliliğine olan inanç ve bu konudaki çaba önem arz etmektedir. Şöyle ki, bizim zorla kaybetme açısından bağlantılı suçlar olarak gördüğümüz, özgürlükten yoksun bırakma, öldürme yahut adaleti yanıltma(bilgi vermeyerek veya gizleyerek) gibi suçları ceza kanununda düzenlemeyi yeterli gören bir tutum sergilenmektedir.²²⁶ Dolayısıyla, zorla kaybetmeyi otonom bir suç olarak düzenlemek yerine bu uygulamanın yaşanması halinde, zaten kanunda mevcut olan öldürme ya da özgürlükten yoksun bırakma suçunun bu duruma uygulanması düşünülebilir. İkinci olarak, zorla kaybetme gibi bir suç ihdas etmenin teknik zorluğu da dikkate alınmalıdır. Genel anlamda bir suç öngörürken unsurlarını çok açık ve anlaşılır şekilde belirtmek, yoruma mahal vermeyecek şekilde kesin ve belirli eylemlere yer vererek somut bir tip ortaya koymak gerekir. Zorla kaybetmenin, niteliği itibarıyla, çok kesin çizgilerle belirlenebilen bir suç tipi olduğunu söylemek zor görünmektedir. Bu suça teşebbüs mümkün müdür? Failin belirlenmesi kolay olacak mıdır? Suça iştirak edenlerin ya da herhangi bir şekilde katılan, yardım edenlerin birbirinden ayrılması mümkün olacak mıdır? Devlet sürekli inkar ettiği yahut bilgi vermediği için delillerin tespiti, kişilerin devletle bağlantılı ya da devletin desteği, onayı ile hareket ettiği nasıl açıklığa kavuşturulacaktır? Devlet'in fail kabul edilmesi nasıl zorluklar doğuracaktır? Bu gibi sorunların da zorla kaybetmeyi özel bir suç tipi olarak düzenlememe eğiliminde rol oynadığını düşünüyoruz.

Nihayet, söz konusu uygulamanın pozitif hukukta düzenlenmesinin zorluğundan olacak ki BM sözleşmesini kabul edip onaylayan taraf devletlerden çok az bir kısmı zorla kaybetmeyi ceza kanununda özel bir suç tipi olarak düzenleyip, bu suçu uygun

²²⁶ Bunu BM sözleşmesini imzalayan ülkelerin Komiteye sundukları raporlarda görüyoruz. Çoğu devlet, Almanya, Fransa da dahil Ceza kanunlarında halihazırda insan öldürme, özgürlükten yoksun bırakma suçlarının bulunduğunu dolayısıyla zorla kaybetmeyi özel bir suç olarak düzenlemediklerini ifade etmişlerdir. Bkz; CED/C/DEU/1; GE. 13-45095, paragraph 21,22,23

yaptırma bağlamıştır.²²⁷ Örneğin, Fransa sözleşmeyi imzalayıp onaylamasına rağmen, zorla kaybetmeyi, ceza kanununda sadece insanlığa karşı suç olarak düzenlemiştir. Fransa'daki bazı sivil toplum kuruluşlarının Zorla Kaybetme Komitesi'ne(CED) sundukları öneride, Fransa'nın zorla kaybetmeyi kendi başına bir suç tipi olarak düzenlememesinin BM sözleşmesi'nin 4.maddesi kapsamındaki yükümlülüklerle aykırı olduğu iddia edilmiştir.²²⁸

Almanya'nın Zorla Kaybetme Komitesi'ne sunduğu 2013 tarihli rapora göre, Alman Ceza kanununda zorla kaybetme henüz otonom bir suç olarak düzenlenmemiştir.²²⁹ Öyle ki, raporda zaten böyle bir yükümlülüğün mevcut olmadığı iddia edilmiştir. Sözleşmenin 4.maddesindeki “zorla kaybetmenin suç sayılması için yasal düzeyde önlemler alınması gerekliliği” ifadesinin zorla kaybetmeyi ayrı, özel bir suç tipi olarak düzenleme zorunluluğu anlamına gelmediği, bu madde ile anlatılmak istenenin, devletlerin bu konuda kendilerine bırakılan seçimlik hakkı olduğudur. Yani devletler, zorla kaybetmeyi özel bir suç türü olarak da düzenleyebilir yahut bu suçu oluşturan bağımsız ayrı ayrı suçları da düzenlemekle yetinebilir. Alman ceza kanunu da zaten, zorla kaybetmenin kapsamında olan, adam öldürme, vücut dokunulmazlığı, hukuk dışı özgürlükten yoksun bırakma ve adaleti yanıltma gibi suçları ayrıca düzenlemiştir.²³⁰

²²⁷ Biz çalışmamız kapsamında öncelikle sözleşmeyi imzalayan devletlerin çoğunun ceza kanunlarının İngilizce versiyonlarını inceledik. Fakat çoğu devlet, zorla kaybetmeyi BM sözleşmesinin 4.maddesinde belirttiğinin aksine özel bir hüküm ile suç olarak düzenlenmemiştir. Kanunlarında zaten mevcut bulunan insanlığa karşı suçlara ilişkin hükümde sayma yoluyla zorla kaybetmeye de yer vermiştir. Kanımızca BM sözleşmesinin hazırlanış amacına bakıldığında bu durumun yeterli olduğu düşünülemez. Çünkü zaten sözleşme 5.maddesinde zorla kaybetmenin sistematik uygulanışının, insanlığa karşı suç olduğunu ifade etmiştir. 4.maddenin özellikle ve açıkça hükme bağlanmasındaki amacın, insanlığa karşı suçlardan ayrı olarak, yani sistematik bir uygulama olmasa bile söz konusu pratiğin, ceza kanununda özel bir suç tipi olarak düzenlenmesinin gerekliliği olduğu kanaatindeyiz. Zorla Kaybetme Komitesi'nin kendisine sunulan raporları değerlendirdiği raporlarda da (bkz; Almanya'nın raporuna yaptığı yorum; CED/C/DEU/CO/1, paragraph 7,8) görüyoruz ki, zorla kaybetmeyi oluşturan bağımsız suçların varlığı yeterli olmayıp sözleşmenin 4.maddesi zorla kaybetmeyi otonom bir suç olarak düzenlemeyi yüklemektedir. Aynı şekilde, BM Zorla Kaybetmeye İlişkin Çalışma Grubu'nun 10 Ocak 2008 tarihli genel yorumunda “ Her ne kadar ülkeler, ceza kanunlarında Bildirideki tanıma birebir yer vermekle yükümlü olmasalar da, özgürlükten yoksun bırakma, adam kaçırmaya gibi bağlantılı suçlardan bir şekilde açıkça ayırt edilebilen, zorla kaybetme tanımına yer vermeyi garanti etmelidirler” ifadeleri kullanılmıştır.(Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances, A/HRC/7/2, p.11, paragraph 3)

²²⁸ “Summarized Submission in view of the upcoming Consideration of the Report of France regarding its Implementation of the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance” (CED/C/FRA/1), March 2013, paragapf 12, 14

²²⁹ 25 Mart 2013 tarihli Zorla kaybetme Komitesine sunulan Almanya raporu, **CED/C/DEU/1; GE. 13-45095**, paragraf 20.

²³⁰ **CED/C/DEU/1; GE. 13-45095**, paragraph 21,22,23

Alman devleti, Sözleşme'nin 5.maddesi kapsamında, zorla kaybetmeyi insanlığa karşı suç olarak düzenlediklerini belirtmiştir. Bunun dışında, Belçika da zorla kaybetmeyi otonom bir suç olarak düzenlememiş olup, Komite'ye sunduğu raporda zorla kaybetmeyle bağlantılı suçların Ceza kanununda zaten yer aldığını ifade etmiştir.²³¹

Arjantin ise zorla kaybetmeyi ceza kanununda ayrı bir suç olarak düzenleyen devletler arasındadır. Komiteye sunulan raporda, zorla kaybetmenin, Arjantin Ceza Kanununun V. başlık ve I.bölümünde özgürlüğe karşı suçlar başlığı altında düzenlendiği ifade edilmiştir.²³² Arjantin Ceza Kanunu'nun 142.maddesi genel olarak özgürlüğünden yoksun bırakma suçu ve bu suçun nitelikli halini düzenlemektedir. 2007 yılında ise bu maddeye bir ek hüküm konmuş(142ter) ve 2008 yılında yürürlüğe girmiştir.²³³ Eklenen fıkrada zorla kaybetmenin tanımı BM sözleşmesindeki ile aynı bırakılarak, bu eylemi gerçekleştiren kişi ya da kişilerin 10 yıldan başlayarak, 25 yıla kadar hapis cezası ve buna ek olarak hayat boyu kamu görevi ya da özel güvenlikle ilgili görevlerden men edilecekleri yaptırıma bağlanmıştır. Devamında ise, mağdurun ölmüş olduğu hallerde cezanın ömür boyu hapis olduğu belirtilmiştir. Buna ek olarak, zorla kaybetmenin hamile kadına, 18 yaşın altında ya da 70 yaşın üstündeki kişilere ya da engelli bir kişiye karşı işlenmesi halinde, yaptırım yine müebbet haptistir. Son fıkrada ise, mağduru serbest bırakan ya da hayatta olduğu ve nerede tutulduğuna ilişkin etkili bilgi veren fail ya da suça katılan kişinin cezasının en fazla yarı oranında, en az üçte biri oranında düşürüleceği hükme bağlanmıştır.²³⁴

Güney Amerika ülkelerinden Uruguay da zorla kaybetmeyi ceza kanununda düzenlemiştir.²³⁵ Buna karşılık, Brezilya, Şili, Costa Rika, Peru ve Colombia gibi

²³¹ 8 Temmuz 2013 tarihli Zorla Kaybetme Komitesine sunulan Belçika raporu, CED/C/BEL/1; GE.13-49496, paragraph 28, 32. Raporda, ülkede zorla kaybetmeyle ilgili herhangi bir rapor, yargı kararı ya da istatistik bilgi bulunmadığı da ifade edilmiştir(paragraph 16,19). Avrupa ülkelerinden İspanya ve Portekiz sözleşmeyi onaylamış fakat ceza kanunlarında ayrıca düzenlememişlerdir.

²³² 21 Aralık 2012 tarihli rapor, **CED/C/ARG/1; GE.13-40554**, paragraph 18,19,21

²³³ Arjantin Ceza Kanunu 142(ter).maddesi; *"A sentence of 10 to 25 years' imprisonment and general disqualification for life from exercising any public office or private security duties shall be imposed on public officials or persons or members of a group of persons who, acting with the authorization, support or acquiescence of the State, deprive one or more persons of their freedom in any way, when this act is followed by an absence of information or a refusal to acknowledge that deprivation of freedom or to give information the whereabouts of that person."*

²³⁴ Arjantin Ceza Kanunun ilgili maddesinin İspanyolca'dan çevirisi Av. Hilal Ayan tarafından yapılmıştır. Ayrıca, kanunun İngilizce çevirisinden de faydalanılmıştır.

²³⁵ Komiteye sunulan 2012 tarihli Uruguay raporu; CED/C/URY/1, paragraf 65-67; http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/ (erişim tarihi: 08.05.2016)

lkeler sözleşmeyi imzalamış olmalarına rağmen henüz ceza kanunlarında ayrı bir suç olarak dzenlememilerdir.²³⁶

Türkiye, sözleşmeyi imzalamamı olsa bile, ülkemiz açısından da değerlendirecek olursak, zorla kaybetmenin TCK'da düzenlenen kasten öldürme suçunun nitelikli haliyle(82.madde) benzerlik gösterdiği düşünülebilir. Söz konusu kanun hükmünde nitelikli haller sayılırken, kasten öldürmenin "bir suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak veya işlenmesini kolaylaştırmak ya da yakalanmamak amacıyla" işlenmesi de bu grupta sayılmıştır. Zorla kaybetme açısından bakıldığında, ne gerekçeyle olursa olsun (bir gr bastırmak, bir kargaayı önlemek de olabilir) amaç suç, kişinin ortadan kaldırılması yani kasten öldürülmesi gibi görünmektedir. Daha sonra suçu gizleyebilmek adına cesetler saklanmakta, gömülmekte bir Şekilde yok edilmektedir. Yahut başka bir açıdan, maksat suç-araç suç ilişkisi içinde bakıldığında ki zorla kaybetmeyi sadece sonuç olarak ele aldığımızı varsayalım, burada maksat suç bir grubu, rgt sindirmek, araç suç ise kasten öldürme olarak karşımıza çıkabilecektir. Burada belirtmek istediğimiz, aslında bizim ülkemiz de dahil her ülkenin mevzuatında zaten zorla kaybetmeyle benzerlik gösteren, ya da devletleri özel bir suç olarak zola kaybetmeyi düzenlemeye gerek olmadığı hususunda düşündüren mevcut hükümler vardır. Ancak, bu hükümlerin tipik manada zorla kaybetmeyle gerçekten rtp örtüşmediği, zorla kaybetmenin hak ihlali anlamında suç ve ceza arasındaki orantılılık açısından, mevcut hükümlerin yeterli olup olmayacağı titizlikle tartıılmalı ve bu yönde devletlerin harekete geçmeleri gerekmektedir.

Sonuç olarak, uluslararası arenada, zorla kaybetmenin özel bir suç tipi olarak düzenlenip düzenlenmemesi konusunda bir konsensüsün varlığından söz etmek zor görünmektedir. En azından, zorla kaybetmeye maruz bırakılmama hakkının, örneğin, ifade zgrlğinde olduğu kadar tüm ülkelerin kolayca tanıdığı ve hukuklarına dahil ettikleri bir hak olmadığını belirtmek gerekir. Taraf devletlerin çoğu, zorla kaybetmenin otonom bir suç olarak düzenlenmesi gerektiği konusunda tam anlamıyla ikna olmamış görünmektedir. Çünkü çoğu taraf devlet, ki bunu sunmuş oldukları raporlardan anlıyoruz, zorla kaybetmenin bünyesinde bulunan diğer suçları

²³⁶ Zorla kaybetme Komitesi online sayfasında taraf devletlerin Komite'ye sunmuş oldukları raporlara yer vermektedir. <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CED/Pages/ConventionCED.aspx>.

düzenlemiş olmayı yeterli görmektedir. Dolayısıyla, bütün ülkelerce tanınmıyor oluşu ve zorla kaybetmeye ilişkin bir uzlaşmanın bulunmaması sebebiyle, devletler üzerinde herhangi bir politik baskı doğmamakta haliyle onlar da esnek davranabilmektedir. Oysa, BM Çalışma Grubu genel yorumunda, zorla kaybetmenin kendi başına tek bir suç oluşturduğunu ve bileşik nitelikte bir suç olduğunu vurgulamıştır.²³⁷ Hakikaten, zorla kaybetme tipikliği itibariyle, tam anlamıyla bir bileşik suçtur. Bileşik suç; “Her biri bağımsız suçları oluşturan fiillerin unsur olarak bir araya getirilerek, tek fiil oluşturması ve yeni bir suç meydana getirmesi..”dir.²³⁸ Bileşik suçun varlığı halinde tek bir suçtan bahsedilir, onu meydana getiren her biri müstakil bir suç oluşturan suçlar, ayrı ayrı ele alınmaz. Zorla kaybetme üzerinden değerlendirecek olursak, temelde bulunan özgürlüğünden yoksun bırakma suçunun etrafında örgülenen diğer bazı suçların da bir araya gelmesiyle yeni ve tek bir suç yani zorla kaybetme meydana gelmektedir. BM çalışma grubu burada özgürlüğünden yoksun bırakma ile birleşen unsurları, işkence ve insanlık dışı muamele, hukuk önünde kişi olarak tanınmanın engellenmesi, kişi özgürlüğünün ve güvenliğinin tehlikeye düşürülmesi ve çoğu zaman da yaşam hakkının engellenmesi(öldürme)olarak saymıştır.²³⁹ Dolayısıyla her ne kadar bazı taraf devletler, özgürlüğünden yoksun bırakma ya da öldürme suçunun düzenlenmesini yeterli görseler de Zorla Kaybetme komitesi, söz konusu uygulamanın otonom bir suç olduğunu ve sözleşmenin 4.maddesinin de zorla kaybetmeyi ayrıca düzenleme yükümlülüğü yüklediğini kabul etmektedir.²⁴⁰ Kanaatimizce de zorla kaybetme tek başına bir suç tipini oluşturmalıdır. Özgürlüğünden yoksun bırakma, zorla kaybetmeyi ifade etmek için yeterli olamaz. Çünkü, burada kişinin gerçekten de hukukun koruması dışına çıkarılması ve uzun süreli olarak insanlık dışı muamaleye tabi tutulması da mevcuttur. Yani, bu eylemlerin ayrı ayrı ele alınması ve birden fazla eylemin varlığından söz etmekten çok, hukuki açıdan tek bir fiilin varlığını kabul etmek yerinde olacaktır. Zorla kaybetmede, bileşik suçlarda olduğu gibi “birden fazla hukuki değeri ihlal eden hareketler tek fiil sayılarak bir suç tanımı içinde

²³⁷ Çalışma Grubunun 2011 tarihli raporunda yer verdiği genel yorumda(A/HRC/16/48, p.11) ‘zorla kaybetme bazı eylemlerin kombinasyonu değil, tek başına ve bileşik suç niteliğindedir’ denilmiştir.

²³⁸ Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan; **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınları, Ankara 2015, s.521

²³⁹ Çalışma Grubunun 2011 tarihli raporunda ; A/HRC/16/48, p.11

²⁴⁰ Çalışma Grubu’nun 2012 tarihli raporu; A/HRC/19/58/Rev.1, parag. 53, s.13; http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session19/A-HRC-19-58-Rev1_en.pdf.

birleştirilmektedir.”²⁴¹ Aslında, failin amacı açısından inceleyince de bu sonuca varabiliriz. Zorla kaybetmenin sadece, birini özgürlüğünden yoksun bırakma amacıyla yapıldığını kabul edemeyiz. Zorla kaybetme daha karmaşık bir suçtur. En azından amaç bakımından ele alınırsa, kişiler sırf özgürlüğünden yoksun bırakma amacıyla değil, bir kargaşa durumundan bahisle hukukun koruması dışına çıkarılmaktadır. Çalışma grubu da raporunda, bu uygulamanın hala, bazı devletler tarafından, ülkelerinde yaşanan çatışma ya da iç kargaşa halleriyle baş etmede bir araç olarak kullanıldığını belirtmekle²⁴², devletlerin bu uygulamaya başvurmakta amaçlarını ortaya koymaktadır. Sonuç olarak zorla kaybetmenin amacı, tek başına özgürlüğünden yoksun bırakma, işkence ve insan onuruna aykırı muamele yahut öldürme olmadığından, ayrı bir suç olarak ele alınmalıdır.

Bu aşamadan sonra sözleşmenin verdiği tanım çerçevesinde bir suç tipi olarak zorla kaybetmeyi, tipiklik, faillik, mağdur ve kast gibi unsurları açısından incelemeye çalışacağız.

2. Zorla Kaybetme Suçunun Unsurları

a. Tipiklik

Nasıl hırsızlık, soykırım, insan öldürme ve işkence başlı başına bir suç kabul ediliyor ise, zorla kaybetme de belli tipik eylemler bütününe gerçekleşmesi halinde suç sayılan bir fiildir. Burada tipiklik ile kastettiğimiz zorla kaybetmeyi tanımlayan belgelerden çıkarım yaparak ortaya koymaya çalışacağımız zorla kaybetmenin, özellikleri ve görünüm şeklidir. Özellikle bu hususta iki unsurun birlikte varlığı şarttır. Eylemin varlığı için gerekli iki unsur, özgürlükten yoksun bırakma ve hukukun koruması dışına çıkarmadır.

i. Özgürlükten Yoksun Bırakma

Özgürlükten yoksun bırakma eylemi, zorla kaybetmenin en temel unsurudur. Çünkü diğer bütün unsurlar bu eylemin etrafında örgülenmektedir. Özgürlükten yoksun bırakma çeşitli şekillerde yapılabilir. İlgili BM sözleşmesi'nin 2.maddesine göre özgürlükten yoksun bırakma, gözaltına alma yoluyla yapılabileceği gibi, tutuklama

²⁴¹ Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan; **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.521

²⁴² Çalışma Grubu'nun 2012 tarihli raporu; **A/HRC/19/58/Rev.1**, parag.50

yahut kaçırma yoluyla da yapılabilir. Sözleşme bunları saydıktan sonra “diğer herhangi bir biçimde özgürlüğünden yoksun bırakma” ifadesini de kullanarak söz konusu eylemi sadece tutuklama, kaçırma ya da gözaltına alma ile sınırlamamıştır.²⁴³ Amerikalılararası sözleşme ise doğrudan “hangi yolla olursa olsun” ifadesini kullanarak sayma yolunu tercih etmeyerek herhangi bir şekilde özgürlüğünden yoksun bırakmanın zorla kaybetme için yeterli olacağını kabul etmiştir.

İki sözleşme açısından da özgürlüğünden yoksun bırakma eyleminin hukuka uygun yahut hukuk dışı yollarla yapılması önem arzetmemektedir. Nitekim BM sözleşmesinde gözaltına alma ve tutuklama gibi hukuka uygun yollar sayıldığı gibi hukuka aykırı şekilde kişinin kaçırılarak özgürlüğünden yoksun bırakılması da ifade bulmaktadır. Hukuka aykırı bir gözaltı veya tutuklamadan kasıt, usulüne uygun yapılmamasıdır. Amerikalılararası sözleşmede ise sayma yoluyla sınırlama yapılmamış, herhangi bir yolla özgürlükten yoksun bırakma ifadesi ile yetinilmiştir. Dolayısıyla “zorla kaybetme herşeyiyle hukuka uygun bir gözaltı veya tutuklama ile başlayabileceği gibi, daha ilk aşamasında esas veya usul bakımından hukuka aykırı bir gözaltı veya tutuklama ile de başlayabilir.”²⁴⁴

ii. Hukukun Koruması Dışına Çıkarma

Kaybedilen kişinin hukukun koruması dışına çıkarılması BM sözleşmesinin 2.maddesinde “..sonuçta kayıp kişinin hukukun koruması dışında kalması durumunu..” ifadeleriyle yer bulmaktadır. Aslında hukukun koruması dışına çıkarma ilk etapta zorla kaybetme suçunun sonucu gibi görünse de bundan anlaşılması gereken devlet yetkililerinin eylemlerini reddetmeleri, kişinin nerede ve ne durumda olduğunu gizlemeleri yoluyla kişiyi hukukun koruması dışında bırakmalarıdır. Birleşmiş Milletler Zorla Kaybetmeye Karşı Çalışma Grubunun 2011 tarihli “Zorla kaybetme bağlamında hukuk önünde kişi olarak tanınma hakkına ilişkin genel yorum”unda,

²⁴³ Bazı kaynaklarda kullanılan gözaltında kaybetme ya da gözaltında kayıp terimleri bu sebeple yeterli değildir. Gözaltında kaybetme ve zorla kaybetme basit bir ifade farklılığı olarak düşünülmemeli anlam olarak farklı oldukları gözden kaçırılmamalıdır. Zorla kaybetme sadece gözaltına alma yoluyla gerçekleşmediği için, zorla kaybetme terimi için gözaltında kaybetme terimini tercih etmek yanlış olacaktır. Nitekim gözaltında kaybetme çok sınırlı bir alanı ifade etmektedir. Terimin lafzi yorumuyla ancak gözaltına almak suretiyle özgürlüğünden yoksun bırakmayı anlayabiliriz. Oysa, kişiler kaçırılmak suretiyle de özgürlüğünden yoksun bırakılarak hukukun koruması dışına çıkarılmaktadır.

²⁴⁴ Alpkaya, Gökçen; “Uluslararası Hukukta Zorla Kaybetmeler”, s. 48

zorla kaybetmenin en temel unsurlarından olan hukukun koruması dışına çıkarma eylemi ile hukuk önünde kişi olarak tanınma hakkı arasında çok önemli bir bağın mevcut olduğuna değinmiştir. Söz konusu genel yorumda, hukukun koruması dışına çıkarılmak ile neyin kastedildiğine de yer verilmiştir. “Hukukun koruması dışına çıkarmak ile kastedilen sadece yetkililerce gözaltı ya da tutukluluğun reddedilmesi, kişinin akıbetinin ya da nerede olduğunun gizlenmesi değildir. Aynı zamanda kişinin özgürlüğünden yoksun bırakıldığı sürece hukuken kendisine tanınan tüm haklardan mahrum edilmesi, hukuki bir belirsizliğin içinde ve tamamen savunmasız bir şekilde bırakılmasıdır.”²⁴⁵ Yine söz konusu genel yorumda, zorla kaybetmenin, kişinin hukuk dünyasındaki varlığının ve buna bağlı sonuçların reddedilmesi, kişinin hak ve özgürlüklerinin kullanılmasının engellenmesi olduğu da ifade edilmiştir.

Amerikalılararası sözleşmenin 2.maddesinde ‘hukukun koruması dışına çıkarma’ ifadesine açıkça yer verilmemiş olsa da, ‘özgürlüğünden yoksun bırakma ile ilgili gerçeğin reddedilmesi, kişinin nerede olduğuyla ilgili bilgi vermektan kaçınılması dolayısıyla kişinin uygulanabilir hukuki yollara ve usuli bazı güvencelere başvurmasının önüne geçilmesi..’ ifadeleri kullanılmıştır. Söz konusu maddeden yorumla, hukukun koruması dışına çıkarma eyleminin, aslında yine BM sözleşmesinde de bahsettiğimiz gibi, kişiyi, yasal koruma talebinden mahrum bırakarak, hukuk önünde kişi olarak tanınma hakkını tamamen ortadan kaldırarak, hukuki güvencelerin dışına taşımak olduğunu söyleyebiliriz. Zaten sözleşmede kişinin ‘uygulanabilir yasal yollara ve usuli güvencelere başvurmasının önüne geçilmesi’ ifadesi ile anlatılmak istenen hukuk dünyasında bir çözüm arayışına izin verilmemesidir.

Diğer önemli bir nokta ise, hukukun koruması dışına çıkarma eyleminin, Amerikalılararası sözleşmede bahsedilenin aksine, sadece kaybedilen kişinin hukuki çarelere başvurmasının engellenmesi değil, kaybedilenin yakınlarının da “hukuki hareket imkanlarının ortadan kaldırılması, dolayısıyla onların da hak arama özgürlüklerinin ihlal edilmesi” anlamına geldiği gözden kaçırılmamalıdır.²⁴⁶

²⁴⁵ BM Zorla Kaybetmeye Karşı Çalışma Grubunun 2011 tarihli ‘Zorla kaybetme bağlamında hukuk önünde kişi olarak tanınma hakkına ilişkin Genel Yorum’u için bkz: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disappearances/GCRecognition.pdf>. (Erişim Tarihi: 05.08.2015)

²⁴⁶ Alpkaya, Gökçen; “Uluslararası Hukukta Zorla Kaybetmeler”, s. 53

Amerikalılararası sözleşmedeki ifadelerin dar yorumlanmaması, hukukun koruması dışına çıkarma eyleminin geniş yorumlanarak hak arama yollarının her şekilde önüne geçilmesi anlamında değerlendirilmesi gerekir. Kabul etmek gerekir ki kaybedilen kişi zaten büyük bir çaresizlik ve savunmasızlık içinde olduğu için kendi hakkını arama imkanı kalmamıştır. Bu sebeple, onun adına hak arayacak yakınlarının²⁴⁷ hukuki yollara başvurmasının önüne geçilmesi, hukukun koruması dışına çıkarma eyleminin kapsamına dahildir.

Sonuç olarak gerek BM sözleşmesi, gerekse Amerikalılararası sözleşme yorumlanırken, zorla kaybetmenin en önemli unsurlarından olan hukukun koruması dışına çıkarma eyleminin, kaybedilen kişinin ve yakınlarının ‘özgürlükten yoksun bırakmaya karşı başvurabilecekleri bütün hukuki yolların kapatılması’²⁴⁸ olarak anlaşılması gerekir.

b. Fail Açısından Zorla Kaybetme

Zorla kaybetmenin en ayırdedici özelliklerinden biri suçun faili ile alakalı husustur. Çünkü şuna kadar bahsi geçen, özgürlüğünden yoksun bırakma ve hukukun koruması dışına çıkarma unsurları düşünüldüğünde, özgürlüğünden yoksun bırakma, öldürme(cesedin saklanması halinde) suçunda da genel olarak benzer bir görünüm söz konusudur. Zorla kaybetmeyi bu suçlardan ayıran özelliklerden biri de failin kim olduğu konusudur. BM bildirisinde, Amerikalılararası sözleşmede ve BM sözleşmesinde bu hususta sayılanları kategorize ettiğimiz takdirde fail olarak; devlet görevlileri(ajanları, memurları), devletin emir veya yetkisi, desteği, rızası(onayı veya göz yumması) ile hareket eden kişi veya gruplar karşımıza çıkmaktadır.

Devlet görevlileri olarak belirtilen kategoriden, devletin resmi görevlileri anlaşılmalıdır. Daha açık bir ifade ile kişiyi hukuka uygun şekilde özgürlüğünden yoksun bırakmaya yetkili olan kişiler kastedilmektedir. Ancak bunu sadece kolluk görevlilerine indirgemek de yanlış olacaktır. Özgürlüğünden yoksun bırakma işlemini uygulayanlar kadar bu kararı verenlerin de fail sıfatını haiz devlet görevlileri grubunda

²⁴⁷ BM Çalışma Grubunun söz konusu genel yorumunda, özellikle kaybedilenin yakınlarının da haklarının ihlal edildiği üzerinde durulmuştur. Çalışma Grubunun yorumundan anlaşılan zorla kaybetmede mağdur, sadece kaybedilen değil, aynı zamanda kaybedilenin yakınlarıdır. Dolayısıyla hukukun koruması dışına çıkarma onları da kapsayacak şekilde genişletilerek yorumlanmalıdır.

²⁴⁸ Alpkaya, Gökçen; “Uluslararası Hukukta Zorla Kaybetmeler”, s. 53

sayılmaları gerekir.²⁴⁹ Görüldüğü üzere burada fail, hukuka uygun şekilde başlayan bir gözaltı ya da tutuklamayı gerçekleştiren, buna karar veren, verilmesini sağlayan devlet görevlileridir.

Devlet görevlileri dışında sayılan, devletin emri, yetkisi, desteği ya da rızası ile hareket eden kişi veya gruplar da zorla kaybetme uygulamasının faileri arasındadır. Madde metninde devletin yetki vermesi, desteği ya da göz yummasının hangi oranda, hangi yolla ve ne şekilde olacağına ya da bundan ne anlaşılması gerektiğine dair herhangi bir açıklamaya yer verilmemişse²⁵⁰ de açıktır ki buradaki maksat, sayılan kişi veya grupların asgari düzeyde bile olsa devlet ile bağlantılı olmaları gerekliliğidir. Zaten sayılan sözleşmeler Roma Statüsünün aksine bireysel cezai sorumluktan ziyade devlet sorumluluğuna yönelik olduğu için, devletin yetki vermesi, onayı ya da desteğinin hangi yolla ve ne oranda olduğuna dair detaylı bilgi içermemesi bir eksiklik olarak görülmemektedir.²⁵¹

Belirtmeliyiz ki Roma Statüsü bu hususta saydığımız sözleşmelerden bazı noktalarda ayrılmaktadır. Statü’de zorla kaybetme, belli bir topluluğa karşı sistematik ve geniş çapta uygulanması bakımından insanlığa karşı suçlar arasında sayılmıştır. Faillik açısından ise Statü’nün 7/2.maddesinin (i) bendinde kaybolan kişilerden anlaşılması gerekenin ne olduğu açıklanırken, “..devlet ya da politik bir örgüt tarafından, onların yetkilendirmesi, desteği, bilgisi dahilinde..” ifadelerine yer verilmiştir. Devlet dışında yani devletle bağlantısı olmayan bir örgüt tarafından sistematik ve yaygın şekilde zorla kaybetme uygulamalarının varlığı halinde söz konusu insanlığa karşı suçun faili, bir politik örgüt ve bu örgüte mensup kişiler de olabilecektir. Zaten Roma Statüsü ile kurulan Uluslararası Ceza Mahkemesi, bu bağlamda kişilerin şahsi cezai sorumluluğuna hükmedebilmektedir.

Sonuç olarak, zorla kaybetmenin faili olan kişilerin doğrudan ya da dolaylı olarak devletle bağlantısı olması şarttır. BM çalışma grubunun zorla kaybetmenin tanımına ilişkin genel yorumunda da açıkça, devletle bağlantısı olmayan kişi veya gruplarca

²⁴⁹ Alpkaya, Gökçen; “Uluslararası Hukukta Zorla Kaybetmeler”, s.54

²⁵⁰ Bu hususta gerek BM Çalışma Grubunun genel yorumunda, gerekse sözleşmenin hazırlık çalışmaları ile ilgili raporlarda herhangi bir yorum ya da açıklamaya rastlanmamıştır.

²⁵¹ Alpkaya, Gökçen; “Uluslararası Hukukta Zorla Kaybetmeler”, s.54

işlenen zorla kaybetme benzeri fiillerin bu kapsamda kabul edilmediği, dolayısıyla çalışma grubunun bu vakaları kabul etmediği belirtilmiştir.²⁵²

c. Mağdur Açısından Zorla Kaybetme

BM sözleşmesi 24.maddesinde “Mağdur, kaybedilen kişi ve zorla kaybetmeden doğrudan zarar gören herhangi biridir.” düzenlemesine yer vermektedir. Zorla kaybetmeden doğrudan zarar gören kişiler arasında kaybedilenin yakınlarının da yer alacağı şüphesizdir. Dolayısıyla, zorla kaybetme pratiğinin mağdurları zorla kaybedilenler ve onların yakınları olarak ayrı ayrı incelenmelidir.

i. Zorla Kaybedilenler

Zorla kaybetme uygulamalarında öncelikle mağdur, bu fiilden doğrudan etkilenen olması sebebiyle kaybedilen kişidir. Hukukun koruması dışına çıkarılarak ve haklarından yoksun bırakılarak mağdur edilmiştir. Bazı suçların aksine zorla kaybetmenin mağduru kabul edilmek adına belli şartları taşıyor olmak gerekmez. Zorla kaybetmenin mağduru, yaşlı çocuk, kadın, erkek, sivil veya devlet görevlisi herkes olabilir. Bu hususta, çerçeveyi daraltmak amacı gütmeyen ve çalışmamız esnasında yaptığımız araştırmalardaki uygulamalardan yola çıkarak genel anlamda zorla kaybetmenin mağdurlarının kimler olduğu hakkında bazı genellemeler yapabiliriz. Şöyle ki, zorla kaybetme bir devlet pratiği olması sebebiyle genellikle rejim muhaliflerine, direnişçilere, devletin terörle mücadele gerekçesi ile terör gruplarıyla bağlantısı olduğunu düşündüğü kişi veya gruplara, bazen de belirli bir dine, ırka veya ideolojik gruba mensup kişilere karşı uygulanmaktadır. Ancak belirttiğimiz gibi burada bahsettiğimiz kişi ve gruplar sayma yoluyla tüketici bir şekilde yorumlanmamalı ve sınırlandırılmamalıdır. Sayılan gruplar şu ana kadar rastlanılan zorla kaybetme pratiklerinden yola çıkılarak ortaya konmaya çalışılmıştır.

Diğer bir husus ise zorla kaybedilen kişi, kaybeden devletin vatandaşı olmak zorunda değildir. Devletler genellikle ve asıl olarak kendi vatandaşına karşı zorla kaybetme uygulamasına gitse de yabancıları da hedef alabilmektedir.²⁵³

²⁵² Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances/General Comment on Definition of Enforced Disappearance, 2007, A/HRC/7/2, prg.1,4

²⁵³ Alpkaya, Gökçen; “Uluslararası Hukukta Zorla Kaybetmeler”, s.54-55

ii. Kaybedilenlerin Yakınları

Zorla kaybetme uygulamalarında en az kaybedilen kişi kadar kaybedilenin yakınları da mağdur olmaktadır. Kaybedilenin yakınları büyük bir karanlık ve çaresizlik içinde bırakılmaktadır. BM bildirisinin 1.maddesinde, zorla kaybetmenin hem kaybedilene hem de ailesine büyük acılar verdiği vurgulanmıştır. Yukarıda Amerikalılararası sözleşmede ‘uygun hukuki yollara başvurunun önünün kapatılması’ ifadesi ile mağdurun yakınlarının da hukuki başvuru yollarından mahrum bırakılmasına değinmiştik. Gerçekten de kaybedilenin yakınları sevdikleri kişiden uzak kalmak, haber alamamak dolayısıyla büyük bir endişe ve korku içinde yaşamak zorunda bırakılmaktadırlar. Bunun yanında, hukuki çözüm ve çare arayışı içine girmeleri de yaratılan belirsizlik ve inkar sebebiyle engellenmektedir. Kaybedilenin öldürülmüş olması halinde ise, yeni bir hayata başlamaları zorlaşmakta, aynı zamanda aileden birinin ölümü ile ilgili hukuki sonuçlarla da başedemez halde kalmaktadırlar.²⁵⁴ Dolayısıyla gerek bildiride gerekse Amerikalılararası sözleşmede açıkça ‘mağdur aynı zamanda kaybedilenin yakınlarıdır’ şeklinde bir ifadeye rastlanmasa da kaybedilenin yakınlarının da zorla kaybetmeden doğrudan etkilendikleri açıktır.

BM Sözleşmesine gelince, sözleşmenin hazırlık aşamalarında kaybedilenin yakınlarının da zorla kaybetmenin mağduru kabul edilip edilmeyeceği tartışma konusu olmuştur. Ağırlıktaki görüş kaybedilenin yakınlarının(akrabalarının) da mağdur kategorisinde sayılması gerektiğini ileri sürse de bir grup ‘kaybedilenin yakınları’ ifadesinin kimleri kapsayacağı hususunun net olmadığını iddia etmiştir. Eşler ve çocuklar yanında, anne-babanın da yakınları arasında sayılması gerekliliği iddia edilmiştir. Mağdur ifadesi kapsamının bu şekilde çok geniş kalacağı düşünülmesi üzerine ‘doğrudan mağdur’ ve ‘dolaylı mağdur’ ifadelerine yer verilmesi tartışma konusu olmuştur. Nihai metinde ise yakınları(relatives) ibaresinin çok geniş kapsamlı bir ifade olması dolayısıyla yer almamasına bunun yerine ‘doğrudan zarar gören kişi’²⁵⁵ ifadesinin kullanılmasına karar verilmiştir.²⁵⁶

²⁵⁴ Brody, Reed/Gonzalez, Felipe; “Nunca Mas: An Analysis of Instruments on Disappearances”, **Human Rights Quarterly**, vol.19, The Johns Hopkins University Press, 1997, s.366. Bazen cesede de ulaşılamadığı için, kişiden yıllarca haber alınamaması ölüm karinesi uygulanmasına sebep olmaktadır.

²⁵⁵ BM sözleşmesi 24/1

²⁵⁶ Vermeulen, Marthe Lot; a.g.e., s.62

Sözleşme bütüncül bir bakış açısı ile değerlendirildiğinde kaybedilenin yakınlarının mağdur olduğu çok açıktır. Kaybedilenin ailesi ele alındığı takdirde bu kişilerin bir çok hakkının ihlal edildiği de görülecektir. Öncelikle gerçeği bilme hakları²⁵⁷, etkili bir hukuk yoluna başvurma hakları gibi haklarının ihalinin yanında, kaybedilen kişinin, ailenin ekonomik anlamda geçimini sağlayan üyesi olması halinde, aile bireylerinin durumu daha da zorlaşmaktadır. Bunun yanında, zorla kaybetme uygulamalarında, ileride AİHM kararlarını incelerken de üzerinde duracağımız, zorla kaybedilenin yakınları açısından AİHS'nin işkence yasağını düzenleyen 3.maddesinin ihlali de söz konusudur.²⁵⁸ Kaybedilenin yakınları büyük bir çaresizlik içinde bırakıldıkları için ve kaybedilenin ne zaman geri döneceğini bilememekten, öldüyse bile cesedine dahi ulaşamamaktan dolayı yaşadıkları ızdırap dolayısıyla insanlık dışı ve aşağılayıcı muameleye tabi tutulmaktadır.²⁵⁹ BM sözleşmesinin 24/1.maddesinde “..akıbeti henüz açıklığa kavuşmamış kişinin yakınlarının sosyal güvenlik, mali meseleler, aile hukuku ve mülkiyet hakları gibi alanlardaki hukuksal durumlarıyla ilgili gerekli..” adımların atılması devletlere yüklenen bir sorumluluk olarak düzenlenmiştir. Gerçekten de kaybedilen “ne var ne de yok olduğundan”²⁶⁰ medeni hukuka ait evlilik, mülkiyet yahut velayet gibi birçok hak ve yükümlülük de sorunlu hale gelmektedir.²⁶¹ Dolayısıyla, bu gibi problemler kaybedilenin yakınları açısından inkar edilemez bir mağduriyet doğurmaktadır.²⁶² BM sözleşmesi bahsettiğimiz söz konusu düzenlemeleri ile kaybedilenin yakınlarını, daha kesin bir

²⁵⁷ Gerçeği bilme hakkı(right to truth) BM Zorla kaybetme Sözleşmesi'nin 24/2 maddesinde düzenlenmiştir. “Her mağdurun zorla kaybetme olayının cereyan ettiği koşulları, yapılan soruşturmanın ilerlemesini ve sonuçlarını ve kaybolan kişinin akıbetini bilme hakkı vardır. Taraf devletlerden her biri bunların sağlanması için gerekli önlemleri alacaktır.” Gerçeği Bilme Hakkına ilişkin detaylı bilgi için; BM İnsan Hakları Konseyi'nin 2008 tarihli, 9/11 sayılı kararına(resolution) da bakılabilir. (A/HRC/RES/9/11)

²⁵⁸ Avrupa Konseyi genelinde aslında AİHM'nin benimsemiş olduğu mağdurluk kriterleri, yayınlanmış olan ‘Kabul Edilebilirlik Kriterlerine İlişkin Rehber(Practical Guide on Admissibility Criteria)’de sayılmıştır.(s.14) http://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide. Bu rehberde mağdurdan ne anlaşılması gerektiği, bu bağlamda da doğrudan mağdur, dolaylı mağdur ayrımına yer verilmiştir. Bu kriterler çerçevesinde bakıldığında, zorla kaybetme AİHS’de düzenlenmese de, diğer hak ihlalleri bakımından dolaylı mağdur olarak, kaybedilenin yakınlarının başvuru hakları bulunmaktadır.

²⁵⁹ AİHM'nin Timurtaş/Türkiye kararında, kaybedilenin yakınları açısından AİHS'nin işkence yasağını düzenleyen 3.maddesinin ihlaline hükmedilmiştir.

²⁶⁰ Alpkaya, Gökçen; “Uluslararası Hukukta Zorla Kaybetmeler”, s.55

²⁶¹ BM Zorla Kaybetmeye Karşı Çalışma Grubunun 2011 tarihli ‘Zorla kaybetme bağlamında hukuk önünde kişi olarak tanınma hakkına ilişkin Genel Yorumu, prg.5, <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disappearances/GCRecognition.pdf>. (Erişim Tarihi: 10.08.2015)

²⁶² Türkiye İnsan Hakları Kurumu'nun hazırlamış olduğu Şanlıurfa/Siverek İnceleme Raporunda, ki toplu mezarlara ilişkindir, uluslararası hukuk çerçevesinde değerlendirme yapılırken, kayıp ailelerinin de mağdur kabul edilmesi gerektiğine değinilmiştir.(s.5).

ifade ile ‘durumdan doğrudan zarar gören kişileri’ mağdur olarak kabul etmekte ve devletlere bu konuda düzenleme yapma, bu kişilerin hak ihlallerinin ortadan kaldırılması ya da tazmin edilmesi konusunda yükümlülük yüklemektedir.²⁶³

d. Kast Açısından Zorla Kaybetme

Genel olarak, “kast suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.”²⁶⁴ Kast için bilme ve isteme unsurlarının birlikte bulunması gerekir.²⁶⁵ Fail, suçu oluşturan unsurları bildiği gibi, bunların gerçekleşmesini de istemelidir ki kastın varlığından söz edelim. Zorla kaybetme açısından kasta gelince; mağdurun hukukun koruması dışına çıkarılması kastı, zorla kaybetme açısından olmazsa olmaz şartlar arasında değildir. Yani tanımda yer alan unsurları taşıyan bir eylem, amaca ya da kasta bakılmaksızın zorla kaybetme olarak kabul edilir. Gerek BM bildirisinde ya da sözleşmesinde, gerekse Amerikalılararası sözleşmede kasttan söz edilmemiştir. Buna rağmen kastın aranmadığını açıkça söyleyebilmemizin dayanağı BM Çalışma Grubu’nun ‘Zorla Kaybetmenin Tanımına İlişkin Genel Yorum’unda, hukukun koruması dışına çıkarma eyleminin zorla kaybetmenin sonucu şeklinde bir eylem olduğunu belirtmesidir. Çalışma grubu zorla kaybetme vakalarını kabul ederken, failin mağduru hukukun koruması dışına çıkarma kastının varlığının ispat edilmesini yahut belirtilmesini gerekli görmemekte bu hususu aramadan kabul etmektedir.²⁶⁶

Roma statüsü bu konuda söz konusu metinlerden ayrılmaktadır. Statünün 7/2.maddesinde zorla kaybetme tanımlanırken ‘kişinin hukukun koruması dışına çıkarılması kastıyla’ ifadesi kullanılmıştır. Dolayısıyla Roma statüsü, insanlığa karşı suç kapsamında değerlendirilmesi açısından zorla kaybetmede, hukukun koruması dışına çıkarma kastını aramaktadır.²⁶⁷

Kanımızca, kastın aranmıyor oluşu, zorla kaybetmenin kastı barındırmıyor olduğu anlamına gelmez. BM Çalışma Grubu’nun Genel Yorumunda, bu husustan bahsedilmesi, vakaları kabul ederken kastın kanıtlanmasının şart koşulmadığını

²⁶³ BM Sözleşmesi 24.madde

²⁶⁴ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 21/1.maddesi

²⁶⁵ Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan; **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.143

²⁶⁶ General Comment on Definition of Enforced Disappearance, 2007, A/HRC/7/2, prg.5.

²⁶⁷ General Comment on Definition of Enforced Disappearance, 2007, A/HRC/7/2, preamble

belirtmek amacından hasıl olmuştur. Zorla kaybetmenin en temel unsuru olan hukukun koruması dışına çıkarma eyleminin kasıt olmadan yapılması mümkün görünmemektedir. Bir kişiyi hukuka uygun yolla başlamış olsa bile özgürlüğünden yoksun bırakma devamında bu eylemi reddetme yahut kişinin nerede olduğunu gizleme fiilleri doğası gereği kastı içerir. Yani failin kastı, mağdurun hukukun koruması dışına çıkarılması fiilinde ve kavram itibariyle zorla kaybetme tanımında zaten mündemiç olduğu için, kastın ayrıca ek bir gereklilik, bir şart olarak aranması yersiz olacaktır.²⁶⁸ Ayrıca kastın kanıtlanmasının zorluğu ve zorla kaybetme eylemine suçun farklı aşamalarında katılan kişiler açısından hukukun koruması dışına çıkarma kastı her zaman aranamayacağından, kast zorla kaybetme için objektif olarak aranan bir şart sayılmamıştır.²⁶⁹

e. Zorla Kaybetme'nin Süregiden İhlal Özelliği ve Zamanaşımı

i. Süregiden İhlal ve Belirsizlik Özelliği

Zorla kaybetmenin en önde gelen özelliklerinden biri devam eden, uzun süreli bir ihlal oluşudur. BM Bildirisi 17.maddesinde, zorla kaybetmeyi gerçekleştirenlerin işledikleri suçun, kaybedilen kişilerin durumu ve yeri hakkında bilgi verilmediği, bu husus inkar edildiği ve gerçek açıklığa kavuşmadığı sürece 'devam eden'²⁷⁰ bir suç olarak kabul edileceği ifade edilmiştir. Amerikalılararası sözleşmenin 3.maddesinde de ihlalin, kaybedilenin akıbeti ve nerede olduğu belli olana kadar devam etmiş kabul edileceği belirtilmiştir. BM sözleşmesinin 8.maddesinde zorla kaybetme ile ilgili zamanaşımı süresinden bahsedilirken, eylemin 'devam eden doğası gereği' ifadesine yer verilmiştir. Zorla kaybetme uygulamasının süregiden, bir süre devam eden ihlal olma özelliği önem arzeder. İhlal, kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasıyla başlayıp, tamamlanıncaya yani kişinin akıbeti hakkında ya da nerede olduğuyla ilgili devletin bilgi vermesine, özgürlüğünden yoksun bırakma eylemini kabul etmesine yahut cesedin bulunması anına kadar sürer.²⁷¹ Ancak, bitiş anı olarak gerçeğin açıklığa

²⁶⁸ BM İnsan Hakları Komisyonu 62.oturum/ 'Report of the Intersessional Open-ended Working Group to Elaborate a Draft Legally Binding Normative Instrument for the Protection of All Persons from the Enforced Disappearance', prg.96, E/CN.4/2006/57, <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/105/61/PDF/G0610561.pdf>. (erişim tarihi: 10.08.2015); Kyriakou, Nikolas; a.g.e., s.443

²⁶⁹ Kirsten, Anderson; a.g.e., , s. 271

²⁷⁰ Eylemin devam eden, süregiden bir fiil olma özelliği açısından 'continuous nature of..', 'continuous violation' ve 'continuous crime' terimleri kullanılmaktadır.

²⁷¹ Alpkaya, Gökçen; "Uluslararası Hukukta Zorla Kaybetmeler", s.56

kavuşması kabul edilse de bu kavramdan anlaşılması gerekenin üzerinde durmakta fayda vardır. Örneğin, zorla kaybetme ölümle sonuçlanmış olduğu takdirde, cesedin kimliğinin tespiti ve yakınlarına teslimi bitiş anı olarak kabul edilmelidir. Aynı şekilde devlet görevlilerinin sırf eylemlerini kabul etmesi bitiş anı olarak yeterli olmayıp, kişinin nerede ve ne şekilde olduğuyla ilgili bilgi verilmesi, yakınları ile iletişiminin sağlanması durumu bitiş anıdır.²⁷² Zorla kaybetmenin ‘süregiden ihlal’ özelliği zaman aşımı konusunda da, daha uzun bir limit belirlenmesini gerektirmektedir. Bu durum mağdurlar açısından avantaj sağlamaktadır. Çünkü, şikayette bulunmak, yargı sürecini başlatmak için, daha uzun bir süreleri olacaktır.²⁷³ Dolayısıyla, zorla kaybetmenin bu özelliği cezasızlık sorununun önüne geçilmesi için önemli bir unsur olarak görülebilir.

Zorla kaybetmenin muhakkak uzun bir süreye yayılması şart mıdır? Kısa süren bir zorla kaybetme vakasında yaklaşım nasıl olacaktır? Böyle bir durumda, örneğin, kişi eylemin gerçekleşmesinden bir hafta sonra ortaya çıksa, ya da bir iki gün içinde bulunsa bile, süregiden belirsizlik şartını sağlamaması sebebiyle zorla kaybetme kapsamında olmadığını söyleyemeyiz. Yukarıda değindiğimiz tanımda geçen görünüm şeklini ve şartları taşıması halinde, kısa süreli de olsa zorla kaybetme gerçekleşmiş demektir. Bu konuda, tartışma mağdurluk hususunda ortaya çıkabilir. Yani kaybedilenin yakınlarının uzun süreli bir belirsizlik ve ızdırap içinde kalmadıkları için mağdur kategorisinde değerlendirilip değerlendirilmeyecekleri sorunu tartışılabilir. AIHM’nin bu konudaki yaklaşımı, kaybedilenin yakınlarının yaşadıkları ızdırap eşiğinin, insanlık dışı muamele boyutuna varıp varmadığını incelemek olmaktadır.²⁷⁴

Zorla kaybetmenin süregiden ihlal olma özelliğinin, geriye yürümezlik prensibi dolayısıyla bazı sonuçları olacaktır.²⁷⁵ Öncelikle 1969 tarihli ‘Sözleşmeler Hukukuna İlişkin Viyana Konvansiyonu’ 28.maddesinde, ‘sözleşmeler yürürlüğe girdiği tarihten sonraki olaylara uygulanır, devletler önceki olaylardan dolayı sözleşme kapsamında sorumlu tutulamaz’ içeriğini barındırmaktadır. Uygulamada da, devletlerin bir sözleşmeyi imzalarken, sözleşmenin yürürlüğe girdiği tarihten sonraki olaylara

²⁷² Vermeulen, Marthe Lot; a.g.e., s.446

²⁷³ Brody, Reed/Gonzalez, Felipe; a.g.e., s.389

²⁷⁴ Vermeulen, Marthe Lot; a.g.e., s.449

²⁷⁵ Bu paragrafta Çalışma Grubu’nun genel yorumundaki tartışmayı ele almaktayız; A/HRC/16/48, p.11, 12

uygulanması anlamında çekince koyabildiklerini görüyoruz. Buna ek olarak İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nde(m.11/2) çok temel bir prensip olan geriye yürümezlik tarif edilmekte ve 'hiç kimsenin eylemi gerçekleştirdiğinde ulusal ve uluslararası hukukta suç teşkil etmeyen bir fiilden dolayı, daha sonra sorumlu tutulamayacağı' açıkça ifade edilmiştir. Bütün bu bahsedilen kurallar ve ilkeler mevcutken, zorla kaybetmenin doğasında bulunan süregiden ihlal özelliğinin nasıl sonuçları olacaktır? Örneğin, sözleşmenin onaylanmasından önceki zorla kaybetme vakaları nasıl değerlendirilecektir? BM Çalışma Grubu 2011 tarihli genel yorumunda söz, konusu suçun bu özelliğinin, yukarıdaki verdiğimiz prensipler çerçevesinde nasıl yorumlanması gerektiği üzerinde durmuştur. Zorla kaybetme doğası gereği devam eden ihlal niteliği taşımaktadır. Dolayısıyla ihlal (gözaltı yahut herhangi bir şekilde özgürlüğünden yoksun bırakma yoluyla) başladıktan sonra, tamamlanana²⁷⁶ kadar geçen süreçte sözleşmenin onaylanması halinde, taraf devletler zorla kaybetme suçuyla ilgili sorumlu tutulacaklardır. Yani sözleşmenin onaylanmasından önceki ihlallerden de devletlerin sorumlu tutulacağı kabul edilmektedir. Bu bağlamda devam eden ihlal niteliği geriye yürümezlik açısından da bir sorun teşkil etmemekte, zira, zorla kaybetme suçunun önceden başlasa bile, sözleşmenin onaylanmasından sonra tamamlanması yeterli olacaktır. Ceza hukuku kapsamında da sorumlu tutmak ve cezalandırmak için geriye yürümezlik açısından bir engel bulunmamaktadır. Nitekim suç bölünebilir olmadığı için, suçlama zorla kaybetmeyi bütün olarak kapsayacaktır. Bütün bunlara bağlı olarak da, onaydan önce meydana gelen vakalarla ilgili, zorla kaybetmeyle ilgili denetim organının yetkisini kabule ilişkin sözleşmeye konulan çekinceler, onaydan sonra devam eden durumlarla ilgili bir engel teşkil etmeyecek şekilde yorumlanmalıdır.²⁷⁷ Yani sözleşmeye konulan çekinceler, ancak sözleşmenin onaylanmasından önce tamamlanmış ve başvuru için de zamanaşımını doldurmuş olan vakalar için geçerli olacaktır.

ii. Zorla Kaybetmede Zamanaşımı

Zorla kaybetmeyle alakalı zaman aşımı BM sözleşmesi 8.maddesinde düzenlenmiştir.

"5.madde hükümleri saklı kalmak üzere:

²⁷⁶ Suçun tamamlanmasından kasıt, devletin gözaltı durumunu kabul etmesi yahut kişinin akıbeti ya da nerde olduğuyla ilgili bilgi vermesi anıdır(A/HRC/16/48, p.11).

²⁷⁷ A/HRC/16/48, p.12

1. Zorla kaybetme olaylarında zaman aşımı uygulayan bir taraf devlet, cezai kovuşturma açısından bu süre için aşağıdaki hususları gözetecektir:

(a) Zaman aşımı süresinin uzun ve fiilin ağırlığı ile orantılı olarak belirlenmesi;

(b) Fiilin süreklilik taşıması durumu da göz önüne alınarak, zaman aşımı süresinin kaybedilme fiilinin sona erdiği tarihten itibaren başlatılması.

2. Taraf devletlerden her biri, zaman aşımı süresi içinde zorla kaybetme mağdurlarının etkili çözüm yollarına ilişkin haklarını garanti etmelidir.”

Madde metninin başındaki 5. maddeye yapılan atıf ile kastedilen, zorla kaybedilmenin sistematik ve yaygın şekilde uygulanması halinde insanlığa karşı suç sayılacağı, böyle bir durumda da zaman aşımının uygulanmayacağıdır. Dolayısıyla 8. maddede insanlığa karşı suç sayılmayan zorla kaybetme uygulamaları ele alınacaktır. Madde metninde üç önemli nokta üzerinde durulmuştur.

İlk olarak, zaman aşımı süresi olabildiğince uzun ve fiilin ağırlığı²⁷⁸ ile orantılı olmalıdır. Sözleşmenin hazırlık çalışmalarında, şuan madde metninde yer alan ‘..ile orantılı’ ibaresi yerine ‘maksimum uzunlukta bir süre’ ifadesinin kullanılması gündeme gelmişse de²⁷⁹, sözleşmenin nihai halinde fiilin ağırlığı ile orantılı ve uzun bir süre öngörülmüştür. Uzun bir süre öngörülmektedir çünkü zorla kaybetme mağdurlarının hak arayışlarının engellenmesi ve devletin izlediği inkar politikası gibi sebeplerle yargılama oldukça uzun sürede sonuçlanmaktadır. Aynı zamanda, zorla kaybetme suçunun, işkence ya da keyfi öldürmeler gibi ağır ihlaller arasında yer alması dolayısıyla, taraf devletlerin zaman aşımı konusunda da bu suçlarla benzer nitelikte süre öngörmeleri önem arzeder.²⁸⁰

İkinci olarak, zaman aşımı süresi kaybedilme fiilinin sona erdiği tarihten itibaren başlatılmalıdır. Buradaki önemli husus, kaybedilme eyleminin sona erme anını tespit edebilmektir. Yukarıda da değindiğimiz gibi, kaybedilenin akıbetinin açıklığa kavuşması eylemin bitiş anı olarak kabul edilir. Daha somut bir ifade ile kaybedilenin

²⁷⁸ Zorla kaybetme BM çalışma grubunun zorla kaybetmenin tanımına ilişkin genel yorumunda ‘ağır ihlal’ ‘ağır tehdit’ (grave violation/threat) gibi sıfatlarla kullanılmıştır.

http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disappearances/GeneralCommentsDisappearances_en.pdf, prg.31,32. (erişim tarihi: 11.08.2015)

²⁷⁹ Vermeulen, Marthe Lot; a.g.e., s.83

²⁸⁰ Vermeulen, Marthe Lot; a.g.e., s.475

sağ yahut ölü olarak bulunması durumu esas alınacaktır. Zorla kaybetme eyleminin bitiş anının, zaman aşımının başlangıcı kabul edilmesi elbette ki mağdur lehine bir düzenlemedir. Çünkü, zorla kaybetme doğası gereği genellikle uzun süren, devamlı bir ihlaldir. Dolayısıyla, zaman aşımı kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılma anı ile başlatılırsa, bu durum mağdurların hak arayışı önünde ciddi bir engel oluşturacaktır.

Sözleşmenin 8.maddesindeki üçüncü ve son önemli nokta ise, taraf devletlere yüklenen, zaman aşımı süresi içinde mağdurların özellikle etkili çözüm yollarına(effective remedy) başvurma haklarını kullanmalarını sağlamaktır. Bu yükümlülük, devletin, mağdurların zarar ve acılarını etkili şekilde telafi etmesini gerektirir. Etkili çözüm(çare) sağlanması, muhtemel adli ve idari tazminat yolları yanında, cezai yargılamayı ve yaptırımları da içerir.²⁸¹

3. Zorla Kaybetme'nin Fail-i Meçhuller ve Siyasi Cinayetlerden Ayrılması

Zorla kaybetme içinde bir çok hak ihlalini barındırdığı için, kategori olarak siyasi cinayetler ve fail-i meçhul cinayetler ile de yakın ilişkisi olduğu için bazen bu eylemlerle karıştırılmaktadır. Fakat yukarıda da bahsettiğimiz gibi zorla kaybetme kendi başına tipik ve diğerlerinden ayrı bir suç teşkil eder. Zorla kaybetmenin kendine has özelliklerini yani görünüm şeklini yukarıda incelemiştik. Faili meçhul cinayetler ve siyasi cinayetler genellikle çoğu ülkede devletle bağlantısı olduğu iddia edilen, böyle olduğuna inanılan ve gerçekten de bazen netice itibariyle failin devletle bağlantısı olduğu kanıtlanan cinayetlerdir. Bazı dönemlerde devlet politikası yani bir çeşit devlet pratiği olarak ortaya çıktığı da kabul edilebilir. Fakat bunun her zaman, devletle bağlantılı ya da devletin desteğini, rızasını alan kişi ya da gruplarca uygulandığını kabul etmek yanlış olacaktır. Zorla kaybetmenin aksine failin devletle bağlantılı olması unsurlardan biri değildir. Siyasal bir örgütlenme tarafından işlenebilir fakat muhakkak devlet ajanları eliyle yahut devlet destekli gruplarca işlenmesi şart değildir.²⁸² Siyasi ya da ideolojik bir amaçla işlenip, failinin belirlenememesi yeterlidir.

²⁸¹ Vermeulen, Marthe Lot; a.g.e., s.475

²⁸² “Ülkemizin Çeşitli Yörelerinde İşlenmiş Faili Meçhul Siyasi Cinayetler Konusunda Meclis Araştırma Komisyonu Raporu'nda”(12.10.1995) ‘iyi eğitilmiş, disiplinli ve güçlü odaklarca desteklenen örgüt ve örgütlenmeler’ tarafından bu cinayetlerin işlendiği ifade edilmiştir. Yine aynı raporda ‘bunların arkasında birbiriyle iç içe geçmiş çok çeşitli siyasal motifler, ilişkiler ve örgütlenmeler mevcuttur’ ifadelerine yer verilmiştir.(s.1,2)

Amaç bakımından iki pratik de benzerlik gösterebilir. Genellikle faili meçhul siyasi cinayetlerde, ülkede uygulanan rejime olan inancı sarsmak, demokratik rejimi zayıflatmak, ülkede istikrar ve dengenin bozulmasını sağlamak amaçlanmaktadır.²⁸³ Bunun yanında siyasi cinayetlerde bir siyasi görüşü savunan insanların susturulması da amaçlanabilir. Yani, kanımızca TBMM raporunda bahsedildiği gibi sırf ülkedeki rejime ya da istikrara yönelik geniş çapta bir saldırı amacından ziyade bir inanış bir ideoloji ya da siyasi bir görüşü savunan kişi ya da grupları korkutmak ya da bastırmak da amaçlanabilir. Bu yüzden de, bu görüşlere muhalif kişilerce sırf düşmanlık sebebiyle de işlenebilir. Zorla kaybetmede de belirli gruplar arasında korku yaratmak, gözdağı vermek gibi yollarla itaati sağlamak amaç edinilmiştir. Zorla kaybetme devletlerin bir durumla baş etme yöntemi olarak da karşımıza çıkmaktadır. Karşımıza çıkan uygulamalarda, devletler düşman olarak gördüğü ya da düşman ilan ettiği, düzen ve istikrar için tehlike arzettiğini düşündüğü kişilere karşı söz konusu pratiğe başvurmuşlardır.

Diğer bir husus, zorla kaybetmenin aksine, fail-i meçhul ya da siyasi cinayetlerde mağdurun/maktulün uzun süreli olarak özgürlüğünden yoksun bırakılması durumu söz konusu değildir. Ayrıca zorla kaybetme uygulamalarında ceset her zaman bulunamayabilir. Kişinin akıbeti belirsizdir. Oysa diğerlerinde adıyla da müsemma şekilde bir cinayet söz konusudur. Yani ölüm kesin olup, failin kim olduğu konusu belirsizdir. Genellikle uygulamada, özellikle bu konuda çalışan insan hakları dernekleri ya da kurumlarının zorla kaybetmeyle ilgili kayıt ya da raporlarına geçen başvurular, cesedin bulunması halinde, fail-i meçhul cinayetler kategorisine aktarılabilmektedir. Kanımızca bu yerinde bir uygulama gibi görünmemektedir. Zorla kaybetme hem uygulanış hem de faili bu uygulamaya götüren amaç açısından farklılık göstermektedir. Zorla kaybetme anlık bir eylem olmayıp belli bir süreye yayılmış şekilde uygulanır. Oysa faili meçhul ya da siyasi cinayetlerde kişiyi bir süreliğine özgürlüğünden yoksun bırakarak hukukun koruması dışına çıkarma amacı yoktur. Anlık eylemlerle kişinin hayatına son vermeden ibarettir.

²⁸³ 1995 tarihli TBMM Çalışma Komisyonu Raporu

Ayrıca zorla kaybetmede, ceset bulunsa dahi, kaybedilenin yakınları açısından o ana kadar yani arayış süreci boyunca kaybedilme pratiği oluşmuş durumdadır. Kaybedilen kişi devlet ajanları tarafından yahut dolaylı da olsa devlet desteği ile hareket eden kişilerce alındığı için, bedeni bulunsa bile o vakte kadar nerede tutulduğu, nasıl bir muameleye uğradığı, ne şekilde hayatına son verildiği gibi hususlar belirsiz kaldığından zorla kaybetme suçu oluşmuştur.²⁸⁴ Bu anlamda, cesedi bulunan zorla kaybedilenlerin, fail-i meçhul cinayetlerle benzerliği aşikar olsa da, diğer bazı unsurlarıyla farklılaştığı için, zorla kaybetme olarak kabul edilmesi ve bu kategoride değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

4. Zorla Kaybetme'nin İnsanlığa Karşı Suç Kategorisinde Değerlendirilmesi

Zorla kaybetme yaygın ve sistematik şekilde uygulandığı takdirde uluslararası ceza hukuku bağlamında insanlığa karşı suç teşkil etmektedir. BM bildirisinin giriş kısmında, “Zorla kaybedilmenin hukukun üstünlüğü, insan hakları ve temel özgürlüklere saygı göstermekle yükümlü her toplumun en derin değerlerini baltalamakta olduğunu ve bu tür eylemlerin sistematik olarak yapılmasının insanlığa karşı bir suç oluşturduğunu bilerek..” ifadelerine yer verilmiştir. Aynı şekilde 1.maddesinde insanlığa karşı suç olduğu tekrar edilmiştir. Buna ek olarak, Amerikalılararası sözleşmenin ve BM sözleşmesinin giriş kısmında, aynı zamanda BM sözleşmesinin 5.maddesi ile, zorla kaybetmenin insanlığa karşı suç olduğu hükme bağlanmıştır. Roma Statüsü ise bu hususta diğer sözleşmelerden daha detaylı düzenlemeye gitmiştir. Bu durumda, öncelikle insanlığa karşı suç kavramı üzerinde durmak gerekmektedir.

İnsanlığa karşı suç, tüm insanlığı mağdur etmek, insanoğluna düşmanlık etmek gibi anlamlara gelmektedir.²⁸⁵ Kanımızca, insanlığa karşı suç ile ifade edilmek isteneni anlamak için öncelikle neden bir kişiye ya da gruba değil de ‘insanlığa’ ifadesinin tercih edildiğini irdelemek gerekir. İnsanlık ilk insandan itibaren günümüze kadar ve gelecekteki insanları da kapsayan insan kitlesini yani insanoğlunu ifade eder. Dolayısıyla aslında bu kitleye karşı suç, insan olmanın değerlerine, insan onuruna aykırı hareket ederek suç işlemektir. Bu suçu oluşturan eylemin niteliği, insan onuruna

²⁸⁴ <http://www.zorlakaybetmeler.org/aboutus.php>. (erişim tarihi: 14.08.2015)

²⁸⁵ Geras, Norman; **Crime Against Humanity-Birth of a Concept**, Manchester University Press, 2011, s. 34,35.

zarar vererek insanlığı aşağılar mahiyette görülmektedir. İnsan olmanın anlamıyla örtüşmeyen faaliyette bulunarak tüm insanlığa düşmanlık etmek bu kapsamda düşünülebilir.

Bir eylemin insanlığa karşı suç sayılması için bir bölge ya da ülkede, herhangi bir sivil topluluğa karşı yaygın veya sistematik bir saldırının parçası olarak uygulanıyor olması gerekmektedir. Uygulamanın sistematik olmasıyla kastedilen; kamusal ya da özel bir otoritenin dahil olduğu, genel politika haline gelen, organize ve düzenli bir sistemin izlenmesidir. Yaygın(widespread) olarak uygulanması ise; kitlesel bir mağdur grubuna karşı doğrudan, ağır bir ciddiyeti olan büyük çapta, devamlı ve geniş kapsamlı bir eylem şeklinde uygulanması anlamına gelir.²⁸⁶

Zorla kaybetmenin insanlığa karşı suç bağlamında değerlendirilmesi açısından diğer sözleşmelere göre Roma Statüsünde belirtilen farklı noktalardan ikisi de daha önce de ilgili başlıklar altında kısaca değindiğimiz faillik ve kast unsurlarıdır. Faillik açısından, Roma Statüsü, devletle herhangi bir şekilde bağlantısı olmayan politik olsun ya da olmasın herhangi bir grubun tipe uygun hareketini de zorla kaybetme kapsamında saymaktadır. Yani, bu suç devlet görevlisi, devletin yetkilendirmesi, desteği veya onayı ile hareket etmeyen kişi veya gruplarca da işlenebilir. Ancak kabul etmek gerekir ki sistematik ve yaygın şekilde uygulanabilmesi için en azından gücü bu uygulamaya yetecek kadar örgütlenmiş bir grup olması şarttır.²⁸⁷ Bundan başka, diğer sözleşmelerden farklı olarak, Roma Statüsü “belirsiz süreli hukukun koruması dışına çıkarma kastı”²⁸⁸ aramaktadır. Kanımızca, kast unsuru oldukça subjektif bir unsurdur. Yani zorla kaybetmenin çoğu yönüyle diğer bazı suçlarla benzerlik gösterdiğini düşünürsek kastın zorla kaybetme yönünde olduğunun ispatı oldukça zordur.²⁸⁹ Örneğin, bir kişiyi, zorla kaybetme suçunu işleme kastı gütmekten, arkasında iz bırakmaksızın, tehdit, korkutma hatta öldürmek için dahi, gizli bir yere götürmek mümkün olabilir. Dolayısıyla, kastı suçun varlığı için şart olarak ele alırsak, failin zorla kaybetme kastını taşımadan tipik eylemleri gerçekleştirdiğini iddia etmesi

²⁸⁶ Kirsten, Anderson; a.g.e., s.258

²⁸⁷ Byron, Christine; a.g.e., s.202-205

²⁸⁸ Roma Statüsü 7/2(i)

²⁸⁹ Kirsten, Anderson; a.g.e., s.259

halinde aksini ispat zorlaşacaktır. Roma statüsü 30.maddede manevi unsur başlığı altında kasttan ne anlaşılacağını düzenlemiştir:

... bir şahsın aşağıdaki durumlarda kasten hareket ettiği varsayılır:

(a) hareketle ilgili olarak, şahsın hareket içinde olmayı amaçlaması;

(b) netice ile ilgili olarak, şahsın o neticeye sebep olmayı amaçlaması veya neticenin hareketin olağan sonucu olarak gerçekleşeceğinin farkında olması.

Bu maddenin amacına uygun olarak “bilgi”, hareketin olağan sonucu olarak bir durumun mevcut olduğunun veya bir sonuç doğuracağını farkında olunması demektir.” Bu maddeden anlaşılan, kast açısından failin gerçekleştirdiği eylemin bir sonuç doğuracağını bilmesi yeterli olacaktır ki, zorla kaybetme bağlamında hukukun koruması dışına çıkarma sonucunun meydana geleceği fail tarafından elbette bilinebilir. Yani failin suç ile saldırı arasındaki bağlantıyı bilmesi yeterli olup, burada ayrıca, örneğin soykırım suçunda olduğu gibi özel bir kast aranmamaktadır.²⁹⁰

Son olarak, insanlığa karşı suç kategorisinde değerlendirilmesi halinde zorla kaybetme, Roma statüsü ile diğer sözleşmelerden ayrı olarak, şahsi cezai sorumluluk doğuran bir suç haline gelmiştir. Çünkü, Uluslararası Ceza Hukuku bağlamında bir suç olarak ele alınmaktadır. Diğer sözleşmelerde ise devlet sorumluluğu söz konusu olmakta, kişiler şahsi olarak sorumlu tutulmamaktadır.

II- BM Herkesin Zorla Kaybetmeye Karşı Korunmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme ve Getirdiği Koruma Mekanizması

A.Genel Olarak BM Herkesin Zorla Kaybetmeye Karşı Korunmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme

BM sözleşmesi zorla kaybetmeyle alakalı en güncel ve etkili düzenlemedir. Etkili oluşu gerek daha detaylı ve sırf zorla kaybetmeye hasredilmiş tek uluslararası sözleşme olmasından ve aslında sınırlanamayan bir hak tanımlamış olmasından²⁹¹, gerekse getirdiği koruma mekanizmasının güçlü olmasından dolayıdır.

²⁹⁰ Sevdiren, Öznur; **Türkiye'nin Cezasızlık Mevzuatı**, Hakikat Adalet Hafıza Merkezi, İstanbul 2015, s.27

²⁹¹ Sözleşme “zorla kaybetmeye maruz bırakılmama” şeklinde sınırlanamayan(non-derogable) bir hak tanımlamıştır. (bkz; Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, **Enforced or Involuntary Disappearances**, Fact Sheet 6/rev.3, p.8)

Amerikalılararası Sözleşme de sadece zorla kaybetmeye ilişkindir, fakat, BM sözleşmesine göre bölgesel yani dar ölçekli kalması BM sözleşmesini daha güçlü ve geniş kapsamlı hale getirmektedir.

Kayıplarla mücadele hususunda uluslararası kapsamda sözleşme taslağı oluşturma girişimi 1981 yılında bir kolokyum ile, ilk olarak Paris Barosu İnsan Hakları Enstitüsü tarafından başlatılmıştır.²⁹² 1992’de ilan edilen BM Bildirisine kadar da birçok uluslararası toplantı ve çalışma yapılmıştır. BM Sözleşmesinin çalışmalarına ise 2002 yılında BM İnsan Hakları Komisyonu Çalışma Grubu liderliğinde başlanmıştır.²⁹³ Sözleşme 20 Aralık 2006 yılında BM genel kurulu tarafından kabul edilmiştir. Sözleşme’nin kabulünde Latin Amerika Kayıp Tutsak Aileleri Federasyonu²⁹⁴ önemli rol oynamıştır.²⁹⁵ 6 Şubat 2007’de imzaya açılmış, 23 Aralık 2010 tarihinde de 20 devletin taraf olması şartını sağlayıp yürürlüğe girmiştir. Sözleşmeyi imzalayan 94, onaylayarak taraf olan 48 ülke mevcuttur.²⁹⁶ Türkiye sözleşmeyi imzalamamış ve onaylamamıştır.

Tam adı, Herkesin Zorla Kaybetmeye Karşı Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme olan söz konusu BM sözleşmesi, giriş ve buna ek üç ayrı bölümden oluşup, toplam 45 madde olarak düzenlenmiştir. Birinci bölümde genel itibariyle zorla kaybetme tanımlanmış, bu uygulamanın yasak olduğu ve ihlalinin sorumluluk doğurduğu belirtilmiş, devletlerin iç hukuklarında zorla kaybetmeyi suç olarak düzenlemeleri ve yaptırıma bağlamalarının gerekliliği vurgulanmış, almaları gereken önlemler hükme bağlanmıştır. İkinci bölümde sözleşme ile getirilen koruma mekanizmasından yani Zorla Kaybetme’ye Karşı Komite’den²⁹⁷, bu Komitenin kimlerden ve nasıl oluşacağı, Komitenin görev ve yetkilerinin neler olacağından bahsedilmiştir. Üçüncü ve son

²⁹² C. Callejon, “Une immense lacune du droit international comblée avec le nouvel instrument des Nations Unies pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées”, *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme (RTDH)*, 2006/66, s. 339. (Aktaran; Dinçer, Hülya; a.g.e., s.7)

²⁹³ Dinçer, Hülya; a.g.e., s.7

²⁹⁴ The Latin American Federation of Associations of Relatives of Detainees-Disappeared (FEDEFAM); Latin Amerika ve Karayip ülkelerindeki kayıp aileleri ve yakınlarının kurduğu dernekler tarafından 1981 yılında oluşturulmuş bir federasyondur. Zorla kaybetmenin tartışılabilmesi için kamusal duyarlılık oluşturmuştur. Kurulduğu yıl içinde resmi bir statü kazanmıştır. BM Ekonomik ve Sosyal Konsey (ECOSOC)’de danışman statüsüne de sahip olan bağımsız bir kuruluştur.

²⁹⁵ Brody, Reed/Gonzalez, Felipe; a.g.e, s.369

²⁹⁶ İmzalayan ve onaylayan devletler için bkz:

https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-16&chapter=4&lang=en.

²⁹⁷ Committee on Enforced Disappearances (bundan sonra sadece “Komite” olarak anılacaktır.)

bölümde ise usulle alakalı, sözleşmenin bağlayıcılığı, kabul ve onaya ilişkin hususlar hükme bağlanmıştır.

B. Uluslararası Ölçekte Bir Koruma ve İzleme Mekanizması: Zorla Kaybetmeye Karşı Komite

BM sözleşmesi zorla kaybetmeyle alakalı en etkili sözleşme olma özelliğini, uluslararası oluşuna ek olarak, getirdiği hususi koruma ve izleme mekanizmasından da alır. Komite'nin(CED/Committee of Enforced Disappearances) kabulü ile ilgili olarak devletler arasında farklı tartışmalar ve öneriler ortaya çıkmıştır. Bir grup, sözleşmenin getirdiği yükümlülüklerin denetlenmesi görevinin BM İnsan Hakları Komitesi bünyesinde olmasını, dolayısıyla, zorla kaybetmeyle ilgili sözleşmenin, BM Siyasal ve Kişisel Haklar Sözleşmesine ek bir protokol olarak düzenlenmesini gündeme getirmişlerdir. Ancak kabul gören yaklaşım, zorla kaybetme ile ilgili ayrı bir sözleşme ve sadece bu hususta oluşturulmuş ayrı bir Komite kurulması yönünde olmuştur.²⁹⁸

BM Sözleşmesi'nin 26.maddesi ile başlayan 2.kısımında Komite'nin işleyişi, yetkileri, kimlerden ve ne şekilde oluşacağı gibi hususlar düzenlenmiştir.²⁹⁹ Komite, insan hakları alanında ehliyetleri ve yüksek etik özellikleriyle öne çıkan 10 uzman kişiden oluşacaktır. Taraf devletlerce seçilecek olan bu üyeler kendi adlarına, bağımsız ve tarafsız olarak çalışacaklardır. Üyeler coğrafi dağılım eşitliği ve cinsiyet dengesi gözetilerek seçilecektir. Üyeler'in görev süresi dört yıl olup, bir kez daha aynı görev için seçilebilirler. Üyeler "BM Ayrıcalıkları ve Dokunulmazlıkları Sözleşmesi'nin ilgili bölümlerinde belirtildiği gibi, BM misyonlarında görev alan uzmanlara tanınan imkan, ayrıcalık ve dokunulmazlıklardan yararlanacaklardır."³⁰⁰

Taraf devletler, sözleşme kendileri açısından yürürlüğe girdiği andan itibaren 2 yıl içinde, sözleşmenin getirdiği yükümlülükleri hayata geçirmek açısından aldıkları tedbirleri ve yaptıkları düzenlemeleri BM genel sekreterliği aracılığıyla Komite'ye bildirirler. Söz konusu iki yıllık raporlar sözleşmenin idari denetimi açısından

²⁹⁸ Dinçer, Hülya; a.g.e., s.26

²⁹⁹ Detaylı bilgi için bkz; Zorla Kaybetmeye Karşı Komite/ Usul Kuralları(Rules of Procedure), http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CED/CED-C-1_en.pdf. (erişim tarihi: 21.08.2015)

³⁰⁰ BM sözleşmesi 26/8.madde

önemlidir. Devletler, Komite ile işbirliği içinde zorla kaybetmeye karşı tutum sergilemekle yükümlüdürler.

Komite'ye bireysel başvuru ve devlet başvurusu yapmak mümkündür.³⁰¹ Komite'ye tanınan bu yarı yargısal yetki ile komite kendisine gelen kişisel ya da devlet şikayetlerini karara bağlar. Ancak bunun mümkün olmasının temel şartı, sözleşmeyi kabul eden taraf devletin, Komite'nin bu hususta yetkili olduğunu deklare etmesidir. Yani taraf devlet, kendi yargı alanında bulunup, bu Sözleşme hükümlerinin ihlalinden mağdur olduğunu ileri sürenlerden veya bunlar adına hareket edenlerden bilgi alması ve bunların değerlendirilmesinde Komite'nin yetkili olduğunu deklare ettiği takdirde, Komite yetkili sayılır. Bu hususta herhangi bir deklarasyonda bulunmayan taraf devletle ilgili iletilen bilgiler, Komite tarafından kabul edilmeyecektir. Aynı şekilde, devlet başvurusu konusunda da yine taraf devlet, başka bir taraf devletin kendisi hakkında şikayette bulunmasında Komite'nin yetkili olduğunu deklare ederse, devlet başvurusu mümkün hale gelecektir.³⁰² Sözleşme maddeleri ile Komite'nin yetkisinin, devletlerin buna izin vermesine yani bir deklarasyona bağlanmasının, aslında Komite'nin etkin bir denetim mekanizması olmasına gölge düşürdüğünü belirtmeliyiz. Bu husustaki ikilem hep sürececek gibi görünmektedir. Şöyle ki, elbette, devletlerin egemenlik unsuru uluslararası sözleşmeler ve bunların getirdiği koruma mekanizmalarına taraf olmalarıyla zedelenmektedir. Fakat, koruma mekanizmalarının yetkilerinin devletlerin deklarasyonuna bağlanmasının da, söz konusu koruma mekanizmalarının etkililiğini zedelediği bir gerçektir. Sonuç olarak BM Zorla Kaybetme sözleşmesi de uluslararası ve etkili bir sözleşme olsa da, getirdiği koruma ve izleme mekanizmasının etkinliği, taraf devletlerin izin vermesine bağlıdır.

Komite'ye verilen önemli yetkilerden biri de acil başvuru alma yetkisidir.³⁰³ Sözleşmenin 30.maddesinde kayıp yakınları, bunların hukuki temsilcileri ve bu

³⁰¹ BM Genel Kurulu'nun 2015 tarihli raporuna göre; 18 taraf devlet bireysel başvuru konusunda, 19 taraf devlet ise devlet başvurusu konusunda Komite'nin yetkisini kabul etmiştir. Bkz; Report of Secretary General-A/70/261- http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CED/A-70-261_en.pdf. (erişim tarihi: 23.05.2016)

³⁰² BM sözleşmesi, 31,32.maddeler

³⁰³ Komite'nin 2015 tarihli raporunda(A/70/56, 7. ve 8. oturumlar) belirtilene göre; bu raporlama döneminde Komite'ye 60 tane acil başvuru yapılmıştır. Bunlardan 51 tanesi 30. maddede belirtilen, bu başvuru için aranan koşullara uygun bulunmuştur. (Meksika; 43, Irak; 5, Kolombiya; 1, Kamboçya; 1, Brezilya; 1) Komite taraf devletlerle bu konuda çalışma içine girmiş ve kişilerin akibetleri hakkında bilgi almaya çalışmıştır. Meksika'da kaybedilen 43 öğrenci ile ilgili başvuru en

hususla yetkilendirilmiş kişilerin, kaybedilenin aranması ve bulunması için acil başvuruda bulunabilecekleri düzenlenmektedir. Bu başvurular, kabul açısından bazı hususları taşımak zorundadır. Talep açık bir şekilde temelden yoksun olmamalı, söz konusu talep, hakkın suistimali anlamına gelmemeli, talep iç hukukta yetkili mercilere taşınmış olmalı ve aynı konunun uluslararası benzer mahiyetteki soruşturma ve uzlaşma sürecine tabi olmaması gereklidir. Bu şartlar sağlandığı takdirde Komite'nin hemen harekete geçmesi gerekir. Komite böyle bir durumda kaybedilen kişinin nerede olduğunun ortaya çıkarılması konusunda tavsiyeler verebilir. Taraf devlet de gerçek ortaya çıkana kadar Komite ile işbirliği yapmak durumundadır. "Acil önlemler alma yetkisinin" daha önce hiçbir koruma mekanizmasının öngörmediği bir usul ve zorla kaybetmenin önlenmesi açısından önemli bir gelişme olduğu açıktır. Komite'nin söz konusu önleyici tedbir alma yetkisi uluslararası hukuk açısından önemli bir güvencedir.³⁰⁴

Komite'nin diğer önemli bir yetkisi de Sözleşme'nin 33.maddesinden kaynaklanan, ülkelere ziyaret düzenleyebilme yetkisidir. Buna göre, Komite taraf devletlerden birinde ciddi şekilde ihlal olduğuna dair bilgi alırsa ve bu bilginin güvenilirliğine kanaat getirirse, Komite üyelerinden bir grup o ülkeye ziyaret düzenleyebilir ve gecikmesiz olarak rapor hazırlar. Hazırlanan rapor ki Komite'nin görüş, yorum ve tavsiyelerini içerebilir, taraf devlete sunulur. Komite taraf devletten, Komite'nin tavsiyeleri doğrultusunda gerçekleştirilen düzenlemelere ilişkin ek bilgi isteyebilir.

Komite'nin yetki alanı sözleşmenin yürürlüğe girdiği tarihten sonraki zorla kaybetme olayları ile sınırlıdır. Yani, zaman bakımından sözleşmenin geriye yürümeyeceği açıkça belirtilmiştir. Sözleşmenin geriye etkili olmayışı kaybedilenin ve yakınlarının

dikkat çekici olmaktadır. Raporda da belirtildiği üzere, bir grup öğrenci protesto amaçlı toplanmışlardır. Bir süre sonra devriye polisleri tarafından silah kullanılarak dağıtılmaya çalışılmıştır. Bu esnada bazı öğrenciler ölmüş, çok sayıda öğrenci ise yaralanmıştır. Tanıkların ifadesine göre, 43 tanesi polis araçlarına bindirilip götürülmüş ve daha sonra kendilerinden haber alınmamıştır. Meksika hükümetinin de daha sonra kabul ettiği şekilde, bu öğrenciler polis tarafından, o bölgedeki bir uyuşturucu karteline teslim edilmiş, bedenleri bir çöplükte yakıldıktan sonra külleri de yakındaki bir nehre atılmıştır. Kaybedilen öğrencilerin aileleri ve sivil toplum kuruluşları öğrencilerin öldüğünden emin olmadıklarını, bunu kanıtlayacak herhangi bir veri olmadığını dolayısıyla devletin daha detaylı inceleme ve soruşturma yapmasını istemektedirler. Olayla alakası olduğu düşünülen 80 kişi tutuklanmıştır ki bunlardan çoğu polis memurlarıdır. Zorla kaybetme Komitesi, acil başvuru kapsamında taraf devletle iletişim içindedir ki bilgi istemekte ve tavsiyelerde bulunmaktadır. Fakat taraf devlet henüz tüm sorulara ve Komite'nin ek bilgi talebine cevap vermemiştir.

³⁰⁴ Dinçer, Hülya; a.g.e., s.27,28

mağduriyetini ağırlaştırmaktadır. Çalışma grubunun 2006 tarihli raporunda Arjantin, Şili ve İtalya delegelerinin, bu konuda itirazda bulunduğu görülmektedir. Sözleşme onaylanmadan başlayan ve hala açıklığa kavuşmayan zorla kaybetmelerin, sözleşmenin geriye etkili olmaması sebebiyle gerçeği bilme hakkı, tazminat hakkı gibi hususlarda ve çocukların kaybedilmesi konusunda ağır ihlallere sebep olacağı dile getirilmiştir.³⁰⁵ Ancak, biz buradaki tartışmalı hususu ve BM çalışma grubunun bu konuyu nasıl yorumladığını ‘Süregiden İhlal ve Belirsizlik Özelliği’ başlığı altında zaten incelemiştik. Dolayısıyla, tamamlanmamış zorla kaybetme vakaları açısından geriye yürümezlik prensibi engel teşkil etmeyecektir. Önemli olan suçun tamamlanmamış olması ya da tamamlanmışsa da başvuru açısından zamanaşımını süresinin dolmamış olması gerekir.

Sonuç olarak, Zorla Kaybetmeye Karşı Komite’nin etkililiği konusunda tartışmalı hususlar mevcut olsa bile, Komite kurulmadan önceki duruma göre daha etkili çözüm yolu getirdiği açıktır. BM sözleşmesi kabul edilmeden önce mağdurların çözüm arayışı açısından iki seçenekleri mevcuttu. İlk olarak BM Kayıplarla ilgili çalışma grubuna başvurma şansları bulunmaktaydı ki bu yol oldukça etkisiz bir yoldu. Nitekim çalışma grubu kendisine yapılan başvuruyla ilgili sadece çalışma ve araştırma yapabilmekte ve ilgili devlet izin verirse yerinde inceleme yapabilmekteydi. Diğer ikinci başvuru seçeneği ise, halihazırdaki İnsan Hakları Komitesi’ne başvuru yoluydu ki sözleşme öncesi zorla kaybetme bir suç olarak düzenlenmediği için başvuruların, İnsan Hakları Komitesi tarafından belirli bir sistem ve düzen içinde değerlendirilmesi imkansız hale gelmekteydi. Görüldüğü üzere bahsi geçen iki başvuru yolu da “devletleri kayıp olaylarını aydınlatmaya davet eden ve sadece raporlamayla sınırlı imkan”³⁰⁶ sunan etkisiz yollardı. Nihayet, BM sözleşmesi ile sırf zorla kaybetmeyle alakalı Komite kurulmuş olması zorla kaybetme mağdurları açısından ümit verici ve etkin bir yol olarak görülmektedir.³⁰⁷

³⁰⁵ Çalışma Grubu Raporu, E/CN.4/2006/57, prgf.66

³⁰⁶ Dinçer, Hülya; a.g.e., s.26

³⁰⁷ Birleşmiş Milletler kurumları çerçevesinde ve sadece Zorla Kaybetme Komitesi genelinde bakıldığında, zorla kaybetmeye ilişkin yargısal manada bir vakaya rastlamadık. Bununla beraber daha çok, İşkenceye Karşı Sözleşme(CAT), Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi(CCPR), Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesine İlişkin Sözleşme(CEDAW), Irk Ayrımının Önlenmesine İlişkin Sözleşme’ye(CERD) dayanan BM İnsan Hakları Komitesine yapılan ihlal başvuruların incelendiği belgeler mevcuttur. Bunlardan, Cezayir’den yapılan ve Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşme’sindeki yaşam hakkı, özgürlüğünden yoksun bırakma, hukuk önünde kişi olarak tanınma, işkence ve insanlık dışı muameleye tabi tutulmama haklarının ihlali iddiası ile yapılan başvuru incelenmiş ve

III- Türkiye’de Zorla Kaybetme Uygulaması İddiaları

A. Genel Görünüm

Türkiye’de zorla kaybetme uygulamalarına ilişkin iddialar, 1980’li yıllardan sonra gündeme gelmiş, 1980 darbesinden 11 yıl sonra yoğunluk kazanmaya başlamıştır.³⁰⁸ Yani, zorla kaybetmeleri sadece 1980 darbesi ve onun etkisine bağlamak ve bu bağlamda değerlendirmek yanlış olacaktır. Zaten, çoğu zorla kaybetme vakasının darbe döneminden ziyade 1990’lı yıllarda meydana geldiği savunulmaktadır. 2000 yılının başlarından itibaren zorla kaybetme iddiaları son bulmuştur. Türkiye’de kayıplarla ilgili tartışmalar ise 2000’li yıllarda bazı toplu mezarların açılması ile sık sık gündeme gelmeye başlamıştır.³⁰⁹ Ancak gerek zorla kaybetmelerle ilgili herhangi bir hukuki düzenleme olmayışı, gerekse failin devlet kabul edildiği bir uygulamanın tartışılmasının zorluğundan olacak ki, iddialara ilişkin etkili adımlar atılamamıştır.

Zorla kaybetmelere arka plan teşkil eden iki durumun varlığı iddia edilmektedir. İlk olarak zorla kaybetmelerin yoğun yaşandığı dönemin olağanüstü halin uygulandığı dönem olması, ikinci olarak da yeni bir düşman anlayışının ortaya çıkması ve onunla mücadele modelinin geliştirilmesidir.³¹⁰ 1990’lara gelindiğinde, terör örgütü PKK’nın silahlı saldırılarını yoğunlaştırması sonucu devlet de yeni mücadele stratejileri geliştirmeye başlamıştır. “Bu yıllarda bölücülük sorunu ve PKK ulusal güvenlik için birincil tehdit haline gelmiş, bütün bunlara paralel olarak ordunun yapısı

burada zorla kaybetmeden de bahsedildiği görülmüştür ki vaka tipik bir zorla kaybetme vakasıdır.(CCPR/C/107/D/1791/2008; Communication No. 1791/2008). Ancak, Cezayir Zorla Kaybetmeye İlişkin BM sözleşmesini 2007’de imzalamış olmasına rağmen henüz onaylamamıştır. Bu sebeple Zorla Kaybetme Komitesi tarafından incelenmesi zaten usuli açıdan mümkün değildir. Zorla kaybetme sözleşmesini hem imzalayıp hem onaylayan devletlere ilişkin olarak da zorla kaybetme komitesinin herhangi bir yargısal faaliyeti bulunmamaktadır. Sözleşmenin 31 ve 32.maddelerinde belirtildiği üzere Komite ancak taraf devlet tarafından bireysel başvuru ve devlet şikayeti hususunda yetkilendirildiğinde bu faaliyette bulunabilecektir. Dolayısıyla, taraf devletler Komite’nin bu hususta yetkili olduğunu deklare etmedikleri sürece Zorla Kaybetme Komitesi yargısal faaliyette bulunmaktan çok, ancak devletlerin yıllık raporlarını değerlendiren bir organ olarak kalacaktır. Şahsi kanaatimiz bunun anlaşılabilir olduğu yönündedir. Nitekim henüz zorla kaybetme hususunda, örneğin, ifade özgürlüğü ya da işkence yasağında olduğu gibi bir konsensüs oluşmamıştır. Dolayısıyla uluslararası boyutta da ülkeler üzerinde bu anlamda bir baskı mevcut olmadığından, devletler zorla kaybetme konusunda ceza hukuku kapsamında ciddi düzenlemelere gitmemektedir.

³⁰⁸ Alpkaya, Gökçen; “Kayıp’lar Sorunu ve Türkiye”, s.41

³⁰⁹ Türkiye İnsan Hakları Kurumu’nun hazırladığı Şanlıurfa/Siverek İnceleme Raporu, s.14(Prof.Dr. Ümit Biçer tarafından hazırlanan uzman raporu)

³¹⁰ Göral, Özgür Sevgi/Işık, Ayhan/Kaya, Özlem; **Konuşulmayan Gerçek: Zorla Kaybetmeler**, Adalet ve Hafıza Çalışmaları Derneği Yayınları, İstanbul 2013, s.11

değişmiştir.”³¹¹ Teorik olarak devletlerin ulusal güvenliğin tehdidi halinde bununla mücadeleye girişmesi egemenliğin verdiği en temel yetki, hatta görevdir. Burada sorun devletin mücadelede kullandığı yöntem hususundadır. İddia edilene göre; devlet bu dönemlerde olağanüstü halin ilan edildiği bölgelerde daha yoğun olmakla beraber, zorla kaybetme uygulamasına yaygın bir şekilde başvurmuştur.³¹² İddia edilen bu mücadele yöntemi sadece Türkiye’ye özgü olarak görülmemekte, diğer devletlerde de aynı amaçla kullanıldığı ifade edilmektedir.³¹³ Ancak belirttiğimiz gibi, devletin terörle mücadele yöntemi olarak başvurduğu bu yol hiçbir şekilde meşru kabul edilemez. Terörle mücadele adı altında zorla kaybetme gibi çok ağır bir insan hakkı ihlali pratiğine kalkışması, ulusal güvenliğin tehlikeye girmesi gibi gerekçelerle de olsa haklı görülemez.

Ülkemizde zorla kaybetmeye ilişkin bilgi edinmek, kaç kişinin zorla kaybetmeye tabi tutulduğu ya da nerelerde zorla kaybetme uygulamasına rastlanıldığı gibi konularda kesin bilgiye ulaşmak oldukça zordur. Bu konuda sadece, bazı insan hakları kuruluşlarının raporlarında ya da uluslararası mercilere yapılan başvurular dolayısıyla kayıtlı kayıp olaylarına erişmek mümkün olmaktadır. Devlet’in resmi olarak açıkladığı kaybedilenlere ilişkin herhangi bir liste bulunmamaktadır. Dolayısıyla biz de çalışmamızda, araştırmalarımız sonucu elde ettiğimiz kaynaklardaki veriler ışığında değerlendirme yapacağız.

Zorla kaybetme uygulaması iddiaları, bölgesel olarak sadece Doğu ve Güneydoğu bölgeleriyle sınırlı değildir. İstanbul ve Adana gibi ülkenin farklı yerlerinde de uygulandığı söylenmektedir. Yine de raporların gösterdiği, kaybedilen kişilerin

³¹¹ Balta Paker, Evren; “Dış Tehditten İç Tehdide: Türkiye’de Doksanlarda Ulusal Güvenliğin Yeniden İnşası” **Türkiye’de Ordu, Devlet ve Güvenlik Siyaseti**, Derleyenler Evren Balta Paker/ İsmet Akça, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları İstanbul 2010, s.407-431, s.430

³¹² Sevdiren, Öznur; a.g.e., s.43

³¹³ Özellikle Arjantin bu uygulamanın en bariz örneklerinden birisi olarak sunulmaktadır. 1974-1983 yılları arası Kirli Savaş(dirty war) olarak adlandırılan dönemde, askeri dikta rejiminin yaygın ve sistematik olarak uyguladığı bir yöntemdir. Öyle ki bir çok farklı şekilde uygulaması yaşanmış en çarpıcı örneklerinden biri de, kişilerin işkence gördükleri bir gözaltı sürecinden sonra(gizli alıkoyma merkezleri(secret detention center) adı verilen ve ülkede yaklaşık 340 tane bulunan merkezlerde, bazen bir yılı aşkın süre tutulabilmekteydiler), kendilerine uyuşturucu iğne yapıldıktan sonra bir uçağa bindirilerek Atlas okyanusuna atıldıkları iddialarıdır. Detaylı bilgi için; Ulusal Arjantin Komisyonu’nun(National Commission on the Disappearance of Persons) 1984 tarihli Nunca Mas(Never Again) adlı raporu; http://www.desaparecidos.org/nuncamas/web/english/library/neveragain/neveragain_001.htm.

çoğunluğunun, ağırlıklı olarak ülkenin Doğu ve Güneydoğusu'nda yaşayan kişiler olduğudur.³¹⁴

Tablo 2.1. KAYBEDİLENLERİN İLLERE VE YILLARA GÖRE DAĞILIMI³¹⁵

| | 1980- 1990 | 1991 | 1992 | 1993 | 1994 | 1995 | 1996 | 1997 | 1998 | 1999 | 2000 - ... | TARİH BİLİNİYOR | TOPLAM |
|------------|------------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|------------|-----------------|------------|
| Diyarbakır | 2 | 3 | 3 | 27 | 141 | 53 | 63 | 41 | 16 | 17 | 16 | 0 | 382 |
| Şırnak | 14 | 6 | 5 | 42 | 84 | 29 | 11 | 5 | 3 | 2 | 7 | 3 | 211 |
| Mardin | 1 | 4 | 4 | 6 | 68 | 43 | 15 | 11 | 3 | 27 | 2 | 0 | 184 |
| Batman | 0 | 1 | 0 | 7 | 30 | 11 | 7 | 5 | 5 | 160 | 1 | 0 | 77 |
| İstanbul | 4 | 2 | 4 | 5 | 15 | 14 | 22 | 4 | 5 | 6 | 1 | 0 | 82 |
| Hakkari | 2 | 0 | 1 | 0 | 34 | 22 | 9 | 1 | 0 | 0 | 0 | 0 | 69 |
| Tunceli | 0 | 0 | 1 | 0 | 31 | 6 | 6 | 2 | 1 | 0 | 0 | 0 | 47 |
| Şanlıurfa | 1 | 0 | 0 | 7 | 10 | 8 | 2 | 3 | 0 | 1 | 1 | 0 | 33 |
| Adana | 0 | 1 | 0 | 0 | 21 | 1 | 4 | 1 | 0 | 0 | 0 | 0 | 28 |
| Bitlis | 0 | 0 | 0 | 5 | 8 | 5 | 5 | 1 | 0 | 2 | 0 | 0 | 26 |

Tabloda görüldüğü gibi en çok kayıp vakası Diyarbakır'da yaşanmıştır. Zorla kaybetme olaylarının yoğun olarak yaşandığı illerle ilgili önemli bir husus, söz konusu illerin o dönemlerde olağanüstü hal ilan edilen iller arasında olmasıdır. Mardin, Şırnak, Hakkari, Tunceli gibi iller olağanüstü hal ilanının yaşandığı iller arasındadır. Tablodan da anlaşıldığı üzere bu illerde de zorla kaybetmeye yoğun şekilde rastlanılmıştır. Bununla beraber, İstanbul, Adana gibi olağanüstü hal uygulanmayan illerde de dikkate değer oranda kaybetme vakası iddiaları mevcuttur.

Zaman bakımından zorla kaybetmeye ilişkin olarak ise, yukarıda da bahsettiğimiz gibi sadece 1980 darbesi dönemine değil, 1990'lı yıllara da işaret edilmektedir.

³¹⁴ Türkiye İnsan Hakları Vakfı(TİHV) ve İnsan Hakları Derneği(İHD)'nin bu konudaki verilerine bakılabilir. TİHV'nin verileri için; 1997 tarihli İnsan Hakları Raporu, İnsan hakları derneği verileri için:

http://www.ihd.org.tr/zorlakaybedilme/?option=com_content&view=article&id=185&Itemid=99.

³¹⁵ Yukarıdaki tablo Hakikat Adalet Hafıza Merkezi tarafından, İnsan Hakları Derneği, Türkiye İnsan Hakları Vakfı, Mazlum-Der raporlarına dayanılarak hazırlanmıştır. Göral, Özgür Sevgi/Işık, Ayhan/Kaya, Özlem; a.g.e., s.27

Tablo 2.2. KAYBEDİLENLERİN SAYISININ YILLARA GÖRE DAĞILIMI ³¹⁶

| YIL | SAYI |
|-------------------|-------------|
| 1980-1990 | 33 |
| 1991 | 18 |
| 1992 | 22 |
| 1993 | 103 |
| 1994 | 518 |
| 1995 | 232 |
| 1996 | 170 |
| 1997 | 94 |
| 1998 | 50 |
| 1999 | 76 |
| 2000 Sonrası | 33 |
| Tarihi Bilinmiyor | 4 |
| TOPLAM | 1353 |

İddialara göre; zorla kaybetme olayları en yoğun olarak 1993-1996 yılları arasında yaşanmıştır. 1980-1990 yılları arası ve 2000 yılından sonra söz konusu uygulamaya az sayıda rastlanmıştır. Hakikat Adalet Hafıza Merkezi'nin listesine göre, kaybedilen kişiler genellikle kürt siyasetçiler ve önde gelen yerel liderler olduğu gibi bunun dışında, özellikle olağanüstü hal bölgeleri dışında kaybedilenler arasında sol siyasetle ilişkili üniversite öğrencileri ya da militanlar yer almaktadır.³¹⁷

B. Zorla Kaybetme'nin Tipikliğiyle İlgili Olarak Türkiye'de Uygulanış Şekli

Zorla kaybetme genel olarak Türkiye'de de, tüm dünyada uygulanış şekli ile benzerlik göstermektedir ki zaten temel unsurlarını barındırmadığı takdirde zorla kaybetmenin varlığından söz edemeyiz. Bu hususta farklı ülkelerde uygulanan zorla kaybetmeler, birbirinden mağdur grubu ve güdülen amaç yönünden ayrılabilir. Örneğin genel anlamda muhalif bir gruba, yahut bir ırka karşı uygulanıyor olması halinde söz konusu

³¹⁶ Yukarıdaki tablo Hakikat Adalet Hafıza Merkezi tarafından hazırlanmıştır. Göral, Özgür Sevgi/Işık, Ayhan/Kaya, Özlem; a.g.e., s.26. Ayrıca Hakikat, Adalet Hafıza Merkezi'nin kesinleştirdiği isim listesine ulaşmak için bkz: www.zorlakaybedilenler.org.

³¹⁷ Göral, Özgür Sevgi/Işık, Ayhan/Kaya, Özlem; a.g.e., s.27

kitle ülkeden ülkeye farklılık gösterebilir. Ya da maksat bakımından bir grubu sindirmek, bir konuda korku oluşturmak, bir akıma son vermek amacıyla da yapılabilir. Genellikle zorla kaybetmenin uygulandığı ülkelerde ulusal güvenliğin tehlikeye girmesi gerekçe gösterilerek, güvenliğin tesisi amacıyla bir mücadeleye girilmektedir.³¹⁸ Türkiye’deki kayıp iddialarıyla ilgili olarak da mağdurlar, failler, uygulanan yöntem ve kayıpların akıbetleri bakımından durumu değerlendirmek yerinde olacaktır.

Türkiye’de zorla kaybetme mağdurları genel olarak üç şekilde sınıflandırılmaktadır.³¹⁹ İlk olarak yasadışı sol örgütlerin liderleri ve üyeleri bu gruptadır ki bu örgütler aynı zamanda silahlı mücadele de yürüten örgütlerdir. Olağanüstü hal bölgeleri dışında rastlanılan kayıp vakalarının genellikle bu kişilere karşı uygulandığı iddia edilmektedir. Söz konusu kişiler genellikle, kaybedilme vakası öncesi de, hakkında yargılama yapılmış, herhangi bir muhalif faaliyetinden ötürü gözaltı yaşamış yahut o dönemde haklarında arama kararı olan kişilerdir. İkinci grupta yer alan kişiler ise PKK ile bağlantısı olduğu iddia edilen kişilerdir. O dönemdeki, Halkın Emek Partisi(HEP), ÖZDEP, DEP, HADEP gibi siyasi partilerin il, ilçe yöneticileri ya da üyeleri, yahut Özgür Gündem gazetesinin çalışanları gibi “kentlerde yaşayan” kişilerdir. Ayrıca bazı sendika üyeleri ve İnsan Hakları Derneği(İHD) üyeleri de kaybedilenler arasında yer almaktadır. Son olarak üçüncü grubu ise olağanüstü hal bölgesinde yaşayan bazı vatandaşlar oluşturmaktadır. Çoğunluğu köy ve mezralarda kaybedilmiş, PKK ile bağlantısı olduğu iddia edilen kimseler de bu grup içinde yer almaktadır.

Zorla kaybetme uygulamasında failerin kimliği ile alakalı bilgiler, genellikle tanıkların iddialarından edinilmektedir. Temel alınan iddia ve ifadelerde, kaybedilenlerin, polis, asker/jandarma, köy korucuları veya kimliği belirsiz kişiler tarafından götürüldükleri, bazılarının gözaltındayken görüldüğü, bazılarının ise daha

³¹⁸ Özellikle Latin Amerika ülkelerinde ulusal güvenlik doktrini adıyla bu uygulamalar meşrulaştırılmıştır. Örneğin; Arjantin’de 1976-1983 yılları arasında askeri dikta rejiminin bu durum için kullandığı isim Ulusun Yeniden İnşası Süreci(National Reorganizacion Process), Şili’de ise Pinochet döneminde Ulusal Güvenlik Doktrini adıyla anılmıştır.

³¹⁹ Sınıflandırma ile ilgili Gökçen Alpkaya’nın “Kayıplar Sorunu ve Türkiye” adlı makalesinden yararlanılmıştır. Alpkaya, Gökçen; “Kayıp’lar Sorunu ve Türkiye”, s.45-46

sonra hiç haber alınmadığı belirtilmektedir.³²⁰ İddiaların hiçbirinde resmi üniformalı polis görevlilerinden bahsedilmemiş olup, kaybedilenlerin, sivil polis olduğu iddia edilen, telsiz ve silahları bulunan kişiler tarafından götürüldükleri ifade edilmiştir.³²¹ Tanıkların, jandarma ya da asker olarak tanımladığı kişiler tarafından götürülen ve bir daha kendilerinden haber alınmayan kayıplar da mevcuttur. Buna ek olarak, o dönemde, koruculuk ve itirafçılık kurumunun da kaybetme olaylarında aktif rol oynadığı iddia edilmektedir.³²² Fail-i Meçhullere İlişkin Meclis Araştırma Komisyonu Raporunda, itirafçıların daha sonra verdikleri ifadelerde, genellikle polis yahut korucular tarafından karakola götürülüp ifadesi alınan kişilerin gözaltında tutulduğu, yakınları gelip sorduğunda yetkililerin “bizde yok” dediği, bir süre sonra da bu kişilerin öldürüldüğü iddia edilmiştir. Tüm bunların yanında iddialarda Jandarma İstihbarat ve Terörle Mücadele³²³ (JİTEM) adıyla bilinen bir oluşumdan bahsedilmekte ve bu oluşum aracılığı ile o bölgede çoğu uygulamanın ve mücadele taktiğinin kullanıldığı belirtilmektedir. Bazı ifadelerde JİTEM tarafından kayıp kişilerin alınıp götürüldüğü öne sürülmüştür. Sonuç olarak, iddialara dayanarak, zorla kaybetmenin en önemli unsurları arasında yer alan, devlet ajanları, yahut dolaylı yoldan da olsa devlet desteği, onayı veya göz yummasıyla hareket eden kişi ya da gruplarca uygulanma şartının ülkemiz pratiğinde de yaşandığı söylenebilir.

Uygulanan yöntem bakımından ise kaybedilenlerin genellikle evinden, sokaktan ya da işyerinden alınıp götürüldüğüne dair ifadelere rastlanmaktadır. Köylerde herkesin gözü önünde ve çevredekilerin şahitliğinde götürülen kişiler söz konusudur. Kentlerde ise, daha çok gece vakti eve gelen bazı kişilerin aile bireylerinin gözü önünde,

³²⁰ Tanıkların iddiaları ile ilgili olarak Hakikat Adalet Hafıza Merkezi tarafından yapılan saha çalışmaları ve diğer araştırmalar ve raporlar incelenebilir. Ayrıca bkz; Alpkaya, Gökçen; “Kayıp’lar Sorunu ve Türkiye”, s.48

³²¹ “Türkiye’de Gözaltında Kayıplar”, <http://bianet.org/bianet/insan-haklari/52998-turkiye-de-gozaltinda-kayiplar>. (erişim tarihi:29.08.2015)

³²² TBMM Ülkemizin Çeşitli Yörelerinde İşlenmiş Fail-i Meçhul ve Siyasi Cinayetler Konusunda Meclis Araştırma Komisyonu Raporu, Esas no: 10/90, 4.bölüm; <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem19/yil01/ss897.pdf>. (erişim tarihi: 29.08.2015)

³²³ JİTEM, varlığı Devlet tarafından, açıkça kabul edilmeyen bir oluşumdur. Yine de hakkında soruşturma başlatıldığında savcılık tarafından İçişleri Bakanlığı’na, Genelkurmay Başkanlığı’na, Jandarma Genel Komutanlığı’na, MİT Müsteşarlığı’na ve Emniyet Genel Müdürlüğü’ne yazılar yazılmış, alınan cevaplarda bu kuruluşun varlığı kabul edilmekle beraber 1990 yılında faaliyetlerine son verdiği ve sadece terörle mücadele eden bir kuruluş olduğu ifade edilmiştir. Alınan cevaplardan bazılarında, söz konusu birimin İçişleri Bakanlığı’nın onayı olmadan, Genelkurmay Başkanlığı’nın görüşüne bakılmaksızın, Jandarma Genel Komutanlığınca kurulduğu belirtilmiştir. (http://hakikatadaletahafiza.org/wp-content/uploads/2015/02/konusulmayan_gercek_kapak_.pdf)

kaybedileni alıp götürmeleri söz konusudur. Kayıplar, genellikle tek tek alınıp götürülse de birkaç kişinin aynı anda alındığı vakalara da rastlanmıştır. Duruma şahit olan kimseler genellikle, kaybedilenlerin gözaltına alındıklarını ifade etmektedirler. Bunun sebebi de gelen kişilerin, alıkoyma esnasında gözaltına almak için götürdüklerini ifade etmeleridir.³²⁴

Zorla kaybedilenlerin akıbetlerine gelince özellikle ülkemizde büyük bir çoğunun belirli süreler sonunda cesedine ulaşılmıştır.³²⁵ Zorla kaybetme kural olarak ölümlle sonuçlanmak zorunda değildir. Lakin, uygulamada nihayet kişi ölü olarak bir köşede atılı ya da gömülü şekilde ya da bir toplu mezarda gömülmüş halde bulunmaktadır. Bunun yanında uzun süre cesedine ulaşılamayıp hala akıbeti belirsiz olan kişiler mevcuttur. Böyle bir durumda akla gelen, ya halen kaybedilen kişinin bir yerde tutulmakta olduğu ya da öldürüldüğü halde henüz cesedine ulaşamadığıdır.

Sonuç olarak zorla kaybetmenin ülkemizde de bir dönem, uluslararası sözleşmelerin belirlediği tipe uygun şekilde tatbik edildiğine dair ciddi bulgulardan söz edilebilir.

C. Hukuki Durum

Zorla kaybetme ülkemizde hukuki anlamda tanınan bir uygulama değildir. Hukuki anlamda tanınmamakla, ülkemizin bu husustaki herhangi bir sözleşmeye taraf olmayışı ve zorla kaybetmeye ilişkin iç hukukta herhangi bir özel düzenlemenin yer almıyor oluşu kastedilmektedir. Zorla kaybetme ceza hukuku kapsamında suç olarak tanınmamaktadır.³²⁶ Dolayısıyla zorla kaybetme mağdurlarının başvurabileceği etkili bir hukuki yol bulunmamaktadır. Çünkü cesedine ulaşılan kayıplarla ilgili olarak fail-i meçhul cinayetlere ilişkin prosedür izlenecek, failler belirlenemeyeceği için de mağdurlar açısından adaletin tesis edilmesi zorlaşacaktır. Kaldı ki ayrı bir suç tipi olduğu halde, zorla kaybetmenin cinayet olarak değerlendirilmesi ve bu kategoride yargılama yoluna gidilmesi zorla kaybetme suçunun sonucunun ağırlığına oranla daha

³²⁴ Alpkaya, Gökçen; “Kayıp’lar Sorunu ve Türkiye”, s.47; Bkz; Zorla Kaybedilenler Veritabanı’nda yer alan kayıpların hikayelerindeki tanık ifadeleri, <http://www.zorlakaybetmeler.org/victims.php>.

³²⁵ Bkz; Adalet Hakikat Hafıza Merkezi tarafından hazırlanan Zorla Kaybedilenler Veritabanı; <http://www.zorlakaybetmeler.org/index.php>.

³²⁶ Zorla Kaybetme 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda İnsanlığa Karşı Suçlar başlığını taşıyan 77.maddede de sayılmamıştır. Dolayısıyla Türkiye’de zorla kaybetmeye ilişkin herhangi bir özel düzenleme bulunmamaktadır.

hafif kalacaktır. Kabul edilmelidir ki, zorla kaybetme, öldürme suçundan daha karmaşık olması ve yarattığı süregiden belirsizlik dolayısıyla daha ağır sonuçları olması gereken bir suçtur. Bedenine ulaşılamayıp hala akıbeti belirsiz olan kişiler açısından ise, bekleyişten başka seçenek kalmamaktadır. Çünkü halihazırda bu tür başvurular, ya soruşturmaya yer olmadığı gerekçesiyle reddedilmekte ya da kaybedilen kişilere ait gözaltı kaydı gibi herhangi bir kayıt bulunmadığından, delil yetersizliğinden sürüncemede kalmaktadır.³²⁷

Zorla kaybetme vakalarına karşı devletlerin tutumları hukuki süreç açısından önem arz etmektedir. Genellikle kaybetme vakalarında, devletler bu durumu inkar etme yoluna başvururlar. Türkiye'deki zorla kaybetmelerde de, mağdurların başvuru ya da şikayetleri karşısında Devlet'in takındığı tavrın bu yönde olduğu iddia edilmektedir. İnkâr yöntemi yukarıda da belirttiğimiz gibi, sadece Türkiye'de değil, tüm dünyadaki zorla kaybetme olaylarında kullanılan bir tekniktir. Söz konusu pratiğin en temel unsurlarından biri ve tipikliğine ilişkin olan, kişinin özgürlüğünden yoksun bırakıldığının inkarı, bu durumun kabul edilmemesidir. Ülkemizde de kayıp yakınlarının ilk yakındığı husus devletin bu konudaki tutumudur. Zorla kaybedilenlerin gözaltı ya da sorgu gerekçesi ile alınıp götürülmelerinin ardından, polis ya da jandarmaya giden kayıp yakınlarının aldıkları ilk cevap "bizde yok" olmaktadır. Mecliste bu hususa ilişkin soru önergelerine yetkililer tarafından verilen yanıt da söz konusu kişilerin nezaret altına alındıklarına dair bilgi ve belgenin mevcut olmadığı yönündedir. Aynı şekilde Dışişleri Bakanlığı'nın Dünya Af Örgütü'nün raporuna karşı, söz konusu kayıp kişilerin, gözaltına alındıktan sonra delil yetersizliğinden salıverildiklerine, dolayısıyla bu kişilerin, devletin elinde olmadıklarına dair açıklamaları mevcuttur.³²⁸ Genel itibariyle, devletin merkezi birimlerinden yerel birimlerine kadar bu konuda inkar politikası izlendiği, kaybedilenlere ilişkin olarak ellerinde bulunmadığı, bu kişilerin nerede olduğuna dair bilgilerinin de olmadığını ileri sürdükleri bir tutum içinde oldukları iddia edilmektedir.

³²⁷ Yapılan şikayet başvuruları, açılan davalar, reddedilen şikayetler gibi hususlarda hukuki açıdan ne aşamada olduğuna dair bkz: <http://www.zorlakaybetmeler.org/interventions.php>.

³²⁸ Alpkaya, Gökçen; "Kayıp'lar Sorunu ve Türkiye", s.57(Dünya Af Örgütü'nün söz konusu raporuna, Dışişleri Bakanlığı'nca verilen açıklamaları ve cevapları içeren belgelere ya da kayıtlara ulaşamadık.)

Devletler genellikle inkar etme politikası yanında, suçlama şeklinde karşı bir argüman sunma yoluna da gidebilmektedir. Türkiye’de kaybedilen kişilerin bir kısmına yönelik olarak, iddia edilen suçlama, kaybedilenlerin PKK ile bağlantısı olduğu ve bir şekilde bu örgütü destekledikleri yönündedir. Örneğin; 13 Ağustos 1994 günü, Şırnak-Güçlükonak’da, askeri helikoptere bindirilerek kaybedildiği iddia edilen Ahmet Özer, Ahmet Özdemir, Bahri Esenboğa, İlhan İbak, Fikri Şen ve Mehmet Dayan adlı vatandaşlarla ilgili yapılan araştırmada tanıkların iddiaları, bu kişilerin PKK’nın milisleri olduğu gerekçesi ile alınıp götürüldükleri yönündedir.³²⁹ Kayıplara ilişkin, devletin yaptığı bazı açıklamalar ve iddialar bunu göstermektedir. Devlet görevlileri, bedenine ulaşamayan kayıplar³³⁰ için PKK’ya katılmış oldukları, bedeni bulunan kayıplar için de PKK’nın kendi iç çatışmasında yahut Türk Silahlı Kuvvetleriyle girilen çatışmada öldükleri savını ileri sürmektedir.³³¹

Sonuç olarak, zorla kaybetmeler hususundaki hukuki durumun netliğe kavuşması, bu konuda öncelikle hukuki düzenleme yapılması ve etkin soruşturma yapılarak gerçeğin ortaya çıkarılması yoluyla mümkün olacaktır. Mağdurların iddialarını kanıtlamaları ellerinde herhangi bir delil olmadığı için zor olsa da, devlet güçlü bir aygıt olması sebebiyle bu konuda elindeki imkanları kullanarak, örneğin etkili soruşturma yaparak, gözaltı kaydı tutarak bu konuda iddia edileni kanıtlarıyla reddetmeli yahut hakikaten böyle bir eyleme karışmış olan görevlileri varsa bunları tespit ederek, yargılanmalarını sağlamalıdır.

D. Türkiye’de Zorla Kaybetme Olaylarının Aydınlatılmasına İlişkin Bazı Girişimler ve Çalışmalar

Zorla kaybetme pratiğine karşı devletin olumlu adım olarak görülebilecek bazı girişimleri de mevcuttur. Örneğin TBMM İnsan Hakları Komisyonu bünyesinde oluşturulan bir kurul Hüseyin Toraman adlı vatandaşın kaybedilmesine dair çalışma

³²⁹ Göral, Özgür Sevgi/Işık, Ayhan/Kaya, Özlem; a.g.e., s.42

³³⁰ Hakikat, Adalet Hafıza Merkezi’nin hazırlamış olduğu rapora göre, kaybedilenlerin yüzde 65’i halen bedenine ulaşamayan ya da akıbeti belirsiz olan kayıplar, yüzde 6’i bedenine ulaşılan ama ailelerine teslim edilmeyen kayıplar ve yüzde 27’i ise bedeni bulunup ailesine teslim edilen kayıplardır. (Kurt, Gülşah; **Cezasızlık Sorunu: Soruşturma Süreci**, Hakikat Adalet Hafıza Merkezi, Anadolu Kültür Yayınları, İstanbul 2014)

³³¹ 2009 tarihli Cemal Temizöz ve Diğerleri davası iddianamesinde, şahitlerin ve sanıkların ifadeleri de bu yöndedir.

yapmıştır.³³² Hazırlanan raporda kayıp oldu iddia edilen Hüseyin Toraman'ın bulunamadığına ilişkin bir cevap verilse de bu hususta bir kurul oluşturulması olumlu bir adım kabul edilmelidir.

Aynı şekilde 1991-1995 yılları arasında meclis başkanlığı yapan Hüsamettin Cindoruk'un öncülük etmesi sonucu, kayıpların araştırılması için, TBMM İnsan Hakları Komisyonu bünyesinde bir alt komisyon oluşturulmasına karar verilmiştir. Ancak bu komisyonun tamamlanarak açıklanmış herhangi bir raporu mevcut değildir.³³³

Her ne kadar sonuç alınamasa da bir girişim ve çaba göstergesi olması açısından Meclis'te bazı parti gruplarınca ya da milletvekillerince, zorla kaybetmelerle ilgili kanun teklifi sunulması da önem arz etmektedir.³³⁴

Akil İnsanlar Heyeti'nin hazırlamış olduğu 2013 tarihli Güneydoğu Raporunda da detaylı olarak incelenmese bile, kayıp vakalarının aydınlatılması gerekliliğine ve bu hususun yasa düzenlemek yoluyla yapılabileceğine değinilmiştir.³³⁵

Türkiye'de zorla kaybetmeye ilişkin olarak sivil toplum kuruluşları ya da İnsan Hakları dernekleri dışında aktif olarak çalışma yapan ya da duyarlılık ve bilinç oluşturmaya çalışan bir kurum ya da organdan bahsetmek zordur. Aslında en başta Devlet'in bu husustaki BM sözleşmesine taraf olması dolayısıyla iç hukukunda da zorla kaybetmeyi suç olarak düzenleyip, zorla kaybetme faillerini yargılaması gerekmektedir ki, devlet tarafından atılacak en olumlu adım bu olacaktır.

E. Yargı'nın Tutumu ve Cezasızlık Sorunu

Aslında verdiğimiz bu başlığın altında yatan temel sorun, yukarıda da değindiğimiz gibi, devletin zorla kaybetmeye dair herhangi bir hukuki düzenleme yapmamış olması,

³³² <https://bianet.org/bianet/insan-haklari/137471-kaybettik-ama-zamanasimi-var>. (erişim tarihi: 27.08.2015)

³³³ Alpkaya, Gökçen; "Kayıp'lar Sorunu ve Türkiye", s.58

³³⁴ 16.06.2014 tarihinde Halkların Demokratik Partisi(HDP) Grup Başkanlığı'nca, Türk Ceza Kanunu'nda değişiklik yapılmasına dair kanun teklifi sunulmuştur. <https://www2.tbmm.gov.tr/d24/2/2-2246.pdf>. (erişim tarihi: 01.09.2015)

³³⁵ Akil İnsanlar Heyeti, **Güneydoğu Raporu**, İstanbul 2013, s. 21,26,33

zorla kaybetmeyi hukuki açıdan tanımlayıp bir suç olarak tanımamasıdır. Dolayısıyla cezasızlık(impunity) sorunu gündeme gelmektedir.

1. Yargı'nın Tutumu

Yargı mercilerinin tutumuna bakmadan önce aslında yargıya intikal edene kadar mağdurların nelerle karşılaştığı da önemli bir husustur. Hak arayışı, mağdurlar için gerek psikolojik baskılar gerekse yukarıda da değindiğimiz gibi tehdit ve korkutmalar sonucu önüne set çekilen bir mekanizma haline gelmektedir. Yine de bu sorunları aşım yargıya intikal eden vakalarda ise, şikayet dilekçesi bekletilmekte, soruşturmaya başlandıysa bile bu sürüncemede bırakılmakta, iddianame hazırlanmamakta, delil toplama, tanık dinleme gibi işlemler ya özensiz şekilde yapılmakta ya da hiç yapılmamaktadır.³³⁶ Bu süreçte karşılaşılan ve inceleyeceğimiz iki husus; kaybedilenlerin yasal gözaltı prosedürüne uygun olmayan gözaltı ya da tutukluluk yaşaması ve etkin, hızlı, bağımsız bir soruşturma yapılmamasıdır.

a. Yasal Gözaltı Prosedürüne Uygunsuzluk

Gözaltına alma, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda belirli şekle ve prosedüre tabi tutulan bir tedbir yöntemidir. Zorla kaybetmelerde genellikle kaybedilen kişiler gözaltına alınmak üzere götürüldükleri gerekçesi ile birçok tanıgın gözü önünde, evinden, köy meydanından ya da işyerinden alınıp götürülmektedir. Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nde de belirtildiği üzere, gözaltına alınan kişinin kimlik bilgilerinden, isnad edilen suç, gözaltına alınma nedeni, gözaltına alınırken doktor kontrolüne tabi tutulduğunun raporlanmasına kadar daha bir çok bilginin kayıt altına alınması gerekmektedir. Bu devletin en önemli yükümlülüklerinden biridir. Hakikaten ileride olası bir işkence iddiası yahut devletin hukuk dışı davrandığına dair herhangi bir iddiaya karşı, devletin gözaltı ya da tutuklulukta bu gibi kayıtları alması ve özenle tutması elzemedir. Zorla kaybetme vakalarında, gözaltına alınmak üzere götürülen kişilerle ilgili olarak bu şekilde bir kayda rastlamak mümkün değildir. Örneğin; Ahmet Bulmuş adlı vatandaş Şırnak-Cizre'de, silahlı ve telsizi olan kişilerce gözaltına alınmak üzere götürülmüş ve bir daha kendisinden haber alınmamıştır. Kaybedilen şahsı gözaltındayken görenler ve işkenceye uğradığını ifade eden tanıklar

³³⁶ AİHM'nin zorla kaybetmeye ilişkin başvurularda vermiş olduğu ihlal kararları da genellikle bahsettiğimiz bu ihmaller ve gözardı etmeler sebebiyle, etkili ve yeterli soruşturma yapılmadığına ilişkin olmaktadır.

bulunmaktadır. Tanıkların söz konusu ifade ve iddialarına rağmen, Ahmet Bulmuş'un gözaltına alınmasına ilişkin hiçbir kayıt bulunmamaktadır.³³⁷ Bu durum sadece söz konusu örnekle sınırlı olmayıp, çoğu kayıp iddiasında aynı eksikliğe rastlanmaktadır. Zaten ileride de değineceğimiz gibi AİHM'nin bu husustaki ihlal kararlarının çoğu devletin söz konusu kayıtları tutmaması gibi nedenlere dayanılarak verilmiştir.

Bunun yanında bazı tanıkların ifadelerine göre, sadece gözaltı kayıtları ile ilgili değil, ceset bulunduğu tutulan tutanaklarda, yahut sorgulama sürecindeki bazı belgelerde, genellikle yalan beyana ya da zorla kaybetme olayına karışan kişilerin lehine olacak şekilde düzenlenen kayıtlara rastlanmaktadır. Yukarıda da değindiğimiz gibi daha çok, zorla kaybedilen kişinin, PKK milisi olduğu ve kendi aralarında girdikleri bir çatışmada öldüğü şeklinde tutanaklara rastlanmaktadır. Kaybedilen kişilerin eskiden korucu olduğu vakalarda ise yine cesedi bulunan korucuların PKK tarafından öldürüldüğü, çünkü PKK'nın söz konusu kişilerin koruculuk yapmasından rahatsızlık duyduğu iddia edilmektedir.³³⁸ Sonuç olarak yasal gözaltı prosedürüne uyulmamasının yanında, yargının tutumuna etki edecek diğer bir husus da kayıt ve bazı tutanakların gerçeği yansıtmama ihtimalinin bulunmasıdır.

b. Etkili, Bağımsız ve Hızlı Soruşturma Yapılmaması

Ülkemizde zorla kaybetme vakalarına ilişkin verilerin analizi sonucu, soruşturmanın çoğunun halen şikayet aşamasında olduğu, suç yerinde yeterli ve gerekli incelemenin yapılmadığı, bu konuda kayıp yakınları tarafından suçlu olduğu iddia edilen kolluk görevlilerinin beyanlarının esas alındığı, kayıpların işkenceye maruz bırakılarak öldürülmesi halinde, çatışmada öldüğüne dair kayıt tutulduğu, soruşturmalarda, şüphelilerinde içinde bulunduğu emir-komuta zincirinin dikkate alınmadığı, bu kişilerin sorgusunun dahi yapılmadığı, kayıp yakınlarının ifadelerine başvurulmadığı ve otopsi işlemlerinin güvenilirliğiyle ilgili sorunların olduğu saptanmıştır.³³⁹

³³⁷ Sevimli Ataktürk, Emel; "Zorla Kaybetmelerde Yargının Tutumu", **Zorla Kaybetmeler ve Yargının Tutumu**, Anadolu Kültür Yayınları, 2.baskı, İstanbul 2013, s.21

³³⁸ Cemal Temizöz ve Diğerleri İddianamesi, <http://failibelli.org/wp-content/uploads/2013/05/Cemal-Temizöz-ve-diğerleri-Davası-İddianamesi.pdf>. (erişim tarihi: 29.08.2015)

³³⁹ Sevimli Ataktürk, Emel; a.g.e., s.28; Burada bahsi geçen tespitlere aşağıda inceleyeceğimiz AİHM kararlarında da rastlamak mümkündür.

Bahsi geçen çıkarımlara dayanarak diyebiliriz ki etkili bir soruşturma da, hızlı ve bağımsız bir soruşturma da mümkün görünmemektedir. Hala şikayet aşamasında kalan başvuruların mevcut olduğu düşünüldüğünde soruşturmanın hızı ortaya çıkmaktadır. Bağımsız soruşturmaya gelince, zorla kaybetme vakaları doğası gereği bu konuda hassasiyet içeren konulardır. Nihayet, şüpheli olduğu iddia edilen kişiler zaten devletle bağlantılı olduğu iddia edilen kişilerdir. Dolayısıyla yargının bu konudaki tutumu, bağımsızlık konusunda azami hassasiyet olmalıdır. Çünkü mevcut kayıp vakalarında, kayıplarla ilgili delillerin dahi, şüpheli durumunda olan kişilerce toplandığı ve yine bu kişilerin tutanak tuttıkları iddia edilmektedir. İleride AİHM kararlarını incelerken bu konuya, somut olaylar üzerinden de daha detaylı değinme şansımız olacaktır.

2. Cezasızlık Sorunu

Cezasızlık sorunu ile kastettiğimiz, failerin yargılanmaması yahut yargılansa dahi herhangi bir yaptırıma tabi tutulmaması, beraat etmeleridir. Ülkemizde zorla kaybetme vakalarında cezasızlığın en temel sebebi, bu konuda, en başta Anayasa olmak üzere ne Türk Ceza Kanunu'nda ne de diğer herhangi bir kanun aracılığıyla zorla kaybetmenin düzenlenmemiş olmasıdır. Zorla kaybetme ülkemizde bir suç olarak tanınmamaktadır. Dolayısıyla zorla kaybetmeye ilişkin başvurular, kasten öldürme ya da özgürlüğünden yoksun bırakma gibi suçlara dayanılarak yapılabilmektedir. Fakat, kabul etmek gerekir ki zorla kaybetme kendi başına bir suç tipidir ve farklı bileşenleri mevcuttur. Türkiye'de zorla kaybetme ile ilgili mağdurların karşısına çıkan önemli sorunlardan ilki, yukarıda bahsettiğimiz etkin, hızlı ve bağımsız soruşturmanın yapılmamasıdır. Diğerleri ise, zorla kaybetme tek başına bir suç olarak tanınmadığından bazı kayıp vakalarında kasten adam öldürme suçuna dayanarak yargı sürecinin işletilmesidir. Bu durumun zararı, zorla kaybetme niteliği daha uzun süreli bir dava zamanaşımı süresini gerektirirken, kasten adam öldürme suçunda, müebbet hapis gerektiren suçlardaki dava zamanaşımının 20 yıl³⁴⁰ ile sınırlı olmasıdır. Dolayısıyla, zorla kaybetme mağdurları 20 yıl sürüncemede bırakılan bir soruşturma aşamasından sonra, failerin

³⁴⁰ Dava zamanaşımı TCK 66.maddede müebbet hapsi gerektiren suçlarda 25 yıl olarak, ağırlaştırılmış müebbetde ise 30 yıl olarak düzenlenmiştir. Mülga kanunda(765 sayılı) bu süre 20 yıl olarak kabul edilmekteydi ki zorla kaybetme vakalarında da eylemin gerçekleştirildiği dönem mülga kanunun uygulandığı dönem olduğundan ve mülga kanun sanık lehine olduğundan 20 yıllık zamanaşımı süresi kabul edilmektedir. Türkiye'deki zorla kaybetmelerin zaman aralığı düşünüldüğünde, 1993-96 yılları arasında yoğun olarak uygulanmıştır, en son 1995'da yapılan bir başvuru ve başlatılan soruşturmanın sürüncemede bırakılarak bugüne kadar geldiğini varsayarsak, böyle bir vakanın 2015 yılında zamanaşımına uğraması sorunu gündeme gelmektedir.

zamanaşımı dolayısıyla cezalandırılmadığı hatta davanın bile açılmadığı³⁴¹ bir sonuçla karşı karşıya kalmaktadırlar. İşte zorla kaybetme uygulamalarında mağdurlar açısından sorun teşkil eden en önemli husus, yukarıda değindiğimiz sebeplerle ortaya çıkan cezasızlık sorunudur.

D. Türkiye’deki Zorla Kaybetme Olaylarına İlişkin AİHM Kararlarının İncelenmesi

1. Genel Olarak

Türkiye, zorla kaybetmeye ilişkin BM sözleşmesine taraf olmadığı için, mağdurların uluslararası alanda başvuru yapabilecekleri etkin bir koruma mekanizması olarak karşımıza Avrupa İnsan Hakları Mahemesi çıkmaktadır. Fakat, bilindiği üzere Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde zorla kaybetmeye maruz bırakılmamaya ilişkin bir hak düzenlenmemektedir. Bu sebeple sadece sözleşmede düzenlenen hakların ihlali açısından başvuru yapılabilmektedir.

2. Yaşam Hakkı’nın İhlali Gerekçesiyle Zorla Kaybetmeye İlişkin Davalar

Zorla kaybetme, çoğu vakada yaşam hakkına alenen bir saldırı ve bu hakkın ihlali anlamına gelmekte, yaşam hakkını ortadan kaldırmadığı durumlarda ise yaşam hakkına karşı ciddi bir tehdit oluşturmaktadır.³⁴² Çalışmamızın kapsamı bireyin yaşam hakkının korunması hususunda devlete düşen yükümlülükler açısından zorla kaybetmelerin değerlendirilmesi olduğu için, AİHM kararlarında özellikle Mahkeme’nin yaşam hakkına(2.madde) ilişkin esas ya da usul yönünden verdiği ihlal kararlarına değinmeye çalışacağız.

Çalışmamızın birinci kısmında detaylı şekilde üzerinde durduğumuz gibi yaşam hakkı devlete pozitif ve negatif yükümlülükler yükleyen bir haktır. Devlet’in zorla kaybetmeye ilişkin ihlalinin tespit edildiği kararlar, genellikle pozitif yükümlülükler açısından usule ilişkin olarak, etkin soruşturma yapılmaması konusunda hükme varılan kararlar olsa da, negatif yükümlülükler açısından devletin yaşam hakkını ihlal ettiği kararlara da rastlanmaktadır. Bedeni bulunan kayıplarda olduğu kadar akıbeti hala belirsiz olan kayıplar açısından da yaşam hakkının ihlali söz konusu olabilmektedir.

³⁴¹ Sürüncemede kalan soruşturma oranı yüzde 69, açılan dava yüzde 17, takipsizlik kararı yüzde 7, beraat kararı yüzde 4, zamanaşımı kararı yüzde 2, mahkumiyet kararı yüzde 1’dir.(Kurt, Gülşah; a.g.e., s.9)

³⁴² Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi’nin 2015 tarihli genel yorumu, paragraf 6, (**Human Rights Committee-General Comment, CCPR/C/GC/R.36/Rev.2**)

Yani sadece öldüğü kesin olarak bilinen kayıp vakalarında değil, ki AİHM'nin yaşam hakkına ilişkin geliştirdiği özgün ve istisnai içtihatlardan biridir³⁴³, zorla kaybetmede cesedine ulaşılamasa bile bazı kayıplar ile ilgili olarak yaşam hakkının ihlal edildiğine hükmedilmektedir. Aşağıda bazı kararlara değinerek bu hususu incelemeye çalışacağız.

3. Zorla Kaybetme Olayları Çerçevesinde Yaşam Hakkı'nın İhlaline Dair Örnek Kararlar

Türkiye'deki zorla kaybetme olaylarına ilişkin AİHM'nin vermiş olduğu ilk karar Kurt-Türkiye³⁴⁴ kararıdır. Ancak söz konusu kararda yaşam hakkının değil AİHS'nin 5.maddesinin (kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı) ihlaline hükmedildiği için, çalışmamızın kapsamında olmadığından kısaca üzerinde duracağız. Olayda, başvuran Koçeri Kurt Bismil'de yaşamaktadır. 1993 yılında korucuların ve jandarmaların köylerine yapmış oldukları baskın esnasında oğlu Üzeyir Kurt'u gözaltına alma gerekçesiyle götürdüklerini, birgün sonra oğlunu askerlerin yanında vücudunda morluklar olmak üzere gördüğünü iddia etmektedir. Olayın ardından savcılığa başvuran baba, oğlunun gözaltı kaydının bulunmadığını, PKK tarafından kaçırılmış olabileceği cevabını almıştır. Başvuran, giriştiği bazı araştırmalar ve şikayet başvurularının sonuçsuz kalması sonucu, Diyarbakır İnsan Hakları Derneği aracılığıyla Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na başvurmuştur. Komisyon verdiği kararda söz konusu başvurunun 2.madde mi yoksa 5.madde kapsamında mı değerlendirileceğini tartıştıktan sonra, kaybedilenin güvenlik güçlerinin elinde ölmüş olabileceğine dair şüpheyi yer bırakmayacak şekilde kesin delil olmadığından, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlali açısından değerlendirilmesine karar vermiştir. Mahkeme karar metninde, daha çok etkili ve yeterli soruşturma yapılmaması üzerinde durmuş ve bu hususu tartışmış, gözaltı kayıtlarının bulunmaması gibi sebeplerle delileri sürülerek, sözleşmenin 5.maddesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir.³⁴⁵ Aslında bu karar daha sonra inceleyeceğimiz kararlar ile beraber kıyaslandığında, Mahkeme'nin yaşam hakkı ihlali için, kesin delil şartından, makul şüphenin yeterliliğine evrilen içtihadı daha gözle görünür hale gelecektir.

³⁴³ Kararların incelenmesi esnasında değineceğimiz Timurtaş-Türkiye ve Canan-Türkiye kararları buna örnek gösterilebilir.

³⁴⁴ Kurt v Turkey, 25.05.1998, app.no. 24776/94

³⁴⁵ Kurt v Turkey, paragraf 125 ve sonuç

Abdullah Canan³⁴⁶ Hakkari-Yüksekova’da yaşayan 43 yaşında ve tanınan bir işadamdır. 23 Kasım 1995 tarihinde Yüksekova-Karlı köyüne Dağ Komando Tabur Komutanlığı tarafından askeri operasyon düzenlenmiştir. Abdullah Canan ve 7 akrabası bu operasyonla ilgili suç duyurusunda bulunmuş, operasyon esnasında evlerinin ve eşyalarının kasıtlı olarak tahrip edildiğini iddia etmişlerdir. Hatta eylemin sorumlusu olarak da binbaşı Mehmet Emin Yurdakul’u göstermişlerdir. Başvurana(Abdullah Canan’ın oğlu) göre bu olaydan birkaç gün sonra Yüksekova Savcısı Canan’ı çağırılmış ve şikayette buldukları binbaşının terfi beklediğini dolayısıyla şikayetlerini geri almalarını tavsiye etmiş, hatta iki taraf arasında görüşme ayarlamıştır. Binbaşı M.Emin Yurdakul görüşme esnasında Canan ve akrabalarını, davalarından vazgeçmeleri konusunda tehdit eder nitelikte konuşmuş, odasına gelen diğer askerlere de Abdullah Canan’ı tanıtırken, ‘sizleri şikayet eden adam işte bu’ şeklinde ifadeler kullanmıştır.

17 Ocak 1996 tarihinde Yüksekova-Van karayolunda kontrol esnasında Abdullah Canan gözaltına alınmış, askeri bir araçla götürülmüştür. Kontrol esnasında diğer araçlardan, Abdullah Canan’ın aracını tanıyan ve onun gözaltına alındığına şahit olan kişiler mevcuttur. Canan’ın kaybolmasını takiben yakınları Savcılık, Emniyet Müdürlüğü, İçişleri Bakanlığı ve Savunma Bakanlığı gibi ulaşabildikleri tüm mercilere başvuruda bulunarak, Canan’ın adı geçen binbaşı tarafından götürüldüğünü, akıbetinin bilinmediğini ve yakınlarının bulunmasını istedikleri şeklinde dilekçeler sunmuşlardır. Söz konusu dilekçelerine hiçbir yanıt alamamışlardır.

Bir süre sonra Abdullah Canan’ın aracı kapıları kilitli vaziyette bir anayol kenarındaki uçurumun içinde hiçbir kaza izine rastlanmaksızın bulunmuştur, 24 Ocak 1996 tarihli, Cumhuriyet Savcısı ve bilirkişi sıfatıyla bir polisin imzasının bulunduğu tutanağa göre, aracın buraya bu şekilde ancak bir vinç yardımı ile konabileceği ifade edilmiştir. 21 Şubat 1996 tarihinde Abdullah Canan’ın cesedi, ağzı kapatılmış ve elleri bağlanmış vaziyette bir yol kenarında bulunmuştur. Yapılan otopside 7 adet kurşun izine rastlanmış ve silahların yakın mesafeden ateşlendiği, bileklerindeki izlerden de uzun

³⁴⁶ AİHM 26 Haziran 2007 tarihli Canan-Türkiye Kararı, başvuru no:39436/98, Kararın özetinde T.C. Dışişleri Bakanlığı’nın(Avrupa Konseyi ve İnsan Hakları Genel Müdür Yardımcılığı) çevirisinden yararlanılmıştır.

süre elleri bağı tutulduğu anlaşılmıştır. Bunun ardından maktulün oğlu ve eşi, savcılığa giderek, M.Emin Yurdakul hakkında cinayete azmettirdiği gerekçesiyle şikayette bulunmuşlardır.

Cezai yargılama sürecinde, soruşturma esnasında, davanın açılmasına esas teşkil eden eskiden itirafçı olarak görev yapan Kahraman Bilgiç adlı şahsın ifadesine göre, M.Emin Yurdakul'un emriyle Canan'a işkence edildikten sonra bir yol kenarına götürülerek ateş edilmiş ve öldürülmüştür. Bilgiç'in beyanına göre o esnada Yurdakul'un kendisi ve bazı başka askerler de orada hazır bulunmuştur. Yurdakul, Devlet Güvenlik Mahkemesi(DGM) önünde hakkındaki tüm iddiaları reddetmiştir. 1997 yılında DGM konu bakımından kendisinin yetkili olmadığına karar vererek, dosyayı Hakkari Ağır Ceza Mahkemesine göndermiştir. Bu süreçte tanıklar dinlenmiş, yargılama süreci işletilmiş ancak 2005 yılına gelene kadar birçok kez dava sürüncemede bırakılmış sonuç olarak fail oldukları iddia edilen kişilerin hiçbiri hakkında bir cezaya yahut tedbire hükmedilmemiştir.

Başvuran, babasının gözaltındayken işkence gördüğünü de ifade ederek AİHM'ye AİHS'nin yaşam hakkını düzenleyen 2.maddesi ve işkence yasağını düzenleyen 3.maddesinin ihlal edildiği gerekçesiyle başvuruda bulunmuştur. AİHM iç hukuk yollarının etkisizliğini de vurgulayarak başvuruyu kabul edilebilir bulmuştur.

Esasa ilişkin olarak, Hükümet, güvenlik güçlerinin suçlu gösterildiği iddiaların sadece itirafçı Kahraman Bilgiç'in ifadelerine dayandığı ve hiçbir somut delilin olmadığını ileri sürmüştür. Başvuran da iddiasını desteklemek adına PKK ile mücadele çerçevesinde ülkenin Güneydoğusu'nda yaşanan bir çok kayıp vakası ve yargısız infazları örnek göstermiştir.

Mahkeme değerlendirme ve tespitlerinde, Abdullah Canan'ın aracının bulunmasıyla ilgili olarak, söz konusu tarihte olayın geçtiği yerin de küçük ve gelişmemiş bir yer olmasına rağmen ciddi donanımlı bir vinç'in nereden bulunup aracın uçuruma vinç yardımıyla bırakılmış olabileceğinin şüphe oluşturduğunun üzerinde durmuştur. Savcı ve bilirkişinin de imzası olan bir tutanakta yer alan, aracın bir vinç yardımıyla uçuruma bırakıldığı ifadeleri, böyle bir vinç'e sahip olacak kişi ve kurumun kimliğinin araştırılması gerektiği yönünde kanaat oluşturmuştur. Diğer bir husus ise, iç hukuktaki

cezai yargılama esnasında Albay K.O tanıklıkta bulunmuş ve Abdullah Canan'ı Tabur Komutanlığında yaralı ve işkenceye uğramış şekilde gördüğünü ifade etmiştir. K.O'nun tanıklığı iç hukukta gözardı edilmiş, söyledikleri, ciddi olmayan, 'dedikodu yumağı' ve 'duyuma dayalı bilgiler' olarak adlandırılmıştır. AİHM değerlendirmesinde, K.O'nun beyanlarının yalan olduğu iddia edildiği halde neden iç hukukta ciddiye alınarak, iftira yahut hakaret gibi gerekçelerle K.O hakkında yargılama yapılmadığının da dikkat çekici olduğunu belirtmiştir. Oysa ulusal makamların bu tür beyanlarla ilgili olarak hakaret suçundan kovuşturma başlatmasının gerekliliği üzerinde durmuştur.

Sonuç olarak, AİHM esas bakımından, hükümetin izahatlarının yeterli olmadığını, Devlet'in, güvenlik güçlerince öldürüldüğü iddia edilen Abdullah Canan'ın ölümünde güvenlik güçlerinin dahil olmadığını ispat etme yükünü üzerinden atamadığını, bu sebeple de Canan'ın ölümünden devletin sorumlu olduğunu hükme bağlamıştır. Dolayısıyla Sözleşme'nin 2.maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.³⁴⁷

Usul açısından ise, Hükümet Canan'ın ölümü ile ilgili tüm delilleri topladığını, gerekli yargılamanın yapıldığını ancak ölüme sebep olan faillerin kimliğinin tespit edilemediğini belirtmiştir. Başvuran buna karşılık olarak, yetkililerin bu konuda araştırma yapmaya gönüllü olmadığını, gerek soruşturma gerek dava aşamasında, gerekli özenin gösterilmediğini, güvenlik güçlerinin kayırılması ve korunması açısından söz konusu bölgede cezasızlık adına açıkça bir sistem oluşturulduğunu iddia etmiştir. Mahkeme, sözleşmenin 2.maddesinde düzenlenen yaşam hakkının, devletlere kişinin yaşam hakkı ihlal edildiği takdirde etkili ve hızlı bir soruşturma yapma yükümlülüğü yüklediğini belirtmiştir. Yetkililerin bu hususta tüm beyanları dikkate alması, tüm tanıkları dinlemesi ve bu bilgileri objektif olarak değerlendirmesi gerekmektedir. Söz konusu usuli yükümlülükler aykırılık, devlet yetkililerince güç kullanımı sonucu ortaya çıkan kasten öldürmeye ilişkin davalara zaten uygulanmakta olup, "bir kişinin yasal olmayan şekilde özgürlüğünden yoksun bırakıldığı durumlar ve kaybetme vakalarında yetersiz soruşturma yapıldığı hallerde de 2.maddenin ihlalini oluşturmaktadır."³⁴⁸

³⁴⁷ Mahkeme kararında işkence yasağını düzenleyen 3.maddenin de ihlalini tespit etmiştir.

³⁴⁸ Tahsin Acar v Turkey, app. no: 26307/95, 06.05.2003, paragraf: 69,79,82. Söz konusu karara konu olan olayda da başvuranın kardeşi M.Salim Acar, Bismil'de yaşayan ve çiftçilik yapan bir kişidir.

AIHM bir devlet görevlisinin, işkence, kötü muamele yahut cinayet gibi suçlarla suçlanması halinde, dava ya da ceza zamanaşımı gibi gerekçelerle o davanın düşmüş kabul edilemeyeceğini ya da genel-özel affa tabi olmayacağını ifade etmiştir. Ayrıca, kural olarak 2 ve 3.maddelerle ilgili olarak devletler, makul şüphenin ötesinde kanıt prensibinden yararlanırlar. Yani devletlerin sorumluluğuna gitmek için kural olarak iddiaların kesin delille ispat edilmesi şarttır. Fakat, mahkeme kanıtlanamayan iddiaların, devletlerin cezai yollarının etkisizliğinden kaynaklandığına kanaat getirirse, devlet görevlileri ile ilgili olarak iddia edilen suç fiillerine ulusal hukuk mercilerinin de ortaklık ettiği ya da en azından buna göz yumdukları yönünde bir karine oluşacağını vurgulamıştır.³⁴⁹

Somut olaya, söz konusu usule ilişkin prensipler uygulandığında, Mahkeme, Abdullah Canan'ın kaybedilmesiyle ilgili olarak ulusal mercilerin cezai kovuşturma konusunda gerekli özeni göstermedikleri kanaatindedir. Bu kanaate varmasına sebep olan olaylar arasında, ceset bulunduğu yetkililerin klasik otopsi yapmaya gerek olmadığına dair karar vermeleri, tanık ifadelerinin çoğunun istinabe yoluyla alınması dolayısıyla kayıp yakınlarının bu hususta ifade esnasında davaya dahil olamamaları da vardır. Dolayısıyla mahkeme genel anlamda cezai soruşturmanın etkililiği hususunda devletin eksiklikleri olduğu kanısındadır. Sonuç olarak da devletin 2.maddenin usul açısından yüklediği yükümlülükler aykırı davranarak 2.maddeyi ihlal ettiğine hükmetmiştir.

Görüldüğü üzere her ne kadar AIHS zorla kaybetmeyi bir suç olarak düzenlemese, zorla kaybetmeye maruz bırakılmama hakkı gibi bir spesifik haktan söz etmese de zorla kaybetme vakalarına “kaybedilen-disappeared” ibaresini de kullanarak kararlarında yer vermektedir. Elbette Mahkeme, yetki alanı dolayısıyla kaybetme

Sivil kıyafetli ve silahlı polis oldukları iddia edilen 2 kişi tarafından, birçok tanığın arasında zorla alınarak götürülmüştür ve kendisinden bir daha haber alınamamıştır. İç hukuktaki yargı sürecinin ardından başvuru AIHM'ye gelmiştir. Hükümet AIHM'den başvuru takibatını devam ettirmemesi ve Sözleşme'nin 37.maddesi gereği kayıttan düşürülmesini talep etmiştir. (Kararın 60.paragrafında Hükümetin detaylı açıklaması ve çözüm önerisini görebilirsiniz.) Mahkeme bu talebi kabul edip, kayıttan düşürmüştür. Bunun üzerine başvuran Daire'nin kararını Büyük Daire'ye taşımıştır. Sonuç olarak kayıttan çıkarılma talebi reddedilmiş ve esastan görüşmeye karar verilmiştir. Söz konusu kararda bizim için önemli olan ve vurgulamaya çalıştığımız husus, 69,79 ve 82.paragraflarda üzerinde durulan, kaybetme vakalarında etkin soruşturma yapılmaması gibi durumların 2.maddenin ihlali anlamına geleceğinin kabul edilmesidir.

³⁴⁹ Avsar v Turkey, 10.07.2001, app.no. 25657/94, paragraf 282,416

vakalarını sözleşmede düzenlenen hakların ihlali çerçevesinde değerlendirmektedir ki bizim de çalışmamızın kapsamı yaşam hakkına ilişkin olarak değerlendirilen kararlarla sınırlıdır. Somut olayda da görüldüğü üzere Mahkeme kaybedilen kişinin yaşam hakkının hem esas hem usul yönünden ihlal edildiğine karar vermiş ve tazminata hükmetmiştir. Burada esas ve usul açısından ihlal ile kastettiğimiz aslında çalışmamızın birinci kısmında devlete düşen pozitif ve negatif yükümlülükleri incelerken değindiğimiz, negatif yükümlülük olarak, öldürme yasağı, pozitif yükümlülüklerde ise maddi ve usuli yükümlülüklerden, gerekli özenin gösterilmesi, makul tedbirlerin alınması ve etkili soruşturma yapılması yükümlülüğüdür. Abdullah Canan kararında Mahkeme yaşam hakkının devlete yüklediği yükümlülüklerin neredeyse bütün yönleriyle ihlal edildiğine kanaat getirmiştir. Kural olarak, negatif yükümlülüğün (öldürme yasağı diyebiliriz) ihlal edildiğini söylemek pek kolay değildir. Devlet'in böyle bir suç işlemeyeceği her zaman ön kabuldür. Devlet'in birini öldürdüğünü (elbette devlet suç işleyemeyeceğinden ajanları eliyle) söylemek için kararda da atıf yapıldığı üzere, kural olarak, makul şüphenin ötesinde somut deliller ileri sürmek gerekmektedir. Ancak AİHM zorla kaybetme vakalarında istisnai bir içtihat geliştirerek, kendisinden uzun süre haber alınmayan kişilerle ilgili ölüm karinesi şeklinde bir karine işletmekte³⁵⁰ ya da devlet ajanlarınca gözaltına alınıp daha sonra cesedine ulaşılan kişilerle ilgili olarak, devletin söz konusu ölümle ilgili tatmin edici açıklama yapamaması halinde yani iddiaların yersiz olduğunu ispat edememesi halinde, yaşam hakkının ihlaline karar vermektedir.

Yaşam hakkı ihlalinin tespit edildiği diğer bir karar Timurtaş-Türkiye kararıdır.³⁵¹ Mehmet Timurtaş 1928 doğumlu bir Türk vatandaşı olup, İstanbul'da yaşamaktadır. Başvuruya konu olan olayların yaşandığı dönemde Cizre'de ikamet etmektedir. 1993 yılında başvuran kimliği belirsiz bir kişi tarafından telefonla aranmış, telefondaki şahıs başvurana, oğlunun (Abdolvahap Timurtaş) Şırnak-Silopi yakınlarında bir grup asker tarafından gözaltına alındığını bildirmiştir. Başvuran ilgili jandarma komutanlığına başvuru yaptığı anda, oğlunu tanımadıkları ve gözaltında böyle birinin bulunmadığı yanıtını almıştır. Başvuran, gözaltındayken oğlunu gören iki kişinin olduğunu ve tanıklık edebileceklerini de belirtmiştir.

³⁵⁰ Güngör, Hasan Atilla; a.g.e.; s.414

³⁵¹ Timurtaş v Turkey, 13.06.2000, app.no. 23531/94. [http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-58901#{"itemid":\["001-58901"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-58901#{). (erişim tarihi:01.09.2015)

Başvuran AİHM'ye yaptığı başvuruda, bir de 14 Ağustos 1993 tarihli bir rapor sunmuştur. Söz konusu rapor jandarma komutanı Hüsam Durmuş'un(başvurana ilk müracaatı esnasında oğlunun ellerinde olmadığını söyleyen şahıs) imzasını taşıyan ve başvuranın oğlu ve bir kişinin daha, operasyon esnasında yakalandıklarını ve gözaltına alındıklarını kaydetmektedir. Raporda başvuranın oğlunun PKK'nın Silopi kırsal sorumlusu ve lideri olduğu da belirtilmiştir.³⁵² Söz konusu rapor asıl raporun fotokopisidir. Hükümet söz konusu raporun sahte olduğunu iddia etmiştir. Bunun üzerine Komisyon raporun orijinalini talep etmiş fakat Hükümet, gizli belge olması gerekçesiyle ibraz etmekten kaçınmıştır. Komisyon bu gerekçe ile belge talebinin reddini kabul etmemektedir.³⁵³ Devletin söz konusu tutumu ve belgeyi teslim etmekten kaçınması, mahkemenin belgeyle ilgili olarak gerçek bir operasyon raporu olduğu ve Abdulvahap Timurtaş'ın gerçekten gözaltına alındığı yönünde kanaat geliştirmesine sebep olmuştur.³⁵⁴

Başvuran Sözleşme'nin 2.madesinin ihlal edildiğini, devletin oğlunun yaşamını koruma yükümlülüğüne aykırı hareket ettiğini ileri sürmüştür. Mahkeme burada daha sonraki kararlarında da kullandığı ve içtihat niteliğinde bazı ifadeler kullanmıştır. "Karar vermek için tek başına yeterli gerekçe oluşturmasa bile, bir kişinin gözaltına alınmasından bu yana geçen sürenin uzunluğu karar verirken önemli bir ölçü olarak kabul edilmelidir. Gözaltına alınan kişinin özgürlüğünden yoksun bırakıldığı andan sonra, kişiden haber alınmadan geçen süre uzadıkça, kişinin ölmüş olduğunu varsaymak gerekebilir."³⁵⁵ Abdulvahap Timurtaş'ın kaybedilmesinin üzerinden 6,5 yıl geçmiş olması ve Türkiye'nin Güneydoğusu'ndaki PKK ile mücadele adı altında girilen bu tür eylemlerin yaygınlığının diğer bazı başvurulardan da zaten bilinmesi gibi sebeplerle Mahkeme'nin bu konuda belirli bir öngörüsü oluşmuştur. Bahsi geçen bu sebepler üzerine, Mahkeme, Abdulvahap Timurtaş'ın gözaltına alındıktan ve kaybedildikten sonra silahlı kuvvetlerce öldürüldüğü konusunda tatmin olmuştur.

³⁵² Timurtas v Turkey, parag.28

³⁵³ Timurtas v Turkey, parag.41

³⁵⁴ Timurtas v Turkey, parag.67,68

³⁵⁵ Timurtas v Turkey, parag.83. Söz konusu yaklaşım kabul etmek gerekir ki zorla kaybetme vakalarında oldukça fazla karşılaşılabilecek bir yorumdur. AİHM'nin geliştirdiği bu içtihat mağdurların adalet arayışında devletleri sorumlu tutma yönünde olumlu bir adım olsa da kabul etmek gerekir ki doğası gereği kaybedilenin akıbeti ile ilgili olarak en kötü sonucu varsaymak olduğundan kaybedilenin yakınları açısından da bir o kadar ağır bir varsayımdır.

Ayrıca kaybedilenin gözaltına alındıktan sonra başına ne geldiğine dair Devlet'in hiçbir açıklama yapmamış olması, güvenlik güçlerince kuvvet kullanılmasına dair meşruiyet sebebi oluşturacak bir gerekçenin iddia edilmemesi de kaybedilenin ölümü ile Devlet arasında bağlantı kurmaya sebep olmuştur. Dolayısıyla Sözleşme'nin 2.maddesi ihlal edilmiştir.³⁵⁶ Kararda Devlet'in 2.madde kapsamındaki usuli yükümlülüğü olan etkin soruşturma konusunda da yetersiz kaldığı belirtilerek bu anlamda da maddenin ihlali tespit edilmiştir.

Timurtaş-Türkiye kararı da zorla kaybetme uygulamasına ilişkin Devlet'in bireyin yaşam hakkını ihlal ettiği yönündeki kararlardan olup, mahkemenin bu hususta önemli tespitlerde bulunduğu kararlardandır. Bu yöndeki bazı diğer kararlarda, örneğin, Taş-Türkiye³⁵⁷ kararında da Mahkeme aynı içtihadı dayanarak karar vermiştir.

Muhsin Taş bir operasyon sırasında yaralanarak üzerinde bir el bombası ve silah ile, askeri birlikler tarafından yakalanmış yarasının tedavisi için hastahaneye götürülmüştür. Tutanaklara göre tedavisi boyunca gözaltı süresi uzatılmış, iyileştikten sonra da askerler tarafından, PKK sığınaklarını göstermesi amacıyla operasyona götürülmüş, ancak burada PKK ile girişilen çatışmadan faydalanarak kaçmış ve bundan sonra kensisinden haber alınamamıştır. Komisyon söz konusu tutanağı inandırıcı bulmamış ve tutanaktaki imza sahiplerini dinlemek istemiştir. Fakat, yetkililer tarafından, tutanaktaki isimlerin kod isimler olması sebebiyle, söz konusu kişilere ulaşılamadığı iddia edilmiştir. Başvuran bundan önce savcılığa şikayette bulunmuşsa da hiçbir soruşturma ya da kovuşturma yapılmamıştır. Mahkeme Taş-Türkiye kararında da kaybedilen kişinin ölmüş olduğunu varsayarak³⁵⁸ 2.maddenin ihlaline hükmederken, gerekçe olarak yine devletin yeterli ve makul açıklama getirmemesi, sunduğu tutanakların gerçeği yansıtmaması ve devlet ajanlarının kuvvet kullanmalarını meşru kılacak sebepler öne sürmemesine dayanmıştır.³⁵⁹ Buna ek olarak etkili soruşturma yapılmaması ve yetkililerin bu hususta özen göstermemesi sebebiyle, yaşam hakkının usuli yükümlülükler açısından da ihlal edildiğine karar vermiştir.

³⁵⁶ Timurtaş v Turkey, parag.86

³⁵⁷ Taş v Turkey, 14.11.2000, app.no. 24396/94,

³⁵⁸ Kişinin kaybedilmesinden itibaren geçen sürenin uzunluğunun kişinin ölmüş olduğu yönünde kanaat oluşmasına sebep verdiğinden hareketle,

³⁵⁹ Taş v Turkey, parag.67

Yukarıda incelediğimiz dört karardan sonra diğer bazı kararların adını vermekle yetineceğiz, çünkü birbirine gerek olayların gelişimi, gerekse Mahkeme'nin yaklaşımı açısından çok benzeyen kararlardır. İrfan Bilgin-Türkiye kararı³⁶⁰, Çiçek-Türkiye kararı³⁶¹, Orhan-Türkiye kararı³⁶², Akdeniz ve Diğerleri-Türkiye kararı³⁶³, Çakıcı-Türkiye kararı³⁶⁴ AIHM'nin yukarıda incelediğimiz zorla kaybetmeye ilişkin kararlarda geliştirdiği içtihadın devamı niteliğindeki kararlardan bazılarıdır. Bütün bu kararlarda da Mahkeme, yaşam hakkının esas ve usul açısından Devlet tarafından ihlal edildiğine hükmetmiştir.

Sonuç olarak, incelemeye çalıştığımız ve sadece adlarını saydığımız söz konusu kararların ortak yanı, hepsinin AIHM'nin zorla kaybetmeye ilişkin olarak verdiği kararlar arasında olmalarıdır. Şikayete konu olan olayların hepsinde kaybedilenler güvenlik güçlerince alındıktan sonra ya kendisinden bir daha haber alınmamış yahut bir süre sonra cesedine ulaşılmıştır. Yine tüm vakalarda, yargılama aşaması sürüncemede bırakılmış, öyle ki bazıları soruşturma aşamasından öteye gidemezken, bazıları şikayet başvurusu şeklinde bekletilmiştir. Hakkında dava açılan bazı vakalarda ise yetkililerin özen göstermemesi, tarafsız ve hızlı yargılama yapmaması ya da bekletme yöntemi dolayısıyla dava zamanaşımı söz konusu olmuştur. Tüm olaylarda zorla kaybetmenin tipik özelliği olan, yetkililerin özgürlüğünden yoksun bırakma eylemini reddetmesine rastlanmaktadır. Biz değinmesek de çoğu kararda kaybedilenler açısından gözaltındayken işkence ve kötü muamaleye tabi tutulduklarından, yakınları açısından ise karanlık bir belirsizliğin içinde bırakılmaları sebebiyle yaşadıkları ızdırıp dolayısıyla, işkence yaşağını düzenleyen 3.maddenin ihlaline de karar verilmiştir. Yaşam hakkının ihlaline ilişkin olarak ise, Mahkeme cesedine ulaşılanlar konusunda devletin makul açıklama getirmemesi ya da gerçeği yansıtmayan beyanlarda bulunmasını gerekçe göstererek, kişinin ölümünün güvenlik güçleriyle

³⁶⁰ Bilgin v Turkey, 16.11.2000, app.no.23819/94. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58987> (eriş.tar. 01.09.2015)

³⁶¹ Çiçek v Turkey, 27.02.2001, app.no. 25704/94. [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-118756#{"itemid":\["001-118756"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-118756#{).

³⁶² Orhan v Turkey, 18.06.2002, app.no. 25656/94. [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=003-570780-573224#{"itemid":\["003-570780-573224"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=003-570780-573224#{).

³⁶³ Akdeniz and Others v Turkey, 31.05.2001, app.no.23954/94. [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-69196#{"itemid":\["001-69196"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-69196#{).

³⁶⁴ Çakıcı v Turkey, 08.07.1999, app.no.23657/94. [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58282#{"itemid":\["001-58282"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58282#{).

bağlantılı olduğuna kanaat getirerek 2.maddenin esas yönünden ihlaline karar vermiştir. Akıbeti hala belirsiz olan kayıplarla ilgili olarak da öldüğünü varsayma yoluyla 2.maddenin esas yönünden ihlal edildiğine karar vermiştir. Buna karar verirken dayandığı nokta, kişinin kaybedildiği tarihten başlayarak kendisinden haber alınamayan süre uzadıkça, kişinin öldüğünün varsayılması ihtimalinin artmasıdır. Ayrıca bu tür vakalarda genellikle, devlet yetkililerinin kişilerin akıbetleri hakkında makul bir açıklama getirmiyor oluşu ve kuvvet kullanımını meşrulaştıracak bir sebep sunmuyor oluşları göze çarpmaktadır. Dolayısıyla mahkeme tüm bunlardan çıkarımla kişinin ölümü ve devlet yetkilileri, güvenlik güçleri arasında bir bağ kurmaktadır. Usuli açıdan ise nerdeyse şaşmaz şekilde tüm vakalarda Devlet'in etkin soruşturma yükümlülüğüne riayet etmediği görülmektedir. Gerekli özenin gösterilmemesi, hızlı, etkili ve bağımsız soruşturma yapılmıyor oluşu bu kapsamdadır. Devlet'in 2.maddenin usul açısından getirdiği yükümlülüklerle aykırı hareket ettiği incelediğimiz ve saydığımız tüm kararlarda karşımıza çıkmıştır. Kanımızca, her ne kadar Türkiye'nin BM sözleşmesine taraf olmayışı ciddi bir eksiklik olsa da, AİHM'nin zorla kaybetme ile ilgili vakaları inceleyip, ihlal kararı veriyor oluşu, mağdurlar açısından ümit verici olduğu kadar, Devlet'in bu konuda düzenleme yapması için de bir nevi politik baskı oluşturmaktadır.

SONUÇ

Ülkemiz literatürüne en başta ‘göz altında kayıp’ olarak girmiş olan zorla kaybetme, kişinin, devlet görevlileri, devletin onayı, desteği ya da göz yummasıyla hareket eden kişi ya da gruplarca özgürlüğünden yoksun bırakılması ile başlayıp bunu takip eden, genellikle işkence ya da öldürme ile sonuçlanan hukukun koruması dışına çıkarma pratiğine verilen isimdir. Buna ek olarak zorla kaybetmede fail olduğu iddia edilen kişilerin eylemlerini inkar etmeleri ve kayıp kişinin akibetine dair bilgi vermemeleri bu pratiğin ayrılmaz parçasıdır. Zorla kaybetme uygulamasında kişiler hukukun koruması dışına çıkarıldığı için, kaybedilen kişi ve yakınları için hukuki açıdan çözüm arayışı engellenmiş olur. Bunun yanında kaybedilen kişinin nerede ve ne halde olduğuna dair bilgi verilmemesi büyük bir belirsizlik hali oluşturmaktadır.

Zorla kaybetme uluslararası bazı sözleşmelerle suç olarak düzenlenmiştir. Ancak bunun oldukça girift bir suç olduğunu belirtmeliyiz. Bunun sebebi, zorla kaybetmenin uzun süreli bir belirsizliğe sebep olmasının yanında, aynı anda birden çok hak ihlaline sebep olması ve tek bir suç tipi olsa da aslında bünyesinde başka suçları da barındırmasıdır. Zorla kaybetme, özgürlüğünden yoksun bırakma, işkence yasağı, özgürlük ve güvenlik hakkı, gerçeği bilme hakkı, hak arama özgürlüğü ve yaşam hakkı gibi bir çok hak ve özgürlüğü doğrudan ilgilendirmektedir. Kabul etmek gerekir ki en başta yaşam hakkı açısından ciddi bir tehdit oluşturmaktadır. Çünkü zorla kaybetme uygulamalarında genellikle kişilerin cesetlerine ulaşıldığı da olmaktadır. Cesedine ulaşılamayan kayıplarda ise bazen 20-30 sene haber alınmaması, kişinin öldüğüne dair karine teşkil etmektedir.

Yaşam hakkı, zorla kaybetmeye maruz kalmama hakkının olduğu gibi, bütün diğer haklar açısından bir ön koşuldur. Yaşam hakkına sahipseniz, diğer hak ve özgürlüklerin öznesi olabilirsiniz. Yaşam hakkı bu kadar mutlak bir hak olarak görünmesine rağmen öyle bazı hususlar mevcuttur ki, kişinin yaşam hakkından feragat edebilirliği tartışma konusu olmaktadır. En bariz örneklerinden bazıları ötanazi ve kürtajdır ki insanlık tarihi boyunca bu konu tartışılmıştır. Kişiler her ne sebeple olursa olsun yaşam hakkına son verebilir mi? Yaşam hakkı üzerinde sahibinin tasarruf yetkisi

nereye kadardır? Bu konular her zaman özellikle felsefe, sosyoloji, hukuk ve tıp gibi alanların en yoğun tartıştığı hususlar olagelmıştır. Hukuki açıdan bakıldığında, devletler genellikle bu konularda, eskiden beri daha yasaklayıcı bir refleksle hareket etmiş olsalar da, son dönemlerde, kürtaj ve ötanazi gibi konularda kişinin tercihlerini ön planda tutan yaklaşımlar sergilenmeye başlanmıştır. Uluslararası yargı organları da genellikle, bu gibi hassas konuları ülkelerin takdir yetkisine bırakmaktadır. Kanaatimiz yaşam hakkının diğer haklar kadar kişilerin üzerinde istedikleri şekilde tasarruf edebilecekleri mahiyette bir hak olmadığı yönündedir. Yaşam hakkı konusunda yasaklayıcı bir tutumun izlenmesi, ona kutsallık atfetmeye varmayacak şekilde olduğu müddetçe makul görünmektedir. Kutsallık atfetmekten kastımız, örneğin kürtaj konusunda, ne olursa olsun annenin sağlığı tehlikede bile olsa kürtajı yasaklama yaklaşımıdır. Böyle bir durumda menfaatlerin karşılaştırılması ve kürtajın da her zaman bir ihtimal olarak göz önünde tutulması gerekmektedir.

Bütün hak ve özgürlükler konusunda devletin her zaman bireyin karşısında değil ama yanında olacak şekilde bazı yükümlülükleri mevcuttur. Yaşam hakkı konusunda da devlete pozitif ve negatif bazı yükümlülükler yüklenir. Negatif yükümlülük genellikle devlete dokunmama külfeti yükler ki bu yaşam hakkı açısından öldürmeme şeklinde anlaşılabilir. Devletin zaten öldürme eylemi gibi bir eylemi gerçekleştirmeyeceği her zaman ön kabul olduğundan, yaşam hakkı konusunda pozitif yükümlülükler daha öne çıkar. Bu yükümlülükleri de genellikle maddi ve usuli yükümlülükler olarak ayırmak gerekir ki, devletin kişileri üçüncü kişilerin saldırılarına yahut herhangi bir tehlikeye karşı koruması, bu hususta iç hukukunda düzenlemeler yapması işte bu maddi yükümlülükleri oluşturur. Usuli yükümlülük ise, gerçekleşmiş yaşam hakkı ihlallerinin etkin şekilde soruşturulmasını ve ölen kişinin yaşamı geri verilemese bile adaletin tesis edilmesi yoluyla telafi yöntemlerini içerir.

Zorla kaybetme suçu konusunda yaşam hakkı açısından, devletin üzerine düşen yükümlülük önem arz etmektedir. Bu hususun tespiti oldukça zor görünmektedir. Nitekim, zorla kaybetme, faili doğrudan yahut dolaylı yoldan da olsa bir şekilde devletle bağlantılı kabul edilen bir suç tipidir. Zorla kaybetme konusunda devletin negatif yükümlülüğünü ihlal ettiğini ileri sürmek için kesin delillere, aslında açıkça bu konuda devletin kabul etmesine ihtiyaç duyulmaktadır. Ancak pozitif yükümlülüklerini ihlal etmiş olması zorla kaybetme konusunda genellikle sık ratlanan

bir durumdur. Devletler genellikle, zorla kaybetmeyi iç hukuklarında düzenlemeyerek maddi yükümlülüklerle aykırı davranabilmektedir. Bunun yanında en çok rastlanan durum ise etkin soruşturma yükümlülüğüne yani usuli yükümlülüğe aykırı davranışlarıdır.

Zorla kaybetme uluslararası ve bölgesel sözleşmelerle suç olarak kabul edilmiştir. Bunlar arasında evrensel olması ve koruma mekanizması öngörmesi dolayısıyla Birleşmiş Milletler Zorla Kaybetmeye Karşı Herkesin Korunması Sözleşmesi öne çıkmaktadır. BM sözleşmesi zorla kaybetmenin önlenmesi ve mağdurların acılarının dindirilmesi amacıyla bir komite kurarak koruma mekanizması da öngörmüştür. Komitenin yetkisi, taraf devletlerin Komiteye bu hususta yetki vermesine bağlı olsa da etkili bir mekanizma olarak kabul edilebilir. Ancak belirtmek gerekir ki bir çok devlet bu sözleşmeye taraf değildir. Taraf olan devletler arasında ise çok az bir kısmı zorla kaybetmeyi iç hukuklarında otonom bir suç olarak düzenlemişlerdir. Bu manada BM sözleşmesi ve getirdiği koruma mekanizmasının etkililiği tartışılabilir.

Ülkemizde zorla kaybetme konusundaki hukuki durum da çok ümit verici görülmemektedir. Türkiye, BM sözleşmesine taraf olmadığı gibi, insanlığa karşı suçlar arasında da sayma yoluyla dahi olsa zorla kaybetmeye yer vermemektedir. Dolayısıyla zorla kaybetme suçu şeklinde bir suç ülkemizde tanınmamaktadır. Bu durum mağdur olduğu iddia edilen kişiler açısından ciddi bir çaresizlik hali doğurmaktadır. Zorla kaybetme suçu düzenlenmediği için kişiler, iç hukukta insan öldürme ya da özgürlüğünden yoksun bırakma suçlarından dolayı yargıya başvurumaktadırlar. Ancak cesedi bulunan kayıp iddialarında, hukuki durum doğrudan faili meçhul cinayet halini almakta, cesedine ulaşılamayan hallerde ise yine fail olduğu iddia edilen kurum ya da kişilerin bu durumu inkar etmesi ya da bilgi vermemesi dolayısıyla zorla kaybedilenlerin durumu sıradan kayıp vakalarıyla aynı şekilde değerlendirilebilmektedir.

Ülkemiz BM sözleşmesine taraf olmasa da zorla kaybetme vakalarına ilişkin olarak AİHM'ye yapılmış bazı hak ihlali başvuruları mevcuttur. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde zorla kaybedilmeye maruz bırakılmama gibi bir hak düzenlenmediğinden ve mahkemeye sadece sözleşmedeki haklarla ilgili ihlallerden dolayı başvuru yapılabileceğinden, genellikle mahkemeye yapılan başvurular yaşam

hakkı ihlali gerekçesiyle yapılmaktadır. Mahkeme de çoğu kararında yaşam hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir. Gerçekten de çalışmamızda da tespitini yapmaya çalıştığımız üzere, zorla kaybetme yaşam hakkının maddi ve usuli yükümlülükler açısından ağır şekilde ihlali anlamına gelmektedir. Yani zorla kaybetmede akıbeti belirsiz dahi olsa kaybedilen kişiyle ilgili olarak devletlerin yaşam hakkını ihlal ettikleri kabul edilmektedir. Dolayısıyla devletler zorla kaybetme suçunun bir parçası olan kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasının inkarı yahut bu konuda hiç bilgi vermeme yoluna da gitseler sorumluluktan kurtulamazlar. Özellikle mahkeme kararlarında görülmektedir ki, devletin iddiaların yersiz olduğunu ispat edememesi ve kayıp kişinin nerede olduğuna dair makul açıklama getirmemesi, mahkemeyi yaşam hakkı ihlalinin varlığını kabul etmeye itmektir. Mahkeme özellikle zorla kaybetme konusundaki kararlarında, kayıp iddialarının yersiz olduğunun ispatını devletlere yüklemiştir. Devletlerin kaybedildiği iddia edilen kişilere ilişkin olarak, herhangi bir gözaltı işlemine tabi tutulmadığı ya da tutulduysa daha sonra salıverildiğine dair delil sunmasını en azından açıklama yapmasını beklemektedir. Devletler bu konuda açıklama yapmayıp bilgi sunmadığı sürece mahkeme kaybedildiği iddia edilen kişinin öldüğünü karine olarak kabul etmekte ve bu durumun devletin yaşam hakkına ilişkin maddi yükümlülüğünün ihlali olduğunu tespit etmektedir. Bundan başka, yaşam hakkının usuli açıdan ihlal edilmesinin en yaygın örneklerinden biri de yine zorla kaybetme uygulamalarıdır. Kayıp iddiaları karşısında devletlerin en sık sorumlu tutuldukları husus etkin soruşturma yapmamalarıdır. Bunun içinde hızlı ve etkili soruşturma yapmama olduğu gibi, tarafsız soruşturma yapılmaması da yer almaktadır. Nihayet, mağdurların en sık şikayet ettikleri husus, şikayetlerinin sürüncemede bırakılması ya da soruşturma aşamasında, örneğin delil toplama gibi hususlarda, fail olduğu iddia edilen kişilerin bizzat yer almasının tarafsızlığa gölge düşürmesidir.

Kanaatimizce, zorla kaybetme özel bir suç tipi olarak devletlerin iç hukuklarında yer almalıdır. Zorla kaybetmenin hukuki olarak düzenlenmesi tek başına bu suçu önlemeye yetmeyecek olsa da, mağdurlar açısından adaletin tesisi ve zorla kaybetme konusunda duyarlılığın geliştirilmesi açısından önemli bir adım olacaktır. Ayrıca zorla kaybetmenin hukuk düzeninde varlığı devlet görevlilerinin de hukuk içinde kalarak hareket etmelerini sağlayacak bir kontrol mekanizması olarak görülebilir. Çünkü zorla kaybetmenin iç hukukta düzenlenmemiş olması, cezasızlık sorununu gündeme getirmektedir. Düzenlendiği takdirde, hiç kimse ya da hiçbir kurum keyfi davranmaya

kalkışmayacaktır. Bunun yanında aslında hukuki düzenlemeye gitmeden önce devletlerin geçmişte yaşanmış zorla kaybetme uygulamalarıyla yüzleşmekten kaçınmamaları ve buna hazır olmaları daha gerçekçi bir adım olacaktır. Zorla kaybetmelerin rahatça konuşulabilmesi, devletlerin de bu konuda çalışmalara katılması ve desteklemesi geçmişte yaşandığı iddia edilen bu ağır ihlalin yaralarının sarılması açısından çok önemlidir.



KAYNAKÇA

Akad, Mehmet/Vural Dinçkol, Bihterin/ Bulut, Nihat; **Genel Kamu Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul 2014

Akıllıoğlu, Tekin; **İnsan Hakları(Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri)**, İmaj Yayınevi, Ankara 2010

Akil İnsanlar Heyeti; **Güneydoğu Raporu**, İstanbul 2013

Alan Akcan, Esra; “Ötanazi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 71, Sayı 1, 2013

Alpkaya, Gökçen; “Kayıp’lar Sorunu ve Türkiye”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Turan Güneş’e Armağan, cilt 50, Sayı 3-4, Haziran-Aralık 1995

Alpkaya, Gökçen; “Uluslararası Hukukta Zorla Kaybetmeler”, **Zorla Kaybetmeler ve Yargının Tutumu**, Hakikat Adalet ve Hafıza Çalışmaları Derneği Yayınları, İstanbul 2013

Arslan, Zühtü; “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa’nın 13. maddesi Üzerine Bazı Düşünceler”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, cilt 19 yıl 2002

Balta Paker, Evren; “Dış Tehditten İç tehdiide: Türkiye’de Doksanlarda Ulusal Güvenliğin Yeniden İnşası” **Türkiye’de Ordu, Devlet ve Güvenlik Siyaseti**, Derleyenler Evren Balta Paker/ İsmet Akça, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları İstanbul 2010, s.407-431

Bilge, Burak; “AIHM İçtihatları Bağlamında Etkin Soruşturma Yükümlülüğü”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 5, Sayı 2, Yıl 2014

Brody, Reed/Gonzalez, Felipe; “Nunca Mas: An Analysis of Instruments on Disappearances”, **Human Rights Quarterly**, vol.19, The Johns Hopkins University Press, 1997

Bulut, Nihat; “Sahte Bir Karşıtlığın Çözümü Hukuk Devletinde Özgürlük Güvenlik İlişkisi”, **Prof.Dr. Mehmet Akad’a Armağan**, Der Yayınları, İstanbul 2012

Bulut, Nihat; “Ölümüne Rekabetten Barış İçinde Yarışa: Hobbes’un Eşitlik Anlayışı”, **Prof.Dr. Ömer Teoman’a 55.Yaş Günü Armağanı**, Cilt II, Beta Yayınları, İstanbul 2002, s.1377-1397

Byron, Christine; **War Crimes and Crimes Against Humanity in the Rome Statute of the International Criminal Court**, Manchester University Press, 2009

Cengiz, Serkan; "AİHM Kararları Işığında Yaşam Hakkı", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 93 2011

Centel, Nur/ Çakmut, Özlem/ Zafer, Hamide,; **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, Beta Basım, İstanbul 2011

Council of Europe/European Court of Human Rights; Research Report '**Positive Obligations on Member States under article 10 to protect journalists and prevent impunity**', December 2011

Denk, Erdem; "Uluslararası Anlaşmalar Hukukunda Jus Cogens Kurallar", **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi** 2001, Cilt 56, Sayı 2

Deutschland Military Tribunal; **Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals, "The Justice Case"**, Vol. III, Nuernberg 1946-1949, http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/NT_war-criminals_Vol-III.pdf. (Erişim tarihi: 01.08.2015)

Diaconescu, Amelia Mihaela; "Euthanasia" **Contemporary Readings in Law and Social Justice**, Volume 4(2), 2012

Dieterich, Heinz; "Enforced Disappearances and Corruption in Latin America", **Crime and Social Justice**, No: 25, Human Rights and Justice (1986)

Dinçer, Hülya; "**Kayıpları Görünür Kılmak: Birleşmiş Milletler Zorla Kaybetmeye Karşı Herkesin Korunmasına Dair Sözleşme**", http://www.hakikatadalethafiza.org/images/UserFiles/Documents/Editor/HÅlyDinÅer_KayçplarçGîrÅnÅrKçlmak.pdf. (Erişim tarihi: 02.08.2015)

Donnelly, Jack; **Universal Human Rights in Theory and Practice**, Cornell Universty Press, 2013

Dönmez, Burcu; "TCK'da Çocuk Düşürtme Suçu Mukayeseli Hukuk ve AİHM'nin Bakış Açısıyla Ceninin Yaşam Hakkının Sınırlandırılması", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 2007, C.9, sayı 2

Dönmezer, Sulhi; **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, İstanbul 2001

Dural, Mustafa/ Öğüz, Tufan; **Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku**, 14.Baskı, Filiz Kitabevi , İstanbul 2013

Dworkin, Ronald; **Life's Dominion An Argument about Abortion and Euthanasia**, Harper Collins Publishers, London 1993,

Erdoğan, Mustafa; **İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku**, 3.Baskı, Orion Kitabevi, Ankara 2012

Eren, Abdurrahman; **Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere**, Beta Yayınları, İstanbul 2004

Eren, Abdurrahman; **Türkiye’de İnsan Haklarının Korunması Uluslararası Korunma Mekanizmaları ve Ulusal İnsan Hakları Kurumlarının Rolü**, Turhan Kitabevi, Ankara 2007

Fendoğlu, Hasan Tahsin; “2001 Anayasa Değişiklikleri Bağlamında Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması(Anayasa’nın 13. Maddesi)”, **Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi**, Sayı: 1, <http://dergipark.ulakbim.gov.tr/esosder/article/view/5000067866>. (Erişim Tarihi: 02.09.2015)

Feyzioğlu, Metin; “Açlık Grevi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1993, 43/1-4

Finucane, Brian; “Enforced Disappearances as a Crime Under International Law: A Neglected Origin in the Laws of War”, **The Yale Journal of International Law**, vol 35, 2010

Gemalmaz, Mehmet Semih; **Türkiye’de Ölüm Cezası(1920-2000)-Zihniyet, İnfazlar, Mevzuat, Yargı ve Siyaset**, Cilt I, Beta Basım, İstanbul 2001

Gemalmaz, Mehmet Semih; **Latin Amerika’da İnsan Hakları**, Kavram Ajans Yayıncılık, İstanbul 1991

Gemalmaz, Mehmet Semih; **Devlet, Birey ve Özgürlük**, Legal Yayıncılık, İstanbul 2010

Gemalmaz, Mehmet Semih; **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri**, 2. Cilt, Legal Yayıncılık, İstanbul 2011

Geras, Norman; **Crime Against Humanity-Birth of a Concept**, Manchester University Press, 2011

Göral, Özgür Sevgi/Işık, Ayhan/Kaya, Özlem; **Konuşulmayan Gerçek: Zorla Kaybetmeler**, Adalet ve Hafıza Çalışmaları Derneği Yayınları, İstanbul 2013

Gören, Zafer; “Yaşama Hakkı ve Ölüm Cezası”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Güz 2006, sayı:10

Gözübüyük, A.Şerif/Gölcüklü, Feyyaz; **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Turhan Kitabevi, Ankara 2007

Güngör, Hasan Atilla; **Yaşam Hakkı**, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü(yayınlanmamış doktora tezi), İstanbul 2007

Hafizoğulları, Zeki/Özen, Muharrem; **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar**, Us-A Yayıncılık, Ankara 2013

Hakyemez, Yusuf Şevki; Temel Hak ve Özgürlüklerde Objektif Sınır Kavramı ve Düşünce Özgürlüğü’nün Objektif Sınırları, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, 57-2

Harvey, Rachel/Mugnai, Emilia; **The ‘Right to Life’ Commentary on Article 2**, August 2002, <http://www.childrenslegalcentre.com>

Hassan, Ümit; “Ölüm Cezası Sorunu: Kritik Bir Yaklaşım”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, Cilt XXVII, No:1, 1972, s.75-116

Hatemi, Hüseyin/Kalkan Oğuztürk, Burcu; **Kişiler Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013

Inceoğlu, Sibel; **Ölme Hakkı**, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 1999

Jean-François Akandji-Kombe; AİHS Kapsamında Pozitif Yükümlülükler, **AİHS’nin Uygulanmasına İlişkin Klavuz Kitap**, İnsan Hakları El Kitapları No:7, Belçika 2008

Kaboğlu, İbrahim; **Özgürlükler Hukuku**, İmge Kitabevi, İstanbul 2002

Kalabalık, Halil; **İnsan Hakları Hukuku**, 3.Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2013

Kapani, Münci; **İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları**, Bilgi Yayınevi, Ankara 1996

Kateb, George; **Human Dignity**, Belknap Press of Harvard University Press, 2011

Kazancı AİHM kararları endeksi; www.kazanci.com

Kızılyel, Serkan; “Yaşam Hakkı: İdari Yargılama ve AİHM Uygulaması”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.XVIII, Yıl 2011, sayı:2, s.253-289

Kirsten, Anderson; “How Effective is the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance Likely to be in Holding Individuals Criminally Responsible for Acts of Enforced Disappearance?”, **Melbourne Journal of International Law**, Vol.7

Klatt, Matthias; “Positive Obligations under the European Convention on Human Rights”, **Heidelberg Journal of International Law** 2011

Koca, Mahmut; **TCK’da İntihara İkna ve Yardım Suçu**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü(Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 1993

Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan; **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınları, Ankara 2015

Korff, Douwe; Yaşam Hakkı (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 2. maddesinin uygulanmasına ilişkin klavuz kitap), Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları No:8
Koroğlu, Mehmet; “Hukuk Tarihi Açısından Ölüm Cezası ve İnfaz Şekilleri”, **İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi**, Sayı 17, 2011

Kurt, Gülşah; **Cezasızlık Sorunu: Soruşturma Süreci**, Hakikat Adalet Hafıza Merkezi, Anadolu Kültür Yayınları, İstanbul 2014

Kyriakou, Nikolas; “ International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance and Its Contributions to International Human Rights Law, with Specific Reference to Extraordinary Rendition”, **The Melbourne Journal of International Law**, 2012, V.13, 424.

Linderfalk, Ulf; “The Source of Jus Cogens Obligations-How Legal Positivism Copes with Peremptory International Law”, **Nordic Journal of International Law** 2013, V.82.3: p.369-389.

Locke, John; **Two Treatises of Government**, McMaster University Archive of the History of Economic Thought, London 2000

McCloskey,H.J; “The Right to Life”, **Mind, New Series**, Vol.84, No. 335, Oxford University Press, s.403-425

Norman, St. John-Stevas; **Life, Death and the Law: Law and Christian Morals in England and the United States**, Beard Books, 2002

Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, **Enforced or Involuntary Disappearances, Fact Sheet 6/rev.3**

Oğuzman, Kemal/ Seliçi, Özer/ Oktay-Özdemir, Saibe; **Kişiler Hukuku(Gerçek ve Tüzel Kişiler**, Filiz Kitabevi 12.Baskı, İstanbul 2014

Ömeroğlu, Ömer; “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Hükümlü, Tutuklu ve Gözaltındakilerin Açlık Grevi, Ölüm Orucu ve Müdahale Sorunu”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, sayı3-4, 2011

Özbek,Özer/Kanbur,Nihat/Doğan,Koray/Bacaksız,Pınar/Tepe,İlker; **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, 7.Baskı

Özbudun, Ergun; **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, 15.Baskı, Ankara 2014

Pavel, Nicolae; “The Right to Life as a Supreme Value and Guaranteeing the Right to Life”, **Contemporary Readings in Law and Social Justice**, Volume 4(2), 2012, s. 970-991

Peterson, Niels; “Life, Right to, International Protection”, **Oxford Public International Law, Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, Ekim 2012, s.2, <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e841?rskey=EujGpA&result=1&prd=EPIL>. (erişim tarihi: 26.12.2014)

Prado, C.G.; **Choosing to Die**, Cambridge University Press, New York 2008, s.30

Sağlam, Fazıl; **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları: 506

Savcı, Bahri; **Yaşam Hakkı ve Boyutları**, S.B.F. Basın ve Yayın Yüksekokulu Basımevi, Ankara 1980

Serozan, Rona; **Medeni Hukuk(Genel Bölüm-Kişiler Hukuku)**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011

Sevdiren, Öznur; **Türkiye'nin Cezasızlık Mevzuatı**, Hakikat Adalet Hafıza Merkezi, İstanbul 2015

Sevimli Ataktürk, Emel; “Zorla Kaybetmelerde Yargının Tutumu”, **Zorla Kaybetmeler ve Yargının Tutumu**, Anadolu Kültür Yayınları, 2.baskı, İstanbul 2013

Sevinç, Murat; “Bir İnsan Hakları Sorunu Olarak: Açlık Grevleri”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, 57. sayı, yıl 2002

Shneidman, Edwin S.; **Suicide as Psychache: A Clinical Approach to Self-destructive Behaviors**, Jason Aranson 1993

Sunshine, Steven.C; “Should a Hunger-Striking Prisoner Be Allowed to Die?”, **Boston College Law Review**, 1984, Volume 25

Şen, Ersan; “Ölüm Cezası”, **İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Sayı 11,12,13, Nisan-Temmuz-Ekim 1995

Şen, Murat; **Kişi Hak ve Hürriyetlerinde Devletin Pozitif Yükümlülüğü**, A.Ü.S.B.E (yayınlanmış YL tezi) Ankara 2007

Şenol, Cem; **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Etkin Soruşturma Yükümlülüğü**, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi SBE, 2011

Tanör, Bülent; “Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi”, **İnsan Hakları**, Edit; Korkut Tankuter, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2000

Tanör, Bülent; **Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, BDS Yayınları, 3.Baskı 1994

Tanör, Bülent; **İki Anayasa 1961-1982**, Baskı 2, Beta Yayınları İstanbul 1994,

Tanör, Bülent; ‘Kişi Dokunulmazlığı’, **İnsan Hakları**, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2000

Tezcan, Durmuş/ Erdem, M.Ruhan/Önok, Murat; **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 8.Baskı, Seçkin Yayıncılık 2012

Thomas Hobbes/ C. B. Macpherson; **Leviathan** Reprinted in Penguin Classics, Harmondsworth 1985

Thouvenin, Jean-Marc/Tomuschat, Christian; **The Fundamental Rules of the International Legal Order-Jus Cogens and Obligations Erga Omnes**, Martinus Nijhoff Publishers, Boston 2006

Türkiye İnsan Hakları Kurumu; “**Ceza İnfaz Kurumlarında Bulunan Tutuklu ve Hükümlülerin Sağlık Hizmetlerine Erişimi Hakkında İnceleme Raporu**”
29.05.2014

Türkiye İnsan Hakları Kurumu, “**Cezaevinde İntihar Olayları Bağlamında Ali Uçkun Vakasına İlişkin İnceleme Raporu**”, 2015

Ulusal Arjantin Komisyonu (National Commission on the Disappearance of Persons) ;
Nunca Mas(Never Again), 1984,
http://www.desaparecidos.org/nuncamas/web/english/library/nevagain/nevagain_001.htm

United Nations Working Group on Enforced Disappearances, **Working Group Report 2011**, A/HRC/16/48, 2011

Ünver Aydın, Tülay; **Ceninin Hukuki Durumu**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2011

Ünver, Yener; “Türk Ceza Hukuku Açısından Ötanazi”, **Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötanazi**, Derleyen, Nur Centel, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011

Vermeulen, Marthe Lot; Enforced Disappearance-Determining State Responsibility under the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance, **School of Human Rights Research Series**, Vol. 51, Utrecht 2012

Vibhute, Khushal; “ The 2007 Convention Against Enforced Disappearance: Some Reflections”, **Mizan Law Review**, Vol. 2, No. 2, Temmuz 2008

Wedad-Andrada Quffa/ Dan-Valeriu Voinea,; “Assisted Suicide- Between the Right to Life, the Obligation to Live and Social Acceptance”, **Contemporary Readings in Law and Social Justice**, Volume 5(2), 2013

Hakikat Adalet Hafıza Çalışmaları Merkezi, **Zorla Kaybedilenler Veritabanı**,
<http://www.zorlakaybetmeler.org/victims.php>