

Yaşam hakkı

***Avrupa İnsan
Hakları Sözleşmesi'nin
2. maddesinin
Uygulanmasına İlişkin
Kılavuz Kitap***

Douwe Korff



İnsan Hakları El Kitapları, No. 8

Yaşam hakkı

*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin
2. maddesinin*

Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap

Douwe Korff

**Avrupa Konseyi
İnsan Hakları El Kitapları, No. 8**

“İnsan hakları el kitapları” dizisinde:

Sayı 1: **Özel yaşam ve aile hayatının gizliliği.** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinin uygulanmasına dair kılavuz kitap (2001).

Sayı 2: **İfade özgürlüğü.** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesinin uygulanmasına dair kılavuz kitap (2001).

Sayı 3: **Adil yargılama hakkı.** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin uygulanmasına dair kılavuz kitap (2001; 2. baskı, 2006).

Sayı 4: **Mülkiyet hakkı.** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1 No'lu Protokolü 1. maddesinin uygulanmasına dair kılavuz kitap (2001).

Sayı 5: **Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı.** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesinin uygulanmasına dair kılavuz kitap (2002).

Sayı 6: **İşkence yasağı.** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesinin uygulanmasına dair kılavuz kitap (2003).

Sayı 7: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki pozitif yükümlülükler.** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin uygulanmasına dair kılavuz kitap (2007).

Sayı 8: **Yaşam hakkı.** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesinin uygulanmasına dair kılavuz kitap (2006).

Sayı 9: **Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü.** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9. maddesinin uygulanmasına dair kılavuz kitap (*Hazırlanma aşamasında*).

İnsan Hakları ve Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü
Avrupa Konseyi
F-67075 Strasbourg Cedex

© Avrupa Konseyi, 2006
Kapak illüstrasyonu © Sue Colvil- Fotolia. Com

1. Baskı, Kasım 2006

Belçika'da basılmıştır

Douwe Korff, London Metropolitan Üniversitesinde, Londra-Birleşik Krallık, uluslararası hukuk profesörüdür. Kendisi, inter alia, McCann, Caraher, Kelly ve Shanaghan-Birleşik Krallık davalarında başvuruçuları temsil etmiştir.

Bu yayında belirtilen görüşler yazara aittir ve Avrupa Konseyi'ni bağlamaz. Yayında belirtilen yasal belgeler, üye ülkelerin hükümetlerini, Avrupa Konseyi'nin yasal organlarını veya Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine dayanarak kurulan herhangi bir organı bağlayabilecek resmi bir yorum olarak değerlendirilemez.

Bu el kitabı Özgür Heval Çınar ve Abdulcelil Kaya tarafından Türkçeye çevrilmiştir.

İçindekiler

Giriş	5	“Kayıplar”	51
2. madde	6	2. madde ve uluslararası silahlı çatışmalarda güç kullanımı	55
Yaşamın niteliği, başlangıcı ve sonu	8	Diğer durumlarda yaşam hakkını koruma görevi	59
Yaşam hakkı? Kürtaj ve yaşam hakkı	9	Hayatı tehdit eden çevre riskleri ile ilgili devletin görevleri	59
Ölme hakkı? İntihar, yardımla intihar ve ötanazi	15	Bireylerin diğerlerinin şiddetine karşın korunması	66
Devlet görevlileri tarafından ölümcül güç kullanılması	23	Mahpusların intihar etmelerinin önlenmesi	74
Yaşam hakkının “kanun tarafından” korunması	25	Tıbbi yanlış veya ihmallere karşı koruma	76
2. maddenin esasî gereklerinin yerine getirilmesinin tayin edilmesi	28	Suçluların iadesi, yurttan çıkarma ve sınır dışı	80
Olgu sonrası soruşturma yapılması ihtiyacı: 2. maddenin “usûlî		Ölüm Cezası	86
öğesi”	35	2. madde ile 6 ve 13 No’lu Protokoller: Ölüm cezasının kaldırılması	86
Gözaltındaki ölümler	41	Ölüm cezası ve suçluların iadesi	92
Faili meçhul cinayetler ve gizli anlaşma iddiaları	43		

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesi

Yaşam hakkı

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

2. Öldürme, aşağıdaki durumlardan birinde kuvvete başvurmanın kesin zorunluluk haline gelmesi sonucunda meydana gelmişse, bu maddenin ihlali suretiyle yapılmış sayılmaz:

- (a) Bir kimsenin yasadışı şiddete karşı korunması için;
- (b) Usulüne uygun olarak yakalamak için veya usulüne uygun olarak tutuklu bulunan bir kişinin kaçmasını önlemek için;
- (c) Ayaklanma veya isyanın, yasaya uygun olarak bastırılması için.

Giriş

Bu el kitabı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS veya "Sözleşme") 2. maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkını ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ("Mahkeme") bu madde ile ilgili içtihatlarını ele almaktadır. Bununla birlikte, Sözleşme bir bütün olarak ele alınmalı ve Sözleşmedeki haklar soyutlanmış olarak işlememelidir. Bunun aksine belli başlı düşünce ve yaklaşımlar – hukuk kavramı ve "meşru amaç", "gereklilik", "orantılılık", "keyfi olmama" ve "adil denge" testi gibi – Sözleşmenin yapısı ve Sözleşmedeki çeşitli haklar vasıtasıyla kırmızı çizgiler çizmektedirler. Belirli maddeler arasında spesifik bağlar mevcuttur – örneğin, yaşam hakkı ile ilgili olarak, 2 (1) maddesi ve idam cezası ile ilgili olan 6 ve 13 No'lu Protokoller arasında ve 2 (2) madde ile "meşru savaş filleri sonucunda meydana gelen ölümler" ile ilgili olan Sözleşme'nin 15. maddesi arasında. Bir mesele ile ilgili davalar daha çok çeşitli maddeler ile bağlantılı olarak ileri sürülebilmektedir – ileride kürtaj ve intihar ile ilgili olarak özellikle dikkate alacağımız gibi – ve böylesi durumlarda, Mahkemenin yaklaşımı sadece ilgili tüm maddelere dair hükümlerine atıf ile anlaşılabilir.

Ayrıca önemli olan husus şudur ki Sözleşme genellikle devletler üzerine katı yükümlülükler getirmemektedir. Sözleşme daha çok asgari standartlar koymakta ve devletlere bu standartların yerine getirilmesinde belirli bir ölçümleme, bir "takdir yetkisi" tanımaktadır. Bu ölçümlemenin ve takdirin kapsamı hakkın türüne, meselelerin niteliğine, tehlikede bulunan menfaatin önemine ve söz

konusu mesele üzerinde Avrupa' da (veya daha geniş olarak) kabul görmüş bir uzlaşmanın varlığı veya yokluğuna göre değişiklik göstermektedir. Böylesi bir uzlaşma devletlerin uygulamalarından (Avrupa Konseyi Üyesi devletlerin kanunları ve uygulamalarının karşılaştırılması sonucu) ya da diğer antlaşmalarda (İnsan Hakları ve Biotip ile ilgili Oviedo Sözleşmesi gibi) konulan uluslararası standartlardan veya Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi veya Bakanlar Komitesi ya da Birleşmiş Milletler Organları tarafından alınan kararlardan görülebilir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 2. madde ile ilgili içtihatlarını (ve ilgili olan yerlerde Sözleşme'nin 11 No'lu Ek Protokolü ile kaldırılan Avrupa İnsan Hakları Komisyonu içtihatlarını) özetleyecek olursak; atıflar daha çok içtihatla belirtilen böylesi genel meselelere, Sözleşmedeki diğer haklara ve Sözleşme dışındaki meselelere ilişkin (Avrupa veya Birleşmiş Milletler standartları gibi) olacaktır.

Bu el kitabı özellikle yargıçlar ile savcılar ve avukatlar gibi diğer hukukçular için kaleme alınmıştır. Sözleşmeyi ve Mahkemenin içtihatlarını anlama ihtiyacı, özellikle Sözleşme iç hukuk sistemlerinin resmi bir parçası iken – ki Avrupa Konseyi üyesi bir çok devlet için böyledir – gündeme gelmektedir. Gerçekten de bir çok Avrupa ülkesinde kanunen Sözleşme olağan iç hukukun üstündedir. Bu nedenle bu hukukçuların Sözleşmenin ayrıntılı yükümlülükleri hakkında bilgi sahibi olmaları büyük önem taşımaktadır.

Daha belirli bir biçimde, bu durum Sözleşmenin üstünlüğünden başlamakta ve Sözleşmenin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından yorumlanmasının ulusal mahkemeler tarafından bu ülkelerde uygulanmasını gerektirmektedir. Mahkeme kararları sadece tavsiye değildir ve sadece söz konusu davadaki cevapçı devlete ilişkin değildir. Avrupa Konseyi üyesi devletlerde genel olarak uluslararası hukukun ve/veya özel olarak da Avrupa İnsan

2. madde

Sözleşme de beyan edilen ilk esasî hak 2. maddede yer alan ve 4. sayfada tekrar ele alınan yaşam hakkıdır.

Yaşam hakkı ilk sayılan haktır çünkü tüm hakların en temel olanıdır: Eğer biri yaşam hakkından keyfi olarak mahrum bırakılırsa diğer tüm haklar anlamsız olacaktır. Bu hakkın temel olma niteliği ayrıca hakkın “geri alınamaz” nitelikte olmasında belirgindir: “Savaş zamanında ve ulusun varlığını tehdit eden diğer olağan üstü durumlarda” bile bu hak esirgenemez – fakat aşağıda tartışıldığı gibi “meşru savaş filleri sonucunda meydana gelen ölümler” yaşam hakkının ihlali anlamına gelmemektedir (15(2). madde). Mahkemenin *McCann ve diğerleri-Birlesik Krallık* davasında Büyük Daire (BD) kararında da belirttiği gibi:

2. madde Sözleşmedeki en temel hükümlerden biridir -gerçekten bu hak öyle bir haktır ki, barış zamanında, 15. madde uyarınca bir askiya alma durumunu bile kabul etmemektedir.

Hakları Sözleşmesi'nin iç mevzuatta ve yargı kararlarında üstünlüğünün ilan edildiği ülkelerde ulusal mahkemeler yargı kararlarında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Sözleşmeye ilişkin yorumlarını takip etmek zorundadırlar. Bu el kitabının daha önceden basılmış diğer el kitapları ile birlikte hukukçulara yararlı olması dileğiyle.

Yaşam hakkı Sözleşme'nin 3. maddesi [işkence yasağı] ile birlikte Avrupa Konseyi'ni meydana getiren demokratik toplumların en temel değerlerini de teşkil etmektedir.¹

Mahkeme bu nedenle “ilgili madde katı bir şekilde yorumlanmalıdır”² demiştir.

Ölüm cezası ile ilgili olan 2 (1). maddenin ikinci cümlesi ki bu madde aşağıda ayrıca ele alınacaktır, Sözleşme'nin 6 ve 13 No'lu Protokollere atıf ile barış zamanında (6 No'lu Protokol) ya da her koşulda (13. No'lu Protokol) bunları imzalamış taraf devletler açısından ölüm cezasını kaldıracaktır.

Bu sorun bir yana, 2. maddenin iki paragrafında belirtilen iki temel öğeyi ihtiva etmektedir: Yaşam hakkının “kanun tarafından”

1. *McCann ve diğerleri-Birleşik Krallık*, 5 Eylül 1995 tarihli BD kararı, § 147'de *Soering-Birleşik Krallık*, 7 Temmuz 1989 tarihli karar, prg. 88'e atıf ile.
2. *McCann* BD kararı, § 147.

korunması gibi genel bir yükümlülük (§ 1) ve istisnaları listelenerek sınırlandırılmış olmak üzere yaşamdan mahrum bırakma yasağı (§ 2). Bu Sözleşme'nin 8'den 11'e kadar olan maddelerin yapısına benzemektedir. 1 ve 2 No'lu İnsan Hakları El Kitaplarında sırasıyla 8. ve 10. maddelere atıfta bulunularak açıklandığı gibi, Avrupa Komisyonu ve İnsan Hakları Mahkemesi bu yapıdan bazı önemli konseptler ve testler türetmişlerdir. Bunlar ayrıca bir takım farklılıklar olsa da esas olarak hakkı güçlendiren ve istisnaları sınırlandıran 2. madde bağlamında da önemlidirler.

Özellikle 8'den 11'e kadar olan maddeler güvence altına aldıkları haklar üzerindeki kısıtlamaların “kanun tarafından” öngörülmesi fakat 2. madde uyarınca hakkın kendisinin “kanun tarafından korunması” kuralını getirmektedirler. Bu durum hakka ilave bir ağırlık vermektedir. Devletlerin genel olarak Sözleşmeyi iç hukuklarına dahil etmeleri gerekmesede,³ yaşam hakkını ilgilendirdiği sürece, devletlerin yine de en azından, çeşitli bağlamlarda, hakkı bir dereceye kadar ve Sözleşme'nin 2. maddesindeki standartları başlı başına yansıtan bir şekilde koruyan mevcut kanunlarının olması gerekmektedir.⁴

Dahası “kanun” kavramı, kuralları ulaşılabilir ve uygulanmalarında makul derecede katı ve öngörülebilir olması gerektiği gibi diğer maddelerin (ve genel olarak Sözleşmedeki gibi) yorumlandığı şekilde yorumlanmalıdır.⁵ Daha sonra tartışılacağı gibi bu

durumun göstergeleri vardır, örneğin kanunların uygulanmasında ölümcül gücün kullanımı ile ilgili kurallar.

İkinci paragrafı ilgilendirdiği sürece 2. madde sadece 2 (a) ve (c) fıkralarında konulmuş amaçlar için “mutlak gerekli” olduğu durumlarda yaşam hakkının istisnalarına cevaz vermektedir. Yine bu Sözleşmenin kısıtlamalara “meşru amaçlar” için “demokratik toplumda gerekli” olduğu durumlarda izin veren hükümlerinden daha katı bir test olduğunu göstermektedir. Mahkemenin *McCann* davasında belirttiği gibi:

Bu bağlamda 2 § 2 maddesinde “mutlak gerekli” teriminin kullanımı göstermektedir ki devletin fiillerinin Sözleşme'nin 8'den 11'e kadar olan maddelerinin 2. paragrafı uyarınca “demokratik bir toplumda gerekli” olup olmadığına karar verilirken normalde uygulanabilen olan gereklilik testinden daha katı ve zorlayıcı bir test kabul edilmelidir. Özellikle, kullanılan güç kesinlikle 2. maddenin 2 (a), (b) ve (c) fıkralarında belirtilen amacın gerçekleştirilmesi ile orantılı olmalıdır.⁶

Sonuç olarak Mahkeme 2. maddenin devletler üzerine bu maddenin ihlalinden kaynaklanmış olabilecek ölüm olaylarını araştırma gibi “pozitif bir yükümlülük” yüklediğine karar vermiştir. Usüli yükümlülükler ilk olarak devlet görevlileri tarafından meydana gelen ölüm olayları ile ilgili olan *McCann* davasında şu şekilde belirtilmiştir:

3. Ör. *James ve diğerleri-Birleşik Krallık*, 21 Şubat 1986 tarihli karar, § 84; *Holy Monasteries-Yunanistan*, 9 Aralık 1994 tarihli karar, § 90.
4. Cf. *McCann* BD kararında iç hukuk tartışması, §§ 151-155.

5. *Sunday Times-Birleşik Krallık* (I), 29 Mart 1979 tarihli karar, § 49. Bu dava o zamandan bu yana bir çok davada tekrar edilmiştir.
6. *McCann* BD kararı, § 149.

Mahkeme, Komisyon gibi, sadece kendisini dikkate almakla sınırlanmaktadır ki devlet makamları tarafından kullanılan ölümcül gücün tekrar gözden geçirilmesi için bir prosedürün olmaması nedeniyle hiç kimsenin devlet görevlileri tarafından keyfi bir şekilde öldürülemeyeceği gibi genel hukukî bir yasak, uygulamada, etkisiz olacaktır. Bu madde uyarınca yaşam hakkını koruma yükümlülüğü, devletin Sözleşme'nin 1. maddesinde "kendi yetki alanları içinde bulunan herkese bu

Sözleşme'nin Birinci Bölümünde açıklanan hak ve özgürlükleri tanı" gibi bir genel görevi ile birlikte okunduğunda bireylerin, inter alios [diğer kişiler arasında], devlet görevlileri tarafından güç kullanımı sonucunda öldürüldükleri durumlarda bir takım etkin resmi soruşturma şeklinin bulunmasını gerektirmektedir.⁷

7. *McCann* BD kararı, § 161.

Yaşamın niteliği, başlangıcı ve sonu

2. madde "herkesin" "yaşam" hakkını güvence altına almaktadır. Buradaki "yaşam" ile insan hayatı kastedilmektedir: Bu kavram ne bir hayvanın yaşam hakkını ne de "tüzel kişilerin" var olma hakkını kapsamaktadır. Hayvanlar "kişi" değildirler ve böylece "herkes" (*toute personne*) kavramına dahil değildirler ve bu nedenle Sözleşme tarafından hiç korunmamaktadırlar. Şirket gibi "tüzel kişiler" "kişi" dirler ve Sözleşmeyi belli açılardan ileri sürerler. Örneğin, mülkiyet hakkı açısından⁸ ve medeni hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesinde adil yargılanma hakkı.⁹ İfade özgürlüğü hakkı gazete şirketleri ve yayıncılar vb.¹⁰, dernek kurma

özgürlüğü dernekler¹¹ tarafından ileri sürülebilir.¹² Fakat hiç biri 2. madde anlamında bir "yaşam" sahibi değildirler.

Sözleşme bunun dışında "yaşam"ın ne olduğu ya da ne zaman başlayıp ne zaman sona erdiği – ve bu hususta Sözleşme'nin 2. maddesinin korumasını – konularını açıklığa kavuşturmamıştır. Gerçekten de, bu konu üzerinde Avrupa'da (ya da dünya çapında) hukukî ve bilimsel bir uzlaşmanın olmaması nedeniyle, Komisyon

8. Ör. *Stran Greek Refineries ve Stratis Andreadis-Yunanistan*, 9 Aralık 1994 tarihli karar. Birinci Protokol'ün 1. maddesinin açıkça "her tüzel ve gerçek" kişiye mülkünden barışçıl olarak yararlanma hakkını tanıdığına dikkat edilmelidir; bu Sözleşme ve Ek Protokollerinde bu hakkı getiren tek hükümdür.
9. Ör. *Stran Greek Refineries ve Stratis Andreadis-Yunanistan* (önceki dipnota bakınız); *Traktörler Aktiebolag-İsveç*, 7 Temmuz 1989 tarihli karar.

10. Ör. *Observer ve Guardian-Birleşik Krallık*, 26 Kasım 1991 tarihli karar; *Sunday Times-Birleşik Krallık* (II), 26 Kasım 1991 tarihli karar; *Groppera Radio AG ve diğerleri-İsviçre*, 28 Mart 1990 tarihli karar; *Informationsverein- Avusturya*, 24 Kasım 1993 tarihli karar.
11. Ör. *VATAN (Demokratik Halk Partisi)-Rusya*, Başvuru no. 47978/99, 21 Mart 2002 tarihli kabul edilebilirlik kararı.
12. *Pastor X ve the Church of Scientology-İsveç*, Başvuru no. 7805/77, 5 Mayıs 1979 tarihli kabul edilebilirlik kararı (aksine olan önceki bir kararı saklı tutularak: *Church of X-Birleşik Krallık*, Başvuru no. 3798/68, 17 Aralık 1968 tarihli kabul edilebilirlik kararı).

zamanında olduğu gibi Mahkeme de halen bu hususlarda kesin standartlar koymaktan kaçınmaktadır. Mahkemenin *Vo-Fransa* davasında (aşağıda s. 13 ff. ve devamında detaylı olarak ele alınan) belirttiği gibi:

...yaşamın ne zaman başlayıp ne zaman sona erdiği konusu Mahkemenin genellikle devletlerin bu alanda tanıdığı takdir yetkisi ile gelmektedir, her ne kadar değerlendirici bir yorumu olsa dahi, Sözleşme “günün koşulları ışığında yorumlanması gereken bir yaşayan bir belgedir” [...]. Bu kanaat için sunulan nedenler ilk olarak şudur ki tartışma konusu olan böylesi bir güvence meselesi Taraf Devletlerin kendileri tarafında bir çözüme kavuşturulmamıştır, özellikle de Fransa’da bir tartışma konusudur, ikinci olarak, Avrupada yaşamın başlangıcına dair bilimsel ve hukuki bir tanım üzerinde bir uzlaşma söz konusu değildir...

Mahkeme, bu nedenleri göz önünde bulundurarak, şu kanaatte bulunmuştur ki doğmamış bir çocuğun Sözleşme’nin 2. maddesi anlamında bir kişi (Fransızca metinde *personne*) olup olmadığı gibi soyut bir soruya cevap vermek ne arzu edilmektedir ne de bu durumda mümkündür.¹³

13. *Vo-Fransa*, 8 Temmuz 2004 tarihli karar, §§ 82 ve 85. Mahkeme bu kararda Oviedo İnsan Hakları ve Biyomedikal İlaçlar Sözleşmesine ve bunun İnsan Klonlanmasını Yasaklayan Ek Protokolüne ve bunun biomedical araştırmalar ile ilgili taslak Protokolüne (§§ 35-39) ve 1998 yılında AB Bilimde ve Yeni Teknolojilerde Etik Avrupa Grubu tarafından kabul edilen insan embriyosunun kullanıldığı araştırmaların etik boyutları ile ilgili görüşe (§ 40) ve karşılaştırmalı hukuka (§ 41) kapsamlı bir şekilde atıfta bulunmuş ve yukarıdaki alıntıda değinmiştir (bkz. §§ 82-85). Mahkemenin vurguladığı gibi sonraki Sözleşme ve Protokoller “insan” kavramını dikkate değer bir şekilde tanımlamamaktadırlar (§ 84).

Komisyon ve Mahkeme bu nedenle tekdüze bir standardı kabul etmekten çok, yaşamın başlangıcına dair konuyu devletlere söz konusu meseleye uygun bir şekilde yaklaşmak ve özellikle de söz konusu olan çeşitli menfaatlere uygun önemi göstermek ve bu menfaatleri dikkatlice dengelemek şartıyla düzenlemeleri kendi yapmaları için önemli bir serbesti bıkarak her davayı marjinal bir yolla ele almış/almaktadır. Bu durum Sözleşme organlarının ilerlemiş gebeliğin sonlandırılması (*abortus provocatus*, bundan sonra kısaca “kürtaj”), ötanazi ve yardım ile intihar konularındaki içti-hatlarında da görülmektedir.

Yaşam hakkı? Kürtaj ve yaşam hakkı

Kürtaj ile ilgili başvurularda sadece 2. madde değil aynı zamanda “özel hayat ve aile hayatını” güvence altına alan 8. madde, diğerleri arasında kişinin “medeni hak ve yükümlülüklerinin” tespitinde “mahkeme erişimini” güvence altına alan 6. madde ve kürtaj ile ilgili bilginin yayılmasıyla ilgili olarak da ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. madde de ileri sürülmüştür. Bu el kitabı her ne kadar 2. madde ile ilgili argümanlara odaklanacak ise de, diğer bir çok argümanın da bir birleriyle ilgileri olmaları nedeniyle ve Sözleşme organlarının zaman zaman bu maddeler uyarınca 2. madde ile ilgili yorumlar yapmış olmaları nedeniyle göz önünde bulundurmak önemlidir. Bu nedenle, eski bir dava olan *Brüggemann ve Scheuten-Almanya* davasında başvuru Sözleşme’nin “özel hayata” saygıyı güvence altına alan 8. maddesi uyarınca kürtaj olmaya karar verme hakkının olduğunu ileri sürmüştür. Fakat Komisyon şu yönde karar vermiştir:

8 § 1. maddesi prensip olarak, hamileliğin ve sonlandırılmasının sadece annenin özel hayatının bir meselesi olduğu şeklinde yorumlanamaz.¹⁴

Ve bu davada konuyu 2. madde uyarınca görüşmeyi reddetmiştir. Fakat daha sonraki davalarda meseleyi bu madde uyarınca ele almıştır.

*X-Birleşik Krallık*¹⁵ davasında Komisyon Sözleşme'nin 2. maddesinde kürtajdan bahsedilmediğini göz önünde bulundurmıştır. Özellikle, maddenin ikinci paragrafında sayılan “bu maddenin ihlali anlamına gelmeyecek” eylemler arasında yer almadığını dikkate almıştır. Komisyona göre, bu durumda sadece üç seçenek söz konusu idi: Ya 2. madde doğmamış cenini hiç bir şekilde kapsamamakta ya da ceninin yaşam hakkını belirli sınırlar dahilinde tanımakta ya da cenine mutlak bir yaşam hakkı vermektedir.

Komisyon açıkça son yorumu reddetmiştir, zira bu yorum annenin yaşamına yönelik hiç bir riski hesaba katmamaktadır ki bu durum “ceninin daha ‘doğmamış yaşamının’ hamile kadının yaşamından daha değerli olduğu anlamına gelmekteydi.”¹⁶ Bu durum 2. maddenin kürtaj ile ilgili olarak tam bir yorumu olmazdı, zira Sözleşmeye Taraf Devletlerin tamamına yakını 1950 yılında bile Sözleşme taslak halindeyken sadece gerekli durumlarda annenin hayatını kurtarmak amacıyla kürtaj yapılmasına

14. *Brüggevan ve Scheuten-Almanya*, Başvuru no. 6959/75, 12 Temmuz 1977 tarihli Komisyon Raporu.

15. *X-Birleşik Krallık*, Başvuru no. 8416/79, 13 Mayıs 1980 tarihli kabul edilebilirlik kararı.

16. *X-Birleşik Krallık* kararı, § 19.

izin vermektedir fakat aynı zamanda “[kürtajın] serbest bırakılmasına yönelik bir eğilim de söz konusu idi.”¹⁷

Bu önceki davada Komisyon ilk yoruma yönelmiştir. Komisyon 2. maddenin ilk paragrafının ikinci cümlesinde ve bu maddenin ikinci paragrafında yer alan yaşam hakkı ile ilgili kısıtlamaları tartışmış ve şu sonuca varmıştır:

Yukarıda belirtilen kısıtlamalar, doğaları gereği, zaten doğmuş kişiler ile ilgilidir ve cenine uygulanamazlar.

Bu nedenle Sözleşme’de “herkes” (“*toute personne*”) teriminin genel kullanımı ve bu terimin 2. maddede kullanıldığı bağlam her ikisinin de doğmamış kapsamadığını destekler niteliktedir.¹⁸

Fakat daha sonraki bir davada, *H-Norveç davasında*, Komisyon Taraf Devletlerin 2. maddenin doğmamış yaşamı koruyup korumadığı veya ne dereceye kadar koruduğu hususundaki “*ciddi görüş ayrılıklarına*” bakmayarak “*bazı belirli durumlarda*” cenini “*dağa bırakmayarak*” “2. maddenin ilk cümlesindeki belirli bir korumadan” yararlanabileceğine hükmederek ikinci seçenek yönüne gitmeyi tercih etmiştir.¹⁹

Komisyon bu görüş ayrılıkları ile ilgili kararını özellikle de Avusturya ve Alman Anayasa Mahkemeleri ile Norveç Yargıtay’ının konu ile ilgili kararlarına dayandırmıştır. Avusturya Anayasa Mahkemesi 1974 yılında (Avusturya’da doğrudan uygulanan) Söz-

17. *X-Birleşik Krallık* kararı, § 20.

18. Başvuru no. 8416/79, 13 Mayıs 1980 tarihli kabul edilebilirlik kararı.

19. *H.-Norveç, Başvuru* no. 17004/90, 19 Mayıs 1992 tarihli kabul edilebilirlik kararı. Diğer davalara atıflar atlanmıştır.

leşme'nin 2. maddesinin doğmamış yaşamı kapsamadığına hükmederken, Alman Anayasa Mahkemesi 1975 yılında “herkes” kelimesinin “herkes yaşam hakkına sahiptir” kalıbı içerisinde (Birleşik Almanya'nın Anayasasının temeli olan) Alman Temel Kanunu'nda tekabül eden “yaşayan her insan” a atıfta bulunmuş ve bu hakkın bu nedenle (yaşayan) doğmamış insanları da kapsadığına hükmetmiştir. Norveç Yargıtayı daha çok somut koşullara göre davranmıştır. 1979 yılında *H-Norveç* davasında da belirtildiği gibi şu sonuca varmıştır:

...kürtaj yasaları mutlaka doğmamış yaşama saygı ile gerekli ve önemli düşünceler arasında varılacak bir uzlaşmaya dayanmalıdır. Bu uzlaşma kanun koyucunun [1978 tarihli Gebeliğin Sonlandırılması Hakkında Kanunda] tanımlanan şartlar altında kürtaj olmaya kendi kendine karar vermeye izin vermesine yol açmıştır.

Açık bir şekilde tamamen farklı düşünceler arasındaki böylesi bir uzlaşma etik sorunların gündeme gelmesine yol açmaktadır ve yine açık bir şekilde Kanunda tanımlanan sistem ile ilgili bir takım uyumsuzluklara yol açacaktır. Kanuna karşı tepkiler göstermektedir ki birçok ... görüş bu problemlerin merkezine bir saldırdır. Fakat eşit derecede ilgili olarak diğerleri Kanunun – ayrıca etik bir görüş açısından – kabul edilemez bir hukukî durum olduğunu düşünmektedirler.

Mahkeme için kanun koyucunun 1978 tarihli Gebeliğin Sonlandırılması Hakkında Kanunu kabul ederken yaşadığı zor bir yasa problemine ilişkin bu tür bir soruna neyin çözüm olacağına karar

vermemesi en iyi yoldur. Bu noktadan hareketle toplumda yer alan bireyler arasında olduğu gibi yargıçlar arasında da farklı görüşler olacaktır. Kürtaj Kanununun gerektirdiği, menfaatlerin çatışması ile ilgili uzlaşma, kanun koyucunun görevi ve sorumluluğudur. Yasama yetkisi halk tarafından Storting [Norveç Parlamentosu] aracılığı ile kullanılmaktadır. Merkezinde kürtaj sorunu olan bir seçim kampanyasından sonra halkın vekaletini alan ve 1978 tarihli Gebeliğin Sonlandırılması Hakkında Kanunu kabul eden Storting çoğunluğu kanuni bir değişiklik yönünde inisiyatif almaya karar vermiştir. Mahkemeler açıkça kanun koyucu tarafından seçilen bu çözüme uymalıdır.

Komisyon 1978 tarihli Norveç Gebeliğin Sonlandırılması Hakkında Kanunun belirli bölümlerini çok yakından inceleyerek Kanunun “kürtaj olmaya kendi kendine karar vermeye” gebeliğin sadece ilk 12 haftasında izin verdiğini; 12 ve 18 hafta arasındaki kürtaja hamileliğin, doğumun ve çocuk bakımının anneyi zor duruma soktuğu durumlarda iki doktorun izni ile yapılabileceğine ve 18. haftadan sonraki sonlandırmanın böyle bir adım için özellikle ciddi nedenlerin bulunması gerektiği ve ceninin yaşayabilir olduğuna dair bir karinenin olmaması gerektiğini dikkate almıştır. Söz konusu davadaki kadın 14. haftada sonlandırma için izin almıştır. Komisyon Norveç Yargıtayının görüşlerini yansıtarak şu sonuca varmıştır:

Mevcut dosyanın gösterdiği gibi böyle bir iznin söz konusu kadının meşru menfaati ile ceninin korunmasının meşru ihtiyacı arasında adil bir dengely gözetip gözetmediği hakkında çeşitli görüşler mevcuttur. Fakat yukarıda Norveç mevzuatında

belirtilenler, Kanunun gebeliğin sonlandırılması ile ilgili şartları ile birlikte mevcut dosyanın spesifik koşulları dikkate alarak Komisyon cevapçı devletin kürtaj gibi hassas konuda devletin sahip olduğu takdir yetkisini aştığı kanaatinde değildir. Buna göre Komisyon başvurusunun Sözleşme'nin 2. maddesi uyarınca yaptığı şikayetin Sözleşme'nin 27 § 2 maddesi anlamında açıkça dayanaksız olduğuna hükmetmiştir.

Bir kaç yıl sonra Komisyon *Reeve-Birleşik Krallık*²⁰ davasını incelemiştir. Bu davada hamilelik döneminde gözetiminde olduğu doktorlar tarafından tespit edilmiş olması gerekirken edilmeyen ciddi kalıtım bozukluğu (*spina bifida [omurganın arka kısmındaki açıklık] ve hydrocephalus [beyinde su toplaması]*) ile doğmuş 2 yaşında bir çocuğun annesi çocuğu adına çocuğunun “sakat doğması” nedeniyle bu doktorları istihdam eden sağlık kurumuna karşı dava açmaktan alıkonulduğu gerekçesiyle şikayette bulunmuştur. Anne eğer tüm gerçeklerden haberdar olmuş olsa idi kürtaj olmaya karar vereceği şartlar altında çocuğun doğmasına izin verildiği gerekçesi ile çocuğu adına (daha sonra resmen başvuru) devletin çocuk tarafından zararlar için dava açmasına izin veremeyerek Sözleşmenin ve daha spesifik olarak da çocuğun Sözleşme'nin 6. maddesinin uyarınca “mahkemeye erişim” hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Fakat anne sadece engelli bir çocuk sahibi olmaktan dolayı uğradığı gelir kaybı, bakım giderleri vb. zararlarını ileri sürebilmiştir. Komisyon “mahkemeye erişim” ile

20. *Reeve-Birleşik Krallık*, Başvuru no. 24844/94, 30 Kasım 1994 tarihli kabul edilebilirlik kararı.

ilgili kısıtlamanın yaşam hakkının kullanılması amacına yönelik olduğuna ve devletin takdir yetkisi kapsamına girdiğine hükmetmiştir. Mahkeme kısıtlamayı “makul derece orantılı olduğuna ayrıca iddiaların çocuğun engellerini artıran herhangi bir hatalı eyleme dayandırılabilmesine ve şimdiki kadarki bu hatalı eylem ebeveynleri etkilemekte olduğundan davanın ebeveynlerin müzdarip oldukları zararlara dayanabileceği sonucuna varmış ve bakım giderlerine de hükmetmiştir.”²¹

Bu ve benzeri davalarda Komisyon başvuruların “açıkça dayanaksız” olduklarına ve bu nedenle kabul edilemez olduklarına hükmederek, Mahkeme Komisyonun 1998'de kaldırılmasına kadar doğrudan kürtaj meselesini ele almamıştır.²² Sadece 2002 yılında, *Boso-İtalya* davasında Mahkeme nihayetinde doğrudan kürtaj ile ilgili bir davayı karara bağlamıştır. Komisyonun *H-Norveç* davasına benzer olarak bu dava da bir kadın muhtemel babanın (*Boso* davasında kadının kocası) istememesine rağmen ilgili iç hukuk, 1978 tarihli 194 sayılı Kanun, uyarınca kürtaj olmuştur. 2. maddeyi ilgilendiren meseleler ile ilgili olarak Mahkeme Komisyonun *H-Norveç* davasındaki yaklaşımını şu şekilde teyit etmiştir:

21. Ibid.
22. Mahkeme İrlandada diğer ülkelerdeki kürtaj imkanları ile ilgili bilgilerin yayılması hakkındaki yasak ile ilgili olan bir davada dolaylı olarak bu konuya değinmiştir. Mahkeme, bu davada yasağın amacı olan doğmamış çocuğun yaşam hakkını korumanın 10. madde anlamında “meşru bir amaç” olduğuna karar vermiş fakat “Sözleşme kapsamında bir kürtaj hakkının güvence altına alıp alınmadığı veya 2. maddedeki yaşam hakkının cenini kapsayıp kapsamadığını” tespit etmeyi açıkça reddetmiştir: *Open Door Counselling Ltd. ve Dublin Well Woman Centre Ltd. ve diğerleri-İrlanda*, 29 Ekim 1992 tarihli karar, § 66.

Mahkeme yukarıda da yorumladığı gibi ceninin 2. maddenin ilk cümlesindeki korumaya hak kazanıp kazanmadığını tespit etmeyi gerekli görmemektedir. Belirli durumlarda ceninin Sözleşme'nin 2. maddesi uyarınca korunan haklara sahip olduğu kabul edilse bile Mahkeme mevcut dosyada başvurusunun kürtaj olmadan önce kaç haftanın geçtiğini ya da kürtajın tam olarak hangi nedenlerle yapıldığını belirtmediğini ve deliller ışığında eşinin gebeliliğinin 1978 tarihli 194 sayılı Kanun'un 5. Bölümüyle uygun olduğunu dikkate almıştır.

Bu bağlamda, Mahkeme ilgili İtalyan mevzuatının kadının fiziksel veya akıl sağlığına bir riskin söz konusu olduğu durumlarda hamileliğin ilk on iki haftasında kürtaja izin vermediğini dikkate almaktadır. Bu noktanın ötesinde, hamileliğin devamının veya çocuğun doğumunun kadının yaşamını riske attığı veya çocuğun kadının fiziksel ve akıl sağlığını tehlikeye düşürebilecek bir tehlike ile doğacak olacağının tespit edilmesi halinde kürtaj yapılabilir. Mahkeme ayrıca kürtajın kadının sağlığını korumak için yapılabileceğini belirtmiştir.

Mahkemenin görüşüne göre, böylesi hükümler bir taraftan ceninin korunmasının güvence altına alınması ihtiyacı ve diğer taraftan kadının menfaatleri arasındaki adil dengeyi gözetmektedir. Hamileliğin sonlandırılmasını gerektiren koşullar ve davanın özel koşulları da hesaba katılarak Mahkeme cevapçı devletin böylesi hassas bir alanda takdir yetkisini aştığı kanaatinde değildir (bkz. *H-Norveç* davası no. 17004/90, 19 Mayıs 1992 tarihli Komisyon kararı, DR 73, s. 155).²³

Yaşam hakkı? Kürtaj ve yaşam hakkı

Mahkeme gündeme gelen kürtaj meselesi ile ilgili olarak en detaylı dikkatini sonraki bir dava olan *Vo-Fransa*²⁴ davasında göstermiştir. Bu davada başvuru doğmamış çocuğunun yaşayabilir olduğu ya da en azından sağlıklı olacağı beklenen hamile bir kadındır ve hamileliğini doğum zamanına kadar devam ettirme niyetindedir. Fakat başvuru hastaneye gittiği bir gün benzer isimli bir başka kadın ile karıştırılmış ve rahmine bir spiral sokulmuş bu da amniyotik sıvısının sızmasına neden olmuştur. Bunun sonucunda başvuru, ceninin ölümüne yol açan tedavi amaçlı bir kürtaj olmak zorunda kalmıştır. Bayan Vo doktorların ihmalkar davrandığını ve kasıtsız cinayetten dolayı yargılanmaları gerektiğini ileri sürmüştür. Fakat Fransız Yargıtayı ceza kanununun katı bir biçimde yorumlanması gerektiği için ceninin kasıtsız bir cinayetin mağduru olamayacağına hükmetmiştir. Başvuru tarafından ileri sürülen en merkezi sorun bu nedenle Fransız hukuk sistemi içerisinde ceninin kasıtsız olarak yok edilmesini cezalandıran cezai bir hukuk yolunun bulunmamasının Sözleşme'nin 2. maddesi anlamında yaşam hakkını korumada Taraf Devlet açısından bir kusur oluşturup oluşturmadığıdır.²⁵

Mahkeme bu soruya cevap olarak Komisyon'un *X-Birleşik Krallık ve H-Norveç* davalarındaki içtihadını ve *Boso* davasındaki kendi kararını özetlemiş ve şu sonuca varmıştır:

İçtihadın bu özetinden hareketle bu güne kadar Sözleşme kurumları tarafından incelenen koşullarda – ve çeşitli kürtaj

23. *Boso-İtalya*, Başvuru no. 50490/99, 5 Eylül 2002 tarihli karar.

24. *Vo-Fransa*, 8 Temmuz 2004 tarihli karar.

25. Bkz. *Vo* kararı, § 74.

kanunlarında – doğmamış çocuk, Sözleşme'nin 2. maddesi ile doğrudan korunan “kişi” olarak kabul edilemez ve doğmamış çocuğun bir “yaşam” “hakkı” varsa bile bu hak zımnen annenin hakları ve menfaatleri ile sınırlıdır. Bununla birlikte Sözleşme kurumları güvencelerin belirli koşullarda doğmamış çocuğu da kapsayabilme ihtimalini göz ardı etmişlerdir. Bu durum “8 § 1. maddenin hamilelik ve hamileliğin sonlandırılmasını kural olarak sadece annenin bir özel hayat meselesi olarak düşünülecek şekilde yorumlanamaz” ifadesini de hesaba katarak Komisyon tarafından (bkz. yukarıda atf yapılan Brügge ve Scheuten, § 61) ve yukarıda değinilen Boso kararında Mahkeme tarafından öngörülmüştür. Ayrıca bu davaların incelenmesinden de anlaşılacağı üzere bu meseleler bir kadın, anne ya da baba tarafından birbirlerine ya doğrudan doğmamış bir çocuk ile ilgili ileri sürülen çeşitli haklara ya da özgürlüklere ağırlık verilmesi ve zaman zaman bu hak özgürlüklerin çatışması ile tespit edilmektedir.²⁶

Daha sonraki bir kararında Mahkeme “taşıdığı doğmamış çocuğunun kaybı ile ilgili olarak başvurucuya Fransa tarafından sağlanan hukukî korumanın Sözleşme'nin 2. maddesiyle getirilen yükümlülükleri karşılayıp karşılamadığı” sorununu ele almış ve şu sonuca varmıştır:

[2. madde ile getirilen] pozitif yükümlülükler devletlerin, özel ya da kamuya ait, hastaneleri zorunlu kılan düzenlemeler yapmalarını, hastaların hayatlarını koruyacak uygun tedbirleri

almalarını gerektirmektedir. Bu yükümlülükler ayrıca kamuda ya da özel sektörde, tıp mesleğinin gözetiminde bulunan hastalarının ölüm nedenlerini ve sorumluları belirleyecek bağımsız etkin bir yargı sisteminin kurulmasını da öngörmektedir.²⁷

Belirtildiği gibi, başvurucu bunun ötesinde sadece cezai bir hukuk yolunun Sözleşme'nin 2. maddesinin gereklerini yerine getirebileceğini ileri sürmüştür. Fakat Mahkeme kasıtsız öldürme durumlarında bunun zorunlu olmadığı sonucuna varmıştır. Tıbbî ihmal alanında medenî ve idarî hukuk yolları ve giderim ile disiplin tedbirleri yeterli olacaktır.²⁸ Başvurucuya bu tür hukuk yolları açıktır. Buna göre Mahkeme şu sonuca varmıştır:

...söz konusu davada 2. maddenin uygulanabilir olduğu farz edilse bile [...] Sözleşme'nin 2. maddesinin bir ihlali söz konusu değildir.²⁹

Yukarıdaki hususlar göstermektedir ki Mahkeme 2. maddenin esasının yanı sıra söz konusu devlette yaşamın etkin bir şekilde korunmasını güvence altına alan prosedürleri de dikkate almıştır: Kanun “adil bir dengeyi” sadece soyut olarak gözetmemeli aynı zamanda meselelerden doğrudan etkilenenlerin bunu test edecek bir prosedüre erişimlerini de sağlamalıdır. 2. maddedeki bu “usûlî öğe” kavramı ilk olarak aşağıda ele alınan güç kullanılması ile ilgili davalarda geliştirilmiştir. Burada dikkate alınması gereken husus şudur ki Mahkeme şu anda bu yükümlülüğü açıkça daha geniş bir

27. Vo kararı, § 89, aşağıda tartışılan Powell ve Calvelli ve Ciglio kararlarına atf ile, ss. 77-79.

28. Bkz. Vo kararı, § 90, diğer davalara atf ile.

29. Vo kararı, § 95.

26. Vo kararı, § 80.

şekilde ve de kürtaj davalarına uygulamaktadır. Aynı zamanda, son dönemlerdeki içtihatlarda her ne kadar bu bağlamda bir çok durum Sözleşmeye Taraf Devletlerin takdirine bırakılmakta ise de doğmamış yaşama, Sözleşme kapsamında koruma yolları verildiği açıktır.

Ölme hakkı? İntihar, yardımla intihar ve ötanazi

Yukarıda belirtildiği gibi, Sözleşme'nin 2. maddesi herkesin “yaşam hakkının” “kanunlarca korunmasını” gerektirmektedir. 2. madde idam cezasının dışında, bir kişinin bu haktan mahrum bırakılabileceği sadece sınırlı koşulları öngörmektedir ve bu durumların hiç biri intihar ve ötanazi ile ilgili değildir.

Bu durum bir çok zor ve birbiri ile çakışan bir dizi sorunu gündeme getirmektedir. Her şeyden önce: Yaşam – ve dolayısıyla yaşamın kanun tarafından korunması hakkı –ne zaman sona erer? İkincisi: Tedavi, yan etki olarak, kişinin yaşamının kısalmasına katkıda bulunabilse de iyileşmesi mümkün olmayan veya ölen bir kişiye hafifletici bir bakım sağlanması kabul edilebilir mi? Ve kişiye bu konuda danışılmalı mıdır? Üçüncüsü, devlet daha fazla yaşamak istemeyen kişinin yaşam hakkını kişinin iradesine rağmen devlet “koruma” malı mıdır ya da koruyabilir mi? Ya da Sözleşme uyarınca insanlar yaşam hakkı ve yaşamaya -fakat ayrıca istediklerinde ve seçtikleri zamanda ölme hakları: İntihar etme hakkına sahip midirler? Eğer öyle ise kişiler yaşamlarını sonlandırmak amacıyla diğerlerinden yardım alabilirler mi? Ve dördüncüsü: Söz konusu kişi bu yönde bir irade beyan etmemiş ise bile

devlet acının sona erdirilmesi amacıyla yaşamın sonlandırılmasına izin verebilir mi?

Belki de şaşırtıcı bir şekilde, birinci, ikinci ve dördüncü sorular (henüz) Komisyon ya da Mahkemenin önüne gelmemişlerdir – fakat kürtaj ile ilgili içtihat, yukarı da tartışıldığı gibi, ve aşağıda üçüncü soruda ele alındığı gibi, Mahkemenin muhtemel yaklaşımına ilişki bazı işaretler sağlamaktadır.

Gündeme gelebilecek ilk soru, özellikle, Avrupa Konseyine üye devlet yetkililerinin makineye bağlı kişinin artık yaşamadığının düşünüldüğü fakat buna akrabalarının karşı çıktığı durumlarda belirli bir andan sonra yaşam destek ünitelerinin kapatılmasına karar vermeleri durumudur. Fakat yaşamın başlangıcı ile bu anın ne zaman olduğu konusunda -bilimsel olarak ve böylece tartışılabilir olarak hukuken bu soruya bariz bir cevap vermenin imkansız olduğunu ileri süren ölümün bir an olmadığı fakat bir süreç olduğu fikri dışında belki de Avrupada (ve daha geniş olarak) hukuki ya da bilimsel bir uzlaşma söz konusu değildir. Eğer kürtaj ile ilgili mahkeme içtihatları yol gösterici ise Mahkeme bir uzlaşmanın olmaması nedeniyle yaşamın ne zaman bittiği sorusunun cevabını -tıpkı yaşamın ne zaman başladığı sorusu gibi- esasen devletlere bırakacaktır.

Uygulamada, üye devletlerde, mesele daha çok yaşam destek ünitelerinin ölüm sürecinin gereksiz yere uzatılmaması için kişinin “klinik olarak ölmeden” (bu ne zaman ise) önce bile kapatılabileceği yönündedir.³⁰ Bu gibi durumlarda Sözleşme uyarınca gündeme gelen soru yaşam destek ünitelerinin kapatılmasına izin veren

üye devletlerdeki hukukun söz konusu kişinin yaşam hakkını yine de yeteri kadar “koruyup koruyamadığıdır.” Bununla birlikte, mesele bu şartla bile içtihadı konu olmamıştır. Yardımla intihar talebi ile ilgili içtihat aşağıda ele alınmıştır, Mahkemenin böylesi bir sorun ile karşı karşıya kaldığı durumda devletlere geniş bir takdir yetkisi tanınması muhtemeldir.

Mesele ikinci soru ile daha yakından alakalıdır, aslında sorunun içinde gizlidir: Ölmekte olan veya ölmeye yaklaşmış bir kişiye yan etkisi hastanın ölüm sürecini hızlandırır bile hafifletici bir tedavinin yapılmasına izin verilip verilmeyeceğidir. Bu konuda, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi üye devletlere şu tavsiyede bulunmaktadır:

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 (Tavsiye Kararı 1418 (1999), paragraf 9, (a) (vii)).

Dikkat edilmesi gereken husus şudur ki Mahkeme, aşağıda tartışılan Pretty davasında, açıkça 1418 (1999) sayılı Tavsiye Kararına atıfta bulunmuştur. Bu konudaki görüşteki geniş uzlaşmaya ve bu

30. Ağustos 2005'te İngiltere Yüksek Mahkemesi'nin önünde bulunan ve tıp uzmanlarının bir çoğunun hasta Bay A'nın yaşam destek ünitesinden çekilmesi lehine görüş bildirdiği benzer bir davada, sadece bir doktor tarafından desteklenen akrabalar buna karşı çıkmışlardır. Hakim Bay Justice Kirkwood, “Huzurlu ve vakur bir ölüm [Bay A'n] en yararlıdır. Bay A'yı bu hususta hidrojen ve nütrojen de dahil olmak üzere her türlü destek verilmelidir fakat bu durum kişinin yararına değildir zira ağrılı ve vakur olmayan bir tıbbi süreçte maruz kalmaya devam edecektir ki bu süreç nihai koşullarını hiç bir şekilde iyileştirmeyecektir” gerekçesiyle akrabaların aleyhine karar vermiştir.

tavsiyedeki bireye seçme hakkının açıkça tanınmasına ve devlet uygulamalarına göre Mahkemenin böylesi bir yaklaşımın Sözleşmeyi ihmal etmediği yönün bir karar vermesi muhtemeldir.

Dördüncü soru da -söz konusu kişinin sarıh irade beyanında bulunmamış olduğu durumlarda bile ötanazinin Sözleşme ile bağdaşır bağdaşmadığı- Sözleşme organları tarafından tespit edilmiştir. Burada da, “ötanazi” 1418 (1999) sayılı Tavsiye Kararında açıkça kabul edilebilir olarak tanımlanmaması bağlamında bir dereceye kadar açık bir temel mevcuttur ve hastanın kendi talebi dışında faal hayatını sonlandırmaya (yukarıdaki Bay A davasında yaşam desteğinin çekilmesinin aksine) izin veren Avrupa Konseyine üye hiç bir devlet yoktur.³¹ Bu görünürdeki uzlaşma ve aşağıda ele alınan Mahkemenin “kişisel iradeye” vurgu yapması nedeniyle Mahkemenin bu sorun ile karşı karşıya kaldığı durumda buna izin veren devletlerin koruma yükümlülüklerini yerine getirmediği yönünde bir karar vermesi mümkündür (ve

31. Fakat dikkat edilmelidir ki yaşam desteğinin “pasif” olarak çekilmesi ile “aktif” ötanazi arasındaki çizgi net değildir. Bkz. ör. *Pretty-Birleşik Krallık* davasında § 18'de değinilen *Birleşik Krallık Re J* davası. Rıza sorunu da çok açık değildir. 2001 tarihli Hollanda Ötanazi Kanununun kabul edilmesi sırasında Hollanda Parlamentosu, ötanazi talebinde bulunan kişinin sonradan bilinç kapamırlığı durumunda yazılı bir beyanının bu kişinin hayatını sonlandırmak için temel olup olamayacağını tartışmış fakat bu sorun kanunda açıkça çözümlenmiştir (“umutsuz ve dayanılmaz ıstırap”ın kanıtlanması dışında). Kanun kapsamındaki temel şart önceden *in abstracto* başarılamayacağını belirten, hastanın kendi durumu ve beklentiler hakkında detaylı olarak bilgilendirilmesine dayanan özgür ve açık rızası olarak kalmaktadır. Öte yandan, kanun “*kendi menfaatlerini değerlendirme konusunda makul bir yetiye sahip*” (Ötanazi Kanunu madde 2 (4)) olarak görülen çocuklar ve ebeveynlerinin rızası ile 12-16 yaş arasındaki çocukların ötanazisine olanak tanımaktadır.

hatta muhtemeldir) fakat yine de bu durum davanın koşullarına göre değişecektir.

Şimdiye kadar bu alandaki üçüncü soru ile ilgili olan davalar şu hususlarla ilgilenmiştir: Fiziksel olarak ciddi bir rahatsızlığı olan fakat aklen salim bir kişinin yaşamaktansa intihar ederek ölümü seçmesi hakkının olup olmadığı ve eğer varsa bu kişinin kendi canını almada başkalarının yardımının mümkün olup olmadığı ve devletin bunu önlemek hususunda müdahale etme hakkı veya yükümlülüğünün olup olmadığıdır.³² Mahkeme bu soruları farklı zamanlarda, farklı bağlamlarda sadece 2. maddeye değil Sözleşmenin diğer maddelerine de atıfta bulunarak ele almıştır. Mahkeme özellikle düşüncelerini 2., 3. ve 8. maddeler uyarınca Sözleşmede korunan hakların bütünsel bir yaklaşımını izah yolu ile bağdaştırmıştır.

1984 tarihli *X-Almanya* davası açlık grevindeki bir mahpusun yetkililer tarafından zorla beslenmesi ile ilgilidir. Başvurucu X küçük düşürücü ve insanlık dışı olduğunu iddia ederek bu muamelenin Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal ettiğinden şikayetçi olmuştur. Bununla birlikte Başvurucu Sözleşme uyarınca kendisini açıktan öldürmeyi seçme hakkı olduğunu ileri sürmemiştir. Komisyon başvuruyu şu gerekçelerle reddetmiştir:

Komisyonun görüşüne göre bir kişinin zorla beslenmesi Sözleşme'nin 3. maddesi ile bazı durumlarda yasaklanmış olarak

32. Aksi durum aşağıda bahsi geçen, *Keenan-Birleşik Krallık*, devletin akli dengesi yerinde olmayan bir kişiyi intihar etmekten yeteri kadar korumadığının ileri sürüldüğü bir dava da ele alınmıştır, s. 74 ff.

kabul edilebilecek bir takım küçük düşürücü öğeler içermektedir. Bununla birlikte, Yüksek Sözleşmeci Devletler Sözleşme uyarınca 2. madde ileri sürülen herkesin yaşam hakkını koruma yükümlülüğü altındadırlar. Böylesi bir yükümlülük belirli durumlarda Sözleşmeci Devletler açısından pozitif bir eylemi gerektirmektedir, özellikle de yetkililerin söz konusu kişiyi kendi gözetimlerine aldıkları zaman hayat kurtaracak aktif eylemler. Söz konusu davada olduğu gibi, tutuklu bir kişinin açık grevine devam ettiğinde bu durum kaçınılmaz bir şekilde bireyin vücut bütünlüğü hakkının ve Yüksek Sözleşmeci Devletin Sözleşme'nin 2. maddesi ile getirilen yükümlülüğünün çatışmasına yol açacaktır ki bu çatışma Sözleşmenin kendisi tarafından da çözümlenmemiştir. Komisyon hatırlatmaktadır ki bu çatışma bir açlık grevi nedeniyle kalıcı karakterli yaralanmaya maruz kalacak bir tutuklunun zorla beslenmesine imkan tanıyan ve hatta bireyin yaşamı için açık bir tehlike oluşturduğu durumlarda bunu zorunlu kılan Alman hukuku uyarınca çözümlenmiştir. Yukarıda bahsedilen yaklaşımın koşulları yetkili doktora bırakılmışsa da nihai zorla besleme kararı sadece yargı kararı çıkarıldıktan sonra gerçekleştirilebilmektedir... Komisyon, yetkililerin herhangi bir beslemeyi kabul etmeyecek ve bu nedenle uzun sürecek yaralanma ve hatta ölüm riski olan başvurucuya saygı gösterme veya başvurucunun hayatını kurtarma amacıyla her ne kadar başvurucunun insan onurunu ihlal edebilecek bir durumda harekete geçme arasında seçim yaparken sadece başvurucunun en iyi menfaati içerisinde hareket ettikleri hususunda ikna olmuştur.³³

Dikkate şayan bir husustur ki bu davada başvuru bir mahpusluk ve “ölme hakkını” ileri sürmemiştir. Mahpuslar hapsolmalarının doğası gereği, normal şartlar altında olmayacakları halde onları intihara yönelten, stres altındayken devlet makamlarının onlara karşı özel yükümlülükleri söz konusudur (daha sonra *Keenan* davasına atıfta bulunularak tartışıldığı gibi).³⁴

“Ölme hakkı” gibi genel bir sorunla daha ilgili yakın tarihli iki dava mevcuttur, *Sanles Sanles-İspanya* ve *Pretty-Birleşik Krallık* davaları. Bu davalardan birincisi 1993 yılında daha 25 yaşında iken iki kolu ve bacağı felç olan ve yaklaşık elli yaşına geldiğinde İspanyol mahkemelerinden iddia ettiği başkalarının yardımını ile (özellikle doktorunu dahil ederek) devletin bir müdahalesi ile karşılaşmayarak kendi hayatını sonlandırmasının bir hak olduğunun tanınmasını isteyen Bay Sampedro adında bir adam ile ilgilidir. Fakat başvuru İspanya’daki yargılamaya bitmeden hayatını kaybetmiş ve İspanya mahkemeleri ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi başvurusunun halefi olarak tayin ettiği bir akrabası olan Bayan Sanles Sanles’in örneğin nihayetinde Sözleşmenin iddia edilen ihlalinin bir “mağduru” olmadığı gerekçesiyle mesele ile aktif bir husumetinin olmadığına karar vermiştir.³⁵

Sanles Sanles davasında gündeme gelen sorular en azından daha sonraki *Pretty-Birleşik Krallık* davasında Mahkeme’nin önüne doğrudan gelmiştir.³⁶ Bu dava 43 yaşındaki evli bir kadın olan ve

kronik ve tedavisi mümkün olmayan, ilerlemiş motor nöron hastalığından (MND) muzdarip Bayan Dianne Pretty tarafından getirilmiştir. Her ne kadar, boyundan aşağısı felç olmuş ve anlaşılabilir bir şekilde konuşmasa da, aklı ve karar alma kapasitesi hasar görmemiştir. Hastalığın normal seyrini izlemeye devam etmesi durumunda çektiği ıstırap ve gururun incinmesinden kaynaklı korku ve bunalım sürekli bir hal alacağından, kendisi intihar edemediği için, kocasından bu konuda yardım istemiştir. Birleşik Krallıkta intihar etmek bir suç değildir fakat birisine intihar etmesi için yardım etmek suçtur (1961 İntihar Yasası uyarınca). Fakat ceza davası sadece bu konuda takdir yetkisine sahip Cumhuriyet Baş Savcısının (CBS), üst düzey bir hukukçu, onayı ile açılabilir. Bayan Pretty kocasının onun isteği doğrultusunda intihar etmesine yardım ederse herhangi bir cezai takibe uğramayacağı hususunda CBS’den bir garanti istemiş fakat CBS bunu reddetmiştir. Birleşik Krallık mahkemeleri Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Avrupa Komisyonunun içtihatlarının detaylı bir analizini yaptıktan sonra CBS’nin bir taahhüt vermeme kararını onamıştır.

Mahkeme davayı kabul etmiş, başvuru ve cevapçı devletin görüşlerini almanın yanı sıra Birleşik Krallıkta gönüllü ötanaziye savunan bir örgüt olan Gönüllü Ötanazi Topluluğu ve Katolik Piskoposluğu İngiltere ve Galler Kongresi’nin de davaya üçüncü taraf olarak müdahil olmalarına izin vermiştir. Mahkeme ayrıca, yukarıda değinilen, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisininin 1418 (1999) sayılı Tavsiye Kararı’nın 9. paragrafına atıfta bulunmuştur. Buna göre:

33. *X-Almanya*, Başvuru no. 10565/83, 9 Mayıs 1984 tarihli kabul edilebilirlik kararı.

34. Bkz. dipnot 32, yukarıda.

35. *Sanles Sanles-İspanya*, 20 Ekim 2000 tarihli kabul edilebilirlik kararı.

36. *Pretty-Birleşik Krallık*, 29 Nisan 2002 tarihli karar.

...Bakanlar Komitesi Avrupa Konseyine üye devletlere ölüme yaklaşmış ve ölmek üzere olan kişilerin haysiyetlerini koruma ve saygı gösterme çağrısı yapmaktadır:

...

- c. ölüme yaklaşmış ve ölmek üzere olan kişilerin yaşamını kasıtlı almak karşısındaki yasağı desteklemektedir, bununla birlikte:
- i. yaşam hakkını tanyarak, özellikle ölüme yaklaşmış veya ölmek üzere olan kişilerin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "hiç kimse kasıtlı olarak yaşam hakkından mahrum bırakılmaz" hükmünü getiren 2. maddesi uyarınca üye devletler tarafından güvence altına almıştır;
- ii. ölüme yaklaşmış veya ölmek üzere olan kişilerin ölme arzularının başka bir kişinin eliyle gerçekleşmesi halinde asla ölmekle ilgili hukukî bir iddia teşkil etmeyeceğini tanyarak;
- iii. ölüme yaklaşmış veya ölmek üzere olan kişilerin ölme arzularının tek başına ölümü amaçlayan eylemleri icra etmeyi hukuken haklı göstermeyeceğini tanyarak.³⁷

Mahkeme Sözleşme'nin 2. maddesinin bireylere intihar etme hakkı tanıdığı şeklinde yorumlanması taleplerini dikkate almamıştır. Mahkeme 2. madde kapsamındaki bir mesele ile ilgili daha önceki kararlarına atıfta bulunarak, "belirli ve sağlam gerekçelen-

37. *Pretty* kararı, § 24. Dikkat edilmelidir ki Bay Dick Marty'nin "Yaşamın sonunda hastalara yardım" (PACE Doc. 104559, Şubat 2005) ile ilgili bir raporuna dayanan ve "ötanazinin hukuki belirsizlikler ve eskimiş normlar nedeniyle gizli saklı olarak gelişmesinin önlenmesi" şartını getiren sonraki bir taslak çözüm ilk olarak ağır bir şekilde değiştirilmiş ve daha sonra 27 Nisan 2005 tarihinde Meclis tarafından reddedilmiştir.

dirilmiş koşullarda", bu maddenin devlet üzerine "yaşamı risk altında bulunan bir kişiyi korumak için önleyici eylemsel tedbirler" almak gibi pozitif bir yükümlülük getirdiğini ve bu durumun "intihar etme belirtileri gösteren akli dengesi yerinde olmayan mahpuslar için de" (daha sonra tartışılacak) geçerli olduğunu dikkate almıştır. Mahkeme bununla birlikte şu hususlara dikkati çekmiştir:

Mahkemenin önündeki tüm davalarda devletin yaşam hakkını koruma yükümlülüğüne sürekli vurgu yapılmıştır. Mahkeme 2. maddede güvence altına alınan "yaşam hakkının" yorumlanmasının olumsuz bir yön içerdiği şeklinde yorumlanamayacağı kanaatinde. Örneğin, Sözleşme'nin 11. maddesi bağlamında dernek kurma hakkının sadece bir derneğe üye olma hakkını değil ilgili bir hak olan bir derneğe üye olmaya zorlanmama hakkını da içerdiğine hükmederek Mahkeme özgürlük kavramının bu özgürlüğün kullanılmasında bazı seçme hakkını tanıdığı sonucuna varmıştır [...]. Sözleşme'nin 2. maddesi farklı koşullarda yorumlanmıştır. Bu madde yaşamın niteliği veya kişinin kendi yaşamı ile ne yapmak istediğini seçme konuları ile ilgili olarak bir hüküm getirmemektedir. Bu boyutlar insanın varlığı için temel olarak tanındığı ölçüde, devletten veya diğer uluslararası insan hakları organlarından gelebilecek müdahalelere karşı korunmayı gerektirmektedir ki bunlar Sözleşmenin diğer maddelerinde güvence altına alınan haklardan da yansıtılmış olabilir. 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 kadelerini tayin hakkını yaratamaz.

Mahkeme buna göre ister üçüncü bir kişinin eliyle olsun ister kamu makamlarının yardımı ile olsun ölmeye hakkı gibi bir hakkın Sözleşme'nin 2. maddesinden türetilmeyeceğine hükmetmektedir. Bu durum Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin 1418 (1999) sayılı Tavsiye Kararında da teyit edilmiştir [...].³⁸

Bununla birlikte, Mahkeme bu hükmünün ne böylesi bir hakkı (Örneğin, İsviçre) tanıyan belirli bir devletin *ipso facto* 2. madde ile çeliştiği ne de kişinin kendi hayatına son vermesi hakkını tanıyan devletin 2. madde uyarınca hareket ettiği anlamına geleceğini vurgularken dikkatli davranmıştır ki bu durum başvurucu için de geçerlidir ve kendisine bu hak tanınmalıdır:

...İntihara yardıma izin veren belirli bir ülkedeki hakim durum Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlali olarak görülüyorsa bile çok farklı bir öneri ileri sürülmedikçe – Birleşik Krallık yardım ile intihara izin vermediği için 2. madde kapsamındaki yükümlülüklerini ihlal etmiş olacaktır – bu durum bu davada başvurucuya yardımcı olmayacaktır.³⁹

Mahkeme bunu bu noktada bırakmamıştır. Özellikle de (ki Sözleşmenin bir çok maddesinin ileri sürüldüğü davalarda sıkça dediği gibi) diğer maddeler ile ilgili “ayrı bir meselenin” gündeme

geldiğini belirtmemiştir. Bunun aksine, Mahkeme açıkça meselelerin farklı maddeler kapsamında incelenmesi ve nihai kararın bu maddeler arasındaki karşılıklı etkileşim sonucu verilmesi gerektiği sonucuna varmıştır. Mahkeme bu nedenle korkunç bir acı çekme durumunda intihar etme hakkı iddialarını işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı muamele ve cezayı mutlak olarak yasaklayan 3. madde ve diğerleri arasında “özel hayata” saygıyı güvence altına alan 8. madde uyarınca dikkatlice incelemeye devam etmiştir.

Başvurucu hastalığının kaçınılmaz bir şekilde yol açacağı ıstırabın 3. madde anlamında “onur kırıcı muamele” anlamına gelecek kadar şiddetli olacağını ve devletin başvurucuyu bundan korumak için intihar etmek için yardım almasına izin vererek harekete geçmek gibi bir pozitif yükümlülüğünün bulunduğunu ileri sürmüştür.⁴⁰ Fakat Mahkeme “3. maddenin bireylere kendi ölümleri için devletten izin veya ölümlerini kolaylaştırmayı talep etme hakkı tanımayan 2. madde ile uyum içerisinde yorumlanması gerektiğine” hükmetmiştir (Mahkeme bu durumu hatırlatmıştır.).⁴¹ 3. madde de bu nedenle devletler üzerinde başvurucunun gibi durumlarda hayatı sonlandıracak eylemlere izin verme gibi bir yükümlülük getirmemektedir.⁴²

Mahkeme Bayan Pretty'nin davasında 8. madde uyarınca çok daha olumlu bir yaklaşım takınmıştır. Bu madde bir şekilde zor ve hassas meselelerin büyük bir derinlik ve ayrıntı ile işaret edildiği madde olmuştur.

38. *Pretty* kararı, §§ 39-40, vurgu eklenmiştir, diğer davalara olan atıflar ve bu davadaki diğer paragraflar atlanmıştır.

39. *Pretty* kararı, § 41.

40. *Pretty* kararı, §§ 44-45.

41. *Pretty* kararı, § 54.

42. Bkz. *Pretty* kararı, § 55.

Mahkeme şu hususu tekrar dile getirmiştir ki her şeyden önce, daha önceki bir çok farklı mesele ile ilgili kararlarına atıfta bulunarak, 8. maddedeki “özel hayat” terimi kesin sınırlar çizen bir tanıma uymayan geniş bir terimdir.⁴³ Mahkeme daha sonra yeni “**kişisel irade**” veya “kendi kaderini tayin hakkı” prensiplerini tanıyarak önemli bir yeni adım atmıştır.

Her ne kadar önceki davada Sözleşme'nin 8. maddesinin kendi kaderini tayin hakkını içerdiği kabul edilmişse de Mahkeme kişisel irade kavramının 8. maddeki güvencelerin yorumlanmasının altını çizen önemli bir prensip olduğu görüşündedir.⁴⁴

Mahkeme bir dereceye kadar ihtiyatlı -ya da “dışta bırakmaya hazır değildi”- olarak Bayan Pretty'nin “vakarsız ve ıstırap verici olacağını düşündüğü hayatının sonundan kaçınmayı seçme” isteği “kişisel irade” kavramı kapsamında değerlendirmiştir ve (yardım olmadan intihar edemeyeceği için kocasından yardım isteyerek) bu seçimi yapmasını engelleyen kanunun bu nedenle Bayan Pretty'nin Sözleşme'nin 8 § 1 maddesinde güvence altına alınan özel hayata saygı hakkına müdahale anlamına geldiğine hükmetmiştir.⁴⁵

43. Pretty kararı, § 61.

44. Pretty kararı, § 61.

45. Pretty kararı, § 67. Mahkeme bu davada Kanada Yüksek Mahkemesi'nin başvuruca getirilen yasağın ıstırapını artırdığı ve kendi ölümünü gerçekleştirmesinden alıkoymağuna ve bunun da kişiyi iradesinden yoksun bıraktığına hükmetmiş ve temel adalet prensibi kapsamında haklı gösterecek nedenleri gerekli kıldığı *Rodriguez-Kanada Cumhuriyet Savcılığı* [1994] 2 Kanada Hukuk Raporları 136 tarafından etkilennmiştir (bkz. Pretty kararı, § 66).

“Kişisel irade” prensibinin tanınması Mahkemenin meseleye davanın özünde işaret etmesini sağlamıştır: Bu prensip akıl sağlığı yerinde birinin (gerekirse diğerlerinin yardımı ile) ölümü seçme hakkını korumakta mıdır ya da “yaşamın kutsallığı ilkesi” böylesi bir “kendi kaderini tayin” hakkını geçersiz mi kılmaktadır - ya da kılabilir mi? Mahkeme “ortak temelin [tarafklar arasında] yardım ile intiharı yasaklayan kısıtlamanın kanun tarafından öngörölmüş olduğu ve yaşamı korumak gibi meşru bir amaca hizmet ettiği ve böylece diğerlerinin haklarını koruduğu” hususu olduğuna hükmetmiştir. Bu nedenle hakkında karar verilmesi gereken tek mesele müdahalenin “demokratik bir toplumda gerekli” olup olmadığıdır.⁴⁶ Mahkeme bu değerlendirmeyi yaparken kullanılan takdir yetkisinin “meselelerin niteliği ve de risk altındaki menfaatin önemine göre değişeceğini” hatırlatmıştır.⁴⁷ Fakat Mahkeme başvurucaunun takdiri yetkisinin Mahkemenin cinsel hayat gibi kişisel meseleler ile ilgili içtihatları ile sınırlı olması gerektiği yönündeki iddialarını kabul etmemiştir.⁴⁸ Mahkeme daha çok orantılılık ve keyfilğin önlenmesi üzerine yoğunlaşmıştır:

Mahkeme, yasanın her özgül davanın koşullarını dikkate alarak cezai soruşturmanın açılmasında kamu yararını ve de ceza ile caydırıcılığın adil ve uygun gereklerini gözeterek bir hüküm ve uygulama sistemi sağlayarak yardımla intiharı yasaklayıp yaşam hakkının önemini yansıttığını keyfilik olarak görmemektedir.

46. Pretty kararı, § 69.

47. Pretty kararı, § 70.

48. Pretty kararı, § 71.

*Mahkeme aynı şekilde o koşullar altında CBS'nin başvuru-
cunun kocası aleyhine cezai bir takibat başlatılmayacağı yönün-
deki bir taahhütte bulunmayı reddetmesinde herhangi bir
orantısızlık görmemiştir. Bireylerin ve birey sınıflarının
kanunun uygulanmasında uygulayıcılar tarafından muaf tut-
maları yönündeki herhangi bir teklif aleyhine hukukun üstün-
lüğü temelinde çok güçlü argümanlar ileri sürülebilir. Her
durumda, hakkında muafiyet talep edilen eylemin ciddiliği
nedeniyle CBS'nin söz konusu davada talep edilen taahhüdü
reddetmesinin ne keyfi ne de makul olmadığı söylenebilir.*

*Mahkeme bu davadaki müdahalenin diğerlerinin hakkını
korumak için "demokratik toplumda gerekli" olarak haklı gös-
terilebileceğine ve dolayısıyla Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal
edilmediğine hükmetmiştir⁴⁹*

Bu nedenle can alıcı mesele dengedir. Bu durumun özgül önemi Birleşik Krallık yasalarının, prensip olarak, bir başkasına intihar etmede yardım etmeyi suç sayması durumudur ve bireysel davalarda esneklik ve kısıtlama ile uygulanabilir ya da uygulanmayabilir de. Bu esneklik, özgül koşullara hukuki bir yanıt olarak, Mahkemeye 8. maddenin "ihlal edilmediğine" hükmetmesinde her şeyden daha çok etkili olmuştur. Esnek bir yasa -diyelim ki eldeki davaya benzer bir duruma mahkemeler ve savcılara takdir yetkisi bırakmayarak ömür boyu hapis cezasını mecburi kılan bir yasa- orantısız olarak ve bu nedenle de 8. maddeye aykırı görülecektir.

49. Pretty kararı, §§ 76-78.

Mahkeme bunun ardından başvuruçunun kalan diğer argümanlarını düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü güvence altına alan 9. madde ve Sözleşmede tanınan haklardan yararlanılmasında ayrımcılığı yasaklayan 14. madde uyarınca seri bir şekilde reddetmiştir. Mahkeme 9. madde ile ilgili olarak "[Bayan Pretty'nin] iddialarının bir din veya inanç açıklaması türü olmadığına" karar vermiştir.⁵⁰ Mahkeme 14. madde ile ilgili olarak da şuna hükmetmiştir:

... Mahkemenin görüşüne göre yasanın fiziksel olarak intihar etme yetisine sahip olanlar ve olmayanlar arasında bir fark gözetmemesinin objektif ve makul bir haklı gerekçesi vardır... Bu iki kategori arasındaki sınır çizgisi her zaman çok hassas olacaktır ve yasada intihar etme yetisine sahip olmayanlara bir muafiyetin getirilmesi 1961 tarihli Yasanın güvence altına almayı amaçladığı yaşam hakkını ciddi bir şekilde zayıflatarak suiistimal riskini büyük ölçüde artıracaktır.

Sonuç olarak, mevcut davada Sözleşme'nin 14. maddesinin ihlal edilmediği sonucuna varılmıştır.⁵¹

Hükmün verilmesinden bir kaç gün sonra Bayan Pretty nefes alıp vermede zorluklar yaşamaya başlamış ve tedavisi mümkün olmayan hastaların bakıldığı bir hastaneye kaldırılmıştır. Burada hafifletici bakımın ardından komaya girmiş ve hükmün verilmesinden 12 gün sonra 11 Mayıs 2002 tarihinde vefat etmiştir.⁵²

50. Pretty kararı, § 82.

51. Pretty kararı, §§ 88-89, karardaki diğer paragraflara yapılan atıflar atlanmıştır.

52. BBC Haberler, Pazar 12 Mayıs 2002.

Devlet görevlileri tarafından ölümcül güç kullanılması

2. maddenin ikinci paragrafı “yaşamdan mahrum bırakılmaya” – örneğin, öldürmelere- değinmektedir. Kişilerin ölümü ile sonuçlanan bazı belirli eylemlerin belirtilen kriterlere uyması halinde, ilgili maddenin ifadesiyle “bu maddenin ihlali suretiyle yapılmış sayılmaz” – örneğin, yaşam hakkının ihlali olarak değerlendirilmez. Her şeyden önce, eylemler aşağıda kesin sınırlayıcı olarak sayılmış bir dizi amaçtan birini hedeflemelidir:

- Bir kimsenin (herhangi bir kimse) yasadışı şiddete karşı korunması için (2. madde (2) (a));
- Usulüne uygun olarak yakalamak için (2. madde (2) (b));
- Usulüne uygun olarak tutuklu bulunan bir kişinin kaçmasını önlemek için (2. madde (2) (b));
- Ayaklanma veya isyanın, yasaya uygun olarak bastırılması için (2. madde (2) (c)).

Dikkate değer bir husustur ki mülkü korumak amaçlı güç kullanımı bu listeye dahil edilmemiştir. Bu madde Sözleşmenin kardeş belgesi olan Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin ilgili maddesi olan 6. madde tasarı metninde yer almış fakat güçlü bir muhalefet ile karşılaşınca metinden çıkarılmıştır. Her iki Sözleşmede paralel olarak hazırladığından, bu maddenin Sözleşmede de yer almamış olması tesadüf olarak düşünülemez. Bu da göstermektedir ki mülk ile birlikte yaşam da tehlike altında olmadıkça mülkü korumak amacıyla ölümcül güç kullanımı meşru görülemez.

Ölme hakkı? İntihar, yardımla intihar ve ötanazi

Hem Komisyon hem de Mahkeme şu sonuca varmıştır:

2. paragraf esas olarak kasten bir kimseyi öldürmeye izin veren durumları ifade etmemekte fakat [yukarıdaki amaçlardan herhangi biri için] kasıtsız bir sonuç olarak ölümlerle sonuçlanabilecek “güç kullanımına” izin verilen durumları tanımlamaktadır.⁵³

Fakat yukarıda belirtilen amaçlar ile devlet veya devlet görevlileri tarafından kasıtlı öldürmeler de ikinci paragrafın kapsamına da girebilmektedir,⁵⁴ aynı şekilde “kayıplar” olarak adlandırılan – ve devlet görevlileri tarafından göz altına alınan bir kişiden bir daha haber alınmaması ve öldürülmüş olmasının muhtemel olduğu davalarda – bu kapsama girmektedir.⁵⁵

53. *McCann ve diğerleri-Birleşik Krallık*, 27 Eylül 1995 tarihli Büyük Daire kararı, § 148, daha önce ele alınan *Stewart-Birleşik Krallık*, Başvuru no. 10044/82 ve *McCann* davası ile ilgili raporunda ifade edilen Komisyonun görüşünü alıntılanmıştır. *McCann* davası aşağıda bazı detayları ile ele alınmıştır, s. 24. *Steward* davasında Birleşik Krallık Hükümeti 2. maddenin sadece kasıtlı öldürme olaylarına uygulanabileceğini ileri sürmüştü fakat bu görüş Komisyon tarafından kesin olarak reddedilmiştir.

54. *McCann* BD kararı, § 148.

55. “Kayıplar” ile ilgili mahkeme kararları, faili meçhul cinayetler ve devlet görevlileri ile devlet dışı aktörler arasında söz konusu olan anlaşmalı öldürme olayları ile ilgili davalar gibi bu bölümde daha sonra ayrı olarak ele alınmışlardır. Dikkat edilmelidir ki 2. madde bazen mağdurların hayatta kaldığı potansiyel ölümcül güç kullanımına da uygulanabilmektedir. Bkz. *Matzarakis-Yunanistan* davası, aşağıda tartışılmıştır, s. 26.

İkinci olarak, böylesi herhangi bir eylem söz konusu amacı gerçekleştirme için “mutlak şekilde gerekli olan daha fazla” olmamalıdır.

Daha önce de belirtildiği gibi, güvence altına aldıkları hakların bu amaçları gerçekleştirmek amacıyla sadece “yasa” uyarınca, belirli (“meşru”) amaçlar için ve sadece “demokratik toplumda gerekli” olduğu ölçüde kısıtlanabileceği veya bu haklara müdahale edilebileceğini öngören Sözleşme’nin 8’den 11’e kadar olan maddelerindeki “tipik” gereklerinin benzeri ve fakat daha katıdır. Demokratik toplumda gerekli olmak şartı bu maddeler uyarınca getirilen kısıtlamaların söz konusu meşru amaç ile “orantılı” olması gerektiğini belirtmektedir.

2. madde bu bağlamda usulüne uygun olma konusunda özellikle katıdır: İlk paragraftan itibaren kanunun sadece yaşam hakkına müdahaleyi düzenlemesi değil, bununla beraber pozitif olarak bireyleri ikinci paragrafta haklı gösterilmemiş eylemlerden “koruma”lıdır ve ikinci paragraftaki fıkra da usulüne uygunluk (hukuka uygunluk) ya da hukuksuzluktan korunmaya vurgu yapmaktadır. Ayrıca 2. maddedeki “mutlak gereklilik” şartı 2. maddede belirtilen herhangi bir amaç için herhangi bir gücün kullanımının bu maddenin 2 (a), (b) ve (c) bentlerinde sayılan herhangi bir amaç ile “katı bir şekilde orantılı” olması anlamına gelmektedir.⁵⁶

Bu meseleler Mahkeme tarafından ilk olarak, yukarıda değinilen, McCann ve diğerleri-Birleşik Krallık davasında ele alınmıştır.⁵⁷ Bu

dava, Hibernian yarım adasının güney ucunda bulunan bir Birleşik Krallık kolonisi ve ana donanma üssü olan Cebelitarık’da üç IRA terör zanlısının Birleşik Krallık Özel Kuvvetler (SAS) alayından askerler tarafından vurularak öldürülmesi ile ilgilidir.⁵⁸ Bu üç kişi söz konusu kolonide bomba yüklü bir aracı patlatmak amacıyla İspanya’ya gelmiş ve aracı amaçladıkları hedefin yanına park etmişlerdir. Fakat daha sonra – her ne kadar teröristlerin Malaga’da (Cebelitarık yakınında, İspanya sınırının karşısında) gizledikleri yerde bir bomba ve ateşleme aletleri bulunmuşsa da – vurulduklarında silahsız oldukları ve araçta da bomba olmadığı görülmüştür. Mahkeme üç kişinin kasıtlı olarak öldürüldüklerine – ve bu öldürmelerin Sözleşme’nin 2. maddesini ihlal ettiğine hükmetmiştir. Bu hüküm ile ilk defa bir Avrupa Hükümeti güvenlik güçleri tarafından yasa dışı ölümcül gücün kullanılmasında dolayı Mahkemece suçlu bulunmuştur.

McCann davasında Komisyon ve Mahkeme bu el kitabı için önemli olan şu hususlara işaret etmiştir:

➤ İlgili iç hukuk (İngiliz Hukuku) öldürülen üç kişinin yaşam hakkını kafi derecede korumuş mudur;

57. Bkz. yukarıda, s. 22, dipnot 52. Daha önce değinilen *Farrell-Birleşik Krallık*, Başvuru no. 9013/80, davası dostane çözüme kavuşturulmuş ve *Stewart-Birleşik Krallık*, Başvuru no. 10044/82, davasında Komisyon bir ihlal tespitinde bulunmamıştır. Her ne kadar *McCann* ve yukarıda ele alınan diğer davaların *Farrell* davasına dayansa da Komisyonun ihlal tespit etmemiş olmaması nedeniyle bu davaların hiç biri Mahkemece ulaşılmıştır.
58. IRA harfleri “Irish Republican Army” (İrlanda Cumhuriyet Ordusu) anlamına gelmektedir. IRA daha kesin olarak IRA’nın “Geçici” kanadı PIRA, Kuzey İrlanda’nın İrlanda Cumhuriyeti ile yeniden birleşimi için uğraşmaktadır. IRA bu tarihten sonra silahlı mücadelesine bir son vermiştir: BBC Haber, 28 Temmuz 2005.

56. *McCann* BD kararı, § 149.

➤ Mahkeme için bir ölüm ile ilgili olarak olguları tespit ederkenki uygun yargısal yaklaşım nedir ve bu olguların 2. maddenin esasî gereklerinin ihlal edildiğini gösterip göstermediği nasıl değerlendirilmelidir ve güç sadece “mutlak suretle gerekli” olduğu durumlarda 2. maddenin 2 (a)-(c) bentlerinde sayılan amaçların gerçekleştirilmesi amacıyla kullanılabilir;

Ek olarak 2. madde altındaki usulî gerekler.

Bu meselelerin her biri her şeyden önce *McCann* kararına atıfta bulunularak sonraki üç başlık altında ele alınmışlardır. Fakat sonraki kararlar *McCann* davasındaki meseleler ile ilgili hükümleri genişletmiş ve bu kararlara da değinilmiştir. Bu bağlamdaki tüm kararların bir sonucu olarak terör davaları ve ülke içi ve uluslararası silahlı çatışmalar ile ilgili davalar da dahil olmak üzere devlet görevlileri tarafından ölümcül gücün kullanılması ile ilgili güçlü bir hukukî çerçeveye mevcuttur.

İlgili alanlarda ayrıca bazı ilerlemeler olmuştur ki *McCann* davası bunları kapsamaktadır: Gözaltında ölümler, faili meçhul cinayetler ve “kayıplar” ile uluslararası silahlı çatışmalarda güç kullanımı. Bu meseleler ayrıca ele alınmışlardır (Aşağıda, ss. 43 ve 55).

Yaşam hakkının “kanun tarafından” korunması

Daha önce de belirtildiği gibi, 2. madde hem (i) “Herkesin yaşam hakkı yasanın korunması altındadır.” hükmünü getirmekte hem de (ii) Herhangi bir ölümcül güç kullanımının “**mutlak suretle gerekli**” olmasını şart koşmaktadır. 2. madde ayrıca Sözleşmeye

Taraf bir Devletteki hukukun insanları “**mutlak suretle gerekli**” olmadıkça öldürülmeye karşı koruması hükmünü getirmektedir.

McCann davasında verilen karar uyarınca SAS askerleri tarafından ölümcül güç kullanımı – İngiliz hukuk standartları uyarınca iç hukukta yargılamaya konu olmuştur – kullanılan herhangi bir gücün koşullara göre “**makul suretle gerekli**” olmalıdır. Bu nedenle Cebelitarık’da (ve İngiltere’de) hukukun yaşam hakkını yeteri kadar korumadığı sorusu gündeme gelmiştir.

Mahkeme “Sözleşme standartlarının ilgili ulusal standartlardan daha katı” olduğu sonucuna varmış fakat “Hükümetin [ulusal] standartların ulusal mahkemeler tarafında yorumlanması ve uygulanması yoluyla ilgili olarak..., esas itibarıyla iki konsept arasında çok belirgin bir farkın bulunmadığı yönündeki sunumunu dikkate almıştır.”⁵⁹ Mahkeme, Hükümetin sunumunu kabul etmeyle birlikte şu sonuca varmıştır,

*[Hükümetin] sunumunun geçerliliği ne olursa olsun, iki standart arasındaki fark sadece bu temelde 2 § 1. maddenin ihlal edildiğine karar verilebilmesi için yeteri kadar büyük değildir.*⁶⁰

Bu sonuç Kuzey İrlanda’daki öldürme olayları ile ilgi olarak, aşağıda ele alınan, daha sonraki davalarda tekrarlanmıştır. Bu davalarda da bir iç hukuk prensibi olan aynı “makul derecede gereklilik” prensibi uygulanmıştır.⁶¹

59. *McCann* BD kararı, § 154.

60. *McCann* BD kararı, § 155.

61. Bkz. aşağıda tartışılan Shanaghan, Hugh Jordan, Kelly ve McKerr-Birleşik Krallık davaları, s. 49 ff.

McCann davasında, Mahkeme hukukun yeterli koruma sağlayıp sağlamadığının değerlendirilmesi hususunda teröristleri öldüren ajanların eğitimlerini incelemeyi meselenin en iyi olarak güç kullanımının özgül davada Sözleşme anlamında haklı gösterilebilir olup olmadığının daha geniş bir değerlendirme bağlamında incelenebileceğini tartışarak reddetmiştir.

Bununla birlikte ölümcül (veya potansiyel ölümcül) gücün kullanılması ile ilgili iç mevzuattaki yetersizliklerin, kendi içlerinde, 2. maddenin ihlali anlamına geleceği sonraki *Matzarakis-Yunanistan*⁶² davasında teyit edilmiştir. Bu davada, Mahkeme ayrıca – *McCann* davasının aksine – bu bağlamda güvelik güçlerine verilen eğitim ve talimatları da incelemiştir.

Bu dava, polislin kırmızı ışıktaki geçen ve bir çok polis bariyerlerine çarpan bir aracı takibi ile ilgilidir. Polis araca defalarca ateş etmiş ve içinde bulunan Bay Matzarakis'i ciddi şekilde yaralamış (fakat öldürmemiştir) ve Mahkeme de bunun açıkça kötü koordine edilen bir operasyon olduğu sonucuna varmıştır:

... Mahkeme o kaotik koşullar altında polis tarafından ateşli silahların kullanılmış olmasına ele almıştır. Hatırlanmalıdır ki belirsiz bir sayıdaki polis memurları başvuruçunun aracını revolver, tabanca ve hafif makineli tüfeklerle yayılım ateşine tutmuştur. Araç üzerinde en az on altı kurşun deliği tespit edilmiştir ki bunların bazısı yatay veya bir polis takibinde yalnız tekerleklerin isabet alınması durumunda bunların aşağı doğru olması beklenirken yukarı doğrudur. Üç delik ve bir tabela

*aracın ön camına zarar vermiş ve arka cam kırılarak içeri düşmüştür [...]. Kısacası, Mahkemeye sunulan delillerden anlaşıldığı üzere çok sayıda polis memuru çoğunlukla kontrolsüz olan bu taktikte yer almıştır.*⁶³

O zaman, Yunanistan'daki ateşli silah kullanımı polis memurlarının sonuçlarında sorumlu tutulmayacakları çok geniş bir alanda silah kullanma yetkisi veren “eski ve eksik” olan bir II. Dünya Savaşı Yasası ile düzenlenmektedir. 1991 yılında, bir başkanlık kararnamesi kanunda belirtilen koşullarda “sadece mutlak suretle gerekli olduğu ve daha az aşırı olan tüm yöntemler denendikten sonra” ateşli silah kullanımına izin verilerek bu durum bir derece kısıtlanmıştır. Fakat Yunan hukukunda polis faaliyetleri sırasında silah kullanımını düzenleyen bir bölüm ve polis operasyonlarını kontrol edip planlayacak bir yönerge mevcut değildir. Mahkeme bu Yunan mevzuatını değerlendirirken şu sonuca varmıştır:

... 2. madde kayıtsız şartsız bir yetki vermemektedir. Devlet yetkilileri tarafından gerçekleştirilen düzenlemeye tabi tutulmamış ve keyfi eylemler insan haklarına etkili saygı ile bağdaşmamaktadır. Bu durum, polis operasyonlara keyfilik ve yetkinin suiistimal edilmesine [...] ve hatta engellenebilir kazalara, karşı yeterli ve etkili güvenceler sistemi çerçevesinde ulusal yasalarca izin verilmesinin yanı sıra bu operasyonların düzenlemeye tabi tutulması anlamına gelmektedir.

... polis memurları görevlerini yerine getirirken, hazırlanmış bir operasyon veya tehlikeli olduğu düşünülen bir kişinin spon-

62. *Matzarakis-Yunanistan*, 20 Aralık 2004 tarihli Büyük Daire kararı.

63. *Matzarakis* BD kararı, § 67.

tane gelişen bir takibi arasında bir boşlukta bırakılmamalıdır: Hukuki ve idari bir mevzuat bu alanda geliştirilmiş uluslararası standartlar ışığında güvenlik güçlerinin hangi şartlarda güç ve ateşli silah kullanmanın sınırlarını belirlemelidir [...].⁶⁴

Olay zamanındaki Yunan hukuku (II. Dünya Savaşı Yasası ve 1991 kararname) bu standartları yerine getirememiştir:

Görünüşte, ... bir derece zayıf olan mevzuat Avrupa'daki günümüz demokratik toplumlarında gerekli görülen yaşam hakkının "hukuk tarafından" korunması seviyesinde yeterli değildir.⁶⁵

Dahası, davadaki çekinmeden ateş açmaya yol açan durum tam olarak böylesi bir mevzuatın olmamasıdır:

... durumun kötüleşmesi, bazı polis görgü tanıklarının da tarif ettiği gibi kaotiktir [...], daha çok o zaman ne polis memuru

64. *Matzarakis* BD kararı, §§ 58-59, 8 Haziran 2004 tarihli *Hilda Hafsteinsdóttir-İzlanda* kararına atıfla, İnsan Hakları Komitesi'nin Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi ile ilgili 6 No'lu Genel Tavsiye Kararına ve BM "Güç ve Ateşli Silahlar İlkeleri" (Tam başlık: Güvenlik Güçleri tarafından Güç ve Ateşli Silah Kullanımı ile ilgili Birleşmiş Milletler Temel İlkeleri, 7 Eylül 1990 tarihinde Birleşmiş Milletler Suçların Önlenmesi ve Suçlara Yapılacak Muamele Kongresi'nin 8. Oturumunda kabul edilmiştir.). *Hafsteinsdóttir* 5. madde kapsamında ele alınan ve yakalama ve tutuklamada keyfi polis gücüne karşı korunmanın gerekliliğini vurgulayan bir davadır. Mahkemenin bu davaya atfı açıkça göstermektedir ki aynı ihtiyaç 2. madde kapsamında polisin keyfi olarak ateşli silah kullanımı için de söz konusudur. Sondaki iki atfı yine Mahkemenin Sözleşmenin daha geniş uluslararası standartlar ile aynı doğrultuda uygulama konusunda artan isteğinin altını çizmektedir.
65. *Matzarakis* BD kararı, § 62. Paragraf 61'de ise Mahkeme davadaki olaylardan itibaren karardan önce bile, Yunanistan'ın ateşli silahların polis memurları tarafından kullanılmasını düzenleyen ve insan hakları ve denetim ile ilgili uluslararası standartlara uyma amacıyla polis eğitimi sağlayan yeni bir mevzuat getirmiştir. Devlet bu nedenle, bir şekilde önceki mevzuatın yetersiz olduğunu kabul etmiştir.

bireyler ne de kolektif bir polis operasyonu olarak görülen kovalamacının iç hukuk ve uygulamalarla sağlanmış olması gereken uygun yapıdan yararlanmış olmasına bağlıdır. ... Mevcut sistem güvenlik güçlerine barış zamanında güç kullanımını düzenleyecek açık yönergeler ve kriterler sağlamamıştır. Bu nedenle başvuruçuyu kovalayan ve nihayetinde yakalayan polis memurlarının uygun bir eğitim ve talimat verilmiş olsalar idi sergilemeyecekleri büyük bir hareket özerkliğinden yararlanma ve dikkate alınmamış inisiyatif almaları önlenemez olmuştur.⁶⁶

Yunan makamları bu nedenle kişi aleyhine suç işlenmesini caydıracak yeterli hukuki ve idari çerçeve koymamışlardır. Bu nedenle:

... Yunan makamları, ilgili zamanda, potansiyel ölümcül gücün kullanıldığı vatandaşlara ve özellikle de başvuruçuyu gibi olanlara makul olarak beklediği gibi gerekli güvenceleri sağlamamış ve polis operasyonlarındaki sıcak takiplerde, her ne kadar istisnai olsa da, meydana gelebileceğini bildikleri yaşama karşı gerçek ve yakın riski önleyememiştir [...].⁶⁷

Bay *Matzarakis* bu nedenle Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlalinden ötürü mağdur olmuştur - her ne kadar hayatta kalmış olsa bile.⁶⁸

Mahkeme hükmü açıklığa kavuşturmaktadır ki düzenleyici mevzuattaki (ciddi) eksiklikler ve "uygun eğitim ve talimatların"⁶⁹

66. *Matzarakis* BD kararı, § 70, önceki paragraflara yapılan çapraz atıflar atlanmıştır.

67. *Matzarakis* BD kararı, § 71, *Osman* kararına atıf ile, aşağıda tartışılmıştır, s. 66 ve ff.

68. *Matzarakis* BD kararı, § 72. Kişinin yaşamından ziyade fiziksel sağlığını tehdit eden daha küçük eylemler işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı muamele ve cezayı yasaklayan 3. madde kapsamında değerlendirilebilir.

olmaması nedeniyle polisin kendisinin kendi içinde ateşli silah kullanması Sözleşme'nin 2. maddesindeki yaşam hakkının “hukuk tarafından” korunması görevinin ihlali anlamına gelebilir.

2. maddenin esasî gereklerinin yerine getirilmesinin tayin edilmesi

Mahkeme tarafından, iddia edilen Sözleşme ihlalleriyle ilgili olarak uygulanan delil ile ilgili olan standart “makul şüphenin ötesinde kanıt”tır: Prensipl olarak, başvurunun bu standart gereği, bir ihlalin vuku bulduğunu kanıtlanması gerekmektedir.⁷⁰ Fakat Mahkeme şunları ifade ederek bu standardı açıklığa kavuşturmuş ve bir dereceye kadar da kolaylaştırmıştır:

*Böylesi bir kanıt kafi derecede birlikte mevcut bulunan güçlü, açık ve mutabık çıkarımsamalar ya da benzer reddedilemez karinelere doğabilir.*⁷¹

Uygulamada, hem standart sorunu hem de ispat görevi sorunu davanın şartları ve başvuru tarafından ileri sürülen iddiaların niteliğine göre bir dereceye kadar esnek bir şekilde uygulanmıştır.

McCann davasında başvuru ilk olarak üç terör zanlısının öldürülmesinin planlı ve kasıtlı olduğunu ileri sürmüştür. Mahkeme bunun üzerine “başvuru tarafından ileri sürüldüğü gibi önceden hazırlanmış bir planın mevcut olduğu sonucuna varmadan önce ikna edici delillerin olması gerektiğini”⁷² belirtmiştir ki baş-

69. Bkz. § 70 (Bu metinde daha önceden buna dair alıntı yapıldı.)

70. Bkz. *Yunanistan* davası, 5 Kasım 1969 tarihli Komisyon Raporu, § 30.

71. *İrlanda-Birleşik Krallık*, 18 Ocak 1978 tarihli karar, § 161.

vurucular bu delili sunamamışlardır.⁷³ Diğer bir deyişle, öldürmelerin 2. maddenin ihlali olarak kasten gerçekleştirildiği yönündeki iddialar ile ilgili olarak, bu iddiayı kanıtlamak başvurunun sorumluluğundadır ve böylesi bir iddia kabul edilmeden önce başvurunun “ikna edici delil” sunması gerekmektedir.⁷⁴

Fakat öldürmenin (kasıtlı olup olmadığı) ile ilgili genel iddia ile ilgili olarak devlet makamlarının yükümlülüğü olan gerekli özenin gösterilmemiş olması nedeniyle 2. maddenin ihlal edildiği bir durumda Mahkeme bu ispat yükünü bir dereceye kadar ters çevirmektedir. Bu nedenle, *McCann* davasında nihayetinde Mahkeme ileri sürülen “yakalama operasyonunun organizesi ve kontrolünde uygun dikkat eksikliği”⁷⁵ iddiası 2 (2) madde anlamında öldürmelerin “mutlak suretle gerekli” oldukları konusunda “ikna edici” bulmamıştır.⁷⁶ Bu durum, bir kişinin devlet görevlileri tarafından öldürüldüğü durumlarda devlet, eylemlerinin 2. madde anlamında “mutlak suretle gerekli” olduğunu ispatlama yükü altındadır. Yargıç Bratza'nın *Ağdaş* davasındaki kısmi muhafefet şerhinde belirttiği gibi:

72. *McCann* BD kararı, § 179.

73. *McCann* BD kararı, § 178.

74. Dikkat edilmelidir ki bu durum kasti bir öldürme olayının 2. maddeyi ihlal ettiği iddiası ile aynı değildir: *McCann* davasında (görüleceği gibi) öldürme olaylarının kasti olduğuna itiraz edilmemiştir (cf. Komisyon Raporu, § 202; Karar, § 199).

75. Cf., ör. *McCann* BD kararı, § 212, son cümle

76. *McCann* BD kararı, § 213. *Matzarakis* davasında Mahkeme, kanunun başvurunun yaşam hakkını yeteri kadar korumadığı ve bu durumun kendisinin zaten 2. maddeyi ihlal ettiğini tespit ederek “polis yaşamı tehdit eden tutumunun” “mutlak gereklilik” şartını ihlal edip etmediğini incelemeyi “gereksiz” bulmuştur: BD kararı, § 72.

“Uygulanması gereken test, güç kullanımının mutlak suretle gerekli olandan daha fazla olduğu yönünde Mahkemeyi ikna edecek yeterli delil olup olmadığı değil meşru müdafaa da kullanılan gücün mutlak suretle gerekli olandan daha fazla olduğu yönünde mahkemeyi ikna edecek bir delil olup olmadığıdır.”⁷⁷

Bu yaklaşım ayrıca 3. madde ile ilgili kararlarla aynı doğrultudadır. Bu kararlara göre devlet gözetiminde tutulan bir kişinin yaralanması durumunda yaralanmanın işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı muamele veya cezadan kaynaklanmadığını ispatlama yükü devlete aittir.⁷⁸

Uygulamada, Mahkeme bu konu ile ilgili (Yargıç Bratza'nın görüşünün gösterdiği gibi) her zaman açık veya tutarlı, değildir. Ek olarak:

Bu bağlamda, delillerin elde edilmesinde tarafların tutumunun da dikkate alınması gerekmektedir.⁷⁹

Daha sonraki bir husus *Kaya-Türkiye*⁸⁰ davasında tanımlanmıştır. Bu davada, ilgili olayın şahitleri de dahil olmak üzere başvurucu ve diğerleri olguları tespit etmek için Türkiye'ye giden Komisyon delegasyonunun önüne çıkıp kişisel olarak ifade vermemişlerdir;

77. *Ağdaş-Türkiye*, 27 Temmuz 2004 tarihli karar, Yargıç Bratza'nın kısmi muhalefet şerhi § 6. Yargıç Bratza bu davada, Mahkemenin çoğunluğunun yürürlükteki ikinci testten ziyade birinci testi yanlış uyguladığı görüşünü ifade etmiştir. Gözaltında ölümler ve “kayıplar” ile ilgili davalarda deliller ile ilgili standartlar bu konular ile ilgili olan alt bölümlerde tartışılacaktır: bu standartlar ayrıca olağan standartlardan ayrılmaktadırlar.

78. Cf. *Tomasi-Fransa*, 27 Ağustos 1992 tarihli karar, §§ 108-110, 6 No'lu İnsan Hakları El Kitabında tartışılmıştır, s. 23.

79. *İrlanda-Birleşik Krallık*, 18 Ocak 1978 tarihli karar, § 161.

80. *Kaya-Türkiye*, 19 Şubat 1998 tarihli karar.

bekleneceği üzere, bu başvurunun davasının düşürülmesine neden olmuştur.⁸¹ Öte yandan, *Isayeva-Rusya*⁸² davasında (aşağıda daha ayrıntılı olarak tartışılmıştır, s. 34), cevapçı devletin ilgili bilgiyi vermeyi reddetmesi üzerine Mahkemenin değerlendirme yapmasına mani olmuştur ve Mahkeme, kararında bunu açık bir şekilde devletin aleyhine olduğuna hükmetmiştir.⁸³ Aynı durum ileride ele alınan (s. 33) *Ergi-Türkiye*,⁸⁴ davasında da uygulanmıştır.

Davanın Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine gelmeden önce ulusal mahkemelerde hukuki yargılamaların işlediği durumlarda, AİHM daha çok, prensip olarak, iç hukuktaki mahkemelerin tespit ettiği olguları temel almaktadır. Mahkemenin *Avşar-Türkiye* davasında (Bu davaya daha sonra yine değinilecektir, s. 30) belirttiği gibi:

Mahkeme rolünün tamamlayıcı niteliği ile ilgili hassastır ve ilk derece olgu mahkemesi rolünü üstlenirken belirli bir davanın koşullarının kaçınılmaz kalmadığı durumlarda temkinli olmak zorundadır. [...] İç hukuk yargılamalarının işlediği durumlarda, olgular ile ilgili kendi değerlendirmelerini ulusal mahkemelerinin yerine koymak Mahkemenin görevi değildir ve genel bir kural olarak önlerindeki delilleri değerlendirmek ulusal mahkemelerin görevidir [...]. Fakat Mahkeme ulusal mahkemelerin tespitlerine bağlı değildir, normal şartlar altın-

81. Bkz. *Kaya* kararı, §§ 76-78

82. *Isayeva-Rusya*, 24 Şubat 2005 tarihli karar.

83. Bkz. *Isayeva* kararı, § 182.

84. *Ergi-Türkiye*, 28 Temmuz 1998.

da, mahkemeler tarafından varılan olgu tespitlerinde ayrılmak için inandırıcı delillerin var olması gerekmektedir [...].⁸⁵

Bununla birlikte, içinde cevapçı devletin olayları soruşturmasında ciddi eksikliklerin bulunduğu gösteren delillerin bulunduğu ve başvuruçunun bu eksikliklerin diğer iç hukuk yargılamalarını etkisiz kıldığı yönündeki iddiaların olduğu davalar da olmuştur,⁸⁶ ki Komisyon bu nedenle olguları tespit etmek üzere ilgili ülkeye kendisi bir heyet göndermiştir. Değinen *Kaya ve Avşar-Türkiye* davaları sadece iki örnektir. Bir diğer ise *Gül-Türkiye*,⁸⁷ davasıdır. Bu davada, olay yerinde gerçekleştirilen adli inceleme ve sonraki iç hukuktaki otopsi prosedürü ciddi bir şekilde eksiktir ve etkili bir tatbikata mani olmuştur. Mahkeme benzer olgu tespit faaliyetlerinde bulunabilir fakat bu durum çok istisnai olacaktır. Normalde, iç hukuk yargılaması ve Mahkemeye taraflarca sunulan ek bilgiler olguların tespit edilmesinde, en azından Mahkemenin ikna olması için yeterli olacaktır. Bu durum *McCann* davası için de geçerlidir: Mahkeme bazı önemli hususlar cevapsız kalmış olsa da açık bir şekilde ileri bir olgu tespitinde bulunmayı reddetmiştir.

Devletin eylemlerinin haklı gösterilmesi ile ilgili bakış açısına dair başka bir soru daha gündeme gelmektedir. Bu durum hangi olguların gösterilmesi gerektiği ile ilgilidir.

85. *Avşar-Türkiye*, 10 Temmuz 2002 tarihli karar, § 283, *McKerr-Birleşik Krallık* kararına (yukarıdaki alıntıda atlanmıştır) atfıla aşağıda daha geniş bir şekilde ele alınmıştır, s. 50 ve 22 Eylül 1993 tarihli *Klaas-Almanya* kararına atfı ile. Cf. *Matzarakis-Yunanistan*, 20 Aralık 2004 tarihli karar, § 47.

86. Bkz. devletin ölüm olaylarını soruşturma hususundaki 2. madde kapsamındaki görevleri.

87. Bkz. *Gül-Türkiye*, 14 Aralık 2000 tarihli karar, § 89.

McCann davasındaki iç hukuk yargılaması ve özellikle de Cebelitarıkta ölümler sonrası yapılan soruşturma terör zanlılarını bilfiil vuran SAS askerlerinin eylemlerinin sadece öldürme zamanında askerle tarafından bilinen olgular hesaba katılarak “makul derecede gerekli” olma testi bağlamında (öznel olarak) haklı gösterilebilir olup olmadığı hususu üzerine odaklanmıştır. Mahkeme bunun aleyhine şu sonuca varmıştır:

Mahkeme yaşamdan mahrum bırakılma ile ilgili [2. maddenin ihlal edilip edilmediği ile ilgili olarak] değerlendirme yaparken özellikle de kasti ölümcül gücün kullanımında, sadece güç kullanımının yönetimini elinde bulunduran devlet görevlilerinin eylemlerini dikkate alarak değil ayrıca inceleme konusu eylemlerin kontrol ve planlanması gibi meseleleri de dahil ederek bu çerçevedeki tüm koşulları da hesaba katarak en dikkatli incelemesini yapmalıdır.⁸⁸

Mahkeme ayrıca açıkça belirtmiştir ki “söz konusu davada 2. maddenin ihlal edilip edilmediğini belirlerken, [Mahkeme] doğrudan ilgili olanların cezai sorumluluklarını değerlendirmemektedir.”⁸⁹ Mahkeme bu durumu daha sonra *Avşar* davasında da dile getirmiştir:

[Mahkeme önüne getirildiği gibi] iddiaların bazıları ile ilgili olarak iç hukukta cezai yargılamasının söz konusu olduğu durumlarda unutulmamalıdır ki Sözleşme uyarınca var olan uluslararası hukuk sorumluluğu ceza hukukunun yükümlülük-

88. *McCann* BD kararı, § 150, vurgu eklenmiştir.

89. *McCann* BD kararı, § 173.

lerinden farklıdır. Mahkemenin yetkisi uluslararası hukuk sorumluluğu ile sınırlıdır. Sözleşme uyarınca var olan sorumluluk Sözleşmenin hedefleri temelinde ve ilgili uluslararası hukuk prensiplerinin ışığında yorumlanması gereken Sözleşmenin kendi bölümlerine dayanmaktadır. **Ulusal ceza mahkemele- rindeki incelemelerde bir devletin organları, ajanları ve memurlarının eylemleri ile ilgili olarak gündeme gelen Sözleşme uyarınca var olan sorumluluğu şahsî cezaî sorumluluklar gibi iç hukuk meseleleri ile karıştırılmamalıdır.** Mahkeme bu bağlamda suçlu ya da masum gösteren bulgulara ulaşmak ile ilgilenememektedir.⁹⁰

Cevapçı devlet bu nedenle herhangi bir ölüm olayında sadece öldürme fiilini gerçekleştiren görevlilerin eylemlerinin değil ayrıca operasyonun planlama, kontrol ve organizasyonun da dahil olduğu bu olayı “çevreleyen tüm koşullar” hakkında öldürmenin “mutlak suretle gerekli” olduğunu göstermelidir.⁹¹

Mahkemenin McCann davasında nihayetinde 2. maddenin esasî gereklerinin ihlal edildiği sonucuna varmasına yol açan bu geniş bakış açısı olmuştur. Özellikle, burada ayrıntılara girmeden, Mahkeme devlet makamlarının -hiç bir masum hayatı riske sokmadan sınırdaki yakalayabileceksen; ve SAS askerlerini kesinlikle bir bomba olduğuna ve bu bombanın kesinlikle uzaktan kumanda

90. Aysar kararı, § 284, vurgu eklenmiştir, atıf belirtilmemiştir.

91. Cf., yine, McCann BD kararı, § 150. Planlama meselesi daha önce Farrell-Birleşik Krallık, Başvuru no. 9013/80, davasında gündeme gelmişti fakat dava dostane çözüm ile sonuçlanmıştır. Sonuç olarak Komisyon bu mesele hakkında bir karar vermemiş ve dava Mahkeme önünde gelmemiştir (Karar 30 DR 96 (1982); çözüm, 38 DR 44 (1984)).

ile patlatılacağına ve zanlıların kesinlikle silahlı olacaklarına ve üzerlerinde bombayı patlatacak bir zaman “düğmesinin” olduğuna inandırarak – IRA zanlılarının Cebelitarık’a gitmelerine engel olmamak gibi bir kasıtlı karar verdiğine, bu değerlendirmelerin tümüyle yanlış olduğuna hatta daha önemlisi o zaman açısından “işleyen hipotezler” olduğuna karar vermiştir. Sonraki husus “ölümcül güç kullanımını önlenemez kalmıştır”⁹² – özellikle askerlerin eğitimi ışığında:

Yanılma payı ile ilgili olarak bir hükmün getirilmemesi askerlerin bir defa ateş açıldıktan sonra zanlı ölmeyinceye kadar durulmaması konusundaki eğitimi ile birlikle ele alınmalıdır. Ölüm nedenini araştıran memurun soruşturmada jüriye sunduğu dava özetinde de belirtildiği gibi her dört asker zanlıları öldürmek için ateş etmişlerdir [...]. Asker E'nin ifadesine göre askerler kendi aralarında patlamaya yarayan “düğme”nin nerede olduğu bulmak için daha az zaman olacağından ateş ederek öldürme şansının daha da arttığını tartışmışlardır [...]. **Bu arka planın aksine, devlet makamlarının kendi tasarruflarındaki bilgiyi silah kullanarak otomatikman ateş ederek öldürmeye dahil olmuş askere havale etmeden önce değerlendirmede aşamasında en büyük özeni göstererek zanlıların yaşam hakkına saygı gösterme yükümlülükleri ile bağdırlar.**

Her ne kadar, kovuşturma sırasında askerlere verilen eğitim ile ilgili detaylı soruşturma, düzenlenen bir kamu yararı sertifikası

92. McCann BD kararı, § 210.

si ile engellenmiş ise de [...], hedeflerini yaralamak için kullanılan güç kullanımı yetkisinin, yakalama anında karşılaşılabilecekleri spesifik durumlar için verildiği hakkında eğitildikleri veya kendilerine bu konuda bir talimat verilip verilmediği açıklığa kavuşmamıştır.

Askerlerin bu hayati önem taşıyan husustaki refleks hareketinde tehlikeli terör zanlıları ile uğraşırken bile olsa silah kullanmada demokratik bir toplumda güvenlik güçlerinden beklenecek bir tedbir derecesi söz konusu değildir ve daha önceden dikkatlerine sunulmuş ve dahil olma anında hakim olan koşullar ışığında memur kişinin hukukî sorumluluklarını vurgulayan polis tarafından ateşli silah kullanımı ile ilgili talimatlarda yansıtılmış olan özen standartlarına aykırıdır [...].

Devlet makamlarının bu eksikliği aynı zamanda yakalama operasyonunun düzenlenmesi ve kontrol edilmesinde gereken özenin gösterilmediğine işaret etmektedir.

Özetle, zanlıların Cebelitarık'a seyahat etmelerinin önlenmesi yönündeki kararını, yetkili makamların istihbarat değerlendirmesini, en azından bazı boyutlarında, yeterli imkan verilmemiş olmasının kusurlu olabileceğini ve askerlerin ateş açtığı otomatikman ölümcül güç kullanımına başvurulmuş olmasını da dikkate alarak Mahkeme, üç teröristin öldürülmesinin kişilerin Sözleşme'nin 2 § 2 (a) maddesi anlamında yasa dışı şiddete karşı savunmasında mutlak suretle gerekli olan güç kullanımından daha fazla olmadığı konusunda ikna olmamıştır.

Buna göre, Mahkeme Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.⁹³

Yukarıdaki hususlar açıkça göstermektedir ki Sözleşme önceden hazırlanmış bir terörle mücadele operasyonu ya da benzeri bir operasyon düzenleyen devletler üzerine katı yükümlülükler getirmektedir: Bunlar bu tür operasyonları planlamada, organize etmede ve kontrol etmede "gereken özeni" gösterme görevi, sadece terörist eylemlerden mağdur olan kişilerin değil aynı zamanda, eğer mümkünse, teröristlerin kendilerinin de yaşamlarını korumak ve korumaya çalışmaktır.⁹⁴ Eğer devlet genel nüfusa veya güvenlik güçlerini tehlikeye atmadan teröristlerin ve diğer zanlıların öldürülmesinden kaçınabileceği böylesi bir operasyonu makul bir şekilde organize edebilecek durumda ise böyle hareket etmek yükümlülüğündedir. "Makul şüphenin ötesinde" standardı ile ilgili olarak kanıtlanması gereken en basitinden, olay zamanında yetkililer tarafından bilinen olgular ışığında, bu tür makul düzenlemelerin yapılabilecek olmalarıdır. Eğer bu kanıtlanabilirse, ve yerine getirilmemişse, bir ihlal söz konusu olur.

Bu durum, o zamandan beri ölümcül (ve ölümcüle yakın) gücün kullanımı ile ilgili sonraki birçok davada teyit edilmiştir.⁹⁵ Aslında, belirli koşullar altında, daha ileri bir düzeyde değişebilir. Bu nedenle, *Kell ve diğerleri-Birleşik Krallık* davasında, (genelde boş

93. *McCann* BD kararı, §§ 211-214, önceki paragraflara yapılan çapraz atıflar atlanmıştır, vurgu eklenmiştir.

94. Planlanmamış, spontane gelişen operasyonlar ile ilgili, bkz. *Matzarakis* kararı, s. 26'de tartışılmıştır.

95. Bkz. ör. *Kaya-Türkiye* davası, 19 Şubat 1998 tarihli karar, § 77, *Andronicou ve Constantinou-Kıbrıs*, 9 Ekim 1997 tarihli karar, § 171.

olan) bir karakola saldırıya karışmış sekiz terörist ve teröristler için pusuya yatmış ve bir baskın planlanmış güvenlik güçleri tarafından masum bir sivil vurularak öldürülmüştür. Merhumların akrabaları olan başvuruçular “vurarak öldürme” politikasının kurbanı olduklarını ileri sürmüşlerdir.⁹⁶ Mahkeme bu iddiayı kabul etmemiş ve şuna hükmetmiştir:

Söz konusu olayların tamamen veya büyük bir ölçüde yetkili makamların gizli bilgileri dahilinde vuku bulduğu durumlarda, örneğin gözaltında kendi kontrollerinde olan kişiler ile ilgili olarak meydana gelen ölüm veya yaralanmalar ile ilgili olarak güçlü karineler gündeme gelecektir. Aslında, tatminkar ve ikna edici bir açıklamada bulunmak hususunda ispat yükü yetkili makamlara aittir.⁹⁷

Bu yaklaşımın daha geniş (ülke içi) çatışmaları kapsamında, özellikle de Kürt bölgesi olan Türkiye'nin Güneydoğusu ve Rusya Federasyonunun bir parçası olan Çeçen Cumhuriyeti ve ayrıca olaylara yakalanan siviller ile ilgili olarak özel bir yarar söz konusudur.⁹⁸

96. Kuzey İrlanda'da “öldürmek için ateş etme politikası” ile ilgili iddialar için bkz. “Failli meçhul cinayetler ve gizli anlaşma iddiaları” hakkındaki alt bölüm, aşağıda.

97. *Kelly ve diğerleri-Birleşik Krallık*, 4 Mayıs 2001 tarihli karar, § 92, vurgu eklenmiştir; *Salman-Türkiye* gibi Türk/Kürt davalarına, 27 Haziran 2000 tarihli Büyük Daire kararı, prg. 100, *Çakıcı-Türkiye*, BD kararı 8 Temmuz 1999, § 85, *Ertak-Türkiye*, 9 Mayıs 2000 tarihli karar, § 32 ve *Timurtaş-Türkiye*, 13 Haziran 2000 tarihli karar, § 82, davalarına atf ile. Bu bölüm Kuzey İrlanda'daki bir başka öldürme olayı ile ilgili olan ve *Kelly* davası ile aynı günde görüülen 4 Mayıs 2001 tarihli *Hugh Johnson-Birleşik Krallık* davasında § 103'de tekrarlanmıştır.

98. Sözleşme'nin 2. maddesinin uluslararası silahlı çatışmalarda uygulanması ayrı olarak aşağıda s.55'de tartışılmıştır.

*Ergi-Türkiye*⁹⁹ davası başvuruçunun kardeşi olan genç bir kadının bir Kürt köyünde vurularak öldürülmesi olayı ile ilgilidir. Başvuruçucu, vurulma olayının güvenlik güçlerinin devlet hesabına çalışan bir “işbirlikçinin” öldürülmesine misilleme olarak köye rast gele ateş açmaları sonucu meydana geldiğini ileri sürmüştür. Hükümet ise güvenlik güçleri ve silahlı Kürt grubu, PKK, arasında bir çatışmanın çıktığını ve kurbanı öldüren merminin askerlerin silahından çıkmadığını iddia etmiştir. Mahkeme her ne kadar nihayetinde kurbanı öldüren merminin güvenlik güçlerinin silahından çıkıp çıkmadığını tespit edememiş olsa bile bununla birlikte askeri bir operasyonun planlanıp yürütülmesinde devletin sorumluluğunun bulunup bulunmadığını değerlendirme yoluna gitmiş ve bu bağlamda Hükümet tarafından Mahkemeye bilgi sunulmamış olmasını dikkate almıştır:

... Mahkeme, güvenlik güçlerinin operasyonunun planlanıp planlanmadığı ve mümkün olduğunca, pusudaki PKK mensuplarının ateş gücünden gelebilecek zararlar da dahil olmak üzere, köylülerin hayatına gelebilecek zararları engelleyebilecek, en aza indirgeyebilecek nitelikte bir operasyon yapıp yapmadığı konusu üzerinde düşünmelidir.

...

Mahkeme, Komisyon tarafından yapılan tespitlere [...] ve kendi bulgularına göre... güvenlik güçleri ile PKK arasındaki çapraz ateş nedeniyle sivil şahısların hayatlarına karşı gerçek bir tehlikenin doğduğu kanısına varmıştır. Mahkeme, sorumlu

99. *Ergi-Türkiye*, 28 Temmuz 1998 tarihli karar.

devletin yetkililerinin, pusu operasyonunun planlanması ve idaresi hakkında doğru delil sunmamasına bağlı olarak, Komisyonun, sivil şahısların hayatlarının korunmasında yeterli önlemlerin alınmadığı şeklindeki görüşlerine katılmış ve aynı tespitte bulunmuştur.¹⁰⁰

Bu davada bu nedenle devlet görevlilerinin ölümcül ateşi açtıkları kanıtlanmamış olsa bile devletin 2. maddenin esasî gereklerini ihlal ettiğine hükmedilmiştir: Bunun için yetkililerin sivillere karşı riski en aza indirecek bir operasyon planlamayıp kurbanı riske atmış olmaları yeterli görülmüştür.

Isayeva, Yusupova ve Bazayeva-Rusya¹⁰¹ davası Rus güçleri ve Çeçen isyancıları arasında meydana gelen şiddetli çatışmalardan arabaları ile kaçmak için Ekim 1999'da Çeçenistan'ın başkenti Grozni'yi terk etmeye çalışan sivillerden oluşan bir konvoyu rast gele düzenlenen bir hava saldırısı ile ilgilidir. Bu kişiler sivillerin kaçması için bir insani yardım amaçlı bir koridorun oluşturulduğunu duymuşlardır. Bombalama sonucu ilk başvuruçunun iki çocuğu öldürülmüş ve birinci ve ikinci başvuruçular yaralanmışlardır. Mahkeme Çeçenistan'daki durumun ağır savaş silahları ile donatılmış askeri uçakların kullanılması gibi istisnai tedbirlerin alınmasını gerektirdiğini kabul etmiştir. Mahkeme prensipte eğer uçaklar yasadışı silahlı gruplar tarafından saldırıya uğramış olsalardı bu durumun ölümcül güç kullanmayı haklı göstereceğini kabul etmeye hazırdır (Aşağıda ele alınan ve ayrı bir dava olan

Isayeva-Rusya davasındaki niteliğini dikkate alarak). Fakat Hükümet böylesi bir saldırı ile ilgili herhangi bir ikna edici delil sunmamıştır. Mahkeme bu nedenle devlet tarafından 2. maddeye hiç itimat edilip edilmediği hususunda şüpheye düşmekle birlikte itimat edildiği karinesinden hareket etmiş ve o koşullarda sivil konvoyun bombalanmasının “mutlak suretle gerekli” olup olmadığını değerlendirmeye devam etmiştir.

Mahkeme bombardımanın bu koşulu yerine getirmedigine hükmetmiştir. Özellikle de, devlet makamlarının sivillerin Grozni'yi terk etmelerini sağlayacak insani amaçlı bir koridor duyurusundan ve bölgedeki sivil varlığından haberdar olmuş olmaları gerekmektedir. Sonuç olarak, ölümcül güç kullanımı ihtiyacı ile ilgili aşırı tedbirler hakkında uyarılmış olmaları gerekmekte idi. Fakat ne uçakları yönlendiren hava kontrolörü ne de saldırıda yer alan pilotlar bundan haber edilmiş ne de hedefleri değerlendirmek için uçaklara hava kontrolörü gönderilmiştir. Bu faktörler ve de saldırının dört saatten uzun sürmesi ve kullanılan silahların gücü Mahkemenin operasyonun planlanmış olmadığı ve sivil nüfusun hayatı için gereken özenin gösterilerek icra edilmediği sonucuna varmasına neden olmuştur. Bu nedenle, 2. maddenin esasî gerekleri ihlal edilmiştir.

Biraz önce değinilen *Isayeva-Rusya¹⁰²* davası, Katyr-Yurt köyünün rast gele bombalanması ile ilgilidir. Başvuruçucu ve akrabaları köyü güvenli bir çıkış yolu olduğunu düşündükleri bir yoldan terk etmeye çalışmışlardır fakat Rus askeri uçağından bırakılan bir

100. Ergi kararı, §§ 79-81 (orijinal başlık), vurgu eklenmiştir.

101. *Isayeva, Yusupova ve Bazayeva-Rusya*, 24 Şubat 2005 tarihli karar.

102. *Isayeva-Rusya*, 24 Şubat 2005 tarihli karar.

bomba kamyonetlerinin yakınında patlamış ve başvurucunun oğlu ile üç kız yeğeninin ölümüne neden olmuştur. Bomba köye varmaları beklenen (ve hatta yetkililer tarafından oraya gitmeleri için kışkırtmış bile olabilirler) silahlı isyancılara karşı düzenlenen bir operasyon kapsamında bırakılmıştır. Operasyon önceden planlanmıştır. Fakat köylüler silahlı isyancıların köye gelmeleri olasılığı ve maruz kalacakları tehlike ile ilgili olarak uyarılmamıştır. Mahkeme bunu ve sonraki köylülere karşı büyük hava gücünün rast gele kullanılmasını şiddetle mahkum etmiştir:

Mahkeme yerleşime açık bir alanda askeriyenin ağır savaş silahları ile donatılmış hava ekipmanlarının muharebe düzenine geçirme kararı almış olduğunun bariz olduğunu ve bu tür metotların kaçınılmaz bir şekilde neden olacağı tehlikeyi hesaplamış olmaları gerektiğini dikkate almıştır. Fakat bu tür kaygıların planlamada belirgin bir ol oynadıklarını gösterir bir delil söz konusu değildir. ...Operasyonun planlanma aşamasında sivillerin tahliye edilmesi ile ilgili olarak köylülerin önceden saldırdan haberdar edilmeleri, böylesi bir tahliyenin ne kadar süreceği, tahliye edilenlerin hangi yolları kullanmaları gerektiği, güvenliği sağlamak için hangi tedbirlerin uygulanacağı, zayıf ve savunmasızlara yardım için hangi adımlarına atılacağı gibi hiç bir ciddi hesaplanmanın yapılmış olduğunu gösterir bir emare söz konusu değildir.

...

Mahkeme bu tür silahların [zarar verme menzili 1000 metreyi aşan serbest düşümlü yüksek patlayıcı ağır bombaların] savaş zamanı dışında ve sivillerin önceden tahliyesi yapılmadan yerleşime açık bir alanda kullanılmasının demokratik bir toplumda güvenlik güçlerinden beklenen tedbir derecesi ile asla bağdaşmadığı kanaatinde. Çeçenistan'da ne sıkıyönetim de olağanüstü hal ilan edilmiş ne de Sözleşme'nin 15. maddesi kapsamında yükümlükler askıya alınmıştır [...]. Bu nedenle söz konusu operasyon normal bir hukuk arka planının aksine yargılanmalıdır. Hükümetin iddia ettiği gibi, köy halkının iyi donanımlı iyi eğitilmiş çok sayıda savaşçı tarafından rehin alınması durumunda bile operasyonun birincil amacı hayatları yasa dışı şiddetten korumak olmalıdır. Silahların toptan rast gele kullanılması bu amaç ile açık ve seçik olarak çelişmektedir ve devlet görevlileri tarafından ölümcül gücün kullanıldığı böylesi bir operasyonun ön şartı olan özen standardı ile bağdaşır olduğu düşünülemez.¹⁰³

Olgu sonrası soruşturma yapılması ihtiyacı: 2. maddenin "usûlî ögesi"

Devletin kendi güvenlik güçleri mensupları tarafından gerçekleştirilen ölüm olaylarını araştırma yükümlülüğü olduğunu açıklığa

103. *Isayeva* kararı, §§ 189-191, önceki paragraflara yapılan çapraz atıflar atlanmıştır, vurgu eklenmiştir. Maddenin savaş ve olağanüstü hal durumuna uygulanması ile ilgili olarak bkz. "Uluslararası silahlı çatışmalarda ölümcül güç kullanımı" başlıklı bölüm, aşağıda.

kavuşturan *McCann* davası ve 2. maddenin esasî ile ilgili olan diğer önemli hükümler, muhtemelen bu maddenin başka bir boyutuna daha belirgin bir etki yapmıştır. Buna 2. maddenin “usûlî şartı” veya “usûlî öğesi” denmektedir.

Bir ölüm olayı ile ilgili olarak bir soruşturma yapılması gibi usûlî şart mutlak suretle gerekli olmadıkça ölümcül güç kullanmama gibi esasî bir şarttan oldukça farklıdır: Bunlardan biri ihlal edilmeden diğeri ihlal edilmiş olabilir. Bu nedenle, Mahkeme *McCann* davasında, yukarıda tartışıldığı gibi, esasî şartın ihlal edildiğine hükmetmiş fakat görüldüğü gibi usûlî şartın ihlal edilmediğine hükmetmiştir. Bunun aksine, (aşağıda ele alınan s. 37 ff.) *Kaya-Türkiye*¹⁰⁴ davasında Mahkeme 2. maddenin esasî gereklerinin ihlal edilmediği fakat usûlî gereklerinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. *Kılıç-Türkiye*¹⁰⁵ ve *Ertak-Türkiye*¹⁰⁶ gibi diğer davalarda her iki şart da ihlal edilmiştir. Ayrıca *Kelly ve diğ.leri-Birleşik Krallık*¹⁰⁷ davasında görüleceği gibi Mahkeme, belirli davalarda, iç hukukta meselenin esasına ilişkin yargılama hala beklemekte iken veya hiç başlatılmamışsa bile iddia edilen usûlî şartların ihlalini ele alabileceğine hükmetmiştir.

Daha sonraki bölümlerde tartışıldığı gibi, soruşturma yükümlülüğü gözaltında ölümleri, faili meçhulleri ve gizli anlaşma iddiaları ile “kayıpları” kapsayacak şekilde genişletilmiştir (6 N’lu İnsan

104. *Kaya-Türkiye*, 19 Şubat 1998 tarihli karar.

105. *Kılıç-Türkiye*, 28 Mart 2000 tarihli karar, aşağıda ele alınmıştır, s. 47 ff.

106. *Ertak-Türkiye*, 9 Mayıs 2000 tarihli karar, aşağıda ele alınmıştır, s. 52 ff.

107. *Kelly-Birleşik Krallık*, 4 Mayıs 2001 tarihli karar.

Hakları El Kitabında tartışıldığı gibi işkence iddialarını da kapsayacak şekilde).

McCann davasında başvurucular 2. maddenin devletler üzerine “devlet görevlileri tarafından gerçekleştirilen öldürme olayı ile ilgili olguları akrabalarının tümden erişim hakkının bulunduğu bağımsız bir yargısal prosedür yoluyla tespit etmek amacıyla etkili bir olgu sonrası inceleme prosedürü başlatmak” gibi pozitif bir yükümlülük getirdiğini ileri sürmüşlerdir.¹⁰⁸ Bu davada, başvurucular *Güvenlik Güçleri Tarafından Güç ve Ateşli Silah Kullanımı ile ilgili Birleşmiş Milletler Temel Prensipleri*¹⁰⁹ ve *Yasa dışı, Keyfi ve Yargısız İnfazların Etkin Önlenmesi ve Soruşturulması ile ilgili Birleşmiş Milletler Prensiplerine*¹¹⁰ atıfta bulunmuşlardır. Kuzey İrlanda İnsan Hakları Komisyonu (bir devlet kuruluşu), Uluslararası Af Örgütü ve diğer hükümet dışı insan hakları örgütleri tarafından sunulan hukukî görüşlerde de bu BM standartları Mahkemenin dikkatine sunulmuştur. Mahkeme açıkça bu uluslararası standartlara atıfta bulunmuş¹¹¹ ve hükmün can alıcı bir bölümünde genel teklifi kabul etmiştir:

108. *McCann* BD kararı, § 157, vurgu eklenmiştir. Şu hususa dikkat edilmesi gerekmektedir ki usûlî şartlar 2. maddenin kendisinden doğmaktadır ve Sözleşmenin ihlal edilmesine karşı ayrı bir “etkili hukuk yolu” (13. madde) hakkından ve hukuk davası açma konusunda mahkemeye erişim hakkından (6. madde) farklı olarak bu usûlî şartların hiçbirini *McCann* davasında başvurucular tarafından ileri sürülmemiştir (cf karar § 160).

109. Bkz. s. 27, dipnot 64.

110. 24 Mayıs 1989 tarihinde BM Ekonomik ve Sosyal Konseyi Tavsiye Kararında 1989/65 kabul edilmiştir.

111. *McCann* BD kararı, §§ 138-140.

[Mahkeme] Komisyon gibi kendisini hiçbir şeyle sınırlandırmamaktadır, devlet makamları tarafından kullanılan ölümcül gücün hukukiliğini gözden geçirilmesi için bir prosedür yoksa devlet görevlileri tarafından keyfi öldürme yasağı gibi hukuki bir yasak, uygulamada, etkisiz olacaktır. **Bu bölüm uyarınca yaşam hakkını koruma yükümlülüğü, devletin 1. madde uyarınca var olan “kendi yetki alanları içinde bulunan herkese bu Sözleşme’de açıklanan hak ve özgürlükleri tanımak” gibi genel görevi ile birlikte ele alındığında bireylerin, inter alias, devlet görevlilerinin kullandıkları güç sonucu hayatlarını kayb ettikleri durumlarda etkili resmi bir soruşturmanın olmasını gerektirdiği sonucu çıkmaktadır.**¹¹²

McCann davasında Mahkeme “bu soruşturmanın ne türde olması gerektiği ve hani şartlar altında yapılması gerektiği” konusunda bir karar vermeyi “gerekli” görmemiştir zira spesifik gereklilikler ne olursa olsun soruşturma prosedüründe yerine getirilmiştir.¹¹³ Fakat Mahkeme soruşturma prosedürünün, 2. maddenin gereklerini yerine getirmek için etkili resmi bir soruşturmanın yapıldığı tespitine açıkça katkıda bulunan bazı unsurları belirtmiştir:

- yargılama kamuya açık yapılmıştır;
- başvuru (Örneğin, merhumun akrabaları) hukuken temsil edilmiştir;
- çok sayıda (yetmiş dokuz) görgü tanığı dinlenmiştir; ve

112. McCann BD kararı, § 161, vurgu eklenmiştir. McCann BD kararı, § 162

113. McCann BD kararı, § 162.

- akrabaların avukatları, operasyonun planlanmasına ve icra edilmesinde yer almış askeri ve emniyet personeli de dahil olmak kilit konumdaki tanıkları sorgulayabilmiş ve çapraz sorgulayabilmiş ve yargılama devam ederken sunumlarını yapabilişlerdir.¹¹⁴

Prosedürdeki bazı eksiklikler başvuru tarafından dile getirilmiş ve Mahkemenin görüşüne göre, *amici curiae*, hukuki görüşler “esasen öldürme ile ilgili koşulların etraflı, pratik ve dikkatli bir şekilde incelenmesine mani olmamıştır.”¹¹⁵ Bu nedenle McCann davasında bu şart ihlal edilmemiştir.

Birleşik Krallık ve Cebelitarık’da mevcut soruşturma prosedürünün olmadığı Kıta Avrupası’ndaki ülkeler ile ilgili diğer davalar daha çok polis ve (bu ülkelerde) bir hakim veya savcı gözetiminde yapılan adli soruşturmadaki eksiklikler üzerinde yoğunlaşmıştır.

*Kaya-Türkiye*¹¹⁶ davası başvuru kardeşi Abdülmenaf Kaya’nın öldürülmesi ile ilgilidir. Başvuru kardeşinin 25 Mart 1993 tarihinde güvenlik güçleri tarafından kasten öldürüldüğünü ileri sürmüştür. Hükümet bunun aksine başvuru kardeşinin söz konusu günde, güvenlik güçlerine saldıran bir grup terörist ile güvenlik güçleri arasında çıkan silahlı bir çatışmada öldürüldüğünü ileri sürmüştür. Hükümet, başvuru kardeşinin saldırı arasında olduğunu ileri sürmüştür.¹¹⁷

114. McCann BD kararı, § 162.

115. McCann BD kararı, § 163. Soruşturma prosedüründe iddia edilen eksikliklerin bir özeti için bkz. § 157.

116. *Kaya-Türkiye*, 19 Şubat 1998 tarihli karar.

117. Farklı açıların detayları için bkz. *Kaya* kararı, §§ 9-10 ve 11-15, sırası ile; iki taraf açısından destekleyici deliller §§ 16-30’de belirtilmiştir.

Mahkeme, makul şüphenin ötesinde, merhumun, başvuru tarafından iddia edildiği gibi, devlet görevlileri tarafından kasten öldürüldüğü sonucuna varmak için olaylara dayanan ve delil niteliğinde yeterli bir dayanağı söz konusu olmadığına ve bu nedenle 2. maddenin esasî gereklerinin ihlal edilmediğine hükmetmiştir. Fakat öldürme olayı ile ilgili soruşturma ciddi bir şekilde eksik kalmıştır: Davayı soruşturan savcının “merhumun güvenlik güçleri ile girilen bir çatışmada öldürülen bir terörist olduğunu tartışmasız olarak farz ettiği görülmüş” ve savcı olaya karışan askerleri sorgulamamıştır; merhumun ne elinde ne de giysileri üzerinde barut izleri olup olmadığına tespiti için bir test yapılmamıştır; merhumun silahından parmak izi alınmamıştır, ceset köylülere teslim edilmiştir ve bu durum vücuduna isabet edenler kurşunlar ile ilgili analiz dahil ileri bir analiz yapılmasını imkansız kılmıştır, merhumun vücuduna isabet eden kurşun sayısını belirtmeyen veya bunların tahmini olarak ne kadar bir mesafeden ateşlendiği ile ilgili bir görüş bildirmeyen otopsi raporu baştan savmadır.¹¹⁸ Bu nedenle 2. maddenin usulî şartları ihlal edilmiştir.

Bir çoğu (*Kaya* gibi) Türkiye'nin güneydoğusundaki durum ile alakalı soruşturma ile ilgili daha ayrıntılı şartlar sonraki davalarda belirtilmiştir. Bu şartlar 8 IRA üyesinin ve oradan geçmekte olan masum birinin bir baskın sırasında güvenlik güçleri tarafından Kuzey İrlanda'da öldürülmesi ile ilgili olan, önceden değinilen, *Kelly ve diğerleri-Birleşik Krallık* davasında şu şekilde özetlenmiştir:¹¹⁹

118. Bkz. *Kaya* kararı, §§ 86-92.

- *Bu tür soruşturmanın esas amacı yaşam hakkını koruyan iç hukukun etkili bir şekilde uygulanmasını garantilemek, devlet ajan ve kurumlarının dahil olduğu davalarda meydana gelen ölüm olayları ile ilgili mesuliyetin onların sorumluluğunda olduğunun güvence altına alınmasıdır. Bu amaçları gerçekleştirecek bir soruşturmanın ne olacağı farklı koşullarda değişiklik gösterebilmektedir. Fakat hangi tür kabul edilirse edilsin, meselenin haberdar olur olmaz devlet makamları resmen harekete geçmelidir. Makamlar ya suç duyurusunda bulunmak ya da herhangi bir soruşturma prosedürünün yürütülmesinde sorumluluğu almak gibi inisiyatifini yakınlarına bırakamazlar.¹²⁰*
- *Devlet görevlileri tarafından gerçekleştirilmiş olduğu iddia edilen yasa dışı bir öldürme olayı ile ilgili soruşturmanın etkili olabilmesi için, genellikle soruşturmayı yürüten ve soruşturmanın yürütülmesinde sorumlu olan kişilerin olaylarda adı geçen kişilerden bağımsız olması gerekmektedir.¹²¹ Bu durum sadece hiyerarşik veya kurumsal bir bağlantının olmaması değil aynı zamanda pratik bir bağımsızlık anlamına gelmektedir.¹²²*
- *Soruşturma böyle durumlarda kullanılan gücün koşullara göre haklı gösterilebilir olup olmadığı konusunda bir hüküm veril-*

119. *Kelly ve diğerleri-Birleşik Krallık*, 4 Mayıs 2001 tarihli karar, §§ 94-98, can alıcı noktalar ve vurgu eklenmiştir; dipnotlarda yerlerine konan çeşitli davalar ile ilgili atıflar parantez içindedir.

120. Bkz., *mutatis mutandis*, *İlhan-Türkiye*, 27 Haziran 2000 tarihli Büyük Daire kararı, § 63.

121. Bkz. ör. *Güleç-Türkiye*, 27 Temmuz 1998 tarihli karar, §§ 81-82; *Öğur-Türkiye*, 20 Mayıs 1999 tarihli Büyük Daire kararı, §§ 91-92.

mesine ve sorumlunun tespiti ile cezalandırılmasına yol açabilme bağlamında **etkili** olmalıdır.¹²³ Bu zorunluluk sonuç için değil takip edilen yol ile ilgilidir. Yetkililerin, *inter alia*, tanık ifadeleri, adli delil ve ölüm nedeni gibi klinik bulguların objektif analizi de dahil olmak üzere olayla ilgili kanıtları güvence altına almak için yetkileri kapsamındaki makul adımları atmış olmaları gerekmektedir.¹²⁴

- Soruşturmada ölüm nedeni ve sorumlu kişinin tespit edilmesini azaltan eksikliklerin bulunması bu standart kapsamına girmesi riske sokmaktadır.
- Bu bağlamda **ivedilik ve makul keşif heyeti** şartları da anlaşılmaktadır.¹²⁵
- Kabul edilmesi gerekir ki belirli bir durumda soruşturmanın ilerlemesinin önüne geçebilecek engel ve zorluklar olabilir. Fakat bir ölümcül güç kullanımı araştırırken yetkililerin ivedi cevabı genellikle kamu güvenliği açısından hukukun üstünlü-

122. Bkz. ör. *Ergi-Türkiye* davası, 28 Temmuz 1998 tarihli karar, §§ 83-84, iddia edilen bir çatışma esnasında meydana gelen bir genç kızın ölüm olayını araştıran ve cumhuriyet savcısı tarafından yürütülen soruşturmada olay ile ilgili olarak sorumlu tutulan jandarma tarafından sağlanan bilgilere şiddetli bir şekilde dayanarak bağımsız olmama durumu tespit edilmiştir [orjinal yorum].

123. Bkz. ör. *Kaya-Türkiye*, 19 Şubat 1998 tarihli karar, § 87.

124. Bkz. otopsisler ile ilgili olarak, ör. *Salman-Türkiye*, 27 Haziran 2000 tarihli karar, § 106; tanıklar ile ilgili olarak ör. *Tanrıkulu-Türkiye*, 8 Temmuz 1999 tarihli Büyük Daire kararı, § 109; adli deliller ile ilgili olarak ör. *Gül-Türkiye*, 4 Aralık 2000 tarihli karar, § 89.

125. Bkz. *Yaşa-Türkiye*, 2 Eylül 1998 tarihli karar, §§ 102-104; *Çakıcı-Türkiye*, 8 Temmuz 1999 tarihli karar, §§ 80, 87 ve 106; *Tanrıkulu-Türkiye*, 8 Temmuz 1999 tarihli karar, § 109; *Mahmut Kaya-Türkiye*, 28 Mart 2000 tarihli karar, §§ 106-107.

ğüne bağlı kalmanın ve gizli anlaşmanın veya yasa dışı eylemin müsamaha edilmesini önlenmesi için esastır.

- Aynı nedenden ötürü, soruşturmada yeterli bir **kamu denetimi** ögesinin bulunması veya soruşturmanın teoride ve uygulamada hesap vermeyi güvence altına alır bir şekilde sonuçlanması gerekmektedir. Gereken kamu denetiminin derecesi davadan davaya çok değişik olabilir. Bununla birlikte, tüm davalarda **kurbanın** meşru menfaatinin güvence altına alınması için **akrabalarının** gereken ölçüde **prosedüre dahil edilmeleri** gerekmektedir.¹²⁶

Daha da önemlisi, özellikle de iç ve aslında uluslararası silahlı çatışma ile ilgili davalar bağlamında Mahkeme *Kaya* davasında şunu belirtmiştir:

... Türkiye'nin güneydoğusunda güvenlik nedeniyle sık olarak meydana gelen olaylardaki trajik hayat kaybı [...]. Fakat **ne şiddetli silahlı çatışmaların yaygın oluşu ne de ölüm olaylarının yüksek tekerrür derecesi 2. madde uyarınca var olan güvenlik güçlerinin dahil olduğu çatışmalarda meydana gelen ölüm olayları ile ilgili etkili ve bağımsız soruşturma yürütülmesi yükümlülüğünü ortadan kaldırılabılır. Özellikle de böylesi durumların bir çok konuda muğlak olduğu söz konusu davaya benzer diğer davalarda.**¹²⁷

126. Bkz. *Güleç-Türkiye*, 27 Temmuz 1998 tarihli karar, § 82, mağdurun babası takipsizlik kararı hakkında bilgilendirilmemiştir; *Öğür-Türkiye*, 20 Mayıs 1999 tarihli karar, § 92, mağdurun ailesi soruşturma ve mahkeme evraklarına ulaşamamıştır; *Gül-Türkiye*, 14 Aralık 2000 tarihli karar, § 93.

127. *Kaya-Türkiye*, 19 Şubat 1998 tarihli karar, § 91, vurgu eklenmiştir.

Mahkeme *Kelly* davasında bu usûlî gereklerin ihlal edildiği, inter alia, zira Kuzey İrlanda'daki adli tahkikatların ölümlerle ilgili soruşturmada akrabaların ilgili belgelere erişimlerine izin verilmemesi ve bir kaç yıla varan aşırı gecikmeler nedeniyle suçlamaları daha fazla paylaştıramayacağı sonucuna varmıştır.¹²⁸ Bu karardaki bir diğer ana neden ise ölüm olayları ile ilgili olarak neden kimsenin takibata uğramadığıdır:

*Bu davada dokuz erkek vurularak öldürülmüştür ki bir tanesinin IRA ile bir bağlantısı yoktur ve iki tanesi ise en azından silahsızdır. Bu durum, ulusal mahkemelerin sözlerini kullanacak olursak, bir açıklama için feryat etmektedir. Fakat başvuru öldürme olaylarının bir suç olarak görülmediği ya da söz konusu askerlerin yargılanması için yeterli olmadığı konusunda bilgilendirilmemiştir. Endişe duymakta olan kamuoyunu hukukun üstünlüğü ilkesine saygı gösterildiği konusunda temin edecek gerekçeli bir karar söz konusu değildir. Bu durumun 2. maddenin gerekleri ile bağdaşır olduğu düşünülemez ki söz konusu bilgi başka bir şekilde ulaştırılmadıkça. Fakat mesele bu değildir.*¹²⁹

128. *Kelly* kararı, §§ 124, 128 ve 134. Detaylar için, bkz. tüm bölüm, §§ 119-134. Dikkat edilmelidir ki Mahkeme hem Kuzey İrlanda'daki soruşturmanın (Mahkemenin 2. maddenin şartlarının ihlalini tespit etmemesi ile ilgili olarak) *Cebelarık'daki McCann* davasındakinden daha sınırlı olduğunu (§ 123) hem de *McCann* davasında "Mahkeme merhumun akrabalarının prosedüre dahil edilmeleri ve kendilerine bilgi verilmesinin önemine daha çok vurgu yapmıştır" (§ 127, *Öğur-Türkiye*, 20 Mayıs 1999 tarihli karar, § 92 kararına atf ile).

129. *Kelly* kararı, § 118, vurgu eklenmiştir.

Mahkeme, her ne kadar daha önce hukuk davalarının hala derdest olduğu yedi davanın beşinde bu madde uyarınca söz konusu olan esasî meseleler ile ilgili olarak (henüz) karar veremeyeceğine hükmetmiş olsa da bu davada 2. maddenin usûlî boyutunun, tüm başvurucular açısından, ihlal edildiği yönünde karar vermiştir,¹³⁰ ki bir başvuru (sivil kurbanın eşi) bir hukuk davası açmış ve bu nedenle artık iddia edilen 2. maddenin esasî gereklerinin ihlal edilmesinden dolayı mağdur olarak düşünülemez¹³¹ ve hukuk davalarını geri çeken bir ailenin de, bu iç hukuk yolunu tüketmedikleri gerekçesiyle esasî ihlal iddiasını takip edemeyecekleri sonucuna varmıştır.¹³²

Esasî ve usûlî Sözleşme meselelerin, en azından söz konusu İngiliz/Kuzey İrlanda hukuku açısından, neden bu kadar açık bir şekilde ayrılabilir olmalarının nedeni şudur ki "devletin 2. madde uyarınca var olan yükümlülükleri sadece zararlar için tazminata hükmederek yerine getirmiş sayılmaz."¹³³ Bu durum hukuk davalarında çıkabilecek temel sonuçtur ki devletin mali bir çözüm önerdiği durumlarda iç hukuktan çıkabilecek yegane sonuçtur. Bunun aksine, Sözleşme uyarınca, gördüğümüz gibi, "2. ve 13. maddelerin gerektirdiği soruşturmalar sorumluların tespit edilmesi ve cezalandırılmasına yol açabilmelidir."¹³⁴

130. *Kelly* kararı, § 105.

131. *Kelly* kararı, § 107.

132. *Kelly* kararı, § 110.

133. *Kelly* kararı, § 105, *Kaya-Türkiye*, § 105 ve *Yaşa-Türkiye*, § 74 davalarına atf ile.

134. *Kelly* kararı, § 105.

Devlet görevlileri tarafından gerçekleştirilen ölüm olayları sorunu bu nedenle Sözleşme uyarınca iki ayrı mesele ile de bağlantılıdır: 13. madde uyarınca “etkili hukuk yolu” hakkı ve 35 (1). madde-deki Strasbourg’daki Mahkemeye başvurmadan önce iç hukuk yollarının tüketilmesi yükümlülüğü.

Mahkeme söz konusu ilk bağlantıyı *Matzarakis* davasında şu şekilde belirtmiştir:

*Uygulamada bu tür davalarda gerçek ölüm koşulları geniş bir şekilde devlet yetkililerinin ya da resmi makamların bilgisi dahilinde tutulmakta olduğundan ceza davası, disiplin prosedürü ve mağdurlara ve ailelerine açık hukuk yollarının kullanılması gibi uygun bir iç hukuk yargılamasının başlatılması tarafsız ve bağımsız olması gereken yeterli bir resmi soruşturma şartına bağlanacaktır.*¹³⁵

Bu nedenle, resmi makamlar tarafından usulüne göre yürütülen bir soruşturmanın olmaması durumunda başvurucuya sözde açık olan hukuk yolları uygulamada etkisiz ve dolayısıyla 13. maddenin ihlali olarak düşünülecektir. Ayrıca bu hukuk yolları bu şekilde etkisiz olarak düşünüldüğü durumda, artık başvurucuların davalarını Strasbourg’daki Mahkemeye götürmeden önce bu iç hukuk yollarını tüketmesi gerekmemektedir.¹³⁶

Gözetimdeki ölümler

Mahkemenin tutarlı içtihadına göre:

135. *Matzarakis* kararı, § 73.

*Gözetimdeki 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.*¹³⁷

Salman-Türkiye davasında Mahkeme yukarıdaki hususu tekrar ettikten sonra şu görüşü eklemiştir:

*Bireyin gözetiminde ölmesi durumunda devlet makamlarının bireye gözetiminde yapılan muamele ile ilgi olarak bir açıklamada bulunma yükümlülüğü özellikle katıdır. ...Aslında, [bu tür davalarda] tatmin edici ve inandırıcı bir açıklamada bulunma konusunda işpat yükü resmi makamlara aittir.*¹³⁸

Başvurucunun kocası, Agit Salman, 1992 yılında Adana’da gözetim altına alınarak karakola götürülmüştür. Kişi 24 saatten kısa bir süre içerisinde ölmüştür. Türk tıbbi uzmanları Agit Salman’ın kalp krizi sonucu öldüğü ve göğsündeki morluğun ve göğüs kemiğinin kırılmasının kalp masajından kaynaklandığı sonucuna varmış fakat başvurucu tarafından tayin edilen uluslararası uzmanlar ve

136. Bkz., bağlantılı meseleler ile ilgili olarak, *Akdvar-Türkiye*, 16 Eylül 1996 tarihli Büyük Daire kararı, özellikle § 68 (Mahkeme burada belirgin bir şekilde kardeş bir mahkeme olan Inter-Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi kararı olan *Velásquez Rodríguez* davasına ve 10 Ağustos 1990 tarihli Inter-Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi’nin “İç Hukuk Yollarının Tüketilmesinin İstisnaları” hakkındaki Tavsiye Görüşüne ve *Khashiyev ve Akayeva-Rusya*, 24 Şubat 2005 tarihli karar, özellikle § 117 kararına atıfta bulunmuştur.

137. *Salman-Türkiye*, 27 Haziran 2000 tarihli karar, § 99’de *Selmouni-Fransa*, 28 Temmuz 1999 tarihli Büyük Daire kararı, prg. 87’e atf ile

138. *Salman* kararı, §§ 99-100.

Komisyon buna katılmamış ve kurbanın yaralarının dayak sonucu oluştuğu sonucuna varmıştır. Komisyon Agit Salman'ın sorgu sırasında işkenceye maruz kaldığı ve bunun kalp durmasını tetikleyerek ölümüne neden olduğu sonucuna varmıştır.¹³⁹ Mahkeme bu tür davalarda kurbanın işkence sonucu ölmediğini kanıtlamanın devletin görevi olduğuna vurgu yaparak Komisyonun bulgularına katılmıştır:

Agit Salman görünüşe göre faal bir hastalığı ve mevcut yarası olmadan sağlıklı bir şekilde gözaltına alınmıştır. Sol ayak bileğindeki yaralar, sol ayağındaki morluk ve şişkinlik, göğüsteki morluk ve kırık göğüs kemiği ile ilgili olarak inandırıcı hiç bir açıklama yapılmamıştır. Deliller devletin, yaralanmaların gözaltına alınma esnasında meydana gelmiş olabileceği veya göğüs kemiği kırılmasına kalp masajının neden olmuş olabileceği yönündeki savlarını desteklememektedir. ...

Mahkeme bu nedenle Hükümetin Agit Salman'ın Adana Emniyet Müdürlüğünde kalbinin durması sonucu ölmesi ile ilgili olarak cevapçı devletin dahil olduğu ölüm olayları ile ilgili sorumluluğu olan kabul edilebilir bir açıklama yapmadığı sonucuna varmıştır.

Mahkeme bu bağlam 2. maddenin ihlal edildiğine hükmetmiştir.¹⁴⁰

2. maddenin usûlî gerekleri gözaltında ölüm davalarında elbette eşit derecede önemlidir. Mahkeme *Salman* davasında bu mesele

139. *Salman* kararı, § 32. Komisyonun olaylar ile ilgili tespitlerinin ayrıntılı izahı için bkz. §§ 8-32.

ile ilgili olarak iki gözlemlerde bulunmuştur: Mahkeme her şeyden önce olguları soruşturma, tespit etme ve gözaltındaki ölümler ile ilgili olarak inandırıcı bir açıklamada bulunma görevi "sadece öldürme olayının devlet görevlileri tarafından gerçekleştirildiğinin görünür olduğu durumlar ile sınırlı değildir": Devletler bir kişinin gözaltında öldüğü durumları her zaman soruşturmalıdır.¹⁴¹ Bu hususun uygun olduğu durumlarda (Örneğin, her ne zaman ölüm nedenine ışık tutabilirse) şunları da kapsamalıdır:

Muhtemel kötü muamele ve yaralanma izlerini gösterecek tam ve doğru bir otopsi ve ölüm nedeni dahil klinik bulguların objektif analizi.¹⁴²

140. *Salman* kararı, §§ 102-103. Komisyon ve Mahkeme tarafından gözaltı kayıtlarındaki eksikliklere atfedilen öneme dikkat edilmelidir: Bkz. 1 Mart 1999 tarihli Komisyon Karar ve Raporu'nun 13. ve 16. paragrafları, §§ 271-278 (Kararın 16. paragrafına atıfta bulunulmuştur). Mahkeme ayrıca açıkça Avrupa İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesi kapsamında İşkencenin Önlenmesi Komitesi'nin 1992 yılında "kişilere gözaltında uygulanan işkence ve diğer ciddi kötü muamele uygulamalarının Türkiye'de yaygın olduğu" ve hatta 1996 yılında "işkence ve diğer ciddi kötü muamele uygulamalarına Türkiye'deki polis kurumlarında yaygın bir şekilde başvurulmaya devam edildiği" (§§ 70 ve 71) yönündeki tespitlerine atıfta bulunmuştur. Mahkeme ayrıca 1991 yılında Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilen "Yasa Dışı, Keyfi ve Acele İnfazların Etkili Bir Şekilde Araştırılması ve Önlenmesi Haklarında Rehber"de yer alan örnek otopsi raporunu (§ 73) dikkate almıştır. Bu atıflar ayrıca Mahkeme içtihatlarının birbirlerini bilgilendiren daha geniş bir uluslararası mevzuatın ve prosedürlerin parçası olduğunu göstermektedir.
141. *Salman* kararı, § 105. Cf. *Keenan-Birleşik Krallık* davasında Mahkemenin görüşü, 1 Nisan 2001 tarihli karar, § 91, Birleşik Krallık'ta gözaltında meydana gelen tüm ölüm olayları ile ilgili otomatikman soruşturma açılmasının memnuniyetle karşılanması.
142. *Salman* kararı, § 105, *mutatis mutandis*, 28 Temmuz 1998 tarihli *Ergi-Türkiye* kararı, § 82 ve 2 Eylül 1998 tarihli *Yaşa-Türkiye* kararı, § 100 kararlarına atf ile birlikte.

Bu bağlamda hayati eksikler söz konusudur: Cesedin uygun adli fotoğrafları çekilmemiştir; yaralar açılarak ya da dokusal olarak patolojik analizi yapılmamıştır, ilk adli tıp raporunda “niteliksiz varsayım”da bulunularak göğüs kemiğinin kırılmasına böylesi bir müdahalenin yapılıp yapılmadığı soruşturulmadan kalp masajının neden olmuş olabileceği bildirilmiştir, (devlet kuruluşu olan) İstanbul Adli Tıp Enstitüsü ilk bulguları incelerken sadece kalp krizi teşhisini teyit ederek bu eksiklikleri ortaya çıkarmıştır.¹⁴³

Bu eksiklikler ilk başta savcının bir soruşturma açmamasına neden olmuş ve sonradan başlatılan soruşturma takipsizlikle sonuçlanmıştır. Bu nedenle otopsi muayenesindeki eksiklikler “Agit Salman’ın ölümü ile ilgili olarak polisin sorumluluğunun tespit edilmesi girişimlerini temelden zayıflatmıştır.”¹⁴⁴ Bu eksiklikler ayrıca başvuru açısından etkili hukuk yollarının kullanılabilirliğini, bu yüzden ilgili hukuk yollarının tüketilmesi şartını etkilemiştir.

Bu koşullar altında, ilk derece mahkemesinin kararını gözden geçirme yetkisine sahip Yargıtay’a yapılacak bir temyiz başvurusu mevcut delillerin geliştirilmesi veya açıklığa kavuşturulması açısından etkili bir beklenti yaratmamıştır. Mahkeme bu nedenle ceza davalarında başvurucuya sözde açık olan temyiz yolunun gerçekleştirilen soruşturma açısından belirgin bir ölçüde değişiklik yaratabileceği konusunda ikna olmamıştır.

143. *Salman* kararı, § 106.

144. *Salman* kararı, § 107.

Şartlar böyle iken, başvuruçunun ilgili ceza hukuku yollarının tüketme şartını yerine getirmiş olduğu kabul edilmelidir.

Mahkeme resmi makamların Agit Salman’ın ölüm olayını çevreleyen şartlar ile ilgili etkili bir soruşturma yürütmediği sonucuna varmıştır. Bu durum bu şartlar altında hukuk davaları yolunun da eşit derecede etkisiz olduğu sonucunu doğurmuştur. Mahkeme buna göre Hükümetin [başvuruçunun iç hukuk yollarını tüketmediği yönündeki] ilk itirazındaki ceza hukuku ve medeni hukuk öğelerini bertaraf etmiş [...] ve bu bağlamda 2. maddenin ihlal edildiğine hükmetmiştir.¹⁴⁵

Faili meçhul cinayetler ve gizli anlaşma iddiaları

Benzer meseleler faili meçhul cinayetlerde de gündeme gelmektedir. Bu meseleler devletin doğrudan öldürme olaylarından sorumlu olması sorusu ve/veya katiller ve devlet görevlileri arasındaki anlaşma sorununu gündeme getirmektedir. Bu tür davaların tümünde 2. maddenin usûlî boyutu özellikle önemlidir.

Başvuruç, *Kashiyev ve Akayeva-Rusya*¹⁴⁶ davasında Rusya Federasyonu güçleri ve Çeçen savaşçılar arasındaki çatışmalardan dolayı 1999-2000 yılının kışında Çeçenistan’ın başkenti Grozni’den kaçmıştır. Grozni’ye döndüklerinde bazı akrabalarının cesetlerini bulmuşlardır. Cesetlerde dayak ve kurşun yarası izleri görülmüştür. Başvuruçular söz konusu bölgenin (Grozni’nin Staropromyslovskiy semti) öldürme olaylarının gerçekleştiği dönem-

145. *Salman* kararı, §§ 108-109.

146. *Kashiyev ve Akayeva-Rusya*, 24 Şubat 2005 tarihli karar.

de Rusya Federasyonu güçlerinin kontrolü altına olduğunu belirtmişlerdir. Başvurucular ayrıca bir başvurucun akrabasının federal güçler tarafından gözaltına alındığına dair tanık beyanlarını ve bölgede söz konusu zamanda askerler tarafından yaygın bir şekilde işkence yapıldığı ve yargısız infazların gerçekleştirildiğini delil olarak ileri sürmüşlerdir. Başvurucular Hükümeti hem akrabalarının öldürülmesi hem de öldürme olaylarının uygun bir şekilde soruşturulmaması ile ilgili olarak sorumlu tutmuşlardır.

Hükümet ölüm olaylarını çevreleyen şartların açık olmadığını ve başvurucuların akrabalarının Çeçen savaşçılar ya soyguncular tarafından öldürülmüş olabileceklerini ya da başka bir şık olarak silahlı direnişe katılmış olabilecekleri ve eylem esnasında öldürülmüş olabileceklerini ileri sürmüştür.

Mahkeme Hükümetten dava ile ilgili tüm cezai soruşturma dosyasının bir kopyasını sunmasını istemiş fakat Hükümet kalan belgelerin ilgisiz olduklarını iddia ederek sadece dosyanın üçte ikisini sunmuştur. Bu durum Mahkemenin değerlendirmesine büyük rol oynamıştır:

Söz konusu dava da olduğu gibi etkili bir soruşturmanın yürütülmemesinin şikayet konusu yapıldığı bir başvuruda Hükümetten dosyanın bir örneğinin talep edildiği durumda Mahkeme soruşturma ile ilgili tüm gerekli belgelerin sunulmasını zorunlu görmektedir. Belirli belgelerin ilgili olup olmadıklarına cevapçı devlet tarafından tek yanlı olarak karar verilemez. ... Buna göre, Mahkeme Hükümetin bu husustaki tavrından sonuçlar çıkarılabileceği sonucuna varmıştır.¹⁴⁷

Mahkeme cezai soruşturmanın ölüm olaylarının Rus askerleri tarafından gerçekleştirilmiş olduğu varsayımına dayandığını ve aslında en az bir olası şüphelinin teşhis edildiğini, söz konusu zamanda Grozni'nin Staropromyslovskiy semtinin tamamen federal güçlerin kontrolünde olduğuna dayanarak ulusal bir mahkemenin başvuruculardan birinin zararlarına karşılık tazminata hükmettiğini, kimlik kontrollerinin sadece askerler tarafından yapabileceğini ve başvurucunun akrabalarının kimlik kontrolü sırasında öldürüldüklerini tespit etmiştir. Mahkeme bu yakınlar ile birlikte ölü bulunan diğer kurbanların muhtemelen aynı koşullarda öldürülmüş olduklarını belirtmiştir. Mahkeme başvurucunun akrabalarının askerler tarafından öldürüldüklerinin tespit edildiği ve ölüm olaylarının ölüm olayları ile ilgili olarak hiç bir açıklama veya haklı gerekçe sunmayan devlete isnat edilebileceği sonucuna varmıştır. Başvurucuların akrabalarının ölümü ile ilgili sorumluluğu bu nedenle devlete isnat edilebilir. 2. maddenin esasî gerekleri ihlal edilmiştir.¹⁴⁸

Mahkeme 2. maddenin usûlî gereklerinin yerine getirilip getirilmemesi sorusu ile ilgili olarak devletin attığı adımlar kadar veya daha çok atmadığı adımlara eşit şekilde eleştirel yaklaşmıştır. Bir

147. *Kashiyeve ve Akayeva* kararı, §§ 138-139. Mahkeme bu davada Sözleşmeye Taraf Devletlerin Mahkemeye davayı etkili bir şekilde incelemesi için "gerekli tüm imkanları" sunma yükümlülüğü altına sokan Sözleşme'nin 38. madde ile ilgili olarak ayrı kararlar vermeyi gerekli görmemiştir. Mahkeme bununla birlikte bu bağlamda konuların gündeme geldiğini dikkate almıştır. Cf. Komisyonun bu maddenin ihlal edildiğine hükmettiği *Timurtaş-Türkiye* davası, 13 Haziran 2000 tarihli karar, daha sonra "kayıplar" başlığı altında tartışılmıştır.

148. Bkz. *Kashiyeve ve Akayeva* kararı, § 147.

çok gecikme ve usandırıcı eksiklikler söz konusudur: Cezai soruşturma başlatılmadan önce haklı bir gerekçeye dayanmayan üç aylık bir gecikme söz konusudur, soruşturmayı yürütenler öldürme olayına karışmış olabilecek tugayın tam adını ve yerini tespit etmeye ya da tugay komutanı ile irtibata geçmeye ya da olaylarda ismen ve cismen tanınan bazı askerlerin kimliklerini dahi tespit etmeye çalışmamıştır. Soruşturma kapsamında bölgede yürütülen askeri operasyonların bir planını alamamıştır. Mahkemenin belirttiği gibi “böylesi bir plan söz konusu suçun şartları hakkında hayati önem taşıyan bir delil olabilirdi.” Cesetlerin buldukları yeri ve önemli delilleri gösterebilecek ne bir mahalle planı ne de harita çizilmiştir; 1999-2000 kış aylarında Grozni’de kalan mahalle sakinlerinin bir listesinin çıkarılmasına ya da başvurucular tarafından doğrudan teşhis edilen tanıkların kimlik tespiti veya yerleştirilmesi için bir çaba içerisine girilmemiştir. Ne otopsi yapılması istenmiş ne de yapılmıştır; bazı cesetler adli bakımdan hiç incelenmemiştir. Son olarak, soruşturma net bir açıklama yapılmadan başvuruculara bildirilmeden ertelenmiş ve sekiz defa tekrardan devam edilmiştir ve en az dört defa bir savcılıktan başka bir savcılığa havale edilmiştir. Mahkeme bu nedenle, resmi makamların öldürme olaylarını çevreleyen şartlar ile ilgili olarak etkili bir cezai soruşturma yürütmeyerek 2. maddenin usulü gereklerinin ihlal edildiğine hükmetmiştir.¹⁴⁹

Mahkeme ayrıca Hükümetin başvurucuların soruşturma ve yürütülen hukuk davası yargılamasına itiraz edebileceklerini fakat

bunu yapmadıklarını ve bu nedenle iç hukuk yollarının tüketildiği yönündeki ilk itirazını reddetmiştir. Mahkeme yukarıda bahsedilen gecikme ve ihmaller ışığında “başvurucular uygun şekilde yargılamadan haberdar edilmiş ve yargılamaya dahil edilmiş olsalardı dahi böyle bir itirazın yargılamadaki eksiklikleri giderebileceğine ikna olmamıştır.” Yukarıda ele alınan Salman davasında olduğu gibi uygun bir cezai soruşturmanın yürütülmemesi “hukuk davaları yollarının da bu koşullarda eşit derecede etkisiz olduğu sonucunu çıkarmaktadır.” Mahkeme bu nedenle Hükümetin itirazını reddetmiştir.¹⁵⁰

*Yaşa-Türkiye*¹⁵¹ davası başvurucu, kardeşleri ve öldürülen amcasına karşı gerçekleştirilen bir takım saldırılara ilişkindir. Başvurucu kendisinin ve amcasının Kürt taraftarı *Özgür Gündem* gazetesi dağıtımını yaptıkları için polis tarafından tehdit edildikten sonra vurulduklarını ve saldırının bu ve diğer Kürt yandaşı gazeteleri çıkaranlar ve dağıtanlara karşı yürütülen saldırı ve zulm faaliyetlerinin bir parçası olduğunu iddia etmiştir. Kendileri gazete sahipleri, gazeteciler ve çalışanları ile satıcılarına karşı bir dizi saldırının gerçekleştiğini belirtmişlerdir. Hükümet, başvurucunun güvenlik güçlerinin başvurucu ve amcasına gerçekleştirilen saldırılardan sorumlu oldukları yönündeki iddialarını destekleyecek hiç bir kanıtın olmadığını ileri sürmüştür. Hükümet başvurucunun ilgili makamlara kendisine saldırıların devlet görevlileri olduğu yönünde resmi bir şikayette bulunmadığını belirtmiştir.

149. Bkz. *Kashiyev ve Akayeva* kararı, §§ 156-166.

150. Bkz. *Kashiyev ve Akayeva* kararı, §§ 165-166.

151. *Yaşa-Türkiye*, 2 Eylül 1998 tarihli karar.

Ayrıca başvurunun bir polis memurunun amcasının katillerinin asıl hedefinin o olduğu yönündeki iddialarını destekleyecek hiç bir kanıt söz konusu değildir. Hükümet ayrıca gazete satışları ile ilgisi olan kişilere resmi olarak göz dağı verildiği iddialarını da reddetmiştir.

Komisyon başvurunun merkezinde yer alan olguların çelişkili olmadıklarını gözlemlemiştir. Başvurucu Eşref Yaşa 15 Ocak 1993 tarihinde iki kişinin silahlı saldırısına uğramış ve ciddi bir şekilde yaralanmıştır. Amcası Haşim Yaşa 14 Haziran 1993 tarihinde silahlı bir kişi tarafından vurularak öldürülmüştür. Komisyon makul bir şüphenin ötesinde güvenlik güçleri veya polisin ne başvurunun ne de amcasının vurulması olayına karıştıklarını gösterir bir delilin söz konusu olmadığı sonucuna varmıştır. Fakat Komisyon “bir gazeteci ve *Özgür Gündem* gazetesinin sahibi olan Yaşar Kaya tarafından bakanlık düzeyinde yapılan protestolar ve koruma talebi ve bu gazete ile ilişkisi olan kişilere karşı gelişen çok sayıda saldırıyı” dikkate alarak Hükümetin bu gazetenin basımı ve dağıtımında yer alan kişilerin devlet görevlileri tarafından onay verilmemiş olsa bile müsamaha edilen faaliyetlere kurban gittiklerinden haberdar olması veya olmuş olması gerektiği sonucuna varmıştır.

Başvurucu, Mahkemeye, *inter alia*, gazeteler ve gazete bayilerine karşı yapılan saldırılar ile ilgili olarak Türk Başbakanı için hazırlanmış bir raporu (Susurluk Raporu) sunmuştur. Mahkeme raporda anlatılan olayların “rahatsız edici” olduklarını ve “belirli gazeteleri basan şirketlerin kaderlerinin, özellikle de *Özgür*

Gündem’i çıkartan şirketinkin bu bağlamda özellikle alarm verdiği” sonucuna varmış – bununla beraber şuna hükmetmiştir

Susurluk raporu başvuru ve amcasına düzenlenen saldırının faillerinin kimliklerinin yeterli derecede kesin tespitinin yapılabilmesini sağlayan materyalleri içermektedir. Aslında başvuru bu hususu kendi dilekçesinde kabul etmektedir [...].

Dolayısıyla, Mahkeme Komisyonun bu şikayet ile ilgili vardığı sonuçlardan ayrı bir karar verilmesi gerektiğini düşünmemektedir. Mahkeme buna göre dava dosyasındaki materyallerin Bay Eşref Yaşa’nın saldırıya uğrayıp ve amcasının da öldürülmesi olaylarının tüm makul şüphenin ötesinde güvenlik güçleri tarafından gerçekleştirildiği gibi bir sonuca varılmamasına yol açmadığı sonucuna varmıştır.¹⁵²

Mahkeme 2. maddenin esasî şartlarının ihlal edilmediğine hükmetmiştir.¹⁵³

Mahkeme ölüm olayları ile ilgili olarak soruşturmaların her ne kadar resmen açılmış olsalar da Hükümetin bu soruşturmaların ilerlediğini gösterir çok küçük delil sunduğunu dikkate almıştır. Haşim Yaşa davasında devlet makamları otopsi yapmış ve uzman balistik raporu hazırlanmış ve merhumun babasının da aralarında bulunduğu üç görgü tanığını dinlemiştir. Komisyonun talebine rağmen uygulama ve ilerleme ile ilgili başkaca bir kanıt sunulmamıştır. Hükümet tarafından sunulan tek açıklama soruşturmanın

152. Yaşa kararı, § 96, önceki paragrafa yapılan atıf atlanmıştır.

153. Yaşa kararı, § 97.

terörle mücadele bağlamında açıldığı ve diğer davalar ile karmaşık çapraz-kontrolün gereğiğidir. Mahkeme:

... Türkiye'nin o bölgesinde söz konusu zamanda [en büyük ayrılıkçı Kürt grubu] PKK'nin şiddetli eylemlerinin damgasını vurduğu hakim olan atmosferi ve buna karşılık olarak resmi makamlar tarafından alınan tedbirlerin ulusal cezai yargılamaların yürütülmesinde kati delillerin bulunmasına mani olduğunu dikkate almıştır. Bununla birlikte, bu nitelikteki koşullar resmi makamların 2. madde uyarınca mevcut bulunan bir soruşturma yürütme yükümlülüğünü ilga etmez, aksi bir durum bölgede kişisel dokunulmazlık (cezasızlık) ve güvensizlik atmosferini daha da şiddetlendirerek kısır bir döngü yaratacaktır [...].

Buna ek olarak, yetkili makamlar, (Komisyonun belirttiği gibi) *Özgür Gündem*'i basıp dağıtımını yapanların saldırılarını "devlet tarafından müsamaha edilen bir işbirliği ile gerçekleştirildiği ya da en azından yetkililer tarafından bu saldırılara olur verildiğine" inandıklarını bildikleri veya bilmeleri gerektiği halde devlet görevlilerinin bu saldırılara karışmış olabilmeleri hususunu ihtimal dışı olarak görmüşlerdir. Bu nedenle, olayların ardından 5 yıl sonra hükmün verildiği zaman "somut ve itibar edilebilir bir ilerlemenin gerçekleşmemiş olması" nedeniyle soruşturmanın 2. maddenin gerektirdiği şekilde etkili olmadığı sonucuna varılmıştır. Bu yüzden söz konusu davada 2. maddenin usulî gereklerinin ihlal edilmiş olduğuna hükmedilmiştir.¹⁵⁴

Faili meçhul cinayetler ve gizli anlaşma iddiaları

Benzer meseleler Haşim Yaş'a'nın öldürülmesinden bir ay sonra öldürülen *Özgür Gündem* gazetesi muhabiri Kemal Kılıç'ın Şubat 1993'te öldürülmesi olayı ile ilgili olan *Kılıç-Türkiye*¹⁵⁵ davasında gündeme gelmiştir. Mahkeme burada 2. maddenin hem esasî hem de usulî gereklerinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Esasî gereklerin ihlal edilmesi kurbanın yasadışı saldırı ile ilgili olarak "gerçek ve yakın" tehlikenin farkında olan veya olması gereken devlet makamlarından açıkça koruma talep etmiş olmasından ileri gelmektedir. Mahkemenin görüşüne göre "çok çeşitli önleyici tedbirlerin mevcut" olmasına rağmen hiç bir koruma tedbiri alınmamıştır.¹⁵⁶ Dahası, devlet makamları "bu tehlikenin güvenlik güçleri içindeki unsurların bilgisi veya zımnî onayı ile hareket eden kişi veya grupların faaliyetlerinden kaynaklandığından" haberdardırlar veya haberdar olmuş olmaları gerekirdi.¹⁵⁷

Yaşamı koruma amacı taşıyan bir hukuk çatısı söz konusudur: Türk Ceza Kanunu cinayeti yasaklamıştır, savcılarının talimatlarına tabi olan ve suçu önleme ve soruşturmakla görevli polis ve jandarma kuvvetleri vardır; yargılamada ceza hukukunun bu hükümlerini uygulayan, hüküm veren ve suçluları cezalandıran mahkemeler vardır.¹⁵⁸ Fakat güvenlik güçlerinin dahil olduğu

154. Yaşa kararı, §§ 103-107, vurgu eklenmiştir, önceki paragraflara ve Komisyon Raporuna yapılan atıflar atlanmıştır.

155. *Kılıç-Türkiye*, 28 Mart 2000 tarihli karar.

156. *Kılıç* kararı, § 76. Bkz. Mahkemenin bu husustaki gerekçesi hakkındaki daha fazla detay için ilgili kararındaki önceki paragraflar.

157. *Kılıç* kararı, § 68, 1993 Parlamento Raporu ve sonraki (1998) Susurluk Raporuna atıf ile.

158. *Kılıç* kararı, § 70.

ölümlerin soruşturulmasındaki yetki hususunda; belirli davalarda – ki *Kılıç* davası da bunlar arasındadır – idari kurullar güvenlik güçlerinin dahil olduğu ölüm olayları ile ilgili olarak bağımsız ve etkili prosedürler sağlamadıklarından bu hukuk çatısı bozulmuş;¹⁵⁹ “yetkili makamların hem Sözleşme’nin 2. maddesi uyarınca söz konusu olan usûlî prosedür hem de 13. madde uyarınca getirilen etkili hukuk yolu şartları bağlamında güvenlik güçlerinin hataları ile ilgili iddiaları araştırmama hususunda yetkililerin kusurlu olduğuna dair bir dizi bulgu” söz konusu olmuş;¹⁶⁰ savcılar “güvenlik güçlerinin olaylar ile ilgili olarak görünürde hazırladıkları tutanakları muteber [...] kabul etme ve olayları çok az delil ve hiç bulunmayan deliller temelinde PKK’ye yüklemek” eğiliminde olmuşlar;¹⁶¹ ve tüm bunlar olurken dosyalar otomatikman Devlet Güvenlik Mahkemelerinin yargı yetkisi kapsamına girmiş, Mahkemenin sonraki bir dizi kararında hükmettiği gibi Sözleşme’nin 6. maddesi uyarınca getirilen bağımsızlık şartı yerine getirilmemiştir.¹⁶² Mahkeme şu sonuca varmıştır:

Bu eksiklikler ceza hukukunda getirilen korumanın etkililiğini güneydoğu bölgesinde bu dava ile ilgili dönemde zayıflatmıştır. Komisyonun raporunda belirttiği gibi güvenlik güçlerinin eylemleri ile ilgili olarak izin verilen veya teşvik edilen (cezai) sorumsuzluk, Sözleşmede güvence altına alınan temel insan

159. *Kılıç* kararı, § 72, *Güleç* ve *Oğur* davalarına atıf ile.

160. *Kılıç* kararı, § 73, 2. madde ile ilgili olarak, *Kaya*, *Ergi*, *Yaşa*, *Çakıcı* ve *Tanrıkulu* davalarına atıf ile.

161. *Kılıç* kararı, § 73.

162. *Kılıç* kararı, § 74, *İncal-Türkiye* davasına atıf ile.

*hakları ve özgürlüklere saygı gösteren demokratik bir toplumdaki hukukun üstünlüğü ile bağdaşmamaktadır.*¹⁶³

Yaşam hakkının “kanun tarafından” korunması ceza hukuku yapısının artık 2. maddenin bu şartını (esasî) yerine getiremeyecek ölçüde ciddi anlamda zayıflatmıştır. Bu nedenle maddenin bu boyutu ihlal edilmiştir.

Başka bir deyişle, eğer belirli bir soruşturma da eksiklikler söz konusu ise, bir tek davada, bu durum 2. maddenin usûlî ögesinin ihlal edildiğinin hükmedilmesine yol açacaktır. Fakat gereğine uygun bir şekilde soruşturma yürütme ve belirli cinayetleri ele alma hususunda *sistematik* bir bozukluk söz konusu ise bu durum bu maddenin esasî gereklerinin de yerine getirilmediği anlamına gelmektedir zira bu tür davalarda “kanun” artık yaşam hakkını “korumamaktadır.”

Eğer bir dava, koruma hususunda sistematik bir bozukluk kategorisine giriyorsa bu durumda elbette bu dava açısından usûlî gereklerin de yerine getirilmemiş olduğu neredeyse kesindir. Bu nedenle, *Kılıç* davasında soruşturma kapsam ve süre bakımından çok sınırlı tutulmuş; tutuklu bulunan bir İslami grup, Hizbullah, üyesi tarafından işlenen cinayet, her ne kadar bu kişiyi bu cinayet ile ilişkilendirecek doğrudan bir delil bulunmaması ve “olayda güvenlik güçlerinin olayda anlaşılmalı hilesinin araştırılması hususunda adımlar atıldığını gösteren bir işaret olmamasına” rağmen ayrılıkçılık suçu olarak muamele görmüştür.¹⁶⁴ Bu nedenle ayrıca

163. *Kılıç* kararı, § 75.

2. maddenin usulî gereklerinin de ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

Gerçekten de, *Kılıç* kararının zaten belirttiği gibi, sadece hoş görme değil aynı zamanda katiller ve devlet arasında faal bir anlaşmalı hilenin bulunduğu dair iddiaların söz konusu olduğu durumlarda devlet özellikle eksiksiz, tarafsız ve hızlı bir soruşturma gerçekleştirilmesi hususunda ağır bir sorumluluk altındadır. Bu durum *Shanaghan-Birleşik Krallık*¹⁶⁵ davasında tekrar teyit edilmiştir. Bu davada, Kuzey İrlandalı olan Patrick Shanaghan 1991 yılında kraliyet yandaşı (Örneğin, Birleşik Krallık taraftarı) bir terör örgütü olan Ulster Özgürlük Savaşçıları yani UFF tarafından vurularak öldürülmüştür. Birleşik Krallık güvenlik güçleri Patrick Shanaghan'ın İrlanda Cumhuriyet Ordusu – IRA üyesi olduğundan şüphelenmiştir.¹⁶⁶ Bu kişi sayısız defa gözaltına alınmıştır. Başvurucu, annesi, oğlunun sorgu sırasında Ulster Kraliyet Polis Teşkilatı (RUC, daha sonra Kuzey İrlanda Polis Teşkilatı adını almıştır.) tarafından tehdit edildiğini ileri sürmüştür. Patrick Shanaghan'ı terör zanlısı olarak teşhis eden bilgi, bir foto-montaj da dahil olmak üzere, askeri bir kamyonun kasasından düşerek kaybolduğu ve UFF teröristlerinin eline geçmiş olabileceği iddia edilmiştir. Vurulma zamanında, tüm polis memurlarının başka bir yerde meydana gelen trafik kazası ile ilgili olarak olay yerine çağ-

164. *Kılıç* kararı, § 82. Bkz. yine Mahkemenin bu husustaki gerekçesi hakkındaki daha fazla detay için ilgili kararındaki önceki paragraflar.

165. *Shanaghan-Birleşik Krallık*, 4 Mayıs 2001 tarihli karar.

166. Bkz. s. 24, dipnot 58.

rıldıkları ve yetkililerin polisleri telsizle çağırılmakta güçlük yaşadıkları ileri sürülmüştür. Katiller kaçmışlardır.

Bu olay ile ilgili soruşturma ancak dört buçuk yıl sonra açılmış fakat bu soruşturmanın etkisi sadece ani ölüm sebebini (Örneğin, göğse isabet eden mermi) tespit ile sınırlı kalmıştır: Soruşturma dava ile ilgili daha geniş bir arka planı ya da güvenlik güçlerinin eylemlerini (ya da eylemsizliğini) incelememiştir. Polis Şikayetleri Bağımsız Komisyonu (ICPC) adına hareket eden bir emniyet müdür yardımcısı vurulma mahallindeki RUC'nin tavrına ilişkin soruşturma yürütmüştür. Bu soruşturmanın sonucunda söz konusu Müfettişe Bölge Disiplin Kitabında da yer alan bir “tavsiye”de bulunulmuştur. Kamu Ceza Davaları Müdürü hiçbir polis hakkında dava açmamaya karar vermiştir. Başvurucu RUC Emniyet Müdürü ve Savunma Bakanlığı aleyhine bir hukuk davası açmış fakat Mahkemenin kararını verdiği zamanda hala ulusal mahkemelerde derdesttir.

Başvurucu Mahkeme önünde oğlunun ölümünün güvenlik güçleri ve kraliyet yandaşı silahlı kişiler arasında yapılan bir anlaşma sonucu olduğunu ve IRA üyesi ya da sempatizanı olarak algılanan kişilerin devlet makamlarının bilgisi ve iştirakinde hedef alındığı cinayetler silsilesinin kurbanı olduğunu ileri sürmüştür.¹⁶⁷ Mahkeme bu iddiaların doğru olması durumunda “ciddi meselelerin” gündeme geleceği sonucuna varmıştır. Fakat bunun için, “olaylara dayanan bazı kilit meselelerin ... çözülmesi gerekmektedir.”¹⁶⁸ Mahkeme, Birleşik Krallık mahkemelerinin bu davayı hala gözden geçiriyor olmasından ötürü böylesi bir olgu tespitini kendisi yerine getirmeye hazır değildi: Hukuk mahkemelerinin

olgu ve güvenlik güçleri açısından görevin kötüye kullanma ve ihmali hususlarını tespit etme yetisinden mahrum bırakacak bir hususun varlığı kanıtlanamamıştır.¹⁶⁹ Mahkeme aynı şekilde taraflarca sağlanan materyalleri oldukları gibi esas kabul edememiştir.¹⁷⁰

Mahkeme, benzer şekilde bu davayı ve dönemle ilgili olan ve Mahkeme tarafından paralel olarak ele alınan diğer üç Kuzey İrlanda davasında güvenlik güçleri ve Kraliyet taraftarı silahlı güçler arasında anlaşma gibi idari bir eylemin olup olmadığını incelemeyi reddetmiştir. Mahkeme (her dört davada) bu durumu “söz konusu başvurunun kapsamını aştığı” sonucuna varmıştır.¹⁷¹

167. Uluslararası Af Örgütü, İnsan Hakları İzleme Örgütü ve Birleşik Krallık İrlandalı Hakları İzleme Örgütü gibi STK'lar ile Yargıçlar ve Avukatların Bağımsızlıkları üzerine BM Özel Raporörü özellikle Kuzey İrlandalı bir avukat olan Patrick Finucane'nin ölümü ile ilgili olmak üzere açılan bir başka davada kaygılarını ifade etmiştir. Anlaşma iddialarının söz konusu olduğu bir diğer dava için bkz. *Finucane-Birleşik Krallık*, 1 Temmuz 2003 tarihli karar. Her ne kadar, görünüşe göre iddia edilen politika ile ilgili bir Hükümet raporu bazı şüpheleri teyit etse de Mahkeme başvurunun Hükümetten bu raporun açıklanmasını istenmesi yönündeki talebi reddetmiştir.

168. *Shanaghan* kararı, § 94.

169. Bkz. *Shanaghan* kararı, §§ 95-96, *Salman-Türkiye* (aksine) atf ile, bu davada polis memurları genel olarak eksik otopsi raporundan kaynaklı delil yetersizliği nedeniyle işkenden beraat etmişlerdir. *Gül-Türkiye* davasında ise olay yeri adli soruşturması ve otopsi prosedürü *inter alia* olayların etkili bir şekilde tespit edilmesine engel olmuştur.

170. *Shanaghan* kararı, § 97.

171. *Shanaghan* kararı, § 98. Mahkeme, yukarıda alıntı yapılan, son iki pasajı tekrar etmiştir. İdari bir eylem ile ilgili olan bu ifade diğer üç Kuzey İrlanda davaları ile harfiyen aynıdır: 4 Mayıs 2001 tarihli *Kelly ve diğerleri-Birleşik Krallık* kararı, §§ 101-104; 4 Mayıs 2001 tarihli *Hugh Jordan-Birleşik Krallık* kararı, §§ 111-114; 4 Mayıs 2001 tarihli *McKerr-Birleşik Krallık* kararı, §§ 117-120. Mahkeme 4 Nisan 2000'de her dört dosyada davanın duruşmalı olarak görülmesine karar vermiştir.

Fakat Mahkeme, ayrıca Hükümetin hukuk davasının hala derdest olması nedeniyle başvurunun iç hukuk yollarını tüketmediği yönündeki itirazlarını hukuk davalarının nihayetinde sadece zararların tazmini ile sonuçlanacağına ve sadece bu yolla 2. madde uyarınca söz konusu olan yükümlülüklerin yerine getirilmiş olmayacağı gerekçesiyle reddetmiştir.¹⁷² Mahkeme bu nedenle, 2. maddenin esasî gereklerinin yerine getirilip getirilmediği ve özellikle de cinayetlerden sorumlu tutulup tutulamayacağı hususunda (henüz) etkili bir şekilde sonuca varamamıştır.¹⁷³

Mahkeme bunun yerine 2. maddenin usûlî gerekleri üzerine yoğunlaşmış ve bir dizi eksikliği şu şekilde özetlemiştir:

- Patrick Shanaghan'ın ölümü olayı ile ilgili olarak ivedi ve etkili soruşturmanın yapılmış olduğunun gösterilmemiş olması;
- güvenlik güçleri personelinin vurma olayını gerçekleştiren kraliyet taraftarı silahlı kişiler ile bir anlaşmaya karışmış oldukları ile ilgili soruşturmada yer alan polis memurlarının bağımsız olmamaları;
- ayrıca kamu denetiminin bulunmaması ve DPP'nin anlaşma iddiaları ile ilgili olarak verdiği karar hakkında kurbanın ailesine bilgi verilmemiş olması;

172. *Shanaghan* kararı, § 99, Kaya ve Yaşa davalarına atf ile.

173. Bu durum, Mahkemenin 2. maddenin esasî gereklerinin ihlal edilmediği kararını verdiği *Yaşa* davasına tezattır. Mahkeme, yukarıda, dipnot 158'de değinilen diğer üç Kuzey İrlanda davasında da, *Kelly* davasında devlet aleyhine hukuk davası açmayan bir aile hariç, benzer şekilde karar vermiştir. Mahkeme ailenin 2. maddenin esasen ihlali hakkında şikayetin incelemeden yoksun bırakıldığına zira mevcut hukuk yollarından bu bağlamda kullanmadıklarına hükmetmiştir. Fakat Mahkeme yine de 2. madde kapsamındaki usûlî yükümlülükler ile ilgili şikayetleri, diğer başvuruların bu bağlamdaki şikayetleri ile birlikte değerlendirmiştir.

- Partick Shanahan'ın hedef alınması ve vurulması olayında güvenlik güçlerinin anlaşma yapmış olmaları ile kaygıların adli tahkikatın incelenmesinin kapsamı dışında bırakılması;
- Adli tahkikatın, açığa çıkarılabilecek her hangi bir suç ile ilgili olarak dava açılmasını güvence altına alma hususunda etkili bir rol oynayabilecek her hangi bir hüküm ve tespite izin vermemiş olması;
- Tanık ifadelerinin adli tahkikat sırasında ifade vermelerinden önce açıklanmamış olmaları başvurunun adli tahkikatta yer alabilmesi hakkında ön yargılara neden olmuştur;
- Adli tahkikat prosedürü ivedilikle başlatılmamıştır.¹⁷⁴

Mahkeme ne hakkında anlaşma iddialarının bulunduğu ölüm olaylarını incelemede devlet makamları tarafından uygulanması gereken prosedürü detayları ile belirtmiş ne de bu durum için tüm güvenceleri yerine getiren “birleşik bir prosedürü” gerekli görmüştür. Fakat söz konusu davada “mevcut prosedürler doğru dengeyi sağlayamamışlardır”: Muhtelif yargılamalarda (yukarıda belirtildiği gibi) şeffaflık ve etkililik hususlarında eksiklikler söz konusu olmuştur. Mahkeme bu nedenle, Hükümetin eğer polis soruşturması, adli tahkikat, ICPC soruşturması ve DPP'nin yeniden gözden geçirmesi tek başına bu usûli gerekleri yerine getirmemiş olsa da bunların bir araya gelerek söz konusu gerekleri yerine getirmiş olduğu yönündeki savlarını reddetmiş ve 2. maddenin usûli gereklerinin ihlal edildiğine hükmetmiştir.¹⁷⁵

174. *Shanaghan* kararı, § 122.

175. Bkz. *Shanaghan* kararı, §§ 123-125.

“Kayıplar”

Yukarıda açıklanan yaklaşım en azından daha yakın zamandaki kararlar düşünüldüğünde “kayıplar” konusunda da geçerlidir. Bu türdeki ilk dava olan *Kurt-Türkiye*¹⁷⁶ davasında her ne kadar başvuruçunun oğlu Üzeyir Kurt en son dört buçuk yıl önce bir güvenlik operasyonunda çevresi askerlerce sarılmış olarak görülmesine rağmen Mahkeme Üzeyir Kurt'un işkence gördüğü ya da öldürüldüğüne dair bir delilin bulunmadığına hükmetmiş ve bu nedenle dava 2. madde yerine 5. madde (keyfi gözaltı ve tutuklamaya tabi tutulmama hakkı) kapsamında ele alınmıştır.¹⁷⁷ Mahkeme şu sonuca varmıştır:

*Üzeyir Kurt'un selameti hakkında ciddi kaygılara yol açan 5. maddede güvence altına alınmış kişi güvenliği ve özgürlük hakkının özellikle vahim bir ihlali söz konusudur.*¹⁷⁸

Mahkeme ayrıca Üzeyir Kurt'un annesinin (başvuruçucu) oğlunun tutuklanmasına rağmen “akıbeti hakkında hiç bir resmi belgenin bulunmaması” nedeniyle süregelen bir ıstırap yaşadığı sonucuna varmıştır. Mahkeme bu nedenle başvuruçunun kendisinin Sözleşme'nin 3. maddesinde getirilen işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı muamele ve ceza yasağının ihlalinin bir mağduru olduğuna hükmetmiştir.¹⁷⁹ Fakat Mahkeme sonraki bir dava olan *Çakıcı-Türkiye* davasında “Kurt davasının ... ‘kayıp kişinin’ bir aile ferdinin bu nedenden ötürü 3. madde ile bağdaşmayan bir muamelenin mağ-

176. *Kurt-Türkiye*, 25 Mayıs 1998 tarihli Büyük Daire kararı.

177. *Kurt* kararı, § 107-108.

178. *Kurt* kararı, § 129.

179. *Kurt* kararı, § 134.

duru olduğu gibi genel bir kural getirmediğine” bunun yerine “bir aile ferdinin mağdur olup olmadığı başvurusunun ıstırabına, ciddi bir insan haklarının mağdurunun akrabalarının kaçınılmaz olarak yaşayabileceği duygusal sıkıntıdan daha farklı bir boyut ve şekil kazandıran mevcut özel koşullara göre değişeceğine” vurgu yapmıştır. Mahkeme bu davada (“kayıp” kişinin kardeşi) başvurusunun o kadar etkilenmediği sonucuna varmıştır.¹⁸⁰

Mahkemenin, daha sonraki davalarda, muhtemelen bu alanda gelişen uluslararası hukukun etkisi ile, gözaltına alınmanın ardından nerede olduğu bilinmeyen bir kişi ile ilgili davaları 2. madde uyarınca incelemeye daha hazırlıklı olduğu görülmüş fakat Mahkeme “kayıpların” akrabalarının 3. madde uyarınca yaptıkları başvurular konusunda bir dereceye kadar ihtiyatlı kalmaya devam etmiştir.¹⁸¹

*Ertak-Türkiye*¹⁸² davasında başvuru, İsmail Ertak, oğlu Mehmet Ertak'ın 20 Ağustos 1992 tarihinde üç aile ferdi ile birlikte işten eve dönerken bir kimlik kontrolü sırasında gözaltına alındığını iddia etmiştir. Başvuru, oğlunun polis nezaretinde gördüklerini ifade eden görgü tanıklarının adını vermiştir. Bu kişiler Mehmet'in işkence görmüş olduğunu belirtmişlerdir. Gözaltında olan

180. 8 Temmuz 1999 tarihli *Çakıcı-Türkiye* kararı, §§ 98-99.

181. Metinde sonradan tartışılan bu mesele *Ertak-Türkiye* davasında gündeme gelmemiştir fakat *Ertak* davasından sonra tartışılan *Timurtaş-Türkiye* davasında Mahkeme yine (“kaybolan” kişinin babası olan) başvurusunun böylesi bir muameleden dolayı muzdarip olduğuna bu yüzden, *inter alia*, “güvenlik güçlerinin bazı üyelerinin başvurusunun iddialarını, başvurusunun yüzüne ve gerçeğe aykırı olarak, oğlunun gözaltına alındığını inkar ederek vurdumduymaz davrandığı” sonucuna varmıştır (*Timurtaş-Türkiye*, § 97).

182. 9 Mayıs 2000 tarihli *Ertak-Türkiye* kararı.

bir kişi, bir avukat, Mehmet Ertak'ın işkence gördükten sonra görünüşe göre ölü olarak kendi bulunduğu hücreye getirildiğini ve daha sonra hücreden sürüklenerek çıkarıldığını ve kendisini bu olaydan sonra bir daha göremediğini ifade etmiştir. Devlet makamları Mehmet Ertak'ın gözaltına alındığı iddialarını reddetmiş ve ilgili gözaltı kayıtlarında bu kişinin ismine rastlanmadığını ifade etmiştir.

Komisyon delegeleri başvuru ile ilgili olarak görgü tanıklarını ve Türkiye'deki makamları dinlemişlerdir. Heyet bunun sonunda Mehmet Ertak'ın gözaltına alındığı sonucuna varmıştır. Heyet ayrıca gözaltına alındığı hususu şüphe götürmeyen bir başka kişinin adının da kayıtlarda bulunduğunu tespit etmişlerdir. Devlet makamları ayrıca açıkça istenmesine rağmen gözaltı kayıtlarının bir kopyasını da sunmamışlardır. Mehmet Ertak'ın gözaltına alınması ile ilgili olarak önemli konular hakkında savcıya verilen bir görgü tanığının ifadesi de Komisyon'a sunulan dosyaya eklenmiştir. Komisyon bu ve diğer deliller ışığında şu sonuca varmıştır:

Makul şüphenin ötesinde, Mehmet Ertak'ın gözaltına alındıktan sonra polis nezaretinde şiddetli ve belirlenemeyen kötü muameleye tabi tutulduğu ve güvenlik güçlerinin gözaltısında öldüğü sonucuna varmak için yeterli delil mevcuttur. Bu dava, bu yönü ile Mahkemenin başvurusunun oğlunun kaybolması ile ilgili şikayetlerini 5. madde uyarınca ele aldığı Kurt davasından ayrılmaktadır [...]. Kurt davasında başvurusunun oğlunun her ne kadar gözaltına alınmış ise de bu kişinin gözaltından sonra tabi tutulduğu muamele ve sonraki akıbeti hakkında hiç bir delil söz konusu değildir.

Devlet görevlileri tarafından ölümcül güç kullanılması

Mahkeme, devlet makamlarının kendi kontrollerindeki bireyler hakkında hesap verme yükümlülüklerine vurgu yaparak Mehmet Ertak'ın gözaltına alınmasından sonra kendisine ne olduğu konusunda bir açıklamanın sunulmadığını dikkate almıştır.

Mahkeme buna göre söz konusu davanın koşullarında Hükümetin Mehmet Ertak'ın gözaltına alınmasının ardından devlet görevlilerinin neden olduğu ölüm olayı ile ilgili olarak sorumluluğunu yerine getirmemiş ve bu nedenle bu hususta 2. maddenin ihlal edildiğine hükmetmiştir.¹⁸³

Mahkeme bunun ardından 2. maddenin, bizim de gördüğümüz gibi, devlet yetkilileri tarafından neden olunan veya olduğu iddia edilen ölüm olayları ile ilgili olarak (veya her halükarda bir kişinin gözaltında ölmesi durumunda) etkili ve bağımsız bir soruşturma yapılması gibi usûli gereklerinin yerine getirilip getirilmediğini incelemiştir. Mahkeme bu şartların Ertak davası gibi mağdurun ölmüş olduğu hususunda sadece bir çıkarsama yapılan davalar için de geçerli olduğunu belirtmiştir.¹⁸⁴ Mahkeme, Komisyonun şu tespitlerine katılmıştır:

Başvurucunun iddiaları ile ilgili olarak ulusal düzeyde gerçekleştirilen soruşturma bağımsız kurumlar tarafından yürütülmemiş, etraflı bir soruşturma yapılmamıştır ve de başvurucunun da müdahil olmasına fırsat verilmiştir.¹⁸⁵

Mahkeme, soruşturmadaki bir dizi eksikliği dikkate alarak şu sonuca varmıştır:

Cevapçı devlet, başvurucunun oğlunun kaybolması olayı ile ilgili olarak yeterli ve etkili bir soruşturma yürütme yükümlülüğünü yerine getirmemiştir. Bu nedenle bu hususta 2. maddenin bir ihlali söz konusudur.¹⁸⁶

Timurtaş-Türkiye¹⁸⁷ davasında başvurucunun oğlu Abdulvahap Timurtaş'ın jandarma tarafından gözaltına alınıp karakola götürülmesinin üzerinden altı buçuk yıl geçmiş ve Abdulvahap Timurtaş'ın nerede olduğu veya akibeti bilinmemektedir. Komisyon yine olgu tespit görevi sırasında ciddi engeller ile karşı karşıya kalmıştır: Komisyonun dinlemek istediği on bir tanıktan aralında bir savcının da bulunduğu beşi ifade vermeye gelmemiş ve Hükümet talep edilen belgelerin tümünü sunmamıştır. Komisyon bu nedenlerden ötürü Hükümetin soruşturmada gerektiği gibi işbirliği yapmadığı gerekçesi ile 28 (1). maddenin (şu anki 38 (1) (a) maddesinin) resmen ihlal edildiği sonucuna varmıştır.¹⁸⁸ Bu işbirliği yapılmaması durumu Mahkeme kararında açıkça Hükümet aleyhine değerlendirilmiştir.¹⁸⁹ Komisyon ayrıca:

Gözaltı kayıtlarının tutulmasında bir dizi kural dışılık ile karşılaşmış ve Türkiye'nin güneydoğusu ile ilgili diğer olaylarda daha önceden sunulan gözaltı kayıtlarının doğrulukları hakkında şüpheler oluştuğunu dikkate almıştır. Komisyon, söz

183. Ertak kararı, §§ 131-133.

184. Ertak kararı, § 135.

185. Ertak kararı, § 135.

186. Ertak-Türkiye kararı, § 135; 92, 93 ve 121 paragraflara atf ile.

187. Timurtaş-Türkiye, 13 Haziran 2000 tarihli karar.

188. Timurtaş kararı, § 39.

189. Timurtaş kararı, §§ 63-70.

konusu dava ile ilgili kayıtlarda tespit edilen düzensizlikler ışığında bu kayıt defterlerine dayanılarak Abdulvahap Timurtaş'ın gözaltına alınmamış olduğunun kanıtlanamayacağı sonucuna varmıştır.¹⁹⁰

Mahkeme kararında Sözleşme'nin 3., 5. ve 2. maddeleri uyarınca iddia edilen "kayıplar" ile ilgili olarak benzer fakat bire bir aynı olmayan yaklaşımları değerlendirmiştir:

Mahkeme geçmiş davalarda, sağlıklı durumda olan bir kişinin gözaltına alındığı ve serbest bırakıldığı zaman yaralanmış olduğu durumlarda bu yaraların nasıl meydana geldiği konusunda mantıklı bir açıklama yapmanın devletin yükümlülüğünde olduğunu ve bunun yerine getirilmemesi durumunda meselelerin Sözleşme'nin 3. maddesi uyarınca gündeme geleceğine hükmetmiştir [...]. Aynı doğrultuda, 5. madde de gözaltına alınan ve böylece devlet makamlarının kontrolüne giren her bir kişinin nerede olduğu konusunda devlete hesap verme yükümlülüğü getirmektedir [...]. Devlet makamlarının gözaltına alınan kişilerin akıbetleri hakkında mantıklı bir açıklamada bulunmamaları, vücudun (cesedin) yokluğunda, 2. madde uyarınca meselelerin gündeme gelip gelmemesi davanın koşulları ve özellikle de olaya dayalı yeterli kanıtın bulunmasına göre kişinin gözaltında ölmüş olduğu sonucuna varılabilecek gerekli ispat standardını ortaya çıkarabilecek somut hususlara göre değişecektir [...].¹⁹¹

Söz konusu davada, Abdulvahap Timurtaş'ın gözaltına alınmasının üzerinden altı buçuk yıl gibi bir zaman geçmiş, bu kişinin devletin sorumluluğunda bulunan makamlar tarafından gözaltı merkezine götürüldüğü tespit edilmiştir ve bu kişi iddia edilen PKK faaliyeti nedeniyle makamlar tarafından aranmıştır.¹⁹² Mahkemenin görüşüne göre ayrıca:

1993 yılında Türkiye'nin güneydoğusundaki genel durum bağlamında varlığı kabul edilmemiş bir gözaltının bu tür bir kişinin hayatı için bir tehdit oluşturduğu göz ardı edilemez.¹⁹³

Mahkeme bu nedenle Abdulvahap Timurtaş'ın güvenlik güçleri tarafından kabul edilmemiş bir şekilde gözaltına alınmasının ardından ölmüş olarak farz edilebileceği kanaatinde. Dolayısıyla, cevapçı devletin bu söz konusu kişinin ölümü ile ilgili sorumluluğu söz konusudur. Devlet makamları öldürme olayı ile ilgili olarak bir açıklama veya haklı neden sunmadıkları için, ölüm olayı devlete isnat edilebilir ve 2. maddenin esasî gereklerinin ihlali söz konusudur.¹⁹⁴

Özellikle dikkat değer husus şudur ki Mahkeme bu davada söz konusu zamanda kurbanların ölüm olayları arasındaki benzerlikleri Türkiye'nin Güneydoğusundaki genel durum ışığında değerlendirmek niyetinde idi. Bu durum Amerika'da faaliyet gösteren ve bir sivil toplum örgütü olan Adalet ve Uluslararası Hukuk Merkezi (CEJIL) tarafından ileri sürülen *amicus curiae* (hukukî

192. Bkz. *Timurtaş* kararı, § 85.

193. *Timurtaş* kararı, § 85.

194. Bkz. *Timurtaş* kararı, §§ 81-86.

190. *Timurtaş* kararı, § 44.

191. *Timurtaş* kararı, § 82, vurgu eklenmiştir, diğer davalara atıflar atlanmıştır.

görüş) yoluyla Mahkemenin dikkatine sunulmuştur ki, bu durum Mahkeme içtihatlarını İnter-Amerikan İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatlarına daha da yaklaştırmaktadır.¹⁹⁵

Mahkeme, Abdulvahap Timurtaş'ın "kaybolması" ile ilgili soruşturma konusunda Komisyonla aynı görüştedir:

*İşini ağırdan alan, baştan savma, üstün körü olduğu ve başvurusunun oğluna ne olduğunu bulma konusunda ciddi bir girişim olarak kabul edilemeyeceği.*¹⁹⁶

İki yıl boyunca jandarmalar soruşturulmamıştır ve söz konusu savcıların gözaltı kayıt defterleri ve merkezlerini bizzat inceleme girişimde bulduklarını veya jandarmaların gözaltı günündeki eylemleri hakkında hesap vermelerini istediklerini gösterir bir delil söz konusu değildir. Bu nedenle 2. maddenin usûlî şartları da ihlal edilmiştir.¹⁹⁷ Mahkeme şu hususları belirtmiştir:

*Soruşturmayı yürüten makamlar tarafından sergilenen bu uyuşuk davranma durumu Mahkemenin Kurt davasında da vurguladığı ve 2. maddede yer alan temel güvencelerin ihlaline yol açabilecek yaşamı tehlikeye sokan tedbirlerin önlenmesi ve tespitine olanak sağlayacak Sözleşme'nin 5 §§ 3 ve 4. maddelerinde şart koşulan ivedi yargısal denetimin önemini kesin bir şekilde ortaya koymaktadır [...].*¹⁹⁸

195. Bkz. Timurtaş-Türkiye kararı, §§ 79-80.

196. Timurtaş kararı, § 88.

197. Bkz. Timurtaş kararı, §§ 89-90.

198. Timurtaş kararı, § 90.

2. madde ve uluslararası silahlı çatışmalarda güç kullanımı

Önceki alt başlıklarda iç çatışma halleri ile ilgili bazı davalar tartışılmıştır. Bunlar Kuzey İrlanda, Türkiye'nin Güneydoğusu ve Çeçenistan gibi Sözleşmeye Taraf Devletlerin sınırları içerisinde meydana gelen çatışmalardı. Burada gündeme gelen soru Sözleşmenin ve özellikle de 2. maddesinin iç çatışma hallerine uygulanıp uygulanamayacağı, uygulanabilecekse nasıl ve ne dereceye kadar uygulanabileceği sorusudur.

Değerlendirilmesi gereken iki husus söz konusudur: İlki 2. maddenin bu tür durumlara kendiliğinden uygulanabilirliği. İkincisi ise Sözleşmenin bölgesel kapsamıdır.

İlk soru bir noktaya kadar Sözleşmenin kendisi tarafından cevaplandırılmıştır. 15 (2) maddesinde belirtildiği gibi savaş zamanında dahi "meşru savaş fiilleri sonucunda meydana gelen ölüm halleri dışında" 2. madde uyarınca getirilen yükümlülükler askıya alınmaz. "Meşru savaş fiilleri sonucunda meydana gelen ölüm halleri"ne yapılan referans uluslararası insancıl hukuk normlarına doğrudan yapılmış açık bir referanstır. Bu durum şu anlama gelmektedir ki uluslararası insancıl hukuka aykırı olarak savaş zamanında gerçekleştirilen ve yaşam kaybına yol açan eylemler *ipso facto* 2. maddenin ihlali anlamına gelecektir. Bunun aksine savaş zamanında uluslararası insancıl hukuka uygun olarak meydana gelen öldürme eylemleri Sözleşmenin ihlali anlamına gelmeyecektir. Bu yüzden, Sözleşme ve uluslararası insancıl hukuktan türetilen standartlar bu bakımdan bütünüyle uyumludur.

Ancak burası uluslararası insancıl hukuku derinlemesine tartışmanın yeri değildir. Uluslararası Adalet Divanı'nın da belirttiği gibi şu hususu dikkate almak yeterli olacaktır:

Metinde yer alan ve insancıl hukukun yapısını oluşturan belli başlı prensipler şunlardır. Amaçlanan ilk husus, sivil nüfusun ve sivil hedeflerin korunması ve muharip ile muharip olmayanların ayırımının belirlenmesidir. Devletler asla sivilleri saldırdığı konusu yapmamalı ve bu nedenle asla siviller ile askeri hedefleri ayırt etme yetisine sahip olmayan silahları kullanmamalıdır. İkinci prensibe göre, muhariplere gerekli olmadığı halde ıstırap çektirilmesi yasaklanmıştır: Buna göre muhariplere bu tür zarar veren ve ıstıraplarını ağırlaştırılan silahların kullanımı yasaklanmıştır. İkinci prensibin uygulanmasında devletler kullandıkları silahlar anlamında sınırsız bir seçme özgürlüğüne sahip değildirler.¹⁹⁹

Her ne kadar şimdiye kadar, henüz, bir mahkeme kararı olmasa da bu ilkeler Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından yukarıda tartışılan iç silahlı çatışma davaları ile ilgili olarak tespit edilen genel ilkeler ile uyum içerisindedirler. Özellikle de, hatırlanacağı gibi AİHM kendiliğinden düşen yüksek patlayıcı hava bombaları gibi silahların sivil halkın yaşadığı bölgede ayırım gözetilmeksizin kullanılması ile ilgili olarak şu sonuca varmıştır. Bu silahların “savaş zamanı dışında” ve sivillerin önceden tahliyesi gerçekleştirilmeden kullanılmasının “demokratik bir toplumda güvenlik

güçlerinden beklenen ihtiyat derecesi ile uzlaştırılması imkansızdır.” Silahlı (iç) çatışma durumlarında ne zaman mümkün olursa güvenli kaçış yolları belirlenip, sivil halkı bu tedbirlerden haberdar ederek, sivillerin özellikle zayıf ve yardıma muhtaçların tahliyesi için düzenlemeler yapılmalıdır. Çatışma alanında sivillerin bulunduğu durumlarda yetkililer ölümcül güç kullanımında “aşırı dikkat” göstermelidirler.²⁰⁰ Bu ilkeler Sözleşme hukuku kadar uluslararası insancıl hukuku da yansıtmaktadır. Belki sadece geçici olarak şu sonuca varılabilir ki uluslararası silahlı çatışma durumlarında Sözleşmenin uygulandığı ölçüde bu ilkeler gücünü sürdürmeye devam etmektedir ve Mahkeme tarafından uygulanabilmektedir.

Bununla birlikte Sözleşmenin bölgesel uygulanabilirliği ile ilgili olan ikinci soru kalmaktadır. Bu bağlamdaki içtihatlar bütünüyle yerleşmemiştir. Bu Sözleşme'nin 1. maddesinin getirdikleri ile bağlıdır:

Yüksek Sözleşmeciler kendi yetki alanları içinde bulunan herkese bu Sözleşme'nin I. Bölümünde [Örneğin, 2-18. maddeler] açıklanan hak ve özgürlükleri tanırlar.

Mahkeme *Loizidou-Türkiye*²⁰¹ ve *Kıbrıs-Türkiye*²⁰² davalarında Türkiye'nin Kıbrıs'ın kuzeyine gerçekleştirdiği askeri müdahalenin ve burada bir alt kademe yönetiminin kurulmasının bir sonucu olarak buradaki nüfusun Türkiye'nin “yetki alanı” içine girdiğini

200. Bkz. “2. maddenin esasî gereklerinin yerine getirilmesinin değerlendirilmesi” başlıklı alt bölüm, yukarıda s. 28.

201. *Loizidou-Türkiye* (İlk itirazlar), 23 Şubat 1995 tarihli karar.

202. *Kıbrıs-Türkiye*, 10 Mayıs 2001 tarihli karar.

199. Uluslararası Adalet Divanının 8 Temmuz 1996 tarihli Nükleer Silahların Hukukiliği ile ilgili Tavsiye Görüşü § 78. Bkz. ayrıca § 79'de “Martens clause”a atıf ile.

ve bu nedenle Türkiye'nin hem kuzey Kıbrıs'taki eylemleri hem de bu idarenin eylemlerinden dolayı Sözleşme uyarınca sorumlu olduğu sonucuna varmıştır.

Mahkeme bununla birlikte bu yaklaşımı *Banković-17 NATO ülkesi*²⁰³ davasında vasıflandırmıştır. Bu söz konusu dava 16 sivilin hayatını kaybettiği 16 sivilin de yaralanmasına neden olan NATO uçaklarının Belgrad'ta bulunan Sırp Radyo ve Televizyon istasyonunun 1991 yılında bombalaması olayı ile ilgilidir. Bombalama, iddia edildiğine göre, Yugoslavya Federal Cumhuriyetinin uluslararası toplumun Yugoslavya Federal Cumhuriyetinin Kosova Arnavutlarına muamelesi ile ilgili talebine, daha sonradan olduğu gibi, uymasını güvence altına almak amacı ile NATO ülkeleri tarafından yürütülen eylem çerçevesinde gerçekleştirilmiştir. Söz konusu zamanda Federal Yugoslavya Cumhuriyeti Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine taraf değildir fakat söz konusu tüm NATO ülkeleri taraftırlar. Mahkeme burada şu sonuca varmıştır:

*Uluslararası kamu hukuku görüşünden hareketle, bir devletin yetkisi ilk olarak bölgeseldir. ... Mahkeme bu nedenle Sözleşme'nin 1. maddesinin bu olağan ve esas yetkinin bölgesellik kavramını yansıttığı şeklinde düşünülmesi gerektiği, diğer yetki temellerinin istisnai oldukları ve her bir davanın özgül koşullarında özel bir haklı gösterme gerektirdiği kanaatinde-dir.*²⁰⁴

203. *Vlastimir ve Borka Banković ve diğerleri-Belçika, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Fransa, Almanya, Yunanistan, Macaristan, İzlanda, İtalya, Lüksemburg, Hollanda, Norveç, Polonya, Portekiz, İspanya, Türkiye ve Birleşik Krallık* davasında 12 Aralık 2001 tarihli Büyük Daire kabul edilebilirlik kararı, Başvuru no. 52207/99.
204. *Banković*, kabul edilebilirlik kararı, §§ 60-61. Mahkeme bu görüşün devlet uygulamaları ve *travaux préparatoires* ile desteklendiği kanaatinde-dir. Bkz. §§ 62-63.

Sözleşmenin *Loizidou ve Kıbrıs-Türkiye* davalarında Sözleşmenin "istisnai" uygulanmasına temel oluşturan husus şudur:

*Cevapçı devlet yurtdışında bulunan söz konusu bölgenin ve sakinlerinin etkili kontrolü yoluyla normal koşullar altında bölge Hükümeti tarafından kullanılması gereken kamu güçlerinin bir kısmını veya tümünü askeri bir işgal sonucunda ya da bu Hükümetin rızası, daveti veya zımni muvafakati ile elinde bulundurmaktadır.*²⁰⁵

Ayrıca:

*Sözleşme çok taraflı bir antlaşmadır, Sözleşme'nin 56. maddesi uyarınca*²⁰⁶ *esasen bölgesel bir bağlamda ve bilhassa hukuk alanında (espace juridique) işlemektedir. Yugoslavya Federal Cumhuriyeti açık bir şekilde bu hukuk alanının kapsamına girmemektedir. Sözleşme, Sözleşmeciler devletlerin tavrı bağlamında bile tüm dünyada uygulanabilecek şekilde tasarlanmamıştır. Buna göre, Mahkeme şu ana kadar, normal koşullar altında Sözleşme kapsamında olacak söz konusu bölgenin sadece bu şekilde olduğu durumlarda, fakat özgül koşullar gereği, yetkisinin tespit edilmesi lehine insan hakları alanında bir boşluk ve açıklıktan kaçınma niyetine dayanmıştır.*²⁰⁷

Sözleşme bu nedenle Taraf Devletlerin kendi toprakları dışındaki eylemlere de uygulanmıştır: Örneğin, bu eylemler Taraf Devletin

205. *Banković*, kabul edilebilirlik kararı, § 71.

206. 56 § 1. madde Sözleşmeciler Devletlere Sözleşmenin devletlerin uluslararası ilişkilerden kaynaklı olarak sorumlu olduğu toprağın tümünü kapsayacağı veya hiç kapsamayacağını beyan etme yetkisi vermektedir [orijinal dipnot].

207. *Banković*, kabul edilebilirlik kararı, § 80.

“etkili kontrolü” altında olduğu kabul edilen bir bölgede vuku bulmuşsa ve bu etkili kontrol askeri bir eylem sonucunda söz konusu olmuşsa ve özellikle de söz konusu bölgenin bu sözü edilen Taraf Devletin “etkili kontrolünün” evvelinde daha önceden zaten Sözleşme kapsamında ise. Örneğin, bir Avrupa Konseyi üyesi devlet daha önceden bir başka üye devlet tarafından kontrol edilen bir toprak parçası üzerinde etkili kontrolünü ilan ederse. Avrupa Konseyi/Sözleşme dışında bir dönemde medyana gelen hava saldırıları bir kategori kapsamına girmemektedir. Fakat karar Taraf Devletin Sözleşmenin hukuki alanı dışındaki bir bölgede kabul edilen “etkili kontrol”ün söz konusu olduğu durumlarda Sözleşmenin uygulanabilirliği ile ilgili olarak muğlaktır. Mahkeme, Sözleşmenin “esasen” bölgesel olduğu ve “bilhassa” hukuki alanda işlediğini belirtmiş ve Sözleşmeye “şimdiye kadar” sadece normal koşullar altında Sözleşme kapsamına olacak söz konusu bölgeler ile ilgili davalarda dayanak olabildiğini dikkate almıştır. Ancak yapılan itirazlar “yetki için başka bir istisnai temel” söz konusu olduğu ve “belirli durumlarda özel haklılık nedenlerinin” bulunduğu durumlarda Mahkemeye açık bir şekilde Sözleşmenin uygulama alanını genişletme serbestisi tanımıştır.

Bazı yeni kararlar göstermektedir ki Mahkeme, özel davalarda, Avrupa hukuk alanı dışında gerçekleşen Taraf Devlet eylemleri ile ilgili olarak Sözleşmenin bölgesel uygulanabilirliğini genişletme hususunda gerçekten de isteklidir. *Issa ve diğerleri-Türkiye*²⁰⁸ davasında yedi çoban Kuzey Irak sınırında operasyon gerçekleştiren

208. *Issa ve diğerleri-Türkiye*, 16 Kasım 2004 tarihli karar.

Türk ordusu tarafından öldürülmüşlerdir. Mahkeme burada – hukuk alanı kavramından açıkça bahsetmeden – şuna hükmetmiştir:

Uluslararası hukukun ilgili prensiplerine göre, bir devletin sorumluluğu – hukuka uygun olan ve olmayan – askeri eylem sonucunda bu devletin ulusal sınırları dışında bulunan bir bölgede bilfiil etkili kontrolü elinde bulundurduğu durumları da kapsayabilir. Böylesi bir bölgede, Sözleşme tanıyan hakları ve özgürlükleri güvence altına alma yükümlülüğü, ister doğrudan ister silahlı kuvvetler aracılığı ile ya da alt kademe bir bölgesel idare aracılığı kullanılsın bu tür bir kontrol durumundan kaynaklanmaktadır [...].

Sözleşmeci Devletin aslında ulusal sınırları dışında bulunan bir bölgedeki otoritelerin eylemleri ve politikaları üzerinde etraflı bir kontrolünün bulunup bulunmadığını tespit etmek gerekli görülmemiştir zira bölgenin genel kontrolü bile söz konusu Sözleşmeci Tarafın sorumluluğunu gerektirebilir [...].

*Dahası, bir devlet başka bir devletin topraklarında bulunan fakat bu ilk devletin ajanlarının sonraki devletteki -meşru veya gayri meşru- faaliyetleri aracılığı ile önceki devletin otoritesi ve kontrolü altında bulunan kişilerin Sözleşmeden doğan hak ve özgürlüklerini ihlal edilmesinden sorumlu tutulabilir [...]. Bu tür durumlarda sorumluluk Sözleşme'nin 1. maddesinin devletlere kendi topraklarında ihlal edemeyeceği Sözleşmeyi bir başka devletin topraklarında ihlal etme izni verdiği şeklinde yorumlanamayacağı gerçeğinden kaynaklanmaktadır [...].*²⁰⁹

Devlet görevlileri tarafından ölümcül güç kullanılması

Dikkate değer bir husustur ki Mahkeme yukarıda alıntı yapılan son paragrafta, sadece kendi kararlarına açıkça atıfta bulunmamış aynı zamanda İnter-Amerikan Komisyonunun *Coard et al.-Amerika Birleşik Devletleri*²¹⁰ davası ile görüşleri ve *Lopez Burgos-Uruguay ve Celeberti de Casariego-Uruguay*²¹¹ davalarındaki İnsan Hakları Komitesince kabul edilen görüşlere de atıfta bulunmuştur: Tüm bunlar ilgili uluslararası belgelerin bölgesel kapsamı hak-

209. *Issa* kararı, §§ 69-71, diğer davalara atıflar atlanmıştır (fakat bkz. metindeki yorum ve bu konu ile ilgili sıradaki iki dipnot).
210. *Coard et al.-Amerika Birleşik Devletleri*, 29 Eylül 1999 tarihli Inter-Amerikan İnsan Hakları Komisyonu kararı.
211. *López Burgos-Uruguay ve Celiberti de Casariego-Uruguay*, HR Ctee no. 52/1979 ve 56/1979.

ında Mahkemenin *Bankovia* davasındaki görüşünden daha geniş bir bakış eğilimindedir.

Mahkeme *Issa* davasında başvuruçuların akrabalarının ölümlerinden dolayı Türk askerlerinin sorumlu oldukları sonucuna varabilmek için delillilerin yetersiz olduğuna hükmetmiştir. Mahkeme bununla birlikte hukuku “yetki alanı” sorunu ile ilişkilendiren noktada açıkça Avrupa hukuk alanı dışında gerçekleştirilen sınır ötesi operasyonlardaki eylemlerin bu devletin söz konusu alan dışında belirli bir bölgede “geçici, etkili bir genel kontrol”e sahip olması durumunda ilgili devletin sorumluluğunu gerektirdiğini ifade etmiştir.

Diğer durumlarda yaşam hakkını koruma görevi

Hayatı tehdit eden çevre riskleri ile ilgili devletin görevleri

Yaşam hakkı da dahil olmak üzere Sözleşmede güvence altına alınan bireysel hakları doğrudan etkilediği ileri sürülen çevresel meseleler ile ilgili bir dizi dava söz konusu olmuştur. Bununla birlikte bu tür davalardaki başvuruçular ayrıca bu bağlamda diğer hakları da ileri sürmüşler ve Komisyon ve Mahkeme zaman zaman bu meseleleri 2. madde ve bazen de (ayrıca) diğer maddeler kapsamında ele almışlardır. Aslında Sözleşme organları önünde açıkça yaşam hakkının ileri sürüldüğü ilk büyük dava olan, aşağı-

da değinilmiş, *Guerra-İtalya*²¹² davasında, Komisyon ve Mahkeme uygulanacak maddeler hususunda temelden farklı görüşler bildirmişlerdir. Fakat sonraki davalarda ve özellikle, aşağıda genişçe ele alınan, *Öneryıldız-Türkiye*²¹³ davasında Mahkeme bu maddelerin

212. *Guerra ve diğerleri-İtalya*, 19 Şubat 1998 tarihli karar. Daha önceki bir dava olan *López Ostra-İspanya*, 24 Kasım 1994 tarihli karar, başvuruçunun evinden bir kaç metre ötede kurulan atık arıtma istasyonundan kaynaklı sorunlar ile ilgili olarak Mahkeme konuyu sadece Sözleşme'nin 8. ve 3. maddeleri kapsamında ele alarak Strasbourg prosedüründe 2. maddeye atıfta bulunmamıştır (her ne kadar iç hukuk yollarında yaşam hakkı ileri sürülmüş ise de).
213. *Öneryıldız-Türkiye*, 30 Kasım 2004 tarihli Büyük Daire Kararı (Büyük Daire 18 Haziran 2002 tarihinde Daire'nin vermiş olduğu kararı yeniden değerlendirmeye kararı verdi).

Hayatı tehdit eden çevre riskleri ile ilgili devletin görevleri

bazıları (özellikle 2. ve 8. maddeler) uyarınca söz konusu olan gerekçelerin aslında farksız olduğunu açıkça belirtmiştir.

Guerra davası Manfredonia'da yüksek miktarda toksik atık bırakan bir fabrika yakınlarında yaşayan bir kaç başvurucu tarafından açılmıştır. Başvurucular fabrika atıklarının sık sık kendi evlerine doğru kanalize edildiğinden bu kirliliğe genelde maruz kalmış fakat buna ek olarak fabrikada zararlı tonlarca gazın kaçmasına neden olan ciddi bir kaza meydana gelmiştir. Bu olayda yaklaşık 150 kişi akut arsenik şikayetiyle hastaneye kaldırılmıştır.

Komisyon bu davayı sadece 10. madde açısından kabul etmiş ve bu madde uyarınca oy çokluğu ile yüksek risk taşıyan bir bölgede yaşayan başvurucuların “çevrenin korunması ile ilgili meseleler hakkında yeterli bilgi sahibi olma” haklarının bulunduğuna hükmetmiştir. Başvuruculara böyle bir bilgi verilmediğinden 10. madde ihlal edilmiştir.²¹⁴ Fakat Mahkeme buna katılmamıştır. Mahkeme Leander kararındaki bu maddenin ikinci fıkrası uyarınca bilgi edinme özgürlüğünün “temel olarak bir hükümetin bir kişinin diğerlerinin kendisinin bilmesini istediği veya bu bilgileri kendisine vermeye hazır olan kişilerden bilgi almasının kısıtlanmasını yasakladığı”²¹⁵ yönündeki görüşlerini tekrarlayarak şu sonuca varmıştır:

214. *Guerra*, 25 Haziran 1996 tarihli Komisyon Raporu. Muhalefet şerhi koyan iki Komisyon üyesi davanın 8. madde kapsamında ele alınması gerektiği görüşündedirler.

215. *Guerra* kararı, § 53, Leander-İsveç, 26 Mart 1987 tarihli karar, § 74 alıntıyla.

*Bu özgürlük, söz konusu davada mevcut olan koşullarda, devlet üzerine kendiliğinden bilgi toplama ve bu bilgi yayma pozitif yükümlülüğü getirdiği şeklinde yorumlanamaz.*²¹⁶

Fakat Mahkeme *jura novit curia* (hukukun mahkemece bilinmesi) ilkesini uygulayarak davayı Sözleşme'nin 8. ve 2. maddesi ile 10. maddesi uyarınca ele alma konusunda kendisini yetkili görmüştür. Mahkeme bu iki maddeden ilki üzerine odaklanmış ve bu maddenin pozitif yükümlülükler getirebileceği sonucuna varmıştır. Özellikle de “ulusal makamların 8. maddede güvence altına alınan başvurucuların özel hayat ve aile hayatına saygı hakkının etkili bir şekilde korunması için gerekli adımları atıp atmadığının” tespit edilmesi gerekmektedir.²¹⁷ Mahkeme olayları inceleyerek devletin başvuruculara “Manfredonia'da yaşamaya devam ederlerse kendilerinin ve ailelerinin karşı karşıya kalacağı riski değerlendirmelerini sağlayacak gerekli bilgileri” uygun bir şekilde sağlamadığına hükmetmiştir. Bu nedenle 8. madde ihlal edilmiştir.²¹⁸ Mahkeme ayrıca şu sonuca varmıştır:

*Mahkeme 8. maddenin ihlal edildiği yönündeki tespitini dikkate alarak davayı ayrıca 2. madde uyarınca ele almayı gerekli görmemektedir.*²¹⁹

Bununla birlikte, bu el kitabı açısından önemli olan husus ise ciddi çevre kirliliği ve bu kirlilik hakkındaki bilgi yokluğunun insanlara zarar verebileceği ve hatta onları öldürebileceği sorusunun Sözleş-

216. *Guerra* kararı, § 53.

217. *Idem*, 9 Aralık 1994 tarihli *López Ostra-İspanya* kararına atıf ile.

218. *Guerra* kararı, § 60.

219. *Guerra* kararı, § 62.

me uyarınca gündeme gelmesidir – bu meselelere işaret eden spesifik maddeler davadan davaya değişiklik göstermektedir. Mahkemenin de belirttiği gibi:

Avrupa Konseyi'nin bu alandaki belgeleri arasına dikkate alınanlardan söz konusu dava ile en alakalı olan belge 26 Nisan 1996 tarihinde (16. oturumda) kabul edilen ve Çernobil felaketi ile ilgili olan 1087 (1996) sayılı Parlamenterler Meclisi Kararıdır. Sadece sivil sektörde nükleer enerji üretimi ve kullanımını ilgili risklere değil aynı zamanda diğer meselelere de değinen belge şunu ifade etmektedir: "Kamunun [böylesi bir risk ile ilgili] açık ve eksiksiz bilgiye erişimi ... temel bir insan hakkı olarak görülmelidir."²²⁰

2. maddenin bu tür maddelere uygulanabileceği Mahkeme tarafından aynı yıl ele alınan sonraki bir dava olan *L.C.B.-Birleşik Krallık*²²¹ davasında teyit edilmiştir. Dava, 1950'li yıllarda Birleşik Krallık Hava Kuvvetlerinde görev yapan ve 1957 ve 1958 yıllarında yapılan nükleer testler sonucu radyasyona maruz kalan bir adamın kızı tarafından açılmıştır. 1966 yılında doğan başvurucuya 1970 yılında lösemi teşhisi konmuştur. Başvurucu çok kapsamlı tedavi görmek zorunda kalmış ve hayatı bu hastalık nedeni ile

ciddi bir şekilde etkilenmiştir.²²² Başvurucu çocukluğunda başlayan lösemi hastalığına babasının radyasyona maruz kalmış olmasının neden olduğunu düşünmektedir:

Başvurucu ... cevapçı devletin evebeynlerini uyarmamış veya onlara tavsiyede bulunmamış veya kendisine Ekim 1970'de lösemi tanısı konmadan önce sağlığını gözlemlememiş olması nedeniyle Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.²²³

Mahkeme bu sefer (*Guerrádan* farklı olarak) bu konuyu ilk olarak ve ağırlıklı olarak bu madde kapsamında değerlendirmiştir. Mahkeme, devletin “yetki alanı içerisinde yaşayanların yaşamlarını güvence altına almak için uygun tedbirleri” alıp almadığını tespit etmek için farklı, fakat yakından bağlantılı, birbirini izleyen üç soruya işaret etmiştir: İlki Birleşik Krallık makamlarının başvurucunun babasının tehlikeli seviyede radyasyona tabi tutulduğunu bilip bilmediği ya da biliyor olmalarının gerekip gerekmediği; ikincisi, eğer biliniyorsa, yetkili makamların başvurucunun evebeynlerine spesifik bilgi ve öğüt vermiş olmaları ve başvurucunun sağlığını gözlemlemiş olmalarının gerekip gerekmediği; ve üçün-

220. Guerra kararı, § 34.

221. *L.C.B.-Birleşik Krallık*, 9 Haziran 1998 tarihli karar. Bkz. ayrıca sonradan tartışılan *Öneryıldız-Türkiye* davası. Fakat dikkat edilmelidir ki çevresel meseleler Sözleşmenin farklı maddeleri kapsamında yine de yönetilebilirler: *Taşkın ve diğerleri-Türkiye*, 10 Kasım 2004 tarihli karar. Bu davada Mahkeme bir altın madeninden kaynaklanan tehlikeli kirlilik ile ilgili olarak 8. ve 6. maddelerin ihlal edildiği sonucuna varmış fakat davayı 2. ve 13. madde kapsamında ele almayı “gereksiz” görmüştür.

222. Bkz. *L.C.B.* kararı, §§ 12-16.

223. *L.C.B.* kararı, § 36. Başvurucu ayrıca 3. maddenin ihlal edildiğini ileri sürmüştür fakat bu iddia Mahkemenin kararındaki temel mesele değildir. Bkz. kararın 28. paragrafı ve 228. dipnotu, aşağıda. Başvurucu buna ek olarak hizmet personelinin kasten sıraya dizilerek deneysel amaçlar ile radyasyona maruz bırakıldıkları ve babasının bu maruz bırakılmanın ardından gözlem altına tutulmadığını ileri sürmüştür. Fakat Mahkeme bu iddiaları Birleşik Krallık'ın Mahkemenin geçici yargı yetkisini kısıtlayan beyanı nedeniyle bu iddiaları ele alamamıştır (§ 35; beyan için bkz. § 20). Başvurucu ayrıca 8. maddenin ihlali anlamında takip ve gözetlenmeye maruz kaldığını ileri sürmüştür fakat bu da kararda ayrı bir rol oynamamıştır.

cüsü, bu tür tavsiye ve gözlemlenin erken teşhise ve daha etkili bir erken tedaviye yol açıp açmayacağıdır. Başvurucunun iddiaları üç nedenle reddedilmiştir: Mahkeme yetkili makamlar başvuru-
cununun babasının, söz konusu zamanda, tehlike yaratacak şekilde radyasyona maruz kalmadığına makul bir şekilde inanmış olabir-
lirler²²⁴; babanın radyasyona maruz kalması ve sonradan doğan
çocuğun lösemi hastalığına yakalanmış olması arasında bir illiyet
bağı önceden kanıtlanmamıştır²²⁵; ve bu nedenle yetkililerin eve-
beynleri kendiliklerinden uyarmaları ya da başvuru ile ilgili
özel olarak harekete geçmiş olmaları beklenmemiştir.²²⁶ Bu
nedenle başvuru açısından ne 2. madde²²⁷ ne 3. madde²²⁸ ne de
8. madde²²⁹ kapsamında gündeme gelen “ayrı bir meselenin” ihlali
söz konusu değildir.

Mahkeme 2004 yılında *Öneryıldız-Türkiye*²³⁰ davasında 2. madde-
nin iki boyutunu, esasî ve usulî olmak üzere, yaşamı tehdit eden
çevresel meseleler ile ilgili olarak ayrı ayrı incelemiş ve bunların
her birine uygulanacak genel prensipleri açıkça belirtmiştir. Mah-
keme, ilk bağlamda çevresel tehlikeler ile ilgili olarak bundan etki-
lenen bireyler ve kamuya bilgi verilmesinin önemini altını

224. L.C.B. kararı, § 37.

225. L.C.B. kararı, § 39.

226. L.C.B. kararı, § 41.

227. L.C.B. kararı, prg. 41.

228. L.C.B. kararı, § 43, 2. madde kapsamındaki analizlere çapraz atıf.

229. L.C.B. kararı, § 46.

230. *Öneryıldız-Türkiye*, 30 Kasım 2004 tarihli Büyük Daire Kararı (Büyük Daire
18 Haziran 2002 tarihinde Daire'nin vermiş olduğu kararı yeniden değerlendirmeye
kararı verdi).

çizmiştir. Mahkeme, bu alandaki Avrupa Konseyi sözleşmelerine
ve tavsiyelerine dikkate değer bir vurgu yapmıştır.

Bu dava İstanbul Ümraniye’de belediye çöplüğü yakınlarında gece-
konduda yaşayan bir ailenin reisi tarafından açılmıştır.²³¹ 1991
yılında düzenlenen bir uzman raporu çöplüğün ilgili yönetmeliğe
uygun olmadığını ve vadiye yaşayanlar özellikle de gecekonduda
mahallelerinde yaşayanlar için büyük bir sağlık riski oluşturduğunu
belirtmiştir. Bu tehlikeler salgın hastalık riskinin yanı sıra özel-
likle de çöplükte oluşan metan gazının patlaması riskini
içermektedirler.²³² (İstanbul) Büyükşehir Belediyesi çöplüğün
kapatılması ve tazminat emrinin verilmesi yönünde karar alınma-
sı için başvuran ilçe belediye başkanına karşı çıkmış fakat 1993
yılında açılmak üzere modern standartlara uyan yeni alanların
yapılması amacıyla harekete geçmiştir.²³³ Fakat 28 Nisan 1993
günü sabah 11 sularında bu alanda toprak kaymasına yol açan bir
metan gazı patlaması meydana gelmiştir. Çöp yığınlarından dökü-
len atıklar aralarında biri başvurucaya ait on kadar gecekonduyu
yutmuştur. Kaza anında başvurucaunun eşi, resmen evli olmadığı

231. Başlangıçta bu dava ayrıca Bay Çınar tarafından getirilmiş fakat sonraki bu dava
Bay Öneryıldız’ın davasından ayrılmıştır (karar, § 3). Sadece kendi adına değil aynı
zamanda dava zamanında reşit olmayan hayatta kalmış üç oğlu Hüsamettin, Ayfın
ve Halef Öneryıldız ve davanın merkezinde olan olayda öldürülen akrabaları ve
yakınları: Eşi Gülnaz Öneryıldız, resmen evli olmadığı ikinci eşi Sıdika Zorlu ve
çocukları Selahattin, İdris, Mesut, Fatma, Zeynep, Remziye ve Abdülkerim Öner-
yıldız (idem) adına hareket eden Bay Öneryıldız teknik olarak tek başına başvuruca
kalmıştır.

232. *Öneryıldız* BD kararı, § 13.

233. *Öneryıldız* BD kararı, § 16.

ikinci eşi ile on çocuğunun yedisinin de bulunduğu 39 insan ölmüştür.²³⁴

Sonucunda yetkilileri sorumlu tutan bir soruşturma yapılmış ve iki belediye başkanı hakkında taksirle ölüme sebebiyet vermekten değil sadece “görevi ihmalden” dava açılmıştır. Nihayetinde belediye başkanları bu suç için kanuni alt sınırdan olmak üzere 10 Avrodan az bir miktarda para cezasına çarptırılmış ve bu cezalar ertelenmiştir. Başvurucu ve hayatta kalan çocuklarına 2.285 Avro tazminat ödenmesine hükmedilmiş fakat bu para gerçekte kendisine hiç ödenmemiştir.²³⁵

Başvurucu esasa ilişkin olarak, Nisan 1993’te çöplükte meydana gelen metan patlaması sonucu akrabalarının ölmesi ve mülkünün yıkılmasından ulusal makamları sorumlu tutmuştur.

Mahkeme 2. maddenin devletlere yetki alanlarında bulunanların yaşamlarını güvence altına almak için uygun adımlar atma konusunda pozitif yükümlülükler getirdiğini tekrar ederek şu hususları eklemiştir:

*Bu yükümlülüklerin kamusal olsun veya olmasın yaşam hakkının tehlikede olabileceği her eylem bağlamında ve özellikle de nitelikleri gereği çok tehlikeli olan çöp toplama alanları gibi endüstriyel faaliyetlerde uygulanabilir oldukları şeklinde yorumlanmaları gerekir.*²³⁶

234. Cf. Öneriyıldız BD kararı, § 18.

235. Bkz. Bölüm D, §§ 19-43, çeşitli prosedürlerin detayları için Öneriyıldız BD kararına bakınız.

Mahkeme bu tür davalarda uygulanabilir olan usûlî ilkeleri de – örneğin, tehlikeli faaliyetler sonucu meydana gelen ölümlerin **önlenmesi** ile ilgili prensipleri – şu şekilde belirtmiştir:

2. madde uyarınca yaşamı güvence altına almak amacıyla her türlü gerekli adımların atılması yönündeki pozitif yükümlülük [...] her şeyden önce devlete yaşam hakkını tehlikeye sokan durumlara karşı etkili bir caydırıcılık sağlamak üzere bir kanuni ve idari yapı oluşturmayı gerektirmektedir [...].

Bu yükümlülüğün, söz konusu etkinliğin kendine özgü niteliklerine ve insan hayatı açısından oluşturduğu potansiyel riske uygun olarak hazırlanan yönetmeliklere özellikle önem verilmesi gereken tehlikeli etkinlikler için de geçerli olduğu şüphesizdir. Bu yönetmelikler etkinliğe ruhsat verilmesini, hazırlanmasını, etkinliğin işletimini, güvenliğini ve denetimini düzenlemeli; tüm ilgililerin açığa çıkan riskler nedeniyle hayatı tehlikeye girebilecek vatandaşların etkili bir şekilde korunması-

236. Öneriyıldız BD kararı, § 71, L.C.B. (daha önce tartışılan, s. 61ff.) ile *Paul ve Audrey Edwards* (aşağıda ele alınmıştır, s. 70 ff.) davalarına atf ile. “Tehlikeli eylemler” sorunu ile ilgili olarak Mahkeme ek olarak, parantez içinde, daha önce belirtilen Avrupa standartlarına atıfta bulunmuştur. Örneğin, şehir ve sınai atıkları ile ilgili olan PACE Çözümü 587 (1975) ve Çernobil felaketinin sonuçları ile ilgili 1087 (1996), atıkların idaresi, ilgilenilmesi, geri dönüşümü ve satılması ile ilgili PACE Çözümü 1225 (1993), çevre konularında merkezi ve yerel makamlar arasındaki görev ve sorumluluk dağılımı ile ilgili Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı R (96) 12, Çevre için tehlikeli eylemlerden kaynaklı zararlar için medeni hukuk davaları ile ilgili 1993 Lugano Sözleşmesi, Çevrenin Ceza Hukuku yolu ile korunması hakkında 1998 Strasbourg Sözleşmesi, çevrenin ceza hukuku yolu ile korunması hakkında bir direktif ile ilgili 27 Ocak 2003 tarihli Avrupa Konseyi Çerçeve Kararı, no. 2003/80 ve 30 Eylül 2002’de değiştirilen 13 Mart 2001 tarihli Avrupa Komisyonu Teklifi (bkz. kararın 59. ve 60. paragrafları).

nı sağlamaya yönelik pratik önlemleri almasını zorunlu hale getirmelidir.

Bu önlemler arasında, AİHS kurumlarının içtihatları tarafından belirlenen **kamunun haber alma hakkına** da özellikle önem verilmelidir. Prensip, daha önce 8. madde ile tanınan [...] bu haktan, yaşama hakkının korunmasını sağlamak için de yararlanmanın mümkün olduğu konusunda Büyük Daire de Daire ile aynı fikirdedir. Avrupa standartlarındaki yakın tarihli gelişmeler de bu yorumu desteklemektedir [...].

Her halükarda, **ilgili yönetmelikler**, söz konusu etkinliğin teknik yönlerini de göz önüne alarak, ilgili süreçteki eksiklikleri ve farklı düzeylerdeki sorumlular tarafından yapılmış olabilecek hataları belirlemeye yönelik uygun süreçler oluşturmalıdır.²³⁷

Yukarıdaki alıntının son cümlesinde belirtildiği gibi, bu bağlamda esas meselelere ek olarak ayrıca önemli **usûlî** gerekler de söz konusudur. Mahkeme bu şartları şöyle özetlemiştir:

... 2. maddenin öngördüğü yasal sistem, bazı aşgari standartları karşılayan ve tehlikeli bir etkinliğin can kaybına yol açması halinde soruşturmanın bulguları çerçevesinde cezaların uygulanmasını sağlayan **bağımsız ve tarafsız bir resmi soruşturma usulünü hükme bağlamalıdır** [...]. Bu gibi davalarda, yetkili makamlar büyük bir gayretle ve ivedilikle çalışmalı ve

ilk olarak olayın meydana gelme şartları ile denetim sisteminin işleyişindeki aksaklıklar, ikinci olarak da söz konusu olaylar zincirinde herhangi bir şekilde rol oynayan devlet görevlileri ya da makamlarını saptamak için inisiyatifli kendileri alarak soruşturma açmalıdır.

Resmi soruşturma aşamasının ulusal mahkemelerde işlemlerin başlatılmasına neden olduğu durumlarda 2. maddenin şartları daha da genişleyerek, dava aşaması da dahil tüm işlemler kanun yoluyla hayatı korumaya yönelik pozitif yükümlülüğün şartlarını da karşılamalıdır.

Yukarıda anlatılanlar, hiçbir şekilde 2. maddenin başvuru üçüncü tarafları adli bir suç nedeniyle yargılatma ya da cezalandırma hakkı [...] ya da tüm yargılamaları mahkumiyetle ya da belirli bir ceza kararıyla sonuçlandırma yükümlülüğü [...] verdiği anlamına gelmemektedir.

Diğer taraftan, ulusal mahkemeler hiçbir şekilde hayatı tehlikeye atan suçları cezasız bırakmamalıdır. Halkın güveni ve hukukun üstünlüğüne uyumu sağlamak, yasadışı fiillere hoşgörü ya da katılımı engellemek için bu şarttır [...]. Dolayısıyla Mahkemenin görevi, kullanılan yargı sisteminin caydırıcı etkisinin ve yaşama hakkı ihlallerinin önlenmesinde bu sistemin oynaması gereken rolün zayıflatılmaması için, mahkemelerin karara varırken 2. madde ile öngörülen dikkatli inceleme şartını yerine getirip getirmediğini ve ne kadar getirdiğini belirlemekten ibarettir.²³⁸

237. Öneriyıldız BD kararı, §§ 89-90, vurgu eklenmiştir, diğer davalara atıflar parantez içindedir. Daire kararındaki paragraflar ve diğer BD kararlarındaki paragraflar atanmıştır.

Mahkeme bu prensipleri eldeki davaya uygulayarak Türk makamlarının çöp dökme sahasının yakınlarında yaşayan insanların sağlıkları ve yaşamlarına karşı gerçek ve yakın bir tehlikenin söz konusu olduğunu bir çok seviyede bildiklerini veya bilmiş olmaları gerektiğini fakat makamların gerekli adımları atmadığı ve gereken acil tedbirlerin kabul edilmesine karşı yapmadıklarını tespit etmiştir.²³⁹ Cevapçı devlet başvurusunun yaşadığı yerde yaşamasının resmen yasak olduğu fakat yetkililerin başvuru ve akrabalarının söz konusu zamanda evlerinde hiç bir şekilde rahatsız edilmeden yaşamalarına izin verdikleri, başvuru ve diğer gecekondularda yaşayanlardan belediye vergisi aldıkları ve bu kişilere kamusal hizmetler götürdükleri ve bu kişilerin bu hizmetler için ödeme yapmış oldukları gerçeğine karşı bir şey ileri sürmemiştir.²⁴⁰

Her ne kadar devlete bu hususta geniş bir takdir yetkisi tanınmış ise de²⁴¹ bir çok hususta devletin sorumluluğu söz konusudur: Hukukî çerçevede eksiklikler tespit edilmiştir, bu alan ilgili teknik standartlara uygun değilken açılmış ve işletilmiştir ve tutarlı bir denetim mekanizması da söz konusu değildir. Bu durum genel şehir plancılığında güçsüz olduğu ve düzenleyici tedbirlerin uyu-

238. Önerıldız BD kararı, §§ 94-96. Bkz. ayrıca önceki paragraflar, diğer davalara ve paragraflara parantez içinde yapılan atıflar atlanmıştır.

239. Önerıldız BD kararı, §§ 97-103.

240. Önerıldız BD kararı, §§ 105-106. Bu kararda Mahkeme bu kararı, Birleşik Krallık makamlarının başvurusunun haksız eylemi karşısında pasif kalmadıklarına karar verilen *Chapman-Birleşik Krallık*, 18 Ocak 2001 tarihli Büyük Daire kararından ayırmıştır.

241. Önerıldız BD kararı, § 107.

lanması hususunda belirsizlik yarattığı tespit edilen genel bir politika ile daha da kötü bir hal almıştır. Devlet yetkilileri ve makamları başvuru ve ailesini maruz kaldıkları bilinen ve yakın tehlikeden korumak için yetkileri dahilindeki her şeyi yapmamışlardır. Bu nedenle Sözleşme'nin 2. maddesinin esas ihlal edilmiştir.²⁴²

Usûlî tarafta, Türkiye'deki ceza hukuku prosedürleri tehlikeli faaliyetler ile ilgili olarak yaşam hakkını koruma hususunda teorik olarak yeterli görünmektedir.²⁴³ Soruşturmayı yürüten makamlar "örnek teşkil edecek bir ivedilikle" hareket etmişler, özenli davranmışlar ve olayla ilgili sorumluları belirlemişlerdir.²⁴⁴ Fakat cezai yargılamanın kapsamı çok sınırlı tutulmuştur: Cezai hüküm yaşam hakkını koruma görevinin yerine getirilmemesinin sorumluluğu tespit edilmeden sadece "görevi ihmal" ile sınırlı tutulmuştur. Kazanın çok ciddi sonuçlarına rağmen; olaydan sorumlu tutulan kişiler en nihayetinde "komik olarak nitelendirecek para cezalarına çarptırılmış üstelik bunlar da ertelenmiştir."²⁴⁵

242. Önerıldız BD kararı, §§ 109-110.

243. Önerıldız BD kararı, § 112.

244. Önerıldız BD kararı, §§ 113-114. Mahkeme yine de bağımsızlıkları "Mahkeme önündeki bir çok davada sorgulanan" idari soruşturma organları hakkında şüphe taşımaktadır (Bkz. özellikle *Güleç-Türkiye* ve *Oğur-Türkiye* kararları, *Kılıç-Türkiye* kararı § 72'de değinilmiştir, yukarıda tartışılmıştır). Bu organların cezai yargılama başlatma yetkisi vardır ve Mahkeme *Önerıldız* davasında cumhuriyet savcısının sunumlarını "mahkemeyi bertaraf etme ve Hükümetin hiç bir şekilde izah etmeye kalkışmamış olması nedeniyle" kısmen kabul etmiştir. Fakat Mahkeme "prosedürün her şeye rağmen kurulmuş olduğunu görebek bu eksikliklere dayanma gereği olmadığı" sonucuna varmıştır (§ 115, Mahkemenin bu tür organları eleştirdiği diğer davalara atıf ile).

245. Önerıldız BD kararı, §§ 116-117.

Kısacası, söz konusu davada, tehlikeli bir eylemin yürütülmesinden kaynaklanan ölümcül kazayla bağlantılı olarak, yaşama hakkının "kanunla" yeterince güvenceye alınmaması ve gelecekte insan hayatını tehlikeye atan benzeri davranışların caydırılmaması nedeniyle AİHS'nin 2. maddesinin usûli yönden de ihlali söz konusudur.²⁴⁶

Bu dava çevre ile ilgili düzenlemeleri, planlama ve kontrol sistemleri zayıf olan devletlere olumlu bir uyarıdır. Çöp alanları gibi çevresel meseleler ile ilgili konularda Avrupa standartlarında düzenlemeleri kabul etmemek söz konusu devlet açısından 2. maddenin gerektirdiği yaşam hakkının "hukuk tarafından" korunmasının yerine getirilmediği anlamına gelecektir. Fakat Avrupa standartlarındaki düzenlemeleri sadece kabul etmiş olmak Sözleşmenin gereklerinin yerine getirilmesinde yeterli olmayacaktır. Bu tür düzenlemeleri pratikte katı bir şekilde uygulamamak, etkilenen nüfusa riskler hakkında yeterli bilgi sağlamamak ve/veya sorumlulardan ciddi bir şekilde hesap sormamak – ayrıca görevi ciddi anlamda ihlal durumlarında örnek ceza ile sonuçlanan cezai soruşturmalar yolu ile – bunların tümü 2. maddenin (ya da daha az ciddi davalarda 8. maddenin) ihlal edildiği sonucuna varılmasına ve mağdurlara gerçek zararları için tazminata hükmedilmesine yol açabilir. Ciddi davalarda mağdur sayısı daha da fazla olabilir. Daha da önemlisi, bu ilkeler Sözleşmeye Taraf Devletlerdeki ulusal mahkemeler tarafından doğrudan veya en azından etkili bir şekilde uygulanmalıdır.

Bireylerin diğerlerinin şiddetine karşı korunması

Diğer özel kişiler tarafından öldürülen kişilerin akrabaları ve diğer kişiler tarafından neredeyse öldürülen kişiler, devletin mağdurları koruması gerektiğini fakat bunu yerine getirmediğini ileri sürdükleri bir dizi dava söz konusu olmuştur. Bu davalar kanun ve kanıt, esas ile usûle dair meselelerle çok yakından bağlantılıdır.

*Osman-Birleşik Krallık*²⁴⁷ davası aralarında bir okul öğrencisinin babası olan Ahmet Osman'ın da bulunduğu iki kişinin bu öğrenci ile ilgili takıntısı olan bir öğretmen tarafından öldürülmesi ile ilgilidir. Öğretmen Bay Paget-Lewis'in geçmişte bu tür takıntıları olmuştur. Dahası öğretmenin dahil olduğu ciddiyetleri artarak devam eden bir dizi olaylar olmuş bunun akabinde öğretmen psikiyatrik bir değerlendirmenin ardından açığa alınmıştır. Öldürme olaylarının ardından ilgili öğretmen öldürme suçundan iki defa mahkum olmuş ve sonrasında zihinsel nedenlerle azaltılan sorumluluk mazereti kabul edilmiştir. Öğretmenin güvenli bir akıl hastanesinde süresiz olarak tutulmasına hükmedilmiştir.

Dava, devlet makamlarının mağdurları korumak için daha çok şey yapıp yapamayacakları ve yapmaları gerekip gerekmediği sorusu ile ilgilidir. Oğul ve annesi polisin ilgili olaylar hakkında çok önceden haberdar edilmiş olduğunu ve polisin koruma sözü verdiğini fakat bunu yerine getirmediğini ileri sürmüşlerdir. Polis böyle bir söz verdiğini iddiasını reddetmiş ve öldürme olayı öncesinde öğretmeni tutuklamak için ellerinde hiç bir zaman yeterli aleyhte

246. Öneriyıldız BD kararı, §§ 116-118.

247. *Osman-Birleşik Krallık*, 28 Ekim 1998 tarihli BD kararı.

delil olmadığını ileri sürmüştür. Adli bir tahkikat gerçekleştirilmiş fakat zaten birileri ölüm olayları ile ilgili olarak mahkum edildiğinden bu soruşturma kısa tutulmuş ve soruşturma boyunca polislin eylemleri ve eylemsizliği başta olmak üzere tüm olaylar tespit edilmemiştir.²⁴⁸ Bayan Osman ve Ahmet bu nedenle polisler aleyhine Ahmet'i ve babasını korumak için yeterli adım atmadıkları gerekçesiyle hukuk davası açmışlar fakat bu dava, mahkeme içtihatlarına atıfta bulunarak kamu yararı nedeniyle polislin suçun bastırılması ve soruşturulmasında ihmalkarlık nedeniyle sorumluluktan muaf tutulduğuna hükmeden Birleşik Krallık mahkeme-lerince reddedilmiştir.²⁴⁹

Komisyon olayları kendisi bir açıklık getirmek için, polislin olayların özü ve okulun öğretmen ile ilgili kaygıları hakkında haberdar edildiği fakat polislin kurbanların ailelerine koruma sözü verdiği iddialarının doğrulanmadığı sonucuna varmıştır.²⁵⁰ Komisyon, ezcümle, polislin öğretmenin neden olduğu tehdidin ciddiliğinden haberdar olabileceğinin veya olması gerektiğinin kanıtlanamadığı ve bu nedenle Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.²⁵¹ Mahkeme bununla birlikte, polislin resmi görevinin ifasında ihmalkar davrandığı gerekçesi ile dava edilemeyeceği kuralının gerekçe gösterilerek başvuruçulara iddia-

248. *Osman* BD kararı, § 60.

249. *Osman* BD kararı, §§ 63-66. Hükümet polisleri dava sorumluluğundan muaf tutan kuralın ("muafiyet kuralı") mutlak olmadığını ileri sürmüş fakat Mahkeme bu iddiaları kabul etmemiştir (§ 152). Mahkeme ayrıca başvuruçunun tazminat kazanabileceği diğer farklı yolların olduğu yönündeki iddiaları da kabul etmemiştir (§ 153).

250. Cf. *Osman* BD kararı, §§ 68, 70-71.

251. Bkz. *Osman* BD kararının 111. paragrafı.

larının esası ile ilgili olarak mahkemeye erişim hakkının tanınması nedeniyle 6. maddenin ihlal edildiğine hükmetmiştir.

Mahkeme (bir Büyük Daire kararında) Komisyonun görüşünü esastan teyit etmiştir. Mahkeme "modern toplumların idaresinde karşılaşılan güçlükler, insan tavrının tahmin edilemezliği ile öncelikler ve kaynaklar bağlamında karar verilmesi gereken operasyonel seçimler" ve "polislin yetkisini suçların önlenmesi ve kontrol altına alınması hususunda, suçların soruşturulması ve suçluların adalet önüne çıkarılmaları ile ilgili olarak Sözleşme'nin 5. ve 8. maddesi de dahil olmak üzere polislin eylemlerine meşru kısıtlamalar getiren mevcut usul ve diğer garantilere saygı göstererek kullanma ihtiyacının" altını çizmiştir. Sözleşme'nin 2. maddesinden kaynaklanan pozitif yükümlülükler, asayiş bağlamında "makamlara imkansız veya orantısız bir yük getirmeyen bir şekilde yorumlanmalıdır." Mahkeme şöyle devam etmiştir:

Mahkemenin görüşüne göre, resmi makamların kişiler aleyhine suçları önleme ve bastırma bağlamında yukarıda değinilen pozitif yükümlülüklerini yaşam hakkını koruma hususunda ihlal ettikleri yönünde iddialarının söz konusu olduğu durumlarda [...], Mahkemenin, üçüncü tarafların suç niteliği taşıyan eylemlerinden kaynaklı belirli kişi veya kişilerin yaşamı için söz konusu olan gerçek ve yakın riskin makamlar tarafından bilindiğinin ya da biliniyor olması gerektiğinin ve makamların yetki alanları dahilinde bu riski önlemesi beklenecek, makul bir şekilde değerlendirilen, tedbirleri almadıklarının kanıtlanması gerekmektedir. Mahkeme Hükümetin söz konusu zamanda bilinen koşullarda yaşama karşı söz konusu olan riskin algılan-

maması veya bu riski önlemek amaçlı tedbirlerin alınmamasının yaşamı koruma görevinin ciddi ihmali veyahut kastı ihmal ile eş değer olması gerektiği yönündeki görüşünü kabul etmektedir [...]. Böylesi katı bir standardın Sözleşme'nin 1. maddesinin gerekleri ve Sözleşmecî Devletin 2. maddedekiler de dahil olmak üzere o madde uyarınca söz konusu olan hakların ve özgürlüklerin uygulanabilir ve etkili bir şekilde korunmasının güvence altına alınması yönündeki yükümlülükleri ile bağdaşmaz olduğunun düşünülmesi gerekmektedir [...]. Mahkeme için 2. madde ile güvence altına alınan ve Sözleşme kapsamında temel bir hak olan hakkın niteliği göz önünde bulundurularak, bir başvurucunun resmi makamların yaşama yönelik haberdar oldukları veya haberdar olmalarının gerektiği söz konusu olan gerçek ve yakın riski bertaraf etme hususunda kendilerinden makul olarak beklenebilecek her şeyi yapmadıklarını kanıtlaması yeterli olacaktır. Bu durum, belirli bir davanın tüm özgül koşullarının ışığında cevaplanabilecek bir sorudur.²⁵²

Mahkeme bu davada, başvurucuların resmi makamların Paget-Lewis'in Osman ailesinin yaşamı için gerçek ve yakın bir risk oluşturduğunu bildiğini ya da biliyor olması gerektiğini ya da bu şahsa suç isnat edebilecek ya da bir psikiyatri kliniğine gönderecek yeterli delilin söz konusu olduğunu kanıtlayamadığı sonucuna varmıştır. Yetkililer, masumiyet karinesine itibar ettikleri veya

252. Osman BD kararı, §§ 115-116, önceki paragraflara ve davalara yapılan çapraz atıflar atlanmıştır.

yetersiz deliliğin söz konusu olduğu bir durumda gözaltı ve tutuklama konusunda yetki kullanmadıkları için eleştirilemezler. Bu nedenle ne 2. madde²⁵³ ne de 8. madde²⁵⁴ ihlal edilmiştir.

Fakat bu meselelerin ulusal düzeyde bir yargısal değerlendirmeye tabi tutulmuş olmaması hususu Sözleşme uyarınca gündeme gelmiştir. Mahkeme de Komisyon gibi, önceki bölümlerde ayrıntılı olarak ele alınan, 2. maddenin “usûlî boyutu” veya “ögesi”nden ziyade 6. madde kapsamındaki meselelere işaret etmiştir.²⁵⁵ Mahkeme bu dışlayıcı kuralın polis hizmetinin etkinliğinin devam ettirilmesi ve böylece suç ve düzensizliğin önlenmesine yönelik meşru bir amaca hizmet ettiğini kabul etmiştir.²⁵⁶ Fakat polis aleyhine hukuk davası açılabilme olasılığının tümünden dışta bırakılması – “çok geniş kapsamlı dokunulmazlık” – bu meşru amaç ile orantısızdır:

[Başvurucular] polisin o koşullar altında ihmalkar davrandığı hususunda ulusal mahkemeleri ikna etmiş veya etmiş olabilir. Fakat başvurucuların polisi eylemleri ve ihmalleri konusunda bir mahkeme önünde sorumlu tutma hakları vardır.²⁵⁷

Bu nedenle Sözleşme'nin 6. maddesi ihlal edilmiştir.

Mahkemenin 6. madde kapsamındaki gerekçesi yukarıda belirtilmiştir zira polisin bir cinayet soruşturması ile ilgili herhangi bir

253. Osman BD kararı, §§ 121-122.

254. Osman BD kararı, § 128; cf. ayrıca § 129.

255. Osman BD kararının cf. 123. paragrafı. Mahkeme 13. madde kapsamındaki meselelerin (hukuki yollara başvurma hakkı) 6. madde kapsamındaki meselelerce de kapsandığına hükmetmiştir: Bkz. § 158.

256. Osman BD kararı, § 150.

257. Osman BD kararı, § 153.

hususunu yerine getirmemiş olduğu iddiası ilk etapta böyle bir soruşturmanın gerektirilmesi şartı ile alakalıdır. Sözleşmenin bu son husus ile ilgili şartları (önceki bölümde tartışılan ve devlet görevlileri vb. tarafından gerçekleştirilen öldürme olayları ile ilgili davalarda olduğu gibi) 2. maddenin kendisinden türemektedirler. Bu şartlar kısaca *Menson-Birleşik Krallık*²⁵⁸ davasında belirtilmişlerdir. Ocak 1997'de Londra'da beyaz gençlerin oluşturduğu bir çete tarafından ırkçı bir saldırıya uğrayan ve ateşe verilen Michael Menson akli dengesi bozuk siyahi bir adamdır. Michael Menson bu saldırıdan iki hafta sonra hastanede yaşamını yitirmiştir. Polis ilk başta bir saldırı kurbanı olduğunu görmezden gelmiş ve kendi kendini ateşe verdiğini farz etmiştir. Polis delilleri güvence altına almak için uygun olay sonrası tedbirleri almamış ve her ne kadar yattığı hastanede yakınlarına saldırı olayını detayları ile anlatabilecek durumda olsa da Michael Menson'un ifadesine başvurmamıştır. Merhumun kardeşleri olan başvurucular Londra Metropolitan Polis Hizmetlerindeki soruşturmanın ırkçılık nedeni ile etkilendiğini ileri sürmüşlerdir. Başvurucular, meseleyi soruşturduktan sonra başvurucuların iddialarını destekleyen bağımsız deliller bulunduğunu teyit eden Polis Şikayet Makamlarına şikayette bulunmuşlardır. Dosya en nihayetinde Başsavcılığa gönderilmiş fakat Mahkemenin başvurucuların başvurusunu ele aldığı 2003 yılında soruşturma ile ilgili cezai suçlar nedeniyle polis memurlarının aleyhine dava açılıp açılmayacağı konusunda henüz bir karar verilmemiştir.²⁵⁹

258. *Alex Menson ve diğerleri-Birleşik Krallık*, Başvuru no. 47916/99, 6 Mayıs 2003 tarihli kabul edilebilirlik kararı.

Başvurucular, Sözleşme'nin 2., 6., 8. ve 14. maddelerinin ihlal edildiklerini ileri sürmüşlerdir. Mahkeme dava ile ilgili olarak "açıkça dayanaksız" olduğu gerekçesi ile tüm yönleri bakımından kabul edilemezlik kararı vermiştir – bundaki temel neden en sonunda suçun faillerinin bulunarak mahkum olmaları ve ağır bir şekilde cezalandırılmalarıdır.²⁶⁰

Fakat Mahkeme bu şekilde karar vermeden önce hem 6. madde ile 2. maddenin usûlî şartları arasındaki ilişkiyi hem de 2. madde kapsamına giren öldürme olaylarının soruşturulması şartı ile ilgili ilkeleri açıklığa kavuşturmuştur. Mahkeme ilk meselenin en azından ırkçılığın cinayet soruşturmasının kalitesini etkilemesi – ve bu bağlamda "mahkemeye erişim" gibi hukuk yollarının söz konusu olup olmadığı – ile ilgili olarak polislerin hesap verme sorumluluğunun ve hukuki sorumluluklarının (veya, diğer yargı alanında, idari) 6. madde kapsamında incelenmesi gerektiğinin altını çizmiştir. Bunun aksine, 2. madde "esas olarak Sözleşmeci bir Devletin yaşam hakkını korumak için esasa ve usûle ilişkin şartları yerine getirmedeki yaklaşımı" ile ilgilidir.²⁶¹ Bir bireyin yaşamını tehlikeye sokacak durum ile ilgili şüphelerin bulunduğuna inanmak için söz konusu nedenlerin olduğu durumlarda, "yaralanmaların nedenini tespit edebilecek ve cezalandırılmaları amacı ile sorumluları tespit edebilecek" "bir tür etkili soruşturma"

259. Detaylar için bkz. *Menson* kararının ss. 1-9. Mahkeme kararından kısa sıra bir süre sonra Kraliyet Savcılık Servisi disiplin prosedürü hala beklemekteyken herhangi bir polis memurunun suçlanabilmesi için yeterli delil bulunmadığı sonucu varmıştır. *BBC Haber*, Cuma, 16 Mayıs 2003.

260. Bkz. özellikle *Menson* kararının s. 14.

261. *Menson* kararı, s. 14.

yürütülmelidir – her ne kadar bu sonuçlardan birisi değilse de yollardan birisidir: Failleri tespit etmek ve cezalandırmak hususunda tüm makul adımlar atıldıktan sonra bu soruşturmanın mutlaka faillerinin cezalandırılmaları ile sonuçlanması zorunlu değildir. Soruşturma ivedi olmalı ve yetkili makamlar tarafından resmen yürütülmelidir.²⁶² Tüm bunlar elbette diğer davalarda belirtilen ve devlet görevlileri tarafından gerçekleştirilen kastî öldürme olayları, gözaltında ölümler veya devlet iştiraki veya devlet görevlilerinin faillerle gizli anlaşma yaptıkları iddialarının çözümsüz kaldığı davalar ile ilgili gereklilikleri oldukları gibi tekrar etmektedir.²⁶³ *Menson* davasında Mahkeme, bu davada da söz konusu olduğu gibi ırka dayalı saldırıları da ilave ederek bu şartların özel kişilerin diğer özel kişileri öldürdükleri durumda da geçerli olduklarını açıklığa kavuşturmuştur:

*Soruşturmanın gayretle ve tarafsız olarak yürütülmesi; toplumun ırkçılığın kinamasının sürekli olarak önünü açmak ve resmi makamların azınlıkları ırkçı şiddetten koruyabilmesi ile azınlıkların güveninin devamı hususunda özellikle önemlidir.*²⁶⁴

Devletin ayrıca gözaltındaki kişileri diğer özel kişilerin saldırılarına karşı koruma hususunda özel sorumluluğu söz konusudur. Bu özel sorumluluklar hem 2. maddenin esasi hem de usûlî gerekleri

262. *Menson* kararı, ss. 12-14, atıflar ile.

263. Cf. Bu husustaki şartların özeti *Kelly* kararında mevcuttur ve “*ex post facto* soruşturma yapılması ihtiyacı: 2. maddenin ‘usûlî boyutu’” başlıklı bölümde alıntılanmıştır, yukarıda s. 35.

264. *Menson* kararı, ss. 12-14, vurgu eklenmiştir; diğer davalara yapılan parantez içindeki atıflar yerine dipnotlarda kısa atıflar kullanılmıştır. Bu el kitabındaki (alt)bölmelerde tartışılan diğer davalara atıf ile.

bağlamında gündeme gelmektedir. Bu sorumluluklar, devletin yukarıdaki bölümlerde ele alınan, gözaltında meydana gelmiş ve açıklanamayan ölümler veya ölüme devlet görevlilerinin kendilerinin neden olduğu yönündeki iddialar ile ilgili sorumluluklarını da kapsamaktadır.

*Paul ve Audrey Edwards-Birleşik Krallık*²⁶⁵ davası akli dengesi yerinde olmayan ve Kasım 1994’te sokakta bir kadına sarkıntılık-tan tutuklanan Christopher Edwards (Paul ve Audrey Edwards’ın oğulları) ile ilgilidir. İlgili kişiye Sulh Ceza mahkemesindeki duruşmanın ardından tutukluluk halinin devamı yönünde karar verilmiş ve bir cezaevi hücrelerinde tutulmuştur. Aynı gün, daha sonra Richard Linford adındaki akli dengesi bozuk bir başka kişi aynı cezaevine konulmuştur. Her ne kadar başlangıçta ayrı ayrı hücrelerde tutulmuşlarsa da olayın meydana geldiği günde aynı hücreye konmuşlardır. Richard Linford geceleyin Christopher Edwards’a saldırmış ve onu öldürmüştür.²⁶⁶

Richard Linford Nisan 1995’te adam öldürme suçundan yargılanmış ve güvenli bir akıl hastanesine gönderilmiş ve burada kendisine paranoyak şizofren teşhisi konmuştur. Richard Linford suçunu itiraf ettiğinden yargılama sırasında davanın koşulları sadece üstünkörü incelenmiştir. Duruşmanın ardından, resmi olarak açılan fakat ertelenen devam eden cezai yargılamadaki adli tahkikat öldürme olayının koşulları ayrıntılı olarak incelenmeden kapatılmıştır.²⁶⁷

265. *Paul ve Audrey Edwards-Birleşik Krallık*, 14 Mart 2002 tarihli karar.

266. Bkz. detaylar için §§ 9-21 *Edwards* kararı.

267. *Edwards* kararı, §§ 22-23.

Temmuz 1995'te üç devlet kurumu tarafından – Cezaevi Hizmetleri, yerel İl Meclisi ve yerel Sağlık Makamı – Christopher Edwards'a yönelik kanuni sorumlulukları uyarınca ancak kanunen emredici olmayan özel bir soruşturma açılmıştır. 388 sayfalık soruşturma raporu üç yıl sonra Haziran 1998'de yayınlanmıştır:

... ideal olarak Christopher Edwards ve Richard Linford'ın cezaevinde olmamaları ve uygulamada aynı hücreyi paylaşıyor olmamaları gerekirdi. "Güçsüz mahpusu [Edwards] korumak amacıyla işletilmesi gereken koruma mekanizmalarında sistematik bir çöküş" tespit edilmiştir. Raporunda eksik kayıt tutma, devlet makamları arasındaki işbirliğinde yetersiz ve sınırlı iletişim gibi bir dizi eksiklikler ve Christopher Edwards'ın ölümünün önüne geçebileceği halde kaçırılan bazı fırsatları sıralanmıştır.²⁶⁸

Mahkemenin görüşüne göre rapor:

... Mahkemenin, bu davanın olayları ve meselelerini değerlendirirken dayanmakta tereddüt etmediği titizlikle hazırlanmış bir belgedir.²⁶⁹

Fakat başvuru sahiplerine, tespit edilmiş eksikliklere rağmen, oğulları ile ilgili yasal bir yola başvuru yapmada veya çekmiş olabilecekleri acı ve ıstıraba ilişkin medenî zararlar için resmi makamları dava etmede hala gerekçeli bir olasılığın olmadığı yönünde tavsiyede bulunulmuştur.²⁷⁰

268. Edwards kararı, § 32. Eksikliklerin listesi için bkz. § 33.

269. Edwards kararı, § 76.

270. Edwards kararı, § 34.

Dahası:

25 Kasım 1998 tarihli mektupta Başsavcılık cezaevi hizmetinde olan herhangi biri veya polis aleyhine cezai suçlamalarda bulunabilmek için delillerin yetersiz olduğu yönündeki önceki kararını devam ettirmiştir. 10 Aralık 1998 tarihinde başvuru hukuk danışmanı bir çok eksikliğe bakmayarak herhangi bir birey veya kurum aleyhine ciddi ihmal nedeni ile suç isnat edilebilmesi için materyalin yetersiz olduğu konusunda öğüt vermiştir.²⁷¹

Başvuru sahiplerinin Polis Şikayet Makamına yaptığı şikayet başvurusu soruşturma boyunca bekletilmiştir. Aralık 2000'de – öldürme olayının üzerinden altı yıldan daha fazla bir zaman geçtikten sonra – Şikayet Makamı dosya ile ilgili olarak kendi raporunu hazırlamıştır. Raporunda eveyhlerin yapmış oldukları şikayetlerden onbeşine yer verilmiş, Christopher Edwards'ın ölümü ile ilgili olarak yürütülen polis soruşturmasındaki eksiklikler eleştirilmiş ve polis uygulamaları ve prosedür ile ilgili bir dizi tavsiyelerde bulunulmuştur.²⁷²

Başvuru sahipleri, resmi makamların oğulları Christopher'ı Richard Linford'tan koruyamadığını ve 2. maddenin esasının ihlal edildiğini; ve yukarıda değinilen Cezaevi Hizmetleri, yerel İl Meclisi ve yerel Sağlık Makamları tarafından yürütülen soruşturma da dahil olmak üzere Christopher Edwards'ın ölümü ile ilgili soruşturma-

271. Edwards kararı, § 35.

272. Edwards kararı, § 36.

ların bu maddenin usûlî gereklerini yerine getirmediğini ileri sürmüştür.

Mahkeme, yukarıda ele alınmış, *Osman* davasındaki 2. maddenin esasî gereklerinin ihlal edildiğinin tespit edildiği durumlar ile ilgili kararını tekrarlamıştır: (i) Resmi makamların, üçüncü partilerin suç niteliğindeki eylemelerinden kaynaklanan ve belirli bir kişinin hayatı için söz konusu olan gerçek ve yakın bir tehlikenin varlığını bildiği veya bilmesi gerektiği ve (ii) Resmi makamlar bu riski bertaraf etmek için kendilerinden makul olarak beklenen ve yetkileri dahilindeki tedbirleri almamışlardır.²⁷³ Mahkeme “Christopher Edwards’ın tutuklanmasından paylaştığı bir hücreye konulmasına kadar yapılan süreçte bir dizi eksikliğin” söz konusu olduğunu tespit etmiştir. Richard Linford ya bir hastane ya da cezaevinin sağlık merkezinde tutulabilirdi.²⁷⁴ Fakat davadaki merkezi konu şudur:

*Christopher Edwards’ın yaşamı, hüccesine tehlikeli derecede istikrarsız bir mahpusun getirilmesi ile riske sokulmuştur ve bu bağlamda bu davadaki meseleler ile en ilgili olan konu yapılan ihmallerdir.*²⁷⁵

Bu nedenle en temel soru şudur:

[Lindfor’un] Christopher Edwards’ın hüccesine konulmasına karar verildiğinde son derece tehlikeli olduğunun cezaevi yetki-

*lileri tarafından bilinmekte olup olmadığı veya bu hususun biliniyor olmasının gerekçesi nedir.*²⁷⁶

Mahkeme, Richard Linford’ın tıbbî geçmişi ve tehlikeli olarak görüldüğünün resmi makamlar tarafından bilindiğinin ve bu bilginin:

*cezaevi yetkililerinin dikkatine sunulmuş olması ve özellikle de bu kişinin bir sağlık merkezine mi yoksa diğer mahpuslarla birlikte olağan bir yere mi yerleştirileceğine karar veren sorumluların dikkatine sunulmuş olması gerektirdi.*²⁷⁷

Fakat bu yapılmamıştır: “Bilgi iletiminde bir dizi ihmal” söz konusu olmuştur.²⁷⁸ Bu durum cezaevindeki her halükarda yüzey-sel olan gözlem sürecini etkilemiştir:

*Mahkeme, bir cezaevine yeni gelenlerin taranma prosedürünün mahpusların kendi güvenlikleri veya diğer mahpusların güvenlikleri için tıbbî gözetim altında tutulması gerekenlerin etkili bir şekilde tespit edilmesine hizmet etmesi gerektiğinin aşikar olduğu kanaatinde. Bu davada cezaevine kabul personeline sağlanan bilgedeki noksanlıklar, yetersiz eğitim olan ve zorluk veya şüphe durumunda başvurabileceği bir doktor yokken çalıştığı tespit edilen gözlemci sağlık çalışanı tarafından gerçekleştirilen muayenenin kısa ve üstünkörü niteliği ile birleşmiştir.*²⁷⁹

276. Edwards kararı, § 58.

277. Edwards kararı, § 61.

278. Edwards kararı, § 61.

279. Edwards kararı, § 62.

273. Edwards kararı, § 55, Osman kararının 116. paragrafına atıf ile.

274. Edwards kararı, § 63.

275. Edwards kararı, § 63.

Mahkeme nihayetinde şu sonuca varmıştır:

Resmi makamlara sağlanan bilgilere göre, Richard Linford'un en başından beri Christopher Edwards'ın hüccesine konulmuş olması gerekirdi.

Mahkeme devlet kurumlarının (tıbbi kuruluşlar, polis, savcılık ve mahkeme) bu davada Richard Linford ile ilgili bilgileri cezaevi idaresine gönderme hususundaki ihmalleri ve Richard Linford'un cezaevine varışındaki tarama prosedürünün yetersiz niteliği devletin Christopher Edwards'ın yaşamını koruma yükümlülüğünü ihmal ettiğini göstermektedir.

Bu nedenle, bu hususta, Sözleşme'nin 2. maddesi ihlal edilmiştir.²⁸⁰

Mahkeme, 2. maddenin diğer boyutu ile ilgili olarak her şeyden önce şu sonuca varmıştır:

Christopher Edwards'ın ölüm koşullarının araştırılması hususunda usûlî gereklilikler gündeme gelmiştir. Bu kişi, bir başka mahkumunun eylemleri nedeniyle öldüğünde resmi makamların gözetim ve sorumluluğunda idi ve bu durumda devlet görevlilerinin bu kişinin ölümüne yol açan olaylara eylem veya ihmale iştirak edip etmedikleri yersizdir. Devlet [önceki içtihatlarda belirtilen, bu tür bir soruşturma ile ilgili çeşitli şartları] yerine getiren bir soruşturma açmak yürütmek ile yükümlüdür. Başvurucuya tanınan ki kurbanın akrabalarının girişimiyle açılan davalar [...] devletin bu husustaki yükümlülüklerini

280. Edwards kararı, §§ 63-64.

yerine getirmiş olduğu yönünde bir var sayımı doğurmayacaktır.²⁸¹

Davada eksiksiz bir soruşturma yürütülmemiş ve Richard Linford'un adam öldürmeden mahkum olduğu ve hastaneye gönderilmesine karar verilen cezai yargılamaya görgü tanıklarının dinlendiği bir süreci kapsamamıştır. Bu hususlarda, bu nedenle usûlî prosedürler yerine getirilmemişlerdir. Buradaki soru, kanunda belirtilmemiş soruşturmanın bunu karşılayıp karşılamadığıdır. Mahkeme bu nedenle, soruşturmanın çeşitli gereklilikleri yerine getirip getirmediğini değerlendirmiştir. Bu şartlar: Bağmsız olma, derhal ve ivedi olma, olayları tespit etme kapasitesine sahip olma ile kamu ve akrabalarının erişimine açık olma. Mahkeme, soruşturmanın bu şartların bir çoğunu yerine getirmediğini (getirilenler de itiraz yoluyla getirilmiştir) ve iki ciddi ihmalin söz konusu olduğu kanaatindedir: Soruşturmanın görgü tanıklarının zorlama yetkisi yoktur ve kovuşturma kapalı ve tanıkların sınırlı katılımında yürütülmüştür ve hatta Christopher'ın evebynleri dahi sadece kendilerinin ifadelerine başvurulduğu üç gün boyunca bu tahkikata katılabilmişlerdir:

Christopher Edwards'ın evebeynleri temsil edilmemiş ve tanıklara ne kendi hukuk danışmanları ne de soruşturma heyeti aracılığı ile soru sormalarına izin verilmemiştir. Evebeynler, ne olup bittiğine dair delillerin özünü keşfedebilmek için soruşturmanın nihai raporunun yayınlanmasını beklemek zorunda kalmışlardır. Mahkeme, bu kişilerin soruşturmanın konusu ile

281. Edwards kararı, § 74.

İlgili yakın ve kişisel kaygıları dikkate alarak bu kişilerin kendi çıkarlarını güvence altına hususunda gereken ölçüde prosedüre dahil edilmiş olduklarının düşünülmemeyeceği sonucuna varmıştır.²⁸²

Bu iki noksanlık nedeniyle, soruşturma 2. maddenin usûlî şartlarını yerine getirememiştir. Bu nedenle bu hususta da bir ihlal tespit edilmiştir.²⁸³

Mahpusların intihar etmelerinin önlenmesi

Daha önceki bir bölümde, ölmeyi arzu eden ve bu konuda karar verebilmek için akli yerinde olan fakat ülkelerindeki kanunlarca (yardımla) intihar etmeleri engellenen kişiler ilgili bir dizi davayı tartışmıştık. Soru devletin böylesi bir arzuya müdahale hakkının olup olmadığı var ise ne zaman olduğudur.

Bu davalar hassas olup mantıklı bir şekilde karar verebilecek durumda olmayan insanların kendi elleri ile öldükleri durumlardan ayırt edilmelidirler. Bu davalarda bunun tersi bir soru gündeme gelmektedir: Devletin bireyleri intihar etmeden koruma gibi bir görevinin olup olmadığı varsa ne zaman olduğudur. Soru bireylerin ya hasta ya da mahpus olarak devlet gözetiminde oldukları belirli davalarda gündeme gelmektedir.

*Keenan-Birleşik Krallık*²⁸⁴ davası, ciddi bir saldırı nedeniyle hapis cezasına çarptırılmış Mark Keenan adındaki öncelerde akıl hasta-

282. *Edwards* kararı, § 84.

283. *Edwards* kararı, § 87.

284. *Keenan-Birleşik Krallık*, 3 Nisan 2001 tarihli karar.

lığı geçirmiş bir genç adam ile ilgilidir. Mark Keenan cezaevinde kendine zarar verme tehdidi de dahil olmak üzere akıl hastalığı belirtileri sergilemiştir. Hapishanedeki hastane binasında daha sonra normal bir hücrede geçirdiği sürenin ardından kendisini aklen rahatsız hale getirdiğini iddia ettiği ilaç değişikliğinden sonra iki cezaevi personeline saldırmıştır. Bu saldırı nedeniyle, daha sonra kendisini astığı, bir cezalandırma hüccresine konulmuştur. Asılma sonucu boğulmanın ölüm nedeni olduğu soruşturmada teyit edilmiş fakat bu prosedürde ölümün daha geniş nedenleri tespit etme veya ölüm ile ilgili sorumluluğun paylaşılması yoluna gidilmemiştir.

Annesi oğlunun bakımından cezaevi makamlarının ihmalkar davrandığını fakat İngiliz hukukunun uygun bir davaya izin vermediği gerekçesi ile dava açmamasının önerildiğini iddia etmiştir. Anne, Komisyona ve daha sonra Mahkemeye 2. (yaşam hakkı), 3. (işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı muamele veya ceza yasağı) ile 13. maddenin (Sözleşme haklarının esasının ihlal edilmesi aleyhine etkili bir hukuk yolu hakkı) ihlal edildiği gerekçesiyle şikayette bulunmuştur.

Mahkeme daha önceki bölümlerde tartışılan ilkeleri tekrar etmiştir. Bu ilkeler: Devletler sadece etkili cezai kanunlar getirmemeli fakat bunu etkili bir hukuk-uygulama mekanizması ile desteklemeli ayrıca hayatı bir başka bireyin suç teşkil eden eylemleri nedeni ile tehlike altında bulunan bir bireyi makul, uygulanabilir önleyici tedbirler almak zorundadır. *Keenan* davasında Mahkeme, bu tehlikenin bireyin kendisinden kaynaklandığı durumda bu ilkelerin ne ölçüde kapsayıcı olacağını düşünmek durumunda kal-

mıştır.²⁸⁵ Mahkeme yine daha önce tespit edilmiş ilkelere atıfta bulunarak devletlerin, resmi makamların söz konusu bireyin hak ve özgürlüklerine saygı göstermek gibi bazı kısıtlamalara tabi olduğunu belirterek, gözaltında meydana gelen ölüm ve yaralanma olayları ile ilgili hesap vermenin bir yükümlülük olduğu sonucuna varmıştır. Öyle de olsa:

Kişisel iradeyi ihlal etmeden kendi kendine zarar verme fırsatını aza indirecek mevcut genel yollar ve tedbirler söz konusu olacaktır. Bir mahpus açısından daha katı tedbirlerin gerekip gerekmediği ve bunların uygulanmasının makul olup olmaya-acağı davanın koşullarına göre değişecektir.

*Mahkeme, yukarıda belirtilen hususlar ışığında resmi makamların Mark Keenan'ın gerçek ve yakın bir intihar riski taşıdığı bilip bilmediği veya bilmesi gerekip gerekmediğini ve eğer öyle ise riski bertaraf etme konusunda kendilerinden makul olarak beklenecak her şeyi yapip yapmadıklarını incelemiştir.*²⁸⁶

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 ettikleri” sonucuna varmıştır.²⁸⁷ Bu nedenle, bu davada 2. maddenin esasî gereklerinin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.²⁸⁸

285. Keenan kararı, §§ 89-90.

286. Keenan kararı, §§ 90-93, *Salman-Türkiye* davasına (“gözaltına ölümler” alt-bölümünde tartışılmıştır.) ve s. 66 ff’de tartışılan *Osman-Türkiye* davasına atıf ile (Ayrıntılı atıflar atlanmıştır).

287. Keenan kararı, § 99.

Bununla birlikte, bu davada ayrıca Mark Keenan'ın ölümünden önceki günlerde tabi tutulduğu ve Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamında incelenmesi gereken bakımın standardı ile ilgili meseleler de gündeme gelmiştir.²⁸⁹ Mahkeme bilhassa Mark Keenan'a yapılan muamelenin bu madde uyarınca gerekli olan standartları karşılamadığı sonucuna varmıştır:

*Mark Keenan'ın durumunun etkili bir şekilde gözlemlenmemesi ve değerlendirilmemesi ile muamele edilmesinde açıklığa kavuşturulmuş psikiyatrik bilginin olmaması intihar etme riski taşıdığı bilinen aklen rahatsız bir kişiye sağlanan tıbbi bakımdan belirgin eksiklikler açığa vurmaktadır. Kişiye o koşullar altında fiziksel ve moral direnişini ciddi bir şekilde tehdit eden gecikmiş ciddi disiplin cezasının verilmesi – ceza bloğunda yedi günlük tecrit ve olayın ardından iki hafta sonra ve tahliyesinden sadece dokuz gün önce, cezasına yirmi sekiz gün eklenmesi – aklen rahatsız bir kişi ile ilgili olarak gereken muamele standardı ile bağdaşmamaktadır. Bu durumun Sözleşme'nin 3. maddesi anlamında insanlık dışı ve onur kırıcı muamele ve ceza anlamına geldiği düşünülmelidir.*²⁹⁰

Bu durum, tek başına veya yakından ilgili meselelere sadece bir Sözleşme maddesi kapsamında basitçe işaret edilemeyeceğini fakat çeşitli maddeler ile sunulan koruma türlerinin çakıştığı ve bağlantılı olduklarını göstermektedir. Aynı durum ilgili dava da

288. Keenan kararı, § 102; bkz. ayrıca § 99. 13. maddeye atıf ile usulî meseleler ile ilgili olarak aşağıda metine bakınız.

289. Keenan kararı, § 101.

290. Keenan kararı, § 116.

gündeme gelen ve Mahkemenin (görebileğimiz gibi bu dönüp bu maddeye atıfta bulunmuş olsa da) 2. madde yerine daha çok 13. madde kapsamında ele aldığı usûlî meseleler için de geçerlidir. Mahkeme şu sonuca varmıştır:

Sözleşme'nin 13. maddesi uyarınca iki mesele gündeme gelmektedir: Mark Keenan'ın kendisine verilen ceza ile ilgili başvurabileceği bir hukuk yolunun bulunup bulunmadığı ve intiharından sonra başvurunun ya [Mark'ın annesi olarak] kendi adına ya da oğlunun terekesinin temsilcisi olarak başvurabileceği bir hukuk yolunun olup olmadığıdır.²⁹¹

Mahkeme, ilk mesele ile ilgili olarak Mark Keenan'ın kendisine esaslı ek cezanın verilmesinden bir gün sonra kendisini öldürdüğünü ve cezaların infaz edilmelerinden önce başvurabileceği etkili bir hukuk yolunun bulunmadığını dikkate almıştır. Mahkeme devletin akıl sağlığını da dikkate alarak mahpusu korumak için bu tür usûlî güvenceleri getirmiş olması gerektiği sonucuna varmıştır. Bunların yerine getirilmemiş olması nedeniyle 13. madde ihlal edilmiştir.²⁹²

Mark'ın annesinin başvurabileceği bir hukuk yolunun bulunması hakkındaki soru ile ilgili olarak Mahkeme her şeyden önce şu hususu dikkate almıştır:

Ortak temel olan, fakat Mark Keenan'ın ölümünü çevreleyen olayların tespiti için yararlı olan bir soruşturma resmi makam-

ların iddia edilen kötü muamele ile ilgili sorumlulukları veya tazminat öngörülmesi için bir hukuk yolu sağlamamıştır.²⁹³

Mahkeme başvurunun başvurabileceği medenî hukuk yollarının aşırı sınırlı olduğu ve bu yollar aracılığı ile hiç bir zararın yeterli şekilde giderilemeyeceği sonucuna varmıştır. Dahası, bu yolları kullanabilmek için hiç bir adli yardım da söz konusu değildir.²⁹⁴ Her iki mesele de – manevi zararlar için tazminat elde edilmesi olanağı ve oğlunun ölümünde sorumlu olanları tespit edebilecek bir hukuk yolu- son derece önemlidir. Bunların bulunmaması 13. maddenin ayrıca ihlali anlamına gelmektedir.²⁹⁵

Tıbbî yanlış veya ihmellere karşı koruma

Bir çok davada başvurucular ölüm ile sonuçlanan tıbbî yanlış veya ihmalin bir çok yönden devletin sorumluluğunu gerektirdiğini ileri sürmüşlerdir. Başvurucular devletin ilgili olaylar ve (tıbbî kayıtların sahte oldukları ve tıp alanındaki meslektaşların hatalarını örtbas etmek için aralarında anlaştıkları yönündeki iddialar) meseleler ile ilgili olarak eksiksiz bir soruşturma sağlama görevinin olduğunu ve ciddi durumlarda devletin sorumluları cezalandırma görevi olduğunu ileri sürmüşlerdir. Bununla birlikte davalar başvuruçuların bir dizi maddeyi ileri sürmeleri ve mevcut hukuk yollarının veya yerleşik hukuk davalarının tümüne ulaşamamış olmaları nedeniyle karışıklırlar.

293. Keenan kararı, § 128.

294. Bkz. the Keenan kararı, § 129, ayrıntılar için.

295. Bkz. the Keenan kararı, §§ 130-133.

291. Keenan kararı, § 125.

292. Keenan kararı, § 127.

*Erikson-İtalya*²⁹⁶ davasında başvuruçunun annesi olan yaşlı bir bayan röntgen filminin çekildiği yerel devlet hastanesinde teşhis edilememiş bağırsak tıkanıklığı nedeniyle ölmüştür. Röntgen filmi raporu imzalanmamıştır. Cezai soruşturmada tıkanıklığı not etmeyen doktor tespit edilememiştir. Başvurucu, İtalyan makamların ölüm olayından sorumlu kişileri tespit etmek için ellerinden gelen çabayı göstermeyerek annesinin yaşam hakkını ihlal ettiklerini ileri sürmüştür. Mahkeme şu sonuca varmıştır:

*Bir devletin Sözleşme'nin 2. maddesi uyarınca yaşam hakkını koruma yükümlülüğü hastaneler açısından hastalarını korumak denetim ve yönetiminin olması şartı ve hastanelerde meydana gelen ve ilgili tıbbî kişinin sorumluluğunu gerektirebilecek ölüm nedeninin tespit edilmesinde etkili bir uyarı sisteminin oluşturulması yükümlülüğünü de içermektedir [...].*²⁹⁷

Daha önce tartışılan, yaşam hakkının “kanun tarafından” korunması ile ilgili şart bu nedenle tıbbî yanlış iddialar için de geçerlidir.

Aynı durum 2. maddenin usulî gerekleri için de geçerlidir:

... bu davada olduğu gibi yaşamdan mahrumiyetin devlet görevlilerinin ölümcül güç kullanımından kaynaklanmadığı fakat devlet görevlilerinin yaşam kaybından dolayı potansiyel olarak sorumluluk taşıdıkları davalarda bile söz konusu olayların kamu tarafından ve özellikle de mağdurların akrabaları

296. *Erikson-İtalya*, 26 Ekim 1999 tarihli kabul edilebilirlik kararı, Başvuru no. 37900/97.

297. *Erikson* kararı, s. 7, atıf belirtilmemiştir.

*tarafından öğrenilmesini sağlayacak etkili bir soruşturmaya veya denetime tabi tutulması gerekmektedir [...].*²⁹⁸

Fakat bu davada, Mahkeme yeterli bir ceza soruşturmasının yürütülmüş olduğu sonucuna varmıştır.²⁹⁹ Dahası Mahkeme hastane aleyhine ayrı bir hukuk davası açılmaması nedeniyle bu durumu başvuruçunun aleyhine değerlendirmemiştir:

*Hukuk davasında, başvuruçucu başka delil arama ve ileri sürme imkanından yararlanabilecek ve davanın kapsamı ceza yargılamasında olduğu gibi sınırlı kalmayacaktır.*³⁰⁰

Mahkeme bu nedenle, cevapçı devletin pozitif yükümlülüklerini özellikle de Sözleşme'nin 2. madde uyarınca getirilen usulî gereklerin yerine getirilmesi hususunda eksikliğe düşmediği sonucuna varmıştır. Mahkeme davayı “açıkça dayanaksız” olduğu gerekçesi ile reddetmiştir.³⁰¹

*Powell-Birleşik Krallık*³⁰² davasında başvuruçunun oğlu olan 10 yaşındaki Robert Powell adrenal eksikliğinden kaynaklı olarak az rastlanan ve tedavi edilmezse ölümcül olan ve zamanında teşhis edilirse tedaviye çabuk cevap veren Addison (böbreküstü bezi

298. *Erikson* kararı, s. 7, yukarıda tartışılan *Kaya, Ergi ve Yaşa-Türkiye* davalarına atıf ile (alıntı atlanmıştır). Dikkat edilmelidir ki Mahkemeye göre söz konusu hastanenin devlet hastanesi olması ve orada bulunan doktorların bu nedenle kamu görevlisi olması nedeniyle bu doktorlar “devlet görevlileridir.” Fakat görüleceği gibi Mahkeme bundan sonra özel doktor ve kurumlar açısından da tıbbî ihmâl nedeniyle meydana geldiği iddia edilen ölüm olaylarına da aynı şartları uygulamıştır.

299. *Erikson* kararı, ss. 7-8.

300. *Erikson* kararı, s. 8.

301. *Erikson* kararı, s. 8.

302. *Powell-Birleşik Krallık*, 4 Mayıs 2000 tarihli kabul edilebilirlik kararı, Başvuru no. 45305/99.

yetersizliği) hastalığından ölmüştür. Her ne kadar, başlangıçta hastane pediyatristi bu hastalık için bir test önermişse de çocuğun tedavisi ile ilgilenen çeşitli pratisyen hekimler tarafından bu test yapılmamıştır. Başvurucu tıbbi kayıtların bu olayı örtbas etmek için değiştirildiklerini ileri sürmüştür. Başvurucu ne olup bittiğini bulmaya çalışırken yüz yüze kaldıkları zorluklardan derin bir şekilde etkilenmiş ve bu durum sonuç olarak ciddi ve uzun süren psikolojik sorunlar yaşamalarına neden olmuştur.³⁰³

Disiplin kovuşturması ve polis soruşturmasından ayrı olarak (başvurucunun itiraz aşamasında takibatın adil olmadığı gerekçesi ile geri çekildiği), başvuruçular ayrıca ilgili Sağlık Makamları aleyhine hukuk davası açmışlardır. Nihayetinde ilgili makam Robert'ın hastalığının tespit edilememesindeki sorumluluğu kabul etmiş ve başvuruçulara zarar için £80.000 ve masraflar için £20.000 ödemiştir. Fakat teşhis edememe hususunun örtbas edilmesinde komplo ile ilgili iddianın diğer kısmı ilgili yargıç tarafından İngiliz hukukunda doktorların ölümü çevreleyen şartlar hakkında merhum çocuğun evebeynlerine karşı açık sözlü olma yükümlülüğü altında olmadıkları gerekçesiyle reddetmiştir.³⁰⁴

Sözleşme uyarınca gerçekleştirilen prosedürlerde başvuruçular esas olarak tıbbi kayıtlarda oynama yapıldığı ve iddia edilen örtbas etme olayından şikayetçi olmuşlardır. Her şeyden önce şu hususları ileri sürmüşlerdir:

303. Powell kararı, s. 9.

304. Powell kararı, s. 10.

*İhmalkarlığının bir çocuğun ölümü ile sonuçlandığı bir devlet görevlisi tarafından resmi kayıtlarda tahrifat yapılması 2. maddede getirilen usûli yükümlülükler ile 8. ve 10. maddede getirilen pozitif yükümlülüklerin ihlali anlamına gelmektedir.*³⁰⁵

Fakat Mahkeme buna katılmamıştır:

*Mahkeme başvuruçunun [2. madde uyarınca] şikayetlerini ele alırken zorunlu olarak, oğullarının ölümünün ardından bakım ve tedavisinden sorumlu olan doktor tarafından herhangi bir suçlamaya karşı temiz çıkmak için uydurma tıbbi kayıtlar düzenlediği yönündeki evebeyn iddialarını dışarıda tutarak sadece oğullarının ölümüne neden olan olaylar ile sınırlı kalmak durumunda olduğuna vurgu yapmaktadır. Mahkemenin görüşüne göre başvuruçuların doktorun ölüm sonrası sorumluluğu hakkında bir hükmün güvence altına alınmadığı şeklindeki sonraki şikayetlerinin 6. madde uyarınca yapılan şikayetler açısından tespit edilmesi gerekmektedir. Fakat iddia edildiği gibi doktorlar tarafından ölüm sonrasında işlenen suçlar başvuruçuların oğullarının ölümüne yol açan olayların gelişimini değiştirmemiştir.*³⁰⁶

Başvuruçunun disiplin prosedüründen çekilmiş olması ve hukuk davası açmış olması gerçeği 2., 8. ve 10. maddeler kapsamındaki şikayetleri ile 6. ve 13. madde kapsamındaki ayrı şikayetleri temel den zaafa uğratmıştır:

305. Powell kararı, s. 16.

306. Powell kararı, s. 18.

*Merhum bir kişinin akrabasının tıbbî ihmale dayalı hukuk davasının çözümünde tazminatı kabul ettiği durumda merhum kişiye uygulanan tedaviyi çevreleyen koşullar hususunda veya bu kişinin ölümü ile ilgili yürütülen soruşturma hususunda artık prensipte mağdur olduğunu iddia edemez.*³⁰⁷

Başvurucular bu nedenle artık Sözleşme'nin 34. maddesi uyarınca Sözleşme'nin 2. maddesinin (usûlî boyutunun) ihlal edildiği iddiası ile (dolaylı) “mağdur” olduklarını ileri sürememişlerdir. Aynı nedenlerden dolayı, Mahkeme “Sözleşme'nin 8 § 1 maddesinin söz konusu olaylara uygulanabilir olduğu ve makamlara ölen çocuk ile ilgili tıbbî kayıtların eksiksiz, dürüst ve bütün olarak evebeynelere açıklanması gibi pozitif yükümlülük anlamına geldiği kabul edilse dahi, başvurucular artık Sözleşme'nin 8. madde ile ilgili olarak mağdur olduklarını ileri süremezler”³⁰⁸ sonucuna varmıştır. Aynı durum 10. madde ile ilgili kaygılar için de geçerli olmuştur.³⁰⁹

Sözleşme'nin 6. madde uyarınca “mahkemeye erişim” meselesi ile ilgili olarak başvurucular daha önce tartışılan (s. 66 ff.) Osman davası kararına atıfta bulunarak resmi makamlar aleyhine ayrı olarak (Örneğin, oğullarının ihmal sonucu ölümü ile ilgili davadan ayrı olarak) iddia edilen doktorların örtbas etme olayından ötürü kişisel olarak yaşadıkları ıstırap nedeniyle tazminat davası açabilmelerinin mümkün olması gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Önceden belirtildiği gibi, ulusal mahkemeler esas olarak

doktorların başvuruculara oğullarının ölümü ile ilgili olarak açık sözlü olma gibi bir yükümlülüklerinin olmadığı gerekçesi ile böylesi bir davaya izin vermemiştir. Başvurucular iç hukukun bu tür bir hukuk yolunu sağlaması gerektiği ve 6. maddenin bunu gerektirdiğini ileri sürmüşlerdir.

Mahkeme bu davayı polisi hukuk davalarından muaf tutan çok geniş bir koruma kuralı ile ilgili olan Osman davasından ayırmıştır. Powell davasında bunun aksine hukuk davaları, yakınlık ve tahmin edilebilirlik ile ilgili normal İngiliz hukuki koşulları uygulanabilmektedir. Yargıçlar tazminatı reddetmişlerdir zira görüşlerine göre örtbas iddialarının çocuğun evebeyneleri üzerine etkisi ile ilgili olarak bu koşullar yerine getirilmemiştir. Bu nedenle sonraki davada “mahkemeye erişim”³¹⁰ hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. Aynı durum etkili olarak başvurucunun 13. madde kapsamındaki kendilerine iddia edilen diğer ihlaller aleyhine “etkili hukuk yolu” tanınmadığı şeklindeki iddiaları için de geçerli olmuştur.³¹¹

Erikson ve Powell davaları potansiyel başvurucular için bu prosedürlerin adil olduklarına veya kapsamlarının yeterli olduklarına ya da adaleti sunacaklarına inanmasalar bile mevcut tüm hukuk yollarını gayretle kullanmanın önemini göstermektedir. Strasbourg'daki Mahkeme söz konusu hukuk yolları söz konusu hukukî ve olgusal meseleleri işaret etme yetisine sahip ise ne 2. maddenin usûlî gereklerinin ne de 6. ve 13. maddenin gereklerinin ihlal edil-

307. *Powell* kararı, s. 19.

308. *Powell* kararı, ss. 20-21.

309. *Powell* kararı, s. 21.

310. *Powell* kararı, s. 24.

311. *Powell* kararı, s. 25.

mediğine hükmedecektir. Bu durumun daha açık olması için bu hukuk yolları bir bütün olmalı fakat istisnai durumlar olarak izlenmelidir.

*Calvelli ve Ciglio-İtalya*³¹² davasında Mahkeme 2. maddenin devletlere “hastaneler açısından hastaların hayatlarını koruyacak uygun tedbirleri almalarını şart koşan düzenlemeler yapmalarını” ve “tıbbi bakımdaki hastanın ölüm nedeninin ... tespit edilmesi ve sorumluların hesap vermesi için etkili bağımsız bir yargı sisteminin kurulması” yükümlülüğünü getirdiğini bir kez daha teyit etmiş ve her iki yükümlülük türünün hem kamu hem de özel sağlık sektörü için geçerli olduğunu vurgulamıştır.³¹³

Bu davada doğumdan kısa bir süre sonra meydana gelen bir bebek ölümü ile ilgilidir. Anne A seviyesinde şeker hastası olmasında ve geçmişte zor doğum dönemi geçirmiş olmasına rağmen sorumlu doktor yine de ceninin normal bir doğum için çok büyük olup olmadığını tespit amacıyla anneyi dıştan muayene etmek konusunda gerekli düzenlemeleri yapmamış ve doğum sırasında hazır bulunmamıştır. Doktorun doğum odasına gelmesindeki gecikme yenin doğan bebeğin yaşama şansını belirgin bir şekilde azaltmıştır.

Bebeğin ebebenyleri olan başvuru doktorun ihmalinden kaynaklı zararlar için tazminat almış fakat söz konusu doktorun yargılanması gerektiğine inanmaktadırlar. Cezai yargılamalar aslında başlatılmış fakat usûldeki bir dizi eksiklik ve gecikmenin yaşandı-

312. *Calvelli ve Ciglio-İtalya*, 17 Ocak 2002 tarihli Büyük Daire kararı.

313. *Calvelli ve Ciglio* BD kararı, § 48.

ğı yedi yılın sonunda davanın zaman aşımına uğramış olduğu gerekçesi ile sona ermiştir. Başvurucular, Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.³¹⁴

Mahkeme cezai yargılamadaki eksiklikleri dikkate almış fakat söz konusu davada hukuk davalarının eğer dava kapanmamış olsa idi başvurucuya yeterli tazminat sağlanmış olacağı sonucuna varmıştır. Başvurucular eğer hukuk davasını takip etmiş olsalardı bu durum zararlar için ödeme konusunda doktor aleyhine bir emir verilmesine ve muhtemelen kararın basında yayınlanmasına neden olabilirdi. Dahası, hukuk mahkemesindeki bir karar ayrıca doktor aleyhine disiplin cezasına da yol açabilirdi. Mahkeme bu nedenle, davanın özgül koşullarında zamanaşımının doktorun iddia edilen suç için yargılanmasını engellemesinin 2. madde ile bağdaşır bağdaşmadığının incelenmesini gerekli görmemiştir. Bu nedenle 2. maddenin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.³¹⁵

Suçluların iadesi, yurttan çıkarma ve sınır dışı

Sözleşme kapsamında kişinin vatandaşı olmadığı bir ülkeden başka bir ülkeye iade edilmeme, çıkarılmama ve sınır dışı edilmeme hakkı söz konusu değildir. Fakat Sözleşme, başvuru belirli Sözleşme hakları³¹⁶ bağlamında Sözleşmeye Taraf Devletten Sözleşmeye Taraf olmayan bir Devlete kasıtlı olarak gönderme

314. Başvurucular ayrıca konumuz ile ilgili olmayan, sadece prosedürün uzunluğu ile ilgili olarak 6. maddeyi de ileri sürmüşlerdir.

315. Bkz. the *Calvelli ve Ciglio* BD kararı, §§ 55-57.

316. İfade meselesi ile ilgili sorular vb., ölüm cezası davaları bir sonraki bölümde kısaca tartışılmıştır, s. 92 ff.

nedeniyle olumsuz sonuçlardan muzdarip olacağı veya olabileceği durumlarda uygulanabilir. Olumsuz sonuçlar sadece taraf olmayan devlette somutlaşsa bile yani sınır dışıyı gerçekleştiren Sözleşmeye Taraf Devletin yetki alanı dışında ve gerçekte Sözleşmenin hukukî alanı dışında gerçekleşse bile Sözleşme yine de uygulanır.³¹⁷ Bu husus ilk olarak *Soering-Birleşik Krallık*³¹⁸ davasında belirtilmiştir. Bu dava Alman vatandaşı Jens Soering'in Birleşik Krallıktan Virginia eyaletinde cinayet ile yargılacağı Amerika Birleşik Devletleri'ne kasıtlı olarak iade edilmek istenmesi ile ilgilidir. Başvurucu eğer mahkum olursa o yargı yetkisi kapsamında ölüm cezasına çarptırılabilir. Birleşik Krallık, Washington DC'deki Büyükelçiliği aracılığıyla Amerika Birleşik Devletlerinden bu ceza ile ilgili olarak aşağıdaki şartlarla güvence talebinde bulunmuştur:

Ölüm cezası Büyük Britanya'da kaldırılmış olduğundan, Büyükelçiliğe Bay Soering'in teslim edilmesi ve isnat edilen suçlardan mahkum olması durumunda ..., eğer hükmedilirse, ölüm cezasının infaz edilmeyeceği hususunda Suçluların İadesi Antlaşması ... kapsamında güvence talebinde bulunulması talimatı verilmiştir.

Amerika Birleşik Devletleri Hükümeti için anayasal nedenlerle böylesi bir güvence vermek mümkün olmadığından, Birleşik Krallık makamları Amerika Birleşik Devletleri'nden ölüm cezasına hükmedilmemesi ve eğer hükmedilirse bu cezanın

*infaz edilmemesi hususunda Hükümetinden ilgili makamlara tavsiyede bulunmasını talep etmiştir.*³¹⁹

Amerika Birleşik Devletleri, bu talebe cevapta – davaya bakmakla görevli – Virginia, Bedford Vilayeti Savcısı Bay James Updike'in eğer Bay Soering ölüm cezasına çarptırılrsa kendisinin infaz sırasında yargıca Birleşik Krallık adına “ölüm cezasına hükmedilmemesi veya bu cezanın infaz edilmemesi Birleşik Krallık'ın dileği idi” şeklinde bir beyanda bulunacağını gösteren yemin belgesini Birleşik Krallık makamlarına iletmıştır. Fakat Bay Updike, daha başka güvenceler sağlamak istememiş ve Bay Soering davasında, kendi tespitlerine göre, deliller gereği ölüm cezası talep etme niyetinde olmuştur.³²⁰

Söz konusu zamanda barış zamanında ölüm cezasını kaldıran 6 No'lu Protokol, Taraf Devletler için imzaya açılmış ancak Birleşik Krallık tarafından onanmamıştır. Mahkeme bu nedenle davayı bu protokol bağlamında değerlendirmemiştir. Aşağıda, ölüm cezası ile ilgili bölümde belirtildiği gibi, Mahkeme de bu davada ölüm cezasının niteliği gereği insanlık dışı ve onur kırıcı olduğuna karar vermek yönünde istekli olmamıştır. Fakat başvurucu, Virginia'da ölüm cezasına mahkum edilirse maruz kalacağı – “ölme sırasını bekleme olgusu” olarak bilinen – şartların insanlık dışı ve onur kırıcı olduğu ve bu nedenle Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali anlamına geleceğini ileri sürmüştür. Bu argümana cevaben Mahkeme, Sözleşmenin suçluların iadesi davalarına uygulanabi-

317. Cf. Daha önceden tartışılan Sözleşmenin bölgesel uygulanabilirliği, s. 55.

318. *Soering-Birleşik Krallık*, 26 Haziran 1989 tarihli karar.

319. *Soering* kararı, § 15.

320. *Soering* kararı, § 20.

lirliği ile ilgili ilkeleri özetlemiştir. Bunlara göre iade, teslim alan ülkedeki muamele ile ilgili olarak şu şartlar altında 3. maddenin ihlali anlamına gelecektir:

Özetle, Sözleşmecî bir Devlet tarafından verilen bir kaçığın iadesi kararı, söz konusu kişinin iade edilmesi halinde alıcı ülkede işkence veya insanlık dışı veya onur kırıcı bir muamele veya cezaya maruz kalacağına inanmayı gerektirecek maddî temellerin bulunduğu durumlarda 3. madde kapsamında bir meseleyi gündeme getirebilir ve bu nedenle Sözleşme kapsamında bu devletin sorumluluğu söz konusu olabilir. Böylesi bir sorumluluğun tespiti kaçınılmaz olarak talep eden devletteki Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı koşulların değerlendirilmesini gerektirmektedir. Bununla birlikte, alıcı ülkenin genel uluslararası hukuk kapsamında, Sözleşme kapsamında veya başka bir kapsamında sorumluluğunun muhakeme edilmesi veya tespit edilmesi sorunu söz konusu değildir. Şimdiye kadar, Sözleşme uyarınca herhangi bir sorumluluk bu kapsama girmiştir veya girebilir, bu sorumluluk bir bireyin yasaklanmış kötü muameleyle maruz kalması sonucuna doğrudan etkisi olan eylemi almış olduğu için iade eden devlet için söz konusudur.³²¹

Mahkeme, Virginia'daki "ölüm sırası" ile ilgili koşulların 3. maddenin standartlarını ihlal ettiğinden, Birleşik Krallık'ın bu nedenle bu koşullara konulacağı konusunda gerçek bir tehlikenin söz konusu olduğundan Bay Soering'i bu yargı yetkisine iade etmeye-bileceği yönünde görüş bildirmiştir.

321. Soering kararı, § 90. Bkz. tüm gerekçe için §§ 85-90.

3. madde ile ilgili bu kaygılar bu durumla ilgilidir zira Mahkeme aynı ilkeleri kastî iadenin yaşam hakkının ihlali ile sonuçlanacağına iddia edildiği davaları kapsayacak şekilde genişletmiştir. Özellikle hatırlanacağı gibi Mahkeme yukarıda 3. madde ile ilgili yapılan alıntıda kullanılan dile benzer bir dili McCann davasında 2. maddenin önemi ile ilgili olarak kullanmıştır. Aslında, Mahkeme bu iki bölümü açıkça aynı seviyede tutmaktadır:

Sadece yaşam hakkını güvence altına alan değil aynı zamanda yaşamdan mahrumiyetin haklı gösterilebileceği koşulları da belirten bir bölüm olarak 2. madde Sözleşmenin en temel bölümlerinden biri olarak kabul edilmektedir - aslında barış zamanında 15. madde uyarınca askıya alınması kabul edilmeyen bir maddedir. Sözleşme'nin 3. maddesi ile birlikte ayrıca Avrupa Konseyini oluşturan demokratik toplumların en temel değerlerini ortaya koymaktadır [...].³²²

Bir kişi bu nedenle 2. maddeye aykırı teşkil eden bir muameleye tabi tutulacağına dair "gerçek bir risk" in söz konusu olduğuna inanmak için "maddî temellerin" bulunduğu durumlarda bir ülkeye iade edilemez veya gönderilemez - örneğin, eğer kişi alıcı ülkede bu maddeye aykırı olarak ölümlü ilgili "gerçek bir risk" ile yüz yüze kalacaksa. Spesifik davalarda 2. ve 3. madde uyarınca gündeme gelen meseleler genellikle çakışmaktadır ve Mahkeme 3. madde kapsamındaki meseleleri değerlendirirken ya 2. madde kapsamındaki meseleleri buna dahil etmek ya da 2. madde

322. McCann BD kararında, § 147, § 88 Soering kararına açıkça atıf ile, Mahkeme 3. madde bağlamında aynı meseleleri vurgulamıştır.

uyarınca “ayrı bir meselenin” gündeme gelmediğine hükmetme eğilimindedir.

*Ahmed-Avusturya*³²³ davası Somalili olan kendisine Somalideki çatışmalarda savaşıyan bir grubun üyesi olarak Avusturya’da iltica hakkı tanınan Bay Ahmed ile ilgilidir ve Bay Ahmed ülkesine dönerse yargılanma ve diğer gruplar tarafından öldürülme riski taşımaktadır. Fakat başvurucu cezai bir suçtan mahkum olduktan sonra, resmi makamlar ciddi suçlarda böylesi bir geri göndermeye izin veren bir Avusturya Kanunu uyarınca kendisini Somali’ye geri göndermek istemişlerdir. Resmi makamlar, 28 Temmuz 1951 tarihli *Mültecilerin Durumuna dair Cenevre Sözleşmesi*’nin 33. maddesini ileri sürmüşlerdir. Bu madde:

1. *Hiçbir Taraf Devlet, bir mülteciyi, ırkı, dini, tâbiyeti, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayatı ya da özgürlüğü tehdit altında olacak ülkelerin sınırlarına, her ne şekilde olursa olsun geri göndermeyecek veya iade (“refouler”) etmeyecektir.*
2. *Bununla beraber, bulunduğu ülkenin güvenliği için tehlikeli sayılması yolunda ciddi sebepler bulunan veya özellikle ciddi bir adi suçtan dolayı kesinleşmiş bir hükümlü mahkum olduğu için söz konusu ülkenin halkı açısından bir tehlike oluşturmaya devam eden bir mülteci, işbu hükümden yararlanmayı talep edemez.*

Her ne kadar başvurucu iç hukuk prosedürlerinde sınır dışı edilmesinin yaşamını büyük bir tehlikeye atacağını özellikle ileri sür-

323. Ahmed-Avusturya, 27 Kasım 1996 tarihli karar.

müş³²⁴ ve bu iddiasını Mahkeme önünde de yinelemiş ise de³²⁵ sonraki Mahkemeden önce Sözleşme’nin 3. maddesini ileri sürmek yerine 2. maddeyi ileri sürmemiş ise de Mahkeme de davayı sonraki madde kapsamında değerlendirmiştir. Mahkeme, devletlerin yabancıların ülkeye girişleri, ülkede ikamet etmeleri ve ülkeden çıkarılmalarını kontrol etme hakkına sahip olmakla birlikte kişinin gideceği ülkede insanlık dışı ve onur kırıcı muamele göreceğine dair “ciddi bir tehlikenin” varolduğuna inanmak için “esaslı temeller”in söz konusu olduğu durumlarda 3. maddenin devletleri bir kişiyi bir başka devlete göndermeden men ettiğini yinelemiştir. Mahkeme 3. maddenin, mağdurun tavrına bakmaksızın, işkence veya insalık dışı veya onur kırıcı muamele veya cezayı mutlak olarak yasakladığına vurgu yapmış ve eklemiştir:

*Yukarıdaki ilke sınır dışı davalarında gündeme gelen 3. madde ile ilgili meselelerde eşit derecede muteberdir. Buna göre, söz konusu kişinin eylemleri istenmeyen veya tehlikeli olsa dahi değerlendirmeye konu olamazlar. Bu nedenle 3. madde ile getirilen koruma Mültecilerin Statüleri ile ilgili 1951 Sözleşme-si’nin 33. maddesinde getirilenden daha geniştir [...].*³²⁶

Mahkeme başvurucu için söz konusu olan riski değerlendirirken “Mahkeme önündeki davayı değerlendirirken ki maddi noktalar söz konusu zamandakiler olmalıdır”³²⁷ şeklindeki önceki kararlarını tekrarlayarak Komisyonun “başvurucunun [kendisine sığın-

324. Bkz. ör. Ahmed kararı, § 21.

325. Ahmed kararı, § 35, son cümle.

326. Ahmed kararı, § 41.

327. Ahmed kararı, § 43.

ma hakkı verildiği] 1992'de maruz kalabileceği tehlikenin sona erdiğini veya herhangi bir resmi makamın bu kişiyi koruyabileceğini gösterir hiç bir belirti söz konusu değildir"³²⁸ yönündeki tespitlerini kabul etmiştir. Bu nedenle başvurusunun yurttan çıkarılması 3. maddenin ihlali anlamına gelecektir.³²⁹

Bu karar bir çok nedenden ötürü yararlıdır. Her şeyden önce, yukarıda önceden belirtildiği gibi, kararda 3. madde kapsamında uygulanan gerekçe eşit olarak 2. madde kapsamında da geçerlidir.³³⁰ İkinci madde kapsamında da bir devletin bir kişiyi sınır dışı veya yurttan çıkarıp çıkarmama konusunda (veya, eklenebileceği gibi, "teslim"de yer alıp almama konusunda) "söz konusu kişinin eylemleri arzu edilmeyen türden veya tehlikeli ise de esasa ilişkin bir değerlendirmede" temel alınamaz. Bu kişinin alıcı ülkede öldürüleceğine dair gerçek bir tehlike söz konusu olursa, ve ölüm Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlali anlamına gelecek yollardan veya böylesi koşullar altında Sözleşmeye Taraf bir Devlette gerçekleşecek ise, kişi sınır dışı edilemez veya yurttan çıkarılamaz (veya "teslim" edilemez). İkinci olarak, davada açıkça belirtilmiştir ki bu durum yaşam için söz konusu olan tehlikenin kamu makamlarının potansiyel kurbanı korumayacağı veya koruyamayacağı alıcı

328. *Ahmed* kararı, § 44.

329. *Ahmed* kararı, § 47.

330. Cf. *Said-Hollanda*, 5 Temmuz 2005 tarihli karar. Bu davada başvuru her iki maddeyi de ileri sürmüş ve Mahkeme "ilgili şikayeti 3. madde kapsamında incelerken 2. madde kapsamındaki şikayetler ile küresel olarak ilgilenmenin daha uygun olduğuna" hükmetmiştir (§ 37). Mahkeme iade kararının 3. maddeyi ihlal edeceğinin tespit edilmesinden sonra 2. madde kapsamında "ayrı bir meselenin" gündeme gelmeyeceği sonucuna varmıştır (§ 56).

ülkedeki devlet dışı taraflardan kaynaklandığı durumlar için de geçerlidir. Üçüncü olarak, dava ilgili önceki içtihatları teyit etmektedir ki bir dava kişinin sınır dışı edilmesinin ardından Strasbourg'daki Mahkemeye getirdiği durumlarda tehlikenin varlığı Sözleşmeye Taraf Devlet tarafından sınır dışı zamanında bilinen veya biliniyor olması gereken gerçeklere atıf ile değerlendirilmelidir, fakat eğer başvuru henüz sınır dışı edilmemişse söz konusu davada tehlikenin değerlendirilmesi zamanı mahkemenin dava hakkında karar vermesinin talep edildiği zamandır.

Yukarıdaki durum aynı zamanda *D-Birleşik Krallık*³³¹ davasında açıkça belirtildiği gibi alıcı ülkedeki tıbbî tedavinin bulunmamasından kaynaklanan tehlikeler için de geçerlidir. Bu dava (Karyip'te bir ada olan) St Kitt'den gelen ve Birleşik Krallık'a gelişinde uyuşturucu taşıdığı gerekçesi ile gözaltına alınan genç bir erkek ile ilgilidir. Birleşik Krallık'ta hapis cezasını çekerken bu kişiye AIDS teşhisi konmuştur. Kendisine durumunu hafifleten ve fırsatçı enfeksiyonlardan koruyan tedavi uygulanmıştır. Cezasını tamamlaması üzerine Birleşik Krallık makamları D'yi St Kitt'se geri göndermek istemişlerdir. Cezaevinden salıverilmesinin ardından sınır dışı edilmesinin hazırlığı olarak ilk olarak göçmen gözaltı merkezinde tutulmuş fakat Komisyonun dava ile ilgili raporunun ardından kefalet ile serbest bırakılmış ve evsiz kimseler ile çalışan bir hayır kurumu tarafından AIDS hastaları için sağlanan özel bir barınma merkezinde kalmasına izin verilmiştir. Başvurucuya kalacak yer, gıda ve diğer hizmetler ücretsiz sağlanmış ve kendi-

331. *D-Birleşik Krallık*, 21 Nisan 1997 tarihli karar.

sine ayrıca Birleşik Krallık'taki HIV/AIDS konusunda önde gelen hayır kurumu olan Terrence Higgins Vakfı tarafından görevlendirilen eğitimli gönüllerce duygusal destek ve yardım sunulmuştur.

Başvurucu, St Kitts'de evsiz olacağını ve ölümcül hastalığının son aşamasında moral, sosyal veya aile desteği olmayacağını, tıbbi tedaviden mahrum olacağını ve enfeksiyonlara maruz kalacağını; bunun olası yaşam süresini daha da kısaltacağını ve kendisine şiddetli acı vereceğini ve duygusal ıstırap vereceğini belirtmiş ve Komisyon ve Mahkeme bunları kabul etmiştir.³³²

Mahkeme 3. maddenin farklı bağlamlarda uygulanması ile ilgili olarak esnek davranılması gerektiğine hükmetmiştir:

*... tehlikenin kaynağının bu ülkenin resmi makamlarını doğrudan ve dolaylı olarak sorumlu tutulamayacakları alıcı ülkede öngörülen muamele olduğu durumlarda ya da tek başına bu maddenin standartlarını ihlal etmediği durumlarda bir başvurunun 3. madde kapsamındaki bir talebinin iyice incelenmesi bu nedenle engellenmemiştir. 3. maddenin uygulama alanını bu yolla kısıtlama bu maddenin mutlak karakterdeki korumasını zayıflatacaktır. Fakat herhangi bir bağlamda Mahkeme davayı çevreleyen tüm koşulları, özellikle de başvurunun iade eden devletteki kişisel statüsünü sıkı bir incelemeye tabi tutmalıdır.*³³³

332. D.-Birleşik Krallık kararı, § 45.

333. D.-Birleşik Krallık kararı, § 49.

Mahkeme, davanın özel koşullarını ve özellikle de başvurunun o zamanki sağlık durumunu dikkatlice gözden geçirdikten sonra 3. madde ile ilgili olarak şu sonuca varmıştır:

*Her ne kadar alıcı ülkede kendisini bekleyen koşulların kendilerinin 3. madde standartlarını ihlal ettiği söylenemez ise de, başvurunun gönderilmesi kendisini çok daha fazla sıkıntı verici koşullarda ölme tehlikesine maruz bırakacağından bu durum insanlık dışı bir muamele anlamına gelmektedir ...*³³⁴

Davanın “çok istisnai koşulları” ve tehlike altında bulunan “zorunlu insancıl saygı” ilkesi dikkate alındığında D'nin St Kitts'e gönderilmesi 3. maddenin ihlali anlamına gelecektir.³³⁵

Mahkeme başvurunun 2. madde kapsamındaki iddialarını 3. madde kapsamındakiler ile tekrar birleştirmiştir: Her ikisi de “ayrılmazlar” ve bu nedenle D'nin 2. madde uyarınca yaptığı şikayeti incelemek gerekli görülmemiştir.³³⁶

Sonuç olarak, dikkate alınmalıdır ki kişilerin Sözleşmeye Taraf bir Devletin yargı alanından çıkarılarak üçüncü bir ülkeye gönderilmesi tehdidi ile ilgili davalar bağlamında ihtiyati tedbirler özel bir öneme sahiptirler. Bu nedenle, *Mamatkulov ve Askarov-Türkiye*³³⁷ davasında cevap veren Hükümet Mahkemenin Özbekistan'daki yaygın işkence olayları nedeniyle başvurucuların bu ülkeye iade

334. D.-Birleşik Krallık kararı, § 53, vurgu eklenmiştir.

335. D.-Birleşik Krallık kararı, § 54.

336. D.-Birleşik Krallık kararı, § 59.

337. *Mamatkulov ve Askarov-Türkiye*, 4 Şubat 2005 tarihli Büyük Daire kararı. Dikkat edilmelidir ki 6 Şubat 2003 tarihli bu davadaki Daire kararında *Mamatkulov ve Abdurasoloviç* atfı yapılmıştır.

edilmemeleri yönündeki talebini yerine getirmemiştir.³³⁸ Hükümet, Özbekistan ile aralarındaki Suçların İadesi Antlaşması uyarınca söz konusu olan ödevlerinin Sözleşme kapsamındaki yükümlüklerini hükümsüz kıldığını ileri sürmüştür. Bununla birlikte, bu iddia Mahkeme tarafından reddedilmiştir zira iade Mahkemenin sunacağı korumanın seviyesini “geriye dönülmez bir şekilde düşürmüştür.”³³⁹

Mahkeme, Türk Hükümetinin eylemlerinin Sözleşme'nin 34. maddesi kapsamındaki “[Mahkemenin bireysel başvuruları kabul etme ve bunlar hakkında hüküm verme hakkını] etkin bir şekilde kullanılmasına hiçbir suretle engel olmama” yönündeki yükümlülüklerini ihlal edip etmediğini değerlendirmeye devam etmiştir. Mahkeme, 11 No'lu Protokol öncesindeki tutumun tersine şuna hükmetmiştir:

[Mahkeme tarafından belirtilen] ihtiyati tedbir kararlarının bir Sözleşmecî Taraf Devlet tarafından uygulanmaması Mahkemenin başvuruların şikayetlerinin etkili bir şekilde incele-

338. Bkz. *Mamatkulov ve Askarov* kararı, §§ 24-27.

339. *Mamatkulov ve Askarov* kararı, § 108.

*mekten alı konulduğu ve kişinin hakkını etkin bir şekilde kullanılmasına engel olduğu şeklinde değerlendirmiş ve buna göre de Sözleşme'nin 34. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.*³⁴⁰

Türkiye bu nedenle söz konusu davada 34. maddeyi ihlal etmiştir.³⁴¹ Mahkeme ayrıca dikkate değer bir şekilde, bu durumun sadece usulî bir prosedür meselesinden ziyade başvurucunun haklarını ihlal ettiği ve kendisine bu nedenle “sadece tazminat” verilmesi gerektiğine hükmetmiştir.³⁴²

340. *Mamatkulov ve Askarov* kararı, § 128. 11 No'lu Protokolün yürürlüğe girmesinden önceki durum için bkz. ör. 20 Mart 1991 tarihli *Cruz Varas ve diğerleri-İsveç kararı ve Eonka ve diğerleri-Belçika* davasında 13 Mart 2001 tarihli kabul edilebilirlik kararı. Mahkeme yeni yaklaşımı benimserken uluslararası hukukun genel ilkelerine, Viyana Antlaşmalar Sözleşmesi ve bu zamandan sonra diğer uluslararası kuruluşlar tarafından açıklanan görüşlere (Uluslararası Adalet Divanı, Uluslararası Medenî ve Siyasî Haklar Sözleşmesi uyarınca kurulan İnsan Hakları Komitesi ve İnsan Hakları Mahkemesi ve BM İşkenceye Karşı Komitesi dahil olmak üzere) ve geçmişte kişisel başvuru hakkını tanımanın ihtiyari olduğu ve “bireylerin şu an Sözleşmede doğrudan güvence altına alınmış hakların yerine getirilmesi için dava hakkını uluslararası düzeyde kullanabilir olması” gerçeğine atıfta bulunmuştur.

341. *Mamatkulov ve Askarov* kararı, § 129.

342. *Mamatkulov ve Askarov* kararı, § 134.

Ölüm Cezası

2. madde ile 6 ve 13 No'lu Protokoller: Ölüm cezasının kaldırılması

2. madde ile ilgili metinde belirtildiği gibi bu maddenin ilk parag-

rafının ikinci cümlesinde ölüm cezasına değinilmektedir. Bu maddeye göre:

Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın yerine getirilmesi dışında hiç kimse kasten öldürülemez.

Taraf Devletler (Örneğin, Sözleşmeye Taraf Devletlerin hemen hemen hepsi)³⁴³ açısından bu hüküm Sözleşme'nin ölüm cezasını barış zamanında kaldıran 6 No'lu ve her halükarda kaldıran 13 No'lu Protokol ile değiştirilmiştir.³⁴⁴ Fakat bu hususları ele almadan önce Mahkemenin bu hüküm ile ilgili içtihatlarını ve bu protokollerin kabulünün bu içtihatları nasıl etkilediğini incelemek önemlidir.

İkinci cümlenin lafzından anlaşıldığı gibi Sözleşme taslağını hazırlayanlar ölüm cezasının varlığı veya uygulanmasını yaşam hakkı veya *per se* Sözleşmenin diğer gereklerinin ihlali olarak görmemişlerdir. Sözleşmenin hazırlandığı 1950'li yılların başında bir çok devletin kanunlarında uygulanması azalma gösterse de, ölüm cezası mevcuttu. 1989 yılında, önceki bölümün son kısmında etraflıca ele alınan, Soering-Birleşik Krallık davasında Mahkeme yine de Uluslararası Af Örgütü'nün ölüm cezasının varlığı ve uygulanması ile ilgili batı Avrupada gelişen standartların ölüm cezasının, o zamana kadar, her ne kadar bu durum Sözleşmenin hazırlandığı zamanda düşünülmemiş olsa da, Sözleşme'nin

343. Bkz. aşağıda, s. 88, dipnot 349 ve s. 89, dipnot 350.

344. 1 Mart 1985'ten bu yana yürürlükte bulunan Ölüm Cezasının Kaldırılması ile ilgili İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesi'nin 6 No'lu Protokolü ETS 114, 28 Nisan 1983; 1 Temmuz 2003'ten bu yana yürürlükte bulunan Bütün Koşullarda Ölüm Cezasının Kaldırılması ile ilgili İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesi'nin 13 No'lu Protokolü ETS 187, 3 Mayıs 2002.

3. maddesi anlamında insanlık dışı ve onur kırıcı ceza olarak kabul edilmesi gerektirdiği iddiasını reddetmiştir.³⁴⁵ Mahkeme bu argümanı reddederken özellikle (aşağıda ele alınan) 6 No'lu Protokolün o zamana kadar kabul edilmiş olduğu gerçeğini hesaba katmıştır (Her ne kadar söz konusu zamanda bu Protokol Birleşik Krallık tarafından ne imzalanmış ne de onaylanmamış ise de). Mahkemeye göre, bu durum şunu göstermektedir:

*En yakın 1983'te Sözleşmeciler Devletlerin niyeti barış zamanında ölüm cezasının kaldırılması gibi yeni bir yükümlülüğün getirilmesi hususunda metnin normal yollarla değiştirilmesini kabul etmek ve dahası bunu her bir devlete böyle bir yükümlülüğü üstlenme zamanını seçme serbestisi tanyan ihtiyari bir protokol ile yapmak yönündedir. Bu koşullar altında Sözleşmenin özgül karakterine bakılmaksızın [...] 3. maddenin ölüm cezasını genel olarak yasakladığı şeklinde yorumlanamaz.*³⁴⁶

Bu konuya yaklaşık yirmi yıl sonra *Öcalan-Türkiye*³⁴⁷ davasında tekrar değinilmiştir. Bu davada Kürdistan İşçi Partisi (PKK) lideri Bay Abdullah Öcalan Türk görevlileri tarafından Kenya'dan Türkiye'ye getirilmiştir. Öcalan, Devlet Güvenlik Mahkemesinde yargılanmış ve ilkin ölüm cezasına çarptırılmış fakat bu ceza daha sonra müebbet hapis cezasına çevrilmiştir. Bay Öcalan, ölüm cezasının niteliği gereği, *inter alia*, insanlık dışı ve onur kırıcı olduğu- nu ileri sürmüştür.³⁴⁸

345. Soering kararı, § 101.

346. Soering kararı, §§ 102-103.

347. *Öcalan-Türkiye*, 12 Mayıs 2005 tarihli Büyük Daire kararı; bkz. ayrıca 12 Mart 2003 tarihli Daire kararı.

Büyük Daire bu kısım ile ilgili kararında Dairenin kararından uzunca alıncı yapmış ve kendi görüşlerini şöyle eklemiştir:

Büyük Daire, Dairenin bu konu ile ilgili aşağıdaki tespitlerine katılmaktadır [...]:

“... Mahkeme, ölüm cezasının hukuki konumunda Soering kararından bu yana hatırı sayılır ölçüde evrilme görüldüğünü belirtir. Söz konusu davada 1989 yılında sadece yirmi iki Sözleşmecî Devlet, de facto, ölüm cezasını kaldırmışken, şimdi kırk dört Sözleşmecî Devletten kırk üçünün ölüm cezasını, de jure, kaldırdığı ve ölüm cezasını henüz kaldırmayan Rusya’da da moratoryum ilan edildiği yönündeki ilerlemeyi belirtilmektedir. Barış zamanında Avrupa’da ölüm cezasının hemen hemen tamamen kaldırılmış olması bütün Sözleşmecî Devletlerin 6 No’lu Protokolü imzalamasında ve Türkiye, Rusya ve Ermenistan³⁴⁹ dışında kırk birinin bunu onaylamasında yansımaları bulur. Bu ayrıca yeni üye devletlerin birliğe kabullerinin bir koşulu olarak ölüm cezasını kaldırmayı taahhüt etmelerini gerektiren Avrupa Konseyi politikasında daha iyi gözlemlenebilir. Bu gelişmelerin bir sonucu olarak Avrupa Konseyi’ne üye

devletlerin toprakları ölüm cezasının olmadığı bir bölgeye dönüşmüştür.

*... Böyle bariz bir gelişme, bütün Sözleşmecî Devletlerin 6 No’lu protokolü artık imzalamış oldukları ve 41’inin de onayladığı göz önünde tutulduğunda 2. maddenin 1. fıkrasında öngörülen ikinci cümleyi kaldırma, en azından değiştirme konusunda uzlaşmalarının bir işareti olarak görülebilir. 2. maddede yer alan ölüm cezası istisnasının artık önemli ölçülerde değiştirildiği kararını vermeden önce, kalan 3 devletin de 6 No’lu protokolü onaylamasını beklemenin gerekli olup olmadığı tartışılabilir. **Böyle sağlam bir arka planın varlığında ölüm cezasının barış zamanında kabul edilemez olduğunu, insanlık dışı değilse, 2. madde kapsamında kabul edilebilir olmadığını söyleyebilmek mümkün hale gelmiştir.”***

Bu görüşü ifade ederken Mahkeme, Sözleşmecî Devletlerin, ölüm cezasını kaldırma politikalarını yaşama geçirebilmek için Sözleşme metnini geleneksel yöntemlerle değiştirme yolunu seçtiklerine dair işaret sunan 13 No’lu Protokolün imzaya açılmış olduğundan haberdardır. Bu karar sırasında üç üye devlet bu protokolü imzalamamış ve on altı devlet ise halan bunu onaylamamıştır. Ancak ölüm cezasının tamamen kaldırılmasına yönelik nihai adım -hem barış hem de savaş zamanı için söylenebiler- Sözleşmecî Devletlerin uygulamalarında yerleşmiş kaldırmacı eğilimin doğrulanması olarak görülebilir. Bu durum zorunlu olarak, barış zamanında idam cezasına izin verdiği kadarıyla 2. maddenin değiştirilmiş olduğu fikrine karşı çıkmamaktadır.

348. Başvurucu ayrıca ölüm cezasının bir müraacatını -ör. sadece bu cezanın uygulanması değil fakat ayrıca bu cezanın verilmesi- Sözleşme’nin hem 2. madde hem de 3. maddesini ihlal edeceğini ileri sürmüştür. Mahkeme bu iddiayı reddetmiştir. Bkz. §§ 154-155.

349. Orjinal dipnot: “Dairenin kararını verdiği 12 Mart 2003 itibarıyla 6 No’lu Protokol (Türkiye de dahil olmak üzere) Avrupa Konseyine üye kırk dört devlet tarafından onanmış ve diğer iki devlet (Monako ve Rusya) tarafından imzalanmıştır [...]. [Başka bir yerde de belirtildiğine göre Monako 6 No’lu Protokolü onayladığından bunu onaylamayan sadece Rusya kalmıştır. Avrupa Konseyi anlaşmalarının şuan ki imza ve onaylama durumları için [http://conventions.coe.int/.](http://conventions.coe.int/)]

*İçinde bulunulan zamanda, 13 No'lu Protokolü hala imzalamamış veya onamamış çok sayıda devletin bulunması gerçeği Mahkemenin ölüm cezasının uygulanmasının Sözleşmeciler Devletler tarafından Sözleşme'nin 3. maddesi anlamında insanlık dışı ve onur kırıcı muamele olarak kabul edildiğinin kanıtlanmış bir uygulama olduğu sonucuna varmasını engellemiş olabilir zira bu bölüm savaş zamanında bile askıya alınmaz. Fakat Büyük Daire, Dairenin şu kararına katılmaktadır: Mahkemenin bu konular ile ilgili olarak bazı sonuçlara varması gerekli değildir. Zira ... 2. maddenin hala ölüm cezasına cevaz verdiği şeklinde yorumlansa bile adil olmayan bir yargılamanın ardından verilen ölüm cezasının uygulanması Sözleşmeye aykırı olacaktır.*³⁵⁰

Yukarıdaki hususlar barış zamanında ölüm cezasını kaldıran 6 No'lu Protokolün kabul edilmesinin ve evrensel yakın onanmasının ve 13 No'lu Protokolün kabul edilmesi ve geniş olarak (ama yine de evrensel olmayan) onanmasının önemini göstermektedir. 6 No'lu Protokolün en önemli bölümü olan 1. maddesi duru ve açıktır. Bu madde:

350. *Öcalan* Büyük Daire kararı, §§ 163-165, Daire kararından alıntı §§ 189-196, vurgu eklenmiştir, atıflar atanmıştır. Adil yargılanma meselesi ile ilgili olarak, bkz. yukarıda s. 89. Daire kararından bu yana daha fazla devlet 13 No'lu Protokolü onamıştır. Şu anda bu belgeyi imzalayıp onaylamayan 8 devlet mevcuttur. Sadece Azerbaycan ve Rusya ne imzalamış ne de onaylamıştır (Ekim 2006). Avrupa Konseyi anlaşmalarının şu anki imza ve onaylanma durumları için <http://conventions.coe.int/>.

1. madde – Ölüm cezasının kaldırılması

Ölüm cezası kaldırılmıştır. Hiç kimse bu cezaya çarptırılmaz ve idam edilemez.

Aşağıda ele alınan bir kısıtlamaya tabi olmakla beraber, bu hükmün mutlak niteliği – Protokole Taraf Devletler açısından bu hüküm Sözleşmeye bir bütün olarak ek bir madde olarak düşünülmektedir (6 No'lu Protokolün 6. maddesi) – Sözleşme'nin 15. maddesi uyarınca bu maddenin uygulanmasının askıya alınmayacağı ve bu bağlamda bir çekince konamayacağı hükmünü getiren Protokolün 3. ve 4. maddelerinde pekiştirilmiştir.

6 No'lu Protokolün 1. maddesi Sözleşme'nin 2. maddesinin ilk paragrafının ikinci cümlesi dışında bu maddenin kalanının uygulanabilirliğini etkilememektedir.³⁵¹ Bu el kitabının ilk bölümlerinde etraflıca ele alınan ve 2 (2). maddeye aykırı olan yargısız infazlar bu madde kapsamında yasaklanmaya devam edilmektedir. Yeni madde *yargısal* infazları da yasaklamaktadır. Protokolün 2. maddesi -bununla birlikte Protokolün 3. ve 4. maddelerinin hükümlerinin de uygulandığı- tek kısıtlamayı da içermektedir. Buna göre:

2. madde – Savaş zamanında ölüm cezası

Bir devlet, yasalarında, savaş veya yakın savaş tehlikesi zamanında işlenmiş olan fiiller için ölüm cezasını öngörebilir; bu

351. Cf. 6 No'lu Protokolün Açıklayıcı Memorandumunun yorumlayıcı 1. ve 6. maddeleri.

2. madde ile 6 ve 13 No'lu Protokoller: Ölüm cezasının kaldırılması

ceza, ancak yasanın belirlediği hallerde ve onun hükümlerine uygun olarak uygulanabilir. İlgili devlet, söz konusu yasanın bu duruma ilişkin hükümlerini Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne bildirir.

Protokol'ün 2. maddesinde kullanılan “yasa” terimi elbette Sözleşme uyarınca olağan anlamı ile algılanmalıdır yani ulaşılabilir olan, makul derecede kesin ve uygulamada öngörülebilir olma kurallarını gerektirmektedir. Yaşam hakkının temel önemi ile herhangi bir hususta bu şartlar katı bir şekilde uygulanmalıdır.

Bundan başka, 6 No'lu Protokol'ün Açıklayıcı Şerhinden alınan önceki alıntıda belirtildiği gibi Sözleşme'nin 2. maddesinin 1. paragrafının ikinci cümlesi savaş ve yakın savaş tehlikesinin söz konusu olduğu zamanlarda işlenen eylemler için ölüm cezasını muhafaza eden devletler açısından özellikle de bu hükmün bir “mahkeme” – yani Sözleşme'nin 6. maddesindeki kriterlere uyan kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme – tarafından verilmiş olması şartı açısından uygulanabilir olmasına devam etmektedir. Mahkeme, 3 No'lu İnsan Hakları El Kitabında tartışılan bu madde ile ilgili içtihatlarında bu hususta bir dizi katı standartlar getirmiştir ve bu nedenle – herhangi bir askeri mahkeme de dahil olmak üzere – savaş zamanında ölüm cezası verebilecek “mahkemenin” bu standartları karşılaması gerekmektedir. Dikkate değerdir ki Protokol'ün 3. maddesi şu hükmü getirmektedir:

Sözleşme'nin 15. maddesine dayanılarak bu Protokolün hükümleri askıya alınamaz.

Bu şu anlama gelmektedir ki Protokole Taraf Devletler savaş ve yakın savaş tehlikesinin söz konusu olduğu zamanlarda uygulanan ve ölüm cezası ile sonuçlanabilecek prosedürler hususunda 6. madde uyarınca söz konusu olan yükümlülüklerini askıya almazlar. Savaş ve yakın savaş tehlikesi zamanında idam cezasını muhafaza eden, Protokole Taraf Devletler bu nedenle mahkemenin ve prosedürlerin Sözleşme'nin 6. maddesinin gereği olan asgari adil yargılamadan ayrılmamalıdır. Dahası, Mahkeme Öcalan davasında şöyle vurgulamıştır:

... Ayrıca Mahkeme, madde 2 § 1'in, yaşam hakkından yoksun bırakılmanın “bir mahkemenin verdiği ölüm cezasını” takiben olması gerektiği yönündeki şartından yola çıkarak, ölüm cezası veren “mahkeme”nin Mahkemenin içtihatları [...] bağlamında bağımsız ve tarafsız olması gerektiğini ve hem ilk derece mahkemesinde hem de temyiz aşamasındaki yargılamanın adil yargılamanın en titiz standartlarını karşılaması gerektiğini savunmaktadır. Ölüm cezasının infaz edilmesi geri döndürülemez bir olgu olduğundan dolayı ancak yaşam hakkının keyfi ve hukuk dışı biçimde alınmasından kaçınmasını sağlayacak standartların uygulanması ile uygulanabilir [...]. Son olarak madde 2 §1'deki cezanın “kanunun öngördüğü” bir ceza olması sadece ulusal hukukta ölüm cezasının öngören bir hüküm olması değil fakat kanunun nitelikli olmasına tam olarak uyulması, yani yasal temellerin, Mahkemenin içtihatlarında kullandığı biçimiyle, “ulaşılabilir” ve “öngörülebilir” olması gerekmektedir [...].

... 2. maddenin yukarıda belirtilen yapısından kaynaklı olarak *Mahkeme, adil bir şekilde yargılanmayan bir kişiye ölüm cezasının verilmesinin izin verilebilir olmadığını savunmaktadır.*³⁵²

Şu ana kadar 6 No'lu Protokolün hükümleri ile ilgili bir içtihat hukuku oluşmamıştır. Özellikle de “savaş veya yakın savaş tehlikesi zamanında” kalıbı netleştirilmemiştir. Fakat genel uluslararası hukuk ve daha özeldede uluslararası insancıl hukuk uyarınca bu terimin gerçek veya yakın uluslararası silahlı çatışma olarak algılanmalıdır. Bu nedenle, Protokole Taraf Devletler açısından 2. madde uluslararası olmayan (iç) silahlı çatışmalar açısından ölüm cezasının muhafaza edilmesine cevaz vermemektedir. Ölüm cezası sözde “terörle mücadele” veya “terörizme karşı” bağlamında ileri sürülemez: Bu kalıplar siyasi terimlerdir, savaş veya silahlı çatışma gibi uluslararası alanda tanımlanmış koşulları ifade etme-

352. *Öcalan* Büyük Daire kararı, § 166, Daire Kararından §§ 201-204 alıntı, atıflar atlanmıştır. *Öcalan* kararı özellikle 13. No'lu Protokol ile ilgili değildir. Zira Türkiye hala bu belgeyi onaylamamıştır. Fakat burada işaret edilen sorunlar 2 (1). maddenin ikinci cümlesi ile ilgilidir ve bu nedenle eşit bir şekilde 13 No'lu Protokol için de geçerlidir. Dikkat edilmelidir ki alıntıda atlanan referanslar arasında ölüm cezası verilenlerin haklarının güvence altına alınması ile ilgili olan 25 Mayıs 1984 tarihli ECOSOC Çözümü 1984/50'e yapılan referanslara, İnsan Hakları Komitesinin bir dizi idam davasındaki (*Reid-Jamaika, Daniel Mbenge-Zaire ve Wright-Jamaika* dahil olmak üzere) böylesi davalarda adil yargılanma şartının katı bir şekilde yeri getirilmesinin önemini vurgulandığı “görüşlere” ve Inter-Amerikan İnsan Hakları Mahkemesinde ki davalara (Normal kanun yolu çerçevesinde “hukuki danışmanlık hakkında bilgi edinme hakkı ile ilgili Tavsiye Görüşü” ve *Hilaire, Constantine ve Benjamin et al.-Trinidad ve Tobago*, 21 Haziran 2002 tarihli karar) atıfta bulunarak aynı yönde karar vermiştir. Bu durum Mahkemenin kararlarını uluslararası hukuki standartlar ile aynı doğrultuya koyma çabasını göstermektedir. ECOSOC standartları ile ilgili olarak bkz. 24 Mayıs 1989 tarihli-1989/64 numaralı ve 23 Temmuz 1996 tarihli -1996/15 numaralı- Çözüm Kararları.

mektedirler (Fakat bir devlet bu bağlamda silahlı güç kullanırsa, bu durum tanımlanan anlamda “savaş” kapsamına girebilir).

Kanun şerhlerinde ölüm cezası hükümlerini savaş veya yakın savaş tehdidi zamanında gerçekleştirilen eylemler yapabilecek “şimdi veya gelecek” ile ilgili atıflara rağmen devletler ölüm cezasının cezanın önceden uygulamadığı durumlar için ölüm cezasının getirilmesi konusunda tamamen serbest değillerdir. Bu durumun nedeni, Sözleşmenin kardeş belgesi olan *Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi (ICCPR)*'nin 6. maddesinin ölüm cezasının kademeli olarak kaldırılmasını şiddetle önermesi ve bu nedenle yeni alanlarda bu cezanın getirilmesi veya kapsamının genişletilmesi Sözleşmenin lafzına ve ruhuna aykırı olacaktır.³⁵³ Bu durumda, 6 No'lu Protokole ve ICCPR'a taraf olan – yani bütün Sözleşmeye Taraf Devletler – (fakat aşağıda ele alınan 13 No'lu Protokole taraf olmayan) devletler için normal koşullarda kanunun ölüm cezası öngörmediği durumlar için savaş ve yakın savaş zamanında ölüm cezasının getirilmesi ya da yeniden getirilmesi ya da kapsamının genişletilmesi Sözleşme'nin 53. maddesinin bu hükmüyle yasaklanmıştır:

Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbiri, herhangi bir Yüksek Sözleşmeciler Tarafın yasalarına ve onun taraf olduğu başka bir Sözleşmeye göre tanınabilecek insan haklarını ve temel özgürlüklerini sınırlayamaz ya da onlara aykırı düşecek şekilde yorumlanamaz.

353. Bkz. 30 Nisan 1982 tarihli Sözleşme'nin 6. maddesi ile ilgili İnsan Hakları Komitesi Genel Yorumu no. 6, § 6.

13 No'lu Protokol uyarınca devletler ölüm cezasını “her halükarda”, örneğin hem barış hem de savaş zamanında, kaldırılması konusunda mutabıktırlar. 13 No'lu Protokolün metni biraz önce tartışıldığı gibi 2. maddenin ihmal edilmesi dışında 6. No'lu Protokolün metninden farksızdır. Bu madde ile ilgili hiç bir yorumlama sorunu, daha yeni belirtildiği gibi, söz konusu olmamaktadır: Belgenin başlığında netleştirildiği gibi, 13. No'lu Protokolü onaylayan devletler açısından Sözleşmeden çekilmek dışında ölüm cezasının muhafaza edileceği veya (yeniden) öngörüleceği bir durum söz konusu değildir.

Ölüm cezası ve suçluların iadesi

Yukarıda “Suçluların iadesi, yurttan çıkarma ve sınır dışı” ile ilgili alt bölümde belirttiğimiz gibi Mahkeme 1989 yılında *Soering* davasında şuna hükmetmiştir: 2. maddenin ilk paragrafının ikinci cümlesinin açık anlamı nedeni ile başvurunun ölüm cezası ile yüz yüze kalabileceği bir ülkeye iade edilmesi, *ipso facto*, bu maddenin ihlali anlamına gelmemektedir (Fakat Mahkeme, bu davada, Amerika Birleşik Devletleri'nin Virginia Eyaletinde bu suç ile ilgili “ölüm sırası bekleme olgusu”nun insanlık dışı ve onur kırıcı muamele anlamına geldiğine hükmetmiş ve böylece iade başka bir temelde yasaklanmıştır.). Ancak önceki alt bölümde görüldüğü gibi Sözleşme'nin 6. No'lu Protokolünün kabul edilmesi ve neredeyse Avrupa Konseyine üye tüm devletler tarafından onanmasının ardından şu anda barış zamanındaki idam cezası 2. maddeye aykırıdır ve ölüm cezasının, savaş zamanı da dahil olmak üzere, herhangi bir zamanda uygulanması katılma şartları

ne olursa olsun kısa bir zamanda otomatikman 3. maddeye aykırı olabilir.

Bu durum bireyleri Sözleşmeye Taraf olmayan bir Devlette 2. veya 3. maddeye aykırı muameleyle maruz bırakabilecek iadeler ile ilgili olarak uygulanan prensiplerin şimdi de bir bireyi barış zamanında ölüm cezasına maruz bırakabilecek iadelere de uygulanabilir olduğu anlamına gelmektedir. Sözleşmeye Taraf olmayan bir Devlete iade edilecek bir kişinin bu ülkede idam cezası ile yargılanacağı ve eğer mahkum olursa ölüm cezasına çarptırılıp bu cezanın infaz edileceği hususunda “gerçek bir risk” olduğuna inanmak için “esaslı temellerin” söz konusu olduğu durumlarda iade eden devletin iade edilen devletten kişinin bu tür bir cezaya çarptırılmayacağı, ya da en azından, çarptırılma bile cezanın infaz edilmeyeceği hususunda açık ve hukuki bağlayıcılığı olan güvence talep etmesi ve bu güvenceyi alması gerekmektedir. Tahkikatı yapan makamların iade eden devletin ölüm cezasının verilmesi veya infaz edilmesini tercih etmediğinin (*Soering* davasında Virginia savcılığının teklif ettiği gibi), kişiyi yargılayacak mahkemeye bildirilecek olması gibi muğlak güvenceler açık bir şekilde yeterli değildir.

Kişiyi böylesi açık güvenceler olmaksızın iade etmek Sözleşmenin ihlali anlamına gelecektir. Dahası, bireylerin Sözleşmenin, Sözleşmede güvence altına alınmış esaslı hakların ihlali veya ihlal tehdidinin söz konusu olduğu durumlarda herkese ulusal mahkemeler önünde etkili hukuk yolu hakkını tanıyan 13. maddesi uyarınca bu mahkemeler önünde böylesi koşullar altında iade edilmemeyi ileri sürme gibi bir hakka sahip olduklarını bilmeleri gerekir.

Dahası, iade edilecek kişi Strasbourg'daki Mahkemeye itirazda bulunur ve Mahkeme de geçici bir tedbir olarak iade eden devletin kişiyi söz konusu devlete teslim etmemesi gerektiğini belirtir ise buna uyulmaması 34. maddenin ihlali anlamına gelecektir.

Elbette, bir kişinin iade eden devletteki resmi prosedürden geçmeden ölüm cezası ile yüz yüze kalabileceği devlet dışı bir tarafa teslim edilmesi (sözde “olağanüstü hükümler” ile), *a fortiori*, 2. ve 13. maddeye – ve keyfi (bu tür kötü niyetli amaçlarla insan kaçırma da dahil olmak üzere) gözaltı ve tutuklamaları yasaklayan 5. maddeye aykırıdır.

Gerçekten de şu anda Avrupa Konseyi üyesi devletler açısından bu tür güvencelerin talep edilmesi ve bu güvenceler sağlanmadıkça bir kişinin iade edilmemesi; ve ölüm cezası ile yüz yüze kalabileceği bir ülkeye iade veya sınır dışı edilme tehdidi altında olan kişilerin bu iade ve sınır dışı aleyhine iç mahkemelere itirazda bulunabilmeleri yaygın ve iyi bir uygulamadır.

Teoride, 13 No'lu Protokolün henüz Avrupa Konseyi üyesi tüm devletler tarafından imzalanıp onanmamış olması gerçeği ölüm cezasına karşı korunma sisteminde bazı küçük boşluklar bırakmaktadır. 6 No'lu Protokolü onaylamayan ve 13. No'lu Protokolü ne imzalayıp ne de onaylayan bir devlet olan Rusya *Soering* davası zamanındaki Birleşik Krallık gibi Sözleşme uyarınca aynı hukuki pozisyonda olduğunu – ve bu nedenle koşulların 3. maddeyi ihlal etmemesi şartıyla bir kişiyi barış zamanında da ölüm cezasını

muhafaza eden bir devlete iade edebileceğini tartışabilir. Uygulamada bu durumun ihtimal dahilinde olması çok zayıftır zira Rusya infazların ertelenmesi ile ilgili bir moratoryum uygulamaktadır.

Rusya ve 6 No'lu Protokole taraf fakat 13 No'lu Protokole taraf olmayan 12 devlet savaş zamanında (ve muhtemelen halen muhafaza ettikleri) ölüm cezasını muhafaza edebileceklerini ve ayrıca yetki alanlarındaki bir kişiyi savaşta olan ve bu bağlamda ölüm cezasını muhafaza eden bir devlete iade edebileceklerini ileri sürebilirler. Fakat 3. maddeye aykırı olmayıp hala herhangi bir iadeye getirilen, *per se* – örneğin, 6. maddenin tüm gereklerini ve “ölüm sırası bekleme olgusunu” yasaklayan 3. maddenin ilgili gereklerini yerine getiren tümüyle bağımsız ve tarafsız mahkemeler ve prosedürler gibi sıkı şartlar dikkate alındığında – böylesi bir iade veya sınır dışının Sözleşme ile bağdaşır bir yolla uygulanması aşırı derecede zor olacaktır. Ölüm cezasını muhafaza eden hemen hemen bütün devletlerin bu gerekleri yerine getirmesi zor görünmektedir. İdam cezasına hükmedebilecek genellikle askeri mahkeme ve komisyonlar şeklindeki özel savaş zamanı mahkemelerinin ve prosedürlerinin bir çoğu kesinlikle bu şartları yerine getiremeyecektir. Diğerlerinde ise böylesi bir yargılamada söz konusu olacak fiziksel ve psikolojik şartlar 3. maddenin standartlarını ihlal edeceklerdir.

İnsan Hakları ve Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü
Avrupa Konseyi
F-67075 Strasbourg Cedex

<http://www.coe.int/justice/>

Bu insan hakları ek kitapları, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin bazı maddelerinin, Straşbourg'ta bulunan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından ne şekilde uygulandığı ve yorumlandığına ilişkin pratik bir kılavuz oluşturmak amacıyla hazırlanmıştır. Bu el kitapları özellikle hâkimler ve hukukçulara yönelik olarak hazırlanmış olmakla beraber, ilgili herkeşçe kullanılabilir.

